

## 金融法研究 第31号

## 目 次

## 〈シンポジウム I〉

金融指標に関する法律問題 .....	3
	〈司会〉 岩原 紳作
	〈報告〉 森下 哲朗
	和仁 亮裕
	井上 聡
報告 1 LIBOR 不正操作問題と国際的な対応 .....	森下 哲朗..... 5
報告 2 金融指標に関する法律問題—TIBOR—.....	和仁 亮裕..... 13
報告 3 金融指標に関する我が国の法規制 .....	井上 聡..... 21
質疑応答 .....	32

## 〈シンポジウム II〉

債務引受と契約譲渡の実務と理論—民法改正要綱仮案の金融法的検証— .....	43
	〈司会〉 池田 真朗
	山田 誠一
	〈報告〉 潮見 佳男
	池田 真朗
	平田 重敏
	角 紀代恵
	野澤 正充
報告 1 民法改正要綱仮案の解説 .....	潮見 佳男..... 45
報告 2 債務引受と契約譲渡	
—世界の立法動向と我が国の課題— .....	池田 真朗..... 52
報告 3 債務引受契約を利用した金融機関の実務的取扱い	
—一括決済方式「併存的債務引受方式」を中心に—	
.....	平田 重敏..... 67
報告 4 債務引受—現行法との接続と乖離— .....	角 紀代恵..... 81

報告5 企業の再編と契約譲渡—契約上の地位の移転— …野澤 正充……	86
質疑応答 .....	99

#### 海外金融法の動向

アメリカ .....	小出 篤……	117
イングランド .....	山下 純司……	127
ドイツ .....	松井 秀征……	133
フランス .....	松井 智予……	139
総会記録 .....		154
学会記事 .....		156
金融法学会規約 .....		158
法人賛助会員 .....		160

## 《シンポジウム I》

## 金融指標に関する法律問題

報告 1	(森下 哲朗)	5
報告 2	(和仁 亮裕)	13
報告 3	(井上 聡)	21
質疑応答		32

司会 岩 原 紳 作 (早稲田大学教授)  
報告 森 下 哲 朗 (上智大学教授)  
和 仁 亮 裕 (弁護士)  
井 上 聡 (弁護士)

## 発言者 (発言順)

江川絵理 (日本銀行) / 平良耕作 (日本銀行) / 南波洋 (香港上海銀行) / 本多正樹 (東京国際大学教授) / 松尾直彦 (弁護士) / 矢口満 (三菱 UFJ 証券ホールディングス) / 坂東洋行 (早稲田大学教授) / 浅田隆 (三井住友銀行) / 栗田誠 (千葉大学教授) / 渡辺宏之 (早稲田大学教授)

## はじめに

岩原司会 午前の「金融指標に関する法律問題」のシンポジウムにご参加いただき、誠にありがとうございます。シンポジウムの司会を務めさせていただきます早稲田大学の岩原でございます。

世界的な代表的金融指標である LIBOR が不正に操作されていたというスキャンダルの発覚をきっかけに、2013年7月に証券監督者国際機構（IOSCO）が「金融指標に関する原則の調査報告」を公表し、各国において金融指標制度の整備が図られました。我が国においても、全国銀行協会が作成してきた金融指標である TIBOR に関する制度改革が行なわれるとともに、金融商品取引法が改正されて、金融指標に関する法規制が導入されました。

そこでこのシンポジウムにおいては、森下哲朗教授に「LIBOR 不正操作問題と国際的な対応」という題で、これら国際的な経緯を報告いただき、和仁亮裕弁護士に「金融指標に関する法律問題—— TIBOR ——」という題で、TIBOR に関する法律問題を報告いただき、最後に、井上聡弁護士に「金融指標に関する我が国の法規制」という題で、金融指標に関する金融商品取引法の改正について報告いただきます。これらの報告につき、皆様からご質問やご意見をいただきたいと存じます。

皆様から活発なご試問、ご意見をいただくことによって、金融指標に関する法律問題への理解が深まり、今後の発展につながればと、願っております。

## 報告 1

## LIBOR 不正操作問題と国際的な対応

上智大学教授 森下哲朗

上智大学の森下と申します。本日は、このようなご報告の機会を与えていただき、大変光栄に存じます。はなはだ不十分な点も多いかと存じますが、私からは、和仁先生、井上先生のご報告の前座としまして、LIBOR の不正操作の問題に関する経緯や国際的な動きの概要、いくつかの論点についてご紹介をさせていただきたいと存じます。

## 1 LIBOR 等の不正操作問題

## (1) LIBOR とは

LIBOR とは、BBA (British Bankers Association) が1986年に提供を開始した金利に関する指標です。1986年1月から BBA LIBOR として金利の指標が提供されるようになりました。当初は、下記のとおり、プライムバンク間の取引を基準とした定義が用いられていましたが、1998年、「プライムバンク」についての統一的な定義は困難であり、また、仮定のレートを呈示するよりも呈示行の実際の活動にリンクしたレートを呈示することのほうが望ましいということから、呈示行自身の取引を基準とした現在の定義に改められました。

当初

“At what rate do you think interbank term deposits will be offered by one prime bank to another prime bank for a reasonable market size today at 11 am?”

→プライムバンク間取引のレート

1998年以降

“At what rate could you borrow funds, were you to do so by asking for and then accepting inter-bank offers in a reasonable market size just prior to 11 am?”

→呈示行自身が借り入れることのできるレート

LIBOR では、通貨に応じて18行から6行がレート呈示行として指定されており、レート呈示行が呈示した金利のうち、上25%と下25%のレートをカットし、

残りの50%の平均が当該通貨・テナーの金利として公表されます。

なお、ユーロ市場におけるユーロの金融指標である EURIBOR や日本の無担保コール市場、オフショア市場における円の金利に関する TIBOR では、呈示行自身を基準とした取引したレートではなく、プライムバンク間の資金取引についてのレートが基準とされています。

## (2) LIBOR 不正操作の態様

LIBOR や EURIBOR 等の金利指標の不正操作は、大きく2つの態様に分けることができます。

1つは、利益追求型とでもいうべきものであり、デリバティブのディーラーなどが、自己のポジションから利益を得、あるいは、損失を回避するために、本来呈示するであろうレートよりも高め、あるいは、低めのレートを呈示するよう、レート呈示の担当者に依頼するものです。

もう1つは、情報操作型とでもいうべきものであり、2007年秋以降の金融危機に際して、自行が呈示するレートが他行のものよりも高い場合、それが自行の健全性に対する疑念を抱かせることを避けるため、銀行の経営陣が呈示担当者に対して、本来呈示すべきレートよりも低いレートの呈示を求めたというものです。

## (3) 当局の対応

こうした LIBOR の不正操作に対して本格的な処分がなされるようになったのは2012年になってからです。2012年6月のパークレイズ銀行に対する処分を皮切りに、米国、英国、スイス、オランダの関係当局によって、これまで6件の処分がなされ、巨額の制裁金等が課されています。我が国でも TIBOR の不正操作に関して、金商法に基づく業務改善命令がなされた事例がありますが、我が国では、指標の不正操作に対して制裁金を科したり刑事罰の対象としたりするための法的根拠がなかったため、行政処分にとどまっています。

また、単独行に対する処分とは別に、複数の銀行による LIBOR, EURIBOR の不正操作のためのカルテルが行われたとして、2013年には欧州委員会によって合わせて8つの金融機関・トレーダーに対して課徴金が科されました。指標の不正操作との関係では、ある呈示行が高い、あるいは、低いレートを呈示したとしても、呈示行が複数あり、上下25%がカットされるという仕組みのもとでは、単独行によるレートの操作は難しいのではないかという見方もありますが、単独行ではレートの操作が難しい場合であっても、複数のレート呈示行が共謀した場合に

は、レート操作は現実味を増します。その点では、レート呈示における共謀は、非常に深刻な問題であるといつてよいと思います。

さらに、英国では不正操作に関与した個人が刑事告発されるといった事態にも至っています。

## 2 Wheatley Review と IOSCO 原則

### (1) Wheatley Review

このような LIBOR の不正操作に対して、2012年6月、英国政府の命を受け、FSA の managing director であった Wheatley 氏をトップとする委員会が形成され、2012年9月に“Wheatley Review”と呼ばれる報告書が公表されました。

Wheatley Review では、LIBOR の抱える問題点として、

- ① レートの呈示が実際の取引データの報告ではなく、呈示行による専門的判断や推測を必要とすること、
- ② 個々のレート呈示の適切性をデータ等で裏付けることについての標準的な手続が存在しないこと、
- ③ あまり使われないような通貨・テナーについては、レートの呈示をデータで裏付けるようなことは困難な場合があること、
- ④ 個々の呈示行の呈示レートが日々公表されることが、不正操作を促進する要因となっていること、
- ⑤ LIBOR の定義は呈示行自身の調達コストとなっており、呈示行の信用力を示すものであると解され得るものであること、
- ⑥ 呈示は任意であり、少数の銀行の自主的な貢献によって、多くの LIBOR ユーザーが利益を得るようなかたちとなっていること、

を挙げています。

その上で、こうした問題点のすべてを解消することは困難ではあるものの、LIBOR の管理やレートの呈示を法令に基づく監督の対象とすること、運営機関を改革すること、呈示行についての行為規範を定めること等の LIBOR 改革のための提案がなされました。

これを受け、英国では LIBOR の管理やレート呈示を金融監督の対象とするとともに、指標の不正操作を刑事罰の対象とする立法がなされ、LIBOR の運営主体も、2014年2月より、BBA からニューヨーク証券取引所を傘下に持つ米国の ICE (インターコンチネンタル取引所) に移行しています。また、呈示する通貨・テナ

ーは大幅に削減され、現在、米ドル、英ポンド、日本円、ユーロ、スイスフランの5通貨、テナーは、オーバーナイト、1週間、1カ月、2カ月、3カ月、6カ月、12カ月の7種類となっていますが、LIBORの定義や算出方法に変化はありません。

## (2) IOSCO 原則

また、証券監督者の国際的な集まりであるIOSCOは、2013年7月、LIBOR等の金融指標が満たすべき原則について、「金融指標に関する原則」(Principles for Financial Benchmarks)と題するレポートの最終報告書を公表しました。

本原則は、

- ① 指標の運営機関が指標決定プロセスの健全性を守り、利益相反に対応するために、適切なガバナンス体制を整備すること、
- ② 指標の決定に用いるデータ等に関する指針を示すことによって、指標の品質と健全性の向上を図ること、
- ③ 指標の算出方針(Methodology)の品質と健全性を向上させること、
- ④ 不服処理や監査等に関するルールを定めること

を求めるもので、19の原則を定めています。本原則を実現する方法はすべての指標に一律なものではなく、指標・運営機関・指標設定プロセスの規模やリスクに応じた比例的なもの(proportional)であるとしています。

本原則では、市場に対して指標を呈示することになる運営機関が規律の直接の名宛人であり、呈示者との関係では、運営機関が呈示者が遵守すべき行動規範を作成し、運営機関はこの行動規範を遵守する者からのデータのみを使用する、といったかたちで、間接的な規律となっています。また、指標は、できるだけ実際の取引データに基づくものが望ましいといった考え方が、原則7や原則8に表れています。

なお、IOSCOは本年7月に新たなレポートを公表し、代替的な指標の導入等を提案していますが、この点については、後ほどの和仁先生のご報告の中で触れられる予定です。

また、欧州でもインデックスについての規則の作成作業が行われています。

## 3 いくつかの論点

次に、LIBORの不正操作に関するいくつかの論点についてお話をしたいと思います。

## (1) 利益相反

LIBOR 等の不正操作問題に関連しては、不正操作の根本にあるのが利益相反であると指摘されることも多いようです。下記に、2013年10月29日に米国の当局である CFTC がラボバンクに対して行った命令の中にあった一文をご紹介します。

CFTC, In the matter of Cooperatieve Centrale RaiffeisenBoerenleenbank B.A., Order Instituting Proceedings Pursuant to Sections 6(c) and 6(d) of the Commodity Exchange Act, Making Findings and Imposing Remedial Sanctions

「ラボバンクは米ドル、円、そして英ポンドの LIBOR や EURIBOR にリンクしたキャッシュやデリバティブのトレーディング・ポジションを持つトレーダーにラボバンクの LIBOR 及び EURIBOR のレート呈示を担当させたことによって生み出された、明らかで本質的な利益相反を無視したのである。これは、LIBOR や EURIBOR を不正に操作しようとするトレーダーたちの試みを容易にする環境を助長した。こうしてラボバンクは、ラボバンクの日々の LIBOR や EURIBOR の呈示レートを決定するために正直に調達コストを測定するという呈示担当者の義務と、自分のトレーディング・ポジションの利益を最大化したいという呈示担当者の欲求との間の相反を生み出したのである。ラボバンクの LIBOR や EURIBOR の呈示担当者は、しばしば、LIBOR や EURIBOR の公正さを犠牲にして、自分や同僚のトレーディング・ポジションの有利になるように、この利益相反を解決したのである。」(抄訳)

ここで示されているように、レート呈示者には「誠実・適切にレートを呈示する」という義務があるとされ、自己あるいは第三者の利益を考慮することによって、そうした義務を適切に履行できなくなってしまうような状況が利益相反であると考えられており、そうした状況を管理・削減することが求められています。

利益相反という表現が用いられていますが、大切なことは、誠実かつ適切に、ルールに従ってレートを呈示するという義務が確実に実施されることをどのように確保するか、という点にあります。そのためには、不正が行われにくいような体制の整備も大切でしょうし、後にも申し上げるような企業の文化といった問題もあるように思われます。

## (2) 定義・実取引による裏付け

レートの定義については、EURIBOR や TIBOR のようにプライムバンク間の

取引を基準にするものもありますが、LIBORでは呈示行自身を基準としています。プライムバンク間の取引におけるレートを呈示するとした場合には、自らがプライムバンクでない銀行であってもレートを呈示することができ、潜在的なレート呈示者の層を厚くすることができます。しかし、プライムバンクの正確な定義が困難なこと、指標の呈示はできるだけ実取引のデータを裏付けとすべきであるのに対し、プライムバンク間の取引とした場合には推測や主観の占める割合が増し、実取引のデータによる裏付けを困難にするおそれがあることから、プライムバンク間の取引という定義への移行は見送られました。客観性を高めたいという観点からはレート呈示者を基準としたほうがよいと考えられますが、レート呈示者を基準とした場合には、レート呈示者間の信用状態の乖離をどう考えるのかといった問題が存在しますし、また、自行の状態をよく見せたいといった動機による不正操作の原因ともなります。プライムバンク間の取引を基準とした場合には、自行の状態をよく見せたいといった観点からの不正操作の動機はなくなります。

この点、Wheatley ReviewやIOSCO原則では、実取引データによる裏付けを重視する方向性が示されています。この結果、Wheatley Reviewでは実取引が乏しい通貨・テナーについてのLIBORの呈示はやめるべきであるとされ、実際にLIBOR改革の一環で呈示する通貨・テナーは大幅に削減されました。他方で、すべてを実取引に基づくものに移行することについては、金融危機の際のように市場が異常な動きをした場合における指標の継続性という問題や、通貨やテナーによっては実取引が乏しいものが少なくないといった問題があります。結局、IOSCO原則においては、実取引データを重視しつつも、それだけではなく、他の要素も考慮することができるが、優先順位をあらかじめ定めておくといったアプローチが採用されています。

これらの点は、一口に金融指標を示すといっても、なかなか簡単ではないということを示していると思います。

第1に大切な点は、指標がルールに従って算出・呈示されており、そのルールがわかりやすい形で利用者に対して示されていること、利用者が呈示されているレートの意味を理解でき、その理解どおりのレートが提供されていることにあると思います。LIBORの不正操作では、利用者に対して示されていたルールに従ってレートが算出されていませんでした。

次に、市場がどのような指標を求めるのか、より具体的には、実取引に即した客観性を重視した指標を望むか、継続性や網羅性ある指標を望むのかといった点が重要であるように思われます。両方が完全に満たされるのがベストということかもしれませんが、それは実際には難しいといえます。どの程度でバランスをとるのが最もよいのか、指標は1つが良いのか、複数のタイプの指標が存在したほうが望ましいのか、といった点は、理論的に決まるものではなく、市場のニーズ等に導かれるべきものであるように思われます。

### (3) 損害賠償請求訴訟

LIBOR等の不正操作に関しては、不正操作によって損失を被ったと主張する顧客等によって不正操作に関与した金融機関に対して損害賠償を求める多くの訴訟が欧米で提起されています。いくつかの代表的なものをお示しします。

- Graiseley Properties v Barclays Bank and Deutsche Bank v Unitech ([2013] EWCA Civ 1372)
- In LIBOR-Based Financial Instruments Antitrust Litigation, 935 F. Supp. 2d 666 (S.D.N.Y. 2013)
- Federal Deposit Insurance Corporation v Bank of America, et.al. (S.D.N.Y., 14 cv1757)

一番上の英国の訴訟は、デリバティブの不当販売に関する既存の損害賠償請求訴訟に、金利の不正操作の主張を追加することができるかどうか争われた事案です。控訴裁判所は、主張の追加を認めましたが、結局、和解が成立しています。

米国では、独禁法違反等を理由とする損害賠償請求訴訟が提起されましたが、独禁法違反の論点については、LIBORの呈示は価格競争のようなものではなく、LIBORの呈示行は競争を制限する行為をしているわけではないとして、退ける判断も出されています。

最近では、2014年3月に、連邦預金保険公社が38の破綻銀行の管財人として、LIBOR呈示行とBBAに対する損害賠償請求訴訟を提起して注目されています。訴訟では、債務不履行、不法行為、独禁法違反等が主張されています。

実体的な結論に至った裁判例はまだ見当たりませんが、当局の捜査結果が示していますように、メール等の記録から証明される不正操作の存在自体は争いにくく、損害および因果関係の主張立証がポイントとなるように思われます。ただ、

不正を行った銀行と顧客との間の取引において、銀行が顧客に対して LIBOR に連動して算出される金銭を支払うことになっていたような場合には、顧客側の主張が認められやすくなるといったこともあるように思われます。問題とされる不正操作や取引の具体的内容によって結論が左右されるということになるのではないのでしょうか。

#### (4) 指標の継続性

私法上の問題としては、改革前の指標に基づき金利を決定するとしていた契約が指標の改革によってどのような影響を受けるか、という問題もあります。かつて、欧州通貨がユーロに一本化される際に似たような議論がありました。この点について、日本では全銀協 TIBOR の運営機関が変更されていますが、TIBOR の定義や算出方法は変更されておらず、TIBOR は継続性を維持しており、契約への影響はないとの意見が表明されています。

#### (5) ガバナンス、カルチャー

不正操作が行われたのは1回や2回ではなく、また、1名や2名の限られた社員が行ったものではなく、銀行にもよりますが、10名から数十名の担当者、場合によっては、シニア・マネジメント層も関与し、数年にわたり継続的に操作が行われました。これは、ガバナンスが機能していないことを示すものと言わざるを得ないように思われます。また、金融危機に続き、LIBOR の不正操作がなされ、また、各種の金融商品の不当販売事例などが発生したことを受け、英国などでは、金融機関のカルチャーや体質それ自体が深刻な問題を抱えているのではないかと、そうしたカルチャーや体質を変えない限り、いくら組織をいじくっても無意味ではないか、個人の責任をもっと厳しく問うべきではないか、といった見方が強くなっているように思います。この点について、本報告で詳しく立ち入ることはできませんが、LIBOR 不正操作問題の本質は、そのような点にあるようにも思われます。

ご清聴ありがとうございました。

報告 2

## 金融指標に関する法律問題

## —TIBOR—

弁護士 和 仁 亮 裕

## 1 はじめに

ただ今ご紹介に与りました弁護士の和仁でございます。

私からは、今森下先生からご説明のありました2013年7月の IOSCO 報告書を受けて、どのような TIBOR 改革が行われたか、その過程で金融指標についてどのような諸問題が認識されたかを説明させていただきたいと存じます。改革の詳細は金融法務事情の記事（1999号19頁）をお読みいただければと存じます。そこで本日は、これとは少々異なった切口で論じてみたいと思います。また、時間の制約もあり、お手元のシラバスの構成とも若干異なっておりますが、お許しください。

なお、私は現在全銀協 TIBOR 運営機関（JBA TIBOR Administrarion, JBATA）の代表理事・理事長を務めておりますが、本日の報告はその就任打診前にお請けしていたものであり、全国銀行協会にはこの点についてご了承いただいております。そして、私の話は、当然ながら私個人の見解であって、JBATA その他の組織の見解ではありません。といて、JBATA 等の見解と違うことを言うつもりもありませんので、ご了解ください。（笑）

## 2 LIBOR 等不正操作をめぐる騒動からの教訓

## (1) 金融指標（金利指標を含む）の役割

日本円 TIBOR は、各リファレンス・バンク（呈示行）が、午前11時時点の本邦無担保コール市場におけるプライム・バンク間の取引を想定した場合に市場実勢とみなしたレートの平均値と定義されていますが（全銀協 TIBOR 行動規範1. (1)、他方、金融指標の定義は金融商品取引法（金商法）2条25項に定められており、「金融商品の利率」（1号）ということで TIBOR も含まれることになっていましたが、このような金利指標を不正操作しようとする行為は禁止されていませんでした。他方、有価証券に関連する指標については、以前から同168条により、不正操作が何人についても禁止されておりました。同じ金融指標について、なぜこの

ような差が設けられていたのでしょうか。

今回の LIBOR のスキャンダルでは、LIBOR が銀行の信用度合を反映するところから、操作の誘因の1つになったとも言われていますが、TIBOR はそのような機能は持っていません(にもかかわらず、円 LIBOR とともに TIBOR を操作しようとした不祥事は2件ありました)。なぜなら呈示行は、プライム・バンク間の取引を想定してヴァーチャルな利率を呈示すればよいのであって、自分の銀行の信用力を高く見せる余地がないからです。このようなシステムのもとでは、TIBOR という、金利指標の操作を法規制で縛る実務上の意味はなかったのかもしれませんが。しかし、今回の金商法改正では「特定金融指標」(2条35項)という概念を導入して、金融指標のうち、関連するデリバティブ取引または有価証券の取引の態様に照らして、その信頼性が低下することにより、日本の資本市場に重大な影響を及ぼすおそれがあるものとして内閣総理大臣が定めるものを選び出し、特定金融指標算出者に利益相反回避を中心とする行為規制をかけるとともに、金融商品取引業者等が、自己または第三者の利益を図る目的をもって、特定金融指標算出者に、根拠のない算出基礎情報を提供することを禁止しています。特定金融指標については、次のスピーカーである井上先生がお話しくださいます。利益相反回避という考え方が、業者または業界のレピュテーションを守るという色彩が強いのに対し、誤った算出基礎情報の流布による市場の攪乱行為が投資家の市場に対する信頼を失わせ、機能低下を引き起こすことを考えれば、金融指標一般について万人に原則不正操作禁止というアプローチを採用するほうが明快で、その上に利益相反禁止に基づくルールを作り上げたほうが簡潔だったと考えられます。

この様なアプローチを採れば、単独行為型、カルテル型を問わず、また、金利指標の実務上の操作可能性や、因果関係、発生した損害を論ずることなく、反社会的な不正操作行為の禁圧が可能となるのではないのでしょうか。もっとも、レギュレーターは、そのような規制は大掛りすぎるとして、水道の蛇口にあたる金商業者に規制をかければ十分と考えられたようですが、金商業者ではない者、例えば海外のヘッジファンドがこのような不正操作を企てることは十分考えられ、問題が残っていると考えられます。

## (2) 金利指標の定義

しかし、TIBOR や EURIBOR のようないわばヴァーチャルな金利に対し、IOSCO および FSB は各金利指標(「IBORs」といいます)ができる限り actual な

金利—実際の取引に裏付けられた金利—の使用, しかも望むらくは, 追加的に, 実質的にクレジット・リスクが存在していない取引についての金利指標との併用が理想であると考えているようです。

### 3 IOSCO 報告書

IOSCO 報告書は19の原則を掲げ, その概要は以下のとおりです。

すなわち, まず運営機関のガバナンスについて, ①指標決定の全般的責任を運営機関が負うこと(運営機関の全般的責任), ②運営機関が委託先等の第三者機関を監督すること(第三者機関の監督), ③運営機関が利益相反の特定, 開示, 管理または回避するための方針および手続を文書化, 実施, 強化すること(運営機関の利益相反), ④運営機関が指標を決定および公表するプロセスに対する適切な統制の枠組を構築すること(運営機関の統制の枠組み), ⑤あらゆる指標決定プロセスを検討して疑問を呈するという運営機関内部の監督機能を果たすこと(内部監督機能), があります。

次に, 指標の品質について, ⑥歪曲をもたらす要素を排除すべく信頼性の高い一般的要素を勘案した指標を設計すべきこと(指標の設計), ⑦指標の作成に使用するデータは需要と供給の競争原理によって決められた価格, レート, 指数または数値に基づき, かつ指標が計測する「価値」は市場の売手と買手の間の観測可能な独立当事者間取引によって裏付けられるべきこと(データの十分性), ⑧指標決定に使用されるデータの優先使用順位および使用される専門家の判断について明確な指針の策定(データインプットのヒエラルキー), ⑨指標決定過程の透明性の確保(指標決定の透明性), ⑩指標の算定方法の定期的見直し(定期的な見直し), が求められ, さらに算定手法の品質に関して, ⑪指標決定に使用する算定手法の文書化と公表(算定手法の内容), ⑫算定手法の重要な変更については, その根拠と変更手続を公表すること(算定手法に対する変更), ⑬市場構造の変化等の状況による指標の停止の必要性に関する明確な方針書や手続書の整備(移行), ⑭呈示者に係る指針の策定とその利害関係人に対する公表(呈示者に係る行動規範), ⑮運営機関が規制市場, 取引所等から直接データを収集する場合の, データ収集および送信のプロセスにおいて適切な内部統制を整備すること(データ収集に係る内部統制), が求められています。

最後に, 運営機関の説明責任について, ⑯不服処理に係る方針書の策定, 公表(不服処理), ⑰内部監査人または外部監査人の任命(監査), ⑱法律の要件に従っ

た記録文書の5年間の保存(監査証跡)、そして⑩本原則において要求される関連文書、監査証跡等の文書を規制当局が容易に利用できる状態にして、要請があった場合には迅速に提出すること(規制当局との連携)、が掲げられています。

この原則の方向性については、理論的には反論の余地がないもののように見えますが、実務に落とし込んでいくと、架橋できない現実とのギャップがかなり見つけられます。また、IOSCOは“One size fits all.”ではないと言っていますが、その後のReviewに基づくIOSCOやFSBの報告書を読む限り、同じ基準で世界を規制していこうという意向が明らかのように感じられます。レギュレーターにとっては、そのほうが楽なのかもしれませんが、各地域の市場参加者としては負担が大きくなるという問題があります。

もう1つ、注意しなくてはならないのは、IOSCO報告書は、様々な関係者の利益相反の回避態勢の構築を要求していますが、その前提には、先ほど申し上げましたように、金利指標の不正操作行為をそもそも違法とするシステムが存在していることが前提になっていると考えられます(例えば英国)。IOSCO報告書を日本の法制度に忠実に反映させようとする場合には注意する必要があると考えます。

また利益相反は利害相反と異なることも留意すべきでしょう。当事者間の利害が相対立している状況(例えばTIBORローンの貸主と借主)が生じるからといって利益相反管理体制を構築してこれを回避すべき論じるのはおかしいですし、利益相反という場合には、正当な法的利益と正当な法的利益が衝突する場合を論じるべきであって、正当な法的利益と不当な利益が衝突する場合には、前者を優先すれば済む話ではないでしょうか。ここでの概念整理も大切な作業だと考えます(注)。

さらにIOSCO報告書は、実際の取引の裏付けがある取引(「観測可能な取引」という言葉が用いられています)に、呈示される金利が基くことを求め、Expert Judgement(「専門家判断」と訳されています)をできる限り排除しようとしています。しかし、観測可能な取引が存在しないにも拘らず金利を呈示しなければならない場合がありますし、そもそも市場金利を呈示するにあたっては、呈示者が市場の動きをどう見ているか、観測可能な取引を踏まえた上で、想定される資金取引の相手の信用をどう考えるのかという専門家としての判断要素が加わるのが一般ですし、金利指標を使う側もそれを予定しています。IOSCOやFSBのNew Dealer達は、その様な主観的要を排除したものが期待されるいわば無菌状態の

「金利指標」と考えているようですが、この様な理論のみに対応する形で市場および市場参加者が行動しているとは思えません。

#### 4 TIBOR 改革

##### (1) その内容

具体的内容については、私の金融法務事情の論考の24頁以下をご参照ください。外観上は、TIBORの運営機関が全国銀行協会から切り離され、100%子法人のJBATAが設立されました。TIBORの算出される期間(テナー)も13種類から6種類に減らしました(実施は2015年4月1日からですが)。また、利益相反問題に配慮した、全銀協TIBOR業務規程や全銀協TIBOR行動規範が制定されています。自主評価も2014年7月4日付で行いました。JBATAのガバナンスの特徴は、監視委員会です。単にJBATAの業務執行を監督するばかりでなく、運営機関の全般について、調査・確認を行い、提言することもできます。

##### (2) IOSCO 報告書

しかし、2014年4月11日を基準日とするIOSCO原則の実施状況に関する報告書(「EURIBOR・LIBORおよびTIBORの運営機関による金融指標に関するIOSCO原則の実施状況の評価」(2014年7月22日付))によれば、TIBORは原則6(指標の設計)、原則7(データの充分性)および原則9(指標決定の透明性)については、改善が必要とされています。改善を求める根拠は、一義的には実取引のみに基づくべきものであるのにそれが行われておらず、専門家判断がかなりの場合で用いられていることにあります。

この実取引のデータの収集については、現在、作業が行われているようですが、短期取引はともかく、従来から取引数が少ないと言われている長期取引について、どこまでIOSCOの要求を満たす実取引のデータが集まるかは、予断を許さないとされています。しかし、ここでデータの蓄積・構築ができれば、原則7と原則9は何とかクリアできるかもしれません。他方原則6は、イデオロギーの問題でもあり、解決するのはなかなか難しいと思われます。1998年まではLIBORの指標設計思想(LIBORの定義)は、実はTIBORの指標設計思想と同じものだったのですが、現在の実取引を重視するLIBORであっても、IOSCOからは、データによる裏付けが不十分と指摘されているのです。

##### (3) FSB 報告書「主要な金利指標の改革」

IOSCO報告書と同じ日に公表されたFSBの報告書は、もし、「銀行信用リスク

を含んだ金利指標」（「IBOR+」と呼ばれています）と「銀行信用リスクを含まない金利指標」（New Index とここでは呼びます）の2種類の金利指標があれば、市場参加者に、経済的必要性に応じた選択の幅を広げ、単一の金利指標に異存しないで済むようになると提案しています。IBOR+のほうは、原則として実取引により裏付けられる銀行間取引についての金利指標であることを想定しているのに対し、New Index のほうは、銀行信用リスクを含まないデリバティブ取引等のための金利指標であり、おそらく OIS や短期国庫証券の流通市場金利に基づいたものにならざるを得ないと考えられます。IBOR+のほうは銀行業界で決めることは可能と考えられますが、New Index は証券等の他の業界も巻き込まないと指標の設計方針を決めることはできないと考えられます。もっとも、このFSB報告書の思想でも、銀行信用リスクを含んだ取引についてはIBOR+のみ、銀行信用リスクを含まない取引についてはNew Index のみということになりますから、利用者にとって選択の幅がそんなに広がっているとも言えないのではないかという感じもします。

## 5 TIBOR の今後

以上お話ししたようにTIBOR改革はまだ進行中で、これからがヤマ場だという感じもしますが、IOSCO報告書、FSB報告書に従った内容のTIBORが出来たとした場合(TIBOR+になりますが)、それが現在のTIBORの定義と異なった内容のものになってしまい、法的にTIBORの連続性がなくなるのではないかという問題があります。取引当事者、金融業界、レギュレーターとも、そのような結果は望んでいませんが、定義の変更だとされてしまったら取引上大混乱が生じるでしょう。他方、New Index は、そもそも何も金融指標がないところに新指標を導入するのですから問題はないのですが、既存指標の改革にこの法的な定義の問題は常に付きもので、LIBORの改革でも運営機関がBBAからICE Benchmark Administrationに変わったことをめぐって、既に問題になっています。

今のTIBORをTIBOR+に変容するには、実取引をベースにしなければなりません。実取引がない場合、他の市場の実取引を参照することは許されると考えられますが、どうしても専門家判断を利用しなくてはならないのではないかと考えられます。現在のTIBORの定義を変えずに実態を改革するというのは、非常に険しい山道を迎って峠を超えるような作業です。LIBOR、EURIBORの各運営機関もこの問題では苦勞しているようです。

また TIBOR については、呈示行にとって、どんどん負担の多いシステムになってきています。利益相反回避態勢の導入、外部監査の導入等で呈示行が被る費用増は大きいものです。TIBOR の利用者だからというだけの社会貢献意識で、いつまで呈示行の役割を各行が果たしていくことに意義を見出すことができるのかというのは大きな問題です。今の TIBOR では、呈示行の辞退については、法的制限は存在していません。英国では Fair Conduct Authority が命ずれば、銀行はレート呈示しなくてはならない仕組みになっているそうです。TIBOR の呈示行になったら、どのようなメリットが生じるのか、呈示を強制すべきか、レギュレーターも含め、業界として一度考える必要があるかもしれません。

IOSCO 報告書で求められているように、TIBOR のさらなる改革について、JBATA は本年12月にはアクションプランを出す必要があります。New Index にも目配りする必要もあるでしょう。JBATA の挑戦はまだまだ続きそうで、なかなか息が抜けない状態です。

以上で私の報告を終わりますが、グローバルな規制改革とローカル・マーケットの既存規制の衝突の問題の解決には非常に多くの時間と労力が必要です。グローバルという言葉が最近使われているようですが、お金がどんどん国境を越えて移動していくにもかかわらず、各金融市場自体の特色が強く残っている現在、グローバルな規制の実現はなかなか難しいと考えられます。検討を必要とする金融指標は金利だけに限られません。為替もヨーロッパでは大きな問題になっています(WM/Reuters)。そして、この問題に関する改革により、相対取引を前提とした今までの銀行取引に、多数の相手方との取引を前提とした金商法のルールがどんどん適用されるようになり、銀行実務も変容すると考えられます。その意味では難問山積です。しかし、複数の法規制の衝突とその解決という法社会学的見地から見た場合、非常に面白い現象が生じていると考えられます。そして、その衝突の解決策として、ハード・ローではなく、ソフト・ローが果たす役割の大きくなっていくのではないかと私は感じております。

ご清聴ありがとうございました。

#### 〔注〕

後の質疑応答において、私が売買のような場合においては、利害相反関係が存在するだけであり、利益相反関係は存在しないと述べたところ、司会の岩原教授

から会社法356条1項2号の場合のような場合であれば、売買であってもやはり利益相反は存在しているのではないかというご指摘を受けた。質問と回答がうまく噛み合っていないきらいがあるが、契約の一方当事者が、他方当事者から、信頼関係に基づく何等かの裁量を与えられていれば、そこで利益相反問題が発生するのは当然である。その意味で契約類型のみで単純に割り切るのは危険かもしれないが、私は、ここではそのような信頼関係の存在しない、独立当事者間の取引を想定して利益相反管理体制の構築の必要の有無を議論していることをご了解いただきたい。

## 報告 3

### 金融指標に関する我が国の法規制

弁護士 井上 聡

#### 1 はじめに

ただ今ご紹介いただきました弁護士の井上聡と申します。本日は、このような機会を与えていただき、たいへん光栄に存じます。金融指標に関する法律問題としては、森下報告と和仁報告により十分にカバーされていると思っておりますが、私は、補足的に、改正金商法に基づく法規制の内容を簡単にご紹介したいと存じます。既にご存じの方も多しいと思ひますし、法律上の論点を深く掘り下げるような話ではございませんが、どうぞよろしくお願ひいたします。

既に森下報告・和仁報告にもありましたように、LIBOR の不正操作事案を受けて、各国で金融機関に対する調査・処分が行われる中、昨年7月、証券監督者国際機構、通称 IOSCO は、いわゆる「IOSCO 原則」を公表しました。このような国際的動向等を踏まえ、我が国においても、金融指標に関する規制の枠組みについて技術的・実務的な検討を行うことを目的として、昨年11月、金融庁に「金融指標の規制のあり方に関する検討会」が設けられ、年末にはその検討結果が取りまとめられました。

その後、今年の5月になって改正金商法が成立し、その一環として、後掲資料1に記載されているとおり、金融指標に関する法規制が導入されるに至りました。この改正は、公布の日から1年以内の政令で定める日から施行されることになっています。本日は、この資料をときどき参照しながら、報告を進めてまいります。

#### 2 金商法改正の概要

##### (1) 法規制に関する基本的考え方

先ほどの検討会の取りまとめによれば、新たな規制の導入にあたっては、現に算出されている金融指標の機能が損なわれることのないよう、継続性に配慮しつつ、我が国金融・資本市場において金融取引の基礎として幅広く使用される特定の金融指標の正確性・信頼性の確保を目的とすることが適当であるとされています。また、既に国際的なコンセンサスが得られている IOSCO 原則の遵守の確保を基本としつつ、英国規制・欧州規制案との整合性にも留意しながら検討すること

が適当であるとされています。これらの点にはおおむね異論がないように思われますが、実務家としては、国際ルールにびったり整合するかどうかよりも、現に算出されている金融指標の機能が損なわれることのないように継続性が確保されるかどうかのほうが気になるところです。

検討会では、規制の態様として、規制の主たる契機がデリバティブ取引に係る不正事案であったことや、上記の規制目的が金融商品等の公正な価格形成等の金商法の目的と整合的であることから、金商法に規制を設けることが適当であるとされました。また、規制の中心的な対象主体としては、金融指標の算出・公表を行う者とするのが適当だとされています。

## (2) 特定金融指標算出者に対する規制

そこで、まず、金商法に基づく特定金融指標算出者に対する規制を概観します。後掲資料1のうち、左側3分の2くらいの部分をご覧いただきながら、適宜、後掲資料2の改正条文をご参照いただければと思います。

### a 特定金融指標（金商法2条40項）

まず、改正金商法2条40項によれば、金商法2条25項に定義される金融指標のうち、その信頼性の確保が必要なものを、「特定金融指標」として内閣総理大臣が定めることとされています。金融指標は、株価指数など、市場取引等の結果「機械的に決定される指標」と、金利指標など、金融機関等の呈示に基づき算出される「呈示ベースの指標」の大きく2つのタイプに分けることができます。このうち、「呈示ベースの指標」については、呈示データが恣意的に操作される余地がありますから、規制の必要性がより高いと考えられます。そこで、検討会では、まずはTIBORを規制対象とすべきこととされました。

### b 特定金融指標算出者の指定等（金商法156条の85、156条の86）

次に、改正金商法156条の85第1項によれば、内閣総理大臣は、特定金融指標の算出・公表業務、これを「特定金融指標算出業務」といいますが、特定の者が行う特定金融指標算出業務の適正な遂行を確保することが公益または投資者保護のため必要であると認められるときは、当該特定の者を「特定金融指標算出者」として指定することができます。この特定金融指標算出者が、金商法の規制を受けることとなります。

このように、金商法に基づく特定金融指標算出者に対する規制は、金融指標の算出・公表業務を行う者すべてに許認可、登録または届出等を求めるものではあ

りません。また、特定の者が算出・公表するすべての金融指標を対象とするものでもありません。金融指標のうち信頼性の確保が必要なものについて、それを算出・公表する者のみを個別に特定金融指標算出者として指定し、特定金融指標との関係でのみ規制するものです。これは、金融指標によって、その利用の態様や範囲には様々なものがあることに照らし、規制の対象を個別に限定しようとするものと考えられます。

### c 業務規程の認可（金商法156条の87）

また、改正金商法156条の87によれば、特定金融指標算出者は、指定を受けてから一定期間内に、業務規程を作成し、内閣総理大臣の認可を受けなければなりません。この業務規程には、特定金融指標の算出および公表に関する方針および方法に関する事項や、その業務管理体制に関する事項や、災害等により特定金融指標の算出が中断するおそれが生じた場合に関する事項等が記載されるとともに、「情報提供者」が遵守すべき行動規範や、情報提供者との間の契約の締結に関する事項も記載されます。ここで、情報提供者とは、TIBOR について言えば、呈示行またはレファレンス・バンクと呼ばれる金融機関を意味します。

特定金融指標算出者は、認可を受けた後は、その定めるところにより特定金融指標算出業務を行わなければなりません。

業務規程を認可の対象とし、その作成および遵守を義務付けたことは、特定金融指標算出者に対する金商法上の規制の中核をなすものです。そこには、特定金融指標算出者の特定金融指標算出業務の方針・方法や体制に関する規制のほかに、情報提供者に遵守させるべき行動規範も取り込まれていますから、特定金融指標算出者に対する直接的な規制とともに、情報提供者に対する間接的な規制が含まれる結果となっています。なお、業務規程の記載事項の詳細は、今後、内閣府令において定められることとなりますが、おそらく IOSCO 原則をある程度反映するものとなることが予想されます。

### (3) 情報提供者（呈示者）に対する規制

次に、金商法に基づく情報提供者、すなわち呈示者に対する規制の概要を確認しておきます。後掲資料1の右下の部分をご覧ください。

#### a 不正呈示の禁止（金商法38条7号，198条2号の3）

1つ目は、不正呈示の禁止です。改正金商法38条7号によれば、金融商品取引業者等またはその役職員は、自己または第三者の利益を図る目的をもって、特定

金融指標算出者に対し、特定金融指標の算出に関し、正当な根拠を有しない算出基礎情報を提供することが禁じられます。これは、情報提供者が金融商品取引業者または登録金融機関である場合に限り、算出基礎情報の提供行為について、金商法に基づく行為規制を及ぼすものです。

b 行動規範を通じた間接規制（金商法156条の87第2項3号および4号）

2つ目は、先ほど述べました行動規範を通じた間接規制です。改正金商法の施行に伴い特定金融指標算出者となることが見込まれる全銀協 TIBOR 運営機関の行動規範は、情報提供者であるレファレンス・バンクに対し、まず、TIBOR の定義に基づくレートの開示を求めています。次に、適切なレート開示のため、あるいはレート開示に係る利益相反を管理するためなど、いくつかの目的を達成するために、適切な態勢整備を求めています。そのほか、社内外において正当な理由なく開示内容に関し情報を交換することの禁止等を定めています。

(4) IOSCO 原則への適合性

a IOSCO レビューの公表

以上、改正金商法に基づく新たな規制を概観しましたが、通し頁の44頁の右上の部分にもあるように、これは、IOSCO 原則に適合するように設計され、解釈されることが予定されています。具体的には、算出者の業務規程によって IOSCO 原則への適合性を確保することになります。また、先ほど和仁先生からお話がありました。今年7月には、EURIBOR、LIBOR および TIBOR の算出者による IOSCO 原則の実施状況の評価、いわゆる IOSCO レビューが金融安定理事会、通称 FSB から公表されました。そこでは、不正を防ぐにはどうしたらよいかという観点から、算出者や情報提供者の裁量やインセンティブをなくしていく方向が打ち出されています。その結果、マーケットが求める金融指標の安定性への配慮がやや後回しになっているような印象もあります。本日はその内容には立ち入りませんが、IOSCO 原則のうちいくつかについて、金商法に基づく規制がそれらにどう対応しようとしているかを概観します。

b 算出者の利益相反およびガバナンス

IOSCO 原則の原則3は、算出者に対し、利益相反を特定、開示、管理、軽減または回避するための方針および手続の文書化および実施を求め、原則4は、利益相反の管理を含むいくつかの目的に資するガバナンスの枠組みの構築および公表を求めています。これらの原則に関しては、金融指標の算出および公表にあたり、

「どのような利益相反が問題となるか」がまず問題となります。

一般論としては、ある行為者について、当該行為者が誰かに対し契約等に基づいて信託義務を負っているにもかかわらず、その誰かの利益を害する、すなわちその誰かを裏切るインセンティブが存在しているときに、利益相反が問題となります。しかし、金融指標の算出者は、一般に、金融指標の利用者、金融・資本市場の運営者または市場参加者等との間で金融指標の算出および公表を公正に行う信託義務を負担する契約を締結しているわけではありませんし、その犠牲のもとに自らが何か利益を得るようなこともありません。金融機関が顧客との委任契約や信託契約などに基づき信託義務を負い、利益相反を管理または回避しなければならないとは異なる面があります。

この点、IOSCO 原則の原則 3 は、契約によってではなく、算出者の所有構造や支配関係によって、あるいは職員その他の関係者が金融指標の決定に関して有する利害関係によって、利益相反が生ずることを問題にしています。そこでは、算出者は、金融指標の利用者、金融・資本市場の運営者または市場参加者等の利益を犠牲にしてはならない法的義務を負っていることが前提となっているように思われます。このような問題を利益相反の問題として捉えることの評価については和仁報告に譲りますが、金商法は、特定金融指標算出者に対し業務規程の作成および遵守を義務付けることにより、金融指標の利用者や金融・資本市場の利益を守ろうとしていると考えられます。

a 指標の品質（指標の設計、データの十分性、指標決定の透明性等）

IOSCO 原則の原則 6 によれば、金融指標は、計測する価値の経済実態を示すように設計され、数値の歪みを生じさせる要素を排除するものでなければなりません。このような観点から、原則 7 により求められるデータの十分性や原則 9 により求められる指標決定の透明性を前提として、金融指標の設計に際し、どのような要素を考慮すべきかを検討する必要があります。さらに、原則 8 によれば、これらの要素に係るデータをどのような優先順序で考慮すべきかの指針を策定しなければなりません。とくに、呈示ベースの金融指標に関しては、観測可能な実取引データにどの程度の優先性を置くかが、設計上の重要な問題となるように思われます。

実取引データの利用については、データが十分に存在し、指標決定の透明性が確保されている場合には、利用データの観測可能性を高め、指標決定の客観性を

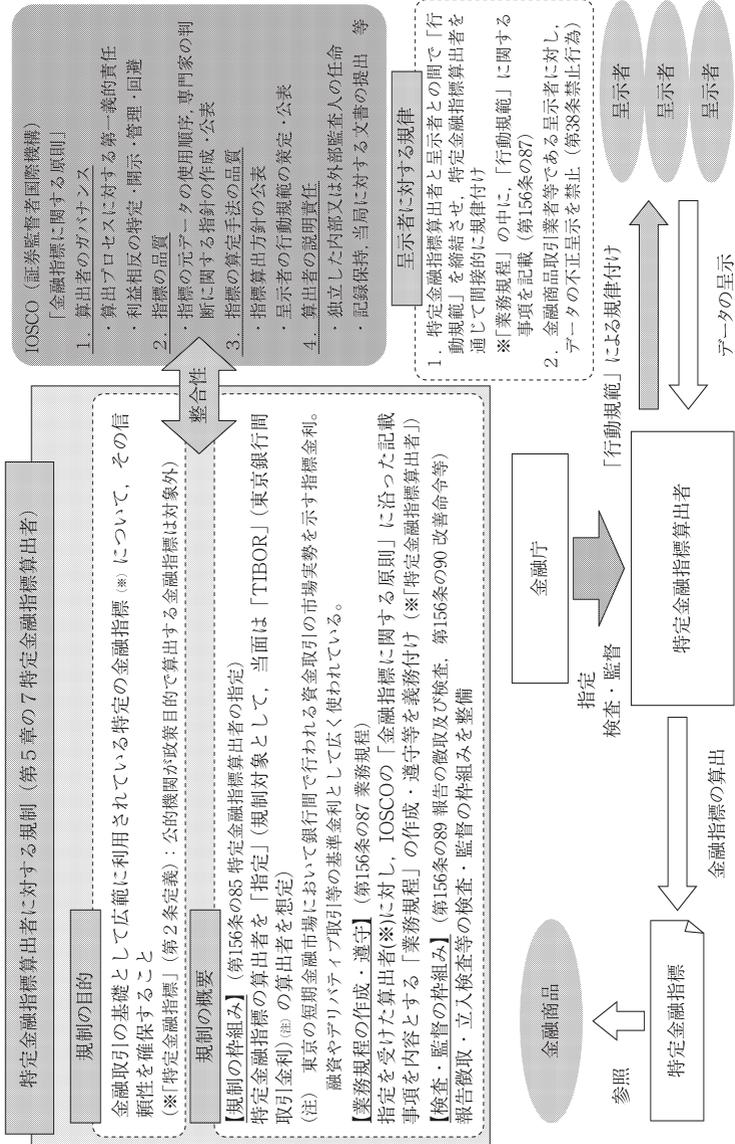
確保し、不正を防止することに資するというメリットがあります。しかし、その反面、取引の個別性、例えば具体的な取引条件や個別の当事者の置かれた状況による影響を受けやすいため、例外的な状況下で形成され、市場の感覚から乖離した数値が一人歩きしかねないというデメリットもあります。この点、最近の国際的動きを見ておきますと、不正を許さないことを最優先するあまり、金融機関や算出者の裁量をなくすことが目的化してしまい、金融危機のような状況に対し、脆弱な指標となってしまうのが気になるところです。金商法は、この点について確定的な態度決定をしていませんが、監督当局が、IOSCO 原則に照らし、IOSCO レビューを踏まえつつも、実務への影響も勘案して、行動規範を含む業務規程の認可を通じて適切に対応することが期待されます。

### 3 おわりに

以上、金融指標に関する法規制について、今般の金商法の改正を中心に、多少の私見を交えて概観してみました。今後、新しい規制の枠組みのもとで、金融指標の機能と信頼性がともに増していくような制度運営を期待して、私の報告を終えたいと思います。

ご静聴ありがとうございました。

金融指標に係る規制の導入（第2条第40項、第38条、第5章の7関係）



【図表1】

(定義)

第二条 (略)

2 39 (略)

40 この法律において「特定金融指標」とは、金融指標であつて、当該金融指標に係るデリバティブ取引又は有価証券の取引の態様に照らして、その信頼性が低下することにより、我が国の資本市場に重大な影響を及ぼすおそれがあるものとして内閣総理大臣が定めるものをいう。

(特定金融指標算出者の指定)

第百五十六条の八十五 内閣総理大臣は、特定金融指標算出業務（特定金融指標の算出及び公表を行う業務をいう。以下同じ。）を行う者の特定金融指標算出業務の適正な遂行を確保することが公益又は投資者保護のため必要であると認められるときは、当該者を特定金融指標算出者として指定することができる。

2 内閣総理大臣は、前項の規定による指定（以下この章において単に「指定」という。）をしたときは、書面により、その旨及び指定に係る特定金融指標の名称を特定金融指標算出者に通知しなければならない。

3 内閣総理大臣は、指定をしたときは、特定金融指標算出者の商号、名称又は氏名及び本店又は主たる営業所若しくは事務所（外国の者にあつては、国内に営業所又は事務所があるときは、国内における主たる営業所又は事務所を含む。次条第一項第四号において同じ。）の所在地並びに指定に係る特定金融指標の名称を官報で公示しなければならない。これらの事項に変更があつたときも、同様とする。

4 内閣総理大臣は、特定金融指標算出者について指定の理由が消滅したと認めるときは、当該指定を取り消すとともに、書面により、その旨を当該特定金融指標算出者に通知しなければならない。

5 内閣総理大臣は、前項の規定により指定を取り消したときは、その旨を官報で公示しなければならない。

6 特定金融指標算出業務を行う者が特定金融指標算出業務について外国の法令に基づいて外国の行政機関その他これに準ずるものの適切な監督を受

けていると認められる者として内閣府令で定める者である場合には、第一項の規定にかかわらず、内閣総理大臣は、指定をしないものとする。

#### (書類の届出)

第百五十六条の八十六 特定金融指標算出者は、指定を受けた日から政令で定める期間内に、次に掲げる事項を記載した書類を内閣総理大臣に届け出なければならない。ただし、特定金融指標算出者が当該期間内に指定に係る特定金融指標算出業務を廃止した場合は、この限りでない。

- 一 商号、名称又は氏名
  - 二 法人であるときは、資本金の額又は出資の総額
  - 三 法人であるときは、役員の名又は名称
  - 四 本店又は主たる営業所若しくは事務所の名称及び所在地
  - 五 その他内閣府令で定める事項
- 2 前項の書類には、定款、登記事項証明書その他の内閣府令で定める書類を添付しなければならない。
  - 3 前項の場合において、定款が電磁的記録で作成されているときは、書類に代えて電磁的記録(内閣府令で定めるものに限る。)を添付することができる。
  - 4 特定金融指標算出者は、第一項各号に掲げる事項について変更があつたときは、内閣府令で定めるところにより、その旨を内閣総理大臣に届け出なければならない。

#### (業務規程)

第百五十六条の八十七 特定金融指標算出者は、内閣府令で定めるところにより、特定金融指標算出業務に関する業務規程を定め、指定を受けた日から政令で定める期間内に内閣総理大臣の認可を受けなければならない。

- 2 前項の業務規程は、次に掲げる事項その他の内閣府令で定める事項を内容とするものでなければならない。
  - 一 特定金融指標の算出及び公表に係る方針及び方法に関する事項

- 二 特定金融指標算出業務を適正に遂行するための業務管理体制に関する事項
- 三 特定金融指標算出者に対して算出基礎情報（第三十八条第七号に規定する算出基礎情報をいう。第百五十六条の八十九第二項において同じ。）を提供する者（次号及び同項において「情報提供者」という。）が遵守すべき事項（同号において「行動規範」という。）
- 四 情報提供者との間の契約（行動規範に係るものを含む。）の締結に関する事項
- 五 特定金融指標算出業務の委託に関する事項
- 六 特定金融指標算出業務に係る監査に関する事項
- 七 特定金融指標算出業務に係る説明書類の公衆縦覧に関する事項
- 八 特定金融指標算出業務の休止又は廃止に関する事項

（禁止行為）

第三十八条 金融商品取引業者等又はその役員若しくは使用人は、次に掲げる行為をしてはならない。ただし、第四号から第六号までに掲げる行為にあつては、投資者の保護に欠け、取引の公正を害し、又は金融商品取引業の信用を失墜させるおそれのないものとして内閣府令で定めるものを除く。

一～六 （略）

七 自己又は第三者の利益を図る目的をもって、特定金融指標算出者（第百五十六条の八十五第一項に規定する特定金融指標算出者をいう。以下この号において同じ。）に対し、特定金融指標の算出に関し、正当な根拠を有しない算出基礎情報（特定金融指標の算出の基礎として特定金融指標算出者に対して提供される価格、指標、数値その他の情報をいう。）を提供する行為

八 （略）

第百九十八条 次の各号のいずれかに該当する者は、三年以下の懲役若しくは

は三百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

一ノ二の二 (略)

二の三 第三十八条第七号又は第六十六条の十四第一号への規定に違反した者

二の四 (略)

三ノ八 (略)

## 質疑応答

岩原司会 お待たせいたしました。それでは、セッションを再開したいと存じます。

多くの皆様からご質問をいただきまして、誠にありがとうございます。和仁先生へのご質問が非常に多いのですが、まず、報告順に森下先生に関わることについて、お答えいただきたいと思います。

それでは、森下先生に、ご質問者のお名前と所属を読み上げていただいて、それからご質問を読み上げていただき、そしてお答えいただくことにさせていただきます。お願いします。

森下 日本銀行金融研究所の江川絵里様からご質問をいただきました。どうもありがとうございました。「LIBOR に関して競争法違反となるか否かについて、欧州委員会と米国裁判所で判断が分かれた理由は何でしょうか。すなわち2013年12月4日、欧州委員会は LIBOR 等に関連する金利デリバティブ商品に係るカルテルを行っていたとして、欧州の6金融機関に対し、総額17億ユーロの制裁金を科しました。一方、米国では裁判所の判断においても独禁法違反の主張が退けられるなど、LIBOR の問題を競争法違反とすることに消極的な姿勢が見られるように思います。このように、LIBOR の問題を競争法違反とするか否かにつき、各国当局間で判断が分かれているのはなぜでしょうか。金融規制の領域に競争法が踏み込むことについての考え方の違いが反映されているのでしょうか」。

大変鋭いご質問をありがとうございました。確かに米国においては、先ほどもお報告で申し上げましたように、独禁法違反とはならない、そういう問題ではないという判断が出ているのに対して、ヨーロッパではカルテルという形で摘発するような事例がございました。このご質問に直接、今はっきりとお答えする能力と理解を持ち合わせておりませんので、この点につきましては、私自身もこれから研究してまいりたいと思います。例えば、先ほどご紹介申し上げました FDIC の訴訟などにおいては、依然としてシャーマン法違反という形での主張もなされておりますので、もう少し今後様子を見ていく必要があるようにも思います。そのような点も含めて、今後の課題としてお許しをいただければと思います。申しわけございません。

もう1点ですが、平良耕作様からでございます。ありがとうございました。

「IOSCO 報告および金融庁の金商法改革資料を見ると、どのような法的構成によるにせよ、金融システムの安定という公的な利益を守りたいという意図がうかがえるように思える。金融指標の不正操作がこうした利益を損ねた事例は存在するのか。また、どのようなロジックで、不正操作は金融システムを脅かし得ると説明されているのか」ということでございます。

実際に、この LIBOR の不正操作によって、金融システムが経済的な意味、あるいは金銭的な意味で、大きく揺るがされた事例があったとは言い難いのではないかとこの気はいたします。しかしながら、金融危機以降、ただでさえ金融機関の行動に対して不信感が募ってきたところ、さらにもう 1 つ不正を働いたということで、金融システムを構成するプレーヤーに対する一般的な信頼感を大きく損ねたということが言え、当局は、それは看過し難いと考えたのではないかと思います。「ズル」をするプレーヤーたちが跋扈しているマーケットであるというように、プレーヤーに対する基本的な信頼感が損なわれた。1 つの金融機関が破綻しそうになったという形での金融システムに対するダメージというよりも、プレーヤーや市場に対する一般的な信頼が損なわれたという形での金融システムに対するダメージというものを重視していて、それは看過できないという点が、背景にあるのではないかとこの理解を私はいたしております。ご質問をありがとうございます。

岩原司会 江川さん、平良さん、よろしゅうございますか。

それでは、次に和仁さん、大丈夫ですか。

和仁 私はもう少し、時間をいただけますでしょうか。

岩原司会 では、井上先生に先にお答えいただきたいと思います。井上先生には、南波様と本多正樹様からご質問をいただいております。それでは、よろしくお願いたします。

井上 どうもありがとうございます。私には、香港上海銀行の南波様からご質問をいただいております。読み上げますと、「新しい規制のもとで呈示金融機関となることについての積極的な意味についてどのように考えられるでしょうか」というご質問でございます。JBATA の監視委員をやっている身としては非常に難しいご質問だと感じます。ご質問の底にある感覚なのかもしれませんが、呈示行は呈示によって何か利益を得られるわけでもなく、ある意味、ボランティアでやってきたことについて、急に規制が厳しくなって非常に大きな負担になりつつあ

るということで、その呈示を続けることについて、インセンティブというより、むしろディスインセンティブが高まっている状況だと理解しております。もともと、リファレンスバンクになるということは、リファレンスバンク、イコール、プライムバンクではないにしても、一流の金融機関であることの証であるという一般的認識があって、名誉あるいはステータスとして、呈示行は相応にプラスを感じている状況だったと思いますし、そういう状況は、今も存在し、今後も残っていくだろうと思います。ですので、そういうプラス面を大幅に超えるマイナスを生じさせることにならないように、よい制度運営ができればと考えます。ただ、それがどうしても難しいとなると、先ほどの和仁先生のご報告にありましたような「義務付け」という動きが出てくる可能性もなくなるので、そういう方向にならない範囲でよい制度として運営できればというのが、私自身の今の感想でございます。きちんとした回答にはなっておりませんが、ご容赦いただきたいと思っております。

次に、東京国際大学の本多先生からのご質問でございます。「実際にレートの呈示者であるリファレンスバンクが金商法上の登録金融機関でないことはあり得ないかもしれませんが、理屈としては、インターバンク取引は証券取引ではないので、規制対象として登録金融機関に限定するのはおかしいのではないか」というご質問をいただいております。金融指標のうち金利指標に関する限りは、實際上、呈示しているのはリファレンスバンク、すなわち銀行ですので、銀行法による規制もあり得るかもしれません。しかし、今回の規制は、呈示行が金利指標を操作して、銀行業務における直接の相手方、すなわち顧客に害を与えることを問題にしているのではなくて、あくまでも世の中で信頼されて使われている金融指標の公正を確保することを通じて、呈示行とは無関係に行われるデリバティブ取引等の当事者の利益を保護し、最終的には金融システムにつながる市場の利益を保護しようということですので、法益としては金商法で捉えるということだろうと思います。その上で、算出機関に対する直接規制や行動規範を通じた呈示行に対する間接規制に加えて、金商法上の業者規制として、登録金融機関を捉まえて規制の対象にしたというのが今回の規制です。それは、規制の仕方としてやや部分的すぎるのではないかとご指摘ではないかと思っております。これに対し、より一般的な、株価と言えば株価操作規制のような不正行為規制を盛り込むことも考えられます。今回は、そういう登録金融機関に対する規制とは離れた形での規制の仕

方をせずに、基本的には金商法の枠組みに基づいて、金商法上の監督のもとで、その範囲で業者規制を導入しています。全体としては、算出者に対する直接規制をメインにして、行動規範を通じてすべてのリファレンスバンクに対する間接規制を行うことにより、目的は達成しているという考え方だと思います。

実は、今、横から1枚追加で質問をいただいたのですが、これは和仁先生の後でもいいでしょうか。では、和仁先生にいったんバトンタッチしたいと思います。

和仁 6通いただいております。ありがとうございます。順番にお答えしていきますが、まず、西村あさひ法律事務所の松尾先生から、ご質問をいただいております。「今回の規制根拠法としては、銀行法、金商法、新法と、いろいろな方式が考えられますが、銀行法ではなく金商法を選択し、現実的な方策として新法を選ばなかったのだと思いますが、この点はいかがでしょうか」というご質問です。ありがとうございます。私は今回のルールを作るときに、全銀協側の代理人を務めておまして、そのときに出了たコメントとしては、銀行法だけをいじるのは非常に手間がかかるのではないかと。たまたま、今回、金商法を改正しているので、金商法の改正の中に一緒に併せてやったほうがいいのではないかとということでした。松尾先生のご質問のお答えになっているかどうかわかりませんが、最初は、私どもは銀行法の改正を想定して作業を開始していましたが、途中から金商法の改正ということになり、後は池尾和人先生が座長を務められました、金商法の改正に関する有識者会議にご議論をお願いして、今の金商法の条文が出来上がったと理解しております。金融審議会を開くには時間が足りなかったと承っております。

次に、三菱UFJ証券ホールディングスの矢口様からいただいたご質問です。代替的指標（無リスク金利指標）について、私が「証券等の関係業界の参加が必要になる」と書いているが、FSBの報告書において、円に係る無リスク金利指標の候補として提示されたのは、以下のとおりと整理される。①無担保コールの翌日物金利、それから②割引国債の流通市場利回り、それから③OIS（Overnight Indexed Swap）。しかし③のOISは、市場規模が限定的なため、最終的に候補外となっている。FSBは明確に、①の日銀から公表される無担保コール翌日物金利を推していると認められる。また、②の割引国債の流通市場利回りについては、証券会社等が協力して実取引データを集計する作業が、これから必要となる。①の無担保コール翌日物金利という、有力候補があるにもかかわらず、そのような作

業をするのは無駄ではないかと思われるが、私の観点からどのように考え方を整理しているのかというご質問です。ありがとうございます。

私は、FSBの報告書を見た限りでは、読み方が間違っているのかもしれないけれども、無担保コール翌日物金利がNew Indexの候補だと推されているとは読めなかったです。勉強が不十分なのかもしれません。無担保コールの翌日物金利は、果たして本当に無リスク金利なのか、クレジットリスクフリーなのかというと、よくわかりません。無担保コール翌日もの金利には資金の出し手の借主の信用に関する政策的なものが働いているようで、なかなかそこをこのように言い切れるのかどうか、私はよくわかりません。この辺はもっと深く検討すべきだと思いますが、今のところは市場関係者もレギュレーターも何も手つかずで、どれでやるべきなのか色々検討しているところだろうと思います。作業は進めなければいけないのですが、実際に無担保コール翌日物金利で行けるのかはよくわからなくて、無リスク金利の代表例としては、むしろ私が知る限りでは、割引国債ではないかとか、OISではないのかという意見のほうが強いように理解しております。そういうことで、お役に立たない回答で申し訳ありません。

次は、早稲田大学の坂東洋行様からでございます。「今回、LIBORの発信国となる英国では、森下先生のご報告のとおり、パークレイズやUBSへ多額の罰金を課しています。しかしその理由は、Market Integrity（市場）に対する罪として、プリンシプル2（注意義務）、3（内部管理）、5（市場行為）に対する違反を挙げていますが、利益相反を規定するプリンシプル8には触れておりません。IOSCOと米国法の議論が、「市場」ではなく、利益相反のみに発展した経緯をお聞かせください」ということです。ありがとうございます。

これは森下先生のほうがお詳しいと思いますが、私が理解しているところでは、まずご指摘のようにマーケット・インテグリティに対する違反というもので禁止したが、それだけでは漠然としすぎていて、具体的にどのような事故発生を防ぐためのシステムを作ればいいのかを考え、そこで利益相反を避けるシステムを作ればいいのかということで、こういう議論展開になったのではないかと、私は想像しております。それが、そのような土壌がない日本で少しおかしな発展の仕方になってしまったのは、先ほど申し上げたとおりでございます。利益相反違反は、大切な法理論ですが、当事者の同意があれば問題は解消してしまうとか、理論的には、強い根拠となる議論ではないのですよね。行動規範に違反して

不正行為をやったという議論をしたほうが立件しやすいので、レギュレーターはそのようなアプローチをとったのではないかと思われませんが、この辺の事情は私もよく存じません。後で必要があれば森下先生に補足していただきたく存じます。

次は、三井住友銀行の浅田様からご質問をいただいております。ありがとうございます。短期プライムレートは、各行が、政策金利、金利情勢によって裁量的に定めるものであるが、これは報告にあった顧客との「利害対立」類型であって、「利益相反」類型でないと考えてよいかというご質問です。私はそのように理解しております。これについてはむしろ岩原先生から後でコメントをいただきたいと思えます。

それから、「新しくできました金商法 2 条 40 項の定義、「デリバティブ取引、又は有価証券の態様に照らして…我が国の資本市場に重大な影響を及ぼすおそれがあるもの」にかんがみると、短プラは、同項の対象、内閣総理大臣指定の対象になるものではないと考えますが、法制的に本法の対象可能になり得るか考えるために、念のためお尋ねします」とご質問をいただいております。短プラは各行が個別に呈示するものでありまして、それを集計加工して出すものではありません。今回の特定金融指標は各行の出された数字を集めて加工し、これですよと 1 本の数字にして出すことを想定しています。TIBOR ですと、各呈示行が出してきた数値の一番高い 2 つと一番低い 2 つを外して、その他を平均しているわけですが、そのようなやり方でやっている金融指標を規制するというのが、今回の新法の目標でありまして、短プラのやり方はそれとは違いますので、これには当たらないと理解しております。

次が、千葉大学の栗田様からご質問です。ありがとうございます。「全銀協 TIBOR 運営機関が TIBOR の算出、公表を行うことについて、独占禁止法によるカルテル規制との関係をどのように整理されているのかについて伺いたい」というご質問です。これは私よりも詳しい全銀協の方がいらっしゃいますけれども、基本的には数字を各行から集めてきて、その数字を平均加工したものを参考指標として出しているだけでありまして、先ほど申し上げましたように、各行はその TIBOR を使わなくてはならないと合意に基づく義務を負っておりません。したがって、カルテルにはなりません。なおかつその数字に上乘せする、あるいはサブ TIBOR というのでしょうか、それよりも低いレートで貸し出すこともやろうと思えば可能ですので（今の低い金利ではそんなことをやっても意味がないです

が)、カルテル行為には当たらないシステムだと理解しております。

それから私の報告の中で、TIBOR の不正操作に関わる騒動の 2 件があると書いてありますけれども、他の金融機関の担当者に働きかける行為を含んでいたと記憶しているが、これはカルテル行為ではないかをご指摘いただいております。詳しくは証券取引等監視委員会の報告書をごらんになっていただければ出てきますけれども、この行為をやっていた人たちは、ほかの銀行の人たちにも声をかけたのは事実ですが、実際には主にレートを呈示している人たち（サブミッター）に対して働きかけようとしていたわけです。ですから、これも私の分類では単独行為型に分類しています。EURIBOR で一番問題になったのは、まさにトレーダー間で合意が成立していたケースで、合意をもとに数字を動かそうとしていたのですけれども、実は EURIBOR でも LIBOR でもそういうカルテル行為ではない、単なるサブミッターに対して働きかけるということでやっていたケースは、いっぱいございます。

ただ、雑談になりますが、本当に金融指標がその働きかけとおりに動いていたのかどうかは、新聞報道等で見ると、不明な部分が多く、サブミッターが働きかけをした人の言うとおりの数字を出したという場合なのか、あるいはサブミッターが自分で判断して、結果的にやってくれと言われた数字と同じ数字を出したのかがわからない場合があります。さらに、マーケットの動向によっては、サブミッターが依頼を受けたのと全然違う方向の動きを示すレートを出していたり、いろいろあるようでして、一概に働きかけをした人の意向がサブミッターを動かしていたかということの立証は、非常に難しいようです。

ですから、EURIBOR の場合のように、本当に露骨にカルテル行為をやっていたという場合以外は、なかなか立証が難しいと思われます。もう 1 つ、そのようなカルテル行為でどれぐらい実際のレートが動いたのかはよくわからない。

そういう状況から考えると、原告が損害賠償請求訴訟をやって勝てるのかということは、よくわかりません。でも皆さんがよくご存じのように、訴訟は別に自分の立場が正しいか、悪いかということで終結するばかりではなく、訴訟費用がかかるからこの辺で手を打とうかということで訴訟が終結することもありますし、EU の委員会も、これ以上突っ込んで泥沼に行くばかりだからここでやめようかという判断をした可能性もあるのではないのでしょうか。

そういう意味で、EU のカルテルの話でも、FT の記事で見ると、銀行と銀行

レギュレーターのほうが何回も交渉した結果の金額のようですので、その金額が本当に実際の損害だったのかどうかはよくわかりません。したがって、このような金融指標を使った犯罪について、私訴を起こすことは損害の立証の点で、かなり難しいだろうなという感じがいたします。

最後に、早稲田大学の渡辺宏之先生からご質問をいただいております、「LIBOR 問題を見ておきますと、やはり金融指標が実取引を反映したものでないことがそもそも諸問題が生じた構造的原因のように思えます。この点を認識して指標を原則実取引ベースとした LIBOR の改善策は妥当なものと考えています。実取引ベースの金融指標の使用に際しては実務上いくつかの課題があり得るものの、最近の LIBOR に関する基準のごとく若干の手当てをした上で基本的に実取引ベースの指標とすることは実務的にも十分可能であり、かつ指標の公正性の観点からは非常に望ましいもののように思います。LIBOR・TIBOR いずれにしても「interbank offered rate」と銘打っていることから、インターバンク間の実取引をベースにすることが、借入先からはとくに資金調達コストの透明性の観点から期待されているはずです。

TIBOR については、「インターバンク取引の「外部からの透明性」に関する問題ではないかと思っております。インターバンクの短期資金取引が外国為替取引のように基本的にガラス張りになってしまうと、銀行の短期資金調達コストも顧客にガラス張りになります。TIBOR については、IOSCO の原則にあるような「実取引ベース」の基準がもしもそぐわないということであれば、それは我が国特有の問題でしょうか。それとも IOSCO の実取引ベースの基準自体がそもそも各国の銀行にとって過剰規制ということになるのでしょうか」というご質問をいただいております。ありがとうございました。

先ほど申しましたように、LIBOR の算出でも実取引ベースでやるのはなかなか難しいのです。とくに期間の長いレートについてはエキスパートジャッジメントを使わなければいけないと言われておまして、そういうことから申しますと、日本特有の問題ではありません。EURIBOR も同じ問題で悩んでおります。IOSCO の実取引ベースの基準自体が、そもそも各国の銀行にとって過剰規制になるのでしょうかという指摘は、個人的には全くそのとおりだと思います。異なった歴史を持つ各国のマーケットに同じ基準を持ち込もうとすると、日本のように精密な制度設計をしようとする風土の国では過剰規制にならざるを得ないよう

です。

私に対するご質問はこれで全部お答えさせていただいたと思います。

井上 そうしましたら、1つ、先ほど残ったご質問にお答えしたいと思います。

岩原司会 はい、井上さん。

井上 三井住友銀行の浅田様からご質問をいただいております。私法上の責任について、本日は、主題が外れておりましたので報告から割愛しましたけれども、「金融法務事情」の報告原稿に書いた関係だと思いますが、貸出者の責任に関して信認義務がないという指摘に加えて、一般的な不法行為の可能性を指摘していると言った上で、「今般、金商法38条7号によって、業規範が導入されたことから、平成17年の適合性原則違反に基づく不法行為認定に関する最判に照らすと、不法行為の認定に変容が生じたと考えられますか」というご質問をいただいております。

私法上の責任については、和仁先生の先ほどのご回答に関わるかもしれませんが、不法行為の要件のうち、違法性あるいは違法行為の認定に関しては、確かに法律に規定された以上、一定の変化が生じて、違法の認定が容易になるだろうと思います。ただ、銀行が自分自身の顧客に対して、「インターバンク市場における自分の呈示レートプラス2%で貸す」という契約を結んだときに、外の銀行に対する実際の呈示レートよりも0.5%上乗せしたレートを「インターバンク市場における自分の呈示レート」と偽って契約を結ぶと、偽りのレートを利用する行為と損害の発生との間の因果関係が容易に認められると思うのですけれども、そういう偽りのレートをTIBORのレファレンスバンクとして呈示した銀行がいたときに、それとは全く異なる金融機関が、その顧客との間でTIBORプラス2%でローン契約を結んだときの当該顧客にどういふ損害が生じたかの立証は、なかなか容易ではないだろうと思います。例えば、もしその呈示行が上乗せをせずにレートを呈示していた結果、TIBORが公表されたものよりも本来もう少し、例えば0.5%低いものであったはずだということだとすると、おそらく、それと全く関係ない金融機関は、その顧客に対してTIBORプラス2%で貸すのではなく、その信用力を見てスプレッドを上げて、結局同じレート（正しいTIBORプラス2.5%）で貸していた可能性が十分あると思われれます。また、その後、一貫して呈示行がTIBORをやや高い水準に誘導した不正があったとしても、当初から一貫して同じ程度にずれているとすると、貸付実行後の金利変動にも特段影響がないことも

あり得ます。あるいは、デリバティブ取引ですと、金利の変動自体を捉まえて取引が行われますので、一貫して同じ程度にずれているだけであれば、不法行為要件のうちの違法性あるいは違法行為の認定は確かに容易になるかもしれませんが、損害の発生の有無、あるいは損害との因果関係の有無、あるいは予見可能性などにおいて、私法上の責任が無限に広がっていくということではなからうと思えます。ただご指摘のとおり、一定の変容があることは確かだろうと思えます。

以上です。

**岩原司会** ありがとうございます。もう時間が来てしまったのでありますが、先ほど和仁さんから振られた、短期プライムレートの設定は、「利害相反」類型の問題か、「利益相反」類型の問題かという浅田様のご質問ですが、これは利益相反の定義の問題で、利益相反の中に利害相反も入るかということだと思います。例えば会社法356条1項3号で言う利益相反は、利害相反を含んだ規定で、おっしゃるような利害相反と利益相反で規制の在り方が違ってくかということ、多分普通はあまり違わないので、利害相反を含めた上で利益相反ということ議論しているのかなと思います。

あと、皆様から、さらに、とくにということはいかがでしょうか。

**森下** 2点だけ、付け加えさせていただきたいと思うのですが、指標算出のメカニズムに限定して考えた場合には、競争法上の要素はあまりないのかなと思いますが、それを使った顧客との取引ということまで考えますと、共謀することによって顧客との関係で不正を働こうとしているといったような独禁法的な色彩が出てくるのではないかと、先ほどの和仁先生のお話を伺いながら思った点でございます。

もう1点、私法上の紛争に関してですが、不法行為は確かに重要な点ですけれども、例えば、先ほどご紹介したFDICの訴訟では、レート呈示行自身が行った契約との関係では、むしろ債務不履行で、契約上、真実を告げる義務があったけれども、その義務を怠ったといった主張の仕方もされていますので、井上先生がおっしゃったように、呈示行自身が原告の契約相手方であるのか、契約相手方ではない呈示行の責任を追及しているのかということによって、私法上の訴えの内容もかなり違ってくのかという気がいたします。

**岩原司会** まだまだご議論は多いかと思えます。例えば、和仁さんが提起された問題、すなわち、行為規制ルールでこういう問題に対処するのがいいのか、利

益相反ルールで対処するのがいいのかは、非常に大きな興味深い問題です。どちらが費用がかかるのか、誰が費用を負担するのか、誰を規制するのかということがそれによって違ってきますので、そこら辺をできればもっと突っ込んだ議論もしたかったところですが、残念ながらこの後の予定も押し迫っておりますので、以上をもちまして、午前のシンポジウムを終えさせていただきたいと思います。どうも長時間、熱心にありがとうございました。(拍手)

## 《シンポジウムⅡ》

## 債務引受と契約譲渡の実務と理論

### —民法改正要綱仮案の金融法的検証—

報告 1	(潮見 佳男)	45
報告 2	(池田 真朗)	52
報告 3	(平田 重敏)	67
報告 4	(角 紀代恵)	81
報告 5	(野澤 正充)	86
質疑応答		99

司会	池田真朗	(慶應義塾大学教授)
	山田誠一	(神戸大学教授)
報告	潮見佳男	(京都大学教授)
	池田真朗	(慶應義塾大学教授)
	平田重敏	(三井住友銀行)
	角紀代恵	(立教大学教授)
	野澤正充	(立教大学教授)

---



---

#### 発言者 (発言順)

柴崎暁(早稲田大学教授)／鶴藤倫道(神奈川大学教授)／遠藤元一(弁護士)／小杉丈夫(弁護士)／山中真人(弁護士)／小林明彦(弁護士)／松田佳久(創価大学教授)／須藤正彦(弁護士)／渡辺宏之(早稲田大学教授)／椿寿夫(大宮法科大学院大学名誉教授)

## はじめに

池田司会 本日は台風接近ということで天候が危ぶまれた中をご出席いただきまして、誠にありがとうございます。本日午前のシンポジウムの司会は、私慶應義塾大学の池田と、神戸大学の山田誠一先生とで務めさせていただきます。

本日のテーマの債務引受と契約譲渡（契約上の地位の譲渡）については、現行日本民法典はいずれの規定も持たず、今日の世界の民法典と比較すると最も遅れた形になっております。しかし実務においては、債務引受も契約譲渡も、ご案内のようにとりわけ金融取引の関連で多様な形で活用されるに至っております。

現在進行中の民法（債権関係）改正作業では、2014年7月に法制審議会民法（債権関係）部会が要綱仮案を出す予定でしたが、予定よりも遅れ、ようやく先日仮案が公開されたところです。ただ、これまでの法制審議会の議論も、本日のテーマに関しては、必ずしも十分に力点が置かれたものとは言えないように思われます。

そこで本シンポジウムでは、債務引受と契約譲渡について、①まず、法制審議会の部会メンバーでもある京都大学の潮見教授に民法改正要綱仮案を解説していただき、②次に私が、世界の立法動向との比較を行って我が国の課題を指摘し、③さらに三井住友銀行の平田さんに、債務引受契約を利用した金融機関の実務的取扱いとして、その代表例である一括決済方式における併存的債務引受方式などを解説していただいた上で、④紛争解決のための学理的な問題点ということで、立教大学の角教授に「債務引受—現行法との接続と乖離—」と題する報告、同じく立教大学の野澤教授に「企業の再編と契約譲渡—契約上の地位の移転—」と題する報告をしていただきます。報告時間は各25分の予定です。

では、早速第1報告の潮見先生からよろしく願いいたします。

## 報告 1

### 民法改正要綱仮案の解説

京都大学教授 潮見佳男

#### 1 はじめに

私の報告では、法制審議会民法（債権関係）部会（以下「法制審部会」といいます）が平成26年8月26日に承認し、公表した「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」のうち、債務引受と契約上の地位の移転に関する部分（注：97頁以下資料）の内容を紹介します。なお、法制審部会で審議の対象とされたものの、規定を設けることが断念された項目については、金融法務事情の私の論考（1999号48頁）の中で触れておきました。これらについても口頭で紹介することを考えてはみたのですが、いかんせん、報告の時間が限られています。それゆえ、この報告では、もっぱら、契約上の地位の移転に関する問題のほかは、要綱仮案に採用された事柄に限って報告をさせていただきます。ご関心があれば、金融法務事情の論考を参照してください。

#### 2 債務引受

##### (1) 併存的債務引受の要件・効果

まず、債務引受について報告します。要綱仮案に沿って、併存的債務引受からはじめます。

1(1)は、併存的債務引受の要件・効果を定めるものです。

アは、併存的債務引受における債務者の債務と引受人の債務は、連帯債務の関係にある旨を述べたものです。その結果、債務者または引受人に生じた事由が他の者にどのような影響を及ぼすかの問題や、債務者と引受人のいずれかが債権者に対して弁済をした場合における求償の問題に関しては、特別の合意がなければ、連帯債務に関する規定が準用されます。

イは、併存的債務引受が債権者・債務者・引受人の三面契約でされることについては問題がないことを所与とした上で、併存的債務引受は引受人と債権者との間の契約ですることができる旨を述べたものです。ここには、併存的債務引受は債務者の意思に反する場合でもよいことが含意されています。

ウとエは、①併存的債務引受は引受人と債務者との間の契約ですることができ

ること、②ここでは、債権者の承諾によってその効力を生じること、③この場合における併存的債務引受は第三者のためにする契約である旨を述べたものです。その結果、この種の併存的債務引受は、第三者のためにする契約の規律に服します。それゆえ、ウにいう債権者の承諾は、受益の意思表示に相当するものと考えられます。

## (2) 併存的債務引受の引受人の抗弁等

1(2)は、併存的債務引受の引受人の抗弁等を定めたものです。

このうち、アは、引受人は、債権者の権利主張に対し、併存的債務引受の効力が生じた時（したがって、引受人と債務者との間でされた併存的債務引受にあっては、債権者の承諾時）に債務者が主張することのできた抗弁をもって、債権者に対抗することができる旨を述べたものです。

なお、併存的債務引受が引受人と債務者との間の契約でされた場合は、引受人は、その引受契約に基づく債務者に対する抗弁も、債権者に対して主張することができます。この場合の併存的債務引受は第三者のためにする契約としての性質を有するものですから、民法539条により、引受人と債務者との間の債務引受契約に基づく抗弁をもって、「その契約の利益を受ける第三者」、すなわち、債権者に対抗することができるのです。これに対して、併存的債務引受が引受人と債権者との間の契約でされた場合は、引受人は、債務者と引受人との間の原因関係から生じる事由をもって債権者に対抗することができないのが本則です。

イは、債務者が債権者に対して取消権または解除権を有するときは、引受人は債権者に対して債務の履行を拒むことができるとするものです。引受人は債務者の債務を引き受けただけですから、債務発生原因である契約の解除権や取消権といった債務発生原因たる契約の効力に関する権限を行使することはできません。イは、このことを踏まえた上で、債務者が債権者に対して取消権または解除権を有する間、引受人に履行拒絶の抗弁を与えたものです。その際、引受人が債務の履行を拒むことができるのは、取消権・解除権の行使によって債務者がその債務の履行を免れる限度においてです。

なお、債務者が相殺権を有するときは、引受人は債務者の負担部分の限度で、債権者に対して債務の履行を拒むことができます。このことは、併存的債務引受では、債務者の債務と引受人の債務とが連帯債務の関係にあることから、連帯債務に関する相殺の規律が準用される結果、明文の規定を要することなく導かれま

す。要綱仮案原案には相殺の場面が明示されていたのですが、要綱仮案では削除されています。その理由は、今申し上げたところにあります。

### (3) 免責的債務引受の成立

次に、免責的債務引受に入ります。2は、免責的債務引受の成立を扱ったものです。

このうち、(1)は、債権者と引受人との契約による免責的債務引受を定めたものです。

アとイは、免責的債務引受は引受人と債権者との契約によってすることもできる旨を述べたものです。それによれば、免責的債務引受が効力を生じるには、①債務引受の合意とともに、②債務者を債務から免れさせるとの合意をし（①と②の組み合わせが免責的債務引受の契約である）、かつ、③「債権者が」債務者に対して「契約の成立」の通知をしなければなりません。

(2)は、免責的債務引受が引受人と債務者との契約によってすることができる旨を述べたものです。(2)によれば、免責的債務引受が効力を生じるには、①債務引受の合意とともに、②債務者を債務から免れさせるとの合意をしなければなりません。もっとも、この場合は、債務者の変更によって、債務の引当てとなる一般財産に変更が生じることになります。そのため、債権者は、自己の関与しないところで予期せぬ不利益を被るおそれがあります。それゆえ、(2)は、債権者の承諾がなければ、債務者は免責されないものとしています。ここでの承諾は、債務を負担する者の変更という効果を生じさせる意思表示です（なお、債権者の承諾がなかった場合に、その後の法律関係が併存的債務引受となるかどうかは、個々の契約の解釈次第です）。

ちなみに、免責的債務引受の効力が発生するのは、債権者の承諾があった時です。承諾の効力は、引受人と債務者との合意時にさかのぼりません（現民法下における通説が、無権代理の追認に関する規律を準用し、承諾の遡及効を認めていることからの変更点です）。したがって、例えば、引受人と債務者との間での債務引受の合意が成立してから債権者の承諾があるまでの間に、免責的債務引受によって消滅する債務者に対する債権を第三者が差し押さえたとき、その後にされた承諾は、この第三者による差押えの効力に影響を及ぼしません。

### (4) 免責的債務引受による引受の効果

3は、免責的債務引受による引受の効果を定めたものです。

(1)は、引受人は、免責的債務引受により引き受けた債務を履行したとしても、債務者に対して求償をすることはできない旨を述べたものです（これは、現民法下における多数説からの変更を加えた点です）。免責的債務引受は、引受人が他人の債務を自己の債務として引き受けた上で、それを自らの債務として履行するのでありますから、引受人には、債務の履行に要するコストを自らが最終的に負担するという意思があると認められ、求償関係を発生させる基礎を欠いているとの考慮に出たものです。もとより、債務者と引受人との間で、債務者が引受人に対して引受けの対価として債務相当額を支払う旨の合意をすることはできます。この場合に、当該合意に基づいて引受人が債務者に対して債務相当額を請求することは、妨げられません。また、債務者の委託により引受人が債務を引き受けた場合は、債務相当額の支払に関する債務者・引受人間での合意がなくても、委任事務処理費用の償還請求権として、債務者に対する引受人の債務相当額の支払請求権を観念することができます。

(2)は、引受人は、免責的債務引受により負担した自己の債務について、その効力が生じた時に債務者が主張することができる抗弁をもって債権者に対抗することができる旨を述べたものです。なお、免責的債務引受が引受人と債務者との間の契約でされた場合は、引受人は、引受人と債務者との間の原因関係から生じる事由をもって債権者に対抗することができないのが本則です。

(3)は、引受人は、債務者が取消権や解除権を有する間は、債権者に対して債務の履行を拒絶することができるとしています。この場合において、債務者が取消権・解除権を有するときに引受人が債務の履行を拒むことができるのは、取消権・解除権の行使によって債務者がその債務の履行を免れる限度においてです。ちなみに、併存的債務引受の場合と違って、免責的債務引受の場合は、引受人は、たとえ免責された債務者が相殺権を有していても、履行を拒絶することができません。

#### (5) 免責的債務引受による担保権等の移転

4は、免責的債務引受による担保権等の移転を定めたものです。この点に関する要綱仮案には仮案原案から最終的に変更された点がありますが、これは、ルールの読みやすさ・わかりやすさを考慮した結果によるものでありまして、実質的な内容は、仮案原案と違いはありません。

(1)の本文は、債権者は、債務引受がされた債務の担保として設定されていた担

保権（物的担保）を、債務引受後の債務を担保するものとして、引受人が負担する債務に移すことができる旨を述べたものです。これによって担保権が移る場合には、当該担保権の優先順位が維持されたまま、引受後の債務を担保することになります。

(1)のただし書は、担保を供している者が引受人以外のものである場合は、その者の承諾を得なければならない旨を述べたものです。これに対して、担保を供している者が引受人である場合は、この者の承諾は不要です。ここでの承諾は、担保移転の承諾の意思表示としての性質を有するものです。具体的には、次のようになります。

第1に、免責的債務引受がされた債務について物上保証人や担保財産の第三取得者がいる場合において、当該物上保証人・第三取得者が引受人でないときは、この者のもとの担保を引受け後の債務を担保するものとして移すためには、この者の承諾が必要です。

第2に、物上保証人や担保財産の第三取得者が引受人であるときは、この者の承諾は不要です。

第3に、債務者が提供する担保権については、これがどのような形で引受人に移転するかは、現民法下で争いのあるところです。この点に関して、要綱仮案は、①債務者が当事者となる形態での免責的債務引受、すなわち、引受人と債務者との間の契約によって成立する免責的債務引受であろうが、②債務者が当事者とならない形態での免責的債務引受、すなわち、引受人と債権者との間の契約によって成立する免責的債務引受であろうが、いずれの場合においても、およそ債務者のもとの担保を引受人のもとの債務を担保するものとして移すためには、債務者の承諾が必要であるとしています。債務者は、(1)ただし書にいう「担保権を供している者が引受人以外の者である」場合に当たるからです。なぜこのような取扱いにしたのかといえば、ここでは、担保の負担から解放されるか否かについての自己決定をすることができる地位を債務者に確保してやるべきである——そして、このことは、債務者が当事者となる形態の免責的債務引受の場合であっても等しく妥当すべきである——との考慮が働いたものと思われま。

(2)は、担保の移転は免責的債務引受をするのと同時またはそれより前に、引受人に対してされる意思表示によってしなければならない旨を述べたものです。これは、消滅に関する付従性との抵触を回避することを意図したものです。すなわ

ち、免責的債務引受がされると、被担保債権に係る債務である債務者の債務が消滅しますが、この債務が消滅した後に担保が移転したのでは、消滅に関する付従性と抵触することになります。そこで、民法は、遅くとも免責的債務引受の時点までに担保の移転の合意をしなければならないとすることによって、抵触問題の発生を回避したのです。

(3)は、保証債務を引受人の債務を担保するものとして移すためには、保証人の承諾を要することを述べるものです。

(4)は、保証人が引受人のもとの債務を履行する責任を負うためには、保証人が、書面をもって、その責任を負う旨の承諾をすることを要する旨を述べたものです。これは、保証契約の要式行為性(書面性要件)と平仄を合わせたものです。承諾がその内容を記録した電磁的記録によってされたときは、(5)により、その承諾は、書面によってされたものとみなされます。これも、保証契約における規律と同様です。

### 3 契約上の地位の移転

続いて、契約上の地位の移転に関する要綱仮案の解説をします。契約上の地位の移転に関して要綱仮案が規定を設けようとしているのは、わずか1カ条です。

要綱仮案は、契約引受が両契約当事者および引受人の三面契約であることができることを前提とした上で、契約の当事者の一方が第三者との間で契約上の地位を譲渡する旨の合意をし、その契約の相手方が当該合意を承諾したときも、譲受人は、譲渡人の契約上の地位を承継するものとしています。

契約上の地位のもつ財貨(消極財産を含む)としての側面に着目したとき、契約相手方に不当な不利益を与えない限り、契約当事者の地位は自由に移転することができます。したがって、契約引受は、契約当事者の一方と引受人との契約によってすることができます。債権譲渡の場合と同様に、譲渡人と契約をしていた相手方は、契約引受の当事者である必要はありません。もっとも、契約上の地位の移転には債務引受の要素が含まれているため、契約引受が効力を生じるためには、相手方の承諾が必要です。要綱仮案は、このような観点から立案されたものです。なお、ここでの相手方の承諾は意思表示であって、観念の通知ではありません。

契約上の地位の移転が効力を生じるのは、仮案が債務引受の延長線で契約上の地位の移転の効力を捉えるとの視点から立案されていることからすれば、相手方

の承諾があった時とみるべきでしょう。

契約上の地位が移転した結果として、譲渡人は契約上の地位から解放されます。譲渡人は、当該契約上の地位に基づく相手方に対する責任からも解放されます。相手方が譲渡人に対して引受人とともに責任を負担させたい場合は、譲渡人を当事者とする責任負担の合意（例えば、保証契約、併存的債務引受の締結）を別途行わなければなりません。このような合意がない場合は、譲渡人の併存的責任は発生しません。このことは、要綱仮案には明記されていませんが、法制審部会では、このことを前提に審議がされ、仮案が策定されています。

債務引受・契約上の地位の移転に関する要綱仮案の解説は、以上です。私に割り当てられた時間は尽きました。ご静聴ありがとうございました。

## 報告 2

### 債務引受と契約譲渡—世界の立法動向と我が国の課題—

慶應義塾大学教授 池田 真 朗

池田でございます。本報告の趣旨は当日配付資料の冒頭に掲げたとおりです。金融法務事情の事前論考<sup>(1)</sup>では、本シンポジウムの全体の問題状況をお示しするためにいろいろ書きましたが、本日の報告は、世界の立法動向との関連に絞ってさせていただきます。では早速報告に入ります。

#### 1 はじめに一問題点の提示

債務引受と契約譲渡（契約上の地位の移転）については、要綱仮案およびそこに至る審議過程を見たときに、以下の4点ほどの問題点が指摘できます。

（なお以下本報告では、要綱仮案が表題にする「契約上の地位の移転」という表現は長いので、近時増えている契約譲渡という表現を用います。注意すべきは、要綱仮案は、表題では「契約上の地位の移転」というが、本文では「契約上の地位を譲渡する合意」という表現も使っていることです。この点は、諸外国にも様々な用例がありますが、例えばイタリア民法典の“*cessione del contratto*”やフランスの学説の“*cession de contrat*”，さらに UNIDROIT 国際商事契約原則（以下「UNIDROIT」といいます）の“*Assignment of Contracts*”などのように、みな「契約譲渡」が使われており、近時の趨勢としてはこのほうが多数のようにも思われます）。

さて、その4点の問題点ですが、第1に、現行日本民法典がこの分野についていずれの規定も持たず、今日の世界各国の民法典と比較するといわば最も後れた形になっているという認識が法制審議会の民法（債権関係）部会（以下「法制審部会」といいます）にどれだけあったかが疑問であるということです。記録から見ると、審議時間は他のテーマと比較して明らかに少ないし、他の分野ではアジアをリードするようなという意気込みを見せていたのに、この分野はアジアでも最も後れているという現実を直視して、彼らに追いつかなければいけない、という危機感は全くなかったように見えます。第2に、実務で実際にどのように活用されているのかという認識ないし調査も十分であったとは思えません。金融の世界では本日の平田報告にあるような一括決済方式などで広く行われ、また最近で

は過払金返還訴訟などで大いに問題になっているのですが、そういう実態の認識がどれだけあったのかという疑問です。第3に、債務引受について、あえて世界の多数の規定の仕方と異なる規定ぶりて提案をする理由が不明です。つまり、世界の多数は免責的債務引受を出発点にして債務の移転として規定するのに、要綱仮案は併存的債務引受を原則とし、しかも新債務者の加入プラス旧債務者の免責という、債務移転構成を採らない構成をしている。この合理性や必然性が不明です。その他、第三者のためにする契約構成でよいのか等の議論もあり、本日の角報告が担当するように、学理的な検討もかなり不十分という感があります。第4に、契約譲渡についてはまさに必要最小限の規定しか置かれていない。実質的な意味のある立法はされていないに等しいということです。本日の野澤報告にもあるように、過払金返還に関わる企業再編的な事業譲渡のケースは、債権譲渡と債務引受に分解して処理されるべきものではなく、まさに契約譲渡、契約上の地位の移転の問題と見るべきと思われるのです。またこれに関連して、商法分野でいう事業譲渡の定義と実務での用例についても後に問題提起をしておきたいと思います。

## 2 法制審部会でなされた比較法的検討—他の諸国の規定はどれだけ参考にされていたか

それでは、今回法制審部会においては、どのような比較法的検討が行われたのか。法務省民事局参事官室(参与室)編『民法(債権関係)改正に関する比較法資料』(商事法務, 2014年)を見ると、「債務引受・契約上の地位の移転」としてそこに掲げられているのは、フランス民法、フランス民法改正草案(カタラ草案, 司法省草案2008年版, 同2009年版)、ドイツ民法、ヨーロッパ契約法原則、UNIDROIT2010 だけです<sup>(2)</sup>。しかし、フランスは、債務引受も契約譲渡も規定を持っていない国です。ただ実はフランスは指図“délégation”という別の制度で、実質的に債務引受の機能を果たし得るといえる面はあるのですが、少なくとも債務引受と契約譲渡について、参考となる立法をしていない、その意味でのこの分野の立法後進国です。次いでドイツですが、ドイツ民法は免責的債務引受の規定を持つのみで、併存的債務引受と契約譲渡の規定はありません。さらにヨーロッパ契約法原則とUNIDROIT2010は、国際取引を念頭においたヨーロッパの統一法の試みの案であって、現在特定の国で行われているルールそのものではないのです。

他方、世界では既に、債務引受と契約譲渡の両方の規定を持っている民法典が

1942年のイタリア新民法典をはじめとして、ポルトガル、オランダ、中国等多数あるのです。ちなみに中国では、民法典ではなく1999年制定の合同法という契約法の中に両方の規定があります。

しかし今回の部会では、それら現実に諸外国で行われている実定規定から学ぼうとした形跡はほとんど見られないようです。

これらの諸国の規定について、比較研究例として最近の院生論文がまとめた一覧表があります(後掲参考資料①)。とくにコメントしておきたいのは、こういう研究が我が国にはなく、一覧表を作った論文執筆者の金安妮さんは、これらの諸法の比較研究を中国語の文献で読んでこの表を作成したということです。この分野の比較法研究については、中国のほうが進んでいるということを示す事実といえます。やはり、条文がないということが研究の発展を阻害するという証左と言えるでしょう。

### 3 要綱仮案の構成上の疑問

実際、今回の要綱仮案は、これからお話しする各国の立法例から比較すると、かなり特殊ないし異色の構成をとっています。つまり、今回の要綱仮案は、まず特徴的なことは、債務引受について併存的債務引受を先に規定し、免責的債務引受をその後に規定するというやり方採っています。これはこの後お話しするように、各国の立法例にほとんど例を見ないものです(後述する、日本人学者が立法支援したカンボジア民法典くらいか)。次に、併存的から規定するという順番の問題だけでなく、「債務の移転」という構成を採らない(あるいはそのことを明示しない)やり方採っています。これも、この後お話しするように、世界の立法例では債務の移転(あるいは債務者の交替)と明示的に構成するのが大多数なのです。

これは実は、法制審部会では中間試案までより明瞭に、「債務の移転」構成を採らずに、併存的債務引受を一種保証に類似した「債務者の増加・加入」としてまず構成し、これに原債務者に対する免除を加える形で免責的債務引受を規定するという、いわば「加入+免責」という構成を採っていました<sup>3)</sup>。ここまで徹底した例は、前掲の『民法(債権関係)改正に関する比較法資料』に挙がっているものにも1つもありません。管見の及ぶ範囲では、これもカンボジア民法くらいかと思われます。そして、これに対する批判を受けてその「加入+免責」の構成を若干見えにくくする形に修正して現在の要綱仮案になったように見受けられるので

す。

つまり中間試案では、「引受人と債権者の間の引受と免責の合意」+「債権者の債務者に対する免責の意思表示」となっていたのが、要綱案たたき台では債務者の免責は債権者・引受人間の合意によって生じる効果で、それを通知によって債務者に知らしめるという構成になっているわけです<sup>(4)</sup>。

この「加入+免責」の構成については、実は、法制審部会に先立つ債権法改正検討委員会でなされていた議論をほぼそのまま引き継いで検討をしたもののようで、そのような構成を採る必然性、合理性について、理解に苦しむものなのです。こういう構成を採れば解決する問題があるのか、こういう構成をあえて採らなければいけない理由があるのかを問いたい。おそらく、併存的債務引受と保証の機能的類似性に着目した発想なのかもしれませんが、本来、付従性の有無など、保証債務と債務引受には法的性質の相違はもちろんあります。他方で、保証の規定を制限的にすればそれを潜脱する形で債務引受が使われる可能性があるという議論がされてきたようですが、それに対処するには、要件等でそれに対する手当てをすればいいだけのことであって、その可能性を理由にあえて債務引受を債務者加入型を原則型にして（つまり保証に似せた形に）規定する合理性は全くありません。というわけで法制審部会はこの分野で当初から非常に特殊な審議経過をたどったように思われるのです。

#### 4 債務引受と契約譲渡についての世界の立法状況

それでは、以上の問題状況を知った上で、債務引受と契約譲渡についての国際的な立法状況を概観しましょう。

まず債務引受から紹介します。ごく当然のことながら、圧倒的に多いのは、債務引受を債務の移転とするもの、あるいは、債務者の交替と明示して規定するものです。法律構えないし条文の表題としては、債務の移転とするものが多数です。

もう1つの債務者の交替のほうは、そもそもドイツ民法は、章立てで債務引受“Shuldübernahme”の語を用い、条文では、414条で、「債務は第三者が債権者との契約により旧債務者に代わって債務者となる方法をもってこれを引き受けることができる」として、「交替」という単語は使っていませんが、「代わりに入る」“an die Stelle treten”というイディオムの表現を採用していました。この流れがオーストリア民法典などではないかと思われます。2003年のヨーロッパ契約法原則IIIは、債務者の交替“Substitution of New Debter”という表現を採用しました。も

っても、その解説に書かれているオランダ民法典などは、「債務者の交替によって債務が移転する」という表現を取っているようです<sup>(5)</sup>。

そして第二次大戦中および大戦後の債務引受の規定と契約譲渡の規定が揃っている代表的な立法例であるイタリア新民法典（1942年）とポルトガル新民法典（1966年制定，1967年施行。なお旧民法典は1867年）では，債務引受については，イタリア新民法典（1268条～1273条）では，後掲参考資料①の金安妮さん作成の表にあるように，おそらくフランスの指図“délégation”の影響もあるのか，指図と債務引受を組み合わせたいささか特殊な規定ぶりになっていますが，ポルトガル民法典では，明示的に「債務の移転」です。ポルトガル民法の具体的な構成をみると，「契約上の地位の譲渡」“Cessão da posição contratual”は契約の節にあるので，条文番号としては先に出てきており，「債権譲渡」と「債務の単独移転」“Transmissão singular de dívidas”は「債権及び債務の移転」の章にある。原語は後掲参考文献②にあります<sup>(6)</sup>，つまり，債務引受“Assunção de dívida”は明示的に債務の移転として規定されているのです。

同じく，より最近のUNIDROIT2010は，非常に明瞭に債務の移転構成を採用しています。つまり，UNIDROIT2010の9章2節は，文字どおり「債務の移転」“Transfer of obligations”と題され，その先頭の9.2.1条は，

金銭の支払またはその他の給付をすべき債務は，以下の各号のいずれかによって，ある者（「原債務者」）から他の者（「新債務者」）に移転することができる。

- (a) 第9.2.3条に従ってなされた原債務者と新債務者との間の合意
- (b) 新債務者が債務を引き受ける旨の債権者と新債務者との間の合意

という規定です<sup>(7)</sup>。

これは大変わかりやすい。そしてこの「移転」の意味は，その注釈によると，「債務の「移転」は，債務が原債務者の財産から新債務者の財産に移ることを意味する。ただし，新債務者が債権者に対して債務を負うことになるにもかかわらず，原債務者が免責されない場合もある（第9.2.5条参照）」<sup>(8)</sup>と注釈されている。いずれにしても，併存的を原則にして債務の移転に触れずに「加入プラス免責」という構成を取っているものは先ほどの法務省の比較法資料が挙げる中には全く見られないのです。（例えば，ヨーロッパ契約法原則 PECL を継いだともいわれる2009年の共通参照草案 DCFR でも，「債務者の交替及び追加」として，完全な交替（免責的債務引受に相当）から規定を始めています<sup>(9)</sup>）。

それでは、なぜ法制審部会はこのような珍しい構成を採ったのか。

先にも述べたように、この構成の立法は、私の知る限りでは、法制審部会にも加わっている日本人学者が立法支援をした、カンボジア民法典だけです。

カンボジア王国民法典の公布版（閣僚評議会提出2003年7月9日、公布2007年12月8日とされる版）の日本語版<sup>101</sup>によると、債務引受の規定の前注で、「併存的債務引受を原則とし、とくに債務者を免責する意思が明確な場合に免責的債務引受とするという考え方から条文案を考えている」と明示されているのです。

そして、これとほぼ同じ構成を採った立法提案が、ほかでもない、内田貴元参与らが主導した、例の民法（債権法）改正検討委員会編の『債権法改正の基本方針』（商事法務、2009年。以下「基本方針」といいます）の案なのです。この民法（債権法）改正検討委員会なるものは、法務省の関係者も加わってはいたのですが、内田元参与が後に自ら強調したように、学者の自由な研究会にすぎないものではありません<sup>102</sup>。しかしそれであればその研究成果を「債権法改正の基本方針」と銘打って出版したのは、あまりにもミスリーディングであり不遜であったと私は批判したのですが<sup>103</sup>、債務引受に関しては、この「基本方針」なるものの案がほぼそのまま法制審部会の審議の基礎になったように見えます。

しかも、その基本方針の該当箇所では、これもかなり恣意的かつミスリーディングな記述がされています。以下その225頁の文章を読み上げます。

「わが国における債務引受の議論は、債務の移転という理解のもとに、免責的債務引受を原型として把握し、併存的（重疊的）債務引受をその変形とするものとして議論されてきた。しかしながら、免責的債務引受は、併存的債務引受において、原債務者との間の免除の合意が付加されたものと理解することもできる。UNIDROIT(2004)9.2.5条国際商事契約原則はその立場を示しており、近時、我が国でも同様の立場を示すものが現れている。本提案では、この立場をより明快なものとして採用している」<sup>104</sup>。

つまり、「我が国でも同様の立場を示すものが表れている」という程度のもを「この立場をより明快なものとして採用」しているのである。そして、そうしなければいけない必然性については説明がない。しかも、この説明によると、「UNIDROIT(2004)9.2.5条国際商事契約原則はその立場を示しており」と、UNIDROIT2004を正当化のよりどころにしているのですが、これは非常にミスリーディングです。UNIDROIT2004は、先ほど私が紹介したUNIDROIT2010と、債

債務引受・契約譲渡の部分は全く同文で変更はありません。そしてそれらは非常に明瞭に「債務の移転」というタイトルで規定しており、冒頭の9.2.1条は、債務の移転の態様を規定している<sup>14)</sup>。そして、確かにその後の9.2.5条では免責の規定を置いてはいるが、それは、債権者は旧債務者を免責できるが免責せずに債務者としてとどめることもできる、という内容なのであって<sup>15)</sup>、したがってUNIDROITは、併存的債務引受を先に出して債務移転構成を採らないという立場の論拠にはならない。逆にそれを否定する根拠になるのです。

また、カンボジア民法典は、債務引受を債務移転構成を採らずに規定しながら、契約譲渡については債権債務の移転と明示しています。ということは、このカンボジアのやり方では、債権譲渡と債務引受の複合したもの、つまり債権債務の移転とそれに当事者だけの持ち得る取消権や解除権の移転などを加えたものが契約譲渡であるという、伝統的な説明がすんなりとつかないという難点があることになる。債務引受と契約譲渡は異質なものとして説明を付けなければならなくなるのです(この点は後掲参考文献②で批判を加えています<sup>16)</sup>)。要綱仮案の場合にも、現在は骨子の1か条しかないので顕在化していませんが、こういう問題が含まれているといえるのです。

このような批判に対しては、いずれにしても実際の運用には大した違いがない、それに債務引受のところで移転構成を採らなくても債務引受と契約譲渡の関係を説明することは何らかの形でできる、と立案者は言われるのかもしれませんが、けれども、大した違いがないのであればなぜ国民にわかりやすい素直な構成を採らないのか。ご承知のように、今回の債権法改正は、国民にわかりやすい民法にするというのが諮問に明示的に書かれていたわけです。つまりこの債務引受の部分は、実は要綱仮案の他の部分にも散見されるのですが、いささか一部の学者の学理的な問題意識に引きずられた、国民にわかりにくい立法提案になっているといわざるを得ないように思います。どうでもいいというのであれば、余計な説明を考えなくてもいい、国民にわかりやすいほうにしましょうと私は申し上げたい。

以上が基本構造についての疑問点ですが、そのほかにもいくつか論点を指摘しておきたいと思います。1つは、併存的債務引受の場合に債権者の承諾があるか、またそれを第三者のためにする契約構成で受益の意思表示として構成する必要があるか、という論点です。これについては、中国では債権者の承諾を不要とする学説がもっぱらであって、かつ、第三者のためにする契約構成を持ち出

さない学説がほとんどである、ということがわかっています（後掲参考文献③）で示され、平成26年3月に慶應義塾大学で開かれた清華大学とのシンポジウムで私自身が確認しています<sup>(7)</sup>。そして、この点は上記のカンボジア民法典でも508条とその解説で、併存的債務引受ならば債権者の合意不要と明言されている。もちろん、債権者にとっては引当ての財産が増えるだけで不利益はないからというのがその理由で、我が国の学説でも、奥田昌道先生をはじめ、潮見佳男先生、遠藤研一郎先生らがこの見解を示されています<sup>(8)</sup>。私も論文で、同意の意思表示なしでよく、要求するとしても観念通知つまり併存的債務引受のあったことを認識したことがわかればよいと書きました<sup>(9)</sup>。なお、前掲の基本方針では、第三者のためにする契約構成を採りつつ、単純な債権取得型の第三者のためにする契約の場合は受益の意思表示不要という構成を提案していたのですが<sup>(10)</sup>、これはその後消えたようです。

この債権者の合意（承諾の意思表示）の要求の問題は、過払金返還請求訴訟でも返還請求する債権者に不利に働いています（後掲参考文献④・⑤、本日の野澤報告も参照）。しかし法制審部会では、反社勢力との接触を持ちたくないという金融機関などの発言で第三者のためにする契約構成が堅持されているようです。確かに、反社会的勢力が自動的に債務者に加わってしまうのは困る、という銀行業界などの意見にも耳を傾けなければならなりません。しかし、その反社勢力対策は事柄の本質なのか、という問題提起をしておきたいと思います。

## (2) 契約譲渡

要綱仮案は契約譲渡についてはほとんど規定を置いていません。そこで、要綱仮案においては、法律構成上の問題点もその他の論点も顕在化していないわけです。

つまり、第1には、先にも述べたように、契約上の地位の移転構成は、「債権債務の総体（および契約当事者の持ち得る取消権や解除権など）の移転」とは別物とするのか。債務引受について債務移転構成を採らずに契約上の地位の移転で債権債務の移転を定める場合の理論構成はどうなるのか、という問題があります。ただこれは理屈の話だということでここでは棚上げにしておくことにします。

第2に、例えば、契約譲渡については、契約の二重譲渡などもあり得るのであって、優先劣後を定める対抗要件の問題も出てくるはずであり、本当は対抗要件規定までが欲しいところなのです（ゴルフ会員権譲渡の最高裁判例評釈<sup>(11)</sup>参照。な

お民法100周年記念シンポジウムの際に問題提起済み<sup>④</sup>)。この点、諸学国の立法例でもなかなかそこまで規定したものはありません。前述のカンボジア民法典は、対抗要件規定まで置いているのですが、中身を読むと、債権譲渡の対抗要件で代替すると書いてあります。しかしここでは、譲渡人譲受人の二者の合意でできる債権譲渡契約の対抗要件を債務移転部分が含まれる契約譲渡の対抗要件にできるかどうかの問題なのです。また、契約の文字どおりの二重譲渡のケースまでには至らなくても、契約譲渡の効力発生時に疑義を生じる場合があります。例えば、A社がB社との契約のC社への譲渡を事前にB社に同意してもらっていた、という場合に、AC間の契約譲渡はいつ有効になるのか。こういうケースで、A・B間の原契約に利害関係を持っていたDがAのBに対する債権を差し押さえる、などというケースを想定すると、契約譲渡の効力発生時期を明瞭にする必要性があることがわかります。このような、対抗要件規定ないし先後関係の決定に資する規定の必要性についても問題提起をしておきたいと思います。

このような問題について、ヨーロッパ契約法原則は契約譲渡には1カ条しか規定がないのですが、UNIDROITは、9.3.1条から9.3.7条まで、かなり詳細な規定を置いており、今後の我が国での議論に大いに参考になるものを含んでいます。

例えば、このような優劣決定に資する契約譲渡の効力発生時期に関わるルールとしては、UNIDROIT 9.3.4条(相手方の事前同意)は、「①相手方はその同意を事前に与えることができる。②相手方がその同意を事前に与えていたときは、契約の譲渡は、譲渡の通知が相手方に対してなされたとき、または相手方がこれを了知した時に効力を生ずる」と規定しています<sup>⑤</sup>。これも我が国の今後の議論に参考になるものです(ちなみにこれと同様の規定の提案は、後掲参考文献⑦参照<sup>⑥</sup>)。

もう1つ言えば、契約譲渡については、いわゆる事業譲渡との関係が問題になります。ことに、本日の野澤報告に関わるところでありますが、企業再編型の事業譲渡と契約譲渡がどのような関係に立つかという問題は、今後大きな論点となるだろうと思っています。なぜなら、我が国では、事業譲渡について、そもそも定義的な条文がなく、かつ、会社分割その他の組織再編と異なり、債権者保護手続が十分に法定されていない<sup>⑦</sup>という大きな問題があるのですが、その事業譲渡に含まれる個々の契約譲渡にはどういう規律がなされ得るかという問題があ

るわけです。

これについて UNIDROIT 9.3.2条は、「本節の規定は、事業譲渡の一環としてなされる契約の移転を規律する特則にしたがってなされた契約の譲渡には適用しない」という規定を置きました。その注釈では、「契約の譲渡は、それが事業譲渡の一環としてなされた場合には、準拠法の特則の適用を受けることがある。このような督促の多くは、事業に関するすべての契約が、一定の条件に基づいて、法律上の効果として移転する仕組みを定めている」と書かれていて<sup>(26)</sup>、ある意味では当然のことながら、国際取引のルールなのであるから、準拠法に特則があることが多いから適用除外とする、というのです。しかしそれでは、国内法としての我が民法ではどう書くべきなのか、あるいは会社法等でどう規定を加えるべきなのか、という論点はなお残ることになります。

さらに同注釈では、「本条は、譲渡された事業に関する一定の契約が個別に譲渡される場合には、本節の規定の適用を妨げるものではない」とされています。つまり、A社の事業がB社に譲渡された場合、準拠法が、A社が当事者であったすべての契約が自動的にB社に移転する、と定めている場合には本原則は適用されないのだが、ただ、B社が、A社とX社とのある特定の契約については引き継ぐことを望んでおらず、その契約はC社に譲渡される、という場合にはなおその特定の契約の移転には本原則が適用されるというのがその解説であります<sup>(27)</sup>。

なお、このような、包括的な債権や事業の譲渡の場合に債務がどうなるかという論点で参考になるのは、オーストリア民法典と中国最高人民法院の司法解釈(法的拘束力を持つ)です。後掲参考文献③によれば、オーストリア民法典が、「法定の併存的債務引受」として定めた1409条は参照に値する規定であるように思われます。つまりそこでは、全財産や企業を譲り受けた場合は、一定の条件で、法的に債務のほうも引き受けなければならないという規定が置かれているのです<sup>(28)</sup>。

これは、最高人民法院が、国有の小企業の事業譲渡に関して、法的拘束力を伴う司法解釈(法積2003年1号)において、譲渡当事者の意思を重視しながらも、「原則として債務もすべて引受人に承継され、譲渡当事者間における別段の合意がある場合には、その債務のみ不承継となる」という判断を示しているのと軌を一にします<sup>(29)</sup>。

このように、「マイナスの債務を譲渡人に残し、プラスの資産のみを譲り受けて

はならない」といういわば法定的な併存的債務引受の規定を置く必要性についても、問題提起をしておきたいと思います。

なお UNIDROIT2010 では、譲渡人の免責に関する規定を、債務引受のそれと同様な形で規定しています。つまり、9.3.5条は、①相手方は譲渡人を免責することができる、②相手方は、譲受人が適切な履行をしない場合のために、譲渡人を債務者としてとどめることもできる。③それらの場合を除き (otherwise)、譲渡人と譲受人は連帯して債務を負う、とするのであります。

さらに UNIDROIT2010 では、契約の譲渡が権利の譲渡を含む限りにおいて、特定の債権譲渡の規定を準用し、同じく契約の譲渡が債務の移転を含む限りにおいて、特定の債務引受の規定を準用するという規定を置いています。9.3.6条 (抗弁と相殺権)、9.3.7条 (契約とともに移転する権利) がそれであります。これらもわかりやすい規定の仕方であって好ましいと考えられるのですが、これはまさに先に私が指摘したように、債権譲渡を債権の移転、債務引受を債務の移転として規定しておけばスムーズにできる処理なのであって、こういうあたりが要綱仮案のように債務引受規定で債務移転構成を採らないとすると、面倒な理論構成の手間が掛かりそうなのです。こういうところもしっかりと問題提起をしておきたいと思います。

## 5 結 論

というわけで、本報告が結論として申し上げたいのは、「新設規定だからこそ利用実態を十分調査して今後の紛争形態を想定した立法を」ということであり、また、新奇な理論の導入よりも、紛争解決に役立ち国民にわかりやすい立法をしていただきたいということでもあります。以下はまとめの文章を当日配付資料に書いておきましたのでお読みおきください。

### (1) 債務引受について

併存的債務引受を先に出して、債務移転構成を採らないという構成は世界の立法例や立法提案から見ると異色。併存的債務引受のほうが多いという理由で併存的債務引受を先に出すことは別段問題がないが、併存的債務引受と保証が機能的に類似するからという理由で権利移転構成を採用しなかったのだとしたら論理が転倒している。免責的債務引受を加入+免責構成とする論理的必然性はどこにあるのか。

併存的債務引受と保証を法律構成上接近させなければいけない理由はない。しかも、両者を法律構成のうえで接近させておいて、併存的債務引受が保証の潜脱・代替手段として使われることを懸念するというのであれば、これはいわゆるマッチポンプの議論になってしまう。

諸外国の多数の立法例のように、債務引受について債務移転構成を採り、さらに併存的債務引受についても保証とは付従性のあるなしで区別をつけることによって、はっきり別の制度として存在させる方向を探求すべきではないのか（大した違いがないというのであれば、国民に分かりやすい構成のほうを選ぶべきではないか）。

結論的に、債権法改正検討委員会の学者によるかなり独自の提案が、そのまま法制審議会部会の審議原案とされたことから、その独自の提案の色彩を薄めつつ出来上がったのがこの要綱仮案のはっきりしないルール、ということではないのか。要綱仮案における基本的構成の必然性、合理性について聞きたい。

## (2) 契約譲渡について

これだけでは、まだほとんど何も言っていないに等しい。そして要綱仮案の国会提出まで、この分野の議論が部会で深化される可能性は全くなさそうであるから、議論は将来に向けて残されているということになる。諸外国においてもまだ契約譲渡の部分の認識は必ずしも十分ではないように見える。契約譲渡について残される論点は、①債務引受と契約譲渡（仮案のいう「契約上の地位の移転」）の理論的整合性、②契約の二重譲渡だけでなく、契約譲渡とその契約中に含まれる一部の債権の別当事者への譲渡とか、その契約中に含まれる債務の別当事者への移転、その契約中に含まれる債権への他者からの差押えなど、いわゆる対抗要件的な優先劣後関係を決定する規定の必要性、③商法分野で用いられる「事業譲渡」概念との関係性、などを挙げておき、今後の議論のためにユニドロワ2010の検討価値が高いことを述べておく。

以上で報告を終わります。ご清聴ありがとうございました。

【参考資料】

- ①各国立法比較表（報告当日添付） 金安妮「債務引受及び契約譲渡における立法の国際的比較—日本民法典のあるべき姿を求めて—」法学政治学論究（慶應義塾大学）101号（2014年）322—323頁。
- ②カンボジア王国民法典（閣僚評議会提出：2003/07/09，公布：2007/12/08）日本語版  
第2節 債務引受<前注>
  - (1) 債務引受についての定義規定は置かない。
  - (2) 債務引受には、いくつかの類型が存在するが、併存的債務引受を原則とし、とくに債務者を免責する意思が明確な場合に免責的債務引受とするという考え方から条文案を考えている。もし、免責的引受を原則にするのであれば、条文案をそれに従って修正する。
  - (3) （省略）
- ③ヨーロッパ契約法原則 オーレ・ランドー他編，潮見佳男＝中田邦博＝松岡久和監訳『ヨーロッパ契約法原則III』（法律文化社，2008年）
- ④ユニドロワ国際商事契約原則 私法統一国際協会著，内田貴＝曾野裕夫＝森下哲朗＝大久保紀彦訳『UNIDROIT 国際商事契約原則2010』（商事法務，2013年）
- ⑤共通参照枠草案 クリスティアン・フォン・パール他編，窪田充見＝潮見佳男＝中田邦博＝松岡久和＝山本敬三＝吉永一行監訳『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則 共通参照枠草案（DCFR）』（法律文化社，2013年）

【参考文献】 金融法務事情1999号【大会資料】34頁以下の拙稿のほかに

- ①拙稿「企業再編と債権譲渡・債務引受・契約譲渡」法学研究（慶應義塾大学）87巻9号（2014年）89頁以下。
- ②拙稿「債権譲渡から債務引受・契約譲渡へ」内池慶四郎先生追悼論文集『私権の創設とその展開』（慶應義塾大学出版会，2013年）127頁以下。
- ③金安妮「債務引受及び契約譲渡における立法の国際的比較—日本民法典のあるべき姿を求めて—」法学政治学論究（慶應義塾大学）101号（2014年）291頁以下。
- ④池田真朗＝金安妮「企業再編と事業譲渡・債務引受に関する中国最高人民法院の「規定」（法釈2003年1号）—我が国の企業再編と過払金返還請求訴訟への示

唆として—」旬刊商事法務2003号（2013年7月5日号）14頁以下。

- ⑤拙稿「判批・最判平成24・6・29」私法判例リマークス47号（2013年）46頁以下。
- ⑥拙稿「債権譲渡・債務引受・契約上の地位の移転（譲渡）—法制審議会部会の配布資料「検討事項」の概観を中心に—」『民法（債権法）改正の論理』（別冊 タートンヌマン，新青出版，2010年）1頁以下。
- ⑦拙稿「契約当事者論—現代民法における契約当事者像の探究」『債権法改正の課題と方向—民法100周年を契機として—』（別冊 NBL 第51号，商事法務研究会，1998年）147頁以下。

#### 〔注〕

- (1) 拙稿「債務引受と契約譲渡—世界の立法動向と我が国の課題—〈金融法学会第31回大会シンポジウムII資料〉」金融法務事情1999号34頁以下
- (2) 法務省民事局参事官室（参与室）編『民法（債権関係）改正に関する比較法資料』（別冊 NBL146号）99～103頁（商事法務，2014年）
- (3) 中間試案「第20の1 併存的債務引受」，「2 免責的債務引受」を参照。
- (4) この経緯の分析については，前掲参考文献②・166～167頁参照。
- (5) 前掲参考資料③・99頁参照。
- (6) 前掲参考文献②・177～178頁注(11)参照。
- (7) 前掲参考資料④・223頁。
- (8) 前掲参考資料④・224頁。
- (9) 共通参照枠草案（DCFR）では，債務者の交替および追加は第2節の201条からはじまり，完全な交替が204条，205条，不完全な交替が206条，207条，新債務者の追加が208条，209条である。前掲参考資料⑤・150～151頁参照。
- (10) 筆者はこれを，日本カンボジア法律家の会代表の桜木和代弁護士から提供を受けた。
- (11) 内田貴『債権法の新時代—「債権法改正の基本指針」の概要』43頁（商事法務，2009年）
- (12) 拙稿「債権譲渡に関する民法（債権法）改正の問題点—対抗要件と将来債権譲渡についての法制審議会資料を基にした検討—」慶應法学19号70頁および71頁注(7)。

- (13) 民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針〈別冊 NBL126号〉』225頁（商事法務，2009年）。
- (14) 内田貴「ユニドロワ国際商事契約原則2004—改訂版の解説(3)」NBL813号69頁。
- (15) UNIDROIT 9.2.5条は、「債権者は原債務者を免責することができる、②債権者は、新債務者が適切な履行をしない場合のために、原債務者を債務者として留めることもできる。③それらの場合を除き（otherwise）、原債務者と新債務者は連帯して債務を負う」とする。注釈の翻訳は前掲参考資料④・226頁以下参照。
- (16) 前掲参考文献②・165～166頁。
- (17) 前掲参考文献①・107～108頁参照。
- (18) 奥田昌道『債権総論 [増補版]』476頁（悠々社，1993年），潮見佳男『プラクティス民法 債権総論 [第4版]』529頁（信山社，2012年），遠藤研一郎「債務引受のための対抗要件制度の導入可能性」法学新報117巻9＝10号19頁。
- (19) 前掲参考文献②・169頁。
- (20) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注13・255，411頁。
- (21) 最二小判平8.7.12（民集50巻7号1918頁）。拙稿「判批」民商法雑誌116巻6号944頁以下。前掲参考文献②・143頁以下参照。
- (22) 前掲参考文献⑦・179～181頁。
- (23) 前掲参考資料④・234～235頁参照。
- (24) 前掲参考文献⑦・176頁の池田提案2—A条参照。
- (25) 菅原貴与志「事業譲渡をめぐる実務問題—債権者保護を中心に—」法学研究87巻9号163頁。ただし平成26年法第90号によって会社法に23条の2の条文が加えられていることを付記しておく。
- (26) 前掲参考資料④・233頁参照。
- (27) 前掲参考資料④・233頁。
- (28) 前掲参考文献③・316頁参照。
- (29) 前掲参考文献④・15～16頁。

## 報告 3

### 債務引受契約を利用した金融機関の実務的取扱い ——一括決済方式「併存的債務引受方式」を中心に——

三井住友銀行・アセットファイナンス営業部長 平田重敏

ただ今ご紹介いただきました。三井住友銀行の平田でございます。銀行ではアセットファイナンス営業部に所属をしております、主に、金銭債権の流動化・証券化、ABL、一括決済方式、電子記録債権などを担当しております。

今回の金融法学会の主要テーマの1つとして「債務引受」が挙げられたことから、金融実務の現場でこのテーマに日々接している者として、本学会に登壇の機会を与えていただいたものと理解をしております。本日は、金融の現場で「こういったことが実際に起こっている」という状況の報告としてお聞きいただき、諸先生方のご研究の参考にしていただければ幸いです。

それではまず、金融実務における「債務引受」の利用について概観したいと思います。

なお、これからお話する内容は、金融法務事情に掲載されました私の論考(1999号58頁)と同趣旨となっておりますので、併せてご覧いただければと思います。

#### 1 金融機関における「債務引受」の利用の概観

##### (1) 相続実務・営業譲渡などの債務承継手続

金融機関が、個人向けに住宅ローンを取り組んでいる場合に、債務者である個人が死亡すると、可分債務である「住宅ローン」は概念上、法定相続人に対して法定相続分に応じて分割されることとなりますが、遺産分割協議を通じて、法定相続人のうち特定の方に債務引受を行ってもらい、引き続きその方を住宅ローンの債務者として取り扱うという実務が一般的です。

また、企業間で「営業譲渡」が生じた場合に「営業譲渡」を行った企業が負担していた各種債務は、「営業譲受」を行った企業が債務引受を行うのが一般的です。

##### (2) デット・アサンプション／ディフィーゼンス

企業が、高金利環境下で発行した社債の実質的な早期償還と「債務のオフバランス」を図る手法として、従来から「デット・アサンプション」と「ディフィーゼンス」という金融手法が、大企業を中心とするデットキャピタルマーケットで

は活用されてきました。

例えば、「デット・アサンプション」は、償還資金見合いの預金を受け入れた金融機関が社債発行企業から社債の債務引受を行うものですが、低金利環境が継続する茲許のマーケットでは、これらの手法はあまりみられなくなっている状況です。

(3) 金融機関間の資金決済の方法（セントラル・カウンター・パーティ＝CCP）

a 金融商品債務引受業

金融商品取引法上の「金融商品取引清算機関」として日本証券クリアリング機構が「金融商品債務引受業」を行っています。証券市場における売買は、複数の市場参加者による売り・買いが連続して行われますが、実際の決済を売買の相手方との間で行うことになるときわめて非効率であるばかりか、相手方に対するリスクも考慮しながら売買自体を行わざるを得ません。そこで、複数の市場参加者同士の売買関係を、証券と資金の授受の局面ですべて「清算機関」を相手方とした関係に置き換え、決済履行を保証する仕組みが要請されることになります。

日本証券クリアリング機構は、売買の一方の当事者の（証券引渡または資金支払）債務を引き受けると同時に、それに相当する債権（証券または資金の受領）を取得し、原約定の相手方に代わり清算機関（＝同社）が決済における一方の当事者として参加者との間で授受を行う主体となり、決済履行を保証しています。

b 資金清算業

また、内国為替取引において、全国銀行協会が主催する「全銀ネット」は「資金決済に関する法律」に基づき、為替取引ごとに、送金人の取引銀行が持つ債務を引き受け、また、受取人の取引銀行が持つ債権を取得することにより、銀行間の複雑な資金決済の関係を、全銀ネットと各加盟銀行の間における決済の關係に整理しています。

(4) 一括決済方式

上記の取引については、いずれも最初から「債務引受」を活用して仕組みを構築しようとしたものではなく、まず何らかの現取引や発生事象があり、その当事者間の決済や権利關係の変動に対応するための法的な技術として「債務引受」という手法が採用されたものですが、次の「一括決済方式」においては、資金決済を目的とした契約当初から「債務引受」を内容とする契約締結を行う「併存的債務引受方式」が存在します。

利用者のニーズにもマッチし、実際に契約を締結している企業の数も私の推定では15万社は優に超え、定例的な企業間決済手段として「債務引受」が活用されているまれなケースであると言えます。

次に本日の主題である「一括決済方式」全般の考察と、「併存的債務引受方式」が登場した背景やその存在意義などについて詳しく見ていきたいと思います。

## 2 一括決済方式について

### (1) 一括決済方式が利用される局面

企業間決済において、古くより約束手形・為替手形が利用されており、このうちとくに約束手形の利用割合は非常に高いことは皆様よくご存じかと思います。

手形を振り出した支払企業にとっては、「企業間信用」を受けることにより、金融機関から資金調達を行う代替手段となり、受取企業は流動性の高い手形の特性を活用し、金融機関あてに「手形割引」に持ち込むことによって資金調達を行っていました。

しかしながら、手形は「現物」であるがゆえに、支払企業にとっては「手形発行事務」や「印紙代負担」「郵送料負担」が、受取企業にとっては、「手形集金の手間」や「手形の受取証発行とその印紙代負担」「手形の銀行あて取立手続」といった各種の事務負担・費用負担が存在したため、昭和50年代後半からの、エレクトロニックバンキング普及の流れにのって企業間決済にも合理化気運が生まれ、手形取引の合理化手法について「一括決済方式」をはじめとして金融機関でも検討が重ねられてきました。

### (2) 一括決済方式とは

a 一括決済方式とは、この手形取引における当事者のデメリットを解消するために考案された手法です。

支払企業は、手形を廃止し仕入企業宛ての銀行振込に切替えを行います。

一方、従来の「手形割引」に代わる資金調達手段として、支払企業宛ての売掛債権を活用したファイナンス手段が金融機関とのスキーム構築によって仕入企業宛てに用意され、仕入企業は、これによって引き続きスムーズに資金調達を行うことが可能となるものです。

b 一括決済方式は、「下請代金支払遅延等防止法」(=いわゆる「下請法」)に規定される制度です。

下請法2条に定義される一定の企業規模間(親事業者・下請企業間)の取引・

決済において、支払企業は、仕入企業に対して、物品の購買やサービスの提供を受けてから60日以内に現金もしくは手形での支払を法律上義務付けられています。

「一括決済方式」はこの「手形の代替手段」という位置付けであり、下請法に関連して、公正取引委員会から出された各種の通達によって、その具体的な内容が定められています。

c 一括決済方式の一般的な当事者のメリットについては次のとおりです。

(a) 支払企業

- ・手形発行事務の削減による事務合理化
- ・手形に貼付する印紙代の削減
- ・手形現物紛失リスクの解消（保険料の削減）
- ・手形現物の郵送料の削減

(b) 仕入企業

- ・手形受取に関して発行する受領証に貼付する印紙代の削減
- ・手形の集金コストの削減
- ・手形割引に代わる資金調達手段の確保
- ・手形の取立手数料の削減

(c) 金融機関

- ・支払企業に対する合理化対応商品の提供
- ・仕入企業に対する手形割引に代わる資金調達手段の提供

d 一括決済方式の金融機関の業務としての特徴ですが、本商品に係る顧客ニーズの発生がまずは支払企業の手形発行事務削減や印紙代削減にあるため、支払企業向けの「合理化商品」という位置付けになります。

一方で、仕入企業にとっては「支払企業向け売掛債権」を活用した資金調達となりますので、仕入企業宛ての「ファイナンス商品」となります。

本商品は1つの商品において、合理化商品としての性格と与信商品としての性格も併せ持つため、金融機関にとっても珍しい存在となっています。

e 市場規模

昭和60年代からの企業間決済の電子化の流れや手形取引縮小化の流れの中で、一括決済方式の市場規模は伸び続けておりまして、直近の市場規模（=対象となる売掛債権の残高）は私の推定によると7～8兆円レベルになっていると思われ

ます。

### (3) 方式

一括決済方式には複数の方式が存在します。

支払企業、仕入企業、金融機関の三者契約において、対象となる「売掛債権」を法的にどう扱うのか、仕入企業の資金調達方法をどう構成するのかによって方式が分かれております。図1～4をご参照ください。

#### a 債権譲渡担保方式

金融機関は、支払企業宛て売掛債権について仕入企業から「譲渡担保」の設定を受け、仕入企業は譲渡担保を見合いに「当座貸越」を利用することができます。当座貸越が発生した場合、金融機関は、支払企業からの振込資金によって、当座貸越の回収を行います。

#### b 債権譲渡方式

文字どおり債権譲渡を行う方式であり、公正取引委員会の通達上は総称として「ファクタリング方式」とされていますが、本日の説明では「債権譲渡方式」と称することといたします。

債権譲渡方式は、aの債権譲渡担保方式とは異なり、仕入企業は支払企業宛て売掛債権を「真正譲渡」します。譲渡の相手方（つまり、金融機関側のビークル）によって、ファクタリング会社またはSPC（債権買取のための特別目的会社）が譲渡を受ける、「ファクタリング方式」と、信託銀行の信託勘定が譲渡を受ける「信託方式」に分かれます。

#### c ファクタリング方式

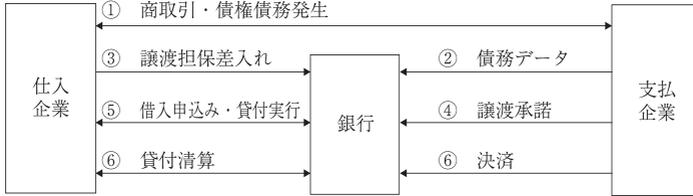
金融機関は、支払企業宛て売掛債権について仕入企業から「真正譲渡」を受け、仕入企業はその「譲渡代金債権」を受け取ります。

譲渡代金債権の受取期日は、従来の手形期日と同一に設定され、その期日より前に仕入企業が資金を必要とする場合には、譲渡代金債権の前払いを金融機関より受けることができます。

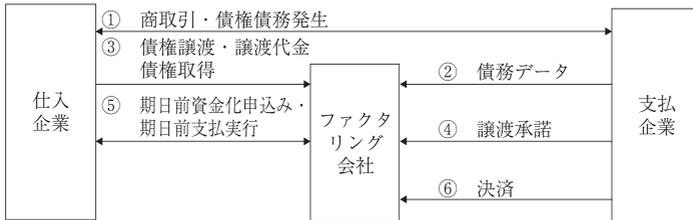
#### d 信託方式

信託銀行（信託勘定を意味し、以後同様）は、支払企業宛て売掛債権について仕入企業から「信託＝真正譲渡」を受け、仕入企業は「信託受益権」を受け取ります。「信託受益権」の受取期日は、従来の手形期日と同一に設定され、その期日より前に仕入企業が資金を必要とする場合には、信託受益権を信託銀行の仲介

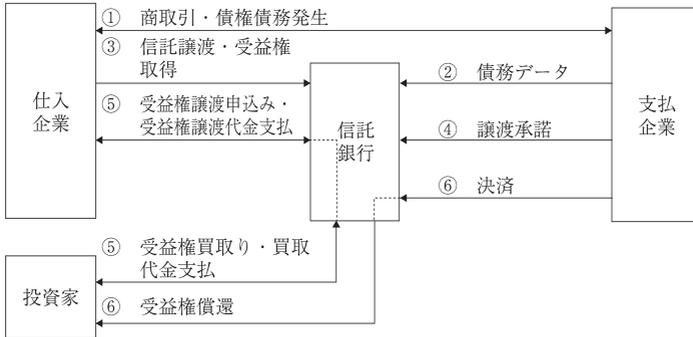
【図1】 債権譲渡担保方式のスキーム概要



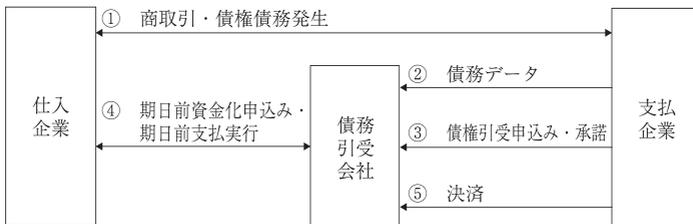
【図2】 ファクタリング方式のスキーム概要



【図3】 一括信託のスキーム概要



【図4】 併存的債務引受方式のスキーム概要



によって投資家に売却します。この投資家には、金融機関からバックファイナンスを受けるSPCやファクタリング会社になることが多いと思われます。

#### e 併存的債務引受方式

併存的債務引受方式は、これまでの方式とは異なり、仕入企業は、支払企業宛て売掛債権を「譲渡」することはありません。

ファクタリング会社またはSPCは、支払企業の仕入企業宛て買掛債務を併存的に債務引受します。売掛債権・買掛債務については、従来どおり支払企業・仕入企業間で存在することになります。売掛債権の期日より前に仕入企業が資金を必要とする場合には、仕入企業はファクタリング会社またはSPCに対して「期日前弁済」を請求します。

#### f 電子記録債権

電子記録債権は、平成20年12月の電子記録債権法の施行によって、電子債権記録機関が3メガ銀行、全国銀行協会によって設立されたことによって企業が実務的に利用することが可能となった手法であります。

厳密にいうと電子記録債権を活用した決済であっても「一括決済方式」であるものとそうでないものがありますが、下請代金の支払手段として用いられる場合は、いずれも下請法の適用を受けることには変わりません。

電子記録債権を使った決済のうち、ファクタリング方式を前提に、譲渡対象を「売掛債権」ではなく、「電子記録債権」としたスキームが、「電子記録債権を使った一括決済方式」ということになります。

#### (4) 各方式の特徴

一括決済方式の各方式についての特徴やコメントすべき事項は以下のとおりです。

##### a 債権譲渡担保方式

昭和60年代始めから、「一括支払システム」という商品名で銀行界の統一商品という位置付けで導入されました。

仕入企業はほぼすべての業態での取引金融機関との間で、債権譲渡担保付きの当座貸越を受けることができ、金融機関にとっては与信的には支払企業と仕入企業の複名与信であり、支払企業の信用状況が劣化してもリスクは分散されています。

金融機関は仕入企業から売掛債権の譲渡担保設定を受けたため、国税徴収法24

条との関係で、国税債権との優先問題が発生しました。金融機関は、これをカバーすべく「国税債権の差押えなどが発出された時点で、対象となる担保債権を代物弁済として取得する」という趣旨の追加条項を契約に盛り込んで対抗しようとしたのですが、この条項の有効性をめぐって、金融機関と国税間で係争が発生しました。

この係争に関しては、平成15年の最高裁判決によって決着が図られ、金融機関側が敗訴となりました。金融機関は、支払企業に対して、契約の中で対象となる売掛債権の無瑕疵を保証してもらっていたため、支払企業にとっては、売掛債権を差押した国税宛て支払と金融機関宛ての契約に基づく支払という「二重払いリスク」が顕在化することとなりました。

これに伴って、金融機関は支払企業宛てに「二重払いリスク」の説明を行い、「一括支払システム」の新規営業については実質的に停止されることとなりました。

#### b 債権譲渡方式

債権譲渡担保方式に関して上記の国税との係争が発生した前後から、「真正譲渡」を前提とする「債権譲渡方式」が生まれ、実際の利用も増加しました。

その当時の日本は、ようやく企業の資金調達手法として売掛債権流動化取引が普及しはじめた時代であり、スキーム構成上も「SPC」や「信託」が活用され、支払企業側もとくに違和感なく債権譲渡方式を採用していきました。

また、その当時は「金融制度改革」で都市銀行・証券会社が業態別子会社として「信託銀行子会社」を設立し、異業種参入を積極的に行っていた時代でありましたが、信託銀行子会社の業務範囲が当局指導で制限される中、認められた業務として一括決済方式の「信託方式」が信託銀行子会社を活用した形で積極的に提供されたという背景もあったと思われます。

仕入企業のファイナンス手段が、ファクタリング会社(含むSPC)、信託銀行経由となったため、「支払企業リスクに依拠した囲い込み商品」という性格を帯びることになりました。

本方式は、真正譲渡を行うため、債権譲渡担保方式のような「二重払いリスク」は発生しない前提でありましたが、平成10年に「債権譲渡特例法」が施行されたことにより、支払企業の二重払いリスク問題が新たに発生することとなりました。

仕入企業が、債権譲渡方式で一括決済方式の契約に参加している場合、それと

は別途、支払企業宛て売掛債権を第三者に譲渡し「債権譲渡登記」を行うことによって、その第三者が一括決済方式に優先して債権譲渡の第三者対抗要件を取得することが可能となったわけです。

これに対して、金融機関側は、例えば仕入企業と支払企業間で発生し得る期間1年間の将来債権譲渡を受け、これに第三者対抗要件を取得した後に、仕入企業が第三者宛てに二重に債権譲渡を行っていないかどうか債権譲渡登記を調査し、もし二重譲渡が行われていればその仕入企業は契約からはずれていただくことにより、この新たな二重払いリスク問題を最小限のリスクとしてコントロールするに至っています。

### c 併存的債務引受方式

併存的債務引受方式は、下請法に関する、平成11年7月公正取引委員会通達によって認められました。

上述のとおり、一括決済方式は支払企業の合理化を起点としてスタートしたものです。対象債権の二重譲渡や国税差押えに伴うリスクについての見極めも支払企業にとっては非常に重要ではありますが、より多くの仕入企業に仕組みに参加してもらうことによって、初めて支払企業としての合理化が達成されるわけであり、そうした観点からは、大企業が多い支払企業と比べて、難しい金融手法や法律的な概念に不慣れた仕入企業にとってもわかりやすい仕組みが望まれていました。これらが併存的債務引受方式が新たに下請法上採用された背景の1つであると考えられます。

併存的債務引受方式が実際に大きく普及したのは、2000年代を通じて、大企業の多くがバランスシート調整や、合理化・コスト削減に非常に注力していた時代であり、併存的債務引受方式のシンプルさが時代にマッチした結果であると考えられます。

具体的には、

- 仕入企業が売掛債権を第三者に譲渡してしまうリスクはあるものの、合理化目的で導入する支払企業にとっては、スキームとしての説明のしやすさ、仕入企業の理解のしやすさという点で評価が高かった。
- 支払企業と仕入企業の債権債務関係はとくに変動をしないという点が受け入れられた。
- 債権譲渡手続を行わないため、上記のとおり「債権譲渡方式」の項で説明

した債権譲渡登記の確認手続が不要な点も手続の簡単さを求める支払企業にとっては利点となった

ことが挙げられます。

#### d 電子記録債権

平成20年に電子記録債権法が施行され、これに対応して平成26年10月現在では、設立された「電子債権記録機関」は4社となっています。

具体的には、三菱UFJフィナンシャルグループ系の「日本電子債権機構」、三井住友フィナンシャルグループ系の「SMBC電子債権記録」、みずほフィナンシャルグループ系の「みずほ電子債権記録」および、全国銀行協会が母体となっている「全銀電子債権ネットワーク」です。

「全銀電子債権ネットワーク」通称「でんさいネット」は、メガバンク、信託銀行、地方銀行、信用金庫などほぼすべての金融機関が参加し、紙の手形に代わる「電子手形」的性質をもった「でんさい」を取り扱っています。全国銀行協会において、紙の手形に代わる社会インフラ構築を目的に設立され、今年6月末では37万2297社の利用者が契約を行っています。

一方、メガバンク系の電子債権記録機関については、でんさいネットと比較すると、電子記録債権の流通範囲が狭くなっており、どちらかというとならば仕入企業に対して、メガバンクまたは一部の参加金融機関が相対で資金化を行うツールとして活用されているものです。

電子記録債権には、法律上「二重譲渡」が起り得ないため、これを譲渡の対象としてスキームを組み立てれば、支払企業が「二重払い」リスクを負わない仕組みを構築することが可能となります。

#### e 方式間の比較

以下においては、支払企業が「併存的債務引受方式」を採用する場合の理由という切り口から、各方式間の比較を試みることにいたします。

##### (a) スキーム導入前後の仕入企業の保有する債権の信用力の変化

一括決済方式を導入する支払企業は、上場企業や投資適格企業など優良企業が多いわけですが、仕入企業は、この優良な支払企業宛て債権を保有し、一括決済方式を通じその信用力を活用することによって、多くの場合、仕入企業が自己の信用リスクに対応した金利水準よりも低い水準で資金調達が可能となっています。

支払企業の信用力が高ければ高いほど、例えば、2000年代前半の金融危機の時代においては、支払企業の格付が、金融機関の格付よりも高いということが現状よりも多く起きていました。その場合、一括決済方式を導入することによって、仕入企業の保有する権利のリスク対象が支払企業から金融機関に変わることによって、信用力が低下するということが起こり得たわけです。

支払企業としては、自社の合理化のために自己都合で支払のスキーム変更をしますので、仕入企業が保有する債権の信用力を低下させないことも必要であり、結果的にそれにふさわしいスキームを採用しました。

ファクタリング方式については、仕入企業がファクタリングまたはSPC宛てに債権譲渡を行い、ファクタリング会社またはSPC宛てに譲渡代金債権を保有することになりますが、この譲渡代金債権は支払企業リスクではなく、もともと保有していた売掛債権とは信用力が変化することになります。

信託方式の場合には、仕入企業は支払企業宛て売掛債権を信託財産とする信託受益権を保有することになるため、もともと保有していた売掛債権からの信用力の変化はありません。

併存的債務引受方式については、仕入企業は引き続き支払企業宛て売掛債権を保有するので、債権の信用力は変化しないことになります。

さらに債務引受人の信用力によって補強されていることにもなります。

#### (b) 仕入企業にとってのスキームのわかりやすさ

一括決済方式の導入にあたって、支払企業が重要視することの1つとしてスキームが仕入企業にとってわかりやすく参加しやすいということがあります。

いかに経済的なメリットがあっても、理解するのが難しく、馴染みがない専門用語が多く出てくるといことになれば、仕入企業から敬遠され、参加率は上がりず支払企業の合理化にはつながりません。その観点からいうと、仕入企業は、中小企業の比率が圧倒的に高く、「信託」「SPC」場合によっては「債権譲渡」ですら、難しい、馴染みがないという扱いを受けることもあります。

「債務引受」の場合には、法律に明文がない概念であるという点はあるものの、上述のとおり、債権譲渡が発生しないため、仕入企業にとってわかりやすいという意見がこれまでの具体的な声としては多かったわけです。

#### (c) 手続の簡便さ

また、既に触れたとおり併存的債務引受方式には、債権譲渡方式を採用した場

合に、二重払いリスクを軽減するための手続である債権譲渡登記の確認手続が不要であり、合理化重視の支払企業にとってはその点でもメリットがありました。

これまでの話を整理しますと、スキーム導入前後で仕入企業の保有する権利の信用力に変化がなく、仕入企業によって仕組みがわかりやすく、かつ支払企業にとっても手続が簡便な点が受け、「併存的債務引受方式」が伸びていったということになると思われます。

#### f 今後の方向性

現在、一括決済方式を新規採用する企業において、債権譲渡を前提とするスキームを構築する場合においては、電子記録債権を活用したスキームが非常に多くなっていると思われます。

電子記録債権を活用したスキームは、上述の通り「二重払い」リスクのない方式であり、少しでもそのリスクが存在する他の方式と比較した場合に、電子記録債権を活用したスキームを選択するのは支払企業にとって自然なこととなっていると思われます。

また、既に債権譲渡方式を契約済の支払企業が、電子記録債権を活用したスキームに切り替えを行う例も増加してきています。支払企業にとっては、「二重払リスク」が解消されるものの、非常に多数の仕入企業との契約を締結し直す必要がある場合もあり、事務コストと見合った効果が得られるかどうかを慎重に判断しながら決断をされた結果であると思われます。

これまで述べたとおり、電子記録債権の普及が顕著な動きとなっていますが、債務引受方式については、当面は存続していく可能性は高いと思えます。その理由としては、支払企業がスキームの新規採用時において、色々な要素を勘案した結果、スキームにおけるリスクの低減もさることながら、仕入企業によりわかりやすい仕組みを提供し、幅広く仕入企業に加入してもらうことによって合理化メリットをとりたいとの判断をされていると思われるからです。実際にも、これまで比較的、スキーム切替えの相談を受けることが少なかったと思われ、その傾向は債権譲渡を前提とするスキームを採用している支払企業と比較すると強いのではないかと思われます。

### 3 債権法改正との関係

後述のとおり、今回の法制化の検討内容は、これまで判例にゆだねられてきた「債務引受」の法律関係の基本的な内容を明文化することであります。一方、実務

サイドとしては上記の「一括決済方式」をはじめとして、法律の規定を待つまでもなく、かなり詳細な内容が契約書や業務規程として整備されています。

しかしながら、「一括決済方式」においても、民法に「債務引受」の規定がないことがスキーム採用にあたっての「弱点の1つ」として認識されていたこともあり、今般の法制化の動きについては、実務に対して法律がお墨付きを与えるものとして非常に大きな意義があると思われます。

こうした前提を踏まえた上で、今般の明文化の動きと実務的との関係・影響について簡単に触れてみたいと思います。

#### (1) 併存的債務引受

一括決済方式（併存的債務引受方式）の契約は、支払企業、仕入企業、金融機関の三者契約となっており、支払企業・金融機関の二者間で「第三者のためにする契約」の構成にはなっていません。支払企業と金融機関の負担割合は、支払企業の負担100%となっています。

具体的な契約内容に関しては、当事者三者が「契約自由」の中で合意した内容となっており、債権法改正の中で明文化される内容を待たずして当事者の意思は明確となっています。

支払企業が一括決済を利用して仕入企業あて資金決済を行う場合、対象とする債務の確定に関しては、①仕入企業から支払企業の物品サービスの納入、②支払企業による物品サービスの検収、③仕入企業から支払企業への請求書送付、④支払企業から仕入企業への支払通知書の送付という手順で進んでいくため、債務の確定内容に齟齬が発生することはあまりないと考えられます。このため、一括決済方式（併存的債務引受方式）の契約書の中には債務引受人が支払企業の抗弁を主張することについてはとくに規定されていないことが多いと思われます。

しかしながら、何らかの事情の発生によって、支払企業と仕入企業間の現取引において齟齬が発生し、支払企業が仕入企業に対して抗弁を主張することができることとなった場合には、今般明文化される方向となった「併存的債務引受の引受人の抗弁等」の内容が非常に有益なものとなると思われます。

#### (2) 免責的債務引受

一括決済方式（併存的債務引受方式）の契約は、下請法上「併存的債務引受方式」に限定されており、免責的債務引受がスキームとして採用されることはありません。支払企業は、金融機関が一括決済方式に関わる仕入企業宛てのファ

イナンスを実行できなかった場合には、支払企業が最終的に責任をもって仕入企業宛て支払を行わなければならないことが公正取引委員会通達に定められています。(昭和60年12月25日。改正平成11年7月1日公正取引委員会事務局取引部長通知「一括決済方式が下請代金の支払手段として用いられる場合の指導方針について」)

以上、非常に簡単ではございますが私からの報告を終わらせていただきます。拙い報告に対して、最後までご清聴ありがとうございました。

## 報告 4

### 債務引受—現行法との接続と乖離—

立教大学教授 角 紀 代 恵

#### 1 はじめに

債務引受とは、BのAに対する債務をCが引き受けてAの債務者となり、Bが、それによって債務を免れることを指しますが、広義には、Bが債務を免れずに依然として債務者であり、Cもこれと並んで同一内容の債務を負担する場合も含まれます。後者を併存的債務引受（重畳的債務引受）と呼び、これと区別する意味で、前者を免責的債務引受と呼ぶこともあります。日本民法典は、債権譲渡関係の規定をフランス民法典にならって立法したため、フランス民法典と同様、債権譲渡の規定のみを有しており、債務引受の規定も、さらには、契約上の地位の移転の規定も有していません。しかし、今般の債権法改正により、債務引受、契約上の地位の移転について、資料（注：97頁以下）のような立法提案がなされるに至りました。そこで、本報告では、この立法提案が、従来の判例・学説とどのような関係にあるのか、その孕む問題について考えてみたいと思います。

#### 2 免責的債務引受と併存的債務引受——その関係

伝統的見解によれば、免責的債務引受と併存的債務引受は、その性質を異にします。すなわち、前者は、債務がその同一性を変えずることなく、従前の債務者から新しい債務者である引受人に移転する債務の特定承継であるのに対して、後者は、債務者は債務を免れることなく、引受人である第三者が、債務者と並んで新たに同一内容の債務を負担する債務負担行為とされています。

これに対して、併存的債務引受と免責的債務引受を連続的に捉える見解があります。その代表的なものは、債務者と引受人の間で行われる債務引受を念頭において、まず、併存的債務引受が成立し、それに債務者免責に対する債権者の承諾が加わったものが免責的債務引受であると構成しています。この見解は、併存的債務引受を、第三者のための契約構成に依拠して捉えることを拒否し、設定的譲渡の法理により、債務者は自己の負担する債務と同一内容の債務を新たに設定してこれを引受人に譲渡するものであると解しています。この考え方は、併存的債務引受について、理論面では債務の特定承継と捉える点において、法的効果の面

では債権者の承諾（受益の意思表示）は不要であると解する点において、伝統的見解とは異なります。なお、この考え方は、契約上の地位の譲渡や財産・営業の譲渡を容易にするとの実践的意図をもっています。すなわち、このように解した場合には、契約の一方当事者と第三者との間での契約上の地位の移転は、たとえ、他方当事者の承諾が得られなくても、可能となるというわけです。

さて、要綱仮案は、併存的債務引受については第三者のためにする契約構成に依拠している（第21の1(1)エ）のに対して、免責的債務引受については、要綱仮案自体を読む限りは、それを債務の移転と捉えているか否かは、判然としません。しかし、要綱仮案の元となった部会資料67A「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(2)」が議論された中間試案後の第77回部会（2013年9月17日開催）における内田貴委員の発言を読む限りは、免責的債務引受については、「併存的債務引受+免除」と構成していた中間試案の延長線上で捉えているようです。したがって、要綱仮案は、併存的債務引受と免責的債務引受を連続的に捉えています。先ほど紹介した見解とは異なる見解を採っているようです。

立法に際しては、免責的債務引受という制度の要件・効果を明確に規定していれば足り、その法的性質を考えるのは学者の仕事だという考え方も成り立ちます。しかし、やはり、立法するからには、免責的債務引受と併存的債務引受の法的性質について同質説、異質説いずれを採ろうとも、債務の移転を正面から認めるべきではないでしょうか。というのは、債権の法鎖からの脱却という歴史の流れからだけではなく、債務の移転を認めないと、免責的債務引受は既存の枠組みを使って何とか説明できるかもしれませんが、契約上の地位の譲渡については、新たな当事者が債務を負担することを説明することができず、立法の意義は著しく減殺されるものと言わなければならないからです。さらに、免責的債務引受の法的性質をどのように捉えるかによって、その要件・効果も変わってくるのではないでしょう。

その例として、要綱仮案第21の2(1)イを挙げたいと思います。要綱仮案第21の2(1)イは、引受人・債権者間でする免責的債務引受について、「債権者が債務者に対してその契約が成立した旨を通知することによって、その効力を生ずる」と規定しています。免責的債務引受を債権譲渡の対概念である債務の移転と捉えた場合には、債権者と引受人間で契約が締結された時に、債務は移転し、債務者は債務を免れるはずですが。従前から、免責的債務引受を債務の移転と捉える見解は、

債権者と引受人の契約による免責的債務引受の要件をめぐっては、債務者への通知の要否を問題とすることはなく、債権者と引受人の契約によって効力を生じると解しています。ただ、その場合には、債権譲渡の場合と同様に、免責的債務引受に関与していない債務者保護の問題は生じますが、債務者保護の方途として、債務者への通知を免責的債務引受の効力要件とする発想は出てこないと思われます。

ここで、UNIDROIT 国際商事契約原則（以下「UNIDROIT」といいます）について、時間の関係もありますので、一言だけ触れることにします。免責的債務引受に関する立法提案は UNIDROIT と発想が似ています。ただ、UNIDROIT は、いまだ、債務の移転を認めていない英米法圏と認めている大陸法圏の妥協の産物と言っているかと思えます(注)。

### 3 併存的債務引受と第三者のためにする契約

従来、通説の見解によれば、引受人・債務者間の契約によって行われる併存的債務引受は、第三者のためにする契約（民法537条1項）と位置付けられ、したがって、債権者が引受人に対して債権を取得するためには受益の意思表示が必要であると解されており（同条2項）、判例も同様の見解に立っています。

第三者に権利が発生するには受益の意思表示を必要とした背景には、利益であっても、意思に反しては強いられないとの判断がありました。また、第三者の受益の意思表示によって、初めて第三者の権利は発生することから、第三者に権利を取得させるだけでなく、付随的な負担を伴う第三者のための契約も許されるとされています。しかし、利益であっても意思に反しては押し付けられないということは、日本民法全体を通じて貫徹されていないことは夙に主張されております。また、同じく第三者のためにする契約であるとされる保険や信託にあっては、法律によって、受益の意思表示は不要とされています（保険法8条、42条、信託法88条1項）。

さらに、従来から、債務者・引受人間での併存的債務引受にあっては、債権者の受益の意思表示の必要性が問われてきました。すなわち、併存的債務引受は、免責的債務引受とは異なり、債務者の増加によって責任財産の増大を来すことはありますが、その減少はなく、担保も消滅しません。また、債権者は、引受人への請求を義務付けられるわけではなく、いやならば、債務者から取り立てればよいだけです。このように、同じく債務引受といっても、免責的債務引受とは異なる

り、併存的債務引受においては、債権者にマイナスをもたらすものではない以上、受益の意思表示である債権者の承諾は不要と解すべきであるとの主張があります。私も、立法にあたっては、併存的債務引受においては債権者の受益の意思表示は不要とすべきであると考えます。

この点、要綱仮案は、引受人と債務者との契約による併存的債務引受は、債権者が引受人に対して承諾をすることによって、効力を生ずると規定しており（第21の1(1)ウ）、債権者の受益の意思表示を、債権者の権利発生要件を越えて、併存的債務引受の効力要件と位置付けています。しかし、一般には、受益の意思表示は第三者のためにする契約の効力発生要件とは解されていないので、要綱仮案は、受益の意思表示に対して、従来、説かれている以上の効力を与えたこととなります。この点、部会資料67A「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(2)第3の1(3)」においては、第三者のためにする契約の通説的見解にしたがって、「引受人は、債権者が引受人に対して承諾の意思表示をした時にその債務を負担するものとする」と規定しており、なぜ、要綱仮案において、受益の意思表示を併存的債務引受の効力要件に変更したのか、その理由は、どこにも述べられていません。

ところで、履行引受にあっては、引受人は債権者に対して第三者として弁済するだけであって、債権者は債権を取得するわけではありません。併存的債務引受と履行引受の区別は、実際には、微妙な場合が少なくありませんが、債務者と併存的債務引受をした引受人は、債務者に対して、債務者を免責させる義務を負うので、債務者と引受人間との間の併存的債務引受には履行引受が含まれていると解すべきです。すると、受益の意思表示を、併存的債務引受の効力要件と解した場合には、債権者の権利発生要件と解した場合とは異なり、債権者の受益の意思表示が得られない間は、債務者も、引受人に対して、債権者への弁済を請求できないことになるのでしょうか。この点、疑問を提示しておきたいと思います。

#### 4 おわりに

債務引受をめぐる問題は、以上に尽きるわけではありません。とくに、重要な問題としては、法制審の議論の過程においては常に意識されながら、最終的には、立法化が見送られた、保証の規定を、併存的債務引受に、どこまで及ぼすべきかがあります。この点、手当てを全くしないと、保証人保護の規定を充実しても、否、充実すればするほど、併存的債務引受が脱法的に用いられるおそれがありま

す。ただ、これについての規定を入れる箇所は、債務引受ではなく、保証であろうと考えています。しかし、いずれにせよ、この点、まったく手当てがなされていないのは気に掛かることです。

以上、雑駁な報告ではありますが、債務引受については、従来、説かれてきたことと、かなり、乖離のある提案がなされていることがわかっていただけたと思います。この点、十分な議論がなされた結果であるのか気に掛かる所であり、います。いったん改正がなされますと、不具合があっても、再び改正ということは、非常に困難だと思います。したがって、もう少し議論を尽くすべきではないかと考える次第です。

ご清聴ありがとうございました。

#### 〔注〕

UNIDROIT2010 第9.2.1条は、「金銭の支払またはその他の給付をすべき債務は、以下の各号のいずれかによって、ある者（「原債務者」）から他の者（「新債務者」）に移転することができる。(a)第9.2.3条に従ってなされた原債務者と新債務者との合意 (b)新債務者が債務を引き受ける旨の債権者と新債務者との合意」と規定する。そして、第9.2.3条は、「原債務者と新債務者との合意による債務の移転には、債権者の同意を要する」と規定するとともに、第9.2.5条(1)は、「債権者は原債務者を免責することができる」と規定する。同条の解説によると、第9.2.1条(b)または第9.2.3条に基づいて与えられた債権者の同意によって、新債務者は債務に拘束されることになるが、原債務者は、債権者に免責されて、初めて、債務を免れることになる（条文の訳文等は、内田貴ほか訳『UNIDROIT 国際商事契約原則2010』（商事法務、2013年）による）。すなわち、免責的債務引受に対する UNIDROIT の発想は、中間試案で採用されていた「併存的債務引受+債権者」の免責構成にきわめて近い。これは、英米法圏においては、そもそも、債務の移転を認めていないために、条文上は、債務の移転という言葉を用いることによって、債務の移転を認める大陸法圏との妥協を図ったものと推測される。

## 報告 5

### 企業の再編と契約譲渡—契約上の地位の移転—

立教大学教授 野澤 正 充

立教大学の野澤です。本日は、「企業の再編と契約譲渡」というテーマの報告をさせていただきます。

#### 1 問題の所在

##### (1) 企業の再編と契約上の地位の移転

企業再編の手法には様々なものがありますが、契約上の地位の移転との関連が問題となるのは、事業（営業）譲渡および債権譲渡の手法を利用したものです。といいますのも、会社が事業を譲渡する場合には、合併・分割の場合におけると異なり、当該事業に属する個々の資産の移転については個別に合意しなければならないからです。まして、会社がその有する債権を譲渡しただけでは（民法466条）、同債権の譲受人が譲渡人の債務を引き受けることはありません。

##### (2) 過払金返還債務の承継の可否

この問題が具体的に争われたのは、貸金業者間の事業譲渡または債権譲渡に伴う、譲受業者に対する過払金返還請求訴訟においてです。すなわち、貸金業者間における事業譲渡等によって貸金債権が譲受業者（Y）に移転したが、その債権が利息制限法所定の利率に照らして既に過払いとなっていたときに、顧客（債務者=X）は、事業ないし債権の譲渡業者（A）に対する過払金を、その譲受業者（Y）に対しても請求し得るか否かが問題とされました。

この場合に、仮にXがYに対して過払金返還請求権を行使することができないとすると、Aが清算段階にあるときは、Aに対する過払金返還請求権が事実上無意味となってしまいます。

##### (3) 「契約上の地位の移転」の問題点

後に述べますように、過払金返還債務の承継の可否に関する一連の最高裁判決は、事業譲渡ないし債権譲渡の譲渡契約における当事者の意思を重視しています。その手法は、契約法の領域では適切です。しかし、企業の再編を企図するAとYの意思を重視するあまり、過払いをしているXの利益が守られていないように思われます。その要因の1つとしては、「契約上の地位の移転」という制度に対する

理解がなお十分ではない、ということが挙げられるでしょう。

民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案においては、「契約上の地位の移転」に関して、次のような規律が設けられています。「契約の当事者の一方が第三者との間で契約上の地位を譲渡する旨の合意をした場合において、その契約の相手方が当該譲渡を承諾したときは、契約上の地位は、当該第三者に移転する」。

この規律は、契約上の地位の移転に関する規定を有していない現行民法と比較すると、これを正面から認める点において、大きな前進です。しかし、同案は、その要件を規律するのみであって、具体的な効果は今後の議論にゆだねられています。また、そもそも明文化することには馴染みませんが、契約上の地位の移転が、債権譲渡と債務引受を組み合わせたものとのように異なるのか、という制度の本質論をめぐる議論も必ずしも十分ではありません。そして、これらの問題点が、過払金返還債務の承継に関する一連の最高裁判決に集約されたのではないかと思われます。

## 2 「契約上の地位の移転」の制度と効果

### (1) 法制度としての独自性

まず、「契約上の地位」には、債権債務も含まれるため、「法理論的」には、契約上の地位の移転が、債権譲渡および債務引受の延長線上に位置付けられることは明らかです。しかし、契約上の地位の移転は、他の制度にない独自の役割（機能）を果たしていることを再度確認すべきです。すなわち、この制度は、民法の諸制度の中で唯一、契約当事者が交替しても契約関係の存続を可能にする制度である、ということです。例えば、継続的契約においては、その契約関係が長期にわたるため、当事者の一方が何らかの事情（事業譲渡や賃貸不動産の譲渡など）によって従前の契約関係を維持し得なくなることがあります。このような場合に、従前の契約関係をすべて打ち切ることも可能です。しかし、新たな顧客を探すよりも、従前の契約関係をそのまま新しい当事者に引き継ぐことができれば、当該契約の両当事者および第三者である譲受人にとっても利益となります。そこで、「契約上の地位の移転」は、「契約当事者の一方の変更にもかかわらず、将来に向かって契約の効力を存続させること」に意味があります。すなわち、この点がまさに、個別の債権譲渡や債務引受を組み合わせることによっても実現することができない、契約上の地位の移転の制度に特有の機能であると考えられます。

## (2) 基本的な効果

また、契約上の地位の移転の効果は、「将来向かって契約の効力を存続させること」にあります。すなわち、地位の移転時を基準として、将来生ずべき債権・債務が譲受人に移転することとなります。なぜなら、契約上の地位の移転が問題となる多くの場合は継続的契約であり、その将来における地位の移転が対象となるからです。もっとも、譲渡人のもとで既に発生している債権・債務の移転については、学説は必ずしも明確ではありません。例えば、我妻榮先生は、『新訂債権総論』（岩波書店、1964年）の581頁では、「契約上の地位の譲渡の効果」について、将来生ずる債権・債務はもちろん、「その契約からすでに生じた債権・債務が移転する」と解しています。しかし、同『債権各論中巻一』（岩波書店、1957年）の461頁では、賃借権の譲渡（賃借人の地位の移転）に関して、「延滞賃料債務や賃借人の保管義務違反による損害賠償債務など」の既発生債務は、「とくにそれについて引受ける契約がない限り、移転しない」と解しています。この両者の間には矛盾があります。そして、判例（最判平3・10・1判時1404号79頁）は、（法定）地上権の移転に伴う地代支払契約の移転に関してですが、新地上権者は、「前主の未払地代の支払債務については、右債務の引受けをした場合でない限り、これを当然に負担するものではない」と判示しています。

契約上の地位の移転の対象が、原則として継続的契約であることを前提とすれば、その効果としては、移転の時を基準として、将来生ずべき債権・債務のみが譲受人に移転し、それ以前に発生していた債権・債務が譲受人に移転するためには、個別の債権譲渡・債務引受の手続が必要である、と解されます。

## (3) 小 括

そこで、まとめますと、「契約上の地位の移転」は、①契約当事者の一方が変更しても、従前の契約関係をそのまま存続させる制度であり、②その効果は、原則として、移転の時を基準として、将来生ずべき債権・債務が移転するものです。それゆえ、③既発生した債権・債務を移転するためには、個別の債権譲渡・債務引受の手続が必要となります。

## 3 最高裁判例とその問題点

## (1) 3つの事案

平成23年と同24年の一連の最高裁判決は、いずれも、貸金業者の再編が問題となり、Aがその事業を終了し、YがAの事業を承継するとともに、Aの顧客であ

るXとの基本契約も実質的には承継するというものでした。ただし、その法律構成は異なり、A・Y間では次の3つの構成が採られていました。

第1は、事業譲渡です。これは、AがYに対して事業譲渡をするものです。

第2は、切替契約によるものです。これは、XがYからの借入金によってAに対する残債務を完済し、以後はYとの間で金銭消費貸借取引を行う、という契約の切替えをするものです。

第3は、債権譲渡です。これは、YがAの有する貸付債権を譲り受けるとともに、Aが顧客(X)に対して負担する一切の債務をYが併存的に引き受けるとしたものです。

最高裁は、契約当事者、とりわけ企業を再編するAとYの意思の合理的な解釈をとおして、過払金返還債務の承継の可否を決しました。そして、結論としては、Xの受益の意思表示が明確な切替契約の事案についてのみ、過払金返還債務の承継を認めました。

## (2) 最高裁の判断のポイントと問題点

(a) 事業譲渡事案〔i〕最三小判平23.3.22金法1927号136頁；〔ii〕最一小判平23.7.7金法1954号115頁；〔iii〕最二小判平23.7.8金法1954号119頁〕

事案は次のようでした。Aは、Yとの間で、平成14年2月28日午後1時を契約の実行（クロージング）の日時として、Aの消費者ローン事業に係る貸金債権等の資産を一括してYに売却する旨の契約を締結しました。この資産譲渡契約は、第1.3条において、Yは、譲渡対象資産に含まれる契約に基づき生ずる義務のすべて、具体的には、クロージング日以降に発生し、かつ、クロージング日以降に開始する期間に関するものに限るとし、その間の債務を承継する旨を定めています。また、第1.4条(a)において、Yは、譲渡対象資産に含まれる貸金債権の発生原因たる金銭消費貸借契約上のAの義務または債務、そこには過払金返還債務が含まれますが、これを承継しない旨を定めていました。

〔i〕判決は、資産譲渡契約が、第1.3条および第1.4条(a)において、Yが既発生した過払金返還債務を承継しない旨を明確に定めているとします。そして、「貸金業者（以下「譲渡業者」という）が貸金債権を一括して他の貸金業者（以下「譲受業者」という）に譲渡する旨の合意をした場合において、譲渡業者の有する資産のうち何が譲渡の対象であるかは、上記合意の内容いかんによるというべきであり、それが営業譲渡の性質を有するときであっても、借主と譲渡業者との間

の金銭消費貸借取引に係る契約上の地位が譲受業者に当然に移転すると解することはできない」とし、資産譲渡契約は、Yが既発生の過払金返還債務を「承継しない旨を明確に定めるのであって、これが、XとAとの間の金銭消費貸借取引に係る契約上の地位の移転を内容とするものと解する余地もない」としました。

また、〔ii〕判決は、「借主は当然に貸金債権の一括譲渡の前後を通算し弁済金の充当計算をして過払金の返還を請求する利益を有するものではなく、このような利益を喪失することを根拠に、譲受業者が上記取引に係る過払金返還債務を承継すると解することもできない」と判示しました。

〔i〕判決の提示する、「何が譲渡の対象であるか」は両当事者の「合意の内容いかんによる」との一般論は適切です。しかし、当該事案における「資産譲渡契約」の条項の解釈として、実質的にも契約上の地位の移転が認められないのか否かは、なお検討すべき問題であると思います。とりわけ、資産譲渡契約第1.3条の解釈が問題となるでしょう。

(b) 切替契約事案〔iv〕最二小判平23.9.30金法1949号87頁)

Xは、Aとの間で、金銭消費貸借取引に係る基本契約を締結し、これに基づき、平成5年7月6日から平成19年8月1日までの間、継続的な金銭消費貸借取引、以下では「本件取引1」といいますが、これを行いました。この本件取引1については、制限超過部分を元本に充当すると、8月1日の時点で過払金が発生しています。

Yは、平成19年6月18日、Aとの間で、Aが顧客に対して有する貸金債権をYに移行し、Aの貸金業を廃止することとします。そしてYは、Aとの間で、同日、業務提携契約を締結し、Aが切替顧客に対して負担する一切の債務について、YおよびAが連帯してその責めを負うとの債務引受条項を設けました。

Xは、Yの勧誘に応じて、平成19年8月1日、Yとの間で金銭消費貸借取引に係る基本契約を締結しました。そしてYは、同日、Xに対し、本件切替契約に基づき、本件取引1に係る約定残債務金額に相当する金員を貸し付けた上、同額をA名義の口座に振込送金し、Xは、Yに対し、同年9月2日から平成21年2月14日までの間、これを弁済しました。これを以下では、「本件取引2」ということにします。その後、YとAは、平成20年12月15日、上記業務提携契約のうち本件債務引受条項を変更し、過払金等返還債務につき、Aのみが負担し、Yは切替顧客に対し何らの債務および責任を負わないことを内容とする契約を締結していま

す。

〔iv〕判決は、Yが、Aの顧客であったXに対し、「Yとの間で本件切替契約を締結することを勧誘しているのであるから、Yの意図は別にして、上記勧誘に当たって表示されたYの意思としては、これを合理的に解釈すれば、Xが上記勧誘に応じた場合には、Yが、XとAとの間で生じた債権を全て承継し、債務を全て引き受けることをその内容とするものとみるのが相当である」としました。そして、「XとYとは、本件切替契約の締結に当たり、Yが、Xとの関係において、本件取引1に係る債権を承継するにとどまらず、債務についても全て引き受ける旨を合意したと解するのが相当であり、この債務には、過払金等返還債務も含まれている」とし、Xの上記合意により、「第三者のためにする契約の性質を有する本件債務引受条項について受益の意思表示もされていると解することができる」としました。なお、〔ii〕判決と異なり、〔iv〕判決は、「Xが、本件取引1に基づく約定残債務相当額をYから借入れ、その借入金をもって本件取引1に基づく約定残債務を完済するという会計処理は、AからYに対する貸金債権の承継を行うための形式的な会計処理にとどまるものというべきであるから、本件取引1と本件取引2とは一連のものとして過払金の額を計算すべきである」としています。

この判決は、AとYが選択した契約の切替えによる債権の移行という手法に従い、併存的債務引受とそれに対するXの受益の意思表示を認定しました。しかし、そもそも契約の切替えが、全体としては、契約上の地位の移転を企図したものであるとも考えられます。そして、最高裁は、事業譲渡事案では、「借主は当然に貸金債権の一括譲渡の前後を通算し弁済金の充当計算をして過払金の返還を請求する利益を有するものではない」としましたが、切替契約事案では、取引1と取引2とを「一連のものとして過払金の額を計算すべきである」としたことも注目されます。

(c) 債権譲渡事案（〔v〕最二小判平24.6.29金法1958号84頁）

Xは、Aとの間で金銭消費貸借取引に係る基本契約を締結し、平成19年9月17日まで継続的な金銭消費貸借取引を行います。これを「第1取引」といいますが、同日の時点で過払金が生じていました。

平成19年10月16日、Yは、Aが有する貸付債権をAから譲り受ける旨の「債権譲渡基本契約」を締結します。この債権譲渡基本契約には、Aが譲渡債権に係る顧客に対して負担する一切の債務については、Yが併存的に引き受ける旨の条項

(債務引受条項)が存在していました。Yは、翌10月17日、第1取引におけるAのXに対する残債権をAから譲り受けます。そして、債権譲渡の通知を受けたXは、Yに対し、平成19年11月6日から平成20年11月2日まで弁済をするとともに、11月2日に、Yとの間で、新たに金銭消費貸借取引に係る基本契約を締結しました。この基本契約は、XとYとの弁済に係る取引により過払金が発生していれば、当該過払金を同基本契約に基づく取引に係る借入金債務に充当する旨の合意を含むものでした。そして、XとYとは、平成20年11月2日から平成21年2月13日まで取引をしました。この取引を「本件取引2」とします。なお、YとAは、平成20年12月15日、本件債権譲渡基本契約のうち本件債務引受条項を変更し、過払金等返還債務についてはAのみが負担し、Yは譲渡債権に係る顧客に対し何らの債務・責任を負わないことを内容とする契約(変更契約)を締結しました。

XのYに対する過払金返還を請求について、原審は、第1取引において生じたAの過払金返還債務の承継を否定したものの、XがYと基本契約を締結する前にYに対して弁済した金額とその後の第2取引との計算による過払金については、これを認容しました。

〔v〕判決は、まず、「AからYへの債権譲渡について包括的に定めた本件債権譲渡基本契約」には、「契約上の地位の移転や過払金等返還債務の当然承継を定める条項はないというのであるから、本件譲渡により、直ちに、Yが、第1取引に係る契約上の地位の移転を受け、又は第1取引に係る過払金等返還債務を承継したということとはできない」としました。また、「本件債権譲渡基本契約中の本件債務引受条項は、譲渡債権に係るAの顧客を第三者とする第三者のためにする契約の性質を有するところ、本件変更契約の締結時までには、Xは、Yに対し、本件譲渡に係る通知に従い弁済をした以外には、第1取引に係る約定残債権につき特段の行為をしておらず、上記弁済をしたことをもって、本件債務引受条項に係る受益の意思表示をしたものとみる余地はない」として、Yは、「第1取引によって発生した過払金等返還債務を承継したとはいえず、その承継を否定しても「信義則に反するともいえない」としました。

この判決に対しては、当該事案において、Xの受益の意思表示を認定することができるのではないかと、という視点からの批判も考えられます。しかし、契約上の地位の移転という観点からは、同判決について、異なる局面を問題とすることができます。

#### 4 「契約上の地位の移転」からの再検討

##### (1) 契約上の地位の移転の成否

上記の一連の最高裁判決は、譲渡業者と譲受業者の合意した法律構成に従い、単なる事業譲渡や債権譲渡を認め、過払金返還債務を含む契約上の地位の移転を認めていません。しかし、既発生の過払金返還債務の承継はひとまず置いて、両者の合意が契約上の地位の移転を認めるものであったか否かについては、再検討の余地があります。

まず、顧客が消費者金融から金銭を借りる場合には、1回限りの金銭消費貸借契約を締結することはまれで、通常は、一定の与信限度額を定めた継続的な基本契約を締結し、その基本契約に基づいて取引を行うことになります。一連の最高裁判決の事案も同様であり、基本契約における契約上の地位が譲渡業者から譲受業者に移転したか否かが問題となります。

ところで、前述のように、「契約上の地位の移転」は、①契約当事者の一方が変更しても、従前の契約関係をそのまま存続させる制度であり、②その効果は、原則として、移転の時を基準として、将来生ずべき債権・債務が移転するものです。この2つの観点からすれば、一連の最高裁判決の事案は、基本契約の当事者がAからYに交替しても、実質的にはそのまま基本契約が維持され、将来に向かってその効力を維持している、と考えることができます。例えば、事業譲渡事案では、Aの資産が一括してYに譲渡され、その譲渡契約には、Yが、譲渡時であるクロージング日以降に発生し、かつ、クロージング日以降に開始する期間に関する、A・X間の契約から生ずる義務のすべてを承継する旨が定められていました(第1.3条)。最高裁は、この条項を単なる債務引受条項であると解しました。しかし、同条項は、まさに将来生ずべき債務を対象とした、A・X間の金銭消費貸借に係る基本契約の移転を定めるものであり、「本件資産譲渡契約は、Aと顧客(X)との金銭消費貸借取引について、契約上の地位移転を内容とするものであったことは明らか」である、と認定した第1審の判断が正当であると思います。また、切替契約事案も、全体的に考察すれば、A・X間の基本契約がA・Y間に移行するものであり、最高裁は当事者の合意に従ってこれを債権譲渡と債務引受とに分解しましたが、実質的には、契約上の地位の移転が行われたと評価することができます。そして、[iv]判決も、このような実質的な視点を背景に、取引1と取引2とを「一連のものとして過払金の額を計算」したのだと思います。

さらに、債権譲渡事案では、最高裁も、意図せずに、将来に向かっての契約上の地位の移転を認めています。すなわち、〔v〕判決は、債権譲渡時を基準に、XがYに対して弁済した金額とその後の第2取引との計算による過払金については、Xの請求を認容した原審の判断を肯定しています。しかし、XがYとの基本契約を締結する前に、Yに対してした弁済金を、Yが過払金としてXに返還しなければならないことは、Yが既に基本契約上の地位の移転を受けていることを前提としないと説明することができません。論理的には、A・Y間においてなされた債務引受を含む債権譲渡基本契約が、実質的には契約上の地位の移転を含むものであり、その移転の時を基準として、それ以後のX・Y間は金銭消費貸借に係る基本契約の当事者となるから、Yは過払金返還債務を負うことになるのです。

そうだとすれば、いずれの事案においても実質的には、A・X間の金銭消費貸借に係る基本契約がYに移行し(契約上の地位の移転)、その将来生ずべき債権債務関係がYに承継されていると考えることができます。しかし、そうだとしても、既にAのもとで発生している過払金返還債務は、当然にYに承継されるものではなく、その移転には個別の債務引受の手続が必要となります。

## (2) 過払金返還債務の承継の可否

最高裁判決の事案は、切替契約事案を除き、Aのもとで発生した過払金返還債務の承継が、契約上明らかに否定されています。しかし、下級審裁判例の多くは、過払金返還債務の承継を肯定していました。その論理は、貸金債権と過払金返還債務とが表裏一体の関係で密接に関連しているから、譲受業者が債務者に対する貸金債権のみを承継し、過払金返還債務は承継しないと主張はできない、という点にあります。その背景には、貸金債権の一括譲渡の前後を通算して弁済金を充当計算し、その過払金の返還を請求する債務者(借主)の利益を保障すべきである、との価値判断があります。しかし、〔ii〕および〔iii〕判決は、これを明確に否定しました。問題となるのは、その当否です。

まず、〔vi〕最二小判平15.7.18(民集57巻7号895頁)は、「同一の貸主と借主との間で基本契約に基づき継続的に貸付けが繰り返される金銭消費貸借取引において、借主がそのうちの一つの借入金債務につき法所定の制限を超える利息を任意に支払い、この制限超過部分を元本に充当してもなお過払金が存する場合、この過払金は、当事者間に充当に関する特約が存在するなど特段の事情のない限り、民法489条及び491条の規定に従って、弁済当時存在する他の借入金債務に充当」

されるとしました。その理由は、「借主は、借入れ総額の減少を望み、複数の権利関係が発生するような事態が生じることは望まないのが通常と考えられること」にあります（最一小判平15.9.11判時1841号95頁，最三小判平15.9.16判時1841号100頁も同旨）。

この判決を前提とすれば、先の一連の最高裁判決の事案においても、弁済金の充当計算をして過払金返還請求をする利益を認めることは、なお可能であると考えられます。というのは、いずれの事案も、譲渡業者と譲受業者の企業再編の手法（法律構成）は異なるものの、実質的には、顧客との間で締結された基本契約上の当事者の地位が、譲渡業者から譲受業者に移転し、従前の基本契約がそのまま維持されている、と解されるからです。言い換えますと、貸主に交替はあるものの、「貸主と借主との間で基本契約に基づき継続的に貸付けが繰り返される金銭消費貸借取引」における当事者の地位が第三者である譲受業者に移転し、当該基本契約は、同一性を維持したまま譲受業者と顧客（借主）との間で継続していると考えられ、譲渡業者との間の過払金を譲受業者からの借入金債務に充当するという期待が保護されるべきです。

結論としては、いずれの事案においても、実質的には、A・X間の金銭消費貸借に係る基本契約がYに移行し（契約上の地位の移転）、その前後を通算して弁済金を充当計算し、過払金返還請求をする債務者（借主）の利益を保護すべきです。そうだとすれば、YがXに対する貸金債権のみを承継し、過払金返還債務は承継しないと主張は、信義則（民法1条2項）に反して許されない、と考えられます。そして、このように考えても、譲受業者は、譲渡業者の過払金債務の存在を認識することができ、それを前提に事業譲渡等を行うものであって、不測の損害を被るものではありません。

## 5 結 語

最後に一言付け加えます。一般的には、1つの契約から生じる債権と債務とを分離して、それぞれを第三者に移転する、ということも可能です。しかし、継続的な取引に係る基本契約上の債権と債務とを「一括して」譲受業者に移転する譲渡契約は、当事者がいかなる法律構成を採るにせよ、実質的には、契約上の地位の移転を内容とするものであると考えてよいでしょう。そして、金銭消費貸借取引に係る基本契約上の地位の移転が認められれば、貸主は譲渡業者から譲受業者に交替するにせよ、同一の基本契約が存続するものであり、顧客の側からしても、

そのように考えるのが通常だと思います。そうだとすれば、過払金の計算も、事業譲渡等の前後を通じてなされることが期待され、そのような顧客の期待は、正当なものとして保護されなければなりません。ご静聴いただきありがとうございました。

**【資料】 民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案より抜粋**

第21 債務引受

1 併存的債務引受

- (1) 併存的債務引受の要件・効果併存的債務引受について、次のような規律を設けるものとする。
  - ア 併存的債務引受の引受人は、債務者と連帯して、債務者が債権者に対して負担する債務と同一の内容の債務を負担する。
  - イ 併存的債務引受は、引受人と債権者との契約によってすることができる。
  - ウ 併存的債務引受は、引受人と債務者との契約によってもすることができる。この場合において、併存的債務引受は、債権者が引受人に対して承諾をすることによって、その効力を生ずる。
  - エ ウの規定によってする併存的債務引受は、第三者のためにする契約に関する規定（第29参照）に従う。

(2) 併存的債務引受の引受人の抗弁等

- 併存的債務引受の効果について、次のような規律を設けるものとする。
- ア 引受人は、併存的債務引受により負担する自己の債務について、その効力が生じた時に債務者が主張することができる抗弁をもって債権者に対抗することができる。
  - イ 債務者が債権者に対して取消権又は解除権を有するときは、引受人は、これらの権利の行使によって債務者がその債務の履行を免れる限度で、債権者に対して債務の履行を拒むことができる。

2 免責的債務引受の成立

- (1) 債権者と引受人との契約による免責的債務引受債権者と引受人との契約による免責的債務引受の成立について、次のような規律を設けるものとする。
  - ア 免責的債務引受によって、引受人は債務者が債権者に対して負担する債務と同一の内容の債務を負担し、債務者は自己の債務を免れる。
  - イ 免責的債務引受は、引受人と債権者との契約によってすることができる。この場合において、免責的債務引受は、債権者が債務者に対してその契約が成立した旨を通知することによって、その効力を生ずる。
- (2) 債務者と引受人との契約による免責的債務引受  
債務者と引受人との契約による免責的債務引受の成立について、次のような規律を設けるものとする。

免責的債務引受は、引受人と債務者が契約をし、債権者が引受人に対し

てこれを承諾することによってもすることができる。

3 免責的債務引受による引受けの効果

免責的債務引受による引受けの効果について、次のような規律を設けるものとする。

- (1) 引受人は、債務者に対して求償権を取得しない。
  - (2) 引受人は、免責的債務引受により負担した自己の債務について、その効力が生じた時に債務者が主張することができる抗弁をもって債権者に対抗することができる。
  - (3) 債務者が債権者に対して取消権又は解除権を有するときは、引受人は、免責的債務引受がなければこれらの権利の行使によって債務者がその債務の履行を免れることができた限度において、債権者に対して債務の履行を拒むことができる。
- 4 免責的債務引受による担保権等の移転免責的債務引受による担保権等の移転について、次のような規律を設けるものとする。
- (1) 債権者は、2(1)アの規定により債務者が免れる債務の担保として設定された担保権を引受人が負担する債務に移すことができる。ただし、引受人以外の者が担保を設定した場合には、その承諾を得なければならない。
  - (2) (1)の規定による担保権の移転は、あらかじめ又は同時に引受人に対してする意思表示によってしなければならない。
  - (3) (1)及び(2)の規定は、2(1)アの規定により債務者が免れる債務の保証をした者があるときについて準用する。
  - (4) (3)の場合において、保証人の承諾は、書面で行わなければならない。
  - (5) (3)の保証人の承諾がその内容を記録した電磁的記録によってされたときは、その承諾は、書面によってされたものとみなして、(4)の規定を適用する。

第22 契約上の地位の移転

契約上の地位の移転について、次のような規律を設けるものとする。

契約の当事者の一方が第三者との間で契約上の地位を譲渡する旨の合意をした場合において、その契約の相手方が当該譲渡を承諾したときは、契約上の地位は、当該第三者に移転する。

## 質疑応答

山田司会 それでは、後半の討論を始めたいと思います。報告をして下さった報告者の順番に質問を取り上げていきたいと思います。全部で10通の質問票をいただきました。残り時間が65分程度でございます。そこで、申し訳ございませんが質問票を提出していただいた方にはマイクをお届けせずに、報告者が質問票をご紹介します、続けて回答を申し上げるという、今日の午前中のシンポジウムと同じような方式を進めたいと思います。

それでは、潮見さんから、よろしくお願ひいたします。

潮見 私には、2人の先生、プラスもう1人の先生の一部という形で質問を頂戴しております。順を追ってご紹介をし、それに対する私の今考えていることをお話しさせていただきたいと思います。

まずは1つ目でございますが、早稲田大学の柴崎先生より、2つの点について質問をいただいております。第1点でございますが、「旧債務者の意思に基づかない併存的債務引受により、旧債務者は新債務者と連帯の関係になるとの要綱仮案の提案について伺います」というものです。「『連帯』の語が現行法と同義であるとの前提に立つとすれば、絶対的効力事由が広く認められることとなり、自らの意思に基づかない権利の得喪を認めることにならないか」と思います。ちなみに、旧民法、明治23年ですが、財産編はこの点を考慮したのか、補約、および、不完全嘱託の規定においては、後者、不完全嘱託では連帯となりますが、前者つまり補約のほうでは全部義務とされていたようです」という、情報提供、ご教示ともども、ご質問を頂戴しています。

どうお答えしたらいいのかですが、今回の要綱仮案で、連帯債務については、いわゆる絶対的効力事由を、現在の連帯債務よりもかなり狭く捉えております。例えば履行の請求、それから免除、消滅時効の完成等、絶対的効力の主要な事柄については、今回の要綱仮案では相対的効力にとどめております。その結果、少し余計なことを言いますと、連帯債務と不真正連帯債務の質的な相違を強く論じる意味は、今回の要綱仮案を前提にした場合にはなくなります。話を元に戻しますと、結局そうすると、質問で頂戴した連帯というものが、現行法と同義ではなく、絶対的効力事由がかなり制約されるということになりますから、ご質問で頂戴した懸念というものは当たらないといえますか、問題とならないのではないかと

と思います。それが旧民法の財産編で定められているのと同じことかどうかというのと、そこまでは同じだと言い切る自信は全くございませんし、同じである必然性もあるのかと言われたら、それもないようにも思うところでございますが、現行法の解釈、それから改正要綱仮案の方向性ということでは、今申し上げたような形でご理解をしていただくとありがたいところでございます。これが質問の第1点に対する回答です。

もう1点、こういうご質問とご教示を頂戴しております。読み上げます。「免責の債務引受の場合で、新債務者が既に支払停止の状態にあって、債権者がそのことについて不知のままに免責の債務引受を合意した場合に、この債権者は、新債務者がこの後、破産手続開始決定を受けたときに救済はないのでしょうか。これも旧民法ですが、完全嘱託の場合には、このような場合の法定遡求権のようなものが規定されていたかと記憶しております」というものです。

後半はご教示ということで承りましたが、これもいろいろな考え方ができるかと思いますが、私自身の考え方を申し上げさせていただきますと、そういう債務引受を自らの意思に基づいてしたわけですから、そのリスクは債権者が引き受けるべきではないかと思います。もちろんと言ったら言いすぎかもしれませんが、契約締結上の過失、あるいは交渉段階での説明義務の問題の観点から損害賠償等の問題として処理していくことは、別のルートを使って可能かと思えます。以上が柴崎先生に対する、私の回答です。何かありましたら、後でご教示いただければと思います。

もう1つ、神奈川大学の鶴藤先生からのご質問を頂戴しております。これも読み上げさせていただきます。「要綱仮案第21の4の(1)ただし書きの、「ただし、引受人以外の者が担保を設定した場合には、その承諾を得なければならない」という箇所」です。この文言に係る質問でございます。質問の内容は、「その承諾」とありますが、「その」とは何を指すものでしょうか。素直に読むと、承諾の主体は、引受人以外の担保権設定当事者だということを意味するものと読めます。しかし、そうすると、担保権設定後、債務引受前に登場した第三取得者を承諾の主体として含むことは困難なように思われますが、どうでしょうか」というご質問です。

ご質問を頂戴しまして、ありがとうございます。本来であれば、報告のときに申し上げるべきことだったと思います。この要綱仮案では、今、線で引かれて

いて、鶴藤先生ご指摘のとおり、この部分は担保を設定したという表現になっています。卒然と読むなら、これはまさに担保を設定した人という限定的な意味を持つものとして読まれかねないものです。この点に関しては、配布資料の私のコメントの(Ⅲ)の末尾部分をごらんになっていただければと思います。最後の一文ですが、「債務者は(1)ただし書にいう」という、この言い方を、「担保権を供している者が引受人以外の者である」場合に当たるからである」と言い変えています。かぎカッコで引用しているから、条文引用か仮案引用かと誤解を受けそうですが、これは意図的に強調する意味でかぎカッコを付けただけであって、ここの「担保権を供している者」というように理解すれば、鶴藤先生のご懸念は当たらないものと思います。

実際に、この要綱仮案に向かうプロセスの中で「設定した者」という言い方では狭すぎるのではないかと、むしろ先生ご指摘のような観点から、この問題、ルールを捉えるのであれば、まさに担保をその段階で供している者と解さなければいけないのではないかという意見も多々出ました。今日、ほかの報告で取り上げなかった、例えば弁済者代位あたりのところでも、同じような定めの方をしていて、同じように誤解を招くのではないかとということも問題となり、何人かの委員・幹事が、この言葉の表現は変えてほしいと申し上げました。しかしながら、実際に内閣法制局等との詰めを経た上で、この言葉が採用されたということです。そういう意味からすると、ここに書かれている担保を設定したという者は、私の要綱仮案コメントに書いた意味でご理解いただくのが、立案担当者の意思であり、あるいはこの部会に携わった多くの方々の意思ではないかと思っておるところです。そういう意味で貴重なご質問をいただきまして、こちらから感謝を申し上げます。どうもありがとうございました。

もう1つ、池田先生に対する質問があり、さらにそこに潮見の名前も入っていますので、こちらについては、池田先生のお答えの後で少し補足をさせていただきます。ありがとうございました。

山田司会 潮見さん、ありがとうございます。柴崎さん、鶴藤さん、よろしゅうございますか。ありがとうございます。

それでは、第2報告者である池田さんからの回答に進みたいと思います。よろしくお願いたします。

池田 それでは、まず遠藤元一先生、どうもありがとうございました。先生か

ら2点、頂戴したうちの、1点を私からお答えさせていただきます。「契約引受に関する1カ条だけを設けることに、どれだけの意味があるとお考えでしょうか」というご質問でございます。私は、これは意味があると思っております。1つには、すべて議論はこれからで、この1カ条を置いて議論を開くという意味が1つあるということですが、それよりも、条文がないと研究が後れますし、判決が出せない。現在の債務引受に関する判決、参照条文は何と書いてあるか。「第3編第1章第4節（債務引受）」。しかしそこには債務引受の規定は何もないのです。第4節に書いてあるのは債権譲渡だけです。だから完全にこの参照条文について、こういう表現をするのは、現在はまやかします。

ですから、こういうところをまず解消すると、それから契約譲渡に関しては、もっと問題で、例えば一連の過払金返還請求訴訟では、実は東京高裁、大阪高裁のいくつかの判決が、これは房村判事のコートなどで、債権債務が全体的に移転しているという趣旨の、契約譲渡に当たる判決をしているのです。私は評釈でこういう論理をもっと評価していいと言っているのですが（拙稿「判批」リマックス47号49頁参照）、これは全部、最高裁でひっくり返されてしまった。だから、条文がなければ判決の手掛りもないことになるので、まず1つでも置いていただくことはかなり意味があると、私自身は評価しております。ありがとうございます。

2つ目は、小杉丈夫先生からです。「国境を越える取引の破綻処理における併存的債務引受の有用性はもっと考慮されてよいのではないか。当該外国の法律やその運用がはっきりわからないときに、原債務・債権関係を動かさずに債務処理できるのは大きい。私はかつてフランスへの日本からの不動産投資失敗の処理で、フランス法制と日本法制の違いで苦労したが、そのときも日本法の処理は併存的債務引受を使って債務償却を行った。今後は、アジアへの投資の失敗に関する処理も視野に入れる必要がある」ということで、併存的債務引受を原則としても、その点からはおかしくないというご指摘です。

このご指摘に関して言えば、私はその点からは全くおかしくない、おっしゃるとおりだと思います。つまり、先に併存的債務引受を書くことそれだけなら、何もおかしくありません。併存的を先に立てて、そこから、それを理由に、免責的を、債務移転構成を避けて「加入プラス免責」という構成で書くのがおかしいと私は言っているのであって、ですから、併存的債務引受が先に出てくるだけなら

それは全然おかしくありませんし、ある意味、それが原則だ、よく使われるのはそっちなのだということは、私も否定しません。免責の債務引受の債務移転構成を、あるいは債務移転構成「も」書いておかないと、この先、契約譲渡の規定を作るときに論理が破綻しませんか、あるいは新しい論理を作り出さなければならなくなるのではないですかということです。一言申し上げておきたいのは、余計なことですが、私は一国の民法の改正というのは、研究者の論文の種を増やすために行うものではないと思っています、ですからさっきの報告でも申し上げたように、素直にわかりやすい構成が採れるなら、まず、そちらから考えるべきだろうと思っています。

それから、もう一方、弁護士の中村真人先生から、「池田先生(さらに可能なら潮見先生)」とありますので、最後に潮見先生にお願いしますが、「先日、将来債務の引受の案件に関与いたしました。将来債務引受は要綱仮案に規定されておきませんが、実務的には将来債権譲渡の理論を参考にいたします。すなわち債権が同一性を保ちつつ移転すると理解します。もし要綱仮案のような債務引受の規定となりますと、将来債務引受の理解にも影響があるように思いますが、この点についてご見解を伺えますと幸いです」ということです。

私も、これもご指摘のとおり影響は出るだろうと思います。私自身、今の段階では、現在のような要綱仮案で、この先このあたりもどう考えるのかよくわかりません。ただ、お書きいただいたことに一言こちらからコメントを加えますと、債権の場合は担保も含めて同一性を保ちつつ移転するのです。けれども、債務の場合は、担保などの属性については、くっついていかないという状況が、第三者の供した担保であるところの保証について出てきますよね。ですから、全く同じように将来債権譲渡法理を将来債務移転法理に使えるかということ、ここは大きな問題だろうと思います。私自身は、将来債権譲渡に関してはかなり積極的な立場をとっております、契約時移転説で書いているところですけども、将来債務引受はそのようには簡単にいかないかもしれないと思っていますので、ここから先、私もこれからさらに勉強させていただきたいと思っています。

以上、お三方に、手短なお答えで失礼な点もあったかと思いますが、ご了承いただければと思います。

山田司会 ありがとうございます。

池田 最後の山中先生のご質問は、潮見さんに補足をお願いします。

潮見 私の名前も挙げていただいておりますので、池田先生とも相談して、私も一言だけ発言させていただくことにいたしました。というのは、さっき池田先生がおっしゃられた要綱仮案に対する捉え方と、私の捉え方で若干ニュアンスの違いがありますものですから、その部分についてだけ少し発言をさせていただきたいと思ったからです。

今回の要綱仮案の債務引受の部分で、池田先生がお使いになった言葉をそのまま使わせていただきますと、移転型で考えるのか、「加入プラス免責」という枠組みで考えるのかという部分です。直前に、池田先生がおっしゃられたように、学者がこれを見てどのように考え法律構成をするのかというのは、私は自由ではなからうかと思えます。またそうあるべきだと思います。そういう目で見ただけの場合に、私自身は、もちろんこれはどちらかといえば「加入プラス免責」という枠組みでこの構成を考えていくのが的確ではなからうかとは思っております。ただ、要綱仮案の考え方が、加入構成でしか説明がつかないのか、例えば池田先生がおっしゃっておられるような移転構成で、要綱仮案が説明できないのかということについては、そうはならないのではないかと印象を抱いております。裏返して言うならば、ここは、学者がどのように考えるかということについては、なおフリーハンドであり、解釈の余地は残されているのではないかと考えています。

どうしてかと申し上げますと、これも池田先生のご報告の中でご指摘があったところですが、要綱仮案は、移転か加入かということについて、それ自体としては表に出さないといいますが、むしろ債務を負担させる、あるいは引き受けさせる合意、あるいは免責させる合意、その合意の効果として債務がどうなるか、消えるか負担するかという点に注目して捉えています。合意の効果、契約の効果と言ったらいいのでしょうか。さらにそこに、これは角先生のご報告に関わりませけれども、一定の効力発生要件をかませるという枠組みで捉えておりますから、合意の効果プラス効力発生要件的な処理枠組みがここで採用されているということであるなら、そして、そこに重点を置くなら、法的構成の可能性としては、移転構成も加入構成も、どちらもあり得るのではないのかなという感じがしてなりません。そういう意味では、山中先生ご指摘のところからは、私のような捉え方をした場合には、影響が出ないかと考えることも、またありではなからうかと思えました。議論を喚起する意味で、一言だけ発言をさせていただきました。どうもありがとうございました。

山田司会 ありがとうございます。遠藤さん、小杉さん、山中さんからのご質問に、今、池田さんと潮見さんからお答えいただきました。遠藤さん、小杉さん、山中さん、いかがでしょうか。遠藤さんのご質問の2項目目は、最後に野澤さんからお答えをいただく予定でおります。ありがとうございます。

それでは、第3報告の担当をされました、平田さんへの質問とその回答に進みたいと思います。質問票が2通届いております。平田さん、よろしくお願ひいたします。

平田 それでは、私からですが、まずはベーカー&マッケンジー法律事務所の山中真人先生からのご質問です。「先日、債務引受の事件のお手伝いをさせていただいたのですが、その際に、源泉徴収義務者は誰かということが大いに議論となりました。併存的債務引受の一括決済方式では問題にならないかもしれませんが、銀行業界でこの点が議論されたことはあるでしょうか。また、従来の債務引受の理解と要綱仮案の規定とで、差異は生じると思われませんか」というご質問です。

いくつかご質問があると思いますが、この源泉徴収が問題になるような事案ということですので、具体的にはどんな事案かはわからないのですが、例えば社債ですと、源泉徴収があって、その源泉徴収を誰がやるかということも決まっておるというケースが考えられると思います。実際、債務引受の際の源泉徴収義務者は誰かということが議論されたことは、私が知る範囲では残念ながら存じ上げないです。この一括決済の併存的債務引受に関しましては、もともとの原債権が源泉徴収の対象外になりますので、これについてもとくにこれまで議論が起こったことはないと思います。前半のところについては私が知らないだけです。こういう議論があったかどうかは、帰ってから調べてみようかと思います。あと、従来の債務引受の理解と要綱仮案との規定で差異は生じると思われませんかというところですが、少なくとも一括決済に関しましては、特段その差異を感じないのかなと思います。1点目は以上です。

2点目は、片岡総合法律事務所弁護士で中央大学の小林明彦先生からのご質問です。「一括決済方式の併存的債務引受方式では、先行する債権譲渡登記を調査する必要がないというお話に対する質問です。金融機関が債務引受をする際には、債権者たる仕入企業との合意、また受益の意思表示が必要と考えられますが、その時点で仕入企業が既に第三者宛てに先行譲渡およびその登記をしていた場合、

金融機関は「債務者以外の第三者」に該当し、先行譲受人から債権譲渡を対抗される結果、先行譲受人に対して債務引受という法律上の原因を主張できないこととなり、支払企業から回収した決済資金を不当利得で剝奪されてしまうことにはならないでしょうか」ということです。

これにつきましては、場合を分けて考えてみたいと思います。仮に仕入企業以外の第三者が譲受人として現われて、債権譲渡登記をしたという場合ですが、債務者に対して、支払企業に対して対抗するためには、そこから債権譲渡登記したという旨を通知して、その支払を求めることが必要になると思います。

仮にその通知があった場合には、原債権者（仕入企業）は、債務者との関係で既に債権者ではなくなっていますので、債務者宛での通知以降は、債務引受契約は有効に成立しないということになります。

この場合、仕組み全体からしますと想定していない異常事態が発生したことになりますので、実務的にはその時点で契約解除の方向で動くこととなります。次に、通知が一切ない場合ですが、まずそもそもの認識として、債権の譲受人と債務の引受人とが債権の二重譲渡や差押えにあるようないわゆる対抗関係に立つと考えるべきか否か、より具体的には、債務の引受人（とりわけ債務者から委託を受けた債務の引受人）は債務者に準ずる地位を有すると考えるべきか、それとも第三者として対抗要件具備の欠缺を主張できる地位を有すると考えるべきか、議論の出発点になるように思います。私は、債務引受型決済サービスのように対抗要件制度の潜脱を目的とするものでなく契約上支払企業の委託を受けて金融機関が債務の引受を行っている場合には、債務者の委託の趣旨が尊重されて債務引受人は債務者に準ずる地位を有すると考えるべきであって、第三者が債権の譲受人として債務者あてに通知を行わない間は、債務者・債務引受人ともにその債権譲渡の事実を知ることができず、債権者（仕入企業）・債務者（支払企業）・債務引受人（金融機関）との間で債務引受契約は有効に成立すると考えております。そして、債務引受契約が有効と解される以上、債務引受を行った金融機関は、債務者の「債務の弁済をなすにつき正当な利益を有する者」に当たり、金融機関が行った第三者弁済によって、債務者の債務は消滅することになります。

債務者の債務が消滅しますと、金融機関は債務者に対して求償権とそれを担保する目的で法定地位による原債権を取得することになりますが、この点を捉えてあたかも原債権の二重譲渡がなされたかのように捉えるアプローチには違和感を

覚えます。第1に、債権譲渡登記は、債権の二重譲渡や差押えといった当該債権の帰属に関する相容れない関係に立つ第三者との優劣を決するための対抗要件であって、弁済といった当該債権の消滅の効果に伴う求償権と原債権の取得は副次的なものにすぎず、第1次的には債務者対抗要件の問題ではないか、また、二重譲渡契約すら債権的には有効と解されている日本民法下において、債務者の与り知れない債権の譲受人の債権譲渡登記という外的要因でもって本件のような当事者間の債務引受契約を無効とするまでの効果を持たせるのは、債務引受人が対抗要件制度の潜脱を目的として当初から法定代位による原債権取得を狙っていたなどの背信的な事情が認められない限り、異例であろうと考えるからです。

一方、譲受人は、債権譲渡登記を行っているものの、債務者に対する通知を行っていないわけですから、債務が弁済等の事由によって消滅しているかもしれないリスクを承知の上で行動していると言えますので、対債務者で与えられている保護以上の保護を債務引受人との関係で譲受人に与える必要性はないと考えられます。

以上から、金融機関は譲受人からの通知が来ない間は、債務者宛てに通常どおり弁済を行えばよく、譲受人との間で債権譲渡の対抗関係をめぐって争いにはならず、よってご質問のような譲受人の出現を回避するために、先行する債権譲渡登記の調査を行う必要はないと考えております。

私からは以上です。

**山田司会** 平田さん、ありがとうございます。山中さん、小林さん、いかがでございますか。よろしゅうございますか。ありがとうございます。

では、第4報告の角さんへの質問と、その質問への回答に進みたいと思います。角さん、よろしくお願ひします。

**角** ありがとうございます。保証は嫌だなと思っていたら、この質問が出てきました。読ませていただきます。

「併存的債務引受と個人保証の制限の関係ということで、池田先生と角先生もおっしゃっていましたが、実務では個人保証の代わりとして併存的債務引受を脱法的に使う可能性が高いと思います。ソフトロー、すなわち業界自主規制に任せるとしても、果たして自主規制に動いてくれるかどうかわかりませんし、時間がかかるかもしれません。また業界に属さない業者もありますし、属していても従わない業者もいるかと思ひます。そこで条文に準用規定を設ける必要が出てきま

すが、これは私の見解ですが、保証の箇所に個人保証と類似の形態になる場合は、個人保証制限の規定を準用するとの規定を置くことも重要ですが、これでは行為規範とはならず、どちらかといえば裁判規範です。国民にとってわかりやすい民法とするためには、行為規範であることを重視するのが妥当かと思います。そのためには、債務引受の箇所に準用規定を置くべきです。しかし、併存的債務引受で引受時に負担割合の数値が新たに決められ、引受をした個人が保証人的立場でなくなってしまうこともあり得ます。ただし、個人が法人を引き受ける場合で、引受人の負担割合がゼロから増える場合は、単なる保証人的立場以上に負担を負う（求償権が制限される）ことになるのですから、やはり規制すべきであり、個人を個人が引き受ける場合も同様です。個人を法人が引き受ける場合は、引き受けた法人が保証人的立場になる場合が多いでしょうから、規制は不要かと思いません。ただし、主たる債務者たる立場の個人に不利益が生ずる場合は、訴訟で、信義則違反などで解決することになろうかと思えます。また、行為規範とするために、現在、個人保証の脱法になり得るものと想定されている、個人が損害担保契約をする場合、新たに個人を連帯債務者に追加する場合も規制すべきかと思いません」。

どうもありがとうございます。正直、併存的債務引受が、先生も書いていらっしゃるように、保証代替として、脱法的に使われる場合は今後出てくると思いますが、それをどうやって規制の網というか、蓋をするかというのは、なかなか難しいところだと思います。私の今の考えは、先生もおっしゃっているように、保証と同じ機能を持つものは保証の網をかぶせるという発想で蓋をすることになると、裁判規範、行為規範というのがまたなかなか難しいのですが、いざ紛争になった場合に、保証の機能を果たすか否かという、いわゆる「こうもり問題」が起ころうです。そこで、こうもり問題が起こらないように、もっとわかりやすい形で何らかの蓋、規制をかぶせようという話になりますと、併存的債務引受を、いろいろな機能は抜きにして一律に何らかの網をかけるということになると思います。とくに債務者と引受人間での併存的債務引受は、パターンとして債務者の委託による保証とすごく似ています。そこで、例えば、実際は保証とは機能が全く異なっても、債務者と引受人による併存的債務引受は、全部、規制の網をかぶせるとなると、保証の規制とはまた別個の規制をすることになって、問題が違ってくるのではないかと思います。だから併存的債務引受について何らの手当

てもしないと言っているわけではありませんが、保証に似ているものに網をかぶせる形と、併存的債務引受それ自体捉えて何らかの規制をかぶせるのは、また違う次元の話で、少なくとも法制審の議論では、後者の併存的債務引受それ自体に何らかの規制をかけるという発想での議論はなかったと、議事録を読むと思います。先生がおっしゃる問題意識は非常に私も共感をいたしますけれども、正直言って、どのように網をかけるかというのは難しいと考えております。あまりお答えになっておりませんが、よろしいでしょうか。

山田司会 角さん、ありがとうございます。松田さん、よろしゅうございますか。ありがとうございます。

最後の報告者である野澤さんに質問をご紹介いただき、ご回答をいただくところに進めたいと思います。野澤さんには、遠藤さんの後半を含めて3通あります。よろしくお願いします。

野澤 3点とも大変貴重な質問で、どうもありがとうございます。まず遠藤元一先生の質問の2番目からお答えしたいと思います。質問の内容は、要するに、「契約上の地位の移転を認めたときに、契約解除権はどうなるのかということ。例えば、解除事由が既に譲渡人とその相手方との間に発生しているときに、その解除事由が譲受人に受け継がれてゆくのかどうか、解除権はどうなるのか」というご質問です。

今回の報告では、避けていた部分ですが、大変鋭い質問です。伝統的に契約上の地位の移転は、債権譲渡、債務引受の延長線上にあって、それでは移転できない、取消権と解除権等の形成権を移転するのだと、普通の教科書には書いてあると思います。しかし、実際に取消権が本当に移転するのかというと、裁判例は1つもないのです。しかも、取消権に関しては、民法120条で取消権者に承継人が入っていますけれども、これは沿革的には相続人、つまり一般承継人のことで、例えば詐欺に遭って物を買ひ、その物を譲り受けたという特定承継人には、取消権を認める必要はないわけです。というのも、自分が詐欺に遭っているわけでもありませんから、取消権を行使する必要はないわけです。したがって、取消権の移転は、現実には問題とならない教室設例である、と外国では言われています。

これに対して、解除権の移転は難しい問題で、考え方はいろいろに分かれています。一方では、相続と同じように、つまり一般承継と同じように解除事由そのものも譲受人に移転するのだという考え方もあります。しかし他方では、解除事

由は移転しないけれども、解除事由が発生していること自体が、譲受人に対する関係では新たな解除事由になるのだという考え方もあります。この問題は、議論としては詰められていない部分だろうと思います。契約上の地位の移転を明文化しても、将来的には理論的に問題となる部分です。ただ現実には、私が知る限りでは、この問題が争点になった裁判例はありません。例えば、債務不履行に陥っている人がいたとすれば、その債務不履行状態は、新しい譲受人に契約上の地位が移ったとしても、その譲受人との関係で継続し、譲受人は、それを理由に契約を解除することができるだろうと思います。その意味では、現実に解除権の移転が問題となることはないと思っています。ただ理論的には問題が残る部分ですので、一応留保させていただきたいと思っております。比較法的にもここは議論のあるところでございます。

2点目のご質問は、須藤正彦先生からです。元最高裁判事の須藤先生は、私が本日紹介した過払金返還請求訴訟のすべての判決に関与されている方です。しかも、昔から契約譲渡を研究されている先生でございますので、大変私としては気が重いといえますか、答えにくい、むしろ逆に私のほうがぜひ質問させていただきたいと思っています。質問のご趣旨は、「過払金返還債務の承継を簡単に認めてしまうと、企業の再編を困難にしてしまう。一方で債務者の保護ということもありますけれども、企業再編の円滑化という点から考えると、信義則によって簡単に過払金債務の承継を認めるのはどうなのか、信義則を持ち出すのはいけないのではないかということで、最高裁判決では信義則に反しないと明確に言っていました。とくに企業再編の場面では、譲渡人と譲受人との譲渡契約の対価が、過払金債務を承継しないことを前提として計算がなされていると思われます。このような事情にかんがみると、信義則がなぜここで使えるのかを、もし考えがあればお聞かせください」ということでございます。

確かに、経済的には簡単に過払金返還債務の承継を認めてしまいますと、企業の再編という点からは、かなりの負担を負ってしまうということになります。企業の側からすれば、おいしいところは欲しいけれども、腐った部分は要らないというのは、人情といえますか、経済的な合理性からは当然そうなのですが、しかしそのようなことが本当に許されるのかどうか。とくに顧客との関係で、顧客の側からすると、貸主は代わったかもしれないけれども、これまでの基本契約が基本的には受け継がれてゆくわけです。確かに当事者が代わり、子会社から親会

社になったけれども、顧客の側からすると、もともとの基本契約はそのまま続いている、同じ条件で取引をしているわけですから、そのまま基本契約が続いていると考えるのが自然だろうと思います。そうすると、企業の側の経済的な合理性はもちろん十分に尊重しなければいけないことだろうとは思いますが、顧客の側からすると、これまで過払金返還請求ができたのが、いきなり全く自分の関与していない企業の再編によって全く請求できなくなってしまうというのが妥当か、顧客の期待が保護されなくていいのかということが、信義則の問題になるだろうと思っています。企業を再編する側の譲受業者のほうも、そのような事情を当然知っているわけです。過払金債務を含めて、譲渡業者がどのような債務を負っているかは、計算すればすぐにわかることで、親会社・子会社間でですから当然わかっているわけです。そこで、企業の再編に何ら関与していない顧客の期待を一方的に無視していいのかということが、信義則の一番の根拠だろうと思っています。ただ、そうは言っても確かに企業再編ということ、広く日本の経済社会全体で考えると、信義則によって過払金の返還請求を認めてゆくのが本当にいいのかどうかは、また別の問題で、ある種の政策的な問題です。最高裁判事として須藤先生がそのようなことまで考えられて、もしかしたら判決に関与されていたのかなとは思っておりました。

3つ目ですが、早稲田大学の渡辺宏之先生からのご質問です。これも、私はあまり考えたことのない大変鋭い質問です。私は、一般に過払金返還債務の承継の問題を論じたわけですが、これが証券化のケースに及ぶのかどうかというご質問です。「とくに消費者ローン債権についても貸金業者の資金調達目的での証券化が行われていて、原債権者が民事再生手続に入ったために債務者が貸金債権の譲受人に対して過払金返還請求訴訟を起こすケースが生じています。それに関連して、さらに消費者ローンの証券化に関する債権譲渡契約について一種の表明保証条項が置かれていて、過払金返還債務は承継しないという合意がなされているケースもあります。そのような場合には、結局、表明保証条項の効力にも問題が、つまり、条項が無効になったり、あるいは疑義が生じたりする可能性はありますか」というご質問でございます。

私は正直申し上げてあまり考えたことがなかったケースですけれども、基本的な発想は、先ほどの須藤先生のご質問に対する考え方と同じです。つまり、一方で、契約譲渡をする側、企業の再編をする側、あるいは証券化する側は、いろいろ

ろなスキームをつくるわけです。いろいろなスキームを、経済的に合理的にうまくゆくようにつくるわけですが、他方で借りている顧客は消費者ですから、そのようなことには全く関与していないわけです。その意味では、顧客の利益を一方的に経済的合理性によって無視してよいのかという問題になるのだらうと思います。証券化のケース、あるいは表明保証でも、基本的には、通常と同じように考えてよいのではないかと考えています。ただ、これも先ほどの問題と一緒に、結局、個々の顧客の利益より経済全体を考えると、顧客の利益を簡単に認めてよいのかという問題が当然にあるわけで、経済政策と顧客である債務者の保護とをどこで調和させるのかは大変難しい問題です。証券化の場合には、証券化をさらに活性化したほうがよいのだという価値判断があれば、債務者の利益は保護されなくてもやむを得ないという考え方もあり得ると思っています。一律にスパッと答えられないので大変申しわけないのですが、問題点の指摘ということで、とどめさせていただければと思います。どうもありがとうございます。

**山田司会** 野澤さん、ありがとうございます。渡辺さん、須藤さん、遠藤さん、よろしゅうございますか。ありがとうございます。

質問票をご提出いただいた方々からのご質問を紹介し、報告者から回答を差し上げることが、以上で終了いたしました。ありがとうございます。なお、まだ少し時間が残っております。1、2のご質問、ご発言がフロアからありましたら、お手を挙げていただいております。いかがでしょうか。

どうぞご発言ください。

**椿** 無職無業の椿寿夫です。民法学者と自分では呼んでいます。何分ぐらいしゃべっていいのですか。

**山田司会** これまで、1つのご質問について、ご質問の紹介と報告者からの回答を併せて、5分をめに進めてきました。そこで、先生のご発言と、報告者の回答が必要であれば、それを併わせて5分ぐらいを目処にしてお話いただけますと幸いです。

**椿** お話は非常に勉強させていただきました。実は旧『注釈民法』のこの部分は、西村信雄先生のお名前が私が編集することになっておったのですが、新版は出さないという通告を版元から受けましたので、私もまた別にいろいろと書きたいと今思っております。それで、まず一般的に、今日の、先生方だけのお話では

ないのですけれども、パブコメをもうこれからはしないと、たしか筒井担当官のお話があったと思いますが、そのことを言いたかったのが1つです。つまり、皆さんがおっしゃったように、国民にとって大事なものだということであるなら、最終的な仮案の段階でパブコメをとっていただくほうがいいのではないかということです。

そのほか、いろいろな一般的にどこまで法律で規定していいかというのは議論があると思いますが、時間がないようですから、個別的に質問された先生方、それから報告なさった先生方と重なりますけれども、項目的にだけ申します。私は民法（債権法）改正検討委員会が最初に何年か前に報告された際に、併存的債務引受を頭へ持ってこられたのは、少し不思議であったのです。免責的債務引受が歴史的には先行するわけですし、歴史がそうだから併存的債務引受は後へ回せということではないのですが、非常に突然変異的な印象を持っています。併存的債務引受はあまり債権者にとって嫌がられる制度ではないものですが、非常に簡単に申していきますと、要綱仮案第21の1の1のアには、併存的債務引受では、「連帯」しか出てきません。日本の通説でした。しかし、例えば末弘厳太郎先生などはそういう考え方ではなくて、連帯債務だけではなくて不真正連帯もあれば連帯保証もあり、保証にもなり得るという認定の余地を非常に広く認めておられたのですが、それはどうなったのでしょうか。それから、フロアからの質問あるいはご意見で、併存的債務引受は保証から逃げる場所に使われる、例えば損害担保契約、今度は採用されなかったようですけれども、ギャランティーなども同じような論点がありますし、例えば経営指導書などでも同じような問題がありますから、これは池田さんがおっしゃったように、免責的債務引受というノーマルな場合ないし普通のものから出発してやるということなのです。

免責的債務引受では、1つだけ言いますと、求償権がないと書かれています。第三者弁済自体が有効であり、弁済した第三者は弁済者代位の権利があるわけです。不当利得は今回触られませんが、いきなりここで求償権がないとわざわざ決めつけられる理由は何かを、例えば潮見先生に聞いたかったのですが、先生が大阪の研究会で議論しようとさっきおっしゃったので、それは引っ込めます。

それから、外国法で、角先生からまず出ましたが、諸国、ローマ法を継受したところでは皆、ノバシオン（更改）が、債権者の交代、債務者の交代という形でもありますが、これは英米法ではどうなっているかという点をどこかで少し教え

ていただけたらと思います。

それから一般に、潮見先生はドイツ法の権威ですけれども、大体お顔をここで拝見しますと、皆さんフランス法の権威の方が多くようで、ドイツ法のパンデクテンから少し読めば、債務加入と保証との関係とかいろいろありますので、確かにフランスはノバシオンというので立法が片付けておりましたが、そこはもう少し議論の仕方として、外国のことをありがたがるわけではなく、ドイツ法のそういうものを池田先生も含めて、参考にやっていただいたらありがたい。それからドイツ法圏ではスイスも当然ありますから、これもお忘れなく。

それから、実務も平田部長からお話がありました、これは多くは債権法の規定ですから、例の強行法・任意法の問題では、任意法へ持っていったら、どのような規定を作ろうとそれは簡単に回避できるということにもなるのではないかと思うわけです。とくに私が近頃感じているのは、私ども研究者がやる場合にはどうしても外国のことなどを主として見ざるを得ない。実際日本の例えば企業実務でどうなっているかというのを、企業実務の側から、より公にさせていただきたいと思います。今日のお話もそういう意味では非常に参考になりました。

それと実務といえども1つ判例があるわけですが、本日のテーマは、四宮和夫先生が『総合判例研究叢書』で古い判例を整理検討なさっているのですが、その後、最高裁で十分規準先例として後に残るであろうという、民集登載判例があまりあるとは思えないので、これも判例の不十分さに対応して、どうしても企業の実務のウェイトが大きくなるのではないかと思います。そういう意味でも判例分析が今も必要でしょう。

最後に、直接関係ないのですが、契約引受・契約譲渡という観念を認めますと、債務の面の問題だけではなくて、債権の面で、債権者の側にも立ちます。それは個別的債務引受とは違って来るわけです。そうしますと、この間、法律時報86巻6号に書いたのですが、連帯債権をもっと皆さんいろいろタッチしておられたので、どうして連帯債権が突如として出てきたかについてご説明がない点につき、フロアにおける者としてはもう少し説明を伺いたい。連帯債権はドイツでもフランスでも債権者にとって危険なものであるから使われていないと書かれておりますね。そういうものを、どうしてここへ新しい法律として載せるか。そして、連帯債権か分割債権か、その他の形態かというのは、契約引受になってくると、これは野澤さんがおやりになったところの問題ですが、離すわけにはいかないので、

そこはどのように処理なさるのかということです。

もう少し勉強しておくつもりだったのですが、今日は嵐で多分中止になるだろうと期待して、1時ごろまでNHKの1チャンネルにかじりついて予習があまりできていません。こういう機会を与えていただくと非常にいいのですが、さらにはパブコメという形式も、もう一度、委員の先生方が考えて提案をしていただく余地はないか。時間が過ぎて恐縮でしたが、所感というので、いずれこのあたりのことは、どこかで書きたいと思います。そのときにより詳しくはごらんいただければありがたいと思います。どうもあれこれ失礼しました。

**山田司会** ありがとうございます。多岐にわたるご発言、それぞれ大変参考になるものかと思います。これにて討議は終了に向かいたいと思います。

私が、最後に司会として簡単な発言をしたいと思いますが、その前に本日の報告と司会と、そして、企画の3人分をお役目をご担当いただきました池田さんに、お話をいただきたいと思います。そして、この機会に、少しでもご紹介させていただきます。ただいま、企画と申し上げましたが、このシンポジウムは、企画の作業を、昨年の金融法学会大会の後、始めました。そこでは、池田さんと、本日も報告いただいた潮見さんと、そして、東京大学の沖野眞己さんの3人に企画を立てていただいて、その企画にしたがって、本日こういうシンポジウムを迎えることができました。沖野さんには、ここでお礼を申し上げたいと思います。誠にありがとうございます。

それでは、池田さん、お願いいたします。

**池田** ありがとうございます。それでは、本シンポの企画立案者として一言お話をさせていただきたいと思います。

本日のテーマである、債務引受、契約譲渡は、テーマが重要であるのに、そしてこれまで条文がない新設規定であるのに、そして要綱仮案にいろいろ問題があるのに、皆さんのご認識が薄いと私は前々から感じておりました、皆さんのというのは、これは僭越ながら法制審議会もそうですし、学者もそうですし、実務家の皆さんもそうですしという気がしていたわけでありました。それで、もっとそのあたりの注意を喚起したいというのが、このシンポを企画立案した最大の理由でございました。そういう意味では、本日は報告者の皆様、それぞれに力を入れた報告をして下さり、またフロアの皆様の積極的なご協力で、私どもの当初の目的がかなり達成できたのではないかと、嬉しく思っております。

そして、これは椿先生のご発言にも関わると思いますが、とくに契約譲渡についても、それから債務引受についても、これで、要綱仮案はこのままでいいのかという疑問が、私自身も、そして今日お聞きいただいた皆様にもかなりあるかと思しますので、国会への提出まで、なおいろいろと発言をできるところで重ねていくことが、私どもにとって必要なのではないかと思っている次第でございます。

それから、潮見先生の最後のコメント、要綱仮案は移転型とも読めないわけではないというコメントがございましたけれども、潮見先生は法制審議会でいろいろ苦勞もおありだと思うのですが、私としては、そもそもどちらにも読めるような条文提案はこの際やめていただきたい。国民にわかりやすい立法をするという諮問のはずなのですから、国民が疑義なく読めるのが、その国民にわかりやすい立法をするということに一番近道といいますか、そういう条文を作るべきではないかと思っております。

**山田司会** 池田さんからのお礼の言葉と重なりますが、私からも、一言お礼を申し上げます。周到的準備の上内容の濃いご報告をして下さり、また、質疑ではたくさんの質問にお答えいただきました報告者の方々に、そして、熱心にシンポジウムにご参加下さったフロアの皆様方に、心よりのお礼を申し上げます。誠にありがとうございます。本日は台風が近づいておりますので、どうかお足元にお気をつけいただき、お帰りがたきますよう、お願いを申し上げます。

大変充実したシンポジウムになったものと思います。来年中に成立が予想される民法の一部を改正する法律とその整備法が、良いものになりますよう、願って、本日のシンポジウムを閉じたいと思います。誠にありがとうございます。(拍手)

## 〔海外金融法の動向〕

アメリカ

学習院大学教授 小出 篤

## ドッド＝フランク法による信用格付機関規制の改善に関する規則の改正・制定

## 1 はじめに

2010年に制定されたドッド＝フランク法（Pub. L. No. 111-203, 124 Stat. 1376）も、制定から5年が経とうとしている。ドッド＝フランク法は、その実際の施行にあたって、関連当局に多くの規則制定権限を付与している。ドッド＝フランク法の対象は膨大であり、したがって規則制定は制定から5年経った現在もなお道半ばであるが、毎年着実に進行してきている。本欄では、2011年にドッド＝フランク法の全体像を概説して以後、毎年ドッド＝フランク法に関して制定された規則を1つずつ紹介してきたが、本年は、2014年8月27日に連邦証券取引委員会（SEC）によって公表された、信用格付機関に関する一連の規則の改正・制定（Nationally Recognized Statistical Rating Organizations, 79 Fed. Reg. 55078（to be codified at 17 C.F.R. pts. 232, 240, 249, and 249b））について紹介する。もっとも、その内容は、Federal Register のページ数で237頁に及ぶ膨大なものであり、本稿ではとうていすべてを紹介することはできない。本稿ではとくに重要な内容に絞ってその概要を示すこととしたい。

## 2 ドッド＝フランク法における信用格付機関規制

2008年に始まる米国発の世界的な金融危機は、いわゆるサブプライム住宅ローン債権を裏付けとする証券化・流動化商品である資産担保証券（ABS）・モーゲージ担保証券（MBS）が広範囲の市場参加者（投資家）に売りさばかれたことにより、サブプライムローンの貸倒れのリスクが市場全体に拡散したことに1つの原因があるとされる。サブプライムローンの貸手は、貸出残高を積み上げても、それを証券化・流動化して投資家に売却することで、自らは信用リスクを負うことなく次の貸し出しに回すことのできる資金を手に入れることができ、さらに手数料収入を得ることができる。そこで、各金融機関はこぞってサブプライムローンの貸出増強とその証券化・流動化に邁進することになり、信用リスクは市場全体

(投資家)にばらまかれていったのである。この仕組みに寄与したのが、信用格付機関の存在であった。証券化・流動化商品を投資家に販売するにあたって信用格付機関が行った格付は、その商品の真のリスクを適切に反映できていなかった。さらに、ABSの発行者も投資家に対してその商品のリスクを適切に説明しておらず、投資家がそれを判断する時間的余裕も与えられていなかった。こうして、多くの投資家が自らの購入するABSのリスクに関して不十分かつ誤った認識しか持たずにそれらの商品を購入することになった。このような状況で、サブプライムローンの貸倒れなど、ABSの真のリスクが発現したことで、投資家は多大な損失を被ることとなり、市場の資金供給機能が壊滅的な打撃を受けることになったのである。

以上のような問題に対処するため、「投資家保護と証券規制の改善」と題するドッド=フランク法第9編は、そのC章「信用格付機関規制の改善」において、信用格付機関について様々な規制の強化を図っている。ドッド=フランク法における信用格付機関の規制強化・改善は、2006年に制定された信用格付機関改革法(Credit Rating Agency Reform Act of 2006, Pub. L. No. 109-291)による規制の強化という形で行われている。信用格付機関改革法は、1934年証券取引所法(Securities Exchange Act of 1934)の改正という形をとって、信用格付機関のSECへの登録と監督の制度を整備し、この制度に基づいてSECに登録されている信用格付機関(NRSRO; Nationally Recognized Statistical Rating Organization)は、いわゆる三大信用格付機関(ムーディーズ、スタンダード&プアーズ、フィッチ)を含め現在10社となっている。

なお、今回の信用格付機関に関する規則と同日に、SECはABSに関するドッド=フランク法942条(b)に基づく規則(Asset-Backed Securities Disclosure and Registration, 79 Fed. Reg. 57184 (to be codified at 17 C.F.R. pts. 229, 230, 232, 239, 240, 243, and 249))も公表している。ABSに関する規制強化と信用格付機関に関する規制強化が、上記のような証券化・流動化市場における病理現象に対処するために関連して検討されてきたことを示しているものとも見ることができよう。

### 3 規則の概要

今回SECが公表した規則は、2で述べたドッド=フランク法第9編C章のうち、とくに932条、936条、938条に関する規則を整備するものである。

## (1) 信用格付機関の内部統制体制についての改革

## a 信用格付機関の内部統制体制の整備等について考慮すべき要素

ドッド＝フランク法932条(a)(2)(B)によって新設された証券取引所法15E条(c)(3)(A)は、NRSROは、信用格付の決定にあたっての方針・手続・方法を策定し遵守することに関する効果的な内部統制体制を整備・維持・エンフォース・文書化しなければならないことを定めているが、この内部統制体制の整備等にあたって考慮すべき要素を、SECは規則によって定めることができるとされている。今回の規則において、SECはRule 17g-8（17 C.F.R. 240.17g-8。なお、以下、Rule 17g-〇と表記するものは、いずれも正式な引用は17 C.F.R. 240.17g-〇となる）を新設し、その(d)において、以下の内容を内部統制体制の整備等にあたって考慮すべき要素として挙げている。

## [内部統制体制の整備にあたって考慮すべき要素]

- ・信用格付の決定のための、新たに開発された方法ないし利用中の方法のアップデートについては、例えばその新たな方法等の開発者とは独立した者によるレビューなど、適切なレビューを経ることを確保するとともに、経営陣が事前に承認することを確保する
- ・上記の新たに開発された方法ないし利用中の方法のアップデートについては、その利用に先立って意見聴取のため一般に開示されることを確保するとともに、一般から寄せられた意見を公開し、それをNRSROが考慮することを確保する。
- ・信用格付の決定のために利用されている方法については、そのアップデートが必要かどうかを分析するために定期的に（例えば当該方法の開発者からは独立した者による）レビューを受けることを確保する
- ・信用格付の決定のために利用されている方法がアップデートされるべきかどうかについては市場参加者が意見を述べる機会を与えられることを確保し、寄せられた意見を公開し、それをNRSROが考慮することを確保する
- ・新たに開発された（あるいはアップデートされた）定量的モデルは利用前に評価と検証をなされることを確保する
- ・利用中の定量的モデルは定期的にレビューをし、事後的なパフォーマンスの検証（back-test）を受けることを確保する
- ・これまで格付したことのない種類の商品の格付をする場合は、事前に当該

NRSRO がそのような格付のための十分な能力を有するか、必要な情報を入力できるか、リソースを有するか、についての分析を行うことを確保する

- 複雑(exotic)または顧客の望むリスクプロファイルを実現するためにカスタムメイドされた(bespoke)商品を格付する場合は、事前に格付の決定が可能かどうかの分析を行うことを確保する
- 格付の方法がアップデートされるべきかどうかなどを分析するために、利用中の格付の方法をレビューするにあたっては、その一部として、統計などの数値を格付のパフォーマンスの評価のために用いることを確保する
- 信用格付の正式な決定にあたっては、当該格付（または格付見直し）に携わった主任アナリストによる作業と結論を、他のアナリストまたは上司または上級経営者によってレビューする(例えば格付委員会のレビューなどを経る)ことを確保する
- 格付（または格付見直し）に携わったアナリストが当該 NRSRO の信用格付決定のための手続や方法を遵守したかどうかを事後的にレビューし、あるいは格付ファイルを内部監査できるように、当該アナリストが格付作業のためにとった作業過程を文書化することを確保する
- アナリストが当該 NRSRO の信用格付決定のための手続や方法を遵守しているかどうかを分析するために NRSRO が定期的なレビューおよび格付ファイルの内部監査をすることを確保する

[内部統制体制の維持にあたって考慮すべき要素]

- 文書化した内部統制体制を指示どおり実行し運営するのに十分な資源を NRSRO が投入しているかどうかを定期的にレビューすることを確保する
- NRSRO が内部統制体制の有効性およびそのアップデートの要否について評価するための定期的なレビューもしくは継続的なモニタリングをすることを確保する
- 内部統制体制において発見された欠点がタイムリーに検証され対処されることを確保する

[内部統制体制のエンフォースにあたって考慮すべき要素]

- 内部統制体制の要請を遵守しない従業員に対して追加的な訓練をなし、または処分がなされることを確保する
- 従業員が内部統制体制を遵守しなかったことを報告するための手続を確保す

る

b 信用格付機関の内部統制体制に関する年次報告書

ドッド＝フランク法932条(a)(2)(B)によって新設された証券取引所法15E条(c)(3)(B)は、① NRSRO の経営陣が効果的な内部統制体制の整備維持に責任を有していることの明記、②内部統制体制の有効性の検証、③ NRSRO の最高執行責任者(CEO)による宣誓を内容として含んだ年次内部統制報告書を NRSRO が SEC に提出することを求める規則を制定することを SEC に求めている。今回の規則においては、Rule 17g-3が改正され、SEC に対して提出されるべき内部統制体制に関する年次報告書に以下の内容などを記載すべきことが定められた。

- ・効果的な内部統制体制を構築し維持するにあたっての経営陣の責任についての記述
- ・当該年度において特定された内部統制体制の重要な弱点およびその弱点がどのように対処されたかについての記述（どのようなものが弱点とされるかについても詳細な規定が置かれた）
- ・当該年度末において内部統制体制が有効であったかどうかについての言明。  
なお、上記の重要な弱点があった場合には、当該内部統制体制が有効であったという言明はできないものとされている。

(2) 販売・営業活動に関する利益相反

ドッド＝フランク法932条(a)(4)によって新設された証券取引所法15E条(h)(3)は、SEC が① NRSRO の販売・営業上の考慮が信用格付に影響を及ぼすことを防ぐための規則、②格付実施と販売・営業活動を分離することが適当でないと SEC が判断した小規模 NRSRO について例外を設けるための規則、③ NRSRO が証券取引所法15E条(h)に関する規則に反し、その違反が格付に影響したと SEC が判断した場合には、NRSRO の登録を停止または取り消すとする規則を制定することを求めている。

今回、SEC は NRSRO の利益相反に関する規則である Rule 17g-5を改正することで上記①～③の規則を制定した。

①については、NRSRO およびその内部の者が絶対的に禁じられる利益相反行為の類型（Rule 17g-5(c)）に、新たに「NRSRO 内部で当該信用格付の決定またはモニタリングに参加している者や、当該信用格付の決定のために用いられる手続・方法（定性的・定量的モデルを含む）の開発または承認に参加している者が、

当該 NRSRO またはその関連会社の商品・サービスの販売・営業活動に参加していたり、販売・営業上の考慮に影響されていたりする状況において、当該 NRSRO が信用格付を発行・維持すること」を付け加えた (Rule 17g-5 (c)(8))。信用格付の決定に関わる者と、当該信用格付機関またはその関連会社の商品 (格付以外の商品を含む) の販売・営業に関わる者とが分離されることを絶対的な要請としているわけである。販売・営業上の考慮に「影響される」状況としては様々なものが想定され、例えば当該 NRSRO の市場シェアを高めるために甘い格付を行うインセンティブを持たせるようなアナリストの報酬体系や人事評価システムや、販売・営業に直接関わっていない経営陣がアナリストに当該 NRSRO の市場シェアを高めるために甘い格付をするようプレッシャーをかけるような状況が存在することなどがあるとされている (79 Fed. Reg. 55078, at 55110)。

②については、Rule 17g-5に(f)を新設し、NRSRO の書面による申請に基づき、当該 NRSRO の規模の小ささから NRSRO 内部の格付活動と販売・営業活動との分離を要求することがふさわしくなく、その適用除外が公益に沿うと SEC が判断した場合は、SEC は当該 NRSRO について上記①の格付と販売・営業との分離のルールの適用除外とすることができるものとした。小規模な NRSRO は、上記の分離を実現できるほどの従業員数を持たない可能性もあるため、救済策を置いたのである。ただし、その場合には SEC は、利益相反を防ぐための別の要求をする可能性がある。

③については、SEC は、Rule 17g-5に(g)を新設し、利益相反に関する規則に違反し、信用格付に影響があったと SEC が認める NRSRO については、証券取引所法 15E 条(d)(1)各号所定の NRSRO 登録停止・取消事由と同様に、NRSRO としての登録を停止・取消しできるものとした。

### (3) 「事後的」な利益相反の検証

ドッド=フランク法 932 条(a)(4)によって新設された証券取引所法 15E 条(h)(4)(A) は、NRSRO の格付対象である発行者等の従業員が、過去 1 年以内に当該 NRSRO に雇用されて当該格付に携わっていた者(元従業員)である場合は、当該 NRSRO は、当該格付について当該(元)従業員の利益相反が当該格付に影響を及ぼしていなかったかどうかのレビュー(事後的なレビュー)をし、必要な場合は SEC が定める規則に従って当該信用格付を改定することを求めている。格付に携わる者が、将来その格付対象先に雇用されることへの期待から格付活動に影響を及ぼす

ことを防ぐためである。

今回、SECは、新たに Rule 17g-8を新設し、その(c)において上記のような状況がある場合に具体的に NRSRO がとるべき手続として、NRSRO は①当該格付が利益相反に影響されておらず NRSRO が用いている格付手続・方法にのみ従っているものとなるように、現在の格付を改定するべきかどうかを即時に決定し、②格付の改定が必要かどうか決定されたら、その決定内容と、利益相反状況の存在と影響を即時に公表し、③格付が利益相反に影響されていることが発見されてから15日以内に格付が改定（あるいは維持することを確認）されない場合には、当該格付について監視・レビューが行われていることを公表する（当該格付が利益相反に影響されている旨の記載を含む）ことが求められることになった。

#### (4) 格付のパフォーマンスに関する統計および格付の歴史に関する公表

ドッド＝フランク法932条(a)(8)によって新設された証券取引所法15E条(q)は、NRSRO は、SEC の定める規則に従って、利用者が信用格付の正確性を評価し NRSRO 間でその格付のパフォーマンスを比較できるように、その当初の格付とそれ以後の格付の変更についての情報を公開することを求めている。

NRSRO が公開することを求められている情報には、当該 NRSRO が登録している格付対象商品・業種（銀行、保険、会社（有価証券発行者）、ABS 発行者など）ごとに算出された、格付の変更がなされた割合や、格付先がデフォルトに至った割合などの統計が含まれている。今回、SEC は Rule17g-1および Form NRSRO の改正により、これらの統計を算出するための方法やその公表の方法を標準化するとともに、格付対象業種・商品をよりきめ細かく分類する（例えば、住宅 MBS と商業不動産 MBS とを分ける）こととした。

また、NRSRO は、格付の歴史（当初の格付とそれ以後の変更）についての記録を保管することを求められているが（Rule 17g-2）、今回、保管することを求められる情報をさらに拡大し、また、事後的に第三者が独立に分析できるように生のデータで情報を保管することも求められるようになった。

#### (5) 格付の方法

ドッド＝フランク法932条(a)(8)は、証券取引所法15E条(r)を新設し、SEC は NRSRO が用いる定性的・定量的データやモデルを含む格付の手続・方法について、投資家保護の観点から規則を設けることを求めている。

今回、SEC は Rule 17g-8を新設し、その(a)において、NRSRO は格付に用いる

手続・方法について、以下のことを確保するように求めた。

- ・当該手続・方法が取締役会によって承認されていること
- ・当該手続・方法が各 NRSRO のポリシー・手続に従って開発・修正されること
- ・手続・方法への重大な変更は、①現在および将来の格付に一貫して適用されること、および②その複雑さや影響を受ける格付の数などを考慮して合理的な時間内に適用されること
- ・ウェブサイトにおいて①手続・方法の重大な変更とその理由およびそれによって現在の格付が影響を受けるかどうか、および②手続・方法において発見された重大な誤りの存在とそれが現在の格付に変更を及ぼすかも知れない旨の告知を迅速に公表すること
- ・特定の格付において、用いられた手続・方法のバージョンを公表すること

(6) 格付に添付すべき書式と証明

ドッド＝フランク法932条(a)(8)は、証券取引所法15E条(s)を改正して、NRSRO が①格付公表とともに当該格付についての定性的・定量的情報などを記載した書式を公表することを SEC が規則によって定めることを求め、また、② ABS に関してはデュエリジェンスを行った第三者による証明を開示することを求めている。

今回、SEC は、Rule 17g-7を改正し、①の書式についての詳細を定めた。書式において開示されるべき情報には、以下のものなどがある。

- ・格付決定のために利用された手続・方法のバージョン
- ・格付決定のために利用された手続・方法を構築するために用いられた主な前提と原則
- ・流動性リスクや市場リスクなど NRSRO が信用格付において考慮していないリスクのタイプの開示を含む、当該信用格付のあり得る限界
- ・当該格付決定において依拠されたデータの信頼性・正確性・質に関する情報など、当該格付の不確実性に関する情報と、格付決定にとって重要なデータにどの程度依拠できたか（あるいは限界があったか）に関する言明
- ・格付決定のために債務者・発行体・証券等に関するどのような種類のデータに依拠されたか（利用されたデータすべてをそのまま開示する必要があるわけではない）

- ・当該債務者・発行体・証券等の格付決定のために利用可能であり考慮された情報が、同様の他の債務者等に関する格付において NRSRO にとって利用可能であった情報と比較して全体的にどのような質であったかに関する言明
- ・ NRSRO が格付決定のために格付対象の債務者等から報酬を受けたかどうかなど、利益相反に関する情報
- ・当該信用格付のあり得る変動可能性に関する説明および測定
- ・当該信用格付の過去のパフォーマンスやデフォルトの想定確率、デフォルトの際の想定損失など、当該信用格付の内容に関する情報
- ・当該信用格付が当該 NRSRO の置いた前提にどれだけ影響を受けるかについての情報
- ・ ABS に関する格付については、投資家に利用可能な表明保証や投資家がとり得るエンフォースメント手段に関する情報

②に関連して、デューデリジェンスを行う第三者が NRSRO に対して提出する書面による証明についても、Rule 17g-10を新設して書式（Form ABS Due Diligence-15E）が定められた。行われたデューデリジェンス作業の内容、それによって発見された事項とその結論の概要、どのような基準でデューデリジェンスが行われたかなどが記載されることが求められている。

#### (7) 訓練・経験・能力に関する基準

ドッド＝フランク法936条は、NRSRO において格付作業に従事する従業員が、当該従業員が格付を実施する種類の発行体等に関する正確な格付ができるだけの訓練・経験・能力の基準に合致しており、かつ信用格付プロセスの知識についてテストされていることを確保するための規則を制定することを SEC に求めている。

今回、SEC は Rule17g-9を新設し、NRSRO に以下のことを要求している。

- ・当該 NRSRO が登録されている種類の信用格付について正確な格付を行うという目的を達成するために合理的に作成された、格付に従事する従業員の訓練・経験・能力の基準を整備・維持・実施・記録すること
- ・上記の基準を整備するにあたっては、①定性分析を行う者については、格付対象者の信用性に関係するデータを効果的に評価し処理するのに必要な知識、②定量分析を行う者については、格付手続・手法に組み込まれたあらゆるモデルおよびそのモデルにインプットされるデータを理解するのに必要な

技術的経験，③当該従業員が格付決定に参加している信用格付の種類と，その種類の格付対象およびその原資産に関連する要素（その種類の格付対象に属する債務者等の地理的要素，業界，規制および法的枠組みなど），④当該従業員が格付決定に参加している債務者・証券・金融市場商品等の複雑性などを考慮すること

- 上記の基準では，①信用格付決定に参加している従業員を，当該 NRSRO によって採用されている格付手続・方法に関する理解について定期的にテストすること，②信用格付決定には，信用格付決定を行う適切なレベルの経験（少なくとも3年以上）を有する者が最低1名は参加していることを要求すること

#### (8) 統一的な格付記号

ドッド＝フランク法938条(a)は，各 NRSRO は格付記号の利用について書面化されたポリシーと手続を整備・維持・実施しなければならない旨を規則で定めるよう SEC に求めている。

今回，新設された Rule 17g-8は，その(b)項において，NRSRO は，以下のことを行うために合理的に作成されたポリシーおよび手続を持たなければならないことを定めている。

- ある証券等の発行者のデフォルト可能性を評価すること
- 利用する格付記号等とその区切り方を明確に定義し，その定義を，Form NRSRO において公表される格付パフォーマンス測定のための統計（上記3(4)参照）において記載すること
- 利用する格付記号等を，すべての債務者・証券・金融市場商品等に首尾一貫して用いること

## 脆弱な消費者の保護

### 1 はじめに

イングランドの金融行為機構 (Financial Conduct Authority [FCA]) が、2014年4月に公表した Research Paper は、「消費者金融と脆弱な状況下の消費者」と題されており<sup>(1)</sup>、また同機構が2015年2月に発行した Occasional Paper は、「消費者の脆弱性」と題されている<sup>(2)</sup>。いずれも、脆弱な消費者の保護をテーマにしている。本稿では、この2つの文書(以下、簡略化のため R.P. と O.P. と略称する)の出された背景やそこで扱われる問題等を紹介する。

### 2 ヨーロッパ法との関係

脆弱な消費者とは、平均的な消費者 (average consumer) と対比される概念である。消費者保護のルールの大半は、平均的な消費者を基準に保護の程度を判断しているところ、そのようなルールのもとでは、とくに不利な状況下にある消費者が、保護の範囲から外れることになる。そこで、そのような消費者をどのように保護するかというのが、そこにある問題意識である。

平均的な消費者と脆弱な消費者を対比させて消費者保護を考えるという枠組みは、EU 消費者指令に現れている<sup>(3)</sup>。例えば、不公正な取引実務に関する EU 指令 (Unfair Commercial Practice Directive [Directive 2005/29]) の5条では、その2項で、その取引実務が専門家としての精励さ (professional diligence) に反するとともに、平均的な消費者、あるいはその実務がターゲットにする消費者グループの中の平均的なメンバーの、経済的な振り舞いを実質的に歪めるようなものである場合を、不公正実務として禁じる。しかし続く3項では、そうした取引慣行の評価にあたり、精神的・肉体的な障害や、年齢、軽信さなどからとくに脆弱な消費者のグループを合理的に予見でき、明確に区別できる場合には、そのグループ内での平均的なメンバーを基準に評価をしなければならないことを定めている。

このほかにも、消費者の権利に関する EU 指令 (Consumer Right Directive [Directive 2011/83]) の序文や、商品一般の安全に関する EU 指令 (General Product Safety Directive [Directive 2001/95]) の序文で、脆弱な消費者に対す

る配慮についての言及がある。しかし、脆弱な消費者をどこまで、どのように保護するかという議論は、EU内でも比較的最近に始まった議論であり、各国法制の報告書などが最近公表されている<sup>(4)</sup>

### 3 イングランド国内法との関係

イングランド国内において、脆弱な消費者に対して特別な保護を与えるという動きは、ライフラインに関わる公共事業の分野で先行して行われている。ガス・電気の分野では、1986年ガス法(Gas Act 1986)のセクション4 A A (3)と1989年電気法(Electricity Act 1989)のセクション3 A (3)が、それぞれ障害や慢性の病気を有している人、年金受給者、低所得者、僻地居住者に対する国の配慮を義務付けており、この領域の政府機関であるOfgem(Office of Gas and Electricity Markets)は、消費者の脆弱性に関する方針(Consumer Vulnerability Strategy)を2013年に公表し、脆弱性の理解や、エネルギーの供給に関わる事業者に対して脆弱性を考慮した商品やサービスの提供への期待を表明している。同様の義務は、1991年水道事業法(Water Industries Act 1991)のセクション2(2 C)にも規定がある。また、通信分野では、2013年の通信法(Communication Act 2003)のセクション3(4)(h)(i)が、この領域の政府機関であるOfcom(Office of Communications)の一般的義務として、子供や、特別な保護の必要をされる者の脆弱性や、障害者、高齢者、低所得者の必要性に配慮するよう規定している。

これらの領域を除くと、イングランド法において脆弱な消費者に対する特別な配慮を法的に義務付ける規定はない。したがって法的な意味における脆弱な消費者一般の保護は、一般の契約法理である強迫法理(*duress*)や非良心性法理(*unconscionability*)、不当威圧法理(*undue influence*)にゆだねられているのが現状のようである。

### 4 消費者金融における脆弱な消費者

こうした中で、冒頭に述べたように、イングランドの金融分野において、脆弱な消費者の保護についての新たな取組みが始まった。まずFCAが公表したのが、前述の2014年4月に公表されたR.Pである。これは、消費者金融に関するもので、そこでの脆弱な消費者とは、個人的な状況により、損害にとくに影響を受けやすい者を指している。そうした損害は様々な形で生じ得るが、もっとも重大な損害は、消費者金融の利用を通じて、制御しきれない、もしくは問題のある債務を負うことである。このR.P.は、そうした過剰債務を生じさせる様々な要因について

分析を行っている。例えば、制御しきれない債務を負うことになる重要な要因として、環境の変化、債務の累積が指摘され、また預貯金の少なさ、低所得、所得に比して債務の割合が高いことは、いずれも所得減少に対する消費者の回復力を減少させ、問題ある債務を生じさせやすくするといった指摘がなされている。また脆弱な状況下にある消費者の行動特性を分析し、利用する消費者金融の形態を明らかにする。そうした調査の結果、過剰債務を負う消費者について適切なアドバイスが必要であるにもかかわらず、多くの人々がそうしたアドバイスをどこで得られるのかについての知識を欠いているといった問題点が指摘されている。

### 5 金融市場における脆弱な消費者一般の保護

2015年2月に公表されたO.P.は、先のR.P.を受けてのものであるが、射程ははるかに広い。そこでは、金融サービスプロバイダーによる消費者の扱い全般が問題となっている。そこでは、第1に、脆弱性をめぐる理解を拡大し、関心や議論を刺激すること、第2に、脆弱性についての戦略を企業が発展させ実施するための、実務的な手助けや資源の供給が目指されている。

このO.P.のイントロダクションでは、FCAが、消費者の脆弱性を広く扱う背景として、決済方法も含めた金融サービスが、社会参加にとって必須なもので、他のサービスを受けるにも重要な入り口となりつつあるにもかかわらず、それがすべての消費者にとって良い形で機能していないという認識や、加えて、こうした金融サービスが遠隔的に、オンラインで行われることが増加して、潜在的に脆弱な一部の顧客と事業者との効果的な面談に課題が生じているといった認識が示されている。

また、第1章では、脆弱性に対する理解を扱っているが、脆弱性が個人の状況、置かれる環境、市場の要因などの相互作用により生じること、消費者の精神状態が行動や決定にもたらす影響、環境の変化、重層的なリスク要因が潜在的な脆弱性の信号となること等が指摘されているが、そもそも、脆弱性というものの定義が様々であり、定まった定義のないことが明らかにされている。

もっとも、このO.P.は、そうした脆弱な状況にある消費者を保護するために、新たな法的規制を導入するなどの提案をしているものではない。第2章では、脆弱な消費者の保護がFCAの役割の1つであり、FCAのHandbookの中にも脆弱性に関連する原則やルールが存在しているといった指摘がなされているが、消費者に対する公正な取扱いや、個人の状況に関わらずすべての消費者が平等に受け

られアクセスできるサービスについての包括的なデザインといったことの重要性が強調されているように、一般的な指針を超える新たな提案がなされているわけではない。記述の多くは、消費者をはじめとする関係者へのインタビューなどを分析したケース・スタディなどを元にした脆弱性をめぐる問題全般の現状認識に当てられている。

## 6 法律論としての未熟さ

以上のように、金融市場における消費者の脆弱性をめぐる議論は、まだ端緒が開かれたにすぎず、これが法的な側面においてどのように発展していくのかが必ずしも明らかではない。その理由の1つは、ここで扱われている消費者の脆弱性という概念が、定義のしにくい、曖昧な概念となっていることが挙げられる。一見してわかるように、この概念は、典型的な消費者以外で、標準的な消費者保護の枠組みでは保護が難しいが、保護の必要性があると考えられる者を広く含み得る。しかし、標準的な消費者保護の枠組みからこぼれ落ちる原因が問題状況ごとに異なり、かつ様々であるから、脆弱な消費者を一律に定義して、何か1つの対策を行えば問題が解決するというものではない。また、ここまで見てきたところでもわかるように、脆弱な消費者の典型的なイメージは、若年者、高齢者、低所得者、障害者といったところであろうが、そうした消費者が抱える脆弱性の内実も、実は一様ではない。すべての消費者を公正に扱うため、個々の消費者の具体的な状況に応じて適切な保護を考えていくということは、伝統的な法的枠組みの中では一般原則以上のものを定めることは、現段階では難しい。

FCAのO.P.は、そのことを明らかにした上で、事業者の今後の対策を期待するものといえるが、これが厳密な意味ではなくとも、「法」的な対策となるにはもう少し時間が必要であろう。

## 7 学説上の試み

学説においても、消費者の脆弱性を扱うものはいくつかあるが、金融規制的な観点からの分析ということになると限られてくるようである。そうした中で、今後の法的議論の土台となり得るように思われる1つの試みとして、脆弱性の類型化を行うというものがある<sup>5)</sup>。

そこでは、脆弱性を、①情報の脆弱性(消費者の情報や教育が不十分であることからくる問題)、②圧力の脆弱性(消費者が様々な圧力により自発的な判断をできないという問題)、③供給の脆弱性(消費者の商品の選択の幅が限られるという

問題)、④救済の脆弱性(消費者が様々な要因から自らの権利について救済を得ることが難しいという問題、⑤影響の脆弱性(消費者が貧困等の理由で自らの選択の結果としての損害に耐えられないという問題)という5つに分類している。ただし、これらの脆弱性は完全に独立したものではなく、例えば、消費者が自らの権利の所在を十分に認識していないことで、救済を受けることができないといった場合には、①の脆弱性が④の脆弱性と関連してくる。

この類型化によって、それぞれの脆弱性への対応方法が、ある程度は明らかになる。①の情報の脆弱性には、情報提供義務や、虚偽情報やミスリーディングな情報の規制、金融教育の充実などによる対応が考えられ、②の圧力の脆弱性については、クーリングオフの導入のほか、一定の勧誘行為の禁止といった対応が考えられる。④の救済の脆弱性は、やはり情報提供や金融教育による対応が考えられるほか、訴訟の容易化、ADRの活用その他が考慮されるべきであるし、③の供給の脆弱性は、事業者間の競争を促すこと、預金のような基本的な金融サービスへのアクセスの公的な義務付け、政府による供給といった対応が考えられるという。もっとも、貧困を直接の原因とする脆弱性にはこうした対応も困難であり、⑤の脆弱性の解決策については余り触れられていない。

## 8 まとめ

脆弱な消費者の保護をめぐる問題は、今後、我が国の金融規制においても中心課題の1つとなってくるであろう。しかし、既に述べたように、消費者の脆弱性という概念は定義のしにくいものであり、ハード・ロー的な規制には馴染まない可能性もある。その際、ガイドライン等を活用したソフト・ロー的な規制が中心であるイングランドにおける金融規制の在り方が、我が国にも参考になる可能性がある。まだ議論自体が端緒にすぎたばかりであるが、今後の議論の進展に注目する必要がある。

### 〔注〕

- (1) FCA, *Consumer credit and consumers in vulnerable circumstances* (Apr. 2014).
- (2) FCA, *Consumer Vulnerability* (Occasional Paper No.8, Feb. 2015).
- (3) Lisa Waddington, *Reflections on the Protection of 'Vulnerable' Consumers under EU Law*, Maastricht Faculty of Law Working Papers 2013/2

を参照。

- (4) EU; Directorate general for internal policies, *Compilation of Briefing Papers on Consumer Vulnerability*, 2012.
- (5) Peter Cartwright, Understanding and Protecting Vulnerable Financial Consumers, *Journal of Consumer Policy* (Published online 13 December 2014). <http://link.springer.com/article/10.1007/s10603-014-9278-9> から入手。

## 改正信用制度法の施行

### 1 はじめに

2008年秋の金融危機以来、先進各国では銀行システムの耐久力を向上させるための取組みが続けられた。そしてこの取組みは、2010年、パーゼル銀行監督委員会が新たな自己資本比率および流動性規制を提示するという形に結実した（パーゼルIII）。ヨーロッパでは、これを受けた制度化の取組みが進められ、2013年、EUレベルにおいて指令と規則がそれぞれ1本ずつ発せられることとなった。これは、EU域内における規制の適用について、各加盟国における例外や裁量の余地を認めないもので、その意味において厳格な規制である（いわゆる Single Rule Book）。

このうち指令に関しては、第4次資本要求指令（Richtlinie CRD IV（Capital Requirements Directive IV）；以下、単に「指令」という）と呼ばれる<sup>(1)</sup>。これは、パーゼルIIを前提とした従前の2つの指令、いわゆる銀行指令（Bankenrichtlinie<sup>(2)</sup>）および資本適切性指令（Kapitaladäquanzrichtlinie<sup>(3)</sup>）を統合し、改めて加盟各国に対して金融機関と投資会社の健全性確保に関する措置を講ずるよう求めるものである（この点に関しては指令1条参照<sup>(4)</sup>）。

もう1つの規則に関しては、資本要求規則（Verordnung CRR（Capital Requirements Regulation）；以下、単に「規則」という）と呼ばれている<sup>(5)</sup>。この規則は、監督対象となる金融機関に対して、自己資本の額や流動性等に関する規律を設けるもので（規則1条参照）、ドイツをはじめとするEU加盟各国に直接の適用が想定されているものである（これにより各加盟国において等しく規制が適用されることになる）。そして、この規則は2014年1月1日より施行されることとなった（規則521条2項）。

ドイツでは、以上の指令と規則に対応すべく信用制度法（Kreditwesengesetz；KWG）の改正を中心とした立法作業が進められ、2013年8月、第4次資本要求指令導入法（CRD IV-Umsetzungsgesetz<sup>(6)</sup>）として成立するに至った。この第4次資本要求指令導入法は、以上の説明からもわかるとおり2つの内容を柱としている<sup>(7)</sup>。第1は、指令の内容を国内法の内容とするものである。そして第2は、ドイ

ツ国内に直接適用される規則の内容につき、既に存在する国内法の内容と齟齬が生じる部分を修正することである。第4次資本要求指令導入法は、一部を除き、規則と同様、2014年1月より施行されることとなった（第4次資本要求指令導入法10条1項）。

本稿では、この第4次資本要求指令導入法により改正された信用制度法の内容について、若干の紹介を行うこととしたい。なお、本稿は紙幅の関係もあり、指令と規則に合わせて信用制度法のどのような点が改正されたかを示すにとどめ、指令や規則に反映されたバーゼルIIIの詳細な内容については基本的に扱わない<sup>(8)</sup>。

## 2 改正信用制度法の内容

### (1) 適用範囲

1において見たとおり、2014年1月1日より、規則がドイツ国内において直接に適用になることから、信用制度法の定める適用範囲に関する規定も、このことを前提とした規定ぶりとなっている。

まず信用制度法は、規則の適用対象についての定義を置く。規則が適用対象とする組織は、基本的に信用機関(Kreditinstitut)および有価証券企業(Wertpapierfirma)であり、これらを併せた概念として単に機関(Instytut)という語を用いている(以上につき、規則6条1項・4条1項1号～3号)。これを受けて信用制度法も、規則の定める以上の組織について、それぞれ規則信用機関(CRR-Kreditinstitut)、規則有価証券企業(CRR-Wertpapierfirma)と定義し、そしてこれら2つを合わせた概念を規則機関(CRR-Instytut)としている(信用制度法1条3d項)。

もともと信用制度法は、自らの規制対象をEUレベルでのそれよりも広くとってきたのだが<sup>(9)</sup>、今般、規則との調整を図る中で、その規制対象について次のような規律が置かれた。すなわち規則機関ではない信用機関あるいは金融サービス提供企業に対しても、規則本体の規定、規則に基づき指示された信用制度法の規定、そして規則により補充された信用制度法に基づく命令が、規則機関と同様に適用される旨の規定である(信用制度法1a条)。これは、信用制度法が従前から規制対象としてきたものについて、すべて規則の適用範囲の中を含めることを明らかにしたものである<sup>(10)</sup>。

### (2) 自己資本の充実

改正前の信用制度法は、10条において、信用機関に対し、その債権者の保護等の観点から自己資本の充実を求める規定を用意していた。その内容はきわめて詳細であるため、ここに逐一記すことはとうてい不可能であるが、要は、信用機関において装備すべき資本の内容、リスクの測定等について、詳細な枠組みを提示する規定であった。

しかし、指令および規則が施行されたことにより、規則機関における資本の充実等は規則が直接規律するところとなったため<sup>141</sup>、改正信用制度法10条はこれを補充する規定として位置付けられることとなった。すなわち同条は、信用機関等の自己資本充実に関して、連邦財務省に対する授權規定として位置付けられ、信用機関が内部評価を行う場合に関する追加的規定が連邦財務省の命令により発せられる場合の根拠規定となっている。

### (3) 資本バッファ

信用制度法10c条から10i条までは、資本バッファ（Kapitalpuffer）について定めている。ただし、指令およびこれを受けた信用制度法の定める資本バッファは、バーゼルIIIのそれとはやや異なっている。

バーゼルIIIの文書では、資本保全バッファ（Kapitalerhaltungspuffer）およびカウンターシクリカル資本バッファ（antizyklischer Kapitalpuffer）の2種類のバッファのみを記している<sup>142</sup>。これに対して指令および信用制度法においては、以上の2つのバッファのほかに（以上2種類のバッファについては、指令129条・130条、信用制度法10c条・10d条）、3種類のバッファについて規定をしている。すなわち、システミックリスクに対する資本バッファ（Kapitalpuffer für systemische Risiken）、グローバルなシステム上重要な金融機関に対する資本バッファ（Kapitalpuffer für global systemrelevante Institute）、その他のシステム上重要な金融機関に対する資本バッファ（Kapitalpuffer für anderweitig systemrelevante Institute）である（指令131条・133条・134条、信用制度法10e条～10g条）。

以上5つの資本バッファは、いずれも最低限の自己資本の充実を超えて要求されるものであり、かつ景気後退局面その他金融機関に対して経済的に負担のかかる状況において取り崩されることになる追加的なバッファである。これによりEU域内、そしてドイツ国内において活動する金融機関について、経済変動等に対する財務上の抵抗力を付与することが目指されているわけである<sup>143</sup>。また、こ

これらの資本バッファは、いずれも中核的自己資本（hartes Kernkapital）から構成されなければならないものとされている<sup>104</sup>。

#### (4) ガバナンス規定の整備

信用制度法は、信用機関において、法令遵守および経営上の必要性を満たし得るだけの業務組織を整備しなければならないものとしている。そして、業務管理者（Geschäftsleiter）は、当該信用機関における以上の組織整備についての責任を負っている。また、組織整備にあたっては、適切かつ有効なリスク管理体制を含めることが求められ、当該体制は信用機関におけるリスク負担能力を継続的に保証するものでなければならない（以上につき、信用制度法25 a 条1項）。以上の点は、今般の改正前も改正後も変わらない。

そして指令を受けた今般の改正では、業務管理者の職務として、以上の組織整備の責任を果たすという観点から、業務執行に関する意思決定機関（Verwaltungsorgan）および監督機関（Aufsichtsorgan）の決定事項に属さない範囲において、信用機関内部における相応の規準の作成のために必要な措置を講ずべきことが求められている（同項2文）。また、以上の整備すべきリスク管理体制に含められるべき事項として、リスク制御機能およびコンプライアンス機能を伴った内部統制システムおよび内部監査の構築が挙げられている（同項3文3号c参照）。

その他に新たに設けられた規定として、次のようなものがある。まず、銀行業務等の遂行上重要な事項を活動ないし手続が他の企業にゆだねられる場合において、当該業務委託の種類、範囲、複雑さ、およびリスク量に応じ、信用機関に過度のリスクが発生しないよう適切に安全措置が講じられなければならないとしている（信用制度法25 b 条1項）。

また、業務管理者、あるいは業務執行に関する意思決定機関および監督機関に関する規定も設けられている。とりわけ業務管理者に関しては、信用機関の管理にあたっての専門的な能力、信頼性、あるいは職務遂行にあたっての十分な時間のあることが求められている（信用制度法25 c 条1項）。その他に業務管理者については、業務執行に関する意思決定機関や監督機関の構成員となることが禁じられるなど、兼任禁止や欠格事由に関する定めも置かれている（同条2項）。さらに業務執行者は、組織整備に関する自らの責任の範囲において、信用機関を統率するにあたって必要な注意を尽くし、また利益相反を防止するために組織や措置における業務分離を講じるという秩序ある業務執行上の原則を決定し、当該原則の

変更にあたっての注意を尽くさなければならないなど(同条3項1号)、詳細な義務のカタログが用意されている。

業務執行に関する意思決定機関や監督機関の構成員に対しても、業務管理者と同様に詳細な規定が置かれている(信用制度法25d条)。指令に基づくこのような新たな要求が、とりもなおさず金融危機の際、以上の者が任務遂行にあたって十分な機能を果たせなかったことに対応するためのものであることは言うまでもない<sup>(15)</sup>。

〔注〕

- (1) Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG.
- (2) Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (Neufassung).
- (3) Richtlinie 2006/49/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten (Neufassung).
- (4) 指令1条は、指令の対象を定めるものであり、金融機関および投資会社の活動、当局による金融機関および投資会社に対する監督の権限および手段、規則の規定と整合した形での当局による監督、そして監督規定ないし金融機関および投資会社の監督について権限を有する当局のための開示がその対象となるものとしている。
- (5) Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012.
- (6) Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2013/36/EU über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Anpassung des Aufsichtsrechts an die

Verordnung (EU) Nr. 575/2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen (CRD IV-Umsetzungsgesetz) vom 28. August 2013. BDBl. Teil I, S.3395.

- (7) この点については、Gesetzesentwurf des Bundesregierung (Drucksache 17/10974), B. Lösung を参照。

なお、今般の信用制度法の改正にあたっては、指令の内容に即した改正以外に、ドイツ固有の改正もなされている。信用制度法は、ある信用機関から同一の債務者に対する多額の信用供与 (Millionenkredit) がなされた場合、当該信用機関におけるリスク管理および当該信用機関に対する監督の観点から、当該信用機関に対し四半期ごとに連邦銀行の登録機関 (Evidenzzentrale) に当該債務者に関する通知を行うよう義務を課している。従前は、この多額の信用供与に該当する閾値は150万ユーロに設定されていたが、今般の改正でこれが100万ユーロにまで引き下げられた (信用制度法14条1項)。

- (8) バーゼルIIIについては、Bank for International Settlements, Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems を参照。そのほか、金融庁 HP ([http://www.fsa.go.jp/policy/basel\\_ii/basel3.pdf](http://www.fsa.go.jp/policy/basel_ii/basel3.pdf)) における説明も参照。
- (9) B. Höpfner, CRD IV-Neues Regulierungspaket für Banken in Kraft, BaFin Journal, Jan. 2014, S.23.
- (10) むろんこのように適用範囲を定めたとしても例外が認められないわけではなく、信用制度法2条は法の適用除外となる機関ないし組織等について定めている。
- (11) 自己資本の充実に関し、規則第2編 (25条~91条) および第3編 (92条~386条)、流動性の確保に関し、規則第6編 (411条~429条) が規律を行う。
- (12) Bank for International Settlements, supra note 8, Contents を参照。
- (13) 以上につき、B. Höpfner, a.a.O. (Fn.9), S.24.
- (14) B. Höpfner, a.a.O. (Fn.9), S.24.
- (15) B. Höpfner, a.a.O. (Fn.9), S.24f.

## フランスにおける金融取引税導入への動向

### 1 はじめに

日本の金融企業は、近い将来取金融取引ごとに課税される可能性をどの程度真剣に捉えているだろうか。2014年3月18日の通常国会参議院財政金融委員会で、共産党議員が日本への金融取引税導入を主張した際、麻生太郎財務相は実績もないところから日本単独での導入について慎重な姿勢を示した<sup>(1)</sup>。2014年10月14日、国際連帯税創設を求める議員連盟は、安倍晋三総理に宛てた「平成27年度税制改正に向けた「国際連帯税」に関する要請書」を提出した<sup>(2)</sup>。もっとも、政権の先行きが不安定な際には多くの政党が国際連帯税（その一部としての金融取引税）を提唱していたが、自民安定政権が予想される現在は、日本で同税導入を唱える声は強くない<sup>(3)</sup>。

アメリカやイギリスは現在のところ金融取引税の導入に消極的であるが、フランスとドイツはこの制度の導入に動いている。2014年のフランスを取り巻く欧州金融法の動向の1つとして、この金融取引税（FFT, Tobin Tax などとも）の導入交渉を挙げることができよう。同制度は2013年以降 EU 内の11カ国で導入が目指されてきたが、2014年12月8日～9日に開催された ECOFIN（欧州財務省理事会）では、その導入についての最終合意は先送りとなった<sup>(4)</sup>。合意が得られなかった理由として、同税の導入を主導するフランスとドイツの間では、財源の3分の2を占めると予想されるデリバティブへの課税可能性（CDS への限定課税を提案したフランスと、できるだけ広範な課税を求めるドイツ等との対立）や、使途（後述するランドーレポートの文脈からは発展途上国の債務解消・融資や課題解決に使うべきことになるし、EU レベルでの使途も想定し得るが、各国は同税を国内財政再建の手段と捉えている）について踏み込めなかったためとされる<sup>(5)</sup>。

合意先送りは、2014年5月6日にユーロ圏財務相会合で、株式取引と一部デリバティブ取引への課税を導入すると合意したのに対し<sup>(6)</sup>、フランスが「後退」したためと評価されるが、フランスはもともと航空券連帯税の導入や2012年の株式に対する金融取引税の導入<sup>(7)</sup>といった先駆的な試みを行ってきており、新税導入に積極的な国であるといえる。フランスの思惑をも超える野心的な税制が、どのよ

うにして国際交渉のテーブルに載るに至ったのか。以下では、①金融取引税導入の国際的潮流 ②フランスの態度の2点から、その経緯と今後の展望を探ってみよう。

## 2 金融取引—その性質と起源

「金融取引税」は、James Tobin が1972年にプリンストン大学でのジョンウェイ講義において提唱した税制度であることから、しばしば「トービン税」と呼ばれる<sup>(8)</sup>。その目的は1日に何回も取引を繰り返すような為替投機、またはその業者を規制することで相場が行きすぎることを防ぐことにあった。したがって当初の金融取引税は「投機目的の短期的な取引を抑制する」という目的で、「国際通貨取引に」「低率の（提言当時は1%）」課税をするという内容のものであった。しかし、トービン自身も認識していたことだが、この税制は実現に高い2つのハードルがある。1つは、金融取引の場所は、とりわけ情報技術の発展した現代、国際的に移動させることが非常に簡単のため、国際的協調がなければ世界的な資金の移動に「ゆがみ」が生じ、結局租税回避を抑制できないことである。もう1つは課税ベースを包括的なものとしなければ潜脱的金融商品が現れ、規制のいたちごっことなる可能性がきわめて高いことである。そこで当初、この提案は学術的なものにとどまり、現実の税制とはならないだろうと考えられてきた。

しかし、1994年のメキシコ通貨危機後にトービン税を再検討したシュパーンが、当初の説に反対して新たな税制を提唱し<sup>(9)</sup>、同税は政策的目的で通貨をコントロールする制度として注目を集めるようになった<sup>(10)</sup>。

これと軌を同じくして、ただしこれと若干異なる文脈で、国際的な協調を必要とする課税が実現した分野が、航空券税である<sup>(11)</sup>。国連は、2000年の国連ミレニアム総会にて、「2015年までに1日1ドル未満で生活する人口の割合を1990年の水準の半数に減少させること」などを決議し、ミレニアム開発目標(MDGs)を設定した<sup>(12)</sup>。2002年の国連開発資金会議(モンテレイ)において、ミレニアム開発目標達成のためにはODAだけでは不十分であり、革新的資金メカニズムが必要であると合意された。2003年にシラク大統領が国際的な財務的貢献の新しい手法について再検討するよう諮問し、ランドーレポート<sup>(13)</sup>が答申された。このレポートで初めて、開発支援(貧困問題解決)という国際的に連帯して取り組むべき課題を支える財源として、トービン税を導入することが提案された(国際連帯税)。同レポートにおいては、国際的課題のために連帯すれば従来手が届かなかった課税ベース

にも課税できるようになるというところに発想の主眼があり、トービン税本来の投機抑制という目的には大きな関心が払われているわけではない。大気汚染・温暖化に取り組むための炭素税/航空券税といった発想はあるが、レポート全体としては課題と税の発生原因の連関を要求しておらず、課税により国際的な取引が途上国にマイナスに働くことがないように留意すべきことが要求されるのみであった。

2005年9月14日、国連サミットに合わせて開催された「革新的資金調達に関する閣僚会合」において、ランドーレポートに従って6カ国が航空券税導入を発表し、2006年3月のパリ会議では<sup>(4)</sup>、40カ国が資金調達に関する議論を行うリーディンググループ（以下「LG」という）への参加を表明した<sup>(5)</sup>。フランスは2006年7月から航空券連帯税を導入した<sup>(6)</sup>。制度導入国は徐々に増加し、その収入は同年9月に設立されたUNITAID<sup>(7)</sup>の組織を運営するために用いられているため、LGに参加する数多いNGOは<sup>(8)</sup>同税を強く支持している。しかし上記のとおり同税の導入には導入国に関わる企業・人のみが過重な負担を強いられるという問題点がある。フランスで顧客に課税を転嫁できず課税を負担し続けている航空会社の不満を受けた野党が、制度の撤廃を提言するなど<sup>(9)</sup>、当然ながら同税は国内の納税主体からは支持を受けていない。

さて、先述のとおりランドーレポートの提言には金融取引税も含まれていた。同レポートは、先進国は市場のゆがみを取って公正な取引環境を実現するための責任ある金融取引税制を実施することよりも、税率競争に注力しているにすぎないと述べている。これは徴税された金融取引税の用途について何らかの提言をするものではなく、課税自体に望ましい効果があること、国家にとっても従来競争への考慮が障害となってきた分野への課税が国際的な協調によって実現できることを意味するにすぎないと思われる。しかし、途上国が通貨取引等の投機により被害を被っていると考える層はこうした視点を支持したほか、リーマンショックやヨーロッパ金融危機後に不安定化した社会を反映して、金融危機に投じられる税金による恩恵を感じることの少ないヨーロッパ<sup>(10)</sup>やアメリカ<sup>(11)</sup>の中間・低所得者層は、投機抑制効果にとどまらず、金融機関への課税がもたらす所得再分配効果に期待して、為替、株式、債券、先物、デリバティブなどに対する金融課税を支援するようになった。

### 3 EUにおけるFTT導入の経緯

EUには、FTT導入を推進する固有の事情がある。単一通貨圏での取引(域内取引)に影響のない通貨取引税を課することは、EU加盟国間の見解の相違を生じにくい。また、ギリシャ債務問題を発端とする金融危機を機に、金融市場の流れをコントロールする要望が高まった。

この問題に一貫して反対しているのはイギリスである。イギリスには現に株式取引に係る税が存在するし、金融破綻に税金をつぎ込むことへの批判に応える制度整備も行っている<sup>(2)</sup>。金融取引税を金融破綻の対処法として首相が検討したこともあれば<sup>(3)</sup>、市井で同税をロビン・フッド・タックスと呼んで期待する動きもあり、決して同税に無関心なわけではない。しかし、シティを抱え、独自の通貨制度を維持するイギリスには、EU諸国と協調する場合には、他の金融大国との同時導入や課税の端緒、分配の方法にいたるまで、実際に導入される制度をきちんとコントロールできなければ、自国の産業が一方的に損害を被るという警戒感があると思われる。2009年11月のG20財務大臣・中央銀行総裁会議において、イギリスのブラウン首相が示唆した金融取引税の導入についてアメリカのガイトナー財務長官が反対を表明し、英米の協調した導入の途が絶たれたので、国際的な枠組みでの同税の実現は絶望視されるようになった<sup>(4)</sup>。

しかし、ドイツのメルケル首相はユーロ圏17カ国が金融取引税を導入することを支持すると表明し、ユーロ圏の有志国だけで臨むことにつき<sup>(5)</sup>、2012年12月12日に欧州議会が同意し、2013年1月22日に理事会が承認した。これを受け、委員会提案につき<sup>(6)</sup>ユーロ圏のうち11カ国(ドイツ、フランス、イタリア、スペイン、オーストリア、ポルトガル、ベルギー、エストニア、ギリシア、スロヴァキア、スロベニア)がトービン税を課すことが承認された(イギリスは反対)。欧州委員会が2月14日に11カ国に提案し、7月に欧州議会で承認されたFTTの枠組みでは<sup>(7)</sup>、外為取引やデリバティブ取引に対し、取引ごとに一定税率(株式・債券は取引額の0.1%、デリバティブの場合は想定元本の0.01%)で課税されることとされた<sup>(8)</sup>。金融機関から徴収される金額は年額およそ350億ユーロに上ると予測された。

その後、この計画の合法性が争われる。EU法務当局が9月に11カ国での金融取引税導入は違法との見解を示し<sup>(9)</sup>、12月に、欧州委員会がEU法および国際法に順守しているとの認識を示した<sup>(10)</sup>。このような状況で、イギリスは11カ国導入につき

ECJ に対する異議を申し立てた。2014年4月、裁判所は異議を却下する決定を下した<sup>81)</sup>。

紛争の内容は以下のとおりである。イギリスは、2013年1月22日に欧州議会が採択した上記の決定のもととなった委員会提案について、その①前文第6段落に触れられている、「2011年9月28日のディレクティブ提案の条項に基づき設定される強化協力手続」について、委員会が当該条項を適用することはFTTの共通システムを樹立する分野での強化された協力体制を作ることを授権するものであること、②採択の日から効力が発生すると規定していることを問題とした。訴訟が審議に熟していないとされる可能性があることを認識しつつも、イギリスは上記2点について2つの法的争点を提出した。最初の主張は、上記決定が域外的効果を生ずるFTTの採択を授権したという点でTFEU327条および国際慣習法に違反するものだというものであり、2つ目は、予備的主張として、決定が強化された協力手続に参加していない他の加盟国に費用を課すようなFTTの採択を授権したという点でTFEU332条に違反するというものである。イギリスはこれらを根拠に、委員会提案の決定が無効であることの確認と委員会による費用負担を求めた。

域外的効果が生ずるのは、EUの構想してきた金融取引税のシステムによる。EU全体での制度導入を前提に2011年9月28日、EU委員会が採択したDTTの共通システムについての委員会ディレクティブおよびディレクティブ2008/7/ECの改正を行うプロポーザル（COM（2011）594 final）（以下、この提案におけるスキームを「2011年案」という）<sup>82)</sup>の1条2項（適用範囲）は、このディレクティブが「取引の少なくとも一方が加盟国内でなされ、加盟国領域内に存在する（established）金融機関が自己または他人のための（計算での）取引の当事者となり、あるいは取引当事者の名前で行動するすべての金融取引に適用される」とし、また3条1項は金融機関の“establishment”について「金融機関は以下の条件の1が満たされる場合に、領域内に存在する“established”設立されたと見なされる」とし、その5項において、「取引当事者が、自己または他人の計算ないし他人の名義において、前4項に基づいて当該加盟国内で設立された他の金融機関あるいは当該加盟国領域内に存在したが金融機関でない者との取引で行動した場合」とした。一方、その後11カ国での導入が目指されることとなった2013年2月13日に委員会で採択されたディレクティブ案（以下、この案によるスキーム「2013年案」

という)では、適用範囲については何らの修正もなく、“establishment”の意義についても前ディレクティブと類似の規定が置かれた(該当する金融商品を定義し、域内で発行された当該金融商品の取引に参加する当事者は域内に存在するとみなされる)。

イギリスは TEEU327条について、2011年案の establishment の定義が、取引相手が域内である場合を含むこと(“counterparty principle”)および2013年案では域内発行の金融商品を取り扱う場合が対象となること(“issuance principle”)に対し、FFT は広範な域外的効力を持ち、委員会決定は TEFU327条違反であると主張した。また、国際慣習法では立法対象の事物と権限を行使する国家との間に他の国家の主権を侵害することを正当化するような十分に近い関係がある場合にしか域外適用を認めないと指摘した。また、費用負担に関する予備的主張については、イギリスは、FTT の分野における強化された協力体制の執行に結び付いた出費は、原則として TFEU332条のもとで、参加加盟国によってのみ負担されるべきであるが、実際は非参加加盟国が費用を負担することになると主張した<sup>33)</sup>。

裁判所は、第1の点について、本件の無効訴訟において裁判所が問題とするのは、協力手続を認めるための実体・手続的要件を定める TEU20条および TEFU326条ないし334条に照らして委員会決定が有効かどうかであって、当該授權された協力の実行のために採用される手法について行われ得る審査と混同してはならないと述べ、イギリスが問題としたのは FTT 課税原則が非参加加盟国の領域内に存在する機関・人ないし取引に及ぼし得る影響であるのに対して無効を主張している決定は、11加盟国に、条約の規定に適切な考慮を払いつつ FTT の共通システムを創立することについて彼らの間に強化された協力体制を樹立することを授權するものであること、イギリスが異議を唱える課税原則は、2011年・2013年提案で言及されただけであって当該決定の構成要素では全くないことを述べた。第2の点については、委員会決定は費用の負担について何らの規定もしておらず、また共助や行政費用が強化された協力手続上生じた費用(参加加盟国のみが負担)に当たるかどうかと関係なく、将来の ETT の効果は、当該税の課税原則が委員会決定が授權した強化された協力体制の実行の一部として確定しない限りは、審査することができないことが明らかであるとし、結局イギリスの主張は退けられた。

この判断は、FTT の内容次第で、実際に課税原則が確定したのち、イギリスが

改めてFTTの最終提案に反対することができることを示している。しかし、国内では、シティの金融取引産業を海外の干渉から守れなかったことへの失望・単一通貨圏でないEUにとどまることへの疑問や、逆にイギリスがFTTを課した場合（半分为非英国住民の負担で）3億ポンドがもたらされることになるのに、政府は国内エリートを保護するために同税導入を阻止するための訴訟に税金を費やしたという批判があったようである<sup>84)</sup>。

#### 4 FTT推進国（とくにフランス）での議論の構造

上記イギリス国内の批判にみられるように<sup>85)</sup>、各国では金融機関から税収を得て低所得者層に配分すべきという野党・NGOの主張が強い。野党やNGOが金融取引税推進を与党に約束させて突き上げる構図は、金融取引税導入推進国のドイツや<sup>86)</sup>フランスでも同じである。

フランスでは、パリ会議以降、Attac France という NGO やこれと協力するメディア(Altermonde など)が同税導入を積極的に働きかけた。一方政局としては、フランスの議会は、2007年議会において与党である右派UMPが安定多数を占めたものの、失業率等に不満が高まった結果、2012年に左翼急進党PRGのオランド大統領が選出された。

所得再分配の声に応える必要のあったサルコジ政権は、自国単独でのFTT導入案を議会に提出し、これは2012年2月29日に議会にて可決・成立した。オランド政権も同制度には賛成であり、就任初年度の2012年8月1日に、株式取引に対するFTT導入を実現した。その内容は、取引の執行の場所がフランスの国内外であることを問わず、フランスの上場株式に対し0.2%の税率を課すというものである。ただ、同制度は税のスキームは英国で現在課税されている印紙税等(Stamp Duty およびSDRT(Stamp Duty Reserve Tax))のスキームに近いとされる<sup>87)</sup>。期待された税収は、2012年度で1億7000千万ユーロ、2013年に5億ユーロであった<sup>88)</sup>。

しかしその効果については、フランス企業の株式の市場取引高が縮小したもののボラティリティは減少していないとされている<sup>89)</sup>。当初ユーロネクスト・パリの取引の半分を占めるデイトレードに適用を拡大する改正(フランス国内取引に限定して高頻度取引に対して税率0.01%の課税を行い、欧州連合(EU)諸国の国債のCDSのうち、ヘッジ目的の要件を満たさないものにも同率の課税を行う予定であった)が予定されていたが、現行フランス課税制度に対する事業機会の喪失・

株価への悪影響といった金融機関からの批判を受けて<sup>40)</sup>、政府はデイトレード課税に反対と報道されるようになった<sup>41)</sup>。

フランスが2014年末の交渉で、課税対象として株式のほかデリバティブにつきCDSのみへの限定的導入を提示したのは、上記のような国内税制改革の速度に合わせた金融取引税制度の実現を望んだためであろう。しかし、ドイツ等に加えてそのような枠組みでは十分な税収を確保できない小国が反対したため<sup>42)</sup>、フランス国内での経験や批判を国際的交渉に反映させることは困難であった。EUレベルで金融取引税を導入する場合、FTTによる歳入はEUの予算に充てることも考えられるが、導入国や導入を支援する労働組合・NGOなどは、それぞれの国において優先順位の高い課題に使われることを望む。したがって税収レベルが異なる国の間で調整は難航することになる。

オランダ大統領は2015年1月7日のラジオ・インタビューで、フランスは自国の銀行のためにFTTに例外を持ち込もうとしていると非難されたが、自分はミッシェル・サパン経済相に、ECによって提案されたものよりさらに低い税率の非常に広範なベースのFTTを目指して骨を折り、交渉再開のためFTTの強化協力体制に加わる国々の財務大臣会合を準備するよう要請したと述べた。これは経済相の立場とは相いれないとされており<sup>43)</sup>、オランダ大統領が今度は国内で困難な折衝を強いられることとなったことが見て取れる。

このように、ヨーロッパでは、国ごとの政権与党の立場や、金融取引税への懸念の有無や程度は異なるものの、国際調整の過程では野党・労働組合等による所得再分配の圧力が強い国家や税収への期待が強い国家の意向が無視できない結果、全体としてみれば金融取引税導入の流れが止まらない情勢となっている。主要国の離脱等による強化協力手続自体の頓挫もまだあり得るものの、最大の影響を被るイギリスは、現段階で早期のアクションをとる必要があると考え、政治ではなく法的な側面から、域外的効果により自国が負担を被ることのないように釘を刺している。このことは、金融取引税非導入国にとっても、同制度が—想定し得る枠組みについてあらかじめその自国に及ぼす効果を検討し、制度が練りあがる前に法的手段をも用いて介入する必要があると判断させるほどに—甚大な影響を与えるものとなり得ることを示唆する。自国を振り返ったとき、イギリス以外の非導入国も、その国内世論の見極めと同時に、将来構想される可能性のある金融取引税の課税スキームにどう対処するかを、あらかじめ考えておく必要がある

のではないかと思われる。

〔注〕

- (1) 第186回国会参議院財政金融委員会会議録 第5部第5号7頁参照。
- (2) 2014.10.15「国際連帯税議連、菅官房長官に27年度税制要請書提出」国際連帯税フォーラムより (<http://isl-forum.jp/archives/875>)。
- (3) 例えば自民・公明・社民の各党とも2012年衆院選では国際連帯税構想支持を述べたが、2014年のマニフェストで支持を述べたのは共産党だけであった。
- (4) Europaforum Accueil “Conseil ECOFIN—Accord sur la clause anti-abus dans la directive ”sociétés mères-filiales” et sur les contributions bancaires au Fonds de résolution unique (FRU), tandis que le projet de coopération renforcée sur une TTF prend du retard“.
- (5) “Germany, France back EU tax on derivatives - French source” Reuters Paris Wed Feb 19, 2014 5: 57pm GMT By Jean-Baptiste Vey, Additional reporting by Julien Ponthus and Elizabeth Pineau in Paris; Writing by Mark John; Editing by Louise Heavens; Oxfam International Media Reactions, “Hollande and Merkel miss opportunity on Robin Hood tax, need to rethink path”.
- (6) Note D’Information: Conseil ”AFFAIRES ÉCONOMIQUES ET FINANCIÈRES” Bruxelles, mardi 6 mai.  
[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/fr/ecofin/142479.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/ecofin/142479.pdf).
- (7) 同税の内容については、是枝俊悟「EU・フランスの金融取引税（FTT）の分析〈現物取引編〉」Daiwa Legal and Tax Report 2012年6月7日に詳細が解説されている。
- (8) James Tobin(1974), “The New Economics: One Decade Older, The Janeway Lectures at Princeton University”pp.83-93. プレトンウッズ体制終焉後の国際通貨取引の制御が問題意識として存在した。
- (9) トービン税の税率を、平時と通貨危機時で2段階の税率を設定し、通貨危機を防止する二段階課税を提唱。Spahn, P. Bernard (1995)“International Financial Flows and Transaction Taxes:Survey and Options”, IMF Working

Papers, 95/60；内田昌廣「通貨取引税：為替相場安定策としての実効性と実現可能性」鹿児島県立短期大学紀要64号69頁。

- (10) 日本でも政府レベルでの報告がなされている。国際連帯税推進協議会が2009年12月13日に経産省に提出した「国際連帯推進協議会（寺島委員会）中間報告書」（<http://www.meti.go.jp/committee/materials2/downloadfiles/g100723b09j.pdf>）や小川英治「国際連帯税としての通貨取引課税」内閣府税調国際課税小委員会報告資料（[http://www.cao.go.jp/zei-cho/history/2009-2012/gijiroku/senkoku/2010/\\_icsFiles/afieldfile/2010/11/22/senkoku2kai4\\_1.pdf](http://www.cao.go.jp/zei-cho/history/2009-2012/gijiroku/senkoku/2010/_icsFiles/afieldfile/2010/11/22/senkoku2kai4_1.pdf)）参照。
- (11) 以下の経緯については、田中徹二「国際連帯税ならびに UNITAID をめぐる動向と課題」千葉大学公共研究 3 巻 4 号117頁参照。
- (12) ミレニアム開発目標については、国際連合広報センターの発表した事務総長メッセージ「将来のための資金調達に向けたグローバルな動き」（[http://www.unic.or.jp/news\\_press/messages\\_speeches/sg/1821/](http://www.unic.or.jp/news_press/messages_speeches/sg/1821/)）参照。
- (13) シラク大統領は同合意後、ジャン＝ピエール・ランドー（会計検査院委員長）を委員長とする諮問委員会設置を指示した。諮問委員会は政府、IMF、経済界、大学、NGO 出身の15人で構成され、2004年8月に提出された「ランドー・レポート」は、環境税（炭素税、航空・海上輸送税）、航空券税、金融取引税、多国籍企業への課税、武器取引税など、国際課税方式による資金メカニズムを主張した。Les nouvelles contributions financières internationales par Jean-Pierre Landau, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/044000440/index.shtml>（英語のものは <http://www.diplomatie.gouv.fr/en/IMG/pdf/LandauENG1.pdf>）。
- (14) <http://www.ambafrance-nl.org/Conclusions-de-la-Conference>
- (15) 同パリ会議によってミレニアム目標で掲げられた世界の貧困問題の解決のために、革新的資金メカニズム（Innovative Financing Mechanisms: IFM）の定義の推進と実施を目的として、開発水準の異なる国家と、国際機関、および市民社会が共同で設立した国際協議プラットフォームである「開発のための連帯税に関するリーディング・グループ（Leading Group on Solidarity Levies to Fund Development）」が設立された。のちに「開発のための革新的資金調達に関するリーディング・グループ」となった（当初38カ国、現在63カ国が参加）。

- (16) 同様の税制の導入はブラジル、チリ、コンゴ、キプロス、コートジボワール、ヨルダン、ルクセンブルグ、マダガスカル、モーリシャス、ニカラグア、ノルウェー、イギリス、韓国などがあり、増加しつつある。日本は2010年にLGに参加し議長国にもなったが、同税の導入には反対している。
- (17) フランス、イギリス、ノルウェー、ブラジル、チリの5カ国を設立国とし、低所得国におけるHIVやマラリア・結核等の衣料品購入を補助する。
- (18) NGOはその所在する国の大統領からの書簡があればメンバーシップに応募することができ、18の国際機関と20のNGOがメンバーとなっている。
- (19) Christian Losson, “La taxe de solidarite sur billets d’avion menacée”, 3 Novembre, 2014, Liberation Economic.
- (20) 2009年のG20財務省会談で、英ブラウン首相は「(好調時は)少数の金融機関が利益を享受し、破綻時の損失は国民が負担するのは許容できない」と述べた。トービン税においては通貨取引を行う金融機関から(取引額に応じて)ある程度公平に税収を集めることができ、その財源を金融危機発生時の金融機関の破綻処理の費用に充てて納税者の理解を得るという構想に基づく発言である。
- (21) アメリカでは、ウォール街占拠運動における主張としてFTTの導入が議論されるようになり (Robert Pollin, “Economic Prospects: A U.S. Financial Transaction Tax: How Wall Street Can Pay for Its Mess” New Labor Forum Spring 2012, Vol.21 Issue 2, p96), 民主党政権は現在、金融危機責任税や銀行の報酬規制等により金融取引による過度な所得集中に対処している。2015年1月には中道とされる民主党員・Van Hollenが、下院議長 Nancy Pelosi の支持のもと、中産階級 (20万ドル以下の所得者層) の減税パッケージの一部にFTTを含めた提案をした (January 12, 2015 An Action Plan to Grow the Paychecks of All, Not Just the Wealth of a Few Rep. Chris Van Hollen; Sean McElwee and Lenore Palladino, “Democrats Finally Found a Smart Way to Stop Wall Street’s Reckless Behavior” New Republic Jan.12, 2015)。また、過去に Keith Elisson 議員がFTTを提案している。the Inclusive Prosperity Act (H.R. 1579)。このほかNGOによる署名運動なども見られ、強くはないものの同税導入の運動が継続して見られる (<http://www.citizenvox.org/2015/02/02/need-real-middle-class-economics-proposals-president/>)。
- (22) “The Independent Commission on Banking: The Vickers Report & the

Parliamentary Commission on banking standards - Commons Library Standard Note”,

- (23) 長く蔵相を務めたブラウン前首相は、国際的な金融機関の破綻に備えて国際的な仕組みを構築することの必要性を説いたなかで、破綻処理ファンドや自己資本規制強化と並んで「国際的な金融取引課税」を挙げたことがある。
- (24) 当初はEUは全27カ国での導入を目指し、2011年9月には27カ国を対象とした欧州委員会指令案が公表された。この間の経緯につき、是枝俊悟「トービン税（金融取引税）とは何か」2009年11月3日大和総研 legal and tax report, <http://www.dir.co.jp/souken/research/report/law-research/tax/09111301tax.pdf> による紹介がある。
- (25) 後述するとおり、EUの条約上は enhanced co-operation”（強化された協力）というプロセスが定められており、同枠組みはEU27カ国の過半数が認めれば最低9カ国で共通の制度を法制化することを可能としている。Phillip Inman and agencies “EU approves financial transaction tax for 11 eurozone countries; UK abstained in vote but Germany and France among nations to impose FTT levy despite warnings by banks over losing trade “The Guardian, Tuesday 22 January 2013 18.07 GMT.
- (26) Council Decision 2013/52/EU of 22 January 2013.
- (27) 2013年2月14日に、強化された協力手続による11カ国による金融取引の導入に向けた制度の詳細（指令案）を公表。COM (2013) 71 final 2013/0045 (CNS), Proposal for a Council Directive implementing enhanced cooperation in the area of financial transaction tax.
- (28) 日本語による概要の紹介として、三谷明彦「欧州による金融取引税の導入」みずほ総合研究所・みずほインサイト／欧州（2013年2月22日）などがみられる。
- (29) Jones, Huw (10 September 2013). ”EU lawyers say transaction tax plan is illegal”. Reuters. Retrieved 10 September.
- (30) 欧州委員会は、EU法務当局の見解を否定。金融取引税が（導入を計画している）11カ国以外の諸国に対して「許容できない」影響を及ぼすとは考えにくいとの見方を示し「国際慣習法やEU法に適合している」と結論付けた（<http://jp.reuters.com/article/businessNews/idJPTYE9B400N20131205>）。

- (31) JUDGMENT OF THE COURT (Second Chamber) 30 April 2014  
In Case C-209/13, UK opposition to financial transaction tax rejected.
- (32) 同ディレクティブ案（2011年案）についての邦語解説として、小立敬、磯部昌吾「金融取引税の導入を図る欧州」野村資本市場クオータリー2011年秋号1頁以下。
- (33) イギリスは2010年3月16日の、租税・関税他の手段に関する請求の回復のための相互扶助に関する Directive2010・24・EU および課税分野での行政協力と Directive77/799/EEC の撤廃に関する2011・16・EU の2つの理事会ディレクティブを執行する費用について、これらディレクティブが、これらをFTTに適用した場合生ずる相互扶助及び行政協力の費用の回復を非参加加盟国が求めることを授權していないことを問題視し、FTT 関連の扶助・協力に関する出費はTFEU332条の意義における「強化された協力体制の執行から生ずる出費」概念にカバーされるべきだと主張した。
- (34) 国際連帯税フォーラム「ロビンフッド税及び金融取引税に関する最新情報—2014年10月」。
- (35) 国際連帯税フォーラム「ロビン・フッド税，ヨーロッパで急速に進む」2014年5月19日。
- (36) 2012年6月11日のロイター通信によると、ドイツのメルケル首相は同日、政府が金融取引税を欧州連合（EU）新財政協定の議会承認を得る手段としてのみ利用しているとの中道左派野党の懸念払拭のため、導入推進の積極的意向を表明した。その前週、ドイツ政府と主要野党は欧州の金融取引税の枠組みで基本合意したが、週末のメディア報道でメルケル首相は同税導入に真剣ではないと伝えられたことから野党が反発し、新財政協定をめぐる与野党の議論が暗礁に乗り上げかねない事態となっていたと伝えられる。「メルケル独首相、金融取引税導入推進を表明」2012年6月12日付ロイター通信ウェブサイト（<http://jp.reuters.com/article/businessNews/idJPTYE85B02I20120612>）。
- (37) 是枝・前掲注7・4頁以下参照。
- (38) Christophe Aldebert, Corinne Reinbold, Marc-Etienne Sébire, Jérôme Soutour (21 June 2012). "The French financial transaction tax". CMS Bureau Francis Lefebvre. Retrieved 2012-09-19 ; "France launches financial transaction tax". EUobserver.com. 2 August 2012. Retrieved 2012-09-19.

- (39) Gunther Capelle-Blanchard, Olena Havrylchyk 「フランスの有価証券取引税が市場流動性および価格変動の大きさに及ぼす影響」 経済産業研究所ディスカッションペーパー DP14-E-007 参照。
- (40) La taxe Tobin européenne risque de faire pschitt LE MONDE ECONOMIE | 06.11.2014 à 12h12 • Mis à jour le 06.11.2014 à 12h23 | Par Frédéric Lemaître (Berlin, correspondant), Cécile Ducourtieux (Bruxelles, bureau européen) et Audrey Tonnelier.
- (41) Jean-Baptiste Vey ; Alexandria Sage ; Mark John (16 October 2013). ” French government against intra-day financial trading tax”. Reuters. Retrieved 23 October 2013.
- (42) 前掲注38参照。
- (43) “Taxe sur les transactions financières : la France moins timide ?” Dominique Albertini, Liberation Economique, 5 Jan 2015 À 12 : 00.



## 〔総 会 記 録〕

平成26年10月13日（月）

### 1 前回総会以降の学会運営に関する件

岩原理事長より、金融法研究30号、金融判例研究24号が順調に刊行されたこと並びに学会運営は支障なく行われたことが報告された。

### 2 学会経理に関する件

#### (1) 平成25年度会計について

池田常務理事より、「平成25年度会計報告」に基づき、平成25年度会計について報告がなされた。

岩原理事長より、柏木監事と小杉監事から監査証明書を受領していることが報告された。

岩原理事長が平成25年度会計の承認を求めたところ、異議なく承認された。

#### (2) 平成26年度予算について

池田常務理事より、「平成26年度予算案」に基づき、平成25年度予算について報告がなされた。

岩原理事長が平成26年度予算の承認を求めたところ、異議なく承認された。

### 3 平成27年度（第32回）大会に関する件

#### (1) 開催日程・会場について

岩原理事長より、私法学会は来年10月10日（土）、11日（日）に立命館大学法学部にて開催されることを受けて、理事会において、金融法学会を10月12日（月）に京都大学で開催することが決定されたことが報告された。

岩原理事長より、会場の選定について京都大学の潮見教授にご尽力をいただいたことが報告され、謝辞が示された。

#### (2) シンポジウム等について

岩原理事長より、27年度大会のシンポジウム等のテーマについて、理事会と常務理事会で現在検討中であること、本日の理事会で候補として挙げられた案（資金決済法、消費者契約法、投資信託、相続と金融取引等）が披露された。

### 4 理事改選に関する件

岩原理事長から、本日の総会の終了を持って理事と監事の任期3年が満了することから本日の理事会で新理事と新監事の候補者が決定されたこと、候補者は退

任の申し出がされた4名（岩原理事，森理事，福永理事，吉原理事）を除く現理事（神田理事，池田理事，神作理事，山田理事，伊藤進理事，伊藤眞理事，大西理事，沖野理事，片山理事，鎌田理事，河上理事，川口理事，木南理事，潮見理事，瀬川理事，関理事，曾野理事，松本理事，安永理事）と現監事（柏木監事，小杉監事）であること，新理事が総会で選任されることを条件として開催された新理事による理事会によって新執行部案（神田理事長，池田副理事長，神作常務理事，山田常務理事）が承認されたことが報告された。

岩原理事長より，新理事案への承認が求められ，承認された。

## 5 その他

岩原理事より，退任の挨拶がされた。

神田新理事長から，学会規約14条の2に基づき，退任する岩原理事長を顧問に委嘱することが提案され，承認された。

以上

## 学 会 記 事

### 1 平成26年度大会

平成26（2014）年10月13日（月）午前10時より、一橋講堂にて、金融法学会第31回大会が開催された。

#### ○シンポジウム I（10時～11時30分）

「金融指標に関する法律問題」

司会：岩原紳作

報告：森下哲朗，和仁亮裕，井上聡

#### ○会員総会（13時15分～13時30分）

岩原理事長より、学会運営についての報告があり、池田常務理事より、平成25年度会計について報告がされ、岩原理事長より、会計報告については柏木監事、小杉監事より、適正である旨の監査報告がされている旨が報告され、決算が承認された。

平成26年度予算について、池田常務理事より、会員数の低減傾向を受けつても前年度実績を勘案した予算編成である旨の報告がされ、承認された。

岩原理事長より、役員改選について、現理事のうち退任の申出がされた4名（岩原紳作理事、福永有利理事、森淳二郎理事、吉原省三理事）を除く現理事および現監事の再任が提案され、承認された。また、総会に先立ち行われた理事会に続き、総会による役員選任を停止条件とする新役員による理事会が開催され、新執行部案（神田秀樹理事長、池田真朗副理事長、山田誠一常務理事、神作裕之常務理事）が決定されたことが報告され、承認された。

岩原理事長より退任の挨拶がされた。

なお、岩原理事長に顧問になっていただく旨が提案がされ、承認された。

#### ○シンポジウム II（13時30分～17時30分）

「債務引受と契約譲渡の実務と理論—民法改正要綱仮案の金融法的検証—」

司会：池田真朗，山田誠一

報告：潮見佳男，池田真朗，平田重敏，角紀代恵，野澤正充

### 2 平成27年度大会

日本私法学会の大会が10月10日（土）、11日（日）に立命館大学法学部で開催されるため、金融法学会の平成27年度大会（第32回大会）は10月12日（月・祝）に京都大学で開催予定であることが報告された。

平成25年度会計報告  
(平成25. 4. 1～平成26. 3.31)

平成26(2014)年10月13日  
金 融 法 学 会

収支計算書

(単位；円)

収 入 の 部	会 費	3,135,000	通常会員 5000×469名	2,345,000
	利 子	2,994	賛助会員	790,000
	雑 収 入	195,500	第30回大会聴講料	92,000
			2000×46名	
			金融法研究販売	10,500
			金融法研究掲載広告料	30,000
			出版者著作権協議会著作権分配料	63,000
	(小計)	3,333,494		
	基本財産取崩し	0		
	前年度繰越し	8,033,755		
	計	11,367,249		

支 出 の 部	1 大会費	283,395	研究費（金融法研究29号「海外金融法の 動向」原稿料）	200,000
			30回大会速記料	81,900
			30回大会会場費	1,495
			報告準備費	0
	2 地区部会費	0		
	3 学会運営費	56,640	理事会・常務理事会等	56,640
	4 事務費	494,812	業務委託費	100,000
			印刷費	79,695
			通信費	293,282
			雑費	21,835
5 雑誌費	1,432,000	←(金融法研究29号, 金融判例研究23号)		
6 郵便振込手数料	43,440			
7 基本財産組入れ	0			
	(小計)	2,310,287		
	次年度繰越し	9,056,962		
	計	11,367,249		

財産目録

運用財産	銀行預金	4,621,793
	郵便貯金	4,679,310
	現金	0
	計	9,301,103
基本財産	銀行預金	10,000,000

## 金融法学会規約

### 第1章 総 則

第1条 本会は金融法学会（Japan Association of the Law of Finance）と称する。

第2条 本会の事務局は、東京都におく。

### 第2章 目的および事業

第3条 本会は、金融法に関する研究を行い、この分野の研究ならびにその促進に寄与することを目的とする。

第4条 本会は、前条の目的を達するため、次の事業を行う。

1. 研究発表会の開催
2. 機関誌の発行
3. その他理事会において適当と認められた事業

### 第3章 会 員

第5条 本会の会員は、次のいずれかに該当する者で、理事会の承認を得た者とする。

1. 通常会員は、金融法の研究に寄与できる者で会員2名以上の推薦した者
2. 賛助会員は、本会の事業に賛助

する団体または個人

第6条 会員は、理事会の定めるところにより、会費を納めなければならない。

第7条 会員は、本会の機関誌の配布を受ける。

第8条 会員は、次の場合には、退会したものとする。

1. 本人が退会を届出したとき
2. 会費の滞納により、理事会において退会を相当と認めたとき
3. 本会の品位を汚すなどの事由により、理事会において退会をやむをえないと認めたとき

### 第4章 機 関

第9条 本会に、次の役員をおく。

1. 理事 若干名 内1名を理事長とする。
2. 監事 若干名

第10条 理事および監事は、総会において選任する。

理事長は、理事会において互選する。

第11条 理事および監事の任期は、3年とする。ただし、再任を妨げない。他の役員の任期の途中で就任した理事および監事の任期は他の役員

と同時に終了する。

**第12条** 理事長は、本会を代表する。

理事長に故障がある場合には、理事長の指名した常任理事が、その職務を代行する。

**第13条** 理事は、理事会を構成し、会務を執行する。

理事会の議を経て、理事長は、常務理事若干名を選任し、これに常務の執行を委任することができる。

**第14条** 監事は、会計および会務執行の状況を監査する。

**第14条の2** 本会に顧問をおくことができる。

顧問は、本会に特別の貢献のあった会員に対して、総会の議を経て、理事長が委嘱する。

顧問は、理事会の諮問に応じて意見を述べる。

**第15条** 理事長は、毎年1回、会員の通常総会を招集しなければならない。

理事長は、必要があると認めるときは、何時でも、臨時総会を招集することができる。

通常会員の5分の1以上の者が会議の目的たる事項を示して請求したときは、理事長は臨時総会を招集しなければならない。

**第16条** 総会の議事は、出席通常会員の過半数をもって決する。

## 第5章 規約の変更および解散

**第17条** 本規約の変更には、総会の議決を要する。

**第18条** 本会の解散は、理事会または通常会員の5分の1以上の提案にもとづき、総会において出席通常会員の3分の2以上の賛成を得なければ、これを行うことができない。

### 付 則

1. 本規約は、昭和59年10月8日から施行する。
2. 本会設立準備委員会の委員は、本会の設立とともに、本会の通常会員となる。  
第1回総会前に、設立準備委員会によって推薦された者は、第5条の規定にかかわらず、本会の会員となることができる。
3. 第1回総会前に、本会設立準備委員会によって、理事または監事の職務を行うことを委嘱された者は、第10条の規定にかかわらず、第1回総会の日に理事・監事に就任する。
4. 本会設立準備中の費用については、本会がこれを負担する。
5. 第14条の2は、平成3年10月14日から施行する。

## 法人賛助会員（順不同）

一般社団法人全国銀行協会

一般社団法人全国地方銀行協会

一般社団法人信託協会

一般社団法人生命保険協会

日本銀行

一般社団法人全国信用保証協会連合会

一般社団法人全国サービサー協会