

金融商品・サービスの提供、 IT技術の進展等による金融機関の 責任範囲を巡る諸問題

2017年3月

金 融 法 務 研 究 会

は し が き

本報告書は、金融法務研究会第2分科会における平成26年度の研究の内容を取りまとめたものである。

金融法務研究会は、平成2年10月の発足以来、最初のテーマとして、各国の銀行取引約款の検討を取りあげ、その成果を平成8年2月に「各国銀行取引約款の検討—そのⅠ・各種約款の内容と解説」として、また平成11年3月に、「各国銀行取引約款の比較—各国銀行取引約款の検討 そのⅡ」として発表した。平成11年1月以降は、金融法務研究会を第1分科会と第2分科会とに分けて研究を続けている。

第2分科会で取りあげたテーマは、巻末の報告書一覧のとおりであるが、平成26年度は「金融商品・サービスの提供、IT技術の進展等による金融機関の責任範囲を巡る諸問題」をテーマとして取りあげ、その研究成果を本報告書に取りまとめた。

本報告書においては、第1章で「個人向けのインターネット・バンキング・サービスにおける不正送金に係る金融機関の責任範囲—ソフトローおよび裁判事例を踏まえて」（沖野眞巳担当）、第2章で「欧米におけるインターネット・バンキングの無権限取引に関する金融機関の責任範囲」（加毛明担当）、第3章で「金融商品の取引における金融機関の説明義務—最近の裁判例を素材にして—」（山田誠一担当）、第4章で「日証協ガイドラインを踏まえた高齢者に対する投資商品販売と適合性の原則」（山下純司担当）、第5章で「消費者裁判手続特例法による金融実務への影響—手続法の観点から—」（松下淳一担当）、第6章で「消費者裁判手続特例法の共通義務確認の訴えの対象」（中田裕康担当）を取りあげている。

このうち第1章においては、個人向けのインターネット・バンキング・サービスにおける不正送金・不正払戻の場合の金融機関の責任範囲について、いわゆるソフトローおよび裁判事例を踏まえたうえで考察する。第2章においては、インターネット・バンキングの無権限取引に関する金融機関の責任範囲について、アメリカ法およびドイツ法の立法ならびに議論状況を紹介する。第3章においては、変額保険取引に関する判例および金利スワップ取引に関する判例を取りあげながら、金融商品の取引における金融機関の説明義務等の問題を検討する。第4章においては、高齢者に対する投資商品の販売について、日本証券業協会の「高齢顧客への勧誘による販売に係るガイドライン」の内容を、適合性原則等の違法勧誘の判断基準との関係も踏まえ、考察する。第5章においては、消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律（以下「消費者裁判手続特例法」という。）の手続を概観したうえで、手続法の観点から事業者側の留意点を検討する。第6章においては、消費者裁判手続特例法第3条所定の「共通義務確認の訴え」の対象範囲について検討する。

本報告書が銀行実務家をはじめ、各方面の方々のお役に立つことができれば幸いである。

なお、本研究会には、銀行の法務分野から実務を担当する方にオブザーバーとしてご参加いただいている。また、事務局を全国銀行協会業務部をお願いしている。

最後に、同分科会においては、平成28年度には「民法（債権関係）改正に伴う金融実務における法的課題（その2）」をテーマとして取りあげ、研究を続けている。

平成29年3月
金融法務研究会座長
岩 原 紳 作

目 次

第1章 個人向けのインターネット・バンキング・サービスにおける不正送金に係る金融機関の責任範囲—ソフトローおよび裁判事例を踏まえて (沖野眞已)	1
1 はじめに	1
2 インターネット・バンキング・サービスにおける無権限者による不正な送金の現状	2
(1) 警察庁統計	3
(2) 金融庁統計	3
(3) 全銀協アンケート調査	4
(4) 補償状況	4
(5) フォローアップ——平成26年以降の状況	4
3 自主ルール——全国銀行協会申し合わせ	7
(1) 個人顧客に関する全銀協申し合わせ	7
(2) インターネット・バンキング利用規定	8
(3) 法人顧客に関する全銀協申し合わせ	14
4 裁判例	17
(1) 大阪地判平成19年4月12日金融法務事情1807号42頁	17
(2) 東京高判平成18年7月13日金融法務事情1785号45頁、東京地判平成18年2月13日金融法務事情1785号49頁	22
(3) ATMを用いた無権限払戻しについての最高裁判決	25
5 若干の検討	28
(1) 問題の性格	28
(2) 双方無責の場合の負担を金融機関負担とすることの相当性	29
(3) 預金者の一定額の当然負担について	30
(4) 「過失」、「重過失」について	32
(5) 預金者の「過失」判断について	37
(6) 個人と法人	38
(7) その他	39

第2章 欧米におけるインターネット・バンキングの無権限取引に関する	
金融機関の責任範囲（加毛 明）	40
1. はじめに	40
2. アメリカ法	41
2. 1. 電子資金移動法	41
(1) 総説	41
(2) 合衆国法律集（United States Code）1693g 条（電子資金移動法 909 条）	41
(3) レギュレーション E 205.6 条	44
(4) 消費者の責任の成立要件	46
(5) 消費者の責任の範囲	46
2. 2. UCC 第 4A 編	50
(1) 総説——セキュリティ手続	50
(2) 無権限の支払指図に関する顧客の責任	51
(3) 顧客の責任の免除	54
(4) 受信銀行の責任範囲	55
3. ドイツ法	57
3. 1. 総説	57
(1) 検討対象	57
(2) 決済サービス指令	58
(3) ドイツ民法	58
3. 2. 無権限決済取引に関する決済サービス業者の責任	59
(1) 決済サービス指令	59
(2) ドイツ民法	60
(3) 第 2 次決済サービス指令及びドイツ民法改正法案	61
3. 3. 無権限決済取引に関する支払人の責任	65
(1) 決済サービス指令	65
(2) ドイツ民法	67
(3) 第 2 次決済サービス指令及びドイツ民法改正法案	78
3. 4. 決済取引の認証などに関する証明	82
(1) 決済サービス指令	82
(2) ドイツ民法	83
(3) 第 2 次決済サービス指令及びドイツ民法改正法案	84

第3章 金融商品の取引における金融機関の説明義務—最近の裁判例を素材にして—（山田誠一）	87
1 はじめに	87
2 基本となる最高裁判決	89
(1) 変額保険についての最高裁判決—説明義務違反および断定的判断の提供	89
(2) オプション取引についての最高裁判決—適合性原則違反	93
3 最近注目を集めた判決	96
(1) 金利スワップ取引についての最高裁判決	96
(2) 毎月分配型投資信託についての東京高裁判決	99
4 結びに代えて	104
 第4章 日証協ガイドラインを踏まえた高齢者に対する投資商品販売と適合性の原則（山下純司）	105
1 はじめに	105
2 高齢顧客への勧誘による販売に係る日証協ガイドライン	106
(1) 経緯	106
(2) 日証協ガイドラインの内容	107
(3) 法的な位置づけ	109
3 適合性の原則その他	109
(1) 法令の適合性原則	110
(2) 判例法上の適合性原則	111
(3) 概念的な整理	111
4 適合性原則と競合する責任原因	113
(1) 虚偽説明	113
(2) 過当取引（無意味な反復売買）	113
(3) 新規委託者保護義務	114
5 高齢者に対する投資商品販売についての考察	115
(1) 適合性原則と他の原則の関係	115
(2) 日証協ガイドラインの特徴	116
(3) ガイドラインの注意点	117

第5章 消費者裁判手続特例法による金融実務への影響	
～手続法の観点から～（松下淳一）	119
1 はじめに	119
2 立法の背景	119
3 手続の概要	120
(1) 目的（1条）	120
(2) 被害回復裁判手続（2条9号）	120
4 共通義務確認訴訟	122
(1) 当事者	122
(2) 対象となる請求	123
(3) 管轄・複数提訴の調整	123
(4) 審判対象（訴訟物）	125
(5) 確定判決の効力の人的範囲	125
(6) 訴訟上の和解	126
5 簡易確定手続の概要	127
6 事業者の留意点－共通義務確認訴訟における和解	128
第6章 消費者裁判手続特例法の共通義務確認の訴えの対象（中田裕康）	130
1 はじめに	130
2 共通義務確認の訴えの意義と検討課題	130
(1) 消費者裁判手続特例法の制度の概要	130
(2) 共通義務確認の訴えの対象	132
3 共通義務確認の訴えにおける範囲画定の諸観点	137
(1) 範囲画定の方法と性質	137
(2) 積極的要件による範囲画定	138
(3) 消極的要件による範囲画定	141
(4) 消費者裁判手続特例法における範囲画定と将来の見通し	142
（参考）金融法務研究会第2分科会の開催および検討事項	144

第1章 個人向けのインターネット・バンキング・サービスにおける不正送金に係る金融機関の責任範囲

——ソフトローおよび裁判事例を踏まえて

沖 野 眞 己

1 はじめに

インターネット・バンキング・サービスにおいて、本人（権利者）によらない他人名義口座への不正な送金、その形での預金の不正な払戻し⁽¹⁾は、後を絶たない（後記2参照）。

本稿は、特に個人向けのインターネット・バンキング・サービスにおける不正送金・不正払戻しの場合の金融機関の責任範囲について、いわゆるソフトローおよび裁判事例を踏まえて、考察するものである。

すなわち、インターネット・バンキング・サービスを通じて預金口座から、権利者によらずに、したがって不正に、他人名義口座への送金がされ、そのような形で不正に預金等が払い戻された場合の金融機関の責任については、キャッシュ・デイスペンサー用カード（キャッシュカード）を用いたATMを通しての権利者によらない不正な払戻しについての「偽造カード等及び盗難カード等を用いて行われる不正な機械式預貯金払戻し等からの預貯金者の保護等に関する法律」（以下「預貯金者保護法」という）のような特別の立法はない。民法478条によってこの問題を処理することの限界や不適切さはつとに指摘されており、また、キャッシュカードによる機械式払戻しと同様に、あるいはカードの所持による防護措置のないインターネット・バンキングについてはそれ以上に、預貯金者の保護およびそれを通じた預貯金に対する信頼の

(1) 不正な送金・振込を払戻しと同視してよいか、ひいては民法478条のもと預金債務の「弁済」と言えるかも一個の問題たりうる。送金・振込には預金の払戻しのみならず、振込先への送金に加わっているためである。従前より預金取引の場合には定期預金の期限前払戻し（解約+払戻し）など払戻しと同視できるとして弁済の概念が拡張して解釈されており、インターネット・バンキングにおける不正な送金・振込についても払戻しと区別することなく扱われている。以下でも、この点はこれ以上、立ち入らない。詳細は、中舎寛樹「インターネット・バンキング・サービスにおける不正振込送金と銀行の免責」金法1812号13頁（2007）参照。

確保の必要があることは、一般に共有されていると言ってよい⁽²⁾。預貯金者保護法のような特別立法のないインターネット・バンキングにおいては、金融機関による自主的な取り組みがいっそう期待されるところ、平成 20 年には全国銀行協会（全銀協）の申し合わせが公表されている（後記 3）。本稿が「ソフトロー」として対象とするのは、この申し合わせ（およびそれを踏まえた各行のインターネット・バンキング利用規定）である。また、インターネット・バンキングにおける不正送金による不正払戻しについては免責条項の効力という問題としてではあるが、わずかながら裁判例が存在する。そこで、本稿は、これらのソフトローおよび裁判例を確認し、そのうえで、金融機関の責任範囲のあり方について若干の考察を行う。

以下では、まず、各種の統計から、インターネット・バンキングにおける不正送金・不正払戻しの現状を確認したうえで（2）、全銀協の申し合わせの内容およびそれを受けた各行のインターネット・バンキング利用規定の内容から、ソフトローとしての規律内容を確認し（3）、裁判例を概観した後（4）、ソフトローのあり方に関して若干の考察を行う（5）。

2 インターネット・バンキング・サービスにおける無権限者による不正な送金の現状

インターネット・バンキングにおける不正送金・不正払戻しに関しては、警察庁、

- (2) 例えば、中舎・前掲注 (1) 14 頁は、インターネット・バンキングにおける不正送金・不正払戻し事案について預貯金者保護法の趣旨に照らしての解釈を説く。また、金融庁は、主要行等および中小・地域金融機関向けの総合的な監督指針を一部改正して、インターネット・バンキングの情報セキュリティ対策に関する事項を盛り込んでいる（平成 19 年 1 月 23 日から適用）。そこでは、インターネット・バンキングに関して「不正取引に係る損失の補償については、預貯金者保護法の趣旨を踏まえ、利用者保護を徹底する観点から、真摯な顧客対応を行う態勢が整備されているか」という一文が追記されている（主要行等向けの総合的な監督指針Ⅲ－3－8－2（3）、中小・地域金融機関向けの総合的な監督指針Ⅱ－3－5－2（3）。なお、「預貯金者保護法の趣旨を踏まえ」という部分は、平成 27 年 4 月、「預貯金者保護法および全国銀行協会の申し合わせの趣旨を踏まえ」と改正されている）。その含意に関し、インターネット・バンキングにおける預金の不正払戻しについては預貯金者保護法の対象外であり、そのため、民法 478 条により金融機関が免責されない場合を除き、補償は金融機関の経営判断によることとなるものの、預貯金者の保護を図るという預貯金者保護法の「趣旨は、当然にインターネットバンキングを含む預金関連業務全般に徹底されるべきものである」という考え方が示されている（藤山智博「ATM システムとインターネットバンキングの情報セキュリティ対策にかかる主要行等および中小・地域金融機関向けの総合的な監督指針の一部改正の解説」金法 1796 号 24 頁（2007））。また、預貯金者保護法の附帯決議においても、インターネット・バンキングに係る犯罪等についての実態把握、その防止策および預貯金者等の保護のあり方の検討と必要な措置の実施が、要請されている。

金融庁の統計が公表されており、また、全銀協によるアンケート調査の結果が公表されている。

(1) 警察庁統計

警察庁の最新の⁽³⁾統計(平成26年)⁽⁴⁾によると、平成26年の発生状況は、件数にして1826件、被害額(犯人が送金処理を行ったすべての額)は約29億1000万円、実被害額(被害額から金融機関が阻止した額を差し引いた実質的な被害額)は約24億3600万円となっており、その前年・平成25年(1315件、14億600万円、13億3000万円)、前々年・平成24年(64件、4800万円、4800万円)217件、2億1300万円)と比べて、急激な増加をみせている。その特徴は、「被害が多い地方銀行や信用金庫・信用組合に拡大するとともに、法人名義口座に係る被害が拡大している」とのことである。

このうち、個人名義口座の被害額が、約18億2200万円、法人名義口座の被害額が、約10億8800万円である。平成25年が、それぞれ、13億800万円、9800万円、平成24年が、4700万円、100万円であったことと比べると、確かに法人名義口座に係る被害の増加が顕著である。そのため、個人名義口座の被害の相対的な割合は低下しているものの、被害額において、個人名義口座のそれがかなりの部分を占めていることは確かである(被害額にして、平成25年は93.1%、平成26年は62.6%、実被害額では、平成25年は93.4%、平成26年は68.9%)。

(2) 金融庁統計

金融庁の統計によると、平成26年度については4月～9月までであるが、「インターネットバンキング犯罪」は、809件、平成25年度は、1954件、平成24年度は

(3) 本稿は、平成27年2月に行った金融法務研究会第2分科会での報告をもとにしている。「最新」というのは同報告時点でのものである。通常であれば、原稿作成時における「最新」のデータにアップデートして記すものであるが、後述するとおり、平成26年5月および7月に、法人顧客についての、インターネット・バンキングにおける預金等の不正払戻しに関する対応および補償に関して、全銀協の申し合わせがされており、平成26年はその点で1つの区切りの年と考えられること、また、後述するように、その後の統計を見ると、特に法人名義口座についての不正送金事例の状況に変化が見られ、その変化をより明らかにする意味でも、平成26年を区切りとすることが有用に思われることから、便宜上、報告時(平成27年2月)段階で入手可能であった統計結果を維持し、フォローアップとしてその後についての統計を示すこととしている。

(4) 平成27年2月12日付け警察庁広報資料「平成26年中のインターネットバンキングに係る不正送金事犯の発生状況等について」(http://www.npa.go.jp/cyber/pdf/H270212_banking.pdf)。

148 件である（偽造・盗難キャッシュカードや盗難通帳による被害に比して、平均被害額が大きいことも注目される。）。個人については、平成 26 年度（4 月～9 月）は、件数 721 件、金額 6 億 5500 万円、平均被害額が 90 万円、平成 25 年度は 1863 件、19 億 6700 万円、平均 105 万円である。平成 24 年度が、145 件、1 億 4100 万円、97 万円であったことと比べると、急増していると言える。

（３） 全銀協アンケート調査

全銀協のアンケート調査⁽⁵⁾によると、ここでも件数、被害額の伸びが著しい。法人の被害が急増しているが、なお件数のみならず被害額においても個人顧客のそれの方が大きい。すなわち、平成 26 年度は 4 月～9 月までであるが、個人は 678 件、6 億 2200 万円、法人は 71 件、4 億 1700 万円。平成 25 年度は、個人が 984 件、12 億 5000 万円、法人が 35 件、1 億 8300 万円、平成 24 年度は、個人が 106 件、1 億 2000 万円、法人が 1 件、400 万円であった。

（４） 補償状況

金融庁の統計および全銀協アンケートでは、件数ベースの補償率が示されている。金融庁統計では、処理方針決定済みのものの内訳の数値として、平成 26 年度（4 月～9 月）は、84.5%、平成 25 年度が 90.8%、平成 24 年度が 70.5%である。一方、全銀協アンケートによると、平成 26 年度（4 月～9 月）が 93.7%、平成 25 年度が 98.9%、平成 24 年度が 94.1%である。補償対象とならないと判断されたのがどのような場合かについては、不明である。

（５） フォローアップ——平成26年以降の状況

① 警察庁統計

平成 28 年 3 月 3 日付け警察庁広報資料「平成 27 年中のインターネットバンキングに係る不正送金事犯の発生状況等について」⁽⁶⁾によると、平成 27 年の発生状況は、件数にして 1495 件、被害額は約 30 億 7300 万円、実被害額は約 26 億 4600 万円である。平成 26 年に比して件数こそ減少しているが、被害額、実被害額は増加している。法人名義口座の被害の増加、金融機関の種類としても被害が拡大している点は、平成 26 年と同様の特徴であるが、特に、法人名義口座の被害の増加によって、被害

(5) 191 行を対象とした平成 26 年 9 月末時点におけるアンケート調査である。（<https://www.zenginkyo.or.jp/news/2014/11/27150000.html>）

(6) https://www.npa.go.jp/cyber/pdf/H280303_banking.pdf。

額が「過去最悪」を記録したこと、特に信用金庫の法人口座被害が急増していること、また、信用金庫・信用組合のほか、農協・労働金庫に被害が拡大していることが指摘されている。さらに、スマートフォン等に SMS を送信して偽サイトに誘導するフィッシングがはじめて確認されるなど、被害に至らしめる手法の多様化・巧妙化が引き続き見られるようである。注目されるのは、「被害口座名義人の多くがセキュリティ対策を未実施」「ただし、法人では、17%がセキュリティ対策実施（電子証明書利用）」と指摘されている点である。個人について見ると、セキュリティ対策としてワンタイムパスワードがとりあげられており、実施（利用）は 9.7%、未実施（利用せず）が 75%、不明が 15.4%となっている。セキュリティ対策未実施が大半であるとともに、セキュリティ対策（ここでは個人の場合はワンタイムパスワード、法人の場合は電子証明書）の実施によって被害を完全に防いでいるわけではないことも明らかとなっている。

個人名義口座の被害額が、約 16 億 700 万円、法人名義口座の被害額が、約 14 億 6600 万円である。個人名義口座の被害額は、平成 26 年に比して減少に転じており、法人名義口座の被害額がなお伸びていることと対照的であるものの、それでも、個人名義口座の被害額はなお法人名義口座の被害額を上回っており、被害額において個人名義口座のそれがかなりの部分を占めている状況に変わりはない。

また、平成 28 年 9 月 8 日付け警察庁広報資料「平成 28 年上半期におけるインターネットバンキングに係る不正送金事犯の発生状況等について」⁽⁷⁾によると、平成 28 年上半期の被害の件数は、857 件（平成 27 年下半期 740 件、同上半期 755 件）、被害額は、約 8 億 9800 万円（平成 27 年下半期・約 15 億 3000 万円、同上半期・約 15 億 4300 万円）、実被害額は、約 7 億 7200 万円（平成 27 年下半期・約 12 億 6400 万円、同上半期・約 13 億 8300 万円）となっている。

前年の直近の半期（平成 27 年下半期）、前年の対応する半期（平成 27 年上半期）と比して、件数が増加しているが、被害額、実被害額はいずれも減少している。これは、「大口の法人口座の被害が減少したため」である。個人名義口座、法人名義口座別で見ると、個人名義口座の被害は、件数にして 811 件、被害額が、約 7 億 6900 万円、実被害額が、約 6 億 7500 万円である。一方、法人名義口座の被害は、件数にして、46 件、被害額が、1 億 2900 万円、実被害額が 9700 万円である。個人口座名義の被害は、件数にして大半を占めるばかりでなく、被害額・実被害額でも、それぞれ、85.6%、87.4% を占めるに至っている。

大口の法人口座の被害の減少の主要な要因は、「信用金庫の被害額の大幅な減少…

(7) https://www.npa.go.jp/cyber/pdf/H280908_banking.pdf.

によるところが大きい。これは、ウイルス感染端末の早期検知等の対策によるものと考えられる」と分析されている。対応するかのように、法人口座では、電子証明書を利用しての被害はゼロとなっている。ただし、個人口座の方は、被害に係る口座名義人のセキュリティ対策として、ワンタイムパスワードを利用していたものが31.4%となっている。個人口座の被害のうち、ワンタイムパスワードを利用していなかったものは60.4%、不明が8.1%である。

② 金融庁統計

金融庁の統計⁽⁸⁾によると、「インターネットバンキング犯罪」は、平成26年度は1407件、平成27年度は1541件、平成28年度については4月～9月までであるが、393件である。

偽造・盗難キャッシュカードや盗難通帳による被害に比して、平均被害額が大きい点は変わらない。

個人については、平成26年度は、件数が1247件、被害額が13億9400万円、平均被害額が111万円となっており、平成25年度に比して、件数および被害額は減少しているが、平均被害額は増加している。平成27年度は、件数が1383件、被害額が14億6000万円、平均被害額が105万円となっており、件数、被害額が前年度よりも増加しているが、平均被害額は25年度と同額となっている。平成28年度（4月～9月）は、件数が365件、被害額が3億8900万円、平均被害額が106万円である。

③ 全銀協アンケート調査

全銀協の平成28年12月末時点におけるアンケート調査が公表されている⁽⁹⁾。なお、平成26年からは特例会員を含めた192行を対象としたアンケート調査となっている。

「『インターネット・バンキングによる預金等の不正払戻し』等に関するアンケート結果」によると、平成26年度は、個人顧客は件数が1094件、金額が12億1800万円、法人顧客は件数が121件、金額が4億6200万円である。平成27年度は、個人顧客は、件数が1218件、金額が12億6100万円、法人顧客は、件数が65件、金額が5億2100万円である。平成28年度は第三四半期まで（4月～12月）で、個人顧客は、件数が508件、金額が5億8500万円、法人顧客は、件数が46件、金額が1億8700万円となっている。

(8) <http://www.fsa.go.jp/news/28/ginkou/20161216-3.html>。

(9) http://www.zenginkyo.or.jp/fileadmin/res/news/news290224_2.pdf。

④ 補償状況

補償については、金融庁統計によれば、平成 26 年度 1173 件（84.1%）、平成 27 年度 1263 件（84.4%）、平成 28 年度（4 月～9 月）262 件（84.2%）である。また、全銀協アンケート調査の結果によれば、補償件数は、個人顧客の場合、平成 26 年度は 94.2%、平成 27 年度は 98.4%、平成 28 年度（4 月～12 月）は 93.1%である。

3 自主ルール——全国銀行協会申し合わせ

（1）個人顧客に関する全銀協申し合わせ

全銀協では、個人顧客に関して、平成 20 年 2 月 19 日付け「預金等の不正な払戻しへの対応について」申し合わせを公表した。これに先立ち、偽造・盗難カード等による預金の不正払戻しについては、平成 17 年に、預貯金者保護法が制定され、平成 18 年に施行されていた。上記申し合わせにおいては、預貯金者保護法の対象とはなっていないインターネット・バンキング・サービスによる預金等の不正払戻しへの対応が含まれている。その対応内容は、インターネット・バンキングによる預金等の不正払戻しについて、銀行に過失がない場合でも、顧客自身の責任によらずに被害にあった場合には、その被害は補償するというものである。また、補償請求の際には、顧客にも銀行に対する被害内容の速やかな連絡、事情説明、捜査機関への説明などを求めることが併記されている。補償額については特段の限定は設けられていない。また、「インターネット・バンキングに係る補償の対象・要件・基準等について」が用意されており、それによれば、この申し合わせのもとでは、補償の有無は次のようになる。

まず、補償の要件として、金融機関への速やかな通知と十分な説明、捜査当局への被害事実等の事情説明（真摯な協力）が、掲げられている。また、消極要件として、金融機関への通知が被害発生日の 30 日後まで行われなかった場合、親族等による払戻しの場合、虚偽の説明を行った場合、戦争・暴動等の社会秩序の混乱に乗じてなされた場合が、あげられている。

そのもとで、「補償基準」として、預金者無過失の場合は全額補償、預金者に過失・重過失ある場合は個別対応、とされている。

盗難通帳の場合には、預金者の過失の場合には 75%補償、重過失の場合には補償しない、という補償基準が示されているのに対し、インターネット・バンキングの場合には「個別対応」となっている理由は、次のように説明されている。インターネットの技術や犯罪手口が日々高度化している中で、各行のセキュリティ対策を含めその

サービス内容が一樣ではないため、重過失・過失の類型化やそれに応じた補償割合の定型的策定は困難であって、顧客の態様や状況等を加味して個別判断とならざるを得ない。

以上からすると、補償の有無は、速やかな通知や誠実な説明等の一定の手続要件が課されつつ、であるが、次のようになると解される。

- ① 銀行に過失があった場合には、金融機関が責任を負う。この場合、民法 478 条によっても弁済者保護は働かず、そもそも預金払戻しが効力を持たないため、顧客の責任によるかどうかを問わず、預金支払債務が存続する。もっとも、顧客の故意の場合は除かれるだろう。故意の証明は金融機関側がすることになる。また、顧客に重過失があっても責任外とはならない。もっとも、額が全額となるのかは不透明である。過失相殺的処理がありうるかは、民法 478 条をめぐっても問題となり、また、別途顧客の重過失や過失による損害賠償が問題となり得、それとの相殺という処理もありうる。
- ② 銀行に過失がなかった場合にも、顧客の責任によらないときは、補償する。
- ③ 銀行に過失がなかった場合であって、顧客の責任による場合には、故意のときは補償しない。重過失や過失のある場合については、その事情により個別具体的に判断する。

なお、インターネット・バンキングについては過失・重過失の類型化は困難であるとされているが、盗難通帳による場合については、過失・重過失になりうる場合として、次の場合が示されている。

重過失については、（やむを得ない事情があるときを除き）預金者が他人に通帳を渡した場合、（やむを得ない事情があるときを除き）預金者が他人に記入・押印済みの払戻請求書や諸届を渡した場合、その他預金者にこれらの場合と同程度の著しい注意義務違反があると認められる場合、である。過失（軽過失）については、通帳を他人の目につきやすい場所に放置するなど第三者に容易に奪われる状態に置いた場合、届出印の印影が押印された払戻請求書・諸届を通帳とともに保管していた場合、印章を通帳とともに保管していた場合、その他本人にこれらの場合と同程度の注意義務違反があると認められる場合、である。

（2） インターネット・バンキング利用規定

前記（1）の全銀協申し合わせのもと、各行のインターネット・バンキング利用規定がどのように定められているかを確認すると、一例に、三井住友銀行の場合には、

次のような定めがされている⁽¹⁰⁾。

2. 本人確認

(2) 本人確認手続

1. 契約者が端末による取引の依頼を行う場合は、当行宛に契約者番号またはサービス利用口座のうち任意の口座の口座保有店の支店番号（または支店名）、サービス利用口座の科目番号（または科目名）、サービス利用口座の口座番号（以下「契約者番号等」といいます）または契約者が取引の依頼に使用する当行所定の端末の固有情報（以下「端末固有情報」といいます。）および第一暗証等の所定事項を当行所定の方法により正確に伝達するものとします。端末が店頭パソコンの場合は、契約者はキャッシュカードを店頭パソコンに挿入し、キャッシュカード暗証を当行所定の方法により正確に伝達するものとします。
2. 前記2. (2) ①の内容について、当行が確認した契約者番号またはサービス利用口座店の支店番号（または支店名）、サービス利用口座の科目番号（または科目名）、サービス利用口座の口座番号または端末固有情報および第一暗証が、もしくは端末が店頭パソコンの場合は、挿入されたキャッシュカードに記録された情報（以下「キャッシュカード情報」といいます。）および当行が確認したキャッシュカード暗証が、契約時に発行する契約者番号または契約者が当行宛に届出を行ったサービス利用口座（自動的に指定されるものを含みます。）の口座保有店の支店番号（または支店名）、サービス利用口座の科目番号（または科目名）、サービス利用口座の口座番号（やむをえない事情により口座番号等が変更された場合はその番号）または契約者が当行宛に届出を行った端末固有情報および契約者が当行宛に届出を行った第一暗証（契約者が前記2. (1) (ア) 又は (イ) により変更した場合は最新の第一暗証）、もしくは端末が店頭パソコンの場合は、サービス利用口座の普通預金のキャッシュカード情報および契約者が当行宛に届出を行ったキャッシュカード暗証と各々一致した場合には、当行は契約者からの取引の依頼とみなし、受付手続を行います。
3. 当行所定の取引については、契約者は、前記2. (2) ①で当行に伝達する内容に加え、ワンタイムパスワード（暗証カード方式を利用する場合は第二暗証、第三暗証（前記2. (1) ⑧（イ）により変更または再発行した場

(10) <http://www.smbc.co.jp/kojin/direct/kitei1.html>（下線は筆者による）。

合は最新の第二暗証および第三暗証) および各情報等の所定事項) を当行所定の方法により正確に伝達するものとします。但し、端末が店頭パソコンの場合は当行所定の方法により確認するものとします。

4. 前記2. (2) ③の内容について、当行が確認したワンタイムパスワード(暗証カード方式を利用する場合は第二暗証、第三暗証および各情報等)が、当行が保有するワンタイムパスワード(暗証カード方式を利用する場合は第二暗証、第三暗証(前記2. (1) (イ)により変更または再発行した場合は最新の第二暗証および第三暗証) および各情報等)と一致した場合には、当行は契約者からの取引の依頼があったものとみなし受付手続きを行います。

4. 免責事項等

(1) 本人確認

前記2. (2) により本人確認手続を経た後、取引を行った場合は、当行は利用者を契約者本人であるとみなし、端末、端末固有情報、暗証番号等について偽造、変造、盗用、不正使用その他の事故があっても、そのために生じた損害については、当行に責めがある場合を除き、当行はいっさいの責任を負いません。但し、損害の発生が盗取された暗証番号等を用いて行われた不正な振込等(以下「不正な振込等」といいます。)によるものである場合、契約者は、後記4の2による補てんの請求を申し出ることができるものとします。また、端末が店頭パソコンの場合、損害の発生が偽造カードまたは変造カードによるものである場合の当行の責任については、後記4の3によるものとします。

(2) 通信手段の障害等

以下の場合、そのために生じた損害については、当行に責めがある場合を除き、当行はいっさいの責任を負いません。

1. 当行および金融機関の共同システムの運営体が相当の安全対策を講じたにもかかわらず、通信機器、回線およびコンピュータ等の障害ならびに電話の不通等の通信手段の障害等により、取扱が遅延したり不能となったとき。
2. 当行および金融機関の共同システムの運営体が相当の安全対策を講じたにもかかわらず、当行が送信した情報に誤謬・遅延・欠落等が生じたとき。

(3) 通信経路における取引情報の漏洩等

公衆電話回線、専用電話回線、インターネット等の通信経路において盗聴・不正アクセス等がなされたことにより契約者の暗証番号、取引情報等が漏洩した場

合、そのために生じた損害については、当行に責めがある場合を除き、当行はいっさいの責任を負いません。 但し、上記により漏洩した暗証番号等の盗用により損害が発生した場合の当行の責任については、後記4の2による補てんの請求を申し出ることができるものとします。

(4) 印鑑照合等

契約者が届出た書面等に使用された印影（または署名）を、当行が届出の印鑑（または署名鑑）と相当の注意をもって照合し、相違ないものと認めて取扱を行った場合は、印章（または署名）またはそれらの書面につき偽造、変造、盗用その他の事故があっても、そのために生じた損害については、当行はいっさい責任を負いません。

4の2.【暗証番号の盗用等による振込等】

(1) 盗取された暗証番号等を用いて行われた不正な振込等（以下「不正な振込等」といいます。）については、次の各号のすべてに該当する場合、契約者は当行に対して後記（2）に定める補てん対象額の請求を申し出ることができます。

1. 暗証番号等の盗取または不正な振込等に気づいてからすみやかに、当行への通知が行われていること。
2. 当行の調査に対し、契約者より十分な説明が行われていること。
3. 当行に対し、警察署に被害届を提出していることその他盗取にあったことが推測できる事実を確認できるものを示すなど、被害状況、警察への通知状況等について当行の調査に協力していること。

(2) 前記（1）の申出がなされた場合、不正な振込等が契約者の故意または重過失による場合でなく、かつ、利用する端末の安全対策や暗証番号等の管理を十分に行っている等、契約者が無過失である場合、当行は、当行へ通知が行われた日の30日（ただし、当行に通知することができないやむをえない事情があることを契約者が証明した場合は、30日にその事情が継続している期間を加えた日数とします。）前の日以降になされた不正な振込等にかかる損害（手数料や利息を含みます。）の額に相当する金額（以下「補てん対象額」といいます。）を補てんするものとします（なお、契約者が無過失と認められない場合にも一部を補てんすることがあります）。

(3) 前記（1）、（2）は、前記（1）にかかる当行への通知が、暗証番号等の盗取が行われた日（当該盗取が行われた日が明らかでないときは、不正な振込等が最初に行われた日。）から、2年を経過する日後に行われた場合には、適用されな

いものとしします。

(4) 前記(2)にかかわらず、次のいずれかに該当する場合には、当行は補てんを行いません。

1. 不正な振込等が行われたことについて当行が善意かつ無過失であり、かつ、次のいずれかに該当すること。

A 契約者の配偶者、二親等内の親族、同居の親族、その他の同居人、または、家事使用人によって行われたこと。

B 契約者が、被害状況についての当行に対する説明において、重要な事項について偽りの説明を行ったこと。

2. 暗証番号の盗用等が、戦争、暴動等による著しい社会秩序の混乱に乗じまたはこれに付随して行われたこと。

(5) 当行が前記(2)に定める補てんを行う場合、不正な振込等の支払原資となった預金(以下「対象預金」といいます。)について、契約者に払戻しを行っている場合には、この払戻しを行った額の限度において、補てんは行わないものとしします。また、契約者が、不正な振込等を行ったものから損害賠償または不当利得返還を受けた場合も、その受けた限度において同様としします。

(6) 当行が前記(2)により補てんを行った場合には、当該補てんを行った金額の限度において、対象預金に関する権利は消滅します。

(7) 当行が前記(2)により補てんを行ったときは、当行は、当該補てんを行った金額の限度において、盗取された暗証番号等により不正な振込等を行った者その他の第三者に対して契約者が有する損害賠償請求権または不当利得返還請求権を取得するものとしします。

4の3.【端末が店頭パソコンの場合の偽造カード等による振込等】

端末が店頭パソコンの場合の偽造カードまたは変造カードによる振込等については、契約者の故意による場合または当該振込等について当行が善意かつ無過失であって契約者に重大な過失があることを当行が証明した場合を除き、その効力を生じないものとしします。この場合、契約者は、当行所定の書類を提出し、カードおよび暗証の管理状況、被害状況、警察への通知状況等について当行の調査に協力するものとしします。

上記規定によれば、金融機関が責任を負うかどうかについては、次の規律となっている。

まず、所定の本人確認手続を経て取引を行ったときは、不正使用等の事故があっても、損害について一切の責任を負わない（免責規定4（1））。また、インターネット等による暗証番号等の漏洩があり、それにより生じた損害については、金融機関に責めに帰すべき事由があるときを除き、一切の責任を負わない（免責規定4（3））。ただし、いずれについても、次の場合には、補填請求ができる。

盗取された暗証番号等を用いて行われた不正な振込等による場合に、手続要件（速やかな通知、十分な説明、調査協力）のもと、不正な振込等自体についての故意または重過失でない、かつ、利用端末の安全対策や暗証番号等の管理などにつき無過失である場合には、対象額として、通知の日の30日前以降の損害額（通知できないやむを得ない事由があるときはその事情の継続期間部分で30日前より前のものを加算）を補填する。

さらに、消極要件（不正振込等について金融機関が善意・無過失であって、契約者と一定の関係にある者による行為、契約者の虚偽説明、暗証番号盗用等が著しい社会秩序の混乱に乘じ、または付随して行われたといういずれかの事情がある場合）がある。

なお、金融機関に過失がある場合には、そもそもが、免責の対象ではなく、顧客は預金債権を失わない。

また、補填請求についてのこれらの要件を満たさない場合にあっても、特に契約者が無過失であるとは言えない場合も、個別事情によってはなお補填が認められる場合があることが留保されている。

補填請求については、期間限定があり、暗証番号等の盗取が行われた日（それが明らかでないときは、不正な振込等が最初に行われた日）から、2年を経過する日より後に通知が行われた場合には、補填請求の規定は適用されない。

一方、店頭パソコンによる場合の、偽造・盗難カードを用いての不正振込等については、別途の定めがあり、契約者が故意の場合、または銀行が善意無過失で契約者が重過失の場合、以外は振込等は無効とされている（金融機関が責任を負う）。すなわち、契約者が軽過失にとどまる場合には、振込等は無効であり、金融機関がなお払戻しの義務を負う。

以上のインターネット・バンキング利用規定においては、不正な振込等自体についての預金者の故意・重過失と並んで、利用端末の安全対策や暗証番号等の管理の過失（無過失）が要求されている点が注目される。一方で、インターネット・バンキング利用規定によっても、過失・重過失の内容や、過失があるとされてもなお補填が認められる場合がどのような場合なのかは、はっきりとしない。

(3) 法人顧客に関する全銀協申し合わせ

平成 26 年 5 月 15 日、全銀協では「法人向けインターネット・バンキングに係る預金等の不正な払戻しへの対応について」申し合わせを行い、さらに、同年 7 月 17 日、「法人向けインターネット・バンキングにおける預金等の不正な払戻しに関する補償の考え方について」申し合わせを行った。

5 月 15 日の申し合わせでは、被害補償についての基本的な考え方として、法人と個人とは異なるという従前よりの考え方を確認しつつ、各行が個別にその要否を判断するという立場が示されている。

7 月 17 日の申し合わせでは、個人に比して法人の場合にはセキュリティ対策等への対応力は相対的に高いと考えられるとして、個人と法人との別という点を確認しつつ、金融機関に法的責任がないと考えられる場合にも法人顧客の被害補償につき個別行の経営判断として検討するという立場が示されている。そのうえで、考慮点として、法人顧客に求められるセキュリティ対策、補償の減額や否定となりうる場面が、より具体的に示されている。

すなわち、セキュリティ対策に関して、まず、銀行の側で講ずるセキュリティ対策として、電子証明書のセキュリティ強化策、認証方法の強化策、資金窃取を防止する運用、セキュリティ対策ソフトの提供、トランザクション認証の導入、リスクベース認証の導入・強化、不正なログイン・取引等の検知、顧客のセキュリティレベルに応じたサービス提供、その他各行が有効と考えるセキュリティ対策、これらの実施とともに、説明・周知措置、サポート対応が掲げられている。

法人顧客の側では、実施を求めるものと、推奨するものとが分けられている。求めるものは、銀行が導入しているセキュリティ対策の実施、インターネット・バンキングに使用するパソコンの基本ソフト等のソフトウェアの最新化、メーカーのサポート期限の経過したソフト等の利用停止、パソコンへのセキュリティ対策ソフトの導入と最新状態への更新、インターネット・バンキングに係るパスワードの定期的変更、銀行指定の正規の手順以外での電子証明書の利用の停止である。また、推奨されるセキュリティ対策として、インターネット接続時の利用をインターネット・バンキングに限定すること、パソコンや無線 LAN のルータ等について、未利用時は可能な限り電源を切断すること、取引申請者と承認者とで異なるパソコンの利用、振込・払戻し等の限度額を必要な範囲で極力低く設定、不審なログイン履歴や身に覚えのない取引履歴・取引通知メールがないかの定期的確認である。

補償の減額または否定となりうる事例として、個別判断ではあるという留保付きながら、次のような例が示されている。

第1は、環境整備という点であり、上記の法人顧客に求められるセキュリティ対策の不実施である。第2は、不正取引があった場合の手続的要件ともいうべきものであり、身に覚えのない残高変動や不正取引が発生した場合に一定期間内に銀行への通知がされない場合、不正取引が発生した場合の一定期間内の警察への通知の不実施、不正取引が発生した場合の、銀行による調査や警察による調査への協力の不実施が、それに当たる。第3は、不正取引自体についての、法人顧客の「過失」と見られる場合である。正当な理由なく、他人にID・パスワード等を回答した、あるいは、安易に乱数表等を渡した場合、パソコン等が盗難にあった場合において、ID・パスワード等をパソコン等に保存していた場合、銀行が注意喚起しているにもかかわらず、注意喚起された方法でメール型のフィッシングにだまされる等、不用意にID・パスワード等を入力してしまった場合、があげられている。より一般的に、これらと同程度の注意義務違反が認められた場合、が挙げられている。第4は、消極的要件に関わると見られるが、会社関係者の犯行であることが判明した場合である。

以上が法人顧客の場合についての申し合わせである。法人と個人とでは、セキュリティ対策への対応力が異なり、また、被害についての耐性も異なることや、個人の生活との分断が困難であることなどの事情があるため、一般的に、法人顧客に要請されるセキュリティ対策や注意義務の程度までは、個人顧客の場合には要請されないことがあるとは言えよう。

そうだとすると、個人顧客の被害についての金融機関の責任分担を考えるとときには、法人顧客についての責任分担における顧客負担が個人にとって最大限であると考えることができ、具体的には、個人であったときにはどれが緩和されうるかという観点から、具体的な場面を探ることができよう（後記5（4））。

	盗難通帳（個人）	IB 規定（個人）	IB 規定（法人）
銀行側の施策 銀行の「過失」		・ 所定の本人確認措置 ・ 不正振込等についての無過失 ・ インターネット等による暗証番号等漏洩につき、無過失	各種のセキュリティ対策
顧客側の管理		利用端末の安全対策について無過失	セキュリティ対策（要請） ・ 銀行の導入するセキュリティ対策 ・ 基本ソフトウェアの最新化

			・サポート期限経過ソフトの利用停止 ・セキュリティ対策ソフトの導入・更新 ・パスワード等の定期的変更 ・不正規の電子証明書の利用停止
	重過失 ・他人に通帳を交付 ・他人に記入押印済の払戻請求書等を交付	暗証番号等の管理について無過失	他人に ID 等を回答 他人に乱数表等を渡す
	過失（軽過失） ・他人の目につきやすい場所に放置するなど、第三者に容易に奪われる状態に置いた ・届出印の押印された払戻請求書を通帳とともに保管 ・印章と通帳とを一緒に保管		盗難にあったパソコンに ID 等を保存
			注意喚起にもかかわらずそのままフィッシング被害にあう等の不用意な ID 等の入力
			その他同程度の注意義務違反
		不正な振込についての善意・無重過失	
			セキュリティ対策（推奨） ・インターネット接続時の利用限定 ・利用時外の電源の切断 ・申請者と承認者として別パソコンの利用 ・限度額の最小化 ・不審なログイン等の履歴の定期確認
不正払出しに関する手続的要件	・速やかな通知 ・十分な届出 ・盗取の警察への届出	・速やかな通知 ・十分な説明 ・調査協力	・銀行への適時の通知 ・警察への適時の通知 ・調査への協力
消極要件	親族等の行為	配偶者、一定の親族等の行為	会社関係者の犯行
	虚偽説明	虚偽説明	

	虚偽説明 社会秩序の混乱に乗じた盗用等	社会秩序の混乱に乗じた盗用等	
対象額の限定	通知が被害発生後 30 日以内に行われなかった場合 ※およそ補償否定？対象範囲について否定？	通知前 30 日より以降（やむを得ない事由による通知不能のときは拡張）の損害	

4 裁判例

インターネット・バンキングにおける不正送金・不正払出が行われた場合の金融機関の責任の有無が問題となった下級審裁判例に、次の 3 つがある。

大阪地判平成 19 年 4 月 12 日金融法務事情 1807 号 42 頁⁽¹¹⁾

東京高判平成 18 年 7 月 13 日金融法務事情 1785 号 45 頁⁽¹²⁾

東京地判平成 18 年 2 月 13 日金融法務事情 1785 号 49 頁（上記東京高判の第 1 審）

いずれも、個人名義口座の例である（ただし、用途は必ずしも個人の生活用ではない）。また、インターネット・バンキング・サービス利用規定上の免責条項に基づく免責が認められている。

（1）大阪地判平成19年4月12日金融法務事情1807号42頁

大阪地判平成 19 年の事案は次のとおりである。

原告 X は、A 株式会社の代表取締役である。X は、平成 15 年 5 月 22 日、被告 Y 銀行阿倍野支店で、残高別金利型普通預金口座を新たに開設し、800 万円を預け入れた（本件口座）。この 800 万円は X の個人資金であるが、X の経営する A 社の運転資金上の必要があれば利用する予定であり、その必要がなければ引き出す予定はない金員であった。同日、X は、Y の行員からの勧誘を受け、付加サービスとしてイン

(11) 評釈等として、石毛和夫・銀行法務 21・677 号 62 頁（2007）・同・銀行法務 21・686 号 26 頁（2008）、宮川不可止・金法 1819 号 33 頁（2007）、新井剛・ジュリスト 1393 号 108 頁（2010）。

(12) 評釈等として、中舎・前掲注（1）、石原全・私法判例リマックス 35 号 46 頁（2007）、渡辺博己・銀行法務 21・677 号 56 頁（2007）、丸山絵美子・金判 1336 号 180 頁（2010）、浅井弘明・銀行法務 21・668 号 56 頁（2006）・同・銀行法務 21・672 号 19 頁（2007）、島田邦雄＝沖田美恵子・金法 1791 号 50 頁（2007）。

ターネット・バンキング・サービスの利用契約を締結した。

平成 17 年 10 月 4 日、A 社で 1000 万円程度の資金繰りが必要となったため、本件口座の 800 万円の資金を用意するために、口座残高を確認したところ、800 万円あるはずの預金残高が 1 万 8382 円しか残っていないことを発見した。X は、同日、Y 阿倍野支店に連絡を入れ、Y 担当者のもとへ話し合いに行き、警察署に被害届を〔Y 阿倍野支店被害として〕提出した。

この間、平成 17 年 7 月 19 日から同月 22 日にかけて、インターネット・バンキング・サービスを利用して、8 件の振込が、他行の別人名義の同一口座になされ、合計 798 万 2000 円が振り込まれていた（加えて振込手数料計 3360 円が控除されている）。1 回の振込は、100 万円または 100 万 1000 円であった。

この振込が X の意思に基づくものであったかどうかも争点の 1 つとなっているが、X の意思に基づいてされたものとは認められないと認定されている。この振込については、主体も、暗証番号等入手の経緯も不明であるが、A 社のパソコンの本体 HD に情報として保管されていた暗証番号等の情報が何らかの形で流出し、第三者がそれを悪用した可能性が高いと判断されている。

顧客がインターネット・バンキング・サービスを利用する場合、本人確認情報として、ログインする際に、自らの契約者番号および第 1 暗証（顧客設定）を入力し、その後、各手続に応じて第 2 暗証（Y が X に対して発行した暗証カード記載の乱数表の中からコンピュータが無作為に指定する可変数字）、第 3 暗証（上記乱数表のうち、顧客ごとに異なる特定の 1 マスに記載されている 2 桁の数字。暗証カード郵送時に同封のカード台紙に記載されている）を入力する。振込の場合には、第 2 暗証が必要であるが、登録先口座の場合は必要ではない。本件の 8 件の振込については、最初の振込について、契約者番号、第 1 暗証、第 2 暗証が入力されて行われているが、いずれも正規の数字と一致していた。最初の振込によって、振込先口座が登録されており、その後の 7 件の振込は登録先口座への振込として、契約者番号と第 1 暗証で本人確認が行われていた。

本件口座は X の個人資金の口座であったが、A 社の運転資金に利用する可能性もあり、X はその管理を A 社経理担当の B に任せた。X は、B に暗証カードを見せ、第 1 暗証等の暗証番号や契約者番号を伝えた（暗証カードは X の自宅の金庫に保管した）。B は、以前から、B 自身の預金の口座番号や暗証番号、証券会社の口座番号や暗証番号、B の自宅のガスや電気の顧客番号等の備忘録として「番号」というエクセル・ファイルを作成し、各番号等を書き込んでおり、A 社の預貯金のみならず、運転資金用に開設された X 個人名義の預貯金については一部管理を任されるように

なったため、これらの口座番号等もこのファイルに書き込むようになっていた。そこで、Bは、Xから伝えられた本件口座のインターネット・バンキング・サービス用の契約者番号、第1暗証、第2暗証のための乱数表の数字、第3暗証を特定するための数字・文字を、同ファイルに入力・保存した。このファイルには、読み取り・書き込みのパスワードをかけて保存していた。平成17年10月4日の残高の発見もXから指示を受けたBが発見し、Xに伝えたものであった。

Xは、消費寄託契約に基づき、Yに対し、振込送金された当該金員および振込手数料分合計798万5360円の返還とそれに対する返還請求後の遅延損害金（年6%）の支払を求めた。

Yは、インターネット・バンキング・サービス利用規定（本件約款）の免責条項を援用し、①所定の本人確認をした後、取引を行った場合には、Yは利用者を契約者本人であるとみなし、端末、暗証番号等について偽造、変造、盗用、不正使用その他の事故があっても、そのために生じた損害については、Yに責めがある場合を除き、いっさいの責任を負わないとする、4条（1）項、②公衆電話回線、専用電話回線、インターネット等の通信経路において盗聴・不正アクセス等がされたことにより契約者の暗証番号、取引情報等が漏洩した場合、そのために生じた損害については、Yに責めがある場合を除き、いっさいの責任を負わないとする、4条（3）項による免責を主張した。

このほか、民法478条の該当性も争点となっているが、本件約款中の免責条項による免責が認められたため、判断はされていない。

大阪地裁は、約款4条（1）項による免責をとりあげ、この約款の規定はもとより有効であるとした上で、最高裁平成5年7月19日を参照しつつ、「銀行の設置した、契約者番号、暗証番号等により本人確認を行うインターネット・バンキング・システムを利用して、預金者以外の者が、当該預金から振込手続を行ったとしても、銀行が交付した契約者番号が使用され、正しい暗証番号等が入力されていた場合には、銀行による契約者番号及び暗証番号等の管理が不十分であったなどの特段の事情がない限り、銀行は、入力された契約者番号及び暗証番号等とシステムのデータベースに登録されている当該預金者の契約者番号、暗証番号等を確認して現金の振込を実行した以上、銀行に「責めがある場合」には当たらないと解すべきである」としている。

この枠組みのもとで、所定の本人確認措置がとられていることから、焦点は、Y銀行に「責めがある場合」と言えるか、「銀行による契約者番号及び暗証番号等の管理が不十分であったなどの特段の事情」があるか、に置かれた。

大阪地裁は、Yの「責めがある場合」といえるか否かについて、次の諸点を取り上

げている。①インターネット・バンキング・サービスにおける「本人確認情報の管理」の評価、すなわち、契約者番号と第1暗証の入力によるログイン、各手続に応じた第2暗証・第3暗証の入力、特に振込といった資金移動に関して可変暗証である第2暗証を用いることは、「本人確認情報の管理」としては有効な方法であると評価されている。付言して、暗証番号について異なる番号を所定の回数（3回）以上連続して入力した場合には、契約者に対するサービスの利用を停止することになっていることがあげられている。②通信についての暗号化や外部侵入措置の実施、すなわち、顧客とYのセンターコンピュータ間でインターネット上で行われるデータ通信に、「現時点」では最も解読困難であると言われる暗号通信方式が採用され、さらに、当該インターネット・バンキング・サービスのシステムには複数の外部侵入防止措置がとられている。③契約者への注意喚起、すなわち、Yは、本件約款および当該インターネット・バンキング・サービス利用の手引きにおいて、具体例もまじえて第三者に知られることのないよう嚴重に暗証番号を管理するよう注意書きを記載しており、暗証番号についての注意喚起をしている。

大阪地裁は、これらの事情から、Yは、「本人確認情報（暗証番号等）の管理及びセキュリティ対策に有効な方法をとっている上、本人確認情報の管理について十分な注意喚起を行っている」とし、そうである以上、「契約社番号及び暗証番号等の管理について不十分であったなどの特段の事情が存在することを認めることはできず、Yの「責めがある場合」には当たらない」と結論している。

逆に、大阪地裁は、Xの次の主張については、これを退けている。④具体的な注意喚起について、Xのサービス申込み当時、複数の各種パスワード等をパソコンのエクセルファイルに保存する行為は通常行われており、遅くとも本件各振込が行われるまでに、Yは暗証番号をパソコン本体に保存している場合に何らかの形で第三者に暗証番号等を読み取られ、第三者が本人になりすまして振込送金の手続をする危険性を予見可能であったから、Yは、消費寄託契約に付随する信義則上の義務として、暗証番号等をパソコンに保存しないよう顧客に説明し、注意喚起する義務の主張に関し、平成17年6月の調査会社調査によれば、500人中55%の人がID番号やパスワードをパソコンのファイル等に記録する方法をとっている。しかし、本件では、上記パソコン内にある情報がウィルスソフト等によって読み取られたと特定することまではできず、また、仮にそのように読み取られたとしても、平成17年7月の時点で発生していたインターネット・バンキングのスパイウェアによる被害は、利用者がインターネット・バンキングを利用した際に入力したIDや暗証番号等を盗み取るものであり、パソコン内に保存していたファイルそのものが盗み取られ、不正に預金を送金さ

れたという被害の報告がされていたとは認められないため、本件各振込がされる時期までに、パソコン本体のファイルに保存された暗証番号等がパソコンを通じて読みとられる危険性があることをYにおいて予見することはできなかったし、また、さらに、Xがサービスを申し込んだ当時やあるいは本件各振込がされた時点において、本件のように、銀行名、口座番号、インターネット・バンキングのホームページのURL、契約者番号、第一暗証、乱数表、第三暗証の全てを同一シートに記載し、パソコン内のファイルに保存することまでをYが想定することもできなかったとして、Yとしては、上記程度の概括的な注意喚起の方法をとることで足りる。⑤Yによる当該インターネット・バンキング・サービスのシステムの安全性に関して、預金契約の存続する限り、具体的な危険性を顧客に周知させ、万一暗証番号等をパソコンに保存しているような場合には直ちに削除する義務の主張については、④についての判断が同様に当てはまるというものと見られる。⑥Yによる当該インターネット・バンキング・サービスのシステムの安全性に関して、インターネット・バンキング・サービスを利用して振込送金がされた場合には直ちに電子メールなどにより預金者に連絡する義務について、パソコン内に保存されていたファイルの内容が読み取られるという被害をYにおいて予測することはできなかったというべきであるから、そのような被害を回避する方法として上記連絡義務を課することはできない。

大阪地裁は、これらの判断において、本人側の帰責性については掲げていない。Yによる被害の予測可能性の点において、すべての情報を1つのシートに記載して保存するというような方法をとることは想定外であるとしており、暗に、あるいは間接的に、そのような保存方法をとったことについてのXの帰責を基礎づける事情と考えているかにも見える（なお、事実関係としては、そこに記載された各種の口座のうち、不正送金がされたのは、本件口座のみであった）。また、XがBに口座の管理を一任し、契約者番号や暗証番号等をBに知らせていたことや、Bによるそれらの管理状況、またパソコンへのアクセスの状況などは、本人の意思による振込と言えるかどうかの点、Bが使用していたパソコン内に書き込まれていた暗証番号等の情報が何らかの形で流出し悪用された可能性が高いという判断を導く事情として示されているにすぎない。

また、Xの帰責を正面から取り上げないという姿勢は、被害についてのYの予測可能性のみを問題とする点にも現れ、あるいはつながっている。パソコン本体での情報保存が危険の高い行為であるとは予測できないというのは、Xにおいてはいっそう妥当する。それからすれば、そのようなリスクに対する分担のあり方として、それはX負担であるとなることが、適切であるのかが問われようが、大阪地裁の枠組みの

もとでは、Yの「責めがある場合」でないときは顧客負担ということになる。

(2) 東京高判平成18年7月13日金融法務事情1785号45頁、東京地判平成18年2月13日金融法務事情1785号49頁

東京地判平成18年、東京高判平成18年の事案は次の通りである。

原告Xは、平成16年1月13日、被告Y銀行と預金寄託契約を締結し、Y銀行日野駅前支店に総合口座を開設し、インターネット・バンキング・サービスを申し込んだ。Xは中古車販売を業とするA有限会社に勤務し、A社の取引に係る金銭の出入金に利用するための口座開設であった（なお、上記インターネット・バンキング・サービスは、その利用規定上、日本国内に居住する個人のみが利用対象者とされていた）。Xは、インターネット・バンキング・サービスを利用していたが、それはA社の端末（パソコン）を利用してアクセスをしていた（A社の端末は、常時電源が入ったままの状態となっていた。）

平成16年7月9日に500万円、同月11日に300万円が、それぞれ、インターネット・バンキングにより、Y銀行荻窪支店に開設された別人名義の口座に振込入金する操作がされ、上記500万円についてはその操作の同日（9日）に、300万円については翌日（12日）に振込入金が行われた。

Yは、本件各振込の後、遅くとも、同月12日の夜頃までに、Xに対し、電子メールで本件各振込が行われた旨の通知をした。

Xは、平成16年7月12日に本件各振込が行われたことを知った。その経緯は次のとおりである。Xは、同日昼頃に、A社の従業員に本件口座の記帳を行わせたところ、本件各振込が記帳されていたとの報告を受けたため、A社の他の従業員にXのお客番号およびログインパスワードを知らせて、本件システムにアクセスさせ、本件口座の残高照会をさせた。

Xは、同月13日、本件口座を解約し、Yに対し、寄託していた800万円の支払を請求した。Yは、保険金50万円をXに支払ったが、750万円については支払を拒絶した。そこで、Xが、750万円の支払とこれに対する平成16年7月13日以降の遅延損害金（年5%）の支払を求めた。

Yは、インターネット・バンキング・サービス利用規定における免責条項を援用し、所定の「本人確認方法により本人からの依頼として取り扱いを受け付けたうえは、暗証番号等や宝くじ専用番号等に偽造、変造、盗用その他の事故があっても、それにより生じた損害については当行は一切の責任を負いません」との規定による免責を主張した。

争点となったのは、Yの免責の可否である。免責条項の有効性と、その解釈・適用との双方が争われている。このほか、Xからは、システムへの直接ハッキングによる不正侵入の可能性も指摘されたが、本件システムへの不正侵入の形跡はなく、正しいお客様番号および暗証番号等が入力されていたことが認定されている。

免責条項の有効性について、Xは、インターネット・バンキング・サービス上のリスクを一方的に預金者に負担させる規定となっているから無効であると主張した。一審、二審ともこの主張を退けている。一審判決は、Yが、本件システムにつき、暗号化、再暗号化してのデータベース格納、暗証番号等の入力を一定回数以上間違えたときの手続停止、振込手続き後の電子メールによる通知、システムの常時監視という措置がとられていることをあげ、Yは、本件システムにつき、不正送金等を未然に防止するための相応のセキュリティシステムを構築していたものと言えるから、Xの主張は失当であるとしている。二審判決も、一審判決の判断を引用した上で、追加的に、本件免責条項は、Yに「預金寄託契約上の安全保管義務違反等が存在する場合には適用されず、Yが無条件に免責されるものではないと解されるから、本件免責条項が預金者に一方的に危険を負担させるものとして無効であるとは解されない」としている。

免責条項の適用に関して、一審判決は、Yが、「当該振込請求者が振込を請求する権限を有する者と信じたことにつき過失がある場合にまで免責を認める趣旨のものではな」とし、その過失に関して、「インターネット・バンキング・システムを利用した振込に関して必要とされる銀行の注意義務は、預金者保護の見地から、社会通念上一般に期待されるところに相応するものでなければならない」という一般論を示す。続けて、しかし、お客様番号、ログインパスワード及び暗証番号等により本人確認を行うシステムを採用している銀行のインターネット・バンキング・システムにおいて、それを利用して預金者以外の者が当該預金から振込を行ったとしても、当該振込に際して、正しい情報入力がされていた場合には、「銀行によるお客様番号、ログインパスワード及び暗証番号等の管理が不十分であったなどの特段の事情がない限り」当該銀行は、入力された情報とシステム内のデータベースに登録されている情報とを突合して預金の振込を実行した以上、本件免責条項により免責されると解するのが相当であるとする。

本件システムにおいては、暗号化、再暗号化、常時監視システムによる不正侵入監視措置がとられている中で、突合が行われて、情報の一致を確認して、振込実行が行われたもので、本件各振込実行にあたりYに過失があったとはいえず、本件免責条項により免責される、としている。

Xからは、インターネット・バンキング・サービスによる振込につき、Yには「無権限者が預金者の預金を不正に送金するという事故が起こらないようなシステムを構築すべき義務」があったにもかかわらず、Yが提供したサービスには安全管理上の不備があり、これに起因して本件の口座からの預金移動の事態を引き起こしたのであるから、免責はされないと主張された。Xが問題としたのは、乱数表による可変番号の仕組みをとっていないこと、利用する端末機を限定登録してそれ以外からはアクセスできない仕組みを採用していないこと、直接ダイヤルアップ接続してアクセスできる仕組みを用意していなかったこと、である。

一審判決は、これらの諸点に関して、そもそも、窓口における対面での確認方法、ATMによる機械式の方式による確認方法（通帳やキャッシュカードの真正など）とも異なり、インターネット・バンキング・サービスによる振込は入力された情報が銀行側のデータベースに格納された情報と一致することを機械的に確認する方法等によって、当該振込の請求者が正当な権限を判定するもので、①SSLの技術を用いたお客様番号、ログインパスワード、暗証番号等の暗号化、ログインパスワードと第2暗証番号についてはY独自の方法で再暗号化してデータベースに格納、②暗証番号の入力を一定回数以上間違えるとそれ以上手続を行えなくなる措置、③振込手続が行われたときは、速やかに、届出先のアドレスに電子メールで通知、さらに、④システムの常時監視、という措置をとっていたことを挙げ、「インターネットバンキング・サービスにおいては、当該振込の請求をする者の権限の有無の判定は、銀行側が構築するシステムにより、機械的、形式的にされるものであることに照らすと」、Yは、本件サービスを提供するについて、本件システムを、「全体として、可能な限度で」無権限者による振込を排除しうよう構築・管理しており、Yに注意義務違反はないとした。また、具体的なXのあげる諸点について、インターネット・バンキングにおけるセキュリティの一手法であるが、セキュリティの方法には種々のものがあり得るのであって、これらの措置をとっていないことをもって、システムの構築・運営につき、注意義務違反があったということはできないとしている。

二審判決は、一審判決を引用しつつ、付加的な判断として、乱数表の不使用について、乱数表を用いた可変数字による暗証のシステムについて、実際、そのようなシステムをとっている銀行があるとしつつ、「上記サービスを提供している銀行のうち安全対策としてどれだけの割合で上記システムを採用しているかは明らかではないから、本件サービスを提供するに当たって上記システムを採用していなかったYが安全対策として特異の取扱いをしており、この点に預金寄託契約上の安全保管義務違反があったとは認められない」としている。

X側の保管・管理状況については、一審判決が、システムの構築・運営についての義務違反というXの主張に関連して、これを取りあげている。事情としては、その利用規定上、利用対象者を個人に限定しているにもかかわらずA社の取引に使用するために預った金銭の出入のために開設・利用していたこと、A社の従業員に口座記帳等を行わせていたこと、A社のパソコンを利用して本件システムにアクセスしていたこと、同パソコンは第三者が使用できないにはなっていなかったこと、本件各振込の後にA社の従業員にお客様番号等を教え、本件システムにアクセスさせ残高照会をさせていたこと、をあげ、ここから、Xが、自らA社の従業員等にお客様番号等を教えたり、A社の従業員が同社のパソコンを利用して本件システムへアクセスしている際に、お客様番号等を知るなどしたことにより、Xのお客様番号等が第三者に漏洩したのではないかと思われる、としている。なお、スパイウェアによる漏洩については、それをうかがわせる証拠はないとしており、同様の判断を示している。

Yによる顧客への周知措置に関しては、一審判決が、不特定多数が利用する共用端末機で暗証番号等を入力する場合のリスク等をユーザーに対して積極的に啓蒙することが求められるというXの主張に対し、Yがホームページで、インターネットカフェなどにある、顧客の管理しているパソコン以外を利用するときは、入力した内容がパソコンに残ってしまい他人による悪用の可能性がある旨の注意喚起をし、警告措置をとっていたとして、対策に欠けるところはないとしている。

(3) ATMを用いた無権限払戻しについての最高裁判決

上記の3つの裁判例は、インターネット・バンキング・サービス利用規定上の免責条項による免責を認めたものである。

このような免責条項については、そもそも、預金取引規定上の免責条項につき、民法478条との関係で、同条の定める責任を軽減するものではなく、いわば、「無過失」の前提となる注意義務の具体化を図るものと位置づけられている⁽¹³⁾。

また、非対面での預金取引について、ATMの機械式支払について、2つの判決が、これらの裁判例に影響をしていると思われる。最判平成5年7月9日判例時報1489号111頁・金融法務事情1369号6頁、最判平成15年4月8日民集57巻4号337頁である。前者は、(1)の大阪地判において援用されている。

最判平成5年7月9日は、真正カードによるATMでの無権限払戻しに関する免

(13) 最判昭和50年6月24日金融法務事情763号34頁、潮見佳男『債権総論Ⅱ（第3版）』249頁（信山社）（2005）。

責条項の適用について、「銀行の設置した現金自動支払機を利用して預金者以外の者が預金の払戻しを受けたとしても、銀行が預金者に交付していた真正なキャッシュカードが使用され、正しい暗証番号が入力されていた場合には、銀行による暗証番号の管理が不十分であったなど特段の事情がない限り、銀行は、現金自動支払機によりキャッシュカードと暗証番号を確認して預金の払戻しをした場合には責任を負わない旨の免責約款により免責されるものと解するのが相当である」としている。また、当該カードは、磁気ストライプ上に、顧客が届け出た暗証番号がコード化されて記録されており、このようなキャッシュカードは、市販のカードリーダーをパソコンに接続することにより、暗証番号を解読することができるものであった。同判決は、そのような方法で暗証番号を解読するためにはコンピューターに関する相応の知識と技術が必要であることは明らかであり、また、本件支払がされた当時、このような解読技術はそれほど知られていなかったから、銀行が「当時採用していた現金自動支払機による支払システムが免責約款の効力を否定しなければならないほど安全性を欠くものということとはでき」ないとしている。

最判平成5年7月9日のもとでは、所定の本人確認措置が合理的なもの・適切なものであることを前提に、所定の本人確認措置がとられて、システムが利用された場合には、「銀行による暗証番号の管理が不十分であったなど特段の事情」がない限り、免責が認められること、また、ATMによる支払システムの安全性が問題となり、その欠落によっては、免責約款の効力が否定されうることが示されていた。

最判平成15年4月8日は、預金通帳によるATMでの無権限払戻しの有効性が問題となったものであり、通帳機械払いに関する免責条項が存在していなかったため、民法478条の適用・類推適用が問題となった。同判決は、「無権限者のした機械払の方法による預金の払戻しについても、民法478条の適用があるものと解すべきであり、これが非対面のものであることをもって同条の適用を否定すべきではない」として、民法478条の問題としたうえで、「債権の準占有者に対する機械払の方法による預金の払戻しにつき銀行が無過失であるというためには、払戻しの際に機械が正しく作動したことでなく、銀行において、預金者による暗証番号等の管理に遺漏がないようにさせるため当該機械払の方法により預金の払戻しが受けられる旨を預金者に明示すること等を含め、機械払システムの設置管理の全体について、可能な限度で無権限者による払戻しを排除し得るよう注意義務を尽くしていたことを要するというべきである」とした。「機械払の方法による払戻しは、窓口における払戻しの場合と異なり、銀行の係員が預金の払戻し請求をする者の挙措、応答等を観察してその者の権限の有無を判断したり、必要に応じて確認措置を加えたりするということがなく、専ら

使用された通帳等が真正なものであり、入力された暗証番号が届出暗証番号と一致するものであることを機械的に確認することをもって払戻請求をする者が正当な権限を有するものと判定するものであって、真正な通帳等が使用され、正しい暗証番号が入力されさえすれば、当該行為をする者が誰であるのかは全く問われないものである。このように機械払においては弁済受領者の権限の判定が銀行側の組み立てたシステムにより機械的、形式的にされるものであることに照らすと、無権限者に払戻しがされたことについて銀行が無過失であるというためには、払戻しの時点において通帳等と暗証番号の確認が機械的に正しく行われたというだけでなく、機械払システムの利用者の過誤を減らし、預金者に暗証番号等の重要性を認識させることを含め、同システムが全体として、可能な限度で無権限者による払戻しを排除し得るよう組み立てられ、運営されるものであることを要するというべきである。」

(2)の東京地判および東京高判は、最判平成15年4月8日に明示の言及はしていないものの、その影響がうかがわれる。同判決によると、「銀行において、預金者による暗証番号等の管理に遺漏がないようにさせるため当該機械払の方法により預金の払戻しが受けられる旨を預金者に明示すること」「機械払システムの利用者の過誤を減らし、預金者に暗証番号等の重要性を認識させることを含め、」「機械払システムの設置管理の全体について、可能な限度で無権限者による払戻しを排除し得るよう」同システムを組み立て、運営する注意義務が、課される。

なお、顧客と金融機関との間のリスク分担という点からは、顧客側の事情の考慮や、過失相殺的な処理の可否が問題となる。平成15年最判は、通帳機械払のシステムを採用している旨をカード規定等に規定せず、預金者に対する明示を怠ったため、顧客は通帳機械払いの方法により預金の払戻しを受けられることを知らなかったという点をとらえ、注意義務を尽くしていたとは言えないとしている。その際、顧客にも、本件の暗証番号を自動車登録番号の4桁の数字と同じ数字とし、通帳を当該車両のダッシュボードに入れたまま、自宅近くの駐車場に駐車していたため車両ごと盗難にあい、本件暗証番号を推知されて払戻しが行われたという事情を指摘して、本件払戻しがされたことについて顧客にも「帰責事由が存するというべきであるが、この程度の帰責事由をもってY〔銀行〕に過失があるとの前記判断を覆すには足りない」としている。したがって、金融機関の注意義務違反・過失判断において、顧客の事情や帰責が考慮されることが前提とされていると言える。

学説では、民法418条の類推適用や、顧客の帰責事由を基礎とした損害賠償責任との相殺による割合的処理も主張されている。

5 若干の検討

以上で、広い意味での現状、すなわち、被害等の実情、全銀協の申し合わせおよび金融機関の自主的な対応、免責条項をめぐる裁判例を確認した。以下では、このような現状を踏まえて、個人向けインターネット・バンキング・サービスにおける無権限の払戻し（具体的には、他人名義の口座への不正送金・振込の形をとる）がされた場合の金融機関の責任範囲（顧客との間の分担のあり方・基準）について、若干の点を整理・指摘しておきたい。

（１）問題の性格

第１に、問題の性格である。現在、この問題は、３段階で扱われている。すなわち、民法 478 条の適用・類推適用による弁済の効力と弁済者の保護、約款規定における免責条項、約款規定における補填・補償の３段階である。もっとも、約款規定における免責条項は民法 478 条の注意規定であり、民法 478 条において要求される注意義務と同様の注意義務を尽くすことを定めるものと解されており、さらには、民法 478 条は、対面での払戻しのみならず機械式の払戻しにも適用され、さらにその場合の弁済者の注意義務は、弁済行為に向けられた注意だけではなく、むしろ、システムの安全性と管理における注意義務であることが認められている（前記最判平成 5 年 7 月 9 日、最判平成 15 年 4 月 8 日）。

これに対し、預貯金者保護法においては、偽造カードについては⁽¹⁴⁾民法 478 条の適用が排除されて、その特則が設けられ、特に預金者の帰責性（故意の場合と重過失の場合）を正面から取り込んだ弁済者の免責の規律が打ち出されている。

しかし、権利者の帰責性についても、判例上、弁済者の過失判断の中で考慮要素として勘案する余地があり（前記最判平成 15 年 4 月 8 日）、478 条の要件としてこれを要求する見解も有力である。そうだとすると、確かに、民法 478 条は権利者（預金者）の帰責を正面から要件としては要求しておらず、また単純な金銭債務の履行についてはその規律が妥当するとしても、単なる金銭債務の履行にとどまらず、利用者に、提供するインターネット・バンキングというサービスを安心して用いることができるようにする（あるいは、安心して用いることのできるインターネット・バンキン

(14) インターネット・バンキング・サービスの場合には、真正な暗証番号の不正入手として盗難カードに類似するとみることできるが、しかし、預金者がシステムへのアクセス手段をコンピュータ外で別途管理することができず、同じ暗証番号等が重複して不正利用されても被害が発生するまで気づかないという点に着目して、むしろ偽造カードに類似するとみるのが妥当であると指摘されている（中舎・前掲注（1）14 頁）。

グ・サービスを提供する) という預金契約上の附随義務⁽¹⁵⁾ の履行が問題となっているのがこの場面での問題であり、システムの設計・管理上の注意義務が弁済者の過失の前提となる場面であることからすると、預貯金者保護法の規律は、民法 478 条の適用・類推適用において達成しうるものとおおよそ異質のものとは言えないと思われる。なるほど、偽造カードの場合には、預金者に軽過失がある場合で、金融機関が機械式預貯金払戻しについて善意無過失である場合は、有効な払戻しとはならない点(預貯金者保護法 4 条)では、民法 478 条のもとでの結果とは異なるようにみえるが、偽造カードを可能にするという点でのシステム設計・管理上の帰責があるという評価のもとでのことであるから、それを考慮すれば、民法 478 条のもとでは導かれない帰結を特別法によってもたらしめているとは必ずしも言えない。むしろ、民法 478 条のもとでは曖昧であるところを、場面に即して明確に規律したと評価することもできるように思われる。

インターネット・バンキング・サービスの不正送金・不正払戻しの場合には、上記のとおり 3 段階で問題が構成されているために、補填・補償による金融機関の負担は、金融機関が民法 478 条や免責条項のもとで、免責され、したがって本来なら責任を負わないところを、経営判断によって損失を負担しているかにとらえられなくもない。しかし、その補填・補償を通じてなされる金融機関の損失負担は、民法 478 条の適用・類推適用から導かれうる範囲とも言え、ひいては免責条項によっても軽減されるものではなく(これを軽減するものだとすると、免責条項の不当条項性が問題となろう)、本来責任を負わない金融機関が顧客サービスのために損失を負担しているという性格ではなく、事象の性質上、帰されるべき負担を負っているという性格のものではないかと思われる。

(2) 双方無責の場合の負担を金融機関負担とすることの相当性

本場面への民法 478 条の適用・類推適用において、独立した要件ではなくとも預金者の帰責性が勘案され、弁済者・金融機関の免責には預金者の帰責性を要するという立場からすれば、双方無責の場合には、金融機関は免責されず、損失は金融機関の負担となる。このような処理は、システムの脆弱性が現実化したときの負担のあり方として、取引の実質に即した衡平の観点から支持されうるものと思われる。

また、「効率性」の観点からも、次のように分析されていることは示唆的である。すなわち、「効率性」の観点からの分析として、①損失分散原則(最小コストでのリスク中立性を達成できる主体に損失を負担させるべきであるとする原則)、②損失削

(15) 中舎・前掲注 (1) 13 頁。

減原則（より低コストで損失の削減を実現しうる当事者に責任を課し、それによって損失削減のインセンティブ付けをすべきであるとする原則）、③損失賦課原則（責任の分配の実現の観点から、手続面において、簡明さと明確さを重視すべきであるとする原則。すなわち、簡明で明確な結果をもたらす損失分担ルールを望ましいとする）の3つの基本原則を基礎とし、その相互関係をふまえて、効率的な損失分担を考える見地から、金融機関による損失負担を基本とするのが合理的であるという。具体的には、①損失分散原則からは、不正払戻しにより生じる損失が保有資産比で大きくなりうることや、損失を分散することが金融機関に比して困難であることから、預金者に損失を負担させることは望ましくない⁽¹⁶⁾。②損失削減原則からは、その1つの要素である予防策とそのためのインセンティブという観点から、カードの仕様技術やインターネット・バンキングのセキュリティ技術等について金融機関は将来にわたって損失の発生をより低コストで抑えうる予防策にかかる技術的イノベーションを促進できるが、損失を基本的に預金者の負担とするルールのもとでは金融機関にこうしたイノベーションの促進に取り組むインセンティブを十分には与えられない。③損失賦課原則からは、発生した損失との対比でみた訴訟費用等が高すぎることを主たる要因として正当な権利が実現されない可能性があるという問題が、正当な権利者が預金者であるときにより顕著に顕れることから、不正払戻しから生じた損失を「第一義的に」預金者に負担させるルールは合理的ではなく、むしろ「第一義的な」損失を金融機関に負担させることが望ましい。以上からすると、全銀協の申し合わせやそれを受けた各行のインターネット・バンキング利用規定において、預金者の故意により預金の不正払戻しが行われたなどの一部の場合を除き、損失の大部分を原則として金融機関が負担するというあり方が、生体認証の利用等の技術的なイノベーションを進展させ、結果として社会全体の効率性を高めうる、という⁽¹⁷⁾。

（３） 預金者の一定額の当然負担について

前記（２）で言及した「効率性」の観点からの分析においては、一定額までをり

(16) キャッシュカードによる支払免責条項の考察において、保険ないしはそれと同視される損害分散制度の利用可能性の観点から、リスクの同質性が高いため、保険料は金融機関が一括して負担し顧客に一律に転嫁する方が顧客が個別に保険を付すよりも効率性の面から好ましいという指摘として、山下友信「銀行取引と免責約款の効力」『石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集下・金融法の課題と展望』198頁（日本評論社、1990）。

(17) 大川昌男＝吉村昭彦「預金の不正払戻しに関する個人預金者と銀行との間の損失分担ルールについて——ハードローとソフトローの協働——」GCOE ソフトロー・ディスカッション・ペーパー・シリーズ 2009-5（2009）23～24頁。ただし、同論文は、後述するように、預金者の一定額の当然負担を組み合わせることが効率的であるとしている。

テール顧客に無過失責任で損失を負担させ、一定額以上を銀行に無過失責任で損失を負担させるルールが望ましく、かつ、一定額は、原則として低額に設定すべきであると指摘され、また、全銀協の申し合わせ等の内容についての改善措置の1つとして提言されている⁽¹⁸⁾。

これは、損失削減原則から、つまり、その要素の1つである予防策の観点から、一定の範囲内で預金者に負担を求めることが肯定され、かつ、感応度の問題からその一定の範囲は多額のものとすべきではない、という。すなわち、インターネット・バンキングによる預金の払戻しの場合にも、金融機関だけではなく、預金者と金融機関の双方が損失を回避するための対策をとりうる場合に該当し、そのときは損失回避措置をとるためのインセンティブという観点により、かつ、全銀協の申し合わせや各行のインターネット・バンキング規定が採用する過失責任主義に基づくルールは、過失認定のための訴訟コストが高く、損失分担ルールとして望ましくないという⁽¹⁹⁾。

一定限度でのリテール顧客の当然の損失分担については、帰責性のない顧客が負担することの正当化の問題（さらには「納得」感の問題）がある。キャッシュカードによる機械式払いの分析においてであるが、この点を、保険のシステム（保険料）とみることで、正当化する見解もある⁽²⁰⁾。

より問題なのは、一定範囲の負担（特に一定額の負担。一定割合とする場合もそこに上限額を組み合わせるなら同様の問題がある。）として、インセンティブと感応度との両方を勘案した適切な負担水準を一律に決めることができるのかであろう。過失の判断や認定の困難とコストはその通りであるとしても、それが、一律に適切な負担水準を決定することの方が容易であり、実現可能性が高いとは、言いにくいように思われる。

(18) また、インターネット・バンキングに関してではなくキャッシュカードによる支払免責条項に関する考察の中ではあるが、アメリカ合衆国やドイツの例などをも参考にして、顧客が損害の一定部分（一定額（50ドル）の例と一定割合（10%）の例がある）を負担する解決が提案されている（山下・前掲注（14）197～201頁。ただし、キャプテン端末を通じた資金移動取引などについては、キャッシュカードにかかる支払免責条項と同様の問題点もあるが、利用の状況にはかなり異なった面もあり、キャッシュカードに見られるリスクの均質性が失われているような場合には、そもそも単純に金融機関の損害負担が合理的だとも言えず、キャッシュカードについての立論がそのまま妥当しないとされている（同201頁））。

(19) 大川＝吉村・前掲注（15）23頁、25～26頁。

(20) 預金者に帰責事由があっても一定の例外を除いて損害を負担しなくてもよいこととの見合いとされる（山下・前掲注（14）199頁）。システム利用者全般（それは金融機関によってコスト転嫁されることになる）ではなく、被害を受けた者のみの負担も保険料という説明が可能であるのか疑問がなくなはない。また、キャッシュカード以外の支払手段について当然に妥当するかについては、上記論文において慎重な検討が必要とされていることにつき、同201頁（前掲注（16））参照。

また、インターネット・バンキングのみそのような手法をとることの問題もある。

そうであるならば、むしろ、どのような場合が過失や重過失と判断されるかの具体例や基準をガイドラインなどによって積み重ね、明確にすることで、過失の判断や認定の困難さとコストを減じることが有用ではないかと思われる⁽²¹⁾。

(4) 「過失」、「重過失」について

① 全銀協の申し合わせから

全銀協の申し合わせ、平成 20 年 2 月 19 日の「預金等の不正な払戻しへの対応について」では、不正送金の場合に、銀行が善意無過失であって、民法 478 条が適用されるならば、免責される場合であっても、一定の場合には「補償」を行うことが示されている。

具体的には、顧客が無過失の場合（その責めによらずに被害にあった場合）には、その被害は補償するというものであり、基本姿勢は、このような不正送金についてのリスクは、銀行が負担することを基本姿勢としたうえで、顧客に「過失」があった場合には、補償は否定ないし制限されるが、その定型化は行わず（行えず）、それは個別事情を踏まえた、各金融機関における判断によるというものであった。ここでは、故意の場合は、補償対象とならないのは明らかであるが、重過失の場合に否定されること自体も示されていない。

盗難通帳についての扱いとの対比⁽²²⁾では、重過失の例として示されている、他人に通帳を渡したり、他人に記入済みの払戻請求書等を渡した場合について、インターネット・バンキング・サービスの場合には、顧客番号、各種暗証番号等、インターネット・バンキング・サービスの利用に必要な情報を伝えることを対応する事情として想定できるが、通帳の交付等の場合はそれを用いて払戻しができ、逆にそれ以外の方法による払戻しであったという場合は考えにくいのに対し、インターネット・バンキング・サービスの場合には、たとえ、その形で他人に必要情報を伝えたとしても、不正送金との因果関係は不明であって、当該不正送金についての重過失と言えるのかは疑問である。また、そのような因果関係が特定できる場面は、伝えられた主体が行為を認めているなどの場合を除けば、稀であろう。そうすると、これらの情報、すな

(21) 預金者の当然の一部負担・上限設定との関係においてではないが、「利用者に過失がある場合」の類型化の必要性を指摘し、それを試みるものとして、森藤聡志「インターネットバンキングにおける不正利用への対応状況と金融実務」金法 1937 号 46～47 頁（2012）参照。

(22) ただし、前述のとおり、インターネット・バンキング・サービスの場合には、むしろ偽造カードに類似するとみるのが妥当であると指摘されている（中舎・前掲注（1）14 頁）。

わちインターネット・バンキング・サービスの利用に必要な情報を他人に伝えたとしても、それ自体は、不正送金を引き起こした過失ではなく、日常的な管理方法の「落ち度」であって間接的なもの、危険を惹起させる行為にとどまる。また、それらの情報を他人に伝えたことをどう見るかについても、その重要性の認識を顧客が持つ必要があり、それが普遍化しているか、または、銀行において周知のための措置をとっている必要がある⁽²³⁾。

盗難通帳について預金者の過失（75%補償）とされている事情と対比すると、第三者に容易に通帳を奪われる、押印された払戻請求書等を通帳とともに保管する、印章と通帳を一緒に保管するというのは、別々の管理によって単独では払戻しの措置がとることができないようなものについて、共に管理するなどの形で、不正払戻しを容易化する行為と言える。インターネット・バンキング・サービスの場合には、必要情報を一括してアクセスできるような状態に置いているという場合が想定されるが、「第三者に容易に奪われる」という中には、すべての情報を紙に書いて、あるいはプリントアウトして保管していたというような物理的保管については盗難通帳と並行して考えられるが、データとしてパソコンなどに保存されているケースにおけるスパイウェアによる情報流出などの場合に、「第三者に容易に奪われる」という状態がどのような状態なのか、それはありうるのかが問題になろう。

インターネット・バンキング・サービスの場合の「指針」としては、むしろ、法人向けの申し合わせにおいて示された考え方が、個人向けの場合に妥当するのかを考えるのがより有用なように思われる。

法人向けの申し合わせにおいて、銀行側のセキュリティ対策は、個人向けと抽象的・基本的には変わらないと思われる。顧客のセキュリティレベルに応じたサービス提供、説明・周知措置は、顧客が個人であることによって、具体的な内容が変わりうる（法人も様々であって、個人事業主と変わらないものもある）ということではないだろうか。

顧客の側での措置であるが、銀行が導入しているセキュリティ対策の実施、インターネット・バンキングに使用するパソコンの基本ソフト等のソフトウェアの最新化、メーカーのサポート期限の経過したソフト等の利用停止、パソコンへのセキュリティ対策ソフトの導入と最新状態への更新、インターネット・バンキングに係るパスワードの定期的変更、銀行指定の正規の手順以外での電子証明書の利用の停止のう

(23) これらの点は、平成20年当時とはともかく、これだけインターネット・バンキング・サービスの被害が社会的にも注目を集めていることからすると、その重要性の認識は普遍化しているように思われる。

ち、インターネット・バンキングに使用するパソコンの基本ソフト等のソフトウェアの最新化、メーカーのサポート期限の経過したソフト等の利用停止、パソコンへのセキュリティ対策ソフトの導入と最新状態への更新は、個人にも期待できる事項に思われる。インターネット・バンキングに係るパスワードの定期的変更も実行できなくはなさそうであるが、他方で、個人であっても様々なパスワードを有していることを考えると、定期的変更がそれほど期待できるかどうか、当該パスワードの管理方法（頻繁に変えるならば記憶によることはできず、どこかにデータとして保管せざるを得ない）との関連にも留意する必要があると思われる。

法人顧客に推奨されるセキュリティ対策としてあげられる、インターネット接続時の利用をインターネット・バンキングに限定すること、パソコンや無線LANのルータ等について、未利用時は可能な限り電源を切断すること、取引申請者と承認者で異なるパソコンの利用、振込・払戻し等の限度額を必要な範囲で極力低く設定、不審なログイン履歴や身に覚えのない取引履歴・取引通知メールがないかの定期的確認については、限度額についてはすでに銀行で措置が取られているのではないかと思われる、また、取引通知メールの確認は個人顧客にも求めることができるのではないかと思われる。

具体的な事例との対比では、正当な理由なく、他人にID・パスワード等を回答した、あるいは、安易に乱数表等を渡した場合については、上記のとおりである。また、パソコン等が盗難にあった場合において、ID・パスワード等をパソコン等に保存していた場合については、個人顧客の場合、どこに保存するべきであったのか、そのような保存がされているパソコンについては盗難にあえばリスク負担ということになるとすると、個人顧客については妥当しないように思われる（が、どうだろうか）。銀行が注意喚起しているにもかかわらず、注意喚起された方法でメール型のフィッシングにだまされる等、不用意にID・パスワード等を入力してしまった場合については、個人顧客にその認識をどこまで期待できるか、そのリテラシーの問題があるのではないだろうか。

② 裁判例から

インターネット・バンキング・サービスに関する裁判例は、いずれも、全銀協申し合わせ前の判決であり、かつ、免責条項の問題を扱うものである。全銀協申し合わせに即するなら、金融機関が善意無過失であることを前提としたうえで、顧客が無過失であるときは、補償を行うというのが基本姿勢であるから、金融機関の無過失と顧客の無過失が問題となり、特に、金融機関が注意義務を尽くしていても、顧客もまた求

められる注意を尽くしていたなら、顧客は補償請求ができることになるので、その点で、土台は違っている。また、特に、顧客の「無責」（「無過失」）が、裁判例でとりあげられる以上にクローズアップされることになろう。

とはいえ、そこで、金融機関の「帰責」を基礎づける事情や、顧客の「帰責」に関わる事情は、全銀協申し合わせのもとでも、なお参考になるものと思われる。

前記の裁判例から、挙げられた事情を列挙すると、次のとおりである。

①金融機関のインターネット・バンキングのシステムについてのセキュリティ対策

本人確認の措置の適切さ（ID、ログインパスワード、各種段階での暗証）

通信についての暗号化、特に、最新の解読困難な方法の採用

ログインパスワード等についての再暗号化してのデータベース格納

暗証番号について異なる番号を所定の回数以上連続して入力したときの手続・利用停止

外部からの侵入防止措置

常時不正侵入監視

乱数表など可変暗証の利用

利用端末の限定

ダイヤルアップ接続の利用可能性

どのくらいの銀行が、当該セキュリティ対策を実施しているのか（業界標準？）

振込の都度の、速やかな、届出先アドレスへの電子メールによる通知

②金融機関の顧客に対する説明・情報提供・注意喚起・警告

約款および利用の手引きにおける注意書

ホームページでの、共用端末利用の危険についての告知

スパイウェアの危険性についての警告、パソコンでのデータ保存の危険についての警告

〔パソコンに保存されたデータの削除〕

③顧客の ID、パスワード等の保管

他人に管理を一任、他人に ID・パスワード等を伝える

エクセルファイルに一括して記録・保存

ファイルについて、読み取り・書き込みパスワード設定

データの入ったファイルをパソコンに保存

データの入ったパソコンの利用の状況（使用中に他の者が横から見られる状態）

データの保存されたパソコンの利用者の限定（共用端末）の有無

④その他の顧客の事情

個人名義口座であるが、会社の運転資金、取引による金銭の出入のための利用

これら①～④に抽出した事項には、特に問題とならないとされたものがあるが、当時の状況においてであるため、現時、すなわち、インターネット・バンキング・サービスによる不正送金が増加しており、スパイウェアやフィッシングなどの手法も（少なくとも金融機関にとっては）よく知られるようになっており、可変暗証の重要性なども（金融機関において）共通理解となっていると思われる現時の状況においては、異なる判断となりうるだろう。

そのようなものとして、振込についての通知がある。「速やかな」通知が、東京高判平成 18 年 7 月 13 日における Y 銀行のサービスではされていたが、むしろ、「直ちに」通知することが、システム上も可能であるし、求められるのではないかと。また、そもそも、この点について大阪地裁の判断には批判が投げかけられている。また、周知・警告措置についても、約款や最初に交付・送付される手引きに書かれているとか、ホームページに記載がある（記載の仕方にもよる）というので、周知として十分とした点は、現在では疑問と言うべきだろう。スパイウェアやフィッシングなどの手法についての警告と対策の提示、パソコンでのデータ保存についての注意点の説明などは、現時点においては、当然に要請されよう。また、東京高判では、乱数表による可変暗証について、どのくらいの銀行が導入しているか不明である以上は、それを取るべきだったとは言えないという判断がされており、一種、業界での普及状況が問題とされているように見える。数だけではなく、その程度のセキュリティ対策が期待されるのか、という観点が基礎となるので、その点からすると、むしろ、現在では、可変暗証が求められるのではないかとと思われる⁽²⁴⁾。

(24) 不正送金そのものに向けられた過失ではなく、環境整備やシステムの設営を問題とするために生じる問題であるが、銀行に求められるセキュリティ対策に不備があった場合には、仮に、それが原因でなかったことが明らかになったとしても、なお、銀行の免責は否定されることになるだろうか。例えば、フィッシングなどの手法についての警告をしていなかった、スパイウェア対策について情報提供をしていなかったが、それとは別の方法で、情報が漏洩し、あるいは顧客がそれを他人に伝えたために、その他人が、不正送金処理を行ったという場合などが、想定場面である。債務不履行に基づく損害賠償であるなら因果関係の問題となりうる。システム設計・管理上の注意義務をいう場合、当該損害発生の回避に向けられた注意義務違反を問題とするのか、当該損害ではなくより一般的な安全性に向けられた注意義務違反を問題とするのか、後者であれば、リスク分担としては金融機関が負うことになるが、そのような場合には、割合的処理が妥当なように思われる（過失相殺的処理として 418 条の類推適用、または預金者の過失による損害賠償との相殺）。なお、この問題については、丸山・前掲注 (12) 182 頁も参照。

(5) 預金者の「過失」判断について

預金者の「過失」（重過失、軽過失）の判断については、最終的には個別の事情によるものの、一般的にはこうであるという具体例を明らかにしていくことが有用であると思われるが、一方で、次の3点に留意すべきであろう。

第1は、金融機関の注意義務についてもそうであるが、預金者の「過失」の内容および程度の判断基準として、技術の進展や社会情勢の変化によってそれは変わりうるし、また、その変化がこの分野は非常に速いと思われることである。たとえば、暗証番号を第三者から推測しやすい番号にすることを避けるべきことや、長期間同じ暗証番号を使うべきではないことは、金融機関による再三の告知等によって、かなり、一般的な認識になってきていると思われる⁽²⁵⁾。

第2は、望まれる行動をとらなかったことと義務違反たる過失との相違である。上記のとおり、第三者から推測されやすい暗証番号を用いないことや暗証番号をそれなりの頻度で変更することは、現在では、預金者に望まれる行動といってよいであろう。しかし、第三者から推測されやすい暗証番号を用いていたことや、長期間同じ暗証番号としていたことが、直ちに預金者の「過失」（これだけならば、該当しうとしてもおそらく軽過失であろうが）と言えるかはまた別問題である。ちょうど、事業者にとって、ベスト・プラクティスと注意義務とにはずれがあり、ベスト・プラクティスを履践していなかったとしても注意義務違反として責任や負担を負うかは別問題であるのに相応して、預金者の側でも、ベスト・プラクティスとして望まれる行動と過失と判断される注意義務違反とは必ずしも一致しないことを念頭に置くべきであろう。

第3は、望まれる行動をとっていないことにとどまるのか、それとも注意義務違反と判断されるのかについては、特に消費者の場合には、生身の生活者であるがゆえの限界を考慮する必要があると思われる。確かに、金融機関からの画面上等による再三の警告にもかかわらず第三者から推測されやすい暗証番号を長期間用いていることは、消費者の「落ち度」ではあろう。しかし、電子化された社会において、どれだけのIDとパスワードの中で生活しているかを考えるとき、すべてのパスワードを異なるものとして、かつ、頻繁に変更するというのが、果たして、損失負担を正当化するほどの「落ち度」と言えるかは、この点も顧慮して判断する必要がある（変更の頻度などの判断にもかかわろう）。

(25) 森藤・前掲注(20)42頁参照。

(6) 個人と法人

預貯金者保護法も、全銀協の申し合わせやそれを踏まえた各行のインターネット・バンキング規定の内容も、個人顧客と法人顧客という類型によって、損失分担を変えている。

預貯金者保護法が、対象を個人の預金者に限定したのは、「本法律の立案にあたり、資金面や人材面などで金融機関と個々の預貯金者との間には、一般的に大きな力の差があることにかんがみ、預貯金者を保護する必要があるとの消費者保護的な考え方をベースに検討されたため」と解説されている⁽²⁶⁾。

キャッシュカードを用いた機械式払戻しにせよ、インターネット・バンキングの不正振込・払戻しにせよ、そのときの損失分担のあり方という問題を考える観点としては、払戻しのシステムの設計・管理上の安全性に関する利用者と提供者との間のリスク分担という観点と、消費者保護という観点の2つが考えられる。前者の観点から考えると、分担は利用者の属性により影響を受けうるが、前者の観点からすれば、損失分担についての個人・法人を通じたルールが設けられ、そのルールの適用において、法人・個人、あるいは消費者といった属性が考慮され、注意義務の内容や程度、それを受けた具体的な分担の結果が変わりうることになろう。後者の観点からすれば、消費者ではない法人の問題は別問題となるが、その場合も、システムの悪用を防止しうる方策を利用者と提供者の両方がとりうる以上は、両者のそれぞれの注意義務、望まれる行動、損失分担という観点からの検討が法人（非消費者）について行われることになる。その意味では、個人と法人という区分や類型化は、連続的なものとも言える。損失分担のあり方としては、生身の生活者としての消費者、消費者保護の観点など、消費者には特有の考慮がありうること、法人と個人とを切り分けの基準とすることは保証の規律や債権譲渡登記の規律にも例があることを考えると、合理性を持つものと考えられる⁽²⁷⁾。預貯金者保護法が、個人の預金者に対象を限定したことの

(26) 石田祐介「『偽造カード等及び盗難カード等を用いて行われる不正な機械式預貯金払戻し等からの預貯金者の保護等に関する法律』の概要」金法1751号23頁(2005)。もっとも、法文上は「個人」が対象であるから、個人事業者もこれに含まれる(「偽造・盗難カード預貯金者保護法Q&A」金法1756号23頁(2005)(佐伯聡))。

(27) それぞれの規律が法人と個人とで切り分けていることには、例えば債権譲渡登記であれば電子認証の手法との関係など、それぞれの理由があるのであって、およそ、法人と個人という区分が正当性を有するわけではない。また、消費者保護の観点を打ち出すなら、消費者契約法における消費者概念を採用し、消費者と事業者（非消費者）という区分を採用することも考えられる。もっとも、消費者契約法上の消費者概念や、消費者契約法の規律の妥当範囲については、団体の扱いや、消費的事業者の扱いなどの問題も生じており、むしろ、法人と個人とで一応の区分とする(つまり、その注意義務の内容や程度はさらに個別の属性や耐性などを勘案して決せられる)ことも簡明であって、実践しやすい方法として合理的であると

問題は、それゆえに、法人についての特則が空白の状態に置かれた点にあると思われる。

(7) その他

全銀協の申し合わせやそれを受けた各行のインターネット・バンキング規定の内容の改善点として、効率性の観点から——前述のリテール顧客の一定範囲の当然負担と並んで——通知義務についての提言がされている。

すなわち、迅速な通知は損害の発生・拡大を抑止するための効果的な対策となり、そのためのインセンティブを与える観点から、具体的な経過日数に応じて一定の上限額を設定するという提案である⁽²⁸⁾。

預金者から金融機関への通知を迅速に行うことおよびそのインセンティブの重要性には共感するものの、預金者の当然の一部負担および上限額設定との組み合わせの提言であり、当然の一部負担・上限額設定ではなく過失との組み合わせをととした場合に採用可能であるのか、そのときのあり方がどうなるのかは、なお一考を要しよう。

思われる。

(28) 大川＝吉村・前掲注(15) 26～27頁。

第2章 欧米におけるインターネット・バンキングの無権限取引に関する金融機関の責任範囲

加 毛 明

1. はじめに

本稿は、インターネット・バンキングの無権限取引に関する金融機関の責任範囲について、アメリカ法及びドイツ法の内容を紹介する⁽¹⁾。本報告書の沖野真已委員の論文が日本法の状況を検討するのに対して、2つの外国の法状況を紹介することが本稿の目的である。

わが国では、インターネット・バンキングの無権限取引に関する金融機関の責任範囲は、全国銀行協会による申し合わせ⁽²⁾に基づく実務上の運用に委ねられている。これに対して、アメリカ法及びドイツ法では、無権限取引の責任を負うのが金融機関であることを前提として、例外的に顧客に責任が成立する場合の要件や責任の上限額、さらには無権限取引に関する争いがあった場合に金融機関が証明すべき事項について、法律が詳細な規定を設けている。またそれらの規定は、顧客が消費者である場合について強行法規的性格を有するものとされている。

このようなアメリカ法及びドイツ法の状況を検討することには、わが国における実務運用の在り方を相対化するうえで、また今後の実務の展開及び立法の参考とするために、一定の意義があるものと考えられる。そこで以下では、インターネット・バンキングの無権限取引に関する金融機関の責任範囲に関連する、両国の立法及び議論状況について紹介することにしたい。

(1) 平成26年度金融法務研究会第2分科会報告では、アメリカ及びドイツの金融機関の約款の内容についても取り上げた。しかし十分な検討に至らなかったため、本稿では、ドイツ法につき、脚注で若干の言及をするにとどめる。

(2) 「預金等の不正な払戻しへの対応について」<http://www.zenginkyo.or.jp/topic/detail/nid/2933/>、及び「法人向けインターネット・バンキングにおける預金等の不正な払戻しに関する補償の考え方について」<http://www.zenginkyo.or.jp/abstract/news/detail/nid/3349#> 参照。

2. アメリカ法

2. 1. 電子資金移動法

(1) 総説⁽³⁾

アメリカ法では、消費者による決済取引と事業者による決済取引に異なるルールが適用される。消費者の決済取引を規律するのが1978年制定の連邦法である電子資金移動法⁽⁴⁾ (Electronic Fund Transfer Act) であるのに対して、事業者の決済取引については、1989年に採択されたUCC第4A編に関連規定が置かれ、各州がそれに基づく立法を行っている⁽⁵⁾。まず電子資金移動法からみていくことにする。

電子資金移動法は消費者保護法としての性格を有し、電子資金移動に関する消費者の権利義務を包括的に規定する。同法を実施するために連邦準備銀行によって制定された連邦規則がレギュレーションE⁽⁶⁾である。かつては連邦準備銀行がレギュレーションEに従って電子資金移動法を実施する行政的権限を有していたが、ドッド・フランク法に基づいて、現在ではルールの策定及びその実施権限が消費者金融保護局に移管されている⁽⁷⁾。

(2) 合衆国法律集 (United States Code) 1693g 条 (電子資金移動法 909 条)

電子資金移動法において、無権限電子資金移動 (unauthorized electronic fund transfer) は「ある消費者の口座から、当該消費者以外の者が取引開始について現実の授権を受けることなく開始した資金移動であって、当該消費者が何らの利益を受けないもの⁽⁸⁾」と定義される。このことを前提として、無権限電子資金移動に関する消費者の責任 (consumer liability) について規定するのが、合衆国法律集 (United

(3) アメリカ法における無権限取引の規律に関する詳細な検討として、岩原紳作『電子決済と法』(有斐閣・2003年) 96～113頁。本節の記述の多くも同書による。

(4) 15 USC §1693 et. seq.

(5) なおクレジットカードに関しては、Truth in Lending Act, 15 USC §1601 et. seq. に規定が設けられている。カードの不正使用に関するカード保有者の責任については15 USC §1643が規定する。

(6) 12 CFR §205.

(7) Consumer Financial Protection Bureau, Consumer Laws and Regulations EFTA, http://files.consumerfinance.gov/f/201310_cfpb_updated-regulation-e-examination-procedures_including-remittances.pdf, p. 1.

(8) 15 USC §1693a(12). ただし次のものは除外される。①当該消費者によって、カード、暗証番号その他口座を利用する手段を授与された者によって開始された資金移動 (ただし当該他者による資金移動がもはや授権に基づくものではないことを、当該消費者が関連する金融機関に対して通知していた場合を除く)、②当該消費者又は当該消費者と通謀した者によって詐欺的意図をもって開始した資金移動、③金融機関の過誤に基づく資金移動。

States Code) 1693g 条⁽⁹⁾ (電子資金移動法 909 条) (以下「法 1693g 条」とする) である。

第 1693g 条 消費者の責任

(a) 無権限電子資金移動：責任制限

消費者は、自らの口座に関する無権限電子資金移動について、当該資金移動に用いられたカードその他の口座利用手段が〔当該消費者によって〕承認されたものであり、かつカード、暗証番号その他の口座利用手段の発行者が、署名、写真、指紋又は電子的・機械的確認手段によって、当該手段の利用者がその利用権限を有する者であることを確認する手段を提供していた場合に限って、その責任を負わなければならない。しかしながら、無権限電子資金移動に関する消費者の責任は、次の金額の少ない方を超えることはない。

(1) 50 ドル、又は

(2) 金融機関が、当該消費者の口座に関する無権限電子資金移動がなされ又はなされ得ると合理的に信じられる状況について通知を受け、又はその他の方法で当該状況を認識するに至る以前に、無権限電子資金移動によって取得された金銭若しくは財産・サービスの価値の額。本号における通知は、通常の業務過程において、金融機関に適切な情報を提供するのに合理的に必要と考えられる手続をとることで足りる。金融機関の特定の役員、被用者又は代理人が現実には当該情報を受領したか否かにかかわらない。

以上にかかわらず、第 1693d 条に基づいて消費者に交付された期間計算書に記載された無権限電子資金移動又は口座誤記を、消費者が当該期間計算書の送付から 60 日以内に（長期の旅行や入院など斟酌すべき事情がある場合には、当該事情の下で合理的と判断される期間内に）報告していれば、損失が生じなかったことを、金融機関が証明したときは、金融機関は当該損失について消費者に返済をする義務を負わない。さらに、消費者がカードその他の口座利用手段を紛失し又は盗難されたことを知った日から 2 営業日以内に（長期の旅行や入院など斟酌すべき事情がある場合には、当該事情の下で合理的と判断される期間内に）紛失又は盗難の事実を報告していれば損失が生じなかったことを、金融機関が証明したときは、金融機関は当該損失について消費者に返済する義務を負わない。しかしこの場合においても、本項に基づく消費者の責任は、

(9) 15 USC §1693g.

500 ドル、又は消費者が紛失又は盗難の事実を知ってから2営業日（又は合理的期間）が経過した後、本項に基づく金融機関への通知をする前に生じた無権限電子資金移動の額を超えてはならない。

(b) 証明責任

無権限電子資金移動についての消費者の責任にかかわる訴訟において、電子資金移動が権限に基づくものであることを証明する責任は金融機関に課される。電子資金移動が権限に基づかない場合には、本条(a)の規定する責任の要件が満たされていること、及び第 1693c 条の施行日以後に当該資金移動がなされた場合には、第 1693c 条(a)(1)及び(2)に基づいて消費者に対して要求される情報提供が同条に従って現実になされたことを証明する責任は金融機関に課される。

(c) 責任制限の決定

無権限電子資金移動、及び第 1602 条(e)の規定する、消費者の口座が過振りとなった場合に信用供与額を拡張するという消費者と金融機関の合意に基づく信用供与額の拡張の双方にかかわる取引については、当該取引に関する消費者の責任制限は、本条のみに基づいて決定される。

(d) 責任限定の決定

本条は、無権限電子資金移動について、他の適用される法律又は金融機関との合意に基づいて消費者が負う責任を超えて、消費者に責任を課すものではない。

(e) 責任の範囲

本条が定めるところを除いて、消費者は無権限電子資金移動から生じる何らの責任も負わない。

法 1643g 条(e)に示される通り、消費者は原則として、無権限電子資金移動について責任を負わないこととされる。消費者の責任が生じるのは、法 1643g 条(a)の要件を満たす場合に限られる。そして、法 1643g 条(a)の要件充足について証明責任を負うのは、消費者の責任を追及する金融機関とされるのである（法 1643g 条(b)）。

また法 1643g 条(a)は消費者の責任の上限を定めるものである。それゆえ、他の法律又は金融機関と消費者の合意により、消費者の責任がより低額に定められている場合には、当該法律の規定又は合意が法 1643g 条(a)に優先することになる（法 1643g 条(d)）。

(3) レギュレーション E 205.6 条

こうして、無権限電子資金移動に関する消費者の責任を定める中心的規定は、法 1643g 条(a)ということになるが、その内容はレギュレーション E 205.6 条⁽¹⁰⁾（以下「規則 205.6 条」とする）においてより詳細に定められている。そこでまず規則 205.6 条の内容を確認しておこう。

第 205.6 条 無権限資金移動に関する消費者の責任

(a) 責任の要件

消費者は、金融機関が 205.7 条(b)(1)、(2)及び(3)に基づいて要求される情報開示を行っていた場合に限り、本条(b)の規定する制限の範囲内において、自らの口座に関する無権限電子資金移動について責任を負う。無権限資金移動が口座利用手段にかかわるときは、当該口座利用手段が〔当該消費者によって〕承認された口座利用手段でなければならない、かつ金融機関が当該口座利用手段の発行を受けた消費者を特定するための手段を提供していなければならない。

(b) 責任額に対する制限

一つ又は一連の無権限電子資金移動に関する消費者の責任は、次のように決定されなければならない。

(1) 適時の通知がなされた場合

口座利用手段の遺失又は盗難を知ってから 2 営業日以内に消費者が銀行に対して通知を行った場合には、当該消費者の責任は 50 ドル又は金融機関に対する通知以前に生じた無権限資金移動の金額の少ない方を超えてはならない。

(2) 適時の通知がなされなかった場合

口座利用手段の遺失又は盗難を知ってから 2 営業日以内に消費者が銀行に対して通知を行わなかった場合には、当該消費者の責任は 500 ドル又は次の合計額の少ない方を超えてはならない。

(i) 50 ドル、又は 2 営業日以内に生じた無権限資金移動の金額の少ない方の金額、及び

(ii) 2 営業日の経過後、金融機関への通知がなされるまでに生じた無権限資金移動の総額。ただし金融機関が、2 営業日以内に通知がなされていれば、当該無権限資金移動が生じなかったことを証明した場合に限る。

(3) 期間計算書；適時の通知がなされなかった場合

(10) 12 CFR §205.6.

消費者は、事後的な〔無権限〕資金移動に関する責任を回避するために、期間計算書に記載された無権限電子資金移動を、金融機関による期間計算書の送達から 60 日以内に報告しなければならない。消費者が報告を懈怠した場合において、消費者の責任は、60 日の経過後、金融機関に対する通知以前に生じた無権限資金移動で、60 日以内に通知があれば生じなかったことを金融機関が証明したものの金額を超えてはならない。無権限資金移動に口座利用手段がかかわる場合には、本条(b)(1)又は(b)(2)の規定するその他の金額について責任を負う。

(4) 期間制限の延長

消費者の金融機関に対する通知の遅れが斟酌すべき事情に基づく場合には、当該金融機関は、本条の期間を合理的な長さに延長しなければならない。

(5) 金融機関に対する通知

- (i) 消費者が適切な情報を金融機関に提供するのに合理的に必要とされる手続をとったときに、金融機関に対する通知がなされたことになる。当該金融機関の特定の従業員又は代理人が現実には当該情報を受領したか否かにかかわらない。
- (ii) 消費者は金融機関に対して、対面で、電話により、又は書面で通知を行うことができる。
- (iii) 消費者が通知を郵送し、又はその他の通常的手段によって通知を金融機関への伝達のために送付した時点で、書面による通知がなされたことになる。消費者の口座から又は消費者の口座に対して無権限資金移動がなされ、又はなされ得ると合理的に信ずべき状況を金融機関が認識した場合には、通知がなされたものと擬制される。

(6) 州法又は合意に基づく責任

州法又は消費者と金融機関の合意によって、本条の定めるよりも少ない責任が課されている場合には、消費者の責任は当該州法又は合意によって課される金額を超えてはならない。

規則 205.6 条(a)は、法 1643g 条(a)を前提としつつ、無権限電子資金移動（無権限資金移動（unauthorized transfers）の語も用いられる）に関する消費者の責任が成立するための要件について規定する。そのうえで、規則 205.6 条(b)は、消費者の責任の上限を、消費者のとった行動に応じて類型化する。まず、消費者の責任の成立要件か

らみていこう。

(4) 消費者の責任の成立要件

消費者の責任が成立する前提として、法 1643g 条(a)項及び規則 205.6 条(a)は、まず、無権限資金移動に用いられたカードその他の口座利用手段 (means of access, access device) が、消費者によって承認された (accepted) ものであることを要求する。ここでいう口座利用手段とは、カード、暗証番号その他消費者の口座を利用する手段であって、当該消費者が電子資金移動を開始するために用いるものをいう⁽¹¹⁾。この口座利用手段の発行・有効化・再発行などが消費者によって要求された場合に、当該利用手段は消費者に承認されたことになる⁽¹²⁾。

法 1643g 条(a)項及び規則 205.6 条(a)の定める第 2 の要件は、カード、暗証番号その他の口座利用手段の発行者である金融機関が、署名、写真、指紋又は電子的・機械的確認手段によって、当該口座利用手段を利用する消費者が利用権限を有することを確認する手段を提供していることである。金融機関が適切な本人確認の手続を提供していることが要件とされるのである。

第 3 に、規則 205.6 条(a)は、法 1643g 条(b)を前提として、金融機関が一定の情報提供を行っていることを要求する。すなわち、消費者の責任の内容の要約、無権限電子資金移動が生じた場合の金融機関への連絡手段及び金融機関の営業日について、金融機関が予め消費者に伝えていることが⁽¹³⁾、消費者の責任が成立するための要件とされる。そして情報提供が現実に行われたことを証明する責任は、金融機関に課されるのである (法 1643g 条(b))。

(5) 消費者の責任の範囲

① 総説——消費者の過失の不考慮

以上の要件が充足された場合について、消費者の責任の上限を画するのが、法 1643g 条(a)及び規則 205.6 条(b)である。これらの規定によれば、消費者の責任の上限は、主として、当該消費者が口座利用手段の紛失・盗難などの無権限電子資金移動に関する事実を、どの程度迅速に金融機関に知らせたのかに依存する⁽¹⁴⁾。その反面として、口座利用手段の管理などに関する消費者の過失は、消費者の責任に影響しないことになる。規則 205.6 条(b)に関する公式解説によれば、例えば消費者による PIN の管理が不適切なものであったとしても、それによって消費者の責任が加重されることは

(11) 12 CFR §205.2(a)(1).

(12) 12 CFR §205.2(a)(2).

(13) 12 CFR §205.7(b)(1), (2)&(3); 15 U.S. Code §1693c (a) (1)&(2).

(14) 12 CFR Appendix, Supplement I to Part 205, Official Staff Interpretations, §205.6 (b) 3.

ないとされる⁽¹⁵⁾。このように消費者の責任の判断に際して、消費者の過失を考慮しないことが、法 1643g 条(a)及び規則 205.6 条(b)の特徴といえる⁽¹⁶⁾。

② 口座利用手段の遺失・盗難に関する適時の通知があった場合

そこで、消費者が無権限電子資金移動に関する事実をどの時点で通知したのかによって、消費者の責任の上限がどのように異なるのかをみていこう。

まず、法 1643g 条(a)及び規則 205.6 条(b)(1)によれば、口座利用手段の遺失・盗難を知った消費者が金融機関に 2 営業日⁽¹⁷⁾以内に通知を行った場合には、責任の上限額は 50 ドルとされる。金融機関に対する通知以前に生じた無権限資金移動の金額が 50 ドルよりも少ない場合には、消費者は当該金額を損失として負担すれば足りる。例えば、月曜日に消費者のカードが盗難され、水曜日に消費者が盗難の事実を知ったとする。当該消費者が金融機関に対して金曜日の 24 時までに盗難の事実を通知した場合、木曜日に 1000 ドルの無権限資金移動があっても、消費者の責任は 50 ドルまでとされる。これに対して木曜日の無権限資金移動が 30 ドルにとどまる場合には、消費者は 30 ドルの損失について責任を負うことになる。

2 営業日という期間は、通知の遅延について斟酌すべき事情（長期の旅行や入院などを含む）が存在する場合には、合理的な長さに延長される（法 1643g 条(a)、規則 205.6 条(4)）。また、消費者が通知をしなかった場合であっても、無権限資金移動がなされ又はなされ得ると合理的に信ずべき状況を金融機関が認識した場合には、通知があったものとみなされる（法 1643g 条(a)(2)、規則 205.6 条(b)(4)）。

③ 口座利用手段の遺失・盗難に関する適時の通知がなかった場合

以上に対して、消費者が 2 営業日以内に金融機関に対して通知を行わなかった場合には、規則 205.6 条(b)(2)に基づき、責任の上限額は 500 ドルに引き上げられる。例えば、月曜日に消費者のカードが盗まれ、同日中に消費者が盗難の事実を知ったとする。金曜日になって当該消費者は盗難の事実を金融機関に報告した場合、消費者は盗難を知ってから 2 営業日以内に（水曜日の 24 時までに）金融機関に通知を行わなかったため、規則 205.6 条(b)(2)に基づく 500 ドルの責任制限が適用されることにな

(15) 12 CFR Appendix, Supplement I to Part 205, Official Staff Interpretations, §205.6 (b) 2.

(16) 立法の経緯について、岩原・前掲注 (3) 97～99 頁。

(17) 2 営業日という期間は、消費者が紛失又は盗難の事実を知った日、及び営業日でない日を含まない。このルールは $2 \times 24 = 48$ 時間として計算され、金融機関の営業時間は考慮に入れられない。消費者が紛失又は盗難の事実を知った時間帯も考慮に入れられない。例えば、消費者が金曜日の午後 6 時に紛失又は盗難を知ったとする。土曜日が営業日であり、日曜日が営業日でない場合、2 営業日という期間は土曜日に開始し、月曜日の 24 時（火曜日の 0 時）の経過をもって終了する（12 CFR Appendix, Supplement I to Part 205, Official Staff Interpretations, §205.6 (b)(1)3）。

る。

もっとも、現実には消費者の責任がいかなる金額になるかは、無権限電子資金移動がいつの時点で行われたのかという事情に依存する。上述の事例において、100ドルの無権限資金移動が火曜日に、600ドルの無権限資金移動が木曜日に行われたとする。消費者は、最初の2営業日中に生じた損失の金額（50ドルを上限とする）及び2営業日の経過後、金融機関への通知を行うまでに生じた無権限資金移動の金額（2営業日以内の通知があれば当該無権限資金移動が生じなかったことを金融機関が証明した場合に限る）について、500ドルを上限として責任を負う。それゆえ、この事例の消費者の責任は500ドルとなる。火曜日の100ドルの資金移動に関する責任額の上限50ドルと、木曜日の600ドルの資金移動の合計額が500ドルを上回るからである。これに対して、600ドルの資金移動が火曜日になされ、100ドルの資金移動が木曜日になされたのであれば、消費者の責任の上限は150ドルとなる。火曜日の600ドルの資金移動のうちの50ドル及び木曜日の100ドルの資金移動の合計額が消費者の負担すべき損失の額だからである⁽¹⁸⁾。

④ 無権限電子資金移動を記載した期間計算書の送付を受けた場合

以上は口座利用手段の遺失・盗難があり、そのことを消費者が認識したことを前提としたルールであるが、これらのルールと重疊的に適用されるのが、期間計算書（periodic statement）に関する法 1643g 条(a)及び規則 205.6 条(b)(3)である。

金融機関が消費者に送付した期間計算書において、遺失し又は盗難された口座利用手段によって無権限資金移動が行われたことが記載されていた場合には、消費者は期間計算書の送付を受けた日から60暦日⁽¹⁹⁾以内に金融機関に対して通知を行わなければならない。60日という期間は、通知の遅延について斟酌すべき事情が存在する場合には、合理的な長さに延長される（法 1643g 条(a)、規則 205.6 条(b)(4)）。

60日以内に通知がなされなかった場合、消費者は、60日の経過後、金融機関に対する通知以前に行われた無権限資金移動について無制限の責任を負担する。もっとも消費者の責任について、金融機関が、60日以内に通知があれば当該無権限資金移動が生じなかったことを証明する必要がある。これに対して、期間計算書送付前に生じた無権限資金移動及び期間計算書送付後60日以内に生じた無権限資金移動に関する消費者の責任は、規則 205.6 条(b)(1)又は(2)に基づいて決定される⁽²⁰⁾。

さらに注意すべきは規則 205.6 条(b)(3)が、同条(b)(1)及び(2)と異なり、口座利用手段

(18) 12 CFR Appendix, Supplement I to Part 205, Official Staff Interpretations, §205.6 (b)(2)1.

(19) 営業日（business day）ではなく、暦日（calendar day）である。

(20) 12 CFR Appendix, Supplement I to Part 205, Official Staff Interpretations, §205.6 (b)(3)1.

の遺失・盗難を前提とする規定ではないことである。それゆえ、口座利用手段の遺失・盗難に関係しない無権限資金移動についても、規則 205.6 条(b)(3)は適用される。消費者が無権限資金移動を記載した期間計算書の送付から 60 日以内に通知をしなれば——期間計算書送付後 60 日以内に生じた無権限資金移動については責任を負わないものの——、60 日の経過後、金融機関に通知をするまでに生じた無権限資金移動については責任を負うことになる。例えば、消費者の口座から、無権限で 200 ドルの資金移動があったとする。消費者がこの無権限資金移動を記載した期間計算書の送付から 60 日以内に金融機関に通知をした場合には、消費者は何らの責任を負わない。しかし、60 日以内に通知がなされず、61 日目に当該消費者の口座からさらに 400 ドルの資金移動が行われた場合、消費者は 400 ドルについて責任を負うことになるのである⁽²¹⁾。

⑤ まとめ

以上をまとめると、電子資金移動法に基づく消費者の責任は、次のように整理される。

無権限電子資金移動の態様	消費者が金融機関に対して通知を行うタイミング	消費者が負担する責任
口座利用手段の紛失又は盗難を原因とする無権限電子資金移動	紛失又は盗難を知ってから 2 営業日以内に通知をした場合。	50 ドル又は無権限資金移動の総額の少ない方の金額
	紛失又は盗難を知ってから 2 営業日が経過した後、口座利用手段を用いてなされた最初の無権限資金移動を表示した期間計算書が届いてから 60 暦日以内に通知をした場合。	500 ドル又は次の合計額の少ない方の金額。 (a) 50 ドル又は 2 営業日以内に生じた無権限資金移動の総額の少ない方の金額、及び (b) 2 営業日の経過後、金融機関への通知があるまでに生じた無権限資金移動の総額（ただし金融機関が、2 営業日以内に通知がなされていれば、当該無権限資金移動が生じなかったであろうことを証明した場合に限る）。
	口座利用手段を用いてなされた最初の無権限資金移動を表示した期間計算書が届いてから 60 暦日が経過した後、通知をした場合。	【60 暦日以内に生じた無権限資金移動について】 500 ドル又は次の合計額の少ない方の金額。 (a) 50 ドル又は 2 営業日以内に生じた無権限資金移動の総額の少ない方の金額、及び (b) 2 営業日の経過後、金融機関への通知があるまでに生じた無権限資金移動の総額（ただし金融機関が、2 営業日以内に通知がなされていれば、当該無権限資金移動が生じなかったであろうことを証明した場合に限る）。 【60 暦日経過後に生じた無権限資金移動について】

(21) 12 CFR Appendix, Supplement I to Part 205, Official Staff Interpretations, §205.6 (b)(3)2.

		金融機関への通知があるまで無制限の責任（ただし金融機関が、60 暦日以内に通知がなされていれば、当該無権限資金移動が生じなかったであろうことを証明した場合に限る）。
口座利用手段の紛失又は盗難に係のない無権限電子資金移動	最初の無権限資金移動を表示した期間計算書が届いてから 60 暦日以内に通知をした場合。	責任なし。
	最初の無権限資金移動を表示した期間計算書が届いてから 60 暦日が経過した後に通知をした場合。	期間計算書が届いてから 60 暦日が経過した後、金融機関に対する通知がなされるまでに生じた無権限資金移動について、無制限の責任。

2. 2. UCC 第4A編

(1) 総説——セキュリティ手続

電子資金移動法が消費者による決済取引を対象とするのに対して、事業者による大口の電子資金移動を念頭に置いた規律を設けるのが UCC 第 4A 編である⁽²²⁾。UCC 第 4A 編は、資金移動に用いられる「セキュリティ手続 (security procedure)」に着目して、無権限の支払指図に関する金融機関と顧客のリスク分担を規律する。UCC 第 4A 編において「セキュリティ手続」は次のように定義される。

第 4A-201 条 セキュリティ手続

「セキュリティ手続」とは、(i)支払指図若しくは支払指図を修正若しくは撤回する連絡が顧客によってなされたものであることを認証し、又は(ii)支払指図若しくは連絡の送信若しくは内容に関する過誤を発見する目的で、顧客と受信銀行の合意により設けられた手続をいう。セキュリティ手続として、アルゴリズムその他のコード、識別文字・識別番号、暗号、コールバック手続その他類似のセキュリティ手段が要求される。支払指図又は連絡に付された署名と、顧客が承認した署名鑑とを比較すること自体は、セキュリティ手続に該当しない。

セキュリティ手続とは、支払指図 (payment order) 若しくはその修正・撤回に関する連絡 (communication) が顧客によってなされたことの認証、又は支払指図若しくは連絡の送信・内容に関する過誤を発見する目的で採用される手続である。重要な

(22) UCC 第 4A 編起草の背景及び議論の変遷について、岩原・前掲注 (3) 104～111 頁。

のは、そのようなセキュリティ手続が顧客と受信銀行の合意によって採用されることである。UCC 第 4A 編は事業者による大口決済を念頭に置くものであり、対等の立場にある受信銀行と顧客に契約自由の原則が妥当することを前提とする。それゆえ、無権限の支払指図や錯誤に基づく支払指図によって生じた損失を受信銀行と顧客のいずれが負担するかについても、受信銀行と顧客の間で、いかなるセキュリティ手続の採用が合意されていたか、また当該セキュリティ手続が合意に基づいて遵守されていたかを基礎として判断されるのである。

(2) 無権限の支払指図に関する顧客の責任

以上を前提として、顧客の授権なしに支払指図が受信銀行に出され、それが実行された場合における受信銀行と顧客の責任に関する UCC 第 4A 編の規定をみていこう。

第 4A-202 条 権限付与のある支払指図及び認証された支払指図

- (a) 受信銀行によって受信された支払指図は、送信者として確認された者が当該支払指図について権限を付与したか、又はその他の形で代理法に基づいて当該指図に拘束される場合に、その者による権限付与のある指図とされる。
- (b) 銀行と顧客が、当該顧客を送信者としてその名において銀行に送信された支払指図の真正性を、セキュリティ手続に従って認証することを合意していたときは、受信銀行によって受信された支払指図は、権限付与の有無にかかわらず、当該顧客の支払指図として有効である。ただし、(i) セキュリティ手続が、無権限支払指図に対する安全性を提供する手段として取引上合理的であり、かつ (ii) 銀行が、善意で、かつセキュリティ手続、及び顧客の名において送信された支払指図の引受けを制限する書面による合意又は顧客の指図を遵守して、支払指図を引き受けたことを証明した場合に限る。銀行は、顧客との書面の合意に反する指示、又は、支払指図を引き受ける前に、銀行がそれ〔通知〕に基づいて行為する合理的な機会を与える時間と方法で受領されなかった通知に従う必要はない。
- (c) セキュリティ手続の取引上の合理性は、顧客が銀行に対して表明した要望、銀行に知れたる顧客の状況（顧客が銀行に対して通常送信する支払指図の規模、種類及び頻度を含む）、顧客に申し出られた代替的なセキュリティ手続、及び同様の状況にある顧客と受信銀行によって一般的に用いられるセキュリティ手続を考慮することによって決定されるべき法律問題である。セキュリティ手続は、次の場合には、取引上合理的であるとみなされる。(i) 銀行が顧客にとって取引上合理的であるセキュリティ手続を申し出たにもかかわらず、顧

客が拒絶した後に、顧客があるセキュリティ手続を選択した場合、及び(ii)顧客が、権限付与の有無にかかわらず、自らの名において送信され、銀行が顧客の選択したセキュリティ手続を遵守して引き受けた全ての支払指図に拘束されることを、書面において明示的に合意していた場合。

- (d) 支払指図が(a)に基づいて顧客による権限付与のある指図とされるか、又は支払指図が(b)に基づいて顧客の指図として有効とされる場合には、本編における「送信者」は、その名において支払指図が送信された顧客を含む。
- (e) 本条は、支払指図に適用されるのと同じ範囲で、支払指図の変更及び撤回に適用される。
- (f) 本条及び第 4A-203 条(a)(1)に定められた場合を除いて、本条及び第 4A-203 条に基づいて生じる権利及び義務は合意によって変更することができない。

① 顧客の権限付与に基づく支払指図——代理法の適用

4A-202 条(a)は、支払指図の有効性が原則として代理法に基づいて決定されることを明らかにする。それゆえ、有効な権限付与のない支払指図は、表見的代理権 (apparent authority) の法理や禁反言 (estoppel) の法理などの適用がない限り無効であり、当該支払指図の実行によって生じた損失は、受信銀行が負担しなければならないことになる (ただし、代位 (subrogation) や原状回復 (restitution) の法理によって、受信銀行が顧客から損失を回復する余地はある) ⁽²³⁾。

しかし代理法に基づく解決によれば、受信銀行が過大な負担を負うことになる。受信銀行には支払指図を送信した者の同一性や権限の有無を確認する術がない場合が多いからである。そこで次にみる通り、4A-202 条は、顧客による権限付与がなくとも、支払指図が有効とされる場合を認める。

② 取引上合理的なセキュリティ手続に従って真正性を認証された支払指図

4A-202 条(b)は、支払指図がセキュリティ手続によって適切にテストされ、そのテストを通過した場合に、その名において指図が送信された者の指図として扱われるものとする ⁽²⁴⁾。4A-202 条(b)は、代理法に基づくことなく、受信銀行が有効なものとして扱うことができる支払指図の類型を明示した規定といえることができる。このような規定が設けられた背後には、取引上合理的といえるセキュリティ手続を用いることによって無権限の支払指図による損失を最もよく回避できるという考え方、そしてそのようなセキュリティ手続の利用を奨励すべきであるという考え方が存在するといえ

(23) Official Comment 1 to §4A-202/203.

(24) Official Comment 1 to §4A-202/203.

る⁽²⁵⁾。

もっともいかなるセキュリティ手続が望ましいかは、当事者の個々の事情に依存する。そこで4A-202条(c)は「取引上の合理性」を判断する際に考慮すべき事柄——顧客が銀行に対して表明した要望、銀行に知れたる顧客の状況（顧客が銀行に対して通常送信する支払指図の規模、種類及び頻度を含む）、顧客に申し出られた代替的なセキュリティ手続、及び同様の状況にある顧客と受信銀行によって一般的に用いられるセキュリティ手続——を列挙している。例えば、非常に多額の支払指図を数多く送信する顧客は、最大限のセキュリティを提供する最先端の技術を用いた手続が提供されると期待するものと考えられるのに対して、それほど頻繁に支払指図を送信しない顧客や、比較的少額の支払指図を送信する顧客にとっては、費用の点で、最先端の技術を用いたセキュリティ手続を利用することは望ましくない。また受信銀行の種類に関して、大規模な銀行に最先端の技術を用いたセキュリティ手続の提供を要求することは合理的であるが、同様の手続を、地方の小規模な銀行に求めることはできない。このように当事者が自らの置かれた状況を勘案して最適なセキュリティ手続を選択することが想定されているのである⁽²⁶⁾。

また4A-202条(c)は、顧客自身があるセキュリティ手続を明示的に選択した場合には、当該セキュリティ手続は取引上合理的なものとみなされることを定める。すなわち、銀行が取引上合理的であるセキュリティ手続を申し出たにもかかわらず、顧客がそれを拒絶し、これに代わるセキュリティ手続を選択した場合、及び顧客が自らの選択したセキュリティ手続に従って受信銀行が引き受けた支払指図に拘束されることを書面において明示的に合意していた場合には、当該セキュリティ手続による認証のリスクを顧客が引き受けているので、当該支払指図の実行によって生じた損失を受信銀行に負わせることはできないのである⁽²⁷⁾。

③ 支払指図の引受けの制限

他方で、顧客は受信銀行が実行できる支払指図に制限をかけることができる。4A-202条(b)(ii)によれば、顧客の名において送信された支払指図の引受けを制限する書面による合意又は顧客による指図があった場合には、受信銀行はそれに従わなければならない。これらの制限は、セキュリティ手続に組み込むこともできるし、セキュリティ手続とは別個の合意又は指図によることもできる。このような支払指図の引受けに対する制限によって、顧客は権限に基づかない支払指図によって生じる損失を受信

(25) Official Comment 3 to §4A-202/203.

(26) Official Comment 4 to §4A-202/203.

(27) Official Comment 4 to §4A-202/203.

銀行に負わせることができるのである⁽²⁸⁾。

(3) 顧客の責任の免除

このように、4A-202 条(b)は、支払指図の有効性を取引上合理的なセキュリティ手続の履践の有無によって決定するとする。取引上合理的なセキュリティ手続による支払指図の認証があれば、当該支払指図から生じた損害は顧客が負担することになる。しかし、この原則に対する例外として、取引上合理的なセキュリティ手続が履践されたにもかかわらず、顧客の責任が否定される場合が存在する。このことを明らかにするのが4A-203 条である。

第 4A-203 条 認証された支払指図を実行できない場合

- (a) 〔受信銀行によって〕引き受けられた支払指図が、第 4A-202 条(a)により、送信者として確認された顧客の権限付与に基づく指図とされないものの、第 4A-202 条(b)により、顧客の指図として有効とされる場合には、次のルールが適用される。
- (1) 明示的な書面による合意により、受信銀行は、当該支払指図に基づく支払いを実行又は保留する権限について、その範囲を制限することができる。
- (2) 顧客が、次の者によって、直接又は間接に支払指図がなされたものではないことを証明した場合には、受信銀行は、支払指図に基づく支払いを実行又は留保する権限を有しない。(i)支払指図又はセキュリティ手続に関していつでも顧客のために行為することを委託されていた者、又は(ii)顧客の送信設備の利用権限を有していた者、若しくはセキュリティ手続を破ることを容易ならしめる情報を顧客の支配する情報源から受信銀行の権限付与なしに得ていた者（どのような方法で情報を取得したか、また顧客に過失があったかにかかわらず）。この情報は、全ての口座利用手段、コンピュータ・ソフトウェアその他同種のものを含む。
- (b) 本条は、支払指図に適用されるのと同じ範囲で、支払指図の変更及び撤回に適用される。

4A-203 条(a)は、4A-202 条(b)の例外として、受信銀行がセキュリティ手続による認証のある支払指図を実行してはならない場合を定める。まず 4A-203 条(a)(1)は、受信銀行が顧客との明示的な書面での合意によって、支払指図の実行・留保の権限を制限できることを定める。そのうえで重要なのが 4A-203 条(a)(2)である。支払指図を送

(28) Official Comment 3 to §4A-202/203.

信したのが、支払指図・セキュリティ手続に関していつでも顧客のために行為することを委託されていた者、又は顧客の送信設備の利用権限を有していた者、若しくはセキュリティ手続を破ることを容易ならしめる情報を顧客の支配する情報源から受信銀行の権限付与なしに得ていた者ではなかったことを、顧客が証明できれば、顧客は責任を免れることができるのである。

取引上合理的なセキュリティ手続を破るためには、手続が作動する仕組みを知り、暗証番号などを知っている必要がある。また支払指図の送信設備にアクセスする必要がある。これらの秘密情報は、顧客が支配する情報源あるいは受信銀行が支配する情報源から獲得され得る。そこで 4A-203 条(a)(2)は、無権限の支払指図を送信した者が、顧客の支配する情報源から、これらの秘密情報を獲得したのでない場合には、顧客が責任を負わないこととしたのである⁽²⁹⁾。その背後には、セキュリティ手続を顧客に提供する受信銀行に損失を課すことで損失を内部化されることが望ましい（銀行にセキュリティ手続の技術向上に関するインセンティブを付与することにもなる）こと、また避け難い損失については銀行による価格への織り込みによって広く顧客全体に分散させられること、などの考慮があるとされている⁽³⁰⁾。UCC 第 4A 編の起草過程で盛んに議論されたのが、この 4A-203 条(a)(2)であり、顧客の免責が認められる範囲が徐々に拡張され、最終的には上述のような広い例外が認められることになったのである⁽³¹⁾。

(4) 受信銀行の責任範囲

顧客の責任が免除される場合、受信銀行は当該支払指図に基づく損失のリスクを負担することになる。この場合の金融機関の責任の範囲について規定するのが、4A-204 条である。

第 4A-204 条 支払の返還及び無権限の支払指図を報告する顧客の義務

- (a) 受信銀行が、顧客を送信者としてその名において送信された支払指図で、(i) 第 4A-202 条に基づいて、権限付与がなく、かつ顧客の指図として有効ともされない支払指図、又は (ii) 第 4A-203 条に基づいて顧客に対して全部または一部を実行できない支払指図を引き受けた場合、当該銀行は、当該顧客から受信した支払指図に基づく全ての支払いについて、支払いを実行する権限を有しない範囲で、返還を行わなければならない、かつ返還される金額について銀行が支

(29) Official Comment 5 to §4A-202/203.

(30) 岩原・前掲注 (3) 110～111 頁。

(31) その経緯について岩原・前掲注 (3) 109～110 頁。

払いを受けた日から払戻しの日までの利息を支払わなければならない。しかし、当該顧客が、当該支払指図を授権されたものでないと判断する通常の注意を怠り、当該指図が引き受けられたこと、又は当該指図について顧客の口座から引落しがなされたことについて銀行から通知を受けてから 90 日を超えない合理的期間内に、関連する事実を銀行に通知することを怠った場合には、当該顧客は返還金額についての利息を銀行から取得することができない。銀行は、顧客が本条に規定する通知を怠ったことを理由として、当該顧客から何らの返済を受ける権利を有しない。

- (b) (a)の定める合理的期間は、第 1-302 条(b)の定める合意によって決定することができるが、それ以外の点について、(a)の定める支払いを返還する受信銀行の義務を合意によって変更することはできない。

まず 4A-204 条(a)が定める通り、受信銀行は、支払指図を実行する権限を有しないにもかかわらず、当該支払指図を実行した場合には、支払った金額を顧客に返還しなければならない。また顧客に返還すべき金額については、利息の支払いが義務付けられる。

このうち利息の支払義務について、4A-203 条(a)は一定の限定をかける。無権限の支払指図の引受け又は当該支払指図に基づく支払いがあった場合、当該事実について顧客は銀行から通知を受けることになる。通知を受けた顧客は、当該支払指図が無権限であるか否かを確認しなければならず、無権限であることが判明した場合には、90 日を超えない合理的期間内に関連する事実を銀行に通知しなければならない。受信銀行が早期に無権限の支払指図があったことを認識できれば、損失の少なくとも一部を、無権限の支払指図を行った者などから回復する可能性も生じる。そこで 4A-203 条(a)は顧客に通知義務を課すのである⁽³²⁾。通知を行うべき合理的期間の長さについては、無権限の支払指図の金額などを考慮して判断されることになる⁽³³⁾。

なお注意すべきは、顧客による通知義務違反の効果が、利息の支払いを受けられなくなることに止まることである。顧客が通知義務を懈怠した場合でも、受信銀行は無権限の支払指図に基づいて支払われた金額の返還義務を負うのである。

(32) Official Comment 2 to §4A-204.

(33) Official Comment 2 to §4A-204.

3. ドイツ法

3. 1. 総説

(1) 検討対象

ドイツ民法は、2009年の改正により、決済サービスに関する詳細な規定（675c条～676c条）を有するに至った。この改正は2007年11月13日の決済サービス指令⁽³⁴⁾（Payment Service Directive (PSD); Zahlungsdiensterichtlinie）を国内法化するものである。以下での検討の中心は、インターネット・バンキングの無権限決済取引に関するドイツ法の状況を紹介することであり、その前提として決済サービス指令の関連規定についても概観する。

また2015年11月25日に、決済サービス指令に代わる第2次決済サービス指令⁽³⁵⁾（PSD2）が成立した。同指令は2016年1月12日に発効し、加盟国には2018年1月13日までの国内法化が義務付けられる（第2次決済サービス指令115条1項）。ドイツにおいても、本稿執筆時点で、第2次決済サービス指令の国内法化に向けた民法改正法案が審議中である。第2次決済サービス指令及びドイツ民法改正法案には従前の法状況に対する重要な改正規定が含まれているので、それらについても、関連する箇所で言及することとする。民法改正を踏まえたドイツ法における議論の展開の検討については、今後の課題としたい。

(34) Directive 2007/64/EC of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on payment services in the internal market amending Directives 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 97/5/EC; Richtlinie 2007/64/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG.

決済サービス指令制定の背景及びその概要については、吉村昭彦＝白神猛「欧州における決済サービスの新たな法的枠組み：決済サービス指令の概要」金融研究28巻1号（2009年）119頁。

(35) Directive 2015/2366/EU of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC; Richtlinie (EU) 2015/2366 des europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG.

第2次決済サービス指令制定の背景及びその概要については、森下哲朗「PSD2（欧州の決済サービス指令2）の概要——我が国の決済法制への示唆」金法2050号（2016年）18頁、石川知弘「欧州の決済サービスに係る新たな法的枠組み（PSD2）の概要とインプリケーション」金法2055号（2016年）22頁。

(2) 決済サービス指令

決済サービス指令において、インターネット・バンキングに関する金融機関の責任に関係する規定は、第4編「決済サービスの提供及び利用に関する権利及び義務」第2章「決済取引への権限付与」に置かれている。決済サービス指令は、決済サービス業者（payment service provider）に該当する者として、銀行指令4条1項(a)が定める銀行、電子マネー指令1条3項(a)が定める電子マネー機関、加盟国の国内法によって決済サービス提供権限が付与された郵便振替取扱機関、決済サービス指令の定める決済サービス機関、欧州中央銀行及び加盟国の中央銀行、加盟国又はその地方自治体を挙げる（決済サービス指令1条1項）。そして決済サービス業者及び支払人が無権限決済取引（unauthorised payment transaction）についていかなる責任を負うかについて、59条（決済取引の権限認証及び実行に関する証拠）、60条（無権限決済取引に関する決済サービス業者の責任）及び61条（無権限決済取引に関する支払人の責任）という3つの規定を設ける。

これらの規定のうち、まず59条及び61条については、決済サービス利用者⁽³⁶⁾が消費者でない場合に、当事者が別段の合意をすることが認められる（決済サービス指令51条1項）。その意味で、59条及び61条は消費者による決済取引を念頭に置くものといえる。

また決済取引が少額である場合（基本契約に基づき個々の決済取引が30ユーロを超えない場合や利用上限額が150ユーロとされる場合など）において、決済手段が匿名で用いられるなどの理由に基づき、決済サービス業者が決済取引に権限付与があったことを証明すべき地位にないときには、決済サービス業者と決済サービス利用者の合意によって59条、60条、61条1項及び2項の適用を排除することが認められる（決済サービス指令53条1項(b)）。少額の決済取引については、安価かつ容易な利用を促進するため、決済サービス業者の責任が緩和されるのである（決済サービス指令前文⁽³⁰⁾）。取引額が限定される場合には、その損失を消費者である支払人に負わせても過大な負担とならず、むしろ決済サービス業者によって安価なサービスが提供されることが支払人にとってメリットになるという考慮に基づくものと考えられる。

決済サービス指令が前提とするこれらの基本的な考え方は、第2次決済サービス指令にも引き継がれている（第2次決済サービス指令61条1項、63条1項(b)）。

(3) ドイツ民法

決済サービス指令を国内法化する2009年改正により、ドイツ民法には、第2編第

(36) 決済サービス利用者とは、支払人又は受取人として決済サービスを利用する自然人又は法人を意味する（決済サービス指令4条10項）。

8 章第 12 節「委任、事務処理契約及び決済サービス」に、新たに第 3 款「決済サービス (Zahlungsdienste)」(675c 条～676c 条) が設けられた⁽³⁷⁾。この体系上の位置づけからもわかる通り、ドイツ法において、決済サービスの実行を目的とする契約は事務処理契約の一種と位置付けられ、委任及び事務処理契約に関する規定が準用される⁽³⁸⁾ (675c 条 1 項)。

ドイツ民法は決済取引 (Zahlungsvorgänge) を、支払人と受取人の間に存在する法律関係にかかわらず、資金の預入れ、移転又は引出しにかかる全ての行為と定義する (675f 条 3 項 1 文)。ここには、銀行口座間の送金、口座引落し、決済カードの利用などが広く含まれることになる。

無権限決済取引に関する支払人と決済サービス業者の責任に関連する中心的規定は、675u 条 (無権限決済取引に関する決済サービス業者の責任)、675v 条 (決済認証手段の不正使用に関する支払人の責任) 及び 675w 条 (認証の証明) である。このうち、675v 条 及び 675w 条 については、決済サービス利用者が消費者 (Verbraucher) でない場合に、決済サービス契約の当事者が、その全部又は一部の適用を排除する合意をすることが認められる (675e 条 4 項)。また少額取引については、一定の条件のもとに 675u 条、675v 条 1 項、2 項及び 675w 条の適用を排除する合意が許容される (675i 条 2 項 3 号)。これらは、決済サービス指令 51 条 1 項及び 53 条 1 項(b)を国内法化するものであり、その内容は、第 2 次決済サービス指令に基づく民法改正法案においても維持されている。

以上を前提として、以下では、無権限決済取引に関する決済サービス業者の責任 (3. 2.)、支払人の責任 (3. 3.)、及び決済取引の認証などに関する証明 (3. 4.) についてみていく。それぞれの箇所では、まず決済サービス指令の規定を紹介したうえで、それに対応するドイツ民法の規定及びその解釈論について検討する。そして現在の議論状況に影響を与えるものと考えられる点について、第 2 次決済サービス指令及びドイツ民法改正法案の規定に言及することとする。

3. 2. 無権限決済取引に関する決済サービス業者の責任

(1) 決済サービス指令

無権限決済取引に関する決済サービス業者の責任について、まず決済サービス指令 60 条の内容を確認しよう。

(37) 2009 年改正以前のドイツ法の状況については、岩原・前掲注 (3) 120～123 頁。

(38) ドイツ法は日本法と異なり委任を無償契約とし (ドイツ民法 662 条)、有償契約には事務処理契約という別個の契約類型を設ける (ドイツ民法 675 条 1 項)。

第 60 条 無権限決済取引に関する決済サービス業者の責任

1. 加盟国は、第 58 条の適用を制限することなく、無権限決済取引の場合に、支払人の決済サービス業者が直ちに無権限決済取引の金額を支払人に返還し、かつ該当する場合には、引落しのあった口座を、無権限決済取引がなければあったであろう状態に回復することを、保障しなければならない。
2. 追加的な金銭的補償は、支払人とその決済サービス業者の間で締結された契約に適用される法に従って決定される。

60 条 1 項は、無権限決済取引について、原則として決済サービス業者が責任を負うことを定める。支払人の口座からの振込みや引落しがあった場合には、決済サービス業者は、その金額を支払人の口座に返還する義務を負うのである。このことを前提として、60 条 2 項は、当事者の合意に基づいて追加的な金銭的補償が認められることを規定する。

(2) ドイツ民法

ドイツ法においては、前述のように、決済サービスの実行を目的とする契約は事務処理契約の一種と位置付けられる。それゆえ、決済サービス業者が当該契約に基づき、支払人による有効な支払指図を実行した場合には、決済サービス業者は支払人に対して費用償還請求権を有することになる（675c 条 1 項・670 条）。

このことを前提として、決済取引が有効な支払指図によらない場合について、675u 条は、次のように規定する。

第 675u 条 無権限決済取引に関する決済サービス業者の責任

無権限決済取引が行われた場合、支払人の決済サービス業者は、支払人に対して費用償還請求権を有しない。決済サービス業者は、支払人に支払金額を遅滞なく返還する義務を負い、かつ支払金額が決済口座から引き落とされた場合には、当該決済口座を、無権限決済取引による引落しが無ければあったであろう状態に回復する義務を負う。

無権限決済取引の場合には、支払人による有効な権限付与がないことから、決済サービス業者は決済取引を実行したとしても費用償還請求権を取得しない。675u 条 1 文はこのことを確認する規定である。

そして、無権限決済取引によって支払人の決済口座から送金又は引落しが行われた

場合、決済サービス業者は支払人に対して、送金の場合には送金した金額を返還し、口座引落しの場合には引落し前の状態に口座を回復する義務を負う（675u 条 2 文）⁽³⁹⁾。675u 条 2 文は決済サービス指令 60 条 1 項を国内法化する規定である⁽⁴⁰⁾。

(3) 第 2 次決済サービス指令及びドイツ民法改正法案

① 第 2 次決済サービス指令

次に、無権限決済取引に関する決済サービス業者の責任に関する第 2 次決済サービス指令及びドイツ民法改正法案の内容についてみていこう。決済サービス指令 60 条を改正するのが、第 2 次決済サービス指令 73 条である。

第 73 条 無権限決済取引に関する決済サービス業者の責任

1. 加盟国は、第 71 条の適用を制限することなく、無権限決済取引の場合に、支払人の決済サービス業者が、直ちに、また遅くとも無権限決済取引を認識し又はその通知を受けた日の次の営業日の終わりまでに、無権限決済取引の金額を、支払人に返還することを、保障しなければならない。ただし支払人の決済サービス業者が、詐害的行為を疑う合理的な理由を有し、当該理由を各国の当局に書面で連絡した場合を除く。該当する場合には、支払人の決済サービス業者は、引落しのあった口座を、無権限決済取引がなければあったであろう状態に回復しなければならない。加盟国は、支払人の決済口座の残高回復の日付が、口座引落しの日付より遅くならないことを、保障しなければならない。
2. 決済取引が決済指図伝達サービス業者を通じて開始された場合には、口座提供決済サービス業者は、直ちに、また遅くとも無権限決済取引を認識し又はその通知を受けた日の次の営業日の終わりまでに、無権限決済取引の金額を、支払人に返還しなければならない。かつ該当する場合には、引落しのあった口座を、無権限決済取引がなければあったであろう状態に回復することを、保障しなければならない。

決済指図伝達サービス業者が無権限決済取引について責任を負う場合には、決済指図伝達サービス業者は、直ちに、口座提供決済サービス業者に対して、

(39) 支払人が商人である場合には、決済サービス業者と支払人が交互計算の合意をしていることも多い。交互計算の合意がある決済口座について無権限決済取引が行われた場合には、支払人は交互計算の補正請求権（Anspruch auf Berichtigung des Kontokorrents）を主張することができる（BT-Drucks. 16/11643 S. 113）。

(40) 675u 条 2 文に基づく支払人の請求権と同様の法的効果を有する請求権（不当利得返還請求権など）の成立は排除される（675z 条 1 文）。決済サービス指令の完全平準化の要請に基づくものである（BT-Drucks. 16/11643 S. 113）。

その請求に基づき、被った損失又は支払人への返還のために支払った金額（無権限決済取引の金額を含む）について補償しなければならない。第72条1項に従い、その権能の範囲において、決済取引が認証され、正確に記録され、口座に記載され、かつ技術的な故障その他の欠陥によって影響されなかったと証明する責任は、決済指図伝達サービス業者に課される。

3. 追加的な金銭的補償は、支払人とその決済サービス業者の間に締結された契約に適用される法、又は該当する場合には支払人と決済指図伝達サービス業者の間に締結された契約に適用される法に従って決定される。

ここでの実質的な改正は2点である。第1に、決済サービス業者が支払人に対して無権限決済取引の金額を返還すべき時期について、決済サービス指令60条1項が「直ちに」とのみ規定するのに対して、第2次決済サービス指令73条1項は「直ちに、また遅くとも無権限決済取引を認識し又はその通知を受けた日の次の営業日の終わりまでに」支払人に返還すべきと規定する。決済サービス業者の返還義務の履行期について、客観的な基準を導入するものといえる。

ただし支払人が詐害的意図をもって行為したこと（act fraudulently）を疑う合理的な理由があり、決済サービス業者が当該理由を各国の当局に対して書面で連絡をした場合には例外が認められる。この点は後述する第2次決済サービス指令74条1項第3サブパラグラフ（決済サービス指令61条2項）に関連するものである。

第2に、第2次決済サービス指令73条2項は、無権限決済取引が決済指図伝達サービス業者（payment initiation service provider）を通じて開始された場合における、口座提供決済サービス業者（account servicing payment service provider）と決済指図伝達サービス業者の責任について規定する⁽⁴¹⁾。口座提供決済サービス業者とは、支払人のために口座を提供し、管理する決済サービス業者である（第2次決済サービス指令4条(17)）。これに対して、決済指図伝達サービス業者とは、第2次決済サービス指令附則I(7)の規定する決済指図伝達サービスを業として行う者である（第2次決済サービス指令4条(18)）。決済指図伝達サービスとは、決済取引利用者の要請に基づいて、当該利用者が他の決済サービス業者に有する口座に関する決済指図を行うことを意味する（第2次決済サービス指令4条(15)）。その具体例としては、インターネット上の取引について、支払人の口座提供決済サービス業者のオンライン・バ

(41) 決済指図伝達サービス業者に関する第2次決済サービス指令の規制内容を概観するものとして、森下・前掲注(35)25～27頁、飯島隆博「『中間的業者』に係る議論の展開——PSD2、データの権利、媒介論」NBL1088号（2016年）57～60頁。

ンキングと商人のウェブサイトを繋ぎ、インターネット上での決済指図の伝達を行うことが挙げられる（第2次決済サービス指令前文⁽²⁷⁾）。決済サービス指令が成立していた時点では想定されていなかった決済サービスの登場に伴い、第2次決済サービス指令は、決済指図伝達サービス業者を適用対象に含め、その法律関係を明確にすることとしたのである（第2次決済サービス指令前文⁽²⁹⁾）⁽⁴²⁾。

第2次決済サービス指令73条2項第1サブパラグラフは、決済取引が決済指図伝達サービス業者を通じて開始された場合に、口座提供決済サービス業者が、直ちに、また遅くとも無権限決済取引を認識し又はその通知を受けた日の次の営業日の終わりまでに、無権限決済取引の金額を、支払人に返還しなければならない（引落しのあった口座を、無権限決済取引がなければあったであろう状態に回復しなければならない）ことを規定する。決済指図伝達サービス業者ではなく、口座提供決済サービス業者が、支払人に対して、73条1項の決済サービス業者と同様の責任を負うのである。そのうえで、第2次決済サービス指令73条2項第2サブパラグラフは、決済指図伝達サービス業者が無権限決済取引について責任を負う場合に、決済指図伝達サービス業者が口座提供決済サービス業者に対して損失等の補償をすべきことを規定する。

このように第2次決済サービス指令は、決済指図伝達サービス業者を通じて無権限決済取引がなされた場合にも、支払人ではなく決済サービス業者側（口座提供決済サービス業者・決済指図伝達サービス業者）が損失について責任を負うことを前提としたうえで、事後的に口座提供決済サービス業者と決済指図伝達サービス業者の間で損失を分担するという法的枠組みを採用する⁽⁴³⁾。消費者である支払人の保護への配慮に基づくものといえる（第2次決済サービス指令前文⁽⁷³⁾）。

② ドイツ民法改正法案

(42) わが国においても、電子決済等代行業者に係る制度整備を主たる内容とする「銀行法等の一部を改正する法律案」が第193国会に提出されている。この法案の前提となった金融審議会・金融制度ワーキング・グループの報告書では、第2次決済サービス指令が立法のモデルとして参照されている（「金融制度ワーキング・グループ報告——オープン・イノベーションに向けた制度整備について」http://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/tosin/20161227-1/01.pdf 6～7頁）。

(43) なお第2次決済サービス指令は、加盟国に対して、決済指図伝達サービス業者に対する免許付与の条件として、専門補償保険への加入その他の保証の確保を求めるべきこととする（第2次決済サービス指令5条2項）。また欧州銀行監督局（European Banking Authority）が専門補償保険その他の保証の最低額の算定基準に関するガイドラインを公表すべきことを定める（第2次決済サービス指令5条4項）。このガイドラインは近日中に公表の予定である（<https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/payment-services-and-electronic-money/guidelines-on-the-criteria-on-how-to-stipulate-the-minimum-monetary-amount-of-the-professional-indemnity-insurance-under-psd2>）。

この第2次決済サービス指令 73 条に対応して、ドイツ民法 675u 条に、3 文から 5 文を付加する改正が提案されている。

改正法案第 675u 条 無権限決済取引に関する決済サービス業者の責任

無権限決済取引が行われた場合、支払人の決済サービス業者は、支払人に対して費用償還請求権を有しない。決済サービス業者は、支払人に支払金額を遅滞なく返還する義務を負い、かつ支払金額が決済口座から引き落とされた場合には、当該決済口座を、無権限決済取引による引落しがなければあったであろう状態に回復する義務を負う。この義務は、遅滞なく、遅くとも、決済取引が無権限であることが決済サービス業者に通知され、又は他の方法で決済サービス業者がその事実を知った日の次の営業日の終わりまでに、履行されなければならない。決済サービス業者が当局に対して支払人の詐欺的行為が存在することを疑わしめる正当な根拠を書面で通知した場合には、詐欺の疑いが確認されなかったときに、決済サービス業者は、第2文に基づく義務を遅滞なく確認し、履行しなければならない。決済取引が決済指図伝達サービス業者を通じてなされた場合には、第2文ないし第4文に基づく義務は、口座提供決済サービス業者に課される。

まず改正法案 675u 条 3 文は、決済サービス業者の返還義務等の履行期について、無権限決済取引に関する決済サービス業者への通知又は決済サービス業者による認識があった日の次の営業日の終わりまでという最長期間（Höchstfrist）を規定する（最長期間内であっても、返還義務などを直ちに履行すべき場合には、履行期が到来する）⁽⁴⁴⁾。

次に改正法案 675u 条 4 文は、支払人による詐欺的行為（betrügerisches Verhalten）を疑わしめる正当な理由が存在し、決済サービス業者がそのことを規制当局に書面で通知した場合には次営業日までという最長期間が適用されないことを明らかにする。そのうえで、決済サービス業者が支払人の詐欺的行為の疑いを証明できなかった場合には、直ちに返還義務を履行しなければならない。これに対して、決済サービス業者が詐欺的行為の疑いの証明に成功した場合には、後述する通り、改正法案 675v 条 3 項 1 号に基づいて返還義務を負わないことになる⁽⁴⁵⁾。

(44) BR-Drucks. 158/17 S. 190.

(45) BR-Drucks. 158/17 SS. 190-191. なお決済サービス業者は規制当局に対して支払人の詐欺的行為の疑いを通知する義務を負うわけではない。決済サービス業者が通知を行わなかった場合

最後に 675u 条 5 文は、決済指図伝達サービス業者を通じて無権限決済取引が行われた場合に関する第 2 次決済サービス指令 73 条 2 項を国内法化する規定である。支払人は、無権限決済取引の原因が口座提供決済サービス業者と決済指図伝達サービス業者のいずれにあるのか知ることができず、証明することもできないことが多い。それゆえ、口座提供決済サービス業者又は決済指図伝達サービス業者が、他方に無権限決済取引の原因があると主張することで返還義務などを免れるという事態を避ける必要がある。そこで 675u 条 5 文は、口座提供決済サービス業者が支払人に対する返還義務などを負うことを明らかにしたのである⁽⁴⁶⁾。

決済サービス業者間の責任の分担は、口座提供決済サービス業者が、決済指図伝達サービス業者に対して有する償還請求権（Regressanspruch）によって解決する。この償還請求権については、改正法案 676a 条 1 項が規定する。

3. 3. 無権限決済取引に関する支払人の責任

(1) 決済サービス指令

次に支払人が無権限決済取引について責任を負う場合と、その責任の範囲についてみていこう。決済サービス指令 61 条は次のように規定する。

第 61 条 無権限決済取引に関する支払人の責任

1. 第 60 条にかかわらず、無権限決済取引が遺失し若しくは盗難された決済認証手段の利用から生じた場合、又は支払人が個人を特定するセキュリティ機能を安全に保管してなかったために、無権限決済取引が決済認証手段の不正使用から生じた場合には、支払人は、150 ユーロを上限額として、当該無権限決済取引に関する損失を負担しなければならない。
2. 支払人が詐欺的意図をもって行為し、又は故意若しくは重大な過失により第 56 条の定める義務を懈怠したことによって無権限決済取引が生じたとき、支払人は当該無権限決済取引に関する全ての損失を負担しなければならない。この場合、本条第 1 項の規定する上限金額は適用されない。
3. 加盟国は、支払人が詐欺的意図をもって行為しておらず、かつ故意で第 56 条の規定する義務を懈怠したわけではない場合について、決済認証手段の個人を

には、次営業日までに返還義務などを履行しなければならないにすぎない。その意味で決済サービス業者による通知は、私法上の間接義務（Obliegenheit）と位置付けられる（S. 191）。

(46) BR-Drucks. 158/17 S. 192.

特定するセキュリティ機能の性質、及び決済認証手段が遺失し、盗難され又は不正使用された状況をとくに考慮して、第1項及び第2項の規定する責任を制限することができる。

4. 支払人が詐欺的意図をもって行為していた場合を除いて、支払人は、第56条第1項(b)に基づく通知をした後に、遺失し、盗難され又は不正使用された決済認証手段の利用から生じた金銭的損失について責任を負わない。
5. 決済サービス業者が、第57条第1項(c)に基づいて、決済認証手段の遺失、盗難又は不正使用を通知するための適切な手段を常時提供していなかった場合には、支払人は、詐欺的意図をもって行為した場合を除いて、当該決済認証手段の利用から生じた金銭的損害について責任を負わない。

決済サービス指令61条1項は、決済認証手段（payment instrument）の利用によって生じた無権限決済取引について、支払人の責任の上限額を規定する。決済認証手段とは、決済取引を開始するために、決済サービス利用者と決済サービス業者の合意に基づき、決済サービス利用者によって用いられる、決済サービス利用者個人を特定する装置（device）又は一連の手続を意味する（決済サービス指令4条23項）。決済認証手段として、有体物（スマートカードやTAN発行機器など）が存在する場合もあれば、そうでない場合もある。

決済サービス指令61条1項は、無権限決済取引が遺失し若しくは盗難された決済認証手段の利用から生じた場合、又は支払人が個人を特定するセキュリティ機能（personalised security features）を安全に保管してなかったために無権限決済取引が決済認証手段の不正使用から生じた場合について、150ユーロを上限とする責任が支払人に課される。支払人の責任を限定することで、消費者である支払人の保護を図る規定といえる。その一方で、支払人が150ユーロまでの責任を負うことは、支払人が決済認証手段の遺失・盗難・不正使用などを決済サービス業者に迅速に通知するインセンティブを有することを意味する（61条4項に基づき、通知後に生じた無権限決済取引について支払人は原則として責任を負わない）。このことによって、無権限決済取引が生じるリスクを削減することが、61条1項の趣旨であると考えられる（決済サービス指令前文(32)）。

なお決済サービス指令61条1項は、無権限決済取引が決済認証手段の不正使用から生じた場合について、支払人が個人を特定するセキュリティ機能を安全に保管してなかったことを支払人の責任の成立要件とする一方で、無権限決済取引が遺失し若しくは盗難された決済認証手段の利用から生じた場合については、個人を特定するセ

セキュリティ機能の保管に関する安全性を要件としない。この点で、ドイツ法について後述する通り、決済サービス指令 61 条 1 項は、性質の異なる複数の責任について規定するものと考えることができる。

次に決済サービス指令 61 条 2 項は、支払人が詐欺的意図をもって行為していた場合や、故意又は重過失により決済取引利用者の義務——決済認証手段をその発行・利用条件に従って利用する義務（決済サービス指令 56 条 1 項(a)）、及び決済認証手段の遺失・盗難・不正使用・無権限利用を知った場合に遅滞なく決済サービス業者に通知する義務（決済サービス指令 56 条 1 項(b)）——に違反した場合について、61 条 1 項の 150 ユーロという上限のない責任を課す。軽過失ではなく、重過失が要求される点に 61 条 2 項の特徴がある⁽⁴⁷⁾。

決済サービス指令 61 条 4 項及び 5 項は、支払人の責任の免除について規定する。4 項は、支払人が決済サービス業者に対して決済認証手段の遺失・盗難・不正使用を通知した場合には、支払人が通知後に発生した損失について責任を負わないことを定める。これに対して 5 項は、支払人が通知を行うための適切な手段を決済サービス業者が提供していなかった場合についての免責を定める。いずれも支払人が詐欺的意図で行為していた場合には、免責が認められないことになる。

(2) ドイツ民法

① 総説——費用償還請求権に代わる損害賠償請求権

以上の決済サービス指令 61 条が、ドイツにおいてどのように国内法化されたのかをみていこう。前述のようにドイツ民法 675u 条は、無権限決済取引について決済サービス業者が支払人に対して費用償還請求権を有しないことを規定し、無権限決済取引に関する損失を原則として決済サービス業者が負担することを定めていた。このことを前提として、支払人が無権限決済取引による損失を負担する場合について規定するのが、ドイツ民法 675v 条である。同条に関して特徴的なのは、支払人の責任の法的性質が損害賠償責任とされることである。675u 条 1 文において費用償還請求権を否定された決済サービス業者は、その代わりとして損害賠償請求権を有することになるのである。

(47) 決済サービス指令 61 条 1 項及び 2 項に基づく支払人の責任について、加盟国は、支払人が詐欺的意図をもって行為しておらず、かつ故意で第 56 条の規定する義務を懈怠したわけではない場合には、責任を限定することが認められる（決済サービス指令 61 条 3 項）。この点に関連して、決済サービス指令 61 条 1 項とドイツ民法 675v 条 1 項 2 文の関係について、後掲注 (60) 参照。

第 675v 条 決済認証手段の不正使用に関する支払人の責任

- (1) 無権限決済取引が遺失し、盗難されその他占有喪失した決済認証手段の利用に基づく場合には、支払人の決済サービス業者は、支払人に対して、無権限決済取引によって生じた損害の賠償を、150 ユーロを限度として、請求することができる。損害が決済認証手段のその他の不正使用によって生じ、かつ支払人が個人を特定するセキュリティ機能を安全に管理していなかった場合も同様とする。
- (2) 支払人は、詐害的意図をもって無権限決済取引を可能とし、又は故意若しくは重大な過失によって、
 1. 第 675l 条の定める義務、又は
 2. 決済認証手段の発行及び利用について合意された条件に違反したことで無権限決済取引を引き起こした場合には、自らの決済サービス業者に対して、無権限決済取引から生じた全損害を賠償する義務を負う。
- (3) 第 1 項及び第 2 項にかかわらず、支払人は、第 675l 条第 2 文に基づく通知後に決済認証手段が利用されたことによって生じた損害を賠償する義務を負わない。決済サービス業者が第 675m 条第 1 項第 3 号に基づく義務を遵守していなかった場合には、支払人は第 1 項の損害を賠償する義務を負わない。支払人が詐害的意図をもって行為していた場合には、第 1 文及び第 2 文は適用されない。

ドイツ民法 675v 条は決済サービス指令 61 条を国内法化する規定であるが、その内容は、決済カードを用いた決済取引に関する従前の法状況に則したものと説明される。2009 年改正以前のドイツ民法 676h 条は「金融機関は、第三者による不正使用でなかった場合に限り、決済カード又はそのデータの使用に基づく費用の償還を請求できる。決済カードがジロー契約（Girovertrag）でないその他の事務処理契約に基づいて発行されるとき、カード発行者について第 1 文が準用される」と規定していた。この規定を前提としつつ、決済カードに関する約款では、カード利用者の責任に関する条項が設けられていた。675v 条は、このような従前の実務の取扱いを、決済認証手段一般に拡張したものと理解されている⁽⁴⁸⁾。

675v 条 1 項及び 2 項は、支払人の損害賠償義務について、3 つの類型を定める。

(48) BT-Drucks. 16/11643 S. 113; Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 2012, Recht der Schuldverhältnisse, §675v Rn 2 [Omlor].

第1に150ユーロを上限とする無過失責任（675v 条1 項1 文）、第2に150ユーロを上限とする過失責任（675v 条1 項2 文）、第3に上限額の限定のない責任（675v 条2 項）である。支払人が無権限決済取引に関して負担する損害賠償責任は、この3 類型に限定される⁽⁴⁹⁾。

次に、これらの責任の免除を定めるのが675v 条3 項である。同項は支払人が675l 条2 文に基づく通知義務を果たした場合（675v 条3 項1 文）及び決済サービス業者が675m 条1 項3 号の義務を果たしていなかった場合（675v 条3 項2 文）に支払人の免責を認める。ただし支払人が詐害的意図をもって行為していた場合には免責が否定されることになる（675v 条3 項3 文）。

以下ではそれぞれの規定について問題となる点をみていくことにしよう。

② 150 ユーロを上限とする無過失責任

(a) 趣旨

まず675v 条1 項1 文が支払人に上限額を限定した無過失責任を課す根拠は、無権限決済取引のリスクを削減することに協力するインセンティブを支払人に付与することに求められる⁽⁵⁰⁾。後述する通り、支払人は、決済認証手段の遺失・盗難などを決済サービス業者に通知した後に生じた損害については、賠償責任を免れる。そこで支払人に150ユーロを上限とする無過失責任を課すことで、迅速な通知を行うインセンティブを付与することとしたのである。さらに、学説上は、支払人に無過失責任が課される根拠について、支払人が決済認証手段の不正使用の原因をコントロールする抽象的可能性を有していたことが必要であるとの見解が主張されている⁽⁵¹⁾。

(b) 要件

675v 条1 項1 文に基づく支払人の無過失責任が成立するには、決済認証手段（Zahlungsauthentifizierungsinstrument）の遺失（Verlust）、盗難（Diebstahl）その他占有喪失（Abhandenkommen）が要件とされる。この点についてまず注意すべきは、

(49) BT-Drucks. 16/11643 S. 113.

(50) BT-Drucks. 16/11643 S. 113.

(51) Staudinger, Kommentar, aa.O. Fn 48 §675v Rn 7 [Omlor] は、このような考え方が Jochen Taupitz, Die zivilrechtliche Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens (1989) に由来するとし、決済サービス指令は Taupitz の見解を採用したと説明する。もっとも Taupitz 論文は、決済カードの不正使用が第三者によるものであることが明白である場合には、カード保有者に無過失責任を課すことはできないとしていた。決済サービス指令 61 条1 項及びドイツ民法 675v 条1 項1 文はこのような例外を設けないが、それに伴う無過失責任の拡張は、証明の困難を回避することと、決済認証手段の不正使用を早期に認識できる立場にあるのは決済サービス利用者であることに基づいて正当化されると説明される（*id.*）。

675v 条 1 項 1 文の適用対象は有体物である決済認証手段（スマートカードや TAN 発行機器など）に限定されるものと理解されていることである。法技術的観点からは、遺失・盗難・占有喪失を観念できるのは有体物に限られるからであると説明される。このことに関連して、インターネット・バンキングでは有体の決済認証手段が用いられることはほとんどない。インターネット・バンキングで用いられる PIN や TAN は情報であって有体物ではなく、また、PIN や TAN を記載した書類やこれらを保存した媒体は有体物であるものの、それ自体は決済認証手段ではないからである。それゆえ、インターネット・バンキングの利用者について 675v 条 1 項 1 文の無過失責任が課されることはない指摘されている⁽⁵²⁾。

675 条 1 項 1 文の適用が有体の決済認証手段に限定される理由について、学説上は、無過失責任の根拠に遡った説明がなされる。前述のように、無過失責任を課す前提として、支払人が決済認証手段の不正使用の原因をコントロールする抽象的可能性が存在したことが必要とされる。PIN や TAN などの個人を特定するセキュリティ機能（die personalisierten Sicherheitsmerkmale）の流出について、支払人はそれを食い止める手立てを有しない場合もある。それゆえ、有体の決済認証手段が存在しない場合には、無過失責任を課す根拠が欠けるとされるのである⁽⁵³⁾。そこで、インターネット・バンキングの利用者に責任を負担させるには、個人を特定するセキュリティ機能の安全な保管を怠っていたことなどの付加的な事情が必要とされることになる⁽⁵⁴⁾。

次に、決済サービス指令 61 条 1 項の文言と比較すると、675v 条 1 項 1 文には「遺失」と「盗難」のほかに「その他占有喪失」という文言が付け加えられていることがわかる。この文言は 2009 年改正の審議に際して連邦参議院（Bundesrat）の段階で挿入された⁽⁵⁵⁾。その理由は「盗難」に該当しない暴力を用いた占有奪取をも 675v 条 1

(52) BT-Drucks. 16/11643 S. 113; Schimansky/Bunte/Lwowski [Hrsg], Bankrechtshandbuch [4. Aufl. 2011] §55 Rn 95, 96 [Maihold]; Staudinger, Kommentar, a.a.O. Fn 48 §675v Rn 8 [Omlor].

(53) Staudinger, Kommentar, a.a.O. Fn 48 §675v Rn 8 [Omlor].

(54) このような理解に基づいて、現在一般に利用されている約款の一部について問題が指摘されている。例えば、ジロカード約款（Bedingungen für die girocard）13.1(1)は「カード保有者がカード又は PIN を遺失したとき（Verliert der Karteninhaber seine Karte oder PIN）」、150 ユーロを上限とする無過失責任をカード保有者に課すことを定める。有体の決済認証手段であるカードが保有者の手許に残っており、PIN のみが流出した場合についても無過失責任を課す限りで、この約款条項は 675v 条 1 項 1 文に反し、一部無効になると解されるのである（675e 条 1 項、307 条 2 項 1 号。Staudinger, Kommentar, a.a.O. Fn 48 §675v Rn 9 [Omlor], Schimansky/Bunte/Lwowski, a.a.O. Fn 52 §55 Rn 99 [Maihold]）。

(55) BR-Drucks. 848/1/08 S. 20.

項1文の適用対象とすることに求められる⁽⁵⁶⁾。もっともこの点については「遺失」概念を柔軟に解釈することで、強盗などの場合をも包摂できるのではないかと指摘されている⁽⁵⁷⁾。いずれにせよ、675v 条1項1文の「その他占有喪失」という文言は、決済サービス指令61条1項の文言に関する疑義を取り除く趣旨であり、同項の解釈を変更するものではないと考えられる。

(c) 効果

675v 条1項は支払人の責任の上限額を150ユーロとする。この上限額は決済認証手段の占有喪失に起因する全ての損害について適用される。無権限決済取引が複数回なされた場合には、全ての取引に基づく損害を合計して150ユーロが上限額とされる⁽⁵⁸⁾。

上限額以外の点について、支払人の責任は損害賠償法の一般ルールに従って判断される⁽⁵⁹⁾。また前述のとおり、支払人が消費者でない場合には、決済サービス契約の当事者の合意によって支払人の責任を加重することが許される（ドイツ民法675e 条4項）。

③ 150ユーロを上限とする過失責任

(a) 趣旨

ドイツ民法675v 条1項1文が無過失責任を規定するのに対して、支払人の過失責任について定めるのが675v 条1項2文である。決済サービス指令61条1項も、無権限決済取引が決済認証手段の不正使用から生じた場合に、個人を特定するセキュリティ機能の安全な保管の欠如を支払人の責任の成立要件としていた。このことを踏まえたうえで、ドイツ民法675v 条1項2文は、支払人の責任が、客観的義務違反に加えて主観的な有責性（Verschulden）を要件とする過失責任であることを明示した規定であると説明される⁽⁶⁰⁾。このような過失責任が支払人に課される趣旨もまた、通知

(56) BT-Drucks. 16/11643 S.158, 169. この点に関連して、支払人が錯誤に基づいて有体の決済認証手段の占有を放棄した場合には、意思に反する占有の喪失がないので、675v 条1項1文は適用されないとする見解が主張されている（Schimansky/Bunte/Lwowski, a.a.O. Fn 52 §55 Rn 96 [Maihold]）。

(57) Staudinger, Kommentar, a.a.O. Fn 48 §675v Rn 10 [Omlor].

(58) この点は675v 条1項1文が「無権限決済取引（nicht autorisierte Zahlungsvorgänge）」を複数形で用いることにも表れている（Staudinger, Kommentar, a.a.O. Fn 48 §675v Rn 17 [Omlor]）。

(59) Schimansky/Bunte/Lwowski, a.a.O. Fn 52 §55 Rn 100 [Maihold]. 例えば決済サービス業者にも過失がある場合には、共同過失（Mitverschulden）の法理が適用される。

(60) この点でドイツ民法675v 条1項2文は、決済サービス指令61条1項よりも支払人の責任の成立を限定するものとなる可能性がある。決済サービス指令61条3項は、各加盟国が国内法化に際して、支払人が被害的意図で行為しておらず、かつ故意で注意義務に違反したわけ

義務を介して無権限決済取引のリスクを削減することに協力するインセンティブを支払人に付与することに求められる⁽⁶¹⁾。

(b) 要件

675v 条 1 項 2 文に基づく損害賠償責任の要件は、決済認証手段のその他の不正使用に加えて、支払人が個人を特定するセキュリティ機能を安全に管理していなかったことである。文言上、支払人の有責性が明示的に要求されているわけではないが、個人を特定するセキュリティ機能を安全に管理しなかったことが、支払人の有責性を基礎づけるものと説明される⁽⁶²⁾。

ドイツ民法 675I 条 1 文は、決済サービス指令 56 条 2 項に対応して「支払人は、決済認証手段の受領後直ちに、個人を特定するセキュリティ機能を無権限者による干渉から保護するための全ての合理的な措置をとる義務を負う」と規定する。PIN や TAN などの無体物（個人を特定するセキュリティ機能）も安全管理義務の対象となる。また 675v 条 1 項 2 文の第 1 の要件である「その他の不正使用 (sonstige missbräuchliche Verwendung)」は、675v 条 1 項 1 文の「遺失、盗難その他の占有喪失」と異なり、有体物の決済認証手段の存在を前提としない。それゆえ、インターネット・バンキングなど有体の決済認証手段が存在しない場合であっても、支払人が PIN や TAN の管理を怠り、それらが不正使用された場合には、150 ユーロを上限として損害賠償責任を負うことになるのである。

なお 675v 条 1 項 2 文に基づく損害賠償責任については、その消極的要件として、675v 条 1 項 1 文の適用がないことが必要とされる。個人を特定するセキュリティ機能の安全管理義務違反が、同時に決済認証手段の遺失、盗難その他の占有喪失にも該当する場合には、675v 条 1 項 1 文が適用され、675v 条 1 項 2 文の適用は排除される⁽⁶³⁾。例えば、決済カードと PIN を記載したメモと一緒に保管し、その双方を紛失した場合には、決済カードの紛失について 675v 条 1 項 1 文に基づく無過失責任のみが成立するのである。

以上に対して、有体物である決済認証手段の遺失、盗難その他の占有喪失がなく、かつ個人を特定するセキュリティ機能の安全管理義務違反もない場合には——後述す

でもない場合に支払人に有利になる形で規定に修正を加えることを許容する（前掲注（47）参照）。それゆえ、支払人の損害賠償責任を本文の意味での過失責任と理解することに差支えないものとされる（Schimansky/Bunte/Lwowski, a.a.O. Fn 52 §55 Rn 102 [Maihold]; Staudinger, Kommentar, a.a.O. Fn 48 §675v Rn 15 [Omlor]）。

(61) Staudinger, Kommentar, a.a.O. Fn 48 §675v Rn 16 [Omlor].

(62) BT-Drucks. 16/11643 S. 113.

(63) Schimansky/Bunte/Lwowski, a.a.O. Fn 52 §55 Rn 103 [Maihold], Staudinger, Kommentar, a.a.O. Fn 48 §675v Rn 12 [Omlor].

る 675v 条 2 項の要件が満たされない限り——損害賠償責任は成立しないことになる。

(c) 効果

675v 条 1 項 2 文の効果は、150 ユーロを上限額として、支払人に損害賠償責任が課されることである。150 ユーロという上限額が、複数の無権限決済取引から生じた全損害を対象とすることなど、675v 条 1 項 1 文の場合と同様の議論が妥当する。

④ 上限額の限定のない責任

(a) 総説

ドイツ民法 675v 条 1 項が 150 ユーロという上限額のある支払人の責任を定めるのに対して、675v 条 2 項は、厳格な要件のもとで、そのような上限額の限定のない責任が支払人に課されることを規定する。675v 条 1 項と 2 項の関係について、ドイツ民法には明示的な規定が存在しないが、決済サービス指令 61 条 2 項 1 文に基づいて、675v 条 2 項は 1 項の特別法であると解釈される。支払人に 675v 条 2 項の損害賠償責任が成立する場合には、675v 条 1 項の責任は成立しないのである⁽⁶⁴⁾。

(b) 要件

① 詐害的意図で無権限決済取引を可能としたこと

675v 条 2 項は、上限額の限定のない損害賠償責任が成立する場合を 2 つに区別する。第 1 に、支払人が詐害的意図で (in betrügerischer Absicht) 無権限決済取引を可能とした場合であり、第 2 に、支払人が故意又は重過失により一定の義務に違反した場合である。

第 1 の場合について、学説上は、詐害的意図概念の中核に、自己又は第三者に違法な財産的利益を図るために、第三者による決済認証手段の不正使用を意図的に装うことがあると説明される⁽⁶⁵⁾。また支払人に詐害的意図があればよいので、無権限決済取引を開始したのが支払人である必要はなく、支払人が第三者を利用する場合にも 675v 条 2 項が適用されることになる⁽⁶⁶⁾。

なお支払人が詐害的意図を有するという第 1 の場合を、故意又は重過失による義務違反という第 2 の場合から独立して議論する意味は、後述する 675v 条 3 項との関係に見出される。675v 条 3 項は支払人の責任免除について定めるが、支払人に詐害的意図があった場合には免責が否定されるからである⁽⁶⁷⁾。

(64) Staudinger, Kommentar, a.a.O. Fn 48 §675v Rn 18 [Omlor].

(65) Staudinger, Kommentar, a.a.O. Fn 48 §675v Rn 21 [Omlor].

(66) Staudinger, Kommentar, a.a.O. Fn 48 §675v Rn 19 [Omlor].

(67) もっとも支払人に故意による義務違反がある場合にも、免責が認められることについては、学説上、疑問も呈されている (Schimansky/Bunte/Lwowski, a.a.O. Fn 52 §55 Rn 158

⑥ 故意又は重過失による義務違反

⑦ 主観的要件——故意又は重過失

支払人が故意又は重過失により一定の義務に違反したために無権限決済取引が引き起こされた場合にも、上限額の定めがない損害賠償責任が支払人に課される。主観的要件のうち故意については、違法な結果を認識し、意図することであるとされる。支払人が無権限決済取引による損害の発生があり得ると考え、これを是認して受け入れた場合には、故意があることになる⁽⁶⁸⁾。

重過失の意義について、決済サービス指令は過失概念の内容を各国法に委ねる（決済サービス指令前文(33)）。それゆえ、何が重過失に該当するかは、各国法に基づいて決定されることになる。ドイツでは、決済認証手段の利用に関する重過失概念を定式化した判決として、連邦通常裁判所 2000 年 10 月 17 日判決⁽⁶⁹⁾が存在する。この事件では、顧客が貯蓄銀行のジーロ口座の EC カードを自宅の机の鍵のかかるケースに保管し、PIN の通知書を他の書類とともに別の部屋の机の引き出しの中に入れていた。顧客が海外旅行をしている間に、EC カードが盗まれ、ジーロ口座から金銭が引き出された。顧客は、PIN の通知書が手つかずのままであったことから、窃盗犯は PIN を自身で解読して不正に預金を引き出したと主張した。以上の事実関係のもとで、連邦通常裁判所は、重過失を一般的に次のように定義した。

「当該取引について要求される注意義務が非常に深刻な形で侵害された場合、すなわち、当然に必要とされる配慮を行わず、当該事例において誰もが思いつく事柄を考慮しなかった場合に、重過失が存在する」。

この重過失概念の定義を前提として、連邦通常裁判所は、顧客がカードと PIN 通知書を別々の場所に保管していたことから、顧客に重過失はないと判断したのである。

重過失概念に関して学説は、深刻な注意義務違反とともに高度の非難可能性が必要とされると説明する。軽過失の場合と比較すると、重過失については問題となる主体に関する個別的事情が特に考慮される点に特徴がある。それゆえ、問題となる支払人の属性（能力や技能）が重過失の判断に際しては重要な役割を果たすことになる⁽⁷⁰⁾。

① 客観的要件——法定の義務又は契約上の義務に違反すること

次に客観的要件として支払人に一定の義務違反が要求される。違反の対象となる義

[Maihold]）。

(68) Staudinger, Kommentar, a.a.O. Fn 48 §675v Rn 22 [Omlor].

(69) BGH, Urteil vom 17. Oktober 2000, XI ZR 42/00, BGHZ 145, 337=WM 2000, 2421.

(70) Schimansky/Bunte/Lwowski, a.a.O. Fn 52 §55 Rn 108 [Maihold]; Staudinger, Kommentar, a.a.O. Fn 48 §675v Rn 23 [Omlor].

務は 675l 条の定める義務（675v 条 2 項 1 号）と決済認証手段の発行及び利用について合意された条件（675v 条 2 項 2 号）であり、前者は法定の義務、後者は契約上の（合意に基づく）義務であることになる。

このうち法定義務については、前述のとおり、675l 条 1 文が、個人を特定するセキュリティ機能を安全に保護すべき義務を規定する。また——後述する支払人の免責との関係で問題となる——675l 条 2 文は「支払人は、決済認証手段の遺失、盗難、不正使用その他の無権限利用を知った後、決済サービス業者又はその指定した主体に対して、遅滞なく通知を行う義務を負う」として、支払人の通知義務を規定する。支払人による通知があると、決済サービス業者は決済認証手段の利用を停止する義務を負う（675m 条 1 項 1 文 4 号）。675l 条 2 文について注意すべきは——675v 条 1 項 1 文と同様に——「遺失」・「盗難」が有体の決済認証手段についてのみ観念できるのに対して⁽⁷¹⁾、「不正使用その他の無権限利用（die missbräuchliche Verwendung oder die sonstige nicht autorisierte Nutzung）」は無体の決済認証手段についても生じ得ることである⁽⁷²⁾。それゆえ、PIN や TAN などを利用した決済認証手段が不正使用されたことを知った場合にも、支払人は通知義務を負うことになる。

以上の法定の義務のほか、675v 条 2 項 2 号は、契約に基づく義務に支払人が違反した場合にも、上限額の限定のない損害賠償責任を負うことを認める。実際、約款においては、支払人の義務が列挙されている⁽⁷³⁾。また支払人がそれらの義務に違反する

(71) Staudinger, Kommentar, aa.O. Fn 48 §675l Rn 16 [Omlor]. なお 675v 条 1 項 1 文と異なり、675l 条 1 文には「遺失」と「盗難」のみが規定され「その他占有喪失」という文言がない。これは連邦参議院において 675v 条 1 項 1 文の文言が改められた際に、併せて 675l 条 1 文の文言が修正されなかったために生じた意図せざる規定の欠缺とされる（Schimansky/Bunte/Lwowski, aa.O. Fn 52 §55 Rn 147 [Maihold]）。

(72) Staudinger, Kommentar, aa.O. Fn 48 §675l Rn 17 [Omlor].

(73) 約款において支払人に課される義務は様々である。個人化されたセキュリティ機能を秘匿する義務や決済認証手段を安全に管理する義務などの一般的な義務に加えて、個人化されたセキュリティ機能を電子的に保存しないこと、個人化されたセキュリティ機能を銀行のウェブサイト以外のウェブサイトに保存しないこと、オンライン・バンキング以外で個人化されたセキュリティ機能を送信しないこと、PIN などと決済認証手段を一緒に保管しないこと、モバイル TAN 手続において TAN の受信のために用いる機器でオンライン・バンキングにアクセスしないこと、取引上通常要求されるセキュリティ（ウイルスソフトなど）をインストールすること、ソフトウェアを定期的に更新すること、などが定められている（電子的手段によるドイチュエバンク利用約款（Bedingungen für den Zugang zur Deutsche Bank Privat- und Geschäftskunden AG über elektronische Medien）7.2、ベルリン貯蓄銀行オンライン・バンキング約款（Berliner Sparkasse, Bedingungen für das Online-Banking）7.2、バーデン・ヴュルテンベルク銀行オンライン・バンキング約款（Baden-Württembergische Bank, Bedingungen für das Onlinebanking）7.2 など）。

ことが重過失に該当する可能性があることも定められている⁽⁷⁴⁾。もっともそのような約款条項はあくまでも重過失認定の可能性のあることを規定するに過ぎず、実際の裁判において重過失が認定されるか否かは支払人の能力などを含む当該事案の具体的事情を総合的に勘案して判断されることになる⁽⁷⁵⁾。

(c) 効果

675v 条 2 項に基づく損害賠償責任には上限額の限定がない。それゆえ支払人の賠償額は損害賠償法の一般ルールに基づいて決定される⁽⁷⁶⁾。決済サービス業者が決済認証手段の不正使用によって第三者に払い戻した金額、あるいは決済サービス業者が無権限支払指図に従って行った送金額が、典型的な損害額ということになる。その限りでは、675v 条 2 項に基づく決済サービス業者の損害賠償請求権は、(675u 条 1 文によって否定される) 費用償還請求権と同様の機能を果たすことになる⁽⁷⁷⁾。

(5) 支払人の責任の免除

(a) 675l 条 2 文の通知義務の履行

以上のようにドイツ民法 675v 条 1 項及び 2 項は、無権限決済取引に関する支払人の責任を定めるが、これらの責任は一定の条件が充たされる場合には免除される⁽⁷⁸⁾。まず 675v 条 3 項 1 文は、支払人が 675l 条 2 文に基づく通知を行った場合には、通知の到達 (Zugang) 後に生じた損害に関して責任を負わないことを規定する。通知が

(74) 電子的手段によるドイチュバンク利用約款 10.2.1(5)、ベルリン貯蓄銀行オンライン・バンキング約款 (Berliner Sparkasse, Bedingungen für das Online-Banking) 10.2.1(5)、パーデン・ヴェルテンベルク銀行オンライン・バンキング約款 (Baden-Württembergische Bank, Bedingungen für das Onlinebanking) 10.2.1(5) など。そこでは、例えば、決済認証手段の遺失・盗難・不正使用等の通知を怠ること、個人化されたセキュリティ機能を電子的に保存すること、個人化されたセキュリティ機能を他人に伝達し、不正使用を助長すること、個人化されたセキュリティ機能をオンライン・バンキング外で E メールなどによって送信すること、個人化されたセキュリティ機能を決済認証手段に記載し、又は両者を一緒に保管すること、などが支払人の重過失を基礎づける可能性があるとされる。

(75) Schimansky/Bunte/Lwowski, a.a.O. Fn 52 §55 Rn 109 [Maihold].

(76) 支払人に重過失等を認定できる場合でも、決済サービス業者が損害の発生に寄与していた場合には、共同過失 (Mitverschulden) が問題となる。決済サービス業者には安全なシステムを構築する義務があるので、システムの安全性が必要とされる水準よりも低い場合には賠償額が減額されるものと解されている (Staudinger, Kommentar, a.a.O. Fn 48 §675v Rn 29, 30 [Omlor])。

(77) Staudinger, Kommentar, a.a.O. Fn 48 §675v Rn 28 [Omlor].

(78) 本文で説明する 675v 条 3 項のほか、676c 条 1 号に基づいて、顧客が影響力を行使できず、適切な注意によってもその結果を避けることができない予見不可能な出来事によって損害が生じた場合にも、顧客は損害賠償責任を負担しないことになる。676c 条 1 号の要件は、不可抗力よりも緩やかであり、天災などのほか、場合によって急病などの自体も包含すると考えられている (Schimansky/Bunte/Lwowski, a.a.O. Fn 52 §55 Rn 159 [Maihold])。

決済サービス業者などに到達した時点で、無権限決済取引に基づく損害発生リスクは支払人から決済サービス業者に移転する。その根拠は、通知による免責を認めることによって、支払人に迅速な通知を促すことに求められる⁽⁷⁹⁾。

675v 条 3 項 1 文は、支払人による通知がなされなかった場合の法的帰結に言及しない。学説上は、675l 条 2 文が、支払人に遅滞なく通知することを義務づけていることから、支払人による無権限決済取引の認識から金融機関への通知に要した時間の長さに応じて、重過失該当性を判断すべきとする見解が主張されている。そして、オンライン・バンキングについては、第三者が短時間のうちに決済認証手段を不正使用できることから、迅速に通知を行うことが支払人に求められることが指摘されている⁽⁸⁰⁾。

(b) 決済サービス業者が 675m 条 1 項 3 号の義務を懈怠していた場合

第 2 に、決済サービス業者が 675m 条 1 項 3 号の義務を懈怠した場合には、支払人は 675v 条 1 項に基づく損害賠償責任を負わない（675v 条 3 項 2 文）。675m 条 1 項 3 号は、決済認証手段を発行する決済サービス業者の義務として、「決済サービス利用者が、合意された方法で、675l 条 2 文に基づく通知を行い、又は 675k 条 2 項 5 文に基づいて〔決済認証手段の〕一時停止を解除することを請求できるように常にしておくこと」を定める。これは決済サービス指令 57 条 1 項(c)を国内法化した規定である。支払人が決済認証手段の不正使用などに気付いても、それを通知したり、決済認証手段の利用を一時的に停止したりする手段が提供されていなかったのであれば、支払人には適切な対応をとることができなかったといえる。それゆえこの場合には、支払人の損害賠償責任が免除されるのである。

(c) 詐害的意図がある場合の例外

以上の支払人の免責の例外が、支払人が詐害的意図をもって行為していた場合である。675v 条 3 項 3 文に基づき、この場合には 675v 条 3 項 1 文及び 2 文が適用されない。その結果、詐害的意図をもって行為した支払人は、上限額の限定のない損害賠償責任を負うことになる。

(79) Staudinger, Kommentar, a.a.O. Fn 48 §675v Rn 31 [Omlor].

(80) Schimansky/Bunte/Lwowski, a.a.O. Fn 52 §55 Rn 154 [Maihold]. Benjamin Geva, *Payment Transactions under the EU Payment Service Directive: A U.S. Comparative Perspective*, 27 PENN ST. INT'L L. REV 713, 730 (2009) も、決済サービス指令 61 条 4 項の解釈として、通知義務違反が重過失を基礎づけるとする。

なお前述のように、オンライン・バンキングに関する約款では、通知義務の懈怠が支払人の重過失を基礎づける可能性があるものの一例として挙げられる（前掲注（74）参照）。

(3) 第2次決済サービス指令及びドイツ民法改正法案

① 第2次決済サービス指令

以上の決済サービス指令 61 条及びドイツ民法 675v 条に関する検討を前提として、次に第2次決済サービス指令及びドイツ民法改正法案の内容についてみていこう。決済サービス指令と比較した場合、第2次決済サービス指令は、無権限決済取引に関する支払人の責任が成立する範囲及びその内容を限定する。このことを明らかにするのが第2次決済サービス指令 74 条である。

第 74 条 無権限決済取引に関する支払人の責任

1. 第 73 条にかかわらず、無権限決済取引が遺失し若しくは盗難された決済認証手段の利用から生じた場合、又は決済認証手段の不正使用から生じた場合には、支払人は、50 ユーロを上限額として、当該無権限決済取引に関する損失を負担しなければならない。

第 1 サブパラグラフは、次の場合には適用されない。

- (a) 決済認証手段の遺失、盗難又は不正使用が決済取引以前に支払人に確知できなかった場合。ただし支払人が詐欺的意図をもって行為していた場合を除く。
- (b) 決済サービス業者又はその業務の外注を受けた主体の被用者、代理人又は支店の作為又は不作為によって損失が生じた場合。

支払人が詐欺的意図をもって行為し、又は故意若しくは重大な過失により第 69 条の定める義務を懈怠したことによって無権限決済取引が生じたとき、支払人は当該無権限決済取引に関する全ての損失を負担しなければならない。この場合、本条第 1 項の規定する上限金額は適用されない。

加盟国は、支払人が詐欺的意図をもって行為しておらず、かつ故意で第 69 条の規定する義務を懈怠したわけではない場合について、決済認証手段の個人を特定するセキュリティ機能の性質、及び決済認証手段が遺失し、盗難され又は不正使用された状況をとくに考慮して、第 1 項及び第 2 項の規定する責任を制限することができる。

2. 支払人の決済サービス業者が強力な顧客認証を要求しない場合には、支払人は何らの金銭的損失を負担しない。ただし支払人が詐欺的意図をもって行為していた場合を除く。受取人又はその決済サービス業者が強力な顧客認証を引き受けなかった場合には、受取人又はその決済サービス業者は、支払人の決済サービス業者に生じた金銭的損失を返還しなければならない。

3. 支払人が詐欺的意図をもって行為していた場合を除いて、支払人は、第 69 条第 1 項(b)に基づく通知をした後に、遺失し、盗難され又は不正使用された決済認証手段の利用から生じた金銭的損失について責任を負わない。

決済サービス業者が、第 70 条第 1 項(c)に基づいて、決済認証手段の遺失、盗難又は不正使用を通知するための適切な手段を常時提供していなかった場合には、支払人は、詐欺的意図をもって行為していた場合を除いて、当該決済認証手段の利用から生じた金銭的損害について責任を負わない。

第 2 次決済サービス指令 74 条は、3 つの点で、決済サービス指令 61 条の内容を修正する。第 1 に、支払人の責任の上限額が 150 ユーロから 50 ユーロに引き下げられる（第 2 次決済サービス指令 74 条 1 項）。EU 域内において統一された高度の利用者保護を実現するには、50 ユーロという金額で十分であるとされたのである（第 2 次決済サービス指令前文(71)）。

第 2 に、第 2 次決済サービス指令 74 条 1 項は、支払人の責任の成立要件を統一化する。決済サービス指令 61 条 1 項は、無権限決済取引が決済認証手段の不正使用による場合には、支払人が個人を特定するセキュリティ機能を安全に保管していなかったことを要件とする一方で、無権限決済取引が遺失し又は盗難された決済認証手段の利用によって生じた場合には、そのような要件を規定していなかった。これに対して、第 2 次決済サービス指令 74 条 1 項は、無権限決済取引が決済認証手段の不正使用から生じた場合についても、個人を特定するセキュリティ機能の安全な保管を要件としないのである。

他方で、決済サービス指令 74 条 1 項は——無権限決済取引が遺失し又は盗難された決済認証手段の利用によって生じたか、決済認証手段の不正使用から生じたかにかかわらず——支払人が無権限決済取引以前に決済認証手段の遺失、盗難又は不正使用を認識できなかった場合には、支払人が無権限決済取引に関する責任を負わないものとする（第 2 サブパラグラフ(a)。ただし支払人が詐欺的意図をもって行為していた場合を除く）。その結果、支払人の責任の成否は、決済認証手段の遺失、盗難又は不正使用の認識可能性の有無に基づいて判断されることになる。この点で、第 2 次決済サービス指令 74 条 1 項は、決済サービス指令 61 条 1 項よりも、支払人の責任の成立を限定するものと考えられる。さらに、決済サービス業者などの被用者・代理人などの作為又は不作為によって損失が生じた場合にも、支払人が免責されることが明らかにされる（第 2 次決済サービス指令 74 条 1 項第 2 サブパラグラフ(b)）。

第 3 に、第 2 次決済サービス指令は、強力な顧客認証手続（strong customer

authentication) という概念を設ける。これは、複数の要素のうちの1つを破られても認証データの機密性が保護されるように設計された、利用者のみが有する知識、利用者のみが所有するもの及び利用者の属性という3つの類型に属する複数の要素を組み合わせた認証手続のことである（第2次決済サービス指令4条30）。第2次決済サービス指令74条2項は、支払人の決済サービス業者が強力な顧客認証手続を採用していない場合には、支払人が無権限決済取引に関する金銭的損失を負担しないことを定める（ただし支払人が詐害的意図をもって行為していた場合を除く）。また受取人又はその決済サービス業者が強力な顧客認証を採用していなかった場合には、受取人又はその決済サービス業者が支払人の決済サービス業者に生じた金銭的損失を返還しなければならないこととするのである。

② ドイツ民法改正法案

以上の第2次決済サービス指令74条1項を国内法化するために、ドイツ民法675v条の改正が予定されている⁽⁸¹⁾。

改正法案第675v条 決済認証手段の不正使用に関する支払人の責任

- (1) 無権限決済取引が遺失し、盗難され、その他占有喪失した決済認証手段の利用に基づく場合、又は決済認証手段のその他の不正利用に基づく場合には、支払人の決済サービス業者は、それによって生じた損害の賠償を、50ユーロを限度として請求することができる。
- (2) 次の場合には、支払人は第1項に基づく責任を負わない。
 1. 支払人が無権限決済取引以前に決済認証手段の遺失、盗難、占有喪失又はその他の不正利用を認知することができなかった場合、又は、
 2. 決済認証手段の遺失が、決済サービス業者又は決済サービス業者の業務の外注を受けた主体の被用者、代理人又は支店によって引き起こされた場合。
- (3) 第1項及び第2項にかかわらず、次の場合には、支払人は、決済サービス業者に対して、無権限決済取引によって生じた全損害を賠償する義務を負う。
 1. 支払人が詐害的意図をもって行為していた場合、又は、
 2. 支払人が故意又は重大な過失により、
 - a) 675l条の定める義務、又は、

(81) なお改正法案では、「決済認証手段」を意味する現行法の Zahlungsauthentifizierungsinstrument の語が Zahlungsinstrument に変更されている。これは形式的な文言の修正にすぎず、内容面での変更はないものと説明される（BR-Drucks. 158/17 S. 168）。

- b) 決済認証手段の発行及び利用について合意された条件に違反して損害を生じさせた場合。
- (4) 第1項及び第3項にかかわらず、次の場合には、支払人は決済サービス業者に対し、損害を賠償する義務を負わない。
1. 支払人の決済サービス業者が決済サービス監督法第1条第24項の強力な顧客認証手続を要求しない場合、又は、
 2. 受取人又はその決済サービス業者が決済サービス監督法第1条第24項の強力な顧客認証手続を引き受けない場合。
- 第1文は、支払人が詐欺的意図をもって行為していた場合には、適用されない。第1文第2号の場合、強力な顧客認証手続を採用しない者は、支払人の決済サービス業者に対して、それによって生じた損害を賠償する義務を負う。
- (5) 第1項及び第3項にかかわらず、支払人は、第675l条第1項第2文に基づく通知後に決済認証手段が利用されたことによって生じた損害を賠償する義務を負わない。決済サービス業者が第675m条第1項第3号に基づく義務を遵守していなかったとき、支払人は第1項の損害を賠償する義務を負わない。支払人が詐欺的意図をもって行為していた場合には、第1文及び第2文は適用されない。

第2次決済サービス指令74条について述べたところを前提として、ドイツ民法675v条の改正内容として特に重要なのが、支払人の損害賠償責任が決済認証手段の遺失などに関する支払人の認識可能性に依存するという点である。前述のように、現行のドイツ民法675v条1項は、決済認証手段の遺失、盗難その他の占有喪失があった場合の支払人の無過失責任（1文）と、決済認証手段の不正利用に関する過失責任（2文）を規定したものと理解されてきた。これに対して改正法案675v条1項では、個人化されたセキュリティ機能の安全な管理が要件から除外されたので、支払人の損害賠償責任を、無過失責任と過失責任に区別する根拠は失われる（支払人の損害賠償責任の要件として個人化されたセキュリティ機能の管理の安全性の欠如が要求されない点については、前述のアメリカ法の状況（2.1.(5)①参照）との類似性を指摘することもできる）。

他方で、無権限決済取引以前に決済認証手段の遺失、盗難、占有喪失又はその他の不正利用の認知可能性がなかった場合には、支払人は損害賠償責任を負わないものとされる（改正法案675v条2項1号）。改正法案675v条1項に基づく支払人の損害賠

償責任の成否は、この意味での支払人の過失の有無に依存することになる⁽⁸²⁾。

また支払人の認知可能性は個々の無権限決済取引ごとに判断される。ある決済認証手段によって複数の無権限決済取引が生じた場合、それぞれの無権限決済取引について、認知可能性の有無が確認されなければならないのである⁽⁸³⁾。

なお改正法案 675v 条 2 項 2 号は、決済認証手段の遺失が決済サービス業者の被用者などによって引き起こされた場合に、支払人が損害賠償責任を負わないことを規定する。この場合には、支払人が決済認証手段の遺失を認識可能であったか否かを問題とすることなく、支払人の免責が認められる⁽⁸⁴⁾。

3. 4. 決済取引の認証などに関する証明

(1) 決済サービス指令

決済取引に関する権限付与などについて争いが生じた場合には、誰が何を証明する責任を負うかが重要な問題となる。この点に関連するのが、決済サービス指令 59 条である。

第 59 条 決済取引の認証及び実行に関する証拠

1. 加盟国は、決済サービス利用者が、実行された決済取引に権限を付与したことを否定し、又は決済取引が適切に実行されなかったと主張する場合、決済取引が認証され、正確に記録され、口座に記載され、かつ技術的な故障その他の欠陥によって影響されなかったと証明することを、決済サービス業者に要求しなければならない。
2. 決済サービス利用者が実行された決済取引に権限を付与したことを否定する場合、決済認証手段の利用が決済サービス業者に記録されていたこと自体は、決済取引が支払人によって権限を付与されたこと、又は支払人が詐害的意図をもって行為し、若しくは故意若しくは重大な過失によって第 56 条の定める支払人の義務を怠ったことを証明するのに十分ではない。

(82) BR-Drucks. 158/17 S. 193. なお、第 2 次決済サービス指令 74 条 1 項第 2 サブパラグラフ(a)によれば、支払人が詐害的意図をもって行為していた場合には、認知可能性の不存在を抗弁として主張できないこととされる。しかしこの場合、支払人は 50 ユーロを上限額とする責任ではなく、上限額の限定のない責任を負うことになる。それゆえ、この点に関する国内法化は不要とされる (BR-Drucks. 158/17 S. 194)。

(83) BR-Drucks. 158/17 S. 193. 決済認証手段の遺失などから時間が経過すればするほど、支払人の認知可能性を認定しやすくなるものと考えられる。

(84) BR-Drucks. 158/17 S. 194.

決済サービス指令 59 条は、実行された決済取引に対する権限付与を決済サービス利用者が否定した場合について、決済サービス業者が最低限度証明しなければならない事項を定める⁽⁸⁵⁾。すなわち、決済サービス業者は、問題となる決済取引が認証され、正確に記録され、口座に記載され、かつ技術的な故障その他の欠陥によって影響されなかったことを証明しなければならないものとされる（決済サービス指令 59 条 1 項）。

決済サービス指令の立案過程では、当初、非常に詳細な証明責任の配分に関する規定が提案されていた⁽⁸⁶⁾。しかし、その内容について加盟国の過半数の賛同を得ることも、ヨーロッパ議会の同意を得ることもできなかった。そこで最終的には、国内の証明責任の分担に関する法理を変更することなく、決済サービス業者に最低限証明を求める事柄を規定することに落ち着いたのである⁽⁸⁷⁾。

このことを前提として、決済サービス指令 59 条 2 項についても、決済認証手段の利用の記録が決済サービス利用者の責任の判断に関する重要な判断要素ではあるものの、反証可能な推定を導くわけでも、証明責任の転換をもたらすわけでもないことを明らかにした規定であると説明される⁽⁸⁸⁾。

(2) ドイツ民法

決済サービス指令 59 条を受けて、ドイツ民法 675w 条は次のように規定する。

第 675w 条 認証の証明

実行された決済取引への権限付与について争いが生じた場合、決済サービス業者は、認証が行われ、決済取引が正常に記録され、口座に記入され、かつ故障によって影響されなかったことを証明しなければならない。決済サービス業者が特定の決済認証手段（個人を特定するセキュリティ機能を含む）の利用を手續によって確認した場合には、認証が行われたことになる。決済取引が決済認証手段を用いて開始されたとき、決済サービス業者による決済認証手段の利用（認証を含む）を記録することだけでは、次のことを証明するのに十分ではない。

1. 支払人が決済取引に権限を付与したこと、
2. 支払人が詐害的意図をもって行為していたこと、

(85) BT-Drucks. 16/11643 S. 115.

(86) Kommissionsvorschlag vom Dezember 2005 (KOM(2005) 603 endg). Artikel 48.

(87) Ratsgruppen-Arbeitsdokument Nr. 3 vom Mai 2006; BT-Drucks. 16/11643 SS. 114-115.

(88) Geva, *supra* note 80, at 727-728.

3. 第 675l 条の義務に違反したこと、又は
4. 故意又は重大な過失により、決済認証手段の発行及び利用に関する条件に違反したこと。

決済サービス指令 59 条と同様に、ドイツ民法 675w 条 1 項は、決済取引の権限付与について争いが生じた場合において、決済サービス業者が最低限証明しなければならない事柄を定める⁽⁸⁹⁾。さらに、決済取引が決済認証手段によって開始された場合において、決済サービス業者が費用償還請求権を主張するために決済取引への権限付与を証明し（675w 条 3 文 1 号）、又は損害賠償請求権を主張するために支払人の許害的意図や注意義務違反などを証明するには（675w 条 3 文 2 号～4 号）、単に決済認証手段の利用が記録されていることだけでは足りないことが明らかにされている。

このほか、誰が証明責任を負担するかについては、証明責任に関する一般のルールが妥当する。この点で重要なのが、表見証明（Anscheinsbeweis）の法理の適用の有無である⁽⁹⁰⁾。通説は、675w 条 3 文によって表見証明の法理が一般的に排除されることはないとする⁽⁹¹⁾。ただし、最も重要な問題である重過失の認定に関しては、重過失が当該主体の主観的事情を考慮した概念であることに加え、セキュリティ技術の発展の速さから表見証明を基礎づける事実の定型性を見出すことは困難であると指摘されている。その結果、実際に表見証明の法理が決済サービス業者に有利な形で適用されることは殆どないと指摘されている⁽⁹²⁾。

(3) 第 2 次決済サービス指令及びドイツ民法改正法案

① 第 2 次決済サービス指令

以上の決済サービス指令 59 条を踏襲しつつ、第 2 次決済サービス指令 72 条は、主として 2 点の修正を加える。

第 72 条 決済取引の認証及び実行に関する証拠

1. 加盟国は、決済サービス利用者が、実行された決済取引に権限を付与したことを否定し、又は決済取引が適切に実行されなかったと主張する場合、決済取引が認証され、正確に記録され、口座に記載され、かつ技術的な故障その他の欠陥によって影響されなかったと証明することを、決済サービス業者に要求し

(89) 675w 条 2 文は決済サービス指令 4 条 19 項（「認証」の定義規定）に対応する規定である。

(90) 従前の法状況に関して、川地宏行「カードの不正使用と証明責任をめぐるドイツ判例法理の展開」クレジット研究 25 号（2001 年）136 頁。

(91) Schimansky/Bunte/Lwowski, a.a.O. Fn 52 §55 Rn 165 [Maihold].

(92) Schimansky/Bunte/Lwowski, a.a.O. Fn 52 §55 Rn 166-168 [Maihold].

なければならない。

決済取引が決済指図伝達サービス業者を通じて開始された場合には、その権能の範囲において、決済取引が認証され、正確に記録され、口座に記載され、かつ技術的な故障その他の欠陥によって影響されなかったと証明する責任は、決済指図伝達サービス業者に課される。

2. 決済サービス利用者が実行された決済取引に権限を付与したことを否定する場合、決済認証手段の利用が決済サービス業者（該当する場合には、決済指図伝達サービス業者を含む）に記録されていたこと自体は、決済取引が支払人によって権限を付与されたこと、又は支払人が詐欺的意図で行為し、若しくは故意若しくは重大な過失によって第 69 条の定める支払人の義務を怠ったことを証明するのに十分ではない。決済サービス業者（該当する場合には、決済指図伝達サービス業者を含む）は、決済サービス利用者の詐欺的意図又は重大な過失を証明するための補助証拠を提出しなければならない。

まず、第 2 次決済サービス指令の適用対象に決済指図伝達サービス業者が含まれたことを受けて、72 条 1 項は、決済指図伝達サービス業者を通じた決済取引について争いが生じた場合に証明すべき事項を規定する。この場合、決済指図伝達サービス業者は、その権能の範囲内で、決済取引が認証され、正確に記録され、口座に記載され、かつ技術的な故障その他の欠陥によって影響されなかったと証明しなければならないとされる。なお、無権限決済取引について支払人に責任を負うのは、決済指図伝達サービス業者ではなく、口座提供決済サービス業者であるので、決済指図伝達サービス業者による証明が問題となるのは、主として口座提供決済サービス業者に対する補償義務との関係であると考えられる（第 2 次決済サービス指令 73 条 2 項第 2 サブパラグラフ 2 文も参照）。

また第 2 次決済サービス指令 72 条 2 項は、決済サービス業者（該当する場合には、決済指図伝達サービス業者を含む）が、決済サービス利用者の詐欺的意図又は重大な過失を証明するための補助証拠（supporting evidence）を提出しなければならないことを定める。決済サービス指令 59 条 2 項の趣旨を踏まえて、決済サービス業者が支払人の責任を基礎づける証拠を提出すべきことが明らかにされたのである。

② ドイツ民法改正法案

このような第 2 次決済サービス指令 72 条に対応して、ドイツ民法 675w 条についても、次のような改正が予定されている。

改正法案第 675w 条 認証の証明

実行された決済取引への権限付与について争いが生じた場合、決済サービス業者は、認証が行われ、決済取引が正常に記録され、口座に記入され、かつ故障によって影響されなかったことを証明しなければならない。決済サービス業者が特定の決済認証手段（個人を特定するセキュリティ機能を含む）の利用を手續によって確認した場合には、認証が行われたことになる。決済取引が決済認証手段を用いて開始されたとき、決済サービス業者（該当する場合には、決済指図伝達サービス業者を含む）による決済認証手段の利用（認証を含む）を記録することだけでは、次のことを証明するのに十分ではない。

1. 支払人が決済取引に権限を付与したこと、
2. 支払人が詐欺的意図をもって行為していたこと、
3. 第 675l 条第 1 項の義務に違反したこと、又は
4. 故意又は重大な過失により、決済認証手段の発行及び利用に関する条件に違反したこと。

決済サービス業者は、決済サービス利用者の詐欺的意図、故意又は重大な過失を証明するために、補助証拠を提出しなければならない。

改正法案 675w 条 3 文については、決済指図伝達サービス業者を通じて無権限決済取引がなされた場合に支払人に対する返還義務などを負うのが口座提供決済サービス業者であることとの関係で意味を有すると説明される。口座提供決済サービス業者が支払人に対する返還義務などを免れるには、決済指図伝達サービス業者の支配領域に属する事実についても証明しなければならない場合があるとされるのである⁽⁹³⁾。

なお第 2 次決済サービス指令 74 条 2 項に基づき、口座提供決済サービス業者が決済指図伝達サービス業者に対して償還請求をする場合については、決済指図伝達サービス業者が決済取引の認証や記録の正確さなどについて証明責任を負う。このことは改正法案 676a 条 2 項及び 3 項に規定されている。

(93) BR-Drucks. 158/17 S. 196.

第3章 金融商品の取引における金融機関の説明義務

——最近の裁判例を素材にして——

山 田 誠 一

1 はじめに

1990年代、変額保険取引またはワラント取引をした顧客が金融機関に対して、取引により生じた損失についての損害賠償を求めた訴訟が、多数提起された⁽¹⁾。そのなかで、変額保険取引をした顧客が金融機関に対して、取引により生じた損失についての損害賠償を求めた訴訟において、金融機関の説明義務違反を認め過失相殺をしたうえで原告の請求を一部認容した原判決に対する上告を棄却した最高裁判決（最判平成8年10月28日金融法務事情1469号49頁②事件）⁽²⁾がある。このような状況を背景にして、金融商品の販売等に関する法律が成立した（平成12年法律101号）⁽³⁾。

その後、オプション取引をした顧客が金融機関に対して、取引により生じた損失についての損害賠償を求めた訴訟において、金融機関の適合性原則違反を認め過失相殺をしたうえで原告の請求を一部認容した原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した最高裁判決（最判平成17年7月14日民集59巻6号1323頁）⁽⁴⁾がある。この頃、証券

-
- (1) この時期の研究として、例えば、磯村保＝神崎克郎＝森田章＝森本滋＝山田誠一「（座談会）証券会社の投資勧誘と自己責任原則」民商法雑誌113巻4＝5号477頁、川濱昇「ワラント勧誘における証券会社の説明義務」民商法雑誌113巻4＝5号633頁、および、潮見佳男「説明義務・情報提供義務と自己決定」判例タイムズ1178号9頁がある。また、山田誠一「勧誘規制」ジュリスト1139号42頁、同「金融取引における説明義務」ジュリスト1154号21頁も参照。
- (2) 本判決については、例えば、潮見佳男「変額保険の募集における説明義務」『民法の基本判例（第2版）』（1999年、有斐閣）106頁、瀬川信久「一連の変額保険判決について」判例タイムズ933号75頁がある。
- (3) 金融商品の販売等に関する法律については、例えば、神田秀樹「金融インフラ3法について——金融商品販売法を中心として」月刊資本市場181号74頁、山田誠一「金融商品の販売等に関する法律の成立」金融法務事情1590号6頁、および、同「金融商品の販売等に関する法律」江頭憲治郎＝岩原紳作編『あたらしい金融システムと法（ジュリスト増刊）』（2000年、有斐閣）13頁を参照。
- (4) 宮坂昌利「判例解説」『最高裁判所判例解説民事篇平成17年度（下）』361頁参照。また、本判決については、例えば、潮見佳男「証券取引における適合性原則違反と不法行為の成否」金融法務事情1780号71頁、黒沼悦郎「証券会社の適合性原則違反と不法行為」ジュリスト

取引法等の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律（平成18年法律66号）によって、金融商品の販売等に関する法律の一部が改正された⁽⁵⁾。

その後、デリバティブ取引をした顧客が金融機関に対して、取引により生じた損失についての損害賠償を求める事件が多数起きた⁽⁶⁾。そのようななか、金利スワップ取引をした顧客が金融機関に対して、取引により生じた損失についての損害賠償を求めた訴訟において、金融機関の説明義務違反はあったとはいえないと判断し、原告の請求を棄却した最高裁判決（最判平成25年3月7日金融法務事情1973号94頁①事件）⁽⁷⁾がある。

また、最近、毎月分配型投資信託の受益権を購入した顧客が、投資信託委託者および受益権を販売した金融機関に対して、その取引により生じた損失についての損害賠償を求めた訴訟について、東京高判平成27年1月26日金融法務事情2015号109頁⁽⁸⁾は、投資信託委託者と受益権を販売した金融機関の説明義務違反を認め過失相殺

1313号119頁がある。

- (5) 金融商品の販売等に関する法律の一部改正については、例えば、池田和世「金融商品販売法の改正の概要」金融法務事情1779号49頁、同「金融商品販売法の改正」商事法務1782号16頁参照。また、山田誠一「第2章 改正金融商品販売法における説明義務と適合性の原則」『銀行取引をめぐる消費者保護の現代的展開（金融法務研究会報告書15）』（2008年、金融法務研究会）15頁も参照。
- (6) このうち、一般社団法人全国銀行協会のあっせん委員会における紛争解決については、神作裕之「第6章 金融 ADR と銀行取締役の善管注意義務」『金融商品の販売における金融機関の説明義務等（金融法務研究会報告書24）』（2014年、金融法務研究会）133-136頁参照（また、ここでは、平成24年度、新規申立ての業務分類別内訳において、デリバティブ取引関係が512件（63.6%）であり、そのうち為替デリバティブ取引関係が494件であり大半を占めていることが紹介されている）参照。また、森下哲朗「デリバティブ商品の販売に関する法規制のあり方」金融法務事情1951号6頁、和仁亮裕「デリバティブ取引と紛争解決」金融法務事情1951号28頁、および、「（座談会）デリバティブ取引に関する裁判例を考える（上・中・下）」金融法務事情1984号66頁・1985号44頁・1986号72頁を参照。
- (7) 本判決については、例えば、青木浩子「ヘッジ目的の金利スワップ契約と銀行の説明義務」NBL1005号30頁、および、加藤新太郎「固定金利と変動金利を交換してその差額を決済するという金利スワップ取引に係る契約における銀行の説明義務」金融・商事判例1431号8頁がある。また、本判決とほぼ同様に、金利スワップ取引をした顧客が金融機関に対して、取引により生じた損失についての損害賠償を求めた訴訟において、金融機関の説明義務違反はあったとはいえないと判断し、原告の請求を棄却した最判平成25年3月26日金融法務事情1973号94頁②事件がある。
- (8) 本判決については、例えば、青木浩子「毎月分配型投資信託の販売につき説明義務違反を否定した事例」金融法務事情2016号6頁がある。なお、本判決に対して、上告および上告受理申立てがされたが、最高裁第二小法廷は、平成27年9月16日、上告棄却および上告不受理の決定をした（角田美穂子「投資信託の販売・勧誘に関する私法上の問題」金融法研究32号76頁参照）。

をしたうえで原告の請求を一部認容した第1審判決⁽⁹⁾を取り消し、原告の請求を棄却した。

そこで、本報告では、まず、金融商品の取引における金融機関の説明義務等の問題を検討するうえで基本となる変額保険取引に関する前掲・最判平成8年10月28日、および、オプション取引に関する前掲・最判平成17年7月14日について、検討することとする(2)。そのうえで、金融商品の取引における金融機関の説明義務等の問題に関する事件として最近注目を集めた金利スワップ取引に関する前掲・最判平成25年3月7日、および、毎月分配型投資信託に関する前掲・東京高判平成27年1月26日について、検討することとする(3)。これらを通して、金融商品の取引における金融機関の説明義務等の問題を、どのように考えるべきかを検討することとしたい。なお、本報告で検討する問題については、既に、前田重行「第2章 金融機関の投資勧誘における適合性原則および説明義務について」『金融商品の販売における金融機関の説明義務等(金融法務研究会報告書24)』(2014年、金融法務研究会)27-83頁があり、多数の裁判例を取り上げて詳細周到な検討を行なっているが、これに対して、本報告は、毎月分配型投資信託に関する判決についての検討をするなど、わずかな検討をするにとどまる。

2 基本となる最高裁判決

(1) 変額保険についての最高裁判決—説明義務違反および断定的判断の提供

前掲・最判平成8年10月28日は、変額保険取引をした顧客が金融機関に対して、取引により生じた損失についての損害賠償を求めた訴訟において、金融機関の説明義務違反を認め、過失相殺をしたうえで、原告の請求を一部認容した原判決に対する上告を棄却した。

本判決の事案は次のようなものである。平成2年7月20日、Y3(銀行)とXは、融資契約(本件融資契約)を締結し、Y1(生命保険会社)とXは、被保険者X、保険期間終身、基本保険金額1億4232万3200円、保険料8000万円とする変額保険(本件変額保険)の契約を締結した。同月23日、Y3は、Xに対し本件融資契約にもとづき9000万円を貸し渡し、Xは本件変額保険の保険料を支払った。これらの契約の締結に至る経緯は、以下の通りである。同年4月、Xの妻であるAは、テレビ番組を見て変額保険について強い関心をもち、Y1の外務員として生命保険募集人であるY2に対して、銀行借入により保険料を一括払いする変額保険がY1の商品にある

(9) 東京地判平成26年3月11日金融法務事情2015号117頁。

のかどうか、あるならばその内容を知りたい旨を伝えた。同月、Y2 は、X 方を訪問し、Y1 作成の変額保険についてのパンフレットを A に交付し、変額保険は払込保険料を Y1 が株式等に運用してその実績によって保険金額および解約返戻金が上下するという簡単な説明をしたところ、A は Y2 に、X の条件に合わせた変額保険の設計を依頼した。同年 5 月、Y2 は、X 方を訪問し、変額保険についての設計書を A に交付した。同じ頃、A は Y2 に、Y1 の変額保険の運用実績（当時、11%以上であった）が記載された経済雑誌の記事を見せた。このような経緯のなかで、Y2 は、本件変額保険の契約締結に至るまでの間に複数回にわたり、Y1 の変額保険の将来の運用成績は 9 パーセントを下ることはないという趣旨のことを強調した。同年 6 月、Y2 が、X 方を訪問したところ、X は、変額保険に加入することとし、Y2 の求めに応じて、A に本件変額保険の申込書に氏名の記載と押印をさせた。その際、A は、Y2 に、本件変額保険の保険料支払のための融資を行なう金融機関の紹介を依頼した。同年 7 月 2 日、Y2 は、Y3（銀行）甲支店の行員である Y4 を伴って X 方を訪問したところ、A から Y4 に対して、Y1 の本件変額保険に加入するので融資を受けたい旨の申し出をした。その後、Y3 において、本件融資は可能との判断がされ、同月 12 日、その旨が、X および Y2 に連絡された。同月 19 日、Y4 が、X 方を訪問し、X は本件融資契約の申込みをし、本件融資契約は同月 20 日付で成立した。また、同月 20 日、Y2 が、X 方を訪問し、X が保険料 8000 万円の本件変額保険に加入することとなった。Y2 は、X および A に、本件変額保険の設計書を交付し、Y2 は口頭で、保険金額および解約返戻金は運用実績次第で変動すること、基本保険金が約 1 億 4000 万円であることとともに、運用実績 9 パーセントの場合の保険金額および解約返戻金の額がそれぞれ約 2 億 1960 万円および約 1 億 5257 万円となることを鉛筆で該当部分に下線や囲みをつけるなどして強調して説明した。しかし、設計書の運用実績例のうち、4.5 パーセント、0 パーセントの場合についてはあえて触れず、Y1 の運用実績が 9 パーセントを下回ることはないことを前提とする説明に終始した。これらの後、平成 4 年 3 月 10 日、X は、本件変額保険を解約し、Y1 は X に対し解約返戻金として、7376 万 4830 円を支払った。

そこで、X が、Y1、Y2、Y3、Y4 に対して、違法な勧誘を受けたため本件変額保険を締結したこと等のため、X が、合計 2374 万 9913 円（内訳は、払込保険料と解約返戻金の差額 623 万 5170 円、Y3 からの借入金利等 1204 万 7400 円、借入実費 67 万 7400 円、慰謝料 200 万円、弁護士費用 279 万円）の損害を被ったとして、不法行為にもとづく損害の賠償を求めて訴えを提起した。

第1審判決⁽¹⁰⁾は、Y1およびY2に対して、Xに417万1180円とその遅延損害金を支払えと命じ、XのY1およびY2に対するその余の請求を棄却するとともに、XのY3およびY4に対する請求を棄却した。その理由は、次のようなものである。すなわち、XのY1およびY2に対する請求について、「本件における勧誘の対象が変額保険という従来我が国ではなじみがなかった商品であること、・・・本件変額保険当時その前後の株価の動向並びに変額保険の運用実績に照らすとY2説明は平成2年6月又は7月の時点における予測として合理性を有しているとはいえないと評価しうること（・・・）等の諸事実に照らすと、本件のY2説明に含まれる断定的判断の提供あるいはその疑いの強い行為は私法上も違法の評価を受けるべきものと考える」と判断するとともに、XのY3およびY4に対する請求について、「変額保険は、・・・インフレによる保険金額の実質的目減りを避けること等を本来の目的とし、大蔵省の認可を受けて販売されているものであり、それ自体が反社会的であるということは到底できない。また、Y3にX主張のような融資を断念すべき義務あるいは変額保険の危険性についてXに説明すべき義務を認める法律上の根拠はないことはいうまでもないのでXの主張は失当である」と判断したうえで、「Y2はXに対して違法な募集行為をしたものであり、Y2及びその使用者のY1はXに対し損害を賠償する責任がある。一方、Y3及びY4にはその責任がないというべきである」と判断した。さらに、「本件変額保険を締結するにあたって、軽々にY1の一外務員であるY2の口頭での将来の運用成績に関する説明を信じたX側の過失（・・・）は大きいというべきである。また、本件においては右に述べたことに加え、本件変額保険成立の日から解約するまでの期間（・・・）にXが死亡した場合には少なくとも・・・死亡保険金を受け取れる地位にあったという意味で生命保険の本質的な点での利益を受けていたといういわば損益相殺的な要素も考慮すると、Xに生じた損害額のうち8割はXが自ら負担すべきものであり、2割をY1およびY2に負担させるのが相当である」と判断した。これに対して、Y1およびY2が控訴するとともに、Xが控訴した。

原判決⁽¹¹⁾は、Y1およびY2の控訴を棄却し、XのY1およびY2に対する控訴にもとづき、第1審判決中、X、Y1、Y2の3名関係部分を、①Y1およびY2に対して、Xに834万2361円とその遅延損害金を支払え、②XのY1およびY2に対するその余の請求を棄却するに変更し、さらに、XのY3およびY4に対する控訴を棄却した。その理由は、次のようなものである。すなわち、「変額保険の性質、変額保険の発売の経緯等に照らし、募集人は、変額保険募集に当たり、顧客に対し、変額保険に

(10) 東京地判平成7年3月24日金融法務事情1430号72頁。

(11) 東京高判平成8年1月30日金融法務事情1469号52頁。

対する誤解から来る損害発生を防止するため、変額保険が定額保険とは著しく性格を異にし、高収益性を追求する危険性の高い運用をするものであり、かつ、保険契約者がその投資リスクを負い、自己責任の原則が働くことを説明すべき法的義務が信義則上要求されているものというべきであり、客観的にみて、この点を理解させるに十分な説明がなされていなければ、変額保険募集時に要請される説明義務を尽くしていないものというべきである。しかるに、Y2は、パンフレットに基づいて変額保険の仕組みにつき、一時払いで入金し、その保険料を会社が運用し、運用実績によって解約返戻金と保険金額が上下する旨の通り一遍の説明をしたものの、実際の資産運用の面では、Y1の運用実績が9パーセントを下回ることがないことを強調し、死亡保険金が相続税の支払いの原資になる旨を述べたのであるから、これらの説明全体の趣旨に照らせば、顧客たるXに対し、常に9パーセントを超える運用実績を望むことはできない旨を説明した程度にすぎず、運用実績が負になることは実際上起こりえない旨を述べたものというべきであって、変額保険のもつ投機性・危険性、保険契約者の自己責任の原則について正しい理解に導く説明でないことは明らかといわなければならない。Y2には変額保険募集時になすべき説明義務を履行しなかった違法があるものというべきである」と判断するとともに、「また、Y1の運用実績が9パーセントを下回ることがないことを強調したY2の行為は、前記の大蔵省通達〔昭和61年7月10日付通達（銀行局1933号）〕の禁止する「将来の運用実績についての断定的判断の提供」にも該当するところ、右禁止の趣旨は保険契約者の利益保護にあると解されること、Y2の右の運用実績に関する判断は、十分な根拠がなかったこと、Xが本件変額保険加入を決断するに当たり、Y2の右の説明が重大な影響を及ぼしたこと（・・・）などに照らすと、Y2の右の行為は、それ自体違法と評価されるべきである」と判断した上で、「よって、Y2は民法709条、Y1は民法715条により、XがY2の違法な勧誘行為の結果被った損害を賠償すべき義務がある」と判断した。そのうえで、過失相殺について、「Aに株式投資の経験があったこと、Y2は、変額保険の仕組が、株式等の有価証券を主体とした運用をするものであり、その運用実績によって保険給付額が増減する旨を概略的に説明したことに照らすと、本件変額保険加入に当たりX側にも十分な検討をしなかった過失があるものというべきである。しかし、基本保険金を取得できる可能性があったことを損益相殺的要素として重視することは相当ではなく、本件の事実関係のもとでは、Xに生じた損害の六割をXが負担し、その余をY2（及びその使用者であるY1）が負担すべきである」と判断し、さらに、弁護士費用について、「Xが本件訴訟の提起及び追行をX訴訟代理人に訴訟委任したことは当裁判所に顕著であり、本件事案の内容、審理経過等を考慮すると、右の認容額を一割

をもって、本件の不法行為と相当因果関係のある損害と認めるのが相当である。そうすると、弁護士費用を加えた損害額の合計は、834万2362円となる」と判断した。これに対して、Y1およびY2が上告した。

本判決は、「所論の点に関する原審の事実認定は、原判決挙示の証拠関係に照らして首肯するに足り、右事実関係の下においては、Y1Y2は違法な勧誘行為の結果Xが被った被害を賠償すべき義務があるとした原審の判断は、正当として是認することができる。原判決に所論の違法はない」と述べて、Y1およびY2の上告を棄却した。

本判決の原判決は、第1に、生命保険会社の募集人が、変額保険の勧誘の際に、説明義務違反をしたとき、その変額保険への加入により顧客に損失が生ずると、生命保険会社は、民法715条にもとづいて、不法行為による損害賠償責任を負うとの考え方を示したものであり、第2に、変額保険を勧誘する際の説明義務の内容として、「変額保険の性質、変額保険の発売の経緯等に照らし、募集人は、変額保険募集に当たり、顧客に対し、変額保険に対する誤解から来る損害発生を防止するため、変額保険が定額保険とは著しく性格を異にし、高収益性を追求する危険性の高い運用をするものであり、かつ、保険契約者がその投資リスクを負い、自己責任の原則が働くことを説明すべき」であるとし、そのうえで、第3に、本件事案では、Y2はこのような説明義務を尽くしていないと判断したものである。本判決は、そのような原判決の判断は正当であるとした。また、本判決の原判決は、第4に、本件事案では、Y2の勧誘行為は、運用実績に関する判断に十分な根拠がなく、Xが変額保険に加入するにあたり、Y2の説明が重大な影響を及ぼしたことを理由に、断定的判断の提供であり、違法であると判断した。本判決は、このような原判決の判断も正当であるとした。

これらからは、金融商品の取引において、金融機関は、2つの義務を負うものと理解することができる。その1は、説明義務であり、顧客の当該金融商品あるいは当該金融商品の取引についての誤解から生ずる損害発生を防止するためのものである。その2は、断定的判断の提供をしない義務である。いずれの義務の違反についても、その取引から生じた顧客の損失を、損害賠償する義務を、金融機関が負うことになる。

(2) オプション取引についての最高裁判決—適合性原則違反

前掲・最判平成17年7月14日は、オプション取引をした顧客が金融機関に対して、取引により生じた損失についての損害賠償を求めた訴訟において、金融機関の適合性原則違反を認め、過失相殺をしたうえで、原告の請求を一部認容した原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。

本判決の事案は、次のようなものである。Xは、水産物およびその加工品の卸売業

を営む会社であり、昭和 59 年 4 月 21 日に設立されたものであり、その資本金は 1 億 2000 万円であり、水産物卸売業に係る取引高は 200 ～ 300 億円であった。X は、その開業の際、経営安定資金として計 26 億円の公的低利融資を受けたことから、当面使用する予定のない資金を証券取引で運用することとし、昭和 59 年 9 月、A（証券会社）に運用資金 5 億円を預託して、X の計算においてする証券取引を A に委託する取引（本件取引）を開始した。本件取引は、その後、約 10 年間にわたって行なわれ、その売買総額は累計で 1800 億円に達した。X は、本件取引として、当初、株式等現物、中期国債ファンドの売買を行なったが、その後、信用取引、国債先物取引、外貨建てワラント取引、株式先物取引を行なうようになった。平成元年 8 月 2 日、X は、はじめてのオプション取引として、日経平均株価のコール・オプション 10 単位を約 234 万円で買い付けたが、約 107 万円の損失を出したため、オプション取引から手を引いた（1 回目のオプション取引）。平成 2 年 4 月から 5 月にかけて、X は、再び、日経平均株価のコール・オプションを 10 回にわたって買い付ける取引をし（計 65 単位、買付総額約 3400 万円）、これにより、690 万円余りの利益を上げ、同 5 月、いったん取引は中断された（2 回目のオプション取引）。X は、平成 3 年 2 月から日経平均株価オプション取引を再開し、平成 4 年 4 月 1 日の決済により差引き 1500 万円を超える損失が生じ、この間のオプション取引の通算損益は、約 2090 万円の損失となった（3 回目のオプション取引）。X は、平成 4 年 12 月から同 5 年 11 月にかけて、日経平均株価オプション取引を、オプションの売り取引を中心に、新規の回数で計 199 回行ない、通算損益は 2 億 721 万円であった（4 回目のオプション取引）。

そこで、X は、A の担当者の行為につき、オプション取引に係る適合性原則違反、顧客にできる限り損失を被らせないようにすべき義務違反、説明義務違反等があったとして、A に対して、不法行為に基づく損害賠償を求めて訴えを提起した。なお、Y は、A から証券業等に関する営業を承継し、本件訴訟を引き受けた証券会社である。

原判決は、オプション取引に係る適合性原則違反に関して、Y の不法行為責任を肯定したうえで、過失相殺（5 割）をするなどして、X の請求を 1 億 2546 万 1981 円およびこれに対する遅延損害金の支払を求める限度で認容した。Y が上告受理申立てした。

本判決は、原判決のうち、Y 敗訴部分を破棄し、その部分につき本件を原審裁判所に差し戻した。その理由は、次のようなものである。すなわち、「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解するのが相当である。そして、証券会

社の担当者によるオプションの売り取引の勧誘が適合性の原則から著しく逸脱していることを理由とする不法行為の成否に関し、顧客の適合性を判断するに当たっては、単にオプションの売り取引という取引類型における一般的抽象的なリスクのみを考慮するのではなく、当該オプションの基礎商品が何か、当該オプションは上場商品とされているかどうかなどの具体的な商品特性を踏まえて、これとの相関関係において、顧客の投資経験、証券取引の知識、投資意向、財産状態等の諸要素を総合的に考慮する必要があるというべきである」との見解を示したうえで、本件事案について、「日経平均株価オプションの売り取引は、単にオプションの売り取引という類型としてみれば、一般的抽象的には高いリスクを伴うものであるが、そのことのみから、当然に一般投資家の適合性を否定すべきものであるとはいえないというべきである」と判断し、「日経平均株価オプション取引の以上のような商品特性を踏まえつつ、Xの側の投資経験、証券取引の知識、投資意向、財産状態等をみるに、原審の確定した・・・事実関係によれば、Xは、返済を要するものとはいえ、20億円以上の資金を有し、その相当部分を積極的に投資運用する方針を有していたこと、このため、代表取締役社長自ら資金運用に関与するほか、資金運用を担当する専務取締役において資金運用業務を管理する態勢を備えていたこと、同専務取締役は、それ以前において資金運用又は証券取引の経験はなかったものの、昭和59年9月に本件取引に係る証券取引を開始してから、初めてオプション取引を行った平成元年8月までの5年間に、株式の現物取引、信用取引、国債先物取引、外貨建てワラント取引、株券先物取引等を、毎年数百億円規模で行い、証券取引に関する経験と知識を蓄積していたこと、オプション取引を行うようになってからも、1回目及び2回目のオプション取引では、専らコール・オプションの買い取引のみを、数量的にも限定的に行い、その結果としての利益の計上と損失の負担を実際に経験していること、こうした経験も踏まえ、平成3年2月に初めてオプションの売り取引（3回目のオプション取引）を始めたが、その際、オプション取引の損失が1000万円を超えたらこれをやめるという方針を自ら立て、実際、損失が1000万円を超えた平成4年4月には、自らの判断によりこれを終了させるなどして、自律的なリスク管理を行っていること、その後、平成4年12月に再び売り取引を中心とするオプション取引（4回目のオプション取引）を始めたが、大きな損失の原因となった期末にオプションを大量に売り建てるという手法は、決算対策を意図するXの側の事情により行われたものであること等が明らかである。これらの事情を総合すれば、Xが、およそオプションの売り取引を自己責任で行う適性を欠き、取引市場から排除されるべき者であったとはいえないというべきである。そうすると、Aの担当者（・・・）において、Xにオプションの売り取引を勧

誘して3回目及び4回目のオプション取引を行わせた行為が、適合性の原則から著しく逸脱するものであったということはできず、この点についてYの不法行為責任を認めることはできない」と判断したのである。

本判決は、第1に、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の適合性の原則から著しく逸脱した証券取引の勧誘をしたときは、その行為は、不法行為法上違法となるという見解を明らかにし、第2に、顧客の適合性を判断する際には、オプションの売り取引という取引類型における一般的抽象的なリスクのみを考慮するのではなく、当該オプションの基礎商品が何か、当該オプションは上場商品とされているかどうかという具体的な商品特性にもとづき、それとの相関関係において、顧客の投資経験、証券取引の知識、投資意向、財産状態等の諸要素を総合的に考慮する必要があるという見解を明らかにした。

これらからは、金融商品の取引において、金融機関は、適合性原則を著しく逸脱しない義務を負うものと理解することができる。この義務の違反があった場合、その取引から生じた顧客の損失を損害賠償する義務を、金融機関が負う。

3 最近注目を集めた判決

(1) 金利スワップ取引についての最高裁判決

前掲・最判平成25年3月7日は、金利スワップ取引をした顧客が金融機関に対して、取引により生じた損失についての損害賠償を求めた訴訟において、金融機関の説明義務違反はあったとはいえないと判断し、原告の請求を一部認容した原判決⁽¹²⁾の金融機関敗訴部分を破棄し、原告の請求を棄却した。

本判決の事案は、次のようなものである。Xは、パチンコ店等を経営する株式会社である。Xは、平成15年当時、主たる取引銀行であるY（銀行）から、総額15億円程度借り入れていたところ、同年12月30日、Yから、利息を短期プライムレートに年0.75パーセントを加えた変動金利として、1億5000万円を借り入れた。Yの従業員であるAは、上記融資の際、Xにおける銀行からの借入は変動金利のものが多くことを知り、金利が上昇した際のリスクヘッジのための商品として本件取引を提案することとした。本件取引は、当事者間の合意にもとづき、同一通貨間で、一定の想定元本、取引期間等を設定し、固定金利と変動金利を交換してその差額を決済するというもので、プレーン・バニラ・金利スワップとよばれる単純なものである。本件取引

(12) 福岡高判平成23年4月27日判例タイムズ1364号158頁①事件。

には、契約締結と同時に取引が始まるスポットスタート型と、契約締結から一定期間経過後に取引が始まる先スタート型がある。Aは、平成16年1月19日、Xの代表取締役であるBに対し、本件提案書を交付して、本件取引の仕組み等について説明した。本件提案書には、「金利スワップ取引とは、取引期間において同一通貨間の固定金利と変動金利（キャッシュ・フロー）を交換する取引のことです」、「取引開始後に変動金利がどのように推移するかによって金利スワップの損益はプラスにもマイナスにもなります」との記載がされ、また、本件取引では変動金利として3箇月TIBOR（東京の銀行間市場における金利の利率を特定の方法で平均したものをいう）が適用されるところ、同月15日現在では、3箇月TIBORは年0.09%であり、短期プライムレートは年1.375%である旨の記載及び損益シミュレーションの記載がされていた。続けて、本件提案書には、本件取引のメリットとして、「本金利スワップ取引を約定することにより、貴社の将来の調達コストを実質的に確定させることができます」、「スワップ取引開始日以降は短期プライムレートが上昇しても貴社の調達コストは実質的に一定となり金利上昇リスクをヘッジすることができます」との記載が、他方、デメリットとして、「現時点で将来の調達コストを実質的に確定させるため、約定時点以降にスワップ金利が低下した場合、結果として割高になる可能性があります」、「スワップ取引開始日以降は短期プライムレートが低下しても貴社の調達コストは実質的に一定となり金利低下メリットを享受することができません。よって金利スワップを約定しなかった場合と比べて実質調達コストが結果として割高になる可能性があります」との記載がされていた。さらに、本件提案書には、「本取引のご契約後の中途解約は原則できません。やむを得ない事情により弊行の承諾を得て中途解約をされる場合は、解約時の市場実勢を基準として弊行所定の方法により算出した金額を弊行にお支払い頂く可能性があります」との記載がされていた。その後、Aは、Bから求められたことから、同月28日、BおよびXの顧問税理士の事務所に所属していた税理士に対し、スポットスタート型と先スタート型の2種類の金利スワップ取引について、それぞれの内容が記載された提案書を交付して、説明した。Bは、同年2月23日、Aに対し、近日中に回答すると述べ、同年3月初め頃、1年先スタート型の金利スワップ取引を選択することとした。そこで、Aは、同月3日、Bに対し、1年先スタート型の金利スワップ取引について、その内容が記載された提案書を交付して、再度説明するとともに、契約の具体的な固定金利の利率は翌日連絡するので、それを承諾すれば成約となる旨説明した。Bは、これを了承し、上記提案書の「本取引（金利スワップ取引）の申込に際し貴行より説明を受け、その取引内容及びリスク等を理解していることを確認します」等と記載された欄に記名押印した。そして、A

は、同月4日、Bに対し、固定金利が年2.445パーセントとなることを連絡し、了承を得た。こうして、YとXとの間で、平成16年3月4日、本件契約が締結された。本件契約の内容は、次のとおりである。ア 想定元本 3億円、イ 取引期間 平成17年3月8日から平成23年3月8日まで、ウ XからYへの金利支払条件：固定金利 年2.445% 支払日 平成17年6月8日から3箇月ごと、エ YからXへの金利支払条件：変動金利 3箇月TIBOR+0% 支払日 平成17年6月8日から3箇月ごと。Xは、平成17年6月8日から平成18年6月7日までの間、Yに対し、本件契約にもとづき、固定金利と変動金利の差額として、合計883万355円を支払った。

そこで、XがYに対して、Yが、本件取引にかかる契約を締結した際に、説明義務違反等があったとして、不法行為にもとづく損害賠償を求めて訴えを提起した。

第1審判決は、Xの請求を棄却した。Xが控訴した。原判決は、第1審判決を変更し、Xの請求を一部認容した。Yが上告した。

本判決は、原判決のうち、Y敗訴部分を破棄し、その部分につきXの控訴を棄却した。その理由は、次のようなものである。すなわち、「本件取引は、将来の金利変動の予測が当たるか否かのみによって結果の有利不利が左右されるものであって、その基本的な構造ないし原理自体は単純で、少なくとも企業経営者であれば、その理解は一般に困難なものではなく、当該企業に対して契約締結のリスクを負わせることに何ら問題のないものである。Yは、Xに対し、本件取引の基本的な仕組みや、契約上設定された変動金利及び固定金利について説明するとともに、変動金利が一定の利率を上回らなければ、融資における金利の支払よりも多額の金利を支払うリスクがある旨を説明したのであり、基本的に説明義務を尽くしたものである」と判断するとともに、「原審は、Yが上記・・・の①～③の事項〔①中途解約時において必要とされるかもしれない清算金の具体的な算定方法、②先スタート型とスポットスタート型の利害得失、③固定金利の水準が金利上昇のリスクをヘッジする効果の点から妥当な範囲にあること〕について説明しなかったことを問題とする。しかしながら、本件提案書には、本件契約がYの承諾なしに中途解約をすることができないものであることに加え、Yの承諾を得て中途解約をする場合にはXが清算金の支払義務を負う可能性があることが明示されていたのであるから、Xに、それ以上に、清算金の具体的な算定方法について説明すべき義務があったとはいえない。また、Yは、Xに対し、先スタート型とスポットスタート型の2種類の金利スワップ取引について、その内容を説明し、Xは、自ら、当面変動金利の上昇はないと考えて、1年先スタート型の金利スワップ取引を選択したのであるから、Yに、それ以上に、先スタート型とスポットスタート型の利害得失について説明すべき義務があったともいえない

い。さらに、本件取引は上記のような単純な仕組みのものであって、本件契約における固定金利の水準が妥当な範囲にあるか否かというような事柄は、Xの自己責任に属すべきものであり、YがXに対してこれを説明すべき義務があったものとはいえない。そうすると、本件契約締結の際、Yが、Xに対し、上記・・・の①～③の事項について説明しなかったとしても、Yに説明義務違反があったということはできない」との判断をした。

本判決は、銀行が金利スワップ契約を締結する際に負う説明義務について、将来の金利変動の予測が当たるか否かのみによって結果の有利不利が左右されるものであって、その基本的な構造ないし原理は単純であること、企業経営者であれば、その理解は一般に困難でないという判断をしたうえで、本件事案において、銀行には説明義務違反はないと判断したものである。

これらからは、金融商品の取引において、金融機関が負う説明義務の内容は、当該金融商品に応じて、また、顧客の属性に応じて、判断すべきものであると理解することができる。

(2) 毎月分配型投資信託についての東京高裁判決

前掲・東京高判平成27年1月26日は、投資信託委託者と受益権を販売した金融機関に対する原告の請求を一部認容した第1審判決を取り消し、原告の請求を棄却した。

本判決の事案は、次のようなものである。Y1（投信投資顧問会社）は、豪ドル債券ファンド（「本件ファンド」という）を設定した。本件ファンドは、Y1を委託会社、Aを受託会社とする追加型、毎月分配型の投資信託であり、その受益証券（「本件投資信託」という）の募集、販売をY2（銀行）に委託した。X1は、Y2甲支店との間で10年程度取引を継続していたところ、平成22年3月以降、同支店のBから金融商品の購入の勧誘を受けるようになった。同月24日、Bが、X1に対し、多種の金融商品の説明をした際に、X1は専ら投資信託に興味を示した。Bは、同年4月14日、X1方を再訪し、5種類程度の投資信託の提案をしたところ、X1は本件投資信託を購入する意向を述べた。Bは、Y1が作成した目論見書（本件目論見書①）、および、パンフレット（本件パンフレット①）を示してこれに沿い、本件投資信託に係る本件ファンドがオーストラリアの公社債等で運用する豪ドル建てファンドであること、リスクの内容および程度、運用実績においては比較的安定して分配金が出ているが、本件投資信託の分配金は投資信託の運用収益を原資とするとは限らず、元本の払戻しによることもあることなどを説明した。X1は、Bの説明に対し、もう分かっているか

ら必要ない旨述べるなど、説明の内容には必ずしも興味を示さなかったが、Bは、本件目論見書①、および、本件パンフレット①をX1に渡し、それらをしっかり読むように伝えた。X1は、同年4月14日付で本件投資信託1000万円分の購入申込みをし、同月16日を約定日として売買取引が成立した（本件投資信託X1分①）。その後、X1は、X2（不動産の賃貸業等を目的とする株式会社）の顧問という立場でX2の経営指導をする者であったところ、X2にも本件投信信託の購入を勧めることとし、平成23年5月30日、X1を訪問したY2の担当者から、X2の代表者とともに、本件パンフレットと①とおおむね同一の内容が記載された同年1月21日付けの本件投資信託の交付目論見書（本件交付目論見書②）および同月付のパンフレット（本件パンフレット②）の交付を受け、これらの資料に沿って、本件投資信託の説明を受けた。X1およびX2は、同日付けで、それぞれ、本件投資信託1000万円の購入申込みをして、同年6月1日を約定日として売買取引が成立した（本件投資信託X1分②、および、本件投資信託X2分）。その後、X1は、平成23年11月30日に本件投資信託X1分①を、同年12月9日に本件投資信託X1分②を解約し、また、X2は、同年11月30日に本件投資信託X2分を解約した。これに伴う解約清算金として、X1に対し、合計1727万9513円が、X2に対し、879万8166円が支払われた。また、X1は、平成22年4月26日から同23年5月26日までの間、本件投資信託X1分①に対する分配金の支払を受け、同年6月24日から同年11月22日までの間、本件投資信託X1分①および同②に対する分配金の支払を受け、X2は、同期間、本件投資信託X2分に対する分配金の支払を受けた。

そこで、X1およびX2が、Y2およびY1に対して、本件投資信託の購入金額と分配金および清算金の合計額の差額の損害を被ったとして、不法行為にもとづく損害賠償を求めて、訴えを提起した⁽¹³⁾。

第1審判決は、Y2およびY1の説明義務違反を認め、過失相殺をしたうえで、X1およびX2の請求を一部認容した。X1およびX2、ならびに、Y1およびY2が控訴した。

本判決は、X1およびX2の控訴を棄却するとともに、Y1の控訴にもとづき、第1審判決中Y1の敗訴部分を取り消し、X1およびX2のY1に対する請求を棄却し、Y2の控訴にもとづき、第1審判決中Y2の敗訴部分を取り消し、X1およびX2のY2に

(13) X1が取締役をする株式会社Cの代表取締役X3が、X1およびX2とともに原告となって訴えを提起しているが、X3については省略する。また、X1およびX2は、説明義務違反を理由とした不法行為にもとづく損害賠償のほか、消費者契約法所定の不利益事実の不告知を理由とした取消し、詐欺取消し、錯誤無効、および、説明義務違反を理由とした債務不履行にもとづく損害賠償を主張するが、これらについては省略する。

対する請求を棄却した。その理由は、次のようなものである。すなわち、「一般に、契約の一方当事者が、当該契約の締結に先立ち、信義則上の説明義務に違反して、当該契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報を相手方に提供しなかった場合には、上記一方当事者は、相手方が当該契約を締結したことにより被った損害につき、不法行為による賠償責任を負う（最高裁平成・・・23年4月22日第二小法廷判決・民集65巻3号1405頁参照）。どのような場合に信義則上の説明義務が発生し、また、どのような内容の説明が求められるかについては、契約の内容や当事者の属性に照らし、個別具体的に定められるべきものと解するのが相当である。そして、金融商品取引業者又はその販売委託を受けた金融機関の担当者が一般投資家である顧客に投資取引を勧誘する場合には、顧客が自己責任による投資判断を行う前提として、対象となる商品の仕組み、特性、リスクの内容と程度等について、当該顧客の属性、すなわち、投資経験、金融商品取引の知識、投資意向、財産状態等の諸要素を踏まえて、当該顧客が具体的に理解することができる程度の説明をすべき信義則上の義務があり、同義務の違反は不法行為を構成するものと解される」との考え方を明らかにし、そのうえで、「そこで更に進んで投資信託の購入との関係で検討するに、投資信託のうち委託者指図型投資信託は、信託財産を委託者の指図に基づいて主として有価証券、不動産等の資産に対する投資として運用することを目的とする信託であり、投資信託及び投資法人に関する法律に基づき設定され、かつ、その受益権を分割して複数の者に取得させることを目的とするものをいい（金融商品取引法2条2項）、本件投資信託もこれに当たる。そして、金融商品取引業者又はその販売委託を受けた金融機関の担当者が一般投資家である顧客に委託者指図型投資信託の購入を勧めるに当たっては、投資の対象となる資産（本件では、オーストラリアの複数の公社債、具体的には、国債、州政府債、事業債等に分散投資を行うこととされている・・・）、投資価値の下落等の想定されるリスクの内容及び程度等について説明すべきである。以上に加えて、分配金の由来として運用収益以外のものが含まれていることや、そのため分配金が分配されていることが必ずしも良好な運用実績を意味しないことといった各事実は、投資信託である以上当然の事柄ともいえる反面、顧客のこれまでの投資経験や新たに取引を開始するに当たっての投資意向等の顧客の個別事情いかによっては、当該投資信託を購入するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報であるということもできる。すなわち、本件投資信託のような毎月分配型投資信託においては、分配金の分配が毎月行われる旨の運用方針が謳われることから、特にこれまで投資信託を購入した経験がなく、預貯金から資金を移すような顧客においては、勧誘時の具体的なやり取りを通じ、あたかも分配金の分配実績が運用実績を意味

するかのような誤解を生じかねない面もある。分配金のこのような位置づけに鑑みれば、分配金の由来として運用収益以外のものが含まれていること、及び、分配金が分配されていることが必ずしも良好な運用実績を意味しないことの各事実もまた、当該顧客の属性、すなわち、投資経験、金融商品取引の知識、投資意向、財産状態等の諸要素を踏まえて、当該顧客が具体的に理解することができる程度に説明をすべきものというべきである」と判断し、さらに、Y2の信義則上の説明義務違反について、「以上の観点から、本件において、Y2について信義則上の説明義務の違反が認められるか否かについて判断する。この点については、対象となる商品の仕組み、特性、リスクの内容と程度等につき、顧客の属性を踏まえて、顧客が具体的に理解できる説明をしたと評価できるか否かを総合判断すべきであるところ、X1が企業経営に関与し、投資信託に係る5年以上の投資経験を有していたことに照らせば、本件投資信託を購入するに当たりX1が分配金の分配実績が運用実績であるかのように誤解していたとは想定し難いし、この点を措くとしても、本件事実関係の下におけるBがX1に対してした説明の内容やX1のその際の応答ぶり（・・・）に照らせば、本件において説明義務の違反があったとは認められない」と判断するとともに、Y1の信義則上の説明義務違反について、「Y1について信義則上の説明義務の違反が認められるか。この点について判断するに、投資信託の販売において、顧客への説明に関する業務は、委託会社が受益証券発行の際に目論見書の作成を行い、販売会社が受益証券の募集の際に目論見書の交付を行うという形で分担されるから、本件において説明義務を負う主体は、第一義的には、X1らに対して本件投資信託の販売を勧誘し、直接の売買契約関係に立つY2であると解される。したがって、この点からして、Y1には、特段の事情のない限り、信義則上の説明義務を認めることはできない。さらに、本件においては、上記のとおり、Y2において信義則上の説明義務違反が認められないのであるから、特段の事情があるともいえず、Y1の信義則上の説明義務違反は認められないというべきである」と判断したものである。また、本判決は、金融商品取引法17条または18条の責任について、「金融商品取引法17条又は18条の責任の趣旨は、投資判断の前提となる資料を確実にし、投資者の保護を図ることにあると解されるが、このような趣旨は、先に述べた信義則上の説明義務による投資者保護と共通する。本件投資信託についていえば、作成された目論見書と資料のいずれも、販売会社が顧客に対して説明を行う際に使用されることが予定されているところ、その際信義則上説明すべきものとされる事項の内容や程度は、当該顧客の属性を踏まえて個別具体的にしか定まらないものである。・・・分配金の由来として運用収益以外のものが含まれていること、及び、分配金が分配されていることが必ずしも良好な運用実績を意味し

ないことの各事実は、当該顧客の投資判断において重要な事実となり得るが、この点も顧客の属性に応じた説明が予定されている」との考え方を示したうえで、「本件各目論見書においては、上記記載〔分配金につき「原則として利息収入相当分を中心に分配することを目指します」、「分配対象額の範囲は、経費控除後の繰り越し分を含めた配当等収益及び売買益（評価益を含みます）等の全額とします」などの記載〕はそれ自体直ちに不備ということとはできず、重要事項についての虚偽記載に該当するとはいえないから、Y1に金融商品取引法18条の責任を認める余地はなく、Y2に同法17条の責任を認めることもできない」と判断したものである。

本判決は、第1に、一般に、契約の一方当事者が、当該契約の締結に先立ち、信義則上の説明義務に違反して、当該契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報を相手方に提供しなかった場合には、上記一方当事者は、相手方が当該契約を締結したことにより被った損害につき、不法行為による賠償責任を負うとの最高裁判決（最判平成23年4月22日第二小法廷判決・民集65巻3号1405頁。中小企業等協同組合法に基づいて設立された信用協同組合が、相手方に対して出資をするよう勧誘し、相手方が、その勧誘に応じて、当該信用協同組合に出資をした場合において、相手方に対して出資を勧誘したことが信義則上の説明義務違反にあたるとしたもの）の見解にもとづき、どのような場合に信義則上の説明義務が発生し、また、どのような内容の説明が求められるかについては、契約の内容や当事者の属性に照らし、個別具体的に定められるべきものと解するとの考え方を示し、第2に、その説明義務について、金融商品取引業者又はその販売委託を受けた金融機関の担当者が一般投資家である顧客に投資取引を勧誘する場合には、顧客が自己責任による投資判断を行う前提として、対象となる商品の仕組み、特性、リスクの内容と程度等について、当該顧客の属性、すなわち、投資経験、金融商品取引の知識、投資意向、財産状態等の諸要素を踏まえて、当該顧客が具体的に理解することができる程度の説明をすべき信義則上の義務があるとの考え方を示し、第3に、同義務の違反は不法行為を構成するものと解されるとの考え方を示したものである。そのうえで、本判決は、第4に、その説明義務について、毎月分配型投資信託においては、分配金の分配が毎月行われる旨の運用方針が謳われることから、これまで投資信託を購入した経験がなく、預貯金から資金を移すような顧客においては、あたかも分配金の分配実績が運用実績を意味するかのような誤解を生じかねない面があるため、分配金の由来として運用収益以外のものが含まれていること、および、分配金が分配されていることが必ずしも良好な運用実績を意味しないことも、当該顧客の属性、すなわち、投資経験、金融商品取引の知識、投資意向、財産状態等の諸要素を踏まえて、当該顧客が具体的に理解することが

できる程度に説明をすべきものというべきであるとの考え方を示している。

これらからは、金融商品の取引において、金融機関が負う説明義務の内容は、当該金融商品に応じて、また、当該顧客の属性、すなわち、投資経験、金融商品取引の知識、投資意向、財産状態等の諸要素を踏まえて、当該顧客が具体的に理解することができる程度に説明をすべきものであると理解することができる。

4 結びに代えて

ここまでの検討をまとめると次のようになる。

金融商品の取引において、金融機関は、3つの義務を負うものと理解することができる。その1は、説明義務であり、顧客の当該金融商品あるいは当該金融商品の取引についての誤解から生ずる損害発生を防止するためのものである。その2は、断定的判断の提供をしない義務である。その3は、勧誘において、適合性原則を著しく逸脱しない義務を負う。いずれの義務の違反についても、不法行為にもとづく損害賠償として、その取引から生じた顧客の損失を賠償する義務を、金融機関が負うことになる。このうちの説明義務については、金融商品の取引において、金融機関が負う説明義務の内容は、当該金融商品に応じて、また、当該顧客の属性、すなわち、投資経験、金融商品取引の知識、投資意向、財産状態等の諸要素を踏まえて、当該顧客が具体的に理解することができる程度に説明をすべきものであると理解することができる。金融機関の説明義務をこのように理解することについては、金融商品の販売等に関する法律3条2項が、「前項の説明〔金融商品販売業者等が、金融商品の販売等を業として行おうとするとき、当該金融商品の販売等に係る金融商品の販売が行われるまでの間に、顧客に対してしなければならない元本欠損が生ずるおそれがある旨等の重要事項についての説明〕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らない」と定めていることが参考になる。

なお、残された問題もある。例えば、説明義務違反等があった場合、その取引から生じた顧客の損失をどのように判断するかなどは、引き続き検討すべき問題である。

第4章 日証協ガイドラインを踏まえた高齢者に対する投資商品販売と適合性の原則

山下 純 司

1 はじめに

本稿は、高齢者に対する投資商品の販売について、日本証券業協会の高齢顧客への勧誘による販売に係るガイドライン（以下「日証協ガイドライン」という。）の内容を適合性原則等の違法勧誘の判断基準との関係で考察するものである。この日証協ガイドラインの詳しい内容は後述するが、簡単に言えば、一定年齢以上的高齢者にリスクの高い投資商品を販売する際に、適切な勧誘が行われるよう社内体制の整備等を要求するものである。

違法な勧誘によるトラブルは、高齢者に限った問題とはいえないが、高齢者にリスクの高い投資商品の購入を勧めた場合にトラブルが起きやすいことは容易に想像ができる。この意味で、日証協ガイドライン自体には意義が認められる。もっとも、日証協ガイドラインの要請の本質的な部分を把握するためには、どのような勧誘態様が不適切とされるのかを知っておく必要がある。

金融機関が高齢顧客に対して金融商品を販売したところ、勧誘時の対応が不適切であったなどとして訴訟になる場合には、主として民法709条にもとづいて不法行為責任が追及されるが、責任原因としては、適合性の原則や説明義務のほか、虚偽説明や過当取引など、さまざまな責任原因が併せて主張されるのが通例となっている。そこで、本稿では、適合性の原則と、同原則と競合するその他の責任原因との関係を考察することで、高齢顧客に対する金融商品販売において、日証協ガイドラインが有する意味について考察することにする。

最初に、日証協ガイドラインの制定経緯やその内容を紹介し、その法的な位置づけについて簡単に解説する（→2）。次に適合性の原則について、法令や判例での位置づけを紹介し、概念的な整理を行う（→3）。そのうえで、適合性の原則とは別の責任原因とされているが、投資取引の勧誘の違法性を問う下級審裁判例の中で、適合性の原則と併せて主張されることが多い責任原因について説明する（→4）。最後に、

これらの検討を踏まえた上で、金融機関が高齢顧客を勧誘するにあたって、日証協ガイドラインが持つ意味について考察する（→5）。

2 高齢顧客への勧誘による販売に係る日証協ガイドライン

まず、日証協ガイドラインとは何か、どのような位置づけをされるものなのかについて、簡単に説明をしておく。

（1）経緯

「官民ラウンドテーブル『高齢化社会と金融サービス』作業部会」が平成25年5月13日に公表した「高齢化社会に対応した金融サービスの向上にむけて」は「我が国金融サービスが高齢化社会への対応力を向上させていくこと」を目標として、「金融庁を含む複数の参加機関や関係団体」の取組みを促した。

日本証券業協会（日証協）は、金融商品取引法に基づくわが国唯一の認可金融商品取引業協会（金融商品取引法67条以下）として、「証券会社及び金融機関などの協会員がその社会的・公共的使命を適切かつ十全に発揮・遂行するため、投資者の保護や金融商品取引及び市場の公正性・健全性の確保等を図ることを目的として」、「自治の精神に基づき」、自主規制ルールを定めている。平成25年10月29日、日証協は、こうした自主規制ルールの一つ、「協会員の投資勧誘、顧客管理等に関する規則」（昭和50年2月19日制定。以下、単に「規則」と呼ぶ）について、「高齢顧客に対する勧誘による販売」に関する規定（5条の3）を新設するなどの改正を行った（同年12月16日施行）。また同日、「協会員の投資勧誘、顧客管理等に関する規則第5条の3の考え方」を公表し、高齢顧客への勧誘による販売に係るガイドラインとした。これが、日証協ガイドラインである。

これを受けて、金融庁は、「金融商品取引業者等向けの総合的な監督指針」の「勧誘・説明態勢」（Ⅳ-3-1-2）の箇所に、「（3）高齢顧客への勧誘に係る留意事項」という項目を付け加え、その中で「日本証券業協会自主規制規則『協会員の投資勧誘、顧客管理等に関する規則』及び『協会員の投資勧誘、顧客管理等に関する規則第5条の3の考え方』（日証協ガイドライン）を踏まえ、高齢顧客に対する勧誘・販売に関する社内規則を整備するとともに、社内規則の遵守状況をモニタリングする態勢を整備しているか」に留意して監督を行うことを明記している。

(2) 日証協ガイドラインの内容

日証協の規則改正により新設された5条の3は、「協会員は、高齢顧客に有価証券等の勧誘による販売を行う場合には、当該協会員の業態、規模、顧客分布及び顧客属性並びに社会情勢その他の条件を勘案し、高齢顧客の定義、販売対象となる有価証券等、説明方法、受注方法等に関する社内規則を定め、適正な投資勧誘に努めなければならない」とするものである。

協会員は、上記の規則の趣旨に従い、各社の事情に応じた社内規則を制定あるいは改定することが求められるが、日証協ガイドラインによると、①高齢顧客の定義、②高齢顧客に勧誘可能な商品の範囲等、③勧誘場所や方法に応じた勧誘、④約定後の連絡、⑤モニタリングという5点については、少なくとも定めるように求められている。以下、簡単に説明する。

①高齢顧客の定義

慎重な勧誘による販売を行う必要があると考えられる高齢顧客の範囲を、年齢を基準として定めることが求められている。年齢の目安としては、75歳以上の顧客を対象とし、その中でもより慎重な勧誘による販売を行う必要がある顧客を80歳以上とするといったことが考えられるとしている。なお、取引代理人制度を定めている場合には、取引代理人が高齢である場合についても社内規則を定める必要があるとしている。

もっとも、会社経営者、役員等である高齢顧客について、支店長等の役席者が頻繁に接し、顧客属性や投資意向を十分に把握している場合などは、対象外とする可能性もあるとする。

②高齢顧客への勧誘による販売商品

価格変動が大きな商品や、複雑な仕組みの商品又は換金性が乏しい商品を高齢顧客に勧誘により販売する際には、その適合性に留意する必要があるとし、高齢顧客に勧誘しても問題がないと考えられる商品の範囲をできるだけ具体的に定めただうえて、それ以外の商品（「勧誘留意商品」）について勧誘を行う場合には、役席者の事前承認を得る等、所定の手続きや条件を定めて慎重に対応する必要があるとする。

所定の手続きや条件に関わらず、高齢顧客への勧誘による販売が可能と考えられる商品（勧誘留意商品以外の商品）としては、価格変動が比較的小さい商品、仕組みが単純な商品、換金性の高い商品が挙げられるが、具体例として、国債や普通社債（いわゆるSB）、「公社債を中心に投資し、比較的安定的な運用を志向する」投資信託、及びこれらに相当する「知名度や流動性が高い通貨建て」の債券及び投資信託が挙げ

られている。

その他、価格変動リスクが比較的大きいが、周知性の高い商品⁽¹⁾や、指標連動型の投資信託で指標が広く知られていて情報も得やすい商品⁽²⁾なども、日証協ガイドラインの対象から外れている。

勧誘留意商品については、高齢顧客への勧誘を一切行ってはいけないというのではなく、十分な投資経験と投資資金を保有し、勧誘留意商品への投資を望んでいる高齢顧客に対しては、投資意向等を十分確認のうえで、必要な投資情報の提供等を行うことは許される。ただし、高齢者は健康状態に変化が生じることもありうるので、担当営業員が75歳以上の高齢顧客に対して勧誘留意商品の勧誘を行う場合には、勧誘の都度、役席者の事前承認を得る必要があるとする。この事前承認は、役席者自らが高齢顧客との面談や電話での会話等により、健康状態や理解力等を確認し、勧誘の適正性を判断する必要がある。

③勧誘を行う場所、方法

勧誘の場所、方法については、外出先での勧誘については、説明内容や顧客の反応等の応接記録をICレコーダーなどで録音し保存するといった方法が推奨されているほか、高齢者から買付けの希望があった場合でも、原則としては翌日以降の受注としうえて、勧誘した担当営業員ではなく、役席者が受注を行うなどの方法が考えられるとする。

もっとも、翌日受注が原則とされている場合でも、家族の同席がある場合や、やむを得ない事情がある場合などは、個別事情により即日受注をすることは可能とされている。また、インターネットでの販売は日証協ガイドラインの対象から外れている。

④約定後の確認

80歳以上の高齢者に対する販売の際には、外交、電話、店頭のいずれのケースにおいても、勧誘留意商品の勧誘後に受注に至った場合には、勧誘を行った担当営業員以外の者が、当該高齢顧客に約定結果を連絡することにより、当該高齢顧客が当該取引を行ったことについての認識を確認すべきとされている。この連絡は役席者に限る必要はないとされている。

-
- (1) 上場株式、転換社債型新株予約権付社債、ETF（上場投資信託）、ETN（上場投資証券）、REIT、新株予約権証券及び有価証券関連市場デリバティブ取引等（上場先物・オプション取引）が挙げられている。
 - (2) 日経平均株価（日経 225）や東証株価指数（TOPIX）の変動率に一致するよう設計された投資信託が挙げられている。

約定後の連絡は約定当日に行う必要はなく、例えば初期募集の投資信託の場合には募集期間中のいずれかの日に約定後の連絡を行う等、商品の性格等に併せて行えばよいとされている。

約定後の連絡において、当該顧客が約定内容の全て又は一部を覚えていない、あるいは認識が異なることが判明した場合は、直ちに内部管理者又はあらかじめ自社で定めた役席者に報告し、対応について相談する必要があるとされている。

⑤モニタリング

高齢顧客への勧誘による販売については、取引が所定の承認・約定プロセスに則って行われているか、適合性や合理性の観点から不適切な取引はないかなどを主な検討項目として、社内規則の遵守状況を確認するモニタリングの必要があるとされている。

(3) 法的な位置づけ

日証協の規則は自主規制ルールであって強制力はないうえ、日証協ガイドラインはその規則に対する一つの考え方を示すものにすぎないとはいえ、この規則とガイドラインが示す高齢者定義（特に年齢の目安）や、勧誘留意商品の範囲、適正な勧誘手続のあり方（特に録音や役席者による確認手続）といった諸ルールは、適合性原則に適った金融商品の勧誘についての一つの指針として業界団体が定めたものであるから、これを逸脱する社内規則を用いる場合には相応の正当化が求められることになる。

他方で、これらの規則やガイドラインは、あくまでも適切な社内規則を制定するための指針であって、高齢顧客への勧誘を具体的にどのように行うのかの詳細は、各事業者が自ら定めることができる。この点では、あくまでも規則とガイドラインは強制力のないソフト・ローとしての特徴を持つ。

3 適合性の原則その他

日証協ガイドラインは、高齢顧客に対する投資商品販売について、顧客の特性に応じた適切な勧誘が行われるよう社内規則等を整備することを求めるものである。ところで、このような顧客の特性に応じた適切な勧誘を確保するための法原則としては、適合性の原則や、それと競合するその他の法原則が存在している。まず、いわゆる適

合性の原則について簡単にまとめておく⁽³⁾。

(1) 法令の適合性原則

まず、適合性の原則に係る法定上の規定として、どのようなものがあるかを概観しておく。適合性の原則の具体化した法令として一般にあげられるものは、次のものがある。

金融商品取引法 40 条 1 号が、金融商品取引業者等は、業務の運営の状況が、「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り、又は欠けることとなるおそれがあること」のないよう業務を行うよう規定している。

金融商品販売法 3 条 1 項 2 号が、金融商品販売業者等は、金融商品の販売等を業として行おうとするときは、当該金融商品の販売等に係る金融商品の販売が行われるまでの間に、顧客に対し、同条で詳しく規定される重要事項について説明をしなければならないとした上で、同 2 項が、「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らない」と規定している。ここでいう「必要な方法及び程度」を満たさないような説明がなされたとき、金融商品販売業者は同法 5 条で損害賠償責任を負うことになる。

商品先物取引法 215 条は、「商品先物取引業者は、顧客の知識、経験、財産の状況及び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委託者等の保護に欠け、又は欠けることとなるおそれがないように、商品先物取引業を行わなければならない」と定めている。また、同法 218 条 1 項は、商品先物取引業者が、商品取引契約を締結しようとする場合の顧客に対する説明義務を定めているが、同 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商品取引契約を締結しようと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らない」としている。説明義務の違反は、同条 4 項によって顧客に対する損害賠償責任を生じさせる。

いずれの場合も、顧客の知識、経験、財産状況、及び契約目的に照らした勧誘が行われることが求められている。顧客の具体的特性に応じた、適切な勧誘を行うことが

(3) 適合性の原則に関する文献は多数あるが、私法理論との関係を中心とした総合的な研究として、王冷然『適合性原則と私法秩序』（信山社、2010 年）、角田美穂子『適合性原則と私法理論の交錯』（商事法務、2014 年）。

適合性原則の本来的な要請とされていることがわかる。

(2) 判例法上の適合性原則

最判平成 17 年 7 月 14 日民集 59 卷 6 号 1323 頁は、証券会社の担当者による株価指数オプション売り取引の勧誘の適合性原則違反の有無が問題となった事例である。最高裁は、「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解するのが相当である」として、適合性の原則違反の私法上の効果として不法行為責任が生じること示した。

その上で、最高裁は、顧客の適合性を判断する際の具体的な基準として、「単にオプションの売り取引という取引類型における一般的抽象的なリスクのみを考慮するのではなく、当該オプションの基礎商品が何か、当該オプションは上場商品とされているかどうかなどの具体的な商品特性を踏まえて、これとの相関関係において、顧客の投資経験、証券取引の知識、投資意向、財産状態等の諸要素を総合的に考慮する必要がある」と述べた。適合性原則の判断にあたり、取引類型における一般的抽象的なリスクのみではなく、具体的な商品特性を踏まえて、それとの相関関係において、顧客の経験、知識、意向、財産状態等の諸要素を総合考慮するというルールを示したことになる。

(3) 概念的な整理

一般に、適合性の原則には、広義の適合性原則と、狭義の適合性原則があるといわれる。

広義の適合性原則とは、顧客の知識・経験・財産状況・契約目的に照らした適切な情報提供を行ったうえで金融商品を販売するという原則である。これは、近時の消費者取引、個人投資家取引の裁判例で広く見られる説明義務の拡張原理とも説明されている。このような義務を、適合性の原則という概念で説明するのは、顧客個々人の具体的な知識、経験、財産状況や契約目的といった個別事情に応じて、求められる情報提供の質および量が変化するという特徴を捉えるためと考えられる。知識や経験の乏しい顧客、取引耐性の低い顧客に対しては、単なる説明だけでなく助言に近い情報提供をしなければ勧誘として適切とはいえない場合もあると考えられる。逆に言えば、適切な説明や助言さえすれば販売可能な商品についての勧誘のあり方を示すのが、広義の適合性原則である。前述した法令上の規定では、金融商品販売法 3 条 1 項 2 号、

商品先物取引法 215 条 2 項が、これに当たる。

これに対して、狭義の適合性原則とは、ある種の金融商品は、顧客の知識、経験、財産状況や契約目的といった個別事情との関係で、どれだけ説明を行ったとしても、販売や勧誘をしてはいけないという原則である。広義の適合性原則が説明さえすれば販売してよい商品についての原則であるのに対して、狭義の適合性原則は、顧客の個別事情と商品の特性の相関的考慮によって、販売の絶対禁止ルールが導かれるところに特徴がある。金融商品販売法 3 条 1 項 2 号や商品先物取引法 215 条は、こうしたルールも含むものとして理解できる。

両者の関係であるが、理論上、広義の適合性原則は、狭義の適合性原則を包摂すると考えられる。すなわち、狭義の適合性原則に違反するような金融商品について顧客に勧誘をした場合には、それがどれほど懇切丁寧な説明であっても、それが顧客の個別事情に適合した説明ないし助言になることはないから、常に説明・助言義務違反が認められることになり、広義の適合性原則の違反も同時に存在することになる。

金融商品販売に関する実際の裁判例を概観してみると、狭義の適合性原則違反と、説明義務違反（広義の適合性原則違反）の双方が原告から主張される下級審裁判例は数多く存在するが、勧誘の違法性を肯定する裁判例には、①狭義の適合性原則違反と説明義務違反の双方を認める裁判例⁽⁴⁾、②狭義の適合性原則違反と説明義務違反のいずれも認めない裁判例⁽⁵⁾、③狭義の適合性原則違反は認められないが、説明義務違反は認められるとした裁判例⁽⁶⁾は存在するが、④狭義の適合性原則違反を認めて、説明義務違反がないと判断した裁判例は存在しないようであり⁽⁷⁾、両者の関係が上記のような包摂関係にあることを裏付ける。

(4) 横浜地裁平成 26 年 8 月 26 日消費者法ニュース 101 号 285 頁、東京地裁平成 25 年 7 月 19 日金融法務事情 2012 号 124 頁、千葉地裁平成 21 年 10 月 21 日判例タイムズ 1353 号 167 頁など。

(5) 東京地裁平成 26 年 3 月 28 日先物取引裁判例集 71 号 35 頁、平成 17 年 12 月 20 日先物取引裁判例集 42 号 81 頁など、いずれも過当取引により違法な勧誘自体は認められているケース。

(6) 京都地裁平成 25 年 3 月 28 日判例時報 2201 号 103 頁、大阪地裁平成 24 年 9 月 24 日判例時報 2177 号 79 頁など。

(7) 狭義の適合性原則違反を認定し、説明義務違反の判断をしない裁判例は多数存在するが、狭義の適合性原則違反と説明義務違反の双方を争点として取り上げたうえで、前者について違反を認定し、後者について違反を認定しなかった裁判例は筆者の調べた限りでは見当たらなかった。

4 適合性原則と競合する責任原因

高齢顧客に対する金融商品販売、商品先物取引の勧誘の違法性が問題となった下級審裁判例は数多く存在する。そうした裁判例の多くが、適合性原則あるいは説明義務違反を問題としており、狭義ないし広義の適合性原則が、高齢顧客に対する事業者の違法な勧誘の責任追及手段としては広く用いられる実情が見て取れる。しかし、そうした下級審裁判例の中には、適合性の原則と並んで、適合性原則とは異なる責任原因が検討されることがあり、そちらで違法な勧誘の責任が認められることも多い⁽⁸⁾。ここでは、顧客側から主張されることの多い3つの責任原因を紹介する⁽⁹⁾。

(1) 虚偽説明

投資取引の勧誘において、事実とは異なる説明がなされたことを根拠に事業者側の責任を認めるものである。

虚偽説明があった場合に不法行為責任が認められることは当然であるように思われるが、実際には顧客側の立証の困難さゆえか、虚偽説明によって事業者の責任が認められた裁判例は多くない。また、虚偽説明が問題となり責任が認められた裁判例の多くは、適合性の原則違反や、説明義務違反についても認定しており、虚偽説明だけを理由に責任を認めたという裁判例は少ないようである⁽¹⁰⁾。

(2) 過当取引（無意味な反復売買）

過当取引（無意味な反復売買・乗換売買）は、「顧客の利益よりも自らの手数料収入の獲得等という利益を優先させ、顧客を不適切に多量・頻繁な取引を勧誘する」行為を指す。下級審裁判例では、無意味な反復売買・乗換売買や、過当取引についての裁判例は数多くあるが、その多くは先物取引のケースである。不法行為が認められた

(8) 角田・前掲注(3) 344頁は、特に商品先物取引について、勧誘段階から取引継続中の行為態様を総合的に考慮する一体的不法行為論が確立しており、適合性の原則がそのなかで占める重要性について言及している。

(9) この他に、違法な勧誘の責任原因として主張されることが多いものとして、不招請勧誘の禁止があげられる（金融商品取引法38条4号参照）が、適合性の原則とはやや違い、訪問販売ルールの適正化という性格のものであるため（特定商取引法3条の2参照）、ここでは検討の対象から除外した。

(10) 虚偽説明を根拠とした責任肯定事例として、東京地裁平成26年10月21日先物取引裁判例集72号119頁・消費者法ニュース102号338頁があるが、84歳の高齢者にCO2排出権を対象とする私的差金決済取引を、その仕組みについて虚偽の説明をした上で持ちかけたというかなり悪質な事例のようである。

裁判例を見ると、先物取引の経験が浅い者に両建てを勧めたり、実質的に一任取引に近い形で、数ヶ月間数年間に何十回何百回の小刻みな取引をしたりするケースが多い。

学説では従来から、こうした無意味な反復売買・乗換売買を含む過当取引についての研究があり⁽¹¹⁾、広義の適合性の原則から派生する違法行為類型とされるが、個々の取引ではなく一連の取引全体の違法性を判断する点に特徴があるとされている⁽¹²⁾。

これら先物取引を主に念頭に置いた下級審裁判例や学説では、過当取引の認定基準として、取引の過度性、口座支配性、悪意性という3要件が挙げられるのが一般的である。取引の過度性は、取引金額の取引回数から計算される回転率をもとに判断され、口座支配性は、顧客が勧誘者に取引を一任していたか、あるいは自らの知識経験では取引できない顧客が勧誘者を信頼して勧誘されるままに取引を行った場合に認められやすいといわれている。

過当取引は、狭義・広義の適合性の原則違反と併せ認定されることもあるが、適合性原則が認められても過当取引が認められない裁判例⁽¹³⁾、過当取引が認められても狭義・広義の適合性原則違反が否定される裁判例⁽¹⁴⁾もあり、独立した違法勧誘類型であると考えられる。

(3) 新規委託者保護義務

特に商品先物取引においては、商品取引員らは、委託者に対し、商品先物取引の知識と経験を蓄積させ、十分な自主的判断がなし得るまでに不測の損害を被らせないように建玉を抑制するなどの一般的な注意義務があるとされており、新規委託者保護義務と呼ばれている。この新規委託者保護義務は、平成17年5月1日制定された「商品先物取引の委託者の保護に関するガイドライン」（以下「委託者保護ガイドライン」という。）において、「過去一定期間以上⁽¹⁵⁾にわたり商品先物取引の経験がない者に対し、受託契約締結後の一定の期間⁽¹⁶⁾において商品先物取引の経験がない者にふさわしい一定取引量⁽¹⁷⁾を超える取引の勧誘を行う場合には、適合性原則に照らし

(11) 松岡啓祐「アメリカにおける証券の過当売買（churning）（一）～（四・完）」早稲田大学法研論集63号221頁以下、65号227頁以下66号217頁以下、67号219頁以下（1992～1993年）、今川嘉文「過当取引の民事責任」（信山社、2003年）。

(12) 川島いづみ「過当取引の勧誘と証券会社の責任」消費者法判例百選138頁。

(13) 前掲注(4) 千葉地裁平成21年10月21日参照。

(14) 前掲注(5) 東京地裁平成26年3月28日、平成17年12月20日参照。

(15) 直近3年以内に述べ90日以上とされていた。

(16) 最初の取引日から最低3ヶ月とされていた。

(17) 建玉時に預託する取引証拠金等の額が顧客が申告した投資可能資金額の3分の1となる水準

て、原則として不相当と認められる勧誘となると考えられる」というふうに定められていたことに由来する。この委託者保護ガイドラインに代わり平成23年1月7日に定められた「商品先物取引業者等の監督の基本的な指針」には上記のような新規委託者保護義務違反の明確な基準はないが、同規定の改正後も、この委託者保護ガイドラインの基準をもとに新規委託者保護義務違反を認める下級審裁判例が存在する⁽¹⁸⁾。

新規委託者保護義務違反は、広義・狭義の適合性の原則と併せて主張される場合がほとんどである（すなわち、新規委託者保護義務違反のみを問題として、適合性の原則や説明・助言義務に言及しないという裁判例はあまり無い）が、広義・狭義の適合性原則が認められない場合であっても、新規委託者保護義務違反が認められる場合もあり、独立した責任類型として一定の意義が認められる。

5 高齢者に対する投資商品販売についての考察

以上の分析をもとに、日証協ガイドラインを踏まえた上で、高齢顧客に対する投資商品販売にあたっての適合性原則についてどのように理解するかという当初の問題に立ち戻って考察する。

（1）適合性原則と他の原則の関係

適合性の原則については、広義の適合性原則、狭義の適合性原則を分けて理解するのが一般的であることは前述のとおりである。しかし、そこに共通するのは、顧客個々人の事情に適合した勧誘を行うべきであるという要請であり、そうした抽象的な指導原理から、適切な説明や助言の義務、狭義の適合性判断に基づく勧誘の禁止が生じていると考えると分かりやすい。さらに、こうした要請からは、虚偽説明や手数料目的の無意味な反復売買の禁止、経験未熟な新規顧客にいきなりリスクの高い取引を勧誘しないといった義務も導かれることは当然であり、適合性原則が問題とされる裁判例の多くで、虚偽説明、不招請勧誘の禁止、過当取引、新規委託者保護義務違反などが併せて問題とされることもうなずける。

ところで、投資取引については、消費者取引とは異なり、自己責任の原則が妥当するとされているが、投資者には自己責任を引き受けるにふさわしい能力があることが

が目安とされていた。

(18) 平成23年1月7日から平成27年1月6日までの4年間について判例データベースで「新規委託者保護義務」検索すると、第一法規D1-Lawでは35件、LLI／DB判例秘書では13件がヒットする。収録数にかなり差があるが、新規委託者保護義務の違反が裁判上の争点になることは珍しくないことが伺われる。

当然の前提となっており、そこには合理的な投資判断をする能力も含まれる⁽¹⁹⁾。しかし、投資者に求められる投資判断能力は状況によって様々であり、狭義の適合性原則が問題となる場面では自身の資産状況や能力を把握して合理的な投資戦略を立てる能力、説明義務が問題となる場面では個々の投資商品の仕組みを理解し自己の投資戦略に合ったリスクの種類や程度の投資商品を選択する能力、過当取引が問題となる場面では、勧誘者のアドバイスを鵜呑みにせず、勧誘者は報酬の仕組み故に利益相反的な立場にあり、場合によっては報酬目当てで取引を勧誘する危険性があることを認識しうる能力、そして新規委託者保護義務は、新たな投資取引に順応する能力が、それぞれ問題になる。この点で顧客の投資判断能力の評価は、重複する部分も多いとはいえ、勧誘の違法性を判断するそれぞれの基準に即して多層的に行われるのが望ましく、適合性原則と競合する形で複数の違法性判断基準が問題とされていることには意味があると考えられる。

そうすると、高齢者に対して投資商品を販売するに当たっては、こうした様々な意味での投資判断能力の減退に考慮して勧誘を行うことが、顧客個々人の事情に適合した勧誘という評価を受ける際に重要なポイントといえることができる。

(2) 日証協ガイドラインの特徴

以上のような観点から見ると、日証協ガイドラインには、おおよそ次のような特徴を見出すことができる。

まず、日証協ガイドラインは75歳以上の高齢顧客に勧誘留意商品を勧誘する場合には、役席者が顧客と面談をすることで勧誘の適正性を判断するという社内規則を要求している。ここでは、問題となっているのが、「勧誘の適正性」であることから分かるように、勧誘が広義の適合性原則に違反していないかをチェックすることが主な目的となっている。つまりガイドラインは、営業担当者の説明が不十分あるいは不正確なため、個々の金融商品に対する理解が不十分なまま契約を締結していないかをチェックするために、役席者が高齢顧客と面談をすることを求めているのだと考えられる。

次に、日証協ガイドラインは、80歳以上の高齢顧客に勧誘留意商品を勧誘する場合には、原則として勧誘の翌日以降の受注することとし、約定後も連絡を行うことを要求している。ただし、こうした原則的な手続きに対する例外として、家族の同席があれば即日受注を認めるといった説明がなされている。このことから、ここでガイドラインが問題としているのは、高齢顧客の取引判断が、自身の資産状況やそれまで

(19) 潮見佳男『契約法理の現代化』（有斐閣、2004年）特に116頁以下参照。

の財産運用状況に照らして、論理一貫性を欠いた非合理的なものである可能性と考えられる。典型的には、認知症等の精神的な障害により、現在の資産状況や過去の投資運用状況を十分に考慮しないで勧誘留意商品を購入しようとする場合が想定されよう。このような場合において、高齢者に勧誘留意商品の勧誘を行うことは、狭義の適合性原則に違反する可能性が高く、翌日以降に受注するといった方法は、それを避けるための管理体制と理解することができる。

さらに、日証協ガイドラインは、75歳以上の顧客に対する勧誘留意商品の勧誘には役席者の事前承認を必要とすること、80歳以上の顧客に対する勧誘留意商品の受注は役席者が行うことを原則とし、さらに約定後も担当営業員とは別の者が約定結果を連絡すること、また、こうした勧誘や受注の際の会話内容を録音して保存することなどについて社内規則として設け、こうした社内規則が遵守されているかについてのモニタリングに活用するよう要請している。これらは担当営業員が、営業成績を重視するあまり不正確あるいは不十分な説明により勧誘を行ったり、さらには高齢顧客の判断能力が不十分である可能性に目をつぶって受注をしたりする行為への抑止力となることが期待される。

以上のように、日証協ガイドラインの要求は、広義・狭義の適合性の原則や、それと競合する勧誘の違法性判断の諸原則の趣旨を反映し、これらの諸原則が実現しようとする、顧客個々人の事情に適合した勧誘を行うべきであるという要請に応えたものである。

(3) ガイドラインの注意点

もっとも、日証協ガイドラインは、それに沿った社内規則を遵守していれば、勧誘の違法性が問われた場合の免罪符になるといった性格のものではない。実際、適合性の原則違反が認められた下級審裁判例のなかには、顧客が60歳代の事例も多数存在しており、日証協ガイドラインに沿った勧誘であれば適合性原則違反にならないといった判断が裁判所によってなされることは期待しにくいであろう。重要なのは、日証協ガイドラインに沿った勧誘をしているかではなく、顧客個々人の事情に適合した勧誘を行ったかという点であり、日証協ガイドラインはその目安となるに過ぎないと考えるべきである。

他方で、日証協ガイドラインは、法的な強制力のないものであり、その意味では、社内規則は上記のような要請を反映するものであれば、必ずしも日証協ガイドラインの要請どおりである必要はないと考えられる。社内規則の制定にあたり重要なのは、高齢顧客の取引適合性を判断する責任者が、当該顧客のどのような能力を判断するの

かについて自覚的であることではないかと思われる。すなわち、これから勧誘しようとする高齢顧客の取引適合性を判定するにあたり、個々の商品の仕組みやリスクに対する理解度を測るのか、その顧客が論理一貫した投資取引をできるだけの判断力があるかを測るのか、さらには顧客が自己責任の原則の意味を真に理解できているかを測るのかで、自ずと質問する内容も変わってくるはずであり、そうした点に自覚的な社内規則が求められているといえよう。

第5章 消費者裁判手続特例法による金融実務への影響～手続法の観点から～

松 下 淳 一

1 はじめに

本章は、「消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律⁽¹⁾（平成25年法律第96号）」（以下、「消費者裁判手続特例法」という。この法律の条文は条文番号のみで示す。）の手続を概観した上で、事業者側の留意点について検討するものである。消費者裁判手続特例法の対象となる実体法的な法律関係、即ち共通義務確認の訴えの対象、及び消費者裁判手続特例法の制定の経緯については、第6章の中田裕康教授の論文を参照されたい。

2 立法の背景

消費者契約に関して消費者に生じた損害の回復を請求する権利の存否・内容を、裁判手続上終局的に確定させるためには、まずは個々の消費者が訴訟を提起して判決を得る必要がある。もっとも、個々の消費者は、損害額が少額であることが多いこともあり、訴訟追行に必要な費用（弁護士報酬等）や労力を負担するのが難しい場合が多いことから、個別訴訟による紛争解決は実際には困難である⁽²⁾。もちろん、同様の損害を有する複数の消費者が共同して原告となり（民訴38条）、あるいは複数の消費者

- (1) 本法の全体的な解説の図書として、消費者庁消費制度課編『一問一答消費者裁判手続特例法』（商事法務、2014年）（以下、「一問一答」とする）、TMI総合法律事務所編・高山崇彦編著『Q&A 消費者裁判手続特例法・消費者契約法』（きんざい、2014年）、特定非営利活動法人消費者支援ネット北海道監修・町村泰貴著『消費者のための集団裁判－消費者裁判手続特例法の使い方』（弁護士会館ブックセンター出版部 LABO、2014年）、山本和彦著『解説消費者裁判手続特例法』（弘文堂、2015年）（以下、「山本」とする）、西村あさひ法律事務所・太田洋・藤田美樹・松原大祐編著『消費者集団訴訟特例法の概要と企業の実務対応』（商事法務、2015年）、伊藤眞著『消費者裁判手続特例法』（商事法務、2016年）（以下、「伊藤」とする）がある。
- (2) 訴額60万円以下の請求については、少額訴訟手続という簡易な手続も設けられている（民訴368条以下）。もっとも、多数の消費者が主張する損害の回復を請求する権利の存否・内容を簡易裁判所が審理・判断するのが適切ではない場合が少なくないであろう。

の中から原告となるべき者を選定して（選定当事者、民訴30条1項）、個々の消費者についての訴訟追行の費用や労力を軽減することは可能である。しかし、同様の損害を有する複数の消費者がまとまって提訴あるいは選定という意思決定をするのは（特に消費者が地理的に拡散している場合には）容易ではなく、また損害に係る過失や瑕疵等に関する情報は事業者側に偏在しているために、原告となる消費者側で主張を具体化し、証拠を揃えることが難しい場合が多いことから、共同訴訟や選定当事者の制度は必ずしも実効的な消費者の利益保護の手段とはならない。

以上のような現状に鑑み、消費者に生じた損害の回復を請求する権利の存否・内容について、消費者の手続負担を最少化しつつ、簡易迅速に確定する手続が必要とされた。

3 手続の概要

（1） 目的（1条）

1条が定める本法の目的を、目的規定の構造に照らして分析すれば以下のとおりである。

- ・立法動機 消費者契約に関して相当多数の消費者に生じた財産的被害について、消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差により消費者が自らその回復を図ることには困難を伴う場合がある。
- ・手段 消費者契約に関して相当多数の消費者に生じた財産的被害を集団的に回復するため、特定適格消費者団体が被害回復裁判手続を追行することができることとする。
- ・直接目的 消費者の利益の擁護を図る。
- ・究極目的 国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与する。

（2） 被害回復裁判手続（2条9号）

被害回復裁判手続とは、①共通義務確認訴訟、②簡易確定手続、③異議後の訴訟手続、④民事執行手続、及び⑤仮差押え手続からなる（2条9号イ・ロ）。このうち、制度の中核をなすのは、第1段階の①共通義務確認訴訟、及び第2段階の②簡易確定手続である。

第1段階（共通義務確認訴訟）では、特定適格消費者団体が原告となって、事業者の共通義務の存否について審理をする。「共通義務」とは、「消費者契約に関して相当多数の消費者に生じた財産的被害について、事業者が、これらの消費者に対し、これ

らの消費者に共通する事実上及び法律上の原因に基づき、(中略) 金銭を支払う義務」と定義されている(2条4号)。

第2段階(簡易確定手続)では、第1段階の共通義務確認訴訟の結果を前提として、個々の消費者の授権を受けた特定適格消費者団体が届け出た債権について、相手方である事業者の認否と、認否を争う旨の申し出がされた場合の簡易確定決定を経て、個々の消費者の事業者に対する金銭支払請求権の存否・内容を確定する。

このような2段階型の手続とされたのは、事業者が金銭の支払義務を負うべきこととなる共通の事実上及び法律上の原因の存在を消費者が明らかにすることに困難が伴う場合が多い反面、共通の原因による事業者が金銭の支払義務を負うことが確認されれば、個々の消費者ごとに判断すべき個別の事項は比較的判断が容易であり、かつ、消費者ごとに大きな差がないことが多いという特性による⁽³⁾。換言すれば、多数の消費者が主張しうる金銭支払請求権について、共通する部分を「因数分解」して括り出し、この共通する部分に係る訴訟追行が比較的難しいことから、第1段階では、訴訟追行の能力を有する特定適格消費者団体を原告として共通する部分を確定し、共通義務が存するという事になれば、第2段階で、個々の消費者の事業者に対する金銭支払請求権について事業者側に集団的に認諾を求め、認諾がされない請求権については、簡易迅速な決定手続によって当該請求権の確定を図る、ということである。決定手続による裁判所の判断(簡易確定決定、44条1項)に不服がある場合には、異議訴訟により、口頭弁論のある手続を保障して、個々の消費者の事業者に対する金銭支払請求権が終局的に確定されることになる。

第1段階・第2段階を通じて手続追行主体となるのは、特定適格消費者団体であり、これは個々の消費者の手続負担を軽減するためである。

第1段階における、特定適格消費者団体による共通義務確認の訴えの提起については消費者からの授権は不要であるのに対して、第2段階における個々の消費者の権利の確定のためには、対象消費者による授権(積極的な参加意志の表明)が必要であり、この点ではいわゆるオプト・イン型である⁽⁴⁾。

第2段階における、認否-前駆手続としての決定手続-決定を争う訴訟手続という構造は、倒産手続における法人役員責任の追及、否認の請求、及び倒産債権の確定の場面で設けられている手続の構造に類似している。認否について争いが頻発するわけではない、そして争いがあっても決定手続における裁判がされれば、当事者はさらに

(3) 一問一答4頁。

(4) 米国のクラス・アクションにおいては、本法とは異なり、除外の申出をしない限りすべての対象者に判決の効力が及ぶオプト・アウト型(離脱型)が採用されている。

判決手続で争うことなく、その結論を受け入れる場合が一定数ある、という認識が前提にあると思われる。

4 共通義務確認訴訟

(1) 当事者

原告は特定適格消費者団体、被告は事業者である（3条1項（原告）・3項（被告））。原告を特定適格消費者団体に限定したのは、①消費者被害に関する知識経験と消費者利益の擁護についての活動実績、②手続の安定的・継続的な実施可能性、③適切な業務執行の可能性ゆえである⁽⁵⁾。消費者自身は、共通義務確認訴訟の原告にはなれないし、特定適格消費者団体を補助するために共通義務確認訴訟に参加することもできない（8条）⁽⁶⁾。

第2段階である簡易確定手続と異なり、共通義務確認訴訟においては、消費者から特定適格消費者団体への授權は不要である。授權を必要とすると、第1に、多数の消費者に被害が生じていることが明らかであっても、個別の消費者の住所・氏名が特定できないと特定適格消費者団体は授權のための働きかけができないという弊害、第2に、訴訟の帰趨、そして費用等の負担が不明なため授權をする消費者が一定数現れない場合には、本来取り上げられるべき事案が取り上げられないこととなるという弊害、そして第3に、特定適格消費者団体は授權をした消費者の意向に沿って訴訟追行をしなければならなくなり、消費者全体の利益のための訴訟追行ができなくなるというおそれがあるからである⁽⁷⁾。

特定適格消費者団体は、消費者契約法に基づく適格消費者団体の中で、所定の要件（65条4項各号）を充たすとして内閣総理大臣が認定したものである。特定適格消費者団体は、対象消費者の利益のために、被害回復関係業務を適切に実施しなければならない、不当な目的でみだりに共通義務確認の訴えの提起その他の被害回復関係業務を実施してはならない（75条1項・2項）。ここで、被害回復業務とは、被害回復裁判手続（共通義務確認訴訟、簡易確定手続、異議後の訴訟手続、民事執行手続、及び仮差押え手続）に関する業務、この業務の遂行に必要な消費者の被害に関する情報の収集に係る業務、及びその業務に付随する対象消費者に対する情報の提供及び金銭その

(5) 一問一答 39 頁。

(6) 参加の可否を相手方の異議に係らせていないので、補助参加禁止は、相手方の保護というよりは争点の拡張や期日指定の困難、送達の煩雑化などの手続の錯雑とこれによる訴訟遅延を防止する、という公益的な性格を有する、と説明されている。山本 159 頁。

(7) 一問一答 5 頁。

他の財産の管理に係る業務である（65条2項各号）。

（2） 対象となる請求

共通義務確認訴訟の対象となる請求は、事業者が消費者に対して負う金銭の支払義務であって、消費者契約に関する以下に掲げる請求に係るものである（3条1項）。

- ①契約上の債務の履行の請求
- ②不当利得に係る請求
- ③契約上の債務の不履行による損害賠償の請求
- ④瑕疵担保責任に基づく損害賠償の請求
- ⑤不法行為に基づく損害賠償の請求（民法の規定によるものに限る）

ただし、拡大損害、逸失利益、人身損害、及び慰謝料は対象外とされる（3条2項）。これらは、典型的に支配性の要件（次述）を欠くと考えられるからである⁽⁸⁾。

また、裁判所は、共通義務確認の訴えに係る請求を認容する判決をしたとしても、事案の性質、当該判決を前提とする簡易確定手続において予想される主張及び立証の内容その他の事情を考慮して、当該簡易確定手続において対象債権の存否及び内容を適切かつ迅速に判断することが困難であると認めるときは、共通義務確認の訴えの全部又は一部を却下することができる（3条4項）。いわゆる支配性の要件である。多数の消費者が主張しうる金銭支払請求権の共通部分（「共通因数」）を括り出して確定できたとしても、なお各消費者の請求権の存否・内容の審理を簡易迅速に進めることが困難な場合には、2段階構造による救済になじまないことによる。

（3） 管轄・複数提訴の調整

共通義務確認の訴えは、原則どおり、①被告の主たる事務所・営業所の所在地（民訴4条1項・4項）、②被告の事務所・営業所の業務に関するものである場合にはその事務所・営業所の所在地を管轄する地方裁判所⁽⁹⁾に提起することができる（6条1項、民訴5条5号）。また、③対象債権が不法行為に基づく損害賠償請求権以外の場合には義務履行地、④対象債権が不法行為に基づく損害賠償請求権の場合には不法行為地を管轄する地方裁判所に提起することもできる（6条2項）。さらに、大規模事件の場合には、大型事件の処理能力の高い裁判所に訴訟を係属させることができるよ

(8) 一問一答 30 頁。

(9) 共通義務確認の訴えは、訴訟の目的価額の算定については、財産権上の請求でない請求に係る訴えとみなされるため（4条）、民訴費用法4条2項により訴額は160万円とみなされ、地方裁判所が管轄することになる。

うにするために、⑤対象消費者が500名以上であると見込まれる場合には、①から④までの地を管轄する高等裁判所の所在地を管轄する地方裁判所に（6条3項）、⑤対象消費者が1000名以上であると見込まれる場合には、東京地裁又は大阪地裁にも提起することができる（6条4項）⁽¹⁰⁾。

上記のように管轄原因が広いため、請求の内容及び被告たる事業者が同一の複数の共通義務確認訴訟が、異なる特定適格消費者団体によって異なる裁判所に提起されることがありうる。この場合には、被告の応訴の負担を軽減するために、共通義務確認訴訟が最初に係属した裁判所が管轄権を有することとされている（6条5項本文）。したがって、請求の内容及び被告たる事業者が同一の共通義務確認訴訟で2番目以降に提起されたものは、管轄違いを理由として共通義務確認訴訟が最初に係属した裁判所に移送されることになる。同一裁判所に係属した複数の共通義務確認訴訟の弁論・裁判は併合して行われ（7条1項）、弁論の分離は禁止されるため、複数の訴訟において内容的に矛盾のない判決がされることになる。

もっとも、共通義務確認訴訟が最初に係属した裁判所は、著しい損害又は遅滞を避けるため必要があると認めるときは、申立てにより又は職権で、当該共通義務確認の訴えに係る訴訟の全部又は一部を他の管轄裁判所に移送することができる（6条5項但書）。

さらに、特定適格消費者団体を原告とする共通義務確認訴訟が係属している場合に、同種の事案について、その共通義務確認訴訟の被告である事業者を被告として、対象消費者が別途個別に損害賠償請求訴訟等を提起することは妨げられない。もっとも、このような場合には、重複する審理による訴訟不経済や実質的に矛盾する判断を避け、被告の応訴負担を軽減するために、対象消費者を原告とする個別訴訟が共通義務確認訴訟の目的である請求又は防御の方法と関連する請求に係るものであるときは、その個別訴訟の受訴裁判所は、当事者の意見を聴いて、裁量的に当該個別訴訟手続の中止を命ずることができる（62条1項）。

なお、請求の内容及び被告たる事業者が同一ではないが、事実上及び法律上同種の原因に基づく請求を目的とする共通義務確認訴訟が異なる裁判所に複数係属している場合⁽¹¹⁾には、審理の重複による訴訟不経済や実質的に矛盾する判断を避けるために、共通義務確認訴訟の管轄権を有する裁判所は、当事者の住所又は所在地、尋問を受けるべき証人の住所、争点又は証拠の共通性その他の事情を考慮して相当と認めるときは、当該共通義務確認訴訟の全部又は一部について、類似訴訟が係属している他

(10) 同様の規律が、破産法5条8項・9項、民事再生法5条8項・9項にある。

(11) 例えば、同種の約款等を用いる複数の事業者を被告とする場合である。

の裁判所に移送することができる（6条6項）。この場合には、民訴の一般原則（民訴152条1項）により弁論の併合がされる場合が多いであろう。

（４） 審判対象（訴訟物）

共通義務確認訴訟の確認対象は、「事業者が、消費者被害に関して財産的被害のあった消費者に対し、これらの消費者に共通する事実上及び法律上の原因に基づき、金銭を支払う義務」である（2条4号）。ここだけを見れば、共通義務確認訴訟の審判対象は、消費者契約に関して生じた財産的損害に基づく、個々の消費者の事業者に対する金銭支払請求権（に係る義務）である、という理解もありえそうである（この理解によれば、消費者の権利を特定適格消費者団体が自己の名において訴訟上行使することになり、訴訟担当と理解することになる。）。

しかし、共通義務確認の訴えの訴状には、対象債権及び対象消費者の範囲を記載して、請求の趣旨及び原因を特定しなければならない（5条）とされており、請求権の主体である個々の消費者が特定されているわけではないので、個々の消費者が有する金銭支払請求権の束が訴訟物であるという理解をすることはできない。学説上は、特定適格消費者団体が不特定かつ多数の消費者の利益のために活動する法人であることから、個々の消費者の金銭支払請求権の基礎となるべき、事業者と一定範囲の消費者との間の概括的な共通の法律関係（共通義務）を訴訟物と捉えるべきである、との見解⁽¹²⁾、個別事情によって義務を負わないことがあるという留保付きの義務（法律関係）であって各消費者に帰属する権利の一部分を一般化抽象化したものが確認の対象である、との見解⁽¹³⁾がある。

（５） 確定判決の効力の人的範囲

共通義務確認訴訟における確定判決の効力は、一般原則を定める民訴法115条所定の者に及ぶ他に、当事者以外の特定制格消費者団体及び対象消費者の範囲に属する届出消費者（30条2項1号）にも及ぶとされている（9条）。

第1に、当事者以外の特定制格消費者団体に及ぶとされているのは、共通義務確認訴訟が請求棄却となった場合に、当事者であった特定制格消費者団体だけでなく、他

(12) 伊藤眞「消費者被害回復裁判手続の法構造－共通義務確認訴訟を中心として」法曹時報66巻8号（2014年）1頁、15頁、23頁。伊藤45頁は、共通義務確認訴訟の訴訟物たる概括的法律関係と個々の消費者の金銭支払請求権との間には、前者が存在しなければ後者の成立はありえないという法律上の牽連性がある、という説明をする。

(13) 山本143頁。

の特定適格消費者団体も再訴できなくするためである⁽¹⁴⁾。これにより、ある特定適格消費者団体が共通義務確認の訴えを提起して全面的に敗訴した後に、別の特定適格消費者団体が同内容の共通義務確認の訴えを提起して、一部でも勝訴するという矛盾した判断がなされるという事態が生じないようにされているのである。また、原告となった特定適格消費者団体は、その認定（65条）を受けているということで充実した訴訟追行をすることができると想定されること、他の団体に対する提訴の通知等がされ（78条1項）、他の特定適格消費者団体も共同訴訟参加する等により係属中の共通義務確認訴訟の当事者となる機会があったことが、当事者以外の特定適格消費者団体にも不利益な判決効が拡張される正当化根拠である。

第2に、対象消費者の範囲に属する届出消費者にも及ぶとされているのは、まず、第2段階における対象債権の確定の際に、共通義務確認訴訟の判決のうち請求認容部分を利用できるようにするためである。これにより、相当多数の消費者に生じた財産的被害を矛盾なく一回的に回復することが可能となる。請求認容部分の判決効の拡張なので、事業者にとって不利益な判決効の拡張であるところ、対象債権の範囲の限定や訴え提起時における対象債権・対象消費者の範囲の記載（5条）により事業者に充実した訴訟追行が可能となっていることが、不利益の正当化根拠である。次に、第2段階における対象債権の確定の際に、共通義務確認訴訟の判決のうち一部棄却部分⁽¹⁵⁾は利用できないということを担保する。

（6） 訴訟上の和解

特定適格消費者団体は、共通義務確認訴訟において、当該共通義務確認訴訟の目的である共通義務の存否について、訴訟上の和解をすることができる（10条）⁽¹⁶⁾。他方で、申立て団体に対して一定額の支払をする和解や被告の支払義務を認めて対象消費

(14) 共通義務確認訴訟において、全部認容判決が確定した場合に、他の特定適格消費者団体が認容範囲を超える請求をすることも、既判力の双面性により禁じられることになろう。

(15) 全部棄却の場合には簡易確定手続は開始されない（12条）、届出消費者は観念できないため、対象消費者には既判力は拡張されない。この意味において、既判力の対象消費者への拡張は片面的である、と言われる。したがって、全部棄却判決の場合には、対象消費者はその後には事業者を被告とする個別訴訟において自己の権利を主張することができることになる。このように事業者に不利なようにも見える片面的拡張は、対象消費者の裁判を受ける権利の保障と事業者に対する共通義務についての事業者に対する警告機能とから正当化される、と説明されている。山本 272～274 頁。

(16) 伊藤 69～70 頁は、10条は訴訟上の和解に限って特定適格消費者団体の処分権限を認めているから、訴訟外の和解は許されない、とする。他方で、特定適格消費者団体は、簡易確定手続あるいは異議後の訴訟においては、対象消費者の授權があれば裁判外の和解をする権限を有するとされている（65条1項、2項1号）。

者に対する支払方法について合意する訴訟上の和解は認められていない。

訴訟上の和解の調書への記載は確定判決と同一の効力を有する（民訴 267 条）から、訴訟上の和解の効力も、確定判決と同様に（(5)参照）、一般原則を定める民訴法 115 条所定の者に及ぶ他に、当事者以外の特定適格消費者団体及び対象消費者の範囲に属する届出消費者（30 条 2 項 1 号）にも及ぶことになる。

5 簡易確定手続の概要

共通義務確認訴訟における請求を認容する判決が確定した時、又は請求の認諾若しくは共通義務の全部又は一部が存することを認める旨の訴訟上の和解によって共通義務確認訴訟が終了した時には、その終了時に当事者であった特定適格消費者団体は簡易確定手続の申立てをする（12 条）。簡易確定手続の概要は以下のとおりである。概ね、集団的な認諾の調達、争いがある場合の簡易迅速な決定手続による判断、そして決定内容に不服がある場合に判決手続を保障する異議後の訴訟という 3 つの段階からなる⁽¹⁷⁾。

- ① 特定適格消費者団体による簡易確定手続の開始の申立て（14 条）、裁判所による簡易確定手続開始決定（19 条）
- ② 対象債権者が簡易確定手続申立団体⁽¹⁸⁾に簡易確定手続について授權（31 条）、授權をふまえて簡易確定手続申立団体が裁判所に対象債権の届出
- ③ 相手方の認否、届出内容を全部認めれば届出どおりに確定（42 条）
- ④ 債権届出団体⁽¹⁹⁾による相手方の認否を争う旨の申出（43 条）、争わなければ相手方の認否のとおりにより確定（47 条）
- ⑤ 認否を争う旨の申出があった場合には、裁判所は決定手続（ただし必要的審尋）により簡易確定決定をする。
- ⑥ 簡易確定決定に不服のある債権届出団体、相手方、及び届出消費者は、簡易確定決定に対して異議を述べることができ（46 条 1 項・2 項）、簡易確定決定に対し異議の申立てがあったときは、債権届出に係る請求については、当該債権届出の時に、当該債権届出に係る債権届出団体を原告として、当該簡易確定決定をし

(17) 集団的な認否、争いがある場合にまず決定手続で審判、決定に不服がある場合の異議訴訟という 3 段階構造は、倒産手続における債権の調査確定のプロセスに類似する。もっとも、倒産手続と異なり、債権者間の相互牽制という要素はなく、債権届出団体と相手方との相対の関係が複数並行して存するだけである。

(18) 簡易確定手続開始の申立てをした特定適格消費者団体をいう（21 条）。

(19) 債権届出に係る簡易確定手続申立団体をいう（31 条 7 項）。

た地方裁判所に訴えの提起があったものとみなされる（52条）。

6 事業者の留意点—共通義務確認訴訟における和解

消費者契約に関して相当多数の消費者に財産的損害が生じた場合に、いきなり共通義務確認の訴えが提起されることは想定しがたく、まずは消費者あるいはさらに消費者団体と事業者との間の自主的な交渉が行われるのが通例であろう。このような自主的な交渉によっては、債務不履行、不当利得あるいは不法行為の発生原因事実の存否について相互の主張の溝が埋まらず、紛争が解決しない状態に至ってはじめて特定適格消費者団体が共通義務確認の訴えを提起することになると思われる。

以上のことを考えると、共通義務確認訴訟における両当事者の主張が尖鋭に対立する場合が多く、主張立証に時間がかかり、さらに上訴によって争われる可能性も考えると、共通義務確認訴訟が長期化する可能性は高いように思われる（反面で、共通義務確認訴訟において共通義務が認められれば、支配性の要件がみたされている限り、第2段階は比較的迅速に進行するものと思われる。）。

他方で、消費者を顧客とする事業者にとっては、共通義務確認訴訟において被告とされていること自体から生ずるレピュテーションリスクも無視できず、多少の支出を伴っても、また責任原因について争う余地がかなりあるとしても、和解によって早期に解決を図るという心理が働くことも考えられる⁽²⁰⁾。

もっとも、共通義務確認訴訟係属中に訴訟上の和解において共通義務を一部でも認めると、その効力は届出消費者にも及び（前述3(6)）、対象債権の確定手続の前提となるから、早期解決と金銭支払の負担の部分的な確定とを勘案して、訴訟上の和解を締結するかどうか判断すべきことになる。

共通義務確認訴訟における和解では、共通義務の存否に関する和解しか認められておらず（10条）、事業者が支払う金銭の額についての和解はできないこと、そして、共通義務確認の訴えの訴状においては、対象債権及び対象消費者の範囲を記載することが必要であるものの（5条）、対象消費者の数や対象債権の総額の明示までは求められていないことから、共通義務確認訴訟における和解の内容自体からは、事業者は自分の責任の総額を判断することができない。したがって、共通義務確認訴訟を提起された事業者は、自らの顧客リストや取引履歴等に基づいて対象消費者の数や対象債権の総額を概算する必要がある、これらの情報等に基づいて第2段階の手続における

(20) 西村高等法務研究所責任編集『集合訴訟の脅威』（商事法務、2011年）86～87頁〔尾崎恒康発言〕。

債権届出団体との届出債権についての和解（37 条）の可能性も含めて検討をして、共通義務確認訴訟において訴訟上の和解を締結するかどうか、締結するとしてどのような内容にするか（どこまで譲歩するか）を判断することになろう。

第6章 消費者裁判手続特例法の共通義務 確認の訴えの対象

中 田 裕 康

1 はじめに

「消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律」⁽¹⁾がこのほど施行された。本章は、同法3条所定の「共通義務確認の訴え」の対象範囲について検討するものである。

2 共通義務確認の訴えの意義と検討課題

(1) 消費者裁判手続特例法の制度の概要

① 消費者裁判手続特例法の制定

-
- (1) 2013年12月11日公布、2016年10月1日施行。以下、「消費者裁判手続特例法」といい、本法の条文は条数のみで示す。本法については、全体について、消費者庁消費者制度課編『一問一答 消費者裁判手続特例法』(2014)(以下「一問一答」として引用する)、山本和彦『解説消費者裁判手続特例法〔第2版〕』(2016)(以下「山本解説」として引用する)、伊藤眞『消費者裁判手続特例法』(2016)(以下「伊藤」として引用する)があるほか、多数の論稿がある。特に、千葉恵美子＝長谷部由紀子＝鈴木將文編『集団的消費者利益の実現と法の役割』(2014)には、多くの関連論文が収められている。そのうち、訴訟法の観点からのものとして、酒井一「消費者の権利保護のための集合訴訟——訴訟対象から見た集合手続」(306頁)、笠井正俊「消費者裁判手続特例法に基づく請求・審理・裁判等に関する手続上の諸問題」(362頁)、八田卓也「消費者裁判手続特例法の当事者適格の観点からの分析」(381頁)、長谷部由紀子「集団的消費者利益の実現における司法と行政——民事訴訟法学からみた役割分担」(411頁)がある(実体法の観点からのものについては、後掲注(21)参照)。そのほか、訴訟法の観点からの論稿として、伊藤眞「消費者被害回復裁判手続の法構造——共通義務確認訴訟を中心として」法曹時報66巻8号(2014)1頁、町村泰貴「消費者裁判手続特例法の共通義務確認の訴えと訴訟物」北大法学論集65巻3号(2014)57頁、上原敏夫「集団的消費者被害回復手続の理論的検討」高橋宏志ほか編『民事手続の現代的使命』(2015)27頁、三木浩一「消費者集合訴訟制度の構造と理論」前同書595頁、三木浩一ほか「〔特別座談会〕消費者裁判手続特例法の理論と課題」論究ジュリスト9号(2014)138頁(以下「三木座談会」として引用する)、山本和彦ほか「〔座談会〕消費者裁判手続特例法の実務対応」NBL1064号(2015)4頁・1066号(2016)14頁(以下「山本座談会」として引用する)など。

わが国における集団的消費者被害回復制度の検討は、1970年代からあり⁽²⁾、その後も間歇的になされてきたが、本格化したのは今世紀に入ってからのことである。まず、2006年に消費者契約法の改正により、適格消費者団体による差止請求が新設された（消契法12条～47条）⁽³⁾。続いて、金銭支払による被害回復について、2008年以降、内閣府⁽⁴⁾、消費者庁⁽⁵⁾に順次設置された研究会及び消費者委員会に設置された専門調査会⁽⁶⁾において、また、研究者グループの私的研究会⁽⁷⁾において、検討が続けられた。それらの成果を受け、消費者庁は、2011年12月に「集団的消費者被害回復に係る訴訟制度の骨子」⁽⁸⁾（以下「骨子」という）を、2012年8月に「集団的消費者被害回復に係る訴訟制度案」⁽⁹⁾（以下「制度案」という）を公表し、それぞれパブリック・コメントの手续に付された。このような準備を経て、2013年4月に消費者裁判手続特例法案が国会に提出され⁽¹⁰⁾、同年12月4日に成立し、同月11日に公布され

- (2) 先駆的な本格的な研究として、田中英夫＝竹内昭夫「法の実現における私人の役割 —— 日米の比較を中心として (2)」法協89巻3号（1972）1頁・20頁以下〔同『法の実現における私人の役割』（1987）所収〕、上原敏夫「集団的救済制度の基礎的研究 —— ドイツ法とアメリカ法を中心として」一橋大学法学研究11号（1979）105頁〔同『団体訴訟・クラスアクションの研究』（2001）所収〕。
- (3) 消費者庁消費者制度課編『逐条解説・消費者契約法〔第2版補訂版〕』（2015）32頁以下・267頁以下。
- (4) 「集団的消費者被害回復制度等に関する研究会」であり、その報告書（2009年8月）は、消費者庁のホームページ（<http://www.caa.go.jp/planning/pdf/torimatome.pdf>）で閲覧することができる。
- (5) 「集団的消費者被害救済制度研究会」であり、その報告書（2010年9月）は、消費者庁のホームページ（<http://www.caa.go.jp/planning/pdf/100914body.pdf>）で閲覧することができる。
- (6) 「集団的消費者被害救済制度専門調査会」であり、その報告書（2011年8月）は、一問一答223頁以下に所収（以下「調査会報告書」と呼び、一問一答の頁数で引用する）。
- (7) 「集合的権利保護訴訟研究会」である。三木浩一ほか「今注目される『集合的権利保護訴訟』とは何か」NBL911号（2009）21頁及び同研究会「『外国法制調査研究』の連載にあたって」同号32頁（山本・後掲注（31）③はその一環である）を参照。
- (8) 「骨子」及びそれについてのパブリック・コメントに対する消費者庁の「考え方」は、消費者庁のホームページ（http://www.caa.go.jp/planning/pdf/111209_3.pdf 及び http://www.caa.go.jp/planning/pdf/120807_4.pdf）で公表されている。
- (9) 「制度案」及びそれについてのパブリック・コメントに対する消費者庁の「考え方」は、消費者庁のホームページ（http://www.caa.go.jp/planning/pdf/120807_2.pdf 及び http://www.caa.go.jp/planning/pdf/130419_bessi.pdf）で公表されている。制度案については、加納克利＝松田知文「集団的消費者被害回復に係る訴訟制度案について」NBL989号（2012）16頁、山本和彦「集団的消費者被害回復制度の理論的問題」小野秀誠ほか編・松本恒雄選『民事法の現代的課題』（2012）85頁〔同『民事訴訟法の現代的課題』（2016）所収〕。
- (10) 法案段階の論稿として、河上正二「消費者裁判手続特例法案について」ジュリスト1455号（2013）74頁、加納克利＝松田知文「『消費者裁判手続特例法案』について」ジュリスト1461号（2013）56頁、鈴木敦士「消費者裁判手続特例法案の概要」NBL1016号（2014）31

た。

② 消費者裁判手続の構造

本法は、同種の被害が拡散的に多発するという消費者被害の特性に鑑み、消費者被害を集団的に回復するために、二段階型の訴訟制度を設ける。第1段階の手続では、内閣総理大臣の認定を受けた特定適格消費者団体が原告となり、消費者契約に関して相当多数の消費者に生じた財産的被害について、これらの消費者に共通する事実上及び法律上の原因に基づき、被告である事業者が金銭を支払う義務を負うことの確認を求める（共通義務確認訴訟。3条～11条）。この訴訟で原告が勝訴すると、第2段階の手続に入る。当該特定適格消費者団体は、消費者に対し、その判決の内容等を通知・公告し、個々の消費者から授權を得て具体的な請求を行い、相手方の認否等により、個々の債権の有無や金額を簡易迅速に確定する（対象債権の確定手続。12条～51条）。なお、特定適格消費者団体は、相当多数の消費者の債権の実現を保全するため、仮差押えの申立てをすることができる（56条～59条）。このようにして、消費者被害回復の実効性の確保が図られる（一問一答3頁）。

（2） 共通義務確認の訴えの対象

① 基本的な考え方 ―― 多数性・共通性・支配性

共通義務確認の訴えは、消費者裁判手続の中核をなす制度であるが、この訴えに関する規律は、同時に、同手続の対象を示すものでもある。この訴えは、「消費者契約に関して相当多数の消費者に生じた財産的被害について、事業者が、これらの消費者に対し、これらの消費者に共通する事実上及び法律上の原因に基づき、（中略）金銭を支払う義務を負うべきことの確認を求める訴え」と定義される（2条4号）。これに次の限定が加わる。すなわち、裁判所は、この訴えに係る請求を認容する判決をしたとしても、「事案の性質、当該判決を前提とする簡易確定手続において予想される主張及び立証の内容その他の事情を考慮して、当該簡易確定手続において対象債権の存否及び内容を適切かつ迅速に判断することが困難であると認めるとき」は、共通義務確認の訴えの全部又は一部を却下することができる（3条4項）。これは、「支配性」の要件と呼ばれる。支配性とは「対象消費者の権利の確定について共通義務の存在が支配的であること」という意味である（伊藤 40 頁。後掲注（26）参照）。このよ

頁、三木浩一「消費者集合訴訟制度の理論と課題」前同号 41 頁。他に、足立格＝児島幸良「『消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律案』の概要とポイント」金法 1970 号（2013）74 頁。

うに、消費者裁判手続によって被害回復がなされうる請求は、多数性（「相当多数の消費者」）、共通性（「これらの消費者に共通する事実上及び法律上の原因」に基づく事業者の義務）、支配性（「簡易確定手続において対象債権の存否及び内容を適切かつ迅速に判断することが困難」とはいえないこと）の3要件を満たすことが求められる。

第1段階の訴訟手続については、2011年8月の調査会報告書（233頁・239頁）及び同年12月の「骨子」では、「共通争点の確認の訴え」とすることが提案されていた。これは相当多数の消費者に共通する事業者の責任原因等の確認を請求する訴えである。しかし、2012年8月の「制度案」の段階で、「共通義務」の確認を請求する訴えに改められた⁽¹¹⁾。変更の理由は、「消費者紛争における共通争点が多種多様であることを踏まえつつ、相当多数の消費者と事業者との間の法律関係を端的に捉え、判決主文をより簡明なものとする観点から構成し直した」と説明される⁽¹²⁾。このように対象の明確化に向けて吟味が重ねられた。

② 対象となる請求と具体例

消費者裁判手続特例法は、共通義務確認の訴えの対象となる請求を具体的に規定する（3条1項）。すなわち、消費者契約に関して事業者が消費者に対して負う金銭支払義務であり、次の5種類の請求（その利息・損害賠償・違約金・費用の請求を含む）に係るものである⁽¹³⁾。

第1は、「契約上の債務の履行の請求」である（3条1項1号）。ゴルフ会員権の預かり金の返還請求（一問一答11頁）、一定の保険事故に基づく保険金の集団的不払に対する支払請求（山本解説101頁）などが例とされる。

第2は、「不当利得に係る請求」である（同項2号）。消費者契約の不成立・無効・取消し・クーリングオフ・解除を理由とする不当利得返還請求又は原状回復請求が想定されている。学納金返還請求、語学学校受講契約の解約による清算金返還請求、布団のモニター商法など悪質商法事案における返還請求（一問一答11頁・12頁・18

(11) 消費者庁は、「骨子」についてのパブリック・コメントの手続の後、「共通義務確認の訴え」とすることを検討していると表明した（前掲注（8）「考え方」7頁）。

(12) 加納＝松田・前掲注（9）17頁。契約条項の無効による不当利得返還義務や、相当多数の消費者に対する事業者の不法行為による損害賠償義務の確認を例示する。町村・前掲注（1）60頁は、「共通争点の確認」では確認の対象が争いある事実か法的関係かが不明瞭だったが、「共通義務確認」となり、事実の確認でないことが明らかになったという。

(13) 想定される事件という横断的観点からは、違法・不当な勧誘方法による取引、契約条項が無効である場合、不当表示の商品代金、欠陥住宅、詐欺的商法が挙げられている（三木座談会144頁〔野々山宏発言〕。各種の請求権の競合問題につき、町村・前掲注（1）61頁以下。

頁・28頁)、組織的な原野商法で集团的被害がある場合の返還請求(山本解説102頁)などが例とされる。

第3は、「契約上の債務の不履行による損害賠償の請求」である(同項3号)。エステ施術契約において、事業者の使用する薬剤が契約の内容となっている成分を含有していなかった場合(一問一答19頁)、インターネット取引で事業者が粗悪品を組織的に販売し、消費者が他の商品を買入れた場合、商品販売における組織的な説明義務違反があった場合(山本解説102頁)などが例とされる。

第4は、「瑕疵担保責任に基づく損害賠償の請求」である(同項4号)。マンションの耐震偽装事案(一問一答11頁・19頁)、販売した自動車に隠れた瑕疵(設計上の瑕疵や情報提供上の瑕疵など)が集团的に存在した場合(山本解説103頁)などが例とされる。

第5は、「民法の規定による」「不法行為に基づく損害賠償の請求」である(同項5号)。未公開株取引の事案、金地金の現物まがい商法の事案(一問一答11頁)、建築請負契約で履行できない状態であるのに、虚偽の説明をして追加代金を支払わせた事案(山本解説103頁)などが例とされる。他方、金融商品取引法、金融商品販売法、保険業法、独占禁止法など民法以外の法律に基づく不法行為に基づく損害賠償請求は排除される。当該事案において民法上の不法行為の規定に基づく損害賠償請求ができる場合には、その請求は対象となるが(一問一答29頁)、特別法上の特則(証明責任の転換、損害額の推定等)は、適用されない(山本解説104頁)。なお、有価証券報告書の虚偽記載による発行者に対する損害賠償請求は、通常、発行者と消費者との間には契約関係がないので、対象とならないと説明される⁽¹⁴⁾。

③ 除外される請求及び損害

3条1項に掲げられた請求に当たるものであっても、除外される場合がある。

第1は、支配性の要件を欠く場合である。個々の消費者ごとに損害や因果関係の有無等の判断に相当程度の審理を要するような場合で、裁判所が簡易確定手続で個々の消費者の対象債権の存否及び内容を適切かつ迅速に判断することが困難と認められるときは、支配性の要件を満たさず、裁判所は訴えの全部又は一部を却下できる(3条4項)。①販売された商品の一部に瑕疵と評価されうる不具合があり事業者が損害賠償義務を負うことを確認したとしても、個々の消費者の購入した商品にその不具合があるかどうかの認定判断が困難な場合、②過払金返還請求において、みなし弁済が成

(14) 加納=松田・前掲注(10)57頁、三木座談会161頁以下〔加納克利発言〕。加納=松田・前掲注(9)18頁、消費者庁・前掲注(9)「考え方」6頁参照。

立せず、事業者が不当利得返還義務を負うことを確認したとしても、個々の消費者との貸し借りの内容や、どの範囲の取引を一体のものとみて充当計算するかについての認定判断が困難な場合、③損害保険金不払の事案で、保険事故が生じているかどうかの認定判断が困難な場合、④詐欺的な勧誘方法により事業者が損害賠償義務を負うことを確認したとしても、過失相殺が問題となりうる事案であって、個々の消費者ごとの過失相殺の認定判断が困難な場合が例とされる（一問一答 36 頁）。

第2は、典型的に支配性の要件を欠くものとして、具体的に法定された損害である。3条1項に掲げられた請求のうち、損害賠償請求（同項3号～5号）について、拡大損害（3条2項1号・3号）、逸失利益（同項2号・4号）、人身損害（同項5号）、精神的損害（同項6号）が除外される（以下、これらを「除外損害」と呼ぶ）⁽¹⁵⁾。これらが除外されるのは、①本法のとり二段階構造が効率的に機能しうること、②事業者側の攻撃防御を実質的に保障すること、が理由である⁽¹⁶⁾。

以上の2つが除外事由だが、このほか個別事情のある対象消費者が多い場合も、対象外とされることがある。共通義務確認の訴えにおいて、「個々の消費者の事情によりその金銭の支払請求に理由がない場合」、すなわち、個々の消費者との関係で請求原因事実が認められない場合や事業者側の抗弁が認められる場合などは除外されるが（2条4号）、そのような個別事情のある対象消費者が多く、その結果、対象債権の確定手続に加入しうる対象消費者が相当多数に満たないことになると、多数性の要件を欠くとして却下判決がされる場合がある（一問一答 20 頁）。

④ 検討課題 —— 対象の不明確さ

このように消費者裁判手続特例法は綿密な規定を置くが、共通義務確認の訴えの対象については、なお不明確さを免れない。銀行取引において生じうる問題を例に考えてみよう⁽¹⁷⁾。

(15) このため、個人情報流出事案においては、精神的損害について、対象外となるといわれる（加納＝松田・前掲注（10）57頁、三木座談会161頁〔加納・三木発言〕。加納＝松田・前掲注（9）18頁、消費者庁・前掲注（9）「考え方」6頁参照）。

(16) これらの損害は、因果関係、損害又は被侵害利益の認定における個別性が高く、典型的に支配性の要件を欠き、事業者が係争利益を概ね把握したうえ十分な攻撃防御をすることに支障があるからというもの（一問一答18頁・30頁）、事業者側の予測可能性を確保するという趣旨と、簡易確定手続における審理の煩雑を避けるという趣旨によるというもの（山本解説101頁以下）、共通義務確認訴訟が、簡易確定手続の基礎となるものであり、対象債権の存否・内容は、簡易確定手続において適切迅速にできることを予定すること、被告事業者の攻撃防御という視点からも、共通義務にかかる係争利益についての見通しが立てられることが望ましいことによるというもの（伊藤37頁）がある。

(17) 以下の例は、前記2（2）の各例を参考にし、また、研究会での議論から示唆を頂いた。

3条1項1号の例としては、①プログラムのバグにより預金の利息計算に誤りが発生し、預金者全員に過少な利息を付した場合、②行内のマニュアルが不適切であったため、多数の顧客について共通する説明義務違反が生じた場合、③銀行の新商品についての不適切な広告により多数の消費者が誤解し、かつ、消費者の理解が契約内容となると評価された場合、④画一的な方針に基づく、⑤共同相続人の一部の者による相続預金の払戻しの拒絶や、⑥被相続人の預金に係る取引履歴開示請求の拒絶がされ、それが正当とされない場合が考えられる。同項2号の例としては、⑦銀行取引における手数料の支払に関する約款条項が無効とされた場合に、その条項に従って消費者が支払った手数料の不当利得返還請求が考えられる⁽¹⁸⁾。同項3号の例としては、上記②から④のほか、⑧行内の業務管理の基準が不適切であったために組織的に生じた守秘義務違反により顧客に財産的損害が生じた場合が考えられる。同項4号の例としては、本来の瑕疵担保責任とはやや離れるが、⑨銀行のキャッシュカードに関わるシステムが脆弱であったために第三者の無権限払戻しがされた場合が考えられる。同項5号の例としては、⑩金融商品を販売する際、行内のマニュアルが不適切であったため、多数の顧客について共通する説明義務違反が発生し、それが不法行為と評価される場合が考えられる⁽¹⁹⁾。

これらの諸事案における争点は多様である。①では、そもそも訴訟を待つまでもなく、対応がされるだろう。⑤では、条項の有効性が主要な争点となる。⑦では、まず問題となるのは銀行の弁済の効果であり、瑕疵担保責任による損害賠償請求が争われることにはならないだろう。他の例（②③④⑥⑧）では、銀行の義務違反の有無が第一の争点であり、義務違反が認められる場合には、共通性の有無は事実認定の問題となることが多く、共通性が認められる場合には、支配性の要件が主要な争点となるだろう。また、全体を通じて、対象となる損害の限定が重要な機能をもつ。他方、多数性は、個別事情のある対象消費者が多い結果としてその要件を欠くという形で問題となる程度であろう。

このような銀行と顧客との取引においては、前記2（2）で挙げられるような悪質な取引とは、紛争の現われ方が異なるように思われる。すなわち、銀行取引においては、まずは金銭支払義務の存否自体が重要な問題となり、それが肯定される場合は、自主的解決がされることも少なくないだろう。そして、自主的解決に至らないとき

(18) 約款の条項（⑤）については、既に適格消費者団体による差止請求の対象とされている（消費法12条3項）。

(19) 個別の説明義務違反の場合は、各顧客との関係での義務違反の有無、因果関係、過失相殺等が問題となり、支配性の要件を欠くことが多いだろう。

は、共通性が事実として認定されれば、多数性はあまり問題とならず、支配性及び除外損害該当性が争点となることが多いのではなかろうか。ここからは、多数性・共通性と支配性・除外損害とが性質を異にする範囲画定要素なのではないかという問題関心が生じる。これを次項で検討したい。

3 共通義務確認の訴えにおける範囲画定の諸観点

(1) 範囲画定の方法と性質

消費者裁判手続特例法は、共通義務確認の訴えの対象の範囲を画定するため、様々な要件を課している。すなわち、消費者契約に関する請求に係る事業者の消費者に対する金銭支払義務であること（3条柱書）、消費者契約に関して相当多数の消費者に生じた財産的被害についてのものであること（多数性。2条4号）、これらの消費者に共通する事実上・法律上の原因に基づく事業者の義務であること（共通性。2条4号）を求め、対象となる5種類の請求を具体的に列挙する（3条1項）。そのうえで、除外損害を具体的に示すとともに（3条2項）、支配性の要件を課す（3条4項）。このうち、対象となる請求の列挙は、「消費者及び事業者の予測可能性を高め」るために、「消費者の財産的被害の回復のために主張されることの多い消費者契約に関する基本的な請求」を列挙するものであり（一問一答26頁）、具体的理解のためには有益であるが、範囲画定機能は大きくない。他の諸要件は、2条4号と3条とに分散し、しかも両者で微妙に異なるものもあり⁽²⁰⁾、分かりにくい。

これらの要件を整理すると、保護されるべき集団的な消費者利益の外枠を設定するための、いわば積極的要件と、そのような利益があるとしても、この制度の対象としないという除外を示す、いわば消極的要件に分けることができる。積極的要件としては、消費者契約に関する財産的被害及び請求であること、金銭支払義務であること、多数性、共通性が挙げられる。消極的要件としては、支配性と除外損害が挙げられる。積極的要件は、個人的利益ではない多様な一般的利益の中から集団的消費者利益を切り出すための基準であり、消極的要件はその利益を保護するための制度を構築することに伴う基準である、といえるのではないか。以下、これを検討する。

(20) 消費者契約との関係につき、2条4号は、「損害」が消費者契約に関して生じたことを求めるが、3条柱書は、「請求」が消費者契約に関するものであることを求める。

(2) 積極的要件による範囲画定

① 集団的な利益の帰属と管理⁽²¹⁾

近年、個人的利益ではない一般的な利益について、私人がそれを推進し、又は、侵害から保護する役割を担うことが関心を呼んでいる。「推進」については、公益法人制度や公益信託制度の改革の文脈で語られ、「保護」については、集団的な損害の回復の文脈で語られることが多い⁽²²⁾。前者においては、公益とは何か、その推進について行政庁と私人はどのような役割分担や協働をするのか、公益的活動のための法人や信託の制度はどうあるべきかが論じられるが、公益の帰属主体についての関心は高くない。後者においては、侵害された利益の回復が中心課題となるので、誰の・いかなる利益を・誰が・どのようにして、実現するか、が問題となる。①個々人に帰属する利益が侵害され、多数の個人がその回復のために特定の法主体に授權する場合、②多数の人から成る団体に帰属する利益が侵害され、団体自らがその目的を達成するために回復を図る場合、③誰にも帰属しない一般的な利益が侵害され、法がその回復のために特定の法主体に権限ないし資格を付与する場合などがある。侵害された利益の回復の方法は、損害賠償請求が中心となるが、侵害の予防としては差止めが重要である。

このように、利益の内容、帰属主体、管理ないし実現の主体、実現方法が問題となるが、その組み合わせは様々である。とりわけ、利益の内容は多様であるので、類型

(21) 「特集・公法と私法における集団的・集合的利益論の可能性」民商148巻6号(2013)に、中川丈久「問題提起」(2頁)の後、亘理格「共同利益論と『権利』認定の方法」(23頁)、仲野武志「不可分利益の保護に関する行政法・民事法の比較分析」(61頁)、吉田克己「保護法益としての利益と民法学——個別的利益・集合的利益・公共的利益」(82頁)、山本和彦「集団的利益の訴訟における保護」(116頁)〔同『民事訴訟法の現代的課題』(2016)所収〕が収められている。千葉ほか編・前掲注(1)にも、関連する論稿が多い。特に、千葉恵美子「集団的消費者利益の実現を巡る研究序説試論」(2頁)、岡本裕樹「集団的消費者利益の実現を巡る民事実体法上の観点からの試論」(19頁)、同「同(続)」(34頁)、原田大樹「集団的消費者利益の実現と行政法の役割——不法行為法との役割分担を中心として」(52頁)、吉田克己「集団的消費者利益に関する基礎的視点——利益・帰属・役割分担」(200頁)、山本隆司「集団的消費者利益とその実現主体・実現手法——行政法学の観点から」(216頁)。また、山城一真「集団的消費者利益——『利益帰属』構成の有用性をめぐって」吉田克己・片山直也編『財の多様化と民法学』(2014)478頁。このほか、環境損害に関する研究として、小野寺倫子「人に帰属しない利益の侵害と民事責任」北大法学論集62巻6号518[41]頁・63巻1号250[45]頁・4号238[95]頁(2012)、フランスのグループ訴権の導入との関係につき、荻村慎一郎「消費法分野でのグループ訴権の導入」日仏法学28号(2015)219頁・222頁以下。

(22) 大村敦志ほか「〔特別座談会〕憲法・行政法・民法における一般利益＝公益(アンテレ・ジェネラル)」ジュリスト1353号(2008)64頁・85頁～86頁〔中田発言〕参照。私見は、一般利益＝公益には、「守るべき一般利益＝公益」と「推進すべき一般利益＝公益」があり、いずれについても現在、私的団体が担当する部分が生じているが、その意味はそれぞれについて分析する必要があるというものである。

化が試みられる。たとえば、民法研究者からは、公益と個人的利益が重なり合う集团的利益を集合的利益・拡散的利益・社会的損失（利益）に分類すること（千葉）、個別的利益と対置される集团的利益を集合的利益・公共的利益に分類すること（吉田）などが提唱され、行政法研究者からは、一般公益・共同利益・個別的権利利益の分類（亘理）、私権（主観的権利）・凝集利益・拡散利益の分類（仲野）、個別的利益・不特定多数者の利益・公益の分類（山本隆司）などが提唱されている⁽²³⁾。分類の目的は一樣ではないので、平面的に並べることはできないが、個人的な利益と公共的な利益の中間に位置する利益について、解決すべき問題があることは共通の認識となっている。集团的消費者利益は、そのような利益の代表的なものである。

② 集团的消費者利益の保護とその制度

集团的消費者利益が中間的な位置にあるものである以上、その概念は不安定性を帯びざるをえない。これを制定法の規律の対象とするためには、その性質と保護の実現方法を決定したうえ、できるだけ明確に範囲を画定する必要がある。消費者裁判手続特例法は、個人に帰属する利益の集まった利益を保護の対象とし⁽²⁴⁾、それを第三者が原告となる訴訟によって実現するという制度をとる⁽²⁵⁾。つまり、利益の帰属主体とその管理ないし実現の主体を分離する制度である。このために、上記の積極的要件、とりわけ多数性と共通性の要件が設けられる。これらの積極的要件による対象範囲の画定は、次の2つの観点からされる。

(23) 本文中の人名は、いずれも前掲注(21)に記載した論文を表す。

(24) 調査会報告書232頁。千葉・前掲注(21)18頁及び長谷部・前掲注(1)416頁は、「集合的利益」と呼ぶ。

(25) この点は、共通義務確認訴訟の訴訟法上の法的性質（特定適格消費者団体の当事者適格の訴訟法上の位置づけ）を、共通義務という他人間の概括的法律関係について、特定適格消費者団体に対し、その職責を果たすという法律上の利害関係に基づいて当事者適格を認めたものと解するか（伊藤・前掲注(1)14頁以下、伊藤32頁）、「他人間の法律関係の確認訴訟」と解するか（上原・前掲注(1)32頁）、「一種の法定訴訟担当」と解するか（三木・前掲注(1)602頁、三木・前掲注(10)49頁）、「一種の停止条件付きの任意的訴訟担当」と解するか（八田・前掲注(1)398頁）の議論と関係するが、必然的なものではない。たとえば、法定訴訟担当説に対しては、法定訴訟担当は、本来は、被担当者が訴訟追行権を有することを前提とするものであり（伊藤32頁）、また、本法が、共通義務確認訴訟の係属中に同一被告と消費者との間の個別訴訟が係属していたとしても、二重起訴とはならず、ただ政策的に個別訴訟手続の中止することができるとしていること（62条1項、一問一答133頁）と整合的でない（この点、研究会で指摘を頂いた）、という批判が考えられるが、法定訴訟担当といっても、民訴法115条1項2号のそれではなく、特殊なものだと理解するのであれば（三木）、決定的ではない。本法全体の制度の理解と共通義務確認訴訟の訴訟法上の構造の理解とは関連するが、直結するものではないと考える。

第1は、本法の立法目的である。本法の制定が求められた背景には、事業者の反復継続的に行われる事業活動によって、同種の被害が拡散的に多発するという特性をもつ消費者被害の救済を図る必要があった。それに応えるという立法目的により、本法の対象範囲が画定される。もっとも、この画定は、性質上、それほど厳密なものとはなりえない。

第2は、制度の存在意義、つまり既存の制度に対する独自性である。この制度が新設されたのは、既存の制度では救済が十分でない被害領域があるからである。多数の個人に帰属する利益に関わる紛争については、既に、選定当事者制度が「共同の利益を有する多数の者」のために用意されているが（民訴法30条）、集団的消費者被害については、消費者相互間の関係が希薄であるため、選定者と選定当事者が相互に知り合うような前提を欠くことや、消費者が多数に及ぶ場合もあることなどから、救済のために十分ではないとされる（調査会報告書231頁以下）。また、少額訴訟制度、消費者団体訴訟による差止請求制度、裁判外紛争解決手続も、上記被害の回復にとって十分でないとされる（前同）。もっとも、既存の制度に対する独自性は、必ずしも貫徹されていない。「相当多数」かどうかは、消費者庁の解説では、個別の事案における裁判所の適切な判断に委ねつつ、一般的な事案では数十人程度であれば足りるとされ（一問一答17頁）、10人内外でも認めてよい場合もあるだろうという学説もある（山本解説152頁）。また、共通の原因については、マンションの耐震偽装事案も対象とされ、被害者間が相互に知り合う可能性のある場合も想定されている（一問一答19頁）。他方、被害が少額であることは、要件とされていない。これは、消費者被害の実情が少額の被害にとどまるものではないという実情を考慮したものであるようである（調査会報告書240頁）。したがって、本法の対象となる事案には、10数人から数十人程度の相互に知り合いである人々の、個々の損害額がかなり高額になる請求も含まれうることになる。このような事案については、既存の多数当事者制度でも対応できそうである⁽²⁶⁾。新制度の存在意義という観点からの範囲画定は、厳密にされているわけではない。

このように、積極的要件による範囲画定は、本法の立法目的及び制度の存在意義の観点からなされるが、それらは厳密なものではなく、広がりがありうる。

(26) この場合、被害を受けた消費者の選択に委ねられると解すべきであろう。「傾斜マンションの問題などは、本制度によるのではなく従来通り」の方法で取り扱うことになるだろうとの指摘がある（山本座談会1064号7頁〔二之宮義人発言〕）。

(3) 消極的要件による範囲画定

そこで、対象範囲を更に明確にすることが追求される。消費者裁判手続の対象を限定するものとして、支配性の要件（3条4項）と除外損害（3条2項）がある。これらの消極的要件は、次の2つの要請に応じるものである。

第1は、消費者裁判手続特例法が集団的な消費者被害を回復する制度を構築し、そのために二段階制をとったことから、それが十分に機能するようにしなければならないという要請である⁽²⁷⁾。第1段階で相当多数の消費者に共通する事実上及び法律上の原因に基づく金銭支払義務を確認すれば、第2段階の対象債権の確定手続が適切かつ迅速に進行するというのが、本制度の基本構想であり、支配性と除外損害は、それを実現するために必要である。いわば、制度的要請である。

第2は、被告とされる事業者に対する配慮である。本法の制定に至る段階では、米国型クラスアクションの弊害や濫訴の弊害に対する懸念が示されており（「骨子」及び「制度案」に対する意見）、立法に当たってはその懸念に応えることが必要と考えられた。本法の法律案の提案理由説明において、「制度の濫用等によって経済活動に悪影響を与えないよう措置を講じつつ」、消費者の財産的被害の集団的回復を図ることが述べられているのもそのことを表している。具体的な対応措置としては、特定適格消費者団体に手続を迫行させ、その団体が「不当な目的でみだりに共通義務確認の訴えの提起」などをすることを禁止し、それに反したときは、認定の取消しにまで至りうる行政措置を講ずることがあるものとし（3条・75条2項・85条・86条）、その

(27) 支配性の要件は、二段階制のみで存在するものではない。これとは異なる制度をとるアメリカにおいても、多数の人々に生じた同種の損害賠償を求めるクラスアクションの要件として、「クラス構成員に共通する法律問題又は事実問題が、個別の構成員にのみ関係する問題を圧倒していること（predominate over）」、及び「紛争を公正かつ効率的に裁定するために、クラスアクションが他の利用可能な方法よりも優れていること」が課せられる（クラスアクションの一般要件に付加される。連邦民事訴訟規則23条（b）（3）。長谷部・前掲注（1）425頁参照）。このうち前者が支配性（優越性）の要件と呼ばれる。その意味で、支配性の要件は、むしろ損害賠償を求める集団的訴訟の制度を構築するうえで一般に求められるものなのということもできる。調査会報告書も「確認を求める事項の支配性（優越性）」を要件とし、これを「具体的には、確認を求める事項を前提として、個別の消費者の請求権の存否及び額を判断するとすれば、二段階目の手続に加入した多数の消費者について、個々の消費者ごとに相当程度の審理が必要となることがない程度になっている状態をいう」と説明する（240頁）。つまり、支配性は、共通争点の個別争点に対する優越性という考え方であり、集団的訴訟制度の運営にあって一般に求められるものであるが、その具体化は制度設計によって様ではない（日本においても、立法準備段階で、共通争点の確認から共通義務の確認に変えられた。I 2（1）参照）。消費者裁判手続特例法においては、支配性は二段階制という制度に投影され、具体化されている。こうして、二段階制によって具体的に企図された目的を実現するためのものとして、支配性が位置づけられることになる（伊藤40頁参照）。

ためのガイドラインも示された⁽²⁸⁾。そのほかにも上記懸念に応え、被告となる事業者を適正に保護するための措置が随所でとられている。「骨子」の段階での「共通争点の確認」を「制度案」の段階において「共通義務の確認」に変更し明確化したこと、二段階制において、被告となる事業者が対象債権の確定手続で争われる消費者の被害額について、おおよその見通しを把握でき、十分な攻撃防御ができるようにすること（一問一答 30 頁・51 頁）などである。支配性と除外損害という 2 つの消極的要件も、上記懸念に応えるという意味をもつ。いわば、政策的要請である⁽²⁹⁾。

このように、消極的要件は、制度的要請及び政策的要請に応えるという意味がある。

（４） 消費者裁判手続特例法における範囲画定と将来の見通し

消費者裁判手続特例法における要件の分かりにくさは、現象的には、法律の規定の仕方に由来するものであるが、本質的には、背景の異なる積極的要件と消極的要件とが混在していることにありと考える。当面は、上記の制度的要請及び政策的要請に基づく消極的要件による限定が機能し、その解釈が関心事項となるだろう⁽³⁰⁾。しかし、積極的要件のもつ柔軟性により、また、一般的な利益の保護のための他の制度設計もありうること（2（1）参照）から、範囲拡張に向けての契機はなお存在する。本法公布の直後に成立し類似の制度を設けるフランス法⁽³¹⁾は、その参照対象となるだろ

(28) 消費者庁は、「特定適格消費者団体の認定、監督等に関するガイドライン」（2015 年 11 月 11 日公表）により、「不当な目的でみだりに」の判定基準を示した（同ガイドライン 4（6）ア・イ）。山本座談会 1064 号 8 頁以下参照。

(29) 三木座談会 161 頁〔三木発言〕参照。

(30) 三木座談会 161 頁〔野々山発言〕。

(31) フランスでは、2014 年 3 月 17 日の法律（2014-344 号。消費法典 L.423-1 条以下）により、グループ訴権（action de groupe）が認められ、グループ訴訟制度が導入された。同法については、服部有希「【フランス】集团的消費者被害回復のための集団訴権制度の創設」外国の立法 260-1 号（2014）10 頁、山本和彦①「フランスにおける消費者グループ訴訟」一橋法学 13 巻 3 号（2014）123 頁、山本解説 63 頁以下、荻村・前掲注（21）、都筑満雄「集团的消費者被害の回復と不法行為法——近時におけるフランス法の展開を参考に」名古屋大学法政論集 254 号（2014）795 頁、京都弁護士会『ギリシャ・フランスにおける集团的消費者被害回復訴訟制度の運用状況に関する調査報告書』（2014）。それ以前の状況につき、Stéphanie BRUNENGO-BASSO, L'émergence de l'action de groupe, processus de fertilisation croisée, préf. C. Prieto, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2011、山本和彦②「フランスにおける消費者団体訴訟」ジュリスト 1320 号（2006）98 頁、同③「フランスにおける消費者集団訴訟制度の概要」NBL942 号 22 頁・943 号 19 頁（2010）、柴崎暁「消費者団体訴訟制度——フランス法を中心として」奥島孝康古稀記念『フランス企業法の理論と動態』（2011）203 頁（2007 年イタリア消費法典改正による消費者団体訴権の導入も紹介する）、山城・前掲注（21）。

う⁽³²⁾。本法による制度が定着した段階で、なお消費者被害の救済が必要とされる事態が存在する場合には、関心の焦点が上記の消極的要件から積極的要件に推移し、更には、法改正に向けての動きが生じる可能性もある、というのが現時点での私の認識である。

(32) 同法は、「1人又は複数同種の事業者による法律上又は契約上の義務の違反を共通の原因とする、類似の又は同一の状況に置かれた消費者たちの被った、諸個人の損害の賠償を得るため」(L.423-1 条 1 項)、認定された全国レベルの消費者保護非営利団体(アソシアション)に提訴権を与え、裁判所が事業者の責任を認めて判決をする場合に、対象となる消費者に一定期間内に申し出をさせる制度であり、消費者裁判手続特例法と共通性をもつ。しかし、対象範囲の制限は、少なくとも法律のレベルでは、より緩やかなようである。すなわち、多数性は要求されておらず(2人でもよい。ただし、裁判所が一定人数を求める可能性はある。山本・前掲注(31)①131頁、京都弁護士会・同注30頁注38)、反競争法の行為による損害も対象とし(L.423-1 条 1 項 2 号)、現実賠償の可能性を認める(L.423-3 条 2 項)。支配性も明示されていないが「類似し又は同一の状況におかれた」という要件や、裁判所は、第1段階の「責任判決」において、賠償されるべき損害、その額又は損害の金銭的評価のためのあらゆる要素を定めるので、類似した状況になると思われる。対象となるのは、物的損害による財産的損害の賠償(*la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels*)に限られており(L.423-1 条 2 項)、人身損害と精神的損害については、わが国と同様に除外されている(3 条 2 項 5 号・6 号)。拡大損害と逸失利益(同項 1 号～4 号)については、フランスでは責任判決における範囲画定が可能であれば、認められる余地があるようにも思われる。フランスにおいては、わが国と同様、アメリカ型クラス・アクションに対する警戒感が非常に強く(Ptieto, *op.cit.*, p.7)、立法に対する懸念もかなり示されていたようであるが(山本・前掲注(31)①126頁)、わが国の本法よりもやや緩やかな制限となっているようである。山本・前同136頁は、競争法関係も対象とする同法の仕組みに示唆を得て、将来、わが国の独禁法 25 条等を基礎とする集団訴訟を構想する可能性に言及する。都筑・前掲注(31)827頁以下は、同法案がカルテル等をも適用対象としていることに注目し、「拡散的利益の侵害」の回復について検討する。山城・前掲注(21)500頁は、消費者法の「市場法」的性格により適合するのは、(消費者裁判手続特例法やフランスの新法の前提とする)特定の主体への利益帰属という観念ではなく、一般利益の観点であると述べ、「法律による授權」に基づく公序の設計を提唱する。

金融法務研究会第2分科会の開催および検討事項

第65回（平成26年7月2日）

- ・ 金融商品・サービスの提供、IT技術の進展等による金融機関の責任範囲を巡る諸問題（事務局）
- ・ 個別分担テーマの選定およびフリー・ディスカッション

第66回（平成26年10月8日）

- ・ 日証協の高齢顧客への勧誘による販売に係るガイドラインなどを踏まえた、高齢者に対する投資商品販売に当たっての適合性原則等についての法的課題（山下純司委員）
- ・ 金融機関の説明義務等のあり方－金利スワップ取引・投資信託を例として－（山田誠一主査）

第67回（平成26年12月24日）

- ・ 消費者裁判手続特例法制定による金融実務への影響～手続法の観点から～（松下淳一委員）
- ・ 消費者裁判手続特例法の共通義務確認の訴えの対象（中田裕康委員）

第68回（平成27年2月18日）

- ・ 欧米におけるインターネット・バンキングの無権限取引に関する金融機関の責任範囲（加毛明研究員）
- ・ 個人向けのインターネット・バンキング・サービスにおける不正送金に係る金融機関の責任範囲～ソフトローおよび裁判事例を踏まえて（沖野眞巳委員）

○ 会合の回は、平成11年からの通番。

以 上

金融法務研究会委員

顧問	青山善充	東京大学名誉教授
	野村豊弘	学習院大学名誉教授
運営委員 (座長)	岩原紳作	早稲田大学大学院法務研究科教授
運営委員 (第1分科会主査)	神田秀樹	学習院大学大学院法務研究科教授
運営委員 (第2分科会主査)	山田誠一	神戸大学大学院法学研究科教授
運営委員 (第1分科会幹事)	森下哲朗	上智大学法科大学院教授
運営委員 (第2分科会幹事)	沖野眞己	東京大学大学院法学政治学研究科教授
委員	中田裕康	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	神作裕之	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	松下淳一	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	山下純司	学習院大学法学部法学科教授
研究員	加藤貴仁	東京大学大学院法学政治学研究科准教授
	加毛明	東京大学大学院法学政治学研究科准教授

(平成29年3月時点)

金融法務研究会第2分科会委員
(平成26年度)

座長	岩原 紳作	早稲田大学大学院法務研究科教授
主査	山田 誠一	神戸大学大学院法務研究科教授
委員	沖野 眞巳	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	中田 裕康	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	松下 淳一	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	山下 純司	東京大学大学院法学政治学研究科教授
研究員	加毛 明	東京大学大学院法学政治学研究科准教授
オブザーバー	中原 利明	三菱東京 UFJ 銀行法務部長 (現 同行法務部部長)
	中村 弘明	三菱東京 UFJ 銀行法務部上席調査役
	中尾 彰一	三菱東京 UFJ 銀行企画部会長行室次長 (現 同行企業審査部次長)
	矢田部 充康	三菱東京 UFJ 銀行 企画部会長行室上席調査役 (現 同行経営企画部経済調査室上席調査役)
事務局	相澤 直樹	全国銀行協会業務部長 (現 同協会事務・決済システム部長)

※本報告書のテーマ検討期間における検討メンバー。

金融法務研究会報告書一覧

発行年月	報 告 書 名	巻数
1996.2	各国銀行取引約款の検討－そのⅠ 各種約款の内容と解説－	(1)
1999.3	各国銀行取引約款の比較－各国銀行取引約款の検討 其のⅡ－	(2)

以下、第1分科会と第2分科会とに分けて研究を行う。

第1分科会

発行年月	報 告 書 名	巻数
2000.4	チェック・トランケーションにおける法律問題について	(3)
2002.4	金融機関のグループ化と守秘義務	(5)
2002.10	チェック・トランケーション導入にあたっての法的課題の再検証	(7)
2004.7	社債管理会社の法的問題	(9)
2005.9	電子マネー法制	(11)
2006.10	金融持株会社グループにおけるコーポレート・ガバナンス	(13)
2008.5	金融機関の情報利用と守秘義務をめぐる法的問題	(16)
2010.6	金融機関における利益相反の類型と対応のあり方	(17)
2012.9	金融取引における信用補完に係る現代的展開	(20)
2013.7	有価証券のペーパーレス化等に伴う担保権など金融取引にかかる法的諸問題	(22)
2013.12	金融規制の観点からみた銀行グループをめぐる法的課題	(23)
2014.9	金融商品の販売における金融機関の説明義務等	(24)
2016.3	金融グループにおける証券関連業務を巡る諸問題	(27)
2017.3	金融持株会社によるグループガバナンスの方向性および法規制上の論点の考察	(29)

第2分科会

発行年月	報 告 書 名	巻数
2002.5	消費者との銀行取引における法律問題について	(4)
2002.4	金融取引における「利息」概念についての検討	(6)
2003.10	預金の帰属	(8)
2004.9	債権・動産等担保化の新局面	(10)
2005.9	最近の預金口座取引をめぐる諸問題	(12)
2006.10	担保法制をめぐる諸問題	(14)
2008.3	銀行取引をめぐる消費者保護の現代的展開	(15)
2010.6	動産・債権譲渡担保融資に関する諸課題の検討	(18)
2012.6	預金債権の消滅等に係る問題	(19)

2013.2	相殺および相殺的取引をめぐる金融法務上の現代的課題	(21)
2015.1	近時の預金等に係る取引を巡る諸問題	(25)
2015.12	金融取引における約款等をめぐる法的諸問題	(26)
2016.3	銀行取引と相続・資産承継を巡る諸問題	(28)
2017.3	金融商品・サービスの提供、IT 技術の進展等による金融機関の責任範囲を巡る諸問題	(30)

金融法務研究会事務局

〒 100-0004 千代田区大手町 2 - 6 - 1
朝日生命大手町ビル
一般社団法人 全国銀行協会（業務部）
電話 03-6262-6700（代）

本報告書は研究会としてのもので、当協会としての
意見を表明したものではありません。