

## 金融法研究 第36号

## 目 次

## 〈シンポジウムⅠ〉

暗号資産をめぐる法的諸課題 .....	4
	〈司会〉 森下 哲朗
	〈報告〉 松尾 元信
	河合 健
	青木 哲
報告1 暗号資産に関する資金決済法、金融商品取引法等の改正 —「情報通信技術の進展に伴う金融取引の多様化に対応するた めの資金決済に関する法律等の一部を改正する法律」の概要— .....	松尾 元信 ..... 5
報告2 暗号資産に関する実務上の法的課題 .....	河合 健 ..... 17
報告3 暗号資産（ビットコイン）と強制執行・倒産 .....	青木 哲 ..... 27
質疑応答 .....	36

## 〈シンポジウムⅡ〉

金融取引と高齢者 .....	52
	〈司会〉 河上 正二
	〈報告〉 日比野俊介
	上柳 敏郎
	山下 純司
報告1 金融取引における高齢者対応の現状と課題 .....	日比野俊介 ..... 53
報告2 金融商品取引における高齢者保護と支援 .....	上柳 敏郎 ..... 61
報告3 高齢者の金融取引と自己決定権 .....	山下 純司 ..... 69
質疑応答 .....	82

## 海外金融法の動向

アメリカ .....	加藤 貴仁 ..... 96
イングランド .....	加毛 明 ..... 114

ドイツ	水津 太郎	131
フランス	白石 大	170
総会記録		177
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》

## 暗号資産をめぐる法的諸課題

報告 1	(松尾 元信)	5
報告 2	(河合 健)	17
報告 3	(青木 哲)	27
質疑応答		36

司会 森 下 哲 朗 (上智大学教授)

報告 松 尾 元 信 (金融庁総合政策局 政策立案総括審議官)

河 合 健 (弁護士)

青 木 哲 (神戸大学教授)

---

発言者 (発言順)

阿多博文 (弁護士) / 栗田青陽 (メルカリ) / 芝章浩 (弁護士) / 本多正樹 (東京国際大学) / 木村健太郎 (ヤフー) / 藤池智則 (弁護士) / 加毛明 (東京大学) / 吉谷晋 (三菱UFJ信託銀行) / 黒沼悦郎 (早稲田大学) / 水井大 (弁護士) / 加藤貴仁 (東京大学) / 原謙一 (西南学院大学)

## はじめに

森下司会 午前のシンポジウム「暗号資産をめぐる法的諸課題」にご参加をいただきありがとうございます。午前の部の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。

暗号資産に関しましては、実務でも学界でも、多様な問題についての活発な議論が行われています。そうした中、本年5月31日には、資金決済法や金融商品取引法等を改正し、暗号資産に関する新たな法制度を導入する法改正がなされました。暗号資産に対しては、実務的な問題関心も高く、ステーブル・コインや決済への利用が想定されていないトークン等への金融規制の適用、改正法の実務への影響等が関心を集めているようです。また、強制執行や倒産といった場面に関しては、紛争事例も存在し、やはり大きな関心を集めている問題となっています。

本日は、こうした問題について、3人のご報告者の方々からご報告をいただきます。まず、金融庁総合政策局政策立案総括審議官の松尾さんには、本年5月の法改正についてご報告をいただきます。次に、弁護士の河合さんには、暗号資産に関する実務上の法的課題についてご報告をいただきます。最後に、神戸大学の青木さんには強制執行と倒産という問題についてご報告をいただきます。

短い時間で恐縮ではございますが、お1人25分でご報告をいただき、その後、10分の休憩時間の後、質疑応答の時間を50分ほど予定しております。ご質問がおりの方は、質問票に記入していただき、休憩時間の間にご提出をいただけますと幸いです。

それでは、最初のご報告として、松尾さん、どうぞよろしくお願いたします。

## 報告 1

## 暗号資産に関する資金決済法、金融商品取引法等の改正 ——「情報通信技術の進展に伴う金融取引の多様化に対応するための 資金決済に関する法律等の一部を改正する法律」の概要——

### 金融庁総合政策局 政策立案総括審議官 松尾元信

本日は金融法学会第36回大会にお招きいただきありがとうございます。理事長の神作先生、顧問の岩原先生、神田先生をはじめ、金融庁の審議会などで大変お世話になっている先生方ばかりの前でお話できて緊張するとともに光栄です。私は、金融庁で政策立案総括審議官をしております松尾元信と申します。これまで銀行、保険の法制や暗号資産を含む FINTECH、デジタルイノベーション等の分野を担当してきました。本日は、「暗号資産に関する資金決済法、金融商品取引法等の改正」と題しまして、今般の暗号資産に関する法改正の概要について説明いたします。なお、この法改正で仮想通貨を暗号資産に呼称変更しているため、今後の説明では報告書等の固有名詞以外すべて暗号資産の呼称に統一してご説明いたします。

#### 1 暗号資産のテクノロジーや取引の状況

最初に、暗号資産をめぐるテクノロジー、暗号資産取引の状況をご説明します。暗号資産がベースとしているブロックチェーン技術は、参加者が取引記録を共有し、検証できる仕組みであり、一定期間内に行われたすべての取引が1つのブロックとして記録され、そのブロックが鎖（チェーン）のように時系列で順次追加されるという特色を有しております。日銀ネットなどの従来の金融システムでは、日銀などの中央管理者の「台帳」が存在し、これを信頼して取引がなされるのに対し、ブロックチェーンでは、1人1人が同じ「台帳」を持つため必ずしも中央管理者が存在せず、個人間で直接やりとりができる（P to P）という特色があります。

暗号資産の取引参加者はブロックチェーン上に「アドレス」（銀行口座番号のようなもの）を有し、暗号資産を移転させるためには、「アドレス」に対応した「秘密鍵」（暗証番号のようなもの）が必要となり、参加者は、自身のパソコンや

スマホ等に、「秘密鍵」を管理する「ウォレット」を持ちます。これまでの暗号資産流出事例は、一般に、この秘密鍵が流出することによって生じています。

暗号資産は裏付けとなる資産が必ずしも存在しないため、値動きもきわめて大きいのが一般的です。なお、民間情報サイトによれば、世界で流通する暗号資産は2000種類以上存在するとされています。

日本における暗号資産の現物取引の状況をみてみると、20代が29%、30代が34%、40代が22%と、若い世代が多く、一方50代は10%、60代は3%、70代は1%と少なくなっており、資産を有する高齢者の利用が多い従来の金融サービスの利用者の分布とは大きく異なっています。

## 2 暗号資産についての改正前の制度

次に、暗号資産をめぐる今回の法改正前の法制度についてご説明します。

暗号資産は匿名性が高く、マネロン等の課題を有していたことから、平成27年6月8日のG7エルマウ・サミット首脳宣言において、「仮想通貨及びその他の新たな支払手段の適切な規制を含め、全ての金融の流れの透明性拡大を確保するために更なる行動をとる」とこととされました。これを受けて、同月26日のFATF（金融活動作業部会）ガイダンスにおいて、「各国は、仮想通貨と法定通貨を交換する交換業者に対し、登録又は免許制を課すとともに、顧客の本人確認や疑わしい取引の届出等のマネロン・テロ資金供与規制を課すべきである」とされました。

これを踏まえ、日本として資金決済法を改正し、暗号資産交換業者の規制を導入しております。その内容は、

- (1) マネロン・テロ資金供与規制（犯罪収益移転防止法）として
  - ① 顧客の本人確認（口座開設時、200万円超の仮想通貨と法定通貨等との交換時、10万円超の仮想通貨の移転時）
  - ② 本人確認記録、取引記録の保存
  - ③ 疑わしい取引の当局への届出
  - ④ 体制整備（社内規則の整備、研修の実施、統括責任者の選任、リスク検証・モニタリングの実施、内部監査の実施など）
- (2) 利用者保護の規制（資金決済法）として
  - ① 内部管理体制（経営管理、システム管理、サイバーセキュリティ対策など）の整備

- ② 社内規則の整備, 研修の実施, リスク検証・モニタリングの実施, 内部監査の実施
- ③ 利用者への情報提供
- ④ 最低資本金・純資産に係るルール (資本金1000万円以上, 純資産額が負の値でない), 顧客財産と自己財産の分別管理
- ⑤ 分別管理・財務諸表の外部監査
- ⑥ 当局による報告徴求, 検査, 業務改善命令などを規定しています。

### 3 暗号資産の制度改正の背景

次に, 今回の制度改正の背景についてご説明します。

まず, 暗号資産の証拠金取引等についてご説明します。日本国内での暗号資産取引量をみると, 平成29年度は, 現物取引が18%であるのに対し, 証拠金・信用・先物取引が82%と, 現物以外の取引が大きな割合を占めています。この証拠金等取引の利用者を年代別にみると, 現物取引の利用者より若干年齢構成が高く, 50代で14%, 40代で28%, 30代で34%となっています。

一方, 資金決済法で規制されているのは現物取引のみであり, 改正前の法制は, 流動性の大きい暗号資産にレバレッジが効いてさらにリスクの高い証拠金等取引について, 業規制や利用者保護規制が適用されないという問題点がありました。

また, 近年, 電子的にトークン (証券) を発行して, 公衆から法定通貨や暗号資産の調達を行う行為, いわゆる ICO (Initial Coin Offering) が, 世界各国で盛んに行われています。

ICO については,

- ① 投資型: 事業収益の分配などキャッシュに相当する経済的価値の受取りを期待するケース
  - ② その他の利用権型: 発行者からの物品・サービス等の供与を見返りとして求めるケース
  - ③ 無権利型: 発行者からの直接的な見返りは求めているケース
- の3種類があります。

投資型の ICO について世界的にみると, 1年以内に破綻するものが8割ともいわれており, 各国ともその規制について様々な対応を取っています。一例を挙げると, 中国では, 2017年9月に ICO を禁止したほか, 米国では, 同年7月に

証券取引委員会（SEC）が、個別の ICO 案件（“The DAO”）のトークンが「有価証券」（securities）に該当し、証券規制が適用される旨を公表しています。同年12月には、SEC 委員長が、一般投資家と市場の専門家それぞれに対し、暗号資産・ICO 市場は伝統的な証券市場と比較して投資者保護が非常に脆弱で注意すべき旨や、トークンに証券規制が適用される可能性がある旨などを公表しているほか、個別の ICO 事案に対し停止を命令、関係者を詐欺罪で刑事告発等などの対応を取っています。

#### 4 暗号資産の法改正の概要

次に、「情報通信技術の進展に伴う金融取引の多様化に対応するための資金決済に関する法律等の一部を改正する法律」の概要についてご説明します。

改正法の施行以降、暗号資産についての流出事案が発生したほか、暗号資産の価格が乱高下し、投機の対象となっているとの指摘もなされ、また先ほどご説明したように証拠金取引や ICO 等の新たな取引が行われることとなりました。

このような状況を受け、2018年3月に暗号資産について制度的な対応を検討する「仮想通貨交換業等に関する研究会」が設置され、11回にわたる検討を経て、同年12月21日に「仮想通貨交換業等に関する研究会報告書」がとりまとめられました。この報告書をもとに金融庁で検討が行われ、「情報通信技術の進展に伴う金融取引の多様化に対応するための資金決済に関する法律等の一部を改正する法律案」が2019年3月15日に国会に提出され、衆参両院の審議を経て、5月31日に成立し、6月7日に公布されたところであります。

以下、改正法の概要について説明を行います。

##### (1) 「暗号資産」への呼称変更

まず、「仮想通貨」から「暗号資産」への呼称変更についてご説明します。

仮想通貨交換業制度の導入当初は、法令上も FATF において用いられていた“Virtual currency”の邦訳である「仮想通貨」の呼称を用いていました。

一方、近年では、G20等の国際的な議論の場において、“Crypto-asset”との名称が用いられています。また、資金決済法では「仮想通貨」と法定通貨との誤認防止のための説明義務を業者に課していますが、「仮想通貨」の呼称は誤解を生みやすい、との指摘もあります。

このため、改正法では「仮想通貨」の呼称を「暗号資産」に変更しました（資金決済法2条5項・7項・8項）。



## (2) 受託暗号資産の流出リスク等への対応

暗号資産の移転のためには、暗号資産アドレスに対応した秘密鍵で電子署名を行う必要があります。この秘密鍵は PC 等のウォレットと呼ばれるソフトウェア内で管理されます。暗号資産交換業者への不正アクセスにより受託暗号資産が流出した事例では、一般に、ウォレットが外部に接続された状態（ホットウォレット）でした。

このため、改正法においては、利用者の利便の確保および業務の円滑な遂行に必要な一定数量の暗号資産を除き、外部に接続されない状態（コールドウォレット）で秘密鍵を管理するなど、受託暗号資産を利用者の保護に欠けるおそれが少ない方法で管理しなければならないこととしました（資金決済法63条の11第2項）。

また、万が一流出が生じた場合の顧客に対する弁済原資を確保することも重要であり、暗号資産交換業者に対し、ホットウォレットで管理する受託暗号資産と同種・同量の暗号資産（履行保証暗号資産）を自己の固有財産として別途保有し、自己の他の暗号資産と分別して管理する義務を課すこととしています（資金決済法63条の11の2）。

## (3) 暗号資産交換業者の倒産リスクへの対応

### a 利用者の金銭の管理としての金銭信託義務

暗号資産交換業者が管理する顧客の金銭については、従来から預貯金または金銭信託により管理するものとされてきましたが、倒産隔離を図るため、信託会社等に対する金銭信託により管理するものとされました（資金決済法63条の11第1項）。

なお、受託暗号資産についても信託義務を課すことも研究会で議論されましたが、報告書においては、暗号資産の種類や受託暗号資産の量が増加してきている中で、現時点での義務付けは困難であると考えられています。

### b 顧客への優先弁済権

暗号資産交換業者の倒産リスクに備え、暗号資産の移転を目的とする債権を有する利用者が、暗号資産交換業者の受託暗号資産および履行保証暗号資産について、他の債権者に先立ち弁済を受ける権利（優先弁済権）を有することとしました（資金決済法63条の19の2）。現在でも、優先弁済権の規定は、資金移動業者の履行保証金、前払式支払手段発行者の発行保証金などがあり、これにならった

ものとなっています。

優先弁済権の権利の実行を円滑に行うため、暗号資産交換業者から業務委託を受けた者等は、内閣総理大臣から必要な協力を求められた場合にこれに応ずるよう努める義務を有する旨を規定しています（資金決済法63条の19の3）。

(4) 暗号資産交換業者による業務の適正な遂行の確保

a 投機的取引を助長する広告・勧誘の禁止等

顧客によるリスクの誤認や投機的取引の助長を抑止する観点から、暗号資産交換業者に対し、以下の行為等を禁止しています（資金決済法63条の9の3）。

- ① 契約の締結や勧誘、広告に際し、相手方に虚偽の表示をし、または暗号資産の性質等について相手方を誤認させるような表示
- ② 支払手段としてではなく、専ら利益を図る目的での暗号資産の売買・交換を助長するような表示

また、暗号資産交換業者が広告を行う際には、商号、暗号資産交換業者である旨、暗号資産は法定通貨ではないことなどを表示する義務を課しています（資金決済法63条の9の2）。

b 登録における自主規制との連携

暗号資産では、技術革新によりサービス等に変化が生じ、これに対して機動的な対応を行いうる認定協会の自主規制との連携が重要であるため、認定協会への加入を促し、未加入の業者にもこれに準じた体制整備を促す観点から、認定協会未加入で、認定協会の自主規制に準ずる内容の社内規則を有しないこと等を登録拒否・取消要件に加えています（資金決済法63条の5）。

c 問題がある暗号資産の取扱い

暗号資産の中には移転記録が公開されずマネロン等に利用されるおそれが高い追跡困難なものや、移転記録に脆弱性を有するものもあるため、現在は事後届出の対象とされている暗号資産交換業者が取り扱う暗号資産の変更を事前届出とし、暗号資産交換取扱業者が新たに取り扱おうとする暗号資産に問題がないか、必要に応じ自主規制機関である認定協会と連携しつつ、柔軟かつ機動的な行政対応を行いうるようになっています（資金決済法63条の6）。

d 暗号資産カストディ業務への対応

これまで、暗号資産交換業者が暗号資産の売買等に関して行う顧客の暗号資産の管理は暗号資産交換業に含まれていましたが、それ以外の者が行う顧客の暗号

資産の管理、いわゆるカストディ業務は、暗号資産交換業に該当していませんでした。

この点、改正法では、以下の理由から、カストディ業務を暗号資産交換業の業務類型に加えることとしました（資金決済法2条7項）

- ① カストディ業務には、不正アクセスによる流出リスク、業者の破綻リスク等暗号資産交換業者と共通のリスクが存在すること
- ② カストディ業者にもマネロン・テロ資金供与のリスクが存在し、国際的に協調した対応が重要であることから、これらの規制の対象とすることを各国に求める FATF 勧告が2018年10月に採択されたこと

e 暗号資産の不正な現物取引への対応

暗号資産の現物取引をめぐることは、以下のような不正な取引事案があったとの指摘があります。

- ① 暗号資産交換業者の未公開情報が外部に漏れ、情報を得た者が利益を得たとされる事案
- ② 仕手グループが SNS で特定の暗号資産について、時間・特定の取引の場等を指定の上、当該暗号資産の購入をフォロワーに促し、価格を吊り上げ、売り抜けたとされる事案

暗号資産の現物取引についても有価証券取引と同様に金融商品取引法（昭和23年法律第25号。以下「金商法」という）において不公正取引規制を導入することとされました。

資金決済法の対象である暗号資産の現物取引と金商法の対象となる暗号資産デリバティブ取引が一体となって不公正取引が行われることもあることから、法の目的に照らして、両者の不公正取引を金商法で規定することにしています。資金決済法ではなく金商法において規定が整備された理由は、暗号資産が後ほど述べますように金商法上の「金融商品」として位置付けられており（金商法2条24項3号の2）、金融商品の取引の公正の確保および資本市場の機能の十全な発揮による金融商品の公正な価格形成を図ることが金商法の目的とされていることによるものです。

(a) 不正行為の禁止

有価証券取引に係る不正行為を包括的に禁止する一般規定である金商法157条と同様、暗号資産の売買その他の取引または暗号資産関連デリバティブ取引等に

ついて、不正行為を包括的に禁止する一般規定を設けました（金商法185条の22）。

なお、暗号資産関連デリバティブ取引等に係る不正行為について、157条の規定が重複的に適用される可能性があるため、2項においてこの適用を除外する規定が置かれました（下記の(b)、(c)においても同様の規定を置いています）。

(b) 風説の流布、偽計、暴行または脅迫の禁止

金商法158条と同様の考え方から、暗号資産の売買その他の取引もしくは暗号資産関連デリバティブ取引等のため、または暗号資産等の相場変動を図る目的を持って行われる、風説の流布、偽計、または暴行もしくは脅迫を禁止しています（金商法185条の23）。

(c) 相場操縦行為等の禁止（金商法185条の24）

金商法159条1項・2項と同様の考え方から、暗号資産の売買、暗号資産関連市場デリバティブ取引または暗号資産関連店頭デリバティブ取引について、以下の行為を禁止しています。

- ① これらの取引の状況のために、他人に誤解を生じさせる目的をもって行われる、仮想仮装取引、馴合取引、これらの行為の受託等・委託等（金商法185条の24第1項）
- ② このいずれかの取引を誘引する目的をもって行われる、繁盛取引または変動取引、変動操作に関する情報流布、虚偽等表示（金商法185条の24第2項）

(5) 暗号資産証拠金取引等への対応

a 暗号資産デリバティブ取引の現状と金商法における規制

現在、半数近くの暗号資産交換業者において、暗号資産を用いた証拠金取引が提供されていますが、現在の金商法では規制の対象とされていませんでした。

このため、改正法において、暗号資産をデリバティブ取引の原資産となる金融商品に含まれることとし（金商法2条24項）、暗号資産デリバティブ取引についても既存のデリバティブ取引と同様の規制が課されることとなります。

なお、報告書において、暗号資産の証拠金取引における証拠金倍率については、暗号資産の価格変動が法定通貨よりも大きいことを踏まえた適切な上限を設定することが適当であるとされています。

b 暗号資産デリバティブ取引における暗号資産の性質等に関する説明

暗号資産デリバティブ取引等の取引は、例えば、暗号資産の特性についての顧

客の認識不足、問題がある暗号資産の取扱い等、暗号資産の現物取引と共通の課題が内在した取引です。このため、暗号資産の特性を踏まえて暗号資産交換業者に求められる対応は、暗号資産デリバティブ取引等の取引を業として行う者に対しても同様に求められます。

このような考え方から、暗号資産関連業務を行うときは、暗号資産の性質に関する説明を行う等の規定を設けました（金商法43条の6）。

#### c 暗号資産信用取引への対応

現在、複数の暗号資産交換業者において、暗号資産の信用取引が提供されており、これについての特段の上乗せ規制が設けられていませんでした。

一方で、暗号資産信用取引は、暗号資産の証拠金取引と同じ経済的機能やリスクを有するものと考えられるため、報告書において、暗号資産の証拠金取引と同様の規制の対象とすることが適当であるとされています。

#### (6) いわゆる ICO への対応——投資性を有する ICO への対応——

##### a ICO と現行の金融商品取引法の整理

ICO については、先ほどご説明したように、①投資型、②その他利用権型、③無権利型の3類型があります。なお、現行の金商法との関係では、投資型 ICO で、法定通貨で購入されるか、暗号資産で購入されても実質的には法定通貨での購入と同視されるものは、金商法上の集団投資スキーム持分に該当すると考えられます。

今回の改正法では、投資型の ICO に関し、次に述べる大幅な改正を行っています。

##### b 電子記録移転権利の第1項有価証券化と開示等

金商法2条2項各号の規定により有価証券とみなされる権利（2項有価証券、集団投資スキーム持分等）についても、ICO（投資型）の手法が利用された場合、電子的方法で多くの投資家間で流通しうることとなっています。このため、2項有価証券のうち、電子的に事実上流通しうるものを2項有価証券から除外し、1項有価証券の範囲に追加することとしています。具体的には、電子情報処理組織を用いて移転することができる財産的価値（電子機器その他の物に電子的方法により記録されるものに限る）に表示されるものを、「電子記録移転権利」と定義した上で1項有価証券とすることとしました。

なお、電子的方法で記録・移転されうるものであっても、広く流通する蓋然性

が事実上ないものなどの場合には、流通性その他を勘案して電子記録移転権利から除外することが可能な枠組みとなっています（金商法2条3項）。

電子記録移転権利は1項有価証券として整理されるため、有価証券の公募に該当する場合には、有価証券届出書（発行開示）や有価証券報告書（継続開示）のような公衆縦覧型の開示規制に服することとなります。

一方で、有価証券の公募に該当しない私募の場合には、転売制限を前提として、公衆縦覧型の開示規制の対象外と整理されることとなりますが、例えば適格機関投資家私募等の形態で行う場合には、どのような場合を転売制限として認めるかは、今後政府令で検討する予定であるプロトコルによる禁止等を含め、転売制限の実効性を担保することが重要と考えられます。

投資型以外のICOトークンについては、いわゆる購入型・寄付型クラウドファンディングが金商法の規制対象となっていないことと同様に、金商法の規制対象としていません。

電子記録移転権利については金商法の規制対象となるため、規制の重複を排除する観点から、資金決済法上の暗号資産の定義から除かれることとなります（資金決済法2条5項）。

#### c 電子記録移転権利の取扱いは第一種金融商品取引業者

電子記録移転権利は1項有価証券として整理されるため、その売買や売出し、募集もしくは売出しの取扱業務等については、第一種金融商品取引業者が行うこととなります（金商法28条1項）。

一方で、電子記録移転権利を発行者自らが取得勧誘を行う自己募集については、集団投資スキーム持ち分等が第二種金融商品取引業者としての登録を受けて自己募集が認められることを踏まえ、同様に第二種金融商品取引業者の登録を受けて行うことができます（金商法28条2項）。

#### d 暗号資産による電子記録移転権利の購入

現行の金商法では、暗号資産で集団投資スキーム持分などを購入された場合、必ずしも金商法の規制対象とならない可能性があります。しかしながら、法定通貨での購入も暗号資産での購入も経済的効果は実質的に変わることはないため、暗号資産で電子記録移転権利を購入する場合も規制対象とする必要があります。このため、電子記録移転権利の払込みや流通、デリバティブ取引を含む有価証券の売買等で暗号資産が支払に使われるような場合にこれを金銭とみなすこと

により、金商法の規定を適用することとしています（金商法2条の2、2条2項5号）。

e 公正な取引を実現するための仕組み

電子記録移転権利の取引について、公正な取引の実現の観点から不正な行為を抑制する必要性は、他の有価証券の取引と変わるものではないため、他の有価証券の取引に適用される不公正取引規制（金商法157条、158条および159条）が電子記録移転権利の取引にも同様に適用されることとなります。

なお、報告書において、インサイダー取引規制の適用については、電子記録移転権利の設計の自由度が高いため、投資判断に著しい影響を及ぼす重要事実として何が該当するか現時点では明らかとはいえないことから、事例の蓄積や適時開示の充実等が図られた後に改めて検討することが適当であるとされています。

(7) 施行期日と業規制導入に伴う経過措置

a 施行期日

本改正法は、公布の日である2019年6月7日から起算して1年以内において政令で定める日から施行されます（改正法附則1条）。

b みなし業者についての経過措置

暗号資産管理業務カストディ業務が新たに規制の対象となることとなりますが、施行の際現に暗号資産カストディ業務を行っている者は、施行日から6カ月の間は、施行の際における利用者のために、施行の際に管理している暗号資産と同じ種類の暗号資産について、登録を得ないで業務を継続できます（改正法附則2条1項）。この期間内に登録申請を行った者は、原則、登録申請に対する処分がなされるか、施行日から1年6カ月が経過するかのいずれか短い期間までの間、登録を得ることなく当該業務を行うことができます（同条2項）。これは、みなし業者の業務内容や取扱通貨の追加を行わないこととした上で、みなし業者としての期間の長期化を避けるために設けられた規定です。

電子記録移転権利についての金融商品取引業を行っている者や暗号資産デリバティブ取引に係る金融商品取引業を行っている者についても同様の経過措置が設けられています（改正法附則10条）。

5 ブロックチェーンガバナンスの動き

最後に、暗号資産の基礎技術であるブロックチェーンのガバナンスの動きについてご説明します。



最初に、日本が暗号資産交換業のための法規制について世界でもきわめて速く対応できている理由について述べます。その1つとして、金融庁が銀行、証券、保険などのすべての規制を所管する当局であることが大きな要因であると考えられます。暗号資産の対応については、銀行、送金、証券のどれで対応するかにかかわらず、金融庁で対応を決定することとなるからです。他の先進国についてみると、例えばアメリカでは財務省、通貨管理庁、SEC、CFTCをはじめとする数多くの当局が所管を分けており、イギリスでも大蔵省、FCA、PRAなど所管が分かれており、その対応にあたっては省庁間の調整が不可欠になります。

ブロックチェーンを用いた金融については、以下のような特徴があります。

- ① 利用者の直接取引が可能であり、仲介者が存在しない場合もありうるため、規制対象が曖昧になる
- ② サードパーティーの介入でもサービスの停止ができない場合、規制で禁止しても止まらない
- ③ 匿名性が高く、追跡可能性が低い
- ④ 記録の修正に対する耐性があり、記録について事後補正ができない
- ⑤ 利用者の国境を越えた直接取引が可能であり、国境を越えてみえない取引が進展する可能性がある
- ⑥ 責任の所在が不明確

このような特徴を持つブロックチェーンのエコシステムについては、①規制当局、②エンジニア、③サービス利用者、④ビジネス、のそれぞれのステークホルダーが協働して、適切なガバナンスを作り上げていくことが必要かつ効果的です。このような考えから、本年のG20でも議論がなされ、6月29日のG20大阪首脳宣言において、「分散型金融技術のあり得る影響、及び当局が他のステークホルダーとどのように関与できるかについてのFSBの作業を歓迎する」とされています。

これを踏まえ、分散型金融システムにおいて健全なガバナンスを構築するために、規制当局や技術者、学識経験者等の幅広いステークホルダーが世界中から参加して議論する、「ガバナンス・カンファレンス」を、2020年3月上旬に東京で開催する予定です。



## 報告 2

### 暗号資産に関する実務上の法的課題

弁護士 河合 健

#### 1 はじめに——近時の暗号資産ビジネスの動向

おはようございます。アンダーソン・毛利・友常法律事務所の河合と申します。フィンテック、中でも、暗号資産、ブロックチェーンに関するアドバイスを専門としております。本日は、どうぞよろしくお願いたします。

私からは、暗号資産に関する実務上の法的課題についてお話申し上げます。今回、金融法学会大会での報告のお話をいただいた時に、どの論点を取り上げようかと迷いました。といいますのは、この分野では、現在、テクノロジーが急速に発展し、これを利用した新しいビジネスが次々と登場しており、これに伴い、2017年の改正資金決済法施行時には想定されていなかった多くの法律問題が生じているからです。

例えば、ブロックチェーン上で発行されるトークンを取り上げても、ビットコインのようなものだけではなく、法定通貨の価値等に連動するように設計されたステーブルコイン、トークン1個1個に個性があり、同種のトークンでは代替することができないノンファンジブルトークン、投資収益の分配が可能なセキュリティトークンなど様々なものが発行されています。また、日本ではいわゆる仮想通貨取引所における個人投資家の投機的な取引ばかりが取り上げられる傾向がありますが、海外では、インターコンチネンタル・エクスチェンジの子会社 Bakkt においてビットコイン先物取引が開始されたり、年金基金や大学ファンドがオルタナティブ資産投資として暗号資産投資を増加させたりしており、従来の金融取引との融合が進んでいます。

とはいえ、時間の制限がありますので、本日は、フェイスブックの主導する Libra で大きな注目を集めているステーブルコインに関する法的枠組みと資金決済法の改正に伴い規制対象となる暗号資産のカストディ業務に限定して報告いたします。

## 2 ステーブルコインの金融規制法上の位置付け

### (1) ステーブルコインとは

まず、ステーブルコインを取り上げます。法律上の定義はありませんが、ステーブルコインとは、法定通貨またはその他の資産もしくはそれらのバスケットに対して価値が連動するよう設計されたブロックチェーン上で移転可能なトークンをいいます。

ステーブルコインの機能や特徴は、従来の暗号資産や他の決済手段と比較すると理解がしやすくなります。まず、暗号資産との対比では、既存の暗号資産は価格変動が激しいため、価値尺度や決済手段として機能しづらいといわれています。他方、ステーブルコインは、法定通貨等に価値が連動するため、これらの機能を満たしうると考えられます。

次に、既存の銀行送金との対比では、銀行送金では小額決済に対応できず、また、外国送金では、着金までに相当の時間が必要です。他方、ステーブルコインは瞬時にブロックチェーン上で世界中どこでも送付が可能であり、送金コストもきわめて小さいため、1円未満の小額送金も経済的に可能です。さらに、既存の決済システムでは、証券取引やデリバティブ取引においてDVP決済を行うことは困難ですが、ブロックチェーン上でこれらの金融取引が可能になれば、ステーブルコインで決済することによって、システム的にDVP決済を行うことが可能となります。また、例えば、現在、複数の電力会社や小売電気事業者がP2P電力取引プラットフォームを、ブロックチェーンを使って実装するための実証実験を行っていますが、このようなプラットフォームにおいても、ステーブルコインが利用できれば、電力取引とその決済をシステム的に同時に行うことができるようになります。

つい先日、日本を含む自動車大手5社が自動車の運転時に生じる駐車場や高速道路の料金などの支払情報を自動車ごとにブロックチェーンで記録し、決済まで自動で済ませるサービスの基盤作りに乗り出すとの報道がありましたが、このようなサービスにおける決済手段としてもステーブルコインが必要になります。このような機能を、既存の電子マネーで果たすことは困難です。

### (2) ステーブルコインの種類

現在、ステーブルコインは、日本では目立った発行事例はなく、米国を中心とする海外で発行されています。ステーブルコインの種類としては、裏付け資産の

有無と価格安定メカニズムの観点から、法定通貨担保型、暗号資産担保型、アルゴリズム型の3つに分類することが通例となっていますので、本報告でもその分類を踏襲いたします。

#### a 法定通貨担保型ステーブルコイン

まず、法定通貨担保型ステーブルコインですが、米ドルなどの単一の法定通貨を裏付けに発行されるものと複数の法定通貨または通貨建資産のバスケットを裏付けに発行されるものがあります。例えば、発行者はユーザーに対してステーブルコインを1単位当たり1米ドルで発行し、受け取った米ドルを信託会社その他のカストディアンに管理してもらいます。ステーブルコインは、ユーザーの間で転々流通しますが、ステーブルコインの保有者は、発行者に対して、ステーブルコインを返還することと引き換えに、等価の米ドルの払戻しを受けることが可能です。このように払戻し約束をすることで、裏付け資産との価値の連動性を担保するようにしていることが特徴です。現在、世界でよく使われている USD Coin はこの類型です。

#### b 暗号通貨担保型ステーブルコイン

次に、暗号資産担保型ステーブルコインは、イサリアムなどの暗号資産を裏付けに発行されます。例えば、100米ドル相当のステーブルコインの購入を望むユーザーは、100米ドルを相当程度上回る価値、例えば150米ドル相当分のイサリアムを発行者に引き渡し、100米ドル相当のステーブルコインを受け取ります。ユーザーが引き渡したイサリアムは、スマートコントラクトを用いて、100米ドル相当のステーブルコインが返還されるまでロックされます。この場合、イサリアムの価値は米ドルに対して変動しますので、裏付け資産の返還約束だけでは、米ドルに対する価値の安定を図ることが困難です。そこで、ステーブルコインの価格が安定するように、例えば、1ステーブルコインの価値が1米ドルを超えて上昇しているような場合には、ステーブルコインの発行手数料を上げることによって、ステーブルコインの購入圧力を減少させ、逆に1米ドルを割り込んでいる場合には、手数料を引き下げて、購入意欲を増加させるなどの複数の仕組みを導入しています。もっとも、法定通貨での返還約束がそもそもないため、法定通貨担保型に比して、価格の変動が生じやすいと考えられます。この類型で、最も著名なものは Dai です。

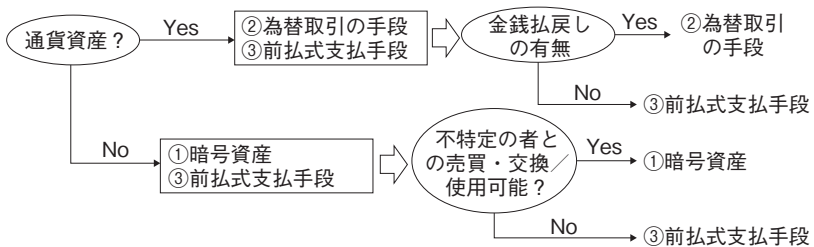
c アルゴリズム型ステーブルコイン

さらに、裏付け資産なしに、需給調整メカニズムをブロックチェーン上に実装することで、法定通貨等との価値の連動性を維持しようとするステーブルコインもありますが、価格の安定をアルゴリズムだけで図ることは容易ではなく、法定通貨担保型ステーブルコインや暗号資産担保型ステーブルコインとは異なり、一定の流通量のあるステーブルコインはいまだない状況です。

(3) ステーブルコインの日本の金融規制法上の位置付け

a 検討の筋道

以上を前提に、ステーブルコインの日本の金融規制法上の位置付けを検討します。既存の金融規制法を前提とする限り、インターネット上で移転可能な決済手段については、暗号資産、為替取引の手段、または前払式支払手段に該当することになります。この枠組みの中では、問題となっているステーブルコインが、①通貨建資産に該当するかという点と、②金銭による払戻しが可能かという点が、重要な分水嶺となると考えられます。なぜなら、通貨建資産は暗号資産の定義から除外されているため、通貨建資産に該当すれば暗号資産に該当する余地はありませんし、金銭による払戻しが可能であれば、前払式支払手段には該当しないからです。



b 暗号資産該当性

まず、ステーブルコインが通貨建資産に該当するか否かに関して、通貨建資産は、「本邦通貨若しくは外国通貨をもって表示され、又は本邦通貨若しくは外国通貨をもって債務の履行、払戻しその他これらに準ずるもの（「債務の履行等」）が行われることとされている資産をいう」と定義されています。そして、金融庁のパブリックコメント回答では、「例えば、仮想通貨の発行者及び発行者から委

託を受けた者が、発行済の暗号資産の全てについて法定通貨による買取りを保証する場合、通貨建資産に該当する可能性がある」、あるいは、「トークンの発行者と利用者との間の契約等により、発行者等が当該利用者に対して法定通貨をもって払い戻す等の義務を負っている場合、当該トークンは、原則として」通貨建資産に当たるとされています。

これを踏まえれば、法定通貨担保型ステーブルコインにおいては、金銭での払戻し約束や買取り保証がなされていることがほとんどであるため、原則として通貨建資産に該当し、暗号資産には当たらないこととなると考えられます。もっとも、発行者が一般ユーザーからの払戻しには応ぜず、特定の再販業者等からの払戻しにのみ応じるものとしている場合に、通貨建資産に該当するかはさらに検討する必要があります。

他方、暗号資産担保型ステーブルコインやアルゴリズム型ステーブルコインは本邦通貨もしくは外国通貨をもって表示されておらず、金銭での払戻し約束もないため、その価値が法定通貨に対して安定していたとしても、通貨建資産には該当しないと考えられます。したがって、暗号資産の他の要件を満たす限り、暗号資産に該当すると考えられます。実際、このようなステーブルコインでは、システムの需給調整をしたり、経済的インセンティブあるいはディスインセンティブを与えることによって価格の安定を図るようにしています。このため、このようなステーブルコイン価値が法定通貨の価値に100%連動することまでは想定されていないので、先ほど述べた整理は経済実態にも合致していると考えられます。

発展的な論点としては、複数の通貨や通貨建資産が裏付け資産となるバスケット型ステーブルコインの場合に、通貨建資産に該当するかという点が挙げられます。すなわち、バスケット型ステーブルコインにおいては、払戻し約束がなされているとしても、払戻金額はバスケットの時価相当額を基準として決定された上で、特定の通貨で支払われることになる場合が多いと考えられますが、この場合でも通貨建資産といえるか別途検討が必要です。

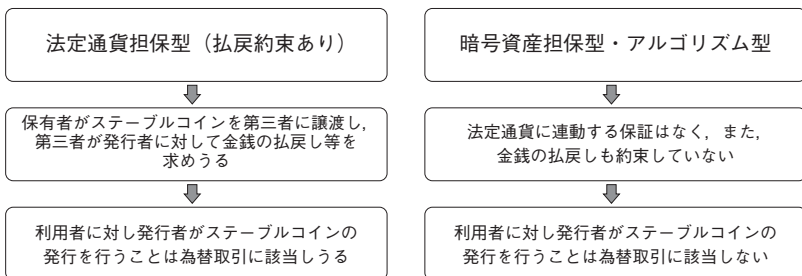
### c 為替取引該当性

あるステーブルコインが通貨建資産に該当する場合には、通貨建資産の移転取引が為替取引に該当しないかを検討する必要が生じます。銀行法および資金決済法には、為替取引の定義は存在しませんが、判例では、為替取引は、「顧客から、隔地者間で直接現金を輸送せずに資金を移動する仕組みを利用して資金を移動す

ることを内容とする依頼を受けて、これを引き受けること、またはこれを引き受けて遂行すること」と定義されています。

払戻し約束のある法定通貨担保型ステーブルトークンにおいては、発行者から当該ステーブルコインを購入した者が第三者にこれを譲渡し、当該第三者が発行者にステーブルコインを引き渡して金銭の払戻しを求めることが可能です。このため、ステーブルコインとそれを支えるブロックチェーンという資金移動の仕組みを利用して、ユーザーから第三者に実質的に資金が移動している実態を捉えて、発行者の当該ステーブルコインの発行は為替取引に該当すると考えることに一定の合理性があると思われます。

また、このタイプのステーブルコインは、その商品性がトラベラーズチェックと類似しています。つまり、いずれも、法定通貨を対価として、顧客から第三者への資金の移転を容易に行う目的で発行されるものですし、最終的に、保有者がその発行者に対して買取りを求めることによって、法定通貨と交換することができるものです。そして、金融庁の平成22年2月23日付パブリックコメント回答では、「トラベラーズチェックやこれと機能が類似する電子マネーカードを発行して資金移動を行う場合には、銀行免許または資金移動業者登録が必要となると考えます」とされており、トラベラーズチェックの発行業務が為替取引に該当するものとして整理されています。法定通貨による払戻し約束のあるステーブルコインの発行が為替取引に該当すると考えるのは、このような従来からの整理とも整合的です。



ステーブルコインの発行が為替取引に該当する場合には、派生的にいくつかの論点を検討する必要があります。

例えば、ステーブルコインは暗号資産取引所における暗号資産の売買の対価の支払に利用される可能性が高いと考えられます。この場合において、ステーブルコインを金銭と同視して取り扱うべきかが問題になります。仮に金銭と同視されるとすると、来年施行予定の改正資金決済法では、信託銀行または信託会社における金銭信託が義務付けられますが、ステーブルコインの信託を金銭信託と考えることができるのか、また、ステーブルコインの技術的な実体は暗号資産と同様なので、実際に取り扱える信託会社や信託銀行があるのかも実務上は問題になります。実態的には暗号資産の分別管理と同様に扱うのが適切と思われるが、通貨建資産に該当しない以上、暗号資産に関する規制の適用はないことになります。

また、暗号資産交換業者は暗号資産の移転取引を利用者のために行うことがあります。通貨建資産に該当するステーブルコインについてこのような取引を行うと、暗号資産交換業者は、銀行業免許または資金移動業登録が必要になるのかどうかも問題になります。

さらに、ステーブルコインの場合、ブロックチェーンを通じて、業者を介さずにユーザー間で送金が可能です。発行者はステーブルコインを購入した利用者について犯罪収益移転防止法上の取引時確認等の義務を負うこととなりますが、為替取引の仕組みの構築者として、自らの直接の顧客でない者同士のステーブルコインの取引について、マネロン防止の観点からそのような義務を負うべきなのかどうかという点も問題となります。

付け加えれば、ステーブルコインがブロックチェーン上のトークンであることの特徴として、他の既存の送金システムとは異なりクロスボーダーでの送金が国内送金と同じ容易さで可能であるということが挙げられます。このため、海外で発行されたステーブルコインが今後日本で相当程度流通することも現実的にありうると考えられます。そうすると、いかなる場合に、外国の発行者が銀行業免許または資金移動業登録を取る必要が生じるのかについても整理が必要になります。

以上のとおり、ステーブルコインが日本で流通するためには、金融規制法上、詰めるべき論点が多々あり、今後、ステーブルコインの健全な流通に向けた論点整理を進められることが望まれます。

### 3 暗号資産カストディ業務

#### (1) 暗号資産カストディ業務に対する規制の導入

次に、暗号資産カストディ業務を取り上げます。現行法では、暗号資産の交換



等を行わずに、利用者の暗号資産を管理し、利用者の指図に基づき利用者が指定するアドレスに暗号資産を移転させる業務は暗号資産交換業に該当しません。これに対し、来年施行される改正資金決済法においては、「他人のために暗号資産の管理をすること」を業として行うことは暗号資産交換業に該当することになりました。

### (2) 「他人のために暗号資産の管理をすること」の意義

暗号資産は誰でもアクセス可能なブロックチェーン上に記録されるデータにすぎないため、どのような行為が「他人のために暗号資産の管理をすること」に該当するのかが必ずしも明らかではありません。そこで、当該規制の趣旨とブロックチェーン上における暗号資産の管理の実態を踏まえて、当該定義の意味を明確化する必要があります。

本規制の趣旨としては、暗号資産カストディ業務については、サイバー攻撃による顧客の暗号資産の流出リスク、業者の破綻リスク、マネー・ロンダリング・テロ資金供与のリスク等、暗号資産取引所と共通のリスクがあると考えられること、および暗号資産カストディ業務を Virtual Asset Service Provider の一類型と位置付けた FATF 勧告との整合性を確保する必要があることが挙げられます。

他方、暗号資産の管理の技術的側面をみると、暗号資産は、先ほど述べたとおり、インターネット上に存在するブロックチェーン上の特定のアドレスに関する記録です。そして、その記録の書換えのためにはそのアドレスと紐付いた秘密鍵による署名が必須になります。言い換えれば、当該アドレスに属する暗号資産を他のアドレスに移転するためには、移転データに対し秘密鍵による署名を行うことが必須であり、これなしに暗号資産は移転しません。

かかる実態と規制の趣旨を踏まえれば、暗号資産の管理とは「暗号資産を自らが他に移転できる事実状態にあること、実態的には、当該暗号資産の移転に必要な秘密鍵を保有していること」と考えることができます。また、他人のために暗号資産の管理を行うことが規制対象となるわけですから、当該行為は、他人の委託に基づきその者の便宜のために行われていることが必要と考えられます。

### (3) ケーススタディ

暗号資産を管理するウォレットの仕組みおよび秘密鍵の仕組みには様々なものがあり、事業者が暗号資産のウォレットをユーザーに提供していても当該事業は



秘密鍵を保有してない場合や、事業者が秘密鍵を持っていても、自らは、暗号資産の移転ができない場合があります。

a 事業者が秘密鍵を保有しない場合

例えば、ソフトウェア開発事業者が暗号資産ウォレットを開発し、それを利用者にスマートフォンアプリを通じて提供している場合において、当該ウォレットにおいては秘密鍵はスマートフォンの中に格納されていて、ウォレット提供事業者は秘密鍵を知ることができない場合には、当該事業者は、秘密鍵を保有せず、実態的に暗号資産を移転できないため、他人のために暗号資産を管理していることにはならないと考えられます。ただし、利用者が秘密鍵を喪失した場合に備え、当該事業者側でバックアップの秘密鍵を持つような仕組みを取り入れている場合には、事業者が利用者の意思に基づかずに事実上当該バックアップキーを用いて暗号資産の移転取引をできるのであれば、「他人のために暗号資産の管理をすること」に該当すると整理すべきと考えます。

b マルチシグネチャー方式の場合

また、暗号資産の移転には複数の秘密鍵による署名を必要とする仕組みを採用している暗号資産ウォレットもあります。このような仕組みはマルチシグネチャー方式と呼ばれます。そこでこの方式を採用している場合に、どのようなケースであれば、「他人のために暗号資産の管理をすること」に該当するのかをさらに検討します。

例えば、暗号資産の移転には2本の秘密鍵が必要であり、事業者が1本、利用者が1本を保有している場合には、事業者のみでは暗号資産の移転ができないため、他人のために暗号資産の管理をすることには該当しないと考えられます。

他方、暗号資産の移転には2本の秘密鍵が必要であり、事業者Aが1本、事業者Aから再委託された事業者Bが1本を有している場合には、技術的には事業者Aの秘密鍵のみでは暗号資産の移転はできないものの、利用者に対してサービスを直接提供するAにおいて、再委託先Bの行為を監督しその責任を負うべき立場にあることから、Aが利用者のために暗号資産を管理していると考えられるべきと思われます。

さらに、3本の秘密鍵があるが、暗号資産の移転には2本の秘密鍵で足り、事業者Aが1本、事業者Bが1本、利用者が1本を保有している場合があります。この場合には、事業者AとBがどのような関係にあるかによって結論が変わり

うと考えます。すなわち、AとBが完全に独立した事業者であって、何らの関係も有していない場合には、いずれの事業者も他人のために暗号資産を管理する者には該当しませんが、AがBに秘密鍵の1本の管理を委託している場合には、先ほどの例に準じて、Aが他人のために暗号資産の管理を行っていると考えべきでしょう。

このほかにも様々な方法がありえ、また、技術発展に伴って新たな暗号資産のウォレット等の管理ツールが開発されていくと思われませんが、規制の趣旨と管理ツールの実態を十分に踏まえた個別の検討が必要になると考えられます。

私からは以上です。ご清聴どうもありがとうございました。

## 報告 3

## 暗号資産（ビットコイン）と強制執行・倒産

神戸大学大学院法学研究科教授 青木 哲

## 1 はじめに

神戸大学の青木哲と申します。民事手続法を専門にしております。この度は報告の機会をいただきましたことお礼を申し上げます。私からは「暗号資産（ビットコイン）と強制執行・倒産」というテーマで、特定の発行主体が存在しない分散型の暗号資産であるビットコインに対する強制執行および暗号資産交換業者の破産におけるビットコイン利用者の権利の取扱いについて報告をいたします。

前提となるビットコインの法的性質については、金融法務事情に掲載していただきました事前資料（拙稿「暗号資産（ビットコイン）と強制執行・倒産」金法2119号18頁）をご覧くださいと思います。簡潔に申し上げますと、ビットコインは、その財産的価値を他者に移転することができるということに基づく財産的価値であると考えます。ビットコインは、ビットコインアドレスに対応する秘密鍵（数値）を知るものだけがそれを他のアドレスに移転ことができ、その財産的価値はブロックチェーンの記録上の残高について認められます。このようにして、ビットコインの財産的価値は、秘密鍵の管理により排他的に支配することが可能であり、財産権の対象になると考えます。

## 2 ビットコインを対象とする強制執行

ビットコインは、有体物であることを前提とする「物」ではなく、また、相手方を前提とする「債権」でもなく、財産的価値を対象とする財産権であることから、ビットコインを対象とする強制執行は、「その他の財産権」に対する執行（民事執行法167条1項）により行うことになります。

「その他の財産権」は、それ自体独立して財産的価値を有し、かつ、その換価により債権者の満足に供しうるものである必要がありますが、ビットコインは、独立した財産的価値を有し、その財産的価値を移転することにより金銭化することができるため、その換価により債権者の満足に供しうるということが出来ます。

一般に、「その他の財産権」に対する強制執行は、債権執行の例により行われ

(民事執行法167条1項)、債権者の申立てにより、執行裁判所が差押命令を発令し(同法143条)、第三債務者またはこれに準ずる者がいない場合には、差押命令が債務者に送達された時に、差押えの効力が生じます(同法167条3項)。その換価は、取立によることができないため、執行裁判所による譲渡命令や売却命令などの方法により行うこととなります(同法161条1項)。

しかし、ビットコインを対象とする強制執行には、「その他の財産権」に対する執行の方法により行う場合に、差押えについても、換価についても、困難な問題があります。まず、差押えについては、差押命令を債務者に送達し、債務者に対して処分制限効が生じて、債務者がビットコインを他に移転することを阻止することができません。

次に、換価については、債務者の保有するビットコインを差押債権者に譲渡し、または、第三者に売却しようとしても、そのビットコインアドレスに対応する秘密鍵の情報を取得しなければ、ビットコインを移転することができません。もっとも、譲渡命令や売却命令によりビットコインに対する権利を観念的に差押債権者や第三者に移転した上で、移転を受けた者が、ビットコインに対する権利に基づき、債務者に対してビットコインの移転を求めることは考えられます。しかし、ビットコインの移転の強制的な実現には困難があり、ビットコインの財産的価値を実現することができない可能性があるのに、ビットコインに対する権利を移転することには、換価方法として問題があると考えます。

#### (1) 秘密鍵の情報を取得するための方策

そこで、差押えの段階において、債務者のアドレスの秘密鍵の情報を取得するための方策を考えます。以下、立法論にわたることになりますが、次のような方法が考えられます。

##### a 財産開示手続

第1に、執行申立て前に、財産開示手続(民事執行法196条以下)により債務者にその情報の提供を求めることや、債務者が第三者に秘密鍵を預けている場合には、第三者に開示させることが考えられます。しかし、財産開示手続で債務者に開示させても、ビットコインを移転されてしまうと執行することができないという問題があります。また、債権者が秘密鍵の情報を取得すると債権者がビットコインを移転してしまうおそれがあるので、執行官が情報を取得し、差押えの際に秘密鍵を利用できるような仕組みを設ける必要があります。

### b 差押えに伴う開示請求・情報取得

第2に、差押え後に、債務者から秘密鍵の情報を取得することが考えられます。参考になる手続として、民事執行法148条が定める債権執行における債権証書の引渡しがあります。この規定は、被差押債権について債権証書がある場合に、債務者に差押債権者に対するその引渡義務を課すとともに、差押命令を債務名義として、動産の引渡執行（同法169条）の方法により強制執行をすることを認めるものです。また、参考になるものとして、昭和54年の民事執行法制定前の旧民事訴訟法603条は、手形等の指図証券（指図債権）に対する強制執行について、執行裁判所がその証券に係る権利について債権差押命令（同法549条）を発した後、執行官がその証券を占有して差し押さえるべきものと解されていました。これらを参考に、ビットコインに対する差押命令に基づいて、執行官が、債務者の住居等を搜索して、秘密鍵を記載した文書、記録したコンピューターや媒体から、ビットコインの秘密鍵に関する情報を取得するという手続を設けることが考えられます。しかし、コンピューター等から秘密鍵の情報を取得することには、法的な問題とともに、技術的な困難があります。

### c 動産執行を契機とする情報取得

第3に、債務者の事務所、住居等を執行場所とする動産執行において、執行官が、差押えの目的物の搜索（民事執行法123条2項）の際に、秘密鍵を記載した文書や、秘密鍵を記録したコンピューターや媒体から秘密鍵の情報を取得することや、秘密鍵を記載、記録した目的物を、債権者が競売により買い受けて、情報を取得することが考えられます。

しかし、執行官が執行場所における目的物の搜索の際に秘密鍵を記載した文書を見付けた場合に、記載された情報を取得することは、動産執行における執行官の権限を超えるものです。例えば、執行官が差押えの目的物の搜索の際に預金通帳を見付けた場合に、預金口座に関する情報を取得することには問題があるように思います。

また、秘密鍵を記載、記録した目的物を競売により取得した者は、それによりビットコインに対する権利を取得するわけではないので、秘密鍵の情報は競売の買受人に移転すべきではないと考えます。秘密鍵を記載した文書は差し押さえるべきではなく、秘密鍵を記録したコンピューターや媒体はその情報を削除した上

で売却されるべきです（パソコン内の個人情報につき、伊藤眞＝園尾隆司編集代表『条解民事執行法』1072頁以下注9，1195頁〔河村浩〕（弘文堂，2019年）を参照）。

そうすると、動産執行を契機として秘密鍵の情報を取得することはできないということになります。

## (2) 差押命令

このように債権者または執行官がビットコインの秘密鍵の情報を取得することは困難ではありますが、秘密鍵の情報を取得することができたとして、ビットコインに対する金銭執行において、どのような差押えおよび換価がなされるべきでしょうか。

金銭執行における差押えは、換価手続の準備としてこれを阻害する行為を抑止するために、債務者による処分を禁止するものですが、ビットコインを対象として差押命令を発令しても、債務者が秘密鍵を用いて、他のアドレスへの移転を阻止することはできません。そこで、債務者による処分を妨げるためには、執行官が、差押えの対象となるビットコインを、執行官の管理するアドレスにいったん移転する必要があります。

## (3) 換 価

換価については、ビットコインは取立を想定することができないので、民事執行法161条により、譲渡命令等の方法により換価をすることになります。差押債権者がビットコインの取引を行っていれば、譲渡命令により差押債権者に移転し、そうでなければ、売却命令により執行官に交換業者（取引所）における売却を命ずるのが合理的です。

売却の価格については、取引所の相場のある有価証券についての民事執行規則123条に準じて、相場価格で売却するということになります。

## 3 ビットコインの交換業者に対する権利を対象とする強制執行

交換業者を通じてビットコインの取引を行っている者（利用者）については、交換業者との間に契約関係が想定され、利用者の債権者は、利用者の交換業者に対する契約上の権利を対象として強制執行をすることができます。

利用者の交換業者に対する契約上の地位自体を「その他の財産権」として差し押さえるということも考えられますが、このような包括的な地位に対する差押えを認めると、このような地位に複数の権利が含まれる場合に、超過差押え（民事

執行法146条2項)になるおそれがあり、それを避けるために、執行債権額の限度に差押えの範囲を限定するためには、差押えの効力の及ぶ個別の権利を特定する必要がありますので、契約関係から生じる個別の権利を執行対象として考えます。

(1) 金銭による払戻請求権(金銭債権)を有する場合

利用者が交換業者に対してビットコインにつき金銭による払戻請求権を有する場合には、その金銭債権に対して、債権執行の方法により強制執行をすることができます。

a 差押命令

払戻請求権を対象とする債権差押命令が発令され、第三債務者である交換業者に送達されると、交換業者は債務者である利用者に弁済することが禁止されます(民事執行法145条1項)。この場合、交換業者が利用者の指示によりビットコインを他のアドレスに移転することも、払戻請求権を消滅させることになるので、禁止されると考えます。このため、交換業者は、そのシステム上、利用者の指示によるビットコインの移転を停止する措置を執る必要があります。

b 換 価

払戻請求権の換価は、差押債権者がその取立として、第三債務者である交換業者に対して、金銭による払戻しを求め、自らへの支払を請求することにより行います(民事執行法155条1項)。

(2) ビットコインの移転を求める権利(非金銭債権)を有する場合

a 差押命令

利用者が交換業者を通じてビットコインの取引を行っている場合、利用者は、交換業者が管理するビットコインを、利用者の管理するアドレスまたは利用者が指示するアドレスに移転するよう求める権利を有すると考えられます。利用者の交換業者に対するビットコインの移転を求める権利に対する強制執行は、民事執行法167条により、「その他の財産権」に対する強制執行として、債権執行の例により行うこととなります。

債権者の申立てにより、執行裁判所が、債務者が契約している交換業者を第三債務者として、差押命令を発令し、これを債務者および交換業者に送達します。差押命令の送達を受けた交換業者は、執行対象たる債務の履行として、ビットコインを他のアドレスに移転することが禁止されるので(民事執行法145条1項)、交換業者は、そのシステム上、利用者の指示によるビットコインの移転を停止す



る措置を執る必要があります。

## b 換 価

### (a) 譲渡命令等

ビットコインの移転を求める権利の換価は、差押債権者の申立てにより、民事執行法161条1項の譲渡命令等の方法により行うこととなります。譲渡命令や売却命令により差押債権者や第三者に当該権利を移転することができますが、交換業者が協力的でないと、権利を取得した者が交換業者に対して円滑に当該権利を行使することができないおそれがあります。そうすると、第三債務者である交換業者が金銭による払戻しに応じる場合には、執行対象であるビットコインの移転を求める権利を、ビットコインの取引価格により当該交換業者に売却するのが合理的であり、交換業者が金銭による払戻しに応じない場合には、動産の引渡請求権に対する強制執行（同法163条）の例による方法により、執行官が当該交換業者からビットコインの移転を受け、換価すべきであると考えます。

### (b) 動産の引渡請求権に対する強制執行の例による方法

動産引渡請求権に対する強制執行の方法と同様に、債権者の申立てにより、執行裁判所がビットコインの移転を求める請求権の差押えをします。差押命令の交換業者への送達により差押えの効力が生じ（民事執行法145条4項（令和元年法律第2号による改正後は5項））、差押債権者は、差押命令の債務者への送達から1週間の経過により、取立として、交換業者に対してビットコインを執行官が管理するアドレスに移転することを請求できます（同法163条1項）。執行官は、執行裁判所の譲渡命令を得て債権者の管理するアドレスに移転するか、売却命令を得てビットコインを交換業者（取引所）において売却することとなります。

## 4 交換業者の破産における利用者の地位

交換業者が破産した場合、その利用者の有する権利はどのように扱われるべきでしょうか。

### (1) 利用者の取戻権

#### a ビットコインの帰属

利用者の権利は破産債権として扱われるという見解がありますが、ここでは、利用者に取戻権が認められるのかについて申し上げます。

破産法上の取戻権（同法62条）は、目的物が破産財団に属さないことを主張する権利であり、目的物について有する対抗力のある実体法上の支配権で、破産手



続開始により影響を受けないものです。有体物についての所有権が典型例ですが、必ずしも物権である必要はなく、目的となる財産が破産財団に属さないことを主張し、その引渡しを求めることのできる権利であれば、取戻権となりうと考えます。このように取戻権の成否にとっては、目的物が破産財団に属さないことが重要です。

交換業者が秘密鍵により管理するアドレス上のその利用者のビットコインについていうと、利用者のビットコインが交換業者の固有財産とは分別して管理されていても、利用者ごとのビットコインの数量が帳簿により管理されているにすぎない場合には、ビットコインは交換業者に帰属すると考えます。交換業者において利用者ごとに個別のアドレスにおいてビットコインが管理されている場合には、ビットコインは利用者が交換業者を通じて排他的に支配し、交換業者に帰属しないと考えます。そして、この場合には、交換業者の破産において、利用者には取戻権が認められることとなります。

#### b 利用者のための信託財産

また、ビットコインが交換業者に帰属する場合であっても、分別管理（改正後の資金決済に関する法律（以下「資金決済法」という）63条の11第2項）による特定性を前提として、交換業者を受託者とする信託の成立が認められれば、信託財産に属するビットコインは交換業者の破産財団には属さない（信託法25条1項）ため、利用者は破産管財人に対してビットコインの移転を求めることができます。

#### (2) 改正後の資金決済法による利用者の優先弁済権

本年5月の改正後の資金決済法は、交換業者が利用者の暗号資産および履行保証暗号資産（流出リスクのある方法で管理する利用者の暗号資産につき自己の暗号資産として保有すべき同種同量の暗号資産）を自己の（それ以外の）暗号資産と分別して管理しなければならないこと（同法63条の11第2項）を前提に、暗号資産の管理を行うことを内容とする契約を締結した交換業者の利用者が、交換業者に対して有する暗号資産の移転を目的とする債権に関し、交換業者が自己の暗号資産と分別して管理する利用者の暗号資産および履行保証暗号資産（対象暗号資産）について、他の債権者に先立ち弁済を受ける権利を有すること（同法63条の19の2第1項）を規定しました。

この利用者の優先弁済権は、「暗号資産の私法上の位置付けが明確でないため、

暗号資産交換業者の破綻時に利用者が受託暗号資産について自己の財産であると主張できるかどうかは定かでない」ことから定められたものであり（石園貴大ほか「「情報通信技術の進展に伴う金融取引の多様化に対応するための資金決済に関する法律等の一部を改正する法律」の解説(1)」NBL1150号16頁）、交換業者の倒産時、利用者への暗号資産の返還が円滑に行われるようにする観点から、利用者の暗号資産および履行保証暗号資産について、利用者に優先的に返還するための規定である（渡邊将史＝笠井彰吾「暗号資産（仮想通貨）をめぐる制度整備—資金決済法等改正案の概要及び主な論点—」立法と調査412号30頁以下）との説明がされています。

利用者の優先弁済権の内容については、改正後の資金決済法63条の19の2第1項が「他の債権者に先立ち弁済を受ける権利を有する」と定め、先取特権に追及効がないことを定める民法333条の規定を準用していることから、暗号資産の移転を目的とする債権を被担保債権とし、対象暗号資産を目的物とする特別の先取特権を定めたという理解が考えられます。

しかし、このように理解すると、交換業者の暗号資産が利用者には帰属する場合や信託の成立が認められる場合に、交換業者の倒産時に利用者には取戻権が認められることとの整合性が問題になります。利用者の保護を明確にした規定であるとするれば、改正後の資金決済法の63条の19の2第1項は、利用者の暗号資産および履行保証暗号資産が交換業者の責任財産に含まれず、交換業者の倒産において利用者の暗号資産の移転を目的とする権利が取戻権として保護されることを定めたという解釈もありうるのではないかと考えます。

## 5 おわりに

本報告で申し上げたことを簡単にまとめます。

債務者のビットコインを対象とする強制執行については、差押命令に基づく処分として、執行官が、秘密鍵の情報を取得し、ビットコインを執行官のアドレスに移転するという手続が検討されるべきであると考えます。

ビットコインの交換業者に対する利用者の権利を対象とする強制執行については、第1に、金銭による払戻しを求める請求権に対する債権執行の方法、第2に、ビットコインの移転を求める権利を差し押さえ、この権利を当該交換業者に売却する方法、第3に、ビットコインの移転を求める権利を差し押さえ、動産引渡請求権の強制執行の例により、交換業者に対して執行官のアドレスへの移転を請求

し、ビットコインを譲渡命令等の方法により換価する方法を提案しました。

交換業者の破産における利用者の地位について、改正後の資金決済法63条の19の2が定める優先弁済権は、交換業者が分別管理する利用者の暗号資産および履行保証暗号資産が交換業者の責任財産に帰属しないことを前提に、交換業者の倒産において、暗号資産の移転を目的とする債権が取戻権として保護されることを定めたと解する余地があると考えます。

報告は以上です。ご教示を賜ることができれば幸いに存じます。どうぞよろしくお願ひ申し上げます。

## 質疑応答

森下 たくさんのご質問ありがとうございます。再開させていただきたいと思っております。

いただいたご質問にお答えいただきたいと思いますが、質問者の方にマイクをお返ししますので、1分以上は絶対にしゃべらないというぐらいの気持ちで、ごく簡潔にご質問の趣旨をお話いただけますでしょうか。その上で回答者の方からご回答いただくという形にしたいと思います。

それでは、青木さんからお答えをいただきたいと思っております。最初のご質問を、弁護士の阿多さんからいただいております。

阿多 弁護士の阿多でございます。青木さん、暗号資産に対する執行に関して詳細なご報告ありがとうございます。

すいません、初学者の質問で申し訳ないのですが、今回、学会報告の資料を拝見していると、秘密鍵に関する情報の取得が難しいことに触れられ、本日の報告でも秘密鍵に関する情報取得方法に触れられているのですが、差押対象財産の特定に際して秘密鍵に関する情報は不要との前提でよいのでしょうか。仮に、特定との関係で秘密鍵に関する情報は不要とした場合、本日のご報告の情報取得はいずれも「特定」のための手続と理解していますが、これらの手続を利用できるのででしょうか。本日のご報告の趣旨は、現行法の手続では秘密鍵に関する情報取得には実効性がないということかと理解しているのですが、秘密鍵に関する情報収集について立法論も含めて具体的なお考えがあればご紹介いただけませんか。

青木 ご質問ありがとうございます。まず、執行対象の特定についてですが、対象としているのは、私のレジュメでは2のビットコインを対象とする強制執行です。秘密鍵を示す必要があるのかというと、執行対象の特定との関係では示す必要はありません。

執行対象の特定とは別に、申立段階で秘密鍵が示されていないと執行できないという観点から、申立ての際に秘密鍵の情報の提供を要求することが考えられますが、申立ての際に債権者が秘密鍵の情報を持っているということは考えられず、その後の差押えの段階で秘密鍵の情報が明らかになればよいので、申立段階において、執行対象の特定のために、あるいはその後の執行のために、秘密鍵の情報を申立債権者に示させる必要はないと思っております。

執行対象の特定の方法については、ビットコインであればビットコインを対象とすることを示した上で、債務者が複数のビットコインアドレスにおいてビットコインを保有しているということもありうるので、適当な順位付けをするということになると考えております。

秘密鍵に関する情報収集の方法については、報告でもいくつか申し上げましたが、追加すると、第三者が債務者のために秘密鍵を管理していることが判明した場合には、差押えに付随する処分として、秘密鍵を管理する第三者に対して秘密鍵を開示させるような手続を設けることが考えられます。

森下 ありがとうございます。それでは、次に、栗田さんから。

栗田 大変勉強になりました。ありがとうございます。私、全然専門が違ってエンジニアなのですが、少し疑問に思っているところがありまして、クラウドストレージまたは秘密鍵を専門に預かる、保管のみしている業者が破綻したときに、保管されていた秘密鍵そのもの、あるいはその秘密鍵を使って利用者が自ら管理していた暗号資産というのはどのように扱われると考えられるのか、通常のクラウドストレージが保存しているデータと同じで返されると考えられるのか、何か別な論点があるのかについてお伺いできればと思います。よろしくお願いします。

青木 ご質問くださり、ありがとうございます。私の考えではということになります。今おっしゃったような場合、秘密鍵を業者が預かっているだけであるということであれば、利用者がそのビットコインを排他的に支配しているということができるので、ビットコインは利用者に帰属し、秘密鍵を預かっている業者には帰属していない。業者が破綻した場合には、利用者のビットコインは取戻権として保護されると考えております。

森下 ありがとうございます。それでは、弁護士の芝さん、お願いします。

芝 西村あさひ法律事務所、弁護士の芝と申します。改正法で、これは条文のミスなのかもしれないとは思っておるのですが、優先弁済権の対象になる暗号資産について、受託暗号資産のほうは現に分別管理されていることが要件となっているのですが、履行保証暗号資産のほうにつきましては分別管理が現にされていることが要件となっております。

この優先弁済権の法的性質について、取戻権と解釈する場合、あるいは立案担当官がいうように特別の先取特権だというふうに解釈する場合には、いずれもだと思うのですが、分別管理が現にされているということを経験として考えるべき

ことになるのでしょうか。あるいは、そうでない考え方もありうるのかというところをお伺いしたいと思っております。

**青木** ご質問いただきましてありがとうございます。ご質問いただいた点は見逃しておりました。条文上、資金決済法63条の19の2のかつこ書が、「当該暗号資産交換業者が63条の11第2項の規定により自己の暗号資産と分別して管理するその暗号資産交換業の利用者の暗号資産及び履行保証暗号資産をいう」と定義しているが、履行保証暗号資産（資金決済法63条の11の2第1項）については「分別して管理する」がかかっていないということですね。

ご質問とは別の点から、利用者の暗号資産について信託財産に含まれるから取戻権が認められるということ、履行保証暗号資産にも及ぼすことができるのか自信がなかったのですが、現に分別管理されていないものも履行保証暗号資産に含まれるとすると、信託財産として認めることに問題があるのではないかと、今後検討させていただきたいと思います。

**森下** よろしいですか。ありがとうございます。

それでは、次に河合さんへのご質問に移りたいと思います。河合さんには4件ご質問いただいています、まず、東京国際大学の本多さんからです。

**本多** 東京国際大学の本多と申します。報告では、ステーブルコインを3つに分類されているのですが、このうち法定通貨担保型という分類に関し、それに該当するのが本当に存在するのだろうかという疑問があるように思います。例えばテザーの価格は日々変動していますよね、米ドルに対して少なくとも数%は。また、テザーは、本当に発行者が保有者に対して米ドルと完璧に交換することを約款等で定めているあるいは対外的にコミットしているかというところ、どうもそうではないのではないかという記事をネットなんかでみるのですが、その点についてどうですかというのが私の質問です。

**河合** ご質問ありがとうございます。まず、テザーが実際に払戻請求を受けた場合に確実に返還するかどうかというのは、私の理解では、必ずしも明らかではなく、本多さんがおっしゃるとおりだと思っております。

今回3つに分類したのは、わかりやすさも重視しているのですが、日本法上の解釈では、裏付け資産あるいは担保とされている資産があるかないかというよりも、発行者から請求されれば、金銭を返還する約束をしているかどうか、返還する場合には100で返還すると約束しているかどうかというところに注目していま

す。なので、テザーが仮に100での返還を約束していないというか、そういう現実の実態があるとする、いわゆる通貨資産には当たらないという可能性があると思っております。

あと、実態上、マーケットで価格が数%で変動しているということはありますが、それは、例えば社債と同様と整理できると思っております。社債は通貨資産と通常考えられていると思うのですが、セカンダリーの取引では価格変動しておりますので、むしろ償還時、払戻時において100で返すということを約束しているかどうかという点が重要と思っております。

森下 ありがとうございます。それでは、次に、ヤフーの木村さんから質問させていただきます。

木村 ありがとうございます。ヤフー所属の弁護士の木村です。河合さんの資料の12頁、法定通貨担保型のステーブルコインについて、為替取引の定義に当たるのではないかとございます。要件は、「資金を移動する仕組みがある」ということと、「資金を移動することを内容とする依頼を受けてこれを引き受けること」と、2つあり、河合さんは後者の「資金を移動することを内容とする依頼」が利用者と発行体との間であると考えておられると思うのですが、どういう理由で「ある」と考えられているのでしょうか。ご報告の中でトラベラーズチェックの例が出ていました。トラベラーズチェックについてのパブコメの中身を私は拝見していないので、そこに書いてあるのかもしれないのですが、それとの対比ということにおいて、何をもち「依頼があった」とみるのかをご教示いただければと思います。

河合 ありがとうございます。為替の取引の定義の中で、資金を移動することを内容とする依頼を受けてということにどこまで重きを置くのかについては確か解釈が分かれていて、そこにはあまり重要性を認めないというような見解もあったかと思いますが、判例ではご指摘のとおり、そういう依頼を受けてという要件が入っています。

ステーブルコインにおいては、発行を受けて、利用者がそれを買うと、その後、その利用者がどこかにステーブルコインを動かせば資金が移動していくということですので、私がここで「依頼を受けて」に該当すると考えている実態は、利用者が発行体に対して、「ステーブルコインを購入したいです」ということ自体をもって資金を移動することを内容とする依頼と考えるべきではないかと考えてお

ります。これは文言にびったり合っていないかもしれないのですが、かかる取引を何らか規制するという趣旨から考えても、購入申込みをすること自体について資金移動を内容とする依頼があると解釈をして、私としては報告させていただきました。

森下 ありがとうございます。次に、弁護士の藤池さんからご質問いただいています。

藤池 堀総合法律事務所、弁護士の藤池と申します。河合さん、本日は、議論があまり固まっていないステーブルコインについていろいろご教示いただき、ありがとうございます。

レジュメの12頁で、保有者がステーブルコインを第三者に譲渡し、第三者が発行者に対して金銭の払戻しを求めるといった場合には、為替取引に該当するのではないかということ論じられておりますが、普通の電子マネーも、利用者が加盟店に電子マネーを移転して、加盟店は当然、その電子マネーを発行者に対して換金するという仕組みをとっていると思いますので、この論理からすると、通常の電子マネー、前払式支払手段としての電子マネーもこの為替取引に該当するのではないかということが疑問に思います。資金決済法制定時には、決済ワーキングでは、転々譲渡する電子マネーも前払式支払手段としての規制でよいというような記載があったと記憶しております、ただし、払戻しがされるようなものについては為替取引に該当する可能性があるとされていました。

ここでいう払戻しとっているのは、おそらく資金決済法20条で規定している、利用者が電子マネーをチャージした後、すぐに払戻しできるような、いわば預金のように預り金として、いったん返金することを保証していますよといった場合の払戻しであって、加盟店における払戻しではないと考えておりますが、そう考えると、この論理からすべてのステーブルコインが資金移動業とするということに行き着くのかという疑問がございます、質問させていただきました。

河合 どうもありがとうございます。先ほど電子マネーとおっしゃったのは前払式支払手段で、その場合だと第三者型ということだと思いますが、その場合にも、決済で使われたお店から発行者に求償するということが生じます。

例えば現在は、よく似た仕組みでLINEさんとか楽天さんとかも前払式支払手段と資金移動の両方の電子マネーを出されていて、実際に保有している利用者において換金ができる場合、払戻しができる場合には資金移動に該当すると理



解しています。他方、利用者では換金できず、利用者は単に電子マネーを転々流通させるだけで、加盟店事業者だけが発行体に対して換金を求めることができる場合、これは前払式支払手段というように整理されていると理解しております。

ここで私が払戻しとして書いているのには、決済手段として利用された場合に、前払式支払手段の加盟店が発行体に対して行う求償はイメージしておりません。すなわち、加盟店契約のある特別な店舗との間で商取引の決済で使われると、いったんそこで前払式支払手段は消えて、後は加盟店と発行体の求償関係が残っていますというところの関係での換金は資金移動には当たらないと考えています。そうすると、ステーブルコインの場合、A、B、Cと転々流通していったときに、それは事実上決済で使えていてもそうでなくても、利用者が発行体に対して払戻しを求めることができるので、資金移動のカテゴリーのほうにむしろ該当するのではないかと思います。ですので、前払式支払手段の加盟店による求償としての払戻し、求償関係とは別であって、そこは払戻しとしては成立しないだろうと考えております。

森下 ありがとうございます。それでは、河合さんに最後のご質問ですが、東京大学の加毛さんからご質問いただいております。

加毛 ありがとうございます。ステーブルコインに関するご報告から、多くを勉強させていただきました。大変ありがとうございます。

質問は、河合さんのご報告が、ほかのお二人のご報告とどのような関係に立つのかという観点からのものとなります。

まず、第1報告である松尾報告に関連して、新たに登場した技術を現在の規制体系が適切に把握できるのか、新たな技術の登場によって現在の規制体系の見直しが迫られるところがないか、ということが気になりました。大会資料の22頁(スライド番号6番)において、「ステーブルコインの法的分類フローチャート」をお示しいただきました。本日のご報告は主として「①法定通貨担保型」を対象とされましたので、誤解があるかもしれませんが、このフローチャートによれば、「②暗号資産担保型」や「③アルゴリズム型」を含めて考えた場合に、ステーブルコインが暗号資産のほか、前払式支払手段に該当する可能性が示唆されているようにみえます。仮にそうだとすると、あるステーブルコインが前払式支払手段と性質決定されることによって、暗号資産とは異なる規制の枠組みが適用されることとなります。例えば、資金決済法上、利用者の資産保護のために保全が要求

される要履行保証額が変わります。また、マネー・ローンダリングに関する規制の在り方も異なります。前払式支払手段については、資金の払戻しがないことなどを根拠として、マネー・ローンダリングに関する規制の対象から除外されています。しかし、経済的に同様の機能を果たすにもかかわらず、あるステーブルコインは暗号資産に該当し、他のステーブルコインは前払式支払手段に該当するというような事態が生じるとすれば、暗号資産と前払式支払手段を截然と区別する現行の規制体系に合理性があるのかについて疑問が生じます。ステーブルコインの検討から、現在の規制体系に問題がないかにつき、お考えを伺うことができれば幸いです。

次に、第3報告である青木報告との関係では、ビットコインと異なり、ステーブルコインには発行者が存在することを前提として、青木報告で取り上げられた執行法上の問題が、ステーブルコインについては生じないのかが気になりました。あるいは、ステーブルコインに特有の執行法上の問題も存在するかもしれません。そのあたりにつきまして、お教えいただければ幸いです。

河合 どうもありがとうございます。まず、第1点目で松尾報告との関係について申し上げますと、まず、22頁とありますが、スライド6のところ、下にいくと暗号資産になる場合と前払式支払手段になる場合というふうに分けていますが、一般的なブロックチェーン上のトークンですと、ほとんど①の暗号資産に当たると理解しています。ただ、いわゆる暗号資産と前払式支払手段の区別において、前払式支払手段ですと実際に使える相手が加盟店に限られているわけですので、ステーブルコインが不特定の者との間で交換や使用ができるのかできないかが問題になります。暗号通貨の定義自体が、不特定の者との間での使用ができた、売買ができたというところが前提になっていますので、例えばパブリック型のブロックチェーンではなくてプライベート型のブロックチェーンを使って、実際に売買や使用ができる相手を加盟店のような者に限定すると暗号資産の定義から外れる可能性があると思います。つまり、決済に利用できる加盟店は限定されているが、利用者の間では使用という形ではなくて譲渡という形で転々流通するようなタイプのものを作ることは可能ですので、そういうものをイメージして前払式支払手段に該当する場合がある旨を書いております。

前払式支払手段において資金移動のような AML をすべきではないかという議論が結構あるということは承知しております。ただ、パブリックブロックチェー

ンを使ったステーブルコインの場合には結局必ず不特定の者との間で取引ができてしまうので、そうするとやはりほとんど①の暗号資産になると思います。そうすると、③の前払式支払手段に当たるものは相当限定的であって、しかも、一定の人しか取引できないという仕組みをシステム上採用する形になると思いますので、わりと所有者の把握がしやすく、事実上本人確認ができるのではないのかなというふうには思っているところです。

ただ、実態的にどういうものが出てくるかによって、もうほとんど資金移動と同じ、もしくは暗号資産の移転と同じというようなものが前払式支払手段型で出てくるとすると、現在の既成の枠組みと行為規制のところだけではカバーできないということはあるかなと思っております。実際、安全管理、例えばサイバーセキュリティについては、これまでの資金移動業や前払式支払手段の規制だけではカバーできない部分があると思っています。ステーブルコインには金融規制上はあいのこ的なところがやはりあると思いますので、もし、今の規制枠組みの中で実際にやるのであれば、例えばガイドラインベースでどういう対応をするかということは考える必要があるかと思っています。

加毛さんがおっしゃったように、いわゆる利用者財産の保護、資産保全のところについては実はかなり問題があると考えておまして、例えば発行代金として受け取った金銭を保全するのか、また、ステーブルコイン自体の保管という形で資産保全を図るのかというところは、現行法ではどうしたらいいのかは、まだ私もグッドアイデアがないというところで、まさにご指摘のとおりと思います。

次に、青木報告との関係では、実際にはステーブルコインは機能的にはほとんど暗号資産と一緒に思います。ステーブルコインが暗号資産としてカテゴライズされた場合には、まさに先ほどの青木さんのご報告の論点になってきます。ステーブルコインが資金移動のツールだと考えられた場合にも、例えば執行の際にその秘密鍵をどういうふうに取得するのだというような論点については、そのまま同じ問題があるのではないかと思います。ステーブルコインの場合の特徴として1つ考えるべきものは、強制執行などの場合に、発行体が保全している資産に対してもかかっていくことが代わりにできるのであろうかということがあります。ただ、仮に発行体にかかっていくとしても、トークン自体は別途世の中に存在してしまっているので、2度押さえられることになってしまいます。そうすると、やはり途中の利用者、一般利用者が持っているものに対してかかっていくと

きには、そのもの自体をやはり押さえざるをえないので、発行体が保全している資金にはかかっていけないということになると思います。そうするとやはり、おむね暗号資産の場合と同様の問題が生じるのではないかと思います。

森下 ありがとうございます。それでは、次に、松尾さんへのご質問ですが、最初に三菱UFJ信託銀行の吉谷さんからお願いします。

吉谷 すいません、私の不手際で、青木さんへのご質問だったのですね。申し訳ないです。

森下 ああ、そうですか、失礼しました。

吉谷 すいません、質問を続けさせていただいてよろしいでしょうか。三菱UFJ信託の吉谷でございます。

(交換業者の破産の際に) 交換業者を受託者とする信託契約の存在によって、利用者の救済を図ると。これは非常に有効な手段であると思うのですが、青木さんのお考えというか、想定されているものでは、信託契約が明示的にはないようなものについても念頭に置いてこのような議論をされているのかどうかということに気がなりました。

というのは、交換業者は多数の利用者と契約をされていて、有償です。これを信託の引受けを営業でやるということになりますと、信託会社であるということが必要になってくると思います。そのため、信託契約の存在というのは(信託会社の認可・登録の有無によって)おのずと明らかになっているのではないのかなという気がするのですね。金融機関の会社さんがされる契約ということですので、そのようなところは疑問としてあります。

青木 ご質問いただきましてありがとうございます。おそらく信託業法との関係ということだと思います。私が考えているのは、明示的に信託契約を締結している場合でなくても、信託の成立を認めて保護されるべき場合があるのではないかとことですが、今回の資金決済法の改正による利用者の保護との関係で申し上げたことは、信託によらなくても信託と同じような倒産隔離として取戻権を認めたものという解釈もありうるのではないかとことことです。

資金決済法の改正は、理論的に不明確な点があることを意識しつつ、明文の規定によって利用者を保護しようという趣旨の規定ではないかと思いますので、このような規定を手がかりとして、取戻権を認めるという形で利用者の保護が与えられたという解釈もありうるのではないかと考えております。

森下 ありがとうございます。それでは、松尾さんへのご質問ですが、早稲田大学の黒沼さんからいただいております。

黒沼 早稲田大学の黒沼です。暗号資産に関する今回の金商法の改正は、いわゆるユーティリティトークンは投資型ではないので、有価証券ではないという前提で行われたと思います。アメリカでは、ユーティリティトークンを有価証券と認めたSECの審決例があります。この相違は、日米の有価証券の定義の差によると思われる。

そこで質問なのですが、日本でユーティリティトークンの内容に応じて、これに金融商品取引法を適用することができるようにするために、集団投資スキーム持分の定義を改正する必要があるのではないかと思うのですが、お考えをお聞かせいただければと思います。

松尾 ご質問ありがとうございます。先ほどICOについて、①投資型、②その他の利用権型、③無権利型、の3類型で申し上げた中で、ユーティリティトークンは一般的には②その他の利用権型みたいなもので、いろんな考え方があると思いますが、金商法の守備範囲というのはどこまでで、売買というのはどこまでかという論点があります。

そういう意味では、ユーティリティトークンは、いろんな人から金を集めているという面でいけば金商法的な側面もありますが、使用権みたいなものを売っていると考えることもできる場所もあって、それを、すべてを金商法でやるのかどうかというのは、そこは判断としてあると考えておまして、ものを売りたい人が、それは投資事業ではなくて、投資収益ではないような場合、どこまで金商法というところで守備範囲を広げてやっていくか。それが金商法の対象ということになると、それなりに規制も重くなるというあたりでの役割分担的なところというのは、よく考えていったときに、そこまで取り込むかどうか。現状においてここまで取り込まなくても全体として問題がないのではないかなというようなことだろうと思います。金商法で取り込むというのはそれなりに相当重い規制がかかって、そのエコシステムにも影響するというあたりがあるかなという気がいたします。そういう意味で、利用者保護とイノベーションのバランスのところ、こういう判断も1つあるのかなという感じでございます。

ただ、今後、事態がいろんな問題が起こるかどうとかかですね。それは、じゃあその特商法とかそういうところでカバーできるかどうかとか、いろいろ考えて

やっぴいかなくははいけな話かなとも考ております。

な、ユーティリティークンが不特定の者に対して使用できる電子的なもので、法定通貨建てでない場合、金商法の議論とは別に、暗号資産に該当しうごは別の論点としてあるごは一言付言させていただければと思ります。

森下 ありがとうございます。続きまして、弁護士の水井さんから。

水井 弁護士法人淀屋橋・山上合同の弁護士の水井と申します。普段は交換業者のアドバイザーや、今、BTMの交換業申請などにタッチさせていただいております。

その中で、今回の改正によって、金銭の信託会社への信託が予定されているのですが、その信託業者の選定の基準や、あるいはその選定の手続について、現段階でお決まりのレベルのごで結構ですので、議論状況を教えていただければと思つてご質問させていただきます。よろしくお願ひします。

松尾 ありがとうございます。すいません。いろいろな詳細について、現在、府令とか政令とか含めて詰めている段階でして、この信託についても検討中であり、現時点で私が責任を持って申し上げられるごはまだありません。政府令事項については、そのうちパブコメが行われるのが一般的です。

森下 ありがとうございます。それでは、東京大学の加藤さんからご質問いただいております。

加藤 東京大学の加藤です。本日は興味深いご報告ありがとうございます。私の質問も政府令事項に関するものかもしれず、まず、この点をお詫び申し上げます。

さて、私からは、どのような場合に金商法2条2項各号の有価証券が電子記録移転権利になるのかということについて質問させていただきます。

電子情報処理組織を用いて移転することができる財産的価値に表示されていれば、電子記録移転権利に該当する可能性があり、例えば振替株式についての、社債、株式等振替法140条のように帳簿上の記録が移転しないと権利が移転しないといった明文の規定がなくても電子記録移転権利に該当するごがあるという理解で金融商品取引法が作られているのかということごです。

なぜ伺ったかといひますと、セキュリティークンについては、電子情報処理組織を用いて移転することができる財産的価値に関する移転のルールと、それに表示されている権利の移転ルールが2つ存在すると考えられるからごです。この

場合、例えば流通性とかその他の事情というものは、この電子情報処理組織を用いて移転することができる財産的価値に関する移転のルールに関する事情のみを考慮するのか、それとも、例えばそれに表示されている実体法上の権利について、例えば譲渡が制限されているとか、そういった事情も考慮できる枠組みになっているかということです。また、実体法上の権利に関する移転ルールが電子情報処理組織を用いて移転することができる財産的価値に関する移転のルールに組み込まれているか否か、といった事情も考慮されるのでしょうか。

**松尾** ありがとうございます。ご指摘の府令については、法律の条文が「流通性その他の事情を勘案して内閣府令で定める場合を除く」と規定されていますので、今おっしゃったような総合的な勘案というのはできる建付けになっており、ご指摘の点を含めて勘案が可能となっているのではないかと考えております。

**森下** よろしいですか。ありがとうございました。

**松尾** 流通その他の事情という広い形でのこういう受け方というのは、そこを排除するものではないと解されます。全体として判断する余地というのは少なくともこの法律ではあるということでございますし、したがって実態もみることができ建付けになっていると考えています。

**森下** ありがとうございます。それでは、東京国際大学の本多さん。

**本多** 本日の報告の対象外なのかもしれませんが、FATFが、顧客暗号資産をどこかへアドレスに送れと交換業者に依頼した場合に、その送り先のアドレスが誰のものであるかを当該交換業者が確認しないとその依頼を受けてはならないというルール、それをトラベルルールというらしいのですが、それを1年以内に各国が実施すべきであるとのガイダンスを出していると思うのですが、その点について、日本では、どういう根拠法に基づいて、どういう法的な建付けで、どのようなスケジュールで実施予定か、答えられる範囲で、というのが質問です。

**松尾** ご指摘のFATFへの対応については、法律、政令、省令、自主規制を含めいろいろなレベルでの対応が論理的にありうると考えられますが、現時点で決まった内容、スケジュールがあるとは認識しておりません。

**森下** ありがとうございます。あとは、3人の先生方ということで、西南学院大学の原さんからご質問いただいております。

**原** 本日は貴重なお話をありがとうございました。松尾さんと河合さんにまず質問させていただきました。今のところ法規制との関係で、暗号資産の法的性質



を明確にしなくても法規制が進んできたというお話があったと思いますが、今後あるいは現在でさえ、民事法以外の諸法令との分野の関係で、暗号資産などの法的性質をもう少し詰めていく必要性はないのだろうかということと、さらにその質問を具体化する質問を青木さんにもいたしました。

というのも、仮想通貨ではなくて暗号資産という呼び名が変わったり、その暗号資産と同じ技術的な方法で実現されていると思われるトークンが有価証券という形で整理されていくとすれば、その暗号資産等が実現されているネットワーク上に参加者が存在するわけで、そのネットワーク上の参加者集団に対して金銭的価値を自分が保有しているのだということを示す財産権、つまり振替株式のような形で暗号資産やトークンの法律構成を行った上で、それらに対する執行方法を検討する意義はないのだろうかという質問をいたしました。

とくに青木さんご指摘の「その他の財産権」というふうにもみても、私が指摘したような法律構成をしても、いずれでも最終的な執行の着地点は変わらないということであっても、もしこの分野について今後何か具体的な立法を進めていくとすれば、そうした性質検討を実態に即して進めていく価値はあるのではないかなと考えたのですが、いかがでしょうか。瑣末な質問で申し訳ないですが、ご教示いただければ幸いです。

**松尾** ご指摘のとおりだと思いますし、そういう意味では金融でも、例えば金融機関の破綻のときにどういう処理をするかというような、金融としても緊急性や優先順位が高いときはこの法務省の領域でもありうるものについて規定することがございます。

暗号資産に関していえば、現時点でそこまで行っていないというのが事実でございます。一方で、今日、お話をお聞きして執行方法とかをみても、まさにこういう技術が進んで、相当やはり執行側というか、司法側も時代の動きについていかなないと困るのではないかなと思う点もございます。法的性質も関連するかもしれないですが、むしろ実態や技術を知らないとなかなか難しいし、その技術もどんどん進歩していく。例えば執行官が暗号鍵を取られたらどうするのかとか、結構いろんな事例が想定されますので、技術の進歩で実態が動いているところを踏まえて対応していく必要性というのはどんどん高まっていくのだと思います。

暗号資産について、今のところ、金融庁として、それこそ銀行の破綻時のどうこうまでというような優先順位には行っていないというのが実情でございます。



河合 私のほうから少しコメントさせていただきますと、私の理解では、今のところの取引の大半が業者とユーザーという関係になっていることが、業法が先行しているという大きな理由の1つだと考えておまして、今後、これが私人間で結構取引がされていくということに伴って、実体法上の整備の必要が増してくるのであると考えております。

ただ、何で法的問題が発生しているかという点、やはりデジタル化された財産であるところがポイントだと思っておまして、無体物ではあるが、デジタル化されていて権利がそこにあるというものについての手当ですが、実体法上、別にこの分野に限らずあまり存在していない。特別法でいくつかあるというレベルだと思いますので、そういう全体的なデジタルトランスフォーメーションへの対応の中で議論されていくような話なのかもしれないと思っておるところでございます。

森下 青木さん、お願いします。

青木 ご質問ありがとうございます。直接ご質問に答えることにはならないかもしれませんが、執行方法としてどういう方法がよいのかを考える際には、対象となる権利とか地位の法的性質をまず考えて、それに即した実効的な手段というものを考えていかなければならないと考えております。

トークンについては、それに表示される権利を対象とすることも考えられるし、トークンそのものを対象とすることも考えられますが、いずれにせよ問題となりそうなのは、その他の財産権として差押命令を発令しても、実際には債務者がトークンを処分できてしまうことです。その場合に法律関係がどうなるのかについて、差押命令には反しているが、処分の相手方が有効に権利を取得することになるとすると、ビットコインの差押えと同じような問題になるのではないかと考えております。

ご質問に答えられておりませんが、今後検討させていただきたいと思っております。

森下 ありがとうございます。ご協力いただきましたおかげで、あと6分ほど残っておりますが、もし質問票を提出されていない方であっても、この機会にご質問されたいという方がいらっしゃれば、いかがでしょうか。

本多 よろしいですか。

森下 はい。

本多 先ほどの加藤さんの質問と関連するのですが、電子記録移転権利の定義として、財産的価値に権利が表示されるという表現に違和感があります。加藤さ

んは財産的価値というものがまず存在して、それに権利が表示されることを前提に、財産的価値に関する移転のルールとそれに表示されている権利の移転ルールが2つ存在するとおっしゃいました。しかし、価値に権利が表示されるということがそもそも論理的にありうるのでしょうか。また、仮想通貨の定義における財産的価値というのは仮想通貨という財産の内容でしょう。電子記録移転権利についても、表示された権利を含んだ財産に財産的価値があると考えられるとしても、財産的価値に権利が表示されるというのは論理が逆転しているのではないかという印象を持っているのですが、その点はいかがでしょうか。

松尾 そういう意味では確におっしゃるとおりの印象もあるような気もしますが、今回の改正法は現行の資金決済法の「仮想通貨」の定義を前提に書いていて、ビットコイン等の「仮想通貨」の定義が先にあり、これを前提に金商法の規定を作るため、このトークンのなもに表示される権利が電子記録移転権利となり、このために条文作成上こういう書き方になっていると思います。要は、資金決済法上の「仮想通貨」の定義というのがあらかじめ存在するということが前提で条文が書かれているということです。

一から金商法の定義を先に検討すればまた別な書き方も立法技術上存在するかもしれませんが、資金決済法の体系があつて、これを前提としたトークンということになっているので、トークンに表示されるものというのを表現するために今のような規定になっている。このような立法は、立法の先後というものも非常に重要で、金商法の規定を直そうと思ったら資金決済法も直さないといけない、そうするとそもそも規制の実態まで変わってしまい、法的安定性も害される、そういう構造になっておまして、そういう経緯かと思います。おっしゃる違和感について、理由はそういうことであるかと思います。

森下 あとはよろしいでしょうか。何かご質問はございますか。

それでは、おおむね予定した時間になりましたので、午前の部は以上とさせていただきます。3人の先生方には、大変お忙しいところ周到なご報告の準備をいただきましてありがとうございます。また、多くの皆様から活発な質疑応答へのご参加をいただき、どうもありがとうございました。

それでは、午前中のシンポジウムを終了させていただきます。報告者の皆様にぜひ盛大な拍手をいただければと思います。

## 《シンポジウムⅡ》

## 金融取引と高齢者

報告 1	(日比野俊介)	53
報告 2	(上柳 敏郎)	61
報告 3	(山下 純司)	69
質疑応答		82

司会 河 上 正 二 (青山学院大学教授)

報告 日比野 俊 介 (みずほ銀行)

上 柳 敏 郎 (弁護士)

山 下 純 司 (学習院大学教授)

---

発言者 (発言順)

森下哲朗 (上智大学) / 根本雄司 (弁護士) / 川地宏行 (明治大学) / 潮見佳男 (京都大学) / 上田純 (弁護士) / 植本幸子 (鹿児島大学) / 仲宗根京子 (清和大学)

## はじめに

河上司会 かつてない超高齢社会の到来を迎え、金融取引における高齢者の問題は、高齢者が金融取引を行うという「入口」での問題のほか、契約の締結や取引の開始時においては能力の点で問題がなかったが、その後、判断能力・身体能力等の減退といった事情が生じる中で「取引継続や権利行使」していく際の問題（金融サービス利用への支障）、預金者本人の「死亡時」における相続人との関係・相続をめぐる問題など、様々な憂慮すべき問題があり、金融審議会市場ワーキング・グループにおける検討課題ともなり、最近では、同グループ「報告書」（令和元年6月3日）において、老後の安心な生活のためには年金だけでは不十分で2000万円程度の自己資金が必要であるとの指摘が、政治的な論議にまで発展いたしました。当然ながら、IT技術の進展や金融ビジネスモデルの発展、社会的意識の変化といった前提条件、雇用環境も急速に変化していくことが見込まれる中で、高齢者をめぐる金融取引の問題も逐次変化を余儀なくされるでありますが、このシンポジウムを機に、金融法学会においても高齢者問題についての認識と問題意識を深めることが大いに期待されます。

今回のシンポジウムでは、(1)金融実務の観点から、現状の問題状況の把握や対応等を語っていただき、(2)理論的観点から、かかる問題状況等を分析し、とりわけ、(3)高齢消費者保護の観点から具体的な問題を指摘しつつ検討していただくことといたしました。

高齢化は世界共通の課題として、先進国・新興国を問わず、各国は対応を模索しています。国際社会の中で、我が国は高齢化の最前線にいてもよいかと思われず。アジアの諸国では、我が国の高齢化に急速に追いつきつつあり、多くの国が我が国と同じように高齢化の問題に遠からず直面することが予想されます。我が国はそのトップランナーとして高齢化対応に取り組まざるをえず、その取り組みは各国から注目されております。今後、この成果を踏まえ、各国の取り組みの加速や知見の共有が期待され、各国の状況に適應できる解決策の検討に貢献することが期待されます。

## 報告 1

### 金融取引における高齢者対応の現状と課題

#### みずほ銀行法務部次長 日比野 俊 介

ただいまご紹介にあずかりました、みずほ銀行法務部の日比野と申します。この度は、このような場で報告する機会を与えていただきまして、誠にありがとうございました。私に与えられたテーマは、「金融取引における高齢者対応の現状と課題」ということで、金融機関の現場で今実際に起きていることや、そこで何が課題となっているのか、ということをご報告できればと考えております。

なお、この場で報告する内容のうち意見にわたる部分は私個人の私見であり、私が所属する団体とは何ら関係のないものであることをあらかじめお断りしておきます。

#### 1 本報告の構成・概要

このようなテーマがクローズアップされている背景として、家計金融資産の約3分の2を60歳以上が保有し、2025年には認知症の人数は約700万人に増加、2035年には有価証券の半分以上を70歳以上が、15%を認知症高齢者が保有する可能性があるとされている状況が挙げられます。そこで報告では、「現状」の理解、それを踏まえての「課題」、課題に対する解決策を含む「展望」となお残る問題、を考えたいと思います。その際には、以下に示した観点に留意しながら検討をしたいと思います。

1つ目は「資金運用」と「資金利用」です。保有する金融資産を適切に運用するニーズである「資金運用」ニーズと、その時々々の事情に応じて円滑に金融資産を取り崩して利用する「資金利用」ニーズが顧客ニーズの中でも中心的なものですので、この2つの側面から検討をしたいと思います。

2つ目は、「第三者の関与」です。金融機関においてはその親族や知人、成年後見人、入居施設の職員など、顧客本人以外の第三者との接点が生じる場合があります。これらの第三者は、高齢者が安全な生活を送るために必要不可欠な関係者である半面、その法的な位置付けが必ずしも明確でない形でこれらの第三者が登場して取引に関与する場合もあり、その対応が問題となることも多いといえま

す。これは、第三者が介在する場面で、高齢顧客の保護とその真のニーズをどのように実現できるかという問題といえます。

その上で、高齢者ご本人が真に希望する取引を実現するにはどうすればよいか、また、それを、現場の職員に過度な負担をかけることなく実現するにはどうすればよいかということも、金融機関にとっては大きな課題だと思います。もっとも、課題に対してすべて解決を示せるわけではありません。金融取引が直面する高齢者取引の課題をすべて網羅することはとても不可能ですが、1つの考えとしてお聞きいただければと思います。

## 2 現 状

### (1) 「資金運用」の場面——意思能力・認知能力

資金運用の場面における高齢者関連のルールとして、日本証券業協会が制定する高齢者勧誘ガイドラインがあります。その概要は、①75歳以上、80歳以上の顧客を慎重な対応が必要と位置付け、②一定の商品を勧誘留意商品と位置付け、③(a)役席者の同席、(b)勧誘当日の受注制限、(c)家族の同伴と買付けに対する家族の同意、(d)担当営業員以外の者による約定後の連絡、といった取引に関する制限を設定するものです。しかしながらこのような制約、とくに家族の同伴・同意の要請に対しては、顧客側から不満が述べられることもあります。

また、制限行為能力者による取引は取り消すことができるとされていることとの関係で、取引約款の届出義務と免責規定の効力が問題となります。被保佐人の取引が問題となった東京高判平22.12.8（金法1949号115頁）では、裁判所はこの届出義務と免責規定を有効と解して預金の払戻しを取り消すことはできないと判示していますが、この裁判例に対しては異論もあるところであり、取引の安全の観点から安心して依拠できる規範としてはまだ固まっていないように思います。

### (2) 「資金運用」の場面——第三者の関与

同席を求めたがお断りされた結果、ご本人のみとの間で取引を実行した後、その近親者の方から苦情が寄せられる場合があります。その内容はほとんどが、「内容を理解しない高齢者にリスク性商品を販売するとはどういうことか」というものです。ただ、このような展開となった場合、肝心のご本人にお会いすることはほとんどの場合はできません。

また、運用における第三者の関与という点では、成年後見人による資金運用の可能性が考えられますが、被後見人の財産を元本割れのリスクを冒してまで増や

そうとすることは後見の趣旨を逸脱するものであるとされているようで、結論として、成年後見人が資金運用をすることは事実上認められていません。したがって、一定以上に意思能力が低下した後は、高齢者ご本人の資金をリスク性商品で運用することは事実上困難といえます。

### (3) 「資金利用」の場面——意思能力・認知能力

ここでの問題は、認知能力の減退が懸念される預金者ご本人から預金の払戻しを請求された場合の対応です。意思能力という観点からは、払戻行為そのものよりも、その原因となっている行為・取引に係る能力を問題とすべきようにも思われるのですが、原因関係の取引を把握することは金融機関の立場からは事実上困難です。

また、「元本の領収」は保佐人の同意事項（民法13条1項）とされ、意思無能力者、制限行為能力者がした行為に基づく原状回復は現存利益の範囲内（改正後民法121条の2第3項）とされていることからすると、金融機関としては元本リスクを認識した上で、金額や振込先といった要素から一定のリスク判断をした上で払戻請求に応じるか否かを判断するしかないというのが現状です。

### (4) 「資金利用」の場面——第三者の関与

資金利用の場面で第三者が関与するというのは、端的には窓口には第三者が来店した場合です。来店者ご本人の関係は様々であることから、権限を確認して対応することになりますが、現場においては、日常的に多くの第三者が様々な事情で来店されているのが実情であり、すべての取引について慎重な対応をすることは現実的ではありません。そこで、架電による預金者ご本人の意思確認の可否、来店者の身分証明書等から確認できる預金者との関係性、従前からの預金者ご本人との取引における来店者の同席の有無、払戻金額、払戻しの頻度、現金払いか振込か、振込である場合はその振込先の妥当性、来店者による用途の説明とその合理性といった各要素を組み合わせつつ、各金融機関が過去事例等から蓄積したノウハウを駆使して手続を整備し、ご本人による権限付与の確実性について一定のリスク判断をしながら払戻しに応じているのが実情と思われます。

また、ご本人が近親者と一緒に来店される場合もあります。そのこと自体には何の問題もなく、ご本人の生活環境を知るという観点で望ましいことも多いのですが、近時、近親者が二派（以上）に分かれ、自身が同席しない高齢者ご本人からの払戻請求を拒絶するように求められたり、高齢者ご本人からの払戻請求を拒

絶するように近親者から求められるなど、ご本人の真の意思が判然としない状況で、第三者が関与するというケースが増加しています。具体例を挙げると、後者の例として、病院や介護施設に入所しているご本人から、退所のためにまとまった預金の払戻しを求められ、その近親者からは、ご本人の意思能力は既に減退しているので応じないようにと求められる、といった感じです。

この場合、慎重に対応しても、割り切りすぎても苦情は不可避となってきます。

#### (5) その他の場面

以上のほか、営業現場においては、頻繁な来店や架電、連日の再発行要請、物忘れに起因する苦情などの高齢者対応が増加している現状があります。多くの金融機関では、「丁寧に應對してお帰りいただく」という対応をしていると思われませんが、ほとんどの金融機関では店舗統合や人員削減が経営課題となっている状況もあり、このような対応に伴う負担も大きくなっています。

一方、金融機関が提供する高齢者支援ツールとしては、後見制度支援信託・支援預金や代理人制度、自己決定支援の信託商品が挙げられます。

まず後見制度支援信託・支援預金ですが、これは成年後見人の業務を支援し、不正を防止するツールという位置付けです。これに対して、代理人制度や自己決定支援の信託商品は、健全な認知能力がある間に自身の財産管理方法を自身で決めておくというニーズに対応するものです。もっとも、代理人制度については、身近に信頼できる人がいることが前提になると思われます。また、現状においては資金運用までを将来的・包括的に委託することは、なかなか難しいのが実情と思います。

### 3 課題

#### (1) 資金運用の場面

資金運用の課題については、まず、理解力に懸念のなさそうに見える高齢者の場合には、ご本人の要望にどこまで応えられるかが問題です。より端的に言えば、「1人で決めたい」という希望をどこまで聞くことができるのかということです。認知症であるかどうかの判断は、1回の問診だけでは医師であっても容易ではないということのようですので、認知能力についての事前のテストや診断書の提出などを求めることが現実的ではない現状においては、金融機関の職員にとって認知症であるかを判断することは、どうしても限界があります。

他方で、理解力に懸念のあるとみられる方の場合、申出をお受けできないので



資金運用は事実上困難です。

次に、成年後見人であっても、元本割れリスクを許容する資金運用ができないことは先ほど申し上げたとおりですが、そのコンセプトは必ずしも貫徹されていないようにも思われます。例えば、後見開始前から既に保有していた金融商品を後見人がそのまま保有することは原則として問題ないとされているようです。しかしながら、リスク性商品はその商品設計にもよるものの、ポジションを保持したまま売却処分のタイミングを探ること自体も運用ですので、新規投資と保有している運用商品の売却とでその取扱いにつき一般的な差を設ける理由は必ずしも判然としません。また、生命保険についても、必ずしも当然に禁止とはされていないようです。このようにみますと、後見人が資産運用に関して負うべき注意義務の判断基準をもう少し精緻に考える必要があるようにも思われます。

## (2) 資金利用の場面

資金利用の課題については、預金者の認知能力が減退していることがうかがわれたとしてもなお、預金の払戻しを拒絶してよいか問題となります。払戻しや振込の背景、原因を知ることができれば、後日その払戻しや振込がトラブルにつながるかの判断に資することも多いと思いますが、金融機関がその背景を正確に把握することは必ずしも容易ではありません。他方で、預金の原資が年金などの生活資金の場合には、払戻しに応じないと高齢者の方の生活が立ち行かなくなる可能性もあります。

また、近親者が関与した結果として、ご本人の意向が把握できなくなる場合もあります。ご本人と近親者の意向が対立している場合、ご本人の認知能力に問題がなければご本人の意向が当然に優先されるべきですが、近親者から、「本人にはもう認知能力、理解力はない」「普段の生活をみていれば明白だ」などといわれると、金融機関としても判断に困ることになります。

## (3) その他の場面

以上のほか、店頭での高齢者対応に対する現場の負担は大きいものがあります。また、場合によっては時間をかけて対応するだけでなく、その高齢顧客に対して適切な保護を図る必要性が認められることもあると思われます。このような場合、金融機関としては高齢顧客の生活に関与することには限界があるため、適切な外部機関との連携が重要ですが、一方で金融機関は顧客に対して守秘義務を負っており、顧客の情報をみだりに第三者に開示してはならないとされているた

め、その状況や把握している情報を関係機関に対してどこまで提供してよいか、営業現場で判断に迷う場合も多いのではないかと考えられます。

また、店頭で高齢者に接する金融機関職員、とくに若い職員の場合には、日常生活において高齢者との接点が乏しいため、高齢者の認知能力の低下や認知症に対する具体的なイメージを持つことができず、適切な応答話法ができないということもあります。

#### 4 展 望

##### (1) デジタルイノベーションの活用

今後の展望として考えられる方向性の1つとして、デジタルイノベーション、Fintechの活用が考えられます。資金利用ニーズの局面で金融機関が慎重になる理由は、認知能力が減退している場合の法的なリスクという観点のほかにも、認知能力が減退している状況下での資金の払戻しは、その資金が適切に「本人のために使われるのか」がわからず、したがって後日のトラブルリスクを否定できないということにあるのではないかと考えられます。

キャッシュレス決済ツールはトレイサビリティに優れ、利用方法や範囲についても、柔軟な設計が可能となることが期待できるのではないかと考えます。仮に将来、利用者ごとに利用限度や利用店舗をきめ細かく設定すること等が可能になるとすれば、その設定のもとで決済ツールへのチャージを自由に行い、日常生活で利用することが考えられます。さらに、このような柔軟性の高い設計ができるのであれば、決済ツールを第三者に託して利用することも、委託する側、される側の双方ともより安心してできるようになる可能性もあるように考えられます。

##### (2) 理解の促進・外部機関との連携

金融機関は、取引の相手方という立場において、認知症サポーター養成講座の受講などを通じて、認知症に対する理解を深めていく必要があるのではないかと考えます。もちろん、先進的な取組みを既に行っている金融機関もありますが、全体としては組織的・業界横断的な取組みはまだ十分になされていないように考えられます。

外部専門機関との連携については、地域包括支援センターとの関係を強化することが挙げられます。従前は、銀行の支店長・副支店長が着任した時に挨拶する外部機関といえば、所轄の警察署だったと思います。これはこれでももちろん必要なのですが、今後はそれだけではなく、地域包括支援センターとも顔のみえる関

係を築いていくことも必要になってくるように思います。

また、その前提として、現場において、どのような状況が生じたら、どのレベルの情報を誰に伝えることができるのか、また適切かという知見を共有するツールが必要ではないかと思われます。とくにトラブル——これはご本人からの場合、近親者からの場合のいずれもありうるのですが——が懸念されるような状況の場合には、どのような場合であれば情報の共有、伝達、連携をしてもよく、またするべきであるのかということについての理解と、その知識を現場で共有できていることが必要ではないかと思います。

### (3) 成年後見人による資金運用

成年後見人による元本割れリスクを許容する運用が困難であることは前述のとおりですが、成年被後見人になったらもう資金運用はしなくてもよいのだということではなく、成年後見人の立場から、どのような資金運用ニーズがあるのかをもう少し考えるべきではないか、ということです。

このような話をすると、金融機関の人間だから資金運用させようと考えているのではないかと思うかもしれませんが、そういうのではなく、冒頭で述べたとおり、超低金利の経済環境が長期化し、認知症高齢者が相当の有価証券を保有することとなる時代が到来するとされている中で、成年後見人に求められる注意義務の内容をもう少し精緻化したほうがよいのではないかということ。もっとも、何も参照すべきものがないのに、善管注意義務に従って資金運用してくださいといわれても、成年後見人の方も困ってしまうと思いますので、そのような観点から、成年後見人が参照、依拠可能な資金運用のガイドラインのようなものがあるとよいのではないかというのが、ここで述べたいことです。

## 5 最後に

意思能力に関する問題については、少なくとも現時点においては抜本的な解決は困難であり、当面は、意思能力の減退前における自己決定の促進、地域との連携、安心して利用できるサービスの拡充などにより、「意思能力の問題に直面する機会を減らす」工夫を進めることが現実的ではないかと思われます。

ほかに残された問題としては、認知能力が低下した高齢者からの預金の払戻請求に対するリスク判断の限界も挙げられます。この解決策としても、成年後見制度の利便性向上や、認知能力の減退前の段階での自己決定を支援する仕組みの促進を図るのが金融機関としてできる現実的な対応だと思われます。

また、高齢者取引を一律に制限することと自己決定権の限界は、どうしても残る課題です。この報告では既に高齢者勧誘ガイドラインを挙げましたが、振り込め詐欺対策として高齢者に一律にATMの利用制限をかけることの是非などもこの問題に含まれるかと思えます。これらの問題については、世の中のコンセンサスがどのレベル感にあるのかというところを探りながら、慎重に対応していくしかないものと思われまます。

以上、非常に多岐にわたる内容を十分に深掘りできないままご紹介だけをさせていただいたという感が拭えませんが、これで私の報告を終わらせていただきます。ご静聴ありがとうございました。

**報告 2****金融商品取引における高齢者保護と支援****弁護士 上 柳 敏 郎****1 はじめに**

消費者側の代理人の経験から、脆弱な消費者といわれる高齢者が、価格変動等リスクのある金融商品を取引する場合の、適合性原則の問題を中心に報告させていただきます。日比野報告は、金融機関での経験から、法律上悩ましい問題点を多数紹介されました。顧客の真意をどのように把握するのか、周りの家族の方々との関係をどう調整するのか、という課題は消費者側代理人の課題でもあります。

適合性原則について検討する前に、高齢者と消費者被害について1つ指摘したいのは、詐欺的商法や特定商取引法上問題のあるビジネスも、高齢者を標的にすることが多いことです。私は1983年に弁護士登録をしましたが、登録直後から豊田商事被害の相談を多数受け、1985年の破産申立てにも関与しました。被害者7000人、被害総額は2000億円に及んだといわれています。被害者からは孫のような勧誘員が親切に話を聞いてくれ肩をもんでくれた、年金額や預貯金の利率を示して資産運用の必要性や金取引の有利さを説かれたといった、その後の事件でも繰り返された話を聞きました。預託取引では安愚楽牧場事件で被害者7万3000人、被害総額4207億円、2017年末に倒産したジャパンライフ株式会社で、被害者7000人、負債総額は2405億円とのことでした。

各地の消費者相談窓口は、特商法や消費者契約法の問題があると指摘しても応じない事業者が多いことで、日々苦勞しております。

日本の金融資産が高齢者によって多く保有されており、その活用が課題だと指摘する場合は、詐欺的商法対策や、特商法、消費者契約法の履行確保にも、力を注ぐ必要があると考えております。

**2 適合性原則と高齢者**

金融商品取引における適合性原則と高齢者について、商品と顧客についての情報量がポイントであることを申し上げ、判明した情報の範囲で適合性ありと合理的に判断できる場合のみ勧誘が許されるとするべきであることを論じたいと存じ

ます。

適合性原則について、金融商品取引法40条があります。顧客の知識、経験、財産の状況、契約締結目的に照らして不相当と認められる勧誘を行ってはならないという規定です。ここでいう顧客の知識、経験は、一般的な知識や人生経験ではありません。条文では、顧客の知識という言葉の前に「金融商品取引行為について」という言葉があります。金融商品取引行為についての知識であり、経験であるということです。

認知能力が低下した場合の問題点を考える場合も、認知能力一般ではなく、金融商品取引についての認知能力、さらには当該金融商品や当該顧客のポートフォリオの状態についての認知能力を考えるべきであることになると思います。

この金融法40条が制定されたのは平成16年で、私は金融審議会メンバーとして立法経過を垣間見ましたが、大きな影響を与えた最一小判平17.7.14（民集59巻6号1323頁・金法1762号41頁）は、考慮要素として、「顧客の投資経験」「証券取引の知識」と明示しました。

この最一小判平17.7.14は、当該事案では、最大手国内証券会社に対する損害賠償請求を一部認容した高裁判決を取り消し、差戻しをしたのですが、適合性原則違反が不法行為となると判示しました。同判決は「適合性の原則から著しく逸脱」したと「著しく」という文言を使ったのですが、この事件を担当した宮坂調査官は判例解説で、「私見であるが」とした上で「著しく」の要件は、単なる取締法規の違反と不法行為上の違法との二元論を踏まえたとリトリックという意味合いが強いものと思われ、実質的なハードルの高さを必ずしも意味しないものと解される」と解説しております。

併せて指摘したいのは、最一小判平17.7.14の事案は昭和時代の取引が問題となったことです。つまり、平成4年改正法以前の当時の証券取引法には適合性原則の条文がなく、大蔵省の通達や証券業協会の公正慣習規則があっただけでした。最高裁は、通達や証券業協会の公正慣習規則、平成4年改正法の証券取引法の規定を引用して、「これらは、直接には、公法上の業務規制、行政指導又は自主規制機関の定める自主規制という位置付けのものではあるが」と指摘しています。

ここには、自主規制機関の規則、つまり業界の秩序、あるいは公法上の業務規制を、私法上の効果に結合させようという最高裁の考え方が表れていると考えます。つまり、適合性原則違反は不法行為になるというのみならず、最一小判平

17.7.14は、個別顧客の金融商品取引からみた事情を把握しなければならないことと、顧客保護を目的とした公法的規制を私法上の効果に結合させることを示しているのです。

これら金商法や判例をうけて展開した適合性原則に関する裁判例について、予稿（金法2119号40、41頁）では、認知能力の状況を丁寧に認定した一部認容判決を2つ指摘しました。私の率直な感想としては、裁判所に対しては、もっと認容裁判例があってもよいのではないかと思いますし、金融実務現場に対しては、この2つの判決のような水準を確保する社内体勢になっていることを望むのですが、ここで検討したいのは、認容裁判例と棄却例、社内基準等との違いがどこから出てくるのかという点です。

大阪高判平25.2.22（金法2004号149頁・確定、岡三証券）は、成年後見取消審判直後の76歳女性が、投資信託を中心として外債や株価連動債を含む取引を繰り返し約750万円の損害を受けた事案について、適合性原則違反および説明義務違反を認定しました。過失相殺2割です。

裁判所は、医師の鑑定書や要介護認定のための介護審査の内容等から、当該取引前後の本人の生活状況をきわめて詳細に認定した上で、「知能指数や長谷川式簡易スケールの点数にもかかわらず、未だ回復途上であり、…主体的な判断で証券取引等を行うことが不可能な状態であった」と認定しました。

東京地判平28.6.17（判タ1436号201頁・確定、みずほ証券）は、認知症の77歳男性が、銀行に赴いた際に系列証券を紹介され4種類の仕組債（バスケット型エクイティ・リンク債・ノックイン・ノックアウト付等）を勧誘され約4000万円の損害を受けた事案について、適合性原則違反および説明義務違反を認定しました。過失相殺3割です。裁判所は、「原告は、本件取引がなされた平成20年頃には、認知症が発症してから2年以上が経過しており、また、その翌年である平成21年には日常生活自立度が「Ⅱa」とされていることからすれば、認知症により認知機能が相当程度低下していたものと認められる」としました。

この2つの判決は、いずれも当該金融商品の仕組みおよびリスクと、顧客の認知能力の状態について詳細に検討して結論を導いたものです。認知能力を、長谷川式の数字等で類型的抽象的ではなく、時間的経過も踏まえ個別的具体的に検討しています。認知能力の低下といっても、認知機能のどの部分が脆弱となるかも様々であり、また進行状況も直線的でも一様でもないことが、医学の専門家か



ら報告されてきています。2000万円問題で話題となった金融審議会市場ワーキンググループでも医学的知見のヒアリングが行われています（同ワーキンググループ第19回（2019年2月19日）配付資料5 成本迅「高齢者の自律的な経済活動継続への課題～医学的視点から～」参照）。

金融商品取引に必要な能力は、商品や取引段階、ポートフォリオの状況に応じて一様ではありません。最一小判平17.7.14は、具体的な商品特性を踏まえて、これとの相関関係において、顧客の投資経験、証券取引の知識、投資意向、財産状況等の諸要素を総合的に考慮する必要があるというべきである、と判示しました。多様かつ市場環境により変化する金融商品の仕組みやリスクと、多様かつ加齢等により変化する顧客の状況の両方を踏まえ、その相関関係ないし組合せとして合理的の根拠をもって適合するといえるかどうか、が求められる適合性判断であると思います。東京地判平28.6.17は、商品を分析した上で「本件各商品の購入による損得を適切に判断するためには相当程度高度の投資判断能力が要求されるものであったと認められる」と述べ、原告の事情を総合的に判断して適合性原則違反を認定しました。

請求認容判決と棄却判決を比較してみると、認容判決は商品性や顧客の状況や意向を個別的具体的に認定し、棄却判決は類型的抽象的にみており、その違いで、適合性原則検討の前提となる諸要素についての情報量が違っていると思います。あるいは、請求認容した裁判所は、商品性や顧客を個別的具体的に調査解明しようとし、棄却した裁判所は類型的抽象的な調査解明で足りるとしたともいえます。類型的抽象的な調査解明で足りるとする裁判官は、率直にいうと私は悪く考えると、金融商品にリスクはつきもので、例えば証券会社の門をくぐった以上損は覚悟すべきであると考えているのではないかと思うこともありました。が、もう少し冷静にいうと、訴訟という事後審査であれば個別的具体的な調査解明も可能かもしれないが、事前基準というか金融商品の現場にそこまでの調査解明、情報量を求めるのは酷であると考えてる裁判官も多かったのではないかと思います。金融機関が調査解明ないし情報収集をしようとしても顧客が応じないのではないかと、コストがかかりすぎるので酷だという考え方です。そして、勧誘当時に適合性がないと疑わせる情報を業者側が把握していたと認定できない限り、適合性原則違反を認定しないという枠組みになったのではないかと思うのです。

私は、金融商品取引業者が得た情報で適合性原則を充足していることに自信を



持てる場合、つまり合理的根拠がある場合のみ、勧誘ができるという枠組みが妥当だと考えています。つまり、商品性や顧客について適合性を支える情報が得られていない場合は、勧誘できないというわけです。

この枠組みが、金融庁が2017年に示した顧客本位の業務運営に関する原則（顧客本位原則）の2や6に沿った考え方だと思うのです。顧客本位原則6は、「金融事業者は、顧客の資産状況、取引経験、知識及び取引目的・ニーズを把握し、当該顧客にふさわしい金融商品・サービスの組成、販売・推奨等を行うべきである」としています。原則2は「金融事業者は、高度の専門性と職業倫理を保持し、顧客に対して、誠実・公正に業務を行い、顧客の最善の利益を図るべきである」としています。

2020年施行予定のSECのRegulation Best Interest（※大会後に公表された金融審議会市場ワーキンググループ第26回（2019年12月10日）配付資料2「事務局説明資料（顧客本位の業務運営に関する日本と欧米の対応）」参照）は、顧客最善利益の合理的根拠を求めており、きわめて注目すべきものであると思います。

これまで述べましたように、金融商品取引での適合性判断は、個別具体的に必要があります。かつ金融商品や市場環境も変化するし、認知能力を含む顧客の状況も変動する中で判断しなければなりません。監督指針は慎重な勧誘・販売体制を求め、自主規制機関は社内規則を定めることを求めています。そして、個別金融機関は、マトリックスやマニュアルを作っておられます。先ほどの東京地判平28.6.17は、被告証券会社のマトリックスの5段階の商品区分を摘示し、当該商品の当てはめをしています。マトリックスについては常に改良改善することをお願いするわけですが、実際の個別顧客についての判断は、個別具体的に現場、窓口でせざるをえないと思います。

私の考えですと、なかなか新しいリスク商品は勧誘できないことになります。合理的根拠の立証責任は業者側にあります。しかし、全く勧誘できないかといわれると、そうでもなくて、合理的根拠があればその余地はあるのではないかと思います。この点で注目しております裁判例として、適合性判断にあたって、ハイリスク商品に集中投資させるのは適合性原則違反だが、徐々に勧誘するのはよいというものがあります。大阪地判平18.4.26（判時1947号122頁）は、「一般的な経済知識の欠如ないしは脳出血後遺症等による理解力、判断力の低下により、複雑な金融商品の仕組みを理解し、また、自らの属性に適した投資判断をする能力に

乏しい者に対しては、ハイリスク型の株式投資信託の買付を勧誘するにしても、最初は僅かな資金を投下しての取引にとどめ、時間をかけて証券取引に関する知識、経験を取得させるなどの配慮をすべきであって」というのです。

以上のように、金融商品業者の業務の視点からみると、十分な商品調査と顧客調査に基づく (Know Your Product, Know Your Customer)、適合性原則充足の判断が必要です。顧客側弁護士の被害救済の視点からみると、商品分析と顧客についての類型的でなく事案に即した丁寧な調査と立証が肝要であることとなります。

商品調査関係では、2010年 FINRA が導入した合理的根拠適合性の十分な検討が重要です。金融商品の開発や仕入れの段階、適合性マトリックス作成の段階、販売勧誘担当者教育研修、コンプライアンスの各段階で、それぞれの観点から検討されるべきものです。

顧客調査関係では、顧客からの聴き取りや、顧客カードの作成だけでなく、顧客の属性や取引履歴、家族関係等の情報の管理と分析の深化が必要です。イギリスのアルツハイマー協会は、データベース等について提言しています (英国アルツハイマー協会「認知症の人にやさしい金融サービス」6、26頁 (<http://www.glocorn.ac.jp/project/dementia/wp-content/uploads/DementiaFriendlyFinancialServices-Charter085.pdf>)。先ほどの大阪高判平25.2.22で示されたように、高齢者の認知能力についても知らなければならず、必要な調査の程度は、認知科学や金融ジェロントロジーの展開に伴って変化していくこととなります。

また、顧客が明示的に示した投資目的や財産の状況および知識・経験等に加え、それまでの金融商品取引経歴からの分析が有用かつ必要です。このような深い顧客調査のためには、個人情報集積が必要となり、顧客の理解と了解が必要となります。仮に適合性判断に必要な顧客情報が得られない場合は、前述したように、適合性判断ができず投資勧誘は許されないこととなります。他方、個人情報を正當に収集し集積できた金融機関は、顧客の受託者として、顧客情報の管理についても責任を持つとともに、適合性原則の枠組みの中で、金融商品取引勧誘の幅を広げることができるわけです。

なお、金融取引能力からのアプローチは、顧客の認知能力の側面から考えるのに対し、適合性原則からのアプローチは、業者の調査の側面から考えるという違いがあると思います。顧客の認知能力は顧客調査の対象であり、その重要性は変

わらないように思います。ただし、顧客本位原則2、顧客の最善の利益の観点からは、適合性原則からのアプローチがふさわしいと思います。

### 3 アレンジメント、地域包括支援体制等

これまで述べましたように、金融商品取引での適合性判断は、個別具体的に必要があります。かつ金融商品や市場環境も変化するし、認知能力を含む顧客の状況も変動する中で判断しなければなりません。自主規制機関や個別金融機関には、マトリックスやマニュアルを常に改良改善することが期待されるわけですが、個別顧客についての判断は個別現場、窓口でせざるをえないと思います。そのためには、金融商品取引業者の本部から第一線に至る個々の方々のやる気、時間、知見、能力が必要です。つまり業者側にはコストがかかることになります。このコストは顧客に転嫁されるか、あるいはコストが大きすぎるということによってサービスが提供されないということになるかもしれません。

この観点からは、認知能力の低下ないし変動に備えて、事前に適合性原則判断の要素を含めた適切なアレンジメントや民事信託がデザインできれば、顧客保護のためにも、トータルコストの観点からも望ましいと思います。難しいのは、商品や市場環境の変化も顧客の変化も、事前に全部想定できてシミュレーションできるというわけではないことです。基本的には、事前の想定を超えた変化があった場合は、想定されていた範囲ないし保守側で対処すべきことになります。もっとも、何が保守側かという判断も一義的でない場合があるかもしれません。一定の裁量権がある場合、最善利益確保義務で合理的根拠ある場合は踏み込め、そうでない場合は踏み止まるということになります。

資産承継意思の変化や家族関係の変化、認知能力の非直線の変動等への対応について、全部事前設計できるわけではないところを、信託法理や健常時の経済活動歴からの意思推定などの手法で工夫していくことが課題だと思います。受託者責任をきちんと果たせる受託者や後見人が選任できるかどうかとともに、受託者の裁量範囲や責任、委託者の最善の利益を確保する義務を果たすとはどういうことなのかについての解明が必要だと思います。

アレンジメント、信託や成年後見制度の欠点は、コストがかかることです。認知症の人が約462万人と推計されるのに、成年後見制度の利用者数は21万8142人、5%弱にすぎません。弁護士会としてはもっと利用していただきたいと存じますが、後見人報酬や信託報酬などのコストを伴うもので、一定の資産を持った人た

ち向けの制度だと思います。2000万円問題で話題となった金融庁の報告書で高齢者夫婦のみ世帯の金融資産額の世帯別分布をみると、金融資産額3000万円以上の世帯が25%以上である一方、450万円以下が約18%、900万円が約16%、その中間帯の割合は少ないという二極化が進んでいます。

この二極化の現実に照らしても、金融機関が介護保険法に基づく地域包括支援センターと連携することが、もっと進められてよいと思います。とくに地元に着した地域金融機関は、従来実質的にこのような役割を果たしてきたのではないかと思います。低金利下で現在の金融機関には、この役割を負担する余力はないかもしれませんが、一定の公的資源の投入も含め、地域包括支援体制の中にきちんと位置付けることを検討するべきではないかと考えます。

地域包括支援体制のもとで、適正に取得、蓄積された情報、ビッグデータに基づき、合理的根拠をもって支援者が一定の裁量判断をすることも含め、高齢者の最善利益が確保されるようになっていくものと考えております。

## 報告 3

### 高齢者の金融取引と自己決定権

学習院大学教授 山下 純 司

#### 1 はじめに

私の報告では高齢者の金融取引と自己決定権というテーマについて報告いたします。なお、報告は、金融法務事情の論考ではなく、私のレジユメに従って行いたいと思います。最初になぜ私がこのようなテーマを報告の題材に選んだのかについて、説明します。

##### (1) 高齢者の金融取引の支援の必要性

###### a 障害者の自己決定権の尊重

我が国が2014年に批准した国連障害者権利条約は一般原則の1つとして、「固有の尊厳、個人の自立の尊重」を挙げています。健常者であろうと障害者であろうと、自らの選択に従って自立した生活を送る権利があることは当然です。こうした自立の権利の中には、障害者が支援を受けながらも、家族や施設等の世話にならず、自ら財産を管理し、自分の力で生活をしていく権利が含まれます。

こうした考え方は、判断能力が減退した、高齢者の金融取引にも当てはまりません。従来であれば、高齢者の判断能力の減退に対しては、本人のする取引を制限し、親族らが代わって財産管理をすることが主に念頭に置かれてきました。しかし、自己決定権の尊重という理念からは、高齢者本人が自ら財産管理を行いたいと望んだ場合には、その意向をできる限り尊重し、他人が代わりに財産管理を行うことをできるだけ少なくすることが求められます。

###### b 1人暮らしの高齢者の増加

同時に、高齢者自らがする金融取引について検討すべき、より実的な要請があります。

内閣府の統計によれば、65歳以上の1人暮らしは、男女ともに増加傾向にあり、平成27(2015)年では、男性が約192万人、女性が約400万人で、65歳以上人口に占める割合は男性が13.3%、女性が21.1%とされています。このような状況では、高齢者の中には、ギリギリまで自分自身で金融取引を行いたいというニーズがあ

るはずですが。とくに、金融取引の中でも、預金取引など、日常生活に密接に関わるものについては、これを高齢者が単独で行うことが認められなければ、高齢者の自立が困難になるでしょう。

もっとも、高齢者の自己決定権を尊重し、単独での取引を認めるということは、高齢者に何らの支援もせずに、自己責任の原則を引き受けさせることではありません。判断能力の低下した高齢者が、単独で取引をすることができるための、環境整備をする必要があります。

## (2) 高齢者の判断能力の漸減

問題は、高齢者の判断能力が、徐々に、かつ一律でない態様で、減衰していく点です。人間誰しも、高齢になると、認知症の発症リスクが高まりますが、認知症による認知機能の低下も、一様でないということは、以前から知られています。しかし、問題はそれだけではありません。

認知症に至らない高齢者についても、例えば、記憶力は、年齢相応に低下するということが知られています。このような年齢相応の記憶力の低下は、多くの場合、認知症とは認められないでしょう。しかし、複雑な金融取引などの場面においては、この程度の認知機能の低下でも、不利に働く可能性は否定できません。

いわゆる、「ど忘れ」や「思い込み」による取引上のミスは、高齢者でなくても起こりうるものですし、そうしたミスは自己責任といえるものも多いでしょう。しかし、高齢者について、こうしたミスが起こりやすいのであれば、その予防策を講じずに自己責任のみを強調することは問題の解決になりません。加齢に伴う能力の漸減に、どのような対応策が必要なのかを考えてみたいと思います。

## 2 高齢者の金融取引能力

### (1) 民法の能力制度

#### a 行為能力

##### (a) 定型的・類型的判断

まず、現行法において、高齢者の金融取引に、どのような保護が与えられているかを概観します。

最初に問題にするのは、行為能力の制度です。精神上的の障害、すなわち認知症等により、高齢者の事理弁識能力が衰えた場合について、民法はその能力の衰えの程度に応じて、後見・保佐・補助の3つの制度を用意しています。この制限に反して行われた取引は、取り消すことができます。

(b) 能力漸減への対応の困難さ

この制限行為能力の制度の特徴は、本人の判断能力を、事前に一定の基準で評価し、行為類型ごとに単独で行為をできるかどうかを判断する定型的かつ類型的な判断枠組みにあるといえます。事理弁識能力の不十分さの程度に応じて単独でできる取引を段階的に制限する制度は、高齢者の判断能力の漸減といった問題に柔軟に対処することを可能にするようにもみえますが、金融取引の場面では、不十分といわざるをえません。

ア 高齢者単独での日常的な預金取引

まず、日常的な取引、とくに、預金取引についてですが、預金の払戻しは元本の領収と利用（民法13条1項1号）に当たるため、被後見人や被保佐人は、原則として単独でこれを行うことはできません。ただし、「日用品の購入その他日常生活に関する行為」（日常生活行為）については、この行為能力の制限が解除されるために、電気・ガス・水道等の支払のために、預貯金等の払戻しをする行為などは、高齢者単独で行うことが許容されています（民法9条1項ただし書、13条1項ただし書）。

しかし、金融機関の側からは、預貯金を払い戻した本人が、その金銭を生活費に充てるか、それとも遊興費など日常生活行為以外の支出に充てるかを知るすべはなく、このような例外の設け方では、金融機関として安全に払戻しに応じることは困難といわざるをえないでしょう。

イ 高齢者が投資取引を望んだ場合

次に、高齢者が、単独で投資取引を行うことを考えてみましょう。現在の制限行為能力制度のもとでは、制限行為能力者となった高齢者が単独で投資取引をするということはおそらく考えられませんが、これは、高齢者に投資取引をさせることが危ないから、というだけではありません。制限行為能力制度には、高齢者を金融取引のリスクから守るという点において、2つの仕組みが欠けていると思われる。

第1に、制限行為能力は、「精神上の障害」によって判断能力が衰えた場合のみを問題とする制度として運用されており、加齢に伴う判断能力の減衰に対応するものとはなっていません。このため、認知症とまではいえないが、判断能力が衰えをみせ始めた高齢者について、複雑な金融取引から保護をするといった場合には、制限行為能力制度は用いにくい制度といえます。第2に、金融商品は、複



雑なもの、単純なもの、リスクの高いもの、低いものと様々なものが存在しますが、高齢者の判断能力の減衰の程度等に応じて、そうした金融商品取引の一部は認め、一部は認めないといった対応をとることは、取引類型に応じて一律に取引を制限する制限行為能力の制度では困難といえるでしょう。

## b 意思能力

### (a) 個別具体的判断

意思能力についてはどうでしょうか。意思能力については、7歳前後の知的判断能力を基準とし、行為の難易度や複雑さによって変化するといわれていますが、実際の裁判例の多くは、問題となる法律行為の意味を理解し、その結果を認識する能力があるかどうかを問題としています。したがって、預貯金の払戻しのような単純な金融取引であれば、意思能力は認められやすく、投資運用に係る複雑な金融取引であれば、意思能力は認められにくいといえます。

意思能力無能力無効の制度は、高齢者の金融取引全般がある時点で一律に禁じられるのではなく、金融取引に係る多様な行為と、刻々と変化する高齢者の判断能力について、個別具体的に判断することができる点に特徴があります。

### (b) 意思能力無効拡大による対応の問題

しかし、高齢者が単独で行う金融取引について、意思無能力無効の認められる範囲を拡大して問題解決に当たることには、問題があります。第1は、意思能力の有無は、行為能力の有無以上に、相手方からはわかりにくいという点があります。そして第2に、意思能力の定義が、必ずしも明確になっていないという点があります。

そもそも、意思能力については、これを意思表示に最低限必要な意思形成能力と考えるか、それとも行おうとする法律行為にふさわしい取引資格としての意思形成能力と考えるかで、学説上も理解の対立があり、かつ、いずれの立場に立つかで、意思無能力無効の範囲が異なるとされています。

例えば、預金の払戻しを例にとると、①消費寄託契約の解約により金銭が払い戻されることの認識があればよいのか、②払い戻した金銭を客観的に適切な目的で使用するための合理的な判断能力を要求するのか、③預金残高や将来の収入見込みを認識しつつ、払戻額を合理的な範囲に決定するための判断能力を要求するので、意思無能力無効の範囲は全く異なってきます。裁判例の多くは、意思能力を、問題となる法律行為の意味を理解し、その結果を認識する能力と捉えてお



り、最初に挙げた、解約により金銭が払い戻される認識があれば意思能力がありと判断されるのではないかと思います。これでは判断能力の減衰した高齢者の保護という観点からは、不十分といわざるをえません。しかし、単純に意思無能力の範囲を拡大し、判断能力の漸減する高齢者が単独で取引をした場合の無効の範囲を広げてしまえば、取引の安全が害されるだけでなく、高齢者の自己決定の機会は大きく損なわれることになります。

## (2) 事業者の勧誘規制等

### a 適合性の原則

#### (a) 取引資格要件としての適合性の原則

そこで、別の方法について考えることにします。

投資運用取引における高齢者の「能力」の問題を考える際には、適合性の原則との関係も重要です。

適合性の原則とは、顧客の知識、経験、財産の状況や、投資目的に適合した勧誘をする義務ですが、そこには、顧客のリスク管理判断能力に応じた金融商品の説明を行う義務や、説明を受けても理解できないような金融商品を売らない義務などが含まれると考えられています。ここでいう「リスク管理判断能力」は、意思能力よりも高度な、投資取引固有の能力と考えられます。このため、高齢者自身の行うハイリスクな投資運用は、意思能力が否定されるよりも早い段階で制限されることになります。

適合性の原則からは、高齢の顧客について、加齢によりリスク管理判断能力が減衰していった場合に、通常の顧客よりも、より丁寧な説明を心がけたり、場合によっては金融商品販売を断ったりといった対応が導かれると考えてよいでしょう。これは、意思無能力無効や制限行為能力による取消しよりも、柔軟な救済を可能とするものといえます。

#### (b) 適用範囲の狭さという問題

ただし、適合性の原則は、投資運用に係る金融取引にしか適用されません。したがって、適合性の原則は、高齢者が行おうとする金融取引全般について、保護を与えるものとはなっていません。

しかし、リスク管理判断能力の必要性という観点からは、資産の運用と管理は本来連続的に捉えられてよいでしょう。リスクの低い金融商品の購入の判断と、それと同程度の金額の預貯金の預入れの判断は、求められる能力に大きな違いは

ない一方で、預貯金の払戻しでも、本人の資産の大部分を占めるような高額のものであれば、将来の収支の予測も含めた高度な利害得失の判断能力が求められるように思われます。判断能力の衰えた高齢者の保護という観点から考えた場合には、投資運用に係る金融取引にしか適用のない適合性の原則は、十分な保護とはいえません。資産の管理であれ、運用であれ、金融取引を行うには、自己の財産状況や設定された取引目的に合致した利害得失や経済合理性の判断が必要であり、それは広い意味でのリスク管理判断能力といえるものでしょう。

ところで、意思能力については、これを、行おうとする法律行為にふさわしい取引資格としての意思形成能力と理解する立場が存在することを指摘しました。このような立場に立つ場合には、適合性の原則におけるリスク管理判断能力とは、投資取引に固有の、意思能力の問題を扱っているとも理解可能です。適合性の原則は、行おうとする金融取引の取引資格としての判断能力を問題にするものだからです。

このように考えますと、おそらく望ましい方向は、金融取引において必要な意思形成能力を、一元的な指標で捉えることではないかと思われます。

#### b その他

##### (a) 消費者契約法

金融法務事情の原稿では、行為能力・意思能力・適合性の原則のみを、検討しましたが、ここで、高齢者の金融取引について問題となりうる他の制度についても若干の言及をしておきます。

第1は、消費者契約法の規定です。平成29年の消費者契約法の改正により、4条3項の困惑による取消類型が、大幅に追加されています。そこでは、「加齢又は心身の故障によりその判断力が著しく低下していることから、生計、健康その他の事項に関しその現在の生活の維持に過大な不安を抱いている」消費者に対して、その不安をおおるような勧誘行為が禁じられています（同項5号）。

ここでは高齢の消費者について、加齢あるいは身体の故障から判断能力に低下を来す可能性がある前提で条文が作られていることが重要です。このため、精神上の障害による判断能力の低下を要件とする、制限行為能力制度とは異なる役割を期待することができます。ただし、この条文が念頭に置いているのは、いわゆるつけ込み型の勧誘であり、高齢者の過大な不安を故意にあおって契約を締結させるような、悪質な勧誘行為のみが対象となっています。

このため、高齢者が安心して金融取引をすることができる環境を整えるという意味では、その保護の範囲は十分でないといえ、消費者契約法の一般的な保護ではなく、金融取引特有の保護を考える必要があります。

(b) 高齢顧客向け勧誘ガイドライン

第2に、高齢者の金融取引については、業界団体が高齢顧客勧誘のためのガイドラインを設定しており、これが高齢者保護に一定の役割を果たしています。そのガイドラインの中身は、金融取引の種類によって異なっていますが、いずれも、高齢者の特性等に配慮したきめ細かな取組みの必要性を掲げ、勧誘時の①親族等の同席、②単独の勧誘員による勧誘の制限、③勧誘後に一定の時間をおいての取引意思の確認、④高齢者の意向に沿った商品内容等であることの確認などについて、社内規則で定めるよう推奨しています。こうしたガイドラインに基づく高齢者に対する勧誘の社内規則の制定は、個々の高齢者の能力の減衰の程度を見極めながら、個別に適切な勧誘を行っていくという点では、望ましいものといえるでしょう。

他方で、こうした業界団体による高齢者向けの勧誘ガイドラインによる対応だけでは、十分でない可能性もあります。例えば、対象となる高齢顧客が、75歳あるいは80歳という年齢により一律に線引きされている点、高齢者の取引意思の確認のために親族等の同席を求めるとする点などが、硬直的な対応を招いたり、親族との利益相反状況を見逃したり、1人暮らしの高齢者に相対的な不便を強いることになりかねないことなどが、考えられます。ガイドラインは、あくまでもガイドラインであり、個別事情に合わせた、柔軟な対応をすればよいともいえますが、おそらく、判断能力が低下する前に、判断能力低下後の対応方法について、本人の意向を確認しておくことは、柔軟な対応に資するものと思われます。

(3) まとめ：金融取引に関する一元的な指標の必要性——管理と運用に連続的な指標

以上の考察で明らかのように、高齢者の金融取引については、様々な対応がとられていますが、いずれも十分なものではないように思われます。最も問題なのは、金融取引全般について、高齢者の判断能力を把握し取引を段階的に制限するための指標が、一元化されていない点です。そこで、私たちが、投資取引で問題になる適合性の原則と、預金取引等で問題になる意思能力の問題とを連続的に考えようとするならば、私たちは金融取引全般について「金融取引能力」とでもい

うべきものを想定することができるのではないかと思います。

ここでいう金融取引能力とは、高齢者について、個々の金融取引を行うのにふさわしい判断能力と定義できます。このように定義した場合、金融取引能力は、問題となる金融取引ごとに、最低限必要とされる程度が変化するでしょう。また、例えば預貯金取引であっても、日常生活に必要な程度の額の払戻しには、高い金融取引能力は必要ないでしょうが、世話になっている親族に財産の大半を贈与するため預貯金全額の払戻しをするなどの状況を考えた場合には、ある程度高い金融取引能力が必要と考えられるかもしれません。高齢者の判断能力について、こうした一元的な指標を作ることで、高齢者の判断能力の漸減に対応した、柔軟なアレンジメントを行うことが容易になるように思われます。

### 3 金融取引の支援と自己決定

#### (1) 事前のアレンジメントの重要性

##### a 個別具体的な支援の困難さ

##### (a) 様々な考慮要素

本報告の後半は、高齢者の判断能力が、加齢とともに漸減していくという前提のもとで、高齢者の金融取引をどのように支援していくかという問題について、考えていきたいと思っています。ここでは、高齢者の判断能力が漸減していく中で、ある取引については、高齢者の金融取引能力を認めることができるが、他の取引についてはそうではない、あるいは、不十分であるといった状態が生じ、かつ、時間の経過とともに、金融取引能力が認められない取引が徐々に拡大していき、最後にはすべての取引に及ぶ、といった場合に、本人単独での取引を認めるためには、どのような支援がふさわしいかという観点を重視したいと思っています。

このような場合の個別具体的な支援には、ある種の困難さが伴います。ここでこの支援には、本人の財産状況や取引態様を把握し、本人の意向や本人自身が設定した長期的な取引目的に沿った取引が行われているかを監視した上で、そこから外れた取引について適切な是正措置や取引の制限を行うことが含まれるからです。これを実現するには、本人の財産状況や取引態様を継続的に監視しておくことと、本人の取引意向や取引目的について、事前に確認しておくことが必要なはずで

##### (b) 様々な取引類型

こうした点に加えて、既に指摘した金融取引の多様性や、高齢者の判断能力の減衰が一様でないことをも考慮しつつ、本人の自己決定をできるだけ尊重した最

低限の介入を行おうとするのであれば、高齢者本人がどのような支援を望むのか、事前のアレンジメントを行っておくことが望ましいといえます。

一般的には、高齢者は資産を増やすことよりも、資産の一部を取り崩しつつも、生存期間にわたり資産が安定的に維持されることに関心を持つことが多いでしょう。こうした場合は、第三者が資産を管理するなどして、安定的な資産運用を心がければ、十分かもしれません。しかし、ある程度資産に余裕のある高齢者の中には、多少リスクを負っても資産を増やしたい希望があるかもしれませんし、中には自分自身で資産を管理することに重きを置く高齢者もいるかもしれません。こうした高齢者の自己決定も、事前のアレンジメントがある場合には尊重していく必要があります。

#### b 事前アレンジメントの種類

##### (a) 第三者委託型アレンジメント

そこで、こうしたアレンジメントの可能性について、考えてみましょう。まず、第三者が高齢者本人の意向を確認しながら取引をするタイプのアレンジメントについて考えます。本報告ではこれを、「第三者委託型アレンジメント」と呼んでいます。既存の制度を前提にすると、検討に値するのは、財産管理委任契約・任意後見契約・信託契約、あるいはこれらを組み合わせた方法などです。

ところで、近時の老年学等の研究によれば、高齢者の記憶力の低下は、過去の出来事の記憶、いわゆるエピソード記憶と呼ばれるものについて顕著だとされています。これは、高齢者が、過去の自分が決定した取引意向や取引目的を、忘れてしまう可能性があることを示唆します。そうしますと、高齢者が過去に決定した取引意向や取引目的と、矛盾した取引を行おうとするとき、現在の高齢者の意向に反してでも、これを行わない、といった権限が、第三者には必要になります。

財産管理委任契約と任意後見契約などと、信託契約では、高齢者の金融取引能力低下後の意向をどの程度尊重するかで差が生じます。任意後見契約の場合、後見人は任意後見契約の本旨に従い取引を行います。本人の意思尊重義務があるため（任意後見契約に関する法律6条）、第三者は金融取引能力低下後も本人の意向を尊重しながら、本人の利益のために取引を行う必要があります。財産管理委任契約については明文の規定はないものの、おそらく任意後見契約に準じて考えられます。これに対して信託契約の場合、受託者である第三者は契約締結時に設定された信託目的に従って取引を行うのが原則ですので、金融取引能力低下後

の本人の意向が尊重されるのは、指図権等が留保されるなど信託契約で定められた範囲に限られるものとなります。

また、こうしたアレンジメントの場合には、高齢者の判断能力低下後の、第三者の権限濫用を防止し、監督をいかに実現するかという点が重要になります。任意後見契約であれば、任意後見監督人、信託契約の場合は信託監督人の制度を活用することで、受任者あるいは受託者となった第三者の監督を行うことができますが、通常の財産管理委任契約についても、同様の地位にある第三者を置くことが考えられます。

#### (b) 自己委託型アレンジメント（試論）

このような、高齢者本人が信頼し指定した第三者に金融取引を委託しつつも、本人の取引意向を確認しつつ金融取引を行うという方法は、ある意味で従来から行われてきた取引の在り方そのものか、それを多少変更したものにすぎません。そこで、本報告ではもう一歩思考を進めたいと思います。第三者の代わりに、将来の自分を、金融取引の委託先として指定するアレンジメントです。これを本報告では、「自己委託型アレンジメント」と呼んでいます。

これはつまり、金融取引能力がある程度減衰していても、金融取引能力が失われるギリギリの瞬間まで、自分の判断で取引を行いたいという自己決定について、そうした取引を実現するためのアレンジメントといえます。このような、一見不合理にみえる自己決定も、自己決定権の範疇には含まれ、かつ法的にも許容されるべきだと私は考えますが、その理由については、金融法務事情の事前論考（金法2119号44頁）に譲ります。

問題は、こうしたアレンジメントを安全かつ適切に行うにはどうすればよいかです。この場合には、高齢者本人が単独で取引を行うわけですから、高齢者本人の監督、見守りが問題になると考えられます。

#### (2) アレンジメントにおける監督の在り方

##### a 第三者委託型の場合

そこまず第三者委託型のアレンジメントにおける、監督の在り方を検討します。財産管理委任契約・任意後見契約により金融取引を第三者委託した場合、受任者・任意後見人は、判断能力が低下し、金融取引能力が十分とはいえなくなった後も、本人の意向を反映しながら、取引を行うこととなります。そうしますと、金融取引時点での高齢者本人の置かれた状況から本人の意向を推測し、合理的で

一貫性のある取引目的として再構築する作業が必要になるでしょう。

こうしたアレンジメントには、本人の意向を推測できる身近な者の関与が不可欠に思われます。その意味では親族らが受任者・任意後見人になることが望ましいともいえますが、他方で親族らの権限濫用をチェックする必要があります。一般的には、任意後見であれば任意後見監督人がその役割を担うことになるものと考えられますが、本人の意向に沿って合理的で一貫性のある取引目的を再構築するという作業のためには、金融取引の専門家の関与も検討されるべきではないかと思われます。

他方で、信託契約により金融取引を第三者委託した場合、受託者は、委託者兼受益者である本人が信託契約によりあらかじめ設定した信託目的を尊重して取引を行うこととなります。このため、取引目的を事前に固定し、金融取引能力低下後の本人の取引意向の変化に対応することが可能でしょう。

こうしたアレンジメントは取引目的が固定されますので、受託者は本人の意向を取引ごとに確認する義務はないのが原則で、当該目的から導かれる行為指針に沿って金融取引を行うことになるものと思われます。信託監督人の役割も、この行為指針の順守のチェックが主な役割となるでしょう。具体的には、信託監督人は、受託者が法令または信託行為の定め違反する行為によって信託財産に著しい損害を与えるおそれがある場合には、事前の差止めを請求できるほか（信託法44条1項）、取引目的に違反する行為は権限違反行為として、金融機関が悪意・有過失の場合には取消権を行使するなどが考えられます。

他方で、このようなアレンジメントが適切に行われるには、将来生じうる事態に備えて、受託者の行為指針をある程度細かく定めておく必要があります。とくに一定のリスクのある投資運用などにおいては、アレンジメント当初に、金融取引の専門家が関与することが望ましいように思われます。

#### b 自己委託型の場合——信託型を参考にした見守りアレンジメント？

次に、金融取引能力低下後も、高齢者自身で金融取引をするというアレンジメントについて考えます。

第三者委託の場合と平行に考えるなら、①高齢者の金融取引能力が低下した後も、本人が一貫した取引目的を設定できる限りは、本人の意思により取引目的を自由に変更可能とするアレンジメントと、②アレンジメント時点で取引目的が固定され、金融取引能力低下後はその目的に沿った金融取引しか許され



ないというアレンジメントの2つが考えられます。ただし、①のアレンジメントは、高齢者の金融取引能力がいつ失われるかわからないという前提では、あまりにも不安定でありますので、本報告では、②のアレンジメントを中心に考えます。

いずれにしても重要なことは、高齢者の金融取引能力が漸減していくという前提に立つ以上、高齢者の金融取引能力がある限界を下回った場合に、高齢者自身による金融取引を停止し、別の財産管理方法に移行せざるをえない点です。したがって、そうした判断を誰が、どのような基準で行うかをアレンジメント時点で定めておく必要があるでしょう。こうしたアレンジメントが安全かつ適切に行われるためには、第三者委託の場合における任意後見監督人や信託監督人に相当する監督機関を設置して、高齢者の金融取引能力をチェックする必要があると思われれます。

②のアレンジメントでは、取引目的を固定しているため、監督機関は高齢者本人があらかじめ定めた行為指針を順守しているかをチェックし、行為指針を順守していない場合には是正措置を講じることができます。信託監督人とパラレルに考えるなら、監督機関は高齢者の利益を守るため、高齢者に対して、監督権限を行使し、行為指針違反により高齢者の財産に著しい損害が生ずるおそれがある場合には差止めを請求できるほか、取引目的に反する行為がなされ相手方である金融機関が悪意または重大な過失がある場合には、取引を取り消すことができるべきだと考えられます。また、高齢者本人による行為指針の違反が、信託財産に著しい損害を与えたことその他重要な事由があるときは、監督機関は高齢者を当該金融取引についての財産管理の任務から外し、新たな財産管理者を選択できるものと解すべきこととなります。こうした判断は、できれば裁判所など中立的な第三者機関によってなされることが望ましいでしょう。

このように私見では、自己委託型アレンジメントについて、信託により取引を第三者に委託した場合を参考にしながら、制度設計をしていくべきだと考えているわけですが、これに対しては、信託とパラレルに考えることへの疑問が生じると思われれます。すなわち、信託法によれば、委託者と受託者と受益者が同一である信託というものは、考えられないからです。実質的にみても、委託者が受託者をして、受益者に信託財産の利益を得させるという目的に従って、財産の管理をさせるという信託の本質からすれば、委託者と受託者と受益者がすべて同一であるような信託というのは、もはや信託ではないと考えられそうです。



ただし、私は、委託者・受託者・受益者が同一の信託の設定を広く認めるべきであるという主張をしているわけではありません。本報告の要点は、高齢者が単独で金融取引を行う場合の問題の中には、過去の自分の自己決定と、現在の自分の自己決定が、相矛盾するという状況が、加齢に伴う判断能力の低下によって、頻繁に生じうるという可能性があること、そしてそのような状況下において、過去の自己決定を現在の自己決定に優先させるためには、事前のアレンジメントを必要とするという点です。このとき、過去の自分、現在の自分、将来の自分が、あたかも別人格であるかのように考えた上で、過去の自分があらかじめ設定した財産管理目的に従って、将来の自分の利益を考慮しながら、現在の自分が財産管理を行うという関係は、信託類似の関係であると考えられるのであり、その限りで信託法は参考に値する、と考えているわけです。

#### 4 おわりに

本日の報告では、高齢者の金融取引について、自己決定の尊重という観点から検討を行いました。金融取引は、本人の財産に直接影響する問題であるため、不十分な判断しかできない者が行うことはリスクが大きく、本人保護のために適切な制限が設けられるべきであることは事実です。しかし他方で、金融取引もその人の生活の一部を構成するものである以上は、本人の自己決定はできるだけ尊重されるべきだと考えられます。本日の報告では、この矛盾する要請を調整するためのアレンジメントについて検討をいたしました。

## 質疑応答

河上 それでは、ご報告いただきましたので、これから質疑応答を始めたいと思います。この会場のお尻が5時半に設定されておりますので、質疑に関してはご協力をぜひお願いしたいと思います。

たくさんご質問いただきましてありがとうございます。それでは、報告者ごとにご質問を承ることにいたします。それから、前半での質疑のルールに従って、1分ぐらいを目途に簡単に質問の趣旨をお述べいただくというやり方で進めたいと思います。

それでは、最初に日比野さんへの質問からお願いいたします。1つ目は森下さんからの質問でございますが、よろしく申し上げます。

森下 ありがとうございます。上智大学の森下と申します。2点ございまして、1点目は、意思能力減退前に自己決定を促進するようなことは非常に重要かと思うのですが、実務上の対応として、例えば一定以上の年齢の方については一律に、自分から例えばこういう状態が現れたらこうこうこうしてくださいというようなことを、銀行の実務として選択していただくことは考えられるのでしょうか。自分自身で決定できるチャンスを提供することもサービスの1つかなと思ひまして、ご質問させていただきました。

2点目が、取引の電子化が進み高齢者と面談する機会がなくなると、いろいろな徴表を見付けにくくなると思うのですが、技術の活用などによっていろいろな意味での異常値を発見しやすくなるというようなことは考えられるものなのか。2点についてよろしくお願いいたします。

日比野 ご質問ありがとうございます。まず、1点目のご質問につきましては、そのような取組みが意義を有する可能性は非常に大きいだろうと思います。実際、ご本人にどのような意向や希望があるのかわかっていれば、金融機関としても、どのような取引がご本人の希望に沿っているかについて理解を深められることとなりますので、これは非常に有意義だと思います。

問題があるといたしますと、1つは金融機関の業務自体がかなりシステムに依拠した仕組みになってきておりますので、ご本人の希望をどれだけきめ細かく受け入れることができるかという点があるかと思います。きめ細かい対応をすればするほど、人の手を介する必要が当然出てくるのですが、他方で金融機関は現在

の経済環境下、コストという点で非常に大きな問題に直面している状況の中で、これをどう実現していくかは課題になってくると思います。

あと、もう1つは、これはこのような取組みをご本人にも積極的な取組みとして理解していただければ自然に解消する問題だと思うのですが、そのような間いかけを高齢者の方に一律に行っていくことに対して、ご本人がそれを不快に感じて苦情となる可能性もありうるとは思います。

もう1点、取引の電子化が進む結果、異常値を発見することができるようになるのですが、これについてもAIなどを活用することによって、認知症や判断能力の低下を検知しようという取組みは進んでいるところでございまして、電子化された取引の過程に、そのような仕組みを組み込んでいくことは考えられるのかなと思います。

報告の時に少し申し上げましたが、このような取組みを店頭で行いますと、苦情となる可能性がかなり高いだろうと思っておりまして、なかなか踏み切れないところであるのですが、逆にウェブ経由ですと、このような仕組みを相対的には自然に受け入れていただけるお客さまもいらっしゃるような気がしますので、これが現実的なものになってくればということですが、そのような技術を活用することによってこの問題に対応をしていくことも考えられるかなと思います<sup>(注)</sup>。

いずれも非常に重要なお指摘をいただきまして、どうもありがとうございます。

河上 よろしいでしょうか。それではお二人目ですが、神奈川弁護士会の根本さん、よろしくお願いいたします。

根本 今日は貴重なお話ありがとうございます。横浜で弁護士をしております根本と申します。横浜で成年後見に関係する副部長をしておりますので、ご質問させていただきました。

日比野さんのお話の中で、後見人による資産運用について、そのコンセプトが貫徹されていないとおっしゃっておられて、まさに現場で後見をやっている者としてもそのように感じております。多額の上場株ですとかETF、投資信託等をお持ちの方を担当させていただいたときに、そのポジションを持ち続けることがそもそも投資だと思っておりまして、どうも裁判所サイドはそのような認識が少し薄いかなと率直に思っているところです。

日比野さんからご案内がありました具体的な判断基準について、もう少し何か、例えば米国のルール等も含めて、参考になるものがございましたら、ぜひ教えて

いただければと思います。よろしく願いいたします。

日比野 ご質問ありがとうございます。申し訳ありません、残念ながらどのようなようにしていけばよいのかという具体的なアイデアですとか参考になるようなルール、制度を具体的に存じ上げているわけではなく、むしろこのような場を通じて私としても教えていただければありがたいなと思っているところでございました。

ただ、もしそのような運用が一定程度可能になるとしますと、被後見人の方の現在の年齢に応じてどのような商品が適切なのかはある程度関係するところはあるかと思えます。

報告では述べなかったのですが、統計によりますと成年後見は認知症を開始原因とするものが約60%強のようですが、逆にいえばそれ以外の開始原因も4割ぐらいあるということで、開始原因によってはかなり長期間の後見が続くこともあると思います。このように想定される後見の期間によって、運用商品の特性を考えていくことは考えられるのではないかと思うのと、あとは、まさに根本さんがおっしゃられた、保有している運用商品を解約するタイミングについても、何かしらこの基準に従っていれば後見人としての注意義務を果たしたといえるようなメルクマールの存在自体が大切なことと思っております。逆にいいますと、どういう場面でどう判断したから免責されるということを誰も自信を持っていえないことが問題なのではないかという気がしております、基準があることそれ自体がこの問題を解決する方向性なのだろうと思っております。お答えになっていなくて申し訳ございませんが。

河上 どうもありがとうございます。その基準をみんなで作っていくことなのでしょうかね、これから少しずつ。

日比野 そうですね。そうなればよいなと思って今回、報告させていただいたということでございます。

河上 それでは、続きまして、上柳さんにいただいたご質問で、明治大学の川地さんからでございます。よろしく願います。

川地 適合性原則による高齢者保護の問題は既に20年前にも議論されていまして、この問題に対処するために金融商品販売法という法律が制定されたのですが、金融商品販売法において適合性原則がどのように位置付けられているかということ、各業者が適合性に関して勧誘方針を策定してそれを公表しなさいとされています。

要するに顧客適合性への配慮をサービスの一環と捉えて各業者が独自の指針を作成した上で、それを公表することを通じて適合性原則を実現させる方式です。そして、良い内容の勧誘方針を作った業者のところにお客が集まり、悪い内容の勧誘方針を作った業者のところにはお客が行かなくなるという形で市場原理が働き、悪い内容の勧誘方針を設けた業者は市場において淘汰されるという趣旨でこの制度が導入されました。そこで、この金融商品販売法における勧誘方針の策定・公表という方法が、施行から20年近く経って実際に高齢者保護のために役に立っているのか、あるいは、役に立っていないのであれば、どのような改正をすればよいのかについて上柳さんにお聞きしたいというのが第1の質問です。

それからもう1つの質問としまして、ノウ・ユア・カスタマー・ルールというものを重視されていると思いますが、高齢者の判断能力は日々衰えていきますし、資産状況や投資目的も変わっていくと思いますので、常に最新の顧客情報を把握するために業者は顧客情報の更新をする必要があると思われます。そこで、顧客情報を更新するために顧客情報の収集を何年かごとに行うことを業者に推奨するにとどめるのか、あるいは、更新を義務化するのかという点、ならびに、更新の期間を何年ごとと設定すればよいのかという点が問題になると思われていますが、これらの問題についてどのようにお考えでしょうか。

上柳 ありがとうございます。川地さんのご質問、2点ともご質問のとおりだと私も思いますというのが短い答えです。1つ目のご質問の金融商品販売法は2000年にできた法律で、9条に適合性原則について、勧誘方針を金融商品取引業者は策定して、それを公表しなければいけないという規定があります。

ただ、これは冷たくいえば、金融機関は勧誘方針を設定されてホームページ、あるいは窓口のポスターで公表されておりますが、ご指摘のようにほぼ定型化されたものですし、そこに書いてあることは、適合性原則で6行程度で、適切な金融商品をお勧めいたしますとか、お客さまが受入れ可能なリスクの度合い等の正確な把握に努め、ノウ・ユア・カスタマーですね、商品内容やリスク内容など重要な事項を十分にご理解いただき、お客さま自身の判断でお取引いただけるよう適切な説明に努めますとかです。これ自体は表明していただくことは重要だと思いますが、実際には2000年当初に表明されたものが、その後は改定されていない、追加でも出ていないと思います。

そういう意味からいうと、ご指摘のようにあまり効果がなく、もっと強化すべ

きでないかと思います。もっとも、こういうふうに勧誘方針を表明された場合は、その表明に反するような行為が行われたときにはその責任が生じる、あるいは行政措置の対象になるという効果はあるのではないかと考えております。が、ただ、どうなのですかね、この2000年以降、様々な事件もあり、あるいは動きもある中で、この勧誘方針の策定公表以外のルールが整備されてきたことも総合的に考えると金販法9条だけに頼らなくてよいとも思ったりします。

その関係で、2つ目のご質問の、顧客情報のフォローアップのようなことに関するご質問と受けとめました。例えば監督指針でもそのようなことはいっておるわけですね。大会資料でいいますと51頁の最初の監督指針だと、最後の2行でしょうか。商品販売後においても丁寧にフォローアップしていく必要があると。それから、保険に関するものですのでちょっと特殊かもしれませんが、52頁の保険会社向けの監督指針でいうと、その部分の下から4行目、フォローアップという言葉があります。「1年たったのでフォローアップの電話です」とかいて、かえって煩わしいといわれる契約者もいるかもしれませんが、このような監督指針が出ており、こうした電話の対応はそれなりにされているのではないかと思います。今後、適合性原則の内容としてこのような顧客情報の更新も確立した法理になっていくと思います。そういう意味で川地さんのご指摘、両方とも賛成したく存じました。ありがとうございました。

河上 どうもありがとうございました。それでは、次は山下さんのところにくつかご質問が集中してしましまして、最初に京都大学の潮見さんよろしく願います。

潮見 京都大学の潮見です。ご報告ありがとうございました。本当は河上さんに対する質問というような内容なのですが、山下さんのほうに質問をさせていただきます。

事前のアレンジメントがない場合の、高齢者の金融取引と自己決定権についての質問です。金融取引における高齢者の自己決定権の問題を語る場合に、自己決定プロセスへの家族の関与とか、あるいは家族の意思の関わりをどういうふうにみるかという問題は避けて通れません。実際、日比野さんの今日のご報告にもこのことが示されておりましたし、高齢者医療の場では、まさに家族の意思とか家族の同意というものをどういうふうに位置付けるのかという観点からの議論は活発にされております。

ここからが質問なのですが、ご報告で示された金融取引能力を踏まえた場合に、高齢者の自己決定権と家族の関与という点でみたときに、第1に、本人の自己決定権を制約するものとしての家族の意思はどのように正当化されるのか、あるいは正当化されないのか。また、第2に、本人の自己決定権を支援するものとしての家族の意思はどのように正当化されるのか、あるいは正当化されないのか。かなり理論的な問題ですが、理論的な問題というものを避けては、日比野さんが問題提示されたことに対して答えたことにはならないし、これは学者たちの責任だと思いますので、あえて質問をさせていただいた次第です。山下さんのご見解をいただければありがたいです。以上です。

山下 ありがとうございます。非常に難しいというか、大変大きな問題だと思いますし、かなり悩んだところではありますが、まず私が考えている前提は、やはり本人の自己決定権が一番尊重されるべきであり、過去の自己決定と現在の自己決定が矛盾した場合には、事前のアレンジなどが無い限り、現在の自己決定が優先していくということです。そういう意味では、本人の自己決定権がやはり一番で、そこに例えば、本人が過去にどういっていたということを主張して家族が介入してくることは、自己決定権を尊重することとは相容れないだろうと思います。もう1点、高齢者医療の例を潮見さんに挙げていただきましたが、医療とは違いがかなり大きいかなと思っています。医療の場合は、それをしないと本人が危ないとか、それをさせると危ない場合もあるかもしれませんので、高齢者の健康や生命に関わるという意味での緊急性を考慮に入れる必要があります。そうしたギリギリの状況の中で、自己決定をどこまで尊重するかという問題が医療の問題ですが、金融取引の場合には、高齢者の資産の維持を前提にした上で、本人がそれ以上のものを望んだ場合の自己決定の範囲をどこまで認めていくかという問題になるのではないかと思います。その意味では、本人の明確な意思が事前に確認できない場合の対応の仕方が、ちょっと違うかもしれないと思いながら今回の報告をまとめさせていただきました。

そういう前提に立った上で、潮見さんにご指摘いただいた本人の自己決定を制約する家族の意見があった場合に、金融取引についてどうするかですが、本人の自己決定の尊重が第一であるという前提からすると、本人が行いたい金融取引について、これは資産を危険に晒すからやめろという家族の意見を正当化することは難しいだろうと思っています。つまり基本的には本人の自己決定の尊重という



観点からはその意見を聞く必要はないという方向に行くのですが、他方で、本人が不合理で一貫性のないような意思決定をするような段階になった場合に資産をどうやって守るかという問題で、パターナリスティックな介入が一切許されないのかという点には悩ましい部分もあります。

うまくまとまっていないのですが、事前のアレンジメントがない状況では、本人の資産を守る方向での家族の意見について一定の配慮をすることは考えられると思います。ただし、それは本人の自己決定権が家族の意見で制約されてよいということではなく、本人の明確な意思を事前に確認できない場合には、本人は資産を守る意思を有していたはずだという身近な人の意見を参考に、保守的に対応するという考え方から正当化すべきように思っております。

また、本人の自己決定権を支援するような家族の意見はどのように正当化されるかという点ですが、こちらも基本的には本人の意思が確認できないときには、家族の意見を参考にすることは許されるだろうとは思いますが、やはり事前にもアレンジがない状況では、家族の意見というのはあくまでも参考にすぎないと考えべきではないかと思えます。

河上 ありがとうございます。私は、家族の意思が本人の自己決定権を制約するような反対の意思をしたときは、本人の意思を優先的に尊重するという立場がよいと思いますが、潮見さんはどう思いますか。この①、②について。

潮見 私は報告者ではないのですが、投げかけられたので申し上げますが、基本的な考え方自体は、河上さんと同じです。ただ、どうしても気になってしまうのは、医療の場面では山下さんがおっしゃったことはよくわかります。金融商品取引でも同じことが起こると思います。家族が本人の意思決定に介入することが果たして許されてよいのであろうか。実際に介入が正当化されるための法的な枠組みあるいは支援の枠組みというものが設定されているときに、その枠組みにのっていないにもかかわらず、「これは私の意思です」とか「私たちの家族の財産ですから」とか、あるいは「私のお父さんが持っている貴重なお金ですから」とか、いろんな言い方があるかと思いますが、そうした観点から家族が決定のプロセスの中に介入することは抑制的であるべきかどうか、なかなか正当化はできないのではないかと思います。

だからこそ、今日の山下さんのご報告につなげて申し上げますと、山下さんが報告の中で主張されたような、より使いやすい、事前のまさにアレンジメントと



おっしゃられた制度、枠組み、スキームを作る方向で考えることによって、その中に、場合によれば家族の関わり方というものを組み込んでいくとしたらどうかなどは思うのです。

すみません、報告者じゃないですし、質問者ですので、申し訳ありません。

河上 2番の支援のほうも、基本的には本人の意思が推測できるという範囲で支援が正当化される。

潮見 本人の意思を推測ということが、私は、河上さんとは違うんです。そんなに本人の意思を簡単に推測していいのか、結局それは虚構の意思といたしますか、判断者が客観的に、あるいは自分がこれがいいと思うものを本人の意思だというふうになってしまうリスクがありますから、そのあたりは、程度問題ですが、河上さんとは違うかなと思っています。

河上 また後でやりましょう。

潮見 はい、後でやりましょう。

河上 それでは、続きまして、山下さんに質問ですが、弁護士の上田さん、お願いできますか。

上田 大阪の弁護士の上田と申します。本日は、わかりやすい説明をありがとうございます。

今回のご説明の中で、自己委託型アレンジメントについて、新たな制度を設けるようなことを想定されるようにお聞きしたのですが、例えば既存の制度で補助という制度があって、これは後見・保佐に該当しない程度の、山下さんがおっしゃるところの金融取引能力の低下であれば、この現行の補助を利用する、援用することは考えられないのでしょうか。

補助であれば、補助人の同意の範囲を申立て時にあらかじめ本人がアレンジをして、もちろん裁判所が審判で決めることなので、そのとおりになるかわかりませんが、取引類型や預金の金額等に応じて補助人の同意の範囲を決めることができるわけですし、また、補助人や補助監督人による監督も期待できるということがあるかと思えます。もちろん前提として家裁の実務運用の柔軟化が必要になると思いますが、このあたりのお考えをいただければと思います。以上です。

山下 ありがとうございます。今回は新しい制度を作る方向で考えてみたのですが、補助を使うことももちろん少し考えてみました。ただ、いくつか問題があるように思いました。

1つは、やはり上田さんがおっしゃってくださったように、裁判所が審判で決めてくれないと柔軟な対応はできず、高齢者の能力がだんだん変わっていく状況に対応できるかという問題です。

もう1つは、裁判所がその度に介入しながらやっていく形は柔軟性を欠くことにならないかという点です。このため、私がイメージしていたのは、基本的には本人が取引を自由にできる前提のもとで、本人が信頼している人が取引の制限の可否を判断していく枠組みでございました。

ただ、そういうふうにと取引の制限を一般私人が判断することは、簡単にできる話ではなく、濫用の危険もあるので、そこは監視、監督の仕組みなどを作った形でそういう制度を作れないかという、そういうことを考えていたわけです。もちろん裁判所がすべて介入して下さって、非常に公平中立な判断をどんどんやっていくのであれば、それはそれで望ましいかもしれないと思いつつ、それを全部やるのは大変だろうという判断が先に立ってしまっていて、新しい制度を作るという提案を中心に今回の報告をさせていただいた次第です。

河上 ありがとうございます。続きまして、鹿児島大学の植本幸子さん、お願いいたします。

植本 本日は、先生方皆様、貴重なご報告いただきありがとうございます。

山下さんに質問です。自己決定の尊重のための方策について、その方策にのっとったはずが、最終的にだまされたとの自覚に至り、紛争になった場合、自己決定として救済を認めないお考えなのか、それとも事後的判断としては、適合性原則あるいは先ほどの金融取引決定能力を事後判断するなどによって救済するのが前提のお考えなのか、どちらかというところで確認いたしたいのでよろしくお願ひ申し上げます。具体的には、関与した身近な人とご本人の両方が実は知的能力にハンデがあるがグレーであって、例えば既に皆様実働されていて、現場とかで高齢者だったらこのぐらいなどといったような感覚をちょっと外れるような方たちであったり、しかも関与した人たちがみんなそのまま、ここにいらっしゃる先生方ほど感性が高くなかったりということも十分ありうると思いますので、そういったことで質問いたしました。よろしくお願ひします。

山下 いただいた質問票によりますと、関与した金融専門家が自称専門家だったりコミュニケーション不足だったりして、自己決定権というか、アレンジメントをする前の段階で問題があった場合に、それを事後的に救済するときにどうな

るかという、そういうお話ですか。

植本 はい。認めるのか認めないのかという。

山下 そうですか。

植本 制度的に。

山下 その場合に、アレンジメントする段階で、きちんと本人が、こういうリスクがあった上でこういう金融取引について自分なりに行うとかいう判断ができていないのであれば、これはもはや自己決定権の基礎が欠けているのだと思います。アレンジメントの段階で詐欺的な行為があるなり、本人が重大な勘違いを行っていることが紛争になった場合は、アレンジメントがないという前提で判断すべきではないかと思います。

アレンジメントがない前提で判断するとしますと、意思能力の問題とか適合性の原則の問題へと戻っていくわけで、金融取引の能力がある程度はあるが不十分な場合に、上柳さんがご提案されたように、グレーのときは適合性の原則等を満たさないとするような判断によって救済がされるのではないかと思います。

ですので、アレンジメントの入口のところはかなりしっかりみないと、私のいったような自己決定権の尊重という話にはならないと考えております。以上です。

植本 ありがとうございます。ということは、これは勧誘する側からすると、この法則に従っていれば確実に安全ということではなくて、なるべくトラブルを減らそうというためにやればいいですねといったような形になるという理解でよろしいでしょうか。

山下 そこは制度設計の問題だと思います。私自身、どういうふうに制度設計すればいいかを十分具体化できていないのですが、金融取引に関与する専門家に一定の資格要件を定めるとか、いろんな方法がありうると思います。具体的にいろんな例を挙げるのは難しいのですが、今後も考えさせていただこうと思います。

植本 ありがとうございます。

河上 どうもありがとうございました。それからもう1問、これは先ほど質問いただいた根本さんから山下さんに対するご質問がありますが、これはここで読み上げさせていただきます。取引の支援と自己決定の方法として、任意後見（持続的代理権）が考えられるが、その場合に代理権の時的限界が問題となるのでは

ないかと思えます。山下さんはどのようにお考えになりますかという質問ですが、お願いできますか。

山下 この場合の時的限界の意味がちょっと。

河上 そうですか。では、やはり根本さんにもう一度ちょっとコメントしていただきますしょう。

根本 すいません。申し上げたかったのが、例えば今、金融実務などでも例えば代理人の登録制度等があるかと思うのですが、例えばその本人の意思について、意思表示から取引実行までの間に例えば間が空くとか、もしくは取引が長期間にわたって継続するような場合に、本人の過去の意思をどこまで本人意思とみるのかという、その時的な限界というのがやはりどこかで線が引かれるのではないかなと感じておりました、そのあたりについて、山下さんがお考えのところがあれば教えていただければと思います。

山下 わかりました。ありがとうございます。委任契約の場合、継続的な契約として、基本的には死亡するまでは任意後見であれば継続しているという前提だと思えますので、本人の意思については過去の意思を判断するのでしょうか、ただ、任意後見の場合については、既に報告でも述べましたように、常に本人の現在の意思を確認して尊重することの義務があるのではないかと考えています。

その上で、ご質問の時的限界の問題ですが、基本的には代理権ですので、終了事由がない限り代理権はあるのでしょうかから、明らかに本人の意思、現在の意思がその取引を望んでいないときに、それがわかっていながら取引をすることは任意後見人としての義務違反になるということで、これは時的限界の問題というよりは、意思尊重義務に従って代理権を行使することの義務との関係で、どのぐらい頻繁に意思確認をしなければいけないとか、そういう問題に帰着させるべきように思います。

河上 ありがとうございます。続きまして、最後に質問票を出された清和大学の仲宗根さん。仲宗根さん、いらっしゃいますか。宛先が書かれていなかったのですが、これはこちらでやっていただきますしょうか。

仲宗根 日比野さんが。実務にお詳しい方のほうがよろしいかなと。

河上 質問の趣旨をお願いできますか。

仲宗根 はい。すいません、若干ずれているかもしれませんが、生活資金として必要な場面での資金決済におけることがすごく気になりまして、先ほど普通で

も2000万ほどの老後資金が必要だということで、必ずしも投資場面でなくても高齢者が多少なりの高額な資金の決済を強いられる場面があると思っております。例えば災害の後片付けですとか。そういうときに、買わなくてもいいものに関する勧誘などの注意はもちろん大事なことだとは思いますが、身近な例で、介護施設の利用料を支払う手続を本人の口座からしていなくて、妻がずっと用立てて払い込んでいたが、妻も認知症になって、キャッシュカードの暗証番号もわからない、紛失してしまったことで、結局、預金はあるが使えない状態が続いて、非常に困って、脳梗塞で倒れているので意思表示もできない、委任状も出せないということで、そういう場面でも銀行の実務上はやはり硬直的な態度でなかなか下せないということを耳にいたします。

そのようなことに関しまして、今後そういう実務で高齢者の資金決済における便宜という法制度にどういう動きがあるかを伺いたいということと、今、若年認知症も増えてきているように伺いますので、仮想通貨など、午前中のような取引をなさっている方たちが高齢になって認知症が進み、1人世帯などでどなたも介助できないようなときに、そのリスクはますます高まるのではないかなと思います。

1つ、いろいろな後見制度とか利用が望ましいし、転ばぬ先のつえが必要だとは思いますが、例えば近親者がいても、後見制度を使うと暦年贈与の特例が使えなくなるなど不利益があり、年間24万ほどの費用も最低限かかりますし、第三者に頼む場合ですね。なので、そういうことを含めた今後の法制度の見直しに関して、何かコメントいただければと思います。

日比野 ご質問ありがとうございます。おそらくいろいろなケースがあるとは思いますが、今ご説明いただいたようなケースだとすると、金融機関にもよりますしケースバイケースでもありますが、ある程度柔軟な運用をすることも可能なのではないかと思います。

報告との関係で申し上げますと、例えばその振込の宛先自体から、確かに問題とならなそうだという判断ができるのであればある程度柔軟に対応する可能性もございます。また、金融機関としてはそのご本人の置かれている状況やニーズがわからないということが申出に応じられない理由の1つとなっていると思いますので、そのような観点からしますと、もう少し中立的な立場の方、例えば役所の福祉関係部署や、地域包括支援センターの方などが可能性としては考えられる

かもしれませんが、ご本人の置かれた状況やニーズをある程度客観的に知りうる方から背景事情などをお伺いした上で、リスク判断のもとでお支払に応じることができるケースもあろうかと思えます。

また、そのような背景事情が把握できるのであれば、これは論考の脚注で触れましたが、金融機関は事務管理として支払を行い、その費用償還請求権と預金債権とを相殺するという法律構成でリスクを回避する可能性も指摘されております。このように、その方が置かれている状況やニーズがある程度客観的な形でわかるのであれば、金融機関としても、今申し上げたような考え方を通じてリスク判断の下で対応できる可能性も広がってくるのではないかなと思います。一方、法制度の見直しになりますと、私自身、どのような見直しをすれば問題解決につながるのかといった知見もないのですが、おそらくかなり難しいのではないかなという印象を受けました。

すいません。以上でご回答になっておりますでしょうか。

河上 どうもありがとうございました。あと5分ほどで最後ですので、もう一方ぐらいご質問を受けることができますが、どなたかこれだけは聞いておきたいという質問があれば、よろしいですか。

どうも活発な質疑をありがとうございました。日本だけではなく、中国、韓国、シンガポールとかタイ、ベトナム、すべてがこれから高齢化社会に突入するということがいわれています。日本はそのトップランナーを走っていることになりす。

こうした状況下で、超高齢社会の中で、金融機関がどういう役割を果たせるかと。個人的には、私はかかりつけ医師みたいにかかりつけ銀行が出来上がって、だんだんそういう年をとった方に対しても寄り添っていけるような、ハブになるような銀行がこれから育てていくことを願っていますが、日比野さんにこの間その話をしたら、「コスト問題ですから」といわれてしまいましたので、なかなかうまくいかないのだなあとということだけはよくわかりました。

ただ、少しずつでも良い方向に持って行って、ガイドラインのようなものもみんなですぐには完璧なものではありませんが、少しずつ良いものを作って行って、みんなで判断をして、ここまでやれば大丈夫という線を具体化していくような作業をこつこつとやっていくことが大事ではないかなと思います。高齢化先進国として、やはり日本の経験が社会に対して、世界に対しても発信できるようになれ

ばいいなというふうに思っておる次第でございます。

それでは、3人の報告者に対して改めて拍手をお願いいたします。

[注] なお、質疑では触れることができなかったが以下の点を補足させていただきたい。すなわち、このような取組みに対しては高い期待が寄せられているが、仮にAI等によって認知機能の低下を把握することができたとしても、そのことのみをもって当該取引を行う意思能力の有無を判断できることには必ずしもならないように思われる。意思能力の有無は法的評価である以上、一定のテスト等によって取引の可否を判断しようとするのであれば、厳密には、医学的見地からどのような認知機能が維持されていると評価できれば、一定の法律行為（例えば預金の入出金、株式の売買など）をする能力があるという法的評価を一般的に与えることができるのかを検証する作業、換言すれば、医学的評価と法的評価における理解の共通化を図る作業が必要となるようにも思われる。このような理解が本当に正しいのか、またこのような作業が実際に可能であるのかについて報告者に確たる見識はないが、このような問題点の可能性はここで付言しておきたい。

## 銀行と FinTech 企業の関係に関連する規制の新たな展開の可能性

### 1 はじめに

2020年3月18日、連邦預金保険公社（Federal Deposit Insurance Corporation, FDIC）は、Square社がユタ州法に基づき設立を予定している Industrial Bank の預金保険制度への参加を承認し、その旨を公表した<sup>(1)</sup>。Industrial Bank とは、州法に基づき設立される金融機関であり、Industrial Loan Company または Industrial Loan Corporation と呼ばれることもある<sup>(2)</sup>。ユタ州法では Industrial Bank と呼ばれているが、以下では Industrial Bank ではなく Industrial Loan Company（ILC）との呼称を用いる。

ILC は、預金の受入れや貸付等、伝統的な銀行業務を行うことが認められている。Square社の主たる事業はクレジットカードを利用した決済サービスの提供であるが、新たに設立する ILC を通して、決済サービスの顧客である事業者に対する融資と預金商品の提供を行うことが予定されているようである<sup>(3)</sup>。Square社による ILC の設立は、日本でも、「フィンテック勢が直接、銀行業を手がける初の事例」として注目されている<sup>(4)</sup>。ILC は州法に基づき設立される金融機関である。しかし、ユタ州法では、ILC が業務を行う条件として、FDIC の預金保険制度への加入が義務付けられている<sup>(5)</sup>。したがって、Square社の ILC が銀行業務を行うためには FDIC の承認が必要となる。

FinTech 企業が伝統的な銀行業務に参入する際には、「銀行と商業の分離」（“Separation of Banking and Commerce”）に関連する種々の規制が障害となる<sup>(6)</sup>。銀行の業務範囲は制約されているため、FinTech 企業が自ら銀行業の免許を取得するために、ビジネスモデル上の制約が存在する<sup>(7)</sup>。また、FinTech 企業が銀行を保有する場合には、ほかに保有できる子会社の業務等について制約が生じる<sup>(8)</sup>。ただし、Square社による ILC の設立は、銀行の保有に関連する連邦法上の規制の適用除外規定を利用したものである。2005年に Wal-Mart 社が同規定を利用しようとしたことを契機として、その合理性が、「銀行と商業の分離」の原則自体を含め、活発に論じられた<sup>(9)</sup>。Square社に続く FinTech 企業が現れるのであれば、Square社の事例は「銀行と商業の分離」に関する連邦法上の規制の見



直しの契機となる可能性がある<sup>(10)</sup>。そこで本稿では、ILCの保有に関連する連邦法上の規制を概観し、今後の規制の展開に備えることを試みる<sup>(11)</sup>。

## 2 銀行持株会社法における ILC の保有の位置付け

1956年に制定された銀行持株会社法（Bank Holding Company Act, BHCA）は、銀行を支配する会社を銀行持株会社と定義し、規制対象とする<sup>(12)</sup>。すなわち、金融規制上、原則として、銀行持株会社ではない会社が銀行を子会社とすることは認められていない。BHCAに基づく監督を担うのは、連邦準備制度理事会（Board of Governors of the Federal Reserve System, FRB）である<sup>(13)</sup>。銀行持株会社になると、原則として、銀行以外の会社を子会社とすることができなくなり、銀行持株会社自身の業務範囲も銀行業および銀行業に密接に関連しておりそれに付随して行われるにすぎない業務と子会社の管理等に限定される<sup>(14)</sup>。

BHCAの規制対象である銀行持株会社の範囲については、支配する銀行の数や「銀行」の定義について、改正が重ねられた<sup>(15)</sup>。現在、FDICが管理する預金保険制度の対象となる銀行を1つでも支配する会社は銀行持株会社となる<sup>(16)</sup>。ILCも、FDICが管理する預金保険制度の対象となる。しかし、歴史的な経緯から、預金保険制度の対象となるILCはBHCAにおける銀行の定義から除外されている<sup>(17)</sup>。すなわち、ILCを支配する会社は銀行持株会社にはならず、BHCAに基づく規制およびFRBの監督を受けない。ILCの監督は、設立根拠法として選択された州の監督機関に加え、FDICによって行われる<sup>(18)</sup>。ただし、BHCAの適用を受けることなくILCを保有するためには、①支配の対象となるILCは小切手の振出等により第三者への支払に利用できる要求払い預金を取り扱わないこと、②支配の対象となるILCが保有する資産の規模は1億ドル未満であること、③ILCの支配を開始した時期が1987年8月10日の後ではないこと、のいずれかの要件を満たす必要があった<sup>(19)</sup>。

ILCの保有をBHCAの規制対象から除外する旨の規定は1987年の改正（Competitive Equality Banking Act）によって設けられたが、その理由は立法過程において明らかにされたわけではないようである<sup>(20)</sup>。しかし、1987年改正の当時、預金の取扱いに関するILCの権限には州法上の制約があり、実際に行われていた融資の対象も中低所得の個人が中心であったため、事業会社にとってILCの保有は魅力的な選択肢ではなかった可能性が指摘されている<sup>(21)</sup>。その後、ILCの設立を認める州法が改正され、ILCが行うことができる業務の範囲は、FDICの預金保険

制度に参加する他の銀行が行うことができる業務とほぼ等しいと評価されるようになった<sup>22)</sup>。1999年には事業会社による貯蓄貸付組合 (thrift) の保有に関する規制が強化されたこともあり、銀行持株会社を対象とした規制を受けることなく伝統的な銀行業を営みたい会社にとって、ILC の保有は魅力的な選択肢となった<sup>23)</sup>。とくに、自動車製造業や小売業を営む著名な事業会社が ILC を保有する動きが活発になった<sup>24)</sup>。

なお、Merrill Lynch, Goldman Sachs, Morgan Stanley のような投資銀行も、銀行持株会社としての規制を受けることなく伝統的な銀行業を営む選択肢として、ILC を活用していた<sup>25)</sup>。

### 3 ILC の保有に関する規制の展開

2005年に、Wal-Mart 社による ILC の保有計画が明らかになったことによって、ILC の保有を BHCA の規制対象から除外する旨の規定の是非に注目が集まった<sup>26)</sup>。Wal-Mart 社が小売業で起こした価格破壊が銀行業でも生じることにに対する懸念等から、地域金融機関の業界団体をはじめ強い批判が巻き起こり、連邦議会でも対応が検討された<sup>27)</sup>。ただし、Wal-Mart 社が ILC の保有計画の実行の停止を選択したため、事業会社による ILC の保有に関して BHCA の規制の見直しが行われることはなかった<sup>28)</sup>。FDIC が事業会社による ILC の保有計画の申請の受付を一時的に停止し規制の見直し作業を行う等したため、ILC の保有を BHCA の規制対象から除外する旨の規定を利用する動きは沈静化したようである<sup>29)</sup>。

2010年に制定されたドッド・フランク法 (The Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act) には、同法の施行日から3年間、FDIC は事業会社による ILC の保有計画を承認できない旨の規定が存在した<sup>30)</sup>。ただし、ドッド・フランク法制定の契機となった金融危機においても、銀行持株会社以外の会社が保有する ILC の破綻が相次いだわけではなうようである<sup>31)</sup>。しかし、金融危機後、投資銀行は傘下の ILC を州法銀行 (state-chartered banks) に転換し BHCA の規制対象となることを選択したため、BHCA の適用除外規定の対象となる ILC の資産規模は大きく減少した<sup>32)</sup>。

ドッド・フランク法は、FDIC の権限を一時的に制約することに加えて、Government Accountability Office (GAO) に対し、ILC の保有を BHCA の規制対象から除外する旨の規定を含む BHCA の規制対象を限定する規定の合理性の調査を求めていた<sup>33)</sup>。2012年に GAO による調査報告書が公表された<sup>34)</sup>。しかし、

FDIC の権限を一時的に制約する期間が終了するまでに、連邦議会による何らかの措置が行われることはなかった<sup>35)</sup>。

#### 4 今後の展望

銀行と FinTech 企業の関係は国際的にも注目を集めている<sup>36)</sup>。「銀行と商業の分離」を目的とする規制の存在は、銀行と FinTech 企業の関係の発展に大きな影響を与える要素である<sup>37)</sup>。「銀行と商業の分離」に関連する規制は、銀行による一般事業会社の保有と一般事業会社による銀行の保有の双方を対象とする<sup>38)</sup>。Square 社の事例で問題となったのは、BHCA に基づく後者の規制である<sup>39)</sup>。ドッド・フランク法では、「銀行と商業の分離」を目的とする規制の抜本的な見直しは行われなかった。しかし、Square 社のように伝統的な銀行業務を自ら営もうとする FinTech 企業の数が増加すれば、「銀行と商業の分離」に関連する規制の在り方、すなわち、「銀行と商業の分離」に関連する規制の目的とそれを達成する手段の適切さを再検討する必要性が生じるように思われる<sup>40)</sup>。以下では、ILC の保有に関する規制の分析から得られた示唆を述べる<sup>41)</sup>。

第 1 に、「銀行と商業の分離」に関連する問題は、金融機関や金融システムに関連する問題に限られない。1956年の BHCA 制定時、2 行以上の銀行を保有する会社のみが銀行持株会社として規制されていたが、1970年の BHCA 改正によって、1 行でも銀行を保有する会社は銀行持株会社とされることになった<sup>42)</sup>。したがって、1970年改正によって、「銀行と商業の分離」を確保するために事業会社による銀行の保有を規制するという金融規制の枠組みが明確になったといえる。その際、「銀行と商業の分離」を確保する目的として、以下の 3 点が挙げられていたとの指摘がある<sup>43)</sup>。

- ① 望ましくない経済と金融に関する権力の集中を避ける。
- ② 事業会社と密接な関係のある銀行が、金融システムに脅威となる活動や経済の破壊につながる活動に従事することを避ける。そのような活動の例として、(a) 銀行が密接な関係のある事業会社に不健全な融資を行う、(b) 銀行が密接な関係のある事業会社の競争相手に対する融資を拒絶する、(c) 銀行が借手に融資の条件として密接な関係のある事業会社との取引を要求する、がある。

①は金融の分野に特有の問題ではなく、経済一般に共通した問題であるから、主に競争法によって対処すべき課題であるように思われる。そもそ

も、BHCA 制定の契機となったのは、当時、世界最大の銀行であった Bank of America を含む47行の銀行とその他の多くの企業から構成される企業グループ (Transamerica) に対する競争法上の措置が功を奏しなかったことであった<sup>44)</sup>。Wal-Mart 社による ILC の保有計画も、Wal-Mart 社へ過度の経済力が集中することへの懸念があったからこそ、苛烈な批判にさらされたと思われる。②の (b) と (c) も、市場競争を歪める行為という点で、競争法による対処も考えられる課題である。一方、②の (a) は、銀行の健全性に関する問題であるから、主に金融規制によって対処すべき課題であるといえる<sup>45)</sup>。

第2に、法律上、事業内容について厳格な制約が存在しない一般事業会社が銀行を保有する場合、様々な形で銀行および金融システムの健全性が害される可能性が指摘されている<sup>46)</sup>。②の (a) はその典型的な事例であり、銀行が不利な条件で一般事業会社との取引を強いられる可能性を指摘するものである<sup>47)</sup>。ただし、②の (a) のような問題への対処としては、銀行と親会社をはじめとする関連会社の取引自体を規制対象とすれば十分ではないかが問題となる<sup>48)</sup>。一方、一般事業会社と銀行が共同して顧客にサービスを提供する場合には、一般事業会社のビジネスモデルが銀行の健全性に影響を与えるように思われる。関連会社との取引が銀行の収益源に占める割合が大きい場合だけでなく、関連会社と銀行の関係が密接になればなるほど、関連会社の破綻が銀行の財務状況への疑念を引き起こすという形で銀行の健全性を害する可能性もある<sup>49)</sup>。このような場合、BHCA のように銀行を保有する会社自体を規制対象とすることに合理性が認められる可能性がある<sup>50)</sup>。

これに対して、一般事業会社による銀行の保有が銀行の健全性に望ましい影響を与える可能性も主張されている。例えば、銀行持株会社を対象とした規制の中には、子銀行の財務状況が悪化した場合、銀行持株会社は子銀行を救済しなければならないというものがある<sup>51)</sup>。ドッド・フランク法によって、FDIC の預金保険制度に加入する銀行の親会社にも類似の義務が課されることになった<sup>52)</sup>。このような義務の実効性という点では、むしろ、傘下の銀行の収益に依存する銀行持株会社よりも一般事業会社の方が、流動性の供給等によって銀行の財務基盤を維持・強化する主体として適切であるとの評価もみられる<sup>53)</sup>。ただし、一般事業会社が保有する銀行の規模が大きくなればなるほど、銀行を保有する一般事業会社が銀行の財務基盤を支えることが困難になる点に注意を要する<sup>54)</sup>。

第3に、銀行や金融システムの健全性を維持するため銀行を保有する会社および銀行の関連会社を規制する場合、「金融」規制という枠組み自体が、銀行を保有する会社やその他の子会社の業務範囲の規制の在り方に影響を与える可能性がある。第2の示唆は、一般事業会社による銀行の保有が銀行および金融システムの健全性に与える影響は、両者の関係によって大きく異なる可能性を示唆している。したがって、銀行を保有する会社やその他の子会社の業務範囲を規制するとしても、その規制の在り方には多様な選択肢がありうるように思われる<sup>65</sup>。しかし、銀行を保有する会社やその他の子会社が金融に関連しない業務を幅広く営むことを認める場合、金融規制の監督機関が一般事業会社を規制するという状況が現れることになる。このような場合、金融規制の監督機関が金融に関連しない事業を理解するための費用が生じたり、一般大衆の間に一般事業会社の健全性も金融規制によって担保されているとの誤解が発生したりする可能性を指摘する見解がある<sup>66</sup>。

※ 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) FDIC, FDIC Approves the Deposit Insurance Application for Square Financial Services, Inc., Salt Lake City, Utah (March 18, 2020), <https://www.fdic.gov/news/news/press/2020/pr20033.html>.
- (2) FDIC, The FDIC's Supervision of Industrial Loan Companies: A Historical Perspective, 1 SUPERVISORY INSIGHTS 5, 7-8 (2004), <https://www.fdic.gov/regulations/examinations/supervisory/insights/sisum04/sisummer04-article1.pdf>; U.S. GOV'T ACCOUNTABILITY OFFICE, GAO-05-621, INDUSTRIAL LOAN CORPORATIONS: RECENT ASSET GROWTH AND COMMERCIAL INTEREST HIGHLIGHT DIFFERENCES IN REGULATORY AUTHORITY, at 16 (2005) [hereinafter the 2005 GAO REPORT]. Industrial Bank は、当初は、賃金労働者に対する無担保貸付を主たる業務とする金融機関として創設されたが、その後、商業融資や不動産担保貸付等、業務範囲が拡大していった。
- (3) Square, Square Receives Conditional FDIC Approval for Industrial Loan Charter Application for Deposit Insurance (March 18, 2020), <https://>

squareup.com/us/en/press/ilc-update.

- (4) 山下晃「コロナ危機下で悲願の銀行免許 本丸狙う米フィンテック」日本経済新聞電子版（2020年4月20日）。
- (5) Utah Code Ann. § 7-8-3 (4) (b) (Lexis Advance) (March 24, 2020).
- (6) アメリカの金融規制における「銀行と商業の分離」に関する規制を包括的に検討した最近の研究として、平岡克行「米国における銀行と商業の分離規制の展開(1)～(4・完)」早稲田大学大学院法研論集151号333頁以下、152号309頁以下、153号267頁以下、155号249頁以下がある（以下「平岡(1)～(4)」と引用する）。
- (7) 例えば、国法銀行法（National Bank Act）に基づき設立される銀行（国法銀行）が行うことができる業務は、銀行業務（business of banking）と付随業務（incidental power）に分けられる。12 U.S.C. § 24 (Seventh)。しかし、連邦法上、銀行業務と付随業務の内容は明確に定義されているわけではない。そのため、国法銀行が行うことができる業務の範囲については、国法銀行の監督権限を有する通貨監督庁（the Office of the Comptroller of the Currency, OCC）の解釈通達（interpretive letters）が重要な意味を持つ。See Nationsbank of N.C., N.A. v. Variable Annuity Life Ins. Co., 513 U.S. 251, 258 note 2 (1995) (“We expressly hold that the “business of banking” is not limited to the enumerated powers in § 24 Seventh and that the Comptroller therefore has discretion to authorize activities beyond those specifically enumerated. The exercise of the Comptroller's discretion, however, must be kept within reasonable bounds. Ventures distant from dealing in financial investment instruments – for example, operating a general travel agency – may exceed those bounds.”). 国法銀行の業務範囲に関する規制の変遷については、平岡(3)・前掲注(6)268～278頁で紹介がなされている。See also Saule T. Omarova, *The Quiet Metamorphosis: How Derivatives Changed the “Business of Banking”*, 63 U. Miami L. Rev. 1041 (2009) (OCCの解釈通達に基づく国法銀行の業務範囲の拡大を批判的に分析する)。
- (8) 後掲注(4)とその本文参照。
- (9) See, e.g., Kevin K. Nolan, Note and Comment, *Wal-Mart's Industrial Loan Company: The Risk to Community Banks*, 10 N.C. Banking Inst. 187 (2006) ; Anna Gelpern, *Anna, Wal-Mart Bank in Mexico: Money to the Masses and the Home-Host Hole*, 39 CONN. L. REV. 1513 (2007) ; Arthur E. Wilmarth,

- Jr., Wal-Mart and the Separation of Banking and Commerce, 39 CONN. L. REV. 1539 (2007) ; Zachariah J. Lloyd, Note, Waging War with Wal-Mart: A Cry for Charge Threatens the Future of Industrial Loan Corporations, 14 FORDHAM J. CORP. & FIN. L. 211 (2008) ; Mehrsa Baradaran, The ILC and the Reconstruction of U.S. Banking, 63 SMU L. REV. 1143 (2010) [hereinafter Baradaran, Reconstruction]; Charles Kabugo-Musoke, A Wal-Mart-Owned ILC: Why Congress Should Give the Green Light, 15 N.C. BANKING INST. 393 (2011) ; Mehrsa Baradaran, Reconsidering the Separation of Banking and Commerce, 80 GEO. WASH. L. REV. 385 (2012) [hereinafter Baradaran, Reconsidering].
- (10) Square 社の ILC の預金保険制度への参加の承認との関連は明示されていないが、2020年3月17日、FDIC は、銀行持株会社法に基づく FRB の規制を受けない会社による ILC の保有を対象とした規則案を公表した。See FDIC, FDIC Seeks Comment on Proposal to Ensure Safety and Soundness of Industrial Banks (March 17, 2020), <https://www.fdic.gov/news/news/press/2020/pr20031.html>; FDIC, 12 CFR Part 354; Parent Companies of Industrial Banks and Industrial Loan Companies; Proposed Rule, Federal Register/Vol. 85, No. 62/Tuesday, March 31, 2020. 以下では、FDIC のこの規則案を「Proposed Rule」と引用する。
- (11) 銀行と FinTech 企業に関する規制の新たな展開の可能性という観点からは、OCC が主に FinTech 企業による取得を念頭に置いて新設した特別目的国法銀行 (Special Purpose National Bank) の免許 (以下「FinTech Charter」という) も注目を集めている。See, e.g., Lawrence D. Kaplan et al., The OCC's Proposed Fintech Charter: If It Walks Like a Bank and Quacks Like a Bank, It's a Bank, 134 BANKING L.J. 192 (2017). J. P. Murphy, More Sense than Money: National Charter Option for FinTech Firms is the Right Choice, 18 N.C. J.L. & TECH. 359 (2017) ; Elizabeth J. Upton, Chartering Fintech: The OCC's Newest Nonbank Proposal, 86 GEO. WASH. L. REV. 1392 (2018) ; Sabrina Chartrand, Note: Development in Banking & Financial Law: 2019: V. The OCC's Step Towards Innovation: The Fintech Charter, 38 REV. BANKING & FIN. L. 511 (2019). OCC の説明によれば、特別目的国法銀行と



は、業務範囲に特殊な制限が存在する国法銀行であり、FinTech Charterはその一種である。FinTech Charterの特徴は、3つの基本的な銀行業務（預金の取扱い、小切手の支払、資金の貸付）の中で、預金の取扱いが認められていない点にある。See OCC, COMPTROLLER'S LICENSING MANUAL SUPPLEMENT: CONSIDERING CHARTER APPLICATIONS FROM FINANCIAL TECHNOLOGY COMPANIES, at 2 (2018). 国法銀行法およびOCCの規制において、FinTech Charterに基づく銀行は他の国法銀行と同様に取り扱われる。Id. at 2-3. しかし、FinTech Charterを取得した銀行も国法銀行であるから、連邦法による州法の専占（preemption）が生じることになる。その結果、FinTech Charterを取得した銀行は各州法を個別的に遵守する負担が減少するため、この点をFinTech Charterの利点として挙げる見解がある。See Murphy, id. at 383-384 & 394. See also OCC, POLICY STATEMENT ON FINANCIAL TECHNOLOGY COMPANIES' ELIGIBILITY TO APPLY FOR NATIONAL BANK CHARTERS, at 2 (2018) (“[A]pplying the OCC’s uniform supervision over national banks, including fintech companies, will help promote consistency in the application of laws and regulations across the country and ensure that consumers are treated fairly.”). しかし、FinTech Charterを取得した銀行は預金を受け入れることができないため、後掲注(16)で紹介する銀行持株会社法の「銀行」の定義を満たすことはできない。その結果、FinTech Charterを取得した銀行を保有する者は銀行持株会社としての規制を免れることになり、この点を問題視する見解がある。See Upton, id. at 1433. なお、FinTech CharterはOCCの権限を越えるとして、複数の訴訟が提起されている。See White & Case, SDNY Blocks OCC’s Fintech Charter: Considerations for Fintech Companies (November, 2019), <https://www.whitecase.com/publications/alert/sdny-blocks-occs-fintech-charter-considerations-fintech-companies>. その中にはFinTech CharterはOCCの権限を越えるとの判断を示した判決もあるが、OCCは控訴しているようである。See Lacey v. Office of the Comptroller of the Currency, 2019 U.S. Dist. LEXIS 182934.

(12) 12 U.S.C. § 1841 (a) (1).

(13) RICHARD SCOTT CARNELL, JONATHAN R. MACEY & GEOFFREY P. MILLER, THE LAW OF FINANCIAL INSTITUTIONS, at 413 (5th ed.



- 2013) ; MICHAEL S. BARR, HOWELL E. JACKSON & MARGARET E. TAHYAR, FINANCIAL REGULATION: LAW AND POLICY, at 688 (2nd ed. 2018).
- (14) 12 U.S.C. § 1843 (a) (c). 「銀行業に密接に関連しておりそれに付随して行われるにすぎない業務」 (“so closely related to banking as to be a proper incident thereto”) の範囲は、FRB が1999年11月12日より前に規則等の形で示していた解釈に従って定まる。12 U.S.C. § 1843 (c) (8) ; 12 CFR § 225.28. Gramm-Leach-Bliley Act により、FRB は、同日以降、「銀行業に密接に関連しておりそれに付随して行われるにすぎない業務」に新たな業務を追加できなくなった。See CARNELL ET AL., *supra* note 14, at 416-418; BARR ET AL., *supra* note 13, at 693-695. 後掲注<sup>55</sup>で紹介するように、Gramm-Leach-Bliley Act によって BHCA が改正され、一定の条件を満たす銀行持株会社の業務範囲規制が緩和された。
- (15) Wilmarth, *supra* note 9, at 1566-73; Baradaran, Reconstruction, *supra* note 9, at 1167-68; Saule T. Omarova & Margaret E. Tahyar, That Which We Call a Bank: Revisiting the History of Bank Holding Company Regulation in the United States, 31 REV. BANKING & FIN. L. 113, 138-157 (2011) ; Baradaran, Reconsidering, *supra* note 9, at 394-398; Upton, *supra* note 11, at 1410-11. 平岡(2)・前掲注(6)310~315頁。
- (16) BHCA において「銀行」とは、① FDIC の預金保険制度に参加する銀行と②小切手の振出等により第三者への支払に利用できる要求払い預金と商業融資の双方を取り扱う機関のことをいう。12 U.S.C. § 1841 (c) (1).
- (17) 12 U.S.C. § 1841 (c) (2) (H). See also Baradaran, Reconstruction, *supra* note 9, at 1147; Baradaran, Reconsidering, *supra* note 9, at 397; Upton, *supra* note 11, at 1411. 平岡(4)・前掲注(6)255~256頁。
- (18) 12 U.S.C. § 1813 (a) (1)(2). See FDIC, *supra* note 2, at 6. 連邦預金保険法 (Federal Deposit Insurance Act) において、ILC を含む州法に基づき設立された銀行は同様に扱われる。See also Lloyd, *supra* note 9, at 219 note 61 (州法に基づき設立された銀行の中で連邦準備制度に参加する銀行に対しては FRB の監督権限が及ぶが、ユタ州法に基づき設立された ILC の中で連邦準備制度に参加し FRB の監督に服することを選択した ILC は存在しなかつ

たと指摘する)。FDICのILCに対する監督権限の内容は、銀行に対する監督権限と等しいと評価されている。See Lloyd, *supra* note 9, at 220; Baradaran, Reconstruction, *supra* note 9, at 1162. FDICの監督権限は、一定の範囲で、ILCを保有する親会社に対しても及ぶ。E.g. 12 U.S.C. § 1818 (b) (7) & 1820 (b) (4) (A). ILCの設立を認める州法の中には事業会社による保有を禁止する立法を行ったカリフォルニア州やコロラド州等が存在するため、ILCの設立根拠法としてユタ州法が選択される場合が多かったようである。See Wilmarth, *supra* note 9, at 1552; Baradaran, Reconsidering, *supra* note 9, at 426. See also FDIC, *supra* note 2, at 9-10 (ユタ州法に基づくILCの規制の概要を説明する); Lyod, *supra* note 9, at 221-223 (同); Baradaran, Reconstruction, *supra* note 9, at 1162-63 (同)。なお、ILCの保有をBHCAの規制対象から除外する旨の規定は、ILCに対しFDICの預金保険制度への参加を義務付ける旨の規定がある州法を根拠として設立されたILCの保有についてのみ適用される。12 U.S.C. § 1841 (c) (2) (H)。

- (19) 12 U.S.C. § 1841 (c) (2) (H) (i). ①は、事業会社の保有するILCが提供可能な預金関連の商品・サービスの魅力を大幅に損なうものであるように思われる。しかし、ILCを含むFDICの預金保険制度に参加する金融機関は、小切手の振出等と実質的に同じ機能を持つサービス(NOW口座)を顧客(営利事業を営む個人や団体を除く)に提供することが認められている。12 U.S.C. § 1832 (a). NOW口座は、主に投資銀行が保有するILCによって利用されていたようである。See The 2005 GAO REPORT, *supra* note 2, at 23.
- (20) Wilmarth, *supra* note 9, at 1572.
- (21) The 2005 GAO REPORT, *supra* note 2, at 18; Wilmarth, *supra* note 9, at 1572-73.
- (22) FDIC, *supra* note 2, at 7 Table 2; The 2005 GAO REPORT, *supra* note 2, at 22-25; Wilmarth, *supra* note 9, at 1550 & 1573. 連邦預金保険法には州法に基づき設立された銀行の権限に関する規定が存在するが、これらの規定はILCにも適用がある。See Wilmarth, *supra* note 9, at 1551. 例えば、ILCを含む州法に基づき設立された銀行がFDICの預金保険制度に参加し、他州で融資業務を営むことが認められる場合、設立地の州法の金利規制が適用される。12 U.S.C. 1831d (a). なお、ユタ州法の金利規制は、金利に上限が課される場合が

- 例外的である等、銀行にとって有利であった。See Lloyd, *supra* note 9, at 218.
- (23) Wilmarth, *supra* note 9, at 1573; Baradaran, *Reconsidering*, *supra* note 9, at 422-423. 1999年改正前から、貯蓄貸付組合の保有に伴う会社および子会社の業務範囲規制が存在したが、その対象は2つ以上の貯蓄貸付組合を保有する場合には限られていた。同年の改正により、1社でも貯蓄貸付組合を保有する場合には上記の業務範囲規制が適用されることになった。なお、貯蓄貸付組合の保有に関する規制の強化は、Wal-Mart社による貯蓄貸付組合の取得への対抗策としてなされたと評価する見解が多い。See Noran, *supra* note 9, at 191; Wilmarth, *supra* note 9, at 1585; Lloyd, *supra* note 9, at 224; Kabugo-Musoke, *supra* note 9, at 398-399.
- (24) FDIC, *supra* note 2, at 9; Baradaran, *Reconstruction*, *supra* note 9, at 1147-48.
- (25) Baradaran, *Reconstruction*, *supra* note 9, at 1158. ILCが保有する資産の大半は、投資銀行をはじめとする金融機関が支配するILCが保有していた。See the 2005 GAO REPORT, *supra* note 2, at 19; Larry D. Wall et al., *The Final Frontier: The Integration of Banking and Commerce, Part I: The Likely Outcome of Eliminating the Barrier*, 93 FED. RES. BANK ATLANTA ECON. REV., no. 1, 2008 at 1, 11.
- (26) 前掲注(9)とその本文を参照。
- (27) 奥智之「「ウォルマート銀行」実現に大きな壁—ILC法案」(2007年5月18日) (<http://www3.keizaireport.com/file/WDC024.07.pdf>), 平岡(4)・前掲注(6) 257~258頁。ただし、Wal-Mart社によれば、ILCを保有する主たる目的は、クレジットカードの決済手続の内部化により、同手続を第三者に委託する際に支払っていた費用を節約することであった。See Baradaran, *Reconstruction*, *supra* note 9, at 1151; Kabugo-Musoke, *supra* note 9, at 402. FDICの預金保険制度への参加を申請したユタ州のILCは、3年間は申請時のビジネスモデルに拘束されるが、3年経過後はビジネスモデルの変更を申請できる。預金の取扱いや商業融資等の伝統的な銀行業務の拡充についてはFDICの事前承認は不要であったため、Wal-Mart社によるILCの保有に反対する論者は、Wal-Mart社が将来的に銀行業務を拡大していくことに懸念を示していた。See Noran, *supra* note 9, at 189-191; Wilmarth, *supra* note 9, at 1547-49.

- (28) なお、2006年には Home Depot が FDIC の預金保険制度に参加している ILC の取得に必要な申請を FDIC に行ったが、Wal-Mart 社と同様、多くの批判にさらされ、結局、申請を取り下げるに至っている。See Proposed Rule, Federal Register/Vol. 85, No. 62/Tuesday, March 31, 2020, at 17774.
- (29) Proposed Rule, Federal Register/Vol. 85, No. 62/Tuesday, March 31, 2020, at 17773 & 17774-75.
- (30) Dodd-Frank Act § 603 (a) (2) (4). ドッド・フランク法第6章において、事業会社とは、金融の性質 (financial in nature) を有する事業 (関連会社による事業を含む) および FDIC の預金保険制度に参加する金融機関の支配又は保有に起因する収入の割合が総収入の15%を下回る会社のことをいう。Id. § 602. 「金融の性質」は、BHCA の定義と同じである。12 U.S.C. 1843 (k).
- (31) 金融危機が ILC に与えた影響は多様である。例えば、General Motors (GM) が General Motors Acceptance Corporation (GMAC) を通じて保有していた ILC は、他の自動車会社が保有していた ILC と比べて、資産構成に占めるサブプライムローンの割合が著しく高かったため経営が悪化し、GM とともに連邦政府から金融支援を受けた。See Baradaran, Reconsidering, *supra* note 9, at 431-432. General Electric (GE) が保有する ILC (GE Capital) も金融危機によって打撃を受けたが、あらかじめ存在した GE との契約 (income maintenance agreement) に基づき GE から資金供給を受けることができたため、破綻を免れることができたと評価する見解がある。See Baradaran, Reconstruction, *supra* note 9, at 1182. ほとんどの ILC と親会社の間には類似の契約が存在するとの指摘がなされている。See Baradaran, Reconsidering, *supra* note 9, at 421. 一方、GE Capital が FDIC の支援 (Debt Guarantee Program) を利用したことから、このような評価に批判的な見解もある。See Upton, *supra* note 11, at 1434. Lehman Brothers も他の著名な投資銀行と同じく ILC を保有していたが、Lehman Brothers の破産手続に伴い第三者に売却された。しかし、Lehman Brothers の ILC は健全性を維持していたとの指摘もみられる。See Baradaran, Reconstruction, *supra* note 9, at 1180-81. ILC が親会社の破綻後も健全性を維持したまま経営を継続し第三者に売却された事例はそのほかにも存在し、著名な事例として Consec 0 と Tyco の破綻が挙げられている。Id.
- (32) Kabuo-Musoke, *supra* note 9, at 401; Baradaran, Reconstruction, *supra* note

- 9, at 1149. 投資銀行がBHCAの規制対象となることを選択した理由として、連邦政府からの金融支援（Troubled Asset Relief Program, TARP）およびFRBからの流動性供給（Discount Window）によって投資家の信頼を回復するために必要であったことが挙げられている。Id.
- (33) Dodd-Frank Act § 603 (b) (1).
- (34) U.S. GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, GAO-12-160, CHARACTERISTICS AND REGULATION OF EXEMPT INSTITUTIONS AND THE IMPLICATIONS OF REMOVING THE EXEMPTIONS (Jan. 2012) [hereinafter the 2012 GAO REPORT].
- (35) Upton, *supra* note 11, at 1414.
- (36) See, e.g., Thakor, Anjan V., Fintech and Banking (February 11, 2019). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3332550> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3332550>; Ford, Cristie L., The Banking/Commercial Separation Doctrine in Comparative Perspective (April 5, 2019). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3506371> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3506371>.
- (37) FinTech企業に限ったわけではないが、預金や融資に関連したサービスを組み込むことが収益性の向上につながると判断する事業会社は、BHCAの制約を回避しつつ、様々な手段を用いてこれらのサービスを顧客に提供することを試みているとの指摘がある。See Lloyd, *supra* note 9, at 240 note 197; Baradaran, Reconsidering, *supra* note 9, at 423-425. 仮にBHCAの制約を回避するという目的のために一般事業会社と銀行の関係が複雑化しているのであれば、銀行が引き受けているリスクを不透明にするという点が問題となりうるように思われる。
- (38) 前掲注(7)(8)とそれらの本文参照。なお、「銀行と商業の分離」に関連する規制を論じる際に、銀行による一般事業会社の保有と一般事業会社による銀行の保有とで考慮すべき要素が異なることを指摘する見解がある。See Baradaran, Reconsidering, *supra* note 9, at 388.
- (39) なお、Square社の主たる事業は決済サービスの提供であるから、Square社によるILCの保有を「一般事業会社による銀行の保有」と表現することは適切ではないとの批判が考えられる。FinTech企業が提供する商品やサービス

が、「銀行と商業の分離」に関する規制において、「銀行」の分野に属するのか「商業」の分野に属するのかを判別することは難しい。See Ford, *supra* note 36, at 14-17. ただし、「銀行と商業の分離」は、法律上、事業内容について厳格な制約が存在しない一般事業会社による銀行の保有やそのような一般事業会社の銀行による保有の是非が問題とされている。このような観点からは、「銀行と商業の分離」に関する規制を分析する際に、Square 社による ILC の保有を「一般事業会社による銀行の保有」と位置付けることも許されるように思われる。

- (40) 「銀行と商業の分離」に関連する規制によって対処すべき課題は現在でも存在するとしても、その重大さはこれらの規制が確立した時点とは異なる可能性がある。また、規制手法の発展を考慮すると、「銀行と商業の分離」とは別の形で対処することが望ましいとの評価もありうる。See Ford, *supra* note 36, at 17-18. See also Kabugo-Musoke, *supra* note 9, at 420-421 (Wal-Mart 社による ILC の保有を金融包摂の観点から分析し肯定的に評価する)。
- (41) なお、事業会社による ILC の保有を巡る学説のより詳細な紹介は、平岡(4)・前掲注(6)258～263頁でなされている。
- (42) Omarova & Tahyar, *supra* note 15, at 146-147.
- (43) Wilmarth, *supra* note 9, at 1569.
- (44) Carl Felsenfeld, *The Bank Holding Company Act: Has It Lived Its Life*, 38 VILL. L. REV. 1, 64-65 (1993) ; Baradaran, *Reconsidering*, *supra* note 9, at 395. なお、1956年の制定当初、2行以上の銀行を保有する会社のみが銀行持株会社として規制されていた。このことも、BHCA の規制目的に過度の経済力の集中への対処が含まれていたことを示唆しているように思われる。See Felsenfeld, *id.* at 71-72. See also Omarova & Tahyar, *supra* note 15, at 120-129 (BHCA の規制目的が変遷していった過程を分析する)。
- (45) もちろん、競争法の規制枠組みや手法にも限界があるから、①や②の (b) と (c) に対して競争法と金融規制の組合せによって対処するという選択に合理性が認められる可能性はある。ただし、金融機関を取り巻く環境等が変化すれば、このような組合せが合理性を失う可能性があることに留意する必要がある。See Lloyd, *supra* note 9, at 239-240 (今日の銀行間の競争の激しさを挙げ、持株会社の傘下に事業会社と銀行の双方を保有する複合企業体であっても独占的な利益の享受は困難であろうと主張する)。

- (46) Wilmarth, *supra* note 9, at 1588.
- (47) ②の (a) は、預金保険制度をはじめとする銀行および金融システムの健全性を維持するための公的支援措置によって銀行が得ることができる信用を、銀行を保有する一般事業会社が悪用する行為でもある。公的支援措置の悪用も、「銀行と商業の分離」の確保によって対処すべき課題として位置付けられている。See Wilmarth, *supra* note 9, at 1588-93. ただし、公的支援措置の悪用は、BHCA に基づく規制が適用される場合でも銀行と銀行持株会社およびその関連会社との間で問題となりうるので、一般事業会社はBHCA の規制に服さないとの差異はあるが、一般事業会社が銀行を保有する場合に固有の問題ではないとの指摘もみられる。See U.S. DEPT' OF THE TREASURY, BLUEPRINT FOR A MODERNIZED FINANCIAL REGULATORY STRUCTURE, at 164 (2008), <https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/Blueprint.pdf>. [hereinafter TREASURY, Blueprint]. But the 2012 GAO REPORT, *supra* note 34, at 44 (BHCA の規制対象を限定する規定は、FDIC の預金保険制度の便益を享受しながら銀行持株会社としての規制を免れることを認めるという点で、不公正な競争上の利益を生み出しているとのFRB の指摘を紹介する)。
- (48) 銀行と関連会社の取引は、連邦法準備法 (Federal Reserve Act) 23A 条と23B 条によって規制されている。12 U.S.C § 371c & 371c-1. これらの規定は、ILC を含むFDIC の預金保険制度に参加する金融機関にも適用される。12 U.S.C § 1828 (j) (1) (A). 事業会社による ILC の保有に肯定的な見解は、連邦準備法23A 条と23B 条に基づく規制は ILC の健全性の確保のために機能していると評価する。See Lyod, *supra* note 9, at 228-239; Kabugo-Musoke, *supra* note 9, at 415-461. 一方、連邦準備法23A 条と23B 条に基づく規制については、実効性に疑問を呈する見解が存在する。See Wilmarth, *supra* note 9, at 1597; Saule T. Omarova, From Gramm-Leach-Bliley to Dodd-Frank: The Unfulfilled Promise of Section 23A of the Federal Reserve Act, 89 N.C. L. REV. 1683 (2011). See also Baradaran, *Reconsidering*, *supra* note 9, at 433 (連邦準備法23A 条と23B 条に基づく規制の実効性に問題があるとしても、これらの規制は事業会社が銀行を保有する場合のほうが機能しないとは評価されていないと指摘する)。



- (49) Wilmarth, *supra* note 9, at 1606-13.
- (50) 前注(48)で紹介したように、FDICの監督権限は、ILCを保有する会社及びその関連会社にも及ぶ。しかし、その範囲はBHCAに基づき認められるFRBの監督権限ほど広くはない。See The 2005 GAO REPORT, *supra* note 2, at 6-7; Noran, *supra* note 9, at 204-205; Wilmarth, *supra* note 9, at 1613-15. FDICも、ILCの健全性を確保するためにはILCを保有する会社及びその関連会社に対する監督を強化する必要があると認識しており、2007年に制度改正を提案したことがあった。See Wilmarth, *supra* note 9, at 1553 & 1617; Proposed Rule, Federal Register/Vol. 85, No. 62/Tuesday, March 31, 2020, at 17775.
- (51) 12 C.F.R. § 225.4 (a) (1). See Macey, Jonathan R. And O'Hara, Maureen, The Corporate Governance of Banks. *Economic Policy Review*, Vol. 9, No. 1, April 2003. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=795548>, at 96.
- (52) Dodd-Frank Act § 603 (d) ; 12 U.S.C. § 1831o-1. なお、FRBの規則は銀行持株会社が傘下の銀行にとっての“a source of financial and managerial strength”として機能することを求めるのに対して、ドッド・フランク法はFRBやFDICに対し銀行持株会社を含む銀行の親会社が傘下の銀行にとっての“a source of financial strength”として機能することを命じる権限を付与している。See Paul L. Lee, The Source-of-Strength Doctrine: Revered and Revisited Part I, 129 *BANKING L. J.* 771 (2012) ; Paul L. Lee, The Source-of-Strength Doctrine: Revered and Revisited Part II, 129 *BANKING L. J.* 867 (2012). 両者の差異を紹介する先行研究として、神作裕之「銀行持株会社における株主保護—『強度の源泉 (Source of Strength)』法理との関係—」金融法務研究会報告書(23)『金融規制の観点からみた銀行グループをめぐる法的課題』38頁がある。
- (53) Baradaran, *Reconsidering*, *supra* note 9, at 410 & 414. 銀行が引き受けるリスクが多様性を失うと財務状況の悪化が同時に起こる可能性が増すため、金融システムの脆弱性も増す。一方、銀行を保有する事業会社が引き受けるリスクは各会社の事業内容によって多様であるし、銀行が引き受けているリスクとも異なる可能性がある。その結果、銀行とその親会社である事業会社との間で財務状況の悪化が同時に生じる可能性が減少するため、事業会社から銀行への流動性の供給を期待できる。Id. at 412.
- (54) Upton, *supra* note 11, at 1434. See also Kabugo-Musoke, *supra* note 11, at

418-420（事業会社が保有する ILC の規模が著しく拡大した場合に当該事業会社を金融規制の対象とする枠組みを提案する）。

- (55) 1999年のBHCA改正（Gramm-Leach-Bliley Act）は、新たに金融持株会社（financial holding company）という仕組みを導入した。12 U.S.C § 1843（k）（1）。金融持株会社は一定の条件を満たした銀行持株会社であるが、自らが従事可能な業務範囲および保有できる子会社の業務範囲に関する規制が緩和されている。例えば、金融持株会社は、金融の性質を有する業務またはそれらに付随する業務に従事する子会社、金融の性質を有する業務を補完する業務であって預金取扱機関および金融システムの健全性に重大な脅威を与えない業務に従事する子会社を保有することが認められる。ただし、金融持株会社が実際に保有できる子会社の範囲はFRBの規則によって定まるが、金融持株会社であっても一般事業会社を子会社とすることが広く認められるようになったわけではない。See Wilmarth, *supra* note 9, at 1583-84. 一方、アメリカ合衆国財務省が1991年2月に公表した報告書（U.S. DEPT. OF THE TREASURY, MODERNIZING THE FINANCIAL SYSTEM: RECOMMENDATIONS FOR SAFER, MORE COMPETITIVE BANK (1991)）では、金融持株会社に相当する仕組みの新設と一般事業会社による金融持株会社の保有を認めることが提言されていたが、後者は実現しなかった。Id. また、アメリカ合衆国財務省が2008年3月に公表した報告書では、銀行持株会社が保有できる子会社の業務範囲等に関するBHCAの見直しの可能性が示唆されていた。See TREASURY, *Blueprint*, *supra* note 47, at 164. その後、2009年6月、オバマ政権への交代後に同じくアメリカ合衆国財務省が公表した別の報告書では、「銀行と商業の分離」を徹底するために、BHCAの規制対象を限定する規定を撤廃すべきとの提言がなされていた。See U.S. DEPT' OF THE TREASURY, *FINANCIAL REGULATORY REFORM: A NEW FOUNDATION: REBUILDING FINANCIAL SUPERVISION AND REGULATION*, at 34-36 (June 17, 2009), [https://www.treasury.gov/initiatives/Documents/FinalReport\\_web.pdf](https://www.treasury.gov/initiatives/Documents/FinalReport_web.pdf). 前掲注(11)で紹介したOCCによるFinTech Charterの新設も踏まえると、「銀行と商業の分離」に対するアメリカの政府機関の認識は、政治および経済状況の変化に大きな影響を受けているように思われる。

- (56) Wilmarth, *supra* note 9, at 1617-18; Upton, *supra* note 11, at 1414.

## イギリスにおける RegTech 実現への取組み ——規制上の報告のデジタル化 (Digital Regulatory Reporting) プロジェクト

### 1 はじめに——検討対象と理由

近時、事業者による法令遵守・規制遵守を効率化するために技術・テクノロジーを利用すること——いわゆる RegTech<sup>(1)</sup>——に注目が集まっている<sup>(2)</sup>。我が国においても、経済産業省が、平成30年度に「RegTech/SupTechに係る今後の取組の在り方に関する有識者検討会」を開催し、RegTechの導入に向けた検討を行っている<sup>(3)</sup>。もっとも、RegTechに関する我が国の取組みは、いまだ十分とはいえないのが現状である<sup>(4)</sup>。

これに対して、RegTechへの取組みが進んでいる国の1つが、イギリスである。イギリス政府は、フィンテック政策の一環として、規制遵守に係るコストの削減のために、規制遵守のプロセスを機械化・自動化することを、主要な政策課題と位置付ける<sup>(5)</sup>。このことを背景として、2018年6月、金融行為規制機構 (Financial Conduct Agency, 以下「FCA」という) とイングランド銀行 (Bank of England) は、大手金融機関との協働のもとで、「規制上の報告のデジタル化 (Digital Regulatory Reporting)」プロジェクト (以下「本プロジェクト」という) に着手した。そして、その成果の一部として、2019年3月に、第1フェーズの報告書<sup>(6)</sup>、2020年1月に、第2フェーズの報告書<sup>(7)</sup>を公表した。本稿は、これらの報告書の検討を通じて、イギリスにおける RegTech 実現に向けた取組みの一端を紹介するものである。

### 2 背景

#### (1) 現状の問題点

##### a 事業者の負担の増大

本プロジェクトが開始された背景事情を概観することから始めよう。

金融サービスを行う事業者は、金融関連規制に基づき、規制当局に様々なデータを提供する義務を負う。この規制上の報告 (regulatory reporting) の現状については、事業者と規制当局の双方にとって問題が指摘されている。

まず、規制上の報告の分量が金融危機後の10年間で著しく増加したことにより、

規制上の報告を行う事業者の負担が増大することになった。2018年にヨーロッパ委員会が公表した報告書では、多くの事業者について、規制上の報告に係る経常費用（running costs）が、事業全体のコストの約1%に及ぶものと試算されている<sup>(8)</sup>。さらに、規制の変更に対応するための費用は、経常費用よりも高くなる傾向があるため、実際の事業者の負担はより重いものになっていることが推測される<sup>(9)</sup>。

規制上の報告がコスト高になるのには、いくつかの理由が考えられる<sup>(10)</sup>。まず、規制の文言が一義的に明確でないために、事業者が規制の内容について独自に判断を行わなければならないことがある。規制当局は、規制の内容を明らかにするために通達（instructions）を发出するものの、通達が相互に関連する複数の規制にわたる場合もあり、その内容を理解するのが容易ではないという問題も存在する。その一方で、規制・通達の解釈を誤ることは事業に深刻な悪影響を及ぼしうするため、事業者は、社内に専門部署を設けたり、社外の専門家を雇ったりする必要がある。さらに、国際的にビジネスを展開する事業者は、複数の法域の規制に従わなければならないため、報告に係る費用が増大することになる。

これらの問題に対処する上では、規制や通達を組み込んだシステムを開発・導入し、規制上の報告を自動化することが考えられる。しかし、重要な規制上の報告の中には、報告作成のプロセスに、人間の介在を必要とするものが存在するのである。

#### b 規制当局にとっての課題

次に、規制当局との関係でも、規制上の報告の現状について問題が指摘される<sup>(11)</sup>。事業者からのデータ提出の遅れや、提出されたデータの一貫性の欠如によって、規制当局が、金融市場を効率的に監視・監督したり、金融犯罪を探知したりすることに、支障が生じうるのである。

#### (2) 規制上の報告のデジタル化の端緒

以上の現状認識を前提として、規制上の報告のデジタル化に向けた検討が開始されることになった。まず、2016年11月、FCAは、“Unlocking Regulatory Reporting”と題するTechSprintを開催した<sup>(12)</sup>。そこでは、規制上の報告に関する通達のデジタル化が検討された。さらに、2017年11月、FCAがイングランド銀行と共同で開催したTechSprintでは<sup>(13)</sup>、規制上の報告に関する通達（FCA Handbook）の一部を、機械処理の可能なコードに変換し、事業者による報告を

自動化・簡略化できることが確認された<sup>14)</sup>。

これらの成果を前提として、FCA とイングランド銀行は、大手金融機関との協働のもとで、本プロジェクトに着手することとしたのである<sup>15)</sup>。

### 3 第1フェーズ——プロトタイプ・システムの構築と試行

#### (1) 概要

本プロジェクトの第1フェーズは、2018年6月から12月にかけて実施された。第1フェーズに参加したのは、FCA とイングランド銀行のほか、金融機関6社（Barclays, Credit Suisse, Lloyds Bank, Nationwide, NatWest, Santander）である<sup>16)</sup>。

規制上の報告のデジタル化を実現するためには、3つ主要な課題を解決する必要がある<sup>17)</sup>。第1に、規制や規制当局の通達を機械処理の可能なコードに変換することである（以下「課題①」という）。現在、規制や通達は、自然言語で叙述されている。また、法的素養を有しない者には、規制や通達の内容を理解するのが困難な場合がある。さらに、事業者データの記述・識別の方法に関する標準が既に存在している場合でも、通達がそれを参照していないことがある。これに対して、規制上の報告をデジタル化するためには、規制当局が、コード化された形で規制や通達を策定するとともに、規制や通達において、あらかじめ合意されたデータ標準を参照することが必要になる。

第2に、事業者のデータを標準化することが必要になる（以下「課題②」という）。現在、データの記述・識別の方法は、各事業者にゆだねられている。その結果、事業者によってデータ記述・識別の方法が異なりうるほか、事業者が規制上の報告について複数のシステムを利用し、そのシステムごとに異なる方法が用いられることもある。そこで、データ記述・識別の方法の標準化により、事業者・システムを横断したデータ記述・識別の実現が目指されるべきことになる。

第3に、標準化されたデータと機械処理の可能な規制・通達の組合せにより、規制上の報告を自動で行うシステムを構築することが課題となる（以下「課題③」という）。現在、事業者は、独自に開発したシステムやソフトウェア会社から購入したシステムを利用して、規制上の報告を行っている。規制上の報告をデジタル化する場合には、デジタル化された規制に基づいて必要なデータを識別・対照し、それを規制当局に提供することが、自動的に行われる必要がある。

以上の3つの課題を解決し、正確性・効率性・一貫性を備えた規制上の報告のシステムを実現することが、本プロジェクトの目標とされるのである。

このことを前提として、第1フェーズでは、4つの主要な目標が設定された<sup>48)</sup>。第1に、規制上の報告を機械で自動処理するプロトタイプ・システムを開発すること、第2に、当該プロトタイプ・システムについて2つのユース・ケースで実証試験を行うこと、第3に、実証試験から得られた知見を産業界と共有することで、産業界からフィードバックを得るとともに、規制上の報告のデジタル化に関する産業界の取組みを支援すること、第4に、規制上の報告のデジタル化の費用・便益を評価し、現在の状況との比較を行うこと、である。

また、革新的な技術上のアイデアを開発し、規制上の報告のデジタル化が持つ多様な含意を評価するため、6つの作業内容が設定された<sup>49)</sup>。第1に「ターゲット・オペレーティング・モデル (Target Operating Model)」として、規制上の報告のデジタル化を実現する方法に関する分析・評価が行われた。その作業には、デジタル化された報告システムにおいて、事業者と規制当局が果たすべき役割の検討や、システムに利用するデータ標準・技術標準の検討が含まれる。第2の「技術上のアーキテクチャ (Technical Architecture)」では、規制上の報告のデジタル化の技術面に關わる作業がなされた。すなわち、機械処理の可能な形でデジタル化された規制を作り出す方法、規制当局がデジタル化した規則・通知を事業者に伝達する方法、事業者が規制当局にデータを提供する方法について、いかなるアーキテクチャを採用するかが検討対象とされた。第3に「データ (Data)」として、データ標準を開発し、規制上の報告を自動化する方法について検討がなされた。また、自然言語で表現された規則・通達を機械処理の可能な言語に変換する方法も検討対象とされた。第4に「法律 (Legal)」として、規制上の報告をデジタル化することの法的意義に関する分析が行われた。第5の「政策 (Policy)」では、規制上の報告のデジタル化によって生じる政策上の問題を明らかにすること、機械処理の可能な規制の導入に必要な分析・評価を行うリソースを量定すること、今後の戦略について評価し、次のフェーズへのロードマップを提示することなどが、検討対象とされた。最後に、「成果物 (Product)」として、規制上の報告のデジタル化を技術的に実現するプロトタイプ・システムが構築された。そして、前述の主要な目標との関係で、プロトタイプ・システムについて、2つのユース・ケース<sup>50)</sup>を用いた検証が行われた。

このプロトタイプ・システムの構築・試行が、第1フェーズの主要な成果である。そこで、次に、プロトタイプ・システムの詳細についてみておこう。

## (2) プロトタイプ・システム

規制上の報告のデジタル化の実現には、前述した3つの課題の解決が必要となる。これに対応して、デジタル化された報告システムは——相互に関連しつつも、独立した——3つのプロセスに区分される。すなわち、規制をコードに変換するプロセス（課題①との関係）、標準化されたデータの定義を行うプロセス（課題②との関係）、そして、標準化されたデータに機械処理の可能な規制を執行するプロセス（課題③との関係）である<sup>21)</sup>。

これら3つのプロセスすべてを包含するプロトタイプ・システムを早急に構築するため、第1フェーズでは、分散台帳技術（distributed ledger technology）が利用された。その仕組みは、大要次のようなものである<sup>22)</sup>。ネットワーク内に、事業者と規制当局を表象するノードを設定する；機械処理の可能な規制は、スマート・コントラクトとして、規制当局ノードに装填され、事業者ノードに伝達される；コード化された規制が、事業者ノードの標準化されたデータに実行される；その結果は、グラフィカル・ユーザ・インターフェイスを通じて、規制当局ノードおよび事業者ノードが参照できるものとする；規制当局ノードは、報告の期限を設定・実行する権限を有し、また、APIを通じて事業者ノードから直接にデータを引き出す権限を有する。

次に、以上のプロトタイプ・システムの試行から得られた知見についてみていこう。

## (3) 知見

第1に、規制や通達を機械処理の可能なコードに変換すること（課題①）との関係では、次の知見が得られた<sup>23)</sup>。まず、TechSprintの成果などを踏まえて、様々な方法が試されたものの、多様な規制上の報告への利用可能性が証明された方法は発見されなかった。また、規制や通達の内容が一義的に明確といえる場合にも、効率的にコードへの変換をするためには、現在の表現の在り方を変える必要があること、および、規制の内容やその策定の在り方にも見直しの必要があることが判明した。さらに、自然言語で表現された規制当局の通達をコードに変換する方法の中で、何が最も効率的であるかについて、明確な答えは得られなかった。このことは、規制上の報告のデジタル化の実現を妨げるものではないが、一定の規制がデジタル化になじまない可能性を示唆するものといえる。

第2に、事業者データの標準化（課題②）については、次の点が指摘される<sup>24)</sup>。



まず、データの標準化フォーマットが、複数の種類の報告について利用できることが、規制上の報告のデジタル化の効率性を高める上で重要と考えられる。また、データの質を保障するためには、データの定義が正確であるのみならず、その内容が規制当局・事業者に理解しやすいものである必要がある。

第3に、規制上の報告の自動化（課題③）については——コード化された規制当局の通達が事業者データを参照するものである必要が指摘されるほか<sup>(25)</sup>——次の知見が導き出される<sup>(26)</sup>。まず、現在、事業者ごとに規制上の報告のシステムが構築されているところを、1つのシステムに統合することによって、相当の効率性の改善がもたらされる。また、規制上の報告をリアル・タイムで行うことや、規制の変更に対応する時間と費用を削減することが可能となる。さらに、データの重複保存の削減や、事業者・規制当局間での移転データ量の縮減により、セキュリティ・リスクを低下させる可能性がある。もっとも、現実に利用可能な水準で、規制上の報告のデジタル化のシステムを構築するためには、さらなる検証が必要とされる。

以上のほか、第4に、システムのガバナンス・運営面に関する知見も指摘される<sup>(27)</sup>。まず、コード化された規制・通達がいかなる法的性格を有するのかという問題とともに、コード化に過誤があった場合の責任を誰が負うのかという問題について検討の必要がある。また、規制上の報告のデジタル化の実施に先立って、様々なデータ標準・技術標準に関する合意が必要とされる。新しいシステムのもとで、規制上の報告の頻度をどの程度にするかも問題となる。さらに、規制上の報告のデジタル化の実現には多額の投資が必要とされること、それをどのように回収するかが問題となる。また、新たなシステムについて、いかなるガバナンスの枠組みを採用するにせよ、事業者には、データの提供前に、当該データの真正を証明することが求められる。

最後に、規制上の報告のデジタル化を実現する際の注意点として、潜在的リスクや不明確性が存在すること、技術・プロセスの変化のみならず、人的資源に関する変更が必要とされること、新たなシステムの導入・利用についてすべての事業者の公平性が保障されなければならないことが指摘される<sup>(28)</sup>。

第1フェーズでは、プロトタイプ・システムの試行から得られた以上の知見を踏まえて<sup>(29)</sup>、規制上の報告のデジタル化の実現に向けた次のステップに進むこととされた。そこで、次に、第2フェーズにおける検討内容とその成果についてみ

ていくことにしよう。

## 4 第2フェーズ——経済的実現可能性の分析

### (1) 概要

本プロジェクトの第2フェーズは、2019年2月から10月にかけて実施された。第2フェーズの参加者は、FCAとイングランド銀行のほか、金融機関7社（Barclays, Credit Suisse, Lloyds Bank, HSBC UK, Nationwide, NatWest, Santander）である<sup>30</sup>。

第2フェーズの主たる目標は、規制上の報告のデジタル化の経済的な実現可能性について評価を行うことであった<sup>31</sup>。第1フェーズで明らかにされたように（3(3)参照）、規制上の報告のデジタル化は、多額の投資を要するので、費用・便益の分析に基づいて、プロジェクトを継続すべきか否かを判断する必要がある。また、規制報告のデジタル化を実行する前に、解決しておくべき問題点も明らかにしておかなければならない。第2フェーズでは、これらの問題の検討に必要な情報が収集され、シナリオ分析を含む費用便益分析が実施されたのである。

### (2) 規制上の報告に係る費用の調査

規制上の報告のデジタル化の実現可能性を分析する出発点となるのが、現状において、規制上の報告のために、事業者がどの程度の費用を支出しているかである。第2フェーズでは、まず、大規模事業者（11社）と中小規模の事業者（126社）を対象とする調査が行われた。

#### a 大規模事業者

大規模事業者に対する調査では、規制上の報告のプロセスのどの段階で、どの程度の費用が発生しているかを明らかにするため、次の5つの段階が区別された<sup>32</sup>。すなわち、⑦規制の解釈（規制の内容を理解すること、規制を技術上の条件に変換することなど）、①データの準備（必要なデータを集めて統合すること、データの完全性・正確性を確認することなど）、②報告の作成（収集したデータに適切な計算式を適用すること、エラーの確認・修正を行うことなど）、③情報伝達（提出用のフォーマットに報告を変換すること、規制当局に報告を送信することなど）、④照会（提出前の社内での照会や提出後の規制当局からの照会に対処することなど）である。その上で、大規模事業者に対し、モーゲッジ業務とデリバティブ業務に関する規制上の報告について、各段階でどの程度の費用が発生するかを試算することを依頼した。

この調査の結果として、まず、モーゲッジ業務に関しては、調査対象の大規模事業者——モーゲッジ業務に関する市場占有率60%——が、経常費用として年間平均45万ポンド、規制変更への対応費用（変更費用）として年間平均70万ポンドを支出しているものと推計された<sup>33</sup>。その約3分の2は、①データの準備と②報告の作成に関する費用であった。なお、モーゲッジ業務に関する報告費用は、規制上の報告に係る費用全体の5%から10%であると推計される<sup>34</sup>。

次に、デリバティブ業務については、調査対象とした4社について、経常費用として年間平均325万ポンド、変更費用として年間平均385万ポンドの支出があるものと推計された<sup>35</sup>。つまり、デリバティブ業務に関する報告費用は、モーゲッジ業務に関するその6倍に上ることになる。その理由としては——報告の手続や提供すべきデータの詳細さの点に加え——デリバティブ取引が国際的な性格を有するため、複数の法域の規制当局に対する報告が必要とされることが挙げられる。そして、1つの法域の規制当局が規制を変更した場合には、他の法域の規制当局に対する報告のシステムについても見直しが必要とされるので、回帰テストに係る費用が大きくなるという事情も存在するところである<sup>36</sup>。

#### b 中小規模事業者

次に、中小規模の事業者に対しては、大規模事業者の場合よりも簡素化された内容についてオンライン調査を行い、次のような結果が得られた<sup>37</sup>。中規模事業者（資産規模1億ポンド超150億ポンド以下）の多くは、100万ポンドを超える報告費用（経常費用・変更費用を含む）を支出している；小規模事業者（資産規模100万ポンド超1億ポンド以下）の多くは、年間5万ポンドから25万ポンドを支出している；マイクロ事業者（資産規模100万ポンド以下）が規制上の報告に支出する金額は、5万ポンドを下回る。

#### c 小括

モーゲッジ業務とデリバティブ業務の報告費用に関する分析に基づいて、すべての規制上の報告に係る費用に関する検討の基礎を導出することは困難である。規制上の報告の対象となる業務ごとに、異なるタイプの費用がかかるからである。そのような留保を付しつつも、以上の分析から、規制上の報告に係る費用の多くは、①データの準備と②報告の作成について生じていることが推測される<sup>38</sup>。

#### (3) 分析に影響を及ぼす事項

次に、規制上の報告のデジタル化について費用便益分析を行うためには、一定

の事項に関する決定が必要となる。そして、それらの事項に関する決定が、費用便益分析の結果に影響を及ぼすことになる。

#### a 対象の範囲

まず、デジタル化の対象として、いかなる範囲の規制上の報告を含めるかが問題となる<sup>(39)</sup>。対象とされる規制上の報告が多くなればなるほど、規制上の報告のデジタル化がもたらす便益も大きくなる。データの標準化は、それが適用される領域が広がれば広がるほど、多くの便益を生み出すからである。その一方で、規制上の報告の中には、デジタル化が実現しやすいものと、そうでないものが存在する<sup>(40)</sup>。そこで、どの範囲の報告を対象とするかが、規制上の報告のデジタル化の費用便益分析にとって、重要な意味を有することになる。

#### b 参加者の範囲

第2に、規制上の報告のデジタル化に、いかなる範囲の者が参加するかが問題となる<sup>(41)</sup>。まず、規制当局として、FCAとイングランド銀行のほか、他の法域の規制当局を参加者に含めるかが問題となる。デリバティブ業務に関する調査からも明らかのように((2)a参照)、規制当局間での協働が実現すれば、事業者の報告費用の削減につながる一方で、国際的協調にはそれ自体としてのコストがかかる。他方、規制対象である事業者については、企業構造の違いが、規制上の報告のデジタル化の投資対効果の評価に影響を及ぼしうる。規制上の報告のデジタル化に関する費用便益分析においては、いかなる参加者を想定するかが問題となるのである。

#### c 新システムの運用モデル

第3に、デジタル化された新しいシステムをいかに運用するかが問題となる<sup>(42)</sup>。現在は、規制当局であるFCAとイングランド銀行が規制を策定する責任を負い、事業者が正確なデータを提供する責任を負っている。また、規制上の報告のプロセスの中には、第三者(ソフトウェア会社などのベンダー)に依存する部分もある。

これに対して、規制上の報告をデジタル化する場合には、まず、中央機関を設置する必要があるか否かが問題となる。また、設置を必要とする場合には、その形態も問題となる。中央機関の設置により、データ記述・識別の標準化などに関する規制当局と事業者の協働が促進されるというメリットが考えられる。その一方で、中央機関の設置・運営にはコストがかかる。さらに、中央機関の存在を前提として、規制上の報告の各プロセスについて、誰が責任を負うかを明らかにす

る必要もある。これらの事項に関する態度決定が、規制上の報告のデジタル化の費用便益分析に影響を及ぼすことになる。

d 既存の報告システムとの関係

第4に、規制上の報告のデジタル化を実施する場合に、既存の規制上の報告もデジタル化の対象とするかが問題となる<sup>(43)</sup>。そして、対象とする場合には、直ちにデジタル化された報告プロセスに一元化するのか、それとも、一定期間、既存の報告プロセスを併存させるのかについて、決定を行う必要がある。現実的なのは、一定期間の併存を認めることであるが、それによって付加的なコストが発生することになる。なお、規制の大幅な変更や新規の規制の導入と併せて、規制上の報告のデジタル化を行う場合には、その投資対効果は大きくなる。

e 課題解決の順序

第5に、規制上の報告のデジタル化の実現にとって必要となる課題の解決を、いかなる順序で実行に移すかが問題となる<sup>(44)</sup>。前述のように（3(1)参照）、規制上の報告のデジタル化の実現には、3つの課題の解決が必要とされる。それらの課題を解決する方法は、互いに関連するものの、それぞれを別個に実行することも可能である。例えば、課題②は、規制上の報告以外にも影響を及ぼすので、その解決に、独自の価値が見出される。また、1つの課題の解決が他の課題解決を促す場合もある。例えば、課題②の解決によって、課題①の解決が容易になる。そこで、3つの課題のうちのどれを、どの順序で解決するかが、規制上の報告のデジタル化の費用便益分析に影響を及ぼしうるのである。

f 解決策の独自開発と既存の解決策の利用

最後に、規制上の報告のデジタル化を実現するために、新たな解決策（solution）を独自に開発するか、既存の解決策を利用するかが問題となる。第2フェーズでは、モデル駆動アプローチ（model-driven approaches）により、独自の解決策に関する検討を行ったが、その現実の実施には、さらなる調査・研究を要するところである<sup>(45)</sup>。他方、第三者が既に提供している解決策を利用できれば、規制上の報告のデジタル化の実施コストを削減することにつながり得るが、そもそも規制上の報告のデジタル化に適した解決策が存在するのかが問題となる。

この問題を検討する前提として、解決策が満たすべき条件を明らかにする必要がある<sup>(46)</sup>。そのような条件としては、多くの規制上の報告に利用できること、拡張可能性の高いデータ標準を利用するものであること、オープン・スタンダード

に基づくものであること（いかなるユーザも利用できるものであること）、利用に関して特別な知識や技術を必要としないこと、規制当局と事業者の双方にとって透明性の高いものであること、などが挙げられる。

これらの条件すべてを満たす解決策は、現在までのところ存在していない。しかし、規制上の報告に関する市場は急速に発展しており、解決策の開発も進んでいるため、将来、これらの条件を満たす解決策が開発される可能性は存在する<sup>(47)</sup>。

#### (4) 費用便益分析

##### a 前提条件

以上の検討を前提として、第2フェーズでは、規制上の報告のデジタル化に関する費用便益分析を行うために、次のような前提条件を設定した<sup>(48)</sup>。第1に、デジタル化の対象をイギリス国内におけるモーゲッジ業務に関する報告に限定する。第2に、規制上の報告のデジタル化に関する3つの課題のすべてを解決することを前提とする。第3に、官民協働で運営する中央機関を設置するものとする。その上で、中央機関は、①データ標準の管理（データ標準を管理し、そのために必要な技術を開発すること）、②技術標準の管理（技術標準を管理し、そのサポートに必要な技術を開発すること）、③アプリケーションの管理（規制当局がデジタル規制を公表し、企業からデータを収集し、報告を作成するアプリケーションを構築し、管理すること）、および、④インフラストラクチャの運営（アプリケーションを利用して、実際に報告を作成すること）について、責任を負うものとする。他方、規制当局は、⑤デジタル規制の策定（デジタル化された規則・通達を策定し、公表すること）について、事業者は、⑥データの提供（データ標準に従って、データを提供すること）について、それぞれ責任を負うものとする。

##### b 費用と便益

以上の前提条件のもとで、規制上の報告のデジタル化によって生じる費用についてみていこう<sup>(49)</sup>。まず、中央機関に関する費用として、③から④を実施するための初期費用が531万ポンド、経常費用が年間302万8000ポンドと試算される。次に、規制当局は、⑤に関連して、規制・通達の法的枠組みの変更に伴う費用を負担する（もっとも、変数が多いため、その金額の試算は困難である）。最後に、事業者は、その性格やデータ移転の技術仕様などに応じて、⑥に関する初期費用を負担する。その金額は、現状における規制上の報告に係る費用（経常費用+変更費用）を上限とし、経常費用を下限とする範囲に収まるものと試算される。

他方、規制上の報告のデジタル化による便益としては、次のものが考えられる<sup>50</sup>。まず、事業者について、現在、規制上の報告に係る費用の30%~40%が削減される。また、規制当局の得る便益として、事業者からの通達の解釈に関する照会に回答するための時間の削減、提供されたデータをチェックするコストの削減、データ照会の適時性の向上、新たな規制の策定コストの削減などが考えられる（しかし、その金額の試算は困難である）。

以上のほか、規制上の報告のデジタル化は、規制当局・事業者に、無形の便益をもたらす可能性がある<sup>51</sup>。報告プロセスの標準化によって、事業者から提供されるデータの質が向上することで、規制当局の政策決定の質を向上させることが期待される。また、データの標準化による社内手続の改善によって、事業者が利益を得ることも考えられる。さらに、規制上の報告のデジタル化が、今後の官民協働に向けたモデルを提供することにもなりうる。

#### c シナリオ分析

以上の費用便益分析を踏まえて、第2フェーズでは、さらに、規制上の報告のデジタル化に関するシナリオ分析が行われた。大規模事業者6社のモーゲッジ業務に関するデータを基礎として、規制上の報告のデジタル化の投資対効果が検討されたのである<sup>52</sup>。

まず、ベースラインとなるのは、大規模事業者のモーゲッジ業務の報告について、独自の解決策によるデジタル化を行った場合である（シナリオ1<sup>53</sup>）。この場合、デジタル化によって報告に係る経常費用が減少するので、事業者は、やがて投資を回収できるが、それに要する期間は長期（15年程度）にわたる。これに対して、第三者が提供する解決策を利用した場合には（シナリオ2<sup>54</sup>）、初期費用を低く抑えることができる。その結果、事業者は、3年目に投資を回収できることになる。

他方、前述のように（(3)d参照）、規制の大幅な変更や新規の規制の導入と併せて、規制上の報告のデジタル化を行う場合には、その投資対効果は大きくなる。そこで、デジタル化の実現から4年後に規制の変更を行った場合を想定すると（シナリオ3a<sup>55</sup>）、事業者は、4年目までに投資を回収することができる。規制の変更と同時に規制上の報告のデジタル化を導入した場合にも（シナリオ3b<sup>56</sup>）、事業者は、4年目までに投資を回収できると予想される。

また、前述のように（(3)a参照）、対象とされる規制上の報告が多くなればな



るほど、規制上の報告のデジタル化がもたらす便益も大きくなる。そこで、モーゲッジ業務のほか、2つの仮想業務（モーゲッジ業務と同様の報告費用がかかるものを想定する）に関して、2年目と3年目に報告のデジタル化が実施されたと仮定すると（シナリオ4<sup>67)</sup>、事業者は、5年目以降、コスト削減による便益が実現することになり、事業者は7年目までに投資を回収できることになる。この点について、最も望ましいのは、すべての規制上の報告をデジタル化することであるが（シナリオ5<sup>68)</sup>、前述のように（(3)a参照）、規制上の報告の中に、デジタル化になじまないものが存在することから、現実的ではないと指摘される。

以上の検討から、報告に関する規制の変更にあわせてデジタル化を行い、その対象を徐々に広げていくことが、規制上の報告のデジタル化の経済的な実現可能性を高めることになるとの結論が導かれるのである。

## 5 おわりに

本稿では、イギリスにおける規制上の報告のデジタル化プロジェクトの概要・経過を紹介した。その成果については、なお多くの検討の余地が残されている。例えば、規制上の報告のデジタル化の実現のために、いかなる技術上の解決策を採用するのかについて、現時点で明確な回答は示されていない。第2フェーズの費用便益分析についても、規制当局の費用や便益が金額の形で示されず、専ら事業者の観点からの分析にとどまっている。また、規制上の報告のデジタル化がもたらしうる無形の便益をどのように考慮するかという問題も存在する。さらに、デリバティブ取引のように、複数の法域にまたがる金融取引の報告をデジタル化するためには、他の法域の規制当局との協調が必要となるが、その実現可能性は未知数である。それゆえ、現時点で、規制上の報告のデジタル化の実現可能性について判断を下すことには慎重であるべきだろう。

その一方で、イギリスにおいて、RegTechの一分野として、規制上の報告のデジタル化の実現可能性が具体的に検討されていることは——RegTechへの取組みの遅れが指摘される我が国の現況にかんがみて——注目に値する。規制や規制当局の在り方に関する彼我の違いに留意しつつ、今後も、本プロジェクトの展開を注視していく必要があるだろう。

※ 本稿はJSPS 科研費JP18H03613の助成を受けたものである。

## 〔注〕

- (1) 事業者による技術利用を RegTech, 規制当局による技術利用を SupTech と呼び分けることも多いが（梅澤拓＝九本博延「プラットフォーム事例研究(5)情報銀行・RegTech/SupTech プラットフォーム」NBL1151号57頁）、本稿では両者を合わせて RegTech と呼ぶ。
- (2) 例えば、ジュリア・ウォーカー＝平塚マルセロ「国内外の RegTech（レグテック）の動向と今後の展望——金融規制の「効果的」な遵守を実現する切りの存在に」週刊金融財政事情2017年5月22日号34頁、矢吹多美子「レグテックの発展——現在の動向と保険業界」損保総研レポート 123号35頁、足立亮「金融業界を取り巻くレグテックの動向」生命保険経営87巻2号85頁、桑島八郎「新たな規制フレームとなる「レグテック3・0」の課題と方向性——日本版の民間中間的組織の登場に期待」週刊金融財政事情2020年1月6日号74頁。
- (3) 検討会の審議内容を紹介する資料として、桑島八郎「[RegTech/SupTech に係る今後の在り方に関する検討会] について」([https://www.meti.go.jp/shingikai/sankoshin/shomu\\_ryutsu/kappu\\_hambai/pdf/022\\_03\\_00.pdf](https://www.meti.go.jp/shingikai/sankoshin/shomu_ryutsu/kappu_hambai/pdf/022_03_00.pdf))。このほか、RegTech に関する重要な取組みとして、金融庁「FinTech 実証実験ハブ」によるブロックチェーン技術を活用した本人確認手続に関する実証実験(<https://www.fsa.go.jp/news/30/20180717.html>) を挙げることができる。
- (4) 足立・前掲注(2)107頁、梅澤＝九本・前掲注(1)58頁、桑島・前掲注(2)75、77～78頁。
- (5) 加毛明「イギリスにおけるフィンテック関連政策の展望」金融法研究34号133～134頁。このほか、イギリスの状況については、足立・前掲注(2)97～107頁が詳しい。さらに、ウォーカー＝平塚・前掲注(2)37頁、矢吹・前掲注(2)49～51頁、桑島・前掲注(2)76頁も参照。
- (6) DIGITAL REGULATORY REPORTING, DIGITAL REGULATORY REPORTING: PILOT PHASE 1 REPORT (2019), <https://www.fca.org.uk/publication/discussion/digital-regulatory-reporting-pilot-phase-1-report.pdf> [hereinafter PHASE 1 REPORT].
- (7) DIGITAL REGULATORY REPORTING, DIGITAL REGULATORY REPORTING: PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT (2020), <https://www.fca.org.uk/publication/discussion/digital-regulatory-reporting-pilot-phase-2-viability-assessment.pdf> [hereinafter PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT].

- (8) EUROPEAN COMMISSION, SUMMARY REPORT OF THE PUBLIC CONSULTATION ON THE FITNESS CHECK ON SUPERVISORY REPORTING HAVING TAKEN PLACE FROM 1 DECEMBER 2017 TO 14 MARCH 2018 (2018), [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017-supervisory-reporting-requirements-summary-report\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017-supervisory-reporting-requirements-summary-report_en.pdf), 11-12.
- (9) PHASE 1 REPORT, *supra* note 6 at 5, PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 6.
- (10) PHASE 1 REPORT, *supra* note 6 at 5, PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 6-7.
- (11) PHASE 1 REPORT, *supra* note 6 at 5, PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 7.
- (12) See Financial Conduct Authority, Unlocking regulatory reporting TechSprint, <https://www.fca.org.uk/events/techsprints/unlocking-regulatory-reporting-techsprint>.
- (13) See Financial Conduct Authority, Model driven machine executable regulatory reporting TechSprint, <https://www.fca.org.uk/events/techsprints/model-driven-machine-executable-regulatory-reporting-techsprint>.
- (14) 加毛・前掲注(5)133~134頁, 足立・前掲注(2)100~104頁も参照。
- (15) PHASE 1 REPORT, *supra* note 6 at 6, PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 8.
- (16) PHASE 1 REPORT, *supra* note 6 at 3
- (17) PHASE 1 REPORT, *supra* note 6 at 3, PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 8-9.
- (18) PHASE 1 REPORT, *supra* note 6 at 7.
- (19) PHASE 1 REPORT, *supra* note 6 at 7-8.
- (20) 対所得負債規制 (Loan to Income) の遵守に関する報告および自己資本比率規制 (Capital Equity Tier 1 Ratio) の遵守に関する報告である (PHASE 1 REPORT, *supra* note 6 at 8)。
- (21) PHASE 1 REPORT, *supra* note 6 at 9.
- (22) PHASE 1 REPORT, *supra* note 6 at 9.
- (23) PHASE 1 REPORT, *supra* note 6 at 10-12.
- (24) PHASE 1 REPORT, *supra* note 6 at 13-14.

- (25) PHASE 1 REPORT, *supra* note 6 at 13.
- (26) PHASE 1 REPORT, *supra* note 6 at 12-13.
- (27) PHASE 1 REPORT, *supra* note 6 at 15-16.
- (28) PHASE 1 REPORT, *supra* note 6 at 16-17.
- (29) その他の知見として、本プロジェクトを進める上での官民協働のメリットが強調される（PHASE 1 REPORT, *supra* note 6 at 17）。
- (30) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 3.
- (31) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 8. 第2フェーズの主要な目標としては、規制上の報告のデジタル化の実現可能性を経済的観点から評価することのほか、データの定義や機械処理の可能な規制に関する既存の解決策の検証を行うこと、および、第1フェーズで開発したデータの定義や機械処理の可能な規制を発展させることが挙げられる。
- (32) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 10.
- (33) ここでの金額が、人件費を含む一方で、技術インフラへの投資費用を含まないことに注意を要する。規制上の報告に対応するためだけに支出された費用を算定するのが困難だからである（PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 11）。
- (34) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 11.
- (35) ここでの金額にも、技術インフラの費用は含まれていないことに注意を要する（PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 12）。
- (36) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 12.
- (37) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 13.
- (38) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 14. 以上のほか、ここでの調査から、いくつかの知見が得られることが指摘される。まず、規制が変更された場合における事業者の対応の速度は、社内のデータ・ソースの複雑さのほか、報告業務の外注の有無や社内の人員規模に依存するものと考えられる。また、報告費用増加の要因として、人間の介入が必要とされる（自動化できない）プロセスが存在することや、事業者のデータ・ソースについて複数のシステムが利用されている場合があることが推測される。さらに、変更費用が経常費用よりも大きくなる理由の1つとして、規制の変更があった場合、報告業務の担当者が変更への対応を求められることで、通常業務への波及効果が生じるという

事情が存在することも指摘される (PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 13)。

- (39) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 15-16.
- (40) デジタル化が難しいものの具体例として、会計データ (accounting data) が挙げられる (PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 15-16)。
- (41) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 16.
- (42) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 16-17.
- (43) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 17.
- (44) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 18-19.
- (45) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 20-21.
- (46) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 22-23.
- (47) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 21-22.
- (48) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 24.
- (49) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 25.
- (50) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 26.
- (51) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 26.
- (52) シナリオ分析のために、5つの前提条件が置かれる。第1に、初期費用が0年目に発生するものとする事、第2に、1年目は既存の規制上の報告を併存させる事、第3に、中央機関の運営費用・事業者の事業費用が年5%上昇するものとする事、第4に、モーゲッジ業務の報告に関する大規模事業者6社のデータに基づいて費用を計算すること、第5に、事業者は市場占有率に応じて中央機関の費用を負担するものとする事、である (PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 27)。
- (53) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 28-30.
- (54) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 31-32.
- (55) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 32-33 (事業者の負担する変更費用は300万ポンドと想定される)。
- (56) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 33-35.
- (57) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 35-37.
- (58) PHASE 2 VIABILITY ASSESSMENT, *supra* note 7 at 37.

## 間接占有にもとづく占有改定と動産所有権の譲渡——ドイツの法状況

## 1 はじめに

## (1) 日本法の現況

近時の判例<sup>(1)</sup>は、銀行が輸入業者の輸入する商品について信用状を発行し、その商品について譲渡担保権の設定を受けた場合において、事案の特徴<sup>(2)</sup>をいくつか挙げながら、「本件の事案において」、輸入業者がその商品を直接占有したことがなくても、銀行は、占有改定による引渡しを受けたものと認めることができるとした。この判例の射程は、限定されたものである。もっとも、この判例は、動産の所有者がその動産を代理占有している場合において、その所有権を譲渡したときに、譲受人は、占有改定による引渡しを受けることによって、その對抗要件を備えることができるかどうかという一般論について、これを否定する立場から出発したのではなく、たんにこれを肯定することができる事例の一つを示したものにすぎないと考えられる<sup>(3)</sup>。現在では、この判例があらわれたことをきっかけとして、上記の一般論について議論が始まりつつある<sup>(4)</sup>。

しかしながら、代理占有にもとづく占有改定による引渡しについては、議論の蓄積が乏しい。そこで、本稿では、今後の議論の素材を提供するため、この問題についてのドイツの法状況を扱うこととしたい。

## (2) ドイツ動産所有権譲渡法と問題の定式化

ドイツ法によれば、動産所有権の譲渡は、譲渡をする当事者の間で処分行為がされたとき、つまり物権的合意がされ、かつ、引渡しがされたとき<sup>(5)</sup>に、その効力を生ずる（BGB929条1文）。言い換えれば、動産所有権の譲渡は、譲渡をする当事者の間で、義務負担行為である売買契約等の債権契約がされただけでは、その効力を生じない（形式主義・分離主義）。他方、譲渡をする当事者の間で物権的合意がされ、かつ、引渡しがされたときは、その原因である売買契約等の債権契約が無効であったとしても、その効力を生ずる（無因主義）。また、さきに引用したBGB929条1文が定める「引渡し」は、いわゆる現実の引渡しに相当するものである。同条の引渡しは、次の3つの方法で、これに代えることができるとされている。すなわち、いわゆる簡易の引渡し（BGB929条1項）、占有改定

(BGB930条)、返還請求権の譲渡 (BGB931条) である。BGB930条の規定は、占有改定について、「所有者が物を占有するときは、引渡しは、所有者と取得者との間で取得者に対して間接占有を取得させる法律関係を合意することをもって、これに代えることができる」と定めている。

したがって、動産の所有者がその動産を代理占有している場合において、その所有権を譲渡したときに、譲受人は、占有改定による引渡しを受けることによって、その対抗要件を備えることができるかどうかという問題は、ドイツ法のもとでは、次のように定式化されることとなる。すなわち、動産の所有者がその動産を間接占有している場合において、その所有権を譲渡するときに、譲受人となる者は、占有改定による代替的引渡しを受けることによって、その所有権を譲り受けることができるか。

### (3) 論述の順序等

ドイツ法のもとで、この問題がどのように扱われているかを明らかにするため、本稿では、次の順序で検討をおこなう。まず、関連する制度やルールの内容を概観した後、現在では、肯定説が出発点とされていることを確認したうえで、間接占有にもとづく占有改定を認めるにあたって、その要件や効果、他の制度との関係がどのように理解されているのかを明らかにする (2から4まで)。次いで、ドイツ民法典の制定過程において、本稿の問題に関連する規定がどのようにして設けられたのかや、かつて肯定説と否定説との間でどのような議論がされたのかなどを検討することで、肯定説が出発点とされるにいたるまでの経緯を明らかにする (5および6)。最後に、それまでの考察を簡単にまとめたうえで、比較法的な観点から、若干のコメントをくわえる (7)。

あらかじめ、本稿と関連するドイツ民法典の規定のうち、とりわけ重要なものについて、その条文訳を一括して掲げておこう<sup>(6)</sup>。

### (間接占有)

**第868条** 用益権者、質権者、用益賃借人、使用賃借人若しくは受寄者として、又はこれらに類する関係において、他人に対して一時的に占有すべき権利を有し、又は義務を負う者が物を占有するときは、その他人も、占有者とする (間接占有)。



（間接占有の移転）

第870条 間接占有は、物の返還請求権を他人に対して譲渡することによって、これをその他人に対して移転することができる。

（多段階の間接占有）

第871条 間接占有者が第三者との間において第868条に掲げる関係にあるときは、その第三者も、間接占有者とする。

（合意と引渡し）

第929条 1 動産に関する所有権を移転するためには、所有者が取得者に対してその物を引き渡し、かつ、当事者双方が所有権を移転する旨の合意をしなければならぬ。<sup>2</sup>〔略〕

（占有改定）

第930条 所有者が物を占有するときは、引渡しは、所有者と取得者との間で取得者に対して間接占有を取得させる法律関係を合意することをもって、これに代えることができる。

（返還請求権の譲渡）

第931条 第三者が物を占有するときは、引渡しは、所有者が取得者に対して物の返還請求権を譲渡することをもって、これに代えることができる。

（占有者の抗弁）

第986条 ①〔略〕

② 第931条の規定に従い、物が返還請求権の譲渡によって譲渡されたときは、その物の占有者は、譲渡された請求権に対して有する抗弁を新所有者に対して主張することができる。

2 間接占有の成立と返還請求権の譲渡

以下では、説明の便宜のため、必要に応じて、次の〔設例〕を用いて検討をおこなう。

〔設例〕 A と B との間で、A が所有する工作機械（甲）を B が使用するため、A から B へと甲を賃貸する旨の契約がされた。甲は、この契約に従い、A から B へと引き渡された。

(1) 間接占有の成立

a 間接占有の成立要件

間接占有の成立要件は、一般に、次の3つであるとされている<sup>(7)</sup>。すなわち、

①占有仲介者となる者が直接占有者であること、②占有仲介者となる直接占有者と間接占有者となる者との間に、「占有仲介関係（Besitzmittlungsverhältnis）」<sup>(8)</sup>とよばれる関係があること、③占有仲介者となる直接占有者が占有仲介意思を有すること<sup>(9)</sup>である。間接占有者と直接占有者は、それぞれ上位占有者と下位占有者とよばれることがある。

#### b 占有仲介関係

間接占有に関する規定（BGB868条）によれば、占有仲介関係（②）は、占有仲介者となる直接占有者が間接占有者となる者に対し、「一時的」に占有すべき権利を有し、または義務を負う関係であるとされる。この規定は、その例として、質権設定者と質権者との間の関係、賃貸人と賃借人との間の関係<sup>(10)</sup>、寄託者と受寄者との間の関係等といった具体的な関係を挙げている。もっとも、占有仲介関係として認められるために、制定法において名が与えられている必要はない。譲渡担保権者と譲渡担保権設定者との間の関係も、占有仲介関係にあたる。他方、一般的な理解によれば、占有仲介者となる直接占有者が、間接占有者となる者との間で、以後その者のために占有をする旨の合意をしたとしても、そのような合意から生ずる両者の間の抽象的な関係は、占有仲介関係にあたらないとされている<sup>(11)</sup>。

これに対し、質権設定契約、賃貸借契約、寄託契約等が有効であるかどうかは、占有仲介関係があるかどうかについて影響を与えない。このことは、BGB868条の規定において、その文言上、質権者、賃借人、受寄者等「として」物を占有するとされていることにあらわれている。占有仲介関係があるかどうかにとっては、直接占有者が事実上、どのような態様で物を占有することとなっているかが決定的であるとされる<sup>(12)</sup>。そこで、占有仲介関係と、その原因である質権設定契約、賃貸借契約、寄託契約等にもとづく関係とは、無因の関係にあるとするもの<sup>(13)</sup>や、占有仲介関係は、所有権法や債務法のもとでとらえられる質権設定契約、賃貸借契約、寄託契約等にもとづく関係について、これを占有法の観点から性質決定しなおしたものであるとするもの<sup>(14)</sup>がある。

占有仲介関係において、占有仲介者となる直接占有者が間接占有者となる者に対してもっている占有すべき権利は、あくまで「一時的」なものである。したがって、間接占有者となる者が占有仲介者となる直接占有者に対し、返還請求権を有しなければならない。返還請求権は、占有仲介関係があるかどうかを判断す

るための中心的なメルクマールとなるものである<sup>15)</sup>。返還請求権は、契約にもとづいて生じたもののみならず、法律にもとづいて生じたものであってもよい。所有権にもとづく返還請求権も、ここでいう返還請求権にあたとされている<sup>16)</sup>。また、返還請求権は、弁済期が到来していなかったり、条件が付けられていたりしていても、かまわない。

#### c 占有仲介意思

占有仲介者となる直接占有者が返還請求権を承認することで、間接占有者となる者のために物を占有する意思のことを、占有仲介意思（③）という<sup>17)</sup>。

#### d 〔設例〕の検討

〔設例〕では、①占有仲介者となるBが、甲を直接占有している。そして、②Bは、間接占有者となるAとの間で、甲について賃貸借契約を締結している。これにより、Aは、Bに対し、賃貸借契約にもとづく返還請求権（BGB546条）を有する。この請求権と、所有権にもとづく返還請求権（BGB985条）とは、請求権競合の関係にたつ<sup>18)</sup>。③Bは、この返還請求権を承認することで、Aのために甲を占有する意思を有している。したがって、甲について、占有仲介者である直接占有者を賃借人Bとし、間接占有者を賃貸人AとするAの間接占有が成立する。このことは、賃貸借契約が無効であったり、取り消されたりしても、変わりがない。この場合には、Aは、Bに対し、給付利得にもとづく返還請求権（BGB812条〔いわゆる占有の不当利得〕）を有する。この請求権と、所有権にもとづく返還請求権（BGB985条）とは、請求権競合の関係にたつ<sup>19)</sup>。

### (2) 返還請求権の譲渡

#### a 間接占有の移転・動産所有権の譲渡との関係

間接占有が成立したときは、間接占有者は、返還請求権を譲渡することによって、その間接占有を移転することができる（BGB870条）<sup>20)</sup>。そこで、動産の所有者がその動産を間接占有する場合において、その所有権を譲渡するときは、引渡しは、返還請求権を譲渡することによって、これに代えることができるとされている（BGB931条）。

間接占有者がおこなう返還請求権の譲渡による代替的引渡し<sup>21)</sup>について、返還請求権と譲渡とに分けて、その内容をみていこう。

#### b 返還請求権

まず、譲渡の対象となる返還請求権は、占有仲介関係の基礎となる契約が有効

であるときは、その契約にもとづく返還請求権であり、占有仲介関係の基礎となる契約が無効であるときは、法律にもとづく返還請求権である。他方、今日の一般的な考え方によれば、所有権にもとづく返還請求権は、ここでいう返還請求権にあたらぬ<sup>22</sup>。したがって、動産の所有者がその動産を間接占有するときは、その所有者は、所有権にもとづく返還請求権を譲渡することによっては、その所有権を譲渡することができない。所有権にもとづく請求権は、所有権から切り離すことができないものであると考えられるからである。所有権が譲渡されたときは、その所有権にもとづく請求権は、譲渡人のところで消滅し、譲受人のところで新たに発生する。所有権にもとづく請求権が譲渡されることによって、その所有権が譲渡されるわけではない。そこで、譲渡の対象となる返還請求権は、債務法上の返還請求権であるといわれている<sup>23</sup>。

#### c 譲渡

次に、返還請求権の譲渡は、債権譲渡の規定（BGB398条以下）に従っておこなわれる。BGB398条の規定によれば、債権譲渡は、債権譲渡の合意がされれば、その効力を生ずる。債権譲渡の通知や承諾は、成立要件としてはもとより、債務者対抗要件および第三者対抗要件としても、求められていない。他方、BGB407条の規定は、この規定とのカウンターバランスをとるため、債務者保護ルールを設けている。それによれば、債権譲渡がされた後、債務者が譲渡人に対して弁済等をした場合において、債権譲渡がされたことを債務者が知らなかったときは、債務者は、譲受人に対し、その弁済等が有効であることを主張することができる。さらに、4(2)aでみるように、譲受人が返還請求権の譲受人としての地位ではなく、所有者としての地位にもとづいて請求をするときも、この規定に準じて扱われる。

#### d 〔設例〕の検討

〔設例〕では、貸貸人Aは、自己が所有する甲について、賃借人Bをとおして、これを間接占有している。この場合において、Aは、引渡しに代えて、Cに対し、AのBに対する賃貸借契約にもとづく返還請求権を譲渡することによって、甲の所有権を譲渡することができる。賃貸借契約が無効であるときは、Aは、同じように、AのBに対する給付利得にもとづく返還請求権を譲渡することによって、Cに対し、甲の所有権を譲渡することができる。これに対し、賃貸借契約が有効であるか、無効であるかにかかわらず、AのBに対する所有権にもとづく

返還請求権は、これを譲渡の対象とすることができない。AのBに対する賃貸借契約にもとづく返還請求権や給付利得にもとづく返還請求権がAからCへと譲渡されたことによって、甲の所有権がAからCへと譲渡されたことについて、Bがこれを知らないで、Aに対して甲を返還したときは、Bは、Cに対し、その返還が有効であることを主張することができる。このことは、Cが返還請求権の譲受人としての地位にもとづいて請求をしたときだけでなく、所有者としての地位にもとづいて請求をしたときであっても、同様である。

このような扱いがされる結果、AがBに対して返還請求権を譲渡したことを通知することは、AからCへの甲の所有権の譲渡がその効力を生ずるためには、必要でないものの、Cの保護という観点からは、そのような通知をするほうが望ましいとされている<sup>24)</sup>。

### 3 間接占有にもとづく占有改定と動産所有権の譲渡——現在の法状況

#### (1) 間接占有と代替的引渡しとしての占有改定

##### a 問題の所在

では、〔設例〕において、Aは、引渡しに代えて、Cに対し、返還請求権の譲渡（2(2)）によってではなく、占有改定によって、甲の所有権を譲渡することができるか。これが、本稿のテーマである。

BGB930条の規定によれば、動産の所有者がその「物を占有する」ときは、次のような合意をすることによって、引渡しに代えることができる。すなわち、譲渡をする当事者の間で、譲受人となる者に対し、「間接占有を取得させる法律関係を合意する」ことである。そこで、間接占有の成立要件（2(1)）を参照すると、占有改定による代替的引渡しは、①動産の所有者がその「物を占有する」場合において、②譲受人となる者のために占有を仲介する意思にもとづいて、③譲受人となる者との間で、占有仲介関係を設定することによっておこなわれることとなる<sup>25)</sup>。

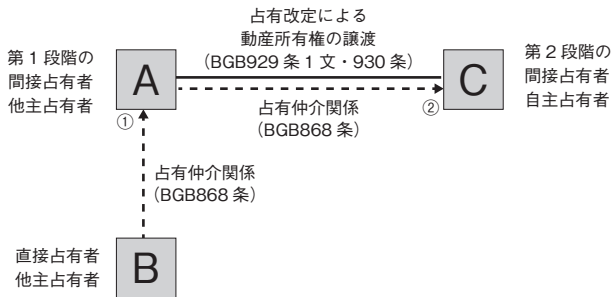
本稿のテーマは、①の要件とかわる。つまり、動産の所有者がその「物を占有する」ことには、その物を直接占有することだけでなく、間接占有することも含まれるのかどうか問題となる。

##### b 出発点としての肯定説

現在の一般的な教科書<sup>26)</sup>、体系書<sup>27)</sup>、注釈書<sup>28)</sup>は、ほとんど理由をつけることなく、この問題を肯定している（肯定説を正当化する理由については、6

(1)。今日の判例でも、肯定説がとられている<sup>39)</sup>。肯定説によれば、動産の所有者がその動産を間接占有するときは、①「物を占有するとき」にあたる。そこで、動産の所有者は、②譲受人となる者のために占有を仲介する意思にもとづいて、③譲受人となる者との間で、占有仲介関係を設定することによって所有権を譲渡することができる。この場合には、BGB871条が定める「多段階の間接占有 (mehrstufiger mittelbarer Besitz)」<sup>40)</sup>が生ずると考えられている。まず、占有仲介者・他主占有者であった直接占有者の地位は、変わらない。次に、間接占有者・自主占有者であった譲渡人は、第1段階の間接占有者・他主占有者となる。さらに、占有をもっていなかった譲受人は、第2段階の間接占有者・自主占有者となる。直接占有者が第2段階の間接占有者となる者があらわれたことを知らなくても、所有権の譲渡は、その効力を生ずるものとされている<sup>41)</sup>。

〔設例〕において、Aは、Bをとおして間接占有している甲の所有権について、引渡しに代えて、占有改定をすることによって、これをCに対して譲渡することができる。甲の所有権の譲渡は、Cが甲の所有権の譲受人となることをBが知らなくても、その効力を生ずる。この場合には、甲の占有について、【図】のような関係が生ずることとなる<sup>42)</sup>。



## (2) 多段階の間接占有

### a 多段階の間接占有の成立原因

多段階の間接占有が成立する原因は、次の3つの類型に分けられている<sup>43)</sup>。第1は、新たな直接占有者が付け加わる類型であり、第2は、最上位の間接占有者が付け加わる類型であり、第3は、中位の間接占有者が付け加わる類型である。

〔設例〕では、Aは、Bに対し、自己が所有する甲を賃貸し、これを引き渡している。その後、次のような事態が生じたでしょう。BがCに対し、甲を転賃

し、これを引き渡したときは、原質貸人 A（第 2 段階の間接占有者）、原質借人 = 転貸人 B（第 1 段階の間接占有者）、転質借人 C（直接占有者）の関係が成立する。これは、第 1 類型の例にあたる。他方、A が C に対して間接占有を移転し、A が B に対して質入れの通知をする<sup>34)</sup>ことによって、A が C に対し、甲について質権を設定した（BGB1205 条 2 項）ときは、質貸人 = 質権設定者 A（第 2 段階の間接占有者）、質権者 C（第 1 段階の間接占有者）、質借人 B（直接占有者）の関係が成立する。これは、第 3 類型の例にあたる。そして、(1) でみたように、A が C に対し、占有改定をすることによって、甲の所有権を譲渡したときは、譲受人 C（第 2 段階の間接占有者）、質貸人 = 譲渡人 A（第 1 段階の間接占有者）、質借人 B（直接占有者）の関係が成立する。これは、第 2 類型の例にあたる。つまり、占有改定による動産所有権の譲渡は、多段階の間接占有の成立原因からみれば、最上位の間接占有者が付け加わる類型にあたるものと位置づけられている。

#### b 多段階の間接占有の成立要件

多段階の間接占有では、占有仲介関係および占有仲介意思の要件は、直接占有者と第 1 段階の間接占有者との間および第 1 段階以上の間接占有者とそれぞれの次の段階の間接占有者との間で、満たされればよい<sup>35)</sup>。占有仲介関係のメルクマールである返還請求権についても、同様である。たとえば、転貸借関係が成立したときは、原質貸人の転質借人に対する返還請求権が生ずる（BGB546 条 2 項）。しかし、このように、最上位の間接占有者が直接占有者に対して返還請求権を有することは、多段階の間接占有が成立するための要件ではない<sup>36)</sup>。動産の所有者が第 2 段階の間接占有者である場合において、返還請求権を譲渡することによってその所有権を譲渡するときは、その者は、第 1 段階の間接占有者に対する返還請求権を譲渡するものとされている<sup>37)</sup>。また、占有仲介者は、それぞれ自己の間接占有者の占有を仲介する意思があればよい。そのため、それ以外の間接占有者がいることについては、これを知らなくてもかまわない<sup>38)</sup>。間接占有にもとづく占有改定がされた場合において、最上位の間接占有者があらわれたことについて、直接占有者がこれを知らなくてもよいとされていた ((1) b) のは、この理解と対応するものである。

このように、間接占有が連鎖的に成立することで、直接占有者は、すべての間接占有者の占有を同時に仲介し、また、間接占有者は、最上位の間接占有者を除いて、それぞれ次の段階の間接占有者の占有を仲介することとなる<sup>39)</sup>。



## c 多段階の間接占有の効果

BGB871条の規定によれば、多段階の間接占有が成立するときは、第2段階以上の間接占有者は、——第1段階の間接占有者とは異なり、直接占有者との間で間接占有の成立要件を満たしていないにもかかわらず——第1段階の間接占有者と同じように、間接占有を取得するとされる。もっとも、すべての段階の間接占有者が、まったく同じように扱われるわけではない<sup>40)</sup>。たとえば、占有にもとづく所有権の推定(BGB1006条)は、自主占有者である最上位の間接占有者にかかる占有についてしか及ばない。時効取得も、自主占有者である最上位の間接占有者しか、これを行うことができない。

## d 多段階の間接占有の正当化

多段階の間接占有については、しばしば、「占有建物(Besitzgebäude)」<sup>41)</sup>という比喩が用いられている。間接占有は、直接占有を土台として、これに順次積み上げることができるからである。理論的には、積み上げる段階について、制限はないものとされている<sup>42)</sup>。

占有は、物に対する事実上の支配であると理解されている(BGB854条1項(5)(2)参照)。では、多段階の間接占有は、この理解との関係で、どのように正当化されるのか。この問題は、間接占有をどのようにとらえるのかとかわる。

第1に、通説とみられる考え方によれば、間接占有も、直接占有と同じように、物に対する事実上の支配であるととらえられる。間接占有者と占有仲介者である直接占有者との間には、返還請求権を中核とする占有仲介関係がある。そのため、占有仲介者である直接占有者が有する物に対する事実上の支配は、時間的にも、内容的にも限られたものとなる。したがって、間接占有者も、物に対する事実上の支配を有することには変わりがなく、ただ、それが「緩められた(gelockerte)」<sup>43)</sup>ものであるにとどまる。

この理解によれば、多段階の間接占有について、直接占有者と第1段階の間接占有者との間および第1段階以上の間接占有者とそれぞれの次の段階の間接占有者との間に、返還請求権を中核とする占有仲介関係があるときは、そのようなたちで間接占有が連鎖的に成立することで、第2段階以上の間接占有者も、物に対して「緩められた」事実上の支配を有することとなる<sup>44)</sup>。

第2に、間接占有は、直接占有とは異なり、物に対する事実上の支配ではないとする考え方も主張されている。それによれば、間接占有は、「事実上の物支配

をとみなさない占有」である<sup>45)</sup>、あるいは、占有を「擬制」したものである<sup>46)</sup>とされる。間接占有が成立したときは、物に対する事実上の支配を有するのは、直接占有者であって、間接占有者ではない。間接占有も、直接占有と同じように、物に対する事実上の支配であるという理解は、「占有仲介者 (Besitzmittler)」<sup>47)</sup>という誤解を招きやすい概念によって広まったものである。この理解によれば、間接占有は、そもそも物に対する事実上の支配ではないから、多段階の間接占有についても、そこで成立する間接占有は、いずれも物に対する事実上の支配ではないこととなる。

近時では、間接占有は、直接占有者と間接占有者との間の「法律関係」に還元されるとする見解が有力に主張されている<sup>48)</sup>。この見解も、第2の考え方に位置づけられるものである。それによれば、物に対する事実上の支配は、複数の段階では成立しえない。これに対し、法律関係は、複数の段階でも成立しうる。多段階の間接占有が認められるのは、そのためであるとされる<sup>49)</sup>。この説明は、通常の（1段階の）間接占有が成立しているときであっても、物に対する事実上の支配を有するのは、直接占有者であって、間接占有者ではないとする理解——つまり、第1の考え方と異なる理解——を前提としたものであるとみることができる。

#### 4 返還請求権の譲渡による動産所有権の譲渡との関係

間接占有者が所有する動産について、間接占有者と譲受人となる者が占有改定によってその所有権を譲渡したときと、返還請求権の譲渡によってその所有権を譲渡したときとの関係について、両者の区別がどこにあるかという問題 ((1)) と、動産の占有者が譲渡人に対して有する抗弁の拡張に関する規定の適用をめぐる問題 ((2)) とについて、検討をおこなう<sup>50)</sup>。

##### (1) 返還請求権の譲渡による動産所有権の譲渡との区別

間接占有者が所有する動産について、間接占有者と譲受人となる者が占有改定によってその所有権を譲渡したときと、返還請求権の譲渡によってその所有権を譲渡したときとは、次の違いがあるとされている<sup>51)</sup>。すなわち、間接占有者と譲受人となる者が占有改定による方法を選択したときは、多段階の間接占有が成立する。間接占有者・自主占有者であった譲渡人は、第1段階の間接占有者・他主占有者となる。これに対し、間接占有者と譲受人となる者が返還請求権の譲渡による方法を選択したときは、間接占有の移転が生じる。間接占有者・自主占有者であった譲渡人は、占有を失うこととなる。

そこで、間接占有者と譲受人となる者としては、間接占有者に第1段階の間接占有者の地位を確保するか、それとも、間接占有者から占有を失わせるかによって、占有改定による方法と返還請求権の譲渡による方法とを使い分けることとなる。

〔設例〕では、AとBとの間でされた賃貸借契約が終了した後、Aが甲を使用することについて、AとCとの間で合意がされるときは、返還請求権の譲渡による方法ではなく、占有改定による方法が選択される。たとえば、AがCに対し、甲を譲渡担保に供するときである<sup>52</sup>。

(2) 動産の占有者が譲渡人に対して有する抗弁の拡張

a 返還請求権の譲渡による動産所有権の譲渡とBGB986条2項

〔設例〕において、AとBとの間で、2020年4月1日に、AがBに対し、2021年1月15日までの間、自己が所有する甲を賃貸する契約がされていたとしよう。この場合において、2020年6月1日、Aは、AのBに対する賃貸借契約にもとづく返還請求権をAからCへと譲渡することによって(2(2))、甲の所有権をAからCへと譲渡した。同月10日、Cは、Bに対し、賃貸借契約にもとづく返還請求として、甲の引渡しを求めた。この場合には、Bは、債権譲渡における債務者の抗弁に関する規定(BGB404条)に従って、その請求権が譲渡された時に生じていた原因にもとづいてAに対して主張することができた抗弁を、Cに対して主張することができる。では、CがBに対し、所有権にもとづく返還請求として、甲の引渡しを求めたときはどうか。

この問題について、BGB986条2項の規定によれば、返還請求権の譲渡によって動産所有権が譲渡されたときは、動産<sup>53</sup>の占有者は、譲渡された請求権について譲渡人に対して主張することができた抗弁<sup>54</sup>を、譲受人に対して主張することができる。このことは、2(2)cでみたように、返還請求権の譲渡によって動産所有権が譲渡されたことを知らないで、動産の占有者が譲渡人に対して弁済等をしたときについても、同様であると考えられている<sup>55</sup>。このルールは、債務関係にもとづく占有権原は、その当事者に対してのみ、これを主張することができるという原則について、その例外を定めたものである<sup>56</sup>。この例外は、次のような評価によって支えられている。一方で、動産所有権の譲渡は、動産の占有者の関与なくおこなわれるものである以上、その占有者は、その所有権の譲渡によって不利に扱われるべきではない<sup>57</sup>。他方で、動産を譲り受ける者は、その動産が譲り

渡す者以外の者によって占有されているときは、その占有者から債務関係にもとづく占有権原を主張されるリスクを引き受けたうえで、その動産を譲り受けるべきである<sup>58)</sup>。

所有者が交替した場合において、債務関係にもとづく占有権原を有する者を保護するための規律には、次の2つの類型がある<sup>59)</sup>。第1の類型は、「契約の拡張」と特徴づけられるものである。不動産について、賃貸人と賃借人との間で賃貸借契約が有効にされ、その不動産が賃借人に対して引き渡されている場合において、賃貸人によってその不動産所有権が譲渡されたときは、賃貸人たる地位は、譲渡人から譲受人へと移転する<sup>60)</sup>（BGB566条・578条・581条2項<sup>61)</sup>。「売買は賃貸借を破らない」という命題（BGB566条の見出し）は、この類型について用いられるものである。第2の類型は、「抗弁の拡張」と特徴づけられるものである。この類型に属するのが、すでにみたBGB986条2項の規定である。ここでは、契約上の地位は、譲渡人から譲受人へと移転しない。

どちらの類型に属するルールも、物の占有者が旧所有者に対して債務関係にもとづく占有権原を有するときに、例外として、第三者である新所有者に対して、これを主張することができるとしたものである。そこで、どちらの類型に属する規定も、「債務関係上の権利の物権化」を定めたものであると位置づけられる<sup>62)</sup>。もっとも、第1の類型に属するルールは、①債務関係にもとづく占有権原を有する者が物の占有を維持することができる利益と、②契約上の地位が移転することについて譲渡人および譲受人が有する利益<sup>63)</sup>とを考慮したものであるのに対し、第2の類型に属するルールは、①の利益のみを考慮したものである。第2の類型に属するルールは、動産について債務関係にもとづく占有権原を有する者に対し、あくまで新所有者に対する防御手段を与えたものにとどまる。したがって、新所有者がなんらかの事情によりその動産を占有するにいたったとしても、債務関係にもとづく占有権原を有する者がその新所有者に対し、このルールにもとづいて返還請求をすることができるわけではない。

さきに掲げた問題については、次のように応えられる。CがBに対し、所有権にもとづく返還請求として、甲の引渡しを求めたときは、Bは、2021年1月15日までは、AとBとの間でされた賃貸借契約にもとづく占有権原をもって、Cに対し、甲の引渡しを拒むことができる。この場合には、賃貸人たる地位は、AからCへと移転しない。したがって、Bは、Cではなく、Aに対し、賃料を支

払うこととなる<sup>64)</sup>。

b 間接占有にもとづく占有改定による動産所有権の譲渡と BGB986条2項の類推適用

aと同じように、〔設例〕において、2020年4月1日に、AがBに対し、2021年1月15日までの間、自己が所有する甲を賃貸する契約がされていたとしよう。この場合において、2020年6月1日、Aは、Cに対して甲を譲渡担保に供するため、占有改定によって、甲の所有権をAからCへと譲渡した。CのAに対する被担保債権は、弁済期が到来しても、弁済されなかった。そこで、Cは、同年12月1日、譲渡担保権を実行するため、Bに対し、所有権にもとづく返還請求として、甲の引渡しを求めた。この場合にも、Bは、aと同じように、2021年1月15日までは、AとBとの間でされた賃貸借契約にもとづく占有権原をもって、Cに対し、甲の引渡しを拒むことができる。その理由は、次のとおりである。

BGB986条2項の規定が適用される範囲は、明文上は、BGB931条の規定によって動産所有権が譲渡されたときに限られている。しかし、間接占有者が所有する動産について、間接占有者と譲受人となる者が返還請求権を譲渡することによってその所有権を譲渡したとき（BGB931条）と、占有改定をすることによってその所有権を譲渡したとき（BGB930条）とで、動産の占有者が譲渡人に対して主張することができた抗弁を、譲受人に対して主張することができるかどうかは異なるとするのは、不合理である。BGB968条2項の基礎に据えられている評価——動産所有権の譲渡は、動産の占有者の関与なくおこなわれるものである以上、その占有者は、その所有権の譲渡によって不利に扱われるべきではなく、また、動産を譲り受ける者は、その動産が譲り渡す者以外の者によって占有されているときは、その占有者から債務関係にもとづく占有権原を主張されるリスクを引き受けたくて、その動産を譲り受けるべきである——は、どちらについても同じようにあてはまるからである。そこで、BGB986条2項の規定は、間接占有者が所有する動産について、間接占有者と譲受人となる者が占有改定をすることによってその所有権を譲渡したときについても、類推適用されるものと考えられている<sup>65)</sup>。

## 5 ドイツ民法典の制定過程

このように、現在では、間接占有者が所有する動産についても、占有改定によってその所有権を譲渡することが認められている。以下では、このような状況

にいたるまでの歴史的な経緯を概観することとしよう。まず、5では、ドイツ民法典の制定過程<sup>66</sup>等を扱い、続いて、6では、ドイツ民法典が制定された後、肯定説が定着するまでの学説や判例の状況を扱う。

### (1) 前史

ドイツ民法典が制定される前の状況については、次の点を指摘するにとどめざるをえない。すなわち、間接占有者が所有する動産について、占有改定によってその所有権を譲渡することができるかどうかという今日の問題に相当する問題について、まず、19世紀のドイツ普通法では、肯定説が通説であった<sup>67</sup>。次に、立法例として、ザクセン民法典<sup>68</sup>のように、これを否定することを明文によって定めるものは、まれであったとされる<sup>69</sup>。さらに、判例においても、プロイセン一般ラント法<sup>70</sup>や普通法<sup>71</sup>の解釈として、これを肯定するものがあられていた。

### (2) 占有および間接占有の概念

部分草案および第1草案は、「占有 (Besitz)」と「所持 (Inhabung)」とを区別し、占有には、所有の意思が必要であるとする普通法理論から出発していた<sup>72</sup>。とりわけ、第1草案は、普通法理論により忠実なものであった。第1草案によれば、占有は、物を自己のものとして所有する意思 (占有意思)<sup>73</sup>をもって、物に対する事実上の支配 (所持) を得ることによって、これを取得する (EI 797条)。これによれば、占有者は、自主占有者に限られる。そして、占有者が賃借人等となって賃借人等に対して物の所持を委ねたとしても、その占有は、失われぬものとされていた (EI 811条・821条)。他方、賃借人等は、所持者であるものの、占有法による保護を受けることができる (EI 819条・820条)。しかし、このような占有と所持との区別は、はげしい批判を受けた。盗人すら、占有者であるにもかかわらず、賃借人等は、占有者ではなく、所持者であるというのは、理解することができない<sup>74</sup>。そこで、第2委員会の審議では、連邦司法省準備委員会の方針<sup>75</sup>に従って、占有と所持との区別は、廃止することとされた。その結果、第2草案では、占有は、物に対する事実上の支配を得ることによって、これを取得するものとされた (EII 777条)。物が賃貸されるなどしたときは、賃借人等も、占有者となる。このことと対応して、賃借人等は、「間接占有」を取得するものとされた (EII 790条1項)。ドイツ民法典は、この構成を受け継いだものである。

第2委員会の審議では、占有の取得にあたってなんらの意思も必要でないのかどうかという問題は、解釈論に委ねられた<sup>76</sup>。この問題について、現在の通説は、

「占有設定意思 (Besitzbegründungswille)」を有することが必要であると解している。その位置づけについて、代表的な文献のなかには、占有の取得は、物に対する事実上の支配を得ることにくわえて、占有設定意思を有することをも要件とすると整理するものがある<sup>77)</sup>。また、第2委員会の審議では、間接占有の成立要件について、占有仲介者となる直接占有者が占有仲介意思を有することに重点を置くものがあつた<sup>78)</sup>。2(1)でみたように、現在では、一般に、このことも間接占有の成立要件となると理解されている。

(3) 返還請求権の譲渡による動産所有権の譲渡および動産の占有者が譲渡人に対して有する抗弁の拡張に関する規定

部分草案と第1草案は、いずれも、「占有の指図 (Besitzanweisung)」に関する普通法理論を基礎に据えるものであつた。その理論は、部分草案の起草者であるヨーホウによれば、「代理人による占有の取得に関する一般理論」から導かれるものである<sup>79)</sup>。すなわち、指図によって占有の移転が生ずるためには、所持者に対して指図がされるだけ<sup>80)</sup>ではなく、所持者がその指図に対応して自己の意思を変更したことが求められる。もっとも、所持者の黙示の意思は、考慮されない。第1草案では、この考え方は、「所持者が指図を受領した後、遅滞なく、前の占有者または第三者に対して指図について異議を述べたときは、第三者は、占有を取得しない」と表現されていた (EI 804条2文)。

しかし、ドイツ民法典は、「占有の指図」ではなく、返還請求権の譲渡という構成をとることとした (BGB870条・931条)。そして、返還請求権の譲渡によって所有権が譲渡された場合について、動産の占有者が譲渡人に対して有する抗弁の拡張に関する規定 (BGB986条2項) を設けることとした。これは、次のような事情によるものである<sup>81)</sup>。第2委員会の審議では、第1草案の規定について、次の問題点が指摘された。一方で、第1草案の規定では、取引の需要が満たされない。第三者が動産を占有する場合において、動産の所有者がその所有権を譲渡することができるかどうか、その第三者の意思にかからしめられるからである。他方で、第1草案の規定は、第三者の保護という観点からも、不十分なものである。第三者が指図について遅滞なく異議を述べたとしても、第三者は、譲渡人に対して主張することができた抗弁を、譲受人に対して主張することができなくなってしまうからである。そこで、第2委員会の審議では、1項において、返還請求権の譲渡による動産所有権の譲渡を規定し、2項において、動産の占有者が



譲渡人に対して有する抗弁の拡張を規定するというアヒレスの提案が支持された。この提案は、第2草案の規定を立案する段階で、1項は、動産所有権の取得のところ（EII 844条）へ、2項は、所有権にもとづく請求権のところ（EII 900条2項）へと分割されることとなった<sup>82)</sup>。あわせて、返還請求権の譲渡による間接占有の移転に関する規定（EII 792条）も、設けられることとなった<sup>83)</sup>。つまり、ドイツ民法典においてばらばらに設けられている規定（BGB870条・931条・986条2項）は、もともとは、一つの提案に由来するものであったのである。

#### （4）間接占有にもとづく占有改定による動産所有権の譲渡に関する議論

（3）でみたアヒレスの提案では、「第三者が物を占有しているとき」は、返還請求権の譲渡によって引渡しに代えることができるとされていた。他方、占有改定による動産所有権の譲渡については、「譲渡人が物を占有しているとき」は、占有改定によって引渡しに代えることができるとされることとなっていた<sup>84)</sup>。

そこで、第2委員会の審議では、このような文言では、所有者が間接占有する動産については、返還請求権の譲渡によってその所有権を譲渡することができるだけであり、占有改定によっては、その所有権を譲渡することができないかのような誤解を招くおそれがあるとする意見が示された。この意見については、とくに異議が唱えられなかった。そこで、返還請求権の譲渡による動産所有権の譲渡に関する規定の文言は、占有改定による動産所有権の譲渡に関する規定のあり方と合わせて、その検討を編集会議に対して委ねることとされた<sup>85)</sup>。

6(1)でみるように、ここでの議論をどのように評価するかが、肯定説と否定説との間の一つの対立点となっている。

#### （5）多段階の間接占有に関する規定

多段階の間接占有に関する規定（BGB871条）は、第1草案の規定にさかのぼる（EI 821条2項）。もっとも、第1草案の規定は、占有と所持との区別（(2)）に対応し、上位の所持者に対しても、占有法による保護を与えるというものであった。第1委員会において、そのような部分草案には設けられていなかった規定を設けることとされたのは、上位の所持者も法的保護を受ける独自の利益を有すると考えられたからである<sup>86)</sup>。他方、第2委員会では、占有と所持との区別が廃止された（(2)）。そのため、問題は、上位の間接占有者についても、間接占有の保護を与えるべきかどうかというかたちで立てられることとなる。第2委員会では、この問題を肯定することについて意見が一致した<sup>87)</sup>。現行法の規定は、こ

のようにして設けられた第2草案の規定（EII 791条）<sup>88</sup>を受け継いだものである。

## 6 間接占有にもとづく占有改定と動産所有権の譲渡——かつての法状況

### (1) 肯定説と否定説との対立

動産の所有者が間接占有する動産について、占有改定をすることによってその所有権を譲渡することができるか。この問題に関する学説の状況は、次のようなものであった<sup>89</sup>。ドイツ民法典が制定された後、しばらくの間は、少数ながら、否定説も主張されていた<sup>90</sup>。しかし、多くの見解は、肯定説を支持していた<sup>91</sup>。

#### a 否定説の主張

否定説が指摘していた肯定説の問題点には、次のようなものがあった<sup>92</sup>。

①第2委員会の審議では、肯定説を前提とする意見について、異議が唱えられなかったとされる（5(4)）。しかし、このことは、第2委員会が肯定説を支持したことを意味するものではない<sup>93</sup>。

②占有改定による動産所有権の譲渡に関する規定（BGB930条）によれば、「所有者が物を占有するとき」は、引渡しは、譲渡人となる者が譲受人となる者との間で、譲受人となる者に対して間接占有を取得させる法律関係を合意することをもって、これに代えることができる。なんら占有をもたない者がそのような合意をすることができないのは、明らかである。したがって、肯定説のように、同条の「占有」には、直接占有と間接占有との双方が含まれるととらえるならば、そのような条件文は、無意味なものになってしまう<sup>94</sup>。したがって、同条の「占有」は、直接占有に限られるものと解するべきである。

③BGB930条の規定は、代替的引渡しを定めるにあたって、②でみたように、「所有者が物を占有するとき」は、引渡しは、占有改定に代えることができると定めているのに対し、BGB931条の規定は、「第三者が物を占有するとき」は、引渡しは、返還請求権の譲渡に代えることができると定めている。第2委員会の審議では、動産の所有者が動産を間接占有するときは、占有改定をすることによっても、その所有権を譲渡することができることについて、そのことを文言上明確にする方向性が示されていた（5(4)）。しかし、実際には、占有改定による動産所有権の譲渡に関する規定について、冒頭の「譲渡人」が「所有者」へと改められただけであり、そのような修正は、とくにされなかった<sup>95</sup>。そうである以上、BGB930条の「所有者が物を占有するとき」は、「所有者が物を直接占有するとき」をいうと解するべきである。

④占有改定は、譲渡人となる者から譲受人となる者へと、いったん動産を現実に移動し、これにより引渡し要件を満たした後、その動産をふたたび譲受人から譲渡人へと移動させるといった負担が生じないようにするためのものである。しかし、動産の所有者がその動産を間接占有しているときは、その者は、動産を現実に移動することができる地位にない<sup>96)</sup>。

⑤多段階の間接占有（BGB871条）は、間接占有が成立している場合において、(a)占有仲介者である直接占有者が新たに占有仲介者である直接占有者をとおして間接占有を取得するときに成立するものである。他方、間接占有にもとづく占有改定は、(b)間接占有者が新たに最上位の間接占有者となる者に対して間接占有を取得させることを意味する。しかし、両者は、同じように扱うことができない<sup>97)</sup>。前者のケースと後者のケースとでは、新たな間接占有を成立させる者が、動産を現実に移動することができる地位にあるかどうか異なるからである。

⑥BGB986条2項の規定によれば、間接占有者が所有する動産について、間接占有者と譲受人となる者が返還請求権を譲渡することによってその所有権を譲渡したときは、動産の占有者が間接占有者である譲渡人に対して有する抗弁は、譲受人に対して拡張される。肯定説によれば、その間接占有者と譲受人となる者が返還請求権の譲渡ではなく、占有改定によってその所有権を譲渡したときについても、同項の規定と同じような規定が必要となるはずであろう。しかし、そのような規定は、設けられていない。このことは、制定法の欠缺を意味するものではなく——したがって、肯定説をとったうえで、同項の規定を類推適用するという考え方は、とることができない——、むしろ、肯定説が不当であることを示すものであるとみるべきである<sup>98)</sup>。

#### b 肯定説の主張

このように、否定説は、肯定説に対してさまざまな問題点を示していた。他方で、肯定説によって展開されたのは、次のような主張である<sup>99)</sup>。

①第2委員会の審議のなかで、肯定説を前提とする意見について、異議が唱えられなかったことには変わりがない。今日でも、肯定説を主張する文脈において、第2委員会の審議に関する議事録が援用されている<sup>100)</sup>。

②占有改定による動産所有権の譲渡に関する規定（BGB930条）は、「所有者が物を占有するとき」は、引渡しは、占有改定をもって代えることができると定めている。そして、間接占有の取得に関する規定（BGB986条）によれば、間接

占有者「も」、——直接占有者と同じように——「占有者とする」とされている<sup>(101)</sup>。したがって、BGB930条の「占有」には、直接占有と間接占有との双方が含まれる。この解釈によれば、同条の条件文が無意味なものになってしまうという問題点(a②)は、この指摘をおこなった論者自身が、文言を過度に厳格に解釈すれば、そのような問題点が生ずるといった性格のものであることを認めていた<sup>(102)</sup>。

③間接占有をしているときは、直接占有をしているときと同じように、「所有者が物を占有するとき」(BGB930条)にあたる(②)ため、占有改定によって動産所有権を譲渡することができる。他方、間接占有をしているときは、直接占有をしているときと異なり、「第三者が物を占有するとき」にあたるため、返還請求権の譲渡によって動産所有権を譲渡することもできる。このように解釈することについて、なんら問題はない。これに対し、両条の規定の関係を対立するものとして理解しなければならない理由は、明らかでない<sup>(103)</sup>。

④動産の所有者がその動産を間接占有しているときは、その者は、動産を現実に移動することができる地位にない。しかし、代替的引渡しに関する規定は、そのような場合であっても、動産の所有者がその所有権を譲渡することができる途を開いたものであると考えられる<sup>(104)</sup>。このような解釈は、BGB930条の規定において、「引渡し」は、占有改定に「代えることができる」と定められていることと整合的である。

⑤多段階の間接占有に関する規定(BGB871条)によれば、「間接占有者が第三者との間において第868条に掲げる関係にあるとき」は、その第三者も間接占有者とする<sup>(105)</sup>とされている。間接占有が成立している場合において、占有仲介者である直接占有者はもちろん、間接占有者もまた、「第三者との間において第868条に掲げる関係」を合意することができる<sup>(106)</sup>。したがって、多段階の間接占有は、間接占有が成立している場合において、(a)占有仲介者である直接占有者が、新たに占有仲介者である直接占有者とおして間接占有を取得するときはもちろん、間接占有者が占有改定をするとき、つまり、(b)間接占有者が占有改定により新たに最上位の間接占有者となる者に対して間接占有を取得させるときにも成立するものと考えられる。さらに、(c)間接占有者が新たに中位の間接占有者となる者に対して間接占有を取得させるときにも、多段階の間接占有が成立する。そこで、今日では、多段階の間接占有が成立する原因は、新たな直接占有者が付け加わる類型((a))、最上位の間接占有者が付け加わる類型((b))、中位の間接占有者が付

け加わる類型（(c)）の3つに分けられている（3(2)a）。

⑥動産の占有者が譲渡人に対して有する抗弁の拡張に関する規定（BGB986条2項）は、明文で定められた適用範囲を超えて、間接占有者が所有する動産について、間接占有者と譲受人となる者が占有改定をすることによってその所有権を譲渡したときについて、類推適用されなければならない4(2)b)。第2委員会の審議では、間接占有者が所有する動産についても、占有改定をすることによってその所有権を譲渡することができることを前提として、規定を整備するとされていた（5(4)）もかかわらず、間接占有にもとづく占有改定について同項の規定に対応する規定が設けられなかったのは、立法の過誤によるものと考えられる<sup>(106)</sup>。

## (2) 判例の状況

ドイツ民法典の制定後にあらわれた最上級審の判例としては、次の2つのものがよく知られている<sup>(107)</sup>。

第1の判例は、事案の詳細ははっきりしないものの、次のことが争点となったものである<sup>(108)</sup>。すなわち、AがBに対し、Aが所有する動産を賃貸し、これを引き渡している場合において、XがAからその動産を購入し、Aとの間で、AからXへとその動産の所有権を譲渡する旨の合意をするとともに、XがAに対してその動産を賃貸する旨の契約をしたときに、その動産の所有権は、AからXへと譲渡されるかどうか争われた。ここでは、間接占有者が所有する動産についても、占有改定をすることによって動産所有権を譲渡することができるかどうか問題となる。ドイツ民法典が制定される前には、当時の通説に従ってこの問題を肯定する判例（5(1)）があった。ドイツ民法典の制定過程においても、第2委員会の審議のなかで、この問題が肯定されていた（5(4)）。現在でも、学説では、肯定説が主流である。そこで、第1の判例によれば、この問題を肯定することについて支障はない。この場合には、多段階の間接占有が成立することとなるとされた。

第2の判例は、簡略化すると、次のような事案を扱ったものである<sup>(109)</sup>。AがBに対し、Aが所有する自動車（甲）を質入れした後、Yに対し、甲を売却し、Yとの間で、AからYへと甲の所有権を譲渡する旨の合意をするとともに、甲について、Aが使用借主としての権利を有し、また、受寄者としての義務を負うとする旨の契約をした。Yは、Aが甲を実際に占有していないことを知らなかった。他方、Aについて破産手続が開始され、Xが破産管財人に選任された。甲

が競売され、質権者であるBが満足を得た後、残金が生じた。Xが破産財団のため、この残金の支払を求めたのに対し、Yが争った。第2の判例によれば、間接占有者が所有する動産についても、占有改定をすることによってその所有権を譲渡することができる。このように解することが、支配的な学説と確立した判例とに合致する。譲渡人となる者が間接占有しか有していないことを譲受人となる者が知らなかったとしても、動産所有権の譲渡がその効力を生ずることに変わりはない。

### (3) 肯定説の定着

今日の観点からは、「否定説から肯定説に対して示された疑念は、正当なものではない」<sup>(110)</sup>と評価されている。また、(2)で掲げた判例の後にあらわれた判例でも、肯定説がとられている<sup>(111)</sup>。そこで、代表的なコンメンタールの一つでは、肯定説は、「今日では、教科書およびコンメンタールにおいて一致した解釈」であるとされ、判例についても、他の文献の参照を指示するにとどめられている<sup>(112)</sup>。

## 7 おわりに

### (1) ドイツの法状況

〔設例〕では、貸貸人Aは、自己が所有する甲について、賃借人Bをとおして、これを間接占有している。この場合において、Aは、引渡しに代えて、Cに対し、AのBに対する賃貸借契約にもとづく返還請求権を譲渡することによって甲の所有権を譲渡すること(2(2))も、占有改定をすることによって甲の所有権を譲渡することもできる(3(1))。両者の違いは、Aが占有を失うかどうかにある(4(1))。たとえば、AがCに対し、甲を譲渡担保に供するときは、占有改定による方法が選択される。

この場合には、譲受人Cが第2段階の間接占有者・自主占有者となり、貸貸人=譲渡人Aが第1段階の間接占有者・他主占有者となり、賃借人Bが直接占有者・他主占有者となる(3(1))。このような多段階の間接占有にあっては、返還請求権を中核とする占有仲介関係および占有仲介意思の要件は、BとAとの間、AとCとの間で満たされればよい(3(2)b)。したがって、CがBに対して返還請求権を有しなくても、また、Cが甲の所有権の譲受人となることをBが知らなくても、占有改定による甲の所有権の譲渡は、その効力を生ずる。理論的には、間接占有を積み上げる段階について、制限はないものとされている(間接占有の本質との関係について、3(2)d)。

## (2) 比較法的な観点からのコメント

最後に、比較法的な観点から、若干のコメントをくわえておこう。

## a 間接占有にもとづく占有改定と動産所有権の譲渡

ドイツ法と日本法とでは、前提となる事情が異なる。①ドイツ法では、(1)でみたように、Aは、引渡しに代えて、Cに対し、AのBに対する賃貸借契約にもとづく返還請求権を譲渡することができる。この譲渡は、債権譲渡の規定に従っておこなわれる。ドイツ法では、債権譲渡は、債権譲渡の合意がされれば、その効力を生じ、債務者や第三者に対しても、これを主張することができる(2(2)c)。そのため、AがBに対して通知をしなくても、甲の所有権の譲渡は、その効力を生ずる(もっとも、Cの保護という観点からは、Aからの通知がされるほうが望ましいとされていることについて、2(2)d)。したがって、ドイツ法では、Bが知らない間に甲の代替的引渡しによってその所有権が譲渡されるという事態は、占有改定による甲の所有権の譲渡を認めることによって、新しく生ずるものではない。②ドイツ法では、多段階の間接占有に関する明文の規定が設けられている(3(2))。③ドイツ法では、対抗要件主義ではなく、成立要件主義がとられている(1(2))。したがって、Aが、Cに対し、占有改定をすることによって甲の所有権を譲渡することができないとすると、Cは、甲を無権原で占有することとなった者や不法行為によって甲を滅失・損傷させた者に対しても、甲の所有権を譲り受けたことを主張することができなくなる。このようにみると、ドイツ法では、日本法よりも、間接占有にもとづく占有改定による動産所有権の譲渡が認められやすい状況にあるといえる。

しかし、このような違いは、——第二譲受人や差押債権者等、B以外の第三者との関係を念頭に置き限り(b参照)——あまり強調すべきではない。①日本法では、問題は、AがCに対して甲の所有権を譲渡した場合において、Cは、占有改定による引渡しを受けることによって、その対抗要件を備えることができるかどうかというかたちであられる。この問題を肯定することについては、主として、次の懸念が示されていた<sup>(113)</sup>。すなわち、Bは、Cのために占有する意思を有していないため、Cは、代理占有を取得することができないはずであること、また、Cが占有改定による引渡しを受けることができるとすると、Bの認識を離れて、BのCに対する甲の返還義務が発生することになってしまうことである。この問題は、ドイツ法でも、同じように生ずるはずであろう。間接占有は、一



般に、占有仲介意思や返還請求権を中核とする占有仲介関係がなければ、成立しないと理解されているからである(2)。しかしながら、ドイツ法では、占有仲介意思や返還請求権を中核とする占有仲介関係は、BとAとの間、AとCとの間であればよいとされていた。たしかに、②ドイツ法では、日本法とは異なり、多段階の間接占有に関する明文の規定が設けられている。しかし、日本法でも、一般に、代理占有は、中間者が介在することを妨げないものとされている<sup>(114)</sup>。これに対し、③ドイツ法では、日本法と異なり、対抗要件主義ではなく、成立要件主義がとられている点は、基本的な違いである。もっとも、対抗要件主義も成立要件主義も、公示の原則のあらわれであることには変わりがない。ドイツ法では、間接占有にもとづく占有改定によって動産所有権を譲渡することを認めたとしても、占有改定を認めた趣旨等に反しないとされていた(6(1))。そして、そのような扱いをすることは、ドイツ民法典が制定される前から現在にいたるまで、一貫して、判例・通説の地位をしめている(5・6)。このことは、問題を肯定したとしても、動産取引の安全が害されるおそれは少ないことを推測させるものである<sup>(115)</sup>。

#### b 債務関係にもとづく占有権原の保護

ドイツ法では、AがCに対し、引渡しに代えて、AのBに対する賃貸借契約にもとづく返還請求権を譲渡することによって甲の所有権を譲渡した場合において、CがBに対し、所有権にもとづく返還請求として、甲の引渡しを求めたときは、Bは、AとBとの間でされた賃貸借契約にもとづく占有権原をもって、Cに対し、甲の引渡しを拒むことができる(BGB986条2項(4(1)))。この扱いは、AがCに対し、占有改定をすることによって甲の所有権を譲渡した場合であっても、同様であると考えられていた(同項類推適用(4(2)))。

これに対し、日本法では、AがCに対して甲の所有権を譲渡したときは、判例によれば、Bは、引渡しをしなければ対抗することができない「第三者」(民法178条)にあたる<sup>(116)</sup>。代理占有にもとづく占有改定を認めたとしても、それによる引渡しを受けたことをもって、Cが所有権の取得をBに対抗することができるかどうかは、Bが民法178条の「第三者」にあたる理由をどのようにとらえるかに応じて、立場が分かれよう。しかし、いずれにせよ、指図による占有移転を受けたときは、Cは、所有権の取得をBに対抗することができる。この場合において、CがBに対し、所有権にもとづく返還請求として、甲の引渡しを求めたときは、一般に、Bは、AとBとの間でされた賃貸借契約にもとづく占有権

原をもって、C に対し、甲の引渡しを拒むことができないとされている。つまり、ドイツ法では、B は、甲の所有者が交替したことについての認識は与えられないものの、その占有権原は、保護される。他方、日本法では、B は、甲の所有者が交替したことについての認識は与えられるものの、その占有権原は、保護されない。

これに対し、かつては、BGB986条2項の規定を参照しつつ、B は、A との間の契約関係をもってC に対抗することができるとする見解が主張されていた<sup>(117)</sup>。この場合には、賃貸人たる地位は、A からC へと移転する<sup>(118)</sup>。この見解によれば、動産賃貸借について、「売買は賃貸借を破らない」という結果になるため、反対説が少なくなかった。そこで、この見解を主張した著書の補訂者による新訂版では、「指図による引渡しを返還請求権の譲渡と構成するドイツ民法（931条）と異なり、所有権移転の対抗要件とする……わが民法の解釈としてはいささか無理であろうか」と、その調子が和らげられている<sup>(119)</sup>。しかし、ここでのBGB986条2項の規定の理解については、次のような問題がある。

まず、今日のドイツの一般的な理解によれば、返還請求権の譲渡にかかる返還請求権は、A のB に対する賃貸借契約にもとづく返還請求権であって、所有権にもとづく返還請求権ではない（2(2)b）。C のB に対する所有権にもとづく返還請求権は、A からC へと甲の所有権が譲渡された結果、C のところで新たに発生したものである。したがって、ドイツ法のもとでも、BGB986条2項の規定は、返還請求権の譲渡という構成から当然に導かれるものではなく、むしろ、債務関係にもとづく占有権原は、その当事者に対してのみ、これを主張することができるという原則について、その例外を定めたものであると理解されている（その基礎に据えられている評価と合わせて、4(2)a）。次に、BGB986条2項の規定は、——「売買は賃貸借を破らない」という命題で表現される——「契約の拡張」を認めたものではなく、「抗弁の拡張」を認めたものにすぎない（4(2)a）。したがって、ドイツ法のもとでは、賃貸人たる地位は、A からC へと移転しない。B は、C ではなく、A に対し、賃料を支払うこととなる。つまり、ドイツ法は、動産所有権の譲渡と間接占有の移転（返還請求権の譲渡）とを結びつける一方、契約上の地位と返還請求権の帰属とを切り離したうえで、例外として、動産の占有者を抗弁の拡張というかたちで保護する構成をとっている。このような構成を日本法の観点からどのように評価すべきかについては、別途の検討が必要となる<sup>(120)</sup>。

## 〔注〕

- (1) 最二小決平成29.5.10（民集71巻5号789頁・金法2075号64頁）。
- (2) 本件事案の特徴について、青木則幸「判批」新・判例解説 Watch22号89頁、白石大「判批」判例秘書ジャーナル（文献番号 HJ100031）1頁、小出篤「判批」神作裕之＝藤田友敬編『商法判例百選』120頁（有斐閣、2019年）。
- (3) 水津太郎「判批」民事判例16・79頁。このことについて、大寄麻代「判解」曹時71巻12号206頁も参照。
- (4) 佐久間毅『民法の基礎2〔第2版〕』135～136頁（有斐閣、2019年）など。
- (5) 処分行為は、物権的合意と引渡しとの2つを要素として構成されると考えられている。Wolfgang WIEGAND, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2017, § 929, Rn. 1.
- (6) 訳出にあたっては、於保不二雄『独逸民法〔III〕物権法』26～30頁、100～103頁、145頁（有斐閣、1955年）、マンフレート・ヴォルフ＝マリーナ・ヴェレンホーファー／大場浩之ほか訳『ドイツ物権法』604～605頁、614頁、621頁〔鳥山泰志〕（成文堂、2016年）を参照した。
- (7) Astrid STADLER, in: Hans-Theodor SOERGEL (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 14, 13. Aufl., Stuttgart 2002, § 868, Rn. 4; Martin GUTZEIT, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2018, § 868, Rn. 13; Frank L. SCHÄFER, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 8, 8. Aufl., München 2020, § 868, Rn. 8.
- (8) Besitzmittlungsverhältnis は、「占有媒介関係」と訳されることもある。しかし、「媒介」の概念は、仲立人の定義（商法543条）——他人間の商行為の媒介をすることを業とする者——について用いられている。代理占有（民法181条）の概念は、法律行為の代理（民法99条）とは異なると注意がされるなかで、間接占有の成立要件に関する訳語について、あえて代理とならべられる媒介という概念（商法27条、会社法16条参照）を選択する理由はないであろう。そこで、本稿では、ヴォルフ＝ヴェレンホーファー・前掲注(6)51頁〔根本尚徳〕に従い、Besitzmittlungsverhältnis を、「占有仲介関係」と訳することとした。ここで述べたことは、「占有仲介者」や「占有仲介意思」という訳語についてもあてはまる。
- (9) これに対し、占有仲介意思を不要とするものとして、Guido BÖMER,

- Besitzmittlungswille und mittelbarer Besitz, Studien zum Privatrecht, Bd. 1, Tübingen 2009, S. 259.
- (10) ドイツ法では、賃貸借は、使用賃貸借と用益賃貸借とに分けられる。そのため、BGB868条の規定では、占有仲介関係の例として、使用賃貸人と使用賃借人との間の関係と、用益賃貸人と用益賃借人との間の関係との双方が挙げられている（1(3)）。本稿では、両者の区別が必要であるときを除いて、両者を区別しないで、たんに賃貸借、賃貸人・賃借人と表記することとする。
- (11) 議論状況について、Soergel/STADLER, a. a. O. (Anm. 7), § 868, Rn. 6; Staudinger/GUTZEIT, a. a. O. (Anm. 7), § 868, Rn. 20; MünchKomm/SCHÄFER, a. a. O. (Anm. 7), § 868, Rn. 14.
- (12) Vgl. Soergel/STADLER, a. a. O. (Anm. 7), § 868, Rn. 7.
- (13) MünchKomm/SCHÄFER, a. a. O. (Anm. 7), § 868, Rn. 15.
- (14) Staudinger/GUTZEIT, a. a. O. (Anm. 7), § 868, Rn. 16.
- (15) Staudinger/GUTZEIT, a. a. O. (Anm. 7), § 868, Rn. 23; MünchKomm/SCHÄFER, a. a. O. (Anm. 7), § 868, Rn. 11.
- (16) Soergel/STADLER, a. a. O. (Anm. 7), § 868, Rn. 10; Staudinger/GUTZEIT, a. a. O. (Anm. 7), § 868, Rn. 23; MünchKomm/SCHÄFER, a. a. O. (Anm. 7), § 868, Rn. 16.
- (17) Staudinger/GUTZEIT, a. a. O. (Anm. 7), § 868, Rn. 24; MünchKomm/SCHÄFER, a. a. O. (Anm. 7), § 868, Rn. 17.
- (18) Christian ROLFS, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2018, § 546, Rn. 84.
- (19) Marietta AUER, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 6. Aufl., Berlin 2018, R: Rn. 92.
- (20) BGB870条の規定が、直接占有者の占有仲介意思の変更を要件としないことで、間接占有の移転を認めていることについて、これを「間接占有の基本原則に反する」と評価するものとして、Hans Joseph WIELING, Voraussetzungen, Übertragung und Schutz des mittelbaren Besitzes, in: AcP, Bd. 184 (1984), S. 457.
- (21) BGB931条の規定は、「第三者が物を占有するとき」について適用される。そこで、第三者が動産を占有するものの、動産の所有者が間接占有をもたない

ときも、同条の規定の適用範囲に含まれる。もっとも、今日の一般的な理解によれば、この場合において、動産の所有者が第三者に対し、所有権にもとづく返還請求権しか有しないときは、動産の所有者は、たんに物権的合意をするだけで、動産の所有権を譲渡することができるかとされている。Staudinger/WIEGAND, a. a. O. (Anm. 5), § 931, Rn. 8, 14-15 (ヴィーガンは、この場合には、物権的合意は、所有権にもとづく返還請求権の譲渡を含んでいるとする解釈も、明確に退けている) ; Jürgen OECHSLER, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 8, 8. Aufl., München 2020, § 931, Rn. 11 (同旨)。その例として挙げられているのは、動産の所有者がその動産を盗まれたときである。Fritz BAUR/Jürgen F. BAUR/Rolf STÜRNER, Sachenrecht, 18. Aufl., München 2009, § 51, Rn. 35, S. 655。この場合には、動産所有権の譲渡は、代替的引渡しすらされることなく、物権的合意のみによって、その効力を生ずることとなる。この意味において、ドイツ法は、法律行為による動産所有権の移転について、成立要件主義を貫徹することができていない。ここでの扱いは、動産所有権の譲渡が代替的引渡しすらされることなく、当事者間の合意のみによってその効力を生じ、譲受人は、その所有権を譲り受けたことを不法占有者等に主張することができるという限りにおいて、對抗要件主義をとる日本法のもとで、「第三者」について、これを当事者およびその包括承継人以外の者であって、引渡しの不存を主張するについて正当な利益を有する者に制限したときと、同じものとなっている。

- (22) Staudinger/WIEGAND, a. a. O. (Anm. 5), § 931, Rn. 13, 18, ferner Rn. 5。かつては、所有権にもとづく返還請求権も、返還請求権の譲渡にかかる返還請求権にあたりとされていた。動産の所有者が第三者に対し、所有権にもとづく返還請求権しか有しないとき(前掲注(21))も含め、学説史について、Karl Heinz NEUMAYER, Die sogenannte Vindikationszession (§ 931 BGB) im dogmatischen Spannungsfeld zwischen Übereignung und procuratio in rem, in: Kurt KUCHINKE (Hrsg.), Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag, München 1970, S. 305。
- (23) BAUR/STÜRNER, a. a. O. (Anm. 21), § 51, Rn. 36; Martin HENSSLER, in: Hans-Theodor SOERGEL (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 14, 13. Aufl., Stuttgart 2002, § 931, Rn. 8。

- (24) Staudinger/WIEGAND, a. a. O. (Anm. 5), § 931, Rn. 22, 30. 通知が譲渡人からされたときは、債務者は、譲渡を知ったものと推定されるのに対し、通知が譲受人からされたときは、その者が信頼に値するかどうかが問題となる。Jan BUSCHE, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2017, § 407, Rn. 33.
- (25) 間接占有の成立要件を意識した代替的引渡しとしての占有改定の要件構成について、Staudinger/GUTZEIT, a. a. O. (Anm. 7), § 868, Rn. 75; MünchKomm/SCHÄFER, a. a. O. (Anm. 7), § 868, Rn. 24. 間接占有の成立要件である占有仲介関係について、通説は、これを具体的なものでなければならぬとしていたこと（2(1)b）に対応して、占有改定についても、通説は、これを具体的なものでなければならぬとしている。この問題については、亀田浩一郎「ドイツ譲渡法理における占有改定の内容(1)(2)完」法論81巻1号127頁、4・5号61頁。
- (26) ヴォルフ=ヴェレンホーファー・前掲注(6)105頁〔根本〕, Hans PRÜTTING, Sachenrecht: Ein Studienbuch, 36. Aufl., München 2017, Rn. 379; Klaus VIEWEG/Almuth WERNER, Sachenrecht, 8. Aufl., München 2018, § 4, Rn. 104.
- (27) Hans Josef WIELING, Sachenrecht, Bd. 1, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft: Abteilung Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2006, § 9 III 2 b) bb), S. 310; BAUR/STÜRNER, a. a. O. (Anm. 21), § 51, Rn. 21, S. 645; Harm Peter WESTERMANN, in: Harry WESTERMANN (Begr.), Sachenrecht, 8. Aufl, Heidelberg u. a. 2011, § 39, Rn. 3; Wolfgang BREHM/Christian BERGER, Sachenrecht, 3. Aufl., Tübingen 2014, § 27, Rn. 39.
- (28) Soergel/HENSSLER, a. a. O. (Anm. 23), § 930, Rn. 7; Staudinger/WIEGAND, a. a. O. (Anm. 5), § 931, § 930, Rn. 9; Arndt LORENZ, in: Walter ERMAN (Begr.), Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 15. Aufl., München 2017, § 930, Rn. 3; Christian BERGER, in: Othmar JAUERNIG (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 17. Aufl., München 2018, § 930, Rn. 2; MünchKomm/OECHSLER, a. a. O. (Anm. 21), § 930, Rn. 8; Sebastian HERRLER, in: Otto PALANDT (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 79. Aufl., München 2020, § 930, Rn. 7; Johann KINDL, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, 53. Ed., München 2020, § 930, Rn. 3.

- (29) 後掲注 (111) を参照。
- (30) mehrstufiger mittelbarer Besitz は、「階層間接占有」などと訳されることもある。階層という言葉は、比喩的には、よく理解することができるものである（「占有建物」(3(2)d) を参照）。しかし、この訳語によれば、それぞれの間接占有者は、第1階（層）の間接占有者、第2階（層）の間接占有者といったようにこれを指示することとなろう。それに比べれば、ヴォルフ＝ヴェレンホーファー・前掲注(6)50頁〔根本〕に従い、mehrstufiger mittelbarer Besitz を「多段階の間接占有」と訳し、それぞれの間接占有者を第1段階の間接占有者、第2段階の間接占有者といったように指示するほうが、日本語として自然であるものと考えられる。
- (31) BGH, Urteil vom 18. November 1963, NJW 1964, 398. 学説では, WIELING, a. a. O. (Anm. 27), § 9 III 2 b) bb), S. 310; Soergel/STADLER, a. a. O. (Anm. 7), § 871, Rn. 2; Erman/LORENZ, a. a. O. (Anm. 28), § 930, Rn. 3; Palandt/HERRLER, a. a. O. (Anm. 28), § 930, Rn. 7; BeckOK/KINDL, a. a. O. (Anm. 28), § 930, Rn. 3; vgl. auch Staudinger/GUTZEIT, a. a. O. (Anm. 7), § 871, Rn. 2; MünchKomm/SCHÄFER, a. a. O. (Anm. 7), § 871, Rn. 2.
- (32) 【図】は, VIEWEG/WERNER, a. a. O. (Anm. 26), § 4, Rn. 105を参考にしたものである。
- (33) Staudinger/GUTZEIT, a. a. O. (Anm. 7), § 871, Rn. 4-6; ferner MünchKomm/SCHÄFER, a. a. O. (Anm. 7), § 871, Rn. 2.
- (34) この場合には、質入れの通知が求められている。ここでの通知は、質権者となる者ではなく、質権設定者となる者からする必要があるとされている。Wolfgang WIEGAND, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2019, § 1205, Rn. 29.
- (35) Soergel/STADLER, a. a. O. (Anm. 7), § 871, Rn. 1; MünchKomm/SCHÄFER, a. a. O. (Anm. 7), § 871.
- (36) Soergel/STADLER, a. a. O. (Anm. 7), § 871, Rn. 1 mit Fn. 1; ferner Staudinger/GUTZEIT, a. a. O. (Anm. 7), § 871, Rn. 2 a. E.
- (37) Westermann/WESTERMANN, a. a. O. (Anm. 27), § 40, Rn. 5; Staudinger/WIEGAND, a. a. O. (Anm. 5), § 931, Rn. 5; BeckOK/KINDL, a. a. O. (Anm. 28), § 931, Rn. 4.



- (38) WIELING, a. a. O. (Anm. 27), § 6 III 1 a), S. 236-237; Staudinger/GUTZEIT, a. a. O. (Anm. 7), § 871, Rn. 2; MünchKomm/SCHÄFER, a. a. O. (Anm. 7), § 871, Rn. 2.
- (39) Soergel/STADLER, a. a. O. (Anm. 7), § 871, Rn. 1; vgl. Staudinger/GUTZEIT, a. a. O. (Anm. 7), § 871, Rn. 2.
- (40) Staudinger/GUTZEIT, a. a. O. (Anm. 7), § 871, Rn. 8; MünchKomm/SCHÄFER, a. a. O. (Anm. 7), § 871, Rn. 3.
- (41) この比喩は, Philipp HECK, Grundriß des Sachenrechts, 3. Aufl., Tübingen 1930, § 5 2 b), S. 18に由来するものであるとされている。
- (42) Staudinger/GUTZEIT, a. a. O. (Anm. 7), § 871, Rn. 1; vgl. auch Soergel/STADLER, a. a. O. (Anm. 7), § 871, Rn. 1.
- (43) Soergel/STADLER, a. a. O. (Anm. 7), § 868, Rn. 2; Staudinger/GUTZEIT, a. a. O. (Anm. 7), § 868, Rn. 5. これに対し, 伝統的には, 間接占有者は, 「精神化された (vergeistigte)」物支配を有すると表現されることが多かった。文献については, Staudinger/GUTZEIT, a. a. O. (Anm. 7), § 868, Rn. 5のほか, Marco BRAND, Der Organbesitz, Studien zum Privatrecht, Bd. 43, Tübingen 2015, S. 51 Fn. 24を参照。しかし, このような表現の仕方は, 基本的な考え方を共有する者からも, 望ましくないものであるとされている。Staudinger/GUTZEIT, a. a. O. (Anm. 7), § 868, Rn. 5.
- (44) 前掲注(39)に引用した文献の箇所を参照。ただし, 本文のように明確に述べているわけではない。
- (45) Julius VON GIERKE, Sachenrecht, Enzyklopaedie der Rechts- und Staatswissenschaft: Abteilung Rechtswissenschaft, Bd. 9, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 1928, § 3 I 4, S. 8 mit Fn. 1.
- (46) Otto WENDT, Der mittelbare Besitz des bürgerlichen Gesetzbuches, in: AcP, Bd. 87 (1897), S. 49; Rudolf MÜLLER-ERZBACH, Der Durchbruch des Interessenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien, in: JherJahrb, Bd. 53 (1908), S. 365; 近時では, WIELING, a. a. O. (Anm. 20), S. 438; DERS., a. a. O. (Anm. 27), § 6 I 2 b), S. 229. ヴィーリンクの見解については, 佐賀徹哉「代理占有に関する覚書」林良平先生献呈『現代における物権法と債権法の交錯』161～163頁(有斐閣, 1998年)。

- (47) この概念は、Ernst Immanuel BEKKER, Der Besitz beweglicher Sachen: Nach der zweiten Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, in: JherJahrb, Bd. 34 (1895), S. 42に由来するものであるとされている。
- (48) Detlev JOOST, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 7, 7. Aufl., München 2017, § 868, Rn. 6. この構想を支持するものとして、Jens Thomas FÜLLER, Eigenständiges Sachenrecht?, Jus Privatum, Bd. 104, Tübingen 2006, S. 287; ferner vgl. Frank HARTUNG, Besitz und Sachherrschaft, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Bd. 245, Berlin 2001, S. 281-289.
- (49) MünchKomm/JOOST, a. a. O. (Anm. 48), § 871, Rn. 1.
- (50) 動産を譲渡する間接占有者が無権限であった場合において、占有改定による代替的引渡しがされたときと、返還請求権の譲渡による代替的引渡しがされたときとで、その動産を譲り受ける者がその動産を善意取得することができるかどうか異なるか。この問題は、権限にもとづく譲渡とは、異なる論点を含むものであるため、本稿では扱わない。
- (51) WIELING, a. a. O. (Anm. 27), § 9 III 2 b) bb), S. 310; BAUR/STÜRNER, a. a. O. (Anm. 21), § 51, Rn. 21 Fn. 2; Westermann/WESTERMANN, a. a. O. (Anm. 27), § 39, Rn. 3; Staudinger/WIEGAND, a. a. O. (Anm. 5), § 930, Rn. 9; MünchKomm/OECHSLER, a. a. O. (Anm. 21), § 931, Rn. 6; Jauernig/BERGER, a. a. O. (Anm. 28), § 930, Rn. 2.
- (52) BAUR/STÜRNER, a. a. O. (Anm. 21), § 51 Rn. 39; Soergel/HENSSLER, a. a. O. (Anm. 23), § 930, Rn. 3.
- (53) 同条の規定は、動産に限って適用される。Christoph THOLE, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2019, § 986, Rn. 137; Christian BALDUS, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 8, 8. Aufl., München 2020, § 986, Rn. 71.
- (54) BGB986条2項の規定は、BGB404条の規定と同じように、かりに所有権にもとづく請求権が譲渡されたのであれば、その時に生じていた原因にもとづいて譲渡人に対して主張することができた事由をもって、これを譲受人に主張することができるかとされている。Staudinger/THOLE, a. a. O. (Anm. 53), § 986, Rn. 116; MünchKomm/BALDUS, a. a. O. (Anm. 53), § 986, Rn. 69.

- (55) Staudinger/THOLE, a. a. O. (Anm. 53), § 986, Rn. 118; MünchKomm/BALDUS, a. a. O. (Anm. 53), § 986, Rn. 69.
- (56) Staudinger/THOLE, a. a. O. (Anm. 53), § 986, Rn. 113.
- (57) Staudinger/WIEGAND, a. a. O. (Anm. 5), § 931, Rn. 9; Staudinger/THOLE, a. a. O. (Anm. 53), § 986, Rn. 114.
- (58) Jan LIEDER, Die rechtsgeschäftliche Sukzession: Eine methodenpluralistische Grundlagenuntersuchung zum deutschen Zivilrecht und Zivilprozessrecht sowie zum Internationalen und Europäischen Privatrecht, Jus Privatum, Bd. 188, Tübingen 2015, S. 696-697.
- (59) 以下の分析は, LIEDER, a. a. O. (Anm. 58), S. 686-697による。
- (60) 判例は, BGB566条の効果について, 法定の更改が生ずるととらえているのに対し, 現在の一般的な見解は, 法定の契約引受が生ずるととらえている。このことについて, LIEDER, a. a. O. (Anm. 58), S. 689; 丸山絵美子「財産譲渡における使用・収益権の対抗と契約上の地位の移転」名法276号47頁。
- (61) BGB566条・578条は, 不動産を目的とする使用賃貸借に関する規定である。登記をした船舶を目的とする使用賃貸借についても, 同様の規定が設けられている (BGB578条 a 第 1 項)。582条 2 項は, これらの規定を用益賃貸借について準用している。使用賃貸借と用益賃貸借との区別については, 前掲注(10)を参照。
- (62) Claus-Wilhelm CANARIS, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in: Horst Heinrich JAKOBS u. a. (Hrsg.), Festschrift Flume zum 70. Geburtstag, Bd. 1, Köln 1978, S. 392, jetzt in: Hans Christoph GRIGOLEIT/Jörg NEUNER (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, Gesammelte Schriften, Bd. 3, Berlin 2012, S. 164.
- (63) 譲渡人は, 賃借物である不動産の譲渡により, 賃貸人としての義務を免れる。また, 譲受人は, 新賃貸人として, その賃料を収受することができる。さらに, 譲渡人は, 賃貸借契約のついた価額 (通常は, 高額になるとされる) で, 賃借物である不動産を譲渡することができる。LIEDER, a. a. O. (Anm. 58), S. 689; 丸山・前掲注(60)47頁。
- (64) 具体例を用いてこのように説明するのは, BREHM/BERGER, a. a. O. (Anm. 27), § 27, Rn. 45.
- (65) BGH, Urteil vom 19. April 1990, BGHZ 111, 142, Rn. 18 [適用]。この判決につ

いては、vgl. Wolfgang KRÜGER, Eigentumsübertragung mittels Besitzkonstitut und Einwendungen des unmittelbaren Besitzers: BGHZ 111, 142, in: JuS 1993, S. 12, insb. S. 13 Fn. 2. 学説としては、早い時期のものとして、LANGEN, Der Schutz des unmittelbaren Besitzers bei der Eigentumsübertragung durch constitutum possessorium, in: DJZ 1912, S. 681〔準用〕, 現在では、Staudinger/WIEGAND, a. a. O. (Anm. 5), § 930, Rn. 9〔適用〕; Staudinger/THOLE, a. a. O. (Anm. 53), § 986, Rn. 126〔類推適用〕; MünchKomm/BALDUS, a. a. O. (Anm. 53), § 986, Rn. 70〔準用〕など。もっとも、括弧書で注記したように、この場合について、BGB986条2項の規定を適用するのか、準用するのか、類推適用するのかについては、考え方が分かれているようである。

- (66) Grundlegend Werner SCHUBERT, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz- und Eigentumsübertragung: Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des BGB, Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft, Bd. 10, Berlin 1965.
- (67) Friedrich Carl VON SAVIGNY, Das Recht des Besitzes: Eine civilistische Abhandlung, 7. Aufl., Wien 1865, § 37, S. 320; Franz FÖRSTER, Preußisches Privatrecht, Bd. 3, 6. Aufl., Berlin 1892, § 160, S. 50 Fn. 71; Anton RANDA, Der Besitz nach österreichischem Rechte: Mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes, des preußischen, französischen und italienischen, des sächsischen und züricherischen Gesetzbuches, 4. Aufl., Leipzig 1895, § 20, S. 555-559.
- (68) ザクセン民法典第201条「<sup>1</sup>前の占有者が他人との間で法律行為をすることによって、その占有者の占有がその他人のための所持へと変更するときは、占有の引渡しがされたものとしてすることができる。<sup>2</sup>第三者が前の占有者のために物を所持するときは、占有の移転を目的とする法律行為をし、かつ、占有者が第三者に対し、新たな占有者のために所持を継続することを指図しなければならない」。同条第2文の規定によれば、同条の指図がされなければ、新たな占有者は、占有を取得することができないこととなる。RANDA, a. a. O. (Anm. 67), § 20, S. 555 Fn. 19.
- (69) RANDA, a. a. O. (Anm. 67), § 20, S. 555-556 Fn. 19.
- (70) RG, Urteil vom 15. Februar 1884, RGZ 11, 52, 57. 関連する規定は、次のとおりである。プロイセン一般ラント法第1部第7章第71条「前の占有者が以後

他人のために所持する意思を有効に表示したときも、占有の引渡しがされたものとする事ができる」。また、ザクセン民法典第201条第2文の規定（前掲注(68)）との対比において、次の規定を参照。プロイセン一般ラント法第1部第7章第66条「物を前の占有者の名において所持する者が、その前の占有者から、占有を新たな占有者の名において継続することについて指図を受けたときは、引渡しがされたものとする」。

- (71) RG, Urteil vom 2. Juni 1890, RGZ 26, 180, 182. 同判決は、論証として、D. 41, 2, 30, 6 (Paul. 15 ad Sab.) を引いている。学説彙纂第41巻第2章第30法文第6（パウルス『サビヌス注解』第15巻）「わたしがあなたに対し、あるものを使用貸借により貸した場合において、あなたがティティウスに対し、そのものを〔使用貸借により貸した〕ときは、ティティウスがそのものをあなたのものであると考えていたとしても、わたしは、そのものを占有するであろう」。同法文のルールは、多段階の間接占有において、占有仲介者は、それぞれ自己の間接占有者の占有を仲介する意思があればよく、それ以外の間接占有者がいることについては、これを知らなくてもかまわないとするルールに相当するものであるとされている。WIELING, a. a. O. (Anm. 27), § 6 II 6), S. 237.
- (72) 以下について、田中整爾「客観説による解釈」同『占有論の研究』163～164頁（有斐閣、1975年）〔初出1959年〕、佐賀・前掲注(46)158～159頁も参照。
- (73) この表現について、Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 3, Berlin 1888, S. 82; Benno MUGDAN, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 3, Berlin 1899, S. 45.
- (74) Vgl. Otto VON GIERKE, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig 1889, S. 295.
- (75) Protokolle der Vorkommission des Reichs-Justizamtes (1891-1893), S. 600; Horst Heinrich JAKOBS/Werner SCHUBERT, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Sachenrecht I, Berlin/New York 1985, S. 128. この方針は、プロイセン司法省の検討にもとづくものである。その内容については、Wolfgang ERNST, Eigenbesitz und Mobiliarerwerb, Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 71, Tübingen 1992, S. 20-22.
- (76) SCHUBERT, a. a. O. (Anm. 66), S. 89; vgl. auch ERNST, a. a. O. (Anm. 75), S. 23;

田中・前掲注(72)164頁、佐賀・前掲注(46)180頁注1。

- (77) BAUR/STÜRNER, a. a. O. (Anm. 21), § 7, Rn. 15; Staudinger/GUTZEIT, a. a. O. (Anm. 7), § 854, Rn. 14.
- (78) WIELING, a. a. O. (Anm. 20), S. 452; DERS., a. a. O. (Anm. 27), § 6 II 4, S. 233. これに対し、立法史を全体として考察すれば、ドイツ民法典は、間接占有について、占有仲介意思を要件とすることを予定していなかったとする近時の研究として、BÖMER, a. a. O. (Anm. 9), S. 157, 259.
- (79) Reinhold JOHOW, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich: Begründung, Sachenrecht, Bd. 1, Berlin 1880, S. 391; Werner SCHUBERT, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht I, Berlin/New York 1982, S. 515.
- (80) プロイセン一般ラント法第1部第7章第66条(前掲注(70))、ザクセン民法典第201条第2文(前掲注(68))の規定を参照。
- (81) Protokolle der [2.] Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 3, Berlin 1899, S. 202; MUGDAN, a. a. O. (Anm. 73), S. 628; JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Anm. 75), S. 595; 平田健治「観念的な占有移転方法が即時取得においてもつ意味の再検討」阪法65巻2号379頁参照。
- (82) この分割がされたのは、編集会議決議暫定集成(E I-ZustRedKom)の段階である。JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Anm. 75), S. 596.
- (83) このことについて、WIELING, a. a. O. (Anm. 20), S. 457; DERS., a. a. O. (Anm. 27), § 6 III 2 a), S. 242.
- (84) Protokolle der [2.] Kommission, a. a. O. (Anm. 81), S. 197; MUGDAN, a. a. O. (Anm. 73), S. 624; JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Anm. 75), S. 594.
- (85) Protokolle der [2.] Kommission, a. a. O. (Anm. 81), S. 204; MUGDAN, a. a. O. (Anm. 73), S. 629.
- (86) Protokolle der [1.] Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (1881-1889), S. 3524; JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Anm. 75), S. 205; vgl. auch Motive, a. a. O. (Anm. 73), S. 128; MUGDAN, a. a. O. (Anm. 73), S. 71.
- (87) Protokolle der [2.] Kommission, a. a. O. (Anm. 81), S. 225; MUGDAN, a. a. O. (Anm. 73), S. 515.

- (88) 第2草案の規定にいたる経緯について, JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Anm. 75), S. 212.
- (89) Vgl. WIELING, a. a. O. (Anm. 27), § 9 III 2 b) bb), S. 310 mit Fn. 45-46.
- (90) Friedrich ENDEMANN, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 6. Aufl., Berlin 1900, § 35, S. 147; Adolf LAST, Fragen der Besitzlehre, in: JherJahrb, Bd. 63 (1913), S. 157; vgl. auch Hermann STAUB, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6.-7. Aufl., Bd. 2, Berlin 1900, § 383, Anm. 30. 次の文献も参照。Josef KOHLER, Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch: IV. Vertrag und Uebergabe, in: ArchBürgR, Bd. 18 (1900), S. 66 [原理的には, 否定説が正当であるとするものの, ドイツ民法典の解釈として, 否定説を主張したものではない]; Johannes BIERMANN, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen, 2. Aufl., Berlin 1903, § 930 Anm. 2 b), S. 137 [否定説に親和的であるものの, 否定説を支持しているかどうかは, 明らかでない] .
- (91) Karl KOBER, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, 9. Aufl., München/Berlin/Leipzig 1926, § 930, 1 b)  $\delta$ ), S. 459; Erich BRODMANN, in: Emil STROHAL (Hrsg.), Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl., Berlin/Leipzig 1933, § 930, Anm. 2, S. 453; Martin WOLFF/Ludwig RAISER, Sachenrecht: Ein Lehrbuch, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3, 10. Bearb., Tübingen 1957, § 67 I 2, S. 243; Heinz PIKART, in: Mitgliedern des Bundesgerichtshofes (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes: Kommentar, Berlin/New York 1979, § 930, Rn. 3. 肯定説を主張するその他の文献については, LAST, a. a. O. (Anm. 90), S. 148 Fn. 2に掲げられた文献を参照。
- (92) 否定説の理由を最も詳細に述べるのは, LAST, a. a. O. (Anm. 90), S. 147-157. 同所では, 善意取得の規定の適用をめぐる問題についても, 検討されている。しかし, 本稿では, この問題は扱わない(前掲注50)。
- (93) LAST, a. a. O. (Anm. 90), S. 149.
- (94) BIERMANN, a. a. O. (Anm. 90), § 930, Anm. 2 b), S. 137.



- (95) LAST, a. a. O. (Anm. 90), S. 150.
- (96) KOHLER, a. a. O. (Anm. 90), S. 76-77; LAST, a. a. O. (Anm. 90), S. 151.
- (97) LAST, a. a. O. (Anm. 90), S. 156.
- (98) LAST, a. a. O. (Anm. 90), S. 154-155.
- (99) 肯定説を正当化する理由を最も詳細に述べるのは, Planck/BRODMANN, a. a. O. (Anm. 91), § 930, Anm. 2, S. 453. Staudinger/WIEGAND, a. a. O. (Anm. 5), § 930, Rn. 9において, 今日では, 肯定説が一般に支持されていることを示すために挙げられている文献は, 同書のみである。以下では, 当時の文献だけでなく, 今日の文献も引用することとする。
- (100) Staudinger/KOBER, a. a. O. (Anm. 91), § 930, 1 b)  $\delta$ ), S. 459; Planck/BRODMANN, a. a. O. (Anm. 91), § 930, Anm. 2, S. 453; WIELING, a. a. O. (Anm. 27), § 9 III 2 b) bb), S. 310 mit Fn. 45; Staudinger/WIEGAND, a. a. O. (Anm. 5), § 930, Rn. 9; MünchKomm/OECHSLER, a. a. O. (Anm. 21), § 930, Rn. 18 mit Fn. 18.
- (101) Staudinger/KOBER, a. a. O. (Anm. 91), § 930, 1 b)  $\delta$ ), S. 459; Planck/BRODMANN, a. a. O. (Anm. 91), § 930, Anm. 2, S. 453; MünchKomm/OECHSLER, a. a. O. (Anm. 21), § 930, Rn. 8.
- (102) BIERMANN, a. a. O. (Anm. 88), § 930, Anm. 2 b), S. 137.
- (103) Planck/BRODMANN, a. a. O. (Anm. 91), § 930, Anm. 2, S. 453.
- (104) Planck/BRODMANN, a. a. O. (Anm. 91), § 930, Anm. 2, S. 453; vgl. auch WOLFF/RAISER, a. a. O. (Anm. 91), § 67 I 2, S. 243.
- (105) 多段階の間接占有では, 占有仲介関係および占有仲介意思の要件は, 直接占有者と第1段階の間接占有者との間および第1段階以上の間接占有者とそれぞれの次の段階の間接占有者との間で, 満たすこととされていることについて, 3(2)bを参照。
- (106) このことについて, 前掲注(65)に掲げた判例 (Rn. 18 a. E.)を参照。
- (107) WOLFF/RAISER, a. a. O. (Anm. 91), § 67 I 2, S. 243 Fn. 9; RGRK/PKART, a. a. O. (Anm. 91), § 930, Rn. 3; ferner BAUR/StÜRNER, a. a. O. (Anm. 21), § 51, Rn. 21 mit Fn. 2.
- (108) RG, Urteil vom 15. Januar 1909, JW 1909, 131.
- (109) RG, Urteil vom 4. Juli 1919, LZ 1920, 235.

- (110) WIELING, a. a. O. (Anm. 27), § 9 III 2 b) bb), S. 310.
- (111) 前掲注(108)および(109)に掲げた判例は、ライヒ裁判所によるものである。これらの判例が示したルールは、連邦通常裁判所にも引き継がれている。前掲注(109)に掲げた判例を引きながら、肯定説をとるとしつつ、事案の解決として、占有改定の成立を否定したものとして、BGH, Urteil vom 21. April 1959, NJW 1959, 1536, それぞれの問題について、肯定説を前提とした判断をおこなったものとして、前掲注(31)および前掲注(65)に掲げた判決を参照。
- (112) Staudinger/WIEGAND, a. a. O. (Anm. 5), § 930, Rn. 9. 日本において、ドイツでは、間接占有にもとづく占有改定による動産所有権の譲渡を認める考え方が、判例および有力説となっているとするものとして、井口牧郎「判解」『最高裁判所判例解説 民事篇 昭和34年度』211頁も参照。
- (113) 前掲最決平成29.5.10の原々審決定、森田修「判批」金法2075号16頁。
- (114) 川島武宜＝川井健編『新版注釈民法(7)』25頁、27頁〔稲本洋之助〕(有斐閣、2007年)。
- (115) ドイツ法では、善意取得制度について、占有改定による善意取得を否定する立場がとられていること(BGB933条)なども、日本の法状況と共通する。もっとも、ドイツにおいて動産取引の安全が害されていないとしても、ドイツ固有の取引の実態がその理由の一つとなっている可能性がある。
- (116) 大判大正4.2.2(民録21輯61頁)など。
- (117) 我妻栄『物権法(民法講義Ⅱ)』98頁(岩波書店、1932年)。
- (118) 我妻栄「寄託動産の譲渡と対抗要件」同『民法研究Ⅲ』144頁(有斐閣、1966年)〔初出1939年〕。
- (119) 我妻栄(有泉亨補訂)『新訂物権法(民法講義Ⅱ)』192頁(岩波書店、1983年)。
- (120) この問題については、とりわけ、民法(債権法)改正検討委員会編『詳解民法改正の基本方針Ⅴ』213～212頁(商事法務、2010年)、民法(債権関係)部会資料47・60頁を参照。

## 担保法の再改正に向けた動き

### 1 2006年改正が残した課題

日本では、債権法改正に続き、担保法の見直しに向けた検討が始まったところであるが<sup>(1)</sup>、日本に先立って2016年に債務法が改正された<sup>(2)</sup>フランスでも、既に担保法の再改正作業が進行中である。以下、本稿ではこの立法動向について紹介する。

ここで「再改正作業」と記した理由は、フランスでは既に2006年に大規模な担保法の改正が行われているからである。これは、担保法の領域では1804年に民法典が制定されて以来初めての本格的な改正であり、担保法をわかりやすくすること、担保制度の実効性を向上させること、担保取引の当事者間の利益均衡を確保することなどがその目的とされた<sup>(3)</sup>。形式面では、担保に関する規定をまとめて新たな編（第4編）を創設するという大掛かりな再編を行うものであり、内容的にも、設定者の占有剥奪を伴わない非占有質権の新設、債権質の設定・実行ルールの緩和、流質特約などの新たな担保実行方法の導入、充填抵当権や抵当権付終身貸付などの新たな不動産担保制度の創設、といった数多くの注目すべき改正が施された<sup>(4)</sup>。

しかし、この2006年改正は、なおも不十分な点を残すものであった。とりわけ、保証に関する規律が実質的な改正の対象とされなかったことには不満の声が上がっていた<sup>(5)</sup>。また、この担保法改正の後にも債務法や倒産法などの改正が続いたため、これらの法改正と担保法制との整合性を確保する必要性も生じていた。

### 2 担保法改正準備草案

上記のような状況のもと、フランス司法省は、アンリ・カピタン協会に担保法改正準備草案の起草を付託した。これを受けたアンリ・カピタン協会は、2006年改正の際にも準備草案の起草委員会委員長を務めたミシェル・グリマルディ教授（パリ第2大学）を再び委員長に指名し、9名の研究者からなる起草委員会を組織した<sup>(6)</sup>。このグリマルディ新委員会は、2017年9月、簡潔な注釈付きの担保法改正準備草案を公表した<sup>(7)</sup>。

グリマルディ教授自らが共著者として執筆し、準備草案と同時に公表した解説

によれば、担保法改正が必要とされる理由は次の3点である<sup>(8)</sup>。㉗2006年改正の完成。とりわけ、2006年改正で手付かずのまま残された保証などについて、制度の見直しを行わなければならない。㉘2006年改正の調整。2006年改正法に存在していた解釈上の困難を解消すべく、学説や判例の成果を明文化すべきである。㉙2006年改正とその後の法改正との整合性確保。2016年の債務法改正や数次にわたる倒産法改正などの規律との整合性を図る必要がある。

グリマルディ教授らは、上記の理由に基づき示される準備草案は革新的ではないものの、担保法を時代の経済的・社会的要請に適合させるものであると自負している。彼らによれば、準備草案のポイントは以下の10点にまとめられる<sup>(9)</sup>。

①一般規定の整備：㉚担保一般や物的担保・人的担保の定義規定を設ける（準備草案〔以下省略〕2286条・2286-1条）。㉛担保法に関する3つの一般原則（被担保債権に付従すること、債権者に余剰利得を与えないこと、実行の方法や順序が債権者の選択にゆだねられること）を宣言する（2286-2条～2286-4条）。㉜物的担保に関する2つの原則（担保目的物の処分可能性、物的担保の不可分性）を宣言する（2325条・2326条）。

②保証の改革<sup>(10)</sup>：㉝特別法上の「手書き要件」や比例原則<sup>(11)</sup>を民法典に統合し、債権者の属性のいかんにかかわらず、すべての自然人たる保証人にこれらの規律の保護を及ぼす（2298条・2301条）。㉞債権者が事業者である場合の情報提供義務の規律<sup>(12)</sup>を民法典に統合する（2303条・2304条）。㉟他人の債務のための物的担保設定を「物上保証」として規定する<sup>(13)</sup>（2291条）。㊱保証人が債権者に対抗することができる抗弁のルールを明確化する（2299条）。㊲非商人による保証が民事保証であることを確認する<sup>(14)</sup>（2290条）。㊳事前求償権が認められる場合を現行法よりも限定する（2315条）。㊴「代位の利益」（担保保存義務違反により保証人が責任を免れる利益）が認められる場合を制限する<sup>(15)</sup>（2319条）。㊵債権者・主債務者・保証人たる会社について合併や分割などが生じたときの帰結を明確化する（1844-4-1条）。

③有体動産質の規律の改善：㊶「用途による不動産<sup>(16)</sup>」となった動産につき、動産質権を設定・維持することができる旨を承認し、不動産抵当権との競合が生じた場合の優劣順位を示す（2333-1条・2430条）。㊷他人物に対する質権設定が善意の債権者の取消権に服することを確認する<sup>(17)</sup>（2335条）。㊸非占有質権の規律を民事執行法と連関させ、実行手続を安定させる（2346条）。㊹質物に対して

設定者が有する権能（とりわけ処分権能）を明確にする（2342条）。㉔質物の移動を伴わない第三者占有委託による質権設定<sup>18)</sup>を明文化する（2337条）。㉕質権者と他の担保権者との優劣順位を定める（2332-4条）。

④債権質の規律の改善：㉖債権質の規律を新債務法と調和させる（2361条・2363-1条）。㉗被担保債権の弁済期前に質権対象債権が弁済された場合における弁済金の処遇を明確にする（2364条）。㉘質権対象債権に対して質権者が排他的権利を有することを認める<sup>19)</sup>（2363条）。

⑤新たな動産担保の創設：㉙設定者名義の凍結預金口座内の金銭に対する「預金通貨質」を法認する<sup>20)</sup>（2366-1条～2366-8条）。㉚担保目的の債権譲渡を法認する<sup>21)</sup>（2373条～2375条）。

⑥使われていない特別法上の動産担保の廃止：㉛商法典上の質権を廃止し、一般的な質権の規定を適用する。㉜旅館の先取特権を廃止する。㉝戦時備蓄質入証券・工業質入証券を廃止する。㉞自動車質権に特有の規定を廃止し、一般的な質権の規律に統合する。

⑦所有権移転型担保の規律の改善：㉟所有権留保が消滅における付従性を有することを確認する<sup>22)</sup>（2367条）。㊱所有権留保の効力が転売代金債権に及ぶ場合において転得者が主張し得る抗弁のルールを定める（2372条）。㊲担保目的信託の要件を緩和し、設定時における目的物の評価や実行時における鑑定評価などを不要とする（2377条・2378条）。

⑧動産担保の公示制度の改善：すべての特別法上の動産担保について、公示を非占有質権の登録制度に一元化する。

⑨不動産担保の規律の改善：㊳現行法のもとで公示に服する特別の不動産先取特権とされているものを法定抵当権とする（2418条）。㊴充填抵当権の制度を全面的に復活させる<sup>23)</sup>（2428条）。㊵将来物に対する抵当権の禁止の例外を拡大する（2426条）。㊶代位により移転した債権の元本・利息・費用などすべてが引き続き抵当権によって保全されることを確認する（2429条）。

⑩担保の実行方法に関する規律の改善：㊷担保目的物の所有権が弁済に供される場合に鑑定評価を義務付ける（2348-1条）。㊸清算型の倒産手続において、担保権者が担保目的物の自己への帰属を裁判所に請求したり、流担保特約を援用したりすることができるようにする。

以上でみてきたような内容を含む準備草案は、総じていうと、人的担保法制に

関しては大幅な改正を目指し、物的担保法制に関しては若干の修正を施すものと評価し得るであろう。

### 3 PACTE 法による授權

2019年5月22日、フランス議会は「企業の成長および変革に関する法律（通称PACTE法）」を制定し、同法の60条において、2年以内にオルドナンス方式により、債権者・債務者・担保提供者の利益の均衡を確保しつつ、担保法を簡素化しその実効性を強化するために必要な法律上の措置を執ることを政府に授權した。具体的な授權事項は以下の点である。

①保証法制を改正し、自然人保証人の保護を確保しつつ、規律を読みやすくして実効性を改善する。

②動産先取特権のリストと規律を民法典の中に明確化し、時代遅れとなった先取特権を廃止する。

③有体動産質に関して、「用途による不動産」となった動産を対象とすることができる旨を規定し、民事執行法典の規律との連関を明らかにし、質物に対する設定者の権利や他人物に対する質権設定の効果をわかりやすくし、事業目的で設定された質権の実行の規律を緩和するなどして、適用に困難を生じさせていた民法典の規定を明確にする。

④使われておらず無用となった特別法上の動産担保を廃止し、質権の一般ルールに服せしめることによって、担保法の読みやすさを改善する。

⑤民法典・商法典・通貨金融法典の特別の動産担保に関する規律を簡素化・現代化する。

⑥動産担保の公示の規律を統一し簡素化する。

⑦債権質に関して、質権対象債権の債務者が支払った弁済金の処遇や、質権者の弁済受領権などについての民法典の規律を明確にする。

⑧所有権留保に関する民法典の規律を補い、とりわけその消滅要件や転得者が主張し得る抗弁を明確化する。

⑨担保目的で債権を譲渡することができる旨の規定を民法典に追加する。

⑩担保目的信託の設定および実行に関する規律を緩和する。

⑪担保目的で行う債権者への金銭の移転に関する規定を民法典に追加して整理する。

⑫不動産担保に関する規律を改善し、とりわけ公示に服する特別の不動産先取

特権を法定抵当権で置き換え、将来物に対する抵当権の禁止の例外を拡大し、代位の場合の抵当権による保全の範囲を広げる。

⑬担保にかかる私署証書を電磁的方法で締結することに関する民法典の規律を現代化し、その利用を容易にする。

⑭商法典第6編（倒産手続）の担保および担保権者に関する規律を簡素化・明確化・現代化する。

これら①～⑭の授権事項と、グリマルディ新委員会の手になる担保法改正準備草案のポイント（上記②①～⑩）との対応関係は必ずしも明確でないところがあるが、司法省はグリマルディ新委員会の準備草案を参照して改正作業を進めていくことを明言している<sup>24</sup>。

日本民法の母国法の1つであるフランスにおいて、日本と時期を同じくして進められつつある担保法改正がどのようなものになるか、引き続き注視に値しよう。

#### 〔注〕

- (1) 2019年3月、法務省も関与して「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会」（座長：道垣内弘人東京大学大学院法学政治学研究所教授）が立ち上げられ、既に数回にわたって会議を重ねている。
- (2) この改正については、中田裕康「2016年フランス民法（債権法）改正」日仏法学29号97頁以下に詳しい紹介がある。
- (3) 山野目章夫「《2006年フランス担保法改正の概要》企画趣旨の説明及び今般改正の評価」ジュリ1335号33頁、平野裕之＝片山直也（訳）「フランス担保法改正オルドナンス（担保に関する2006年3月23日のオルドナンス2006-346号）による民法典等の改正及びその報告書」慶應法学8号164頁以下参照。
- (4) ジュリスト1335号の特集「2006年フランス担保法改正の概要」に、平野裕之教授と片山直也教授によるこれらの改正点の紹介がある。
- (5) 2006年改正では、議会在授権法律によって政府に改正の実施をゆだねるオルドナンス方式が採用されたが、保証の改正は授権事項に含まれていなかった。保証に関する実質的改正が行われなかったのはそのためである。
- (6) 起草委員会のメンバーは、ミシェル・グリマルディ（委員長）、ローラン・エネス（パリ第1大学）、ピエール・クロック（パリ第2大学）、フィリップ・デュピショ（パリ第1大学）、シャルル・ジスベール（ルーアン大学）、マクシ



- ム・ジュリエンス（アンジェ大学）、フィリップ・シムルール（ストラスブール大学）、エルヴェ・サンヴェ（パリ第2大学）、フィリップ・テリー（パリ第2大学）であった。
- (7) その内容はウェブサイトで公開されている（<http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-suretes.pdf>, 2020年2月21日閲覧）。
- (8) M.Grimaldi, D.Mazeaud et P.Dupichot, Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés, D.2017, p.1717 et s.
- (9) Ibid., p.1718 et s.
- (10) 保証に関する準備草案の内容については、齋藤由起「フランスにおける自然人保証規制の多層的展開」日仏法学30号58頁以下に詳細な紹介がある。
- (11) これらについては、大澤慎太郎「フランスにおける保証人の保護に関する法律の生成と展開(1)（2・完）」比較法学42巻2号47頁以下、42巻3号25頁以下、齋藤由起「個人保証規制のあり方を考える」民法理論の対話と創造研究会編『民法理論の対話と創造』173頁以下（日本評論社、2018年）参照。
- (12) 大澤・前掲注(11)、齋藤・前掲注(11)、大澤慎太郎「フランスにおける金融機関の融資取引に関する義務と責任(1)（2・完）」早法85巻4号29頁以下、86巻1号63頁以下参照。
- (13) 破毀院混合部2005年12月2日判決は、他人の債務のために設定される物的担保は保証ではないと判示しており、本文に示した改正提案はこれを否定する趣旨であるとされる。この判例について紹介するものとして、山野目章夫「物上保証人の法的地位に関するフランスの立法・判例の展開」鈴木祿弥先生追悼論集『民事法学への挑戦と新たな構築』299頁以下（創文社、2008年）参照。
- (14) この改正提案がもたらす帰結については、齋藤・前掲注(10)59頁参照。
- (15) 具体的には、保証人は、債権者が法定担保権の登記をしなかったことや、担保の実行方法の選択がよくなかったことを理由に免責を主張することはできないとされている。
- (16) 「用途による不動産（immeuble par destination）」とは、不動産の所有者がその土地・建物に常設的に附着させ、またはその地役および経営のためにそこに設置した動産をいう（山口俊夫編『フランス法辞典』272頁（東京大学出版会、2002年）参照）。

- (17) 日本法とは異なり、フランス民法典には他人物売買を無効とする規定が置かれている(1599条)。ただし、通説は、善意の買主のみがこの無効を主張することができるかと解してきた。本文に示した改正提案は、この解釈を動産質に及ぼして明文化するものである。
- (18) 第三者占有委託(entiercement)については、拙稿「フランスにおける動産・債権担保法制の現在」比較法学46巻2号59頁参照。
- (19) 破毀院商事部2010年5月26日判決は、設定者の倒産手続において債権質権者は、競合する債権者を排して質権対象債権から優先的に弁済を受けられると判示した(拙稿「フランスの債権譲渡担保・債権質権」比較法学48巻3号56頁参照)。本文で示した改正提案は、この判例法理を明文化する趣旨だと思われる。
- (20) 従来は、有体動産質の規定を用いて金銭質(gage-espèces)を設定することは可能であり、債権質の規定を用いて(凍結されていない)預金債権に質権を設定することもできたが、凍結口座の預金残高に対する質権設定を可能とする明文規定は存在しなかった。「預金通貨質(nantissement de monnaie scripturale)」はこれを可能とするものである。
- (21) 現在のフランスの判例では、担保目的で行われる債権譲渡は法律で特に定められている場合を除いて債権質とみなされる(拙稿・前掲注19)41頁参照)。もっとも、判例は債権質権者に排他的な権利を認めているので(前掲注19参照)、担保目的の債権譲渡が認められなくても債権者に不都合はないとも思われる。しかし、米国をはじめとする諸外国では債権の帰属を担保権者に移転させるタイプの担保が好まれていることにかんがみ、フランス法の国際的な魅力を増すために本文のような改正提案が行われたものである。
- (22) この改正提案は、買主の倒産手続の効力により被担保債権が消滅した場合にも所有権留保が存続するとした判例(破毀院第2民事部2014年2月27日判決)を修正するものである。
- (23) 2006年改正で創設された充填抵当権制度が、2014年にいったん廃止されたもののその直後に限定的な形で復活した経緯については、岩川隆嗣「充填可能抵当権の廃止と限定的復活」日仏法学29号227頁以下参照。
- (24) 司法省のウェブサイト(<http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/projet-de-reforme-du-droit-des-suretes-32476.html>, 2020年2月21日閲覧)にその旨の記載がある。

## 〔総 会 記 録〕

2019年10月19日(土)

### 1 前回総会以降の学会運営に関する件

神作理事長より、金融法研究35号と金融判例研究29号が無事に刊行されたことが報告された。

### 2 学会経理に関する件

#### (1) 2018年度会計について

森下常務理事より、「2018年度会計報告」に基づき、2018年度会計について報告がなされた。

神作理事長が、小杉監事と川口監事から「2018年度会計報告」について適正である旨の監査証明書を受領していることを説明した後に、2018年度会計の承認を求めたところ、異議なく承認された。

#### (2) 2019年度予算について

森下常務理事より、「2019年度予算案」に基づき、2019年度予算について報告がなされた。

神作理事長が2019年度予算の承認を求めたところ、異議なく承認された。

### 3 2020年度(第37回)大会に関する件

#### (1) 開催日程・会場について

神作理事長より、2020年度(第37回)大会を2020年10月18日(日)に東京大学伊藤謝恩ホールで開催することが報告された。

#### (2) シンポジウム等について

神作理事長より、2020年度(第37回)大会の個別報告・シンポジウムのテーマについて、理事会の一任を受けて、常務理事会が検討することが報告された。

### 4 学会人事の件

神作理事長より、理事の数自体が少ないこと、民事訴訟法の研究者や関西の大学に所属する研究者の数が少ないなど理事の構成に偏りが見られることから、青木哲教授(神戸大学)、加藤貴仁教授(東京大学)、松井秀征教授(立教大学)、松尾健一教授(大阪大学)の4氏を理事に選任すること(ただし、任期は現理事と同じく次期の改選期までとする)が提案され、承認された。

## 学 会 記 事

### 1 2019年度大会

2019年10月19日（土）10時より、同志社大学今出川キャンパスにて、金融法学会第36回大会が開催された。

#### ○シンポジウムⅠ（10時～12時40分）

「暗号資産をめぐる法的諸課題」

司会：森下哲朗

報告：松尾元信，河合健，青木哲

#### ○会員総会（14時20分～14時.35分）

神作理事長より、学会運営についての報告があり、森下常務理事より、2018年度会計について報告がされ、神作理事長より、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、決算が承認されるとともに、2019年度予算について、森下常務理事より報告がされ、神作理事長が承認を求めたところ、異議なく承認された。

また、神作理事長より、理事の選任に関して、青木哲教授（神戸大学）、加藤貴仁教授（東京大学）、松井秀征教授（立教大学）、松尾健一教授（大阪大学）の4氏を理事に選任すること（ただし、任期は現理事と同じく次期の改選期までとする）が提案され、承認された。

#### ○シンポジウムⅡ（14時35分～17時30分）

「金融取引と高齢者」

司会：河上正二

報告：日比野俊介，上柳敏郎，山下純司

### 2 2020年度大会

神作理事長より、2020年度の金融法学会大会は2020年10月18日（日）に東京大学伊藤謝恩ホールで開催することが報告された。

2018年度会計報告  
(2018.4.1～2019.3.31)

2019年10月19日

金融法学会

(単位;円)

収支計算書

収入の部	会費	3,035,000	通常会員	5000×459名	2,295,000
	利子	881	賛助会員		740,000
	雑収入	292,330	第35回大会聴講料	2000×122名	244,000
			金融法研究販売		12,600
			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		5,730
	(小計)	3,328,211			
	基本財産取崩し	0			
	前年度繰越し	10,203,214			
	計	13,531,425			
支入の部	1 大会費	907,060	研究費 (金融法研究34号原稿料)		200,000
			海外金融法の動向		
			35回大会速記料		108,000
			35回大会会場費		199,000
			報告準備費 (第35回)		400,060
	2 地区部会費	0	理事会・常務理事会等		189,177
	3 学会運営費	189,177	業務委託費		100,000
	4 事務費	817,585	印刷費		63,720
			通信費		188,900
			ウェブサイト運営費		449,236
		雑費		15,729	
			← (金融法研究34号、金融判例研究28号)		
	(小計)	3,491,482			
	次年度繰越し	10039943			
	計	13,531,425			

財産目録

運用財産	銀行預金	4,208,292
	郵便貯金	6,075,792
	現金	0
	計	10,284,084
基本財産	銀行預金	10,000,000

# 金融法学会規約

## 第1章 総 則

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

**第2条** 本会の事務局は、東京都におく。

## 第2章 目的および事業

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

**第4条** 本会は、前条の目的を達するため、次の事業を行う。

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

## 第3章 会 員

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

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

する団体または個人

**第6条** 会員は、理事会の定めるところにより、会費を納めなければならない。

**第7条** 会員は、本会の機関誌の配布を受ける。

**第8条** 会員は、次の場合には、退会したものとする。

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

## 第4章 機 関

**第9条** 本会に、次の役員をおく。

1. 理事 若干名 内1名を理事長とする。
2. 監事 若干名

**第10条** 理事および監事は、総会において選任する。

理事長は、理事会において互選する。

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

と同時に終了する。

**第12条** 理事長は、本会を代表する。

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

**第13条** 理事は、理事会を構成し、会務を執行する。

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

**第14条** 監事は、会計および会務執行の状況を監査する。

**第14条の2** 本会に顧問をおくことができる。

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

顧問は、理事会の諮問に応じて意見を述べる。

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

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

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

**第16条** 総会の議事は、出席通常会員の過半数をもって決する。

## 第5章 規約の変更および解散

**第17条** 本規約の変更には、総会の議決を要する。

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

### 付 則

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



## 法人賛助会員（順不同）

一般社団法人全国銀行協会

一般社団法人全国地方銀行協会

一般社団法人信託協会

一般社団法人生命保険協会

日本銀行

一般社団法人全国信用保証協会連合会



