

損失補てん等・特別の利益の提供の禁止に関する論点整理
ー金利スワップ取引における金利固定化に関する対応に関連してー

一. はじめに

金融機関や証券会社（以下、「金融機関等」という。）は、事業者である借入人や社債発行会社といった顧客に対し、当該事業者が変動金利を負担する金銭消費貸借や社債について、変動金利を固定化する目的で締結する金利スワップ取引を広く販売してきている。かかる金利スワップ取引においては、通常、各金利支払日に、顧客が金融機関等に対して予め合意された固定の金利を支払う一方、参照される金利指標（例：LIBOR、TIBOR 等）が正の値である場合には、金融機関等が顧客に対し、想定元本金額に適用金利を乗じて得られる額の金銭を支払う旨の定め（変動金利支払条項）が置かれている。また、かかる変動金利支払条項においては、参照される金利指標が負の値である場合に、顧客が金融機関等に対して想定元本金額に適用金利を乗じて得られる額の絶対値に相当する金銭を支払う旨の定め（マイナス金利支払条項）が置かれていることが多い。もっとも、マイナス金利政策の導入前にあつては、かかる金利スワップの販売時において、参照される金利指標が負の値となった際、顧客がマイナスとなった変動金利の絶対値に相当する金額を支払うことについての明確な説明は行われず、むしろ金銭消費貸借や社債の金利固定化を目的とする金利スワップ取引であり、金銭消費貸借や社債を含む取引全体を総合すれば、借入人や社債発行会社の側には固定金利以外の金利負担が生じないという趣旨の説明が行われてきたのが通常と思われる。

しかし、金融法委員会の 2016 年 2 月 19 日付の報告書¹では、当該報告書の公表時点において、マイナス金利の支払義務に関し、金利指標がマイナスとなっている市場環境下であっても、金銭消費貸借や社債の適用金利は契約解釈上マイナスにならないのが原則であるのに対し、金利スワップ取引についてはマイナスとなった変動金利の絶対値に相当する金額を、固定金利の支払者側が固定金利相当額の支払に追加して支払う義務を負うのが原則であるという整理をした。かかる整理によった場合、顧客である借入人や社債発行会社から見ると、金銭消費貸借や社債については、適用金利がゼロになり、利息の支払を免れるに過ぎない一方で、金利スワップ取引においては、もともと支払義務のある固定金利に上乗せして、マイナスとなった変動金利の絶対値に相当する金額を金融機関等に対して支払うことが必要となる場合が生じることとなる。すなわち、金利固定化という金利スワップ取引の目的が達せられず、取引全体を総合した場合における借入人や社債発行会社の側の金利負担が増加する局面が生じ得る。また、ストラクチャード・ファイナンスにおいて、信託や特別目的会社等の SPV を複数の契約の当事者かつキャッシュフローの通過点として組成している場合において、当該 SPV が金利固定化を目的とする金利スワップ取引を締結している場合にも、上記と同様の局面が生じ得る。

このような局面が生じ得ることに鑑み、金利固定化を目的として締結された金利スワップ取引に基づき支払われる変動金利には一定の下限（以下、「金利フロア」という。）が存在し、取引全体を総合すれば固定金利以外の金利負担が顧客側に生じないことを顧客に対して確認するとい

¹ 金融法委員会「マイナス金利の導入に伴って生ずる契約解釈上の問題に対する考え方の整理」（平成 28 年 2 月 19 日）

う対応を検討する金融機関等もある。この点、事例によっては、金利スワップ取引の契約締結時点において、当該金利スワップ取引には金利フロアが存在することの合意、すなわち、金銭消費貸借又は社債と総合すれば固定金利以外の金利負担が顧客側に生じないとの合意が明示又は黙示に成立している場合があり得る²。かかる場合、上記確認は、既に存在する合意の確認に過ぎず、金融商品取引法（以下、「金商法」という。）に規定する損失補てん等又は特別の利益の提供には該当しない。しかしながら、かかる合意が認定されず、かつ、金利スワップ取引に係る契約書にマイナス金利支払条項が存在する場合³、当事者間において当該契約書中の明文の条項に沿った内容の合意が存在していたと解するのが原則と考えられる⁴。この場合、参照する金利指標がマイナス金利となった場合には、顧客がマイナスとなった変動金利の絶対値に相当する金額の支払義務を負うという当該契約書に記載されている条項に従った合意内容が認定されるのが原則と考えられる。

契約上、金利スワップ取引に基づき変動金利の絶対値に相当する金額の支払義務を顧客側が負っている場合に、金融機関等が、金利スワップ取引及び金利固定化の対象となる取引を総合して当該顧客には固定金利以外の金利負担は生じないことを確認し、これに必要な限度で金利スワップ取引に基づく変動金利の絶対値に相当する金額の支払請求を行わない旨約する行為⁵（以下、「本件対応」という。）は、形式的には、金商法に規定する損失補てん等又は特別の利益の提供に該当する可能性があるようにも思われる。そこで、本論点整理では、本件対応と損失補てん等の禁止及び特別の利益の提供の禁止との関係について整理・検討する。

なお、本論点整理は、金融機関等が、任意の対応として本件対応を行うことと、損失補てん等の禁止及び特別の利益の提供の禁止との関係を検討するものである。当然ながら、本件対応が損失補てん等の禁止及び特別の利益の提供の禁止に該当しない場合であっても、金融機関等が本件対応を行う義務を負うものではない。

² 金利スワップ取引の契約締結時点において、当該金利スワップ取引には金利フロアが存在し、予め説明されていた固定金利以外の金利負担が顧客側に生じないとの黙示の合意がなされていたといえるかどうかは、個別具体的な事情を考慮して判断されることになると考えられる。このため、かかる黙示の合意の存在が肯定される事案について一般的に言及するのは困難であるが、当該判断に際しては、例えば、①顧客のマイナス金利支払条項における規定内容に対する認識の有無、程度、②金融機関等からの説明内容、③ヘッジ会計の適用の有無及び④金利固定化の対象となる契約との一体性といった具体的な事情を総合的に考慮することになると思われる。

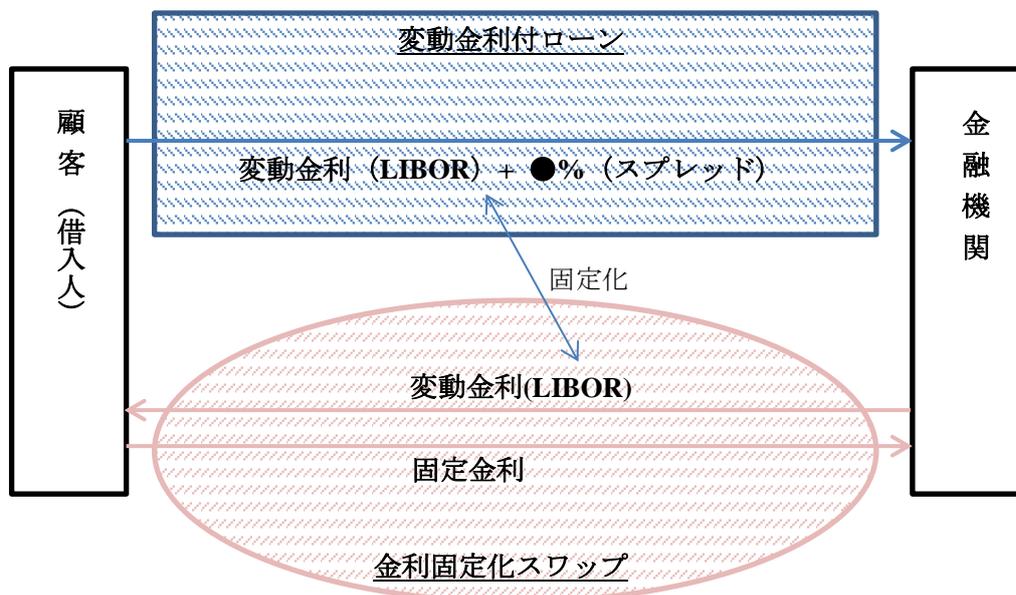
³ 金利スワップ取引が ISDA の Master Agreement に基づいて行われ、例えば 2006 年版 ISDA Definitions が参照される場合、当事者が適用金利の下限をゼロとする条項を明示的に選択しない限り、当該金利スワップ取引については、マイナス金利支払条項がデフォルト・ルールとして適用される。

⁴ 最判昭和 51 年 7 月 19 日裁判集民 118 号 291 頁、最判昭和 32 年 10 月 31 日民集 11 卷 10 号 1779 頁参照。

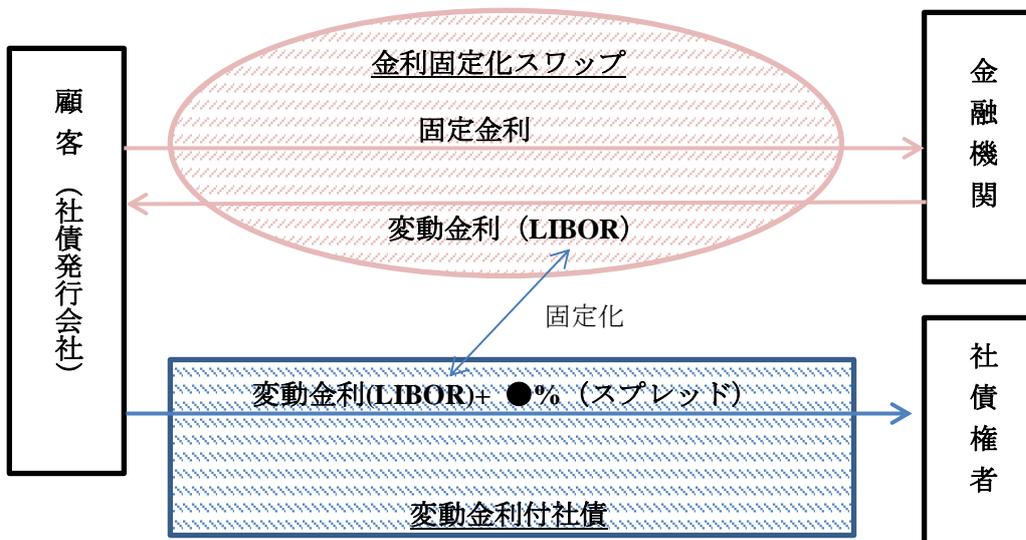
⁵ かかる行為は、法的には、既に具体的に発生した請求権ないし将来発生する可能性のある請求権の放棄（債務の免除。民法 519 条）を含むものと考えられる。

なお、具体的な金利支払の仕組みの例については次の通り。

変動金利付金銭消費貸借+金利固定化スワップの場合



変動金利付社債+金利固定化スワップの場合



※ 上記いずれの場合も、マイナスの数値となった変動金利の絶対値が、スプレッドである●%を超える場合には、取引全体を総合した場合に、予め説明されていた固定金利を超える金額の金利負担が顧客に生じる点が問題となる。

二. 損失補てん等の禁止（金商法 39 条 1 項各号）との関係

1. 問題の所在

金利スワップ取引において、マイナス金利支払条項が置かれており、かつ、かかる契約締結時点において、金利フロアの存在、すなわち、固定金利以外の金利負担が顧客側に生じないとの合意を認定することができない場合、顧客側は、契約上、金利スワップ取引に基づき変動金利の絶対値に相当する金額の支払義務を負うこととなる。

金商法上、デリバティブ取引等についての損失補てん等は原則として禁止されており、その要件として、「損失」、損失補てんの目的、及び、「財産上の利益」の提供、申込又は約束等が規定されている（金商法 39 条 1 項各号）。「損失」及び「財産上の利益」の解釈に関する一般的な見解⁶によれば、上記のような合意が認定できない場合に、本件対応をすると、少なくとも形式的には、「損失」が存在し、「財産上の利益」を提供する行為が認められると思われる。したがって、以下では、同項の構成要件への該当性の問題として、金融機関等による本件対応が損失を補てんする目的で行われたものにあたるかどうかを検討する。

なお、損失を補てんする目的が認められる場合には、金融機関等が、金利スワップ取引について本件対応を行う以上、金利固定化の対象となる変動金利付の金銭消費貸借取引における貸付人（又は変動金利付社債の社債権者）が当該金融機関等と同一であるかどうかにかかわらず、損失補てん等の禁止に該当すると考えられる。すなわち、金利スワップの提供者と金利固定化の対象となる取引の提供者が一致しているかどうかにかかわらず、損失補てん等の禁止への該当性は問題となると考えられる。

また、上記金融機関等の同意については、金商法 39 条 1 項 1 号ないし 3 号の各類型への該当性がそれぞれ問題となり得るが、現時点で実施する本件対応は、金利スワップ取引について、固定金利の支払義務を超える部分、すなわち、マイナスの値となった変動金利の絶対値に相当する追加金利の支払義務の全部又は一部を顧客側に発生させないことをその内容としていることから、当該追加金利の支払義務の発生を将来生じ得る実現損とみることができ、以下に論じる「損失…を補てん…するため」という目的要件との関係では、1 号の問題として論じるのが直接的である。したがって、本論点整理では 1 号への該当性の問題として検討を行う⁸。

2. 損失補てん等の目的の有無に関する学説等

学説上、「損失…を補てん…するため」とは、取引について実現損又は評価損が生じたときに、損失分の全部又は一部を埋め合わせようとする意思を指し、かかる目的とともに大口顧客を確保する目的等他の目的が並存する場合でも、損失補てん等の目的は認められると解

⁶ 「損失」には、実現損及び評価損の双方が含まれる（岸田雅雄「注釈金融商品取引法【第 2 巻】業者規制」364 頁（きんざい 2009 年）、大蔵省・法務省内証券取引法令研究会「損失補てん規制 Q&A」30 頁（財經詳報社 1994 年））。

⁷ 「財産上の利益」には、現金や物品の提供のほか、債務免除、信用の提供等、経済的価値を有するものすべてが含まれる（黒沼悦郎・太田洋「論点体系 金融商品取引法 2」145 頁（第一法規 2014 年）、岸田 前掲注(6) 365 頁も同旨）。

⁸ 取引全体での顧客の金利負担の上昇が現実発生した後で、当該実現損について事後的に補てんを申込・約束する場合や、当該補てんを実行する場合には 2 号又は 3 号の問題となるが、これらの各類型との関係においても、1 号の定める目的要件に関する本論点整理における検討内容が基本的にそのまま妥当すると考えられる。

されている⁹。また、損失補てん等の目的の有無については客観的行為・状況を踏まえて判断されるものであり、以下の場合には、基本的に損失補てん等の目的が否定されることになるとの指摘がある¹⁰。

- ① 顧客への苦情等対処として社会通念上妥当なサービスを提供する場合（金融庁公表の金融商品取引業者等向けの総合的な監督指針Ⅲ－２－５－１（２）③ト参照）
- ② 正当な事業再生支援目的がある場合（金融庁の一般的な法令解釈に係る書面照会手続における回答、平成 25 年 1 月 23 日付照会書及び同月 25 日付回答書参照）
- ③ 事業型ファンドの対象財産について通常必要とされる管理・処分を行う場合

3. 検討

判例上、損失補てん等の禁止の趣旨は、一部の投資家のみ利益提供行為がされることによって生ずる証券市場の中立性及び公正性に対する一般投資家の信頼の喪失を防ぐことや、証券市場の中立性及び公正性に対する一般投資家の信頼の維持・確保にあるとされている¹¹。

また、上記の通り、正当な事業再生支援目的がある場合における利益提供行為は損失補てん等に当たらないと解されており、利益提供行為の目的次第では、利益提供行為を行ったとしても、「損失…を補てん…するため」には該当しない場合が存在することが認められている。

これらを踏まえると、上記禁止の趣旨に照らして、少なくとも、証券市場の中立性及び公正性に対する一般投資家の信頼の維持・確保に資する目的での利益提供行為は、損失補てん等の禁止に該当しない場合があると解するのが合理的と考えられる。

また、契約締結時において、市場関係者が現実的には想定していなかった事態によって、契約当事者の一方に予想外の支出が生じることになる場合に行う利益提供行為は、同様の状況にあるすべての顧客に対して同様の対応をすることを前提とすれば、当初の説明に対する一般投資家の正当な期待及び信頼を維持するものといえる。したがって、かかる利益提供行為についても、証券市場の中立性及び公正性に対する一般投資家の信頼の維持・確保に資する目的に基づく利益提供行為であるといえ、「損失…を補てん…するため」に行ったものには該当しないと解することに合理性があると考えられる。

金利固定化を目的として締結された金利スワップ取引について検討すると、マイナス金利政策の導入前に締結された金利スワップ取引に金利フロアの合意を認定することができない場合に、金融機関等が本件対応をする場合、その目的は、マイナス金利の市場環境という契約締結時に金融機関等及び顧客が想定していなかった事態により、当該顧客が、金利スワップ取引に基づく変動金利の絶対値に相当する金額の支払によって予想外の支出が生じることを防ぎ、当初の説明に対する一般投資家の正当な期待及び信頼を維持することにもあると思われる。

⁹ 平野龍一・佐々木史朗・藤永幸治編「注解特別刑法補巻（2）」159頁（青林書院 1996年）

¹⁰ 松尾直彦「金融商品取引法 [第4版]」435頁（商事法務 2016年）

¹¹ 最判平成 15 年 4 月 18 日民集 57 卷 4 号 366 項、尾島明「最高裁判所判例解説 民事篇（平成 15 年度）」259 頁（法曹会 2006 年）

したがって、少なくとも、かかる目的に基づく本件対応は、同様の状況にあるすべての顧客に対して本件合意に関して同様の対応をすることを前提とすれば、証券市場の中立性及び公正性に対する一般投資家の信頼の維持・確保に資する目的で利益提供行為を行うものと評価されるため、「損失…を補てん…するため」には該当しないと考えるべきである。

また、以上の議論は、金利固定化の対象となる変動金利付の金銭消費貸借取引（又は変動金利付社債）と金利スワップ取引との間に密接な関連性が認められる限り¹²、貸付人（又は社債権者）が金利スワップ取引の提供者である金融機関等と同一かどうかにかかわらずに妥当すると考えられる。本件対応は、上記の密接な関連性が存在する場合、金利固定化の対象となる変動金利付の金銭消費貸借取引における貸付人（又は変動金利付社債の社債権者）が同一でなくても、顧客に、金利スワップ取引に基づく変動金利の絶対値に相当する金額の支払という予想外の支出が生じることを防ぎ、当初の説明に対する一般投資家の正当な期待及び信頼を維持することにつながるためである。したがって、金利スワップの提供者と金利固定化の対象となる取引の提供者が一致しているかどうかにかかわらず、上記の密接な関連性が存在する場合は、本件対応を金融機関等が行ったとしても、損失を補てんする目的が認められないと解するのが合理的と考えられる。

以上は、変動金利付の金銭消費貸借契約の金利固定化を目的とすること等の一定の要件を充足する対象金利スワップ契約に関してなされた書面照会（金融庁公表の平成 28 年 4 月 18 日付照会書）に対する金融庁の回答（同月 22 日付回答書。以下、「本金融庁回答書」という。）において、金融商品取引業者等が、当該顧客のマイナス金利の支払を免除する、当該顧客に対してマイナス金利相当額の支払を行う（その上で顧客によるマイナス金利の支払と相殺・差引計算する）等により、当該顧客が所定の固定金利の支払義務のみを負うこととすることについて、金商法 39 条 1 項に違反しない旨の解釈が示されていることとも結論において整合的である。

4. 本金融庁回答書の今後の損失補てん等の禁止の判断に与える影響

本金融庁回答書が公表される以前には、損失補てん等の禁止について、利益提供行為が行われた場合であっても、損失補てん等の禁止に該当しないと判断する金融庁の判断として公開されたものは、上記「金融庁の一般的な法令解釈に係る書面照会手続における回答」（平成 25 年 1 月 23 日付照会書及び同月 25 日付回答書）のみであった。また、かかる過去の回答書は、事業再生等の倒産手続の局面のみを対象とする限定的なものであり、当該局面以外における「損失…を補てん…するため」との主観的要件に関する判断基準の資料や根拠として一般的に参照し得る先例ではなかった。

本金融庁回答書も、損失補てんの目的という主観的要件の判断につき直接言及したものではないが、本金融庁回答書に対応する平成 28 年 4 月 18 日付照会書の内容及び損失補てん等

¹² このような密接な関連性が認められるかの判断については、例えば、(i) 金利固定化の対象となる変動金利付の金銭消費貸借取引（又は変動金利付社債）と金利スワップ取引との間で、取引の開始日、想定元本の額、金利支払の期日及び金利の水準等の取引の諸条件が一致するかどうか、また、(ii) 両契約が実際上一体として説明され締結されたというような事情があるかどうか等を考慮することが考えられる。具体的には、例えば、シンジケート・ローンを組成する際に、各参加行が実行する変動金利付貸付に基づき借入人が負担する金利変動リスクをヘッジする内容で、アレンジャー等である特定の金融機関が借入人との間で金利スワップ取引を締結するような場合、当該金利スワップ取引が、当該金融機関以外の参加行の実行したローンについての金利変動リスクをヘッジするような場合でも、当該変動金利付貸付と金利スワップ取引の間には密接な関連性が認められると考えるべきであろう。

の禁止の要件に照らすと、本金融庁回答書は、「損失…を補てん…するため」との主観的要件が認められないと判断したものと理解するのが合理的と思われる。すなわち、本金融庁回答書において損失補てん等の禁止に該当しないとされたケースは、損失を補てんする目的という主観的要件が否定される場合の例として挙げられることのある、上記の①顧客への苦情等対処として社会通念上妥当なサービスを提供する場合、②正当な事業再生支援目的がある場合及び③事業型ファンドの対象財産について通常必要とされる管理・処分を行う場合の三類型のいずれにも該当しないものであり、本金融庁回答書は、損失を補てんする目的という主観的要件が否定される新たな類型が認められる場合があることを示唆するものといえる。この点において、本金融庁回答書は、本論点整理で述べているような損失補てんの目的の有無に関する具体的な判断基準を設定する際の資料、根拠となり得るものであり、損失補てん等の禁止に違反することとなる事例の範囲についての予見可能性を高めるものといえることができる。

これによって、金融機関等は、本件対応を行う義務を負わないことを前提として、任意の対応として本件対応を実施するかどうかを選択することを金商法上許容され得ることとなり、企業活動の自由度を高めることにもつながろう。

三. 特別の利益の提供の禁止（金商法 38 条 8 号、業府令 117 条 1 項 3 号）との関係

1. 問題の所在

金利スワップ取引において、マイナス金利支払条項が置かれており、かつ、当該契約の締結時点において、金利フロアの存在、すなわち、金利スワップ取引に基づいて固定金利以外の金利負担が顧客側に生じないとの合意が認定できない場合、上記二. 1. で述べたとおり、顧客は、金利スワップ取引に基づき変動金利の絶対値に相当する金額の支払義務を負っていることとなる。かかる場合において、金融機関等が、顧客に対し、本件対応を行った場合、顧客は、契約上は本来負担することになるはずの金利負担を免れることとなることから、本件対応が「特別の利益の提供」（金商法 38 条 8 号、業府令 117 条 1 項 3 号）に該当する可能性がある。そこで、以下ではこの点について検討する。

2. 「特別の利益の提供」の判断基準

（1）立法担当官らの見解

この点、立法担当官らは、「特別の利益」に該当するかどうかは、社会通念を踏まえて個別事例ごとにその内容や目的等の実態に即して実質的に判断されるべきものと考えられ、たとえば、特定の条件に該当する顧客に対する手数料の軽減、金利の上乗せ、景品の提供やキャッシュバック等が一律に禁止されるものではなく、当該条件が不当でないこと、同様の取引条件にある他の顧客に対して同様の取り扱いをすることや過大なものではないこと等、社会通念上妥当と認められる範囲内の取り扱いにとどまる場合には、基本的には「特別の利益の提供」に該当しないとの立場をとっていた¹³。

（2）学説の見解

学説上、「特別の利益」とは、通常のサービスと考えられる以上の利益を意味し、その内

¹³ 松尾直彦ほか「金融商品取引法・関係政府令の解説」212 項（別冊商事法務 318 号 2008 年）

容は取引の実情・慣行を勘案して定められると解されている¹⁴。一般論としては、利益そのものが、社会通念上、妥当性・相当性を欠くか否か、また当該利益の提供が、一定の基準に基づいてすべての顧客に平等に提供されるものか、それとも特定の顧客に対するものであるか、等により判断されているとされる¹⁵。

(3) 金融庁の見解

金融庁は、「特別の利益」の一般的な解釈に関し、以下のような見解を示している。

① 金融庁の平成 19 年 7 月 31 日公表のパブリックコメントに対する回答

金融庁は、証拠金に付す金利が「特別の利益」に該当するかについて、「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ではありませんが、業者が「証拠金を業者に預託している顧客」のうちの特定の顧客ではなくそうした顧客全般を対象に当該金利を支払う場合であれば、基本的に、金商業等府令第 117 条第 1 項第 3 号の「特別の利益」の提供に該当しないものと考えられます。」と回答している（394 頁 79 番回答）。

また、金融庁は、特別の利益の提供の禁止と要件をほぼ同じくする銀行法施行規則 14 条の 11 の 30 第 4 号に関して、顧客の取引振りに応じて手数料の値引きを行うこと等に関して、「「特別の利益の提供」（銀行法施行規則第 14 条の 11 の 30 第 4 号）に該当するか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と考えられますが、取引条件の設定が不当でないこと、社内の手数料テーブルや当該銀行が同様の取引条件にある他の顧客に対して行っている値引率などを考慮して、社会通念上妥当と認められる範囲内に留まる場合には、基本的には、「特別の利益の提供」に該当しないものと考えられます。」と回答している（634 頁 11 番回答）。

② 平成 15 年 6 月 24 日実施の証券等監視委員会による勧告¹⁶

証券取引等監視委員会は、特定の法人顧客に対し、取引の継続の見返りとして、既に発生していた顧客の責めによる株式の委託売付注文の受渡未済費用に係る債権を放棄することを約した事案において、かかる債権放棄が「特別の利益の提供」に該当すると判断して金融庁に対して行政処分を行うよう勧告し、当該勧告に従った金融庁による行政処分が平成 15 年 7 月 2 日付で行われた。

③ 平成 21 年 10 月 9 日実施の証券取引等監視委員会による勧告¹⁷

証券取引等監視委員会は、システム障害により損失を受けた顧客 199 社に対し、損失補てんを行っていたところ、うち 1 名の顧客から、損失補てん処理のほか、新規注文分を建てるために必要な証拠金を同社が負担するよう要求を受け、これに応じた事案において、かかる金銭負担の要求に応じる行為が「特別の利益の提供」に該当すると判断して東海財務局に対して行政処分を行うよう勧告し、当該勧告に従った東海財務局による行政処分が平成 21 年 10 月 20 日付で行われた。

¹⁴ 岸田 前掲注(6) 330 頁

¹⁵ 神田秀樹・黒沼悦郎・松尾直彦「金融商品取引法コンメンタール 2 — 業規制」303 頁（商事法務 2014 年）

¹⁶ https://www.fsa.go.jp/sesc/news/c_2003/2003/20030624.html

¹⁷ https://www.fsa.go.jp/sesc/news/c_2009/2009/20091009.html

3. 検討

特別の利益の提供が禁止されている趣旨は、資本市場の健全性確保の観点から顧客間の公正な取扱いを確保すること、及び、投資家保護の観点から顧客の適正な投資判断を確保することにあるとされる¹⁸。かかる禁止の趣旨からすると、市場関係者が現実的には想定していなかった予想外の事態において、同様の状況にある全ての顧客に対して一律かつ平等に利益を提供することは、かかる禁止の趣旨に直ちには反しないと考えられる。

また、上記三. 2. で示した立法担当官、学説及び金融庁の見解によれば、利益そのものが、社会通念上、妥当性・相当性を有しており、かつ、利益が一定の基準に基づき、全ての顧客に平等に提供される場合には、「特別の利益の提供」に該当しないと考えられてきており、このような見解は合理的と考えられる。

これらの見解を前提にすると、マイナス金利の市場環境という、金利スワップ取引の契約締結時において市場関係者が現実的には想定していなかった事態によって、顧客側に想定外の金銭的な負担を一方的に負わせることを回避し、当初の説明に対する一般投資家の正当な期待及び信頼を維持するために必要な範囲内での利益提供行為を許容する必要性は高いと考えられる。かかる必要性を考慮すると、利益そのものが、社会通念上、妥当性・相当性を有しているかの判断については、利益の額の多寡にかかわらず、上記事態によって生じる予想外の金銭的負担の金額と対応関係のある利益の提供であれば、社会通念上、妥当性・相当性を有していると考えられるべきである。

したがって、顧客間の公正な取扱いを確保する必要性を考慮しても、少なくとも、金利固定化を目的とする金利スワップ取引を締結していた顧客のうち、同様の状況にあるすべての顧客に対して本件対応に関して同様の対応をすることを前提にすれば、当該本件対応は「特別の利益の提供」に該当しないと考えられる。

なお、以上の議論は、「損失補てん等の禁止」に関する議論の場合と同様、金利固定化の対象となる変動金利付の金銭消費貸借取引における貸付人（又は変動金利付社債の社債権者）が、金利スワップ取引の提供者である金融機関等と同一かどうかにかかわらず、当該変動金利付の金銭消費貸借取引（又は社債取引）と金利スワップ取引との間に密接な関連性が存在する限り妥当すると考えられる。

以上は、変動金利付の金銭消費貸借契約の金利固定化を目的とすること等の一定の要件を充足する対象金利スワップ契約に関してなされた書面照会（金融庁公表の平成 28 年 4 月 18 日付照会書）に対する金融庁の回答（本金融庁回答書）において、金融商品取引業者等が、当該顧客のマイナス金利の支払を免除する、当該顧客に対してマイナス金利相当額の支払を行う（その上で顧客によるマイナス金利の支払と相殺・差引計算する）等により、当該顧客が所定の固定金利の支払義務のみを負うこととすることについて、金商法 38 条 8 号及び金商業等府令 117 条 1 項 3 号に違反しない旨の解釈が示されていることとも結論において整合的である。

4 本金融庁回答書の今後の特別の利益の提供の判断に与える影響

「特別の利益の提供」につき、金融庁の従来からの見解と親和的であるといえる本金融庁回答書が公表されたことにより、先例が蓄積するとともに、「特別の利益の提供」の判断基

¹⁸ 黒沼・太田 前掲注(7) 130 頁

準がより明確化され、「特別の利益の提供」に関する金融庁の判断についての予見可能性が高まったと評価できる。

また、本金融庁回答書に対応する金融庁公表の平成 28 年 4 月 18 日付照会書の内容及び金融庁の平成 19 年 7 月 31 日公表のパブリックコメントに対する回答を総合すると、本金融庁回答書において、金融庁は、提供する利益の金額が高額になっただけでは、必ずしも社会通念上妥当と認められる範囲を超えるものと判断されるわけではないことを示したものともいえる。この点において、本金融庁回答書は、従前から主張されている社会通念上妥当と認められる範囲内にあるかの判断に際して考慮されるべき要素を示唆するものとみることができよう。

また、損失補てん等の禁止の場合と同様、金融機関等は、本件対応を行う義務を負わないことを前提として、任意の対応として本件対応を行うかどうかを選択することを金商法上許容され得ることとなり、企業活動の自由度を高めることにもつながろう。

以 上

* 本論点整理の公表後、2023 年 3 月 1 日、引用資料のリンク先を一部更新しました。