

銀行法2条2項における「為替取引」 概念に関する考察（1）

平 岡 克 行

〔目次〕

第I章 はじめに

第II章 為替取引に対する法規制の沿革

第1節 為替取引（資金移動）が銀行の排他的業務とされる経緯

第2節 銀行法以外の決済・資金移動サービスに対する法規制

第3節 為替取引該当性が問題となるサービス

第III章 為替取引の解釈論の検討

第1節 岩原教授の問題提起（1995年）

第2節 判例の展開

第3節 最高裁決定の判旨に基づく解釈論の検討

第4節 その他の解釈論の検討（第2項の1（2）まで、本号）

第5節 資金決済法制定後の議論状況

第6節 小括 —為替取引概念の問題点—

第IV章 EU、米国の法規制

第1節 EUの支払サービス指令（Payment Services Directive）

第2節 米国の送金業者法（Money Transmitter Law）

第V章 おわりに —為替取引概念と法規制の在り方の検討—

〔細目次〕

第I章 はじめに

1 本稿の目的

2 本稿の全体構成

3 「決済」と「資金移動」

第Ⅱ章 為替取引に対する法規制の沿革

第1節 為替取引(資金移動)が銀行の排他的業務とされる経緯

第1項 「銀行」概念の変遷と為替取引

- 1 明治期の銀行制度と銀行概念
- 2 銀行法における銀行概念

第2項 為替取引が「資金移動」とされる経緯

- 1 「手形の売買」から「直接現金を輸送せずに行われる資金の移動」へ
- 2 1990年代までの議論状況

第2節 銀行法以外の決済・資金移動サービスに対する法規制

第1項 出資法

第2項 前払式証票規制法

第3項 資金決済法

第3節 為替取引該当性が問題となるサービス

- 1 収納代行
- 2 電子マネー(前払式支払手段)
- 3 エスクロー決済
- 4 クレジットカード決済
- 5 トラベラーズチェック(旅行者小切手)
- 6 清算(ネットィング)業務
- 7 その他(決済・集金・振込代行等)

第Ⅲ章 為替取引の解釈論の検討

第1節 岩原教授の問題提起(1995年)

第1項 議論の格子

- 1 為替取引規制の趣旨
- 2 為替取引の内容

第2項 その後の影響

第2節 判例の展開

第1項 最高裁決定以前の裁判例

- 1 事案の概要と判旨
 - (1) 平成9(1997)年8月13日横浜地裁判決
 - (2) 平成10(1998)年9月29日東京高裁判決

2 両判例の相違点

第 2 項 平成13（2001）年 3 月12日最高裁決定

1 事案の概要と判旨

（1）事案概要

（2）判旨

2 最高裁決定の意義と当時の反応

（1）資金移動概念の採用

（2）実行行為及び既遂時期の明確化

第 3 項 最高裁決定以降の裁判例

第 4 項 判例の立場

1 与信行為の資金移動

2 正規の銀行システムを利用した資金移動

3 資金の内容

4 支払指図・情報処理行為

第 5 項 その後の影響

第 3 節 最高裁決定の判旨に基づく解釈論の検討

第 1 項 資金を移動することを内容とする「依頼」

1 「依頼」の有無による限定

2 問題点とその後の影響

第 2 項 資金を移動する「仕組み」

1 一定の「仕組み」を構築した資金移動を為替取引と捉える見解

2 当初の「仕組み」の議論の問題点とその後の影響

第 3 項 隔地者間で「直接現金を輸送せず」

1 現金輸送

2 プール資金の有無による限定

（1）概要

（2）問題点とその後の影響

第 4 項 「資金」

1 為替取引における「資金」

2 電子マネーとの関係

第 4 節 その他の解釈論の検討

第 1 項 銀行間決済システムへの侵害行為を為替取引と捉える見解

1 概要

2 問題点

第2項 代理受領権・原因関係に基づく解釈

1 代理受領権の有無による限定

(1) 概要

(2) 問題点

(以上、本号)

第5節 資金決済法制定後の議論状況

第6節 小括—為替取引概念の問題点—

第IV章 EU、米国の法規制

第1節 EUの支払サービス指令(Payment Services Directive)

第2節 米国の送金業者法(Money Transmitter Law)

第V章 おわりに—為替取引概念と法規制の在り方の検討—

第I章 はじめに

1 本稿の目的

本稿は銀行法2条2項2号に規定される「為替取引」概念の在り方に関して考察を行うものである。

銀行法2条2項2号は「為替取引を行うこと」を銀行業と定義している。銀行免許を得ずに銀行業を行うことは刑罰をもって禁止されているため(銀行法4条1項、61条1号)、為替取引は長らく銀行が独占する業務(固有業務、排他的業務)とされてきた。このため、「為替取引」は銀行規制の適用範囲を画す極めて重要な概念となるにもかかわらず、その内容は「直接現金を輸送せずに行う資金の移動」、すなわち「資金移動」と説明されてきたに過ぎなかった。我が国では長い間、資金移動サービスのほとんどを銀行が提供してきたため、このような抽象的な定義でも特に問題が無かったのである。

しかし、1990年代に入ると銀行以外の事業者も様々な決済・資金移動サービスを提供するようになり、一部の学説からこれらのサービスが為替取引に該当するのではないかと問題提起されるようになった。また、平成13

(2001)年には為替取引の意義に関して最高裁の判断が示されたが、ここでも為替取引は「資金移動」と抽象的に判示されたに過ぎず、同概念が明確化することはなかった。以降、技術進歩と共に様々な決済・資金移動サービスが普及していくにつれ、「資金移動」を銀行に独占させてしまう為替取引規制の存在が実務家の間でも広く認識されるようになり、為替取引概念を限定する解釈論や、規制緩和を唱える立法論が多数現れるようになる。金融庁の主導する「決済に関する研究会」や金融審議会金融分科会第二部会の議論・報告等⁽¹⁾もあり、為替取引規制に関する議論は大きな盛り上がりを見せ、最終的に2009年には「資金決済に関する法律(以下、「資金決済法」)」(平成二十一年法律第五十九号)が成立し、一定の規制緩和が実現した。資金決済法は新しく「資金移動業」を創設し、銀行以外の者が資金移動業者の登録を受けて為替取引を行うことを認めたため、我が国の為替取引規制は新しい局面を迎えたのである。

もっとも、資金決済法が制定された現在も、為替取引の内容は依然として明確なものとはなっていない。同概念に関してはこれまで様々な見解が唱えられてきたが、そのいずれもが有力な見解とはならず、立法過程でも意見が一致することはなかった。また、資金決済法は為替取引の定義・解釈指針を何ら設けていないため、具体的にどのようなサービスが銀行免許あるいは資金移動業者の登録を要求されるのか、依然として一部の学説と実務の間に対立が存在している。結果的に、現在も様々な決済・資金移動サービスが銀行・資金移動業者以外の者によって提供されており、資金決済法の立案担当官も為替取引の内容に関して十分な説明を提供できていない状況が続いているのである。

銀行法の為替取引概念は、銀行・資金移動業者規制の適用範囲を画すものであり、金融規制法の中でも最も基本的かつ重要な概念の一つと言えよう。同概念が明確にされない限り、事業者は自身に適用される法規制の内容を事前に把握することが困難となり、サービスの提供や開発にまで大きな障害が

生じるだけでなく、規制当局にとっても、法執行や法整備に様々な矛盾・困難を来す恐れがある。現在、金融庁の下にワーキング・グループが設置され、決済サービスの高度化に備えた法整備の検討が行われているが、⁽³⁾ 今後も利用者保護とイノベーションの促進を実現しつつ、決済サービスに対する法規制を実効性のあるものにしていくためには、為替取引概念をどのように捉えるべきか明確にしておくことが必要不可欠と言えよう。そこで本稿は、銀行法2条2項2号の「為替取引」の意義及び同概念に関連する現行法制度の問題点について検討を行うこととする。

2 本稿の全体構成

本稿は以下の順序で考察を行う。

まず第二章では、「為替取引」の解釈論を検討する際に必要となる前提事項を確認していく。第1節では為替取引が銀行法上の銀行業と定義され、そして同概念が「資金移動」を指すようになった歴史的経緯を簡単に説明する。また、為替取引の解釈論は銀行法以外の法制度から大きな影響を受けているため、第2節では銀行法以外の決済・資金移動サービスに対する法規制について触れ、次に第3節では為替取引該当性が問題となってきたサービスに関して簡単に説明を行う。第三章では、為替取引概念を巡る議論の変遷を辿りながら、為替取引の様々な解釈手法に関してその内容と問題点を検討し、第6節で現状の小括とする。次いで第四章では、EUと米国の法制度を紹介する。ここでは主としてEUの支払サービス指令と米国の送金業者法がどのようなサービスを規制対象としているのかを検討し、その他の法規制の内容については簡単に触れるにとどめる。最後に第五章では、これまでの議論を踏まえて「為替取引」がどのような概念として捉えられるべきか検討し、現行の法制度の問題点を論じて結びとする。

3 「決済」と「資金移動」

従来、為替取引は(特に経済学の分野において)「決済(サービス)」と説明されることが多かった。決済とは一般的に、「当事者間の(金銭)債権・

債務を清算(解消)すること」と定義される⁽⁴⁾。しかし、後述するように、銀行法の為替取引とは「資金移動」を意味する概念であり、両者には、①決済には(金銭)債権・債務の清算が必ず伴うが、為替取引にはそれらを目的としない単なる送金も含まれる、②決済には資金移動を伴わない(金銭)債権・債務の相殺及び交互計算等も含まれる、という違いがある⁽⁵⁾。両者の行為は大部分が重複するため、これまでその差異が意識されることはほとんどなかった。しかし、両者の相違点は後に為替取引の解釈にも関わる問題となるため、明確に区別しておく必要がある。もっとも、本稿では特に厳密な記述を必要としない場合、両概念を単に「決済」あるいは「資金移動」と表記していることがある。

第Ⅱ章 為替取引に対する法規制の沿革

第1節 為替取引(資金移動)が銀行の排他的業務とされる経緯

第1項 「銀行」概念の変遷と為替取引

1 明治期の銀行制度と銀行概念⁽⁶⁾

現在の銀行法が為替取引を銀行の固有業務としているのは、銀行制度が明治2(1869)年に創設された「為替会社」を起源としており、為替会社の主要な業務が為替手形による送金、すなわち為替事業であったためとされる。為替会社は江戸時代の「両替商」を引き継ぐ形で誕生し⁽⁷⁾、紙幣発行、為替、預金、貸付、両替等を主たる業務とし、欧米の銀行制度にならって出来た我が国最初の銀行制度であったが⁽⁸⁾、わずか数年でそのすべてが失敗してしまう。その後、明治5(1872)年には国立銀行条例が制定され、為替会社の次の銀行組織として国立銀行制度が発足する。国立銀行は為替事業や預金・貸付業務を行うと同時に兌換紙幣の発行権を有していたが、明治15年には日本銀行が設立され、銀行券発行が次第にこれに集中されていくに伴い、発券業務の認められない私立銀行が急増し、国立銀行もこれに改組されていった。

私立銀行の国民経済に占める割合は非常に大きくなったが、これらを監督する取締法規は存在していなかったため、明治23(1890)年8月、我が国最初の普通銀行に対する取締法規である「銀行条例」が制定された⁽⁹⁾。

銀行条例は、銀行を「為替事業を行う者」、「証券の割引を行う者(与信業務)」、「諸預り(受信業務)及び貸付(与信業務)を併せ行う者」と定義し、銀行の設立には大蔵大臣の認可を要求した⁽¹⁰⁾。銀行がこのように定義された理由は必ずしも明確でないが、為替事業に関しては、欧米の近代銀行制度にならって設立された為替会社や国立銀行が為替事業を主要な業務としていたことや、⁽¹¹⁾為替会社が成立後まもなく失敗してしまったという経験を踏まえてのものだろうと指摘されている⁽¹²⁾。我が国では銀行条例の制定以降、一貫して為替取引を行うものが銀行と定義されていくことになる。

2 銀行法における銀行概念

銀行条例の施行以降、普通銀行は目覚ましい発展を遂げたが、その多くは基礎の弱い零細銀行であり、第一次世界大戦後には多くの銀行が破綻する結果となった。銀行条例では複雑・巨大化した銀行を規律するのに不十分と認識されるようになり、最低資本金制度をはじめ、経営の健全性確保を目的とした規定を導入するため、昭和2(1927)年3月には旧銀行法(昭和二年法律第二十一号)が制定される⁽¹³⁾。

昭和2年旧銀行法は、銀行を「預金の受入れ(受信業務)と金銭の貸付又は手形の割引(与信業務)とを併せ為すこと」、「為替取引を為すこと」(同法1条1項1・2号)と定義したが、その理由として立案担当官の関係者は、銀行の本質は受信業務と与信業務を併せて行う金融仲介機能にあるため、銀行条例時代と同様に預金の受入れと貸付けを併せ行う者が銀行と定義された⁽¹⁴⁾と説明している。為替取引も引き続き銀行として規制されることになったが、その理由に関しても、為替取引とは「他所払手形の売買」を指し、手形の売出しは受信業務、手形の買入れ(手形割引)は与信業務に当たるため、「手形の売買」を行うことは受信・与信両業務を併せて行うこと、すな

わち金融仲介機能を果たすためと説明されている⁽¹⁵⁾。このように、旧銀行法は銀行を受信・与信業務によって金融仲介機能を果たすものと整理したため、銀行条例とは異なり、与信業務のみを行う者は銀行の定義から削除された。

これに対し、旧銀行法は「みなし銀行規定(旧銀行法1条2項)」を新たに設け、銀行条例時代の銀行概念を大きく変化させている。みなし銀行規定は、預金の受入れのみを行う者を銀行とみなす規定であり、事実上、旧銀行法は受信業務のみを行う者を銀行と定義した。同規定は、銀行の倒産が相次いだ結果、国民の銀行に対する信頼が揺らいでいたため、預金者保護の見地から導入されたと説明される⁽¹⁶⁾。明治初期の一般大衆は十分な資金を有しておらず、預金業務の役割は小さかったため、当時の銀行は自己資金による貸金業に近く、与信業務を規制対象とすることが重要であった。しかし、国民の資産形成が進むにつれて預金業務の割合が拡大したため、結果的に我が国は受信業務(のみ)を行う者を銀行と定義し、規制していくこととなった⁽¹⁷⁾。

その後、昭和57(1982)年に旧銀行法は全面的に改正され、現行の銀行法(昭和五十六年法律第五十九号)が成立したが、銀行業の定義は旧銀行法時代から変更されていない⁽¹⁸⁾。現在、我が国では平成21(2009)年に制定された資金決済法上の資金移動業者を除き、預金取扱金融機関(広義の銀行)のみが為替取引を行うことを認められている⁽¹⁹⁾。

第2項 為替取引が「資金移動」とされる経緯

1 「手形の売買」から「直接現金を輸送せずに行われる資金の移動」へ

上述したように、現在の銀行法の「為替取引」は、江戸時代の両替商や明治時代の為替会社・国立銀行が行っていた為替手形を用いた為替事業に由来している。このため、かつては為替取引を「他所払の手形を売買する業務⁽²⁰⁾」、あるいは「隔地者間の決済をもたらさうような手形等の売買⁽²¹⁾」と説明するものが見受けられた。

しかし、戦後には為替手形を利用した送金が少なくなり、振込・電信送金

が銀行の送金業務の中心となった。また、受信・与信業務を併せ行う者を銀行と定義する旧銀行法1条1項1号及び現行銀行法2条2項1号は、与信業務の例として「手形の割引」を掲げているため、為替取引の概念に手形割引は含まれないという指摘が現れるようになる。⁽²²⁾

こうした状況を受け、戦後の多くの文献は為替取引を「手形等の売買」ではなく、振込・送金を想定した「隔地者間で直接現金を輸送せずに行われる資金の移動」⁽²³⁾、あるいは「隔地者間で直接現金を輸送せずに行われる決済」⁽²⁴⁾と説明するようになった。その後、銀行実務では原因関係から独立して送金・振込が行われていること⁽²⁵⁾（あるいは原因関係の存在しない単純な送金・振込が行われていること）を考慮すると、為替取引を原因関係の清算を伴う「決済」という限定的な概念で定義することは妥当でないと指摘されるようになる。⁽²⁶⁾結果として1990年代までには、「為替取引」は原因関係の清算を伴う場合とそうでない場合を含める趣旨で、「隔地者間で直接現金を輸送せずに行われる資金の移動」、すなわち「資金移動」と説明されるようになった。⁽²⁷⁾

2 1990年代までの議論状況

為替取引は「資金移動」という不明確な概念で説明されることが主流となったが、長い間、我が国では決済サービスの大半が銀行によって提供されてきたため、同概念を「資金移動」以上に具体化する必要が生じなかった。為替取引の例として具体的に挙げられてきたサービスは、従前から銀行が行っていた振込・送金、為替手形による送金・代金取立て、そして外国為替取引であり、結局、銀行法2条2項2号の「為替取引」とは、他業を禁止された銀行が内国・外国為替業務を行えることを確認する概念に過ぎなかった。銀行法の為替取引は学問的関心を集めることがないまま、資金移動という抽象的な概念のまま放置され、ついには銀行の固有業務であることも忘れられていたように思われる。このため、1980年代以降には、銀行以外の者によって様々な決済サービスが提供されるようになる。

第2節 銀行法以外の決済・資金移動サービスに対する法規制

銀行法の為替取引規制は様々な決済サービスが登場した後になってはじめて学問的関心を集めたため、既に広く普及してしまったサービスに介入することが困難となり、これまで十分に機能してきたとは言い難い。しかし、我が国には銀行法の為替取引規制以外にも決済サービスに対する法規制が存在し、實際上、これらが銀行以外の者による為替取引を禁止・規制してきたと言える。以下では資金決済法を含め、銀行法以外の決済・資金移動サービスに対する法規制について簡単に説明する。

第1項 出資法

決済・資金移動サービスの大部分は銀行の負債、すなわち「預金」債務を通じて提供されてきた。決済・資金移動サービスを独占してきた銀行の特殊性は、決済・資金移動の前提となる取引口座（預金口座）を提供すること、すなわち受信業務が認められている点にあると言えよう。この受信業務を銀行に独占させる規定として、前述した銀行法3条の「みなし銀行業規定」のほか、「出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律（以下、「出資法」）」2条1項の「預り金」の禁止規定が存在する。

みなし銀行業規定と同様に、出資法2条1項は銀行など法律に特別の規定のある者以外が元本を保証して金銭を預かることを禁止する（「預り金」規制）規定であり、その目的は一般大衆を保護し、信用秩序を維持するためと説明される。⁽²⁸⁾「預り金」には預金、貯金又は定期積金といった預金と同様の経済的性質を持つものが含まれ、社債・借入金その他いかなる名義をもってするかを問わないとされる（出資法2条2項）。⁽³⁰⁾規制当局は銀行法の預金業務や出資法の預り金に関して、①不特定多数の者が相手であること、②金銭の受入であること、③元本の返還が約されていること、④主として預け主の便宜のためになされたものであること、⁽³¹⁾の四つを要求しており、判例・学説・実務も概ねこの見解に従っている。⁽³²⁾

出資法はいわゆる保全経済会事件をきっかけに、詐欺まがいの金融商法から一般大衆を保護するため、消費者保護法・予防的刑罰法規として始まったものであった⁽³³⁾。しかし、同法は元本を保証して資金を預かるという受信行為を広く禁止しているため、金融制度上きわめて重要な機能を営む法律になってしまい、処罰範囲の広さや預り金概念の曖昧さから金融自由化の障害になっていると指摘されてきた⁽³⁴⁾。実際、プリペイド・カードや電子マネー等のいくつかの決済サービスは、為替取引該当性ではなく預り金該当性が最初に議論されてきた。出資法は長い間関心が向けられていなかった為替取引規制以上に、決済・資金移動サービスを銀行に独占させる規制として機能していたのである。

第2項 前払式証票規制法

実際に果たした機能は別として、出資法の預り金規制は必ずしも決済・資金移動サービスに対する法規制として導入されたものではなかった。これに対し、1990年に制定された「前払式証票の規制等に関する法律」(以下、「前払式証票規制法」)は、1980年代以降にテレホンカードを始めとするプリペイド・カードが多数登場したことを受け、後の電子マネーを含むプリペイド・カード等の具体的な決済サービスを規制する法律であった。

前払式証票規制法は、前金を受領して発行される商品券や電子マネー等の「前払式証票」を規制対象とし、基準日未使用残高の2分の1以上の額を供託等により保全することを義務付け、発行者が倒産した場合の供託金還付手続や、カード発行者の行為規制等も定めていた。本法律の目的は、カード発行者の業務の適正化と消費者保護及び信用秩序の維持にあるとされる⁽³⁵⁾。

今日の電子マネーの大半は証票の発行者以外の者に対しても利用できる「第三者発行型(第三者型)」⁽³⁶⁾の前払式証票・支払手段であり、後述するように、これらはカード発行者による資金移動の側面を有しているため、本来は為替取引該当性が問題となるはずであった。しかし、同法制定時に為替取引

の問題が議論されることは特になかったようである。本法律により、電子マネーなどのプリペイド・カードは前払式証票として規制されることになり、以降、我が国では「為替取引」と「前払式証票(資金決済法制定後は前払式支払手段)」が別個の概念として整理されていくことになる。⁽³⁷⁾

第3項 資金決済法

2009年には資金決済法が制定され、同時に前払式証票規制法が廃止されたため、前払式証票は「前払式支払手段」⁽³⁸⁾として資金決済法によって規制されることになった。また、同法は為替取引を業として行う「資金移動業(者)」を新たに創設したため、銀行以外の者に初めて為替取引が解禁されることとなった。

資金決済法においても、前払式支払手段の発行者は未使用残高の2分の1以上に相当する資金の供託等が求められる(資金決済法14条)。これに対し、為替取引を行う資金移動業者は、送金途中にある滞留資金(未達債務)の全額に相当する資金を供託等によって保全することが求められている(資金決済法⁽³⁹⁾43条)。銀行とは異なり、資金移動業者は依頼人から預かった資金を貸付等によって運用することができないため、送金手数料等によって利益を上げる事業者であると言えよう。⁽⁴⁰⁾資金移動業者規制とは、顧客の資金を100%保全することによって、取付け(バンクラン)の発生、ひいては金融システムの破綻を防止するものであり、仮にこれらの事象が発生したとしても、利用者は資金全額の返金を受けることが可能となる。⁽⁴¹⁾過大な資金保全義務が課される反面、参入を容易にする登録制が採用され、銀行に課せられる他業禁止の規定なども存在しない。為替取引を行おうとする事業者は、銀行規制と資金移動業者規制を比較し、自身の事業内容に適した法主体を選択することになる。

第3節 為替取引該当性が問題となるサービス

ここまで、銀行法の「為替取引」が資金移動を意味し、銀行法以外にも決済・資金移動サービスに対する法規制が存在することを説明してきた。本節では、現在も提供され続けているいくつかのサービスに関して、その法的性質と為替取引該当性の問題について簡単に説明する。

1 収納代行

(1) 概要

一般的に収納代行とは、商品の代金やサービスの利用料金の支払において、商品・サービスの提供者（収納機関・債権者）から依頼を受けたコンビニエンスストアなどの事業者（収納代行業者）に対し、その購入者・利用者（債務者）が支払を行い、事業者が受け取った代金を収納機関に引き渡すサービスを言う。⁽⁴²⁾ 収納代行は1980年代後半に現れ、その利便性から急速に普及⁽⁴³⁾し、⁽⁴⁴⁾現在では国税や地方税の納付についても利用されるようになった。⁽⁴⁵⁾ 一般的に収納代行では、収納機関がコンビニなどの事業者に対して弁済の受領権限を付与しているとされ、債務者が事業者に代金を支払った段階で弁済が完了するとされる。このため、債務者の代金支払後に事業者の倒産あるいは送金事故が生じた場合でも、そのリスクは収納機関が負担することになり、債務者が二重に請求を受けることはない。債務者が事業者に対して支払った資金（現金）は、最終的に預金の付替え（銀行振込・振替・送金）によって収納機関へ移転される。

(2) 為替取引との関係

収納代行はコンビニなどの事業者が債務者から資金を受領し、それを銀行預金の付替えによって収納機関へ移転させるものである。そのため、事業者による資金移動が行われていると考えられ、為替取引該当性が問題になりそうであるが、サービスの提供が始まった当初はこの問題が議論されることはほとんどなかった。しかし、その後は徐々に関心を集めるようになり、⁽⁴⁶⁾現在は為替取引に関する議論の中心的なテーマとなっている。

現在、実務家の間では、収納代行は為替取引に該当しない、あるいはそれに対して規制を及ぼすべきでないという考えが広く共有されている。その理由としては、第一に、収納代行は収納代行業者が資金を預かっている時間が短いうえ、前述したように、収納代行業者が倒産した場合のリスクは利用者ではなく少数の収納機関が負うことになり、収納代行サービスは信用秩序に及ぼす影響が小さいと考えられること、第二に、収納機関は公共サービスを提供する大企業である場合がほとんどであり、十分リスクを計算に入れて収納代行サービスを利用しているためリスク防止のための規制は必要ないと考えられていること、第三に、これまで大きなトラブルが一度も起きていないこと、最後に、収納代行は銀行の決済サービスには無い新しい利便性や経済性を提供していること、等が挙げられている⁽⁴⁷⁾。

為替取引に関する解釈論の多くは、上記の認識を背景に、収納代行為為替取引から除外するために主張されてきたと言うことができよう。資金決済法が制定された現在も、収納代行の為替取引該当性には意見の対立があり、銀行免許・資金移動業者の登録を得ていないものによってサービスが提供されている。

(3) その他の類似サービスと為替取引(代金引換、回収代行等)

収納代行と同様のサービスとして、代金引換⁽⁴⁸⁾や回収代行⁽⁴⁹⁾などが挙げられる。これらのサービスも収納代行と同様に、サービスを提供する事業者が弁済の受領権限を有しているとされる。債務者には二重払いの危険が無く、また、資金の受取人は少数の大企業である場合が多いため、資金決済法制定の直前になって初めて為替取引該当性が議論されるようになった⁽⁵⁰⁾。収納代行と同様に、現在も銀行・資金移動業者以外の事業者がサービスを提供している。

なお、販売代理権を得て商品を販売する者が販売代金を販売権者に送金する行為は、社会通念上、資金移動を業務として行っているのではなく、一般的に為替取引には該当しないとされる⁽⁵¹⁾。

2 電子マネー（前払式支払手段⁽⁵²⁾）

（1）概要

電子マネーは一般的に、「利用者から受け入れられる資金（発行見合資金）に応じて発行される電磁的記録を利用者間で授受し、あるいは更新することによって決済が行われる仕組み、またはその電磁的記録自体」と説明される⁽⁵³⁾。電子マネーはその流通形態によって、他の利用者から取得し再利用が可能で、現金と同様に転々流通するオープン・ループ型のものと、その利用が一取引に限定され、取引の都度発行体へ還流され再利用が不可能なクローズド・ループ型のものに分類できる。我が国で流通している電子マネーの大半は後者のクローズド・ループ型の電子マネーである。

電子マネーによる決済でも、一般的に利用者が加盟店で電子マネーを使用した段階で、利用者と加盟店間の原因取引は決済されたものとされ、電子マネー発行者がその後実際に加盟店へ送金・支払を行うかは問われないとされる⁽⁵⁴⁾。

（2）預り金、為替取引との関係

電子マネーは登場した当初から、出資法の預り金に該当するかどうか議論があった。例えば電子マネー発行の際に返金を約束し、後に残高について払戻しを行う場合、電子マネー発行者は元本を保証して資金を預かるに等しいため、当該行為の預り金該当性が問題とされたのである⁽⁵⁵⁾。預り金の問題に対処するため、我が国では電子マネー（前払式支払手段）の返金は原則として禁止されている⁽⁵⁶⁾。なお、返金を認めていない電子マネーであっても、加盟店に対する送金指図のために前払金が預託されていると考え、この点を預り金として議論することもあった。しかし、前払金は一定範囲の金銭債務（財・サービスの代金の支払債務）の弁済に充てることを予定して受け入れられるものであり、必ずしも金銭の価額の保管を趣旨として受け入れられるものではないため、預り金には該当しないとされる⁽⁵⁷⁾。

また、電子マネー決済では発行者が前払金として資金を受領し、それを加

盟店へ支払うという資金移動が行われており、これは収納代行の場合と同様に、原因関係の清算が伴う資金移動(決済)とすることができる。そのため、電子マネーは為替取引の問題として論じることも可能であったはずであるが、この点に関してはほとんど議論が存在しなかった。前述したように、電子マネーは為替取引規制が認識されるよりも前から前払式証票規制法によって規制・監督されていたため、これをさらに為替取引として規制することは合理的でないと考えられたためであろう⁽⁵⁸⁾。現在、電子マネー決済が為替取引に該当すると考える見解は存在しないようである⁽⁵⁹⁾。

3 エスクロー決済

(1) 概要

エスクロー決済とは、商取引において商品の受渡が完了するまで第三者が代金を預かり、買主が取引の目的物に瑕疵が無いことを確認した後、第三者が売主に対して代金を支払う決済方法をいう。エスクロー決済は中立的な第三者が売主と買主の間に立ち、両者の信用を補完し、商品の引渡しと代金支払の同時履行を確保するものであり、サービスの性質上、エスクロー事業者⁽⁶⁰⁾に代理受領権はない。インターネットの普及に伴い、電子商取引分野への利用が広がった。エスクローサービスの提供者や利用実態については詳細な統計・資料が存在せず、不明確な点が多いが、銀行免許を得ていないインターネット事業者や宅配業者もサービスを提供していたようである⁽⁶¹⁾。

(2) 預り金、為替取引との関係

エスクロー決済は実務家らによって紹介されるようになった頃から、出資法の預り金又は為替取引に該当し得ると指摘されてきた⁽⁶²⁾。エスクロー事業者は不特定多数の者から代金の預託を受け、商品に瑕疵があるなどの場合には預託金を預託者に返還することになるが、この場合は返還までの間、預託者の便宜のために金員を保管することになるため、当該行為が預り金に該当するとされたのである。預託金(資金)を買主から売主に移転させるサービスである以上、為替取引にも該当すると指摘されていた。銀行以外の事業者⁽⁶³⁾

よってサービスが提供されていたことは前述したが、エスクロー事業者が自己の計算で預託金を受け入れる限り、事業者名義の銀行預金口座に入金させる場合も「預り金」と「為替取引」の双方に該当すると考えられていたようである。⁽⁶⁴⁾このため、資金決済法制定後は、エスクロー決済は為替取引に該当すると整理された。⁽⁶⁵⁾

4 クレジットカード決済

(1) 為替取引との関係

為替取引は通常、資金が送金依頼人、資金仲介者、受取人の順で流れる「順為替」の資金移動について議論がなされてきた。これに対し、クレジットカード決済の場合はまずクレジット会社が利用者（購入者・クレジットカード会員）へ信用を供与して加盟店（販売者）へ支払を行い、それにより加盟店の利用者に対する売買代金債権がクレジット会社に移転し、当該債権をクレジット会社が利用者から取り立てるというものである。クレジットカード決済は順為替の資金移動とは言えず、その実態は利用者に対する与信行為であり、為替取引に関する議論では「後払い方式」の資金移動と言われている。⁽⁶⁶⁾クレジットカード決済においても、一応は利用者と加盟店という隔地者間の資金移動が観念でき、為替取引の該当性が指摘されるようになった。⁽⁶⁷⁾これに対し、実務は、クレジットカード決済は債権譲渡に伴うクレジット会社から加盟店への代金の支払い（または立替払い）により加盟店の利用者に対する債権は消滅するため、利用者からクレジット会社を介して加盟店へ資金が移動しているのではないこと、そもそもクレジットカード業務が銀行法上も銀行子会社のみ認められていた時期があったことを挙げ、⁽⁶⁸⁾為替取引には該当しないとする。現在、資金決済法立案担当官の採用する立場は不明確である。⁽⁶⁹⁾⁽⁷⁰⁾⁽⁷¹⁾

(2) その他の類似サービス

クレジットカード決済と経済的に同一なサービスとして債権回収業務（サービサー業務）がある。⁽⁷²⁾債権回収業には債権譲渡を受けて自己の債権として

取り立てる場合(債権譲渡型)と、取立てを委任される場合(取立委任型)があるが、クレジットカードと経済的に同一なのは前者である。代金取立てであるクレジットカード決済が為替取引に該当し得ると論じる場合、経済的に同一な債権回収業務にまで問題が拡大してしまうとも指摘されている。⁽⁷³⁾

5 トラベラーズチェック(旅行者小切手)

(1) 概要

一般的にトラベラーズチェック(旅行者小切手)とは、海外旅行の際に現金携帯の危険を回避するため、旅行者が出発地の銀行あるいは旅行会社でこれを購入し、旅行先の銀行で現金化したり、ホテルあるいは商店等での支払に利用するものである。⁽⁷⁴⁾トラベラーズチェックの法的性質については見解が分かれており、比較的多数の見解は銀行の自己宛小切手としているようである。⁽⁷⁵⁾しかし、小切手の支払人は銀行に限られているにもかかわらず(小切手法3条)、我が国では銀行以外の者(旅行会社やクレジットカード会社)によってトラベラーズチェックが発行されることが多かったようである。⁽⁷⁶⁾

(2) 為替取引との関係

トラベラーズチェックはその法律関係が如何なるものであろうと、購入者は発行者に対して資金を預け、その後、隔地で資金の交付を受けることになり、隔地者間の資金移動と言うことができる。トラベラーズチェックも為替取引該当性が議論されることはあまり無かったが、一部の学説からは「沿革的にいっても、トラベラーズチェックは、典型的な為替取引である旅行者(者)信用状取引にとって代わるものとして登場してきた」とし、「トラベラーズチェックの発行が為替取引の実質を有していることは、その利用の目的と実情からいっても否定できないところである」と指摘されていた。⁽⁷⁷⁾規制当局は、銀行法上は「その他の付随業務」に該当するという見解を示したことがあり、これが銀行以外のものによるトラベラーズチェック発行を基礎づけていた。⁽⁷⁸⁾しかし、資金決済法の立案過程ではトラベラーズチェックを為替取引として扱うことに特に異論は出なかったため、規制当局は見解を変更し、

トラベラーズチェックの発行は為替取引に該当すると整理している⁽⁷⁹⁾。

6 清算（ネットィング）業務

（1）概要

金融VAN等を利用した決済サービスとして、サービス提供者が企業間の相互取引により発生する多数の債権・債務に係るデータを受信し、当該データをもとに相殺決済を行ったうえで、決済尻のみに関して銀行口座などを通じて資金移動を行う業務（清算・ネットィング業務）が存在する。

為替取引の関係で議論されることが多い清算業務として、CMS（キャッシュ・マネジメント・サービス）が挙げられる。CMSは、グループを形成する企業間の決済のため、親会社や金融子会社がグループ企業間の債権・債務を全て引受けてネットィングを行ったり、グループ内に資金的余裕のある企業と資金不足の企業がある場合には、資金の融通を図るために自身の口座を経由して貸出しなどを行うサービスである。現在、CMSは銀行や資金移動業者ではなく、企業グループ内の貸金業といった金融子会社によって導入⁽⁸⁰⁾されており、一般的に為替取引であるとは考えられていない。

その他の清算業務を行う決済システムとしては、金融機関相互の資金決済を処理する全銀システムや、日本銀行によって運営されている日銀ネット⁽⁸²⁾などがある。また、金融商品取引法（以下、「金商法」）上の「金融商品債務引受業」を行う「金融商品取引清算機関（清算機関）」（金商法2条28項、29項）も、金融商品の売買代金に係る債権・債務の清算を行う者であるが、金商法上の厳しい監督・規制が存在することから、為替取引に該当するとは考えられていない⁽⁸³⁾。

（2）預り金、為替取引との関係

CMSなどの清算・ネットィング業務には、決済尻にかかる資金移動について、単に支払指図・情報処理を行うだけで債権債務の当事者とはならず、自身の計算で清算を行わない場合と、債権譲渡を受け又は免責的債務引受を行うことで自身の計算により清算を行う場合の二種類がある。現在、前者を

為替取引に該当すると論じるものは見受けられないが、後者については銀行法(84)の為替取引が問題となるだけでなく、出資法の預り金も問題となる。為替取引(85)に関しては、実務家から、CMSはサービス提供者が債権・債務の当事者となる決済サービスであり、ネット尻の決済は自らの有する債権の弁済を受けまたは自らが負担する債務の弁済を行っているに過ぎないため、為替取引に該当しないと主張されていた(86)。しかし、一部の学説は、CMSは取引全体を見た場合、債権譲渡・債務引受によりグループ企業間の資金移動サービスを行っていると考えられ、為替取引に該当すると指摘しているところである(87)。なお、出資法の預り金に関しては、CMSはグループ内企業を対象とするものであり、その企業グループにはどのような者も参加できるわけではないため、「不特定かつ多数の者が相手であること」の要件を満たしていないと主張されている(88)。CMSの為替取引・預り金該当性が議論されるようになったのは2000年代後半に入ってからであり、議論が充分に行われてきたわけではない。現在の規制当局の取り扱いも曖昧である(89)。

7 その他（決済・集金・振込代行等）

為替取引概念を資金移動と広く解してしまうと、これまでに述べてきた業務以外にも、例えば、①商社がその顧客会社の依頼を受けて、その取引先に対する債権の請求・代金回収を代行する事務、②弁護士や司法書士、行政書士が依頼者の代理人として、依頼人から金銭を受領しこれを相手方に支払う事務、③保険代理人が加入者から金銭を受領し、これを保険会社に引き渡す事務（保険代理人は保険契約の代理締結権までは有していない場合が多い）、④ビル・マンション管理会社が入居者・退去者から、賃料や原状回復のための損害賠償金・敷金を賃貸人に代わり受領する事務、⑤旅行代理店がツアー顧客の航空チケット・宿泊代金・バス代金等の代金を予め受け取り、これをまとめて顧客の代理として支払う事務、⑥新聞の集金人による集金、⑦証券代行業務（金融商品の配当金、利子、その他分配金の代理支払等）、⑧シンジケートローン等において、銀行や証券会社などの金融機関が複数の貸付人

(銀行等)のエージェントとして、貸付先(借入人)との間で貸付の実行や借入人の返済の分配を行うペイニングエージェント業務等の、現在当然に行われている事務・サービスにまで為替取引の問題が拡大してしまう可能性がある⁽⁹¹⁾ある。

為替取引概念を如何にして妥当な範囲に限定するかは、為替取引規制の大きな課題である。

第三章 為替取引の解釈論の検討

ここまで、為替取引に関連する法規制の状況や、様々な決済・資金移動サービスの為替取引該当性について説明してきた。本章では、為替取引概念の解釈に関する議論の変遷を辿りながら、各解釈論の問題点や現在の議論の対立状況を整理・検討しつつ、現行の為替取引規制の問題点を明らかにする。

第1節 岩原教授の問題提起(1995年)

まず本節では、為替取引規制について初めて本格的な議論を行った、岩原紳作教授の論文、「銀行の決済機能と為替業務の排他性⁽⁹²⁾(1995年)」を取り上げる。この論文は為替取引規制に関する立法論を論じるものであり、為替取引概念自体を中心的に取り扱うものではない。しかし、同論文は立法論を展開する上で為替取引の内容を広く捉えており、以降の議論に与えた影響は大きい。ここでは岩原教授が立法論を展開する上で前提としていた為替取引の内容と、為替取引規制の趣旨について触れておく。⁽⁹³⁾

第1項 議論の格子

岩原教授が展開した立法論は以下のようなものであった。すなわち、1980年代に入り、銀行以外の者が提供する様々な決済・資金移動サービスが出現しているが、これらのサービスの多くは、立法的解決(前払式証票規制法)のなされたプリペイド・カードを除き、銀行の固有業務である「為替取引」

に該当し得るものである。しかし、電気・通信技術の発達により資金移動サービスの可能性は大きく広がっており、本来、いろいろな主体がそれに参加して競争することが望ましい。そのため、銀行以外の者によるサービス提供を一律に禁止する現在の法規制は合理的ではなく、資金移動サービス規制は為替取引にある個々の要素について、規制の目的に対応した必要最小限の弊害防止措置を設け、様々な事業者の参入を認めていく方向が望ましい、と論じるものであった。⁽⁹⁴⁾

1 為替取引規制の趣旨

上記の立法論において、岩原教授は銀行法の為替取引規制の適用範囲が広範なものであり、多くのサービスがこれに抵触し得ると考えていた。岩原教授が為替取引の内容を広く捉えた理由は、為替取引規制の趣旨が「顧客保護」にあると考えたためである。すなわち、我が国では旧銀行法以降、みなし銀行業規定や出資法の預り金規制が設けられ、銀行法はその目的として預金者の保護を前面的に打ち出している。このため、為替取引規制も「預金者保護」と同様に、資金仲介者の倒産や不適切な支払指図の執行から顧客を保護することを目的としていると論じたのであった。⁽⁹⁵⁾

2 為替取引の内容

為替取引規制の趣旨を顧客保護と解した岩原教授は、為替取引には資金を預かる受信行為と支払指図の執行行為があるとし、これらの要素が含まれる資金移動行為は広く銀行法の為替取引として規制されると想定していた。岩原教授によれば、為替取引が銀行の固有業務とされる理由は、一つには、資金移動の途中で資金を預かっている者が倒産したり、資金仲介者が資金を喪失したりすることで受取人が資金を受け取れなくなること、すなわち、サービス提供者の受信行為に伴う信用リスクを原因として顧客が損失を被るのを防ぐことにあるとする。そして二つめとしては、資金移動サービスは支払指図図といった情報処理を通じてなされるが、これらの執行が適切に行われないと顧客が損失を被るため、決済システムが円滑に機能するようにしたと整理

したのである。⁽⁹⁶⁾

以上の考えに基づき、岩原教授は為替取引が「隔地者間における直接現金を輸送しない資金移動」という前提⁽⁹⁷⁾の下、収納代行やトラベラーズチェックの発行、クレジットカード決済に対しても為替取引規制が及び得るという指摘を行ったのであった。⁽⁹⁸⁾

第2項 その後の影響

銀行法の目的は「信用秩序の維持」と説明されることが多く、後に実務はこの点を強調することで、信用秩序に影響を及ぼす資金移動のみが為替取引に該当すると論じ、その範囲を限定する解釈論を展開していく。これに対して岩原教授は、為替取引規制の趣旨を「顧客保護」と捉え、顧客に損害を生じさせるおそれのある資金移動行為は広く為替取引に含まれると想定し、立法論を展開した。後に岩原教授は、第三者型及びサーバー管理型の電子マネー（プリペイド・カード）⁽⁹⁹⁾やCMS⁽¹⁰⁰⁾についても為替取引に該当し得るという指摘をするようになり、実務と対立するほぼ唯一の学説として、議論に大きな影響を与えた。

第2節 判例の展開

岩原教授の問題提起から数年後には、為替取引（無免許銀行業の罪）に関する複数の判例が公表されている。これまで、最高裁の決定とその下級審判決を含めて6つの事例が公表されており、全ていわゆる地下銀行と呼ばれる業者が、正規の銀行決済システムを利用して国外へ送金を行っていた事案であり、被告人が為替取引の営業を行っていたと判断された。これらの事案はマネーロンダリング対策や不法収益金の取締り、入国管理行政の運用の際に問題となったものであり、また、当時は為替取引に関する議論が蓄積していなかったため、ここで示された判旨が現在も解釈指針として十分に通用するかは疑問のあるところかもしれない。しかし、判例によって明らかにされた

ことは多く、特に最高裁の判旨はその後の解釈論にも大きな影響を与えている。ここでは判例の立場を整理・検討していくこととする。

第1項 最高裁決定以前の裁判例

1 事案の概要と判旨

(1) 平成9(1997)年8月13日横浜地裁判決⁽¹⁰²⁾(以下、「平成9年判決」)

被告人が中国にいる共犯者にファックスで受取人名などを指示することにより、中国にあらかじめ用意しておいた本邦通貨を中国にいる受取人に対して交付し、その後、送金依頼人に被告人らが管理する日本の銀行口座へ送金額と手数料を合せた額を振り込ませることによって、海外送金を行っていた事案である。受取人へ資金を交付した方法が現金の交付によるのか、預金口座への送金・振込であるのかは判決文から明らかでない。

裁判所は、「為替取引とは、広く隔地者間における資金の移動を現金の輸送を行わずに実現する仕組みをいう」とし、「本件の行為が為替取引に該当することは明らかである」と判示している。為替取引を上記のように定義する理由は特に明らかにされていない。

(2) 平成10(1998)年9月29日東京高裁判決⁽¹⁰³⁾(以下、「平成10年判決」)

被告人が複数の依頼人から送金額及び手数料に相当する現金を集金し、その現金を香港の銀行の預金口座へ日本円でそれぞれ送金した上、香港の共犯者らに送金の指図をし、共犯者らが当該銀行の預金口座から資金を米国ドルで引き下ろし、当該資金で地金や電気製品等の品物を香港で購入しネパールに持ち込み、ネパール国内でこれらの品物を売りさばいてネパールの通貨に換金した上、この通貨をプール金として用意し、そのプール金の中から受取人に現金を渡していたという事案である。資金移動の経路は国際商取引まで介在した複雑なものであった。

裁判所は、為替取引とは「隔地者間で直接現金の送付を伴うことなく資金を移動する仕組みにおいて、この為替の作用を有する取引行為を包括的に指

す」と判旨し、本件の送金行為は為替取引に当たると判断した。また、本件資金移動の為替取引該当性を論じるに際し、「一連の取引に伴う危険、例えば、外国為替相場の変動や国際商品取引に伴う危険は、すべて被告人及び共犯者らが負うべきものであって、結局、本件送金の成否は、被告人及び共犯者らの経済的信用にすべて依存する」と述べ、資金移動が被告人と共犯者らの計算・経済的信用に基づいて行われていることを強調している。

2 両判例の相違点

両判決は表現が多少異なるものの、伝統的な説明に従い、為替取引を資金移動であると示したに過ぎない。もっとも、資金移動の経済的実態には両事案で大きな相違が存在している。

平成10年判決の事案は、資金仲介者が送金依頼人から送金資金を受領し、その後、資金を移動させるものであり、送金依頼人が資金仲介者に経済的信用を与える順為替、すなわち資金仲介者の受信行為が伴う資金移動であった。判旨も、送金の成否が資金仲介者の経済的信用に基づいていることを強調している。

これに対し、平成9年判決の事案は資金仲介者が依頼人から送金資金を受領するよりも前に受取人へ送金が行われるものであり、依頼人が資金仲介者に経済的信用を与えているものではない。⁽¹⁰⁴⁾当該事案の資金移動は資金仲介者が受取人に対して送金を行い、その後、同額の資金と手数料を依頼人から取り立てるというものであり、その経済的実態は資金仲介者の依頼人に対する与信行為である。そのため、平成10年判決とは異なり、裁判所は資金移動が何れの当事者の経済的信用に基づいて行われているのか明示していない。判例は最高裁決定以前から、与信行為である後払い方式の資金移動も為替取引に該当すると判断していることになる。

第2項 平成13(2001)年3月12日最高裁決定⁽¹⁰⁵⁾(以下、「最高裁決定」)

1 事案の概要と判旨

(1) 事案概要

東京都に本店を置くY1社およびその代表取締役であるY2(以下では、両者を「Yら」とする)は、食料品や医薬品等の輸出入及び販売、外国への送金のための銀行手続事務代行等を主な目的として営業を行っていた。しかし、Y2はY1社の業務に関し、薬局開設者又は医薬品の販売業の許可を受けておらず、また、銀行法4条1項の要求する銀行業の営業免許も得ていなかった。

Y2は平成10年9月11日頃から同年12月30日頃までの間に954回にわたり、Y1社の日本国内にある事務所において、多数の者から手数料を得て韓国内の指定銀行預金口座・郵便預金口座への送金依頼を受け、その執行のために韓国在住の共犯者A(Y2の実兄)にファックスで送金額・送金先銀行名・受取人口座名などを連絡することにより支払方を指図した。Aはこの指図に基づき、平成10年9月11日頃から同年12月30日頃までの間に954回にわたり、韓国内の銀行に開設されているB社(Y1社の関係会社であり、資金はY1社に帰属している)名義の口座資金を用いて指定受取人口座に韓国通貨で振込入金を行った。

認定された事実によると、資金移動の経路は以下のようなものであった。まずYらは、送金依頼人に送金額及び手数料を本邦通貨で日本の銀行に開設されているY2名義の口座などに振り込ませ、その後、振り込まれた資金を同じ日本の銀行に開設されたY1社名義の口座に一旦集約し、そして韓国の銀行の東京支店に開設されているY1社名義の銀行口座に入金した。次に、当該口座から電信送金を行う事により、同銀行の韓国内に開設されたB社名義の口座に送金用のプール資金を作り、このプール資金から受取人名義の口座へ韓国通貨を送金した。

Yらは、本件の送金行為は正規の銀行に依頼して送金をしてもらったものであり、送金手続を代行したに過ぎないため為替取引に該当せず、また、銀行法2条2項2号の為替取引の意義は明確性に欠け、無免許で為替取引を行

った行為を処罰する銀行法61条は憲法31条に違反する、と主張した。

⁽¹⁰⁶⁾原々審は、為替取引とは「隔地者間で直接現金の送付を伴うことなく資金を移動する仕組みで行われる取引行為を包括的に指す」とし、Yらの行為は為替取引に該当すると判示し、また、銀行法61条は罰則規定としての内容の明確性に欠けるとしてYらの憲法違反の主張を退けた。⁽¹⁰⁷⁾原審も原々審を支持したため、Yらが上告。

(2) 判旨

最高裁は以下の判断を示し、上告を棄却した。

まず、銀行法2条2項2号のいう「為替取引を行うこと」の意義について、最高裁は「顧客から、隔地者間で直接現金を輸送せずに資金を移動する仕組みを利用して資金を移動することを内容とする依頼を受けて、これを引き受けること、又はこれを引き受けて遂行すること」と判示した。そして、本件Yらの「本邦内にある送金依頼人らから、大韓国内内にある受取人らへの送金の依頼を受け、送金資金として本邦通貨を受領した上、直接現金を大韓国内に輸送せずに、同国在住のAに対し、ファクシミリで送金依頼人の氏名、送金受任額、送金先銀行口座等を連絡して支払方を指図し、同国内の被告会社に帰属する銀行口座の資金を用いて送金依頼人の指定する受取人名義の銀行口座等に送金受任額相当額を同国通貨で入金させた」行為が、「為替取引を行うこと」に当たるとしている。

2 最高裁決定の意義と当時の反応

(1) 資金移動概念の採用

最高裁は従来の裁判例を追認し、為替取引が「直接現金を輸送せずに行う資金の移動」であることを示したに過ぎず、伝統的な説明をさらに具体化したわけではなかった。もっとも、本決定に対しては、為替取引には手形・小切手を利用した送金・代金取立て、電信を利用した送金、振込送金など様々な種類があるため、これらを一義的に定義するにはある程度抽象的な表現を使用せざるを得ないという反応がなされており、⁽¹⁰⁸⁾当時は特に異論がなかった。

(2) 実行行為及び既遂時期の明確化

地下銀行の行う資金移動は、最初に依頼人から送金依頼を受けて資金を受領するという対顧客取引、次いで地下銀行が離れた土地にある支店や提携先の地下銀行に対して受取人への支払を指図する銀行間取引、最後に受取人に対する送金額の支払行為、という複数の者による複数の行為によって行われる。最高裁決定までの判例では、為替取引がこれら一連の行為の内どの行為を指すのか、また、一連の行為の内どの行為が行われた段階で無免許銀行業の罪が既遂に至るのか明確でなかった。

この問題に関して、調査官の解説では、「依頼を引き受けること」、すなわち依頼人と資金仲介者との間の対顧客取引が成立すればその時点で銀行法上の無免許銀行業の罪が既遂に至ると説明され、また、「これを引き受けて遂行すること」、すなわち、その後の銀行間取引や支払行為も法益侵害状態が継続しているため為替取引の実行行為になると説明されている。他の評釈もこの見解を支持しており、対顧客取引・銀行間取引・送金額支払の各段階が全て無免許銀行罪の実行行為になるとされ、為替取引の処罰範囲は大きく拡大した。⁽¹⁰⁹⁾

第3項 最高裁決定以降の裁判例

最高裁決定以降は、平成15(2003)年12月25日横浜地裁判決⁽¹¹¹⁾(以下、「平成15年判決」)のみが公表されている。

この事案では、被告人が中国にいる共犯者に対して送金の指図をし、中国に保管していた現金の中から本邦通貨で受取人に資金を交付させ、その後、送金依頼人に被告人らが管理する銀行口座へ送金額と手数料を合せた額を振り込ませる形で資金移動が行われた。為替取引の内容に関する説示は特にないものの、被告人の行為は為替取引であると判断されている。

本事案における資金移動の形態は平成9年判決の事案とほとんど異ならない。最高裁決定の事案は受信行為の伴う順為替の資金移動が為替取引とされ

たに過ぎず、与信行為である後払い方式の資金移動が為替取引に該当するのは明らにされていない。しかし、最高裁決定後も、下級審では後払い方式の資金移動が為替取引と判断されていることになる。

第4項 判例の立場

判例を検討すると、為替取引の内容に関して以下の4点が明らかになる。

1 与信行為の資金移動

共に順為替の事案である平成10年判決及び最高裁決定の原判決では、為替取引が地下銀行の経済的信用に基づいて行われることが強調され、これが銀行法の目的である「信用秩序の維持」に結び付くと指摘されていた。もっとも、最高裁決定はこうした判示を含んでおらず、また、最高裁決定後の平成15年判決では、為替取引の内容に関する判示がないまま与信行為の資金移動が処罰されている。以上のことから、判例は与信行為（後払い方式）の資金移動も為替取引に該当すると考えている可能性が高い。

例えばクレジットカード決済は、クレジット会社が利用者の代わりに加盟店へ支払を行い、その後代金を利用者から取り立てる与信行為であるが、これは地下銀行の行う後払い方式の資金移動と経済的にほとんど同一のものである。判例によると、為替取引規制はクレジットカード決済にまで及び得ることになってしまう。

2 正規の銀行システムを利用した資金移動

正規の銀行の振込・送金によって最終的に決済が完了するサービスは「決済機能」を果たしているとは言えず、為替取引に該当しないとする見解が存在していた。⁽¹¹²⁾この見解によると、例えば収納代行では、コンビニなどの事業者が収納機関に対して預金通貨（銀行預金）を移転させることで決済が完了するが、これは最終的な決済・資金移動が銀行預金の移転に委ねられていることになり、資金仲介者が「決済機能」を果たしていないため為替取引に該当しないとされる。もっとも、この見解が言う「決済機能」の内容は明確で

はなく、また、決済機能が為替取引の要素とされる理由も明らかではない。特に本見解を採用した場合、資金仲介者が送金資金をいったん銀行口座へ集約するなど、最終的な資金移動が預金通貨の移転によって行われるようにすれば、およそ全ての決済・資金移動サービスが為替取引に該当しなくなってしまうため、妥当な見解とは言えない⁽¹¹³⁾。為替取引に関する判例は全て正規の銀行が資金移動に利用されたものであったが、これらの場合も為替取引に該当するとされており、上記の見解は採用されなかった⁽¹¹⁴⁾。

3 資金の内容

最高裁決定と平成10年判決の事案は、資金仲介者の受領した本邦通貨が最終的に外貨に両替されて支払われた事案であった。外国為替取引が為替取引の一つとして整理されてきたことは既に述べたが、判例も、最終的に交付される資金が外貨の場合を為替取引に該当するとしている。この点に関しても現在まで異論は見られない。

4 支払指図・情報処理行為

前述したように、最高裁は資金移動における対顧客取引・銀行間取引・送金額支払の各段階を全て無免許銀行罪の実行行為と捉えている。そのため、最高裁の判旨によると、資金の授受を伴わず単に資金移動に繋がる情報交換(支払指図・情報処理行為)を業として行う者も為替取引規制の対象になり得るといふ指摘がなされている⁽¹¹⁵⁾。最高裁が実行行為を拡大させた背景には、既遂時期の明確化以外にも共犯の処罰範囲を拡大させる意図があったとされており、為替取引規制の適用範囲は最終的に情報処理行為にまで及び得ることとなった⁽¹¹⁶⁾。

第5項 その後の影響

為替取引は長い間、「資金移動」という抽象的な概念で説明されてきたが、現実には様々な資金移動を伴うサービスが登場しており、銀行法の為替取引規制は十分に機能していなかった。こうした状況の中、一部の学説によ

って多くの決済・資金移動サービスが為替取引規制に触れる可能性が指摘され、その後も一連の判例により、為替取引が資金移動であること、後払い方式の資金移動や単なる情報処理行為までもが為替取引に該当し得ることが明らかになった。

結果的に、資金移動行為全般を銀行に独占させてしまう為替取引規制が初めて法律家の間で認識されるようになり、既に普及してしまった決済・資金移動サービスの為替取引該当性を否定する必要が生じた。最高裁決定以降は、主に実務家らによって為替取引の範囲を限定する解釈論や、銀行以外の者に為替取引を認める立法論が展開されていくようになる。

第3節 最高裁決定の判旨に基づく解釈論の検討

最高裁は為替取引を「隔地者間で直接現金を輸送せずに資金を移動する仕組みを利用して資金を移動することを内容とする依頼を受けて、これを引き受けること、又はこれを引き受けて遂行すること」と判示した。為替取引の範囲を限定するためにまず考案された手法は、右判旨からいくつかの要素を抽出し、それらを「為替取引」の必要的な要件と捉える解釈であった。これらの内、いくつかの見解は後に資金決済法立案担当官にも影響を与えている。

第1項 資金を移動することを内容とする「依頼」

1 「依頼」の有無による限定

最高裁の判旨から、「資金を移動することを内容とする依頼」を受けることを為替取引の要件と捉え、当該依頼に基づいて行われ⁽¹¹⁷⁾ない資金移動を為替取引から除外する見解が存在する。この見解に依る場合、資金移動の「依頼を受ける」ことの内容が極めて重要な問題となるが、論者によると、例えば収納代行や代金引換では、利用者がコンビニや宅配業者に支払を行った段階で利用者の負担する原因関係の債務は弁済されたものとして取り扱われるため、利用者としては債務の弁済を行っているのであり、「資金移動の依頼」

を行っているわけではないとされる。

本見解は代理受領権に基づくサービス以外の場面で利用されることはないようであり、収納代行等の為替取引該当性を否定するために考案されたものであったと言えよう。

2 問題点とその後の影響

「資金移動の依頼を受けること」を為替取引の要件と捉え、代理受領権を有する者への支払には「依頼」がないとする本見解に対しては、非常に技巧的な説明であるという批判が加えられている⁽¹¹⁸⁾。前述したように、最高裁が「依頼を受けて」の文言を付け加えた理由は、対顧客取引を行うだけで無免許銀行業の罪が既遂に至ることを明確にするためであり、「依頼」の文言は為替取引の要件を設定したのではなく、むしろ処罰範囲を対顧客取引のみを行う者にまで拡大させる趣旨であった。また、資金仲介者へ資金移動業者規制を及ぼすべきか判断する際に重要なことは、資金仲介者が行う資金移動の経済的実態及び利用者への影響とその法律関係であり、依頼の有無といった顧客の主観面を重視することは適切でない。本見解は比較的最近まで主張されていたものであるが、次第に別の解釈へ代えられていくようになる。資金決済法の立案担当官も、依頼を重視し顧客の内心の意図によって為替取引該当性を判断することは適当でないとし、本見解を採用しないとしている⁽¹¹⁹⁾。

第2項 資金を移動する「仕組み」

1 一定の「仕組み」を構築した資金移動を為替取引と捉える見解

最高裁は「資金を移動する仕組みを利用して……」と述べていることから、一定の「仕組み」を利用することが為替取引の要件であるように読むことができる。最高裁決定以前の全ての判例も、為替取引の内容を説示する際に「仕組み」という表現を使用しており、また、判例が現れる以前からも為替取引を「仕組み」と説明するものが存在していた⁽¹²⁰⁾。このため、一定の「仕組み」を構築して資金移動が行われることを為替取引の要件とする見解が存⁽¹²¹⁾

⁽¹²²⁾
在する。

「仕組み」の内容に関して久保田隆教授は、例えば単なる隔地者間送金を「仕組み」と考えた場合、商社が顧客代金の回収を行うような通常の商取引にまで銀行法の為替取引規制が介入することになり妥当でないとし、銀行法の為替取引規制とは銀行間決済システムのような装置産業を銀行だけに独占させるものであり、こうしたシステムの安全性に脅威となる仕組み、すなわち「信用秩序に影響の大きい(systemically important system)仕組み」のみが為替取引として規制されると論じている。⁽¹²³⁾久保田教授によると、例えば収納代行や電子マネーはシステミック・リスクを有していない(信用秩序に未だ大きな影響を与えていない)ため「仕組み」を構築しているとは言えず、⁽¹²⁴⁾為替取引には該当しない。「信用秩序に影響の大きい仕組み」の具体的な例としては、銀行や信用金庫等の金融機関が参加する全銀システムや外為円決済制度、手形交換所といった銀行間決済システムに加え、日銀ネットと⁽¹²⁵⁾いった銀行送金の組織的仕組みが挙げられている。

2 当初の「仕組み」の議論の問題点とその後の影響

久保田教授の見解では、為替取引該当性は「信用秩序に与える影響(システミック・リスク)」⁽¹²⁶⁾の大きさによって決定されることになるが、こうした基準では、為替取引該当性を判断することは極めて困難な作業になると言わざるを得ない。⁽¹²⁷⁾例えば久保田教授は、最高裁の事案は「信用秩序の維持のため、銀行の正規のシステムを脅かし、当局の規制下になく安全性・信頼性に問題の大きい地下銀行の巨大ネットワークの氷山の一角を取り締まった」としているが、現在の収納代行や電子マネーよりも地下銀行の方が信用秩序に与える影響が大きいと考えることはできないであろう。以上のことから、システミック・リスクの程度のみに基づいて地下銀行や各種決済サービスの為替取引該当性を統一的に説明することは、非常に困難であるということが⁽¹²⁸⁾分かる。

また、システミック・リスクの程度として、全銀システム等の銀行間決済

システムに匹敵するレベルのものを要求すること自体にも問題があるように思われる。実際、銀行法は預金(及び貸付)業務を行う事業者に対しては、銀行間決済システムに参加しているか、巨大なシステム・リスクを有しているかどうかに関わらず銀行免許を要求している。そのため、銀行法2条2項で預金・貸付業務と共に銀行業と定義される為替取引に対して、銀行間決済システムに匹敵するシステム・リスクを要求することは銀行法の趣旨に合致しないとも考えられる。

もっとも、一定程度のシステム・リスクを有する資金移動(システム)のみを銀行法の規制対象にしようとする考え方は、規制当局や法律家の間で広く受け入れられたものであり、仕組みの解釈はこれに親和的なものと言える。「仕組み」を要件とする本見解は、論者が念頭に置く銀行法の規制趣旨を「仕組み」の内容として具体化することができ、為替取引の範囲を柔軟に設定することが可能である。資金決済法の立案担当官はこの長所に着目し、後に「仕組み」による解釈を採用する。

第3項 隔地者間で「直接現金を輸送せず」

1 現金輸送

現在は日本語の問題として、「為替」には直接現金を輸送する意味が含まれていないとされるようである。⁽¹²⁹⁾そのため、直接現金を輸送して行われる資金移動は為替取引に該当しないとされ、この点に関しては特に異論が見られない。もっとも、依頼人から受取人までの資金移動が全て直接現金を輸送することによって行われる場合でなければ、為替取引に該当することを免れない。⁽¹³⁰⁾

なお、現金輸送の場合であっても、資金移動が資金仲介者の経済的信用に基づいて行われていることに変わりはない。現金輸送を為替取引規制の対象外とするに関しては、後に若干の検討を行う。

2 プール資金の有無による限定

(1) 概要

「隔地者間で直接現金を輸送せず」という文言の解釈により、為替取引の要件として「プール資金」の存在を要求する見解がある。⁽¹³¹⁾ この見解は、最高裁決定の原審・原々審や他の判例において、地下銀行が「プール資金」から支払を行っていたことが認定されている点を根拠に、為替取引の要件として依頼人が資金仲介者に交付した資金とは別個の予め用意されていた資金、すなわち「プール資金」の存在を要求するものである。

この見解によると、例えば地下銀行の事案のように、資金が依頼人、仕向銀行、被仕向銀行、受取人という順序で移動する場合、被仕向銀行の支払が仕向銀行・被仕向銀行の自己資金あるいはプール資金を原資として行われるなら、当該資金移動は為替取引に該当する。これに対し、仕向銀行が被仕向銀行へ依頼人から預かった資金を送金し、その資金から受取人へ支払を行うよう被仕向銀行に指図して送金させた場合、当該資金移動は現金の輸送と同視できるため為替取引には該当しないとされる。⁽¹³³⁾ 論者は、為替取引規制は資金授受の媒介という経済的に重要な機能を銀行に独占させる規制であるが、プール資金が存在しない支払システムは直接現金を輸送するものと同視できるため、銀行法が保護すべきものではないと説明している。⁽¹³⁴⁾

(2) 問題点とその後の影響

為替取引の要件としてプール資金の存在を要求する本見解に対しては、プール資金を設けるのはより利益を上げるための手段に過ぎず、為替取引の本質ではないという批判がある。⁽¹³⁵⁾ また、本見解はなぜプール資金の存在が「経済的に重要な資金授受の媒体」に結び付くのか、為替取引規制の適用を決する解釈指針となるのかを十分に説明できていない嫌いがある。その他の問題点としては、プール資金を利用しない資金移動が一律に為替取引から除外されてしまうことが挙げられよう。実際、別途自己資金を有している資金仲介者とそうでない事業者を比較すると、前者の方が確実に送金を履行できるた

め、送金依頼人の立場からするとリスクが小さいとも考えられる。「直接現金を輸送せず」の解釈によってリスクの小さい前者のみを為替取引とすることは、合理的な処理とは言い難い。プール資金を要求する解釈は、資金決済法制定以前には特に注目を集めることがなかったが、後述するように、資金決済法立案担当官は為替取引の要件である「仕組み」の一要素としてプール資金を挙げており、同様の見解を示すに至った。

第4項 「資金」

1 為替取引における「資金」

為替取引が「資金」を移動させるものであることに関しても、異論は見られない。

為替取引の議論における「資金」とは、例えば「元本が保証され、いつでもあらゆる財・サービスと交換できる汎用性のある、通貨としての機能を有する価値保存手段⁽¹³⁶⁾」と説明される。資金の例としては、現金、預金通貨（要求払預金）、準預金通貨（定期預金等）、譲渡性預金（CD）、郵便貯金、その他金融機関預貯金、金銭信託（元本の保証されていないものを除く）、外貨⁽¹³⁷⁾などが挙げられている。判例でも、預金通貨や外貨で受取人に支払を行った行為が為替取引と判断されている。

2 電子マネーとの関係

「資金」の移動を行っていないため為替取引に該当しないと議論されてきたものが、電子マネー決済である。

我が国の電子マネーはクローズド・ループ型のものが主流であり、電子マネー利用者と加盟店の間の決済は電子マネーを加盟店に移転させることによって行われるわけではない。もっとも、クローズド・ループ型電子マネー決済は、電子マネー発行者が利用者から預かった発行見合資金を加盟店へ移転させることによって行われるため、電子マネー発行者による資金移動の側面を有していると言える。しかし、実務家らは、我が国ではオープン・ループ

型のみならずクローズド・ループ型の電子マネーでも返金が認められていないため、電子マネーは価値保存手段である「資金」には該当せず、よって為替取引にも該当しないと論じてきた⁽¹³⁸⁾。

電子マネー発行者による資金移動の実態を無視し、電子マネーが「資金」でないという苦しい説明によって為替取引該当性を否定してきた背景には、前述したように、電子マネーには既に前払式証券・支払手段の法規制が存在しており、これに対してさらに為替取引規制を及ぼすことが合理的でないという事情がある⁽¹³⁹⁾。現在まで、「前払式支払手段」と「為替取引(資金移動)」は別個の概念とみなされており、規制内容も一部で大きく異なっているが、両概念を厳密に区別することは難しく、そのことは解釈論にも表れている⁽¹⁴⁰⁾。

第4節 その他の解釈論の検討

為替取引の解釈には最高裁決定に基づかないものもいくつか存在している。ここではそれらの内容を検討する。

第1項 銀行間決済システムへの侵害行為を為替取引と捉える見解

1 概要

銀行間決済システムに対する侵害行為を為替取引と論じる見解が存在する⁽¹⁴¹⁾。この見解は為替取引の内容を明確にするため、「信用秩序の維持」と説明されてきた無免許銀行業の罪の保護法益を具体化し、当該保護法益を侵害する行為が為替取引であると論じるものであった。

具体的には、銀行間決済システムは参加銀行の相互の信用に基づいて成り立っており、その健全な運営を確保するために銀行界で多くの対策・努力がなされてきたこと、そして当該システムが国民に信頼できるものでなくてはならないことを理由として挙げ、無免許銀行業の罪の保護法益は資金決済システムなどの金融の基本インフラであるとする。そして為替取引とは、この保護法益に対する侵害行為、すなわちシステムの信用の維持について責任を

負わない者が、利益の上がりそうな範囲でそのシステムを利用し正規の為替取引と同じ結果を得ること、つまり「ただ乗り行為」であると論じた。⁽¹⁴²⁾ 論者によると、最高裁の事案では送金に正規の国際振込が利用されているものの、顧客の20回分の振込委託がまとめて一回で済まされており、銀行に支払うべき19回分の国際振込手数料を免れるばかりでなく、実際の送金者が隠れてしまうものであったため、これらは資金決済システムに対する侵害行為であり為替取引に該当するとされる。⁽¹⁴³⁾

2 問題点

為替取引規制を「銀行システムへのただ乗り防止」と捉える本見解に対しては、海外送金の送金手数料を節約するため複数の送金を相殺処理した上で銀行送金を行うことは外為法などでも認められており、また、銀行法が銀行育成・保護のための産業政策目的を持つと考えるなら別であるが、金融が高度に発達した現在では、銀行の育成・保護の考えは一般的でないため、為替取引規制を「ただ乗り防止」と捉えることは妥当でないとする批判がある。⁽¹⁴⁴⁾ また、その他の大きな問題点として、銀行システムへのただ乗り行為を為替取引とする場合、正規の銀行を利用しない全ての資金移動を為替取引と論じることができなくなってしまう点が挙げられる。為替取引規制の保護法益をより具体化しようとする試みは傾聴すべきものと思われるが、銀行システムへの「ただ乗り行為」という定式化には問題が多く、以降、同様の見解をとるものは現れていない。

第2項 代理受領権・原因関係に基づく解釈

1 代理受領権の有無による限定

(1) 概要

資金仲介者が代理受領権に基づいて行う資金移動は為替取引に該当しないと見る見解が存在する。

代理受領権に基づく資金移動を為替取引から除外する理由としては、前述

したように、資金仲介者の倒産リスクを負うのは利用者ではなく大企業の受取人であり、信用秩序に及ぼす影響が小さいと考えられること、実際に大きなトラブルが一度も起きていないことが挙げられている。なお、平成16年には金融庁が電子マネー決済と同様のサービスに関して、ノーアクションレターの回答として「加盟店から弁済の受領行為（代金回収業務）を委任されているのであり、単に資金移動の仲介を委任されている銀行法2条2項2号にいう「為替取引を行うこと」とは異なると考える」、と述べており、この回答を根拠とするものもある。⁽¹⁴⁵⁾⁽¹⁴⁶⁾

(2) 問題点

上記平成16年のノーアクションレターは、電子マネーを為替取引として規制することが合理的でないため便宜的に示されたものに過ぎず、この回答をもって代理受領権に基づく資金移動が為替取引に該当しないと一般化することはできないと考えられる。⁽¹⁴⁷⁾ 資金決済法の立案担当官も、代理受領権があればおよそ為替取引に当たらないとすれば、為替取引規制の潜脱を行うことが容易になってしまうため、法形式のみで判断するべきではないとし、本見解を採用しないことを明らかにしている。⁽¹⁴⁸⁾

確かに、我が国の収納代行はこれまでに大きな問題が発生しておらず、為替取引規制が多少大げさなものに感じられることも事実である。しかし、本見解は現在提供されている収納代行サービスの実態のみを念頭に、代理受領権に基づく決済サービスは信用秩序に与える影響（システミック・リスク）が小さいと一般化してしまっているおそれがある。収納代行サービスの利用は広がっており、収納機関は保護の不要な大企業だけに限られなくなっているという指摘もある。⁽¹⁴⁹⁾ コンビニエンスストアの場合とは異なり、収納代行業を専門的に行う事業者の出現も考え得るところであり、この場合、多数の収納機関との間で巨額の資金移動が行われる可能性がある。⁽¹⁵⁰⁾ 現在のサービス利用状況のみを考慮して代理受領権に基づく資金移動を為替取引でないとすることに對しては、慎重であるべきように思われる。

- (1) 取りまとめられた報告書として、決済に関する研究会『決済に関する論点の中間的な整理について（座長メモ）』（2007年）（http://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/dai2/siryou/20080516/06.pdf）（以下では、決済に関する検討会〔2007〕と表記する）、金融審議会金融分科会第二部会『資金決済に関する制度整備について—イノベーションの促進と利用者保護—』（2009年）（http://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/tosin/20090114-1/01.pdf）（以下では、金融審報告書〔2009〕と表記する）がある。
- (2) なお、その他の研究会が取りまとめた報告書として、例えば、電子債権を活用したビジネスモデル検討WG『電子債権構想—IT社会における経済・金融インフラの構築を目指して—』（2005年）（http://www.meti.go.jp/policy/economic_industrial/report/downloadfiles/g50413a01j.pdf）（以下では、電子債権WG報告書〔2005〕と表記する）、電子流通等を促進する支払手段に関する検討会『商取引の支払に関する論点の中間整理』（2008年）（<http://www.meti.go.jp/report/downloadfiles/g80911a02j.pdf>）（以下では、電子流通検討会〔2008〕と表記する）がある。
- (3) なお、それ以前にもスタディ・グループが設置されており、報告書として、決済業務等の高度化に関するスタディ・グループ『中間整理』（2015年）（http://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/tosin/20150428-1/01.pdf）が公表されている。
- (4) 岩原紳作『電子決済と法』（有斐閣、2003年）（以下では、岩原〔2003〕と表記する）2頁、今井克典「金銭債務の決済とは何か」金融法務事情1702号（2004年）28頁、高橋康文編『詳説 資金決済に関する法制』（商事法務、2010年）18頁、小山嘉昭『詳解 銀行法（全訂版）』（金融財政事情研究会、2012年）148頁、中島真志『決済システムのすべて（第3版）』（東洋経済新報社、2013年）2頁、等。
- (5) 岩原〔2003〕・前掲注（4）540頁、小山・前掲注（4）147頁。
- (6) 本稿の明治期以降の銀行制度に関する記述は、小山・前掲注（4）1頁以下に負うところが大きい。
- (7) 江戸時代に誕生した「両替商」は、単に金銀の両替を行うだけでなく、数多くの信用手段を開発し、手形や証書に基づいた様々な送金・決済・預金サービスを提供していた。その後、明治2年にはこれらの業務を引き継ぎ、全国八か所に設立された為替会社が金融を司ることとなった。両替商と為替会社の経緯については、全国銀行協会連合会編『為替決済制度の変遷』（東京銀行協会、1974年）6-18頁を参照。

(8) 当時は“bank”の訳語が「為替会社」であった(加藤俊彦『本邦銀行史論』(東京大学出版会、1957年)19頁)。

(9) 小山・前掲注(4)10頁以下参照。

(10) 銀行条例(明治二十三年法律第七十二号)は以下のように規定していた。

第1条 公に開きたる店舗において、営業として証券の割引をなし、又は為替事業をなし、又は諸預り及び貸付を併せなす者はいかなる名称を用いるにかかわらず総て銀行とす。

第2条 銀行の事業を営まんとする者は、その資本金額を定め地方長官を経由して大蔵大臣の認可を受くべし。

その他に、銀行条例は大口信用供与規制(財閥の影響から後に廃止)、営業報告書の提出義務、貸借対照表の公告や大蔵大臣による検査の規定を設けていた。銀行条例は全文わずか11条の非常に簡素なものがある。

(11) 岩原[2003]・前掲注(4)524頁。

(12) 高月昭年「決済サービスの高度化と銀行法(下)」国際金融1067号(2001年)21頁。

(13) 小山・前掲注(4)21頁以下。

(14) 西原寛一『銀行法解説』(日本評論社、1927年)19-20頁。なお、当時は「金融仲介機能」という用語は使用されず、「受信業務と与信業務の相関関係」という表現が用いられていた。

(15) 笹原正志『銀行法通釈』(啓明社、1929年)50頁、西原・前掲注(14)20-21頁。

(16) 西原寛一『金融法』(有斐閣、1968年)23頁、小山・前掲注(4)23頁。

(17) 小山・前掲注(4)23頁

(18) 銀行法2条2項が「預金又は定期積金の受入れと資金の貸付け又は手形の割引とを併せ行うこと」(1号)と「為替取引を行うこと」(2号)を銀行業と定義し、同法3条のみなし銀行業規定により、「預金又は定期積金等の受入れを行う営業」も銀行業とみなされる。銀行業は、内閣総理大臣の免許を受けた者でなければ営むことができず(同法4条1項)、免許を得ずに銀行業を営んだ者に対しては罰則が設けられている(同法61条1号)。

(19) 資金移動業者と銀行法上の銀行以外に、現在我が国で為替取引を業として行うことができるものとしては、例えば日本銀行(日本銀行法33条1項6号。ただし、「内国為替取引」と規定されている)、信託銀行、長期信用銀行(長期信用銀行法6条1項4号)、信用金庫(信用金庫法53条1項4号)、農林中央金庫(農林中央金庫

法54条1項3号）等が挙げられる。他にも、為替取引を付随業務として行うことが認められるもの（各種の協同組合など）も存在している。

- (20) 西原・前掲注（14）20頁、同・前掲注（16）22頁、笹原・前掲注（15）50頁。
なお、西原・前掲注（16）200頁は、「為替」とは「隔地者間における貸借決済のため、本来現金を輸送すべき場合に、債権の売買によってこれに代えること」とし、「この目的を達するための用具が為替手形・小切手である」とする。
- (21) 高橋勝好『為替・手形交換』（金融財政事情研究会、1958年）7・16頁。もっとも、この文献は銀行法2条2項2号の「為替取引」について論じているものではなく、一般的な為替取引の意味を説明するものである。なお、広辞苑（2008年、第6版）614頁も、「為替」とは「遠隔の地にある者が、貸借の決済に際し、正金を送付する労費・不便・危険などを免れるため、手形・小切手・証書によって送金を処理する方法」と説明する。
- (22) 高橋俊英編『金融関係法Ⅱ』（日本評論社、1964年）13頁、佐竹浩＝橋口収『新銀行実務講座 第13巻 銀行行政と銀行法』（有斐閣、1967年）130-131頁。ただし、龍田節「銀行業務の範囲と種類」鈴木禄弥＝竹内昭夫編『金融取引法体系 第1巻 金融取引総論』（有斐閣、1983年）60頁は、「他所払手形の買入」が「手形の割引」と重複するからといって、為替取引の範囲から除外する必要はないとする。
- (23) 森本滋「為替の意義と機能」鈴木禄弥＝竹内昭夫編『金融取引法体系 第3巻 為替・付随業務』（有斐閣、1983年）4頁、木内宜彦『金融法』（青林書院、1989年）316頁、松本貞夫＝井上俊雄『新銀行実務総合講座 ⑤ 内国為替・手形交換』（金融財政事情研究会、1987年）9頁〔松本貞夫〕、小山嘉昭『銀行法』（大蔵財務協会、1992年）54頁、氏兼裕之＝仲浩史編『銀行法の解説』（金融財政事情研究会、1994年）51頁、龍田・前掲注（22）65頁、高橋・前掲注（22）12頁、などが挙げられる。
- (24) 井上薫『新銀行実務講座 第7巻 内国為替』（有斐閣、1966年）6頁、田中誠二『新版 銀行取引法（四全訂版）』（経済法令研究会、1990年）243頁。田中誠二教授は、為替取引とは本来の意義においては、その決済方法として為替手形を用いる場合に限るのであるが、現今においては、電信または口座振替による場合を含むと指摘する。
- (25) 後述の第三章4節2項の2（1）を参照。
- (26) 森本・前掲注（23）4頁、木内・前掲注（23）316頁・317頁注1、松本・前掲注（23）9頁、は、為替取引を「決済」と定義する場合、現実に広く行われている

原因関係の存在しない振込・送金が為替取引に含まれなくなってしまうため妥当でないとし、為替取引を「隔地者間で直接現金を輸送せずに行われる決済あるいは資金移動」と定義する。

(27) 現在も直接現金を輸送しない資金の移動と説明するものとして、例えば、川口恭弘『現代の金融機関と法(第4版)』(中央経済社、2012年)11頁、小山・前掲注(4)144頁がある。

為替取引の意義の変遷に関しては、今井克典「為替取引と信用授受」富大経済論集44巻3号(1999年)549-550頁を参考にした。

(28) 銀行法のみなし銀行業規定はあまり利用されておらず、代わりに出資法の預り金規制が受信業務規制の役割を担っている。

(29) 芝原邦爾『経済刑法研究 上』(有斐閣、2005)410頁、齋藤正和編『新出資法一条文解釈と判例解説—』(青林書院、2012年)40-41頁。判例も、「預金の受入等の受信業務は、それが一般大衆を目的とするときは、その一般大衆から財貨を受託することになるのであるから極めて公共的色彩が強く、したがって、その契約の履行には確乎たる保障がなければならないとともに、その業務がひとたび破綻をきたすようなことがあれば、与信者たる一般大衆に不測の損害を及ぼすばかりでなく、ひいてはこれら大衆と取引関係に立つ者にまでつきつぎに被害を拡大して、社会の信用制度と経済秩序を攪乱するおそれがあり、これを自由に放任することは、預金等を為さんとする一般大衆の地位を保護し、社会の信用制度と経済秩序の維持と発展を図る上に適当でないので、既に銀行法等他の法律によって、免許ないし認可を受けた金融機関等のみに行わせ、それ以外の者がこれを営むことを禁止している」と説明している(最大判昭和36年4月26日、刑集15巻4号732頁)。

(30) 判例も、「出資金又は融資金等の名義を用いたとしても、元本額又はそれ以上の額を弁済期に返還することを約旨として不特定多数の者から金銭を受け入れることは、同条にいわゆる預り金に当たる」とする(最小一判昭和31年8月30日、刑集10巻8号1292頁)。

(31) 金融庁監督指針第3分冊2-1-1(2)(<http://www.fsa.go.jp/common/law/guide/kaisya/02.pdf>)を参照。

(32) 例えば、純粋な社債や借入金は、主として金銭の提供を受けた者の便宜のために行われるものであり、④の要件を満たさないで預り金には該当しないと解釈される(齋藤・前掲注(29)55頁)。

(33) 神山敏雄『新版 日本の経済犯罪—その実情と法的対応』(日本評論社、2001

- 年)142頁、木村光江「出資法の保護法益」齊藤豊治ほか編『神山敏雄先生古希祝賀記念論文集 第二巻 経済刑法』(成文堂、2006年)138頁。
- (34) 本問題を論じる文献として、片岡義広「出資法と証券化をめぐる諸問題—出資法の規制構造とリース・クレジット会社等の資金調達規制を中心に—(上)(下)」商事法務1381号(1995年)24頁、1382号(1995年)13頁がある。
- (35) 角田隆「前払式証券の規制等に関する法律について」ジュリスト951号(1990年)34頁、竹内洋=岩原紳作=前田庸=奥平敏幸「(座談会)プリペイド・カードの法的課題」ジュリスト951号(1990年)18頁〔前田庸発言〕。
- (36) これに対し、「自家発行型」の前払式証券とは、証券の発行者から物品等を購入する場合に限り利用することができる証券を指す(前払式証券規制法2条4・5項)。資金決済法では、それぞれ「自家型」、「第三者型」と表記される。
- (37) なお、前払式証券・支払手段のうち自家発行型のもは代金の前払いという性質が強く、資金移動も存在しないため、為替取引には該当しない。
- (38) 現在、日本で一般的に利用されている電子マネーは、クレジットカードや乗車カード等にICチップが組み込まれ、利用残高をカード上に記録するものであるが、近年は利用残高などの情報を物理的な媒体に記録せず、インターネットを通じてサーバー上でデータを管理し、インターネットでの商品購入等にものみ利用できるサーバー型のもも登場している。前払式証券規制法では「証券」という物理的実態が認められるプリペイド・カードのみが規制対象とされていたため、サーバー型電子マネーには規制が及ばなかったが、資金決済法ではサーバー型のもも前払式支払手段の定義に含まれることになった(資金決済法3条1項参照)。
- (39) 厳密には、未達債務の額と、権利の実行の手続に関する費用の額を合計した、「要履行保証額」の保全が要求される。本稿は、資金移動業者などに課される未達債務額全額分の資金保全義務を、100%保全とすることがある。同様に、前払式支払手段は50%保全とすることができる。
- (40) このように、銀行と資金移動業者の決定的な違いは、預かった資金を運用するか、100%保全するかにある。岩原紳作「金融法制の革新—資金決済法と電子記録債権制度」ジュリスト1391号(2009年)10頁注25、本多正樹「資金決済法における資金移動業者規制」ジュリスト1391号(2009年)37頁を参照。
- (41) 決済サービス・決済性預金を提供する銀行から与信業務を切り離し、保有資産を財務省証券といった安全資産に限定させるという、いわゆるナロー・バンク(narrow bank)論に近い考え方を資金移動業者規制は採用していると言える。

ナロー・バンクやそれに類似する銀行規制概念に関しては、岩原 [2003]・前掲注(4) 508-512頁を参照。

(42) 金融審報告書 [2009]・前掲注(1) 11頁。

(43) 1987年10月にセブンイレブンが東京電力と提携してサービスを開始したことが始まりとされる(「拡大するコンビニの収納代行業務」金融財政事情1994年4月25日号30頁参照)。

(44) 収納代行には銀行の提供する振込等の決済サービスに比べ、払込のための待ち時間が短い、手数料が安い、操作は店員が行う等の利点がある。逆に収納機関にとっては、収納データの伝達が銀行振込の場合よりも早く行われるため、顧客との間でトラブルが発生することを回避することができると言われている(「銀行決済サービス向上の課題は何か」金融財政事情1994年4月25日号28頁参照)。

(45) 平成19年の段階で、コンビニ主要4社の収納代行年間取扱高合計は約6兆3千億円に達した。高橋康文編『逐条解説 資金決済法(増補版)』(金融財政事情研究会、2010年) 24頁以下参照。

(46) 当初は、収納代行は銀行の付随業務である銀行法10条2項9号の「国、地方公共団体、その他会社等の金銭の収納その他金銭に係る事務の取扱い」(代理収納業務)に当たり、固有業務の為替取引には該当しないと論じられていた(箕輪重則『日本の決済システム』(経済法令研究会、1994年) 140-142頁、藤池智則「事業会社による決済サービスにかかる公法上の規制の検討」金融財務事情1631号(2002年) 21頁)。この見解は、同業務の具体例として、地方公共団体の指定金融機関として公金の出納事務を行うことが掲げられていること(小山・前掲注(4) 200頁、当時の文献として、大蔵省銀行局内金融法研究会編『新銀行法精義』(大蔵財務協会、1983年) 150頁)を根拠とする。

しかし、本号の業務が銀行の付随業務として規定された理由は、他業を行う事が禁止された銀行が、固有業務である為替取引や預金業務を背景に、これらに付随する金銭出納事務を行うことができるのを明確にするためとも言われており(高橋・前掲注(4) 160頁)、そもそも本号の業務内容と為替取引の差異も明確でない。いずれにせよ、収納代行為為替取引であるかどうかは、為替取引の概念を明確にすることによって決定されなくてはならないだろう。

(47) 例えば、決済に関する検討会 [2007]・前掲注(1) 4頁、電子流通検討会 [2008]・前掲注(2) 2頁。

(48) 商品を搬送する運送事業者が、商品を購入した者の自宅等へ商品を搬送する際

に、商品の販売者（債権者）から依頼を受け、商品の引渡しに際して購入者（債務者）から対価の支払を受け、販売者に対し受け取った資金を引き渡すサービス（高橋・前掲注（4）170頁）。

(49) 携帯電話会社が、加入者のコンテンツ購入代金を、毎月の携帯電話利用代金の請求に合わせて加入者に対し請求し、加入者から支払を受けた資金をコンテンツ等の販売者に引き渡すサービス（高橋・前掲注（4）177頁）。

(50) 代金引換に関しては、例えば運送業の付帯業務であるとか、国土交通省の監督を受けて行われている以上、為替取引として金融当局の監督を受ける必要がないと議論される（高橋・前掲注（4）171頁以下を参照）。しかし、銀行法の規制は運送業の監督とは別個の目的で行われる以上、代金引換の為替取引該当性を判断するに際しては、銀行法の趣旨に基づく検討が必要である。

(51) 高橋・前掲注（4）153頁

(52) 現在、資金移動の側面を有する第三者型前払式支払手段で最も重要なものは電子マネーであるため、本稿は第三者型前払式支払手段と電子マネーを同一視して議論することが多い。

(53) 電子マネー及び電子決済の環境整備に向けた懇談会『電子マネー及び電子決済の環境整備に向けた懇談会報告書』（1998年）（http://www.fsa.go.jp/p_mof/singikai/kinyusei/tosin/1a1202b1.htm）本文Ⅱ—（3）—口。他にも、例えば杉浦宣彦「電子マネーと法—電子マネーをめぐる法的現状と今後の課題について」ジュリスト1361号（2008年）77頁は、「その金額に応ずる対価を得て電磁的に記録された金額情報であって、その記録者との契約関係に基づき、それを移転することによって、契約に基づく一定の範囲の金銭債務の弁済としての効力を有するもの」と説明する。これらは表現が多少異なるものの、概ね同じ内容と言えよう。

(54) 電子流通検討会 [2008]・前掲注（2）3・10頁。

なお、電子マネーの法的構成については金券説、価値説、債権譲渡説、支払委託説、免責的債務引受説、更改説などがあるとされる。

金券説は、電子マネーを切手や印紙と同様の金券（債権を表象するものではなく、価値そのものである証券）とみて、この金券の交付によって代金債務消滅の効果を発生させると説明する。価値説は電子マネーとは価値そのものであるとして、かかる価値の移転により代金債務を消滅させると説明する。債権譲渡説は、利用者の発行者に対して有する金銭債権を電子マネーの譲渡に伴って加盟店に譲渡すると構成する。この説は、利用者と加盟店の間では、取引代金債務を利用者のカード発

行者に対する債権で代物弁済したと説明することになるが、現在の電子マネーは利用者が発行者に対して金銭債権を有していると構成しているわけではないため（後述する、払戻しの原則禁止）、実態に反する。支払委託説は利用者が代金の支払いを発行者に委託していると説明するものであるが、この説によれば、加盟店は発行者に対して支払請求権を有しないことになり、また、利用者が加盟店に対して負う債務は、発行者が加盟店へ支払を行うまで存続することになり、これも実態に反すとされる。免責的債務引受説は、利用者がそれを使用することによって債務を免れ、発行者が代金支払債務を免責的に引き受けるとするものである。これに対し、更改説は、発行者は債務を引き受けているのではなく、債務者交替による更改（民法515条）を理由として原因取引から生じた債務を弁済すると説明する（本記述は、片岡義広「プリペイド・カードの法的性質と契約関係」ジュリスト951号（1990年）43頁以下、増田晋「電子マネーをめぐる私法上の諸問題」金融法務事情1503号（1998年）45頁以下、杉浦宣彦「リテール資金決済」金融法務事情1842号（2008年）45頁注6などを参考にした。）。

多くの説が存在するものの、現在は基本的に免責的債務引受と考えられているようである。法的性質がこれらの内の何れであろうと、電子マネー発行者が資金移動の実態を有していることに変わりはないため、為替取引に関する議論には特に影響がないと思われる。

- (55) 片岡義広＝関高浩「電子マネーをめぐる公法上の諸問題」金融法務事情1503号（1998年）41頁、田淵智久「カード型「電子マネー」に関する現行金融法上の問題点」新堂幸司＝佐藤正謙編『金融取引最先端』（商事法務、1996年）11頁、電子流通検討会〔2008〕・前掲注（2）11頁、杉浦・前掲注（53）78頁等を参照。
- (56) 資金決済法20条2項。しかし、同項ただし書きが一定の場合に払戻しを認めている。前払式証票規制法の時代には払戻しを禁止する明文の規定が存在しなかったが、「預り金」に該当することを回避するため、発行者は約款などで払戻しを禁止してきた（杉浦宣彦「前払式支払手段をめぐる法制度の現状と今後の課題」ジュリスト1391号（2009年）23頁）。しかし、実際には返金に応じることが多かったようである。
- (57) 電子流通検討会〔2008〕・前掲注（2）5頁
- (58) なお、本多・前掲注（40）35-36頁を参照。
- (59) 例えばオープン・ループ型で払戻し可能な電子マネーは、発行者は利用者に資金移動を行うことを可能にさせているため為替取引に該当すると考えられるが、前

述したように電子マネーは返金が禁止されているため問題にならなかった。この点に関し、金融審報告書[2009]・前掲注(1)10頁は、「資金移動サービスと前払式支払手段の違いは、資金の換金・返金が自由であること、滞留資金の保全の程度が異なること、資金移動の履行の確実性が求められること等にある」と整理している。

なお、第三者型及びサーバー管理型の電子マネーは利用者の資金を加盟店へ移転させるものであるから、送金業者(資金移動業者)と同様の規制を受けるべきであるという主張も存在した(岩原紳作「決済法制の再検討 総論」金融法務事情1842号(2008年)41頁・同注46)。本見解は、第三者型電子マネーを当時の前払式証券としてではなく、送金業者(資金移動業者)として分類・規制することを主張する、資金決済法制定以前の立法論である。

- (60) 堀裕他「インターネット・エスクロー決済の法的構成案の検討」NBL707号(2001年)29頁。
- (61) 電子商取引は隔地者間の非対面取引であるため、買主は売主の信用に対して不安を持つことがあり、他方で売主も売買の目的物に瑕疵が無い場合に代金を確実に取得できるかどうかについて不安を持つことが多い。そのため、エスクロー決済は特にインターネットオークションの決済方法として利用されてきたようである。
- (62) 本多正樹「インターネット取引決済について(上)」金融法務事情1608号(2001年)43頁注35、高橋・前掲注(4)175頁。
- (63) 堀・前掲注(60)37頁以下、藤池・前掲注(46)24頁。
- (64) 堀・前掲注(60)38頁以下、藤池・前掲注(46)24頁。
- (65) 高橋・前掲注(4)175頁。
- (66) これに対し、代金取立てのように資金が支払人、資金仲介者、依頼人の順で流れるものを「逆為替」と言う(小山・前掲注(4)157頁)。
- (67) 高橋・前掲注(4)124頁以下・131頁以下参照。
- (68) 後述する、岩原教授の問題提起による(第三章1節1項の2参照)。
- (69) 渡邊雅之「決済サービスは銀行の独占業務なのか」金融財政事情2008年5月5日号(2008年)43頁。
- (70) 1981年の銀行法改正に至るまで、銀行は割賦購入あっせん業者の登録を受けることができず、クレジットカード事業は銀行子会社や信販会社によって営まれてきたという経緯がある。同改正によりクレジットカード業務は銀行本体の付随業務として認められるようになったが、当初は割賦購入あっせん業務に関して分割払いの方式等にいくつかの制限が加えられていた。銀行とクレジットカード業務の歴史に

関する文献としては、風間眞一「日本のクレジットカードの足跡をたどる 第6・7回」月刊消費者信用2007年12月号(2007年)62頁、2008年1月号(2008年)64頁がある。

(71) 後述、第Ⅲ章5節1項の1を参照。

(72) 売掛債権を買い取ってその債権の回収を行うファクタリングについても同様と言える。

(73) 電子流通検討会[2008]・前掲注(2)18頁注15。代金取立て・債権回収業務でも為替取引該当性が議論されるようになったのは最近のことであるが、詳細な議論が行われているわけではない。問題に触れる文献としては、高橋・前掲注(4)186頁がある。

(74) 田邊光政「盗取されたトラベラーズチェックの払い戻し請求と小切手法上の権利」商事法務1334号(1993年)96頁。

(75) 鴻常夫『小切手法入門』(有斐閣、1964年)24頁、竹内昭夫「銀行取引と手形・小切手」鈴木祿弥=竹内昭夫編『金融取引法体系 第1巻 金融取引総論』(有斐閣、1983年)117頁。なお、東京地判平成2年2月26日(金融商事判例855号(1990年)34頁)も同様の見解を採用しているとされるが、学説では争いがある(山下眞弘「プリペイドシステム」浜田道代ほか編『現代企業取引法』(税務経理協会、1998年)222頁参照)。

(76) 渡邊雅之「旅行小切手発行業務やキャッシュマネージメント・サービスは為替取引に該当するか?」NBL925号(2010年)6頁、岩原[2003]・前掲注(4)558頁。それゆえ、トラベラーズチェックの法的性質は銀行の自己宛小切手ではないと論じるものがある。

(77) 岩原[2003]・前掲注(4)558頁

(78) 小山・前掲注(4)170頁、氏兼=仲浩・前掲注(23)69頁。また、金融関連業務を営む銀行子会社の業務として「旅行小切手(トラベラーズチェック)の発行」が規定されている(銀行法施行規則17条の3第2項38号、「銀行法施行規則第十七条の三第二項第三号及び第三十八号の規定に基づく銀行等の子会社が営むことのできる業務から除かれる業務等を定める件」(平成10年11月24日金融監督庁・大蔵省告示9号3条2号))。

(79) 高橋・前掲注(4)184頁。なお、平成22年2月23日に金融庁が公表したパブリックコメントでも同様の回答がなされている(「コメントの概要及びコメントに対する金融庁の考え方」20頁・回答66番(<http://www.fsa.go.jp/news/21/kinyu/>))

20100223-1/00.pdf))。パブリックコメントに触れる文献として、渡邊・前掲注(76)6頁がある。

- (80) CMSに関しては、例えば、船津浩司「キャッシュマネジメントシステム(CMS)を巡る会社法上の問題に関する一考察」岩原紳作=山下友信=神田秀樹編『会社・金融・法(上巻)』(商事法務、2013年)580-582頁、電子債権WG[2005]・前掲注(2)39頁以下を参照。CMSはグループ企業の余裕資金を他のグループ企業の借入金返済に充当することで、グループ全体の負債を削減し、金融機関の資金仲介機能や決済機能などを企業グループに取り込むことで決済回数・決済手数料の削減及びグループ全体の支払事務手続の効率化を達成することができると言われる。
- (81) 小田大輔「CMS(キャッシュ・マネジメント・システム)の適法性に関する考察」金融法務事情1820号(2007年)30頁、電子債権WG[2005]・前掲注(2)40頁を参照。

日本経済新聞朝刊「財務最前線～アンケート調査から上・下」2007年8月23日・8月24日によれば、2007年7月の時点で、時価総額1000億円以上の東京証券取引所一部上場企業のうち68%がCMSを導入しているとされる。これらの企業の内、69.8%は本社の財務部が、22.4%は金融子会社がグループの資金管理を行っていると報じられている。

- (82) 従来、全銀システムに対しては特別な法規制が存在していなかったが、資金決済法以降は「資金清算業」を行う「資金清算機関」として金融庁の監督対象とされた。増田豊ほか「資金清算機関法制をめぐる法整備」ジュリスト1391号(2009年)40頁参照。

なお、「資金清算業」は資金決済法2条5項により、「為替取引に係る債権債務の清算のため、債務の引受け、更改その他の方法により、銀行等間で生じた為替取引に基づく債務を負担することを業として行うこと」と定義されている。銀行等(「銀行等」の定義については、資金決済に関する法律施行令1条参照)の債権・債務を清算することと定義されているため、通常、CMSが資金清算業に該当することはない。

- (83) 後述、第三章4節3項の2を参照。
- (84) 前者を為替取引に該当しないとする文献として、例えば高橋・前掲注(4)189頁、藤池・前掲注(46)20頁参照。
- (85) なお、CMSはグループ企業間の資金の貸借を行うため、貸金業規制法第2条1項の「貸金業」該当性も問題となっていた(例えば、橋本円「グループ会社間の

- 資金融通と貸金業法」岩原伸作＝山下友信＝神田秀樹編『会社・金融・法(上巻)』(商事法務、2013年)545頁、小田・前掲注(81)31頁以下を参照)。平成26年の貸金業法施行令・施行規則の改正で貸金業の範囲が修正されたため、グループ会社間で行われる一定の貸付業務は同法の貸金業に該当しないとされた。改正の経緯については、有吉尚哉＝伊藤真弥「『貸金業』の範囲見直しによるグループ内金融・合併事業への影響」商事法務2031号(2014年)17頁を参照。
- (86) 例えば、武井康年＝大迫唯志＝後藤紀一編『最新金融取引と電子記録債権の法務』(金融財政事情研究会、2010年)100頁〔後藤紀一〕、小田・前掲注(81)39頁。本見解については、後に第三章4節3項の2で検討する。
- (87) 岩原・前掲注(59)40頁・同注44。
- (88) 小田・前掲注(81)36頁、後藤・前掲注(86)99頁。
- (89) 後述、第三章5節1項の1を参照。
- (90) ペイイングエージェント業務の問題に触れるものとして、渡邊・前掲注(69)42頁、高橋・前掲注(4)187頁。
- (91) これらのサービスに関しては、電子流通検討会[2008]・前掲注(2)18頁注15で問題提起されている。
- (92) 岩原伸作「銀行の決済機能と為替業務の排他性」落合誠一＝江頭憲治郎＝山下友信編『現代企業立法の軌跡と展望—鴻常夫先生古希記念』(商事法務、1995年)529頁(以下では、岩原[1995]と表記する)。
- (93) 岩原教授はその後、『電子決済と法』(2003年)(岩原[2003]・前掲注(4))を公表し、また2008年には金融審議会金融分科会第二分科会に設置された「決済に関するワーキング・グループ」の座長を務め、為替取引規制に関するいくつかの論稿を発表しているが、当初の議論に大きな変更はない。
- (94) 岩原[1995]・前掲注(92)581頁以下、岩原[2003]・前掲注(4)600頁以下。
- (95) また岩原教授は、資金移動という経済活動の基礎をなすサービスへの信頼が失われることによる混乱を防ぐ、という点も為替取引規制の目的として挙げている(岩原[1995]557頁、岩原[2003]539頁)。
- (96) 岩原[1995]556・557頁、岩原[2003]539・572頁、岩原・前掲注(40)8頁。
- (97) 岩原[1995]556頁、岩原[2003]539頁。
- (98) 収納代行については岩原[1995]565頁、岩原[2003]562頁。トラベラーズチェックについては岩原[1995]563頁、岩原[2003]558頁。クレジットカード決済については岩原[1995]566頁、岩原[2003]564頁・同注25。

- (99) 前脚注(59)を参照。ただし、第三者型電子マネーを送金業者規制に取り込むべきと主張する、資金決済法制定以前の立法論である。
- (100) 前脚注(87)を参照。
- (101) 一般的に地下銀行とは、銀行免許を受けずに海外への送金を請け負う組織であるとされる。正規の銀行を通じて送金を行う場合、送金者の身元確認が要求されるが、地下銀行では偽名等で送金ができるため、犯罪で得た資金の出所を分かりにくくするマネーロンダリング目的で利用される(大場亮太郎「判批」警察学論集54巻12号(2001年)184頁)。当時、日本は「支払鎖国」とも言われ、銀行の海外送金手数料が高額であったことも地下銀行が利用される理由として挙げられている。最高裁決定の公表された平成13年当時は、地下銀行による海外への送金は年間4200億円に達していたとされ、国会や司法制度改革審議会でも取り上げられるほどの社会問題となっていた(木村光江「判批」判例時報1803号(2003年)193頁)。
- (102) 判例タイムズ967号(1998年)277頁。
- (103) 東高時報(刑事)49巻1~12号59頁。
- (104) 高橋・前掲注(4)151頁参照。
- (105) 刑集55巻2号97頁、金融法務事情1613号(2001年)77頁。
- (106) 東京地判平成11年10月12日(刑集55巻2号116頁)。
- (107) 東京高判平成12年5月25日(刑集55巻2号120頁)。
- (108) 平木正洋「判批」ジュリスト1216号(2002年)131頁、後藤紀一「判批」金融法務事情1652号(2002年)8頁、黒川弘務「判批」研修645号(2002年)25-26頁。
- (109) 平木・前掲注(108)131頁。
- (110) 調査官解説を受け、佐々木史朗=伊藤亮吉「判批」判例タイムズ1085号(2002年)52頁、木村・前掲注(101)195頁、大場・前掲注(101)191頁、黒川・前掲注(108)27-29頁、後藤・前掲注(108)10頁は、対顧客取引が行われれば無免許銀行業の罪は既遂になり、その後の銀行間取引・支払行為についても無免許銀行業の実行行為になるとする(対顧客取引も行っていた者については、一連の行為が包括的に一罪を構成するとされる)。

ただし、対顧客取引で既遂に至る時期については争いがある。資金が依頼人から資金仲介者に交付されるまでは保護法益への侵害はなく、未遂段階(不可罰)にとどまるとする立場(後藤・前掲注(108)10頁、佐々木=伊藤・前掲注(110)53頁)と、本罪の保護法益は銀行の公共性・信用性・信用秩序の維持といった個別の財産権侵害を超えた社会的・抽象的なものであるため、資金が交付されることまで

要しないとする立場(木村・前掲注(101)195頁)が存在する。

なお、平成9年事案や後述の平成15年事案は、資金仲介者が資金を受領するより前に受取人へ支払が行われた事案であるが、このような場合の既遂時期について論じる文献は見受けられない。

- (111) 判例タイムズ1177号(2005年)348頁。なお、事案を紹介するものとして、浅井弘章「判批」銀行法務21、653号(2005年)50頁がある。
- (112) 例えば、本多正樹「インターネット取引決済について(下)」金融法務事情1609号(2001年)41・43頁注76。
- (113) 資金仲介者の立場から見れば、銀行送金を利用するかどうかは単に最終的な送金方法としてどのような手段を用いるかという程度の問題でしかない。同様に、送金依頼人の立場からみても、資金仲介者が受領した資金を銀行預金の形で保有・送金するかはあまり重要でなく、交付した資金が送金以外の用途で使用され、資金仲介者が資金不足に陥るかどうかの方が重要であるに過ぎない。つまり、最終的に銀行送金によって決済・資金移動が完了したということは、たまたま資金仲介者が受領した資金の利用・運用に失敗せず(あるいは銀行口座に寝かせたまま運用せず、銀行も倒産しなかった)、当事者間で費用・労力の少ない銀行口座・送金を利用して受取人へ支払が行われただけのことに過ぎない。
- (114) 同様に、最高裁決定の原審・原々審は、地下銀行は銀行の送金業務を代行しているに過ぎないという被告人らの主張を退けている。
- (115) 情報処理行為を業として行うものにも為替取引規制が及び得ると指摘するものとして、久保田隆『資金決済システムの法的課題』(国際書院、2003年)188頁、高月・前掲注(12)20頁がある。
- (116) 最高裁が対顧客取引・銀行間取引・送金額支払の各段階を全て為替取引の実行行為とした理由は、これらの取引過程の一部に関与した者も共犯として処罰するためと説明される。木村・前掲注(101)195頁、大場・前掲注(101)191-192頁、佐々木=伊藤・前掲注(110)53頁参照。
- (117) 片岡義広「決済と銀行法の「為替取引」の概念についての試論」金融法務事情1841号(2008年)43頁、中崎隆「新しい決済サービスにかかる法的規制のあり方」金融法務事情1847号(2008年)35頁、藤池・前掲注(46)20-21頁などが挙げられる。
- (118) 渡邊雅之=中崎尚「「為替取引」再考(上)―「決済に関する論点の中間的な整理について」を受けて―」金融法務事情1830号(2008年)13頁。

(119) 高橋・前掲注(4) 153頁。

(120) 特に平成9年判決では、「為替取引とは、広く隔地者間における資金の移動を現金の輸送を行わずに実現する仕組みをいう」と判示されている。

(121) 例えば、木内・前掲注(23) 316頁、松本・前掲注(23) 9頁などのいくつかの文献も、為替取引を「隔地者間の……資金移動を現金の輸送によらず、金融機関を介して行う仕組み」と定義する。

なお、松本・前掲注(23) 9頁は、金融機関が介在しない為替取引は存在しないと述べるが、この考え方では銀行を介さない全ての資金移動行為が為替取引から除外されてしまうため、妥当でない。

(122) 久保田隆「為替取引」概念と収納代行サービス」金融法務事情1847号(2008年) 29頁。なお、電子流通検討会[2008]・前掲注(2) 7・18頁注4、中崎・前掲注(117) 35頁も同様の考えを示している。後述するように、資金決済法の立案担当官も久保田教授の見解とはかなり異なるものであるが、仕組みによる解釈を採用した。

(123) 久保田・前掲注(122) 29頁。

(124) 久保田・前掲注(122) 30頁。

(125) 久保田・前掲注(122) 29頁。同様の考えを中崎・前掲注(117) 35頁も示しており、「仕組み」の内容としては、コルレス契約・内国為替取扱規則に基づいた仕向銀行と被仕向銀行間の支払委託・求償権取得の仕組みや、銀行間の債権・債務を相殺・ネットリングするなどしてその差額のみを送金する仕組みが挙げられている。

(126) 代表的な文献によると、システムミック・リスクとは例えば「金融機関相互の結びつきの結果、重要な金融機関の破綻が他の金融機関の破綻を生じさせてしまうリスク」(Hal Scott, *Suggestions for Regulatory Reform: The Reduction of Systemic Risk in the United States Financial System*, 33 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 671, 673 (2010))、あるいは、「(i) ある金融機関の破綻や金融商品市場の機能不全が(x)連鎖的に他の金融機関や金融商品市場の破綻、または(y)金融機関の大きな損失を生じさせてしまい、(ii) 金融市場のボラティリティーが上昇することにより資本コストの上昇または資本市場の利用可能性の低下を招いてしまうリスク」(Steven L. Schwarcz, *Systemic Risk*, 97 GEO. L. J. 193, 204 (2008))と説明される。

近時はシステムミック・リスクという場合、金融機関のもたらす負の外部性(externality)の側面が強調されることが多い。もっとも、為替取引概念を検討す

際にはそれほど厳密な議論を要しないと思われる。システミック・リスクの概念や同問題の歴史的経緯に関しては、例えば拙稿、平岡克行「大きすぎて潰せない(Too-Big-to-Fail)金融機関をめぐる問題に対する一考察」早稲田法学会誌66巻1号(2015年)512-515頁を参照。

- (127) 中崎・前掲注(117)35頁注12も、システミック・リスクが一定程度あることのみをもって為替取引該当性を判断することについては慎重であるべきと指摘する。
- (128) なお、仮に久保田教授の見解が、為替取引とは全銀システムといった(正規の)銀行間決済システムを利用する決済・資金移動と捉えるものであるなら、この場合も大きな問題を孕むことになる(前脚注(121)参照)。
- (129) 最高裁決定の調査官解説(平木・前掲注(108)131頁)は、「為替」の語が直接現金を輸送しない資金移動を意味することは文理上明らかとする。
- (130) 送金過程の一部で現金の輸送・交付があるに過ぎない場合、直接現金を輸送したとは言えず、為替取引に該当するとされる(片岡・前掲注(117)39頁注15)。過去の判例でも、送金過程の一部が現金を輸送することによって行われた事案(平成10年判決)が存在するが、直接現金を輸送せずに行った資金移動であると判断されている。
- (131) 大場・前掲注(101)189頁、黒川・前掲注(108)26-27頁。
- (132) 平成9年判決は「あらかじめ準備しておいた日本円の資金の中から」、平成10年判決は「換金したネパールの通貨をプール金として用意して」、平成15年判決は「保管する現金の中から本邦通貨で」、と認定している。また、最高裁決定の原審では、被告人はプール資金を利用した資金移動でないため為替取引には当たらないと主張していたが、プール資金の存在が認定され、為替取引にあたる判断されている。
- (133) 大場・前掲注(101)189頁、黒川・前掲注(108)26頁。ただし、論者によると、為替取引該当性は資金仲介者らによる送金システム全体から判断されるべきであり、例えば被仕向銀行の支払原資が、たまたま仕向銀行が依頼人から受領しそれを移転させたものであったとしても、送金システム全体を考慮し、プール資金による支払と評価できれば為替取引であることは否定されないと論じている(大場・前掲注(101)190頁、黒川・前掲注(108)27頁)。
- (134) 大場・前掲注(101)188-189頁。
- (135) 後藤・前掲注(108)9頁。
- (136) 岩原・前掲注(40)6頁注3。他にも、例えば「金銭と同視できるもの」(中

- 崎・前掲注(117)36頁)、「金銭および金銭に容易に代わるもの」(高橋・前掲注(4)154-155頁)と説明される。
- (137) 片岡・前掲注(117)40頁。
- (138) 例えば、渡邊雅之＝中崎尚「「為替取引」再考(下)―「決済に関する論点の中間的な整理について」を受けて―」金融法務事情1831号(2008年)45頁、上沼紫野「電子マネーと決済サービスの論点」法とコンピュータ27号(2009年)68頁、藤池・前掲注(46)23頁、等。例えば片岡・前掲注(117)42頁は、電子マネーの法的性質を「それを使用することによって免責的に代金債務の引受を発行者に請求することができる法的地位」であるとし、電子マネーの保有をもって、為替取引という資金を有していると言うことはできないとする。
- (139) なお、一般論として、クローズド・ループ型の電子マネー決済システムは、オープン・ループ型の物と比べてシステミック・リスクが小さいと言うことができよう。嶋拓哉「リスク管理の視点に立った電子決済法整備の必要性―預金決済サービスと新たな電子決済サービスとの対比を踏まえて―」金融法務事情1815号(2007年)9-10頁参照。
- (140) 前述したように、前払式支払手段の発行者は発行残高の50%の保全が要求されるが、資金移動業者は未達債務額の100%の保全が要求される。
- (141) 後藤・前掲注(108)9頁。
- (142) 後藤・前掲注(108)9頁。
- (143) 後藤・前掲注(108)9頁。
- (144) 久保田・前掲注(115)189頁。なお、資金決済法の立案担当官も同様の旨を述べる(高橋・前掲注(4)151頁)。
- (145) 「「銀行法」に関する法令適用事前確認手続に係る紹介について」1頁(http://www.fsa.go.jp/common/noact/kaitou/001/001_08b.pdf)。
- (146) 電子流通検討会[2008]・前掲注(2)2頁・17頁注4
- (147) 資金決済法の立案担当官も、当該回答は照会者の事業活動に係る具体的行為について述べたものに過ぎず、弁済の受領行為が為替取引に当たらないとの一般的解釈を述べているわけではないとしている(高橋・前掲注(4)161頁)。
- (148) 高橋・前掲注(4)158頁以下参照。例えば反社会的勢力が送金を行う場合、資金仲介者が代理受領権を付与されているとの主張は容易であるのに対し、代理受領権が無かったことを証明するのは困難であるため、代理受領権の有無によって為替取引該当性を判断することは為替取引規制の意義を無くしかねないと指摘されて

いる。

(149) 岩原・前掲注(40) 9頁注19。大企業相手の収納代行も、年間取扱高合計が6兆円を超えたことは前述した(前脚注(45)参照)。

(150) 例えばインターネット通販世界最大手の Amazon.com 社などが提供している「マーケットプレイス」サービスでは、運営会社(例えば、Amazon 社)が大手事業者のみならず、多数の一般個人出品者のために、購入者から受領した販売代金を出品者へ移転させる業務を行うことがある。運営会社の行う資金移動が代理受領権に基づくものか、あるいは、社会通念上為替取引に該当しないとされる販売代理権に基づく送金行為(第二章3節の1(3)参照)であるのかは明確でないことが多いものの、いずれにせよ、代理受領権に基づく決済・資金移動システムが巨大・複雑化することは十分にあり得る点に注意を要する。