

# 月刊 資本市場

11 Nov.  
2010  
No. 303

## ■ 配当指数先物取引の投資戦略 ■

年金基金における配当指数先物の利用可能性を考える

## ■ 論文 ■

金融規制法のクロスボーダー適用に関する試論

—近時の立法・行政解釈等を踏まえて

## ■ 地球温暖化対策と排出権取引 ■

総合商社における温室効果ガス削減事業への取組みについて

—インタビュー：三井物産株式会社 環境事業部排出権プロジェクト室

## ■ 連載 ■

アジア債券市場のいま (第3回)

## ■ 講演録 ■

どうなる世界経済と日本経済

—内外経済に二番底はあるか

IFRS、金融庁の取組み加速へ／「虎の尾」を踏んだ日本の市場介入／追加緩和の恩恵は一瞬／緩和と「記憶」が作るレンジ相場／「日本株」のパフォーマンス／日銀、包括緩和の効果乏しく／1兆円超で連結規制



# 金融規制法のクロスボーダー 適用に関する試論

—近時の立法・行政解釈等を踏まえて

アンダーソン・毛利・友常法律事務所  
弁護士

八木 俊則

金融商品取引法（以下「金商法」という。）等の金融規制法上の各種業規制のクロスボーダー適用の問題は、古くから議論されてきた論点であるものの、学説等の蓄積が少なく、また規制当局の態度も必ずしも明確ではない。

この分野については、2002年9月に金融法委員会から「金融関連法令のクロスボーダー適用に関する中間論点整理—証券取引法を中心に—」（注1）（以下「中間論点整理」という。）と題する資料が公表され、その後もいくつかの論稿が発表されたものの（注2）、必ずしも議論が活発に行われている状況とはいえ

## —目次—

1. 問題の所在
2. 立法管轄権の範囲についての考え方
3. 銀行業
4. 貸金業
5. 有価証券関連業
6. 自己運用業
7. おわりに

ないようである。

しかし、この間、具体的な立法及び法執行等の分野においては、外国金融機関の海外拠点による銀行業の無免許営業に関する金融庁による要請（2007年3月）、金融商品取引法に関する政令案・内閣府令案に係るパブリックコメントに対する金融庁の考え方（以下「金融庁の考え方（金商法等関係）」という。）の公表（同年7月）、銀行法における外国銀行代理業務の創設に伴う貸金業法の特例規定の創設とこれに係る国会答弁（2008年5月）、資金決済に関する法律（2009年6月成立・公布。以下「資金決済法」という。）における外国資金移動業者による国内にある者を相手方とした勧誘の禁止（63条）など、注目すべきいくつかの立法及び事例の公表等があった。

本稿においては、これらの公表事例等を概観するとともに、中間論点整理で示された考え方との関係等について検討を試み、現在の議論の状況を整理することとしたい。

後述のとおり、金商法においては外国証券業者(同法58条)等による日本国内にある者を相手方とした取引について詳細な規定が設けられており、外国証券業者等によるクロスボーダー取引に対する金商法の適用関係は比較的明確であるのに対し、銀行法や貸金業法などにおいてはクロスボーダー取引に関する規定がほとんどなく、我が国の金融規制法一般に共通しうる原則的な考え方や、これらの法律中の断片的な規定等を手がかりとして当該法律の規定のクロスボーダー取引に対する適用関係を検討せざるを得ない。そこで本稿では、従来の学説や中間論点整理等で示されている原則的な考え方をまず紹介し、そのような原則的な考え方がより妥当しうる銀行法及び貸金業法について考察した後、クロスボーダー適用に対する詳細な明文規定を持つ金商法においてそのような原則的な考え方にどのような修正が加えられているのか等を考察したい。

なお、本稿において意見にわたる部分は筆者の私見である(注3)。

## ■ 1. 問題の所在

### (1) 本稿の対象

本稿においては、現行法の規定を前提に、ある者が、銀行業(銀行法2条2項)、貸金業(貸金業法2条1項)又は金融商品取引業(金商法2条8項)に相当する行為を行う場合において、免許又は登録を受ける義務(銀行法4条1項、貸金業法3条1項又は金商法

29条)を負うかどうかを検討の対象とする。すなわち、本稿はこれらの具体的な義務が生じるかどうかのみを検討するものであり、例えば「金融規制法における免許・許認可を受ける義務」一般の適用関係を考察の対象とするものではない(2(2)参照)(注4)。

但し、検討の基礎とすることができる公表資料の多さ、実務上問題となる可能性の大きさ、紙幅の関係等を勘案し、金融商品取引業については、有価証券関連業(金商法28条8項)、及び投資運用業(同条4項)のうち同法2条8項15号に掲げる行為を行うもの(以下「自己運用業」という。)のみを対象とする(注5)。

なお、本稿の対象はいわゆる解釈論であり、立法論については検討の対象としない。

### (2) 刑事罰規定の適用の問題だけか？

上記のように問題設定をした場合、仮に特定の行為が免許又は登録を受ける義務に違反しているとされた場合の効果は、刑事罰のみであることがほとんどであることからすると、「業規制のクロスボーダー適用」の問題は、結局は刑法1条1項の「日本国内において罪を犯した…者」の解釈に帰着するとも考えられる(同法8条)(注6)。

しかし、一般に行政上の義務とその懈怠に対する制裁とは分けて考えられていること、また実際の制度としても裁判所による禁止・停止命令(金商法192条)や後述の外国当局に対する要請など刑事罰以外の制裁がこれらの義務違反に対してなされうること等からす

れば、まずは刑法1条1項の問題を離れ、免許又は登録を受ける義務の根拠となる具体的な規定自体の解釈を試みるのが適当である(注7)。

## ■ 2. 立法管轄権の範囲についての考え方

### (1) 総説

「立法管轄権」とは、国内法令を制定して、一定の事象と活動をその適用の対象とし、合法性の有無を認定する権限をいう。国家管轄権については、立法管轄権のほか、行政機関が逮捕、捜査、強制調査、押収、抑留など物理的な強制措置により国内法を執行する権限である「執行管轄権」、及び司法機関がその裁判管轄の範囲を定め、国内法令を適用して具体的な事案の審理と判決の執行を行う権限である「裁判管轄権」があるが、本稿では立法管轄権のみを議論の対象とする(注8)。

中間論点整理においては、(旧)証券取引法一般における立法管轄権の範囲について、我が国証券取引法の適用範囲についての一般的な理解である「属地主義」を基本としつつ、それでは証券取引法の目的が十分に達成できない場合に「効果主義」を加味してその適用範囲を調整(拡大)するという考え方が示唆されている(中間論点整理2(2)及び(3))。なお、ここでいう「属地主義」とは、関係規定の対象となる「行為」の全部又は一部が国内で行われる限りこれに対して当該規定を適用する一方、国内では行為の全部又は一部も行わ

れず、効果のみが国内に及ぶ場合は当該規定を適用しないという考え方であり、他方「効果主義」とは、顧客保護等の法目的を達成するのに必要な限りにおいて、我が国にその効果が及ぶ場合には、当該規定の適用を肯定するとの考え方である(中間論点整理2(2)及び(3))。この意味での属地主義を本稿では「純粋な属地主義」と呼ぶ。属地主義と効果主義との関係については、これらに対立する概念として捉えるものもあれば、効果主義を属地主義の一類型又は変形として捉えるものもあるためである(注9)。

このような考え方は、我が国の法律の域外適用の議論において広く受け入れられてきた属地主義(純粋な属地主義)(注10)を基礎としつつも、クロスボーダー取引が増大する中で我が国の金融規制法の目的を達成するために必要な適用範囲の調整を行おうとするものであり、基本的には妥当な見解といえることができる。本稿ではかかる考え方をベースとして各条項の解釈論を試みることにしたい。

### (2) 具体的義務規定への適用

しかし、(1)の一般的な考え方を単純に各金融規制法における免許又は登録を受ける義務に適用すればよいかどうかは別問題である。上記1(1)に記載したとおり、また以下において具体的に述べるとおり、各法律において既に一定のクロスボーダー適用に関連する特則規定が設けられていたり、また個別の行政先例等も存在するため、これらとの関係にも留意

しつつ、あくまで具体的な規定（銀行法4条1項、貸金業法3条1項及び11条1項並びに金商法29条）の解釈として個別にそれぞれの規定の国際的適用範囲を検討する必要がある。

## ■ 3. 銀行業

### (1) 問題の所在

外国で銀行業を営む者（以下「外国銀行」という。）が国内にある者を相手方として銀行業に相当する行為を行う場合の銀行法等の適用関係について、(i)資金の貸付けのみを行う場合、(ii)預金の受入れを行う場合、(iii)為替取引を行う場合（銀行法4条1項、2条2項参照）に分けて検討する。

### (2) 資金の貸付けのみを行う場合

まず、外国銀行が日本国内において、又は日本国内にある者を相手方として、資金の貸付けのみを行う場合の金融規制法の適用関係については、貸金業法の問題とする考え方と、銀行法の問題とする考え方がありうる。銀行法は、資金の貸付けと「預金…の受入れ…を併せ行う」ことを要件として、預金者保護等の目的（同法1条1項）のため貸金業法に比して重い規制を課していることからすると、国内にそのような預金者が存在しないのであれば、あえて銀行法による規制の対象とせず貸金業法による規制の対象とすることで十分である<sup>(注11)</sup>。したがって、外国銀行が資金の貸付けのみを行う場合は、後述4と同様に考えればよい。

### (3) 預金の受入れを行う場合

次に、外国銀行が国内において、又は国内にある者を相手方として預金の受入れを行う場合の銀行法4条1項の適用関係について、これまでの行政先例や法改正を時系列に沿って検討する。なお、銀行法上、「銀行業」（2条2項）に該当するためには、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営むことが必要であるが（同項1号）、預金の受入れのみを営業として行う場合であってもみなし銀行業として同法が適用されるため（3条）、ここでは預金の受入れを営業として行う行為に着目して検討を行う<sup>(注12)</sup>。

#### ア 海外銀行の口座開設の補助業務に係る ノーアクションレター

直接にクロスボーダー取引に対する銀行業免許の要否を扱うものではないが、2002年6月26日に金融庁監督局銀行第一課長名で「『銀行法』に関する法令適用事前確認手続に係る照会について」が公表されている。

本件は、日本国内に居所を有する顧客から委託を受けて、海外銀行（外国の法令に準拠して外国において銀行業を営む者で、日本に銀行法47条1項にいう支店〔又は代理店〕を設置していないもの）における口座開設や、当該海外の銀行が取り扱う金融商品の購入・売却・解約に関する顧客の事務の補助を行う行為について、「その場合における照会者と顧客の権利義務関係は、当該事務の補助に直接

係るものにとどまり、かつ照会者と当該海外銀行との間で何ら権利義務関係は生じない限りにおいて…銀行業の免許は必要ない」と回答したものである。

本件の照会内容は、当該事務の補助を行う照会者の行為が銀行法4条1項の免許を必要とし、同法61条の構成要件に該当するかどうかであり、当該照会者の行為によって、当該海外銀行が国内にある者を相手方として口座開設を行う行為について照会をするものではない。

しかし、仮に当該海外銀行の行為が銀行法4条1項に違反するとすれば、照会者については共犯の責めを負う可能性が生じると思われるし<sup>(注13)</sup>、監督官庁が当該海外銀行による銀行業の無免許営業という重大な違法行為について何らの言及を行うことなく漫然と照会を受理し、回答することは実務上考えがたいように思われることからすると<sup>(注14)</sup>、本件の回答も、外国銀行が単に国内にある者を相手方として銀行口座を開設するだけで、直ちに銀行法4条1項の免許を要するわけではないという理解を前提としているのではないかと考えられる。

#### イ 外国金融機関への要請

金融庁が2007年3月に発表した欧州系銀行の日本における銀行業の無免許営業に係る事案<sup>(注15)</sup>も、この問題を検討するに当たっての参考となる。当該発表によれば、本件の概要は以下のとおりである。

欧州に拠点を置く外国銀行C社のプライベートバンク部門は、日本人富裕層を対象に営業を行うための「ジャパンデスク」と称する組織を日本国外に複数設置し、所属の行員を日本に出張させるなどの活動を行った。かかる行為の中には、預金の受入れの勧誘などの活動が含まれていた。具体的には、2003年、C社の香港支店の元行員が日本に出張し、見込み顧客の事務所を訪れ、当該顧客に対し、香港支店における預金の受入れの勧誘を行い、当該事務所において預金口座開設書類に署名をもらうなどの口座開設のための手続きを行った。

本件では、C社の行為は「銀行法第4条第1項違反（銀行業の無免許営業）にあたる」とされている。この発表は、当時、主として外資系の金融機関の間で話題となり、また、かかる金融庁の見解を「日本で免許を受けない外国銀行が、日本国内にある者を相手方として預金の受入れを行う場合は、銀行法4条1項違反になる」と捉える実務家もあったように記憶している。

しかし、本件をもって直ちにそのように捉えることは誤りと思われる。すなわち、本件は、上記のとおり、①所属の行員を日本に出張させ、②国内にある見込み顧客の事務所において当該顧客に対しC社在外支店における預金の受入れの勧誘を行い、③さらに、当該見込み顧客の事務所において預金口座開設書類に署名をもらうなどの口座開設のための手

続きを行ったというものであり、C社は国内にある見込み顧客の事務所に従業員を派遣するなどして国内において「預金の受入れ」に関連する一定の行為を行っている。本件の理解としては、外国銀行が日本国内にある者を相手方として預金の受入れに関連する行為を行う場合、「預金の受入れ」の全部<sup>(注16)</sup>を国内で行わない場合であっても、国内に従業員を派遣するなどして「預金の受入れの勧誘」や預金口座開設書類に署名をさせる行為を行うためには銀行法4条1項による免許が必要であることを示すものにとどまり、単に日本国外から日本国内にある者を相手方として預金の受入れやその勧誘を行う場合にも直ちに同項の免許を要することまでを示すものでは必ずしもないと考えられる。

#### ウ 外国銀行の免許に関する特例

2008年12月には、外国銀行代理業制度の導入等を内容とする銀行法の一部改正<sup>(注17)</sup>が施行されたが、当該改正により新設された銀行法52条の2の2第1号においては、銀行が外国銀行代理業務として所属外国銀行による「預金の受入れの代理・媒介」を営む場合には、当該所属外国銀行による預金の受入れについては、銀行法4条1項の規定を適用しない旨が規定された。

ここで留意すべきは、外国銀行代理業制度による場合であっても、日本で免許を受けない所属外国銀行は、日本において直接（外国銀行代理銀行による代理・媒介によらずに）

業務を営んでいる場合には銀行法47条1項に違反するとされている点である（外国銀行代理業制度導入に係るパブリックコメントに対する「金融庁の考え方」（以下「金融庁の考え方（外国銀行代理業関係）」という。）<sup>(注18)</sup>41頁No.13以下）。すなわち、「外国銀行が日本において業務を営んでいるか否かの判断は、個別事例ごとに実態に即して実質的に判断されるべきもの」（41頁No.14）としつつ、外国銀行「の従業員が、日本において単独で店頭や訪問で銀行業等の勧誘をする行為は、銀行法第47条第1項等の規定に抵触する可能性がある」（41頁No.15）、「銀行法第52条の2の2各号に掲げる場合のほか、外国銀行は、その委託により日本国内で銀行法第2条第2項に規定する銀行業の代理又は媒介を行わせたときは、当該外国銀行は銀行法第47条第1項の規定に違反する」（56頁No.4）との回答がなされている（いずれも下線は筆者）。

これを前提とすると、上記銀行法52条の2の2第1号の規定は、日本において免許を有しない外国銀行が自ら日本において預金の受入れの業務を営んでいない場合であっても、少なくとも日本国内で勧誘をしたり、第三者により日本国内でその代理又は媒介が行われる場合には、本来的には銀行法4条1項の免許取得義務の対象となることを前提としていえると考えられる。

## エ 小 括

以上を見てみると、預金の受入れについては、①外国銀行が国内にある者との間で消費寄託契約の締結をし、資金の交付を受けるだけでは、直ちに銀行業の免許を要することにはならないが、②日本国内において預金契約締結の勧誘をしたり、あるいは日本国内において（当該外国銀行を所属銀行とする外国銀行代理銀行以外の）第三者に預金契約締結の代理又は媒介に係る事実行為をさせるような場合には、銀行業の免許を要する、と考えられているようである。

①のような考え方は、例えば日本で銀行業の免許を持たない外国銀行が本邦金融機関のためにコルレス口座を開設させている等の銀行実務に沿うものであるし、理論的にも、伝統的な属地主義の立場と整合的である。また、例えば外国に滞在し当該外国において当該外国の銀行に口座を開設した日本人が、帰国後も当該口座を利用して預金取引を行うことを全面的に禁止することは適当でないと思われる（注19）、そのような場面を考えても妥当な解釈といえる。

もっとも、預金契約締結の「勧誘」や、「媒介」<sup>(注20)</sup>は、(みなし)銀行業として規制対象となる「預金の受入れ」（消費寄託契約の締結と資金の交付を受けること）のいわば準備行為にすぎず、「預金の受入れ」そのものではないと考えられることから、②のような考え方は純粋な属地主義の立場とは異なるものと考えられる。

しかし、単に預金契約の締結と預金の受入れが国内で行わなければ我が国銀行法に基づく銀行業の免許を要しないとすると、例えば、国内において広告・勧誘等を行い、これに応じる者を海外に連れ出して預金契約の締結を行う等の脱法的行為を容易に許すことになるし、また、預金契約の締結と預金の受入れは勧誘等を経て最終的に形式上行われる行為にすぎず、預金者等の保護の確保（銀行法1条1項）という銀行法の目的との関係においては、むしろそれに至るまでの勧誘や媒介行為の適切性の確保の方がより重要ではないかと思われる。

前述2(1)のとおり、金融規制法の国際的適用関係を議論するに当たっては、純粋な属地主義ではなく、効果主義を加味してその適用範囲を調整（拡大）することが適当と考えられ、かかる考え方の具体的適用として、預金の受入れ行為そのもの（消費寄託契約の締結と資金の交付を受けること）だけでなく、預金の受入れの勧誘や媒介・代理行為が日本国内で行われているかどうかを、銀行法4条1項の規定による免許義務の有無の判断基準とすることは妥当と考えられる。

## (4) 為替取引を行う場合

### ア 問題の所在

「為替取引を行うこと」（銀行法2条2号）とは、法律上は、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をいう（注21）が、銀行のサービスとしては、銀行（仕向銀行）が顧客（送金依頼人）の依頼を受け、他の金融機関（被仕向銀行）を介して当該顧客又は第三者（受取人）（の口座）に対し資金を移動させるものが典型的な形態であり、本稿においてはかかるサービスにつき検討する（注22）。

現在も「国境をまたいだ」大量の為替取引（資金の移動）が日々行われているが、まず、仕向銀行については、国外にある仕向銀行が、国外にある顧客の依頼を受けて日本国内にある銀行を被仕向銀行として送金を行う場合に日本において銀行業の免許を要しないことに異論はないと思われる。これに対して、国外にある仕向銀行が、国内にある顧客の依頼を受けて送金をする場合については、銀行法4条1項の免許を要するかが必ずしも明らかではない。

また、被仕向銀行については、とくに受取人が国内にある場合（受取口座の名義人が日本国内に居住する者である場合等）について免許の要否が問題となる（なお、被仕向銀行の行為が「為替取引」に当たるかどうかの問題となるが、前記最高裁判所判例の最高裁判所調査官解説においては、送金依頼人と仕向銀行との間の取引だけでなく、銀行間取引や受取人に対する支払いについても、「為替取引」の一部になるとされており、被仕向銀行の行為も「為替取引」に当たると考えることが妥当ではないかと思われる。）。

## イ クロスボーダーの為替取引についての判断基準

### （ア）外国資金移動業者の勧誘の禁止とこれに係る国会答弁

平成21年6月に公布された資金決済法においては、同法37条の登録を受けていない外国資金移動業者（同法に相当する外国の法令により当該外国において同法37条の登録と同種類の登録等を受けて為替取引を営む者をいう。同法2条4項。）は、法令に別段の定めがある場合を除き、国内にある者に対して為替取引の勧誘をしてはならない旨の規定が設けられた（同法63条）。この規定については、国会審議の過程において次のような答弁がなされていることが注目される。

「例えば、事業者やサーバーが外国に存在をしまして、利用もインターネット上で行われる、資金の受け払いもクレジットカード等で行われるというような場合などについては、国内において為替取引、まさに送金業務ですけれども、これが行われたと言いがたい面がございます。したがって、このような場合には、本法案に基づいて資金移動業の登録を行わせることができませんで、利用者保護を図るということが非常に困難な場合が予想されるわけでございます。このため、利用者保護の観点から、金融庁に対して資金移動業登録を行わない外国資金移動業者が、例えばインターネット上で開設した日本語ウェブサイトで日本国内に

向けて勧誘を行うということは禁止する  
ということをございまして、こうした業者  
においても日本国内において登録が求め  
られるということをございます。」(注23)

#### (イ) 検討

ここで注意が必要なのは、資金決済法に基  
づく資金移動業の登録制度は、銀行法4条1  
項(及び47条1項)の特則として、少額のもの  
については銀行業の免許を受けることなく  
登録という簡易な手続きにより為替取引を行  
うことを許すものにすぎず、我が国において  
何らの行政的規制を受けていない外国業者か  
らの我が国の利用者等の保護は、銀行法4条  
1項の免許取得義務規定及びその罰則規定  
(同法61条1号)により図られているという  
ことである。

これを念頭において上記の政府委員答弁を  
見ると、「例えば、事業者やサーバーが外国  
に存在をし…、利用もインターネット上で行  
われる、資金の受け払いもクレジットカード等  
で行われるというような場合」には、「国内  
において為替取引…が行われたと言いがたい  
面」があり、この場合には銀行法4条1項  
の免許取得義務及びその罰則規定の適用がな  
いため(仮に資金決済法63条の規定がなけれ  
ば)我が国において何らの規制を課すことが  
できないということを前提としていると思わ  
れる。言い換えれば、「国内において為替取  
引が行われる」ことが銀行法4条1項の免許  
取得義務が課されるために必要であり、「例  
えば、事業者やサーバーが外国に存在し、利用

もインターネット上で行われ、資金の受け払  
いもクレジットカード等で行われるという  
ような場合など」はかかる義務は課されない  
ということになる。

ただ、「為替取引」を銀行業のひとつとした  
趣旨は、顧客の保護及び金融の円滑の確保で  
ある。かかる趣旨からすると、ここでも効果  
主義を加味し、日本国内において為替取引の  
勧誘又は代理若しくは媒介を行っている場合  
には、日本において銀行業の免許(又は資金  
移動業の登録)を要するとすることが考え  
られる。

なお、当該事業者が「外国資金移動業者」  
に該当する場合には、資金決済法63条により  
国内にある者を対象とした為替取引の勧誘規  
制が課されるため、銀行業の免許又は資金移  
動業の登録を受けずにできる行為の範囲は上記  
より狭くなる可能性がある(注24)。

#### ウ 国外の仕向銀行が、国内にある送金依 頼人の依頼を受ける場合

例えば、外国での長期滞在から帰国した日  
本人が、当該外国で利用していた銀行に対し  
て送金を依頼し、口座内にある残金を、自ら  
又は自らの家族等が日本国内の別の銀行に開  
設している別の口座に送金する、といったケ  
ースがこれに当たる。

そして、上記のような考え方からすると、  
為替取引を行うこと(送金依頼)の勧誘又は  
代理若しくは媒介を日本国内において行っ  
ている場合(外国銀行代理業による場合を

除く。)には、その適切性を確保するため、送金依頼の引受けを国外で行う場合であってもなお日本において銀行業の免許を要するとすることが考えられるだろう。

#### エ 国外の被仕向銀行が、国内にある者を受取人とする為替取引に関与する場合

ここで問題とする行為の具体例は、外国の会社から、その日本にある子会社に派遣され勤務している外国人が、日本国内の銀行に開設した口座に当該子会社から振り込まれた給料を、本国で開設されている別の外国銀行の本人名義の口座に送金する、というような場合である。

この場合に被仕向銀行が行う行為は、各国の銀行制度や契約内容等により様々であると考えられるが、例えば受取人に対する支払いが受取人の口座への入金により行われるのであれば、被仕向銀行の行為は国外で完結しており、属地主義の考え方から日本において銀行業免許は要しないと考えられる。

#### (5) ウェブサイトを通じた取引について

銀行法の適用の有無が問題となるクロスボーダー取引としては、外国銀行が国外の設備を用いて開設しているウェブサイトを通じて行うものが考えられる。当該ウェブサイト上に預金等の取引を勧める表示があり、かつその対象から日本の居住者が除外されていない場合に、日本で銀行業免許が必要となるかが問題となる。

しかし、世界中からアクセスが可能であるウェブサイト上の勧誘等について「(当該ホームページを閲覧する者が所在する)国内に勧誘等の行為がある」と捉えることは困難であろうし<sup>(注25)</sup>、現に資金決済法は、「事業者やサーバーが外国に存在」する場合における「国内にある者に対して、為替取引の勧誘を(する)」(同法63条)行為を禁止するためあえて特別規定を設けている。属地主義を基本とする考え方からは、後で検討する金商法58条の2のように国内における行為の有無を問わず国外から国内にある者を相手方として行う行為を包括的に規制対象とする規定のない銀行法においては、このように日本国内において何らの行為が行われていない場合は、銀行業免許を要しないと考えたい。

#### (6) 銀行法47条1項の文言との関係

ところで、銀行法47条1項は、「外国銀行が日本において銀行業を営もうとするときは」主たる外国銀行支店を定めて同法4条1項の免許を受けなければならないとしている。この「日本において」という要件についても、預金の受入れ行為や為替取引の受託そのものだけでなく、これらの行為の勧誘や媒介・代理が日本国内で行われていれば、当該要件を満たすと解することになるだろう。

## ■ 4. 貸金業

### (1) 問題の所在

貸金業とは、「金銭の貸付け又は金銭の貸借の媒介（手形の割引、売渡担保その他これらに類する方法によってする金銭の交付又は当該方法によってする金銭の授受の媒介を含む…。）で業として行うもの」をいい（貸金業法2条1項）、これを営もうとする者は、財務(支)局長又は都道府県知事の登録を受けなければならない（3条1項）、同項の登録を受けない者は貸金業を営んではならない（11条1項）。

貸金業法は国内に営業所又は事務所を設けずに登録をすることを想定していないため（同法3条1項等）、仮に国内の者を相手方とする貸付けがすべて貸金業に該当するという解釈をとった場合には、日本に拠点を設けていない外国の業者が日本国内にある者を相手方として貸付けを行うことはできないことになる。

### (2) 政府見解

貸金業法のクロスボーダー適用については、平成20年5月23日、第169回国会において階猛衆議院議員から提出された「(外国銀行代理業の) 制度を利用しない外国銀行の貸付けはすべて貸金業に該当し、貸金業法に基づく登録など所定の規制を受けるという理解でよいか。」との質問に対し、政府より「国

内において外国銀行が業として行う貸金業法…第2条第1項に規定する貸付け…で、外国銀行の業務の代理又は媒介に係る貸金業法の特例の規定…の適用を受けないものは、同項に規定する貸金業に該当し、貸金業法の適用を受けることとなる。」との答弁がなされていることが注目される（注26）。

ここでは、質問が「外国銀行の貸付け」の「すべて」についてなされているのに対し、答弁においては「国内において外国銀行が業として行う」との限定がなされている。

この回答が、国外から（国内にある者を相手方として）行われる貸付けについては一切言及をしないものなのか、あるいは「国内において…業として行」われることを貸金業登録義務発生の要件とするものかは直ちには明らかではない。しかし、伝統的な属地主義との整合性や、質問と答弁との対応関係にかんがみれば、「国内において…業として行」われることを登録義務発生の要件としていると捉えることが素直なように思われる（そのように解しないと、いわゆるすれ違い答弁になってしまい適当でない）。

なお、「金融庁の考え方（外国銀行代理業関係）」においても、「国外からの」資金の貸付けについての貸金業登録の要否に関する質問について、「国内で…貸金業を営もうとする者は…登録を受ける必要があ（る）」との回答がなされており（57頁No.8。下線は筆者。）、同様の趣旨に基づくものと思われる。

### (3) 「国内において」行われているかどうかの判断基準

もっとも、前述 3(3)エで銀行法47条1項の「日本において」の要件について論じたように、どのような場合に「国内で」貸金業を営んでいるといえるのかはそれ自体一義的に明らかではない。

「金融庁の考え方（外国銀行代理業関係）」においては、前述の政府答弁にいう「国内において」行っているかどうかは、「実態に即して判断される」との回答がなされているのみである（57頁No.7）。しかし、銀行法52条の2の4は、日本国内の銀行が外国銀行代理業務として所属外国銀行の業務の代理・媒介を行う場合には、所属外国銀行が業として行う貸付けは貸金業に該当しないものとみなしているところ、これは、外国の者が行う貸付けであっても日本国内においてその代理・媒介が行われる場合には、原則として貸金業に該当することを前提とした規定と思われる。

以上検討してきたところからすると、外国にある者が日本国内にある者を相手方として貸付けを行うことのみをもって貸金業の登録が必要になるわけではないものの、日本国内において他の者が当該貸付けの代理・媒介を行う場合には、貸金業法3条1項により登録を受けることが必要になるものと考えられる。

なお、国内での表示・広告行為や勧誘行為については、貸金業法11条2項各号により、同法3条1項の登録を受けなければ行うことが

できないが、これはクロスボーダー適用の問題とは関係がない。

## ■ 5. 有価証券関連業

### (1) 規定の概観<sup>(注27)</sup>

外国証券業者が行う有価証券関連業については、銀行業、貸金業や他の金融商品取引業に該当する行為と異なり、金商法においてクロスボーダー取引に係る若干の明文規定が設けられており、国際的な適用関係は相対的に明確である。

金商法29条は、「金融商品取引業は、内閣総理大臣の登録を受けた者でなければ、行うことができない。」と規定するが、さらに同法58条の2本文において、外国証券業者が「国内にある者を相手方として第28条第8項各号に掲げる行為を行」うことを禁止している。但し、「金融商品取引業者のうち、有価証券関連業を行う者を相手方とする場合その他政令で定める場合」は、この限りでない（金商法58条の2但書）。有価証券関連業に係る行為についての勧誘をすることなく、あるいは金融商品取引業者（第一種金融商品取引業を行う者に限る。）による代理又は媒介により、国内にある者の注文を受けて外国からその者を相手方として有価証券関連業に係る行為を行うことについては許容されており（金商法施行令17条の3）、金融商品取引業者等向けの総合的な監督指針（以下「金商業者等向け監督指針」という。）Xが監督に当たっての

解釈指針を定めている。

さらに、同法29条及び58条の2「の規定にかかわらず」、内閣総理大臣の許可を受けて、引受業務（59条1項）及び取引所取引業務（60条1項）を行うことができる。

## (2) 金商法58条の2の位置付け

金商法58条の2の規定は、廃止前の外国証券業者に関する法律（以下「旧外証法」という。）3条2項の規定を引き継ぐものと考えられるが<sup>(注28)</sup>、同項の規定については、①外国証券業者が国内において「営業」（現行法では「業」）に至らない単発的な行為を行う場合であっても、行為主体が業者であるので、これをいわばみなし業として捉えることが国内投資者保護上必要であること、及び②外国証券業者が国外から直接に勧誘及び取引を行う事例を放置しておくことは登録制の実効性を損ない、投資者保護上大きな問題があることによるものであると説明されてきた<sup>(注29)</sup>。

さらにこの規定が設けられた趣旨については、「国外から直接に国内にある者に対して有価証券の売買等の勧誘をし証券取引行為を行うという場合にその行為地をどう見るかについて…必ずしも明確ではないこと」が挙げられることがある<sup>(注30)</sup>。しかし、国内にある者が行為の相手方であることをもって直ちに当該行為を規制対象とするこの規定が、証券取引法等の一部を改正する法律（平成18年法律第65号）1条の規定による改正前の証券取引法（以下「旧証取法」という。）28条

（金商法29条）の登録義務を単に明確化しただけのものであるとすれば、伝統的な属地主義の考え方と大きく異なるものであると思われるし、また罰則（6月以下の懲役若しくは50万円以下の罰金又はこれらの併科（旧外証法50条1号））の上限が旧証取法28条違反の場合（3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又はこれらの併科（同法198条11号））に比べて大幅に軽いことを説明しにくい（当然に旧証取法28条による登録義務の対象となる行為のうち、国外から行うものを軽く処罰する規定を特に設けた<sup>(注31)</sup>ということになるが、その合理性については疑問があろう）。

また、仮に旧外証法3条2項や金商法58条の2が確認規定にすぎないとすると、政令指定による適用除外（金商法施行令17条の3）は、これらの規定の適用除外ではなく、旧証取法28条や金商法29条の適用除外として設けられるべきではないかと思われる<sup>(注32)</sup>。

むしろ、金商法58条の2（旧外証法3条2項）は、金商法29条（旧証取法28条）について伝統的な考え方である属地主義の立場に立ち、単に外国証券業者の行為の相手方が国内にあることのみをもって（それが（国外で）業として行うものであっても）同条の登録義務が課されるものではないことを前提としつつ、国内投資者保護の観点から特に外国証券業者による国内にある者を相手方とした行為を規制の対象とするものと捉えた方が素直であり<sup>(注33)</sup>、また、「行為地をどう見るかが明確ではない」との理由付けも、このような

文脈（つまり、国外から国内にある者を相手方としている場合、旧証取法28条の適用があるかないかを判断することは事実上困難な場合があるため、国外から国内にある者を相手方として取引をする場合を一律に旧外証法3条2項により規制の対象とする）で捉えるべきであろう。

### (3) 具体的適用

このように、有価証券関連業については、我が国の金融規制法上極めて例外的に一定の明文規定が設けられているため、クロスボーダー取引への適用関係は相対的には明確という。すなわち、有価証券関連業については、金商法29条は国内において業として行うもののみを対象としていると考えられる。（国内においてはいまだ「業」には当たらないが）国外から国内にある者を相手方として行う証券取引行為については、金商法58条の2により規制され、結果的に同法29条の登録を強いられるにとどまると考えられる。

## ■ 6. 自己運用業

### (1) 金融庁の考え方

金融庁の考え方（金商法等関係）中、自己運用業に係るコメントについては、「金商法では、外国の業者が国内にある者を相手方として行う取引であっても規制対象となり得る」（35頁No.1。下線は筆者。）という金商法のクロスボーダー取引に関する一般論から

さらに進んで、「国内投資家（居住者）が出資をする海外ファンドの運営者には、金融商品取引業者等としての登録…が必要」（57頁No.100）、あるいは「外国所在の業者が行う投資運用業に相当する業務について…国内投資家から出資を受けて行われる場合には金融商品取引業（投資運用業）の登録…が必要」（535頁No.2）等という明確な回答が示されている（注34）。また、「国内で勧誘行為を行っていない権利に係る投資運用業については金商法による規制は不要」という考え方は否定され（535頁No.4）、さらには、当初は外国投資家のみが出資をしていた場合であっても、その後その持分が国内の投資家に譲渡された場合には同様に金商法の規制が及ぶものとされている（92頁No.246）（以下かかる考え方を仮に「相手方主義」という）。

行為の相手方が我が国にあることを理由とする金商法の適用関係については、明文（58条の2）のある有価証券関連業を除けば、金融庁の考え方（金商法等関係）中にこのような明確な考え方が示されているのは自己運用業との関係のみのようである。他の金融商品取引業との関係でも同様の考え方をとるものかどうかは明らかではないが、同法61条の存在から、投資助言業務及び投資運用業については、国内にある者を相手方として行う行為については原則として登録義務があるという考え方に立っているという評価も可能であろう。

## (2) 金融庁の考え方の評価

他方、かかる考え方に対しては、①このように行為の相手方（ここでは出資者）が我が国にあることをもって直ちに金商法の規制対象とするのであれば、なぜ直ちに金商法58条の2のような規定を設けないのか、②実質的にも、顧客の資金を預かって運用する点で共通する性格を有し、国内においてはより厳格な規制に服している銀行業については単に顧客が国内にあることのみを理由としては免許等を要求しないことに比して厳格にすぎるとは思えないか、等の指摘ができる。

自己運用業は金商法により新たに導入された概念であり、2条8項15号の定義に当たる行為の中核概念である「運用」の意義すら必ずしもまだ明確になっていないところがあるように思われる（この「運用」が単に当該業者が保有する一定の財産（投資家から拠出を受けた財産）を用いて投資を行うことだけを指すのであれば、そのような行為が国外で完結する場合においても金商法の規制対象とするのは純粋な属地主義からは説明しにくいであろうし、他方で「運用」が各投資家からの出資の受入れ又は投資家に対する分配等を行うことも含むのであれば、出資受入れ又は分配行為等の一部は国内で行われていると見て金商法の規制を及ぼすことも属地主義から肯定できないではないかもしれない。）。まずはかかる「運用」の意義を明らかにするとともに、上記のような金融庁の考え方を既存の枠

組みを用いて正当化できるか、それができない場合には金融庁の考え方をどう位置付けていくか、今後なお検討を要するところと思われる。

## 7. おわりに

以上に検討したとおり、銀行業及び貸金業については、外国業者が単に我が国にある者を相手方として取引を行うのみでは免許又は登録を受ける義務は課されない一方、我が国において勧誘、媒介又は代理等を行う場合には、銀行業免許又は貸金業登録が必要になるとも考えられる。

これに対し、有価証券関連業については、金商法29条との関係では銀行業・貸金業と同様に考えられるものの、同法58条の2の規定があるため、同条但書の要件を満たさない限り外国証券業者はその行為地等を問わず我が国にある者を相手方として証券取引行為を行うことはできない。自己運用業については、我が国にある者から出資を受けて運用を行う行為に対しては金商法29条の登録義務が課されるという上記の実務上の解釈・運用をどう位置付けるかはなお検討が必要と考えられる。

とくに金融商品取引業に該当する行為については、従前の縦割り業法を見直し包括的・横断的な規制を行うという金商法の制定経緯（松尾＝岡田＝尾崎「金融商品取引法制の概要」『金融商品取引法・関係政府令の解説』（後掲注31）3頁）からすると、例えば同法

29条のクロスボーダー行為への適用について、各行為（有価証券関連業、有価証券関連以外のデリバティブ取引、投資運用業、投資助言業務等）に共通に妥当する統一的な解釈を導くことが法目的に照らし妥当ではないかと思われるが、旧外証法、旧証券投資顧問業法、旧金融先物取引業法などそれぞれ制定経緯が異なる様々な法律に設けられていた規定が承継されている部分も多いうえそれらの規定間の整合性が必ずしもとられていないことにより、解釈論上の困難な問題が生じている感がないではない（例えば有価証券関連業以外の業務については金商法58条の2のような規定が設けられていないことをどう考えるか等）。

「外国の主体が当事者の一方となる取引についても、一義的には金商法の適用対象となり得るものと考えられますが、更に具体的な適用関係については、取引の実態に応じて個別事例ごとに判断されるべきものであり、一律に形式的な基準を定めれば規制の潜脱を生じさせるおそれもあることから、適当でないと考えられます。」（金融庁の考え方（金商法等関係）35頁No.1）というものが本稿の主題に対する監督当局の考え方の代表例であろう。「取引の実態」を具体的に判断すべきこと、「規制の潜脱」は許すべきでないことに対しては誰も異存はない。しかし、いうまでもなく、「個別事例ごとに判断」するのは法的三段論法における小前提の大前提に対する当てはめの部分だけであって、その「大前提」の

部分は「個別事例」に左右されず、既に存在しているはずのものである。この「大前提」が監督当局から明確に示されているのは前述の自己運用業など例外的なもののみであるが、あるべき解釈を模索するための関係者間の議論を促進し、また法的安定性を確保するためにも、明確な形で監督当局の考え方が示されることを期待したい。

なお、免許又は登録を受ける義務を定める規定の国際的適用範囲の検討に当たって当該規定の趣旨を十分考慮することが必要であることはいうまでもないが、通常、その趣旨は「投資者保護」、「預金者保護」、「借手保護」など抽象的なものであり、これに対立する利益・価値等（例えば法律の誠実な執行（憲法73条1号）に要する規制コスト、他の法域における規制との調和、海外の業者を利用することができることによる国民の利便）が具体的にイメージしにくいこともあって、日本の領域又は日本の居住者が関係するクロスボーダー取引等に関し、ともすれば安易に適用範囲を広げた解釈が行われるおそれもないではない。

本稿では、この点にも留意しつつ、金融取引が国際化する中で多くの人に受け入れられやすい解釈を試みたつもりである。裁判例や学説が少ないため採用した、行政解釈を分析の主たる対象とした方法論<sup>(注35)</sup>をはじめ、ご批判を受けるべき部分も多いかもしれないが、本稿が議論の活発化のための一助となれば幸いである。

(注1) <http://www.flb.gr.jp/jdoc/publication11-j.pdf>

(注2) 例えば森下国彦「金融関係法令の国際的適用範囲」(ジュリ1232号119頁以下)、森下哲朗「金融関係法の国際的適用範囲」(金商1294号1頁)など。

(注3) 本稿の執筆に際し、森下国彦弁護士から多くの有益なコメントを得た。ここに記して感謝申し上げる。もとより、本稿に関するすべての責任は筆者一人に帰すべきものである。

(注4) なお、一般的には、本稿が検討の対象としている事案においては会社法817条1項の適用の有無が問題となりうることに留意が必要である。

(注5) 例えば、金融庁が平成21年7月31日付けで公表した「『金融商品取引業等に関する内閣府令の一部を改正する内閣府令(案)』等に対するパブリックコメントの結果等について」の「コメントの概要及びそれに対する金融庁の考え方」においては、(特段場面を限定すること等はせず)「日本の居住者のために又は日本の居住者を相手方としてFX取引業を行う場合には、金融商品取引業の登録が必要となります。」との解釈が示されている(11頁No.73)。FX(通貨に関連する店頭デリバティブ取引)については金融商品取引法58条の2但書のような規定がないため、かかる解釈の下では外国の業者は金融商品取引業の登録を受けずして日本の居住者のために又は日本の居住者を相手方として「FX取引業」を行うことは一切できないこととなり、結果的に外国証券業者より重い規制が課されることとなる(但し、金商法2条8項、金融商品取引法1条の8の6第2号の規定により、登録を要せず一定のプロ顧客を相手方として行うことは可能である)。しかし、かかる解釈が、有価証券関連業について58条の2の規定を設けた金融商品取引法の枠組みに照らして整合的かどうかは疑問である。

(注6) 中間論点整理注9参照。但し、許認可取得義

務の違反は、通常、構成要件の結果の発生を要しないいわゆる単純行為犯であるから(内田文昭「特別刑法の体系」(伊藤栄樹ほか編『注釈特別刑法 第1巻』(立花書房、1982年)73頁)参照)、結果的に構成要件の行為の行われた地のみが犯罪地になるのではないかとも考えられる(反対、財政金融法規研究会編「財政金融法規解説全集 証券企業財務編」890頁)。

(注7) 無登録業者等に対する監督当局の対応については、金商業者等向け監督指針II-1-1(7)など。取引の私法上の効力につき、改正前証取法28条違反の行為についてこれを一般的に公序良俗に反するものとして無効とするかのようにも解しうる裁判例もあるところであるが(広島地判平成18年6月1日判時1938号165頁等)、本稿では深く立ち入らない。

(注8) 国家管轄権の内容につき山本草二『国際法』(新版、有斐閣、1994年)232頁など。また立法管轄権のみを独自に論じることの意義については中間論点整理1も参照。

(注9) 中間論点整理2(1)及び同注10。

(注10) 例えば道垣内正人「法適用関係理論における域外適用の位置づけ」(松井芳郎ほか編『国際取引と法』(名古屋大学出版会、1988年)221頁)は「域外適用については、日本は、現在までのところ、特定の犯罪について刑法が規定するものを除いては、自国法を自国外に拡大適用することに消極的であり、原則として一国の法律はその領域内だけで適用されるべきであるとする厳格な属地主義を維持しているようである」とする。

(注11) 4(2)において言及する政府答弁においても同様の考え方がとられている。

(注12) なお、銀行業の免許を受けずに預金の受入れを行う行為については、出資の受入れ、預り金及び

金利等の取締りに関する法律2条1項による預り金の禁止も問題となるが、詳細は割愛する。

(注13) この場合、正犯としての当該海外銀行については、国外犯として銀行法61条による処罰ができない可能性があるが(刑法1条1項、8条。注6参照)、その場合でも国内で行われている共犯行為については国内犯として処罰が可能と考えられる(芝原邦爾「国際犯罪と刑法」中山研一ほか編『現代刑法講座第5巻』(成文堂、1982年)311頁)。

(注14) ノーアクションレターに対する回答において、照会の対象となっていない義務の遵守について言及した近時の事例として、金融庁総務企画局市場課長名の平成20年12月25日付け『金融商品取引法』に関する法令適用事前確認手続にかかる照会について」など。

(注15) <http://www.fsa.go.jp/news/18/ginkou/20070316-1.html>

(注16) 「預金の受入れ」とは金銭の消費寄託を受けることをいう(西原寛一『金融法(法律学全集53)』(有斐閣、1971年)22頁)。消費寄託は金銭の交付がその成立要件であり、また金銭の交付を受けないのであれば銀行法による規制の対象とする必要は乏しい。これらからすると、銀行法2条2項1号にいう「預金の受入れ」とは顧客との間で消費寄託の合意をし、顧客から金銭の交付を受けることをいうと考えられる(なお預金契約の成立について幾代通=広中俊雄編『新版注釈民法(16)』407頁[打田・中馬](有斐閣、1989年)参照)。他方、本文の考え方によれば、クロスボーダー取引の場面においては、国内で金銭の交付を受けなくとも(すなわち国内において行われている行為だけを見れば「預金の受入れ」に至らないものであっても)、国内でその「勧誘」や「預金口座開設書類の署名」の徴求を行うのであれば、銀行法4条

1項の免許が必要ということになる。

(注17) 金融商品取引法等の一部を改正する法律(平成20年法律第65号)によるもの。

(注18) <http://www.fsa.go.jp/news/20/20081202-1.html>

(注19) 高橋康文編著『詳説 資金決済に関する法制』(商事法務、2010年)258頁も同様の考え方の方である。

(注20) 「媒介」とは、「他人の間に立って、他人を当事者とする法律行為の成立に尽力する事実行為」であるが(金融庁の考え方(外国銀行代理業関係)50頁No.2)、かかる定義上、「媒介」に該当するためには「…尽力する事実行為」があればよく、最終的な契約成立は不要と思われる。なお、他人の間に立って行う事実行為であっても、「媒介」に至らないものがあることに留意が必要である(金融庁「主要行等向けの総合的な監督指針」Ⅷ-3-2-1-1(3)②などを参照)。

(注21) 最判平成13年3月12日刑集55巻2号97頁。

(注22) 一般に、為替取引には送金為替と取立為替があるが(平木正洋『最判解説平12年度3事件評釈』(法曹会、2003年))、本文で検討をしているのはこのうち送金為替である。

(注23) 第171回国会衆議院財務金融委員会(平成21年4月14日)における政府参考人(金融庁総務企画局長)答弁。同月15日の委員会でも同趣旨の答弁がある。

(注24) 日本国内において為替取引の勧誘又は代理若しくは媒介を行うには銀行業免許を要するとする私見と資金決済法63条との違いは、同条が適用される「外国資金移動業者」については必ずしも日本国内において勧誘行為をしなくとも、日本国内にある者に「向けた」勧誘行為であれば同条の禁止の対象となる点にある。なお、同条については、新たに規制を設けるものではなく、従前の銀行法上の取扱いを明らかにするにすぎないという見方

もあるが（前掲高橋『詳説 資金決済に関する法制』260頁）、そうであれば禁止の対象を外国で登録等を受けた「外国資金移動業者」に限定する必要はないと思われるし、また規定の位置付けとしても、資金決済法ではなく無免許での為替取引を禁止する銀行法に設けるべきであろう（なお高橋康文編著『逐条解説 資金決済法』（金融財政事情研究会、増補版、2010年）220頁は、資金決済法63条は創設的規定と考えているようである。）。

(注25) 中間論点整理 4 参照。

(注26) [http://www.shugiin.go.jp/itdb\\_shitsumon.nsf/html/shitsumon/a169418.htm](http://www.shugiin.go.jp/itdb_shitsumon.nsf/html/shitsumon/a169418.htm)（質問趣意書）、[http://www.shugiin.go.jp/itdb\\_shitsumon.nsf/html/shitsumon/b169418.htm](http://www.shugiin.go.jp/itdb_shitsumon.nsf/html/shitsumon/b169418.htm)（答弁書）

(注27) 現行法の規制を概観したものとして青木浩子「外国証券業者に対する監督権の行使」（江頭憲治郎先生還暦記念『企業法の理論（下巻）』（商事法務、2007年）645頁。

(注28) 金融庁の考え方（金商法等関係）530頁No. 5 参照。

(注29) 田中誠二「外国証券業者に関する法律について」（商事法務研究558号12頁）。

(注30) 前掲田中14頁。但し、この文献は「刑事上は明らかに『国内』で行う取引と解されるものであるが、民事上は国内における行為としてとらえられるかどうか必ずしも明確ではない」としており、行政法規の適用領域との問題と民事法規の適用領域の問題とを混同しているのではないかという疑問もある。

(注31) なお、旧外証法 3 条 2 項は単発的行為をも対象とするものであるから、仮に旧証取法28条の対象に「国外から国内にある者を相手方として行う行為」を含めたとしても、営業性を要件とする同条ではかかる単発的行為は捕捉できず、それを捕捉するところに旧外証法 3 条 2 項の独自の意義があ

るという考え方もありうる。しかし、同項の主体は外国証券業者であって、当該単発的行為も外国における営業の一部を構成する行為であり、旧証取法28条についてそのような解釈をとる場合には当然に同条の対象になる行為であると考えられる。なお、現行法では、金商法58条の2違反の行為については罰則が設けられておらず、その理由は不明であるが、かといって同条の規定が外証法 3 条 2 項の規定を引き継いだものであるという性格付けは左右されないものと思われる（岸田雅雄監修『注釈 金融商品取引法【第2巻】業者規制』（金融財政事情研究会、2009年）678頁〔篠宮〕、尾崎＝中西「業規制・登録金融機関制度等」松尾直彦編著『金融商品取引法・関係政府令の解説』（商事法務、2008年）40頁）。

(注32) なお、金商法施行令17条の3第2号の存在を強調し、「勧誘」（金商業者等向け監督指針X-1-2によれば国内投資者に向けたものであれば外国のサーバー上に開設したウェブ上での広告等も含むようである。）があれば、当然に金商法29条の適用がある（つまり、同号は当然に金商法29条の対象となるものを裏から定めるにすぎない。）と解する考え方もあるようである。しかし、例えば、同号イは店頭デリバティブ取引について相手方を金商法施行令1条の8の6第1項2号イ又はロのいずれかに該当する者に限定するなど相当技術的な規定となっており、金商法施行令17条の3第2号が当然に金商法29条の対象となるものを定めたにすぎないと解するのはかなりの違和感があるし、かかる考え方では本文で述べた旧外証法における罰則規定（50条1号）の意義を説明できないであろう。

(注33) したがって、金商法58条の2のような規定のない銀行法や貸金業法などについては、同条に関する解釈指針である金商業者等向け監督指針Xを考慮

---

する必要も一義的にはないということになる。

(注34) 同様の見解に立つものとして松尾直彦ほか「座談会 金融商品取引法制と実務上の諸論点(1)」(Lexis企業法務23号32頁 [館・松尾発言]) (2007年) など。

(注35) 政府内担当部局における立案担当者の考え方といわゆる立法者意思との関係については、最判平成19年12月18日民集61巻9号3460頁などを参照。



八木 俊則 (やぎ としのり)  
2004年東京大学法学部卒業  
アンダーソン・毛利・友常法律事務所  
第二東京弁護士会所属弁護士  
MAIL toshinori.yagi@amt-law.com