

「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の整備等に関する省令（案）等」に対する意見

2010年（平成22年）9月10日
日本弁護士連合会

「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の整備等に関する省令（案）」（以下「省令案」という。）に対する当連合会の意見は、下記のとおりである。

記

第1 意見の趣旨

1 不招請勧誘について

(1) 商品先物取引法施行規則（省令案第1条に基づき改正された商品取引所法施行規則をいう。以下「規則」という。）第102条の2について、反対であり、不招請勧誘禁止例外規定は設けるべきでない。

同条は、既に商品先物取引業者と不招請勧誘の禁止の対象である商品取引契約又は金融商品取引契約を締結している顧客に対し、当該商品先物取引業者が別の商品取引契約の締結の勧誘を行うことを「委託者等の保護に欠け、又は取引の公正を害する恐れのない行為」として不招請勧誘禁止の適用除外とする規定であるが、このような適用除外を認めることについては、反対である。

(2) 規則第103条第1項第10号は、不招請勧誘禁止潜脱を許さない規定を設けたものであり、賛成する。

同号は、不招請勧誘禁止の対象となる商品先物取引契約の勧誘を、セミナーを開催することなどによりこれを潜脱しようとする防止するものである。

なお、不招請勧誘禁止の潜脱は、セミナー開催だけではなく、おとり広告やダイレクトメールの送付などによって不招請勧誘禁止を潜脱することも十分考えられるので、これらについても新たに規制を加えるべきである。

2 向かい玉について

(1) 規則第103条第1項第2号

本規定中「故意に、」という文言を削除すべきである。

向かい玉は、商品先物取引業者と顧客との利害相反取引であり、誠実公正義務（商品先物取引法（以下「法」という。）第213条）違反であって、い

わゆる「全量向かい玉」、「差玉向かい玉」を問わず、かつ、個別委託者だけでなく委託者全体との関係であっても全面禁止すべきである。

したがって、規則第103条第1項第2号の「故意に、」の文言を削除し、その趣旨について、ガイドライン等で明示すべきである。

(2) 規則第103条第1項第21号

本規定は、差玉向かい玉に関する最高裁判決を受けて、これまでの向かい玉規制について、新たに説明義務を課すものであって、委託者保護の観点からは前進であり、一定の評価ができる。

しかしながら、そもそも向かい玉は、利益相反取引であって禁止すべきであり、説明義務を尽くせば許容されるというべきものではない。

また、同号は、向かい玉を「特定取引」として定義づけているが、この定義は、「故意」を要件としており、例えば、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。）の「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などを繰り返す取引手法」を含むか否かが曖昧である。「故意」を削除し、「特定取引」の定義を修正し、少なくともガイドラインで特定取引を例示するなどし明確にすべきである。

(3) さらに、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、その自己玉に對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對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。

3 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 不招請勧誘について

(1) 規則第102条の2

① 規則第102条の2は、既に商品先物取引業者と不招請勧誘の禁止の対象となる商品取引契約又は金融商品取引契約を締結している顧客に対し、当該商品先物取引業者が別の商品取引契約の締結の勧誘を行うことを「委託者等の保護に欠け、又は取引の公正を害する恐れのない行為」として不招請勧誘禁止の適用除外とする規定である。

② しかし、不招請勧誘禁止につき、このような適用除外を認めることにつ

いては、反対である。

本規定は、継続的取引関係にある顧客であれば、「委託者等の保護に欠け、又は取引の公正を害する恐れがない」として上記適用除外を認めようとするものであるが、しかし、継続的取引関係にある顧客といつても、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ず、そもそも、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について、自ら取引を希望しない者に対して不招請勧誘を行うのはまったく馴染まないものであり、継続的取引関係にある顧客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。

(2) 規則第103条第1項第10号

① 規則第103条第1項10号は、法第214条第9号に規定する商品取引契約の締結を勧誘する目的があることを顧客（特定委託者及び特定当業者を除く。）にあらかじめ明示しないで当該顧客を集めて当該商品取引契約の締結を勧誘することを禁止行為とするものである。

商品先物取引法施行令（以下「令」という。）第30条によって不招請勧誘禁止の対象となる商品取引契約の勧誘を目的とするセミナーを、その旨明示せず開催することを法第214条第10号の主務省令で定める行為として禁じたものであるが、このような規定は、不招請勧誘禁止の潜脱行為を許さないためには当然必要であり、賛成である。

② ただし、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って、勧誘目的の明示として具体的にどういったものが必要かが判然としない。例えば、セミナー開催の広告に、小さく商品取引契約の勧誘を目的とすると記載してあっても、それが顧客の注意喚起となるものでなければ意味がない。

したがって、勧誘目的の明示方法については、ガイドラインなどで、商品取引契約の勧誘を目的とするセミナーであることが一目瞭然となるよう、顧客の注意喚起をするに十分な明示方法を規定すべきである。

③ また、同規則は、勧誘目的で顧客を集める場合にはその旨を明示すべきとしているが、ここでいう勧誘目的の有無は、商品先物取引業者の主觀によって判断するのではなく、当該セミナーを客観的に見て判断すべきであり、かつ、その点を明らかにしておくべきである。なお、商品先物取引業者が、勧誘目的でなくしてセミナーを開催することはまず考えられないのであるから、同業者が開催するセミナーは、特段の事情がない限り勧誘目的で開催するものとみるべきである。

④ さらに、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、少なくとも次に掲げる行為については、新たに規則第103条第1項に追加するなどをして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、規則第103条1項第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。

2 向かい玉の説明義務及び通知義務について

(1) 規則第103条第1項第21号で差玉向かい^{*1}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7月判決及び最高裁12月判決を受けたもので、一定の評価ができる。

(2) 向かい玉 자체を禁止すべきこと

しかしながら、当連合会は、差玉向かいを含む向かい玉一般について、1997年3月付け「商品先物取引制度見直しに関する意見書」(添付資料1)、2003年11月21日付け「商品先物取引制度改革意見書」(添付資料2)等において、一貫して、その「禁止」を求めてきた。

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が^{*2} (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)、こうした向かい玉が禁圧されることに加え、差玉向かいについて

*1 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。

*2 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。

も、本来、厳しく禁圧されるべきである³。その理由としては、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ること、またそれだけでなく、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が挙げられる。

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

*3 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。

きである。

規則第103条第1項第2号は、「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が、ここでは「故意」の立証を要求しているため同号は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、「故意に」を削除し、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。

(3) 「特定取引」の定義について

規則第103条第1項第21号では、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。

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などを繰り返す商品取引員の取引方法」とい、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など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、上記規則の文言では、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が曖昧である。

そこで、本規則が、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念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。

(4) 通知義務

また、最高裁7月判決は、委託者が上記説明を受けた上で上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、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、規則第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り、規則第109条とは別個に新たに規定する必要がある。

したがって、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する前に、委託者に対して差玉向かいを行う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12月判決は通知義務について触れていないが、板寄せ取引とザラバ取引とで、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、板寄せ取引又はザラバ取引を問わず、禁止行為とすべきである。

3 事故の確認を要しない場合について

当連合会は、これまでの意見書（2006年3月24日付け「証券取引法の一部を改正する法律案（金融商品取引法（いわゆる投資サービス法）案）の修正を求める意見書」（添付資料3）、2007年2月16日付け「改正商品取引所法第214条の2（損失補てんの禁止）の省令に関する意見書」（添付資料4）等）の中で、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無いこと、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、事故確認を不要とすべきである旨指摘してきたところである。

規則第103条の3第1項第8号は、弁護士又は司法書士が顧客を代理して和解をした場合に、事故の確認を要しない場合の要件を規定しているが、現行の省令と同じく同号口では、「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支払をすることとなる額が千万円」を超えない場合に限るとし、同号ハでは、事故確認書面作成等を必要としている。また、規則第126条の20第1項8号口は、商品先物取引仲介行為につき同趣旨の規定をしているが、これらの規則には事故確認に関する当連合会の意見が反映されていないので、弁護士が顧客の代理人として締結した和解契約等は事故確認不要とする改正をすべきである。

以上

1997年3月

商品先物取引制度 見直しに関する意見書

日本弁護士連合会

第一 日本弁護士連合会の基本的立場

日本弁護士連合会は、これまで先物取引に関して消費者・委託者保護の立場から、先物取引被害の予防救済、委託者保護制度の確立のための諸施策についての意見書を適宜公表してきた。

今回の商品先物取引の制度見直しについても、委託者保護なくして先物取引なしという基本的認識に立って、公正な受託業務を確立し、より一層の委託者保護施策を充実させることが「国際水準の商品先物市場を整備するための方策」の基本的前提であると考える。

第二 国際水準の商品先物市場を整備するための意見

一 基本的考え方

1 委託者保護の重要性

先物取引の被害救済予防にたずさわる現場から見た現状の日本の商品先物取引は、「不適格者が商品取引員の攻撃的セールスによって取引に引きずり込まれ、「客殺し商法」によってさんざん翻弄された挙げ句大損害を被って放り出される」という低次元のパターンが多数と言って良く、「国際水準の商品先物取引」とは懸け離れたものである。この様な実状をそのままにして、単に市場規模の拡大・顧客の増大を図るのであれば、それは被害の増大を意味することになるので、強く反対せざるを得ない。よって、国際水準の商品先物市場を整備するのであれば、商品取引員の営業姿勢を根本的に転換させること、その為には強力で実効性のある国際水準の委託者保護制度を整備する事が不可欠である。

2 わが国における規制強化の経過

現行商品取引所法は、昭和25年8月に公布・施行された。その後かなり頻繁に法改正が行われているが、昭和の時代における主要なものは、昭和42年と50年の改正であろう。これは、いずれも委託者保護のための改正である。言うまでもなく、これらの大幅な改正が必要とされたのは、昭和30年代後半から商品先物取引に全く無知なひとびとを商品取引員が次々に巻き込み、紛議が多発して社会問題となり、世論の集中的な非難を浴びた為である。これらの紛議のおびただしい数は、国会審議の議事録で把握することができるが、「犯罪の陰に商品相場あり」などと言われた状況では、商品取引員の不当な営業活動を規制するのは当然であったのである。

これに対して平成2年の法改正では、わが国の商品市場を国際的に通用する先物市場として整備することに主眼がおかれ、同時に委託者保護の面からの規制が（まだ十分ではないが）強化ないし充実されることとなった。

このように、わが国においては、商品取引員の活動が社会的非難を浴びてきた経緯があり、そのような体質が依然として現在の商品取引員に受け継がれている現状である。国際水準の商品先物市場というのであれば、商品取引員の体質の国際的水準が要求されるべきは当然である。従って業務規制の単なる緩和は、委託者保護の問題を昭和42年改正前の状態に戻すことに等しく、間違いなく委託者トラブルの

激増をまねく。

3 商品先物取引の特殊性

商品先物取引の制度目的は、公正な価格形成とリスクヘッジにある。この様な取引には、リスクを引き受けることのできる経済的能力ある者が十分理解した上で自由な意志で自主的に決定して参入すべきものである（適格者原則）。リスクを引き受けるだけの資力無き者が取引に参入したり、価格変動に関して全く興味・関心・知識のない無知の人間が参入する事は制度目的にてらして有害なのである。

このことは、同じく先物取引でありながら、株価指数等先物取引や金融先物取引にあっては、個人の紛議は商品先物取引に比べて格段に少ないととの比較において考えれば明らかなことである。これらの分野においては制度目的に適合的でない個人の参入を防止するため、最低預資産の要件を設定し、一定の成果をあげている。

4 制度目的と商品取引員の活動

商品取引制度は、言うまでもなく商品取引員のためのものではない。公正な価格形成ないしリスクヘッジのために、広く関連事業者によって利用されることが望ましい。そのためには、商品と市場が健全であり、かつ商品取引員が商品取引の法令諸規則を守った行動をとることが必要で、その違反はきびしく排除されなくてはならない。これが徹底しないと、ルールを無視して強引な営業活動を展開する商品取引員がより高い収益をあげることになりかねない。その様な事態は、わが国における商品市場の国際的な信用を失うことにつながることになろう。

先物取引の国際化を目指すのであれば、市場ルールを国際的に通用するものにすると同時に、委託者保護とルール違反に対する制裁もまた国際的水準にあわせるべきである。少なくとも、委託者の適格性を上記の様に定めて参加資格を制限するとともに、商品取引員による電話や訪問による新規委託者の勧誘は禁止すべきである。

二 新規商品上場手続き

本来、新規商品上場手続きをどうするかは、委託者保護が充分機能し、紛議が減少していることを確認してからの話である。

商品取引員の営業姿勢が変わらず、委託者保護制度が現状のままであれば、新規商品の上場手続きを簡素化して顧客が増えることになると、先物被害が増加することになる。

三 商品市場の流動性

この問題も、上記とまったく同じである。現状の商品取引員の体質を前提とするならば、商品ファンドをより広範に一般消費者に販売することができるようになると、いわば合法的な一任勘定取引を認めるだけのこととなるので、反対である。「ローリスク・ハイリターン」といった勧誘で被害を多発させるであろうことは目に見えてい る。

四 業務規制の見直し

1 業務の見直し・強化

規制の見直し自体に反対するものではなく、不要な規制があるのであれば緩和することに異議はないが、先物取引被害が増加し、深刻化している現在、委託者保護のための規制は、より必要性は高く、今後さらにこれを発展、充実させなければならない。

日弁連意見書で指摘したように、今必要な事は、規制緩和よりも、委託者保護のための規制の強化であり、これが出来て始めて、国際的水準の商品先物市場の整備ができる。

2 改革が必要と思われる事項

「差玉向かい」（顧客の売玉と買玉の差に取引員が自己玉を建てる）の禁止

自己玉規制の維持・拡大

「バイカイ付け出し」と板寄せ方式を廃止し、完全ザラバ制とする。

（理由）

「差玉向かい」は実質上顧客と取引員とが利害相反関係になるものであり、甚だ好ましくない。

「向い玉」の禁止の実効性を図るには、現状では自己玉規制（現行は、農産物につき10%又は100枚以内）の維持・拡大（全商品に広げる）が必要である。

「板寄せ方式」「バイカイ付け出し」は、「差玉向かい」がやり易く、公正な価格形成面で疑問をぬぐい切れず、不透明感がつきまとうものであって、廃止が相当である。完全ザラバ取引（現状の東京工業品取引所の貴金属市場は不完全なザラバ方法である）が顧客にとって判り易く公正と思われる。

五 委託者手数料制度

1 現在の委託手数料は高額である。委託者が預託する金額の大半が手数料に食われているという例は少なくない。

2 従って、現在の高額の手数料を引き下げることは、必要であるが、その際、手数料を自由化すべきかどうかは、現状では委託者紛議の増加の危惧もあり、慎重に検討すべきである。

とりあえず必要な事は、手数料を引き下げる事である。

六 委託者トラブルの防止

1 何よりも重要なことは、平成2年の商品取引所法の改正にもかかわらず、現在、委託者トラブルが増加しているという事実である。この現実から目をそらせてはならない。

トラブル防止の為に、これまでの規制を緩和し、デイスクロジャーと自主規制で対処できるとは到底考えられない。法令に基づく規制を守れなかったものが、それより強制力のない自主規制を守るとは全く考えられない。

委託者トラブル防止のための適切な施策無くして、先物取引市場の国際化はあり得ない。委託者トラブルの防止は、委託者保護の最低限のものであり、これに違反する者は、法的にも、行政的にも厳しく責任を問われるという方策を探ること、これが日本の先物取引に対する国際的信頼性を確保する道である。

そのためには、委託者トラブルの実態を正しく認識し、被害の防止、救済のために、次の施策を実施すべきである。

2 基本姿勢

トラブルの未然防止、トラブルの迅速適切な解決を確保するためには、適切なデイスクロージャーと効果的な規制を実施することであるが、その際考慮すべきことは、決してやり得を許さないことである。そのためには、民事刑事の法的制裁だけでなく、行政、自主規制団体の制裁を強化することである。

3 適格者原則の徹底

先物取引市場における公正な価格形成は、先物取引適格者、すなわち、資金、知識が充分なものによる自由な投資判断によって確保される。従って、先物取引不適格者を排除することは、制度上の要請である。

そのための方策として、先物取引不適格者の勧誘は禁止し、これに違反し不適格者を勧誘して先物取引を行わせても委託者の計算に帰すことができないとすることが必要である。

4 不適正な勧誘の禁止

先物取引は、受身の勧誘で引き込まれて始めるべきものではない。適格者が自由な立場で冷静自主的に判断して始めるべきものである。従ってそもそも勧誘にはなじむものではないので、少なくとも攻撃的な勧誘である電話勧誘、訪問勧誘は禁止すべきである。

これに違反した取引は、委託者の計算に帰すことが出来ないとすべきである。

5 新規委託者保護施策

経験の不十分な新規一般委託者の場合、習熟するまでの最低数カ月間（仙台高裁秋田支部平2・11・26判決〔判例時報1379号96頁〕は、穀物の場合は1年程度も考えられる旨判示している）は、十分な情報を提供し、多額の損害を被ることのないよう配慮すべきである（同旨上記判決。尚、同判決は最高裁平7・7・4判決〔NBL590号60頁〕により維持されている）。

具体的には、習熟期間中は建て玉枚数の制限をし、一時点での20枚を越える建玉や利益金を証拠金に振り替え更に大きな取引をすること（扇形売買）は禁止し、これらに違反して損害が生じた場合は委託者の計算に帰せないことにし、特別の事情がない限りその都度清算金は委託者に返還するようにすべきである。

6 客殺しの手口を明確に法令で禁止すること

先物取引被害は、業者の先物取引における「客殺しの手口」と呼ばれる違法行為によって起こされている事実は、全国各地の先物被害救済訴訟の判決が示すところである。

この手口は、従来から指摘されているものであり、これによる被害が後を絶たないと言う現在、自主規制やデスクロージャーだけでは足りず、これらを法令で禁止すべきである。そして、これを明確化し、違反には、法的制裁だけでなく、行政的にも、厳しく責任を問われるようすることである。

（一） 禁止すべき客殺しの手口は次の通りである。

執拗又は偽瞞的な勧誘行為

断定的判断又は利益保証による説明

先物取引の仕組み、若しくは危険性の不告知又は不十分な告知

書面不交付、約諾書の不締結

無敷、薄敷

両建の勧誘

無断・一任売買

転がし、無意味な反覆売買

向かい玉

仕切拒否、回避

その他

(二) 法的効果

これに違反した法的効果は、民事的には委託者から無効又は取り消しを主張し得るものとし、刑事的には罰則も検討すべきである。

(三) 行政等の制裁

行政的には、新規契約の禁止、業務停止、許可取り消し、更新拒否など。

取引所は、除名等の厳しい措置を、自主規制団体も、除名等を検討すべきである。

7 適正な広告規制

広告を禁止できないにしても、節度ある広告を心掛けるべきである。いたずらに、投機をあおるようなことがあってはならない。虚偽、誇大広告は禁止すべきである。

七 委託者財産保全等

不可欠である。現在の分離保管制度は、わかりにくい。委託者にもわかりやすくすべき。

クリアリングハウス、トランسفر制度は検討に値する。

八 民事的規制の強化

行政的規制だけでは実効があがらないので、司法的規制を強化すべきである。現状では、被害にあった委託者が損害を回復するには大変な労力・コストがかかっており、しかも必ず損害が回復される保証はなく、その為圧倒的多数の被害者が泣き寝入りを強いられていると考えて良い。このことが「違法不当行為のやり得」を許すという悪循環の原因となっている。この悪循環を断ち切るには、取引員が「客殺しの手口」を使って委託者保護に反する行為をした場合には、立証責任の転換等簡易迅速に委託者の被害を回復させ、3倍賠償を認めるなどの法制度を早急に導入すべきである。

九 行政監督のあり方の改革

次の様な点を検討する必要がある。

国民に行政に対する措置請求権を認める。

行政が収集・保管する情報、指導・監督の基準・内容を国民に開示する。

日本版CFTC（商品先物取引委員会）の導入

商品先物取引制度改革意見書

2003年11月21日
日本弁護士連合会

産業構造審議会商品取引所分科会は、本年11月11日付「商品先物市場制度の改革について」（中間報告）をとりまとめた。意見募集を経て本年中に報告書をまとめたうえ、次期通常国会での商品取引所法改正が予定されている。

当連合会は、商品先物取引被害の防止及び救済に一貫して取り組んできているが、この際、より抜本的な制度改革が必要と考え、本意見書を提出する。

第1 はじめに

1 当連合会の基本的立場

当連合会は、商品先物取引分野で被害が続発しているところから、委託者保護の立場から活動してきた。すなわち、先物取引被害の実態把握と救済実務のため「先物取引被害救済の手引」（現在六訂版まで）、「先物被害白書2002年度版」などを出版してきたほか、委託者保護の拡充と公正な受託業務の実現を目的に、制度改善の意見書をとりまとめてきた。主なものとしては、1990年2月16日付「商品取引所法改正に関する意見書」、同年9月6日付「改正商品取引所法の政省令等整備に当たっての意見書」、1995年11月16日付「先物取引被害の予防・救済に関する意見書」、1997年3月19日付「商品先物取引制度見直しに関する意見書」及び1998年7月31日付「改正商品取引所法の省令整備に関する意見書」などがある。

当連合会の基本的主張は、終始一貫している。すなわち、委託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の認識のもとに、その具体的施策を提言してきたのである。本意見書も、同様の立場から、今必要とされる制度改革の骨子についてとりまとめている。

2 委託者保護と先物行政

これまでの政府の先物行政を委託者保護の関係で考える場合、一連の規制緩和策との関係が重要である。一方において一定の委託者保護の方策がとられていても、他方で業法規制や自主規制が緩和・撤廃が進展する結果、全体としては被害の増加をもたらしてきたと言える。

すなわち、1990年の商品取引所法改正によって法的に委託者保護が明文化されたものの、その前年の1989年11月には全国商品取引所連合会が受託業務指導基準を改正、取引所指示事項等を見直すなどして規制を緩和している。

1998年の商品取引所法改正では、誠実公正義務の明文化、適合性原則の明文化、自主規制団体の強化などが行われたものの、翌99年には法施行規則では客殺しの常套手段といわれる両建を同一限月・同一枚数のみとして、業者に脱法の口実を与えてしまった。さらに、チェックシステム、MMT（ミニマムモニタリング）を廃止し、新規委託者保護措置も各業者に任されることになった。その結果、従前の新規委託者保護措置は、実質的には曖昧にされている。

その後2001年の商品取引員の許可更新には、苦情が多発していた商品取引員もすべて許可更新してしまい、翌2002年にそのなかの一業者が破産宣告を受け、被害を拡大させた。

このように、平成に入ってからの2度の法改正によって、委託者保護にある程度の前進はあるものの、それらの前後に行われた上記の取引所指示事項改正、不十分な両建規制、チェックシステム等の廃止、新規委託者保護措置の変更など、委託者保護のために必要な規制までも緩和・撤廃しており、その結果商品先物取引における被害はかえって増加しており、その意味で委託者保護は実質的には後退していると言わなければならぬ。

3 本意見書について

当連合会は、昨今の先物取引被害の実態及び受託業務の問題点等を「先物被害白書2002年度版」にまとめ、その結果、被害を予防するためには、これまでの我が国の先物取引制度を根本的に見直す必要があるとの認識に達した。そこで、その具体的方策を検討するために、2003年1月と同年6月の2回にわたって米国先物調査団を組織し、米国先物取引の実態調査を行った。その後これらについて主務省、取引所等関係機関等との意見交換などを踏まえ、委託者保護のあり方を中心に商品先物取引の制度改革を検討してきた。

今回の産構審商品取引所分科会中間報告は、1998年法改正の積み残し、とりわけ来る2004年12月末の手数料自由化の完全実施への環境整備、商品取引員の破綻等にそなえる委託者債権保全制度の整備等の、当面の制度改革という性格が強い。しかし、当連合会としては、商品先物取引被害をこれ以上続発させる事態は許されないとする観点から、消費者被害防止のため、より抜本的な先物制度改革を求めるものである。

第2 意見の趣旨

先物取引被害の予防救済、委託者保護の拡充、公正な先物市場形成のために、次の10項目について実効性ある法規制、先物取引制度改革を行うべきである。

1 不招請勧誘、広告の禁止

消費者に対して、事前の承諾無く、電話、訪問、ファックス、Eメールなどの方法で

先物取引を勧誘または広告することを禁止すること。

2 適合性原則の徹底

- (1) 知識、経験、資力等が不十分な者に対する勧誘及び受託を禁止すること。
- (2) 適合性原則について、実効性を確保するための制度の検討・実現を図ること。

3 説明義務の法定化

- (1) 業者の説明義務を法律上規定し、委託者の十分な理解を得るまで説明すべきことを明記すること。
- (2) 説明すべき内容は、現行の法136条の19、施行規則47条に定められている受託契約締結前に交付すべき書面の記載事項の他、一般委託者の大半が損で終わっていること、誠実公正義務を負う業者自身も先物取引を行っていることなども含めるべきである。

4 取引禁止期間、習熟期間等新規委託者保護措置の強化

仮に1項の規制が完全に導入されない場合には、次の措置が不可欠である。

- (1) 先物取引委託契約締結後14日間を経過しないで取引の受託をしてはならない。
- (2) 新規委託者に対しては、習熟するまでの3ヶ月間は20枚を越える建玉を受託してはならない。

5 両建、向玉等の客殺しの禁止

両建（同一枚数、同一限月に限定しないこと）の勧誘、向玉（差玉向含む）、無敷、薄敷、ころがし、仕切拒否・回避等いわゆる客殺し手法を法律で禁止すること。

6 バイカイ付け出しの禁止、完全ザラバの実施

- (1) 取引所における売買は、全て場に晒し、バイカイ付け出しを一切禁止すること。
- (2) 取引所の取引は、板寄せを廃止し、完全なザラバにすること。

7 完全分離保管等委託者債権保全措置の強化

- (1) 委託者が預託した金員・有価証券等及び先物取引による清算金等は、業者の資産とは完全に分離して業者以外の取引所等が保管し、委託者が業者のデフォルトリスクを負うことのないような制度とすべきである。
- (2) 現行の受託業務保証金、受託債務補償基金に対する委託者の補償債権は、委託者の業者に対する損害賠償債権も含まれる旨明示すべきであり、それらの支払手続きが公正に行われるよう、速やかに改善すべきである。
- (3) 分離保管違反には、抑止力として厳しい罰則と許可取消等の行政処分を課すべきである。

8 監督機関の一元化及び監督権限強化等

- (1) 商品先物取引に関する監督機関を一元化し、米国のCFTC（商品先物取引委員会）のような組織を設置し、その権限を強化すること。

- (2) 監督機関は、一般委託者の損益の割合、受託業務の実態等を調査し、これを毎年公開すること。
- (3) 監督機関による紛議解決制度を設けること。

9 実効性ある法規制

- (1) 委託者保護に関する規制違反には、実効性ある効果が伴う必要がある。それらを担保するために、委託者に無効の主張あるいは取消を認めるべきである。
また、罰則規定を設けること及び厳しい行政処分を課すなど、抑止力のある制度にする必要がある。
- (2) 委託者から請求があった委託者勘定元帳、証拠金現在高帳等の提出義務を認めること。
- (3) 業者の違法行為に対する損害賠償請求訴訟等においては、原則として過失相殺を認めないと明確にすること。
- (4) 民事訴訟で、違法性が認定された場合、これに呼応し、行政処分を行うこと。
- (5) 行政処分を行った場合、その理由を詳しくインターネット等で3年間公表すること。

10 自主規制機関の強化

- (1) 先物取引に関する自主規制機関の組織拡充、権限強化すること。
- (2) 商品取引員及びその役員、外務員、取引所及びその役員等先物取引受託に関与する者を自主規制機関に強制加入させ登録させるものとし、その監督下におくこと。

第3 意見の理由

1 先物取引被害実態

(1) 被害件数

当連合会「先物被害白書2002年度版」によると、先物取引に関する被害（苦情、紛争、訴訟等含む）件数は、ごく例外はあるものの、ここ数年増加している（同書2頁ないし22頁参照。業者のディスクロージャー、先物取引被害全国研究会の調査結果、同研究会呼びかけの2002年先物110番、国民生活センター、経産省・農水省、日本商品先物取引協会の苦情申出件数による）。

国民生活センターのデータでは、1996年度が2392件であったものが、1998年を除き毎年増加し、1999年度は3808件、2000年度は4419件、2001年度は5983件になり、最近発表された2002年度には7961件となって、前年度よりも1790件も増加している。

(2) 被害の特徴

パターン化された、深刻な、恒常的被害

先物被害には、共通する特徴が見られる。典型的な例は、無差別電話勧誘にはじまり、高齢者をはじめとする適合性原則を無視した勧誘、先物取引の仕組みや危険性などの説明義務違反、絶対儲かるなどの断定的判断の提供、新規委託者保護義務違反、両建、途転、直しなどの特定売買、仕切拒否・回避等である。取引を止めさせないので、本人や家族が弁護士に相談し、弁護士からの内容証明などで取引が終了することも珍しくない。

被害者は、自ら進んで先物取引を始めたわけではない。無差別電話勧誘、執拗な勧誘などで、取引の仕組み・危険性をよく理解できないまま取引に巻き込まれるのである。その結果外務員の言いなりに取引させられることとなり、被害金額も多額となり、自己資金だけでなく、借金にまで追い込まれる。これによって財産被害だけでなく、ノイローゼ、自殺などの深刻な事態、果ては公金横領という社会問題にまで発展している例も珍しくない。

先物被害は、1970年代後半は国内私設市場の先物取引、1980年代前半から海外先物取引、1980年代後半から現在までは国内公設の先物取引の被害が多発し社会問題化してきた。しかし、時代によって種類は異なるものの、典型的被害パターンは共通しており、その意味で先物被害は恒常的といえる。

大半が苦情対象業者

こうした先物被害は、一部の業者だけが引き起こしているのではない。業者の大半に苦情があり、業者に損害賠償責任を認める判決も一部の業者に集中しているというわけではない（当連合会、先物取引被害全国研究会の先物110番の結果、同研究会編先物取引裁判例集、日本商品先物取引協会に対する苦情申出数の内訳など）。

2 基本的視点（規制強化及び実効性の確保）

(1) 先物取引において最も重視すべきことは、委託者保護、公正な取引・受託業務の確保であり、そのための必要最低限のルールを法律上明確化し、実効性あるものにすることが必要であり、これによって、我が国の先物取引市場が世界に通用する、信頼される市場となる。

(2) これまでの先物行政は、「商品市場の発展と国際化」（1990年法改正）、金融制度改革の一環としての国際水準の先物市場を整備することを目的に、規制緩和「利便性の向上」（1998年法改正）が重視され、「委託者保護」（1990年法改正）、公正な取引、「信頼性の向上」（1998年法改正）は重要な柱として掲げられてはいるものの実際は軽視されてきた。

すなわち、いわゆる護送船団方式で先物業者は保護育成され、国際化、規制緩和、事前規制から事後チェック型行政への転換の名の下に、委託者保護のための最低限必要な規制も緩和・撤廃されてしまった。その結果、先物委託者は、これまでほぼ5万人程度で推移していたが、1996年には10万人と2倍に増加した。そして、先物被害・苦情は、国民生活センターのデータによれば、それよりも遙かに高い割合で増加してきた。

護送船団方式の悪しき典型が、2001年の旧山文産業株式会社（アイコム株式会社）をはじめとする苦情多発全業者の許可更新である。同社は、許可更新を受けて被

害を拡散させたあげく、翌2002年に破産宣告を受けた。アイコムの破産は、これまでの先物行政そのものの破綻を意味し、方向転換を迫るものというべきである。

(3) 今必要なことは、これらの反省に立って、委託者保護、公正な取引、信頼性の向上を図るために必要不可欠なルールを確立し、それを確實に遵守させる体制、制度改革を行うことである。そのためには、受託業務に関する違法行為を法律上明確化し、それを担保するため、違反に対しては、罰則を設け、民事的効果を否定し、厳しい行政処分を課すことである。

以下、意見の趣旨1ないし10についての理由を簡潔に説明するが、これらは、既にこれまでの当連合会の意見書で提言しているところも数多くあるので、詳細はそれらを参照していただき、また、被告の実態、受託業務の問題点や詳しいデータは「先物被害白書2002年版」に、米国先物については日弁連米国先物調査団中間報告書を合わせて参照して頂きたい。

3 意見の趣旨1について（不招請勧誘、広告の禁止）

先物取引は、極めて投機性が高く、専門的知識、経験等を必要として、もともと一般委託者には不向きな取引である。

欧米においては、先物取引に一般委託者が参加することは期待されていないし、実際ほとんど無いか（欧州）、少ない（米国）。我が国でも、証券先物では大阪証券取引所の株価指数先物が0.1パーセント弱で、東京証券取引所はせいぜい0.01パーセント、金融先物は0パーセントとなっている。先物取引に一般委託者が不可欠というものではない。

これに比べ、我が国の商品先物は、一般委託者が9割を越えるという指摘もあり、苦情やトラブルが絶えず、それらの大半が、無差別電話勧誘、訪問勧誘などに端を発している。

もともと業者の営業の自由よりも個人のプライバシー・平穏な生活保障が優先されるべきであるが、少なくとも一般消費者に対して先物取引を勧誘することは禁止すべきである。

また、そもそも先物取引は一般委託者に不向きな取引であり、大半が損をする危険な取引であって、先物取引においては一般委託者の参加は期待されていないのであれば、不招請勧誘を禁止するだけでは不十分であり、広告も禁止すべきである。

これらを実効性あらしめるために、民事的効力を付す必要がある。

4 同2について（適合性原則の徹底）

適合性原則は必要不可欠な制度であり、1998年法改正により認められているが、改善命令等の発動根拠として規定されているに過ぎない（法136条の25、1項4号）。より明確に、商品取引員の行為規範として規定すべきである。

重要な制度であるから、違反に対しては民事的効力を付す必要がある。

また、消費者についての適合性確保のための実効性ある制度の検討をすべきである。

5 同3について（説明義務の法定化）

先物取引を勧誘し、受託するのであれば、先物取引の仕組み、危険性等を十分説明し、十分な理解を得るべきであることは当然のことである。ほとんどの金融取引に説明義務を課した金融商品販売法の適用を除外している現行の法体系は、まったく整合性がなく不当である。

説明すべき内容は、法136条の19、施行規則47に規定している書面記載事項のほかに、一般委託者の大半が損で終わっていること、誠実公正義務を負う業者自身も先物取引を行っていることなどを、委託者の理解度等に応じわかりやすく説明し、完全な理解を得る必要がある。そのうえで、はじめて先物取引を行うかどうかの選択が適切に行うことができるのである。

説明義務の内容、程度等については、米国NFA（National Futures Associations 全国先物業協会）のNFAルール、ガイドなどが参考になる。

説明義務の重要性から、実効性を担保する必要がある。

6 同4について（取引禁止期間、習熟期間等新規委託者保護措置の強化）

趣旨1の規制が完全に導入されない場合においては、この規制は不可欠である。

適格者が先物取引を行う場合であっても、先物取引の専門性、危険性等から、新規委託者に対しては、一定の期間習熟期間を設け保護する必要がある。従来その期間は3ヶ月とされ、その方法として、建玉枚数の制限を行ってきた。新規委託者に対する保護措置は、1998年法改正後、自主規制として各社まちまちになり、杜撰な運用がされている。以前の新規委託者保護措置の内容を、法定すべきである。

また、先物取引には冷静な判断が必要である。委託契約締結後14日間は、熟慮期間（取引禁止期間）として、その間、受託はできないとすべきである。こうした規定は既に、海外先物規制法8条にあるが、同様のことは、国内公設先物取引にも妥当する。

7 同5について（両建、向玉等の客殺しの禁止）

先物取引では客殺しという言葉が存在し、最高裁判決などでも使われている。その代表例として、両建、向玉などがある。これらは、先物110番、国民生活センター等の苦情のなかでも、深刻なものである（苦情の具体的な内容等は、日弁連「先物被害白書2002年版」2頁以下）。

これら客殺しの手口を、法律上規制すべきであることについて、当連合会ではその都度意見書で提言してきたところであるが、いまだ実現されていない。

とりわけ両建は、これによって損害を倍増させるものであるが、1998年法改正後の法施行規則で同一限月、同一枚数の両建だけを禁止するかのような規定にしたことで、業者に脱法を許す結果となっている。

従来客殺しと呼ばれてきた、無敷、薄敷、向玉（含差玉向）、ころがし、仕切拒否・回避等のこれらの手法は、誠実公正義務を負う商品取引員として許されるものでなく、これらの苦情はこれらは、もはや自主規制、施行規則による規制では対処できず、法律で規制し、違反には損害賠償義務を課すべきである。

8 同6について（バイカイ付け出しの禁止、完全ザラバの実施）

客殺しの温床が板寄せ、これと不可分一体となっているバイカイ付け出しであるという指摘がある。

板寄せ手法は、諸外国の先物取引では例がなく、我が国でも、東京工業品取引所は、ザラバが主流であり、同じ先物取引でも証券先物、金融商品先物取引でもザラバ手法が採用されている。取引所における取引である以上、取引は全て場に晒すべきであり、その意味で、少なくとも、取引時間終了後に取引成立を認めるバイカイ「付け出し」は不信感を抱かせるものであって、廃止すべきである。また、グローバルスタンダードを標榜する以上、取引手法は、板寄せではなく、ザラバに移行すべきである。

ちなみに、東京工業品取引所は、貴金属等の取引はザラバであり、ゴムは板寄せであるが、ザラバであっても取引開始と終了は板合わせ(板寄せ)であり一貫していない(「先物白書2002年度版」31頁以下)。

9 同7について(完全分離保管等の委託者債権保全措置の強化)

現在の分離保管制度は、その仕組みは複雑でわかりにくく、少なくとも商品取引員が委託者のすべての預託金等を自己の財産と区別して、第三者から識別できるようなかたちで分離保管するという制度にはなっていない。商品取引員が分離保管されているはずの委託者の預託金を使用できる余地があるが、これは委託者の意思に反する。

先物取引のトラブルのなかで、両建、転がし、仕切拒否などは、商品取引員が委託者の預託金、清算金を事実上管理下においているところにも問題があり、分離保管される預託金、清算金は、本来、取引所等に預託すべきである。

また、分離保管されている預託金、清算金は委託者の所有というべきであるから、業者の取引銀行が業者への債権と相殺できるようなものであってはならないし、また業者が破産した場合、一般的の破産債権となるのは不當であるから優先権が認められるべきである。

アイコムの破産では、受託業務保証金、受託債務補償基金協会に対する支払手続きの際に、その手続きが一般委託者にとって透明性に欠けるとの指摘があった。支払われる債権には、損害賠償債権も含まれることを明確にし、具体的手続きの公正さを確保すべきである。

10 同8について(監督機関の一元化及び監督権限強化)

先物取引には、商品先物取引、証券先物取引、金融先物取引があり、我が国はそれぞれ別個の法律と監督官庁の下に置かれている。商品先物取引は、農水省と経産省が、証券先物、金融先物は金融庁が監督官庁となっている。

市場参加者と紛議トラブルの関係を見ると、商品先物取引分野では、一般委託者が9割を占めていて紛議・トラブルが多い。これに対して証券先物・金融先物は、いわゆる機関投資家等が大半で、一般委託者は少なく、紛議トラブルも少ない。

米国では、先物は原則としてCFTC(商品先物取引委員会)が、商品先物、証券先物、金融先物の規制官庁となっており、先物取引全般に対し強大な権限を有している。また、賠償請求手続(reparation procedure)など、準司法的機能も有している。米国では、先物市場参加者は、機関投資家やプロが8割、一般委託者はせいぜい2割といわれ、

紛議トラブルも日本ほどではない（日弁連米国先物調査団中間報告書参照）。

商品先物取引に関する、主務省の取り組み、とりわけ委託者保護との関係では問題があつたことは本意見書第1、2記載の通りである。もともと、同じ商品先物取引である以上、監督官庁を一元化することが望ましいことは、かねてから指摘されている。少なくとも、商品先物取引に関する委託者保護と公正な受託業務の確保は、続発する商品取引被害を見れば、これまでの農水省・経産省の2元行政の下で実現されていないことは明らかである。

先物取引は資本主義社会において証券取引と並ぶ重要な取引であるが、欧米では先物取引に一般委託者はほとんど参加しておらず、一般大衆の参加は必ずしも不可欠ではないこと、現在、国際水準の先物市場の整備が必要とされていることなどからすれば、我が国の先物取引のうち、商品先物取引の現状は異様というべきである。

来年末の手数料自由化完全実施にともない、先物被害は今後ますます増大することは必至であり、農水省・経産省の2元的監督に替わるものとして、先物取引先進国といわれる米国の制度が多いに参考に、我が国でもCFTC（商品先物取引委員会）のような組織、権限をもった監督官庁の設置を積極的に検討すべきである（米国先物調査団中間報告書参照）。

11 同9について（実効性のある法規制）

先物取引の被害が減少しないのは、法令諸規定に違反しても、刑事責任を問われることほとんど無く、民事訴訟で損害賠償を命じられても大幅な過失相殺がされ、また、訴訟で違法性を認定されても行政処分を受けることもなく、結局、業者に違反のやり得を許してきたことが大きな原因と言える。

法規制する以上、これを遵守させる必要があり、そのためには、違反には、民事、刑事、行政による厳しい処分で実効性を担保する必要がある。

とりわけ、今後、違反行為に対する民事的効力の否定、損害賠償義務を規定することが重要である。

ディスクロージャーの趣旨及び適正かつ迅速な紛争解決に資するため、委託者勘定元帳、証拠金現在高帳などは、委託者から請求があれば商品取引員には交付する義務があるとすべきである。

さらに、民事訴訟では主張立証の困難を乗り越え委託者がせっかく勝訴しても、安易な過失相殺がされている。業者と委託者では対等でなく、誠実公正義務を負う業者がした違反行為に、過失相殺をすることは本来許されるべきではない。過失相殺を認めない判決も少なくないが、原則として過失相殺できないことを明確にする規定を設けるべきである。

さらに、民事訴訟で違法性が認定されそれが確定した場合、業者の法令違反がこれ以上確かな方法で認定されることはないのであるから、これに連動し、行政処分を直ちに発動すべきである。

また、行政処分は、インターネットなどで公開し、業者に責任を自覚させるべきである。

12 同10について（自主規制機関の強化）

法規制の他に、日本商品先物取引協会・取引所による自主規制も重要であることは言うまでもない。業者が、自主規制を遵守しない理由のひとつに、自主規制機関の権限が十分でないことがあげられる。

この点参考になるのが、米国のNFA（全国先物業協会）である。米国では、先物にかかるものは、商品取引員だけでなく、外務員も、取引所もNFAの会員として登録しなければならず（強制加入）、NFAは違反者に対しては除名、業務停止など厳しい制裁を課すことができる。

我が国では、日本商品先物取引協会の会員は商品取引員だけであり、取引所、外務員は会員ではないし、また強制加入ではない。

自主規制機関の権限を強化し、自主規制を遵守させるためには、会員を商品取引員だけでなく、外務員、取引所なども含め、より広く拡充し、それらを強制加入とし、登録させ、厳しい監督下に置くことに対することが有効である。

第4 おわりに

主務省は、1998年法改正の際に「委託者トラブルを防止するため必要なルールについては従来より強化しつつ、法令又は通達に基づく種々の業務規制については規制緩和を検討する」との姿勢を示していた。しかし、規制緩和は大幅に進んでいるのに対し、トラブル防止のルールについてはほとんど強化されることなく、今日に至っている。

その意味では、本意見書の提言は、大半が1998年法改正の際にやり残した「委託者トラブル防止するための必要なルール作り」を提示するものといえる。そして、これらの内容は、実は、前記第1で紹介した当連合会の1990年2月16日付意見書以降の各意見書と趣旨は同一である。

ひるがえって、我が国の商品先物取引を見ると、市場参加者の大半が一般大衆であり、業者の客殺しにより、そのほとんどが損をし、業者とはトラブルが絶えず、その数が増加し続けている。これは世界的にも類を見ない、異常というべき事態である。また、取引所で行われる手法は、板寄せが大半であり、これは、場に晒されない取引を認めるバイカイ付け出しを不可欠な制度としており、しかも取引の大半がバイカイ付け出しで成立している。

我が国でも、商品先物でも東京工業品取引所のゴムを除く取引、証券先物、金融先物取引は、ザラバで行われている。さらに、証券先物、金融先物は、市場参加者として一般委託者はほとんどいないといわれており、いわば欧米型先物市場である。

来年末の手数料完全自由化実施は、商品先物取引の世界において、業界再編を促す大きな契機となることは疑いないが、るべき先物市場の姿を実現するためのチャンスでもある。これ以上消費者被害が続発するようなことはあってはならないのであり、本意見書で指摘したような抜本的改革が求められる。

以上

証券取引法の一部を改正する法律案（金融商品取引法（いわゆる投資サービス法）案）の修正を求める意見書

2006年3月24日

日本弁護士連合会

第1 はじめに

政府は、2006年3月13日、「証券取引法等の一部を改正する法律案」、「証券取引法等の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律案」（以下、合わせて「金融商品取引法（いわゆる投資サービス法）案」という）を国会に上程した。これは、2004年9月から2005年12月にかけての金融審議会金融分科会第一部会における、金融商品に関する横断的な規制を内容とする「投資サービス法」の制定に向けての審議に基づいて、法案化されたものである。

当連合会は、金融商品に関する横断的な規制の必要性について、2004年5月8日に「金融サービス法の制定を求める意見書」（以下、「日弁連金融サービス法意見書」という）に基づいて提言をした。さらに、2005年8月26日に「金融審議会金融分科会第一部会 投資サービス法制定に関する『中間整理』に対する意見書」（以下、「中間整理に対する日弁連意見書」という）を取りまとめた。これは、金融審議会において審議されている投資サービス法の内容について不十分な点があることに具体的に指摘してそれに対する意見を述べたものであるが、閣議決定を経て国会に上程された金融商品取引法（いわゆる投資サービス法）案を見ると、従前の意見書で問題が大きいと指摘した規定や、金融審議会で議論のないまま設けられ看過し得ない問題点を含む規定があるので、この点について、以下のとおり意見を述べる。

第2 意見の趣旨

1 金融商品取引法（いわゆる投資サービス法）案においては、商品先物取引や海外商品先物取引、海外商品先物オプション取引などの商品デリバティブがその対象に含まれていないが、その対象に含めるべきである。

海外商品先物取引や海外先物オプション取引については、その被害が多いにもかかわらず、何らの参入規制もなされていない。このため、悪質業者の参入が増え、被害も拡大しつつある。登録制、無登録営業の禁止及び違反に対する罰則付与などの参入規制を定めるべきである。

2 金融商品取引法（いわゆる投資サービス法）案においては、電話・訪問による不招請勧誘（取引を希望していない消費者に対する勧誘）を禁止する規定を置いている。ところが、その対象について、「当該金融商品取引契約の内容その他の事項を勘案し、投資者の保護を図ることが特に必要なものとして政令で定めるものに限る」と限定している（投資サービス法案第38条3号）。

しかし、不招請勧誘については、すべての金融商品について原則禁止としなければならない。その上で、適用除外については、商品性やコンプライアンスの状況を点検した上でなされるべきである。

- 3 金融商品取引法（いわゆる投資サービス法）案においては、適合性原則が規定されているが、これに関する民事効果の規定は見送られている。しかし、適合性原則違反禁止の法律上の実効性を確保する上で、これに違反した場合について、損害賠償義務・取消権・無効などの民事効果を伴わせる規定を設けるべきである。
 - 4 金融商品取引法（いわゆる投資サービス法）案においては、プロ・アマ区分を認め、一般投資家のアマからプロへの移行を許容している。しかし、プロは機関投資家に限定すべきであり、一般投資家のアマからプロへの移行は許容すべきではない。
 - 5 金融商品取引法（いわゆる投資サービス法）案においては、損失補填の禁止を規定し（金融商品取引法（いわゆる投資サービス法）案第39条）、幅広い金融商品に関する横断的な制度の整備を図るとして、商品取引所法についても損失補填の禁止を新たに追加している（商品取引所法改正案第214条の2）。
- しかし、損失補填の禁止の規定は、従来から、業者側の示談解決拒否の口実に使われる弊害が顕著であった。トラブルが多発し続いている商品先物取引については、深刻な被害が多く、可能な限り早期解決を図る意味から、損失補填の禁止の規定をあえて追加すべきではない。

第3 意見の理由

1 意見の趣旨1について

- (1)今回の金融商品取引法（いわゆる投資サービス法）案の目的は、その前提となった金融審議会金融分科会における2005年12月22日付け最終報告「－投資サービス法（仮称）に向けて－」にもあるとおり、「幅広い金融商品について包括的・横断的な利用者保護の枠組みを整備し、利用者保護を拡充することによって、既存の利用者保護の対象となっていない『隙間』を埋めるとともに、現在の縦割り業法を見直し、同じ経済的機能を有する金融商品には同じルールを適用する」（同報告2頁）ところにあったはずである。
 - (2)ところが、金融商品取引法（いわゆる投資サービス法）案では、外国証券業者に関する法律、有価証券に係る投資顧問業の規制等に関する法律、抵当証券業の規制に関する法律、金融先物取引法の4法が廃止され、これらが金融商品取引法に取り込まれたにとどまり、他の金融商品に関する業法は残され、ただ、今回の金融商品取引法における規制と横並びにするという形で修正が加えられたに留まるのである。
- しかし、これでは、「既存の利用者保護の対象となっていない『隙間』を埋めるとともに、現在の縦割り業法を見直し、同じ経済的機能を有する金融商品には同じルールを適用する」との目的を到底達成することはできない。
- (3)そもそも法規制の隙間をぬって新たな投資被害が発生するという状況は、従来から繰り返されており、近年の外国為替証拠金取引の被害はその典型であった。そして、この件は、2004年12月の金融先物取引法の改正、2005年7月からの同法の施行に至って、外国為替証拠金取引業者の中で悪質な業者を撤退させるなど一応の成果を収めたが、後追い規制による対応の遅れは否めない。
- そして、昨年の厳しい法規制の動きを見て、外国為替証拠金取引業者の一部は、今度は、規制の不十分な海外商品先物取引へと移行し始めているのである。その結果、海外商品先物取引については、今後最も被害の急増が懸念されるのであるが、今回の投資サービス法案において、海外商品先物取引はその対象からは除外された。しかも、その規制法であ

る海外商品市場における先物取引の受託等に関する法律についても、参入規制がない点など極めて大きな問題があるにもかかわらず、今回の一連の法案においては、何らの手当もなされていない。

(4)また、海外商品先物オプション取引についても規制がなく、かなり前から損害賠償を業者に命じた数多くの判決があるにもかかわらず、依然として業務を継続して、被害を出し続けている業者が存在するという現実がある。

ところが、今回の金融商品取引法（いわゆる投資サービス法）案において、海外商品先物オプション取引はその対象からは除外されたままであり、またこれを補う法規制も何ら行われていない。

(5)さらに、金融商品取引法（いわゆる投資サービス法）案では、国内の商品先物取引についてもその対象から除外され、わずかに、商品取引所法を、投資サービス法案における規制と横並びにするために若干の改正が加えられているにすぎない。

今回なされようとしている法改正では、断定的判断の提供を伴う勧誘をした場合に損害賠償請求権が法定されたことや適合性原則の判断基準に投資目的が加えられたことなど、一部前進した部分があるものの、国内の商品先物取引について被害が減っていない実情（2(1)参照）を考えるとき、この程度の規制では極めて不十分であると言わざるを得ない。国内の商品先物取引についても、金融商品取引法（いわゆる投資サービス法）の対象範囲に含めた上で、その危険性の高さと被害の実態を踏まえた規制を行うべきである。

(6)以上の点から、意見の趣旨1のとおりの修正を求めるものである。

2 意見の趣旨2について

(1)投資取引の中で被害が多いのは、国内商品先物取引、海外商品先物取引、外国為替証拠金取引、海外商品先物オプション取引などである。

これらの被害は、電話や訪問による勧誘がその発端となっており、国民生活センターも、理解の不十分な消費者は手を出さないよう警告を発している。

今年1月に全国各地の単位弁護士会を中心に実施された「全国一斉先物取引・外国為替証拠金取引被害110番」でも、多くの被害・苦情の電話があり、商品先物取引、外国為替証拠金取引に関する被害は依然として減少していないことが判明している。

とりわけ商品先物取引については、国民生活センターの年間苦情件数が2002年度には7000件を超える、10年前の件数の4倍にも達するなど被害の増加が懸念される中で、2005年5月に改正商品取引所法が施行され、勧誘受諾確認義務が課されるなど勧誘規制が強化されたが、上記110番の苦情内容を見る限り、改正商品取引所法施行後の事案においても、「しつこい勧誘を受け、断っても勧誘が続き、取引を行うことになって被害を受けた」との苦情が数多く存在した。

(2)投資による損失を巡るトラブルの多くは、不招請勧誘に端を発しているのであり、不招請勧誘禁止は、すべての金融商品について原則として禁止することが必要である。

このような不招請勧誘に対する厳しい姿勢は世界的な流れとなっているのである。EU諸国においては、2003年7月にいわゆる「通信に関する指令」の合意がなされ、同年10月末より、消費者の事前の同意がない場合に、ダイレクトマーケティングの目的で、自動架電装置によって電話をすること、FAX・電子メールを送信することを全面的に禁止するという「オプト・イン規制」（事前に同意なき限り勧誘してはならないとの規制）が

実施されている。 アメリカでも、電話勧誘について、2003年10月1日以降は、「Do-Not-Call」というリストに登録し電話勧誘拒否の意思を表明した人に対しては、電話勧誘を行ってはならないとする制度が採用され、同年10月末の時点で、全米の総世帯数約1億2000万世帯の半数に迫る約5000万件の登録がなされている。 イギリス、ドイツでは、不招請のFAXは「受信者の用紙と電力の窃取」と解釈されており、事前の同意がない限りFAXで勧誘を行うことを禁止している。

これに対し、わが国の不招請勧誘規制は立ち後れていると言わざるを得ない。今日までに実現した不招請勧誘を内容とする立法は、外国為替証拠金取引被害を規制するために2005年7月1日に施行された金融先物取引法だけである。

(3)ところが、金融商品取引法（いわゆる投資サービス法）案においては、電話・訪問による不招請勧誘（取引を希望していない消費者に対する勧誘）を禁止する規定を置いているものの、その対象について、「当該金融商品取引契約の内容その他の事項を勘案し、投資者の保護を図ることが特に必要なものとして政令で定めるものに限る」と限定している（金融商品取引法（いわゆる投資サービス法）案第38条3号）。また、幅広い金融商品に関する横断的な制度の整備を図るとして、不当勧誘に関する被害が多い商品先物取引を規制している商品取引所法についても改正案が出されているが、不招請勧誘禁止の規定は追加されていない（商品取引所改正案214条）。

(4)以上の点から、意見の趣旨2のとおりの修正を求めるものである。

3 意見の趣旨3について

(1)金融商品取引法（いわゆる投資サービス法）案においては、適合性原則が規定され、適合性判断の一要素として投資目的を含めた（金融商品取引法（いわゆる投資サービス法）案第40条第1号）ことは相当であるが、これに関する民事効果の規定は見送られている。

(2)適合性原則は、投資者保護の観点からはもちろんのこと、投資市場における不適格な投資者を排除して投資市場の公正を図るという側面もあるのである。その適合性原則は、多くの行為規制の中で、とりわけその遵守が厳格に図られなければならないのであって、そこには十分な実効性が担保されていなければならないのである。

そのような観点からすると、適合性原則に違反した場合については、損害賠償義務・取消権・無効などの民事効果を伴わせる規定を設けることによって、その実効性を担保しなければならないのである。

(3)以上の点から、意見の趣旨3のとおりの修正を求めるものである。

4 意見の趣旨4について

(1)金融商品取引法（いわゆる投資サービス法）案においては、いわゆるプロ・アマの区分を設け、プロを「特定投資家」とし、契約締結前の書面交付義務ほかの投資家保護規定の適用を除外しているが、他方で「特定投資家でない法人又はその知識、経験及び財産の状況に照らして特定投資家として取り扱うよう申し出ることができる」（金融商品取引法（いわゆる投資サービス法）案第34条の3、第34条の4）として、一般投資家のアマからプロへの移行を許容している。

(2)金融審議会において議論されたいわゆるプロ・アマ区分の趣旨は、「アマには適正な投資家保護を確保する一方で、プロについては、行政規制ではなく市場規律に委ねることにより、過剰規制による規制による取引コストを削減すること」（金融審議会金融分科会における

る2005年12月22日付け最終報告17から18頁)というところにあり、一般投資家保護の観点から、その区分の仕方を考える必要がある。

しかし、一般投資家の保護の観点から考えでみると、仮に一般投資家であるアマに安易にプロへの移行を認めることになると、説明等を受けずに従来とは異なる類型(リスク)の投資に引きずり込まれて不測の損害を被ることが十分に予想されるところであって、アマからプロへの移行は断じて認めるべきではない。プロは、機関投資家に限定されるべきである。

(3)以上の点から、意見の趣旨4のとおりの修正を求めるものである。

5 意見の趣旨5について

(1)金融商品取引法(いわゆる投資サービス法)案においては、従来の証券取引法にあった損失補填の禁止の規定をそのまま置き(金融商品取引法(いわゆる投資サービス法)案第39条)幅広い金融商品に関する横断的な制度の整備を図るとして、商品取引所法についても損失補填の禁止を新たに追加している(商品取引所法改正案第214条の2)。

(2)しかし、損失補填の禁止の規定は、従来から、被害に遭った投資家が被害回復を求めて損害賠償を求めたときに、業者から示談解決拒否の口実に使われるという弊害が顕著であった。とりわけ商品先物取引については、以下の理由から、損失補填禁止の規定を新たに置くべきではない。

ア 商品先物取引については、2(1)で指摘したように、最近約10年のうちにその被害が急増し、2005年5月の改正商品取引所法施行後も依然として被害は減っていない。

そのような中で、損失補填禁止の規定を置くことになれば、商品取引員の違法行為により損害を被った被害者がその損害の賠償を求める際、商品取引員側からその規定の存在をもって、損害賠償の示談解決拒否の口実に使われる恐れが極めて高いのである。そうなれば、多くの商品先物取引被害者への被害の回復をいたずらに遅延させるだけである。

イ また、商品先物取引については、昨年、大手であった商品取引員が監督官庁に申告せずに紛争を解決する原資を工面するためにいわゆるダミー口座を開設するなどした事例が明らかになっており、刑事裁判で有罪判決を受けるに及んでいる。このような状況の下で、商品先物取引について損失補填禁止を法定すれば、かえって商品取引員の紛争対応をより一層不明朗なものとする恐れが大きいのである。そして、そうなれば、法が監督官庁に期待する権限を発動するに足りる適正な被害情報の収集管理を阻害することにもなりかねないのである。

(3)以上の点から、意見の趣旨5のとおりの修正を求めるものである。

改正商品取引所法第214条の2（損失補てん等の禁止）の省令に関する意見書

2007年2月16日
日本弁護士連合会

第1 はじめに

2006年6月7日、「証券取引法等の一部を改正する法律」「証券取引法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」が可決成立し、同年6月14日に公布された。同法により、証券取引法は「金融商品取引法」に改正され、商品取引所法を含む関連法令が改正された。

「金融商品取引法」では、証券取引法で定められていた「損失補てん禁止」の規定が引き継がれるとともに、金融商品取引法と横並びの規制を行うとの趣旨から、商品取引所法にも新たに「損失補てん禁止」の規定が設けられた。

当連合会は、商品取引所法に「損失補てん禁止」の規定を設けることは、業者側の示談解決拒否の口実に使われる弊害が顕著であり、トラブルが多発し続け被害救済が求められている商品先物取引の分野には、「損失補てんの禁止」の規定を設けるべきではないとの意見を述べてきた（2006年3月24日付「証券取引法の一部を改正する法律案（金融商品取引法（いわゆる投資サービス法）案）の修正を求める意見書」）。

上記のとおり、改正商品取引所法には「損失補てん禁止」の規定が設けられ、その適用範囲については「主務省令」に委ねられたため、現在、主務官庁においてその内容が検討されているところ、「損失補てん禁止」の範囲に関する「主務省令」を定めるにあたっては、なお当連合会が指摘した弊害が生じることのないよう配慮した規律を設けるべきである。

以下意見を述べる。

第2 意見の趣旨

商品取引所法第214条の2第1項（損失補てん等の禁止）の適用除外を定める同条第3項について、同項の適用範囲に関する「当該商品取引員があらかじめ主務大臣の確認を受けている場合その他主務省令で定める場合に限る」（同項但書）との規定における「その他主務省令に定める場合」は、証券取引法第42条の2第3項に規定する例外として内閣府令（証券会社の行為規制等に関する内閣府令第6条）で定められた、確定判決、裁

判上の和解等のほかに、以下を加えたものにすべきである。

- (1) 顧客の代理人として弁護士がその名義で商品取引員との間で和解契約書を作成する場合
- (2) 弁護士会の仲裁センター等の弁護士会が設置する紛争解決機関においてなされる仲裁手続きによる仲裁判断がなされた場合及び和解あっせん手続による和解成立の場合
- (3) 訴え提起前の和解（民事訴訟法第275条による即決和解）

第3 意見の理由

1 金融商品取引法は、証券取引法の規定（証券取引法第42条の2）と同様に、損失補てんの禁止規定をおいた（金融商品取引法第39条）。ところがその際、金融商品取引法と横並びの規制を行うとの理由で、改正商品取引所法においても新たに損失補てんの禁止の規定が追加された（改正商品取引所法第214条の2）。

ところで証券取引法においては、損失補てん禁止を適用しない場合（証券取引法第42条の2第3項）を「当該証券会社があらかじめ内閣総理大臣の確認を受けている場合、その他内閣府令で定める場合」（事故確認制度）と規定しており、内閣府令においては損失補てん禁止を適用しない場合（証券会社の行為規制等に関する内閣府令第6条）を確定判決

裁判上の和解（即決和解を除く。）

民事調停法上の調停成立の場合

証券業協会のあっせんによる和解の場合

補てんが10万円以下の事故の場合

記録上過失等により顧客に損失を及ぼしたことが明らかな場合と規定している。

そこで、金融商品取引法第39条第3項の適用除外の範囲についての「内閣府令に定める場合」についても、同様の規定がおかれることが想定される。さらに、金融商品取引法と横並びの規制とするとの理由からすると、改正商品取引所法第214条の2第3項の適用除外の範囲に関する「その他主務省令で定める場合」についても、同様の規定がおかれることが予想される。

しかし、このように改正商品取引所法第214条の2の損失補てんの禁止規定について、現行証券取引法第42条の2と同様の規律が行われる場

合には、違法な勧誘・取引を行った商品取引員が、損失補てんの禁止規定を口実として、被害者の損害賠償請求に対して、示談解決を拒否することが強く懸念され、最近10年間にその被害が急増している商品先物取引事件の被害救済に重大な支障となりかねない。

当連合会は、商品取引所法に損失補てんの禁止の規定を設けることには強く反対してきたが（当連合会の2006年3月24日付「証券取引法の一部を改正する法律案（金融商品取引法（いわゆる投資サービス法）案）の修正を求める意見書」）今般商品取引所法に損失補てん禁止規定をおく旨の改正法が成立したことから、改正商品取引所法第214条の2を前提として、上記の弊害を実質的にのぞく観点から、損失補てん禁止の適用除外を定める「主務省令」について意見を述べるものである。

すなわち、改正商品取引所法第214条の2第3項の損失補てん禁止の適用除外を定める「主務省令」については、証券取引法に関して定められている上記 ないし に相当する事由に加えて、

- (1) 顧客の代理人として弁護士がその名義で商品取引員との間で和解契約書を作成する場合
- (2) 弁護士会の仲裁センター等の弁護士会が設置する紛争解決機関においてなされる仲裁手続きによる仲裁判断がなされた場合及び和解あっせん手続による和解成立の場合
- (3) 訴え提起前の和解（民事訴訟法第275条による即決和解）を定めるべきである。

2 この問題は、証券取引における損失補てん禁止の制度との比較において考えるべきである。証券取引法における損失補てん禁止の規定は、1991年の証券不祥事の際、本来、自己責任であるべき証券取引において、損失を出した大企業等に対して、大手の証券会社を中心に損失補てんが行われていた実態が明らかとなり（しかも、当時、多くの証券会社が損失補てんを行い、また、多くの企業等が補てんを受けていた。）社会問題化したことから、1991年の証券取引法改正により導入された。

証券取引法では、1991年改正以前においても事前の「損失保証約束」は禁止されていたが、上記のとおり、損が出た後の合意により、業者が顧客である大企業などに対して、将来の取引維持・拡大のために損失を補てんするという行為が横行する事態が存したことから、事後的な損失補てん禁止の規定が置かれたものである。

このような証券取引におけるかつての実情に比して、商品先物取引にお

いては、上記のような事後的な損失補てんが行われた事例は特に報告されたことはなく、事後的な損失補てん禁止について、現行証券取引法と同レベルの厳格な規制を必要とする社会的背景は存しない。

なお、改正前の商品取引所法においても、事前の「損失負担約束」は禁止されている（現行商品取引所法第214条2号）。

3 他方、損失補てん禁止を導入することの弊害は決して無視することができない。

証券取引法に損失補てん禁止規定がおかれたのち、証券会社外務員の違法行為により損害を被った顧客からの損害賠償請求に対して、多くの証券会社が、損失補てん禁止規定を口実に、示談解決を拒否するようになり、事実上、証券事件においてそれまで行われていた示談解決を図ることが極めて困難となり、被害救済に重大な支障となった。

もとより、自己責任を負うべき企業等に対する損失補てんと、違法行為による損害賠償は性質を全く異にするものであるが、両者の区別が困難であるなどとして、示談解決拒否の理由として用いられたのである。

被害の急増している商品先物取引において、上記のような事態が生じれば、多くの商品先物被害事件の被害の救済に、重大な支障となる。この点の懸念は、金融商品取引法に関する国会審議の中でも指摘されていたところである。多発する商品先物取引被害の実情に鑑みれば、現在行われている被害救済、とりわけ弁護士による裁判外による示談解決を後退させることがあつてはならない。

こうした観点から、証券取引法上の規律をそのまま導入することは「被害者救済に支障を来す」弊害が大きく、不相当である。商品取引員が損失補てん禁止規定を口実として示談解決を拒否する事態を招くことのないよう、損失補てん禁止規定の適用除外の範囲を画することが必要である。

4 また、今回の法改正で損失補てん禁止の制度が導入される銀行法、保険業法、不動産特定共同事業法等の規定には、損失補てん禁止の適用除外を事故確認を受ける場合等に限定する金融商品取引法第39条第3項但書の規定が準用されていない。商品先物取引の分野においても、損失補てんが横行するという社会的背景は存しないのであるから、商品先物取引における損失補てん禁止の適用除外の規律も、銀行法や保険業法等に整合させるべきである。

5 上記の観点から、商品先物取引においては、現在行われている弁護士による示談解決を後退させないため、損失補てん禁止の適用除外事由として、

端的に、「(1) 顧客の代理人として弁護士がその名義で商品取引員との間で和解契約書を作成する場合」を主務省令として規定すべきである。

また、証券取引法の適用除外事由にならって、日本商品先物取引協会のあっせんによる和解が適用除外事由として規定されることが想定されるが、各地の弁護士会の仲裁センターは、法律専門家により運用される公共的な性格を有する紛争解決機関であるから、日本商品先物取引協会のあっせんによる和解等に並べて、「(2) 弁護士会の仲裁センター等の弁護士会が設置する紛争解決機関においてなされる仲裁手続きによる仲裁判断がなされた場合及び和解あっせん手続きによる和解成立の場合」を損失補てん禁止の適用除外事由として定めるべきである。

さらに、即決和解が公的機関である裁判所が関与して行われる解決であることに鑑みて、「(3) 訴え提起前の和解（民事訴訟法第 275 条による即決和解）」を、裁判上の和解、民事調停に準ずるものとして、損失補てん禁止の適用除外事由として定めるべきである。

以上