

サービサーリスクと代理店等制度について —平成15年2月の最高裁判決を受けて—

北 見 良 嗣

1 はじめに

サービサーというと、最近でこそ「債権管理回収業法」に基づき、法務大臣許可を受けた債権管理回収業者¹のことをさすようになってきた。しかし、米国の金融実務では、もともとサービサーという言葉は、金銭債権から生じる元利金を回収して、それを分別された勘定で管理し、適切な時点で一定の規則の下に債権者に回金する業務（サービシング業務）に従事する業者のことをさす。

後者のサービサー概念は、金融手法たる証券化・流動化において、原資産等の流動化の対象となるアセット・プールの管理や集金事務等を担当するものであり、証券化・流動化スキームに不可欠のものとして認識されている²。

今日では、証券化は金融手法として普及・定着化したといっても過言ではない³。こうした状況を踏まえて、識者の中には、証券化に内在する金融機能のアンバンドリングの側面を重視し、今後の金

¹ 紛争性のある特定金銭債権の管理回収業（受託回収、譲受回収）を営むもので、その機能は、米国でいうスペシャル・サービサーに該当する。今日、法務省許可を受けたサービサー会社数は、2006年11月末現在104社に上る（実稼働会社数：96社）。

² 米国でいうプライマリー・サービサー、マスター・サービサーに相当する。我が国のサービサー会社でも、法務省の兼業認可を受けて、特定金銭債権以外の金銭債権の集金代行業務に従事するところはかなり出てきている。

融業界の方向性について、金融機能のアンバンドリングを一步進めたビジネスモデルの構築を提唱する見解もみられる（詳細、後述）⁴。同様の問題意識の下に、法制度の構築においても機能的アプローチから、同様の機能を有する主体に対しては同様の法規制の導入を提言する有力なる見解もみられる⁵。

また、銀行等の金融機関の将来像に関連して、金融審議会の報告等では、①市場機能を中核とする複線的金融システムへと再構築することが必要であるとの認識の下、②利用者利便の向上を図る見地から、将来的には1つの金融仲介機関で多様な金融商品を、直接的ではないにせよ、少なくとも代理などのかたちで間接的に提供することも考えられる、③これらの方向性は、顧客の利便性向上に配慮する一方で、調達した資金の運用・供給については金融仲介機関の機能の分化、専門化は進めるという、立体的・重層的な分業体制を構築する方向を指し示すとされている⁶。そして、これを受けて代理店等制度として、証券仲介業、信託契約代理店、銀行代理店の諸制度が導入されるに至っている。

本稿では、こうした最近の政策提言の動向等を踏まえて、サービスにかかる後述コミングリング・リスク（別名サービサー・リスク）と、その対応措置に関して検討するものである。具体的には、まず第1に、ビジネスモデルのアンバンドリングの観点から、サー

³ 2006年4月25日付日本経済新聞朝刊によると、2005年度の証券化商品の発行額は約9兆円と前年度に比べて57%増加し、過去最高となったうえ、同年度中の普通社債の発行額（6.9兆円）と比べても、これを上回った由。

⁴ 大垣尚司「金融アンバンドリング戦略」（2004、日本経済新聞社）46～70頁。

⁵ 神田秀樹「産業金融法制の将来」（落合誠一先生・還暦記念論文集『商事法への提言』＜2004年、商事法務＞869～885頁）。

⁶ 2002年7月日本型金融システムと行政の将来ビジョン懇話会「金融システムと行政の将来ビジョン」、同年9月金融審議会答申「中期的に展望した我が国金融システムの将来ビジョン」、2003年12月金融審議会金融分科会第1部会報告「市場機能を中核とする金融システムに向けて」等参照。

サービス概念について拡張の可能性を検討し、その中に代理店等制度も包括して考えることを試みる。第2に、拡張されたサービス概念に含まれると考えられる金融仲介の主体において、典型的にはサービスが抱えるとされる後述コミングリング・リスクの存在と、それらを巡る分別管理義務にかかる法規制の現状を整理する。第3に、預金の帰属を巡るこれまでの判例・学説の議論を簡単に整理した後、最後に、拡張されたサービスに関して今後考えられる規制のあり方についての議論を展開する。

2 サービス概念の拡張の可能性

前述のとおり、証券化・流動化におけるサービスとは、原資産等の流動化の対象となるアセット・プールの管理や集金事務等を担当するものである。しかし、このような証券化・流動化のサービスを中心としつつ、ビジネスモデルのアンバンドリングの観点から、より拡張されたサービスの概念を提唱する議論がある⁷。

これによると、拡張されたサービシング業務とは、商品開発部門が開発した金融商品を顧客窓口が販売した後に、「顧客からの資金を回収したり、顧客に支払いを実施したりする機能」と位置付けられており、具体例として、「銀行であれば貸したローンの管理回収、証券の売買であれば資金と券面の決済、保険であれば保険料を回収して、請求があればそれを査定して支払う…業務等」が当たるとされている。

筆者も、証券化が有する金融機能アンバンドリングの側面に着目する立場を有するものである⁸。そうした観点から、本稿では金融

⁷ 前掲・大垣58～59頁。

⁸ 北見良嗣『金融システムの改編と証券化の法制度』金融法研究=資料編(17) 51～52頁。

仲介機能において登場する金融主体で、最近導入されるなど注目を集めているものの中から、拡張されたサービサー概念に該当すると考えられるものを一通り選んでみると、以下のとおりとなる⁹。

- ① 証券仲介業者、同（金融機関）、信託代理店、銀行代理店、損保代理店、信託業務の第三者委託
- ② 証券化・流動化スキーム上のサービサー、債権管理回収業法に基づく債権管理回収業者

3 コミングリング・リスクと業法上の分別管理義務

(1) コミングリング・リスクとは

証券化・流動化におけるサービサーを中心とする拡張されたサービサーにおいては、資金の回収・支払を担うことから、その業務の遂行に当たって、コミングリング・リスクは不可避の問題となる。すなわち、ここでのいうコミングリング・リスク¹⁰とは、「金銭の占有は所有と一致する」との民商法上のドグマ¹¹に起因するもので、具体的には、サービサー等が金銭債権または賃料債権等を債務者から回収し譲受人 SPV に回収金を引渡す前に倒産した場合に¹²、譲受

⁹ 抽出が必ずしも網羅的となっていない可能性があるが、そうした点は今後の研究に委ねることとしたい。

¹⁰ 以下の説明は、西村総合法律事務所編「ファイナンス法大全（下）」（2003年、商事法務）53～54頁〔前田敏博＝小口光＝上野元＝斎藤創＝野中敏行〕による。

¹¹ 末川博「貨幣とその所有権」（同『物権・親族・相続』＜1970年、岩波書店＞）263頁以下。

¹² 通常は、原債権を組成するオリジネータが委託を受けてこの意味でのサービシング業務を行っており、オリジネータが倒産等により、サービシング業務を継続できなくなると、バックアップ・サービサーというサービシング業務専門の業者に交代することが予定されている。しかし、倒産したオリジネータが既に回収した資金の帰属の問題は残る。

人 SPV はサービス等に対して取戻権を有さず、回収金引渡請求権を一般債権（破産債権、更生債権等）として有するのみであることから、十分な満足が得られないこととなるために生ずるリスクと解されている。

もっとも、同リスクに関しては、サービス等が現金（現金通貨）で債務者から回収している場合であれば、現行民商法を前提とする限り、前述ドグマが妥当することは明らかであるが、一方でサービス等による回収が債務者による銀行口座振込、振替や自動引落によるものである場合については、ただちに前述ドグマが妥当するものであるか判例法理として決されているわけでは必ずしもないとされている。かかる観点から、サービス専用口座を設ける等した上で、問屋や信託法理を根拠としながら、取戻権が認められるストラクチャーの構築が模索されている（普通預金の担保化もコミングリング・リスクの低減に貢献することから、検討されている）。

(2) 業法上の分別管理義務等

近年、金融業務の多角化と平仄を合わせた販売チャネルの多様化、利用者利便の向上を目的に、代理店等制度が導入されるケースが増えている。このようにして導入された代理店等制度とそれぞれの分別管理義務の概要を整理すると、別表のとおりとなる。その特徴を整理すると、以下のとおり。

- ① まず、時系列的には、損保代理店の歴史がもっとも古いとみられ [n.a.]、最近では証券仲介業 [2004年 4 月]、同（金融機関）[同12月]、信託契約代理店 [同]、銀行代理店 [2006年 4 月] の順に導入されている。
- ② 業務面をみると、証券仲介業（含む、金融機関が営むケース）で（委託の）媒介、募集・売出し・私募の取扱い、信託契約代理店で信託契約締結の代理・媒介、銀行代理店で銀行本業業務の代

【別表】最近導入された諸代理店等制度と分別管理義務の概要(比較)

	証券仲介業	同（金融機関）	信託契約代理店
導入時期	2004年4月	2004年12月	2004年12月 (一般企業への解禁)
根拠規定、業務	証取法(2003年改正後)2条11項「証券仲介業」：証券会社等の委託を受けて、次に掲げる行為のいずれかを当該証券会社等のために行う営業。 ①有価証券の売買の <u>媒介</u> (私設取引システム関連を除く) ②取引所有価証券市場における有価証券の売買等の <u>委託の媒介</u> ③有価証券の <u>募集、売出しの取扱い</u> または <u>私募の取扱い</u>	同左、65条2項3号ハ、4号ロ：証券会社等の委託を受けて行う2条11項の行為。 —これにより登録金融機関は、売買の媒介、募集の取扱いの範囲で、すべての有価証券の取扱いが可能化。ただし、株券等の引受業務等の本体営業は引き続き禁止。	信託業法(2004年改正後)2条8項「信託契約代理業」：信託契約の締結の <u>代理</u> (信託会社または外国信託会社を代理する場合に限る。) <u>または媒介</u> を行う営業。 —信託受益権が証取法2条1項の有価証券に表示され、または同条2項のみなし有価証券の場合であって、受託者がその発行者とされる場合を除く。
私法上の性格	商法上の「代理商」 —媒介代理商	同 左 —同 左	同 左 —締約代理商 or 媒介代理商
認可・登録制	登録制(同法66条の2)	証券業務を行うための登録(同法65条の2第1項)。	登録制(同法67条1項)
所属会社制度	所属証券会社等制度(同法66条の3第1項4号)	—	所属信託会社制度(同法68条1項4号)
分別管理義務関係	同法66条の12：証券仲介業者は、その行う証券仲介業に関し、顧客から金銭もしくは有価証券の預託を受けること等不可。 —なお、証券会社には、証券業にかかる顧客取引に関して顧客からの預託を受けた有価証券、金銭にかかる分別保管義務(同法47条1項、2項)あり。後者の金銭分別金については、顧客に返還すべき額相当の金銭を信託会社等に信託の要(同3項)。	左記顧客の金銭・有価証券の預託禁止の規定は適用ない。 —[理由] 銀行等は、財務規制のある業法等の下で、預金の取扱い等を行っているため。	同法75条：代理店は、信託契約締結の代理・媒介に関して顧客から財産の預託を受けた場合、 <u>当該財産を自己の固有財産・他の信託契約の締結に関して預託を受けた財産と分別管理</u> 。 —信託法28条：信託財産ハ固有財産及他ノ信託財産ト分別シテ之ヲ管理スルコトヲ要ス。但シ、信託財産タル金銭ニツイテハ、各別ニ其ノ計算ヲ明ニスルヲ以テ足ル。
所属会社の損害賠償責任	同法66条の22：所属証券会社等は、その委託を行った証券仲介業者が証券仲介業につき顧客に加えた損害を賠償の要。 —ただし、当該所属証券会社等が委託に相当の注意をし、かつ、証券仲介行為につき顧客に加えた損害の発生防止に努めたときは、免責(民715条にかかる判例動向からして、事実上免責が認められるのは限定される可能性)。	委託証券会社等による損害賠償責任の適用なし。 —[理由] 銀行等は、財務規制のある業法等の下で、預金の取扱い等を行っているため。	同法85条：所属信託会社は、信託契約代理店が行った信託契約の締結の代理または媒介につき顧客に加えた損害を賠償の要。 —ただし、所属信託会社が委託につき相当の注意をし、かつ、信託契約の締結の代理または媒介につき顧客に加えた損害の発生防止に努めたときは、免責(民715条にかかる判例動向からして、事実上免責が認められるのは限定される可能性)。

銀行代理店	損保代理店	信託業務の第三者委託
2006年4月 (銀行代理店制度の創設)	n.a.	2004年12月
銀行法(2003年改正後)2条14項「銀行代理業」:銀行のために次に掲げる行為のいずれかを行う営業。 ①預金又は定期積金等の受入れを内容とする契約の締結の代理又は媒介 ②資金の貸付け又は手形の割引を内容とする契約の締結の代理又は媒介 ③為替取引を内容とする契約の締結の代理又は媒介	保険業法2条18項「損害保険代理店」:損害保険会社の委託を受けて、その損害保険会社のために保険契約の締結の代理又は媒介を行う者(法人でない社団又は財団で代表者等の定めのあるものを含む。)で、その損害保険会社の役員又は使用人でないもの。	信託業法(2004年改正後)22条1項「委託」:信託会社は、次に掲げるすべての要件を満たす場合に限り、その信託業務の一部を第三者に委託可。 ①信託業務の一部委託の旨及び委託先等が明記されていること。 ②委託先が委託信託業務を的確に遂行することができる者であること。 ③外部委託先が、分別管理義務を果たせること。
同 左 -同 左	同 左 -同 左	信託法26条の「代人」にかかる特則
許可制(同法2条15項)	登録制(同法276条)	金融庁「信託会社等に関する総合的な監督指針」 …「信託業務の一部の委任を受けた第三者が行う業務の内容および個々の信託財産の管理・処分の状況等に照らして、当該第三者が信託財産の管理・処分に関する裁量を有すると認められるか否か」により判断。
所属銀行制度(同法52条の36第2項)	所属保険会社制度(同法277条1項3号)	—
同法52条の43:代理業者は、銀行代理行為に関して顧客から金銭その他の財産の交付を受けた場合、 <u>自己の固有財産と分別管理</u> 。 —具体的には、顧客から金銭その他の財産の交付を受けた場合には、自己の固有財産と保管場所を明確に区分、かつ所属銀行の別を判別できる状態で管理。 —ただし、金銭については、帳簿上所属銀行の別が直ちに判別できる状態で保管可。	同法上規定なし —金融庁「保険会社にかかる検査マニュアル」保険募集管理態勢確認用マニュアル・別表Ⅱ-(9)「代理店の保険料と自己の財産との明確な区分が図られているか」 —最高裁の2003年2月判決当時は、保険会社向け事務ガイドラインにおいて、「専用の預貯金口座への保管…を指導しているか」の規定あり。	同法22条2項:信託業務の委託を受けた委託先に対しても、業法中の忠実義務、善管注意義務、 <u>分別管理義務</u> (同法28条3項)、自己取引等に関する行為準則(同29条1、2項)等を適用。
同法52条の59:所属銀行は、銀行代理業者がその銀行代理行為について顧客に加えた損害を賠償する責任を負う(銀行代理業再委託者も、同様)。 —ただし、所属銀行が当該委託につき相当の注意をし、かつ、顧客に加えた損害の発生の防止に努めたときは、免責(同左)。	同法283条1項:所属保険会社は、生命保険募集人又は損害保険募集人が保険募集につき保険契約者に加えた損害を賠償の要。 —ただし、所属保険会社が当該委託をするについて相当の注意をし、かつ、顧客に加えた損害の発生の防止に努めたときは、免責(同左)。	同法23条:信託会社は、信託業務の委託先が委託を受けて行う業務につき受益者に加えた損害を賠償の要。 —ただし、信託会社が委託先の選任につき相当の注意をし、かつ、委託先が委託を受けて行う業務につき受益者に加えた損害の発生の防止に努めたときは、免責(同左)。

理・媒介、損保代理店で保険契約締結の代理・媒介と、いずれも代理・媒介が中心となっている。このため、私法上の性格としては、いずれも商法上の「代理商」と位置付けられる¹³。

- ③ 認可・登録制の面では、金融システムに直結する銀行の本業業務の代理・媒介を扱う銀行代理店のみが許可制とされているほかは、証券仲介業（含む、金融機関が営むケース）、信託契約代理店、損保代理店のいずれもが登録制とされている。
- ④ 金融業が営む証券仲介業務のケースを除いて、証券仲介業、信託契約代理店、銀行代理店、損保代理店とも、委託する証券会社、信託会社、銀行、保険会社を所属会社とする制度を導入。代理店等が顧客に加えた損害については、これらのカテゴリーにおいて、所属会社が損害賠償責任を負う¹⁴旨を規定している。

—— 立法関係者の説明によれば¹⁵、少なくとも代理店等の所属会社の賠償責任の面では、これらの関係諸法は単なる業法に

¹³ 商法上の「代理商」とは、同法27条によると、商人のためにその平常の営業の部類に属する取引の代理・媒介をする者で、その商人の使用人でないものをいうとされており、「独立の商人でありながら、もっぱら特定の商人の商品・サービスの販売を補助する役割を担う者をいう」（江頭憲治郎『商取引法（第4版）』＜2005、弘文堂＞239頁）。

代理と媒介については、物品の売買における売主側の仲介者を例にとると、代理とは仲介者（代理人）が売主を代理して、買主との間で法律行為（売買契約）を締結するのに対し、媒介は仲介者が買主との間に立って、両者を当事者とする法律行為（売買契約）の成立に尽力する事実行為をいう。なお、仲介の形態としては、この他に取次があり、これは、「自己の名をもって、他人のために法律行為をなすことを引受ける行為」（前掲・江頭215頁）とされている（典型的には、証券会社）。

¹⁴ ここでの損害賠償責任については、「当該所属証券会社等がその証券仲介業者の委託に相当の注意をし、かつ、その者の行う証券仲介行為につき顧客に加えた損害の発生防止に努めたときは、この限りでない」（証券仲介業の例）といった除外規定が定められている。しかし、この損害賠償責任自体が民法715条の使用者責任の特則と解されており、かつ同条にかかる最近の判例動向から判断すると、事実上免責が認められるのは限定される可能性が高い。

止まらず私法領域にまで交錯する規定を含んでいると理解されている。

- ⑤ 分別管理義務の面では、一般の証券仲介業では、顧客の金銭・有価証券の預託を禁止しているが、金融業が営む証券仲介業務のケースでは、この禁止措置は不適用となっている¹⁶。一方、信託契約代理店、銀行代理店、損保代理店では、法律ないし検査マニュアルのレベルで自己の固有財産との間での分別管理を義務付けている（各業法＜除く、損保代理店＞が代理店等につき分別管理義務の規定を設けた背景には、後述平成15年2月の最高裁判決を受けて、代理店等が交付を受けた財産につき民事信託の制度を認めようとの動きがあったといわれているが¹⁷、その意図がどの程度実現したかについては、終章5.において検討したい）。

¹⁵ 神崎克郎＝志谷匡史＝川口恭弘『証券取引法』（2006、青林書院）556～557頁。田原泰雅＝端本秀夫＝谷口義幸「証券取引法等の一部の改正の概要－銀行等による証券仲介業務の解禁」金融法務事情1714号82～92頁。清原健「金融機関による証券仲介業務」金融法務事情1724号8～15頁。

中山裕人＝細川昭子「改正信託業法の概要－信託活用のニーズに対応」金融法務事情1728号29～35頁。神田秀樹監修・著＝阿部泰久・小足一寿共著『新信託業法のすべて』（2005、金融財政事情研究会）129～131頁。

家根田正美『『銀行法等の一部を改正する法律』の概要』金融法務事情1759号10～16頁。大森泰人＝平野信行＝和仁亮裕「鼎談 新しい銀行代理店規制を考える」同号17～32頁。

¹⁶ 証券会社には、証券業にかかる顧客取引に関して顧客からの預託を受けた有価証券、金銭にかかる分別保管義務（同法47条1項、2項）がある。そして、後者の金銭分別金については、顧客に返還すべき額相当の金銭を信託会社等に信託の要（同3項）。

¹⁷ この点については、前掲・鼎談（金融法務事情1759号26～27頁）において、和仁弁護士から「要するに、代理店であることを明示した預金の所有権が本人にあるのか代理店にあるのか、現金の場合、以前は一応認識できるのであれば、分別されていれば、それは本人のものであると取り扱うべきであろうという議論がされていたのが、最高裁は、そうではない、占有があれば、占有を有する者のものだ、所有権がそこにあるという形できれいに割り切ってしまったわけなんです」の発言がなされている。

—— 分別管理義務とは、信託にとって不可欠の要素となる受託者が負う義務の1つであり¹⁸、「信託財産ハ固有財産及他ノ信託財産ト分別シテ之ヲ管理スルコトヲ要ス」（信託法28条）。具体的には、①信託財産の受託者個人の財産からの分離と②信託財産間の分別管理の2つがあり、前者①については特約で排除することはできないが、後者②については、特約で排除することが可能とするのが有力説。具体的な分別方法については、信託財産の種類によって異なるが、要求される管理は、あくまで分別のために必要な管理となる。ただ、信託財産が金銭の場合については、「各別ニ其ノ計算ヲ明ニスルヲ以テ足ル」（同条但書）として、帳簿上の分別で足りるとされている。

なお、信託を業として行う者にとっての分別管理については、一般の民事信託よりも厳格で確実な分別管理が必要と解されている¹⁹。

—— 分別管理義務違反があった場合には、受託者は信託財産に生じた損失の填補をする義務があり、この責任は無過失責任とされている（同29条1項、2項）。

⑥ 信託業法22条1項は、信託業務の第三者委託に関して、信託法26条1項「受託者ハ信託行為ニ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外已ムコトヲ得サル事由アル場合ニ限り他人ヲシテ自己ニ代リテ信託事

¹⁸ 他に受託者が負う義務として、善管注意義務（信託法20条）、忠実義務（同22条他）、公平義務、自己執行義務（同26条）、情報提供義務（同39条、40条）がある（能美善久『現代信託法』＜2004、有斐閣＞66～127頁）。

¹⁹ 前掲・能美97～98頁は、証券会社に対し、証取法47条により課されている分別保管義務の手法（証券会社が自己保管する顧客の有価証券については、固有財産である有価証券の「保管場所と明確に区分」し、かつ、当該顧客有価証券について「どの顧客の有価証券であるかが直ちに判別できる状態で保管」する必要がある）を参考にすべきとする。

務ヲ処理セシムルコトヲ得」(講学上、自己執行義務と呼ばれている)の特則を定めており²⁰、一定の要件を充たす場合に、信託事務の外部委託を原則自由とする。

そのうえで、信託業法22条2項で、委託を受けた委託先に対しても、忠実義務・善管注意義務・分別管理義務等を適用するとともに、同法23条で、委託先が受益者に対して損害を与えた場合の、(委託元)信託会社の賠償責任を定める。

- ⑦ なお、別表には掲載されていないが、証券化・流動化スキーム上のサービスについては、債権管理回収業法に基づく債権管理回収業者が法務省の兼業承認(サービス法12条但書)²¹を取って従事する場合も含めて、これまでのところ分別管理義務に関して、特に規定を置く業法は見当たらない。

そこで、そもそも論として現金や預金の帰属を巡るこれまでの判例・学説の議論を簡単に振り返った後、その業法上の分別管理義務に与えるインプリケーションを考える。

4 現金、預金の帰属を巡るこれまでの判例・学説の議論について

(1) 現金にかかる従来の学説・判例法理²²

²⁰ ここでいう「第三者」とは、独立した所見をもって信託事務を遂行するいわゆる「代人」を指し、単に、信託事務を補助するいわゆる「履行補助者」は、当該規定の射程に含まれないとの解釈が従来から有力である(山本敬三「受託者の自己執行義務と責任の範囲—復代理制度と履行補助者責任論の債権等の手がかりとして」道垣内=大村敦志=滝沢昌彦編『信託取引と民法法理』97頁以下他)。

²¹ 法務省認可の例として、特定金銭債権以外の金銭債権の集金代行業務、アセット・マネジメントやプロパティ・マネジメント等の資産運用にかかる資産管理業務等がある。

現金の帰属を巡るこれまでの判例・学説の議論を振り返ると、まず判例は、最判昭和39年1月24日判時365-26において、「金銭は、特別の場合を除いては、物としての個性を有せず、単なる価値そのものと考えるべきであり、価値は金銭の所在に随伴するものであるから、金銭の所有者は、特段の事情のない限り、その占有者と一致すると解するべき・・・、また金銭を現実支配して占有する者は、それをいかなる理由によって取得したか、またその占有を正当付ける権利を有するか否かに拘わり無く、価値の帰属者即ち金銭の所有者とみるべき」とした。そして、「特段の事情」がある場合としては、上記判決文に照らすと、金銭が物としての個性を有する場合とされ、具体的には「貨幣本来の職能を失って流過程におかれること無くただ保存の対象」²³となる場合（当該金銭自体を保管することが求められている場合）を指すと解しうるとされてきた²⁴。そして、学説でも、通説では現金の帰属に関し「金銭の占有は所有と一致する」と基本的に理解されてきた。

しかし、後述平成15年2月の最高裁判決のように、預金者の認定との関連でまでこの「占有＝所有」ドグマを適用することについては、有力な批判がある²⁵。

²² 内田貴＝佐藤政達「預金者の認定に関する近時の最高裁判決について（上・下）」NBL808号14～25頁、同809号18～31頁参照。

²³ 前掲・末川270頁。

²⁴ なお、潮見佳男「損害保険代理店の保険料保管専用口座と預金債権の帰属（上）－契約当事者レベルでの帰属法理と責任財産レベルでの帰属法理」金融法務事情1683号46頁注8は、金銭の所有＝占有の例外を肯定する1つの論理構成として、分別保管を決定的な理由とする可能性があることを示唆している。

²⁵ 前掲・内田＝佐藤（上）22頁でも、「（当該判示箇所は、）一審、二審が原資の所有者に拘った判示をしていたため、仮に一審、二審の採用する枠組みに立っても結論が変わらないことを示したのみ」とし、「金銭所有権を判断した部分に余り大きな意味をもたせるのは妥当でない」とする。

(2) 預金の帰属を巡るこれまでの判例・学説の議論について²⁶

i) 従来の学説・判例法理

次に、預金の帰属を巡る議論を整理すると、従来の学説では、預金の帰属に関して、①客観説（自らの出捐によって、自らの預金とする意思で、自らまたは使者、代理人を通じて預金契約した者を預金者とするもの）、②主観説（預入行為者が特に他の者のために預金をする旨を表示していない限り、預入行為者を預金者とするもの）、③折衷説（客観説を基本としつつ、預入行為者が自己の預金である旨を表示した場合には、預入行為者を預金者とするもの）の3説が主張されてきた。

一方で、判例は、まず無記名定期預金について、その後記名式定期預金について、預入行為者が出捐者から交付を受けた金銭を横領し自己の預金とする意図で預金をしたなどの特段の事情がない限り、出捐者をもって預金者と解するのが相当であるとの判示を繰り返してきた²⁷。

こうした判例は客観説にたつものと理解され、学説・実務家からは賛成²⁸・反対²⁹の両方の立場に基づいて論争が展開されてきた。かつての判例・学説では理論的説明に加えて、関係当事者間の利益考量を重視し、特に判例では、「対象となる金銭について実質的に

²⁶ 岩原紳作＝森下哲朗「預金の帰属を巡る議論」金融法務事情1746号24～52頁参照。

²⁷ 無記名定期預金について、最判昭和32年12月19日民11-13-2278、最判昭和48年3月27日民27-2-376など。記名式定期預金につき、最判昭和52年8月9日民31-4-742など。

²⁸ 賛成の立場の主な論拠は、次のとおりである。

① 預金取引は窓口において行なわれる大量取引であり、個々の取引において預金者が誰かということは金融機関にとって重要でないとの理解を前提にし、
② そうした状況の下では、一般の契約理論をそのまま適用するのは適当でなく、誰が真実の預金支配者としてふさわしいかの観点から考察し、原則として出捐者を預金支配者とすべき。

権利を有する者の保護を強く意識しつつ、民法478条を使いながら銀行の利益を保護することにより、出捐者の利益と銀行の利益の調整を図り、結論の妥当性を確保することを志向してきた」³⁰。

なお、かつての判例・通説がこのようなスタンスを取った背景として、無記名定期預金³¹が導入された当時の経済環境の特異性を指摘しておきたい。すなわち、無記名定期預金³¹は、我が国が戦後の復興期から高度成長期にあつて、基盤産業整備のために銀行制度を中核とする金融仲介機関の信用創造機能を強化する必要性があり、預金吸収を図る手段として多用されてきた³²。もとより今日では、貯蓄超過ともいわれる中でかつてのような貯蓄増強運動は影を潜める一方、金融ビッグバンを経て、金融仲介チャンネルは銀行を通じたものだけでなく証券市場を通じるものまで拡張され、家計部門の資産保有形態も預貯金だけでなく多様化してきている。

²⁹ 反対説の論拠は、次のとおり。

- ① 出捐者をもって預金者とする判例によれば、預金契約締結時に際して表示されず、銀行が全く知らない者が預金者となりうる。
- ② しかし、これは契約の一般法理から外れ、裸の利益考量を行なっているものであり、不当である。

³⁰ 前掲・岩原＝森下45頁。

³¹ 無記名定期預金は、昭和22年5月に創設されたが、当初は第2次大戦後の混乱期の膨張する通貨を金融機関に還流させるため、民間の退蔵資金を吸収べく設けられた。その後一旦新規取扱いが停止されたが、昭和27年2月に再開し、昭和63年3月まで取扱いが続いた（吉原省三＝貝塚啓明＝蛸山昌一＝神田秀樹編『金融実務大辞典』＜2000、金融財政事情研究会＞1630頁）。

³² 昭和27年2月2日蔵銀第446号は、「平和条約の発効を控え、経済の自律を達成することが緊要であり、これがためには資本の蓄積、貯蓄の増強こそが急務であるので、預貯金等の増強上の施策として、特別定期預金（筆者注：無記名定期預金のこと）の制度を設け」たとするが、その一方で、「徴税強化のために、所得調査が預金にまで及ぶことを徒に惧れるのあまり、一般の貯蓄意欲が萎縮することが配慮された」（壽圓秀夫「預金－銀行実務講座第三巻」＜1958、有斐閣＞347頁より）。

ii) 平成15年2月の最高裁判決とその理解

(a)平成15年2月の最高裁判決

【事 案】

◆ 訴外 A 建設工業株式会社は原告 X 損害保険会社の損害保険代理店であり、被告 Y 信用組合に普通預金口座（いわゆる専用口座）を開設。その際の口座名義は「X 火災海上保険代理店 A 建設工業株式会社 A（名字）〇〇」、届出印は「A」となっていた。ところが、その後 A 社が2度目の不渡りを出すことが確実に became ため、A 社の専務取締役が X 支社長に対し通帳および届出印を交付。一方、Y は自らの有する A 社への貸金債権を自働債権、本件預金債権を受働債権として相殺の意思表示を行う。その直後、X が Y に対し本件預金の払戻しを請求したもの³³。

【原審—札幌高判平成11年7月15日】

◆ 金融機関にとっては、預金者が何人であっても格別の不利益は無いから、預金の原資を出捐した者の利益を保護する観点から、その出捐者が預金者として預金の帰属主体になると解するのが相当であるとして、損保会社 X を預金者とした。

【判示—最判平成15年2月21日民57-2-95】

◆ 最高裁は、以下の理由により、原審判決を破棄、預金債権は A 社に帰属すると判断（破棄自判）。

① Y との間で普通預金契約を締結して本件預金契約を開設した

³³ A は、原告を代理して保険契約者と保険契約を締結し、保険契約者から保険料を収受（その際、原告名義の領収書を交付）の上、保険料として収受した金銭を他の金銭と明確に区別するため、専用の金庫ないし集金袋で保管し、それを本件預金口座に入金。毎月20日頃、本件預金口座に預け入れてあった前月分の保険料全額の払戻しを受け、原告送付の保険料請求書に記載された代理店手数料相当額を差引いた上で、残りの金銭を原告に送金していた。因みに、代理店契約には、「領収した保険料を原告に納付するまでは、・・・これを自己の財産と明確に区分して保管し、他に流用してはならない」との条項があった。

のは、A 社である。本件預金口座の名義である「X 火災海上保険代理店 A 社」は預金者として X を示しているとは認められないし、X が A 社に Y との間での普通預金契約締結の代理権を授与していた事情は、記録上まったくうかがわれない。

- ② 保険預金口座の通帳および届出印は、A 社が保管しており、本件預金口座への入出金事務を行っていたのは、代理店のみである。
- ③ 金銭については、占有と所有とが結合しているため、金銭の所有権は常に金銭の受領者（占有者）に帰属する。代理店が保険契約者から収受した保険料の所有権は代理店に帰属しており、損害保険会社は代理店から送金を受けて初めて保険料に相当する金銭の所有権を取得するのであるから、本件預金の原資は代理店が所有していた金銭に他ならない。
- ④ したがって、本件事実関係の下では、本件預金債権は、X ではなく、A 社に帰属するというべき。

◆ なお、専用口座であるとの事情につき、最高裁は、Y に対する関係で本件預金債権の帰属者の認定を左右する事情になるわけでないとい付加的に判示。

(b)同判決の理解

同判決について、岩原教授・森下助教授は、平成 8 年の誤振込みにかかる最高裁判決（最判平成 8 年 4 月 26 日民 50－5－1267）³⁴をも併せて対象に加えつつ、幾つの特徴点を指摘されている（本稿

³⁴ 事案は、原因関係を欠いた誤振込によって振り込まれた資金が受取人の債権者により差し押さえられたのに対し、誤振込をした振込依頼人が第三者異議の訴えを起こしたもの。原審は預金不成立として第三者異議の訴えを認めたのに対し、最高裁はその判断を覆し、預金の成立を認めた上で、振込依頼人による第三者異議の訴えを斥けた。

では、平成15年2月判決関連部分のみ引用)。

- ① 預金契約の無因性志向…〔内田教授・佐藤氏の論文を引用しつつ³⁵⁾〕従来の判例が、預入行為者と出捐者との関係という預金契約の背後にある事情を考慮して預金契約の当事者を判断していたのに対し、平成15年2月判決・・・では銀行に明らかでない預金者側の背景事情を主要な理由としていない。「〔預金契約の無因性〕がどこまで徹底されているかという点で従来の判例法理と平成15年2月判決・・・の間には質的な違いがある」のであって、「預金者認定について積み上げられてきた従来の判例の判断枠組みは事実上変更された、と見るべきである」とされている〔と紹介〕。
- ② 利益考量…判決において決め手となっているのが契約の一般法理等に基づく理論的な分析であって、実質的に利益を有すべき者の権利保護を実現するための利益考量といった視点が後退している。
- ③ 預金契約についての理論的分析…口座開設者、口座名義、代理権の有無、通帳や印鑑の保管者、原資の金銭の帰属等を総合的に考察して代理店が預金者であると判断している。
- ④ 普通預金の法的性格…判決自体は普通預金であることの特殊性について明言していないが、調査官解説³⁶⁾では、最高裁が客観説を採用してきたのは定期預金についてのみであって、普通預金については最高裁判例は存在しなかったとした上で〔以下、調査官解説のままの引用〕、「〔普通預金の特性を説明した後、〕このような性質を有する普通預金について、預金者を確定するに当たり、ある特定の時点での口座残金についてその出

³⁵⁾ 引用箇所は、前掲・内田＝佐藤 NBL809号30頁。

³⁶⁾ 尾島明・平成一五年判決調査官解説・ジュリスト1256号178頁等。

捐者を確定することは困難な場合があり、客観説を適用することには違和感が指摘されている」と指摘。

- ⑤ 演繹的、絶対的思考…〔主として平成8年判決を対象にして、〕誰と誰との間の紛争かによって誰の権利を保護すべきかを相対的に考えていくというよりも、訴訟当事者でない者まで含めてすべての当事者との関係で預金者は誰かという問題を一律に確定しようとしている・・・絶対的思考方法といえることができる。もっとも、平成15年（2月）判決については、平成8年判決と同じような絶対的な思考方法を取ったのか・・・定かでないとされた。

そのうえで岩原教授・森下助教授は上記の各特徴点を中心に、相対的構成（契約法的アプローチ vs 物権法的アプローチ）や資金の帰属の判断基準の議論を展開されるが、本稿における紹介はこのくらいに止める。

5 代理店等制度における分別管理のあり方等³⁷

(1) 業法上の分別管理義務

既に、3 でみたとおり、一般の証券仲介業では、顧客の金銭・有価証券の預託を禁止しているほか、信託契約代理店、銀行代理店、損保代理店では、法律ないし検査マニュアルのレベルで自己の固有財産等との間の分別管理を義務付けている。また、信託業務の第三者委託に関して、信託業法22条2項で、委託を受けた委託先に対しても、分別管理義務等を適用することにしている。そして、このよ

³⁷ 本稿と類似の問題意識を有する文献として、坂井秀行＝栗田口太郎「第5講 証券化と倒産－5 コミシングリング・リスク」(『講座 倒産の法システム－第4巻 倒産手続における新たな問題、特殊倒産手続』＜2006、日本評論社＞ 146～152頁)がある。

うな制度設計になった背景について、平成15年2月の最高裁判決の影響が指摘されているのは、前述のとおりである³⁸。

この分別管理義務の位置付けについては、これをもってして、専用口座に保管されていた公共工事の前払金の帰属が問題となった最判平成14年1月17日民56-1-20のように、当事者間で明示的に信託の契約形態が取られていなくとも、一種の擬似信託として信託関係（民事信託）を認めていくとの方途も考えられそうである。しかし、この平成14年のケースでは、④地方公共団体と建設会社との間の契約約款で、地方公共団体が建設会社に対して支払う公共工事の前払金は当該工事の必要経費以外に支出してはならないことを定めていたこと、⑤建設会社と保証事業会社との間の保証約款で、前払金は別口普通預金口座で保管すべきことや預金の払戻しに際して当該金融機関に用途が適正であることの資料を提出して確認を受ける必要があること等が義務付けられていた。このような事実関係を前提とすると、そして前述のとおり、信託法上受託者の負う義務には分別管理義務だけでなく、忠実義務等その他の義務もあることを考えると、業法上の分別管理義務の規定だけをもってして、一種の擬似信託として信託関係（民事信託）を認めるところまでもっていきには無理がある。やはり所属会社と代理店等との間の契約約款等も含めて総合的に判断するべきであろう。

そうであるとすれば、上記業法上の分別管理義務のように行政当局による規制の形を取っても、平成15年2月の最高裁判決を踏まえたサービスリスク回避策として、必要十分とはいえないことにな

³⁸ 平成15年2月の最高裁判決の射程について、損保代理店の債権者（信用組合）と所属保険会社との間の争いを扱ったものであり、所属保険会社と損保代理店との間の関係を律する業法上の分別管理義務とは異なる利益状況と解する立場もありうる。しかし、平成15年2月判決の中の、③の金銭にかかる「占有＝所有」ドグマの預金者認定への適用の論理は、まさに、これら2つの平面をワンセットで断じたものであるといえる。

る（換言すれば、業法上の分別管理義務について私法、特に信託法上の効果を認めるのは適当でないということになる）。

そして、上記のような分別管理義務を巡る検討を踏まえると、業法上分別管理の規制が課せられていない証券化・流動化スキーム上のサービスや債権管理回収業法に基づくサービス会社については、一層その扱いが微妙となる。

前者の証券化・流動化スキーム上のサービス業務は、オリジネータが本業そのものとして行っていることが多く、多様な業種に及ぶため、なおさら契約約款の中の手当てが重要となってこよう（現実には、既にそうした対応は取られているかもしれないが）。

また、後者の債権管理回収業法に基づくサービス会社に関して、本業の1つである「特定金銭債権」（同法2条1項）の委託回収業務に従事する場合はもとより、前述法務省の兼業承認をとって特定金銭債権以外の金銭債権の集金代行業務に従事する場合にも、本来は分別管理義務の必要性が検討されてしかるべきであろうが、その場合にも、債権管理回収業法上の手当てを要するかという点、肯定する理由は見出し難い。

(2) その他の対応

今後の最高裁のスタンスにもよるが、司法リスクをより回避するために、例えば問屋の取戻権（最判昭和43年7月11日民22-7-1462）の類推適用とか、新信託法で導入が検討されている信託宣言³⁹の活用などの検討も提起されている。

しかし、問屋の取戻権については、①上記判例の事案は取戻権の対象が株券であり、株券番号をもって取戻権の対象が特定されていた事案に関するものであったこと、加えて②貨幣（現金通貨）について、判例が「占有＝所有」ドグマを貫くスタンスを取っている限りにおいては、問屋が委託者の計算において受領した金銭は問屋の

所有に帰してしまうため、委託者の取戻権が認められなくなる可能性が高い。

こうした状況下、実務では、サービス（通常、証券化スキームではオリジネータが委託を受けることが多い）の専用回収口座（普通預金・当座預金）の預金債権について、当該預金の開設銀行が証券化スキーム組成に関与した金融機関である場合には、例外的に委託者（SPV のことが多い）のサービスに対する回収金支払請求権を被担保債権として、質権を設定することも行われているようである⁴⁰。しかし、いまだ一般化しつつあるとまではいえない状況にある。

冒頭においても述べたとおり、今後金融にかかるビジネスモデルのアンバンドリングの可能性が高まっていることを踏まえると、絶え間なく変化し続ける法環境の中で、このサービスリスクの問題は古くて新しい問題であり、かつ、その解決の必要性がさらに高まっている問題といえる。本稿を機にさらに検討を進めて行きたい。

なお、本稿の執筆に当たっては、独立行政法人日本学術振興会の科学研究費補助金による助成を受けた。

以 上

³⁹ 2006年3月に第164回国会（常会）に提出された信託法案によると、自己信託（信託宣言）が制度として許容されているが、①自己信託には書面性を要求し（同法案3条3号）、②公正証書や確定日付ある通知をその効力発生の要件とし（同）、③委託者（兼受託者）の債権者は詐害行為取消訴訟を提起することなく、原則として、直ちに信託財産に対して強制執行等を行うことができる（同23条2項）ようにするなどの手当てが行われている（中原裕彦＝村松秀樹＝富澤賢一郎＝鈴木秀昭＝三木原聡「信託法改正要綱の概要」金融法務事情1764号18～19頁）。

なお、本法案はその後、第165国会（臨時会）において再度審議に付託され、2006年12月に可決成立している（施行は、公布日から起算して1年6か月を超えない範囲で政令で定める日<但し、自己信託については、更にその1年後>）。

⁴⁰ 前掲・坂井＝栗田151頁参照。