

利殖詐欺と金融商品取引法

木村光江

- 一 問題の所在——利殖詐欺事犯の被害の重大性
- 二 金融商品取引法違反と利殖詐欺
 - (1) 無登録業の罪
 - (2) 詐欺罪との関係
 - (3) 無登録業の罪と詐欺罪の実行行為の相違
- 三 出資法と詐欺罪の関係
 - (1) 預り金の禁止——出資法二条
 - (2) 出資法二条と詐欺罪の罪数関係
- 四 被害拡大防止と出資法・金商法——まとめにかえて

一 問題の所在——利殖詐欺事犯の被害の重大性

近年、経済事犯に関する検挙が増加している（次頁図1）。特に、超低金利状況が続く中、高金利を謳って多数の者から金員を集める行為を典型とする、いわゆる利殖詐欺事犯が多発している。利殖詐欺事犯は、投資詐欺、あるいは資産形成事犯とも呼ばれ、高金利を挙げて多大な利息・配当があるように偽って投資を募集し、多額の現金を騙し取る事犯で、詐欺罪や、出資法（出資の受入れ、預り金及び金利等の取締に関する法律）違反などにより検挙されるものを指す⁽¹⁾。

被害額のピークであった平成二一年には、検挙された事案に関する被害額だけでも一、六五〇億円余りに上った。同年の振り込め詐欺の被害額が九五億円余り⁽²⁾であったことと比較しても、いかに被害額が大きいかが分かる。しかも、図2（次頁）で比較したヤミ金融事犯は例年三〇〇から四〇〇件の検挙件数、特定商取引事犯⁽⁴⁾も約一〇〇件余りの検挙件数があるのに対し、資産形成事犯は平成二四年で四一件の検挙件数であり、一件当たりの被害額の大きさが際立っている。

特に被害額が大きい例として、例えば、フィリピンでのえび養殖事業への投資であると偽り約三万五、〇〇〇人から合計約八五〇億円を騙取した事案（平成二〇年に組織的詐欺で検挙）や、高金利を謳って、約四万人から合計約一、二八五億円を騙取した事案（平成二二年に組織的詐欺で検挙）等があり、このような大型事件が発生した年には被害額が特に大きくなる。したがって、平成二二年以降は被害額がやや沈静化しているとはいえ、検挙件数はむしろ増加

図1 経済事犯検挙件数

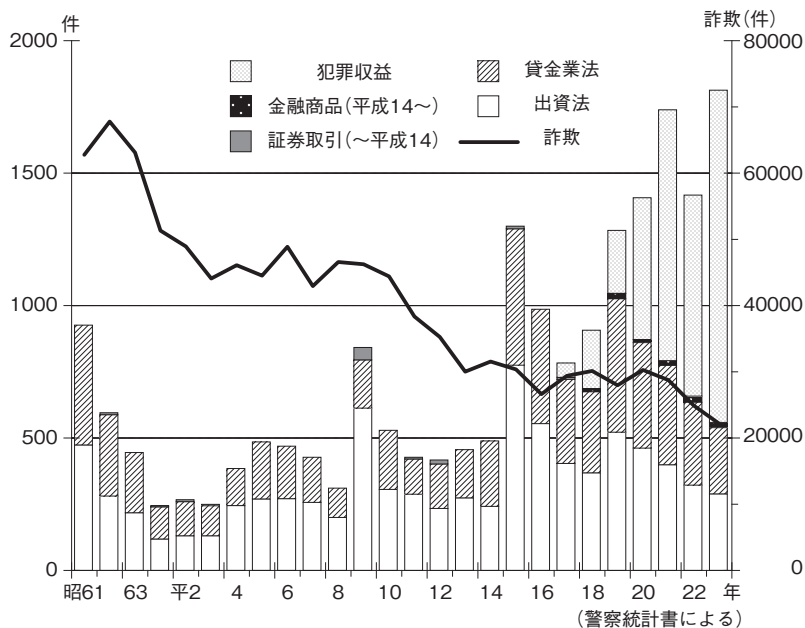
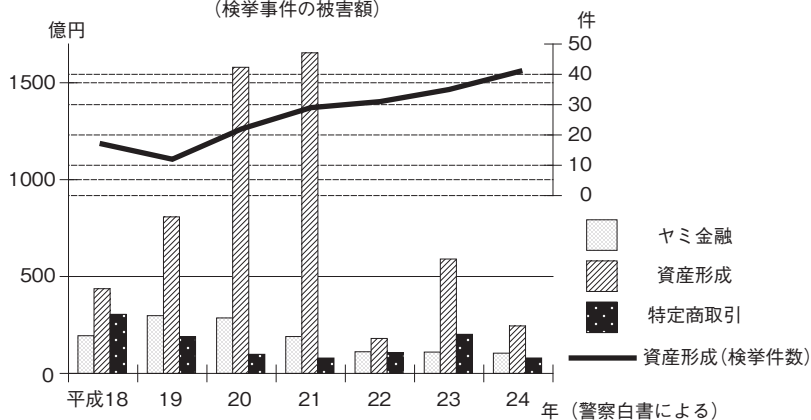


図2 経済事犯の被害額と資産形成事犯の検挙件数

(検挙事件の被害額)



しており(図2)、なお有効な対策及び法規制が必要である。

利殖詐欺に対する対策として、平成二二年に警察庁・金融庁・証券取引等監視委員会により「資産形成事犯対策ワーキングチーム」が結成され、関連省庁の連携体制が図られることとなった⁽⁶⁾。また、監視庁生活安全部に「資産形成事犯集中取締本部」が設置され、捜査の強化が図られた⁽⁷⁾。さらに、平成二三年六月二八日の消費生活侵害事犯対策ワーキングチーム申合せ「消費生活侵害事犯の被害が疑われる相談情報の警察への提供について」に基づき、行政機関に寄せられた利殖詐欺関係の被害が疑われる相談情報を、相談者の同意の下に警察に提供する枠組みが作られ、警察庁には、平成二四年中に、金融庁、消費者庁、経済産業省等の機関から、合計二、一六六件の情報提供がなされている。また、平成二四年に、警察から利殖詐欺に利用された疑いがある口座として金融機関に情報提供し、凍結を求めた件数は四、九九五件(うち、法人名義が三、四四〇件)であり、平成二三年の二、二〇九件から大幅に増加している⁽⁹⁾。

他方、利殖詐欺事犯に対する法規制としてまず考えられるのが、出資法である。特に、同法二条の「預り金の禁止」が適用される事例が多い(後述三①)。これに加え、平成二四年には、投資詐欺について金融商品取引法(以下、「金商法」とする)違反での有罪判決が出された(後述二①)。

本稿では、利殖詐欺事犯に対する法規制として、これらの特別法も含めてどのような対応が可能か、それぞれどのような特色があるのか、さらに詐欺罪と特別法の関係はどのように理解すればよいのかを、近年の裁判例を手がかりに検討を加える。

(1) 四方光「生活経済事犯対策推進要綱の制定について」警察学論集六一巻一一号(二〇〇八年)四頁、畑田善博「警察に

おける悪質商法取締の現状」警察学論集六一巻二二号（二〇〇八年）二四頁参照。警察白書では、資産形成詐欺について、出資法、金融商品取引法、無限連鎖講の防止に関する法律等の違反に係る事犯を指すとしている（警察庁『平成二四年警察白書』七五頁）。ちなみに、平成二二年版までの警察白書は「資産形成事犯」としていたが、平成二三年版から「利殖勧誘事犯」という用語を用いている。

- (2) 振り込め詐欺に対する対策が講じられたことから、平成二〇年までは毎年二〇〇億円を超えていた被害額が平成二二年には一〇〇億円を下回った。もっとも、その後平成二四年には一五五億円余りと増加しているが、それらと比較しても資産形成事犯の被害額の大きさは飛び抜けている。振り込め詐欺に対する様々な対策について、『平成二二年警察白書』二二頁以下参照。

- (3) ヤミ金融事犯とは、出資法（高金利等）及び貸金業法違反の事業や、貸金業に関連した詐欺・恐喝・暴行に関する事案を指す（『平成二四年警察白書』七七頁参照）。

- (4) 特定商取引法（訪問販売法から改正された「特定商取引に関する法律」）違反及び、特定商取引に関連する詐欺・恐喝事案を指す（『平成二四年警察白書』七六頁参照）。

- (5) 『平成二二年警察白書』一五頁、『平成二三年警察白書』七一頁参照。

- (6) 国家公安委員会定例委員会の開催状況（平成二二年三月一八日）（<http://www.npsc.go.jp/report22/03-18.htm>）参照。

- (7) 東京都公安委員会ホームページ・平成二二年三月二六日定例会議の開催状況（http://www.kouaninkai.metro.tokyo.jp/teiriteiri_100326.html）参照。

- (8) 消費生活侵害事犯対策ワーキングチームは、「犯罪に強い社会の実現のための行動計画二〇〇八」（平成二〇年一二月二二日犯罪対策閣僚会議決定）を実施するために設けられたもので、内閣官房、内閣府、金融庁、警察庁、公正取引委員会、法務省、財務省、文部科学省、厚生労働省、農林水産省、経済産業省、国土交通省によって構成される（『平成二二年警察白書』三七頁参照）。

- (9) 警察庁生活安全局生活経済対策管理官『平成二四年中における生活経済事犯の検挙状況等について』（二〇一三年）五一頁参照。

二 金融商品取引法違反と利殖詐欺

(1) 無登録業の罪

金融商品取引法は、従来、「証券取引法」で規制されていた領域と、「金融先物取引法」等により規制されていた金融先物取引等を統合し、さらに、規制対象となっていなかった外国為替証拠金取引（FX）等についても規制対象に含めることとして平成一八年に制定されたものである。罰則も、相場操縦、インサイダー取引、虚偽記載のある有価証券届出書提出等について、証券取引法に比べ大幅に引き上げられた。⁽¹⁰⁾

同法二九条（登録）は、「金融商品取引業は、内閣総理大臣の登録を受けた者でなければ、行うことができない。」と規定する。違反については、同法一九七条の二第一〇号の四で五年以下の懲役若しくは五〇〇万円以下の罰金（併科可）に処せられる（無登録で金融商品取引業を行う法人については五億円以下の罰金が科される。第二〇七条一項二号）。平成二三年改正以前は三年以下の懲役もしくは三〇〇万円以下の罰金であったものが、未公開株等を高額な価額で売り付ける事案等が多発したことから、罰則が強化されたものである。⁽¹¹⁾

利殖詐欺に対し、公刊物（インターネットを含む）に登載されたものとして初めて、無登録による金商法違反の罪の成立を認めたのが高松地判平成二四年四月一〇日（Uex/DB 5548896）である。被告人Xは、アメリカに本社を置き、出資した金銭を、いわゆるFX（外国為替証拠金取引）により運用して生ずる収益の配当を受けることができ⁽¹²⁾

る権利の募集等を業とする外国会社Aの代表取締役として、その業務全般を統括していた。Xは、同社の業務に関し、内閣総理大臣の登録を受けないで、業として、平成二〇年六月二十八日から平成二二年四月一八日までの間、前後三回にわたり、高松市内のホテル等においてセミナーを開催し、その参加者であった適格機関投資家以外の者⁽¹³⁾であるBら計四名に対し、同社への出資により、出資した金銭を充てて行う前記外国為替証拠金取引から生ずる収益の配当を受けることができる権利の取得の申込みの勧誘をしたという事案であった。

高松地裁は、これらの行為は無登録で第二種金融商品取引業を行ったもので、包括して金商法二九条違反の罪に当たるとし、控訴審判決である高松高裁（高松高判平成二四年九月二七日LEXDB 235283915）もこの結論を維持した。

第二種金融商品取引業とは、有価証券以外の、投資信託受益証券や抵当証券、集団投資スキーム持分の自己募集、みなし有価証券の売買等を扱う業務をいう（金商法二八条二項⁽¹⁴⁾）。「みなし有価証券」の定義は二条二項柱書と各号に定められており、ここに規定された有価証券とみなす権利の販売勧誘等を業として行うことは、第二種金融商品取引業とされることになる。そして、二条二項五号は、「当該権利を有する者（出資者）が出資又は拠出した金銭（出資対象事業）から生ずる収益の配当又は当該出資対象事業に係る財産の分配を受ける権利」を有価証券とみなすと規定している。

本件は、自己が代表取締役を務める会社への出資を勧誘した事案であり、まさに「出資者が出資又は拠出した金銭から生ずる収益の配当又は当該出資対象事業に係る財産の分配を受ける権利」について、その取得の申込みを勧誘する行為を業として行ったもので、第二種金融商品取引業に当たり、二九条の登録が必要とされるものであった。二条二項五号の規定は、本件のように多数の一般投資家を対象とした事業型ファンドに関する被害事例が多発したことなどを考慮して、利用者保護の観点から、法改正で規制が整備されたものである⁽¹⁷⁾。

金商法の無登録業の罪の特色は、登録のない者が勧誘行為（募集行為）を行えば、無登録で金融商品取引業を行ったものとされ、非常に早い段階で立件することが可能となる点である。勧誘の段階で、この罪の嫌疑で捜査を開始することが可能となり、被害の拡大を防ぐという意味で、極めて重要な意義を有する。

(2) 詐欺罪との関係

平成二四年の高松地裁判決は、無登録業としての金商法違反の罪の他、詐欺罪の成立も認めた。すなわち、Xは、真実は、出資金のほぼ全てを外国為替証拠金取引で運用することなく会社の運転資金に費消しており、出資金を外国為替証拠金取引で運用しその収益に応じた利益を出資者に配当する意思も能力もなかったのに、これらがあるように装って、投資名目でC及びDの二名から合計二、〇〇〇万円を騙し取ったという二件の詐欺罪でも立件され、いずれも有罪となっている。Xは、被害者Cには平成二〇年一月二二日にA社名義の口座に三五〇万円を、さらに平成二一年七月から二月までの間、六回にわたって、A社名義の口座に合計一三〇〇万円を振込入金させ、被害者Dには、平成二〇年六月に、A社名義の口座に現金三五〇万円を振込入金させた。

これらの詐欺罪における欺罔行為は、(ア)「真実は、出資金を外国為替証拠金取引で運用することなく、会社の運転資金に消費して」いるのに、取引で運用しているように装う行為と、(イ)「出資者に対し利益を配当する意思も能力もなかったのに、これがあるように装う行為」である。(ア)を認定するためには、約定通りの取引の実態がないことを示す必要がある、他方、(イ)を認定するためには、利益が配当できないような業務実績である（破綻状態である）ことを示す必要がある。どのような業務実態か、あるいは資産状況により、欺罔行為の内容が異なるのである。

そのため、判決でも、Cに対する詐欺の関係では、平成二〇年一月一六日から同年一月二八日までの間、平成

二〇年一月二日から平成二十二年三月二日までの間、及び二十一年九月一日から一〇月二日までの間、取引により損失が生じていたことを認定する一方、平成二十二年三月三日から同年九月一〇日までの間は、外国為替証拠金取引自体を行っていないかったことの認定をしている。損失が生じていた期間については、「配当が可能な収益を上げておらず、提示したような配当が行えていないにもかかわらず、これが行えるように偽ったこと」(前記イ)が欺罔行為にあたる。そして、取引自体を行っていないかった期間については、「出資金が外国為替証拠金取引で運用されないのに、されるように偽ったこと」(前記ア)が欺罔行為に当たることとなる。

いわゆる投資詐欺に関しては、従来から、どの行為を欺罔行為とするかにつき二通りの考え方があった。すなわち、(a)顧客に対し約定通りの運用を行わないにもかかわらず、これを行うように偽る行為を欺罔行為とするのか、それとも(b)経営が破綻し、約定通りの配当や償還ができない資産状態であるにもかかわらず、これができるように偽る行為を欺罔行為とするのかである。⁽¹⁸⁾ 両者の違いは、多くの場合、詐欺罪の成立時期に影響する。(a)であれば、経営が破綻し、配当等を支払えなくなる前の段階でも、業務実態を偽る行為があれば詐欺罪が成立する。これに対し、(b)と考えると、いわゆる自転車操業の状態であっても、出資した者の中には、約定通りの配当を得る者もいる可能性があり、経営が破綻する(明らかに経営上損害が発生している)段階までは詐欺罪が成立しないこととなる。本判決は、(a)の側面を(ア)として、(b)の側面を(イ)として、それぞれ欺罔行為に当たると認定したことになる。

当然のことながら、(a)のように考え、出資金を外国為替証拠金取引に運用していないという実態が認められれば、(b)の側面、すなわち配当するだけの利益の有無は、本来は問題にする必要がない。経営実態を偽る行為が欺罔行為となり、当該会社が正当に外国為替証拠金取引を事業として行っていると誤信した被害者が出資金を交付すれば、その時点で詐欺罪は既遂となるからである。そして、破綻前に検挙することができれば、会社資産の保全も可能と

なり、被害者の救済にとつては大きなメリットとなる。⁽¹⁹⁾

このように「経営破綻」を待つまでもなく、そもそも金員を出捐させた段階で詐欺罪の成立が認められるとする判断は、平成四年の客殺し商法事件判決（最決平成四年二月一八日刑集四六卷二号二頁）⁽²⁰⁾において既に示されている。商品先物取引に関する事案につき、「いわゆる『客殺し商法』により、先物取引において顧客にことさら損失等を与えるとともに、向かい玉を建てることにより顧客の損失に見合う利益を会社に帰属させるかのように装って、取引の委託方を勧誘し、その旨信用した顧客から委託証拠金名義で現金等の交付を受けたもの」であるから、詐欺罪に該当するとした。すなわち、実態としては客殺し商法を営業方針としていたにもかかわらず、顧客の利益のために取引業務を行っているように偽った行為は、単なる商品取引所法違反にとどまらず、⁽²¹⁾詐欺行為に当たるとしたわけである。

同様の考え方は、その後のオレンジ共済事件判決（東京地判平成二二年三月二三日判時一七一一号三四頁）でも採用され、同判決は、オレンジ共済のシステムがおよそ資金運用の実態を伴わないことを前提に、詐欺罪の成立を認めている。東京地裁は、本件の実態は、客から受け入れた預り金は運用されることなく、「被告人の借金の返済、選挙資金、生活費等への流用、年金会オレンジ共済事業における利息、人件費等への支払で費消していたもの」であるのに、虚偽の運用話をして会員らを騙したとして、詐欺罪の成立を認めている。そして、「年金会オレンジ共済はまさに詐欺を行うことを目的とした詐欺組織そのものである」と断じたのである。

また、ジー・オーグループ事件判決（東京地判平成一九年七月二日LEX/DB 2814510）も、「専ら詐欺行為を行うために設立されたP等の会社組織を舞台として、長期にわたり、全国各地に居住する被害者らに対して反復継続的に行われた大規模かつ組織的な詐欺の事案」であるとされ、会員らに対して告知したとおりの資金運用をせず、もっぱ

ら配当金、会社経費、個人的支出に使用しているにもかかわらず、これらの事実を秘して会員から金員を集めていた点に、詐欺性が認められるとしている⁽²²⁾。

欺罔行為を(a)と捉えるか(b)と捉えるかは、まさにどのような事実が認定できるにかかっている。本判決でも、詐欺罪の実行行為が為された期間に、そもそも外国為替証拠金取引が行われてないという事実が認められれば、(ア)の認定だけで、事業の損失の有無を問うことなく欺罔行為が認められたはずである。しかし、本件事案では、詐欺行為が何度も実行され、交付行為も複数回行われており、しかも取引を行っている時期と行っていない時期が混在していた。そのような場合は、(a)取引の実態がないこと、及び(b)損失が生じており配当が支払ないことの両方について欺罔行為に当たる事実を認定し、被害の全体を把握することが必要となる。

(3) 無登録業の罪と詐欺罪の実行行為の相違

詐欺罪の成立に必要な、(a)取引の実態がないことの立証は、必ずしも容易ではない。とりわけ、国外で資金を運用する、あるいは海外で事業を行うといった説明が為された場合、虚偽か否か(本当に事業の実態がないのか否か)を立証することは極めて困難である。そのような場合には、(b)当該事業が「破綻している」ことが明らかになるまでは、詐欺罪の適用は困難である。しかし、破綻していることが認定できるようになった時点では、被害者に償還させるべき資産はほとんど残っていないという問題が生ずる。

それに対し、金商法の無登録業の罪は、欺罔行為の認定は不要であり、「無登録で業として金融商品取引を行う」行為さえあれば成立する。前掲・高松地判の事業であれば、無登録で、業として勧誘する行為が二九条違反の実行行為に当たることになる。このような実行行為の相違が、立証の容易さを左右する。確かに詐欺罪の方が法定刑は

重く、しかも詐欺罪は組織的犯罪処罰法（以下、組処法とする）の適用があるため（組処法三条一項一三号）、組織的詐欺の場合には最高で二〇年の懲役まで科すことが可能となるが、立証の難しさが壁となる場合も多い。

もっとも、本件でも、破綻前が金商法（複数の違反は包括一罪）、破綻後が詐欺罪（複数の詐欺罪は併合罪）と認定され、これらが併合罪の関係に立つので、上限一五年の懲役刑まで科すことが可能となる。本判決では併合罪とした上で、懲役三年一〇月及び罰金一〇〇万円に処するとした。この場合、金商法違反と詐欺の実行行為時期が重なっていても、観念的競合になるわけではないことが重要である。無登録で金融商品取引業を行う行為は継続しているのに対し、詐欺罪の実行行為は一個一個独立しており、無登録の罪とは一個の行為とはいえないからである。²³⁾

無登録の罪での立件は、破綻する前の早い段階で処罰が可能となるというだけではなく、本判決のように詐欺罪での立件が可能な事案であっても、加えて無登録の罪を科すことにより、罪数処理によってより重い処罰が可能となるという意義がある。組処法の適用が難しい事案で、重大な被害が発生したような場合には、適切な処罰を図るための有効な手段として用いることができる。

なお、このように、立証の観点から、破綻前の預り金の受入れを特別法違反とし、破綻後に金員を交付させる行為を詐欺罪と評価して立件することは、実務上は検察官の裁量として許容されると理解されている（後掲・注（31）参照）。たしかに、破綻前に詐欺罪での立件が可能であればそうすべきだが、被告人に「約束通り返済する（あるいは配当する）つもりだった」と主張された場合、詐欺の故意を立証することが非常に難しくなる。また、契約の実態に即した経営がなされていたか否かについても、特に海外で事業をしているという触れ込みで資金を調達する場合などは、捜査が事実上非常に困難となる。そのような場合に、特別法違反による捜査で被告人らの資金の流れを追い、破綻していることが証明できれば、返済の意味も能力もないことが判断でき、それにより欺罔行為も認定で

きることになる。事案の態様により、柔軟に対応することが求められることとなる。

(10) 上柳俊郎「石戸谷豊」櫻井健夫『新・金融商品取引法ハンドブック(第三版)』(二〇一一年)三五一頁以下、松尾直彦「酒井敦史」金融商品取引法制の概要」金融法務事情一七七九号(二〇〇六年)三三三頁以下参照。

(11) 神田秀樹・黒沼悦郎・松尾直彦編著『金融商品取引法コンメンタール4』(二〇一一年)五七九頁。

(12) 外国業者についても、日本国内で金融商品取引業を行う場合には、属地主義により登録が義務づけられる(金商法第二九条、松尾直彦『金融商品取引法(第二版)』(二〇一三年)七七頁参照)。

(13) 適格機関投資家とは、有価証券に対する投資にかかる専門的知識及び経験を有する者として内閣府令で定める者(二条三項一号)で、特定投資家(プロ)に含まれる。金商法では、取引相手がプロかアマ(一般投資家)かで規制内容が異なる。プロに対しては情報開示をした上で、その者の自己責任を基本とするのに対し、アマに対しては、旧証券取引法以上の強い投資者保護規制を行うこととした(河本一郎「大武泰南」『金融商品取引法読本(第二版)』(二〇一一年)二五八頁以下参照)。

(14) 金商法は、「金融商品取引業」を、第一種金融商品取引業(同法二八条一項)、第二種金融商品取引業(同条二項)、投資助言・代理業(同条三項)、投資運用業(同条四項)に区分する。この内、第一種金融商品取引業が、従来の証券業や金融先物取引業にほぼ相当するのに対し、第二種金融商品取引業は、有価証券以外の流動性の低い金融商品、すなわち、投資信託受益証券や抵当証券、集団投資スキーム持分の自己募集、みなし有価証券の売買等を扱う業務である(上柳他・前掲注(10) 七四頁以下参照)。

(15) みなし有価証券の募集、私募、売買等を業として(反復継続して)行う行為が第二種金融商品取引業に当たるが(二八条二項)、募集とは、新たに発行される有価証券等の取得の申込みを勧誘する行為をいう(二条三項)。

(16) 外国為替証拠金取引(いわゆるFX)は、金商法二条八項四号に該当する。二条八項は、この法律において「金融商品取引業」とは、次に掲げる行為のいずれかを業として行うことをいうとし、その第四号に「店頭デリバティブ取引又はその媒介、取次ぎ(有価証券等清算取次ぎを除く。)」若しくは代理(以下「店頭デリバティブ取引等」という。)」が挙げられている。FXは「店頭デリバティブ取引」に当たることになる。そして、店頭デリバティブを業として行うことは第一種金融商品取引業に当たるが(二八条一項二号)、本件ではXの経営する会社への出資という形態をとったため、第二種金融商品取引業に当たることになる。

- (17) 上柳他・前掲注(10)一八六頁参照、松尾他・前掲注(10)三四頁。
- (18) 豊田商事事件判決(大阪地判平成元年三月二九判時一三二一号三頁)では、集めた金額は総額二、〇〇〇億円に上るとされているが、そのうち立件されたのは破綻後に被害者から出資を受けた一三七億円余りとどまった。前田雅英「豊田商事幹部の刑事責任」『消費者取引判例百選』(一九九五年)九四頁参照。また、KKC事件判決(東京地判平成二二年五月三一日判タ一〇五四号二七六頁)でも、事業が破綻し、金員を返還する約束が履行不能となったことが明らかとなった後の被害者について、詐欺罪の成立が認められている。拙稿「消費者保護と刑法」『警察学論集六一巻二号(二〇〇八年)七頁参照。
- (19) 平川幹男「資産形成事犯捜査の実際」『警察学論集六一巻二号(二〇〇八年)六七頁。
- (20) 拙著『詐欺罪の研究』(二〇〇〇年)一三〇頁以下参照。
- (21) 商品先物取引を規制する「商品先物取引法」(平成二二年改正により「商品取引所法」から名称が変更された)は、虚偽告知(二二四条二号、三六二条八号)などにつき、罰則を設けている。
- (22) 本件では、会員から出捐させるために手を替え品を替えて新たなシステムを打ち出し、継続的に金を集めていたが、これらについて同判決は、いずれも詐欺行為にあたるとした。拙稿・前掲注(18)一八頁参照。
- (23) 最大判昭和四九年五月二九日(刑集二八巻四号一一四頁)参照。酒酔い運転の罪と、その運転中に行われた業務上過失致死の罪とが併合罪の関係にあるとした。

三 出資法と詐欺罪の関係

(1) 預り金の禁止——出資法二条

利殖詐欺事犯に対する法適用として、従来、まず第一に考えられてきたのが出資法である。出資法上、利殖詐欺

に関連するのは、出資金の受け入れの制限（二条）と預り金の禁止（二条）である。とりわけ、実務上はほとんどの場合が二条違反で立件されている。

出資法二条（預り金の禁止）は、銀行、信用金庫等の法令により預り金をするものが認められた金融機関以外の業者が、その名目の如何を問わず、預金や貯金に相当する金員を不特定多数の者から集める行為を禁ずる。同法二条一項は「業として預り金をするにつき他の法律に特別の規定のある者を除く外、何人も業として預り金をしてはならない。」と規定する。これは、法令により許可・認可を受けていない業者が、一般大衆から金員を集める行為を禁止する趣旨である（三年以下の懲役若しくは三〇〇万円以下の罰金、またはこれが併科される（第八条一項））。

同法一条（出資金の受入れの制限）も、「何人も、不特定且つ多数の者に対し、後日出資の払いもどしとして出資金の全額若しくはこれをこえる金額に相当する金銭を支払うべき旨を明示し、又は暗黙のうちに示して、出資金の受入をしてはならない。」と規定し、安全な利殖であるかのように偽り、²⁴出資金を集める行為を規制する。しかし、いわゆる利殖詐欺について実際に適用されるのは、専ら二条の預り金の禁止であり、一条の適用はほとんどない。

二条の適用が多いのは、一条が詐欺的手段を必要とするのに対し、二条は、無資格であるという要件さえ整えば、詐欺的手段を要求せずに、広く金員の受入れを処罰の対象としているからだと考えられる。しかも、「預り金」には様々なものが含まれる。「預り金」とは、「不特定かつ多数の者からの金銭の受入れであつて」、「預金、貯金又は定期積金の受入れ」（二条二項一号）の他、「社債、借入金その他いかなる名義をもつてするかを問わず、前号に掲げるものと同様の経済的性質を有するもの」（同項二号）をいうとされ、対象が極めて広い。

二号にいう「預金等と同様の経済的性質を有するもの」とは、元本の返還を約する金銭の受入れで、価値のないし価格の保管をもつて主として預け人の便宜のために行われるものをいい、²⁵①元本が保証され、②金銭が提供者の利

便のために保管されるものであれば足りる。⁽²⁶⁾ さらに二号は「社債、借入金その他何らの名義をもつてするを問わず」に成立するとしている。借入金・預り金はいずれも元本の保証があるという意味では共通するが、本来は、預り金が金銭提供者のために行われるのに対し、借入金は受け入れた側のためになされる点で異なっている。しかし、借入金名義でありながら、実質的には預金と同様金銭提供者の利便のためになされることも多く、二号は、そのような場合も「預り金」の禁止違反に該当することを明示している。⁽²⁷⁾

さらに、たとえ「出資金」の名目であっても、それが事業に関与しているとはいえない形態で支出されていれば、一条ではなく二条の「預り金」に該当すると理解されている。⁽²⁸⁾ また、「借入金」、「出資金」といった名目以外にも、「預り金」に該当する金員受入れの形態としては種々のものがあり得、例えば、「相互扶助金」といった名目であっても、元本額の返還を保障した預り金に該当するとした裁判例もある。⁽²⁹⁾ このように、「預り金」の禁止規定は、元本保証をする資金集めに対して広く適用されている。

(2) 出資法二条と詐欺罪の罪数関係

このような「預り金」を、欺罔行為を伴って受け入れた場合、詐欺罪にも該当することとなる。実際には、前述のように、事業の破綻前には特別法違反を適用し、破綻後に詐欺罪を適用するという方法はあり得るし、現実にはそのように住み分けて立件されることも多い。⁽³⁰⁾ 実務的にみれば、破綻前の状況では、被告人に「約束通り返済する（あるいは配当する）つもりだった」と主張された場合、詐欺の故意を立証することが非常に難しくなることから、このような訴追も十分に合理性を持つ。近年の裁判例でも、破綻前の預り金の受入れを出資法違反とし、破綻後に金員を交付させる行為を詐欺罪と評価して立件することに關して、検察官の裁量として許容されると判示したもの

がある。⁽³¹⁾

このように、一般には、いわば「詐欺罪での立件が難しい場合」に出資法違反で立件するという意識が強いように思われる。しかし、本当に、出資法と詐欺罪とはこのように「住み分ける」べきものなのか、再考の余地があるように思われる。

出資法違反と詐欺罪との関係については、出資法八条二項が、「前項の規定中第一条及び第三条に係る部分は、刑法に正条がある場合には、適用しない。」と規定する。これは刑法上の詐欺罪と出資法第一条、第三条とが法条競合の関係に立つことを示す趣旨であり、詐欺罪が成立すれば、出資法一条、三条は成立しないこととなる。しかし、利殖詐欺で問題となる二条については八条二項の適用はなく、従来から詐欺罪と出資法二条との関係が問題とされてきた。

両罪の関係について、多数の見解は、二条についても詐欺罪と法条競合の関係にあり、詐欺罪が成立する場合には二条は成立しないと理解している。その理由は、出資法が業法上の規制であるとはいっても、最終的には個人の財産を侵害する危険性を防止するための規制であるから、詐欺罪によって個人の財産的利益の侵害を評価できる場合には、出資法二条違反の点は詐欺罪によって評価し尽くされていることにあるとされる。⁽³²⁾さらに、本来詐欺的手段による金員の受入れを禁じた一条がほとんど機能せず、事実上広く二条で処理され、二条が事実上一条の規制も担ってきたことから、二条についても（一条と同様に）詐欺罪が成立するときには法条競合として適用が排除されると解するのが合理的であるとも説明される。⁽³⁴⁾

ただ、八条二項が敢えて二条を排除している趣旨は、立法の経緯を踏まえ、より慎重に検討する必要があるように思われる。もともと「預り金の禁止」は旧貸金業取締法に規定されていたもので、戦後の混乱期に貸金業者が預

金の受入れを行う行為が横行したため、同法七条二項は、「貸金業者は、預り金をしてはならない。」と規定したとされている。しかし、本来預金の受入れは法律で定められた金融機関のみが行うことができるものであり、貸金業者に限って禁止されるべきものではない。そこで、貸金業法七条を継承した出資法二条では、「何人も業として預り金をしてはならない。」と規定し、犯罪の主体を一般人に拡大したとされる⁽³⁵⁾。つまり、二条の規定は、一般大衆の財産の保護という側面は有するものの、もともと立法趣旨には「無許可の営業」を規制する側面が含まれていたのである。

もちろん、銀行法等には「無許可営業の罪」が規定されており、いわゆる「地下銀行」⁽³⁶⁾による海外不正送金の事案などが、銀行法違反（無許可営業）で処罰される例は多い。⁽³⁷⁾これに対し出資法二条は、銀行等の業務のうち「預り金」の受入れについてのみに特に禁止していると理解されよう。最大判昭和三十六年四月二十六日（刑集一五巻四号七三二頁）は、出資法二条の規定が憲法に違反しないとする判示において、「預金の受入等の受信業務は、…極めて公共的色彩が強く、…ひとたび破綻をきたすようなことがあれば、与信者たる一般大衆に不測の損害を及ぼすばかりでなく、ひいてはこれら大衆と取引関係に立つ者にまでつぎつぎに被害を拡大して、社会の信用制度と経済秩序を攪乱するおそれがあり、これを自由に放任することは、預金等を為さんとする一般大衆の地位を保護し、社会の信用制度と経済秩序の維持と発展を図る上に適當でないので、既に銀行法等他の法律によって、免許ないし認可を受けた金融機関等のみに行わせ、それ以外の者がこれを営むことを禁止しているのであるが、なおこの禁止の趣旨を徹底させるため、本法二条で、預金の受入等の禁止の範囲を明確にして」いるとしており、二条がいわば「無許可営業の禁止」と同じ趣旨を含む罪であることを認めている。

そうだとすれば、被害者の財産保護を超えた法益を保護しているとみることが可能で、詐欺罪と出資法二条とを

法条競合ではなく、異なる法益を保護するものとしての観念的競合、あるいは、併合罪とすることも不可能ではないように思われる。「無登録での預り金の受入れ」は、一連の無登録業の罪として包括して一個の罪となり、これに伴って発生した被害者の財産的損害については詐欺罪として評価し、これらは併合罪の關係に立つということも十分に考えられるからである。従来は、出資法二条について、「一般大衆の財産を保護する」という側面が強調されてきたため、法条競合として理解されてきたが、必ずしもそのようにのみ考える理由はない。八条二項が二条を排除していることも、このように理解すれば納得しうる。

詐欺罪での立件が可能な事案であっても、加えて出資法の預り金の禁止についても立件することにより、併合罪処理による、より厳しい処罰が可能となる。組処法の適用が困難な事案などでは、実益が認められる場合もある。もちろん、事業の破綻後にはじめて詐欺罪が適用できる場合であっても、破綻前の部分について出資法を適用することにより併合罪処理が可能であるから、破綻前と後とで期間を分けて立件する場合であっても、出資法での立件は十分に意味がある。⁽³⁸⁾

- (24) 「出資金」とは共同事業のために支出し、その事業から生ずる利益の分配に預かることを目的とする金銭をいう。出資金の本来の仕組みは、事業が成功して利益が生じてはじめて出資者に金員が支払われるべきところ、あたかも元本の保証された有利な利殖であるかのように誤解を招く方法で、不特定多数の者から出資金を受け入れる行為を禁止するのが、出資法一条である（芝原邦爾『経済刑法研究（上）』（二〇〇五年）三八五頁、齋藤正和『出資法（改訂版）』（二〇〇〇年）四七頁参照）。

- (25) 芝原邦爾「出資法をめぐる法解釈上の諸問題」『香川達夫先生古稀祝賀論文集』（一九九六年）三六四頁。

- (26) 実務でも、「元本額又はこれ以上の額を弁済期に返還することを約旨とするもの」であることを重視する（仙台高判昭和三四年一月一二日刑集一五卷四号七四一頁参照）。

- (27) 福岡高判昭和三十七年七月一日(下刑集四卷七二八号六二七頁参照)や、名古屋高判昭和五十六年十一月一日(判タ六四二号一七一頁)は、借入金名義でなされた行為が二条違反に問われたものである。
- (28) 旧貸金業法に関するものであるが、最決昭和三十一年八月三〇日(刑集一〇巻八号二二九二頁)。下級審裁判例として、例えば、マンシヨンの共同経営を仮装し、応募者が売買代金名下に資金を提供する行為も、事実上「預り金」を受け入れたとして二条違反に問われた(東京高判昭和五五年四月二八日判時一〇九四号一四五頁)。さらに、株式投資の「出資金」名下に、有利な株式運用をする偽り、不特定の者から現金合計一億二七九〇万円等を受領した行為も、「預り金」の受入に当たるとされた(京都地判平成五年九月二〇日判タ八六二号二二六頁。一部につき詐欺罪の成立も認められ、出資法との併合罪とされた)。
- (29) 札幌地判昭和五〇年十一月二日(判時八〇一号一二二頁)は、ネズミ講類似の組織である「北日本相互経済互助会」の会長・副会長が、一口五万円を払い込めば後日二回にわたり一六万円を送金する等の約束で、会員九四名から合計一八六〇万円を預かり受けた事案につき、相互扶助金名義であっても、元本額の返還を保証した預り金に該当するとした。
- (30) 例えば、豊田商事事件判決、KCC事件など。前掲注(18)参照。
- (31) 松山地判平成二一年一月二八日(LEXDB 35440636)は、検察が、破綻が明確となった平成一十七年七月頃以降について詐欺罪とし、それ以前については出資法違反(預り金の禁止)として立件したことについて、「検察官が、被告人が金員を預かる段階で、将来的にこれを返還できないことが確実であると判断される時期を証拠上特定し、その前後で上記のような事件処理をすること自体、公訴提起に関する裁量権の行使として一定の合理性を有するものであり、各犯罪が成立するか否かは、その要件が充足されているかを、関係各証拠に照らして検討されるべき問題である。」とした。
- (32) 神山敏雄「出資法上の犯罪」「犯罪と刑罰」八号(一九九一年)二九頁参照。さらに、拙稿「出資法と消費者の保護」法学教室二四〇号(二〇〇〇年)一九頁参照。
- (33) 京藤哲久「出資法の預り金・出資金規制について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第三巻』(一九九八年)三四七頁、斎藤・前掲注(24)八一頁。拙稿「経済刑法と消費者の保護」法学会雑誌四四巻二号(二〇〇四年)四七頁以下参照。
- (34) 拙稿・前掲注(18)七頁参照。
- (35) 斎藤・前掲注(24)四七一四九頁参照。
- (36) 銀行法四条一項は、「銀行業は、内閣総理大臣の免許を受けた者でなければ、営むことができない。」とし、六一条は、第四条一項に違反して無許可で銀行業を営んだ者、不正手段により四条一項の免許を受けた者を、三年以下の懲役若しくは三〇〇万円以下の罰金に処し、又はこれを併科するとする。

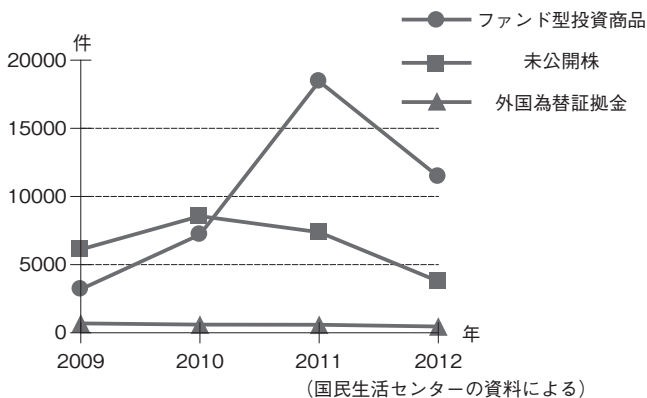
(37) 銀行法違反の送致件数は、平成二二年が二一件、二三年が一八件である。なお、いわゆる地下銀行による外国人の検挙件数は、平成二二年が二一件、二三年が一九件となっている（警察庁『平成二三年の犯罪』（二〇一二年）三六二頁、同『来日外国人犯罪の検挙状況』（平成二三年確定値）（二〇一二年）一四頁参照）。

(38) 近時の裁判例でも、このような判断を示したものがある。松山地判平成二四年九月二四日（LEXDB 35493067）は、中古車輸出販売等を目的とする株式会社甲の代表取締役Xが、Y、Zと共謀の上、法定の除外事由がないのに、平成二〇年一月から二二年七月の間に、二二回にわたり、五年後までに受入金額を超える金額を支払う旨約束し、不特定かつ多数の相手方であるAほか一二名から、現金合計三〇四五万一千四〇〇円を振込入金させ（出資法二条違反、さらに、中古車輸出販売事業への出資名下に金員を騙取しようと企て、真実は、拠出を受けた金員を同事業で運用する意思も、運用による利益を拠出者に分配する能力もなく、拠出を受けた金員は、借入金の返済等他の用途に費消する意図であるのにこれを秘し、拠出を受けた金員を同事業で運用し、その利益を分配するかのよう装い、平成二二年八月にBから三〇〇万円を振込入金させた（詐欺罪）という事案に関するものであった。同判決は、平成二二年七月頃には経営が破綻していたことを認定した上で、その前の時期について預り金の禁止違反、その後の時期について詐欺罪の成立を認めている。

四 被害拡大防止と出資法・金商法——まとめにかえて

投資詐欺に対する刑事的規制として、詐欺罪、出資法、金商法等があるが、それぞれ実行行為の相違、法定刑の相違がある。重大な被害が発生した場合には、詐欺罪で立件することが適切である。詐欺罪であれば、団体の活動として行ったと認定できる限り組織的犯罪処罰法の適用も可能であるから、二〇年以下の有期徒刑まで科すことができる。実際に、ジー・オーグループ事件に関する前掲・東京地判平成一九年七月二日（前掲注（22）参照）は、組織的詐欺を適用し、主犯であるグループ会長に対し懲役一八年を言い渡した（東京高判平成二〇年一月二〇東高刑時

図3 国民生活センター相談件数



報五九卷一〇二二号一六頁が控訴を棄却し、平成二年九月二七日に上告棄却で確定した⁽³⁹⁾。

ただし、詐欺の認定には、前述のように欺罔行為とその認識が必要である。特に、フィリピンでのえび養殖事業への投資の勧誘⁽⁴⁰⁾などのように、近年多発している海外での事業を行っていることを謳って資金を集める行為については、その事業が実態のないものであることを立証することは非常に難しい。その結果、理論的にはともかく、実務上、事業が破綻した以降でなければ虚偽性の立証が困難となり、いわば事後的な規制にとどまることとなる。

近年の被害者保護の拡大の観点からは、そのような事後的な規制では不充分であるとの認識が高まっている。被害拡大を防止するためには、より早い段階での規制が必要となり、まずは出資法の適用が考えられる。出資法では、相手方が「預り金」を渡した時点で立件が可能であり、欺罔行為といった要件も不要だからである。ただし、法定刑は三年以下の懲役若しくは三〇〇万円以下の罰金（併科可）であり、また組処法の適用もない⁽⁴¹⁾。

それに対し、相手方が金員交付に至る前に規制をかけようとするのが金商法の無登録業の罪である。前述のようにこの罪の実行行為は、取得の申込みの「勧誘」で足りる。しかも、法定刑は出資法よりも重い五年以下の懲役若しくは五〇〇万円以下の罰金である（併科可）。もちろん、対象は金融商品取引業であるから、単なる「預り金」

よりは限定的ではある。しかし、法改正により伝統的な有価証券の募集といった限定が外れ、近年被害が深刻化している（図3参照）いわゆるファンド型金融商品を対象とする「集団スキーム」⁽⁴²⁾も規制対象となり、一般人から出資を募る投資詐欺の多くがカバーされるようになった。出資法よりも早い段階で、より重く処罰することが可能となったのである。

このような利殖詐欺の事案に対しては、被害拡大阻止と被害回復が極めて重要となる。警察の捜査活動においても「生きた会社の摘発」に踏み切れれば、まだ会社に残っている資金を確保し、被害回復措置に結び付けることができる⁽⁴³⁾とされている。会社が破綻前の段階では、行為者の側から「返済する意思も能力もある」との主張がなされることが多いが、出資法違反や金商法違反の事実を手がかりに捜査を開始し、結果的に詐欺の事実を認定するための証拠が確保されることも十分に考えられよう。

さらに、刑罰とは異なるが、金商法では、被害を予防するための、より効果のある措置として、業者名公表や、警告に従わない場合に、証券取引等監視委員会の申立てにより、裁判所が緊急の禁止・停止命令を発することが認められている⁽⁴⁵⁾。

投資詐欺が多発し、被害額も多額に上ることから、適用可能なあらゆる法令を用いて防止の効果を上げることが重要である。現に、平成二三年以降、資産形成詐欺の検挙件数は増えているものの、被害額は大幅に減少している。その背景には、政府が「資産形成詐欺対策チーム」を立ち上げ（前掲注（6）参照）、省庁を超えた連携で防止に当たったことにより、より重大な被害の発生を抑止するという効果が上がっているとみられることも可能であろう。特に、犯行を助長する手段を絶つという点で、警察庁から金融機関に情報提供し、利殖勧誘事犯に利用された疑いのある口座を凍結した件数が大幅に増加したことは大きな意味を持つ⁽⁴⁶⁾。

現在の刑事司法の大きな流れは、「被害者の権利の保護」にある。金商法も、そもそも被害者の保護を大きな柱の一つとして立法された経緯がある⁽⁴⁷⁾。その趣旨を活かし、甚大な被害が発生するおそれの大きい利殖詐欺に対し、出資法だけではなく、金商法をも含めた予防的な法適用が、今後ますます必要とされよう⁽⁴⁸⁾。

- (39) 拙稿・前掲注(18)一八頁参照。
- (40) 『平成二二年警察白書』一五頁参照。その他、カンボジアでのコーヒー栽培への投資(二〇一二年一月七日付日本経済新聞夕刊参照)を勧誘する事案などが報告されている。
- (41) 東京地判平成一七年六月二〇日(JLEXDB 38336246)は、元開発庁長官が代表を務めた会社の出資法違反事件であり、起訴分だけでも二四人から二八回にわたり合計二四〇〇万円の預り金を集めたという組織的事案であったが、主犯格の者も懲役二年(執行猶予五年)の刑にとどまっている。
- (42) 集団スキームとは、複数の投資家からの拠出金をまとめて特定の主体が運用する仕組みをいう。投資信託、投資法人、商品ファンド、組合型ファンドなどがあり、事業・投資などを行って得られた収益を出資者に配分する(上柳他編・前掲注(10)一八二頁参照。近年、特に集団スキームにあたるファンド型投資商品に関する被害が増加している(図3。ただし、二〇一二年の数字は確定値ではない。国民生活センターウェブサイト http://www.kokusen.go.jp/soudan_topics/data/fund.html参照)。検挙例として、無登録のファンド業者が、海外の金探掘事業者に対する重機リース事業への投資であると騙して、五三五人から約一五億円を騙取した事案について、金商法の無登録営業と詐欺で検挙した事案などがある(前掲注(9)『平成二四年中における生活経済事犯の検挙状況等について』八頁参照)。
- (43) 平川・前掲注(19)六七頁。出資者からの聴取により預り金の禁止に関する出資法違反の事実を把握し、これを入口事件として捜索を先行し、結果的に詐欺罪での立件に結び付けた事例について紹介されている。
- (44) 金融庁のウェブサイトでは、「無登録で金融商品取引業を行う者の名称等について」として、平成二三年一月以降、金融庁が警告書の発出を行った無登録業者の称号・名称、所在地、取引内容等を公表している。平成二五年三月の段階で国内所在の業者として一九二件、海外所在の業者として二九件、適格機関投資家特例業務届出業者として一八件の業者名が掲載されている。
- (45) 金商法一九二条一項は、証券取引等監視委員会の申立により、裁判所による緊急の禁止ないし停止命令を認める。この規

定は適用が為されない「抜かずの宝刀」といわれてきたが、東京地決平成二三年一月二六日（判時二〇四号一三〇頁）を契機に、その後も数件の禁止命令が出されている。松尾直彦「一九二条一項の禁止・停止命令」『金融商品取引法判例百選』（二〇一三年）一九〇—一九一頁、野田耕志「金処法違反行為（無登録業）の差し止めが命じられた事例」ジュリスト一四三一号（二〇一一年）一五八頁、瀬谷ゆり子「金融商品取引法制の予防型規制」龍谷法学四四卷四号（二〇一二年）三三九頁以下参照。

(46) 前掲注(9)『平成二四年中における生活経済事犯の検挙状況等について』五頁、前述一参照。最近では、バーチャルオフィスを法人の所在地として利用した取引が増加している点が問題となっており、バーチャルオフィス事業者に対し、業者との契約時に義務づけられた本人確認が不十分である場合が多く見られ、連絡先として悪用されていることから、バーチャルオフィス事業者への本人確認徹底等の要請、悪質バーチャルオフィス事業者の取締り等が必要であるとされている。同書六—七頁参照。

(47) 神田秀樹「金融商品取引法総論」ジュリスト一三六八号（二〇〇八年）一一頁。『平成一八年改正による金融商品取引法制のポイント』は、一般投資家の保護を徹底することと、公正で健全な市場を確保することであるとする。金商法制定には、一般投資家を念頭に置いた規制を、特定投資家（プロ）を顧客とする場面に緩和するといった、保護の対象により規制のあり方を区別するという考え方が採られている。松尾他・前掲注(10)四二頁、さらに前掲注(13)参照。

(48) 加藤健浩「資産形成詐欺事犯早期検挙のための課題」について「警察学論集六一巻二二号（二〇〇八年）四七頁参照。『従来型捜査』から『早期着手型捜査』への移行が重要であるとする。経営が破綻してから詐欺で立件するという「従来型捜査」では、犯意の立証が比較的容易ではあるが、被害規模の拡大や被疑者の逃亡、証拠資料の散逸といった問題が生じ、被害回復が困難になるとし、早期認知が重要であるとする。