

差玉向かいの規制に関する規定の整備を求める意見書

2010年4月12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 LA (フレジォ エルエー) 9 階
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が (<http://futures-zenkoku.com/>)、差玉向かいについて説明義務等を認めた、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）及び最高裁平成21年12月18日判決（以下「最高裁12月判決」という）を受け、下記のとおり、意見を述べる。

なお、本意見書に言う差玉向かいとは、最高裁7月判決の述べる「差玉向かい」のみならず、最高裁12月判決の述べる「本件取引手法」（自己玉と委託玉とを合計した売りと買いの取組高を均衡させるように、自己玉を建てる取引員の取引手法）をも指すものである。

第1 最判平成21年7月16日及び最判平成21年12月18日

- 1 最高裁7月判決は、商品取引員がいわゆる差玉向かいを行っているという事は、商品取引員が提供する情報一般の信用性に対する委託者の評価を低下させる可能性が高く、委託者の投資判断に無視することのできない影響を与えるものであるとしたうえで、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すべき義務を負い、取引委託後においては、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する義務を負うとして、差玉向かいに関し、商品取引員の顧客に対する説明義務及び通知義務を認めている。
- 2 また、最高裁12月判決は、ザラバ取引における差玉向かいについて、上記同様、説明義務を認めている。

第2 向かい玉は、本来、それ自体が禁止されるべきこと

1 向かい玉については、最高裁において、すでに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^{*1}（その他、中村明検事「先物取引をめぐる犯罪の諸問題」法務研究報告書76. 4. 372以下、法務省刑事局付検事河合昌幸「商品先物取引をめぐる詐欺事犯について」警察學論集38. 1. 51以下等）。

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^{*2}。

*1 最決平成4年2月18日（刑集46. 2. 1）は、「商品先物取引に関して、いわゆる客殺し商法により顧客にことさら損失等を与えるとともに、いわゆる向かい玉を建てることにより顧客の損失に見合う利益を会社に帰属させる意図であるのに、顧客の利益のために受託業務を行うものであるかのように装って、取引の委託方を勧誘し、その旨信用した顧客から委託証拠金名義で現金等の交付を受けた行為は、詐欺罪を構成する。」と判示した。

*2 こうした差玉向かいが行われる場合には、「委託者全体の損＝業者の益」，「委託者全体の益＝業者の損」となるが、特定の顧客に対する向かい玉において特定の顧客を損に導くことと比べると、委託者全体を全体として損に導くことの方が、構造的に、より確実で安定的である。

客殺しの典型的なパターンは、「無断売買や一任売買をベースにして、業者が「ころがし」をして手数料を稼ぐ。これに伴い、顧客は預け証拠金を圧迫され、その資金的余裕がなくなり、「目一杯の建玉」（満玉）という相場の常識に反した危険な方向に導かれて行く。顧客に仕切取引で益が出た場合には、その益を顧客に返還せず、相場に再投入して行き「利乗せ満玉」）、この証拠金をさらに「ころがし」の原資とする。顧客が、業者への預託金の全てを相場に張っている場合、相場の値段が上下するものであり、相場には勝ち負けがある以上、そのうち、顧客には損を出す取引、それまでの確定差引益金を全て失った上、出捐金（元本）すら失うような帳尻となる時期が到来する。その段階で、業者は、はじめて手仕舞いを勧めることとする。」といった類いのものである。

したがって、差玉向かいをしておいて、委託玉に利益が出ている場合にはそれを決済させないようにし、あるいは利益を取ってもすぐそれを相場に再投入させ、損失が発生した段階で手仕舞いさせるようにすれば、容易に委託者の預け金を自己の利益として取り込むことができるのである。

今般の2つの最高裁判決も、共通して、要旨、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、最高裁判決のと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、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。

- 2 この点、現行法も、省令103条2号において、「故意に、商品取引受託業務に係る取引と自己の取引を対当させて、委託者の利益を害することとなる取引をする」ことを禁止している。

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も解されるが、「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。上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く、端的に、「商品取引受託業務に係る取引と自己の取引を対当させて、委託者の利益を害することとなる取引」を禁止すべきである。もちろん、自己玉自体が禁止されるわけではないため、たまたま「商品取引受託業務に係る取引と自己の取引」が対当し、結果として、「委託者の利益を害することとなる」ことも想定しうるが、そうした場合は、商品取引員の側で、故意に対当させたものでないことを反証させればよいように、規定すべきである。

第3 説明義務、通知義務を定めるべきこと

- 1 上記のとおり、最高裁判決は、差玉向かいの説明義務等を認めている。
説明がされれば、あるいは通知がされれば差玉向かいが適法となると認めるものではないが、この点は措くとしても、現行法上、差玉向かいの説明義務等を定めた規定はないのであるから、最高裁判決が出された以上、最低限この点に関する規定が、早急に整備されるべきである
- 2 この点、商品取引員の説明義務については、商品取引所法第218条第

1項において、予め顧客に対して同法第217条第1項各号の事項につき説明しなければならないとされているところ、同法第217条第1項第4号の主務省令で定める事項として、省令104条1項8号、同法214条9号、省令103条2号によれば、「故意に、商品取引受託業務に係る取引と自己の取引を対当させて、委託者の利益を害することとなる取引をする」場合には、商品取引員は顧客に対し、説明義務を負うものと規定している。

しかし、前述のとおり、省令103条2号は、「故意に」という主観的要件を加えていることから、最高裁判決に照らしても、向かい玉の説明義務としては全く不十分である。

そこで、以下のように規定を整備すべきである。

法217条1項3号は、「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」については顧客に対して説明すべき義務を負うと規定しているところ、上記2つの最高裁判決から明らかなおお、差玉向かいを行っていることは「顧客の判断に影響を及ぼすこととなる重要なもの」に該当すると解されるが、上記政令指定事項はいまだ制定されていない。現行法令においては差玉向かいについての説明義務を直接規定する法令はないため、委託者保護の趣旨からすると不十分であると言わざるを得ない。

したがって、上記判例の内容を反映させ、委託者保護を図るべく、

- ① 商品取引所法第218条において商品取引員に説明義務が課されている同法第217条第1項第3号における政令指定事項を早急に整備し、商品取引員が差玉向かい等、利益が相反する建玉を行っていることを同号の該当事項とすること、
- ② 商品先物取引の委託者の保護に関するガイドラインを併せて改正し、「2. 契約締結に際しての説明（2）その他事項（省令関係事項）」における説明すべき事項につき、商品取引員が差玉向かい等、利益が相反する建玉を行っていることについても明記すること、とされたい。

なお、差玉向かいは本来禁圧されるべきものであって、こうした取引について説明を怠れば、商品取引員は、当然に、損害賠償義務を負うというべきである。

したがって、上記説明義務は、法217条1項4号の主務省令ではなく、同条1項3号の「政令」として規定整備をし、この違反は、法218条3項によって損害賠償責任が認められるとすべきである。

3 また、最高裁7月判決は、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220条、規則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、規則109条とは別個に新たに規定する必要がある。

したがって、規則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、及び、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12月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、ザラバを問わず、禁止行為とすべきである。

第4 商品取引員の自己玉管理の徹底を求める

なお、これまで、商品取引員による向かい玉、あるいは差玉向かいといった不正ないしは不公正な、自己玉の悪用ともいえるべき事態が長年にわたって放置されてきた。

こうした実態を踏まえ、今後は、自己玉の使用方法に対する規制につき、主務省においてきめ細やかな対応を求めるとともに、透明性の高い市場にすべく、適切な市場管理を行っていただくよう求めるものである。

以上