

Title	仮想通貨による民間の信用創造： 現在の欧州通貨秩序における可罰的な行為に関する法解釈と立法論
Sub Title	Private Geldschöpfung durch virtuelle Währungen : Strafbares Verhalten de lege lata und de lege ferenda unter besonderer Berücksichtigung der geltenden europäischen Währungsordnung
Author	Ibold, Victoria 内海, 朋子( Utsumi, Tomoko)
Publisher	慶應義塾大学法学会
Publication year	2023
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.96, No.5 (2023. 5) ,p.1- 36
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20230528-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20230528-0001</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

## 資料

### 仮想通貨による民間の信用創造

——現在の欧州通貨秩序における可罰的な行為に関する法解釈と立法論——

ビクトリア・イボルド

内 海 朋 子／訳

#### 訳者解題

本稿は、ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik) 2/2019号九五頁以下に掲載された、Dr. Victoria Ibold 著「Private Geldschöpfung durch virtuelle Währungen Strafbares Verhalten de lege lata und de lege ferenda unter besonderer Berücksichtigung der geltenden europäischen Währungsordnung」の邦訳である。暗号資産については多くの議論があるが、刑法的な観点から見れば、その財産的価値の侵害行為を可罰行為

とするかという視点のほかに、通貨主権とのコンフリクトも問題となろう。刑法は通貨偽造罪を規定して通貨主権を保護しているが、国家によるコントロールに服さない暗号資産の存在は、偽造という形態を採るものではないけれども、通貨主権を脅かすものではないかという疑問が生じるはずである。しかし、暗号資産に関する刑法上の議論は、没収など、個別テーマと関連して断片的に論じられているにどまることが多い。そこで、暗号資産と国家の通貨主権との関係を論じた本論文を翻訳・紹介することとした。

訳語については以下の通りとした。Währung「通貨」、Geld「貨幣」、ただし Geldordnung は「金融秩序」、

「Geldpolitik」「金融政策」,「Währungspolitik」「通貨政策」,「Geldschöpfung」「信用創造」といふ。また,「Staatliche Währung」は法定通貨と訳することも考えられるが,「privatliche Währung」「民間通貨」と対比させるために「国家通貨」と訳した。Geldzeichen は通常,通貨記号と訳されるようであるが,通貨記号という用語は,\$・¥といった記号を意味するものとして使われるようであるので,「貨幣的符号」とした。そのほか,訳文中に,相当するドイツ語を適宜,記してある。

「仮想通貨」に代わって現在では「暗号資産」という用語が広く使われているが,暗号資産についても様々な態様のものがあるため,本稿では Virtuelle Währung の訳語として「仮想通貨」を用いている。また,仮想通貨の管理が非中央集権的であるといっても,全世界の個人々が貨幣制度に積極的に参画し,国家に対して優位な立場に立つというわけではなく,仮想通貨の運用に影響を及ぼしうる特定の人間に資産管理の権限が生じるだけであるので,「分散」ではなく,「分権」という表現を用いている。なお,仮想通貨の登場は,一部の者に利益をもたらすのみで一般人がその恩恵にあずかることは難しいと,イボルド論文は指摘している。例えば,「通貨発行益」に相当する利益は,マ

イナーらが享受することになるうし,仮想通貨が値上がりする前の段階で仮想通貨を保有していた者に著しい利益をもたらすことになる(木ノ内敏久『仮想通貨とブロックチェーン』(二〇一七年)一〇七頁以下は,ビットコインの分布における著しい資産格差を指摘する)。

本稿中,通貨主権の保護のために民間通貨の発行を処罰する規定が世界各国にあることが紹介されているが,日本における民間通貨の発行・使用を禁止する刑罰規定として,紙幣類似証券取締法(明治三十九年法律第五一号)がある。

#### 第一条

一 項 一様ノ形式ヲ具ヘ箇々ノ取引ニ基カスシテ金額ヲ定メ多数ニ発行シタル証券ニシテ紙幣類似ノ作用ヲ為スモノト認ムルトキハ財務大臣ニ於テ其ノ発行及流通ヲ禁止スルコトヲ得

二 項 前項ノ規定ハ一様ノ価格ヲ表示シテ物品ノ給付ヲ約束スル証券ニ付之ヲ準用ス

#### 第二条

一 項 前条ニ依リ証券ノ発行及流通ヲ禁止シタルトキハ財務大臣ハ直ニ其ノ旨ヲ公告ス

二 項 禁止ノ公告後ニ発行シ又ハ流通セシムルノ目

的ヲ以テ授受シタル証券ハ無効トス

第三条

一項 禁止ニ違反シテ証券ヲ発行シ又ハ其ノ証券ヲ授受シタル者ハ一年以下ノ重禁錮又ハ八千円以下ノ罰金ニ処シ其ノ証券ヲ没収ス

二項 禁止ニ違反シテ証券ヲ流通セシムルノ目的ヲ以テ授受シタル者ノ罰亦前項ニ同シ

第四条 禁止ノ公告後ニ発行シ又ハ流通セシムルノ目的ヲ以テ授受シタル証券ハ裁判ニ依リ没収スル場合ヲ除クノ外何人ノ所有ヲ問ハス行政処分ヲ以テ之ヲ官没ス

\*\*\*\*\*

本論文の要旨

仮想通貨は、民間による信用創造を意味するものであり、独立の中央銀行によって管理される、国家通貨による信用創造制度に対して疑問を投げかけるものである。というのも、仮想通貨の移転は、中央集権的ではなく、分権的に、ピアツーピアのネットワークを通じて行われ、「ブロックチェーン」の暗号化技術によって「二重の支払い」が回避される。このように、すばやく国境を越えて価値の移転を、仮名で行いうる民間通貨の存在は大変魅力的なものであるかもしれない。しかしながら、仮想通貨によって、欧州中央銀行のコントロールと介入を受けることなく、民間において自由に通貨単位を発行することができるようになるのであるから、仮想通貨には、ユーロの価値に対する信頼と、欧州金融政策の最重要目的である物価安定とを脅かす危険があり、そのリスクを無視することはできない。本稿では、刑法的観点から通貨に関する既存の刑罰規定が、ユーロの価値を仮想通貨から保護するのに役立ちうるのか、それとも新たにそのような立法を行うべきなのか、ドイツやヨーロッパの立法者は、欧州通貨秩序での権限構造において、

そもそもそのような規定を設けることが可能なのか、を検討する。

## I はじめに

「ビットコインは、監視を回避しうるが故に、成功したにすぎない。ビットコインは社会的に有用な機能を果たさないのだから、禁止されるべきである。」<sup>(1)</sup>「私は、暗号貨幣 (Kryptogeld) は禁止されるべきだとは考えていないが、規制をし、匿名性をなくすべきである。……政府はビットコインに対して規制を加え、決済手段や金融政策に関するコントロールを有し続けるだろう。」<sup>(2)</sup>「貨幣は、国家内部において社会一般からの信頼を得ている、信頼できる制度に裏づけられた、欠くことのできない社会的慣習である。(中略) ビットコインやその他の暗号資産といった (中略)、通貨を装った民間のデジタルによる貨幣的符号は、貨幣の有する根本的な価値であり本質であるこの信頼を危険にさらしてはならない。」<sup>(3)</sup>「このことは (著者注…仮想通貨を規律するというのは)、国家が犯しうる最大の過ちであろう。仮想通貨は規律されて初めて金融システムに危険をもたら

すものとなる。(中略) いったん規律を行えば、最終的にはビットコインが普通の貨幣形態と同様に規律されるところまで規律が進むであろう。そうすれば、我々は、ビットコインの開発者達が目論んでいた問題を抱えることになる。つまりビットコインは法的決済手段と何ら変わりがなくなり、結果として民間が貨幣発行装置を作り上げるのと同じことになるのである。」<sup>(5)</sup>

二〇一七年から二〇一八年にかけて仮想通貨ビットコインは高騰した後、相場が急落したが、他の仮想通貨もビットコインに追随する形で高騰・急落したという事態はまさに、仮想通貨に内在する危険性をより一層人々に意識させることになった。すなわち、価格変動が非常に激しい仮想通貨の、価値貯蔵機能についての危険性、そしてマネー・ロンダリングに悪用される危険性である。仮想通貨は、匿名、あるいは仮名での決済を可能にするが、それだけでなく、すでに述べたように、既存の通貨秩序と国家の通貨主権を脅かす危険を有している。仮想通貨は現在認められている決済手段と並んで、決済手段として確立される危険性がある。そしてそのような事態になれば、民間が貨幣発行装置を作るということになりかねない。このように、個人が、それぞれの関心にしたがって通貨単位を創出し、貨幣

に対する国家の統制と介入をないがしろにしうることから、貨幣の価値に対する信頼、そして特に国家の金融政策の最重要目的である、物価安定を脅かすかもしれない。

仮想通貨という社会現象に対する各国の立法状況を見ると、対応は実に様々である。非常に厳しくそれを取り締まる国もあれば、<sup>(7)</sup>国家がいわば後ろ盾となる国も<sup>(8)</sup>ある。EU加盟国、あるいはヨーロッパ諸国では、仮想通貨がマネー・ロンダリングに利用される危険性ははらんでいるという観点から、規制の努力がなされている。<sup>(9)</sup>

仮想通貨をめぐる問題について、本稿では特に、仮想通貨が既存の通貨秩序に対して有している危険性に重点をおき、<sup>(9)</sup>刑法的観点から考察を加えていきたい。実は、ドイツ連邦銀行法は、三五条において、国家通貨と競合するような民間通貨によって通貨秩序が脅かされることに対し、罰則を設けている。同条は、ドイツが経験した経済危機を契機として制定されたが、現在では実務上意味のないものとなっている。<sup>(10)</sup>しかしこの刑罰規定が、仮想通貨のような、まさにイノベーションと高等技術の塊のような現象にも適用されるかもしれない、あるいは少なくとも、民間通貨の有する危険をどのように扱うべきかに関して既存の立法がどのような評価を下しているかにつき、何らかの解答を与

えるかもしれない。

ここでは、以下の点を中心に考察を進めていきたい。仮想通貨は、通貨秩序を保護する既存の刑罰規定の対象となるのであろうか。処罰対象とならない場合、既存の刑罰規定の立法趣旨にてらして、場合によっては処罰すべきであるとすると、ドイツでの立法を検討するのみでは十分でないであろう。なぜなら、「ドイツの通貨秩序」というものは、一九九九年一月一日に単一通貨ユーロが導入されて以来、もはや存在しないからである。ユーロ導入以降、ドイツの通貨主権は、EUの通貨主権と結合し、EUの通貨主権に移譲されているのである。その際問題となるのは、ドイツあるいはEUの立法者が、それに相応する刑罰法規を作る必要があったのかということである。

しかしながら、貨幣法 (Währungsrecht)<sup>(11)</sup>においては経済と法律が密接に結びついているので、この問いの解答を得るには、ただ単に法的な観点から考察するのでは十分ではない。仮想通貨に対する法的な評価を下すのに先立ち、仮想通貨が経済的にどのように扱われているのかという問題を明らかにしなければならない。

## II 仮想通貨とは何か？

仮想通貨という概念は、新しく社会に登場した現象であるが、当然のことながら確立したものではない。この概念は、デジタル通貨や暗号通貨<sup>(12)</sup>といった、すでに広く使われている概念とオーバーラップする、あるいはその中に包括されるということになるかもしれないが、それでも、仮想通貨独自の基本的性質はいくつか存在する。

### 1 仮想通貨は貨幣なのか

仮想通貨という概念<sup>(13)</sup>は、仮想通貨といわれることもあるが、これは仮想通貨が一面において貨幣と類似した性質を有するということを示している。「貨幣が行うことを貨幣という (money is what money does.)」<sup>(14)</sup>といわれているように、貨幣という概念は、経済学においてはまずもってその機能<sup>(15)</sup>によって決定される。<sup>(16)</sup>①一般的な交換手段・決済手段であること、②価値を貯蔵する手段であること<sup>(17)</sup>、③共通の計算単位あるいは価値の尺度であること<sup>(18)</sup>、である。仮想通貨はこれらの3つの機能を充足するものではあるが、既存の貨幣形式と比較すると、これらの機能は限定されて

いるため、仮想通貨は、現在のところ貨幣として扱われるものではない。<sup>(19)</sup>すなわち、仮想通貨は決済手段として、商品やサービスの獲得の際に支払われるが、支払いを受ける側がその点について承諾している場合に限定されるので、仮想通貨は決して一般的な決済手段ではない。これに対して、現金通貨は法的決済手段として受け入れられるべき財であり<sup>(20)</sup>、預金通貨も通常<sup>(21)</sup>、すべての潜在的交換当事者に受け入れられている財である<sup>(22)</sup>。しかしながら、仮想通貨が決済手段として次第に受け入れられていると認められれば、将来的には一般的な決済手段として評価されることもありうる<sup>(23)</sup>と考えられる。

一部の仮想通貨は、これに加え交換機能も有している<sup>(24)</sup>。取引プラットフォーム<sup>(25)</sup>においては、仮想通貨をドル、ユーロといった国家通貨に両替し、あるいは仮想通貨に戻すことができる。このように国家通貨との交換可能性があるため、価値貯蔵機能という別の貨幣の機能を有することになる<sup>(26)</sup>。仮想通貨は交換可能性を有しているがゆえに、財産的価値を貯蔵するのに適しているのである。そして通常は、この価値貯蔵機能は、国家通貨に対して価値が増大するという期待と結びついている。しかしながら仮想通貨の価値貯蔵手段としての機能は非常に限定されている。なぜなら、

実際に価値が貯蔵されるためには、その前提として交換価値が安定している必要があるが、仮想通貨は今なお非常に価格変動が激しい。

仮想通貨の計算単位としての機能も限定されている。仮想通貨は国家通貨の単位で示されるわけではなく、商品やサービスを共通な価値指標によって表示し、比較可能にすることに<sup>(28)</sup>よって、独自の計算単位を提供するものではない。しかしながら、仮想通貨は価格変動が激しく、また潜在的交換当事者が皆、仮想通貨を決済手段として認めているわけではないため、経済的な義務を確定させるにあたっての、恒久的・一般的な価値指標ではない。<sup>(29)</sup>

## 2 仮想通貨と貨幣の非物質化

日常生活においてもっともよく用いられる貨幣の形態は、現金通貨である。<sup>(30)</sup>しかしながら現代社会において非常に特徴的にみられる現象として、貨幣の非物質化がある。<sup>(31)</sup>預金通貨は、単に電子的に銀行口座に預けられている貨幣であって、「目に見えない」貨幣であるが、預金通貨の流通量は、流通している現金通貨よりもはるかに大きい。<sup>(32)</sup>これに加えて、いわゆる電子貨幣、つまり銀行口座に預け入れられているわけではなく、他の電子的記録媒体に記録され

ている電子貨幣が問題となる。<sup>(33)</sup>貨幣取引は、物質的な貨幣ばかりでなく、非物質化された電子的なデータの形態を採る貨幣によって行われることもある。

仮想通貨は、その限りにおいて、貨幣の非物質化過程の延長線上にある。<sup>(34)</sup>というのも、仮想通貨は純粋に電子上によって発行され、保存され、移転され、受領されるものだからである。<sup>(35)</sup>

仮想通貨はまずもって、パソコンあるいはその他の保存媒体に蓄積される電子的な文章として存在している。決済が仮想通貨によってなされる場合、支払い側と受領側の双方においてデータが書き換えられなければならない。<sup>(36)</sup>この記帳の過程が、ピアツーピアのネットワーク上でブロックチェーン——公開されているトランザクションのリストといえるものであるが——で、行われる。このトランザクションの認証は、いわゆる「マイナー」が、自己の管理するパソコンを用いて複雑なアルゴリズムを解くことによって行われる。トランザクションの認証の対価として、マイナーには、一定数の新しい仮想通貨が付与される。<sup>(37)</sup>仮想通貨の発掘もすべて電子的に行われる。



### 3 民間の分権型通貨形態としての仮想通貨

仮想通貨はたいいてい二つの更なる要素から特徴づけられる。

仮想通貨は、いずれにせよ今日では、例えば政府や中央銀行などといった、国家というステータスを有する立場によるものではなく、民間の立場で取引に用いられるものである。つまり民間による価値創造という形式を採り、国家による現金通貨の鑄造といった、国家による価値創造ではない。<sup>38)</sup>

仮想通貨はこれに加え、そのほとんどが分権的に組織されており、<sup>40)</sup> 仮想通貨の交換をコントロールする一つの執行機関によって提供されるわけではない。そうではなく、すでに述べたように分権的に、数学的な基礎に基づくピアツーピアのネットワークにより行われるものである。<sup>41)</sup> 実際、仮想通貨は最終的には現金通貨のように、直接的に支払者から受取人に移転される。

特に仮想通貨の交換は分権的に行われることによって、他の電子的決済手段と根本的に異なる形式での決済が可能になる。預金通貨のような電子貨幣は、トランザクションを実行し、認証する（これに信用を付与する）、単独ないし複数の銀行、決済サービス会社を介することによって初

めて移転されうる。<sup>42)</sup> これに対して、仮想通貨の移転は、分権的にネットワークを通じて行われ、ブロックチェーンにより実行とその信頼性が担保されるため、仲介者を必要としない。少なくとも理論的には、トランザクションのコストは、まったくあるいはごくわずかしか生じない。トランザクションはこれに加え、そのかぎりにおいて国家的なコントロールに服する限りにおいて匿名、あるいは仮名で実行され、監視や告知の義務を負う仲介者は存在しない。いずれにせよ理論的には仮想通貨は現行の通貨秩序に対するアンチテーゼと言えるのである。<sup>43)</sup>

### III 仮想通貨と欧州通貨同盟の通貨秩序

仮想通貨は貨幣ではなく、とりわけ一般的な決済手段とはいえないが、貨幣類似の性質を持ち、次第に他の形式の貨幣と同じように貨幣としての承認を得つつある。それでは、現在、そして将来において、仮想通貨は現行の金融秩序とどのような関係に立つのであろうか。

## 1 欧州連合における欧州通貨同盟と通貨価値安定性の

### 目的

現代の通貨秩序においては、<sup>(44)</sup> 国家が独占的に硬貨および銀行券を発行し、銀行制度を厳しく規律しており、それ以外の点については自由に委ねられる市場経済においても同様である。<sup>(45)</sup> 国家はマネー・サプライをコントロールし、公定歩合を確定する（金融政策）。国家は為替レートと為替システムをコントロールし、外国為替と資本取引に関して意思決定することができる。そして資本経済をコントロールし、決定づけるのである。これは、国家の通貨主権と呼ばれ、<sup>(46)</sup> ドイツ基本法七三条第一項第四号で、連邦政府は、「通貨、貨幣、そして造幣制度」に関する独占的権限を与えられている。<sup>(47)</sup>

「経済通貨同盟」発足に向けての、第三の（かつ最終の）段階において、一九九九年一月一日、ドイツ連邦の通貨主権に関連するほぼすべての主権が、EU、あるいは欧州中央銀行、あるいは欧州中央銀行制度に移譲された。<sup>(48)</sup> ユーロは通貨として、そして法的決済手段として導入され、銀行券と貨幣の発行についての独占的決定権は欧州中央銀行に移譲され、<sup>(49)</sup> ユーロ建ての銀行券および硬貨は、二〇〇二年一月一日ついに発行された。<sup>(50)</sup>

欧州通貨同盟において重視される目的の一つに、<sup>(53)</sup> 物価安定の保障がある。このことはすでに、EU条約締結の段階で、三条においてEUの共通目的として定められている。そして、特に、EU運営条約一九九条第二項、一二七条第一項第一文、二八二条第二項における共通の金融政策の実施、EU条約二条における欧州中央銀行制度と欧州中央銀行の創設は、物価安定の保障を実現するために規定されている。<sup>(54)</sup> 物価安定は、EU設立の目的のうちの一つであって、共通の通貨政策を行うにあたって最優先されるべき重要な目的である。EUのこれ以外の目的を実現するための経済政策を支援するものとして、EU運営条約一二七条第一項第二文、二八二条第二項があるが、これらは物価安定という目的を阻害しないかぎりにおいて、実施可能な政策である。<sup>(55)</sup>

物価安定という目的は、「貨幣は、分業して行われる経済社会を機能させるために、なくてはならない前提である」という思考に基づいている。<sup>(56)</sup> それ故、金融政策を行うにあたっては、貨幣という制度が、そのものとして保護される必要があるということを重ねなければならぬ。繰り返しになるが、貨幣は貨幣が行うことによって、貨幣となるのである。このことは、貨幣が、将来においてもそ

の機能を充足するという信頼が貨幣のユーザーに存在することを前提としている<sup>(58)</sup>。この信頼は、まず国家が通貨を導入し、それを法的決済手段と決定することにより作り出される<sup>(59)</sup>。その反面、国家は、貨幣が価値の保障に適しているということ、すなわち一定量の貨幣が、将来においても、財（商品やサービス）との関係で、同じような価値を有することを保障しなければならない。国家は従って、物価安定に努めなければならない、これに反する事態、すなわち物価が上昇していくインフレーション<sup>(60)</sup>が生じないように努めなければならない<sup>(61)</sup>。

ドイツマルクがそうであったように<sup>(62)</sup>、ユーロもいわゆる不換紙幣として設計されている。通貨の価値保障は、かつては、金のような、自然界において希少な財と交換できるという形で行われていたが、ユーロの価値はこのような形で保障されるわけではない。すなわち、貨幣を金と交換せよと請求する権利は存在せず、中央銀行側に、流通している貨幣の少なくとも一部について金を準備しておくこと（いわゆる金本位制）を義務付けるものではない<sup>(64)</sup>。不換紙幣は、自然的なインフレを起こすマネー・サプライの増大に対して、自律的な防衛方法を持っているわけではない。国家自身が、貨幣それ自体が希少な財であり続けるように

努めなければならないのである<sup>(65)</sup>。

物価安定という目的は、欧州通貨同盟においては、独立した中央銀行である欧州中央銀行の設立という形で制度的に保障されなければならない。この点については、EU運営条約二八二条第一項第一文を参照されたい。これに加え、欧州中央銀行は、物価を安定させるために通貨政策の諸権限、とりわけ、ユーロ圏における金融政策の決定と実施、外国為替操作、ユーロ圏加盟国における公的外貨準備の保持と運用、決済システムの円滑な運用の促進といった権限を有している。これらについては、EU条約一二七条第二項を参照のこと。

仮想通貨がこの通貨秩序にどのように加わっていくかについて、最終結論を下す前に、まず、その前提として、欧州中央銀行が物価安定を実現するためにどのような通貨政策のツールを有しているのかをより詳しく考察する必要がある。

## 2 欧州通貨同盟システムにおける信用創造と物価安定の保障

物価安定は、貨幣が可能なかぎり希少な財であることによって保障される。そのために欧州中央銀行は、流通して

いる現金通貨の量をコントロールする。すなわち、欧州中央銀行には、EU運営条約一七八条第一項第一文でユーロ銀行券、第二項第一文でユーロ硬貨について、欧州通貨同盟の通貨圏内において、現金通貨の流通をコントロールする独占的な権限が認められている。これに加えてさらに、各国の中央銀行も銀行券を、あるいはEU加盟国の政府もユーロ硬貨を発行する権限を有しているが（いわゆる硬貨ルール）、これらは欧州中央銀行によって発行することが許された場合のみである。<sup>(67)</sup>そして流通している銀行券の量は、このほかには現金通貨に対する需要のみによって決定される。そのほかの現金通貨流通量の制御は、欧州中央銀行のその他の金融政策によってのみ決定される。<sup>(68)</sup>

預金通貨はこれに対して、記帳の過程において各銀行によって創出されるものであつて欧州中央銀行による調整の範囲外である。通常、銀行は顧客に対して信用を保証するものであり、顧客に対して信用付与額を口座に書き込む。その際、信用付与高分の預金通貨が作りだされることになる。あるいは、銀行が顧客から資産を購入し、ここでもプラス残高として買値分だけの預金通貨が生じることになる。<sup>(70)</sup>欧州中央銀行は、このような民間による信用創造である預金通貨の創出を直接コントロールすることはできない。

しかしながら、欧州中央銀行に付与されている金融政策上の権限を駆使して、すなわち公定歩合の設定によって、預金通貨の創出を間接的に制御することはできる。欧州中央銀行は、銀行側に対し、銀行が顧客から求められた現金を創出するために、貸し付けを行つて信用を付与する。<sup>(71)</sup>この欧州中央銀行が行う信用供与について、銀行側は利息を支払わなければならない。欧州中央銀行が公定歩合を上げれば、通常は、銀行側も顧客に対する利率を上げる。そこで、公定歩合が引き上げられると、企業や個人の融資需要は減退し、預金通貨による信用創造は減少する。

預金通貨の創出を制約するさらなる方法としては、最低準備貯蓄高に関する規制がある。銀行は、預金通貨を信用付与によって創出するか、資産を購入する際には、いわゆるバーゼル規則（バーゼルⅡ／Ⅲ）<sup>(72)</sup>により、引き受けなければならぬ信用リスクその他のリスクに備えて、一定の範囲での自己資本を有していなければならない。このこともまた、銀行が一定の範囲を超えて信用を付与することに對する足かせとなる。<sup>(73)</sup>

### 3 民間通貨としての仮想通貨

仮想通貨は既にみてきたように、貨幣ではない。なぜな

らば貨幣が通常充足しなければならない機能を充分な形で備えていないからである。しかしながら貨幣類似の性格を有している。

この貨幣類似の性格とは、最広義の意味においてではあるが、仮想通貨による信用創造があるという点に求められる<sup>(74)</sup>。この信用創造は、銀行が信用供与、あるいは資産の買取によって預金通貨を創出することと比較することはできない。しかしながら仮想通貨は国家通貨との単なる交換によることだけで生み出されるだけではない<sup>(75)</sup>。もしそうだとすれば、交換がなされても流通している貨幣単位は変わらないはずである。仮想通貨はむしろ、仮想通貨のトランザクションを検証する、いわゆるマイニング<sup>(76)</sup>の過程で作りに出されるのである。マイニングによって、仮想通貨は、預金通貨と同じように、国家によってではなく民間による信用創造を行っているのである。

仮想通貨は預金通貨とは異なり、欧州通貨同盟の（現金通貨の発行による国家の信用創造と、預金通貨の創出による民間での信用創造という）二層の信用創造制度には含まれていない。仮想通貨による信用創造は、欧州中央銀行の直接的なコントロールに服するものではなく、また欧州中央銀行の有する金融政策の権限によって間接的に影響を及

ぼしうるものでもない。仮想通貨は、通貨主権のコントロールを及ぼしえない、貨幣とはいえないまでもそれに類似する価値を創出するという点において、欧州通貨同盟の通貨主権と衝突しうるものである。

要約すると、欧州中央銀行は、仮想通貨によって流通する貨幣価値の量に対し、直接的にも間接的にも影響を及ぼすことができないから、少なくとも理論的には、物価安定の目的達成を脅かす危険が生じることになる。

#### IV 小括

仮想通貨は貨幣ではないが、貨幣類似の性格を有するものとして構想されており、また——今後ますます貨幣と同様のものとして導入されるようになれば——貨幣となりうるものである。そうすると、いわゆる仮想通貨のマイニングが、現金通貨発行と銀行の預金通貨創出とならんで、第三の信用創造形態になりうる。しかしながら、仮想通貨による信用創造は、欧州中央銀行が金融政策上の権限を用いて直接・間接にコントロールすることができない。それゆえ、仮想通貨は欧州通貨同盟の通貨主権と衝突し、統制されない信用価値が流通することによって物価安定の目的達

成が阻害されうるのである。

## V 民間通貨による民間による信用創造の

### 禁止——解釈論の観点から

国家のコントロールを離れて民間において信用創造を行うという現象は、決して新しいものではない。国家の通貨制度に対抗するものとして民間通貨を導入しようという試みはこれまでもしばしば行われてきた。<sup>(78)</sup>しかしながら通貨主権を守るためにドイツの立法者は民間通貨の発行と使用を刑罰で禁止している。

### 1 権限のない貨幣的符号の発行と使用——連邦銀行法三

#### 五条<sup>(79)</sup>

ドイツの立法者は連邦銀行法三五条において、権限のない貨幣的符号の発行と使用を刑罰で禁止している。連邦銀行法三五条は以下の通りである。

第一項 以下の行為をした者は五年以下の自由刑または罰金に処する。

一号 権限なく貨幣的符号（証紙・硬貨・紙幣、又は

法的に許された硬貨あるいは銀行券に代わるものとして支払取引に使用するのに適したその他の文書）あるいは無利息無記名債券を発行すること。ユーロ建てによる価値表示ではないものを含む。

二号 第一号に掲げられた、権限なく発行された貨幣的符号を決済に用いること。

#### (a) 立法経緯

銀行券や貨幣的符号の無許可発行は、ドイツでは一八七五年連邦銀行法五五条<sup>(80)</sup>において既に処罰されていた。この規定は、一九二二年七月一七日の、緊急貨幣の発行及び償還に関する法律<sup>(82)</sup>によって、さらに刑罰が加重された。第一次世界大戦中、そして終戦後になると、いわゆる緊急貨幣が大量に発行されたが、これは国家が発行する貨幣以外に、決済手段として使えるものである。緊急貨幣の発行は、第一次世界大戦後に生じた異常なインフレーションを引き起こす大きな要因となった。<sup>(83)</sup>

さらなる民間の信用創造の試みとしては、一九三〇年代初頭の、いわゆる「自由貨幣」、ないし「減価する貨幣」が挙げられる。これは、支払価値が時間の経過とともに失われていく交換手段である。このような形態の貨幣は、実

際に支払いに用いられ、流通にとどまり続け、貯蓄——貯蓄は、経済的な停滞の指標であるとされるが——されることはない。<sup>(84)</sup> そのような自由貨幣は、その当時ドイツ全土に広がっており、特に有名なのはシュヴァーネンキルフエンのヴァーラプロジェクトである。<sup>(85)</sup> しかし、帝国大蔵省は省令で自由貨幣を禁止した。<sup>(86)</sup> 連邦銀行法三五条が現在のような条文になったのは、一九五七年以降のことである。ユーロ導入の過程で、「ドイツマルク」という用語は「ユーロ」に置き換えられたが、ここ数十年、この規定の実質的な意義は失われつつある。<sup>(89)</sup>

(b) 連邦銀行法三五条の法益と犯罪の性質

連邦銀行法三五条第一項に違反して、貨幣的符号を発行し、または使用した者は、まずもって通貨主権の一環としての通貨発行権限の独占<sup>(90)</sup>を揺るがすものである。すなわち、欧州中央銀行の、EU内でユーロ銀行券の発行を許可する権限、あるいは連邦銀行のユーロ銀行券の発行権限を侵害する。通貨発行権の独占は、上述したように、まさに信用創造あるいはマネー・サプライをコントロールすることによって物価安定に資するものであるから、連邦銀行法三五条においては、最終的には通貨そのものを保護することが

目的となつている。<sup>(91)</sup> 保護法益はしたがって、欧州通貨同盟の通貨としてのユーロそのものである。

この規定は、偽造通貨からの保護を定める刑法一四六条以下のように、貨幣機能についての欺罔から通貨を守るのではなく、他の貨幣からの保護である。

連邦銀行法三五条は、結果犯ではなく抽象的危険犯であつて、物価安定性あるいは貨幣機能の阻害という法益侵害結果、またはその危険化は不要である。貨幣的符号を発行すれば、流通するマネー・サプライは増大する。<sup>(94)</sup> しかしながらそうだとしても、それが通貨の信頼性を失わせ、物価安定が脅かされ、失われるという事態に直結するわけではない。そのような状況が生じるのは、代用貨幣の流通量が、国家通貨の流通量に比して、大量である場合に限られる。<sup>(95)</sup> 貨幣流通量を増大させることにより、インフレーションが起こり、貨幣への信頼が脅かされるかもしれないが、必ずしもそのような事態が生じる必要はない。結局、連邦銀行法三五条は、法益侵害、あるいはその具体的危険性やその侵害よりも、はるかに処罰が前倒しされている、抽象的危険犯である。

(C) 連邦銀行法三五条の構成要件

連邦銀行法三五条の規制対象は、いわゆる貨幣的符号である。貨幣的符号は、法的には、法的に認められた硬貨や銀行券の代わりに用いられる、決済手段に適している文書である。<sup>(95)</sup> 経済学における貨幣概念と同じように、連邦銀行法三五条は、機能に注目して対象を規定している。しかしながら、経済的な意味での貨幣概念は、とりわけ、交換手段・決済手段として実際に用いられているものを指すのに対し、貨幣的符号は、交換手段・決済手段として用いることができるもので足りる、という点で、両者にはその内容に違いがある。連邦銀行法三五条における対象に重要なのは、一般的に交換手段・決済手段として用いられるのに適しているかどうかだけであり、実際に、交換手段・決済手段として社会で広く用いられている必要はない。<sup>(97)</sup>

連邦銀行法三五条第一項第一文は、貨幣的符号が、権限なく発行されることを処罰している。つまり、貨幣的符号が、行為者自身の占有、あるいはその他の使用権限を離れて、他人に権限が与えられ、その者から任意の第三者に移譲し、さらにその第三者に移転できなければならぬ。<sup>(98)</sup> したがって、貨幣の単なる所持や製造は、不処罰にとどまる。<sup>(99)</sup> 連邦銀行法三五条第一項第二号ではこれに加え、権限なく

発行された貨幣的符号を使用することが処罰される。重要なのは、貨幣的符号が法的決済手段のように使用されるかということであって、これは貨幣が使用される場合のみならず、国家通貨と交換される際にもいえることである。<sup>(100)</sup> 権限なく、というメルクマールは、構成要件であり、法的な授權なしに発行を行った場合に充足される。<sup>(101)</sup> ドイツ国内では、欧州中央銀行のほかには連邦銀行のみにユーロ紙幣の発行権限（EU運営条約一二八条第一項第二文、連邦銀行法一四条第一項）が与えられている。ユーロ貨幣の発行についてはドイツ政府のみに発行権限がある（EU運営条約一二八条第二項第一文）が、ユーロ貨幣を流通に置くのは連邦銀行である（硬貨法七条第一項）。欧州中央銀行が、連邦銀行法三五条の対象として定められている貨幣的符号の形式を採る民間通貨を発行する権限を有しているかについては、EU運営条約一二八条はこれを予定していないと考えられる。なぜなら、欧州中央銀行が有する発行認可は、ユーロ紙幣とユーロ硬貨にのみ関係するものであつて（EU運営条約一二八条第一項第一文、第二項第一文）、その他の銀行券や硬貨に関するものではないからである。<sup>(102)</sup>



(d) ドイツには立法権限がないため、連邦銀行法三五条

は無効なのか？

ドイツの通貨主権に関連するほとんどすべての主権が EU に移管されたため、ドイツに連邦銀行法三五条のような規定を正当化する権限があるかは疑わしく、EU 法に反するようにも思われる。<sup>(10)</sup> EU 運営条約三条第一項 c 文では、ユーロ加盟国の通貨政策は、EU の排他的権限に属するとされているので、このような立場は一見、説得力があるように思われる。

しかしながらそうであっても、連邦銀行法三五条の立法権限はまだこれからもドイツにあるといつてよいだろう。<sup>(10)</sup> 基本的には、EU 運営条約二条第六項により、EU の排他的権限がどこまで及ぶかに関しては、個々の分野における条約の規定から導き出される。<sup>(10)</sup> EU 運営条約三条第一項 c 文という通貨政策の概念と、EU の排他的権限の範囲はそれゆえ、共通の通貨政策について定める EU 運営条約第三部第八編第二章一二七条以下の規定によって決せられるのである。<sup>(10)</sup>

ここには、EU 運営条約一二七条第二項に定める、ユーロ圏における金融政策の決定と実施、外国為替操作の実施、ユーロ圏加盟国における公的外貨準備の保有とその管理、

決済システムの円滑な運用の促進、一二八条に定める、ユーロ銀行券とユーロ硬貨の発行許可に関する欧州中央銀行の排他的権限、一三三条に定める、ユーロが単一通貨として使用されるに必要な措置を講じる権限、そして EU 運営条約一二九条第三項第四項に定める、欧州中央銀行制度創設に関する個別条項の修正、あるいは具体化する権限が含まれる。<sup>(10)</sup>

しかしながら、第二章中に、ユーロを民間通貨から、しかも刑罰を科すという形で保護する規定を設けるための法規は存在しない。EU 運営条約三条第一項 c 文における通貨政策の概念と通貨政策の独占的権限の範囲を見る限り、それに相応する諸規定は存在しないのである。したがって、この点に関する独占的権限は、EU は有していないのである。<sup>(10)</sup>

EU は、各国の立法府の権限に代わる排他的な権限は有していないものの、少なくとも他の何らかの権限を有しているのではないかと、という問題についてはここでは立ち入らないでおくが、基本法七三条第四項は、ドイツ連邦立法府は通貨、貨幣、造幣制度についての権限を有している、としているのであるから、EU がどのような権限を有しているかという問題とは無関係に、ドイツ連邦立法府は、連

邦銀行法三五条の規定に対する権限をなおも有している。

## 2 現行法解釈における仮想通貨の禁止？

連邦銀行法三五条が仮想通貨に適用されるかどうかという問いに対する答えは明らかに「否」である。仮想通貨は、当該犯罪の対象とはならない<sup>(10)</sup>。

連邦銀行法三五条の定義によると、貨幣的符号はあくまで文書である。刑法二六七条以下における文書とは、有体物、すなわち物体上に示された思考の外部的表示であるが、この通説的な文書概念が連邦銀行法三五条においても適用されることは、当該構成要件に例示されているのが証紙<sup>(11)</sup>、硬貨、紙幣といった有体物であることから明らかである。したがって、電子的に表示されているに過ぎない仮想通貨は、貨幣的符号の定義には含まれない。基本法一〇三条第二項が求める刑罰の明確性に欠けるため、同条を類推して仮想通貨にまで適用することは許されず、仮想通貨の発行および使用は、連邦銀行法三五条の適用範囲に含まれないため、処罰の対象とはならない。

## 補論…ドイツ銀行法(KWG)による規制

民間通貨が有体物である場合、その発行と使用は包括的

に刑罰により禁止される。一方、ドイツの法律では、非物質化された民間通貨については、これに相応するような包括的禁止規定が存在しない。仮想通貨は銀行に対する債権ではないので、預金通貨の創出に関する規制は、無体物である民間通貨には妥当しない<sup>(12)</sup>。ドイツ銀行法の規定のみが、その他の民間による価値創造に対する規制的枠組み——この枠組みの維持のために刑罰権行使も可能である——を規定している。そこで、ここではこれらの規定について、簡単に述べておく。

ドイツ銀行法を適用するにあたって最初に問題となる規範——具体的な条文を挙げれば、ドイツ銀行法一条第一項第一文第七号その2であるが——同条によれば、いわゆる計算単位も、銀行法の規制対象となる金融商品に該当する。ここでいう計算単位とは、ある財の価値を一定の単位で評価することができる、貨幣の機能を有しうるすべての基準単位が含まれると考えるならば、ユーロ建てでない民間通貨（特に仮想通貨）もここに含まれることになる<sup>(13)</sup>。

ドイツ銀行法の様々な目的、つまり投資家保護と金融機能に対する国民の信頼を保証するという目的に応じて、連邦銀行法三五条と同様、計算単位を権限なく発行し使用する行為を包括的に禁止することにより、ドイツ銀行法一

条第一一項第七号その2の適用範囲を広げるといふわけはない。むしろ、許可を必要とすることで、事前的な予防を行おうとしているのである。そして、許可を拒否する理由がないならば、許可を請求することができる(ドイツ銀行法三三条)。連邦銀行法三五条とは異なり、民間通貨を発行する権限は、理論的に認められる。ただし、許可義務は、仮想通貨が銀行取引(ドイツ銀行法一条第一項第二文)または金融(ドイツ銀行法一条第一a項第二文)として適切に行われている場合にのみ生じる(ドイツ銀行法三二条第一項)。これらの規定では、仮想通貨を本来の機能である決済手段として用いることは含まれていない。むしろ、仮想通貨を投機の対象として扱う場合にこれらの義務が問題となるのである。したがって、売買のための取引プラットフォーム、およびいわゆるマイニングプールは、許可義務の対象と見なされる<sup>(16)</sup>。許可なしにプールを採掘することは、五四条第一項第二号に基づき処罰される。

## VI 立法論としての仮想通貨による民間通貨 創出の禁止?

### 1 仮想通貨の発行や使用が処罰の対象になるか?

現行法下では、仮想通貨の発行や使用、つまり決済手段としての使用と国家通貨への交換は、罰せられず、そのほかの規制もほとんどない。ドイツ銀行法のみが、仮想通貨の使用に対し、所定の場合において許可が必要であると規定しているが、その趣旨は通貨を保護するためではなく、投資家の保護と金融業界への信頼を確保するためである。そして、仮想通貨が、投機の対象となる場合のみ規律するものであつて、当初目指されていた、決済手段として使用される場合は除かれる。本論文の冒頭で示した文献のように、仮想通貨の禁止、あるいは少なくとも規制は必要であるにもかかわらず、立法レベルではそのような努力は見受けられない。「物価安定の守護神」である欧州中央銀行の、仮想通貨に関する直近の分析は二〇一五年のものであるが、そこでは、理論的には、ユーロによる物価安定性に対するリスクとなる可能性があることが指摘されている。このようなりスクの発生は、仮想通貨の発行量、实体经济との関

連、取引量、決済手段としての程度ユーザーに受け入れられているか、それに伴い貨幣としての機能が認められているかに依存する。<sup>(18)</sup>しかし、発行量や決済手段としての利用は現在のところまだ少量であり、欧州中央銀行は、物価安定に対する重大なリスクはないと考えている。<sup>(19)</sup>ドイツ連邦銀行も、仮想通貨を周辺的な現象とみなしており、決済取引において仮想通貨の重要性が増すことはないと考えていて、仮想通貨を禁止する理由はないとしている。<sup>(20)</sup>この法的状況と現在の立法態度、あるいは中央銀行の態度は、連邦銀行法三五条の立場からみると、矛盾がある。というのも、たしかに、仮想通貨は連邦銀行法三五条の対象に該当しないため、同条は仮想通貨には適用されないものの、同条の背後にある立法意図は、仮想通貨にも妥当することは明らかだからである。連邦銀行法三五条はユーロを通貨それ自体として保護しているが、それは物価安定のためである。同条によれば、欧州の二層の信用創造制度以外による、そのほかの貨幣、あるいは価値創造は存在してはならず、権限なく貨幣的符号を発行することは、処罰される。連邦銀行法三五条は抽象的危険犯であって、その保護範囲は、すでに示した通り広範に及ぶ。行為の対象が、貨幣としての諸機能、とりわけ一般的な決済手段としての機能を充足

しているとして貨幣として確立している必要はなく、法益侵害の具体的な危険や法益侵害結果が生じている必要もない。

仮想通貨は、欧州通貨同盟の二層の信用創造制度の外部で、貨幣、あるいは貨幣ではないにしても価値を創造するものとして機能する。仮想通貨はたしかに（いまだ）貨幣の資格を有しているわけではないが、一般的な決済手段として使用するのにまったくもって適している。仮想通貨は、マイニングがなされることによって発行され、使用され、<sup>(21)</sup>商品・サービス購入の決済手段として、あるいは仮想通貨を扱う取引プラットフォームにおいては各国通貨との交換手段として利用されている。仮想通貨が連邦銀行法三五条の対象とならないのは、ただ単に有体物ではないからという理由による。

連邦銀行法三五条の立法趣旨は、結局のところ、（有体物である）貨幣的符号にも、（無体物である）仮想通貨にも妥当するものである。<sup>(22)</sup>通貨の非物質化がますます進行していく時代において、連邦銀行法三五条の適用を有体物に限定したままにしておき、なおかつその適用範囲を仮想通貨にまで拡大しなければならぬとすれば、仮想通貨の発行や利用もまた、処罰に値する違法行為になるのではなか

ろうか。刑法の他の分野は——こちらの方がよく知られているが——すでに非物質化が進んでいることを前提としている。刑法二六七条以下では、もはや、実体法上も証拠法上も、有体物である文書のみならず、無体物であるデータについても、証拠法上重要なものについて、その安全性と信頼性が保証されているのである。刑法一四六条以下における通貨偽造罪においては、紙幣・貨幣という意味での貨幣のみならず、現金によるものではない決済取引も刑法一五二b条、一五二c条で保護される<sup>14)</sup>。

確かに、いつも無体物を有体物同様に保護するというところまで徹底する必要はない。それどころか、このような形で刑法上の民間通貨に対するユーロの保護が依然として必要なのか、むしろ廃止するか少なくとも修正すべきではないか、という疑問も出てくるだろう。例えば、ユーロは既存の金融政策手段ですでに十分に保護できる、いずれにせよ単なる規制で足りる、という主張が考えられ、あるいは、秩序違反法といった、より軽い制裁でよいかもしれない。あるいは、ユーロに対する具体的危険が生じるはるか手前で刑罰権が行使されているのではないか、民間通貨の経済的な重要性といったものは実は求められていないのだからという反論も考えられる。

仮想通貨の発行や利用を犯罪として罰することは、市場原理主義的な信念から国家の通貨主権を否定し、通貨制度を市場の力に委ねたいと考える人々からも拒否される可能性があることは確かである。このような国家による制約を技術進歩の妨げと考える人々も同様の反応を示すであろう。しかしながら、欧州通貨同盟の現在の通貨基本秩序を前提とするかぎり、そのような開放的な政策は想定されていない。また、技術進歩を推進するにしても、「技術に信頼を置く」として、技術を絶対的に信頼してしまうべきではない。そのような盲目的な信頼は、リスクを覆い隠し、技術を使用する際の諸問題を不問に付してしまうものである。仲介業者を必要としない、現金以外の、別の決済手段を確立することは努力に値することかもしれないが、その反面において、——仮想通貨が決済手段として定着すると——、一部の少数の者だけが、「民間の貨幣発行装置」を作り上げ、ある一定のグループのみが得をすることになり、一般人は利益を享受することができない。

欧州中央銀行の金融政策手段が機能するのは、二層の通貨発行制度に対してのみであるため、このシステムの外部で行われる仮想通貨による信用創造に対しては、欧州中央銀行はなすすべがない。仮想通貨に対する規制をユーザー

と投資家の保護という観点からしか行わない場合、仮想通貨の貨幣としての機能への信頼性が高まり、仮想通貨がまさに代替貨幣としての地位を確立するという危険性が生じる。そのような事態に至ったとしても、仮想通貨による価値創造をコントロールし、制限する方法はないのである。

もし処罰を認めるとしても、民間通貨が経済的に重要な役割を担っていることや、通貨に対する具体的危険が生じていることを要求すると、確かに行為者を処罰することは可能であるが、仮想通貨によって生じてしまった危険を即座に、全面的に排除することができないわけではない。結局のところ、処罰を肯定するならば、抽象的危険犯として、処罰のタイミングを大幅に前倒ししないと無意味になりかねない。

最後に、以上で得られた刑法的観点からの知見をもとに、仮想通貨の禁止について、そもそも、どの立法機関で当該刑罰法規を制定すべきなのか、という問題を解明していくことにする。

## 2 仮想通貨からユーロを守るための欧州通貨同盟の立法

ユーロ保護のために罰則規定を制定する権限は、EU運営条約三条第一項c文に定められている、共通通貨政策に

関するEUの排他的権限には含まれていないため、ドイツはその権限を有し、したがって連邦銀行法三五条もEU法に反しないことはすでに述べた通りである。そこで、ドイツは、ユーロ保護のために連邦銀行法三五条の対象に無体物を含ませる法改正を行う立法権限を有している。

一方、ドイツ国内法と並行してEUレベルでも立法措置を講じうるかどうかは、検討を要する問題である。欧州中央銀行は仮想通貨の動きを、ユーロ圏内における物価安定という観点から、注視してはいるものの、欧州中央銀行自身は、仮想通貨を規制する権限を——もし仮に有しているのであれば欧州中央銀行も何らかの措置を講じる必要性を感じるであろうが——有していない<sup>(18)</sup>。民間通貨に対する何らかの規制、あるいは刑事制裁の権限がないのであるから、このような欧州中央銀行の態度は、正当なものである<sup>(19)</sup>。

EU運営条約三二五条第四項、七九条第二項c文から、EUの、刑事立法に関する一般的な権限を導き出すということもまた、不可能である。なぜなら、これらの条文中に、通貨の保護は掲げられていないからである。特に、民間通貨(中でも仮想通貨はそうであるが)の発行と利用自体に欺罔の要素を含んでいるというわけではないため、ユーロを民間通貨から守るために、欧州連合に対する詐欺として

処罰することは——たとえ詐欺を拡張的に解釈したとしても——、できない。<sup>(126)</sup>

EU 運営条約八三条第一項に基づき、犯罪と刑罰の内容について最小限の規定を整備するよう、指令を発令して各国の刑事立法で直接的に規制を行うように導くという手段も採ることはできない。同条は、国境を超えて行われる、特に重大な犯罪に該当する場合を列挙しているが、ここでも民間通貨に対するユーロの保護は掲げられていないからである。

加盟国各国の刑法において立法を行うように導く、唯一の手段として考えられるのは、EU 運営条約八三条第一項第三段落、および第二項である。EU 運営条約八三条第一項第三段落の拡張条項によると、欧州理事会は、全会一致の決定と欧州議会の承認を得て、犯罪の分野を拡張する決定を行うことができる。これは、EU 運営条約八三条第一項に基づき、指令を発令することによって可能になる。ただし、国境を越えて行われる、特に重大な犯罪に該当することが必要である。仮想通貨は国境を越えるどころか、世界レベルでの問題であることには間違いない。しかしながら、ユーロを代用通貨としての民間通貨から保護するということは、偽造通貨から保護する場合——決済手段の偽造

は特に重大な犯罪に該当する——と同様に論じうるかにしては、異なる法定刑が科されていること、他の加盟国<sup>(127)</sup>においても大抵の場合は、民間通貨からの保護の場合の方が、刑罰が軽いことにかんがみると、否定的に解さざるを得ない。<sup>(128)</sup>

指令を発令する方法として考えられるのは、EU 運営条約八三条第二項に基づく付属的権限を根拠とするものである。この権限はある分野ですでに調和措置がとられており、この分野における EU の政策を効果的に実施するために、加盟国の刑罰規定を平準化することが不可欠であるという場合において発動されうる。ユーロ加盟国の通貨政策は、EU の独占的権限として、すでに最大限の調和が図られているところ、共通の通貨政策を続行するために加盟国の刑罰規定を調整する必要があるかどうかは、疑問である。国家の通貨主権に反する行為が、いずれにせよ疑いなく罰的であり、当罰的な違法性を具備しているならば、その行為を処罰しないままに放置しているわけにはいかないため、<sup>(129)</sup>共通通貨政策が実際に危険にさらされるということ、例えば、仮想通貨の経済的重要性が増し、物価安定に対する具体的な危険性が生じるような状況が生じなければならぬだろう。

結論としては、EU運営条約八三条第二項の付属的権限を通じて、EU指令を発令することにより、各国の国内刑法に影響を及ぼすことが現実的な選択肢として考えられる程度である。しかし、現状では、加盟国の処罰規定を調和させることの必要性に疑問があるため、理論的には可能であるというにとどまる。

## Ⅶ まとめと展望

仮想通貨にはさまざまなリスクがある。そのうちの一つは、仮想通貨が、現金通貨と預金通貨という、主権者の管理下で発行される貨幣とは別に、新たな貨幣の一種として確立されるというリスクである。欧州通貨同盟による既存の貨幣創造制度の外部でそのような価値や信用の創造が行われると、ユーロに通貨機能を付与するにあつての重要な目的とされた、物価安定が、脅かされることになりかねない。ドイツ刑法は、連邦銀行法三五条において、決済手段として使用できる貨幣の符号、すなわち貨幣の代替となりうる民間通貨の発行と使用を処罰している。仮想通貨には有体物性が欠けているため、この刑罰規定は適用されないが、この背景にある立法目的、すなわち、民間通貨から

のユーロの保護は、仮想通貨においても妥当する。したがって、まずはまず進行していく貨幣の非物質化との関連で、連邦銀行法三五条の適用範囲を、無体物である仮想通貨にも拡大すべきではないか、という議論は正當なものである。実際に仮想通貨を——いわば、あらゆる規制の選択肢における最終手段として——全面的に禁止するのかどうかは、最終的には立法者が決定することであるが、決定するにあつては、法的・経済的いずれの面からも検討を重ねなければならぬ。そのような手段を採る権限を、ドイツの立法者は今後も有し続けている。仮想通貨のような世界的な現象に対して加盟国各国が個別に対応するだけで十分なユーロ保護がなしうるかどうかというのは、別論である。より有意義だと思われるのは、仮想通貨の拡大に対抗して、ユーロ制度の加盟国が共同してより広い範囲で対策を採ることであるが、EUの、各国における刑罰法規の平準化を行う権限は、理論的には認められるというにとどまる。EU運営条約八三条第二項における平準化の必要性は、私見によれば、仮想通貨が実際に経済的な重要性を有するようになり、ユーロに対してもはや抽象的危険を有しているにすぎない状態を超えた段階になって初めて、可能となる。そのような状況になった場合であっても、個人を刑事訴



追することは可能であるが、仮想通貨が世界的に普及していくことを抑制することは困難かもしれない。結局、仮想通貨の普及抑制という場面では、信頼という要素が重要である。国家通貨の存在と安定が利用者全員の信頼に依存しているように、仮想通貨も、これに相応するような信頼が基盤となって初めて存在し、さらに普及していくことができる。この信頼は、現在、なによりも、仮想通貨と国家通貨を交換しようということ、そして仮想通貨が決済手段の一つとして利用可能な場合が増大していることによって醸成されてきている。いずれにせよEURELでの仮想通貨に対する制裁を行うべきであるとすれば、それは、そのような制裁規範が存在するだけで、仮想通貨に対するこのような信頼が大幅に減退するという形で行われるであろう。

- (1) 経済学者でノーベル賞受賞者、Joseph Stiglitzの発言。二〇一七年十一月、ブルームバーグ・テレビのインタビューに於て。 <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-11-29/bitcoin-ought-to-be-outlawed-nobel-prize-winner-stiglitz-says-iall0hxd> (二〇一九年一月二二日参照)。
- (2) Kenneth Dogoffの発言(米・経済学者、ハーバード大学教授。SPIEGEL二〇一八年五月号のインタビューに答えて)。 <http://www.spiegel.de/spiegel/bitcoin-debatte->

[kennethdogoff-ueber-eine-digitale-d-mark-a-1189959.html](http://www.spiegel.de/spiegel/bitcoin-debatte-kennethdogoff-ueber-eine-digitale-d-mark-a-1189959.html) (二〇一九年一月二二日参照)。

- (3) 国際決済銀行のジュネラル・マネージャー、Agustin Carstensの二〇一八年二月六日談話より。 <https://www.bis.org/speeches/sp180206.htm> (二〇一九年一月二二日参照)。

- (4) Jahn-Pieter Krahnem (信用経済学および金融学・フランクフルト大学教授、二〇一八年三月五日のSPIEGELonlineのインタビューに於て)。 <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/bitcoin-wirsollten-die-kryptowaehrung-sich-selbst-ueberlassen-a-1196226.html> (二〇一九年一月二二日参照)。

- (5) Carstens (Fn. 3), S. 1も同様の指摘をする。

- (6) 例えば、イーサリウム、ダッシュ、リップル、ライトコイン、モノロなどである。

- (7) 例えば、中国は仮想通貨の新規公開(いわゆるインシヤル・コイン・オフアリング(ICO))を禁止し、仮想通貨交換プラットフォームを閉鎖した。以下を参照のこゝろ。 <https://www.cnbc.com/2018/01/16/peoples-bank-of-china-virtual-currency-trade-report.html> <http://www.zeit.de/wirtschaft/2013-12/bitcoin-china-verbot> (二〇一九年一月二二日参照)。米国ニューヨーク州は、個人によるものを除き、仮想通貨を扱うビジネスにはライセンスを必

要とする。 <https://www.stern.de/wirtschaft/geld/new-york-bitcoinhandel-nur-noch-mit-lizenz-3947300.html> (二〇一九年一月二二日参照)。

(8) 例えば、日本ではビットコインを決済手段として認められているが、仮想通貨交換業者は日本の金融庁の監督を受ける。 <https://www.finanzen.net/nachricht/devisen/straerkerreguliert-japan-erkennt-bitcoin-als-zahlungsmittel-ans-5406663> (二〇一九年一月二二日参照)。

(9) 第五次EUMマネー・ロンダリング対策指令は、「マネー・ロンダリングおよびテロリズムのための資金調達を目的とした金融システム濫用阻止に関する指令 2015/849」および指令 2009/138/EG・2013/36/EUを改正するため、二〇一八年五月三〇日欧州議会および理事会指令 2018/843」(以下、改正指令)として採択されている。この指令により、特に、いわゆる暗号資産取引所(仮想通貨を不換紙幣に交換する事業者)とウォレット業者(仮想通貨の電子ウォレットを提供する事業者)は、マネー・ロンダリング対策指令における義務者として位置づけられる。2018/843改正指令の一条第一号c文、および2015/849指令の二条第一項第三号を参照のこと。すなわち、これらの者については登録制が採られている。また、顧客に関する注意義務があり、例えば顧客について、取引の前、そして取引開始時に、適切な信頼できる文書により、身元確認が

なされなければならない。2015/849指令の二条第三号、一条a・b文、一三条第一項、一四条第一項参照。)と、ドラギ欧州中央銀行総裁は、欧州中央銀行には仮想通貨を規制する責務はないと考えている。 <http://www.handelsblatt.com/finanzen/maerkte/devisenrohstoffe/ezb-praesident-mario-draghi-bitcoin-regulierung-ist-nicht-ue-verantwortung-der-ezb-2095754.html> (二〇一九年一月二二日参照)。

(10) 特にワイマール共和国初期のハイパーインフレ、一九三〇年代初頭の世界恐慌である。

(11) Prost, in: Warda/Waider/v. Hippel/Meurer (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 419を参照のこと。

(12) 確かに、デジタル通貨という用語は、暗号通貨という用語と比較すると、必ずしも馴染み深いものではない。しかし、仮想通貨(英: virtual currency)という用語は、特にこのテーマに関する公式声明においては定着した用語である。例えば、連邦金融監督局の調査 [https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/VirtualCurrency/virtual\\_currency\\_node.html](https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/VirtualCurrency/virtual_currency_node.html) (二〇一九年一月二二日参照)、欧州銀行監督機構(EBDA)の Opinion on 'virtual currencies', S. 5 ff. <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/657547/EBADOp-2014-08+Opinion+on+>

- Virtual+Currents.pdf (二〇一九年一月二二日参照)。  
 欧州中央銀行 (ECB) の Virtual currency schemes - a further analysis, 2015, S. 25. <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes.pdf> (二〇一九年一月二二日参照)。  
 FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF) Virtual Currencies, Key Definitions and Potential AML/CFT Risks, 2014, S. 4. <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Virtual-currency-keydefinitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf> (二〇一九年一月二二日参照)。現在では、第五次マネー・ロンダリング対策指令 (2018/843改正指令) でも、仮想通貨という言葉が使われている。
- (13) 仮想「通貨」とは、ユーロ通貨やドル通貨など、具体的な計算単位としての通貨を意味している。このような用語の解釈は、金融の基本原則、あるいは通貨秩序としてのそれとは区別される (Hahn/Häde, *Währungsrecht*, 2. Aufl. 2010, § 2 Rn. 2)。しかし、仮想通貨をより包括的に捉えるには、単に計算単位としてではなく、貨幣としての性質を持つ可能性があることに留意すべきである。
- (14) Carstens (Fn. 3), S. 2 参照。Hicks, *Critical essays in monetary theory*, 1979, S. 1.
- (15) 通貨理論の Moritz, *Geldtheorie und Geldpolitik*, 3. Aufl. 2012, S. 5; Gischer/Herz/ Menkhoff, *Geld, Kredit und Banken*, 2. Aufl. 2005, S. 4; Obst/Hagen/Hintner, *Geld, Bank- und Börsenwesen*, 40. Aufl. 2000, S. 38; Issing, *Einführung in die Geldtheorie*, 15. Aufl. 2011, S. 1; Jarchow, *Theorie und Politik des Geldes*, 11. Aufl. 2003, S. 1 ff. 貨幣法 Hahn/Häde (Fn. 13), § 1 Rn. 34 ff.; Herrmann, *Währungshoheit, Währungsverfassung und subjektive Rechte*, 2010, S. 40.
- (16) 貨幣は法の対象であるが、貨幣法、債権法、刑法 (例えば、刑法一四六条以下の通貨偽造罪を参照) といった法の概念にいつて概観するものと、Hahn/Häde (Fn. 13), § 3 Rn. 11 ff.)。しかしながら、まさに貨幣という概念に照らして、仮想通貨とは何か (そして、もし貨幣でないとするれば、一体どうあるべきか) という問題を解決するために、機能的な側面を検討しなくては十分である。さらに、法概念を論じるうえでも、貨幣にいつての機能的考察を欠かすことはできない。日常生活における用語法では、まさに貨幣の機能的側面に注目しているからである。Hahn/Häde (Fn. 13), § 3 Rn. 9 f.
- (17) ある価値を貨幣に「貯める」ことが、後日また交換する可能性がある。Hahn/Häde (Fn. 13), § 1 Rn. 36; Gischer/Herz/Menkhoff (Fn. 15), S. 4; Jarchow (Fn. 15), S. 3; Issing (Fn. 15), S. 1; Deutsche Bundesbank, *Geld*

- und Geldpolitik 2017, S. 10.
- (18) このように、貨幣は抽象的な単位であり、財や財産の価値を一般的な基準値で評価し、相互に比較できるようにする。Jarchow (Fn.15), S.2; Issing (Fn. 15), S. 2.
- (19) EZB (Fn. 12), S. 23; FATF (Fn. 12), S. 4; BaFin (Fn. 12); EBA (Fn. 12), S. 11; 特ニ Spindler/Bille, WM 2014, 1357 (1361) は、仮想通貨、特にビットコインが貨幣機能を持つことは否定しないが、国家や社会から貨幣として認識されていないため、貨幣として分類していない。
- (20) 現金通貨には強制通用力がある。Hahn/Häde (Fn. 13), § 3 Rn. 16 ff. 30 f. 参照。
- (21) 取引の場面において、そして国家の立場から、預金通貨が決済手段として認められることは、預金Hahn/Häde (Fn. 13), § 3 Rn. 32 ff.
- (22) 交換・決済手段の定義としてHahn/Häde (Fn. 13), § 1 Rn. 35 などを参照のこと。
- (23) 仮想通貨ビットコインの決済手段としての普及について<sup>45</sup> Beck, NJW 2015, 580 (581) <https://www.computerwoche.de/a/virtuelles-geld-alszahlungsmittel,2547762>; [http://www.chip.de/news/Bitcoin-als-Zahlungsmittel-Ebayverwaegt-revolutionaeren-Schritt\\_129568298.html](http://www.chip.de/news/Bitcoin-als-Zahlungsmittel-Ebayverwaegt-revolutionaeren-Schritt_129568298.html); <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Steam-nimmtkeine-Bitcoins-mehr-an-Kryptogeld-trotzdem-auf-Fn.euem.Allzeithoch-39111758.html> (二〇一九年一月二二日参照)。
- (24) 設計上、交換不可能な仮想通貨も存在する。これらは閉じられた仮想通貨と呼ばれる。オンライン・ロールプレイング・ゲームなどの仮想環境で導入されている「ワールド・オブ・ウォークラフト・ワールド」などがあり、国家通貨に交換することはできない。FATF (Fn. 12), S. 4 参照。以下、仮想通貨と表記する場合は、交換可能な仮想通貨のみを指す。
- (25) EZB (Fn. 12), S. 8 参照。
- (26) Beck, NJW 2015, 580 (583) を参照。
- (27) Herrmann (Fn. 15), S. 41; Beck, NJW 2015, 580 (583) f. 参照。
- (28) Beck, NJW 2015, 580 (585) を参照。
- (29) Beck, NJW 2015, 580 (585) を参照。
- (30) 例えば、二〇一七年時点、ドイツの個人取引は七四％が現金通貨による決済である。Deutsche Bundesbank, Zahlungsverhalten in Deutschland 2017, Vierte Studie über die erwendung von Bargeld und unbaren Zahlungsinstrumenten, 2018, S. 8, 25 (Tabelle 5). 同資料は以下での入手可能。 <https://www.bundesbank.de/resource/blob/634056/8e22ddcd69de76ff40078b31119704db/mL/zahlungsverhalten-in-deutschland-2017-data.pdf>

(11) 一九九一年一月二二日参照。

(31) Ohler, JZ 2017, 317 (318), Herrmann (Fn. 15), S. 21 は、貨幣の非物質化に言及している。

(32) 二〇一七年五月末時点のユーロ圏における普通預金(各日毎に満期が到来する預金)総量は、六兆三八四〇億円で、流通現金通貨総量一兆九二〇億ユーロのはば六倍である。Deutsche Bundesbank (Fn. 17), S. 56.

(33) 電子マネーという概念は、特に仮想通貨と明確に区別するため、2009/110/EG 指令二条第二号の意味で理解される。電子マネーの諸概念については、Basse, Internetgeld und wettbewerbliche Geld- und Währungsordnung, 2002, S. 35 f. 参照。

(34) Herrmann (Fn. 15), S. 23 も参照。

(35) Beck, NJW 2015, 580 (581); Spindler/Bille を参照。  
WM 2014, 1357; EBA (Fn. 12), S. 13 ff.; FATF (Fn. 12), S. 4; EZB (Fn. 12), S. 4, 7 ff.

(36) 決済には、仮想通貨用アドレスが格納された専用のソフトウェアクライアントが必要である。このアドレスは、いわば口座番号として機能する公開部分と、トランザクションの認証に使用される秘密部分からなる暗号鍵のペアで構成されている。

(37) Spindler/Bille, WM 2014, 1357 (1358).

(38) Ekkenga, CR 2017, 762 (763); Schrey/Thalhofer,

NJW 2017, 1431; Spindler/Bille, WM 2014, 1357 (1358).

(39) 管理者がシステムをコントロールする形式の分権型仮想通貨もある。この場合、管理者は通貨を発行し、使用に関する規則を定め、中央支払台帳を保持し、そして通貨を巻き戻す権限を有する。例としては、E-ゴールド、セカンドライフの「リデンドル」、「ワールド・オブ・ウォークラフト・ワールド」などが挙げられる。FATF (Fn. 12), S. 5.

(40) Spindler/Bille, WM 2014, 1357; BaFin (Fn. 12); EZB (Fn. 12), S. 9.

(41) 上記 II の参照。

(42) 電子的な形態の貨幣については、基本的にいわゆる「二重支出問題」が生じる。貨幣価値は単なるデジタルデータとして存在するので基本的に偽造や複製が可能である。二重支出の問題は、仲介者が、デジタルデータが存在し、他の場所で既に使用されていないことを確認するという中央集権的な手順によって回避することができる。しかし、仮想通貨では、ピアツーピアネットワークに基づくロックチェーンを使用して分権的な管理がなされている。Spindler/Bille, WM 2014, 1357 f. を参照。

(43) Spindler/Bille, WM 2014, 1357 (1358 f.) を参照。

(44) この点については、Herrmann (Fn. 15), S. 102 (Fn.

119) 参照。諸国の例については、後述の通り。

- (45) 通貨主権の正当性に争いの余地がないわけではない。例えば、通貨競争の概念では、民間銀行の複数の通貨、あるいは民間銀行の通貨と国家通貨(国家通貨が完全に廃止されていない限りにおいてであるが)とが競合することはありうる。そしてその交換レートは、需給法則に従って形成される(Vollmer, Geld- und Währungspolitik, 2005, S. 44; Duwendag/Ketterer/Kösters/Pohl/Simmert, Geldtheorie und Geldpolitik in Europa, 5. Aufl. 1999, S. 309 ff.)。その他の代替金融秩序については、フリー・バッキング制度、あるいは新貨幣経済学の枠組みなどがありうるが、これらについては、Vollmer, a. a. O., S. 42 ff. 参照。
- (46) 通貨主権の概念の内容や範囲については、学説上争われている。Herrmann (Fn. 15), S. 113 ff. しかしながら、欧州通貨同盟の通貨主権に関しては、その内容はEU運営条約二二八条第二項に規定されているので、ここではこれ以上触れないことにする。
- (47) したがって、基本法七三条第一項第四号は、通貨主権を定めてはいないが、暗黙のうちにこれを前提としている。Herrmann (Fn. 15), S. 102。
- (48) 通貨主権の行使が具体的に誰に移されたのか、つまり、誰が通貨主権の担い手となったのかは、議論のあるところである。欧州中央銀行または欧州中央銀行制度であるという説もあれば、ユーロ圏に参加している加盟国の集合体という説もある。Herrmann (Fn. 15), S. 118 ff. を参照。
- (49) ニース条約二三条第四項を参照。
- (50) ニース条約一〇六条第一項第三号、EU運営条約二二八条第一項第三号。
- (51) ニース条約一〇六条第一項第一号、EU運営条約二二八条第一項第一号。
- (52) ユーロ導入規則一〇条、一一条を参照。
- (53) 欧州通貨同盟とは、最終的にはユーロ制度、すなわち欧州中央銀行と既にユーロを導入しているEU加盟国の各中央銀行を指す。一方、欧州中央銀行制度は、欧州中央銀行とEU全加盟国の中央銀行を包括する(EU運営条約二二八条第一項第一、二文)。
- (54) 連邦銀行の有する金融政策権限の欧州中央銀行への移譲は、欧州中央銀行が物価安定の確保という優先目的を義務づけられているという条件の下でのみ許される(基本法八八条第二項)。
- (55) もちろん、この要件が現実にとどの程度守られているかは、低金利政策の継続や、つい最近中止されたばかりの国債の純購入などにかんがみれば、別の問題である。
- (56) Jarchow (Fn. 15), S. 1; Gischer/Herz/Menkhoff (Fn. 15), S. 4; Deutsche Bundesbank (Fn. 17), S. 8 様々な例証につき、Herrmann (Fn. 15), S. 143 も参照。
- (57) 上記II参照。

- (88) Hahn/Häde (Fn. 13), § 1 Rn. 9. そうでなければユーザーは貨幣の代替形態、例えば外国通貨やいわゆる商品貨幣を用いる必要がある。Deutsche Bundesbank (Fn. 17), S. 12 ff.
- (89) Hahn/Häde (Fn. 13), § 5 Rn. 2 を参照。
- (90) Herdegen, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 81. Lfg, Stand: August 2018, Art. 88 R. 30.
- (91) Eucken, Principles of Economic Policy, 7. Aufl. 2004, S. 255 ff.; Issing, ORDO 1997, S. 167 f.; Röpke, ORDO 1997, S. 27 (50); Herrmann (Fn. 15), S. 144.
- (92) Moritz (Fn. 15), S. 18 参照。
- (93) Hahn/Häde (Fn. 13), § 5 Rn. 2 を参照。
- (94) Moritz (Fn. 15), S. 17 参照。このような通貨制度の下では、紐づけられている (gebundene) 通貨とこう表現がなされる。
- (95) このことは、原則として制度的に独立した中央銀行を設立することによって達成される。Moritz (Fn. 15), S. 19 参照。
- (96) EU 運営条約一二八条第一項第二文により、原則として欧州中央銀行はユーロ銀行券を発行する権利も持っている。しかし、これまでこの権利を行使してこなかった。
- (97) 欧州中央銀行のみが発行権限を有しているわけではなく、発行権限の独占が問題となっているのではない。
- く、発行の許可権限の独占であり、これは意思決定の独占であるとされている。Kempen, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 128 AEUV Rn. 8.
- (98) ユーロ銀行券の発行に関する二〇〇一年十一月六日欧州中央銀行決定 (A.B.L. EG 2001 L 337/52, 3. Erwägungsgrund) は、「銀行券の流通は需要主導で行われるから、ユーロ銀行券の発行は量的、あるいはその他の制限を受けないものである。」とある。Kempen (Fn. 67), Art. 128 Rn. 8; Papaschalis, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Bd. 3, 7. Aufl. 2015, Art. 128 AEUV Rn. 8.
- (99) あるいは、預金通貨は中央銀行が作り出すものとされる (いわゆる中央銀行マネー)。Deutsche Bundesbank (Fn. 17), S. 75 参照。
- (70) Deutsche Bundesbank (Fn. 17), S. 76 参照。
- (71) Deutsche Bundesbank (Fn. 17), S. 74 f.
- (72) 2013/36 指令および 575/2013 規則に基づく。これは「銀行業務への新規参入、銀行・証券会社の監督、および銀行・証券会社の監督要請に関する 575/2013 規則における監督権の遵守に関する 2013/36 指令の施行に関する法律 (CRD IV 施行法)」(BGBl. I 2013, S. 3395) により国内法化されている。
- (73) Deutsche Bundesbank (Fn. 17), S. 78, 119 f.

- (74) Tu/Meredith, Washington Law Review, Bd. 90 (2015), S. 74; Ekkenge, CR 2017, 762 (763). BaFin (Fn. 12) も同じような立場に立つ。
- (75) Spindler/Bille, WM 2014, 1357 (1361).
- (76) 上記II 2参照。
- (77) 民間通貨は代用通貨、あるいは補完通貨などとも呼ばれる。しかしながら、国家通貨との対比を強調するために、以下では民間通貨の語を用いる。
- (78) 通貨競争の考え方については、注(45)を参照。いわゆる自由貨幣の試みについては、このすぐ後で言及する。
- (79) 民間通貨の禁止は、ドイツに限ったことではない。ドイツほど広範でないにしても、欧州連合内外の多くの国において、国家の通貨主権は保護されている。やや古いものであるが、EZB, Report on the legal protection of banknote in the European Union States member, 1999, S. 35 f.には、以下のような例が挙げられている。
- オーストリア国立銀行法八一条「銀行券類の、ユーロ建てであり、かつ流通に適した文書を、支払手段として発行・使用する行為は、裁判所の管轄下にある犯罪行為の構成要件に該当する場合、または他の行政罰法規によって、より重い刑罰を科せられている場合を除き、地区行政庁から三〇〇ユーロ以下の罰金に処せられる。」この規定では、ユーロ建てでない文書については最初から除かれてい

る。一九八四年国立銀行法八一条はこれとは異なる規定となっており、連邦銀行法三五条とはほぼ同一内容である。この点については、List, OJZ 1987, 205を参照。フランス刑法四四二四条「フランス内で法的決済手段である硬貨あるいは銀行券に、いかなる貨幣的符号であれ、フランスで通用している硬貨または銀行券に代える目的で、これを無許可で流通させる行為は、五年の拘禁刑及び七五〇〇ユーロの罰金で処罰される。」アメリカ合衆国一八六二年証紙決済法第一八編三三六条「貨幣として流通させる、あるいは合衆国の法定通貨に代えて受領させる、もしくは発行する目的で、手形、小切手、証書、代用貨幣その他、総額一ドル以下の証券を、作成、発行、流通、または払い出した者は、この章に規定する罰金あるいは六月以下の懲役に処し、または併科する。」今日では、この規定はUSDトル以外に決済手段として受けいられる貨幣の流通を阻止するものと解釈されている。この規定全般と、判例がその適用範囲を非常に限定している点については、Tu/Meredith (Fn. 74), S. 271 (317 ff.) 参照。

(80) 一八七五年銀行法五五条「許可なく銀行券、または無記名無利息債券を発行した者は、発行した貨幣的符号の額の二〇倍に相当する額で、五〇〇マルクを下回らない罰金に処する。」

(81) 一八七五年銀行法により、通貨に関する基本的な法規、



- 特に通貨制度を統一することを目的として、ドイツ帝国銀行が設立される。通貨主権、特にドイツ帝国銀行の紙幣発行独占は採用されていなかったため、民間の貨幣発行組織はまだ存在していた。紙幣発行独占権が発展したのは、その後の数十年のことである。Hahn/Häde (Fn. 13), § 10 Rn. 5 ff.; Herrmann (Fn. 15), S. 150 ff.
- (82) 緊急貨幣の無許可発行も処罰されるようになった。また、罰金の最低額が 10000マルクに引き上げられた。一九二二年七月一七日の緊急貨幣の発行および償還に関する法律八条、RGBl. 1922, S. 693 f.
- (83) Herrmann (Fn. 15), S. 158, の緊急貨幣の総量は、一九二三年末で 1000兆マルクならし 10億コールトマルクに上った。これは、同時期における帝国銀行紙幣の全流通量の二倍である。Witte, in: Untersuchung des Bankwesens 1933, Bd. 2, 1934, S. 93.
- (84) Herrmann (Fn. 15), S. 55; Rösl, Regionalwährungen in Deutschland, Diskussionspapier Nr. 43/2006, S. 6 ff.
- (85) Witte (Fn. 83), S. 93, 97 参照。「ケルントルの奇跡」は、ゆがみに有名である。Herrman (Fn. 15), S. 55.
- (86) 一九三一年一〇月七日の「経済及び金融の保全と警察違反行為対策に関する法令」、7.10.1931, RGBl. I 1931, S. 562
- f.
- (87) 一九五七年七月二六日のドイツ連邦銀行法、BGBl. 1957 I, S. 745, 752. 第二次世界大戦後、通貨基本秩序の再編成までの過渡期にも、一九四八年七月二〇日の発行法七条により、銀行券の発行が禁止されていた。Herrmann (Fn. 15), S. 173 参照。
- (88) 二〇〇二年三月二三日ドイツ連邦銀行第七次改正法、BGBl. II, S. 1159, 1161.
- (89) 調査した限り、連邦銀行法三五条に関する判例はない。Herrmann (Fn. 15), S. 304 も参照のこと。一九六〇年代ごろごろかの適用事案が知られているだけである。Herrmann (Fn. 15), S. 304; Sademach, Regionalwährungen in Deutschland, 2012, S. 167 f. 参照。
- (90) Hahn/Häde (Fn. 13), § 23 Rn. 98; Herrmann (Fn. 15), S. 304; Prost (Fn. 11), S. 428.
- (91) 連邦銀行法三五条の根拠として、ヤビツ BT-Drs. II/2781, S. 43; Hahn/Häde (Fn. 13), § 23 Rn. 98.
- (92) Ibold, in: Graf/Jäger/Witig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2017, § 35 BankG Rn. 2 ; v. Spindler/Becker/Stärke, Grundzüge des Notenbankwesens und Kommentar zum Gesetz über die Deutsche Bundesbank, 4. Aufl. 1973, Vorbem. VIII S. 565.
- (93) 一四六条以下の保護法益としての貨幣取引の保護に関する、StGB Erb, Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener

- Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, Vorbem. zu §§ 146 ff. Rn. 2; Puppe/Schumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, Vorbem. zu § 146 ff. Rn. 2 f°.
- (94) 通貨偽造罪と同様、最終的には累積犯 (Kumulationsdelikte) に分類されるべきである (Fn. 93), § 146 ff. Rn. 7; Puppe/Schumann (Fn. 93), Vorbem. § 146 ff. Rn. 4 参照°。
- (95) 仮想通貨と物価安定の関係に関する欧州中央銀行の見解については、下記 IV を参照°。
- (96) Ohler, JZ 2008, 317 (318).
- (97) Ibold (Rn. 92), § 35 BBankG Rn. 5; Fögen, Geld- und Währungsrecht, 1969, S. 31; Gramlich, Bundesbankgesetz, Währungsgesetz, Münzgesetz, Kommentar, 1988, § 35 Rn. 6; v. Spindler/Becker/Starke (Fn. 92), S. 568; Häde, Geldzeichen im Recht der Bundesrepublik Deutschland, 1991, S. 191; 連邦銀行法三五条の構成要件に関し、犯罪の対象は、一定の経済的重要性を有していなければならぬとされるべきである (Sademach [Fn. 89], S. 186 参照)°。しかしながら、このような解釈は、連邦銀行法三五条の文言から導き出せる解釈ではなく、裁判実務上、否定されるべきである。詳細については Sademach (Fn. 89), S. 186

に 参 照 °。

- (98) Gramlich (Fn. 97), § 35 Rn. 10; Ibold (Fn. 92), § 35 BBankG Rn. 8.
- (96) Spindler/Becker/Starke (Fn. 92), S. 572.
- (100) Ibold (Rn. 92), § 35 BBankG Rn. 12; Gramlich (Fn. 97), § 35 Rn. 12.
- (101) Sademach (Fn. 89), S. 181; Fögen (Fn. 97), S. 32; Häde (Fn. 97), S. 192; Gramlich (Fn. 97), § 35 Rn. 11.
- (102) Sademach (Fn. 89), S. 183; Hahn/Häde (Fn. 13), § 23, Rn. 3; EU 条約一〇六条に関し、旧条約の条文中は、発行権限は銀行券と硬貨全般に及んでいるから、欧州中央銀行は、民間金融機関の発行を認可する権限を有している (Herrmann (Fn. 15), S. 228, 303, 307) とする見解が支持されているものの、改正後の EU 運営条約一二八条は、ユーロ銀行券とユーロ硬貨のみに関するものなので、もはや支持されえない。個別具体的な権限授与の原則 (EU 条約五条第一項第一文) に従えば、ドイツ連邦共和国は貨幣的符号の形式を採る民間通貨の発行に関する認可権限を有することになる°。
- (103) Ohler, JZ 2008, S. 317 (318).
- (104) Sademach (Fn. 89), S. 166; Hahn/Häde (Fn. 13), § 23 Rn. 99; 論旨は異なるが、Herrmann (Fn. 15), S. 308 f°.
- (105) Streinz, in: Streinz (Fn. 67), Art. 2 AEUV Rn. 5, 17;

- Obwexer, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, Art. 2 AEUV Rn. 51.
- (90) Callies, in: Callies/Rufert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 3 AEUV Rn. 1f; Obwexer in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 105), Art. 3 AEUV Rn. 17 f.; Mögele, in: Streinz (Fn. 67), Art. 3 AEUV Rn. 8; 引用文献では、EU 運営条約一三八条に規定される権限のうち EU 運営条約一三八条の権限配分に関するのみ、意見が分かれている。
- (97) Callies (Fn. 106), Art. 3 AEUV Rn. 11 を参照のこと。
- (98) 民間通貨からの保護に関する規定を制定する権限は、一九九八年七月七日の欧州中央銀行の勧告からも推測される。同勧告は、加盟国各国は、国内法において、権限のない銀行券の発行が行われないうち、対策を講じるべきであると述べている（一九九八年七月七日欧州中央銀行勧告 Erwägungsgrund 4, EZB1998/7, ABL, EGI999 C 11/13）。Hahn/Häde (Fn. 13), §23 Rn. 99 を参照。
- (99) 仮想通貨ビットコインについても同様である。Spindler/Bille, WM 2014, 1357 (1360, 1364).
- (10) Puppe/Schumann (Fn. 93), § 267 Rn. 17; Weidemann, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafrechtbuch, Stand: 1.11.2018, § 267 Rn. 3; Hegger, in: Lackner/Kühl, Strafrechtbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 267 Rn. 2; Erb (Fn. 93), § 267, Rn. 16.
- (11) Spindler/Bille, WM 2014, 1357 (1360).
- (12) Spindler/Bille, WM 2014, 1357 (1361 f.); Bülow, in: Derleder/Knops/Bamberger (Hrsg.), Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl. 2009, § 1 Rn. 10; Münzer, BaFin Journal 2014, 26 (27).
- (13) Spindler/Bille, WM 2014, 1357 (1361 f.); BaFin (Fn. 12) を参照。
- (14) BGH NJW 1979, 1354 (1355); Brocker, in: Derleder/Knops/Bamberger (Fn. 112), § 65 Rn. 1; Freiwald, WM 2008, 1537 (1542).
- (15) BaFin (Fn. 12); Spindler/Bille, WM 2014, 1357 (1363); BaFin, Merkblatt - Hinweisse zum Zahlungsdienstaufsichtsgesetz (ZAG), 2017, 4 b; 後者は以下を参照を参照。http://www.bafinde/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb\_1111222\_zag.html (二〇一九年一月二九日参照)。Münzer, BaFin Journal 2014, 26 (27).
- (16) Spindler/Bille, WM 2014, 1357 (1363).
- (17) Spindler/Bille, WM 2014, 1357 (1364); BaFin (Fn. 12) を参照。

- (118) EZB (Fn. 12), S. 5, 26, 29.
- (119) EZB (Fn. 12), S. 5, 26, 29. さらに注目すべき点としては、ほとんどの仮想通貨は、設計上、発行量の最大値が予め決められている。ビットコインの場合、二二〇〇万枚である。そして、仮想通貨の発行数が増加すると、発行スピードは遅くなる。そうすることにより、仮想通貨は、インフレに對して自然的な防御策を講じているといえる。Schrey/Tthalder: NJW 2017, S. 143f.; Beck, NJW 2015, 580 (581).
- (120) ドイツ連邦銀行執行部の Thiele に対する、二〇一七年七月五日の Welt am Sonntag でのインタビューを参照のこと。https://www.welt.de/finanzen/article164309456/Bundesbankwart-vor-Internet-Waehrung-Bitcoin.html (二〇一九年一月二一日参照)。Thiele/Diehl: iFSchneidienst 22/2017, S. 5 f.
- (121) しかしながら、マイニングにおいて自然人の正犯行為を確定することは難しい。なぜならば、マイナーがアルゴリズムを解いた後に行われる仮想通貨の新規発行は、自然人が行うのではなく、基盤となるコンピューター・プログラムによって行われるからである。仮想通貨をプログラムを使って作り出した人間に焦点を当てるのは、故意の観点から問題がある。
- (122) Weidemann (Fn. 110), § 269 Rn. 3; Heger (Fn. 110), § 269 Rn. 1; Erb (Fn. 93), § 269 Rn. 1; Zieschang, in: Lauffütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, Stragesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/2, 12. Aufl. 2009, § 269 Rn. 1, 5 ff.
- (123) Erb (Fn. 93), § 152a Rn.1; Weidemann (Fn. 110), § 125a Rn. 2.
- (124) 注(9)参照。
- (125) 欧州中央銀行の指令発令権限は、EU条約一三二条第一項、第一表に示された業務に限定されている。そこに示されている業務は、銀行券、あるいは民間通貨の発行とは関係のないものである。
- (126) コッピング「詐欺」とは、基本的に、EUの経済的利益を損なうような作為・不作為による違法な行為はもたらんこと、見せかけの取引・不利益回避のための取引を含む。Magiera, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Bd. 3, 47. Lfg. 2012, Art. 325 AEUV Rn. 15 ff.; Spitzer/Siegel, in: von der Groeben/Schwarze/Hajic (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Bd. 4, 7. Aufl. 2015, Art. 325 AEUV Rn. 14 f.; 点ごとの検討は、Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 8. Aufl. 2018, § 8 Rn. 25. 民間通貨は、偽札ではなく、代用通貨であることは前述した通りである。上記V1 (b) 参照。
- (127) 注(79)参照。
- (128) 特に重大な犯罪に該当するかどうかは、経験的に決定

されるべきである。まず、EU 領域内における、EU に  
 とつての現実的な問題でなければならず、理論上、重大犯  
 罪になることが予測されるという点では十分ではない。  
 Vogel/Eisele, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Recht der*  
*Europäischen Union*, Bd. 1, 57. Aufl. 2015, Art. 83 AEUV  
 Rn. 41; Satzger, in: Streinz (Fn. 67), Art. 83 Rn. 9. した  
 がって、現在のところ、通貨に対する単なる抽象的な危  
 険性だけでは、おそらく十分ではないだろう。また、特に  
 重大な犯罪といえるためには、ある種の犯罪性が存在する  
 ことを経験的に確認すべきことのみならず、その行為に  
 よって、法益、あるいは法的に保護されるべき必要性が特  
 に高い利益が侵害される、あるいは危険にさらされている  
 こと、社会にとつて特に有害であり、特に高い犯罪エネ  
 ルギーが表現されたものであることが、要求される  
 (Satzger, in: Streinz [Fn. 67], Art. 83 Rn. 9; Vogel/Eisele  
 [Fn. 128] Art. 83 AEUV Rn. 41)。この点については、既  
 存の罰則の法定刑にたつて、疑問が残る。  
 (21) Vogel/Eisele (Fn. 128), Art. 83 AEUV Rn. 93 は、そ  
 ろに他の経験的要素を要求している。

本稿は、科研費基盤研究 (C) 22K01201 による成果の  
 一部である。