

## 商品先物取引をめぐる犯罪について

——先物取引被害再発防止における刑法の役割——

垣 口 克 彦

### 目 次

はじめに

#### I 商品先物取引と消費者被害

1. 先物取引の仕組みと危険性
2. 悪徳商法の出現・展開と消費者被害

#### II 先物取引被害と財産犯罪

1. 不当勧誘行為・呑み行為と詐欺罪
2. 客殺し商法と詐欺罪・背任罪の成否

#### III 業法による刑事規制

1. 財産犯罪適用による刑事規制の限界
2. 業法上の刑事規制措置の役割

むすびにかえて

### はじめに

この2、3年の間に、商品取引業界はその将来と過去にかかわるまったく異質の二つの大きな出来事を経験したこととなる。

一つは、平成2年6月に商品取引所法のかなり大幅な改正が行われたことである。従来の同法の改正がもたらした商品先物取引への大衆参加の増大に伴う弊害の防止と委託者保護対策の強化を目的としたものであったのに対して、今回のそれは商品先物取引市場の拡大発展と国際化の実現を主たる目的とするものである（ただし、それと同時に若干の委託者保護対策の改善も行なわれている）。そして、このことは、商品先物市場とその業界に対して行政が規制から育成へと大胆に方向転換を図ったことを意味す

るのであって、商品先物取引を利用した悪徳商法による消費者被害が徐々に鎮静化に向かっていく現在の状況と無関係ではないと思われる。そこで、このような動向を踏まえて、最近、商品取引業界の関係者が「先物取引新時代」の到来を喧伝する傾向も顕著に認められるところである。しかしながら、現実を直視するならば、現時点においても、先物取引利用の悪徳商法が復活しないという保証はどこにもないといわざるをえない。むしろ現状においてこそ、先物取引被害の再発防止策が確立されて初めて先物取引新時代について語ることが許されるという認識が必要であろう。

いま一つは、平成4年2月に最高裁が、商品取引業界の「冬の時代」を象徴するような同和商品事件に関して、商品先物取引におけるいわゆる客殺し商法につき詐欺罪の成立を認めた控訴審の判断を維持する決定を下したことである。同事件は昭和45年から47年にかけて国内公設市場の業者（商品取引員）が客殺し商法と呼ばれる手口を用いて先物取引に無知な家庭の主婦や老人を食い物にしたというきわめて悪質なケースであるが、その後20年の歳月が経過してようやく法的な決着がつけられたこととなる。そして、このことは商品取引業界にとっては暗い過去の清算を意味するにすぎないのかもしれないが、最高裁が悪質業者の実に複雑巧妙な手口について刑法典上の伝統的な財産犯罪（詐欺罪）の成立を認めた意義は大きく、そのことには将来の類似事件の再発を抑止するという一般予防の効果が伴うであろうと期待されるところ

である。

そこで、本稿は、このような二つの出来事を契機として、先物取引被害の再発防止のために刑法が演じるべき役割について再検討を加えようとするものであるが、そのための分析・検討作業は、まず先物取引利用の悪徳商法の展開とそれによる消費者被害の推移を明らかにし、ついでこのような悪徳商法による一般消費者の財産被害について刑法典上の伝統的な財産犯罪が成立する可否かを検討し、最後に業法による刑事規制が先物取引被害の未然防止・拡大防止のために果たしうる機能とその限界を分析する、という順序でこれを進めることとしたい。

## I 商品先物取引と消費者被害

### 1. 先物取引の仕組みと危険性

#### (1) 先物取引の仕組み

商品先物取引とは、数カ月先の一定の時期(限月)に商品とその対価(代金)を授受することを約する売買取引であって、限月到来以前に売買の目的物の転売または買戻しを行なった場合、その間の値動きによる差金を授受することによって清算することができるという手法の取引をいう。このような商品先物取引は、本来的には商品の生産者、加工業者、流通業者等(いわゆる当業者)が価格変動リスクをヘッジする手段として経済の重要な一翼を担うものであるが、それとともに多くの投資家(資産運用者)にとってはこれを投機の有力な手段として用いることができるという側面ももっている。

商品先物取引が行なわれる商品取引所は会員組織で運営されているので、取引所の会員ではない資産運用者が取引に参加しようとする場合には、会員の中で受託業務資格をもっている商品取引員(取次業者)に売買取引を委託しなければならない。そして、この場合、資産運用者たる顧客は商品取引員たる業者に取引の委託にあたって取引上の担保として委託証拠金(普通は商品の総代金の1割程度)を預託するとともに、売買取引の決済がついたときに業者の一切

の労務に対する報酬として委託手数料(先物取引の性質上、往復の売買分)を支払うこととなる<sup>1)</sup>。

#### (2) 先物取引の危険性

商品取引所は公正な価格の形成やプライス・リスクのヘッジ等の機能を果たすことによって自由主義経済の発展に大いに寄与しうる制度であるが、そこで行なわれる商品先物取引の投機取引としての側面にはきわめて大きな危険が伴う。

すなわち、第一に、先物取引は、益の総和が損の総和に等しいゼロ・サムゲームであるから、1回の取引で益を出す率は5割である。しかし顧客は委託手数料を支払う必要があるから、手数料以上の差益を出さないかぎり、損をしたこととなる。1回の取引で最終的に利益をあげるのは4人のうち1人くらいにすぎない。第二に、委託証拠金は総約定代金の1割程度にすぎないので、仮に売買した商品が思惑と反対へそれ以上値動きした場合、証拠金の全額またはそれ以上を喪失する可能性がある。また、損計算額が委託本証拠金の半額相当額をこえることとなった場合には、委託追証拠金(追証)が要求され、追証を出せないときは強制的に手仕舞いされてしまう。第三に、一般委託者は差金決済がほとんどすべてであるが、取引商品の限月が到来する前に反対売買をしなくてはならず、短期間のうちに決済をせまられることとなる。第四に、商品の相場動向は気象、災害等の自然現象から世界の政治、経済、社会に至るあらゆる要因によって左右され、特別の知識・経験を有しない大衆投資家にはその予測など不可能であるから、その道のプロである業者の言いなりになりやすい<sup>2)</sup>。

投機取引としての商品先物取引に参加する途は大衆投資家(一般消費者)にも開かれてはいるけれども、それに参加しうる者は、やはり、経済情勢等の諸要因を判断する能力と十分な取引知識を備え、そのうえに上記の危険性を十分にわきまえた先物取引適格者に限られるべきであろう。

## 2. 悪徳商法の出現・展開と消費者被害

### (1) 国内公設市場における先物取引被害

商品先物取引を利用した悪徳商法は、まず昭和30年代後半から40年代半ばにかけて国内公設市場に出現し、先物取引被害という形態の消費者被害を頻発させるに至った。すなわち、それまでは顧客の来訪を待って注文をとるという姿勢を保っていた取次業者（当時は商品仲買人）が外務員を使った積極的商法に転じ、一般消費者を顧客獲得競争のターゲットとしたために、商品先物取引にまったく無知な一般消費者、とくに主婦や老人といった社会的・経済的弱者を次々と取引に巻き込み、悪徳商法の犠牲者となった顧客（被害者）との紛議を多数発生させたのである。

このような傾向がさらに著しくなり、先物取引利用の悪徳商法がマスコミなど世論の集中的な非難を浴び、また国会でも取り上げられるというように社会問題化するに至ったため、昭和42年には商品取引所法が大幅に改正され、大衆参加に伴う弊害の防止と委託者保護の強化が図られた。このときの法改正で商品取引員に係る許可制が導入され、それは経過期間を経た後、昭和46年1月に実施された（なお、商品仲買人という名称が商品取引員に改められた）。ところが、それでもなお先物取引をめぐる紛議はあとを絶たず、その後も委託者保護の行政施策が推進された<sup>3)</sup>。

なお、許可を受けた業者（商品取引員）の中にも、昭和40年ころからの悪質業者の流れをくむ人脈があって、被害・苦情は特定の複数の業者に集中する傾向があり、また客殺しの手口にもそれらの業者の特徴が認められるといわれている<sup>4)</sup>。

### (2) 国内私設市場における先物取引被害

昭和48年と昭和53年に相次いで行なわれた外為法改正によって金地金の輸出入が自由化されたこと等を背景として、昭和51年ころから、国内公設市場業界出身の悪質業者は金先物取引の私設市場（ブラック・マーケット）を開設し、これを舞台として、主として呑み行為の手口に

より一般消費者から委託証拠金を取り込むという悪徳商法を展開することとなった。昭和54年から55年ころにかけての最盛時には20市場に200業者が存在したといわれている。

このような私設先物市場は商品取引所法8条によって禁止され、その違反に対しては罰則も設けられている。ところが、昭和55年4月に、内閣法制局は、同法8条は政令指定商品に限って適用されるという見解を示して、従前とは逆転した解釈を打ち出したのであり、この逆転解釈が私設市場悪質業者（ブラック業者）の悪徳商法を勢いづかせてしまったのである。金先物取引被害は昭和56年9月に金が政令指定商品とされるまで続き、その後はプラチナ（白金）による被害が発生した。そして、昭和58年10月にプラチナと銀が政令において指定されると、さらにパラジウムが私設市場における取引対象とされることとなり、消費者被害が継続した。

なお、平成2年の商品取引所法の改正により、私設先物市場の開設禁止範囲が拡大され、上記のような、一般消費者を食い物にするブラック業者が暗躍しうる余地は排除されることとなった（この点については後述（Ⅲ-2.-(1)）する）。

### (3) 海外商品市場における先物取引被害

昭和55年に外為法が大幅に改正され、商品取引のための海外送受金が原則自由となり、また他方で、前述のように、昭和56年9月に金が商品取引所法上の政令指定商品となるに及んで、金の私設市場業者等が香港等の海外商品先物市場に進出するようになり、主として呑み行為や向かい玉と客殺し手法を組み合わせた手口により一般消費者たる顧客から委託証拠金を取り込むという悪徳商法を展開することとなった。

そして、この種の新たな先物取引被害が続出し、社会問題化するに至ったために、昭和57年7月に海外先物取引規制法（「海外商品市場における先物取引の受託等に関する法律」）が制定されることとなり、翌58年から施行された。ところが、この法律は市場・商品の政令指定主義を採用し、同法の適用範囲が制定当初は香港の2市場・3商品のみに限定されていたため

に、悪質業者はニューヨーク、シカゴ、ロンドン等の市場へと悪徳商法の舞台を移した。そのために海外商品市場における先物取引被害はかえって拡大することともなった（昭和50年代後半から60年代初頭にかけての最盛時には200社から300社くらいの業者が存在したといわれている）。このような悪質業者の動向に応じて、その後、海外先物取引規制法の政令指定市場・商品も順次追加されてきているが、ここでは被害発生後に指定を繰り返すという後追い行政の弊害が顕著である。

なお、海外先物取引規制法は業者の開業規制につき許可制を採用しないで、開業自由の原則を採っているものであり、このことが当該業界への悪質業者の参入を許す原因の一つとなっている（この点については後述（Ⅲ-2.-(2)）する）。

## Ⅱ 先物取引被害と財産犯罪

### 1. 不当勧誘行為・呑み行為と詐欺罪

#### (1) 不当勧誘行為への詐欺罪の適用

先物取引利用の悪徳商法によって一般消費者の財産被害が発生した場合に、まず刑法典上の伝統的な財産犯罪としては、詐欺罪の成否が問題となる。

そして、この問題を検討する場合、業者が最初の売買取引の勧誘段階において、たとえば委託証拠金相当額で商品（たとえば農産物）の現物を購入して利益を出すものと思い込ませるといように、勧誘の対象となった取引の性質を根本的に偽るとか、または銀行預金と同じように元金の保証された安全な投資であって、損をしても委託証拠金だけは返還されるというように、先物取引の投機性に関して虚偽の事実を告げて勧誘する等、取引上許された駆引きの範囲を著しく逸脱した積極的な欺罔手段を用いて、商品先物取引に関する理解が十分でない顧客を取引に巻き込み、当該顧客から委託証拠金を受領するというようなケースについては、詐欺罪の成立を認めるにおいてそれほどの困難はない。なぜならば、このようなケースについては、

上記のような明白な欺罔行為によって顧客を錯誤に陥れ、その錯誤にもとづいて委託証拠金名義の現金等を交付するという財産的処分行為を顧客になさしめて、当該現金等を取得した、つまり騙取した、という理論構成が容易に成り立つからである。ちなみに、このような理論構成を採用するかぎり、改めて指摘するまでもなく、顧客が委託証拠金名義の現金等を交付した時点で、詐欺罪は既遂に達する<sup>5)</sup>。

ただし、けっして不当な勧誘行為のすべてが欺罔行為に当たるというわけではないことに注意しなければならない。すなわち、業者が先物取引であることを説明しているような場合には、たとえ当該業者が勧誘に際して、たとえば確実に利益が得られるなどと断定的な判断を提供したとしても、それが甘言を用いるという程度の単に抽象的な勧誘文言にとどまるかぎり、一般に詐欺罪における欺罔とはいえないであろう。欺罔行為が認められるためには、やはり顧客の決定的な誤信を招くような具体的な虚偽の事実の告知が要求されるのである<sup>6)</sup>。

なお、ここで詐欺罪の成立が認められるケースとして上に示した不当勧誘行為は、国内公設市場の悪質業者、ブラック業者、および海外先物取引業者のいずれもがそれぞれの悪徳商法を展開するに際して用いてきた典型的な手口の一つである<sup>7)</sup>。

#### (2) 呑み行為への詐欺罪の適用

呑み行為とは、取次業者が顧客から売買取引の委託を受けながら、その注文を商品市場につながらないで、自己が取引の相手方となって売買を成立させることをいう。悪質業者が呑み行為に及ぶ場合、当該業者は、通常、顧客に損失を招くような値段で売買が成立するように不正な建値操作を行ないながら、顧客にはいかにも商品市場につないで売買取引をしたかのように装うのであるから、うかつにも業者を信頼した顧客は確実に財産被害に追いやられることとなる。

このような呑み行為の手口は、かつてより国内公設市場の悪質業者が行なう不正行為の中で

最も単純かつ典型的なものであったが、近時の先物取引利用の悪徳商法においても相変わらず頻繁に用いられているものと思われる（たとえば菱和経済研究所事件）。また、金のブラック業者の場合には、私設市場に顧客の注文をまったく取り次がずに呑んでいるものがほとんどであるといわれているし、海外先物取引業者の場合にも、呑み行為が常套手段となっている<sup>8)</sup>。

さて、このような呑み行為について委託証拠金騙取の詐欺罪が成立することにはおそらく異論はないものと思われる。なぜならば、顧客にとっては、自己の注文が商品市場に通じ、そこで健全な取引が行なわれるか否かは売買取引の委託を決定するにおいてきわめて重要な要素となっているのであり、仮に委託を引き受けた業者が取引の相手方となって、その結果、当該業者と自己の利害が直接的に相対立するような事態に立ち至ることが最初から判明しているとしたら、顧客としては、絶対に取引を委託しないと思われるのであるから、その点を秘匿して適正に受託業務を行なうかのように装って顧客を勧誘する場合には、そこに欺罔行為が存在することは当然といえるからである<sup>9)</sup>。そしてまた、呑み行為であることを秘匿して売買取引の委託を引き受けることが詐欺罪を構成することは従来より判例によって認められてきたところでもある<sup>10)</sup>。

なお、呑み行為のケースについても、業者が顧客から委託証拠金名義で現金等の交付を受けた時点で詐欺罪は既遂に達する<sup>11)</sup>。

## 2. 客殺し商法と詐欺罪・背任罪の成否

### (1) 客殺し商法への詐欺罪の適用

(i) 問題の所在 上記の考察によって、業者が勧誘段階において顧客に先物取引の投機性等に関して虚偽の事実を告げるケースや呑み行為に及ぶケースについては、通常、詐欺罪を適用することによって悪質業者の刑事責任を追及することができるという帰結が導かれたのであるが、逆にいえば、このことは、勧誘の際にそのような明白な欺罔手段の使用があったとは認

められず（それゆえに、顧客には先物取引の投機性等についても一応の認識があったと考えられ）、しかも業者には顧客の売買注文を商品市場につなぐ意思もあったような場合には、詐欺罪による刑事責任の追及が困難であることを意味している。ところが、近時多発した先物取引被害はけっして上記のような詐欺罪の成立が比較的容易に認められるケースに限られているわけではない。むしろ、「客殺し商法」と呼ばれる悪質業者の一層複雑巧妙な手口によって、さらに多くの一般消費者たる顧客の財産被害が惹き起こされているというのが、その実態である。客殺し商法という手口は国内公設市場の悪質業者によって編み出されたものであるが、その後、先物取引利用の悪徳商法の主要な舞台が国内公設市場からブラック・マーケットへ、さらには海外商品市場へと変化しても、この手口はそれぞれの市場における悪質業者によって連綿と受け継がれてきたといえる<sup>12)</sup>。

(ii) 客殺し商法の意義 さて、客殺し商法とは向かい玉と客殺し手法の組み合わせで成り立つ実に複雑巧妙な悪質業者の手口のことをいう。すなわち、顧客の委託玉に対当させて建てる取次業者の自己玉のことを向かい玉というが、悪質業者はこのような向かい玉を建てたうえで、利乗せ満玉<sup>13)</sup>、両建<sup>14)</sup>、途転<sup>15)</sup>、無意味な頻繁売買、解約引き延ばし等の客殺し手法を用いて顧客を損失勘定に追いやり、上記向かい玉によって顧客の損失を業者自身の利得とするのであり、このような手口が客殺し商法と呼ばれている（ただし、客殺し商法については必ずしも厳密な定義があるわけではない<sup>16)</sup>）。もっとも、このような意義における客殺し商法については、それが本当に成り立ちうるものかという根本的な疑問も出されている。すなわち、業者と顧客との取引は予想困難な相場を対象とするものであるから、客殺し手法を用いたとしても、そのような「相場」の動きによって顧客に確実に損失を与えるようなことは不可能である、とする見解が示されている<sup>17)</sup>。これは、顧客にことさらに損失を与えるものとして捉えら

れている客殺し手法の確実性に関する問題であるが、この点については、實際上、業者がほとんどの顧客との間において客殺し商法に成功し、委託証拠金の返還を免れて不当な利得を得ているという取引の実態と結果を踏まえて、やはり客殺し商法の成立可能性を認めることが妥当ではないかと思われる<sup>18)</sup>。

(iii) 詐欺罪の理論構成 そこで、議論の前提として客殺し商法の成立しうることが承認されるのであるならば、つぎに、そのような客殺し商法に対する詐欺罪適用の可否が問題とされなければならない<sup>19)</sup>。そして、この場合にも、先の呑み行為の場合と同様に、勧誘の時点で、客殺し商法を用いる意図を秘匿して委託証拠金を交付させたことが詐欺罪を構成するといえるか、という形で問題が設定されることとなる。

上記の問題に一つの解答を示したのが国内公設市場関係のマルキ商事事件控訴審判決<sup>20)</sup>と同和商品事件控訴審判決<sup>21)</sup>である。すなわち、両控訴審判決は、まず客殺し手法によって顧客に確実に損失を生じさせることが可能であると認定したうえで、客殺し商法を用いる意図であるのにこれを秘してあたかも通常の取引員として顧客の利益を図って営業活動を行なうかのごとく装って顧客を商品取引に勧誘することは欺罔行為に当たるとして、詐欺罪の成立を認めたのであり<sup>22)</sup>、最近、最高裁も同和商品事件について上記控訴審の判断を全面的に支持することとなった<sup>23)</sup>。最高裁としては、この種のケースについて初めての判断を示したこととなる。そして、ここに示された欺罔行為の構成は基本的に妥当であるといえよう。なぜならば、顧客にとっては、取次業者が顧客の利益を図って営業活動を行なう健全な商品取引員であるか否かは売買取引の委託を決定するにおいて最も重要な要素の一つであり、仮に委託を引き受ける業者の実体が客殺し商法を用いることを意図している悪質業者であることが最初から判明しているとするれば、顧客としては絶対に取引を委託しないであろうと思われるからである。

なお、両控訴審判決ならびに最高裁決定が採

用した詐欺罪の理論構成によれば、業者が勧誘段階で上記欺罔行為により委託証拠金名義の現金等を騙取したということとなり、委託証拠金受領の時点で詐欺罪は既遂に達するのであるが、このような理論構成は基本的に1項詐欺罪を個別財産に対する罪と解する従来の解釈に従ったものであり、詐欺罪の構成要件の解釈をとくに変更するものではないといえよう。

ところで、両控訴審判決については、それらが客殺し商法を用いる意図を「秘匿した」という事実を重視している点をとらえて、それらが不作為による欺罔として詐欺罪の理論構成をしているとすれば、そこには問題がある、とする見解が示されている。そして、このような見解を主張する論者は、客殺し商法という違法な行為をする目的を告知すべき義務が行為者に課されるということはあるいのであるから、それを告知しないことをもって欺罔手段とすべきではない、と述べている<sup>24)</sup>。しかし、両控訴審判決は、その趣旨を一層明確に表現すれば、客殺し商法の意図をもちながら、それにもかかわらず顧客の利益のために営業活動を行なうかのごとく装って勧誘したという作為が欺罔行為に当たるとしているのであって、けっして不作為による欺罔のケースを想定しているのではない。最高裁決定では、作為による欺罔の構成が控訴審判決におけるよりもさらに明瞭に示されている<sup>25)</sup>（ちなみに、この種のケースにおいても、なお作為による（積極的な）欺罔の存在を承認することは、従来より判例・学説によって認められてきたところであろう<sup>26)</sup>）。したがって、この種のケースについては、欺罔行為の存在を認定するにおいて、客殺し商法を用いる意図の告知義務が行為者に課されていたか否かを問題とすることは必要ではない<sup>27)</sup>。

むしろ、両控訴審判決と最高裁決定によって試みられた詐欺罪の理論構成に含まれる問題としては、それが客殺し商法を用いる意図という主観的事実（内心的事実）の存在をあまりにも重視したものとなっている点を取り上げるべきであろう。しかし、勧誘段階における委託証拠

金の騙取をもって詐欺罪の成立を認めるためには、欺罔行為の構成における上記意図の強調を回避することはできない。なぜならば、上記判例が欺罔行為に当たるとした行為から客殺し商法を用いる意図を取り除けば、そこには通常の勧誘行為が残るにすぎないからである。そこで、問題は、そのような意図の存在をどのようにして立証するか、ということとなるが、両控訴審判決は、客殺し商法が当該業者の営業方針となっているという客観的事実の存在を通じて勧誘時点における上記意図の存在を推認しうるものと判断したのであり、最高裁も基本的にこのような認定判断を是認したのである。この点に関しては、たしかにマルキ商事事件と同和商品事件は業者が客殺し商法を営業方針としていたと認定しても差し支えないケースであったと思われる。しかしながら、一般論としては、たとえ客殺し商法の手口を用いているのではないかと疑われるような業者であっても、むしろその特定の業者が当該商法を営業方針としているとまで言い切るには困難を伴うことが多いのではないかと考えられるのである。そしてその場合には、個々の勧誘時点における客殺し商法の意図の立証が暗礁に乗り上げることとなりかねない。ここに、客殺し商法を用いる意図を重視した詐欺罪の理論構成の弱点が認められるのかもしれない。

両控訴審判決と最高裁決定が採用した詐欺罪の理論構成に含まれるいま一つの問題は、そのような理論構成によれば、個々の取引に関して業者側の思惑が外れて顧客が利益を上げたような場合にも、理論上、すでに詐欺罪は既遂に達しているという点である（そしてこの種の問題は、客殺し商法への詐欺罪の適用という場面に限らず、先に検討した、勧誘段階における明白な欺罔行為について詐欺罪の成立を認める場面においても生じうることに注意しなければならない<sup>28)</sup>）。もっとも、このような場合、利益を上げた顧客が告訴することはほとんど考えられないので現実的問題は起こらないといってもよいし<sup>29)</sup>、また起訴裁量等によって対処すればす

むことであるとも考えられるので、これはまったく意に介する必要のないような部類の問題であるのかもしれない。しかし、一般消費者の先物取引被害（財産損害）について、いかにして悪質業者の刑事責任を問いうるかという問題がすべての議論の出発点であったことを考えると、上記の理論的帰結には何か釈然としないものが残る。この種の問題の理論的にも納得が行く解決は今後なお検討を要する課題の一つであろう。

上述のように、両控訴審判決と最高裁決定が用いた詐欺罪の理論構成はなお検討の余地を残すものであるが、これら一連の判例が導いた結論は先物取引における消費者保護にとってきわめて有用であるという点においては高く評価されるべきものであろう<sup>30)</sup>。とくに、一審判決と控訴審判決との対立に終止符を打った最高裁決定の出現には、同決定が今後の捜査処理および裁判の指針となるという意味において、実務上かなり重要な意義が認められると思われる<sup>31)</sup>（もちろん、最高裁決定の射程範囲は国内公設市場における先物取引被害に限られるわけではなく、海外商品市場におけるそれにも及ぶこととなる<sup>31a)</sup>）。

## (2) 客殺し商法への背任罪の適用

上述したところから明らかなように、悪質業者の客殺し商法によって先物取引被害が発生したとしても、勧誘段階において当該業者に客殺し商法を用いる意図が存在しなかったか、またはその存在が立証されないような場合には、詐欺罪の成立は認められないこととなる。しかしながら、このような場合に刑法典上の伝統的な財産犯罪によって業者の刑事責任を追及することがまったく不可能となるというわけではない。なぜならば、この種のケースについては、つぎに背任罪の成否を問題とする余地が残っているからである<sup>32)</sup>。

さて、取引継続の過程において行なわれる客殺し商法について背任罪の成立が認められるためには、まず第一に、取次業者が背任罪にいう「他人のためその事務を処理する者」に該当し

なければならない。この点について、国内公設市場における商品取引員が顧客の注文・指示を受けずにあえて相場観に反する取引をして顧客に損害を与えたというケースに関する福岡高裁判決<sup>33)</sup>は、商品取引員（取次業者）の任務が法的誠実義務を伴う他人の事務処理を本質的内容とするものであるとして、取次業者を上記の意義における背任罪の主体として位置づけているが、同判決が示したこのような見解は基本的に妥当なものとして支持されるべきであろう<sup>34)</sup>。

そこで第二に、業者による客殺し商法の取行が、任務違背行為に該当し、しかも、それによって本人（顧客）に財産上の損害を加えるものと認められるか否かが検討されなければならない。この点については、先物取引に通じている顧客が独自の相場観をもって売買を指示し、取次業者は単に指示どおりに注文を商品市場につなぐという役割を演じるにすぎないような場合には、取次の結果、たとえ顧客に損失が出たとしても、そこにはもちろん背任罪にいう任務違背行為の存在や財産上の損害の発生は考えられない。これに対して、業者が客殺し商法に及ぶ場合、すなわち業者が顧客から一任売買を取りつけるかまたは無断売買を行なうという方法で客殺し商法取行の条件を整えたうえで顧客の意見とは無関係に業者の思いのままに客殺し手法を駆使した売買を行なって、その結果、顧客に損失を生じさせたような場合には、それら一連の業者の行為が顧客のために誠実に売買すべき任務に違背する行為（任務違背行為）に当たすることは当然のことというべきであるし、またそれとともに、任務違背行為に該当する客殺し商法の取行によって顧客に財産上の損害が発生したことも容易に認められるであろう。そして、前述のように、マルキ商事事件と同和商品事件に関する両控訴審判決と後者に関する最高裁判決が顧客に確実に損失を生じさせうるものとしての客殺し商法の成立可能性を承認したのであるから、客殺し商法の取行が背任行為に該当することは今後判例によっても認められて行くものと思われる（すでに前記マルキ商事事件に関

する一審神戸地裁判決はその一部において客殺し商法につき背任罪の成立を認めたのであり、控訴審大阪高裁判決も一審の判断を維持したのである）。

もっとも、無断売買や一任売買は法令によって禁止されているのであるから<sup>35)</sup>、顧客は、そのような取引は無効であるとしてその効果の帰属を拒むことができるはずであり、それゆえに、そこには財産上の損害も発生しないのではないかという疑問が生じる余地もある。しかしながら、業者においては繰り返し行なわれる取引の中で實際上このような取引も有効なものとして帳簿上処理されているのであり、また顧客としてもその都度無効を主張することはきわめて困難であるという理由から、取引の結果が現実に顧客の損失として処理されている以上は、そこに財産上の損害の発生があることを認めざるをえないのではないかと思われる<sup>36)</sup>。なお、背任罪は、取引（客殺し商法）の結果として本人（顧客）に財産上の損害を生じさせたときに既遂に達する。

ところで、一般論として、背任罪の成否については、図利加害目的という主観的要件の有無がその決め手となるようなケースが多いものと思われる。しかし、客殺し商法への背任罪の適用を問題とする場合には、取引継続の過程における客殺し商法取行の意図、すなわち客殺し手法を用いて顧客を損失に追いやり向かい玉によって顧客の損失を業者の利得とするという意図の存在をもって図利加害目的を認定することが可能であるから、このような主観的要件を立証するにおいてそれほどの困難はないといえよう。

### Ⅲ 業法による刑事規制

#### 1. 財産犯罪適用による刑事規制の限界

前章における分析・検討によって明らかにされたように、先物取引利用の悪徳商法によって一般消費者たる顧客の財産被害が発生した場合には、刑法典上の伝統的な財産犯罪としての詐



欺罪や背任罪の規定を適用することによって悪質業者の刑事責任を追及することができる。そして、このことは、先物取引被害については刑法典上の財産犯罪規定の解釈・運用によっても理論上かなりの程度の対応が可能であることを意味している。ところが、実際には、先物取引の仕組みの複雑さと悪質業者によって用いられる手口の巧妙さのために、これらの構成要件に該当する事実を立証することはきわめて困難である(このような立証の困難性は、とくに警察・検察実務家が筆を揃えて指摘するところである<sup>37)</sup>)。またそのために、刑法典上の財産犯罪としての立件にはどうしても迅速性に欠けるところがあり、警察・検察当局の対応の遅れが非難的となる場合も多い。たしかに被害者もしくは弁護団または消費者団体等が実質的犯罪たる詐欺罪や背任罪で悪質業者の告訴・告発を行なったとしても、民事不介入の原則もあって警察が直ちに捜査に着手するというようなことは滅多になく、被害がかなり拡大した段階でようやく摘発に乗り出すというのが、この種の事件における捜査実務の現状であるから<sup>38)</sup>、被害者等が遅すぎた摘発を非難することにもそれなりの理由があるといえよう。しかしながら、実質的犯罪としての立件が目標であるかぎり、警察としても慎重にならざるをえず、早期介入は必ずしも容易なことではないといわざるをえない。

したがって、上記の立証等の問題を克服して詐欺罪や背任罪で悪質業者の刑事責任を追及するという途が開けたとしても、そのときには、先物取引被害はいわば雪だるま式に著しく拡大されてしまっていることとなる。つまり、将来における類似事件発生のを念頭に置いての一般予防効果という問題は別として、これら実質的犯罪の適用はあくまでも事後的な刑事責任の追及に役立つにすぎないものであって、被害の事前防止という機能を果たすものではない。そして、ここに、刑法典上の伝統的な財産犯罪の規定を用いて先物取引利用の悪徳商法に対する刑事規制を行なおうとする場合の現実的な限

界があるといえる。

思うに、先物取引被害の未然防止・拡大防止は基本的に先物取引規制立法(業法)の役割なのであり、刑法はここでは業法の罰則という形で当該業法における行政規制措置の実効性を担保するという二次的な任務を果たすこととなる<sup>38a)</sup>。

## 2. 業法上の刑事規制措置の役割

### (1) 商品取引所法上の刑事規制措置

(i) 商品取引所法の制定と改正 商品取引所法は、明治26年制定の旧取引所法の後を受けて、第二次世界大戦後、アメリカの1936年商品取引所法をモデルとして昭和25年に制定されたのであるが、同法については、その後数次にわたる改正が行なわれて今日に至っている。このうち主なものは昭和42年、50年の改正と最近行なわれた平成2年の改正であり、前二者はもっぱら商品先物取引への大衆参加の増大に伴う弊害の防止と委託者保護対策の強化を目的としたものであったのに対して、後者は商品先物取引市場の拡大発展と国際化の実現を主たる目的としながら、それと同時に若干の委託者保護対策の改善をも図るものである。同法における先物取引被害未然防止のための行政規制措置(ひいては刑事規制措置)の拡充という観点からとくに重要と思われる改正事項に限って、その内容を摘示するならば、つぎのとおりである。すなわち、まず昭和42年改正において、商品取引員(商品仲買人からの名称変更)に対する開業規制が登録制から許可制(経過期間を経て昭和46年1月26日から実施)に改められるとともに、不当な勧誘等(断定的判断の提供、利益保証、一任売買等)の禁止規定が新設され、つぎに昭和50年改正では、商品取引員の許可について4年ごとの更新制が導入されたのであり、さらに最近の平成2年改正によって、私設市場(ブラック・マーケット)の開設を禁止するための規定が整備されたほか、商品取引員に対しては受託契約締結前の書面交付義務が課されるようになるとともに、罰則規定の部分的修正を通じて、

受託業務を行なうために偽計を用いる行為が処罰されることとなった。なお、平成2年改正で導入された委託者資産の完全分離保管制度も委託者保護の充実にとってきわめて重要な意義を有するものである<sup>39)</sup>。

(ii) 刑事規制の概要　そこで、上記改正の経緯をも踏まえて、現行の商品取引所法における開業規制と行為規制ならびにその罰則担保のうち、直接的に委託者保護ないし先物取引被害未然防止という機能を果たしうる主要なものを整理して列挙すると、つぎのようになる。すなわち、同法は、まず私設市場（ブラック・マーケット）の開設を禁止し（8条1項・罰則152条2号）、ついで商品取引員の開業規制については許可制を採用して、許可を受けない取引所会員による取引の受託を禁止したうえで（41条3項・罰則155条2号）、商品取引員に対する行為規制としては、①無登録外務員の使用禁止（91条の2第2項・罰則161条1号）、②呑み行為の禁止（93条・罰則155条6号）、③不当な勧誘等（断定的判断の提供、利益保証、一任売買等）の禁止（94条）、④受託契約締結前の書面交付義務（94条の2・罰則159条2号の2）等に関する各規定を設け、③を除いては、（それぞれ該当する箇所において示したように）その違反行為を処罰するための罰則を定めている。またそれとともに、同法は受託業務を行なうために偽計を用いる行為をも処罰することとしている（152条1号）。

(iii) 刑事規制の検討　以下、これらの法規制のうち先物取引被害の未然防止・拡大防止という見地においてとくに重要性の高いものにつき、それらがどのような機能を果たしうるかを順次明らかにして行きたい。

第一に、私設市場（ブラック・マーケット）開設禁止とその罰則担保は、改めて指摘するまでもなく、本来、ブラック・マーケットを舞台とする悪質業者を取り締まり、そこでの先物取引被害を未然に防止するにおいて非常に大きな役割を演じるべきものである。ところが、前述（I-2-(2)）したように、昭和55年の8条逆

転解釈により、同条の適用範囲は政令指定商品に限定されることとなり、そのため当時の金・プラチナ等のブラック・マーケットはまったくの放任状態に置かれ、金・プラチナ等が相次いで政令指定商品とされるまで、先物取引被害が続発したのである。そこで、平成2年改正において、ブラック・マーケットの開設を実質的に全面禁止とするための規定が整備されることとなり、ブラック業者が再び一般消費者を餌食とする余地はほぼ完全に排除されることとなった<sup>40)</sup>。

第二に、呑み行為の禁止とその罰則担保は、先物取引利用の悪徳商法において頻繁に用いられる手口の一つである呑み行為それ自体を形式犯として捕捉することによって、先物取引被害を防止するという役割を演じることができる。もっとも、呑み行為については、それが委託者との関係において利益相反行為であるという問題のほかに、それによって売り注文や買い注文が取引所（市場）に集中しなくなり、取引所の公正な価格形成の機能が阻害されるという問題もあり、むしろ93条は主として後者の観点から呑み行為を禁止しているという点にも注意しなければならない。しかしながら、呑み行為処罰規定が、實際上、詐欺類似行為ないし詐欺罪の前段階的行為を捕捉し、詐欺罪を補完するという機能を果たすこともまた事実であり、当該処罰規定（罰則）はこのような形で先物取引被害の未然防止・拡大防止に寄与しているといえよう。

第三に、94条の不当行為禁止規定は、まず1号と2号において断定的判断の提供および利益保証という不当勧誘行為を禁止している。これら断定的判断の提供や利益保証は委託者勧誘の際に用いられる典型的な不当行為であるが、それらが具体性に欠けた抽象的な言辞にとどまっているかぎり、それだけでは詐欺罪の欺罔行為には当たらないといわざるをえない。つぎに当該禁止規定は3号において一任売買を禁止しているが、同和商品事件控訴審判決において明らかにされたように、一任売買は客殺し商法にお

いて客殺し手法のいずれにとっても前提とされるべき根幹的位置を占めるものなのである。さらに当該禁止規定4号の禁止行為としては、商品取引所法施行規則33条が過大な向かい玉（2号）や無断売買（3号）等を定めている。そして、向かい玉が客殺し商法の基本的手段であり、無断売買が客殺し商法において一任売買と同様の位置を占めることも上記判決が明瞭に示したところである。したがって、94条の禁止規定に十分な実効性があれば、それは勧誘段階における欺罔類似行為や客殺し商法の各手段となっている行為を規制することによって先物取引被害の未然防止・拡大防止のためにきわめて大きな役割を演じることができであろう。ところが昭和42年改正において当該禁止規定が新設されたとき、その違反行為には未だ当罰性が欠如するという理由で罰則は設けられなかった（123条の監督処分が定められているにすぎない）のであり、そのために禁止の実効性は非常に弱いものとなっている（行政処分が発動されることはほとんどない）。思うに、もちろん現時点において当該違反行為の当罰性の有無を再点検するという慎重な作業が必要であることはいうまでもないが、94条の禁止規定については、その罰則担保の導入が前向きに検討されるべきであろう<sup>41)</sup>。

第四に、受託契約締結前の書面交付義務とその罰則担保は、平成2年改正で新たに講じられた法規制措置であるが、その狙いは先物取引について十分な理解を得ないままに一般消費者たる委託者が取引を行なうことを防止するところにある<sup>42)</sup>。書面記載事項の中にはいわゆる危険開示も含まれているのであるから（商品取引所法施行規則34条2項）、当該義務づけ規定には、勧誘段階で取引の投機性に関して積極的な欺罔を行なうという典型的な手口による先物取引被害を未然に防ぐ役割が期待されることとなる。

第五に、平成2年改正によって、受託業務を行なうために偽計を用いる行為が処罰されることとなった。同様の犯罪類型はすでに金融先物取引法の罰則（94条1号）に設けられていたと

ころであるが、商品取引所法においても当該行為の処罰が可能となったことには大きな意義が認められるであろう<sup>43)</sup>。なぜならば、「偽計を用いる」とは他人の錯誤もしくは不知を利用し、または欺罔、誘惑の手段を弄することをいうと解されており<sup>44)</sup>、その概念は欺罔概念よりかなり広く、それゆえに詐欺罪の周辺に位置する不当行為が受託業務を行なうための偽計として可罰的となるからである<sup>45)</sup>。しかしながら、偽計概念の外延が広く、その分だけ処罰範囲が包括的であるために、かえって当該罰則が実際にはあまり機能しないのではないかという虞れもあり、そのような意味で、実務における今後の罰則運用の状況にも注意を要するところである。

ところで、商品取引所法の罰則には重要事項不告知・不実告知罪が見当たらない。同罪は宅建業法（47条1号・罰則80条）、訪問販売法（5条の2第1項、12条1項・罰則22条）、商品預託取引業法（4条・罰則14条）、および（後に検討の対象とする）海外先物取引規制法（9条・罰則17条）等の各種業法に設けられており、それぞれの業界における悪徳商法に対して業法による刑事規制を及ぼす場合に最も重要な機能を果たすべきものと考えられている<sup>46)</sup>。なぜならば、同罪は業法上の比較的軽微な各種形式犯と刑法典上の侵害犯（詐欺罪）のいわば中間に位置する犯罪類型であって、それゆえに実際上の機能面においては詐欺罪の前段階または周辺にある不当行為の処罰という役割を演じることができるからである<sup>47)</sup>。別稿において指摘したように<sup>48)</sup>、もちろん同罪といえども先物取引利用の悪徳商法という病理現象に対処するための万能薬ではありえないのであるが、それでもなお同罪を商品取引所法罰則の中に取り入れることが検討されるべきであろう。勧誘段階における重要事項不告知・不実告知の禁止とその罰則担保が先物取引受託業務の健全化と先物取引被害の未然防止・拡大防止のために一定の機能を果たすことは確かである。

## (2) 海外先物取引規制法上の刑事規制措置

## (i) 刑事規制の概要 前述 (I-2-(3))

のように、海外商品市場における先物取引被害が続出し、社会問題化するに至ったために、昭和57年7月に海外先物取引規制法が制定・公布され、翌58年1月15日から施行されることとなった。同法は、海外商品取引業者の開業規制につき許可制等を採用しないで、開業自由の原則を採り、しかも市場・商品の政令指定主義を前提としたうえで、業者に対する行為規制としては、①顧客への一連の書面交付義務、すなわち勧誘時における書面（4条・罰則19条1号）、海外先物契約の締結時における書面（5条1項・罰則19条2号）、顧客の売買指示にかかわる書面（5条2項・罰則18条）、保証金の受領にかかわる書面（6条・罰則19条1号）、および成立した先物取引にかかわる書面（7条・罰則18条）の交付義務、②勧誘に際しての重要事項不告知・不実告知の禁止（9条・罰則17条1号）、③不当な行為等の禁止（10条）等に関する各規定を設け、ここでも③を除いては、（それぞれ該当する箇所において示したように）その違反行為について罰則を置いている。なお、同法はクーリング・オフの規定（8条）を設けているが、これは民事的救済の制度である<sup>49)</sup>。

(ii) 刑事規制の検討 以下、これらの法規制が、海外商品市場における先物取引被害の未然防止・拡大防止のために、どのように機能しうるかを順次検討する。

第一に、一連の書面交付義務とその罰則担保は、まず一般委託者が取引内容等を十分に了知しないままに取引に参加することを防ぎ、またそれとともに、各種局面における顧客との紛議を未然に防止することを狙いとするものである<sup>50)</sup>。そのために、4条の書面記載事項の中には、いわゆる危険開示も含まれている（海外先物取引規制法施行規則2条2項）。したがって、当該義務づけ規定には、商品取引所法94条の2の場合と同様に、先物取引被害の未然防止という役割が期待されるのである。

第二に、9条・罰則17条1号の重要事項不告

知・不実告知罪は、海外先物取引規制法による刑事規制において最も重要な役割を演じるべきものであり、刑罰も同法に定められた罰則中最高の1年以下の懲役または50万円以下の罰金となっている。顧客の判断に影響を及ぼすこととなる重要な事項としては、現在のところ、海外商品市場における相場の変動と保証金の価額およびその算定方法が定められているにすぎないが（海外先物取引規制法施行令4条1号、2号）、これらの事項についての不告知または不実告知が処罰されることとなり、そのような意味において同罪は詐欺罪を補完するという機能を果たすことができる。ただし、同罪の保護法益は「先物取引受託業務の公正」と解されるべきであり、この問題に関して、同罪の究極的な保護法益を「一般委託者の経済的利益」と考えることはなお可能であるとしても、それを詐欺罪と同様の保護法益（個人的法益としての財産）と解する見解はやはり不正確であろう<sup>51)</sup>。

第三に、10条の不当行為としては、断定的判断の提供（1号）、利益保証（2号）、一任売買（3号）、無断売買（4号）、仕切り拒否（5号）、吞み行為（6号）、および虚偽相場の利用（7号）が列挙されている。これらはいずれも、商品取引所法94条の場合と同様に、詐欺罪や背任罪の前段階または周辺に位置する不当行為であって、10条の禁止に十分な実効性があれば、これらの不当行為が規制され、先物取引被害のかなりの部分が未然に防止されることとなる。しかしながら、これらの不当行為は可罰性のある違法な行為とはいえないという理由で罰則が設けられなかったことと11条の業務停止処分がほとんど発動されないことが相俟って、禁止の実効性が非常に劣弱なものとなっている。先に検討した商品取引所法94条の禁止規定と同様に、海外先物取引規制法10条のそれについても罰則担保が導入されるべきであろう。

このように、海外先物取引規制法における行為規制それ自体は、もちろん改善の余地もあるが、商品取引所法におけるそれと比較しても決

定的に劣っているわけではない。しかしながら、それにもかかわらず、海外先物取引規制法に対しては、制定当初から、同法における法規制の不備は明白であり、同法は被害の未然防止には効果的でないというような非常に厳しい批判が加えられてきている<sup>52)</sup>。そしてその根拠は、同法が業者の開業規制につき許可制等を採用しないで、開業自由の原則を採ったことと市場・商品の政令指定主義を採用したことに求められている。この点について、先物取引をめぐる犯罪の防止策について造詣が深い論者は、上記の開業自由の原則と政令指定主義が先物取引をめぐる犯罪の誘因となってきたのであり、それらは悪質業者の営業の自由と騙し商法の機会を保障したと断言している<sup>53)</sup>。

このような、海外先物取引規制法の存在意義を失わせることとなりかねない二つの原因のうち、政令指定主義については、被害発生後に指定を繰り返すという後追い行政の弊害を露呈しながらも数次にわたり政令指定が追加・拡大された後に、平成2年11月に至り、世界全商品市場が網羅的に指定されることとなり<sup>54)</sup>、これにかかわる問題はほとんど解消されたといえる。

したがって、未だに解決されずに残されているのは開業自由の原則にかかわる問題である。すなわち、許可制等の開業規制は当該業界への悪質業者の参入を阻止し、そのことによって一般消費者たる顧客の利益を保護するための最も基本的な制度であるにもかかわらず、海外先物取引規制法がこの制度を導入してはいないという問題であり、この点は立法上の失策といわざるをえないところである。とくに先物取引業界にはいわば悪徳商法の系譜ないし悪質業者の人脈が存在するのであり、当該市場における規制が厳しくなればそれを避け、規制の届かないところで詐欺的商法を展開するのがこれらの業者の特徴であるという指摘もなされているのであるから<sup>55)</sup>、海外商品取引業者の開業規制のあり方について抜本的な再検討が行なわれるべきであろう<sup>56)</sup>。

### (3) 業法罰則の運用上の問題点

このように、先物取引被害の未然防止・拡大防止に役立ちうる業法上の刑事規制措置は、改善の余地を残しながらも、徐々に整備・拡充されてきている。ところが、悪質業者取締の現状をみるかぎり、実際の運用上は、捜査当局が業法上の形式犯だけを楯にして摘発を行なうということは少なく、ある程度現実の財産被害が拡大してから、詐欺罪等の実質的犯罪を摘発するために、その手段として業法違反の罪を利用することが多いのではないと思われる<sup>57)</sup>。そしてまた現に警察実務家によって示された商品取引をめぐる不正事犯取締の基本的方針によれば、業法違反の罪の摘発は、詐欺罪等の実質犯が含まれた事案を解明するための「入口事件」ないし「事件の入り」として位置づけられているにすぎない<sup>58)</sup>。それゆえに、業法上の形式犯は先物取引被害の未然防止・拡大防止においてはその機能を必ずしも十分に発揮してはいない。

しかしながら、業法の罰則はけっして刑法典上の財産犯罪（詐欺罪等）を訴追するための手段として設けられたのではなく、本来は先物取引被害の迅速な事前防止という役割を担うものなのである。したがって、上記のような捜査実務の現状を改善し、業法の罰則が機動的に運用されて、それ自体としての機能をより一層積極的に果たしうる条件を整備することが肝要である<sup>59)</sup>。

### むすびにかえて

以上、先物取引被害から一般消費者を保護するにおいて刑法が果たしうる機能という問題について分析・検討を加えてきたのであるが、このような刑事規制を中心に置いた考察方法に対しては、その場合にはどうしてもその他の一層穏やかな規制の存在を忘れて、過剰な犯罪化と刑罰化に向かう虞れが生じるのではないか、という根本的な批判が加えられることも十分に予想されるところである。たしかに、一般論とし

ては、業界の自主規制や主務官庁による行政処分等の役割を軽視することは決して許されないし、これらによって先物取引被害の防止を図ることが優先的課題とされるべきであり、それゆえに刑事規制の偏重は排斥されなければならないであろう。しかしながら、商品先物取引をめぐる不正行為の分野においては、これらの穏やかな規制にはあまり多くを期待できないという現実があり、この現実を踏まえるかぎり、一般消費者の保護のためには刑事規制が一定の限度において前面に出ざるをえないのであり（もちろん、穏やかな規制がその機能を十分に発揮しうる条件が整ったときには、刑事規制は再び背後に退くこととなるであろう）、またそのような事情を根拠として、刑事規制の側面に焦点を合わせた考察の必要性ないし重要性もクローズアップされることとなる。もっとも、この場合に、消費者保護を拠り所とする犯罪化と刑罰化については、感情に走ることなく、その限界をあくまでも冷静に見定めるという態度が要求されることはいうまでもない。

筆者としては、基本的に上記のような認識に立って、先物取引利用の悪徳商法に対する刑事規制のあり方を追究した結果、それについて一定の方向性のある試論を提示することができたのではないかと考えているが、なお検討を要する多くの課題が残されていることも率直に認めざるをえない<sup>60)</sup>。今後とも本稿のテーマについての研究を継続して行きたいと思う。

## 注

- 1) 商品取引所制度および商品先物取引の仕組みについては、木原大輔『新版増補商品先物取引の基礎知識』（昭和59年）11頁以下、189頁以下、日本経済新聞社編『商品取引の知識』（日経文庫453）（平成3年）15頁以下、77頁以下等参照。なお、商品先物取引に関する用語については、能勢喜六『商品相場用語辞典』（昭和58年）参照。
- 2) 先物取引の危険性を要領よくまとめたものとして、浅井岩根「先物取引被害の実態と問題点」名古屋ワークショップ編『消費者被害の救済——その現状と課題——』（昭和62年）282—283頁、木宮高彦編著『消費者保護の法律相談』（平成2年）220頁、木元錦哉・佐藤圭吾監修『消費者問題の法律相談』（昭和62年）155頁参照。また、海外商品先物取引の危険性については、太田裕之「海外先物取引事犯の考察」警察学論集40巻6号68頁以下参照。
- 3) 以上および以下の本文において取り上げた、市場ごとの、先物取引利用の悪徳商法の展開過程については、浅井岩根「先物取引被害の実態と救済」判例タイムズ701号77頁以下、同・前掲注2）284頁以下、中村明「海外先物取引をめぐる不正事犯」金融法務事情1275号41頁以下参照。さらに、松永栄治・浜孝明・高池俊子・市川守・橋迫重夫・永井文昭「起訴事例に見る悪徳商法詐欺事犯の実態」法務総合研究所研究部紀要32号37頁以下、松永栄治「起訴事例に見る悪徳商法詐欺事犯の実態とその系譜」法律のひろば42巻7号4頁以下も参照。
- 4) 浅井・前掲注2）284頁。
- 5) 不当勧誘行為によって先物取引に巻き込まれた顧客が幸運にも利益計算で手仕舞いをするようなことも絶対にありえないことではない。そして本文で示した理論構成によるかぎり、このような場合にも、詐欺罪はすでに既遂に達していることとなる。もっとも、このようなケースについては実務上は起訴裁量等で対処すればすむことであるから現実的な問題が起こるわけではない。しかし、この点は理論的にはなお検討を要する一つの課題ではある（ちなみに、神山・後掲注6）（「国内商品先物取引をめぐる犯罪」）22頁は、このようなケースについては、一種の超法規的処罰阻却事由として理論構成し、処罰から解放すべきである、とする）。
- 6) 不当勧誘行為への詐欺罪の適用については、神山敏雄「国内商品先物取引をめぐる犯罪」『経済犯罪の研究第1巻』（平成3年）21頁以下、同「海外先物取引をめぐる犯罪」同書60頁以下、同「先物取引をめぐる刑事責任——判例を中心に——」同書90頁以下、同「先物取引と経済刑法」同書188頁以下、長井圓「先物取引と詐欺罪・背任罪の成否」『消費者取引と刑事

- 規制」(平成3年)378頁以下,片岡聰「悪徳商法(商品取引の不当勧誘)と犯罪」『民・商事をめぐる犯罪200問』(昭和61年)238頁以下,郷原信郎「証券取引,商品取引と詐欺罪」佐藤道夫編『刑事裁判実務大系第8巻財産的刑法犯』(平成3年)400頁以下,高井新二「商品先物取引と詐欺」研修530号93-94頁,藤木英雄「経済取引と犯罪」(昭和40年)168-169頁参照。
- 7) 不当勧誘行為に詐欺罪の適用を認めた代表的な判例としては,国内公設市場関係の東邦商事事件,マルキ商事事件および同和商品事件についての各神戸地裁判決や海外商品市場関係のサニー交易事件についての札幌高裁判決等がある。神戸地判昭56・6・3(最高裁判所事務総局編『経済取引関係裁判例集』(平成4年)195頁),神戸地判昭59・1・20(最高裁判所事務総局・前掲書,201頁),神戸地判昭60・3・29(最高裁判所事務総局・前掲書,246頁),札幌高判昭61・3・26(高検速報(札幌)128号)。
- 8) これらの点については,松永ほか・前掲注3)38頁,41頁,46頁参照。
- 9) 呑み行為への詐欺罪の適用については,神山・前掲注6)「(海外先物取引をめぐる犯罪)」59-60頁,同・前掲注6)「(先物取引と経済刑法)」188頁,片岡・前掲注6)247頁以下,郷原・前掲注6)402頁以下,高井・前掲注6)94頁以下,藤木・前掲注6)166頁以下,太田・前掲注2)79頁以下参照。詐欺罪成立の論拠については,とくに,川合昌幸「商品先物取引をめぐる詐欺事犯について——委託証拠金騙取事例の紹介——」警察学論集38巻1号58-59頁参照。
- 10) 大判明45・1・29刑録18・47,大判大元・8・30刑録18・1160。
- 11) ちなみに,本文で示した詐欺罪成立の論拠によるかぎり,当初から不正な建値操作により顧客を確実に損失に追いやることを意図していた場合だけではなく,そこまで行かないとしても,呑み行為に及びながら相場が顧客に不利になるのを待って手仕舞いをさせる意図であった場合にも同様に詐欺罪は成立する(川合・前掲注9)58頁参照)。
- 12) この点についても,松永ほか・前掲注3)38頁,41頁,46頁参照。
- 13) 利乗せ満玉(りのせまんぎょく)とは,商品取引によって差益が生じた場合に,利益金を顧客に返還しないで,これを計算上,委託証拠金に振り替えて,その限度一杯の建玉をさせることをいう。
- 14) 両建(りょうだて)とは,顧客に対し,買玉に対しては売玉,売玉に対しては買玉を建てさせて,買玉と売玉とを同時に持たせることをいう。その結果,買玉と売玉の両方について委託証拠金を出させることとなる。
- 15) 途転(とてん)とは,顧客に利益を与えないように,急に従来の建玉と逆方向への取引をさせることをいう。
- 16) 同和商品事件控訴審判決(後掲注21))は,客殺し手法のことを「客殺し商法」と呼び,客殺し商法のことを「客殺し商法秘匿による詐欺商法」と呼んでいる。これは言葉の問題ではあるが,本文で示した用語法の方が客殺し商法の実態に適合しているものと思われる。
- 17) 郷原・前掲注6)406-407頁。
- 18) 高井・前掲注6)97頁参照。
- なお,マルキ商事事件および同和商品事件の両一審判決(前掲注7))と両控訴審判決(後掲注20),後掲注21))との決定的な対立も,そもそも客殺し商法というものが成り立ちうるかという点をめぐる争いであった。両一審判決はそれを否定したのに対し,両控訴審判決はそれを肯定したのである。
- 19) 客殺し商法への詐欺罪の適用については,神山・前掲注6)「(国内商品先物取引をめぐる犯罪)」31頁以下,同・前掲注6)「(先物取引をめぐる刑事責任)」96頁以下,同・前掲注6)「(先物取引と経済刑法)」189頁以下,長井・前掲注6)385頁,高井・前掲注6)45頁以下,郷原・前掲注6)405頁以下,太田・前掲注2)80頁以下,川合・前掲注9)59頁以下,片岡聰「商品取引の勧誘と詐欺罪」『続民・商事をめぐる犯罪200問』(平成2年)52頁以下,竹内浩司「先物取引事犯の捜査について」警察学論集44巻4号96頁以下参照。
- 20) 大阪高判昭61・12・19(最高裁判所事務総局・前掲注7)224頁)。
- 21) 大阪高判昭63・2・9(最高裁判所事務総局・前掲注7)267頁)。なお,本判決については,神山敏雄「商品先物取引と詐欺罪」新証券・商品取引判例百選(別冊ジュリスト100号)222頁以下参照。
- 22) 本文における欺罔行為に関する記述は,同和商品事件控訴審判決の判文にもとづいているが,マルキ商事事件控訴審判決も欺罔行為について基本的な同旨の見解を採用していると考えてよいであろう。
- 23) 最決平4・2・18刑集46・2・1,判時1416・137。なお,最高裁決定については,岩橋義明「商品先物取引におけるいわゆる客殺し商法につき,詐欺罪が認められた事例」法律のひろば45巻5号44頁以下,京藤哲久「商品先物取引に関していわゆる『客殺し商法』を行う意図で現金等の交付を受けた行為が詐欺罪にあたることとされた事例」法学教室145号142頁以下,山中敬一「商品先物取引におけるいわゆる『客殺し商法』と詐欺罪」法学セミナー453号126頁,および「最高裁新判例紹介」法律時報64巻7号91頁以下参照。
- 24) 神山・前掲注6)「(先物取引をめぐる刑事責任)」104頁,同・前掲注6)「(先物取引と経済刑法)」189

- 190頁。
- 25) 最高裁決定は、客殺し商法を用いる意図であるのに、顧客の利益のために受託業務を行なうかのように装って委託方を勧誘することが、「欺罔」に当たるとしている（前掲注23）（『最高裁新判例紹介』）92頁参照。
- 26) 団藤重光編『注釈刑法(6)各則(4)』（昭和41年）〔福田平執筆〕186-187頁，190頁，大塚仁・河上和雄・佐藤文哉編『大コンメンタール刑法第10巻』（平成元年）〔高橋省吾執筆〕38頁，平場安治・尾中俊彦「詐欺罪における欺罔と騙取」『総合判例研究叢書刑法(15)』（昭和36年）21頁以下参照。さらに，林幹人「詐欺罪における欺罔の概念——豊田商事事件（大阪地裁平成元年3月29日判決）を契機として——」『刑法の現代的課題』（平成3年）178頁以下も参照。
- 27) 平場・尾中・前掲注26）22頁参照。
- 28) この点については，前掲注5）において指摘しておいた。
- 29) 神山・前掲注21）224頁参照。
- 30) 長井・前掲注6）385頁参照。
- 31) 岩橋・前掲注23）50頁参照。
- 31a) なお，海外商品市場における客殺し商法につき詐欺罪の成立を認めた下級審の判例としては，大和通商事件に関する新潟地判平2・5・22（最高裁判所事務総局・前掲注7）318頁）がある。
- 32) 客殺し商法への背任罪の適用については，神山・前掲注6）（「国内商品先物取引をめぐる犯罪」）37頁以下，同・前掲注6）（「海外先物取引をめぐる犯罪」）66頁以下，同・前掲注6）（「先物取引をめぐる刑事責任」）105頁以下，同・前掲注6）（「先物取引と経済刑法」）191頁以下，長井・前掲注6）387頁以下，片岡・前掲注19）58頁以下参照。さらに，堀貞介「商品取引をめぐる不正事犯の捜査(7)」警察時報28巻7号78頁も参照。
- 33) 福岡高判昭54・4・17刑裁月報11・4・286。学説もこれを支持するものと思われる（大塚仁『刑法概説（各論）[改訂版]』（昭和62年）312頁注(2)参照）。
- 34) なお，商品取引員が処理する事務は「他人の事務」には該当しないし，また商品取引員には包括的な事務を処理する権限も根拠も認められていないという理由から，きわめて例外的な場合を除いては，商品取引員は背任罪の主体にはなりえないとする見解（吉井文夫「商品相場取引をめぐる法律上の諸問題」（昭和51年）148頁以下）も主張されているが，疑問である。
- 35) 商品取引所法94条3号，同条4号，同法施行規則33条3号，海外先物取引規制法10条3号，4号。
- 36) この点を指摘するのは，神山・前掲注6）（「先物取引をめぐる刑事責任」）110頁。なお，前掲注33）の福岡高裁判決も，このようなケースについて財産上の損害の発生を認めている（大塚仁・河上和雄・佐藤文哉編『大コンメンタール刑法第10巻』〔日比幹夫執筆〕192-193頁参照）。
- 37) たとえば，清島傳生「商品取引をめぐる犯罪の動向」警察学論集35巻12号34頁，堀貞介「商品取引をめぐる不正事犯の捜査(12)」警察時報28巻12号62頁以下，竹内・前掲注19）104頁以下，郷原・前掲注6）414頁，岩橋・前掲注23）44頁等参照。
- 38) この点を指摘するのは，神山・前掲注6）（「先物取引をめぐる刑事責任」）114頁。
- 38a) 刑法典上の財産犯罪（詐欺罪）による刑事規制の限界をかなり明確に指摘する檢察実務家の見解として，郷原・前掲注6）414頁参照。また，消費者被害の救済問題に積極的に取り組む弁護士が「現行刑法典からくろく限界」を指摘したのとして，浅井岩根「欺瞞取引被害の救済と予防の限界——法律官による民事的予防制度の必要性——」自由と正義40巻4号65頁参照。さらに，このような問題に関する消費者法研究者の見解としては，山口康夫「消費者法における『資産形成型取引』の法的課題——海外先物取引判例における不法行為処理——」札幌法学1巻2号9頁参照。
- 39) 商品取引所法の制定・改正の経緯については，商品取引所法令研究会編『新商品取引所法』（平成3年）5頁以下，羽田駒次『増補版我が国商品取引所制度論』（平成元年）119頁以下，長井圓「先物取引の消費者被害と刑事規制」『消費者取引と刑事規制』292頁以下，および木原・前掲注1）235頁以下参照。とくに平成2年改正については，原英史「先物取引市場の発展と国際化，委託者保護の充実を図る——商品取引所法の一部を改正する法律（平成2・6・27公布法律52号）——」時の法令1399号30頁以下，同「商品取引所法の一部改正」法律のひろば43巻10号26頁以下，神山敏雄「1990年商品取引所法改正の経済刑法上の検討」『経済犯罪の研究第1巻』207頁以下，および木原大輔『新時代の商品先物取引』（平成4年）8頁以下参照。
- 40) 原・前掲注39）時法31-32頁，同・前掲注39）ひろば29-30頁，神山・前掲注39）211頁以下，木原・前掲注39）14-15頁参照。
- 41) 94条の不当行為禁止規定に罰則担保を導入すべきであるとする見解としては，神山・前掲注39）213-214頁，長井・前掲注39）289-290頁参照。
- 42) 原・前掲注39）時法37-38頁，同・前掲注39）ひろば31頁参照。
- 43) この点を指摘するのは，神山・前掲注39）215頁以下。
- 44) たとえば，刑法233条前段の信用毀損罪に関して，大塚・前掲注33）151頁，証券取引法197条1号に関して，馬場義宣「証券取引法」伊藤栄樹・小野慶二・



- 莊子邦雄編『注釈特別刑法 [第5巻I]』(昭和61年) 267頁参照。
- 45) 金融先物取引法94条1号に関して、長井・前掲注39) 288頁参照。
- 46) 訪問販売法および商品預託取引業法における重要事項不告知・不実告知罪については、垣口克彦「連鎖販売取引に対する刑事規制について」阪南論集社会科学編27巻1号70頁以下、同「現物まがい商法に対する刑事規制について」阪南論集社会科学編28巻2号77頁以下参照。
- 47) 芝原邦爾「経済刑法研究⑩完 消費者保護と刑法の役割」法律時報59巻3号88-89頁参照。
- 48) 筆者は前掲注46) の二つの論文において重要事項不告知・不実告知罪が果たしうる機能の限界をも指摘しておいた。
- 49) 海外先物取引規制法の制定の経緯とその概要については、細川昌彦「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の受託等に関する法律(57.7.16公布法律第65号)——」時の法令1174号5頁以下、前野陽一「海外商品市場における先物取引の受託等に関する法律」法令解説資料総覧30号43頁以下等参照。
- 50) 細川・前掲注49) 15-16頁参照。
- 51) 海外先物取引規制法における重要事項不告知・不実告知罪の保護法益を刑法典上の詐欺罪と同様の保護法益と解するのは、細川・前掲注49) 17頁、前野・前掲注49) 46頁。
- 52) たとえば、長井・前掲注39) 304頁、316頁参照。
- 53) 神山・前掲注6) (「先物取引と経済刑法」) 197頁。なお、警察実務家も、海外先物取引規制法の問題点として、開業自由の原則と市場・商品の政令指定主義を挙げている(松田三郎「先物取引の仕組みと悪質商法の実態(下)」警察学論集41巻2号81-82頁、太田・前掲注2) 92頁注(2)等参照)。
- 54) 商品取引所法令研究会・前掲注39) 21頁、木原・前掲注39) 16頁参照。
- 55) 松永ほか・前掲注3) 50頁参照。
- 56) 開業規制の見直しを求める見解としては、神山・前掲注6) (「海外先物取引をめぐる犯罪」) 56頁、79頁、長井・前掲注39) 287-288頁、309頁以下。
- 57) この点を指摘するのは、神山・前掲注6) (「先物取引をめぐる刑事責任」) 113-114頁。なお、海外先物取引規制法について、長井・前掲注39) 276頁、304頁も参照。
- 58) 太田・前掲注2) 89-90頁、清島・前掲注37) 36頁、堀・前掲注37) 63頁参照。
- 59) 芝原邦爾「経済刑法研究⑤ 悪質商取引と行政取締法規違反の処罰」法律時報58巻9号63頁も、業法一般について、業法罰則の訴追が詐欺罪訴追の一過程という面を離れて、それ自体としてより積極的に活用されてよい、とする。
- 60) 先物取引を利用した悪徳商法は会社ぐるみで組織的・計画的に展開されるので、会社組織のさまざまなポストにある多数の者がそれぞれの立場で犯行に関与しているといえる。したがって、このような悪徳商法に刑事規制を及ぼそうとする場合には、通常、かなり複雑な共犯論上の問題が生じることとなる。この種の問題も、なお検討を要する課題の一つである。

#### 〈付記〉

本稿は、1990～1992年度産業経済研究所共同研究「消費者保護の研究」の成果報告の一部である。

(1993年4月9日受理)