

商品取引所法及び商品投資に係る事業の規制に関する法律の一部を改正する法律の施行に伴う関係省令（案）等に対する意見

2010年9月13日

先物取引被害全国研究会
代表幹事 弁護士 大田 清 則
事務局長 弁護士 石川 真 司

(連絡先)

名古屋市中区丸の内三丁目19番5号
FLEZIO LA9階 中京法律事務所
TEL：052-950-5355 FAX：052-950-5356

当研究会は、昭和57年、先物取引被害の予防と救済を目的として設立された、全国数百名の弁護士からなる団体である (<http://futures-zenkoku.com/>)。

当研究会は、商品取引所法の平成21年改正によって法214条9号が新設され、不招請勧誘禁止が導入されることとなったことを受けて2010年3月23日付不招請勧誘禁止の完全導入を求める意見書を提出し、さらに、2010年8月13日付で、商品取引所法及び商品投資に係る事業の規制に関する法律の一部を改正する法律の施行に伴う関係政令の整備等及び経過措置に関する政令（案）に対して意見を述べた。

今回は、それらに引き続き、商品取引所法及び商品投資に係る事業の規制に関する法律の一部を改正する法律の施行に伴う関係省令（案）等に対し、次のとおり意見を述べる。

第1 意見の趣旨

- 1 商品取引所法施行規則（案）第102条の2に対して
反対である。

当該商品先物取引業者との間で商品取引契約や金融商品取引契約を既に締結している者についても、不招請勧誘禁止の適用除外とすべきではない。

- 2 商品取引所法施行規則（案）第103条第1項第10号に関し、
賛成である。

ただし、勧誘目的をあらかじめ明示するという文言は抽象的に過ぎるため、不招請勧誘禁止の潜脱を許さない厳格な姿勢を示すべく、ガイドラインを制定するなどして規制を徹底すべきである

また、不招請勧誘禁止を潜脱する勧誘行為等は、ここで禁止された行為以外にも存するのであり、少なくとも以下の行為については、厳格な法規制を行うべきである。

- ア 商品先物取引業者がダイレクトメールを送付するに際しては、不招請勧誘禁止導入の趣旨を損なわないために、その送付するダイレクトメールの内容について、商品取引契約における仕組みや危険性を誤認させる記載を許さないよう、ガイドラインを作成して厳格に規制すべきである。
- イ 商品先物取引業者が当該商品取引契約には該当しない取引を勧誘する広告を見て連絡してきた顧客に対して、商品取引契約の締結を勧誘することについても、第10号の省令の禁止行為として追加する、あるいはガイドラインを作成するなどして、厳格に規制すべきである。
- 3 商品取引所法施行規則（案）第103条第1項第2号及び同第21号に関し、
「差玉向かい玉」など、商品先物取引業者の行う向かい玉についての規制として不十分であるので、以下のようにすべきである。
- (1) 第2号において、「故意に」という要件を外し、端的に「商品市場における取引の受託に係る取引と自己に計算による取引を対当させて、委託者の利益を害することとなる取引をすること」を禁止行為とすべきである。
- (2) 仮に、第2号について、(1)のような修正をしないとすれば、少なくとも、向かい玉に関する説明義務の規定は、商品取引所法第217条第1項第3号の政令事項として規定すべきである。
- (3) また、省令案の「特定取引」の定義は、広く「取組高を均衡させる取引手法」全般を含めた意味での「差玉向かい玉」を含むか否かにつき疑義を生じる恐れがあるため、上記意味での差玉向かいを含むことが明らかになるよう、省令案の「特定取引」の定義を修正するか、ガイドラインを作成して明確にすべきである。
- (4) 最高裁平成21年7月16日判決（以下「最高裁7月判決」という。）に基づき、規則第103条の禁止行為に、差玉向かいを行っている特定の種類の商品先物取引を受託した後は、自己玉を建てる都度、その自己玉に対当する委託玉を建てた委託者に対し、その委託玉が商品取引員の自己玉と対当する結果となったことを通知しないこと、を禁止行為として追加すべきである。
- 4 省令案第103条第1号17号ないし20号の規定について賛成である。
- 5 事故の確認を要しない場合について
規則第103条の3第1項第8号及び同第126条の20第1項第8号を改正し、弁護士が代理して和解契約を締結する場合等は事故確認を要しないとすべきである。

第2 意見の理由

- 1 商品取引所法施行規則（案）（以下、単に「省令案」という。）第102条の2の規定について

今回公表された省令案102条の2は、政令案30条で不招請勧誘禁止の対象として指定された商品取引契約のうち、当該商品先物取引業者との間で、既に、商品取引契約あるいは金融商品取引法施行令第16条の4第1項に規定する金融商品取引契約を締結している者について、その禁止の対象から除外しようとするものである。

しかし、そもそも、今回、政令案30条で不招請勧誘禁止の対象とした取引は、それ自体において、取引の仕組みが難しく、取引に伴う危険性が高く、さらに、従来、そのような取引を行う適合性を有しない者が、自ら取引を希望しないにもかかわらず、勧誘されて取引を始めた結果、損害を発生させるなどの被害が生じたことから、不招請勧誘が禁止されるに至ったのである。そのことは、既に同種の別の取引を経験したことがある者であっても、その財産状況や投資意向如何によっては、さらに新たに取引を開始するについては、適合性を欠く場合も少なくないのであって、不招請勧誘禁止の適用を除外する理由はない。

したがって、省令案102条の2の規定を設けることには反対である。

2 省令案第103条第1項第10号の規定について

(1) 今回、公表された省令案103条第1項第10号は、政令案第30条で不招請勧誘禁止の対象として指定された商品取引契約を勧誘する目的がありながら、そのことを明示しないままでいわゆるセミナーなどを開催して顧客を集めて、それを契機にして商品取引契約を勧誘することを禁止したものである。

これは、不招請勧誘禁止を潜脱するような勧誘行為についても、規制の対象としたものであって、その意味で評価できるものであり、この規定を設けること自体については賛成である。

(2) しかし、ここでいう勧誘目的をあらかじめ明示するという文言は極めて抽象的であるから、その明示方法として、単に「商品取引契約の締結の勧誘を行う目的がある」とだけ明示すれば足りるとするのではなく、商品取引契約にかかる取引がハイリスクな取引であること、そうした取引の勧誘を受けることを受託する意思を有する者だけが参加すべきこと等、そうした事柄について、消費者の注意喚起を促すことのできるよう、一定のポイント以上の文字で表示させることを義務づけるなど、不招請勧誘禁止の潜脱を許さない厳格な姿勢を示すべく、ガイドラインを制定するなどして規制を徹底すべきである。

(3) また、このように不招請勧誘禁止の趣旨を損なうおそれのある行為は、ほかにも存在するのであり、従来からそのおそれが懸念されている以下の行為についても、省令案103条第1項第10号の規定と同様に、厳格な法規制を行うべきである。

ア 商品先物取引業者がダイレクトメールを送付するに際しては、不招請勧誘禁

止導入の趣旨を損なわないために、その送付するダイレクトメールの内容について、商品取引契約における仕組みや危険性を誤認させる記載を許さないよう、ガイドラインを作成して厳格に規制すべきである。

イ 商品先物取引業者が当該商品取引契約には該当しない取引を勧誘する広告を見て連絡してきた顧客に対して、商品取引契約の締結を勧誘することについても、第10号の省令の禁止行為として追加する、あるいはガイドラインを作成するなどして、厳格に規制すべきである。例えば、金の現物取引を勧誘するような広告を見て連絡をしてきた顧客に対し、金の先物取引を勧誘するような行為は、明らかに不招請勧誘禁止に抵触するので、こうしたおとり広告の類の勧誘については、厳しく規制すべきである。

3 省令案第103条第1項第2号及び第21号の規定について

(1) 省令案第103条第1項21号で差玉向かいについての説明義務に関する省令を追加したことは、最高裁平成21年7月16日判決及び最高裁平成21年12月18日判決を受けたもので、一定の評価ができる。

(2) 向かい玉それ自体を禁止すべきこと

しかし、向かい玉自体は、説明義務を尽くせば許されるというものではなく、本来はそれ自体が禁止されるべきものである。

すなわち、向かい玉については、すでに最高裁においてこれが詐欺罪を構成すると判示されているところである（最高裁平成4年2月18日決定・刑集46巻2号1頁）。そして、こうした向かい玉が禁圧されることはもちろん、差玉向かいについても、業者と委託者全体との間に、“委託者全体の損＝業者の益”，“委託者全体の益＝業者の損”という形の構造的な利害相反関係が持ち込まれることになり、それだけでなく、こうした“委託者全体が損をすれば、業者はその損を業者の益に取り込むことができる”という構造的な関係によって、業者の今日の構造的な客殺し商いを誘引し、維持し、助長させる、最も重要なベースの一つを形成しているという点で、厳しく禁圧されるべきである。

前述の平成21年に出された2つの最高裁判決も、共通して、差玉向かいがなされる場合には、委託者全体の総益金が総損金より多いときには商品取引員に損失が生じ、委託者全体の総損金が総益金より多いときには商品取引員に利益が生じる関係となるのであるから利益相反関係に立ち、委託者全体の総損金が総益金よりも多くなるようにするために、商品取引員において、故意に、委託者に対し、投資判断を誤らせるような不適切な情報を提供する危険が内在することを指摘している。

この2つの最高裁判決は、直接的には、差玉向かいの説明義務等を認めたものであるが、逆説的に考えれば、最高裁判決のいうような説明を尽くし、あるいは、

通知義務を課すとすれば、差玉向かいを行う商品取引員はいなくなるものと思われる、したがって、最高裁は、説明義務、通知義務を課すことによって、差玉向かいそのものを禁止する意図を含んでいるものと理解すべきである。

今回の省令案第103条第1項第2号は、従前の規定を踏襲し、「故意に、商品市場における取引の受託に係る取引と自己の計算による取引を対当させて、委託者の利益を害することとなる取引をする」ことを禁止行為に挙げている。この規定は、広く「商品取引受託業務にかかる取引」と規定し、狭く「特定の委託者の取引」とは規定していないため、法文上、委託者総体に対する差玉向かいの場合が含まれると解されるが、「故意」の立証を要求しているため空文化しているといわざるを得ない。前述したところからすれば、あえて「故意に」といった主観的要件を課す必要はないのであるから、平成21年の2つの最高裁判決の趣旨を踏まえて規定するのであれば、103条第1項第2号を従来から修正し、「故意に」という要件を外し、端的に「商品市場における取引の受託に係る取引と自己に計算による取引を対当させて、委託者の利益を害することとなる取引をする」ことを禁止行為とすべきである。

(3) 「特定取引」の定義について

省令案第103条第1項第21号は、向かい玉を「特定取引」と称し、その定義を「故意に、商品市場における取引の受託に係る取引と当該商品先物取引業者の自己の計算による取引を対当させる取引」としている。これは省令103条第1項第2号の定義をここでも踏襲したものである。

ところで、差玉向かいの定義について、最高裁7月判決は、「差玉の全部又は一定割合に対当する自己玉を建てることを繰り返す商品取引員の取引方法」といい、他方、最高裁12月判決は、「委託玉と自己玉とを通算した売りの取組高と買いの取組高とを均衡するように自己玉を建てることを繰り返す取引手法」（これを「本件取引手法」と称している。）と定義している。

「委託者全体の損＝業者の益」及び「委託者全体の益＝業者の損」という形の構造的な利害相反関係は、商品先物取引業者が、取組高ベースで委託玉と自己玉とを通算した売りの取組高と買いの取組高とを均衡するよう、機械的に自己玉を建てることによって達成されるのであるが、上記省令案の文言は、前記(2)のとおり、法文上委託者総体に対する差玉向かいの場合が含まれると解されるとしても、こうした取組高ベースでの差玉向かいが含まれるのか否かにつき文言上疑義が生ずる恐れがある。

そこで、本省令案が、最高裁12月判決がいうところの「本件取引手法」を含むことにつき疑義が生じないよう省令案を修正するか、ガイドライン等を公表して明示すべきである。また、ここでも「故意」の要件を加えているが、あえてこうした主観的要件を加える必要のないことは、前記(2)と同様であって、「故

意」の要件は削除すべきである。

なお、差玉向かいの説明義務については、改正商品先物取引法217条1項3号の「当該受託契約に関する事項であって、顧客の判断に影響を及ぼすこととなる重要なものとして政令で定めるもの」として、政令でも定めるべきことは、当研究会の2010年8月13日付意見書でも述べたとおりである。

(4) 通知義務

また、最高裁平成21年7月16日判決は、委託者が上記説明を受けた上での上記取引を委託したときにも、委託者において、どの程度の頻度で、自らの委託玉が商品取引員の自己玉と対当する結果となっているのかを確認することができるように、自己玉を建てる都度、その自己玉に対当する委託玉を建てた委託者に対し、その委託玉が商品取引員の自己玉と対当する結果となったことを通知する義務を負うと判示している。

この点、法第220条、省令第109条は、注文が成立した場合の通知事項であるのに対して、業者が、差玉向かいをした場合は、それに対する委託玉の委託者全員に、その都度、通知する義務を規定する必要がある、省令第109条とは別個に新たに規定する必要がある。

したがって、省令案第103条の禁止行為に、差玉向かいを行っている特定の種類の商品先物取引を受託する前に、委託者に対して差玉向かいを行っていること及び差玉向かいは商品取引員と委託者との間に利益相反関係が生ずる可能性が高いことを十分に説明しないこと並びに取引委託後において、自己玉を建てる都度、その自己玉に対当する委託玉を建てた委託者に対し、その委託玉が商品取引員の自己玉と対当する結果となったことを通知しないことを禁止行為として追加すべきである。

なお、ザラバ取引に関する最高裁21年12月18日判決は通知義務について触れていないが、板寄せとザラバとで、通知義務の発生に差異を設ける理由はないから、通知しないことについても、板寄せ又はザラバ取引を問わず、禁止行為とすべきである。

4 省令案第103条第1号17号ないし20号の規定について

(1) 省令案第103条第1号17号及び18号は、店頭商品デリバティブ取引についてロスカット・ルールの義務づけをしたもの、同19号及び20号は同じく店頭商品デリバティブ取引についてレバレッジの上限を定めたものである。

これらは、相対で行われる店頭商品デリバティブ取引の適正化を図るものであって、当研究会は、以下の理由からこうした規制について賛成である。

(2) 実需を背景としない高レバレッジ取引を許容することは、取引の投機性を高め、引いては、取引の賭博性・射倖性を高めることになる。

我が国では、刑法において、賭博罪（刑法第 185 条）を定めているが、これは、労働による財産の取得という国民の健全な経済生活の美風を主な保護法益とし、健全な経済活動及び勤労生活の風習を墮落させることから防ぐこと、また、これらから付随して生じる財産犯などの発生を防止することを主な目的とするものとされている。従って、経済合理性を欠く高レバレッジ取引は、形式的な取引の合法性に藉口して、実質的に賭博罪の保護法益を侵害するものであり、これを放置することは、合法的取引の名の下に、賭博の蔓延を助長することになりかねず、その悪影響には大きいものがある。

(3) また、高レバレッジで取引をすれば、当然のことながら、わずかな値動きで多額の損失を発生させる可能性がある。

ことに店頭商品デリバティブ取引は業者と投資家の相対取引であるところ、相対取引の場合、取引の一方当事者が破綻した場合には、取引で利益を出したはずの相手方も多額の損失を被る可能性がある。

業者が破綻した場合は、委託者は、預託した証拠金さえ失うことになるし、委託者が多額の損失を出して破綻した場合、それと相対する業者は、委託者の証拠金を超える部分の益金を委託者から回収できなくなる可能性があり、その一方で、当該業者は、他の顧客、カバー先に支払うべき金員を支払うことができなくなることもあり得るのであり、委託者のみならず当該業者も破綻する可能性がある。

このように業者、委託者の一方の破綻が、その相手方の破綻を引き起こす可能性や、それ以外の取引関係者の不利益、破綻を引き起こし、破綻の連鎖を生む可能性がある。

(4) なお、適切にロスカットが行われることによって、顧客の不測の損害が生じるおそれや、取引関係者の破綻のおそれが一定程度減少するから、高レバレッジ規制をする必要はないのとの意見もあるかもしれないが、しかし、相場の変動に対して、ロスカットが適切に機能しない恐れは現存するし、これは高レバレッジであればあるほど、そのおそれは高まるのであるから、ロスカットルールは、高レバレッジ取引による弊害を防止する制度的担保にはならない。よって、ロスカットルールの義務づけとともにレバレッジ規制をなす必要は高い。

(5) よって、当研究会は、省令案第 103 条第 1 号 17 号ないし 20 号の規定について賛成する。

5 省令案第 103 条の 3 第 8 号及び同第 126 条の 20 第 1 項 8 号について

省令案第 103 条の 3 第 8 号は、弁護士が顧客を代理して和解をした場合を事故確認を要しない場合として規定しているが、現行の省令と同じく「当該和解の成立により商品先物取引業者が顧客に対して当該和解の成立により支払をすることとなる額が 1000 万円」を超えない場合に限るとしている。また、省令案第 126

条の20第1項8号ロは、商品先物取引仲介行為につき同趣旨の規定をしている。

しかし、当研究会が、平成19年7月31日付「商品取引所法施行規則改正案のうち損失補てんの禁止に関する部分に対する意見書」で述べたとおり、商品先物取引事件ではこれまで事故確認を必要とする立法事実がないこと、さらには、事故確認を要することによって顧客に不利な和解契約を締結せざるを得ないおそれがあることなどから、商品先物取引については事故確認を不要とすべきであり、少なくとも、弁護士が顧客を代理して和解契約を締結した場合は、和解金額を問わず事故確認を不要とすべきである。

ましてや、今般、商品取引所法の改正によって、店頭取引を含め商品デリバティブ取引一般に事故確認制度の対象が広がることとなるが、商品先物取引と同等かあるいはそれ以上にトラブルの多発してきた店頭商品デリバティブ取引を含めて事故確認制度の対象とすることは、訴訟等長期にわたりがちな解決方法を選択できない顧客らの被害救済の道を閉ざすことになり、他方で悪質な商品先物取引業者に損害賠償請求に応じない口実を与えることになり、百害あって一利なしといわざるを得ない。

よって、省令案第103条の3第1項第8号及び同第126条の20第1項第8号を改正し、弁護士が代理して和解契約を締結する場合等は事故確認を要しないとすべきである。

以上