第3章 資金供与分野の横断的法制に関するいくつかの論点

学習院大学 神作裕之

I はじめに

金融監督法においては、機能的に同等の活動や機関に対しては、同様の規制を課すことが基本理念であるとされる¹。金融審議会「金融制度スタディ・グループ中間整理—機能別・横断的な金融規制体系に向けて—（2018年6月19日）」（以下、「中間整理」という。）も、同一の機能・同一のリスクには同一のルールを適用する金融規制を目指すべきであるとす²。資金供与は、決済、資産運用およびリスク移転とともに金融の主な4つの機能のうちの1つである。本章では、資金供与機能を提供する業務および業者に対する横断的な監督規制のあり方について序論的な検討を行う。さらに、資金供与に類似する機能を果たす信用供与に係る取引類型をいくつか取り上げて、同一の機能・同一のリスクといえるかどうか、いえるとしたら同一のルールを適用する必要はないか、あるいは完全に同一とまではいえないとしても資金供与者に課されているルールのうち一定の規制を適用する必要はないのかといった問題について、若干の検討を行う。

中間整理は、同一の機能・同一のリスクに対して横断的なルールを適用すべき理由として、大きく次の2点を指摘する³。第1に、ITの進展や利用者ニーズを起点としたアンバンドリングおよびリバンドリングの動きなどを踏まえると、イノベーションの促進や利用者利便の向上の観点から、多様なプレイヤーを各業法の業態に当てはめて規制するよりも、業態をまたぐものを含め、まずは各プレイヤーが自由にビジネスモデルやサービスを選択した上で、選択されたビジネスモデルやサービスの果たす機能・リスクに応じて、ルールを過不足なく適用すべきであること。第2に、規制が緩い業態への移動や業態間の隙間の利用等を通じた規制の回避を防止し、利用者保護や公正な競争条件を確保するために、機能・リスクに応じたルールを定立する必要があること。

資金供与の機能は、資金不足主体の資金需要と、一般の資金余剰主体の資金供給の間に存在する期間・量などについて需給のミスマッチを、資金供与サービス提供者が資金不足主体である資金需要者の審査・モニタリング等を行い、その元本が返済されることを約して資金を供与し、その対価として金利等を得ることにより、資金需給のミスマッチ解消に寄与する

¹ 岩原紳作「第1章 横断的金融法制はなぜ必要か」2021・2022年度金融法務研究会 第1分科会報告書『中長期的な機能別・横断的法制の在り方』（2024年6月28日公表）本報告（2024年）1-1頁（https://www.zenginkyo.or.jp/fileadmin/res/abstract/affiliate/kinpo/kinpo2021_2022_1_2.pdf）。これまでにも、金融の機能面に着目した横断的法制化をめざした取組みが進められてきた。2006年証券取引法改正（金融商品取引法に法律名改題）、2020年の資金決済法改正や金融サービスの提供に関する法律による金融サービス仲介業者の創設などにより、金融機能に着目した横断的監督法制は部分的に実現しているが、道半ばであることにつき、岩原・同文献1-2～1-4頁参照。

² 金融審議会「金融制度スタディ・グループ中間整理—機能別・横断的な金融規制体系に向けて—（2018年6月19日）」5頁（https://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/tosin/20180619/chukanseiri.pdf）。

³ 中間整理・前掲注（2）5頁。

ことにある⁴。本章では、資金供与のこの機能をファイナンス機能ということがある。

他方、中間整理は、資金供与のリスクとして、以下の点を指摘する⁵。第1に、特に資金供与と預金受入れとを併せ行う場合には、信用創造が可能になるが、それらを行う銀行等のサービス提供者の健全性や金融システムへの信認が損なわれると信用創造の流れが止まったり逆回転したりして金融システムの安定を損ない、経済活動にも深刻な悪影響を及ぼすリスクがある。第2に、資金供与を行う銀行や貸金業者等のサービス提供者については、交渉力の面で優位に立ちやすい側面があることなどから、過剰貸付けがなされるなど資金需要者の利益が害されるリスクがある。

これらのリスクのうち、前者の信用創造機能に基づくリスクは、預金取扱金融機関に限定されたものであるのに対し、後者すなわち資金需要者の利益が害されるリスクは、資金供与を受けた者に共通する一般的なリスクである。もっとも、預金取扱金融機関でなくても、貸出市場において質量ともに大きな比重を占める貸金業者が破綻した場合には、程度の差こそあれ資金需要者ひいては経済活動全般に深刻な影響が生じ得ると思われる。さらに、同様のリスクは、資金供与を業とする者のみならず、信用供与を業とする者についても当てはまると考えられる。資金需要者の利益が害されるリスクも、同様に、資金供与を受けた場合に限定されず、より一般的に信用の供与を受けた場合に生じ得るであろう。

そこで、資金供与には該当しない可能性が高いけれども信用供与に該当し、かつ、社会的・経済的に重要な与信機能を営むサービスが存在しないのかどうかという観点から、本章では、信用販売・立替払型の後払決済サービス、ファクタリングおよびファイナンスリースなどを取り上げる。手形の完全電子化に向けた努力がなされており、従来、手形割引によって行われてきた巨大なファイナンス市場は、今後は、ファクタリング等によって行われる可能性があるほか、現に、ファクタリング業に対する貸金業法の適用の有無が問題になっている。ファイナンスリースも、すでに巨大な市場を形成している。ファクタリング業やファイナンスリース業は、ドイツなど一部の国においては、信用供与機能を営むものとして金融サービス業として規制の対象にされている⁶。

後者すなわち資金需要者の保護については、それが必要な場合とはどのような場合であり、どのような保護が必要であるかを検討する必要がある。消費者が資金供与を受ける場合に消費者保護が必要であると解することに異論は少ないであろうけれども、事業者についてどのように考えるべきであるかは、大きく意見が分かれ得る。

以下では、資金供与を業とする場合の金融監督法である銀行法と貸金業法における規制対象についてそれぞれ検討し、現行法における資金供与のとらえ方とその基準を比較する

⁴ 中間整理・前掲注（2）7～8頁。

⁵ 中間整理・前掲注（2）8頁。

⁶ 保証業務なども信用供与の機能を果たしており、横断的・機能的規制を及ぼすかどうか検討の対象になり得る。しかしながら、資金供与は、資金不足者の資金需要を直接満たすものであって、与信者は債務者の信用リスクを一義的に負う。これに対し、保証業務の場合には、一義的に信用リスクを負っているのは被保証人である債権者であって、保証人は資金を直接資金需要者に供与するものではなく、保証人は債務者が弁済しなかった場合に支払保証機能を果たすにすぎない。それゆえ、保証人が信用供与機能を営むからただちに保証業務を監督法上の資金供与と同一の規制対象にすべきであるということにはならず、別途検討を要すると考えられる。そこで本章は、保証業務については、取り扱わないことにする。

(Ⅱ・Ⅲ)。その後、資金供与には一般的には該当しないと解されるけれども、機能的には信用供与の役割を果たし得る販売信用・立替払型の後払決済サービス、ファクタリングやファイナンスリースなどを取り上げて、若干の検討を行う(Ⅳ)。なお、商品・役務の提供に伴う信用供与に関する割賦販売法の規制の概要は、ここで述べる(Ⅳ4)。Ⅳの補論では、ファクタリングとファイナンスリースを金融サービス業として規制しているドイツ法について簡単に紹介する(Ⅳ7)。最後に、本章を要約し、資金供与および信用供与に係る監督法上の残された課題と規制体系等のあり方について述べ、結びとする(Ⅴ)。

Ⅱ 銀行の資金供与の範囲と規制

1 資金の貸付け

(1) 沿革と概要

銀行法は、「資金の貸付け又は手形の割引」を銀行の固有業務とする(同法10条1項2号)。「資金の貸付け又は手形の割引」は、銀行の固有業務ではあるが、排他的業務ではない。すなわち、銀行以外であってもこれらを業とすることが可能である。もっとも、その場合には貸金業法等の規制に服する。

銀行法における資金供与機能に係る規制の沿革を略述する。旧銀行条例は、「諸預り」と「貸付」とを併せ行う事業、および為替事業を銀行業としていた点では現行法と同様であったが、手形の割引に限定せず一般に「証券ノ割引」を為すことを単独の銀行業としていた。1927年の旧銀行法において、証券割引業が銀行業の範囲から除外される一方、受信業務とともに与信業務を営む場合には与信業務の範囲を貸付けに限定する理由はないとして「貸付」のほか新たに「手形ノ割引」が追加され、現行法の基礎が形成された⁷。証券割引だけを営む業務を銀行業の定義から除外したのは、預金の受入れを伴わない手形割引業者などを銀行として取り扱うのは不相当であるという理由に加え、そのような改正を行っても銀行資格を失うことになる者は存在しなかったという現実的な配慮による⁸。手形割引の民法上の性質については後述するが、一般に、金銭消費貸借契約ではなく、手形の売買であると解されており、伝統的に「資金の貸付け」とは区別されてきた。預金者保護の観点から厳格に規制する銀行法の規定がビル・ブローカーに適用されることになれば、この種の業者を必要以上に規制することとなり、その発展が阻害されてしまうことが懸念されたのである。現行の銀行法10条1項2号は、1927年旧銀行法の規律を基本的に承継している。他方、手形割引を預金の受入れと併せ営む場合には、資金余剰主体から資金不足主体への資金移転の仲介機能が果たされることになり、金融システムの安定性の確保の必要性はより大きなものになると考えられる。

銀行の信用供与業務は、一般に、①証書貸付、②手形貸付、③当座貸越、④手形割引、⑤支払承諾、⑥その他の与信取引に分類される。支払承諾(⑤)には、債務保証または手形の引受けが含まれる。典型的な貸付けが金銭消費貸借契約であるのに対し、支払承諾等は、責任の引受けであり、取引先が銀行に対し保証委託を行い、銀行は債権者との関係では保証人

⁷ 1927年の旧銀行法において「証券ノ割引」という文言が「手形ノ割引」という文言に修正された理由は、手形以外に「証券ノ割引」の対象になり得る証券が稀であったためとされる。

⁸ 西原寛一『銀行法解説』(日本評論社、1927年)24頁。

として保証債務を負担する。支払承諾取引は、継続的な与信取引として、銀行取引約定書とともに保証依頼人から支払承諾約定書を取りつけ、個々の保証委託のつど保証委託の意思を確認するために、保証依頼書を個別に取得して保証を行うのが一般的であるとされる。

銀行法 10 条 1 項 2 号は、「資金の貸付け」と「手形の割引」とを区別して規定しているから、銀行法上、「資金の貸付け」は「手形の割引」を含まない。また、「資金の」貸付けと規定されているから、「有価証券の貸付け」が「資金の貸付け」には含まれないことは文言上明らかである。なお、「有価証券の貸付け」は、銀行法上、付随業務と位置づけられている（法 10 条 2 項 3 号）。同様に、「債務の保証」および「手形の引受け」も付随業務として掲げられており（法 10 条 2 項 1 号）、したがって支払承諾は「資金の貸付け」には該当しない。金銭の貸付けを含まない与信業務は、受信者に対し信用が供与される点では、「資金の貸付け」に機能的に類似しているが、銀行法上、「資金の貸付け」には該当しないものと整理され、付随業務と位置づけられている。これらは、資金の交付を伴わない点で、「貸付け」とは区別して扱われ、一般に「与信」という言葉で表現されることが多い。

ローン・パーティシペーションのように、すでに行われた貸付けに参加するタイプの取引も、「資金の貸付け」には該当しない。これらの取引は、付随業務とされている金銭債権の取得（銀行法 10 条 2 項 5 号）に当たると解される。

これに対し、銀行法上、当座貸越は、付随業務として位置づけられていないけれども、与信の機能を営むことは疑いないことから、「資金の貸付け」に包含されるという前提に立っているものと理解される⁹。

以上要するに、銀行法 10 条 1 項 2 号の「資金の貸付け」には、証書貸付と手形貸付に加えて、当座貸越およびコールローン等の「その他の与信取引」が含まれる¹⁰。本条本項本号において「資金の貸付け」とは区別して規定されている「手形の割引」とあわせて、銀行の固有業務である資金供与に係る業務が構成されていると解される。なお、上記の 4 種類の与信取引は、貸借対照表において貸出金の項目に記載すべきものとされている¹¹。

⁹ 小山嘉昭『銀行法精義』（金融財政事情研究会、2018 年）131～132 頁。

¹⁰ 小山・前掲注（9）135 頁。

¹¹ なお、ドイツでは、信用制度法において「信用取引（Kreditgeschäft）」は、それ自体銀行業とされているが、金融監督当局である BaFin は、損失負担特約や特定の劣後特約が付された企業に対する貸付けは、民法上の消費貸借契約に該当する場合であっても、公衆から受け入れた払戻請求権のある金銭や債券の発行によって財源を確保する場合を除き「信用取引（Kreditgeschäft）」には該当しないと解している（BaFin, Merkblatt, Kreditgeschäft, 08.01.2009, geändert am 21.04.2023, I 1c)dd) (https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_090108_tatbestand_kreditgeschaeft.html;jsessionid=AC553661CDAC5D76009CA986C318CD29.internet002?nn=19643912#doc19610140bodyText17)。損失負担特約や特定の劣後特約が付されている限り、完全かつ単純な金銭支払請求権であるとはいえ、当該債権にはエクイティ的な要素が認められ、信用取引とはいえないとされる。もっとも、BaFin の解釈によれば、公衆から受け入れた預金や債券の発行によって調達した金銭を原資として支払をする場合には、金融仲介機能が果たされることに鑑み、損失負担特約や特定の劣後特約が付されていても、信用取引に該当すると解する。以上の解釈は、信用制度法における「信用取引」を目的論的に縮小解釈するものであるが、消費者に対する貸付けについては妥当しないとされる。すなわち、消費者に対する貸付けは、損失負担特約や特定の劣後特約が付されているかどうかを問わず、常に信用取引に該当するとさ

(2) 民事法上の性質

(1) に述べたように、「資金の貸付け」には証書貸付および手形貸付が含まれると解されるが、それらの民事法上の性質は、金銭消費貸借契約であると解されている。金銭消費貸借においては、利息の支払が約定されているかどうかは問題とならず、銀行法上も「資金の貸付け」かどうかの判断に利息の支払約定の有無は影響を及ぼさない。無利息の貸付けであっても「資金の貸付け」に該当する。

なお、たとえば、提携ローンやコミットメントライン契約においては、貸付金が借主の預金口座ではなく借主の指定した提携先口座に入金されたり、融資枠だけが設定されて実際に金銭を受け取るのは後日であったりするといった事情があり、2017 年改正前民法の下では消費貸借契約の要物性が問題になっていた。しかし、同改正により、諾成的合意により消費貸借が成立することが明らかにされ（民法 587 条の 2 第 1 項）、消費貸借契約であると解する障害はなくなった。

(3) 類型

a 証書貸付

証書貸付は、金銭消費貸借契約に際し、借用証書（金銭消費貸借契約証書）が作成されるもので、借用証書には、貸付金額、返済期間、利率、利息支払の時期および方法、用途、返済場所、債務不履行の場合の損害金、契約締結の年月日等が記載される。証書は、有価証券ではなく、消費貸借契約の成立と内容を証拠付ける証拠証券にすぎない。証書貸付は、経済的には企業に対する長期運転資金や設備資金の供与など、通常、1 年以上の長期貸付において用いられる。長期貸付であるため、銀行の債権保全のために、担保が徴求されることが多い。

b 手形貸付

手形貸付とは、貸付先から銀行を受取人とする約束手形の振出しを受け、それと引換えに資金の貸付けを行うものである。手形貸付は、通常 1 年以内の貸付けに利用され、経常資金であればその期間が、2~3 か月程度の短期間のことが多いとされる。手形貸付は、金融機関の貸付けの中心的な手法であるが、次のようなメリットがある。第 1 に、手形の所持により適法な権利者であるとの法的推定が働くので、債権の存在についての主張・立証責任が転換されている。第 2 に、通常の民事訴訟と異なり、簡易迅速に手形債権者に債務名義を得させることを目的とした判決手続である手形訴訟を利用することができる。手形訴訟の利用の対象は手形による金銭の支払請求およびこれに附帯する法定利率による損害賠償請求に限定され（民訴 350 条 1 項）、反訴が禁止される（民訴 351 条）。証拠調べは、書証に限定される（民訴 352 条）等の特色がある。第 3 に、銀行が支払担当者になっている場合には自己の取引銀行に入金するだけでその取立てができるし、支払われなければ取引停止処分という厳しい制裁が加えられるため、振出人はその支払に努めるため実効性が高い。第 4 に、割

れる。消費者に対する貸付けを業とする企業は、信用機関と同様に市場に立ち現われ、信用制度法の規制目的からしてその規制対象である金融仲介機能を果たしている半面、消費者信用の場合には事業者に対する貸付けと異なりエクイティ的要素が一般には認められないからであろう。このことは、預金の受入れが公衆からの受入れを要件にしており、信用取引についてもそれとパラレルに取り扱おうとする趣旨であると解される。

引料という形で利息の前取りができる。第5に、裏書譲渡や手形担保貸付けにより、貸付金を容易に流動化することができる。第6に、証書貸付に比較して印紙税が有利な場合がある、等のメリットが指摘される。

手形貸付の場合には、支払のために手形が振り出されるのが通常であるから、原因債権を行使すれば、手形の呈示・交付は不要である。しかし、その場合には、民法上の同時履行の抗弁を主張される可能性があるため、実務では、銀行取引約定書において銀行は手形の呈示・交付をしなくても債権を行使できる旨が規定されている。

なお、2017年6月9日の閣議決定「未来投資戦略2017」において、手形・小切手機能の電子化が課題とされ、全国銀行協会を事務局とする手形・小切手機能の「全面的な電子化」に関する検討会が定めた自主行動計画において、2027年3月末までに電子交換所における交換枚数をゼロにすることを目標に、取組事項が定められ、実践されている。手形貸付けの一部は、銀行を債権者、借入人を債務者とする電子記録債権によって機能的に代替されるであろう。

c 当座貸越

当座勘定契約に付随する当座勘定貸越契約は、取引先が当座預金の残高を超過して小切手等を振り出した場合であっても、銀行が貸越限度額までその支払をすることを約し、取引先が約定の利息を付してその弁済を約する契約である。その民事法上の性質については、①委任契約、②消費貸借の予約、③停止条件付準消費貸借、④無名契約等の諸説に分かれるが、通説は②の消費貸借の予約と解する。最近では、当座勘定取引を前提とせず銀行が貸越限度額まで貸し付けることを約する契約が普及している。これもまた、消費貸借の予約であり、取引先が当座貸越請求書等を提出して予約完結権を行使することにより消費貸借契約が成立すると解される。このタイプには、総合口座取引、カードローン、事業者カードローン、一括支払システム当座貸越等がある。全銀協法規専門部会は、「当座勘定貸越約定書参考案文」を作成しており、実務もおおむね、それに準拠した約定書を用いているようである。

当座貸越は、一般的には、取引先の短期運転資金用として用いられるが、近年は、消費者金融のための貸出手段としての利用が急増している。典型的には、ごく短期間に貸越超と預金超とが交互に発生する場合に利用されているといわれる。当座貸越契約においては、解約や減額が極めて厳格に制限され、貸出実行義務が生ずる。

なお、消費者信用取引として利用される当座貸越契約の実態は、手形・小切手の立替払いから生じた本来的な当座貸越ではなく、当座勘定取引を伴わない普通預金貸越ないし定期預金担保貸出である。

d コールローン

コールローンは、金融機関間で行われる極めて短期の貸付であり、弁済期限により、資金授受の即日に回収される「半日物」、資金授受の翌日に返済される「翌日物」、出し手、取り手ともにいつでも回収の通知をしてその翌日に回収できる「無条件物」、7日以内の一定日数間据え置いた後、出し手、取り手のいずれもいつでも通知して回収できる「7日以内据置物」等に分けられる。

日本では、1902年ごろから自然発生的にコール市場が成立し、1927年の金融恐慌以降は有担保で行われてきたが、1985年に無担保コール市場が創設された。有担保コール取引に

においては、日銀適格担保が付され、短資会社がディーリング取引を行う。無担保コール取引においては、担保は要さず、短資会社はブローキング業務を行う。

e 特定融資枠（コミットメントライン）契約

特別法により規律されている資金の貸付けとして特定融資枠（コミットメントライン）契約がある。コミットメントライン契約は、特定融資枠契約に関する法律（以下、「特定融資枠契約法」という。）により、利息制限法と出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律（以下、「出資法」という。）の適用を除外した上で、一定の規律がなされている。同法2条において、「特定融資枠契約」とは「一定の期間及び融資の極度額の限度内において、当事者の一方の意思表示により、当事者間において当事者の一方を借主として金銭を目的とする消費貸借を成立させることができる権利を相手方が当事者の一方に付与し、当事者の一方がこれに対して手数料を支払うことを約する契約」と定義されている（特定融資枠契約法2条の定義規定および民法559条・556条参照）。コミットライン契約の法的性質は、借主のみが予約完結権を有する金銭消費貸借契約の一方の予約と解される。

「特定融資枠契約法」によると、借主となる当事者の要件は、①会社法上の大会社、②資本金の額が3億円を超える株式会社（①を除く）、③金商法上の監査証明を受けねばならない会社で有価証券の発行者、④資産流動化法上の特定目的会社、⑤投資信託及び投資法人に関する法律に基づく登録投資法人など（同法2条）に限定されている。「特定融資枠契約」に関するコミットメントフィーは、利息制限法3条・6条および出資法5条の4第4項にいう「みなし利息」には該当しない（特定融資枠契約法3条）。

コミットメントライン設定のメリットとしては、借り手企業にとっては、資金調達の機動性を確保し、有利子負債の圧縮・資金効率の改善を見込めるほか、総体として支払利息の負担が軽減される可能性もある。貸手の金融機関にとっても、貸出ポートフォリオ・マネジメントの改善といった効果が期待される。

コミットメントライン契約の場合には、借主の信用悪化事由により当然にまたは貸主の請求により、期限の利益が喪失して契約が終了する旨の条項が置かれており、金融機関に極度額までの貸付を行う法的義務までは必ずしもない。貸出実行義務は一般的には肯定されるが、当座貸越契約における貸出実行義務よりは緩やかな義務であると解されている。また、貸出しがなされる場合、担保が不要とされる場合も少なくない。

f 新種の貸出し

近時、シンジケートローンやストラクチャード・ファイナンス、ABL(Asset Backed Loan)等の現代的な貸出しが活発に行われるようになってきている¹²。ストラクチャード・ファイナンスにおいて、SPVに出資や融資をする最終投資家に貸金業法の適用があるかという論点があるが、後述する。

2 手形の割引

「手形の割引」は、銀行法上、「資金の貸付け」にも「為替取引」にも当たらないとされる。手形割引とは、手形の裏書譲渡の一種であるが、手形金額から満期日までの割引料を差

¹² 五味廣文・中務嗣治郎・神田秀樹・川田悦男監修『銀行窓口の法務対策 3800 講 III 貸出・管理・保証編』（金融財政事情研究会、2009年）220～272頁参照。

し引いた金額を受け取るものである¹³。判例は、手形割引の民事法上の法的性質について、事案ごとに判断するが、一定の要素を満たす場合には、基本的に有価証券である手形の売買であるとする（最判昭和48年4月12日金判373号6頁）。銀行実務においても、銀行取引約定書において手形の売買であることを前提に手形割引に関する条項が設けられている。すなわち実務では、手形割引についても与信取引の一種として銀行取引約定書が適用されるものの、貸付けとは異なるという問題意識から、手形の買戻請求権や期限の利益の当然喪失事由の発生によりその者が主債務者となっているすべての手形につき取引先は当然に手形の買戻債務を負うなど、手形割引に特有の規定が置かれている。このように、手形割引の場合には、割引依頼人が買戻義務を負うことに加え、当該手形の主たる債務者が存在しているため、手形割引をした銀行は、割引依頼人と手形上の主たる債務者のいずれに対しても支払を請求することができる。通常は、割引依頼人の信用に依拠して、銀行は手形割引をすることを考えられるが、手形割引には様々なケースがあり得るため、割引依頼者に対する単純な貸付けとは性質が異なる面があることを否定し得ない。

手形割引については、事案ごとに手形の売買であるのか、それとも金銭消費貸借であるかを判断するのが判例の立場である。前掲最判昭和48年4月12日は、手形割引について利息制限法の適用が問題になった事案において、①手形割引の対象である各約束手形は商品の売買代金の支払のために振り出したいわゆる商業手形であること、②割引人は、割引依頼人から当該手形の現金化を依頼され、割引料名義の金額を差し引いた金員を交付して、当該手形の裏書譲渡を受けたものであって、当該手形の授受は手形自体の価値に重点を置いてなされたものであること、③手形以外に借用証書の交付や担保の提供はなされなかったことなどを指摘し、当該約束手形の授受はいわゆる手形の割引として手形の売買たる実質を有し、それに係る金員の交付は手形の売買代金の授受に当たるものであると判示し、利息制限法の適用を否定した。

手形割引が手形の売買であるかどうかは、問題になっている手形が商業手形すなわち原因関係に商取引の裏付けがある手形であったかどうか、当該手形の価値に着目して取引がなされたかどうか、当該手形以外に借用証書の交付や担保の提供を受けていないかどうか等に着目して判断がなされている。他方、手形割引を金銭消費貸借契約と判示する裁判例は、手形割引の対象である手形が融通手形であること、割引依頼人の遡求義務または買戻義務により割引依頼人の信用に依拠して手形割引がなされたこと、等の実態に注目し、割引人と割引依頼人の間で金銭消費貸借がなされたと解している。たとえば、手形割引を金銭消費貸借とした東京地判平成2年5月14日判時1388号64頁は、①手形割引の開始と前後して割引人は割引依頼人に出資し、その取締役役に就任するなど両者は密接な関係にあること、②初期の若干のものを除きその割引率は振出人の信用いかんにかかわらず一定であること、③割引人はいわゆる町金業者であることを指摘した上で、当該手形割引は手形貸付けであって手形の売買ではないと判示した。

このように手形割引について判例は、事案毎に、手形の授受の原因関係に金銭消費貸借契約が存在するかどうかを上述した要素を考慮しつつ判断し、手形の売買か金銭消費貸借

¹³ 前田庸『手形法・小切手法』（有斐閣、1999年）301頁。

契約かを判断する¹⁴。

これに対し、「手形の割引」は、銀行法上、「資金の貸付け」にも「為替取引」にも当たらないとされているものの、資金の貸付けとともに資金供与の機能を果たすものと位置づけられている。沿革について述べると、約束手形の振出人、為替手形の支払人・引受人の住所（営業所）以外の場所で支払う旨が記載された第三者方払手形の売買は、旧銀行条例の下では為替取引に該当すると解されていた。すなわち、銀行が、送金依頼人から現金を受け取り第三者方払為替手形（または送金小切手）を振り出すことによって送金的手段を提供し（売為替・順為替）、または、販売業者が買受業者を支払人として振出した第三者方払為替手形を販売業者から割り引くことによって代金取立的手段を提供すること（買為替・逆為替）は、旧銀行条例の下では為替取引に当たると解されていた。その理由は、第三者方払為替手形の売出しは受信業務、買入れは与信業務に当たり、これらをあわせ営むことは与信業務と受信業務をあわせ営むことにほかならず、旧銀行条例の定義上、銀行業になるからという考え方に基づくものであった。ところが、1927年の旧銀行法の下では、第三者方払手形の買取りは為替取引ではなく、銀行法2条2項2号の「手形の割引」に当たると解されるようになった¹⁵。もともと、銀行が他所払手形の売買をあわせ営んでいてもそれによる金融仲介としての意義は大きくなく、それを通じて隔地者間での資金移動を実現するという経済的意義の方が大きかったためである。為替取引から与信取引・受信取引的な要素が次第に希薄化していき隔地者間の資金移動という形に純化していく一方、第三者方払手形かどうかを問わず、手形の売買は手形の割引として与信行為と整理され、受信業務とあわせて手形割引を行う場合に限って銀行業として規制に服すべきものとされたのである。

手形の割引の対象は、手形法上の手形だけであって、その他の有価証券や債権の売買はこれに当たらない。

3 付随業務としての与信業務

資金の貸付けには該当しない業務であるが、受信者に対し信用が供与される点で資金供与に機能的に類似しているものの多くは、銀行法上、銀行の付随業務と位置づけられている。これらの取引は、資金の交付を伴わない点で、資金の貸付けとは区別して扱われ、一般に「与信」という言葉で表現されることが多い。ローン・パーティシペーションのように、すでに行われた貸付けに対して参加するタイプの取引も、資金の貸付けには該当しない。基本的に、ローン・パーティシペーションの参加者は与信判断そのものを行うのではなく、すでに締結された消費貸借契約に参加するかどうかを判断するにとどまるためであると考えられる。ローン・パーティシペーションは、付随業務である金銭債権の取得（銀行法10条2項5号）

¹⁴ 手形割引を手形の売買と見る場合には、①手形の満期前に手形債務者の信用が悪化した場合に期限の利益喪失条項を適用して貸金債権を実行できない、②割引依頼人の債権を差し押さえた割引依頼人の債権者に対し、貸金債権を自働債権、預金債権を受働債権とする相殺を主張できない、③手形上の権利が消滅したとき利得償還請求権が発生するなど、金銭消費貸借と構成する場合とは異なる法的効果が生じる（前田庸「手形割引と買戻請求権」ジュリスト300号216頁、鴻常夫ほか編『手形法小切手法判例百選〔第5版〕』（有斐閣、1997年）185頁【神田秀樹】）。

¹⁵ 佐竹浩＝橋口収『銀行行政と銀行法』（有斐閣、1967年）144頁。

に該当する。

そのほか、銀行法は、債務の保証または手形の引受け（銀行法 10 条 2 項 1 号）、有価証券の貸付け（同項 3 号）、金銭債権の取得または譲渡（同項 5 号）、いわゆるファイナンスリース（同項 18 号）など、与信機能を果たす業務を付随業務として位置づけている。保証業務は、支払を保証し確保する機能（＝支払保証機能）を営む点で、与信業務といえるが、金銭の貸付けと異なり直接資金を提供するものではない。

本章において特に注目するのは、金銭債権の取得である。金銭債権を取得することは貸付業務と同じく与信の性格を有し、その意味で固有業務への付随性があると解される¹⁶。たとえば、顧客企業から売掛債権を買い取って当該顧客に資金を融通するファクタリング業務、証券化目的で設立された特別目的会社が多数の貸付債権を取得する業務は、付随業務である金銭債権の取得に該当するであろう¹⁷。

有価証券の貸付けとは、有価証券を借り入れた者がそれを担保に供するなどして第三者から信用を得るものであり、銀行はいわば物的信用を供与している状態にある。有価証券を借り入れた者が第三者である債権者に対する債務を弁済せず債務不履行に陥ると、銀行が貸し付けた当該有価証券が担保として処分されるリスクがあり、銀行にとっては与信取引にほかならない¹⁸。

また、ファイナンスリースも、法形式は物件の使用貸借契約であるが、経済的には与信の機能を果たし得る^{19,20}。このように、預金の受入れと併せ営むことで銀行業になる金銭の貸

¹⁶ 小出篤「わが国における銀行・銀行グループの業務範囲規制について」金融庁金融研究センター、FSA Institute Discussion Paper Series, DP 2020-6（2020 年 11 月）、20 頁（<https://www.fsa.go.jp/frtc/seika/discussion/2020/DP2020-6.pdf>）。

¹⁷ 1993 年に銀行法 10 条 6 項が新設され、同条 2 項 5 号に規定する証書をもって表示される金銭債権のうち有価証券に該当するものについて、金融商品取引法 2 条 8 項 1 号から 6 号までおよび 8 号から 10 号までに掲げる行為を行う業務を営むことができることが明確化された。もっとも、銀行法 10 条 6 項の新設前から、「金銭債権の取得または譲渡」には、顧客に金銭債権をあっせんする対顧客業務も含まれると解されていた（氏兼裕之・仲浩史『銀行法の解説』（金融財政事情研究会、1994 年）57 頁）。

¹⁸ 神田秀樹＝神作裕之＝みずほフィナンシャルグループ『金融法講義〔新版〕』（岩波書店、2017 年）135 頁注 1）【砂山晃一】。

¹⁹ 銀行法は、ファイナンスリースを次のように定義する。すなわち、機械類その他の物件を使用させる契約であって次の①～③の全てを満たすものに基づき、当該物件を使用させる業務である。①リース物件の使用期間の中途において契約の解除をすることができないものであること、②使用期間において、リース物件の取得価額から当該リース物件の使用期間の満了の時において譲渡するとした場合に見込まれるその譲渡対価の額に相当する金額を控除した額および固定資産税に相当する額、保険料その他当該リース物件を使用させるために必要となる付随費用として内閣府令で定める費用の合計額を対価として受領することを内容とするものであること、③使用期間が満了した後、リース物件の所有権またはリース物件の使用および収益を目的とする権利が相手方に移転する旨の定めがないこと（銀行法 10 条 2 項 18 号）。

²⁰ 銀行の子会社・兄弟会社が金融関連業務としてファイナンスリース業を営むことは以前から認められていたのに対し（銀行法施行規則 17 条の 3 第 2 項 11 号）、銀行本体で営むことが付随業務として認められたのは、2011 年の銀行法改正による（10 条 2 項 18 号）。2011 年改正でファイナンスリースが付随業務として認められたのは、貸付業務との親近性に加え、銀行がリース子会社を通じてノウハウを蓄積してきたこと、動産担保融資業務など

付けまたは手形の割引のほかにも、与信の機能を営む付随業務が存在し、銀行が付随業務としてそれらの業務を営む場合には、銀行法の規制に服する。

付随業務の中で、資金供与に近い機能を営み得るファクタリング（債権の売買）とファイナンスリースについては、金融サービス業として監督法上の規制の対象にしている立法例がある。債権の取得とファイナンスリースは、多様な機能を果たし得るが、その中にはファイナンス機能（信用力の付与、金銭の利用権など）をもつ取引があると考えられる。ファクタリング（債権の売買）やファイナンスリースに対して監督法上の規制を及ぼす必要があるかどうかについては、節を改めて検討する。

4 銀行の信用供与に係る規制の概要

銀行法上、同一人に対して一定以上の与信を禁止する大口信用供与等規制（13条）や、銀行が特定関係者（銀行法13条の2、銀行法施行規則14条の7）およびその顧客との取引において、銀行の通常取引条件に比して一方に不利益な取引をすることを禁止するアームズ・レングス・ルールが課されている（銀行法13条の2、銀行法施行規則14条の10、14条の11等）。資金供与の機能に関連するのは、大口信用供与等規制である。その対象は、政令で定める信用の供与と出資であり、貸付けのみならず、保証さらには出資が含まれる。政令では、「信用の供与又は出資（信用の供与又は出資に相当するものを含む）」として内閣府令で定める貸出金、債務の保証、出資およびこれらに類するものを定める（銀行法施行令4条6項）。なお、これらの業務は銀行業とはされておらず、排他性は認められない。

上記政令を受けた内閣府令は、貸出金として貸借対照表のコールローン勘定、買現先勘定および貸出金勘定、債務の保証として支払承諾見返勘定、出資として有価証券勘定のうち株式勘定またはその他の証券勘定、その他にも現金預け金勘定のうち預け金勘定、債券貸借取引支払保証金勘定、買入手形勘定、買入金銭債権勘定あるいはリース投資資産勘定などに計上されるものを幅広く大口信用供与等規制の対象にしている（銀行法施行規則14条1項～4項）。大口信用供与等規制の趣旨は、経営に対して大きな影響を及ぼす大口与信先を当該与信先と経済的な相互依存関係が認められる者への信用の供与等の額を考慮した上で、その債務者の不芳により銀行の健全性に悪影響が及ばないように管理するための規制である。信用リスクの集中による銀行の健全性確保の観点からの規制であるため、信用供与の範囲が広いことは、その目的に照らして正当化される。換言すれば、資金供与や信用供与の概念は、規制の目的によって相対的に決まってくる。たとえば、開業規制における資金供与を営む業者の範囲は、監督法の目的に照らして監督する必要があるものに限定すればよいのに対し、開業規制以外の観点、たとえば資金供与に係る直接的な監督規制（大口信用供与等規制など）においては、リスクという観点から当該業者の自己資本と流動性を適切に定めるた

を通じてノウハウやリスク管理手法を蓄積してきたためである（家根田正美＝小田大輔「銀行の業務範囲(4) 付随業務②(ファイナンス・リース)」金法1961号73頁(2013年)）。小出教授は、ファイナンスリース業自体は古くから存在するものであり、2011年頃にその業務の性質に大きな変更があったというわけではなく、実質が与信取引であるという意味で固有業務との親近性があるファイナンスリース業がかつては付随業務とはされていなかったということは、固有業務との親近性が高ければ当然に銀行本体で営むことが認められるわけではないことを示唆すると指摘される（小出・前掲注(16)25～26頁）。

めに、より広範な資金供与もしくは信用供与の概念を用いることが正当化される。業者の資本と流動性をリスクという観点から規制するためには、信用供与を含むリスク全体をとらえる必要があるからである。

5 利息制限法・出資法の適用

利息制限法は、高金利に対し民事法上、規律するものであり、元本の額が10万円未満の場合は年20%、10万円以上100万円未満の場合は年18%、100万円以上の場合は年15%を超過する利息について、無効とする（利息制限法1条）。利息制限法は、法定の制限を超過した高金利を処罰する規定は有しておらず、高金利規制の実効性には限界がある。銀行や貸金業者についてはもちろん、業者以外の者による貸付け等にも適用される。

出資法は、金銭の貸付けを行う者が、年109.5%を超える割合による利息の契約をしたときは、5年以下の懲役もしくは1,000万円以下の罰金に処し、またはこれを併科する（出資法5条1項）。金銭の貸付けを業とする者が行為主体であるときは、10年以下の懲役もしくは3,000万円以下の罰金に処せられ、またはこれを併科される（同条3項）。年20%を越えるときは、5年以下の懲役もしくは1,000万円以下の罰金に処し、またはこれを併科する（同条2項）。高保証料についても、刑事罰をもって禁止される（同法5条の2）。なお、業者が徴収する手数料は利息とみなされるほか（同法5条の4第4項）、年利に換算した場合に年109.5%を超えているときには重罰規定がある（同条3項）。

なお、利息制限法にも出資法にもみなし利息の規定が置かれており、金銭を目的とする消費貸借に関し債権者の受ける元本以外の金銭は、契約締結および債務弁済の費用等を除き、名義のいかんを問わず利息とみなされる（利息制限法3条・6条、出資法5条の4第3項・4項）。

利息制限法も出資法も、手形の割引、売渡担保その他これらに類する方法によってする金銭の交付・授受を、金銭の貸付けまたは金銭の貸借とみなしている（同法7条）。これらの法律における金銭の貸付等の概念は、銀行法の定める銀行の固有業務である「金銭の貸付け又は手形の割引」よりも広範であり、貸金業法における貸付等の定義と同等である（Ⅱ2参照）。後述するように、ファクタリングや社債についてこれらの法律が適用されるかどうか議論があり、判例も蓄積している。借入人の保護という立法趣旨に即した解釈がなされるべきであるが、本章ではこれ以上取り扱わない。

Ⅲ 貸金業法の適用範囲

1 立法の沿革

貸金業法は、貸金業者の登録制度、業務規制、自主規制機関である貸金業協会の認可、信用情報機関制度を設けることにより、貸金業者の業務の適正な運営の確保および資金需要者等の利益の保護を図るとともに、健全な競争により市場メカニズムが十分に機能する貸金市場が構築されるよう促し、もって国民経済の適切な運営に資することを目的とする（貸金業法1条）。2006年12月20日に公布された貸金業の規制等に関する法律等の一部を改正する法律により貸金業法は、多重債務問題の解決と貸金業の健全化のために大きく改正された。

なお、貸金業法は、貸付けを業として行うについて他の法律に特別の規定のある者が行うものに対しては適用されない（貸金業法2条1項2号）。したがって、銀行などには貸金業法の規定は適用されない。他方、銀行法において銀行業として規制されている貸付けや手形割引以外の与信業務を銀行が営む場合には、それらの業務は付随業務に該当する限り可能と解されており、銀行が行うそれらの業務は付随業務として規制されるとともに、全体的な財務規制などに服することになる。

2 貸金業法における「貸付け」の意義

貸金業法は、その対象である「貸金業」を「金銭の貸付け又は金銭の貸借の媒介（手形の割引、売渡担保その他これらに類する方法によってする金銭の交付又は当該方法によってする金銭の授受の媒介を含む。）」で業として行うものと定めた上で（2条1項）、他の法律に特別の規定のある者が行うものや、物品の売買・運送・保管または売買の媒介を業とする者がその取引に付随して行うもの等を除外している（同条同項1号～5号）。貸金業法における「貸金業」の定義は、1983年に制定された「貸金業の規制等に関する法律」（以下、「貸金業規制法」という。）における「貸金業」の定義を基本的に引き継ぐものである。貸金業規制法における「貸付け」の定義は、1983年の改正前の出資法7条および9条で規定されていた貸金業の定義と同義であった²¹。

貸金業法の対象は、銀行の固有業務としての「金銭の貸付け又は手形の割引」よりも広範である。売渡担保も金銭の貸付けに当たることを明確にするとともに、手形割引や売渡担保に類する方法によってする金銭の交付が含まれることが明らかにされている。売渡担保とは、売買契約の物件の所有権が売主から買主に移転した時点で決済が終了し、売渡担保の当事者間における債権債務関係は消滅するが、売主には売買代金相当額の支払により当該売買契約を解除する権利や再売買予約権が認められ、それらの権利を行使することにより、売買物件の所有権を売主が再び取得することができるというものである。この場合における金銭の供与は、その使用を認める一方で返還がなされ、支払額と受取額の差額は実質その対価と見られる。すなわち、手形割引、売渡担保は、金銭消費貸借とその法的性質は異なるものの、経済的に貸付けと同様の機能を有することから、これらを貸金業の対象に含めている。規制の潜脱を塞ぐという趣旨からも、貸金業法の規制対象にされている。「金銭の貸付け」は金銭消費貸借を想定しているものの、貸金業法における「金銭の貸付け又は金銭の貸借」は、金銭消費貸借契約を前提としつつ、手形の割引に加え、売渡担保その他これらに類する方法によってする金銭の交付を含む点において、銀行法上の「資金の貸付け」に比べ、かなり広範である。

なお、貸金業法上、事業に関する支払債務の立替払いサービスは貸金業に該当するものと取り扱われている²²。法形式が消費貸借契約でなく立替払委託契約のような場合であっても、ファイナンス機能を有する金銭の交付と評価されるときは、貸金業法における金銭の貸付け等に該当するものと解されている。

²¹ 先崎勝「貸金業規制二法の概要」ジュリスト 796号（1983年）49頁。

²² 金融庁における法令適用事前確認手続（回答書）（2022年11月2日）参照（https://www.fsa.go.jp/common/noact/kaitou_2/kashikin/024_15b.pdf）。

これに対し、債権の取得が貸金業法の規制対象に含まれるかどうかは、文言上は明らかでない。しかし、譲渡人に対する償還請求権や買戻請求権等が譲受人に認められている場合には、「手形の割引、売渡担保その他これらに類する方法によってする金銭の交付」に該当し、「金銭の貸付け等」に当たる場合があり得るとされる²³。ファイナンスリースが「金銭の貸付け等」に該当するかどうかについては、後述する。

銀行法における銀行の固有業務である金銭の貸付けおよび手形割引と異なり、貸金業法は、金銭の貸付けだけでなく、金銭の貸借の媒介業務・仲介業務を貸金業として規制の対象にしている²⁴。

3 貸金業法の目的と規制の概要

貸金業法は、貸金業が日本の経済社会において一定の役割を果たしていることを前提としつつ、その有する特質に鑑みて、必要な規制を導入し、貸金業者の業務の適切性と資金需要者等の利益保護の促進を図っている（貸金業法 1 条）。貸金業の特質は、金利が高率となる傾向にあることから、返済可能性を十分に考慮しない場合には多重債務化につながりやすいため債務者保護の必要性が高いほか、取立方法によっては借主の利益を害する危険性があるばかりか、社会の秩序を乱すおそれもある。資金供与機能という観点からは、貸金業者の業務が適正に行われることが健全な貸金市場の発展の礎になる。

貸金業法は、上述した目的の下、貸金業の健全化を確保するための規制法である²⁵。貸金業者としての登録を要し（貸金業法 3 条 1 項）、この登録を受けない者は、貸金業を営むことを禁止される（同法 11 条 1 項）。3 年ごとに登録の更新を受けなければ、その期間の経過によって登録は失効する（同法 3 条 2 項）。参入規制として、最低純資産額要件（5,000 万円以上）や人的要件などが課される。さらに、貸金業を的確に遂行するための必要な体制整備義務が課されている（同法 6 条 1 項 15 号）。

また、借入人の過剰与信防止の観点から、借入人が自然人であるときは、借入残高が年収の 3 分の 1 を超える場合には、新規の貸出しをしてはならないという総量規制が課される（貸金業法 13 条 2 項）。そのほか、貸金業者には様々な行為規制が課されるほか、利息制限法と出資法による上限金利規制の適用を受ける。手数料や利用料という名目であっても、経済実質が金銭を利用する、もしくは資金供与を利用する対価と認められる場合には、利息と判定される可能性がある。銀行法と異なり財務規制は緩やかであるのに対し、行為規制は詳細である。

貸金業法は、過酷な取立行為を規制するために、取立行為に係る禁止行為等を定めている。貸金業者による取立てだけでなく、貸金業者の貸付けに係る契約に基づく債権を譲り受け

²³ 村山由香里「『貸金業』の該当性に関する一考察」金法 1991 号(2014 年)72 頁。

²⁴ 貸金業法は、貸金業の定義に「金銭の貸付け又は金銭の貸借の媒介」に、手形の割引、売渡担保その他これらに類する方法によってする金銭の授受の媒介を含むものと規定する。銀行法は、銀行業の定義には媒介行為を含めておらず、所属銀行の「資金の貸付け又は手形の割引」を内容とする契約の締結の代理または媒介を行う営業を銀行代理業とし、銀行代理業について規制する（銀行法 2 条 14 項 2 号・16 項）。銀行以外であって資金の貸付け等の媒介をする者は、端的に貸金業者としての規制を受ける。

²⁵ 金融庁「貸金業者向けの総合的な監督指針 令和 4 年 12 月」I - 1 (1)

た者についても、取立規制が適用される。なお、貸金業者の貸付けに係る契約に基づく債権を譲り受けた者には、開業規制や融資判断に係る規制の適用はなく、取立規制だけが適用される。

小括

ⅡとⅢにおいて、銀行法と貸金業法の規制対象について概観した。貸金業法における貸金業の定義すなわち金銭の貸付け等の概念は、銀行法における固有の銀行業務である資金の貸付け・手形割引に比べると相当広範である。もっとも、銀行業には該当しない与信業務の多くは付随業務として、銀行がそれらの業務を行うことができる一方、銀行法の規制に服するものとされている。規制の範囲については、銀行については金銭の貸付けや手形割引に該当しない信用供与の機能を果たす業務の多くは付随業務として規制されており、他方、貸金業法の適用範囲は広範であるため、銀行法と貸金業法とで資金供与の機能を営む業務の範囲が異なることに関しては、実質的な問題は少ないと考えられる。

次に、規制の中身についてみると、貸金業法における業者の行為規制の内容は、銀行法より詳細である。すなわち、貸金業法は、借主保護の観点から、貸付可能限度額調査や信用情報機関の利用義務、取立規制など、貸金業者に対し様々な義務を課している²⁶。資金供与に係る日本の監督法上の規制には、銀行による資金供与と貸金業者による資金供与とを比較すると、銀行貸付けについては、法令のレベルでは規制の範囲も狭く、かつ、行為規制とりわけ借主保護の規制は緩やかであり、資金供与機能について同等の法規制がなされているとはいえない。規制内容について同一の機能、同一のリスクには同一の規制という観点から、見直しを要するであろう。

他方、銀行が固有の銀行業務としての資金の貸付け等以外の与信業務を行うことは、付随業務の枠内で認められるとともに、大口信用供与等規制などの健全性規制においては、それらの付随業務を取り込む形で広く規制されている。銀行が厳格な健全性規制や免許制をはじめとする開業規制に服しているのは、預金を受け入れるとともに貸付けを行うというその金融仲介機能すなわち金融システムを保護するとともに、国民の生活に広く普及し貯蓄手段だけでなく主要な決済手段になっている預金に係る権利者を保護するためであると考えられる。他方、貸金業者には登録制が採用され、その健全性規制は銀行に比べ相当緩やかである。これは、貸金業者のハードルを高くしすぎることによるファイナンス機能の低下や不全を防止する一方、借入人の保護のために厳格な行為規制とりわけ過剰与信の防止のための様々な義務を課すことで、全体のバランスを図っているものと解される。

問題は、少なくとも明確な形で一般的に貸金業法の対象にされているわけではないものの、信用供与の機能を果たす、とりわけ資金供与の機能を果たす取引類型が存在するかどうかである²⁷。Ⅳでは、このような問題意識に基づいていくつかの具体的な取引類型を挙げて

²⁶ なお、信用供与まで射程を広げると、割賦販売法は、商品や役務に係る取引に付随してなされる信用供与に対し、抗弁権の接続など消費者保護の観点から幅広い規制をしている。消費者保護の観点からの検討は、Ⅴで行う。

²⁷ 与信の機能として、信販会社によるクレジット取引を介した信用供与などがあり、割賦販売法には、抗弁権の接続など、銀行法や貸金業法にはない民事法上の規律が置かれている。

検討する。

IV 「金銭の貸付け等」の該当性—いくつかの具体例

1 総説

本節では、資金供与または信用供与の機能を有し得る取引類型であるのに、銀行法上も貸金業法上も資金の貸付け等に該当しないと一般に考えられている類型と、事案ごとに該当性の判断が異なり得る微妙な類型をいくつか取り上げる。具体的には、社債の取得、匿名組合員の地位の取得、立替払・後払型の決済サービス、ファクタリングおよびファイナンスリースについて検討する²⁸。

資金供与は、資金不足者の資金需要を直接満たすものであって、資金が供与され受信者は金銭を使用する権利を与えられ、与信者は債務者の信用リスクを一義的に負う。保証業務などは、信用供与の機能を果たしており与信取引の一種ではあるが、資金供与には該当しない²⁹。というのは、保証業務の場合には、一義的に信用リスクを負っているのは被保証人である債権者であって、保証人は資金を直接資金需要者に供与するものではなく、債務者が弁済しなかった場合に支払保証機能を果たすにすぎない。それゆえ、保証人が信用供与機能を営むからただちに保証業務を監督法上の資金供与と同一の規制対象にすべきであるということにはならないと考えられる。

さらに、資金供与のファイナンス機能に着目するのであれば、資金供与を受けた者がそれによって新たな債務を負担することになることが必要であると考えられる。たとえば、単なる債務の繰延べなどは、資金供与には該当しないであろう。貸金業法は、融資判断規制と取立規制から成るが、取立規制のみを課されている貸金債権の譲受人には登録制等の開業規制は課されていないことから、貸金業法における資金の貸付け等は、主として資金需要者等の状態を適切に把握して、債務者が多重債務化し、その破たんが生じるような状況を防止することを念頭に融資条件を決定することを求めるという融資判断に係る規制を及ぼすべきかどうかという観点から解釈すべきであるとされる³⁰。なお、利息の支払の有無は、資金供与に該当するかどうかに影響を与えず、無利息の場合であっても資金供与に該当し得る。貸出の財源が自己資金であるか他人資金であるかも無関係である。

資金供与の機能は、資金不足主体と資金余剰主体の需給のミスマッチの解消である。ところが、金銭の貸付けだけではなく金銭的価値を付与することによっても資金需給のミスマッチは解消される。それゆえ、同一の機能、同一のリスクには、同一のルールを適用すべし

²⁸ その他にも、保証やソーシャル・レンディング、暗号資産や電子決済手段の使用貸借契約など信用供与の機能を果たし得る取引類型が存在する。

²⁹ 信用の引受けや信用の売買は、与信取引の一種であるが、資金供与とは別の類型として、たとえば「債務の保証」や「金銭債権・・・の取得又は譲渡」に分類される。さらに、資金供与に該当する場合には、資金供与を受けた者が新たな債務を負担する必要がある。そのため、単なる債務の繰延べなどは、資金供与には該当しない。なお、利息の支払の有無は、資金供与に該当するかどうかに影響を与えない（無利息の場合であっても資金供与に該当し得る）。自己資金による貸出しか他人資金による貸出しかどうか、資金の貸付けの判断に影響を与えない。

³⁰ 金融法委員会「貸付型クラウドファンディングにおける貸金業法の適用について」5頁 (<http://www.flb.gr.jp/jdoc/publication56-j.pdf>)。

という原則からすれば、資金供与に限定する必要はなく、信用供与の機能を果たす取引類型の一部に射程を広げる必要があると考えられる。現行法も、銀行の固有業務として資金の貸付けに加えて手形の割引（売買）を挙げている。貸金業法は、銀行法よりさらに広く金銭の貸付け等の概念を定めている（Ⅲ 2 参照）。上記の規制を必要とするリスクもまた、資金供与に限られるわけではない。以上から、機能的同等性を問題にする場合には、新たな債権債務関係の発生という法的観点はもちろん軽視すべきではないが、むしろ経済的機能に着目する必要があり、資金供与という機能に関してはファイナンス機能が中心になるべきであると考えられる。

以下では、金銭消費貸借契約またはそれに準じる無名契約とされる社債の取得が資金供与に係る規制の対象になるかどうかについての議論を概観した後、匿名組合出資、立替払・立替払型の後払決済サービス、ファイナンスリースおよびファクタリングを取り上げて順次検討する。特にファイナンスリースとファクタリングは、その法的性質は消費貸借契約ではないとされる場合も少なくないと思われるが、経済的には信用供与の機能を有し得る。これらの信用供与機能を営む業務についても、その利用の実態に鑑み前述した資金供与に伴うリスクと同等のリスクが生じるとしたら、一定の規制は必要であろう。そして、機能的に同等とまでは評価できないとしても、類似のリスクが生じるのであれば、程度の差に応じたグラデーションのある規制、すなわち規制の柔構造化を検討する余地がある。

2 社債

社債の法的性質については議論があるが、金銭消費貸借契約ないしそれに類似する無名契約であると解されている。社債は、機能的に見るならば、銀行等による資金貸付けと同様の資金調達機能を担っていることは明らかである。ところが、社債には貸金業法の適用はないと一般に解されている³¹。貸金業法の趣旨の1つである借入人の保護の必要性は、営利法人である会社については一般的には認められないであろう。

他方、社債は、金商法上の有価証券および金融商品に該当し、それを引き受けたりその売買および売買の仲介や投資判断に基づいて投資運用したり運用指図をしたりすることを業にすることは金融商品取引業として規制されている。貸金業法においては債権者保護については通常言及されず、むしろ多重債務や円滑な金融機能の享受といった債務者の保護が立法目的であるとされる。これに対し、社債については社債権者保護が必要とされ、会社法と金商法により重層的な保護がなされている³²。社債について債権者保護の観点が前面に出

³¹ たとえば、西村あさひ法律事務所編『ファイナンス法大全〔全訂版〕上』（商事法務、2017年）409頁参照。

³² 社債の取得が資金の貸付け等に該当しないのと平行に、社債の発行は、銀行法2条1項1号の「預金又は定期預金の受入れ」には該当しないと解されている。したがって、社債権者は預金保険制度による保護の対象にならず、会社法と金商法およびコベナンツをはじめとする社債契約による保護を受けることになる。預金の受入れと預金者の保護は、銀行法の体系により規律されている一方、有価証券（金融商品）の発行・移転は有価証券法の根拠法令と金商法の体系により規律されている。もっとも、長期信用銀行債（現在では長期信用銀行は存在しない）および商工債を含む特定社債の発行により払込みを受けた金銭は預金保険法上の「預金等」に該当するものとされている（預金保険法2条1項5号）。このこと

てくるのは、社債が通常公衆に対する起債による資金調達であり、割合的単位に細分化されていることから集団性・団体性を有しているため、社債の管理や集団的意思決定などの局面において投資者保護の必要性が高いためであると考えられる。他方、社債について貸金業法の適用が否定されるのは、債務者である会社を多重債務から保護する必要性は乏しいと考えられているためである。さらに、社債、特に公募社債については、個々の社債権者が社債の発行条件の決定に深く関与することはない半面、会社法および金商法上の開示規制が適用されるほか、一般投資家は勧誘等を受けた上で投資判断を行い、その際、金融商品販売業者には適合性原則や説明義務等の販売勧誘規制が適用される³³。すなわち、社債は有価証券に表示されるべき金融商品として監督法・市場法の観点から規制されるとともに、民事法の観点から規律されているのである。

金銭の貸付けは債務者保護の観点、社債は社債権者保護の観点から規制が課されており、不動産ファイナンスや買収ファイナンスの実務において、メザニン投資家が劣後ローンを貸し付ける場合には貸金業登録が必要であるのに対し、劣後社債を取得する場合には不要であるという実務的な取扱いの差異が生じている³⁴。このような差異に合理性が認められるかどうかは問題になるが、上述したように規制目的と規制体系の相違により説明できると考えられる³⁵。貸付けに運用する合同運用金銭信託においても同様に、合同運用金銭信託の受益者による出資は貸金業法上の金銭の貸付け等に該当せず、信託法、投信法や金商法などによって受益者の保護が図られている。

なお、債務者保護の観点からは、金銭借入れに対しては、貸金業法のほか利息制限法や出資法による金利規制が適用される。社債について利息制限法の適用の有無が問題になった事案において、最高裁判所は、最近、社債と通常の貸付けとの規制体系の相違を主な理由として利息制限法の適用を否定した³⁶。

3 匿名組合出資

社債、および貸付けに運用する合同運用金銭信託において、社債や合同運用金銭信託の受益受益権の取得が金銭の貸付け等に該当せず、金商法上の有価証券の規制に従うのに対し（2参照）、金銭債権の流動化スキームや貸付型ファンドに匿名組合出資をする場合はどう

から示唆されるように、社債の発行と金銭の貸付けをあわせて行うことによって金融仲介機能が果たされる場合には、社債の発行が預金の受入れと同等に扱われている。

³³ 一般的に、貸付債権への投資判断においては、信用リスクの評価のほか、債権の評価すなわち信用リスクのみならずボラティリティや市場リスク、コベナンツなどを総合的に評価することになろう。これに対し、資金の貸付けに際しては、信用リスクを中心に与信判断が行われる。

³⁴ 西村あさひ法律事務所編・前掲注（31）409頁。

³⁵ 信託財産を貸付けによって運用する合同金銭運用信託の受益権についても社債とパラレルに、信託法および金商法・信託業法による規制体系によってカバーされ、受益権者による出捐に貸金業法は適用されないと考えられる。

³⁶ 最判令和3年1月26日民集75巻1号1頁。もっとも、利息制限法の趣旨および沿革に鑑みるならば、判旨の指摘する、社債の成立までの手続が法定されていること等の社債と貸付けの民事法上の取扱いの差異から社債に対する利息制限法の適用を特段の事情のない限り否定することには疑問がある（拙稿「社債の利息の支払に対する利息制限法の適用」法学協会雑誌139巻10号（2022年10月）86～105頁参照）。

か。匿名組合出資に基づいて貸付型ファンドを通じて貸出しがなされた場合、次の2つの要件を満たせば貸金業法における貸付けがなされたと評価されるとされる。第1は、特定の貸出先に必要な資金を提供していること、第2が貸付けの実行判断を行っていることである。貸付型ファンドにおいては、匿名組合員が金銭を出捐しているため、第1の要件を満たすことは明らかである。貸付けの実行判断を行っているかどうかについては、流動化スキームの場合には、既存の債権に対する出資であって匿名組合出資の段階で融資判断がなされているわけではない。また、貸付型ファンドの場合にも、匿名組合契約の内容によってグラデーションはあるが、通常は、ファンド事業者が融資判断を行うことになる（商法536条3項参照）。

さらに、貸出先の匿名化・複数化がなされているかが考慮されることもある。匿名組合契約に基づく貸付型ファンドの貸出先に対し、匿名組合出資者が、ファンドの貸出先に対する債権を差押えて取立権を行使したり債権者代位権を行使したりする可能性がある。しかし、貸出先が匿名化されていればそのような可能性を排除し得るとして、貸出先の匿名化に必要性や合理性を認める見解もある³⁷。もっとも、匿名化・複数化は、投資家による出資が貸金業法上の金銭の貸付け等に該当しないための必須の要件であるとはいえない³⁸。むしろ、匿名化については、投資家が十分な情報を得られないまま投資判断を強いられることになるだけでなく、情報開示が不十分になりがちであるとの弊害が指摘されている³⁹。

貸付けの実行判断に関連し、金融庁は、法令適用事前確認手続で次の要件を満たす場合には、匿名組合出資は貸金業法上の貸付けに該当しないと回答した⁴⁰。すなわち、第1に、貸出先の匿名化・複数化がなされていなくても、匿名組合出資者が貸付け業務を執行することができず、貸付行為に関し権利・義務を有しない事業スキームであること。第2に、ファンド事業者（貸付実行者）自らが、貸付約款等において、貸付金額、貸付金利、資金用途等の貸付条件を設定して借入人に提示し、借入人と投資者とが貸付けに関する接触をしない旨および当該接触をさせないことを担保するための措置が明記されていることである⁴¹。

ファンドを通じた貸付けについては、匿名組合員が金銭の貸付け等を行っているといえ

³⁷ 森田果「ソーシャル・レンディングの機能—maneo の事例を題材に一」GEMC journal no. 3 (2010年) 58～59頁。

³⁸ 西村あさひ法律事務所編『ファイナンス法大全（下）〔全訂版〕』商事法務（2017年）941頁、942頁。

³⁹ 西村あさひ法律事務所編・前掲注（38）941頁、942頁。

⁴⁰ 金融庁における法令適用事前確認手続（回答書）（2019年3月18日）（https://www.fsa.go.jp/common/noact/kaitou/024/024_13b.pdf）

⁴¹ なお、金融庁における法令適用事前確認手続（2023年6月19日回答書）において、投資事業有限責任組合契約に基づく出資を通じた貸付けを出資対象事業とする貸付型ファンドについて、次の場合には組合出資は貸金業法上の貸付けには該当しないとされた。第1は、有限責任組合員である出資者が貸付債権の処分権限および貸付業務の執行権限を有さず、出資価額を限度として組合債務を弁済する責任を負うことを除き義務を有しない事業スキームであること。第2は、貸付約款等において、ファンド事業者（貸付実行者）自らが、貸付金額・貸付金利・資金用途等の貸付条件を設定の上、借り手に提示し、借り手と投資者とが貸付けに関する接触をしない旨や当該接触をさせないことを担保するための措置が明記されていること、および、社内規則において借り手と投資者とが貸付けに関する接触をさせないことを担保するための措置を規定していることである（https://www.fsa.go.jp/common/noact/kaitou_2/kashikin/024_16b.pdf）。

るだけの融資への実質的な関与がある場合、すなわち、当該組合員が貸付行為者と共同で自ら金銭の貸付け等を行っているとは評価すべき場合に限定されると考えられるとする見解がある⁴²。具体的には、背後者が貸付けの融資条件の本質的部分である貸付金額、利率、期間、返済方法等の全部またはかなりの部分の決定権限を有している場合に限り、匿名組合員も金銭の貸付け等を行っていることになると解するのが適当であるとされる。そのような場合には、匿名組合員は貸付行為者である営業者と共同で金銭の貸付け等を行っているとは評価でき、融資判断に係る規制を及ぼす必要性が認められるからである。

より一般的に、少なくとも金銭の貸付け原資を投資家から調達するという事実関係が存在するにすぎない場合には、そうした投資家がいるから貸付けが実行されるとして、背後者たる投資家による融資への実質的な関与を認定することは適当でないと考えられる⁴³。このような場合には、投資家は貸付行為者の金銭の貸付けに限定的に関与するとどまり、貸付行為者と共同で自ら金銭の貸付け等を行っているとは評価できず、融資判断に係る規制を及ぼす必要性は認められないからである。匿名組合契約の定めにもよるが、少なくとも匿名組合契約に匿名組合員の融資判断に対する実質的な関与を認める旨の特段の条項が置かれているような場合を除き、匿名組合員が営業者とともに金銭の貸付けを行っており業として行うときは貸金業者の登録を要するとされることは原則としてないであろう。

4 信用販売・後払決済サービス

信用販売とは、商品や役務の購入に際し、信用供与を受けるものであり、割賦販売法が定める各類型のほか、同法の適用を受けずに後払式の決済サービスを提供している業者なども、与信機能を果たし得る。

(1) 割賦販売法に基づく信用販売

割賦販売法は、割賦販売、ローン提携販売、包括信用購入あっせんおよび個別信用購入あっせんについて定義規定を置き⁴⁴、それらを規制している。割賦販売とローン提携販売については、登録を求めているものの、販売業者に割賦販売条件の表示義務や書面交付義務を課すほか、契約解除等の制限やそれに伴う損害賠償等の額の制限、所有権に関する推定、抗弁権の接続など主として民事法上の規律を定めている。それに対し、包括信用購入あっせんとは個別信用購入あっせんについては登録制が採用されている。さらに、あっせん業者に対し、支払可能見込額調査義務とそれを超える与信の禁止、情報提供（書面交付）義務、個人情報保護の適正な取扱い、業務委託の適確な遂行、苦情の適切・迅速な処理等の義務を課すほか、民

⁴² 金融法委員会・前掲注（30）8頁。

⁴³ 金融法委員会・前掲注（30）8～9頁。

⁴⁴ 割賦販売とローン提携販売は、2か月以上3回払い以上であって、指定商品・指定役務・指定権利の販売に係るもの（割販法2条1項・2項）、包括信用購入あっせんと個別信用購入あっせんは、2か月超の支払であって、商品・役務および指定権利の購入にかかるものである旨が定められている（同条3項・4項）。なお、個別信用購入あっせんでは、金銭消費貸借契約と売買契約等との間に密接な牽連性が認められれば、信用購入あっせんに該当し得るとされ、両契約の手続的・内容的な一体性、金融機関等と販売業者との一体性などを総合的に考慮して牽連性の有無が判断される。密接牽連性の具体的な考慮要素と考え方について、経済産業省商務情報政策局商務・サービスグループ商取引監督課編『令和2年版割賦販売法の解説』（日本クレジット協会、2021年）58～59頁。

事法上の規律として抗弁権の接続を規定する。なお、包括信用購入あっせんに固有の規制として、クレジットカード番号等の適切な管理やクレジットカード番号等取扱契約の締結義務が定められており、契約解除等の制限とそれに伴う損害賠償等の額の制限といった民事法上の特別ルールがある。それに対し、個別信用購入あっせんに固有の規制として、加盟店の勧誘行為調査義務や違法勧誘に係る与信の禁止等の行為規制のほか、与信契約のクーリングオフや過量販売による与信契約の申込みの撤回などの民事ルールがある。

なお、信販会社のために通常は信販会社から代理権を付与され加盟店に対し立替金を交付する立替払取次業者や、さらにそのような立替払取次業者のために立替金の交付を行う決済代行業者、さらにはカード番号を提供する決済代行業者が関与する場合がある。これらの立替払取次業者と決済代行業者に対しては、2016年割賦販売法改正によって、クレジットカード番号等取扱業者としてクレジットカード番号等を適切に管理する義務が課された（割販法35条の16、割販法施行規則132条）。さらに、決済代行業者が加盟店との契約締結についてカード会社（アクワイアラー）から包括的かつ最終的な決定権限を授権されて加盟店管理を行う場合には、そのような決済代行業者にも登録が必要になった（割販法35条の17の2）。

他方、貸金業法は、前述したように、貸金業の範囲から、物品の売買・運送・保管または売買の媒介を業とする者がその取引に付随して行うものを除外しており（貸金業法2条1項3号）、割賦販売のような形の信用供与には適用されないことを明確にしている。そのため、貸金業法は販売信用について規制するものではないと考えるのが自然であろう。もっとも、割賦販売とローン提携販売には支払期間・支払回数の要件と指定商品・指定役務・指定権利の要件があり、包括信用購入あっせんと個別信用購入あっせんには支払期間の要件（ボーナス一括払いを含む）と指定権利の要件があるため、これらの定義に該当しない場合には、貸金業法の適用が問題になる⁴⁵。

包括信用購入あっせんの場合には、商品販売業者・役務提供者、購入者・利用者と信販会社の三者間の法律関係としては、たとえば債権譲渡構成と立替払委託構成が有力であるが、債権の有償取得についてはファクタリングについて取り扱う際に述べることとし、ここでは立替払委託契約が貸金業法上の金銭の貸付け等に該当するかどうかを検討する。貸金業法における金銭の貸付け等は、基本的に金銭消費貸借契約を想定していると考えられる。立替払委託契約の法的性質は準委任契約であり、それに基づき信販会社は利用者に対し求償債権をもつことになるが、金銭消費貸借契約とはその法的性質が大きく異なり、金銭の直接的な交付もないことから、基本的に金銭の貸付け等には該当しないと解される⁴⁶。

⁴⁵ 寄付金や税金をクレジットカードで支払う場合や、前払式証票や資金移動マネーをクレジットカードで購入した場合に、貸金業法の適用があるかどうか等について詳細に検討する文献として、大内南人『『貸付』概念の事例的検討（1）』NBL1259号46～76頁参照。

⁴⁶ 高橋康文編『詳説 資金決済に関する法制』（商事法務、2010年）123頁、金融法務委員会・前掲注（30）5～6頁。ただし、消費貸借契約上の債務の決済にクレジットカードを利用するときは、包括信用購入あっせんの仕組みを用いても信販会社からカード利用者に対し貸付けがなされたものと一般に解されている（大内・前掲注（45）51頁）。そのような決済により、実質的にクレジットカードの利用枠をその限度額の範囲内で現金化するこ

また、監督法上の体系という観点からは、商品・役務の購入に際する信用供与を規制する割賦販売法と貸金業法とが別の法体系になっており、それぞれの所管官庁も異なっている。特に、割賦販売法の大きな特徴は、業として信用を供与する者に対する行為規制や信用購入あっせんの場合には登録制度の採用など一連の監督法上の手当てをしていることに加え、抗弁権の接続などの民事法上の規律を定めており、利用者保護を図っている点にある。なお、提携ローンについては、金融機関等による消費貸借契約が商品・役務の販売・提供契約と密接な牽連性があると認められる場合には、抗弁権の接続が認められる（割販法 29 条の 4）。ローン提携販売のように立法的手当がなされていない限り、抗弁権の接続は認められないのが原則とされるものの、判例には、割賦販売法上のローン提携販売に該当しない場合であっても抗弁権の接続を認めるものがある。

（２）給与前払サービス

一時的に立替えが生じる具体例として、給与の前払サービスがある。金融庁は、次のような場合には、貸金業法上の登録を要しないと回答した⁴⁷。照会に係る給与前払サービスにおいて、給与前払サービス提供者は、導入企業と業務委託契約を締結し、導入企業の従業員と利用規約を締結することで、従業員の申請に応じて、従業員の勤怠実績に応じた貸金相当額を上限として、申請された金額を従業員の給与口座に給与支払日前に振込む。本サービスは、①従業員の勤怠実績に応じた貸金相当額を上限とした給与支払日までの極めて短期間の給与の前払いの立替えであって、②導入企業の支払能力を補完するための資金の立替えを行っているものではなく、③手数料についても導入企業の信用力によらず一定に決められている。上記①～③の前提の下では、本件立替払いは、導入企業または従業員に対する信用供与とはいえ、また、導入企業においても、信用供与を期待しているとまではいえないことから、貸金業法上の「貸付け」行為に該当しない。ただし、当該事業者の行為が、従業員または導入企業に対して、導入企業の支払能力を補完するための資金の立替えとなっている、または手数料については導入企業の信用力によらず一定に決められていないなど、上記①～③の前提と相違し、実質的には貸付けを行っていると認められる場合には、導入企業または従業員に対する金銭の貸付けに該当し、貸金業登録を要する可能性が高いと回答した。

（３）BNPL

次に、Buy-Now-Pay-Later 業者すなわち信用購入あっせんには該当しない立替払型の後払決済サービスを提供する場合について検討する。電子取引の進展と FinTech の登場により、Buy-Now-Pay-Later (BNPL) と呼ばれる立替払型の後払決済サービスが登場し、急速に普及し

とを認めることになり、金銭の交付があったと評価できるからである。大内・前掲論文は、クレジットカードにより立替払委託に基づく求償債務を決済したときも、立替業者が売買契約等の代金を一定の信用供与に基づいて立て替えたことにより発生した債権であるならば、借入債務のクレジットカードによる決済に近いとして、金銭の貸付け等に該当すると解する。ただし、立替払いとクレジットカード決済がサービスとして一体性を有する場合には、原因関係の当事者間に生じた債務を決済しているだけの寄付や税金のクレジットカード払いの場合と同様に、例外的に包括信用購入あっせんに関する規定を類推適用する余地があると指摘される（大内・同 48～49 頁、52 頁）。

⁴⁷ 金融庁監督局総務課金融会社室「グレーゾーン解消制度に基づく回答—給与前払いサービス」（2018 年 12 月 20 日）（<https://www.fsa.go.jp/policy/kyousouryokukyouka/grayzone/02.pdf>）。

ている。BNPL とは、決済サービスを提供する業者が、たとえば購入日から 30 日以内といった一定の支払日を設け⁴⁸、主としてオンラインで商品や役務を購入することを可能にするビジネスモデルであり、BNPL 業者が販売業者に対して支払をするものの、一般的には支払日までの期間における利息や手数料を利用者から徴収しない。また、与信審査はなされないか、緩やかな審査がなされるにすぎない場合が少なくないとされる。

立替払型の後払決済サービスの多くは、2 か月を超えない期間内に販売業者と顧客の原因関係に基づく顧客の債務を決済しているため、信用購入あっせんの定義を満たさないし、クレジットカードを用いないのでマンスリークリアも規制対象になるクレジットカード番号等を適切に管理する義務も問題にならない。

BNPL については、消費者が過剰債務を抱える誘引になる、悪質な販売業者によって不利益や損害を受けるなどの課題があり、いくつかの国や地域で立法的規制や規律がなされつつある⁴⁹。

⁴⁸ 2 か月を超える支払ではないため、割賦販売法の適用対象にはならない。割賦販売法の適用範囲については、前掲注(44)参照。BNPL に割賦販売法の適用がないため、加盟店審査が行われず、一部の販売業者が解約や代金・手数料の支払などをめぐって利用者とトラブルになり苦情が多く寄せられているという(国民生活センター「(特別調査)消費者トラブルからみる立替払い型の後払い決済サービスをめぐる課題」(2020年1月23日)3~6頁参照(https://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20200123_1.pdf))。国民生活センターは、BNPL の課題として、①消費者の支払能力を超えた請求がされている、②消費者トラブルへの対応が不十分である、③加盟店調査等が十分ではないといった問題点を指摘する(同7~9頁)。BNPL 業界の一部の事業者は、「日本後払い決済サービス協会」を設立し、「加盟店審査に係る自主ルール」を策定し、消費者等との相談窓口を設けている(https://j-bnpla.jp/wp/wp-content/uploads/2022/03/J-BNPLA_MemberStoreRule.pdf)。

⁴⁹ たとえば、EU では、現行の 2008 年 EU 消費者信用指令は、BNPL に適用されない可能性が高い(European Commission, Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer credit, SWD(2021) 170 final, pp.9 and 12)。同指令は、消費者と事業者との間で締結される信用契約に適用される。信用契約とは、与信業者が消費者に対し支払猶予、消費貸借またはその他の類似の金融援助により信用を供与またはそれを約する契約である(同指令 3 条 3 項 1 文)。BNPL に同指令が適用されない理由は、第 1 に、同指令は、利息または手数料のない信用供与については適用されないものとされており、BNPL のビジネスモデルでは、利息や手数料は利用者(消費者)との関係では定められないのが通常だからである。第 2 に、与信総額 200 ユーロ未満と 7 万 5,000 ユーロ超の信用契約についての適用除外規定があり(同指令 2 条 2 項 c 号)、BNPL が少額決済に利用される場合には、下限の適用除外に該当する可能性が高いからである。むしろ、BNPL 業者は、同指令の適用を回避するために決済金額をコントロールすることが考えられる。

ところが、2008 年 EU 消費者指令を廃止し、それを刷新した 2023 年 EU 消費者信用指令が成立した。2023 年指令は、BNPL を指令の適用対象にすることを明示的な目標としており(同指令前文(16))、利息や手数料を徴収しない場合の第 1 の適用除外を廃止した。もっとも、加盟国は、第 1 の適用除外についてはオプションを有するものとされ、契約締結前および契約締結時の情報提供義務や信用力調査、クーリングオフの規定等を除く一部の規定は利息および手数料のない信用契約について適用されない旨を定めることができる(同指令 2 条 8 項 b 号)。また、第 2 の適用除外については、下限の適用除外を廃止する一方、上限の適用除外を 10 万ユーロに引き上げた。ただし、下限の適用除外についても、与信総額 200 ユーロ未満の契約の一部について従前どおり適用を除外することを定めることができるというオプションが加盟国に認められている(同指令 2 条 8 項 a 号)。

BNPL 業者による立替払いが、貸金業法における金銭の貸付け等に該当し、貸金業者の登録を要するかどうか問題になるが、貸金業法における金銭の貸付け等には該当しないと一般に解されている⁵⁰。基本的に、(2)に述べた給与前払サービスの場合と同様に考えていくことになる。

なお、決済代行業者が、利用者からの入金がなされる前に販売業者に資金を提供することがあるとされ、そのような場合には、債務者に対する与信審査の有無やその程度、手数料の取り方、サービス全体の目的、規制の必要性、原因取引の有無等により、金銭の貸付等に該当する場合もあると指摘されている⁵¹。

利用者が消費者である場合など利用者保護の必要性が大きいと認められる場合には、たとえば消費者信用法において信用供与を受けた利用者の保護を民事法上の規律を中心に整備する方向性が考えられる（V参照）。

5 ファクタリング

(1) 意義と特徴

ファクタリングとは、典型的には事業者の売掛債権を取得し、ファイナンス機能を提供する業務である。ファクタリング協会の定義によれば、ファクタリング取引とは、「利用者が取得した売掛債権等を買取ることその他これに類する方法（ただし、貸金業法第2条第1項に規定する貸付けに該当するものを除く。）により、当該利用者に対して資金を提供する取引をいう。」⁵²。ここでは、貸金業法の貸付け等に該当するものは、定義上あらかじめ排除

さらに、BNPL が、無利息または手数料なしの支払猶予による場合については、さらなる複雑な適用除外規定が置かれている。すなわち、販売業者またはサービス提供者が利息または手数料を課すことなく支払猶予を認めた場合であって（ただし、大企業がECサイト等を利用して隔地者間契約を締結する場合を除く）、遅滞時の遅延損害金が各加盟国の国内法に定める額に限定されており、かつ、支払猶予が商品の引渡しまたはサービスの提供後50日を超えない場合には、2023年指令は適用されない（同指令2条2項h号1段）。大企業がECサイト等を利用して隔地者間契約を締結する場合には、第三者が信用を供与したり債権を購入したりしないものであって、商品の引渡しまたはサービスの提供から14日以内に全額が支払われ、かつ、各加盟国の国内法に基づき消費者が支払うべき遅延損害金が限定されている場合に限り、無利息または手数料なしの支払猶予については、同指令は適用されない（同指令2条2項h号2段）。大企業がECサイト等を利用して電子的に商品・サービスを販売・提供する場合には、BNPL業者が消費貸借契約により信用を供与する場合はもちろん、ファクタリングによる場合であっても、2023年指令が適用されることになる。

なお、2023年EU消費者信用指令は、2025年11月20日までに加盟国に国内法化を義務付けている。

2023年EU消費者信用指令については、CCR(クレジット研究)第13号(2024年6月)に小特集が組まれており、特に、適用範囲については、山本豊「2023年EU消費者信用指令の適用範囲」同79～92頁参照。EUの動向については、後掲注(107)参照。

⁵⁰ 大内・前掲注(45)55頁参照。ただし、支払期限が2か月を超えないため信用購入あっせんには該当しなくても、包括的な与信枠が付与されているときは、クレジットカード番号等を適切に管理しなければならない（前掲注(46)参照）。

⁵¹ 大内・前掲注(45)56頁。

⁵² 一般社団法人オンライン型ファクタリング協会(OFA)「OFAファクタリング自主ガイドライン本則」2条9項参照。なお、ファクタリング協会によるファクタリング取引の定義か

されている。

金融機関からの借入れによることが困難な中小企業等において、ファクタリングとりわけオンライン型ファクタリングに注目が集まっている⁵³。手形機能の完全電子化をめざし官民をあげた取組みが進んでおり、従来の手形割引による資金調達の手法が用いられなくなるであろうことも、ファクタリングなどの代替的ファイナンスに注目が集まる一因になっている⁵⁴。

他方、現実には、消費者を顧客とするファクタリングも、利用されている。給与ファクタリングと呼ばれるものは、消費者を債権譲渡人とする類型である。第三者型のファクタリングで、販売業者・サービス提供者の消費者に対する債権を買い取って、消費者から支払を受けるタイプのファクタリングもあり、BNPLなどで用いられている⁵⁵。

このようにファクタリングは、多種多様であるが、ファイナンスの手段として重要性を増している領域もあると推測される。以下では、狭義のファクタリングに限定せず、債権を有償で取得して譲渡人に金銭を交付するケースを広くファクタリングととらえて、貸金業法上の金銭の貸付け等に該当するかどうかを概観する。ファクタリングが金銭の貸付け等に

らは、債務者等が売掛債権等に係る債務の弁済を怠った場合に、債権の譲受人が譲渡人に対して譲り受けた債権の償還を請求できる権利が付されたりコース付きのファクタリング取引は明示的に除外されている（同自主ガイドライン細則 3 条 2 項）（<https://j-ofa.org/guidelines/>）。そのような取引は、貸金業法における「金銭の貸付け等」に該当する可能性が高いためであると考えられる。

⁵³ 2022 年度中小企業白書は、オンライン型ファクタリングの利害得失について、次のように指摘する。オンライン型ファクタリングにおいては、AI 等を活用して審査が行われ、必要書類は従来と比べ大幅に少なく、資金を得るまでに要する日数は 1 日程度である。銀行融資の金利と比較すると、オンライン型ファクタリングはその手数料率（1 桁%台が主流）が高い点が懸念として挙げられるものの、調達した資金により実施する事業の粗利益率の方が高ければ中小企業には利用するインセンティブが働く（中小企業庁編『中小企業白書・小規模企業白書—新たな時代へ向けた自己変革力（2022 年度版）II-254～255 頁）（https://www.chusho.meti.go.jp/pamflet/hakusyo/2022/PDF/chusho/00Hakusyo_zentai.pdf）。

⁵⁴ 手形・小切手の完全電子化が進められているが、約束手形の機能は、電子記録債権によってほぼ代替することができ、手形割引に相当する電子記録債権の割引も可能である上、印紙税がかからない、電子記録債権を分割して一部についてのみ譲渡することができるといった手形にはないメリットがある。他方、電子記録債権の取得者は、電子債権記録機関に登録し口座を開設している必要がある。電子債権記録機関が全銀電子債権ネットワーク（でんさいネット）の場合には、でんさい割引という制度があり、でんさいは、譲渡人の譲渡記録請求を受け、でんさいネットが譲渡記録を行うことにより譲渡される。さらに手形と異なり分割した上で譲渡することができ、この場合には、親債権には、分割後の債権金額と子債権の記録番号が新たに記録され、子債権には、発生記録が転写されるほか、債権者情報、債権金額、子債権の記録番号、親債権の記録番号等が記録される。なお、譲受人は、譲渡日から起算して 5 銀行営業日以内（譲渡日から起算して支払期日までの期間が 7 銀行営業日以内の場合には支払期日の 3 銀行営業日前の日まで）であれば、原則、単独で取り消すことができる。なお、でんさいを譲渡する場合には、原則として、譲渡人を保証人とする保証記録が随伴し、手形裏書に相当する法的効果が付与されている（株式会社全銀電子債権ネットワーク『手形にかわる電子決済手段「でんさい®」活用ハンドブック』4～9 頁参照）（https://www.densai.net/pdf/pamphlet_A002.pdf）。

⁵⁵ そもそも、現状では、日本においてファクタリングについての統計は公表されておらず、実態が不明であり、そのこと自体に問題があるように思われる。

該当するならば、貸金業の登録が必要になり、それに違反した場合には制裁が課される（貸金業法 47 条 2 号・11 条 1 項）。

（２）貸金業法の適用—金融庁の立場

金融庁の基本的なスタンスは、ファクタリングは、法律적으로는債権の売買であって、貸金と再構成されるものを除き、貸金業法の対象にならないというものである。貸金と再構成される可能性があるのは、次のようなファクタリングがある。

第 1 に、貸付債権が譲渡された場合である。貸付債権の譲受人も貸金業法上の金銭の貸付け等を行っていると解されるかどうかについて、2009 年 7 月 6 日、金融庁は、ノーアクションレターに対し次のように回答した。照会事案のスキームは、照会者が借主の信用力等を一時的に審査した後、コメンテーターの意見を踏まえ最終審査を行い、貸付けが実行された場合には当該貸付債権を譲渡するというものである。金融庁は、債権譲受人が貸金業者である当初貸付人の融資判断に何らかの影響を与え、かつ、反復継続の意思をもって当該貸金業者から債権を譲り受ける場合には、譲受人は借入人に対し金銭の貸付け等を行うものであり、貸金業登録が必要と回答した⁵⁶。

第 2 に、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ものは、金銭の貸付け等に該当する。金融庁は、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るとして、事業者と消費者の双方に対し警告を発している。この見解は、ファクタリングは基本的に金銭の貸付け等には該当しないけれども、経済的にそれと同様の機能を有する場合があります、その場合には金銭等の貸付けに該当することを認めるものである。とりわけ、「給与ファクタリング」という手法で、個人に貸付けを行うヤミ金融が存在するとして消費者に対して注意を促している⁵⁷。給与ファクタリングとは、労働者が使用者に対して有する貸金債権を買い取って金銭を交付するものであるが、消費者向けに行われる給与ファクタリングについて、金融庁は、書面照会手続において、貸金業法上の貸付けに該当すると回答する⁵⁸。照会では、労働者を通じて当該債権に係る資金の回収を行う照会スキームが問題になった。どのような場合であっても貸金債権の譲受人が自ら使用者に対してその支払を求めることはできず、貸金債権の譲

⁵⁶ 金融庁監督局総務課金融会社室長「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）」（2009 年 7 月 6 日）（https://www.fsa.go.jp/common/noact/kaitou/024/024_05b.pdf）。

この回答に対しては、融資判断への影響については、個別の事象に応じて貸付けの実行判断を行っているかどうかを基準にすべきであり、貸付実行者の貸付けの実行判断の基準の作成者、貸付けの実行と債権譲渡の一体性、貸付実行者が実行した貸付けに関して貸倒リスクを負担しているかどうか、貸付けに係る諸手続きの主体などを総合的に考慮して判断すべきであるとの主張がある（井口大輔『貸付け』概念の事例的検討（2・完）NBL1260 号 72 頁）。

⁵⁷ 金融庁「ファクタリングの利用に関する注意喚起」参照（<https://www.fsa.go.jp/user/factoring.html>）。

⁵⁸ 金融庁監督局総務課金融会社室長「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）」（2020 年 3 月 5 日）。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おり、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」に該当すると考えられるとする（<https://www.fsa.go.jp/common/noact/ippankaitou/kashikin/02b.pdf>）。

受人は、常に労働者に対してその支払を求めることとなると考えられるため、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、経済的に貸付けすなわち金銭の交付と返還の約束と同様の機能を有しているものと考えられると述べる。これは、給与ファクタリングにおいては、賃金債権の譲渡人に対し、譲受人から金銭の貸付け等がなされていると法的に再構成したものである。

第3に、事業者向けのファクタリングについては、中小企業等の事業者が利用する二者間ファクタリングが問題になり得る。日本弁護士連合会は、「事業者向けにファクタリングを装って違法な貸付けを行う業者の取締りの強化を求める会長声明」を发出している⁵⁹。

(3) 貸付等の該当性—判例法理

ファクタリングの法的性質をめぐる裁判例は、分かれている。事業ファクタリングと給与ファクタリングに分けて述べる。

事業ファクタリングと思われる事案において、当該ファクタリングが貸金業法上の金銭の貸付け等に該当するかどうかに係る裁判例は、分かれている。該当しないと判断した裁判例として、東京地判令和2年9月18日⁶⁰や東京高判令和4年6月15日⁶¹などがある。これに対し、金銭の貸付けに当たるとした裁判例として、大阪地判平成29年3月3日⁶²、東京

⁵⁹ この声明では、ファクタリングと称し、売掛債権を買い取るという形式を採っていたとしても、債権の買取代金が債権額に比べて著しく低額であったり、高額な手数料を差し引いたりする一方で、買い取った当該債権の管理・回収を自ら行わず、その売主に当該債権を回収させ、これをファクタリング業者に支払わせるものは、経済的に貸付けと同様の機能を有していると考えられるから、貸金業法第2条第1項や出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律（以下「出資法」という。）第7条の「手形の割引、売渡担保その他これらに類する方法によってする金銭の交付又は授受」に当たると述べる（<https://www.nichibenren.or.jp/document/statement/year/2020/200617.html>）。

⁶⁰ 東京地判令和2年9月18日金法2176号68頁。ファクタリング業者は償還請求権を有しておらず、売主としても債権の買戻しを予定していないことなどから、実質的にも債務者の不払リスクがファクタリング業者に移転していると評価できること、対抗要件具備は猶予されているものの、ファクタリング業者の判断において具備が可能であったこと、債権額面と売買代金の差額（手数料）についても担保目的であることを推認させるような大幅なものということもできないことなどを総合考慮し、貸金業法は適用されないと判示した。

⁶¹ 金融庁ウェブサイト「ファクタリングの利用に関する注意喚起」（<https://www.fsa.go.jp/user/factoring.html>）。

契約上、債務者の不払い等により回収することができなかった額につき売主が責任を負うものとはされておらず、実際に、債務者の無資力の危険についての負担がファクタリング業者に移転したものと認められること、また、債権額面と売買代金との差額（手数料）についても、実質的に担保目的のものであることを推認させるような多額のものではないことなどを総合考慮し、債権の確定的な売買であると判示した。

⁶² 大阪地判平成29年3月3日判タ1439号179頁。ファクタリング業者が譲渡対象債権に係る債務者の不払いリスクをほとんど負っておらず、債権の額面とは無関係に金員の授受がされていたといった事情等を考慮して、金銭消費貸借契約に準じるものと判示した。

高判令和3年7月1日⁶³、名古屋地判令和3年7月16日⁶⁴、札幌高判令和4年7月7日⁶⁵および東京地判令和4年3月4日⁶⁶などが存在する。なお、このうち前掲札幌高判令和4年7月6日は、金銭消費貸借契約に近い経済的機能を有していることを認めた上で、貸金に関する各種規制を潜脱するものと評価し、公序良俗に反し無効と判示した。

給与ファクタリングについては最高裁の判例が出されている⁶⁷。問題になったファクタリングは、次のようなものであった。ファクタリング業者が、労働者である顧客から、その使用者に対する貸金債権の一部を、額面額から4割程度割り引いた額で譲り受け、同額の金銭を顧客に交付する。契約上、使用者の不払の危険は業者が負担するものとされていたが、希望する顧客は譲渡した貸金債権を買戻日に額面額で買い戻すことができること、業者が使用者に対する債権譲渡通知の委任を受けてその内容と時期を決定すること、顧客が買い戻しを希望しない場合には使用者に債権譲渡通知をするが、顧客が希望する場合には買戻日まで債権譲渡通知を留保することが定められていた。そして、すべての顧客との間で、買戻日が定められ、債権譲渡通知が留保されていたという事案であった。最高裁は、次のように述べて、本件スキームに基づく貸金債権の取得は貸金業法および出資法の貸付け等に該当するとした。「本件取引で譲渡されたのは貸金債権であるところ、労働基準法24条1項の趣旨に徴すれば、労働者が貸金の支払を受ける前に貸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貸金を支払わなければならない、その貸金債権の譲受人は、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。また、顧客は、貸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。そう

⁶³ 金融庁ウェブサイト「ファクタリングの利用に関する注意喚起」(<https://www.fsa.go.jp/user/factoring.html>)。

債務者が弁済しなかった場合、売主が債権額以上の金額をファクタリング業者に支払う旨の公正証書を作成するなど、ファクタリング業者が負担すべき不払いのリスクを負担していないといった事情等を考慮して、貸金業法上の貸付けに当たると判示した。

⁶⁴ 名古屋地判令和3年7月16日判時2534号76頁。売主は債務者の資力を担保しないと規定されているものの、譲渡債権の性質や、債権譲渡日から支払日までの期間の短さからして債務者による不履行の可能性は極めて低いといった事情等を考慮して、貸金業法上の貸付けに当たると判示した。

⁶⁵ 札幌高判令和4年7月7日LEX-DB25593299。売主は債権譲渡が発覚すると、取引先（債務者）の信頼を損ね、事業の継続が困難になるため、何としてでも買戻期限までに譲渡債権を買い戻さなければならない状況にあったことをファクタリング業者も認識していたなど、事実上、譲渡債権を担保とする金銭消費貸借に近い経済的機能を有していたといった事情等を考慮して、貸金に関する各種規制を潜脱するものと評価し、公序良俗に反し無効と判示した。

⁶⁶ 東京地判令和4年3月4日消費者法ニュース131号180頁。ノンリコースの定めは置かれていたが、抗弁事由が存在しないこと、支払停止の状態にないこと、破産手続開始原因が存在しないことなど、債務者における不払いの兆候等がないことについて、売主において表明保証することとされており、売主に債務の保証を求めるに等しいといった事情等を考慮して、金銭消費貸借契約に該当すると判示した。

⁶⁷ 最判令和5年2月20日刑集77巻2号13頁。

すると、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。」

本判決から、法律上か事実上かを問わず、債権の譲受人が譲渡人から回収するほかなかったという事情や債権の譲渡人が自ら債務を支払わざるを得なかったという事情などにより、譲渡人と譲受人の間で実質的な返済合意があったことを認定できれば、ファクタリングによる金銭の交付が金銭の貸付け等に当たり、債権譲渡という法形式やノンリコース条項はその認定の妨げとならないという判例法理が定立されたとする理解がある⁶⁸。

(4) 検討

ファクタリングについては、いくつかのアプローチがあり得る。判例や学説は、当事者間では債権譲渡契約が締結されていることを前提に、それが経済的側面や実態に照らして金銭の貸付けに再構成されるべきものかどうかを契約ごとに判断していると解される。金融庁も基本的に同様のアプローチを採用しているものと考えられる⁶⁹。

第1は、現行法の下での解釈論に委ね、裁判例の積み重ねを通じて金銭の貸付け等に該当するファクタリングを明らかにしていくアプローチである。現在の判例・通説のアプローチの延長線上に位置づけられる。その際、裁判例や学説が指摘しているように、与信業者に償還請求権が発生しているかどうかという法的観点からの分析とともに、ファイナンス機能を営んでいるかどうかという経済実質に着目する必要がある。すなわち、経済的には、債権譲受人は譲渡対象債権に係る債務者の信用リスクを負っているのか、それとも、債権譲渡人の信用リスクを負っているかが重要なポイントになる。流動化・証券化スキームにおいてSPVへの譲渡が真正売買かそれとも資金供与に対する貸付債権の譲渡担保かについて議論の蓄積があり、大いに参考になる。買戻義務が定められていたり、あるいは事実上買い戻さざるを得ない契約であったかどうか⁷⁰が事案ごとに吟味されることになる。

第2に、立法により解決するアプローチが考えられる。その場合にも、様々な考え方があろう。一定の要件を満たすファクタリングを定義した上でそれを金銭の貸付け等とみなすことにより、貸金業法を適用することが考えられる。この場合には、所定の要件を満たすファクタリング業者には、貸金業法の規制がフルセットで適用されることになる。そのほか、後述するドイツ法のように一定の要件を満たすファクタリングについて監督法を適用する一方、一部の規定の適用を除外することなどにより、柔構造的な監督法上の規制をすることが考えられる。あるいは、当事者の属性に着目し、消費者の債権とりわけ給与債権がファクタリングの対象になっている場合について、消費者保護の観点から規制を行うことなどが

⁶⁸ 中谷仁亮・判批・金融法務事情 2223号 27頁。

⁶⁹ 金融庁総合政策局リスク分析総括課貸金業室「グレーゾーン解消制度に基づく回答—給与前払い代行サービス利用者等に対する給与支払い代行サービス」5(2) 参照 (<https://www.fsa.go.jp/policy/kyousouryokukyoka/grayzone/09.pdf>)。

⁷⁰ たとえば、6か月後に弁済期が来る100万円の債権を30万円で売却するが3か月後に50万円で買い戻すことができると定め、契約上の買戻義務を定めるわけではないが、6か月後の100万円を現在の30万円で手放さないようにするには3か月後に50万円で買い戻さざるを得ないため、実質的には返済を強制するものであると解される。

考えられる。

6 ファイナンスリース

(1) 意義

ファイナンスリースは、特定の機械・設備を調達しようとするレッシーに対しその購入資金を貸し付ける代わりに、レッサーが自己の名で当該機械・設備を購入しそれをレッシーに賃貸して使用させ、レッシーがリース期間に支払うリース料をもって、物件の購入代金、金利および諸手数料等を回収するものである。法形式としては賃貸借契約であり、リース物件の所有権はレッサーにあってレッシーには移転せず、物件の購入代金、金利および諸手数料等のほぼすべてをリース料として回収する。ファイナンスリースにおいては、実際に資金供与がなされるわけではないものの、経済的にはファイナンス機能を営むことがあり得る⁷¹。

(2) 実態

2023 年度における連結リース統計調査によれば、リース取引のうちオペレーティングリースを除く所有権移転外ファイナンスリース⁷²による設備投資額は、国内 4 兆 3,441 億円、国外 1 兆 1,421 億円にのぼる⁷³。2023 年度の貸金業者による事業者向貸付の月間貸付金額の総計は 7 兆 7,311 億円、国内銀行による 2023 年度の設備資金新規貸出が 52 兆 4316 億円であることと比較しても⁷⁴、ファイナンスリースによる設備投資額は、日本経済において一定の比重を占めているといえよう。

(3) 金融監督法におけるファイナンスリースの意義・法的性質

銀行法は、ファイナンスリースを銀行の付随業務と位置づけているが、そこでは次のように定義する。すなわち、機械類その他の物件を使用させる契約であって①～③のすべてを満たすものに基づき、当該物件を使用させる業務である（10 条 2 項 18 号）。①リース物件の使用期間の中途において契約の解除をすることができないものであること、またはリース

⁷¹ なお、ファイナンスリースの主なメリットは、レッシーについてリース料が損金として認められるという税法上の利点にある。法人税法においてリース取引とは、①リース期間中の中途解約が禁止されているか、またはレッシーが中途解約する場合には未経過期間に対応するリース料の額の合計額のおおむね全部（原則として 90 パーセント以上）を支払うこととされているものなどであること、および②レッシーがリース物件からもたらされる経済的な利益を実質的に享受することができ、かつ、リース物件の使用に伴って生ずる費用を実質的に負担すべきこととされているものであることとされ、リース物件がレッサーからレッシーに引渡された時点でその売買があったものと扱われる。国税庁コード 5702「リース取引についての取扱いの概要(平成 20 年 4 月 1 日以後契約分)」参照 (<https://www.nta.go.jp/taxes/shiraberu/taxanswer/hojin/5702.htm>)。

⁷² 所有権移転外ファイナンスリースとは、リース期間満了時に、契約の諸条件に鑑みて所有権がレッシーに移転するものとは認められないファイナンスリースであって、リース物件の償却はリース期間定額法による。国税庁コード 5704「所有権移転外リース取引」参照 (<https://www.nta.go.jp/taxes/shiraberu/taxanswer/hojin/5704.htm>)。

⁷³ 公益社団法人リース事業協会「リース統計（2023 年度）」8 頁（2024 年 5 月 29 日）(http://www.leasing.or.jp/statistics/docs/2024_04.pdf)。

⁷⁴ 貸金業者の統計については、日本貸金業協会「令和 5 年度における月次実態調査結果の総括について」2 頁（2024 年 5 月 27 日）(https://www.j-fsa.or.jp/doc/material/monthly_survey/backnumber/r5/soukatsu_240527.pdf)。国内銀行の統計については、日本銀行ウェブサイト「統計 貸出先別貸出金（設備資金新規貸出）」に基づく (<https://www.boj.or.jp/statistics/dl/loan/ldo/index.htm>)。

物件の使用期間の中途において契約の解除をすることができない旨の定めがないものであって、相手方が、当該契約に係る使用期間の中途において当該契約に基づく義務に違反し、または当該契約を解除する場合において、未経過期間に係る使用料のおおむね全部を支払うこととされているものであること（同条同項同号イ、銀行法施行規則13条の2の4第1項）、②使用期間において、リース物件の取得価額から当該リース物件の使用期間の満了の時において譲渡するとした場合に見込まれるその譲渡対価の額に相当する金額を控除した額および固定資産税に相当する額、保険料、利子および手数料の合計額を対価として受領することを内容とするものであること（銀行法10条2項18号ロ、銀行法施行規則13条の2の4第2項）、③使用期間が満了した後、リース物件の所有権またはリース物件の使用および収益を目的とする権利が相手方に移転する旨の定めがないこと（銀行法10条2項18号ハ）。銀行法におけるファイナンスリースの定義は法人税法における所有権移転外ファイナンスリースに相当するものと考えられる。銀行法は、ファイナンスリースを付随業務として位置づけており、このことは銀行法上の「資金の貸付け」には該当するものではないことを前提としていると解される。

次に、ファイナンスリースは、貸金業法における「金銭の貸付け等」に当たり得るか。法令適用事前確認手続により照会があった次のようなリースに貸金業法の適用があるかが問題になった。利用者が保有する自動車をリース業者に売却した上で、当該利用者がリース契約に基づいて当該自動車のリースを受けるという次のようなビジネスモデルであった⁷⁵。リース物件である自動車の売買価格に自動車税等の税金と自賠責保険料を加えた額から、残価設定金額を控除した金額にリース料率を乗じてリース料金を算定する。中途解約は原則不可であり、フルペイアウト方式が規定されている。リース期間満了後は、レシーは、リース物件をレッサーに返還するか、再リース契約を締結するか、あるいは残価設定金額でレッサーからリース物件を買い取るかの選択肢を有する。この照会に対し、金融庁は、特段の事情がない限り、貸金業に該当せず、登録を受ける必要はないが、売買の形式を取りながら、金銭の受渡しのみを行い、当事者間に実際に売買を行う意思が認められないなど、実質的には金銭の貸付けであると認められる特段の事情がある場合にはこの限りではないと回答した⁷⁶。この照会におけるリースは、三者間の関係となる一般的なファイナンスリースと異なり、リース物件の所有者が将来のレシーであり、レッサーがそれを買受けた後リースバックするというものであった。前述した銀行法のファイナンスリースの定義に合致したものであれば金銭の貸付け等には該当しないことを前提に、二者間のリースバック契約の場合であってもファイナンスリースの要件が満たされていれば、貸金業法の適用がないとの解釈を示したものと解される。

（４）レシー破綻時の取扱い

ファイナンスリースのレシーに破産手続が開始された場合において、リース物件を担保として扱うのか、それとも双方未履行の双務契約として取り扱うのかという論点がある。

⁷⁵ 法令適用事前確認手続（ノーアクションレター制度）2012年8月24日照会（https://www.fsa.go.jp/common/noact/kaitou/024/024_11a.pdf）。

⁷⁶ 金融庁監督局総務課金融会社室長「金融庁における法令適用事前確認手続（回答書）」（2012年9月14日）（https://www.fsa.go.jp/common/noact/kaitou/024/024_11b.pdf）。

判例は、レシーに更生手続開始決定があった場合において、典型的な賃貸借契約のように未履行の双務契約とは取り扱わず、リース業者によるレシーへの金融と担保権の保持であるとしてリース料債権を更生担保権として取り扱うものがある（最判平成7年4月14日民集49巻4号1063頁）。この判例は、フルペイアウト方式のファイナンスリースにおいてはリース料債務が契約の成立とともに全額について発生するため各期のリース料とその期間のリース物件の使用収益との間に対価関係はないから未履行の双務契約とはいえないとして、ファイナンスリース契約を賃貸借契約でなく、リース物件に担保権を付した貸付けと再構成したものである。

江頭教授は、ファイナンスリースは一般に金融契約ではなく、資産の所有に伴う便益と危険が実質的にユーザーに移転された賃貸借契約であるとされる⁷⁷。そのような評価に従うのであれば、ファイナンスリースに信用供与または資金供与の規制を適用するのではなく、個別の事案ごとに法的論点の適切な解決のために必要に応じて民事法上の法律構成を再構成して消費貸借契約とリース物件への担保権の設定と評価するとともに、そのような場合には監督法上も金銭の貸付けに係る規制を適用すれば足りるようにも思われる。

他方、ファイナンスリースが日本の与信分野で重要な地位を占めていることに鑑みれば、監督法上の対応が必要であり、とりわけ銀行法においてファイナンスリースが銀行の固有業務に大きな親近性があるにもかかわらず、2011年までは銀行の付随業務とされてこなかったのは、当該業務のノウハウやリスク管理手法には特有のものがあつた、相応のリスクを内在していることが示唆されることなどを考慮すれば、貸金業としての規制を課すか、あるいは、貸金業法を柔構造化した上で新たな規制を創設することなども考えられる。

確かにファイナンスリースは、法形式としては賃貸借契約であつて、リース物件の使用の許諾に際して行われるファイナンスであり、実際にレサーからレシーに対して資金が供与されるわけではない。その点において、ファイナンスリースは、金銭を利用させる消費貸借契約である貸付けなどの資金供与から区別される⁷⁸。そして、ファイナンスリースには、上述した意味における二面性すなわち賃貸借契約と金融契約の両方の要素があり、それら両極の間に無数のグラデーションがあり得る。しかし、ファイナンスリースのうちファイナンスの機能を果たしているものは統計上もかなり多いことからすると、資金供与ないし信用供与の観点から横断的・機能的な監督法上の規制を及ぼすべきかどうか、仮に規制をする

⁷⁷ 江頭憲治郎『商取引法〔第9版〕』（弘文堂、2022年）224～335頁注（1）。江頭教授は、物件を購入するための自己資金が十分ありリース業者から金融的便宜を受ける必要のない商人も、節税目的からファイナンスリースを利用していること、物件の所有権を有するリース業者が当該物件を自己の債務の担保に供する可能性が皆無ではないことなどから、単なる融資および債権者のための物件への担保権設置とは同視できない側面があることを、その理由とされる。もっとも、江頭教授は、ユーザーが会社更生手続に入った事案においてファイナンスリース契約を金融取引と担保権の設定と見てリース料債権を更生担保権として取り扱う判例（最判平成7年4月14日民集49巻4号1063頁）を支持されており（江頭・同234頁注（7））、金融取引と担保権の設定と見るべき論点もあるとされる。なお、ファイナンスリース契約に金融的要素があるとはいえ、利息制限法の適用を否定する裁判例がある（東京高判昭和57年4月27日判時1048号107頁）。

⁷⁸ BaFin, Merkblatt - Hinweis zum Tatbestand des Finanzierungsleasings, 31.05.2021, IV参照。

としたらどのように規制すべきかについて検討に値すると考えられる。その場合には、どの程度ファイナンス機能を果たしているものを規制の対象にするかがポイントになる。その場合には、民事法上あるいは倒産法上、消費貸借契約と担保権の設定と再構成されるべきファイナンスリース契約と一致するように監督法上のファイナンスリース契約を定義する必要はなく、監督法の趣旨・目的に照らして独自にファイナンスリース契約を定義し、その法的効果に適合した適用範囲を画するべきであると思われる。

7 補論—ドイツの立法例

(1) 緒論

本節では、一定の要件を満たすファクタリングとファイナンスリースを、信用制度法において金融サービス業として規制するドイツ法を紹介し、日本法への参考に供する。EU法は、ファクタリングとファイナンスリースについては統一的な監督法上の規制をしているわけではなく、規制の有無や内容は各加盟国に委ねられている。そのような中、ドイツは、信用制度法においてファクタリングとファイナンスリースを規制している。以下では、ドイツにおいてファクタリングとファイナンスリースが金融サービス業として監督規制の対象になった経緯について略述した後、その規制の概要(2)、および適用が除外される場合について、両者に共通している点を述べる(3)。その後、ファクタリング(4)とファイナンスリース(5)に分けて、その定義や個別の論点を概観する。

資金供与機能に関していえば、ドイツでは、信用取引(Kreditgeschäft)が銀行業の1種とされており⁷⁹、信用取引とは「金銭の貸付けおよび引受信用の供与⁸⁰」と定義されている(信用制度法1条1項2号)。「金銭の貸付け」該当性の判断に際し、ドイツ民法488条の消費貸借契約または外国におけるそれと類似の契約に該当するかどうか重視される⁸¹。なお、後述するように、ファクタリングは金銭の貸付けすなわち信用取引に該当する場合もあり得るとされるが、多くの場合、これには当たらないと考えられている((4)参照)。

ドイツ信用制度法は、「銀行業」のほか「金融サービス業」に対し監督法上の規制を及ぼしている(1条1a項)。金銭債権の有償取得であるファクタリングとファイナンスリースは、

⁷⁹ 信用制度法における銀行業の定義は、広範であり、預金の受入れ、抵当証券に係る業務、金融仲介、有価証券預託、中央預託機関、期限前に譲渡された貸付債権の買戻義務の引受け、手形・小切手の支払、有価証券引受けなどが銀行業とされている(信用制度法1条1項1号～12号)。

⁸⁰ 引受信用の供与とは、手形の引受け、または、引受人としてではなく満期に手形金の支払を行う業務を指す(Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-V0, 6. Aufl. 2023, §1 Rdn. 64)。引受信用の供与は、銀行が信用力を供与(信用供与)するものであり、銀行業の1種とされている保証業務(信用制度法1条1項8号)に類似しているが、保証が第二次的な責任であるのに対し、引受信用はそれを供与した者が第一次的な責任を負う点において異なる。このほか、手形・小切手の割引も銀行業の1つとされている(同条同項3号)。なお、手形・小切手の割引は、裏書譲渡と異なり、売買契約の形式がとられるが、ドイツでは判例・通説により経済的実質に鑑み与信であるとされ(Id., §1 Rdn. 67 und 68)、信用制度法上も銀行業の1種とされている。

⁸¹ BaFin, Merkblatt Kreditgeschäft, I-1, 08. 01. 2009, geändert am 21. 04. 2023. (https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_090108_tatbestand_kreditgeschaeft.html)

2008年改正により⁸²、金融サービス業の新たな類型として追加され(同条同項9号・10号)、開業規制などの監督規制に服することになった。

ファクタリングとファイナンスリースを金融サービス業に追加した理由は、次のようなものであった⁸³。ファクタリングとファイナンスリースは、銀行による伝統的な与信業務とともに、国民経済上、重要な意義を有している。ドイツの産業界において、これらは重要な機能を果たしており、業者の放漫経営などの結果ファイナンス機能が害されると、当該企業の顧客層だけでなくドイツ経済全般に広範囲にわたって重大な損害が生じる可能性がある。ファクタリングとファイナンスリースは、とりわけ中小企業のファイナンスにおいて中心的な機能を果たしていると指摘された。そこで、ファクタリングとファイナンスリースについてドイツの金融監督当局である BaFin による限定的な監督に服させることが正当化されるという⁸⁴。

(2) 規制の概要

2008年信用制度法改正により金融サービス業の類型に含まれることになったファクタリングとファイナンスリースについて、信用制度法は次のような規制を課している。第1に、金融サービス業を営むには BaFin から免許を取得する必要がある。もっとも、免許は迅速に

⁸² 2009年税法(Jahressteuergesetz 2009)27条による信用制度法改正による。なお、同法は、2008年12月19日に成立し、同年12月25日に施行された。

⁸³ Bericht des Finanzausschusses (7. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung-Drucksachen 16/10189, 16/10494, 16/10665 Nr. 3, BT-Drs. 16/11108 v. 27. 11. 2008, S. 54.

⁸⁴ なお、ドイツ以外のEU加盟国の金融グループに属しているファクタリング会社やファイナンスリース会社は、次のような形で、ヨーロッパ・パスポートのメリットを享受できる。すなわち、2013年のEU指令(Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC)において、他のEU加盟国の当局から免許を取得して監督を受けている信用機関またはその子会社は、ファクタリングまたはファイナンスリース業務が当該免許の範囲に含まれている限り、それらの業務を営むことができるものとされた(同指令33条)。ヨーロッパ・パスポートと呼ばれる制度に、ファクタリングやファイナンスリース業務が含まれることになったのである。具体的には、あるEU加盟国(ホーム国)で免許を得ている金融機関またはその子会社(以下、両者をあわせて「金融機関等」という。)は、次の条件をすべて満たす場合には、他のEU加盟国(ホスト国)でファクタリングまたはファイナンスリースを営むことができる。第1は、ファクタリングまたはファイナンスリースを営む金融機関等のメモランダムおよび定款に当該事業の遂行が規定されていること。第2に、親企業の金融機関に適用されるホーム国の法に基づいて親企業が信用機関の免許を取得していること。第3に、当該ホスト国の領域内で金融機関等がこれらの事業を実際に遂行していること。第4に、ホスト国でファクタリングまたはファイナンスリースを営む子会社の議決権の90%以上を親企業が所有していること。第5に、親企業が当該金融機関のプルーデントな経営に係る当局の基準を満たしていること。第6に、当該金融機関の当該業務が親企業のグループレベルの監督に含まれていること(同指令34条1項)。親企業のホーム国の当局は、これらの要件が満たされているかどうかを審査し、充足している場合には当該金融機関にその旨の証明書を発行しなければならない(同条同項後段)。当該金融機関等が上述した要件を満たさなくなった場合には、親企業のホーム国の監督当局は、当該金融機関等が業務を遂行しているホスト国の当局にその旨を通知し、以降は当該金融機関等の当該業務についてホスト国の法が適用されることになる(同条2項)。

付与すべきものとされ、実質審査はなされない。2008年12月25日時点で銀行業または金融サービス業の免許を取得していた機関は、同日、ファクタリングまたはファイナンスリースの免許を付与されたものとみなされた（信用制度法64j条1項）。それ以外の金融サービス機関は、2009年1月31日までにファクタリングまたはファイナンスリースを業とすることを届け出れば、2008年12月25日以降、ファクタリングとファイナンスリースの免許を付与されたものとみなされた（同条2項）。BaFinは、届出を通じて当該事業者を金融サービス業者として登録する。これまで監督に服してこなかったファクタリング事業者については、可能な限り迅速かつ簡易に免許を取得できるように、実質審査のない届出手続の枠内で、営業免許を付与する趣旨である⁸⁵。なお、届出の際にどのような情報を提供する必要があるかは、届出規則（Anzeigeverordnung）に詳細に規定されている。たとえば、経営陣および監督機関を設置する場合にはその構成員に関する所定の情報の提出等が求められる。

第2に、金融サービス業者としての専門的な知識および経験が求められ、当該金融サービス業者の10%以上の資本または議決権を有する重要な株主（重要持分権者）についても専門的な知識・経験が必要とされる。また、BaFinが策定した「リスク管理の最低要件（MaRisk）」に合致した適切な事業組織を備えるものでなければならない⁸⁶。MaRiskの適用が、実質的に最も重要な監督規制の内容であると考えられる。

第3に、銀行業を営む信用機関と異なり、ファクタリング事業者とファイナンスリース事業者は、ソルベンシー規制や流動性の確保に係る信用制度法の規定の適用を免除されている⁸⁷。最低資本金制度の適用もない。柔構造的な規制体系が採用されているといえよう。

第4に、免許の取得以降は、BaFinによる継続的な監督に服するとともに、経済監査士を選任して年次毎に会計監査を受けなければならない。事業者はドイツ商法340条以下に規定されている「信用機関および金融サービス機関に関する特則」、および「信用機関および金融サービス機関の計算に係る規則」に従って計算書類を作成しなければならない。四半期ごとに、重大なエクスポージャー、および100万ユーロ以上の貸付債権など所定の事項をド

⁸⁵ Bericht, supra note 83, S. 56.

⁸⁶ MaRiskは、信用制度法に基づき、機関のリスク管理態勢に係る実務上の枠組みを定めるものであり、すべての信用機関と金融サービス機関に適用される（信用制度法25a条1項・3項・25b条、信用制度法25a条を準用する有価証券取引法80条1項）。EUの銀行指令（Richtlinie 2013/36/EU）および信用機関と証券会社について適用される限りにおいて金融市場指令（Richtlinie 2014/65/EU）の規範を反映したものになっている。後者については、具体的には、EUの資本市場指令施行指令（Richtlinie 2006/73/EG）の定める、一般的な組織要件（5条）、リスク管理と内部統制（7条・8条）、経営陣の責任（9条）、およびアウトソース（13条・14条）を国内法化するものである。BaFin, Rundschreiben 05/2023 (BA), Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk, An alle Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute in der Bundesrepublik Deutschland, 29.06.2023. (<https://www.bundesbank.de/resource/blob/894796/f212b38ad95ca0a88254ba03b9906392/mL/2023-06-09-rundschreiben-data.pdf>)

⁸⁷ ファクタリングまたはファイナンスリース業を営む金融サービス機関には、信用制度法2b条2項、10条、11条から13d条、15条から18条、24条1項6号・9号・11号・13号、25条、33条1項1号、35条2項5号、45条、46a条から46c条までの規定は適用されない。

イツ連邦銀行に報告する義務を課されている⁸⁸。

第5に、マネーロンダリングおよびテロ資金の防止に係る法令の適用を受け、それを遵守するための内部規程を定めた上で、それを実施しなければならない。

(3) 適用範囲

ファクタリングやファイナンスリースに該当する事業を営む場合であっても、信用制度法の規定が適用されないことがある。

第1に、営業要件または規模要件である。信用制度法の業規制を適用するための一般的要件として、営業要件または規模要件が必要とされている。すなわち、銀行業にせよ金融サービス業にせよ、これらを営業として行うか、または商人的な方法で行うことが求められる規模で当該事業を行う場合に限って規制の対象になる⁸⁹。もっとも、BaFin は、銀行業と金融サービス業については、たとえ業務の規模が客観的に見て商人的な方法によることを要せず、または営業として行われていない場合であっても、それが一定の期間にわたるものであって、かつ、事業主体に利潤獲得の意図があれば、この要件を満たすと拡大解釈している⁹⁰。

第2に、ヨーロッパ・パスポートを取得している機関によるファクタリングやファイナンスリースは、ホーム国で監督当局の監督に服していれば、その支店や子会社等がホスト国においてそれらの事業を営んでいる場合には、ホスト国の監督法は適用されない。すなわち、ヨーロッパ・パスポートは、信用機関がファイナンスリースやファクタリングを行う場合をカバーしているのである⁹¹。具体的には、EU加盟国であるホーム国で免許を取得している機関が、支店または90%以上の株式を有する子会社を通じてドイツでファクタリングやファイナンスリースを行う場合には、当該支店や子会社は免許を要しない（信用制度法 53b 条 7 項）。もっとも、個別の案件毎に、ホーム国の監督当局から BaFin に対する通知が必要である。

第3に、BaFin による個別の適用免除がなされた場合である。BaFin は、国内または国外のいずれに住所を有するかを問わず、信用制度法 2c 条、10 条から 18 条まで、24 条、24a 条、25 条、25a 条から 25e 条まで、26 条から 38 条まで、45 条、46 条から 46c 条まで、および 51 条 1 項の規定の全部を適用しないものとすることができる。適用免除の要件は、当該企業が、従事している事業の種類と規模に応じて監督を要しない場合である（信用制度法 2 条 4 項）。しかしながら、信用制度法はファクタリングとファイナンスリースを原則として監督の必要な事業と位置づけているのであるから、免除が認められるのは特段の事情のある例外的な場合に限られるとされる⁹²。なお、この免除はいつでも撤回できる。

(4) ファクタリング

(i) 定義

金融サービス業として規制対象にされているのは、すべてのファクタリングではなく、

⁸⁸ Deutsche Bundesbank, Übersicht über die wichtigsten Anzeige- und Meldevorschriften für Finanzdienstleistungsinstitute, Gruppe V.

⁸⁹ 信用制度法 1 条 1 項本文、同条 2 項本文参照。

⁹⁰ BaFin, Merkblatt Factoring, 05. 01. 2009, VI. (https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_090105_tatbestand_factoring.html)

⁹¹ 前掲注 (84) および信用制度法 53b 条 7 項参照。

⁹² BaFin, supra note 78, Merkblatt Finanzierungsleasing, VI.

「継続的、かつ、枠契約に基づいて債権を有償で買い取る」業務である（信用制度法 1 条 1a 項 9 号）。

金融サービス業に該当するファクタリングは、次の 3 要件を満たすものと解されている⁹³。第 1 は、債権の買取り、第 2 は、債権の買取りが枠契約に基づく継続的な取引により行われること、第 3 は、ファイナンス（金融）機能を果たすものであることである。以下、順次、検討する。

（イ）債権の有償取得

ファクタリングの対象になる債権の典型は金銭債権であるが、信用制度法において債権について限定は付されておらず、金銭債権に限らず金銭的価値のある債権の有償買取りであればこの要件を満たす。ドイツでは信販会社、加盟店、消費者（購買者）の法律関係について消費者の加盟店に対する債務を信販会社が引き受けるという法律構成がとられているため、信販会社は、債権の購入の要件を欠き⁹⁴、ファクタリング業に該当せず、金融サービス業者ではない⁹⁵。

ファクタリングには真正のファクタリングと不真正のファクタリングがある。真正のファクタリングとは、債権の売買により買取人が当該債権に係る債務者の信用リスクを完全に負担するものであり、当該債務者が支払をしない場合などに売主に対する売買対象債権の債権額に相当する金額の支払を請求する権利等が約定されないノンリコースの債権買取りである。真正のファクタリングの民事法上の法的性質は、ドイツの判例・通説によれば、貸付けではなく債権の売買であるとされる⁹⁶。BaFin も同様に解している⁹⁷。

これに対し、不真正のファクタリングとは、債権の売買に際し、当該債権に係る債務者が支払をしない場合などには売主に当該債権額に相当する金額を支払う義務が約定されるものであり、当該債務者の信用リスクが買取人に移転しないリコース付きの債権譲渡である。不真正のファクタリングは、民事法上、金銭の貸借契約と債権の譲渡担保と再構成されることがある。

問題は、不真正のファクタリングもまた信用制度法上のファクタリングの要件を満たすかどうかである。信用制度法は、たとえあるファクタリングが、民事法上、金銭の貸借契約と債権の譲渡担保と法律構成されたとしても、「債権の有償の買取り」という文言に合致していればそれで十分であって、したがって、真正のファクタリングか不真正のファクタリングかを問わず適用されるという立場に立っている⁹⁸。ファクタリングには、主として、①ファイナンス機能、②買い取った債権の管理回収機能、および、③売買対象債権に係る債務者の支払不能の場合のリスクを引き受けるリスク引受機能が認められる。不真正のファクタ

⁹³ BaFin, supra note 90, Merkblatt Factoring, III.

⁹⁴ 信販会社は加盟店から債権を購入しているのではなく、無因の債務引受けを行っているとするのが判例である（BGH, Urt. v. 16. 4. 2002 - XI ZR 375/00）。

⁹⁵ BaFin, supra note 90, Merkblatt Factoring, III 1.

⁹⁶ 判例として、BGH, NJW 1980, 1394; 1987, 1878f.、学説として、Freis-Janik in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Bank-und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl., 2019, Rn. 6.329, Reschke in: Beck/Samm/Kokemoor, KWG, § 1 Rn. 271f., Fischer/Schulte-Mattler, supra note 80, § 1 Rdn. 62, FN 251 参照。

⁹⁷ BaFin, supra note 90, Merkblatt Factoring, II.

⁹⁸ Bericht der Finanzasusschusses, supra note 83, S. 67.

リングにおいては、上記③の要素を欠くため、その売買契約性が民事法上は否定されることがある。しかし、そのような場合であっても、上記①のファイナンス機能を有している限り、有償の買取りという要件を充足すると解されているのである。すなわち、信用制度法におけるファクタリングに該当するかどうかは、第 1 の要件であるファイナンス機能が認められるかどうかにかかっており、したがってファイナンス機能が認められるのはどのような場合かが最も重要なポイントになる⁹⁹。この点については、(ハ) で検討する。

(ロ) 枠契約に基づく継続性

債権の有償の買取りが、「枠契約に基づく継続的な取引による」ことを要する。すなわち、ファクタリング業者と売買対象債権の売主との間には継続的な取引関係が存在しなければならない。「枠契約」の締結とそれに基づく債権買取りの「継続性」が必要とされるため、たとえば、債権の買取り人が売主に対し、今後は与信するつもりがまったくないか、または買い取るかどうかを個別の案件ごとに決定するような場合には、そもそも枠契約が締結されているわけではないため、買取り人の債権買取り行為は信用制度法上のファクタリングには該当しない。また、債権の流動化・証券化スキームに用いられる SPV (特別目的ビークル) による債権の買取りも、枠契約に基づくものではなくこの要件を満たさないため、金融サービス業に該当しない¹⁰⁰。次に述べるファイナンス機能がファクタリングの要件であることに鑑みると、債権の有償の買取りを通じて債権の売主に対して継続的なファイナンス機能を提供しているファクタリング業者が規制対象になっているといえる。信用制度法は、そのようなファクタリング業者を監督する必要があるという立場に立っているのである。

(ハ) ファイナンス機能

ファイナンス機能とは、ファクタリング業者が、売買対象債権の売主—典型的には、貸借対照表の資産の部に占める売掛金の割合が大きい中小企業—に対し、売掛金を回収する前に金銭を供与し、もって、当該債権の売主は、投資や支払のために必要な資金を銀行等から借り入れることなくファイナンスを受けるというものである。期限の到来した債権のファクタリングには、そのようなファイナンス機能はない。ファイナンス機能について、立法過程においては、「期限の到来した債権のファクタリングにおいては、債権買取り人 (ファクター) は、サービス提供機能と支払保証機能を果たすけれども、ファイナンス機能は部分的にあるいは完全に失われている。ファイナンス機能がまったくない場合には、信用制度法上のファクタリングには該当しない」と説明されている¹⁰¹。売主に対する償還請求権を定めることなく期限の到来した債権を購入することは、信用制度法上はファクタリングに該当せず、したがって「金融サービス」に当たらないのである。期限未到来の債権の買取りであっても、売買価格が期限後にはじめて決定されるようなときは、信用制度法におけるファクタリングには当たらない。期限未到来の債権は、当該債権に係る債務者に債権額の支払を請求することが原則としてできない。そのような債権を買い取って金銭を交付する場合には、リコース付きであれノンリコースであれ売主に対しファイナンスを付ける機能があると考えられ

⁹⁹ BaFin, supra note 90, Merkblatt Factoring, III 1.

¹⁰⁰ Bericht des Finanzausschusses, supra note 83, S. 55.

¹⁰¹ Bericht des Finanzausschusses, supra note 83, S. 55.

る¹⁰²。

信用制度法の文言上も、ファクタリングに該当するかどうかについて買戻請求権の有無を問題にしていない。すなわち、ファイナンス機能を果たすファクタリングであれば、支払保証機能をもつ真正のファクタリングであれ、そのような機能をもたない不真正のファクタリングであれ、ともに規制対象になるのである¹⁰³。これに対し、民事法上の法的性質の決定においては、真正のファクタリングか不真正のファクタリングかが重視されている。真正のファクタリングであれば、売買対象債権の債務者に係る信用リスクが債権買取人に移転しているため、債権の売買と認定されるのが通常である。これに対し、信用リスクが債権の売主にとどまる不真正のファクタリング取引について、判例・通説は、売買対象債権の債務者に係る信用リスクは売主にとどまっており売主による最終的な債権の移転はなされていないので、債権売買とはいえず、金銭の貸借契約であると解している¹⁰⁴。真正のファクタリングの場合には、売買対象債権に係る債務者が資金供与を受けているのに対し、不真正のファクタリングの場合には、債権の売主が資金供与を受けることになる点が、両者の大きな違いである。資金供与者には、資金供与を受けた者の信用リスクを負担するというリスクがあり、反対に、そのようなリスクを引き受けた者を資金供与者と見るべきである。

なお、不真正のファクタリングは貸借契約であって売買契約ではないとする判例・通説に対し、債権の売主の責任が問題になる局面は実際にはきわめて限定的であり、通常は当事者が意図したとおり債権の売買契約として清算・処理されているとして、金銭の貸借契約と債権担保ではなく債権の売買と解すべきであるという少数説が存在する¹⁰⁵。すなわち、売り渡された債権について債務不履行があったときは、売主が不足額等を買取人に支払う義務や債権買戻義務を負う場合であっても、経済的に見れば、信用供与があったと解されるというのである¹⁰⁶。

(ii) 不真正のファクタリングの信用取引 (Kreditgeschäft) 該当性

民事法上、金銭の貸借契約と法的性質を決定される不真正のファクタリングにおいては、債権買取人は売主に対してファイナンス機能を供与している。債権買取人が資金供与を受

¹⁰² これに対し、ノンリコースで期限の到来した債権の売買が行われた場合には、売買対象債権の債務者に係る信用リスクが完全に売主から買主に移転しており、このこと自体にファイナンス機能を認めることは困難であると考えられる。他方、リコース付きの場合には、売買対象債権の債務者に係る信用リスクは依然として売主に残っており、経済実質としては、当該債権を担保にファイナンスを行ったと評価できる場合が多いように思われる。いずれにせよ、期限の到来した債権の売買にファイナンス機能が認められるかどうかは、案件によると考えられる。ドイツ法は、満期後の債権の有償取得は金融サービス業としてのファクタリングの範囲から除外し、ファイナンス機能が確実に認められる類型に限って信用制度法上のファクタリングと定義しているものと考えられる。

¹⁰³ Bericht des Finanzausschusses, supra note 83, S. 55.

¹⁰⁴ 判例として、BGH, WM 1981, 1350、学説として、Martinek/Omlor in: Schminansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, 5. Aufl., 2017, § 102 Rn. 44ff. 等参照。

¹⁰⁵ Scharff in BuB (Stand: 10/1999), Rn. 13.29, Schwennicke in: Schwennicke/Auerbach, KWG und ZAG, 4. Aufl., 2021, KWG § 1 Rn. 39.

¹⁰⁶ なお、ドイツでは、不真正のファクタリング取引は債権の譲渡担保を伴う非典型の貸借契約であると一般に解されている (Fischer/Schulte-Mattler, supra note 80, § 21 Rdn. 36)。

けた売主の信用リスクを引き受けている場合には、たとえ当該債権の売買がその期限到来後になされたとしても、そのような不真正のファクタリングが銀行業の一種である信用取引に該当しないのか、銀行業と金融サービス業の線引きが問題になる。

BaFin は、不真正のファクタリングは、信用取引（信用制度法 1 条 1 項 2 号）に該当することを認めながら、所定のファクタリングを金融サービス業として位置づけた 2008 年信用制度法改正により新設された同法 1 条 1a 項 9 号は、信用取引に係る特別法であるという理解に基づき、特別法は一般法に優先するという原則から金融サービス業に係る規定が適用されるとする。すなわち、たとえ民事法上の法的性質が民法 488 条の貸借契約に該当する場合であっても、不真正のファクタリングに対し、信用取引の要件を規定する信用制度法 1 条 1 項 2 号の規定は適用されないと解しているのである¹⁰⁷。あるファクタリングが不真正のファクタリングであって民事法上は金銭の貸借契約であると法性決定された場合であっても、信用制度法上のファクタリングに該当する場合には、それが銀行業である金銭の貸付けに該当することはないのである。したがって、期限前の債権の売買が枠契約に基づいて継続的に行われており、しかもリコース付きで債権の売買が行われている不真正のファクタリングである場合であっても、銀行業を営む信用機関に該当することはなく、あくまでも金融サービス機関になるにすぎない¹⁰⁸。BaFin によれば、ファクタリングが不真正のファクタリングであるため信用取引に該当し、かつ、たとえば枠契約が存在しないため金融サービス業としてのファクタリングの要件を満たさないような場合には、そのファクタリングは信用取引に該当することになり、信用取引として銀行業に係る規制が適用されることになるという¹⁰⁹。

なお、ドイツでは、信用取引は利息や手数料の有無にかかわらず包括的に規制対象になっているため、現行の EU 消費者信用指令では適用除外に該当するため規制することができない Buy-Now-Pay-Later (BNPL) 決済サービス業者は¹¹⁰、信用取引を業とする場合よりも規制が緩やかである金融サービス業の免許を取得することが多いとされる。すなわち、債権の有償取得によるファクタリング構成の下で、金融サービス業者として BNPL ビジネスを展開することが多いと指摘されている¹¹¹。

(iii) 金融企業によるファクタリング

上述した信用制度法上のファクタリングに該当しない債権の有償の買取りを業とする者は「金融企業」に該当するものとされている（信用制度法 1 条 3 項 2 号）。もっとも、金融企業は、免許を要しない。

そのような例として、フォーフェイティング (Forfaitierung) がある。フォーフェイティングとは、輸出債権に係る貿易金融の一種であり、輸出業者の依頼に基づく輸出手形の買

¹⁰⁷ BT-Drs. 16/11 055, Begründung in BT-Drs. 16/11 108, 54.

¹⁰⁸ BaFin, supra note 90, Merkblatt Factoring, V.

¹⁰⁹ Bericht des Finanzausschusses, supra note 83, S. 55, BaFin, supra note 90, Merkblatt Factoring, V.

¹¹⁰ 前掲注 (49) 参照。

¹¹¹ Regulation of Buy-Now-Pay-Later in the EU: new regime on the horizon.

(<https://www.taylorwessing.com/en/insights-and-events/insights/2023/02/regulation-of-buy-now-pay-later-in-the-eu>)

取りのうち当該手形が不渡りになっても買取人は輸出業者に対し手形の買戻しを要求しないノンリコースの取引である。フォーフェイティングは、真正のファクタリングと同様、買戻義務を負わない債権の売買であるが、枠契約に基づいて継続的に多数の債権を売買する信用制度法上のファクタリングと異なり、通常、中長期の一本の巨額の債権を売買する点に特徴がある。このようなフォーフェイティングは、信用制度法におけるファクタリングの要件の1つである継続性の要件を満たさないため、信用制度法上のファクタリングには該当しない¹¹²。しかし、債権の有償買取りを業とするフォーフェイティング業者は、金融企業として、免許は要しないけれども限定的な監督規制の適用を受ける。

このように信用制度法は、金融サービス業に該当する「ファクタリング」に該当するものについて金融サービス業規制を適用した上で、その要件を欠く債権の有償の買取りを業とする者は「金融企業」に該当するものとして、監督法の規制を補充的に適用しているのである。特に、金融企業が銀行グループに属する場合には、銀行グループの継続的監督という観点から、「金融企業」概念を用いた補充的規制は重要であるとの認識が監督当局から示されている¹¹³。

(5) ファイナンスリース

(i) 定義

ドイツでは、ファイナンスリースはその名のとおりファイナンス機能を有していることは広く認められているものの、信用制度法上の信用取引には原則として該当しないと解されている。というのは、法形式上、リースの目的物件の法的処分権はレッサー（貸与者）が有しており、金銭の貸借契約は存在せず、多かれ少なかれ売買契約的な要素を含む貸借契約しか締結されていないからである¹¹⁴。後述するように、ファイナンスリースとされるにはファイナンス機能を果たすものであることが求められるが、リース物件の使用を認める際になされるファイナンスであって、金銭の貸付け等の信用取引とは明確に区別されている¹¹⁵。直接的に資金がレッサーからレシーに交付されるわけではないため、信用制度法上の金銭の貸付けと再構成される場合があり得るにせよ、それに該当するのはきわめて限定的・例外的な場合であると考えられている。2008年に信用制度法の改正により、金融サービス業の一種として追加されたファイナンスリースは、次のようにトートロジカルに定義されている。すなわち、ファイナンスリースとは、「レッサーとしてファイナンスリース契約を締結し、または、2条6項1文の目的会社を管理すること（ただし、資本投資法1条1項にいう投資財産の管理を除く）。」

立法理由によれば、有償の期限付きの使用貸借契約と異なり、ファイナンスリースはファイナンス機能に着目するものであり、そうすると経済実質としては信用取引に接近してくる。そこで、金融サービスの性格に基づいて監督の必要性があるもののみを捕捉するために端的にファイナンス機能に着目するものである¹¹⁶。

¹¹² Fischer/Schulte-Mattler, supra note 80, § 1 Rdn. 62.

¹¹³ BaFin, supra note 90, Merkblatt Factoring, II.

¹¹⁴ BaFin, supra note 78, Merkblatt Finanzierungsleasing, I.

¹¹⁵ BaFin, supra note 78, Merkblatt Finanzierungsleasing, IV.

¹¹⁶ Bericht, supra note 83, S. 67.

信用制度法におけるファイナンスリースには、リース物件の供給者、レッサー、レシーの典型的な3者間取引に限らず、セール・アンド・リースバックのようにレシーがレッサーに対してリース物件を譲渡した上でそれを再び借り受ける2者間取引も含まれる¹¹⁷。

ファイナンスリース契約の特徴は、リース契約の期間中、レシーがレッサーからリース物件のファイナンスを借り受け、それに係る費用を全面的に負担し償却する点、すなわちフルペイアウトである点にある。ファイナンスリースにおいては、レッサーからレシーに対して投資リスクの移転が生じるのである。

ファイナンスリース契約の要件は、次の2つである。第1は、リース物件の使用がレシーに認められることであり、第2はレッサーがファイナンス（金融）機能を果たすことである。信用制度法上のファクタリングについてもファイナンス機能が要件とされていたのと同様に、ファイナンス機能を備えたリース契約のみが、信用制度法上のファイナンスリースとされているのである。ファイナンス機能が認められるのはどのような場合かについては、(iii)で述べる。

ファイナンスリースのもう1つの要件であるリース目的会社の管理は、リース会社自身がファイナンスリース契約を締結するわけではない場合であっても、投資財産¹¹⁸の管理に該当する場合を除き、原則として信用制度法上のファイナンスリースとして金融サービス業に該当するものとされる。

(ii) 適用範囲

問題は、リース目的会社を管理しているリース業者が、ホーム国において規制の対象になっておらず免許を要しない場合において、ホスト国であるドイツに所在する当該リース目的会社を管理する場合の取扱いである。BaFinは、そのような場合について、信用制度法53条にいう「支店の開設」に当たるとして同法32条1項に基づき免許が必要であると解している¹¹⁹。

なお、上述した定義に該当する場合であっても、次の場合には、ファイナンスリースに係る監督法上の規制は適用されない。

第1に、次の要件を充足するリース目的会社は、ファイナンスリースに当たらないものとされている（信用制度法2条6項17号）。適用除外の要件は、①信用制度法上のファイナンスリースに該当する業務だけを業としていること、②自ら経営戦略上の決定を行わないこと、および③欧州経済圏に住所を有する機関¹²⁰により管理されており、支配的地位にある当該機関がファイナンスリースの営業についてホーム国の法に則って免許を取得しているこ

¹¹⁷ BaFin, supra note 78, Merkblatt Finanzierungsleasing, II 1.

¹¹⁸ 「投資財産」とは、多数の投資家から資本を糾合し、所定の投資方針に従い投資家のために投資を行い、かつ、自らは金融の領域以外では企業活動に従事しない集団投資のためのすべての事業体をいう（ドイツ資本投資法典1条1項）。「投資財産」の要件は、次の6つである。すなわち、①集団投資のための事業体であること、②複数の投資家の存在、③資本の糾合、④所定の投資方針、⑤投資家のために投資すること、および⑥金融の領域以外では何ら企業活動に従事しないこと。

¹¹⁹ BaFin, supra note 78, Merkblatt Finanzierungsleasing, II 2. なお、BaFinのこの解釈に対しては、学説上、異論も唱えられている（Schwennicke, supra note 105, KWG § 2 Rdn. 74 参照）。

¹²⁰ 機関とは、信用機関と金融サービス機関をいう。

とである。

上記の3要件を満たすリース目的会社とは、立法理由によれば、次のような会社である。すなわち、経済的に見ればオフィスビルや航空機といった個別かつ巨額のリース物件のファイナンスのためだけにサービスを提供し、かつ、自立的に経営されているわけではなくリース会社によって管理されている場合、すなわち目的会社を管理しているリース会社の従業員が形式的に目的会社の業務執行者に選任されているような場合である¹²¹。

(iii) ファイナンス機能

信用制度法は、ファイナンスリースについて法的に定義するのではなく、ファイナンス機能を有するリース契約をファイナンスリースとする機能的な定義を用いる。すなわち、ファイナンスリース契約がなかったならば、購入するにせよ賃借するにせよ当該リース物件を使用することができなかつたような場合には、ファイナンスリース契約は資金調達の機能を果たしていると考えられる。具体的には、ファイナンスリース契約によらずにリース物件を利用するとしたら、それを取得するにせよ賃借するにせよ、銀行や貸金業者等からの借入れが必要であったと認められる場合には、当該ファイナンスリース契約はファイナンス機能を果たしているものと認められる。具体的には、リース契約においてどのような条項が定められているか、とりわけフルペイアウトが実現しているかどうか重視されているようである。

典型的なファイナンスリース契約においては、①レッサーはリース物件をレシーの使用に委ねるが、使用を保証するものではなく、②レッサーの賃貸借契約に基づく引渡義務は、リース物件移転に係るリース契約に特有な法律構成の下でレシーに不利な形で排除されており、代ってリース物件の供給者がレシーに対して引き渡すべきことが指示され、③レシーがリース物件の滅失や価格変動のリスクすなわち投資リスクを全面的に負い、④レシーがリース期間を通じてリース物件の経済的価値を調達した上でその費用を償却するものとする¹²²、といった約定が置かれるのが通常である。監督法上は、リース物件をレシーに使用させるべきレッサーの義務を契約により排除することが民法上有効かどうかは問題にならず、当事者が何を実現しようとしているのか当事者の意思が重要であるとされる。そして、レッサーによる全面的なファイナンスを目指してファイナンスリース契約に典型的な上記①～④の条項が置かれていれば、信用制度法上のファイナンスリースを認定するのに十分とされる¹²³。なお、調達費など各種費用やファイナンスに係る費用は、連邦財務省

¹²¹ Bericht des Finanzausschusses, supra note 83, S. 67/68.

¹²² レッサーの費用をリース期間中にレシーがリース料の支払によって完全に償却し、かつ、リース物件の滅失や価格に関するリスクが完全にレシーに移転している場合には、信用制度法上のファイナンスリースに該当する。リース料だけではレッサーの費用を完全にカバーできないときであっても、たとえば契約終了時に不足分をレシーが支払う義務を負っていたり、レッサーがレシーに対し契約終了時にリース物件の所有権の取得を請求できる提供権が認められたりしているような場合には、ファイナンスリースと認められる。

¹²³ BaFin, supra note 78, Merkblatt Finanzierungsleasing, II 1. a). もっとも、監督法上の規制を及ぼすには、契約が締結されている必要もなく、本文①～④等のファイナンスリースに係るサービスを提供しようと潜在顧客にアクセスするだけで十分であり、そのような契約を締結する意思が明確であれば、信用制度法上の金融サービス業の一種であるファイナンスリースに該当するという。

の定めるリース原則公示¹²⁴の定めに従って償却される。

V 結び

本章では、資金供与および信用供与の機能に着目し、金銭の貸付けと機能的に同等性ないし親近性のある取引類型について、金融監督法の適用を受けないため規制のアービトラージが生じているものが存在していないかどうかという観点から若干の検討を行った。以下、今後の検討課題を明らかにしつつ、本稿を要約する。

1 規制の対象

(1) ファイナンス機能

資金供与の機能とは、ファイナンス機能であろう。ファイナンス機能を法的に定義することは容易ではないが、ある取引により資金供与者が利用者に対して購買力の付与を約束し、利用者は金銭をはじめとする購買力を利用することができる場合には、ファイナンス機能を認めることができるであろう。

ファイナンス機能をもつ金銭の貸付けや手形割引は銀行法においても貸金業法においても規制されており、貸金業法ではさらに売渡担保その他これらに類する方法によってする金銭の交付も規制の対象になっているほか、それらの金銭の授受の媒介も規制されている。また、商品や役務の提供に際し付与される資金供与機能は、割賦販売法によって部分的に規制されている。ファイナンス機能を営む金融サービスのほかにも、銀行法において付随業務とされているファクタリングやファイナンスリース、さらには割賦販売法の適用されない信用販売・後払決済サービスなども、ファイナンス機能を果たし得る。割賦販売法上の信用購入あっせん等の定義に該当しないマンスリークリアやBNPLなどが検討の対象になり得る¹²⁵。

(2) ファクタリング・ファイナンスリース・後払決済サービス等

資金供与機能に着目した機能的・横断的規制という観点からは、ファクタリング、ファイナンスリース、割賦販売法の適用されない信用販売や後払決済サービスについても、利用や業務の実態等について調査することを前提として、リスクがある程度大きく監督の必要性があるならば金融監督法の枠組みに組み込むことが考えられる。

ファイナンスリースは、すでにかかなりの規模と範囲でファイナンス機能を担っており、ファクタリングやBNPL等の後払決済サービスは今後広く利用される可能性がある。

¹²⁴ BMF 19.4.1971 - IV B/2 - S 2170 - 31/71, BStBl 1 S. 264ff; BMF 23.12.1991 - IV B/2 - S 2170 - 115/91, BStBl 1 S. 13ff.

¹²⁵ 包括信用購入あっせんの定義に当てはまらないものは、割賦販売法上の規制が適用されない。「包括信用購入あっせん」は2か月以上にわたり返済されるものであること（割賦法2条3項）を要するため、2か月を超えない期間にわたって当該代金等に相当する金額を受領する方式のうち、翌月1回払いで利用するマンスリークリアには、割賦販売法上の行為規制や民事ルールは適用されない。もっとも、マンスリークリア取引については、2008年割賦販売法改正において、「分割払いと同様の誘引性があるとは考えられない」として、行為義務や民事効を生じる規定を適用するものとはされなかったものの、カード番号情報の保護に係る規定については、区別する実益が乏しいとしてマンスリークリアにも適用されることになった。

もつとも、これらの取引類型の中にはファイナンス機能がなかったり乏しかったりする場合もあるため、ファイナンス機能を有する取引やサービスに限定する適切な定義規定を置くとともに、適切な適用除外規定を置くことができるかどうかが問題になる。たとえば、ファクタリングについては、ドイツ法のように、期限前の債権を継続的に購入することと定義すれば、そのような取引にはファイナンス機能が確実に認められるであろう。また、ファイナンスリース自体を定義せずトートロジカルにファイナンス機能が認められるリース契約をファイナンスリースとすることも考えられないではない。ファイナンスリースのように、税制や会計その他の外在的な要因によってある程度実務上その範囲を定めることができる場合には、監督法において実質的な定義規定を置くことなく規制の対象に取り込むなど、ファイナンス機能をもつ取引を適切に捕捉することができるよう経済的・実質的に解釈されることになる定義規定を工夫する必要がある。

2 監督法上の規制の内容

(1) 参入規制・財務規制等

現行法は、銀行法、貸金業法および割賦販売法を中心に資金供与機能を営む事業を規制している。資金供与の機能を有する金融サービスを提供する業者に銀行、貸金業者または信用購入あっせん業者と同等の規制を適用すべきかどうかは、さらに検討に値する。ファイナンス機能を果たす業務を幅広く規制の対象に組み込む場合には、資金供与の機能をもつ上記サービス等を横断的に幅広く規制する一方、ファイナンス機能や当該業務に基づくリスクに程度や質の差があり得るため、現行法がそうであるように柔構造的な規制体系をさらに進化させていくことが考えられる。

とりわけ、資金供与機能を果たす業者が預金の受入れをあわせて営む場合には、金融仲介機能および信用創造機能を果たし得るため、金融システムに対するリスクが生じるほか、貯蓄や決済の手段としても国民社会生活に広く利用されている預金契約について契約に従った履行がなされないことになると預金者保護の観点からも大きなリスクが生じる。そこで、銀行などの預金取扱金融機関については、厳格な参入規制が必要であろうし、その健全性を維持し金融システムと預金者を保護するための財務規制などの厳格な健全性規制や預金者保護に係るセイフティ・ネットの仕組みが必要になる。それに対し、資金供与機能だけを提供する業者の財務規制については、その業務のリスクに応じた段階的な規制を導入することが合理的であると思われる。すなわち、資金供与機能を営む業者の参入規制や財務規制については、それぞれのファイナンス機能に基づくリスクに応じて、換言すれば金融監督の必要性に鑑み、柔軟化することが考えられる。

(2) 行為規制

これに対し、資金供与機能を提供する業者の行為規制については、同一の機能に対し同一のルールを適用するという原則が基本的に妥当するものと考えられる。取立規制、情報提供義務、広告・勧誘規制、過剰与信防止規制など、行為規制については基本的にすべての資金供与業者に共通のルールを定めることができるように思われる。資金供与を受ける者を保護するための諸規制、とりわけ広告・勧誘規制、情報提供義務・説明義務、指定信用情報機関の利用等による適正な与信判断とりわけ過剰与信の防止、取立規制などは、それらの保護

を必要とする者の範囲を画する必要があるものの、少なくとも消費者が資金供与を受ける場合には、横断的な行為規制が課されることが望ましいと考えられる。

しかし、現行法においては、銀行法には取立行為に係る法規制がないのに対し、貸金業者や割賦販売業者には課されている。取立規制についても、社会的合理性を欠く方法や時間などの規制は、消費者か事業者かを問わず、同一のリスクに対しては同一のルールを適用するという原則が妥当すると考えられる。

また、過剰与信防止規制についても、銀行、貸金業者、割賦販売業者の間では、規制に大きな差異がある。過剰与信防止は、利用者が消費者である場合には、きわめて重要な課題である。というのは、消費者が過剰債務により破綻する場合には、①会社・法人は破綻により倒産処理手続や清算手続を経て市場から退出するのに対し、自然人の場合は破綻してもなお市場において消費生活を送らざるをえない、②本人のみならず家族や社会に与えるダメージが大きい、③与信業者にとっても消費者の信用力を厳密に審査するための情報に乏しく、かつ、信用供与後に消費者をモニタリングすることは困難であるといった事情があるからである。2008年改正割賦販売法は、2006年改正貸金業法が過剰与信の抑止のために導入した総量規制とは異なるタイプの規制を採用したが¹²⁶、業者ルールを通じて過剰与信を規制しようとする立法目的が同一であるのみならず、指定信用情報機関の利用を通じた調査を要求するなど立法目的を実現するための手法においても多くの共通点が認められる。それに対し、銀行法には、そもそも過剰与信防止に関する法規制が導入されていない¹²⁷。消費者信用取引における過剰債務の問題においては、消費者信用を可能な限り広く利用したい消費者のニーズと、借り手の債務負担や弁済に関し計画を立て実行する能力に照らし、消費者を保護するとともに過剰債務により発生する社会的コストを抑制するためにはどのようなルールを設けたら良いかという観点から再検討してみる価値があろう。

このように、行為規制については、機能とリスクに応じた横断的な規制が必要であると指摘されており、個々の行為規制ごとに検討することが望まれる¹²⁸。なお、資金供与に係る市場の効率性を高め、それにより貸出金利を含む資金供与サービスの適正かつ公正な競争を通じて利用者を保護するという市場法的な観点も重要であろう。広告規制や開示規制はそのような観点からも正当化されるであろう。

(3) 民事法上の規律

横断的な金融法制の観点から検討すべき課題は、ほかにも数多く存在する。監督規制の適用範囲の問題のほか、特に商品や役務の提供に際して付与される信用供与については、両者を一体的にとらえる法的概念や枠組みがまず問題になる。その上で、抗弁権の接続、クーリ

¹²⁶ 改正割賦販売法の過剰与信防止義務は、一律の数値基準のみで判断するような総量規制ではないことにつき、松田洋平＝乃田昌幸＝戸塚悠二＝小山綾子『『割賦販売法の一部を改正する法律』の概要』金法1842号(2009年)11頁。

¹²⁷ 堂下浩「貸金業制度 2006年改正後の消費者ローンの課題と小口金融のあり方 ～銀行カードローンが包含する本質的問題～」個人金融2017年秋11頁は、「債務者の月収に基づき金融機関や貸金業者の分を含めた債務者による1か月の返済総額を制限した上で、債務行動を日次で管理の方が合理的である。あわせて市場の潜在化を抑えるために借入申込者に負わず契約時の厳格な手続きを緩和すべきである。こうした消費者信用市場における制度の考え方は現行の割賦販売法の規定に近い。」と指摘される。

¹²⁸ 岩原・前掲注(1)1-9～1-11頁参照。

クローリングオフの権利や既払金の返還請求権などの民事法上の規律のあり方が大きな課題になる。抗弁権の接続という民事法上の規律については、割賦販売法では一定の立法措置が講じられているのに対し、銀行法と貸金業法には規定が置かれていない。ローン提携販売業者以外の事業者と銀行が一体型のローンを提供するケースについて、立法的措置を講じる必要性が指摘されている¹²⁹。利用者保護を徹底するという観点からは、割賦販売法が適用されない販売信用や後払決済サービスを類型化した上で、抗弁権の接続、クローリングオフの権利、あるいは一定の要件の下で既払金の返還請求権を認めるなど、民事法上の規律に係る特別法を立法することも考えられよう。

現在の日本の法体系は、商品・役務の移転を伴う場合について、割賦販売法の適用がある場合には業規制と民事ルールの双方を含む規制がなされている。解除権の制限、契約解除等に伴う損害賠償等の額の制限、抗弁権の接続、個別信用購入あっせん関係受領契約の申込みの撤回等である。これらは、民事法上の規律により対処すべき問題であり、現行法で十分かが点検される必要がある。商品・役務の提供に伴う信用供与かどうかを問うことなく消費者信用契約一般を広く規律すること、すなわち消費者信用取引を金融取引・金融サービス取引の一環として把握することの是非についても検討に値しよう。この点については、節を改めて述べる（3参照）。

3 消費者信用法制の可能性？

将来的には、事業者以外の自然人である消費者を保護対象とした上で、資金供与および信用供与に係る民事法のルールを創設することが考えられる。商品・役務の提供に際して付与される信用供与については割賦販売法が規制しており、それとの調整が必要になるが、両者を包括的に規制した上で、商品・役務の提供に結び付いてなされる場合については特則を設けることも考えられるであろう。具体的には、銀行法および貸金業法が規制する資金の貸付け等や割賦販売法が適用される取引のみならず、それらに該当しないけれども支払の繰延べや資金供与を受けるための援助など消費者信用取引を与信機能という観点から幅広くとらえて、民事法の特別ルールを定めることが考えられる。

業者の情報提供義務や説明義務は、民事法上の義務として課すとともに、商品・役務の移転を伴う場合にはクローリングオフやいわゆる抗弁権の接続に係る一般的な規律を導入することなどが課題になろう。実効金利や契約条件についての情報提供や、書面による契約の締結といった、契約締結までのプロセスを中心とする規律を民事法上のルールとして整備し、権利義務の配分や契約の成立要件等を規律することにより、消費者保護が一層実現されると考えられる。この領域における消費者保護にとって、民事ルールの整備は極めて重要であろう。

以 上

¹²⁹ 岩原・前掲注（1）1-11頁参照。保険会社による変額保険の販売に銀行が一体型のローンの提供を行ったケースにおいて保険会社に対する保険契約者の抗弁を銀行に対抗できるとした裁判例がある（東京高判平成17年3月31日金判1218号35頁、大阪高判平成15年3月26日金判1183号42頁等）。