

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）に対する意見

2010年8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、委託者（消費者）保護の規制を強化・拡充し、実効性のある制度と法規制を整備することが必要というこれまでの一貫した立場から、今回の政令案について、次のとおり意見を述べるものである。

【意見の趣旨】

- 1 不招請勧誘禁止の対象となる「商品取引契約」について定める政令第30条（案）に関し、
 - (1) すべての国内公設の商品先物取引が含まれるようことを明示すべきである。
 - (2) 少なくとも、商品取引所法改正案審議の際の附帯決議より、内容的に後退することのないように規定すべきである。
 - (3) 不招請勧誘禁止の潜脱を許さないよう、以下の点につき、ガイドラインを設定するなどして、規制の実効性を確保すべきである。
 - ① ダイレクトメール、おとり広告等について、不招請勧誘禁止の適用を潜脱するようなものとしないう厳格な規制をすべきである。
 - ② 不招請勧誘禁止の適用にあたって、取引経験者等が除外されないことを明示すべきである。
- 2 差玉向かい玉の規制に関し、
 - (1) 「差玉向かい玉」の説明義務を改正商品取引所法217条1項3号の政令事項として規定すべきである。
 - (2) 説明義務の対象となる「差玉向かい玉」の定義について、広く「取組高を均衡させる取引手法」全般が含まれることを明確にすべきである。

【意見の理由】

第1 不招請勧誘禁止の対象となる「商品取引契約」について定める政令第30条（案）について

1 不招請勧誘禁止導入の必要性について

商品先物取引による被害事例は、自ら取引を希望しない一般消費者に対して、電話や訪問等による不意打ち的な勧誘がなされ、その危険性について十分に理解させるような説明もないまま市場へ参入させられ、自らのリスク耐性等に照らして不適合な過大取引へと引きずり込まれた挙げ句、生活基盤を脅かされるような財産的被害を被るといった経過を辿るのが、多くのパターンである。

このような被害を根絶し、商品先物市場の公正・適正を確保するため、度重なる商品取引所法・政省令の改正やガイドライン等の制定等によって、適合性原則や説明義務等の勧誘・受託行為に関する規制が順次整備されてきたが、深刻な被害事例は後を絶たなかった。

結局、商品先物取引のような高レバレッジのリスク性の高い取引については、勧誘・受託行為の適正を確保するための規制では不十分であって、自ら取引を希望しない者に対する「勧誘そのもの」を規制するほかにないことが自覚されるに至り、平成18年6月の金融商品取引法成立の際には、国会審議の結果、参議院で、商品先物取引について、今後のトラブルが解消していかない場合には、不招請勧誘禁止の導入について検討する旨の附帯決議がなされるに至った。

その後、約4年を経過したが、国内公設市場の商品先物取引については、市場規模の縮小等の要因もあって、その被害件数こそ減少したとはいえ、なお相当数の被害事例が存在し、かつ、その被害態様や悲惨さは従前とほとんど変わっていない。以上からすれば、国内公設市場の商品先物取引を不招請勧誘禁止の対象とすべき必要性は明白である。

2 不招請勧誘禁止の対象となる取引について

(1) 今回の政令第30条（案）では、不招請勧誘禁止の対象となる取引につき、「個人である顧客（以下、「個人顧客」という）を相手方とし、又は個人顧客のために法第2条第22項第1号から第4号までに掲げる行為を行うことを内容とする商品取引契約（商品市場における相場等に係る変動により当該商品契約に基づく取引について当該個人顧客に損失が生ずることとなるおそれがある場合における当該損失の額が、取引証拠金等の額を上回ることとなるおそれがあるものに限る。）及び個人顧客を相手方とし、又は個人顧客のために同項第5号に掲げる行為を行うことを内容とする商品取引契約とする。」と規定している。

(2) すなわち、個人顧客による取引所外取引のすべて、及び、国内公設市場を含む取引所取引についても取引証拠金等の額を上回る損失が生ずるおそれのあるもの

について、不招請勧誘を禁止するというものであり、国内公設市場取引をも対象とする点では評価できるものである。

(3) しかし、以下に述べるとおり、政令30条(案)は、不招請勧誘禁止の対象となる取引を定める規定としては、不十分である。

ア すべての国内公設市場取引が含まれることを明示すべきである。

そもそも、国内公設市場の商品先物取引については、取引証拠金を上回る損失が発生する可能性のない取引はないのであるから、端的に、現在行われている国内公設市場の商品先物取引のすべてが不招請勧誘禁止の対象に含まれることを明示すべきである。

イ 少なくとも、商品取引所法改正案審議の際の附帯決議より、内容的に後退することのないように規定すべきである。

① 商品取引所法改正案を審議した平成21年第171通常国会において、「不招請勧誘を禁止する規定においては、当面、一般委託者を相手方とするすべての取引所外取引及び初期の投資金額以上の損失が発生する可能性のある取引所取引を政令指定の対象とすること。」との附帯決議がなされており、不招請勧誘禁止対象取引の政令指定については、国会審議の過程において、既に、明確な立法者意思が表明されていたものである。

② そして、政令30条(案)は、上記の附帯決議の内容を敷衍した規定であると理解される。しかるに、同附帯決議では「一般委託者」「初期の投資金額」「以上の損失が発生する可能性のある」とされていたものが、本条では「個人顧客」「取引証拠金等の額」「上回るおそれがある」となっており、規制内容が後退していると捉えられかねない点が問題である。

③ すなわち、附帯決議のいう「一般委託者」とは、いわゆる「プロ投資家」以外の者を指すものと理解すべきであって、このようなプロ投資家に該当しないのであれば、商品取引契約の当事者が個人であろうが法人であろうが両者を区別する理由は存在しないはずである。政令第30条(案)のように「一般委託者」を「個人顧客」に限定してしまうと、零細自営業者等に対しては、法人名義での契約獲得を口実とした不招請勧誘の潜脱を許すことになってしまい、極めて不当である。

よって、附帯決議の文言に則り、「一般委託者」との文言にしたうえで、ガイドラインを作成して、個人委託者と実質的に同視し得るような法人についても不招請勧誘が禁止されることを明示すべきである。

④ また、附帯決議のいう「初期の投資金額」の定義につき、政令30条(案)は、「取引証拠金等の額」と規定するのであるが、この点、事業者等からは、取引証拠金額を高額に設定し、かつ、ロスカットルールを導入することで、「取引証拠金等の額」を上回る損失が生ずるおそれは排除できるとの意見が

出されるに至っている。しかし、レバレッジ取引である以上、過去の価格変動データに基づき高額の取引証拠金を設定したとしても、これをもって、あり得べき価格変動リスクを100%以上カバーできる保証など得られないのは自明の理である。そして、この理は、ロスカットルールを組み合わせた場合であっても同様に妥当する。そもそも、ロスカットが確実に発動される保証もないし、むしろ、どのようなロスカット設定をしたとしてもなお、取引証拠金を上回る損失が発生する可能性を理論上も実際上も完全に排除し得ないというのがレバレッジ取引の本質だからである。

更にいえば、仮に、取引証拠金の料率設定やロスカット水準の調整等の方途を講ずることによって、「取引証拠金等の額」を上回る損失が生ずるおそれのない取引（以下、便宜的に「損失限定取引」と呼称する）として不招請勧誘禁止の対象外となることを認めた場合には、事実上、不招請勧誘禁止が全く実効性を失いかねない事態が生ずることは必至である。すなわち、これまでも、商品取引員（外務員）は、より多くの委託手数料を獲得しようと、できるだけ多くの枚数で、頻回な取引を勧誘しがちであって、そうした委託者と外務員との間の利益相反関係ゆえ、適合性審査が形骸化し、あるいは、新規委託者保護義務を顧みない違法な受託業務が繰り返されてきたことに鑑みれば、当初は損失限定取引として勧誘を行うことによって不招請勧誘禁止の対象となることを回避したうえで、一旦取引を開始した後は、より効率的な取引を案内するなどと称して、従前どおりの高レバレッジ取引へと誘導するという事態が頻発することは容易に想到されるところである。

この点、損失限定取引として勧誘をして取引を開始させた委託者については、顧客が自ら損失限定取引以外の取引を希望したとしても、あるいは、一定の習熟期間を終えたとしても、損失限定取引以外の取引への移行は認められないこととすれば、かかる懸念は回避し得るとの意見もあり得ようが、端的に、損失限定取引による不招請勧誘禁止の例外を認めないとするほうが、規制として直截であって、より実効性があることは明白である。

以上より、取引証拠金の料率設定やロスカット水準の調整等の方途を講じたとしても、不招請勧誘禁止の適用対象外とはならないことを明示すべきである。

少なくとも、ガイドラインを作成して、この点についての解釈を明確にすべきである。

- ⑤ 更に、政令30条（案）の「上回る」との語が、「以上」ではなく「超える」の意味であった場合には、「初期の投資額と同額の損失が生ずるおそれのある取引」については、不招請勧誘禁止の対象から除外されることになり、附帯決議から明らかに後退することとなり到底許容することはできない。例

例えば、オプションの買い取引は、支払ったプレミアム代金が損害の上限であるから、政令30条(案)の「上回る」が「以上」の意であった場合には、不招請勧誘の対象とはならないと解釈する余地を与えかねない。そもそも、オプション取引は、デリバティブ取引の最たるものであって、その危険性はレバレッジ取引に勝るとも劣らない性質を有し、投資判断は極めて困難であることからすれば、不招請勧誘を禁ずべき必要性は先物取引と何ら差異はない。

よって、かかる解釈上の疑念を残さぬよう、附帯決議の文言に則り、「上回る」ではなく「以上」との文言にすべきである。

ウ 不招請勧誘禁止の潜脱を許さぬよう、以下の点につき、ガイドラインを設定するなどして、規制の実効性を確保すべきである。

① 「勧誘」に関する実効的規制

商先法219条9号の規定は、「訪問し、又は電話をかけて」勧誘することを禁じている。

したがって、ダイレクトメールの送付はここでは直ちに禁じられるものではないが、ダイレクトメールの内容については、商品取引契約にかかる取引の仕組みやリスクを誤認させるものであってはならず、不招請勧誘禁止導入の趣旨を損なわせることのないよう、厳格なガイドラインを作成するなどして監督すべきである。

さらに、不招請勧誘禁止を潜脱するような勧誘行為についても、厳しく規制すべきである。例えば、金の現物取引を勧誘するような広告を見て連絡してきた顧客や、セミナーを開催しそこで現物取引を承諾した顧客に対し、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。こうしたセミナーを招集するにあたり、商先法219条9号の政令において規定する商品取引契約の締結の勧誘を行う目的があることを明示させることは当然であるが、その明示方法も、単に「商品取引契約の締結の勧誘を行う目的がある」とだけ明示するのでは全く不十分であり、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規制をすべきである。

② 取引経験者の適用除外を認めるべきではないこと。

商品デリバティブ取引や金融デリバティブ取引など、レバレッジ性のある取引を一定期間以上行った経験がある者であっても、必ずしも、知識、経験、

財産等において取引について適合性を有するものとは言えない。

そもそも、不招請勧誘の禁止は、商品先物取引のようなレバレッジがかかるリスクの高い商品性を有するものやこれに類するデリバティブ取引から一般消費者の被害発生や拡大を防止するために導入されたものであるところ、上述のとおり、過去に同種取引の経験を有していたとしても、新たに勧誘される同種取引について具体的適合性を具備するとは限らない以上、自ら取引を希望しない者に対する不招請勧誘が直ちに許容されるというのは明らかに不当である。

よって、取引経験者であるからといって不招請勧誘禁止の適用除外とするのは相当でない。

第2 差玉向かい玉に対する規制について

1 最判平成21年7月16日及び最判平成21年12月18日

ア 差玉（さぎょく）向かい玉とは、業者が自らの顧客の委託玉の売りと買いの差について、その差を埋める形で、業者自らの玉（自己玉）を建てる方法である。

このような差玉向かい玉を行うことにより、売りと買いの取組高を均衡させ、その結果、業者は、簡略化して言えば、顧客から預かった証拠金などの資金が市場等に流出することを回避することが可能となり、個々の顧客が損を出して取引から撤退するまでこの状態を続けていけば、業者は、顧客のお金を業者のものとするができるということになるのである。

このような差玉向かい玉を行うことを業者に認めていると、悪質な業者にとっては、顧客に対して誠実に委託業務を行うことよりも、顧客をして、その資金がなくなるまで取引を続けさせさえすれば、その資金を自己の利益として取り込むことができるという強い誘惑にかられ、そのことが「客殺し」とも称される悪質な受託業務行為を続けさせることにつながるのである。

イ この差玉向かい玉の違法性については、従来から、商品先物取引被害に取り組んでいる多くの弁護士が主張してきたところではあったが、従来は、下級審での裁判例の結論は分かれていた。

しかし、平成21年になって、2つの最高裁判所判決がなされ、差玉向かい玉の違法性が、「説明義務違反」という形で認められるに至った。

①最高裁判所（第一小法廷）平成21年7月16日判決

「…商品取引員が差玉向かい（この判決では、「差玉の全部又は一定割合に相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」を「差玉向かい」と定義している。）を行っているということは、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というべき

である。したがって、少なくとも、特定の種類の商品先物取引について差玉向かいを行っている商品取引員が専門的な知識を有しない委託者との間で商品先物取引委託契約を締結した場合には、商品取引員は、上記委託契約上、商品取引員が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、その取引については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じる可能性が高いことであることを十分に説明すべき義務を負い、委託者が上記説明を受けた上で上記取引を契約した時にも、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、その自己玉に対当して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いうべきである。」

②最高裁判所（第二小法廷）平成21年12月8日判決

「…商品取引員が本件取引手法（この判決では、「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」のことを「本件取引手法」としている。）を行っている場合に取引が決済されると、委託玉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を生じ、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を生じる関係となるのであるから、本件取引手法には、委託者全体の総損金が総益金より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が明らかである。…したがって、少なくとも、特定の商品（商品取引所法2条4項）の先物取引について本件取引手法を用いている商品取引員が専門的な知識を有しない委託者から当該特定の商品の先物取引を受託しようとする場合には、当該商品取引員の従業員は、信義則上、その取引を受託する前に、委託者に対し、その取引については本件取引手法を用いていること及び本件取引手法は商品取引員と委託者との間に利益相反関係が生じる可能性の高いものであることを十分に説明すべき義務を負うものというべきである。」

ウ この2つの最高裁判決は、差玉向かい玉によって生じる商品取引員と顧客側の利益相反性に着目し、商品取引員に対し、専門的な知識を有しない顧客に対するときは、自らが差玉向かい玉を行っている場合には、そのことと、差玉向かい玉によって顧客との間に利益相反関係を生じる可能性が高いことを説明する義務を課させることによって、商品取引員に差玉向かい玉を通じての悪質な業務を防止させようとしたものである。

エ そもそも、全量向かい玉については、最高裁平成4年2月18日判決（刑集46.2.1）において、詐欺罪を構成すると判示されているところであって、全面的に禁圧されるべきものである。そして、差玉向かい玉についても、業者と委託者との間に、「委託者全体の損＝業者の益」「委託者全体の益＝業者の損」という構造的な利害相反関係をもたらすという点では、全量向かい玉と何ら異なるところはなく、かかる構想的な利益相反関係が、業者の意図的な客殺し商法を誘発し、維持し、助長される重要な基盤となっていることに照らせば、全量向かい玉と同様に厳しく禁圧されるべきものであることは論をまたない。平成21年の上記2つの最高裁判決は、差玉向かい玉につき説明義務を認めたものであるが、その意とするところは、説明義務を尽くしさえすれば差玉向かい玉を認めるという趣旨ではなく、むしろ、差玉向かい玉そのものを実質的に禁止する趣旨に出たものと理解すべきものである。

2 差玉向かい玉に関する説明義務を政令として規定すべきである。

ア 今回の政令案では、差玉向かい玉に関する説明義務については、何らの規定もなされていない。この点、仄聞するところでは、主務省としては、改正商品取引所法214条10号の「商品市場における取引等又はその受託に関する行為であって、委託者の保護に欠け、又は取引の公正を害するものとして主務省令に定めるもの」の1つとして、「委託者に対し、差玉向かいを行っていること及び差玉向かいが商品取引員と受託者との間に利益相反関係が生じる可能性が高いことであることを説明することなく受託すること」を禁止する方向で検討がなされているとのことである。

イ しかし、上記各最高裁判決が違法と指弾しているのは、「差玉向かい玉を行っていることによって顧客との間に利益相反関係が生じうることを説明することなく、顧客から取引を受託する行為」ではなく、「受託以前に、差玉向かい玉を行っていることにより顧客との間に利益相反関係が生じうることを説明しなかった」ことであって、かかる最高裁判決の論旨に徴すれば、端的に、改正商品取引所法217条の説明義務の問題として規制を整備すべきである。

すなわち、改正商品取引所法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」として規定することが考えられ、同号について政令で規定されることになれば、改正商品取引所法218条3項により、その事項について説明をしなかったときは、「これによって当該顧客の当該受託契約につき生じた損害を賠償する責めに任ずる。」との規定が適用され、商品取引員がその説明を怠ったときには、当然に損害賠償義務を負うことになる。この場合、民事法上の効果が付与されることにより、改正商品取引所法214条10号の禁止事項として規定するよりも、規制の実効性はより一層担保されることになる。

そして、平成21年の2つの最高裁判決から明らかなおり、商品取引員が差玉向かい玉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」に該当することは明らかであるから、改正商品取引所法217条1項3号の政令指定事項として、政令の中で規定することには何らかの支障もないはずである。

エ また、これと併せて、この説明義務についてもガイドラインを作成し、ここで、説明義務の対象とされた「差玉向かい玉」について広く「取組高を均衡させる取引手法」全般を含めることを明確にするべきであり、さらに、商品取引員の自己玉管理についても厳格な規制を設けるなどして、商品取引員の行う差玉向かい玉について厳格な規制を行うべきである。

当研究会は、商品先物取引等による被害の根絶を願って止まないものである。被害根絶に向けた主務省の努力に敬意を表するとともに、今般の不招請勧誘禁止の導入によってこの願いがかなうよう、十分な配慮を願い、以上のおり意見を述べる。

以上