

# 第1章 金融商品の販売における金融機関の説明義務等に係る監督法的規制

岩原 紳 作

本稿においては、金融商品の販売における金融機関の説明義務等に係る監督法的規制の概要を紹介するとともに、それに関する若干の検討を行うこととする。具体的には、銀行が扱う金融商品に適用される銀行法・金融商品取引法・保険業法に基づく説明義務等に係る監督法的規制を取り上げる。

## 1 銀行法における規制

預金の受入れは銀行等の金融機関のみに許される排他的業務であるが（銀行法2条2項1号・3条・4条1項、出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律2条等）、預金を受け入れる際の銀行の説明義務につき、銀行法12条の2第1項、銀行法施行規則13条の3は、銀行は預金者になろうとする者に対し次のような情報を提供しなければならないとしている。即ち、預金等の金利の明示、手数料の明示、預金保険の対象商品の明示、預入期間・中途解約時の取扱い・指定紛争解決機関等に関する書面を用いて行う預金者等の求めに応じた説明及びその交付、デリバティブ取引等（銀行法10条2項12号乃至17号、銀行法施行規則13条の2の2・13条の2の3・13条の3第1項5号等参照）と預金等との組合せ商品において払込金が全額返還される保証のないこと等の当該商品の詳細な説明、変動金利の基準・方法・金利情報の提供、等を求めている。普通銀行に吸収合併されたり、新設合併により普通銀行になった長期信用銀行が発行していた特定社債（いわゆる金融債）等を取り扱う場合にも、銀行法施行規則13条の4は、特定社債等の権利者に対し、銀行法施行規則13条の3が定める預金の受入れに準じた情報の提供を求めている。

他方、銀行法施行規則13条の5は、銀行法10条2項5号に規定する金銭債権（国内で発行された譲渡性預金の預金証書をもって表示されるものを除く）、金融商品取引法（以下、「金商法」と略す）33条2項1号乃至4号の有価証券（国債証券等を除く）、保険業法2条1項に規定する保険業を行う者が保険者となる保険契約等を、銀行が取り扱う場合の説明に関し、特定の窓口において取扱い、預金ではないこと、預金保険の対象外であること、元本保証がないことを、説明したうえに顧客の目につきやすいように当該窓口に掲示すること（銀行法施行規則

13条の5第3項・2項1号乃至3号)、更に、契約主体、その他預金との誤認防止に関し参考となると認められる事項を説明することを、求めている(同条1項・2項4号・5号)。この説明に当たっては、業務の方法に応じ、顧客の知識、経験、財産の状況及び取引を行う方法を踏まえ、顧客に対し、書面の交付その他の適切な方法により、預金等との誤認を防止するための説明を行わなければならないとされており(同条1項柱書)、適合性の原則の遵守が求められる。

銀行法10条2項8号又は12条に基づき元本補てんの契約をしていない信託契約の締結又はその代理若しくは媒介を行う場合も、同様に、特定の窓口において行い、元本の補てんの契約をしていないことを顧客の目につきやすいように当該窓口に掲示し、元本の補てんの契約をしていない金銭信託の締結又はその代理若しくは媒介を行う場合にも(信託業法施行規則78条各号に掲げる場合を除く)、銀行法施行規則13条の5第2項各号に掲げる事項を説明しなければならない(銀行法施行規則13条の5第4項)。

銀行法12条の2第2項は、その他内閣府令で定めるところにより、その業務に係る重要な事項の顧客への説明を求めている。しかしこの内閣府令は定められていないようである。

銀行法13条の4は、金利、通貨の価格、金商法2条14項に規定する金融商品市場における相場その他の指標に係る変動によりその元本について損失が生ずるおそれがある預金又は定期積金等(具体的には、銀行法施行規則14条の11の4に定めるもの)の「特定預金等」を受入れる「特定預金等契約」につき、金商法の規定を以下のように準用している。即ち、特定預金等契約における取引態様の明示義務(金商法37条の2)、特定預金等契約における広告等の規制(金商法37条の3第1項2号)、特定預金契約締結時の書面の交付義務(金商法37条の4第1項)等である。

## 2 登録金融機関に対する金商法の規制

### (1) 金融機関が営める有価証券関連業務

銀行等の金融機関は、金商法33条2項により許されている行為のいずれかを業として行おうとするときは、内閣総理大臣の登録を受けて登録金融機関にならなければならない(金商法33条の2第1項2号)。投資助言・代理業務若しくは有価証券管理業務を行う場合も(金商法33条の2第1項本文)、金融商品仲介業務を行う場合も(金商法33条の2第2号・33条2項3号ハ・4号ロ)、同様である。

登録金融機関としての業務には、例えば以下のようなものがある。書面取次業務(金商法33条の2第1号)、公共債に係る業務(金商法33条第2項2号・33条の2第2号)、社債、未

公開株式（公開株式は「募集」となり届出が必要）に関する私募の取扱（金商法2条8項9号・33条2項1号乃至4号・銀行法10条2項6号）、証券化商品に関する業務、例えば、コマース・ペーパー（CP）（券面のあるものは有価証券（金商法2条1項5号）、社債・株式等振替法上の短期社債はみなし有価証券（金商法2条2項）だが、金融機関が扱える（同33条2項1号、金商令15条の17第3項）。銀行法上は金銭債権の取得または譲渡（銀行法10条2項5号）として付随業務として扱われ、CPの売買の斡旋もそれに含まれるものと看做される（同10条6項）、投資信託等の窓口販売（金商法33条2項2号、銀行法11条2号）、有価証券店頭デリバティブ取引（金商法33条2項5号、銀行法10条2項16号・17号（付随業務と位置づける）、等である。但し、均一の条件で50名以上の者を相手方とするものは除外され、差金決済されるものに限られる（同33条2項5号ロ、金商法施行令15条の19）に関する金融商品取引業（金商法33条の2第2号・33条2項各号に掲げられている行為）、有価証券等清算取次（金商法33条2項6号）、金融商品仲介業（（金商法2条11項・33条2項3号ハ・4号ロ）等である。なお、金商法2条20号のデリバティブ取引を、銀行は付随業務として営むことができる（銀行法10条2項12号・13号、同10条10項）。

預金との誤認防止のための説明や（銀行法施行規則13条の5第2項）、適合性を踏まえた説明等が（銀行法13条の5第1項柱書）、これらの場合にも求められる（銀行法施行規則13条の5第1項・2項）。

## （2）金商法における登録金融機関の行為規制

登録金融機関は、金融商品取引業者と併せて金融商品取引業者等と規定され（金商法34条）、金融商品取引業者と同様の行為規制が金商法により課せられている（金商法44条等）。その具体的な内容は以下のようなものである。

### ① 適合性の原則

顧客の知識、経験、財産の状況及び金融商品取引契約を締結する目的に照らして適当と認められる勧誘をしなければならない（金商法40条1号）。

### ② 説明義務

投資信託受益証券等の乗換えに関する重要な事項についての説明がなされなければならない（金商法40条2号、金商業123条1項9号）。

社債（金商法2条1項5号）、外国又は外国の者の発行する国債証券・地方債証券・特別の法律に基づく法人の発行した債券（金商法2条1項1号—5号・17号）の売出し又は特定投資家向け売付勧誘等（金商法2条8項8号）、又は募集若しくは売出しの取扱い又は私募若しくは特定投資家向け売付勧誘等の取扱い（金商法2条8項9号）にお

いて、取得させ又は売り付けようとする際に、その期間中に生じた重要な事象について個人である顧客への説明がなされなければならない（金商法 40 条 2 号、金融商品取引業等に関する内閣府令（以下「金商業等府令」と略す）123 条 1 項 11 号）。

金融商品仲介行為において登録金融機関は、委託金融商品取引業者が 2 以上ある場合において、顧客が行おうとする取引につき顧客が支払う金額又は手数料等が委託金融商品取引業者により異なる場合はその旨、顧客の取引の相手方となる委託金融商品取引業者の商号、当該金融商品仲介行為により得ることとなる手数料等の額、等を説明しなければならない（金商法 40 条 2 号、金商業等府令 123 条 1 項 25 号イ）。

顧客に対し、信用格付業者以外の信用格付業を行う者の付与した信用格付（金商業 116 条の 2 に定めるものを除く）について、当該格付けを付与した者が第 66 条の 27 の登録を受けていない者である旨及び当該登録の意義その他の事項としての内閣府令で定める事項（金商業等府令 116 条の 3 によれば、商号、法人なら役員の氏名又は名称、本店その他の営業所及び所在地、信用格付けを付与した者が当該信用格付けを付与するために用いる方針及び方法の概要、信用格付の全訂、意義及び限界）を告げることなく提供して、金融商品契約の締結の勧誘をする行為が禁止される（金商法 38 条 3 号）。

### ③ 広告等の規制

顧客の支払うべき対価等、デリバティブ取引の保証金の額・取引等の額が保証金の額を上回る可能性等、金融商品取引行為（金商法 34 条）について金利、通貨の価格、金融商品市場における相場その他の指標に係る変動を直接の原因として損失が生じるおそれがある場合の当該指標や当該指標に係る変動により損失が生ずるおそれがある旨とその理由等、店頭デリバティブの売付価格と買付価格等につき、広告等の規制が課せられる（金商法 37 条、金商法施行令 16 条、金商業等府令 74 条乃至 78 条、銀行法 13 条の 4）。

## 3 保険窓販に係る保険業法の規制

### (1) 金融機関が営める保険募集業務

銀行等の金融機関が営むことのできる保険募集業務は、保険業法 275 条 1 項 1 号が定める生命保険募集人、又は同条 1 項 2 号が定める損害保険代理店等として、保険契約の締結の代理または媒介を行うことである（銀行法 12 条が定める法定他業）。いわゆる銀行等による保険窓販である。

## (2) 保険募集に係る監督法的規制

保険募集行為を営む銀行等は、生命保険募集人又は損害保険代理店等として登録を受けなければならない（保険業法 275 条・276 条）。そのうえで生命保険募集人・損害保険代理店等としての顧客に対する、所属保険会社の商号等、代理か媒介かの区別の説明義務を負い（保険業法 294 条、保険業法施行規則 227 条の 2）、募集行為における説明等に係る禁止行為の規制の適用を受ける。具体的な禁止行為としては、保険契約の契約条項のうち重要な事項を告げないこと、保険契約者又は被保険者に対して、不利益となるべき事実を告げずに、既に成立している保険契約を消滅させて新たな保険契約の申込みをさせ、又は新たな保険契約の申込みをさせて既に成立している保険契約を消滅させる行為、保険契約者若しくは被保険者又は不特定の者に対して、一つの保険契約の内容につき他の保険契約の契約内容と比較した事項であって誤解させるおそれのあるものを告げ、又は表示する行為、同様の者に対して将来における契約者配当又は社員に対する剰余金の分配等につき断定的判断を示し、又は確実であることを告げ、若しくは表示する行為等が規定されている（保険業法 300 条 1 項 1 号乃至 4 号・6 号・7 号・9 号、保険業法施行規則 234 条 1 項 4 号乃至 6 号・4 項）。

なお、金利、通貨の価格、金商法 2 条 14 項に規定する金融商品市場における相場その他の指標に係る変動により損失が生ずるおそれがある「特定保険契約」の募集に関しては、金商法の金商業者の規制等に関する規定が大幅に準用されている（保険業法 300 条の 2、保険業法施行規則 234 条の 2）。また、特定保険契約に係る広告等の規制もなされている（保険業法 234 条の 16 乃至 234 条の 26 の 2）。

## 4 監督指針

銀行法、金商法等の監督法に基づく監督指針が、銀行の扱う金融商品の販売に関しいかなる定めを置いているかを概観してみたい（括弧内は要約文を記載している場合がある）。

### (1) 主要行等向けの総合的な監督指針

銀行法に基づく銀行に対する「主要行等向けの監督指針」の中では、以下のような銀行の説明義務に関する監督指針が示されている。

Ⅲ-3-3 利用者保護のための情報提供等

Ⅲ-3-3-1 与信取引等（貸付契約並びにこれに伴う担保・保証契約及びデリバティブ取引）に関する顧客への説明態勢

Ⅲ-3-3-1-2 主な着眼点

## (2) 契約時点等における説明

### ① 商品又は取引の内容及びリスク等に係る説明

イ. 融資取引にオプション、スワップ等のデリバティブ取引が含まれているとき（デリバティブ取引のみを行う場合を含む。）には、銀行法13条の3各号並びに金融商品取引法38条各号及び40条各号の規定に抵触することのないよう、顧客の知識、経験、財産の状況及び取引を行う目的を踏まえ、商品内容やそのリスクに応じて以下の事項に留意しているか。

a. 当該デリバティブ取引の商品内容やリスクについて、例示等も入れ、具体的に分かりやすい形で解説した書面を交付して、適切かつ十分な説明をすることとしているか。

例えば、

- ・当該デリバティブ取引の対象となる金融指標等の水準等（必要に応じてボラティリティの水準を含む。以下同じ。）に関する最悪のシナリオ（過去のストレス時のデータ等合理的な前提を踏まえたもの。以下同じ。）を想定した想定最大損失額について、前提と異なる状況になればさらに損失が拡大する可能性があることを含め、顧客が理解できるように説明しているか。
- ・当該デリバティブ取引において、顧客が許容できる損失額を確認し、上記の最悪のシナリオに至らない場合でも許容額を超える損失を被る可能性がある場合は、これについて顧客が理解できるように説明しているか。
- ・金融指標等の状況がどのようになれば、当該デリバティブ取引により、顧客自らの経営又は財務状況に重大な影響が生じる可能性があるかについて、顧客が理解できるように説明しているか。
- ・説明のために止むを得ず実際のデリバティブ取引と異なる例示等を使用する場合は、当該例示等は実際の取引と異なることを説明しているか。

b. 当該デリバティブ取引の中途解約及び解約清算金について、具体的に分かりやすい形で解説した書面を交付して、適切かつ十分な説明をすることとしているか。

例えば、

- ・当該デリバティブ取引が原則として中途解約できないものである場合にはその旨について、顧客が理解できるように説明しているか。
- ・当該デリバティブ取引を中途解約すると解約清算金が発生する場合にはその旨及び解約金の内容（金融指標等の水準等に関する最悪のシナリオを想定した解約金の試算額及び当該試算額を超える額となる可能性がある場合にはその旨を含む。）について、顧客が理解できるように説明しているか。

- ・銀行取引約定書等に定める期限の利益喪失事由に抵触すると、デリバティブ取引についても期限の利益を喪失し、解約清算金の支払い義務が生じる場合があることについて、顧客が理解できるように説明しているか。
  - ・当該デリバティブ取引において、顧客が許容できる解約清算金の額を確認し、上記の最悪のシナリオに至らない場合でも許容額を超える損失を被る可能性がある場合は、これについて顧客が理解できるように説明しているか。
- c. 提供するデリバティブ取引がヘッジ目的の場合、以下を確認するとともに、その確認結果について、具体的に分かりやすい形で、適切かつ十分な説明をすることとしているか。
- ・顧客の状況（仕入、販売、財務取引環境など）や市場における競争関係（仕入先、販売先との価格決定方法）を踏まえても、継続的な業務運営を行う上で有効なヘッジ手段として機能することを確認しているか。
  - ・上記に述べるヘッジ手段として有効に機能する場面は、契約終期まで継続すると見込まれることを確認しているか。
  - ・顧客にとって、今後の経営を見通すことがかえって困難とすることにならないことを確認しているか。
- d. 上記 a. から c. に掲げる事項を踏まえた説明を受けた旨を顧客から確認し、その記録を書面（確認書等）として残すこととしているか。
- e. 不確実な事項について、断定的な判断と誤認させる表示や説明を防ぐ態勢となっているか。
- f. (略)
- g. 勧誘されたデリバティブ取引に係る契約締結の有無は、融資取引に影響を及ぼすのではないかと顧客が懸念する可能性があることを前提に、必要に応じ、こうした懸念を解消するための説明を行うこととしているか。
- h. (略)
- (ロ. 住宅ローン契約については住宅ローンに係る金利変動リスク等についての十分な説明)
- (ハ. 個人保証契約については最悪のシナリオを想定した説明)
- ニ. (略)
- (ホ. 連帯保証契約)
- (ヘ. 経営者以外の第三者との間で個人連帯保証契約を締結する場合)
- (ト. 経営者以外の第三者と根保証契約を締結する場合)

チ. (略)

② 契約締結の客観的合理的理由の説明

顧客から説明を求められたときは、事後の紛争等を未然に防止するため、契約締結の客観的合理的理由についても、顧客の知識、経験等に応じ、その理解と納得を得ることを目的とした説明を行う態勢が整備されているか。

③ 契約の意思確認

(行員の面前で、契約者本人から契約書に自署・押印を受けることを原則としているか。)

④ 契約書等の書面の交付

貸付契約、担保設定契約又は保証契約を締結したときは、原則として契約者本人に契約書等の契約内容を記載した書面を交付することとしているか。

・・・

Ⅲ-3-3-2 預金・リスク商品の販売・説明態勢

Ⅲ-3-3-2-2 主な着眼点

・・・

(3) リスク商品に係る業務

① 有価証券関連商品の販売

・・・

特に、適合性原則を踏まえた説明態勢の整備に当たっては、銀行の顧客は預金者が中心であって投資経験が浅いことが多いことを前提に、元本欠損が生ずるおそれがあることや預金保険の対象とはならないことの説明の徹底等、十分な預金との誤認防止措置が取られているか。

② 特定預金等の受入れ

・・・

特に、金利、通貨の価格、金融商品市場における相場その他の指標に係る変動によりその元本について損失が生ずるおそれがあること等の詳細な説明を行う態勢が整備されているかに留意するものとする。

例えば、以下の事項について、契約締結前交付書面を交付して説明することとしているか。

イ. 中途解約時に、違約金等により元本欠損が生ずるおそれがある場合には、その違約金等の計算方法(説明時の経済情勢において合理的と考えられる前提での違約金等の試算額を含む)。

ロ. 外貨通貨で表示される特定預金等であって、元本欠損が生ずるおそれのある場合にあってはその旨及びその理由。

ハ. 払戻時の通貨を選択できる権利や満期日を選択できる権利を銀行が有している場合には、権利行使によって預金者等が不利となる可能性があること。

- ③ 特定預金等のうち金融商品取引法 2 条 20 項に規定するデリバティブ取引又は商品先物取引法 2 条 15 項に規定する商品デリバティブ取引を組み込んだ預金（いわゆる「仕組預金」）で、店頭デリバティブ取引に類する複雑な仕組みを有するものの勧誘・受入れ

特定預金等については、金融商品取引法の各種行為規制を定めた規定が準用されていることにかんがみ、特に店頭デリバティブ取引に類する複雑な仕組みを有する複雑な仕組預金を受け入れるときには、以下の態勢が整備されているかに留意するものとする。

イ. 複雑な仕組預金に関する注意喚起文書の配布に係る留意事項

(i) リスクに関する注意喚起、(ii) トラブルが生じた場合の指定 ADR 機関等の連絡先等を分かりやすく大きな文字で記載した簡明な文書（注意喚起文書）を配布し、顧客属性等に応じた説明を行うことにより、顧客に対する注意喚起を適切に行っているか。また、その実施状況を適切に確認できる態勢となっているか。

ロ. 複雑な仕組預金の勧誘に係る留意事項（合理的根拠適合性・勧誘開始基準）

個人顧客に対して複雑な仕組預金の勧誘を行うにあたっては、顧客保護の充実を図る観点から、適合性原則等に基づく勧誘の適正化を図ることが重要であり、例えば、以下の点に留意して検証することとする。

- ・顧客へ提供する仕組預金としての適合性（合理的根拠適合性）の事前検証を行っているか。
- ・仕組預金のリスク特性や顧客の性質に応じた勧誘開始基準を適切に定め、当該基準に従い適正な勧誘を行っているか。

ハ. 複雑な仕組預金のリスク説明に関する留意事項

複雑な仕組預金のリスク説明の監督上の着眼点については、「金融商品取引業者等向けの総合的な監督指針」の「Ⅳ-3-3-2 勧誘・説明態勢(6)」を参照するものとする。

- ④ 特定保険契約の募集

保険業法 300 条の 2 に規定する特定保険契約の販売・勧誘態勢については、「保険会社向けの総合的な監督指針」の特定保険契約に係る留意点に特に留意するものとする。

#### (4) 保険募集

- ① 総論

保険募集に関する法令等の遵守、保険商品及び契約に関する正確な説明並びに顧客情報の取扱い等について、マニュアルを策定して研修を実施するとともに内部監査を行うなど、適切な保険募集態勢が確保されているか。

例えば、銀行等生命保険募集制限先等に対し手数料その他の報酬を得て保険募集を行わないなど適正な保険募集の取組み、消費者の希望や適合性をよく考慮したうえで説明責任を果たす取組み、商品説明や非公開金融情報保護等について消費者の確認・同意を十分に得る取組みのための態勢が整備されているか。

## ② 募集にあたっての態勢整備について

イ. 施行規則 13 条の 5 の規定の趣旨を踏まえ、顧客に対し、預金等ではないことや預金保険の対象とはならないこと等について書面を交付して説明するなど、保険契約と預金等との誤認を防止する態勢が整備されているか。誤認防止に係る説明を理解した旨を顧客から書面（確認書等）により確認し、その記録を残すことにより、事後に確認状況を検証できる態勢が整備されているか。

## (2) 金融商品取引業者等向けの総合的な監督指針

「金融商品取引業者等向けの総合的な監督指針」は、金融商品取引業者等の説明義務に関し次のような定めを置いている。

### IV-3-1-2 勧誘・説明態勢

#### (1) 説明書類に係る留意事項

金商法第 46 条の 4（金商業等府令 174 条 4 号）に規定する説明書類の「内部管理の状況の概要」には、顧客からの相談及び苦情に対する具体的な取扱い方法及び内部監査体制について、記載することとする。

#### (2) 有価証券の受渡状況その他の必要情報の通知に係る留意事項

証券会社等が、次に掲げる事項を顧客に適切に通知（下記④については顧客の同意した方法による場合を含む。）していない場合は、金商業等府令 123 条 1 項 8 号の規定「顧客の有価証券の売買その他の取引等に関し、受渡状況その他の顧客に必要な情報を適切に通知していないと認められる状況」に該当するものとする。

- ① 金商法 37 条の 4 第 1 項に規定する契約締結時等の書面に記載すべき事項
- ② 顧客が国債の入札前取引を行った場合であって、当該国債に係る入札が成立した後においては、当該取引に係る銘柄、単価及び金額並びに当該取引の約定の際に取引報告書において通知した事項（償還予定日及び約定利回りを除く。）
- ③ 顧客が国債の入札前取引を行った場合であって、当該取引契約に係る停止条件が不成

就となった後においては、当該事実及び当該取引の成否に係る事項（通知しないことについて顧客から同意を得た場合を除く。）

- ④ 上記①から③までに掲げるもののほか、金銭若しくは有価証券の受渡しに関する事項（ただし、金融機関を通じて金銭の受渡しを行う場合、振替決済により有価証券の受渡しを行う場合等、顧客との間で直接金銭又は有価証券の受渡しを行わない場合における当該受渡しに関する事項を除く。）

．．．

(5) 投資信託の勧誘に係る留意事項

投資信託は、専門的知識や経験等が十分ではない一般顧客を含めて幅広い顧客層に対し勧誘・販売が行われる商品であることから、顧客の知識・経験、投資意向に応じて適切な勧誘を行うことが重要であり、特に以下のような点に留意して監督するものとする。

- ① 投資信託の分配金に関して、分配金の一部又は全てが元本の一部払戻しに相当する場合があることを、顧客（特定投資家を除く。②において同じ。）に分かり易く説明しているか。
- ② 通貨選択型ファンドについては、投資対象資産の価格変動リスクに加えて複雑な為替変動リスクを伴うことから、通貨選択型ファンドへの投資経験が無い顧客との契約締結時において、顧客から、商品特性・リスク特性を理解した旨の確認書を受け入れ、これを保存するなどの措置をとっているか。

(6) 債券の売出し等の際の重要事象の説明に係る留意事項

- ① 証券会社等が、金商法2条8項8号又は9号（私募の取扱いを除く。）の行為により債券（金商業等府令123条1項11号に規定する有価証券をいう。（5）において同じ。）を個人である顧客（特定投資家を除く。）に取得させ又は売り付けようとする際に、次に掲げる事象について説明を行っていないと認められる場合は、金商業等府令123条1項11号に規定する「これらの有価証券の取得又は買付けの申込みの期間中に生じた投資判断に影響を及ぼす重要な事象について、個人である顧客（特定投資家を除く。）に対して説明を行っていない状況」に該当するものとする。

イ. 当該債券の利回りが、当該債券と同じ発行体が既に発行している類似の債権の利回りと比較して、顧客にとって著しく不利な状況となっている場合においては、その旨

ロ. 当該債券の償還条件が、金融商品市場における相場その他の指標（以下「指標等」という。）の状況により決定される仕組みのものである場合において、当該債券を取得させ、又は売り付けようとする時点における当該指標等の状況が、当該債券の発行条件又は売出条件の設定時に基準となった当該指標等の状況と比較し、顧客にとって不利な

状況になっている場合においては、その旨

・・・

- ③ 上記①ロについては、以下の点に留意すること。

イ. 「顧客にとって不利な状況」とは、証券会社等があらかじめ一定の値幅を定め、債券を取得させ又は売り付けようとする時点の（又はその前日の対象銘柄の終値等を基にした）当該債券の理論価格が募集（売出）価格からの当該値幅を超えて下落している場合をいうこと。

・・・

#### IV-3-3-2 勧誘・説明態勢

- (1) 広告等に係る留意事項

- ① 損失が一定比率以上になった際に、自動的に反対取引により決済する契約（以下「ロスカットルール」という。）が設けられている場合であっても、相場の急激な変動により委託証拠金その他の保証金の額を上回る損失が生じることとなるおそれがある場合には、その旨が適切に表示されているか。

・・・

- (3) 店頭デリバティブ取引の勧誘方法等に関する注意喚起文書の配布に係る留意事項

店頭デリバティブ取引業者が、店頭デリバティブ取引を行うときには、日本証券業協会自主規制規則「協会の投資勧誘、顧客管理等に関する規則」及び金融先物取引業協会「金融先物取引業務取扱規則」を踏まえ、①不招請勧誘規則の適用関係、②リスクに関する注意喚起、③トラブルが生じた場合の指定 ADR 機関等の連絡先等を分かりやすく大きな文字で記載した簡明な文書（注意喚起文書）を配布し、顧客属性等に応じた説明を行うことにより、顧客に対する注意喚起を適切に行っているか。また、その実施状況を適切に確認できる態勢となっているか。

・・・

- (4) 店頭金融先物取引業者の説明責任に係る留意事項

・・・

- ② 両建て取引

・・・

ロ. 顧客から両建て取引を行いたい旨の積極的意思表示があった場合や、顧客から両建て取引を行うことができるか否かについて照会があった場合に、両建て取引を行うことができる旨を告げることは、ただちに金商業等府令 117 条 1 項 26 号に該当するものではない。しかし、両建て取引について、「手数料が二重にかかること、通貨間の金利差

調整額・・・により逆ざやが生じるおそれがあること、仲値を基準とする売値及び買値の価格差（いわゆる「店頭金融先物取引業者の受け取るスプレッド」）について顧客が二重に負担することとなるなどのデメリットがあり、経済合理性を欠くおそれがある取引である」旨に言及することなく、上記の記載又は表示を行うことは、金商業等府令117条1項26号に規定する「その他これに類似する行為」に該当する。

③ 顧客及びカバー取引相手方との取引

以下の点について、顧客から説明を求められた場合には、適切な説明を行っているか。

イ. カバー取引の発注方法

ロ. カバー取引の執行基準

ハ. カバー取引相手方との間でシステム障害が発生した場合の対応

④ 相場が急激に変動した場合の対応

相場が急激に変動した場合の対応について、顧客から説明を求められた場合には、適切な説明を行っているか。

⑤ 自己勘定取引に係る社内管理態勢

自己勘定による取引を行っているか否か、行っている場合のリスク管理態勢等について、顧客から説明を求められた場合には、適切な説明を行っているか。

⑥ 区分管理の状況

金商業等府令143条1項1号に定める顧客区分管理信託の状況について、顧客から説明を求められた場合には、適切な説明を行っているか。

⑦ ロスカット取引

通貨関連店頭デリバティブ取引等を行う場合には、ロスカット取引（金商業等府令123条1項21号の2に規定する取引をいう。以下同じ。）に関する取決めが設けられていること及びその内容について、適切な説明を行っているか、また、ロスカット取引が予定どおり行われなかった場合の損失のおそれ等について、適切な説明を行っているか。

⑧ 低スプレッド取引

スプレッド又は手数料が特に低い（以下「低スプレッド取引」という。）を提供する通貨関連店頭デリバティブ取引等業者が、広告等でスプレッド又は手数料が低いことを強調する表示をしている場合には、例えば、以下のようなおそれが生じていないか。

イ. 他に顧客が支払うべき手数料、報酬、その他の対価又は費用があるにも関わらず、顧客が支払う対価又は費用が、実際よりも著しく低額であるかのように誤解させるおそれ

ロ. 顧客が注文時に表示されている価格又は顧客が注文時に指定した価格と約定価格と

の相違（スリッページ）が生じ、広告等で表示するよりも高いスプレッドで取引を行うこととなるおそれ

．．．

(6) 通貨オプション取引・金利スワップ取引等を行う店頭デリバティブ取引業者の説明責任に係る留意事項

．．．

① 当該店頭デリバティブ取引の商品内容やリスクについて、例えば、以下のような点を含め、具体的に分かりやすい形で解説した書面を交付する等の方法により、適切かつ十分な説明をしているか。

イ. 当該店頭デリバティブ取引の対象となる金融指標等の水準等（必要に応じてボラティリティの水準を含む。以下同じ。）に関する最悪のシナリオ（過去のストレス時のデータ等合理的な前提を踏まえたもの。以下同じ）を想定した想定最大損失額について、前提と異なる状況になればさらに損失が拡大する可能性があることも含め、顧客が理解できるように説明しているか。

ロ. 当該デリバティブ取引において、顧客が許容できる損失額及び当該損失額が顧客の経営又は財務状況に重大な影響を及ぼさないかを確認し、上記の最悪シナリオに至らない場合でも許容額を超える損失を被る可能性がある場合は、金融指標等の状況がどのようになれば、そのような場合になるのかについて顧客が理解できるように説明しているか。

ハ. 説明のために止むを得ず実際の店頭デリバティブ取引と異なる例示等を使用する場合は、当該例示等は実際の取引と異なることを説明しているか。

② 当該店頭デリバティブ取引の中途解約及び解約清算金について、例えば、以下のような点を含め、具体的に分かりやすい形で解説した書面を交付する等の方法により、適切かつ十分な説明をしているか。

（イ. 中途解約できない場合はその理解）

（ロ. 解約清算金が発生する場合はその理解）

（ハ. 顧客が受容できる解約清算金の額を超える損失を被る可能性）

③ 提供する店頭デリバティブ取引がヘッジ目的の場合、当該取引について以下が必要であることを顧客が理解しているかを確認し、その確認結果を踏まえて、適切かつ十分な説明をしているか。

（イ. ヘッジ手段として機能するか。）

（ロ. ヘッジ手段として契約終期まで継続するか。）

(ハ、顧客にとって、今後の経営を見通すことがかえって困難とすることにならないこと。)

- ④ 上記①から③までに掲げる事項を踏まえた説明を受けた旨を顧客から確認するため、例えば顧客から確認書等を受け入れ、これを保存する等の措置をとっているか。
- ⑤ 不招請勧誘の禁止の例外と考えられる先に対する店頭デリバティブ取引の勧誘については、法令を踏まえたうえ、それまでの顧客の取引履歴などによりヘッジニーズを確認し、そのニーズの範囲内での契約を勧誘することとしているか。
- ⑥ 顧客の要請があれば、定期的又は必要に応じて随時、顧客のポジションの時価情報や当該時点の解約清算金の額等を提供又は通知する等、顧客が決算処理や解約の判断等を行うために必要となる情報を適時適切に提供しているか。
- ⑦ 当該店頭デリバティブ取引に係る顧客の契約意思の確認について、契約の内容・規模、顧客の業務内容・規模・経営管理態勢等に見合った意思決定プロセスに留意した意思確認を行うことができる態勢が整備されているか。

(7) 契約締結前の書面交付に係る留意事項

・・・

(④ スワップポイントについて、顧客が受け取る場合と支払う場合の双方があり、また、結果として損失が生じることとなるおそれを適切に表示。)

(⑤ 金商業等府令 94 条 1 項 1 号の規定する「カバー取引相手」)

(⑥ 同上 4 号に規定する「預託先」)

・・・

(10) 店頭デリバティブ取引に類する複雑な仕組債・投資信託の勧誘に係る留意事項（合理的根拠適合性・勧誘開始基準）

個人顧客に対して仕組債・投資信託の勧誘を行う金融商品取引業者においては、・・・適合性原則等に基づく勧誘の適正化を図ることが重要であり、例えば、・・・

- ① 日本証券業協会自主規制規則「協会の投資勧誘、顧客管理等に関する規則」を踏まえ、投資者へ販売する商品としての適合性（合理的根拠適合性）の事前検証を行っているか。
- ② 日本証券業協会自主規制規則「協会の投資勧誘、顧客管理等に関する規則」を踏まえ、商品のリスク特性や顧客の性質に応じた勧誘開始基準を適切に定め、当該基準に従い適正な勧誘を行っているか。

### (3) 保険会社向けの総合的な監督指針

「保険会社向けの総合的な監督指針」は、銀行等の保険募集につき次のような定めを置いている。

#### Ⅱ-4-3-9-3 銀行等の保険募集指針

保険募集の公正を確保するために銀行等が定める保険募集指針には、以下の事項が定められているか。

また、保険募集指針の内容について、顧客に周知するため、保険募集指針の書面による交付又は説明、店頭掲示、インターネットホームページの活用等の必要な措置が講じられているか。

- (1) 顧客に対し、募集を行う保険契約の引受保険会社の商号や名称を明示するとともに、保険契約を引き受けるのは保険会社であること、保険金等の支払いは保険会社が行うことその他の保険契約に係るリスクの所在について適切な説明を行うこと。
- (2) 複数の保険契約の中から顧客の自主的な判断による選択を可能とするための情報の提供を行うこと。
- (3) 銀行等が法令に違反して保険募集につき顧客に損害を与えた場合には、当該銀行等に募集代理店としての販売責任があることを明示すること。
- (4) 銀行等における苦情・相談の受付先及び銀行等と保険会社との委託契約等に基づき保険契約締結後に銀行等が行う業務内容を顧客に明示するとともに、募集を行った保険契約に係る顧客からの、例えば、委託契約等に即して、保険金等の支払手続きに関する照会等を含む苦情・相談に適切に対応する等契約締結後においても必要に応じて適切な顧客対応を行うこと。
- (5) 上記(1)から(4)までに掲げる顧客に対する保険募集時の説明や苦情・相談に係る顧客対応等について、顧客との面談内容を記録するなど顧客対応等の適切な履行を管理する体制を整備するとともに、保険募集時の説明に係る記録等については、保険期間が終了するまで保存すること。

### (4) 監督指針の意義

監督指針は、元々、行政部内の職員向けの手引書であり（「主要行等向けの総合的な監督指針」Ⅰ-3(3)）、監督や検査に当たっての行政官の留意点を述べたものである。従って、監督指針は法規範そのものではないが、監督当局たる金融庁が銀行法、金商法、保険業法等をどのように解釈しているかを示す意義はある。なおこれら銀行法等の監督法は、監督当局による行政的な規制権限を規定したものであり、監督法に違反したからといって直ちに当該行為の私法

上の効力が否定されたり、私法上の責任を生じさせるものではない。しかし、最判平成17・7・14民集59巻6号1323頁は、旧証券取引法43条（現行金商法40条）が規定する適合性原則の違反につき、同原則に著しく逸脱した証券取引の勧誘をした場合、当該行為は不法行為法上も違法となると判示した。同様のことが銀行法等の監督法に基づく説明義務違反についても言えるものと思われる。

監督指針の私法上の効力については、学説においては説明義務に関し、説明義務の根拠は信義則であるが、監督指針は信義則の具体的な内容を考える手掛かりになるものだという考えや（森下哲朗他「＜座談会＞デリバティブ取引に関する裁判例を考える（上）」金法1984号（2013）86頁〔森下哲朗発言〕）、監督指針が実務の中で実際に履行されることによって、法的な意味を持ちうるという考え（森下他・前掲86頁〔神作裕之発言〕。慣習法ないしは事実たる慣習として法的効力を持ちうるということか）、等が論じられている。説明義務に関する監督指針違反の銀行の行為の効力の問題については、5（1）d）で詳しく論じたい。

## 5 監督法的規制の内容の検討

### （1）金融商品毎の規制

以下においては、今までに記した監督法的規制の概要を踏まえて、銀行の取り扱う金融商品毎にその説明義務等に係る監督法的規制の現状を分析し、若干の検討を行いたい。最初に全体を通じた注目すべき点を一つ挙げると、説明義務についていわゆる適合性の原則を踏まえることが求められているものの、具体的な監督指針においては、顧客が法人か個人か等、顧客の属性に関係なく説明義務が定められていることである（例えば、「主要行等向けの総合的な監督指針」Ⅲ-3-3-1-2(2)①イ参照）。これについては議論のありうる所であり（d）参照）、顧客の属性により監督指針を書き分けることが難しかったこともあろうが、注目されるところである。

#### a) 預金契約

銀行の説明義務に係る監督法的規制の大きな特色は、元本保証があり、預金保険の対象となる預金契約と、それ以外の金融商品との区別がつくように顧客に説明することを、第一にしていることにあるように思われる。預金契約の受入れに際しそのような情報提供が求められるほか（銀行法12条の2第1項、銀行法施行規則13条の3第1項3号・5号）、デリバティブ取引等と預金との組合せ商品であって、払込金が全額返還される保証のない場合は、その旨の特に詳細な説明が求められる（銀行法施行規則13条の3第1項5号）。預金契約と異なる銀行法10条2項5号の金銭債権（譲渡性預金を除く）、金商法33条2項1号乃至4号の有価証券

(国債証券を除く)、保険契約の取扱い等は、特定の窓口において取扱い、預金でないこと、預金保険の対象外であること、元本保証がないことを、説明した上に顧客の目につきやすいように当該窓口に掲示することが求められている(銀行法施行規則13条の5)。元本補てんの契約をしていない信託契約の締結又はその代理若しくは媒介も、特定の窓口において行い、元本の補てんの契約をしていないことを顧客の目につきやすいように当該窓口に掲示し、元本の補てんの契約をしていない金銭信託の締結又はその代理若しくは媒介を行う場合にも(信託業法施行規則78条各号に掲げる場合を除く)、預金ではないこと、預金保険の対象にならないこと、元本保証がないこと等の説明が求められる(銀行法施行規則13条の5第2項・4項)。

以上のような配慮は、銀行が、元本保証があり預金保険の対象となる預金契約の受入れを、金融機関以外の者は扱えない排他的業務であって、銀行の主たる取扱商品としてきたこと、銀行顧客も銀行が扱うのはそのような金融商品と考えるのが通常であることから、当然のことと言えよう。また、銀行預金は固定金利であることが通常とされてきたことから、変動金利の場合はその基準及び金利設定の方法並びに金利に関する情報の適切な提供(銀行法施行規則13条の3第1項6号)が求められるのも当然である。預金一般につき、預金金利、手数料、預入期間、中途解約、指定紛争解決機関等の情報提供が求められるのも、当然と言えよう(同条1項4号)。

デリバティブを組み込んだ「特定預金等」については、監督指針によってより踏み込んだ説明等が求められている。即ち、「主要行等向けの総合的な監督指針」Ⅲ-3-3-2-2(3)②・③によれば、金利、通貨の価格、金融商品市場における相場その他の指標に係る変動によりその元本について損失が生ずるおそれがあること等の詳細な説明を行う態勢の整備が求められ、具体的には、契約締結前交付書面を交付して、中途解約違約金により元本欠損が生ずるおそれがある場合の違約金の計算方法、外貨通貨表示の特定預金等で元本欠損が生ずるおそれとその理由、銀行が払戻時の通貨や満期を選択できる権利を行使することによって預金者が不利になる可能性、等につき説明すること、店頭デリバティブ取引を組み込んだ複雑な仕組預金に関し注意喚起文書の配布が求められる他、そのような複雑な仕組預金を顧客に提供することの適合性(合理的根拠適合性)の事前検証を行うこと(合理的根拠適合性につき、日本証券業協会「協会の投資勧誘、顧客管理等に関する規則第3条3項の考え方」(平成23年2月1日)、森下哲朗「デリバティブ商品の販売に関する法規制の在り方」金法1951号(2012年)6頁以下、角田美穂子『適合性原則と私法理論の交錯』(商事法務、2014年)335頁等参照)、仕組預金のリスク特性や顧客の性質に応じた勧誘開始基準を適切に定め、当該基準に従い適正な勧誘を行うこと(「金融商品取引業者等向けの総合的な監督指針」Ⅳ-3-3-2勧誘・説明態勢(6)参照)、等も求められる。

このようにリスクの高い特定預金等につき更に丁寧な説明が求められることは当然であろう。ただ議論になりうると思われるのは、監督指針が、「複雑な仕組預金」に関しては、説明義務から更に踏み込んで、そもそも銀行に合理的根拠適合性に欠ける商品を顧客に提供することを許さないという、狭義の適合性原則を求めているように思われる点である。これに対しては、顧客の選択の自由を奪うものという批判もありえようが（川地宏行「投資取引における適合性原則と損害賠償責任（2）」法律論叢 84 巻 1 号 36 頁参照）、適合性原則は投資家の投資決定より勧誘する側の判断を重視するパターンリスティックな原則とする考え方や（川浜昇「ワラント勧誘における証券会社の説明義務」民商 113 巻 4 = 5 号（2011 年）644 頁）、適合性原則には顧客の生存基盤の保障という役割もあるという考え（潮見佳男『契約法理の現代化』（有斐閣、2004 年）119 頁以下）等から、破綻にもつながりうるほどのリスクを内包したデリバティブ商品は、顧客が個人であるか法人であるかを問わず販売してはならないという意見もある（森下・前掲 18 頁）。

なお、監督指針は特に区別していないが、顧客の中でもプロ投資家については（証券取引の関係ではプロ投資家であっても、デリバティブ取引の関係ではプロ投資家と言えるか問題があることを指摘するものとして、IOSCO, International Standards for Derivatives Market Intermediary Regulation, Final Report (June 2012), at 22ff)、銀行等の販売業者の説明義務は軽減されるという考えと（和仁亮裕ほか「投資家と説明義務」金法 1873 号（2009 年）1 頁）、プロ投資家こそ必要な情報をより多く求めるという見解（松尾直彦「金利スワップ取引の説明義務違反を認めた裁判例——東京地判平成 21・3・31 を契機として——」金法 1868 号（2009 年）6 頁）やプロ投資家が不要との意思表示をしない限り、アマ投資家に対するのと同程度の情報提供が求められるという意見がある（森下・前掲 18 頁）。もっとも、アマ投資家に対し提供されるべき情報は、顧客が希望した場合を除き、細かい情報である必要はなく、むしろ想定されうる条件の下で予想される具体的な損失額について説明をするようなことが銀行には求められるというように、プロとアマでは求められる説明の在り方に違いがありうるという指摘がある（森下・前掲 18 頁。アメリカの CFTC の規則は、顧客の請求があった場合には顧客が取引に伴うエクスポージャーを評価できるようなシナリオ分析を提供する義務を定める。17 CFR 23.431(b)）。

適合性の原則を適用するためには、銀行が顧客についてよく知らなければならない。アメリカの CFTC の規則は、顧客の取引プロファイル、取引目的、損失吸収能力についての情報を得なければならないとしている（17 CFR 23.434）。我が国でも同様の監督的規制が提案されており、銀行が顧客に対して交付する説明書の一部として、銀行が理解する顧客の業務の状況、ニーズ、当該ニーズに対して考えられる複数の金融商品、複数の金融商品の中から当該商品が

最も顧客のニーズに合致する商品であると考え理由の記載を義務付けることが提案されている（森下・前掲20頁）。

また、顧客とデリバティブ取引を行った銀行が、変化する市場環境に照らして適切な対応について助言するという義務を負うこととする提案もなされている（森下・前掲21頁。最判平成17・7・14民集59巻6号1323頁の才口千春判事補足意見、王冷然「適合性原則と私法秩序」（信山社、2010年）100頁以下、角田・前掲358頁—359頁参照）。

#### b) 社債等の債券（未公開株式も）等、有価証券関連商品の販売

登録金融機関として銀行が取り扱うことのできる社債等の有価証券関連商品の販売等に関しては（金商法33条2項、銀行法11条）、金商業者としての説明義務等が課せられる（金商法40条2号、金商業等府令123条1項）。その内容については、前記**2（2）**を参照されたい。

銀行法上は、預金との誤認防止のために、預金等でないこと、預金保険の対象でないこと、元本保証のないこと、契約の主体等につき説明義務があるほか（銀行法施行規則13条の5第2項）、顧客への説明は、顧客の知識、経験、財産の状況を踏まえ、書面の交付その他適切な方法で行うことが義務付けられている（適合性を踏まえた説明。銀行法施行規則13条の5第1項柱書）。また、銀行の店舗においては、特定の窓口で取り扱うことが求められ、窓口においては、上記説明義務の内容を掲示しなければならないとされている。

「主要行等向けの総合的な監督指針」においては、**4（1）**に記載したように、有価証券関連商品の販売に当たっては、銀行顧客は預金者が中心で投資経験が浅いことが多いことを前提に、元本欠損のおそれがあることや、預金保険の対象とならないことの説明が求められ（同Ⅲ-3-3-2-2(3)）、「金融商品取引業者等向けの総合的な監督指針」においては、債券の売出し等の際の重要事象の説明が求められる（Ⅳ-3-1-2(6)）。また、登録を受けた信用格付業者以外の者による信用格付けでない場合は、その旨を告げなければならない（金商法38条3号）。これらはいずれも当然の配慮と言えよう。

#### c) 投資信託等の窓口販売

有価証券関連商品の販売の中でも特に投資信託等の窓口販売については（金商法33条2項2号。証券取引法研究会「金融システム改革法について（4）——銀行による投資信託商品の販売」インベストメント51巻6号（1998年）78頁〔川口恭弘〕参照）、乗換えに関する重要な事項についての説明（金商法40条2項、金商業等府令123条1項9号）、投資信託の勧誘に係る一般的な規制の適用がある（「金融商品取引業者等向けの総合的な監督指針」Ⅳ-3-1-2(4)(5)）。

#### d) デリバティブ取引

銀行が行う有価証券関連商品の販売の中でもデリバティブ取引については、他の有価証券関連商品と同じく、預金との誤認防止のための説明や（銀行法施行規則 13 条の 5）、適合性を踏まえた説明が求められる他（銀行法施行規則 13 条の 5 第 1 項柱書）、**4（1）**に前述したように、「主要行等向けの総合的な監督指針」により以下のような特別の規制がされている。即ち、融資取引にデリバティブ取引が含まれているときは、顧客の知識、経験、財産の状況及び取引を行う目的を踏まえ、商品内容やそのリスクに応じた説明が求められる（同指針Ⅲ－3－3－1－2(2)①イ）。いわゆる広義の適合性の原則である。

例えば、最悪のシナリオを想定した想定最大損失額、顧客が許容できる損失額を超える損失を被る可能性、金融指標等の状況の変化により顧客の経営又は財務状況に重大な影響が生じる可能性、デリバティブ取引の中途解約の可能性、中途解約をした場合の解約清算金の発生可能性とその内容（金融指標等の水準等に関する最悪のシナリオを想定した解約清算金の試算額及び当該試算額を超える額となる可能性がある場合はその旨を含む。）、期限の利益喪失事由に該当したときにデリバティブ取引についても期限の利益を喪失し解約清算金の支払義務が生じること、顧客が許容できる解約清算金を超える損失を被る可能性、等の情報を顧客に提供することが求められる。また、デリバティブがヘッジ目的の場合、有効なヘッジ手段として機能することを確認し、勧誘されたデリバティブ取引に係る契約締結の有無が融資取引に影響を及ぼすのではないかと顧客の懸念を解消するための説明を行い、かつデリバティブ契約締結後、定期的かつ必要に応じて適時、当該顧客の業況及び財務内容を踏まえ、実需の存続状況等に応じたヘッジの有効性とその持続可能性の確認を行い、顧客からの問い合わせに対し分かりやすく的確に対応するなど、適切なフォローアップに取り組む態勢を整備する、顧客の要請があれば、顧客のポジションの時価情報や当該時点の解約清算金の額等を提供又は通知する等、顧客の必要な情報を適時適切に提供すること等が求められる。

このような内容は、「金融商品取引業者等向けの総合的な監督指針」における通貨オプション取引・金利スワップ取引等を行う店頭デリバティブ取引業者の説明責任に関する留意事項（同指針Ⅳ－3－3－2(6)）とほぼ見合った内容になっている。ただ「主要行等向けの総合的な監督指針」は、銀行特有の留意事項を若干設けている。即ち、銀行取引約定書等に定める期限の利益喪失事由に抵触すると、デリバティブ取引についても期限の利益を喪失し、解約清算金の支払義務が生じる場合があることについて顧客が理解できるように説明しているか、また、勧誘されたデリバティブ取引に係る契約締結の有無が融資取引に影響を及ぼすのではないかと顧客が懸念することを解消するための説明を行うことにしているか、等が留意事項とされる。具体的には、断定的な判断と誤認させる表示や説明を防ぐ態勢のほか、銀行の優越的地位

を濫用していると思われる可能性を意識した販売態勢、勧誘したデリバティブ取引等に応じなくてもそのことを理由に今後の融資取引に何らかの影響を与えるものではない旨を説明する、優越的地位の濫用がないことの説明を受けた旨を顧客から確認する態勢をとる、等のことが求められている（「主要行等向けの総合的な監督指針」Ⅲ－３－３－１－２(2)b・e・g）。これに対し「金融商品取引業者等向けの総合的な監督指針」に特有の定めとしては、店頭デリバティブ取引に係る顧客の意思確認につき適合性を考慮した意思決定プロセスに留意した意思確認を行うことができる態勢が求められている（同指針Ⅳ－３－３－２(6)⑦）。

このような監督指針の定めは、平成22年4月16日の「主要行等向けの総合的な監督指針」の改正（<http://www.fsa.go.jp/news/21/ginkou/20100416-2/01.pdf>、青木浩子・判評・金法1944号84頁以下参照）によって設けられたものである。これは銀行のデリバティブ取引をめぐる顧客との説明義務を争う紛争が急増したことを受けて監督指針を改正し、顧客とのトラブルの回避や顧客保護を図ったものである（青木・前掲84－85頁参照）。

監督指針が求めていることは、正に1(1)で特定預金について論じた、学説がデリバティブ取引につき銀行に求めている説明義務やフォローアップ態勢の整備等である。このような監督指針の私法上の効力の問題が、銀行が顧客に提供したプレーン・バニラ型の金利スワップ契約に関する、最判平成25・3・7判時2185号64頁をめぐる大きく議論された。これについては6(2)において論じたい。

#### e) 保険募集

保険募集（保険窓販）に係る監督法的規制については、三において紹介した通りである。4において紹介した「主要行等向けの総合的な監督指針」Ⅲ－３－３－２－２(4)や「保険会社向けの総合的な監督指針」Ⅱ－４－３－９－３も当然のことであろう。即ち、銀行自身が契約の相手方となる預金契約とは異なり、保険会社が契約の相手方であることを明確に説明するとともに、顧客が自主的に保険契約の選択を行えるよう情報提供を行う義務がある。もっとも、代理店としての利益相反問題に対処するために、保険会社からの手数料体系を顧客に開示する必要があるかといった問題がありうるが、これは保険代理店等に一般的に存在する問題である。

## (2) 説明義務の果たし方等

説明義務に関する監督法的規制は、具体的な広告等の規制（金商法37条の3第1項2号）、契約時や契約前の書面交付義務（金商法37条の4第1項、「主要行等向けの総合的な監督指針」Ⅲ－３－３－１－２(2)①イ、Ⅲ－３－３－２－２(3)②③イ）、契約の意思確認・契約書等の書面の交付（「主要行等向けの総合的な監督指針」Ⅲ－３－３－１－２(2)③④）、確認書を顧

客から採る（「主要行等向けの総合的な監督指針」Ⅲ-3-3-2-2(4)、「金融商品取引業者等向けの総合的な監督指針」Ⅳ-3-1-2(5)②）、注意喚起（文書）の配布（「主要行等向けの総合的な監督指針」Ⅲ-3-3-2-2(3)③イ、「金融商品取引業者等向けの総合的な監督指針」Ⅳ-3-3-2(3)）、顧客から説明を求められた場合に適切に説明する（「金融商品取引業者等向けの総合的な監督指針」Ⅳ-3-3-2(4)③-⑥・同(6)⑥）、適合性に関する事前検証・勧誘開始基準の設定につき業界自主規制規則への委任がなされる（「金融商品取引業者等向けの総合的な監督指針」Ⅳ-3-3-2(10)）、等の様々な形で行われている。顧客への説明の必要性と伝達手段としての確かさやコスト等を考慮して定められているものと思われる。

## 6 監督法的規制の効力、エンフォースメント

### (1) 違反へのペナルティ

以上のような説明義務に関する監督法的な規制の違反に対する刑事罰が定められているのは、金商法の規制が適用ないし準用される広告規制や、契約締結前又は締結時の書面交付義務に対する違反くらいである（銀行法13条の4が準用する金商法37条1項3号・37条の3第1項2号・37条の4第1項、銀行法63条の2の4、金商法205条10号・12号）。あとは監督法上の行政的処分や監督・検査により規制のエンフォースメントを図られているだけである（銀行法24条—28条、金商法51条—52条の2、保険業法305条—308条）。また刑事罰があっても、それがどれだけ実際に効果があるかは不明である。そのためどこまで実効的に監督法的な規制が守られているか、問題がないわけではない。監督法的な規制の実効性を高めるために、検査結果の公表や被監督者である銀行自身による検査結果の報告等、一般への開示を行うこと等も考えられてよいように思われる。

### (2) 私法上の効力

監督法的規制を実効的なものとする一つの方法として、監督法的な規制が守られていたかを、顧客の銀行に対する損害賠償請求等、私法上の請求の際に銀行の違法性判断材料とすることが考えられる。いわゆる私人による法のエンフォースメントである。

しかし金融機関を当事者とする判例においては、監督指針違反等と見られる事件であっても、監督指針違反等が言及された判決は見当たらないようである。例えば、大阪地判平成22・8・26判時2106号69頁は、79歳の一人暮らしの女性に銀行支店長らが訪問勧誘して、日経平均連動債を運用対象とするノックイン型投資信託を購入させ、その後の株価変動により損失が発生したという事件で、金商法40条1号や「金融商品取引業者等向けの総合的な監督指針」

IV-3-1-2等の違反が問題となりうる事件であったが、判決はそのことに言及せずに、顧客の意向と実情に反し、過大な危険を伴う取引を勧誘したものだとして、適合性原則違反及び説明義務違反による不法行為責任を認めた。但し2割の過失相殺をした。証券会社が行ったデリバティブ取引（東京地判平成21・3・31判時2060号102頁、東京地判平成21・10・26判タ1324号191頁、大津地判平成21・5・14証券取引被害判例セレクト35巻104頁、東京地判平成22・9・30金判1369号44頁、大阪地判平成23・10・12判時2134号75頁、同平成24・2・24資料版商事法務337号32頁、同平成24・3・27先物取引裁判例集66号325頁、同大阪地判平成24・4・25証券取引被害判例セレクト42巻273頁等）や債券や投資信託等の販売（東京高判平成19・5・30金判1287号37頁、大阪高判平成20・6・3金判1300号45頁、大津地判平成21・5・14証券取引被害判例セレクト35巻104頁、大阪地判平成22・3・26金判1358号57頁、同平成22・3・30金判1358号41頁、大阪高判平成22・10・12金判1358号31頁、大阪地判平成22・10・28判タ1349号157頁（不動産投資ファンド）、東京地判平成23・2・28判時2116号84頁、大阪地判平成23・4・28判タ1367号192頁、大阪地判平成23・9・29証券取引被害判例セレクト41巻255頁（不動産投資ファンド）、東京高判平成23・10・19金法1942号114頁、大阪高判平成23・11・2証券取引被害判例セレクト41巻315頁（不動産投資ファンド）、東京高判平成23・11・9判時2136号38頁、大阪地判平成23・12・19判時2147号73頁、大阪地判平成24・2・24資料版商事法務337号32頁、同平成24・3・23判時2136号67頁、大阪高判平成24・3・14証券取引被害判例セレクト42巻383頁等）に適合性原則違反や説明義務違反による責任を認めた判例においても、監督規制違反も問題となりえたはずであるが、それが論じられた例はないようである。いずれの判例も、監督規制違反は論じずに、私法的な観点からのみ責任を導いている（責任を否定した、最判平成17・7・14民集59巻6号1323頁、角田・前掲330頁以下も参照）。

前掲・最判平成25・3・7は、銀行が企業に融資するのに当たり、変動金利融資であったために、変動金利のリスクヘッジ目的ということで、変動金利を固定金利と交換するプレイン・バニラ・金利スワップ契約を融資先顧客と締結したが、契約後に低金利が続いたため、同契約により固定金利を銀行に支払う顧客に損害が発生した事件である。一審の福岡地裁大牟田支判平成20・6・24金判1369号38頁は顧客の損害賠償請求等を請求棄却したが、控訴審の福岡高判平成23・4・27金判1369号25頁は、中途解約時において清算金がどの程度必要とされるのか、先スタート型とスポットスタート型の各利害・得失、契約締結の目的である狭義の変動金利リスクヘッジ機能の効果の判断に必須なスワップ対象とされる金利同士の価値的均衡の観点からみた固定金利水準等についての説明等がなされていなかった等、銀行の説明義務違反による不法行為責任を認めた。もっとも4割の過失相殺をした。しかし最高裁は、清算金

の支払義務を負う可能性があることが明示されていたのであるから、それ以上に、清算金の具体的な算定方法について説明すべき義務があったとはいえない、先スタート型とスポットスタート型の内容を説明し、顧客は自らの金利予想で先スタート型を選択したのであるから、それ以上に両型の利害得失について説明すべき義務があったともいえない、さらに同契約は単純な仕組みの契約であって、固定金利の水準が妥当な範囲にあるか否かというような事柄は顧客の自己責任に属すべきもので、銀行に説明義務はないとして、顧客の請求を全面的に棄却した。

同事件の控訴審判決は、中途解約時の解約清算金額に関する銀行説明はきわめて抽象的で、解約手段は合意解約に限定され、場合によっては清算金の支払が必要となる可能性があることが判るだけであったと認定している。この事件の契約は平成16年に締結されたものであるが、平成22年改正後の「主要行等向けの総合的な監督指針」であれば、同指針Ⅲ-3-3-1-2(2)①bが、「当該デリバティブ取引を中途解約すると解約清算金が発生する場合にはその旨及び解約清算金の内容（金融指標等の水準等に関する解約清算金の試算額及び当該試算額を超える額となる可能性がある場合にはその旨を含む）について、顧客が理解できるように説明しているか。」と規定していることに抵触することが問題となりえた事件であった。しかし当事者も判決も、そのことは一切論じていない。そこでこの最高裁判決の解釈として、①監督指針改正前の判断であり、現在では異なった判断がありうるのか、②監督指針いかに関わらず、解約清算金の私法上の説明義務を否定したものか、③合意により中途解約する場合は、解約金についても合意して支払うことになるのだから、契約締結時に解約清算金の説明義務はないと判示したものか、といったことが問題となりうる（森下他・前掲78-79頁・85-87頁参照）。

しかし平成22年の監督指針の改正後の銀行実務は、監督指針に従って中途解約清算金の内容を顧客への提案資料等にも書いているようであり（森下他・前掲79頁〔福島良治発言〕）、少なくともこのような実務が定着した今日では、中途解約清算金の内容に関する説明を顧客に行っていない場合は、銀行は私法上も顧客に対し不法行為責任を負うると考えられる（青木・前掲85頁）。監督法的な規制は、銀行や金商業者の行為規範となりうるものであり、私法的な責任を判断するうえでも参照されるべきものであるように思われる。監督法的な規制違反が直ちに私法上の無効原因になったり責任原因とはなりえないとしても、それらを判断するうえでの考慮要素とはなりうるのではなからうか。そのことがまた監督法的規制のエンフォースメントを図る一手段ともなりえよう。司法関係者も、私法的判断をする際に監督法的規制の違反を考慮に入れるべきであると考えられる。監督法上の適合性原則から著しく逸脱した証券取引の勧誘が不法行為法上の違法性を基礎づけることは、既に前掲・最判平成17・7・14で示さ

れているところでもある。監督法上の説明義務についても同様と思われる（青木浩子「ヘッジ目的の金利スワップ契約と銀行の説明義務——最一判平成25・3・7（平成23年（受）第1493号損害賠償請求事件）の検討」NBL1005号（2013年）30頁、角田・前掲330頁以下参照）。

前掲・最判平成25・3・7の事件において控訴審判決は、スワップ取引の金利同士の水準が価値的均衡を著しく欠くため、変動金利リスクヘッジに対する実際上の効果がでないことは明らかで、銀行に一方的に有利で、顧客に一方的に不利をもたらす不合理な契約だとしたが、最高裁は、顧客の自己責任であり基本的に説明義務を尽くしたとして、銀行の責任を否定した。この点も、同事件における銀行の説明が、平成22年改正後の監督指針Ⅲ-3-3-1-2(2)①cが銀行に求める、有効なヘッジ手段として機能することの確認がなされたと言えるか、問題のありえたことを示している。また同事件においては、最悪のシナリオを想定した想定最大損失額を顧客が理解できるように説明するとか、顧客が許容できる損失額を確認し、許容額を超える損失を被る可能性について顧客が理解できるように説明する、といった平成22年改正監督指針の要求も満たしていなかった疑いがある（同監督指針Ⅲ-3-31-2(2)①）。これらの監督指針の違反についても、現在であれば私法上の責任原因になりうると考えるべきであろう。