

預金の不正払戻しに関する  
個人預金者と銀行との間の損失分担ルールについて  
——ハードローとソフトローの協働——

大川昌男

吉村昭彦

日本銀行

2009年10月

## 預金の不正払戻しに関する

### 個人預金者と銀行との間の損失分担ルールについて

#### ——ハードローとソフトローの協働——<sup>†</sup>

大川昌男<sup>1</sup>・吉村昭彦<sup>2</sup>

#### I. はじめに

2008年2月19日、全国銀行協会（以下、全銀協という）は、盗難通帳やインターネットバンキングによる預金の不正払戻しへの対応に関する申し合わせを公表した<sup>3</sup>。この全銀協申し合わせは、預金<sup>4</sup>の不正払戻しにつき、銀行が無過失の場合でも、個人預金者に責任がない限り、積極的に補償に応じることを申し合わせた銀行業界の自主ルールである。

従来、銀行は、預金の不正払戻しにかかる多くの事例において、民法478条あるいは銀行取引約款の従前の免責条項に基づき、銀行に過失がなければ預金の払戻しが効力を有するとされる結果、損失を預金者の負担とすることが多かったといわれている。しかしながら、キャッシュカードの不正利用が2003年以降多発したことを背景に、被害者および被害対策弁護団が各政党等に働きかけたこともあって、「偽造カード等および盗難カード等を用いて行われる不正な機械式預貯金払戻し等からの預貯金者の保護等に関する法律（以下、預金者保護法という）」が2005年6月に議員立法として提案され、同年8月に成立、2006年2月より施行された<sup>5</sup>。その2年後に公表された上記の全銀協申し合わせは、

---

<sup>†</sup> 本稿の作成にあたっては、井上聡氏、大野正文氏、白神猛氏、高橋亘氏、西田章氏、三上徹氏、水野正幸氏、森毅氏から有益なコメントを頂いた。ここに記して感謝したい。ただし、ありうべき誤りはすべて筆者たちに属する。また、本稿に示されている意見は、筆者たち個人に属し、筆者たちが属する組織の公式見解を示すものではない。

<sup>1</sup> 日本銀行政策委員会室、東京大学 GCOE 特任研究員。

<sup>2</sup> 日本銀行総務人事局。

<sup>3</sup> 詳細は全銀協ホームページ (<http://www.zenginkyo.or.jp/news/2008/02/19160000.html>) や岩本・辻 [2008] 等参照。

<sup>4</sup> 「預貯金」という用語法も散見されているが、本稿では銀行業界の自主ルールに焦点をあてていることもあって、原則として「預金」という用語を用いることとする。

<sup>5</sup> 預金者保護法の立法のスピードは画期的なものであったといわれている。詳しく、例えば、岩原・野間・松本 [2006] 参照。また、大村 [2006] 36 頁は「偽造・盗難カードに関し

預金者保護法では適用対象とされていない盗難通帳やインターネットバンキングによる預金の不正払戻しに関する損失分担ルールを修正したものである。

このように、近年、預金の不正払戻しに関する個人預金者と銀行との間の損失分担ルールの整備が進捗している。しかしながら、預金者保護法制定および銀行業界の自主ルールの策定（全銀協申し合わせの公表）という一連の損失分担ルールの整備に当たっては、被害を受けた個人預金者への補償の確保が最重要視されたこともあって、預金者保護の体制を改善したことや銀行に対して情報セキュリティを向上させるインセンティブ付けとなっていること等について肯定的に評価される一方<sup>6</sup>、個人預金者に対して損失を防ぐためのインセンティブを与えていないのではないかと、被害損失を最小化する仕組みとなっていないのではないかと懸念も聞かれている<sup>7</sup>。これらの点を踏まえれば、預金の不正払戻しに関する個人預金者と銀行との間の損失分担ルールについて、今後も検討を重ね、さらに改善していく余地があるともいえる。そこで、本稿では、

---

ては、社会規範が急速に形成され、かつ、それが迅速に立法に反映された」と評価する。そのうえで、「日本の立法の応答性が高まっていると見るべきなのか。仮にそうだとしたら、それはなぜか。そのことをどう評価すべきか。これは、個別の解釈論・立法論を超える問題であるが、日本の社会と法の将来を考える上で、避けて通るわけにはいかない問題であろう」と指摘する。

<sup>6</sup> 例えば、岩原紳作・東京大学教授は、預金者保護法について、「…セキュリティの体制を向上させるには、預金者には相当な過失がない限り、損害が起きたら金融機関が損失を負担して、預金者がきちんと保護されるという法制をとっておかないと、金融機関も真剣にセキュリティ体制の構築に取り組んでくれないのではないかと思います。そういう意味では、セキュリティ、あるいは預金者保護の体制をより良くしていく制度の出発点が、この法律でできたのではないかと考えております」と評価する。岩原・野間・松本 [2006] 27頁 [岩原紳作発言部分]。

<sup>7</sup> 例えば、野村(美) [2009] 84頁 [弥永真生・筑波大学教授報告の紹介部分] は、「一般論としては、カードの盗難・偽造による不測の損害から預貯金者を保護するのはよいことである。預貯金者の合理的意思にも合致する。しかし、預貯金者が軽過失の場合には25%、重過失の場合には全損失を負担するという考え方には、不正行為を防止するという観点で欠けている。金融機関が過失や重過失を立証できない可能性や、預貯金者に不正利用を防止するインセンティブが働かない可能性がある」と指摘する。

また、岩下 [2006] 51-52頁は、「セキュリティ対策は『足し算』ではなくて『掛け算』で効いてくるとよくいわれる。金融機関側が万全の対策を講じていても、利用者が不注意であれば被害が発生し得る。このため、セキュリティ対策には利用者の協力が不可欠となる。もし、利用者が『金融機関が補償してくれるから』というモラル・ハザード的な認識でいると、セキュリティ対策の効果はあまり期待できない。また、①セキュリティ・レベル、②利用者の管理負担（例えば、利用限度額の引下げによる提供サービスの低下）、③システム構築コストには、トレードオフの関係があることを認識すべきである。金融機関がビジネスとして金融サービスを提供する以上、システム構築コストには限界があるのだから、利用者にも一定の管理負担を求めていかないと、必要なセキュリティ・レベルを確保できない。したがって、預貯金者保護法の下で、利用者に適切な管理負担を担ってもらえるようなルール作りが、今後の重要な論点となるだろう」と指摘する。

ソフトローであると捉えうる銀行業界の自主ルールに敷衍しつつ<sup>8</sup>、預金の不正払戻しに関する個人預金者と銀行との間の損失分担ルールの概要を整理したうえで、今後目指すべき方向を探ることを試みる。

本稿の構成は、次のとおりである。まず、Ⅱ章において、民法 478 条および銀行取引約款における従前の免責条項ならびに預金者保護法および 2005 年の全銀協によるカード規定試案の改正を取り上げ、それらにつき概説する。次に、Ⅲ章においては、2008 年の全銀協申し合わせを取り上げ、その策定経緯の特徴および概要について整理する。そのうえで、Ⅳ章において、ひとつの試論として、効率性という視点からリテール決済取引における損失分担ルールのあり方について考察した Cooter and Rubin [1987] の分析枠組みを個人預金者と銀行との間の現行の損失分担ルールにあてはめることを試み、その評価できる点およびさらなる検討が望まれる点を指摘する。

## Ⅱ. 民法 478 条と預金者保護法——銀行取引約款の従前の免責条項と 2005 年の全銀協によるカード規定試案の改正——

従来、預金の不正払戻しにかかる多くの事例において、銀行は、民法 478 条あるいは銀行取引約款の従前の免責条項<sup>9</sup>に基づき、銀行に過失がなければ、預

---

<sup>8</sup> 星野 [2009] 33 頁は、「(ソフトローは) 一定業種の企業間の契約慣行、特にその内容を業界団体が統一的なモデル契約を作って、皆がそれでやるというように、企業間の契約によって作られるものが多いのです」と指摘している。銀行業界の自主ルールはこうしたソフトローの典型例であるといえよう。なお、ソフトローに関する分析一般については、例えば、藤田編 [2008] (とりわけ 1-10 頁 [藤田友敬執筆部分] および 101-122 頁 [小塚荘一郎執筆部分 <ソフトローを形成主体の側から捉え、その観点から業界団体による標準契約書の作成についても分析し、銀行取引(銀行取引約定書ひな型)の事例にも言及する>)) 参照。

<sup>9</sup> 従前、例えば、窓口における払戻しについては「払戻し請求書、諸届その他の書類に使用された印影または署名を届出の印鑑または署名鑑と相当の注意をもって照合し、相違ないものと認めて取扱いましたうえは、それらの書類につき偽造、変造その他の事故があってもそのために生じた損害については、当行は責任を負いません」といった免責条項、ATM における払戻しについては「当行が、カードの電磁的記録によって、支払機の操作の際に使用されたカードを当行が交付したものとして処理し、入力された暗証と届出の暗証との一致を確認して預金の払戻しをしたうえは、カードまたは暗証につき偽造、変造、盗用その他の事故があっても、そのために生じた損害については、当行は責任を負いません (ただし、この払戻しが偽造カードによるものであり、カードおよび暗証の管理について預金者の責に帰すべき事由がなかったことを当行が確認できた場合の当行の責任についてはこのかぎりではありません)」といった免責条項、インターネットバンキングにおける払戻しについては「本規定に記載された本人確認方法により本人からの依頼として取り扱いをうけたうえは、暗証番号等に偽造、変造、盗用その他の事故があっても、それにより生じた損害については、当行は責任を負いません」といった免責条項が、銀行取引約款等に

金の払戻しが効力を有する（損失を銀行ではなく預金者が負担する）こととされ、判例法理も当時はこうした従前の損失分担ルールを支持していた<sup>10</sup>。こうした従前の損失分担ルールのあり方が大きく見直されたのは、キャッシュカードの不正利用の多発を背景に預金者保護法が成立した 2005 年である。以下では、民法 478 条および銀行取引約款の従前の免責条項ならびに預金者保護法および 2005 年の全銀協によるカード規定試案の改正について概説する。

## 1. 民法 478 条と銀行取引約款の従前の免責条項

原則として受領権限のない者への弁済は無効となるが、この例外として「債権の準占有者に対してした弁済は、その弁済をした者が善意であり、かつ、過失がなかったときに限り、その効力を有する」という規定が設けられている（民法 478 条）。また、銀行取引約款の従前の免責条項はこの民法 478 条の主旨を明文化したものと解されていた<sup>11</sup>。民法 478 条あるいは銀行取引約款の従前の免責条項を預金の不正払戻しのケースにあてはめると、銀行が善意・無過失であることおよび無権限者が債権の準占有者<sup>12</sup>に該当すること<sup>13</sup>という 2 つ要件をみたせば、原則として払戻しは有効とされ、預金者が損失を負担することになる<sup>14</sup>。

---

設けられていた。

<sup>10</sup> 民法 478 条による銀行の免責に関連して、岩原 [2003] 133 頁は、「わが国の判例・学説は民法 478 条を、動的安全の保護を理由に拡張解釈し、理由の如何を問わず過失なく弁済した債務者は全て免責されるという意味での過失主義の規定にしてしまっている」と指摘する。

<sup>11</sup> 前田（庸）[1979] 28 頁は、銀行取引約款の従前の免責規定について、「この規定は右の民法 478 条の主旨を明文化したものと解される。いいかえれば、このような免責規定が預金規定に含まれているからといって、民法 478 条によるよりも、銀行の注意義務が軽くなると解すべきでない」としている。また、潮見 [2004] 218 頁は、「約款に言う『相当の注意』を 478 条での『無過失』と捉えることで、免責約款のある場合とない場合とで大きな違いを認めないのが、全体としての傾向である。言い換えれば、この種の免責約款は、478 条の注意の内容・程度を広げたものでも狭めたものでもない」としている。

<sup>12</sup> 債権の準占有者とは、取引の観念から見て真の債権者または受領権者らしい概観を有する者をいうとされている。我妻 [1964] 278 頁、中田 [2008] 313 頁等参照。

<sup>13</sup> なお、判例法理において債権の準占有者性は民法 478 条の適用について独立の意味を有しておらず、弁済請求者が権限を有すると称しており、債務者がその権限の存在を信じたことが当該事情のもとで正当であったと評価できれば十分であるとされているとの指摘がある。佐久間 [2004] 391 頁。なお、この点に関連する問題提起としては、例えば、池田 [2009] 13 頁がある。

<sup>14</sup> 民法 478 条の適用に当たっては、真の債権者の帰責性を要件とすべきとする学説も存在するが、判例・通説ともこれを独立の要件とすることは否定している。内田 [2005] 55 頁等参照。我妻 [1968] 280 頁は、「準占有を生じた理由は問わない。ことに、真実の債権者の意思によって生じた場合（例えば預金証書と印を預けておいた者がほしいままに利用した場合）に限らず、紛失したときや盗まれたとき、その他その意思に全く関係なく生

## (1) 銀行が善意・無過失であること（銀行の過失の判断基準）

### イ. 銀行窓口における不正払戻し

銀行窓口における預金の払戻しでは、小切手の払出しのケースについて昭和46年最高裁判決<sup>15</sup>が示した「特段の事情のない限り、社会通念上一般に期待される業務上相当の注意をもって印鑑を平面照合すれば銀行は免責される」という基準が踏襲されてきた。銀行窓口における盗難通帳を用いた預金の不正払戻しにかかる平成10年最高裁判決<sup>16</sup>においても、この基準に基づき銀行の過失の有無が判断されており、銀行窓口での預金の不正払戻しでは、印鑑照合における過失の有無が、銀行の過失の有無を判断するに当たっての重要な要素とされてきた<sup>17</sup>。他方、印鑑照合自体には過失がなくても、その他の点で払戻請求者の無

---

じた場合でもよい。かように本人の意思を問題としないところに……取引の安全保護の思想が極めて徹底して現われる」としている。一方で、真の権利者の帰責性を要件とすべきとする学説もある。潮見 [2004] 223-224 頁等参照。真の債権者の帰責性に関連して、内田 [2005] 55 頁は「理論的には、478 条は権利概観法理の一貫として理解するのが妥当であり、したがって、ある程度は真の債権者の帰責事由を考慮すべきだと思われる。しかし、通常法律行為と違い、弁済の特殊性（債務者は弁済に慎重であると債務不履行のリスクを負うことになる）から、弁済者の『過失』要件の中でそれを考慮するというのが解釈論として適当」との考えを示している。

<sup>15</sup> 最判（一小）昭和46年6月10日民集25巻4号492頁。同判決は、「特段の事情のないかぎり、折り重ねによる照合や拡大鏡等による照合をするまでの必要はなく……いわゆる平面照合の方法をもってすれば足りるにしても、金融機関としての銀行の照合事務担当者に対して社会通念上一般に期待されている業務上相当の注意をもって慎重に事を行うことを要し、かかる事務に習熟している銀行員が右のごとき相当の注意を払って熟視するならば肉眼をもつても発見しうるような印影の相違が看過されたときは、銀行側に過失の責任がある」と判示している。

<sup>16</sup> 最判（二小）平成10年3月27日金判1049号12頁。

<sup>17</sup> 昭和46年最高裁判決と平成10年最高裁判決において示された印鑑照合において銀行が尽くすべき注意義務の程度について、前田（重）[1999]40頁は、以下のように指摘する。すなわち、平成10年最高裁判決の原審である平成9年9月18日東京高裁判決が、①「通常の事務処理の過程で、限られた時間内にはあるが」という制約の存在を認めていること、②昭和46年最高裁判決の「熟視するならば肉眼をもつても発見しうるような印影の相違が見過ごされたとき」に代え、「肉眼をもって別異の印章による印影であることが発見し得るのに、そのような印影の相違を看過した場合」としていることを捉え、①は銀行が短時間に大量の印鑑照合事務を処理しなければならないことを考慮すべきであることを、②は肉眼をもって発見しうる印影を見過ごしたというだけで直ちに過失があるとされるのではなく、その相違が異なった印鑑により生じたものであることまで発見しえない場合に初めて過失が存するとされることを意味するものであり、昭和46年最高裁判決の印鑑照合における注意義務を一定程度緩和したものと捉えることも可能であるとする。もっとも、平成10年最高裁判決の判旨の内容からみて、上記の原審の判断については事実認定の範囲の問題として、それに立ち入ることなく原審判決を肯定したにすぎないものとも考えられ、昭和46年最高裁判決が示した尽くすべき注意義務についての基準の妥当性をあらためて判断したわけでもないとも考えられるとの留保が付されている。

権限を疑わせるような特段の事情が認められる場合には、銀行の免責が否定されることとなる<sup>18</sup>。

#### ロ. ATMにおける不正払戻し

ATM<sup>19</sup>における預金の払戻しには、カード等と暗証番号の一致により本人確認が機械的かつ形式的に行われるという性質があり、従来の対面取引を念頭に入れた過失の判断基準では十分対応できないことが従前より議論されてきた。ATMにおいて不正払戻しが行われた場合の弁済の有効性について、最高裁が初めて判断を示したのが、平成5年判決<sup>20</sup>である。同判決では、ATMにおける不正払戻しに関して、「預金者に交付した真正なカードが使用され正しい暗証番号が入力されていた場合には、銀行による暗証番号の管理が不十分であったなど特段の事情がない限り免責条項の適用を認める」という基準が示された<sup>21</sup>。また、平成15年最高裁判決は、無権限者が盗難通帳によりATMから預金を不正に払い戻したケースにおいても、民法478条が適用されることを明示したうえで、銀行が無過失であったというためには、「払戻しの際に機械が正しく作動しただけでなく、機械払いシステム全体の設置管理について、可能な限度で無権限者による払戻しを排除し得るよう注意義務を尽くしていたことを要する」という基準を示した<sup>22</sup>。

18 具体的にどのような場合が「特段の事情」に当たるかについて、上記2つの最高裁判決では明示されなかったが、下級審判例においては、例えば、払戻請求書の氏名や住所に誤記がある場合、預金残高のほぼ全額に当たる高額な払戻しの場合、およびその他払戻請求者の言動が不審である場合において、印鑑照合にあたってより厳しい注意義務が求められるほか、身分証明書の提示等により本人確認をすべき義務があったとするものがある。このような下級審判例を整理するものとして、前田（重）[2003]、高見澤・齋藤・野間[2005] 178-187頁等参照。

19 本稿では、ATM (Automated Teller Machine) という用語を、現金自動支払機、Cash Dispenser等と特段区別せずに用いている。

20 最判（二小）平成5年7月19日判時1489号111頁。

21 また、平成5年最高裁判決では、磁気ストライプ部分に暗証カードをのせている（いわゆる「ゼロ化」されていない）カードの安全性が問題となったが、最高裁は「支払システムが免責約款の効力を否定しなければならないほど安全性を欠くものということとはでき」との判断を示している。なお、野村（豊）[1993] 12頁は、同判決を、「支払システムの安全性との関連で免責約款の効力を判断する」考え方を採っているとしたうえで、「一方では、より安全性の高い技術が開発されることによって、既存の技術の相対的な安全性が低下すると同時に、他方では、磁気ストライプ部分に記録されたデータの解読のように、技術の発達によってこれまでは安全であったことが安全でなくなることがある」として、技術の進展に伴い安全性についての判断が変化することを指摘している。また、三上[2003] 135頁は、「結局、不断にセキュリティレベルの維持に努めなければ、システムの安全性として金融機関の『過失』が問われうることを示すのが本判決の現代的意義といえよう」と指摘する。

22 最判（三小）平成15年4月8日民集57巻4号337頁。さらに、同判決は、機械払にお

## ハ. インターネットバンキングにおける不正払戻し

インターネットバンキングにおける不正払戻しに関して、下級審判例のなかには銀行取引約款の免責条項の適用の可否を判断するものもある。これらの判例では、銀行が無権限者による振込を排除しうるようにシステムを構築していたかという観点から、従前の免責条項<sup>23</sup>の効力を判断している<sup>24</sup>。

### (2) 債権の準占有者に該当すること

判例・通説は、預金通帳と届出印鑑を所持して銀行窓口で預金の払戻しを請求する者については、その所持が当該預金通帳または届出印鑑の紛失、盗難、偽造によるものであっても、債権の準占有者性を認めているほか、無権限者がATMにおいて不正払戻しを行う場合に、カードないし通帳や暗証番号を用いて払戻しを行う者についても、債権の準占有者に該当すると解している。また、インターネットバンキングにおいて真正なIDとパスワード等を使用し払戻しを

---

いては弁済受領者の権限の判定が銀行側の組み立てたシステムにより機械的、形式的にされるものであることに照らすと、無権限者に払戻しがされたことが機械的に正しく行われたというだけでなく、機械払システムの利用者の過誤を減らし、預金者に暗証番号等の重要性を認識させることを含め、同システムが全体として、可能な限度で無権限者による払戻しを排除し得るように組み立てられ、運営されるものであることを要すると判示する。

<sup>23</sup> 前掲注9参照。

<sup>24</sup> インターネットバンキングにおける不正払戻しを扱った最高裁判例はないが、松並[2005] 622頁は、平成15年最高裁判決が示した過失の判断枠組みは、「機械払システムのみならず、電子決済に関するものはもとより、係員が請求者・弁済受領者に直接対応して支払をするものを含め、銀行が一方的に組み立てた権利者判定のシステム全般に当てはまるものと思われる」と指摘する。

下級審判例の具体例についてみると、平成18年7月13日東京高裁判決は、インターネットバンキングにおいても振込送金がなされたときにおける暗証番号等の一致の確認があれば、銀行による暗証番号管理が不十分であった等の特段の事情がない限り免責されるとしつつ、銀行がインターネットバンキング・サービスをシステム全体として可能な限度で無権限者による振込を排除しうよう構築・管理していたとして、従前の免責条項の適用を認めている。預金者側は、当該銀行が他の銀行で採用されていた乱数表等の無権限者の排除措置を採っていないことを指摘し、銀行側が預託された預金を安全に預かり保管する義務を怠ったとの主張を行ったが、東京高裁はこの点について「採用しない限り無権限者による振込を排除し得ないというわけではないから、被告が上記各措置を採用しないことをもって、本件システムを構築及び運営するにつき注意義務違反があったということではできない」と判示した。同判決を概説するものとして、島田・沖田[2007]参照。また、平成19年4月12日大阪地裁判決は、「銀行が交付した契約者番号が使用され、正しい暗証番号等が入力されていた場合には、銀行による契約者番号及び暗証番号等の管理が不十分であったなどの特段の事情がない限り、銀行は、入力された契約者番号及び暗証番号等とシステムのデータベースに登録されている当該預金者の契約者番号、暗証番号等を確認して現金の振込を実行した以上、銀行に『責めがある場合』にはあたらぬと解すべきである」と判示した。同判決を概説するものとして、石毛[2007]参照。

行う者についても、取引観念上債権者らしい外観を有するものとして、債権の準占有者性が肯定される可能性がある。

## 2. 預金者保護法と2005年の全銀協によるカード規定試案の改正

預金者保護法は、偽造・盗難カードによる預金の不正払戻しの多発を背景に、預金者の保護および預金に対する信頼の確保を主たる目的として、2005年8月に成立し、2006年2月から施行された。また、同法成立後、2005年10月に全銀協は預金者保護法の内容を取り込む形でカード規定試案を改正した<sup>25</sup>。以下では、全銀協が改正したカード規定試案の内容にも敷衍しつつ、預金者保護法の適用対象および同法が規定する損失負担ルールを整理する。

### (1) 適用対象

預金者保護法は、適用対象とする取引形態を、偽造・盗難カード等を用いたATMにおける預金払戻しとしている<sup>26</sup>。他方、盗難通帳を用いた銀行窓口における不正払戻しやインターネットバンキングにおける不正払戻しなど、ATM以外の取引による不正払戻しには適用されない<sup>27</sup>。また、同法が適用されるのは、預金者が個人である場合に限られ、預金者が法人である場合には適用されない。

### (2) 損失分担ルール

偽造・盗難カード等を用いたATMにおける預金の不正払戻しに関する損失分担ルールは、預金者保護法により大きく修正され、損失は原則として銀行が負担する扱いとなった。預金者保護法は、偽造カードによる不正払戻しの場合と盗難カードによる不正払戻しの場合に分けて、以下のように損失分担ルールを規定している<sup>28, 29</sup>。なお、これらの規定は、強行規定とされているため、預金者

<sup>25</sup> 詳細は全銀協ホームページ (<http://www.zenginkyo.or.jp/news/2005/10/06154838.html>) や大坪 [2006] 等参照。

<sup>26</sup> カードの代わりに盗難通帳を用いてATMから預金を払い戻す取引形態にも適用される。他方、ATMにおける不正払戻しであっても、紛失カードが用いられたものについては適用されない。また、偽造・盗難カードが用いられた不正払戻しであっても、同法2条1項で限定列挙する「金融機関」（銀行や信用金庫等）以外の主体（例えば、保険会社や証券会社、消費者金融会社等）が発行するカードが不正に利用された場合には、同法は適用されない。

<sup>27</sup> ただし、預金者にIDカード等を交付しておき、インターネットバンキングの際にこのカードのデータをカードリーダーなどで読み込ませる方式のものについては、銀行のホストコンピュータを『現金自動支払機』（預金者保護法2条6項）と見なすことができれば、預金者保護法が適用されうとの指摘がある。松本 [2005] 22頁。

<sup>28</sup> 山田 [2006] 94-95頁は、偽造カードに関する規律と盗難カードに関する規律との共通点として、いずれも金融機関の態様と預金者の態様を組み合わせることで解決を導く規律内容と

に不利な特約を定めても無効となる<sup>30</sup>。

### イ. 偽造カードの場合

偽造カードを用いて ATM から預金が不正に払い戻された場合には、民法 478 条の適用が排除され、原則として払戻しは無効となる。ただし、預金者の故意により払戻しが行われた場合、銀行が善意・無過失でかつ預金者に重大な過失<sup>31</sup>があった場合には、払戻しの効力が認められる<sup>32</sup>。

### ロ. 盗難カードの場合

盗難カードを用いて ATM から預金が不正に払い戻された場合には、民法 478 条の適用が排除されないため、銀行が同条の要件を満たした場合には、当該払戻しは有効なものとなる<sup>33</sup>。もっとも、預金者は、銀行への速やかな通知、銀行に対する十分な説明、捜査当局に対して被害届け等を提出した旨の申告という要件を満たすことにより、銀行に対して当該不正払戻しにより生じた損失の補償を求めることができる<sup>34</sup>。ただし、銀行が、預金者の故意により払戻しが行わ

---

している点を、また、相違点として、規律の基本構造において偽造カードに関する規律においては民法 478 条の適用を排除し、盗難カードに関する規律においては民法 478 条の適用を排除しない点を挙げる。

<sup>29</sup> 偽造カードの場合には、銀行により厳しいルールとなっているといえる。この理由として、立法段階での議論では、偽造が行われてしまうような脆弱なシステムを提供している金融機関の責任が重いという説明がなされている。なお、不正払戻しに当たって用いられたカードが偽造カードであったか否かの立証責任は、銀行が負うと解されている。石田 [2005] 24-28 頁参照。

<sup>30</sup> 預金者保護法 8 条。

<sup>31</sup> 預金者の重過失・過失概念は、カード規定試案の改正と同時に全銀協が 2005 年 10 月 6 日に発表した「偽造・盗難カードに関する預金者保護の申し合わせ」において示されている。具体的には、「本人の重大な過失となりうる場合」とは、故意と同視しうる程度に注意義務に著しく違反する場合を指すとされ、典型的な事例として、本人が他人に暗証を知らせた場合、本人が暗証をキャッシュカード上に書き記していた場合、本人が他人にキャッシュカードを渡した場合などが例示されている。また、「過失となり得る場合」としては、銀行からの個別的・具体的な働きかけがあったにもかかわらず、生年月日等の類推されやすいものを暗証番号とし、かつカードをそれらの暗証を推測させる書類等（例えば、免許証等）とともに携行・保管していた場合や、暗証番号を容易に第三者が認知できるような形でメモなどに書き記し、かつカードとともに携行・保管していた場合などが挙げられている。

<sup>32</sup> 預金者保護法 3、4 条および全銀協が 2005 年に改正したカード規定試案 10 条。

<sup>33</sup> 預金者保護法 3 条但書。

<sup>34</sup> 預金者保護法 5 条 1 項および全銀協が 2005 年に改正したカード規定試案 11 条 1 項。なお、全銀協が 2005 年に改正したカード規定試案 11 条 1 項は、補償対象となる払戻しにかかる損害に手数料や利息を含めている。この点に関連して、大坪 [2006] 37 頁は、預金者保護法では手数料や利息は損失補償の対象外となっていると指摘する。

また、損失の補償を求めることができる期間は、当該盗取が行われた日から 2 年間に限

れたこと、銀行が善意・無過失でかつ預金者に重大な過失<sup>35</sup>があること等を立証した場合には、銀行の補償義務は免除される<sup>36</sup>。また、銀行が善意・無過失でかつ預金者の過失を立証した場合には、銀行が負担する損失は補償対象額の4分の3に減額される<sup>37</sup>。なお、銀行による預金者への補償の対象となる損失は、預金者が銀行へカードの盗取等の通知を行った日の原則として30日前の日以降に生じたものに限られる<sup>38</sup>。

### 3. 小括

民法 478 条および銀行取引約款における従前の免責条項が定める損失分担ルールは、達観すれば、個々の預金払戻し担当者の注意義務の観点からあるいはシステム全体の設置管理に関する銀行の注意義務の観点から銀行に過失がない場合には、損失は預金者が負担するというルールであったといえる。

他方、2005 年の預金者保護法の制定および全銀協によるカード規定試案の改正は、ATM における預金の不正払戻しに関する損失分担ルールを、達観すれば、個人預金者に故意・重過失がない場合には、銀行に過失が無い場合であっても、基本的には銀行が損失を負担するというルールに修正したといえる。

## Ⅲ. 2008 年の全銀協申し合わせ——その策定経緯に関する特徴と概要——

前章でみたとおり、2005 年の預金者保護法の制定および全銀協によるカード規定試案の改正は、ATM における預金の不正払戻しに関する損失分担ルールを大きく修正した。他方、損失分担ルールの修正は、ATM における不正払戻しのケースに限定され、銀行窓口における不正払戻しのケースおよびインターネットバンキングにおける不正払戻しのケースに関する損失分担ルールの変更は、

---

定されている。預金者保護法 7 条および全銀協が 2005 年に改正したカード規定試案 11 条 3 項。

<sup>35</sup> 前掲注 31 参照。

<sup>36</sup> このほか、カードの盗取が戦争等による混乱に乗じて行われたとき、金融機関が善意・無過失でかつ当該払戻しが一定の親族や同居人等により行われたときや、金融機関に重要な事項について偽りの説明を行ったときにも、金融機関は補償を免除される。預金者保護法 5 条 3 項および全銀協が 2005 年に改正したカード規定試案 11 条 4 項。

<sup>37</sup> 預金者保護法 5 条 2 項および全銀協が 2005 年に改正したカード規定試案 11 条 2 項。

<sup>38</sup> 預金者に当該盗取が行われたことを知ることができなかったことなど当該通知をすることができなかったことについてやむを得ない特別の事情がある期間があることを証明した時は、30 日に当該特別の事情が継続している期間の日数を加える扱いとなっている。預金者保護法 5 条 6 項および全銀協が 2005 年に改正したカード規定試案 11 条 2 項。

2005 年段階では立法対応としても銀行業界の自主ルールによる対応としても見送られた。このフォローアップとして公表されたのが、2008 年の全銀協申し合わせである<sup>39</sup>。すなわち、2008 年の全銀協申し合わせは、銀行窓口における不正払戻しのケースおよびインターネットバンキングにおける不正払戻しのケースに関する損失分担ルールを変更し（損失分担ルールの適用局面を自律的に拡大し）、偽造・盗難カード等による ATM における不正払戻しのケースと同様に、個人預金者に故意・重過失がなければ原則として銀行が損失を負担することとした。以下では、2008 年の全銀協申し合わせの策定経緯に関する特徴およびその概要について整理する。

### 1. 2008 年の全銀協申し合わせの策定経緯に関する特徴——ハードローとソフトローの協働の観点から——

2008 年の全銀協申し合わせの策定経緯に関する主な特徴として、当該申し合わせが立法内容を確認的に定めたものではなく、自律的にルールを策定したことを指摘できる。すなわち、銀行取引約款の従前の免責条項は民法 478 条の趣旨を明文化したものと解されてきたほか<sup>40</sup>、2005 年の全銀協によるカード規定試案の改正も預金者保護法が定める内容を確認的に取り込んだものに過ぎないと捉えうる一方で、2008 年の全銀申し合わせは新たな立法によるルールの修正を映じたものではない。換言すれば、従来の銀行業界の自主ルールは、ハードローのミラー・イメージであるソフトローと捉えうるのに対し、2008 年の全銀協申し合わせは、従前のルールよりも自律的なソフトローあるいはハードローを代替するソフトローであるとも捉えうる<sup>41</sup>。取引形態の変化や情報セキュリティ技術の進歩をよりタイムリーにルール策定に反映するという観点からは、ハードローよりもむしろソフトローの方がより柔軟かつ合理的に対応しうる面もあるう。

ただし、2008 年の全銀協申し合わせも、立法の関与が全くない訳ではなく、預金者保護法の附則および附帯決議<sup>42</sup>にそのルーツをもつという特徴がある。すなわち、同法の附帯決議では特段の配慮をすべき事項として、速やかに盗難通帳やインターネットバンキングにかかる犯罪等の防止策および預金者保護のあ

<sup>39</sup> 詳細は全銀協ホームページ (<http://www.zenginkyo.or.jp/news/2008/02/19160000.html>) や岩本・辻 [2008] 等参照。

<sup>40</sup> 前掲注 11 およびその対応する本文参照。

<sup>41</sup> ソフトローの用語法等については、前掲注 8 参照。

<sup>42</sup> 附帯決議は、法律の執行に対する意見、要望、勧告、警告等の意思を表明するものであり、法的拘束力を持つものではない。大森・鎌田編 [2006] 190 頁 [榎正剛執筆部分] 参照。

り方を検討し必要な措置を講ずることが定められており、また、附則 3 条では同法施行後 2 年を目途に検討が加えられ必要に応じ所要の措置を講じることとされていた。同法施行後約 2 年が経過した時点で、同法の附則および附帯決議を踏まえつつ、全銀協が申し合わせを公表したことは、同法の附帯決議で定められた事項に関し、さらなる立法を待たずに、あるいはさらなる立法を避けるべく、より自律的に主な利害関係者である銀行業界の自主ルールにより対応したとも捉えうる<sup>43</sup>。

## 2. 2008 年の全銀協申し合わせの概要

2008 年の全銀協申し合わせを受け、多くの銀行はこれに基づき銀行取引約定書（例えば、普通預金規定）を改正しているが、以下では、2008 年の全銀協申し合わせが定める損失分担ルールを概説する<sup>44</sup>。

### （1）銀行窓口における不正払戻し

2008 年の全銀協申し合わせに添付されている「普通預金規定（個人用）[参考例]」では、盗難通帳のケースについて、2005 年に全銀協により改正されたカード規定試案における盗難カードのケースと基本的に同様の損失分担ルールが定められている<sup>45</sup>。すなわち、預金者は銀行に対して、所定の要件を満たせば<sup>46</sup>、

---

<sup>43</sup> 米国における研究ではあるが、議会決議等を分析した論稿として、Gersen and Posner [2008]を参照。本稿に関連する部分を大胆に抽出すれば、次のとおりである。Gersen and Posner [2008] は、ソフトローを、「法的拘束力を有しない立法府等による声明等」と定義したうえで（同 577 頁）、ソフトローの利用の理論的な意義として、将来の立法にかかる企図を伝えること（ソフトローが有用な場合には、利害関係者がハードローを予期して行動すればハードローの制定は不要となることもありうる）と指摘する）や、国際情勢に関する立法府の信念を伝えること等を指摘している（同 586-587 頁）。そのうえで、暫定的な結論として、利害関係者の行動に与えうるハードローとソフトローの影響の差に着目して、ソフトローはハードローを制定できない際の次善策の場合もあれば、ソフトローはハードローがもたらしかねない弊害を避けうる最善策であるかもしれないことを指摘している。Gersen and Posner [2008] 626 頁。なお、Gersen and Posner [2008] のソフトローの用語法は、本稿ならびに前掲注 8 で参照した藤田編 [2008] および星野 [2009] のソフトローの用語法と異なることに留意する必要がある。

<sup>44</sup> 銀行業界の自主ルールは、全銀協に加盟する銀行のみを対象とする。もっとも、全銀協非加盟の信用金庫や信用組合、農業協働組合などの他の預金取扱金融機関についても、金融庁により同様の取組みを行うよう働きかけが行われている。岩本・辻 [2008] 35 頁。

<sup>45</sup> 中田 [2008] 318 頁は、印鑑照合制度の有用性はなお高くこれを直ちに廃止することは現実的ではないが、同制度の安全性の相対的低下に伴うリスクを銀行及び預金者全体でどのように負担するかを考える必要があり、偽造・盗難カード等と同様の対応とすることはこのような観点から正当化されることを指摘する。

<sup>46</sup> 銀行への速やかな通知、銀行に対する十分な説明、捜査当局への盗取の届出等をしたことの申告が補償の要件となっている。

預金不正払戻しにより生じた損失の補償を請求することができるとしたうえで、預金者の故意により払戻しが行われたこと、銀行が善意・無過失でかつ預金者に重大な過失があること等を銀行が立証した場合には、銀行の補償義務が免除され、また、銀行が善意・無過失でかつ預金者の過失を立証した場合には、銀行が負担する損失は補償すべき対象額の4分の3に減額されるという内容の規定となっている<sup>47</sup>、<sup>48</sup>。また、上記の条件に基づいて銀行が預金者に補償すべき損失は、預金者が銀行へ通帳の盗取等の通知を行った日の原則として30日前の日以降に生じたものに限られている<sup>49</sup>。

加えて、2008年の全銀協申し合わせは、預金者の過失の認定基準等に関連して、預金者の「重大な過失」となり得る場合として、他人に通帳あるいは記入・押印済みの払戻請求書や諸届を渡した場合（ただし、病人が介護ヘルパーに預ける場合などやむを得ない事情がある場合を除く）などを、また、預金者の「過失」となりうる場合として、通帳を他人の目につきやすい場所に放置するなど第三者に容易に奪われる状態に置いた場合や届出印の印影が押印された払戻請求書や諸届を通帳とともに保管していた場合、届出印鑑を通帳とともに保管していた場合などを、例示している<sup>50</sup>。

## （2）インターネットバンキングにおける不正払戻し

インターネットバンキングによる預金の不正払戻しについては、預金者に過失がない場合には原則として損失を補償するとしている。なお、補償の要件として、銀行への速やかな通知、銀行に対する十分な説明、捜査当局への被害事

---

<sup>47</sup> 預金者に重過失でない過失がある場合の損失分担については、全銀協が公表した普通預金規定（個人用）[参考例]において「銀行によって特に取扱いが異なるとみられる事項」とされている。今後、各銀行が異なる損失分担の割合を規定する可能性があるという点で、預金者保護法5条で対象額の4分の3を銀行が補償するという形で損失分担の割合が決められており、これよりも預金者に不利な内容の取引規定を設けることができないATMにおける不正払戻しにかかる損失分担ルールとは異なる。

<sup>48</sup> 「普通預金規定（個人用）[参考例]」においては、銀行窓口での払戻しの際における本人確認手続きにかかる条項も設けられ、これにより正当な権限を有することを確認するための本人確認書類の提示等の手続きを求める場合があることおよび銀行側が必要と認める時には確認がとれるまでは払戻しを行わないことが明記されることとなった。同条項について、岩本・辻[2008]34頁は、預金の払戻しに当たって本人確認手続きを求めることが一般的となりつつあるなかで、従来はこの根拠が規定上明確でなかったためトラブルになるケースがあったことに対応するものとしている。

<sup>49</sup> 預金者に当該盗取が行われたことを知ることができなかったことなど当該通知をすることができなかったことについてやむを得ない特別の事情がある期間があることを証明した時は、30日に当該特別の事情が継続している期間の日数を加える扱いとなっている点も、預金者保護法5条6項と同様である。

<sup>50</sup> 2008年の全銀協申し合わせにおいて示されている預金者の重過失・過失概念は、基本的には2005年の全銀協申し合わせ（前掲注31参照）と同基準となっている。

実等の事情説明をしたこと等の申告が求められる。

預金者に重過失または過失がある場合の損失補償額は各銀行が個別の事案ごとに対応するものとし、預金者と銀行との間の損失分担比率や、預金者のどのような行為が重過失または過失とされるのかについては明示されていない<sup>51</sup>。

他方、銀行への通知が被害発生日の 30 日後までに行われなかった場合、親族等による払戻しの場合、および預金者が虚偽の説明を行った場合等には、銀行から預金者に対して補償はなされない。

### (3) ATM における不正払戻し

2008 年の全銀協申し合わせでは、偽造・盗難キャッシュカードによる預金不正払戻しについては、今後とも情報セキュリティ向上に努めるとともに、被害の補償を行うにあたって、被害遭遇の具体的な状況などの実態をより肌理細かく調査等を行ったうえで補償の可否について判断することを確認している。

## 3. 小括：個人預金者と銀行との間の現行の損失分担ルール

上記で概説した 2008 年の全銀協申し合わせは、預金者保護法の適用対象とされず、同法制定後も基本的には民法 478 条あるいは銀行取引約款の従前の免責条項が適用されることとなっていた銀行窓口およびインターネットバンキングにおける不正払戻しのケースについて、個人預金者と銀行との間の損失分担ルールを大幅に修正したものと捉えられる。この 2008 年の全銀協申し合わせによる修正を踏まえ、個人預金者と銀行との間の現行の損失分担ルールを整理すれば、概略次のとおりである。

まず、預金者に故意がある場合には、預金者が損失の全額を負担する。

次に、預金者と銀行それぞれの過失の状況により損失分担が決まる。基本的には、預金者保護法および全銀協の申し合わせにより、預金者と銀行の双方とも無過失である場合および銀行に過失がある場合には、銀行が損失を負担する。他方、銀行が無過失でありかつ預金者に過失ないし重過失がある場合には、損失負担の一部ないし全部を預金者が負担する。

預金者および銀行の過失の有無や過失の程度の判断は、銀行窓口、ATM、イ

---

<sup>51</sup> 全銀協は、「インターネットの技術やその世界における犯罪手口は日々高度化しており、そうした中で、各行が提供するサービスは、そのセキュリティ対策を含め一様ではないことから、重過失・過失の種類や、それに応じた補償割合を定型的に策定することは困難である。したがって、補償を行う際には、被害に遭ったお客さまの態様やその状況等を加味して判断する」としている。全国銀行協会「インターネットバンキングに係る補償の対象・要件・基準等について」(<http://www.zenginkyo.or.jp/news/entryitems/news200219-4.pdf>) 参照。

インターネットバンキングのそれぞれの取引類型に応じて個別の事案ごとになされる。その際、預金者の過失については、全銀協の申し合わせで示されている基準<sup>52</sup>が参照される。他方、銀行の過失については、民法 478 条に基づく弁済の効力等を巡って争われた従来の判例で示されている基準が参照される<sup>53</sup>。

#### IV. 損失分担ルールのさらなる改善に向けた一試論——Cooter and Rubin [1987] の分析枠組みに基づく検討

預金の不正払戻しに関する預金者と銀行との間の損失分担ルールのあり方を検討するための視点としては、預金者保護の視点や銀行実務の視点をはじめ、様々な視点が考えられるが、本稿では、効率性という視点からリテール決済取引における損失分担ルールのあり方について考察した米国の先行研究である Cooter and Rubin [1987] <sup>54</sup>の分析枠組みに基づいて検討を行う<sup>55</sup>。したがって、本章における分析・検討は、あくまでもそうした前提に基づくひとつの試論にすぎない。以下では、Cooter and Rubin [1987] の理論的分析の枠組みを紹介したうえで、個人預金者と銀行との間の現行の損失分担ルールにあてはめること

<sup>52</sup> 前掲注 31 および本章 2 節参照。

<sup>53</sup> 麻生 [2005] 7 頁注 7、松並 [2005] 625 頁等参照。あわせて上記 II 章 1 節参照。

<sup>54</sup> Cooter and Rubin [1987] は、20 年以上前に公表された米国の論稿ではあるが、リテール決済における損失分担について基本原則を導出したうえで理論的に分析するアプローチをとっているため、現在のわが国における損失分担ルールを検討するうえでも参考になる。Cooter and Rubin [1987] 以外の資金決済にかかる損失分担のあり方に関する論稿としては、例えば、米国の小切手の無権限署名に関する論稿として Rogers [2004] や、無権限取引一般に関する最近の論稿として Rusch [2008] や Facciolo [2008] などがある。これらの論稿と比較しても、Cooter and Rubin [1987] は理論的な分析・検討の深度という点で最も優れたもののひとつであると思われる。

<sup>55</sup> 預金者と銀行との間の損失分担ルールを検討するうえでは、消費者保護の視点や銀行実務の視点ももちろん重要であるが、効率性の視点も同様にひとつの重要な視点であるといえよう。Cooter and Rubin [1987] 66 頁は「効率性の観点からの分析が損失分担ルールを検討するうえでの最も望ましい手法であると証明するものはないし、我々としてもそうした分析が全ての法的論点について包括的な手引きとなると主張するつもりもない。しかし、それでもなお、決済システムにかかる損失分担ルールが技術や金融にかかる論点である以上、(経済的) 効率性の観点からの分析は、議論の出発点のひとつとなる。少なくとも、決済システムにかかる損失分担ルールに関する立法を起草するに当たっては、そうした分析から得られる示唆を意識しておく必要がある」と指摘する。加えて、Cooter and Rubin [1987] 123-124 頁は、効率性という視点から考察を行うというアプローチをとった背景には、当時の米国において、リテール決済取引に関する議論が、主として消費者保護と業界保護の両立場の衝突という形で展開されていた中で、こうしたイデオロギーと関わりのない、より中立的と考えられる視点から議論を行うという狙いがあったと述べている。

によりその評価できる点とさらなる検討が望まれる点を指摘する。

## 1. Cooter and Rubin [1987] の分析枠組みの紹介

Cooter and Rubin [1987] は、リテール決済取引にかかるリテール顧客 (consumer)<sup>56</sup>と銀行との間の損失分担ルールについて分析するものであり、大口顧客と銀行との間および銀行間の損失分担ルールについては分析の対象外としている<sup>57</sup>。また、効率性の観点から望ましい損失分担ルールについて論じたものであって、衡平性の観点は分析の対象外としている<sup>58</sup>。Cooter and Rubin [1987] は、その分析枠組みから導出される望ましい損失分担ルールは、決済の取引形態を問わず当てはまるとしている<sup>59</sup>。Cooter and Rubin [1987] は、損失分担ルールのあり方を分析するにあたって有用となる 3 つの基本原則——損失分散原則、損失削減原則、損失賦課原則——を提示し、3 つの基本原則の相互関係を整理したうえで、リテール決済取引において生じた損失についてのリテール顧客と銀行との間の効率的な損失分担ルールを導出している。以下は、その概説である。

### (1) 3 つの基本原則——損失分散原則、損失削減原則、損失賦課原則——

リテール顧客が銀行の提供する決済サービスを利用するに当たり、リテール顧客の多くは損失の発生確率や銀行の取引約款等における各規定の具体的な意味等を知らないため、リテール顧客が銀行と損失分担ルールについて事前に交渉し、その内容を預金契約に織り込むことには、その効果以上にコストがかかると考えられる<sup>60</sup>。すなわち、情報の非対称性や交渉コストのために市場の失敗が存在しており、リテール顧客と銀行との間の損失分担ルールが適切に設計されれば、効率性が向上する<sup>61</sup>。損失分担ルールを適切に設計するには、3 つの基

<sup>56</sup> Cooter and Rubin [1987] は、預金の払戻しのみならず、リテール決済取引全般をその分析の射程としていることから、小切手の受取人やクレジットカードによる支払人も含め、広く決済取引を利用するもののうち、リテール決済取引サービスの提供者との間に交渉力の格差や情報の非対称性により市場の失敗が存在するサービス利用者を表わす言葉として“consumer”の語を当てている。Cooter and Rubin [1987] 66 頁注 18 参照。本稿における個人預金者は、Cooter and Rubin [1987] の“consumer”に含まれると思われる。

<sup>57</sup> Cooter and Rubin [1987] 66 頁。

<sup>58</sup> Cooter and Rubin [1987] 66 頁。もともと、効率性の観点から導かれるルールは、結果的に衡平性にも概ね適うものとなっていると指摘されている。同 66 頁。

<sup>59</sup> Cooter and Rubin [1987] 98 頁。

<sup>60</sup> Cooter and Rubin [1987] 68-69 頁。

<sup>61</sup> Cooter and Rubin [1987] 68-70 頁。他方、Cooter and Rubin [1987] は、当事者間の情報の非対称性や交渉コストの格差が小さく市場の失敗の問題がないと考えられるホールセール決済取引や銀行間取引にかかる損失分担ルールについては、私的自治の枠組みの中で当事者間の契約で決めればよいとの基本スタンスにあると思われる。同 68 頁参照。

本原則——損失分散原則、損失削減原則、損失賦課原則——に留意する必要がある<sup>62</sup>。

#### イ. 基本原則 1 : 損失分散原則 (loss spreading principle)

損失分散原則とは、「最小コストでリスク中立性を達成できる主体に損失を負担させるべきであるとする原則」である<sup>63</sup>。一般的には、その規模が大きくかつ損失を効率的に分散させうる主体が最小コストでリスク中立性を達成できる主体となる<sup>64</sup>。

この原則を当てはめれば、リテール決済取引において生ずる損失を銀行に負担させるべきということになる<sup>65</sup>。なぜならば、リテール顧客の保有資産は当該損失と比べ相対的に小さくかつリテール顧客は当該損失を効率的に他者に分散することが困難である一方、銀行の保有資産は当該損失と比べ相対的に大きくかつ当該損失を手数料の一部としてリテール顧客全体に割り振ることや保険を購入することにより効率的に当該損失を分散しうることから、銀行のほうがリテール顧客よりも低コストでリスク中立性を達成できるためである<sup>66</sup>。

#### ロ. 基本原則 2 : 損失削減原則 (loss reduction principle)

損失削減原則とは、「より低コストで損失の削減を実現しうる当事者に責任を課し、それによって損失削減のインセンティブ付けをすべきであるとする原則」である<sup>67</sup>。同原則に関しては、①予防策、②イノベーション、③感応度、④ラーニングの4つの構成要素に分けて議論することが有用である<sup>68</sup>。

より具体的には、まず、決済のプロセスにおいて最小コストで損失を削減しうる予防策をとりうる当事者に全ての損失を負担させるというルールとし、そ

---

<sup>62</sup> Cooter and Rubin [1987] 70 頁。なお、同 85-86 頁は、従前の法と経済学的アプローチに基づいた考察が損失削減原則の観点（特にそれを構成する予防策という要素）ばかりを重視してきたと指摘したうえで、損失分散原則および損失賦課原則の観点も含め、総合的な観点から検討を行うことが重要であると指摘する。

<sup>63</sup> Cooter and Rubin [1987] 71 頁。

<sup>64</sup> Cooter and Rubin [1987] 71 頁。

<sup>65</sup> Cooter and Rubin [1987] 71-72 頁。

<sup>66</sup> Cooter and Rubin [1987] 72-73 頁。なお、同 72 頁は、リテール顧客も保険の購入により自らが負担する損失を自らの保有資産比小さく抑えることは可能であるとしつつも、リテール顧客が保険購入者になる場合には、保険契約締結において市場の失敗が存在しうることを指摘する。すなわち、一般的に、リテール顧客はごく稀にしか発生しない決済取引に伴う損失についてのリスクを十分に認識しておらず、また個々のリテール顧客が保険契約締結に当たって費やさなければならない取引コストも大きくなるとする。

<sup>67</sup> Cooter and Rubin [1987] 73 頁。

<sup>68</sup> Cooter and Rubin [1987] 73 頁。

の予防策を実際にとらせるインセンティブを与えることが考えられる<sup>69</sup>。しかし、複数当事者が予防策をとることで損失の削減に貢献しうる場合には、一当事者のみに損失の負担を課すことにより、他の当事者が予防策をとるインセンティブ付けが失われるという弊害をもたらすため、このルールを一般化することは難しい<sup>70</sup>。このような場合には、過失基準が当事者の効率的な予防策を引き出す適切な内容となっていることおよび予防策をとるためのコストが小さいことを条件に、「当事者の過失責任を問いうる損失分担ルール」が、複数の当事者に予防策をとるインセンティブを与えうるという意味で、「無過失責任(strict liability)や免責(no liability)といった損失分担ルール」よりも望ましい<sup>71</sup>。また、損失分担ルールの設計次第では、将来にわたって損失発生をより低コストで抑えうるような予防策にかかる技術的なイノベーションを促進させることができる<sup>72</sup>。したがって、より長期的な観点からは、イノベーションを実現しうる主体に責任を負わせるべきである<sup>73</sup>。もともと、予防策をとりうる主体またはイノベーションを実現しうる主体に責任を課すべきという考え方は、当事者による予防策やイノベーションの供給量が責任の賦課量の増加に応じて増える場合に有効なアプローチとなる<sup>74</sup>。このような責任の賦課量に対する予防策やイノベーションの供給量の感応度は、損失分担ルールに関する法的知識とそうした知識を行動に織り込む能力に依存する<sup>75</sup>。当事者の感応度に関しては、長期的な観点からは、ラーニングという要素も勘案する必要がある<sup>76</sup>。すなわち、時間の経過とともに各当事者の行動はラーニングによってより高い知識水準を織り込んだものに変化していくと考えられるため、責任の賦課量に対する予防策やイノベーションの供給量にかかる長期的な感応度は短期的なものよりも高くなる<sup>77</sup>。

損失削減原則からは、リテール決済取引に起因する損失をリテール顧客と銀行のいずれに負担させるべきかについて、一義的な結論を導くことはできない。しかしながら、4つの構成要素に関連して以下のような示唆が得られる<sup>78</sup>。

---

<sup>69</sup> Cooter and Rubin [1987] 74 頁。なお、一般論として、最近では米国における最安価事故回避者原則でもって支配領域説を基礎付けようとする経済的・プラグマチックな基礎付の試みがなされているとの指摘がある。岩原 [2003] 116 頁。預金の不正払戻しについて支配領域説の見地から捉える場合には、とりわけ前掲注 62 ならびに後掲注 94 および 99 で紹介している Cooter and Rubin [1987] の指摘も考慮する必要があると思われる。

<sup>70</sup> Cooter and Rubin [1987] 74 頁。

<sup>71</sup> Cooter and Rubin [1987] 74 頁。

<sup>72</sup> Cooter and Rubin [1987] 74-75 頁。

<sup>73</sup> Cooter and Rubin [1987] 75 頁。

<sup>74</sup> Cooter and Rubin [1987] 75 頁。

<sup>75</sup> Cooter and Rubin [1987] 75 頁。

<sup>76</sup> Cooter and Rubin [1987] 75 頁。

<sup>77</sup> Cooter and Rubin [1987] 75-76 頁。

<sup>78</sup> Cooter and Rubin [1987] 76 頁。

第一に、決済のプロセスにおいて損失を削減しうる予防策を講ずべき主体は、各当事者の規模や性質ではなく、決済のプロセスにおける各当事者の役割等により決定される<sup>79</sup>。このため、銀行が予防策をとるべき場合もあれば、リテール顧客が予防策をとるべき場合もある<sup>80</sup>。

第二に、決済に関するイノベーションは事実上銀行にしか実現しえないこと<sup>81</sup>に鑑みれば、銀行に責任を課すことにより、セキュリティ技術向上策等のイノベーションを継続して行うインセンティブを銀行に与えるべきであると考えられる<sup>82</sup>。

第三に、決済取引を行う頻度が相対的に少ないリテール顧客が、ごく稀にしか損失が発生しない決済取引に関連する法制度の詳細な知識を取得するようなことは考え難いため、リテール顧客の損失の賦課量に対する感応度は、長期的にはラーニングにより高まる可能性もあるが、基本的には低い<sup>83</sup>。継続的に決済取引を行う銀行の責任の賦課量に対する予防策やイノベーションの供給量の感応度のほうが、リテール顧客のものよりも高いと考えられる<sup>84</sup>。

#### ハ. 基本原則 3 : 損失賦課原則 (loss imposition principle)

損失分散原則および損失削減原則は、各当事者（リテール顧客と銀行）にどのように責任を分配すべきかという実体面の原則であるが、損失賦課原則はその分配された責任をどのように実現させるかという手続面の原則である<sup>85</sup>。損失賦課原則の観点からは、簡明で明確な結果をもたらす損失分担ルールが望ましい<sup>86</sup>。すなわち、無過失責任が過失責任よりも望ましく、客観的な判断基準が主観的な判断基準よりも望ましく、損害額を法定する方が個別に見積もるよりも望ましい<sup>87</sup>。手続面における簡明・明確さを重視して設計されるルールは、損失分散原則や損失削減原則の観点から望ましいとされるルールと反するものとなる可能性があり、そのいずれの要請をとるかは、それぞれの原則の相対的な経

<sup>79</sup> Cooter and Rubin [1987] 76 頁。

<sup>80</sup> Cooter and Rubin [1987] 76 頁。

<sup>81</sup> Cooter and Rubin [1987] 76-77 頁は、決済に関するイノベーションとして、ATM や IC カード、生体認証システム等を挙げたうえで、こうしたイノベーションは銀行の主導により進められてきたものであり、個々のリテール消費者が多額のコストをかけてこうしたイノベーションを実現しようとするのは考え難いと指摘する。

<sup>82</sup> Cooter and Rubin [1987] 76-77 頁。

<sup>83</sup> Cooter and Rubin [1987] 77 頁。

<sup>84</sup> Cooter and Rubin [1987] 77 頁。

<sup>85</sup> Cooter and Rubin [1987] 78 頁。

<sup>86</sup> Cooter and Rubin [1987] 78 頁。

<sup>87</sup> Cooter and Rubin [1987] 78 頁。

済的影響を比較考量するほかない<sup>88</sup>。ただし、発生した損失との対比でみた訴訟費用等が高すぎることを主因に正当な権利が実現されない可能性があり、このことが損失分散原則や損失削減原則から導かれる損失分担ルールを歪め、非効率をもたらす可能性があることには留意する必要がある<sup>89</sup>。

## (2) 効率的な損失分担ルールのあり方

### イ. 3つの基本原則の相互関係

各基本原則の帰結がひとつに収斂すれば、最も望ましい損失分担ルールが明確な形で導出されるが、各基本原則の帰結が対立する場合には、それぞれの済的影響を比較考量したうえ、望ましい損失分担ルールを導出する必要がある<sup>90</sup>。多くの場合、実証分析に必要なデータを入手することが困難であるため、各基本原則の相互関係を踏まえて検討することが求められる<sup>91</sup>。

- ① 損失分散原則からは、損失を銀行に負担させるべきという帰結が導出される。なぜならば、銀行は、損失を当該銀行の顧客間で分散できる（したがって、より低コストでリスク中立性を達成できる）ためである<sup>92</sup>。
- ② 損失削減原則の帰結は、一義的ではない。イノベーションの実現が損失回避策として最も効果的な方法である場合等には、銀行が損失を負担すべきである。他方、責任の賦課量に対する両当事者の感応度が高く、両当事者による予防策が損失を回避するうえで有効な方法である場合には、より安価で予防策をとれる当事者に損失を負担させるか、あるいはとりうる予防策に応じた損失を両当事者に負担させるべきである<sup>93</sup>。
- ③ 損失賦課原則からは、簡明で明確なルールが望ましく、例えば、一定金額

---

<sup>88</sup> Cooter and Rubin [1987] 79 頁。

<sup>89</sup> Cooter and Rubin [1987] 79-80 頁。なお、同 80 頁は、銀行よりもリテール顧客が正当な権利者となる場合に、訴訟費用等により正当な権利が実現されないという問題は顕著になるとする。この理由としては、銀行は決済システムに継続的に関与しているため訴訟で争われる金額以上の利益を長期的には得られることがあるのに対し、リテール顧客は訴訟を起こしてもそこで争われる金額以上の利益を得ることは通常ないこと等が挙げられている。この問題への対応策として、同 117 頁は、不正払戻しにより生じた損失を第一義的に銀行に負担させたうえで、銀行がリテール顧客全体に分散させる損失分担ルールとすることをあげる。ただし、どの程度預金者により間違った請求 (erroneous claim) が行われるかという点等に留意しつつ、正当な権利が実現されないという問題の防止による便益が、手数料等による転嫁を通してリテール顧客全体に課されるコスト増加を上回るかを実証的に検証する必要があるとする。

<sup>90</sup> Cooter and Rubin [1987] 84 頁。

<sup>91</sup> Cooter and Rubin [1987] 84 頁。

<sup>92</sup> Cooter and Rubin [1987] 84 頁。

<sup>93</sup> Cooter and Rubin [1987] 84 頁。

までは無過失責任とするルールが好ましいという帰結が導出される<sup>94</sup>。

上記基本原則は、理解促進のため3つに分けているだけで1原則1票という訳ではなく、3つの基本原則により導出される帰結がひとつに収斂されない場合に、基本原則の数で結論を決めることは妥当ではない<sup>95</sup>。

### ロ. 3つの基本原則から導かれる損失分担ルール

3つの基本原則の相互関係を踏まえたうえで、具体的な局面への当てはめとして、無権限者に対して資金を支払った場合（false positive）の望ましい損失分担ルールを導出する<sup>96</sup>。

無権限者に対して資金を支払った場合における損失分担ルールのあり方としては、まず、銀行しか損失回避のための対策をとれない場合には、3つの基本原則が収斂し、銀行が損失を負担すべきであるということになる<sup>97</sup>。他方、リテール顧客しか損失回避のための対策をとれない場合（典型的には、リテール顧客の故意や犯罪的行為に起因して無権限者への支払いが生じる場合）には、リテール顧客が損失を負担すべきであるということになる<sup>98</sup>。もっとも、リテール顧客または銀行の片方しか損失を回避するための対策をとれないケースというのはむしろ稀であり、現実にはリテール顧客と銀行の双方が損失を回避するための対策をとりうるケースがより一般的である<sup>99</sup>。この場合における望ましい損失

---

<sup>94</sup> Cooter and Rubin [1987] 84-85 頁。損失削減原則からは、複数当事者が予防策をとりうる場合には、インセンティブ付けの観点から両当事者の過失責任を問うるルールが好ましいとされるが、損失賦課原則からは、そのようなルールは好ましくないとされる。この理由としては、過失責任主義に基づくルールの運用コストは過失認定のための訴訟コスト等により極めて高く、リテール取引においては、過失責任に基づくインセンティブ付け等によるメリットを上回ると考えられることが挙げられている。Cooter and Rubin [1987] 85 頁。

<sup>95</sup> Cooter and Rubin [1987] 85 頁。

<sup>96</sup> Cooter and Rubin [1987] は、決済取引における損失の発生パターンに着目し、「無権限者に対して資金を支払った場合（false positive）」と「正当な権利者に対して資金を支払わなかった場合（false negative）」に分けて、具体的な局面への当てはめを行っている。本稿で取り上げている預金の不正払戻しは、前者の場合に該当することから、本稿では前者の場合における損失分担ルールのあり方についてのみ紹介する。

<sup>97</sup> Cooter and Rubin [1987] 87-88 頁。なお、同 87-88 頁は、銀行しか予防策をとれない場合の例として、銀行内部の者の手引により作成された偽造カードを用いて、無権限者への支払いが行われた場合を挙げる。

<sup>98</sup> Cooter and Rubin [1987] 88 頁。

<sup>99</sup> Cooter and Rubin [1987] 89 頁。より具体的には、Cooter and Rubin [1987] 89 頁は、デビットカードを例に以下のように説明する。すなわち、カードを所持するリテール顧客は、単にカードを安全に管理するよう努めること（例えば、PIN コードをカード等へ書き込まないこと）により損失を回避することができる。このようなケースでは、預金者がより安価に損失を回避することができるようにもみえる。しかしながら、デビットカードによる決済取引に伴って生じる損失の回避には、イノベーションが果たす役割も大きく、銀

分担ルールを考えれば、損失削減原則からは、費用対効果（予防またはイノベーションのために費やすコストとそれにより回避される損失）の観点から効率的となるような対策をとるインセンティブを銀行とリテール顧客の双方に与える損失分担ルールが望ましいということになる<sup>100</sup>。これに加え、現に発生してしまった損失を効率的に分散させるルールが望ましいとする損失分散原則の要請および訴訟コスト等を最小化すべく簡潔で明確なルールが望ましいとする損失賦課原則の要請を考慮する必要もある<sup>101</sup>。

以上を総合的に考えれば、一定額までをリテール顧客に無過失責任で損失を負担させ、一定額以上を銀行に無過失責任で損失を負担させるルール（“capped consumer liability rule”）が望ましいとの示唆が導かれる<sup>102, 103</sup>。この「一定額」は原則としては低額に設定すべきだと推察される<sup>104</sup>。ただし、カードの盗難等についての銀行への通知が遅れた場合には、あくまで負担の上限額は設定しつつも、上記の「一定額」を超えた損失の負担をリテール顧客に追加的に課すことがリテール顧客への早期通知のインセンティブ付けの観点から肯定される<sup>105</sup>。

---

行は、イノベーションの実現（例えば、PIN コードに代えて生体認証システムを導入すること）により損失を回避しうる。このため、リテール顧客と銀行の双方が、損失の発生を回避するために重要な役割を果たしうることになる。

<sup>100</sup> Cooter and Rubin [1987] 90 頁。

<sup>101</sup> Cooter and Rubin [1987] 90 頁。

<sup>102</sup> Cooter and Rubin [1987] 90 頁。預金者への損失削減のために課す損失負担を「一定額」までとする理由は、簡明で明確なルール設計を求める損失賦課原則に由来する。同 90 頁。

<sup>103</sup> そのうえで、Cooter and Rubin [1987] 90-91 頁は、リテール顧客が負担する一定額の具体的な水準決定には、本来は実証分析が必要であるが、現実には当てずっぽうと政治的魔法により決定されていると指摘する。

<sup>104</sup> この理由として、Cooter and Rubin [1987] 91-92 頁は、賦課される責任に対するリテール顧客の予防策にかかる感応度が小さいと考えられることを指摘する。すなわち、リテール顧客は法制度を熟知していないことから、自らが負担しうる損失ではなく他の要素（例えば、カードを失った際の書類手続の煩雑さ、新たなカードが発行されるまで ATM を使えないという不便さ等）がリテール顧客に予防策をとらせている可能性があるとする。

<sup>105</sup> Cooter and Rubin [1987] 100 頁。ちなみに、米国の 1978 年連邦電子資金移動 (EFT) 法 909 条の「50 ドル・ルール」の概要は次のとおり。無権限者による電子資金移動により生じた損失についてのリテール顧客の負担は、リテール顧客がカード等の紛失・盗難を知った後 2 営業日経過前に生じた損失については 50 ドルまでに限定される。2 営業日経過後期間計算書交付から 60 日経過前に生じた資金移動については、2 営業日以内に通知していれば生じなかった損失をさらに 450 ドルまでリテール顧客が負担し、60 日終了後は 60 日以内に通知していれば生じなかったであろう損失全てをリテール顧客が負担しなければならない。米国の 50 ドル・ルールを解説するものとして、沢野 [1990] 362-364 頁、岩原 [2003] 97-100 頁、岩原 [2005] 等参照。

Cooter and Rubin [1987] は、上記のカード等の紛失・盗難の通知にかかる EFT 法の規定について、カードの盗難等の通知の遅延の場合にリテール顧客に 50 ドルを超えた損失の負担を課すこと自体については、リテール顧客に早期に通知を行う（被害拡大を予防

## 2. Cooter and Rubin [1987] の分析枠組みに基づく検討

以下では、個人預金者と銀行との間の現行の損失分担ルールについて、Cooter and Rubin [1987] の分析枠組みに基づき、その評価できる点とさらなる検討が望まれる点を指摘する。

### (1) 評価できる点

#### イ. 損失分担ルールを大きく修正したこと

個人預金者と銀行との間の現行の損失分担ルール<sup>106</sup>は、従前の損失分担ルール（民法 487 条あるいは銀行取引約款の従前の免責条項に基づくルール<sup>107</sup>）を大きく修正した。このような修正については、Cooter and Rubin [1987] の分析枠組みから肯定的に評価できる。その理由は、次のとおりである。

第一に、損失分散原則からは、不正払戻しにより生じる損失が保有資産比大きくなりうることや、損失を分散することが銀行と比べて困難であることから、預金者に損失を負担させることは望ましくないと考えられる。

第二に、損失削減原則からは、その要素のひとつである予防策の観点から一定の範囲内では預金者に負担を求めることは肯定されるが、感応度の問題からそれを多額のものとはすべきではないとされる。さらに、より重要な点としては、とりわけカードの仕様技術やインターネットバンキングのセキュリティ技術等について、銀行は将来にわたって損失の発生をより低コストで抑えうるような予防策にかかる技術的なイノベーションを促進できるが、損失を基本的に預金者の負担とするルールの下では銀行にこうしたイノベーションの促進に取り組むインセンティブを十分には与えられないと考えられる<sup>108</sup>。

第三に、損失賦課原則からは、発生した損失との対比でみた訴訟費用等が高すぎることを主因に正当な権利が実現されない可能性があるという問題が正当な権利者が預金者の時により顕著に現われること<sup>109</sup>を考慮すると、不正払戻し

---

する) インセンティブを与えうる制度だと評価する一方で、紛失・盗難を知った後 60 日終了後に通知をしていない場合にはリテール顧客に上限なく損失負担させていることは適当ではないとしている。その理由としては、リテール顧客の自らの損失に対する感応度がどの程度のものか不明確であることなどをあげている。同 100, 115-116 頁。

なお、岩原紳作・東京大学教授は、預金者保護法との比較において、米国の連邦 EFT 法が定めるいわゆる 50 ドル・ルールの方がわかりやすく、理屈として通りやすいと評価する。岩原・野間・松本 [2006] 22 頁 [岩原紳作発言部分]。

<sup>106</sup> 上記 II 章 2 節および III 章 (とりわけ 3 節) 参照。

<sup>107</sup> 上記 II 章 1 節参照。

<sup>108</sup> なお、Facciolo [2008] 630 頁は、技術の難解さは一般人が理解・コントロールしうるレベルを超えておりかつ今後もその傾向が続くことは明白であることを指摘したうえで、そうであるとすれば、決済システムの参加者である銀行が無権限取引の防止策を含む技術をフォローする役割を果たすべきであることを指摘する。

<sup>109</sup> 前掲注 89 参照。

から生じた損失を第一義的に預金者に負担させるルールは合理的ではなく、むしろ第一義的な損失を銀行に負担させることが望ましいと考えられる。

Cooter and Rubin [1987] の分析枠組みには、預金者の故意により預金の不正払戻しが行われたなど一部の場を除き、損失の大部分を原則として銀行に負担させた方が生体認証の利用等の技術的なイノベーションを進展させ<sup>110</sup>、結果として社会全体の効率性を高めようとの考え方が底流にあり、その意味でも個人預金者と銀行との間の現行の損失分担ルールは、従前の損失分担ルールよりもこうした考え方により整合的であると捉えうる。

#### ロ. 法人預金者と銀行との間では当事者間の契約により損失分担ルールを決める余地を残していること

預金者が法人である場合の損失分担ルールは、少なくとも理論的には原則として当事者間で締結される契約により決定されることになる。この点も Cooter and Rubin [1987] の分析枠組みからは肯定的に評価しうる。個人預金者と銀行との間には情報の非対称性や交渉力の格差が大きいことなどから、当事者間で効率的な契約を締結することが困難であり、ソフトローを含む法の介入が効率的な対応となりうると考えられる一方、法人預金者と銀行との間、とりわけ大口決済を頻繁に行うような法人預金者と銀行との間には、情報の非対称性や交渉力の格差が小さいことから、理論的には当事者間の自由な契約締結を保障することが効率性向上に資すると考えられるためである。

もともと、Cooter and Rubin [1987] が法による介入の妥当性を判断するうえでのメルクマールとしているものは、個人と法人という切り分けではなく、情報の非対称性や交渉力の格差による市場の失敗が存在するか否かという点である。したがって、すべての法人が大口決済を頻繁に行うわけではなく多種多様であることを考慮すれば、ある種の法人預金者と銀行との間には市場の失敗が存在することも考えられるため、法人であるからといってただちに個人と異なる取扱いをすることが望ましいという帰結が必ずしも導かれる訳ではないことに留意する必要がある<sup>111</sup>。

---

<sup>110</sup> 生体認証の利用など、預金の払戻しにかかる具体的なセキュリティ対策については、例えば、偽造キャッシュカード問題に関するスタディグループ [2005b]、岩下 [2006] 48-52 頁参照。

<sup>111</sup> 法人預金者の取扱いに関して、実務的な観点からは、限界的な事例において法人預金者と個人預金者をどのように切り分けるべきか（例えば、零細企業の経営者や法人格なき社団等の代表者の名義で、実質的には法人や団体の預金契約を締結した場合にはどのように取り扱うべきか）といった問題も指摘されている。例えば、高見澤・齋藤・野間 [2005] 38-39 頁、三上 [2006a] 272 頁参照。

## (2) さらなる検討が望まれる点

Cooter and Rubin [1987] の分析枠組みに基づく検討からは、将来策定されるべきルールのある方を探るにあたって今後さらなる検討が望まれる点として、“capped consumer liability rule”の導入、および預金者の銀行への通知義務に関するルールの改善を指摘することができる。

### イ. “capped consumer liability rule”の導入

個人預金者と銀行との間の現行の損失分担ルールは、不正払戻しにより生じた損失を原則として銀行が負担するものとしつつ、銀行が無過失でかつ預金者の過失・重過失を証明した場合には、預金者が発生した損失の一部ないし全部を負担するという「過失責任主義に基づくルール」である。

Cooter and Rubin [1987] の分析枠組みをあてはめると、過失責任主義に基づくルールは過失認定のための訴訟コスト等が極めて高いため、損失分担ルールとして必ずしも望ましいとはいえない<sup>112</sup>。Cooter and Rubin [1987] は、銀行しか損失を回避するための対策をとれない場合には銀行がすべての損失を負担し、預金者しか損失を回避するための対策をとれない場合には預金者がすべての損失を負担すべきであるとしたうえで、預金者と銀行の双方が損失を回避するための対策をとりうる場合（預金の不正払戻しでは多くのケースがこの場合に該当する）には、「一定額まではリテール顧客が無過失責任で損失を負担し、一定額以上については銀行が無過失責任で損失を負担するルールである“capped consumer liability rule”」が効率的な損失分担ルールであると指摘している。した

---

<sup>112</sup> この点に関連して、小塚・森田 [2009] 40-41 頁は、取引システムの安全性を高める措置を講ずることと預金者の利便性に大きな負担が発生しないことという 2 つの要請はしばしば矛盾衝突することを指摘したうえで、どのレベルのシステムを構築すべきかについては慎重かつ政策的な考慮が必要であるが、「預金者保護法は、その判断を、重過失（4 条 1 項・2 項・5 条 2 項但書・4 項但書）の認定という形で裁判所に委ねているのであるが、はたして裁判所にそのような政策判断能力があるかどうかは、再検討の余地があるかもしれない」と指摘する。

また、森田・小塚 [2008] は、不法行為法の観点からの分析ではあるが、抑止（望ましい行動を惹起するためのインセンティブの設定）の観点から、過失責任ルールよりも無過失責任ルールの方が望ましいルールとなりうることを指摘する。すなわち、森田・小塚 [2008] 17 頁は、「無過失責任ルールの下では、行為者はその行為によって発生したすべての損害を無条件に内部化することになるから、望ましい行動はどのようなものかということを行為者自身が判断しつつ採用することになる。これに対し、過失責任ルールは、この望ましい行動の決定を、行為者ではなく裁判所が行うルールである。そうすると、望ましい行動とはどのようなものであるかについての情報を、裁判所よりも行為者のほうが安価に収集できる場合には、過失責任ルールよりも無過失責任ルールの方が好ましい」こと、および「損害の発生が注意水準のみならず行動水準にも大きく依存しているような場合には、行動水準についても望ましい行動を惹起することのできる無過失責任ルールの方が、過失責任ルールよりも好ましい」ことを指摘する。

がって、個人預金者と銀行との間の現行の損失分担ルールの改善を検討するにあたっては、過失責任主義に基づくルールに代えて“capped consumer liability rule”を導入することの是非を検討すべきであるという示唆が得られる<sup>113</sup>。

#### ロ. 預金者の銀行への通知義務に関するルールの改善

個人預金者と銀行との間の現行の損失分担ルールでは、カードや通帳等が盗取されたことを銀行に「速やかに」通知することを預金者に求めるとともに、損失補償請求の対象を預金者が銀行への通知を行った日の原則として30日前の

---

<sup>113</sup> 偽造・盗難・紛失の区分という論点も上記論点に関連する可能性がある。偽造・盗難・紛失の区別という論点に関して、Cooter and Rubin [1987] の分析枠組みを当てはめてみると以下のとおりとなると思われる。すなわち、損失賦課原則の観点からみれば、損失分担ルールを細分化すれば、不正払戻しに当たって偽造・盗難・紛失いずれの形態により取得されたかという点について争いが生じる可能性があり、その結果訴訟コストの増加を招くと考えられるため、全ての場合において同一のルールを設計することが望ましいことになる。他方、損失削減原則からは、例えば、盗難通帳の場合と比して預金者のとりうる予防策の果たす役割が大きい紛失通帳の場合にも損失の大部分を銀行が負担するような損失分担ルールとすることにより、預金者が予防策をとるインセンティブが十分には働かなくなるのではないかということ指摘しうるが、“capped consumer liability rule”の導入により「一定額」までは預金者に損失の負担を求めることで、預金者が予防策をとるインセンティブが一定程度は働くと考えられる。

なお、預金者保護法の制定過程において、偽造カードと盗難カードで損失分担ルールを区分することの是非について議論された経緯がある。偽造カードと盗難カードで損失分担ルールを区分することを肯定するものとしては、「偽造キャッシュカードの問題は、キャッシュカードシステム自体の欠陥の問題であり、当該システムに瑕疵がないことを前提とした盗難キャッシュカードの問題とはあくまで区別して考えるべき」といった意見があった。他方、否定するものとしては、「盗難キャッシュカードと偽造キャッシュカードとは、真正のキャッシュカードの占有を奪った後、そのカード自体を不正使用するか、スキミングをした上で真正のキャッシュカードを返却し、これをもとに作出した偽造キャッシュカードを使用するかの違いに過ぎず、両者に関する補償のあり方を区別する必要はないのではないか」といった意見があった。偽造キャッシュカード問題に関するスタディグループ [2005a] 5-11 頁。この点に関連して、小塚・森田 [2009] 39 頁は「偽造カード等と盗難カード等との間でこのような違いが設けられているのは、無権限引出が行われるリスクを金融機関と預金者とのいずれがよりよくコントロールできるかが、両者において違うからである」と指摘する。また、山田 [2006] 94-95 頁は「偽造キャッシュカードは、真正カードと無関係に、例えば、ATM から銀行のメインコンピューターへの通信回線への介入により、作成することができるという指摘もあるように思います。このような例を、偽造キャッシュカードの典型例とするならば、盗難キャッシュカードとの区別は、困難ではなく、真正のカードが盗取されて利用される盗難キャッシュカードとの規律内容の相違を、整合的に説明することは、比較的容易であるように思います。しかし、偽造キャッシュカードも、……一時的には、盗取され、スキミングの後、被害者のもとに戻されたというような場合には、被害者が盗取されたことに気付くことの容易さの点で違いはあるものの、それは、必ずしも決定的なものとは思われません。盗取されたという局面に着目すると、規律内容の相違を十分に整合的に説明することは、容易ではなくなります。このような視点からの検討は、今後、引き続き行わなければならないと考えます」と指摘する。

日以降に生じた損失に限定し、それより前に生じた損失については原則として全額を預金者が負担するものとしている。カードや通帳の盗取等があったことを速やかに銀行に届け出るとともに、不正払戻しが行われていないか自らの口座の状態を定期的に確認するインセンティブを預金者に与えることがその趣旨であると捉えられる。

Cooter and Rubin [1987] は、カードや通帳の紛失・盗難について、預金者の通知懈怠がある場合には、“capped consumer liability rule”で設定される通常の上限額以上の負担を預金者に課すことを肯定する<sup>114</sup>。カードや通帳の紛失・盗難等や不正払戻しの発生についての迅速な通知は、損失の発生・拡大を抑止するための効果的な対策となることから、預金者により迅速に通知するインセンティブを与えることが望ましいというのがその理由である。もっとも、預金者が負担すべき金額については、損失負担に対する預金者の感応度は高くないとの推察に基づき、一定の上限額を設定すべきとしている。

したがって、Cooter and Rubin [1987] の分析枠組みからは、預金者に通知の懈怠があった場合に、預金者が負担すべき損失額を通知の懈怠がない場合よりも高額としつつも、具体的な経過日数に応じて一定の上限額を設定すること等を預金者の銀行への通知義務に関するルールとして検討すべきであるという示唆が得られる。例えば、預金者がカード等の盗難あるいは不正払戻しの発生を知った日を基準日とし具体的な経過日数に応じて預金者の損失負担上限額を設定することの是非について、検討することも一案であると思われる<sup>115</sup>。

### 3. Cooter and Rubin [1987] の分析枠組みに基づく検討から得られた示唆

Cooter and Rubin [1987] の分析枠組みに基づく検討から得られた示唆として、以下の点を指摘できる。

---

<sup>114</sup> 前掲注 105 およびそれに対応する本文参照。

<sup>115</sup> 上記の経過日数とそれに応じて設定される預金者損失負担上限額との相互関係については、例えば、基準日以降 2 営業日までの損失について X 万円までの損失を負うとしたうえ、基準日の 2 営業日以降 30 日前までの損失については 2 営業日以内に通知していれば生じていなかったであろう損失を Y 万円まで、基準日から 30 日以降の損失については Z 万円までという形で預金者損失負担上限額を設定することが考えられる。経過日数の具体的な期間・区分とそれに応じて設定される預金者の負担上限額の具体的な金額については、実際の預金者のカードや通帳の盗難等の通知状況や損失発生状況等の実証的なデータを分析したうえで設定することが望ましいと考えられる。あわせて後掲注 118 参照。

なお、米国の 50 ドル・ルール（前掲注 105 参照）における預金者負担の上限額について、預金者保護法の制定過程の議論では、50 ドルという金額は経済学の論理では肯定されず、少なくとも 250 ドルとしなければ有効にワークしないといわれているという議論が紹介されている。偽造キャッシュカード問題に関するスタディグループの第 12 回議論の概要 ([http://www.fsa.go.jp/singi/singi\\_fccsg/gaiyou/f-20050428-singi\\_fccsg.html](http://www.fsa.go.jp/singi/singi_fccsg/gaiyou/f-20050428-singi_fccsg.html)) 参照。

まず、個人預金者と銀行との間の現行の損失分担ルールの方が、従前の損失分担ルールよりも、Cooter and Rubin [1987] の分析から導かれるルールとより整合的であり、より望ましいと評価しうる。すなわち、現行の損失分担ルールは、被害にあった預金者の保護を図ることを主たる目的として導入が進められてきたものであるが、結果として効率性の観点からも一定程度肯定的に評価できる。

他方、改善の余地がないといえるわけではなく、今後さらなる検討が望まれる点もある。とりわけ、「一定額まではリテール顧客が無過失責任で損失を負担し、一定額以上については銀行が無過失責任で損失を負担するルール」である“capped consumer liability rule”の導入の是非が今後の検討課題となりうると思われる。この場合の重要な考慮すべき要素は、個人預金者と銀行との間の現行の損失分担ルールが多くの場合において「全額を銀行が負担<sup>116</sup>」との帰結を招く点を“capped consumer liability rule”の導入により「限定的な一定額を預金者が負担、残りを銀行が負担」との帰結に変更することを通じて、預金者に損失削減策をとるインセンティブを与えることにある。

なお、Cooter and Rubin [1987] の分析枠組みは、上記の“capped consumer liability rule”でもみられるように、理論的に望ましいと考えられる損失分担ルールを導き出すものではあるが、実務的には今後解決すべき難問があり、例えば、“capped consumer liability rule”を実際の制度として具体化するに当たっては、その中核概念である「一定額（リテール顧客が負担する上限額<sup>117</sup>）」の具体的金額をどのように設定するかという問題がある<sup>118</sup>。

こうした実務的に解決すべき問題はあるものの、理論的に体系立った考察を行う Cooter and Rubin [1987] は、効率性という視点からあるべき損失分担ルールを議論するための有益な検討のための土台を提供するものである——社会全体としてのコストを低減させ、預金者と銀行の双方にとって有益な帰結をもたらさう多くの示唆を含むものである——といえる。

---

<sup>116</sup> 全ての損失を銀行が負担する場合、Cooter and Rubin [1987] の分析枠組みにおける損失分散原則に鑑みれば、当該損失は結果として全預金者に薄く広く転嫁されていると考えられる。

<sup>117</sup> 預金者の追加的に課せられる損失分担への感応度が低いことに配慮すれば、上限額はさほど高額とはならないと考えられる。

<sup>118</sup> 難問ではあるが、取り敢えず「当てずっぽうと政治的魔法」により一定額を決定したうえで、問題があれば適宜修正するアプローチをとることも考えられない訳ではない。

## V. おわりに代えて

本稿では、まず、預金の不正払戻しに関する個人預金者と銀行との間の損失分担ルールの変遷を概説した。損失分担ルールの変遷において、ソフトローであると捉えうる銀行業界の自主ルールが様々な役割を果たしてきた。銀行業界の自主ルールの役割は、従前は、立法と同内容のものであると解釈されてきたあるいは立法で定められたルールの内容を確認的に取り込んできたという意味で、消極的であったとも捉えうる。他方、2008年の全銀協申し合わせは、立法により他律的に定められた訳ではなく、まさに「自主ルール」の創造であり、積極的であったとも捉えうる。ソフトローとハードローの関係という観点からみれば、従来の銀行業界の自主ルールはハードローのミラー・イメージであるソフトローと捉えうるのに対し、2008年の全銀協申し合わせはハードローを代替するソフトローであると捉えうるといえよう。

今後、預金の不正払戻しに関する個人預金者と銀行との間の損失分担ルールは、どの方向に進むべきか。本稿では米国におけるひとつの先行研究(Cooter and Rubin [1987])を紹介しそれに基づくひとつの試論を展開したことに止まったこともあり、預金者と銀行との間の損失分担ルールのあり方について包括的な分析・検討を行えなかったことから、今後進むべき方向を結論付けることはできないが、以下の点を暫定的に指摘しうると思われる<sup>119</sup>。

第一に、2008年の全銀協申し合わせ等により具現化した現行の損失分担ルールは、預金者保護の体制を改善しつつ、銀行に対してセキュリティを向上させるインセンティブを与えており、Cooter and Rubin [1987]の分析枠組みからも肯定的に評価しうる。しかしながら、個人預金者に対して損失を防ぐためにインセンティブを与えていないのではないかという懸念があり、Cooter and Rubin [1987]の分析枠組みからは、今後の検討課題のひとつとして“capped consumer liability rule”の導入の是非、より端的には限定的な一定額を原則として個人預金者負担とするルールの導入の是非を指摘しうる。その際、預金者と銀行が協働して総損失額を最小化していくという視点が重要となる。なぜならば、銀行の個人預金業務部門のコスト増は、銀行の貸出先や、役職員、株主等から預金者

---

<sup>119</sup> 本稿の分析枠組みでは捉えられていない預金者と銀行との間の損失分担ルールを巡る重要な論点として、例えば、次のような点がある。まず、預金の不正払戻しを巡る法的構成と損失分担ルールに関する論点が挙げられる。この論点に関連して、預金払戻しを巡る法律関係を再検討し、契約法の観点から法的構成を捉え直す作業を行う必要性を指摘するものがある。松本 [2005] 23 頁、川地 [2006] 81 頁参照。また、実務的な観点から預金不正払戻しの防止のためにとりうる対応等について議論を深めることも重要であろう。例えば、カードのハイテク化、ATM等のインフラ整備、預金者への啓蒙活動、保険などの今後の実務対応を指摘するものとして、上原 [2005] 参照。さらに、金融機関の対策とその限界、業態間問題、銀行間問題等を指摘するものとして、三上 [2006a] 312 頁以下、三上 [2006b] 4-5 頁参照。

への所得移転が無いと仮定すると、Cooter and Rubin [1987] の損失分散原則が示唆するとおり、結局のところ預金者全体の負担となる訳であり、個々の預金者も銀行が蒙る損失額を最小化することに共通の利益を見出しうるといえるからである。

第二に、2008年の全銀協申し合わせを通じてより自律的に業界自主ルールが制定された経緯を踏まえれば、今後の損失分担ルールの修正にあたっては、ハードローによる対応という選択肢に加え、ソフトローによる対応という選択肢もありうるということが示唆される。取引形態の変化や情報セキュリティ技術の進歩をよりタイムリーにルール策定に反映するという観点からは、ハードローよりもむしろソフトローの方がより柔軟かつ合理的に対応しうる場合があると思われる。

最後に、本稿では敷衍することができなかつた点ではあるが、預金者と銀行との間の損失分担ルールのあり方については、債権法改正に向けた取組み<sup>120</sup>や、決済法制充実のための取組み<sup>121</sup>を踏まえ、より大局的な観点からも検討される必要があることを指摘しておきたい。

以 上

---

<sup>120</sup> 法制審議会では、2009年10月に「民法（債権関係）部会」を設置し、債権法の抜本改正に向けた検討が開始される予定にある。

なお、学界における現在までの取組みとしては、例えば、2006年10月に発足した「民法（債権法）改正検討委員会」（委員長：鎌田薫・早稲田大学教授、事務局長：内田貴・法務省民事局参与）が2009年4月に「債権法改正の基本方針」を公表した。民法（債権法）改正検討委員会 [2009] および内田 [2009] 参照。同委員会提案に関連して、預金者保護法にも関連する検討事項を指摘するものとして山田 [2009]、また、預金者保護法および全銀協申し合わせとの関係等に言及するものとして高山・大野 [2009] 78-83頁 [辻松雄執筆部分] および井上 [2009] を参照。また、別の研究グループである2005年11月に発足した「民法改正研究会」（代表：加藤雅信・上智大学教授）は2009年1月に、担保法を除く財産法の全面改正案である「日本民法改正試案（平成21年新年案）」を公表した。民法改正研究会 [2009] 参照。

<sup>121</sup> 金融審議会金融分科会第二部会では、「決済に関するワーキング・グループ（座長：岩原紳作・東京大学教授）を設置して検討を進め、2009年1月に同ワーキング・グループにおける検討結果等を踏まえた報告書「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——」を公表した。こうした動きを踏まえつつ、2009年6月に「資金決済に関する法律」が成立した。

また、取引法の観点から資金決済の諸問題を論じる最近の論稿として、中央銀行預金を通じた資金決済に関する法律問題研究会 [2009] 参照。

## (参考文献)

- 麻生裕介、「いわゆる偽造・盗難カード預金者保護法の概観と今後の展望」、金融商事判例 1224 号、2～7 頁、2005 年
- 池田真朗、「法人顧客の大口取引においてパンフレットどおりの本人確認を怠った銀行と債権準占有者に対する弁済」、金融法務事情 1876 号、11～14 頁、2009 年
- 石毛和夫、「判例研究」、銀行法務 21 677 号、2007 年
- 石田祐介、「『偽造カード等及び盗難カード等を用いて行われる不正な機械式預貯金払戻し等からの預金者の保護等に関する法律』の概要」、金融法務事情 1751 号、22～30 頁、2005 年
- 井上博史、「検討委員会試案の実務影響を考える ③弁済・詐害行為取消権」、金融法務事情 1874 号、127～135 頁、2009 年
- 岩下直行、「偽造・盗難カード預貯金者保護法と金融機関のセキュリティ対策」、ジュリスト 1308 号、45～52 頁、2006 年
- 岩原紳作、『電子決済と法』、有斐閣、2003 年
- 、「偽造その他無権限キャッシュカード等取引に関する英米仏等の法制について」、2005 年
- ・野間啓・松本貞夫、「〔鼎談〕偽造・盗難カード預貯金者保護法と理論・実務上の課題」、ジュリスト 1308 号、8～34 頁、2006 年
- 岩本秀治・辻松雄、「盗難通帳およびインターネットバンキングによる預金の不正払戻しに対する自主的な取組みについて」、銀行法務 21 687 号、28～35 頁、2008 年
- 上原 敬、「偽造・盗難カード預金者保護法成立と今後の実務対応」、銀行法務 21 650 号、14～19 頁、2005 年
- 内田 貴、『民法Ⅲ（第 3 版）』、東京大学出版会、2005 年
- 、『債権法の新時代——「債権法改正の基本方針」の概要——』、商事法務、2009 年
- 大坪直彰、「全銀協『カード試案』の改正等について」、ジュリスト 1308 号、35～44 頁、2006 年
- 大村敦志、「弁済—自動支払機による引出し」、法学教室 312 号、31～37 頁、2006 年
- 大森政輔・鎌田薫編、『立法学講義』、商事法務、2006 年
- 川地宏行、「偽造・盗難キャッシュカードによる預金の不正引出と責任分担」、専修大学法学研究所紀要 27 号『民事法の諸問題 X II』、1～82 頁、2006 年
- 偽造キャッシュカード問題に関するスタディグループ、「偽造キャッシュカード

- 問題に関するスタディグループ中間取りまとめ～偽造キャッシュカード被害に対する補償を中心として～」、2005年a
- 、「偽造キャッシュカード問題に関するスタディグループ最終報告書～偽造・盗難キャッシュカード被害発生の予防策・被害拡大の抑止策を中心として～」、2005年b
- 小塚荘一郎・森田 果、『支払決済法——手形小切手から電子マネーまで——』、商事法務、2009年
- 佐久間毅、「民法478条による取引保護」、法学論叢154巻4・5・6号、377～427頁、2004年
- 沢野直紀、「無権限資金移動と損失負担」、『竹内昭夫先生還暦記念 現代企業法の展開』、有斐閣、353～396頁、1990年
- 潮見佳男、『債権総論』、信山社出版、2004年
- 島田邦雄・沖田美恵子、「インターネットバンキングによる不正送金と金融機関の責任—東京高判18.7.13の射程範囲—」、金融法務事情1791号、50～56頁、2007年
- 高見澤昭治・齋藤雅弘・野間啓編著、『預金者保護法ハンドブック』、日本評論社、2006年
- 高山崇彦・大野正文編著、『銀行・事業会社のための債権法改正入門—「債権法改正の基本方針」の描く新時代のビジネスルール』、金融財政事情研究会、2009年
- 中央銀行預金を通じた資金決済に関する法律問題研究会、『「中央銀行預金を通じた資金決済に関する法律問題研究会」報告書——取引法の観点からみた資金決済に関する諸問題——』、日本銀行金融研究所、2009年
- 中田裕康、『債権総論』、岩波書店、2008年
- 野村豊弘、「コンピューターを利用した銀行取引と銀行の免責約款——最二小判平5.7.19を中心に——」、金融法務事情1369号、9～15頁、1993年
- 野村美明、「日本金融法の規制影響評価(特集 ここがヘンだよ日本法)」、NBL900号、84～88頁、2009年
- 藤田友敬編、『ソフトローの基礎理論 ソフトロー研究叢書(中山信弘編集代表)第1巻』、有斐閣、2008年
- 星野英一、『人間・社会・法』、創文社、2009年
- 前田重行、「印鑑照合による免責と銀行の注意義務について」、銀行法務21564号、37～42頁、1999年
- 、「預金の払戻しにおける印鑑照合と金融機関の免責について——最近の預金払戻しをめぐる裁判例の検討——」、金融・商事判例1163号、2～7頁、2003年

- 前田 庸、『銀行取引』、弘文堂、1979年
- 松並重雄、「最高裁判所判例解説」、法曹時報 58 卷 2 号、609～644 頁、2006年
- 松本恒雄、「偽造・盗難カード預金者保護法の他の取引への影響と残された課題」、  
銀行法務 21 650 号、20～23 頁、2005年
- 三上 徹、「キャッシュカードの不正使用と銀行の免責事件」、岡村久道編『サイ  
バー法判例解説（別冊 NBL79 号）』、134～135 頁、2003年
- 、「偽造・盗難カード等の不正使用からの預貯金者保護法の諸問題」、新  
堂幸司・内田 貴編『継続的契約と商事法務』、商事法務、267～342 頁、  
2006年 a
- 、「偽造盗難カード立法と銀行間問題」、金融法務事情 1763 号、4～5 頁、  
2006年 b
- 民法改正研究会（代表 加藤雅信）、『民法改正と世界の民法典（総合叢書 5）』、  
信山社、2009年
- 民法（債権法）改正検討委員会、『債権法改正の基本方針（別冊 NBL126 号）』、  
商事法務、2009年
- 森田 果・小塚荘一郎、「不法行為法の目的——『損害填補』は主要な制度目的  
か」、NBL874 号、10～21 頁、2008年
- 山田誠一、「偽造キャッシュカード・盗難キャッシュカードと ATM からの払戻  
し（シンポジウム「普通預金取引に関する最近の法的諸問題」の報告 4）」、  
金融法研究 22 号、85～95 頁、2006年
- 、「金融法学会第 26 回大会資料 ①弁済一主に債権の準占有者への弁済  
と弁済による代位」、金融法務事情 1874 号、35～40 頁、2009年
- 我妻 栄、『新訂 債権総論』、岩波書店、1964年
- Cooter, Robert and Edward Rubin, “A Theory of Loss Allocation for Consumer  
Payments,” *Texas Law Review* Vol. 66, pp.63-130, 1987
- Facciolo, Francis J., “Unauthorized Payment Transactions and Who Should Bear the  
Losses,” *Chicago-Kent Law Review* Vol. 83, pp.605-631, 2008
- Gersen, Jacob and Eric Posner, “Soft Law: Lessons from Congressional Practice,”  
*Stanford Law Review* Vol.61 (3), pp.572-628, 2008
- Rogers, James Steven, “The Basic Principle of Loss Allocation for Unauthorized  
Checks,” *Wake Forest Law Review* Vol. 39, pp.453-509, 2004
- Rusch, Linda J., “Reimagining Payment Systems: Allocation of Risk for Unauthorized  
Payment Inception,” *Chicago-Kent Law Review* Vol. 83, pp.561-603, 2008