慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	商品先物取引と詐欺罪
Sub Title	Warentermingeschäft und Betrug
Author	大山, 徹(Oyama, Toru)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2011
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.84, No.9 (2011. 9) ,p.379- 417
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	宮澤浩一先生追悼論文集 論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20110928-0379

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

商品先物取引と詐欺罪

大山　徹

一　はじめに
二　商品先物取引の概要と委託証拠金の法的性質
三　商先法施行までの経緯
四　詐欺罪が認められる三つの類型
五　客殺し商法の実施を秘匿することは詐欺罪になるか
六　結びにかえて

一　はじめに

アメリカの中小住宅ローン会社の相次ぐ経営破綻、二〇〇八年九月に起こったニューヨーク株式市場の株価の暴落などを契機にして、株価の下落や投資信託の基準価額の下落等、金融リスクがわれわれ一般市民の身近なところまで迫ってきた。(1) このような状況の下では、一般市民が金融派生商品に対しあまり良いイメージを抱かなくなったのは当然のことである。自由競争経済を基調とする米国ですら、最近、デリバティブ取引や商品先物取引

に対する規制を強化している。二〇一〇年七月二一日には、オバマ大統領が金融規制改革法案に署名し、アメリカでも金融安定監督評議会（ＦＳＯＣ）が発足した。また、二〇一〇年一二月一七日には、商品先物取引委員会（ＣＦＴＣ）が、成立した金融規制改革法に基づき、石油・貴金属・穀物等二八種類の商品デリバティブを対象にした投機規制を行う計画だとの発表をした。そこでは、取引所のみならず店頭市場を含む包括的な建玉規制が設けられることが構想されているとのことである。(2)

そのような中、わが国でも、二〇一一年一月に、商品取引所法（以下、商取法という）が商品先物取引所法（以下、商先法という）と名称変更され、その内容も抜本的に改められることになった。従来、国内商品先物取引については商取法が、海外商品先物取引については「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、海先法という）がそれぞれ存在していたが、二〇一一年一月には改正商先法が完全施行され海先法が廃止されることになった。(3) したがって、国内先物取引ばかりでなく、海外先物取引も商先法の下で規律されることになった（商先法附則二条を参照）。(4) もちろん、商品が穀物の場合の監督官庁が農林水産省で、工業品の場合のそれが経済産業省である等の問題は依然として残ってはいる。(5) しかし、国内商品先物取引だけでなく海外商品先物取引がわが国の官庁のコントロール下に置かれたことは重要な意義を有する。すなわち、海外先物取引でも許可制が導入され、海外商品先物取引業者のうち悪質な者に対しては従前に比べ行政処分がより自在に下されるようになったのである。このことは大きな進展であると評価しうる。(6)

ところで、わが国で初めて商品先物取引が創始されたのは一七三〇年のことだといわれる。すなわち、一八世紀の初頭に江戸幕府の八代将軍徳川吉宗は大阪の堂島で行われていた米の先物取引を公認したのであった。(7) したがって、わが国で商品先物取引が開始されてから二八〇年あまりの月日が経過したことになる。しかしながら、わが国の商品先物取引は江戸時代からの長い（そして誇るべき）伝統があるにもかかわらず、現在の取引高は低

調なものとなってしまった。[8] 世界の商品先物取引所のうち二〇〇九年の売上高トップに位置づけられたのは金属関係を扱う上海先物取引所であり、二位は穀物を上場する大連商品取引所であった。残念ながら、今後、日本国内の商品先物市場の相場は中国のそれに依存するようになるのではないかとの懸念までが表明されるようになってきているのである。[9]

もっとも、わが国の商品先物取引については一般市民に敬遠されるだけの理由がある。最近に至るまで、主婦や老人等の経済的弱者が商品先物取引業者（以下、業者という）からの執拗な勧誘を受けて被害を受けてきたという経緯がある上に、未だ収穫されていない農作物や手許にない工業品を事前に売ったり買ったりすることは現物まがい商法に近いとの印象を一般市民に与えかねないように思われる。[10] また、戦後、最大の詐欺事件を起こした豊田商事は金地金の先物取引を中心に営業活動を展開していたことがあるなど、[11] わが国では商品先物取引業界そのものに決してクリーンでないイメージがまとわりついていることは否定しえない事実であるように思われる。一般市民が商品先物取引に警戒感を持っていることには充分な理由があるといえよう。

わが国では、勧誘をし顧客から委託証拠金等を取得した業者の所為が詐欺罪に問擬された判例が存在する。[12] そして、業者のいかなる勧誘行為が詐欺罪として捕捉されるかをめぐり、実務家や学者が各々の知見を開陳してきたのである。詐欺罪の成否が論じられる業者の勧誘行為にはいくつかの類型が存在するが、市場取引を仲介する意思がないのに勧誘し委託証拠金等を交付させる類型、積極的に虚偽の事実を告げて勧誘し委託証拠金等の交付をさせる類型、先物取引が投機性を有することの説明をしないで元本や利益が保証されているかのように誤信させて勧誘する類型、客殺し商法を行うことを黙秘して勧誘して委託証拠金等を交付させる類型の四つのパターンに分けて考察するのが合理的である。[13] そして、この四つの類型のうち、実務家や学者の間で詐欺罪として捕捉できるか否かにつき最も激しい議論が交わされているのは、客殺し商法を営むことを黙秘して顧客に委託証拠金等

を交付させる類型なのである。

本稿では、業者のいかなる勧誘が詐欺罪として捕捉されるのかを考察することを目的とするが、特に客殺し商法を営むことの黙秘が詐欺罪に該当するか否かを中心に検討を試みることにしたい。そして、この問題を検討するにあたっては、前提知識として、先物取引の概要や仕組み、総取引金額と委託証拠金の関係、商先法施行までの経緯を知っておくことが不可欠となる。そこで、第二章で商品先物取引の概要と委託証拠金の法的性質を、第三章で商先法施行までの経緯を予備知識として確認することとし、その後の第四章で、市場取引を仲介する意思がないのに勧誘し委託証拠金等を交付させる類型、積極的に虚偽の事実を告げて勧誘し委託証拠金等の交付をさせる類型、先物取引が投機性を有することの説明をしないで元本や利益が保証されているかのように誤信させて勧誘する類型がそれぞれ詐欺罪にあたるかを検討することにしたい。そして、最後の第五章で客殺し商法を行うことを秘匿して顧客を勧誘する類型が詐欺罪として捕捉できるかという論点につき考察することにしたい。

二　商品先物取引の概要と委託証拠金の法的性質

よく知られているように、商品先物取引には第一形態と第二形態があるといわれる。第一形態は、商品（大豆・とうもろこし・粗糖・コーヒー豆・小麦等の穀物ないし金・銀・白金・アルミニウム・天然ゴム等の工業品）を将来一定の時期に現実に受渡すことを目的にして、購入時点や引渡し時点に先立ってこれらの商品を売買する形態である。第二形態は、これらの商品を将来一定の時期に現実に受渡しすることを目的としないで事前にこれらの商品を売り買いし、決済期限より前にこれらの商品を買い戻したり転売したりするという手法で差金決済により利鞘を稼ごうとする形態である。[14] わが国では第一形態のみならず第二形態の先物取引が認められている。後述す

るように、第一形態には現物を実際に必要としている農家や飼料会社、食品卸会社、搾油・製油会社等が関与しており、この形態にはそれほど問題はないといえる。しかし、これとは対照的に、第二形態には経済活動に疎い一般市民も関与することが許容されており消費者保護の見地からは問題があるのである。

元来、商品先物取引は、農家や飼料会社、食品卸会社、搾油・製油会社等の当業者の価格変動に対するリスクヘッジが目的の制度であったといわれる。すなわち、第一形態が本来的な商品先物取引であったということである。大豆やコーヒー生豆のような穀物の価格は天候や寒暖に左右され[15]、他方、石油やアルミニウムなどの天然資源は産出国の政治状況や炭鉱事故等によって価格が決まるとされている[16]。商品先物市場を利用すれば、農家や飼料会社、食品卸会社、搾油・製油会社等の当業者は、天候や産出国の政治状況等の不確定要素を度外視して、購入時点・引渡時点より遥か前にこれらの商品を売買することができる。たとえば、石油精製会社が三カ月後に灯油一万キロリットルを売却する契約をし、現在の現物市場の価格が一キロリットルあたり五万円であるとの事例を挙げて考えてみよう。三カ月後の灯油価格が現在の現物市場の価格と全く同じ場合であれば特に問題はないが、もし灯油の精製過程で灯油価格が下落し一キロリットルあたり四万九千円になったとしたら、一キロリットルあたり五万円の場合と比べ石油精製会社は一千万円の損害を被ることになる。しかし、商品先物取引を利用し三カ月前に灯油一万キロリットルを公設市場で売却しておけば、石油精製会社は灯油の価格下落のリスクを軽減できるのである。つまり、商品先物取引を活用すれば、石油精製会社等の当業者は、天候や政治状況等のリスクだけでなく、価格変動のリスクをも回避することができるのである。商品先物取引のリスクヘッジ機能といわれているものはこのようなものである[17]。したがって、商品先物取引の第一形態が有用である点については何人たりともこれに異論を差し挟むことはできないように思われる。

しかしながら、現在の日本の商先法の下では、差金決済で利鞘を稼ごうとする一般市民が商品先物取引に参加

できる仕組みとなっている。[18] 差金の授受によって利鞘を稼ぐことができるというのが第二形態の特徴であるが、ゼロ・サムゲームとも表現されるように、ここでは利鞘どころか当初提供した金員を失いさらには差損金を支払う事態すら発生しうる。[19] 残念ながら、老人や主婦等の一般市民が差金を求めて当該取引に参加し財産を喪失し、これが大きな社会問題になっているのがわが国の現状なのである。[20] 商品先物取引が二一世紀の資本主義社会を支える基幹的な取引であることに異論は差し挟む余地はないように思われるが、商品先物取引の第二形態が許容されているために、商品先物取引に精通していない一般市民が当該取引に誘引されていることにわれわれは留意しておく必要がある。いわば商品先物取引の第二形態が許容されていることが消費者トラブルを惹き起こす一つの大きな要因になっているとすらいえ、何らかの対策が望まれるところである。[21]

さて、商品先物取引を開始しようとする顧客は、委託証拠金を業者に支払うことになっている。すなわち、商品先物取引に参加して利鞘を稼ごうとする顧客は、委託者として、通常、商品の総取引金額の三～一〇％程度の委託証拠金を業者に支払わなければならないことになっている。このように、総取引金額を支払うのではなく僅かな委託証拠金を預託することで取引を開始することができる点が商品先物取引の魅力となっている。商品先物取引はてこの原理（レバレッジ）を用いた取引であるとも表現されているが、この表現は総取引金額と委託証拠金との関係をうまく見立てた良い表現であるように思われる。[22] しかし、反面、顧客が僅かな委託証拠金を支払うだけで取引を開始することが可能になる点こそが深刻な問題を孕んでいるともいえる。すなわち、このことは総取引金額を意識しない一般市民が容易に商品先物市場に参加できることを意味しているのである。

ここで、商品先物市場で金をグラムあたり四千円で一千グラム買ったところ、価格が下落しグラムあたり三千円に価格が下落したという簡単な事例について考えてみることにしたい。損失覚悟で売却した時、損失は差額の百万円となる。この事例で委託証拠金が一二万円だとすると、顧客は委託証拠金を喪失しそれ以外に差損金とし

て八八万円を支払わなくてはならなくなる（もちろん、グラムあたり五千円に価格が高騰すれば問題はないわけで逆に一二万円の委託証拠金が戻ってくるばかりでなく百万円の差金が取得できる）。しかも、商品先物取引には決済期限があり、通常の株取引のように、長期的に株式を保有していることなどできはしない。被害者の中には、商品先物取引の仕組みや委託証拠金の法的性質を全く把握せずに当該取引に関与し、業者が適切に資産運用してくれると誤信して金員を提供する者もある。もちろん、このような被害者にも落ち度があろうが、われわれ一般市民のうちで、商品先物取引の仕組みを熟知し、総取引金額と委託証拠金の関係や当該取引に決済期限があることを充分に認識している人はむしろ稀であるようにも感じられるのである。

先に、商品先物取引の第二形態に一般市民が参加できることが法的トラブルの要因になっていると指摘したが、商品先物取引が総取引金額を意識しない取引になっていることや、決済期限があることも老人や主婦等の経済的弱者の被害を誘発するもう一つの要因になっているのである。

では、肝心の委託証拠金とは一体何なのであろうか。商品の価格は下降することもあるし、上昇することもある。たとえば買玉を建てて価格が下落すれば顧客は損失を被ることになり、高騰すれば顧客にとっては益計算になる。仮に、この事例で顧客が損失を被った時点で即座に取引を結了したとする。取引結了の時点で損失額が確定するが、既に提供していた委託証拠金より損失額が小さければ委託証拠金の一部が返還される。また、損失額の方が大であれば顧客は委託証拠金を完全に喪失し、さらにはそれとは別個に金員を先物取引業者に支払わなければならなくなる。顧客が益計算になれば、委託証拠金はそのまま顧客に返還される。要するに、委託証拠金は顧客が損失を被った場合の担保金として把握されているのである。

三　商先法施行までの経緯

以上、商品先物取引の二つの形態や総取引金額と委託証拠金の関係等につき縷々述べてきたが、現在の日本の法制度の下では、第二形態の商品先物取引が許容されており、いわばそれが遠因となって消費者被害が発生していることが確認されたものと思われる。また、商品先物取引がてこの原理を利用した取引になっている実態や決済期限があることは、一般市民には把握し難いものであり、これも消費者被害を助長する大きな要因となっていることが理解されたものと思われる。もっとも、二〇一一年一月に完全施行された商先法は一般の消費者を保護する種々の規定を用意している[23]。第三章では、取引所法の制定から商先法の施行に至るまでの経緯を概観しておきたい。

わが国では、一八九三年に商品取引と証券取引の両者の基本法として取引所法が制定された。第二次世界大戦が勃発すると商品取引所は解散させられ、取引所は機能停止状態に陥った。戦後しばらくは、商品取引と証券取引の双方を規制していたのはやはり取引所法であったが、一九四八年には、証券取引を独立して規制する必要から証券取引法が制定され、証券取引の領域は取引所法から分離させることになり、取引所法は商取法として生まれ変わった[24]。一九八〇年代に入ると、先物取引の分野では新たな動きが見られるようになった。すなわち、わが国でも、株式先物取引・株価指数オプション取引・債権先物オプション・金融先物取引・金融先物オプション取引等が導入されたのである。他方、その頃から、海外商品先物取引をめぐる法的トラブルが多発したため、一九八三年には海先法が国会で成立した。なお、二〇〇六年には、証券取引法が金融商品取引法と名称変更され、従来の金融先物取引法、投資顧問業法、抵当証券業の規制等に関する法律、外国証券業者に関する法律が廃止となり、その内容が金融商品取引法の中へと取り込まれたことはわれわれの記憶に新しい[25]。

ところで、一九八三年以降、国内の商品先物取引については商取法が適用され、海外先物取引については海先法が適用されるという状態が長らく続いていた。従前、商取法では業者に開業規制がなされ、反対に海先法では営業の自由の名の下に開業規制が施されず悪質な海外先物取引業者の暗躍を許容する結果になっていたのである。[26] それ以外にも前者には呑み行為に関する罰則があるのに後者では存在しない、前者には特別賭博罪の規定があるのに後者では存在しない等の矛盾が両法律間で生じていた。[27] しかし、冒頭で言及したように、二〇一一年一月には商取法が商先法として生まれ変わり、同法の完全施行に伴い海先法は廃止になった。また、商先法の完全施行に伴い、商品先物取引の分野においては消費者保護の新しい施策がいくつか講じられたことは注目される。すなわち、不招請勧誘の禁止（商先法二一四条九号）、プロアマ規制の導入等の新しい方向性が打ち出されたことをわれわれは銘記しておかなければならない。[28] ただし、これらの規定が導入され従前の状況が改善されたことを過度に楽観視しない方がよいであろう。改正商先法が施行されたことを知らない顧客も数多くいるであろうし、商先法の諸規定を遵守しない業者も多々いるように思われるからである。

四　詐欺罪が認められる三つの類型

以上、第二章で先物取引の概要と委託証拠金の法的性質、第三章で取引所法の制定から商先法施行までの経緯を概観してきた。冒頭で述べたように、先物取引をめぐる詐欺の類型には四つの類型があった。以下では、問題となる各々の類型を順次吟味していき、法的問題点を抽出していくことにしたい。第四章では、冒頭で掲げた四つの類型のうち、客殺し商法が問題になる類型以外の三つの類型について検討を加えることにしたい。

㈠　市場取引を仲介する意思がないのに勧誘し委託証拠金等を交付させる類型

最初から市場に取次ぐ意思がないにもかかわらず、取次ぐと騙して、顧客から委託証拠金等を交付させる類型がある。最初から持ち逃げするつもりで金員を交付させた場合や、始めから公設市場に取引を取次ぐ意思がないのに取次ぐと欺いて金員を交付させる場合がこれに該当する。この類型については詐欺罪として捕捉することにそれほど問題はないと考えられる。いわゆる呑み行為は商品市場における公正価格な価格形成をゆがめることを理由に商先法で禁止されているが[29]、呑み行為に関していえば[30]、その大部分は詐欺罪が成立すると解されている[31]。業者が委託証拠金等を取得した時点で詐欺罪が成立すると捉えるべきである。

㈡　積極的に虚偽の事実を告げて勧誘し委託証拠金等の交付をさせる類型

ここでは、積極的に虚偽の事実を述べて委託証拠金等を騙し取った際に、詐欺罪が成立するかが問題となる。具体的には、「農水省が直接経営している会社だから大丈夫だ」「元本割れの危険性は存在しない」「貯金と同じで利息がつく」等と申し欺いた事例がこの類型に属する。積極的に客観的事実に反する虚偽の事実を述べ、顧客に委託証拠金を交付させているのだから、欺罔・錯誤・処分行為・損害という詐欺罪成立のための各々のメルクマールは充たされるであろう。ただし、業者が「絶対に儲かる」と詐言を弄して顧客に金員を提供させた場合には詐欺罪が成立すると考えるべきではない。価値判断の表示は事実の表示とは異なり、そこには欺罔行為が観念しえないからである[32]。このような騙しは商先法二一四号一号が禁止している断定的判断の提供には該当するものの、欺罔行為という詐欺罪の一要件は未だ充足されていないとみるべきである[33]。

㈢　先物取引が投機性を有することの説明をしないで元本や利益が保証されているかのように誤信させて勧誘

する類型

通常の株取引の場合とは異なり、前述したように、先物取引はゼロ・サムゲームとも表現される投機性の高い取引である。当初交付した委託証拠金すべてを喪失する可能性があるばかりでなく、それ以外に別途金員を支払わなければならない事態に陥ることも稀ではない。ところが、顧客の中には、業者が資産運用してくれると誤信して金員を提供する者がいる。たとえば、先物取引が危険性を伴う取引であることを隠蔽したり相場の動向によっては委託証拠金すべてを失う可能性があることを秘匿したために当初顧客が提供した金員が消失したケースでは詐欺罪は成立するのだろうか。あるいは、業者の不告知により委託証拠金を提供したがそれが単なる担保金にすぎないことを知らなかった場合や追加証拠金を支払わなければならない事態に陥る可能性があることを顧客が何ら意識しなかった場合に詐欺罪は成立するのだろうか。こうした類型においては、不作為による詐欺を肯定すべきか否かが焦点になってくるのである。(34)

不真正不作為犯を論ずる場合、まずは保証人的地位が肯定できるか否かが問われる。結論からいえば、この類型については業者に保証人的地位が認められ詐欺罪は成立すると考えてよいように思われる。周知のように、保証人的地位については、その根拠を法令、契約、所有者・管理者としての地位ないし支配領域性、先行行為、事実上の引き受け、取引上の信義誠実義務にそれぞれ求める立場が主張されている。しかし、通説は、保証人的地位の発生根拠を多元的に理解しており、作為義務の発生する根拠が一つまたは複数あれば、保証人的地位を肯定している。(35) 仮に、作為義務の発生根拠を法令に求めるなら、業者の不告知により顧客が先物取引の危険性を意識しないで金員を支払ったケース等では詐欺罪が肯定されるように思われる。何故なら、二〇一一年の商先法の施行以後はプロアマ規制が導入され、一般顧客であるアマが先物取引に参加する場合には当該取引の危険性につき業者に説明義務が課されることになったからである（商先法二一七条参照）。したがって、業者が一般顧客を勧誘

するケースで、元本割れのリスクや委託証拠金の法的性質につき告知しなかったならば、そのような不告知はそれだけで商先法が命ずる義務の違反となり、同時に作為義務違反ということで詐欺罪も肯定されることになる。また、作為義務の発生根拠を取引上の信義誠実義務に求める立場からも、この類型で不作為の詐欺を認めることに特に問題はないであろう。[36] 取引上の信義誠実義務とは、相手方が錯誤に陥っている時、他方の契約当事者が相手方の錯誤を解消する義務のことを指すと考えられているが、商品先物取引では顧客が業者に玉を建てることを委託しており、契約当事者として顧客の錯誤を解消する作為義務があるとみるべきである。[37] したがって、保証人的地位の発生根拠が複数あり、作為も容易で作為による実行と構成要件的に同視できるので、通説からは不作為による詐欺が認められるように思われる。[38]

五　客殺し商法の実施を秘匿することは詐欺罪になるか

㈠　客殺し商法とは

客殺し商法とは、厳密な法的概念ではない業界用語であるといわれる。一般に、客殺し商法とは、業者が向かい玉・利乗せ満玉・無断売買・一任売買・両建・利幅制限・解約引き延ばし等の種々の手段を使って、顧客に損害を与えることをいう。[39] 向かい玉とは、顧客が玉を建てると、業者がこれに対抗して反対の同種・同量・同限月の玉を建てることをいう。向かい玉では、顧客が損失を被りその分だけ業者が利益を享受する対応関係があるとされるが、これは利益相反的であるので顧客である委託者保護の見地から大いに問題になっている。利乗せ満玉とは、顧客が差金を取得して取引を結了した後にその収益の全額を委託証拠金に振り替えて新たに玉を建てることをいう。無断売買とは顧客の意思を無視して手数料を稼ぐために売買を業者が独断で行うことをいう。取引完

了書を送付し、異議を唱えなければ顧客が事後に追認したものとして扱われるとされる。一任売買とは、業者が顧客から予め包括的な権限を得て、顧客の具体的指示を得ないで売買することを指す。両建とは同種・同量・同限月の買い玉と売り玉を共に建てることをいう。業者が両建をするのは手数料稼ぎが狙いであるといわれる。[40] 利幅制限とは、顧客が益計算となった場合に利益をできるだけ低く抑えて取引を結了することをいう。解約引き延ばしとは、顧客が取引自体の終結を望んでいるのに、「もう少し様子を見ましょう」等と申し向け解約を拒否すること等を指す。[41]

このうち、最も議論の的になっているのは向かい玉である。利乗せ満玉・無断売買・両建については、これを行うと手数料が稼げるという業者側の利点がある点で共通項がある。利幅制限・解約引き延ばしについては、顧客の得べかりし利益を侵害しているのでこうした手法は独自に背任罪を構成する余地があるように思われる。

このように、客殺し商法の手法については種々の手段があるが、客殺し商法を営業方針とする業者が顧客を勧誘する際にこれを秘匿したことが詐欺罪にあたるか否かは、判例・学説上鋭く争われている。リーディングケースとしては、マルキ商事事件と同和商品事件がよく知られている。

㈡ 判例の状況

それでは、ここから、判例上、客殺し商法が問題になった具体的事件をみていくことにしたい。前述したように、リーディングケースとしては、マルキ商事事件と同和商品事件の二つの著名な事件がある。この二つの事件を概観し、法的な問題点を確認しておきたい。

(ア) マルキ商事事件

マルキ商事事件で問題となった事案は次のようなものであった。同社の社員は「マルキは農林省が経営している会社で、農産物を買って儲けています。百万円出せば月十万円儲かります」「銀行と同じで減ることはありません」「国営だから大丈夫です」「北海道でとれる大手亡が値上がりするはずなので、今買っておけば定期よりずっと儲かります。……八月二六日までには元本に利息をつけて返します。利息は月七分です」等と欺いて顧客から委託証拠金等を騙取した。事案はこのようなものであった。

神戸地判昭和五九年一月二〇日は、マルキ商事株式会社の商品外務員が、「農林省が経営している」、「国営である」、「銀行預金と同じで元本割れはしない」といった趣旨の発言をしていることに着眼し、社員が契約締結時に委託証拠金等を取得した点につき、詐欺罪の成立を認めた。すなわち、被告人が客観的事実に反する虚偽の事実を述べた部分に着眼し、一部の被害者との関係で詐欺罪の成立を認めたのである。反面、当該判決はマルキ商事が客殺し商法を行うことを秘匿して顧客を勧誘した点に関しては、詐欺罪は成立しないとしている。(42)

控訴審である大阪高判昭和六一年一二月一九日は、向かい玉・満玉・無断売買・両建・利幅を低く押えて仕切るなどの客殺し商法の個々の手段を逐一認定した上で、原審を破棄し、客殺し商法を秘匿して勧誘した点につき詐欺罪が成立するとした。すなわち、当該判決は、「マルキ商事はいわゆる客殺し商法を営業の一般方針として採用」していると明言した上で「客殺し商法によって最終的に顧客に損失を被らせる意図であるのにそれを秘し、『必ずもうかる』と言って取引を勧誘するのはいかさま賭博に客を引きこむのに近く、本件各被害者が最初から商品先物取引であることを告げられ、投機行為の性質上損失の生ずる危険性のあることを認識していたと否とにかかわらず本件各被害者につきひとしく詐欺罪が成立することは明らかである」と判示したのである。(43)

(イ) 同和商品事件

同和商品事件で問題となった事実は次のようなものであった。同和商品株式会社の社員は一定地域の家庭を無差別に訪問し、商品先物取引に無知な一般人一八名を当該取引に勧誘した。同社は顧客を勧誘するにあたり向かい玉を建てて顧客の損失が会社の利益になるように設定したとされる。同社の社員は顧客を一任売買の了解を得たり、手数料を獲得するために無断売買や利乗せ満玉を繰り返すなどした。顧客が益計算になった場合には、顧客の利幅をおさえこれを仕切るなどした上、解約を引き延ばした。この事件では、同社が客殺し商法を営業方針としていたにもかかわらず、それを黙秘し、顧客から委託証拠金等を取得した点が詐欺罪にあたるかどうかが争点になったのである。

このような事案に対し、一審の神戸地判昭和六〇年三月二九日は、顧客が損失を受けるか否かは事後の相場に依拠するとし、向かい玉につき、「向かい玉をすれば客が損を蒙るという関係までも生ぜしめるものはない」と明言した。また、利乗せ満玉についても、これは顧客の損失に直結するものではないとし、同社が手数料収入を得るために顧客にこれを勧めるのはむしろ当然だとした。さらに、一任売買および無断売買についてもこれを営業方針としていないとした。そして、利幅制限についても相場が逆に動いて追証がかかる可能性もありうるとし、解約引き延ばしについても、同社が取引継続を図るべく顧客を説得しようとするのは当然だとした。結局、当該判決は、同社が客殺し商法を営んでいたとは認定せず、商品先物取引の仕組みに熟知していた者に対する詐欺の部分は無罪とし、反対に元本の保証をする等詐言を用いて金員を騙し取った一部の被害者のみに対して詐欺罪の成立を認めたのであった。(44)

これに対し、控訴審の大阪高判昭和六三年二月九日は、「客殺し商法を採用して顧客に損失を生じさせ向かい玉を建てることによって……損失を利益として取引員に帰属させる意図であるのにこれを秘して……顧客を商品

取引に勧誘することは欺罔行為にあたり、その結果顧客から委託証拠金名下に金員等を受領した場合、商品取引員は右受領した金員等を事実上自由に処分し得るに至るのであるから……その時点で詐欺罪は既遂に達する」と判示した。なお、本件控訴審判決が、委託証拠金を取得した後客殺し商法を実際に行った点につき、「既に完了した詐欺罪の発覚を防止するために行う隠蔽工作と解すべきもの」と判示したことは視野に入れておく必要がある。つまり、顧客の玉を建てた後に客殺し商法を実行し顧客の財産に損害を与えた部分につき、本件控訴審判決は、別段、犯罪事実を構成しないと解釈しているのである。(45)

上告審である最決平成四年二月一八日は、原審の判断を支持し、「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同和商品に帰属させる意図であるのに、自分達の勧めるとおりに取引すれば必ずもうかるなどと強調し、同和商品が顧客の利益のために受託業務を行う商品取引員であるかのように装って、取引の委託方を勧誘し、その旨信用した被害者らから委託証拠金名義で現金等の交付を受けたものということができる」ので、被告人らには詐欺罪が成立する旨判示した。(46) ちなみに、本件では契約締結の段階で、元本の保証はないこと等を記載した書面が予め被害者らに交付されていたが、最決平成四年二月一八日はこうした事情は詐欺罪の成否に無関係である旨述べている。このことは興味深い。(47)

以上に言及したところからわかるように、最決平成四年二月一八日の判断が示されたことにより、判例上は、業者が客殺し商法を営むことを秘匿して顧客を勧誘することは詐欺罪にあたるとの立場が明確になったと評価してよいように思われる。すなわち、下級審レベルでは、業者が積極的に虚偽の事実を告げた事例だけを詐欺罪として捕捉するとの立場も散見されたが、このような路線は本件最高裁決定の登場により排斥され、顧客が商品先物取引の投機性を認識していたとしてもなお詐欺罪が成立するとの立場が確立したのである。

しかし、最決平成四年二月一八日で示された判断のように、客殺し商法を行うことの黙秘を詐欺罪に組み入れ

ることに関しては、学説上は賛否両論あるといってよい。以下では、客殺し商法を営むことが詐欺罪として問擬できるかという論点につき検討し、諸説の応答をみていくことにしたい。

㈢ 学説の状況

それでは、ここから、客殺し商法を行うことを秘匿して勧誘することが詐欺罪として捕捉できるか否かという論点につき、学説の状況を吟味していきたい。以下では、学説の状況を概観するが、便宜上、詐欺罪として捕捉しえないとする立場を消極説と呼び、詐欺罪として捕捉しうるとする立場を積極説と呼んだ上で、諸説を分析していくことにしたい。

まず、消極説からみていくことにしよう。消極説はどのような主張を展開しているのだろうか。消極説といっても、それは二つの見解に類別されるように思われる。すなわち、消極説は、先物相場の予測不可能性に着目する見解と作為義務の不存在に着目する見解の二つの見解に区分することが可能であるように思われる。

1 消極説

㈠ 先物相場の予測不可能性に着目する見解

この見解は、商品先物市場の相場につき次のように述べる。すなわち、この見解は、「基本的には、相場の動きによって顧客に確実に損害を与えることは不可能であるとの……考え方によるべき」だとする。次いで、この見解は「誰しもその動きを支配することができず、また将来の動きを確実に予想ができないからこそ相場といえるのであり、それらが可能であればもはや相場ではない」と説く。この指摘は、主として、向かい玉を念頭に置いたものであろうが、的を射た指摘であるように思われる。また、この見解の論者は、過大な手数料の負担につ

いても、先物取引業者が顧客の計算において売買を行い、その売買が顧客の意思に基づく以上、「取り次ぎの委託について手数料がかかることは顧客の側で当然認識」すべきであり、顧客が損失を被ったとしてもそれは欺く行為に起因するものではなく、詐欺罪としての処罰はこれを断念せざるをえないとの説明をしている。(48)

この見解に対しては、相場の動きを予測したり支配することは不可能であるが顧客を操縦することは可能であるとの批判や、(49) 先物相場もある程度は予測しうるとの反論が提起されている。(50)

(イ) 作為義務の不存在に着目する見解

以上の見解とは別に、消極説の中には、作為義務の不存在に着目する見解がある。すなわち、この見解は「客殺し商法が営業方針であったとしても、その点の秘匿が欺罔にあたるかは、なお検討の余地」がある旨指摘する。(51) この見解が指摘するように、客殺し商法を行っていることの黙秘はあくまでも不作為なのであり、このような不作為が詐欺罪の構成要件該当行為といえるかについては改めて吟味する必要があるように思われる。そもそも、顧客の前で客殺し商法を行うことを告知する義務があると考えること自体が不自然なことだとも考えられるし、「憲法及び刑訴法上、行為者は自己に不利益となる事実の供述を強要されない」と解するべきであり「将来、自ら行う違法行為を相手に告知する法的義務を行為者に課すことは現行の刑事法体系の下では許されない」と明言することすらできるかもしれない。(52) この見解は右記のような理由で作為義務を否認するので、この見解からは客殺し商法を営むことを秘匿して顧客を勧誘することは詐欺罪にあたらないとの結論が導かれることになる。ただし、こうした主張に対しては、不作為による欺罔行為を特に問題にせずとも、勧誘行為を端的に挙動による欺罔行為として理論構成すれば事足りるとの批判も提起されている。(53)

2　積極説

他方、積極説の主張とは一体どのようなものなのだろうか。積極説もやはり二つの見解に大別して考察する必要がある。すなわち、客殺し商法が詐欺罪にあたるとする立場にも、行為時の経済的危険に着目する見解と先物取引業者の経済的実質に着目する見解の二つが存在しているのである。以下では、各々の見解を検討していくことにしたい。

(ア)　行為時の経済的危険に着目する見解

この見解は、利殖詐欺・先物取引・現物まがい商法といった悪徳商法をめぐる一連の判例を分析すると、相異なる二つの欺罔概念が看て取れるという。すなわち、業者の経営が破綻し顧客に実損が発生することが確定的になった後の勧誘行為を欺罔行為とみるものと、将来顧客に生ずる経済的実損をさしあたり度外視し委託証拠金や出資金を交付させる段階での勧誘行為を欺罔行為とみるものの二つがあるとする。[54] そして、この見解は、後者の欺罔概念を支持して、次のようにいう。「先物取引のように相場に左右される取引の場合は、顧客の損害の有無は、最終的に取引を終了し決済するまでは決定し得ない」とも考えられるが、[55]「結果的に、将来顧客に利益が生ずることがあっても、取引内容に偽りがあれば、委託証拠金を交付させた時点で、その金員に対する一項詐欺が成立することになる」とする。したがって、この見解によれば、業者の思惑に反して、顧客が益計算に終わったとしても、詐欺罪が既遂に達している以上理論的には一項詐欺罪が成立するとの帰結に至る。[56] そして、具体的には「被害者に将来損害が発生する高度の蓋然性が存在するような客観的事情を秘して勧誘したり、はじめから申込金を騙取しようとする構造になっていることが認定し得た場合」には詐欺罪を肯定すべきだという。なお、この見解は、同和商品事件最高裁決定のように営業方針に焦点を当てると被害者の先物取引に関する個々の知識を

度外視して欺罔行為を認定できる利点があるとの指摘もしている。たしかに、この見解が説くように、近時の判例は、電子計算機使用詐欺や自己名義のクレジットカードの不正使用の領域で、経済的実損とは必ずしも直結しない比較的早期の段階で詐欺の既遂を認める傾向があり、この見解が判例の新しい動向と親和性を有していることは否定できない。しかしながら、こうした見解に対しては、詐欺罪を危険犯化しているとの疑問も投げかけられるように思われるのである。

(イ) 先物取引業者の経済的実質を重視する見解

次に、積極説のうち、業者の経済的実質を重視する見解を検討することにしたい。この見解は次のようにいう。「顧客から委託されて、資金を預かり、それをもって先物取引を行う商品取引員たる会社の経済的実質は、先物取引市場における売買の仲介をし、顧客のあげた利益の一部をもって取引手数料等にあてさせ、これを自らの経営の基礎とするものであろう」[57]。そして、この見解は、最決平成四年二月一八日で問題となった同和商品のような会社は経済的実質を欠いていると指摘した上で、「顧客の提供した資金そのものを売買手数料の名目でもって支払わせ、それを返還しなくてもよいようにすることに精力が注がれている点（客殺し商法）、また、顧客が売買取引で損失を被ると、それが確実に会社の利益となるように細工されている点（向かい玉商法）の二点は、」健全な業者であれば、「顧客の信頼を失い、ひいては自らの経営基盤を損なうことになるので採用しえない」はずだと述べている[58]。

たしかに、健全な業者なら客殺し商法を営業方針にすることなど視野に入れないはずであり、向かい玉を建てたりせず顧客が獲得した差金のうちから手数料を控除して自らの経営基盤を築くはずである。また、健全な業者であれば逆に自己玉のみを建てて収益をあげ、自己の収益の一部を一般市民である株主に配当するという手法で

経営基盤を強化しようとするはずである。この指摘は正鵠を射ているように思われる。

しかしながら、この見解に対しては次のような疑問も投げかけられるように思われる。第一に、この見解は、客殺し商法を営むような業者は自らの経営基盤を切り崩していく旨の指摘をしているが、このような業者であるからといって必ずしも倒産・廃業の危機に瀕しているわけでもないように見受けられる。すなわち、このような業者であっても直ちに経営が破綻しているとはいえず、倒産・廃業寸前でもない業者を指して経済的実質が欠如していると明言することはできないように思われる。第二に、この見解は経済的実質が欠如しているか否かを重要視してはいるものの、このメルクマールについては必ずしも語義どおりの意味が付与されているわけではなく、[59] 経済的実質が欠如しているか否かは、実際上は、業者の経営手法や勧誘手法が商先法や商先法施行規則に適合しているかどうかで決せられているように思量されるのである。[60] もし、この見解が、営業方法の悪辣性や商先法が規定している営業方法から逸脱していることを根拠に、「経済的実質を欠く」と判定するのであれば、そのようなアプローチはあまりに行為無価値的なものであるように思われる。すなわち、この見解が、顧客が財産的損害を被っているかどうかを度外視して、業者の営業方法の悪辣性等のみを手がかりに「経済的実質を欠く」と判断しているのであれば、そのようなアプローチは妥当なものとはいえないと思量されるのである。

㈣　本稿の立場

では、本稿はどのような立場に立脚すべきなのであろうか。既に言及したように、消極説の中には、先物相場の予測不可能性に着目する見解が存在した。この見解の要諦は、相場は予測できず操縦も不可能だからこそ相場なのであり、向かい玉を建てることを秘匿することは欺罔行為にならないというものであった。これに対しては、積極説の側から、業者の利益と顧客の利益とに齟齬が生じるので向かい玉を建てることは利益相反的であるとの

反論が提起されていた。なるほど、向かい玉は利益相反的である。たとえば、先物相場が将来下落していくと予測を立て業者は売り玉を建てたのに顧客には買い玉を建てるよう勧めるというのは矛盾した行動であり顧客に対しては背信的な行為であるとすらいいうる。しかし、向かい玉を建てたところで顧客が差金を得る事態も充分に起こりうることは積極説自身も認めているのである。たしかに、顧客に新たに買い玉を建てさせて、その後業者がかねてより保持していた自己の売り玉と自己に有利な時点で決済したというケースを念頭に置けば欺罔行為を肯認すべきだとの疑問も湧くように思われる。しかし、こうした事例であっても、事後に顧客の買いポジションが上昇し顧客の益計算で終わることもあるのである。このように考えれば、相場は予測しえないものなのであり、相場の予測可能性を前提にして詐欺罪を肯定することは困難であることが理解できる。向かい玉を建てることの秘匿は詐欺罪にはならないというべきである。

また、通説は、差金を取得しようと商品先物取引に参加することは賭博罪の構成要件に該当すると解するのであるが（もちろん、法令行為として違法性が阻却されるとする）、このことは、賭博罪が問題となる局面では通説が相場の予測不可能性を前提としそれを踏まえた立論を展開していることを意味している。つまり、積極説も差金決済を目的とした一般市民の商品先物取引市場への参加については、さしあたり賭博罪の構成要件該当性それ自体は認めているものと見受けられる。[61] もし、積極説が、賭博罪が問題となる場面では相場の予測不可能性を前提に構成要件該当性を肯定しているのに、詐欺罪が問題となる局面では予測可能性に依拠して詐欺罪の成立を認めるとの立論を展開するのであれば、それは矛盾した考えといわざるをえないのではないだろうか。

次に、行為時の経済的危険に着目して詐欺罪を肯定できるかどうかを検討する。積極説の中には経済的損失の危険性があれば詐欺罪の既遂を認めてよいとする立場があった。たしかに、この見解の説くように、最近の判例は事後的な損害ではなく経済的損失の危険性をもたらすような欺罔行為があった場合に端的に詐欺罪を認める傾

向があり、基本的にはこの方向性を志向すべきだとも考えられる。この見解は、客殺し商法においては、顧客が業者に委託証拠金を提供した時点で顧客の財産に対し経済的危険が生ずるのであるから一項詐欺罪を肯定してよい旨示唆する。しかし、既に言及したように、相場を予測ないし操作することなどは元来不可能なのであり、委託証拠金を交付するよう勧誘した時点で欺罔行為ありとするのは苦しい論理であるように思われる。顧客が損失を被るか否かは業者の思惑とは無関係に事後の相場で決まるのであり、金員を交付する段階ではまだ顧客の損失は不確定であることを直視すべきである。また、経済的損失の危険性が存在する時点で詐欺罪の既遂を認めるべきではない。経済的実損が発生してはじめて詐欺罪は既遂にすべきである。客殺し商法を営業方針とする業者を、ネズミ講を展開する離職組織や現物まがい商法を営んでいたかつての豊田商事のような会社と同列に論じることはできない。何故なら、客殺し商法を営んでいる業者は破綻寸前の状況に必ずしも陥っているわけでもないからである。経済的実損が生ずる時点に至ってはじめて詐欺罪を既遂とすべきである。

また、積極説の中には、客殺し商法を営業方針としている会社は経済的実質の伴わない会社であり委託証拠金等を取得した段階で詐欺罪が既遂に達すると明言している見解もあった。しかし、客殺し商法を営業方針とし健全な経営をしていないことと経済的実質を伴っていないこととは、本来的には別の次元の問題であると考えることが可能である。すなわち、客殺し商法を営んでいるからといってそのような業者が直ちに破綻寸前であるとはいえないであろう。なるほど、向かい玉を建てたりする企業の将来性は乏しく、顧客の利益を第一に考えるのなら、自己玉を建てたりするのは控えるべきであるといえる。また、逆に自己玉のみを立てて収益をあげ株主に収益の一部を還元するという経営方針を貫くべきであるといえる。既に言及しているように、この見解は、商先法から逸脱しているかという基準や営業方法の悪辣さで経済的実質を伴っているか否かを判断しているように見受けられるのである。しかし、このようなアプローチはあまりに行為無価値的なものであるように思われる。

客殺し商法を行うことの秘匿が不作為による欺罔といえるかどうかという問題があったが、この点についても本稿は否定的である。われわれは客殺し商法は顧客が商品先物市場に玉を建ててはじめて実行可能になることを忘れてはならない。また、将来客殺し商法を行うことを黙秘することを問責の対象にするのなら、業者に将来客殺し商法を行うことを告知する義務を課すことになるが、このような結論は奇異なものであるように思われる。将来客殺し商法を営むことを秘匿したからといって、それを不作為による詐欺だとして可罰的だとする論理を構築することはできないように思われる。

本稿に対しては結論的に不当ではないかとの批判も加えられるように思われる。しかしながら、客殺し商法を営業方針としている業者ではあっても顧客に商品先物取引のリスクについて充分に説明をし、顧客側も商品先物取引の仕組みや総取引金額と委託証拠金との関係を知悉しているのだから、業者に詐欺罪を認めることは酷であるとも考えられる。ここで問題になっている事例は、先物取引の危険性を認識せず業者が資産運用してくれると誤信して顧客が委託証拠金を交付しているケースとは全く異なることに留意する必要がある。顧客側が益計算になる事態をも想定している客殺し商法という営業方針は、顧客を破滅に追い込む手段としては完全なものではないのである。しかも、顧客が玉を建て顧客の損益がある程度確定した後に客殺し商法は実践されるのであり、このことをわれわれは銘記しておく必要がある。客殺し商法の個々の手段を業者が実際に行った場合にはその段階で背任罪として問擬すれば事足り、背任罪が成立しなければ商先法違反として監督官庁が行政処分を下せばよいように思われる[62]。客殺し商法を営業方針としている業者に詐欺罪を適用して処罰することには限界があるというべきである[63]。

六　結びにかえて

以上、わが国の議論状況をみてきたが、詐欺罪の成否が問題になる業者の勧誘についてはいくつかの類型が存在し、大部分は詐欺罪で捕捉されるものの客殺し商法を営むことを秘匿する類型に限っては詐欺罪として捕捉されないことが確認されたように思われる。

最近、ドイツでも、電話勧誘で先物取引に誘引し顧客に金員を交付させる事案が登場した。連邦通常裁判所二〇〇七年一一月一三日決定で問題になった事案であるが、参考になると思われるので、少し紹介してみることにしたい。[64] 事実の概要は次のとおりである。

「被告人Kは一九九〇年以来商品先物取引業界に身を投じ、一九九七年九月にX有限会社を設立し経営者に就任した。この企業が取り扱っている内容は商品先物取引・商品先物オプション取引であった。被告人Kがターゲットにしたのは主として取引所の投機取引に熟練していない投資家層であった。強力な電話による宣伝と定期的に助言を与えることにより顧客を始めから騙そうと試みた。すなわち、X社は多大な利益の見込みがあると顧客を騙そうとしていたのである。Xが顧客に勧めた商取引を実行するために、被告人KはシカゴにあるPMBというブローカーと共に活動していた。被告人Kは遅くとも一九九八年四月半ばには被告人Mを顧客の世話役として雇用した。被告人Kはかつての自分自身の活動からMを知っていた。すなわち、かつては二人とも商品先物取引・商品先物オプション取引を業とする別の企業で活動していたのである。しかし、二人がかつて働いていた会社は破産し一九九七年六月に経営者に対する捜査手続きが開始されてその企業活動は終わりになった。

電話勧誘員の宣伝を受けた顧客は、X社と〝仲介契約および管理契約〟なるものを締結した。契約書面にはX社はその業務内容を〝顧客の投資取引の世話〟とか〝口座財産への入金・口座財産からの出金時の助言〟と記載

していた。財産管理委託のために、X社は、顧客のすべての振込に対しその都度振込金の五％を逆打歩金（Disagio）と称する仲介手数料として控除する権限を有していた。そればかりでなく、締結されたあらゆる取引に対し購入売却委託料を控除する権限を持っていたのである。取引所法にしたがい、契約書面や説明パンフレットで、X社の顧客は取引所投機取引で起こりうる元本喪失の高度の危険性に関しては予め指摘を受けていた。X社は投資元本から逆打歩金および委託手数料、ブローカーへの手数料を控除したが、これらの手数料の控除が元本喪失のリスクを著しく高めたのである。

顧客と口頭でコンタクトをとることにより、両被告人と電話勧誘員とは、先物取引の経験のない投資家を欺いたのである。すなわち、投資家の無知に乗じ、X社が顧問を務め助言をする中で実行している取引所投機取引において、損失リスクを凌駕する利益見込みがあると投資家を騙していたのである。顧客は、三〇％までの利益率が見込まれる現実的な利益チャンスがある、既に過去には出資した元本が二倍になった例がある、既にあなたたちは物凄い利益を逃している、コンピュータプログラムの適用でX社においては利益率が今も向上中である、極端な場合にのみ元本の全喪失がある、X社はより安全な投資戦略を追求しているとの説明を受けていた。

両被告人は、アメリカの取引所の商品先物取引・商品先物オプション取引においては、投資家の八〇％は元本を完全に喪失するか一部喪失するかであること、二〇％のみが利益を得ることを経験上認識していた。

二八人の投資家に対する詐欺については、地方裁判所は錯誤があったことを根拠に、一九九七年一一月から一九九九年四月にかけて顧客がXの指示に基づいてPMBの投資口座へ金員を払い込んだ事実は詐欺罪の犯罪事実を構成すると認定した。被告人Kは欺罔行為と財産上の損害を与えた罪責があるとし、Mは一四人の投資家に対する詐欺で可罰的だとした。地方裁判所によれば、被告人Kの詐欺行為による損失総額は約二三万マルクであり、Mの詐欺行為による損失総額は約一一万四〇〇〇マルクであるとのことであった。」

事実の概要は上記のとおりであるが、このような事案に対し連邦通常裁判所二〇〇七年一一月一三日決定は、次のように述べて欺罔行為を肯定した。「両被告人はX社の顧客を事実に反して騙したのである。すなわち、X社が追求していた投資戦略やPMBの専門的知識をもとに、X社が仲介した取引所投機取引を何度もすれば、利益の見込みが損失のリスクを凌駕すると騙している。ここでは、誇大広告や単なる価値判断の表示だと位置づけられる将来の予測などは問題にならない。詐欺罪の構成要件が予定している欺罔行為と錯誤の惹起というメルクマールは充足されているとみるべきである。顧客に対してX社の従来の企業活動の実績を引き合いに出し、X社においては利益チャンスが損失のリスクを凌駕していると主張することが、詐欺罪の構成要件該当事実と関連している」と述べている。

財産上の損害要件についてはどうか。この点につき、連邦通常裁判所二〇〇七年一一月一三日決定は次のように判示した。「詐欺罪として捕捉できるか否かを判断するにあたっては、契約締結時点の財産状態の比較がなされるべきである。すなわち、騙した者の給付の価値が騙された者の反対給付の価値より劣後するのであれば、被欺罔者は損害を被っているといえるのである。給付と反対給付の財産的価値をそれぞれ判断するにあたっては、契約当事者が合意した価格は重要でない。また、処分者がどのような価値を主観的に志向していたかも重要ではない。むしろ重要なのは客観的な第三者の理性的な判断である。顧客とX社とが締結した契約内容によれば、X社に義務づけられているのは取引所先物取引を勧め仲介することだけではない。むしろX社と顧客との間で締結されている財産管理契約の本質的な内容は顧客の莫大な利益を仲介することだったのである。すなわち、X社によるサービスを要求した顧客サイドの決定的な動機は、高度な専門性に基づいて投機取引が行われ、顧客にとっての莫大な利益を仲介する義務をX社が負うとしていたことにある。既にX社は二八人の顧客と契約を締結した時点で、契約上義務づけられた給付、すなわち莫大な利益が見込まれる取引所投機取引を仲介することができな

い状況にあったのである。契約締結時点でX社が顧客に仲介した内容は利益チャンスを著しく減殺した損失の蓋然性を伴う給付であった。X社の給付は、客観的な判断者の視点からみても無用のものだった」と述べている。

本件では、X社の幹部が、既に過去には出資した元本が二倍になった例がある等客観的事実に反する虚偽の事実を顧客に述べているので、詐欺罪が成立する点については異論を差し挟む余地はないものと思量される。本件は作為による欺罔行為が容易に論証できる事案であるので、連邦通常裁判所二〇〇七年一一月一三日決定も、不作為による欺罔行為があったか否かにつき特に検討を加えていない点は注目される。なお、当該決定が契約の締結時点で詐欺罪の既遂を認めたことは銘記しておくべきであろう。このケースは、本稿の分類にしたがえば、第四章で論じた積極的に虚偽の事実を告げて勧誘し委託証拠金の交付をさせる類型に該当する。本件は被告人らが明白な虚言を弄して顧客から金員を交付させた事案なので、詐欺罪の成立を認めた連邦通常裁判所二〇〇七年一一月決定の立論は妥当なものであるように思われる。

さて、前述したように、わが国では二〇一一年一月に商先法が全面施行され、不招請勧誘の禁止・プロアマ規定の導入等の新しい規定が盛り込まれ、業者の悪質な勧誘が堂々と行われる状況は従前よりは改善していくものと推察される。しかしながら、他方で、不招請勧誘が禁止されたことが一般市民にどこまで認知されているかが疑わしく、業者サイドも商先法の規定を厳格に遵守することもないことが今後の問題として浮上してくるように思われる。この点、ドイツでは、取引所法（Börsengesetz）が未経験者の商品先物取引・商品先物オプション取引への勧誘を禁止しており、禁止規定（取引所法二六条一項）に違反する場合には、刑事罰が科されることになっている（取引所法四九条）。規定内容は次のとおりである。[65]

取引所法四九条

〝(1)　二六条一項に反して、他人を取引所投機取引又はそのような取引への参加へと勧誘した者は、三年以下の

自由刑又は罰金に処する。〃

取引所法二六条一項

〃(1) 営業上、他人を、取引所投機取引に未経験であることを利用して、そのような取引へ勧誘し又は直接的若しくは間接的にそのような取引への参加を勧誘することは禁じられる。〃

やはり、ドイツ法のごとく、わが国でも、業者の勧誘を刑事罰で禁止する措置を講ずる方が望ましいように思われる。そもそも、業者が取引所での先物取引やオプション取引に未経験者を勧誘する行為は違法だと考えられるし、このような行為を刑事罰で全面禁止する立法的措置を講ずる方が潜在的被害を防ぐという見地からは妥当であるように思われるからである。抜本的な対応が望まれるところである。[66]

私が宮澤先生に初めてお会いしたのは一九九五年のことであった。以来、長きにわたって、学問はもとより公私ともにお世話になった。上京したばかりで当時東京に慣れない私を心配して下さり浅草等いろいろな場所に連れ出して下さったことは昨日のことのように思い出される。宮澤先生の学問に対する情熱に思いを致す時、我が身の未熟さを痛感せざるをえないが、今後日々精進し宮澤先生のご学恩に少しでもこたえていければと考えている。宮澤先生のご冥福を心からお祈り致します。

(1) 新保恵志『金融商品とどうつき合うか—仕組みとリスク』(二〇〇八年)二頁以下を参照。宮澤先生は先物取引について「素人の〃投資家〃に、いかにもうまい話のように持ち掛け、初めに少し儲けさせ、最後には大損をさせるように先物取引を仕組んだ場合には、詐欺の成立の余地は大きい」と述べておられた。宮澤浩一「刑法理論と被害者学」『福田平・大塚仁博士古稀祝賀・刑事法学の総合的検討(下)』(一九九三年)九〇頁。

（2）米国の金融規制改革法については、日本経済新聞二〇一〇年七月一七日朝刊三頁、日本経済新聞二〇一〇年七月一七日夕刊三頁を参照。金融安定監督評議会については、日本経済新聞二〇一〇年九月二五日朝刊七頁、日本経済新聞二〇一〇年一〇月三日朝刊四頁、日本経済新聞二〇一〇年一〇月二一日朝刊三一頁を参照。商品先物取引委員会の計画については、日本経済新聞二〇一〇年一二月一七日朝刊八頁を参照。

（3）荒井哲朗＝白出博之＝津谷裕貴＝石戸谷豊『実践先物被害の救済・全訂増補版』（二〇〇九年）二二頁以下を参照。

（4）商品先物取引法施行までの経緯については、渡邉雅之『新しい商品先物取引法の実務』（二〇一一年）一頁以下が詳しい。

（5）渡邉『新しい商品先物取引法の実務』（前掲注（4））三五頁の図が参考になる。

（6）かねてよりトラブルが多発していた海外先物取引の領域でも参入規制がなされるようになった。渡邉『新しい商品先物取引法の実務』（前掲注（4））二〇頁以下。

（7）この点については、長井圓『消費者取引と刑事規制』（一九九一年）二九二頁以下が詳しい。

（8）二〇〇九年には日本の商品先物市場の出来高は三五五五万枚であったが、これは二〇〇三年のピーク時に比べて約四分の一に縮小したとのことである。「News & Analysis」週刊ダイヤモンド二〇一〇年一二月一一号（二〇一〇年）一九頁を参照。

（9）残念ながら、わが国の米の先物市場は第二次世界大戦中に途絶えてしまったが、最近では米を再び商品取引所の銘柄として上場しようとの動きも活発に議論されるようになってきた。たとえば、東京穀物商品取引所は政府に対し米を上場商品として加えるべきだとの要望をたびたび提出してきた。日本経済新聞社編『商品取引入門』（二〇〇五年）一八一頁以下。その甲斐もあってか、二〇一一年八月八日には米の先物取引が試験的に東京穀物商品取引所と関西商品取引所で再開された。しかし、農協組織はこうした動きを歓迎していないとのことである。この点については、毎日新聞二〇一一年朝刊七頁を参照。

（10）垣口克彦『消費者保護と刑法―悪徳商法をめぐる犯罪―』（二〇〇三年）一〇九頁以下によれば、現物まがい商法とは、金地金等の商品（現物）を渡さず直ちに賃貸借契約（実質は消費寄託契約ないし準消費寄託契約）を結んで、

預り証券のみを交付する取引である。対象物がその時点では必ずしも存在していないのに契約等が可能な点で先物取引との共通項が見いだせる。

(11) 最高裁判所事務総局編『経済取引関係裁判例集』(一九九二年)五頁を参照。

(12) 本稿では、業者の勧誘により一般市民に委託証拠金等を提供させる事例が詐欺罪として捕捉できるかを中心に論ずることにしたい。これとは別に、一般市民が勧誘を受けてもいないのに自ら進んで私設市場で行われている先物取引に参加することが賭博罪で問擬できるかという問題がある。この問題については、長井『消費者取引と刑事規制』(前掲注(7))三二九頁以下が詳しい。ただし、長井教授は賭博罪で問擬すべきでないとの立場である。

(13) 四つのパターンに類別するにあたっては、大谷直人「商品先物取引に関していわゆる客殺し商法により顧客から委託証拠金名義で現金等の交付を受けた行為について詐欺罪の成立が認められた事例」『最高裁判所判例解説刑事篇』(一九九四年)一頁以下を参考にした。

(14) 神山敏雄『新版・日本の経済犯罪』(二〇〇一年)一七五頁以下を参照。

(15) たとえば、大豆の価格は南米諸国の天候に依拠することが大きいという。コーヒー生豆のロブスター種については南米の一九九四年の降霜被害で価格が高騰したという。日本経済新聞社編『商品取引入門』(前掲注(9))一七二頁以下、一七四頁以下をそれぞれ参照。

(16) 原油については、中東産油国の政情が原油価格変動の大きな要因になっているという。政情の不安定さは地政学的リスクと呼ばれている。詳しくは、日本経済新聞社編『商品取引入門』(前掲注(9))一六一頁以下を参照。炭鉱事故も大きな価格変動要因である。たとえば、二〇〇二年一二月二八日に南アフリカのプラチナ鉱山の精錬所が爆発したが、二〇〇三年三月に精錬所の修繕が完成するまで東京工業品取引所の白金価格は高騰し続けたとのことである。近藤雅世『商品先物取引』(二〇〇七年)三三頁。

(17) 先物市場の専門家の宇佐美教授によれば、現代の先物市場に参加している集団は、スペキュレーター・ヘッジャー・アービトラージャーの三者である。アービトラジャーとは、複数の市場間で生ずる価格差を鞘取りする集団のことを指すとのことである。宇佐美洋『入門先物市場』(二〇〇〇年)二一頁以下参照。なお、神山教授は、「より根本的な犯罪防止策は、商品先物取引についての未経験者が当該取引に参加できないような、ないしは引き込まれないよう

な強力なシステムを確立することであろう」と述べられているが、この主張はヘッジャーを中心にしてわが国の先物取引の仕組みを再構築すべきだの趣旨であろう。神山敏雄『経済犯罪の研究・第一巻』（一九九一年）一一九頁を参照。

(18) 商先法も二条三項一号で先物取引を「当事者が将来の一定の時期において商品及びその対価の授受を約する売買取引であって、当該売買の目的物となっている商品の転売又は買戻しをしたときは差金の授受によって決済することができる取引」と定義づけている。

(19) 大下英希「第一八章　利殖商法と消費者金融の規制」神山敏雄＝斉藤豊治＝浅田和茂＝松宮孝明『新経済刑法入門』（二〇〇八年）二五一頁。

(20) 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会『先物取引被害救済の手引・九訂版』（二〇〇八年）一六頁以下。

(21) 中空教授は「取引業法で経験者以外には取引を認めないといった形でそのような消費者の保護を図る方がより効果的である」との提言をされている。中空壽雅「商品先物取引における『客殺し商法』と詐欺罪の成否」判例タイムズ八三五号（一九九四年）三五頁を参照。なお、一九八五年に東京証券取引所に導入された国債の先物取引では、一般市民の被害は発生していないとのことである。理由は先物市場に参加するためには高額の預かり資産を要求されるためだとのことである。浅井岩根「先物取引被害の実態と救済」判例タイムズ七〇一号（一九八九年）八一頁以下。

(22) 三次理加『商品先物市場のしくみ』（二〇一〇年）五三頁以下を参照。

(23) 商先法は三段階に分けて施行された。第一段階の施行は二〇〇九年一〇月八日に行われ、第二段階の施行は二〇一〇年七月一日に行われた。そして、第三段階の施行が行われたのは二〇一一年一月一日であった。渡邉『新しい商品先物取引法の実務』（前掲注(4)）四頁以下が詳しい。

(24) 取引所法成立から商取法誕生までの経緯については、河内隆史＝尾崎安央『商品取引所法』（二〇〇六年）九頁以下が詳しい。また、長井『消費者取引と刑事規制』（（前掲注(7)）二九五頁以下。

(25) 近藤光男＝吉原和志＝黒沼悦郎『金融商品取引法入門』（二〇一一年）一七頁以下。また、神山『経済犯罪の研究』（前掲注(17)）八五頁以下を参照。

(26) 長井『消費者取引と刑事規制』（前掲注(7)）三一一頁以下。

(27) 長井『消費者取引と刑事規制』(前掲注(7))三七二頁以下。海外商品先物取引業界においては業界団体が存在せず業界の自浄作用に期待できる状況にないことも大きな問題であった。この点については、国内商品先物取引業界において、日本商品先物振興協会という業界団体が存在しているのとは対照的である。民事法研究会『Q&A先物被害一一〇番・第二版』(二〇〇六年)二二頁を参照。

(28) 不招請勧誘の禁止、プロアマ規制の導入については、荒井=白出=津谷=石戸谷『実践先物被害の救済・全訂増補版』(前掲注(3))二二頁以下を参照。

(29) 河内=尾崎『四訂版・商品取引法』(前掲注(24))二三七頁以下。なお、証券取引の分野では二〇〇四年の証券取引法の改正で呑み行為の禁止規定は消滅している。したがって、現在の金融商品取引法でも呑み行為の禁止規定はない。同『四訂版・商品取引法』二三八頁参照。

(30) 商先法二一二条は「商品先物取引業者員は、商品市場における取引等の委託又は外国商品市場取引等(外国商品市場取引若しくはその委託の媒介、取次ぎ若しくは代理又は外国商品市場取引のうち商品清算取引に類似する取引の委託の取次ぎ若しくはその委託の媒介、取次ぎ若しくは代理をいう。以下この章において同じ。)の委託を受けたときは、その委託に係る商品市場における取引等をしないで、自己がその相手方となって取引を成立させてはならない」と規定している。これが呑み行為の禁止の規定であり、違反に対しては一年以下の懲役もしくは一〇〇万円以下の罰金が科され、またはこれらが併科される(商先法三六三条八号)。呑み行為には、委託証拠金をそのまま持ち逃げする行為等種々のヴァリエーションがあるが、顧客が公設市場の取引を望んでいるのに、公設市場に取引を取次ぎをしない事例は当然これに含まれる。この点については、丸山雅夫「商品先物取引における悪質商法と財産犯」先物取引研究四巻二号(二〇〇〇年)四四頁以下を参照。なお、最初のうちは市場に取次ぐ意思はあったが後に翻意して委託証拠金等を持ち逃げした事例では、丸山教授は、預託を受けた委託証拠金を領得したとして業務上横領罪の成立を認めるべきだとされている。同「商品先物取引における悪質商法と財産犯」四四頁以下。なお、証券取引に随伴する呑み行為については、馬場義宣「第三章　証券取引法」伊藤榮樹=小野慶二=荘子邦夫編『注釈特別刑法・第五巻経済法編Ⅰ』(一九八六年)二七一頁を参照。

(31) 呑み行為については、従前、商取法には罰則が存在し、海先法に罰則がないというアンバランスな状況が長らく

続いていた。しかし、商品先物取引法が二〇一一年一月に施行されて以降、海先法は廃止になったので従来の問題そのものが消滅した。ちなみに、二〇〇四年改正の影響で、現在の金融商品取引法には呑み行為を処罰する刑罰法規は存在しない、渡邉『新しい商品先物取引法の実務』（前掲注（4））一七五頁。

（32）「絶対に儲かる」といった断定的判断の表示は単なる価値判断の表示にすぎない。価値判断の表示は詐欺罪の予定する欺罔行為にあたらないと解するべきである。このことはネズミ講が詐欺罪にならない一つの根拠になりうる。ドイツの古い学説は価値判断の表示は欺罔行為にあたらないことを根拠にネズミ講が詐欺罪にならないことを論証していたとのことである。Arzt, Lehren aus dem Schneeballsystem, in: Festschrift fur Koichi Miyazawa, 1995, S.519.

（33）もっとも、何をもって価値判断の表示と捉えるかは大きな問題である。アルツトは、張り札の〝家庭的料理・上等なワイン・手頃な値段〟という広告に誘われてゲストハウスに招かれた者が、たとえ粗末な料理・粗悪なワイン・高い値段で歓待されたと感じたとしても、それは単なる価値判断の表示であり、詐欺罪不成立との結論を導いている。Gunther Arzt, STRAFRECHT BESONDERER TEIL LH3: Vermögensdelikte, 1978, S.128.

（34）佐久間教授は、商品先物取引の危険性を顧客に認識させなかった点や出資の危険性を隠蔽して顧客を当該取引に誘引した点こそが詐欺罪の成立に決定的な影響を与えるものと考えておられるようである。佐久間教授は、ここで不作為による詐欺を正面から肯定されているように見受けられる。佐久間修『実践講座・刑法各論』（二〇〇七年）四三頁以下を参照。

（35）この点については、井田良『講義刑法学・総論』（二〇〇八年）一四四頁以下を参照。

（36）ゼールマンは中古車が新車価格で売りに出されている事例を引き合いに出し、仮に購入者がその中古車を特別な品質の車だと誤信して買ったとしても、詐欺罪にならない旨述べている。彼は、消費者は自己が購入する商品の品質に関する情報を入手すべきだし、価格が法外に値上げされた商品を消費者が購入した場合でもそれは競争に敗れたことを意味するにすぎず、こうしたリスクは消費者が甘受すべきだとしている。彼は商品先物オプション取引においても同様のことがいえ、顧客が騙されて商品先物オプション取引のために出資しても詐欺罪にならないとの立場である。Seelmann, Betrug beim Handel mit Rohstoffoptionen, NJW 1980, S.2545 ff.

（37）通説は釣り銭詐欺の可罰性を認めているが、釣り銭詐欺を詐欺罪として捕捉することを承認するのなら、先物取

引の危険性を告知しない不作為を詐欺罪として問擬することはそれほど問題がないように思われる。なお、釣り銭詐欺の可罰性を肯定する見解として、西原春夫『犯罪各論・第二版』（一九八三年）二二七頁以下、平川宗信『刑法各論』（一九九五年）三六八頁、佐久間修『刑法各論』（二〇〇六年）二〇〇頁以下、前田雅英『刑法各論講義・第四版』（二〇〇七年）二七〇頁以下、曽根威彦『刑法各論・第四版』（二〇〇八年）一四一頁以下、山中敬一『刑法各論・第二版』（二〇〇九年）三一七頁、大谷實『刑法講義各論・新版第三版』（二〇〇九年）二五一頁以下、西田典之『刑法各論・第五版』（二〇一〇年）一九〇頁、川端博『刑法各論講義・第二版』（二〇一〇年）三七一頁、大塚裕史『刑法各論の思考法・第三版』（二〇一〇年）二八九頁以下、高橋則夫『刑法各論』（二〇一一年）二九八頁。釣り銭詐欺を認めることに消極的なのは、井田良『刑法各論・新論点講義シリーズ二』（二〇〇七年）一二二頁、林幹人『刑法各論・第二版』（二〇〇七年）二八一頁、松宮孝明『刑法各論講義』（二〇〇八年）二三七頁、斎藤信治『刑法各論・第三版』（二〇〇九年）一三九頁、山口厚『刑法各論・第二版』（二〇一〇年）二五四頁、伊東研祐『刑法講義各論』（二〇一一年）一九二頁以下、中森喜彦『刑法各論・第三版』（二〇一一年）一二〇頁。なお、佐伯教授も、釣り銭詐欺の可罰性に疑問を持っているものと推察される。佐伯教授は、私生活上の告知義務や信義誠実義務を根拠に他者の保護義務を広く認めるのは疑問だとの立場である。佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠について」内藤謙ほか編『刑事法学の課題と展望・香川達夫博士古稀祝賀』（一九九六年）一一七頁。

(38) 商品先物オプション取引のオプション価格については、仲介手数料で釣りあげられたプレミアムの価格、すなわち、市場価格やドイツ国内の堅実なブローカーの価格との齟齬が損害を基礎づけるという見解もある。また、この見解によれば、適正価格であっても、損失リスクを隠蔽して顧客に出資させれば損害を被ったことになるという。Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, §263, Rdn. 114.

(39) 芝原教授は「『客殺し商法』とは、①相場が上昇しているのに、顧客に売らせてしまう、②客に利益が出ると、それが大きくなる前に手じまいさせる、③客に利益が出ても、それを客に返さないで、新たな委託証拠金として次の取引をさせる、④頻繁に取引を繰り返させ、それだけ多くの手数料の支払をさせる、などの方法を意図的に組み合わせて顧客が業者側の意のままに売買を行うようにさせ、結局顧客から受け取った委託証拠金を返還せず、客に戻されるべき利益金の支払を免れる、という手法」だとされている。芝原邦爾『経済刑法』（二〇〇〇年）一六〇頁。

(40) 民事法研究会『Q&A先物被害一一〇番・第二版』（二〇〇六年）一三三頁以下を参照。
(41) 客殺し商法の手法については、浅井「先物取引被害の実態と救済」（前掲注(21)）八三頁以下を参照。
(42) 神戸地判昭和五九年一月二〇日については、最高裁判所事務総局編『経済取引関係裁判例集』（前掲注(11)）二〇一頁。
(43) 大阪高判昭和六一年一二月一九日については、最高裁判所事務総局編『経済取引関係裁判例集』（前掲注(11)）二二四頁。
(44) 神戸地判昭和六〇年三月二九日については、刑集四六巻二号二三二頁。
(45) 大阪高判昭和六三年二月九日については、刑集四六巻二号二八一頁。
(46) 最決平成四年二月一八日については、刑集四六巻二五号一頁。
(47) 判例評釈としては、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とされた事例」法学教室一四五号（一九九二年）一四三頁以下、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」法学セミナー四五三号（一九九二年）一二六頁、江藤孝「商品先物取引に関する『客殺し商法』と詐欺罪の成否」ジュリスト一〇二四号（一九九三年）一七九頁、朝倉京一「いわゆる客殺し商法と会社ぐるみの詐欺罪の成立」専修法学論集五八号（一九九三年）二八三頁、中空「商品先物取引における『客殺し商法』と詐欺罪の成否」（前掲注(21)）三四頁、伊藤渉「商品先物取引によりいわゆる客殺し商法により顧客から委託証拠金名義で現金等の交付を受けた行為について詐欺罪の成立が認められた事例」警察研究六四巻五号（一九九三年）五六頁以下、大谷「商品先物取引に関していわゆる客殺し商法により顧客から委託証拠金名義で現金等の交付を受けた行為について詐欺罪の成立が認められた事例」（前掲注(13)）一頁以下を参照。
(48) 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8・財産的刑法犯』（一九九一年）四〇七頁。
(49) 中村明『先物取引をめぐる犯罪の諸問題』（一九八九年）三九四頁。
(50) 伊藤渉教授は「商品の相場は需給関係によって決せられ、全くの偶然ではない以上、そこには何らかの経験則がある」との意見を表明している。伊藤「商品先物取引によりいわゆる客殺し商法により顧客から委託証拠金名義で現

金等の交付を受けた行為について詐欺罪の成立が認められた事例」（前掲注(47)）五六頁以下。中空教授は「まったく予測できないものでもない。さもなければ、そもそも相場を対象とした投資自体がありえないことになってしまう」と述べ、相場はある程度予測できるとの立場を採る。中空「商品先物取引における『客殺し商法』と詐欺罪の成否」（前掲注(21)）三四頁。

(51) 山中「商品先物取引におけるいわゆる『客殺し商法』と詐欺罪」（前掲注(47)）一二六頁。

(52) 神山『新版・日本の経済犯罪』（前掲注(13)）一八七頁。

(53) 江藤「商品先物取引に関する『客殺し商法』と詐欺罪の成否」（前掲注(21)）一七九頁、朝倉「いわゆる客殺し商法と会社ぐるみの詐欺罪の成立」（前掲注(47)）二八三頁、中空「商品先物取引における『客殺し商法』と詐欺罪の成否」（前掲注(21)）三四頁をそれぞれ参照。なお、丸山教授も作為犯として理論構成すべきだとされるが、客殺し商法を秘しての勧誘は呑み行為の意図を黙秘して取引に誘引する事案と径庭がない旨示唆される。丸山雅夫「商品先物取引に関わる悪質商法とその刑事規制」南山法学二二巻四号（一九九九年）二八頁。

(54) 木村光江『詐欺罪の研究』（二〇〇〇年）二四四頁。

(55) 木村『詐欺罪の研究』（前掲注(54)）二三二頁。

(56) もっとも、この点については、業者の予想に反して益計算になった顧客が告訴することなどは現実には起こらないし、仮に顧客が告訴した場合などは起訴裁量等で問題解決すれば事足りるので、顧客が差金を取得しても一項詐欺罪が成立したことを前提に処理していけばよいとの見解もある。垣口『消費者保護と刑法―悪徳商法をめぐる犯罪―』（前掲注(10)）一〇〇頁以下。

(57) 京藤「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とされた事例」（前掲注(47)）一四二頁。

(58) 京藤「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とされた事例」（前掲注(47)）一四二頁。

(59) 京藤教授は「会社が自らも先物取引を行う主体として売買を行うこと自体は、商品取引法の認める通常の経済行為であって、委託者の利益に反したり、インサイダーとしての情報を利用して不正に利益をあげるといったことがな

い限り、違法視されることはない」と述べている。おそらく、委託者の利益に反するような経済活動をしたり、インサイダー情報を利用して収益をあげた場合に、そのような経済活動を「経済的実質を欠く」ものと考えておられるのであろう。なお、京藤教授は、向かい玉が法律で規制されていないことは問題だとされているが、これは注目すべき指摘である。京藤「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とされた事例」（前掲注(47)）一四三頁。

(60) 京藤「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とされた事例」（前掲注(47)）一四二頁以下。

(61) たとえば、大塚仁『刑法概説各論・第三版増補版』（二〇〇五年）五二七頁以下を参照。

(62) 少なくとも、指示売買のケースで受託者が任務違背行為をしたのであれば、取引の結了等を受託者自身の事務だと解することは困難なので（客殺し商法を実施した段階で）背任罪として捕捉することが可能となるように思われる。すなわち、先物取引における売買は本人の計算で行われるので、背任罪の成立要件は充足しているものと考える。なお、横領と背任の区別において、本人の計算が背任罪、自己の計算が横領罪となる点については、筑間正泰「横領と背任の区別」阿倍純二ほか編『刑法基本講座・第5巻—財産犯論』（一九九三年）二七八頁を参照。

(63) 誰の法則的知識を基準に予見可能性を判断するかという問題は、近時の過失犯論で討議されるようになったテーマであるが、詐欺罪においても、誰の知識を標準にして欺罔行為と財産的損害との間の因果関係を判定するかは同様に問題になりうるように思われる。商社マンや金融機関の従業員は先物取引の構造に精通しているであろうが、反面、主婦や老人等の経済的弱者は先物取引の仕組みすら理解できないものと推察される。インターネットが普及し情報へのアクセスが容易になった今日、後者の知識をベースにして詐欺罪の成立を認めていく本稿の立場には反論も提起されると想像するが、この問題に取り組むことについては、他日を期したいと思う。過失犯をめぐる議論については、井田良『変革の時代における理論刑法学』（二〇〇七年）一七四頁が詳しい。

(64) NStZ 2008, S.96 ff.

(65) ドイツの取引所法については Hopt, in: Baumbach/Hopt Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co. Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht(ohne Seerecht),34.Aufl.210,BörsG §49,Rdn.1.を参照。また、http://www.

gesetze-im-internet.de/b rsg 2007/ を参照。ちなみに、ドイツの取引所法は二〇〇七年一一月に改正されている。

(66) 先物取引が投機性を有する取引であることを秘匿するという不作為においては、保護関係の設定はなく支配領域性だけが存在する事案なので、一見すると、このケースでは不作為犯としての罪責は問いえないとの誤解を与えかねないように思われる。しかし、この場合は、支配領域性と危険創出はあるので、詐欺罪として処罰してもよいように思われる。なお、保護関係の設定はなく支配領域性のみが存するパターンについては、齋野彦弥『刑法総論』(二〇〇七年)一〇五頁以下を参照。ところで、本稿は、作為の容易性を保証人的地位を肯定する一要素だと考えている。書面等を指し示しリスクを伴う取引であることを説明するだけで財産侵害の危険性は除去できるので、右記のケースでは詐欺罪を端的に認めることができよう。井田良『刑法総論の理論構造』(二〇〇五年)四〇頁以下。作為義務を肯定する要件として、作為の容易性を持ちだすことに反対なのは、島田聡一郎「不作為犯」法学教室二六三号(二〇〇二年)一一三頁以下。