金融法研究　第 40 号

目　次

〈シンポジウム〉
情報にまつわる取引法と規制法 …… 1
〈司会〉佐藤　正謙
〈報告〉田村　善之
西内　康人
殿村　桂司
舩津　浩司
岡田　　淳
報告 1　知的財産とはいかなる意味において「財産」なのか？
——「財」の把握の仕方をめぐるビジネス，経済学，法学
の交錯 …… 田村　善之 …… 3
報告 2　「預ける」を考える
——寄託と信託 …… 西内　康人 …… 20
報告 3　データ取引に関する規律と実務上の課題 …… 殿村　桂司 …… 31
報告 4　法人格と情報
——情報にまつわる組織法 …… 舩津　浩司 …… 46
報告 5　金融分野におけるパーソナルデータの取扱いをめぐる論点と
今後の課題 …… 岡田　　淳 …… 57
質疑応答 …… 69

金融判例の概観
民法研究者の視点から …… 藤澤　治奈 …… 113
商法研究者の視点から …… 行岡　睦彦 …… 124
手続法研究者の視点から …… 杉本　和士 …… 132
FinTech の領域に関わる裁判例 …… 有吉　尚哉 …… 141
銀行法務担当者の視点から …… 長谷川　卓 …… 149

海外金融法の動向

アメリカ …… 湯原　心一 …… 159
イングランド …… 戸塚　貴晴 …… 171
ドイツ …… 舩津　浩司 …… 179
フランス …… 白石　　大 …… 188

総会記録 …… 195
学会記事 …… 197
金融法学会規約 …… 200
賛助会員 …… 202

《シンポジウム》

情報にまつわる取引法と規制法

報　告　1（田村　善之）　3
報　告　2（西内　康人）　20
報　告　3（殿村　桂司）　31
報　告　4（舩津　浩司）　46
報　告　5（岡田　　淳）　57
質疑応答　69

司会　佐藤正謙（弁護士）
報告　田村善之（東京大学教授）
　　西内康人（京都大学教授）
　　殿村桂司（弁護士）
　　舩津浩司（同志社大学教授）
　　岡田淳（弁護士）

発言者（発言順）
得津　晶（一橋大学）／**井上　聡**（弁護士）／
加毛　明（東京大学）／**有吉尚哉**（弁護士）／
和田勝行（京都大学）／**津江紘輝**／
畠山久志（立正大学）／**片岡義広**（弁護士）／
森下国彦（弁護士）／**日比野俊介**（みずほ銀行）／
溝端俊介（弁護士）／**斉藤邦史**（慶應義塾大学）／
坂東洋行（名古屋学院大学）／**勝田信篤**（清和大学）

はじめに

佐藤司会　ただいまご紹介に預かりました森・濱田松本法律事務所の弁護士の佐藤と申します。本日はどうぞよろしくお願いいたします。

午前の部では，先ほどご紹介にありましたとおり，「情報にまつわる取引法と規制法」という大きなテーマ設定の下で，法学者の方のそれぞれの問題意識に基づきご報告をいただきます。順番といたしましては，最初に，東京大学の田村善之さん，次に，京都大学の西内康人さん，次に，長島・大野・常松法律事務所の殿村桂司さん，同志社大学の舩津浩司さん，最後に，森・濱田松本法律事務所の岡田淳さんの順にお話しいただきます。時間はお一方約30分として，12時35分頃までを大体予定しております。

それでは，最初に，田村さんからご報告をいただきます。よろしくお願いいたします。

報 告 1

知的財産とはいかなる意味において「財産」なのか？
――「財」の把握の仕方をめぐるビジネス，経済学，法学の交錯――

東京大学教授　田　村　善　之

1　序

本日は，実際のビジネスの現場で，情報なるものや知的財産と呼ばれているもの，あるいはそれに類するものについて取引を行う場合とはどういう場合なのかということと，他方で，私は，知的財産法は実は行為を規制する法だと理解していますが，そのような規制法のほうは，いったいどういう観点から規制するのか，最後に，経済学的に財とはどういうものと理解されるのか，ということをお話しさせていただこうと思います。もしかすると，これら3つの関係は同じものだと思われることが多いのかもしれませんが，実はこれらは，時として微妙に交錯したり大胆に相違することがあり，それが法の在り方にどのように響くのかということをご説明できればと思います。

2　ビジネス上の「財」vs. 知的財産法上の「財」

(1)　いかなる場合にビジネス上の財として取引されるのか

まずは，ビジネスの現場での財と知的財産の違いというお話をさせていただきます。ビジネスの現場での「財産」と知的財産法における知的「財産」は，実は必ずしも一致しません。実際の事件で非常に面白い素材を提供してくれたのが，顔真卿自書建中告身帖事件（最判昭和59年1月20日民集38巻1号1頁）です。原告は，唐代の書家の顔真卿の真蹟の顔真卿自書建中告身帖を所蔵する美術館です。告身帖を所有していた収集家が亡くなって，美術館が財団法人として設立され，そこに告身帖が遺贈されたわけですが，出版社が，告身帖がまだ収集家のところにあった時点で許諾を受けて撮影された写真を用いて，出版物を発行しました。しかし，今は美術館が所蔵しており，写真が世に出ると，美術館に来る人が減るかもしれないわけです。そこで美術館が所有権を侵害されるとして，この出版物の販売の中止と廃棄を請求しました。

それに対して，最高裁判決は請求を棄却する原判決を維持しました。告身帖の

所有権は，告身帖という物理的存在に対して及ぶに止まり，この物理的存在を超えて，告身帖を写した写真についてまで及ぶわけではない。さらに，権利期間に限定がなく永続する所有権が複製物について及ぶとすると，著作権法が著作権の権利期間を限定して文化の発展を期している趣旨が潜脱されるというのです。唐代の書家の作品ですから，当然，著作権はないわけで，そういったこともあり，趣旨が潜脱されるとしたわけです。

この事件で原告美術館は，博物館の収蔵品を撮影して出版するには，一般的に慣例として，博物館の許可が必要であり，有料が原則である，告身帖を出版する場合も，所有権としては完全なものがあるのだから，美術館に対価を支払うべきであると主張していました。

原告の主張はどこがおかしいのでしょうか。逆に言うと，博物館，美術館が展示品などについて撮影料を取ったり，そもそも観覧料を取ったりすることは何なのだということが問題になります。現場で取引されているのだから，少なくとも慣例として権利があるのではないかということが問題となるわけです。

最高裁はこれについて，困ったときの反射的効果という概念を使いまして，所有権者が無体物である著作物を体現している有体物としての原作品を所有していることから生じる反射的効果にすぎない，と説明をしたわけですが，本当にそう言えるでしょうか。

少し頭の体操をしてみましょう。たとえばディズニーランドのシンデレラ城は，近隣の高速道路からは多分まだ見えないと思いますが，飛行機からは見ることができます。そうすると，飛行機から見るときにお金を払うのかということが問題になります。もちろん，一般的にディズニーランドは，飛行機などからシンデレラ城を見ることに対しては権利を主張できません。しかし，どこかからお金を取っていますよね。その分岐点はどこかと言ったら，ディズニーランドの敷地内に入ることに対して，敷地の所有権か，あるいは賃借権なのかもしれませんが，そういう土地に関する権利を主張できるということです。そして，その際に立入りの条件として，たとえば営利目的での撮影禁止という条件を付すこともできることになります。

この辺りのことは，私の師匠の中山信弘先生や私がいろいろと書いたために，知的財産法学の世界では，今は結構浸透し出しています。実際このような理屈を受けて，CMにも使われたかえでの木について，営利撮影禁止の看板が立つ前に

撮影された写真を用いた写真集に対して，かえでの木の所有権者が出版の差止めを求めた訴訟において，問題はかえでの木の所有権ではなく，かえでの写真撮影をしようとする敷地に所有権があることなのだ，と説く判決が現れています。土地の所有権者は，土地の所有権を理由に立入りを拒んだり，その侵害に対して不法行為として損害賠償を請求することができるが，被告の写真の撮影は立入りが禁止される前であったので，土地の所有権を侵害していないと論じる判決が登場しています（東京地判平成 14 年 7 月 3 日判時 1793 号 128 頁［かえで］）。

こうした説明に対しては，かえでがその土地にあるのだから，かえでの所有権も関わっている，だからかえでの所有権の反射的利益という最高裁の説明でよいのだという反論を覚える方がいるかもしれません。しかし，たとえば，スカイツリーからでも，多分，シンデレラ城が見えますが，スカイツリーからシンデレラ城を見るときに，シンデレラ城の所有権者にお金を払うわけではないですよね。そうではなくて，スカイツリーのほうに入場料を払うわけです。

何が問題なのかと言うと，結局，何かに法的にアクセスすることができない，たとえばその土地に入ると所有権侵害になる，あるいは，物理的にアクセスできない，たとえば，その土地に壁が立っているなど。さらに言えば，少し情報に関係しますが，その土地がいったいどこから，たとえば富士山が都内からよく見えるのか分からないときに，何か情報誌があったりすると，それを見てそのスポットに行くのですが，その場合は，もしかしたら情報誌を買わなければいけないかもしれません。このような形で，物理的に，あるいは合法にアクセスするために誰かと取引しなければいけない。その「誰か」とは，物理的なアクセスの障害物を除去できたりする者，あるいは，法的なアクセスの障害を形成している権利者だということです。つまり，ビジネスとして何か情報らしきものについて，あるいは，具体的なものについて取引が行われる。たとえばもうすでに著作権が切れている顔真卿の告身帖の写真撮影について，何かの取引が行われるというのは，実はこのように，知的財産があるなしに関係なく，何かアクセスに関して障害があり，それを取り除くからだというふうに説明できるわけです。ここで，知的財産法の財と実際のビジネスで取引される財とのずれがある場合があることが分かります。

⑵ いかなる場合に知的財産法による財がつくられるのか

中山信弘先生が 1980 年代に，フリー・ライドは原則セーフで，世の中は模倣

で発展するとおっしゃり出すまでは，知的財産法学者の間でも，一般的には，フリー・ライドは原則けしからん行為だというような理解のほうが蔓延していたように思います。ただ，今は，中山シューレが結構な人数いますので，知的財産法学のほうでは逆転していますが，しかし，一般的には，そうではないのかもしれません。フリー・ライドは本来は違法だからこそ，財産的価値があるものは法的に保護しなければいけない，財産的価値イコール知的財産権だと。たとえば，今はパブリシティ権を人格権で基礎づけるピンク・レディー最判（最判平成24年2月2日民集66巻2号89頁［ピンク・レディー］）があるのでそうでもないかもしれませんが，一時期までは，パブリシティ権については，財産的価値があれば保護するという形の議論も多かったわけです。しかし，極端な例で考えると，スカイツリーのようなランドマークが建設され，大量の消費者が周辺を訪れるようになったために，周囲の商店街が莫大な利益を享受したとしても，だからといって，直ちにスカイツリーに関して権利を有する者に，周囲の商店街に対して金銭的請求権が発生するとは，もちろん誰も思わないわけです。けれども，ここにはフリー・ライドがあるわけです。そうだとすると，たとえばパブリシティ権だったら，人格権などのような何かプラスαの要素がない限りは，フリー・ライドというだけで規制しているわけではないことがお分かりなるのではと思います。つまり，この例では，経済的な財があって，その財に対するフリー・ライドはあるけれども，知的財産権があるわけでもない，また，アクセスに障害もないので，取引も行われないという説明になるわけです。

いかなる場合に知的財産法により保護されるのか，財産的価値だけでは説明できないということですね。知的財産法の保護の根拠は，大ざっぱに言うと2つありまして，一方の極は自然権理論で，人は自己が創作したものに当然権利を有するという議論。もう1つの極はインセンティヴ論で，文化や産業の発展のためには，一定のフリー・ライドを規制しないと，知的財産になる成果の開発への投資が過小になるので，それを防ぐという説明があったりするわけです。

一般的に，自然権論はロックの労働所有論からきていますが，ロック自身が，本当に著作権を労働所有論で基礎づけているのかということに関しては，歴史的にもロックの文章などからは違うのではないかといった議論が実は出てきております。

特に，私が与しているのは森村進先生の考え方です。森村先生によれば，ロッ

クの議論というのは，実は，労働して，その労働をした結果得たものについて権利が及ぶという形で，有体物の所有権を基礎づけています。要するに人は自己の行動や身体の自由を持っていて，その身体の自由の犠牲によって得られた果実に関して権利を承認されるべきであるという論理になっている。人の（身体的）自由をベースとしています。そうすると，有体物であればまだしもこれは分かりますが，無体物の場合は，他人の自由を，つまり他人が物理的には利用できるものについて規制するので，他人の自由と抵触する。この論法だと，自由対自由で引分けに終わるのではないか，だから，ロックの議論が導けないのではないかと森村先生はおっしゃっていて，私は，なるほどなと思っています。

他方で，自然権論として，ヘーゲルの精神的所有権論もよく引かれます。ただ，ヘーゲルのほうは，有体物の所有権に関しては，人格を外界に発展していく際に所有権が不可欠だ，周りの物を所有できなければ人格の発展もあり得ないと説明するのですが，知的財産権の場合には，知的財産権がなくても普通に生活できますから，人格の外界への発展に知的財産権は不可欠とは言えないし，逆に，他者の自由というか，人格の発展と衝突しかねない。だから，精神的所有権論だけで知的財産権を正当化することは困難で，ヘーゲル自身が，実はインセンティヴ論と今では言える理屈により著作権を補強していたりします。

これは森村先生もおっしゃっていますが，知的財産権に関しては，自然権論だけではなく，功利主義的な観点の正当化も必要だということになります。インセンティヴ論によって一定程度，フリー・ライドを禁止しないことには，創作に対する投資が過小になり，社会全体の構成員が不利益を被ることになってしまうので，それに必要な限度でフリー・ライドを禁止するのだと説明することになります。ただ，やはり知的財産権が人の行為を制約する権利であることに鑑みると，功利主義のみでは厳しくて，規範的な説得力を出すためには自然権論も必要と思われます。そのため，私は二元論的な説明をしますが，積極的な根拠はインセンティヴ論であり，自然権論は消極的根拠に止まる，つまりそれだけでは知的財産権を導き得ないと思っています。

インセンティヴ論に立つとなると，産業や文化を発展させて社会を発展させるために，例外的にフリー・ライドを規制するという形で知的財産法を展開していくことになります。

その際には，フリー・ライドの諸相を認識する必要があります。新しい商品，

コンビニ，ピザの宅配，新種の雑誌などの新しいものが，実は知的財産権でほとんど守られていません。ですから，こういうものは一旦世に出ると，物理的には誰もが模倣自由になり，フリー・ライドに発展するのですね。

他方で，フリー・ライドにより成果を開発した人に不利益が生じており，その不利益があるために成果開発のインセンティヴが過度に損なわれている場合は，フリー・ライドを禁止してまで，過度に損なわれた成果開発のインセンティヴを増やしたほうがよい場合がある。こういう３つの条件が整った場合にはフリー・ライドを規制すべきだという命題が導かれる。もちろんそうすべきかの判断は難しいけれども，それを原則として立法で決めているのが知的財産法なのだと私は理解しています。

先ほどの新しい商品とか新しい営業というものは，一旦世に出ると，物理的には誰もが模倣自由になるわけです。知的財産権がないので。模倣者のほうは開発コストもかからないし，ヒットしたものだけを模倣していけばビジネスリスクも負担しないので，非常に有利なように思われるにもかかわらず，ここが大事なところですが，ファーストランナーになって新しい商品，営業を開発しようとする者も後を絶たないわけです。

なぜかと言うと，社会では，知的財産権を待たずとも，様々な成果開発のインセンティヴがあるからです。たとえば市場先行の利益です。模倣者が出現するまでのタイムラグの間は市場を独占できるし，模倣者が出現した後も，販路，顧客開拓に先行することで有利ですし，また，最初に始めた者だという世間の評判も活用できたりします。秘密管理もできることがあります。ラーメンのスープ，コカ・コーラ，香水の製法などは，秘密管理することにより他者の模倣を防ぐことができることが重要なインセンティヴとなっています。また，もっとも包括的，普遍的なインセンティヴは，信用（goodwill）です。商品やサービスについて信用を獲得した場合には，その信用を他の商品やサービスに同じ名称，マークを付すことにより，そうした信用を活用できるので，その分，商品やサービスの維持，発展に努めるということです。そして，たとえば秘密管理や技術的管理がなされているために取引上の必要性がある場合が典型です。知的財産権がなくても，取引上の必要性があるなどのために，ビジネス上，取引されているものもあります。このような，社会に事実として存在するインセンティヴが機能している以上は，模倣を自由としておいたほうが，産業が発達するわけです。

そのため，基本的には，やはりフリー・ライドは自由ということです。ただ，先ほど言ったような３つの条件が満たされたときには，例外的に，知的財産法で規律しようということになるのですが，ここがもう１つ重要なところで，知的財産法には実は２つのタイプがあります。

第一のものは，事実上のインセンティヴを支援するタイプの知的財産法です。社会に存在する様々なインセンティヴが自律的に機能し得ないときに，それを支援するタイプの知的財産法があります。たとえば市場先行の利益を守るためには，ほかのコピーはよいかもしれないけど，デッドコピーぐらいは規制しておかないといけない，という判断の下に，商品形態のデッドコピーが規制されています。また，秘密管理体制というものは，物理的には完璧なものにはならず，どこかで穴が開く。そのときに応援してあげる。秘密管理体制をある程度まで経済合理的につくっていただいたならば，経済的に非効率になるほどの秘密管理体制を取らなくても法的に支援をしてあげる。そのために営業秘密の不正利用行為規制がある。それから，類似するマークが使われてしまっては，信用の化体が無になることがありますので，類似するマークの使用を規制する商品等主体混同行為や著名表示不正利用行為，登録商標の保護などの形で支援するタイプの法があります。

第二のものは，法的なインセンティヴを創設するタイプの知的財産法です。そもそも，事実として存在するインセンティヴを支援するだけでは不足があるというときに，そのような財を直接保護するために知的財産法を設定することがあり，たとえば特許権とか著作権がその代表例です。

⑶　立法論・解釈論への含意

ビジネスの現場での財が，知的財産法によって守られているかのように見える場合も，両者にはずれがある場合があります。それは，知的財産法は多くの場合，物理的には誰もが自由にできる行為に対して，概念としてそこに「財」があると観念的に把握していくものなので，人工的に設計の自由度が大きいことに起因しています。

分かりにくい話なので，もう少し具体的にお話をしていこうと思います。知的財産法は，知的財産，知的創作物に対する権利であると言われております。しかし，発明，著作物などの無体物は，実は世の中に実存するものではないかもしれません。人工的な観念の構成物にすぎないようにも思われます。こうした哲学的な議論に立ち入らずとも少なくとも次のようなことは言えるだろうと思っていま

す。

人はしばしば知的創作物ないし知的財産とその利用行為を区別します。たとえば発明とその実施，著作物とその利用など。ここでは，発明や著作物という知的創作物つまり無体物とその利用行為というのは，行為の客体と行為として峻別できるという発想が前提にされています。しかし，実は両者の区別は相対的です。たとえば特定のプログラムをネットワークで送信する行為を考えますと，著作権法のほうでは，法文上，著作物の公衆送信であると観念していますので（著作権法 23 条 1 項），特定のプログラムまでは著作物という無体物でありそれが客体となります。そして，送信が行為ということで，ここに切れ目があります。他方，特許法のほうは，法律に規定があるわけではなく，出願ごとに変わります。出願書類の記載事項は請求範囲（クレイム）という項目があって，そこで発明の構成要件を決めるのですが，そのクレイムで特定のプログラムまでを発明，無体物と規定すれば，著作権法と同じことになりますが，他方で，特定のプログラムの送信方法までを発明つまり無体物として規定すると，そこまでが無体物になってくる，つまり著作権法とずれてくることになるわけです。

この例は，人の行為から分離した無体物，知的創作物，知的財産なるものを観念することは，実はフィクションだということを示しています。多種多様な人の行為のなかから類似するパターンを抽出して，それを無体物と呼んでいるに止まります。知的財産法が禁止しているのは，実は特定のパターンの人の行動にすぎません。

以上のことは立法論に影響します。たとえば 2018 年には，ビッグ・データを保護しようとして，不正競争防止法の改正がなされました。

ビッグ・データを保護しようというときに，実は設計の自由度が高いので，2 つのやり方があります。1 つは，保護される客体に着目して，その保護の要件を調整する。特許などがそうですが，新規性だとか進歩性だとか，特許発明の要件を考えていく（客体アプローチ）。他方で，もう 1 つは，規制される行為に着目する。たとえば営業秘密，不正利用行為の規制では，営業秘密が何であるかとうるさく言わずに，秘密管理体制を突破する行為とか，そういう不正行為だけを規制していく（行為規制アプローチ）。このように 2 つの方向性があるのです。

現実の立法の世界では，両者は必ずしも排他的なものではなく，むしろスペクトラムの関係にあります。ほとんどの知的財産は両者の性格を兼ねています。し

かし，濃淡の問題はあり，どちらに主眼を置くかで，規制の態様が大きく異なってきます。

客体に着目するアプローチは，ビッグ・データの場合，データ自体に着目します。データの財産的価値の高低を保護の要否の分かれ目と捉えて，財産的価値の高いものをあぶり出す要件を設定することを試みることになります。ところが，ビッグ・データというのは公知のデータのかたまりですから，客体に着目するアプローチだと，何を保護すべきかということの見極めが困難です。しかし，データがいろいろと混ざって転々流通することを考えると，保護されている対象が不明確な客対に着目する法制度は，取引を著しく阻害し，すでにビジネスとしてなされているビッグ・データに関する取引をかえって阻害することになりかねません。

そこで，行為規制を中心に考えます。ビッグ・データの場合は，とにかく財産的価値があるというだけでは保護しない。電磁的管理をしていることを要求し，そのうえで，電磁的管理を突破する行為と，それを不正に利用する行為を規制するというアプローチを取ることが考えられます。実際，2018 年の不正競争防止法改正には私も関わっていますが，電磁的管理をメルクマールとして，その突破行為と，その突破行為を利用する行為を規制することとしました。客体の結節点として電磁的管理を要件とし，概ね，行為に着目するアプローチを主眼としています。

ビジネスの現場でのデータ取引と，この新しくできた不正競争防止法による限定提供データの利用行為規制にはずれがあります。ビッグ・データでも電磁的に管理されていないものは保護されません。また，ビッグ・データの利用であっても，ライセンシーの横領・背任的ではない使用行為とか，サブライセンシーの使用行為は規制しません。他方，契約により電磁的に管理されていないものを保護したり，ライセンシーの使用行為やサブライセンシーの使用行為を規制することは，契約ではできます。だから，両者にはずれがある。こうした契約は，なさずともよいものがなされている場合もありますが，法的規制とは無関係に，たとえばデータを生成してもらう必要があるとか，あるいは，コアとなる限定提供データの不正利用行為規制を受けない条件として付随的に契約することが要求されるなど，必要に迫られてなす場合もあるでしょう。ともかくこのような形で，取引される財と知的財産法で規制される財はずれるわけです。

解釈論の世界でも，日常用語的な「財」の感覚で法解釈を行うことは，法の立てつけがそのようになっている特許権であればともかく，そのようになっていない不正競争防止法の場合には，有害無益なことがあります。

その例として，請求権者は誰かという問題があります。不正競争防止法上は，「営業上の利益を侵害」された者は誰かという解釈問題となります（3条1項，4条）。その意味をさらに特定する直接の条文はありませんが，限定提供データに関しては，消滅時効の規定のところで，限定提供データ「保有者」が請求権者になるとの理解を前提とした規定が置かれています（15条2項）。

ときおり口頭では，原始的データに関わる多数の関与者，データの提供者や開発者のなかで，限定提供データに関する財産権を帰属させるべき者は誰か，原始的取得者あるいは原始的帰属者は誰かという観点から，請求権者を確定しようとするアプローチを耳にすることがよくあります。しかし，このような議論は，誰にライセンスを求めれば足りるのかということを不明確とし，データの使用，流通を過度に阻害するので，採用すべきではないと思います。

たとえば，個別的には誰でもアクセス可能な情報ですが，一定量以上集積すると多大な価値を発揮します。この場合，集積された情報の個々について見れば，情報集積者は原始的取得者でありませんが，一定量以上の情報が集積されると原始的取得と呼ぶことになるのでしょうか。しかし，その判別基準は不明です。

そもそも，なにゆえこのような問題設定を行う必要があるのでしょうか。特許権のように他者が独自に取得した情報の利用も妨げられるという規制であれば，保護を与えられるべき者には他者に優先すべき理由として最先開発者などの理由が必要でしょう。けれども，限定提供データの保護は，電磁的管理体制を突破する行為が違法とされているのであって，特許制度と異なり，他者は独自に情報を取得して利用することは妨げられていません。そうだとすると，特許制度のような，その者がその情報を開発したかどうかということを保護の要件とする必要はないのではないかと思われるわけです。

ということで，限定提供データの「保有者」は，不正競争防止法が支援しようとしていたインセンティヴである電磁的管理をなしている者と理解すれば十分だろうということでありました。そして，肝要なことは，このような管理体制の保護の下で誰がどのように限定提供データというか，ビッグ・データから利益を得るのかということは，これはビジネスの問題として関係当事者に委ねているとい

うことです。つまり，法は財のようなものをつくっているように見えるかもしれないけれども，基本的には電磁的管理を支援するために，管理の穴をふさいであげたり，ビジネスの契約が及ばない第三者の不正取得行為を規制したりしてあげていますが，そのようにして外部性から守られた管理体制の下で，いったい誰がどのように儲けていくかということには関与していないのです。

原始的取得者とか原始的帰属者という概念で請求権者を考えようというアプローチは，無意識かもしれませんが，裁判所がこれに関与することを意味しています。しかし，ビッグ・データの取得，収集，開発過程は多種多様であって，当事者に比して情報に疎く判断能力が優れているわけでもない立法や司法によって何らかの解決を強制することは危険です。むしろ，いかなる仕組みが事態適合的であるのかということはビジネスの問題として市場に委ねるべきであり，実際，2018 年改正はそのような制度的な選択をしたということになります。

3　経済学的な「財」vs. 知的財産法上の「財」

(1)　事前取引と事後取引

続いて，経済学的な「財」と知的財産法上の「財」の異同についてお話をいたします。

すでに，先ほどフリー・ライドのところで，経済学的には，市場を介在することなく財が移転しているが（＝フリー・ライドがあるが），知的財産法上の知的財産が必ずしもあるわけではないという話をしましたが，ここでは逆に，知的財産法上の財（の「移転」）はあるけれども，経済学的な財（の「移転」）がないという例をお話しいたします。

財の定義にもよりますが，経済学的な「財」と知的財産法における知的「財産」というのは，先ほどの例もありましたように，必ずしも一致するわけではありません。この点に関しては，2011 年に，アメリカの FTC のレポートが，特許のライセンスや譲渡に関して事前取引と事後取引の区別という大変示唆的な概念を打ち出しました。まず，Ex Ante Patent Transaction（事前取引）というのは，実施しようとする人，たとえばライセンシーが他の手段により発明にかかる技術を得る前に行われる。その意味では，きちんと財の移転（ここでの「移転」はライセンスと譲渡の両方を含む経済学的な意味で用いています）がある取引のことを事前取引と呼んでいます。他方，Ex Post Patent Transaction（事後取引）と

いうのは，すでに実施者のほうで発明をしたり開発したりしており，商業化しているものについて，つまり，情報としては自分で得ているものについて，事後的に，特許権者から「私，権利を持っていますよ」と言われてしまったので，致し方なくライセンスを受ける取引を指しています。特許権というのは，基本的には日本もアメリカも厳格責任ということで，独自開発である場合でも，特許権者の許諾なく発明を実施すると特許権侵害に問われます。そのため，すでに技術を得ているにもかかわらず，適法に行動するためには取引を強制されるから，こういったことが起こってくるわけです。

このうち，事前取引のほうは財の資源配分の静態的な効率性に影響します。事前取引があるなしによって，使える使えないという違いが出るからです。したがって，経済学的にも財が移転しています。でも，事後取引のほうは，もともと使えていたものについて，法的に使ってよいというお墨付きがきただけの話なので，財の資源配分の静態的な効率性に影響しません。つまり，法的な規制を抜きにすると，経済学的な財は移転していないことになります。

(2)　なぜ，事後取引を強制するのか

FTC レポートは，事後取引は必要悪として強制していると主張します。なぜ「悪」なのかというと，事後取引には技術市場における競争を歪め，イノヴェイションを阻害するという弊害があるというのです。つまり，事後取引がなされるということは，事前取引に失敗しているわけで，それは社会全体から見れば必要ではなかった研究開発費用の重複投資がなされてしまったということを意味します。しかも，事後取引を強制されるほうは，当該技術を使えなくなると無駄になる投資をなしており（＝関係特殊的投資の埋没費用化），そのため特許権者はこの相手方の関係特殊的投資を梃子に，競争下にあった事前取引では達成し得なかった高額のロイヤルティを引き出せることになり（＝ホールド・アップ問題），社会にとって有用な投資が過度に躊躇われることになりかねません。こうした予測可能性の低下と事後取引に伴うコストは，関係特殊的投資によるイノヴェイションを抑止することになりかねません。

それにもかかわらず，なぜ「必要」なのかというと，それは，事後取引の必要がないとする制度設計（e.g. 独自発明者は侵害にはならない）では，特許権が過度に尊重されなくなり，発明のインセンティヴに不足を来すかもしれないからだというのです。つまり，今は意味がないかもしれないけれども，将来このまま放

置しておくと，発明をしようとする者が過度に少なくなるかもしれない。だから，イノヴェイションを促進するために，あえてここでは事後取引も強制する。そういった政策判断なのだというのです。ここでは財の移転というものが経済学的にはないかもしれないけれども，法的につくっているのだということになるわけです。

(3) 立法論・解釈論への含意

このように，事後取引は経済学的には財の移転がないとしても，動態的効率性を改善するために，あえて法は財産の取引を要求したのですから，法の目的を実現するためには，そのような事後取引の場合を含めて財産権を法的に守る必要があります。2011 FTC レポート自身，必要悪としての事後取引は原則として守ることを前提に，その代わり，なるべく事前取引が増え，事後取引が減るように，特許の登録制度による権利の公示機能を高めるためのリフォーム論を打ち出しています。

しかし，そうは言っても，こうしてあえて法的に事後取引を規制している目的が産業の発展にある以上，産業の発展に沿わない取引は強制しなくてもよいのではないかといった解釈論が生まれてくる可能性があります。

その一例が，差止請求権の制限の可能性という論点です。著作権侵害事件ですが，有名な裁判例があります（那覇地判平成 20 年 9 月 24 日判時 2042 号 95 頁［写真で見る首里城］）。被告侵害者の発行する写真集全体が 95 頁で，掲載写真点数 177 点のうちの最終頁に掲載された 9 点のうちの 1 点だけが原告の著作権を侵害していたという事件です。損害の額は軽微ですね。実際この事件では著作権法 114 条 3 項の相当利用料額の賠償は 2 万 5,000 円（弁護士費用等も入れて最終的な認容額は 15 万円）の損害賠償しか認められていないのですが，他方，差止めが認められてしまえば，被告はすでに多額の投資をして発行済みの写真集の販売をできなくなる。こうした事情を勘案して，裁判所は，差止請求を権利濫用として棄却しました。しかし，これは極めて例外的な裁判例であり，一般的には，著作権や特許権を侵害している以上，とにかく差止めが認められるのだというのが通説的な見解であり，裁判例でありました。

一般的にこのようによく言われます。特許権は絶対的な排他権なのだから，権利の濫用が適用されるのはあくまでも例外なんだ。特許権者に主観的な悪性がある場合にシカーネ的な権利濫用を認めるのであればともかく，そのような悪性が

ない場合に権利濫用は認めるべきでないというのです。

しかし，特許権が，産業の発展のために設けられた権利だということであれば，大きな制度目的の前に排他権という原則は道を譲らなければならない場面があってしかるべきだと思います。さらに言うと，特許権というものは，本来，人が自由に利用できる行為について，行為規制を人工的に設けているのだということに着目すると，全く異なるものの見方ができます。

それが，私が提唱しているプロセスのなかの通過点としての特許「権」というアプローチです。この発想は，特許制度というものは，産業の発展という目的を達成するために，いかなる行為を規制すべきかを特定するというゴールに向けて，様々な機構が決定をする制度だと見るのです。特許庁が特許権の付与を認めたというのは，その一連の過程の一通過点にすぎません。そこでは，最終的に規制すべき行為のなかから事前に判断できる要素，たとえばあまり時の経過とともに変わらない要素を予め判断します。技術的に，この発明は新規であるのか，とか進歩性を満たしているのかなどがその典型例です。

そして，こうした特許庁の事前審査を通過すると，行為規制を発動しても大過ない，産業の発展という目的のためにプラスになるだろうという程度にまで判断が進んだと評価して，特許の登録がいわばトリガーとなって，特許権なるものが誕生します。ただ，ここまでは目的の達成のために事前に判断できる事情しか判断していません。まだまだ事後的に判断しなければならない事情も残るわけです。たとえば，それが消尽であるとか，先使用権などで問題とされる被疑侵害者側の事情は，事前に特許庁でチェックしようがない事後的な事情ですので，事後的な判断機関，つまり侵害訴訟で判断することになります。そして，こうした事後的な判断をなす機関の選択肢は裁判所ばかりでなく，特許庁や公取委も候補となります。

さて，ここに，特許制度にとって，侵害者側が多大な投資をなしていて，この特許発明にかかる実施が認められなければ，その投資が無駄になるというような関係特殊的投資がなされている場合に差止めを認めてしまうと，投資が無駄になる，その結果，関係特殊的投資が進まなくなるという問題があります。そして，地位の非対称性がある場合，パテント・トロールが代表的ですが，特許権者のほうが実施していないので，報復を恐れる必要がないために，機会主義的行動を取りやすい場合には，埋没している関係特殊的投資の大部分が和解金という形で特

許権者に奪われることになりかねません。そうすると，社会にとっては有用な関係特殊的投資が過度に躊躇われ，産業の発展に悪影響となりかねません。

こうした事後的な事情，つまり，侵害者のほうがどういう投資をしているのかとか，特許権者は実施していないのではないかとか，だからこそ，特許権者が機会主義的行動を取るのかといったことは，事前の審査機関である特許庁では判断できません。特許庁が判断できないのですが，産業の発展のためには，これは考慮しなければいけないのですね。では，どこで考慮するかというと，やはり事後的な手続で考慮するしかない。特許登録の権利があると決めて，あとは何も見ない，自動的に権利だという発想ではなくて，一連のプロセスで，いったいどこで何を判断していくのかと見ていくと，事後的な判断機関のところで，こういった事後的な事情を考慮する必要があることが分かるということなのです。

裁判所は，関係特殊的投資とか地位の非対称性など，二当事者間の事情の判断に長けています。そして，まさに侵害訴訟は事後的な判断をなす機関ですから，その時点で問題になっているこれらの事情の判断のために，司法に活躍してもらったほうがよいのではないかということになります。そして，事後的な判断機関の他の候補に目を向けると，公取委は市場の動向の把握に長けている。そして特許庁だって，裁定許諾（＝強制実施権）の場面では，事後的な判断機関となり，技術についての知見を投入できるし，さらには，同じく裁定許諾の判断機関とされている経済産業省によって産業の状況を踏まえてもらうことも期待できます。このように考えてくると，特許庁の事前審査を終えて特許権なるものが発生したからといって，こうした事後的な事情の判断を控える合理的な理由が全くないということが見えてくるのではないかと思います。

4　結びに代えて

最近，加毛明さんが，情報の信託の可能性について論文を発表されました。そこで加毛さんは，特許権とか著作権などの知的財産権が設定されていない「情報」について，どういう場合に信託財産となるのか，その可能性を論じています。結論として，「ある者が，情報からの利益享受を無限定かつ排他的に行なうことができる状態にあり，かつ，自らの意思に基づいて，他の者に同様の状態を作出する可能性がある場合」には，当該情報について，例外的に，信託財産への帰属を認める旨を説かれています（加毛明「情報の取引と信託」神作裕之＝三菱

UFJ 信託銀行フィデューシャリー・デューティー研究会編『フィデューシャリー・デューティーの最前線』〔有斐閣，2023 年〕33 頁）。

たしかに，信託財産とされると，受託者の権限違反行為が取り消されたり（信託法 27 条 1 項），あるいは，受託者の利益相反行為の対象となった財産の処分行為等が取り消されたりしますので（信託法 31 条 6 項），委託者は，受託者ばかりでなく，第三者に対しても一定の請求をなし得る，という効果が発生します。そうだとすると，本来は自由に利用可能な情報の利用を過度に制約することがないようにする必要があるのでしょう。

そのときに，さきほどの分類で言うと，財産的価値のある財，経済学的な財であれば信託できるなどと考えてはいけません。そのようにしてしまいますと，競合可能なものが排斥されないので，情報の利用を過度に阻害することになりかねない。それでは，法で守られている財であればどうかと言うと，営業秘密や限定提供データとなると，法的に守られている財と取引されている財が一致しているわけではないので，どちらに焦点を当てるのかということが問題となります。

他方，学説では，法的に差止請求権が認められているかをメルクマールとする，つまり法的に排他性が守られていることをメルクマールとする見解も提唱されています。しかし，既述したように，営業秘密や限定提供データでは，法的に守られている財と取引されている財が一致しているわけではありません。ビジネスの現場では，不正競争防止法上，守られているわけではない財についても取引は行われています。たとえば，2018 年改正不正競争防止法により限定提供データの不正利用行為が規制される前からビッグ・データに関しては取引がなされていましたし，改正法施行後も，相当量蓄積性の要件を満たさない量のデータについても，そのやりとりについて頻繁に取引がなされていますから，そのような取引されている財について信託の可能性を閉ざしてよいのかということが課題となります。

そうすると，取引の必要のある財，ビジネスの現場での財に目を向けてもよいのではないでしょうか。といっても，ビジネスで実際に取引されている財は様々ですが，物理的にアクセスが困難であるならば，自由に利用することは事実上，困難であり，信託財産として第三者に対する請求権を認めても情報の利用を過度に制約することにはならないように思います。

ですので，事実としての排他性に焦点を当てる加毛説の方向性に賛成できるの

ですが，ただ，加毛さんは物理的排他性というものを強く重んじておられまして，たとえばブロックチェーン上に情報が記録されているような例外的な場合に限られるのではないかとおっしゃっているのですが，そこまで完璧なものを求めなくとも，支援型というタイプの知的財産法に慣れている私としては，相応に経済合理的に管理されているのであれば，最後のところは法的に応援してあげるタイプの排他性でもよいと思うので，そこまで厳しく考える必要はないと思っています。

報 告 2

「預ける」を考える――寄託と信託

京都大学教授　西　内　康　人

ただいま紹介に預かりました西内でございます。京都大学で民法，消費者法，また，行動経済学を専門としております。

この第 4 教室は，私もこの前期まで講義をしておりまして，ふだんも話をしているんですけれども，こういった場において，潮見先生が開催に尽力された京大の開催で，あと，金融法のご専門の先生の前で報告する機会をいただき大変ありがたいと感じております。では，報告に入らせていただきます。

1　序　論

まず，暗号トークンをはじめとした無体物・情報のうち，資産性のあるものは，株主，株式などの金融資産と同様，顧客自らが管理するのではなく一定の「中間者」に預けるということが行われています。こうした状況の法的構成としては，寄託・信託の両方が少なくとも考えられるところです。ここで問題となるのは，情報という有体性のない対象については，有体物と同様に，両者が選択可能なのだろうか，つまり，寄託と信託が選択可能なのだろうか。また，両者を選択可能なものとして構想するべきなのだろうかという点です。本報告では，こういった問題について考えることを目的といたします。

報告の 3 以降でこの本論に入る前に，こうした問題を考える前提として，次の 2 ではまず，こうした問題を考えるべき比較法的な背景について紹介しておくことにいたします。

2　比較法的背景

本報告で注目するのは，イギリスの Law Commission が出している「Digital Assets: Consultation Paper」（以下では Paper と略させていただきます）になります。そして，この Paper 自体は，「Digital Assets: Final Report」（以下では Report と略させていただきます）に発展していますが，考え方について，基本的な部分の修正は多くないため，本報告では Paper を基本とし，適宜 Report で

の修正点に触れることにいたします。このPaperに注目するのは，無体物・情報に財産権が認められるかについて，現在のところ包括的な分析を行っている最新の調査報告の1つだからです。そして，同Paperでは，暗号トークンのような無体物・情報について，これを預かる法形式についても一定の検討がなされています。最終的には信託のほうがよいと，信託に軍配を上げているのですが，ここでは，寄託よりは信託のほうが，イギリス法では，無体物・情報を扱うことに適しているということが指摘されています。

他方，以上のような議論が決定的なのか，また，日本法にそのままで当てはまるのかということは，さらなる分析を要するというふうに考えられます。たとえば，Paperでは，暗号資産について，引渡し概念に代えてコントロール概念を用いるということが提唱されていますが，コントロールという概念であれば寄託の法形式を使えるのではないか。つまり，後述するように，占有及びその引渡しに代わる概念としてコントロールという概念を構想していることから，コントロールという概念を使えば，引渡しを要件としている寄託のようなものも想定できるのではないかということを考えてみる必要性があろうかということです。また，前述のPaperでは信託のほうが法発展に適した器だというふうに考えていますが，信託と寄託は，法発展としてどちらが現状で進んでいるのか，また，発展のポテンシャルがあるのか，こういった点は日本法の文脈に照らして考える必要性があるように思われます。そこで，次の3ではコントロールと財産権の対象適格について考えるために，前述のPaperについて，簡単な紹介というものを行うことにいたします。

3　対象適格性とコントロール――無体物・情報の段階化

このPaperを含めて，無体物や情報について，財産権の対象となる適格性があるものは一部に限られるということで，見解は一致しています。問題は，どういった無体物・情報に財産権の対象適格を与えるのかということです。言い換えれば，田村さんのご報告でもあったわけですが，知的財産法などの特別法で保護が与えられている，このような場面との比較で，民法などで一般に財産権が認められる，このようなものとして構想する無体物や情報というものはどのような場面に限られるというふうに考えられているのかということです。

(1)　無体物・情報の財産権の対象適格に関する提案

Paperでは，無体物・情報を財産権の1つである所有権を含めた優先的権利の対象とする基準として，3つの基準が提示されています。①として，コンピュータのコードや電磁的，デジタル的，アナログ的シグナルを含む電磁的メディアにおいて代表されるデータを構成すること。②として，人や法システムと独立して存在すること。③として，競合性（Rivalrous）が存在するということ。言い換えれば，ある消費が他の消費を制限すること。この3つが挙げられています。ここでは，情報やデータ自体は，価値の有無というものは問われておりません。なお，前述したReportでは，①の基準を重視しない方向に変化したほか，これ以外の②，③の基準はコアな場面を示すためのものであって，これ以外のものを必ずしも排除するものではない，典型例としてこれを掲げるのだという形の指標に変化していますが，②，③の重要性というものは，基本的には変わっておりません。

この中でも特に問題となるのは③の競合性の基準です。とりわけコントロール概念との関係で重要なのが③の競合性という基準になります。③の競合性について，まず注意が必要なのは，排他性やコントロールと言われる概念との関係になります。特に，UNIDROITのDigital Assets and Private Law Working GroupやUCCの作成するUniform Law Commission's Uniform Commercial Code and Emerging Technologies Committee，これらがデジタル資産について別の検討を行っている国際グループという形になるわけですが，コントロール概念を所有権の対象適格という形で用いていることになっておりまして，排他性を基準として見てるように思えることが問題となります。

また，③はコントロールと密接に関係するというところがあります。言葉は違うものの，密接に関係するということでして，つまり，競合性のある場合というものは，事実上排他性をもたらしやすいと言える形になっています。だからこそ，一般的に言って，競合性のあるデータ，情報を他者から排除しているという場合，そして，これを利用している場合には，対象のコントロールがあるという形で把握される形になります。よって，競合性を基準とする場合，コントロールを基準とする場合と大筋で適用場面が一致するという形で考えられてはいます。あったとすれば，UNIDROITなどと同じように，コントロール概念によって所有権の対象適格というものを決めてしまってもよさそうなものなのですが，Paperでは

ズレるという場面が想定されておりまして，ズレるとすればという形で，排他的管理が可能であるが競合性はない無体物や情報というものが構想され，例えば企業秘密のようなものがここでは対象となるべきではないのだという形で考えられています。

そして，こういった基準によって典型的な対象とされているのは暗号トークンというものになります。逆に，情報一般に所有権を認めることについては，懐疑的な態度が示されておりますし，先ほど述べましたように，コントロールだけがあるような企業秘密のようなものについては，所有権の適格は認めてないという方向で考える方向性が示されています。

(2) 関連概念としての占有・コントロール

以上の対象適格の問題と密接に関連する概念として，占有ないしはコントロールという概念が存在しています。占有は，既に述べた Paper が前提とするイギリス法では，排他的なコントロールという客観的な要素と，占有意思という主観的な要素の両方が必要という形になっています。この占有概念をデータ，特に暗号トークンに拡張できるかということが Paper では問われているわけです。ここではメリットというものも指摘されているのですが，デメリットというものも指摘されておりまして，大きく分けて 4 つのデメリットが指摘されています。第 1 に，現在の市場を維持するメリットは，市場自体があまり未確立であるところのデータについてはあまり当てはまらないということ。第 2 は，既に複雑な占有概念を無体物に拡張することで，さらに複雑になってしまうという，そういう危険性があるのだということ。第 3 に，可視的・物理的コントロール・占有意思という占有の核概念がデータに当てはまりづらいのだということ。第 4 に，現在までの法的資産の発展は有体物のコンテクストで生じてきたところデータの特徴と適合しづらいところがあるということです。

そこで，占有の代わりにコントロールという概念を用いることが提唱されています。ここでは，占有と同様に人と対象との間の事実的なコントロール関係，つまり，客観的な関係というものを求める一方で，占有意思は要求しないという違いがあります。そして，UCC も，現在までの案では，動産の占有とコントロールを機能的に同等のものだというふうに位置づけており，UNIDROIT も同様な事実的概念としてコントロールを位置づけているというふうに Paper では把握しておりますので，大筋で法統一が図られるだろうというふうに見ていることに

なります。

具体的にコントロールという概念を Paper ではどのように定義しているかというと，①データから他者を排除するということ。②利用（変更・処分含む）という形のものに適した状況にデータを置くこと。③これら①，②の能力を持つ者として自らを同定することができること。これら①から③の能力を「十分に」持つこと。これらで認められるというふうにされています。①や②は UNIDROIT の定義とほぼ同様ではあるんですが，UNIDROIT の定義では，①，②から利益を享受する能力だという形で定義されているのに対し，ここではそういった利益的要素が排除されている点で異なります。

そして，前述の Paper では，コントロールの概念については，裁判による漸次的発展や専門家ガイドラインによる具体化というものが望ましい可能性があるのだという形で示唆しています。そして，既に述べた Report でも漸次的発展や専門家ガイドラインによる具体化を支持するという方向性は同様であります。

⑶　小括と分析

以上のように，無体物とか情報，データに財産権の客体性を認める議論というものは一定の方向で収れんしつつあり，日本法での別の文脈での議論も踏まえて，次のようにまとめられるだろうというふうに私は考えています。

まず，(a)コントロール適格性がある財産というものを把握することができます。ここ(a)においては，所有権を含めた財産権の客体性と，占有と類似する事実概念であるコントロールの客体性が一致することになります。ここで，(a)では価値の有無というものは問われない形にはなります。

そして，これと類似する場面として，(a)′という形で，競合性がある財産というものも勘案することができます。この(a)′の基準は(a)とほぼ一致するわけではありますが，(a)の基準では含まれ得る企業秘密のような場面を，以下で述べるような(b)とか(c)に放逐することになるのだろうと思われます。ただ，こういった特殊な例を除けば，(a)′でも財産権客体性とコントロール適格性が一致するという形にはなります。

以上の２つの基準というものは似ているわけですが，これが対立する理由としては，我が国での議論を参考にすると，次のようにまとめられるかもしれないというふうに考えてはおります。一方で，まず，(a)′としてまとめた競合性という基準については，前述した Paper でも注目されていたことですが，有体物では，

無体物・情報，データには，一般に競合性がない結果として，他者の利用により減少する関係になく，この競合利用を有体物と同様に物権で制限することは，かえって非効率につながる可能性があるという懸念が表れたものだろうと考えることができます。

他方，これに対し，コントロール適格性に注目することは，無体物・情報は一般に有体物とは異なり物理的な境界が明らかでないことから，これに物権的地位を与えることが他者の自由侵害の可能性や度合いを高める，このような懸念に対応するものだというふうに考えることができます。つまり，コントロールの事実的支配は外部から分かる特徴が要求されると一般には考えられることから，コントロール適格性のある無体物・情報にのみ物権的地位を与えるなら，こういった外部からの認識可能性を通じて，自由侵害に対する上記懸念に一定程度対応できるだろうというふうに考えられるわけです。

また，コントロール適格性についての少し違った観点として，物理的境界に近いような客観性を要求するのであれば，単に外部から認識可能な事実的支配では足りず，権限と結びつくことについて，当事者限りで決めることはできず，社会から慣習等の形で承認を受けている形を取るべきという意味での客観性が要求されると見ることもできます。このことは，我が国において，占有や引渡しとか明認方法といった対抗要件の具備方法が限定されていることと同様の観点です。そして，この客観性を技術的発展に対応してアップデートした形で与えるものとして，専門家によるガイドライン方式も検討に値するようには思われます。

そして，これらの外側に，本報告では論じておりませんが，田村さんが報告で論じた，知的財産法など特別法で保護される無体物・情報というものが存在しています。知的財産法によって保護される情報(b)では，既に述べた(a)や(a)′と同様に，一定の場合に競合利用を制約するものですが，(a)や(a)′とは違って，競合性があるというもの，こちらを想定しているわけではありませんで，情報とかデータは一旦生み出されれば，競合利用が望ましい状態であるということを前提に，(b)では情報の内容自体の価値と，その法的保護の欠如による過少生産，つまり，一定の法的保護がないと，特許とか著作権とか著作権の対象となるような知的財産というものがなかなか生み出されづらいという，そういう観点に注目していると見るべきでしょう。

さらに，その外側に，(c)として，以上の(a)，(a)′，(b)の保護が及ばない無体物

一般，情報一般というものが観念されることになるように思われます。

なお，個人情報の保護という形の事柄も，物権的保護との対応関係では，しばしば議論されることがあるわけですが，データ・情報一般のように競合的な利用が本来望ましいもののうち，この競合利用の場面を限定すべき観点から保護対象が決められる(a)，(a)′，(b)とは異なりまして，プライバシーなど別の観点から競合利用が望ましくない場面であるというふうに整理するように思われます。言い換えれば，ある程度共通した経済学的な説明がしやすい(a)，(a)′，(b)，これらとは異なりまして(d)の個人情報の保護は，こうした説明が難しいか，別の観点からの説明のほうがよいだろうという形で考えられるものになります。

4　寄託と信託の特性

以上の前置きを踏まえまして，4では寄託と信託の特性というところに入っていこうと思います。以上の3の情報・データの整理というものを前提として，ここでは無体物・情報について，信託と寄託がどのように関係するかを考えてみることにいたします。

ここでは，(1)で，問題を考える上での前提となるアプローチを3との関係，つまり，無体物，情報，データについて，財産権の客体制を認めるかどうかという，その整理に照らしてまとめた上で，その後，具体的な問題を(2)以降で見ていくことにしたいと思います。

(1)　前提――2つのアプローチ

そこでまず，ここでは無体物・情報と信託・寄託の関係を考える上では，以下で述べるような2つのアプローチというものを区別することが有用であるというふうに考えています。

第1に，客体の性質一般から出発して，信託・寄託というものの個別法令の適用可能性を考えていくというアプローチです。これを仮に客体アプローチというふうに呼ぶことにいたします。ここには，既に3でまとめた財産権としての客体としての適格性のほか，引渡しと連続性のあるコントロールの適格性について，これを出発点として信託・寄託の適用可能性というのを考えると，こういう問題の方向性が含まれることになります。

第2に，客体の性質一般というものは一旦捨象した上で，信託・寄託という個別法令で核となる概念や目的から考えるアプローチというものも考えられます。

これを仮に個別法令アプローチと呼ぶことにしたいと思います。ここには，後述していく信託での財産権概念のほか，寄託での保管や返還という，そういった核となる概念について，これらの趣旨から考えていくというアプローチが考えられることになります。

ただ，これらは，完全に両者が独立するというわけではありませんで，重なり合う関係にあると考えられます。この１つの表れとして，不法行為における権利侵害要件が，硬い意味での権利侵害から法律上保護された利益に拡張されるという過程，いわゆる大学湯事件で，知的財産法で保護されていなかった利益が実質的に知的財産として創設される現象というものが指摘されています。このことが示唆するのは，個別法令アプローチを仮に取るとしても，客体アプローチで正面から考慮されている対象の性質から来る一般的な限界というのを意識した上で，客体アプローチで保護対象を広げることに慎重であった理由というものを，個別法のアプローチでも一定程度は考慮する必要性があるだろうというふうに考えられることになります。

⑵　寄託を無体物・情報に拡大することへの課題

その上で，次に寄託の問題に移っていこうと思います。寄託を無体物・情報に拡大することについては，幾つかの課題というものがあるように思われます。

第１に，そもそも無体物・情報というものを寄託の対象に拡大すると，寄託の成立範囲が不明確にならないのかという，そういう問題が存在しています。この課題は，債権法改正でも意識されていたところでありまして，だからこそ，寄託というものは有体物に限られているのだというのが現行法という形になっています。次に，第２に，第１の課題とも関係しますが，どの範囲の無体物・情報まで寄託を拡大するかという課題が存在しています。

一方で，既に述べたPaperでの検討で前提とされていたように，所有権の客体としての特性を備えた無体物に限り寄託を拡大するという立場があり得ます。これは⑴で見た客体アプローチの１つだろうというふうに考えることができます。

他方で，そもそも無体物一般について寄託というものを拡大することも考えられるところで，比較法的にはこういう立場もあり得るところになります。

この中間として，一定の無体物・情報について，所有権の有無はともかくとして，占有を認めることで寄託の対象とするということも考えられます。この前提として，準占有も含めて無体物や情報の占有については，少ないながらも日本法

での議論というものが存在しています。ここでは，3で見た所有権の客体としてふさわしい無体物・情報を考える議論は，客体の性質から絞り込みを行っていたのに対して，無体物・情報に占有を認めようとする議論は，無体物一般について管理方法さえ適切なら占有を認めるかのように見えるところがあります。これは，客体の絞り込みを行うとしても，占有に伴う効果との関係で絞り込みを行っているものとして，個別法令アプローチに属するものというふうに見たほうがよいかもしれません。つまり，寄託で，占有という概念が確保されていることからも，占有で認められる効果，これとの関係で客体を限定していくのだということですね。

そして，第3に，上記第2とも密接に関係するところではあるのですが，仮に寄託法を適用するとしても，無体物の種類によって寄託の規律を変更する必要性がないかという課題があります。例えば混合寄託は，一方で競合性がある情報には妥当し得ても，他方では，情報一般にまでは妥当しづらいような規律が存在しています。例えば一部滅失した場合に，一部滅失分についての毀損を共同で負担するというものについては，競合性のような一部のものが失われれば永久に失われるという，そういう性質が関係しているわけでして，そうだとすると，情報のように一部が欠落するということは，みんなが忘れ去るということがあればそうではありません。そういうことはないような，情報一般について考えるのは難しいだろうと考えられるところになります。こういった規定の振り分け作業というものは必要になるだろうと考えられるわけですが，それをどのようにして行うのか，また，行うとして，別々の規律が適用される契約類型を1つの「寄託」というカテゴリーに置くべきかどうかは，なお検討を要する課題ではないかというふうに考えられるところになります。

⑶　信託の拡張可能性の限界

次に，⑶として信託を考えてみることにいたしますが，信託は，財産権より広い財産という概念が用いられているものの，財産概念の拡張には限界もあるようには思われます。というのは，財産の典型例はやはり財産権というものを構想しているわけでして，この移転を伴うことが原則として前提とされているためです。例えば議論されている情報信託では，「信託」という名前こそついているものの，契約関係としては「委任」という形で整理されており，単に一定の価値のある情報というもの，そして，補完するという関係にあったとしても，これを信託とし

て把握するかどうかはまた別問題だという形になります。

こうした限界との関係で，情報の信託可能性については，無条件に肯定するのではなく，一定の場合に肯定的に解する見解というものも存在してきたところになっております。ここでは，一方で，客体アプローチとして知的財産権や，これに類似する状況というのに注目する見解があり，他方で，個別法令アプローチとして，信託における財産の移転や帰属というものに注目する見解もあるところです。この後者，個別法令アプローチに立つ見解の一種として，例えば排他的支配可能性や金銭的価値を基準として，情報の信託について肯定的に解する見解というものも存在しています。こうした排他的支配可能性の内容としては，むしろ，3(3)でまとめたように，外部からの認識可能性や，権限との結合について社会的に承認されているという客観性が必要であると見ることもできるかもしれないというふうに私は考えています。

5　おわりに――議論の進展の必要性

以上，本報告では，様々な観点から無体物と預けるということとの関係をまとめてきました。

2では，無体物や情報のうち，資産性のあるものについて，本稿でPaperと呼んできた報告書では，これを「預ける」法形式として，寄託と信託というものが考えられていること，また，信託の方を採用すべきだと考えていることを見ました。

続いて，3では，Paperを含めて無体物・情報に財産権を認めるという基準として，(a)として，占有の客観的な要素である事実的支配の上位概念であるところのコントロール概念を用いたコントロール適格性，これによって無体物とか情報のうち，所有権，財産権が認められる客体というものの絞り込みを行う立場と，(a)′として競合性，つまり，ある人の消費が他の人の消費を減少させる関係にあるかどうかということ，こちらを基準とする立場があるということをまとめました。

その上で，4では，こういった基準に照らして，その保護を考える客体アプローチと，信託法や寄託法の解釈を通じて，その保護を考えるという個別法令アプローチが存在しており，後者を取る場合でも，前者を無視するべきではないのではないかという点をまとめました。その上で，無体物・情報について信託や寄

託での保護を与えるについて，それぞれの場面で固有の問題が生じ得るだろうということで課題を設定させていただいた形になります。

本報告は，以上のように，問題点の整理に尽きるものに過ぎません。こうした限界はありますが，本報告のような整理が今後の議論にとって資することがあれば幸いに思います。ご清聴ありがとうございました。

報 告 3

データ取引に関する規律と実務上の課題

弁護士　殿　村　桂　司

1　本報告の目的

(1)　はじめに

ただいまご紹介に預かりました弁護士の殿村と申します。よろしくお願いいたします。

私自身，この大教室に足を踏み入れるのは，おそらく 2006 年に京都大学の法科大学院を卒業して以来かと思います。先ほど報告をされた西内さんと私は同級生だったというご縁もあり，この場所で，このような伝統ある学会において報告する機会をいただいたことを，非常にありがたく思っております。本日はよろしくお願いいたします。

私自身は，弁護士として，業界問わずテクノロジー分野を専門に扱っております。テクノロジー分野は，究極的にはデータをどう扱うかということがビジネスの肝になりますので，日々の業務の中でも，本日のテーマである情報やデータについて取り扱う機会が多いです。本日は，そのような実務上の経験も踏まえてお話をさせていただきたいと思いますので，よろしくお願いいたします。

(2)　データの価値

データは 21 世紀の石油であると言われることもありますが，この言葉が示しているように，デジタル社会におけるビジネスの成功の鍵というものは，質・量ともに優れたデータをいかに取得・分析して，事業に活用することができるかにかかっているといっても過言ではありません。

近時注目を集めている生成 AI サービスにおいても，AI の開発段階において莫大な量のデータを学習に用いていることが報道されています。また，そのデータの質・量が AI のサービスの競争優位性を確保する観点から非常に重要であるということで，データの囲い込みも一層激しくなっています。

金融分野も，従来から，財務情報や信用情報などのデータの活用がビジネスの重要なファクターになってきた業界かと思いますが，近時も，フィンテックや金融 DX，オルタナティブデータの活用など，様々な文脈でデータ活用の重要性が

より一層高まっているということが指摘されているかと思います。

このように，デジタル経済においては，データの価値，重要性は高まる一方です。他方，データを取引の客体として見たときには，他の財と比較しても法律による規律が十分ではない，もしくは，まだ不明確な点が多いということによって，実務家の観点からは日々の取扱いに悩む場面も少なくありません。

そこで，本報告では，データの利活用，特にデータを第三者に提供する，またはデータを複数の当事者間で共有する方法によるデータの利活用の場面を中心に，データに関する現状の法規制を踏まえた上で，データ取引における実務上の課題について検討していきたいと思います。

2　データに関する法的規律

(1)　データ（総論）

まず，前半ではデータに関する法的規律についてお話をしていきたいと思います。田村さん，西内さんからお話があったところと一部重複するところもあるかと思いますが，ご容赦いただければと思います。

まず，本日の報告の中で，「情報」や「データ」という用語を使いますが，いずれもご案内のとおり非常に多義的な用語であり，両者の関係についても様々な説明が可能かと思います。「データ」の方がより上位の概念であって，「データ」のうち，一定の意味付けがされているものが「情報」であると説明されることもありますし，逆に「情報」の方が上位概念であると説明されることもあります。本学会のテーマは，「情報にまつわる取引法と規制法」と「情報」という用語が使用されていますが，取引の文脈では，「データ」という言葉を使うことの方が多いように思いますので，本日は使い慣れている「データ」という用語を使わせていただきます。ただ，何かこの「データ」と「情報」で意味を違えているということではなくて，広い意味でのデータというふうに捉えていただければと思います。

このように，「データ」といってもそれ自体は非常に広い概念であり，「データ」に関する法的規律も，対象となるデータの種類・性質，もしくはデータの取扱い主体の属性，さらには，データの利用態様などによって異なります。

例えば，近時話題になっている生成 AI に関しては，大量のイラスト，デジタルアートのようなものを学習に利用するといったケースを想定しますと，そう

いったデジタルアート自体に著作権による保護が及びうるものであり，また，そういった著作権を侵害するような態様での利用というのは，著作権法による損害賠償請求や差止請求の対象になり得るという意味で，一定の規律がかかっているということになります。

また，企業が保有している個人情報を含む情報は，この後のご報告でもありますとおり，個人情報保護法や憲法上のプライバシー権による保護が及ぶ，そういった性質のデータになります。

また，この表に少し，やや正確性には欠けますけれども，整理のためにマッピングをしておりますが，データ自体の私法上の権利保護という話と，データを扱う行為に着目した，いわゆる行為規制・業法規制というものを分けてマッピングする必要があるのではないかと思います。例えば，先ほど申し上げた個人情報は，個人情報保護法の適用があるということなんですけれども，その使いようによっては業法規制がかかるような場合というのも当然あります。例えば，卑近な例ですが，スマートウォッチなどのウエアラブルデバイスを通じて取得した個人の生体情報は当然個人情報に当たるわけですけれども，そういった生体情報を利活用して，病気の診断行為に使う場合には，薬機法ですとか医師法といった業法規制がかかることになります。こういった行為規制・業法規制も，データに関する法的規律の一種というふうに考えられるのではないかと思います。

また，表の一番下に記載しましたブロックチェーン上で発行する暗号資産などのトークンも一種のデータですが，こういった暗号資産の取扱い，特に法定通貨と交換するサービスですとか，先ほど西内さんからも少しありましたとおり，こういった暗号資産を預かるカストディ業務については，資金決済法上，暗号資産交換業のライセンスが必要であるという業法規制がかかっています。では，規制の対象になっている暗号資産そのものの私法上の権利関係はどういったものになるのかということについては，まだまだ未整備な状態であり，この点は先ほど西内さんからもお話があったとおりかと思います。

このように，データと一口に言っても本当に様々なものが含まれますし，データに対する法的規律と言ったときにも，本当にいろいろな側面から関係してくる法令，規律が存在します。そこで，本報告では，まず，表の左側の私法上の権利保護の話を中心とし，かつ，データ特有の議論にフォーカスするために，デジタルアートのような典型的な著作物や，個人情報を含むものは対象とせず，IoT 機

器を通じて収集されたような産業データ，ビッグデータを対象に，そのようなデータを取引の対象とするようなケースを念頭に置いてお話ししていきたいと思います。裏返して言いますと，個人情報を含むデータの利活用を検討する際には，本日この後お話しするポイントに加えて，個人情報に特有の話というのが上乗せでかかってくる，そういった関係になります。

(2)　データの民法による保護

まず，データ取引の実務をやっている中で，クライアントや相手方から，「我々がデータを所有しています」とか，「データの所有権は我々に帰属しています」，もしくは，「データのオーナーシップは我々が持っています」ということを言われることがあります。また，「データを売買する」，「データを相手方に利用させるライセンス」，そういった表現も日常的に用いられていますが，その法的な意味について少し検討していきたいと思います。

データを所有する，データのオーナーシップを有しているという表現は，まさにデータが所有権の対象になるようにも聞こえますが，データは，これまでのご報告にもありましたとおり，複製が容易であって，複数の媒体で同時に存在させること，また，複数の者が同時に利用することができるという性質を有しています。他方，所有権を含む民法上の物権は，物を直接的に支配して利益を得る排他的な権利であると説明されておりますので，有体物に限定されております。したがって，無体物であるデータについては，基本的に所有権の対象にはならないと考えられています。この点は皆様もご案内のとおりかと思いますが，議論の出発点として確認をさせていただきます。この点に関連して，近時，様々あるデータの中でも，先ほどの１つ前のスライドで触れましたとおり，いわゆる暗号資産などのデジタル資産というものの取引が非常に活発に行われるようになってきており，それらについての私法上の権利関係についての整理が必要ではないかという議論が諸外国で起こっております。先ほど西内さんからもお話がありましたけれども，例えば，米国の Uniformed Commercial Code では，Controllable Electronic Records（支配可能な電磁的記録）についての規律が創設されたり，イギリスの Commission の Paper でもデジタルアセットについての規律についての議論がなされています。さらには，UNIDROIT においても，これも「支配」というコントロール概念に着目して，デジタルアセットに対する私法上の権利に関する Principles（原則）が提言されています。さらに，日本でも，私も策定に関与さ

せていただきました，自民党のデジタル社会推進本部がこの春に公表した web3 ホワイトペーパーの中でも，デジタルアセットをめぐる私法上の課題について整理を進めることの重要性が指摘されています。

このように，一部のデジタル資産，データについては，私法上の一定の権利を認めるべきではないかという議論がなされておりますけれども，ここで主に念頭に置かれているのは，デジタルウォレットを通じて，秘密鍵を通じて管理することが可能な暗号資産や NFT といった一部のトークンアセットに限定されているという点には留意が必要かと思います。

そういった全体の位置づけを整理した上で，少し話を戻しますと，データ一般で申し上げますと，やはり無体物であり所有権の対象にはならないというのが原則になります。ただ，無体物であるからといって，法的保護が一切及ばないということでは当然ございません。無体物を保護する法律としては知的財産権法があります。

(3) データの知財による保護

2つ前のスライドでもお話ししたとおり，様々あるデータの中には，デジタルアートのように著作権で保護されるものもありますが，本報告で対象にするような産業データ，ビッグデータには，著作物の要件である創作性は通常認められませんので，著作物としての保護は及ばないということになります。

また，データの形式によっては，POS データのようにデータベース化されているようなものもあります。こういったものはデータベースの著作物として保護される可能性がありますが，ここでもやはり著作物としての保護の適格性を得るためには情報の選択や体系的な構成に創作性が認められる必要があり，これが認められるケースは必ずしも多くはありません。データベースの構築自体は，実務的には非常に膨大なリソースが投入されることもあり，ビジネス上の観点から非常に重要なものではありますけれども，創作性を求める著作権による保護には一定の限界があります。

データベースという観点で，少し個人情報の話に触れますが，企業は個人情報を含むデータをデータベース化したような場合には，そういったデータベースを構成する個人情報は，「個人データ」として，個人情報保護法による規律が及ぶことになります。ただ，個人情報保護法による法的規律は，主に，その個人データに関する個人を保護する観点からなされるものであり，企業に一定の義務を課

すような側面がある規律であり，ここで議論している企業が保有するデータベースがいかに保護されるのかという観点とは異なる位置づけの法的な規律という位置づけになります。

次に，無体物を保護する仕組みとして，不正競争防止法による保護があります。ご案内のとおり，同法上「営業秘密」が保護されていますが，これは，先ほど田村さんからもお話がありましたとおり，著作権のように権利を付与するのではなくて，営業秘密を不正に取得する行為など，一定の行為を不正競争行為として規制することで，それによって，ある種，反射的に営業秘密の保護を図るという法制度になっています。

その要件については後ほど少し触れたいと思いますが，第三者に対するデータの提供を伴うビッグデータの利活用という場面を想定した場合，秘密管理性の要件を満たさずに，営業秘密としての保護が及ばなくなる可能性があります。しかし，複製が容易であって，一度流出してしまうとデータを取り戻すことが難しいというデータの性質を踏まえると，データの利活用，データの流通を促進するためには，データを安心して提供できる環境を整備する必要があるという問題意識の下，営業秘密の保護が及ばないようなビッグデータについても，同じく不正競争防止法による保護の対象とするべく，「限定提供データ」というカテゴリーが創設され，2019 年 7 月から施行されています。この点については，後ほど少し述べます。

そのほかにも，データを不正に取得するような行為に対しては不法行為が認められる可能性や，不正アクセス禁止法のような個別法によって禁止される場合もありますが，これらも一定の行為を規制する形の規律であり，データの保有者に直接権利を付与するものではありません。

(4)　データの契約による保護

以上，見てきましたように，無体物としてのデータ保護は，著作権法や不正競争防止法などによって，言わばパッチワーク的に保護されているにとどまっております。したがって，特に第三者に対するデータの提供を伴うデータの利活用を促進する観点からは，データをやりとりする当事者間での契約による規律というのが非常に重要になってきます。

例えば土地の売買契約であれば，民法上，土地の所有権者はどういう権利を持っていて，所有権移転時の対抗要件はどういうルールか，そして，売買契約に

関するデフォルトルールのようなものも民法上規定されています。しかし，データに関しては，そのような私法上の権利関係に関する法令上のデフォルトルールがないため，基本的に全て契約に規定する必要があります。ただ，そういったデータに関する契約実務はまだ十分に成熟していないため，スライドに記載しているいわゆる不完備契約というものになりやすいという問題点が指摘されていました。また，先ほども述べましたとおり，データは契約によって保護する必要性が高いものの，実務上はまだそのことが十分に認識されておらず，秘密保持契約が締結されているのみ，もしくは，そういった契約もなくデータの取引が行われているという実態がありました。

そこで，合理的な内容のデータの契約の締結を促進するべく，経済産業省が主導して，「AI・データの利用に関する契約ガイドライン」が 2018 年に策定されました。本日は時間も限られておりますので，このガイドラインの内容については立ち入りませんが，データ契約のひな形や，データ契約において定めておくべき事項をまとめたもので，実務上参照されることも増えてきているように思います。ただ，あくまでガイドラインという形で定められているものですので，法的拘束力がないというところには留意が必要です。

(5) データ・オーナーシップ

ここまで，データに関する法的規律を概観してきましたが，改めて，冒頭に少し問題提起をさせていただいた，データ・オーナーシップを有する，もしくは，データの所有権という表現の意味について整理しておきたいと思います。先ほども述べましたとおり，データは所有権の対象にはならないということは明確です。ですので，ここでのオーナーシップというのは，あえて整理をすると，先ほどのガイドラインでは，データに適法にアクセスし，その利用をコントロールできる事実上の地位，もしくは，契約によってそのような利用権限を取り決めた場合には，そのような債権的な地位のことを指していると整理をしています。

最近では，実務でもこういった「データ・オーナーシップ」ですとか，「データを所有する」という表現を見る機会は減ってきているように思います。代わりに，「データを保有する」，「保持する」，データの「利用権限」という表現が用いられるようになっているように思います。ただ，そういった契約による規律に関しては，原則として，契約当事者間にしか及ばないという限界があります。したがって，この表にまとめているように，表の上から 2 つ目の他者利用禁止に記載

されているように，仮にデータに所有権が認められていたのであれば，左側にありますように，物権的請求権が認められますので，全く契約関係のない第三者が，権限なくデータを保持している場合には，それを取り返すようなことも考えられるわけですけれども，データに関しては，そういった物権的請求権は認められません。そういった意味では，データ契約というのは非常に重要ではありますけれども，一定の範囲で，契約関係にない第三者に対して，ここの表に書いておりますとおり，差止請求ですとか，場合によっては損害賠償請求が可能になるような不正競争防止法上の営業秘密，限定提供データという仕組みは，なお重要性があると言えるかと思います。

(6)　営業秘密と限定提供データ

次のスライドでは，営業秘密と限定提供データの比較をしておりますが，少し時間が押しているので，ここは簡単に触れておきたいと思います。営業秘密は，その名のとおり，秘密管理性というものが1つ大きな要件になっております。一方，限定提供データは，これもその名のとおりですけれども，第三者に提供することを前提としておりますので，秘密管理性までは問うていなくて，②の限定提供性，限定的な人に提供するということを前提とした，①の電磁的管理性があれば足りるとされています。

(7)　限定提供データに関する令和5年不正競争防止法改正

もう1つ重要なポイントとして，限定提供データの右下のところに，除外規定というのが書いてありまして，その1つ目のところに，秘密として管理されているものを除くというのがあります。これは同じ不正競争防止法という法律の中で，営業秘密と限定提供データという2つのカテゴリーのデータを保護する際に，両者の重なり合いを避けるために，立法技術的に設けられた例外ですが，秘密として管理されているものを除いてしまうと，例えば実務上，限定提供データであり，第三者に提供することを想定しているものではあっても，会社にとって重要なデータではあるので，秘密管理の対象になっていることが通常でした。そういった場合に，限定提供データとしての保護が及ばなくなるのではないか，そういった解釈上の疑義が指摘されていたところです。この点については，今年6月に成立しました改正不正競争防止法で手当てがなされており，除外規定が「秘密として管理されているものを除く」という書きぶりから，「営業秘密を除く」という定義を用いた形になっており，営業秘密と限定提供データの間に保護の隙間が生

じないような形の手当てがなされたというのは非常に大きなポイントかなと思います。

また，この表では，営業秘密と限定提供データに関して，どういった場合に不正競争行為が成立するかについて比較しています。非常に小さな字になっていて恐縮なんですけれども，一見して分かるとおり，限定提供データ，右側のほうが，不正競争行為に当たる行為が狭くなっています。これは限定提供データが流通することを想定しているものであることから，データの保護と流通の保護のバランスを取る観点から不正競争行為の範囲が限定的に定められています。また，一番下の救済措置のところも，営業秘密に関しては，差止め，損害賠償という民事的措置に加えて，刑事的措置も設けられているわけですが，限定提供データについては，まずは民事的措置に限定するという形で，ある種謙抑的に規制がなされている点も特徴的です。

(8) 限定提供データ制度の活用状況

そういった形で，限定提供データが，ビッグデータを活用するために導入されて約4年が経過しましたが，私の知り得る限り，限定提供データに基づいた差止請求や損害賠償請求に関する裁判例はまで出てきていないようです。また，契約実務においても，必ずしも限定提供データが非常に強く意識されているということにはまだ至っていない印象です。実際に，このスライドの下に載せておりますIPAの調査によると，社内の重要情報として，限定提供データを意識的に管理している会社は22%にとどまっており，営業秘密の44%と比較しても低い水準となっており，個人情報の70%という高い水準に比べると，まだまだ意識としては及んでいないということかなと思います。

以上，産業データに関する法的規律を概観させていただきました。

3 データ取引における実務上の課題

ここからはデータ取引における実務上の課題について少し検討していきたいと思います。

(1) 自社内におけるデータの管理・利活用検討時の課題

まず，データの利活用を検討するときには，自社内におけるデータとしてどのようなものがあるのか，そして，そのデータが利活用可能な状態にあるのかということを確認することが必要です。その上で，他社に使わせずに自社で独占する

ことで差別化をする，いわゆる独占的な領域と，他社とあえて共有することで，その価値を高めていく協調領域のいずれに該当するものかを見極めて，データ利活用のオープン・クローズ戦略を定めていく必要があります。具体的にどういったデータを協調領域として設定すべきというのは，本当に個別具体的な事案ごとに異なるので，実務的には悩ましいポイントではありますが，この点，経産省が公表している「データ利活用のポイント集」は，実際の成功事例やQ&Aなども掲載されており，実務的には参考になるかと思います。

なお，これらのデータの管理方法というのも実務的には非常に悩ましいポイントの１つですが，先ほど申し上げましたとおり，営業秘密と限定提供データというのは，要件が異なってはおりますが，今回の法改正によって，限定提供データを秘密として管理していても保護の対象になるということが正面から明確になりましたので，実務的には，いずれもマル秘情報として保護をした上で，限定提供データについては，その提供先や提供目的を明確に管理していくことが，１つの実務的な対応になるかと思っております。

(2)　データの提供・受領に関する課題

実際にデータを提供，受領する場面について見ていきたいと思います。まず，データを受領する場面では，そういった提供行為が法令ですとか契約に違反しないのかということに留意する必要があります。例えばこのデータに個人情報が含まれる場合には，個人情報保護法の規律を遵守する必要がありますし，そのデータが契約上の守秘義務の下，第三者から提供を受けたものであれば，守秘義務に違反しないかということを検討する必要があります。

また，データを提供することによって，それまで営業秘密や限定提供データとして管理をしていたものが，その要件を満たさなくなるということがないように注意する必要があります。この観点で少し注意が必要なのは，そういった営業秘密の要件である秘密管理性の判断というものは，法人単位でなされるというふうに解釈されています。したがって，データを提供した場合であっても，データ提供先における管理状況は，提供元における秘密管理性の判断には基本的には影響がないと考えられております。

次に，データを受領する側ですけれども，この受領する側の実務上のポイントとしては，やはりデータというのは転々流通しておりますので，データの出どころがなかなか分からないという問題ですとか，データの流通の過程で何らかの不

正な行為が介在している可能性が排斥できないという点があります。日銀の金融研究所が，法人顧客情報の取引と利用に関する法律問題について報告書を出しており，その中で，そういったデータの転得者について，いわゆる動産ですとか振替証券のように善意取得というのを認める余地があるのではないか，もしくは，取得時効のようなものを認める余地があるのではないかという議論がなされております。

データの流通を促進するという観点からは，そういったデータの転得者の保護を図っていくのは非常に重要であると思いますが，現行法上も，そういった保護については，例えば不正競争行為に関しては，先ほど申し上げましたとおり，かなり転得者に関しては謙抑的な規制になっておりますし，不法行為についても，因果関係ですとか過失の有無等で責任が問えない場面もあるかと思いますので，こういった善意取得や取得時効をデータ一般について認めるかについては慎重に検討する必要があると思っております。

(3) データ契約の交渉時の課題

次に，そういったデータを提供したり受領したりするといったデータ契約を交渉するときの課題について少しご紹介したいと思います。ここでは，ＸからＹにデータを提供してＹにデータを利用させるというシンプルな事例で考えていきたいと思います。そういったデータ提供契約の条件としてやはり一番重要なのは，どういった範囲のデータを，どういった利用目的で利用させるのか，さらには，そのデータについて，第三者提供を認めるのか，認める場合には，どのような範囲で認めるのか，こういった利用範囲についての定めが非常に重要になっています。

ただ，前述のデータオーナーシップの議論で見ましたとおり，知的財産権や不正競争防止法で保護されないデータについては，一旦違法にアクセス権を有してしまえば，データの利用に関して制限する規制はないということになります。

ここで１つ実務的に重要なポイントとして，データを利用させる契約になります。近いものとしては，例えば特許のライセンス契約のようなものがあります。ただ，特許権というのは，いわゆる第三者の使用を禁止する排他的な権利を背景にしておりますので，ライセンス契約というのは，その禁止権を部分的に解除するようなイメージになります。他方で，データの利用契約というのは，先ほど申し上げましたとおり，データについては，アクセスできる人は基本的に自由に利

用することができますので，そういったデータのライセンス契約においては，いかにデータの利用を禁止していくのかということが重要になります。そういう意味では，特許のような排他的権利が認められるものと，原則と例外が入れ替わっているような関係になりますので，そういった性質を踏まえて契約上も留意をしていく必要があるというのはここでの１つのポイントになります。

データというのは契約で保護するのが重要ですということを今まで述べてきたわけですが，そういった契約において適切な条項を定めることができるというのは，そもそもデータ提供者と受領者の間で，ある種公平な交渉が行われることが前提になっております。もっとも，実務上は当事者間の交渉力に大きな差があって，例えばデータ受領者側の交渉力が非常に大きい場合，例えば，いわゆるプラットフォーム事業者のような事業者がデータを受領する場合には，データ提供者となるプラットフォーム利用者側に非常に不利な条件での契約が，ある種強制されるという状況があります。

また，そういった交渉の問題が生じる以前の問題として，そもそもデータを事実上保持している人がデータを囲い込み，そのデータの利用を希望する人にアクセス権を認めない，そういった問題もあります。実務上，経産省の先ほどのデータガイドラインの内容を主張して，データの利活用ですとか，データの利用契約の条項について主張していくこともありますが，このガイドライン自体は法的拘束力がないという点で，こういった交渉力に大きな差異がある場合には限界があるかなというふうに思います。

この点，欧州のデータ法案というのが１つ参考になるかなと思いますので，少しご紹介させていただきます。これは，欧州内でのデータの流通を促進するという観点から，データ経済における関係者間でデータの価値を公平に配分して，データへのアクセス及び利用を促進することを目的としたものになります。日本においては，先ほどから申し上げておりますとおり，データを既に持っている人に対して，例えば限定提供データという保護を付加することで安心感を与え，データの流通を促進する，そういった政策が取られているわけですけれども，欧州のデータ法案は，より直接的に，場合によっては，データへのアクセス権を付与することを強制する，もしくは，データの取引の当事者間での契約条件について，不公平な条件については無効とするなど，一強い効力を持った規定になっています。データの流通を促進する政策として，１つ参考になるやり方であると思

います。

(4) データ受領者による契約違反・倒産に関する課題

次に，データ受領者による契約違反，倒産に関する問題というところです。契約を頑張って締結した後に不測の事態が生じるということは実務上よくあります。契約違反というのが１つ典型的な場面です。こういったデータ契約に関して，契約違反が，例えば契約の相手方が第三者提供の禁止に違反してデータを不正流出させたような場合を考えますと，そもそも，やはりデータの流出を把握することが難しいですとか，損害額の立証が非常に難しいというような実務上の課題があります。こういった点に関しては，例えば不正競争防止法において損害額の推定規定を設けるなど，一定の手当てがされておりますけれども，まだまだ実務的には解決の余地がある領域であると思います。

また，契約を解除した場合には，データの提供先が持っているデータを返してほしいと思うのがデータ提供元としては通常の心理になるわけですけれども，これも再三申し上げておりますとおり，データには物権的請求権がありませんので，それに基づいて取戻しを請求することはできません。ならば，解除に基づく原状回復請求として，どこまでのことが求められるのかを検討する必要がありますが，この点については，データに関する契約の原状回復義務としては，データの削除請求権が認められるのではないかと，そういった議論がなされているところです。もちろん実務的には，契約に，そういった契約終了時の返還請求権，削除請求権というものを規定すればいいということになりますが，先ほど申し上げましたとおり，契約で十分手当てができないケースもございますので，そういった場合の民法上の議論というのも，もっと進展させていく必要があると思っております。

また，データ受領者が倒産したようなケース，そういった場合にも同様の問題が生じる可能性があります。この場合はさらに複雑で，契約上，契約終了時の返還請求権や削除請求権を定めていても，実際に倒産，破産に至った場合には，破産管財人によってその契約自体が解除されてしまうという可能性があります。このような事態に対する実務上の対応は悩ましいです。特に相手方がスタートアップ企業であるような場合には，実際に倒産リスクがある中でデータを提供していくことになりますので，個別の判断が必要になります。例えばデータ受領者の経営状態を定期的に報告させたりですとか，そもそも提供するデータの範囲を限定的にするとか，提供先の信用調査を通常よりも厳しい水準で行うなど，複数のア

プローチを複合的に活用してデータ提供先の倒産に対するリスクに対応するのが1つの方法かと思います。

(5)　契約外の第三者との関係での課題

最後に，契約の限界のもう1つとして，契約外の第三者には契約の規律が及びませんというところを触れていきたいと思います。契約外の第三者（転得者）には契約上の効力が及ばないので，直接の契約相手方であるデータ受領者に，第三者（転得者）への提供についての責任を負わせるというのが実務的な解決の1つです。

この後のご報告につなげるという意味で，データ受領者Yが，そのグループ会社であるZにデータを提供する場面を考えておきたいと思います。そういったデータに，個人情報を含む場合というのをここでは検討したいと思います。YがZに個人情報を提供する場合には，この後もご説明があると思いますけれども，本人の同意が必要というのが原則になります。ただ，いわゆる共同利用というスキームを用いることで，YからZに対して本人の同意なく提供することが可能というような例外が求められています。ただ，これはあくまで個人情報に関する規律になりますので，データ一般の規制としては，XY間の契約において，第三者提供の禁止というのが定められていれば，YがZに対してデータを提供する行為は当然義務違反になって，グループ会社だから許容される，そういった規律は，現状はありません。

この点に関して，先ほど申し上げた日銀の報告書では，例えばグループ内で情報を共同利用することを事前に明示しているような場合は，第三者提供に該当しないという規範が適用される，そういった規範が醸成されていけば，情報提供者に対する不意打ちを回避して，グループ会社間でのデータの利活用を促進することができるのではないかという検討がされています。ここで申し上げたかったのは，個人情報保護法の規律に関しては，基本的にデータに関する個人情報に関する個人の同意の要否が問題になっておりますが，データ一般の話としては，契約上のXに対する義務違反にならないかという観点が問題になります。このように，データの性質によって，関係してくる法的規律が異なれば，考慮すべき事項も異なっていくということを最後に申し上げさせていただきます。

4 まとめ

最後，まとめですけれども，一言で言いますと，データというのは，所有権の対象にはならないものの，現行の日本法上は，著作権法ですとか不正競争防止法ですとか，ある種パッチワーク的な保護がなされているにとどまっていると。したがって，契約によって可能な限り保護を図るというのが現在の日本のアプローチになっています。私自身は，このアプローチ自体は，現状はワークしているのではないかと思っておりますが，一方で，先ほどの欧州のデータ法でも見ましたとおり，一定の場合には，そのようなそもそも交渉を適法に，公正に行うことができないような局面も実務的には多くあります。こういった問題も解決をして，真にデータの流通を促進する，そういった政策を今後検討していくという観点からは，欧州のデータ法のように，データの流通を直接促進するような強い効力を持ったハードローの要否を，日本においても少なくとも検討はしておいた方がよいのではないかと思います。

また，並行して，こういったデータ取引に関する契約実務の発展ですとか，データ取引に関する法的な不確実性というのをできる限り除去するための議論の進展も期待されるところでございます。

以上，少し駆け足になってしまいましたが，私の報告になります。ご清聴ありがとうございました。

報 告 4

法人格と情報――情報にまつわる組織法

同志社大学教授　船　津　浩　司

同志社大学の船津でございます。よろしくお願いいたします。

本報告では，情報移転を規制する法律において，法人格，とりわけ会社の法人格はどのような役割を果たすものとして想定されており，それが会社法をはじめとした組織法の観点からどのように評価できるのかという問題について，個人情報保護法における個人データの第三者提供に関する規律を主たる検討対象として論じていきたいと思います。

なお，1週間前に提出いたしました当初の配付資料では，情報を2つに分類して，それぞれについて法人格がもたらす機能について論ずる予定でしたが，割り当てられた報告時間でこれらを論ずることは到底無理ということですので，本日は予定を変更いたしまして，予定していた話題のうちのデータ法人間移転の問題に絞って検討したいと思います。直前での資料の差し替え等，おわび申し上げます。ということで，私のご報告は，1が総論，2が各論ということになります。

1　規制法における法人格の機能

(1)　法人格の機能（一般論）

まず，規制法における法人格の機能ということで，法人格の機能に関する一般論からです。会社は法人格を付与されることによって，権利義務の主体たる地位を与えられることになります。社団に法人格を付与することの効果として，社団の対外活動から生じた権利義務は法人に帰属すること，さらに内部関係についても，構成員は，相互間ではなく法人との間に権利義務を持つこと，かつ，法人に対して効果が生ずる財産上の行為は法人の機関が行うことが挙げられています。

このうち，最初の点は，法人格のいわゆる「財産分離機能」と呼ばれるものであり，株主有限責任制度をはじめとして，組織法の議論において極めて重視されている機能であると考えられます。しかしながら，私の報告では，むしろ最後の点，すなわち，法人の活動は機関により行うこととされている点に注目しておきたいと思います。近時，DAO等の様々な新しい動きはありますけれども，現行

法制において，法人・会社の機関は自然人の存在が前提とされているということであり，現在のところ，会社の活動，法人の活動に自然人が一切関与しない完全な自動化は想定されていない，ということをまずは確認しておきたいと思います。

(2) 規制法の規律はなぜ会社（法人格）単位か

ところで，国家が何らかの政策目的を実現するために私人を規制する法律（以下，規制法と言います）には，法人格を単位として何らかの規範が与えられていることが前提とされているもの，すなわち，ニアリーイコールで名宛人が法人であることを前提としているというのが比較的多いかと思います。というよりも，大多数はそのようになっていると思います。なぜ規制法が基本的に法人格を単位として規律しているのかといえば，それは，先ほど申し上げた法人格の機能，すなわち，独立した権利義務の主体となれる資格であるものだから，国家との間においても，義務の名宛人となる資格があるのだから当然だ，というのが最もシンプルな答えだと思います。

私もそれに異議を唱えるつもりはございませんが，より機能的な観点から見れば，次のような説明ができるように思われます。すなわち，先ほど申し上げたように，法人の活動といっても，それは基本的には自然人の活動に還元されるものであると考えられます。したがいまして，規制法が目指す政策目的に資するべく，何らかの規律を置くとした場合，最も直截の方法は，自然人を名宛人として規範を与えることであり，そのような形で，従業員等を含む広い意味での法人の構成員（法人に所属する自然人）を直接の名宛人とするという規制方法も理論的には可能であり，現に金融の分野の規制法については，そのような規制手法も少なくないように思われます。

しかしながら，そのような形で，対象となる活動を行う可能性がある自然人全てを名宛人として規範を与え，その者に対して所管当局が逐一遵守を確認しエンフォースするということは事実上困難かと思います。

そこでヒントとなるのが，会社をはじめとした組織法であると思われます。会社法をはじめとした組織において誰がどのような力，権限を持っているかは様々であると考えられますけれども，会社法をはじめとした組織法は，当該法人，当該会社の活動に最終的な責任を持つ主体として，機関を構成する自然人，具体的には取締役ということになりますけれども，そういった自然人の存在を必須とし，その者を起点として，当該法人の活動を統制するという枠組みを提示しています。

すなわち，会社法・組織法の論理からは，会社の活動に関する権限は，究極的には役員，とりわけ取締役に還元されるものであり，また，その会社が引き起こす様々な活動あるいは問題といったものは，全て最終的には役員，取締役の責任の問題に還元されるものとして制度が組まれていると考えられます。そして，先ほど申し上げたような，規制法が直接自然人に規範を与えてそれをエンフォースすることは困難であるという問題を解決する上では，会社法が定めている会社の「事業運営における権限・責任関係」というものを，そのまま規制法の法目的にも借用すべく，「会社」を名宛人として各種の規制置いていると理解することができるように思われます。

⑶　権限義務割当単位としての法人格

以上のような説明が正しいとしますと，それに付随して注意を要しますのは，以上のような説明の前提となっている組織法・会社法の権限関係のひな形というのは，あくまで当該法人内部の権限関係についてのみの話であって，法人の外部との関係，とりわけ法人と法人との関係については，組織法は何も示していないということです。要するに，Ｙ会社の社長ＡはＹ会社の従業員Ｂに対する指揮命令権限を有し，また，従業員Ｂの不祥事について責任を負うことになるというのが会社法の定める権限責任構造であって，会社法が示しているのは，それ以上のことではありません。したがって，Ｙ会社の社長Ａは別法人であるＺ会社の従業員Ｃに対して指揮命令権限を有しないというのが，少なくとも組織法のひな形から導かれる帰結ということになります。仮にＹ会社のＡ社長がＺ会社の従業員Ｃに指揮命令権限を有するということがあるのであれば，それは，Ｙ会社とＺ会社との間の法人間の別途の合意を必要とするということになります。つまり，法人格は，その運営に責任を有する役員の指揮命令権限・管理権限の範囲を画するものとして機能していると考えられます。

⑷　小　括

ここで小括いたしますと，冒頭申し上げました，なぜ規制法が会社・法人単位での規律を置くことが多いのかという点に関する私の立場を一言で申し上げますと，会社法をはじめとする組織法は，法人格という枠組みを通じて，その内部での権限や責任の割当てに関する，極めて大ざっぱかもしれませんけれども，定型的なひな形を提供しており，規制法はそのような組織法のひな形を援用することで，組織法が想定する組織におけるガバナンスの仕組みを通じて，規制法の目的

を達成しようとする傾向がある，というものになります。

2　個人情報保護法の検討

以上を踏まえまして，以下では，データ保護法の典型例として個人情報保護法の分析を行いたいと思います。

⑴「第三者提供」の原則的規律

本報告の主題は，法人格をまたぐ情報の移転についての法的規律の分析です。個人情報保護法の規律対象の重要な一類型である個人データに関しては，その法人格をまたいだ移転は「第三者提供」と呼ばれ，規律が置かれています。

個人データの第三者提供に関する個人情報保護法の一般原則を定めているのは同27条1項であり，そこでは，「個人情報取扱事業者は，……あらかじめ本人の同意を得ないで，個人データを第三者に提供してはならない」と定められています。つまり，比喩的には，個人データの移転に関しては，法人格というものに壁を設定し，その壁を越える場合には，あらかじめ，個人情報保護法上，本人と定義されていますデータ主体の同意が必要とされています。このような第三者提供に関する原則的規律を，さきに申し上げました私の考える組織法の論理から分析いたしますと，従前個人データを管理する権限を有し，そのことについての責任も負っていた者から，そのような権限と責任を有する者が変更あるいは追加されることになるため，個人情報の移転先法人のガバナンスが真に自らの権利利益を保護するものにふさわしいかということを本人自ら見極める（自己決定する）という機会を与えるものであるということができるかと思います。

本報告では，このような第三者提供の一般原則の例外である個人情報保護法27条5項3号，2号に注目したいと思います。これらの規律は，実質的には法人格をまたぐ個人データの移転と評価し得るものであるにもかかわらず，移転先法人を「第三者」として取り扱わない，という規律ですので，先ほどの比喩を用いるとするならば，法人格という「壁」が本来あるはずのところを，それを無視してよいとする規律であると言うことができます。これらの規律は，権限と責任の割当てという私が前提といたします法人格の機能との関係でどのように理解できるのかという点を問題とし得る規律だと思われるからです。

⑵　共同利用による利用主体の拡張

まず，共同利用による第三者提供規制の適用除外である個人情報保護法27条

5項3号を取り上げたいと思います。

a　個情法27条5項3号の規律

個人情報保護27条5項3号の規律というのは，先ほど殿村さんからもありましたけれども，個人データを，他の法人と，所定の要件を満たして共同利用するという形の法的構成をとることによって，第三者提供の原則的規律である本人同意を回避できるというものです。共同利用構成による本人同意の規制の除外の要件は，スライドに書いているⓘ～ⓥⓘ（ⓘ共同利用する旨並びにⓘⓘ共同して利用される個人データの項目，ⓘⓘⓘ共同して利用する者の範囲，ⓘⓥ利用する者の利用目的並びにⓥ当該個人データの管理について責任を有する者の氏名又は名称及び住所並びにⓥⓘ法人にあっては，その代表者の氏名）を示して，あらかじめ本人に通知しているか，または，本人が容易に知り得る状態に置いているということが要件となっています。

このように，一定の内容を開示させることによって，共同利用者にまで利用主体を拡大，拡張してよいとする論拠の1つとして考えられますのは，情報主体たる本人の観点からは，個人情報を取得させる際に，以上のようなⓘ～ⓥⓘの事項が明らかになっていれば，それは個人データを直接取得者以外の法人を含む範囲での利用に同意していたのだ，そういうふうに取り扱ってよいのだという，法人格をまたぐ情報移転に対する同意を前倒しして取得しているという点にあると私は考えました。もっとも，厳密には，本人が個人情報を直接取得者に提供する時点においてすら，本人が明示的に同意を与えているわけではありません。しかしながら，開示等によって知り得る措置が取られている状況下で個人情報を提供していれば，それは開示された内容での取扱いに事実上同意しているのだという考え方に拠っているものと思われます。したがいまして，そのような開示の下での情報の提供によって同意したのと同様な取扱いができるのだという，そういう取扱いのことを指して，以下では，「事実上の同意」と表現することがあります。

b　例外的規律の論拠

このような共同利用構成による第三者提供の適用除外は，先ほど申し上げました組織法の論理からはどのように理解されることになるでしょうか。この点に関しては，先ほど申し上げましたように，「管理権限を有し，それについて責任を負う主体は誰か」を明確にするひな形として，規制法が法人格を援用しているにすぎないのだと捉える限りは，機能的には，逆に規制法の側で，そのようなひな

形を活用することなく，自足的に規制法の政策目的に係る措置の権限を有し，責任を負うべき主体を定めることは妨げられないということになります。共同利用構成による第三者提供の適用除外も，とりわけ，本人から個人情報を取得する時点において，当該データの「管理について責任を有する者」の氏名・名称等を開示させていることなどに鑑みますと，一見すると，同様の論理が当てはまるように思われます。

c　法人間権限構造の明確化の必要

しかしながら，共同利用の場合には，直接取得者による単独利用の場合とは異なる考慮要素として，先ほど申し上げました法人間の関係があるように思われます。共同利用の場合には，確かに最終的な責任主体自体は明示されていて，それに対して本人の事実上の同意がなされるとは言えたとしても，共同利用者にまで拡張された利用主体の各構成員――これは，従業員等を含みますけれども――に対して，そのような最終責任主体がそれらの利用主体の各構成員に対して有する権限がどのようなものかということは，会社法という権限構造のひな形の枠外の話になりますので，明らかとは言えないことになります。

先ほどの具体例を挙げますと，Y 会社が取得した個人データについての管理責任者を共同利用者 Z の個人情報保護責任者 A だと定めたとしても，会社が用意する権限範囲のひな形から導かれる A の管理権限は，A 自身が所属する Z 会社についてのみ及ぶのであって，A がそれ以外の会社，とりわけ Y 会社に対して，いかなる権限を有するのかという点は，少なくとも会社法という組織法のひな形からは明らかではないということになります。

先ほど申し上げたように，個人情報保護法の第三者提供に関する本人同意原則が，提供先法人のガバナンスが真に本人自らの権利利益を保護するにふさわしいものであるかを本人自らが見極める（自己決定する），そういう機会を与えるものだと理解するのであれば，共同利用に関しても，直接取得者と共同利用者とが，どのような法的関係にあり，例えば両者は個人データの取扱いに関し，どのような権限に基づき管理を行うことが予定されているか等までを明らかにした上で事実上の同意がなされなければならないと考えられそうです。

この点に関しては，個人情報保護ガイドライン通則編 3―6―3⑶の※ 2 において，あらかじめ取り決めておくことが「望ましい」事項として，共同利用する個人データの取扱いに関する取決めが遵守されなかった場合の措置ですとか，共同

利用する個人データに関する事件・事故が発生した場合の報告・連絡に関する事項等の内容が挙げられていますけれども，これらは取り決めておくことが望ましい事項ではなく，むしろ，あらかじめ取り決めて開示しなければならない事項と解すべきであるように思われます。

d　“当初からの一体性”の要否

ところで，先ほどのスライド③におきましては，直接取得者と共同利用者との間の共同利用を行う以前の関係がどのようなものだったかということは捨象して議論をしておりました。しかしながら，これに関しましては，共同利用者として第三者提供の規律から除外されることができる主体に何らかの限定がかかるのかという論点があるように思われます。この問題に関しては，ガイドライン通則編では，共同利用の制度の定められた趣旨について，「本人から見て当該個人データを提供する事業者と一体のものとして取り扱われることに合理性がある範囲」で個人データを共同して利用するものであるとされています。これを額面どおり受け取るとしますと，第三者提供の適用除外の恩恵を受ける共同利用者としての資格を有する者というのは，純粋な第三者であってはならないということになり，個人情報を保有する法人との間に，それ以前から何らかの関係を有するものでなければならないという縛りがかかることになりそうです。

共同利用者となれる者の範囲に縛りがかかると解するのであれば，先ほどのスライドで指摘しました法人間の権限関係の不明確さの問題も，ある程度解決済みだと言えるのかもしれません。共同利用者になる者の範囲を従前一定の関係にある者に限定しておけば，共同利用者相互の権限関係は社会通念上当然に推測可能であり，個人情報の取得段階で改めて明示されるまでもない，と考えられなくもないからです。確かに共同利用の態様としてガイドラインが例示する「親子会社」を想定した場合に，「グループ経営」等の標語によって親会社による子会社の管理・監督が重視されていることに鑑みますと，情報主体たる本人から見ても，親子会社間の共同利用についての管理の権限や責任は，ある程度明確であるはずだという想定があるのかもしれません。しかしながら，会社法の議論においては，一般論として，親会社による子会社管理義務がある程度承認されていたとしても，その相互の関係は，一般の消費者までをも当然に含む個人情報保護法上の「本人」にとって自明なことではありませんし，そもそも「一体のもの」として取り扱うべき親子会社関係の態様（出資比率等）自体が，まさに会社法学において争

いのあるところです。したがって，共同利用を，例えば「親子兄弟会社」「企業グループ内の会社」に限られるものと理解した場合であっても，やはり，先に述べた法人間の権限構造の明示は重要であるように思われます。

⑶ 組織再編・事業承継と第三者提供の同意

次に，第三者提供の２つ目の例外である事業承継に伴う個人情報の承継に関する個人情報保護法27条５項２号を取り上げたいと思います。

a 個情法27条５項２号の規律

この規定によって，「合併その他の事由による事業の承継に伴って個人データが提供される場合」には，第三者提供の原則的規律に服さず，本人の同意を要することなく情報の移転が認められることになります。このような例外事由に該当する行為態様としては，条文上定められている合併のほか，事業譲渡や会社分割が該当すると言われています。

このような除外規定が設けられた趣旨は，２つあると言われています。

１つは，事業承継に伴って個人データの承継がなされることも多いところ，この場合に承継される個人データの本人全員から個別の同意を得ることが必要だとしてしまうと，事業承継自体が困難になるおそれがある，という現実的な問題への対処です。

もう１つは，事業承継に伴って個人情報を取得した場合において，承継側の会社が承継した個人情報を自由に使ってよいとはされておらず，個人情報保護法18条２項の規定により，承継前の利用目的の範囲においてのみ利用が可能であるという縛りがかけられていくために，事業承継に伴う個人情報の承継によって，本人の権利侵害のおそれが増大するものではない，という点にあります。

b シナジー追求の可否

しかしながら，２つ目の論拠，すなわち，承継前の利用目的という縛りがかかるから本人の権利利益の侵害のおそれが増大することはない，という論理は，従来の会社法の組織再編の議論に鑑みますと，少なくとも私は違和感を覚えるものです。通常，合併や会社分割等，会社間の事業承継を伴う組織再編が行われる動機の１つに，自社と他社の経営資源を組み合わせることによって，自社単独では実現できない価値，いわゆるシナジーを実現することがあります。そのような観点からは，承継先会社の経営陣としては，承継対象となった個人データも，自社の特性を踏まえて，自社の既存の資源と結合させることで，自社の企業価値を向

上させるべく活用すべき対象と映るかもしれません。

しかし，――確かに，承継された個人データが承継された事業そのものの範囲内で利用されている限りは，本人の権利利益の侵害のおそれは増大しないといえるかもしれませんけれども――例えば中小企業が保有していた個人データを同業の大企業が事業承継によって取得した場合などを想定しますと，個人情報の提供の際に，本人は，大企業の資本力等と結合された利用までを念頭に置いて事実上の同意をしたのだといった擬制をすることは無理があると思われます。

すなわち，私は，「利用目的」というのは，それ自体単独で客観的に存在する評価基準ではなく，利用する主体が特定されて初めて本人との間で意味を有するものであると考えています。したがいまして，たとえ利用目的として，文言上同一のものが掲げられていたとしても，当該目的の範囲での個人データの利用による本人の権利利益の侵害度合いも，主体の属性，特性や当該主体が有する経営資源が変われば当然変化するものであると考えられます。そうであるならば，業種，経営方針およびその有する経営資源が大きく異なる別の会社への事業承継に関して，従前と同一の利用目的の制約がかかることをもって，一律に，本人の権利利益の侵害の危険性が小さい，大きくならないと評価することはできないように思われます。

c　組織法の利害関係者保護手続というひな形

さて，以上の検討が正しいとしますと，利用目的と並んで，利用主体が誰であるかということが重要になります。したがって，事業承継といえども，原則どおり，誰にデータの管理を委ねるのかという評価を本人の自己決定に委ねるべき問題だと考えられます。もちろん，先ほど申し上げましたように，事業承継に伴う個人データの移転にも本人の個別同意を要求したのでは事業承継の阻害要因となってしまいます。しかしながら，本人同意が事業承継の阻害要因となる最大の理由は，個別の同意を要する主体が多数に上ってしまうことにあると考えられます。そうであるならば，保護対象者を集団的に処理することができれば，事業承継を円滑に進めつつ，個人情報保護法の自己決定という保護方針に沿った改善策を提案できることになりそうです。

この点に関しては，会社法においては，多数存在するがゆえに個別対応が困難な利害関係者の保護を図りつつ，組織再編をなお可能とするための技術として，債権者異議手続等が設けられています。つまり，組織再編の実施という政策目的

実現を第一義とした場合であっても，会社法が用意する利害関係者の保護の制度に関しては，利害関係者自身の関与を排除する制度設計にはなっていません。このような組織法――組織再編法と言ったほうがいいかもしれませんけれども――の規制論理からは，合併，事業承継等について第三者提供規制の適用を除外する個人情報保護法の規定というのは，利害関係者保護として十分な方策を提示していないと評価することになるかと思います。

もっとも，ここで１つの可能性として，個人情報保護法における「本人」が，組織再編に係る会社法のルール上，「債権者」に該当することになれば，少なくとも合併や会社分割によるデータ承継に関する限りは，既存の債権者異議手続の枠組みで保護することが可能であるかもしれません。しかしながら，――個人情報保護法上の「本人」が，一般論として「債権者」に該当する可能性は否定できないのかもしれませんけれども――会社法学の一般的な理解からは，債権者異議手続の対象となる債権者は金銭債権の債権者に限られるとされていますので，現行法の枠組みに基づき個人情報保護法の「本人」を債権者異議手続で保護するということは難しいと思われます。

d　本人（データ主体）保護手続の具体例

このように，そもそも組織法自体が，非金銭債権の保護策を与えていないということからしますと，事業承継において個人データの移転のみを取り上げて保護の不足を論ずるのはフェアでないのかもしれません。しかしながら，他方で，組織法の側でも，近時は，金銭債権者以外の利害関係者の保護の充実も図られつつあります。詳細は省きますけれども，具体的には，会社分割における労働者保護手続の導入がそれであり，個人データの主体たる「本人」も保護すべき利害関係を有すると解するのであれば，組織再編に伴う法人間の個人データ移転についても，特別の本人保護手続を設けることを立法論として検討すべきであるように思われます。

具体例としては，このスライドに書いてあるとおりでございますけれども，おおまかには，債権者異議手続の効果だけを変えたものです。もちろんこのような提案というのは，あくまで現行の会社法が定める債権者異議手続が，利害関係者の集団的保護措置として適切なひな形となっているのだということが前提となっていますので，そもそも債権者異議手続自体の実効性はなお問題とし得るものかと思います。債権者異議手続は本当に機能しているのかという問題はありますけ

れども，いざというときの安全弁となり得るということを考えますと，個人データの主体である「本人」の保護においても，十分とは言えなくとも，安全弁として機能する余地はあるように思われます。

3　おわりに

駆け足になりましたけれども，私の報告は以上でございます。いろいろと申し上げましたけれども，私が個人情報保護法の専門家では全くないため，かなり誤りがあることは恐れているところでございます。けれども，個人情報保護法をはじめとした規制法というのは，多くの場合，企業が対象であり，企業の組織，権限構造を定めているのは一般私法たる会社法ですので，それを踏まえた議論が必要ではないか，ということは改めて申し上げたうえで，私の報告を終わらせていただきます。ご清聴ありがとうございました。

報 告 5

金融分野におけるパーソナルデータの取扱いをめぐる論点と今後の課題

弁護士　岡　田　　淳

皆さん，こんにちは。ただいまご紹介に預かりました弁護士の岡田と申します。

私からは，「金融分野におけるパーソナルデータの取扱いをめぐる論点と今後の課題」というテーマでお話しさせて頂きます。今年は個人情報保護法（以下，「個情法」といいます）の制定からちょうど20年という節目の年なのですが，これまでの様々な社会的，技術的な変化に対応して，解釈上の工夫が積み重ねられてきたほか，数度の大きな改正も経ています。そのような動向も踏まえつつ，このまま従来の方向性の延長で解釈論，立法論が進んでいくことで良いのか，あるいは，今改めて考え直すとさらに抜本的な変革が迫られているのかという点について，幾つか代表的な素材を取り上げて論じたいと思っております。本日のお話では，もちろん金融分野に関わる事例を幾つか題材として取り上げますが，そこから抽出される問題提起としては，必ずしも金融分野に限られない広いテーマを含んでいるものとご理解下さい。

1　日本の個情法の構造と主な特徴

まず最初に，基礎知識として個情法の構造を説明すると，①「個人情報」，②「個人データ」，③「保有個人データ」という対象情報に応じて3層構造で異なる規律を課しています。このうち一番広い情報（客体）は「個人情報」という概念で，その中にはデータベース化等されて検索可能性・体系的構成を有する「個人データ」という概念が包含され，さらにその中には本人からの開示等の請求の対象となる「保有個人データ」という概念が包含され，この順に段階的に規律が上乗せされています。

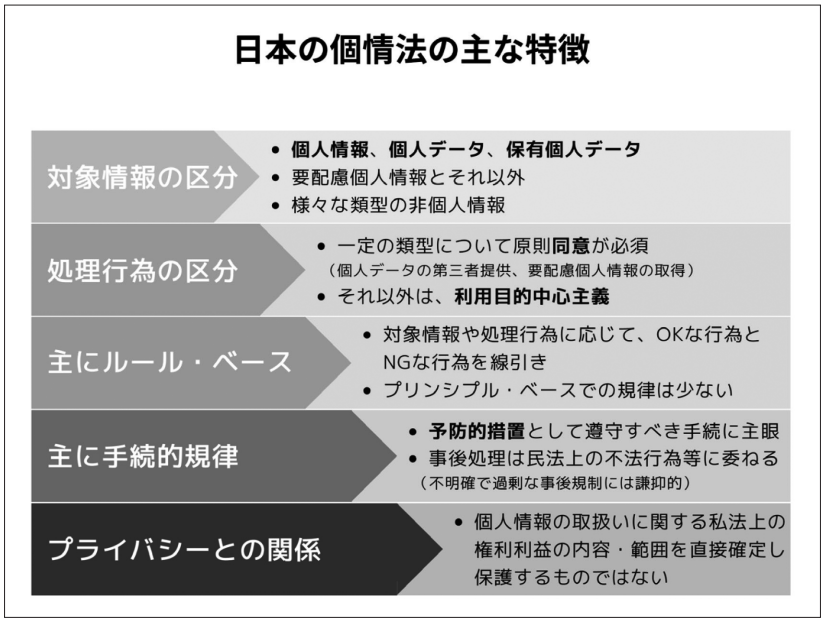
なぜ日本の個情法がこのような3層構造を採用しているかといえば，全ての個人情報に同様の規制を課すと事業者に過度の負担がかかってしまうことが懸念される一方で，本人の権利保護の観点からは，個人情報をデータベース化することによって，事業者の利便性が高まる反面で大量の情報流通が容易になるなど，本人の権利利益の侵害のおそれも高まるため，散在情報よりは厳しい規制を課す必

要がある，という背景に基づいています。

具体的には，最も広い概念である「個人情報」であれば，利用・取得について一定のルール（例：利用目的の特定や通知・公表，適正取得，不適正利用の禁止）が設けられています。そして，個人情報が「個人データ」にも該当する場合，保管・管理や第三者提供についてのルール（例：安全管理措置，委託先の監督，漏えい等の報告・通知義務，第三者提供規制）が上乗せされ，さらに「保有個人データ」にも該当する場合，公表事項に係るルールや，本人からの開示，訂正，追加，削除，利用停止等の請求権の対象となります。

これを踏まえて日本の個情法の主な特徴を説明しますと，第一に，今申し上げたとおり 3 種類の対象情報による区分を基本構造としつつ，このほかに人種，信条，病歴，犯歴に代表されるような特に慎重な取扱いが求められる「要配慮個人情報」という概念もあり，これに該当すればその取得には原則として同意が必要になるなど，対象情報の区分に応じた規律の違いが挙げられます。第二に，処理行為の区分に応じた規律の違いもあり，具体的には個人データを第三者提供する場面や要配慮個人情報を取得する場面では原則として同意が必要である一方，それ以外の取扱いについては基本的に同意が求められておらず，利用目的を特定して通知，公表等すれば足りる（いわゆる利用目的中心主義）という建付けになっています。第三に，今申し上げたとおり，対象情報や処理行為の形式的な区分に応じて OK な行為と NG な行為の線引きがされるようなルール・ベースの規律が採用されている局面が多いという特徴があります。これと対比される概念としてプリンシプル・ベースという考え方がありますが，例えば EU の GDPR では，データ最小化原則やデータ保護バイデザイン，データ保護バイデフォルト，プライバシー影響評価のような概念が法律上採用されています。これに対し，日本の個情法の場合には，例えば特定の対象情報や処理行為の類型に該当すれば原則として一律に本人同意が必要である一方，そうでなければ手続的には主に利用目的規制等を遵守していれば足りるという二者択一的な発想が伝統的には強かった印象があります。

第四に，これは時々誤解される点ですが，日本の個情法は，私法上の権利利益の内容や範囲を直接確定して保護するものではありません。あくまで，個人の権利利益の侵害を未然に防止するため，予防的措置として，個人情報の適切な取扱いのルールを明確にすることを役割としており，実際に個人の権利利益の侵害が



あった場合の事後処理は，民法上の不法行為等によって行われることになります。従来の個情法が，利用目的規制を中心とする手続的規律に主眼を置いてきたのはそのためであり，個情法に違反するか否かと，プライバシー権侵害に該当するか否かは（事実上重なる部分も多いですが）異なる問題ということになります。

以上を踏まえて，本日は，「個人データ」の該当性をめぐる議論，個人データの「第三者提供」の該当性をめぐる議論，「同意」概念の解釈をめぐる議論のそれぞれについて幾つか題材を示して検討した上で，従来の手続的規制やルール・ベースの規律を主眼としてきた個情法がどのように変容しつつあるのか，また今後変容していくべきなのかについて問題提起をしていきたいと思います。

2 「個人データ」の該当性をめぐる議論

まず，対象情報の区分の問題として，ある情報が単なる散在情報としての「個人情報」にとどまるのか，それともデータベース（「個人情報データベース等」）を構成する「個人データ」に該当するのか，という点が実務上はよく問題となり

ます。ここで，「個人情報データベース等」とは，特定の個人情報をコンピュータを用いて検索することができるように体系的に構成した，個人情報を含む情報の集合物をいいます。また，コンピュータを用いていない場合であっても，紙面で処理した個人情報を一定の規則（例えば，五十音順等）に従って整理・分類し，特定の個人情報を容易に検索することができるよう，目次，索引，符号等を付し，他人によっても容易に検索可能な状態に置いているものも該当します。

この点につき，本日は 3 つほど具体的な題材を挙げます。1 つ目は，本人の開示請求権の行使の場面で個人データ該当性が問題になった裁判例（東京地判令和 4 年 6 月 10 日金判 1673 号 23 頁）です。これは，銀行の顧客が，自らの銀行口座への銀行従業員のアクセス履歴の開示を求めたという事案です。自分の口座それ自体のデータというよりも，それに対する銀行の従業員のアクセス履歴が問題となった背景には特殊な事情がありまして，判決文によれば，原告は，自らの配偶者が被告銀行の従業員という立場を利用して原告の資産情報を見ているのではないかと考え，当該配偶者の不正行為を明らかにし，また今後の不正行為の可能性を未然に防止したいという目的で提訴したようです。東京地裁は，当該データは顧客情報の日常的な管理のために必須とはいえないとして，「個人情報データベース等」には該当しないと判示しました。この事案については，控訴審の判示内容も大変興味深く，東京高判令和 4 年 12 月 14 日金判 1673 号 16 頁は，そもそも当該データは個人識別性を満たさないとして，「個人情報」にすら該当しないと判示しています。私個人としては，容易照合性の観点も加味すると控訴審のように「個人情報」の該当性まで否定することには疑問も持っていますが，いずれの判決でも開示請求権の対象にはならないという結論では一致しています。

2 つ目の例として，裁判例ではありませんが，インターネットの検索エンジンをめぐる議論についてお話しします。検索エンジンによる検索結果に個人情報が含まれることは珍しくありませんが，これが仮に「個人データ」に該当すれば第三者提供規制が適用され，原則的に本人同意が必要であるという非現実的な帰結になってしまいます。そこで，この点は当初の個情法制定時から議論の対象とされてきたのですが，当時の政府見解及び通説はこれを原則として否定してきました。体系的に個人情報としての索引が付されているわけではなく，他の情報と混在し，キーワードと同一の文字列であれば個人情報であるか否かに関わりなく法人名や地名等も含めて検索する仕組みになっていることが，その根拠です。この

ように解釈しなければ実務上も大きな混乱をもたらしかねないという観点からも，結論として否定説を支持できます。しかし，否定説の下でも，当該検索エンジンが個人情報としての索引を付してデータベース化されているような場合（個人情報に該当する情報だけを選別して検索できる場合）には，例外的に検索可能性・体系的構成の要件を満たすため「個人情報データベース等」に該当すると解釈されています。検索エンジンなども技術は日々進化していますので，厳密にはその境界線は分かり難いところもあります。

3つ目の例として，昨年頃から生成AIが急速に注目を集めていますが，生成AIによる出力結果に個人情報が含まれることがあり，これについても「個人データ」に該当して第三者提供規制が適用されるか否か，という問題があります。一般的な言語生成AIの仕組みとしては，もともと個人に着目した索引付けをして入力内容に応じてその索引を利用して情報を引き出しているのではなく，入力された内容に応じてそのつど確率的にもっともらしい出力を生成しているにすぎないため，個人データには該当しないであろうというのが一般的な解釈になるとは思います。

以上のような各事例について，いずれも結論の方向性自体については異議を唱えるものではありませんが，コンピュータを使った様々な形での情報の集積がある中で，この場合はデータベースに該当するのか，そうでないのかというのは判断が微妙な事例も少なくないように思っています。検索エンジンやAIについても，詳細なアルゴリズムがブラックボックス化されている中で，全ての事例について本当に個人データでないと言い切れるのかは，微妙なところもあるかもしれません。結局は，「個人データ」の該当性が，適用される規律の分水嶺となっており，個人データ該当性を否定しなければ実務上大きな混乱をもたらしかねないという価値判断があって，何となくそこに沿って結論を導いてしまっている傾向があるのではないか，という問題意識も生じ得るところです。

3　個人データの「第三者提供」をめぐる議論

次に，個人データの第三者提供をめぐっても，実務上の支障を防ぐために柔軟な解釈を持ち出してきたという点ではやや類似した議論があります。金融機関等が第三者の提供するクラウドやAIサービスを活用する場面というのは増加しています。これについても，金融機関が保有する個人データをアップロードする際

に，個人データを金融機関からクラウドサービス提供事業者に対して第三者提供しているのではないか，そうだとすると第三者提供規制が適用され，原則的に本人同意が必要であるという非現実的な帰結になってしまうのではないか，という問題意識が生じてきます。

この点につき，本人同意を不要とするロジックとしては，そもそも「提供」に該当しないと整理するか，或いは提供には該当するものの「委託」に該当するため「第三者」に該当しないと整理する（外国への移転を伴う場合には，さらに基準適合体制に依拠する）か，の二通りのアプローチが主に考えられます。このうち，前者の「提供」該当性については，個人情報保護委員会 Q&A7-53 の「契約条項によって当該外部事業者がサーバに保存された個人データを取り扱わない旨が定められており，適切にアクセス制御を行っている場合等」と整理できれば，「提供」に該当しないと解釈できます（いわゆる「クラウド例外」）。

近年の傾向としては，個人データの第三者提供に該当する場合の遵守事項は厳格化してきています。例えば，越境移転を伴う場合の規制は平成 27 年改正により導入され，その後の令和 2 年改正により情報提供義務も含め規制が強化されました。特に金融機関の場合には，金融分野における個人情報保護に関するガイドライン（以下，「金融分野 GL」）が，法律上は情報提供を必須としていない事項についてもプライバシーポリシー等で一定の記載を求めるなどの上乗せ規制を課しています。

しかし他方で，クラウド例外によって第三者提供規制を回避できる場面もなし崩し的に拡大してきている印象があります。例えば，個人データをプロンプトとして入力して AI から出力を得るような場面では，サービスプロバイダが AI によって現に当該個人データを分析した上でそれを踏まえた出力をしている以上，少なくとも現行の Q&A の文言からはクラウド例外に依拠できるかという点には疑義が残ってしまいますが，2023 年 6 月 2 日に個人情報保護委員会が公表した「生成 AI サービスの利用に関する注意喚起等について」では，「個人情報取扱事業者が，あらかじめ本人の同意を得ることなく生成 AI サービスに個人データを含むプロンプトを入力し，当該個人データが当該プロンプトに対する応答結果の出力以外の目的で取り扱われる場合，当該個人情報取扱事業者は個人情報保護法の規定に違反することとなる可能性がある。そのため，このようなプロンプトの入力を行う場合には，当該生成 AI サービスを提供する事業者が，当該個人デー

タを機械学習に利用しないこと等を十分に確認すること。」との解釈を示しています。裏を返せば，学習用データとして利用されないように選択すれば，クラウド例外に依拠でき，原則として個人データの第三者提供の問題は生じないようにも読めます。この注意喚起の射程は今後の検討課題ですが，これはクラウド例外を従来よりも拡張解釈しているようにも読めることは事実です。

クラウド例外をめぐる議論を大局的な視点でとらえれば，「提供」該当性に起因する実務上の支障を解消するためにどこまで解釈の柔軟化を認めるかという線引き論の要素が強いといえます。実務上の支障の解消を優先すればクラウド例外が拡張されていく一方で，理論的な整合性や国際的な制度調和が一層問題になるように思います。

4 「同意」概念の柔軟な解釈をめぐる議論

最後に，「同意」概念の解釈をめぐる議論についてもお話ししたいと思います。個人データの第三者提供や個人情報の目的外利用のような場面が典型例ですが，それに限らず，個情法が本人の同意を要求している場面は幾つかあります。その場合に本人の同意を得る具体的な方法について，個情法は特段の規定を置いていません。そのため，実務上よく問題になる点として，「明示の同意」はないものの，事実上本人の意思に適合すると評価し得るような場合，すなわち「黙示の同意」や「同意の推定」といった概念がどこまで許容されるか，包括的な同意がどこまで有効か，同意する旨のチェックボックスにあらかじめチェックがされている「デフォルトオン」の手法についてはどうか，一旦同意をした後に本人の都合で撤回することが認められるか，などの様々な解釈上の論点が生じてきました。

これらの点につき，例えば，個情法上は，「明示の同意」ではなく「黙示の同意」に依拠することも，状況次第では必ずしも否定されていません（個人情報保護委員会 Q&A1-61）。もちろん明示の同意がない場合に，事実上本人の意思に適合するだろうと安易に判断することは実務上リスクを伴うことも多いですし，金融分野 GL では書面での同意や一定の情報提供が求められている点にも注意する必要がありますが，企業の代表者情報等の公開情報を第三者提供する場面における同意の「事実上の推認」に言及する Q&A7-13，債権譲渡に際して債務者の情報を移転する場面における同意の「事実上の推定」に言及する「金融機関における個人情報保護に関する Q&A」問 VI-4，患者への医療の提供のために通常必要

な範囲の利用目的について院内掲示等で公表する場面における「黙示の同意」に言及する「医療・介護関係事業者における個人情報の適切な取扱いのためのガイダンス」も参考になります。また，包括的同意の有効性も否定はされておらず（Q&A7-9），「デフォルトオン」の手法の有効性も一律に否定されているわけではありません。また，解釈に争いはあるものの，本人が自己都合で同意を撤回することは原則として認められないというのが一般的な考え方であるように思われます。

このように，個情法における同意の概念は，良くいえば柔軟な解釈を許容しており使い勝手も悪くないと評価できる一方，悪くいえば，特に消費者に対するサービス利用約款や従業員に対する雇用主の社内規程に基づく包括的同意など，本人にとって事実上選択の余地が乏しい場面でも広く同意の活用を許してしまう結果，同意の形骸化という事態を招来しているのではないか，という懸念を生んでいることも事実です。

また，このような日本法における同意概念の解釈は，諸外国の法制と比較して必ずしも一般的というわけではありません。例えば，欧州の GDPR では，「データ主体の『同意』とは，自由に与えられ（freely given），特定され（specific），事前に説明を受けた上での（informed），不明瞭ではない（unambiguous），データ主体の意思の表示を意味し，それによって，データ主体が，その陳述又は明確な積極的行為により，自身に関連する個人データの取扱いの同意を表明するものを意味する。」（4 条⑾）と定義され，この定義は厳格に解釈されています。GDPR 同意ガイドラインは，「データ主体が真の選択をせず，同意を強制されたと感じる，または，同意しなければネガティブな結果に直面すると感じるならば，同意は有効ではない」と明記した上で，同意の任意性が否定される場面として，①力の不均衡がある場面（例：従業員は雇用主から同意を求められると解雇等の不利益を回避するために応じるおそれがあるため，雇用関係にある当事者間には容易に払拭し難い力の不均衡がある），②同意がサービス提供の条件とされる場面（例：ユーザーが自分の希望するサービス提供を受けるために，本来望んでいない個人データの処理に同意することを余儀なくされる），③同意の粒度が粗い場面（例：同意を利用目的ごとに細分化せず，複数の異なる利用目的につき一括して同意を求める），④本人が不利益を被る場面，などを列挙しています。

米国カリフォルニア州プライバシー権法（CPRA）における同意の定義も，

「any freely given, specific, informed, and unambiguous indication of the consumer's wishes by which the consumer, ...including by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal information relating to the consumer for a narrowly defined particular purpose」とした上で，個人情報の処理の説明を他の無関係な情報とともに含む一般的または広汎な利用規約等の承諾では足りず，また，コンテンツにカーソルを合わせる，ミュートする，一時停止する，閉じるといった行為自体は同意に該当しない旨を明記しています（1798.140 条(h)）。

中国の個人情報保護法も，個人が十分に事情を理解していることを前提に，自発的かつ明確であることを同意の要件としており，簡便な方法で同意を撤回する権利を認め，同意の拒絶や撤回を理由として商品・サービスの提供を拒否することを原則として禁止しています（14 条～ 16 条）。

このほか，海外では，疑義を生じやすい同意の取得方法について，当局の考え方が示されることが珍しくありません。例えば，個人を無意識のうちに不利な決定へと誘導するウェブサイト・アプリ等の設計を意味する「ダークパターン」が問題とされるケースも増えており，EDPB が 2023 年 2 月に公表したソーシャルメディアプラットフォームのインターフェイスにおける欺瞞的デザインパターンに関するガイドラインでは，ダークパターンのカテゴリーごとに，GDPR に違反する可能性がある様々な事例が紹介されています。

米国カリフォルニア州の CPRA は，同意を定義する条文（1798.140 条(h)）において「ダークパターンの利用により得られた合意は，同意に該当しない。」と明記しています。これを受け，2023 年 7 月から施行された CCPA 規則 7004 条は，ダークパターンに該当する可能性のある事例として，選択の対称性を欠くケース（例：二択の内容として，“Yes” and “No” ではなく “Yes” and “Ask me later” と表示する，“Accept All” and “Decline All” ではなく “Accept All” and “More Information”〔又は “Preferences”〕と表示する），二重否定などの混乱を招く用語を使うケースのほか，幾つかのパターンを挙げています。

このような諸外国での法制や議論と比べると，日本の個情法における同意概念はやや形骸化しており，本人に真の選択と管理権限があるとは言い切れない場面においても広く同意の有効性が認められてしまっているのではないか，という問題意識が生じることは否めません。

同意は万能ではない？

金融庁の監督指針（例: 主要行等向けの総合的な監督指針III-3-3-3-2(2)）

- 「第三者提供の同意の取得にあたって、**優越的地位の濫用**や個人である顧客との**利益相反**等の弊害が生じるおそれがないよう留意しているか。例えば、個人である顧客が、第三者提供先や第三者提供先における利用目的、提供される情報の内容について、過剰な範囲の同意を強いられる等していないか。」

厚労省の通達（「募集情報等提供事業等の適正な運営について」）

- 「本人の同意を取得する場合には、その判断が形式的な内容とならないよう、収集される個人情報の内容および取扱いの目的について、**本人が的確に判断できるよう具体的に示す**こと。また、当該サービスの利用状況等に応じ、同意することをサービス利用の条件にすることで**実質的に同意を余儀なくさせるような取扱いをしない**こと」
- 一定の求職者情報を、本人があずかり知らない形で募集企業に提供することは、「募集企業に対する学生等の立場を弱め、学生等の不安を惹起し、就職活動を萎縮させるなど学生等の就職活動に不利に働くおそれが高い。このことは、**本人同意があったとしても直ちに解消する問題ではなく**…」

公取委の「デジタル・プラットフォーム事業者と個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」

- DPにおける個人情報の「**不当な取得**」又は「**不当な利用**」は、「対価に対し相応でない品質のサービスを提供すること等により、消費者に対して、正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えることとなる」

さらに，日本においても，一旦同意を取得したからといって，それだけを根拠に正当化することが難しい場面もあることが近時は意識されるようになってきています。

もっとも，だからといって，日本法における同意概念を GDPR 並みに厳格にすれば解決するのかと言われれば，問題はそう単純ではないことに注意が必要です。なぜなら，そもそも同意の法的位置づけが，海外法制と日本の個情法では異なるからです。個人データの第三者提供についていえば，GDPR の下では第三者提供はあくまで処理行為（processing）の一環にすぎず，また同意は様々な適法化根拠のうちの１つにすぎないため，事業者としてはむしろ同意以外の適法化根拠（例：正当な利益，契約の履行等〔6 条１項〕）に依拠しようとすることが多いという前提があります。CPRA も，第三者提供についてオプトイン同意中心主義を採用しているわけではありません。これに対し，日本の個情法では個人データの第三者提供につき原則として本人同意原則を定めているため，同意の有効性をある程度柔軟に認めなければ，他の適法化根拠に依拠できない結果，合理

的な範囲での個人データ処理まで過度に制約されることになり，実務上の運用としてワークし難い，という事情があります。さらに，GDPR のように同意の有効要件を厳格に解釈しすぎることは，他方で「同意疲れ」（consent fatigue）の弊害を生みやすいという懸念も否定できません。

5　個情法の現在地と，これからの制度設計

以上で述べてきたように，従来の個情法は，対象情報や処理行為の形式的な区分に応じて OK な行為と NG な行為の線引きをするルール・ベースでの手続的規律を主眼としてきましたが，それらの規律を厳格に文言通り解釈してしまうと実務上の支障が生じるため，解釈の柔軟化により当該支障を解決しようとしてきたこと，他方で，実務上の支障の解消を優先するあまり，理論的な整合性や国際的な制度調和が一層問題となってきているという実態があることが分かります。

そのことは，従来の個情法の規律のあり方を抜本的に見直すことの是非をめぐる議論にも繋がってくるように思います。例えば，「個人データ」の「第三者提供」に該当すれば（一定の例外はあるものの）類型的に一律の本人同意が要求されるという規律自体がそもそも妥当であるのか，むしろ形式的には個人データの第三者提供に該当しても本人同意を得る必要が高くない類型があり得るのではないか（＝規制緩和してもよい規制が残ったままとなっていないか），逆に形式的には個人データの第三者提供に該当しなくても本人同意を得る必要性が高い類型があり得るのではないか（＝規制すべきものが規制されていないのではないか），ということが問題となります。以上のような問題意識は，個情法の在るべき姿そのもの，すなわちルール・ベースとプリンシプル・ベースのバランス，手続的規律と実体的規律のバランス，個情法とプライバシー権の守備範囲の近接化，といった根源的なテーマにも関わってきますので，最後にこの点にも少し触れたいと思います。

個情法が保護の対象とする「個人の権利利益」（個情法 1 条）の主要なものとしてプライバシーが含まれるとされていますが，プライバシー概念をめぐっては，自己決定を中心に据えて理解するか否かで見解が分かれています。現在の憲法学の通説は，憲法 13 条で保障されるプライバシー権について「自己情報コントロール権」として理解し，本人同意規律等はその現れと理解していますが，それとは別に自己決定を中心に据えない立場として，自己決定・同意それ自体は本質

的要素ではなく，不当な取扱いを防止するための一手段として捉える見解もあります。また，そもそも「個人の権利利益」につきプライバシーとは峻別されたデータ保護（その中核的要素は，個人データ処理による個人に対する決定・評価の適切性の確保）と捉えて，妥当性の利益（関連性原則）の確保を主張する見解もあります。このように，自己決定・同意に限定することなく，広く個人情報の取扱いの適正性を確保するために必要な実体的規律の必要性が議論されている点は注目されるところです。

また，近時の個情法の改正により，従来の手続的規律に加えて，個人情報の取扱いの適正性を要求する実体的規律が充実してきたことも，個情法の在り方の変容を示すものとして重要です。前述のとおり，従前の個情法は，利用目的規制を中心とする手続的規律を整備することによってその役割を果たしており，個人情報の利用全般について広く適正性を要求する規制は存在しませんでしたが，個人情報の不適正な利用の事例が社会問題化するようになり，令和 2 年改正が不適正利用の禁止を明文化することになりました（個情法 19 条）。このような実体的規律の運用に際しては，事業者への過度な萎縮効果が生じないよう，ガイドライン等を通じて運用の予測可能性を担保していくことが重要ですが，個情法が実体的規律の充実へと大きな一歩を踏み出したことの現れといえます。

金融分野における個人情報保護のルールは，これまでも法律が定める以上の厳格なルールを運用してきたところであり，他の業界に比べても本人の権利利益の保護との関係で活発な議論が重ねられてきたといえます。その意味でも，個人情報保護法制の在り方が大きな転換点を迎えているかもしれない今の過渡期において，金融分野でのパーソナルデータの取扱いをめぐるこれまでの議論の蓄積と今後の検討は，他業界も含めた全体を引き続きリードしていくことになるのではないかと考えており，今後の議論の深化を期待しているところです。私からのお話は，以上でございます。ご清聴ありがとうございました。

質疑応答

佐藤　それでは，午後の部を始めさせていただきます。

皆様から本当にたくさんのご質問をいただいております。ありがとうございました。ちょっと時間内に仕切れないかもしれないと若干危惧しておりますけれども，頑張って対応させていただければと思います。

具体的な進め方につきましては，司会が読み上げて，各報告者の方にご回答いただくというやり方もありえますが，今回の質問の数に鑑みて，それぞれのご報告者に，関連する質問票を読み上げていただいた上で，お話しいただくというやり方が多分一番効率的だろうと判断し，そのように進めさせていただきます。一部，複数のご報告者に向けた質問も含まれておりますので，その場合は，適宜回答機会をシェアしながらお話しいただくようにいたします。

順番といたしましては，報告をしていただいた順序におおむね従っていきたいと思います。時々，複数の方向けのご質問の場合には，少し順序が入り交じることがあるかもしれませんけれども，ご了解ください。

それでは，最初に，田村さん，お願いいたします。

田村　一橋大学ビジネスロー専攻の得津晶さんから，私と殿村さんにご質問いただいています。殿村さんが主，私が副ですが，順番として，私から答えて，その後に，殿村さんにお渡ししたいと思います。

読み上げさせていただきますと，これは主たるご質問の相手の殿村さんに対するお言葉だと思いますが，データの保護について，「私法上の権利保護」と「行為規制」に分けて分析なさっており非常に分かりやすかったです。しかしながら，不正競争防止法の「営業秘密」ないし「限定提供データ」のそれぞれの３要件，①秘密管理性，②非公知性，③有用性（①電磁的管理性，②限定提供性，③相当蓄積性）は，一定程度で「帰属」ないし「支配」の考えられる情報を「権利」ないし「利益」として保護していると考えることはできないでしょうか。「知的財産権」ないし「所有権」について「権利」「制約」の束として捉えることができると思います。そうすると，不正競争防止法上，保護される情報は不正競争防止法の定める救済手段（remedies）の認められる権利ないし利益として私法上位置づけられないでしょうかというご質問です。

まず私からお答えします。これについては歴史もありまして，ちょうど先ほど

から何回か名前が出ている私の師匠の中山信弘先生が，権利保護と，物権的な知的財産権，特許権，著作権等々，行為規制である不正競争防止法を対比して説明なさった時代がありました。

その次の世代，私ですけれども，私も得津さんと同じような感想を持っていまして，今日も少しお話ししましたが，知的財産権，特許権と言っても，実は客体に対する権利と言いながら，結局は行為規制である。行為規制のうちから，ある一定程度パターンが類似しているところを，それが知的財産というふうに人々のほうで認識して，そこを発明として呼んでいるにすぎないということで，その点では，不正競争防止法も，特許権，著作権も行為規制であることに変わりないというのが私の整理になります。そういう意味で得津さんと同じです。

では，どこが違うのかと言うと，かなり違いは少なくなっていまして，ただ，一番大きな違いと言えば，特許権自体は譲渡可能ですけれども，不正競争防止法の損害賠償請求権は，金銭請求権については譲渡可能ですが，不正競争防止法上，差し止めたりすることができるという権利については，これは解釈上，譲渡できないと考えられている。そこのところが違うだけで，しかし，それを大きな違いと見れば，その違いをもって，物権とか権利保護ということはあり得るかと思いますが，ともあれ，両者は，言われているほどよりは相対的だというのが私の理解です。

殿村さん，いかがでしょうか。

殿村　ありがとうございます。

私から補足できるところはないので，おっしゃるとおりの相対的な話なのかなというふうに思います。先ほどの講演の中でも，データそのものに着目するのか，もしくは行為に着目するのかというお話があったと思うんですけれども，ここで2つ行為があって，まず，侵害者側の行為ですね。秘密管理しているようなものにアタックしてくる場合の行為と，あとは，秘密管理をしている，管理している側の行為というのがあるかなというふうに思います。特に営業秘密と限定提供データを比較すると，営業秘密は，どちらかというと，そのデータ自体に価値があって，そういう意味では，特許の発明ですとか，著作物にある種近いようなイメージもあるんですけれども，限定提供データは，今は電磁的管理性が認められれば，比較的広く認めるということになっていて，そういう意味では，データの性質そのものに基づく何か権利が生まれるというよりも，電磁的に管理している

というある種行為を保護している面も強いのかなと。そういう意味では，客体のほうと行為のほうが相関関係になっていて，営業秘密と限定提供データでも多少グラデーションがあるのかなという気がします。譲渡可能性については，田村さんがおっしゃるとおりかなと思います。

田村　ありがとうございます。

次は，長島・大野・常松法律事務所の井上聡さんから私宛てにご質問いただいております。

フリーライド，すなわち違法・禁止とはならないといった分かりやすいところから解きほぐして，大きなピクチャーを見せていただき，ありがとうございました。情報をどこまでどのように保護するかは，アプリオリに決まらないと理解しましたが，暗号技術やブロックチェーン技術を使って複製ができず，特定人のみが処分権限を持ち得るように設計された暗号資産等のデジタル資産については，①特段の情報保護法は不要（不法行為法 etc. に委ねる）か。②何らかの情報保護法を検討したときに，客体に着目して，例えば，商店街でつくったやや脆弱な商店街限りのコインか，広く通用するステーブルコイン／暗号資産か等によって区別できるか，すべきか，それとも，区別せず広く不正アクセス，不正窃取を禁じるのがよいか，お考えをお聞かせください，ということでありました。

私の考え方を申しますと，ビジネスとしての財と，知的財産権で保護される財産というのは少し違うという話をしましたが，暗号資産に関しましては，基本的には，技術的な管理で，ビジネスとしては，取引しない限りは使うことができないということで，特別な保護法制がなくても，財としては取引されるものだと思います。それに対しては，特別な保護法制はないと言いましたが，暗号資産に限らず，不正アクセス禁止法であるとか，仮に不正競争防止法でも，技術的保護手段を助長する一定行為に対する規制があったりしますので，そういったもので保護されていくのだろうということですね。

そのときに，プラスアルファの保護も必要かというのは，例えば，限定提供データというのは，単なるプロテクションの保護に止まらず，あるいは，不正アクセス禁止法に止まらず，仮に電子的な管理体制が破られて第三者に渡ったときにも，それに対して，客体にある程度着目しながら，そういった第三者に渡った行為についても規律できるように，不正利用行為の規制がプラスされているという状況にあります。そのようなプラスアルファを設ける必要があるのかというこ

とが井上さんの質問に対するお答えという，そういう問題設定になります。

最終的には政策判断ですが，私の野暮勘では，結局，暗号資産は必ずプロテクションでどこに行っても守られていて，盗まれた瞬間に不正アクセス禁止法等の保護が及んでいるので，それで多分十分で，わざわざ第三者に移転した後のことを，暗号資産の中の何か客体の要件にある程度着目して規制する必要はないのではないかというふうに私は思っています。

最後になりますけれども，東京大学の加毛明さんから私宛てにご質問が来ております。読み上げさせていただきますと，①西内報告との関係について。西内報告の主たる検討対象であるデジタルトークンについて，田村さんの分析からはいかに位置づけられるのでしょうか。田村報告では，情報利用のフリーライドは本来的には規制されるべきでないことが知的財産法における立論の前提に据えられています。他方，暗号資産について，ブロックチェーン上記録される情報は数字や記号の羅列であり，それを利用した新たな価値創造は想定しにくいように思われます（「情報財」ではないと言うべきかもしれません）。そうすると，暗号資産に関する財産権をめぐる議論は，知的財産法とは異なる考慮に基づいてなされる可能性があるようにも思われます。

続きがありまして，②この点に関連して，デジタルトークンは，知的財産法による法的保護とは異なり，技術的手段によって情報に対する事実上の排他的支配可能性を創出するものであり，それを（知的財産法とは異なる形で）新たに財産・財産権として承認する議論であるように思われます。

以上のような観点から，西内報告の「客体アプローチ」は，「行為と行為の客体とを峻別する発想」を否定される田村さんの立場からはどのように評価されるでしょうかということです。

大変根源的なご質問をいただきましてありがとうございます。先ほども少し申し上げましたように，私は，ビジネスとして現に取引されている財というものと，知的財産権で守られる知的財産というもの，あるいは，知的財産法で守られる知的財産というものを区別しています。ことデジタルトークンとか，あるいは特に今日，加毛さんのご論文で私が引用したような信託できるか等の関係につきましては，報告でも申し上げたように，どちらかと言うと，むしろビジネスとしての財として通用しているかどうかというか，より正確に言うと，それはニアリーイコールであって，私が一番問題にしたかったのは，それは加毛さんと共通してい

るのですが，要するに排他的に管理されていて，特にこれについてある程度，法的な保護を与えても，皆が使える情報について，他者の自由利用を過度に害したりすることがないかどうかというのが一番大事だと思っています。個別の知的財産権のほうを知的財産法でつくるときは，いや，本当は行為規制だよと，非常に重視し，基本的には自由なのだから，それについては例外的に規制しようと思うのですが，こと取引されているような，もう事実としてそもそも独占されているようなものについては，プラスアルファの規制ということではないので，このような発想を取らずに，むしろ，事実として，財として通用しているものについて，何か法的に保護を与える必要があるかどうかという観点だけから考えていきます。

そのため，西内報告の客体アプローチになるかどうか分かりませんが，どちらかと言うと，西内さんの報告では，むしろコントロールに主眼を置いた議論のほうに私はすごくシンパシーを感じていたということでありました。ただ，そこから先は，加毛さんと私はどうも袂を分かつところもあるようでして，営業秘密については，加毛さんは恐らく信託の対象にならないとお考えなのでしょうが，私は対象になると考えます。それは，今言ったように，秘密管理されていれば，事実上の独占があって，追加のプラスアルファの利用規制に多分ならないだろうということと，加毛さんのおっしゃるほど，ブロックチェーン化されているほど完璧な管理ではないときに，やはり法的な支援をしてみたいということなのです。それから，私の立場でも，何か受託がなされたとか，財を帰属させたという，ただ，そういう形式的なところで，いきなり秘密管理性を認めるのではなくて，事実としての秘密管理をちゃんと受託者がなしているからこそ，不正競争防止法の保護も与えられるということなので，そういった事実を前提にした保護という法制度を信託可能性の場面で考えても，大きな弊害はないのではないかと思った次第です。

佐藤　田村さん，ありがとうございました。

それでは，次に，西内さん，お願いいたします。

西内　西内でございます。

私は非常にたくさんの質問をいただいておりまして，それについてテンポよく済ませないと，恐らくは後ろまで時間が回らないので，テンポよく済ませようと思います。

まず，西村あさひ法律事務所の有吉尚哉さんからご質問をいただいております。

質問を読み上げさせていただくと，無体物情報を「預ける」契約について，預託とも信託とも異なる無名契約と割り切って捉えるのではなく，預託ないし信託概念を拡張して，その対象を使用することの意義はどこにあるのでしょうか。預託ないし信託に認められる何らかの法的効果を適用することが必要ということを前提とする議論になりますでしょうかということでございます。

この辺は少し前提とした議論がございまして，典型契約の意味をどのようなものと位置づけるかという点に関わるのかもしれないと考えております。つまり，民法では，過去に利益衡量論が盛んだった頃は，典型契約の意義はないのではないか，すなわち，具体的な事実状態に対して典型契約規定をバラバラにして適合的な規定や規律を適用していくことで足りるのではないか，このような議論が存在していたところでございます。しかし，その疑問に対しては，典型契約の意義というものを再評価するという議論もあり，現在こうした議論が有力化しております。例えば典型契約は，当事者が自律的に契約関係を形成するとしても，当事者の思考の出発点となるのではないか。あるいは，裁判官にとっても思考の出発点となるのではないかというものです。また，典型契約批判で１つの例となった利益衡量論については，当事者の利益状態の個別性に立ち入らないで，紛争という価値や事実状態について激しい対立がある状態について，こうした対立に立ち入らずに判断して，紛争を解決するということに，法規範，裁判の意義を認めるという，そういう見解もあるところではあります。

このように見ていくと，典型契約それ自体にも意味は認められるのだろうという，そういうことは考えることができるわけです。典型契約それ自体の意義については，私はそこまで態度決定はしていないというところではあるんですが，そのような意義を前提とすると，典型契約で使われている概念ないしは信託法で使われている概念というものをまずは拡張して問題を考えていくべきではないかというふうに考えた次第になります。

次に，京都大学の和田勝行さんからいただいた質問になります。読み上げさせていただくと，4⑶の「信託の拡張可能性の限界」のところで，個別法令アプローチに立つ見解の一例として，排他的支配可能性や金銭的価値を基準にして，情報の信託について肯定的に解する見解が紹介されています。しかし，そこで基準とされている「排他的支配可能性」や「金銭的価値の有無」は，有体物や情報にかかる財産権の対象適格性の文脈でも，その基準となり得る要素として議論の

対象となっていると理解しました。そうすると，個別法令アプローチと，対象適格性の問題と関わる客体アプローチにおいて，基準となる要素・要件が同じになり，2つのアプローチを区別することの有用性に疑問が生じるような気がいたします。2つのアプローチは完全に独立しているわけではないことはご報告の中でも触れられていましたが，改めて2つのアプローチを区別することの有用性についてご説明をいただけると大変ありがたく存じますということです。

この和田さんからのご質問に関して，まず議論の主眼を述べさせていただくと，不法行為の例でもそうなんですけれども，個別法令アプローチを純粋な形で採用することによって，客体アプローチで行われていた慎重な利益衡量が無視されないかという懸念に基づくものとして，客体アプローチから個別法令アプローチというものを繰り出したところが議論の主眼にあります。

例えば信託の文脈に照らすと，対象財産適格について，金銭的価値と排他的支配可能性に注目する見解は，一見すると知的財産権が認められている状態に近いようにも思います。しかし，知的財産権の立法的議論などを得ずに，はだかの形で財産的価値があるかどうか，このようなことに注目することは，情報に照らしていうと，情報の自由流通とか競合利用を過度に制約しないかという点で問題が大きいのではないかと考えています。特に，暗号トークンのように現実に流通しているものであればまだしも，知的財産法では自由流通と，情報を生み出すという，そういう情報の過小生産にならないかという，その点との利益衡量が相当に行われているわけでして，そういった利益衡量というものが，新たな無体物・情報について個別法令アプローチを出発点とすると潜脱されないかという点が懸念の対象だったわけです。

また，知的財産権の排他的支配可能性は，基本的には，法によって，例えば差止請求権を認めることによって与えられている場合が多いのに対して，ここで想定している排他的支配可能性は，暗号化など事実状態としての支払い可能性であり，やっぱりずれがあるようには思われます。そして，このずれは許容できるのか，このことをあまり考慮せずに，信託法のほうが拡大して構わないかという点も，個別法令アプローチへの懸念点です。こういった点への注意喚起をするため，個別法令アプローチを客体アプローチから切り出して，やや乱暴だったかもしれませんが，あえてそのように論じたという形になっております。

次が，司会の佐藤さんからのご質問です。

２つ質問がありまして，１つ目の質問についてまず読み上げさせていただくと，客体の性質に基づく検討アプローチと個別法令アプローチに分けておられますが，信託について論じる場合，信託は責任財産の帰属の変更を伴うことを踏まえると，個別法令アプローチと言いつつも，結局のところ，客体の性質に基づく検討アプローチにたどり着くことになるように思われますが，いかがでしょうかというところになります。

こちらに関しては，先ほどの和田さんへの回答と共通する部分もあるんですけれども，個別法令アプローチと客体アプローチは，基本的には，要件を考えるための出発点として構想しております。要件を構想する際に，保護に値する財産とはどのようなものという点から出発するか，この法が問題となる個別の法令の趣旨が出発点となるのかという，そういう違いでございます。そして，信託法という個別の法令趣旨として，物権的な保護が目的となっているということであれば，この趣旨を通じて，客体アプローチの考慮は自然と導かれるかもしれず，この意味では，双方が同じ方向に収れんしていくということもあり得るだろうと思われます。

しかし，不法行為法での実質的な知的財産権の保護につき，大学湯事件のようなのれんや，近年であればパブリシティー権をどこまで拡張するかというそういう議論について，個別法令アプローチがやや行き過ぎてしまうという，そういう懸念も表明されているわけです。そういった懸念を念頭に，個別法令アプローチを純粋な形で取るということは慎重であるべきではないかという警戒として対比を挙げたというところになっております。

以上が佐藤さんからの質問の第１点目に対する回答でございます。

佐藤さんからは２つ質問いただいておりまして，２つ目が，財産（権）またはその帰属の要件としての競合性またはコントロールは寄託者に（も）認められるとお考えでしょうかと。中間者たる受寄者の倒産時における規律がどうなるのかという問題意識からの質問となりますということでございます。この質問は要するに，競合性やコントロールについて，競合性があるとした場合に，コントロールという概念について，特に受寄者と寄託者について，コントロールというのは一体どういうふうになっているのかという質問だろうと理解しました。

コントロールが寄託者，受寄者の両方に認められることは，観念的には，有体物の寄託と同様に可能だと思います。つまり，間接占有を介して，直接的なコン

トロールと間接的なコントロールに分けて，相互にコントロールを観念すると，そういうことは可能であろうかと思われます。

ただ，このコントロールの競合状況は，現在まではそこまで考えられてこなかったところでありまして，占有以上に厄介な問題だろうと認識しております。というのは，占有とは異なり，コントロールには歴史的な議論の積み重ねがまだないからです。このような意味で，コントロールの競合状態を想定するしかないという無体物・情報の寄託は，優先関係については，信託との比較で，未解決の問題を抱え込むことになるという，そういう懸念があろうかと思います。

以上で佐藤さんからの質問を終わりまして，次が，津江紘輝さんです。読み上げさせていただくと，次のようになります。

すなわち，トークンの寄託や信託の議論は，金融商品取引法上の「有価証券等管理業務」の整理の是非につながる議論のように思われました。現在，電子記録移転権利の「預託」を受ける業務が，第1項有価証券の証券・証書の預託を受ける業務と併せて，「有価証券等管理業務」に含まれておりますが，本来，この業務は，証券・証書の占有を金商業者が行うことを前提としていたところと理解しております。そこに，本質的にはデータの管理の委任にすぎない行為が混入していることから，概念的な混乱が生じているように思われます。この点，トークンのような無体物の「占有」を認める可能性をご示唆いただきましたが，今後のトークンの「占有」と有価証券等管理業務の関係の整理の方向性について，可能であればご意見をいただけますと幸いですということです。

私は有価証券等管理業務については詳しくないので，確定的なお答えはできません。しかし，1つ言えるのは，占有という概念が使われている場合，この占有という概念は，イギリスの Law Commission の Report や Paper で分析されましたように，有体物性と事実的支配，この2つと結びついているのだと考えられるということです。コントロール概念という形で占有を拡張していく場合には，かつ，議論の俎上に上がった有価証券等管理業務における預託ですけれども，この預託というものの占有的な要素について，事実的支配としてのコントロール，こちらが何かしら影響して，規制の対象となっているのであれば，自然と無体物・情報についてのコントロール可能性があるもの，そして，そのコントロールを業者が得ているものについては，規定の拡張が自然に導かれるのだろうと思います。ただ，占有とか預託という場合には，現状では有体物を想定しておりますので，

有体物性に注目した規制ということになっているのであれば，そうではないという，そういうお答えになるんだろうと思います。

次が，東京大学の加毛さんからのご質問です。「客体アプローチ」と「個別法令アプローチ」は，（理念型としても）区別できるものであるのか疑問を持ちました。法的意味における「客体としての適格性」や「コントロールの適格性」を考えるためには，「個別法令で核となっている概念や目的」を考慮しなければならないのではないでしょうかというところになります。

この点は，先ほどから述べているところと共通するところになろうかと思うのですが，基本的には出発点の議論でありまして，かつ，出発点としても区別できないんじゃないかという疑問に対しては，基本的には，個別法令アプローチが不法行為法の分野で，やや行き過ぎている可能性があるんじゃないかという，その懸念と対応をして触れさせていただいたというところになっています。

そして，後の得津さんや日比野さんからの質問にも関わるところですが，Law Commissionでは，暗号トークン以外の無体物・情報について，どこまで所有権を認めるかについて慎重な態度を示していることを本報告では重視しました。本報告では一定の区別基準というものを示したわけですが，PaperとReportで，Paperでは区別基準となっていたのを，Reportでは典型例の1つに過ぎないとしたように，どこまで本報告の議論を拡張できるのかということについては，なお慎重な議論を要するのじゃないかという形での留保がつけられているべきです。そうして，そういった拡張を許す範囲については，立法的な議論も必要だと思いますし，また，ガイドライン等も含めて，技術的な議論なども必要なところです。そういった議論を全部飛ばして，信託法の解釈として，あるいは，こういった観念的な議論があるから，こういった議論を信託法に応用してもよいのではないかということに，少し注意喚起をするという意味で，個別法令アプローチを提出させていただいたところになっています。質問のご回答になったか分かりませんが，こういう回答になります。

次に，立正大学の畠山久志さんです。2つ質問をいただいておりまして，1つ目が，情報，データは，取引されるとの観点からすると，財産的価値のあるものに限定されるのでしょうかと。財産権ではなくとも財産であるとみなされるものに限るのかということです。

こちらについては，報告の中では，基本的には有体物と情報同様に，財産の価

値は問わないという，そういう態度を私自身も取ってはおりまして，そこは強調してはいないところになるというのが私の回答になります。

次に，もう１つの畠山さんからのご質問を読み上げさせていただくと，情報，データは，管理の観点から，特に受託者責任の観点から信託法に親和性があると指摘する見解がありますが，いかがでしょうかと。信託法制を活用すべしとの意見があるということを背景としてということでございます。

この点については，最初の有吉さんに対しての回答と共通するところがあるんですが，典型契約というものをばらばらにしてもいいのかというところに関わるところだろうと考えてはおります。典型契約規定のうち，一部の利用について有用性が認められるとしても，そのつまみ食い的な移植というものについては，なお慎重でなければならないのではないかというところが，私の報告の出発点となっていくというのが一応のお答えになります。

次が，一橋大学の得津さんからいただいたご質問です。読み上げさせていただくと，本日のご報告，分析の対象を「トークンに限る」とした含意について伺いたいと。トークンであれば取引対象となりやすい排他的支配・帰属を考えやすいということは理解できると。それならば，排他的支配・帰属ないしコントロールを考えることができる情報，または，有用な情報，データなど，一般に本日の分析は成り立つと考えてよいのかと。それともトークンがないと当てはまらない理由があるのかというところでございます。

このご質問への回答の前提として，先ほど加毛さんのご質問への回答でも少し触れさせていただいたんですが，Law Commission の報告書では，先ほども述べましたように，途中の段階で出された Consultation Paper では，一定の区別基準を示すという形で，かなりハードな基準が構想されていたんですが，それが，様々な意見を受けて，Final Report になった段階で典型例の１つに修正されているとの事情があります。その修正の前に，Consultation Paper では，暗号トークン以外にも様々な無体物・情報，例えばゲームのアカウントなど様々なものを検討した上で，しかしながら，競合性はないじゃないか，だから競合性を基準にするなら保護の必要はないことになるという，そういう議論をしていました。ただ，その中には，やはり保護に値するものがあるのではないかと，様々な意見が出てきたわけでして，競合性等を確定的な区別基準として採用していいのかということ自体も悩みが生じたみたいです。そのような意味で，Final Report では，これ

を典型例の１つとするという形で位置づけております。

以上のような状況であったとすると，一方で，本日の議論は，様々な場面に拡張ができる可能性はあるわけですけれども，他方で，この拡張ということについては慎重に考えるべきではないかと思います。つまり，Final Report などの慎重な態度や今後もいろいろな無体物・情報が表れ得るということを考えると，本日の議論をどこまで拡張できるかということについては，あまり確定的なことはまだ述べられないというのが一応のご回答という形になるのかなとは思います。そして，拡張の範囲についても，現時点で確定することについては，比較法的に見ても，やや慎重であるべきかと思います。とりわけ，法的な議論だけではなくて，技術者との議論の必要性が，Final Report でも Consultation Paper でも強調されておりますので，議論の拡張にあたっては日本でもそういった議論が行われるべきだろうと考えてはおります。

次が，長島・大野・常松法律事務所の井上さんからです。読み上げさせていただくと，伝統的には，信託と委任との類似性や相違について議論されてきましたが，今回，客体の財産的側面に着目して，面白い視点を示していただきありがとうございますというご感想の次に質問が２点ございまして，第１点目は，競合性がない企業秘密の管理，処分を他人に委ねる際に，委任・準委任ではなく，寄託・信託を考えることは適切でしょうか。メリットは何でしょうか。委任・準委任とどう区別することになりましょうかというところでございます。

この回答の前提として，本報告の議論の出発点が，Law Commission の Consultation Paper を使ったというところが大きく関係しています。Law Commission の Paper では寄託・信託で考えていたんですが，ただ，委任・準委任で考える方向性も否定されているわけではないだろうとは思われます。ただ，倒産隔離の問題などに関して言えば，委任ではあまり，それ特有の問題としては論じられているわけではありません。こうした問題は，どちらかというと，寄託とか信託で中心的に議論されているところではあろうかと思います。そして，暗号資産においても，こうした点がまさに問題であると思いますし，そういった問題が起こった場合には，委任とか準委任という法形式を取るとしても，やはり寄託とか信託の構成をある程度考慮せざるを得ないだろうというふうには思います。この意味で，財産を預かること，これに特殊性があるのだというふうに考えて，このような議論を設定させていただいたのが本日の議論という形になります。

次に，質問の第２点目ですが，競合性がある情報については，処分権限も含めて，預け先に移転することを観念できるため，信託を観念できるように思うが，寄託との区別とか役割分担を考えてよいかというご質問でございます。

寄託・信託の分かりやすい区別基準としては，財産権を移転させるか否かが関わってくるわけですが，ご指摘でも多分前提とされていると思うんですけれども，同種のものを返還すればよいという通常のデジタル資産や暗号トークンなどの問題に関しては，寄託を観念したとしても，消費寄託や混合寄託という形式を考えざるを得ず，とりわけ消費寄託の場合であれば，相手方に財産権・所有権が移ってしまいますので，そうであったとすると財産権移転という区別基準は機能しない形になるだろうと思います。そこで，どう分けるかが問題になるのだろうと思われますが，結局，要件上どちらにも当てはまるのだとすれば，各契約類型の効果を見るしかないだろうと思います。典型契約は１つのパッケージであるということを念頭に置いた場合には，任意規定や強行規定として置かれている効果のどのパッケージに適合的かどうかということを，やはりその場面では考えていかざるを得ないというところになるのだろうとは思います。

ただ，各契約類型のこうした効果のパッケージとの適合性と，当事者の意思がどのような関係に立つのかについては，またこれも議論があるところでございます。その辺も含めて議論せざるを得ないというところで，井上さんのご質問に対する最終的な回答は，今後の課題ということで考えさせていただければと思います。

そして，本報告では取り上げなかったのですが，同種物の返還では先ほど申し上げたように，混合寄託の場面も考えられるわけですけれども，混合寄託は民法も規定が少ないことから，信託に比べて問題が生じやすいんじゃないかとも思います。その意味では，信託に優位性があるというふうに日本でもなる可能性はあるのだろうと結論づけることができると思います。また，このような規定の詳細さの意味で，寄託の可能性を考えたとしても，やはり金融分野だと，信託１本で考えざるを得ないところはあろうかとは思われますというのが回答だろうかと思います。

次が，片岡総合法律事務所の片岡義広さんからです。２点あるわけですが，多分相互に関係していると思いますので，全部読み上げさせていただいてから答えさせていただければと思いますが，第１点目で，情報財の寄託該当性についてで

す。情報財については，民法の寄託は有体物に限定されているため，それには該当しないし，その旨暗号資産についての下級審裁判判例もあるが，情報財も「保管」を考えることができる以上，性質の許す限り，寄託の規定を類推適用できると考えるが，先生のお考えはいかん。なお，「準寄託」と認めた下級審裁判例もあると。

第 2 点目です。寄託と信託についてなんですが，情報財について，イギリスの Report では信託のほうがよいとされているとのご報告ながら，先生のお考えはどうかと。情報財の保管について，⑴もっぱら委託者のため，その指図に従うのが寄託（ただし，有体物ではないので，準寄託というかどうかはともかく，寄託の性質）であるという。そして，⑵で，一定の目的に従って受託者がその権限による処分行為をするのが信託という両者が明確な区分の下にあると思うがどうかということでございます。

先ほどの井上さんのご質問と関わるところだと思うのですが，無体物・情報の寄託への該当性については，これを認める論文を書いたこともあるわけですが，日本法では，基本的にはそういう方はなかなか取られてはいないというところになります。寄託と信託について，どう振り分けるかということなんですけれども，それは，井上さんへの回答と共通するところはありますので割愛させていただければと思います。

次が，アンダーソン・毛利・友常法律事務所の森下国彦さんからです。読み上げさせていただきますと，情報・データの対象適格性の確立と保全に信託の利用が有益であり得ると理解しましたが，この場合の信託には業法（信託業法）が適用されることを想定されていますでしょうか。この場合，受託者の業務の適正が確保される反面，（信託会社としての免許・登録取得・維持のための）コストその他の実務面でのハードルが高くなる可能性があると思われます。理論的には「業として」信託が行われるかどうかということになりそうですが，何か考えがあればお聞かせくださいということでございます。

この森下さんのご質問への回答については，突き放すようですが，負担が大きくなるということであれば，信託業法で対処するしかないのではないかと思います。ただ，イギリスの Report においては，基本的には，業法が信託法に存在することはあまり想定されておらず，むしろ信託のほうが柔軟であるというところが強調されています。ただ，日本法に目を移すと，ご指摘にもありますように，

信託業法があるわけでして，そこはかなり詳細な規律を行っていて，信託法との関係で上乗せとなるような規律も行っていると理解はしています。そのような意味で，柔軟性という意味では，日本とイギリス法では違いがあり得るわけでして，この点を考慮すると，信託法自体を信託業法も含めて変えていく方向性がよいと考えるのか，あるいは，より柔軟な民法の規定のほうがよいと考えるのか，その点も含めて議論すべきだろうというふうには思っております。

最後に，みずほ銀行の日比野俊介さんからです。寄託と信託についてなんですけれども，信託について，無体物・情報の信託は，現行法の解釈として可能性を考えられるか，それとも，何らかの改正が必要とお考えか，西内さんのお考えをお聞かせいただけると幸いですということでございます。

これは，先ほど来出ている客体アプローチと個別法令アプローチの違いに帰着するところがあります。そして，途中でも述べさせていただいたLaw Commissionの慎重な態度とも関わるのですが，どこまでの無体物・情報について財産権を認めるのかについては，議論が収れんしつつあるようである一方で，その外縁については，ややまだ不明確なところがあります。本報告では取り上げませんでしたが，UNIDROITのほうに目を転じてみても，そもそもコントロール概念の解釈とか，そもそもコントロール概念をどのようなものとして理解するのかは，各法令に委ねられているところがあります。したがって，こうした点を確定させないと，外縁はなかなか確定しないことになるだろうと思います。そして，その外縁をどう確定するかは，やはり先ほど来述べている慎重な立法的衡量及び技術者も含めた様々な議論が必要になるだろうと思います。したがって，現在の段階で，信託法の解釈として，財産権が認められていないというタイプのものに信託の保護を拡張してよいのかについて，私はやや悲観的態度をとっているというところが，回答になります。

佐藤　西内さん，お疲れさまでした。圧倒的なスピードで，思ったより早く終わったという感じでしたけども，ありがとうございます。恐らく，田村さん，西内さんへのご質問とそれらをめぐるやり取りにおいて共通する部分も多々含まれているかなと思います。ご質問された方でここまでのご回答をお聞きになられて，更に質問してみたいという方もいらっしゃるかなと思うんですけど，一旦最後までゴースルーさせていただいて，その後，願わくは時間に余裕が生まれたところで，追加質問の機会を設けることにさせていただければと思います。

殿村　殿村です。よろしくお願いします。ご質問いただきありがとうございました。

順番はちょっと私のほうで前後させていただいたんですけれども，まず，司会の佐藤さんから，データもしくはデータに係る何らかの権利を第三者に担保として差し入れる行為についての考え方についてご質問いただきました。単体で担保対象とすることは実務上考え難いが，データを含む営業財産全体に対して包括的に担保設定を行うケースはしばしばあります（LBO ファイナンスなど）という説明もいただいております。

ご指摘のとおり，知財で保護されないデータそのものを正面から質権等の担保に取るということは，実務的には現状難しいということかなと思います。ただ，データは所有権の対象にはなりませんけれども，契約上の合意によって，例えばデータの売買であれば，譲渡人はデータを破棄して利用しないという合意をし，データの譲受人には自由な利用権を付与するということで，売買と似たような状況を追加することはできまして，担保についても，恐らく契約二当事者間の関係であれば，一定のトリガーが生じた場合に，担保権者のほうにデータが移るような形の契約をすることはできると思います。ただ，その担保の効果として，対抗要件ですとか，強制執行の実効性をどう担保していくのかということが課題になろうかというふうに思います。

あと，データの特性上，コピーが容易にできてしまうというところもありますので，担保権設定者から真に取り上げるためにはどうすればいいのかという話もあるかと思いますし，そのデータをどのように担保権者に移してくるのかというところも実務的には課題になり得るかと思います。実務上今あり得る方法としては，ソフトウエアのライセンスとかでエスクローに入れるということが行われているんですけれども，同じように，データ一般についても，エスクローを使うことはあり得るのかなというふうに思いますし，もっと原始的な方法としては，媒体に焼いて金庫に入れておくというやり方もあるのだと思います。あとは，最近ですと，暗号化をして，例えば一定のトリガーが生じた場合には，担保権者に秘密鍵が自動的に移るようにスマートコントラクトに書き込んでしまうやり方も，実務的な工夫としてはあるのかもしれません。最後の部分は思いつきにはなりますが，以上になります。

続きまして，東京大学の加毛さんからいただいたご質問です。私のスライドの

13頁において，限定提供データをめぐる裁判例が存在しないことが指摘されました。その理由が気になりました。ご報告での説明に加えて，営業秘密と限定提供データの制度目的・趣旨が影響していないでしょうか。情報を秘密にする営業秘密と異なり，限定提供データは情報を利用させることが前提とされています。そして，情報の利用については，契約が締結されるのが一般的であり，紛争が生じた場合には，契約違反として対処されることが多いとは考えられないでしょうかというご質問をいただいております。

関連する質問として，長島・大野・常松法律事務所の井上さんからもいただいて，一緒に回答させていただければと思います。まず，質問を読み上げさせていただきます。最近の立法と実務を興味深く伺いました。限定提供データ規制に基づく差止め等が，改正後4年間たっても見当たらないことには，どのような理由があるとお考えか。立法の評価ということになるが，それは残念なことか，それとも悪いことではないのか，お考えをお聞かせいただきたいということです。

立法の評価については，立法に関与された田村さんがおられるところで私が申し上げることは何もないんですけれども，まだ4年というところもあって，何か評価できることではないのかなと思いますが，田村さんのご報告や私の報告の中でもありましたとおり，限定提供データの制度自体は，かなり要件も効果も謙抑的につくられていまして，それはデータの流通をある種阻害しないというところが1つの主眼ではありましたので，そういう意味では，言い方はあれですけど，伝家の宝刀のような位置づけになっているのかなというふうに思いますので，現時点で，そういった差止め等が頻発していないというのは，言わば，法のもくろみどおりという評価もできるのかなと思いますので，そのこと自体が何か悪いことではないのかなと思っております。

ただ，加毛さんからもご指摘いただいたとおり，じゃあ，何で実際に起きていないのかというところは，掘り下げていくといろんな理由が考えられるかなというふうに思います。1つは，加毛さんご指摘のとおり，限定提供データは，そもそも提供することが前提になっているものですので，設計をする際には契約を結ぶでしょうと。それは私の報告でも申し上げたとおりなんですけれども，そうすると，契約違反の問題に収斂しているんじゃないですかというご指摘で，それはまさにおっしゃるとおりかなと思いますし，実務感覚としても，それに近いものがあります。

さらに申し上げると，恐らく契約当事者間ですでに取引関係があって，訴訟をやりづらいということもあるのかなと思います。ただ，限定提供データで保護しているのは，そういった二当事者の間だけではなくて，不正取得をしたような第三者との間でも，本来であれば，執行でき得る，権利行使でき得るようなものではあるとは思うんですが，まだ4年しかたっていなくて，認知は広がっていないというところが一番大きな理由ではないかなというふうに思いますが，あえて営業秘密との差異を考えていくと，やはり営業秘密自体は，データ自体に一定の価値があるということが前提になっているので，それが不正取得された場合には，差止め等をする，ある種企業としては動機が大きいと。一方で，限定提供データも，もちろんデータ自体に非常に大きな価値があるものもありますが，多くの場合は，そのデータをどう活用するかによってその価値が顕在化するということになっています。その意味では，なかなかデータを不正取得した人がどういう形でそれを利用しているのかという実態が分かりにくい，外から見えにくいというところもあると思いますし，実際に利用された結果が，データ提供元の損害にどういうふうにつながっていくのかというところが見えにくいという事情も関係しているのかなというふうに思います。

今のご質問については以上になります。

佐藤　限定提供データに関するご質問と殿村さんのご回答に関連して，田村さんからも一言いただけますか。

田村　どうもありがとうございます。

殿村さんの分析に，ほとんど私も賛成ですけれども，そもそも私は，立法に関与していましたけれども，立法のときにかなり対立しました。片や，基本的には，自動車業界を中心に，今後自動運転で，ビッグデータをかなり活用するからぜひ保護が欲しいというのに対して，むしろ他の多くの業界の方は，初の立法になるのに，強力な規制法ができたら困るというご意見も多々あって，かなりのせめぎ合いでした。結局，かなり刈り込んだ謙抑的な規制をなす条文になった背景がありますので，営業秘密よりはニーズが少ないのだろうなと思いながら立法していたことを付言いたします。

あとは，もう殿村さんがおっしゃるとおり，私も確たる理由は分からないのですが，なぜ訴訟が少ないかについては，ほぼほぼ先生のおっしゃるような感じですかね。営業秘密に比べれば，規制対象となるような大量のデータの流出はそれ

ほど多いわけではないから，まだ事件にならないということではないかと思いますが，将来，ビッグデータが盗まれたときには，多分，訴訟にも出てくるとは思います。ありがとうございます。

殿村　ありがとうございます。

加毛さんからもう1問いただいておりまして，スライドの20頁において，破産管財人が契約を解除すると，契約終了時の返還請求権や削除権に関する契約条項の効力まで否定されてしまうのでしょうかというご質問で，これは，私が，提供先が破産した場合のリスクというところでご説明したところに関してご質問いただいたのだと思います。

倒産法の専門ではないんですけれども，私の記憶の限りでは，賃貸借契約か何かで解除した場合には違約金を支払うというような条項が入っているときに，破産管財人側が解除した場合に，その違約金条項が有効かというようなところが争われておりまして，その点に関しては，たしか裁判例は割れていたというような状況かなと思います。そういう意味では，破産管財人の解除というのは，一種，やや特別な解除というふうに見られておりまして，こういったデータの返還請求権や削除権が契約上定められているときに，破産管財人による解除がなされた場合に，その契約の条項が有効かというのは，まだ必ずしも裁判例では明確になっていないのかと認識をしております。

最後に，みずほ銀行の日比野さんからご質問をいただきました。ありがとうございます。スライド資料の19頁，ハードローによる介入の可能性を示唆されているが，当事者間の交渉力の格差を問題とする場合，競争法がこの役割を期待されているのではないかと思われます。現行制度下において，どのような規制がないことが問題か。あるいは，競争法以外の方法による解決の方向性があるのか。殿村さんの現時点における認識やお考えがあればお聞かせいただきたく存じますということです。

ありがとうございます。ご指摘のとおり，やはり競争の格差を是正するということであれば，独占禁止法が1つ考えられる手段だと思います。スライドの中では少し書いていたんですけど，例えば，主として個人情報を念頭に置いたものですけれども，プラットフォーム事業者が一般のユーザーから，本来であれば必ずしも必要でないような個人情報を，サービス提供にある種乗じて，事実上強制的に取得するような行為については，優越的地位の濫用になるというのは，既に日

本の公取委も示しているところですし，あと，ちょっと今日のデータ取引の話とは話が少しずれますけれども，M&Aの文脈においても，これまでは売上げ基準とかで市場の占拠率を見ていたんですけれども，M&Aを通じてデータを集中させるというような取引も行われておりまして，公取委としても，そういったM&Aを通じたデータの集中にも非常に注意をしているところです。したがって，独占禁止法，公取委が1つ重要な役割を担うというのは，まさにご指摘のとおりかなと思います。

ただ，今の独占禁止法では，優越的地位の濫用ですとか私的独占とか，一定の要件がかからないと，そもそも発動されないところがあって，かなり限定的かなというふうに思いますし，問題点の1つは，そういった平等な交渉ができないという状況ではあるんですけれども，そもそも交渉にも入らせてもらえない，データのアクセス権が一切認められない状況については，なかなか今の独禁法では対応が難しいのかなというふうには思います。あとは，独禁法でやるとなると，基本的には，事後的に一定の悪質な行為に対して規制を及ぼしていくことになるので，取引実務の観点からは，予見可能性をもう少し上げてほしいなというところはリクエストになるかなと思います。欧州のように，何かデータ法をつくるというやり方もあるんだとは思いますし，それ以外にも，独禁法のガイドラインをもう少し明確化するということもあると思いますし，実際の執行実務をもう少し積極的にやっていただくということもあるのかなと思います。そういう意味では，個人的には，データ法というのは，なかなか一足飛びのところもあって，基本的には，自由経済ですとか契約自由の原則がありますので，そことの関係で，導入するのであれば，非常に慎重な議論が必要だとは思います。

他方で，やはりデータの取引というのはグローバルに国境をまたいで起こることが通常ですので，欧州でそういった動きがある中で，Data Free Flow With Trustというのを標榜している日本として，どういった枠組みを示していくのかというところは非常に重要なポイントで，引き続き検討が必要だろうと思っております。

以上です。

佐藤　田村さん，殿村さん，ありがとうございました。

では，舩津さん，お願いします。

舩津　舩津でございます。私には5件来ているかと思います。

1件目，西村あさひ法律事務所の有吉さんからです。立法論として，法人格単位ではなく一定の範囲の企業グループ単位で個人情報保護その他の規制法を適用するとしたらどのようなアプローチがあり得るとお考えか，ご教示いただけますでしょうか。それとも，日本法の下では，民法，会社法の規律を前提に，あくまでも法人格単位で規制法を適用することが必要とお考えでしょうかということでございます。

この点に関しまして，私のご報告の趣旨からすれば，なぜ法人格か，法人単位なのかということについて，一言で言うと，あくまで，それが簡単だから，便利だからということに尽きます。規制法が自足的に，この人に対してはこういう規律，この人に対してはこういう規律という形で，一人一人の自然人を対象として規律をしなくても，法人でまとめてぽーんと規律をすれば，それで足りるから簡単じゃないかという，そういうスタンスでご説明をいたしました。したがいまして，私としては，有吉さんからのご質問に対しては，規制法に関してはどんなアプローチもあり得るのではないか，というのがお答えかと思います。

例えばですけれども，銀行持株会社等の銀行グループの規制とかの場合ですと，まさに規制法がグループを単位として，自足的に，――自足的と言えるかどうかは，若干疑問はなくはないわけですけれども――自足的に規律をしているということがあるわけですので，じゃあ個人情報保護法はどうか，と言われたら，それはそれでまたグループとして規律したいということであれば，それは許されると思います。ただ，その場合に，きちんと自足的に，どのような組織，どのような範囲を規律対象としているかということを明らかにしておく必要があるだろうと考えております。

ただ，注意を要するのは，グループ単位でやった場合には，今度，会社法はあくまで単体，法人格単位での規律ということになっていますので，例えばそれこそ銀行グループではないですけども，親から子への指図ができるかできないか，というような点については，今度は，会社法では基本的には指図ができないことを前提にして規定がされていますので，規制法と一般会社法との規律の抵触があり得ます。そのどちらを優先すべきか，立法としてどちらを優先することが正しいのか，あるいは，許されるのかといったあたりは，いろいろ規制法の目的と会社法の目的とのバランスになるだろうということかと思います。

以上の点につきましては，私，大分前にこの金融法学会で報告をさせていただ

いたときに，同じようなことを申し上げたような記憶がございます。

有吉さんからのご質問に対するお答えは，以上です。

それから，津江さんからです。「個人情報保護法は，個人事業主をもデータ保有主体として想定しているため，会社法的な発想を直ちに持ち込むのは難しいと感じました。例えば共同利用の場面で，共同利用者間のガバナンスを求めるとすると，個人事業主は到底管理し切れないのではないかと思われます。一方で，法人の共同利用者間でのガバナンスは，ある程度必要にも思えるという点は得心する部分がありましたが，中小企業をはじめ，体力のない事業者もあり得るように思われ，データ活用の可能性を妨げる懸念はないでしょうか。」というご質問，ご意見かと思います。

私は，基本的には，今回法人格をターゲットにしていますので，個人事業主はあまり想定していなかったというのが正直なところです。ただ，いずれにせよ，個人事業主であっても法主体ですから，個人情報保護法上は，法主体間の関係をはっきりさせないと，共同利用は難しいんじゃないかというのが私の基本的なスタンスでしたので，その点は，個人事業主との共同利用についても射程は及ぶことになるかと思います。

今度，じゃあ，ご質問のご趣旨として，個人事業主というか，法人格がなくたって，巨大な組織もあるじゃないか，といったことまで想定していくと，それはそれで，私の今回の報告の弱点といいますか，法人格がなかったらどうするんだというところは，私の報告としては，落ちているところかと思います。

ただ，今回の対象としました個人情報保護法という素材からしますと，その点についても先ほど来申し上げておりますように，もし規律の過剰，過小があるのであれば，規制法で自足的に組織を特定して，あるいは，主体を特定して，その主体間の権限，義務関係というものを適切に定めればいいのではないかという気がしております。

それから，個人事業主であろうと，共同利用等についての相互の関係を明らかにして，きっちり管理しないといけないというのが基本的な私の報告のスタンスであるところ，そうなると，やっぱり中小企業等の体力のない事業者について，データ活用の可能性を妨げるのではないか，という懸念をお示しいただいております。それは，もしかしたら，そうなのかもしれません。ただ，一般の財の取引の場合について考えてみたときに，ある取引相手から別の取引相手に変わります

ということについて，私がＡさんと取引していたのが，今度ＡさんからＢさんに変わりましたということを考えたときに，やはり，一般的には，私に拒絶する権利はあるんじゃないかという気がしています。それを取引と呼ぶかどうかはともかくとして，私に関する個人データの管理をＡさんからＢさんに切り替えます，という場合についても，やはりそれは拒絶できると，一般の取引と同じようなことを想定すれば，拒絶はできるんじゃないかと考えています。

ただ，「いや，自由にＡからＢに移るようにすることによって，データの利活用を促進していくのが個人情報保護法じゃないのか」というご意見もあるかもしれません。しかし，現行の第三者提供規制の原則である27条１項が，まさにＡからＢに切り替わるときは拒絶していいよという，そういう建て付けだと私は理解しておりますので，そういった現行の規制からしますと，中小企業であろうと何であろうと，規律は及ぼすべきではないかというのが基本的な私のスタンスになります。

次に，TMI総合法律事務所の溝端俊介さんからのご質問です。「個人情報保護法上，法人格が違うと『第三者』には原則として該当するとした上で，例外として共同利用や事業承継は『第三者』に該当しないとされています。法人格の壁は，原則部分において機能しているため，例外事由にまでその壁をもう一度登場させる理由はあるのでしょうか。なお，親子会社でなくても，セミナーの共同を主催者間でさえ共同利用は可能です。また，単なる不動産の売買も『事業の承継』に該当するため，会社法上の手続が不要な『事業の承継』が多いと思われます。」というご質問，ご意見かと思います。

私がご質問を取り違えているのかもしれませんけれども，私のご報告の趣旨は，法人格という壁があって，壁を越えるには同意が必要だというのが27条１項の原則だと。その原則の規律を所与としたときに，共同利用をどう説明するのかという話ですので，共同利用で再び壁を持ち出しているのではなくて，壁があるのに飛び越えたというときに，飛び越えた後ろを振り返って，本当にその壁はあるんですか，ないんですか，低いんですか，高いんですかということを検討したつもりでして，壁を２つ造ったという意識は，私にはございませんでした。

それから，ご指摘のセミナーの共同主催者間で共同利用が可能だという個人情報のガイドラインとか，あと，不動産の売買の場合の話があるわけですけれども，まず，セミナーの共同主催者間の共同利用については，これは，私は，どちらか

というと，組織の問題というよりも，契約での権限関係が明確になっているものではないかと思います。要するに，私のスライドの何ページだったかは忘れましたけれども，個人情報を取得する前の段階で，何らかの関係があると，一体的に取り扱ってよいとしている関係があることを前提として取得しているということですから，そこで原因関係という言葉を使っていいのか分かりませんけど，その原因関係において，何らかの共同利用者間の責任分担ですとか，義務の分担等をしているのであれば，私の立場からも，セミナーの共同開催者を共同利用者として取り扱ってもよいという，そういう立場になろうかと思います。

それから，不動産の売買に関してですけれども，こちらに関しては，事業承継の問題になりますけれども，これの立法趣旨としては，要するに，本来適用除外にすべきではないんだけども，利害関係者がたくさんいるから，一つひとつ同意を取っていたのでは，社会的に効率性を損なうから，だから，そこはもうなしにしましょうよという，ある種の割り切りがされていると私は理解をしました。そうなったときに，不動産の売買が一体どれほど，利害関係者といいますか，要するに本人と呼ばれる人たちがいるのだろうか，その人たちの同意を取らなければいけないとすることと，取らなくてよいとすることの間に，どれほどの差があるのかを考えると，ちょっと拡大し過ぎというか，立法趣旨に照らして，岡田さんのご報告でもありましたけども，大分何か緩やかに解している部分があるのではないかなと，私個人としては思っております。

続きまして，一橋大学の得津さんからです。「私も会社法研究者として少なくとも『会社』『株式会社』を前提として考えると，個人情報の利用を可能な単位として『法人』が用いられることは疑問に思っていました。本日のご報告では，それでも法人内であれば機関である役員の義務・責任と労働者の指揮命令権限の範囲の組合せで説明がつくという説明でしたが本当でしょうか。会社法・組織法は労働者なのか取引先なのかによってそんなに大きな違いを認めているのでしょうか。このことは，法人の内か外かは連続的であり，法人の内側の制約である『利用目的』と，法人の外側である第三者提供の話と連続的に捉えるべきではないかということになるのではないでしょうか。」というご質問，ご意見です。

得津さんがおっしゃることもたしかに，法理論的にはそうなんだろうとは思います。要するに，労働者だって契約関係でしょ，取引先でしょということが1つ含意としてあるのだと思います。そういう意味では，私が従業員を「広い意味で

の構成員」と呼んだことが不用意だったのだろうと思います。理論的には，確かにそう言えるのだと思いますが，現実の日本社会あるいは，少なくとも会社法の省令レベルでいうと，やはり取引先と従業員は違うんじゃないかというか，従業員はあくまで中の人という取扱いをしているのではないかという，そういう基本的な立場からご説明を組み立てました。

理論的には，おっしゃるとおり，まさに従業員だって取引先でしょということなわけですけれども，逆に，従業員を取引先として考えたとしても，私の報告からしますと，契約関係で，権限さえ決まっていれば，それでいいんじゃないかという気がしております。一番いい例でありますのは，委託先についての第三者提供の本人同意原則の例外で，これはもう完全に指揮命令，上下関係が分かっているんだから，責任は全て委託元が負うんだよという，そういうひな形をつくっているのだという理解をしました。それと同じような暗黙の前提として，日本社会ではやっぱり機関構成員と従業員というのは上下関係があって，指揮命令に服しているんじゃないかという，そういう立場でご報告をさせていただいたということでございます。

最後，長島・大野・常松法律事務所の井上さんからです。「現在の金融規制のうち，業規制は，基本的には業者規制となっており，今回ご報告いただいたとおり，業者の会社としてのガバナンスを通じて規制目的を実現していると思うのですが，最近，DAO などにより，ブロックチェーン上に分散取引所と呼ばれる場が提供され，スマートコントラクトに従って，暗号資産やステーブルコインが交換されているということですけれども，そういった金融取引について，誰にどのように規制を及ぼすのがよいか，お考えをお聞かせいただきたい。」ということですが，率直に申し上げて，DAO がよく分かりませんので，答えは持ちあわせていない，ということになります。

ただ，私の報告の立場から無責任に申し上げるとするならば，法目的に照らして，適切な規制対象を見つけて，それを規制法が自足的に，指名というか，範囲を確定した上で規律を設ければよいというのが結論というか，私の報告からの立場になろうかと思います。答えにはなっていないかとは思いますけれども，そのように思っております。

ご質問に対してのお答えで，私はやたらと「自足的，自足的」ということを申し上げておりました。「そうだとしたら，そもそも，おまえが疑問に思った共同

利用と事業承継だって自足的に規律しているのではないのか」というふうに突っ込まれるかもしれませんけれども，これは，個人情報保護法 27 条 1 項の原則があって，主体が変われば本人の同意が要るんだよという原則を前提とした場合に，共同利用の規律と，事業承継の規律というのは，やはり過小規制になっているのではないかという，あくまで個人情報保護法内の矛盾ということで報告をしたつもりでおります。

私からは以上です。

佐藤　舩津さん，ありがとうございました。

では，岡田さん，お願いします。

岡田　岡田でございます。私からは，最後，2 つであります。

1 つ目は，慶應義塾大学の斉藤さんから頂いた質問です。読み上げますと，「債権譲渡に関する個人データ第三者提供の同意の『事実上の推定』（「金融機関における個人情報保護に関する Q&A」問Ⅵ-4。板倉陽一郎＝斉藤邦史『金融機関の個人情報保護の実務』〔経済法令研究会，2023 年〕100 頁以下参照）に言及されていましたが，最近では外国送金について同意取得の事前説明（個情法 28 条 2 項）が困難として実務に混乱が見られました（板倉＝斉藤・前掲 144 頁以下参照）。また，第三者提供の記録・確認義務（同法 29 条・30 条）についても，金融（送金）業務について，ガイドラインによる多くの限定解釈が必要となりました（板倉＝斉藤・前掲 128 頁以下参照）。日本法においても，ほかの適法化根拠を法定して，ガラパゴス的な状況を脱すべきタイミングに来ているように思われますが，立法論の方向性・課題についてご意見をいただければ幸いです。」というご質問です。

この点について，外国送金の文脈での越境移転規制の情報提供義務について混乱が見られたというのは，まさにおっしゃるとおりで，私も，法令や規則の条文の文言との関係で一体どうやってこれを完全に遵守できるのかということを当初疑問に思っていたのですが，最終的な落としどころとしては実務的に可能な範囲で着地したとは理解しております。

この問題もそうですが，結局何が問題かというと，外国送金のようなケースだと，本当は本人の依頼による送金なので，そこまで条文上の文言を厳格に適用することにどこまで意味があるのか，条文を杓子定規に読まなくても，本人の予期しないような不利益が生じるリスクは小さいのではないかと思っており，実際上

の保護の必要性とルールベースの規律との乖離が問題になったものといえます。

そういうふうに考えますと，やはりルールをいろいろ細かく決めていくと，どうしても実務上不都合が出てきて，その不都合を埋めるために，限定解釈などを通じて，ガイドラインで対応したり，あるいは何となく既成事実として一応の実務的な着地をしているといったことがあるわけなのですが，そういった状態がいいのかどうか，それとも，そもそも条文自体を様々な局面に応じて柔軟に認めるような規律にしておくのがいいのか，これはご指摘いただいたほかの適法化根拠をというところも含めて，まさにそういうことが問われているのかなと思っております。

私も，基本的には，日本の現行の個情法の枠組みだけで全てを対処するのは限界が来つつあるのかなという点は正直な実感としては持っていますので，ほかの適法化根拠，例えば，EU GDPR の正当な利益のような発想の導入も含めて柔軟に検討していいのではないかとも思いますけれども，他方でこれまで積み重ねてきた日本の個情法の枠組みからは大きく外れていく側面もあるので，どこまで抜本的に改正すべきなのかは非常に難しい議論があるのかなとも思っております。

2つ目としては名古屋学院大学の坂東洋行さんからのご質問でして，「2019 年銀行法改正により，付随業務として第三者への情報提供業務（法 10 条 2 項 20 号）が付加されました。顧客のオプトインがあれば，銀行業の高度化，または，顧客の利便性向上に資すれば，第三者への情報提供を業として行うことは可能となっています。e コマースなどのデジタルマーケティングを想定していると思いますが，オプトインの方法に課題があると考えます。ウェブ閲覧履歴やインターネットバンキング取引などウェブ上での情報提供に対して適正なオプトインの方法をどのようにお考えでしょうか。」というご質問です。先ほど私も報告したように，同意が形骸化してしまっているという問題の一環として，情報提供も不十分となっていることがあります。その意味では，よりきちんと充実した情報提供をしていく。最近では，ウェブ閲覧履歴などとの関係でも，ターゲティング広告等について粒度の細かい利用目的の通知・公表を求める方向でのガイドラインの改正もありましたし，徐々に日本法の枠組みの中でも解釈の工夫が図られてきつつあると思いますが，そうはいっても，まだまだ抽象的な記載で足りてしまっている実情はありますので，そのあたりは今後の課題です。

他方で，少し注意が必要なのは，何でもかんでも大量の情報提供をして，個別

に同意を取ることがいいのかという問題もありまして，「同意疲れ」といわれるように情報過多であると情報に埋もれてしまう問題もあるのかなと思いますので，そのバランスをとる必要はあり，根本的に，どこまで同意や自己決定の側面を個人情報保護法制によって重視するのかという問題とも関わってくる問題といえます。

そうすると，オプトイン同意の方法以外にも，本当は実体的な規律で補完していく必要があると思います。あとは，同意について，当初は問題ないと思って同意したものの，後からよく考えた結果として撤回したくなる場合があると思いますが，現行法の解釈として，同意の撤回性を直ちに認めるというのは支障も多く難しいと個人的には考えている一方で，個情法の法制度全体の制度設計，その中での同意の位置づけもセットで考えていく必要があるだろうとは思っている次第です。

以上でございます。

佐藤　岡田さん，ありがとうございました。聴講していただいている皆様におかれましても，本当にお疲れさまでした。

今4時過ぎでございまして，思ったより時間が余っております。株主総会における一括審議，一括回答方式のような形になり，取りあえずご説明はさせていただけたかと存じつつ，前半の方でのやり取りをもはや覚えていないよと思われてしまうと，困ったことにはなるのですが，非常に有益なやり取りがなされたように思いますので，ここまでの報告者の皆様からのご回答を踏まえて，さらにご質問などがございましたら，ぜひ伺いたく存じます。こちらは挙手いただいて，マイクをお渡しにあがるということでよろしいでしょうか。

それでは，ご質問がございましたら，挙手をお願いできますでしょうか。

では，加毛さん，お願いいたします。

加毛　ありがとうございます。東京大学の加毛と申します。

本日は，とても面白い5つのご報告を拝聴し，大変勉強になりました。5つのご報告のうち，とくに田村さんのご報告と西内さんのご報告の関係が気になりまして，田村さんに対する最初のご質問を差し上げた次第です。田村さんからのお答えを踏まえて，補足的な発言をしたいと思います。田村さんのご報告では，知的財産法の役割として，社会に存在するインセンティヴの支援と人工的なインセンティヴの創出があると説明されました。他方，西内さんのご報告で取り上げら

れた暗号資産などについては，インセンティヴの支援や創出が，財産権を認める根拠とはされていないように思われます。そうではなく，技術の発達により，情報を有体物に近いような形で扱うことができるようになったことがポイントなのではないでしょうか。ブロックチェーンなどの利用により，物理的な媒体なしに，情報を排他的に支配できるようになった結果として，そのような情報に対する権利を認めることがあり得るのではないかが問題とされているように思われます。そうすると，西内報告は，知的財産権の役割とは異なる根拠に基づいて，情報に対する権利性を論じていたと考えられます。田村さんがよくお使いになる表現によれば，情報に関する「技術的プロテクション」の強力さを根拠として，情報に対する財産権を認める可能性を議論しているのではないかという印象を持った次第です。

誤解があるかもしれませんが，現時点では，ブロックチェーンに記録できるデータ量に上限があるため，知的財産法が想定する情報財としての性質を有する情報をブロックチェーンに記録することは困難であると理解しています。そのことが，今申し上げたところとかかわるように思います。仮に，今後，技術の進展により，情報財としての性質を有する情報をブロックチェーンに記録できるようになれば，田村報告と西内報告の議論がオーバーラップするのかもしれません。ただ，問題の捉え方として，両者は区別できるのではないかと思います。そして，そのような観点からすると，西内報告が「客体アプローチ」に着目されることと，田村報告が「行為と，行為の客体（object）たる『物』を峻別する発想」について「両者の区別は相対的なものでしかない」と批判することとは，両立するのではないかと思われるところです。

次に，西内さんには，「客体アプローチ」と「個別法令アプローチ」の区別に関するご質問を差し上げました。西内さんからお答えをいただき，ご報告に対する理解が深まりました。当初の疑問は，法的意味において「客体アプローチ」のいう「客体としての適格性」や「コントロールの適格性」を考えるためには，「個別法令アプローチ」のいう「個別法令で核となっている概念や目的」を考慮する必要があるのではないか，というものでした。それぞれの法令の目的や概念を抜きにして，法的保護の対象となる客体を議論できるのだろうか，と疑問に思ったわけです。この点を敷衍すれば，イングランド法における寄託や信託と，日本法における寄託や信託とで，その概念が異なるとすると，イギリスの Law

Commission の報告書における議論が日本法に妥当するものなのだろうかという疑問にもつながるところです。

西内さんにご説明をいただいて理解できたのは，個別法令アプローチが，法律家が陥りやすい誤りに注意促すという点です。具体例として，信託法を挙げてくださいましたけれども，信託法の「財産」の意義について，立案担当者は，委託者の財産から分離することが可能であることと，金銭的価値に見積もることができる積極財産であることを挙げています。この説明を前提とすると，信託の対象となる「財産」は相当に広がりそうです。しかし，信託法が定める様々な法的効果からすると，そのような解釈が妥当であるのか疑問に思われるところです。この点なども，あるいは「個別法令アプローチ」について西内さんがおっしゃることとかかわるのかもしれません。

そして，以上の点に関連して，田村さんが営業秘密の信託について，私の論文に言及する形で，ご説明をしてくださいましたので，恐縮なのですが，一言述べさせていただきたく思います。私は，営業秘密について，財産としての帰属を観念できないとすれば，信託財産に属することもないので，信託の対象とならないと考えています。もっとも，そのような考え方によっても，営業秘密に関する法的保護が失われるわけではありません。営業秘密が信託財産に属しないとしても，受託者は不正競争防止法上の営業秘密保持者に該当し得るからです。そして，営業秘密の管理が信託事務処理にあたるのであれば，受託者は，善良な管理者としての注意を払う必要があり（信託法 29 条 2 項本文），またその管理について忠実義務（信託法 30 条）などを負うことになります。そのような形で，信託についても営業秘密の保護を図れば十分ではないかと思います。他方，信託法上の「財産」に営業秘密が含まれるとすると，信託法には，受託者の権限違反行為の取消し（信託法 27 条 1 項）など，第三者に影響を及ぼす規定が含まれていますので，不正競争防止法の立法趣旨との関係で不都合が生じるのではないかという危惧を覚えるところです。もっとも，この点については，田村さんが指摘されたように異なる理解もあろうと思います。

発言の機会をいただき，ありがとうございました。

田村　私が答えてよろしいですか。

佐藤　そうですね。加毛さん，ありがとうございました。

田村　加毛さん，ありがとうございます。私が大ざっぱに答えてしまったとこ

ろや考えが足りなかったところをいろいろと詰めていただき，なるほどなと思ったところが多々あります。まず，先生のご指摘どおりというか，私のほうの趣旨の確認ですが，基本的にはご指摘のとおりで，情報財の創出のためのインセンティヴのためにどのような法律をつくるか。それは私の専門ですから，今日指摘したかったのは，実は２つのタイプがあって，いきなり知的財産権を独立してつくるようなタイプの特許権，著作権だけではなくて，支援型のようなものがあって，その支援型の中には，市場先行の利益とか，信用などを保護する事実上の市場に存在するインセンティヴを保護するものもあるけれども，事実上の市場に存在するインセンティヴの中には，実際にはビジネスとして取引されている財のようなものが秘密管理されたり，技術的プロテクションされたりしています。先ほど途中で質疑応答のときにあったとおり，暗号資産などでは，多分それ以上の支援は必要ない。プロテクションだけ守っていればよいのでしょうが，ある程度，情報財を創出してもらいたい場合は，そのプロテクションが破られて第三者に渡った場合にも保護したほうがよいと思われるときに，行為の不正性に着目した支援型もあるだろう，秘密管理を支援する営業秘密の保護は実はそういうものなのでしょう。特許と営業秘密を並べて十把一絡げに議論するわけにはいかないだろう。特許などであれば，様々な利用行為に対して守られているので客体の保護，財産の保護と言ってよいような保護になっているけれども，営業秘密のほうは，かなり特定の行為に着目している規制という色彩が強いため，それについて財産というのは確かに慎重であってしかるべきだというのが基本的には私の発想です。

私は，今日の報告では，法的な保護の必要性として，情報財の創出，インセンティブを中心にお話ししましたが，他方で，加毛さんのご質問を踏まえると，少し狭過ぎたのではないかと反省しております。ただ，私が営業秘密を例にとって信託の可能性を考えた際には，情報の創出云々ということを抜きにして，秘密管理の支援の仕方として，営業秘密を持っている人が，信託を使いながら，さらに財産的展開をしたいというときには，応援してあげてもよいのではないかと考えます。もし応援しなくても，受託者がしっかり秘密管理していれば，もちろんほとんど問題ないですが，信託を認めることによって，それなりに両者の法律関係が明確化することもあると思われます。そして，信託を認めると，第三者に対して，営業秘密に対する不正競争防止法上の行為規制にはないような請求権が，第三者の主観的要件も踏まえながら認められるというのであれば，そういう支援の

仕方はあってよいのではないか。それが信託法制のあり方である以上，不正競争防止法の規制と多少異なっていても，弊害がないのであれば，取り立てて批判しなくてもよいのではないかというのが私の趣旨でした。

私の議論で，暗号資産の話が質疑応答でも集中したのもよく分かりました。確かにおっしゃるとおりで，暗号資産に関しては，情報財の創出などという話ではなくなっている。もちろん，加毛さんが今留保されたように，もう少し技術が進展して，将来，画像データや動画データ等が数年後にブロックチェーン化できれば，そのときに，情報財の創出について，ブロックチェーンの保護についての特別な保護法制を考えたほうがよいのではないかという議論が出てくると思いますが，今はまだそういう時代ではない。そうすると，私の報告では情報財の創出のため，インセンティブのために何か支援しましょうということばかりお話ししてしまいましたが，そうではなくて，例えば森田宏樹先生のご議論になってきますが，広い意味での占有があって，そこにある意味での平穏的な均衡のようなものがあって，それを前提にビジネスが幾つか展開していく。そのときに，それを守ることが大事なのではないか。そういった制度として，様々な財産権の保護もあり，あるいは，信託というのも，その延長で捉えることができる。私は信託については素人ですが，もし，信託などをそういった形で位置づけることができて，必要だというときには，知的財産法の発想から言うと，支援型のような形で，加毛さんのように，しっかり完璧に物理的に守られているときに限定するのではなく，もう少し拡げてもよいのではないかという趣旨を申し上げました。

西内　加毛さん，どうもありがとうございました。

既に適切にまとめていただきましたので，私から特に付け加える点は，そこまで多くはありません。

けれども，何点か付け加えておきますと，私も田村さんと同様に，功利主義的な立場をある程度基礎として普段は分析しておりまして，法と経済学的にどういった場合に財産権が認められるかという問題を考えることはあるわけです。しかし，こういった分析を背景とした場合，途中の議論でも出てきたと思うのですけど，なかなか有体物と同じように無体物・情報を考えられないところもあるわけです。例えば有体物であれば，その土地に関して投資を行って，それを保護するために所有権やこれと類似した保護が存在する，と。所有権の保護がなく他人に勝手に奪われてしまっては，自分がきちんと開発した利益が収奪される可能性

があるので，それを恐れて，土地に関して過小利用が生じてしまう可能性がある，こういうタイプの説明というのは，有体物に関してよく行われます。しかしながら，無体物・情報に関しては，少なくともそういう説明，特に一定の情報がある場合に，そこに追加投資して価値を上げていくという説明が成り立つ場面は，知財はともかくとして，暗号資産など現在話題になっているような財産については考えづらいところです。したがって，そういう意味での功利主義的な説明はなかなか成り立ちづらいんだろうな，と思っています。

むしろ今回の報告で重視したのは，コースの定理的な取引が成り立ちやすいような状況，つまり，財産権の中身とか範囲とか，そういったものが比較的明確になっていて，取引費用が低いという世界を理想として構想するのであれば，こういった枠組みが良いのではないかという側面につき，議論をまとめてみたところになります。取引費用に関しては，競合性よりは，コントロールのところで述べたところであるとは思うんですけれど，他者からの認識可能性や，あるいは，認識可能であるとしても認識を可能にする方法についてもある程度限定があるべきだろうと思います。というのは，認識可能性を向上させたり，認識手段の限定を加えたりしないと，取引を断念する人も含も含めて調査費用が大分上がってしまうので，こういった枠組みがよいのではないかなと考えています。

そして，個別法令アプローチと客体アプローチとの対比というところでまとめさせていただいたところと関連してですが，途中でおっしゃっていただいたように，客体のほうを考える場合でも，特に UNIDROIT，UCC がそうだと思うんですけれども，担保のような倒産局面で誰が優先するのかというところを念頭に置いて，誰に財産権を認めるのかを私として考えております。そうだとすると，信託法で主として問題としている倒産隔離や優先的な権利の所在が，わたしが客体を考える上でも念頭にあって，財産権の客体は一体どうあるべきかが決まるべきだと考えています。この意味で，客体アプローチを採用するにしても，そこで想定されている客体を確定する段階で，様々な各法令における優先権を与える，そういった法制度が一体どういうものかが影響しているという意味では，加毛さんがおっしゃっていただいたところが影響しているのだろうなというふうに考えております。

以上を前提に，そうした個別法令における状況が各法令によってどう違うのかも踏まえつつ，イギリスの議論とかアメリカの UNIDROIT の議論を直接輸入す

ることでいいのか，それとも，一定の修正が日本法全体の趣旨を含めて必要なのかは，今後考える必要性があるだろうと思います。

佐藤　田村さん，西内さん，ありがとうございました。加毛さんを含む 3 人の先生方のやり取りを伺っていて，本当に見通しがよくなるというか，私なりに，この難しい問題についての道筋を与えられたような気がしております。ありがとうございます。

司会がどこまでお話ししていいのか分かりませんが，少しだけ付け加えますと，現状，ブロックチェーンないしトークンの世界でやり取りされているのは，加毛さんもご指摘されたとおり，基本的には記号的な情報が中心で，知財的な情報とは文脈を異にするように理解されます。一方で，ファイナンス取引においては，業界の方などとお話をしていますと，ブロックチェーンを利用して，トークンの保有者である投資家に対して，トークンの原資産に当たるインフラ資産の状況等に関する情報などが提供される事例も出てきているようです。これはまだ知財的な評価に値するようなレベルではないのだろうと思いますが，先ほど加毛さんもおっしゃられていたように，技術の進展に伴って，もしかすると，知財的な情報とブロックチェーンの世界がいつかオーバーラップしてくる可能性もあり得て，これが現実化したときにはまた議論の仕方や考え方が変わってくる可能性もあるかもしれないとご示唆いただいたように思いながらお話を伺っておりました。ありがとうございます。

そのほかのご質問など，もしございましたら，順不同で，報告者の方々の報告の順番にかかわらず，ご質問がもしあれば伺えればと思いますが，いかがでしょうか。

お願いします。

勝田　清和大学の勝田信篤と申します。

疑問に思っていたことがありまして，映画の DVD を買ったんですね。それを中古業者に売り渡すことは自由。実は大元の権利は消尽しているから。でも，それをデータとしてダウンロードしたものをコピーして，ほかの人に売り渡したら駄目だよ。単なるデータというのは消尽の対象にならないから。でも，それはいいんですけれど，アプリケーションソフトとかデータベースを買うんですね。それは，DVD だと。開くと，これはほかの人に譲渡してはいけません。いろんなことを守ってもらわなきゃいけません。それが守れないんだったら，このソフト

をそのまま郵送してください。違反すると賠償請求をしますよ。この場合は，消尽との関係はどうなんですかね。僕は損害賠償を請求されるんでしょうか。その辺の違いが全く素人でよく分からなくて，この辺の比較をどなたか教えていただければ，大変幸いでございます。

田村　勝田さん，ありがとうございました。

それは大変重要な問題で，いろいろが議論あるところですが，結局，知的財産法が規律している，例えば消尽の原則，あるいは，消尽に行くまでもなく，そもそも利用行為を禁止してもいない分野など，いろいろとあるわけですね。それが，個別の契約でオーバーライドされている。その契約の有効性の問題だというふうに，この問題を捉えることができます。そうすると，民法 90 条の公序良俗の中に，知的財産法，著作権法が定めている消尽や利用行為の限定等の原則が入るのかという議論になります。その後は，まだあまり学説がはっきり収斂しているわけではないですが，私が支持している学説というのは，北大の曽野裕夫先生が 1990 年代後半に唱えたものです。

あの頃は特に，シュリンクラップ契約とかクリックスルー契約が出始めたところでしたので，それがものすごく議論されていたのですね。そのときの曽野先生の議論に私は賛成しています。どういうことかと言うと，個別的に交渉しているマスの商品ではなくて，例えば，データやプログラムについて個別的にライセンスを締結するときには，普通だと消尽したり，規制されていない利用行為について，たとえばほかに貸しては駄目だよとか，あるいは，この事業所内だけで使ってくださいとか，いろいろな制約をしたりする。それは，個別の交渉の結果なので，むしろ認めるべきです。これを認めないと，いや，そんな窮屈なことだったら，プログラムをつくってあげませんよとか，ライセンスしませんよなどということになって，かえって産業・文化の発展につながらないだろうということがあります。

しかし，他方で，曽野先生が強調されていたのは，そして，私が賛成しているのは，マスの商品で，つまり大衆に向けて市販しているような製品について，一律にクリックオンするとか，あるいは，昔であればシュリンクラップみたいに，一律に著作権法で定めていない制約をする。これは事実上，同意したり破らないと先に進めないですから，道端で開封されているソフトウエアを拾ったような人だけがその契約に拘束されないけれど，そうでもなければ一般的に契約に拘束さ

れるとなると，これは著作権法が定めている公序に反するだろうとおっしゃっていて，なるほどなと思っています。以降，私は今に至るまで，その説で来ております。

勝田　とすると，その中で有効な契約と有効じゃない契約というのがあって，それは場合によって別れるんだけど，まだ議論がそこまで進展していないということなんでしょうか。

田村　何をもって議論の進展というか次第ですが，私は，曽野先生の説でもう学説は完成していると思っていまして，あとは，当該条項が無効になった場合の全体契約の有効性などの問題は民法学でやってくれと思っております。裁判例でも出てくれば，一挙にみんなが議論し出すのでしょうが，もう 20 年以上も裁判例がなくて今に至っています。

勝田　とすると，僕は，ソフトあるいはデータベースを友達に売ってしまうことはオーケーかもしれないけれど，でも，訴えられたら負けるかもしれないよという，そういう話ですね。

田村　そのとおりです。

佐藤　よろしいでしょうか。

勝田　はい。

佐藤　ありがとうございます。

ほかにいらっしゃいますでしょうか。

井上さん，お願いします。

井上　すみません，長島・大野・常松法律事務所の井上です。たくさん質問をしてしまったのですが，時間があるようですので，追加でお尋ねしたいと思います。

西内さんにお尋ねした件について，1 つ目の質問は，競合性がない企業秘密の管理や処分を他人に委ねる際に，委任じゃなくて信託を考える意味があるのかという，やや疑問に思う観点からご質問したのに対して，暗号資産に関してお答えいただいたのですが，ここをもう少し，企業秘密を例にとってお答えいただけないでしょうか。私は，加毛さんのお考えに近いのかもしれませんけれども，暗号資産のような排他的に帰属するものについては，これは信託できることに何も疑問はないんですけれども，企業秘密のように，誰かに管理とか運用を委ねたときに，帰属の移転が起こるのではなくて，帰属の拡散が起こり，元の人にも残るよ

うなものについても，堅いことを言わずに信託構成を認めて支援してやってはどうかというのが田村さんのお話だったのかなと思うんですけれども，私は，支援の仕方としては，委任なんじゃないかと思うのです。受任者がフィデューシャリー・デューティーを負って管理，運用するというのが，企業秘密を委ねられた身としてはむしろ自然に聞こえて，信託を，なおそういうような，西内さんがおっしゃる競合性がない情報についても観念して考えると，委任との区別が非常に難しくなるような気もします。その議論によってどういうメリットが得られるのかも分かりませんでした。それが先ほどの１つ目の質問の意図でしたので，そこについて敷衍していただければと思います。

西内　井上さん，ありがとうございます。

競合性がない情報の信託については，どこまでメリットがあるのかは，考えてみるとよく分からないところがあります。というよりも，わたしとしては経済学的な考え方に根ざした考え方のほうが親和的というか，しっくり来るところがありますので，法と経済学的に有体物と共通の説明をしやすい競合性のほうが良いとは思っている部分があります。だとすると，競合性がない無体物・情報について，財産権をあまり認める必要性はないんじゃないかと，どちらかというと思っているところです。企業秘密のように個別の知的財産法令で保護されている場合はともかくとして，それを一般的に，民法のように所有権とか何かしらの権利を客体として物権的に観念するという必要性はあんまりないんじゃないかとは思っているところではあります。この意味では，あまり信託についてメリットがどの程度あるのかなというのは，実はよく分からないというところが回答になろうかと思います。

他方で，寄託については，昔，情報一般について，寄託を認めてもいいんじゃないかという論文を書いたことがあります。この背景として，クラウド的なサービスにおいて，自分のところに情報を残さずに，一定のファイルなどをほかの人に保管してもらう，日常用語的な保管をしてもらうという場面があるわけで，この状況を念頭に置いたわけです。そして，この情報が返せなくなって債務不履行責任を追及する場合に，一応の民法の建前としては，委任の場合には，債権者の側が債務者の義務違反を立証しなければならず，要するに善管注意義務を立証しなければならないというふうになっていますけれども，寄託の場合には，基本的には，物が返せなくなったと言えば，債務不履行の判断としては，それである程

度尽きていて，その上で，抗弁として，債務者の側，受寄者の側が適正な管理をしていたんだと，そういうことを立証する必要性があると言われております。クラウド契約サービスにおいては，とりわけ，通常の倉庫とか寄託のような場合と違って，適切な管理が行われているかどうかは，我々利用者の側で立証することはほぼ不可能だろうと思いますので，この意味で，より寄託の側に寄せていくことが適切な例が，情報の保管，そして，それを紛失されてしまう場合において適切ではないかと考えて，そのように考えた次第になります。こうした意味では，企業秘密そのものを考えるというよりも，私の想定している例ではより日常的なデータ一般を考えています。データとか情報一般について，ハードの容量を空けるためにクラウド上に保管する場面などで，なくされちゃったら困りますよねという，そこを何とかしようかなというところで，契約上の規律として処理しようとして，寄託のモデルのほうがいい場合もあるのではないかと考えた次第です。

井上　ありがとうございます。

佐藤　ほかに追加のご質問などおありの方はいらっしゃいますでしょうか。和田さん，お願いいたします。

和田　ありがとうございます。京都大学の和田です。少し時間があるということで，西内さんに追加で質問させていただきます。

先ほどの質問とは違う話になり，また，西内さんご自身はそういう立場に必ずしも与しない，むしろ競合性を基準として考えていくというお話だったかもしれませんが，ただ，有力な方向性として，「コントロール」を基準として導入する考え方もあり得るということだったかと思います。そうしたコントロールという概念は，有体物における占有概念に相当するものとして位置づけられており，ご報告の中での説明としては，例えばイギリス法の立場によると，占有の場合には客観的な排他的コントロールという要素と占有意思という要素が必要とされているが，コントロールのほうでは占有意思という部分が脱落するといった話がされていたかと思います。

このように占有とコントロールを並べて考えたときに，日本民法の準占有という概念との関係はどうなるんだろうかということが少し気になりました。情報などある種の特別な文脈でコントロール概念が議論されているだけで，それは必ずしも民法の一般法理に波及するものではない，その意味でコントロールを特別な概念として位置づける可能性もあるのかなと思ったんですが，ただ，有体物の占

有と無体物のコントロールを並べてみたとき，債権も無体物の一種として位置づけられるとしますと，日本民法における占有と準占有の概念といった一般法理にも影響するところがあるかもしれないと思いましたので，もし何かお考えがあればお聞かせいただければありがたいと思いました。

西内　質問事項は，準占有という概念ですね。これがどうなっていくのかということだったと思うんです。

この点については，準占有そのものがどの程度射程を持っているのかがまず問題になるべきだろうと思います。こういった射程は，通常の民法なんかやっていると，あまり議論がされてないので，どこまでなのかは分からないようなところもあるんですけれども，仮に無体物・情報以外にも準占有があるのだとすれば，準占有概念について，まだ議論する意味があるのかなと考えるところです。例えば，イギリスの Law Commission の議論では明示的に除かれていますけど，債権とか債務のような権利の準占有ですかね。最初に想定例として準占有で考えられていたものの１つはそうした権利義務の準占有だったと思いますので，そういったものについて準占有を考えるのであれば，無体物や有体物について一般に考えているようなコントロール概念とはまた違ったものとして準占有を議論することについての意味は残るのかもしれないとは思ってはいます。

ただ，そうだとしても，そこでいう準占有という概念は，権利について考えるにせよ，無体物・情報について考えるにせよ，やはり有体物ではないというところについて共通しているわけで，そして，多分基準としては，どちらも事実的な支配が中心的になるのだろうと思われますので，そのような意味では，準占有に関する議論をコントロール概念により発展的に解消するほうがよいのではないかという立場も考えられるところだろうとは思います。私としては，別にそれでよいのではないかと，何も検討材料がないのでそういうふうに勝手に思っているところであります。今のところのお答えとしては以上のようになります。

和田　基本的なお考えをお示しいただき，ありがとうございます。最後におっしゃったコントロール概念への発展的解消という方向性については，現行民法では占有の客観的要素と主観的要素が要求されていて，それが準占有にもスライドして「自己のためにする意思」というのが民法 205 条に入っているわけですけれども，その主観的要素は無体物に関しては脱落していってもいいんじゃないかという整理になりますでしょうか。

西内　それでもよいのだろうというふうに思います。

なお，準占有が問題になった例としては，有価証券のペーパーレス化に伴い，商事留置権が従来有価証券とされていた権利について準占有が成立するか，つまり，商事留置権を無体物に拡張することができるのかという点につき議論されたことはあります。したがって，この意味で，先ほどの権利について，準占有が有用性を有するのではないかと従来は多少議論されてきたのかなという場面を，わたしは念頭においてきたことになります。

そして，こうした点との関係で補足すると，占有概念とか準占有概念を，コントロールという概念に発展的に解消する可能性ももちろん可能なのですけれども，他方で，占有に結びつけられた効果というものも多様であることを意識することも重要かと思います。先ほど例として出した商事留置権のような例も占有と結びつけられているんですけれども，そういった例なんかに関してもコントロールという概念に解消していいのかについては，本報告では取り扱っておりません。そこはそこでまた考える必要性があるのかなとは思ってはいるところを付け加えさせていただこうかと思います。

和田　よく分かりました。ありがとうございます。

田村　情報の準占有のお話が出たので，一言だけ申し上げますと，私は昔，「無体財産権と『準占有』」という論文を，山畠正男先生と五十嵐清先生と藪重夫先生の古稀記念論文集（『民法学と比較法学の諸相Ⅰ～Ⅲ』〔信山社，1994 年～1997 年〕）に書いたことがございまして，それを直したものが，私の単著の『競争法の思考形式』（有斐閣，1999 年）に載っているので，そちらを読んでいただきたいのですが，ともかく，何を申し上げたいかというと，知的財産権の準占有の話です。特許権は登録がないと厳しいから，やはり普通は著作権で話をするのですが，特に無体財産権の準占有となりますと，昔は無体財産権というと何かみずから特許発明や著作物を利用できることが特許権とか著作権の本質だと誤解されていた時代がありました。今はほぼそのような誤解がなくなっていまして，著作権も特許権も，今日お話ししたとおり，他人の利用行為を規制する権利だと認識されています。そうなってくると，占有するというのは大変なことで，著作物をただ利用しているということでは，それは著作権を行使していることにはならないのです。そうではなくて，他者の行為を禁止していなければならない。しかも，著作権は全国的に他者の行為を禁止する権利です。なので，どこかで著作物

をほそぼそと利用しているだけではいけない。そうではなくて，たとえば，全国的に著作物が売れていて，その結果，その人が著作権者だということが前提となっているような状態でなければいけない。単に準占有と言うと，何か著作物を利用していれば，それだけでよいのだろうということになってしまうのですが，そういうことではなくて，他者の利用が全国的に妨げられているという，それが準占有を基礎づけるというお話をしたことがあります。その後，民法学のほうの議論だと，まだ昔ながらの議論が残っていたりしているところもあるようなのですが，知的財産法学のほうでは，今では，多分通説だと思いますのでご紹介しました。

佐藤　ありがとうございました。

お願いします。

坂東　名古屋学院大学の坂東と申します。

最後に岡田さんに質問した話で，利用者のオプトインに際する情報提供ということはよく理解いたしました。質問は，もう１つ別の意味もありまして，銀行の体制によって，銀行が個人情報取扱事業者になったということで，具体的に言いますと，個人情報取扱事業者になったということは，どんなことが起きるかというと，例えばインターネットバンクに入った利用者が，取引終了後，ほかのサイトの閲覧をしていて，クッキーがついているので，閲覧情報が，例えば車のウェブサイトを見に行ったとか，ほかのｅコマースに行ったという情報がクッキーについて，もう１回インターネットバンクに入ると，それが全てひもづかれるということで，インターネットバンキングには個人に幾ら預金があって，どれぐらいのリスク資産を持っているかって，全部情報が突合された上で，その情報が第三者に流用されているというのが今の状況なんですね，極端に言えば。なので，その場合，個人がオプトインするときは，恐らくほとんど銀行の口座開設自体が現在ではスマホでできて，スマホの口座開設時の注意書がスマホ上で読むと，多分恐らくここに参加されている先生方，ほとんど字が小さくて読めないと思うんですよね。その中に，恐らく，当行または第三者がマーケティングに利用する場合がありますといった注意書があって，それをクリックすることによってオプトインになってしまうというのが現状だと思うんですね。

でも，昔だと，銀行窓口に行って，口座開設時に，オプトインだったらどうしますかとサインするところなんですが，まず今はそれが100％なくて，全てがス

マホで完結する，スマホでインターネットバンクをやる，スマホで買物をするという情報が全て集約されて，インターネットバンキングの口座情報にひもづかれて，それが第三者に情報提供されるということなので，オプトインの重みとか要件が昔とは異なってきています。恐らく 20 年前の個人情報保護法が，スマホで口座開設できて，スマホで何でもできると想定していなかったと思うんですね。なので，個人情報保護法で考えるのか，業法でやるのか。もちろん業法だと，個人の利益を損ねるということで，スルガ銀行が対象になったような顧客本位業務運営原則を適用するというのがあるんですけども，その適用までには相当時間がかかるんだけども，その間に本人が意図しないオプトインによって情報がどんどんどんどん流出して，第三者に渡される，譲渡される条件の下，適正なオプトインをどう考えますかという趣旨だったんです。お願いします。

岡田　ありがとうございます。

今仰ったようなことは，金融機関に限らず，インフラとして機能する様々な IT サービスでも問題になると思います。きちんと同意を得ようとすれば，より粒度も細分化すべきであるし，サービスを人質として取得するような同意には任意性がないのではないか，という議論が特に欧州ではされることが多いです。ただ，日本では，そのような同意も含めて基本的に有効性が認められている状況の中で，どうするのかなというところだとは思います。

本当に厳密に考えていけば，基本的に細かく同意を区切って，しかも，一定の部分については拒否したとしても，全体としてサービスの利用は妨げられない，という設計にしないと，本人の自発的な同意があったとはいえないのだというご指摘も十分理解はできるところです。ただ，厳格に解釈すればするほど実務を回していくのは難しくなるので，結局のところ突き詰めて考えると，真に同意が必要な場面をどこまでの範囲だと考えるのかというところに行き着いてくるような気はします。真に同意が必要な場面と，そうでない部分を切り分けて，本当の意味で同意が必要な限定的場面では，同意の有効性要件も厳格に考えるべきなのではないか，という点をもう少し真剣に正面から議論していかないといけないのかなとは思っています。

坂東　ありがとうございます。

佐藤　ありがとうございました。

それでは，質問も尽きたようですので，質疑応答につきましては，以上をもち

まして終了とさせていただきます。長時間にわたり，報告者の先生方におかれましては，非常に詳細なご検討とご報告をいただき，また，会場の皆様からは，数々の鋭い本質的なご質問をたくさんいただきましたこと，心よりお礼申し上げます。

今までのご報告や会場の皆様とのやり取りに全て表れておりますけれども，各種プレーヤーによる情報の囲い込みであったり，あるいは，デジタルアセットと称される新しい財に関する取引が急速に進んでいる中，今日のシンポジウムが，こうした時代環境の下で派生する様々な問題に光を当てて，新しい金融の分野における法的な不確実性を取り除く一歩となることを心より願っております。本日は誠にありがとうございました。

●金融判例の概観●

民法研究者の視点から

立教大学教授　藤　澤　治　奈

1　民法総則に関する裁判例

民法の分野においては，平成29年の民法（債権関係）改正を皮切りに，法改正が相次いでおり，個々の判例の検討に際しても，これらの改正との関係を意識せざるをえない。上記平成29年の改正法は，令和2年4月1日から施行されており，現在は，旧法から新法への移行期と位置付けることができよう。裁判例にも，旧法が適用されるものだけではなく，新法が適用されるものが登場するようになってきており，旧法における解釈が新法においても維持されるのか，新法の規定が旧法の解釈に影響を与えるか，といった点が論じられることもある。

民法総則の規定に関する今期の裁判例のうち，金融取引に関連するものとしては，時効に関する最高裁判例および代理に関する下級審裁判例がある。いずれも，平成29年改正前の規定が適用されたものであるが，現行法の規定の解釈に際しても参考になる。

(1)　時　　効

最決令和5年2月1日民集77巻2号183頁は，改正前民法147条に規定された時効中断事由の1つである「承認」に関する最高裁判例である。なお，現行民法157条においても「権利の承認」が時効の更新事由とされており，これは改正前の規定を維持したものとされていることから(1)，現行法にも同様の判断が妥当すると解される。

上記令和5年最決においては，債務者の破産手続に際して選任された管財人が，別除権の目的である不動産について，別除権者との間で受戻しの交渉を行ったことや，権利の放棄の通知を行ったことが，被担保債権についての債務の承認に該当するか否かが争われた。ここでは，①債務の承認の意義および②債務の承認の主体が問題となる(2)。

まず，①債務の承認の意義について，最高裁は，「時効の利益を受けるべき当事者がその相手方の権利の存在の認識を表示することをいう」とした(3)。次に，②債務の承認の主体については，改正前民法156条（現行民法152条2項）を参

照しつつ(4),「その者が債務者の財産を処分する権限を有することを要するものではないが，これを管理する権限を有することを要する」との判断を示した。

このような一般論を前提として，本件破産管財人の行為が「承認」に該当するか否かが問題となる。最高裁は，破産管財人の管理処分権限（破産法 78 条 1 項）が破産財団を引当てとする債務にも及ぶこと，そして，受戻し（同条 2 項 14 号）の交渉をすることや権利の放棄（同項 12 号）の通知をすることも，破産管財人の職務の遂行の範囲内であることを理由として,「承認」に該当するとの判断を下した。

(2)　代　　理

東京地判令和 3 年 8 月 25 日判時 2528 号 65 頁では，改正前民法 107 条 2 項（現行民法 106 条 2 項）の射程が問題となった。同項は，復代理人の義務についての規定であるが，上記裁判例では，銀行の為替業務における送金依頼人と被仕向銀行との間の法律関係について，同項を類推適用することができるか否かが争われた。

裁判所は，送金委託契約に基づいて送金がされる場合には，送金依頼人とその依頼を受けた仕向銀行との関係，仕向銀行と被仕向銀行との関係は，それぞれ別個の委任契約関係であるとした上で，それぞれの送金事務処理は代理人としてではなく，自己の名において行われるものであるから，被仕向銀行は送金依頼人の復代理人としての性格を有しないとして，改正前民法 107 条 2 項の類推適用を否定した。

判旨で参照されている最判昭和 31 年 10 月 12 日民集 10 巻 10 号 1260 頁は，問屋と委託者との関係が問題となった判例であり，代理権を伴わない再委託の場合について，改正前民法 107 条 2 項は準用されないとしていた(5)。上記令和 3 年東京地判は，この判断に即したものである。平成 29 年改正に際して新たに設けられた現行民法 644 条の 2 第 2 項も，昭和 31 年最判を前提として,「代理権を付与する委任において，受任者が代理権を有する復受任者を選任したとき」に限定して，現行民法 106 条 2 項と同様の規律を設けていることから(6)，現行法下でも同様の判断がされると解される。

2 物権に関する裁判例

(1) 物権総則

物権総則の裁判例としては，民法177条に関して，時効完成後の第三者の背信的悪意者該当性が問題となった下級審裁判例がある。**大阪高判令和3年5月21日判時2533号13頁**では，土地の所有権につき取得時効が完成した後，その登記がされる前に，前所有者により根抵当権の設定およびその登記がされ，さらに，根抵当権が譲渡された事案が問題となった。この裁判例は，背信的悪意者に関する2つの最高裁判例との関係で注目に値する。

まず，最判平成8年10月29日民集50巻9号2506頁は，背信的悪意者からの転得者について，自身が背信的悪意者と評価されない限り177条の「第三者」から排除されない旨を判示していた（いわゆる相対的構成）。しかし，善意者の後に登場した転得者が背信的悪意者であった場合については，学説が分かれている(7)。この点について，上記令和3年大阪高判は，平成8年最判を引用しつつ，当初の根抵当権者の主観を問題とせず，根抵当権の譲受人が背信的悪意者に該当するか否かを判断した。つまり，第三者が善意であったとしても，転得者が背信的悪意者である場合には，177条の第三者には該たらないという考え方が採用されていると解される。

次に，最判平成18年1月17日民集60巻1号27頁は，時効完成後の第三者が背信的悪意者に該当する場合について，「多年にわたり当該不動産を占有している事実を認識しており……登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情が存在するとき」との判断基準を示していた。上記令和3年大阪高判は，この基準に則って，根抵当権の譲受人が地域住民であり，係争地の使用状況を何十年も前から知っていたことを認定し，背信的悪意者の判断の一要素としており，平成18年最判が示した基準の適用例としての意義を有する。

(2) 担保物権

担保物権の分野では，動産や債権等を目的とした担保に関して，法制審議会担保法制部会において，立法的な検討が続いている。

この議論に関連する裁判例として，**東京地判令和2年9月29日判時2530号50頁**がある。この裁判例は，動産（車両）を目的とした第三者所有権留保における留保所有権の侵害に関するものである。ここでは，加盟店（売主）が信販会社（留保所有権者）に対して詐欺的な行為をするという若干特殊な事案が問題と

なっており，このような事案における判示がどれほどの意義を有するかについて議論の余地がありそうではあるが，裁判所は，動産の所有権留保に関して，「留保所有権の実行に当たっては，顧客等の下にある担保の目的物たる車両を引き上げることになるところ，本件各車両は，いずれも登録を公示方法としない自動車に当たり……，本件各車両に係る留保所有権の公示の手段が不完全なものしか存在しないことからすると，X の留保所有権を存続させるとともに，X の留保所有権の実効性を確保するためには，本件各車両の占有を本件顧客らの下にとどめ，それらの所在の把握を容易にしておくことが肝要」であるとし，動産を目的とする担保権の特徴を明らかにした。その上で，「担保権を侵害する行為には，担保権自体を消滅させたり，担保目的物を損傷したりする行為のみならず，担保目的物の所在の把握に支障を生じさせるなどの担保権の実行を困難ならしめる行為も含まれる」とした。

不動産担保については，抵当権侵害に関する判例の蓄積があるのに対して（最大判平成 11 年 11 月 24 日民集 53 巻 8 号 1899 頁，最判平成 17 年 3 月 10 日民集 59 巻 2 号 356 頁等），動産担保に関しては，不動産との違いが意識されつつも，具体的にどのような行為が担保権侵害とされるのか明らかではないところ(8)，上記令和 2 年東京地判は，動産担保の特徴を踏まえて，担保目的物の所在に着目している点が，今後の立法作業等の参考になる。

3　債権に関する裁判例

(1)　平成 29 年民法（債権関係）改正との関係

債権法分野の裁判例の中にも，平成 29 年民法（債権関係）改正との関係が問題となるものがある。

(a)　債権者代位権

まず，債権者代位権について，**大阪地判令和 5 年 1 月 19 日金判 1674 号 38 頁**がある。ここでは，土地の賃貸人の所有権に基づく返還請求権を，賃借人が代位行使した場面が問題となった。平成 29 年改正に際しては，債権者代位権に関する規定も改正されたが，附則 18 条 1 項によれば，施行日前に被代位権利が発生した場合には旧法が適用される。本件の被代位権利は，所有権に基づく返還請求権であり，最初に発生したのは施行日前のことではあるが，返還請求権は侵害が存続する限り不断に発生するものであることから，本件では，現行法が適用され

る。

旧法下の判例は，債権者が代位行使に着手し，債務者にその事実を通知し，又は債務者がそのことを了知した場合には，債務者は被代位権利について取立てその他の処分をすることができないとしていた（大判昭和14年5月16日民集18巻557頁）。これに対して，現行法は，債務者の管理処分権を尊重し，債権者が被代位権利を行使した場合であっても，債務者は，被代位権利について，自ら取立てその他の処分をすることを妨げられないと規定している（民法423条の5）[9]。

本件では，賃借人（債権者）が債権者代位権を行使した訴訟において，訴訟告知を受けた賃貸人（債務者）が独立当事者参加を申し出た（民事訴訟法47条1項後段）。これに対して，裁判所は，両者の請求が非両立の関係に立たないとして独立当事者参加を否定し，共同訴訟参加としての参加を認めた（同法52条1項）。その上で，債務者が自ら被代位権利を行使している場合には債権者代位権を行使することができないことから（最判昭和28年12月14日民集7巻12号1386頁），本件の賃借人（債権者）は債権者代位権を行使することはできないとして，賃借人の訴えを却下した。

この判決は，現行法下での債権者代位権の行使についての先例として重要な意義を有している。なお，本件では，建築請負契約における土地の留置権の成否も問題となっており，この点でも注目される裁判例である。

(b) 詐害行為取消権

詐害行為取消権については，**東京地判令和3年9月8日判時2567号68頁**がある。平成29年改正に際しては，詐害行為取消権の規定も大幅に改正されたが，附則19条によれば，施行日前の詐害行為については，旧法の規定が適用される。本件で問題となった根抵当権設定契約の締結は，施行日前のことであり，旧法が適用されるが，旧法の解釈に際して，新しい民法424条の3が参照されるべきか否かが争われた。

というのも，改正前の判例は，改正前民法424条に基づき比較的広範に詐害行為該当性を認めてきたが，平成16年の破産法改正に際して，破産法上の否認権に行為類型ごとの要件が規定された結果，民法と破産法との間に不整合（いわゆる逆転現象）が生じていた。これが問題視された結果，現行民法では，詐害行為取消権についても，否認権と同様に，行為類型ごとの要件が規定されることとなった[10]。

特定の債権者に対する担保供与については，改正前の判例が，残余財産では他の債権者に対し十分な弁済することができないにもかかわらず，債務者がこれを知りながら敢えて担保権を設定した場合に，詐害行為取消権の行使を認めていた（最判昭和 32 年 11 月 1 日民集 11 巻 12 号 1832 頁）。これに対して，現行法では，債務者と受益者とが通謀して，他の債権者を害する意図をもって行ったことが要件とされた（現行民法 424 条の 3）。

上記令和 3 年東京地判では，租税債権を有する原告（国）が，債務者に対して課税処分に係る通知書を交付した直後（同日）に，被告（金融機関）が既存の債権を担保するために根抵当権の設定を受けたことが，詐害行為に該当するか否かが問題となった。裁判所は，本件根抵当権の設定は，租税債権に優先して債権回収を図ることを主たる目的としたものであったことを認定し，平成 29 年改正前の判例の基準に照らして，詐害行為該当性を認めた。現行法における価値判断が，旧法の解釈に影響を与えるか否かについて（本件では否），参考になる裁判例である。

(2)　ファクタリング

平成 29 年改正において解決されなかった問題の 1 つに，債権の真正譲渡性の問題がある。債権譲渡が，担保目的で行われたのか，真の売買であったのかによって，その倒産法上の取扱い等に差異が生じるが，その基準が不明確なのである。この問題は，現在進行中の担保法の改正作業においても意識されてはいるが，立法的な解決は予定されていない。

この問題に関連して，近年注目されているのがファクタリングである。ファクタリングの法的性質をめぐる下級審裁判例が積み重ねられてきたが，今期，最高裁が一定の判断を示した。

ファクタリングとは，広義には，企業が物品の販売や役務の提供によって得た売掛債権等に関する管理を総合的に引き受ける金融サービス全般をいうが，狭義では，企業等が有する売掛債権等を買い取ることにより，資金を提供するサービスのことをいう[11]。狭義のファクタリングにおいては，当事者間で債権の「売買」の法形式が採られる一方，金融の実質を有する場合もあることから，当該取引が，債権の真正な売買なのか，それとも金銭消費貸借および債権譲渡担保なのかが争われることがある。後者の性質決定がされる場合には，当該金銭消費貸借契約につき出資法および貸金業法が適用されるが，貸金業の登録なしに債権担保

目的のファクタリングを行う違法業者がおり，社会問題化している。

(a) 給与ファクタリング

ファクタリングのうち，個人（労働者）が使用者に対して有する賃金債権を買い取って金銭を交付し，当該個人を通じて当該債権に係る資金の回収を行うような取引のことを「給与ファクタリング」と呼ぶ[12]。

金融庁は，給与ファクタリングについて，労働基準法24条1項に基づき，債権の譲受人による取立てが許されないことを指摘し，「賃金債権の譲受人から労働者への金銭の交付だけでなく，賃金債権の譲受人による労働者からの資金の回収を含めた資金移転のシステムが構築されているということができ，当該スキームは，経済的に貸付け（金銭の交付と返還の約束が行われているもの。）と同様の機能を有しているものと考えられることから，貸金業法……第2条第1項の『手形の割引，売渡担保その他これらに類する方法』に該当する」としている[13]。

これまでの下級審裁判例においても，給与ファクタリングについて，貸金業法および出資法の適用対象であるとする判断が積み重ねられてきた（東京地判令和2年3月24日金法2153号64頁〔①事件および②事件〕，東京地判令和3年1月26日金法2171号78頁，熊本地判令和3年4月20日消費者法ニュース128号210頁等）。今期の下級審裁判例の中にも，給与ファクタリングを金銭消費貸借契約であると性質決定した上で，貸金業法および出資法上の規制利率を著しく超える高金利を定めていることを理由に，契約自体が公序良俗違反（民法90条）であるとした上で，ファクタリング業者からの不当利得返還請求を不法原因給付（民法708条本文）であるとして退けたものがある（**東京地判令和3年1月26日判時2527号60頁**）。

最決令和5年2月20日刑集77巻2号13頁も，給与ファクタリングについて，①給与の直接支払いの原則の存在ゆえ，ファクタリング業者は労働者から資金を回収せざるをえないこと，②労働者は，賃金債権の譲渡を使用者に知られないために，債権譲渡通知の留保を希望しており，通知を避けるために，債権を買い戻さざるを得ない状況にあったことを指摘し，「本件取引に基づく金銭の交付は，それが，形式的には，債権譲渡の対価としてされたものであり，また，使用者の不払の危険は被告人が負担するとされていたとしても，実質的には，被告人と顧客の二者間における，返済合意がある金銭の交付と同様の機能を有するものと認められる」と述べ，貸金業法違反および出資法違反の罪の成立を認めた。

(b)　事業者間ファクタリング

一方，事業者間で行われるファクタリング取引には様々なものがあり，裁判所の判断が分かれている。

今期の裁判例では，**東京地判令和 3 年 12 月 15 日判時 2538 号 39 頁**が，債権の回収不能のリスクがファクタリング業者に移転していることを理由として，契約の文言どおり，ファクタリング取引を債権の真正譲渡であると認めた。このような判断は，東京地判令和 2 年 9 月 18 日金法 2176 号 68 頁と類似している。

しかし，その一方，**名古屋地判令和 3 年 7 月 16 日判時 2534 号 76 頁**は，譲渡された債権の債務者が商業施設の開発者（ディベロッパー）であり，債務不履行の可能性が極めて低いことから，債務不履行の際に譲渡人が譲受人に対して支払義務を負うか否かを，契約の性質決定に際しての判断要素とすることは相当ではないとし，本件ファクタリング取引は実質的には「金銭の貸付け」に該当するという。ファクタリング業者が貸金業法の登録を受けておらず，また，貸金業法および出資法上の規制利率を大幅に超える高金利となっていたことから，本件取引は公序良俗に反し（民法 90 条），ファクタリング業者が金員の支払を受けたことは不法行為（民法 709 条）であると判断された。事業者間ファクタリングについて，「金銭の貸付け」に該当するとした下級審裁判例としては，大阪地判平成 29 年 3 月 3 日判タ 1439 号 179 頁があるが，ここでの判断枠組みは，上記令和 3 年名古屋地判とも異なっている。

事業者間ファクタリングにおける真正譲渡性の判断基準は，裁判所によって異なっているようにもみえることから，今後の裁判例の動向に注目する必要がある。

4　相続に関する裁判例

最後に，相続に関連する今期の裁判例のうち，預金取引に関係するものを取り上げる。預金は，相続財産の中でも，金銭的価値に直結する重要な財産であることから，相続をめぐる紛争において預金の取扱いが問題となることが少なくない。

(1)　遺留分減殺請求権と遺言執行者

まず，**高松高判令和 3 年 6 月 4 日判時 2540 号 8 頁**では，遺言執行者による預貯金の払戻権限と，遺留分減殺請求権（平成 30 年相続法改正前の民法 1031 条）との関係が問題となった。被相続人が包括遺贈の公正証書遺言をのこして死亡し，法定相続人が遺留分減殺請求訴訟を提起した後，遺言執行者が金融機関に対して

貯金の払戻しを求めたという事案に関するものである。なお，本件遺言には，遺言執行者の権限として，預貯金の解約，払戻し，名義変更等，遺言執行のために必要な一切の行為を行うことができる旨が記載されていた。

裁判所は，相続法改正前の遺留分減殺請求権について，「具体的な遺留分額が確定する以前は，遺留分減殺請求権が行使されたからといって，その権利の性質だけから，直ちに，遺言執行者が遺贈を執行することができなくなるものではない」とし，また，実質的に見ても，預貯金の払戻しができないとすると遺言執行事務が制約され妥当ではないとして，遺言執行者による預貯金の払戻請求を認容した上，遅延損害金の発生も認めた。

本件に先行して，遺言執行者の払戻権限を認めた東京地判令和元年 11 月 15 日金法 2142 号 52 頁があるが，ここでは，あくまで当該事案の遺言の内容に即した判断がされており，本件のような一般論が述べられたわけではなかった。また，本件の原審（高松地丸亀支判令和 2 年 12 月 23 日判時 2540 号 13 頁）は，遺贈と遺留分減殺請求権との関係に関する判例（最判昭和 51 年 8 月 30 日民集 30 巻 7 号 768 頁），遺留分権利者に帰属する権利に関する判例（最判平成 8 年 1 月 26 日民集 50 巻 1 号 132 頁），相続における預貯金債権の帰属に関する判例（最大決平成 28 年 12 月 19 日民集 70 巻 8 号 2121 頁）を引用して，払戻請求を否定していたところ，これを覆して，上記のような判断を示した点が注目される。

(2) 死因贈与と預金

次に，**東京地判令和 3 年 8 月 17 日判時 2513 号 36 頁**においては，贈与者の総財産を受贈者に贈与する一方，公租公課を含む全ての経費を控除した額の一部を第三者に寄付することを義務付ける，負担付死因贈与契約が問題となった。死因贈与契約は，贈与契約の一種であるが，遺贈と類似する機能を果たすことから，民法 554 条には「その性質に反しない限り，遺贈に関する規定を準用する」旨が規定されている。しかし，この規定だけでは，いかなる場合に遺贈と同様の取扱いがされるべきか明らかではない。

上記裁判例では，まず，死因贈与（公正証書によらないもの）につき執行者を選任することができるか否かが争われた。裁判所は，実務に即して執行者の選任を認めた上で，当該執行者に預金の払戻請求訴訟における原告適格を認めた。しかし，その一方，遺言が単独行為であるのに対して死因贈与は契約であることを理由として，預金契約における譲渡禁止特約が死因贈与にも適用されることを認

め，死因贈与によって受贈者が預金債権を取得することはできないとした。受贈者が預金債権を取得することができない一方で，執行者が払戻請求をすることができる点について，理論的な不整合がないか検討が必要であろう。

(3)　被相続人の預金の払戻し

被相続人の①生前および②死後に，相続人の一人が無断で被相続人の預金口座から出金した場面についての裁判例として，**東京地判令和 3 年 9 月 28 日判時 2528 号 72 頁**がある。裁判所は，①生前の出金については，被相続人が不当利得返還請求権を有しているところ，これは可分債権であり，（具体的相続分ではなく）法定相続分に応じて分割承継されるとした。また，②死後の出金については，被相続人の死亡の時点で預金は分割されておらず，法定相続分に応じた持分割合による準共有の状態にあり（最大決平成 28 年 12 月 19 日民集 70 巻 8 号 2121 頁），無断出金は持分権の侵害となるとして，他の相続人による法定相続分に応じた不当利得返還請求権を認めた。

また，被相続人の存命中に，相続人の一人が被相続人を伴って，被相続人名義の口座から預金の払戻しを受け，自己名義の口座に入金した場面について，**東京高判令和 4 年 4 月 28 日金判 1650 号 16 頁**がある。裁判所は，払戻しが被相続人の意思に基づいて行われたことを認定する一方で，被相続人と相続人との間に寄託契約が成立していたとし，その他の相続人からの寄託金返還請求権を認めた。高齢者の預金の払戻しをめぐるトラブルのうち，無断出金であるとまでは言えない事案についての解決として参考になる裁判例である。

〔注〕

(1)　筒井健夫＝村松秀樹『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務，2018 年）47 頁。

(2)　このような整理につき，山本和彦「本件判批」金法 2225 号（2024 年）56 頁以下参照。

(3)　判旨は，従来の学説に沿ったものである（四宮和夫＝能見善久『民法総則〔第 9 版〕』〔弘文堂，2018 年〕468 頁）。

(4)　改正前民法 156 条（現行民法 152 条 2 項）は，承認に際して，権利能力や処分権限を有している必要はないと規定している。承認は，新たな処分行為ではなく，現に存在する権利を確認することにすぎないからである（四宮＝能見・

前掲注(3)参照）。

(5)　北村良一「本件判解」最判解民事篇昭和 31 年度 180 頁。

(6)　山本豊編『新注釈民法(14)』（有斐閣，2018 年）269 頁［一木孝之］。

(7)　学説の状況について，石田剛「背信的悪意者からの転得者」法教 395 号（2013 年）107–109 頁。

(8)　法制審議会担保法制部会資料 42「担保法制の見直しに関する要綱案のたたき台 2」15 頁参照（https://www.moj.go.jp/content/001412239.pdf）。

(9)　筒井＝村松・前掲注(1) 93–94 頁。

(10)　筒井＝村松・前掲注(1) 102–103 頁。

(11)　黒川弘務『逐条解説サービサー法〔新版〕』（金融財政事情研究会，2003 年）41 頁。

(12)「金融庁における一般的な法令解釈に係る書面照会手続（回答書）」（https://www.fsa.go.jp/common/noact/ippankaitou/kashikin/02b.pdf）。

(13)　同上。

●金融判例の概観●

商法研究者の視点から

神戸大学教授　行　岡　睦　彦

1　はじめに

本稿では，商法研究者である筆者の視点から，主として 2023 年に公刊された金融判例を概観する。なお，筆者の関心により判例・裁判例の選定に偏りがあることをあらかじめお断りしておきたい。

2　社債への利息制限法の適用

最判令和 3 年 1 月 26 日民集 75 巻 1 号 1 頁は，社債には原則として利息制限法が適用されないとの立場を明らかにした。事案は，多数回にわたり，社債権者をそれぞれ 1 名として，利息制限法 1 条所定の制限利率を超える利率の利息を定めた社債を発行した訴外 A 社の破産管財人 X が，かかる社債権者の 1 人である Y に対し，過払金の返還等を請求したというものである。ほぼ同一の事案について複数の訴訟が係属しており，別訴において当該事案における利息制限法の適用を肯定する例も存在したが（東京地判平成 30 年 7 月 25 日判タ 1470 号 208 頁），否定する例も複数存在した（東京高判平成 31 年 1 月 30 日民集 75 巻 1 号 18 頁〔本件原審〕，東京高判令和元年 10 月 30 日金判 1595 号 48 頁等）。

最高裁は，大要，①社債は金銭消費貸借と類似する点もあるが相違もあること，②経済的弱者の保護という利息制限法の趣旨は社債に直ちに当てはまるものではないこと，③社債に利息制限法を適用すると会社法が社債制度を設けた趣旨に反すること，④とはいえ，「社債の発行の目的，募集事項の内容，その決定の経緯等に照らし，当該社債の発行が利息制限法の規制を潜脱することを企図して行われたものと認められるなどの特段の事情」がある場合には利息制限法の趣旨が妥当することを挙げて，「上記特段の事情がある場合を除き，社債には利息制限法 1 条の規定は適用されないと解するのが相当である」と判示した。

本判決により，実質的にローンとさほど径庭のない私募債であっても原則として利息制限法は適用されないことが明らかとなったが，いかなる場合に「特段の事情」が認められるかはなおも明確でない。

3 有価証券報告書等の虚偽記載

東芝の不適切会計に関する投資家の損害賠償請求訴訟について，公刊裁判例が蓄積されつつある。いずれの裁判例も多岐にわたる争点について判断しているが，以下では，①東芝のいわゆる組織過失に関する判示と，②損害論（賠償すべき損害の内容）に関する判示に焦点を当てて概要を紹介する。

(1) 東芝の組織過失について

東京地判令和3年5月13日判タ1498号180頁は，「本件虚偽記載の原因となった不適切な会計処理は，……被告の経営トップらが意図的な見かけ上の当期利益の嵩上げの実行や費用・損失計上の先送りの実行又はその継続を認識したのに，中止ないし是正を指示しなかったこと，幹部職員等の担当者もまた，被告経営トップら又は社内事業部のトップらが有している見かけ上の当期利益の嵩上げという目的のもとで，不適切な会計処理を実行し又は継続してきたことが原因となったというべきであり……，いわば，被告の一個の組織体としての行動として，不適切な会計処理が行われてきたとみることができる。そして，その結果として，重要な事項についての虚偽記載がある本件有価証券報告書等が提出された結果，投資者の財産権という重要な法益が侵害され，かつ，少なくとも上述した者の誰かに過失があることは明らかである。……したがって，業務遂行に関わる代表者や被用者個人の行為や故意又は過失を個別に問題とすることなく，法人としての被告は，有価証券報告書等の提出に当たり，その重要な事項について虚偽記載がないように配慮すべき注意義務を怠ったものとして，原告らに対して直接民法709条に基づく損害賠償責任を負うというべきである」と判示した。また，**福岡地判令和4年3月10日金判1642号23頁**は，「有価証券報告書等を提出する会社は，その重要な事項について虚偽の記載をしないように配慮すべき注意義務を負う」との一般論を述べた上で，「被告東芝が提出した……有価証券報告書に重要な事項についての虚偽の記載（本件虚偽記載部分）があることは上記……記載のとおりであり，これらの有価証券報告書が被告東芝において組織的に作成されたものであることは明らかである。法人（組織）としての被告東芝は，代表者等の特定の個人の故意・過失を問題にするまでもなく，上記注意義務を怠ったものと認められるから，不法行為に基づき，被告株式を取得した原告らに生じた損害を賠償する責任を負う」と判示した。

これらに対し，**高松地判令和5年3月28日裁判所ウェブサイト**は，「虚偽の有

価証券報告書等の提出行為が，市場における株価の適正価格形成阻害による株式取得者への権利侵害となり得る加害行為といえる余地がある……としても，被告東芝に対して本件有価証券報告書等の虚偽の記載に関し民法 709 条の責任を認めるには，その場合に被告東芝の代表者又は被用者が負うべき具体的な注意義務及びその注意義務違反の主張が必要となるところ，原告らはこれらについて具体的な主張をしない」とし，また，「仮に，本件有価証券報告書等の虚偽の記載が被告東芝による多数人の組織的活動の結果であるゆえに個々の被用者や代表者の注意義務違反を特定することはできないとして，被告東芝という法人自体の注意義務違反を認め得るか（いわゆる組織過失）という点から考えたとしても，……虚偽の有価証券報告書を作成，提出しない注意義務といったものは，あまりに抽象的であり，本件調査報告書によるとしても，様々な行為や段階が複合していて上記虚偽の有価証券報告書提出に至った原因は必ずしも帰一しない。そのため，被告東芝が，本件有価証券報告書等を作成，提出するという組織的活動の過程において，上記を防止するために具体的にいかなる注意義務を負っており，かつ，これにどのような違反があったというのか，その注意義務をどのように尽くしていれば本件有価証券報告書等への虚偽の記載という結果を防止し得たのかという点についての一定程度具体的な指摘が必要になると解されるところ，原告らの主張においては，これらについて求められる程度の具体的な指摘がされたとはいえない」として，東芝の民法 709 条に基づく責任を否定した（なお，金商法 21 条の 2 に基づく責任は肯定）。

(2)　損害論について

前掲東京地判令和 3 年 5 月 13 日および前掲福岡地判令和 4 年 3 月 10 日は，いずれも，いわゆる取得自体損害の事案（株式取得者が，有価証券報告書等の虚偽記載がなければ，その株式を取得せず，株主という立場にならなかったという事案）ではないことを前提としつつ，相当因果関係のある損害は，①虚偽記載の存在により株価が不当に高く評価された嵩上げ部分（いわゆる高値取得損害）だけでなく，②虚偽記載の発覚による会社の信用毀損等や，投資者の過剰反応（いわゆるろうばい売り）が生じることによる株価下落分も含むものと判示した。これは従来最高裁が示してきた立場（最判平成 23 年 9 月 13 日民集 65 巻 6 号 2511 頁〔西武鉄道事件〕・最判平成 24 年 3 月 13 日民集 66 巻 5 号 1957 頁〔ライブドア事件〕）と整合的であると考えられる。ただし，上記福岡地判は，東芝が虚偽記載

のある有価証券報告書を最初に提出した2010年6月23日の取引終了までに（つまり虚偽記載の開始前に）取得されていた株式についても，（上記①の高値取得損害は否定しつつ）上記②の信用毀損や過剰反応に起因する株価下落分の損害を認めている点で，特徴的である。

これに対し，前掲高松地判令和5年3月28日は，取得自体損害の事案ではない本件においては，賠償すべき損害は上記①の高値取得損害のみであり，上記②の信用毀損や過剰反応による株価下落分は含まれない，との立場を示す。いわく，「そもそも，株主は，会社の構成員であり，その資産を実質的に有する者であることからすれば，株主であることによって当然に，会社財産の増減，会社の信用の上昇・毀損に伴う株価の変動に従って，間接的に利益を得たり，損失を被ったりするものである。そうすると，会社の信用毀損やろうばい売りによる株価下落の損害も，有価証券報告書等の虚偽記載後に虚偽記載を知らずに株式を取得した者はもちろん，上記虚偽記載がされるより以前に株式を取得した者も，株主であることによって当然に被るべきものであるから，……本件虚偽記載がなければ株主という立場にならなかったとはいえない原告らについて，本件虚偽記載と会社の信用毀損やろうばい売りによる株価下落という損害との間に相当因果関係があるとは認め難い」という。理論的な観点からは魅力を覚えるが，上記の最高裁判例との整合性が問題となるように思われる。

4　有価証券の販売・勧誘

(1)　レセプト債の販売・勧誘

2015年～2016年に社会問題となったレセプト債事件について，裁判例の展開がみられる。事案の大まかな概要は次のとおりである。O社は，診療報酬債権等の買取りおよびこれを裏付資産とする債券（レセプト債）の発行を行うファンド（SPC）3社を運営していた。これらのファンドでは，ある時期からレセプト債の発行により調達した資金を本来予定された使途以外の使途に使用するようになっていたが，運用実績報告書や決算報告書には，レセプト債の発行残高に見合った診療報酬債権等の買取りを行っている旨の虚偽の記載がなされていた。O社およびファンド3社は，平成27年10月，証券取引等監視委員会の調査を受けてレセプト債の新規発行を停止し，同年11月，破産手続開始の申立てをした。

いくつかの公刊裁判例が存在するが（以下で取り上げるもののほか，那覇地判

平成 30 年 7 月 13 日判時 2409 号 76 頁〔投資家が，販売証券会社に対し，引受審査義務違反等があるとして損害賠償等を請求した事案。請求棄却〕，札幌地判令和 3 年 3 月 25 日金判 1622 号 33 頁〔顧客に対する損失補償金の支払をした販売証券会社が，主幹事証券会社の担当取締役等に対し，会社法 429 条 1 項に基づく損害賠償を請求した事案。請求一部認容〕，東京地判令和 3 年 9 月 29 日判時 2538 号 94 頁〔破綻した主幹事証券会社に顧客資産を預託した投資家が，投資者保護基金に対して補償金の支払を請求した事案。請求棄却〕がある），以下では，最近の 2 つの裁判例を取り上げ，販売証券会社（いずれも主幹事ではない）の投資家に対する責任についての判示の概要を紹介する。

金沢地判令和 4 年 5 月 26 日金判 1653 号 2 頁は，被告証券会社に商品審査義務違反がある等とする原告の主張に対して，金商法上，外国法人が発行する社債類似の債券を販売する証券会社について商品審査義務を定めた規定は存在しないこと等に照らして，「本件レセプト債を販売する証券会社が原告らの主張するような商品審査義務を負うものであって，これを怠った場合に同債の購入者に対する損害賠償義務を負うものと解することは困難である」とし，また，仮に被告証券会社が「本件レセプト債等の資金が診療報酬債権等の購入と無関係の目的外支出に当てられることにより発行会社 3 社が巨額の債務超過に陥っていることを知りながら，又は，証券会社に求められる相応の調査を尽くすことにより，これを認識することができたにもかかわらず，O 社及び A 証券〔主幹事社〕と共謀又は共同して，本件レセプト債の販売を決定，継続し，最終販売行為を行った場合には，同行為が不法行為法上違法なものとなる場合もあり得る」ものの，本件ではそのような場合に該当しない等として，被告証券会社の責任を否定した。

これに対し，**名古屋地判令和 4 年 4 月 19 日判時 2549 号 66 頁**は，被告証券会社によるレセプト債の取得勧誘は，金商法上の少人数私募（金商法 2 条 3 項 2 号ハ）に該当するものの，「勧誘の相手方が投資判断に必要な情報をその有価証券の発行者〔SPC〕から直接入手することが容易でないといえるから，少人数私募に係る有価証券の発行者がいわゆる開示規制の適用を受けない趣旨が実質的に妥当しないのであり，投資判断に必要な情報を本件各社債の取得者に開示すべき必要性が高いものというべきである」と指摘し，「その取得勧誘をする金融商品取引業者は，金商法の開示規制の趣旨に照らして，投資判断に必要な情報が本件各社債の取得者に開示されないことにより取得者が不測の損害を被ることのないよ

うに適切な措置を講ずることが期待されているものというべきである」とした。その上で，被告証券会社は，「遅くとも平成26年1月23日の時点において，A証券〔主幹事社〕等から追加資料の提供を受けるなどして，本件各社債が真実診療報酬債権を裏付けとするものであるといえるかを調査すべき義務を信義則上負って」おり，「A証券等から追加資料の提供を受け，合理的な説明がされるまでの間，本件各社債の私募の取扱いを中止すべき」であった（にもかかわらず私募の取扱いを中止せず，投資家にレセプト債を取得させた）として，不法行為責任を肯定した。

⑵ 仕組債の販売・勧誘

仕組債の販売・勧誘に関しては，2023年6月，地銀2社および地銀系証券1社に対して業務改善命令が発出されたことが社会の耳目を集めたが（関東財務局「株式会社千葉銀行に対する行政処分について」，「株式会社武蔵野銀行に対する行政処分について」および「ちばぎん証券株式会社に対する行政処分について」〔いずれも令和5年6月23日付〕），民事事件においても裁判例の蓄積があった。以下では，最近の2つの裁判例を取り上げ，その概要を紹介する。

東京地判令和4年3月31日金法2213号48頁は，D証券（被告）から仕組債（本件EB債）を購入し，ノックインの発動により損失を被った原告が，被告の従業員による本件EB債購入の勧誘および販売行為は適合性原則違反または説明義務違反に該当するとして，被告に対し，不法行為に基づく損害賠償を請求した事案である。裁判所は，適合性原則違反の主張に関しては，本件EB債の商品特性を踏まえても，原告の投資経験，投資意向および財産状態に照らして，「被告が，原告の意向と実情に反して，明らかに過大な危険を伴う取引を積極的に勧誘したなどとはいえず，適合性の原則から著しく逸脱した勧誘をしたということはできない」と判示し，原告の主張を斥けた。他方，説明義務違反の主張に対しては，相応に高齢であり，本件EB債の基本的な仕組みやリスクを自ら調査することが困難である等の原告の属性や，被告の担当者が，高率の利息を受け取ることができることを殊更に強調する一方，ノックインが発生する可能性やそのリスクを過少に見積もる説明をし，また，本件EB債が株式で償還された場合の株価変動リスク・元本毀損リスクを過少に見積もる説明をしたこと等を踏まえ，「上記の属性を有する原告が本件EB債のリスクを適切に理解し，自己責任をもって投資することができる程度に説明を尽くすものであったと評価することはできな

い」と判示し，被告の原告に対する不法行為責任を肯定した（ただし，過失相殺 6 割）。

東京地判令和 5 年 5 月 29 日金判 1678 号 26 頁は，S 証券（被告）従業員の勧誘により 2 回にわたり仕組債（公募の為替連動債〔本件仕組債 1〕と私募の EB 債〔本件仕組債 2〕）を買い付けた投資家（原告）が，被告に対し，適合性原則違反，説明義務違反ないし指導助言義務違反があるとして，債務不履行ないし不法行為に基づく損害賠償を請求した事案である。裁判所は，本件仕組債 1 については原告の主張をすべて斥けたが，本件仕組債 2 については，①仕組みが複雑で，相当の評価損を被るリスクがあり，途中売却が困難であり，買付単位が大きい等の商品特性が認められること，②投資経験や知識に照らして，原告が本件仕組債 2 の仕組みの実質的な意味およびリスクを的確に把握しうるだけの知識や能力を備えていたとは認められないこと，③財産状態に照らして，本件各仕組債の保有により原告は老後の生活資金すべてを元本毀損リスクに晒すことになること，④原告の発言内容を踏まえると，本件仕組債 2 が原告の投資目的・意向に合致しているとか，原告が本件仕組債 2 の有するリスクを許容しているとは認められないこと等から，被告担当者の行為は，「適合性の原則から著しく逸脱した金融商品の取引の勧誘をしてこれを行わせた」ものとして不法行為法上違法となり，被告は使用者責任に基づく損害賠償責任を負うものと判示した。また，過失相殺については，「適合性原則の趣旨に反して取引を行わされた顧客の過失については，当該顧客が積極的に虚偽の陳述をしたなどの特段の事情がない限り，これを斟酌することは許されない」とし，否定した。

5　インサイダー取引規制

インサイダー取引規制に関しては，**最決令和 4 年 2 月 25 日刑集 76 巻 2 号 139 頁**が，（事例判断ではあるものの）「職務に関し知った」（金商法 167 条 1 項 6 号）という要件に関して初めて判示したものとして意義があると考えられるため，その概要を紹介する。

事案は概要次のとおりである。C 社（上場会社）は，業務執行を決定する機関において，D 社（C 社の上場子会社）に対する公開買付け（本件公開買付け）を行うことについての決定をし，その実施に向けて，A 社（証券会社）との間でフィナンシャルアドバイザリー契約を締結した。A 社において本件公開買付け

に係る業務を担当するＦ部に所属する従業員であるＢらは，Ｃ社との同契約の締結に関し，本件公開買付けの実施に関する事実を知った。Ｙ（被告人）は，同じくＦ部に所属する従業員であるが，本件公開買付けに係る案件の担当ではなかった。しかし，Ｙは，Ｂと同じ室内で執務しており，電話で通話中のＢの発言を聞き取ることができたほか，Ｆ部においてジュニア（上司の指示を受けて業務に従事する下位の実務担当者のことで，ＢとＹがこれに該当する）が自身の担当業務の概要を記入することとされていた一覧表（本件一覧表）を閲覧することができた。Ｙは，①本件一覧表を閲覧し，Ａ社とフィナンシャルアドバイザリー契約を締結している上場会社がその上場子会社に対して公開買付けをし，完全子会社化する案件をＢが担当していることを知り，②自席において，Ｂが電話で上司と通話する中で不注意から顧客の社名として「C」と口にするのを聞いて，上記案件の公開買付者がＣ社であることを知り，③自らインターネットで検索してＣ社の有価証券報告書を閲覧し，関係会社の中で上場子会社はＤ社のみであることを確認して，本件公開買付けの対象となるのはＤ社の株券であることを知った。

本決定は，「このような事実関係の下では，自らの調査により上記子会社を特定したとしても，証券市場の公正性，健全性に対する一般投資家の信頼を確保するという金融商品取引法の目的に照らし，被告人において本件公開買付けの実施に関する事実を知ったことが同法 167 条 1 項 6 号にいう「その者の職務に関し知つたとき」に当たるのは明らかである」と判示し，Ｙについて情報伝達罪（197 条の 2 第 15 号，167 条の 2 第 2 項）の成立を認めた原判決を是認した。

なお，インサイダー取引規制に関しては，近年，課徴金納付命令の取消訴訟において請求を認容する裁判例が蓄積されつつあり，注目されるが（モルフォ事件につき，東京高判令和 3 年 11 月 24 日金法 2196 号 57 頁，東京地判令和 3 年 10 月 29 日判時 2552 号 55 頁，東京地判令和 4 年 1 月 21 日資料版商事 462 号 121 頁，SHIFT 事件につき東京高判令和 4 年 10 月 13 日資料版商事 466 号 105 頁参照），既に紙幅が尽きているため，本稿では取り上げることができない。

●金融判例の概観●

手続法研究者の視点から

法政大学教授　杉　本　和　士

1　はじめに

本稿において筆者に与えられたテーマは，民事手続法研究者の視点からの金融判例の概観である。ここでいう「民事手続法」とは，金融判例に直接関係する法分野として，①民事訴訟法，②民事執行・保全法及び③倒産法を想定して頂きたい。

今回は，令和 5 年（2023 年）の金融判例を振り返るものとして，本来ならば同年 1 月から 12 月までの 1 年間に現れた裁判例が対象となるはずである。もっとも，従来の「金融法学会編・金融判例研究」における「金融判例の概観」が最終的に令和 3 年（2021 年）4 月末までの各誌掲載裁判例を対象としていたため，仮に本稿が令和 5 年の 1 年間のみを対象範囲とすると，令和 3 年（2021 年）5 月から令和 4 年（2022 年）12 月までの金融判例の紹介が抜け落ちることとなる。そこで，本稿では，この間隙を埋めるべく，必ずしも網羅するのを目的とはしていないものの，まず「令和 3 年 5 月から令和 4 年 12 月までの民事手続法に関する金融判例補遺」として，上記期間に現れた最高裁判例のうち金融法に関連するものを採り上げる。その上で，「令和 5 年における民事手続法に関する金融判例紹介」として，やはり筆者の判断で金融法に関連すると考えられる最高裁判例を紹介することとしたい。

以上の対象期間における民事手続法の関連判例を概観すると，最高裁判例だけに対象を絞って見るかぎりでは，民事執行法に関するものが多いのが特徴的である。これに対し，民事執行法と同様に金融法の重要分野の 1 つである倒産法関連の判例は，例えば平成 29 年（2017 年）と比べると，年に 1 件程度が見られるにとどまる。このことは，コロナ禍の下で倒産件数が減少していたことと相関関係がありそうである（そうすると，今後，倒産件数の増加に伴い，倒産判例の増加も予想されよう）。

2　令和3年5月から令和4年12月までの民事手続法に関する金融判例補遺

(1)　民事訴訟法関係

最判令和3年5月25日民集75巻6号2935頁は，民事訴訟法118条3号の要件を具備しない懲罰的損害賠償としての金員の支払を命じた部分（懲罰的損害賠償部分）が含まれる外国裁判所の判決（米国カリフォルニア州の裁判所の確定判決）に係る債権について弁済がされた場合，その弁済が上記外国裁判所の強制執行手続においてされたものであっても，これが懲罰的損害賠償部分に係る債権に充当されたものとして上記判決についての執行判決をすることはできないと判示した。その上で，懲罰的損害賠償部分を除く部分に係る債権が当該弁済の額の限度で消滅したものとして，その残額及びこれに対する利息の支払を命じた部分に限り執行判決をすべきであると結論付けている。「懲罰的損害賠償部分は我が国において効力を有しないのであり，そうである以上，上記弁済の効力を判断するに当たり懲罰的損害賠償部分に係る債権が存在するとみることはできず，上記弁済が懲罰的損害賠償部分に係る債権に充当されることはない」ことを理由とする。

本判決は，同じく米国カリフォルニア州裁判所の判決につき，見せしめと制裁のために同州民法典が定める懲罰的損害賠償として金員の支払を命じた部分は，わが国の公の秩序に反するから，その効力を有しないと判示した最判平成9年7月11日民集51巻6号2573頁の立場を踏襲した事例判例であるといえる。

(2)　民事執行・保全法関係

(a)　**最決令和3年6月21日民集75巻7号3111頁**

これは，担保不動産競売の債務者が免責許可の決定を受け，同競売の基礎となった担保権の被担保債権が上記決定の効力を受ける場合，当該債務者の相続人は，民事執行法188条において準用する同法68条にいう「債務者」に当たらない旨を判示したものである。

本決定は，まず，民事執行法68条（同法188条が準用）が不動産競売において債務者は買受けの申出をすることができないとする趣旨について，「担保不動産競売において，債務者は，同競売の基礎となった担保権の被担保債権の全部について弁済をする責任を負っており，その弁済をすれば目的不動産の売却を免れ得るのであるから，目的不動産の買受けよりも被担保債権の弁済を優先すべきであるし，債務者による買受けを認めたとしても売却代金の配当等により被担保債権の全部が消滅しないのであれば，当該不動産について同一の債権の債権者の申

立てにより更に強制競売が行われ得るため，債務者に買受けの申出を認める必要性に乏しく，また，被担保債権の弁済を怠り，担保権を実行されるに至った債務者については，代金不納付により競売手続の進行を阻害するおそれが類型的に高いと考えられることによる」と説く。このように民事執行法 68 条の趣旨が最高裁判例において明確に示された点は注目される。

その上で，免責許可決定を受けた債務者の相続人については，「担保不動産競売の債務者が免責許可の決定を受け，同競売の基礎となった担保権の被担保債権が上記決定の効力を受ける場合には，当該債務者の相続人は被担保債権を弁済する責任を負わず，債権者がその強制的実現を図ることもできなくなるから，上記相続人に対して目的不動産の買受けよりも被担保債権の弁済を優先すべきであるとはいえないし，上記相続人に買受けを認めたとしても同一の債権の債権者の申立てにより更に強制競売が行われることはなく，上記相続人に買受けの申出を認める必要性に乏しいとはいえない」こと，また，「上記相続人については，代金不納付により競売手続の進行を阻害するおそれが類型的に高いとも考えられない」ことを理由に，民事執行法 68 条所定の「債務者」に該当しない旨の結論を導いている。

(b)　**最決令和 4 年 10 月 6 日民集 76 巻 6 号 1320 頁**

これは，民事執行法 197 条 1 項 2 号に該当する事由があるとしてされた財産開示手続の実施決定に対する執行抗告においては，債務名義の正本に表示された金銭債権である請求債権の不存在又は消滅を執行抗告の理由とすることはできない旨を判示するものである。「請求債権の存否は請求異議の訴えによって判断されるべきものであって，執行裁判所が強制執行の手続においてその存否を考慮することは予定されておらず，このことは，強制執行の準備として行われる財産開示手続においても異ならない」ことを理由とする。

(3)　倒産法関係

最決令和 3 年 12 月 22 日裁判所ウェブサイト（判例集未登載）は，再生管財人が特定の再生債権者との間で再生計画案に賛成票を投ずる旨の内容を含む和解契約を締結したという事案について，本件和解契約の内容，再生債務者の置かれていた客観的状況に加え，本件和解契約の締結の経緯等にも照らせば，本件和解契約が専ら当該再生債権者の議決権行使に影響を及ぼす意図で締結されたとまではいえないとし，これらの事情に照らせば，本件和解契約の締結が，当該再生債権

者に対して不正な利益を供与するものであるとも信義則に反する行為に当たるとも断じ難いというべきであって，本件の事実関係の下において，本件再生計画の決議が不正の方法によって成立するに至ったとまではいえない旨を判示し，上記決議について民事再生法174条2項3号に該当する不認可事由はないとした原決定の判断を維持した。菅野博之裁判官と草野耕一裁判官との共同名義による補足意見及び三浦守裁判官の補足意見が付されている。

本決定は，再生手続における再生計画の不認可事由の1つである「再生計画の決議が不正の方法によって成立するに至ったとき」（民再174条2項3号）の該当性の有無につき，同事由には「議決権を行使した再生債権者が詐欺，強迫又は不正な利益の供与等を受けたことにより再生計画案が可決された場合はもとより，再生計画案の可決が信義則に反する行為に基づいてされた場合も含まれるものと解するのが相当である（法38条2項参照）。」旨を判示する，リーディングケースとしての最決平成20年3月13日民集62巻3号860頁（ただし，法廷意見では引用・参照されていない。三浦補足意見で参照されている。）の判断を踏襲しつつ，あくまで具体的な事案に基づいて判断した事例判例として位置付けられる。このように事例判例ではあるものの，上記の不認可事由に関する解釈を検討するに際し，重要な先例であるといえる。ただし，その結論については評釈や論文において賛否両論が分かれており，今後も再生事件における実務の在り方も含め，論議の対象となると思われる。

3　令和5年における民事手続法に関する金融判例紹介

(1)　民事訴訟法関係

最判令和5年5月19日民集77巻4号1007頁は，相続財産である不動産に関し，遺言の内容に反する所有権移転登記がされたという事例において，当該登記の抹消登記手続訴訟に関する遺言執行者の原告適格に関する判示事項に限定して紹介する。以下のとおり，遺言内容によって分類をした上で判断がされている。

(a)　共同相続人の相続分を指定する旨（民902条）の遺言部分について

まず，共同相続人の相続分を指定する旨の遺言部分との関係では，本判決は，当該登記の抹消登記手続を求めることは遺言執行者の職務権限に属するものではないとして，遺言執行者につき，上記遺言部分に関する訴訟の原告適格を有するものではない旨を判示する。

この結論を導くにあたり，本判決は，まず，「相続分の指定がされたとしても，共同相続人が相続開始の時から各自の相続分の割合で相続財産を共有し，遺産分割により相続財産に属する個々の財産の帰属が確定されること」を指摘する。また，①「相続分の指定を受けた共同相続人は，相続財産である不動産について，不動産登記法 63 条 2 項に基づき，単独で指定相続分に応じた持分の移転登記手続をすることができる」という点，②（平成 30 年〔2018 年〕民法等〔相続法〕の）「改正法の施行日前に開始した相続については，上記共同相続人は，その指定相続分に応じた不動産持分の取得を登記なくして第三者に対抗することができる……（最高裁平成……5 年 7 月 19 日第二小法廷判決・裁判集民事 169 号 243 頁参照）」という点から，「遺言執行者をして速やかに上記共同相続人に上記不動産持分の移転登記を取得させる必要があるともいえない」旨も指摘する。ただし，②の点は，上記の平成 30 年改正によって，相続分指定の遺言及び特定財産承継遺言（民 1014 条 2 項）につき，従来の判例を変更し，法定相続分を超える権利の取得につき対抗要件主義の立場に改められている（民 899 条の 2 第 1 項）。

以上を踏まえて，本判決は，「相続に係る相続財産である不動産につき，遺言により相続分の指定を受けた共同相続人に対してその指定相続分に応じた持分の移転登記を取得させることは，遺言の執行に必要な行為とはいえず，遺言執行者の職務権限に属しない」という理由に基づいて，遺言執行者の共同相続人の相続分を指定する旨の遺言部分に関する原告適格を否定する。

(b)　相続財産の全部又は一部を包括遺贈する旨の遺言部分について

これに対して，相続財産の全部又は一部を包括遺贈する旨の遺言部分との関係においては，本判決は，最判昭和 51 年 7 月 19 日民集 30 巻 7 号 706 頁及び最判昭和 51 年 7 月 19 日集民 118 号 315 頁を参照した上で，遺言執行者は，上記の包括遺贈が効力を生じてからその執行がされるまでの間に包括受遺者以外の者に対する所有権移転登記がされた不動産について，当該登記のうち，上記不動産が相続財産であるとすれば包括受遺者が受けるべき持分に関する部分の抹消登記手続又は一部抹消（更正）登記手続を求める訴えの原告適格を有する旨を判示している。

(2)　民事執行・保全法関係

(a)　**最判令和 5 年 3 月 2 日民集 77 巻 3 号 389 頁**

これは，執行処分が弁済受領文書（民執 39 条 1 項 8 号）の提出による強制執

行の停止の期間中にされたものであったとしても，そのことにより当該執行処分が当然に無効となるものではない旨を判示するものである。

本判決は，上記の結論を導くため，まず，執行停止文書としての弁済受領文書（民執 39 条 1 項 8 号，2 項）に関する一般論として，「債務名義の成立後に請求債権が弁済されたとしても，その弁済によって直ちに当該債務名義の執行力が排除されるものではないところ，上記弁済をした債務者が，その執行力の排除を求めて請求異議の訴えを提起し，併せて強制執行の停止等を命ずる裁判（法 36 条 1 項，39 条 1 項 6 号，7 号）を得るためには相応の時間を要することから，弁済受領文書の提出という簡便な方法により短期間に限って強制執行を停止することとし，もって債務者の便宜を図ることをその趣旨とするものである」旨を説く。

その上で，「執行処分が執行手続に関する法令の規定に違反してされたものであったとしても，当該執行処分は，原則として，〔執行処分に対する不服申立ての制度として執行抗告及び執行異議の〕各手続により取り消され得るにとどまり，当然に無効となるものではない」（大判明治 32 年 11 月 30 日民録 5 輯 10 巻 95 頁，大判明治 40 年 6 月 27 日民録 13 輯 723 頁，最判昭和 46 年 2 月 25 日集民 102 号 207 頁等参照）ところ，上記の趣旨に照らせば，「執行処分が弁済受領文書の提出による強制執行の停止の期間中にされたものであったとしても，当該執行処分の瑕疵は，上記の原則の例外として当該執行処分が当然に無効となるほどに重大なものではな」いことを上記結論の理由として説く。また，「このことは，不動産に対する強制競売において，売却の実施の終了後に弁済受領文書の提出があったとしても，原則として手続を停止しないものとされていること（法 72 条 3 項）や，動産執行において，弁済受領文書の提出があったとしても，一定の場合には執行官が差押物を売却することができるものとされていること（法 137 条 1 項）からも明らかである」とも指摘している。

(b) **最決令和 5 年 3 月 29 日民集 77 巻 3 号 819 頁**

これは，第三債務者が差押命令の送達を受ける前に債務者との間で差押えに係る金銭債権（被差押債権）の支払のために電子記録債権を発生させた場合において，上記差押えに係る金銭債権について発せられた転付命令が第三債務者に送達された後に上記電子記録債権の支払がされたときは，上記支払によって民事執行法 160 条による上記転付命令の執行債権及び執行費用の弁済の効果が妨げられることはない旨を判示するものである。

上記判示の理由として，本決定は，まず，「第三債務者が差押命令の送達を受ける前に債務者との間で差押えに係る金銭債権の支払のために電子記録債権を発生させた場合には，上記送達後にその電子記録債権が支払われたとしても，上記差押えに係る金銭債権は消滅し，第三債務者はその消滅を差押債権者に対抗することができると解される（最高裁昭和……49 年 10 月 24 日第一小法廷判決・民集 28 巻 7 号 1504 頁参照）」と説示する。なお，ここで参照されている最判昭和 49 年 10 月 24 日民集 28 巻 7 号 1504 頁とは，第三債務者が債権仮差押命令の送達を受ける前に債務者に対し債務支払のために小切手を振り出していた場合（つまり原因債権と小切手債権とが併存する場合）には，上記送達後にその小切手が支払われたとしても，第三債務者は上記債務の消滅を仮差押債権者に対抗することができる旨を判示したものである。本決定における上記説示は，原因債権に対して発令されたのが仮差押命令か差押命令かという違いはあるものの，その送達前に生じた小切手債権と電子記録債権とを同様に捉えて，昭和 49 年判例の射程が本件事案にも及ぶことを示している。

その上で，今回の事案は，差押命令発令のみならず，転付命令が発令された後に電子記録債権に関して支払（弁済）がされたという点に関して，「転付命令が効力を生じた場合，執行債権及び執行費用は，転付命令に係る金銭債権が存する限り，差押債権者がその現実の満足を受けられなくても，その券面額で転付命令が第三債務者に送達された時に弁済されたものとみなされる（民事執行法 160 条）」ところ，「上記差押えに係る金銭債権について転付命令が発せられ，これが第三債務者に送達された後に，第三債務者が上記電子記録債権の支払をした場合には，上記転付命令に係る金銭債権は上記の弁済の効果が生ずる時点で存在していたのであるから，上記の弁済の効果が妨げられる理由はない」と説く。要するに，被差押債権である原因債権について転付命令の第三債務者に対する送達時において弁済効が生じる（民執 160 条）以上，その後に電子記録債権につき支払がされたことはこの弁済効自体に影響を及ぼさないということである。ただし，「その場合，差押債権者は，債務者に対し，債務者が支払を受けた上記電子記録債権の額についての不当利得返還請求等をすることができることは別論である」旨が付言されている。

⑶　倒産法関係

最決令和 5 年 2 月 1 日民集 77 巻 2 号 183 頁は，破産管財人が，別除権の目的

である不動産の受戻しについて別除権者との間で交渉し，又は，当該不動産につき権利の放棄をする前後に別除権者に対してその旨を通知するに際し，別除権者に対して破産者を債務者とする別除権に係る担保権の被担保債権についての債務の承認をしたときは，その承認は被担保債権の消滅時効を中断する効力（平成29年〔2017年〕民法（債権関係）改正前民法156条。現行法における更新〔民152条1項〕に相当する。）を有する旨を判示したものである。

その理由として，本決定は以下のように説く。まず，「時効の中断の効力を生ずべき債務の承認とは，時効の利益を受けるべき当事者がその相手方の権利の存在の認識を表示することをいうのであって，債務者以外の者がした債務の承認により時効の中断の効力が生ずるためには，その者が債務者の財産を処分する権限を有することを要するものではないが，これを管理する権限を有することを要するものと解される（〔平成29年改正前〕民法156条参照）」ことを確認した上で，「破産管財人は，その職務を遂行するに当たり，破産財団に属する財産に対する管理処分権限を有するところ（破産法78条1項），その権限は破産財団に属する財産を引当てとする債務にも及び得るものである（同法44条参照）」と指摘する。なお，破産管財人の管理処分権が破産財団に属する財産のみならず，これを引当てとする債務にまで及びうる旨の判例としての説示は重要である。そして，「破産管財人が，別除権の目的である不動産の受戻し（同法78条2項14号）について上記別除権を有する者との間で交渉したり，上記不動産につき権利の放棄（同項12号）をする前後に上記の者に対してその旨を通知したりすることは，いずれも破産管財人がその職務の遂行として行うものであり，これらに際し，破産管財人が上記の者に対して上記別除権に係る担保権の被担保債権についての債務の承認をすることは，上記職務の遂行上想定されるものであり，上記権限に基づく職務の遂行の範囲に属する行為ということができる」旨を説示し，破産管財人による債務の承認が時効中断効を有するという結論を導いている。

上記のうち，破産管財人がその職務を遂行するに当たっての管理処分権が，破産財団に属する財産のみならず，この財産を引当てとする債務にまで及びうる旨の説示部分は，従来，破産管財人の実体的地位として学説上も意識的に論じていなかったところであり，その上で，本決定は，当該債務に関する消滅時効の中断事由（現行法における更新事由）としての債務承認（現行法における「権利の承認」）の主体性を破産管財人について認めた最高裁判例として重要である。

なお，本決定については，すでに金融法務事情「金融法学会 Presents 金融判例研究」における個別判例研究として，山本和彦「判批」金法 2225 号（2024 年）54 頁が公表されている。

4　むすびにかえて

本稿では，以上の 8 件の最高裁判例を紹介することで，令和 3 年 5 月から令和 5 年 12 月までに現れた，金融法に関連する民事手続法判例を概観した。それぞれについては，すでに判例評釈等が公表されており，又は，今後も公表されるものと予想される。

●金融判例の概観●

FinTech の領域に関わる裁判例

弁護士　有　吉　尚　哉

1　はじめに

近年，IT の進展などを背景として，FinTech による従来想定されていなかった金融サービスが登場している。IT を活用した新たな金融サービスの拡大と比例して，それらに起因し，または関連する紛争や不祥事も増えており，裁判例も散見されるようになってきている。そのような事例においては，IT を用いることで従来と取引の仕組みが変わったり，事実関係に IT が関連したりすることにより，新たな法的論点が生じたり，事実認定・あてはめに従来とは異なる考慮が必要となったりする場合もある。そして，それらの裁判例は，同様のサービスや類似性を有するサービスを実施しようとする場合の行為規範として，有用な参考資料となるものである。

本稿では，2023 年に公刊された主な判例誌などに掲載された裁判例のうち，FinTech ないし IT を活用した新たな金融サービスに関連する事例を概観する。

2　ファクタリングサービスに関連する裁判例

ファクタリングとは，債権者が保有する売掛債権などの金銭債権を支払期日前に一定の手数料を徴収して買い取る取引である。ファクタリングは，以前より，主に事業会社に対する資金供給の手段として金融機関によって実施されてきたものであり，それ自体，IT を前提とするものではなく，また新たなサービス形態というわけではない。もっとも，近年，個人を相手方とするサービスを含めて，IT を利用してオンライン上で手軽にファクタリングを利用できるようにするサービスが増えており，対象となる債権の種類や利用者の属性が広がっている。そして，そのようなサービスの中には，その実質が金銭の貸付けであり，金銭の貸付けとして規制に服する必要があるのではないかとの疑義を生じさせる事例も生じている(1)。

このような新たなファクタリングサービスの一種として，労働者が保有する賃金債権を対象とする「給与ファクタリング」と称するサービスが提供されること

がある。**最決令和 5 年 2 月 20 日刑集 77 巻 2 号 13 頁**は，そのような給与ファクタリングについて「貸付け」として規制の対象となることを判示した。具体的には，本決定においては，①「労働基準法 24 条 1 項の趣旨に徴すれば，労働者が賃金の支払を受ける前に賃金債権を他に譲渡した場合においても，その支払についてはなお同項が適用され，使用者は直接労働者に対して賃金を支払わなければならず，その賃金債権の譲受人は，自ら使用者に対してその支払を求めることは許されない……ことから，被告人は，実際には，債権を買い戻させることなどにより顧客から資金を回収するほかなかったものと認められる」ことや，②「顧客は，賃金債権の譲渡を使用者に知られることのないよう，債権譲渡通知の留保を希望していたものであり，使用者に対する債権譲渡通知を避けるため，事実上，自ら債権を買い戻さざるを得なかったものと認められる」ことを理由に「実質的には，被告人と顧客の二者間における，返済合意がある金銭の交付と同様の機能を有する」ものであり，「貸金業法 2 条 1 項と出資法 5 条 3 項にいう『貸付け』に当たる」と判示したものである。

この点，金融庁は，従前よりファクタリングとして行われる取引であっても，経済的に貸付けと同様の機能を有していると認められるようなものは，貸金業に該当するという解釈運用を行っている。そして，特に給与ファクタリングについては，2020 年 3 月 5 日付の一般的な法令解釈に係る書面照会手続の回答において労働基準法 24 条 1 項を根拠に貸金業法 2 条 1 項の「手形の割引，売渡担保その他これらに類する方法」に該当するという考え方を示していた。本決定は，このような金融庁の解釈を基本的に是認したものと評価できる(2)。

なお，例えば，**東京地判令和 3 年 12 月 15 日判時 2538 号 39 頁**は，事業者向けファクタリングについて，譲渡債権の回収不能のリスクは譲受人が負っていることなどを指摘し，金銭の交付が貸付けに当たるとはいえないとの判断を示している。このように，規制上，ファクタリングサービスが一般的に金銭の貸付けに該当すると捉えられているわけではなく，あくまでも個別取引の具体的な経済的側面や実態に照らして貸付けと評価されるようなサービスのみが貸付けに関する規制の対象となると考えられる(3)。

3　金融サービスと説明責任に関連する裁判例

IT を用いた新たな金融サービスに関して事業者が顧客に対して行った説明内

容と，サービス・取引の実態とが乖離していたことにより，事業者に損害賠償責任が認められた裁判例がある。

(1) ソーシャルレンディングにおける資金使途の虚偽表示

まず，**東京地判令和 4 年 7 月 22 日金判 1666 号 34 頁**は，いわゆるソーシャルレンディングにおいて募集画面上の虚偽表示などを利用にファンドの販売業者の損害賠償責任を認めている。ソーシャルレンディングとは，インターネットを用いてファンドの募集を行い，投資家からの出資金をファンド業者を通じて事業会社などに貸し付ける仕組みをいう。この場合に，ファンドの販売業者がウェブサイト上でそのような出資の仲介を行う行為は，「有価証券の募集又は私募の取扱い」として第二種金融商品取引業に該当し（金融商品取引法 28 条 2 項 2 号，2 条 8 項 9 号），金融商品取引法に基づく登録を受けた上で，同法に基づく規制に服して業務を行うことが必要となる。

本判決では，ファンドの出資金の貸付先である事業者がファンドの募集画面において示された資金使途とは異なる使途に資金を用いたことが明確に立証されたわけではなかったものの，当該事業者において，本件のスキームにより借り入れた資金につき，ファンドの募集画面で特定した対象事業のために利用しなければならないという意識がなく，固有財産と変わらないものとして利用しており，出資金の使途につき虚偽表示等があったものと認定している(4)。出資金の使途について，表示と実態とに乖離があったか必ずしも明らかになっていない状況においても，虚偽表示となり得ることを認めた裁判例と評価できる。また，販売業者とファンド業者の関係性などを踏まえて，ファンド業者において出資金の分別管理が行われているかを確認すべき注意義務を販売業者が負っており，販売業者にはかかる注意義務の違反があることが認定されている。これらの注意義務違反をもとに販売業者の不法行為責任を認めたものである。

なお，本判決の販売業者は，ファンドの取得勧誘に関して，虚偽の表示を行ったことや，ファンドの貸付先の資金管理の実態や資金の使途を把握できる管理態勢を構築していないことを理由に，業務改善命令の行政処分を受けている。もっとも，行政処分を受けたことにより，直ちに顧客に対する私法上の責任が生じるものではなく，私法上の責任については，（行政処分の存在や処分理由も考慮要素の一つになると考えられるものの）各取引の個別具体的な事情を踏まえて判断されることになると考えられる。

本判決は，ファンドの募集を行う販売業者の責任のあり方について，参考となる事例と評価することができる。

(2)　自動売買プログラム取引における裁量トレード

次に，**新潟地判令和 5 年 4 月 27 日金判 1680 号 26 頁**は，外国為替証拠金取引に係る自動売買プログラムに関する説明義務違反などを理由にプログラムのソフトウェアの販売業者や開発業者の損害賠償責任を認めている。本判決では，まず，本件のソフトウェアを用いれば確実に利益を得られると顧客に認識させたり，ソフトウェアの具体的な仕組みやリスクの内容について把握・説明が不十分であったりしたといった販売業者の一般的な説明義務違反の事実を認定している。さらに，これらの事情に加えて，個々の取引に当たって人間の判断を介さず，システムが完全に自動で売買し，リスクについても自動で対処されるために安全であるといった説明がなされていたことなどから，業者側が自動売買によらない人間の判断による外国為替証拠金取引（裁量トレード）を行わない不法行為法上の義務を負っているとした上で，開発業者が裁量トレードを行い，販売業者もこれに関与しており，裁量トレードを行わない義務の違反があったものと認定していることが本件の特徴的な点である。これらの義務違反をもとに販売業者と開発業者に不法行為責任が認められている。

アルゴリズムや AI を用いて人間の判断を介さずに，投資運用に関するアドバイスを提供したり，自動的に投資運用に係る取引を執行したりするサービスが広く見られるようになってきている。本判決は，そのようなサービスにおける顧客への説明のあり方や，自動執行であることを説明しながら人間の判断による取引を介在させた場合の業者の責任のあり方について，参考となる事例と評価できる。

4　FinTech に関わるその他の裁判例

(1)　支払いのために発生させた電子記録債権の支払い

電子記録債権は，2007 年に成立した電子記録債権法に基づくものであり，FinTech という言葉が国内で一般的に用いられる前から存在する制度である。もっとも，電子記録債権制度は，IT により金銭債権を可視化することでその利用可能性を高める仕組みであり，電子記録債権を用いた取引を FinTech の一環として位置づけることも不自然ではないと考える。

そのような電子記録債権を「支払いのために」発生させた場合において，原因

債権について差押えがなされた場合の転付債権者と債務者の法律関係が論点となったのが，**最決令和 5 年 3 月 29 日民集 77 巻 3 号 819 頁**である。本決定では，まず，最判昭和 49 年 10 月 24 日民集 28 巻 7 号 1504 頁[5]を参照して，第三債務者が差押命令の送達を受ける前に債務者との間で差押えに係る金銭債権の支払いのために電子記録債権を発生させた場合には，上記送達後にその電子記録債権が支払われたとしても，上記差押えに係る金銭債権は消滅し，第三債務者はその消滅を差押債権者に対抗することができるとする。その上で，転付命令による執行債権の弁済の効果が生じる時点においては，当該金銭債権はまだ存在していることから，電子記録債権への支払いにより転付命令の執行債権および執行費用の弁済の効果が妨げられることはないと判示した。この場合，転付債権者は，債務者に対して不当利得返還請求を行うことができるものと解される。

本決定は，転付命令の執行債権消滅効の有無について，被転付債権の消滅時点との関係での判断を示したものと評価されている。政府は 2026 年度末までに紙の約束手形・小切手を廃止する方針を示しており，今後，電子記録債権の利用がさらに広がる可能性もある。そのような状況の下，電子記録債権を用いた取引に実務的，理論的な意義を有する本決定は，先例として重要なものとなると考えられる。

(2) 暗号資産投資の虚偽勧誘

近時，暗号資産（仮想通貨）を用いた取引が広がる一方で，暗号資産投資に関するトラブルや詐欺的な事例も増加している。暗号資産は経済的な裏付けを前提とすることなく組成されるものであり，暗号資産に関する投資スキームにおいて投資被害が生じた場合に，プロジェクトが失敗しただけなのか，それとも詐欺的な取引であったのか，外部からは判別しにくい場合がある。また，暗号資産に関わる詐欺的な取引に複層化した投資スキームが用いられることにより，取引に介在した者が加害者なのか被害者なのか判別しにくい場合もある。

仙台地判令和 4 年 11 月 29 日消費者法ニュース 135 号 156 頁は，暗号資産投資の勧誘行為について，資金を集めた者の不法行為責任を認めた事例である。本判決では，暗号資産投資を行うとして資金を集めた被告に対して原告が損害賠償を請求した事例について，被告に金員を預ければ暗号資産を購入して運用することにより利得が生じる旨の説明を第三者の勧誘者に行わせて原告から投資金を受領したにもかかわらず，実際には投資金で暗号資産の購入はしておらず，当初から

そのような意図もなく，勧誘が虚偽であったと認定して，勧誘者と共謀して虚偽の内容の勧誘を行ったものとして被告の不法行為責任が認められた。

本判決は，個人間の暗号資産投資の紛争事案において，直接の勧誘を行っていない上位者の責任を認めた事例判決として，実務の参考となり得る裁判例と評価できる。

(3)　銀行口座へのアクセス履歴の個人情報該当性

FinTech によるサービスにおいては，データの利活用が重要な要素となることが少なくない。他方で，金融分野に限らず，特に個人に関する情報・データの利用や他の当事者との共有については，個人情報の保護に関する法律（以下「個人情報保護法」という）などの情報保護法制を遵守して行うことが必要であり，その適用関係が論点となることがある。近時，そのような論点が訴訟において争点となる事例も散見される。

東京高判令和 4 年 12 月 14 日金判 1673 号 16 頁は，銀行口座のアクセス履歴が個人情報保護法上の「個人情報」に当たるかどうかが争点となった事例である。この事例では，控訴人が銀行である被控訴人に対して，当時の個人情報保護法 28 条 1 項（現行の 33 条 1 項に対応する条文）に基づき，控訴人が被控訴人に開設した預金口座への被控訴人の従業員によるアクセスに関する情報の開示を求めた。これに対して，本判決においては，「個人情報であるというためには，個人識別性の要件が満たされること，すなわち，(a)生存する個人の個人識別情報であって，当該情報に含まれる氏名，生年月日その他の記述等により特定の個人を識別することができるもの，(b)他の情報と容易に照合することができ，それにより特定の個人を識別することができることとなるもの，(c)個人識別符号が含まれるもののいずれかであることが必要である」と個人情報保護法 2 条 1 項の定義を参照した上で，上記のアクセス履歴は，これにより顧客を識別することができるものとはいえず，個別識別性の要件を満たすとはいえないため，個人情報に当たらないと判示した。

この裁判例自体は FinTech の範疇に含まれるものではないと思われるが，FinTech のサービスにおいてデータの利活用を検討するにあたり，個人情報保護法の規制の適用関係を判断するのに参考になり得るものと考えられる(6)。

5　おわりに

ここまで概観したとおり，FinTech ないし IT を活用した新たな金融サービスに関する紛争や不祥事が裁判例として散見されるようになってきているほか，データの取扱いなど FinTech の取組みに参考となり得る分野の裁判例も増えている。これらの裁判例で示された考え方も参考に，金融サービスに関わる法律解釈の議論が深まり，実務の発展につながっていくことが期待されよう。

〔注〕

⑴　金融庁のウェブサイトでは，「借入れに関する注意喚起」の一項目として「ファクタリングの利用に関する注意喚起」のページが設けられている。その中では，「近時，ファクタリングを装った高金利の貸付けを行うヤミ金融業者の存在が確認されています。また，ファクタリングとして行われる取引であっても，経済的に貸付けと同様の機能を有していると思われるようなものは，貸金業に該当するおそれがあります。」といった説明がなされている。

⑵　なお，本決定は，形式的に債権譲渡の対価として行われた金銭の交付を実質的に金銭の貸付けであると認定したものであり，資産流動化取引におけるいわゆる真正譲渡性の検討の参考にもなり得る判例と評価できる。

⑶　前掲注⑴の金融庁のウェブサイトにおいては，ファクタリングが貸金業に該当しないと判断された裁判例として，東京地判令和 2 年 9 月 18 日および東京高判令和 4 年 6 月 15 日が掲載されている。他方，同ウェブサイトにおいては，ファクタリングとして行われた取引が貸金業に該当するなどの判断がされたものとして，大阪地判平成 29 年 3 月 3 日，東京高判令和 3 年 7 月 1 日，名古屋地判令和 3 年 7 月 16 日，東京地判令和 4 年 3 月 4 日および札幌高判令和 4 年 7 月 7 日などがあることも示されている。

⑷　なお，本件については，ファンドの取得勧誘に関し，虚偽の表示をした行為が金融商品取引業等に関する内閣府令 117 条 1 項 2 号に該当することなどを理由に，2018 年 7 月 13 日付で販売業者に対して金融商品取引法 51 条に基づく業務改善命令が行われている。

⑸　第三債務者が債権仮差押命令の送達を受ける前に債務者に対して支払いのために小切手を振り出していた場合において，上記送達後に債務者に対して上記小切手が支払われた場合に，第三債務者は上記債務の消滅を仮差押債権者に対

抗することができる旨を判示した判例である。

(6)　他に金融取引における情報保護法制に関する事項が争点となった事例として，**東京地判令和 4 年 7 月 27 日金判 1662 号 47 頁**では，クレジットカード会社が信用情報機関に対して会員の氏名などの個人情報を提供したことが不法行為に当たらないかが争われた。本判決は，クレジットカード会社である被告がクレジットカード会員契約に基づいて個人情報を信用情報機関に提供しており，顧客である原告は，クレジットカード会員契約の締結に際し，被告の担当者から「個人情報の取扱い（収集・保有・利用・提供）に関する同意条項」が記載された書面を受領し，個人情報の取扱いについての説明を受けた上で，冒頭に「私は裏面の規約，別掲の『個人情報の取扱い（収集・保有・利用・提供）に関する同意条項』（中略）に同意のうえカード利用を申し込みます。」との記載がある申込書に所定の事項を記入し，署名をしてクレジットカード会員契約の申込みをしていたことから，個人情報の提供について原告の同意が存在することを認定し，不法行為の成立を否定した。

●金融判例の概観●

銀行法務担当者の視点から

三井住友銀行　長 谷 川　　卓

1　記名式定期積金の預金債権の帰属も記名式定期預金のそれと同じく判断されるとした事例

大阪高判令和3年10月8日判時2540号15頁は，預金者Xが信用金庫Yに対し記名式定期預金および記名式定期積金（以下，併せて，「本件各預金」という）の各契約に基づく元金の払戻しなどを請求した事案につき，「記名式定期積金契約において，当該預金の出捐者が他の者に金銭を交付して記名式定期預金をすることを依頼し，この者が預入行為をした場合，預入行為者が自己の預金とする意図で記名式定期預金をしたなどの特段の事情のない限り，出捐者をもって記名式定期預金の預金者と解すべきである。なぜなら，記名式定期預金契約が締結された段階では，金融機関は，預金者が何人であるかにつき格別利害関係を有するものではないから，出捐者の利益保護の観点から，上記のような特段の事情のない限り，出捐者を預金者と認めるのが相当であり，また，金融機関も，預金者と定めた者が真実の預金者と異なったとしても，金融機関として尽くすべき相当な注意を用いたときには，民法478条の適用又は類推適用によって，表見預金者に対する払戻しや相殺をもって真実の預金者に対抗することができ，これにより，真実の預金者と金融機関との利害の調整が図られるからである。以上の考え方は，記名式定期積金にも当てはまる」と判示し，本件各預金の名義人はXであったが，Yが本件各預金の払戻請求権が名義人ではない別人に帰属するとして，Xの払戻請求を拒絶し，本件各預金については，①名義人がXであること，②出捐者として可能性のある者がX以外に認められないこと，③X以外に権利者であると主張する者がいないことから，本件各預金の払戻請求権は，Xに帰属するのが相当であると判示した。さらに，Yは，本件各預金の預金元帳・定期積金元帳に本件各預金が払い戻されたことが記録されていることから，これにより，本件各預金が有効に弁済されたことが認められる旨主張したが，同預金元帳が正確に事実を記載したものであるとしても，同預金元帳上の払戻しの記録は，Yが当該預金の払戻しの手続きを行った事実を証明するにとどまり，その払戻しが

当該預金の真の預金者または同人からの払戻しの授権を受けた者に対してなされた事実までを証明するものとはいえないと，Ｙの前記主張も退けた。金融機関の窓口実務にかかる本人確認の重要性を再認識する先例と思われる。

2　誤振込入金にかかる出金につき，出金者に電子計算機使用詐欺罪が認められた事案

山口地判令和 5 年 2 月 28 日裁判所ウェブサイトは，Ａ銀行Ｂ支店に開設された被告人名義の普通預金口座に，山口県Ｃ町が住民税非課税世帯等に対する臨時特別給付金として 4630 万円を誤って振込入金したことを利用して，電子計算機を使用し，被告人の口座を決済口座とするＡ銀行発行の被告人名義デビットカード情報を利用して，オンラインカジノサービスの決済代行業者で，デビットカードの加盟店であるＥにオンラインカジノサービスの利用料金の支払い（本件送金行為）をすることによりこれを利用し得る地位を得ようと考え，財産上不法の利益を得た事案である。本件事件発覚当時は，報道等の影響もあり，相当に世間の耳目を集めた事案である。

山口地裁は，被告人は，本件送金行為等に及ぶまでの間に，被告人口座に誤振込金が振り込まれていることを知っていたのであるから，平成 15 年判例に従うと，信義則上，被告人には，本件送金行為等の時点でＡ銀行に対する告知義務があったものといえると判示した。また，告知義務に違反している受取人が，誤って受取人口座に振り込まれた金銭分の預金について権利行使ができるかについては，平成 15 年判例が，誤って受取人口座に金銭が振り込まれた場合に，これを知った被仕向銀行に調査等手続を採る利益を認めていることを考えると，告知義務に違反している受取人が，被仕向銀行が調査等手続を完了するまでの間に，誤って受取人口座に振り込まれた金銭分の預金について権利行使をすることを許せば，被仕向銀行に調査等手続を採る利益を認め，受取人に告知義務を認めておきながら，一方で，その告知義務に違反する受取人が被仕向銀行の調査等手続を採る利益を侵害する行為を許すことになり，平成 15 年判例の趣旨を没却することになり，信義則に基づき許されないというべきであると判示し，本件送金行為等は正当な権利行使とはいえないとした。そして，本件送金行為等の際，被告人がインターネットに接続した携帯電話機に，本件送金行為等に関する情報を入力していることは明らかであり，本件各入力行為によって入力された情報は，被告

人が直接入力した被告人口座の情報等だけでなく，その前提として，本件送金行為等が正当な権利行使であるという情報も含まれているものと解され，本件送金行為等が正当な権利行使でないにもかかわらず，本件送金行為等が正当な権利行使であるという情報をＡ銀行の電子計算機に与えているのであるから，本件各入力行為は，電子計算機使用詐欺罪の「虚偽の情報を与えた」に該当する。そして，虚偽の情報を与えた結果，被告人は判示のとおりのオンラインカジノサービスを利用し得る地位を得ているのであるから，「財産上不法の利益を得た」にも該当するとし，被告人に懲役３年，執行猶予５年を言い渡した。

3　債権譲渡の対価としてされた金銭の交付と「貸付」

最三小決令和５年２月20日刑集77巻２号13頁は，労働者からその使用者に対する賃金債権の一部を，額面額から割り引いた額で譲り受け，同額の金銭を当該労働者に交付する所謂「給与ファクタリング」が，貸金業法２条１項と出資法５条３項の「貸付け」に該当するかが問題となった事案である。

近時，金融庁等が個人含め資金調達方法が多様になっている状況を踏まえ，悪質なファクタリング取引について注意喚起を行っている中，本決定において上記「貸付け」該当について一定の判断要素が示されている。

本決定では，⑴労働基準法24条１項，最三小判昭和43年３月12日民集22巻３号562頁を踏まえつつ，賃金債権の譲受人たる給与ファクタリング業者は，使用者に対してその支払いを求めることはできない点，⑵賃金債権の譲渡人たる労働者は，賃金債権の譲渡を使用者に知られることのないよう債権譲渡通知の留保を希望していた点等を踏まえ，給与ファクタリング業者は，債権を買い戻させること等により労働者から資金を回収せざるを得なかった点を指摘している。

かかる取引形態を踏まえ，本決定では形式的には債権譲渡による対価として金銭が交付されたとしても，実質的には返済合意ある金銭の交付と同様の機能を有するものとして，貸金業法２条１項と出資法５条３項の「貸付け」に該当するとして，被告人たる給与ファクタリング業者について貸金業法違反・出資法違反の罪が成立するとした。

4　破産管財人による債務承認の時効中断効

最三小決令和５年２月１日民集77巻２号183頁は，根抵当権が設定されてい

た破産者所有の不動産につき，破産管財人が破産財団から放棄の上，異時廃止となった後，当該根抵当権実行としての競売が開始された際に，破産者が被担保債権は時効によって消滅したとして競売手続の停止及び根抵当権実行禁止の仮処分の申立てを実施した事案である。

本事案では破産手続中，破産管財人が別除権の目的である不動産の受戻し（破産法 78 条 2 項 14 号）について，破産管財人は別除権者との間で交渉し，当該不動産につき権利の放棄（同項 12 号）をする前後に別除権者に対してその旨を通知するに際し，破産者を債務者とする当該別除権に係る担保権の被担保債権についての債務承認をしており，当該債務承認が上記被担保債権の消滅時効を中断する効力を有するかが争われた。

本決定では，破産管財人は，その職務を遂行するに当たり，破産財団に属する財産に対する管理処分権限を有するところ（同法 78 条 1 項），その権限は破産財団に属する財産を引当てとする債務にも及び得るものである（同法 44 条参照）旨指摘した。その上で，本決定では，破産管財人が別除権者との間で上記交渉や通知を実施することは，職務の遂行上想定されるものであり，破産管財人の権限に基づく職務の遂行の範囲に属する行為であるとして，破産管財人による本件債務承認行為は被担保債権の消滅時効の中断効を有する旨判示した。

なお，本決定が出される以前は，破産管財人による債務承認の効果を否定した大審院判例（大判昭和 3 年 10 月 19 日民集 7 巻 801 頁）が存在する。尤も，本大審院判例の事案は，破産管財人が破産手続外で行った，通常は想定されない債務の承認であり，当該判決の射程は限定的と考えられており，本決定においても本大審院判例について言及し「破産管財人の職務の遂行の範囲に属する行為に係る本件とは事案を異に」する旨判示している。

5　差押命令送達前に発生した電子記録債権の支払いによる原因債権消滅の対抗と民事執行法 160 条の弁済効について

最三小決令和 5 年 3 月 29 日民集 77 巻 3 号 819 頁は，第三債務者が差押命令の送達を受ける前に，債務者との間で差押えに係る金銭債権の支払いのために電子記録債権を発生させた場合，上記差押えに係る金銭債権についての転付命令が第三債務者に送達された後に電子記録債権の支払いがされた時の当該転付命令による弁済の効力が争われた事案である。

本決定では，最一小判昭和49年10月24日民集28巻7号1504頁の小切手事案を引用の上，まず第三債務者が差押命令の送達を受ける前に債務者との間で差押えに係る金銭債権の支払いのために電子記録債権を発生させた場合，差押命令送達後に電子記録債権が支払われたとしても，差押えに係る金銭債権は消滅し，第三債務者はその債務の消滅を差押債権者に対抗できると判示した。小切手の先例に倣いつつ，電子記録債権についてはじめて差押命令の送達を受ける前に電子記録債権を発生させていた場合には，その支払いによる原因債権の消滅を，執行債権者に対抗できる旨判示した。

他方で，転付命令が効力を生じた場合は，転付命令にかかる金銭債権が存する限り，券面額で転付命令が第三債務者に送達されたときに弁済されたとみなされる（民事執行法160条）ため，差押えに係る金銭債権について転付命令が第三債務者に送達された後，第三債務者が電子記録債権の支払いをした場合は，上記転付命令に係る金銭債権は上記弁済の効果が生ずる時点で存在していたのであるから，上記弁済の効果が妨げられる理由はないと判示した（原審においては転付命令による弁済の効果は生じないと判断したが，最高裁においては逆に弁済の効果が発生していると判示している）。

上述の原因債権の消滅を執行債権者に対抗できるとして，さらに転付命令に関する民事執行法160条の適用により執行債権は被転付債権の券面額で弁済されたものとみなす旨判示している。

差押権者が第三債務者の電子記録債権支払いによる原因債権の消滅を対抗され，かつ転付命令により執行債権が弁済されたことになるという帰結（差押えに係る金銭債権につき現実の満足を受けられないことに加え，執行債権について弁済効が生じてしまうという帰結）について，本決定では差押権者は債務者に対して支払いをうけた電子記録債権の額にて不当利得返還請求ができる旨示唆している。

6　遺言執行者が預貯金の解約・払戻権限を有する場合，遺留分減殺請求権の行使の有無にかかわらず，単独で預貯金債権全額を払い戻すことができるとされた事例

高松高判令和3年6月4日判時2540号8頁は，亡A（令和元年6月死亡）の公正証書遺言により遺言執行者に指定されたXが，遺言執行者として，前記遺言によりXに包括遺贈された財産のうち，A名義の通常貯金債権の払戻請求権

に基づき，Y 銀行に対し，1000 万円余りの支払いを求めた事案である。前記遺言では，遺言執行者は，相続人の同意なしに，預貯金の解約，払戻し，名義変更，貸金庫の開扉，内容物の受領等遺言執行のために必要な一切の行為を行う権限を有すると記載されていた。A の法定相続人である C らは，令和 2 年 2 月，X を相手方として遺留分減殺請求訴訟を提起したが，同事件は調停に付され，令和 3 年 1 月，C らは，解決金の支払いと引換えに，前記通常貯金債権について，遺留分減殺請求権に基づく何らの権利も有しないことを確認する旨の調停が成立した。X は，令和 2 年 4 月，本件訴訟を提起し，A 名義の通常貯金債権の払戻請求権に基づき，Y 銀行に対し，1000 万円余の支払いを求めた。X は，令和 3 年 3 月，Y 銀行から，前記通常貯金 1000 万円余の払戻しを受けた。原判決（令和 2 年 12 月）は，X の請求を全部棄却したため，X が控訴した。控訴審において，X は，従前の請求から確定遅延損害金 24 万円余の請求に，請求を減縮した。高松高裁は，前記遺言に基づく遺言執行者が前記通常貯金の払戻権限を有するか否かについて，次のとおり判示して，これを肯定し，Y 銀行に対し，確定遅延損害金 24 万円余りの支払いを命じた。

「本件遺言のうち遺言執行者の権限を定めた部分自体は C らの遺留分を侵害するものとはいえないし，預貯金の払戻しは遺言の執行というよりも，その準備行為にすぎないとも解される。以上のような状況下で，遺留分減殺請求権が行使されたということのみで，遺言執行者の預貯金の払戻権限を制約する根拠はないし，仮に，Y 銀行が主張するように，遺留分減殺請求権が行使されただけで，遺言執行者が単独で預貯金の払戻しができなくなるとすると，遺言執行者は，遺言の執行に必要な一切の行為をする権利義務を有し（改正前民法 1012 条 1 項），相続人は，遺言執行者があるときは相続財産の処分その他遺言の執行を妨げるべき行為をすることができない（同 1013 条）とされている規定の趣旨が大幅に減殺され，遺言の執行事務が制約されることになって，実質的にも妥当ではない」とし，X は C らによる遺留分減殺請求権の行使にかかわらず，単独で，本件貯金の払戻しをする権限を有するものと認められる，と判示した。

先般の相続法改正前は，遺留分減殺請求権の法的性質は形成権であり，遺留分権利者が遺留分を主張したと同時に，遺留分に相当する預金債権が確定的に遺留分権利者に帰属すると考え，預金債務者たる銀行は遺留分相当分の払戻しを遺言執行者等にすることはできない，との考えも相当に有力であった。本判決は，こ

れらのケースについて，一定の判断をした判決と思われ，先般の相続法改正前の民法が適用される事案における相続預金の取扱いを検討するうえで視野に入れる必要のある裁判例であると思われる。また，先般の相続法改正で遺留分減殺請求権は債権的効力にとどまることが明文化されたが，本判決は改正前民法 1013 条の趣旨も汲み，事実上，遺留分減殺請求権を第三者との間では債権的なものにとどめるような配慮がなされているようにも読み取れる。

7　みずほ銀行タックスヘイブン訴訟

本件は，内国法人であるみずほ銀行が，無税である英領ケイマン諸島で設立された 100％子会社 2 社（以下「本件各子会社」）との間で行った資金調達スキームに関連するものである。当該資金調達スキームが行われた平成 20 年には，いわゆるリーマンショックによる全世界的な株価の下落を背景として，みずほ銀行を含む大手邦銀において，銀行法上求められる自己資本比率を充足しないおそれが生じていた。そこで，大手邦銀において，自己資本の増強を目的として，当該資金調達スキームと同種の資金調達が行われ，金融庁にも認められた手法として，金融界の実務に定着していた。当該資金調達スキームを含めた本件の概要は後述のとおりであり，資金調達スキームの実行の時点において，みずほ銀行は，本件各子会社の普通株式のすべてを保有していた。また，みずほフィナンシャルグループは，ケイマン諸島法人である MCI の発行済株式の全てを保有していた。

平成 20 年：① MCI は，投資家に対し優先出資証券を発行し，投資家から資金調達を行った。②本件各子会社は，MCI に対し優先出資証券を発行し，MCI が投資家から調達した資金を原資として資金調達を行った。この優先出資証券については，原則として，普通株主に優先して配当受領権を有する一方，議決権を有しないものとされた。③本件各子会社は，MCI に対して発効した優先出資証券により調達した資金を原資として，みずほ銀行に対し，劣後ローンにより金銭を貸し付けた。劣後ローンの利息は，ほぼ全て MCI が保有する優先出資証券への配当に充てられ，本件各子会社に利益が留保されたり本件各子会社の発行する普通株式に配当がされたりすることは仕組み上予定されていなかった。

平成 27 年：④みずほ銀行は，本件各子会社に対し，劣後ローンの弁済及び利子の支払いを行った。⑤本件各子会社は，上記の弁済金等を原資として，MCI に対し出資金及び配当金を支払い，優先出資証券を償還した。その後，本件各子

会社は，平成 27 年 12 月 3 日に株主総会を開催して，清算する旨の決議を行い，その結果，本件各子会社の事業年度は同日付で区切られることとなった。上記⑤のとおり，本件各子会社は優先出資証券のすべてを償還していたため，事業年度終了時である平成 27 年 12 月 3 日時点で本件各子会社が発行している株式は，みずほ銀行が保有している普通株式のみとなっていた。みずほ銀行は，平成 28 年 3 月期につき，普通株式と優先出資証券という請求権の異なる株式等を発行していたことを前提として，本件各子会社の事業年度終了時の請求権勘案保有株式等割合が 0.00％，合算課税の対象となる所得が 0 円であることとして確定申告を行った。これに対し，課税庁は，本件各子会社の事業年度末終了時の株主はみずほ銀行のみであったことから，請求権勘案保有株式等割合は 100％であり，本件各子会社の所得が合算課税されるとして，課税処分を行った。

東京高判令和 4 年 3 月 10 日金判 1649 号 34 頁は，タックスヘイブン対策税制の趣旨等を勘案し，納税者勝訴の判決を下した。すなわち，東京高裁は，一般論としては，「外国法人が請求権の内容が異なる株式等を発行している場合」に該当するか否かは，法令の文言どおり，当該外国子会社等の事業年度終了の時の状況によると解すべきであるとした。もっとも，東京高裁は，資金調達スキームが利用された経緯，目的，仕組みからして，みずほ銀行が本件各子会社の当期純利益から剰余金の配当を受け得ること，言い換えれば，その当期純利益に対して支配力を有すると評価されるような処理はもともと想定されていないし，実際に，事業年度全体を通じてみても，また，期末時点についてみても，みずほ銀行が上記当期純利益に対して支配力を有していたとは認められないとした。そして，そのようなみずほ銀行が支配力を有していない法人の所得をみずほ銀行の所得に合算して課税することは，「タックス・ヘイブン対策税制の基本的な制度趣旨や理念に反するものであり，正当化でき」ず，したがって，その限度で，上記の文言どおりの解釈を本件に適用することは許されないとした。

最二小判令和 5 年 11 月 6 日裁判所ウェブサイトは，上記の高裁判決を覆し，納税者敗訴の判決を下した。最高裁は，タックスヘイブン対策税制に基づく合算課税の規定の趣旨について，「内国法人が，法人の所得に対する租税の負担がないか又は著しく低い国又は地域に設立した子会社を利用して経済活動を行い，当該子会社に所得を発生させることによって我が国における租税の負担を回避するような事態を防止し，課税要件の明確性や課税執行面における安定性を確保しつ

つ，税負担の実質的な公平を図ることを目的とするものと解される」とし，その上で，最高裁は，課税要件の明確性や課税執行面における安定性の確保が重視されており，事業年度終了の時という定め方は一義的に明確であること等を考慮すれば，個別具体的な事情にかかわらず，適用対象金額に乗ずべき請求権勘案保有株式等割合に係る基準時を設けることは合理的であるとして，請求権勘案保有株式等割合を定める租税特別措置法施行令の規定は，一般に，タックスヘイブン対策税制について定める法律の規定の趣旨に適合するものであると判断をした。次に，最高裁は，本件の具体的な事実関係の下において，当該施行令の規定を適用することがタックスヘイブン対策税制について定める法律の委任の範囲を逸脱するか否かについて検討し，以下のように，当該施行令の規定を本件に適用することができないとした東京高裁の判決は誤りであるとした。ア）外国子会社等の事業年度の途中にその株主構成が変動するのに伴い，剰余金の配当等がされる時と事業年度終了の時とで持株割合等に違いが生ずるような事態は当然に想定されるというべきである。イ）タックスヘイブン対策税制は，外国子会社等において剰余金の配当等が留保されることにより内国法人が受ける剰余金の配当等への課税が繰り延べられることに対処しようとするものではない（そもそも外国子会社配当益金不算入〔法人税法 23 条の 2〕により，一定の外国子会社からの配当は益金不算入である。）。したがって，当該規定を適用するにあたり，剰余金の配当等に係る個別具体的な状況を問題としなくても，タックスヘイブン対策税制の適用において予定されていない事態が生ずるとはいえない。

また，本件の事実関係のもとでは，本件各子会社の事業年度を優先出資証券の償還日の前日までとするなどの方法を採り，本件各子会社の合算対象となる金額を 0 円とする余地もあり，みずほ銀行に回避し得ない不利益が生じるともいえない。

本件も，世間の耳目を相応に集めた判決である。最高裁が法令を「普通通り」適用したもの，といえばその限りであるが，「特段の事情」を排除して済々と判断したことに，近時，メガバンクに対して「高潔な（Integrity）」経営を求める当局やステークホルダーからの期待も感じるところである。

■海外金融法の動向

アメリカ

成蹊大学教授　湯　原　心　一

大量保有報告規則の改正

1　はじめに

米国証券取引委員会（U.S. Securities and Exchange Commission）は，2023年10月10日に大量保有報告制度及び特例報告制度に相当するRegulation 13D/G[1]の改正を採択した[2]。本改正に至るまで，約13年ほど，同規則の改正がなされるかは注目されていた。当該改正がとうとう採択に至ったということで，本稿では，改正前にどのような議論がなされ，実際にどのような改正がなされたのかを概観する。

まず，2において本改正の背景を説明し，3において本改正の主要な点を概観する。4において若干の検討を付す。5は，結論である。

2　背　景

(1)　Williams Actの成立

米国の大量保有報告制度は，Williams Act[3]により1968年に導入された。Williams Actの目的は，当時，問題視されていた強圧的な株式の買集め――1960年代に行われたサタデー・ナイト・スペシャル（Saturday Night Specials）[4]――に秩序をもたらすことにあった[5]。当時，米国連邦法は，公開買付規制も大量保有報告制度も導入されていなかった。そこで，週末に支配権を得ることができるだけの株式（発行済株式のすべてではない）について，買付の提案をし（法制度上のものではないが公開買付けといえよう），週末のうちに支配権を得るに足りる株式を得るという実務が横行した[6]。ここで問題となるのは，株主が情報がないまま，短い期間で株式を手放すかという投資判断を迫られることである[7]。この問題への対処として，Williams Actが成立した。同法は，公開買付規制と大量保有報告の制度を導入したが，2010年以降，規則改正の議論が続いていた。

(2)　CSX事件と規則改正の請願

規則改正の背景として，幾つかの出来事が重要である。例えば，次のようなものである。

第 1 に，金融規制改革法（Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010）[8]がその 929R 条において，証券取引所法 13 条(d)項を改正し，証券取引委員会に対して，法律で定められていた期限よりも短い提出期限を規則で定める権限を付与したことである[9]。すなわち，法律自体が，大量保有報告書の提出期限の短縮を定めることなく，その権限を証券取引委員会に付与することで，将来，規則制定によって提出期限を短縮する余地を残したといえる。そして，金融規制改革法の制定から 13 年後にこの権限に基づく規則改正がなされた[10]。

第 2 に，The Children's Investment Fund Management（以下，「TCI」という）及び 3G Capital Partners（以下，「3G」という）による CSX Corporation（以下，「CSX」という）の株式の買集めである[11]。同事件では，①トータル・リターン・スワップ（total return swap）[12]の取引が大量保有報告規制上の実質的所有者（beneficial ownership）に該当するか，② TCI と 3G が大量保有報告規制上のグループに該当するか，③大量保有報告の規則に違反することが議決権の行使の差止めの対象となるか，といった点が争われた。

連邦地方裁判所は，①トータル・リターン・スワップのロング・ポジションを有することが取引所法規則 13d–3(a)に基づく実質的所有者に該当するかを判断しなかった[13]。しかし，TCI によるトータル・リターン・スワップの取引は，規制の潜脱に該当し，これによって取引所法規則 13d–3(b)に基づいて，TCI を実質的所有者と認めた[14]。また，② TCI と 3G の情報交換等に基づいて，TCI と 3G がグループを形成している（取引所法 13 条(d)項(3)号における「者」に該当する）と認定した[15]。しかし，連邦地裁は，③差止めを認めるためには原告に回復不能な損害が発生することが必要であるが，本件において，そのような立証がなされていないと認定し，議決権行使の差止めを認めなかった[16]。

これに対し，連邦控訴裁判所は，①トータル・リターン・スワップのロングポジションを有することが取引所法規則の実質的所有者に該当するかについては結論を出すことができず[17]，② TCI と 3G がグループを形成していたかについては，原審の事実認定では不十分として，グループの形成を認めずに差し戻した[18]。さらに，③本件では，提出時期が遅れたにしてもスケジュール 13D に基づく情報開示がなされており，回復不能な損害が認められず，差止めが認められない旨，判示した[19]。

第3に，2013年に提出された，法律事務所 Wachtell, Lipton, Rosen & Katz による規則改正の請願（petition）である[20]。この請願は，CSX 事件やトータル・リターン・スワップに言及した上で[21]，大量保有報告書（スケジュール 13D）提出までの期間の短縮や大量保有報告規則における実質所有者の定義を拡大することを求めるものであった。法律事務所が提出するという珍しいものであったが，企業買収で著名な法律事務所によるものであったため，この請願は，注目され，これに基づく論文の執筆もなされた[22]。これらの研究では，次のような点が指摘された。

- 第1に，大量保有報告規制に基づいてなされた開示のうち，約10％は，期限を超過してから提出されている。法制度を遵守させるための法執行が不十分である[23]。
- 第2に，ヘッジファンド・アクティビストが大量保有報告書を提出した時点での持分比率は，中央値で6.3％である[24]。
- 第3に，アクティビストが5％を超過した後の買い増しは，5％を超過した日とその翌日に集中している[25]。

本請願がなされた後，実際に，証券取引委員会が規則改正を行うかが注目されたが，証券取引委員会が規則改正を提案することはしばらくなかった[26]。実際に規則改正が提案されたのは2022年になってからであった[27]。同年4月まで，パブリック・コメントの期間が設けられたが，2023年4月に再度パブリック・コメントの期間が設けられ，同年6月までコメントが募集された[28]。再度のコメントの募集は，証券取引委員会の職員が作成した分析[29]に対するコメントを求めるためであった。

3　規則改正

上述のように，大量保有報告規則に関する議論は，約13年に亘り，どのような規則改正がなされるのかが注目された。証券取引委員会は，2023年10月10日に規則改正を採択した[30]。主要な改正点は，次の通りである。

第1に，最も重要な改正点として，スケジュール 13D の提出期限を提出基準である5％を超えた日から5営業日とした[31]。改正前は，10日であった。従来は，営業日に基づくものではなかったが，改正後は，営業日に基づくものとなった。実質的に，提出期限を短縮するものといえるだろう。さらに，訂正報告書の提出

期限が，重要な出来事の後 2 営業日と定められた[32]。従前の提出期限は，「迅速に」（promptly）という表現で定められていた[33]。

第 2 に，スケジュール 13D の提出を免れていたものが，提出義務に服することになった場合の提出期限が同様に 5 営業日となった[34]。

第 3 に，適格機関投資家によるスケジュール 13G（特例報告）の提出に係る提出期限が提出基準である 5％を超えた四半期の終了から 45 日以内に短縮された[35]。改正前は，提出基準を超えた暦年の終了から 45 日であった[36]。また，保有比率が 10％を超えた場合の提出期限が 10％を超えた月末から 5 営業日に変更された[37]。改正前は，10％を超えた月末から 10 日であった[38]。

第 4 に，パッシブ投資家[39]によるスケジュール 13G の提出期限を提出基準である 5％を超えた日から 5 営業日以内に短縮した[40]。改正前は，10 日であった[41]。

前述の背景との関係では，規則改正がなされなかった（採択されなかった）点を明示しておくことが有用であろう。例えば，次のような点について，改正はなされなかった[42]。

第 1 に，現金で清算されるデリバティブについて，原資産であるエクイティ証券の実質所有者であるとみなす規定は，追加されなかった。代わりに，既存の解釈指針を維持することを表明した。すなわち，security-based swaps について，①原資産の証券に関する議決権または投資権限（investment power）を付与する場合，②規制の潜脱に用いられる場合，又は，③エクイティ証券を取得する権利を与える場合には，実質的所有の報告を要することになりうると指摘した[43]。これは現金で清算されるデリバティブを，それだけで大量保有報告規制の対象とすることに慎重な姿勢を示したものといえよう[44]。

第 2 に，ある者がスケジュール 13D を提出することを他の者に伝達した場合で，当該伝達を受けた者が証券を取得したときに，伝達をした者と受けた者がグループになるという規定は設けられなかった。同様に，どのようなグループによる行動となるかの定義規定や，グループに該当しないためのセーフハーバーは設けられなかった。ただし，証券取引委員会は，実質的所有者の定義について，規則制定のリリースに Q&A を掲載し，解釈指針（ガイダンス）を示している。例えば，①発行者の業績の改善に関する情報を交換すること，②発行者の特定の取締役の再選に反対することについて意見を交換すること，③ある発行者の経営者について意見を交換すること，④ある発行者の取締役の構造や構成について議論

すること，⑤拘束力のない株主提案を提出すること，⑥発行者への提案に対する賛成を得るために株主に対して連絡すること，⑦ある株主がアクティビストに賛成する意見を公表することについて，これらの行動のみでは，大量報告保有規制上のグループには該当しない旨を示した[45]。なお，グループに該当する例として，大量保有規制の対象となる証券について大量保有報告書（スケジュール 13D）を現在提出する必要があるか今後必要になる者が，同じ種類の証券の購入を促す目的で，買集めの情報が公表される前に，意図的に大量保有報告書を提出する旨を投資家を含む市場参加者に直接伝える場合について，グループに該当しうると示した[46]。

第 3 に，大量保有報告規則への違反に基づく議決権行使の差止めに影響を与えるような改正はなされなかった（なお，この点については，そもそも規則改正の提案時から議論もされていない）。

4 検 討

(1) 提出期限の短縮

本改正は，大量保有報告書（スケジュール 13D）の提出期限が短縮された点を除けば，それほど大きな改正がなされたとはいえない[47]。しかし，大量保有報告に関する理論的な論点を検討すると，改正は，慎重に行うべきであるといえ，本改正は，これに沿った慎重なのであるといえよう。

ただ，1968 年の規則制定時と比較して，情報技術の発展等に鑑みれば，提出までの期間の短縮は，適当であるといえるだろう。疑問があるとすれば，訂正報告書の提出を 2 営業日でできるのであれば，最初の提出に 5 営業日を要する理由である。改正前が迅速に（promptly）であった点に鑑みれば，5 営業日よりも短い期間となることは当然のようにも思われるが，この相違は，事務作業の相違や情報技術の発達では説明しにくいだろうから，理由付けが難しいようにも思われる[48]。

(2) 株主アクティビズム及び株主のエンゲージメント

本規則改正では，実質的所有者の定義について，現金で清算されるトータル・リターン・スワップについての規定などは設けられず，既存の規定を維持することになった。特に，リリースの中で示された解釈指針では，意見の自由な交換（free exchange of ideas）や見解の交換（exchange of views）を保護する姿勢が

強く打ち出されている[49]。規則改正のリリースでは，アクティビズムの影響を分析した上で，肯定的な影響を重視している。特に，敵対的買収防衛策として用いられるいわゆるポイズン・ピル（poison pill, shareholder rights plan）によって，敵対的買収の脅威が減退しており，これに代わるものとして，アクティビストの活動があることが指摘され[50]，証券取引委員会のリリースもこの点に言及している[51]。本改正は，アクティビズムの肯定的な影響と整合性を取っているのだろう[52]。

アクティビストとの関係では，いわゆるウルフパック戦略[53]によって，アクティビストが規制を潜脱することを防ぐことが重要である。この点，証券取引委員会がリリースの中でガイダンスを示したことは，規制の潜脱を防止するために有用であろう。また，アクティビストの規制の潜脱を防ぐために敵対的買収防衛策を用いるということも考えられるが，過度に買収防衛策を認めることは，アクティビズムに対して悪影響があるため，この点も慎重に判断されるべきである[54]。

大量保有報告規制は，株主と買収者の間の利益移転に影響を与えるだけでなく，会社の企業価値や株主と買収者の間の利益の総和に影響を与えるのだから，規制の改正ではこの点も考慮に入れる必要がある。本改正では，先行研究に基づいてこれらの点を分析し，アクティビズムの肯定的な影響に配慮している点で慎重なものといえるだろう。

(3)　トータル・リターン・スワップ

市場で買集めを行う場合，買収者が直面する問題の一つは，買集めによって株価が上昇することである。トータル・リターン・スワップは，買収者が議決権を行使できないとしても，少なくとも，株価の上昇をヘッジすることができる。すなわち，保有するトータル・リターン・スワップを減少させつつ，株式を市場で購入すれば，株価の変動リスクをほぼ受けないままで，株式の買集めができる[55]。株式を入手すれば，当該株式に基づいて議決権を行使し，支配権に影響を与えることができる。

大量保有報告規制は，会社の支配権の獲得に関係する規制であり，取引所法 13 条(d)項でエクイティ証券（equity security）の用語が用いられていることからわかるように，議決権を有するか否かは，規制の適用範囲を分けるか否かを検討する上で，重要な考慮要素であろう。しかし，単に，議決権を有するか否かによって，規制の適用を回避することができると解釈することにも反論はありえる。

上述のように，株価変動リスクをヘッジできれば，その後の議決権の取得はかなり容易になる。規制の目的が，単に議決権の取得の時期という形式に焦点を当てているのか，トータル・リターン・スワップを経由して議決権の取得を容易にしているという実質を考慮する[56]のかで，法解釈の結果は変わりうるだろう。ただ，アクティビズムにおいて経済的なリターンを得ることが重要であることを考えれば，この点の規制についても慎重に検討されるべきであろう[57]。

5　おわりに

本稿では，米国証券取引委員会による 2022 年 10 月の規則改正を紹介した。大量保有報告規制の修正点は大きなものとは言えないが，会社支配権市場への影響に配慮した慎重な規則改正であるといえるだろう。

〔注〕

(1)　17 C.F.R. § 240.13d-1 et seq. (2024).

(2)　SEC, Final Rule, Modernization of Beneficial Ownership Reporting, Securities Act Release No. 11,253, Exchange Act Release No. 98,704, 88 Fed. Reg. 76896 (Oct. 10, 2023).

(3)　Williams Act, Pub. L. No. 90-439, 82 Stat. 455 (July 29, 1968). Williams Act という名称は，ニュー・ジャージー州選出の Harrison A. Williams 上院議員による。

(4)　用語の解説として，例えば，David W. Leebron, Games Corporations Play: A Theory of Tender Offers, 61 N.Y.U. L. Rev. 153, 158 n.18 (1986).

(5)　当時の問題について，例えば，黒沼悦郎『アメリカ証券取引法〔第 2 版〕』（弘文堂，2004）179-180 頁参照。買集めの強圧性について，例えば，飯田秀総『公開買付規制の基礎理論』（商事法務，2015）194-196 頁，田中亘編著『数字でわかる会社法〔第 2 版〕』（有斐閣，2021）246 頁以下。

(6)　文献によれば，サタデー・ナイト・スペシャルに基づく応募は，数日（only a few days）や 1 週間から 10 日程度（a week to ten days）行われるとの記述がある。See Leebron, supra note 4, at 158 n.18; Robert A. Prentice, Front-End Loaded, Two-Tiered Tender Offers: An Examination of the Counterproductive Effects of a Mighty Offensive Weapon, 39 Case W. Res. L.

Rev. 389, 391 (1988). また，サタデー・ナイト・スペシャルの取引は，最短で 1 週間で完了すると記されている。See Bruce Wasserstein, Big Deal: Mergers and Acquisitions 690 (2d ed. 2000).

(7) Claire Hill et al., Mergers and Acquisitions: Law, Theory, and Practice 110 (3d ed. 2023).

(8) Pub. L. 111–203, 124 Stat. 1376 (2010).

(9) Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010, § 929R. 松尾直彦『Q&A アメリカ金融改革法――ドッド＝フランク法のすべて』（金融財政事情研究会，2010）276 頁，清水真人「米国投資会社によるアクティビズム促進のための投資会社法改革論の展開」徳島大学社会科学研究 30 巻（2016）97–98 頁。

(10) 実際，証券取引委員会は，本規則改正の法律上の権限の根拠の一つとして，取引所法 13 条を挙げる。 SEC, supra note 2, at 76981.

(11) CSX 事件について，例えば，飯田秀総「大量保有報告書規制における実質的所有者・グループの認定・議決権行使の差止め――CSX Corp. v. Children's Investment Fund Management (UK) LLP, 654 F.3d 276 (2nd Cir. 2011)」商事 1999 号（2013）53 頁参照。

(12) トータル・リターン・スワップの詳細を本稿では解説しないが，通常，ある会社の一定の株式のキャッシュ・フローと一定に額面に基づく金利の支払いを交換するものである。CSX Corp. v. Children's Inv. Fund Management (UK) LLP, 654 F.3d 276, 279 (2d Cir. 2011). 本件では，TCI がある会社の株式に相当するキャッシュフローのロング・ポジションを，取引の相手方がショート・ポジションをとった。通常，取引相手方は，ショート・ポジションのヘッジのために現物の株式を購入する。E.g. CSX Corp. v. Children's Inv. Fund Management (UK) LLP, 562 F. Supp. 2d 511, 575–82 (S.D.N.Y. 2008)（ファンドの取引相手である銀行によるヘッジ）：Henry T.C. Hu & Bernard Black, The New Vote Buying: Empty Voting and Hidden (Morphable) Ownership, 79 S. Cal. L. Rev. 811, 868 (2006). しかし，TCI は，取引の相手方の株式保有比率が 5% を超えないように複数の投資銀行を相手に取引を行っていた。CSX, 654 F.3d at 280. また，取引相手である投資銀行がポジションのヘッジのために株式を保有しているとしても，TCI は，当該投資銀行が保有する株式の議決権行使については，

何らの合意も，影響力も有していなかった。 CSX, 654 F.3d at 280–81.

⑿ CSX, 562 F. Supp. 2d at 548.

⒁ Id. at 548–52.

⒂ Id. at 554.

⒃ Id. at 568–71.

⒄ CSX, 654 F.3d at 282.

⒅ Id. 控訴審が取引所法 13 条(d)項(3)号を引用している部分で，「取得，保有又は処分」（acquiring, holding, or disposing）のうち，取得のみを引用する部分があるが，これに深い意味はないであろう。第 1 に，取引所法 13 条(d)項(3)号は，取得，保有，または，処分を並列しているし，第 2 に，この部分の後で取引所法規則 13d–5(b)(1)（15 U.S.C. § 78m(d)(3)）を引用する部分では，「取得，保有，議決権行使又は処分」（acquiring, holding, voting or disposing）（17 C.F.R. § 240.13d–5(b)(1)）を並列するからである。 CSX, 654 F.3d at 284.

⒆ CSX, 654 F.3d at 286–87.

⒇ Letter from Wachtell, Lipton, Rosen & Katz to Elizabeth M. Murphy, Sec'y, U.S. Sec. & Exch. Comm'n (Mar. 7, 2011).

㉑ Id. at 6, 9–10.

㉒ E.g. Lucian A. Bebchuk & Robert J. Jackson, Jr., The Law and Economics of Blockholder Disclosure, 2 Harv. Bus. L. Rev. 39 (2012); Lucian A. Bebchuk et al., Pre-Disclosure Accumulations by Activist Investors: Evidence and Policy, 39 J. Corp. L. 1 (2013); Lucian A. Bebchuk et al., The Long-Term Effects of Hedge Fund Activism, 115 Colum. L. Rev. 1085 (2015); John C. Coffee Jr. & Darius Palia, The Wolf at the Door: The Impact of Hedge Fund Activism on Corporate Governance, 41 J. Corp. L. 545, 605 (2016)（研究開発費が長期的に減少しているかについて，現時点で明確にどちらが正しいかを決することができるとはいえないと指摘）：Alon Brav et al., Governance by Persuasion: Hedge Fund Activism and Market-Based Shareholder Influence, in Oxford Rsch. Encyclopedia of Econ. and Fin. (2022). 清水・前掲注(9) 98 頁は，Bebchuk & Jackson, supra が大量保有報告書の提出期限の短縮に反対する理由，次のように纏める。すなわち，「①アクティビスト・ヘッジファンドが対象会社の株式を全て取得することは稀であり，アクティビズムによる利益

は他の株主と分け合うことになること，②実証研究の成果によると，10 日間の期間内にアクティビスト・ヘッジファンドによる対象会社株式の大量の買増しが行われているとの傾向は示されておらず，買増しの水準は 1994 年から 2007 年にかけて安定的に推移していること，③米国では発動要件が対象会社の全社外議決権株式の 15 パーセントまたはそれ未満の取得という形で低く設定されているポイズン・ピルが増加しており，そのような中でスケジュール 13D の提出期間を短縮した場合，株主が委任状争奪戦に勝利することがより困難になること，④ヘッジファンド以外の他の機関投資家に対して余計な費用負担がかかること」である。

(23) Bebchuk et al., supra note 22, at 4.

(24) Id. at 5.

(25) Id. at 5.

(26) 証券取引委員会は，改正の可能性について，2011 年 12 月には言及しており，改正の検討は，この時期から進められていたものと推測される。See Mary L. Schapiro, Remarks at the Transatlantic Corporate Governance Dialogue (Dec. 15, 2011), https://www.sec.gov/news/speech/2011/spch121511mls.htm (last visited Jan. 31, 2024)（大量保有報告書の提出期限の短縮の可能性への言及）.

(27) SEC, Proposed Rule, Modernization of Beneficial Ownership Reporting, Securities Act Release No. 11,030, Exchange Act Release No. 94,211, 87 Fed. Reg. 13846 (Feb. 10, 2022).

(28) SEC, Reopening of Comment Period for Modernization of Beneficial Ownership Reporting, Securities Act Release No. 11,180, Exchange Act Release No. 97,405, 76 FR 15874 (Apr. 28, 2023).

(29) SEC, Memorandum of the Staff of the Division of Economic and Risk Analysis, Supplemental Data and Analysis on Certain Economic Effects of Proposed Amendments Regarding the Reporting of Beneficial Ownership (Apr. 28, 2023), https://www.sec.gov/comments/s7-06-22/s70622.htm (last visited Jan. 28, 2024).

(30) SEC, supra note 2.

(31) 17 C.F.R. § 240.13d–1(a) (2024).

(32) 17 C.F.R. § 240.13d–2(a) (2024).

(33) 17 C.F.R. § 240.13d-2(a) (2022).

(34) 17 C.F.R. § 240.13d-1(e), (f) and (g) (2024).

(35) 17 C.F.R. § 240.13d-1(b) and (d) (2024).

(36) 17 C.F.R. § 240.13d-1(b)(2) (2022).

(37) 17 C.F.R. § 240.13d-1(b) (2024).

(38) 17 C.F.R. § 240.13d-1(b)(2) (2022).

(39) 17 C.F.R. § 240.13d-1(c)(1)-(3) (2024). パッシブ投資家という用語は，規則で用いられている用語ではないが，本稿では，本規則改正と同様，取引所法規則13d-1(c)(1)-(3)に定める投資家を指して，パッシブ投資家という。

(40) 17 C.F.R. § 240.13d-1(c) (2024).

(41) 17 C.F.R. § 240.13d-1(c) (2022).

(42) Sullivan & Cromwell LLP, SEC Adopts Rule Amendments to Beneficial Ownership Reporting 1 (Oct. 16, 2023).

(43) SEC, supra note 2, at 76928.

(44) Id. at 76969.

(45) SEC, supra note 2, at 76934-35.

(46) Id. at 76935. その理由として，不公正と認識されることや市場での信頼が挙げている。「不公正と認識されている」（perceived unfairness）ことと不公正であることは異なるので，ここでは市場でそのような行為が不公正であると認識されているから規制されると主張したいのだろう。ここで生じる問題は，①実際に市場が不公正と認識しているのか，②実際に不公正なのかという点である。①と②が両方事実である場合には，規制根拠となりうるであろう。しかし，①が事実であるにもかかわらず，②が成立しない場合（証券取引委員会がリリース中で単に不公正（unfairness）と言わず，不公正の認識（perceived）と「認識」を付した理由は，②が成立しない可能性を考慮しているのではないだろうか），不公正ではないことに不公正という認識があることになる。また，証券取引委員会の議論は，大量保有報告規則を潜脱すること自体が不公正であるという点の他に，未公開の情報を有する投資家が利益を得ることが他の投資家からの利益移転になるという議論を含んでおり，インサイダー取引規制での議論と同様の論点を孕んでいる。Id. at 76935 n.565.

(47) Sullivan & Cromwell LLP, supra note 42, at 2.

(48)　訂正報告書の方が初回の大量保有報告書よりも作業量が少ないという理由付けは，一見真っ当であるように思われるが，当該作業量の差が，3 営業日分あるのかというと，この正当化は簡単ではないように思われる。

(49)　SEC, supra note 2, at 76934–35.

(50)　SEC, supra note 2, at 76904.

(51)　SEC, supra note 2, at 76944.

(52)　SEC, supra note 2, at 76966–68（アクティビズムに関する研究の分析）. わが国での分析として，例えば，田中亘 = 後藤元「日本におけるアクティビズムの長期的影響」JSDA キャピタルマーケットフォーラム（第 2 期）論文集（2020）115 頁。

(53)　太田洋「TOB・大量保有報告規制と『acting in concert』（共同協調行動）」商事 2336 号（2023）23 頁参照。

(54)　Marcel Kahan & Edward Rock, Anti-Activist Poison Pills, 99 B.U. L. REV. 915, 970 (2019); Williams Companies S'holder Litig., 2021 WL 754593 (Del. Ch. Feb. 26, 2021); Jeffrey N. Gordon, The Rejected Threat of Corporate Vote Suppression: The Rise and Fall of the Anti-Activist Pill, 2022 COLUM. BUS. L. REV. 206 (2022). カーティス・ミルハウプト = 宍戸善一「東京機械製作所事件が提起した問題と新 J-Pill の提案」商事 2298 号（2022）20 頁注 47，得津晶「日本とアメリカのポイズン・ピルの現在」商事 2342 号（2023）4 頁。

(55)　スワップを現物株式の引渡しで清算する可能性もある。 CSX, 562 F. Supp. 2d at 542.

(56)　証券取引委員会の過去のリリースでは，取引所法規則 13 条(d)項の解釈に関して「支配権に影響を与えるか，または，影響を与える」という文言を用いる部分がある。 SEC, Filing and Disclosure Requirements Relating to Beneficial Ownership, Final Rules, 43 Fed. Reg. 18484, 18489 (Apr. 28, 1978)（支配権への変更または影響を与えるという文言が用いられている）；SEC, Interpretive Release on Rules Applicable to Insider Reporting and Trading, 46 Fed. Reg. 48147, 48,149 n.17 (Oct. 1, 1981)（議決権または証券の処分を支配または影響を与えるという文言が用いられている）. この文言，特に，影響を与えるという文言は，実質所有者の解釈が必ずしも狭いものではないことを示している。

(57)　Kahan & Rock, supra note 54, at 970.

■海外金融法の動向

イングランド

弁護士　戸　塚　貴　晴

英国における Buy-Now Pay-Later に対する規制の動向について

1　はじめに

(1)　Buy-Now Pay-Later とは

Buy-Now Pay-Later（以下「BNPL」という。）とは，近年，国内外で利用者が増加している，主にオンライン取引で利用される決済サービスの一種を意味しており，文字どおり「Buy now, pay later（今買って，後で支払う）」方式の後払い決済サービスである。後払い決済サービスとしては，他にも，クレジットカード決済やコンビニ払い等のサービスが存在するが，BNPL は，これらの既存の後払い決済サービスと異なり，分割手数料無料で分割払いが可能であったり，決済手数料を加盟店が負担したりする点が特徴とされる。

(2)　英国における BNPL と本稿の目的

英国においては，BNPL のうち一定の要件(1)を満たすものについては，現在，法的な規制かかっておらず，サービス提供業者は，英国金融行為規制機構（以下「FCA」という）の許認可や規制を受けたり，1974 年消費者信用法（Consumer Credit Act 1974，以下「CCA」という。）の規定に従ったりすることなくサービスを提供できることとなっている(2)。

これに対して，英国政府は，2021 年 2 月，現在規制の対象となっていない BNPL についても新たに規制の対象とすることを表明し，2023 年 2 月，BNPL への規制導入に関する法令の改正案（以下「改正法令案」という。）を公表するとともに，改正法令案についての市中協議（以下「2023 年市中協議」という。）を開始した。

本稿では，英国において今般の BNPL に対する規制導入が進められた経緯及び公表された改正法令案の内容等を概観する。なお，本稿中の意見にわたる部分は，あくまでも筆者の個人的な見解であり，筆者の所属する団体・組織の見解ではない点に留意されたい。

2　BNPL への規制の経緯

(1)　BNPL の規制の現状

上記 1 (2)のとおり，英国においては，BNPL のうち一定の要件を満たすものについては法的な規制がかけられておらず，サービスの提供業者は，FCA の許認可や規制を受けたり，CCA の規定に従ったりすることなくサービスを提供することが可能となっている。ここでいう一定の要件とは，後払いの決済サービス（信用供与）のうち，無利息の分割払いによるもので，利用者が売買代金を 12 ヶ月以内の期間に 12 回以内の回数で定期的に支払うことで返済できるものをいう。かかる要件を満たすサービスは，金融サービス市場法規制業務命令（The Financial Services and Markets Act 2000 (Regulated Activities) Order 2001，以下「RAO」という。）上の適用除外契約（exempted agreement）と位置付けられており，FCA による規制の対象外とされている(3)。

(2)　Woolard Review と英国政府による BNPL の規制化の意図の公表

2020 年 9 月，FCA 理事会は，元 FCA 暫定長官（Interim Chief Executive）のウーラード氏に対し，無担保の信用市場の変化や発展についての再点検を求め，同氏は，2021 年 2 月，FCA 理事会に対して「The Woolard Review – A review of change and innovation in the unsecured credit market」と題する報告書(4)（以下「Woolard Review」という。）を提出した。Woolard Review は，無担保信用供与の市場全般について，コロナ禍の影響も含めた現状を点検するとともに，各種の信用供与サービスについて，規制対象か否かに関わらず検証を行っており，規制が無担保信用供与市場の健全性をよりよく支援するという観点から，英国政府や FCA にいくつかの推奨事項（recommendation）を提示している(5)。BNPL に関しては，BNPL が様々な形態の信用供与の中で有効な選択肢として機能していると評価しつつも，BNPL は消費者に重大な危害を与える潜在的な危険を秘めていることから，すべての BNPL が早急に FCA により規制されるべきであり，FCA は政府と協働して可及的速やかに立法措置を取るべきであるという点が強調されている(6)。

ウーラード氏は，Woolard Review による FCA への報告の直前の 2021 年 1 月，英国財務省の経済担当政務次官（Economic Secretary to the Treasury）のグレン氏に対し，電子メールで，一部の BNPL が規制の対象外になっていることにより潜在的な危害が生じていること及びウーラード氏が認識している具体的な問

題点を示すとともに，すべてのBNPLについて，立法により早急にFCAによる金融規制の枠組みに取り込むべきことを推奨した[7]。これに対してグレン氏は，英国政府は，ウーラード氏の見解に同意し，早急に立法措置を進める旨の返答を行った[8]。英国政府は，これらのやりとりを英国政府ホームページで公開することで，英国政府がBNPLの規制に乗り出すことが公表された[9]。

(3) 規制に関する市中協議

2021年10月，英国政府はBNPLの規制に関する市中協議（以下「2021年市中協議」という。）を開始した[10]。意見募集は2022年1月までで締め切られ，同年6月，2021年市中協議のとりまとめ（以下「2021年市中協議とりまとめ」という。）が公表された[11]。とりまとめの公表時において，英国政府は，今回導入予定の規制の内容が複雑であることから，関連する法令の改正案についても市中協議を行う予定であることを公表した[12]。

(4) 法令の改正案に関する市中協議

2023年2月，英国政府はBNPLの規制に関する改正法令案（以下，改正法令案による改正後のRAOを「改正RAO」，改正後のCCAを「改正CCA」という。）を公表するとともに，2023年市中協議を開始した[13]。意見募集は2023年4月までで締め切られた[14]。

3 法令の改正案の主な内容

上記2(4)で公表された2023年市中協議文書及び改正法令案によれば，規制の対象となるBNPL及び導入される主な規制の内容は以下のとおりとされている。

(1) 規制の対象となるBNPL

改正法令案は，以下の要件を満たすBNPLを新たな規制の対象としている[15]。かかるサービスを提供する業者は，改正法令案の施行により，2000年金融サービス市場法（Financial Services and Markets Act 2000。以下「FSMA」という。）の認可業者（authorised person）としての認可を受けることが求められ，同法を含む英国の金融規制の適用を受ける。

① 無利息の信用供与で，12ヶ月以内の期間で12回以内の回数に定期的に分割して返済されること[16]。

② 信用の供与が，商品等の販売者とは別の第三者により行われるサービスであること。すなわち，商品等を販売する業者自身が信用供与を行うサービスにつ

いては，原則として改正法令案による規制の対象とはならない[17]。但し，商品等の販売者と事前に締結した契約に基づいて商品等を買い取り，それを販売するとともに信用を供与する業者については，規制の対象とされる[18]。このようなアレンジでは，サービスの提供業者は実質的に第三者として信用供与を行うのと等しいことから，規制の潜脱を防ぐことが目的と思われる。

③　上記①及び②に該当するサービスであっても，以下を含む一定の要件を満たすサービスについては，適用除外規定が設けられており，新たな規制の対象とはならない[19]。

(i)　保険契約の保険料の支払いに関する信用供与サービス

(ii)　被用者に対する信用供与で，雇用者と商品等の販売者又は信用供与者との提携に基づいて提供されるサービス

なお，信用供与額が少額であることを要件とする適用除外規定は設けられていない[20]。また，新たな規制の対象となるサービスにかかる契約締結の紹介・媒介を行う業者についても，原則として規制の対象外とされている[21]。

(2)　主な規制の内容

英国政府は，今回新たに規制の対象となるサービスが無利息のサービスであることから，その消費者に悪影響をもたらす危険は，他の類型の信用供与サービスと比較して低いものと認識していた[22]。そこで，2023 年市中協議においては，新たに適用されるべき規制について，十分な消費者保護を確保することを前提としつつ，サービスの内包するリスクに見合ったものとする観点から，既存の FMSA 等をそのまま適用するのではなく，一定の修正を加えることを提案している[23]。その主な内容は以下のとおりとなっている。

(a)　広告及び利用促進

上記(1)で述べたとおり，改正法令案によれば，新たに規制の対象となる BNPL を提供する業者については，FMSA の認可業者としての規制の対象となる。しかし，かかる BNPL を決済手段の 1 つとして利用可能な商品等の販売者については基本的に規制がかからないことから，そのような販売者による BNPL の広告や利用促進行為にも特段の規制はかからないこととなる。

これに対して，英国政府は，潜在的な消費者への悪影響の危険を低減するため，かかる販売者による BNPL の広告や利用促進行為については，事前に認可業者による承認を得ることを義務付けることを提案している。ここで販売者に対して

承認を行う認可業者は，必ずしも当該販売者が提携している認可業者である必要はないとされている。しかし，広告や利用促進行為はその行為の性質上事前に承認することは必ずしも容易でないことから，英国政府は，実務上は，BNPL を提供する認可業者が事前に承認した広告や利用促進資料を販売者に提供する形でこの規制が順守されることを想定している[24]。

(b) 契約締結前の情報開示

FMSA の認可業者は，CCA に基づく契約前の情報開示の規制の対象となる。しかし，英国政府は，かかる規制は BNPL の提供による危険の度合と比して規制が重すぎ，かつ柔軟性に欠けることから，BNPL を提供する業者をかかる規制の対象とすることは適当ではないと判断した。そこで，新たに規制の対象となる BNPL に対しては CCA に基づく規制は適用しないこと，代わりに，FCA が別途定める契約締結前の情報開示のルールを適用することを提案している[25]。

もっとも，新たに規制の対象となる BNPL の提供業者は，並行して，すでに規制の対象となっている別の信用供与サービスも（必要な認可を受けた FMSA の認可業者として）提供している場合があり，そのような業者は現状，統一的な取扱いによる内部手続の簡易化のため，規制の対象とならない BNPL についても CCA に基づく規制が適用されるのと同等に扱っていることが多い。このような業者への過度の負担を避ける観点から，新たに規制の対象となる BNPL に関して，CCA に基づく契約締結前の情報開示の規制を適用することも可能とされる予定である[26]。

(c) 経過措置等

改正法令案による新たな規制は，改正法令案の施行後に締結される BNPL のサービス提供契約に適用される[27]。規制の対象となる業者に規制対応のための準備期間を与えるため，改正法令の施行前に一定の移行期間を設けることが想定されている[28]。

また，英国政府は，改正法令の施行により新たに規制の対象となる業者に対して，暫定的許可制度（temporary permissions regime。以下「TPR」という。）を設けることを提案している[29]。規制の対象となる業者は，改正法令の施行日前の移行期間の間に TPR に登録することにより，改正法令の施行後 2 年の間は認可業者として正式な認可を得ることなく，業務を継続することができる想定となっている[30]。従って，規制の対象となる BNPL を提供する業者がサービス提供

を継続するためには，この 2 年間の間に正式な認可業者としての認可を得ることが必要となる。

4　今後の見通し

今後については，2023 年市中協議のとりまとめが公表された後，英国議会による立法手続を経て改正法令が成立し，移行期間を経て施行されることが想定される。なお，2023 年市中協議の開始当時には，2023 年市中協議のとりまとめは 2023 年中に公表されるのではないかと見られていたが，本稿脱稿時の 2024 年 4 月 19 日の時点において，とりまとめは公表されていない。

〔注〕

(1)　下記 2(1)参照。

(2)　HM Treasury「Regulation of Buy-Now Pay-Later Consultation on draft legislation」（2023 年 2 月 ）（https://assets.publishing.service.gov.uk/media/63ea41a9e90e077bbb30a4fc/BNPL_consultation_on_draft_legislation.pdf）（ 以 下「2023 年市中協議文書」という。）7 頁参照。

(3)　RAO 60F(2) 条（https://www.legislation.gov.uk/uksi/2001/544/article/60F#commentary-key-29fb6d129cb87fe80e0bdf649c5a8365）。なお，この要件を満たすサービスとしては，BNPL 以外にも，主に店頭販売で利用される伝統的な短期無利息の信用供与サービス（short-term interest free credit。STIFC と称される。）を含む他の無利息の信用供与サービスも含まれている。BNPL と STIFC との違いについては，2023 年市中協議文書 7 頁を参照。

(4)　https://www.fca.org.uk/publication/corporate/woolard-review-report.pdf

(5)　Woolard Review の検討対象の概要については https://www.fca.org.uk/transparency/woolard-review-unsecured-credit を，Woolard Review による政府及び FCA への主要な推奨事項については https://www.fca.org.uk/publications/corporate-documents/woolard-review-unsecured-credit を，それぞれ参照。

(6)　Woolard Review 3 頁参照。

(7)　https://assets.publishing.service.gov.uk/media/601845e7d3bf7f70c2afe5c0/letter_to_EST_from_CW_190121.pdf

(8)　https://assets.publishing.service.gov.uk/media/60184632d3bf7f70c2afe5c1/

EST_Letter_to_Christopher_Woolard_0121.pdf

(9) https://www.gov.uk/government/publications/government-announces-intention-to-regulate-buy-now-pay-later

(10) https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6171294d8fa8f529777ffc7d/210923_-_BNPL_condoc_-_Cleared.pdf

(11) https://assets.publishing.service.gov.uk/media/62ab50d58fa8f535763df206/BNPL_consultation_response__Formatted_.pdf

(12) https://www.gov.uk/government/consultations/regulation-of-buy-now-pay-later-consultation

(13) https://assets.publishing.service.gov.uk/media/63ea41a9e90e077bbb30a4fc/BNPL_consultation_on_draft_legislation.pdf（2023 年市中協議文書），https://assets.publishing.service.gov.uk/media/63ea420bd3bf7f62ebd0bd5f/BNPL_Draft_SI_.pdf（改正法令案）

(14) https://www.gov.uk/government/consultations/regulation-of-buy-now-pay-later-consultation-on-draft-legislation

(15) STIFC 等の BNPL 以外の信用供与サービスについても，これらの要件を満たすものについては新たに規制の対象となり，下記(2)を含む新たな規制が適用される。

(16) RAO 60F (2)条。上記 2 (1)のとおり，この要件は現状の RAO の適用除外の要件であることから，この要件を満たさない BNPL は，現状の RAO が適用される（すなわち，すでに規制の対象とされている）サービスに該当する。

(17) 改正法令案市中協議文書 11 頁参照。

(18) 改正 RAO 60F(7A) (b)条。

(19) 改正 RAO 60F(7B) (a)-(c)条。

(20) 2023 年市中協議文書 26 頁参照。

(21) 2023 年市中協議文書 20 頁参照。

(22) 2021 年市中協議とりまとめ 16 頁参照。

(23) 2023 年市中協議文書 20 頁参照。

(24) 2023 年市中協議文書 23 頁参照。

(25) 改正 CCA 55 (3)条，2023 年市中協議文書 24 頁参照。

(26) 改正法令案 9 条，2023 年市中協議文書 25 頁参照。

(27)　改正 RAO 60F(7A) 条柱書。

(28)　どのくらいの期間が設けられるかは明らかにされていないが，改正法令案には「This Order comes into force for all other purposes on the first day following the expiry of a period of [X calendar months] beginning on the day after the initial commencement day.」（改正法令案 1(3)条）と規定されていることから，改正法令案成立後，施行までに数ヶ月程度の期間を設けることが想定されていると思われる。

(29)　2023 年市中協議文書 28 頁参照。

(30)　改正法令案 9(7)条。

■海外金融法の動向

ドイツ

同志社大学教授　舩　津　浩　司

未来金融法によるドイツ版 SPAC の導入・電子株式の導入・複数議決権株式の再導入

1　はじめに

ドイツでは，2023 年 12 月 11 日，「未来を確保する投資のための金融に関する法律（Gesetz zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen）」（略称：Zukunftsfinanzierungsgesetz (ZuFinG)。以下「未来金融法」という）が成立し，同月 14 日に公布された。

未来金融法は，「ドイツ資本市場のパフォーマンスを強化し，強力な欧州金融センターの重要な一翼を担うドイツ金融センターの魅力を高める」ことを目的として，金融法，会社法および税法等を改正するものである(1)。具体的には，①上場手続の簡素化をはじめとする資本市場へのアクセスの容易化のための取引所法（Börsengesetz）および取引所認可規則（BörsZulV）等の改正，②複数議決権株式の再導入のための株式法（Aktiengesetz）および評価手続法（Spruchverfahrensgesetz）の改正，③実質的正当化理由の有無を問わず行える新株引受権排除の限度額の引上げ（基本資本の 10％から 20％に）等を含む新株発行による資金調達の容易化のための株式法および評価手続法の改正，④電子株式の発行のための株式法，電子有価証券法（eWpG）および預託法（DepotG）の改正，⑤暗号資産保管業者の顧客資産保護のための信用制度法（KWG）および支払サービス監督法（ZAG）等の改正，⑥金融サービスに関連する約款（一般取引条件〔AGB〕）規制の適用除外のための民法（BGB）および民法施行法（EGBGB）等の改正，⑦不動産ファンドによる再生可能エネルギー関連設備を備えた不動産の取得およびこれらの設備の運営を可能とする資本投資法典（KAGB）の改正，⑧金融サービスの国際競争力強化のための付加価値税法（Umsatzsteuerungsgesetz）の改正，⑨金融行政手続のデジタル化等のための有価証券取引法（WpHG），有価証券取得・買収法（WpÜG）および取引所法等の改正，⑩金融行政手続の英語対応に関する金融サービス監督法（FinDAG）の改正，⑪従業員による自社株投資の促進のための所得税法（EStG）の改正などで

ある。

本稿では，このうち，特に会社法学に関連の深い金融制度の改正として，①のうちでもドイツ版 SPAC ともいうべき BMAG の導入のための取引所法等の改正，④電子株式の導入のための電子有価証券法の改正および②複数議決権制度の再導入のための株式法の改正に関する内容を概観する。

2　BMAG（ドイツ版 SPAC）の導入

SPAC（Special Purpose Acquisition Company）とは，それ自体は特定の事業を持たず，未公開会社等を買収することのみを目的として上場する会社であるとされる(2)。まだ株式上場の準備が整っていない企業を買収することで，プライベート・エクイティやベンチャー・キャピタルによる資金調達と従来の IPO とのギャップを埋めるものであるとされ(3)，特に近年米国において盛んになされていることから，日本においても導入に向けた議論が展開されている。

未来金融法では，米国の規制状況や証券監督者国際機構（IOSCO）の動向等を踏まえて，ドイツ版 SPAC ともいうべき制度を導入すべく，取引所法が改正（第 4a 節〔第 44 条～第 46b 条〕の追加）されている。

(1)　ドイツ版 SPAC（BMAG）の定義と適用規定

取引所法 44 条では，取引所認可（Börsenzulassung）を得ることを目的とする会社として，取引所用外被株式会社（Börsenmantelaktiengesellschaft。以下，「BMAG」という）という会社類型を定める。

BMAG の事業目的（Gegenstand）は，資産の管理，取引所への上場準備と実施，および，取引所上場認可目論見書所定の要件を満たした非上場企業を買収する取引（これは，取引所法上「対象取引（Zieltransaktion）」と定義されている）の準備と完了に限定されている（取引所法 44 条 1 項）。対象取引とは，いわゆる de-SPAC を指す概念であるところ，対象会社（Zielgesellschaft）の持分の 4 分の 3 以上の取得，または，組織変更法に基づく対象会社の資産の全部譲受けを指すものとして定義されている（取引所法 44 条 2 項）。

BMAG は上場の日から一定の期間内での対象取引の完了を目指すものであり，所定の期間内に対象取引を完了できなければ会社は解散する（取引所法 47b 条 1 項）。この一定期間は，24 ヶ月から 36 ヶ月の期間を定款に定める。もっとも，当初の期間内に対象取引がなされなかった場合には，定款変更決議により，1 回

の定款変更につき最長12ヶ月以内で，最長で合計4年までに延長することができる（取引所法44条2項）。

BMAGも株式会社として組織されるものである（取引所法44条5項1文参照）ことから，一般会社法である株式法等が基本的に適用される（取引所法44条7項）[4]ものの，取引所法は株式法の特例を含むものである。

(2)　払込金の保全等

BMAGに対する払込みは，対象取引等に用いるまでの間，公証人や銀行等の「適切な受託者（ein geeigneter Treuhänder）」によって保管される（取引所法45条1項・2項）。かかる規律は，株主からの出資は取締役が自由に使えるようにならなければならないとする株式法の原則的規律（株式法36条2項，37条1項2文，188条2項1文）との抵触が生じることから，その適用除外が取引所法45条3項に定められている[5]。

(3)　株式オプションの発行の許容

SPACの場合にはワラントを発行することでスポンサーにインセンティブを与えることが行われることもある[6]。ドイツにおいて，一般会社法である株式法に基づき裸の（たとえば経営陣・従業員に対するストックオプション目的〔株式法192条2項3号参照〕以外の）株式のコール・オプションを発行できるか否かは議論があるところ，取引所法47a条1項では裸の株式オプション（独立新株引受権）の発行が明文で許容されている。この独立新株引受権について，株式法193条2項4号により4年間以上の待機期間の設定が義務付けられているか否かが問題となりうるところ，早期の対象取引のクロージングとそれによるイグジットを目指すスポンサー（これは取引所法上「主導者（Initiator）」と呼ばれる。取引所法44条6項）について，このような待機期間はそぐわないことから，取引所法47a条2項において，かかる待機期間の義務づけは除外されている[7]。

(4)　対象取引の実施の手続

対象取引を実施する際には，BMAGの総会の承認を要する（取引所法46条1項）[8]。その際，BMAGの取締役は，対象取引，対象取引の基礎となる契約，および対象会社の価値に対して対象会社に約束された対価の妥当性を説明し，正当化する詳細な書面による報告書（以下「対象取引報告書」という）を提出しなければならない。また，上場目論見書に記載された対象取引の基準との適合性についても説明し，正当性を立証しなければならない。この総会は，決議時に代表さ

れる株式資本の 4 分の 3 以上の賛成を必要とする（取引所法 46 条 3 項）。この決議に際しては，主導者はその利害関係の大きさに鑑みて議決権を行使できない[9]とされている（取引所法 46 条 3 項 2 文）。

決議に対する反対株主の株式買取請求の形で退出の機会を与えるものであるため，対象取引の決議に対して記録として反対の表明をした株主は，決議の日から 2 ヶ月以内に，払い込まれた現金拠出額に払込保険料を加えた金額を支払うことと引換えに，会社に対して株式の買取りを請求することができる（買取請求権（Andienungsrecht）。取引所法 47 条 1 項）。反対株主の買取請求の形式を取るため，米国での実務とは異なり，対象取引に賛成しつつ株式の償還を受けることはできない[10]。

(5)　BMAG としての使命の終わり

(1)で述べた所定の期間の満了，または，対象取引の完遂によって，BMAG としての使命は終了する。出資の 2 割超を使って買収や資産譲受を行ったことによって，成功とみなされ，定款所定の期間の満了に伴って，通常の株式会社として事業継続していくことになる（取引所法 47b 条 1 項）。

他方，成功しなかった場合には，定款の所定の期間の満了をもって解散し，この場合，株式法 272 条 1 項の特則として債権者への請求が公表された日から 2 ヶ月が経過していれば，資産の分配が可能となる（取引所法 47b 条 3 項。株式法 272 条 1 項であれば 1 年の経過が必要）。

3　電子株式の導入

(1)　総　説

ドイツでは，2021 年 6 月 10 日に電子有価証券の導入に関する法律（ein Gesetzes zur Einführung von elektronischen Wertpapieren）に基づき新設された電子有価証券に関する法律（以下「電子有価証券法」という）が施行されている[11]。成立・施行時において，電子有価証券法は無記名債権のみが対象とされていたところ，今般の未来金融法は，会社法（株式法）との調整に大きな課題があるとの認識の下，将来的な課題とされた株式の電子化につき，所要の立法的措置を講じることで，電子株式（elektronische Aktie）を導入するものである。

電子有価証券には，記入される登録簿に応じて，中央登録有価証券（Zentralregisterwertpapier）と暗号有価証券（Kryptowertpapier）の二つの形

態がある（電子有価証券法４条２項・３項）ところ，今般の改正法によってもこの２分類は維持されており，従って，株式についても，暗号有価証券形式のものも認められることとなる[12]。もっとも，主としてマネーローンダリング・テロ資金供与の対応上の懸念から，無記名株式については中央登録有価証券としてのみ発行可能であるにすぎず，暗号有価証券の形で発行することはできないとされている（株式法10条１項３号〔号の追加〕）[13]。

(2)　電子株式に係る権利移転の仕組み

暗号有価証券も含めた電子有価証券に表章された権利は，電子有価証券登録簿をもとに発生・移転・消滅することが想定されており，電子株式も同様の枠組みによることとされている[14]。

(3)　電子株式に係る権利行使

電子株式の権利の移転については電子有価証券法に基づく電子有価証券登録簿を基準とする一方で，当該電子株式に係る権利の行使については，なお，会社が備える株主名簿を基準とする（電子有価証券法25条２項２文において，会社に対する関係では株主名簿に株主として記載されている者のみが株主として取り扱われると定める株式法67条２項１文の適用が排除されない旨を定めている）[15]。

そうすると，電子株式に関して，正当な権利者に会社に対する関係で権利行使を認めるためには，電子有価証券登録簿の記録内容を株主名簿に反映させる必要があるところ，改正後の株式法67条１項６文では，会社は，株主情報を株主名簿に反映させるための報告システムを登録管理機関と協力して構築しなければならないと定められている[16]。

また，改正後の電子有価証券法32a条では，電子有価証券登録簿の登録管理機関が株主名簿管理人を兼ねることができる旨が明示されており，これによって両者の記録・記載の同期が容易になることが期待されている[17]。

4　複数議決権株式の再導入

(1)　禁止から再導入への転換

ドイツでは，1998年５月１日に「企業部門の統制及び透明性に関する法律」（KonTraG）によって，複数議決権株式の発行が禁止された[18]。これは，１株１議決権に対する資本市場の期待に沿って，議決権と株式所有権の影響力のバランスをとることにあったとされている[19]。

しかしながら，近時，とりわけ新興企業や成長企業において，創業者やアイデア提供者が会社に対する支配力を維持しつつ，リスクマネーの供給を受けられるようにするために，複数議決権株式に対する需要が高まっていた。この点に関しては，他の法域においては複数議決権株式を認めているがゆえに，これを禁止しているドイツは競争上も立地上も不利な立場に置かれているという認識が高まり[20]，今般の再導入へと至った。

(2)　改正内容

まず，複数議決権株式を禁止する株式法 12 条 2 文の規定が改められ，「本法の規定に従い，複数議決権株式および無議決権株式である優先株式が発行されることができる」とされた。

そのうえで，特に複数議決権株式の規律として新たに株式法 135a 条が追加された。

まず，複数議決権株式を記名株式として発行することを定款で定めることができるとされ，この複数議決権は，通常の株式の 10 倍の議決権までであれば可能であるとされた[21]。

複数議決権株式の発行に関する総会の決議は，株主全員の同意により行わなければならない。この規定により，複数議決権株式の導入を上場後に行うことは事実上不可能となっている[22]。他方で，複数議決権を廃止する場合には，株式法 179 条に基づく定款変更によるが，この場合，同条 3 項において株式の種類間の利害調整の規律が設けられており[23]，具体的には，不利益を受ける種類の株主による特別多数での同意が必要となる。

上場会社や取引所法 48 条に基づく自由取引（Freiverkehr）の対象となっている会社の場合には，複数議決権は，株式が譲渡された場合に消滅し，通常の株式の議決権に戻る（譲渡に基づくサンセット条項）。また，複数議決権株式の流通は時限的なものとされており，原則として上場や自由取引の対象となってから 10 年[24]で失効するとされている（時限的サンセット条項。2 項）。もっとも，定款で 10 年以内の期間を定めて延長することもできる[25]が，これは，1 回限りの延長であるとされている[26]。

また，定款において，上記のような法律の規定を超えた制限を定めることもできる（135a 条 3 項）。これは，たとえば，複数議決権株式の保有者の制限や，特定の決議に関して複数議決権が認められない場合を追加することなどが考えられ

る。また，上記の法定のサンセット条項は上場株式・自由取引対象株式のみであることから，非上場会社がこの規定に基づき定款にサンセット条項を置くこともできる(27)。

〔注〕

(1)　Begründung zum Regierungsentwurf des Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (Im Folgenden als „Begr. Reg-E“ bezeichnet), BT-Drucks. 20/8292, S.58.

(2)　福本葵「SPAC（特別買収目的会社）とは何か」証券経済研究 117 号（2022 年）23 頁，飯田秀総「SPAC と利益相反～ MultiPlan 事件を手がかかりに」神田秀樹責任編集『企業法制の将来展望 2023 年度版』（資本市場研究会，2022 年）137 頁参照。

(3)　Begr. Reg-E, a.a.O. (Fn.1). S.100.

(4)　ドイツの株式会社において特徴的な共同決定法も適用される（取引所法 44 条 7 項 2 文）。

(5)　Begr. Reg-E, a.a.O. (Fn.1). S.102.

(6)　飯田・前掲注(2) 139 頁参照。

(7)　Begr. Reg-E, a.a.O. (Fn.1). S.104.

(8)　なお，BMAG となるための要件として，バーチャル総会を実施可能とする定款の定めが要求されている（取引所法 44 条 4 項 3 号）。この点は，そのような定款規定を盛り込むこと自体が本来は会社の選択に委ねられているはずのものについて，しかも（バーチャル形式での総会の実施の強制ではなく）実施の可能性のみを強制する立法の妥当性には疑問も呈されている（Alexander Herzog/Bero Gebhard, Der aktienrechtlich Regelungsrahmen für SPACs im Entwurf zum Zukunftsfinanzierungsgesetz, NZG 2023, 1055, S.1057）。

(9)　Begr. Reg-E, a.a.O. (Fn.1). S.104; Herzog/Gebhard, a.a.O. (Fn5), S. 1057.

(10)　Herzog/Gebhard, a.a.O. (Fn5), S. 1058.

(11)　電子有価証券法の概要および導入の経緯については，拙稿「海外金融法の動向 ドイツ～電子有価証券法の成立」金融法研究 39 号（2022 年）125–136 頁参照。

(12)　いずれにせよ，株式法 10 条 5 項に従って，定款において電子有価証券を発

行する旨を定める必要がある。

⑿　Begr. Reg-E, a.a.O. (Fn.1). S.107; Johannes Meier, Einführung der elektronischen Aktie in Deutschland -Teil I-, WM 2023, 2035, S.2037f.

⒁　もっとも，譲渡制限株式の場合には，会社の同意を得た後に登録管理機関が振替処理を行うこととされている（電子有価証券法 25 条 3 項 1 文）。Begr. Reg-E, a.a.O. (Fn.1). S.127.

⒂　Begr. Reg-E, a.a.O. (Fn.1). S.127.

⒃　なお，電子株式が暗号有価証券として発行される場合には，権利の帰属を定める「記録システム」（電子有価証券法 4 条 11 項）について，（技術的な文脈における意味での）管理者が存在しない場合も想定される。しかしながら，電子有価証券法は，保有者に対して発行者が管理者として指定した自然人または法人を「登録管理機関」として取り扱うこととし，さらに，そのような発行者から指定を受けた登録管理機関が存在しない場合には，発行者自身が登録管理機関として法的義務を負うとも定められている（電子有価証券法 16 条 2 項）ため，暗号有価証券登録簿の記録内容を株主名簿の記載に反映させるのは，究極的には発行会社の義務として整理されることになる。

⒄　Begr. Reg-E, a.a.O. (Fn.1). S.128.

⒅　ドイツにおける複数議決権株式の制度変遷については，たとえば，Andreas Seidel, Die Renaissance Mehrstimmrechtsaktie, NZG 2023, 1205.

⒆　Begr. Reg-E, a.a.O. (Fn.1). S.107.

⒇　Begr. Reg-E, a.a.O. (Fn.1). S.108.

(21)　なお，複数議決権株式であっても，決算監査人の選任および特別検査役の選任に関しては，1 株 1 議決権となる（株式法 135a 条 4 項）。財務報告の主な目的は，株主に情報を提供し，株主が会社の業績に参加する権利を確保することであるため，どの監査人が会社の会計監査を行うかに関する株主の決定は，投資家保護の重要な要素であることから，このような規律となっている（Begr. Reg-E, BT-Drucks. S.108.）。特別検査役の選任についても同様である。

(22)　Vgl., Begr. Reg-E, a.a.O. (Fn.1). S.111.

(23)　Vgl., Begr. Reg-E, a.a.O. (Fn.1). S.112.

(24)　10 年という期間は，上場とそれに伴う成長段階を経た後でも，創業者が「ビジョン」を実現するのに十分な時間であると考えられたものである（Vgl.,

Begr. Reg-E, a.a.O. (Fn.1). S.113）。

(25) この場合，決議時に代表される株式資本の 4 分の 3 以上による多数決（またはそれよりも加重された多数決）が必要となる。

(26) Begr. Reg-E, a.a.O. (Fn.1). S.113.

(27) Begr. Reg-E, a.a.O. (Fn.1). S.114.

■海外金融法の動向

フランス

早稲田大学教授　白　石　　大

土地公示法制の改正の動き

1　はじめに

2023 年のフランスでは，暗号資産規制に関する EU 規則（Règlement MiCA）の制定[1]や，ブロックチェーンを用いた有価証券の登録に関する立法[2]などの金融法関連のニュースがあった。しかし，これらの紹介は，民法研究者である筆者の手に余る。そこで本稿では，土地公示法制（わが国の不動産登記法制に相当する）の改正提案の概要を示すことにより，責めを塞ぐこととしたい。

本稿で紹介する改正提案が公表されたのは 2018 年であり，かなり旧聞に属する。しかし，筆者の見るところ，この改正提案を紹介する邦語文献は必ずしも多くないと思われる[3]。また，この改正提案に基づく立法作業はやや遅延していたものの，2024 年中にはようやくオルドナンス形式による土地公示法制の改正が行われる見通しである。これらの理由から，今年度の本欄でこの改正提案を取り上げることにも意味があると考える。

2　改正の経緯・進捗状況

今回の改正の動きは，2017 年，司法大臣および行動・公会計大臣が，ローラン・エネス教授（パリ第 1 大学）を座長とする「土地公示改正委員会（Commission de réforme de la publicité foncière）」に対し，土地公示制度の現代化案の検討を諮問したことにさかのぼる。土地公示改正委員会は，1 年間の検討作業を経て，2018 年 11 月 12 日，報告書「土地公示の現代化のために」[4]を司法大臣に提出した。これを受けて，フランス議会は，2022 年 2 月 21 日の法律[5]により，土地公示法制の改正を 18 か月以内にオルドナンス方式で行うことを政府に授権した。同法 198 条によると，授権の内容は，①土地公示法の読みやすさを改善すること，②土地公示制度を現代化しその実効性を強化すること，③不動産先取特権および抵当権の登記制度を現代化・明確化することなどである。

ところが，改正対象となる事項が高度に技術的であるため，政府によるオルドナンスの起草作業は想定よりも時間を要し，授権の期限とされた 2023 年 8 月 21

日に間に合わない見通しとなった。そこで，政府は，授権の期限を 2024 年 11 月 1 日まで延長する法案を議会に提出したが，元老院はこれを認めず，授権はいったん失効した。そこで，両院合同同数委員会による調整が行われた結果，2023 年 11 月 20 日の法律[6]により，2024 年 6 月 30 日までを期限として政府への再授権が行われた。ただし，本稿執筆の時点（2024 年 3 月）では，オルドナンスの草案などはまだ公表されていない。

3　報告書改正提案の概要

前述のとおり，政府によるオルドナンスの草案は現時点では公表されていないため，以下では土地公示改正委員会の報告書で示された改正提案を紹介する[7]。ただし，手続のデジタル化やアクセスの改善など，実務的な色彩が強い事項については取り扱わない。

なお，今般の改正提案の内容を紹介するに先立ち，本稿の理解に必要な限りで，フランス土地公示法制のごく概略のみを説明しておく[8]。

フランス民法典は，日本民法と同じく，物権変動に関して意思主義を採用するが，日本民法 177 条に相当するような土地公示に関する一般規定はフランス民法典には存在しない。土地公示に関する規律は，民法典制定から約半世紀後の 1855 年 3 月 23 日の法律によって定められ，これは数次の改正を経て，1955 年の 2 つのデクレ（1 月 4 日デクレおよび 10 月 14 日デクレ）が現行法となっている。よく知られているとおり，フランスの土地公示制度は人的編成主義を採用しており，土地に関する物権変動を証する公署証書を，土地公示所（service de la publicité foncière）の寄託登記簿（registre des dépôts）に寄託することによって公示が行われる。

(1)　民法典への編入

形式面における報告書改正提案の最大の特徴は，これまでデクレや特別法の形式で規定されていた土地公示制度に関する規律のうち，基本的な原則を，民法典第 2 編「財および所有権の様々な変容」第 5 章「土地公示」の中に置くというものである。新たに「土地公示法典」を創設することも考えられたものの，分野としての独立性が乏しいことや，物権法との関連が強いことから，民法典への編入という選択肢が選ばれたのである[9]。ただし，すでに民法典の第 4 編「担保」に置かれている担保物権の登記の規定については，これを第 2 編第 5 章に動かすこ

とはせず，そのまま第 4 編に存置することとされている。

(2)　公示の対象となる証書・裁判

フランスの土地公示制度は，数次にわたる改正により，多くの事項を登記の対象としてきた。その結果，単なる情報提供のために公示が求められる事項が増え，対抗力の付与とそれによる権利の競合の解決という土地公示制度の本来の機能が見失われてしまった[10]。このような認識のもと，土地公示改正委員会は，対抗力を付与するという土地公示制度の目的を指針として，公示の対象となりうるもの（証書・裁判）を再整理することとした。

改正提案は，公示の対象となるものを 2 種類に分類している。第 1 のカテゴリーは，不動産物権の設定・移転・変更・消滅等をもたらし，権利の競合を生じさせうる証書・裁判である（改正提案 710–2 条）。第 2 のカテゴリーは，物権の行使または内容に変更をもたらすか，またはその可能性がある証書であり，不分割合意，処分禁止条項，優先買受条項などがこれに含まれる（改正提案 710–4 条）。この第 2 のカテゴリーは，厳密な意味では権利の競合を生じさせないが，これを第三者に知らしめて尊重させることが不動産取引の安全に資すると考えられたものである。

この再整理の結果，12 年を超える貸借，3 年分の賃料の前払・譲渡，不動産開発契約など，債権に関するものは土地公示の対象から除外されることとなる。また，所有権に対する公法上の制限，遺跡の指定なども，情報提供のみを目的とする公示であるとされ，対象から除かれている。

(3)　現行制度の維持

土地公示改正委員会の提案は，主要な点において，現行のフランス土地公示制度を踏襲している。その意味において，この改正提案はあくまで土地公示法制を現代化する（moderniser）ものであって変革する（révolutionner）ものではないと評されている[11]。

まず，改正提案は，土地公示を対抗要件として位置づけており，権利変動の要件とはしていない。すなわち，土地公示は依然として権利を強化する機能（fonction confortative）を営むにとどまり，アルザス地方・モゼル県の土地登記簿制度（livre foncier）のように権利を設定する機能（fonction constitutive）は担わない。これは，フランス法の意思主義の伝統を守るためであるとともに，土地公示に設権的な機能をもたせることに伴う実質的審査のコストを避けるためで

もあると説明されている[12]。

改正提案では，公示することができる証書は，原則として，公証人が作成した公署証書に限られる（改正提案 710–7 条）。公証人の関与によって土地公示の真正性を「川上」で確保するという現行制度の構想は維持されており，フランスの土地公示制度の運用において公証人が果たしている役割に大きな信頼が与えられていることが窺われる。

さらに，改正提案は，公示の連続性の原則（effet relatif de la publicité）も維持している。これは，前主の権原が公示されていなければ新たな物権変動の公示はできないとする原則であり，人的編成主義を採用するフランスにおいて，権利変動の連鎖を忠実に再現し土地公示制度の信頼性を強化するために必要とされるものである[13]。連鎖が枝分かれすることを避けるため，著名な Hedreul 判決[14]に倣って，公示の職責を担う職員は，公示された前主の権原が効力を失っていないことを確認しなければならないとされている（改正提案 710–10 条）。なお，前主が取得時効によって権利を取得した場合にもこの原則を遵守できるようにするため，時効取得を証する公知証書（act de notoriété）を公示することができるとされている（改正提案 710–11 条）。

(4) 新たな規律の提案

前述のとおり，土地公示改正委員会は多くの点で現行制度を踏襲しているが，いくつかの点では大胆な改正提案を行っている[15]。本欄ではそのうち，先行する A → B 譲渡を知りつつ A から同一の土地を譲り受け，先に公示を行った C が，B に対して所有権の取得を対抗することができるかという問題（わが国における民法 177 条の「第三者」の主観的要件に相当する問題）に関する提案を取り上げる[16]。

この問題に関し，フランスの判例・立法は何度も変遷した。破毀院は当初，フロード説といわれる立場（わが国における背信的悪意者排除説に類する）を採用していた[17]。これによれば，上記の例における C は，A → B 譲渡について悪意であったとしても，A との間に詐害的協働（concert frauduleux）がない限り，A → C 譲渡による所有権の取得を B に対抗することができる。しかし，破毀院は後に見解を改め，フォート説といわれる立場（わが国における単純悪意者排除説に類する）に転じた[18]。これによれば，先行する A → B 譲渡を知りながら同じ土地を譲り受けた C の行為は，B に対するフォートを構成し，C は B に対し

て，先に公示した者が優先するという土地公示制度の規律を主張することができない。

その後，破毀院は約半世紀にわたってフォート説を維持し，判例の立場は固まったと思われていたが，2011 年になって破毀院は突如として判例を変更し，再びフロード説に転じた[19]。しかし，そのわずか 5 年後，今度は法改正によってこれが覆されることになる。すなわち，2016 年に行われた債務法改正では，先に土地公示を行った者が「善意である限り」優先するという民法典 1198 条 2 項が設けられた。これはフォート説と同じ結論を導くものであり，C は，A → B 譲渡について悪意であれば，先に公示をしたとしても B に敗れることになる。

これが現在に至るまでの経緯だが，土地公示改正委員会は，2016 年の債務法改正が 2011 年の破毀院判決を覆したことに異議を唱え，先に公示した後続譲受人（上記の例では C）の善意・悪意を問題とすることは，土地公示制度の一貫性と信頼性を損なうものであると批判する。土地公示改正委員会は，その理由として以下の 3 点を挙げる。①後続譲受人の内心を探求しなければならないとすると，予見可能性が損なわれ，土地取引の安全が揺らぐ。②善意の後続譲受人のみを保護するという考え方は，土地公示を単なる情報提供の手段とみるものであるが（後続譲受人が先行する譲渡を知っているのであれば，その公示が欠けていることを問題とするまでもないという発想に基づく），土地公示の機能はそれにとどまらず，権利取得を確実にする「占有」に比肩するものである（したがって，それを得た後続譲受人は悪意であっても保護されるべきである）。③先行譲受人は公示することができたのにそれを怠った者であり，保護に値しない。土地公示改正委員会の提案は，民法典 1198 条 2 項の「善意である限り」という文言を削除し，フロード説に回帰すべきであるというものである[20]。

おそらくこれは，今般の改正提案の中で最も論争を呼ぶものであると思われる。果たして，この提案に対しては，民法学界の重鎮により，フォート説を支持する立場からの反論がすでに示されている[21]。2024 年 6 月 30 日までに公表される（はずの）オルドナンスが，この問題についてどのような立場を採るのか，大いに注目されるところである。

〔注〕

(1)　Règlement (UE) 2023/1114 du Parlement européen et du Conseil du 31 mai

2023 sur les marchés de crypto-actifs, et modifiant les règlements (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 1095/2010 et les directives 2013/36/UE et (UE) 2019/1937.

(2)　Loi n° 2023-171 du 9 mars 2023 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de l'économie, de la santé, du travail, des transports et de l'agriculture.

(3)　この改正提案を紹介する邦語文献としては，原恵美「外国法制調査（フランス）」法制審議会民法・不動産登記法部会参考資料 3・17 頁以下，フレデリック・ビシュロン（吉井啓子訳）「土地公示改革――土地公示の現代化に関する 2018 年 11 月 12 日エネス報告書――」土地総合研究 28 巻 1 号（2020 年）74 頁以下，水谷賢「不動産公示制度が有する機能に関する多重性の分析」早稲田法学会誌 74 巻 1・2 号（2024 年）75 頁以下などがある。

(4)　Pour une modernisation de la publicité foncière, Rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière, Remis le 12 novembre 2018 à Madame Nicole Belloubet, garde des Sceaux, ministre de la Justice.

(5)　Loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale (Loi 3DS).

(6)　Loi n° 2023-1059 du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027, art. 51.

(7)　V. *Discours de Laurent Aynès, président de la Commission de réforme de la publicité foncière, le 12 novembre 2018*, JCP N 2018.862 ; H. Périnet-Marquet, *Bientôt une réforme de la publicité foncière*, JCP G 2018.1266 ; C. Gijsbers et M. Julienne, *Vers une réforme de la publicité foncière*, Defrénois, 31 janv. 2019, p.23 ; J. Piédelièvre, *Remarques d'un praticien sur la prochane réforme de la publicité foncière*, JCP N 2019.1150.

(8)　詳細は，星野英一「フランスにおける不動産物権公示制度の沿革の概観」，同「フランスにおける 1955 年以降の不動産物権公示制度の改正」（いずれも同『民法論集　第 2 巻』（有斐閣，1970 年）所収），滝沢聿代『物権変動の理論』（有斐閣，1987 年）など参照。簡潔な紹介としては，原・前掲注(3) 5 頁以下が参考になる。

(9)　Rapport, supra note (4), pp.52–53.

(10)　Rapport, supra note (4), p.61.

(11)　Gijsbers et Julienne, supra note (7), p.24.

(12)　Rapport, supra note (4), p.49.

(13)　Rapport, supra note (4), p.69.

(14)　Cass. 3e civ., 12 juin 1996, n° 94-18004, Bull. civ. III, n° 145, p.93.

(15)　本欄で以下に取り上げる改正提案のほかには，取消し・解除前の転得者を保護するために，仮登記類似の prénotation を導入するという提案が目を引く（改正提案 710–16 条）。仮登記の制度をもたないとされるフランスにおいて，このような提案が行われていることは注目に値する（もっとも，これと別の場面ではすでに類似の規律が存在している）。しかしこれは，取消し・解除のために訴訟提起を要するというフランス法特有の規律を前提としており，日本法とはその前提が異なるため，本欄では取り上げないこととした。

(16)　厳密にいえば，本文で以下にみる改正提案は，所有権の二重譲渡のみならず物権の競合一般に適用されることを想定している。しかし本文では，叙述を簡潔にするため，もっぱら所有権の二重譲渡の場合に即して説明を行う。

(17)　Cass. civ., 7 déc. 1925, DP 1926, 1, p.185, note R. Savatier.

(18)　Cass. 3e civ., 22 mars 1968, D. 1968. 412, note J. Mazeaud.

(19)　Cass. 3e civ., 12 janv. 2011, D. 2011. 851, obs. L. Aynès.

(20)　Rapport, supra note (4), p.83–84.

(21)　P. Simler, *Pour le maintien de la condition de bonne foi, à propos du projet de réforme de la publicité foncière*, JCP G 2019.1348.

〔総　会　記　録〕

2023 年 9 月 30 日（土）

1　金融法学会規約改正に関する件

沖野理事長より，資料に基づき金融法学会規約改正が提案され，異議なく承認された。

2　学会経理に関する件

⑴　2022 年度会計報告について

加藤常務理事より，2022 年度会計についての報告がされ，また，川口監事，小杉監事より監査証明書を受領している旨が説明され，沖野理事長が 2022 年度会計の承認を求めたところ，異議なく承認された。

⑵　2023 年度予算について

加藤常務理事より，2023 年度予算について報告がされ，沖野理事長が承認を求めたところ，異議なく承認された。

3　理事・監事改選に関する件

沖野理事長より，全ての理事と監事の任期が満了することが説明された。その後，沖野理事長から，理事について，退任の申出がなされた 6 名（伊藤進，木南敦，佐久間毅，瀬川信久，中原利明，長谷川卓）を除く，23 名（青木哲，有吉尚哉，池田眞朗，井上聡，沖野眞已，片山直也，加藤貴仁，木村仁，黒沼悦郎，小出篤，古積健三郎，佐藤正謙，白井正和，白石大，道垣内弘人，長野史寛，野澤正充，日比野俊介，松井秀征，松尾健一，松本恒雄，森下国彦，森下哲朗）の再任，新理事候補者 6 名（安達祐介，川口恭弘，川地宏行，齋藤由起，下村信江，中村弘明）の新任，監事について，退任の申出がなされた 2 名（川口恭弘，小杉丈夫）に代えて，新監事候補者 2 名（大間知麗子，舩津浩司）の新任が提案され，異議なく承認された。

4　大会仮案内の郵送の廃止に関する件

沖野理事長より，大会仮案内の郵送は廃止することが説明された。

5　5 年分の会費滞納により理事会の決議で退会処分を受けた元会員の資格回復・再入会の取扱いに関する件

沖野理事長より，5 年分の会費滞納により退会処分を受けた元会員から改めて入会の申し出があった場合については，特段の推薦なく入会を認めること，滞納

分の会費は納めて頂くこと，在庫がある限りで未送付分の金融法研究を送付することが説明された。また，沖野理事長より，任意の退会をした元会員から改めて入会の申し出があった場合についても，推薦人 2 名は不要とすることが説明された。

6　金融法研究のリニューアル予定に関する件

沖野理事長より，学会誌である「金融法研究」に関して，第 39 号が発刊されたことおよびその今後の内容に関連して，新たに「概観」が掲載されることや，従来「金融判例研究」が担っていた役割は「金融法研究」と「個別判例研究」に分かれること等が説明された。

7　個別判例研究に関する今後の活動に関する件

沖野理事長より，「個別判例研究」については「金融法務事情」に掲載すること等が説明された。

8　2024 年度（第 41 回）大会に関する件

沖野理事長より，2024 年度（第 41 回）大会は 2024 年 10 月 6 日（日）に東京で開催することを予定していることが報告された。

〔注〕その後，2024 年度大会は立教大学（池袋キャンパス）で開催されることが決定している。

9　新理事長の選任に関する件

沖野理事長より，新理事と新監事が総会で選任されることを条件として開催された新理事による理事会によって，道垣内理事が新理事長に選任されたことが報告された。

10　今後の学会運営に関する件

沖野理事長より，今後の学会運営について，沖野理事長，加藤常務理事，松尾理事，森下常務理事が常務理事となること，瀬戸口幹事，松元幹事，和田幹事が引き続き幹事となることが報告された。

学　会　記　事

1　2023 年度大会

2023 年 9 月 30 日（土）午前 10 時より，京都大学（吉田キャンパス法経済学部本館 法経第四教室）にて，金融法学会第 40 回大会が開催された。

〇シンポジウム（午前の部・報告）（10 時～ 12 時 35 分）

「情報にまつわる取引法と規制法」

司会：佐藤正謙

報告：田村善之，西内康人，殿村桂司，舩津浩司，岡田淳

〇会員総会（14 時 15 分～ 14 時 30 分）

内容については「総会記録」を参照されたい。

〇シンポジウム（午後の部・質疑応答）（14 時 30 分～ 17 時）

2　2024 年度大会

沖野理事長より，2024 年度（第 41 回）大会は 2024 年 10 月 6 日（日）に東京で開催することを予定していることが報告された。

〔注〕その後，2024 年度大会は立教大学（池袋キャンパス）で開催されることが決定している。

2022 年度会計報告

（2022.4.1 ～ 2023.3.31）

2023 年 9 月 30 日
金融法学会
（単位 ; 円）

収支計算書

（2022 年 4 月 1 日から 2023 年 3 月 31 日まで）

一般会計

科　　目	予算額	決算額	差　異
Ⅰ　事業活動収支の部			
1　事業活動収入			
通常会員会費	2,250,000	2,645,000	△ 395,000
賛助会員会費	2,040,000	2,040,000	0
雑収入	30,000	100,693	△ 70,693
金融法研究販売	0	34,579	△ 34,579
金融法研究掲載広告料	30,000	0	30,000
雑収入	0	66,114	△ 66,114
事業活動収入計	4,320,000	4,785,693	△ 465,693
2　事業活動支出			
大会費	800,000	274,140	525,860
研究費	200,000	0	200,000
大会速記料	100,000	0	100,000
オンライン開催に係る諸費用	100,000	0	100,000
2022 年度（第 39 回）大会研究報告準備費	200,000	200,000	0
2023 年度（第 40 回）大会研究報告準備費	200,000	0	200,000
大会運営費	0	74,140	△ 74,140
事務費	1,930,000	2,030,904	△ 100,904
業務委託費	990,000	1,017,189	△ 27,189
ウェブサイト運営費	420,000	555,500	△ 135,500
印刷費	100,000	4,440	95,560
通信費	150,000	180,315	△ 30,315
引継費	250,000	263,780	△ 13,780
雑費	20,000	9,680	10,320
雑誌費	1,570,000	1,570,195	△ 195
金融法研究制作費	1,570,000	1,570,195	△ 195
郵便振替手数料	50,000	3,655	46,345
予備費	100,000	0	100,000
事業活動支出計	4,450,000	3,878,894	571,106

事業活動収支差額	△ 130,000	906,799	△ 1,036,799
Ⅱ　投資活動収支の部			
1　投資活動収入			
投資活動収入計	0	0	0
2　投資活動支出			
投資活動支出計	0	0	0
投資活動収支差額	0	0	0
Ⅲ　財務活動収支の部			
1　財務活動収入			
財務活動収入計	0	0	0
2　財務活動支出			
財務活動支出計	0	0	0
財務活動収支差額	0	0	0
Ⅳ　予備費支出	0	――――	0
当期収支差額	△ 130,000	906,799	△ 1,036,799
前期繰越収支差額	21,329,825	21,329,825	0
次期繰越収支差額	21,199,825	22,236,624	△ 1,036,799

貸借対照表

（2023 年 3 月 31 日現在）

一般会計

科　　目	当年度	前年度	増　減
Ⅰ　資産の部			
1　流動資産			
現金預金	22,412,134	21,329,825	1,082,309
流動資産合計	22,412,134	21,329,825	1,082,309
資産合計	22,412,134	21,329,825	1,082,309
Ⅱ　負債の部			
1　流動負債			
未払費用	95,510	0	95,510
前受会費	80,000	0	80,000
流動負債合計	175,510	0	175,510
負債合計	175,510	0	175,510
Ⅲ　正味財産の部			
1　指定正味財産			
指定正味財産合計	0	0	0
2　一般正味財産	22,236,624	21,329,825	906,799
正味財産合計	22,236,624	21,329,825	906,799
負債及び正味財産合計	22,412,134	21,329,825	1,082,309

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　本会の事務所は，東京都文京区本郷 7―3―1 東京大学法学部研究室におく。

第 2 章　目的および事業

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

第 4 条　本会は，前条の目的を達するため，次の事業を行う。

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

第 3 章　会　　員

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

1. 通常会員は，金融法の研究に寄与できる者で会員 2 名以上の推薦した者
2. 賛助会員は，本会の事業に賛助する団体または個人

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

第 7 条　会員は，本会の機関誌の配布を受ける。

第 8 条　会員は，次の場合には，退会したものとする。

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

第 4 章　機　　関

第 9 条　本会に，次の役員をおく。

1. 理事　若干名　内 1 名を理事長とする。
2. 監事　若干名

第 10 条　理事および監事は，総会において選任する。理事長は，理事会において互選する。

第 11 条　理事および監事の任期は，3 年とする。ただし，再任を妨げない。他の役員の任期の中途で就任した理事および監事の任期は他の役員と同時に終了する。

第12条　理事長は，本会を代表する。理事長は，第13条に規定する常務理事の中から，職務代行者を指名することができる。職務代行者は，理事長に故障がある場合に，理事長の職務を代行する。

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。

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
預金保険機構
アンダーソン・毛利・友常法律事務所外国法共同事業
長島・大野・常松法律事務所
西村あさひ法律事務所・外国法共同事業
森・濱田松本法律事務所