

第1章 特定預金等契約における銀行の行為規制

中 田 裕 康

1 はじめに

「証券取引法等の一部を改正する法律」及びその施行に伴う整備等に関する法律が2006年6月14日に公布された。これにより、証券取引法（以下、証取法という）が改組され、幅広い金融商品について投資者を保護するための横断的法制として、金融商品取引法（以下、金商法という）を中心とする法制が定められた⁽¹⁾。本章は、この新しい金融商品取引法制の下で、特定預金等を受け入れる契約に際して銀行に課せられる行為規制を分析し、その根拠を検討するものである。

2 金融商品取引法制の下での銀行の行為規制の概観

(1) 制度の概要

証取法上、銀行が証券業を行うことは原則として禁止されてきた（証取65条1項）。この「銀・証分離」の考え方は、金商法でも原則として維持されている（金商33条1項）。もっとも、有価証券関連業のうち一定の行為については、禁止が解除され、これを業として行う場合には、内閣総理大臣の登録を受けるべきことになっている（金商33条2項・33条の2）。銀行がこのようにして登録金融機関となった場合には、金商法上の行為規制が直接的に適用されることになる⁽²⁾。

銀行は、登録金融機関にならない場合であっても、投資性の強い預金を取り扱う場合には、金商法の行為規制と同様のルールに服する。これは、利用者保護の徹底を図る観点からは、同じ経済的性質を有する金融商品には同じルールを適用することが適当であると考えられたためである（同様の規律が保険業・信託業等についても存在する）。投資性の強い預金としてこの規律の対象となる預金は、「特定預金等」と呼ばれる。特定預金等とは、「金利、通貨の価格、

(1) 松尾直彦編著（三井秀範＝池田唯一監修）『一問一答 金融商品取引法』（2006）3頁。

(2) 松尾直彦＝酒井敦史「金融商品取引法制の概要」金法1779号（2006）33頁・39頁、尾崎輝宏＝中西健太郎「業規制・登録金融機関制度等」商事法務1776号（2006）16頁・25頁以下。金融商品取引業者と登録金融機関を合わせて「金融商品取引業者等」とし（金商34条）、これに対しては行為規制が直接適用される（金商36条～36条の3・37条～40条の3）。

同法〔金商法〕第2条第14項に規定する金融商品市場における相場その他の指標に係る変動によりその元本について損失が生ずるおそれがある預金又は定期積金等として内閣府令で定めるもの」であり、その受入れを内容とする契約を「特定預金等契約」という（銀行13条の4）。銀行は、銀行法によって高度の財務の健全性が確保されるよう法制度が整備されていることなどから、信用リスクは高くないが、上記のような預金は、市場リスクが一定程度あるので、金商法の行為規制を準用することとされた。内閣府令では、具体的な範囲として、デリバティブ預金、外貨建て預金、通貨オプション組込型預金などが定められている⁽³⁾。

このような投資性の強い預金の受入れ契約をする場合の行為規制については、金商法を直接適用するのではなく、銀行法13条の4で金商法を準用する方式をとっている。これは、業法における既存の行為規制との重複的適用を避けるため、及び、行為規制違反の処分や検査を銀行法に基づいて一元的に行うようにするためなどの立法技術によるものと説明されている⁽⁴⁾。

以上のことから、銀行が特定預金等契約をするに当たっての行為規制は、預金者保護の観点から金商法の対象となる金融商品と同等の市場リスクのある預金について、利用者保護の観点からなされるものであること、信用リスクは金商法の準用の理由とはされていないこと、行為規制は銀行法の規律と重複しない形でなされ、違反に対する処分や検査は銀行法の下で一元的に行われることが予定されていることがわかる。

(2) 銀行法13条の4

証券取引法等の一部を改正する法律16条により、銀行法が改正され、同法13条の4が新設された。同条は、金商法の行為規制について、金商法第3章第2節第1款（通則）全体を準用しつつ、その例外を定めている。つまり、金商法の行為規制の中に、銀行法で準用されるものとされないものがある。

金商法の行為規制には、プロである特定投資家には適用されないものがある（金商45条）。銀行法で準用されるものにも、そのような適用除外のあるものが相当数含まれている。

銀行法で準用される行為規制には、さらに、適用対象となる商品が内閣府令で指定されるものがある。

(3) 銀行法施行規則14条の11の4。なお、この規則は、2007年4月13日に案が公表され、その後、パブリックコメントに付された後、8月6日に公布された（内閣府令60号）。本規則案及びパブリックコメント後の変更点については、松尾直彦ほか「金融商品取引法制の政令案・内閣府令案等の概要」金法1803号（2007）9頁・17頁以下、松尾直彦ほか「金融商品取引法制の政令・内閣府令等の公表と主な変更点」金法1810号（2007）66頁を参照。対象範囲についてこれまで検討してきたものとして、「投資サービス法（仮称）に向けて——金融審議会金融分科会第一部会報告（平成17年12月22日）」（以下「第一部会報告」という）別紙1、松尾編・前掲注(1)42頁以下、澤飯敦＝堀弘＝酒井敦史「行為規制」商事法務1777号（2006）15頁・23頁以下。

(4) 松尾編・前掲注(1)42頁以下、澤飯ほか・前掲注(3)23頁。

(3) 金融商品販売法

金融商品取引法制の発足に伴い、金融商品販売法（以下、金販法という）も一部改正された⁽⁵⁾。すなわち、説明義務の対象事項が拡充され（金販3条）、新たに、断定的判断の提供等の禁止規定が設けられた（同4条）。このうち説明義務の拡充とは、①「取引の仕組みのうちの重要な部分」を対象事項に追加したこと（同3条1項1号～6号各ハ）、②「当初元本を上回る損失が生ずるおそれ」も独立した対象事項としたこと（同項2号・4号・6号）、③適合性原則の考え方を取り込んだ上で説明義務を尽くしたかどうかの解釈基準を設けたこと（同条2項）である。これらの説明義務又は断定的判断の提供等の禁止に違反した場合、業者は、無過失損害賠償責任を負い、また、損害額が推定される（同5条・6条1項）。これは、民事ルールであり、銀行にも適用がある。

3 銀行法 13 条の 4 が準用する金融商品取引法の個別規制の根拠

次に、銀行法 13 条の 4 が準用する金商法の行為規制のうち、主要なものについて、その根拠を検討する。以下、この節では、特記しない限り、条文は金商法の条文を表す。

(1) 契約締結前及び契約締結時等の書面の交付

(i) 概要

金融商品取引業者等（銀行）は、顧客に対し、契約締結前、及び、契約締結時等に、書面を交付しなければならない（37 条の 3・37 条の 4）⁽⁶⁾。この書面交付義務は、説明義務の規定であるといわれる⁽⁷⁾。いずれも、特定投資家（プロ）向けの場合には、原則として、適用されない（45 条 2 号）。

このうち、契約締結時の書面交付は、成立した金融商品取引契約のうち一定の重要な事項について顧客が確認することを目的とする⁽⁸⁾とともに、クーリング・オフ期間の起算点となる（37 条の 6）という法技術的意味をもつ。これについては、いくつかの問題があるが、

(5) 松尾編・前掲注(1)317頁以下、松尾直彦＝岡田大＝尾崎輝宏「金融商品取引法の概要」商事法務 1171 号（2006）4 頁・10 頁。

(6) 特定預金等契約についての書面交付義務に関しては、適用除外及び経過措置がある。松尾ほか・前掲注(3)22 頁以下。

(7) 神田秀樹ほか「座談会・新しい投資サービス法制——金融商品取引法の成立」商事法務 1774 号（2006）6 頁・29 頁。

(8) 澤飯ほか・前掲注(3)18 頁。

従来からかなり論じられてきたものである⁽⁹⁾。ここでは、新たに考察すべき点がより多い契約締結前の書面交付義務について、項を改めて検討する。

(ii) 契約締結前の書面の交付の意義

この規制は書面交付義務という形をとるが、それは、証取法上の説明義務が伝統的に書面交付義務という形をとっていること⁽¹⁰⁾、開示規制における相対型ディスクロージャー義務である目論見書交付義務(15条2項)との整合性等を勘案したこと⁽¹¹⁾によるものであり、その実質は説明義務であると理解されている。次に、この規制は、金販法上における説明義務(金販3条1項)の業法上の義務化であるといわれる(第一部会報告IV 4.)。このような理解について、2つの問題が存在する。

第1は、私法ルールと行政ルールとの関係である。一方で、私法ルールである金販法上の説明義務違反であっても、同法も業者が遵守すべき法令である以上、行政監督の根拠になるのではないかという見解がある。他方で、私法の規律に違反したからといって行政処分の対象となるとはいえないのではないかという見解がある⁽¹²⁾。近年、公法上の規律の私法上の効力に関する議論があるが⁽¹³⁾、ここでは、私法上の規律の公法上の効力という、いわば逆方向の問題が生じている。

第2は、説明義務と書面交付との関係である。説明義務の内容について、それは業者の利用者に対する金融商品に関する重要事項の情報提供義務であり、相対型ディスクロージャー義務であるので、結局のところ、これは「契約締結前の書面交付を通じた情報提供」だといわれることがある。そのため、顧客が契約締結をするかどうかを判断するために必要な重要な情報が顧客に対して実質的に提供されることが必要であるとされ、適合性原則(改正金

(9) 銀行法13条の4は、クーリング・オフの規定(金商37条の4・同条の6)も準用している。もっとも、金融商品については、執拗な勧誘や利用者の被害の発生という実態がある一方、価格変動リスクのある商品のようにクーリング・オフの適用が親しまない性質の商品もあり(松尾編・前掲注(1)208頁、澤飯ほか・前掲注(3)19頁、松本圭介「金融商品取引法制について」金融2006.9号11頁・19頁)、政令指定の範囲は相当限定されたものとなると考えられている(黒沼悦郎『金融商品取引法入門』(2006)156頁)。実際、金商法37条の6の当面の適用対象としては、既にクーリング・オフの対象とされている投資顧問契約等が考えられており(松尾編・前掲注(1)208頁、澤飯ほか・前掲注(3)19頁)、特定預金等契約は、現在、対象とされていない。消費法におけるクーリング・オフの理論的根拠については、河上正二「『クーリング・オフ』についての一考察——『時間』という名の後見人」法学60巻6号(1997)166頁、横山美夏「民法学のあゆみ」法時69巻13号(1997)229頁を参照。

(10) 神田ほか・前掲注(7)30頁(神田秀樹発言)。

(11) 澤飯ほか・前掲注(3)18頁。

(12) 神田ほか・前掲注(7)29頁(黒沼悦郎発言)・30頁(神田発言・松尾発言)。

(13) 代表的なものとして、大村敦志「取引と公序——法令違反行為効力論の再検討」ジュリスト1023号82頁・1025号66頁(1993)[同『契約法から消費法へ』(1999)所収]。競争法と私法との関係につき、比較的最近のものとして、吉田克己「競争秩序と民法」厚谷襄児先生古稀記念論文集『競争法の現代的諸相(上)』(2005)31頁。

販3条2項)にも言及される⁽¹⁴⁾。

ここでは議論がやや錯綜している。私法上の説明義務・情報提供義務の理論的根拠については、自己決定権の基盤確保、信認関係、専門家責任などの観点からの説明が試みられているが⁽¹⁵⁾、これらの根拠と、書面交付義務という形で定型化され、かつ、行政処分の対象とされる行為規制とが、どのような関係にあるのかが問題である。この規制は、特定投資家（プロ）向けの場合には及ばないので、その目的は、第一義的には利用者保護にあると考えられる。そうだとすると、金販法上（私法上）の説明義務・情報提供義務の根拠は、金商法上の行為規制の根拠と、相当程度、共通する。したがって、両法で求められている義務の実質的内容は、同程度のものとして、相互に影響することはありえよう。もちろん、民事的規律の対象なのか、行政処分の対象となるのかという違いはあり、また、書面交付義務という特定の形式に着目しているということから、なお違いは残りうる。たとえば、行政処分の対象とならない場合でも民事的規律の対象となることはありうるし、その逆の場合もあると考えられよう。とはいえ、両者の乖離は小さくする方向で考えるべきだろう。このためにも、契約締結前書面交付義務を通じた業法上の説明義務の形骸化を避け、説明義務の実質化を図るべきである。このような観点から、内閣府令が実質的説明義務を定めていることに注目すべきである⁽¹⁶⁾。なお、適合性原則との関係については、根本的には同原則と説明義務との関係をどう考えるかという問題がある。この点は、後に検討する。

(2) 不招請勧誘の禁止・勧誘受諾に係る意思確認義務・再勧誘の禁止

(i) 概要

金商法38条の禁止行為のうち、3号から6号が銀行法13条の4で準用されている。ここで取り上げたいのは、6号（内閣府令委任事項）以外の3つの禁止項目である。

3号は、「金融商品取引契約の締結の勧誘の要請をしていない顧客に対し、訪問し又は電話をかけて、金融商品取引契約の締結の勧誘をする行為」、すなわち、不招請勧誘を禁止する。4号は「金融商品取引契約の締結につき、その勧誘に先立つて、顧客に対し、その勧誘を受ける意思の有無を確認することをしないで勧誘をする行為」を禁止し、勧誘受諾に係る意思確認義務を課する。5号は、「金融商品取引契約の締結の勧誘を受けた顧客が当該金融商品取引契約を締結しない旨の意思（当該勧誘を引き続き受けることを希望しない旨の意思を含む。）を表示したにもかかわらず、当該勧誘を継続する行為」、すなわち、再勧誘を禁止する。

(14) 神田ほか・前掲注(7)30頁〔松尾発言〕、澤飯ほか・前掲注(3)18頁。

(15) 潮見佳男『債権総論Ⅰ〔第2版〕』（2003）574頁以下、同「説明義務・情報提供義務と自己決定」判タ1178号（2005）9頁。

(16) 金商業等府令117条1号。松尾ほか・前掲注(3)金法1803号20頁。

これらの禁止の対象となる契約は、内閣府令で具体的に定められている⁽¹⁷⁾。

不招請勧誘の禁止（3号）は、金融先物取引法76条4号の規律を一般化したものであり、顧客の勧誘受諾意思確認義務（4号）及び再勧誘の禁止（5号）は、新たな規律である。これらの禁止については、実際上の問題として、一方で、実務的な対応における判断の難しさが指摘され、他方で、利用者保護のため迅速かつ機動的な対応の必要性が指摘されている。理論的問題としては、禁止の理由及び効果の検討が必要であるといわれる。金融審議会金融分科会第一部会では、不招請勧誘の禁止は、「適合性原則の遵守をおよそ期待できないような場合に、利用者保護の観点から機動的に対象にできる一般的な枠組みを設けることが適当」と考えられると位置づけているが⁽¹⁸⁾、さらに、その理由が、①プライバシーの保護か、②投資家の自己決定権の保障か、③リスクが特に高いからか、④現実被害が出ているからか、などの検討が必要であると指摘されている⁽¹⁹⁾。

立法担当者は、これらの諸規制の関係を次のように説明する⁽²⁰⁾。まず、不招請勧誘の禁止は、利用者保護ルール徹底という観点から定められたものである。再勧誘の禁止は、不招請勧誘の禁止を課す必要性までは認められないものの、その商品性や実態に照らして顧客の意思に反する勧誘については認めないこととするものである。顧客の勧誘受諾意思確認義務は、再勧誘の禁止の前提として設けられるものである。再勧誘の禁止（及びその前提としての勧誘受諾意思確認義務）は、適合性原則（40条1号）と不招請勧誘の禁止との間に位置づけられる。

不招請勧誘の禁止は、第一部会報告では、適合性原則の未然防止という位置づけであるのに対し、立法担当者の説明では、それは適合性原則と並立する（両者の中間に再勧誘の禁止が位置する）もののようでもある。

（ii）考察

(17) 対象となる金融商品取引契約の範囲は、3号では「当該金融商品取引契約の内容その他の事情を勘案し、投資者の保護を図ることが特に必要なものとして政令で定めるもの」、4号と5号では「当該金融商品取引契約の内容その他の事情を勘案し、投資者の保護を図ることが必要なものとして政令で定めるもの」に限定されている（前者より後者がより広い範囲を対象とする）。当面の適用対象としては、不招請勧誘の禁止については、レバレッジが高いこと等の商品性、執拗な勧誘や利用者の被害の発生という実態を考慮し、店頭金融先物取引（いわゆる外国為替証拠金取引等）が、顧客の勧誘受諾意思確認義務については、商品性や実態に照らし、取引所金融先物取引を含む金融先物取引が考えられた（松尾編・前掲注(1)209頁・210頁、松尾ほか・前掲注(3)金法1803号23頁）。特定預金等契約は、現在、指定対象となっておらず、固有の規律に従うことになる（銀行法施行規則14条の11の30）。

(18) 第一部会報告IV 5. なお、清水俊彦「商品先物取引と不招請勧誘の禁止」金判1252号（2006）2頁も、不招請勧誘の禁止は、適合性原則の最も徹底した現れと位置づける。

(19) 以上の議論は、神田ほか・前掲注(7)30頁以下（特に31頁の黒沼発言）、黒沼・前掲注(9)155頁。不招請勧誘を禁止する38条3号が行為態様を「訪問し又は電話をかけて」と特定していることは、プライバシーの保護も理由の1つであることが伺われる。

(20) 松尾編・前掲注(1)210頁以下、澤飯ほか・前掲注(3)19頁。

金商法における位置づけから考えるとこうなる。まず、これらの規制は、「同じ経済的機能を有する金融商品にはその行為規制を業態を問わず適用することが適当」だという考え方（第一部会報告Ⅰ 5.）に基づいて銀行法 13 条の 4 でも準用されていること、銀行にも準用する根拠は信用リスクではなく市場リスクに着目するものであること、適用対象が政令で指定される商品に限られていること、指定の範囲も不招請勧誘の禁止と再勧誘の禁止等では段差がつけられていること（注 17）参照）に鑑みると、この規制は、当該金融商品の特性（市場リスクの高いものであること）に着目したものであるといえる。次に、この規制が特定投資家（プロ）には及ばない（金商 45 条 1 号）ことから、それは、一般投資家（アマ）について、市場規律に委ねるのではなく適合性の原則の下での利用者保護を図るべきものと判断されたものだということになる（第一部会報告Ⅴ 1. 参照）。また、いうまでもなく、この規制は行政規制である。以上を併せると、これらの規制は、市場リスクの高い金融商品について、一般投資家（アマ）を保護するために、行政的に規律するものだということになる。そうだとすると、それは適合性の原則とは別の根拠に基づくものではなく、この原則を、特定の商品について定型的に契約交渉開始前の段階に及ぼすものと位置づけることができる。すなわち、特定の商品については、一定の行為があれば、適合性の原則の違反があったものとみなすものであると理解することができる。

（3） 適合性の原則

（ⅰ） 概要

金商法 40 条柱書は、「金融商品取引業者等は、業務の運営の状況が次の各号のいずれかに該当することのないように、その業務を行わなければならない」と定め、同条 1 号は、「金融商品取引行為について、顧客の知識、経験、財産の状況及び金融商品取引契約を締結する目的に照らして不相当と認められる勧誘を行って投資者の保護に欠けることとなっており、又は欠けることとなるおそれがあること」を掲げる。これが金商法において適合性の原則を表明する規定である。

適合性の原則⁽²¹⁾は、証券取引における投資勧誘を規制する考え方として、米英で発達し

(21) 山下友信「証券会社の投資勧誘」龍田節＝神崎克郎編『証券取引法大系』（1986）317 頁、川浜昇「ワラント勧誘における証券会社の説明義務（判批）」民商 113 巻 4・5 号（1996）157 頁、志谷匡史「第 43 条（旧第 54 条）〔適合性の原則等〕」岸田雅雄＝森田章『逐条・証券取引法 ― 判例と学説 ―』（1999）187 頁、森田章「投資勧誘と適合性の原則」民商 122 巻 3 号（2000）1 頁〔同『金融サービス法の理論』（2001）所収〕、潮見佳男①『契約法理の現代化』（2004）119 頁以下〔初出 1998〕、同②「適合性原則違反の投資勧誘と損害賠償」新堂幸司＝内田貴編『継続的契約と商事法務』（2006）165 頁、山田剛志「投資サービス法（金融商品取引法）と適合性の原則～ドイツ資本市場法からの法的示唆」金法 1768 号（2006）33 頁、芳賀良「金融商品取引法における適合性原則に関する若干の考察」岡山大学法学会雑誌 56 巻 3・4 号（2007）221 頁。

た suitability の原則に由来する。日本では、大蔵省証券局長通達（1974 年）やこれを受けての日本証券業協会の公正慣習規則等で示された後、1992 年証取法改正により、明文規定が置かれた（証取法 54 条 1 項 1 号、1998 年改正後の証取法 43 条 1 号）。証取法の規定は、業務停止命令等の行政処分の前提要件としてのものであるが、証券会社が一定の取引について「顧客の知識、経験及び財産の状況に照らして不相当と認められる勧誘を行って投資者の保護に欠けることとなっており、又は欠けることとなるおそれがあること」のないように業務を営まなければならないとするものであった。

もっとも、適合性原則は、いわば業法ルールであり、民事法におけるその内容、効果については、明確でなかった。そこで、司法の場で争われることとなり、多数の下級審裁判例が示された後、最判平成 17 年 7 月 14 日⁽²²⁾が次のように判断し、業法ルールと私法ルールとを架橋した。すなわち、従来の規律は、「直接には、公法上の業務規制、行政指導又は自主規制機関の定める自主規制という位置付けのものではあるが、証券会社の担当者が、顧客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するなど、適合性の原則から著しく逸脱した証券取引の勧誘をしてこれを行わせたときは、当該行為は不法行為法上も違法となる」という。

今回の金商法改正は、この最高裁判決や米英の例を参考にして、従来の証取法の基準に「金融商品取引契約を締結する目的」を判断要素として追加したものである⁽²³⁾。この規定は、特定投資家（プロ）には及ばない（金商 45 条 1 号）。

なお、民事ルールとしては、金販法がある。同法の原始規定（2000 年公布、2001 年施行）においては、金融商品販売業者の策定すべき勧誘方針の内容として、「勧誘の対象となる者の知識、経験及び財産の状況に照らし配慮すべき事項」が掲げられていたものの（改正前金販 8 条 2 項 1 号）、民事法的効果については、説明義務に関する規定（同 3 条）では適合性原則への言及がなく、明確でなかった⁽²⁴⁾。今回の改正は、金販法にも及んでおり、同法 3 条（金融商品販売業者等の説明義務）に新たに第 2 項が挿入された。すなわち、新第 2 項は、「前項の説明は、顧客の知識、経験、財産の状況及び当該金融商品の販売に係る契約を締結する目的に照らして、当該顧客に理解されるために必要な方法及び程度によるものでなければな

(22) 民集 59 卷 6 号 1323 頁、判時 1909 号 30 頁など。評釈等として、清水俊彦・NBL817 号 11 頁、丸山絵美子・法セ 611 号 118 頁（以上、2005）、大武泰南・金判 1233 号 60 頁、森田章・民商 133 卷 6 号 90 頁、角田美穂子・判例セレクト 2005〔法教 306 号〕16 頁、黒沼悦郎・ジュリ 1313 号 119 頁、宮坂昌利（調査官）・ジュリ 1311 号 186 頁、近江幸治・判評 570 号 18 頁、潮見佳男・①リマークス 33 号 66 頁、同・②金法 1780 号 71 頁、山田廣己・リマークス 33 号 102 頁（以上 2006）がある。

(23) 松尾・前掲注(1)212 頁、澤飯ほか・前掲注(3)20 頁。

(24) 潮見佳男編著『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』（2001）124 頁〔甘利公人〕、153 頁以下〔川地宏行〕参照。

らない」と規定する。こうして、適合性原則は、民事法のルールとしても明示されるに至った⁽²⁵⁾。勧誘方針の内容についても、金商法と同様、配慮すべき事項に「当該金融商品の販売に係る契約を締結する目的」が追加された（金販9条2項1号）。

（ii）適合性の原則の意義

適合性の原則は、現実の問題を解決するために業界・行政・司法・立法によって形成されてきた考え方であるため、時代や論者によって、その概念や重点の置き方も微妙に異なっている。以下では、この原則の内容と機能という観点から、分析を試みる。

（a）適合性の原則の内容

第1に、適合性の原則の内容は、①ある顧客を特定の取引から排除するためのものか、②その顧客に対し十分な情報を提供し、顧客が自己決定をなしうる環境を調えるためのものか、③顧客の利益に最も合致するよう推奨・助言することをも含むのか、である。これは、（α）適合性の原則の根拠、及び、（β）説明義務との関係、にもかかわる。

（α）適合性の原則の根拠は、①では、パターンナリズム（市場での取引に耐性のない顧客を市場から排除することによって、保護する）に求める見解と、市場における合理的な価格形成の必要性（取引に適していない者を市場から排除することによって合理的価格が形成される）を重視する見解がありうる⁽²⁶⁾。前者が本来の根拠であり、後者は副次的な効果にすぎないという見解⁽²⁷⁾は説得力があるが、次の点に留意する必要がある。すなわち、パターンナリスティックな観点から介入する場合、特定の商品が当該顧客に適合しているかという商品ごとの具体的判断（商品の側から見た適合性）よりも、当該顧客がリスクの高い取引に適しているかという属人的な判断（顧客の側から見た適合性）がなされる傾向が強まるということである。その結果、個人の顧客については排除が過大にならないか、法人の顧客については排除が過少にならないかを注意すべきであろう⁽²⁸⁾。また、パターンナリズムを強調すると、議論の射程が広がり、ここでの問題の特性が希釈化される恐れもある。適合性の原則の形成過程も考えると、ある金融商品との関係における当該顧客の適合性について専門家である業者が負う配慮義務という観点から、説明義務と区別しつつ、位置づけるのが適当であろう。②については、自己決定をするための環境を調えるための情報提供義務に、その根拠を求

(25) 松尾・前掲注(1)323頁は、「今回の改正により、事実上、適合性原則に民事効が認められたものとも考えられる」という。

(26) 潮見・前掲注(21)①116頁以下（「財産権保護型投資者保護公序」に対する「生存権保障型投資者保護公序」を提示する）、同②167頁。

(27) 潮見・前掲注(21)168頁。

(28) 個人について、森田・前掲注(21)23頁、法人について、前掲最判平成17・7・14における才口裁判官補足意見参照。

めることができよう。③については、顧客との契約ないし信認関係から導かれるものであり、適合性の原則自体とは区別されるべきものであろう⁽²⁹⁾。

- (β) 説明義務との関係については、たとえば、①では、「適合性原則はいわば説明義務が尽きたところで始まる」としつつ、②では、説明義務（開示義務）の内容に適合性の原則の考え方が反映するといわれるように、両者には異質性と関連性がある⁽³⁰⁾。
- ③については、助言義務の問題として、説明義務とは別個に位置づけることができよう⁽³¹⁾。

(b) 適合性の原則の機能

適合性の原則は、もともと業法ルールとして行政法的規制との関係で発達したが、次第に、民事ルールとして援用されるようになったことは、前述のとおりである。民事ルールとしては、同原則に違反したことによる効果は、契約の無効（原状回復）か、損害賠償か、後者においては、その性質は不法行為責任か契約責任か、損害賠償の範囲はどうか、という問題がある。

(iii) 「狭義の適合性原則」と「広義の適合性原則」

適合性の原則については、以上のように議論が錯綜しているが、金融審議会第一部会が示した分類⁽³²⁾は、それを整理する上で有用である。これは、適合性の原則には、「狭義の適合性原則」、すなわち、「ある特定の利用者に対してはいかに説明を尽くしても一定の商品の販売・勧誘を行ってはならないとのルール」と、「広義の適合性原則」、すなわち、「業者が利用者の知識・経験・財産等に適合した形で販売・勧誘を行わなければならないとのルール」があるという分類である。

狭義の適合性原則は、(ii)(a)①に、広義の適合性原則は、(ii)(a)②に相当する。(ii)で検討した、適合性の原則の内容と機能は、この2分類においても妥当するだろう。

(iv) 金商法と金販法における適合性の原則

以上の観点から、あらためて金商法と金販法における適合性の原則を振り返ると、次のとおりである⁽³³⁾。

金商法40条1号は、特定の金融商品取引行為について、不適当な勧誘をすることを禁じ

(29) 潮見・前掲注(21)①90頁以下。山下・前掲注(21)343頁参照。

(30) 川浜・前掲注(21)168頁。適合性の原則と説明義務との関係の1つの整理として、近江・前掲注(22)（同『契約法（第3版）』（2006）314頁以下）も参照。

(31) 助言義務については、後藤巻則『消費者契約の法理論』（2002）96頁以下を参照。

(32) 金融審議会第一部会の1999年7月6日の「中間整理（第一次）」（松尾・前掲注(1)212頁による）。

(33) 脱稿後、次の文献に接した。永田光博「金融商品取引法制における『適合性の原則』『断定的判断の提供等の禁止』の検討」金法1813号(2007)19頁、大武泰南「投資勧誘」河本一郎＝龍田節編『金融商品取引法の理論と実務』（2007）100頁。

ることによって、適合性のない者を取引から排除することにより、同人を保護しようとする。この規律は、プロである特定投資家には適用されない（45条1号）。このことから、この規制は、(ii)(a)①に対応するものといえよう。もっとも、その効果は、行政処分の対象となるということであり、民事ルールに直接言及するものではない。

金販法3条2項は、説明義務を尽くしたかどうかを判断するに当たっての解釈基準として、適合性の原則の考え方を取り入れた⁽³⁴⁾。これは、(ii)(a)②に対応するものであり、市場参加を前提とした自己決定・自己責任原則を支える環境を調えるためのものである。その効果は、損害賠償責任（金販5条・6条）である。

以上のように、両法の適合性の原則は、その内容・機能が異なっているので、両者の関係が問題となる。両者は、別次元の規律であって領域を異にするというのではなく、相互補完的に作用するものとして考えるべきである。したがって、説明を尽くしたとしてもなお取引に引き込むべきではない顧客について、「説明を尽くしたので金販法上の問題はなく、他方、金商法は民事ルールではないので、結局、同人は私法的保護を受けられない。」というような解釈はすべきでない。同様に、金商法で行政処分の対象とならないから、金販法上の損害賠償責任が生じないということにも、当然にはならないのではないかと考える。なお、金販法上の損害賠償責任（無過失責任）⁽³⁵⁾と、民法上の過失責任たる不法行為責任（民709条）とは、形式的には併存しうるが、前者で漏れたものを後者で拾うというよりも、前者の拡充を目指す方向が、市場取引の発達と利用者保護のきめ細かい調整という観点からは、望ましいと考える。

(4) 損失補てん等の禁止

損失補てんの禁止（39条）は、市場の公正確保をも目的とする規制であり、特定投資家（プロ）が相手方となる場合にも及ぶものである⁽³⁶⁾。

(5) 顧客情報の適正な取扱い確保等

金商法40条2号は、適合性の原則（1号）とともに、金融商品取引業者等の業務において、「業務に関して取得した顧客に関する情報の適正な取扱いを確保するための措置を講じていないと認められる状況、その他業務の運営の状況が公益に反し、又は投資者の保護に支障を生ずるおそれがあるものとして内閣府令で定める状況にあること」のないようにすべきことを求め

(34) 松尾編・前掲注(1)323頁。

(35) 山田誠一「改正金融商品販売法における説明義務と適合性原則」本報告書第2章参照。

(36) 澤飯ほか・前掲注(3)21頁。

ている。これを包摂するより広い規律として、銀行法 12 条の 2 第 2 項(具体化したものとして、銀行法施行規則 13 条の 6 の 5 ないし 13 条の 6 の 7) がある。顧客のプライバシー及び営業利益の保護が根拠となるだろう⁽³⁷⁾。

4 銀行法 13 条の 4 が準用しない金融商品取引法の個別規制

金商法の行為規制のうち、銀行法で準用されないものは、①銀行法における既存の行為規制と重複するもの、②投資性に着目した行為規制とは必ずしもいえないもの、③金融商品取引業に固有のものである⁽³⁸⁾。

①に該当するものとして、名義貸しの禁止(金商 36 条の 3、銀行 9 条)、虚偽告知の禁止(金商 38 条 1 号、銀行 13 条の 3 第 1 号)、断定的判断の提供の禁止(金商 38 条 2 号、銀行 13 条の 3 第 2 号) がある。

②には、顧客に対する誠実・公正義務(金商 36 条) が該当するといわれる。これは、銀行法上の規律の存在によるものと理解すべきであろう。もちろん、準用されないからといって、銀行と顧客との一般的な法律関係に影響があるわけではない。

③には、登録番号の記載(金商 37 条 1 項 2 号・37 条の 3 第 1 項 2 号)、社債の管理禁止等(金商 36 条の 4) が該当する。

以上のほか、標識の掲示(金商 36 条の 2) は、銀行の商号についての規律(銀行 6 条) との関係で、準用されていないものと考えられる。また、市場リスクによる元本超過損のおそれについての情報提供(金商 37 条の 3 第 1 項 6 号)、保証金の受領に係る書面の交付(金商 37 条の 5)、最良執行方針等(金商 40 条の 2)、分別管理(金商 40 条の 3) も準用されていないが、これは預金契約の特性に鑑みてのことであろう。

5 特定預金等契約における銀行の行為規制の根拠

金商法上の行為規制の銀行法での準用は、「同じ経済的機能を有する金融商品にはその行為規制を業態を問わず適用することが適当」だという考え方によるものであること、それは、信用リスクではなく市場リスクに着目したものであること、プロ・アマの区分は準用された規制

(37) 金融法務研究会「金融機関のグループ化と守秘義務(同会報告書(5))」(2002)、同「金融機関の情報利用と守秘義務をめぐる法的問題(仮題)(同会報告書(16))」(2008(近刊))、中田「債権譲渡と個人情報保護」潮見佳男ほか『特別法と民法法理』(2006) 1 頁参照。

(38) 松尾編・前掲注(1)277 頁、澤飯ほか・前掲注(3)24 頁。

にも及んでいることに鑑みると、「市場リスクの高い金融商品については、一般投資家（アマ）が市場に入することを制御する。」という考え方が抽出される。そこには、①自己決定をするための環境を整備するための規制（情報提供義務）と、②基本的に市場から排除するための規制（適合性原則及びその前倒しとしての不招請勧誘の禁止等）がある。特定預金等契約については、①に重点が置かれるようだが、今後、もし利用者被害が生じるなどのことがあると、②に重点が移される可能性がある構造になっている。このほか、市場の公正確保のための規律、顧客情報保護などは、一般的な要請に基づくものであり、これは今後とも重視されることになるだろう。

このように、特定預金等契約に関する銀行の行為規制においても、証券取引法の下で形成された規範が、銀行法の規律の下で取引を行う銀行という法主体の特性による修正を受けつつ、基本的な根拠となっているといえることができる。それゆえ、証券取引法に関して発達した規律やその私法的効果をめぐる前述の諸議論も、特定預金等契約における銀行の行為規制の在り方に影響を及ぼすことがある。その影響がどこまで及ぶのかは、結局は、その規律の根拠と銀行取引の特性とを、個別的に吟味することによって判断すべきことになる。