金融法研究　第34号

目　次

〈シンポジウムⅠ〉

濫用的会社分割・事業譲渡の実務と法理 …… 3

〈司会〉 神作　裕之
〈報告〉 浅田　　隆
片山　直也
小出　　篤
岡　　正晶

報告１　濫用的会社分割等に関する最近の動向と金融機関の対応
……浅田　　隆…… 5

報告２　濫用的会社分割・事業譲渡と詐害行為取消権 ……片山　直也…… 16

報告３　濫用的会社分割・事業譲渡における会社法上の債権者保護
……小出　　篤…… 26

報告４　濫用的会社分割・事業譲渡と否認権
―会社分割・事業譲渡の進化と否認権の要件・効果論の深化―
……岡　　正晶…… 35

質疑応答 …… 48

〈シンポジウムⅡ〉

預金をめぐる法的諸課題 …… 63

〈司会〉 森下　哲朗
〈報告〉 潮見　佳男
道垣内弘人
阿多　博文
中原　利明

報告１　預金の共同相続 ……潮見　佳男…… 65

報告２　金融取引における普通預金債権の担保化 ……道垣内弘人…… 75

報告３　預金と民事執行をめぐる諸問題 ……阿多　博文…… 81

報告 4　預金規定の現代的課題 ……中原　利明…… 93
質疑応答 ……101

海外金融法の動向

アメリカ ……加藤　貴仁……117
イングランド ……加毛　　明……127
ドイツ ……水津　太郎……148
フランス ……松井　智予……166

総会記録 ……176
学会記事 ……178
金融法学会規約 ……180
法人賛助会員 ……182

《シンポジウムⅠ》

濫用的会社分割・事業譲渡の実務と法理

報　告　1　（浅田　　隆）　5
報　告　2　（片山　直也）　16
報　告　3　（小出　　篤）　26
報　告　4　（岡　　正晶）　35
質疑応答　48

司会　神作裕之（東京大学教授）
報告　浅田　隆（三井住友フィナンシャルグループ）
片山直也（慶應義塾大学教授）
小出　篤（学習院大学教授）
岡　正晶（弁護士）

発言者　（発言順）
黒木和彰（弁護士）／**高見進**（北海道大学名誉教授）／**高須順一**／（法政大学教授・弁護士）／**遠藤元一**（弁護士）／**松中学**（名古屋大学准教授）／**高秀成**（金沢大学准教授）

はじめに

神作司会　ただいまから，シンポジウムⅠ「濫用的会社分割・事業譲渡の実務と法理」を始めます。

司会は，私，神作が担当させていただきます。どうぞよろしくお願い申し上げます。本シンポジウムは，前半を4件の報告，後半を質疑応答にあて，前半と後半の間に，休憩を設けます。後半の質疑応答は，休憩中に提出していただいた質問票に基づいて進めさせていただきます。ご発言を希望される方は，質問票をご提出いただきますようお願いいたします。

では，早速，ご報告を始めたいと存じます。はじめに，三井住友フィナンシャルグループ／三井住友銀行の浅田隆さんから,「濫用的会社分割等に関する最近の動向と金融機関の対応」というテーマでご報告いただきます。浅田さん，よろしくお願いいたします。

報 告 1

濫用的会社分割等に関する最近の動向と金融機関の対応

三井住友フィナンシャルグループ／三井住友銀行　浅　田　　隆

三井住友フィナンシャルグループ・三井住友銀行の浅田です。このような場でご報告させていただく機会を頂戴しまして，ありがとうございます。

私のテーマは「濫用的会社分割等に関する最近の動向と金融機関の対応」です。トップバッターである私の役割は，金融実務の観点から，濫用的会社分割等に関し，その概要と近時動向，基本的視座や課題，対応案等を紹介し，もって，続いてご報告される3先生方の，いわば前座を務めたいと思います。

1　はじめに

⑴　濫用的会社分割の出現

さて，会社分割は，経営効率化等を目的とする事業再編の有力な手法として，導入されました。経営不振企業にとっては，優良事業を別の法人格に切り出すことで，事業承継企業が，従前対比，高い信用力を得て，資金調達や営業取引の条件改善を獲得することが可能となり，もって，収益性向上を図ることができます。そして，この果実のパイは，各株主・債権者にも適切に還元されることになるべきものです。ところが，会社分割事例には，分割会社に残される債権者，すなわち「残存債権者」にとって，この分配内容が衡平性に欠くばかりか，残存債権者の犠牲によって，他の者の利益が供せられることがあります。これが濫用的会社分割です。

なぜ，濫用的会社分割が生じるのかは，一義的には，その実行を法制度設計が許容しているからといえます。債権者保護手続の対象とはなっていません。そして，平成17年会社法では，「債務の見込みに関する事項」を事前開示すればよいこととしました。すると，典型的には，経営が困難となった企業が，優良事業・資産を新設会社等に切り出す一方で，金融債務等は分割会社に残すことを企図した会社分割を実施すること等によって，分割会社を「もぬけの殻」とすることが多発することになりました。

⑵　近時の司法および立法の動き

これは，残像債権者にとって不当であり，種々の訴訟が発生しました。その結

果，詐害行為取消し，否認権の行使などにより，救済が図られた事例が積み重ねられてきました。そして，平成24年に，詐害行為取消権行使により新設分割を取り消した最高裁判決が出ました（最二小判平24.10.12民集66巻10号2211頁。以下「平24年最判」といいます）。

また，立法としては，平成26年会社法改正において，残存債権者を害することを知って新設分割等を行った場合は，承継財産の価格を限度として，承継会社に対し，「直接履行請求権」を行使することができる規定が追加されました。

⑶　それ以降の濫用的会社分割等

これら司法や立法の結果，実際問題として，濫用的会社分割が解決されたのでしょうか。濫用的会社分割事例については，網羅的・客観的な統計データはないようです。そこで，私は，当行の審査や債権管理部署をはじめ，他の都市銀行・地域金融機関，倒産・事業再生を専門とする相応数の弁護士や事業者にヒアリング・取材を行いました。その結果を総合すると，濫用的会社分割事案は，平成26年会社法改正あたりを境に減少し，現時点では，ゼロではないが，かなり少なくなっているようです。

その減少原因については，ヒアリングによれば，例えば，①会社法改正や裁判例の蓄積，②悪徳コンサルタントへの刑事・民事上の制裁事例があり，司法当局の取締姿勢も厳しいこと，③準則型私的整理制度が普及していること，④中小企業金融円滑化法など，借手保護施策や金融環境が改善していること，④企業構造の変化し，バブル時代等の失敗事業の切り離しは収束してきたのではないか，といった見解がありました。いずれも，因果関係を実証することは困難ですが，説得力がある見解と思います。

一方，平24年最判以降の裁判例は，**【図表１】**の６件が挙げられます。なお，３番目に○とあるのは，金融法務事情の論考（「濫用的会社分割等に関する最近の動向と金融機関の対応」金法2071号８頁）に記載していなかった事案です。恐縮ですがこの場で追加させてください。このうち，裁判例①③④は，詐害行為取消権を肯定しました。ただ，詐害事実の認定については「共同担保財産を毀損した」など，簡単に述べるにとどまります。一方，その他の裁判例は請求を否定したものですが，本報告の文脈からいうとやや特殊な論点に焦点が当たったようです。もっとも，後述する本報告の関係からは，裁判例④で，詐害行為の認定にあたって，複数の行為を「一連のものとして」捉えている点，また，本日追加した裁判

【図表１】

《参考》　これまでの法制度・裁判事例　～ここ20年弱の事象～

⑴　立法

- H12商法改正→会社分割制度導入
- H16商法改正→個別催告の省略認める→官報等
- H17会社法→債務履行の「見込アルコト」から「関する事項」事前開示事
- H26会社法改正（H27．5施行）→「直接履行請求権」の導入
- H29民法（債権法）改正→詐害行為取消権の見直し

⑵　司法など

- H21.10．1中小企業承継事業再生計画第１号（上島珈琲貿易㈱）
  民事再生手続との組み合わせ。産活法に基づき、既存会社吸収分割を実行（第二会社方式）
- H22．5．27東地判（判時2083・148）
  →H22.10.27東高判（金判1355・42）：詐害行為取消権を肯定
- H22．6．10最三判　会社法22条の名板貸責任の類推解釈を肯定
- H24.10.12最二判（民集66・10・3311）詐害行為取消権を肯定

［以下の付番は、金法2071号大会資料・10頁以下記載］

①　H25．1．18東京地判（LIL/DB L06830192）：新設分割会社につき詐害行為取消を肯定。

②　H25.12．5東京高判：事業譲渡（金判1433•16）破産法161条１項非該当

○　H27．3．26京都地判：（判時2270•118）新設分割時点で詐害性があっても、その後分割会社の管財人が否認権行使する等し、責任財産を回復したことにより詐害行為取消権を否定

※　「…行為の前後で責財産の減少が認められない場合には、仮に債権者間に結果として不平等が生じたとしても、それをもって詐害性を認めることはできないというべき…」

③　H27．4．7東京地判(LLI/DB 07030456)：代表者の詐害意思を認め詐害行為取消を肯定

④　H28．1．22東京地裁（Westlaw 2016WL_JPCA01226019）：詐害行為取消を肯定

※　「…このように、本件分割と本件代物弁済とを一連のものとしてみれば、これが詐害行為に当たることは否定できない」

⑤　H28．5．26東京地裁（金判1495•41）：分割型新設分割の事例。否認権行使を否定

例では，傍論ながら偏頗弁済構成に消極的な見解を示した点が注目されます。

⑷　改めて濫用的会社分割等を議論する意義

では，改めて本テーマを議論する意義はあるでしょうか。

現時点でも，少ないながら実例が存在しているようですし，減少要因に経済事由があるであれば，その前提が変われば，また増加に転じる可能性は否定できないでありましょう。前述の最近の裁判例に新たな指針を見出すことはできませんし，今後，直接履行請求権を行使した事案や改正債権法の影響も検討に加える必要がありましょう。したがって，濫用的会社分割等の検討必要性は依然として認められると思います。

2　濫用的会社分割の本質

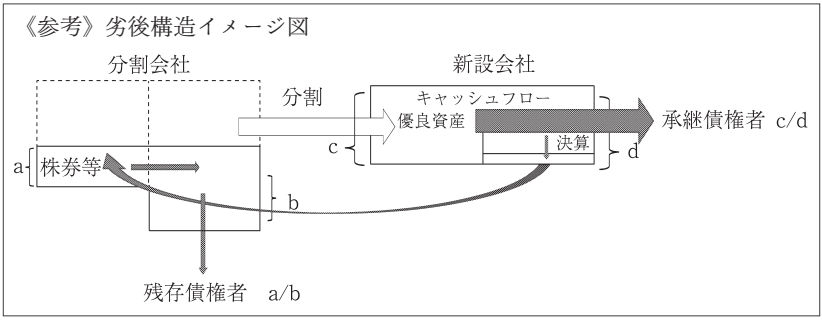
⑴　濫用的会社分割の基本構造

そもそも，なぜ，会社分割が濫用されると残存債権者にとって問題なのでしょうか。私は，以下の三つの基本構造にあると思います。

一つ目は，劣後化構造および詐害行為との複合です。

【図表２】をご参照ください。会社分割は，本来平等弁済がなされるべき債権につき，その帰属先を二つの法人格に分けた結果，残存債権者は承継債権者に比し，構造的に劣後化されることになります。承継対象の優良資産からのキャッシュフローは，まずは承継債権者に弁済され，その余剰が株式を通じて残余債権者に弁済されることになります。そして，**【図表２】**からもわかるように，残存債権者にとっての引当資産は減少し，期待回収率（ａ／ｂ）は，承継債権者（ｃ／ｄ）

【図表２】



に比し，大幅に減少する結果となります。

これに加え，事案によっては，承継会社株式が廉価で売却されたり，第三者増資により希釈化されたりするケースや，高額のアドバイザー報酬として資金流出するケースがあり，この場合，共同担保資産が減少します。

二つ目は，「債務者裁量型かつ強制的な債務整理手続」といえることです。

濫用的会社分割では，その偏頗性ゆえに，残存債権者は債務カットを余儀なくされることになります。残存債権者と承継債権者の振り分けは，分割会社が，分割計画を策定する過程で裁量的に決定するのであって，債権者側に拒否権や債権者集会等で何らかの意思形成を行う議決権もありません。全員合意が必要な私的整理と異なり，債権者との交渉によってその修正や撤回がなされることが期待できません。さらに，手続の衡平性や透明性を担保する準則や後見的機関も存在しません。

三つ目は，権利義務関係が複数の法人格に分属させられることです。

会社分割によって，権利義務関係は，複数の法人に原則分属させられ，従来の権利義務関係が複雑になります。

債権者にとっては，契約地位と資産・事業が分属する結果，特定の事業に関するコベナンツがあったとしても，事業が承継会社に移転することによれば，当該コベナンツは事実上無効化するなど，コベナンツによる債権者ガバナンスが弱体化することが生じます。

⑵　法的考察：詐害行為・偏頗行為の該当性

ａ　ハイブリッド性

このような構造を持つ会社分割に対し，法律上どのような救済が可能か，主なものにつき検討します。

まず，現行民法上の詐害行為取消権については，判例・通説上，詐害行為と詐害意思を総合的・相関的に考慮して詐害性を判断すべきとされています。次に，破産法上の否認類型に該当するかをめぐって多くの議論がなされています。その代表的なものとして，①160条説（財産減少行為説），②161条説（相当対価行為説），③162条説（偏頗行為説）を挙げることができますが，各説に対して，理論的・実務的課題が指摘されているところです。

破産法は，詐害行為と偏頗行為を区分した有害性二元論のもとで立案され，条文上も，160条（およびその特則たる161条）と，162条の同時適用は想定されてい

ません。

この点，私は，ある行為が法制の一つのカテゴリーに収斂されるとは限らないし，直接に対応する条文がないとしても，類似する規範に照らして類推解釈や新たな法的規範を定立する可能性があると考えるべきと考えます。会社分割のように，複数の法人格を介し，債権債務の異動が「一連の行為」としてなされる場合は尚更です。そして，濫用的会社分割は，次に述べるように，種々の要素がハイブリッド的に共存していると考えます。

b　否認権上の分類

(a)　分類の困難性

すなわち，まずは，160条を適用するアプローチです。残存債権の清算価値が保障されないような場合などは，分割会社の債権者にとっての共同担保資産を毀損している面に注目し，同条の「破産債権者を害する行為」と考え，また，会社分割行為には形式的には「担保の提供」「債務の消滅」が存在しないとして，160条適用のみで濫用的会社分割を捉えることが可能と考えられます。

一方で，162条のアプローチも十分可能と考えます。私は，濫用的会社分割は，法人格を超えた一連の行為に照らし，実質的には，分割会社が既発生の承継債務につき，承継会社というハコを通じて，いわば信託的に，承継会社に対し162条でいう「担保提供」と同視できる行為がなされたとみることができると考えます。この場合，「債務の履行の見込み」の事前開示において，分割会社が客観的に払えないとの趣旨が開示されることにより，支払停止があったと評価できます。すると，支払不能の推定効により，また，銀行取引約定書における当然失期事由により，162条の支払不能要件は，通常，満たされることになろうと考えます。

以上のように整理すると，適用要件においては，160条説と162説の双方の適用が可能であって，また両者の実質的差異はあまりないものと考えます。また，効果の面でも，162条説でも，私見のとおり「担保の提供」と捉える場合は，移転資産の現物返還または価額賠償と考えられるので，両説に差異はあまりないといえます。

差異があるとすれば，160条説では，「共同担保が清算価値も保障されないようになること」の立証責任が詐害性を主張する破産管財人側にあると考えられるので，破産管財人ひいては残存債権者側にとって，「悪い会社分割」であることをどのように立証すべきかであるか，そのメルクマールが実務上課題となります。こ

れに対し，162条説では，偏頗性は容易に立証できるので，否認を否定するため，否認の一般的要件たる有害性および不当性の欠缺を受益者によって立証する必要があるので，会社分割を企図する企業側にとって，「良い会社分割」とされるメルクマールが重要となると思われます。

なお，会社分割手続の一連において，株券が隠匿されるなどの行為があれば，161条の適用もありえます。

c　改正民法上の詐害行為取消権

改正民法上の詐害行為取消権については，後ほど片山先生が詳細にご報告されますが，私から簡単に申し上げますと，破産法上の否認制度と平仄を合わせて対象行為を類型化してその要件を明確化することから，先ほど述べた破産法の議論が，会社分割においても原則妥当すると考えられます。

【図表３】

《参考》

○破産法

・160条

次に掲げる行為（**担保の供与又は債務の消滅に関する行為を除く。**）は、破産手続開始後、破産財団のために否認することができる。

一　破産者が破産債権者を害することを知って…

・162条

次に掲げる行為（**既存の債務についてされた担保の供与又は債務の消滅に関する行為に限る。**）は、破産手続開始後、破産財団のために否認することができる。

○改正民法

・424条

①　債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした行為…

・424条の３

①　債務者がした**既存の債務についての担保の供与又は債務の消滅に関する行為**…

もっとも，**【図表３】**のとおり，改正民法は，破産法と異なり，一般準則として民法424条を規定した上で，その特則として同法424条の３等を規定しています。したがって，ハイブリッド性を有する会社分割においては，まずは一般準則たる同法424条の適用を受けることになります。その一部の行為が特則たる同法424条の３の適用を受けるとしても，前述のとおり支払不能要件は問題とならず，また承継会社が受益者と考えると通謀要件も障害とならないので，実質上，この特則により制約されることはないものと考えます。

⑷　会社法上の直接履行請求権

会社法上の直接履行請求権については，後ほど小出先生が詳細にご報告されますが，私から簡単に申し上げますと，承継する新設会社等が残存債権者を「害する」ことを知って分割した場合に，行使できるとされます。この「害する」とは，民法上の詐害行為取消権の要件が参照されるところ，民法が前述のとおり改正されることから，その影響の有無が問題となります。また，**【図表４】**のように，本条文の文言が「残存債権者を害する」といった記載振りであることから，むしろ，会社法は偏頗弁済を意識したものとも読むこともできるかもしれません。この点，直接履行請求権は，もともと破産法160条ないし162条のいずれの行為も対象となると考えられており，民法改正審議過程においては，修正・明確化の特段の議論が見当たりません。したがって，どの類型を排除したものではなく，また，改正民法の影響を受けることはあるとしても，前述のとおり，大きな変容はないものと考えます。

【図表４】

《参考》

○H26改正会社法

・764条④

…新設分割会社が新設分割設立会社に承継されない債務の債権者（以下この条において**「残存債権者」**という。）を**害する**ことを知って新設分割をした場合には、…

3　濫用的会社分割に対する銀行実務

⑴　事後的な対応

以上を踏まえて，濫用的会社分割に接した場合の銀行実務について述べます。

ａ　交　渉

初期動作としては，弁済計画の聴取を含め事実関係を把握し，回収可能性が後退するのであれば，担保や保証の徴求などの保全強化に向け交渉するのが原則です。しかし，相手方には交渉に応じる法的義務がないので，あまり期待できません。

ｂ　直接履行請求権の行使

そうすると，直接履行請求権を行使するのが主要な実務となると思います。直接履行請求権は，詐害行為取消権行使における価額賠償と同様の回収が期待できる上に，訴訟提起の必要がなく簡便であるからです。そして，本請求権を自働債権として，残存債権の期限到来の有無にかかわらず即座に，また受働債権たる預金が，承継された預金かどうかは問わず，相殺することができると考えます。なお，直接履行請求権の履行期については，小出先生のご論考（「濫用的会社分割・事業譲渡における会社法上の債権者保護」金法2071号31頁）でのお考えと異なりますが，いずれにせよ実務上は，貸出債権は失期しているはずですから，相殺に際してあまり問題にはならないと思います。

分割会社に破産手続等が開始された場合は，直接履行請求権は行使できず，継続訴訟手続は中断し，また破産管財人等が受継することはないとされる点には，留意する必要があります。しかし，私の実務感覚としては，「悪い会社分割」であればあるほど，先方は管財人からの追及を恐れ，法的手続を取る蓋然性は高くなく，また，実際上，直接履行請求権の存在だけでも「悪い会社分割」への抑止効果があると思います。

ｃ　詐害行為取消権の行使

詐害行為取消しについては，救済を価額賠償で求める限り，直接履行請求権行使で足りることになります。ただし，分割会社に法的倒産の可能性がある場合，または，承継会社に金銭支払能力が乏しく，強制執行よりも特定資産の返還を求めるほうが得策な場合では，詐害行為取消訴訟も，予備的に提起することが考えられます。

ｄ　法的倒産手続の債権者申立て，その他

また，破産管財人による強固な否認権により，詐害行為や偏頗行為の是正を期

待する場合は，債権者申立てを行うことも有効と思われます。その他，要件が揃えば，商号続用責任追及や，法人格否認の法理による救済が考えられます。

⑵　事前予防策

また，時間がなく説明を割愛いたしますが，事前に予防する効果的な対応策は考えにくいものです。

4　「良い会社分割」「悪い会社分割」の区分

⑴　メルクマール

以上をまとめますと，債務の履行の見込みを欠く会社分割においては，「債務者裁量」により承継資産・債務の選択や承継会社株式の処分等を決めるために，残存債務者の権利は劣後化•詐害の対象となり，「強制的な債務整理」に付されることになります。制度上，準則や後見的機関が存しないので，個別の法的救済手段により是正するほかありません。もっとも，主要な救済手段としては，詐害行為取消権，否認，直接履行請求権が考えられるものの，その行使要件が一義的に定まらないという課題があります。このため，残存債権者が法的救済を求める「悪い会社分割」の範疇が不明瞭となり，「良い会社分割」の実行が萎縮するおそれがあります。よって，メルクマールの明確化が望まれます。

⑵　内　容

このメルクマールはどのように設定されるべきものでしょうか。濫用的会社分割に関する前述の基本認識をもとに整理してみたいと思います。

まず，前述の「強制的な債務整理」の性格は，倒産手続と実質同様に，債権者の権利を強制的に縮減しうるものなので，倒産処理の指導理念に準拠し，「公平•平等•衡平」「手続保障」の理念を尊重すべきと考えます。その具体的帰結として，

①　そもそもの前提条件として，当該会社分割により，企業価値向上を通じたパイの分配可能性が生じるという意義が必要です。

②　「公平・平等」の観点からは，同一クラスの債権は，公平・平等に取り扱われるべきです。

③　「衡平」の観点からは，「会社分割が　なかりせば」清算型倒産に至る場合は，残存債権者にとって清算価値が保障されるだけで十分かもしれませんが，本来，承継事業継続による収益価値は株式を通じて残存債権者に分配されるべきであることから，原則として，企業継続価値が反映されているべきです。

次に，承継債権を選択する際の「一方的な裁量」についても，衡平になさ

れるべきです。実際上，商取引債権が承継債権に選択されることが多いですが，これは，倒産法上保護される少額債権等は別として，当該債権を保護することが継続企業価値の向上に寄与し，分配可能なパイが拡大することが前提となると思います。

④　手続保障の観点からは，正確な情報が会社分割手続前に，少なくとも不利に扱われる劣後債権者に情報開示がなされている必要があると思われます。

⑶　メルクマールの適否判定方法

もっとも，実際上，このメルクマールを充足しているか判断することは容易ではありません。倒産手続や準則型私的整理と異なり，後見的・中立的組織がなく，情報の非対称性があり，事後的救済ではなく事前抑止を図る必要があります。ある会社分割計画が濫用的でないことの「正しい判断」は，不利益に置かれる各残存債権者が行うのが原則でしょう。しかし，全員同意となれば，「ごね得」や「合理的無関心」により，適正・迅速な判断がなされない可能性があります。このため，私は，この「正しい判断」を，全員同意ではなく，情報開示の上での多数決による判断にゆだねてはどうかと考えます。具体的には，債権額および判断者の頭数による多数決をベースにしつつ，その充足割合については，例えば開示情報につき専門家が関与しない場合は多数決要件を厳しくするなど，「正しい判断」が可能となるように調整する案はいかがでしょうか。

⑷　メルクマールの意義

このようなメルクマールは，企業や金融機関等に認識が共有されるべきと考えます。例えば，直接履行請求権は「承継財産を限度」とするため，「早いもの勝ち」となります。そうすると，不用意に，訴訟等コストが伴う権利行使が促進されてしまうおそれが生じます。逆に，正当な権利を害されているとしても，敗訴リスクを気にして権利行使に躊躇するならば，いわば「泣き寝入り」となります。会社分割手続は，取引債権者にとって，私的自治原則に基づく自由競争が求められる局面ではないので，集団的債務処理であるとして認識されるべきです。そして，この認識が共有されると，「出遅れリスク」「執行コスト」の軽減が可能となる効用があります。

5　まとめ

以上，濫用的会社分割等の現状と私なりの分析をご報告いたしました。今後の議論の参考になれば幸いです。ありがとうございました。

報 告 2

濫用的会社分割・事業譲渡と詐害行為取消権

慶應義塾大学教授　片　山　直　也

濫用的会社分割と詐害行為取消権との関係につきましては，最二小判平24.10.12（民集66巻10号3311頁。以下「平成24年判決」といいます）を契機に，破産法上の否認権をめぐる議論とも対比しつつ，これまで数多くの議論が積み重ねられてきました。しかしながら，その後，平成26年改正会社法による残存債権者の直接請求権制度が導入され，また，平成29年改正民法（以下「改正民法」といいます）による詐害行為取消権規定の大幅な見直しと，二つの大きな法改正が加わりましたので，改正民法施行後，濫用的会社分割に対して改正民法がいかに対処すべきか，まさしく，本シンポジウムにおいて初めて本格的な議論がなされることになります。

実は，素直に心情を吐露しますと，大半の民法研究者にとっては，濫用的会社分割の問題は，あまりに専門化した，すぐれて実務的な会社法・倒産法上の論点であり，できれば避けて通り過ぎたいというのが共通のスタンスではなかったかと思われます。実際にこの問題に関して，これまで民法研究者からはあまり積極的な発言はなされておりません。しかし，改正民法により民法上の詐害行為取消権に，倒産法上の否認権と類似した規定が導入されたことから，「対岸の火事」とばかりいっておられなくなり，「及び腰」ながら，参戦を強いられつつあるというのが正直なところです。ただ逆に「素人」ゆえにプリミティブかつ斬新な着眼点を提示できるという面はあるのではないかとも思っております。本日は，金融法学会の「プロ」の先生方の「適合性の原則」に適ったご教示を賜れば幸いかと存じます。

本報告では，まずは，平成24年判決の意義と課題を整理した上で（1），第1部において，濫用的会社分割の本質を類型論的な視角から分析し（2），次いで，第2部において，改正民法の詐害行為取消権規定の構造を解明しつつ，濫用的会社分割への適用について考察を行いたいと思います（3）。

1　はじめに

まずは，平成24年判決の意義と課題を三つの点から整理しておきたいと思います。

⑴　商法・会社法上の諸規定との関係

第1は，平成26年改正会社法上の履行請求権との関係です。この点については，最高裁判決は，改正以前のものであり，当時は，残存債権者を保護する規定が存在しなかったことから，債権者異議の制度（会社法810条）により保護が与えられない残存債権者については，民法上の詐害行為取消権による保護が必要であり，詐害行為取消権行使の対象となると判断していました。

この点からしますと，改正会社法の立案担当者の考え方は異なるようですが，平成26年改正会社法により，残存債権者を害する会社分割および事業譲渡につき，新たに残存債権者の履行請求権制度が創設されたことから，民法上の詐害行為取消権による保護は不要となったと考える余地は十分に存するのではないかという点であります。最高裁のいうように，民法上の保護が必要か否か，「会社法その他の法令における諸規定の内容をさらに検討して判断することを要する」と思われます。

⑵　詐害行為取消しの対象および効果

第2は，詐害行為取消しの対象および効果です。最高裁は，組織法上の行為であっても，事業に関して有する権利義務の全部または一部の承継が観念できるので，「債権の保全に必要な限度で新設分割設立会社への権利の承継の効力を否定することができる」とし，新設分割の取消しとともに，本件不動産につき会社分割を原因とする所有権移転登記の抹消登記手続請求を認容した原審判決を支持しました。しかし，濫用的会社分割の取消しにおいて，ある個別の財産権（不動産や権利）を特定して，その移転の効力を否定することが必要か否か，またそれが濫用的会社分割という詐害行為の類型の規制として適合的か否か，疑問なしとしません。この点は，取消しの効果が，現物返還（財産返還）か価格賠償（価額償還）かという点とも関連します。

例えば，東京高判平22.10.27（金法1910号77頁）は，被告たる新設分割設立会社に承継された資産（金銭債権および固定資産）の全体が明細表によって特定されていることを前提に，その後の事業継続による変動を想定するならば，資産は可分であるゆえに，個別の権利として特定せずとも，被保全債権の限度で取り消

して，価格賠償を請求することができるとした第１審判決を支持しています。

さらに，そもそも，平成24年判決の事案には，事案の特殊性があったのではないかという点が指摘されています。例えば，金融法委員会の「中間整理」（「濫用的会社分割に係る否認要件とその効果についての中間論点整理」）においては，「ケース３」として，「会社分割によって新設会社に移転されるのが事業ではなく，不動産や上場有価証券など，独立して換価処分が可能な個別資産である場合」を想定した上で，平成24年判決の事案は「ケース３」の場合であったように見受けられるとの指摘がなされています。むしろ端的に「新設分割に仮託してなされた財産処分・執行免脱といえなくもない事例」ではなかったかと分析しているところです。

浅田さんの第１報告にもありましたとおり，平成24年判決後の下級審裁判例でも，価格賠償を認容する例が多いようです。

⑶　詐害性の認定基準

第３は，詐害性の認定基準ですが，最高裁判決は，新設分割が詐害行為取消権行使の対象となることを判示したにとどまり，詐害性の認定基準は一切明示されておりません。この点，金融法学会を含めた学界に対して，白紙委任的に大きな宿題が課されたことになりました。

なお，須藤正彦裁判官の補足意見は，「本件残存債権の責任財産は大幅に変動するなどの事態が生じ，かつ，本件残存債権の債権者と本件承継債権の債権者との間で著しい不平等が生ずるに至ったということである」と述べており，実質的な責任財産の減少とともに，残存債権の債権者と承継債権の債権者間での不平等を問題としており，いわゆる「ハイブリッド」型の行為であることが示唆されているとの分析がなされているところではあります。

以上の三つの点を踏まえて，第１部では，濫用的会社分割の本質を解明し，既存の２類型（狭義の詐害行為と偏頗行為）と対比しつつ類型上の整理を行った上で，それに適合したあるべき詐害行為取消規範の在り方を検討したいと思います。

２　濫用的会社分割の本質と詐害行為の類型

⑴　濫用的会社分割行為の本質

ａ　従前の議論（有害性二元論）の限界

濫用的会社分割行為の本質をめぐる議論は，従前，主として，破産法上の否認権規定の解釈適用をめぐってなされてきたために，いわゆる「有害性二元論」，す

なわち，条文に則して，「狭義の詐害行為」と「偏頗行為」の 2 類型を截然と区別し，どちらかに属するか，あるいは両性的（ハイブリッド）か，という議論をせざるをえない状況にありました。しかし，これから新たに改正民法による規律を検討するに際しては，いったんは，破産法の条文およびその解釈論を離れて，行為の本質を分析する作業が有益ではないでしょうか。そのような視点から濫用的会社分割行為の本質を分析する際には，既存の 2 類型では捉えきれない側面があるため，新たな類型（第 3 類型）を措定する必要があるとの仮説が成り立つように思われます。以下，詳述します。

b　既存の 2 類型と新たな類型（第 3 類型）との相違点

(a)　既存の 2 類型の特徴

第 3 類型と対比するならば，既存の 2 類型には共通の特徴があります。すなわち，「狭義の詐害行為」（責任財産減少行為）は，「枠」としての「責任財産」（これをフランス法ではパトリモワン（patrimoine）と呼びます）から特定の財産を逸出させる行為類型であり，「偏頗行為」（優先的満足行為）は，「責任財産」（patrimoine）に属する特定の財産を特定の債権の満足に「充当」（これをフランス法では affectation と呼びます）をなす行為類型であり，いずれも積極財産および消極財産が帰属する「枠」としての「責任財産」（patrimoine）が「定数」であるという点が共通しています。

(b)　「第 3 類型」の特徴と射程

これと対比して，第 3 類型の特徴を抽出するならば，濫用的会社分割については，二つの類型において「定数」であった「枠」としての「責任財産」（patrimoine）自体が「変数」となっているという点が特徴であるということができるでしょう。すなわち濫用的会社分割は，個別の財産レベルではなく，①会社分割という組織法上の効果に伴って「責任財産」（patrimoine）の分離がなされて，その一方（設立会社の責任財産）に優良な事業や財産の取り込みがなされる点，その上で，②設立会社による債務承継によって承継債権者と分割会社の残存債権者との切り分けがなされて，承継債権者にのみ，優良な事業や財産を含む「責任財産」（patrimoine）への充当（affectation）がなされる点に，既存の二つの類型には包摂できない本質的な構造上の特徴が存すると分析できるのです。

そして，この第 3 類型の特徴は，会社分割に限定されることなく，事業体やヴィークルを用いた組織再編行為に広く妥当します。ファイナンス等の需要から，

優良な事業や資産を切り出すためのスキームは，事業譲渡，特別目的会社（SPC），匿名組合（TMK）や有限責任事業組合（LLP）の設立，事業信託など様々な形態が想定されますが，そこでは，広くスキームの濫用，すなわち濫用的な組織再編行為が行われるおそれが存するといえましょう。

それでは，濫用的会社分割に代表される，以上のような特徴を有する「第３類型」に対して，詐害行為取消権によって取消しをなすという場合，詐害行為取消権はどのような権利であることが適合的でしょうか。三つのポイントを指摘できると思います。

⑵　「第３類型」と詐害行為取消権

ａ　対象の包括性

まずは，取消しの対象の包括性という点です。第３類型においては，「枠」としての責任財産の創設（すなわち責任財産への優良な事業や財産の包括的な移転）をなしつつ，残存債権者の債権につき，その責任財産の充当をしない点に詐害性が見出されます。よって第３類型の取消しに関しては，その包括的な財産処分の中で，財産を特定して取消しの対象とすることは必ずしも適合的ではないということになります。

ｂ　取消しの効果

次いで，取消しの効果ですが，端的に，設立会社の責任財産（またはそれに移転された優良な事業や財産）を包括的に残存債権者の債権の引当てとすることが合理的・合目的的だということになります。その結論を導く理論的な法律構成としては，色々な説明が可能ではあるのでしょうが，例えば，「対抗」や「対抗不能」という概念が有用であるように思われます。「対抗不能」，すなわち「詐害的な本件会社分割は残存債権者に対抗できない」，あるいは「対抗」すなわち「残存債権者は残存債権を詐害的に設立された設立会社に対抗できる」という説明が，取消しによって導かれるべき法律関係を無理なく的確に説明できるのではないでしょうか。

ｃ　価格賠償（価額償還）の意義

最後に，第３類型においては，個々の財産処分が詐害行為となるわけではないので，原物返還（財産返還）を認めることは不合理であり，価格賠償（価額償還）がより適合的であるという点です。価格賠償（価額償還）には，現物返還が困難である場合の代替措置という消極的な側面だけではなく，分割された枠としての

責任財産を引当てとするという積極的な側面が見出されるべきだと考えます。平成26年改正会社法の直接請求権制度は，より端的にその効果を狙ったものと評価することも可能でしょう。

それでは，第１部において，条文を離れて理念的に分析してきた濫用的会社分割の本質およびそれに対する詐害行為取消しの在り方を踏まえて，第２部では，具体的な実定規範である平成29年改正民法の詐害行為取消権規定の規範構造の分析に移行したいと思います。

3　改正民法における詐害行為取消規定と濫用的会社分割

⑴　一般規定と特則規定（類型論から重層的規範構造論へ）

改正民法の詐害行為取消権規定の特徴は,「債務者が債権者を害することを知ってした行為」の取消しを裁判所に請求できるとする現行民法424条１項の規律の内容を維持しつつ，破産法上の否認権と同趣旨の規定を「特則」として設けるという点にあります。特則は，改正民法424条の２（相当対価処分行為），424条の３（いわゆる偏頗行為），424条の４（過大な代物弁済）の３カ条です。

破産法上の否認権規定に関しては，平成16年改正の趣旨から，有害性二元説に立脚し，破産法160条１項１号の規定（「破産者が破産債権者を害することを知ってした行為」）は，あくまでも「狭義の詐害行為」の規定であり，「一般規定」ではないとの理解が圧倒的な多数説ですが，現行民法424条１項が仮に「一般規定」であるならば，破産法の否認権規定との対比で，民法上の詐害行為取消権規定の大きな特徴だということになります。

もっとも，破産法の否認権についても，近時，田中亘教授のように，破産法160条１項１号を「一般規定」と捉える学説も有力となりつつあるようです。本日，第４報告を担当される岡正晶先生も同様の考え方が可能であることを示唆されておられます。

a　立法経緯

(a)　「基本方針」

立法経緯をみると，「債権法改正の基本方針」では，「一般規定」の性質は，「一般条項的な詐害行為の要件（「統一的かつ包括的要件」）の規定」であることが想定されていました（【3.1.2.08】）。

(b)　法制審議会での議論

法制審議会民法（債権関係）部会での議論では，「詐害行為の類型化と一般規定

の要否」として，甲案，乙案の対立の中で，折衷案が提案され，議事を経て，「一般規定を置く一方で，類型化して明確にできるところは明確にすることが望ましい」との意見が多数とまとめられましたが，「一般規定」の趣旨および性質については，必ずしも意見が一致していなかったようです。

そこで，類型規定である「特則」と同時に，民法424条１項の「一般規定」を残した趣旨および同規定と「特則」との関係については，立法後の解釈論にゆだねられることになったと思われます。具体的には，「特則規定」に該当しない場合に，広く「一般規定」を適用して，詐害行為として取り消すことができるか。その場合の要件・効果いかんが，解釈論上の争いとして残ることとなりました。本報告の課題である濫用的会社分割の取消しは，まさにその試金石となるテーマということができると思います。仮に濫用的会社分割が「特則規定」のいずれもが想定していない新たな行為類型であるとするならば，その取消しは，一般規定（民法424条１項）の適用によって行われるべきか，行為類型が近接する特則の規定，例えば，第１報告の浅田さんや得津晶教授が主張されているように偏頗行為に関する改正民法424条の３を適用ないし類推適用して取消しを認めるのかという議論となると思われます。

b　立法後の解釈論の二つの方向性

改正民法424条１項の趣旨をめぐっては，今後の解釈論の展開を待たなければなりませんが，既にこの点について，萌芽的な議論がなされ，二つの方向性が提示されています。

(a)　財産減少行為限定説

一つは，潮見佳男教授が『新債権総論Ⅰ〈法律学の森〉』（信山社，2017年）で主張されている解釈論ですが，民法424条を「詐害行為性の判断に関する一般準則」を定めたものだが，あくまで「財産減少行為を基本類型とした二元的要件構成」を基礎としたものと限定的に解釈する考え方です。

(b)　一般規定説

これに対して，もう一方の考え方は，片山の私見で，内池慶四郎先生の追悼論文集（『私権の創設とその展開』（慶應義塾大学出版会，2013年））で発表させていただいた見解です。今回の法改正は，一方では，破産法に準拠した類型規定を置くという点では，従前の「類型論」の手法を用いつつ，他方で，特則と並列して「一般規定」を設けるという点において，従前の「類型論」の枠を超えたきわめて

斬新な法制度設計（重層的規範構造）を提示したものであり，一般規定としての改正民法424条１項は，狭義の詐害行為すなわち責任財産減少行為に限定されずに，特則規定に該当しない範囲で，濫用的組織再編行為など新たな詐害行為類型に対応しうる開かれた規定であると分析しています。法制審議会（債権関係）部会では，高須順一委員が，「今後の社会情勢の変更によってまた新しい要請が生まれてくること考えると，一般規定を残しておく必要がある」とのご発言をされていますが，僭越ながら，同項について同様のイメージをお持ちであったと拝察しております。

それでは，改正民法424条１項が一般規定であることを前提として，濫用的会社分割など「第３類型」における規範はいかにあるべきでしょうか？

⑵　濫用的会社分割と詐害行為取消権・直接請求権

ａ　一般規定（改正民法424条１項）の解釈運用

(a)　対象の包括性と取消しの意義

まずは，包括性という点です。改正民法424条１項の取消しの対象となる「行為」は，個々の財産の変動ではなく，会社分割に伴う包括的な権利変動（具体的には設立会社への包括的な事業・財産権の承継および残存債権者の債務の不承継）であり，「取消し」（同法424条１項，424条の６第１項，425条）の効果は，会社分割に伴う包括的な権利変動の残存債権者に対する「対抗不能」となるとの解釈論が導かれると思います。これにより残存債権者は，自己の債権を，設立会社に対抗することができます。

(b)　原則としての価額償還請求

次いで，残存債権者は，取消しとともに，価額償還を請求することができます（改正民法424条の６第１項）。新規定は，「財産返還」を原則とし，「価額償還」請求ができるのを，「その財産の返還をすることが困難であるとき」に限定していますが，同文言はあくまでも個別の財産の特定性を前提とした規定であるので，包括的な権利・義務の変動の詐害性を本質とする第３類型の行為については要件とならない（あるいは事業継続を阻害する財産返還については「困難性」が認定される）と解するべきでしょう。もっとも，債権者を害する目的で，会社分割に仮託してなされた特定財産の処分については，財産返還を認めることに合理性が認められると思われます。これは改正民法424条１項がそもそも予定している贈与や廉価売却などと同様の単なる責任財産減少行為と法的性質決定されることになり

ます。

(c)　取消しの範囲

また，取消しの範囲は，原告の残存債権の債権額の範囲に限定されます（改正民法424条の８第２項）。

b　会社法上の直接請求権との関係

最後に，平成26年会社法改正により新たに創設された直接履行請求権規定が，詐害行為取消権の「一般規定」である改正民法424条１項の「特則規定」であるか否かという点を検討します。

立案担当者によって，平成26年改正会社法の立法趣旨としては，残存債権者の直接請求権は，詐害行為取消権の「特則」として設けられたものではなく，残存債権者は両権利のいずれも行使することができる旨が説かれていますが，他方で，会社法上の履行請求権の導入後は，詐害行為取消権の行使に否定的または消極的な見解も有力に主張されています。少なくとも残存債権者の保護の必要性がかなりの部分で失われたことは確かでしょう。ただ，要件・効果を比較すると，直接請求権と別に詐害行為取消権の行使を認めるメリットは決して多くはないものの，例えば，残存債権者の債務者（分割会社）について倒産手続が開始された場合の承継という点は実務上重要でありますので，当面は，平成26年改正会社法の立案担当者の趣旨説明からも，詐害行為取消権を行使する余地は残しておくべきとの解釈論が多数となることが予測されるところではあります。しかし，それが平成24年判決のいう「詐害行為取消権によってその保護を図る必要性」として評価に値するか否かは今後も慎重に検討がなされるべきであるとは考えています。

将来の解釈論としては，以下の二つの方向性が想定されます。①濫用的会社分割への対応は会社法上の直接請求権にゆだね，詐害行為取消権はあくまでも財産返還を原則とする制度として位置付けて，会社分割に仮託してなされた特定財産の処分についてのみ改正民法424条１項（責任財産減少行為の取消規定としての同項）により取消しの対象とする方向性と，②会社法上の直接請求権との競合を認めつつ，価額償還請求を原則とした改正民法424条１項（第３類型に対応する一般規定としての同項）により取消しの対象とする方向性です。

私見では，このうち②の方向性を検討すべきだと考えています。それは，会社法上の直接請求権のような規定が設けられていないその他の濫用的組織再編行為に関しては，価額償還を原則とした詐害行為取消権による残存債権者の救済が不

可欠だからです。その点では，濫用的組織再編行為の代表格である濫用的会社分割を素材に，第３類型に対応する一般規定としての424条１項の在り方について議論を深化させておくことが有用ではないかと考えている次第です。

濫用的会社分割ついて，一般規定である改正民法424条１項で取り消すという場合，解釈論上の課題の一つは，「詐害性」（同項の「害する」）の判断基準ということになりますが，平成26年改正会社法の立案担当者も説明しているとおり，おそらく会社法上の履行請求権における「詐害性」（会社法759条４項などの「害する」）のそれと軌を一にすることになると思われます。この点については，今回の報告において民法サイドから画期的な提言ができるわけではありませんが，事前論考（金法2071号28頁）の注42で言及していますとおり，これまでの破産法上の否認権をめぐる議論の蓄積を踏まえて，今後，民法学説においても，「有害性」（「弁済率の低下」）と「不当性」（「正当な処分権行使の範囲の逸脱」）の要件枠組みを構築しつつ，濫用的会社分割の詐害性判断の実質的な基準を提示することになろうかと考えております。

以上で報告を終わります。ご静聴ありがとうございました。

報 告 3

濫用的会社分割・事業譲渡における会社法上の債権者保護

学習院大学教授　小　出　　篤

1　はじめに

学習院大学の小出と申します。よろしくお願いします。私からは，濫用的会社分割・事業譲渡における会社法上の債権者保護というテーマでご報告させていただきます。主に，平成26年会社法改正で新たに設けられた，濫用的会社分割・事業譲渡において分割会社・譲渡会社に残されたいわゆる残存債権者の承継会社・新設会社への直接請求権の制度について検討します。まず平成26年会社法改正の経緯と直接請求権制度の概要を申し上げた上で，この制度をわざわざ設けた意義について検討したいと思います。これは要するに，この請求権と，例えば詐害行為取消権など，既に存在する判例上の残存債権者保護のロジックとの比較ということです。また，本請求権を運用する上で問題になるのではないかと思われる点をいくつか指摘できればと思います。

2　濫用的会社分割と平成26年会社法改正

まず，濫用的会社分割に関する平成26年会社法改正の経緯です。いわゆる濫用的会社分割といわれる事例が一時期みられたのは，会社法上の残存債権者保護の仕組みが不十分だったからです。二つの問題があります。

第１に，分割対価である承継会社株式等が株主に分配されるいわゆる人的分割のような場合を除いては，会社分割における債権者保護の仕組みである債権者異議手続が分割会社残存債権者には与えられないという問題です。この問題は平成12年の旧商法における会社分割制度創設時から可能性としては指摘されていました。

第２に，会社法では，旧商法時代は会社分割の要件と解されていた分割会社の「債務の履行の見込み」がなくても会社分割は無効とならないと解されるようになったことです。これにより，旧商法時代は第１の問題にもかかわらず，「債務の履行の見込み」が必要だったために実際には濫用的会社分割は起きていなかったところ，会社法になってから実際にそうした事例が現れるようになったとされてい

ます。

そこで，判例では，詐害行為取消権や破産法上の否認権，法人格否認の法理，商号続用者の責任など，会社分割の外の一般法理を用いて，残存債権者を救済してきました。平成24年には会社分割に詐害行為取消権が適用されることを認めた最高裁判決（最二小判平24.10.12民集66巻10号3311頁）が出て，濫用的会社分割によって残存債権者への債務を逃れることはできないことがほぼ確定し，以後は濫用的会社分割はほとんどみられなくなっています。

そのような状況の中で，平成26年会社法改正は，会社法の中で，残存債権者から承継会社•新設会社への直接の請求権を認めるという道を採用しました。なお，改正の過程では，残存債権者を債権者異議手続の対象とするべきという見解や，旧商法時代の「債務の履行の見込み」という要件を復活させるべきという見解もみられましたが，これらの方法がとられなかった理由は，要するに，リストラクチャリングの場面における会社分割という制度の利用価値を認めた上で,「良い会社分割」,つまり残存債権者も承継された債権者もいずれも結果的には会社分割前よりもよい立場になるような会社分割を阻害するべきでないということ，事業譲渡や営業譲渡においても横断的な対応が必要だったこと，そして，事前の手続を増やすとその手続が取られなかった場合に事後的な会社分割の効力に疑義が生じて取引の安全を損ねること，などに求められるかと思います。一方で，既に残存債権者救済の判例の蓄積がある中でこのような新しい制度を導入したことの意義は，それらの法理とこの直接請求権の制度との比較において判断されることとなるでしょう。

3　残存債権者の直接請求権の概要

次に，この直接請求権の制度の概要です。新設分割・吸収分割・事業譲渡それぞれについて規定が設けられていますが,以下では吸収分割に関する会社法759条を例にとって概観します。

第１に，分割会社が残存債権者を害することを知って会社分割をしたことが本請求権の要件となっています。

第２に，吸収分割や事業譲渡の場合は，承継会社や譲受会社が残存債権者を害することを知らなかったときは本請求権は行使できません(会社法759条４項ただし書)。承継会社等やその債権者の側の利益を保護するためとされています。

第３に，いわゆる人的分割の場合は本請求権は行使できません(会社法759条５

項)。既に述べたように，この場合は残存債権者にも債権者異議手続が用意されているからです。このことは，債権者異議手続は少なくとも本請求権以上の保護となっていると会社法が考えていることを示しています。しかし，果たしてそういえるのか，また，債権者異議手続と本請求権と２種類の制度が併存しているのはなぜなのか，よくわからないところがあります。この点については，後でも触れます。

第４に，分割会社について破産手続などの法的整理が始まると，本請求権は行使できません（会社法759条７項)。法的整理が始まった後の否認権と本請求権は競合しないようにできています。処理が複雑になること，破産財団等の確保に影響があること，法的整理の局面では債権者平等を重視するべきこと，が理由として挙げられています。また，本請求権を訴えによって行使し，訴訟係属中に分割会社が法的整理に入った場合，訴えは却下または請求棄却となるとされており，詐害行為取消訴訟に関する破産法45条などのように破産管財人等が否認訴訟に切り替えてこれを継続するということにはなっていません。本請求権は，分割会社の責任財産全体を保全するための権利ではなく，あくまで個々の残存債権者の利益を確保するための権利だからとされています。

第５に，本請求権の行使については，消滅時効期間が２年間，除斥期間が20年間とされており（会社法759条６項。ただし除斥期間は平成29年民法改正（債権法改正)によって10年間に変更される)，これは詐害行為取消権と基本的に同じになっています。なお，本請求権の消滅時効の中断事由は，請求または請求の予告をなすこととされており，この請求の予告は，債務の履行期が到来しておらず請求ができない場合の時効中断の方法とされています。これは逆にいうと，債務の履行期が到来していないと本請求権は行使できないということを意味しています。

第６に，本請求権によって履行の請求ができるのは，承継会社等が「承継した財産の価額」を限度とするとされています。残存債権者に会社分割前より引当財産を増加させるような保護を与える必要はなく，また，承継会社の債権者の保護も図る必要があるからとされています。この場合，「承継した財産の価額」は，承継会社が承継した積極財産の額を意味し，そこから承継債務を差し引いた正味財産の額を意味するものではありません。そうしないと，結局，承継債権者のみが満足を得られる状況に変わりはなくなってしまうからです。なお，この点で，本請求権を行使する債権者が複数いると，請求権者ごとにこの「承継した財産の価

額」の判断が異なることがありえ，この場合どう処理するべきかという問題が指摘されています。

4　他の残存債権者救済法理との比較

次に，本請求権と，判例上示された他の残存債権者の保護の法理とを比較してみます。

⑴　詐害行為取消権との比較

ａ　詐害行為取消権との異同

まずは，詐害行為取消権との比較です。まず，先ほど述べた本請求権の概要でいうと第１の点（分割会社が残存債権者を害することを知って会社分割をしたことという要件），第２の点（承継会社等の側の主観的事情），第５の点（消滅時効および除斥期間）はほぼ同じであるといえます。さらに，詐害行為取消権においては，承継会社等が承継した積極財産の額相当の価額賠償が認められることが多いですが，この場合，残存債権者が承継会社等から賠償額を受領した上で，自らの分割会社への（残存）債権を自働債権とし，分割会社がその賠償額について残存債権者に対して有する返還請求権を受働債権として，これらを相殺して満足を得ることになります。つまり，承継した積極財産の額を上限として承継会社等に対して直接の弁済請求ができるといういわゆる責任説の帰結になるわけですが，これは結局，先ほど述べた本請求権の概要の第６の点（本請求権による履行請求の限度）と同じ結果ということになります。

他方で異なる点として指摘されていることとして，①詐害行為取消権は訴えによる必要があるが本請求権は訴え以外によっても請求できることがあります。

また，②詐害行為取消権では，現物返還が原則とされており，例えば前掲最二小判平24.10.12のように会社分割に仮託して特定の重要な財産を流出させたようなケースではそれを分割会社に戻すためには本請求権よりも適している場合がある反面，いったん行われた会社分割を事実上巻き戻すような，取引の安全を損ねる結果が導かれてしまう可能性があることとなり，その意味では本請求権のほうが安全であることも多いということです。

さらに，③先ほど本請求権の概要の第四の点として述べたように，分割会社について法的整理に移行した後は本請求権に係る訴訟はストップしてしまいますが，詐害行為取消訴訟であれば否認訴訟として継続されます。この限りでは詐害行為取消権のほうが保護に厚いともいえ，この点を重視し，本請求権のメリット

はほとんどないとする文献もあります。もっとも，浅田さんのご報告にあったように，分割会社が本請求権行使を逃れるためにわざわざ法的整理を行って破産管財人の厳しい追及を受けるようなことがあるかは確かによくわかりません。

それから，④詐害行為取消権は転得者に対しても行使可能ですが，本請求権は転得者に対して行使できるとはされていません。もっとも，例えばA社からB社，そしてB社からC社というように，会社分割を2回繰り返すというような事例では，A社の残存債権者は本請求権に基づく債権についてはB社に対する債権者にもなっており，BからCへの会社分割ではそこでも残存債権者として，本請求権をCに対しても行使できるかもしれません。ただ，AからBへの会社分割について本請求権が行使される前にBからCへの会社分割が行われていた場合，BからCへの会社分割の時点ではまだAの残存債権者はBに対する債権者となっていないとして，本請求権をCには行使できないということも考えられます。本請求権は，「履行を請求できる」と書いているので，本請求権に基づく債権は請求によって発生すると読むべきという解釈はありえそうだからです。他方で，後ほどみます事業譲渡等における商号続用者の責任は，譲渡会社の商号を続用する譲受会社は譲渡会社の債務を弁済する責任を負うとしていて，このような書き方なら，事業譲渡と同時に残存債権者の譲受会社に対する債権が発生しているといえそうです。本請求権は，この商号続用者の責任と同じ解決を採用したと理解する立場が有力なので，この点も揃えたほうがよさそうですが，実際どう解釈されるかはよくわかりません。

このほか，⑤本請求権と詐害行為取消権とでは履行期が到来する前の債権者の扱いも異なりそうです。詐害行為取消権の場合，履行期到来前でも行使が可能で，承継会社から一定の財産を取り戻すことが可能ですが，本請求権では履行期が到来するまでは行使を予告できるにすぎず，例えば承継された債務について先に履行されたり，あるいは行使が予告された後に先ほど述べたようなさらなる会社分割などが行われたりすれば，結局逃げられてしまう可能性もありそうです。ただ，実際，残存債権者となる債権者は金融債権者が多く，濫用的会社分割が行われる時点では既に期限の利益を喪失させているケースが多そうなので，この点はあまり実務上は問題にならないのかも知れません。

最後に，⑥本請求権は，本請求権の概要の第3の点として述べたように，人的分割においては債権者異議手続があるために行使ができませんが，詐害行為取消

権であれば，人的分割における残存債権者も行使することは排除されていません。ただ，債権者異議手続がある場合には，当該債権者は「害された」とはいえないとして，詐害行為取消権の要件を満たさないのが通常で，その意味では変わらないかも知れません。ただ，債権者異議手続がどこまで債権者保護になっているかについては疑問もありえるので，その場合には詐害行為取消権が最後の手段として残っていることには意味もありえると思われます。

以上のとおり，詐害行為取消権と本請求権とでは趣旨・効果が異なっていると考えられ，前掲最二小判平24.10.12が，会社分割に詐害行為取消権が適用される理由として会社法上の債権者保護の不備を挙げているとしても，本請求権ができたからといって詐害行為取消権の適用が排除されるとは当然にはいえないように思われます。

b　残存債権者を「害すること」の意義

なお，詐害行為取消権との比較において，残存債権者を「害すること」という本請求権の要件をどう解釈するかについて，議論があります。詐害行為取消権における民法424条の「債権者を害すること」と基本的に同じ解釈がされるべきとするのが立案担当者をはじめとした通説なのですが，その意味については片山さんのご報告にあったように様々な議論があります。そして，債権法改正で詐害行為取消権のほうの要件が整理し直された今日において，本請求権の要件をどう解釈すべきか，改めて問題となるともいえるかもしれません。

この問題について，片山さんは，濫用的会社分割は，詐害行為取消権における詐害性について従来言われてきた類型のいずれにも完全には当てはまらないハイブリッドな性格を持ち，その実質は，組織法上の制度を用いて責任財産を切り分け，債権者をそれぞれに恣意的に振り分けるという特殊な類型の行為であるとカテゴライズされるわけです。

会社法学の立場からは，例えば田中亘教授がある座談会で，「会社分割や事業譲渡の特殊性というのが何かないのかという問題意識を持っています。これは，別の会社に事業を移して生き残りを図ろうとする話なんですよね。そこがなんか，単純に弁済するとか，担保を提供するとかというのとは違うんじゃないかと思っていて」と述べられています（神田秀樹ほか「《座談会》平成26年会社法改正の検討」ソフトロー研究24号148頁〔田中亘発言〕）。要するに，従来の詐害行為取消権における詐害性概念を会社分割や事業譲渡に当てはめることへの違和感を述べて

おられるのですが，これは，濫用的会社分割では，「別の会社」，つまり「異なる法人格」が有する機能を利用して，生き残りを図るために残存債権者を切り捨てていることがその本質なのではないかと指摘されているのだと思います。片山さんのご見解は，会社法学が感じるこのような違和感を，理論的に明快に整理されたものと思います。組織法によって創設される法人格の機能の重要な一つとして，当該法人の社員の債権者，つまり会社分割でいえば承継会社の株主である分割会社の債権者から，当該法人の責任財産，つまり承継会社の責任財産に直接かかっていけないようにするという「積極的資産分離」という機能があるということは，最近の組織法に関する機能的分析の一つの成果ですが，責任財産の切り分けに着目される片山さんのご指摘は，このような見解とも整合的であり，会社法学からも本質をついた指摘として，自然に受け止められるように思います。なお，平成29年民法改正（債権法改正）の整備法などにおいても，本請求権の要件については，民法の詐害行為取消権に揃えて改正されたりはしていません。その意味では，法も，民法の詐害行為取消権において従来なされてきた類型化を濫用的会社分割に当てはめることを断念したのかもしれません。

⑵　否認権との比較

本請求権と否認権とでは，法的整理の開始前後でその適用時期について棲み分けが図られていることは既に述べたとおりです。この点で，法的整理開始後にも本請求権のような権利を破産管財人に認めるべきとの立法論も日弁連などから出されていますが，時間の関係で指摘にとどめます。

⑶　商号続用者の責任・法人格否認の法理との比較

次に，商号続用者の責任および法人格否認の法理との比較です。これらの法理で残存債権者を救済する場合，効果としては結局，分割会社への債務について承継会社等に対して直接履行請求することを認めることになりますから，その意味では本請求権と同じです。詐害行為取消権とは異なり，会社分割の巻き戻しのような効果は発生しないというところも，本請求権と共通します。違う点としては，本請求権は，承継された財産の価額を上限としているところ，法人格否認の法理などではかかる上限は画されていない点が挙げられます。

先ほど述べたように，濫用的会社分割の実質は，法人格が異なることを利用して，債権者を恣意的に振り分けることと理解するならば，濫用的会社分割は，法人格を「濫用」している点にその本質があるということになります。しかし，ご

承知のように，法人格否認の法理における「形骸化類型」「濫用類型」は必ずしも明確なものではなく，要するにどのような場合に法人格否認の法理が適用されるかは明確ではありません。また，吸収分割の場合には，形骸化という要素が少ないこともあるからか，法人格否認の法理は適用されにくいと言われています。つまり，法人格否認の法理という一般法理は，濫用的会社分割の本質をついているとはいえ，実際には当事者にとって予測可能性に乏しく使いにくいというわけです。この点で，本請求権は，法人格否認の法理の要件を，法人格を用いた責任財産の切り分けによって「債権者を害すること」と明確化し，その効果も基本的に揃えた上で承継会社債権者保護のために，その上限を画すという形で，条文上の制度として位置付けたと評価すべきようにも思います。

5　その他の問題

最後に簡単に，私がよくわからなかった問題点をいくつか述べておきます。

⑴　残存債権者と承継債権者との保護のバランス

まず，本請求権のような権利を残存債権者に与えることは，承継された債権者に与えられた保護との関係でバランスがとれているかという問題です。

法人格を用いた責任財産の切り分けとして濫用的会社分割を捉えるなら，承継会社等の責任財産のほうに切り分けられた承継債権者と，分割会社に切り分けられた残存債権者とでは，本質的には同じ保護が与えられるべきです。

この点で，承継債権者や，人的分割における残存債権者には，債権者異議手続という保護が与えられますが，債権者異議手続は，異議を述べれば履行期前でも担保提供などの保護が与えられること，保護の上限額が存在しないこと，手続を踏まなかった場合は会社分割無効の訴えなどにつながり，会社分割自体を巻き戻す強力な（ある意味では強力すぎるともいえる）効果を持っていること，という点では，本請求権より強い保護が与えられているといえそうです。

他方で，債権者異議手続の前提となっている債権者への通知・催告，あるいは公告は，実際には債権者に対する十分な情報提供となっておらず，異議を唱える機会が実質的に与えられているかは疑問もあること，また，債権者異議手続は異議期間内に異議を述べない場合は保護が与えられないのに対して，本請求権は会社分割があった後に後出しでも行使できること，といった点では，会社債権者異議手続よりも本請求権のほうが強いところもありそうです。このように債権者異議手続が実際には行使されないことが多いとすると，むしろこの点を狙って，免

れたい債務のほうを承継会社等に承継させるという形での濫用的会社分割が行われることもありそうです。

また，残存債権者は，本請求権を用いると分割会社・承継会社等の両方に請求ができることになりますが，承継債権者は承継会社等だけにしか請求できないことから，本請求権を用いて一部の債権者に対する偏頗的な弁済を実現させることも可能かもしれません。この場合，承継債権者の側には債権者異議手続がある以上，こうした会社分割が承継された「債権者を害する」とはいえず，詐害行為取消権の行使による救済も難しいように思われます。

以上のように，残存債権者への保護と承継債権者への保護とにはアンバランスが生じており，この点を揃える必要がないかという問題が指摘できるように思います。

⑵　分割会社と承継会社等のその他株主との利害調整

最後に，本請求権が行使されると，会社分割自体が巻き戻されるわけではなく，承継会社等の債務が増加することになり，このことはすなわち，会社分割によって承継会社等に承継される価値が実質的に減少することを意味します。分割会社への求償は可能でしょうが，濫用的会社分割の事例では抜け殻となっている分割会社から求償を得ることは実質的には期待できないでしょう。すると，とくに吸収合併の例で，分割対価として承継会社の株式が発行されている場合，その株式は一種の有利発行のように，実質的には十分な対価なく発行されたことになりそうです。不法行為債務など偶発債務を承継したケースに近いかもしれませんが，会社分割は偶発的なものではないので，承継会社の株主の１人である分割会社と，承継会社のその他の株主との利害をどう調整するべきか，問題があるように思います。

6　おわりに

このテーマについては平成26年会社法改正の立法過程から既に多くの先生方から充実した論考が公表されてきていまして，本日の私の報告もその劣化コピーというところが多く，また，問題点も指摘するだけで結論を出せていません。多くの誤解もあろうかと思いますが，様々なご教示を賜れれば幸いです。ご清聴ありがとうございました。

報 告 4

濫用的会社分割・事業譲渡と否認権――会社分割・事業譲渡の進化と否認権の要件・効果論の深化――

弁護士　岡　　正　晶

ただいまご紹介いただいた，弁護士の岡です。

司法修習34期で，弁護士としての稼働年数が35年と半年になりました，中堅弁護士です。

本日は，よろしくお願いします。

1　はじめに

まず，**【別表】**（金法2071号39頁）をご覧ください。

事例Ⅰは，従来の金融債務取り残し型の新設会社分割ですが，新設会社が分割会社に対し，社債（3年据置・10年分割）を発行して，残存債権者に対し会社分割前の清算価値を保障しようとした点に進化がみられます。ただ悪い会社分割の例だと思います。

事例Ⅱは，破綻必至となった循環取引に係る資産負債を取り残し，急遽，本業に係る資産負債を救出目的で移転した，緊急避難的な事業譲渡です。事業譲受会社は，譲渡会社の破産管財人に和解金を支払った上で，事業継続に成功しました。良いとまではいえませんが，悪いともいえない事業譲渡の例だと思います。

事例Ⅲは，取引債務を承継しない（正統派）事業譲渡ですが，当該事業の価値維持のために，譲受会社が譲渡会社に偏頗弁済をさせた事案です。悪い事業譲渡の進化例の一つだと思います。

本日は，これらの事案に係る七つの裁判例を素材として，否認権の要件論，効果論，そして「危機時期における詐害行為・偏頗弁済につき設計・助言・実行協力等を行ったコンサルタント業者・事業譲受人の損害賠償責任」について，報告をさせていただきます。

なお，A社B社の呼称は，**【別図】**（金法2071号40頁）によります。

2　債務の一部移転を伴う事案における否認権の要件論

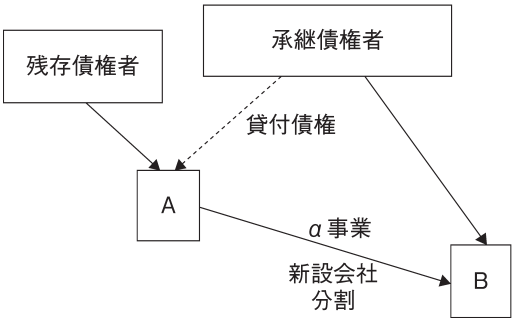
⑴　中間論点整理

では，最初に，否認の要件論です。

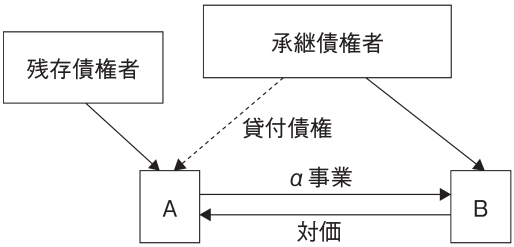
【別表】　事案の概要

		事例Ⅰ	事例Ⅱ	事例Ⅲ
1	判決の表示	①　東京地判平24．1．26（本誌1945号120頁） ②　東京高判平24．6．20（本誌1960号143頁）	③　東京地決平22.11.30（金判1368号54頁） ④　東京地判平25．7．24（本誌1984号144頁） ⑤　東京高判平26．1．23（本誌1992号65頁）	⑥　東京地判平25．5．31（金判1433号25頁） ⑦　東京高判平25.12.5（金判1433号16頁）
2	適用条文（破産法）	160条１項１号	160条１項１号	B_1・B_2社につき161条１項弁済先につき162条１項
3	対象行為（年月日）	会社分割（H21.11）	事業譲渡（H21．2）	事業譲渡（H21．3）
4	Ｂ社に移転した資産	事業継続に必要な全資産（不渡手形等を除く、簿価約5000万円）。	本業（塗装工事）に係る全資産（時価約28億円、うち担保設定済み不動産約10億円）。商号も移転。	B_1社に対し、α事業に係る全資産。B_2社に対し、β事業に係る全資産。
5	Ｂ社に移転した債務	取引先等に対する買掛金	本業に係る負債（金融債務含む。約29億円）。 金融機関に事前説明あり。	なし（B_1社については負債の一部が移転か？）。
6	Ａ社による重畳的債務引受の有無	○	○	×
7	Ａ社に残存された債務	金融債務（約1.4億円）、事前説明なし。	循環取引に係る債務（推定約55億円）。従来、この取引（年商約381億円）の利益で黒字決算をしていた（本業は赤字）。	全負債
8	Ａ社に交付された対価	Ｂ社株式とＢ社発行の社債（額面2000万円、元本を３年後から10回分割弁済）。	100万円。決算確定後に約50万円追加支払。	B_1社から7350万円 B_2社から8400万円
9	Ａ社とＢ社の関係	Ａ社代表者の親族がＢ社代表者２名。Ｂ社は、Ａ社代表者夫婦に給与等支払。	Ｂ社はＡ社の元100％子会社。事業譲渡の前日に、Ａ社代表者の親族に、新株を割当て（4000万円の現金支払あり）、Ａ社の持分比率を33.3％にしていた。	B_1・B_2社は、大手音楽会社の子会社。Ａ社が同社に事業譲渡を提案し、買主として両社が指定された。 同社は、Ａ社取締役甲に、B_1社代表者になるよう打診し、甲はこれを受諾。
10	対象行為後のＡ社の行動	分割日をもって廃業。３日後にＢ社株式を親族に300万円で譲渡（代金は預金から即日払戻し）。分割直後、金融債権者に分割弁済の提案（Ｂ社社債を原資。配当率14.1％。分割前の想定配当率は11.9％）。これを拒否され、H22年に破産申立て（10月決定）。	事業譲渡の３日後に、循環取引が破綻。手形不渡発生。これが予測されたので、１月末に専門業者に依頼をして、本件スキームの提案を受けたもの。 事業譲渡の10カ月後に破産申立て（H22年１月決定）。	Ａ社と大手音楽会社は、本件代金を、基本的には譲渡対象事業に関する債務（承継しない取引先に関するものも含む）について弁済し、他の債務については弁済しないことで合意した。甲は、α事業に関する弁済先につき、より細かな相手方の確定に関与した。
11	対象行為後のＢ社の行動	事業を遂行	事業を遂行。Ａ社代表者が約２億円をＢ社に貸付。外部スポンサーがＢ社株式66.7％取得の上、支援。 Ａ社破産申立時点で、重畳的債務引受に係る取引債務は弁済完了。金融債務のみ弁済中。	Ａ社は、α事業に係る取引先に約7200万円、β事業に係る取引先に約4200万円を弁済した。 Ａ社は事業譲渡の７カ月後に破産申立て（H21年10月決定）。 事業を遂行
12	破産管財人の、FA業者・事業譲受会社に対する損害賠償請求	コンサルタント業者に対し、報酬210万円につき損害賠償請求。 分割前にＡ社から仮払いされ、業者にはH21.11とH22．6に支払われたもの。	アドバイザリー業者に対し、損害賠償請求（報酬約4400万円を大幅に超える５億円の請求）。	事業譲受会社であるB_1・B_2社に対し、Ａ社の違法弁済行為に積極的に加功したとして、偏頗弁済金額につき損害賠償請求。

【別図１：会社分割】



【別図２：事業譲渡】



（中間論点整理15頁より引用）

私は，2014年の金融法委員会の中間論点整理がいう「残存債権者に対し，会社分割をせずに清算すると仮定した場合の清算価値すら保障できないような場合に限り，一般財産の共同担保としての価値を実質的に毀損するものとして，（破産法160条１項１号の）「債権者を害する」ものと評価する」という考え方に賛成します。

①判決も，一般論として，「一般財産の共同担保としての価値を実質的に毀損して，債権者が債権の弁済を受けることがより困難になったと認められるとき」という判示をしており，同趣旨と思われます。

浅田報告で紹介された京都地判平27．３．26（判時2270号118頁）の会社分割の事案では，Ａ社倒産管財人が，手続開始前になされていた300万円でのＢ社株式の売買を否認して取り戻し，改めて入札を行って2000万円で売却することに成功しました。そしてこの結果，一般債権者への配当率が，会社分割前の1.0574％から，2.45％に上昇し，Ａ社の一般財産は回復したとして，一債権者が提起していた詐害行為取消訴訟（破産手続終結後に破産法45条６項により受継したもの）において，もはや詐害行為性はないとしました。清算配当率に着目するもので，同趣旨と思われます。当初から，2000万円で売却していれば，良い会社分割といえそうです。

またこの判決は，詐害行為取消訴訟についてですが，詐害性の判断は，あくま

で当該行為により一般債権者の引当てとなる債務者の責任財産が減少したかどうかで判断すべきであり，行為の前後で責任財産の減少が認められない場合には，仮に（残存債権者と承継債権者との）間に結果として不平等が生じたとしても，それをもって詐害性を認めることはできない旨判示しています。

⑵　判決で認定すべき事実

この考え方によりますと，判決では，①(before)というべき，会社分割等前の残存債権者にとっての予想清算配当率と，②（after）というべき，会社分割等後の残存債権者にとっての予想清算配当率を，各々認定して，後者の方が少なくなっていることを，判示すべきことになります。

（before)については，解体清算価値でよいとして極端に低額に評価する業者等が現実にいますので，注意と警戒が必要です。

（after）に関し，重畳的債務引受（B社の内部負担割合が100％）が問題となりますが，B社に承継債権の弁済を確実に行えることの証明を求め，それができない部分は，債権は移転していないと扱うべきと考えます。債権の移転がほとんどない一方，資産が多く移転していれば，配当率の具体的な算定をせずとも，afterが，before より少なくなった，回収がより困難になった，との認定ができると思います。

⑶　事例Ⅰにおける裁判所の判断

①②判決は，社債•株式につき，B社の実態等から，「資産性のあるものとは到底いえない」と判示して，資産価値はないと認定しました。また重畳的債務引受についても，「A社の債務総額に変更はなく」と簡単に判示しました。やや粗い認定ですが，結果として，予想清算価値の低下を認定していると思います。

浅田報告で紹介された東京地判平25．1．18（LLI／DB 判例秘書（L07030456））も，B社がA社に毎月20万円弱支払うと約束したコンサルティング料につき，この金額では原告への分割弁済は1793回になるもので，「現実的ではない」と判示しました。

⑷　事例Ⅱにおける裁判所の判断

③決定は，重畳的債務引受により配当対象債権は減っていないことを前提に，予想清算価値の減少を認定したようです。

④判決は，内部負担割合 0 の重畳的債務引受につき，事業譲渡の時点では事後求償権が将来発生する可能性があるにとどまり，資産として評価することはでき

ず，債務が実質的に消滅したものといえないと判示しました。

しかしこの事例Ⅱでは，Ｂ社は，Ａ社代表者から約２億円を借り入れたり，外部スポンサーを迎え入れたりして，力強く事業を継続し，10カ月後には重畳的債務引受に係る取引債務の弁済を完了していましたので，もう少し慎重な認定が必要だったと思います。

３　債務の一部移転を伴う事案における否認権の効果論

⑴　中間論点整理

では，次に二つ目のテーマである否認権の効果論です。

中間論点整理は「残存債権者に取引前の清算価値を保障するために必要な限度で，Ｂ社への権利の承継の効力を否定すればよい」と述べています。

理論的にはこのとおりだと思います。

しかし，実務的には，そのような返還が現実になされるのは，一括払い等の和解のときだけで，めったにありません。

多くのケースでは紛争となり，判決となります。判決の場合は，その返還が現実に実行される保証はなく，上記の考え方では不十分です。とくに，Ｂ社倒産の場合は，要注意です。

⑵　事例Ⅰにおける裁判所の判断

①②判決は，原告の請求が，訴え提起時から価格償還請求１本だったので，それをそのまま認容しました。

⑶　事例Ⅱにおける裁判所の判断

③決定は，特定できた資産については原状回復請求を認め，その余は「もはや回復すべき財産の特定が困難」という理由で，価額償還請求を認容しました。

また，理論的には，否認権の行使は破産財団と相手方との間で相対的に効力を生じさせるものにすぎず，その物権的効力により資産と負債が破産財団のもとに復帰することになるという，注目すべき判示をしています。

⑷　検　討

そこで検討ですが，第１に，私は，否認の対象は，会社分割・事業譲渡という１個の不可分な行為であり，この行為が否認されれば，資産の承継と負債の承継（重畳的債務引受を含む）が，セットで「原状に復する」と解すべきと思います。一部請求として，特定の資産の返還だけを請求する実務は相当でないと考えます。判決でも，資産の返還（または価額償還請求）に伴い，復帰する負債の範囲も明

らかにすべきと思います。

第２に，特定物の返還請求ができる場合は，倒産管財人等は，可能な限りそれを目指すべきと思います。ただＢ社にて，担保設定・譲渡等の処分がなされていることが多く，現実的には難しいと思います。

最後に，価額償還請求など金銭請求を多くせざるをえない場合で，かつＢ社に倒産手続が開始されたときが，要注意です。

この場合で，残存債権者の債権総額が，Ａ社倒産管財人の価額償還請求権の金額より多いときは，残存債権者にとっては，会社法上の直接履行請求権を行使して配当を受けるほうが，Ａ社倒産管財人の否認権ルートより，有利になります（この点の説明は，金融法務事情1971号の論考および本日配布レジュメにおける説明を変更しています）。

Ｂ社責任財産に対し，残存債権者が，本来の残存債権の額面ではなく，それより少額のＡ社倒産管財人の価額償還請求権の額面でしか，配当に参加していけないからです。

これは不合理だと思います。

Ｂ社に倒産手続が開始された場合には，残存債権者に，Ａ社倒産管財人経由ルートだけでなく，会社法の定めるＢ社に対する直接履行請求権を，直接行使するルートを認めることが合理的と考えます。そしてその特別ルートを認めるか否かは，Ａ社の倒産管財人の判断にゆだねることがよいと思います。

具体的には，会社法764条７項等の「Ａ社に倒産手続開始決定があったときは，直接履行請求権を行使できない」旨の後に，「ただし，Ｂ社について倒産手続開始の決定があったときで，Ａ社の倒産管財人が否認権を行使しないときは，この限りでない」旨を追加することを提案します。

⑸　補　論

なお，詐害行為取消権の場合は，取消債権者１名の債権額で行使されるので，その金額が移転された資産額より少ないときが多く，その場合は，自分の債権額全額につき価額償還請求権を行使できます。これは，会社法の直接履行請求権と同じであり，Ｂ社倒産となっても問題は生じません。この点において，否認権と異なります。

4　危機時期における詐害行為・偏頗弁済につき設計・助言・実行協力等を行ったコンサルタント業者・事業譲受会社の損害賠償責任

では，最後に，危機時期における詐害行為・偏頗弁済につき設計・助言・実行協力等を行ったコンサルタント業者・事業譲受人の損害賠償責任につき，報告させていただきます。

これは，本発表をお引き受けした時点では，おまけの論点だと思っていたのですが，想定以上におもしろい論点で，しかも東京地裁と東京高裁の判断が食い違っており，興味深い状況にある論点です。

なお金融法務事情に掲載した論考では，「きわどい会社分割•事業譲渡を設計したコンサルタント業者等の責任」と表現していましたが，よりわかりやすい表現に変更しました。

⑴　事例Ⅰにおける裁判所の判断（①②判決）

Ａ社倒産管財人のコンサルタント業者に対する，報酬（210万円）返還請求を認容しました。法律構成としては，業者への支払は詐害行為に当たるし，業者は適法な内容の分割計画の立案・助言等を行うべき義務違反も犯していると判断しました。

⑵　事例Ⅱにおける裁判所の判断

第１審（④判決）は，コンサルタント業者の債務不履行に基づく損害賠償責任を認容しましたが，責任制限合意（報酬を上限とする）を適用（故意・重過失なし）して，①②判決と同じく，報酬相当額（約4400万円）についてのみ認容しました。実務家としてのバランス感覚を感じます。

ところが，東京高裁（⑤判決）は，これを覆し，請求をすべて棄却しました。

①　Ａ社が損害を被ったとみることができるとしても，その損害はＡ社が自らの意思と行為によって生じさせたもの。それが業者の提案ないし助言によるものであったにしても，その損害と業者の行為との間に相当因果関係があるとは認められない。

②　本件業務委託報酬は，いわゆる成功報酬ではない。

③　Ａ社は，後に否認権の行使がされることになる可能性もあることを認識しつつ，本業の存続のためには本件事業譲渡をするのがよいと考えて，これを実行した。

コンサルタント業者は，提案しただけ。決断したのはＡ社であって，業者に責

任はないというものです。

⑶　事例Ⅲにおける裁判所の判断

第１審（⑥判決）は，次のように述べて，Ａ社倒産管財人の事業譲受人に対する不法行為に基づく損害賠償請求を，B_1社について認容しました。

①　破産会社代表者が偏頗弁済を行うことは，破産財団ないし破産管財人に対する関係で不法行為を構成する

②　本件偏頗弁済は，譲渡対象事業のために行われたもので，破産会社・残存事業・残存債権者の利益・有益となるものではなかった

③　破産会社の代表者以外の者が，その偏頗弁済の実行に必要不可欠な行為を行うなどして偏頗弁済に積極的に加功する行為は，同様に破産財団ないし破産管財人に対する関係で不法行為を構成する

④　事業譲受会社B_1社の代表者は，事業譲渡契約の締結，代金の支払，Ａ社による弁済先の確定作業等，偏頗弁済の実行に必要不可欠な行為を行ったので，B_1社は会社法350条に基づき，偏頗弁済額につき（破産管財人が否認権行使により和解金として回収した金額は控除），破産財団に対し損害賠償責任を負うと判断しました。

ところが，ここでも東京高裁（⑦判決）は，第１審判決を覆し，請求をすべて棄却しました。

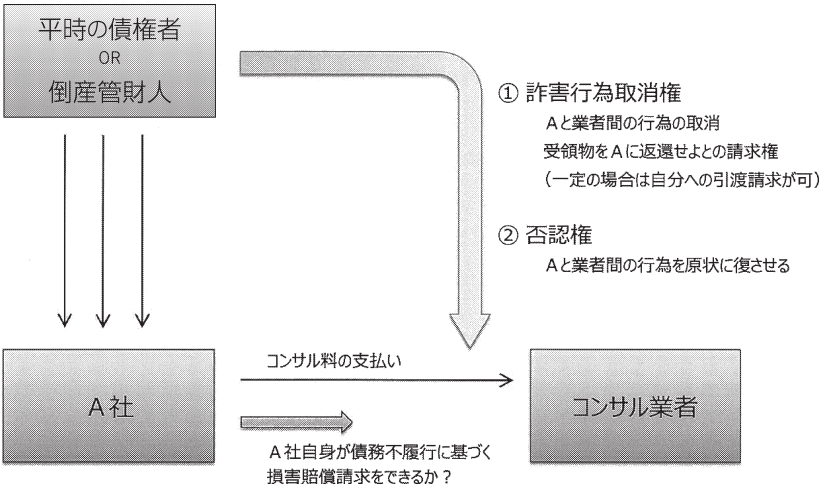
①　債務の弁済は，否認対象，詐害行為取消の対象，民法90条違反となる場合は別として，弁済に至る経過，弁済の時期，動機，態様，債務者と債権者の関係，債務者が支払不能であることについての債権者の悪意等の事情を考慮し，当該債務の弁済が著しく取引通念に反し，信義に反する弁済であるなどの特段の事情がない限り，これが直ちにほかの債権者に対する債務者の不法行為を構成するものではない

②　債務者の代表者についても，上記特段の事情がない限り，偏頗弁済でも直ちにその職務上の義務に違反するものでもない

③　本件偏頗弁済に，上記特段の事情は認められず，偏頗弁済否認されることがあることは別として，破産会社の他の債権者に対する不法行為を構成するということはできない。したがって，B_1社に対する損害賠償請求には理由がない

⑷　検　討

【ポンチ絵①】



これらの判決例に出てきている三つの法律構成について，検討します。

a　まず，コンサルタント業者に対する報酬支払は詐害行為となるかという法律構成です。**【ポンチ絵①】**をご覧ください。

事例Ⅰの①②判決は，この構成を認容しました。

なお事例Ⅱでは，本構成は訴訟物でなく，審議されませんでした。⑤判決の「自己責任論」だと，詐害性なしとなりましょうか？

しかし，業者の行為が「提案」だとしても，①破産債権者を害するスキームを現に設計・助言しており，この設計・助言がなければ事例Ⅱのような専門的で複雑な会社分割の実現は，A社単独ではできなかったこと　②設計・助言だけでなく，書類作成等の実行協力も現に行っていること　③この設計・助言・実行協力等の対価として高額な報酬を受け取っている（報酬額はスキームの実行により移動した資産等の価額を基準に算定されている）こと，を考えますと，このような行為に対する金銭支払は，詐害行為に当たると解すべきと考えます。

破産法265条（詐欺破産罪）1項4号の「財産を債権者に不利益に処分」にも当たると考えます。

なお詐害行為として否認された場合，業者は提供した役務の価額を相殺できま

す。債務者に有益な役務提供（財務分析など）がなされていれば，報酬返還債務と相殺できます。事例IIでは，相殺できる部分がありそうです。

ｂ　次に，コンサルタント業者はA社に対して債務不履行責任を負うかという法律構成です。これについても**【ポンチ絵①】**をご覧ください。

①②④判決は，この責任を認容しました。しかし私は賛成できません。

危機時期にあるA社に対し，事情熟知の上，詐害行為・偏頗弁済のスキームを有償で設計・助言し，その実行に協力する行為は，違法行為への幇助であり，不適切です。

しかし，これは，A社の「破産債権者に対する違法行為」への加担・協力という違法性です。A社に対する契約不履行，契約違反ではないと考えます。

契約上の債務というのは，相手方との合意に基づくサービスを提供するものであり，合意どおりのものを提供していれば，相手方への債務不履行にはならないと考えます。

この意味で，⑤判決に賛成します。

ｃ　最後に，A社の詐害行為・偏頗弁済につき設計・助言・実行協力等を行ったことに基づく，「債権者に対する」不法行為責任という法律構成を，検討します。これについては**【ポンチ絵②】**をご覧ください。

この論点は，事例Ⅰ・IIでは審議されませんでした。

事例IIIにおいて，第１審判決は認容し，東京高裁は否定するという，対照的な判断が示されています。

関係当事者ごとに，検討します。

①　債務者自身（法人・個人）

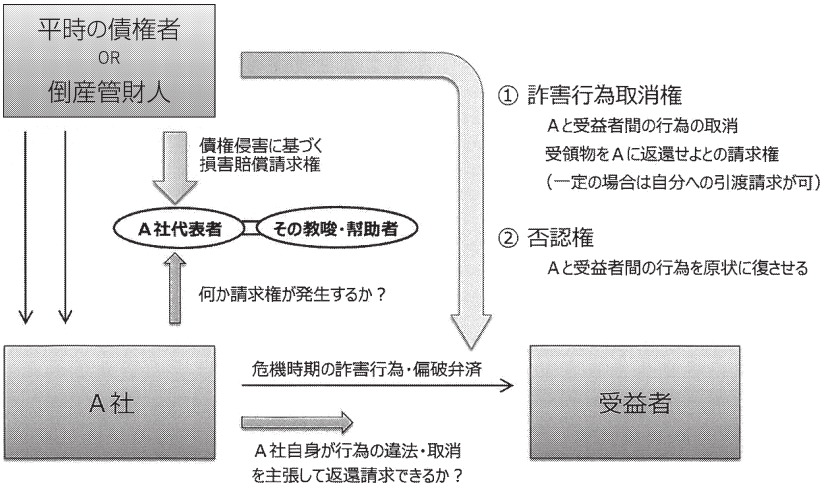
責任財産を減少させる行為は，総債権者に対する違法行為です。ただ債権者に「債権額とは別の損害」を与えるものではなく，別途の損害賠償義務は生じないと思います。債務者自身に対し，債権者のために，責任財産を回復せよ，と命令する法的な手続があれば，それを課すべきと考えますが，現行法上，そのような手続はないと思います。

⑦判決の，他の債権者に対する不法行為に原則としてならないという判断は，債務者自身に限っては，賛同します。

②　債務者法人の代表者

問題は，債務者法人の代表者です。

【ポンチ絵②】



債務者法人とは別の責任財産主体であり，債務者法人に財産を復活させよと命じることのできる，別人格です。

代表者につき，債権者に対する不法行為責任を認める⑥判決の考え方に賛成します。

なお⑥判決ははっきりいっていませんが，詐害行為・偏頗弁済をした，その行為の時点（倒産手続開始前）において，各債権者に対する，不法行為に基づく損害賠償義務が成立すると考えます。倒産手続が開始した時点で，倒産財団ないし倒産管財人に対して，初めて生ずる，条件付きの賠償義務ではなく，行為時点で発生する責任と考えます。⑦判決は，債務者が債権者に対して不法行為責任を負わない場合は，代表者も「それに連動して」責任を負わないと判断しましたが，この点については，反対します。

賠償義務額は，予想清算配当率の減少分×各債権金額でしょう。

代表者は，その金額を，債権者に対する損害賠償義務として負いますが，この不法行為の本質は，債務者の責任財産の減少ですから，違法な減少額を，代表者が債務者に返還・補塡すれば，債権者に対する損害賠償義務は消滅すると考えます。

そして，債務者に倒産手続が開始されれば，この各債権者の損害賠償請求権が，倒産管財人に集約され，同人のみが行使できるようになると解します。詐害行為取消訴訟が，倒産手続開始後は倒産管財人の否認権に集約されること，すなわち破産法45条に準じて解釈することが相当と考えます。

なお，金融法務事情2071号45頁では，代表者につき「(会社に対する) 任務を怠った」との評価ができ，債権者は，会社法429条に基づく請求権も行使できると書きましたが，改説します。会社に対する任務違反と評価するのは妥当でなく，債権者に対する注意義務違反と，ダイレクトに評価することが相当と考えます。

③　債務者法人代表者を「教唆・幇助する」など共同不法行為者に当たる者

上記のとおり債務者法人代表者の，各債権者に対する，民法709条に基づく不法行為責任を認めれば，それにつき「共同不法行為者と認定できる者」は，共同不法行為責任を負います。

事例Ⅰは，コンサルタント業者の主導性が高い事案で，いわば教唆者に当たるといえ，共同不法行為責任が生じると考えます。

事例Ⅱのコンサルタント業者は，教唆者とはいえず，⑤判決がいうように単なる幇助者にすぎないと認められますので，やや微妙です。しかし，この助言なくして実行は無理という重要な助言であったこと，実行協力もしていること，設計・助言・実行協力の対価として高額な報酬を受け取っていることを考えれば，共同不法行為者に当たると考えます。ただ責任額は，全額ではなく，一部につき連帯責任を負うにとどまると考えます。

事例Ⅲの事業譲受人ですが，事業譲渡契約の特約条項（黙示の合意を含む）として，譲渡会社に否認対象となる偏頗弁済を実行させた場合は，共同不法行為者に当たると考えます。⑥判決は，「積極的に加功する行為」を要件とし，B_1社代表者が偏頗弁済先の確定作業にまで関与したことを重視しましたが（代表者がそのような行為までしなかったB_2社については責任を否定しました），本件のような事業譲渡契約に関連する事案においては，要件をより個別化して，「事業譲渡契約の特約条項として，譲渡会社に偏頗弁済をさせること」を要件とすることが相当と考えます。

d　まとめると，以下のとおりです。

①　事例Ⅰ・Ⅱにおいて，業者に対する報酬支払は，詐害行為として否認される。

② 事例Ⅰ・Ⅱにおいて，業者は，A社に対する債務不履行責任を負わない。

③ 事例Ⅰ・Ⅱ・Ⅲにおいて，A社の代表者は，債権者に対する不法行為に基づく損害賠償責任を負う。倒産手続開始後は倒産管財人に対して損害賠償責任を負う。

④ 事例Ⅰ・Ⅱにおけるコンサルタント業者および事例Ⅲにおける事業譲受会社は，原則として共同不法行為者にあたり，債権者および倒産管財人に対し不法行為責任を負う。

⑸ 補　論

浅田報告で紹介された前掲京都地判平27．3．26の事案は，会社分割時点の売掛金も仕入債務も，A社に残された，正統派の分割です。ただ，売掛先から，会社分割時点で区分してA社とB社の2社に払うのは煩雑とのクレームを受け，分割日をまたぐ締め日分は，B社が代理でまとめて回収することにしました。他方，仕入先への弁済も，分割日をまたぐ分は，B社が代理してまとめて弁済しました。そして，B社は，この仕入代金立替分の請求権を，売掛金の代理回収分返還債務と，対当額で相殺しました。約2億2500万円にも上る金額です。危機時期に取得した破産債権であり，相殺禁止と解される余地もありそうですが，債権債務に牽連性があったからか，動機・目的・態様等に相当性があったからか，当該破産事件では問題とされずに終わったようです。

以上です。ご清聴，ありがとうございました。

質疑応答

神作司会　それでは，これから質疑応答の部を始めます。

質疑応答の部は，恐縮ですけども，司会および回答者は着席したまま進めさせていただきます。

全部で７件のご質問をいただいております。ご質問者に直接口頭でご質問をしていただくことが時間的に可能と存じますので，私からお名前を読み上げさせていただきますので，ご質問をしていただきますようお願いいたします。

はじめに，浅田さんのご報告につきまして，福岡県弁護士会の黒木さん，ご質問をお願いいたします。

黒木　本日は，貴重なご発表をいただきましてありがとうございます。

浅田さんへのご質問は，レジュメと，それから金融法務事情1971号19頁の脚注の37に関係するところです。浅田さんは多数決原理による私的整理の利用を提唱されておりますけれども，このレジュメでは準則型ではないものを多分想定されていると思います。しかし，いわゆる準則型私的整理手続でありますと，後見的機関が存在するということになりますので，より容易に多数決利用が可能であると考えられているということになるんでしょうか。

この場合，反対債権者の権利保護については，実体法上，会社分割は分割会社の債権者についてそもそも権利保護が脆弱であるということによるのでしょうか。

換言しますと，準則型私的整理手続では，実体的な再建スキームとして，会社分割を利用すれば容易に多数決による事業再建が可能であるというふうにお考えなのでしょうかと，こういうご質問でございます。

神作司会　それでは，浅田さん，ご回答をお願いします。

浅田　ご質問ありがとうございます。ご質問は本質的で難しい問題だと認識しております。順次お答えしたいと思います。

まず，準則型私的整理手続において多数決利用が可能かという点に関してですが，これは，法制上は設計可能と思っております。また，実務上も，当該手続において，（債権者集会などの）対象債権者からなる集合体が形成されるわけですから，多数決の手続は，会社分割事案における分割債権者よりは，簡単にできると思います。

ただ，申し上げたいのは，両手続における多数決の法的な意味合いで，つまり，この会社分割手続と準則型私的整理手続とは大きく異なると思っております。

そもそも，準則型私的整理手続においてベースになりますのは，基本的には民法の世界であり，そこにおいて，債権の減免等をするには全員同意が大原則になります。したがって，準則型私的整理手続は，基本的に全員同意獲得に向けた手続を行うためのものであり，そのための意思結集のための情報開示や説明なり，また，そこにおける交渉を行うという手続が予定されていると理解しています。

一方で，会社分割の場合は，債権切り捨てが，合法といいましょうか，非合法ではないといいましょうか，できてしまうというのが出発点です。それに対する救済は，個別の債権者が詐害行為取消権等の権利行使をする，ないしは債権者倒産申立てをして管財人の手腕にゆだねることなどが必要となります。

つまり，多数決を準則型私的整理手続において導入するためには，法的根拠の創設が必要です。それに対して，会社分割であれば，本来ならば多数決は不要です。しかし，報告で述べたとおり，それに伴う弊害に対し救済を個別に得るために，いろいろコストがかかり，また問題が生じることから，多数決を導入することを提案しているわけであります。

改めて申し上げますと，この救済を得るためには，個々の人が権利行使をするかどうか判断を迫られるのが原則です。そこにおいては，判断のための情報が必要になり，また，早い者勝ちという局面があるわけですから，他人がどう行動するのかという点も重要となります。ある意味，各債権者は「囚人のジレンマ」的な状況に置かれるわけですから，社会厚生経済の観点からは，非常に不合理な結果が出てくるという弊害も生じうるところであります。私が申し上げているのは「囚人のジレンマ」における「協調的スキーム」を提供できたらなと思っているわけであります。

次に，反対者の権利保護というご質問に関連して述べますと，準則型私的整理手続におきましては，ご紹介いただいた金融法務事情2071号19頁の私の論考の脚注37記載の報告書において立法論等として提唱されています。これについては別途議論をする必要があるとは思っておりますけれども，それが仮に少数債権者の反対を押してまで多数決を優先すべきだという合理性があれば，その利用というのは手続的には可能だと思うわけであります。そこにおいては，やはり反対債権者の権利保護の設計が重要になってきます。一方で，会社分割手続については，

もともと先ほど述べた個別の救済が可能であるので，理屈的には，この両者は大きく違いがあると思っております。

そして，最後のご質問点に関連して申し上げますと，個人的に私は，実は事業再生 ADR の多数決化については慎重な考えを持っておりました。しかし，このご質問を受けまして考えてみますと，この両者というのは大分接近しうるのではないかとも思いました。すなわち，事業再生 ADR であっても，ご指摘のとおり，これをいわゆる第二会社方式を使って利用した場合にどうなるかということを考えますと，私の理屈に基づけば，これは別に多数決であろうと何であろうとできるものはできるのだということになって，後は個別の救済手段を図る人が出てくるか出てこないかという問題になるかと思います。そして，正当な分割なのか，それとも救済が与えられるべきものなのか，この正しさの判断について，コンセンサスを得られる手法の一つとして，多数決を使うことは有益になると考えたわけです。

したがいまして，この両者の関係というのは近接しうるということになり，いずれにおいても多数決というのは有効に使えると考えた次第であります。

ご質問ありがとうございました。

神作司会　浅田さん，どうもありがとうございます。

続いて，片山さんのご報告に対しまして四つのご質問が出されています。

初めに，北海道大学の高見さんお願いいたします。

高見　高見と申します。ご報告いただき，大変ありがとうございました。

日本法は，民法とそれから倒産法については，法継受の関係で詐害行為取消権・否認権の要件というのは相当違っている。これは今回相当整理されたわけですけれども，私は制度的に民法での詐害行為取消権の範囲よりも倒産における否認権の範囲のほうが広いのが当然だと思います。総債権者のためにやらなきゃならないというときには広いのが当然だと思うんです。現に詐害行為取消権の行使がされているときに破産手続が始まれば，その管財人が継受していくというふうになっていますよね。そのときに，民法のほうの詐害行為の解釈でこういう場合には取消しができるんだという場合に，いや，しかし，破産手続の否認権になったらそれはできないんだというふうになるのは制度的におかしいと思うんです。

破産法のほう，倒産法のほうの否認権の規定は，相当これは当時の事情というか，取引の相手方の保護のために予測可能性をしっかりしないといけないという

ことで相当整理してしまって，包括的な感じでの解釈というものを許さないような形で作られてしまったと思うんです。

片山さんが民法でこういうことで今までの類型と違うような場合にも詐害行為取消しを認める，そういう要件を立てられるんだとおっしゃるのであれば，これをぜひ倒産法の否認権のほうの160条なりの解釈としてもこれは主張しなきゃいけないというふうにおっしゃっていただくと平仄が合って大変いいんですけど，そういうふうに言っていただけないかなと思って質問いたしました。

神作司会　高見さん，ご発言ありがとうございます。

それでは，片山さん，ただいまのご意見につきましてご回答をお願いいたします。

片山　貴重なご意見どうもありがとうございます。

詐害行為取消権と倒産法，とくに破産法との関係では，今回の民法改正の中でいわゆる逆転現象の解消のために様々な実効的な措置が検討され，ほぼ逆転現象の解消ができたということですし，例えば偏頗行為ですと，破産法162条と民法424条の３を比較しますと民法424条の３では通謀等の主観的要件が課されていますので，民法のほうが狭いということは言えます。そういう意味で逆転現象の解消は一段落したということだと思います。

その上で，本日は，私から，424条１項が，一般規定であり，社会状況の変容に伴って今までは想像もしていなかった新しい詐害行為の類型が出てきたという場合に，一般規定としての424条１項を活用することによって対応していくことが，今回の民法改正によって可能になったとの主張をさせていただきました。

今回の濫用的な会社分割は既に新しいとはいえないかもしれませんが，仮に既存の法秩序が予定していない新たな現象が社会の中で生じたときに，法が何らかの対応をしなければならないという場合に，民法は一つの手段として，今後424条１項の一般規定によって対応を考えていくということであって，そのことが，破産法との関係で逆転現象を生じさせるということには直ちにならないと思います。破産法も散々これまで議論をしてこられたように，既存の160条，161条，162条をそのまま適用するのは難しそうだということではあっても，解釈論としてその範囲を広げて，それが適用なのか類推適用なのかは別として，解釈上の工夫によって何らかの対応をしてきたわけですから，アプローチの違いはあっても，直ちに逆転現象が生じるということではないのだと思っております。

その上で，破産法についても実は一般条項的な規定が存在するのではないか，160条についてはそのような側面もあるのではないかという分析が少しずつ意識され始めているようには感じております。私は民法学者なので何の影響力もありませんが，例えば，商法の研究者の先生とか，あるいは本日の登壇者では，倒産実務の第一線でご活躍の岡さんがそのような分析も可能かもしれないとの言及をされております。例えば岡さんの今回の金融法務事情2071号の論考ですと，40頁でそのことを示唆されていらっしゃいます。すなわち，破産法160条の１項１号は，「破産債権者を害する行為」から担保供与・債務消滅行為を除いただけで，「絶対的詐害行為に限ると積極的に定義付けをしたわけでなく，濫用的会社分割・事業譲渡のようなハイブリッドな新たな行為を，包摂しうるし，また包摂すべきと考える」と指摘されておりますけれども，この発想はまさしく160条１項が一種の一般規定的な性格を持った規定であるとの理解を示されているものと受け取っております。今後，破産法のほうでもそのような議論が広がるようであれば，私としても非常にうれしいとは思いますけれども，決してそうでなくても逆転現象が生じるということではないと思っているところでございます。

以上でよろしいでしょうか。

神作司会　片山さん，どうもありがとうございます。

それでは，片山さんに対する２件目のご質問に移りたいと思います。福岡県弁護士会の黒木さん，お願いいたします。

黒木　すいません，今日は本当にありがとうございます。

先ほどのご回答でほとんどカバーしていると思いますが，私の質問だけ申しますと，濫用的会社分割に関して，詐害行為取消訴訟が現に係属していた分割会社について破産手続が開始した場合に，破産法45条で承継することになりますが，破産管財人は仮に民法424条１項について一般規定だという先生の考え方を前提とすれば，否認権に構成したときに何条で請求するんでしょうかということをご質問していました。今ご回答いただきまして，160条の岡説ですということであれば，そういうことかなというふうに聞いておりましたので，もう質問はそれで結構かなと。

神作司会　片山さん，追加でお答えいただくことはございますでしょうか。

片山　私は，破産法の否認権について具体的な解釈論を提示しているのではありませんが，例えば岡さんのご説明は，破産法の研究者や第一線でご活躍されて

いる実務家の中でも共有できなくはない考え方だということかと思いますので，それをできれば支持したいとは思います。

神作司会　どうもありがとうございます。

それでは，片山さんに対する３件目のご質問でございます。法政大学で教鞭をとられているとともに弁護士でもいらっしゃる高須さん，お願いいたします。

高須　法政大学で実務家教員をしております高須でございます。本日は，大変貴重なご説明をいただき，大変勉強になりました。ありがとうございました。

１点だけお伺いしたいのですが，先生のほうで取消しの効果に関する理論的な説明として，対抗不能あるいは対抗ということで考えたらどうかという枠組みを提示いただきました。その上で，具体的な解釈運用の方法としては価額償還請求権の行使を原則とするというようなお話であったと思います。

その場合の理論的な関係性をお伺いしたいのですが，枠としての責任財産の創設が第３類型として想定される。残存債権者の債権に対して，その責任財産の充当がなされていない点に詐害性が見出されるということでございますとすれば，取消権行使の効果は端的に責任財産への充当と考えるのがある意味では本来的なようにも思うのですが，先生が価額償還請求という位置付けを与えられるということにつきまして，これは残存債権者の債権の責任財産への充当というものを意識された上で，それを価額償還請求という形で行いましょうというご示唆であるのか，あるいは，それとは別の何らかの価額償還請求そのものの性質のようなものをお考えなのか，このあたりのところをご教示いただければと思っている次第でございます。

先ほど，価額償還請求権について分割された枠として責任財産を引当てとするという積極的な側面という意義付けをしていただいたように思っているのですが，端的に言いますと，価額償還請求を使いこなすことによって詐害行為取消権について新しい何かを生み出せるのではないかと，そのような視点につながるものなのかどうかということで，先生のお考えをご教示いただければと思います。よろしくお願い申し上げます。

神作司会　高須さん，ご発言ありがとうございます。

それでは，片山さん，ただいまのご発言につきましてご回答をお願いいたします。

片山　高須さん，どうもご指摘，ご質問ありがとうございました。

私が，20年前か30年前か忘れましたけども，私法学会で，詐害行為取消権の法的性質について対抗不能という構成で考えてはどうかという報告をさせていただいたときに，下森定教授から「それは責任説と同じことを言っているのですね」とご質問されて，「同じ面はあります。ただ，もう少し広い視点で一般的な説明が可能な概念です」と回答したことを今思い出しましたが，ご指摘いただいた面は確かにそのとおりでございまして，端的に合目的的な効果を考えるということであれば，分割された責任財産を残存債権者に引き当てるという効果が認められれば，それはそれでいいのだと思います。

責任説的な説明でどこまで可能かという点に関しましても，責任説は従前，法律行為による責任の変動と，その責任的無効という点を，おそらく責任財産という枠を前提とした上での個別の財産の変動を念頭に置いて構成されていたと思いますが，濫用的な会社分割において，枠自体の分割をどのように説明されるのかということになるのだと思います。その点はおそらく責任説でも当然想定されて，高須さんもその趣旨のことを書いておられましたので，その点も対抗不能構成と近接するものと思います。

ただ，私が，対抗不能とか対抗とかいう説明をする際に注意をしておりますのは，一つは，今日の岡さんのお話にもありましたように，承継会社や設立会社が倒産した場合を念頭に置いた議論をすべきではないかという点です。詐害行為取消権では，受益者の債権者に対する優先という論点でありますが，この点は，責任説においても重要なポイントになるかと思います。そこで対抗不能ということになると，逸出した責任・責任財産が戻るということなので，仮に受益者のもとで差し押さえるとしても，受益者の債権者に対する優先という，いわゆる物権的な効果が導かれるということになろうかと思います。それが対抗不能ということの一つの意味ですが，逆に対抗不能ではなく残存債権者の債権を対抗するということになると，これは優先関係がなくなって，いわゆる債権的な効果しか出てこなくなってくると思っております。どちらがより濫用的な会社分割において適合的な効果なのかということを考える必要がありますが，対抗不能とは申し上げましたけれども，やはり優先関係を認めるわけではなくして，承継債権者と対等な地位で分け合うという効果が適合的で，正確には債権の対抗すなわち責任財産への債権の充当という方向の説明のほうが的確ではないかと思っております。価格賠償という点を強調する背後には，そのような考え方がございます。

きわめて雑駁となりましたが，よろしいでしょうか。

神作司会　片山さんに対する最後のご質問です。東京霞ヶ関法律事務所の遠藤さん，お願いいたします。

遠藤　弁護士の遠藤でございます。貴重なご報告ありがとうございました。

実は今の高須さんのご質問に対するお答えで私のご質問は実はほぼ解消されたと考えておりますが，一応確認させていただきたいと思います。

先生の今日のレジュメでいいますと通しページの15頁，金融法務事情2071号の論考ですと25頁に対抗不能と書いてあります。この対抗不能という基本的な概念について，12，27頁で引用されている文献を読んでおらず不勉強なため，教えていただこうと思いますけども，この対抗不能というのはまさしく新設会社，承継会社に対して残存債権者がいわば端的に請求できるという意味にとどまるのか，それだけではなくて，承継会社に対する債権者との関係についてまで優先的に主張できるのか，そこがまさしくポイントでして，先ほどの片山さんのご説明ですと承継会社に対する債権者との関係での優先までは主張できないというお話だと思います。そうすると残存債権者と承継債権者の間でのアンバランスが生じるのではないか，もともと私が質問で確認しようとしていたアンバランスの懸念という点について疑問はなくなったと思います。

ただ，逆に対抗不能という言葉の使い方が，やや今まで言われていた民法の概念の中では必ずしも十分認識していないのではないか。あるいは私の単なる不勉強かもしれませんが，そのあたりはちょっとご説明いただく必要があるように思われる点と，むしろ端的に原状復帰だと考えたほうが法的構成としては非常にシンプルと考えられるのですが，なぜわざわざプラス財産部分についてだけ責任説に親和性があるようなお考えになっているのか，そこをご説明いただきたいと思います。

神作司会　ご発言ありがとうございました。

それでは，片山さん，ただいまのご発言に対するご回答をお願いいたします。

片山　遠藤さん，どうもありがとうございました。

対抗不能か対抗かという点は，先ほども説明しましたとおり，受益者，ここでいう設立会社や承継会社の承継債権者との優劣という意味でおそらく大きな違いが出てくるのだと思っております。それで，そこで残存債権者を優先させるのはおかしいと，まさに先生がおっしゃるバランスのとおりだと思っておりまして，

そうすると，対抗不能という意味を厳格に考えていくと，確かに承継債権者に対する優先という効果と直結しますので，対抗といったほうが適合的であるような気もいたします。

対抗不能か対抗かをひとまず措くとして，その効果が価格賠償だとすると，金銭的な請求ですので，承継債権者と対等な地位に置かれてくるということになります。そこを原状回復という形で物権的な返還を認めてしまいますと，逆に承継債権者に対する優先の効果が生じてしまいます。原状回復という形での物権的な救済は，倒産法までいけばそれをどんどんやるべきだ，とれるところはとるべきだというご指摘がありましたけども，少なくとも民法レベルでは対等な地位にとどめるべきで，それは現物返還ではなくして，価格賠償・価額償還によるべきだという趣旨の主張をさせていただいております。その回復方法の議論と効果に関する対抗不能・対抗の議論との関連性は再度検討させていただいて，また別の機会に私の見解を公表させていただきたいと思います。

どうもご指摘ありがとうございました。

神作司会　片山さん，どうもありがとうございました。

続いて，小出さんにお願いいたします。小出さんに対しましては，名古屋大学の松中さんからご質問をいただいております。松中さん，お願いいたします。

松中　名古屋大学の松中でございます。今日は，大変興味深い報告をありがとうございました。

私の質問ですが，先生の配付資料の18頁，４の「その他の問題」のところで言及された承継債権者と残存債権者の保護の関係についてです。

非常に大ざっぱに言いますと，承継債権者のほうは事前に文句を言えば払ってもらえる可能性があるのに対して，残存債権者のほうは事後に請求をすることになります。どちらも何か払ってもらえるという保護の手段ですが，保護のタイミングが事前と事後で異なっております。これは，何か理論的な理由というか説明がありうるのでしょうか。もし，そうではないとすれば，どちらかに統一すべきということになるのでしょうか。

というのも，この承継債権者，残存債権者の保護の差は非常に重要だと考えております。ここに差があると，詐害分割を生み出す原因になる，保護の弱いほうに債権者を振り分けてしまえばいいということになってしまいますので，ここをなだらかにしておくというのは非常に重要なことだと思っております。先生のご

意見を伺えれば大変ありがたく存じます。

神作司会　松中さん，ご発言ありがとうございました。

それでは，ただいまのご発言に対しまして，小出さん，ご回答をお願いいたします。

小出　松中さん，どうもありがとうございました。私の不明瞭な報告を非常にわかりやすくまとめていただきまして，私自身も，あ，そういう問題点を私は言ったんだなと思いました。あるいは松中さん，既にこの点についてはご見解がおありなんじゃないかとも思いますが，承継債権者のほうには会社債権者異議手続があるわけですけど，会社債権者異議手続というのは，一般的な説明としては，承継債権者は債務引受のように債務者が変わる状況にあるので，本来だったら債権者の個別の同意が必要なところであると。ただ，債権者全員の同意を取るわけにもいかないので，会社債権者異議手続では，それに代えて事前の段階で，――債務引受の債権者の同意も事前なわけなので，同じタイミングで――文句がある人だけ手を挙げなさいという制度にしたということなんだと思います。その意味では，残存債権者については債務者が変わらないので，こういった債務引受に引きつけた説明というのはできないんじゃないか。

私が片山さんのご報告から示唆を受けたように，詐害的会社分割の本質というのが結局は財産の切り分けなんだということから考えれば，本来であれば承継債権者と残存債権者とで保護のタイミングが変わるということはなくていいのではないかと思います。

では保護のタイミングはどちらが望ましいかというと，実態から考えれば，結局はもともと同じ財団というか，同じ組織のものだった財産について切り分けただけですので，その行為後も引き続き同じ財産を引当てに請求できる，すなわち事後のタイミングでの保護を与えるというほうがすっきりしているとは思うんですけども，なぜそれができないのかというと，理論的ではないかもしれませんが，理由がもしかしたらあるかもしれません。その一つとしては，事前の段階で文句を言ってこなかった承継債権者は切り捨てたいという実態があるのだろうと思います。これができないと，会社分割というものの利用が，濫用的な分割じゃない場合も含めて，非常に阻害される場面が出てくるであろうと思います。やはり債務が承継されるということは，承継債権者にとってはかなり害されるおそれがあると言いやすい場面だと思うので，そうしますと，承継債権者に対しては事前の

段階である程度期間を切って，そこで異議を述べてこなかったら切り捨ててしまえないと事実上債務の承継は不可能になってしまう。他方，残存債権者のほうに関しては，会社法は基本的には害されないと考えてきたわけなので，濫用的会社分割のように残存債権者が害されるような特別な場面においては事後的な救済を与えているのだという整理なんだろうと思いますが，それが理論的かというとあまり理論的でないようにも思います。

例えば，債権者異議手続をやめてしまって，すべて事後的な責任制度というふうにするとどうなるのかということは確かに非常におもしろい問題だと思います。私自身も今後考えてみたいと思いますが，事後的に請求できるというのは，後出しじゃんけんといいますか，非常に日和見的な行動を生む可能性もあるという気もしますので，そういったことについての検討も重要かなと。

全く答えになっておりませんけれども，ありがとうございました。

松中　ありがとうございました。

神作司会　小出さん，どうもありがとうございました。

続きまして，岡さんへのご質問に移りたいと思います。金沢大学の高さんからご質問をいただいております。

高　本日は，貴重なご報告誠にありがとうございました。

私の質問はコンサル業者の責任に関するものでして，大会資料で言えば通しページ，23頁の（３）ａ）に関するものです。

大会資料内の岡さんのレジュメには,「責任財産を減少させる行為は総債権者に対する違法行為。ただ債権者に「債権額とは別の損害」を与えるものではなく，別途の損害賠償義務は生じない」という記述がございます。詐害行為と不法行為との関係の捉え方として，一方で，金銭債権を前提とするならば，特定の債権者の金銭債権そのものに対する侵害という考え方があります。他方で，岡さんのご報告の中の分析では，特定の債権に対する侵害というよりもむしろ，責任財産に焦点が当てられているようにも感じました。より踏み込んで言えば，例えば担保権設定の場面で考えますと設定者に対する担保価値維持請求権というものが考えられますが，それと同じように，責任財産，つまり債権者の共同担保を一定価値に維持する請求権を侵害したという，先生のご報告にそういう着眼点が伏在しているようにも感じました。

この問題は債務者の責任財産に対する財産管理の原則的自由と債権者の利益を

いかに調整すべきなのかという点においては，二つの視点は成立要件レベルでは帰結においてさほど差異を生じないとも考えられます。ただ，細かな点では，損害発生時期いかんや，その損害自体をどのように考えるかという問題での差異に連なってくるようにも思われました。この点について，岡さんのお考えをお聞かせいただければ幸いにございます。

神作司会　高さん，ご発言ありがとうございました。

それでは，岡さん，ただいまの高さんのご発言に対するご回答をお願いいたします。

岡　高さん，ありがとうございました。先生の専門分野ですので，私に答えられないところはどこかで論文を書いていただければと期待しております。よろしく，まずもってお願いをしておきます。

まず一般債権者の責任財産に対する期待権といいますか，契約上の地位というのはそう大きくはなく，普段は間接的な権能しかないと思います。ただ，倒産法に基づいて，危機時期においては一定の権能を認められているんだろうと思います。

中田裕康教授の債権侵害の論述でありますとか⑦判決の記載は，不法行為と破産制度とのバランス，平仄性を考えなければいけないなどと言い，ほかの制度との比較を非常に重視されております。それをみて，危機時期に破産法・民法で否認・詐害行為取消対象となる偏頗弁済あるいは詐害行為がなされた場合には，債権者に対する具体的な責任あるいは義務違反が生じると考えました。ただ債務者自身については，それは否認権行使に協力するとか詐害行為取消しに協力する程度の義務は生じますが，別途の損害は生じないので損害賠償義務は生じないであろう。しかし債務者代表者など第三者については，そういう否認・詐害行為取消しの制度で違法とされた行為の実行協力等をした場合は債権者に対する不法行為責任・損害賠償責任が生じるのではないか。そういう意味で，一定の状況下で一定の法律がある中で債務者の責任財産を維持すべき債務者の義務，代表者等第三者の義務が，それぞれ意味合いは異なりますが，生じると，そんなふうに考えました。

神作司会　岡さん，どうもありがとうございました。

いただいたご質問は，以上の７件でございます。

せっかくの機会でございます。多少時間がございますので，フロアのほうから

コメントあるいはご質問等ございますでしょうか。

潮見　京都大学の潮見です。午後も報告がありますので，確認だけにしておきます。片山さんと岡さんに対するものです。

片山さんは，先ほどのお答えとか報告の中で，詐害行為取消制度の考え方について，とくに新法の考え方について，岡さんと同じような枠組みで考えているような趣旨でおっしゃっておられたと思います。今回のテーマに限って言えばという限定はつけさせてもらいますけど，片山さんが言われたハイブリッド型の詐害行為取消制度の枠でこの問題を捉え，かつ岡さんも同じようなことを考えているんじゃないかというような趣旨でおっしゃられたようにも聞こえました。

しかし，聞いていると，岡さんと片山さんが考えている枠組みが基本的に違う。岡さんの場合にはむしろ古典的な，しかも否認権の従来型の議論を前提として，そこで破産法160条の解釈を，つまり責任財産減少の部分を実質的に評価することによって今回の問題に対処しようという枠で捉えているように聞こえました。それに対して，片山さんは，これをハイブリッドだ，第３類型だという枠で捉えられているように思われます。そうなると，結果は同じでも，かなり発想が違うんじゃないかと感じたところです。

先ほどの高見さんのご質問に対するお答えについても，結論的にはそうかなとは思ったんですが，理論的な説明としては本当にそうなのかと思ったところです。最後の点は，意見ということでご容赦ください。

片山　手厳しいご指摘ありがとうございます。

岡さんの考え方と違うかどうかということですけども，破産法の議論は条文を前提とした解釈論ですので，160条は責任財産の減少という点から見ていきます。162条は偏頗性という点から見ていきます。有害性二元論ですので，どちらかに分類するのが大前提で，それを前提に，濫用的会社分割はハイブリッドで，両方の性質を持っているときにどうするか。条文は二つ，あるいは間の161条を含めると三つしかないですから，どの条文かの適用を認める必要がある。そこで，おそらく浅田さんはハイブリッドだけれども偏頗行為として162条で行く，岡さんはハイブリッドだけれども160条で行くということになっているのだと思っております。それに対して，私自身は，破産法ではなく民法の解釈論として考えているわけですが，二元論ではなく，424条１項が一般的な規定だということであれば，教義の詐害行為取消しとしての424条１項またはいわゆる偏頗行為取消しとしての424条

の３との，どっちかで行くという話をしなくてもよい。一般規定としての424条１項で対応することが可能である。濫用的会社分割という行為を，無理に責任財産の減少と偏頗行為という二つの側面で切り取って法的性質決定をする必要はなく，むしろそれと違った側面があるので，別個な行為類型として対応を検討するという主張です。

私自身は以上のような立場で説明させていただきましたが，岡さんのお立場がそれに近いかなと私のほうで勝手に思って，半ば強引にそのような性質決定をしてしまいましたが，あるいは一方的な思い込みで，誤解があればいけませんので，改めまして岡さんからご自身のお立場のご説明をお願いします。

岡　私，当初，濫用的会社分割については，井上聡弁護士とか山本和彦教授の説のほうが正しいと思っておりましたので，その実質を尊重しながら，実務的には破産法160条１項１号で行くという立場をとるとハイブリッド型になり，160条１項１号はそういう一般条項性があるというふうに当初考えておりました。破産法160条１項１号がそういう意味を持つという考え方は今でも変わっておりません。ただ，濫用的会社分割について今回のレポートを書くときに，金融法委員会の先ほどの立場をとり，絶対的詐害行為としてみる立場をとりましたし，先ほどの京都地裁判決も，債権者間の不平等は関係ないと言い切っておりました。濫用的会社分割について絶対的詐害行為説に立っているのではないかという，潮見さんのご指摘はそのとおりです。今金融法務事情1971号の40頁を読み直しますと，論理がつながっていないと思います。ただ事案については詐害行為説を取りますが，160条１項１号の文言についてはハイブリッド型を包含しうると今でも考えています。ただ，この二つが論理としてつながっていないのはご指摘のとおりです。すみません。

神作司会　よろしゅうございますでしょうか。

それでは，ほぼ予定の時刻になりました。本日午前の部のシンポジウムは，濫用的会社分割・事業譲渡について，理論および実務の双方から４件のご報告に基づき議論を行いました。実務においては，かつて目についたようなひどい濫用的会社分割や濫用的事業譲渡は少なくなっているようであるとのことでございましたけれども，平成26年の改正会社法による会社法上の直接請求権の創設，それから平成29年民法改正による詐害行為取消権に係る規律の改正により，それぞれの適用における解釈問題や，会社法上の救済と詐害行為取消権との適用関係など，

新たな論点が生じています。また，実務では明らかに濫用的なものは減少しているけれども，濫用的と法的に評価すべきかどうかが微妙なケース，岡さんのご報告における言葉をお借りすると「進化した形態」があらわれているということでございます。良い会社分割と悪い会社分割との分水嶺をどのような基準によって考えていくか，理論的にも実務的にもより難しい問題に対処する必要が生じているということですから，議論をさらに精緻化する必要があるものと思われます。本日のシンポジウムは，これらの点について議論をさらに深めるための第一歩になったと存じます。

ご報告，ご質問をいただいた先生方，および本日ご参加いただきましたすべての先生方に厚く御礼申し上げます。どうもありがとうございました。（拍手）

《シンポジウムII》

預金をめぐる法的諸課題

報　告　1　（潮見　佳男）　65
報　告　2　（道垣内弘人）　75
報　告　3　（阿多　博文）　81
報　告　4　（中原　利明）　93
質疑応答　101

司会　森　下　哲　朗（上智大学教授）
報告　潮　見　佳　男（京都大学教授）
　　道垣内　弘　人（東京大学教授）
　　阿　多　博　文（弁護士）
　　中　原　利　明（三菱 UFJ 銀行）

発言者　（発言順）

白石大（早稲田大学教授）／**圓道至剛**（弁護士）／**上田純**（弁護士）／**佐藤正謙**（弁護士）／**浅田隆**（三井住友フィナンシャルグループ）／**松下淳一**（東京大学教授）／**柴崎暁**（早稲田大学教授）

はじめに

森下司会　ただいまから，シンポジウムII，預金取引をめぐる法的諸課題を開始したいと思います。司会を務めさせていただきます上智大学の森下と申します。

預金に関しては，預金の相続に関して判例変更を行った最大決平28.12.19が注目を集めております。また，相続以外にも様々な検討すべき論点がございます。例えば，流動性預金の担保に関する法的状況は必ずしも明確なものとはいえません。また，預金と民事執行という観点では，現在法制審議会で検討がなされております債務者財産開示制度等の問題が存在します。さらに，預金約款との関係では，債権法改正における約款に関する規定との関係や，さらには，現代的な課題も踏まえた預金約款の改訂といったことも視野にいれた議論がなされる必要もあるように思われます。

本シンポジウムでは，まず，潮見佳男さんに「預金の共同相続」についてご報告をいただき，続いて，道垣内弘人さんに「金融取引における普通預金債権の担保化」についてご報告をいただきます。次に，阿多博文さんに「預金と民事執行をめぐる諸問題」について，最後に，中原利明さんに「預金規定の現代的課題」についてご報告をいただきます。

なお，ご質問のある方は，休憩時間中に質問票にご記入の上，ご提出いただけますでしょうか。

報 告 1

預金の共同相続

京都大学教授　潮　見　佳　男

京都大学の潮見です。私の報告では，預貯金債権の共同相続について新たな法理を提示した最大決平28.12.19（民集70巻８号2121頁）と最一小判平29．４．６（金法2071号88頁）の基礎にある考え方を分析するとともに，そこから浮び上がる検討課題を示し，若干の問題提起を試みることにします。

1　判例法理を構成するもの

まず，判例法理を構成するものを整理します。預貯金債権の共同相続に関する判例法理については，レジュメをご覧ください。このうち，①から③までは従前の遺産共有・遺産分割に関する従来の法理を踏襲したものです。他方，今回，新たに形成されたのは，④から⑥までです。確認のために読み上げますと，

第１に，共同相続された相続財産は，共同相続人の共有に属します。

第２に，相続財産をめぐる共同相続人間の共有関係の解消は，遺産分割審判によります。

第３に，遺産分割の手続において基準となる相続分は，特別受益・寄与分を考慮して定められる具体的相続分であって，法定相続分・指定相続分ではありません。

第４に，共同相続された預金は，相続と同時に当然に相続分に応じて分割されることはありません。

第５に，共同相続された預金は，遺産分割の対象となります。

第６に，共同相続された預金については，共同相続人は共同して払戻しを求めざるを得ず，単独でこれを行使する余地はありません。

2　判例法理を支えるもの

ところで，今回の大法廷決定は多岐の論拠によって支えられています。判例法理を構成する命題に即してその論拠を整理しますと，その論拠は，次の二つに分類することができます。

一つは，預貯金債権が遺産分割の対象となり，かつ，遺産分割における具体的相続分の算定過程に組み込まれることの論拠です。預貯金債権は「現金に近いも

の」であり，遺産分割の際の「調整に資する財産」であるという論拠が，これに当たります。

もう一つは，預貯金債権が相続と同時に共同相続人間で当然に分割されることを否定する論拠です。普通預金債権等は，１個の債権として同一性を維持しながら，入出金ごとに残額が変動するものであるところ，相続開始後の入金の度に入金額を相続分に応じて分割した額を合算した預貯金債権が成立すると解することが不便であり，また，当事者の意思に反することを述べた部分が，これに当たります。また，定期預貯金債権について，預貯金管理事務の定型化・簡素化の要請のもと，預貯金契約に基づく分割払戻しに制限が加えられていることを述べた部分も，これに当たります。

3　最大決平28.12.19の補足意見・意見に含意されているもの

他方，今回の大法廷決定には，多くの補足意見と意見が付けられています。これらについては，既に公表されている評釈類で詳細かつ様々なコメントが付けられていますから，本日の報告では，次の最高裁判例から導かれる検討課題と問題提起に触れる際に，その中に吸収して扱うことにします。私の見立てについては，金融法務事情の論考（拙稿「預金の共同相続」金法2071号48頁）をご覧願います。

4　最高裁判例から導かれる検討課題とそれを受けた問題提起

ということで，この報告では，先を急いで，最高裁判例から導かれる検討課題を示すとともに，これを受けた若干の問題提起を試みることにします。

⑴　預貯金債権の帰属形態

まずは，共同相続後の預貯金債権の帰属形態です。

二つの裁判例が示したことを踏まえたならば，預貯金債権が共同相続された場合に，次の二つの命題が妥当することになります。

第１命題は，預貯金債権は遺産共有となる相続財産に組み込まれ，遺産分割を経て各相続人への帰属が決定するというものです。

第２命題は，預貯金債権は遺産分割の際の基準となる具体的相続分を算定する際の積極財産に組み込まれることになるというものです。

第２命題だけであれば，大橋正春裁判官の意見のように，預貯金債権が可分債権であることを維持した上で，具体的相続分の計算の際に，相続時点での預貯金債権の額を積極財産に組み込むという計算上の措置を講じ，その上で，具体的な分割段階で，各自が取得した預貯金債権額を考慮して調整を図ることもできたは

ずです。ところが，今回形成された判例法理は，第2命題のみならず，第1命題にも立ち入った点に，大きな特徴があります。

ここで，第1命題に関して，遺産共有の対象として預貯金債権を捉えるときは，預貯金債権は共同相続人間で「準共有」されているという理解に進みやすいでしょう。大法廷決定を受けた評釈類でも，大法廷決定は共同相続人が預貯金債権を準共有債権とみたものとして位置付けるものが多いようです。

しかしながら，他方で，共同相続された預貯金債権を準共有債権とみることに対して慎重な意見もあります。そこでは，共同相続された預貯金債権を準共有債権とすることにより，民法の物権法上の「共有」の法理が準用されることになるとの解釈論が無批判に導入されることへの疑問が示されています。また，準共有債権と捉えた場合に民法427条との関係をどのように説明するのかとの問題意識から進んで，預貯金債権の帰属形態をフランス法や国際的モデル契約準則で論じられている「共同債権」の考え方によって理論的に正当化する可能性，つまり，多数当事者関係に妥当する規範を合意により柔軟に形成する可能性と，これを基礎とした新たな類型の形成を視野に入れて，「債権」の「準共有」という現行民法典の規律する既存の定型的枠組みに当てはめることへの慎重な姿勢が示されています。

さて，大法廷決定を基礎に据えたとき，そこでは，共同相続された預貯金債権の帰属を捉えるにあたり，共同相続された相続財産は共同相続人の共有に属することと，相続財産をめぐる共同相続人間の共有関係の解消は遺産分割審判によることが前提とされています。

そして，遺産共有を物権法にいう「共有」と捉え，かつ，遺産共有に服する個別財産の一つとして預貯金債権が含まれるとするときには，その預貯金債権は，遺産分割未了の段階では，遺産共有状態にある他の個別財産と同様に共同相続人間の「準共有」となります。預貯金債権を準共有債権と表現するのは，この文脈の限りにおいて支障はないと思います。共同相続された預貯金債権を準共有債権であるとする見解も，この意味で準共有債権という表現を用いているものと思われます。

もっとも，ここでは，いくつかの点に関して留意することが必要です。そのことが，共同相続の場面で預貯金債権を準共有債権と称しただけでは終わらない問題の複雑さを示しています。

第１に，ここでの「共有」は，遺産分割を前提とした相続財産の共有です。第一義的には，遺産共有の観点から把握された包括的一体としての相続財産の共同帰属形態を表わすものです。

そして，そこで問題となる具体的相続分も，それ自体が権利性を有するものではなく，包括的一体としての相続財産につき，遺産分割との関係で各相続人にその支配が割り当てられる計算上の数値（割合）を意味するにすぎません。

さらに，遺産共有に組み込まれた個別財産の分割は，遺産分割の手続を経て行われます。この意味で，遺産分割未了の段階では，遺産共有下にある相続財産を構成する個別財産である預貯金債権につき，いまだ相続人ごとの各自の具体的相続分を持分とする権利の帰属を語り得ないのです。純粋な物権・債権法レベルで金銭債権の準共有（準共有債権）を語るのとは異質な要因が，ここに存在します。

第２に，遺産共有下にある相続財産を構成する個別財産のうち，不動産については，判例によれば，各相続人の「法定相続分」による持分譲渡は有効です。債権者が遺産を構成する不動産に対する相続人の「法定相続分」による持分を差し押さえることも可能です。

ここで，共同相続された預貯金債権も，不動産と同様に遺産共有を構成する個別財産の一つであるとの考え方を採用する場合には，共同相続人の１人が自己の「法定相続分」による同債権の持分を譲渡することができるのか，共同相続人の１人に対する債権者がこの相続人の「法定相続分」による同債権の持分を差し押さえることができるのか，仮にこれが認められたときには，その後の法律関係をどのように捉えればよいのかという問題が生じてきます。

第３に，平成29年判決は，遺産共有下にある預貯金債権につき，遺産分割前の相続人の１人による預入金融機関に対する個別権利行使（すなわち，払戻請求）を否定し，相続人の１人に対する預入金融機関からの払戻しも否定しました。そのため，仮に遺産分割前の「法定相続分」による預貯金債権の持分の処分や差押えを認めるとしても，このままの状態では相続人の１人に対する持分払戻しが否定されることを踏まえた立論をしなければなりません。もとより，二つの裁判例が採用した法理は，遺産分割前であっても，共同相続人の全員による預貯金の払戻請求を否定するものではありませんし，共同相続人の全員に対する預貯金の払戻しを否定するものでもありません。

第４に，批判理論の指摘にもありますように，個々の預貯金債権の行使や払戻

しの形態を含む属性については，その預貯金債権の発生原因である預貯金契約の内容と性質に左右されます。その意味では，物権法の共有法理を妥当させるに先立ち，当該預貯金債権に固有の属性を，預貯金契約と関連付けて探求する必要があります。

⑵　預貯金債権のうち法定相続分に係る部分の処分・差押え，預入金融機関による相殺

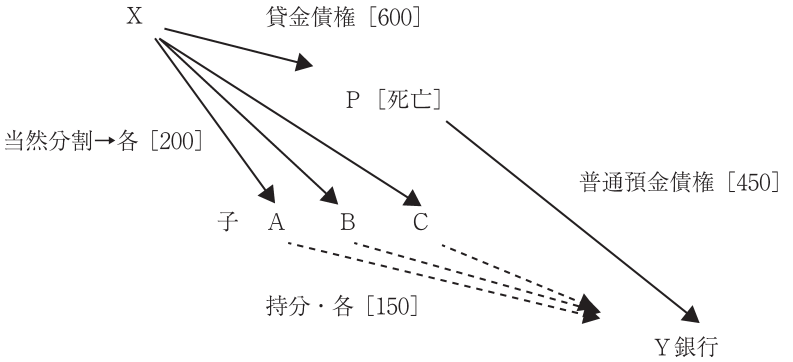
ａ　預貯金債権の差押え

次に，今回の裁判例が預貯金債権のうち法定相続分に係る部分の処分•差押え，預入金融機関による相殺にどのような影響を与えるのであろうかという点について，コメントをします。

まず，預貯金債権の差押えですが，これについては，後の阿多報告の領域ですし，私は全くの素人ですので，ごく簡単な交通整理にとどめます。レジュメの**【図】**を見ながら，聞いてください。

第１に取り上げるのは，相続債権者による預貯金債権への差押えです(**【図１】**)。相続債権者に対する被相続人の債務（ここでは，売掛金に係る債務を例に取りますが)，その被相続人の債務は，共同相続の結果，法定相続分により当然に分割され，各相続人に承継されます。そして，相続債権者は，売掛金を回収するため，差押債務者である各相続人に対する分割単独債権を請求債権として，預貯金債権につき各相続人が有している準共有持分（法定相続分によるもの）を差し押さえることができます。この差押えにあたって，すべての相続人の準共有持分を同時

【図１】　相続債権者による預貯金債権の差押え



に差し押さえることが義務付けられるものではありません。また，預貯金債権に対する各相続人の準共有持分の差押えが可能であるからといって，相続債権者は，このままでは準共有持分を取り立てることはできません。

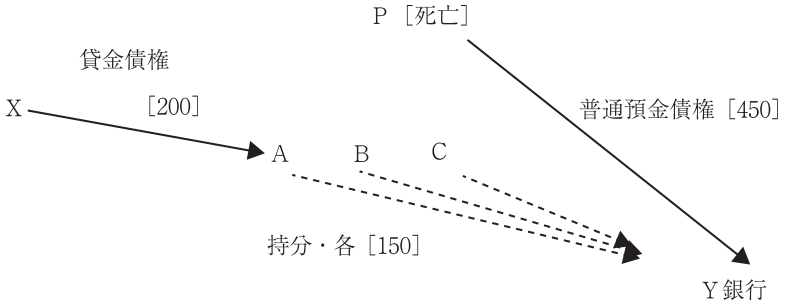
ここでは，相続債権者としては，①預貯金債権の準共有持分についても券面額を観念できるとするならば，転付命令を得て，当該持分の移転を受けるか，②券面額を観念できないとして，この場面で転付命令を認めない立場からは，譲渡命令・売却命令によるか，または③共同相続人による遺産分割を待ち，預貯金債権について法定相続分での取得とは異なる遺産分割がされたときに，遺産分割前の差押債権者として民法909条ただし書による保護を受けることが考えられます。私自身の定見はございません。

第２に取り上げるのは，相続人債権者による預貯金債権への差押えです（**【図２】**）。ここでは，相続人債権者は，債務者である相続人が預貯金債権について有している準共有持分を差し押さえることができます。しかし，相続人債権者は，このままでは，準共有持分を取り立てることはできません。ここでも，相続債権者による預貯金債権への差押えについて示した三つの可能性が考えられます。私自身の定見はございません。

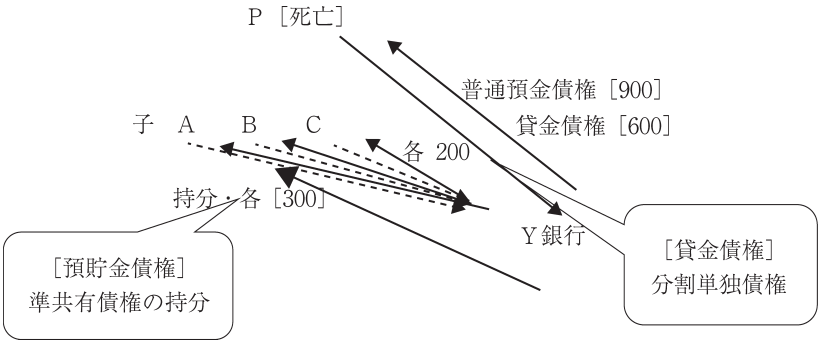
ｂ　預入金融機関による相殺

次に，相続債権者である預入金融機関が被相続人にして有していた貸金債権と，預貯金債権との相殺（**【図３】**）について触れてみます。これら債権の間では，相続開始前に相殺への期待が形成されていました。この期待は，共同相続という事実によって害されるべきではありません。相続開始前に形成された相殺への期待

【図２】　相続人債権者による預貯金への差押え



【図３】　相続債権者（預入金融機関）による被相続人に対する貸金債権と預貯との相殺



利益を法的保護に値するものと考えるのであれば，各相続人が法定相続分により分割承継した貸金に係る分割単独債権の全体と，相続人全員が準共有する預貯金債権とを，金融機関が（遺産分割前であっても）相続人全員に対する意思表示によって相殺することを認めてよいように思われます。

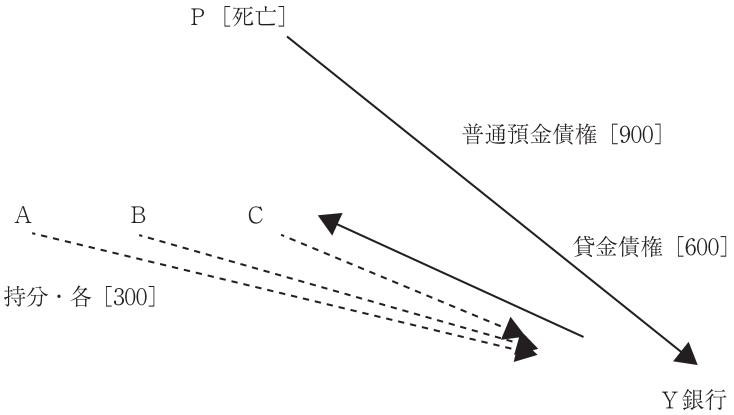
ただし，相続分指定がある場合や，預貯金について「相続させる」遺言がされている場合には，各相続人が法定相続分で負担する貸金債務の割合と，各相続人に対し遺言により与えられる預貯金債権の取得割合が一致しないことになります。そのため，相続人ごとに相殺の要件を捉えたとき，金融機関は，被相続人の生存時に有していた相殺への合理的な期待を完全には実現できなくなります。それゆえ，この局面では，上記意味での相殺を認めるにしても，それに先立って，相殺の相互性要件を緩和し，かつ，預貯金債権を遺言により取得した者のみに対する意思表示によってする相殺を認めることが必要となります。

これに関連して，相続人債権者である預入金融機関による，相続人の１人に対する貸金債権と預貯金債権との相殺（**【図４】**）についても，一言触れておきます。この場合には，金融機関が，その相続人に対する貸金債権と，その相続人が有する預貯金債権の準共有持分に相当する金銭給付請求権とを，「遺産分割後に」相殺することを認めてよいと考えます。

⑶　普通預金債権等についての相続開始後の金額の変動

次のテーマは，普通預金債権についての相続開始後の金額の変動です。鬼丸かおる裁判官の補足意見で述べられている点です。

【図４】　相続人債権者（預入金融機関）による相続人の１人に対する貸金債権と預貯貸金債権との相殺



ところで，遺産分割に関する通常の法理は，レジュメに挙げておいたとおりです。

すなわち，①遺産共有において，各相続人の具体的相続分を算定する際の計算上の基礎となる相続財産の価額は，相続開始時点で被相続人が有していた相続財産であって，遺産共有の対象になるものの価額ですし，②遺産分割にあたっては，遺産共有を構成する個別財産であって，分割時に存在していたものが分割の対象となります。また，③相続開始後に取得した財産は具体的相続分を算定する基礎になりませんし，遺産分割の対象にもなりません。

問題は，普通預金債権の共同相続においても，この論理を貫徹するかどうかです。遺産分割に関する通常の法理を貫徹すれば，普通預金債権についても，①相続開始時の預金債権の額が具体的相続分を算定する基礎となる価額となり（つまり，具体的相続分の算定基準となる預金債権額が相続時の額に固定され），②相続開始後に入金された金額，正確にいえば，相続開始後の預金額の変動を具体的相続分の算定の基礎に組み入れてはならず，③相続開始後に入金された金額に相当する預金債権の部分は，遺産分割の対象とならないし，④相続開始後に預金額が減少した場合は，このことは具体的相続分の算定には影響しないものの，⑤遺産分割の対象は遺産分割時に存在する相続財産であるから，分割時点での金額において存在する預金債権（ただし，相続開始後に入金された金額に相当する増減部

分を除いたもの）が分割対象となるということになります。理論的には，このように考えるのが一貫すると思います。

他方，鬼丸補足意見では，普通預金債権の特殊性，つまり，残高が変動する１個の債権であることが強調され，遺産分割時の普通預金債権（の額）を分割対象財産とする構成が示唆されています。もっとも，具体的相続分を算定する基礎となる普通預金債権の額の基準時が相続時か分割時かは，鬼丸補足意見では，明確な形では示されていません。

この鬼丸補足意見の考え方は，債権が１個のものであり金額が変動するものであるとの性質面から必然的に導かれる帰結ではありません。

むしろ，共同相続された普通預金債権について，遺産共有・遺産分割に関する原則的枠組みと異なる枠組みを採用するのであれば，その根拠は，遺産分割の際の普通預金債権等をめぐる法律関係の簡明な処理を通じて，相続制度の安定的な運用と遺産分割の迅速・円滑な遂行を確保する点に求めざるをえないように思われます。すなわち，普通預金債権にあっては，債権額が変動することが予定されているため，遺産共有段階や遺産分割時において，（相続開始後に残高に変動のあった）１個の預金債権の額を，遺産共有部分とそれ以外の部分のそれぞれに，一義的に明確に割り付けるのが困難な場合が少なくありません。

このような割付けをしようものならば，遺産分割を行う際に相続人の間に無用の混乱をもたらすのみならず，遺産共有段階で相続人の持分を差し押さえた債権者ほか，第三者との間での法律関係を複雑なものとし，遺産分割の遅延，ひいては預貯金の払戻しへの支障を生じさせかねません。それゆえ，普通預金債権については，理論面での曖昧さを甘受しつつ，鬼丸補足意見で提示された考え方を基本的に受け入れることも，あってもよいように思います。遺産分割の理論そのものが，我が国では一般的に一貫性の点で緩いものであるため，余計にそのように感じるのかもしれません。

⑷　預貯金契約が預貯金債権の共同相続に与える意味

最後に，預貯金契約が預貯金債権の共同相続に与える意味について，簡単に触れておきます。

今回形成された判例は，預貯金契約上の地位が共同相続人の「準共有」になるということから預貯金債権が「準共有債権」になるという考え方を採用しているのではありません。法廷意見に対する岡部喜代子裁判官の補足意見の理解とは違

います。

しかし，金銭債権の共同相続が問題となる場面で，その債権が当然分割となるのか，それとも，その債権は遺産共有の対象となる財産を構成し，具体的相続分算定の基礎となって，その上，さらに，遺産分割の対象にもなるのかを判断するにあたっては，その金銭債権の発生原因が何であるか，例えば，債権発生原因が契約である場合には，そこから生じる金銭債権に対して，当該契約により，どのような内容および性質が付与されたのかを抜きにして語ることはできません。このことは，定額預貯金債権に関する先行判例が示すところです。

このとき，民法が定めたルールの枠を超えた内容の払戻し・相殺を可能となる預貯金契約条項（約款）が共同相続人や第三者に対し効力を有するかという問題に，直面することになります。しかし，この点は，今回のシンポジウムでは中原さんのご担当ですので，私からは問題提起にとどめ，詳細は中原報告にゆだねます。

私に割り当てられた時間が参りましたので，報告は以上とします。ありがとうございました。

報 告 2

金融取引における普通預金債権の担保化

東京大学教授　道垣内　弘　人

1　はじめに

ご紹介いただきました東京大学の道垣内弘人でございます。私は以前，神戸大学に勤務しておりまして，この教室でも講義をしたことがあります。この教室の教壇に立つのは，24，５年振りでありまして，それがどうしたのか，といわれると，返す言葉もないのですが，そういうことです。報告の前にもう１点。先ほど昼食をとっておりましたとき，私の姉弟子に当たります立教大学の角紀代恵教授から，「論文を読んだけど，やる気がみられない」といわれました。ポイントとなるところがない，というわけなのですが，やる気がないわけではありません。ここで，私が，普通預金債権の法的性質やその成立メカニズムについて私見を展開しますと，何となくやる気をみせることはできます。しかし，そうではなくて，本日は，普通預金債権の担保化について，実質的にどのような条件があれば，普通預金債権の担保化を認めることができるか，認めるのが妥当か，ということを，とりわけ金融実務の第一線に立たれている会員の皆様にご意見を伺いたい，ということなのです。

普通預金取引のメカニズムについては一定の議論があります。私も一定の見解を明らかにしました。しかし，別に私は自分の見解にそんなに思い入れがあるわけではございません。だめだといわれてもよい。私は，40年以上，ほとんど議論されてこなかった普通預金債権の担保化の話をし，問題を掘り起こしたところが偉いのであり，その偉さで十分です。したがって，メカニズム論については，最後に少しだけ述べますが，直接には扱いません。また，普通預金債権の担保化につき，どのような局面で需要があるのか，といった問題も飛ばします。普通預金債権の担保化を認めるのが実質的に妥当な範囲について，皆さんのご意見を伺いたいというだけです。

まあ，本日は，潮見さん，阿多さん，中原さんから精緻な議論が展開されますので，箸休めという意味もあります。

2　EU 指令と EU 司法裁判所の判決

⑴　さて，そのような実質論を議論するのに際して，私が本日，参考として供しようとしているのは，EU 指令とそれに関する EU 司法裁判所の判決です。

⑵　EU は，1998年に決済の完了についての指令（Settlement Finality Directive 1998）を出し，さらに，2002年に金融担保合意に関する指令，というのが出されています（Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements）。金融担保合意（Financial Collateral）というわけですが，金融取引における証券担保や金銭担保のことでして，ちょっとレジュメに2002年の指令の前文 9 項を引用していますが，これは2009年改正による 9 項を引用したほうがよかったようです。すみません。

2002年の指令では,「本指令の対象である金融担保を用いる当事者の事務負担を制限するために，当該担保が完全な効力を有するための要件として各国の国内法が課しうる唯一のものは，当該金融担保の目的物が担保権者またはその代理人の占有または支配下にあるようにするために，引き渡され，移転され，保持され，登録され，または，特定されていることであり，また，その際，担保権設定者が担保を変更しまたは担保剰余を引き上げることを認めるという担保技術を用いることは排除されない」となっていたのですが，2009年の改正により，「担保権者またはその代理人の占有または支配下にあるようにするために，引き渡され，移転され，保持され，登録され，または，特定されていることであり」という箇所が,「担保権者またはその代理人の占有または支配下にあることであり」とされまして，結局，各国は,「当該金融担保の目的物が担保権者またはその代理人の占有または支配下にある」という要件以外は課すことができないことが明確化されました。

⑶　そして，ある判決において，この要件の解釈が問題になり，それが EU 各国の金融界で大変注目されているわけです。

それは，レジュメに書きました Private Equity Insurance Group SIA v Swedbank AS（Case C-156/15）というもので，2016年11月10日に EU 司法裁判所で判断が下されました。実は，事件としてはラトビアのものであり，ラトビアの裁判所が，EU 司法裁判所に，EU 指令における「占有または支配」という文言の解釈を求めたのですね。

事案を簡単に述べておきますと，銀行（Swedbank）が，保険会社（Equity Insurance Group）との間で当座預金契約を締結するとともに，銀行が，保険会社の負うすべての債務の担保のために，当該当座預金口座について担保権を有する旨の合意がされていたんですね。しかるに，当該保険会社が支払不能になった以降に，当該当座預金口座から口座管理手数料（約3万5000円）を引き落とした，というものです。そこで，当該保険会社の管財人が，当該手数料の引き落としは債権者平等の原則に反するとして，その相当額の支払を求めたというわけです。

EU司法裁判所は，各国から自立した統一的解釈を欧州連合全体のために示す必要を強調しまして，次の2点について重要な判断を示しました。

すなわち，

① 「占有または支配」があるというためには，担保設定者が担保目的物の処分を妨げられていることが必要である。

② 金融担保の目的となる金銭は，倒産手続開始以前に当該預金に預けられたものであることを要する。

ということです。

もっとも，①について少し補足しますと，金融担保合意に関するEU指令は，「担保提供者が，代担保または過剰な金融担保の撤回の権利を有していることは，担保権者に与えられている，本指令における金融担保を毀損しない」と定めており，この権利は，担保の技術として，金融市場において認められるべきものであると説明されています。したがって，そのような引き出し権が設定者にあることはよいのですが，しかし，例えば，担保設定者が，自分の債権を回収するために，当該預金を自由に引き出す権利を有している場合には，「占有または支配」があるとは認められないというわけです。

3　日本法への示唆

⑴　さて，だから日本でもこの二つの要件が必要なのだ，というわけではありません。大正時代ですと，ドイツがこうだからこう解すべきだ，といえたのですが，そんなことはいえない。

そもそも前提が異なるのですね。ここまで「担保化」というだけで，どういった担保化なのか，については触れてきませんでしたが，典型的には，質権が考えられます。まあ，譲渡担保も考えらますが，いずれにせよ，そこでは，債権譲渡と同様の対抗要件が具備されているはずなのです。対抗要件が欠ければ，債務者

の倒産などの局面で第三者に当該担保権を対抗していけないことは，日本法のもとでは当然です。

これに対して，金融担保合意に関するEU指令は，「占有または支配」があれば，登録等の要件なしに担保権者が優先権を有するというものなのであり，登録等の要件に従った各国法における担保手段の効力は別に各国法が定めているのです。こう考えますと，登録等の要件が満たされている場合の各国法の状況のほうが，比較の対象としては妥当かもしれません。

ただ，そうなりますと，例えば，イングランドですと，浮動担保，Floating Chargeの問題となり，日本の状況と少し離れてきます。浮動担保権者は差押えにも負けてしまいます。

そこで，私は，普通預金債権の担保権者の優先権の正当化のためには，どのような態様を有することが保護に値するのか，という観点が必要だと考えました。そして，それには，EU司法裁判所の立場も十分に参考に値すると思うのです。

⑵　次に，「占有または支配」を必要とするということにしましても，EU司法裁判所のように，担保設定者が一定の権利を有しないことを基準に「占有または支配」を定めていくというのが，唯一の法構成ではないことです。例えば，アメリカ統一商事法典（UCC）は，1999年の改正によって，預金勘定を担保目的財産として認めるようになりましたが，例えば，「債務者のさらなる承諾のないままに，担保権者が，当該資産の処分を命じる旨の指示をしたとき，その指示に銀行が従うべきことが，債務者，担保権者，銀行によって，正式な文書で合意されているとき」（UCC9-104 ⒜⑵）には，「担保権者による支配」の要件が充足され，「債務者が，当該勘定の資産について指示の権限を保持していることは，支配要件の充足を妨げない」（同条⒝）とされています。一言でいえば，担保権者の実行権限を基軸に判断しているのですね。この点に関して，アメリカ統一商事法典における定義は“active”なものとなっており，欧州連合司法裁判所の定義は“negative”なものとなっているといわれたりしますが，どちらか一方が当然に妥当であるわけではありません。

4　妥当な結論とおわりに

⑴　そして，実際，どのような場合に，担保権者に優先権を認めるべきか，ということになりますと，私には，担保権設定者の権利行使に制限があることを要求することは自然であるように思えますし，否認時期以降の増加額については担

保の効力が及ばないというのは実質的に妥当であると思います。つまり，EU 司法裁判所の立場はそれなりに実質的に妥当なところを示しているように思うのです。

信託において，信託財産の独立性を正当化するためには，信託財産の帰属者である受託者が，当該財産からの利益を受けられないという仕組みが存在していることが必要であるとされます。もちろん，担保においては，担保権の毀損に当たらない限りで，担保設定者に利用権を認めることができますから，「担保提供者が，代担保または過剰な金融担保の撤回の権利を有していること」は認められてよいと思われます。しかし，自由な利用権限が認められるとき，実質的に担保権者の優先権を正当化することは困難であると思います。

さらに，集合動産譲渡担保についても，「通常の営業の範囲で」商品の処分が認められているだけなんですね。そうすると，それと同様の制約がかかる約定の存在を要求することはおかしくないように思います。

また，担保設定者につき倒産手続が開始した後の問題については，集合債権譲渡担保の議論が参考になります。そして，集合債権譲渡担保が設定されているとき，倒産手続開始後に発生した債権に，譲渡担保の効力が及ぶかという問題について，将来債権を含め，一定期間に発生する債権に対して，債務者は既に対価的な与信を受けているのであり，したがって，倒産手続開始後に発生した債権であっても，譲渡担保の目的となると解する見解も強いのですが，しかし，普通預金債権の担保化にあたっては，将来に存在する普通預金額に見合った与信がされているとは通常考えられません。

そうであるならば，倒産手続開始後の増加額，さらには，否認時期以降の増加額については，担保の効力が及ばないというのは，実質的には妥当なところだと考えられます。

⑵　さて，私としては，こういった点について，ぜひ皆さんのご意見を伺いたいと思います。そして，妥当な結論を考えた後に，預金取引についてどのような法律構成を採ればそれが可能か，あるいは，不可能な法律構成があるか，そういったことを考えていくべきだろうと思います。

そして，本日は，普通預金の取引メカニズムについては触れないと申しました。論文（金法2071号58頁）には書きましたが，その点については，森田宏樹教授の見解と私の試論とが異なる理解を示しています。しかし，私は，森田教授の見解

に立っても，本日，私が述べたところを要件として課すことが，およそ不可能なのか，というと，そうではないように思います。

集合債権の問題として考えても，例えば，診療報酬債権のように，限界があるものは，それはそれで自然に不当な額が担保目的たる債権になるわけではありません。しかし，例えば，売掛代金債権をすべて集合債権譲渡担保の目的としているとき，当該売掛代金債権を増やすことだけを目的として，徹底的に商品を，安価でも何でもよいから売り尽くし，さあ，集合動産譲渡担保権者のための債権は増えました，他方，他の債権者のためにはもはや全く財産がありません，ということでは，これはダメで，何らかの制約はかかりうると思うのです。否認権しかりです。

これまで，法律構成の問題だけが取り上げられ，注目されてきたように思いますが，実質論をまずやろうよ，というのが本日の私のお話です。

ありがとうございました。

報 告 3

預金と民事執行をめぐる諸問題

弁護士　阿　多　博　文

阿多です。どうぞよろしくお願いいたします。預金をめぐる法的諸問題のうち，私の報告では，執行の準備としての預貯金情報の取得と，最大決平28.12.19（民集70巻８号2121頁。以下「平成28年大法廷決定」といいます）を受けての共同相続された普通預金債権・通常貯金債権へ強制執行の方法の二つを取り上げさせていただきます。

この二つのテーマ自体はほとんど関連性がないのですが，テーマとして選択させていただいた背景を説明させていただきますと，シンポジウムの打合せの際，私は民事執行法改正の議論のうち預金に関連する部分，潮見先生が平成28年大法廷決定を担当されることになったのですが，大法廷決定の重要性から民事執行手続への影響もテーマとして追加した次第です。ただ，基本的には，民事執行手続は実体法の解釈の変更がそのまま影響することはなく，執行法の立場から独自に考えるべきであると考えています。

さて，本報告では，説明の都合から普通預金・通常貯金を対象とし，定期預貯金，定期積金までは直接の対象としておりません。また，用語として，預貯金の種類を区別することなく預金と簡略化して用いることを最初にお断りしておきます。

なお，先日平成29年９月29日から民事執行法の改正に関する中間試案（以下「中間試案」といいます）のパブリックコメントが募集開始されていますが，私の報告が法制審議会また，所属する法人団体の意見とは関係のない，報告者の個人意見であることをお断りしておきます。

１　預金情報の取得

⑴　債務者財産，とりわけ預金情報取得の必要性

私は，最三小決平23．９．20（民集65巻６号2710頁。以下「平成23年決定」といいます）の前後で，預金情報へのアプローチの方法が変わったと理解しています。

ａ　債権執行手続内での対応－特定の緩和

平成23年決定前の議論について整理します。差押債権者は，金銭債権の差押命令の申立てに際し，差押債権を特定するに足りる事項を明らかにしなければなりません（民事執行規則133条２項）。特定が要求される理由は，関係者の地位に応じて説明されていますが，債務者および第三債務者からは差押えの効力範囲を認識するためということになります。預金債権は一般債権者にとって有力な引当財産ですが，銀行の預金取引や顧客管理が本支店ごとにある程度独立し，支店を跨がる取引は原則として予定していません。そこで，執行実務では，差押債権者において，請求債権を本支店ごとに割り付け特定し（店舗割付方式），各取扱店舗における預金取引は，差押え・仮差押えの有無，預金の種類，口座番号による順位付け等による包括的な特定（間接的特定）で足りるとされています。しかし，店舗割付方式では支店ごとの割付けが必要とされるため，割付額の限度でしか差押えの効力が及ばないところとなり，割付けを超える預金が存在する場合や割り付けられなかった支店の預金が差押えの対象から外れ，それら預金は他に移動されてしまうといった限界がありました。

そこで，差押債権者の立場からは，割付けを超える預金が生じないように個々の預金の残高に関する情報が必要となりますが，差押債権者は債務者と銀行との取引とは無関係であること，他方，銀行も個人情報保護の観点から預金者の預金の有無や内容等の問合せや調査に応じないことから，差押債権者が預金債権の存在を知りうるには限界があり，実務ではこれを克服する方法として，店舗順位付方式や預金額最大店舗指定方式等による特定が試みられ，下級審段階では肯定否定いずれの裁判例も存在していました。これら試みは，債権者が預金情報を取得できないことによる不利益を債権執行の手続内，とくに「特定の程度」の問題で解決しようとしたものと評価できます。

しかし，最高裁判所は，平成23年決定において，被差押債権の特定は「債権差押命令の送達を受けた第三債務者において，直ちにとはいえないまでも，差押えの効力が上記送達の時点で生ずることにそぐわない事態とならない程度に速やかに，かつ，確実に，差し押さえられた債権を識別することができるものでなければならない」との命題を立て，全店一括順位付方式では特定に足りないと判示しました。その後，最一小決平25．１．17（金法1966号110頁）では，原審（東京高決平24.10.24（金法1959号109頁）。預金額最大店舗方式は特定されていないとして不適法却下した）を支持するなどして最高裁判所としての特定に関する議論は決

着をみたことになります。この平成23年決定は，特定の問題を債務者と第三債務者の利益調整とは整理せず，差押えの効力が及んでいるか否かが判然としない浮動的な状態が生ずる余地を幅広く認めることは関係者の法的地位を不安定なものとするという問題意識のもと，第三債務者たる銀行が債権調査に費やす手間と時間が過大ならしめないように配慮したものであり，銀行の顧客情報管理システム等の進展によって現在の実務や判例準則は変わりうることになります。

b　平成23年決定後の方策－金銭執行手続外での預金情報の取得

平成23年決定以後は，実務では，債権者が預金情報を取得できない不利益を債権執行の手続内で解決するのではなく，現実に情報を取得する方法を模索することになりました。その現れが，平成26年７月以降順次実現拡大していった，弁護士法23条の２の弁護士会照会制度による全店照会であり，現在相当数の金融機関との間で本店ないし金融機関が指定する管理センターに照会すれば，当該金融機関の全支店における預金情報の回答を得ることができる状況になっています。日本弁護士連合会弁護士会照会制度委員会において確認した統計数値によると，平成28年次（１月～12月）に全国単位会が実施した弁護士会照会の件数は18万7219件で，うち２万9866件が「銀行」（①都銀•地銀，②信金•信組，③ゆうちょ銀行）に対する照会でした。いわゆる「全店照会」（有名義債権者が，照会先銀行の全支店における，債務者名義預金の有無，残高を照会するもの）は「銀行」に対する照会の約半数を占め，最近はメガバンクをはじめとしてほとんどの銀行から全店照会に対する報告が得られています。照会対象は，当該債務者の預金情報（預金の有無，預金残高）の取得を内容とするものが多くを占めますが，事案によっては「債務者名義預金の取引履歴」についても報告を受けることが可能となっています。

しかし，弁護士会照会制度は代理人弁護士が所属単位会を通じて照会することが前提であり，代理人弁護士を選任しない限り利用することはできないことになります。

他方，法制度としては，平成15年民事執行法改正で財産開示制度が導入されていましたが，下記のとおり，平成27年は全国で申立事件数は791件と少数で，既済事件件数は817件中，開示事件数は284件，割合にしても34.8％にとどまるという状況でした。

年	平成16年	平成17年	平成18年	平成19年	平成20年	平成21年
申立件数	718	1182	789	663	884	893
既済事件数	489	1213	779	711	821	926
開示事件数	253 （51.7%）	520 （42.9%）	376 （48.3%）	314 （44.2%）	354 （43.1%）	333 （36.0%）
年	平成22年	平成23年	平成24年	平成25年	平成26年	平成27年
申立件数	1207	1124	1086	979	919	791
既済事件数	1159	1095	1126	937	992	817
開示事件数	360 （31.1%）	352 （32.1%）	347 （30.8%）	322 （34.4%）	331 （33.4%）	284 （34.8%）

そこで，民事執行法改正では，財産開示制度とは異なる新たな制度として，第三者からの情報取得制度が改正項目の一つとして取り上げた次第です。

⑵　第三者から債務者財産に関する情報を取得する制度の新設（中間試案第１の２）

今般の中間試案では，「金融機関から，債務者の預貯金債権に関する情報を取得する制度」を設けること自体についてはほぼ異論がないとして，金融機関からの預金債権に関する情報取得は他の第三者からの情報取得と区別されて項目が設けられています。

そのため，金融機関の預金情報を対象とする理由については，民事執行法の改正に関する中間試案に関する補足説明（以下「補足説明」といいます）の中で示される「第三者と情報の範囲を限定するにあたっての基本的考慮要素」での考え方をあえて取り上げる必要はないのですが，後の議論の参考となると思われますので，金融機関の預金債権に当てはめつつ，各要素について紹介しておきたいと思います。

ａ　第三者と情報の範囲を限定するにあたっての基本的考慮要素

⑷　情報取得の必要性（補足説明15頁）

債権差押えの実務における預貯金債権の特殊性，いわゆる支店ごとに特定しなければならない債権差押えの特殊性を理由に必要性を肯定しています。

⑹　第三者が負うこととなる情報提供義務の根拠（同16頁）

三つの考え方（①国民一般が負うべき義務と捉える（例：証人義務（民事訴訟法190条）考え方，②第三債務者の陳述義務の前倒し（民事執行法147条１項）として説明する考え方，③債権差押えの場面における預貯金債権の特殊な取扱いや，金融機関の取り扱う預貯金債権はそこに債務者の現金があるのと類似の状態であるという財産の性質に着目して，金融機関の情報提供義務を正当化しようとする考え方）が挙げられており，いずれも預金情報提供義務を課することを正当化する根拠となりうると考えます。

なお，預金契約における金融機関の預金者に対する開示義務の代位行使構成など，契約に着目するアプローチもありましたが，債務者以外の第三者への拡大を検討するため，契約に着目するアプローチは採られていません。

この情報提供義務の根拠の関係で指摘しておきたい点は，何に基づく義務か，また，誰に対する義務かといったことが整理されていない点です。①の証人義務と②の陳述義務はいずれも公法上の義務ですが，陳述義務については，債権差押命令が，執行逃れを防止するため債務者審尋，第三債務者の審尋を実施することなく発令される（民事執行法145条２項）ことによる債権者の情報不足を，事後の手続で補うために法律によって認められた義務です。

司法権に根拠を有する証人義務は経緯，内容が異なります。また，③の特殊な取扱いは，元々店舗割付方式が，銀行は預金を支店ごとに管理していることに由来するものですが，銀行が便益を受けていることの裏返しとして，銀行は支店における預金口座の存在・内容を回答する義務を負う発想であり，当事者の公平という観点から導かれる負担の問題と考えます。

(c)　その情報に債務者の個人情報等が含まれることへの配慮（同17頁）

二つのアプローチがあります。まず，財産開示手続による債務者自身の開示義務と関連付けて，債務者への手続保障として説明するアプローチと，その情報に含まれる秘密が保護に値するか否かをその情報の内容等から個別的に判断しようとするアプローチが議論されています。この点は，後で触れたいと思います。

b　情報の範囲（中間試案第２の２(2)ア）

債務者が当該金融機関に対して有する預貯金債権の有無のほか，その預貯金債権に対する差押命令の申立てをするのに必要となる事項（取扱店舗，預貯金債権の種類および額等）とされています。

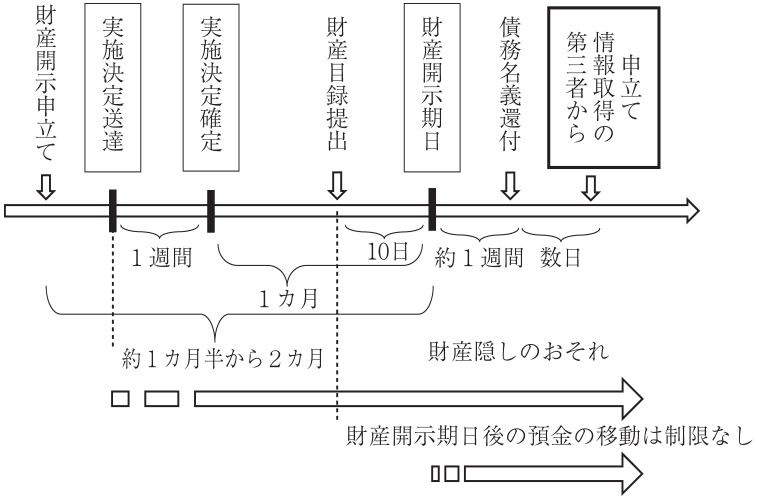
c　第三者から情報を取得するための要件（中間試案第２の２(3)）

三つのレベルで議論されていますが（①強制執行を開始するための一般的な要件，②財産開示手続に関する規律－財産開示の実施要件，③財産開示手続との先後関係），ここでは，③を取り上げます。

甲案（財産開示手続を前置する必要があるとする案）は，財産開示手続が先行していますので，債務者への手続保障は満たしているとして，債務者に告知する前でも，第三者からの情報取得を認めるというものです。乙案（財産開示手続を前置する必要がないとする案）は，第三者への告知は債務者との間での決定の確定後にするというものです。さらに，（注）の考え方は，個別的アプローチを採用し，情報を預金情報に限定されているので，金融機関からの預金情報の取得は債務者の出頭義務や手続違背に対する制裁もないため，債務者に与える影響の程度を重視する必要はないとして，債務者への事前告知を不要として提案されているものです。（注）の考え方は，財産開示手続の前置を不要とする点で，甲案の特則となり，また，債務者への告知前から，第三者の情報を取得する点で，乙案の特則を構成することになります。

⑶　債務者の執行逃れを防止する必要性

金融機関から預金情報を取得するための要件を検討する際に「執行逃れ」を防止する観点から議論を整理してみます。



手続を情報取得制度に純化することによる弊害として，処分禁止効が機能しないこと，その結果，時間軸から眺めると，財産開示を前置する甲案では執行逃れを防止できないという問題提起を意図しています。次の図（前頁）をご覧ください。

まず，時間軸との関係ですが，実務では，実施決定確定後１カ月後を目途に財産開示期日が指定され，財産目録の提出期限は財産開示期日の10日前を目途として指定されます。そうすると，債権者の申立てから，債務者への送達・確定までの期間を考慮すると約１カ月半から２カ月近くが経過した時点で財産開示期日が開かれることになります。債務者は財産開示の実施決定の送達を受けた日以降は，執行の危険を知ることになりますから，それ以降は債務者が財産隠しをするおそれがあり（預金はネット出金等を利用すれば短時間で開設店舗に赴くことなく払戻しが可能です），現状財産開示の実施決定には処分禁止効が働きませんので，それを防ぐことはできません。

現行法下でも過料の制裁があり，不出頭，虚偽記載があれば債権者の上申に基づき過料の制裁が科されていますが，開示割合が34.8％にとどまることが示すように，執行逃れを防止することまでできていません。改正法では刑罰の導入を検討していますが，強制執行を逃れようとする財産の大きさによっては不出頭，虚偽陳述をどこまで防止できるかはやはり疑問です。さらに，財産開示期日後は，制限がありません。したがって，第三者からの情報取得のためには，財産開示手続を前置することを要件とする甲案では，債務者に，執行を逃れる，預金を移動する機会を提供することになり，防止策を考える必要があります。

そこで，何らかの対応策が考えられないかということで，切り口を変えて，三つほど考え方を挙げてみました。

①手続の構成で考える方法は，財産開示前置不要という乙案を採用し，かつ，（注）の債務者への告知前の情報取得を認めるという考え方です。この考え方であれば，そもそも債務者への事前告知が行われませんので，財産隠しは防止できることになります。しかしながら，財産開示を前置しないことへの批判のほか，財産開示実施要件を満たさない場合であるにもかかわらず，第三者から情報が提供されたことによる債務者の不利益の救済方法が問題となります。

次に，②債務者への告知内容を工夫する方法として，「第三者からの情報提供を求める決定」の内容として，提供を求める第三者を抽象化する（具体的名称は挙

げない。例えば，金融機関とだけ記載する）という考え方を提案しています。債務者は，第三者からの回答を閲覧する等して提供を求めた第三者を事後的に知りうることになります。この方法は，甲案・乙案いずれとも結び付きますが，甲案を前提にすれば，一旦債務者に告知はされますが，財産目録記載以外の預金の所在を探索的に調査することができます。

さらに，③第三者から提供を受ける情報を工夫する方法として，第三者の回答内容を回答日の残高のほか実施決定日から債務者の回答日までの預金の変動を含むものとする立場です。なお，②の方法と③を併用すれば，実施決定以降の預金の変更を知りうることになります。乙案を前提にすれば，債務者には告知はされるものの，債権者の情報提供を求める候補先に関する情報は提供されませんので，それらからの移動は防止できる可能性があります。③への批判としては，財産開示制度，第三者からの情報取得制度の目的からの逸脱（もともとは，差押命令の申立てをするのに必要な事項に限定），開示対象を広げても，財産隠しを直接に防止できないという点が挙げられます。

報告者は，執行逃れ防止の観点からは，①を採用すべきと考えています。

2　共同相続される預金債権に対する強制執行

⑴　預金債権の帰属

平成28年大法廷決定の分析については，潮見報告に譲り，強制執行に関する部分のみを取り上げています。

最高裁決定は，共同相続人間で預金債権は準共有となることは明示していないが，法廷意見は，預金債権の内容および性質について，預金債権は１個の債権として同一性を保持しつつ，預金者が死亡することにより共同相続人全員に帰属するに至る旨を判示しているものであり，預金債権は準共有となることを前提にしていると理解されています。

⑵　準共有となる預金債権（預金債権の準共有持分）に対する強制執行

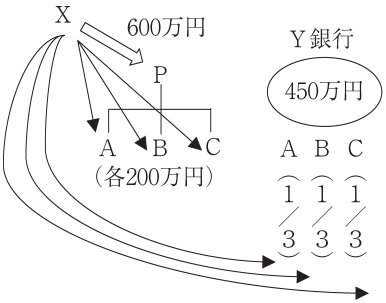
不動産の共有持分に対する強制執行同様，強制執行は可能ですがその申立ての方法については，現在，二つの方法が提示されており，①その他財産権に対する強制執行によるという考え方と，②債権執行によるものとし，差押債権に持分を付記するという考え方があります。①は，準共有持分は民事執行法143条の「金銭の支払いを目的とする債権」には該当しないから，同法167条の「不動産，船舶，動産および債権以外の財産権」に対する強制執行の例によることになると理解す

るものです。これに対し，②は，形式としては不動産の共有持分は，金銭の支払を目的とする債権の執行では不動産とみなす旨の規定（同法43条２項）は不動産特有の規定であって債権との関係では同項のみなし規定は物権の性質に由来するものであり，規定を欠くことが債権と取り扱うことを否定するとは考えられないこと，潮見論文（金法2071号52頁）で指摘されるとおり，ここでの「共有」は遺産分割を前提とした相続財産の共有であり，純粋な物権，債権法レベルでの金銭債権の準共有とは異質であることから相続前の金銭債権に持分を付すだけで足りると考えうることを理由に挙げます。

なお，実務では，まだほとんど事例もなく，報告時点では裁判所としてもいずれの方式によるか確定まではしてないようですが，報告者は②の方法によれば足りると考えています。

⑶　相続債権者による預金債権への差押え

次に，具体的場面を用いて，預金債権の帰属を検討していきます。



【事例１】
Ｘに600万円の貸金債務を負い，Ｙ銀行に450万円の普通預金を有していたＰが死亡し，ＡＢＣ3名が相続した場合

ａ　差押えの可否

相続債権者による預金債権への差押えの場面から検討します。【事例１】は，Ｘに600万円の貸金債務を負い，Ｙ銀行に450万円の普通預金を有していたＰが死亡し，相続人がＡＢＣの場合に，Ｐの債権者Ｘによる預金債権の差押えの可否というものです。

まず，Ｘは，貸金を回収するため，各相続人に対する分割単独債権（各200万円）を請求債権として，預金債権（450万円）につきＡＢＣが有している準共有持分を差し押さえることができると考えます。

ｂ　取立の可否

では，取立は可能か。債権の金銭的価値の現実化の方法としては，実体取引上債権者は，取立と処分の二つの方法がありますが，差押債権の換価手段としても，差押債権の取立と当該債権の取得処分の二つの方法があります。しかし，共同相続により預金債権を準共有する共同相続人は，遺産分割未了の段階では単独で払戻しを受けることはできません。したがって，取立権を取得したにすぎない差押債権者としても，単独での取立はできないと理解されます。

次に，ＸがＡＢＣ全員の準共有持分を差し押さえた場合はどうか。潮見論文(54頁注24）では，請求債権に係る債務が共同相続により各相続人に分割承継されていることを無視してよいか，上記事例では各200万円の債権を有しているにすぎないわけですが，にもかかわらず，450万円全体を取り立てることができるのか，また，共同相続人の１人に対する他の債権者もその相続人が預金債権に対して有する準共有持分を差し押さえたという場面にも耐えうる立論になっているのか（例えば，Ａの債権者による準共有持分への差押え）等，理論面で緻密な検討を要すると問題提起をされています。確かに差押えが競合する場合の処理は問題がありますが，少なくとも単独で持分すべてを差押え確定した場合には，差押債権者であるＸは，後日遺産分割がなされれば全部取得することができるのですから，先取りして全額取立を認めてもよいと考えます。

ｃ　転付命令の可否

次に，転付命令は可能か。転付命令は執行債権と被差押債権の目的の同質性を基礎に，その券面額で代物弁済的決済を図る方法で，①被差押債権が譲渡可能性を有すること，②被差押債権が券面額を有すること等が必要です。肯定されれば，Ｘは，預金債権につきＡＢＣが有している準共有持分すべての転付を受けて，単独で払戻請求が認められることになります。

理論的な問題以外に，相続開始時と差押命令の効力発生時点との間で時間的なズレがあり，その間に預金の変動が生じている可能性があります。また，第三債務者である金融機関は，被相続人の死亡を必ずしも知っているとは限らないという事情があります。したがって，差押命令送達の段階での残高を「券面額」と捉えるのは無理があり，転付命令による処理は認められないと考えます。

ｄ　譲渡命令・売却命令による処理

転付命令が認められない場合の処理ですが，譲渡命令（預金債権の準共有持分を執行裁判所の定めた額で差押債権者に移転する），売却命令(預金債権の準共有

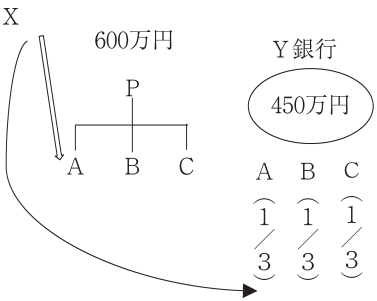
持分を他の準共有者に取得してもらう等執行裁判所の定める方法で売却を執行官に命じる）は可能であると考えます。

まず，転付命令と譲渡命令の違いは，移転の対価が券面額か実質価額かという点にあり，譲渡命令は券面額で転付することが相当でない場合に利用されます。また，譲渡命令では，事前に債務者の審尋が必要となり，また，譲渡価額の適正化を図るため評価人を専任して評価を行うことが実務の取扱いとされています。

先ほど説明したとおり，共同相続された預金債権は，券面額での評価は困難であり，債務者の（書面）審尋を経て，共同持分を実質評価すべきものと考えます。なお，預金債権についての評価人の選任までは必ずしも必要はないと考えます。

次に，譲渡命令は，転付命令と同様，差押債権が競合する債権者がいる場合には認められませんので，競合する債権者がいる場合の方法として，売却命令を利用することが考えられます。

⑷　相続人債権者による預金債権への差押え



【事例２】
Ｘは，Ａに対し，600万円の貸金債権を有している。
Ｙ銀行に450万円の普通預金を有していた被相続人Ｐが死亡し，ＡＢＣ３名が当該普通預金を相続した場合

ａ　差押えの可否

【事例２】は，ＸはＡに600万円の貸金債権を有しているが，Ｙ銀行に450万円の普通預金を有していたＡの被相続人Ｐが死亡。相続人がＡＢＣ３名の場合というものです。

まず，Ｘは，貸金を回収するためＡに対する貸金債権（600万円）を請求債権として預金債権につきＡが有している準共有持分を差し押さえることができると考えます。

ｂ　取立の可否

次に取立ができるかについては，相続債権者の事例と同様，遺産分割前は，Ｘ

は取立が制限されると考えます。

差押え後，遺産分割時点で法定相続分での取得と異なる遺産分割がされても，Ｘは遺産分割前の差押債権者として民法909条ただし書による保護を受けることになると考えます。したがって，Ｘは，遺産分割時点で差押債務者の法定相続分に対応する預金債権額を取り立てることができることになります。

ｃ　転付命令による処理の可否，譲渡命令による処理

転付命令の肯否が問題となりますが，相続債権者の説明と同様，転付命令は認められず譲渡命令によるべきと考えます。持分取得後は，第三者（Ｘ）と共同相続人（ＢＣ）の関係となり，遺産分割審判ではなく，共有物分割の問題として処理されると考えます。不動産の持分を取得した場合における共有関係解消の問題と同じということになります(民法264条による民法256条の準用。最二小判昭50.11.7（民集29巻10号1525頁）参照)。

なお，本件では，預金債権の払戻しを前提に議論をしてきましたが，預金契約の解約が必要となると，預金契約の地位の相続の問題が生じます。預金債権の準共有持分を有する者と預金契約上の地位にズレが生じることになり，困難な問題が生じることになります。

報 告 4

預金規定の現代的課題

三菱UFJ銀行　中　原　利　明

1　報告テーマの選定

最初に，報告テーマの選定理由と問題意識を簡潔にご報告します。

預金取引を規律するのが預金規定であり，全国銀行協会連合会（現在の全国銀行協会）がひな型を公表してから半世紀が経過しようとしており，この間，預金取引をめぐり様々な問題が生じ，その都度適切な対応が模索されてきました。しかしながら，預金規定に定めがあれば対応が明確となったと考えられる事例も数多くありました。また，FinTechという言葉に代表されるように，銀行取引の分野においてもAI化・デジテル化が急速に進展することは不可避と考えられます。先月，三菱UFJフィナンシャル・グループは，国内の事務作業の自動化やデジタル技術による経営改革に取組み「9500人相当の労働量の削減を実現したい」との考えを表明しました。9500人は三菱東京UFJ銀行の国内従業員の約30％に相当する規模です。三菱東京UFJ銀行も8月に「人工知能（AI）の導入などで徹底的に自動化を進めていく」という方針を打ち出しています。

そのためには，預金取引に代表される定型的な取引分野においては，事務対応に疑義が生じないように取引規定の明確化を一層進めることが必要不可欠になると思います。

さらに，金融取引の国際化の進展により，預金取引分野においても外国による規制や，国際的な経済制裁を意識しなければならなくなっており，それに対応することも必要になっています。

これらの観点から，実務を担当する立場で預金規定の現代的課題というテーマでご報告させていただきます。

なお，今回の報告は私個人の意見であり，所属する組織や業界の意見ではないことをお断りしておきます。

2　預金規定と債権法改正法の定型約款

預金取引は，不特定多数の預金者を対象とした大量の事務を迅速かつ画一的に

処理する必要があるので，預金者との間で異なった内容の契約を締結することは困難であり，銀行は預金規定を定めて契約内容を画一的に規律し，相手方はその預金規定を承諾して取引を開始する方法が取られています。

預金取引は約款に基づく附合契約と理解されています。一方で，約款に基づく附合契約については，当事者間で約款の内容について明示的な合意がされていないことから，その拘束力の理論的構成については議論があり，預金規定についても同様と考えられています。

しかしながら，今般の債権法改正により定型約款に関する条項が新たに規定され，定型約款については法的拘束性の根拠が与えられることになったのはご高承のとおりです。

預金取引は，銀行が不特定多数の者を相手方として行う取引ですから，債権法改正法の定型取引の要件の一つである「不特定多数性」の要件を充たします。

預金取引のように大量の取引が予定されているものについては，預金契約の内容を画一的にすることにより，銀行にとっては事務の定型化による正確性の確保やコストを抑制することができますし，預金者は正確で低価格のサービスを利用するメリットを享受することができるので，「画一性•合理性」の要件も充たすと考えられます。例えば，ATM による預金取引は，預金規定が画一的でなければ困難と思います。

また，預金規定は，預金者がその内容を検討していなくても契約の一部に組み込まれることを予定しています。新規に預金口座を開設した場合，銀行は通帳や証書とともに預金規定をお渡ししていますが，この会場にいらっしゃる大半の先生方も預金規定を受け取っても，その内容を個別に確認されることはまれと思います。

したがって，預金取引は債権改正法が規定する定型取引であり，預金規定は定型約款と考えられます。この点についての異論はないと思います。

3　預金規定の改定についての提言

⑴　振込金の振込入金

普通預金規定ひな型は，「この預金口座には，為替による振込金を受入れます」と規定し，預金口座への振込があった時は入金することが規定されています。しかし，受取人が振込金の入金を拒絶している場合や相続開始後に被相続人を受取人とする振込入金があった場合の対応について，現在の預金規定には定めがあり

ません。一方，債権法改正法477条は，弁済の方法として預金または貯金口座への振込による弁済を規定し，弁済のための振込入金に法律的な意義が与えられることになったことから，この点を明確にしておくことが適当と考えます。

a　受取人が振込金の入金を拒絶している場合

代表的な例として，借地借家の賃料の値上げ交渉が合意に達していないときに，賃借人を振込依頼人とする賃料の振込金について貸主から入金拒絶の申出を受けることがあります。

古い実務書には，振込入金を拒絶するときは，預金口座を解約してもらうしかないというような記述もみられますが，現在の実務対応は，「受取人の申出による」との理由で，仕向銀行に資金の返却を行う取扱いが一般的と思います。もっとも，内国為替取扱規則には，受取人の入金拒絶の取扱いの規定はありませんので，入金不能分の取扱いを定めている「名義人相違，取引なしなど」，「取引解約後など」の場合に準じて，入金不能を理由に資金返却が可能と考えられています。

そこで，受取人からあらかじめ振込入金拒絶について申出があった場合は，入金しないことを規定に盛り込むべきと思います。

b　受取人死亡後に振込入金があった場合

預金者について相続が開始した場合の預金契約について，平成21年１月22日の判例は，預金債権とは別に，預金契約上の地位が共同相続人全員に帰属すると述べています。預金契約者の地位の内容は，判例，学説において必ずしも明確ではありませんが，預金契約を承継し当該預金口座を利用して預金取引を継続する地位と考えてよいと思います。したがって，遺産分割協議前で，被相続人の預金口座が残っている場合は，そのまま入金することも考えられます。

実務の取扱いは，被仕向銀行は，仕向銀行を通じて振込依頼人に対して入金することの可否を確認し，合わせて相続人の了解が得られる場合には入金処理を行い，相続人が入金を了解しない場合は入金不能を理由に振込金を仕向銀行に返却する取扱いが一般的です。

振込依頼人の了解を得るのは，被相続人名義の預金口座が残っていても，その実質的な権利者は相続人となっていることから，振込依頼人の意向を確認することによりトラブルを防止することを目的としています。また，相続人の了解を得るのは，相続預金の範囲を固定することにより相続手続を複雑化させることを回避し，相続人間の紛争に銀行が巻き込まれるのを防止することにあります。そこ

で，受取人の死亡届を受理した後の振込金は，入金せずに資金を返却することを明確化すべきように思います。

⑵　遺産分割前の相続預金の仮払い

現在の預金規定には，預金者について相続が開始された場合に関する規定は置かれていません。

平成28年12月19日の最高裁大法廷決定により判例が変更される以前の判例は，相続人が数人ある場合，預金債権は法律上当然分割され，各共同相続人がその相続分に応じて権利を承継するとしていましたので，葬儀費用や被相続人の医療費，その他相続財産に属する債務の弁済，被相続人から扶養を受けていた相続人の当面の生活費の支弁など必要な支払については，相続預金払戻請求者の法定相続分の範囲内においては柔軟に応じることができました。

しかし，大法廷決定は預貯金債権を遺産分割の対象に含めるとともに，遺産分割が行われるまでの間は，原則として，共同相続人の単独での権利行使は認めないことを前提としており，従前のような法定相続分の範囲内での柔軟な取扱いが難しくなりました。本決定後も実務の取扱いは，個別事情を確認して便宜的支払に応じる場合もありますが，法的な裏付けがなくなり，債権の準占有者に対する弁済（民法478条）による免責が受けられる可能性はより低くなったと思います。

遺産分割前に相続預金の払戻しを受ける必要がある場合，大法廷決定の補足意見において，仮分割の仮処分の活用が述べられています。しかし，裁判手続を利用しなければ，必要な相続預金の払戻しを受けられないとすると，相続人の利便性を著しく欠く結果となるように思います。

そこで，相続預金により弁済することが社会的に相当と思われる費用について仮払いに応じることが考えられます。

ａ　葬儀費用・被相続人の医療費・扶養家族の生活費の取扱い

実務経験では，急いで必要とされるのは，葬儀費用や被相続人の医療費の支払，扶養家族の生活費が多いように思います。そこで，①葬儀費用，被相続人の医療費の支払に限り，かつ実費を上限とすること，②払戻請求に際しては請求書等のバウチャーを添付すること，③支払は業者，病院に対して，被相続人の預金口座から直接振り込む方法により支払うこと，という条件を満たす場合は，遺産分割前であっても，相続預金を払い戻すことを預金規定に定めるべきと思います。①～③を要件にすれば，金額の上限を定める必要はないと思います。葬儀費用や医

療費の支払に充当するためであれば，銀行が便宜的に仮払いに応じることについて社会的な理解が得られるように思います。そして，預金契約上の地位は共同相続人全員に帰属することから，相続人はこの規定に拘束されると考えてよいと思います。また，この取扱いが被相続人である預金者の意思に沿うと考えます。

問題となるのは扶養家族の生活費の支払ですが，必要性は理解できるものの，銀行が便宜的な払戻請求の適否ならびに払戻金額の妥当性を判断することは難しいことから，仮払いに応じるのは困難と思われ，家事事件手続法の仮処分を利用してもらうしかないと思います。

b　法制審相続法部会の追加試案

法制審相続法部会の追加試案において，相続預金の仮払い制度が公表され，パブリックコメントに付されています。追加試案は，使途は問わず，金融機関ごとに，100万円または相続預金額に法定相続分を乗じた額の２割のいずれか低い金額について相続人からの仮払いを認める内容です。しかし，資金使途を問わないとなれば，必要性の有無に関係なく一定額について遺産分割前に相続預金の払戻しを許容することになり，その妥当性に疑問を感じます。むしろ使いやすい仮処分の運用を図るべきと思います。

⑶　相続発生後の口座振替の処理

口座振替契約は（準）委任契約ですから，民法653条１号によれば委任者が死亡すれば当然に終了するのが原則です。しかし，平成４年９月22日の判例が述べるように，当事者間の合意により相続が開始されても委任を終了させないことは可能と考えられています。前述のとおり，預金契約は，相続開始により預金契約上の地位が共同相続人全員に承継され，預金者死亡後も委任が終了しないのであれば，相続人から中止の届出があるまで，銀行は口座振替を継続しなければならないようにも思います。

生前の公共料金や養育費であれば，被相続人の本来の債務ですから相続開始後は相続人が承継するので，相続預金から口座振替により支払うことに問題は生じないと思います。しかし，銀行は，口座振替の届出を受ける際に，口座振替の原因の詳細を知る立場にありませんし，相続開始後に口座振替を継続することが死亡した預金者の意思に沿うものかもわかりません。結局のところ，銀行は，個々の口座振替が預金者死亡により終了すべきでない委任契約かどうかを確知できない以上，相続開始後は口座振替を一律停止することが適当と思います。そこで，

この点を明確化するために，預金規定に明記すべきと考えます。

⑷　国際的な経済制裁対応

緊迫化する世界情勢において，国際社会の平和・安全を維持するための非軍事的手段として，各国において経済制裁が強化され，関連法令の整備が進められています。このような環境下，銀行業務においても経済制裁対応の重要性は格段に強まっています。

ａ　我が国外為法による資産凍結等

外国為替及び外国貿易法（以下「外為法」という）16条・16条の２は，主務大臣が，資産凍結等の措置の対象となる個人・団体を指定し，当該個人・団体向け支払と，当該個人・団体との間の預金契約，信託契約及び金銭の貸付契約等の資本取引を許可制とし，それらの取引を不許可にして資産凍結等の措置を実施しています。また，外為法17条は，金融機関に対して，外為法の制裁対象者向け支払や，制裁対象者との間の資本取引について許可を受けていることの確認義務を課し，外為法17条の２は，金融機関が確認義務に違反した場合には，是正措置や外為業務の停止等の措置を規定し，預金規定に経済制裁に関する規定がなくても，外為法により実質的に資産凍結等の措置が可能となっています。

ｂ　外国の法令による資産凍結等

一方，外国の経済制裁は，当該国家の内政の問題であり直ちに国境を越えて域外適用されないのが原則です。しかしながら，米国の立法に代表されるように，特定の国・地域・勢力等に対する経済制裁関連法が実質的に域外適用されるケースもあります。

例えば，米国のいわゆるOFAC（米国財務省外国資産管理局：Office of Foreign Asset Control）規制では，US PersonがSDN（Specially Designated Nationals and blocked Persons）リストで指定された規制対象国・規制対象先と直接取引を行うことはもとより，最終的に米国で決済される米ドル建ての取引に関与すること禁止しています。

平成24（2012）年12月には，三菱東京UFJ銀行がOFACとの間で，OFAC規制違反を理由に860万ドル（約９億円）の和解金の支払，平成25（2013）年６月には，ニューヨーク州金融サービス局との間で，イラン関連の米ドル建決済取引に関して，２億５千万ドル（約270億円）の和解金の支払を合意しました。平成26(2014)年６月に米司法省は，フランス最大手のBNPパリバに総額89億ドル(約

９千億円）の罰金を科すとともに，ドル資金の決済業務の一部を最長１年間禁止しました。これら以外にも，OFAC 規制違反を理由とする米国外の銀行に対する処分は多く行われており，巨額な和解金や罰金が支払われています。

近年は，EU においても制裁規制が強化されており，EU 通貨建の取引については EU 規制にも注意が必要となっています。

しかし，日本の外為法の制裁対象者リストと外国の制裁対象者リストは必ずしも一致していませんし，外国の経済制裁が実質的に域外適用される事態が生じていることを考えれば，外国の経済制裁が邦銀に直接的・間接的及ぶ場合には，預金取引の停止や預金の凍結等の措置を行うことができることを預金規定に定める必要があると思います。

⑸　預金口座管理手数料

現在の預金規定には，原則として預金口座管理手数料を預金者が負担することは定められていません。また，銀行業務の公共性の観点から，銀行は預金契約を自由に解約することはできず，解約するためには合理的理由が必要であると考えられています。このような状況からすれば，銀行の決済機能や金融仲介機能など社会の重要なインフラとしての機能を維持させるために，銀行がコントロールできないような市場環境下では，預金者に相応のコスト負担を求めることには合理性があるように思います。

銀行の持つ金融機能の維持・安定は，我が国の経済発展に不可欠であるだけでなく，預金者の財産の保全や簡易な決済手段の利用など預金者の利益にも適合します。また，民法665条，649条，650条１項・２項は，寄託契約において，受寄者は寄託者に対して寄託事務処理に関する費用償還等を求めることができるとされており，銀行が預金事務処理に必要な費用として口座管理手数料を受け取ることの理論的な根拠となると思います。

加えて，預金者からは，原則としていつでも預金契約を解約することができ，新たに別の銀行と取引を開始することができますから，預金口座管理手数料の有無，料率が銀行選別の手段の一つにもなります。

もっとも，口座管理手数料の仕組みや，口座管理手数料を負担してもらう預金者の範囲など検討すべき事項は多いと思います。

４　預金規定の改定

⑴　新規預金契約締結

今まで述べた預金規定の提案は，いずれも預金者と銀行双方にとり合理性があると考えますので，預金規定を変更した後に新たに預金契約を締結した預金者との間で拘束性を有することは問題ないと考えます。

⑵　既存の預金契約への適用

問題は，既存の預金契約に改訂ないし新規に定められた預金規定が適用されるかどうかです。現行民法には，契約の変更，約款に関する明文規定はなく，また契約や約款の条項を当事者の一方により変更することは原則として困難であると考えられています。しかしながら，暴力団排除条項に関する下級審裁判例が述べるように，預金契約は，定型の取引約款によりその契約関係を規律する必要性が高いと考えられ，取引約款を社会の変化に応じて変更する必要が生じた場合には，合理的な範囲において変更されることも，契約上当然に予定されているということができると考えられます。

また，債権法改正法548条の４は，定型約款の変更が，相手方の一般の利益に適合している場合，または，契約をした目的に反せず，変更の必要性，変更後の内容の相当性，定型約款の変更の定めの有無，その内容など変更に係る諸事情に照らして合理的なものである場合には，個別に相手方と合意することなく契約の内容を変更することができるとしています。そして，改正法附則33条１項は，改正法施行前に利用されている定型取引に係る定型約款の変更にも，定型約款の変更の規律が適用されます。

これまで述べてきた規定変更の方向性は，預金者の利益にも適合し，預金契約をした目的に反せず，変更の必要性，変更後の内容の相当性も認められると考えられますので，現行法および債権法改正法のもとでも預金規定の変更が許容されると考えてよいと思います。

最後に，本日の報告内容は預金規定改定に向けた提言の一部であり，FinTechの進展等により近い将来，預金規定全体が抜本的に見直される可能性もあります。その場合には，預金者と銀行の立場を十分に勘案した合理的な内容とし，預金者の理解を得る必要があることはいうまでもありません。

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。

質疑応答

森下司会　それでは，質疑応答のセッションを開始したいと思います。

合計で９通のご質問をいただいております。一つのやりとり当り５分程度であれば皆様にご発言いただけるかと思います。ご質問者の方，お名前をお呼びしますので簡潔にご質問の趣旨をお話しいただいて，それに対して報告者の先生からご回答いただくという形にさせていただきたいと思います。

それでは，まず，潮見さんに３通ご質問をいただいておりますけれども，早稲田大学の白石さん，お願いいたします。

白石　早稲田大学の白石でございます。よろしくお願いします。

潮見さんに相殺の件でお尋ねをしたいと思います。大会資料の（ｄ）というところで,「相続人債権者による相続人の１人に対する貸金債権という預貯金債権との相殺」という問題につきまして，潮見さんのご報告では遺産分割後に相殺できるとおっしゃったかと思います。そこでお尋ねしたいのは，遺産分割前にそのような相殺が可能かどうかについてはどのようにお考えかということでございます。

この場合は相殺の基本的要件である相互性が満たされているかにつき疑義があるように思いますし，相殺に対する合理的期待も若干乏しい気もいたします。調査官解説などではこのような相殺もできるという趣旨のことが書かれていますけれども，評釈では意見が分かれているところかと思います。この点について，先生は「定見はない」と最初におっしゃっておられましたけれども，現時点でお考えになっておられることがございましたらご教示いただきたいと思います。よろしくお願いします。

森下司会　あと，圓道さんからも同じような趣旨のご質問をいただいております。同趣旨でよろしいでしょうか。

圓道　はい。

森下司会　そうしましたら，潮見さんのほうからお答えをお願いします。

潮見　どうも，白石さん，圓道さん，ご質問ありがとうございました。

白石さんのお話の中で定見はないというふうにおっしゃったと言われましたが，私，差押えのところには定見はないというふうに話したつもりでございます。

でも，ここのところは白石さんのご質問にもございましたが，相互性もそうで

すし，あるいは結局ここで相殺を遺産分割前にしようと思えば，一方は金銭債権であり，他方は準共有持分ですので，同一の目的というふうに言えるのかどうかということが決め手ではないかと思います。逆に言えば，その部分について，同一の目的であるとお考えになられる方々であれば，ここは変わっていくものではないかと思うところです。

合理的期待があるかどうかというところについてはその次の問題かと思いますけれども，そこは人様々じゃないかと思いますが，私は白石さんの考えに基本的には賛成です。

白石　ありがとうございました。

森下司会　どうもありがとうございました。

よろしいでしょうか。ありがとうございます。

そういたしましたら，潮見さんにもう１通ご質問をいただいておりまして，弁護士の上田さん，お願いいたします。

上田　弁護士の上田と申します。本日は，貴重なお話をありがとうございます。

潮見さんにご質問ですけれども，相続債権者による預貯金債権の差押えの部分ですが，法定相続人全員の準共有持分を差押えした場合にでも取立を否定する立場のようにお聞きしましたが，そのような結論となることについて，先生として妥当だと思われているのかということをお聞きしたいと思います。

少しだけ補足させていただきますと，最大決平28.12.19（民集70巻８号2121頁）までは，各相続人に分割された預貯金債権の差押えということで実務的には回収が可能だというふうに考えられていたと思いますが，この大法廷決定によって，そのような全共有持分を差し押さえても取立が事実上できないということになると，実務的には大きな変更になって，妥当ではないのではないかと思えたところです。また，最高裁もそのような実務上の変更まで意図して，考えて出した決定なのかなと疑問に思いました。

他方，そのような先生のお考えによると，遺産分割前に全相続人が共同で払戻しを請求したような場合にも，これが認められない，銀行としても払戻しができないということになるようにも思いますが，実務的にはこのような結論に違和感がございました。もちろん，このような場合，銀行としては民法478条で対応するということなのかもしれませんが，相続人全員が払戻しに来られたら銀行としては払戻しに応じてしまうのではないかとも思いました。不勉強なもので誤解等が

あるかもしれませんが，よろしくお願いいたします。

森下司会　お願いいたします。

潮見　どうもありがとうございました。重要な点で，本来これは阿多さんにお答えになっていただくべきではないかというふうなところもないわけではありません。ただ，おまえはどう考えているのかというご趣旨だと思いますので，思いついたことを申し上げていきたいと思います。

まず一つは，今回の最高裁の大法廷決定が出たということでもって，従来行われていたことがそのまま妥当するということにはもはや立ち行かなくなっているんじゃないかと思うところがあります。それから，今回の大法廷決定が，今先生がご指摘のような形でこの相続債権者が預貯金債権の持分全部を差し押さえた場合について，従前の実務を変更しないなどということを意図しているとは私は決して思わない。むしろ，この部分について大法廷決定は何も述べていないと理解するのが正しいのではないかと思います。その上で，大法廷決定を受けて実務ではどのようにこの問題に対応していったらいいのかという形で，この部分については検討するのが望ましいのではないかとも思います。

さて，そのときに，最後に先生がおっしゃられたことの中には，共同相続人が全員が同意をして払戻しを求めたときに，潮見の考え方ではこれは認められないことになるのではないかというようなご指摘もその中に含まれていたのではないかと思います。私自身は，共同相続人が全員で払戻請求をした場合と，そうじゃなくて差押債権者が全員の共有持分を差し押さえて，その全員の共有持分を取り立てるという場面とは違うんじゃないかと思います。

なぜかといいますと，共同相続人全員が同意をして払戻しを求めるというのは，まさに遺産を構成するものとしての預貯金債権それ自体の履行を求め，そして，その弁済の結果を遺産の一つとして捉えて，遺産分割のほうに持っていくという枠組みの中で捉えられるものです。それと，全員の準共有持分をまとめて差し押さえたから，だからそれを取り立てていきましょうというのとはちょっと違うんじゃないのか，構造的にもそうではないかと思うところがあります。もちろん，全員の払戻請求をして，それに応じて金融機関が払戻しをしようとする場合に，それをやめてくれというのであれば，そこで差押えをしておけばいいわけで，それでとめることができますから，さらにそれを超えて取立まで認めるということは，果たして今後の大法廷決定後の状況を考えた場合にいかがなものかなという

ように思います。

それから，もう一度繰り返しになりますけれども，今回の大法廷決定があったから，そして，全員の同意による預貯金債権の払戻請求が許されるからといって，全員の準共有持分を差し押さえた人が，それを取り立てるということができるというところまで大法廷決定から導き出すというのはちょっと難しいんじゃないのかなという感じがいたします。ただ，この部分は先ほどの阿多さんの考え方と私は違いますし，阿多さんのほうがむしろここはプロ中のプロで，先ほどから言っていますように私は民法しか本当に知りませんから，むしろ執行法のプロの方のご意見を尊重していただければと思います。

それから，あわせて，時間が少しあるようですから一言申し上げますと，全員の準共有持分を差し押さえて，そして取り立てるといった場合に，遺言がなかったらよろしいんですけれども，遺言が書かれていて，ある特定の相続人，例えば先ほどの阿多さんの例でいったら仮にＡにこの預金を譲るという遺言がされていた場合を，一体どう処理するんだろう。貸金債権は貸金債務のほうから見たら，判例を前提にしたら当然分割ですから，先ほどの阿多さんの例でいっても３分の１，３分の１，３分の１の分割単独債権になります。ところが，片一方は１人のところに預金債権があるという状況ですから，そのような場合に，遺言があるから別の問題として処理すればいいんだということであればそれは構わないと思うのですが，そこらあたりのところまで少し考えておかなければいけないと思います。

最後に１点申し上げます。私は，このあたりのところは実務的な処理が大事だというのは非常にむしろわかっているつもりです。私自身，以前に家庭裁判所の調停委員をしていまして，その中でこういう問題もいくつかぶち当たったこともございますから，おっしゃりたい趣旨は，非常によくわかるのです。けれども，他方で，非常によくわかる部分というものを今回の大法廷決定を受けてどう理論的にそれを説明していくのかということをきちんと考えておかなければ，いろんな場面で何か困った問題が起こるかもしれないので，そのあたりは少し慎重に考えていったほうがいいのかなと思います。準共有持分というものと金銭債権の一部というのは違いますから，そのあたりの処理に関わってくるかと思います。

以上です。

阿多　ちょっと１点よろしいですか。

森下司会　はい，お願いいたします。

阿多　指名もされていない者が発言するのはいかがかと思いますが，私のほうが誤解を招くような説明をしたがゆえのご質問かと思いましたので。

取立ができるかという問題と，むしろその取立が仮に潮見さんができないという見解に立たれても，どこまでの手続を進めれば取得換価処分ができるのかという問題は別で，理論的には，私は潮見さんのご説明，共同相続人が全員で払い戻し請求をする場合と差押債権者が全員の共有持分を差し押さえ，全員の共有持分を取り立てるという場面とは違うという指摘は正しいと理解しています。ただ，実務的には，同一人が全員の共有持分を差し押さえたという状況においては，将来的な処理を先取りして，その場合は取立権のレベルで処理をしてもいいんじゃないかという政策的に提案しているだけです。仮に取立は無理だという理論的結論になっても，譲渡命令という手続をとれば，全員の共有持分を差押債権者が取得することは可能となり，その場合は払戻請求はできるわけで，差押債権者は，差し押さえた後遺産分割まで待たなければいけないということではありません。

実は報告の際も，複数差押えがなされた場合を除外し差押債権者が単独で差押え確定した場合に限定して報告しているのであって，例えば，Ｘが相続債権者として，ＡＢＣの共有持分すべてを差し押さえた後，Ａの持分に相続人債権者による差押えがなされ差押えが競合する場合，Ｙ銀行はどの部分について供託できるのか(Ａの競合部分か，全額か)。考えなければいけない論点はかなりあるとは思うんですが，今日の説明では取立と処分の峻別について純化せずに政策的理由から妥協する意見を述べさせていただいたと考えています。

森下司会　ありがとうございます。よろしいでしょうか。

上田　ありがとうございます。

今の話で１点だけ確認させていただきたいのですが，そうすると，譲渡命令を持分全部につき得た場合には払戻請求が可能だと阿多さんのレジュメには書いていますが，そこは潮見さんも異論がないということなんでしょうか。

潮見　譲渡命令を認めたらです。認めればそうなると思います。認めるかどうかについては，私は先ほど言ったように定見はございません。

上田　ありがとうございます。

森下司会　どうもありがとうございました。

それでは，次に，道垣内さんに３通いただいておりますけれども。

道垣内　これ，三つ全部まとめてお答えしたいと思います。

森下司会　はい。まず，弁護士の佐藤正謙さんから二つと，三井住友フィナンシャルグループの浅田さんから一ついただいていますが，三つまとめてというふうなお話でしたので，まず佐藤さんからご質問をいただき，その後，浅田さんからご質問をいただきたいと思います。

佐藤　道垣内さん，ありがとうございました。

特定性を充足するためには担保権者による排他的支配が必要だという点についてご質問させてください。

一般に普通預金に担保を設定する場合に，預金の利用について担保設定者による文字どおり完全な自由裁量を認めるということは，実務上，もちろん案件にもよるとは思いますが，むしろまれではないかなという感覚を個人的には有しております。平時においては，当然，営業上の目的のために当該口座を利用する必要もありますので，一応，自由な利用を認めることになります。他方で，一旦有事ということになれば，（有事というのが，被担保債権に係る期限の利益喪失事由の発生を指すのか，あるいは債務者の一定の財務上の指標の悪化のような状況を指すのか，個別案件における契約上の定め次第だと思いますが），とくに出金について制限を課す，より具体的には担保権者の承認がない限り出金ができないような仕組みによることも少なくないのかなと理解しております。

詳細なドキュメンテーションを行う仕組み金融案件と，わりとラフな感じで預金担保を設定する場合とで，契約書の作り込み方の違いもあるかもしれませんけども，私がイメージしているものは，わりと前者のイメージのものでございます。いわば担保権者の手のひらの上で，担保権者が認める範囲で利用を認められるケースが多いのかなという気もいたします。プロジェクトファイナンスしかり，アセット・バック・レンディングしかり，ＬＢＯファイナンスしかりと。このような場合は，先生のお考えのもとでも，いわゆる排他的支配というものがあると見てよいものか，まずその点を最初に伺えればなと思います。

もう一つは，危機時期における増額の問題についてです。

この観点による場合に，預金担保を特別視する必要があるかという点が，一つ疑問でした。

将来売掛債権の譲渡あるいは担保の取得のケースとも比較した議論かと思いますが，預金を担保に取るのは，いわゆる包括担保，シームレス担保の一環として

預金にも担保を設定するというケースが多いのかなと。売掛債権からの回収金は普通はやはり預金口座に一旦入金されるであろうと。そこで，預金に形を変えたときも，担保の網から漏れることのないように，きちんと担保を設定しておくというケースが多いのだとすると，預金債権のみ取り上げて与信の対象にしたとしても，保護の必要はあまりないのではないかというご指摘もあったかと思うのですが，そのような指摘が当てはまる事例自体がむしろ少ないのではないかなという気もします。売掛債権などについて，将来債権譲渡もしくは担保の設定を受ける場合に，ご指摘いただいたように，管財人が選任された後にも当該処分の効力が引き続き及ぶかという問題は，それ自体が一つの重要な論点であり，その問題について否定的に解するのであれば，預金も含めて否定的な立場によるということになってもおかしくないとは思います。ただ，少なくとも預金担保についてのみ取り上げて，否定的に解しなければいけない理由もないのではないかなという気もしました。

以上につき，ご教示いただければ幸いです。よろしくお願いします。

森下司会　ありがとうございました。

それでは，浅田さんも一緒にご質問いただければと思いますので，マイクをお願いいたします。

浅田　三井住友フィナンシャルグループの浅田です。本日はありがとうございました。

道垣内さんの「妥当な結論を探求し，その次に法的構成を考える」アプローチに賛同いたします。

考えてみますと，普通預金担保は金融実務に非常に重要でありますものの，道垣内さんの2000年の論文，それから，森田宏樹教授の論文以降，ここ10年ぐらいは，この論点の議論についてはほとんど動きがなく，困っていたところでありました。それを私は大法廷決定が動かすのではないかと期待していたわけです。いずれにしろ，今回のご報告により，もう一つ新しい方向性に向かっていくということを期待しております。

そこで，その議論においては，普通預金担保について，一つの取引目的ないしは取引形態を前提としておられるのか，それとも，異なる取引目的とか取引形態とかを許容しうることを前提としておられるのか，そのどちらを前提の上，結論ないしは法的構成を考えていかれるのかをお尋ねしたいと思います。

といいますのも，銀行実務において普通預金を担保にとるケースはいろいろございます。一つ目の典型は，通常の企業融資でとりあえず何でも担保を取るという，その中に普通預金もあったというタイプでありまして，これについては，先生が金融法務事情2071号62頁に書かれておられるように，その見合った与信があるかと言われると，確かにそれほどないのかなと思います。

それに対して，二つ目のパターンですけれども，プロジェクトファイナンスとかＡＢＬにおけるものです。これらについては，一定のキャッシュフローを予想して，それに基づいて信用判断がなされているので，そうしますと，その与信の考え方とか見合い期待であるかという点で，一つ目と異なるのではないかと思います。そうしますと，妥当な結論というのも，複数あり得るのではないかとも思うわけです。この点について，先生はどうお考えでしょうか。

道垣内　どうも，佐藤さん，浅田さん，ありがとうございました。

まず，佐藤さんの第１のご質問からですが，これについては直接にはお答えしないというのが私の本日のスタンスになります。どういうことかと申しますと，佐藤さんのご質問は，私が本日の報告では扱わないと申し上げました預金のメカニズムの問題と関連しているんですね。

私が，普通預金債権の担保化につき，最初に論文を書きましたときには，普通預金というのは１個の債権につき，その額が変動しているものだという理解をとりました。そうなりますと，普通預金債権について例えば質権を認めるということを問題とするときには――また，債権質は物権か，などと言い出しますと，きりはないのですが――，物権の共通の要素として排他的支配が必要になるところ，額の変動する債権についても排他的支配が可能なのか，可能な場合とはどういう場合なのかという論点が出てくる，と主張したのです。

これに対して，森田教授が，いや，普通預金は一つの債権の額が変動するものではなく，出入金ごとに新たな債権が成立するのだ，そして，それを前提とすると，普通預金債権を担保に取るということは，出入金ごとに新たに成立する債権，これは将来債権ということになりますが，それら全部包括して集合債権的に担保に取るということになるのだ，と主張されたわけです。このように考えますと，一個一個の債権，そのつど，額の決まった債権が担保目的物になっているということになりますので，変動しているのに排他的な支配ができるか，などという問題は存在しないと分析されたのですね。

報告の冒頭に申しましたように，この問題は本日は扱わない。そうしますと，その問題を扱わざるをえないご質問については，お答えしない，ということになります。ところが，佐藤さんは非常に慎重でして，ともあれ道垣内の説ではどうなるのか，と私の逃げ道を塞いでいます。しかし，私が申し上げたかったのは，仮に一個一個の将来債権が担保に取られていると見たときも，そうだからといって，その担保化が有効とされるために，本当に出し入れは自由になっていてよいのかという問題は立つのではないか，ということなのです。私は，変動することを前提に，排他的支配可能性が肯定される要件を考えてみたのですが，そのようなメカニズム理解をとらず，森田教授のように考えた場合でも，やはり，一個一個の債権についての担保化なのだから何らの制約がなく全部担保ができるのか，それは有効なのか，ということは考えてみる余地というのはあるのではないかと思うのです。メカニズムから出発して考えてみるのではなく，現実問題として考えたときに，どのような場合には認められるのか，認めるのが妥当かということから，試みに考えてみましょうということであるわけです。

そこで，佐藤さんがおっしゃる事例，つまり，担保権者の手のひらで担保権設定者が出し入れをしているだけであって，いろんな制約がかかっているという場合に，道垣内が必要とするところの排他的支配の可能性があるのか，という問題だと佐藤さんの質問を理解しますと，私は答えません，ということになります。しかし，佐藤さんの質問を少し変えて，こういった事例は，あなたの言うところの「普通預金債権担保を認めても妥当な場合」に含まれますか，としますと，私は答えなければならないということになります。

そして，そこにおいて，プロジェクトファイナンスの問題やＡＢＬの問題が出てまいり，それは浅田さんのご質問と結局は同じ内容になっているのだと思います。つまり，私が，10億円貸すのに10億円の不動産に抵当権を付けるというのとは異なり，普通預金債権という価値が変動しているものについて担保を取得しているのだから，抵当権の事例と比べて，担保目的物と与信との間に対応関係が薄いと考えざるをえないのではないか，と申し上げたのに対して，佐藤さんも浅田さんも，それはそうとは言い切れないのではないか，例えばプロジェクトファイナンスなどですと，そこで担保化されている普通預金債権と与信との間には非常に密接な連関がある場合はいくらでもあると思われ，そういった場合は別に考えるべきではないのかというご意見を表明していただいたわけです。そのようなご

意見を伺えたことは，実質的に考えようよ，という私の立場から大変ありがたいことです。

ただ，私が申し上げようとしたことを少しだけ説明いたしますと，10億円の価値のあるものを10億円の与信をするのに担保に取るというのと異なり，一定時期に残存している普通預金債権を質権なら質権の目的として把握するというのは，やはりかなり性質が違うのではないかということでして，佐藤さんの話によれば，いや，それは流れの中でそうなっていて，プロジェクトファイナンスにおいて担保として取得しているものについて足し算をしてみると，いつも全体を担保にとっているということなのだということですが，しかし，やはり静的な担保と違って，与信の額ないしは与信そのものと，実行されるときの担保の目的物の固まりの対応関係は，住宅ローンに比べるとやはりかなり弱いのではないかと思うのです。そうなりますと，そこでは，担保権者が一定のコントロールを及ぼしていることが必要であって，出し入れに制約があるということが必要なのではないかというわけです。私は，――個人的には，自分の普通預金にいくら入っているのか，配偶者にカードを押さえられているためによく知りませんが，まあ，それはどうでもよい話で――たまたま入っている額について担保化されているというものではなくて，この普通預金口座には，こういった形から発生してくるキャッシュフローが入ってくるのであり，それを，こういった一定の制約のもとで引き出すことになっているといった制約が必要でしょうと申し上げているにとどまります。

この点で，佐藤さんは，まさに制約があるのだ，とおっしゃり，また，浅田さんも，自由ということはそんなにないのではないか，とおっしゃったわけで，それはそのとおりだろうと思います。ただ，限界がどこにあるのかははっきりしません。信託の成立について有名な最一小判平14.1.17（民集56巻１号20頁）がありますが，これは，建設会社が地方公共団体から前払い金を受け，それは普通預金に入っているわけですが，注文されている建築工事の代金や下請に対する支払に充てるという証明書を出して初めて金融機関から金銭の払戻しが受けられるといった状態になっているときに，これは信託が成立しているといって，地方公共団体の優先権を認めたものです。

ここまでしっかりしたコントロールがされていれば，優先権の肯定はできると思います。また，佐藤さんのおっしゃったような，ある意味で，完全に担保権者の手のひらにあるという場合には，それは占有と言おうが，コントロールがある

と言おうが，担保として認められるということになるのだと思います。しかし，どこまで必要なのだろうか。例えば約定でこういった場合しか払い戻しちゃいけませんよと書いてあるというだけでよいのか。私は実はそれでよいのではないかという気もしているのですが，もう少し実際的なコントロール権限があり，知らないうちにどんどん払い戻されていて，思ったほどありませんでしたというんじゃなくて，例えばモニタリングをきちんとできるというシステムをつくって，多少変な動きがあったらすぐに担保の実行などができるという，そういうシステムになっていないとだめなのではないか，という考え方も十分あり得ると思います。その具体的な基準について，本日，私が確定的な見解を述べることはとてもできませんが，仮に支配ないし占有のようなものが必要だとしたときに，具体的にはどういった場合にそれが肯定されるべきなのか，について，きちんとした議論が積み重ねられるべきであろうと思います。

以上申し述べたことは，実は佐藤さんの提起された二つ目の質問の問題，危機時期における増額問題のことにもつながってきます。佐藤さんが念頭に置かれているのは当然に予想された自然な増減の問題なんですね。私が極端な話として出したのは不当な増加の問題なのです。ある特定の債権者に有利にするために，債務者が特定の普通預金口座に全部入金してしまい，そうなると，当該債権者はその全部がとれるというのはどう考えてもおかしいのではないか，という話をしたわけです。私は，危機時期以降の増額は担保目的とならないと気楽に申し上げたわけですけども，そうじゃなくて，それは不自然な増額と自然な増減を区別して考えるべきであるという見解も十分にあり得る。そういったことについて，もっと議論が積み重ねられるべきではないかというのが私の報告の趣旨です。佐藤さんのご意見に反対するわけではありませんが，およそ危機時期における増額の問題についてコントロールする必要がないと仮にお考えだとするならば，それは妥当ではないと思います。

以上ですが，よろしいでしょうか。

森下司会　どうもありがとうございました。

それでは，次に阿多さんへのご質問に移りたいと思います。東京大学の松下さんからご質問をいただいております。よろしくお願いいたします。

松下　東京大学の松下です。質問の機会を与えていただいてありがとうございます。

本日の阿多さんのご報告，それから潮見さんのご報告もそうでしたけれども，共同相続人で１人に対する個別執行がされたシチュエーションを問題にされていたかと思います。本日の報告の外側の話にはなりますが，せっかくの機会ですのでお尋ねしたいのは，共同相続人１人について破産手続が始まった場合，つまり包括執行が始まった場合に，破産管財人は遺産分割に関与するのか，するとしてどのように関与するのかという問題です。

若干補足しますと，不動産については破産管財人を申請者の１人とする，遺産分割協議の結果を反映させるための登記申請を受け付けるという通達があったと記憶していますが，準共有の預金ならどうなるのかというのが問題意識のバックグラウンドです。

以上です。よろしくお願いいたします。

森下司会　お願いいたします。

阿多　松下さん，どうもご質問ありがとうございました。

頭の中が執行法になっていて，破産法の頭が働かないんですけれども，先生もご承知のように，従前は，破産手続開始前に共同相続が開始し遺産分割協議が未了の場合，遺産分割調停の当事者として誰が参加するのか，審判の名宛人は誰かという議論がありましたが，現在は，破産管財人が当事者となった遺産分割協議書による登記が受け付けられるようになったので，破産管財人のみに当事者適格が認められ，家庭裁判所でも破産管財人が当事者となった遺産分割調停，審判が行われるようになっています。今回のご質問の預金が共同相続された場合の処理については，相続開始後に相続人の１人に破産手続開始決定がなれた場合，包括執行である破産と，個別執行である差押えに違いが生じるのかという趣旨かと考えます。

私は，これまでの破産管財人における当事者適格の議論は，今回の大法廷決定によって影響を受けないと理解しています。従前，遺産分割協議が未了の段階の不動産の処理についての議論は破産管財人が当事者となった遺産分割協議書による登記を法務局が受け付けなかったためにされていた問題で，破産管財人に当事者適格を認めることで解決しており，預金についても，破産者の持分については破産財団に帰属し，破産管財人が他の共同相続人との間で遺産分割協議を行うことになります。相続人債権者は，相続人全員の共有持分を差し押さえることはできず，破産管財人の共有持分以外の相続人の持分を差し押さえ，換価することに

なります。特段この点について実務に影響はしないというのが私の意見です。ありがとうございました。

松下　ありがとうございました。

森下司会　どうもありがとうございました。

それでは，中原さんに２件ご質問をいただいております。早稲田大学の柴崎さん，いらっしゃいますでしょうか。

柴崎　早稲田大学の柴崎でございます。

金融法務事情2071号71頁の右段に登場する，相続開始後になされる振込について伺います。

「振込依頼人に対して入金することの可否を確認」するというくだりがあるんですが，おそらく被仕向銀行が振込依頼人に対して電話をするなりして「お受取人様は昨日権利能力の終期をお迎えになられました」という趣旨のことを告げて（笑），それで，何て聞くんでしょうか。「このまま進めますと相続人さんの財産になっちゃいますが，それでいいんでしょうか」というふうに聞くのか，どういう聞き方をするのか，細かいところは紹介がなかったので私はわからないんですけれども，可とするとの回答の表示がもしあったとして，それに示されている効果意思というのはどのようなものと解すればよろしいのでしょうか。受取人がこのようにするから受取人に対する出捐行為が効力を持つのであるとすれば，もういない人に財産を移転しますという行為をしてもそれは不能でありまして。効力の生じる余地はないと考えるべきではないかと短絡的に思ったものですから，何かもっとうまい説明の仕方があるのかなとも思いまして伺いました。他方，相続人の了解を得た場合とありまして，これは一部の銀行ではそういうことをしていて，そうじゃないところもあるというのはちょっとどうしたものか，どういうふうに理解していいのかわからないんですが，仮に相続人の了解を得た場合に，これによって成立する預金というのは果たして相続預金なのでしょうか。解釈の仕方によっては，相続人，被仕向銀行，振込依頼人の三者間で成立する三面契約が効力を持って，それで預金が成立するんだという説明はできないんでしょうか。もしそれが可能だとすれば，相続による準共有ではなくて，これはもはや取引によって成立した準共有ということにあるいはなるのでしょうか。

そして，その場合に，このような預金は依然として１個の債権として同一性を保持する既往の残高と一体となった財産と考えるべきなんでしょうか。ぜひとも

ご高見を承りたいと思います。

以上です。

森下司会　お願いします。

中原　それでは，ご回答申し上げます。

まず，振込依頼人に対して入金することの可否の聞き方ですが，被仕向銀行から振込依頼人に対して直接確認するということはありません。被仕向銀行は仕向銀行に対して受取人死亡であることを連絡して，振込依頼人に対してそれでも振込をしてよいかどうかを確認してください，という依頼をします。それを受けて仕向銀行が振込依頼人に対して入金の可否を確認して，そのまま振り込んでくださいということであれば，仕向銀行は被仕向銀行に振込手続続行依頼の連絡をします。それに加えて，被仕向銀行は，相続人に対して被相続人名義口座宛てに振込通知が来ていますが，そのまま被相続人名義預金口座にすることの可否を確認します。相続人が「入金してください」といえば，被相続人名義預金口座に入金するのが銀行取引の実務です。

振込契約は委任契約ですから，被仕向銀行は仕向銀行との間の委任契約に基づいてその義務を履行する必要があります。したがって，依頼人の意向を確認した仕向銀行から，そのまま被仕向銀行は被相続人名義の預金口座に入金して義務の履行をするだけです。

次に，預金者死亡後の振込入金が相続預金なのかという点ですが，相続預金の定義を預金者が死亡時にある預金と定義すれば，死亡後の入金ですから相続預金とはいえないだろうと思います。しかしながら，普通預金債権は，１個の債権として同一性を保持しながら残高が変動するという性質を有しており，預金者が死亡しても預金の性質が変わることはないので，死亡後に入金すれば１個の債権になると思います。

したがって，相続預金と相続開始後に入金した預金が一体化して１個の普通預金債権となり，相続預金だけでなく，その後に入金されて普通預金となった債権も含めて相続人間で遺産分割の対象にするということを確認しているという整理ではないかと思います。他の金融機関の取扱いは承知していませんが，私どもの銀行では，相続人全員が死亡後の振込入金を同意することを前提として入金をするという取扱いを行っています。

以上，ご回答申し上げました。

柴崎　ありがとうございました。

森下司会　ありがとうございました。

予定の時間にはなっておりますが，あと１問いただいておりますので，三井住友フィナンシャルグループの浅田さんから中原さんに最後の質問をいただきたいと思います。

浅田　ご報告ありがとうございました。すいません，同業者であり恐縮ですが，質問させてください。

私から，相続による預金規定の承継についてお尋ねしたいと思います。

ご報告にも言及されている最一小判平21．１．22（民集63巻１号228頁）は，法定相続人に対する預金契約上の地位の承継を述べたものです。よって，これを前提として規定内容を考えるのが大前提だと思うのですけども，ただ，規定の中には相続を前提としていない規定というものがあろうかと思います。したがって，すべての規定が当然に承継するということにはならないのではないかと考えます。

例えば払戻しに際して，通帳を持ってきてくださいという条項があります。しかし相続手続において，通帳の提示があればよいのですが，実際は，提示がないというのが多いので，ある意味この規定は死文化していると思います。一方で，相続が発生すれば新たに相続手続という別の書式の提出を依頼するのが実務であり，このための別途の規定も本来必要ではないかと思っています。このように，相続の場面によっては，現行預金規定の包括承継だけで処理するだけでは足りないというところもあろうかと思います。

また，例えば相続人の１人が暴力団であったという場合に，その１人の相続分につき解約事由が発生するという局面が出てくるわけです。そのときに大法廷決定との関係はどうなのかとかややこしい問題もあるのですが，いずれにしても相続人の属人性ないしは被相続人の属人性によっては，相続によって属性が変更することによって規定の適用が変わり，これによって必要な条項もあるのではないかと思うわけです。

したがって，相続があった場合に相続の手続について，なにか規定を折り込むことが重要なのかなとも思ったわけです。この点について中原さんのお考えをぜひとも伺えればと思います。

中原　ご回答申し上げます。

預金規定の中には相続人に適用されない預金規定の条項はあると思います。し

かしながら，相続開始により預金者の地位が承継されるので，一旦はすべて預金規定を承継するが，相続手続の段階で相続人との関係では運用されない条項があると考えたほうがよいのではないかと思います。相続手続は払戻しだけでなく，預金を承継した相続人に名義変更するケースも皆無ではないので，この場合は預金規定もすべて承継してもらう必要があります。

被相続人の預金口座を特定の相続人が引き続き利用するというケースはあまりないだろうと思います。例えば個人事業主の屋号付きの普通預金口座については，事業を承継した相続人が，振込口座の変更通知を省略したいので，引き続き同じ預金口座利用したいということはあると思いますが，多くの場合は解約されていると思います。したがって，解約後に改めて預金口座を開設する際に，いわゆる反社チェックして口座の開設の可否を判断できますし，相続人が相続預金口座を承継した場合は，暴力団排除条項に基づいて預金口座の解約手続を行うことになると思います。

以上，ご回答申し上げました。

森下司会　どうもありがとうございました。

それでは，司会の不手際で若干時間が延びてしまって恐縮でしたけれども，以上で午後のシンポジウムを終了したいと思います。ご報告いただいた先生方，ご質問いただいた皆様，最後までお付き合いいただいた会員の皆さん，本当にどうもありがとうございました。（拍手）

〔海外金融法の動向〕

アメリカ　　東京大学教授　加　藤　貴　仁

SEC による Regulation Best Interest の提案

1　はじめに

2018年 4 月18日，Securities and Exchange Commission（SEC）は，broker-dealer が顧客に対して負う義務に関する新たな規則案等を公表した(1)。本稿はその中の一つである，Regulation Best Interest の概要を紹介する(2)。

Regulation Best Interest は，broker-dealer が投資者に対して投資助言を行う場合を対象とした新たな規制を，SEC の規則として設けるものである。SEC が Regulation Best Interest を制定する権限の一部は，ドッド・フランク法913条（Section 913 of the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act）に由来する(3)。ドッド・フランク法913条は，SEC に対して，broker-dealer や投資顧問が一般顧客に投資助言を行う場合に適用される規制の実効性などについて調査を行うことも義務付けており，2011年に報告書が公表されている(4)。SEC は2011年の報告書の公表以降，broker-dealer が投資者に対して投資助言を行う場合を対象とした規制の在り方について検討作業を継続し，Regulation Best Interest の公表という一定の結論に至ったといえる(5)。

既に指摘されていることであるが，Regulation Best Interest の内容は，金融庁が策定した「顧客本位の業務運営に関する原則」（2017年 3 月30日）と密接に関係しており，同原則への対応や運用の見直しを行う際の重要な参考資料となり得るように思われる(6)。2 では，Regulation Best Interest の概要を紹介する。3 では，Regulation Best Interest の適用範囲および既存の規制との関係に焦点を絞って，SEC の立場を紹介する。

2　Regulation Best Interest の概要

Regulation Best Interest の構造は単純である。すなわち，broker-dealer が遵守すべき一般的な義務とその義務を構成する四つの要素から成る。

Regulation Best Interest は，まず，broker-dealer が遵守すべき一般的な義務として Best Interest Obligation を定める。その内容は，broker-dealer は，有価

証券（“securities”）の取引または有価証券への投資を含む投資戦略を一般顧客（“retail customer”）に推奨するとき，推奨行為を行った者が自らの金銭的な利益またはその他の利益を推奨行為の相手方である一般顧客の利益に優先させることなく，推奨を行った時点における一般顧客の最善の利益に適った行動をとらなければならない，というものである(7)。

なお，Regulation Best Interest において，一般顧客とは，broker-dealer から有価証券の取引または有価証券への投資を含む投資戦略の推奨を受け，それを主に個人，家族または世帯のために用いる者またはその法定代理人のことをいう(8)。

次に，Regulation Best Interest は，broker-dealer が Best Interest Obligation を果たすためには，開示義務（Disclosure Obligation），注意義務（Care Obligation），利益相反に関する二つの義務（Conflicts of Interest Obligation）の合計四つの義務を果たさなければならないと定める(9)。四つの義務の内容は以下のとおりである。

第 1 の開示義務とは，broker-dealer は，推奨行為を行う前にまたは推奨行為を行う時点において，推奨行為の相手方となる一般顧客に対して，文書で，一般顧客と broker-dealer の関係（“the scope and terms of the relationship with the retail customer”）に関する重要な事実を開示しなければならない，というものである(10)。

第 2 の注意義務とは，broker-dealer は，推奨行為を行う際に，以下の 3 点について合理的な注意（“reasonable diligence, care, skill, and prudence”）を尽くさなければならない，というものである(11)。

(a)　推奨した投資行為の潜在的なリスクとリターンを理解すること，および，合理的な根拠を持って，少なくとも推奨した投資行為がその最善の利益にかなう一般顧客（“some retail customers”）が存在する可能性について確信を持つこと。

(b)　合理的な根拠を持って，推奨した投資行為がある特定の一般顧客の最善の利益にかなっていることについて，その一般顧客の投資者としての属性（“investment profile”）と推奨した投資行為の潜在的なリスクとリターンに基づき，確信を持つこと(12)。

(c)　合理的な根拠を持って，推奨した一連の投資行為が，その一つ一つは推奨

行為の相手方である一般顧客の最善の利益にかなっていたとしても，その一般顧客の投資者としての属性を考慮した上で，過剰ではなく，かつ，一体のものとして評価してもその一般顧客の最善の利益にかなっていることについて，確信を持つこと。

第 3 の利益相反に関する義務は，以下の二つの義務から構成される。

(a)　Broker-dealer が，推奨行為に関連するあらゆる重要な利益相反を特定し少なくとも開示するか取り除くことを目的とする合理的な方針と手続を書面として定め，それらを維持し実行する義務[13]。

(b)　Broker-dealer が，推奨行為を行う者が推奨行為に関連して有する経済的なインセンティブから生じる重要な利益相反を特定し開示すること，およびそれらを軽減するか取り除くことを目的とする合理的な方針と手続を書面として定め，それらを維持し実行する義務[14]。

3　Regulation Best Interest の適用範囲

SEC が Regulation Best Interest の提案に際して公表した資料では，Regulation Best Interest の適用範囲を画する用語の定義などについて，SEC の見解が示されている。本稿では，その中でも重要性が高いと思われる，「顧客の最善の利益」と推奨行為に関する SEC の見解を紹介する。また，同じ資料では，Regulation Best Interest と既存の連邦証券規制および broker-dealer を対象とする自主規制機関である Financial Industry Regulatory Authority（FINRA）の規則との関係についての SEC の立場も示されているので，これについても簡単に概要を説明する。

(1)　「顧客の最善の利益」

Best Interest Obligation および Best Interest Obligation を構成する四つの要素（とくに注意義務）において，「顧客の最善の利益」が重要な地位を占めることは明らかであろう。SEC 自身もこの点を認めているが，意図的に「顧客の最善の利益」を定義することを避けたようである。その理由は，broker-dealer が推奨行為を行うに際して顧客の最善の利益にかなう行動をとったか否かは，具体的な状況において Best Interest Obligation を構成する四つの要素を充足する方法，および特定の推奨行為が特定の一般顧客に行われた際の具体的な状況によって決まることが挙げられている[15]。

ただし，SEC は，Regulation Best Interest の提案に際して公表した資料にお

いて，broker-dealer が，個別具体的な状況において，「顧客の最善の利益」を理解するために有用な一般的な考え方のようなものを述べている。以下では，その概要を紹介する。

第 1 に，SEC は，Regulation Best Interest によって，broker-dealer が顧客に提供可能な金融商品の多様性，金融商品の提供に対して顧客が負担する費用の額や引き受けるリスクの内容，一般顧客のポートフォリオにおける分散投資の程度を制限することを目的とはしていない。Regulation Best Interest の目的は，broker-dealer が顧客の利益よりも自らの利益を優先して商品を推奨するインセンティブを有していることによって，顧客が損失を被ることに対処することにあると説明している(16)。その一方で，SEC は，broker-dealer が Regulation Best Interest が定める義務を果たすことを優先して，一見するとそのような義務を果たすことが容易に思われる，費用が安くリスクの低い商品のみを推奨するようになることへの懸念も表明している(17)。

第 2 に，SEC は，推奨行為に関連して一般顧客が負担しなければならない費用が重要な要素であることが一般的であるが，broker-dealer が顧客の最善の利益になる推奨行為を行っているか否かを判断する際に考慮しなければならない他の要素も存在すると指摘している(18)。そのような要素に含まれるものとして，とくに，broker-dealer が推奨しようとする商品または戦略の目的，特徴，流動性（換金の容易さ），リスクとリターン，ボラティリティ，様々な市場および経済状況を想定した実績の予想が挙げられている。そして，費用および broker-dealer の行動に影響を与える金銭的な要素（“financial incentives”）が重要である場合が一般的であろうとしつつ，その他の要素の重要性が勝る場合もあろうと指摘する。そのため，SEC は，broker-dealer が，費用等以外の要素や一般顧客の投資者としての属性を全く考慮することなく単に安いまたは最も報酬が低い投資商品や戦略を推奨するだけでは，Best Interest Obligation を構成する四つの要素の一つである注意義務の要素を満たさないため，Regulation Best Interest を遵守したことにはならないとの立場をとることを明示する(19)。その一方で，SEC は，Best Interest Obligation の全ての構成要素（注意義務，開示義務，利益相反に関する義務）を満たすことができるのであれば，他の商品よりも一般顧客が負担しなければならない費用が高い商品や broker-dealer が高い報酬を得ることができる商品を推奨することは許されるとも明示している(20)。

⑵　規制対象となる推奨行為

Regulation Best Interest は，broker-dealer が一般顧客に対して推奨行為を行う場合に適用される[21]。したがって，broker-dealer が一般顧客に対して行う行為が推奨行為に該当するか否かによって，Regulation Best Interest が適用される否かが変わることになる。Regulation Best Interest には，「顧客の最善の利益」と同じく，推奨行為の定義規定が存在しない。しかし，SEC が Regulation Best Interest の提案に際して公表した資料では，以下のとおり，推奨行為の範囲についても SEC の見解が述べられている。

第 1 に，Regulation Best Interest における推奨行為は，連邦証券規制や FINRA による自主規制において用いられてきた推奨行為と同様の意味であると説明されている[22]。SEC は，既存の法規制において用いられてきた用語を用いることにより，broker-dealer が新たな規制に対応することが容易になるだけではなく，このような用語の使用は一般投資者にとってのわかりやすさの観点からも適切であると考えているように思われる[23]。

SEC はこれまで，顧客がある取引を行うことまたはある投資戦略を採用するように働きかける行為は推奨行為と推定されるとの立場をとっている。このような立場によれば，ある有価証券または投資戦略についてなされるコミュニケーションの量が多ければ多いほど，推奨行為が行われていると評価されやすくなるのに対して，ある有価証券等に特化していない一般的な行為は推奨行為とは評価されないことになる[24]。

FINRA の規則において，推奨行為は適合性に関する規則（suitability rule）の適用範囲を決める重要な用語であるが，規則の中に定義規定は存在しない[25]。FINRA は，推奨行為に該当するか否かは，broker-dealer から顧客へのコミュニケーションが，合理的に考えて，ある行為を顧客が採るまたは差し控えることの提案と評価できるかという点を客観的に審査することを通じて判断されると述べている[26]。また，FINRA 規則の解釈として，暗黙の推奨行為（implicit recommendation）というものが認められている。例えば，broker-dealer が一般顧客から個別的な同意を得ることなく顧客のために取引を実行した場合，暗黙の推奨行為を行ったとして適合性に関する規則が適用されることになる。そして，FINRA 規則と Regulation Best Interest における推奨行為は同じ意味であるから，broker-dealer が暗黙の推奨行為を行う際には Regulation Best Interest も遵守する必要

があるということになる[27]。

第2に，broker-dealerが一般顧客に対して投資に関する助言を行う関係には，1回限りの助言を行うものから散発的または頻繁に行うものまで様々なものがあるが，Regulation Best Interestはその一部のみを対象とするものであるとの説明がなされている。そして，SECは，推奨行為の定義との関連でRegulation Best Interestの適用範囲について，以下のような具体例を挙げている。① Regulation Best Interestは，broker-dealerが推奨行為を行う場合を超えて適用されることはないし，一般的に，顧客に対して継続的な対応をする義務を課したり，連邦証券規制とFINRAの自主規制によって認められている範囲を超えて顧客口座の状況の監視義務を課したりするものでもない。② Regulation Best Interestは，broker-dealerに，顧客がbroker-dealerの行った推奨行為に反する内容の注文を行った場合にそれを拒絶する義務を課すものではない。③ Regulation Best Interestは，顧客がbroker-dealerによる推奨行為に基づかずに自らの判断で行った取引には適用されない[28]。

⑶　既存の規制との関係

Broker-dealerは，連邦証券規制およびFINRAの規則をはじめとして，既に様々な規制に服している[29]。既存の規制との関係について，SECは，Regulation Best Interestによって，連邦証券規制に基づきbroker-dealerが既に負っている義務の内容を修正する意図はないことを明示している[30]。また，判例法理に基づきbroker-dealerが一般顧客との関係でfiduciaryと評価される範囲についても，SECは，Regulation Best Interestによって何らかの修正を加える意図はないと明示している[31]。連邦証券規制との関係では，後述する詐欺行為禁止規定との関係を除くと，Regulation Best Interestは新たな義務をbroker-dealerに課すものと位置付けられているように思われる[32]。

これに対してFINRAの規則との関係では，Regulation Best Interestはbroker-dealerがFINRAの規則に基づき負っていた既存の義務を拡充するものであるとの説明がなされている[33]。例えば，Regulation Best InterestとFINRAの適合性に関する規則はともにbroker-dealerが推奨行為を行う際に適用されるものであるから，この点でRegulation Best InterestはFINRAの規則に基づくbroker-dealerの義務を拡充するものと評価されるように思われる。とくにSECは，FINRAの適合性に関する規則は顧客の最善の利益と整合的なまたは顧客の

最善の利益と明らかに矛盾しない行動をbroker-dealerに求めるにすぎなかったと評価している[34]。これに対して，Regulation Best Interestはbroker-dealerに対して，より積極的に顧客の最善の利益にかなった推奨行為を行うことを求めている[35]。

既存の規制との関係では，Regulation Best Interestにおける開示義務の位置付けに特徴を見出すことができる。Broker-dealerによる推奨行為はFINRAの規則だけではなく，連邦証券規制における詐欺行為禁止規定（1933年証券法17条(a)項，1934年証券取引所法10条(b)項ならびに同法規則10b-5など）によって規制される可能性がある。SECは，詐欺行為禁止規定による要請には，broker-dealerは顧客の経済状態，投資目的ならびにリスク許容度に適合した有価証券のみを顧客に勧誘する義務を負うことを含むと解している[36]。連邦証券規制の基本的な考え方は，詐欺的な行為を禁止するが情報開示さえ行えば取引の内容は問わないというものであると指摘されることがある[37]。SECは，このような考え方に基づき，詐欺行為禁止規定と比較したRegulation Best Interestsの重要な特徴として，開示のみでは充足することができない注意義務の存在を挙げているように思われる[38]。

※　本稿はJSPS科研費18H03613の助成を受けた研究成果の一部である。

〔注〕

(1) SEC, *SEC Proposed to Enhance Protections and Preserve Choice for Retail Investors in Their Relationship With Investment Professionals*（April 18. 2018）, https://www.sec.gov/news/press-release/2018-68.

(2) SEC, Regulation Best Interest, 83 Fed. Reg. 21574（proposed May 9. 2018）（to be codified at 17 C.F.R. pt. 240）.

(3) 83. Fed. Reg. 21584 note88.

(4) Staff of the U.S. Securities and Exchange Commission, Study on Investment Advisers and Broker-Dealers, AS Required by Section 913 of the Dodd-Frank Wall street Reform AND Consumer Protection Act（January 2011）（913 Study）, available at https://www.sec.gov/news/studies/2011/913studyfinal.pdf.

⑸　83. Fed. Reg. 21579-83. 新たな規則案の意義を理解するためには，それが提案された背景事情を踏まえた分析が必要である。しかし，本稿では様々な制約によりこのような分析を十分に行うことはできなかった。Regulation Best Interest が規則として確定した場合に，別稿においてこの点を取り上げたいと考えている。

⑹　大崎貞和「米国 SEC による顧客利益保護規則の提案」内外資本市場動向メモ316号 6 頁。なお，「顧客本位の業務運営に関する原則」とアメリカにおける fiduciary duty の関係を分析した論考として，松元暢子「金融分野における『フィデューシャリー・デューティー』の用語法について一考察」能見善久ほか編『信託法制の新時代―信託の現代的展開と将来展望』223頁以下（弘文堂，2017年）がある。

⑺　§ 240.15l-1(a)(1)（proposed May 9. 2018). 正確にいうと義務の名宛て人は，後述する利益相反に関する義務（Conflicts of Interest Obligation）を除き，“the broker, dealer, or natural person who is an associated person of a broker or dealer”である。“Natural person who is an associated person of a broker or dealer”は，1934年証券取引所法3条(a)(18)の定義と同じであり，broker-dealer の役員や従業員が含まれる。“Natural person”（自然人）に限定されているのは，broker-dealer の関連法人が broker-dealer として活動していないにもかかわらず規制対象になることを避けるためであると説明されている。83 Fed. Reg. 21592.

⑻　§ 240.15l-1(b)(1)（proposed May 9. 2018).

⑼　83 Fed. Reg. 21587

⑽　§ 240.15l-1(a)(2)(i)（proposed May 9. 2018). Broker-dealer が開示しなければならない重要な事実には，推奨行為に関連する重要な利益相反のすべてが含まれる。

⑾　§ 240.15l-1(a)(2)(ii)（proposed May 9. 2018).

⑿　投資者としての属性に含まれる情報の例示として，年齢，他の投資，財務状況と金融の必要性，税法上の地位，投資の目的，投資の経験，投資期間に対する選好，流動性に対する需要，リスク許容度，一般顧客が推奨行為を受ける際に broker-dealer に開示すると思われるその他の情報が挙げられている。§ 240.15l-1(b)(2)（proposed May 9. 2018).

⑬　§ 240.15l-1(a)(2)(iii)(A)（proposed May 9. 2018).

⑭　§ 240.15l-1(a)(2)(iii)(B)（proposed May 9. 2018).

⑮　83 Fed. Reg. 21587

⑯　SEC は，顧客が broker-dealer に対して取引ごとに手数料を支払うビジネスモデルにおいて，ある取引を推奨する broker-dealer と推奨を受ける顧客の利益が相反することは避けられないとの認識を示した上で，Regulation Best Interest はこのような利益相反のすべてを完全に除去することを目的とするものではないと明示している。83 Fed. Reg. 21575. 21577 & 21586. このような立場の背景には，一般顧客にとって，手数料が取引ごとに発生するビジネスモデルの方が有利な場合があるとの認識が存在する。83 Fed. Reg. 21583-84.

⑰　83 Fed. Reg. 21587

⑱　推奨行為に関連した費用には，手数料，報酬および broker-dealer の行動に影響を与えるその他の金銭的な要素（“other financial incentives”）が含まれる。

⑲　83 Fed. Reg. 21588.

⑳　83 Fed. Reg. 21589.

㉑　なお，SEC は，broker-dealer が推奨行為を行う場合には，助言を行っていると評価しているようである。83 Fed. Reg. 21575. *See also* 913 Study, *supra* note4, at 123.

㉒　83 Fed. Reg. 21593

㉓　*Id*.

㉔　913 Study, *supra* note4, at 60-61.

㉕　FINRA Rule 2111.

㉖　FINRA Regulatory Notice 11-02. Know Your Customer and Suitability, at 3（January 2011）.

㉗　83 Fed. Reg. 21593-94

㉘　83 Fed. Reg. 21594

㉙　83 Fed. Reg. 21576-77

㉚　83 Fed. Reg. 21584

㉛　83 Fed. Reg. 21594 note143.

㉜　ただし，SEC は，Regulation Best Interest により SEC の規則，すなわち，連邦証券規制として導入される規制の多くは，既に FINRA の規則として存在

するものであることを認めている。83 Fed. Reg. 21576 note 7.

(33)　83 Fed. Reg. 21584-85.

(34)　83 Fed. Reg. 21577 note15.

(35)　ただし，FINRA の適合性に関する規則と Regulation Best Interest の実際上の差異の程度は，後者の運用方法によって異なるように思われる。例えば，FINRA は，適合性に関する規則（FINRA Rule 2111）の解釈に関する公表資料において，FINRA Rule 2111 において，broker およびその販売員等は顧客の最善の利益に適うように推奨行為を行うこと（顧客の利益よりも自分の利益を優先してはならないこと）が義務付けられていると指摘している。そして，FINRA と SEC が broker が自分の利益を顧客の利益に優先させたことによりこのような義務に違反したと認定した具体例として，ある商品を別の商品よりも優先して推奨する理由がより高い手数料を獲得することにあった場合や雇用者からの圧力によって推奨行為を行うことが強いられていた場合等が挙げられている。また，このような義務違反が問題とされた事案には broker が得る手数料に関する事案が含まれるが，このことは手数料が最も低い取引を顧客に推奨することを義務付けるわけではないし，手数料の問題は，適合性の判断において考慮されるべき要素の一つにすぎないことも示されている。*See*　FINRA Regulatory Notice 12-25. Suitability, Additional Guidance on *FINRA's New Suitability Rule*, at 3-4 (May 2012).

(36)　913 Study, *supra* note4. at 59.

(37)　Stephen M. Bainbridge, *Dodd-Frank : Quack Federal Corporate Governance Round II*, 95 Minn. L. Rev. 1779. 1801 (2011).

(38)　83 Fed. Reg. 21584. 例えば，broker-dealer が，推奨している商品の費用は他の商品よりも高いことを開示していたとしても，費用以外の要素を考慮した上でその商品を推奨することが一般顧客の最善の利益になると合理的な根拠を持って確信できない限り，Best Interest Obligation の注意義務の要素を満たすことができない。83 Fed. Reg. 21588.

イングランド　　東京大学准教授　加　毛　　明

イギリスにおけるフィンテック関連政策の展望

1　対　象

イギリス政府は，フィンテック（Fintech）を，自国の金融サービスの中核の一つと位置付ける(1)。そのフィンテック関連政策を展望する上で重要と考えられるのが，2018年３月22日に公表された「フィンテック部門戦略――イギリス・フィンテックの将来を確かなものとするために（Fintech Sector Strategy : Securing the Future of UK Fintech)(2)」である（以下「フィンテック部門戦略」とし，パラグラフ番号〔¶〕で引用する）。これは，イギリス財務省（HM Treasury）が，その主催する第２回国際フィンテック会議(3)（International FinTech Conference 2018）に併せて発表した政策書である(4)。

イギリス政府は，金融サービス市場における競争の促進を目的として，フィンテック事業者が既存事業者と競争できる環境を整備するための施策を講じてきた（¶1.2）。フィンテック事業者は，金融サービス市場において――イギリスにおいて長年の課題とされてきた(5)――大手銀行から融資を受けることが困難な中小企業に対して資金を供給するという役割を果たすほか（¶1.11），保険や投資運用の分野においても重要な役割を果たすことが見込まれる（¶1.4）。

本稿では「フィンテック部門戦略」の紹介を通じて，イギリス政府のフィンテックに関連する従前の政策と今後の政策の展望について概観する。

2　背　景

(1)　イギリス政府によるフィンテック支援

まず，イギリス政府がフィンテック支援のために採ってきた従前の政策を紹介することから始めよう（¶1.15）。2010年11月，当時のデビット・キャメロン首相がイースト・ロンドン地区のITベンチャー企業を支援するTech City構想を打ち出して以来，イギリス政府は，様々な形でフィンテック支援の政策を実施してきた。それらの政策の目的は，フィンテック事業者が市場に参入することの障壁を除去し，成長を継続する上での障害を軽減することにあったといえる。この政策目標を前提として，具体的政策の内容は，(a)規制遵守にかかるコストの削減，(b)資金調達に対する支援，(c)参入・成長に対する支援，(d)国際的事業展開に対す

る支援に大別することができる。

(a)　規制遵守にかかるコストの削減

2013年４月に設立された金融行為規制機構（Financial Conduct Authority）は――消費者の利益を適切に保護すること[6]および金融システムの健全性を保護・向上すること[7]に加えて――消費者の利益のために金融サービス市場における効率的な競争を促進すること[8]を業務目標とする[9]。フィンテック事業者の参入により金融サービス市場の競争を促進する上では――フィンテック事業者が必ずしも通暁しているとはいえない――金融サービスに関する規制の遵守を手助けすることが必要となる。この点に関する重要な施策が「イノベーション・ハブ（Innovation Hub）」と「レギュラトリー・サンドボックス（Regulatory Sandbox）」である（¶2.3）。

イノベーション・ハブは，金融行為規制機構に設置された革新的ビジネスに関する専門部署である。イノベーション・ハブは，基準を充たす事業者に対して，金融サービス規制の制度的枠組みに関する情報を提供し，金融サービス規制が当該事業者にどのように適用されるかを理解できるよう支援する。そして，事業許可の申請を援助するとともに，認可後１年間，当該事業者に対して継続的に助言などを行うものとされる[10]。

レギュラトリー・サンドボックスは，革新的ビジネスを提供しようとする事業者に対して，金融行為規制機構による管理された環境のもとで――金融サービス規制の適用を受けずに――商品・サービスをテストする機会を与える制度である[11]。この制度のもとで，事業者は，金融サービス規制に適合する，事業のプロトタイプとなる商品・サービスを開発することができる（¶2.3）。また事業者は，商品・サービスを市場に提供するまでにかかる時間とコストを削減できることになり，その結果，事業に対する融資を受けやすくなるという利益を享受する。さらに消費者保護・顧客保護という観点からも，新たな商品・サービスを市場に投入する際の適切な方策をあらかじめ検討できるというメリットが存在する。

レギュラトリー・サンドボックスは，金融行為規制機構による「プロジェクト・イノベート（Project Innovate）」の一環として2016年５月から実施されており，既に第１期・第２期として50社に対する支援を行い，第３期として18社を支援している[12]（現在は第４期の申請の審査中である）。フィンテック事業者に対する支援に重要な役割を果たしているものと評価されている（¶2.4）。

(b)　資金調達に対する支援

①　信用情報の共有とオルタナティブ・ファイナンスの紹介[13]

2015年中小企業（信用情報）規則（Small and Medium Sized Business（Credit Information）Regulations 2015）に基づき，2016年４月１日より，指定金融機関[14]は，自らの顧客である中小企業の信用情報について，当該企業の同意がある場合には，それを指定信用参照機関[15]（designated credit reference agencies）と共有することを義務付けられた。指定信用参照機関は，それらの信用情報を――大手金融機関のみならず，チャレンジャー・バンクなどのオルタナティブ・ファイナンス事業者（alternative finance provider）を含む――すべての金融事業者に対して，平等に提供する義務を負う。また，2015年中小企業（金融プラットフォーム）規則（Small and Medium Sized Business（Finance Platforms）Regulations 2015）に基づき，2016年11月１日より，指定金融機関は，自らが融資を拒絶した中小企業について，その情報を指定金融プラットフォーム[16]（designated finance platforms）に提供することを義務付けられた。指定金融プラットフォームは，その情報をオルタナティブ・ファイナンス事業者に提供し，融資への興味を示した事業者と当該中小企業の交渉促進を図るものとされる。

いずれも，オルタナティブ・ファイナンス事業者が融資を必要とする中小企業の情報を十分に有していないことが，中小企業金融を阻害する要因になっているとの認識に基づき，情報共有によって，中小企業向けの貸付市場の競争を向上しようとする施策である。このほかにも，オルタナティブ・ファイナンス事業者の参入障壁を緩和し，既存金融機関と公平な条件のもとで競争できる環境を整備するための施策が取られてきた[17]。その結果として，中小企業であるフィンテック事業者にとっては，融資を受けるチャンスが広がることになったのである。

②　ブリティッシュ・ビジネス・バンク

フィンテック事業者の資金調達に対する支援という観点からは，ブリティッシュ・ビジネス・バンクの存在も重要である[18]。ブリティッシュ・ビジネス・バンクは，中小企業の資金調達を支援するために設立された法人であり[19]，中小企業の申請を受けて，パートナー金融機関に対する資金提供を行ったり，パートナー金融機関による中小企業への貸付に保証をしたりすることにより，中小企業による融資獲得を支援する。2017年５月に，イギリス政府は，ブリティッシュ・ビジネス・バンクのフィンテック事業者およびチャレンジャー・バンク向けの出資プログラ

ムに対して，3億9500万ポンドを拠出している[20]。

(c)　参入・成長に対する支援

①　決済システム規制機構の設置と2017年決済サービス規則の制定

フィンテック事業を支援する上では，フィンテック事業者が既存事業者と公平な条件のもとで競争できる環境を整備することが必要となる。この点について，決済サービスに関連するフィンテック事業については，法制度の整備が進められている。

まず，2013年金融サービス（銀行改革）法（Financial Services（Banking Reform）Act 2013）に基づき，2015年4月1日，決済システム規制機構（Payment Systems Regulator）が設置された。その業務目標は――決済システムの利用者・潜在的利用者の利益を考慮し，増進する方法で決済システムを開発・運用すること[21]，および決済システムに関する開発・イノベーションを促進すること[22]に加えて――決済システム市場および決済サービス市場において効率的な競争を促進することである[23]。決済システム規制機構は，大手金融機関が保有する決済システムに，新規金融機関やフィンテック事業者が公正な条件のもとでアクセスできることに責任を負うのである。

さらに，2016年1月12日にEUの第2次決済サービス指令[24]（PSD2）が発効し，加盟国に2018年1月13日までの国内法化が義務付けられたことを受けて，2017年決済サービス規則（Payment Services Regulations 2017）が制定された。これにより，非金融機関系の決済サービス業者も，既存事業者と公平な条件のもとで，決済システムに直接アクセスできるものとされた[25]。その実施は，決済システム規制機構によって監督されることになる。

②　オープン・バンキング

以上に加えて，フィンテック事業者への支援という観点から重要なのが，オープン・バンキングの実施である。これは，金融分野にオープンAPI（application programming interfaces）を導入する取組みであり，金融機関のシステムに金融機関以外の事業者がアクセスできるようにするものである。イギリスでは，2015年9月に，オープン・データ業界，消費者団体，事業者団体の専門家によって構成されるオープン・バンキング・ワーキング・グループ（Open Banking Working Group）が設立された。このワーキング・グループが2016年2月に公表した報告書[26]では，APIスタンダードの設計や運用に関する枠組みが，実施までのタイムテ

ーブルとともに提案された。

このような背景のもと，競争・市場庁（Competition and Markets Authority）は，大手金融機関9行に対し，2018年初頭までにオープン・バンキングを導入することを指示した[27]（¶1.16）。オープン・バンキングの導入により，フィンテック事業者は，消費者や中小企業の金融機関口座に直接アクセスできるようになり，その結果として，顧客の需要を充たす新たな商品・サービスの開発につながることが期待されるのである（¶1.17, 1.18）。

③　その他

その他のフィンテック事業に対するイギリス政府による支援の例としては，次のようなものがある。まず，ビジネス・エネルギー・産業戦略省（Department for Business, Energy and Industrial Strategy）は，産業界との協働で，インシュアテック（Insurtech）の成長を阻害する要因を明らかにするためのプログラムを実施し，これを受けて財務省は成長阻害要因を解消する方策について検討した[28]。またイギリス政府は，アセット・マネージャーの新規参入を支援するため，金融行為規制機構に「アセット・マネージャー・オーソリゼーション・ハブ（Asset Management Authorisation Hub）」を設置し[29]，投資協会（Investment Association）のフィンテック促進策VeloCity[30]に対しても支援を行った。さらに，人工知能に関連する事業を支援するため，「人工知能部門政策（AI Sector Deal）[31]」や「産業戦略：主要課題（Industrial Strategy : the Grand Challenges）[32]」を公表した。このほか，2016年6月からイングランド銀行がフィンテック促進策を実施していることも重要である[33]。

(d)　国際的事業展開に対する支援

最後に，イギリスのフィンテック事業者が国際的に事業を展開する支援として，イギリス政府は，「フィンテック・ブリッジ」と呼ばれる協定を，シンガポール（2016年5月），韓国（2016年7月），中国（2016年11月），香港（2017年9月）との間で締結してきた。フィンテック・ブリッジは，各国の政府・規制当局・民間企業のそれぞれの間での連携を確立することを目指す協定である。この協定を通じて，イギリスのフィンテック事業者が協定締結国の市場に参入する際の障壁を取り除き，またイギリスのフィンテック事業者が国外の投資家の投資対象となることが期待される（¶2.22, 2.23）。

(2)　「フィンテック部門戦略」公表の背景

(a)　「産業戦略」

続いて，「フィンテック部門戦略」が公表された背景についてみていこう。

まず，「フィンテック部門戦略」は，2017年11月に公表されたイギリス政府の「産業戦略――未来に適したイギリスを作るために[34]」を実現するための施策と位置付けられる。「産業戦略」では，イギリス経済の生産性・収益力を増強する五つの基盤が挙げられる。すなわち，アイデア（世界で最も革新的な経済の実現），人（すべての国民に対する適切な雇用の提供と収益力の向上），インフラストラクチャー（インフラストラクチャーの大幅なアップグレード），ビジネス環境（イギリスをビジネスの起業・成長に最適な場所とすること），地域（イギリス全土にわたるコミュニティの繁栄）である（¶1.5）。

「フィンテック分野戦略」は，このうちのビジネス環境という基盤の確立に向けられたものであり，イギリスが，フィンテック事業者にとって起業・成長の最適な場所となるために必要な施策を提言するものと位置付けられる（¶1.6）。フィンテックはイギリスにおいて独立した産業分野を形成しており（¶1.7），2015年の調査報告[35]によれば，約66億ポンドの収益を生み出し，約５億2400万ポンドの投資を呼び込むとともに，６万1000人の雇用（金融サービス分野の被用者の約５％）を生み出すに至っている（¶1.8）。その成長を促進することが，イギリス産業政策の中核の一つに位置付けられるのである[36]。

(b)　「イギリス・フィンテック調査2017」

次に，「フィンテック部門戦略」は，2017年９月に公表された「イギリス・フィンテック調査2017[37]」（以下「フィンテック調査」とする）において指摘された課題に対処することを目的とする（¶2.1）。「フィンテック調査」は，2017年３月の第１回国際フィンテック会議において，イギリス政府が民間調査会社に委託した調査に基づく報告書である。

「フィンテック調査」は，フィンテック事業者245社からの回答に基づき，イギリスにおけるフィンテックの成長が順調であると分析しつつも[38]（¶1.9），フィンテック事業者が直面している課題を指摘する。フィンテック事業者に主要な課題三つの回答を求めたところ，回答数の多かった順に，ⓐ能力ある人材の確保（Attracting qualified or suitable talent），ⓑ顧客による商品・サービスの採用（Customer adoption），ⓒ既存事業者との協働関係の樹立（Building partnerships with established players），ⓓ出資による資金の調達（Raising equity capital），

ⓔ国際的事業展開（International expansion），ⓕイギリスの EU 離脱と単一パスポート制度の行方（Brexit and passporting），ⓖ規制遵守（Regulatory compliance）となった（以下「課題ⓐ～ⓖ」とする）[39]。これらの課題の多くについて，イギリス政府が既に対策を講じてきたことは，前述のとおりである。それを踏まえた上で，今後さらにイギリス政府が実施する政策を提示することが，「フィンテック部門戦略」の一つの目的とされるのである（¶1.12, 2.1）。

3　紹　介

以上を前提として「フィンテック部門戦略」の内容についてみていくことにしよう。「フィンテック部門戦略」は，フィンテック事業者が直面する課題に対処するための政策を提示する部分（第 2 章）と，フィンテックのもたらす利益を享受するための政策を提示する部分（第 3 章）から構成される（¶1.19）。前者の紹介から始めよう。

(1)　フィンテック事業者が直面する課題への対処

(a)　規制遵守にかかるコストの削減

フィンテック事業者の規制遵守に係るコストの削減（課題ⓖ）については，前述のとおり，金融行為規制機構のイノベーション・ハブやレギュラトリー・サンドボックスが重要な役割を果たしている。その次のステップとされるのが，規制遵守のプロセスの機械化・自動化――いわゆる「レグテック（RegTech）」――によるコストの削減である（¶2.5）。

2017年11月，金融行為規制機構がイングランド銀行とともに開催した TechSprint[40]では，「FCA ハンドブック」に規定された規制ルールをコンピューターによる自動処理可能な言語に変換し，事業者による報告義務の履行を自動化・簡略化する可能性が確認された。金融行為規制機構は，以上の取組みを推し進めるために，2018年 2 月に意見照会を実施しており，その結果は，2018年の第 3 四半期に公表の予定である[41]。また，金融機関との協働で，6 ～ 9 カ月以内に新技術の利用を開始することを目指している。他方，イングランド銀行も，健全性規制機構（Prudential Regulation Authority）のルール・ブックに，コンピューターによる自動処理可能なルールの導入を検討している（¶2.5, Box 2.A）。

以上の RegTech への取組みは，事業者による規制遵守のコストを削減するという課題に応えるものであるが，それにとどまらず，事業者から提供されるデータの正確性向上にもつながることが指摘されている。その結果，規制の迅速かつ

有効な執行が実現されることが期待されるのである。

(b)　人材確保に対する支援

①　イギリス国内における人材の育成

能力ある人材の確保（課題ⓐ）は，「フィンテック調査」において，回答の最も多かった課題である。とりわけコーディングとソフトウェア開発について人材を確保することが困難であるとされる[42]（¶2.6）。「フィンテック部門戦略」は，イギリス国内における人材の育成と，国外からの人材の確保の双方について，今後の政策を提示する。

国内における人材育成という観点からは，まず教育が重要になる（¶2.7）。そのためにイギリス政府は，数学教育およびコンピューター・サイエンス教育に対する2億6100万ポンドの予算支出[43]，コンピューター・プログラムを教える教員の育成のための8400万ポンドの予算支出[44]，新たな技術教育制度の導入（2020年から実施）[45]，新たに設立されるコーディング教育機関（Institute of Coding）に対する2000万ポンドの予算支出[46]を実施した。このほか，2017年3月公表の「イギリス・デジタル戦略2017[47]」に基づいて設置された「デジタル技術パートナーシップ（Digital Skills Partnership）[48]」を通じて，政府と地方公共団体が協働して人材育成に関する課題に取り組むものとしている。

次に，能力ある人材を，フィンテック事業者が雇用することを支援する枠組みも重要である。この点で重要なのが，フィンテック・デリバリー・パネル（Fintech Delivery Panel）の主導する「コネクト・ウィズ・ワーク（Connect with Work）」プログラムである。フィンテック・デリバリー・パネルは，Tech City 構想の一環としてイギリス政府によって設置された，フィンテック事業者および金融機関の専門家で構成される会議体であり，イギリスのフィンテック部門の成長を加速させるための施策やアイデアを提供することを，その役割とする。このフィンテック・デリバリー・パネルが Barclays と協働して実施するのが「コネクト・ウィズ・ワーク」プログラムである。このプログラムは，フィンテック企業で働くのに適した資質を備える若者にスキルアップの機会を提供するとともに，彼らと彼らを必要とするフィンテック事業者のマッチングを行うものである（¶2.7 Box 2.B）。

②　国外からの人材の確保

国内における人材育成とともに，国外から優秀な労働者をイギリスに招くこと

も必要となる（¶2.8）。イギリス政府は，2017年11月に，Tier 1（卓越人材）ビザ（Tier 1（Exceptional Talent）visa）の発給数を1000から2000に倍増することを公表した[49]。これにより，ヨーロッパ経済領域とスイス以外から，デジタル技術分野の優れた人材を確保することが期待される（¶2.9）。またイギリス政府は，フィンテック事業者の意見を取り入れつつ，国外からの人材確保のために必要な政策を――移民政策を含めて――検討することとしている（¶2.10）[50]。

(c)　資金調達に対する支援

フィンテック事業者の資金調達に対する支援として，イギリス政府は，既述のような施策を講じてきた。しかし「フィンテック調査」は，フィンテック事業者が――融資でなく――出資による資金調達（equity finance）に困難を抱えていることを指摘する（課題ⓓ）。これは，フィンテック事業者に限らず，新規事業者一般に共通する問題であるといえるが，イギリス政府は，この問題に対処するために，2017年予算において，革新的事業を行う事業者による資金調達を支援するためのアクション・プランを公表した[51]。このアクション・プランには，民間部門との協働でブリティッシュ・ビジネス・バンク内部に100億ポンドの新規ファンドを設立すること，企業投資スキーム（Enterprise Investment Scheme）やベンチャー・キャピタル信託（Venture Capital Trusts）を通じた高成長分野への投資を拡大すること，民間部門による高成長分野への投資促進のためにブリティッシュ・ビジネス・バンクが資金提供を行うこと，ブリティッシュ・ビジネス・バンクの企業キャピタル・ファンド・プログラムを通じて新規のファンド・マネージャーを支援すること，国際貿易省（Department for International Trade）を通じてベンチャー・キャピタルに対する国外からの投資の呼び込むことなどが含まれる（¶2.11）。

さらに，このアクション・プランは，年金基金が長期間の投資の源泉となる可能性に言及する。その上で，年金規制局（Pensions Regulator）は，年金受託者が分散投資ポートフォリオに長期投資を組み込むことがいかなる条件のもとで許容されるのかに関する指針を明確にするものとされ，また財務省は，機関投資家およびファンド・マネージャーからなるワーキング・グループを設置し，確定拠出年金の受託者が非流動性資産への投資を躊躇する原因となる障害を除去する方策について検討するものとされる（¶2.12）。

(d)　参入・成長に対する支援

①　顧客に対する商品・サービスの提供の容易化

「フィンテック調査」において，フィンテック事業者が直面する課題として，回答数が２番目に多かったのが，いかにして自らの商品・サービスを顧客に利用してもらうのかということであった（課題ⓑ）。

この意味でのフィンテック事業者に対する支援として，まず挙げられるのが，前述したオープン・バンキングである（¶2.13）。API の標準化を通じて，フィンテック事業者は，複数の金融機関の顧客口座に直接アクセスできるようになり，消費者や中小企業の個別のニーズに応じた新しい商品・サービスを容易かつ安価に提供できることになる（¶2.14, 2.15）。オープン・バンキングは2018年１月13日から開始され，現在は試行段階にあるが，その完全実施後は商業的利用の展開[52]が期待される（¶2.16）。

さらに，金融サービスの管理業務機能（back-office functions）――現在は大手金融機関が規模の利益を享受している――についても，フィンテック事業者による新規参入を支援する動きがある（¶2.17）。財務省の金融サービス取引・投資委員会（Financial Services Trade and Investment Board）のフィンテック対策班（workstream）は，金融サービスに関する共有プラットフォーム（Shared Platforms）の構築を検討している[53]。共有プラットフォームの構築により，これまで管理業務機能のために事業者が個別に支出せざるをえなかったコストを削減することができると同時に，フィンテック事業者による複合的な金融サービス――担保の管理やシンジケートローンの運営など――の提供が期待される。2018年下半期には，政府と産業界の協働により，共有プラットフォームの開発を進めるべき分野が公表される予定である（¶2.17 Box 2.D）。

②　既存事業者との協働関係の樹立

フィンテック事業者の事業展開について，もう一つ重要な課題とされるのが，既存事業者との協働関係の樹立（課題ⓒ）である（¶2.19）。既存事業者は，長期にわたる確立された顧客との関係，事業規模，豊富な資金，規制や法に関する豊富な知識を有している一方，フィンテック事業者は，革新的アイデア，技術的専門性，意思決定の迅速性という特性を備える（¶2.20）。それゆえ，既存事業者とフィンテック事業者の協働関係は双方にとって利益をもたらすもの考えられるが，現実には，そのような協働関係の樹立が困難であることが多い。その理由の一つは，既存事業者がフィンテック事業者に何を期待しているのかを，フィンテ

ック事業者が十分に認識していないことに求められる（¶2.20）。

この問題への対処策として検討されているのが，フィンテックに関する業界標準――フィンテック・スタンダーズ（Fintech Standards）――の策定である。業界標準の策定によって，フィンテック事業者は，金融サービス事業者との提携交渉を行う前に，当該事業者が何を必要としているのかを理解できるようになる。フィンテック・スタンダーズの策定は，フィンテック・デリバリー・パネルとイギリス規格協会（British Standards Institute）の共同プロジェクトであり，大手金融機関5行（Barclays, Lloyds, HSBC, RBS, Santander）がスポンサーとなっている。フィンテック・スタンダーズは2019年末までに公表される予定であり，スポンサー金融機関はこの業界標準の実施を確約している（¶2.20 Box 2.E）。

(e)　国際的事業展開に対する支援

フィンテック事業者の国際的事業展開（課題ⓔ）に対する支援の中核を占めるのは，前述したフィンテック・ブリッジである。イギリス政府は既に四つの国と地域との間で，フィンテック・ブリッジを締結しているが，「フィンテック部門戦略」の公表と併せて，新たにオーストラリアとの協定締結を公表した。金融行為規制機構とオーストラリアの証券・投資委員会（Securities and Investments Commission）との間には，既に規制面での協調を促進するための協定が存在していたのであり，新たなフィンテック・ブリッジはこれを基礎とするものである（¶2.24 Box 2.F）。

また国際貿易省は，フィンテック・ブリッジ締結国で事業を展開するフィンテック事業者を支援するため，新たにフィンテック・ステアリング委員会（Fintech Steering Board）を設置する。この委員会はロンドン市長を委員長とし，海外での事業展開に成功したフィンテック事業者によって構成される。この委員会の役割は，国際貿易省に対して，フィンテック事業者が新しい市場に参入する際の支援策について情報提供をすることである（¶2.24 Box 2.G）。

さらに，2018年2月，金融行為規制機構は，国際的な事業展開を目指すフィンテック事業者を支援する目的で，「グローバル・サンドボックス（Global Sandbox）」の実施プランを公表し，他国・地域の規制当局や産業界から意見を聴取する機会を設けた[54]。グローバル・サンドボックスは，フィンテック事業者に対して，イギリスと他国・地域において同時に商品・サービスのテストを行う機会を提供するのみならず，グローバル・サンドボックスに参加する国・地域の規制当局に

対して，国境を超える共通の規制問題に共同で取り組む機会を付与することをも目的とするものである（¶2.24）。

(f)　EU 離脱と単一パスポート制度への影響

「フィンテック調査」は，フィンテック事業者が，イギリスの EU 離脱に伴うビジネス環境の不確実性が増大することおよび単一パスポート制度の恩恵を享受できなくなることに懸念を抱いていること（課題ⓕ）を指摘する（¶2.25）。この問題については，イギリス政府が EU との離脱交渉において移行期間（2020年末まで）を設定することに成功し，当該期間内は従前と同様に EU 市場へのアクセスが保障されること（¶2.26），およびイギリス政府が EU との間で既存の自由貿易協定を超える包括的協定の締結を目指していること（¶2.27, 2.28）が指摘されるにとどまる。EU 離脱交渉が予断を許さない状況にあることを反映するものといえよう。

(2)　フィンテックによる利益の享受

次に「フィンテック部門戦略」は，第 3 章において，フィンテックのもたらす利益を享受するための政策を取り上げる。それらの政策は，フィンテックがもたらす利益をイギリス全体で享受するためのものと，フィンテックが今後もたらしうる利益を探求するためのものに大別される。前者からみていこう。

(a)　イギリス全体でのフィンテックの利益の享受

フィンテックのもたらす利益を，イギリス国民のすべてが享受しているわけではない。そこで，現在，フィンテックの恩恵から取り残されている人々に対して，その利益を享受できる環境を整備する必要がある。そのための政策として挙げられるのが，フィンテックの恩恵を受けるのに必要なデジタル技術を持たない者に対して，無償で訓練を受ける機会を提供すること（¶3.2, 3.3），イギリスの国土全体で高速ブロードバンドに接続できるようにすること（¶3.4），これまで十分な金融サービスを受けられなかった者に対して金融サービスを提供・拡充すること[55]（¶3.5, 3.6）などである。

また，フィンテックの利益享受について，現在は地域的な偏差が大きい。Tech City 構想に代表されるように，イギリスのフィンテック部門はロンドンに一極集中しており，イギリスのフィンテック事業者の80％はロンドンを本拠地としている（¶3.7）。このような地域的偏差を解消するため，イギリス政府（財務相）は，地域ごとにフィンテック特使（Finech Envoy）を任命し，当該地域におけるフィ

ンテック部門の成長を支援している。2016年11月以降，北部イングランド地方（Northern Powerhouse）特使としてクリス・シアー（Chris Sier），スコットランド特使としてデビッド・ファーガソン（David Ferguson）とルイーズ・スミス（Louise Smith）が任命されていた（¶3.8）。これら3名の特使に加えて，2018年3月には，イングランド特使としてデビッド・ダフィー（David Duffy）が任命され，地方金融機関によるフィンテック採用の促進が目指されることになった。さらに，北アイルランド及びウェールズについても地方特使が任命される予定とされており[56]，それによって，イギリス全土がカバーされることになる（¶3.8 Box 3.A）。以上に加えて，Tech City UKは，全国を対象として，事業者向けサービスを提供する新規のフィンテック企業を支援するためのプログラムを実施することを公表している（¶3.8 Box 3.B）。これらの政策を通じて，フィンテックによる恩恵享受の地域間格差の解消が目指されるのである。

(b)　新技術がもたらす利益およびリスクの研究

フィンテックの将来を考える上で，イギリス政府にとっての重要な課題は，フィンテックを支える技術がいかなる利益をもたらすとともに，いかなるリスクを伴うかを明らかにすることである。リスクを理解し，管理することが，フィンテックのもたらす利益を最大化することにつながるからである（¶3.9）。この点に関連するのが仮想資産（cryptoassets）の取扱いである。

仮想通貨に代表される仮想資産は，現在までのところ，投機の対象とされ，価格変動が大きく，リスクの高い投資対象となっている[57]（¶3.10）。しかし，仮想資産の基盤となる技術である分散台帳型技術（あるいはブロックチェーン）は，多様な利用可能性を有する。例えば，投資協会（Investment Association）はデジタル・ファンド――分散台帳型技術を用いてファンド運用の事務作業を効率化し，コストを削減する一方で事業の弾力性を高めることが可能となる――の創設を検討しており（¶3.11），イングランド銀行も即時グロス決済システムと分散台帳型技術を利用した決済システムとのインターフェイスの可能性について検討を開始している（¶3.12）。

このような現状を背景として，イギリス政府は，産業界との協働で，仮想資産に伴うリスクを把握し，その軽減を図る方法を検討すること，また分散台帳型技術が金融サービスにもたらす多様な利益を研究することを決定した（¶3.13）。これと同時に，イギリス政府は，「仮想資産タスク・フォース（Cryptoassets Task

Force)」――財務省，イングランド銀行および金融行為規制機構によって構成される――を設置し，仮想資産のリスク・分散台帳型技術の利益を研究し，規制当局による適切な対応の在り方について検討することとした。その検討結果は，今夏にも公表の予定である（¶3.13 Box 3.C)。

4　結　語

以上に見てきたとおり，「フィンテック部門戦略」において，イギリス政府は，フィンテック部門の成長を維持し，さらなる発展を実現するため，多様な政策を用いることを明らかにしている。EU 離脱に伴うイギリス金融業の地位低下が不可避な状況にあって，生き残りのために，フィンテック部門に大きな関心が寄せられていると評価することもできよう。本稿で紹介したイギリス政府のフィンテック政策が，今後いかなる成果を生み出し，またいかなる展開をみせるかを注視しなければならない。

＊本稿は JSPS 科研費 JP16H01989 および JP18H03613 の助成を受けたものである。

〔注〕

(1)　2014年 8 月 6 日の講演において，当時のジョージ・オズボーン財務相が，イギリスがフィンテックの発展について世界をリードし，ロンドンが世界のフィンテックの中心地となるという目標を掲げたことがよく知られている（Chancellor's Speech at the Launch of the New Trade Body for FinTech, 'Innovate Finance', https://www.gov.uk/government/speeches/chancellor-on-developing-fintech)。

(2)　HM Treasury, Fintech Sector Strategy: Securing the Future of UK Fintech, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/692874/Fintech_Sector_Strategy_print.pdf.

(3)　The International FinTech Conference 2018, https://registration.livegroup.co.uk/internationalfintechconference2018/.

(4)　「フィンテック部門戦略」の概要は，我が国でも報道の対象とされている（日本経済新聞 3 月26日付夕刊 3 面)。

⑸　イギリスではかねてより，リテール・バンキング市場における大手銀行（HSBC, RBS, Lloyds, Barclays, Santander など）の寡占が問題視されてきた。そこでイギリス政府は，リテール・バンキング市場への新規参入を促進する一環として，チャレンジャー・バンクやフィンテック事業者を支援してきたのである（神山哲也＝飛岡尚作「大手英銀の牙城に挑むチャレンジャー・バンクとFinTech」野村資本市場クォータリー2015年夏号48～49, 56～57頁, 神山哲也「英国におけるチャレンジャー•バンクとフィンテック」月刊資本市場361号14～15, 16～17頁, 日本貿易振興機構（ジェトロ）「英国におけるフィンテック（FinTech）の現状と中小企業の事業環境に与える影響」https://www.jetro.go.jp/ext_images/_Reports/01/a7620baabf1d0650/20160150.pdf，19～24頁）。

⑹　Financial Services and Markets Act 2000, Part 1A, section 1B（3）（a）, section 1C.

⑺　Financial Services and Markets Act 2000, Part 1A, section 1B（3）（b）, section 1D.

⑻　Financial Services and Markets Act 2000, Part 1A, section 1B（3）（c）, section 1E.

⑼　金融行為規制機構の設立の事情については，山下純司「英国の金融規制改革」金融法研究28号190頁。

⑽　日本貿易振興機構（ジェトロ）•前掲注⑸33頁は，フィンテック事業者へのインタビューを通じて，イノベーション・ハブの担当者の専門性が高い評価を得ていることを指摘する。フィンテックの発展にとって，規制当局における人材育成が重要であることを示唆するものといえる。

⑾　Financial Conduct Authority, Regulatory Sandbox, https://www.fca.org.uk/firms/regulatory-sandbox. レギュラトリー・サンドボックスの詳細については，原島研司「英国の Regulatory Sandbox ――革新的な金融サービスに「実験の場」を提供」https://www.mizuho-ri.co.jp/publication/research/pdf/insight/pl160331.pdf，３～６頁，木下信行「レギュラトリー•サンドボックスについて」NBL1090号36～38頁。

⑿　金融行為規制機構は2017年10月に，レギュラトリー・サンドボックスの成果と教訓に関する報告書を公表している（Financial Conduct Authority, Regulatory Sandbox Lessons Learned Report, https://www.fca.org.uk/

publication/research-and-data/regulatory-sandbox-lessons-learned-report.pdf)。

⑿　制度の概要を紹介するものとして，日本貿易振興機構（ジェトロ）・前掲注(5)22～23頁。

⒁　RBS, Lloyds, HSBC, Barclays, Santander, Clydesdale and Yorkshire Banks, Bank of Ireland, Danske Bank, First Trust Bank（Northern Irish subsidiary of Allied Irish Bank）の 9 行。

⒂　Experian, Equifax, Creditsafe の 3 社。

⒃　当初，FundingXchange, Business Finance Compared, Funding Options の 3 社であったが，2017年11月から Alternative Business Funding が追加された（https://www.gov.uk/government/news/new-matchmaking-service-for-small-businesses-looking-for-finance)。2018年 3 月 1 日時点では，FundingXchange, Funding Options, Alternative Business Funding の 3 社が指定を受けている（https://www.gov.uk/government/publications/designation-of-banks-and-finance-platforms-for-finance-platforms-regulations/notice-of-designation-small-and-medium-sized-business-finance-platforms-regulations-2015)。

⒄　HM Treasury, Banking for the 21st Century : Driving Competition and Choice, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/416097/Banking_for_the_21st Century_17.03_19_40_FINAL.pdf, p 5.

⒅　ブリティッシュ・ビジネス・バンクについては，神山＝飛岡・前掲注(5)55～56頁，神山・前掲注(5)17頁，日本貿易振興機構（ジェトロ）・前掲注(5)29～31頁。

⒆　ビジネス・エネルギー・産業戦略省（Department for Business, Energy and Industrial Strategy）が所有する公開有限会社である。

⒇　British Business Bank, British Business Bank Investments Ltd makes £400m from Autumn Statement available to venture capital funds, https://british-business-bank.co.uk/british-business-bank-investments-ltd-makes-400m-autumn-statement-available-venture-capital-funds/.

㉑　Financial Services（Banking Reform）Act 2013, section 49（2）（c), section 52.

(22) Financial Services (Banking Reform) Act 2013, section 49 (2) (b), section 51.

(23) Financial Services (Banking Reform) Act 2013, section 49 (2) (a), section 50.

(24) Directive 2015/2366/EU of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC. 第２次決済サービス指令制定の背景およびその概要については，森下哲朗「PSD2（欧州の決済サービス指令２）の概要――我が国の決済法制への示唆」金法2050号18頁，石川知弘「欧州の決済サービスに係る新たな法的枠組み（PSD2）の概要とインプリケーション」金法2055号22頁。

(25) Payment Services Regulations 2017, section 103.

(26) Open Banking Working Group, The Open Banking Standard: Unlocking the Potential of Open Banking to Improve Competition, Efficiency and Stimulate Innovation (2016), https://ja.scribd.com/doc/298569302/The-Open-Banking-Standard. この報告書の概要およびオープン・バンキングの実施に向けたイギリス政府の取組みについては，加毛明「オープン・バンキング・フレームワークの導入をめぐる法的諸問題」金融法研究33号131頁。

(27) Competition and Markets Authority, CMA paves the way for Open Banking revolution, https://www.gov.uk/government/news/cma-paves-the-way-for-open-banking-revolution.

(28) HM Treasury, Financial Services Trade and Investment Board: Annual Report 2016-2017, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/656569/Financial_Services_Trade_and_Investment_Board_Annual_Report_2016-17.pdf, at 19.

(29) Financial Conduct Authority, FCA launches the Asset Management Authorisation Hub, https://www.fca.org.uk/news/press-releases/fca-launches-asset-management-authorisation-hub.

(30) Investment Association, Investment Association to launch VeloCity - FinTech Accelerator, https://www.theinvestmentassociation.org/media-

centre/press-releases/2018/investment-association-to-launch-velocity-%E2%80%93-fintech-accelerator-for-the-asset-management-industry.html.

(31) Department for Business, Energy & Industrial Strategy, & Department for Digital, Culture, Media & Sport, AI Sector Deal, https://www.gov.uk/government/publications/artificial-intelligence-sector-deal/ai-sector-deal.

(32) Department for Business, Energy & Industrial Strategy, Industrial Strategy : the Grand Challenges, https://www.gov.uk/government/publications/industrial-strategy-the-grand-challenges.

(33) Bank of England, Fintech, https://www.bankofengland.co.uk/research/fintech.

(34) HM Government, Industrial Strategy : Building a Britain Fit for the Future, https://www.gov.uk/government/publications/industrial-strategy-building-a-britain-fit-for-the-future

(35) Ernst & Young LLP, UK FinTech : On the Cutting Edge, https://www.gov.uk/government/publications/uk-fintech-on-the-cutting-edge.

(36) なお，2017年３月公表の「イギリス・デジタル戦略2017」との関係については，後掲注(47)参照。

(37) Ernst & Young LLP, UK FinTech Census 2017, http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-UK-FinTech-Census-2017/$FILE/EY-UK-FinTech-Census-2017.pdf［Hereafter FinTech Census］.

(38) 例えば，調査に回答したフィンテック事業者の平均収益が2014年から2016年にかけて22%上昇したこと，半数の事業者が今後12カ月で100%を超える収益の増加を見込んでいること，回答した事業者がこれまでに受けた融資が平均で1500万ポンドにのぼることなどが指摘される（FinTech Census, *supra note* 37 at 7）。

「フィンテック調査」以外の調査においても，フィンテックによる金融サービスの変容が指摘される。例えば，デジタル機器を利用する成人の42%超が，少なくとも一つのフィンテック事業者のサービスを利用しているとされ（http://www.ey.com/gl/en/industries/financial-services/ey-fintech-adoption-index），また2000万を超える国民が，金融の利用に便利な方法として，銀行アプリケーションを利用していることが指摘される（https://www.bba.

org.uk/landingpage/waywebanknow/）（¶1.10）。

(39) FinTech Census, *supra note* 37 at 18. このほか，市場での競争（Competition），サイバーセキュリティ（Cybersecurity），銀行口座の開設•維持（Obtaining or retaining suitable bank accounts），融資獲得の費用・可能性（Cost or availability of debt funding）などの回答があった。

(40) Financial Conduct Authority, Model driven machine executable regulatory reporting TechSprint, https://www.fca.org.uk/events/techsprints/model-driven-machine-executable-regulatory-reporting-techsprint.

(41) Financial Conduct Authority, Call for Input : Using technology to achieve smarter regulatory reporting, https://www.fca.org.uk/publications/calls-input/call-input-smarter-regulatory-reporting.

(42) FinTech Census, *supra note* 37 at 7.

(43) その中には，2018年２月に公表された，GCSE（General Certificate of Secondary Education）の取得後に数学を学ぶ学生の数を増やすことを支援する Advance Maths Premium も含まれる（Department for Education & HM Treasury, New Advanced Maths Premium can open more doors for young people, https://www.gov.uk/government/news/new-advanced-maths-premium-can-open-more-doors-for-young-people）。

(44) HM Treasury, Autumn Budget 2017, https://www.gov.uk/government/publications/autumn-budget-2017-documents/autumn-budget-2017.

(45) Department for Education, Post-16 Technical Education Reforms : T Level Action Plan, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/650969/T_level_Action Plan.pdf.

(46) 政府からの2000万ポンドに加えて産業界からも2000万ポンドが提供された（Department for Education, Prime Minister announces £20 million Institute of Coding, https://www.gov.uk/government/news/prime-minister-announces-20-million-institute-of-coding）。

(47) Department for Digital, Culture, Media & Sport, UK Digital Strategy 2017, https://www.gov.uk/government/publications/uk-digital-strategy/

uk-digital-strategy.「デジタル戦略2017」の政策の多くもフィンテック事業者に関連する（¶1.13）。

(48) Department for Digital, Culture, Media & Sport, The Digital Skills Partnership, https://www.gov.uk/government/publications/the-digital-skills-partnership.

(49) Home Office & UK Visas and Immigration, Government doubles exceptional talent visa offer, https://www.gov.uk/government/news/government-doubles-exceptional-talent-visa-offer.

(50) この点に関連して，日本貿易振興機構（ジェトロ）・前掲注(5)51頁は，フィンテック業界が政府に対して Tier 2 ビザによる人材確保を働きかけていることを指摘する。

(51) HM Treasury, Autumn Budget 2017 : Financing Growth in Innovative Firms, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/661471/Financing_growth_in innovative_firms.pdf.

(52) オープン・バンキングを利用したビジネス・モデルの具体例としては，まず，顧客の収入・支出に関するデータを，人工知能を用いて学習・分析し，当該顧客の個別の事情に即した金融アドバイスを提供することが考えられる。また，現在では融資を受けるのが困難な小規模事業者についても，オープン・バンキングを利用して得られる豊富なキャッシュ・フローのデータを分析することで，当該事業者に対する貸付リスクを迅速かつ正確に評価することができるようになり，融資を（現在よりも低い金利で）受ける可能性が広がる。このほか，携帯端末を利用した即時決済サービスにより，顧客にとって迅速かつ安全な決済が可能になるとともに，小売業者にとってもクレジット・カード会社などへの手数料の支払を免れることができるようになることが指摘される（¶2.16 Box 2.C）。

(53) Deloitte に対する調査委託をしている（HM Treasury, *supra note* 28 at 22）。

(54) Financial Conduct Authority, Global sandbox, https://www.fca.org.uk/firms/regulatory-sandbox/global-sandbox.

(55) その実現に向けた具体的な取組みとして，Tech City UK による Fintech for All Competition（Tech City UK, Fintech for All, https://

35z8e83m1ih83drye280o9d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2018/04/Fintech_A4_Report_Dec2017-V6-1.pdf）や，イギリス政府による Rent Recognition Challenge（HM Treasury, Rent Recognition Challenge : Using FinTech to help renters, https://www.gov.uk/government/publications/rent-recognition-challenge-using-fintech-to-help-renters）が挙げられる。

⑸⑹　その後，2018年５月に，ジョージナ・オリアリー（Georgina O'Leary）が北アイルランド特使，リチャード・テオ（Richard Theo）がウェールズ特使に任命された。

⑸⑺　イギリス政府は，早くからビットコインに代表される仮想通貨に対する規制の在り方を検討してきた。その経緯については，加毛明「デジタル通貨（仮想通貨）をめぐる議論状況」金融法研究32号128頁。

ドイツ　　慶應義塾大学教授　水　津　太　郎

一括清算ネッティング条項の有効性に関するドイツ倒産法の改正

1　はじめに

2016年12月末，ドイツにおいて，「倒産法及び民事訴訟法施行法を改正する法律(1)」（以下「改正法」という）が成立した。改正法は，デリバティブ取引等において定められる一括清算ネッティング（Liquidationsnetting）（クローズアウトネッティング（close-out netting）とも呼ばれる）条項について，その倒産手続における有効性を基本的に承認するとともに，どのような定めをすることができるのかを明確かつ具体的に規定するものである(2)。本稿では，この改正法について，検討を行うこととする(3)。

以下では，まず，改正法がどのような経緯で成立したのかを概観し（２），次いで，改正法が何をどのように改正したのかを明らかにする（３）。

本稿では，改正法により改正される前の倒産法を，「改正前倒産法」とする。他方，改正法により影響を受けない条文を引用するときは，単に「倒産法」とする。本稿の末尾に，【資料】として，関連条文について，改正前後の訳を付すこととした(4)。

2　改正法の成立に至るまでの経緯

(1)　改正前倒産法のルール

改正前倒産法104条２項１文は，市場価格または取引所の相場を有する金融に係る給付（Finanzleistung）を目的とする契約について，倒産管財人が双方未履行の双務契約について有する選択権（倒産法103条１項）を排除している。この場合には，その契約は，法律に基づいて終了し，不履行に基づく債権，つまり清算金債権（Ausgleichsforderung）(5)が発生する。改正前倒産法104条３項１文によれば，清算金の額は，約定した価格と市場価格または取引所の相場との差額である。市場価格または取引所の相場は，倒産手続開始から２営業日が経過する日に，代替取引がされたものと仮定することで定められる(6)。

倒産法119条は，倒産法113条から118条までの規定の適用をあらかじめ排除し，または制限する合意を無効としている。他方，改正前倒産法104条２項３文によれば，基本契約に基づいて締結された金融に係る給付を目的とする複数の契約が，

倒産手続開始の原因となる事実が生じた時に一体として終了することが合意されたときは，それらの契約は，倒産法上，単一の契約であると擬制された(7)上で，その時に一体として終了する(8)。また，同条３項１文によれば，市場価格または取引所の相場について，契約当事者は，その基準時として，倒産手続開始から５営業日を経過する日までを選択することができる。

⑵　司法府と行政府の対立

改正法の成立に至るきっかけとなった(9)のは，2016年６月９日に下された連邦通常裁判所（BGH）の判決(10)である（以下「2016年判決」という）。2016年判決は，デリバティブ取引に係る基本契約における一括清算ネッティング条項の有効性が問題となった事案において，次のように判示した。まず，①契約当事者が，基本契約において，改正前倒産法104条（２項１文および３文）とは異なり，倒産手続開始の申立てがされた時に契約が終了する旨を合意したときに，その合意が有効であるかどうかは，はっきりしない。次に，②契約当事者が，基本契約において，清算金の算定方法について，同条２項および３項に定める算定方法と異なる合意をしたときは，その合意は，倒産法119条により無効である。

2016年判決が示した判断は，実務に対し，深刻な影響を及ぼすおそれがあると懸念された(11)。金融市場において一般に用いられている基本契約は，一括清算ネッティング条項を含むものである。この条項には，銀行監督法上の効果が結び付けられている。一括清算ネッティング条項が無効であるとすると，自己資本比率規制をクリアするために，自己資本を増加させなければならなくなったり，大口信用供与について，その額が与信上限を超えるおそれが生じたりすることになる。したがって，ドイツ法上，一括清算ネッティング条項が無効であるとするならば，ドイツの金融機関や市場参加者は，国際的な競争において，著しい不利益を受けることになりかねない。それだけでなく，ドイツの金融システムの安定性が害されるおそれが生じる。

そのため，行政府は，司法府の判断に対し，迅速に対処した(12)。有価証券取引法４ａ条(13)によれば，連邦金融監督庁（BaFin）は，金融市場の安定性を害し，または，金融市場の機能に対する信頼を損なう状況があるときは，その状況を排除または阻止するために，必要かつ適切な措置を取ることができる。そこで，連邦金融監督庁は，2016年判決が現れたその日に，同条に基づいて，次のような一般処分(14)を行った。それによれば，基本契約の当事者は，2016年判決の影響を受けずに，

その約定に従って基本契約を清算すべきであるとされる[15]。この一般処分は，2016年６月10日から同年12月31日までの間，効力を有するものとされた。

さらに，連邦財務省（BMF）と連邦司法・消費者保護省（BMJV）も，2016年判決が現れたその日に，共同声明を発表した[16]。そこでは，2016年判決が広い射程を持つとみられるときは，連邦政府（BReg）は，早急に立法措置を取ることとするとされた。

⑶　立法府の対応――改正法の立法過程

2016年７月26日，連邦司法・消費者保護省により，早くも改正草案が公にされた[17]。同年９月23日，連邦政府は，第３次倒産法改正に関する法律案を，連邦参議院（BR）に送付した[18]。その際には，連邦金融監督庁の一般処分が同年12月31日に失効することを理由に，「とくに急を要する」[19]と記された。このようなときは，連邦政府は，連邦参議院が，いわゆる第１ラウンドにおいて，態度決定権に基づいて法律案について意見を述べる前に，その法律案を連邦議会（BT）に提出することができる（基本法76条２項４文）。そこで，連邦政府は，同年10月17日，連邦参議院からの連絡を待たずに，上記の法律案を連邦議会に提出した[20]。同年10月20日には，連邦議会において，第１読会が開かれている[21]。連邦参議院が第１ラウンドを開き，態度決定権に基づいて意見を述べたのは，同年11月４日であった[22]。同年11月９日，連邦政府は，連邦議会に対し，連邦参議院の意見と，これに対する連邦政府の見解を伝えた[23]。同年11月29日，連邦議会から付託された委員会により，報告書が提出された[24]。同年12月１日，連邦議会は，第２読会[25]および第３読会[26]を連続して開催し，委員会の報告書に従って，民事訴訟法施行法の改正を追加した上で，上記の法律案を可決した。連邦議会により可決された法律案は，連邦参議院に送付され，同年12月16日，そこで開かれたいわゆる第２ラウンドを通過した[27]。

「倒産法及び民事訴訟法施行法を改正する法律」は，このような経緯のもとで成立したものである[28]。同法は，同年12月28日に公布された。2016年判決が現れてから，わずか半年あまりのことである。この改正法の成立に至るまでのドラマチックな展開は，「ドイツ連邦共和国の歴史の中で比類がない」[29]と評されている。

3　一括清算ネッティング条項の有効性の承認

⑴　改正法の目的と構成

(a)　目的

改正法は，デリバティブ取引等において定められる一括清算ネッティング条項について，その倒産手続における有効性を基本的に承認するとともに，どのような定めをすることができるのかを明確かつ具体的に規定するものである（１）。

改正前倒産法104条は，市場価格または取引所の相場を有する物品を，確定した時点または確定した期間内に引き渡すことを約定した場合や，市場価格または取引所の相場を有する金融に係る給付について，特定の時点または特定の期間内に給付することを約定した場合において，倒産手続開始後にその時点が経過し，または期間が満了するときは，履行を請求することができず，不履行に基づく債権のみを主張することができるとする。同条の趣旨としては，倒産財団の保護と，契約の相手方の保護とが考えられる。2016年判決は，このうち，倒産財団の保護を強調していた。同判決が，法律に基づく清算のメカニズムを合意により変更する余地を狭く解したのは，そのためである。これに対し，改正法は，改正前倒産法104条の立法理由に立ち返り，同項の趣旨を次のようにとらえている[30]。それによれば，同条は，一次的には，倒産財団を保護するものではなく，むしろ，契約の相手方を保護するものである。他方，倒産財団の利益は，倒産管財人の選択権が排除されたとしても，倒産管財人が代替取引をすることで確保することができる。改正法は，この考え方を基礎として，法律に基づく清算のメカニズムを合意により変更する余地を拡張することとしたものである。

(b)　構　成

改正法は，改正前倒産法を，２段階に分けて改正した。第１段階の改正，つまり改正法１条による改正は，連邦金融監督庁の一般処分（２(2)）に対し，法律のお墨つきを与えるものである。そのため，この改正は，連邦金融監督庁の一般処分が発効した日，つまり，2016年６月10日に遡って施行された。もっとも，遡及効が生じるとすると，2016年判決を信頼して行動した者の利益が害されることとなる。しかし，そのような利益は，保護に値しない。連邦金融監督庁は，2016年判決と同日に，同判決に従うべきではないとする一般処分を行っているからである[31]。これに対し，第２段階の改正，つまり改正法２条による改正は，公布日の翌日である2016年12月29日に施行された。

以下では，第１段階の改正，つまり改正法１条により改正された後の倒産法を「第１次改正倒産法」とし，第２段階の改正，つまり改正法２条により改正された後の倒産法を「第２次改正倒産法」とする。

⑵　第１改正倒産法の内容

第１次改正倒産法104条による主な改正点は，次のとおりである。

(a)　条文の見出し

第１次改正倒産法104条は，同条の見出しに，「契約による一括清算ネッティング」という言葉を付け加えている[32]。

(b)　合意の有効性

第１次改正倒産法104条は，新たに４項を挿入している。同条４項によれば，契約当事者は，同条１項，２項および３項に定める内容と異なる合意をすることができる。同条４項２文は，１号から３号にかけて，その具体例を挙げるものである。

第１に，同条４項２文１号によれば，契約当事者は，倒産手続開始前に，契約が終了することを合意することができる。そして，契約の終了時については，(a)倒産手続開始の原因となる事実が生じた時とする合意や，(b)倒産手続開始の申立てがされた時とする合意が有効であることを明確にしている[33]。(b)は，2016年判決が判断を留保していた問題（２⑵）について，明文で解決を与えるものである。他方，(a)について，改正前倒産法104条２項３文によれば，契約当事者は，倒産手続開始の原因となる事実が生じた時を，契約の終了時とする合意をすることができるとされる。もっとも，同文は，金融に係る給付を目的とする複数の契約が基本契約に基づいて締結されることを，要件としている。これに対し，第１次改正倒産法104条４項２文１号は，そのような要件を設けていない。

第２に，同条４項２文２号は，次のことを明確にするものである[34]。同条１項および２項１文は，両条に定める物品の引渡しまたは金融に係る給付を目的とする契約が締結される場合において，倒産手続開始後に弁済期が到来する請求権について，倒産管財人の選択権を排除している。これに対し，同条４項２文２号によれば，倒産手続開始前に契約が終了することを合意したときは，その時点を，同条１項および２項１文における倒産手続開始時とすることを定めることができる。この場合には，倒産手続開始前に弁済期が到来する請求権についても，合意による終了後に弁済期が到来するものである限り，倒産管財人の選択権を排除す

ることができることとなる。

第3に，同条4条2文3号によれば，契約当事者は，清算金の算定方法について，改正前倒産法104条3項1文および2文に定める方法以外の方法を合意することができる。これは，2016年判決の示したルール（2(2)）を，法律によって改めるものである。第1次改正倒産法104条4項2文3号は，aからcまでに算定方法を掲げている[35]。

まず，同号aは，現実にされた代替取引に係る市場価格または取引所の相場を基準とする。代替取引は，契約による終了が生じた後，遅滞なく締結されるものである。もっとも，契約当事者は，代替取引が締結される時点について，契約による終了が生じた時から5営業日が経過する日までを選択することができる。次に，同号bも，市場価格または取引所の相場を基準とするものである。もっとも，ここでは，現実にされた代替取引ではなく，仮定的な代替取引が念頭に置かれる。契約当事者は，代替取引を仮定する時点について，契約による終了が生じた時から5営業日が経過する日までを選択することができる。さらに，同号cによれば，契約当事者は，市場の状況により，同号aおよびbに定める代替取引を締結することが許されないときは，適切な評価を保障する方法および手続を基準とすることを定めることができる。

(c)　合意の限界

もっとも，第1次改正倒産法104条4項1文によれば，契約当事者は，法規定の重要な基本思想と合致しない内容については，合意をすることができない。

例えば，同条1項および2項の要件を満たす取引について，倒産管財人に，双方未履行の双務契約に係る選択権を与える合意をしたとしても，その合意は無効である[36]。このような合意は，倒産管財人が契約の相手方の負担において相場の変動を利用して投機をすることを可能とするものであり，同条の重要な基本思想に反するからである。また，同条1項および2項1文は，市場価格または取引所の相場を有する給付を目的とする取引がされたことを要件としている。これは，代替取引をすることができる取引であることを求める趣旨であり，同条の重要な基本思想に属する。したがって，市場価格または取引所の相場を有しない給付を目的とする取引について，倒産管財人の選択権を排除する合意をしたとしても，その合意は無効である[37]。

⑶　第２次改正倒産法の内容

第２次改正倒産法104条による主な改正点は，次のとおりである。

(a)　条文の構造

第２次改正倒産法104条は，次の２点において，条文の構造を組み替えている[38]。

第１に，同条は，①法律に基づく清算のメカニズムを定める同条１項および２項と，②これらのルールを合意により変更することができる範囲を定める同条３項および４項とを，体系上，明確に区別することとしている。①と②の緊張関係を，条文上，より明確に表現するためである。

第２に，第１次改正倒産法104条１項および２項は，契約を終了させるとともに清算金債権を発生させる点で，同一の効果を有するものである。そこで，第２次改正倒産法104条は，両項を１項にまとめることとしている。

(b)　「金融に係る給付」の意義

第２次改正倒産法104条１項３文および４文は，今日の実務に合わせて，「金融に係る給付」の具体例を現代化している[39]。これにより，「金融に係る給付」の中に，第２次金融商品市場指令（MiFID2）に定める「金融商品」が含まれることが明確になった。もともと，「金融に係る給付」の具体例は，将来において補充されたり，変更されたりすることが予定されていたものである。この意味において，具体例の現代化は，改正前倒産法の基本的なコンセプトを変更するものではない。

(c)　清算金の算定方法

第２次改正倒産法104条は，清算金の算定方法について，第１次改正倒産法104条の内容を一部修正ないし補充している。とくに重要なのは，次の点である。

第１に，第１次改正倒産法104条３項１文は，改正前倒産法104条３項１文と同じように，清算金の額は，約定した価格と市場価格または取引所の相場との差額によって定めるとしていた。この定式が当初念頭に置いていたのは，確定期商事売買である。これに対し，オプションやスワップといったデリバティブ取引については，この定式はうまく適合せず，解釈上の困難が生じていた。そこで，第２次改正法104条２項１文は，清算金の額について，市場価額または取引所の相場を基準とすることとしている[40]。この定式において，価格（Preis）ではなく，価額（Wert）という言葉を選択したのは，ここでは，抽象的な価値を念頭に置いているからである。

第２に，第１次改正倒産法104条４項２文３号は，清算金の算定方法として，改

正前倒産法104条３項１文および２文に定める方法以外の方法を合意することができるとし，各種の算定方法を掲げていた（３(2)(6)）。第２次改正倒産法104条２項２文１号および３文は，そこで掲げられた算定方法のうち，ａとｃを，法律に基づく清算のメカニズムとして定めることとしている(41)。このことに対応して，同項２文１号によれば，第１次改正倒産法104条４項２文３号ａにおける「契約による終了が生じた後」は，「倒産手続開始後」に置き換えられる。他方，ｂの算定方法は，第２次改正倒産法104条４項２文３号ｃが受け継いでいる。また，第１次改正倒産法104条４項２文３号は，合意による清算金の算定方法として，契約当事者は，市場価格または取引所の相場を定める基準について，仮定的な代替取引のほかに，現実にされた代替取引と，代替取引以外の方法および手続を選択することができると定めていた。これに対し，第２次改正倒産法104条２項２文は，法律に基づく清算のメカニズムとして，市場価額または取引所の相場を定める基準は，①現実にされた代替取引を最優先とし，それがされないときは，②仮定的な代替取引とし，そして，市場の状況により，そのいずれも基準とすることが許されないときは，③代替取引以外の方法および手続によるとしている。

第３に，第１次改正倒産法104条４項２文３号ａは，契約による終了が生じた後から５営業日が経過する日までに現実にされた代替取引を，市場価格または取引所の相場を定める基準とすることを合意することができるとしていた。しかし，取引の複雑さによっては，上記の期間内に代替取引をするのは困難な場合がある。そこで，第２次改正倒産法104条４項２文３号ｂは，価値を損傷しないで清算をするために必要であるときは，上記の期間を，契約による終了が生じた後から20営業日が経過する日までとすることができるとしている(42)。

(d)　単一契約の擬制

改正前倒産法104条２項３文および第１次改正倒産法104条２項３文は，基本契約に基づいて締結された金融に係る給付を目的とする複数の契約が，倒産手続開始の原因となる事実が生じた時に一体として終了することが合意されたときは，それらの契約は，倒産法上，単一の契約であると擬制された上で，その時に一体として終了するものとしていた（２(1)参照）。第２次改正倒産法104条３項は，この規定の要件を拡張し，あるいは明確化するものである(43)。

第１に，中央清算機関の業務規程に基づいて締結された複数の契約も，単一契約の擬制の効果を受けることができるとしている（同項１文）。中央清算機関が設

置された場合において，清算参加者が倒産したときは，倒産法施行令102b 章に掲げられた特別な規定が適用される(44)。これに対し，第 2 次改正倒産法104条 3 項 1 文は，中央清算機関が設置された場合において，中央清算機関が倒産したときを念頭に置いた規定である(45)。

第 2 に，基本契約または中央清算機関の業務規程に基づいて締結された複数の契約の中に，同条 1 項の要件を満たさない契約が含まれていた場合において，単一契約の擬制が生じるかどうか，生じるとしたら，どの範囲で生じるかを明確にしている。すなわち，そうした場合でも，単一契約の擬制の効果そのものが失われるわけではない(同条 3 項 2 文)。もっとも，その効果が及ぶ範囲は，同条 1 項の要件を満たす契約だけである。他方，同条 1 項の要件を満たさない契約については，一般規定が適用される（同条 3 項 3 文)。

第 3 に，金融に係る給付を目的とする取引をするときだけでなく，物品の引渡しを目的とする確定期取引をするときにも，単一契約の擬制の効果を受けることができるとしている（同条 3 項 1 文)。

4　おわりに

最後に，改正法に対する評価や反応を，いくつかみておこう。

まず，改正法のルールは，不徹底であるとする批判がある(46)。それによれば，改正法は，法律に基づく清算のメカニズムから出発しつつ，これを合意により変更することができる範囲を定めるという枠組みを維持している。改正法が合意により変更することができる範囲を拡張したといっても，この枠組み自体は変わっていない。そのため，改正法のもとでは，一括清算ネッティング条項そのものの有効性は認められず，法律に基づくネッティングについて，合意による修正の余地が認められるにとどまる。しかしながら，ネッティングを具体的にどのように行うかは，法律に定めるのではなく，当事者間の契約にゆだねるほうが望ましい。そうすることで，クリアリングシステムにおけるネッティング条項そのものの有効性を承認するヨーロッパ法との調和も図られることになるとされる。

次に，改正法が成立するまでの経緯について，疑問を投げかける見解がある(47)。それによれば，改正法による改正前倒産法104条の改正についても，同条が設けられたときと同じように，金融機関による激しいロビー活動が展開されたことは明らかである。新たな規定を設けないと，システミックリスクが生じるといわれると，モラルハザードを惹起する懸念があっても，金融機関が望むような改正をし

ないわけにはいかないのであろう。このようにして，立法府は，金融機関のかばん持ちに成り下がっているとされる。

さらに，改正法の及ぼす影響についても，議論がされている。とりわけ，改正法のもとで，エネルギー取引に係る基本契約における一括清算ネッティング条項が有効とされるかどうかについて，検討が進められている(48)。

〔注〕

(1) Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung und zur Änderung des Gesetzes, betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung vom 22.12.2016, BGBl. I vom 28.12.2016, S. 3147.

(2) Vgl. BR-Drs. 548/16, S. 1; BT-Drs. 18/9983, S. 1.

(3) 本稿のテーマについては，神作裕之「ドイツにおける店頭デリバティブ取引規制の動向－倒産法との関係を中心として－」金融法務研究会報告書(31)『デリバティブ取引に係る諸問題と金融規制の在り方』86-99頁，同「実務に大きな影響を与える判決」法教449号１頁も，合わせて参照されたい。なお，改正前の状況について，カールステン・トーマス・エーベンロート＝マーク・ベンツラー（三上威彦＝村上康二郎訳）「ドイツ新倒産法における一括清算ネッティング（上・下）」法研73巻９号107頁，同10号121頁も参照。

(4) 条文訳については，吉野正三郎『ドイツ倒産法入門』114-115頁（成文堂，2007年），神作・前掲注(3)ドイツ98-99頁を参考にした。

(5) Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. 2, 3. Aufl., München 2013, § 104 InsO, Rn. 181［Uwe Jahn/Jörg Fried］. 訳語については，エーベンロート＝ベンツラー（三上＝村上訳）・前掲注(3)ドイツ新倒産法（上）111頁・119頁・153頁訳注６も参照。

(6) MünchKomm/Jahn/Fried, a.a.O.（Anm. 5), Rn. 182b; エーベンロート＝ベンツラー（三上＝村上訳）・前掲注(3)ドイツ新倒産法（上）125頁・146頁注95。

(7) MünchKomm/Jahn/Fried, a.a.O.（Anm. 5), Rn. 24.

(8) もっとも，このことは，文言上は，必ずしも明らかでない。エーベンロート＝ベンツラー（三上＝村上訳）・前掲注(3)ドイツ新倒産法（上）129頁。

(9) 関連判例として，BGH, Urteil vom 15.11.2012-IX ZR 169/11-, BGHZ 195, 348 がある。この判例については，神作・前掲注(3)ドイツ95頁。

⑽　BGH, Urteil vom 9.6.2016-IX ZR 314/14-, BGHZ 210, 321. 事案と判旨については，神作・前掲注(5)ドイツ92-95頁。

⑾　BR-Drs. 548/16, S. 1 und S. 5-6 ; BT-Drs. 18/9983, S. 1 und S. 8 ; 神作・前掲注(5)ドイツ96頁。

⑿　連邦通常裁判所と連邦金融監督庁の対立については，Frank A. Schäfer, BaFin vs. BGH, in : BKR 2016, S. 321.

⒀　有価証券取引法 4 a 条は，Gesetz zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivategeschäfte vom 21.7.2010, BGBl. I vom 26.7.2010, S. 945 により，挿入されたものである。同条は，Zweites Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte vom 23.6. 2017, BGBl. I vom 24.6.2017, S. 1693 により，2018年 1 月 3 日以降は，同法14条として規定されている。

⒁　一般処分とは，一般的なメルクマールにより特定され，もしくは，特定することができる人的範囲に向けられる行政行為，または，物の公法上の性質もしくは一般人による物の利用に係る行政行為のことである（行政手続法35条 2 文）。

⒂　BaFin, Allgemeinverfügung zu Nettingvereinbarungen im Anwendungsbereich des deutschen Insolvenzrechts, 9.6.2016, GZ : ED WA-Wp 1000-2016/0001.

⒃　Gemeinsame Stellungnahme des Bundesministeriums der Finanzen und der Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, 9.6.2016.

⒄　BMJV, Änderungsvorschlag zur Neufassung des § 104 Insolvenzordnung, 26.7.2016.

⒅　BReg, Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung, BR-Drs. 548/16.「第 3 次」倒産法改正法に関する法律案とされたのは，この法律案が，Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung und anderer Gesetze vom 26.10.2001, BGBl. I vom 31.10.2001, S. 2710 と，Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 13.4.2007, BGBl. I vom 17.4. 2007, S. 509 に続いて，倒産法を改正するためのものだからである。BR-Drs. 548/16, S. 9.

⒆　BR-Drs. 548/16, S. 3.

⑳ BReg, Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung, BT-Drs. 18/9983.

㉑ 1. Beratung : BT-PlPr. 18/196, S. 19572C–19572D.

㉒ 1. Durchgang : BR-PlPr. 950, S. 453A–453B.

㉓ BReg, Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 18/10263.

㉔ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/10470.

㉕ 2. Beratung : BT-PlPr. 18/206, S. 20629C–20634D.

㉖ 3. Beratung : BT-PlPr. 18/206 , S. 20634D–20635A.

㉗ 2. Durchgang : BR-PlPr. 952, S. 515A.

㉘ 法律案の段階で付されていた「第３次」という言葉は，法律名では取り除かれている。前掲注⑴参照。

㉙ Matthias Lehmann/Lucas Flöther/Elke Gurlit, Die Wirksamkeit von Close-out-netting-Klauseln in Finanzderivaten nach 104 InsO n.F., in : WM 2017, S. 597.

㉚ BR-Drs. 548/16, S. 6, 11 ; BT-Drs. 18/9983, S. 9, 13 ; 神作・前掲注⑶ドイツ97頁。

㉛ BR-Drs. 548/16, S. 23 ; BT-Drs. 18/9983, S. 23. そのほか，連邦財務省と連邦司法・消費者保護省により，2016年判決と同日に，立法措置に向けた共同声明が発表されたこと（２⑵）についても，言及されている。

㉜ BR-Drs. 548/16, S. 10–11 ; BT-Drs. 18/9983, S. 13.

㉝ BR-Drs. 548/16, S. 7 und S. 13 ; BT-Drs. 18/9983, S. 9 und S. 15.

㉞ BR-Drs. 548/16, S. 13 ; BT-Drs. 18/9983, S. 15.

㉟ BR-Drs. 548/16, S. 7 und S. 13–15 ; BT-Drs. 18/9983, S. 10 und S. 16–17.

㊱ BR-Drs. 548/16, S. 12 ; BT-Drs. 18/9983, S. 14.

㊲ BT-Drs. 18/10470, S. 13. なお，市場価格または取引所の相場の意義が広く解されていることについて，エーベンロート＝ベンツラー（三上＝村上訳）・前掲注⑶ドイツ新倒産法（上）127頁，神作・前掲注⑶ドイツ87頁注23を参照。

㊳ BR-Drs. 548/16, S. 8 und S. 16 ; BT-Drs. 18/9983, S. 10 und S. 17.

(39)　BR-Drs. 548/16, S. 8-9 und S. 16-17 ; BT-Drs. 18/9983, S. 10-11 und S. 18-19.

(40)　BR-Drs. 548/16, S. 19 ; BT-Drs. 18/9983, S. 19-20.

(41)　BR-Drs. 548/16, S. 19 ; BT-Drs. 18/9983, S. 20.

(42)　BR-Drs. 548/16, S. 21 ; BT-Drs. 18/9983, S. 22.

(43)　BR-Drs. 548/16, S. 8-9 und S. 20 ; BT-Drs. 18/9983, S. 11 und S. 21.

(44)　詳細については，神作・前掲注(3)ドイツ106-107頁を参照。

(45)　改正前倒産法104条２項３文および第１次改正倒産法104条２項３文は，バイラテラル（２当事者間）ネッティングにしか適用されない。これに対し，第２次改正倒産法104条３項１文は，中央清算機関が設置された場合において，中央清算機関が倒産したときを念頭に置いている。したがって，同文がマルチラテラル（３以上の当事者間）クリアリングシステムにも適用されることは，明らかである。以上について，Alexander Fridgen/Arndt Geiwitz/Burkard Göpfert, Beck'scher Online-Kommentar : InsO mit InsVV und EuInsVO, 9. Edition, München 2018, § 104 InsO, Rn. 32［Matthias Berberich］.

(46)　Lehmann/Flöther/Gurlit, a.a.O.（Anm. 29）, S. 604.

(47)　Christoph G. Paulus, Anmerkung vom BGH, Urteil vom 9.6.2016-IX ZR 314/14 -, in : ZIP 2016, S. 1234-1235.

(48)　Florian-Alexander Wesche/Phillip-Boie Harder, Die Reform des § 104 InsO : Rechtssicherheit für Rahmenverträge in der Real-, insbesondere der Energiewirtschaft, in : NZI 2017, S. 246 ; Stefan Bretthauer/Marco Garbers/Georg Streit, Die Zulässigkeit von Nettingklauseln in EFET-Rahmenverträgen gem. § 104 InsO nF, in : NZI 2017, S. 953.

【資料】

１　改正法により改正される前の倒産法――2016年６月９日まで通用していたもの（本文では，「改正前倒産法」という）

倒産法第104条（確定期取引，金融に係る給付）

(1)　市場価格又は取引所の相場を有する物品を，確定した時点又は確定した期間内に引き渡すことを約定した場合において，倒産手続開始後にその時点が経過し，又はその期間が満了するときは，履行を請求することができず，不履行に

基づく債権のみを主張することができる。

⑵　[1]市場価格又は取引所の相場を有する金融に係る給付について，特定の時点又は特定の期間内に給付することを約定した場合において，倒産手続開始後にその時点が経過し，又はその期間が満了するときは，履行を請求することができず，不履行に基づく債権のみを主張することができる。[2]次に掲げるものは，金融に係る給付とする。

1．　貴金属の引渡し

2．　有価証券又はこれに相当する権利の引渡し（企業との継続的な結合関係を形成するために，その企業に対する持分を取得する目的であるときを除く。）

3．　外国通貨又は計算単位で提供すべき金銭の給付

4．　その価格が，外国通貨若しくは計算単位の相場に応じて，債権の利率に応じて，又はその他の財産若しくは給付の価格に応じて，直接又は間接に定められるもの

5．　第１号から第４号までに定める引渡し又は金銭の給付に対するオプションその他の権利

6．　信用制度法第１条第17項の規定に定める金融担保

[3]基本契約に基づいて金融に係る給付を目的とする取引が行われる場合において，当該基本契約を，倒産手続開始の原因となる事実が生じた時に一体としてのみ終了することができると定めるときは，その取引の総体を１つの双務契約とみなして，第103条及び本条を適用する。

⑶　[1]不履行に基づく債権の額は，約定した価格と市場価格又は取引所の相場との差額によって定める。市場価格又は取引所の相場は，倒産手続開始から５営業日が経過する日までのうちの当事者が約定をした時点において，約定した履行期をもって履行地において締結した契約についてのものとする。[2]当事者が約定をしていないときは，倒産手続開始から２営業日が経過する日を基準とする。[3]契約の相手方は，不履行に基づく債権を，倒産債権者としてのみ主張することができる。

２　改正法１条により改正された後の倒産法――2016年６月10日から同年12月28日までに通用していたもの（本文では，「第１次改正倒産法」という）

倒産法第104条（確定期取引，金融に係る給付，契約による一括清算ネッティング）

⑴　市場価格又は取引所の相場を有する物品を，確定した時点又は確定した期間

内に引き渡すことを約定した場合において，倒産手続開始後にその時点が経過し，又はその期間が満了するときは，履行を請求することができず，不履行に基づく債権のみを主張することができる。

⑵　[1]市場価格又は取引所の相場を有する金融に係る給付について，特定の時点又は特定の期間内に給付することを約定した場合において，倒産手続開始後にその時点が経過し，又はその期間が満了するときは，履行を請求することができず，不履行に基づく債権のみを主張することができる。[2]次に掲げるものは，金融に係る給付とする。

1．貴金属の引渡し

2．有価証券又はこれに相当する権利の引渡し（企業との継続的な結合関係を形成するために，その企業に対する持分を取得する目的であるときを除く。）

3．外国通貨又は計算単位で提供すべき金銭の給付

4．その価格が，外国通貨若しくは計算単位の相場に応じて，債権の利率に応じて，又はその他の財産若しくは給付の価格に応じて，直接又は間接に定められるもの

5．第１号から第４号までに定める引渡し又は金銭の給付に対するオプションその他の権利

6．信用制度法第１条第17項の規定に定める金融担保

[3]基本契約に基づいて金融に係る給付を目的とする取引が行われる場合において，当該基本契約を，倒産手続開始の原因となる事実が生じた時に一体としてのみ終了することができると定めるときは，その取引の総体を１つの双務契約とみなして，第103条及び本条を適用する。

⑶　不履行に基づく債権の額は，約定した価格と市場価格又は取引所の相場との差額によって定める。市場価格又は取引所の相場は，倒産手続開始から２営業日が経過する日に，約定した履行期をもって履行地において締結した契約についてのものとする。

⑷　[1]契約当事者は，法規定の重要な基本思想と合致するときは，その法規定と異なる事項を定めることができる。[2]次に掲げる事項は，契約当事者が定めることができる。

1．倒産手続開始前に，第１項又は第２項の効果が生じること（契約による終了）。契約当事者は，契約当事者の一方が自己の財産に係る倒産手続の開始を

申し立てたとき，又は，倒産手続開始の原因があるときに，第１項の効果が生じることを定めることができる。

2．　第１項又は第２項の取引が行われた場合において，物品の引渡し又は金融に係る給付の提供に対する請求権について，契約による終了が定められた時より後にその弁済期が到来するときは，倒産手続開始前にその弁済期が到来するときでも，その取引は，契約による終了に服すること。

3．　不履行に基づく債権は，

ａ）契約による終了が生じた後，遅滞なく締結する代替取引に係る市場価格又は取引所の相場によって定めること。その代替取引は，契約による終了が生じた後から５営業日が経過する日までに締結するものでなければならない。

ｂ）契約による終了が生じた後，約定した時点で代替取引を締結することができたときは，その代替取引に係る市場価格又は取引所の相場によって定めること。その代替取引は，契約による終了が生じた後から５営業日が経過する日までに締結するものでなければならない。

ｃ）市場の状況により，ａ及びｂに定める代替取引を締結することが許されないときは，その終了した取引について適切な評価をすることを保障する方法及び手続によって定めなければならないこと。

⑸　契約の相手方は，不履行に基づく債権を，倒産債権者としてのみ主張することができる。

３　改正法２条により改正された後の倒産法――現行法（本文では，「第２次改正倒産法」という）

倒産法第104条（確定期取引，金融に係る給付，契約による一括清算ネッティング）

⑴　[1]市場価格又は取引所の相場を有する物品を，確定した時点又は確定した期間内に引き渡すことを約定した場合において，倒産手続開始後にその時点が経過し，又はその期間が満了するときは，履行を請求することができず，不履行に基づく債権のみを主張することができる。[2]市場価格又は取引所の相場を有する金融に係る給付を目的とする取引について，特定の時点又は特定の期間内に給付することを約定した場合において，倒産手続開始後にその時点が経過し，又はその期間が満了するときも，同様とする。[3]次に掲げるものは，金融に係る給付とする。

1．　貴金属の引渡し

2．　金融商品又はこれに相当する権利の引渡し（継続的な結合関係を形成するために，企業に対する持分を取得する目的であるときを除く。）

3．　次に掲げる金銭の給付

ａ）外国通貨又は計算単位で提供すべきもの

ｂ）その価格が，外国通貨若しくは計算単位の相場に応じて，債権の利率に応じて，又はその他の財産若しくは給付の価格に応じて，直接又は間接に定められるもの

4．　デリバティブ金融商品に基づく引渡し又は金銭の給付。ただし，第２号の規定によって適用が排除されるときは，この限りでない。

5．　第１文に定める引渡しに対するオプションその他の権利，又は第１号から本号までに定める引渡し，金銭の給付，オプション及び権利に対するオプションその他の権利

6．　信用制度法第１条第17項の規定に定める金融担保

[4]第３文第２号及び第４号の規定に定める金融商品とは，金融商品市場に関する指令並びに指令2002/92/EG 及び2011/61/EU を改正するための指令であって，（EU）指令2016/1034により改正された欧州議会及び欧州理事会による2014年５月15日の指令2014/65/EU 附則１第Ｃ部に掲げるものをいう。

⑵　[1]不履行に基づく債権の額は，取引の市場価額又は取引所の相場によって定める。[2]市場価額又は取引所の相場は，次に掲げるものとする。

1．　倒産手続開始後，遅滞なく締結する代替取引に係る市場価格又は取引所の相場。その代替取引は，倒産手続開始から５営業日が経過する日までに締結するものでなければならない。

2．　前号に定める代替取引を締結しない場合において，倒産手続開始から２営業日が経過する日までに代替取引を締結することができたときは，その代替取引に係る市場価格又は取引所の相場

[3]市場の状況により，第２文第１号及び第２号に定める代替取引を締結することが許されないときは，市場価額及び取引所の相場は，その取引について適切な評価をすることを保障する方法及び手続によって定めなければならない。

⑶　[1]基本契約又は信用制度法第１条第31項の規定に定める中央清算機関の業務規程に基づいて第１項の取引が行われる場合において，単一の契約により，当

該基本契約又は当該業務規程に組み込まれた取引を，当該基本契約又は当該業務規程に定める一定の事由が生じた時に一体としてのみ終了することができると定めるときは，その取引の総体を１つの取引とみなして，第１項の規定を適用する。[2]第１項の取引以外の取引が同時に組み込まれているときも，同様とする。第１項の取引以外の取引には，一般規定を適用するものとする。

⑷　[1]契約当事者は，法規定の重要な基本思想と合致するときは，その法規定と異なる事項を定めることができる。[2]次に掲げる事項は，契約当事者が定めることができる。

１．　倒産手続開始前に，第１項の効果が生じること（契約による終了）。契約当事者は，契約当事者の一方が自己の財産に係る倒産手続開始の申立てをしたとき，又は，倒産手続開始の原因があるときに，第１項の効果が生じることを定めることができる。

２．　第１項の取引が行われた場合において，物品の引渡し又は金融に係る給付の提供に対する請求権について，契約による終了が定められた時より後にその弁済期が到来するときは，倒産手続開始前にその弁済期が到来するときでも，その取引は，契約による終了に服すること。

３．　取引の市場価額又は取引所の相場を定める目的で，

ａ）倒産手続開始時を，契約による終了が生じた時とすること。

ｂ）価値を損傷しないで清算をするために必要であるときは，契約による終了が生じた後から20営業日が経過する日までに，第２項第２文第１号の規定の定めによる代替取引を締結することができること。

ｃ）第２項第２文第２号に定める時を，契約による終了が生じた後から５営業日が経過する日までの間の時点又は期間とすること。

⑸　契約の相手方は，不履行に基づく債権を，倒産債権者としてのみ主張することができる。

フランス　　**上智大学教授　松　井　智　予**

フランス企業における女性取締役とクオータ

1　フランスの取締役会クオータ制完全実施

フランスにおいて，2017年１月１日は，会社経営陣（一層性取締役会および二層制監査役会）の40％以上を少数派性別（女性）により構成するとの2011年１月27日法（以下「均衡代表法」という）(1)が完全実施された日であった。EU レベルでは，欧州委員会が2012年11月に提案した指令案である “Improving the gender balance in company boardrooms” と題する指令案(2)（2018年にパブリックセクター，2020年までにプライベートセクターにおいて，会社の取締役会中の非業務執行メンバーの最低40％を少数派の性別で構成するという目標を掲げ，取組みに対する報告義務等を課す2028年までの時限立法）がよく知られているが，同指令案９条１項によれば，2017年１月１日は，加盟国が進捗状況を隔年で EU に報告する最終期限となっていた。それまでに40％の目標達成のために同程度の候補者の中から女性を優先的に採用するという措置（指令案４条１項・３～５項）を取っていない加盟国は，それ以外の措置を既に取っており，それが実効的であること等を説明せねばならない（指令案９条２項）。

上記からわかるとおり，フランスの均衡代表法は指令案よりも１年早く，5000万ユーロ以上の収益を上げる会社（おおむねパリ上場の時価総額上位40銘柄である CAC40相当）に対するクオータを導入した。報道によれば，CAC40銘柄では女性取締役就任ラッシュが起き，2016年の株主総会における44名の新規選任役委員のうち28名が女性となり，３社を兼任する取締役も現れたとされるが(3)，このような努力を経て，フランスは，EU へのレポート提出期限直前に，40％を現実に達成することとなった(4)。

日本においては，会社経営陣にはその経営に最も適する次期役員を選択して株主総会に提案する義務があると考える結果，性別の観点から強制をすること自体に，それを正当化する何らかの経営上のメリット―多様性による安定性の確保，汚職や不祥事の確率の低下，人事における少数派（女性，外国人，障碍者など）のモチベーションアップなど―を必要とするように考えられているため，「社会的責任のある地位への男女の均等なアクセス」という考え方が会社について提唱さ

れることは，とても奇異に映るかもしれない。

EU の中では1989年以降に政治分野における男女平等―「パリテ」―という考え方が提唱され(5)，リスボン協定以降 TFEU10条に基づきあらゆる分野で差別撤廃が進んでいる(6)。しかし差別撤廃には賛成する EU 加盟国においても，私的な経済活動分野に対して強制的な性別クオータ制を導入することには異論が多く，欧州委員会が以前に指令案を提出した際には，ドイツ，オランダ，スウェーデンが内政干渉へのおそれを理由に，またハンガリーとポーランドがイデオロギーの観点から反対を示した。指令という手法を採択するに先立っても，2011年３月に大手上場企業に女性取締役比率向上のための自主規制が要請され，クオータは最終手段とされた。さらに，現在同指令案の採択を求められている EU 理事会では(7)，現在の指令案に対して各国国会から反対が示されており（デンマーク，オランダ，ポーランド，スウェーデン，イギリスおよびチェコの１院），指令案妥結の見通しはまだ立っていない(8)。

EU の中でクオータ制のある国はノルウェー，フランス，スウェーデン，ドイツ，スペイン，オランダであり，経済水準などの点から重要な構成国ではあるが数の上では多数派ではない。また，フランスにおいても，「人口構成員の50％を占める女性が社会の様々な場所で同様の構成割合を保って活動できていないことそれ自体に平等の観点から問題がある」という問題意識が正当化され，判例を乗り越えるために憲法が改正されるまでには様々な紆余曲折があり，それを経て冒頭の均衡代表法が成立したのであって，2017年に突然40％が達成されているわけではない。既に日本でも学術誌(9)や政策機関(10)などにおいては一定程度報告されているが，実務的関心が高まっているこの機会を捉えて，本稿はそれら報告を参照しつつ，フランスにおける均衡代表法の立法経緯とその内容についてレポートしておくこととしよう。

2　フランスにおけるパリテ思想の経済分野への拡大(11)

フランスにおいては，1999年７月８日にパリテ条項（３条５項）を挿入する憲法改正が行われ，2000年にパリテ法が立法され，全候補者の半数を女性とすることを通じて，議員職や公職への男女機会均等が促進された。この憲法改正は，先行する判決において(12)，国民代表は一部の代表であってはならないとするフランスの代表制に対する理念に従い，国民の一部をグループとして括り出すこと自体が否定されていた状況を打開するためのもので，憲法改正に必要な特別多数決の

通過の推進力となったのはフェミニストと社会主義団体であったとされる(13)。

憲法改正後の2001年に，裁判所は新たにこの条項を平等原則の例外と位置付ける判決(14)を出したため，改正経緯から明らかに含まれる分野以外に同条項を拡張することは困難となったかにみえた。しかし，教員の職業経験を審査する委員会の構成員について，職業経験が異なる男女両性の視点が審査に反映されるように「男女の均衡の取れた代表」を提唱した社会関係現代化法に関して，2002年の憲法院判決(15)は，この審査委員会委員が1789年人権宣言６条（市民がその能力に従い，徳行と才能以外の差別なしに，等しくすべての位階，地位および公職に就くことができるとする規定）の意味での「位階，地位および公職」を占めていることを認めつつ，同法の問題となる条文は，①男女の均衡の取れた代表という目標を定めるだけであること，②審査委員会設置にあたって性別の考慮を能力，適正および資格の考慮に優先させる目的を持たないし，効果も持ちえないことを指摘して，憲法適合性を肯定している(16)。公職における男女均衡が男女に平等なメリットのための目標の措定にとどまる限りにおいて，その施策は合憲となると整理されたといえる。

その後，ノルウェーがクオータを2003年に採用した後，フランスでもクオータ制への関心が高まった。2009年の段階で，女性取締役はフランスの上場企業の取締役の10％，新しく就任した取締役会メンバーの５％を占めるにすぎず，上場企業のうち20％の水準を上回っていたのは４社のみで，自主規制による取組みも効果がなく(17)，女性取締役比率は他の国より大きく下回っていた(18)。このような状況下で，ニコラ・サルコジ率いる保守派政党の UMP 主導で，クオータ立法が提案されたのであった。プライベートセクターのリーダーたちはクオータの強制でなく自発的努力により目標を達成しようとしたが(19)，クオータの共同提案者である Marie-Jo Zimmerman はクオータが事態の打開に必要との意見を表明した。また，報道では，取締役会が女性を含むよう近代化することで，保守派は国内のイスラム教徒社会に対してブルカを禁止し，さらに長いスカートの着用禁止を試みるに際して，より強固に「遅れた」慣行に反対できるようになったと指摘されたという(20)。女性の待遇改善が，文化的優位性のシンボルのように扱われたということであろう。

2005年３月24日に国民議会に提出された「男女給与平等に関する法律案（Projet de loi relatif à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes）」は，第３

編（21条～26条）において，公企業の取締役会（conseil d'administration）などにおける男女の均衡の取れた代表の確保を目指し，とくに労働審判所判事の改選時に女性割合が増加する仕組みを導入しようとした。アクセスの機会を保証するのではなく数値を示して結果を強制する条項であったため，政治分野のパリテ思想とは質的に異なるものとなっており[21]，裁判所は同編に対し憲法訴訟に際して職権で判断を示した。

2006年３月16日憲法院判決[22]は，1946年憲法前文第３文（女性に対しすべての領域における平等な諸権利を保障），同第１条（出生，人種または宗教による差別のない法の前の平等の保証）1789年人権宣言６条などを参照し，第３編の施策はこれらの要請に反するものではないとしつつも，憲法３条２項（国民主権の行使を一部の人民が行うことの禁止），３条５項（選挙によって選出される議員職と公職への男女の均等なアクセスの保障）をも挙げ，後者は制定作業から政治的な議員職および公職の選挙のみに適用されることを指摘し[23]，それ以外の責任ある地位への均等アクセスの追及においては，才能および共同の利益の配慮よりも性の配慮を優越させることはできず，したがって，公法上ないし私法上の法人の業務執行ないし諮問を行う諸機関の構成が性別に基づく強制的なルールによって決められることは憲法が認めていないとし[24]，第３編の規定が私企業および公企業における取締役会・監査役会，企業委員会（comités　d'entreprise），従業員代表（délégués du personnel），労働審判所等の候補者名簿について，男女間の一定の比率の尊重を強制することは法律の前の平等原則に反し，憲法違反である[25]と判断した。

2006年判決は，性別により対象者を区別して認識し，均衡代表という目標自体は是としつつも，手段において，「性」の考慮を能力・適正・資格の考慮に優先させることが，平等原則に反すると判断した。裁判所が，パリテの理念自体には理解を示すものの，立法府に先立って先駆的な見解を示すことには消極的だったことがうかがえる。

そうはいっても，経営者を選任する際の考慮と，労働者のとくに給与に関する評価とは違うので，裁判所の判断ももっともなのではないかという反論も考えられよう。しかし，憲法院によって違憲判断された部分を除いて交付された2006年男女給与平等法のもとで初めて締結された銀行部門の男女職業平等協定（2006年11月15日）は，銀行部門の男女の給与格差（19.6％）の主たる原因が，幹部社員

に女性が少ないことにあることを明らかにした。そのため結局，この格差是正のため，2010年の終わりまでに幹部社員の40％を女性にするという中間目標が立てられたとされる[26]。つまり，職業上の平等に必要な同一労働•同一賃金を追及すると，昇進上の壁が残され「見える化」されてくるのである。

こうして，1999年の立法時の理解―1997年にEFTU141条４項に追加された，性別上のマイノリティの職業上の不利益防止・補償のための特別措置の加盟国への授権により，フランス国内法において，国民生活のあらゆる領域・職業分野に対し，1946年憲法前文３項の定める男女平等に基づいて，責任ある地位のより均衡の取れた配分を確保するための措置を取ることへの原理的障害がなくなったというもの―を貫徹するために，再度の憲法改正が必要となった。2008年に34条11項に均等アクセスの促進を付加するとの改正案が遡上に上り，立法府への授権についてなお検討が必要とする立場などもあったが採択され，３条５項との統合してより原理的な声明として位置付けるべきとの上院修正を経て，2008年７月23日の憲法的法律により，憲法１条２項（「法律は，選挙によって選出される議員職および公職ならびに職業的および社会的責任ある地位への男女の均等なアクセスを促進する。」）が新設された。

3　法案の起草過程と内容

この憲法改正を受けて，同年10月以降には早くも2006年法の憲法院違憲判決によって削除された条項の復活や，クオータを導入する新法案の提出などの動きがみられた。冒頭の2011年法となった法案は，2009年12月３日に提案されたものであり[27]，ノルウェーのクオータ制を大きく下敷きとしつつ[28]，経営形態，上場の有無，規模等を問わず，最低限の比率を達成することを要求していた。当該法案を検討した人民会議の立法委員会は，①フロア制を提言していた法案をクオータ制に置き換え，②移行期間を６年とし，公布後のスケジュールされた期間内に達成すべき値を示し（2014年に20％，2016年に40％）③取締役会が取締役任命ルールに違反する場合には，株主総会の開催請求訴訟，多数派性別のみに対する役員任命の無効，違反する役員の参加する取締役会決議の無効，の諸制度を付加し，さらに元老院の立法委員会は，①上場会社でかつ従業員500名以上，年度利益または貸借対照表上の資産が5000万ユーロ以上の会社を対象とする限定を加えた。

4　まとめ

上記のような法改正を受けて，フランスでは女性の登用が急激に進んだ。ただ

し，ノルウェーなどクオータ制で先行する国と比較すると，女性が兼任する企業の数は最大3社程度で異常に増えることもなく，またクオータの対象となっていないCAC40に準ずる規模の企業でも，クオータ導入に耐えられる水準にまで女性登用が進んでいるという分析も存在するところであり[29]，フランスにおける女性の進出の層の厚さをうかがわせる。フランスで新たに登用された女性取締役は，より若く，教育・職業分野における非エリートネットワークの出身であり，従来と異なる分野の専門的知見を持つ傾向があり，女性というより外部者，専門家等としての資質を発揮していると評価されている[30]。フランスでは，少数精鋭のエリート教育が行われる伝統がある結果，少数の男性経営者が他社の取締役も兼任し，閉鎖的な人的関係を形成されていると指摘されていることと考え合わせると[31]，新しい法が会社経営に与えるインパクトは，単に女性を取締役会に送るという現象を超えて大きいと考えられる。

ただし，全体を代表する政治分野の代表者の候補にパリテを求めるのと異なり，この分野では，特定の経験・能力，適性，資格を有する存在の最終的な任命にクオータが適用されるのであり，平等の思想が大きく変質している。このことは，判例•立法も明らかに認識しており，そこを乗り越えるためにEFTU141条4項といういわば「外圧」が必要となったのであった。

日本には，立法府の外側から同様の圧力をかける存在は存在せず，政府が旗を振る中で改革が進むものの[32]，そもそも職場における男女平等（労基法4条）を評価するのに有用な同一価値労働同一賃金の比較自体が困難であるとされることからもわかるとおり，多くの女性が，指導的立場を目指すこと自体難しい環境に置かれている[33]。CS Gender 3000では[34]，台湾（4.5％），韓国（4.1％）および日本（3.5％）の女性役員比率が最低とされる。さらに，女性取締役を増やしやすい社外・非業務執行取締役のプレゼンスがもともと低く，増やして企業に良い影響が期待できないという意見も根強い。このような中で，外国人機関投資家が，日本に女性登用の圧力をかける存在として表れつつある。スチュワードシップコード導入以降の機関投資家は，株価や業績だけでなく，法の順守や社会的責任にも目を配るため，EUのジェンダー•メインストリーミングを考慮する場面が増えてくるだろう。大手資産運用会社のステート・ストリート・グローバルアドバイザーズは，米・英・豪企業に対し，女性取締役選任の取組みがみられない場合取締役選任議案に反対すると表明していたが，2018年にはこのアプローチを，日本およ

びカナダの企業にも拡大するとしている[35]。また2017年11月，議決権行使助言会社グラスルイスは，2019年から，女性の取締役や監査役の候補者を挙げない日本の主要企業の総会において，トピックス100社を皮切りとして段階的に会長もしくは社長の選任議案に反対票を投じるよう投資家に推奨していくと発表した[36]。

ただし，日本に向けられた上のような「外圧」は事実としてのものであり，その要請が日本の法体系の上でどう正当化されるのか（もし法体系上問題ないとしても，選任候補者の選定に関して責任を果たしたと評価しうるのか）について，日本はEU指令案の当事者であったフランスのような検討整理を行う機会を得ていない。意識的に議論を行う必要があるだろう。

（本稿は文部科学省科学研究費補助金（基盤研究Ｂ）の成果の一部である。）

〔注〕

⑴　LOI n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle

⑵　European Commission, "Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on improving the gender balance among non-executive directors of companies listed on stock exchanges and related measures" / * COM/2012/0614 final - 2012/0299 (COD)

⑶　女性候補者の争奪戦は深刻で，人材が少ないために同年の任命者の半数以上が外国人であり，また同一の候補者が多くの取締役会構成員となる現象も目立つとされる（"French Companies Are Scrambling to Get Women Onto Their Boards", Fortune, March 22,2016）。また，執行役員は2014年時点で女性比率が15％にとどまるという（"How 6 Countries Compare on Executive Gender Balance", Harvard business review, July 18,2014）。ただし，後掲注28参照。

⑷　EU報告書では，2016年10月時点の最大手企業での登用率は41.2％とされている。European Commission, "2017 Report on equality between women and men in the EU"（http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=43416）.

また，2017年時点での男女比率をみると，フランスは，ノルウェー，アイス

ランドを超える女性比率43.4％を記録している（http://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/indicator/wmidm_bus_bus_wmid_comp_compbm）。

⑸　EUでは1989年11月６～７日にストラスブールで開催されたヨーロッパ評議会による「パリテ民主主義」セミナーにおいて「パリテ」という言葉に新しい民主主義的解釈が与えられ，議論を通じてこの考え方が共有されるようになったといわれる。Mariette Sineau, “Genderware - the Council of Eurepe and the participation of women in political life”（2003）at p12；et Laure Bereni, “French Feminists Renegociate Republican Universalism：The Gender Pavity Campaign”. French Politics（2007）5, 191-209.

⑹　様々な分野で差別対応施策が浸透していった過程については，European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, “EU Gender Equality Law, update 2013” p2～参照。

⑺　ヨーロッパ議会の広報ページ “legislative train” では，“Gender Balance on Boards” の項目で立法進捗状況が説明されている（http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-area-of-justice-and-fundamental-rights/file-gender-balance-on-boards）。また，“Procedure 2012/0299/COD”（http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2012_299）で追うこともできる。

⑻　反対国はほとんどが女性登用で成果を出した国であることから，指令案の内容自体が適切でなく遵守できないという趣旨の反対でないことは注意すべきである。また，欧州委員会では，さらに2018年にも現行の指令（2006/54/EC）を，実効性に欠けるとしてアップデートさせる議論があるという。

⑼　糠塚康江「フランスにおける職業分野の男女平等政策」『企業と法創造』７巻５号70-87頁（2011）。

⑽　内閣府男女共同参画局「諸外国における政策・方針決定過程への女性の参画に関する調査」www.gender.go.jp/research/kenkyu/sekkyoku/pdf/h19shogaikoku/sec3.pdf

⑾　以下の判例紹介は前掲注８・72頁以下に拠る。

⑿　Décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982

⒀　本節の立法に向けた政治的動きに関する記述は，Darren Rosenblum & Daria Roithmayr, More Than a Woman：Insights into Corporate Governance After the French Sex Quota, 48 Ind. L. Rev. 889（2015）（http://digital-

commons.pace.edu/lawfaculty/993/）at 893 参照。

⑭　前掲注12参照。

⑮　前掲注13参照。

⑯　*Supra* note 12 para. 7.

⑰　フランスでは1995と1999年の 2 回にわたる Viénot　Report（http://www.ecgi.org/codes/documents/vienot2_fr.pdf）をもとに，AFEP－MEDEF のコーポレートガバナンスコード（現行は http://www.ecgi.global/code/corporate-governance-code-listed-corporations-2016）が導入されている。

⑱　*Supra* note 12 at 894.

⑲　*Supra* note 12 at 895 footnote 31.

⑳　Id. footnote 33.

㉑　Darren Rosenblum, “Equality Regimes Compares : France’s Political and Corporate Quotas”, EUI Working Paper RSCAS 2014/106.

㉒　Décision n° 2006-533 du 16 mars 2006（http://www.conseil-constitutionnel.fr）. *See also*, Julie C. Suk, Gender Parity and State Legitimacy : From Public Office to Corporate Boards, 10 INT’L J. CONST. L. 449（2012）.

㉓　cons. 14, Décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001.

㉔　cons. 15, Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002.

㉕　cons. 16

㉖　鈴木尊紘「フランスにおける男女給与平等法―男女給与格差の是正をめぐるフランスの試み―」外国の立法236号（2008年）56頁以下。

㉗　A.N., Proposition de loi n° 2140 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d’administration et de surveillance et à l’égalité professionnelle présentée par Medames et Messieurs Jean- François Copé, Marie-Jo Zimmermann et al.

㉘　*Supra* note 12 at 897.

㉙　Konstantina Govotsos, “Gender Diversity in Corporate Boards in France : An Analysis” Joseph Wharton Research Scholars. Available at http://repository.upenn.edu/joseph_wharton_scholars/29.

㉚　*Supra* note 12 at p891, pp900-

㉛　*Supra* note 8 footnote 55. Tara Patel, “French Women Storm the Corpo-

rate Boardroom", Blooming Businessweek（http://www.businessweek.com/print/magazine/content/10_25/b4183015410606.htm）.

(32) 2003年に男女共同参画推進本部において「あらゆる分野で，2020年までに指導的地位に女性が占める割合を30％程度」とするという目標が策定され，2015年８月に女性活躍推進法案が成立した。同年末に閣議決定された「第４次男女共同参画基本計画」業種別数値目標（2020年度末までに課長級以上に占める女性の割合を，国家公務員で７％，民間企業で15％）が公表された。

(33) 2017年２月22日付日経新聞記事は，2016年のフルタイム女性の平均賃金が男性賃金の73％と格差は過去最低となり，また管理職に昇進する女性の割合も9.3％と過去最高となったとしているものの，一方でOECD諸国中ではこの賃金水準は下から３番目であると指摘している。従来男性が占めてきた昇進の機会に割り込むことへの躊躇（心理的な壁）や家庭での家事分担などの問題は，多かれ少なかれ他の国にも存在するものであり，終身雇用制で労働者の職務が固定されておらず，拘束時間が企業への貢献度と同視される風土があることや，そのためにコース別採用が広くみられることなどは日本における特殊要因といえる。

(34) "The Credit Suisse Gender 3000 : Women in Senior Management - GLG"（https://glg.it/assets/docs/csri-gender-3000.pdf）.

(35) 2017年11月16日付日経新聞記事。ステート・ストリートによると，日本では東証株価指数（TOPIX）500を構成する企業の55％，カナダ・トロント証券取引所に上場する企業700社の40％で女性取締役が１人もいないという。

(36) 2017年11月30日付日経新聞記事。議決権助言会社は寡占であり，かつ外国人機関投資家の議決権行使を実質的にコントロールしているため，上場会社は助言ポリシーに神経をとがらせざるをえない。上記記事によれば，現在上記100社中29社が女性役員について未対応であるという。

〔総　会　記　録〕

平成29年10月９日（月）

１　前回総会以降の学会運営に関する件

神田理事長より，金融法研究33号と金融判例研究27号が無事に刊行されたこと，金融法学会のウェブサイトが開設されたこと，金融法研究の電子化を５号ずつ（最初は33号から遡って５号）進めていく予定であることが報告された。

２　学会経理に関する件

⑴　平成28年度会計について

神作常務理事より，「平成28年度会計報告」に基づき，平成28年度会計について報告がなされた。

神田理事長が，川口監事と小杉監事から「平成28年度会計報告」について監査証明書を受領していることを説明した後に平成28年度会計の承認を求めたところ，異議なく承認された。

⑵　平成29年度予算について

神作常務理事より，「平成29年度予算案」に基づき，平成29年度予算について報告がなされた。

神田理事長が平成29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30年度（第35回）大会に関する件

⑴　開催日程・会場について

神田理事長より，平成30（2018）年度の日本私法学会は2018年10月13日（土）・14日（日）に東北大学で開催される予定であるが開催日は３連休の土日ではないため，平成30（2018）年度の金融法学会大会は2018年10月20日（土）に上智大学で開催することが報告された。

引き続き神田理事長より，開催校である上智大学の都合上，開催日が2018年10月21日（日）に変更になる可能性のあることが報告された。

⑵　シンポジウム等について

神田理事長より，平成30年度（第35回）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が報告された。

４　理事改選に関する件

神田理事長より，学会規約11条に基づき，本大会の終了時に全ての理事と監事

の任期が満了することが説明された。その後，神田理事長から，退任の申し出がなされた７名（伊藤眞，大西武士，神田秀樹，関俊彦，曽野和明，安永正昭，山田誠一）を除く現理事15名（池田眞朗，伊藤進，井上聡，沖野眞已，片山直也，鎌田薫，河上正二，神作裕之，木南敦，佐藤正兼，潮見佳男，瀬川信久，中原利明，松本恒雄，三上徹）と現監事（川口恭弘，小杉丈夫）の再任と新理事候補者６氏（木村仁，黒沼悦郎，小出篤，佐久間毅，野澤正充，森下哲朗）の新任を総会に諮ることが提案され，承認された。また，神田理事長より，森下幹事が新理事候補者となるため幹事が１名となるが，直ぐに補充する予定はないことが説明された。

引き続き神田理事長より，新理事と新監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（神作理事長，潮見常務理事，沖野常務理事，森下常務理事，加藤幹事）が承認されたことが報告された。

引き続き神作新理事長より，学会規約14条の２第２文に基づき，退任する神田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29年度大会

平成29（2017）年10月９日（月）午前10時より，神戸大学六甲台第一キャンパス第二学舎にて，金融法学会第34回大会が開催された。

○シンポジウムⅠ（10時～12時45分）

「濫用的会社分割・事業譲渡の実務と法理」

司会：神作裕之

報告：浅田隆，片山直也，小出篤，岡正晶

○会員総会（14時30分～14時45分）

神田理事長より，学会運営についての報告があり，神作常務理事より，平成28年度会計について報告がされ，神田理事長より，会計報告については川口監事，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29年度予算について，神作常務理事より報告がされ，神田理事長が承認を求めたところ，異議なく承認された。

また，神田理事長より，現理事のうち，退任の申出がなされた７名（伊藤眞理事，大西武士理事，神田秀樹理事，関俊彦理事，曽野和明理事，安永正昭理事，山田誠一理事）を除く現理事および監事の再任と，新たに６氏（木村仁教授，黒沼悦郎教授，小出篤教授，佐久間毅教授，野澤正充教授，森下哲朗教授）を理事とする提案がされ，いずれも承認された。

引き続き神田理事長より，新理事と新監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（神作裕之理事長，潮見佳男常務理事，沖野眞已常務理事，森下哲朗常務理事，加藤貴仁幹事）が承認されたことが報告された。

最後に，神田理事長より退任の挨拶がされた。

なお，神作新理事長より，学会規約14条の２第２文に基づき，退任する神田理事長を顧問に委嘱することが提案され，承認された

○シンポジウムⅡ（14時45分～17時30分）

「預金をめぐる法的諸課題」

司会：森下哲朗

報告：潮見佳男，道垣内弘人，阿多博文，中原利明

2　平成30年度大会

神田理事長より，平成30（2018）年度の日本私法学会は2018年10月13日（土）・14日（日）に東北大学で開催される予定であるが開催日は３連休の土日ではないため，平成30（2018）年度の金融法学会大会は2018年10月20日（土）に上智大学で開催することが報告された。

平成28年度会計報告
（平成28．4．1～平成29．3.31）

平成29(2017)年10月９日
金　融　法　学　会

収支計算書

（単位；円）

収入の部	会　　費	3,037,200	通常会員　5000×459名	2,297,200
			賛助会員	740,000
	利　　子	2,160		
	雑　収　入	302,500	第33回大会聴講料 2000×86名	172,000
			金融法研究販売	0
			金融法研究掲載広告料	30,000
			出版者著作権管理機構分配料	100,500
	（小計）	3,341,860		
	基本財産取崩し	0		
	前年度繰越し	10,072,404		
	計	13,414,264		

支出の部	1　大　会　費	702,760	研究費（金融法研究32号原稿料）海外金融法の動向	200,000
			33回大会速記料	120,420
			33回大会会場費	24,840
			報告準備費（第33回）	357,500
	2　地区部会費	0		
	3　学会運営費	28,080	理事会・常務理事会等	28,080
	4　事　務　費	1,076,679	業務委託費	100,000
			印　刷　費	35,980
			通　信　費	179,381
			ウェブサイト運営費	743,472
			雑　　費	17,846
	5　雑　誌　費	1,536,000	←(金融法研究32号,金融判例研究26号)	
	6　郵便振込手数料	42,770		
	7　基本財産組入れ	0		
	（小計）	3,386,289		
	次年度繰越し	10,027,975		
	計	13,414,264		

財産目録

運用財産	銀行預金	4,644,000
	郵便貯金	5,628,116
	現　　金	0
	計	10,272,116
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。他の役員の任期の中途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

役員名簿

（2018年４月１日現在）

理事長	神作裕之			
顧問	岩原紳作	神田秀樹		
理事	池田眞朗	伊藤進	井上聡	
	※沖野眞已	片山直也	鎌田薫	
	河上正二	木南敦	木村仁	
	黒沼悦郎	小出篤	佐久間毅	
	佐藤正謙	※潮見佳男	瀬川信久	
	中原利明	野澤正充	松本恒雄	
	三上徹	※森下哲朗		
監事	川口恭弘	小杉丈夫		
幹事	加藤貴仁			

（※印は常務理事）（50音順）

編輯後記

■金融法学会の第34回大会が，平成29年10月９日（月•祝），神戸大学六甲台第１キャンパスにて開催された。

■本年も午前と午後にそれぞれシンポジウムが行われた。

■午前のシンポジウムのテーマは,「濫用的会社分割・事業譲渡の実務と法理」であり，神作裕之東京大学教授の司会のもと，三井住友フィナンシャルグループ／三井住友銀行の浅田隆氏，片山直也慶應義塾大学教授，小出篤学習院大学教授，岡正晶弁護士が，それぞれ報告を行った。

■午後のシンポジウムのテーマは「預金をめぐる法的諸課題」であり，森下哲朗上智大学教授の司会もと，潮見佳男京都大学教授，道垣内弘人東京大学教授，阿多博文弁護士，三菱 UFJ 銀行の中原利明氏による報告が行われた。

■いずれのシンポジウムのテーマも伝統的な論点と最新の論点が複雑に絡みあい，また，重要判決の解釈や今後の法改正にも関わるテーマであり，満員の会場からは質問が相次いだ。

■なお，同日に開催された「総会」では，活動報告，会計報告などがあり，いずれも承認されている。また，役員の改選について，退任する理事を除く現理事・監事の再任と新任理事の承認がされている（詳細は学会記事参照）。併せて，神作裕之教授を新理事長，潮見佳男教授，沖野眞已教授，森下哲朗教授を常務理事とする新役員案が提案され，承認されている。なお，退任する神田理事長を顧問に委嘱する提案もされ，承認された。

■次回の金融法学会大会は平成30年10月20日（土）に上智大学で開催される。午前午後ともにフィンテックに関するシンポジウムが予定されている。多くの会員の参加を期待する。

（松島）

金融法研究　第34号

2018年６月22日発行

編輯兼発行者　**金融法学会**

〒160-8519 東京都新宿区南元町19
一般社団法人金融財政事情研究会
金融法務編集部内
電話 03(3355)1721
http://www.kinyuhogakkai.jp

発行所　〒160-8519 東京都新宿区南元町19
一般社団法人金融財政事情研究会
電話 03(3355)1721

定価1,800円　（本体1,667円）