

# 先物取引に対する刑事規制の限界

——先物新時代の消費者保護と商品取引所法の改正にむけて——

長  
井  
圓

## 目次

はじめに

- 一 先物新時代における消費者保護
  - 1 消費者被害の構造と原因
  - 2 「先物新時代」への対応
- 二 消費者被害と刑事規制の現状
  - 1 先物取引における被害の実態
  - 2 先物取引への刑事規制の実態
  - 3 行政刑法による消費者の保護
- 三 先物取引に対する法規制
  - 1 先物取引への刑事規制の比較
  - 2 先物取引への開業規制の沿革
- 四 海外先物取引規制法の立法過程
- 五 先物取引への刑事規制の展望  
むすびに

## はじめに

平成元年は、「先物新時代」ともよばれ、我国の経済力（外貨黒字）を背景に国際的な先物取引の市場形成が目指されている。金融先物取引法の施行に伴って、大手の銀行・証券会社および商社に活発な動きがみられ、先物取引は機関投資家のみならず一般投資家にも飛躍的に拡大する傾向を示し、この新時代の潮流に一般消費者も巻き込まれかねない。ところが、既に昭和五四年秋頃から海外商品取引による消費者被害が顕在化し始め、ようやく昭和五七年七月には「海外商品市場における先物取引の受託等に関する法律」（以下では「海外先物取引規制法」という。）が制定され、翌年一月には施行された。しかし、先物取引による全国に及ぶ消費者被害は、今日に至っても鎮静化してはいない。最近でも、被害総額六億八千万円・被害者数一七五人といわれる事件あるいは被害総額一八億円・被害者数九〇〇人に達するとみられる事件が詐欺罪として摘発された、と報道されている（朝日新聞一九八九年一月一〇日夕刊、日本経済新聞一九八九年五月三〇日朝刊）。

「先物新時代」に即応しうる法規制が行われない限り、先物取引による消費者被害を防止することはできない。その法規制の重点が民事救済、行政規制およびその罰則担保にあるとしても、意図的に法規制を潜脱して財産利得を達成しようとする悪質業者に対しては刑法の適用も必要である。たとえば、「先物取引の投機性」に由来する「一般消費者に対する財産危殆犯」という視点で賭博罪の適用、さらに委託者の財産損害を「企業（業者）ぐるみで組織的に企画する不法手段」に着目して詐欺罪の適用が考えられよう。しかし、両罪の適用には法的な限界があり、その捜査・立証には長大な時間と多大の負担を市民と国家に要する。先物取引においても取引での実質的対等性を消費者に確保するための法規制の拡充こそが、消費者被害の未然防止に効果的であろう。これが「先物新時代」の法的課題なので

ある。

通商産業省は、商品先物取引の規制を大幅に緩和するため、商品取引所法を約四〇年ぶりに抜本改正する方針である（日本経済新聞一九八九年三月二四日夕刊）。そこで、海外悪徳業者の根絶のために、今回の改正では海外先物取引規制法を取り込む形で進む方向が望まれる、との意見もある（鍋島高明「中外時評」日本経済新聞一九八九年五月七日期刊）。かかる視点で、先物取引に対する刑事規制のあり方を検討することにする。

## 一 先物新時代における消費者保護

### 1 消費者被害の構造と原因

日本の土地価格は、今やアメリカ全土の一・六倍で五八〇兆円であり、東京証券取引所に上場の株式時価総額四〇〇兆円もニューヨーク株式市場のそれを抜き、日本は世界最大の純債権国である。しかし、日本は貧しい状態から出発したために、社会経済の体制がすべて「豊かになる」ためのものになっていて「豊かになった」システムを全く持っていない、と指摘されている。<sup>(1)</sup> 我国の「豊かさ」の内実が問われ、そのシステムの貧困さを露呈しているのが、「消費者被害」の現象であるといえる。

訪問・通信・マルチなどの特殊販売とクレジット信用を基礎に展開される現物まがい・靈感・原野商法・ネズミ講等々は、いずれも消費者の弱さと無知につけこんだ詐欺的悪質商法である点で共通する。先物取引は資本主義の最先端を行く投機的取引であるため、その被害額が格段と高い点を除けば、その財産損害の仕組みは詐欺的商法によるものと異なる点はない。主婦を中心に拡散する傾向を示す被害者は、電話や訪問で勧誘され、株式取引に類似の有利な

利殖方法であると欺されて、委託証拠金に数十倍の取引に参入させられて金銭を巻き上げられる。その背景には、就業定年の頭打ち・公的年金額の不足・地価高騰による住宅取得の困難・高学歴化による教育費の増大に対して核家族化の中で平均寿命の延びた人生を維持できる資金の余裕を求めるが、情報化社会の氾濫した情報の中で適確な知識を得ることができず、急速に変動する社会構造に不安を覚える消費者の状況がある。ここでは、家庭も休息の場ではなく絶えず取引の波風にさらされている<sup>(2)</sup>。したがって、被害の原因は、大衆の無知や欲望ではなく、その背後にある社会の構造、そして具体的には取引時の消費者には当事者としての対等性が欠けている点に、求められるべきである<sup>(3)</sup>。

## 2 「先物新時代」への対応

石油輸出国機構(OPEC)の地位低下により、ニューヨーク・マーカンタイル取引所(NYMEX)の先物取引が世界の原油価格をリードするまでに成長したが、平成元年の二月二日には、アジアで初めて石油の先物取引がシンガポール国際金融取引所(SIMEX)で開始された<sup>(4)</sup>。そして来る六月には、金利・通貨の先物取引を扱う東京金融先物取引所が開設されるが、これに対応する活発な動きが銀行にみられる一方、大蔵省は株式先物取引を育成するために証券会社への規制を一部緩和する、と報じられている<sup>(5)</sup>。既に昭和六〇年代に入って金融の自由化・国際化を背景にして、国債・米財務省証券、ドル・円などの通貨、株価指数を対象とする金融先物時代が到来したといわれ、証券取引法に基づいて国債の債券先物および株式先物五〇が各々東京・大阪両証券取引所で扱われていた。昭和六二年十一月の金融制度調査会と外国為替等審議会の合同報告書は、金融先物取引を統一的に規制する新立法を制定すべきとされていたが、同年五月の証券取引審議会は現行証券取引法を改正するというもので、この両案に銀行と証券会社の領域問題が反映<sup>(6)</sup>されていた。結局、この対立を調整する形で、昭和六三年五月には証券取引法の一部を改正する法律(昭和六三年法律

第七五号) および金融先物取引法(昭和六三年法律第七七号)が成立し、先物取引についても農作物は農林水産省、鉱工業製品は通産省、証券・金融は大蔵省という行政・業界の立割りが維持された。しかし、金融・証券界の急接近により国際化の遅れていた商品先物市場も今や変革を迫られている。大手の証券会社・銀行・商社による先物会社の設立・資本参加・業務提携等の動きが活発化しており、証券業界では普及していた在宅取引いわゆるホームトレードが、我国での投資家の成熟度からみて十年早いとの批判をよそに、新たな顧客の開拓と情報サービスの充実を狙って商品先物業界でも導入され始めた。<sup>(8)</sup> このような大手資本の参入と新情報技術の導入によって先物取引の市場規模は急速に拡大されようとしている。それは、一面では良貨が悪貨を駆逐する作用をもつが、他面では良貨に紛れて悪貨がはびこる要因ともなる。

昭和六一年一月の通産省による「商品等の取引問題研究会報告」には、その要旨として「激動する国際政治、経済情勢の下で一次産品価格のみならず、為替・金利の変動によるリスクが増大し、リスクヘッジの場としての先物市場の役割が世界的に見直されている中において、今後の商品先物取引行政は、商品先物市場をより一層拡大させ、我が国において国際的な商品先物市場を形成することを目指すべきである。」<sup>(9)</sup> とすると同時に、「リスクヘッジを成立させるために経済的機能として必要不可欠な投機を中心とする様々な市場参加動機を持つ委託者層が幅広く参入することが必要である」、「勿論、商品先物取引についての十分な知識を持って市場参加することを求めることが必要であるが、当業者のためのリスクヘッジの場、公正な価格形成の場、という経済的機能を基本としつつも、商品先物市場に証券市場と同様の資産運用の場としての位置付けも与えた上で、健全な委託者層の拡大が行われるよう制度の改善を含め積極的な対応を図ることが求められる。この際、委託者の保護を図るための措置が十分講じられる必要がある」とはいうまでもない。<sup>(10)</sup> と述べられている。

すなわち、国際的な先物市場を積極的に育成するためにも、先物取引につき「充分な知識」と「余裕のある資力」をもつ「健全な委託者層の拡大」が不可欠なのである。その知識と資力に乏しい委託者を当業者のみのリスクヘッジの犠牲にする取引は、先物市場の自殺行為でしかなく、委託者の利益を基礎にしてこそ需給を反映した公正な価格が形成され、それが一般消費者の利益にもつながるのである。したがって、長期的にみれば「委託者の保護を図るための措置」の拡充なしには、健全な先物市場の拡大もありえない。先物事犯の多発による巨額の消費者被害を抑止しない限り、先物取引全体に対する社会的信用も確立されない。右報告に提言されている具体的な方策を実現することが、「先物新時代」にとっての最大の課題であろう。取引の適正化と業界の体質強化により先物取引による消費者被害は鎮静化されるのである。

(1) 堺屋太一「究極の知価革命・楽しみ倍増論」潮一九八七年八月号一〇〇頁・一〇三頁。

(2) 訪問販売等に関する法律も、訪問販売において業者の氏名等の明示や書面交付を義務づけるのみで、訪問自体を禁止してはいない。そして、先物取引は同法の指定対象になっていない。しかし、この種の取引による消費者被害を防止し、住居における市民の平穏な生活・プライバシーを商業主義による侵害から保護するためには、居住者の事前の申出なき販売・勧誘目的の電話・訪問を原則的に禁止することが必要であろう。例えば、神奈川県民部消費生活課による「訪問販売等の特殊販売に係る実態調査」(昭和六三年三月)によると、調査の対象となった消費者の二二・六%(ただし、改善されれば利用したい者を含む。)に今後の利用意向があり、それは「家にいながら商品の購入ができる」等の利便性を理由とするにすぎない(同調査一九頁参照)。このような利便性は、電話・訪問の禁止に反対する根拠とはならない。消費者が必要な時に訪問販売業者を呼び寄せることを禁止するものではないからである。居住者の同意なき訪問は住居侵入罪で刑法上は禁止されているが、現実はその刑罰を適用することは過剰規制であろうし、過剰規制を避けようとするれば現実の抑止力も失われる。したがって、勧誘・訪問の禁止違反には、民事法上の相対的無効や住居侵入罪より軽い法定刑が相当であろう。訪問販売一般はともかくとしても、投機性の強い先物取引では、その知識と財力に乏しい消費者には取引適格が欠けているのであるから、電話・訪問による勧誘を罰則担保で禁止すべきである。なお、国民生活センター・海外商品先物取引(消費者ブックレットNo.1・昭62)二八頁によると、先物取引に至る状況について、業者側からの働きかけなしに顧客のほうから業者に接近していったケースは、国民生活センターが受けた相談例中には二〜三件しかなく、海外商品先物

取引や国内私設市場の取引では例外なく業者からの電話・訪問により先物取引に至っている、と指摘されている。因みに、現行の法規制では、昭和四十七年四月五日の農林省・通産省の行政通達（四七・一八）により、新規委託者の開拓を目的として、面識のない不特定多数に対して無差別に電話による勧誘を行うこと、をやめるよう指導されているにすぎない。名古屋先物取引被害研究会・先物取引被害の救済（一）——違法性について——（昭60）二二六頁参照。

(3) 竹内昭夫・ジュリスト六四五号三頁は、人間の弱みにつけこむような悪質な行為をさせないことが国の任務の一つである、とする。消費者保護の理念については、日本弁護士連合会・先物取引被害救済の手引（三訂版・昭63）一〇頁参照。また、国民生活センター・前掲注（2）二七頁には、「欲をかくから、被害にあうのだ」とするには、悪質業者の手口は巧妙に過ぎる、とある。さらに、長井圓「消費者取引に対する刑事規制の限界」神奈川大学法学研究所研究年報八号（昭62）一五四頁参照。

(4) 日本経済新聞一九八九年二月二日号朝刊参照。

(5) 日本経済新聞一九八九年二月二日号朝刊参照。

(6) 日本経済新聞一九八七年一月二七日号朝刊参照。

(7) 欧州共同体（EC）は、一九九二年の市場統合を機に、各国銀行も証券業務をできるユニバーサル・バンキング制度を採用しようとしている。米国も、証券会社以外が証券業務を営むことを禁止するグラス・ステイガル法を見直す一方で、銀行の持ち株会社による社債引受を認可する方向に進んでいる。我国では、銀行と証券会社とで長短金融の分離を行ない、証券取引法六五条は銀行が証券業務を営むことを禁止してきた。しかし、欧米の動きに対応して、先物取引の領域のみではなく金融制度の業務分野全体について改革の動きがある。大蔵大臣の諮問機関である金融制度調査会は先に金融制度第二委員会を開いて、銀行・証券会社の業務分野を見直す制度改革につき、銀行・信託・証券等の業務を一括して営むことができる投資銀行構想等の五つの具体案を示したが、これに対する証券界の反発は強いとされている。この対立につき、一九八九年三月二〇日の日本経済新聞および翌日の朝日新聞の社説は、「誰のための金融改革か」と題して、高収益を謳歌している銀行・証券会社の寡占体質に基づく「強者の論理」を批判し、「公平の原則」の視点に立って国民の家計や企業の資産運用の要望に応える制度への改革が必要である、と論じている。同様の視点は先物取引の制度改革についても不可欠である。

(8) 例えば、大和証券がダイワ貴金属を設立、野村証券系の日本合同ファイナンスが第一商品を店頭公開支援、日本長期信用銀行が東京ゼネラルへ資本参加する一方、三井物産は先物受託業務を目的とした子会社・三井物産フューチャーズを設立、日商岩井は大手商品取引員の北辰商品と業務提携、住友商事および三菱商事は東京工業品取引所の貴金属先物取引員資格を取得した。このような動きが、日本経済新聞一九八九年一月一七日号朝刊二二頁に報じられている。

(9) 日本経済新聞一九八九年三月一九日号朝刊参照。

## 二 消費者被害と刑事規制の現状

### 1 先物取引における被害の実態

(1) 昭和六〇年代以降の犯罪現象を「犯罪のガリヴァー化」という指標で位置づける見解がある。従来の犯罪では加害者と被害者とが等身大の関係で干渉したのに対して、急速な技術革新の到来した社会では加害者の巨大化に比して被害者の倭小化が見られる。従来のように「しなやかな運用の妙」で刑事規制の実効性をはかるのではならず、今や必要なのは「新たな立法の努力である」<sup>(11)</sup>と指摘されている。

このような視座と展望は、消費者被害への刑事法の対応の在り方にも妥当する。新たな立法への動きは、昭和六二年の刑法一部改正でコンピュータ犯罪への規制に見られたが、その保護の重点は直接には企業側の利益にあるように思われる。しかし、現代の不透明な情報化社会では、新たな特殊販売が急増し投機的取引が大衆化しているが、その取引の仕組や条件に無知な消費者が契約に引きずり込まれて財産損害を受けるといふ事態が多発しており、先物取引による被害もその一例でしかない。最終的には個人が被害者である点では伝統的な財産犯での被害と差異がないように見えるが、マクロ的に見ると、昨今の悪質商法による財産侵害は、経済や取引の構造に由来するもので、不特定多数の消費者に向けられた「公共的財産危険犯」といふべき特質をもつ<sup>(12)</sup>。「犯罪のガリヴァー化」は、先物取引による被害において著しい。それゆえ、このような罪質に適合する新たな刑事規制を摸索するために、まず被害の実態を見ていく必要がある。



(2) 通産者の資料<sup>(13)</sup>によると、国内私設先物取引の被害実態は、昭和五六年九月政令指定された金については、昭和五四年四月～五六年八月の全相談件数九五三件の約七割、昭和五六年九月～五七年八月の全相談件数一一四六件のうち六四八件であり、昭和五八年一〇月政令指定されたプラチナについては、昭和五七年一月～五九年三月の全相談件数六八四件・支払総額約一七億八千万円、政令指定されていないパラジウムについては、昭和五八年一〇月～六二年一二月で全相談件数六九八件・支払総額一六億七千万円を超えている。また、海外商品先物取引の被害実態は、通産省・農水省に苦情相談のあったものが、昭和五九年度の相談件数二千七九〇件・支払額約六六億円を最高に、昭和五五年八月～六二年一二月で全相談件数一万一千六三三件・支払総額約三二億二千万円<sup>(14)</sup>、都道府県等へ相談のあったものが、昭和六一年度の相談件数千二六件・支払額約二〇億一千五〇〇万円を最高に、昭和五八年四月～六二年一二月で全相談件数三千三七二件・支払総額約六二億八千万円に達している。注日に値することに、海外先物取引規制法が昭和五八年に施行された後にも被害は増大傾向を失わず、昭和六二年度に至って初めて明らかな減少に転じたが、なお被害の数量は高く決して鎮静したわけではない。

他方、先物取引全般について国民生活センターが受け付けた相談件数は、昭和六一年度の九一二件を最高に、昭和五七年四月～昭和六二年八月で総計二千五七九件となっている<sup>(15)</sup>。しかし、昭和六一年一二月一日～六日の五日間に開設した「抵当証券・先物取引等消費者一一〇番」<sup>(16)</sup>だけでも、先物取引につき二九九件（海外先物一九二件・国内公設七八件・国内私設二二件・不明七件）の苦情相談等があり、その支払総額は約一五億五千万円で一人当たり約五一七万円の財産損失になる。相談の申出なき被害の暗数は膨大であろう。

(11) 松尾浩也「刑事法の課題と展望」ジュリスト八五二二号（昭61）一一頁。

(12) 芝原邦爾「現代社会と刑法」ジュリスト八五二二号一三頁・一八頁参照。芝原教授は「市民の生活利益の保護という刑法の目的自体に変化が

ないとしても、その保護の在り方については従来の保護の仕方を超えた方策の必要が一層増大してきた。」と論じている。

(13) 本文の資料は、日本弁護士連合会・先物取引被害救済の手引(三訂版・昭63)五頁～九頁に引用された別表に依拠している。

(14) なお、国民生活センター・海外商品先物取引(昭62)一二頁に引用された通産省商務室資料によると、同じ苦情相談の実態について、昭和五九年度の相談件数三千四七〇件・支払額約七億三千五〇〇万円を最高に、昭和五五年三月～六二年三月で全相談件数一万三千八三六件・支払総額約三億三千二〇〇万円となっている。

(15) 国民生活センター・前掲注(14)一三頁に引用の資料「国民生活センター相談・危害情報部調査」参照。

(16) 国民生活センター・担当証券・先物取引等消費者一一〇番実施報告書(昭62)一頁以下参照。

## 2 先物取引への刑事規制の実態

(1) 警察は、昭和五四年～五七年三月の間に、金の私設先物市場を中心に一六都道府県で二四業者、昭和五七年四月～六〇年一二月の間に、海外先物業者を中心に一〇都道府県で一〇業者を摘発してきた<sup>(17)</sup>。特に取締りが強化され目覚ましい成果を上げたのが、昭和六一年一月に警察庁に生活経済課が設置された以降である。

警察庁の「生活経済犯罪白書」によると、昭和六二年に生活経済事犯で検挙された件数四六五件・被害者数約二〇万九千五〇〇人・被害総額約七六六億円であるが、そのうち商品先物事犯が検挙件数三二(二九)件・逮捕者数五〇(四八)人・被害者数約一万二千二〇〇(二万千)人・被害額約二七〇(二六五)億円であるとされている(括弧内の数字は海外先物事犯によるものを示す)。すなわち、先物事犯は、検挙件数では生活経済事犯全体の約六・七%を占めるにすぎないが、その被害総額の三五%を超えており、その大部分が取引を仮装した詐欺事件として摘発されている<sup>(18)</sup>。

昭和六三年(一月～二月)では、先物事犯の検挙件数一九(二六)件・被害者数約八(七)千人・被害額一九〇、(一七四)億円であるとされており、各々前年より相当に減少した数量を示している<sup>(19)</sup>。

(2) 以下では、先物事犯の特色とこれに対する刑事規制の問題点について付言する。

(ア) 先物取引に無知な被害者が多く、その被害額も高い。被害者のうち、先物取引の知識があつた者は極めて僅少であり、大多数の者は全く知識・経験を欠いている。昭和六二年では、被害者全体の八割近くを女性が占め、年齢別では五〇～七〇歳代が半数近くに上るが、二〇～三〇歳代も全体の四割弱に達している。一人当りの平均被害額は、三八四万円という高額である。<sup>(20)</sup>

先物取引に関する基礎的知識や取引能力を欠く消費者を保護する規定を充実させる必要がある。海外先物取引規制法の四条には、契約締結前に業者が一定の書面を顧客に交付すべき義務の規定があり、省令二条二項は同書面に「先物取引には危険が伴う旨」の赤字・赤字記載を義務づけている。しかし、この危険開示義務が遵守されても被害防止に効果がないのであれば、同法一〇条の不当勧誘等の禁止規定を拡充する必要があるが、同条一〇号の省令も定められていない。これに対して、商品取引所法九六条は取引受託につき取引所の定める受託契約準則によるべきことを義務づけている。同準則一七条には不当勧誘等の禁止規定があり、<sup>(21)</sup>それを取引所定款で<sup>(22)</sup>拡充し、さらに商品取引員の受託業務に関する取引所指示事項で補充している。同指示事項には、無差別電話・不資格者・見込客の訪問・投機性を錯覚させる等の勧誘が禁止されているが、その実効性にも問題がある。<sup>(23)(24)</sup>

(イ) 被害の集約的拡散化の傾向がある。昭和六三年の検挙件数と被害額は、前年と較べると減少しており、それは警察の取締強化の効果とみることもできる。しかし、減少しても被害は決して少なくなき、被害が鎮静化したとはいえず、取締の強化で犯行と被害が潜伏化したのかもしれない。少なくとも、一件当りの被害額は、前年比一・三億円増で約一〇億円に達し、被害の集約化を示している。他方、被害者層は拡散化の傾向を示している。前述した警察統計では女性（主婦）の被害者が多い。しかし、国民生活センターのアンケート調査では、男性五四・五％、女性四五・五％となっており、職業別で見ると、被雇用者四九％、主婦三〇・八％、無職一〇・五％、自営・自由業七％という順

になっている。<sup>(25)</sup> 社会的地位・体面などの理由で、告訴・被害届をためらっている者が多いと推測される。<sup>(26)</sup> 摘発された一業者は「ちよつと経済知識をかじっている位の方がやりやすい。自分の判断が甘かったと受けとめてくれる」と告白している。<sup>(27)</sup> 業者の電話と訪問による執拗で巧妙な勧誘で迫られると、誰でも被害者になりうるのである。<sup>(28)</sup>

そこで、新規顧客の開拓については電話・訪問による勧誘を厳格に規制する必要がある。現行の取引所指示事項のように無差別電話勧誘を禁止しても無差別でないとして脱法行為が可能なので実効性に乏しい。また、現行基準のよりに一定の不適格者のみ取引参入を排除するのではなく、新規委託者の全てが知識と能力に乏しいという推定に立つて、第三者的中立機関の審査を経て取引参入を認める手続が望ましい。<sup>(29)</sup> その審査を経た場合、法定の不適格者以外には本人の意思での取引を認めてよい。取引の危険開示に審査の意味があり、簡略な手続であるので委託者・業者とも負担は少なく、トラブル防止の効果は高い。それは生命保険契約における医師の診断のようなものである。その審査機関としては、消費者被害の防止活動の一つであるので、各地の消費生活センター等<sup>(30)</sup>を考へてもよい。

(ウ) 犯行の潜伏化・常習化および組織化の傾向が見られる。警察庁が実施した「悪質商法関係者動向調査」によると、その従事者の約九割が過去において別の悪質商法に参与した経験をもつ、と報告されている。<sup>(31)</sup> 先物事犯でも、検挙された業者の経営者・役員はほぼ例外なく国内・海外先物取引会社の経歴をもち、常習累犯化・職業犯化の傾向を示している。また、実質的経営者が登記簿に名を出さないケースや、顧客からの苦情が殺到し始めると、社名を変更したり新会社を設立して追及をかわすケースもみられたという。<sup>(32)</sup> そうすると、前歴者の「就業禁止」は実施しても抑止効果は絶大ではなく、開業規制も単なる書面審査を超える厳格な調査をしないと効果的ではない。<sup>(33)</sup> また、ここでも刑罰による再犯予防効果は乏しいといえる。

(エ) 監督官庁による業務停止処分はほとんど行われないが、警察の摘発で営業活動の停止に追い込まれるケースが

多い。昭和六二年当時、全国の海外先物取引業者二四一社中、警察への被害届・苦情があつて悪質業者として監視の対象となった一一二社の過半数が営業を停止したが、なお四九社が営業を継続している。しかし、昭和六二年に監督官庁から業務停止処分を受けたのは三社にすぎず、昭和五八年の海外先物取引規制法の施行後から通算しても合計四回六社しか同処分（処分数は七件）が発動されていない（発動された処分の業務停止の期間は、最短で二週間、最長で三カ月となつている<sup>34</sup>）。悪質業者の数および刑事摘発・起訴の件数に較べて行政処分の件数が圧倒的に少ないことは、行政規制が十分な機能を果たしていないことを推測させる。監督官庁が処分発動のための調査を遂行するに必要な人員配置をなしえないのであれば、訪問販売等に関する法律（以下では「訪問販売法」という）の昭和六三年改正で新設された二一条の二の規定のように、都道府県に権限を委任できるとすべきであろう。しかし、開業規制がなされていないと、監督官庁による業者の実態・動向の把握は消極的で後追いになり、業務停止もそれ以上の行政処分が控えていないため不法反復の抑止力が弱いのである。ともあれ、被害が多発して警察が動いてからの営業停止では、第二次被害しか防止しえないのである。

(3) 先物事犯の刑事訴追の実態と問題点について見ると、昭和六一年一月から昭和六三年三月までの海外商品先物事犯による刑事摘発件数は、搜索された三六件のうち、逮捕・送検に至ったもの二〇件、起訴に達したもの一五件となつている<sup>35</sup>。その搜索の対象となつた事件の罪名は海外先物取引規制法違反（書面交付義務違反等）が全体の八割近くを占め、起訴の罪名はすべて詐欺罪となつている。海外先物取引規制法の罰則が詐欺罪の前段階を捕捉する機能をもつので、その形式犯・危険犯から実質犯・侵害犯である詐欺罪へと迫るといふ捜査方法により、消費者の財産損害を招いた行為の実体が解明される。したがつて、同法で様々な不当勧誘等の禁止行為に罰則を担保拡大すれば、刑法の財産犯の適用も手続的には容易になる。しかし、搜索・逮捕・送検・起訴に至る捜査期間が六ヶ月を超えるものが全

体の半数以上あり、逮捕・送検されたが起訴（および不起訴処分）に至っていないものが二〇件もある。

このことから推測すると、強化された警察の捜査態勢に檢察が充分に対応しえないのではないかと思われる。昭和六一年の道路交通法の一部改正により交通反則手続で処理しうる事件の範囲が拡大された結果、全国の檢察庁の新規受理人員が昭和六二年には激減し<sup>(36)</sup>、檢察の負担も軽減された。しかし、それで生活経済事犯にふり向けることができず余力が檢察に生じたか否かが問題であろう。檢察の大幅な人員増が早急には実現しえない現状<sup>(37)</sup>においては、先物事犯を詐欺罪で立件するのが労力的に檢察の処理能力を超えるのであれば、迅速な手続を可能にする方策が必要になる。財産損害の実態に迫るには詐欺罪の適用が効果的であるとしても、組織的な詐欺を解明する立証の負担は過大である<sup>(38)</sup>。完全主義を捨てるならば、詐欺罪・背任罪の前段階・周辺をなす行為を形式犯として捕捉する構成要件を新設することが、その打解策になる。それは、実人員増が早急には実現の困難な現状において、先物事犯を詐欺罪で立件するのと同様、組織的な詐欺罪等を解明する立証の負担は過重であり、発生した被害の後追いに終わってしまうことが多いであろう。完全主義を捨てるならば、詐欺罪・背任罪の前段階または周辺をなす行為を形式犯または危険犯として捕捉する構成要件を新設・拡充し、それでもって財産侵害の実質を簡略化して処理・運用することが、刑事手続の迅速化をもたらす打解策になる。それは、実質的には犯罪と刑罰の拡大ではなく、その縮限でもあるので、犯罪者にとっても不利益ではない。その総括的かつ具体的な問題については、さらに項を改めて検討することにする。

(17) 日本弁護士連合会・前掲注(13)一三三頁資料17参照。

(18) 警察庁保安部生活経済課・昭和62年中における生活経済事犯(昭63・全六五頁)一頁?二〇頁参照。

- (19) 警察庁保安部生活経済課・昭和63年生活経済事犯の取締り(全一八頁)一頁によると、悪質商法事犯の検挙は一〇七件・被害者数約八万八千人・被害額約五六〇億円のうち、先物取引・証券・預り金・原野商法・ねずみ講という「資産形成関係事犯」の検挙件数四八件・被害者数二万五千人・被害額四二五億円であり、「無店舗販売関係事犯」のそれは各々五九件・六万三千人・一三三億円となっている。
- (20) 警察庁・前掲注(18)九頁・一九頁参照。
- (21) 「受託契約準則(東京工業品取引所)」一七条一号は「顧客に対し、先物取引の危険性を告知せずにその委託を受けること」、同二号は「顧客に対し、利益を生ずることが確実であると誤解させるべき断定的判断を提供して、その委託を勧誘すること」、さらに同三号および四号は顧客に対する損失負担・利益保証をした勧誘および特別利益の提供を禁止している。
- (22) 例えば、「定款(東京工業品取引所)」の七〇条一項は許可に係る本店、営業所以外の場所での受託業務、同七二条一号と六号は不当勧誘等を各々禁止し、同八六条一号と六号は外務行為に関する著しく不適当な行為を列挙するが、その五号には「商品取引員の受託業務に関する禁止事項として本所が指示した事項に違反すること」と定められている。
- (23) 日本弁護士連合会・前掲注(13)八四頁資料5参照。例えば「新規委託者の開拓を目的として、面識のない不特定多数者に対して無差別に電話による勧誘を行うこと」が禁止されているが、その「説明」には、「電話勧誘における問題点は、相手方の都合を考えず執ように、かつ、無差別に電話をかけることにある。本項は社会通念上相手方に迷惑となる電話(刻限、時間、頻度)を禁止したものである」とある。この説明によると、電話勧誘一般が迷惑だから禁止されているのではなく「迷惑となる電話勧誘」のみが禁止され、刻限・時間・頻度に配慮すればよいことになる。その程度は明確でないから、結局、禁止としての実効性は乏しい。なお、この問題につき前注(2)参照。
- (24) 以上の各規定とその問題点については、商品取引被害をなくす会・国際商品取引——海外商品先物取引受託法の解説と問題点(昭58)三二頁・五〇頁・五七頁・六二頁・六七頁および名古屋先物取引被害研究会・前掲注(2)一六頁と三九頁を参照。
- (25) 国民生活センター・前掲注(14)五五頁参照。
- (26) 証券取引をめぐる悪質商法の例であるが、日本経済新聞一九八八年五月二四日号夕刊によると、実際は詐欺に遭っているのに気がつかなかったり、自分の判断や決断のミスと思ひ込むケースも多く、宮崎県警が摘発した「豊栄詐欺事件」では、摘発前の警察への相談は一件、県消費者センターの調査では全国の相談数も三件だけだったが、捜査で判明した被害は三十六道府県の被害者数三一〇人・被害総額一三億円に達したという。
- (27) 日本経済新聞一九八八年二月二七日号日刊(三一頁)参照。
- (28) 悪質業者の手口については、国民生活センター・前掲注(14)二七頁以下参照。
- (29) この審査を経ない取引には、委託者による取消無効を認めるのである。先物取引について行政規制の緩和が進むのであれば、証券・金融・

商品の各取引に関する法規制の差異から生じる問題を回避するために、各取引法と独立に「先物取引新規委託者保護法」(仮称)のような消費者保護を主眼とする統一立法を構想するのも一案であろう。

(30) 消費者の苦情相談に当たる機関であれば、豊富な情報に基づく適確な審査が可能になる。

(31) 日本経済新聞一九八八年五月二四日号朝刊によると、警察庁が昭和六一年以降摘発した被害総額一億円以上の一八社の幹部からセールスマンの七六人を追跡調査したところ、摘発前に一人平均二・三社で悪質商法の経験を積み、検挙後も五割の人たちが悪質商法のおそれのある会社で働いていた。すなわち、六六人(八七%)に悪質商法会社の業務にした経験があり、検挙後の動向をみると、服役中二二人、公判中二二人で、残り四二人中の二一人が問題のある会社に勤めており、悪質商法を常習的に行っている「懲りない面々」が浮かび上がってきた、と報じられている。

(32) 警察庁・昭和62年中における生活経済事犯八頁によると、検挙した業者の中には、昭和五八年四月、海外先物取引規制法違反で全国初の業務停止命令を受けた会社(日本貴金属(株))の役員関係者が設立した会社が二社あったほか、昭和六二年七月同法違反で強制捜査を受け、更に同年一〇月に一カ月の業務停止処分を受けた会社もあり、生き残りのために社名を変更したり、新たに別会社をつくっては詐欺を反復していた、とされている。また、警察庁・昭和63年生活経済事犯の取締り五頁参照。さらに、昭和六三年二月一七日に東京地裁で詐欺罪につき有罪とされた海外金融先物会社「飛鳥」の幹部社員一〇人(逮捕された六人中五人)は「豊田商事」の元社員であったと報道されている(朝日新聞一九八六年一月二六日号夕刊・日本経済新聞同日号夕刊)。

(33) 例えば、昭和六一年一月に施行された有価証券に係る投資顧問業の規制等に関する法律では開業登録制が採用されたが、昭和六三年一月に警視庁が摘発した「情報センター」は「株式情報センター」の名称で投資顧問業を営んでいたが、登録を拒否されたため社名を変更して、もぐり営業をしていた。大蔵省によると、同年五月二〇日現在で四〇二業者が登録されており、登録審査中のため経過措置で営業活動している業者が六一あるという(日本経済新聞一九八八年五月二四日号夕刊)。

さらに、西ドイツ刑法七〇条・スイス刑法五四条に定める職業禁止については、神山敏雄「クラウス・ティードマン」経済犯罪者に対するサンクション」の紹介と論評」岡山大学法学会雑誌三七巻四号(昭63)一四五頁参照。神山教授は、計画的詐欺商法については職業禁止が適切であるが、統制経済犯罪は、プロ的犯罪でなく一過性であり、行為者の家族にも重大な影響をもつので、職業禁止を原則として避けるべきとする(同誌一五〇頁)。

しかし、刑罰の効果が犯罪者の家族にも及ぶことは、自由刑・財産刑そして営業停止・免許取消等の行政処分にも共通する問題であるから、職業禁止の妥当性は、対象となる犯罪が行為者の職業・業務に由来する常習性の発現であるか、ダミーによる職業禁止の潜脱を防止する監視体制をとりうるか、の二点に依存するであろう。



- (34) 警察庁・昭和62年中における生活経済事犯一〇頁・二〇頁、日本弁護士連合会・前掲注(13)一三三頁資料17参照。
- (35) 警察庁・前掲注(34)一七頁・一八頁、国民生活センター・前掲注(14)一五頁・一六頁表五、先物取引被害全国研究会・先物取引業者刑事摘発資料集(Ⅰ)(昭63)参照。

(36) 法務省法務総合研究所・昭和63年版犯罪白書(昭63)一〇五頁によると、昭和62年の新規受理人員総数は二五六万二千一六〇人で、前年より六八万五九五人(二二%)の減少となり、道交法違反事件数の減少が六八万五千三二五人となっている。なお、同書一三三頁によると、全事件裁判確定人員も昭和六一年の二二六万五千七九人から昭和六二年の一七四万四千四人へと減少している。

(37) なお、日本経済新聞一九八九年三月二七日月曜版によると、検事任官予定者が五年ぶりに五〇人台を回復したのは、ロッキード事件を手がけた五年にも急増現象があったので、リクルート事件の影響とされている。

(38) 日本経済新聞一九八六年一月二六日号夕刊によると、海外先物詐欺の「飛鳥」事件の捜索から逮捕までに一〇カ月もの長期捜査を要した原因は、①会社ぐるみの詐欺事件の解明には資金の流れを正確に把握する必要がある、経理内容に虚偽の部分があると関係者の事情聴取などで帳簿を正確に復元し、②海外への送金内容等の照会に対する回答を得るのに予想以上の時間を費したことにあり、とされている。

### 3 行政刑法による消費者の保護

(1) 現代社会では構造的に消費者が商品・サービスの生産・供給者である企業側と対等関係に立つことが困難な状況が、急速な技術革新により強まっている。そこで「基本的な方向としては、こうした市民の生活利益が現実に侵害される前段階でこれを規制する形の保護が必要である」と指摘<sup>(39)</sup>されている。しかし、市民の対等性と均質性を前提にして国家刑罰権の濫用防止を主眼とした近代的な一般刑法典に、そのような新たな構成要件を新設・導入することは、体系的にも技術的にも困難が多く、柔軟な対応をなしえない<sup>(40)</sup>。立割の行政規制の現状の下で、多種多様に変転する悪質商法に対処するには、当面は、きめこまやかな行政規制を罰則で担保する行政刑法の拡充に重点を置くしかない。このような視点に立つと、前項で概観したように、海外商品を中心にして先物取引に対する現行法の規制が効果的でなかったことは、明確であろう。

(2) 消費者被害の抑止に刑事法の積極的な役割が期待される場合にも、刑事規制が社会統制の「最終手段」であることを再確認する必要がある。市民の人権保障のためには、刑罰という苦痛・害悪の行使や刑事手続の負担を最小化しなければならない。違法抑止のためにも、刑罰が謙抑的に行使されてこそ法の權威が保たれうる。刑罰執行が普及するほど、市民は刑罰に感応しなくなり、刑罰を体験した者は刑罰への恐怖心を弱め、犯罪者の烙印づけが自信を失わせて社会復帰を困難にして、再犯を促進する。すなわち、刑罰の執行は、法の確証のために必要であっても、一般予防・特別予防を阻害するという二律背反に直面するのである。

取引による財産侵害については、民法に対する刑事法の第二次規範性と補充性が特に強まる。信用・名譽が取引活動に不可欠な企業やホワイトカラーの犯罪では、たとえ軽微な刑罰であっても、これに付着する社会の道義的非難が強い予防効果をもたらす。しかし、このような社会的非難は、民事不法行為による損害賠償責任にも、程度の差はあれ付着している。高額の賠償責任は、短期の自由刑や罰金刑よりも、持続的な予防効果をもつと同時に、損害顛補を果しうる。利得が犯罪動機である場合には、犯罪者に利益を残さないことが最強の犯罪抑止策になる。そこで、行政法の禁止規範に違反する行為に民法の無効を結合させたり、懲罰的賠償やクラス・アクション等の制度を設けて、民事訴訟による被害者救済を活性化させることが必要である。しかし、民法の領域でも、市民の対等性・均質性と近代法の公私法峻別論を前提として、損害顛補の個別的妥当性の追求に執着する限り、消費者は公法・私法の谷間に墜落して法的保護を受けることが困難になる。

(3) 長期的には消費者の自立を促進しない限り、保護立法の方策はやがて尽きることになる。しかし、その自立の促進のみでは、それ以上の早さで取引における当事者の力の差異が強まる。行政規制違反による契約の無効化や懲罰的損害賠償のように訴訟促進と一般予防に重点を置いた民事救済<sup>(4)</sup>がなされていない現状では、民事訴訟は個々の被害

者の事情で左右されるので、不法利益の剝奪による安定した不法抑止力をもちえない。したがって、刑事規制が民事救済を補充すべき範囲は拡大されることになる。特に業者ぐるみの組織的詐欺であることを被害者側が立証するのは極めて困難であるが、これを可能にするのが刑事手続である。刑事摘発により業者が事実上の営業停止や倒産に至って、被害者の民事救済を困難にすることも多いが、それは以前から隠蔽されていた事態が刑事摘発の機会に露呈したにすぎない。迅速な刑事手続を促進して被害を未然に防止すると同時に、過重な処罰を避けて最小で効率的な刑事規制を行うためにも、行政規制とこれを担保するための罰則の拡充が必要になる。<sup>(42)</sup>しかし、開業規制や行政処分により悪質業者を効果的に排除・抑止しえないのであれば、不当勧誘等の禁止規定に罰則を担保する必要がある。それによって、詐欺罪・背任罪の前段階または周辺をなす行為を形式犯として捕捉することができ、また、両罰規定が適用可能になると、組織的詐欺における共犯の立証困難も回避されて、企業の管理者の刑事責任を追及することが容易になる。この種の悪質商法の抑止には重罰よりも確実・迅速な処罰が効果的であろう。例えば、法定刑としては、最大でも、三年以下の懲役または三百万円以下の罰金とし、その併科をできる、とすれば足りる。<sup>(43)</sup>

(4) 一般消費者の財産被害を防止するうえで重要なことは、財産被害に即応する重罰ではなく、電話・訪問等による勧誘やリスクを開示しない等の不当行為を「取引の入口」で規制して、消費者が悪質業者の手口にはめこまれることを未然に防止すると同時に、解約・手仕まいに応じない等の不当行為を「取引の出口」で規制して被害を最小に食い止めることで、一般消費者（新規委託者）が先物取引に入り難く、出易くすることである。それは、当事者にとってはパターンリズムの刑事規制となるが、先物取引の基礎知識と余裕のある資力を欠くため実質的な取引適格と取引の対等性を欠く消費者の保護には必要であり、業者側にとっても侵害を深めるのに任せた自由の後での重罰よりは幾分ましなのである。この限りで、一般刑法による一般予防は行政刑法につき補充的に働くことになる。

「先物新時代」における国際的市場の育成に必要な一般投資家とは、このような刑事規制による保護の必要な一般消費者ではない。それゆえ、先物育成と消費者保護（新規委託者のための規制）とは、両立が可能かつ必要なのである。

(39) 芝原・前掲注(12)一九頁。

(40) 長井 圓「消費者取引に対する刑事規制の限界」神奈川大学研究所研究年報八号(昭62)一二八頁・一五四頁参照。

(41) 加藤一郎「戦後不法行為法の展開——被害者保護から公正な賠償へ——」法学教室七六号(昭62)九頁は、戦後の不法行為による損害賠償の拡大は被害者の保護救済には役立ってきたが、被害者にできるだけ多くの賠償を与えることが常に望ましいわけではなく、被害者・加害者双方にとって公正な賠償でなければならぬ、とする。問題は「公正な賠償」とは何かである。損害への寄与の少い者に、資力があるからといって寄与を超える高額賠償をさせるのは公正ではない。損失賠償の責任を国家の一個人のみに転嫁させると同時に、そのような無過失責任は、損害予防の意欲を行為者から殺ぐことになるからである。しかし、不特定多数の消費者の利益を侵害する性質の不法を行う者に対する懲罰的賠償は、損害顛補(単なる結果無価値)の観点からは過剰であっても、その不法に相当する損害予防(利益危殆化の行為無価値)の観点からは権衡を保つ。賠償請求者は、自己の損害顛補のみではなく、同種の不法行為の防止のために公的裁判制度を利用したのであり、消費者の自立的な権利実現を推奨するための報償として、また行政・刑事の代替として公的費用の節減に寄与した対価としてみると、懲罰的賠償は「公正な賠償」なのである。ドイツ・フランスの刑事手続に存在する独立または附帯の私訴を前近代的な民刑未分化の遺物と見るのは、近代法的な理解であって、現代法には妥当しない。この刑事私訴と民事懲罰的賠償との関係を検討することが、非犯罪化と消費者保護との調和の方策として必要であろう。田中英夫・竹内昭夫・法の実現における私人の役割(昭63)七頁には、我国では国家機関により発動される刑罰と行政的手段に較べて、私人により発動される強制手段の機能が軽視される傾向が著しいとの指摘がなされている。なお、光藤景峻「ミヒャエル・シャウフ『非犯罪化の議論と和解思想』」大阪市立大学法学会雑誌三二巻二号(昭60)三七七頁では、社会倫理的・刑事学的に重大な背景をもたない、財産法上の争いが中心になるような構成要件を刑法から外して民法で代替すべきとする見解には、①民事法は、あらゆる不法に対する適切な補償を保証するものではなく、②より重い犯罪に赴く傾向のある若年行為者に早期に働きかける手段を失い、③軽微犯罪も社会侵害ゆえの制裁を必要とする、という批判がなされている。

(42) 武安将光「西ドイツにおける罰金刑の適用状況とわが国との比較」ジュリスト八七七号(昭62)六一頁は、西ドイツの一九八四年の統計では、詐欺罪の有罪人員が四万人弱で我国の八倍近く、その四分の三が罰金刑であることを指摘し、我国でも道交法違反への反則金適用の範囲を拡大して生じた警察の余力を大幅に増加している詐欺的取引の取締に向ければ、詐欺罪での検挙は困難でも訪問販売法違反であれば証拠を確保できるものが多数あり、その大部分は罰金刑を適用する程度で足りる、と論じている。これについて、米田泰邦「軽微事犯処理の方向」

刑法雑誌二八巻二号(昭62)二八五～六頁は、大衆詐欺事犯が刑事規制で有効に阻止された例が乏しいのは、刑事司法消極主義の犠牲といえるが、まず非刑罰的抑制の充実を目指すべきであり、被害発生後の刑法犯処罰よりは、行政的規制をサポートする犯罪化が重要である、と指摘している。

(43) 先物取引での財産被害額は、被害者一人当たり平均でも四百万円前後という高額である。その利得犯の抑止には、罰金刑のみではならず、自由刑の併科が必要となる。他方、形式犯であるので具体的には実害に乏しい場合もある。そこで、親告罪と裁判所による手続打ちりの両制度を併用して、私人のイニシアチブを高めつつ被害者と被告人の利害を調整する方策も考えられよう。なお、これらの問題一般については、神山敏雄「西ドイツにおける軽微財産犯の処理」刑法雑誌二八巻二号二四三頁、光藤・前掲注(41)三六五頁に詳細な展開がある。

### 三 先物取引に対する法規制

#### 1 先物取引への刑事規制の比較

前章で概観したように、消費者・一般委託者の被害が多発したという結果から判断する限り、とりわけ海外先物取引規制法一条に定める「委託者の利益を図る」目的が達成されず、同法による規制は失敗に終わったことを意味する。

その原因は、法規制の運用よりも、罰則を含む法規制(規定)自体の構造の不備に由来するものと思われる。そこで、先物取引に対する法規制について、1では現行法の刑事規制(罰則)を比較参照し、2では開業規制等の沿革、そして4では海外先物取引規制法の立法過程を概観して、その法規制の構造・仕組における問題点を検討する。

消費者保護の法規制のシステムには、①「開業規制」による包括的・総量的な規制(原則的禁止と許認可・届出)と②「行為規制」による個別的な禁止・制限とがある。①にも、消費経済生活の向上のために業者を育成しようとする「積極的な規制」(経済法)と、その生活の阻害防止のために業者を制限する「消極的な規制」(警察法)とがあり、②には、消費者との取引成立に至るアクセス(訪問・勧誘等)を制限するものと、成立する取引の内容・履行等を制限するもの

がある。被害防止に重要なのは消費者へのアクセス規制であるが、どの規制も憲法で保障する「営業・取引の自由」との関係で、規制の許容性と妥当性が問われる。しかし、その自由は消費生活の利益のために不要・不当な国家規制を排除しようとするものであり、その利益を侵害する程度に比例して強い規制が正当化される。

先物取引を規制する法律には、証券取引法（昭和三年法律二五号。以下では「証取法」と略すことがある。）・商品取引所法（昭和二五年法律三三九号。以下では「商取法」と略すことがある。）・海外先物取引規制法（昭和五七年法律六五号。以下では「海先法」と略すこともある。）および金融先物取引法（昭和六三年法律七七号。以下では「金先法」と略すことがある。）があり、その刑事規制（罰則担保のある規定）を比較してみると、海先法の特異性が明らかになる。

#### (1) 開業規制

⑦証取法二八条・一九七条一号の三、⑧商取法四一条・一九七条一号の三および⑨金先法五六条・九四条三号では、開業または売買取引の受託について免許制または許可制がとられ、その違反には罰則が定められている。<sup>(41)</sup>しかし、海先法では開業規制がおよそ行われていない。しかも、開業規制の機能に代りうる行為規制の強化すら、以下に見るよう<sup>(45)</sup>に、なされていない。先物取引とその受託業に内在する消費者被害の危険性がほぼ同一であると仮定すれば、開業規制が欠ける分だけ行為規制が強まらないと、業者が一般消費者にアクセスして取引に参入させて生じる被害の防止が困難になることは、明白である。しかも、海外市場での取引となると、その仕組は国内市場での取引より一層複雑になり、委託者は変動する市場価格・為替相場等の情報を的確に把握するのが困難であり、業者により吞行為等が行われる危険も高まるが、海外の取引所・取引会員等に対する行政監視は期待しえないので、被害の危険も格段と強まることになる。さらに、他の先物取引の開業規制で排除された悪質な業者と外務員が開業規制のない海外先物取引に結集することになる。周囲が高い程に、汚水は窪みに澱むのである。

(2) 行為規制

①「相場による賭博行為」、すなわち公設市場によらずに相場により差金授受を目的とする行為は、⑦証取法二〇一条、①商取法一四五条・一五七条、⑨金先法七条・九条でいずれも禁止・処罰<sup>(46)</sup>されることになっているが、同旨の規定は海先法にはない。指定市場・商品制にはなっているが、我国が許可して開設された市場ではないので、特別の規定は不要だというのである。ともかく、海外商品市場の相場を利用した差金授受を目的とする行為の処罰は、刑法の賭博罪の解釈と運用に委ねられている（この点については、長井 圓「先物取引に対する賭博罪成否の限界」神奈川大学法学研究所研究年報10号参照）。

②「取引における偽計・暴行・脅迫」その他の相場変動を目的とする行為は、⑦証取法一九七条一号、①商取法一五二条一号、⑨金先法九四条一号でいずれも処罰<sup>(47)</sup>されることになっている。例えば、金先法では、「金融先物取引等の受託等のため、偽計を用い、又は暴行若しくは脅迫をした者」は、「三年以下の懲役若しくは三百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」と定められているので、詐欺罪の構成要件を充足しない場合でも、その周辺の違法行為が先物取引受託のための偽計として可罰的になる。委託者の保護に手厚い規定である。しかし、同旨の規定も、海先法には見あたらない。

③「吞行為の禁止規定」は、⑦証取法一二九条、①商取法九三条・一五五条六号、⑨金先法七三条・九七条、および⑤海先法一〇条六号にいずれも完備している。その違反に対して、商取法と金先法では刑事罰則が定められている<sup>(48)</sup>が、証取法では証券取引所が違反した会員に過怠金および取引停止または除名の制裁をしなければならぬと定められている。しかも、証取法五八条一号・一九七条二号は「先物取引等について、不正の手段、計画又は技巧をなすこと」を禁止し、三年以下の懲役又は三〇〇万円以下の罰金（併科可）に処すると定めており、この「不正の手段・計画

技巧」には吞行為を含む広範な悪質行為が文言上は該当しうる（無限定に近いので罪刑法定主義・憲法三一条違反の疑いが強い）。これに対して、海先法では、吞行為に対する直接的な制裁規定がなく、単に同法一一一条の業務停止命令をなしうる一場合であるにすぎない。なるほど、行為者が当初から吞行為を行う意図で顧客から証拠金名目で金員を受領した場合には詐欺罪が成立し、その受領後に初めて吞行為の故意を生じた場合には横領罪または背任罪が成立しうるにしても、その犯意の立証は必ずしも容易ではない。したがって、吞行為自体に対する罰則も有用である。

④「不当勧誘等の行為」は、⑦証取法五〇条、⑧商取法九四条、⑨金先法七四条、および⑩海先法で禁止されているが、いずれにも罰則担保がない。しかし、例えば、「顧客に利益が確実と誤解させる断定的判断を提供して行う委託勧誘」、「顧客に損失負担または利益保障を約して行う委託勧誘」、「取引の価格・数量等につき顧客の指示・同意を得ないで行う受託契約」、「顧客に対する威迫による取引追認要求」および「受託契約に基づく履行の拒否行為等」（証取法五〇条一号と四号、商取法九四条一号と五号、海先法一〇条一号と五号）は、詐欺罪・恐喝罪および背任罪の周辺をなす不当行為であり、それが強度に展開されて財産損害を招いた場合には刑法の財産罪の適用が可能なこともある。しかし、これらの不当勧誘等の禁止規定に違反して委託者に財産損害を招く行為のすべてが詐欺罪等の構成要件に該当するものではなく、該当する場合でも立証負担は軽くない。他方、これらの禁止規定が遵守されると、委託者の財産損害の相当な部分が未然に防止される。したがって、これらの財産罪の前段階の行為類型を罰則担保とすれば、一般大衆委託者の被害防止に有効であろう。ただし、二点の問題がある。第一に、個々の禁止は脱法され易く、かつ悪質行為のすべてを網羅しえない。第二に、財産侵害（利得）自体の不法性を捕捉していない。そこで、注目に値するのが、前記の証取法五八条の第二号の禁止規定である。すなわち、「先物取引等について、重要な事項について虚偽の表示があり、又は誤解を生じさせないために必要な重要な事実の表示が欠けている文書その他の表示を使用して金銭その他の



財産を取得すること」と定めている。このような規定は、一般的には問題があるとしても、海外先物取引のように高額の財産損害から消費者を保護すべき領域では妥当性をもちうるであろう。財産取得の点を除けば、これに類する規定は昭和六三年に改正された訪問販売法五条の二・一二条「不実告知・威迫による困惑」に見られる。この両規定を併せたような規定を新設するのも一案である。

### (3) 刑事規制の問題点(要約)

海外商品先物取引による消費者の財産損害は巨額に上り、業者には悪質は経営体質のものが多い。それにもかかわらず、海外先物取引規制法では、開業規制が導入されなかったため、構造的に悪質業者の海外先物取引への参入を許すことになった。<sup>(49)</sup> その場合にも、一般消費者(大衆委託者)の参入を防ぐ行為規制が完備されていれば、被害の多くは未然に防止しえたと推測される。しかし、海外先物取引規制法の行為規制のうち罰則担保とされているのは、書面交付義務(四条七条)、重要事項告知義務(九条)、業務停止命令・立入検査等(二一条・二二条)の違法行為(二七条二〇条)であるにすぎない。罰則担保のない規制、例えばクーリングオフに類似する受託契約締結後熟考期間内の売買契約の無効の制度(二条六項・三条・八条)も、通常の業者から委託者を保護するには有効であるとしても、<sup>(50)</sup> 委託証拠金等の財産利得を目的とする悪質業者の不法抑止には有効ではない。前記の罰則担保ある行為規制ぐらゐでは、同様なのである。海外先物取引規制法の刑事規制は、証券取引法・商品取引所法および金融先物取引法の刑事規制よりも劣弱であるばかりか、海外先物取引と較べてリスクがはるかに低い取引を対象としている訪問販売法並みのものであったが、同法の昭和六二年改正で、その新たな規制より劣弱な水準となり、法規制としての権衡を失っている。したがって、海外先物取引規制法の全面改正が必要に思われる。<sup>(51)</sup>

この立法問題を検討する手段として、以下の2において我国の先物取引に対する立法政策の沿革を概観し、それを

通じて、先物取引に対してどのような刑事規制が可能かつ妥当なのかを展望しようとする。

- (44) 罰則の法定刑は、本文⑦(免許制)および⑧(許可制)では三年以下の懲役または三〇〇万円以下の罰金(併科可)であるが、⑨(許可制)では一年以下の懲役または五〇万円以下の罰金(併科可)である。このような法定刑の差異が合理的であるか疑問となる。なお、証券法六二条および商取法九一条の二では外務員の登録制がなされているが、金先法および海先法では外務員の登録制は採用されていない。
- (45) なお、クーリングオフに類似する制度につき、本文四(4)参照。
- (46) 罰則の法定刑は、⑦および⑧が一年以下の懲役または三〇〇万円以下の罰金(併科可)であるが、④では一年以下の懲役または五〇万円以下の罰金(併科可)となっている。その罰金の上限の差異に合理性があるとは思われない。
- (47) 罰則の法定刑は、⑦および⑧が三年以下の懲役または三〇〇万円以下の罰金(併科可)であるが、④の罰金のみが一〇〇万円以下になっている。
- (48) 罰則の法定刑は、④では一年以下の懲役または五〇万円以下の罰金(併科可)であるが、⑤では六月以下の懲役または五〇万円以下の罰金(併科可)となっている。しかし、詐欺罪の危険をもつ行為として両者間に法定刑の差異を設ける合理性があるだろうか。
- (49) 例えば、昭和五六年一〇月の日本弁護士連合会「金先物取引被害防止に関する意見書」では、私設先物市場関係者の大半が商品取引業界の出身者で占められている、と指摘され(金先物取引被害問題研究会「先物・金取引被害の実態と対策(新訂増補版・昭60)一四六頁)昭和五七年四月の金先物取引被害問題研究会「海外商品先物取引規制法案に対する意見」では、悪質な海外商品先物取引業者には、多数の被害者を発生させた金地金私設市場関係業者も多数を占めている、と指摘されている(前掲書一六九頁)。さらに、前記本文二(2)②の警察庁「悪質商法関係者動向調査」に関する記述を参照。
- (50) なお、昭和五七年一二月の「先物取引被害全国研究会意見書」は、この規定は業者の事業所での顧客の売買指示を除外している点で不十分である、としている(商品取引被害をなくす会・国際商品取引(昭58)四八頁)。
- (51) 細川昌彦(通産省産業政策局商務・サービス産業室)「一般委託者の保護を図るため、海外商品市場における先物取引の受託等の規制を行う・海外商品市場における先物取引受託等に関する法律(57・7・16公布 法律第六五号)」時の法令一七四号(昭58)一二頁には、海先法では業規制を採用せず行為規制のみの規制態様が適当と考えられたが、同様の判断に基づいた立法例としては、同様の消費者保護立法のカテゴリに属する訪問販売法や割賦販売法があげられる、と説明されている。そうすると、立法者は海先法を訪問販売法なみの消費者保護立法とする意図であったように解される。

## 2 先物取引への開業規制の沿革

(1) 先物取引に対する法規制の沿革を、「開業規制」を中心に概観することによって、この取引の法規制の根拠を時の政府が何に求めたかについて考察してみる。<sup>(51a)</sup>

我国での先物取引の歴史は古い。一六三四（寛永一〇）年に「天下の台所」といわれた大阪の米商人・両替商であった淀屋の「米市」に始まる。江戸開幕・参勤交代の消費経済を支える供給都市としての大阪にある各藩の蔵屋敷に搬入された米は、当初武士蔵元がこれを管理していたが、後に商業化し町人蔵元（掛屋）の下で米の販売と金融が結びつき、未着米や未収穫米までも各藩は先売りするようになり、蔵屋敷の貯蔵米を根拠に「米手形」（米切手・蔵米手形）とよばれる一種の倉荷証券が発行されて、米の取引が活発化し投機化した。こうして、蔵米の取引は、実物取引から延取引そして、「帳合米取引」とよばれる、正米（実物）の受け渡しをせずに両替屋の帳簿で計算した差金の授受で決済を行い、一年を三期に分けた定期取引へと発展した。しかし、それによって米価が高騰しインフレを招くとして、一六五四（承応三）年から一七二二（享保七）年まで前後二三回の触書により、幕府は米手形取引禁止令を下し、これに違背した者は死罪もしくは牢舎とまでしたが、「秋なりもの」を担保にして資金調達をする以外の手段をもたない窮乏した諸藩の財政事情下では、禁令の効果はなかった。八代将軍・徳川吉宗は、大岡越前守忠相とはかり、享保の改革の一環として、新田開発による米の供給過剰・米価低落を機に従米の禁令を緩和・廃止し、一七三〇（享保一五）年には大阪堂島の米相場会所では会員組織による米の先物取引（帳合米取引）が公認された。<sup>(52)</sup> それはシカゴ商品取引所が発足した一八四八年より百年以上も古く、先物取引の組織市場としては世界で最古のものかもしれない、とされている。<sup>(53)</sup> 幕府は、一七二九年には数カ所の「米延売買切手会所」の設立を認めたところ、賭博類の差金決済による「帳合米取引」のみが盛行したので、これを公序良俗に反し、米の流通秩序も乱すとして閉鎖させ、堂島と異なり江戸の

相場会所では正米取引（現物取引）に限定させたのである。<sup>(54)</sup>その後、幕末期に至り米価の変動が激しくなり、長い限月の帳合米取引では決済期日の正米との価格差が大きく掛けつなぎにも不便になったので、一八六三（文久三）年には、従来の取引に代えて石建米取引が始められたが、その方法は限月を二カ月（後に一カ月）とし決済日の解合価格を正米の出来値段の最近三日間（後に防長・築前・肥後・広島四藩の蔵米の入札価格の最近一〇日間）の平均に改めたものにすぎず、その先物取引の實質に変更はなかった。<sup>(55)</sup>

(2) 江戸時代から我国の先物取引（差金決済）は、物価高騰の抑制と指標価格の形成という経済統制の必要から、その高度の投機（賭博）性ゆえに公序良俗に反するとして原則的には禁止しつつ、例外的にのみ禁止を公的に解除するという法規制の下で育成されてきた。<sup>(56)</sup>このような法規制の方式は、明治以降も継承された。明治の新政府は、米価が高騰した一八六九（明治二年二月）には、石建米取引は「賭博的市場の弊制」であり「物価高の元凶」であるとして、相場禁止令ですべての相場会所を閉鎖した。しかし、米価が平準を失い、諸物資の需給の円滑を欠いたので、同年六月には「東京貿易商社」に正米の限月延取引を公許したが、激しいインフレで米価が急騰したため同年一〇月にはこれを閉鎖したものの、市場による指標価格を喪失した米価の混乱が経済全体に支障を与えたので、新政府は「相場取引は既に欧米に於て盛行せられるところであり、かつ不正行為にあらず」として、一八七一年には「東京貿易商社」と「堂島米会所」で正米の限月延取引を再開し、新たに油の定期市場も公許し、ついで各地に一ヶ所の米穀定期市場が開設された。こうして、取引所行政が軌道に乗り始めた一八七四（明治七）年、政府は、過当投機等の弊害防止のためあって、ロンドン株式取引所の規則を範として全三七条より成る「株式取引条例」（明治七年太政官布告一〇七号）を制定し、米・油・株式の取引を統制しようとしたが、我国の米・油の取引の実態にそぐわないとする反対があり、一八七六年に同条例を廃止して「米商会所条例」（明治九年太政官布告一〇五号）、一八七八年には「株式取

引所条例」(明治一一年太政官布告八号)が制定され、免許制の株式会社組織の取引所設立が認められたが、そこでも差金決済を行う定期取引がほとんどを占めた。<sup>(57)</sup> 定期取引の弊害を是正するために、<sup>(58)</sup> 一八八〇年十一月、一八八二年五月・一二月に米商会所条例が改正され、<sup>(59)</sup> ⑦仲買人の自己取引の禁止、⑧取引所担保制度、⑨資本金増加命令、⑩官吏検閲権・営業停止・役員解職命令権等の規定が新設された。

(3) 一八八二(明治一五)年の日本銀行の設立、官営事業所の民間払下、一八八五年の日銀兌換券の発行により、明治維新の経済的混乱が收拾された。明治二〇年代の産業革命に向って企業熱が高まり、株式取引が盛んになったが、これに油を注いだのが取引税率の格差であった。<sup>(60)</sup> 米が株式の三倍の税率であったため取引の対象が米から株式に移行して、その定期売買を投機的すぎるといふ批判も強まった。一八八七(明治二〇)年、我国の取引所制度の弊害は定期・清算取引が主流で投機性の強い本邦独自の制度に起因するといふ理由に基づき、欧州大陸の取引所制度<sup>(61)</sup>を採用した「ブールス条例」とよばれた「取引所条例」(明治二〇年勅令一四号)が制定された。本条例は、①従来の米商会所条例と株式取引所条例との統合、②株式会社組織に代えて非営利の会員組織の取引所の設立、③清算取引の縮限と実物取引の拡大、④上場物件の拡張を骨子とするもので、健全で安定した市場の形成を意図していた。しかし、この急激な変革に対して旧来の取引の伝統と実態に適合しないとの反対が業界に強かったので、これと妥協して、一八九三(明治二六)年には、従来の二条例とブールス条例とを折衷した新「取引所法」(明治二六年法律五号)が制定され、この新法が第二次大戦までの取引制度の基礎となった。新法では会員組織と株式会社組織の両様の取引所の設立が認められており、日清戦争後の好景気を反映して株式会社組織の取引所が乱立された結果、一八九八年までには全国の取引所数は一二八にも達した。それは市場規模に適合する必要なものではなかったため、特に地方の取引所の相場は大都市の取引所の「写真相場」でしかなく、価格平準化機能を欠いて公認の賭博的市場と化した。そこで、政府は、一

九〇二（明治三五）年のいわゆる取引所打壊（撲滅）令（明治三五年勅令一五八号）等により、乱立した取引所の解散・整理にあたることになった。また、旧刑法当時から横行していた相場利用の賭博・詐欺罪につき、一連の大審院判例が形成されるに至った。

その後、一九一四（大正三）年の法改正により、①仲買人と取引所役員との兼任、②一般人の受託業務、③委託仲介業者の支店・出張所の設置、同所での受託行為、④吞行為等が各々禁止され、さらに一九二二年の大改正（大正一年法律六〇号）では、①実物取引の促進、②取引所の会員組織化、③取引所類似施設の禁止、④取引所の強制賠償責任制の廃止等により投機の抑制を強化した。そして、やがて一九三七（昭和一二）年の日華事変を期として、戦時の経済統制とともに投機抑制も一層強化され、一九三八年当時全国で二七の取引所は徐々に解散・閉鎖に追い込まれていったのである。<sup>(62)</sup>

このような戦前の先物取引に対する投機抑制策ないし投機害悪論について「あまりに投機的であったために資本蓄積を阻害したとか、金融市場に著しく悪い影響を及ぼしたというような実例はほとんどなかった。むしろ投機的行為そのものを、その経済的意義を問うことなく、もっぱら道義的理由から規制してきたのではないかと思われるふしもある」とする批判<sup>(63)</sup>があり、また不健全・不適切な経営・市場と顧客の管理等の問題と投機が混同されているとの批判<sup>(64)</sup>がある。なるほど、マクロ的には先物取引が果たした市場経済の機能を否定的にのみ評価したり、単なるモラリズムの立場から投機を悪とするのは妥当でない。しかし、先物取引に「賭博的因子」があることを否定しえないとすれば<sup>(65)</sup>、消費者の財産保護という視点に立つ時、弊害を防止するための投機抑制がパターンリズムとして要請されるのである。

(4) 第二次大戦後、我国では証券と商品の取引所が法制上分離されて、一九四七年にはアメリカ法をモデルに「証券取引法」が制定されたが、我国の実態に適しないとして、証券取引委員会関連の条項だけが施行された。翌一九四

八年には、旧来の日本証券取引所法・有価証券業取締法・有価証券引受業法・有価証券割賦販売業法を統合して、「証券取引法」(昭和二三年法律二五号)が制定され、<sup>(66)</sup> ついで一九五〇年に「商品取引所法」(昭和二五年法律三三九号)が制定された。

商品取引所の再開後、昭和三〇年代前半までは、商品取引員は顧客の来訪を待って取引の委託を受けていたので一般消費者との紛議は殆どなかったが、昭和三〇年代後半から商品取引員が顧客の積極的な獲得のために外務員に訪問勧誘をさせ始めて、取引に無知な消費者との紛議が多発するに至った。<sup>(67)</sup> そこで、昭和四二年の商品取引所法改正で、

①登録制の商品仲買人を許可制の商品取引員へ変更、②不当勧誘・一任売買の禁止、③受託業務保証金制度の設立、④業務規程・受託契約準則の変更につき許可制として、一般委託者の保護を図った。また、昭和四八年には行政通達に基づき全国の商品取引所は受託業務に関する禁止行為として一二の取引所指示事項を定めた。<sup>(68)</sup> 昭和五〇年には受託業務の適正化のために、①四年毎の受託業務の許可更新制、②主務大臣の勧告権限の強化、③登録外務員の包括的代理権の明文化、④受託時の説明書交付義務、⑤受託財産の管理強化、⑥受託業保証金制度の整備につき、商品取引所法を改正して、一般委託者の保護を強化した。さらに、昭和五三年には行政通達に基づき全国の商品取引員大会において、「受託業務適正化推進協定」として①新規取引不適格者参入防止協定、②新規委託者保護管理協定、③新規委託者管理改善特別措置基準が定められ、これに基づいて各取引員は新規委託者保護管理規則(社内規則)を設定し新規委託者の保護育成に努めることになった。<sup>(69)</sup>

このような法規制の強化の背景には、受託業務の許可を受けた商品取引員の中にも、悪質業者の人脈・参入があり、このような業者に委託者の被害・苦情が集中する傾向があり、その被害実態は国内私設市場や海外商品市場の業者によるものと大差がない、<sup>(70)</sup> と指摘されている。

(5) 昭和四八年と五三年の外国為替及び外国貿易管理法の改正により金地金の輸出入が自由化されて、昭和五一年頃から金の先物取引の私設市場が開設され、真正な取引のように仮装して消費者を勧誘し証拠金名目で金銭を利得する悪質商法が横行し始めた<sup>(71)</sup>。業者はこれに「現物条件付保証取引」という名称を用いて、先物取引をする商品市場に類似する施設の開設を禁止する商品取引所法八条の適用を回避しようとした。

この取引に関する昭和五五年四月の政府見解は<sup>(72)</sup>、この取引が先物取引に該当すると判断するには困難があり、また商品取引所法がその二条二項に定義する「商品」につき価格形成の公正等を図ることを目的とすることからみて、同法八条一項で禁止する施設に「商品」以外の物品に係る施設が含まれると解することは困難である、というものである。これは、同法八条に関する昭和二六年二月の政府見解<sup>(73)</sup>を変更したもので、「逆転解釈」とよばれている。しかし、その後も、私設市場は同法八条に違反するとした裁判例も<sup>(74)</sup>少くない。それは、政府の新解釈が文理解釈からの必然ではなく実質的妥当性についても疑わしいからである<sup>(75)</sup>。

既に(4)までに概観したように、我国での先物市場の発祥以来、常に政府は先物取引を「原則的禁止」として統制下に置くことよって先物取引の投機・賭博性から生じる弊害を抑止する立場を貫いてきた。現に消費者被害が多発している時点で、先物取引を「原則的自由」として「後追い行政」の立場に変更すべき根拠は何であろうか。そもそも「取引自由の原則」は先物取引にも妥当するのである<sup>(76)</sup>か。理念型としての先物取引を善だと主張しても、現実界では意味がなく、福祉国家の理念とも調和しない。

その後、昭和五六年九月には「金」<sup>(77)</sup>が、昭和五八年には「白金（プラチナ）」・「銀」が政令で指定商品とされ、被害は「パラジウム」に移って行った。また、金の政令指定後には、金の売買と仮装して預り証券のみを交付する「ペーパー商法」・「現物まがい商法」へと転出したのが「豊田商事」である<sup>(78)</sup>。同種の悪質商法が多発する一方、昭和五七年



から「投資ジャーナル・グループ」による被害<sup>(79)</sup>が発生し始め、悪質投資顧問業による被害も多発し、この二つの詐欺的商法を規制するために、昭和六一年には特定商品等の預託等取引契約に関する法律および有価証券に係る投資顧問業の規制等に関する法律の二法が制定された<sup>(80)</sup>。さらに、昭和五八年から「ベルギーダイヤモンド社」のマルチまがい商法による被害も多発し、昭和六三年の訪問販売等に関する法律の改正（規制強化）の一要因となった<sup>(81)</sup>。これらの悪質商法は、大衆の資産形成につけこむ点で同根の不法性を備えている<sup>(82)</sup>。

(51 a) この問題について、最も包括的で詳細な研究書は、小谷勝重・日本取引所法制史論（昭28・全一三四六頁）である。その緒論は投機・取引・取引所・取引所法論、第一編が法制史論、第二編が税法制史論、第三編が取引所の興廃、第四編が法令編となっている。右の法制史論八四頁以下は、以下の叙述の基礎となった最も重要な文献であるが、煩瑣を避けるため、以下では逐一引用頁を掲げることしなかつた。

(52) 日本経済新聞社・商品取引所の話（昭36）二九頁～三三頁、高橋弘「日本の商品取引所」住ノ江佐一郎編著・現代取引所論（昭44）一六九頁～一七〇頁、木原大輔・商品先物取引の基礎知識（昭55）三六四頁～三八〇頁参照。

(53) 原信・荒井勇・先物取引（昭59）七頁。

(54) 木原・前掲注（52）三八二頁参照。

(55) 日本経済新聞社・前掲注（52）三三頁、高橋・前掲注（52）一七〇頁、木原・前掲注（52）三八〇頁参照。

(56) 木原・前掲注（52）三八二頁・三九二頁参照。

(57) 本条例の定める取引は「定期」と「現物」の二種で、後者も限月定期取引における日仕舞取引でしかなく「現物取引」ではなかつた。高橋前掲注（52）一七一頁参照。

(58) 一八七七（明治一〇）年の西南戦争の軍費調達のため発行された不換紙幣の氾濫と正貨の不足のために、銀貨の空売買が盛行し投機的取引を一層助長し、米穀の定期相場は異常な動きを示した。そこで政府は、硬貨暴騰の原因が取引所の投機的取引にあるとして、一八七九年横浜の洋銀相場の取引を禁止し、株式取引所条例に資本金一〇万円以上の洋銀取引所を設立すべき旨を定めて、横浜洋銀取引所の設立を許可し、東京・大阪両株式取引所に金銀貨幣の定期取引を許したが、翌年には紙幣下落のため大蔵省布達により米穀および金銀貨幣の取引を停止した。その後も紙幣と硬貨との格差が激しくなるばかりだったので、一八八六（明治一九）年以降貨幣の取引を全面的に禁止した。桑田勇三・日本証券取引所の理論と実際（昭19）二九頁参照。

- (59) 日本経済新聞社・前掲注(52)三三頁・高橋・前掲注(52)一七〇頁〜一七二頁、木原・前掲注(52)三八五頁〜三八八頁参照。
- (60) 木原・前掲注(52)三八九頁には、当時の政府財政は、米取引所からの税収が相当な部分を占めていたが、税率をあまり高くすると、重税回避のための秘密取引(呑み行為)が横行し、明治一六年三月一六日には呑み行為で大坂堂島および北浜の両取引所で一千数百名もの一斉大量検挙が行われたほどであった、とされている。
- (61) 木原・前掲注(52)三八九頁は、主にフランスの制度を採用したとするが、高橋・前掲注(52)一七二頁は、ドイツの制度にならったとし、小野友次郎・プールス(明26・交詢社)には、フランス・イギリス・ドイツ・ベルギー・アメリカ各国の取引所制度が詳細に紹介されており、ここにいう、いわゆるプールス条例の翻訳が収録されている、と指摘している。
- (62) 桑田・前掲注(58)三〇頁〜三八頁(なお、本書は、昭和一八年三月一日に公布された「日本証券取引所法」についての解説書である。)、高橋・前掲注(52)一七二頁〜一七八頁参照。
- (63) 志村嘉一「到来する金融先物取引時代」エコノミスト一九八三年二月六日号三四頁。ただし、過度の投機は道義的にも経済的にも好ましくないとする。
- (64) 原・荒井・前掲注(53)二六一頁。
- (65) 河合良成・取引所講話(大15)一頁には、「昔から取引所と云ふものは博楽場であるとか、経済上必要ないとか云ふ風に、常に疑問を以て迎へられて居て、取引所に対する圧迫の歴史は、東西を問わず色々ある訳である。」、同書一三頁には「悪く言へば取引所の取引に賭博的分子があると言われる余地がある」とし、同書四二頁以下では「投資、投機及賭博の区別」について詳論している。
- (66) 原亨「わが国証券取引所の株式取引構造」住ノ江佐一郎編著・現代取引所論(昭44)五三三頁参照。
- (67) 名古屋先物取引被害研究会・先物取引被害の救済(Ⅰ)——違法性について——(昭60)三三頁参照。業者の手口については、金先物取引被害問題研究会・先物・金取引被害の実態と対策(新訂増補版・昭60)三六頁〜四八頁、国民生活センター・海外商品先物取引・前掲注(14)二一頁〜五三三頁参照。
- (68) その後、昭和五三年八月に二項目を追加して一四項目とした。その内容および「受託業務に関する全国商品取引員協会連合会の協定事項(昭和四八年六月二一日全協連発第一一九号)」につき、日本弁護士連合会・先物取引被害救済の手引・前掲注(13)八四頁資料5・八九頁資料6参照。
- (69) 日本弁護士連合会・前掲注(68)九二頁資料参照。
- (70) 名古屋先物取引被害研究会・前掲注(59)三頁。
- (71) 金先物取引被害研究会・前掲注(67)一〇頁〜三五頁参照。

- (72) 昭和五五年四月二五日・内閣総理大臣大平正芳「衆議院議員松浦尚利君提出金の先物取引に関する質問に対する答弁書」(内閣衆質九一第三号)、商品取引被害をなくす会・国際商品取引(昭58)八頁参照。
- (73) 昭和二六年二月七日・法務府法制意見第一局長・高辻正己「商品取引所法第八条の解釈について」、商品取引被害をなくす会・前掲注(72)六頁参照。
- (74) 大津地彦根支判昭和五六・一〇・三〇判時一〇四六号一〇頁、大阪地判昭和五八・二・二八判タ四九四号一六頁、大阪高判昭和五八・一〇・一四判タ五一五号一五八頁、神戸地判昭和五八・五・一三判時一〇九七号一一五頁、札幌地判昭和五九・五・二四判タ五三二号二一六頁など。
- (75) 商取法一条にいう「商品」は、広義で用いられており、二条二項にいう指定「商品」に限定されるものではない。また、同法一条の目的を達成するには、八条にいう「先物取引をする商品市場に類似する施設」には、公設「商品市場」(二条三項)に「類似する施設」であれば、指定「商品」に類似する商品を取引する施設であることを要せず、指定「商品」以外の商品を取引する施設を当然に含む、と解する必要がある。そうすると、証券取引法二条一二項に規定する有価証券市場も、右の「類似する施設」に文言上含まれることになるので、商取法八条一項は右市場を除外する趣旨を明示したのである。なお、商取法八条の「新解釈」をめぐる竜田節(商品先物市場・昭和五六年一月号)と田勢修也(商品取引所論体系3)の両見解の対立等については、金先物取引被害研究会・前掲注(67)六〇頁〜七〇頁参照。また、「新解釈」のもたらす実務の問題につき、木原大輔・商品先物取引の基礎知識(昭55)三九二頁〜三九四頁参照。
- (76) 住ノ江佐一郎編著・現代取引所論(昭55)の「序」には、経済学の立場から「もともと、投機行為は資本主義経済における宿命的な社会悪であって、しかも、これを根絶し、絶滅することは不可能に近いのであるから、これを管理するしか、ほかに途はないのであるが、その投機行為の管理のために、すべての取引を秩序化しようとして、組織せられるのが取引所なのである」とある。なお、前注(65)および本文2(6)参照。
- (77) この政令指定につき、昭和五六年一〇月、日本弁護士連合会は「金先物取引被害に関する意見書」および「金先物取引実態調査報告書」を提出して、政府の規制の改善を求めている。金先物取引被害問題研究会・前掲注(67)一四三頁・一五〇頁参照。
- (78) 金先物取引被害問題研究会・前掲注(67)七六頁、神山敏雄「豊田商事商法の刑事法上の考察(上)・(下)」判例タイムズ六五四号(昭63)四頁・六五五号(昭63)四頁参照。
- (79) 東京地判昭六二・九・八判時一二六九号三頁は、同事件につき詐欺罪の成立を認めた。小林量「投資顧問会社の取引と詐欺罪の成否」新証券・商品取引判例百選(昭63)二二〇頁参照。
- (80) 松元崇「証券投資家被害の防止」ジュリスト八六五号(昭61)六一頁、井上淳「現物まがい取引に対する法的対策について」同誌七〇頁、

竹内昭夫「現物まがい取引の法規制」同誌三六頁、池本誠司「現物まがい商法」の実態と規制のあり方」同誌四四頁、松葉知幸「現物まがい商法規制法の問題点」自由と正義三七卷七号（昭61）二〇頁、武井共夫「証券取引を巡る問題点」同誌三六頁。

(81) 岩本雅郎「ベルギー・ダイヤモンド商法とマルチ規制」NBL三三五号（昭60）四〇頁、竹内昭夫「マルチまがいの法規制」NBL三五〇

（昭61）九頁、長井圓「連鎖販売取引と無限連鎖講に対する刑事規制の限界」NBL三六四号（昭61）六頁、澤井裕「消費者問題の構造と被害の救済・防止」自由と正義三七卷七号（昭61）四頁、芝原邦爾「消費者保護と刑法の役割」法律時報五九卷三号（昭62）八六頁等参照。

(82) 芝原邦爾「悪質商取引と行政取締法規違反の処罰」法律時報五八卷九号（昭61）六〇頁参照。

#### 四 海外先物取引規制法の立法過程

(1) 海外商品先物取引の被害は、昭和五四年秋頃から顕在化し始めたが、昭和五五年に外為法の大改正により商品取引の海外送受金が原則的に自由になり、昭和五六年に金が商取法二条の上場商品に追加指定され私設市場での金の先物取引が禁止されるに至ったので、悪質業者が海外先物取引に進出したため、この時期から被害が増大した。そこで、昭和五七年に「海外商品市場における先物取引の受託等に関する法律」（昭和五七年法律六五号、海外商品取引規制法・海先法）が制定され、昭和五八年一月から施行されたが、警察による摘発が強化された昭和六一年まで被害は増大または横ばいの状態であり、減少傾向がみられるようになったのは翌六二年からである<sup>(83)</sup>。したがって、海先法は被害の未然防止には効果的でなかった。その原因は、海先法の規制対象が指定市場制・指定商品制により限定されていた点よりも、その規制方法自体が業者の悪質性に比して余りにも弱すぎた点に求められよう。海先法による業務停止処分は総計七件しかなく、行政規制も効果的に機能しなかった。罰則による刑事規制も、詐欺罪による逮捕・起訴の導入・補助の役割しか果さなかった<sup>(84)</sup>。少なくとも、結果的に見る限り、海先法の規制は失敗に終わったといえる。その法規制が脆弱に立法化されたのは、何故であろうか。

(2) 海先法の立法過程において、昭和五六年三月、通産省産業政策局長の諮問機関「商品等の取引問題研究会」は、規制方法としてA案（一般投資家を対象とする勧誘・受託の禁止）とB案（取引受託者の許可制等による規制）の二つを併記した。<sup>(85)</sup> A案は、海外取引関与の全面禁止は自由な経済活動を阻害するので、海外取引所の事情に通じていない一般投資家のみを保護するために、これに対する勧誘受託を禁止する。その効果として、当業者の取引は何ら制限を受けず、勧誘・受託だけで違法となるため取締が容易であるが、問題点として、一般投資家と当業者の区別が不明確になりやすいと規制効果があがらないおそれがある、とされていた。B案は、海外取引の勧誘と国内商品取引の受託活動がほぼ類似すると考え、商取法の商品取引員に対する規制と類似の規制で一般投資家を保護しようとする。その効果として、許可制により悪質業者を排除しようと同時に、取引の適正化で一般投資家を保護しようとする。その効果として、活動の規制では一般投資家をよく保護できず、許可基準と判断基準につき技術的に難点がある、とされていた。

A案は、①勧誘・受託の禁止対象とされた「取引の事情に通じていない一般委託者」の範囲・限界があいまいなため、禁止規制の効果が期待できないので、対象を「新規委託者（当業者を除く）」とすべきであった。それにしても、②この禁止が遵守されない場合には、それ以上に悪質業者を規制する手段を欠く点が決定的な短所である。これと反対に、B案は、①業者ぐるみの計画的な詐欺の実態をもつものが多数を占める海外先物業者と商取法の商品取引員とをほぼ同視している点に決定的な誤りがある。前者に後者と類似の「多面的で柔軟な規制」をするならば、長期的には規制効果が徐々に生じるとしても、短期的には逆効果になる。そこで、②厳格な開業許可基準と行政監督が不可欠になるが、それが困難なのであれば、規制効果は期待しえないであろう。すなわち、両案とも決定的な難点をもっていたのである。

(3) この案を受けた通産省および農水省からの諮問に対して、昭和五七年四月の商品取引所審議会の答申は、<sup>(86)</sup>「業

者の中には、悪質な行為を行う者が多く見られるにもかかわらず、法規制の対象となっておらず、野放しになっているため、一般委託者において被害が多発するに至った」とするが、具体的には、五つの類型の悪質行為を列挙して、これに対して「行為規制」の立法措置を講ずることが現時点では適当とした。そして、同時に、「被害の防止を図るためには、一般委託者の自覚と政府の啓蒙活動が極めて重要な意義をもつものと考えられる。一般委託者の被害のうちには、一般委託者に慎重さと知識があれば回避できたであろうケースもあり、当審議会としては上記法規制とともに、一般委託者が自覚をもってこうした取引に対処すること及び政府がこうした取引の危険性を周知させるための施策を講ずる必要がある」とした。

本答申は、被害防止の責任を一般消費者と政府に転嫁しているように思える。一般的施策として消費者教育の高揚は必要である。しかし、消費者にとって日常的ではない先物取引さらに特殊な海外商品取引の仕組みや危険性について、予め一般的に消費者が知識をもつ必要がある、これを要求すべきなのであるか。しかも、被害は消費者が業者にアクセス（接近）したからではなく、業者が電話・訪問で望みもしない消費者を勧誘したから発生するのである。「取引の危険性を周知させるための施策を講ずる必要がある」のは、危険を招く業者においてである。有効な危険開示を義務づける行為規制の案を審議会こそが提示すべきであった。その意味では、業者のアクセスを禁止した前記A案が妥当な方向性を示唆していた。本答申は、B案の開業規制をとらない点ではA案の行為規制に接近しつつも、アクセス禁止を採用せず、これに代るディスクロージャー（危険開示）の方策を示していないように思われる。

それにもかかわらず、この答申に基づいて海先法の法律案が作成された。通産省「海外商品市場における先物取引の受託等に関する法律案について」（昭和五七年四月）<sup>87</sup>によると、同法案の内容は、①勧誘（基本）契約締結・売買注文・売買取引成立の各時点での書面交付義務、②違法・不当な勧誘・受託行為の禁止、③真正に成立した売買取引価

格について業者の挙証責任、④主務大臣による報告徴収・立入検査および業務停止処分での規制の実効性担保であった。前記答申とこの法案の骨子との唯一の相異点は、規制の実効性の担保につき、前者では「業務停止命令、罰則等」の手段とされていたので、違法・不当な勧誘・受託行為の禁止につき罰則等の担保がなされうる余地があったが、同法案では罰則担保なしになっていることである。

(4) 国会における同法案の審議において、清水勇委員からの提案により①海外先物契約の定義を改め(二条六項)、②契約締結日から一四日経過前の顧客からの売買指示の受託禁止(八条)、③定義に該当しない受託契約の無効(三条)の追加修正案<sup>(88)</sup>が認められ、訪販法のクーリングオフに類似する制度が導入された。注目に値するのは、植田守昭政府委員(通産大臣官房審議官)による法案の趣旨説明である。<sup>(89)</sup>この業界の発展段階では、許可制にしても非常に悪徳者が多いので、その中からどういう基準でいい人だけを選ぶかは非常に難しく、にもかかわらず形式的・一律的な基準では大部分が許可されて公認のお墨つきを与えることになりかねないので、経済に貢献する業法ではなくて規制法にせざるをえない、とされている。他方、渡辺貢委員は、次の理由から本法案に反対した。<sup>(90)</sup>①規制対象が指定の市場・商品に限られるので、ブラック市場を容認することにもなる。②書面交付は悪質な業者ですら現にやっているので、規制の実効性が疑わしい。③不当行為の禁止には罰則がなく、悪質な行為を有効に規制できず、その立証責任が一般委託者に課せられるので、その救済には役立たない。④委託者保護の前提に立つならば、取引対象を当業者に限定すべきである。⑤本法案は、商取法の国内業者に対する規制より後退したもので、一般委託者保護に欠陥をもつため、詐欺的商法を一般的特質とする海外業者を容認し逆用されるおそれさえある。

本法施行後の被害実態からして明白なように、渡辺委員の指摘が的中しているのに対して、植田委員の説明は、開業規制の困難と非有効性を強調するだけで、悪質業者が非常に多いゆえに必要な行為規制の強化をしない理由に

ついでには触れていない。この法案における政府の姿勢は消費者保護に消極的なのではないか、との疑いが生じる。そこで、昭和五七年七月一六日に公布された海先法について通産省側からなされた説明がある<sup>(91)</sup>ので、そこに示された立法理由を検討してみる。

(5) 第一に、「法規制の必要性」(立法目的)については、①悪質業者の行為として⑦不当な勧誘・⑧取引拡大への誘導、⑨保証金の追加要求・⑩解約の拒否・⑪仕切りの拒否・⑫架空相場の利用・両建の強要・⑬吞行為が列挙され、②本法はいかに不注意な消費者をも一方的に保護する立場ではなく、一般大衆と海外商品業者の知識・経験の格差を本法の諸措置で是正して、両者間の実質的公平を得ようというものであり、③不法行為はあらゆる取引に多かれ少なかれ発生しているのに、特に海外商品市場における先物取引のみを規制する理由は、反対売買による差金決済が可能であるという先物取引に本質的に内在する危険性があるため、これに乗じる不法行為等により法益が侵害される蓋然性が極めて高いためである<sup>(92)</sup>、とされている。

右の立法理由の解説のうち、①の悪質業者の行為は国内公設市場でもないわけではなく、②・③の説明から「海外」の文字を削除すると、それは国内公設市場の先物取引での被害防止に必要な立法つまり商取法の立法理由ともなりうるように思われる。すなわち、公設先物業者に較べて格段と悪質なものが多い海外先物業者に特有な典型的危険に対応しうる立法理由が欠けている。例えば、海外先物取引での被害をみると、①の悪質行為がいわば偶然的にはなく計画的に併用され、業者ぐるみで委託証拠金として受領した金銭を不法領得する手段として、海外先物取引のシステムが悪用されているにすぎないことが圧倒的に多い<sup>(93)</sup>。真正な海外先物取引を「狼」にたとえれば、その悪質業者の実態は「狼の皮を被った虎」であるといえる。そうであれば、海先法が「虎」でなく「狼」を射程に置いた点で既に誤っていた。あるいは、海先法は「狼」程度の業者のみを規制し、「虎」の規制は刑法(警察等)に委ねるのが当初から



の立法意図だったのかもしれない。そうであれば、海先法施行後も大量検挙前には被害が増大したのは必然だったといえよう。

(6) 第二に、「法規制の方法」(行為規制)については、①一般投資家を対象とするすべての勧誘または受託行為が必然的に一般投資家の法益を侵害するものといえない限り、法律論としては全面禁止はありえないのであり(本質的に違法な無限連鎖講の開設・運営・加入・加入の勧誘等を禁止している「無限連鎖講の防止に関する法律」と根本的に異なる)、②仮に禁止するとすれば、その対象は必然的に社会的害悪を及ぼす勧誘または受託行為に限られるが、これを罰則により担保するとすれば、罪刑法定主義の建前から厳密な構成要件が要求され、仮に処罰の対象を明確に規定しえても、実態は変幻自在であり、多くが法規制の網から逃れ、かえって有効な取締りができなくなるので、③憲法で保障された営業の自由を規制するためには厳格な法律論に耐えうる根拠が要求されるのである<sup>(94)</sup>、としている。

行為規制に関する右の論拠は、一般論としては妥当であろう。しかし、③の営業の自由といっても、対象が「賭博」であれば制限を受けることは、競輪・競馬等の法規制からも明らかである。高度の投機性ゆえに賭博に類似する側面をもつ先物取引も、これに準じて考えることができる。当業者や財力と知識の豊かな投資家は、先物取引による公正な価格形成とリスク・ヘッジに資する適格性をもち、その財産損失の危険から保護される必要もない。これに対して、財力も知識も乏しい一般投資家は、その参入した先物取引により公正な価格を形成しえず、盲目的な投機による価格高騰の因子になり、あるいはリスク・ヘッジの犠牲となつて回復困難な財産損失を蒙る。このような一般投資家にとって、先物取引は賭博の実質をもち、その参入は先物市場にとつても本人にとつても有益ではない<sup>(95)</sup>。したがって、①の理由により、その勧誘・受託の全面禁止も立法裁量の枠内にあると考えられる<sup>(96)</sup>。しかし、それは過剰規制の疑いもある<sup>(97)</sup>ので、一定の場合すなわち「電話・訪問による勧誘」とか「取引不適格者や新規委託者からの受託」を禁止・制

限することは充分に可能である。その行為は、消費者の生活に必要な取引ではなく、住居での平穏な生活を害し、取引能力を欠く者に財産損失を招く高度の類型的危険をもつからである。<sup>(97)</sup>そして、②の構成要件の明確化による脱法の問題も、完全主義に立たない限り、克服可能であろう。不当勧誘等の行為のうち、限界の明確な行為は罰則担保とし、その周辺の行為は弾力的な行政規制の対象とすればよいからである。

(7) 第三に、「許可制」については、①現状では、海外商品先物取引の受託等が流通経済の観点から積極的に評価しうる面が大きく、その健全な発展を図るべきであるとの立法政策上の判断に至っていないので、海先法は積極的に評価し経済法ではなく消極的な警察規制法になるため、②行為規制や届出制等のより緩やかな規制ではなく、許可制でなければ立法目的が達成できないか、許可基準を充足しないと公共の利益に対する害悪の発生するという相当因果関係があることにつき、合理的な説明が可能かという問題があるので、許可基準として列挙しうるものは極めて限定され、緩やかな許可基準とならざるをえない。③例えば、⑦代表者を国内取引経験者であって紛議を生じさせなかったものに限定するとか④営業保証金制度を取り入れるなどの措置を講じて、資格を厳格にして行政指導体制を整備すれば、許可制にしても「野放し」と変らないという事態を防ぎうるとの意見もあるが、⑦でない者は一般投資家の法益を侵害する蓋然性が高いとは考え難く、これまで業者の財産状態の悪化によるこの種の被害は発生していないので、①の資産要件は立法論として妥当性を欠く<sup>(98)</sup>、としている。

許可制に関する右の論拠は、①の通産者が自ら定めた立法政策を前提として、②の警察規制の必要・最小限の原則（警察比例の原則）を③で展開したものでしかない。例えば、②について、罰則担保の行為規制が許可制よりも強度の規制になることもある。許可制にして業者を事前に規制しなかったために、被害を拡大して業者が詐欺罪で摘発されたという事態は、かえって警察比例の原則に反するともいえる。ともあれ、③の論拠は事実反するよう思われる。

二・二・(2)・(ウ)で見たように悪質業者の経験者が悪質行為を反復している。また、放漫経営や破産等が直接に悪質行為の原因ではないとしても、業者の経営の資産的基礎が弱いと、利潤獲得のために悪質行為に走り易いことは一般的傾向として否定しえないばかりか、先物取引のように顧客から高額証金委託される場合には、開業規制のある他業界から排除された悪質業者が容易に海外先物業に転業・参入して、その不法な経営基盤を維持するためには悪質行為による不法利得を反復・拡大するしかないという傾向を強める(同様の傾向は、マルチまがい商法・ネズミ講・原野商法・ペーパー商法等にも見られる)。そうでないとすれば、商品取引所法における四四条二項の許可基準・四九条の純資産額・五三条の三の商品取引責任準備金・五四条の二の受託財産管理義務・九七条の二の受託業務保証金等の規定は、何を担保・保証するために必要となったのであろうか。後に見るように、<sup>(99)</sup>このような制度があっても我国の商品取引員は一般的に健全な財務・営業体質とは言い難い面がある、と指摘されてさえている。かくして、⑦および①の要件は、許可基準として必要かつ合理的であるといえよう。それでも開業規制が、共同体の代表である行政の費すべきコストの面からして、<sup>(10)</sup>問題があるのであれば、その代替措置がとられるべきであった。例えば、昭和五七年一二月の海先法施行にあたって、金先物取引被害全国研究会の意見書は、国内商品取引の委託証金分離保管を潜脱するため業者が市場を海外に求め、現実には海外に受送金をしていない疑いが強い現状からして、証金の保管方法についての明確な規定を求めている。それ以前の昭和五六年一〇月、日本弁護士連合会の「金先物取引被害防止に関する意見書」<sup>(102)</sup>でも、委託証金の分離保管義務の他、一般委託者勧誘規制の強化として適格者ルール(適合性・顧客熟知の原則)と危険開示原則の確立・不当勧誘防止策の徹底等が必要であると指摘されていたのである。特に保証金の保全については、割賦販売法一八条の三の前受金保全措置での金融機関による供託受託が参考になる。行政庁の許認可の負担を銀行等に肩代りさせる機能を果す、との指摘もある。<sup>(103)</sup>しかし、これらの積極的な諸策は、海先法の立法にあたっては、

充分には検討されず採用されることもなかった。

商取法八条の逆転解釈や海先法の市場・商品指定制に示された「開業自由の原則」は、国際競争に耐えうる先物市場を育成・拡大するため「自由放任」政策の足懸りのようにすら見える。獅子の子を谷につき放して鍛えようとしたのであろうか。先物業者を規制しうる措置をとらずに、消費者の自立を唱えるだけでは、はびこった悪質業者の餌食に消費者が犠牲になり、その後追いの打解策として「獅子狩」(刑事摘発)の最終手段しか残らなくなったのは、必然のように思われる。

(83) 前出二一・二参照。

(84) 前出二二(2)(F)・(3)参照。

(85) 商品取引被害をなくす会・国際商品取引(昭58)一一頁〜二二頁参照。

(86) 「海外商品取引所における取引の勧誘問題への対応のあり方に係る答申について」(昭和五七年四月二三日・五七商審六号)。

(87) 商品取引被害をなくす会・前掲注(85)一三頁参照。

(88) 国会審議録昭和五七年四月二七日・二八日衆議院商工委員会。商品取引被害をなくす会・前掲注(85)一六頁・二九頁〜三二頁参照。

(89) 商品取引被害をなくす会・前掲注(85)二〇頁・二五頁〜二七頁参照。

(90) 商品取引被害をなくす会・前掲注(85)一七頁。

(91) 細川昌彦(通産省産業政策局商務・サービス産業室)「一般委託者の保護を図るため、海外商品市場における先物取引の受託等の規制を行う」時の法令一一七四号(昭58)五頁。

(92) 細川・前掲注(91)七頁〜九頁。

(93) 先物取引被害全国研究会・先物取引業者刑事摘発資料集I(昭63)一頁以下参照。

(94) 細川・前掲注(91)九頁・一〇頁。

(95) この問題について、上林正矩「マーケティングと商品取引所制度」社団法人全国商品取引所連合会・商品取引所論体系1(昭54)は、先物市場の実態につき①価格変動差の取得を目的とする投機取引・②ヘッジングを目的とする繋ぎ取引・③時間的転売のうち、上場商品の生産者・中間商人および大口需要者が行う②の取引が我国では極めて少く、商品取引所はヘッジングによる価格保険機関としての機能をあまり

にも發揮しておらず(同書五五頁)、取引のほとんどは①の投機取引であり、それも大衆参加の投機玉である(同書六〇頁)。商品取引所が商取法一条にいう「国民経済の適切な運営に資する使命を果しうるか否かは、大量投機取引の量ではなく質にかかると(同書六〇頁)。大衆参加による投機取引が是認されるためには、健全投機、すなわち正確な市場知識と資金力を有する大衆の衆知による評価で公定相場の形成機能が發揮される必要がある。商品取引所がこのような価格形成機関である限り、国民経済的使命に適う。それゆえ市場知識に乏しく、資金力を欠く不健全投機者による取引は、制度として排除され、否認されなければならない。不健全投機者は概して商品相場の変動による輸贏(勝ち負け)を意図する、実質的には商品相場賭博ないしマネーゲームを試みる者である。大衆参加の商品取引所が実質的な公衆賭博場に接近するのを防ぐには、清算取引委託者の登録制を採用することも一策である(福田敬太郎・市場政策原理三三三頁・三三三頁参照)。けれども、それは我が国の現状では困難であり、かつドイツにおける失敗の先例もみられるので、我が国としては取引員(外務員)の大衆玉勧誘行為の自粛、規正、取引員の受託売買業と自己売買業との分業化を推進することが肝要である(同書六〇頁)、とするが、この見解は参考に値する。

(96) なお、竹内昭夫「現物まがい取引の法規制」ジュリスト八六一号三六頁は、「私は金などの貴金屬、ダイヤモンドなどの寶石・貴石・株券・ゴルフ会員権証券のような証券など、一定の商品・権利は、政令で指定して訪問販売することを禁止すべきではないかと考える。もちろん証券取引法(六二条〜六四条の四)など、他の法律に従って行い勧誘・取引については禁止されないのは当然である」とする。禁止の理由として①真偽・品質・価格等の判断が難しいため消費者がだまされる危険が高く、②利便性よりも信頼性・確実性が重視される取引では、そのような危険があっても行うべき必要性がないことを挙げるのであれば、立法論としては先物取引も、右の理由から禁止が可能であろう。さらに勧誘・訪問の禁止については、前注(2)・(22)および後注(97)で参照。

(97) 澤井裕「消費者問題の構造と被害の救済・防止」自由と正義三七巻七号六頁・八頁には、「訪問販売形態のセールスには、日本人はきわめて弱い。日本人は「ノー」といえない気質である。人間関係を非常に大切にす。このような国民性においては、セールスマンが一旦消費者のドアのなかにはいれば、あるいは消費者が一旦セールスマンの領域に引きこもり込まれると、契約は成立したも同然である」、「今日における訪問取引被害の実態をみると、それがもたらす社会的有用性との比較において、果たして、この販売方法を是認して育成すべきものとはとても思われない。とくに、それが消費者側の好むと好まざるとにかかわらず、電話にせよ直接訪問にせよ、一方的にプライベートな生活領域に侵入してくるという意味では「生活妨害」的要素を本質的にもっているのである」と指摘されている。また、池本誠司「現物まがい商法」の実態と規制のあり方」ジュリスト八六一号五〇頁でも、「昨今の訪問勧誘による消費者被害の激増ぶりをみるならば、訪問販売における営業の自由とは何かを再検討する必要がある。そもそも、消費者は、自分の自由な意思で商品を選択し契約するか否かを冷静に判断する権利を有するはずである。そうであれば、個人の自宅に事業者が突然上がり込み本人の意に反して勧誘を続けること自体が、自由に許されてよいはずはない。むしろ、事業者の営業活動は消費者の平穏な生活と自由な判断権を侵害しない限度で許されるものであろう」と論じられている。

すなわち、「営業の自由」・「取引の自由」は、本来その自由によって市民の生活が豊かになるための制度的保障であることを忘れて、抽象的に「自由即善」であると考へてはならない。また、住居への立入についての住居権者の同意原則についても、日本人が真意を抑えて他人と和することで共存を維持してきた伝統的なシステムとの関係を考慮したうえで、訪問勧誘について住居侵入罪による消費者保護で充分か否かを検討すべきである。少くとも、選挙の個別訪問の禁止が合憲であるというのは、市民の同意原則に委ねたものでは公正さが保持しえないことを前提としている。因みに、芝原邦爾「悪質商取引と行政取締法規違反の処罰」法律時報五八卷九号六三頁では、現在社会問題化している悪質商取引においては、まさにその勧誘行為の異常な執拗さ、強引さが問題とされているのであり、とりわけ訪問販売における威迫による勧誘や利益に関する断定的判断の提供による勧誘のうち、特に違法性の強い類型のものについては直罰規定の導入を考慮することが必要である」とされている。勧誘の強度を行為類型化することが困難なので、対象となる相手・場所・取引等の関連で限定し、後は実質的違法判断に委ねるしかない。

(98) 細川・前掲注(91)一〇頁～一二頁。

(99) 本文五(4)「現状の問題」参照。

(100) 昭和六年一月の「商品等の取引問題研究会報告」七頁。

(101) 「預託等取引契約」につき、井上淳「現物まがい取引に対する法的対策について」ジュリスト八六五号(昭61)七一頁参照。

(102) 金先物取引被害問題研究会・先物・金取引被害の実態と対策(昭60)一四三頁～一四九頁参照。

(103) 竹内・前掲注(96)四三頁。

## 五 先物取引への刑事規制の展望

(1) これまでの考察を総括してみると、昭和二三年制定の証券取引法は大衆投資家の参入・育成を前提とした立法のため刑事規制も過剰な程に網羅・整備されているのに対して、昭和二五年制定の商品取引所法は当業者主義を前提とした立法のため一般委託者参入の実状に応じて保護規定を順次補足したものの刑事規制にも整備の余地があり、昭和五七年制定の海外先物取引規制法に至っては法規制の不備が明白である。その原因は、国民経済に寄与しない業態

で悪質業者が多いことから、業者を育成しない消極的規制を前提としたが、悪質業者の抑制にも消極的規制であったという法構造に求められる。その背景には、昭和五年の商取法八条の「逆転解釈」に示される先物取引の「開業自由の原則」という政府の方針転換があった。すなわち、投機的取引の弊害防止を基調とする従来の行政統制政策から脱脚して、自由競争の下で先物市場を育成して国際経済における我国の安定的優位を確立しようとする積極自由政策への転換が政府により意図された。その意図を具体化したものが、昭和六三年の証券取引法の改正（昭和六三年法律七五号）と金融先物取引法の制定であった。同法の立法理由は、「金融の自由化、国際化の進展に対応して、国民経済の適切な運営及び金融先物取引等の委託者の保護に資する」ことであった。そこには、先物取引による価格・通貨等の経済調整機能を重視して国際市場との競争力を高めるために、行政規制の緩和傾向がみられる。そして、平成元年三月、通産省は商品先物取引の規制を大幅に緩和するため商品取引所法を抜本改正する方針を公表した。その骨子は、

①上場対象にオプション（選択権売買）・指数・運賃などの無形商品の追加、②取引所会員として外国企業の参入、③取引員の取次業務解禁・取引所合併規定の新設による業界の再編・体質強化でもって、取引の国際化・大型化を目指すもので、農水省と調整して今秋にも改正案をまとめ、次期通常国会に提出するというものである。<sup>(104)</sup>

(2) この一連の立法の動きにより、業界の領域と行政の立割による法規制が維持され、統一先物取引法の実現は当面否定されたことになるが、商取法改正と海先法との関係は明らかではない。今回の法改正は「規制」一辺倒だった先物行政が「育成」へと方針転換することを意味する、<sup>(105)</sup>とされているが、従来の規制強化は「一般投資家の保護」を目的としてなされた。先物取引の育成は、これを支える投資家の保護なしには許されない。行政規制の緩和による自由の拡大は、業者の責任強化を論理必然的に伴う。

高度成長経済による「豊かな社会」は生活環境の破壊の上に成り立っており、物と情報の氾濫により消費者の「豊

かな生活」が質的に阻害されている。生産・サービスと消費とが大量的には結合しても、実質的には調和していないのが現状である。悪質商法による消費者被害の発生は、経済と産業構造に起因するものである。悪質業者として生まれた者（生来的犯罪者）はおらず、産業構造に内在する劣悪な弱者の部分が強者との競争で排除された結果、悪質業者に集約されて特殊販売等の新たな市場を形成したのである。<sup>(106)</sup>この新市場は「本来的に取引に不適性な領域」（私的で平穩であるべき住居等）において外的業務・生産労働から解放された状態にある主婦・高齢者・学生等を中心とする「本来的に取引の意思・能力に乏しい状態にある消費者」であるため、そこで外形上成立する取引は本来的に契約要素の乏しいものであり、<sup>(107)</sup>多数の取引を成立させるためには必然的に詐欺的で強引な方法が用いられ、高収益を上げる効率よい取引ほど悪質化する傾向にある。大資本によるマス・メディアを通じた広告と華麗な店舗という心理的誘惑で消費者の購入意思を形成させることができないところに、訪問取引等を用いた悪質商法がはびこる原因がある。このような構造的要因は、先物取引における国内公設市場での業者と国内私設市場・海外市場での業者との関係でも存在する。したがって、産業（業者）の育成と消費者の保護との一体不可分な関係を前提とした政策の推進が必要であり、海外商品先物取引への法規制のあり方を射程に入れて商品取引所法を改正する必要がある。例えば、海外先物業者を育成する積極的理由を欠くとの理由で、それに対する開業規制を行わない<sup>(108)</sup>というのは、消費者被害の経済的コストを看過したもので、立割行政的エゴイズムのきらいがあるといえよう。昭和六二年の時点で、我国の海外先物業者二四一中紛議の多い一二社が行政監視の対象になった<sup>(109)</sup>のであれば、現在では業者の良悪も相当に明らかになっていると思われ、その選別により開業規制の実施も可能であろう。ともあれ、この問題については、以下でさらに論じる。

(3) 商品先物取引に対する法規制（法改正）の基本構造として最も重要なのは、先物取引が「高度の投機性」ゆえに「賭博類似性」を本質的に備え「適正な市場価格の形成」とこれに参与する「一般投資家の財産」とを阻害する危



險が高いため<sup>(10)</sup>、その実質的な危険性を制御し適法性を除去するための法的システムが必要になり、それによって初めて先物取引の適法化と消費者保護とが同時に達成されるという点である。その調整のための基本原理が(広義の)「取引適合性の原則」<sup>(11)</sup>であり、その具体化が「取引(業者)育成」と「委託者保護」との調和という立法課題になる。第一に、取引の前提として、公正な市場価格の形成に寄与し、財産損害の紛議を防止しうる適格性をもつ業者と一般投資家とを選別するために、①開業規制および②新規委託者への危険開示とその取引適格審査のための公正で中立な機関の設置、また市民の私生活保障(憲法三五条・住居の不可侵)のために営業の自由を制約するものとして、③電話・訪問による勧誘の禁止<sup>(12)</sup>が必要である。消費者保護の視点に立つと、④適正な取引での本人の失敗による財産損失は、本人の責任ゆえに本来保護に値しないが、その取引の知識・能力を欠くためその危険を知らなかった者には保護が必要である。それが②である。その実施のコストは相当になるが、それによって一般委託者は安心して取引に参入しうることになり、この手続を経た委託者の責任を明確にしうることで、長期的には先物市場の育成にもつながる。これらの取引へのアクセスの段階での規制が完備すれば、①取引において発生しやすい紛議の防止には、証拠金の分離保管を行えば従来通りの④書面交付・告知義務の規定等で足りる。しかし、⑦業者により仕組まれた財産損害を防止するには、①④の規制は罰則を担保しても悪質業者には潜脱されてしまうので、新たに直罰方式の強力な行為規制が必要である。そこで、⑤偽計または威力を行使して先物取引として委託を受けた財産を不法領得する行為を未遂を含めて処罰する規定とその両罰規定を定めることが考えられる。両罰規定は、業者ぐるみの計画的犯行に対処するためであり、未遂処罰は横領罪よりも不法の捕捉を容易とするためであり、偽計・威力の行使は詐欺・恐喝の周辺行為を捕捉すると同時に背任罪の背信的行為の一定の類型に限定して捕捉するための要件である。特に、偽計・威力はその行為の限界が明確でないため一般刑法では短所になるが、その点が消費者保護のために悪質業者の脱法を防止する

うえで長所に転じる。なお、吞行為・向い玉・断定的判断の提供・仕切拒否等の不当行為を偽計・威力とみなす規定を定めると、解釈上の疑義を排除できるであろう。しかし、このような一般論は、先物取引の実態に即してのみ、成り立つことができる。

(4) 昭和六一年一月の「商品等の取引問題研究会報告」によると、我国の商品先物取引現状をふまえた行政の基本的方向として、①市場規模の拡大・②商品取引所の拡充・③商品取引員の体制整備が掲げられ、当面の措置として⑦委託者優遇税制の創設と⑧社会的信用の高い内外企業の参入促進とを必要だとしている。しかし、今後の課題として、特に商品取引員については、①財務体質の強化と営業姿勢の是正・②業務提携等再編成の促進・③証拠金完全分離保管制度の導入・④新手数料体系の設定・⑤情報化の促進・⑤上質の外務員養成が提言されていることからして、一般委託者保護のための行政規制が強化されるべきことは明らかであり、その規制緩和が一般委託者の犠牲の上に成り立つのではないかという危惧は強まる。業界再編による競争の活性化で業者の体質・姿勢が強化されれば委託者被害も長期的には減少するとしても、強化の過程では弱体ゆえに排除される業者による悪質行為が増加するおそれすらある。いずれにせよ、業者の体質は現状では未だ弱いのである。そこで前記報告書から重要と思われる点を摘示してみる（以下の括弧内の数字は報告書頁数）。

〔現状の問題〕

① 我国の商品先物市場の取引は、主として一部の当業者と個人の委託者によって行われており（出来高比率で当業者が三割、残余が一般委託者）、委託者の層が薄い（4）。

② 大手当業者は、大量のヘッジができないため我国の市場をあまり利用せず、むしろ海外の市場でヘッジしている（4）。市場規模が小さいこともあって、金・銀などの東京市場価格は、ロンドン、ニューヨーク等の写真相場の域

を出していない(5)。

③ 当業者のリスクヘッジに必要な健全な投機家の利用も進んでいないが、その理由の一つとして、專業商品取引員が十分な社会的信頼を得ていないことがある(4)。

④ 最近の專業商品取引員全体の財務状況を見ると、委託玉による収支は赤字であり、その部分は主に自己売買益によって補填されており、健全な財務・営業体質とは言い難い面がある。また、東京工業品取引所の貴金属市場の專業商品取引員につき公認会計士による予備監査を実施した結果、諸規程の整備状況の不完全さ等、專業商品取引員の経営体質の前近代的な側面が指摘されている(7)。

⑤ 取引所で実施されている「板寄せ仕法」という集団売買による節商いの方式は、バイカイ付出しを利用した不健全な営業活動が行われやすく、大口玉がはまりにくいなど売買機会を制約し、ザラバ取引に慣れている海外業者がなじみにくい等の問題がある(7)。

⑥ 委託者に対する向い玉は、委託者への背信行為になるばかりでなく、先物取引全体の社会的信用を失墜させる。現在、向い玉規制の見地からポジション開示がなされているが、向い玉が十分に防止されているかについては疑問が残る(8)。

⑦ 昭和六〇年二月から危険開示告知書の交付義務が全商品先物市場に拡大されているが、その内容につき委託者に十分な説明が行われず、本制度の趣旨を生かした運用となっていない(9)。

⑧ 業界全体では事務処理の電算化が遅れ、電算機を利用した相場等に関する情報の分析および顧客への提供が必ずしも行われていない(8)。

〔方策の課題〕

① 我国の商品先物市場のリスクヘッジ機能を十分に發揮させ、国際的な市場に育成していくためには、上場商品の多様化等と同時に投機家・投資家の市場参加を促進する必要がある(9)。

② 先物市場では、資金的に余裕を持った運用を行うことが望ましく、この点から法人企業及び高い資産層の個人委託者の参加促進策をとることが重要である。このような措置により商品先物市場が拡大すれば、資産運用の幅が広がる中で、当業者の利用が進み、商品先物市場の公正な価格の形成機能も充実することになる(9・11)。

③ 金融先物市場の拡がりの中で、專業商品取引員は証券会社・銀行等との激しい競争に耐えて成長を遂げていくには、財務・営業姿勢において一層の改善を行い、信頼性の高い情報産業としての体制を構築することが必要不可欠である(10)。許可制の枠内で適切な競争状態を実現して経営改善の意欲を刺激し、健全な育成を図る必要がある(16)。

④ 專業商品取引員が信用を高めるためには、委託証拠金の全額を取引所に預託し、債務不履行の場合に預託金への直接請求権を委託者に認めることが必要であろう(17)。

⑤ 取引仕法としては、売玉・買玉の値段・量を一枚の板に書き込み、合致したもから売買を成立させていく、「板合せ仕法」(広義のザラバ仕法の一種)への早期移行が望まれる。その導入にあたり、意図的に顧客の期待に反した値段での売買の防止措置を講じる必要があるが、この仕法は不健全な商慣行がなくなり、取引機会を増大させ、国際的な普遍性を持つ(15)。

⑥ 現在の取引仕法の下では、向い玉を防止して委託者保護を図る観点から、專業取引員の建玉ポジションを委託者に通知するシステムを導入するなどの対策を講ずる必要がある。また、ダミーを介在させた自己玉さらに不適正な両建など委託者とのトラブルの原因となる行為を防止するシステムの導入を検討する必要がある(16)。

⑦ 危険開示告知書の制度を生かし、顧客への先物取引の性格の説明を徹底して行うよう商品取引員を指導すると

ともに(16)、情報産業となることが期待される商品取引員に所属する外務員は、資産管理のコンサルタントとして機能する必要がある(18)。

⑧ 新たな取引形態の導入等にあたり、利害関係の調整のため弁護士等学識経験者で構成され客観的に中立性・公正さが担保された常設の第三者機関による委託者紛議の調停システムの導入を検討することが必要である。また、健全な委託者の参入を図るため、委託者の資産の要件の設定等について業界内での検討を促進する必要がある(18)。

(5) 「現状の問題」・「方策の課題」の各々①～⑧は、ほぼ対応する関係に抜粋した。その全体から明らかなように、⑦現在の商品先物取引がリスクヘッジと公正な価格形成の機能を充分に果しておらず、一般委託者の単なる投機市場に近いという一側面、④專業商品取引員(業者)の財務・経営の体質・姿勢が一般に劣弱であるため、充分な危険開示・情報提供を受けてない資力の弱い一般委託者に向い玉・不当な両建玉等を用いて喰い物にするという傾向が充分に是正されていないという一側面があり、両側面の悪循環により「先物市場の拡大・成長」と「一般委託者の保護」とが阻害されていることが示されている。したがって、(3)で提示した法規制(立法)の基本原理と具体的骨子が、取引の現状にもほぼ適合するといえよう。特に(3)の②に示した危険開示と適格審査の手続は、「方策の課題」⑦・⑧からしても必要性が肯定される。業者による自主的な危険開示と適格審査は現状でも構造的にも不充分である。その開示・審査機関には、消費者の事後的救済の便宜も兼ねて消費生活センターを考えたが、⑧のような委託者紛議調停機関を設置するのであれば、その下部機構に登録した消費生活相談員・コンサルタント・アドバイザーのような資格者に委託者・外務員の立会の下で開示・審査を委ねることを検討してもよい。また、⑥の向い玉等を防止するシステムは是非必要であるが、それが効果的に機能しないとすれば、受託売買と自己売買とを分離独立した業態とする必要がある。同報告では、業者自身のヘッジ等の必要による自己玉を認めつつ(一六頁)、一任売買の投資顧問を取引員と別主体と

して導入することを提案している(二三頁)。しかし、証券取引法では、四七条で向吞が禁止され、一四七条で吞行為が禁止され、さらに証券会社による信用取引も顧客の信用取引と利害が相反するものとして全面的に禁止されている(証券会社の健全性の準則に関する省令一条四号)。なるほど向い玉等の弊害は「板合せ仕法」の導入で除去しようとしても、受託売買と自己売買とが利害相反の危険を常に伴う点からして、証券会社よりも経営体質と委託者保護の姿勢において脆弱な傾向の強い專業商品取引員においては、受託売買と自己売買の兩業態の分離專業化に踏み切るべき時期に至ったのではあるまいか。受託売買業の経営が成り立つためには、必然的に委託者の良き情報提供顧問となって良質な委託者層の拡大に努めなければならず、その結果として業者の社会的信用が増大すれば顧客も増大して市場の厚みも増大し、公正な市場価格の形成にも寄与する。兩業態の分離によって、同時に、抑止の困難な向い玉等の手段を組み合わせた客殺しによる財産被害が防止され、これに対する刑事規制が不要になれば、その分離は刑事規制の補充性・謙抑性の観点からも要望される。今回の法改正の狙いは、競争原理の導入による業界再編をもって業者の体質強化を図る点にある。暫定期間を置いて兩業態の分離を実施すれば、良質のブローカーとディーラーのみが自由競争で選別されて、先物市場の拡大と國際化が達成されよう。あるいは、その受託業の中に海外商品先物市場での受託業を含めた法規制の方向が考えられるかもしれない。

今回の商品取引所法の改正の動きは、國際的競争力の強まった証券会社と銀行等の金融機関が凌ぎ合う「先物新時代」において、國際競争力の弱い商品取引業界の地位が相対的に劣化するのを防止するための挺入であり、そこに業界の焦りすら見える。開業規制の下で業者育成をめざした管理行政が逆に業者の自立と自浄力を殺いで古く弱い体質を温存させる結果に至り、開業規制の下での競争原理の導入への方針転換が行政規制の緩和といわれるのである。このことは消費者(委託者)保護との関係には妥当しまい。業者の競争が強まる程に、競争の過程で消費者の地位は

相対的に弱まるからである。それゆえ、消費者保護のための競争原理の導入は必要であるが、業者の競争過程では消費者保護の強化が必要不可欠である。特に社会的信用の弱い商品先物業界においては、新規委託者との関係で保護を強めない限り、より社会的信用の強い証券・金融業界に対抗しえないであろう。

「先物新時代」においても「消費者（委託者）は神（王）様」なのである。

(104)・(105) 日本経済新聞一九八九年三月二四日号タ刊。

(106) 前注(49) およびその本文参照。

(107) 長尾治助「閉ざされた取引と消費者の締約交渉権」NBL三三〇号三三〇号六頁、三三二一〇頁、三三三二一頁（以上昭60）三三三頁参照。な

お、長井圓「消費者取引に対する刑事規制の限界」神奈川大学法学研究所研究年報八号（昭62）一一三頁・一五四頁参照。

(108) 前注(98) およびその本文参照。

(109) 日本経済新聞一九八七年五月一三日号朝刊、警察庁保安部生活経済課・昭和62年中における生活経済事犯九頁・二〇頁参照。

(110) 本文四二、前注(65)・(76)・(95) およびその本文参照。

(111) 例えば、河本一郎「証券・商品取引の不当勧誘と不法行為責任」上柳克郎先生還暦記念・商事法の解釈と展望（昭59）四八三頁では、証券取引での「適合性法則」につき「投資勧誘に際して、投資者の投資目的、財産状態および投資経験等に鑑みて、不適当な証券取引を勧誘してはならない法則である」と説明されている。これに対して、本文ではその趣旨を拡張して、消費者被害を招く危険の高い取引につき、取引の知識・能力の乏しい消費者の参入を制限するだけでなく、取引参入後を含めて、その取引における当事者としての対等性を実質的に保障するために必要な規制を、広義の「取引適合性の原則」であると考えている。すなわち、この原則は、消費者保護のために必要な営業・取引の自由」の内在的かつ合理的な制限としての意義をもつ。現代社会では営業の自由は最終的に消費者の利益と結びつかねばならないという制約下におかれる。営業者も立場を換えれば消費者なのである。

(112) 前注(2)・(22)・(23)・(96)・(97) およびその本文参照。

(113) 前注(29)・(30) およびその本文参照。

(114) その手続のコストは、行政（国民一般）が負担するよりも、商品取引員協会の負担とするのが公正であろう。また、取引前に消費生活センター（行政）が関与すると、事後に紛議が生じた場合の消費者救済に公正さが欠けるおそれもあるからである。

(115) 上林正矩「マーケティングと商品取引所制度」商品取引所論体系1（昭54）六二頁では、ブローカー業務とディーラー業務の兼営は、我国

の伝統的制度であるが、この点諸外国は制度もしくは自主的な分業であり、我國の向い玉・客殺し等の紛議の根源は兩種營業の兼営制度に起因するものなので、科学的經營・社会的制度のいずれの見地からも、商品取引員のブローカーもしくはディーラーの專業化が必要であるときれている。なお、前注(95)参照。

## むすびに

新たな商品取引法の下では、海外先物取引を含めた開業規制等が必要でありかつ可能であると思われる。本稿を要約すれば、市場の拡大に不可欠なのは、消費者(委託者)の保護による取引の信用強化である。そのためには、①電話・訪問による勧誘の禁止、②新規委託者の参入規制(危険開示・適格審査)、③ブローカーとディーラーの独立分離化、④偽計・威力による委託財産の領得罪規定新設が必要であると思われる。刑事規制つまり罰則として重要なのは、①の事前規制と②の事後規制である。もっとも、それは②および③が実現されれば、補充的な役割を果すだけで、現実の処罰は避けられるので、その実現こそが望まれる。

なお、農水・通産両省は、本年六月八日、商品先物取引の規制緩和につき合意し、受託契約準則の改定案を全国商品取引所連合会に示した。本年一〇月から施行される予定の新準則は、①受託契約につき取引員のみ義務・責任を課していたのを改め、委託者との双務契約とし、②新規委託者への証拠金の返還につき、従来は取引終了後六営業日以内としていたが、今後は委託者の請求があった場合のみとするなどの内容であって、取引のトラブル防止よりも取引の「近代化」に重点を移している(日本経済新聞一九八九年六月九日朝刊)。そうであれば、先物取引の国際化・近代化の犠牲に委託者をしていないための方策の実効性が問われよう。

本稿の当初の意図は、先物取引と賭博罪・詐欺罪の成否を中心に論じることにあつたが、商品取引法の改正構想が



急速に具体化する方向に進んだため、右両罪の検討の前提となる筈の部分を急遽拡大せざるをえなくなった。そのため、本稿が冗長で統一を欠くものになったのは残念である。なお、先物取引の投機的性格に由来する財産危険については、別稿「先物取引に対する賭博罪成否の限界」神奈川大学法研究所研究年報10号で論じることとした。併せて参照頂ければ幸甚と言うほかはない。

さらに、本稿校正中の新聞報道（日本経済新聞一九八九年七月二十八日夕刊）によると、通産省は商品取引所法改正案の骨子を①オプションの新規上場と外国企業への門戸開放による取引の国際化・②商品取引員の取次業務解禁と一任売買制度の導入による業界の近代化・③委託者保護の明確化の三点に固めた。③としては、①委託者債権の完全保全・②紛議調停機関の設置・③証拠金制度の見直しによる不適合委託者の排除などを条文化するというが、その具体的内容までは知りえなかった。