

デリバティブと賭博罪の成否(2)刑事規制と民事救済の交錯

SUDO, Sumimasa / 須藤, 純正

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

Review of law and political sciences / 法学志林

(巻 / Volume)

110

(号 / Number)

1

(開始ページ / Start Page)

1(278)

(終了ページ / End Page)

76(203)

(発行年 / Year)

2012-08

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00008473>

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

——刑事規制と民事救済の交錯——

須 藤 純 正

目次

はじめに

第1章 デリバティブの概要

1 意義と特徴

- (1) 意義・経済的機能
- (2) 会計処理
- (3) 信用創造（レバレッジ）効果

2 デリバティブ取引の種類

(1) 総説

(2) 取引形態による分類

- ア 先物取引
- イ 先渡取引
- ウ スワップ取引
- エ オプション取引

(3) 取引場所による分類

- ア 金商法上の「デリバティブ取引」の定義
- イ 商取法上の「商品デリバティブ取引」の定義

(4) 規制法が定める取引類型による分類

- ア 総説
- イ 金商法の規制対象とされる取引類型
 - a 金商法に定めるもの金商法の規制対象から除外されたもの
 - (a) 特定預金等
 - (b) 特定保険契約
 - (c) 特定信託契約
 - b 金融等デリバティブ取引

エ 商取法の規制対象とされる取引類型（商品デリバティブ取引）

- a 総説
- b 商品市場における取引（先物取引）
- c 外国商品市場取引
- d 店頭商品デリバティブ取引

オ 上記規制対象から外れるもの

- a 総説
- b 対象外店頭商品デリバティブ取引

第2章 デリバティブ取引に対する規制構造

1 金商法による規制

(1) 総説

(2) デリバティブ取引に対する一般的規制

- ア 総説
- イ 不公正取引の規制
- ウ 風説の流布、偽計、暴行又は脅迫の禁止
- エ 相場操縦行為等の禁止
- オ インサイダー取引の禁止
- カ 金融商品市場の無免許開設の禁止
- キ 市場外の差金取引の禁止とその適用除外

(3) 金融商品取引業者等に対する規制

- ア 業規制の対象
- イ 金融商品取引業から除外される行為
- ウ 金融商品取引業の登録
- エ 外務員登録
- オ 集団投資スキームの業規制
- カ 金融商品仲介業者の登録
- キ 私的取引システム
- ク 罰則

(4) 金融取引業者等の行為規制

- ア 金融取引業者等と一般投資家との間の取引
 - a 取引態様明示義務
 - b 契約締結前書面交付義務
 - c 契約締結時書面交付義務

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

- d 禁止行為
 - (a) 虚偽告知
 - (b) 断定的判断提供
 - (c) 不当勧誘の禁止
- e 損失補てんの禁止
- f 適合性原則
- g 最良執行方針の策定
- イ プロ・アマ区分
- ウ 金商法の定める行為規制の準用
- エ 罰則
 - a 契約締結前交付書面の不交付罪等
 - b 損失補てんの罪
- 2 商取法による規制
 - (1) 沿革
 - (2) デリバティブ取引に対する一般的規制
 - ア 総説
 - イ 取引における禁止行為
 - ウ 商品市場類似施設開設の禁止
 - a 総説
 - b 適用範囲
 - (a) 「商品」以外の物品を対象とする先物取引
 - (b) 「商品市場」以外でなされる先物取引
 - c 適用除外
 - (a) 仲間市場
 - (b) 第一種及び第二種特定商品市場類似施設
 - エ 商品市場類似施設での取引禁止違反
 - オ 相場による賭博行為の禁止
 - (3) 商品先物取引業者に対する規制
 - ア 業の許可
 - イ 仲介業の登録
 - ウ 特定店頭商品デリバティブ取引業者の届出
 - エ 外務員の登録
 - (4) 商品先物取引業者の行為規制

ア 金融取引業者と一般投資家との間の取引

a 不当勧誘等の禁止

(a) 断定的判断の提供

(b) 損失負担・利益保証

(c) 不招請勧誘

(d) 主務省令で定める禁止行為

b 適合性原則

c 契約締結前書面交付義務

d 説明義務

e 取引態様の事前明示義務

イ プロ・アマ制度

a 特定委託者

b 特定当業者

c 行為規制の適用除外

ウ 罰則

a 無登録業

b のみ行為

3 金融商品販売法による民事救済（顧客保護）

(1) 総説

(2) 金販法の適用対象たるデリバティブ取引

ア 金商法上のデリバティブ取引

イ 差金取引

ウ 政令指定行為

エ 金販法の適用対象外のデリバティブ取引

4 商品先物取引法による民事救済（以上第109巻4号）

第3章 デリバティブをめぐる紛争事例の検討

1 民事救済（業者対顧客）

(1) 業規制の及んでいない取引

ア 外国為替証拠金取引

イ ココ・ロンドンまがい取引（海外商品デリバティブ取引）

ウ 小括

(2) 業規制の及んでいる取引

ア 先物取引

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

a 外国為替証拠金取引

b 詐欺的取引 (海外商品先物取引における「客殺し商法」など)

イ スワップ取引

ウ オプション取引

エ 仕組み債

オ 小括

(3) 取締法規違反の取引

ア 具体的事案に即して公序良俗違反を認めた判例

イ 私法上の効力を認めた判例

ウ 賭博罪に当たるとした判例

エ 小括

2 民事救済 (デリバティブ顧客の内部関係)

(1) 対債権者

(2) 対株主・会社

3 刑事規制 (業者対顧客)

(1) 証券取引・商品取引への賭博罪の適用

ア 歴史的考察

a 先物市場の誕生

b 取引所法の制定

c 取引所法の大正3年改正

d 戦後の証券取引法の制定

イ 小括

(2) 不公正取引の処罰

(3) 詐欺罪の適用

ア 客殺し商法

イ 小括

4 刑事規制 (デリバティブ顧客等の内部関係)

(1) 会社法 963 条 5 項 3 号違反の罪

ア 裁判例

イ 投機取引の罪の歴史的変遷

ウ 「会社の目的の範囲外」の解釈

エ 「投機取引」の解釈

オ 主観的要素

カ 賭博行為への本罪適用の有無

キ 小括

(2) 特別背任罪・業務上横領罪

(3) 証拠隠滅行為の処罰

5 行政処分（以上本号）

第3章 デリバティブをめぐる紛争事例の検討

1 民事救済（業者対顧客）

(1) 業規制の及んでいない取引

ア 外国為替証拠金取引

外国為替証拠金取引とは、顧客が取引単位に比較して少額の証拠金を委託し、その証拠金の額の十倍から数十倍程度の円と外貨の売買を行い、その決済時の為替差益と通常「スワップ金利」と呼ばれる金利差益をねらう投機的取引である。

外国為替証拠金取引については従来行為規制が及んでいなかったが、平成16年2月の政令改正により金販法2条の政令指定商品とされ、同法の適用を受けるようになった。次いで、平成16年に旧金融先物取引法が改正され（平成17年7月1日施行）、外国為替証拠金取引は全面的に同法の規制対象となり、この規制が平成18年6月成立の金商法に引き継がれ同法の規制対象となって現在に至っている。

旧金融先物取引法（以下、「金先法」という。）は、外国為替証拠金取引を、「当事者が将来の一定の時期において通貨及びその対価の授受を約する売買取引であって、当該売買の目的となっている通貨等の売戻し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」と定義づけていた。

裁判例として、①岡山地判平成18年11月9日先物取引裁判例集46号377頁の事案の概要は、「原告Xは50歳代の女性であり、株取引の経験はあるが、

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

為替取引や商品先物取引の経験はなかった。被告会社 Y は外国為替の売買、受託、仲介、取次又は代理等を目的とする株式会社である。X は Y と外国為替証拠金取引約諾書を交わして証拠金取引の基本契約を締結した。X は平成 16 年 6 月 1 日証拠金 850 万円、翌日 150 万円を Y に預託して通貨証拠金取引を開始し、同年 9 月 23 日にも証拠金 400 万円を預託した。外国為替取引はインターバンク市場で取引され、参加は世界中の巨大銀行や各国中央銀行のみであるところ、本件証拠金取引は、外国為替差金決済取引とスワップ金利取引の複合取引である。前者は、インターバンク市場における外国為替レートを指標としてされる外国通貨の売買の予約であるといいながら、実際には、Y がインターバンク市場に売買の注文をし、あるいはその取次ぎをすることはなく、Y と X との間だけにおいて、上記為替レートを指標として顧客が Y に単なる観念上の『売り』『買い』の各ポジションを建て、その後の為替レートの変動によって生ずる観念上の差益をすべて差金決済してその残額を支払または受領するという内容の相対取引である。為替レートは、ロイターの指標値が採用されていた。この売買に係る 2 通貨のうち低金利通貨を売って高金利通貨を買った場合は、Y から 2 通貨の金利差を指標として Y が設定する『スワップ金利』の支払を受け、逆に高金利通貨を売って低金利通貨を買った場合は顧客からスワップ金利が支払われる」というものであったところ、「本件証拠金取引は、刑法 185 条本文所定の賭博罪の構成要件に該当する。…本件証拠金取引が行われた平成 16 年当時の法令中にかかる取引の違法性を阻却する法令は存しなかった。…本件証拠金取引はかかる仕組みの取引を存続させるべき正当な社会的経済的合理性・存在意義は認められないから、刑法 35 条所定の正当業務行為ということもできない。…Y 従業員には適合性原則の違反、説明義務の違反が認められる。公序良俗に著しく違反する高度の違法性を有する行為であって、Y 従業員による X に対する不法行為を構成する」という理由により、Y は X が本件取引により被った損害を賠償すべきとして X の請求を認容している。

二六二

私法上賭博行為は公序良俗に反して無効であることは判例通説において自明とされている。⁽¹⁾ もっとも、なぜ無効かについては学説上、見解が分かれている。

すなわち、「著しい射倖性」の基準に照らして当然無効とする見解があるの⁽²⁾に
 対し、他方で、賭博を犯罪に関連づけて、刑法に違反することを根拠とする見
 解がある⁽³⁾。

もっとも前者の見解も、他方では、「犯罪その他不正行為を勧誘し又はこれ⁽⁴⁾
 に加担する契約が無効であることはもちろんである」とするので、刑法上賭博
 罪が成立するような場合は、契約を民法90条により無効とするものと解され
 る。そうすると私法上の通説・判例は、少なくとも刑法上賭博罪が成立するよ
 うな契約については、私法上も賭博であるとして公序良俗違反により効力を否
 定するものといえよう。

①の判例が、賭博についての私法上の上記通説判例の立場と整合するもので
 あるとすると、本件証拠金取引は刑法の賭博罪の構成要件に該当し、当該取引
 の違法性を阻却する法令は存しなかったことを理由に、犯罪として刑法上の賭
 博罪が成立する行為であるから、私法上、当該取引自体が賭博に当たり公序良
 俗に反して無効であると見ているものと解される。

しかし本事件は賭博罪を適用した刑事事件としては立件されていないよう
 であるが、それはなぜであろうか。1つには捜査当局が賭博罪の適用範囲につい
 て、民事不介入の原則を盾に刑法の謙抑性を強調し、理論的に犯罪の成否を考
 えるというより、むしろ刑事政策的にその運用範囲を絞っていることが考えら
 れる⁽⁵⁾。

もし、これが政策的な限定運用でないとすれば、「証券・商品取引は実質は
 ギャンブルといえるかもしれないが、特別法によって規制された方式によって
 運営されており社会的に寄与する面がある⁽⁶⁾」として、刑法35条の法令行為・
 正当業務行為について、ある程度拡張した解釈をして慎重に対処しているのか
 ももしれない。

刑法35条の法令行為とは、「直接に、成文の法律や命令に基づいて、権利又
 は義務として行われる行為」であり、具体的な行為が、法令による行為に当た
 るかどうかについては、法令の理念に照らして、具体的に判断する必要があり、
 外見上、法令に基づく権利の行使のように見える行為であっても、実質的に法

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

令の理念に反するものは、権利の濫用であって、違法であるとされる。⁽⁷⁾

刑法 35 条の正当業務行為とは、国民一般の慣習及び法令の精神上、正当であるとされる業務を組成する行為を指すこととなり、この場合、正当とは、公序良俗に反しないことをいう。⁽⁸⁾ 正当業務行為といえるためには、業務そのものが正当なものであることを要するのはもちろん、行為がその業務の正当な範囲に属することを必要とする。⁽⁹⁾

本件デリバティブ取引が賭博罪に該当するかについては、民事上この判例において、「法令中にかかる取引の違法性を阻却する法令は存しなかった。…本件証拠金取引はかかる仕組みの取引を存続させるべき正当な社会的経済的合理性・存在意義は認められないから、刑法 35 条所定の正当業務行為ということもできない。」としたのに対し、一方で、捜査当局は刑法 35 条該当性を慎重に判断しこの種事案の検挙を見送っているとすれば、大変興味深いねじれ現象といえる。

②東京地判平成 17 年 11 月 11 日判時 1956 号 105 頁も同様で、賭博の構成要件に該当し、(公に認められた取引所を通じて行うもの以外は原則として) 公序良俗に反する違法な行為とし、委託証拠金と払戻金の差額の満額につき損害賠償請求を認めている。

③東京地判平成 18 年 12 月 15 日先物取引裁判例集 47 号 55 頁は、金先法による規制が及ぶ前の同種事案であって、業者に説明義務違反の点で不法行為責任を認めているところ、傍論として、「当該外国為替証拠金取引は、基本的に顧客にとって予見し得ない事情により投入された資金の損益が決定される賭博類似の取引であって、公序良俗に反する」としながら、「顧客が自ら積極的に本件外国為替証拠金取引に関与したような場合であれば、本件外国為替証拠金取引が取引秩序に反するとしても、その取引に関与した被告らが顧客との関係で違法性を有すると認めることはできない」旨を判示しているのは興味深い。取引の賭博行為性は、それだけでは業者の顧客に対する不法行為を構成せず、例えば、説明義務違反といった業者側から顧客側に向けられた行為態様における不当性の認定を要するということであろう。

法学志林 第110巻 第1号

これに対し、④東京地判平成19年1月24日先物取引裁判例集47号323頁は、当該取引は偶然の勝敗によって金銭の得失を決定する相対取引であって、賭博に当たり、公序良俗に違反するとした上で、「本件取引はそれ自身が公序良俗に反し違法な取引であることから、顧客に本件取引を行うことを勧誘して本件取引を行わせた行為は違法であり不法行為を構成する」として本件取引により原告が被告に交付した金員の全額と弁護士費用について損害賠償責任を認め、公平の見地から過失相殺をすべき合理的な理由はないとした。ここでは、「原告（顧客）の行為も違法であるから、原告の損害賠償請求は不法原因給付の類推適用により許されない」旨の被告の主張を、被告らの違法性の程度が極めて高いことを根拠にして排斥している。

仮に原告が請求原因を不当利得返還請求権として構成した場合には、民法708条の適用の有無が問題となり、この点を積極的に解した場合には原告は被告に交付した金員の返還請求ができないことになってしまう。被告は請求原因を不法行為に基づく損害賠償請求権として構成した原告の請求に対し、民法708条の類推適用を主張したのであるが、裁判所はこれを認めず、かつ、不法行為に基づく損害賠償責任についての過失相殺も全面否定しているのである。

この民事判例は、業規制が及んでいない外国為替証拠金取引について、①～③の判例と同じく、刑法上賭博罪に該当すると解していると思われる。そうであれば本件は相対取引の賭博であるから、特段の理由がない限り、業者側のみならず顧客側にも賭博罪が成立すると見るのが自然であろう。もちろん、本件は民事裁判例であるから、この点について判断しないのは特に不当ではないが、判旨から顧客側には賭博罪が成立しないという結論を導く理由ないし手掛かりは何ら示されてはいない。いずれにせよ本件は業者に對しかかる取引を全面禁止するに等しい厳しい判断をしたものといえよう。

なお、⑤東京高判平成18年9月21日先物取引裁判例集45号190頁は、当該取引が行われたのが平成16年6月から同年9月にかけてであり、まだ金先法の規制対象とはなっていなかったものの、金販法の適用対象となっていたことが行為の違法性に影響を与えるかが問題とされた事案であるところ、「本件

デリバティブと賭博罪の成否(2)

外国為替証拠金取引は、賭博に当たり公序良俗に反する。…本件証拠金取引は金販法の規制対象となり、金融商品の販売に当たり、相場の変動により損失を被るおそれがあるというようなりスクにかかわる重要事項の説明が業者に義務付けられることになったが、金販法の規制があることが、法令又は正当な業務行為として違法性阻却事由になると解することはできない。…法令に規定がない場合であっても、当該金融取引の目的に相当性があり、かつ、当該取引自体が相当な場合には、違法性が阻却されると解し得る余地があるところ、本件は極めて投機性が大きいリスクのある取引であって、顧客に対する危険性の説明義務も尽くしていないことなどから、本件取引の目的及び取引自体が相当であると認めることはできない」旨を判示する。

結局①～⑤の民事判例は、業規制が及んでいない外国為替証拠金取引について、かかる仕組みの取引を存続させるべき正当な社会的経済的合理性・存在意義が認められない場合（一般に、取引不適格な顧客に投機目的で取引に勧誘する行為はこれに当たる。）には、取引自体を、刑法上賭博罪に該当するような公序良俗に反する行為であるから無効であると解した上で、投資者である顧客を保護しようとしているといえようか。

イ ココ・ロンドンまがい取引（海外商品デリバティブ取引）

平成17年7月に施行された金先法の改正により、「外国為替証拠金取引」について不招請勧誘の禁止、登録制度の導入などの規制が加えられたことから、「外国為替証拠金取引」業者の多くが消滅したところ、これら業者が新たに創出したのが、「ココ・ロンドンまがい取引」であるとされる⁽¹⁰⁾。

「ココ・ロンドン取引」とは、金融機関などの事業者間で行われているロンドン渡し金現物取引を指す。一方、「ココ・ロンドンまがい取引」とは、狭義には、ココ・ロンドン取引への取次ぎと称して一般投資家を勧誘するものの、実際には取次ぎ等を行わず、差金決済で行う金取引をいう。広義では、ココ・ロンドン取引への取次ぎ等を標榜するか否かを問わず、単に一般投資家を勧誘し、証拠金を差し入れて商品の売買を差金決済で行う取引所外の取引一般を指すことが多いとされる。⁽¹¹⁾すなわち海外における貴金属の現物価格を差金決済指

標としてする、「私設」「海外」「現物まがい」「証拠金」取引ともいえ、金の現物⁽¹²⁾を授受することや公設の市場に取り次ぐことは当初から予定されておらず、顧客と業者とがそれぞれ互いに契約の当事者となって金銭の得喪を争う相対取引によって行われ、差金決済がなされる。商品の価格変動を利用した差金決済を証拠金の預託により行う点など先物取引に類似しているが、商品取引員による委託や取引に当たっての証拠金が必要となる公設の市場はなく、業者と顧客の相対取引によって、証拠金による差金決済を行う点において、外国為替証拠金取引と同一の構造をもつ。

こうした取引については、平成19年7月15日、特定商取引法の政令指定役務に指定され、同法の規制対象となった後、商品取引所法の平成21年改正により、商品デリバティブ取引に係るブローカー行為として、原則として、参入規制及び厳格な行為規制が課されることとなった。⁽¹³⁾

この類型に当たる裁判例を見ると、相対取引の事例として、⑥東京地判平成21年5月25日先物取引裁判例集56号109頁は、「貴金属スポット取引」（顧客が被告会社に対し、1取引単位当たり30万円の委託基本保証金を支払ってロンドン渡しの金を売買したのと同様の地位を取得し、任意の時点で当該地位と反対の取引を被告会社との間で行うことにより生じる観念上の差損益について差金の授受を行う取引）について、賭博行為に該当する違法なものとし、不法行為による損害賠償を認めた上で、原告らは本件のような複雑な取引についての知識及び理解力を有していたと認められないとして過失相殺を認めなかった。

⑦東京地判平成22年6月10日先物取引裁判例集60号29頁は、「スポット貴金属取引」と称する取引（被告会社が提示する「ロンドン渡しの金の現物価格」及び「ドル為替変動」を差金決済の指標とする差金決済契約）を電話勧誘により原告に販売した被告会社の会社ぐるみの行為について、当該取引は賭博行為に該当し公序良俗に反し、違法であるとして、全額損害賠償の請求を認容した。

これまでの判例を通観すると、当該取引について賭博行為に該当して公序良

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

俗に反するとする場合であっても、これを無効として原告たる顧客を救済するのではなく、これを違法であるとして不法行為に基づく損害賠償請求を認容している点は注目すべきであろう。

⑧名古屋地判平成 21 年 11 月 27 日先物取引裁判例集 57 号 350 頁は、同様の「ココ・ロンドン貴金属取引」と称する差金決済による金の売買取引の事案について、「当該取引は偶然の事情によって利益の得喪を争うものであって、かつ顧客と被告会社が直接取引の相手方となる相対取引であるのに、勧誘に際して、原告に本件取引が相対取引であることを明確に説明せず、本件取引が被告会社に委託して海外の市場に注文を出す証拠金取引であると誤解させており、説明義務に違反した勧誘である」旨を判示して不法行為による損害賠償請求を認め、かつ、被告の過失相殺の主張についてはこれをすべき合理的理由は認められないとして排斥している。

この当時も、被告会社に免許・登録等の業規制は及んでいなかったところ、本判例も、当該取引が賭博に当たることを前提にしており、それゆえに本件取引を勧誘した被告会社に不法行為責任を認めているのであるが、私法上の効力（公序良俗に反して無効か否か）については判断していない。

⑨札幌地判平成 21 年 2 月 5 日先物取引裁判例集 54 号 257 頁も、当該取引につき適合性原則違反と説明義務違反を認めて、顧客から業者に対する損害賠償請求（預託証拠金から払戻金を差し引いた残額）を全額認めている。この判例は、当該取引の私法上の効力を問題としていないのみならず、賭博に当たるか否かについてすら問題とせず、適合性原則違反及び説明義務違反による不法行為の成立を認めている。

次に、⑩東京地判平成 21 年 10 月 1 日先物取引裁判例集 57 号 273 頁は、相対取引ではない媒介としての「ココ・ロンドン取引」の事案であるところ、これは取引類型として相対型海外商品デリバティブ取引の媒介である。本判例は、「店頭証拠金差額決済取引（CFD 取引）」と称する取引であって、「金の価格」と「ドル為替変動」を差金決済の指標とする差金決済契約について、海外業者に取り次いだ被告会社に対し顧客が損害賠償を求めた事案であるが、「当該取

引は海外業者ないしその顧客との間に利益の得喪を争う関係が成立しており、この賭博行為に当たる関係に勧誘することは違法である」として請求を認容した。本件で被告会社は、当該取引について有用性と弊害の不存在を主張したのに対し、具体性に欠けるとしてこれを排斥している。

この類型についても相対取引の場合と基本的に異なることはなく、私法上の判断として海外業者と顧客との間の取引が賭博行為に当たるとすれば、刑事法上も賭博罪が成立し、媒介の仲介業者については賭博罪の共犯（共同正犯ないし幫助犯）に該当することとなろうか。

ウ 小括

上記の各民事判決が判示するところからすれば、①～⑦の事案はいずれも私法上賭博行為に当たり、裏を返せば刑法上も賭博罪が成立すると解しているものといえよう。

もっとも、①～⑦のような事案に対し賭博罪を適用した刑事裁判例は見当たらないようである。ここで賭博罪を適用することの当否については、問題がないわけではない。刑事裁判事例が見当たらない理由は、刑事裁判実務が、刑法上も賭博罪が成立すると考えられるものの、同罪の重点的・弾力的な運用対象から除外するという刑事政策的な判断をしているのか、あるいは、刑法35条の拡張解釈として賭博罪の成立を消極的に考えているのか（この場合は民事裁判実務と賭博罪の成否について判断を異にする結果となる。）のいずれかであろう。要するにこうした取引は、一般には経済合理性が認められるものであっていわゆるギャンブルとは性質を異にするとして「規制なくして社会的相当性あり」とみるか、もともとは公序良俗に反する賭博行為であって、「規制なくして社会的相当性なし」とみるかの違いである。

これが相対取引となる場合には、業者と顧客が必要的共犯の関係に立つとみられることとなり、この場合は、業者のみならず顧客をも併せて処罰するのが本来の姿ということとなろう。結局、業者だけを起訴して顧客の処罰を不問に付すとすれば、その取扱いをいかに正当化するかが大いに問題となろう。

私法上の法律関係としても、当該取引を賭博行為と認めて公序良俗に反する

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

ものとして取り扱う場合には、給付に対し民法 708 条を適用すると不当利得として顧客の預託金の返還請求が認められないことになりかねないが、概ね民事判例は、顧客の損害賠償請求について不法行為に基づくものとして預託金等の取戻しを認めているのである。

しかし、当該取引が賭博行為であって民法 90 条により公序良俗に反する行為として無効であるとすれば、顧客は業者に支払った金員について不当利得を理由に返還請求が認められるかが問題となる。仮に、不法原因給付であって民法 708 条本文によりその取戻しが認められないとすれば、見方によっては損害がないことになり、不法行為を理由にすれば当然に（不当利得はなくても）顧客が業者に払い込んだ金員の全額（過失相殺がない場合）につき損害賠償が認められるといえるのかについても疑問の余地が生じてくるわけである。

この点に関しては、最判平成 9 年 4 月 24 日判時 1194 号 1 頁は、当該事案（利回り保証の約束で金員 1 億円を預託させて株式取引を行わせた証券会社に対し顧客が損害賠償を求めたもの）について、顧客の不法性に比し、業者（野村證券）の従業員の不法の程度が極めて強いものと評価することができ、業者は不法行為に基づく損害賠償責任を免れないというべきであって、このように解しても、民法 708 条の趣旨に反するものではない旨を判示しており参考となろう。しかし、この最判は、民法 708 条の解釈に係るものではあるものの賭博行為の不法に関する判断ではないことに加えて、あくまでも事例判断であり、この判例の射程は必ずしも明確なものとはいえない。

業者だけに刑事規制を及ぼそうとするのであれば、刑法の賭博罪ではなく、商取法 6 条 1 項の商品市場類似施設開設禁止の違反罪（商取法 357 条 1 号）又は同法 6 条 2 項の商品市場類似施設での取引禁止の違反罪（商取法 363 条 1 号）を適用することも考慮されよう。もっとも、これらの罪は一般的規制であり、業者にのみ規制が及んでいる構造ではない。

ちなみに、大正 4 年ころから主として大阪、名古屋で慣行として行われていた業者間の綿糸布先物取引について、当時これが取引所における上場物件とされていなかったことから、取引所法（旧法）26 条の 2 違反（場外における類

似取引の禁止)の成否が争われた事案について、民事判例である大判大正7年10月23日民録24輯2053頁は、「当該取引は射倖的性質を有し、かつその取引が組織的に行われるにより経済上有害なる結果を生ずるおそれがあるからこれを防止するため取引所法は刑罰の制裁を科すことにしたものと解されるから、その取引は法律上無効である」旨を判示して、取引所法(旧法)26条の2の禁止は現に上場する物件に限定する趣旨ではないものと解し、これを取引所法違反の犯罪とし、無効とした。

この大審院判例は、下級審(1審, 2審)が下した当該先物取引有効説を破棄したものであり、学説上、反対説(上場されていない本件物件に対しては取引所法26条の2の禁止は及ばないとする。)⁽¹⁴⁾も有力で、当時の取引実務において喧騒を極めたとされる。

この考え方を現代に及ぼすとすれば、投資者保護を特に考慮する必要がないプロ同士の業者間のデリバティブ取引について、業規制が及んでいない場合には、民事判例はこれを賭博と見て私法上の効力を否定し、刑法上賭博罪に当たると解するものと推察される。もっとも、当時の業者間の綿糸布先物取引について刑事事件として処罰されたとする判例は見当たらない。

なお、本件判例が出された後の大正8年4月農商務省は、今後当該取引が取引所法違反行為とならない最高限度の取引方法を具体的に指示して、当該取引の慣行地である大阪と愛知の両府県知事あてに通牒を発している。⁽¹⁵⁾さらに、大正10年7月27日農商務省は、「綿糸布先物取引取締ニ関スル再牒」と題する通牒を両府県知事に再度発し、「先の通牒は違反行為とならない取引方法の限度を示したに止まり、いやしくも昔日の先物取引方法を寛容する趣旨ではないから、嚴重に取り締まるべし」⁽¹⁶⁾とくぎを刺している。

(2) 業規制の及んでいる取引

ここではデリバティブ取引をめぐる民事救済を求めた紛争事例をある程度取引類型ごとに分けて取り上げ、それらへの刑事規制との関連についても併せて検討してみる。

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

ア 先物取引

a 外国為替証拠金取引

(1) に前述した事実とは異なり、金先法の改正後の外国為替証拠金取引に係る事実として、①仙台地判平成 19 年 9 月 5 日判タ 1273 号 240 頁は、「被告たる業者は、外国為替証拠金取引が賭博性を有する取引であって、公序良俗に違反する取引であるということを知っていたか容易に知り得たにもかかわらず、原告を本件取引に勧誘して契約を締結させたのであるから、本件取引は原告に対する不法行為である」として、原告が本件取引で被った損失を賠償すべき責任があるとした。当該取引が証拠法 34 条 2 項 5 号に該当する取引（金先法 2 条 9 項に規定する金融先物取引等その他金利、通貨の価格、商品の価格その他の指標に係る変動、市場間の格差等を利用して行う取引として内閣府令で定めるものに係る業務）として、証券会社の兼業業務として認められていることから直ちに本件取引が適法であることにはならないとし、本件については経済的合理性を有する取引であることを認めるに足る証拠はないとし、賭博性を有する取引であって、公序良俗に反する取引であるとしている。

(1) ①に前述した岡山地判は、平成 17 年 7 月 1 日の金先法改正前の事実について、「かかる取引の違法性を阻却する法令は存しなかった」として賭博に当たるとしていたのであって、問題は金先法の改正によって規制対象に入ることにより、違法性が阻却され、私法上の賭博行為性が失われるか否かである。

この点については、法改正によりこの種の取引に法律上の根拠が与えられたとしても、取引そのものが社会経済上の必要性からなされたものではなく、単なる投機的利得を授受しようとの意思からなされたものであった場合には、賭博としての違法性をなお失うものではないとする見解がある。⁽¹⁷⁾しかし、他方で、⁽¹⁸⁾刑罰法規の適用が当該取引の目的の相当性と当該取引自体の相当性といった幅のある解釈によって左右されるのは決して望ましい事態ではないとして、法的安定性を確保するために、法律上の根拠が与えられた取引は、それ自体において賭博性の違法性が阻却されるという解釈も示されている。⁽¹⁸⁾

現行法上、この種の取引は、金融商品たる通貨（金商法 2 条 24 項 3 号）を

原資産とする先物取引である市場デリバティブ取引（同条21項1号）又は店頭デリバティブ取引（同条22項1号）として、金商法の「デリバティブ取引」の定義に該当するものとされている。その上で、それぞれ同法2条8項3号イ及び同項4号により金融商品取引業として金商法の規制対象とされている。

本件仙台地判は民事判例ではあるが、法律上の根拠が与えられた取引は、それ自体において賭博性の違法性が阻却されるという立場には立っておらず、当該取引が著しく射倖性が高い取引であることに加え、経済的合理性を有する取引であったとは認められないことなどを理由に、個別具体的判断としてこれが賭博に当たり公序良俗に反するとしているのである。

②最判平成21年7月16日民集63巻6号1280頁は、顧客が商品先物取引の受託等を目的とするY会社に委託して行った商品先物取引において損失を被ったことにつき、Y会社に説明義務違反があったなどとして損害賠償を求めた事案であるところ、原審がした「商品取引員が差玉向かいを行っていることは委託者の投資判断に影響を与えるものではないから、商品取引員は差玉向かいによって商品取引員と委託者との間に利益相反の関係が生ずることの説明義務を負わない」旨の判断を是認できないとし、「商品取引員は、商法上の問屋であり、委託者との間には、委任に関する規定が準用されるから、商品取引員は、委託者に対し、委託の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって、誠実かつ公正に、その業務を遂行する義務を負う…特定の種類の商品先物取引について差し玉向かいを行っている商品取引員が専門的な知識を有しない委託者との間で商品先物取引委託契約を締結した場合には、商品取引員は、上記委託契約上、商品取引員が差玉向かいを行っている特定の種類の商品先物取引を受託する前に、委託者に対し、その取引については差し玉向かいを行っていること及び差し玉向かいは商品取引員と委託者との間に利益相反関係を生ずる可能性の高いものであることを十分に説明すべき義務を負い、委託者が上記の説明を受けた上で上記取引を委託したときにも、委託者において、どの程度の頻度で、自らの委託玉が商品取引員の自己玉と対当する結果となっているのかを確認することができるよう、自己玉を建てる都度、その自己玉に対当する委託玉を建て

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

た委託者に対し、その委託玉が商品取引員の自己玉と対当する結果となったことを通知する義務を負う」旨を判示し、Y 会社は本件各委託契約に基づく説明義務に違反して債務不履行責任を負うものとした。

この事案は契約が有効であることを前提に商品取引員の債務不履行責任を認めている。裏を返せばこの最判は、当該商品先物取引委託契約は、私法上賭博に当たらないから契約として有効であり、刑法上の賭博罪にも当たらないことを前提としていると考えられる。

b 詐欺的取引（海外商品先物取引における「客殺し商法」など）

③東京地判平成 4 年 11 月 10 日判時 1479 号 32 頁は、海外商品先物取引を業とする被告会社 Y に対し顧客 X らが預託した委託証拠金代用証券の引渡し等を求めた事案について、「被告会社らは、会社ぐるみでいわゆる『客殺し』の手法を用いた営業を行っており、営業の一環として当初から X らに損切りをさせて委託証拠金等の返還を免れる目的の下に、海外の取引所との間では注文を媒介でつなぎ、先物取引についてほとんど経験知識を有しない X らに対し、ことさらに利益のみを強調して危険性を告知せず⁽¹⁹⁾に勧誘した上、取引の目的商品を偽り、更には X らの無知や狼狽に乗じた増玉や両建の勧誘、仕切拒否等の行為を行ったものであって、被告らの勧誘行為及び一連の取引の実行は、社会通念に照らして許容できる範囲を著しく超えた違法なものであって不法行為を構成する…被告会社ないしその従業員に著しい義務違反があり、顧客に対する勧誘行為及びこれに続く取引の実行が違法性の強いものであって、これが社会通念に照らして許容範囲を著しく逸脱した場合には、会社と顧客との間の一連の取引は全体として公序良俗に違反して無効となる」旨を判示して X らの請求を認容している。

客殺し商法の事案については、後述するように顧客に対する詐欺罪の成立を認める刑事裁判例がある。詐欺賭博は偶然性の要素に欠けるから詐欺罪が成立するのみで賭博罪には当たらないと一般に解されているから、この種の事案であって業者の顧客に対する不法行為が成立し、刑事法上も詐欺が成立する余地があると認められるものについては、一般に、賭博罪は成立しないと解するこ

となろうか。③の判例が公序良俗違反による取引の無効を認めながら、その根拠を海外商品先物取引自体の賭博行為性に求めず、当該取引の実態を総合的に評価した具体的な判断であることからしても、そのように解することは自然な帰結ともいえよう。

もっとも、たとい業者がこうした客殺しの意図があったとしても、顧客の主観的意図からすれば賭博の故意に欠けるところはないとも考えられ、当該取引について、見方によっては賭博行為に該当するともいえよう。ただ、この判例を反対解釈すると、仮に賭博行為ないし賭博類似行為に当たるとしても、直ちに私法上無効とはいえないこととなる。

ところで私法上賭博行為は公序良俗に反して無効であることは判例通説において自明とされている⁽²⁰⁾。もっとも、なぜ無効かについては学説上、見解が分かれている。すなわち、射倖性の著しい法律行為であることを根拠として無効とする見解があるに対し、他方で、賭博が刑法に違反する犯罪であることを根拠とする見解がある⁽²¹⁾。

本判例が、賭博についての私法上の上記通説判例の立場と整合するものであるとすると、本件のような海外商品先物取引自体は直ちに公序良俗に反するものではないのであるから、裏を返せば私法上賭博に当たらないと見ていることになる。つまり本件民事判例は、先物取引について賭博とは見ていないことになる。すなわちこの判例が、賭博該当性について刑法に違反する犯罪であるか否かを基準に考えているとすれば、海外商品先物取引自体は刑法上賭博罪に該当しないと解していることとなる。

④仙台高判平成11年7月23日先物裁判例集26号134頁は、この種類型の詐欺取引と認められる事案について、「業者が顧客らを欺罔して委託証拠金名目で出資金を詐取するという故意犯罪を行ったものであり、顧客らの出資金交付の動機に民法708条にいう不法性がなかったとはいいい難いが、業者側の不法性は顧客らのそれに比して極めて強いものと評価せざるを得ず、顧客らの損害賠償請求は、民法708条の趣旨に照らしても許されないわけではない（顧客らの不法性は過失相殺の際の一事情として考慮すれば足りる。）」旨を判示して、

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

業者側の不法行為責任を肯定した上、5割の過失割合を認めている。④の判例も公序良俗違反による取引の無効を認めながら、その根拠を取引自体の賭博行為性に求めず、当該取引の実態を総合的に評価した具体的な判断であることは、③の判例と同様である。この判例も取引自体は私法上、賭博ではないと見ていることになる。

イ スワップ取引

デリバティブ取引の中のスワップ取引の事案として、⑤福岡高判平成23年4月27日金商1369号25頁は、被控訴人三井住友銀行との間で締結した金利スワップ契約に基づいて同銀行に支払った金員相当額等につき控訴人会社が損害賠償として支払請求した事案について、「本件金利スワップは、金融関係の取引所を通さず当事者間で直接の取引がされる相対取引により行われるため、その取引条件については、当事者間の合意によって定められる…しかしながら、契約当事者の一方にのみ専門的な情報ないし知識等が存する場合は、特殊ないし専門的内容の契約等においては、他方当事者は専門的知識を有する当事者側から、その契約内容についての適切な説明を受けない限り、同契約を締結すべきか否か自体についてさえ、合理的に判断することができないのが通常である…契約締結の是非の判断を左右する可能性のある中途解約時における必要とされるかもしれない清算金につき、また、先スタート型とスポットスタート型の利害等につき、さらには契約締結の目的である狭義の変動金利リスクヘッジ機能の効果の判断に必要な、変動金利の基準金利がTIBORとされる場合の固定金利水準について、これがスワップ対象の金利同士の価値的均衡の観点からの妥当な範囲にあること等の説明がされなかったことからすると、同説明は、全体として極めて不十分であった…本件金利スワップ契約は、被控訴人銀行に一方的に有利で、控訴人会社に事実上一方的に不利益をもたらすものである…被控訴人銀行の説明義務違反は重大であるため、本件スワップ契約は契約締結に際しての信義則に違反するものとして無効であり、また、その説明義務違反は、被控訴人銀行の不法行為を構成する」旨を判示して、請求の一部を認容している（過失相殺4割）。

法学志林 第110巻 第1号

本件デリバティブは、金融商品（金商法2条24項）たる利率等（同条25項1号）を参照指標とするスワップ取引である市場デリバティブ取引（同条21項4号）又は店頭デリバティブ取引（同条22項5号）として、金商法の「デリバティブ取引」の定義に該当するものとされている。被控訴人銀行がする本件取引は、それぞれ金商法2条8項3号イ及び同項4号により金融商品取引業として金商法の規制対象とされている。

本件では当該取引の賭博行為性は争点とされていない。この種の取引については、当事者の立場からも公益的立場からも、あえて賭博行為性について問題とすることの有用性はなく、かえってこの点を持ち出すことは紛争解決にとって有害であると考えられたのかもしれない。当該取引について、賭博行為性を理由として契約の効力を問題とすることなく、契約締結に際しての銀行側の顧客対応につき、信義則に違反するものとして無効であり、また、その説明義務違反は、被控訴人銀行の不法行為を構成するものと解しているのである。

第2章1(4)、同章2(4)に前述したとおり、業規制の及ぶ業者に対しては、行為規制として不当勧誘の禁止、説明義務などが課されており、その違反を不法行為として構成すれば投資者保護として有効であり、この場合には当該取引を無効であるとして投資者保護を図るまでの必要はないと考えられているのであろう。

⑥東京地判平成10年7月17日判時1666号76頁は、被告銀行との通貨スワップ契約につき、原告が賭博に類似する取引として公序良俗に反すると主張したのに対し、「通貨スワップ取引は、基本的には為替予約の機能をもち、実需に応じた外貨による決済を行う際の為替変動に伴う危険を回避するために有用なものであり、市場における取引全体の円滑な運用のためには、取引の当事者として、右のような目的で取引する者だけではなく、投機目的で取引する者も必要となるから、投機目的での取引の対象となることのみをもって、通貨スワップ取引自体を公序良俗に違反するものとはいえない」とした。

本件では原告が当該取引は賭博行為であって公序良俗に反する旨を主張して賭博行為性が争点とされたのに対し、当該取引がリスク・ヘッジの機能を有す

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

ることを理由に市場デリバティブ取引が全体として公序良俗に反するものではないと判断している点が注目される。私法上通説判例の立場は、賭博は公序良俗に反して無効であることは自明であるとしていることからすれば、本件取引は私法上賭博には当たらないと見ていることとなり、裏を返せば、この民事判例は本件取引はリスク・ヘッジ機能を有する点において刑法上賭博罪は成立しないから、私法上も賭博に当たらないと解していると見ることができようか。

ウ オプション取引

デリバティブ取引のうちオプション取引の事案として、⑦東京地判平成6年6月30日判時1532号79頁は、Y証券会社（大和証券）の外務員が顧客Xに対し日経平均株価指数オプション取引を勧誘するに際の説明が問題とされた事案について、「当該オプション取引は、株式市場全体の動向を膨大な情報を基に正確かつ短時間に判断することを必要とするものであり、それでも判断を誤る危険性も極めて大きく、一般投資家がたやすく行い得るものではなく、その内容も一般投資家が理解するのは容易ではないにもかかわらず、その勧誘に当たって、説明書を示すでもなく、単に実例を示して口頭で値動き等について概括的な説明をしたにとどまる場合は、説明は不十分であるというべきで、巨額の損失に動揺していたXに対し、さらに損失を拡大する危険の大きいオプション取引を勧めたこと自体不適当である」旨を判示し、Yはオプション取引の契約上の義務に違反したとして債務不履行責任を認め、Xが当該オプション取引で被った損害全額の賠償請求を認容した。この事案では、オプション取引の賭博行為性は問題となっていないものの、契約の有効性を前提とした判断であることは明らかである。

私法上賭博は公序良俗に反して無効であることが通説判例の立場であることに照らせば、本判例には、「本件取引は、賭博罪に該当する行為ではなく、したがって、私法上賭博には当たらず公序良俗に反するものではない」との判断が含まれていると推察される。

⑧最判平成17年7月14日民集59巻6号1323頁は、Y証券会社の担当者が顧客であるX株式会社に対し日経平均株価オプション取引（株価指数オプ

ジョン)の売り取引を勧誘してこれを行わせた事案について、適合性原則違反、説明義務違反などの違法があるとしてXが損害賠償を求めた事案であるところ、「顧客の適合性を判断するに当たっては、単にオプションの売り取引という取引類型における抽象的なリスクのみを考慮するのではなく、当該オプションの基礎商品が何か、当該オプションは上場商品とされているかどうかなどの具体的な商品特性を踏まえて、これとの相関関係において、顧客の投資経験、証券取引の知識、投資動向、財産状態等の諸要素を総合的に考慮する必要がある…本件オプション取引は、証券取引法2条22項に規定する有価証券オプション取引に当たるものであって、いわゆるデリバティブ取引の中でも、より専門性の高い有価証券店頭オプション取引などとは異なり、証券取引所の上場商品として、広く投資者が取引に参加することを予定するものであり、投資者の保護のため一定の制度的保障と情報環境が整備されている…単にオプションの売り取引であることのみから、当然に一般投資家の適合性を否定すべきものとはいえない」旨を判示した上、「Xは20億円以上の資金を有しその相当部分を積極的に投資運用する方針を有していたこと、Xの資金運用業務を担当する専務取締役らは、本件株価指数オプション取引を行う以前から、信用取引、先物取引等の証券取引を毎年数百億円規模で行い、証券取引に関する経験と知識を蓄積していたこと、Xは本件オプション取引の売り取引を始めた際、その損失が一定額を超えたらこれをやめるという方針を立て、実際にもその方針に基づいて取引を終了させるなどして自律的なリスク管理を行っていたこと」などに照らし、Yの担当者による勧誘行為は適合性原則から著しく逸脱するものであったとはいえないとしてXの請求を認めた原審判断を破棄して差し戻した。

本件デリバティブ取引は、現行法上金商法2条21項3号ロかっこ書に規定する「指標オプション取引」に該当する。したがって、本件オプション取引は金商法により法律上の根拠を与えられた取引ということになる。

ここでも当該取引の賭博行為性は争点とはされていないが、上述したように、私法上賭博は公序良俗に反して無効であることが通説判例の立場であることに

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

照らせば、本判例には、「本件取引は賭博罪に該当する犯罪行為ではなく、したがって、私法上賭博には当たらず公序良俗に反するものではない」との判断が含まれていると推察される。すなわちこの最高裁判例は、本件取引が有効であることを前提として、当該取引に適合性原則等の行為規制を及ぼすことにより、不法行為の成否を判断しているといえよう。⁽²²⁾

エ 仕組み債

デリバティブ取引が組み込まれて金融商品となっているものに仕組み債がある。仕組み債の購入は、形式上債券現物の売買であるものの、取引の実質を考えた場合には、その賭博性が問題となり得る。⑨大阪高判平成 19 年 11 月 16 日証券取引被害判例セレクト 30 卷 351 頁は、野村證券株式会社から 6 種類の投資信託及び仕組み債であるノックイン債を購入した歯科医が、勧誘行為等に適合性原則違反、説明義務違反の不法行為ないし債務不履行があったとして損害賠償を求めた事案について、「本件各投信も比較的风险が高く、一般の顧客が上場株式の取引をする場合よりも予測が難しく、また、本件ノックイン債は、仕組みが複雑である上にリスクが高いが、原告自身は相当の資力を有し、かつ一定の投資意欲を持っており、適合性原則から著しく逸脱した勧誘があったとはいえないものの、担当者には説明義務を尽くさなかった違法がある」として、7 割を過失相殺して請求の一部を認容している。

本件ノックイン債は、「日経平均ノックイン債」というものであり、その仕組みは、「被告がアレンジャーとして、市場の動向、顧客のニーズ等にかんがみ各種検討を行って、日経平均リンク債の発行条件等を企画の上、発行体に対し、日経平均リンク債の発行を勧誘し、発行体は、購入者たる投資家に支払うべき利金につき、アレンジャーとの間で協議を行い、金融工学やコンピュータを駆使し、ブラックショールズ公式⁽²³⁾や統計的数値であるボラティリティ（株価等の変動率）などを用いた計算によって、その額を定め、日経平均ノックイン債を発行する。一方、アレンジャーは、償還条件を定め、発行体との間でスワップ契約を締結し、購入者は、発行体より債券を購入し、以後、発行条件に従って利金を受領し、償還期限において償還条件に従い償還を受けることにな

る」という複雑なものである。

本件ノックイン債は、スウェーデン輸出信用銀行が発行体であり、債券の金額は100万円、利率は年4.5%、償還期限は1年後であるものの、購入者は、日経平均株価の終値が、参照期間中に一度でも1万3600円未満になり、評価日において、設定価格(1万6900円)を下回っていた場合には、設定価格である1万6900円を基準として日経平均株価の下落に応じた損失を負うことになる。したがって、本件ノックイン債は、元本について株価変動リスクを伴い、日経平均株価終値によっては、最終償還価格が100%未満となる可能性があるのに対し、日経平均株価がどれだけ上昇しても、額面金額以上の償還が得られないというデリバティブを組み入れた金融商品(仕組み債)である。

被告野村證券は申込手数料のほか、投信については一定割合の信託報酬を取得している。この判例は、本件各取引の商品概要及び各取引におけるリスクの説明をしたとすることができるが、その説明の程度は、一応のものにとどまり、原告にそのリスクの具体的な内容を理解させるだけのものではなかった旨を判示して説明義務違反を認めた上で、原告は、歯科医の資格を有するだけの知性を備え、相当の理解力と判断力を有し、かつ、本件各取引の前後して多額の株取引等を行うなどの経験を積んでいたものであり、原告が被った損害について原告側の落ち度も多大であるとして7割の過失相殺をした。

⑩東京地判平成22年9月30日金商1369号44頁は、同じく仕組み債である「日経平均リンク債券(ユーロ円建・ノックインフォワード型)」の勧誘販売事案(被告は、株式会社三井住友銀行とSMBCフレンド証券株式会社)につき、「これまで投資経験がほとんどなかった原告が数億円の現金を含む相続をした後、原告の投資経験についての慎重な調査をせず、また、原告の投資意向に反し、明らかに過大な危険を伴う取引を積極的かつ軽率に誘導したものであり、適合性の原則から著しく逸脱した証券取引勧誘である…本件債券の複雑さや購入を判断するためには高度な専門的知識等を要することからすると、原告のように投資に関する知識がほとんどない顧客に対して説明する時間としてはあまりに短いものであり、原告がその内容を理解できたとはおよそ考えにくいから、

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

原告に対する説明義務違反もあった」旨判示して不法行為に基づく損害賠償請求を認めた。

①大阪地判平成 22 年 3 月 26 日金商 1358 号 57 頁は、被告証券会社 M から 2 種類の私募債による債券を購入したスキューバダイビング教室及び用品店の経営等を業とする株式会社 A とその代表取締役 B が、主位的にリスクの認識に錯誤があったとして売買契約の錯誤無効に基づく不当利得返還請求を、予備的に M の担当者の適合性原則違反、説明義務違反などを理由とする不法行為（使用者責任）に基づく損害賠償を請求して、購入額（A が 1 億 5000 万円、B が 5000 万円）と回収額の差額等の支払を求めた事案について、説明義務違反を認めて予備的請求の一部を認容した（過失相殺 2 割）。

この判例は、「本件各債券は、プロテクション付ノックインプット・エクイティリンク債及び早期償還条件付プロテクション付ノックインプット・エクイティリンク債というもので、発行単位が 1 億円からで、想定元本を 10 億円として、10 銘柄に 1 億円ずつ投資すると仮定し、10 銘柄のうち 1 銘柄でも株価が基準価格の 50% ないし 65% を下回るとノックインとなって損失の計算対象となり、3 年後までに株価が基準価格に回復していなければ損失として確定するものであること、ノックインの有無にかかわらずクーポンが年 10.9% ないし年 10.35% 付くこと、市場へ転売することはできず、被告に対して被告が算定する時価で買取りを求めることしかできないものであること、後者の債券には特定の時期における 10 銘柄の平均株価が基準価額の 105% となった場合は元本が償還される早期償還条件が付されていることが認められることから、非常に複雑な仕組みの私募債であって、行政当局による検査を受けるものであったとしても、いずれもハイリスクで賭博性の高い商品であると認められる…原告 A、B は仕組み債や株式の取引に一定の理解があったことは認められるが、いわゆる一般投資家としての域を出ず、本件各債券のような複雑な仕組みのハイリスクな金融商品を購入するだけの適合性があったかは疑問である…被告証券会社の担当者らの口頭での説明は不十分で、誤解を与えるものであったと認められ、結果として、A、B は本件各債券について、1 億円ずつ 10 億円を集

法学志林 第110巻 第1号

めて株式に投資すると誤解していた（10億円というのは想定元本にすぎず、顧客がこれを購入しても、その資金が実際に対象銘柄に投資されるわけではない。）旨判示した上、被告会社の担当者らの説明義務違反の不法行為の成立を認め、安易に本件各債券の購入を決断した原告らに2割の過失があるとして、2割の過失相殺を認めたものである。

仕組み債の購入につき錯誤無効を認めた事例として、⑫大阪高判平成22年10月12日金融法務事情1914号68頁は、「本件仕組み債は、為替相場や金利水準によるリスクを回避するために開発された金融派生商品であり、本件仕組み債を購入した者は、それによって、為替相場や金利水準によるリスクを負担することになるが、通常の社債と異なり、市場での売却が著しく困難であるため、購入者は、償還期限までの為替相場及び金利相場の変動状況、さらに、発行会社や保証会社の存続可能性を見越して、本件仕組み債に組み込まれた償還条件や利子の条件が有利であるか否かの判断を要することになる…本件仕組み債は、償還期限が30年後とあまりに遠い将来であり、しかも、その購入代金が5000万円と高額であるため、上記の判断を相応にすることは、個人の一般投資家にとって、著しく困難である…」一審原告は、本件仕組み債を購入する際、本件仕組み債の権利内容について錯誤に陥り、そのリスクについて理解しないままであったと認めるのが相当で、本件仕組み債を買い受ける旨の意思表示は、民法95条により無効である」旨を判示して、これを加入販売した野村證券の売買残代金の請求を棄却した。

オ 小括

業規制の及ぶ業者と顧客との間のデリバティブ取引に係る民事判例を概観してみたが、私法上賭博に当たり公序良俗に反すると判示したものは、①、③、④の先物取引事案にとどまり、それ以外の②の商品先物取引事案のほか、スワップ取引、オプション取引及び仕組み債に係る事案については、賭博該当性を争点としていない。

ここで賭博該当性を争点としていないということは、当該取引が契約として有効であることを前提に紛争解決を図ったものといえる。中でも②が債務不履行

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

行責任を認めているということは、契約が有効であることを当然の前提としなければならない、当該取引が賭博であって公序良俗に反して無効であるのであれば不法行為責任はともかく、債務不履行責任が生ずることはないのである。

これは私法上の通説判例の立場からすれば、業規制が及ぶデリバティブ取引については、私法上賭博に当たらないとの判断を示したことになる。

なお、賭博に当たると判断した事例のうち③と④は、業者側の詐欺的取引という特殊性がある事案なので別途検討することとし、ここでは論じないこととすれば、残るのは①の裁判例のみとなる。

この①の判例はレア・ケースと見られるが、この判例も当該取引形態自体が一般的に賭博に当たると判示しているわけではないことに注目すべきである。当該取引が著しく射倖性が高い取引であることに加え、経済的合理性を有する取引であったとは認められないことなどを理由に、個別具体的判断としてこれが賭博に当たり公序良俗に反するとしているのである。

そうすると民事判例は、一般に、業規制の及ぶ業者と顧客との間のデリバティブ取引について賭博に当たるとは見えていないことになる。賭博に当たれば公序良俗に反して無効であるところ、その根拠として、私法上の学説は刑法上賭博罪という犯罪が成立する点を重視していると見られる。その論理的帰結として、民事裁判実務は、業規制の及ぶ業者と顧客との間のデリバティブ取引について、一般に刑法上賭博罪に当たるものではないとの立場に立っていることがうかがえる。

(3) 取締法規違反の取引

ア 具体的事案に即して公序良俗違反を認めた判例

次に、デリバティブ取引のうち商取法6条に違反する取引に係る民事判例を検討する。ここでは取締法規に違反する取引の私法上の効力について判示するものがあるが、いずれも当然には無効とはしていない。

①大津地裁彦根支判昭和56年10月30日判時1046号110頁は、原告たる顧客が被告たる業者に対し、金地金の売買を委託して預託した保証金の返還を請求した事案について、「当該取引は、商品取引所類似の施設で行われた先物取

引であって、商品取引所法8条（現行商取法6条）に違反するのみならず、その取引実態においても被告は原告の無知に乘じ、不当な方法によって原告を先物取引に巻き込み巨額の損失を被らせたのであるから、公序良俗に反して無効と解すべきである」旨を判示して不当利得返還請求として原告の請求を認容している。

この判例は当該取引が私法上賭博に当たるか否かは問題とすることなく、商取法6条違反の事実に加えて、当該取引の実態を総合的に考慮して、公序良俗に反して無効であるとの判断を導いていることに注目すべきであろう。

賭博を理由として公序良俗違反の無効を主張する場合は、不当利得返還請求が民法708条により認容されない可能性もあるところ、本件では不法原因給付の点は全く争点とされていない。

②名古屋地判昭和60年4月26日判時1163号112頁は、私設市場における貴金属等の売買の仲介・取次・代理等を業とする原告会社が、先物取引の知識経験のない顧客を引き込んで開始した先物取引の清算金を請求した事案について、当該取引は商品取引所法8条（現行商取法6条）に違反しているとした上で、「商取法はいわゆる業法であって行政上の取締りを目的とするものと解されるから、これに違反した行為がそのまま直ちに私法上も無効であるとはいえない」としつつ、「法は商取法に従った商品取引所以外の場所、態様における先物取引を禁じ、違法行為に対しては罰則をもって臨んでいるのであるから、その違法行為に裁判所が加担することはありえない」旨を判示して原告の請求を退けている。本件では、商取法6条に違反した行為がそのまま直ちに私法上も無効であるとはいえないとしつつ、こうした違法取引に「先物取引の知識経験のない顧客を引き込んだ」点を考慮して、本件取引の私法上の無効を導いたものといえよう。

③最判昭和61年5月29日判時1196号102頁は、同種の事案について「本件金地金の先物取引は、著しく不公正な方法によって行われたものであるから公序良俗に反し無効であるとした原審判断は、本件取引に商品取引所法8条（現行商取法6条）に違反するところがあるか否かについて論ずるまでもなく

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

正当である」旨を判示する。

ここでも商取法 6 条違反を問題とすることなく、個別具体的取引行為に着目し、その点も含めて当該取引が著しく不公正な方法によって行われたものであることを理由に、公序良俗に反すると結論づけているものといえよう。⁽²⁴⁾

この場合の公序良俗違反の理由に「賭博」であることは表面上全く問題とされていない。当該取引の賭博性の有無は判断対象から隠れてしまっているのである。言い換えれば、当該紛争解決に当たり行為の賭博性の有無は私法上の判断に何ら影響しない要素に甘んじている実情にあるともいえようか。

イ 私法上の効力を認めた判例

④札幌地判昭和 59 年 5 月 24 日判時 1137 号 135 頁は、顧客たる委託者からの純金、プラチナなどの地金の売買の注文を日本国際金取引協会の市場に取り次ぎ、将来の一定の時期における貴金属地金及びその対価を授受する取引を行っている被告会社に対し、顧客が取引予約金として交付した金員の返還を求めた事案について、「商品取引所法 8 条（現行商取法 6 条）は、同法 2 条 2 項所定の指定商品の先物取引をする施設を商品取引所法によらないで開設することを禁止するだけではなく、指定商品以外の商品の先物取引をする施設を開設し、組織的継続的に差金決済をすることをとも禁止したものと解すべきである…非指定商品の先物取引についても過当な投機や不健全な取引の生ずる一般的危険は否定し難いから、同条の適用がなされるのは当然である…本件市場は同法 8 条 1 項に違反し、同市場における金の取引は同条 2 項に違反する」としつつ、「商品取引所法に違反する先物取引であるとの一事をもって、その私法上の効力をも奪う趣旨であると解することはできない」として本件委託契約が無効であることを前提とする原告の不当利得の主張を排斥している。他方で本件委託契約は有効と解した上で、被告らの勧誘方法が重要事項の説明義務を怠り、かつ詐欺的言辞を弄した点で違法であると認め、原告の被告会社らに対する不法行為に基づく損害賠償請求を認めている。

ちなみに、具体的事案に即して公序良俗違反を認めた前述の①の判例と比べてみて、顧客たる原告の請求を認容している点では差異はない。すなわち顧客

の側からの民事救済を認めている点で結論は異ならず、結論を導く請求原因が不法行為に基づく損害賠償請求権か、不当利得に基づく返還請求権かの違いにすぎない。

当該取引の賭博性の有無は判断対象から隠れてしまっているのであるが、この判例が当該取引について私法上の効力を認めたということは、通説・判例の立場からして、賭博には当たらないことを前提としているといえる。

⑤秋田地裁大館支判昭和61年2月27日判タ617号101頁は、パラジウムの先物取引の受託を目的とする被告会社が小学校教員の経験があるのみで投機的な行為の経験がなくかつ退職金と年金で生計を維持する原告に対し、先物取引が有する投機性・危険性についての必要な説明を全くせず、4割もの利益が生じ絶対に損はしないなどの説明と勧誘に終始して原告を誤信させ、高額売買取引保証金を提供させて私設市場において業としてパラジウムの先物取引をした事案について、「商品取引所法8条（現行商取法6条）は政令指定商品及びそれ以外の商品の先物取引のいずれについても、その商品市場の開設及び私設市場における売買を原則として禁止したものであるとして、当該先物取引は同法8条に違反する」としつつ、当該先物取引の私法上の効力については問題とすることなく、勧誘行為の違法を重視して被告会社らの不法行為責任を認めている。

⑥東京地判平成2年7月27日判時1394号105頁は、当該先物取引について、前同様に商取法6条に違反する違法なものとしつつ、その私法上の効力は争点とされず、「被告たる業者が向かい玉を建てることによって顧客と利益が相反する立場になるのに、こうした事情を秘した上、相場価格がいったん原告らに損勘定が発生するような状況になってから、その時期を選んで原告らに取引を行うよう勧めたり、無断で行った取引の承諾を取り付け、結果として顧客に損害を被らせた場合には、全体として詐欺的行為と評価するほかはなく、不法行為を構成する」旨を判示して、被告会社らの不法行為責任を認めている。

ウ 賭博罪に当たるとした判例

⑦京都地判平成20年8月8日先物取引裁判例集52号441頁は、被告会社に委託してココ・ロンドン金取引等を行った原告が、違法な取引により損害を受

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

けたとして提訴した事案について、「ココ・ロンドン金取引は、金価格及び為替レートの変動という偶然の事情によって財物の得喪を争うものであって、刑法上の賭博罪、常習賭博罪及び賭博場等開帳図利罪に該当する。商品取引所法6条は、商品市場類似施設の開設を禁止しているところ、ココ・ロンドン金取引は、商品先物取引に類似する取引と解することもできるから、実質的に同条に抵触する」旨を判示しつつ、被告らのココ・ロンドン金取引への勧誘は原告から金銭を詐取するための単なる口実にすぎなかった疑いが強いなどとして原告に対する不法行為責任を認めている。

この民事判例は当該取引（ココ・ロンドン金取引）について、金価格及び為替レートの変動という偶然の事情によって財物の得喪を争うものであって、刑法上の賭博罪、常習賭博罪及び賭博場等開帳図利罪に該当する旨を判示する。そうすると通説・判例の立場からすれば、私法上も賭博に当たり公序良俗に反して無効であるとの結論に至りそうである。しかし、この判例は当該取引が公序良俗に反するか否かについて判断せず、したがって、その私法上の効力について判断することなく、不法行為に基づく損害賠償請求を認めているのである。

この結論は、上記①と④の判例と対比してみた場合、顧客たる原告の請求を認容している点では差異がない。すなわち顧客の側からの民事救済を認めている点では3者間の結論は異なるところがない。①との差異は結論を導く請求原因が不法行為に基づく損害賠償請求権か、不当利得に基づく返還請求権かの違いにすぎない。④との差異は賭博罪の成立を認めるか、賭博罪の成否を判断しないかの点、あるいは、私法上の効力を認めるか、判断しないかの点の相違があるにすぎない。

エ 小括

デリバティブ取引のうち商取法6条に違反する取引に係る民事判例について概観してみたが、商取法6条違反の取引であることからその私法上の効力が当然に無効であると判断した裁判例は見当たらない。

私法上の効力を否定した裁判例（①～③）は、商取法6条違反の事実のほか当該取引の実態を総合的に考慮し、公序良俗に反して無効であるとしているの

であるが、私法上の効力を認めた④の判例と比べても、その区別の基準は見えてこない。すなわち、業者側からの清算金の請求を否定した②については、これを無効としない限り結論が導けそうにないが、これとは異なる局面において違反の業者に対する顧客の救済を図る上では、私法上の効力の有無は結論を左右しないともしえるのである。

すなわち、不当利得構成で顧客の救済を図るには、当該取引は契約として無効とする必要があるが、不法行為構成で顧客の救済を図るには、業者の違法を認定する必要はあるが、当該契約は有効であってもよいわけである（違法と有効は両立する）。かつ、不法行為構成で救済を図るには当該契約は無効であってはならず有効でなければならないかという点、必ずしもそうではなさそうである。⑦の判例は、当該取引は賭博罪に該当すると判断しつつ、不法行為に基づく損害賠償請求を認めているからである。

「業規制の及ぶ業者と顧客との間の取引」については、先に検討した結果、民事判例は一般に賭博該当性を問題としておらず、この点を問題としないということは当該取引が契約として有効であることを前提に紛争解決を図っているものとみられ、私法上の通説判例の立場からすれば、私法上賭博に当たらないとの判断を示していることがうかがえた。

商取法6条違反の取引についても、一般に「業規制の及ぶ業者と顧客との間の取引」と異なることはなく、これによって、私法上賭博に当たることを理由として公序良俗に反して無効であるとの判断には立っていないと思われる（⑦は賭博罪の成立を認めてはいるが、当該取引が商取法6条違反の取引であることを理由としたものではない。）。

①～⑦の民事判例を通じて、私法上の効力の点が問題になるとしても公序良俗違反の理由に「賭博」であることは表面上全く問題とされておらず、当該取引の賭博性の有無は判断対象から隠れてしまっている。

さらに言えば、当該紛争の解決に当たって、賭博該当性の有無のみならず当該取引契約の私法上の効力の有無（公序良俗違反か否か）の点さえ重要な争点とは位置づけられていないともいえるのである。

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

すなわち当該紛争解決のツールとして不法行為構成を採り得る場合には、私法上の効力の有無はさほど問題とする必要がなく、かつ、商取法 6 条違反の取引について私法上の効力を否定する必要がある場合であっても、私法上賭博該当性の有無を問題とすることなく、民法 90 条の適用が可能であるということなのである。

結局、デリバティブ取引をめぐる業者と顧客間の紛争解決に当たり、行為の賭博性の有無は私法上の判断に何ら影響しない要素に甘んじている実情にあるといわざるを得まい。

なお、商取法 6 条違反の行為には罰則が適用されるが同条違反の刑事判例は見当たらない。賭博を理由に取引を無効とする根拠については、民法学説上、賭博を犯罪に関連付けて刑法に違反することを根拠にその無効を導く見解が有力であることからすれば、刑事罰による検挙の実情は民事判例の動向に少なからず影響を及ぼしているかもしれない。

2 民事救済（デリバティブ顧客の内部関係）

(1) 対債権者

以下ではデリバティブ取引を行った顧客（主として法人）の内部関係をめぐる民事判例を若干検討する。①東京地判平成 17 年 6 月 27 日判時 1923 号 139 頁は、平成 12 年 10 月東京地裁に破産の申立てをし、同年 11 月破産宣告を受けた A 社の取引先であり同社に対し売掛債権を有している原告が、A 社の取締役ないし監査役であった被告らに対し、計算書類への虚偽記載等を理由に損害賠償を請求した事案について、A 会社が平成 10 年 3 月期から 12 年 3 月期に公表した計算書類の内容に虚偽記載が存在したこと、被告らは虚偽記載を認識しつつ取締役会議においてこれを承認したこと、A 会社は平成元ころまで財務状態の問題はなかったが同 6 年 6 月デリバティブ取引の失敗により多額の損失を出したことなどを認定したものの、「A 会社が自己破産に至ったのは、粉飾決算の放置というよりは、取引先の倒産及び信用不安という事情によるも

のというべきであるから計算書類の虚偽記載とA会社倒産との間に因果関係があるとはいえない」として原告の請求を退けた。

本件では、平成10年から同12年3月期の計算書類虚偽記載の原因は問題とされていない。仮に、デリバティブ取引の失敗による多額損失の隠れいがその要因と考えられたとしても、その点は一般には問題とすることが容易ではないといえよう。実務の扱いも、このような場合にデリバティブ取引の効力は争わないようであるから、これが有効であることを前提として法律関係を考えるのが一般的な取扱いといえよう。

②大阪地判平成23年7月25日証券取引被害判例セレクト40巻269頁は、被告全国小売酒販組合中央会（以下、「中央会」という。）が営む私的年金制度の加入者である原告らが、被告中央会の事務局長の地位にあった被告Yが被告中央会の理事会等に諮ることなく被告中央会の年金共済基金の約8割に相当する金員を被告Zが持ち込んだ仕組み債に投資したところ、全く元本償還を受けられないことから、原告らが被告中央会から年金掛金の返還を受けられなかった旨主張して、被告らに対し不法行為に基づく損害賠償を請求した事案について、当該仕組み債への集中投資は、安全かつ安定的に運用すべき年金資産の運用として明らかに不適合であるとして被告Y及び被告中央会らの不法行為責任を認めた。

本件仕組み債購入についての契約の効力は問題とされていない。また、当該仕組み債への集中投資が賭博に当たるか否かも問題とされていない。これが賭博であるか否かとは別の観点から被告らの行為の違法性が論じられている。これは当該仕組み債への集中投資自体は、購入者側から見ても、私法上賭博には当たらず、刑法上も賭博罪には当たらないとの判断を前提としているものと推察される。

(2) 対株主・会社

③東京地判平成12年7月5日判時1737号49頁は、原告住友商事の従業員として長年にわたり銅地金取引を担当していた被告Aが、原告に無断で行った投機的なロンドン金属取引所を利用した銅地金の先物取引やオプション取引

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

に関連して、平成3年11月から平成6年7月までの間、8回にわたり、銅地金ブローカーにおける原告名義の顧客勘定口座から被告B(Aの銅取引チームの元上司)が代表者である被告会社C名義の顧客勘定口座へ合計738万ドル余を振替送金したことにつき、不法行為等に基づき原告が被告らに同額の損害賠償を求めた事案について、被告らが、「本件各振替は被告Aを介して原告にディーリング取引を委託し、被告Aが同委託に基づいて被告Bの計算で銅のディーリング取引を行い、その生じた利益を被告会社Cに支払ったものであり、原告の金を不法に領得したものではない」旨主張したのに対し、「原告と被告会社Cとの間に契約書等が作成されておらず、取引開始に当たり手数料等の金員の支払もされていないなどの事情の下では、被告らの主張は採用できない」として原告の請求を認容している。

被告Aは、後述のとおり、本件銅地金の不正取引に関して刑事事件として起訴され、文書偽造罪及び詐欺罪で有罪とされている。

④大阪地判平成12年9月20日判時1721号3頁は、「大和銀行ニューヨーク支店の職員Xが、昭和58年に証券取引の失敗で生じた損失を取り戻すために米国財務省証券の無断取引を開始したが、逆に損失を拡大させる結果となり、この損失を穴埋めする目的でXにおいて同支店が保管していた顧客名義の証券を無断売却し、店内検査や監査等の際にはバンカーズ・トラストから送付される保管残高証明書を偽造し無断売却の事実を隠ぺいし、その後Xが長期にわたって無断取引及び無断売却を継続したことにより、平成7年の段階で累積損失が約11億ドルに達し、同年7月、Xは同行のA頭取に自らの行為を告白する手紙を郵送した。この告白を受けて大和銀行では、国際部門担当のB副頭取が責任者となって事件の処理を開始したものの、大和銀行側が当初米国金融当局に虚偽報告を継続する等の証拠隠滅工作を実施したこともあり、大和銀行は米国内での業務停止を命じられるとともに、24件の罪状で連邦検察局から起訴され、翌平成8年2月、大和銀行は司法取引により16件の訴因について有罪を認めて罰金3億4,000万ドルを支払い、個人レベルではXが禁錮4年、罰金200万ドルの判決を受けるなどした」という大和銀行ニューヨーク支

店巨額損失事件について、大和銀行の株主が当時の取締役等を被告として損害賠償請求を求めた株主代表訴訟に対する1審判決である。

原告株主らは、Xが米国財務省証券の無断取引を行って大和銀行に約11億ドルの損失を与えた件について、代表取締役及びニューヨーク支店長の地位を有する取締役が不正行為の防止や損失拡大の防止のための内部統制システムの構築を怠ったこと及びその他の取締役及び監査役が内部統制システムの構築に関して代表取締役等に対する監視を怠ったことが善管注意義務及び忠実義務違反に当たるとして、大和銀行に対し、連帯して11億ドルの支払等を求め（甲事件）、米国で刑事訴追を受けた大和銀行が罰金3億4,000万ドルを支払い、更にその弁護士費用として1,000万ドルを支払った件について、代表取締役及びニューヨーク支店長の地位を有する取締役が米国法令の遵守を怠ったこと及びその他の取締役及び監査役が米国法令の遵守に関して代表取締役等に対する監視を怠ったことが善管注意義務及び忠実義務違反に当たるとして、大和銀行に対し、連帯して3億5,000万ドルの支払等を求めた（乙事件）ところ、裁判所は甲事件について、「財務省証券の保管残高の確認の際、保管残高証明書を直接取り寄せず、検査対象であるニューヨーク支店担当者を通じて入手していた点を、検査対象者に隠蔽の機会を残すものであって不適切であったとして、店内検査等を指揮する立場にあった取締役兼ニューヨーク支店長の経験者3名の任務懈怠を認定し、そのうち被告B（昭和62年10月ニューヨーク支店長就任）に対し平成元年以降の損害額5億3,000万ドルの賠償を命じている。乙事件については、C取締役兼ニューヨーク支店長（平成7年5月就任）に対し、Xの告白後速やかに米国金融当局に事件を通報せず、その後2か月にわたって虚偽の報告を継続した件についての善管注意義務違反を認めるとともに、上位者として本件虚偽報告に関与したA頭取、B副頭取及びH常務の3人の代表取締役についても善管注意義務違反を認め、その他の代表取締役4人（D副頭取、専務E、F、G）についても、比較的早い段階で事件の報告を受けていたにもかかわらず、自ら本件虚偽報告等を防止する措置を執らなかったとして善管注意義務違反を認定している。⁽²⁵⁾

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

⑤東京高判平成 20 年 5 月 21 日判タ 1281 号 274 頁は、ヤクルトの代表取締役であった Y らは同社副社長 G に漫然とデリバティブ取引を行わせ最終的に 533 億円超の巨額損失を被らせた件につき、株主 X らが忠実義務違反ないし善管注意義務違反を理由に損害賠償を求めた事案について、本件取引担当の G には想定元本の限度額規制に反して行った規制後のデリバティブ取引については善管注意義務違反を認めたが、それ以外の被控訴人らには、当時相応のリスク管理体制が構築されていたことを理由に善管注意義務違反は認められないとした。原判決はヤクルト本社が本件デリバティブ取引を行ったことは法令や定款に反するものではないとした。G には平成 9 年 2 月以降他の取締役や監査役に事実を隠べいた上で、リスク管理体制で定めた想定元本の限度枠を超える取引を行った善管注意義務違反があるとし、G はヤクルト本社に 67 億円余の金員を支払うように命じた。

裁判所が認定した事実は、以下のとおりである。

ヤクルト社は平成 8 年 11 月の常務会において、デリバティブ取引の継続の有無について審議し、資金運用（デリバティブ取引等）は 2 年程度で収束させることを決定（以下、「本件常務会決定」という。）し、G もこれを了承した。次いでヤクルト社は、財務諸表等規則の改正により、平成 9 年 3 月期決算から、有価証券報告書に想定元本、リスク管理体制等を記載しなければならなくなったことを契機として平成 9 年 3 月 25 日付けで「スワップ及びオプション取扱規定」を制定し、「デリバティブ取引は今後 2 年間で清算する、今後は新規の本取引はしない、現時点の取引は収束の方向で処理する」と代表取締役社長 H が指示をした。G は本件常務会決定においてデリバティブ取引等の資産運用を 2 年程度で収束させることが決まり、平成 10 年 3 月期以降デリバティブ取引の時価を開示しなければならないことを受けて、含み損の早期解消にこだわり、平成 9 年 2 月以降株価が上昇局面にあると判断して以降、H の指示を逸脱するデリバティブまで行うようになった。

G はデリバティブ取引の想定元本の上限額を平成 7 年 9 月 30 日時点の想定元本額 1268 億円とする旨定められていたのにもかかわらず、これを増大させ、

平成9年2月にはその2倍以上の約2696億円に増大させた。その後、平成9年8月以降、ゼネコンの倒産、拓銀の破たん、山一證券の自主廃業などが生じて日経平均株価は暴落し、Gが実質想定元本を拡大させていたこともあって、デリバティブ取引の計算上の含み損が一挙に増大した。その結果、計算上の含み損額がデリバティブ取引の相手方金融機関から受けていた与信枠を超え、ヤクルト本社は、デリバティブ取引の相手方から担保提供を求められる事態となった。担保として株式、債権などを提供したが、それでも不足するため、同年10月以降、譲渡性預金を担保提供した。この担保提供はGが本社取締役会の承認を経ずに行い、刑事責任を問われることになる。ヤクルト本社は平成10年3月の取締役会で本件デリバティブ取引を含む資金運用をすべて中止する旨を決定し、Gはデリバティブ取引に関する責任を取って同年3月20日付けでヤクルト本社の取締役を辞任した。その後、ヤクルト本社は、平成11年12月、東京地検にGを特別背任罪と会社財産を危うくする罪で告訴した。

本件高裁判例は、「本件デリバティブ取引についての定款、法令違反の有無については、株式会社は、営利を目的とする団体であるから、定款に直接規定されている目的以外の行為であっても、その目的に直接又は間接に必要な行為をすることができる…ヤクルト本社が本件デリバティブ取引を行ったのは、運用資金として余裕資金を利用したもので、このように財務基盤強化の目的で、余裕資金の効率的な運用を図ることは、営利の目的の遂行に必要な行為に含まれる…ヤクルト本社がした本件デリバティブ取引は、定款に定める『前各号に附帯関連する一切の事業』に該当する…Gがヤクルト本社の想定元本額の限度額規制を逸脱して取引を行っていたが、これは内部規制に違反するもので、Gのヤクルト本社に対する善管注意義務違反の問題となるが、これが定款の目的に外れる行為になるものではない」旨を判示する。

これは、事業会社が定款に明文規定を置かず、事業として、すなわち営利の目的で反復継続してデリバティブ取引を行うことが直ちに定款違反を構成して取締役の任務懈怠責任を惹起することはないとの判断が示されているといえよう。デリバティブ取引を行うことが定款違反か否かという抽象的一般的な判

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

断基準より、ヤクルト本社の内部規制（想定元本額の限度額規制）を逸脱して取引を行っていたか否かという具体的な判断基準を用いて、取締役の任務懈怠責任の有無を判断している点が注目される。⁽²⁶⁾

しかし、ここでの争点は内部的な問題であって取引の効力を問題とする場面ではないから、定款違反である（内部規制を逸脱しており、付帯関連事業には該当しない）旨の判断をしてもよかったと思われる。当該デリバティブ取引が会社の目的の範囲外の行為であって定款違反であれば、株主は当該取締役等に対し、差止請求を認める余地も生まれる（会社法 360 条 1 項）。

リスク管理体制の不備に係る G 以外のヤクルト本社役員らの善管注意義務違反については、「事業会社が、本業とは別に、このような投機性の高いデリバティブ取引を行うことについては、市場動向の見通し等について可能な限り情報収集をし、それを分析、検討して適切な判断をするように努める必要があるほか、このようなデリバティブ取引により発生する損失によって会社の存立にまで影響が及ぶような事態が生ずることを避ける目的で、損失が生じた場合の影響を一定の限度に抑えられるよう、リスク管理の方針を立て、これを適切に管理する体制を構築する必要が生ずる…デリバティブ取引から生ずるリスク管理の方針及び管理体制をどのようなものにするかについては、当該会社の規模、経営状態、事業内容、デリバティブ取引による資金運用の目的、投入される資金の性質、量等の諸般の事情に左右されるもので、その内容は一義的に決まるものではないのであり、そこには幅広い裁量がある…G 以外の取締役については、相応のリスク管理体制に基づいて職務執行に対する監視が行われている以上、特に担当取締役の職務執行が違法であることを疑わせる特段の事情が存在しない限り、担当取締役の職務執行が適法であると信頼することには正当性が認められる…H 社長らは G の内部制約違反の事実を知り、現時点で本件デリバティブ取引を完全に打ち切ったとしても自己資本の範囲内で処理し得るが、このままデリバティブ取引を継続する場合は、上記範囲を超えるリスクが発生しヤクルト本社の経営に危険を生じさせると判断し、直ちに本件デリバティブ取引を打ち切ることを決断し、本件デリバティブ取引を含むすべての資

産運用を中止する旨の取締役会決議をし、現在は、ヤクルト本社の業績は完全に回復している…当時のヤクルト本社の管理体制は、制限に係る想定元本額が不合理といわれるほど巨額であったということもできない…」旨を判示し、G以外の被控訴人らの善管注意義務違反は認められないとした。

Gの善管注意義務違反については、「Gは個々の取引に当たっては相応の情報収集・分析・検討に努め、それに基づくそれなりの合理性のある判断により、本件デリバティブ取引を行った…ヤクルト本社の定めたリスク管理体制の方針に沿ってなされたデリバティブ取引部分は、取引に当たってGのした判断に明らかに不合理な点があったとは認めがたいから、Gに善管注意義務違反があったとは認められない…一方、平成9年2月以降の取引については、内部規制に反して実質想定元本を増大させつつ、取引報告書を見ても実質想定元本が判然としないようにした上、役員会ではこのような隠れレバレッジの説明をせず、想定元本の限度額を遵守しているように装っていた」として、Gのヤクルト本社に対する善管注意義務違反を認めた。

本件でもデリバティブ取引により巨額の損失を被ったことに対し、Gがした取引自体の賭博行為性を問題とはしていない。取引行為の有効性は当然の前提としているようであり、効力を否定しないのであれば、賭博行為性を問題にする必要はないと考えられたのであろう。裏を返せば、「当該行為は私法上賭博には当たらない、したがって、刑法上賭博罪に該当しない」との判断に立っているとも考えられよう。

本件株主側からの上告に対し、最決平成22年12月3日資料版商事法務323号11頁は、上告理由がない等として上告棄却、上告不受理とし、原審判決が確定している。

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

3 刑事規制

(1) 証券取引・商品取引への賭博罪の適用

ア 歴史的考察

a 先物市場の誕生

人類の歴史上初となる組織的な先物市場は、1730 年日本に誕生したとされる。⁽²⁷⁾それ以前から商人間で米の先物取引（帳合米取引）が行われていたようであるが、米価の高騰、物価高を招くとして幕府は再三にわたりこれを禁止してきたとされる。これに対し、江戸や大坂の商人からの嘆願により、ついに 1730 年、大阪に幕府公認の堂島米会所が設立された。

堂島には米の現物市場である「正米市場」と先物市場である「帳合米市場」の 2 種類の市場があった。帳合米取引は正米の受渡しを伴わない完全な空売であったから過当投機の場合となつて実物相場と離れた相場を現出し、次第に世人の非難を受けるに至った。そこで関係者は帳合米に代えて石建米と称する取引に改め、1863 年町奉行の許可を受けた。石建米取引により実物相場に接近はしたが、依然実物の受渡しは行われなかったとされる。⁽²⁸⁾

各地では各藩による設立も含めいくつか米会所が設立されるようになり、その間、幕府は米会所における空米取引を取り締まったりするが、米会所を取り潰すことはせず、そのため米会所は明治 2 年まで存続することができた。

維新政府は徳川時代の取引所の弊害にかんがみ、明治 2 年石建米の取引を禁止したものの、関係者の請願により明治 4 年 3 月には、「相場取引は既に欧米において盛行しているところであり、かつ、不正行為ではない」として、堂島米商会所の設立を許可し、次いで油の定期市場（先物市場）を公許している。⁽²⁹⁾

b 取引所法の制定

明治 7 年 7 月には証券米油の全取引所を 1 つの法制下に統制しようとして「株式取引条例」が制定発付された。その後、明治 26 年に至り、商品取引と証券取引の基本法として「取引所法」（明治 26 年法律第 5 号）が制定された。同法がわが国の取引所法制の源泉をなすものとされ、これにより制度確立期を迎

(30)
えたとされる。

旧刑法の時代の判例として、①大判明治32年11月21日刑録5輯10巻49頁は、Xが自宅を取引の場所と定め、大阪堂島米穀取引所の米相場を1日数回その相場の高低があるごとに電報によって通知を受け米1石を1枚と定め1枚の取組につき取組人双方から金1円を拠出させて預かり、取組人の一方が次の相場は高騰するといひ、相手方が次の相場は低落するというとの取組を定めて電報の到来を待ち相場が1厘たりとも騰貴したときは高騰するといった者が勝ち、拠出した1円の倍額を受け、一方低落するといった者が負けて拠出した1円を失ひ、Xは元方として預かった金員から手数料として1枚の取組につき17銭を収得し残額を勝者に交付するという行為をした事案について、賭博開帳図利罪の成立を認めた。なお、旧刑法では賭博罪の構成要件は現行犯のみが処罰されるものとしていたため、顧客は処罰されていない。

②大判明治34年6月25日刑録7輯6巻79頁は、同じ手口の事案につき賭博罪(旧刑法261条)を適用したものであるところ、被告人らが「取引所法32条(取引所外において定期売買その他類似の方法をもって売買取引をした者を処罰する罰則)を適用せずに賭博罪を適用したのは法令適用の誤りである」旨を主張したのに対し、「被告人らは米穀取引所の相場の高低により金銭を賭したものであって売買取引をしたものではない」との理由でこの主張を排斥している。

③大判明治38年9月25日刑録11輯19巻832頁は、顧客から取引所における定期米合計26万5500石の売買注文を受けて証拠金と手数料を受け取りながら、この注文を市場に出さないで自らが相手方となって、のみ行為をした事案について、「取引所法25条違反が成立するには売買取引をなすことが必要である…売買取引をせず売買取引に藉口して相場の高低より生ずる損益の計算に基づき輸いを決することを目的とするような場合には別罪を構成することがあっても取引所法25条違反とはならない…真実売買取引をなす意思をもって取引所の定期取引と同一若しくは類似の方法により取引を実行した行為があるときはその売買取引が意思表示の瑕疵若しくは意思の合致を欠くため民法上取り

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

消すことができる行為であったり、若しくは全然効力を生じない場合であっても当事者間で取引を実行した以上これにより取引がなかったとはいえない」旨を判示して取引所法 25 条違反を認めた。

取引所法 25 条は、取引所外において取引所の定期取引（現物市場は対象外）と同一又は類似の方法で売買取引をなすことを得ずとし、同法 32 条は 25 条に違反した者を罰金に処する旨を規定していたところ、大審院はこれを「のみ行為」に関する規定と解釈し、大正 3 年改正までこの解釈を堅持していた。

④大判大正 3 年 10 月 7 日刑録 20 輯 1816 頁は、東京米穀商品取引所の立会相場を売買標準代価とし、米穀の売買に藉口し、保証金名目で金銭を賭し、売り又は買いの申込みを受け付け、その後立会相場の変動に基づき賭者たる売手と買手との間に損益計算をして勝敗を決する俗に「薄張^{うすばし}」と称する賭博をしたという事案につき、賭博開帳図利罪の成立を認める。

⑤大判昭和 5 年 9 月 26 日新聞 3196 号 4 頁も薄張賭博行為につき常習賭博罪の成立を認める。薄張^{うすばし}は薄敷ともいう。広辞苑 6 版には、薄敷とは、「取引所規定よりも少額の証拠金。もぐりの仲買人が、証拠金を取って、取引所の相場を標準に一種の賭博行為をなすことをいう。薄張り。」とある。

c 取引所法の大正 3 年改正

取引所法の大正 3 年改正（大正 3 年法律 33 号）は、罰則として 32 条の 5 を新設し、「取引所によらないで取引所の相場により差金の授受を目的とする行為をした者は 1 年以下の懲役又は 2000 円以下の罰金に処する。ただし刑法 186 条の適用は妨げない」旨を規定した。ちなみに、罰金等臨時措置法（昭和 23 年法律 251 号）による改正前の刑法 185 条の法定刑は、「1000 円以下の罰金又は科料」であった。

また、「場外類似取引」の禁止と「のみ行為」の禁止を区別し、前者については取引所法 26 条の 2 を新設して、「取引所によらずして定期取引と同一若しくは類似の取引を目的とする市場を開き又はその市場において取引をなすことを得ず」と規定し、同法 31 条でこれに違反した者は 5000 円以下の罰金に処する旨を規定した。後者の「のみ行為」には行政処分に止め刑事罰を設けないこ

としたが(25条)、委託者と仲買人に注文を取引所に出さない合意があれば「のみ行為」ではなくて、改正法32条の5のいわゆる取引所賭博罪を構成することとした。

なお、取引所において売買取引を行う「仲買人」の名称は、その後の大正11年改正で「取引員」と改められた。

⑥大判大正7年1月16日刑録24輯1頁は、「刑法185条の賭博行為中、取引所によらないで取引所の相場により差金の授受を目的とするものについては取引所法32条の5を適用すべきで、この点で刑法185条の内容は一部廃止の結果を生じている…賭博常習者がかかる行為をしたときは刑法186条1項に該当し、常習者ではない者が当該行為を幫助したときは刑法65条2項により、取引所法32条の5、刑法62条1項、63条を適用して処断すべき」旨を判示する。

⑦大判大正11年7月3日刑集1巻366頁は、取引所法26条の2及び32条の5の行為の違いについて、「いずれも取引所によらないことは同一であるが、前者は真実取引をすることを目的とするものであって、ただ禁止の場所における取引にすぎないのに対し、後者は取引をする意思がなく単に差金授受を目的とする賭博行為である」旨を判示する。

⑧大判大正12年2月22日刑集2巻107頁は、取引所によらないで取引所の相場により差金授受の方法により賭博をしようと企図し、大阪株式取引所の株式延取引の相場をもって顧客から株式の売建又は買建の申込みを受けて証拠金を預かり、向かい玉の方法で顧客と相対取引をした事案について、常習賭博罪の成立を認めている。常習であることから取引所法32条の5ただし書により、取引所賭博罪ではなく、刑法の常習賭博罪が適用されたものである。

⑨大判大正12年11月27日刑集2巻866頁は、東京株式取引所において法令によらず事実上行われていた株式現物市場の相場を標準として差金授受を目的とする行為をした事案に対し、「取引所によってする取引行為はたとい射倖的条件が存しても法律の認許するところなればもとより処罰すべきものではないが、これに反し、取引所によらないで取引所の相場により差金の授受を目的

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

とする行為のごときは本来賭博行為に属し到底法の許すところではない…また当該行為に関しては特に取引所法 32 条の 5 の制裁規定が存する限りで刑法 185 条の適用が除外されるにすぎず、取引所によらないで事実上行われる本件のような行為には当然刑法 185 条の賭博罪が成立する」旨を判示する。

刑法 185 条の賭博罪が成立し、取引所賭博罪（取引所法 32 条の 5）は成立しないとした事例である。この点の区別の基準は業者ではない者の行為か、業者が委託者との間で注文を取引所に出さない合意の下に行った行為であるかの違いであろうか。

⑩大判大正 15 年 4 月 22 日刑集 5 巻 149 頁は、X が株式現物売買業を営む Y と大阪株式取引所短期清算取引の相場により、差金授受による株式売買を行ったことについて、取引所賭博罪（取引所法 32 条の 5）で起訴された事案であるところ、X が当初より真実株式の売買をする意思を有せずに単に差金の授受を目的としたというのか、当初は真実株式の売買取引をする意思を有していた後日差金の授受により売買取引を結了する意思を生じたのかが判然としないとして、取引所賭博罪（取引所法 32 条の 5）の成立を認めた原判決を破棄している。

X は株式現物売買業者であるから株式の短期清算取引を行う資格はなかったと思われる。そうすると本件は取引所に注文を出さない相対取引であって、顧客と業者間に注文を取引所に出さない合意があった事案であるものと思われる。そうすると従来からの考え方からすれば、本件は刑事罰則のない「のみ行為」と解すべきではなく、取引所賭博罪の成立が認められる事案とも思われる。

なお、取引所法の大正 11 年改正により、同法 26 条の 2 の禁止に違反した者に対する罰則は引き上げられ、1 年以下の懲役又は 3000 円以下の罰金に処することとされた（同法 32 条の 3）。これにより同法 26 条の 2 の禁止に違反する罪と取引所賭博罪とで法定刑に差はほとんどなくなったといったよい（罰金刑の多額が 2000 円か 3000 円かの差にすぎない）。この点が判例に影響を与えたか否かは判然としないが、いずれにせよ顧客と業者間に注文を取引所に出さない合意がある相対取引の先物事案については、当事者に真実売買取引をする

意思があったか否かで取引所賭博罪が成立するのか、あるいは取引所法 32 条の 3 の罪（類似施設での取引禁止違反）が成立するのかが決せられることになる。

⑪大判昭和 2 年 3 月 5 日刑集 6 巻 72 頁は、取引所法 26 条の 2 について、「従来現物市場を口実にして公然差金取引をする市場類似の施設が各地に続出するに至ったため取引所における公定相場をかく乱する結果を生じたから、大正 11 年改正を経た現行法においては広く差金取引による取引所類似施設を開設し又はその施設により取引をすることを禁じた規定である」旨を判示し、鹿児島市に店舗を有する米穀肥料商を会員とし、事務所を鹿児島市内の米商集会所内に設置し、同所（非公定市場）で米穀、種子粕、大豆粕の先物取引をしたという事案について、取引所法 32 条の 3 の罪の成立を認める。

⑫大判昭和 2 年 4 月 8 日新聞 2710 号 9 頁は、店舗において組織的計算の下に多数の者をして一定の期間継続して差金授受による取引をさせる設備を備えて差金取引をした事案について、「取引所法 26 条の 2 に規定する差金取引をなす取引所類似施設とは組織的計算の下に多数の者をして相当の期間継続し差金授受による取引をさせる設備をいうのであり、市場の存在を必要としない」旨を判示して取引所法 32 条の 3 の罪の成立を認めた。これは上告趣意をみると、相場による株式現物値段に一定量の手数料を加えた価格で相対取引により顧客と株式売買を行った事案のようである。顧客との合意による市場を通さない相対取引であることからすれば、取引所賭博罪（取引所法 32 条の 5）との区別は微妙とも思われるが、上記⑦の判例の解釈に従えば、取引所法 32 条の 5 が適用される事案が取引の意思が認められず賭博と評価するのが相当な事案であるのに対し、本件事案は、真実株式売買取引をする意思が認められたということとなろう。

⑬大判昭和 7 年 4 月 12 日刑集 11 巻 367 頁は、取引員ではない X が毎日東京株式取引所の参観席において約 40 名の客を集めて取引所によらないで取引所の短期取引の立会相場の高低により差金の授受を目的として株式の売買注文を受けて手数料を徴したという事案について、「株式取引所の参観席のような

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

場所においても賭博開帳罪が成立する」として常習賭博、賭博開帳罪の成立を認めた。

⑭大判昭和9年3月2日刑集13巻170頁は、賭博開帳図利の公訴事実に対し、大阪株式取引所及び大阪堂島米穀取引所のいずれの取引員の資格をも有しておらず、主務大臣の無認可で両取引所への売買取引の委託の取次ぎをした事実を認定して取引所法11条の4第2項、同法32条を適用した原審判断につき、賭博開帳図利の事実と原審認定事実は公訴事実の同一性があるとした。取引所法11条の4は、会員又は取引員の資格を有するもの以外の何人といえども取引所の売買取引の委託の代理、媒介又は取次を営業とすることができない旨を規定し、同法32条は、同法11条の4の規定に違反した者を3000円以下の罰金に処する旨を規定する。業規制違反たる取引所法違反の行為については、賭博罪ではなく取引所法違反罪のみが成立するという趣旨であろうか。

⑮大判昭和9年11月7日新聞3776号8頁は、Xが福井市内の店舗で百数十名の顧客に対し、電話又はラジオにより知ることができる京都株式取引所短期清算取引の相場により、相対取引での差金授受を目的とする株式売買を勧誘してこれをした事案について、取引所法26条の2違反罪の成立を認めた。

⑯大判昭和10年6月28日刑集14巻742頁は、のみ行為事案について、「取引所法32条の5の行為は、真実取引をする意思なく単に取引所の相場により偶然の輸えいを決し差金の授受をなす賭博行為をいう」旨を判示し、刑法185条は適用されず、取引所法32条の5の罪が成立するとした。

本件は委託者と仲買人に注文を取引所に出さない合意があった事案と思われる。それゆえ取引所法25条違反ではなく、同法32条の5のいわゆる取引所賭博罪を構成するとしたのであろう。

⑰大判昭和11年4月2日刑集15巻423頁は、「取引所法32条の5前段所定の行為は賭博罪の構成要件を具備するものであり同法32条の5を設けたのは刑法185条に比し刑を加重したものである」旨を判示しつつ、常習として取引所法32条の5前段所定の行為をすれば常習賭博罪に該当するとした。

⑱大判昭和14年3月31日刑集18巻179頁は、当該事案では顧客側が相手

方（被告人、業者）に名古屋株式取引所における各種株の短期売買取引の注文をする意思でその取次ぎを被告人に依頼したものである旨を認定した上、「取引所法 32 条の 5 所定の犯罪が成立するには当事者双方が取引所によらずして取引所の相場により相手方との間に差金を授受する意思をもってその授受を約束することを要する」とし当該事案は取引所法 32 条の 5 の罪を構成しないとした。これは取引所法 25 条違反となる「のみ行為」にすぎず、刑事制裁は設けられていない。この判例は傍論で、「委託者を欺いて証拠金の交付を得たような場合に詐欺罪が成立するかどうかは別個の問題である」旨を判示する。

d 戦後の証券取引法の制定

昭和 18 年に「日本証券取引所法」が公布され、証券取引は同法によることとなり、取引所法は商品取引にのみ適用されることとなった。戦後、商品取引はまだ経済統制の中で再開の時期ではなかったが、昭和 24 年商品取引再開の運動が開始された。新法としての商品取引所法は、旧法を全面改正したものであるところ、昭和 25 年 3 月閣議決定がされ、同年 8 月 20 日施行された。

昭和 22 年 3 月「証券取引法」（昭和 22 年法律 22 号）が公布され、「日本証券取引所法」は廃止された。

その翌年、上記証券取引法を全部改正した新「証券取引法」（昭和 23 年法律 25 号）が公布された。この新法は金商法の制定施行まで用いられた。

⑨大阪高判昭和 27 年 11 月 1 日高刑判特 23 巻 734 頁は、当時株式取引所が終戦直前から引き続き閉鎖され株式の清算取引が公認されていなかったため、京都の各証券業者は半ば公然と現物の授受を目的としない差金のみを授受する方法を行っていたところ、被告人も同様の方法で差金取引を行ったという事案について、常習賭博罪の成立を認めた。

二九 当時の証券取引法は、旧取引所法 32 条の 5 と同様に、その 201 条において「有価証券市場によらないで、有価証券市場における相場により差金の授受を目的とする行為をした者は、これを 1 年以下の懲役又は 3 万円以下の罰金に処する。ただし刑法 186 条の規定の適用を妨げない」旨を規定していた。

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

イ 小括

以上の刑事裁判例を概観すると、刑法（旧刑法を含む。）の賭博罪の成立を認めたものとして、①、②、④、⑤、⑨、⑬の事例が挙げられる。これらは取引所法などの規制を受ける仲買人、取引員といった業者以外の者（非業者）が顧客に金銭を拠出させ商品相場などの高低によって差金を授受する行為であって、その実態が真実の「取引」とはいえないものということができそうである。

次に、刑法 185 条の賭博罪の特別法たる取引所賭博罪（取引所法 32 条の 5）の成立を認めた判例として、⑥、⑧、⑫、⑯が挙げられる。刑事判例は、同罪が成立する（ただし、常習者であれば刑法 186 条 1 項の常習賭博罪が成立する。）場合について、業者である仲買人等が顧客との間で注文を取引所に出さない合意により相対取引による差金の授受を目的とする行為を行ったような場合と解している。

こうした行為は、判例上、取引所法 25 条違反の「のみ行為」には該当しない。取引所法 25 条違反を認めた判例は、③、⑭であるが、これらは取引所賭博罪の成立を認める事例とは異なり、業者である仲買人等が顧客からの注文を顧客に黙って（顧客との合意によらずに）、取引所に出さないで向かい玉を建て相対取引により差金授受決済を行うものである。判例は、こうした行為を「のみ行為」と見ているのであるが、取引所法の大正 3 年改正後は、同法 25 条違反に同法は刑事制裁を課さないこととしている。

次に、⑦の判例に従えば、取引所法 26 条の 2 及び 32 条の 5 の行為の違いについて、前者は真実取引をする意思が認められる行為であるのに対し、後者は真実取引をする意思がなく単に差金授受を目的とする賭博行為であると解して区別することとなる。取引所法 26 条の 2 違反行為については、同法 31 条で罰金刑（大正 11 年改正後は、同法 32 条の 3 第 1 項で 1 年以下の懲役又は罰金）の刑事制裁が課されることとされているところ、⑪、⑫、⑮など若干の起訴事例はあるが、刑事裁判例は比較的少ない。取引実態が認められるということから刑事処分を求めなくても足りるという政策判断が当時の検察官にあったのかもしれない。

さきに本章の1(1)ウで述べたとおり、大正4年ころから主として大阪、名古屋で慣行として行われていた業者間の綿糸布先物取引について、当時これが取引所における上場物件とされていなかったことから、取引所法26条の2違反の成否が争われた事案について、大判大正7年10月23日民録24輯2053頁は積極に解したものの、学説上、反対説(上場されていない当該物件に対しては取引所法26条の2の禁止は及ばないとする。)も有力で、当時の取引実務において喧騒を極めたとされている。取引所法26条の2の禁止違反については、刑事裁判例が少なく、むしろ民事裁判でその成否が争われている事例が多いという傾向がうかがわれる。

こうした判例の傾向が現在まで生きていると解するならば、デリバティブ取引については、それが金商法等の規制を受けない非業者による差金を授受する行為であって、その実態が「取引」とはいえず賭博とみるのが相当なものについては、賭博罪が成立すると解してよいこととなろう。

金商法等の規制を受ける業者のするデリバティブ取引については、金商法202条及び商取法329条により、相対取引であっても規制業者のする店頭取引については賭博罪の成立する余地が当時より狭まったといえようか。

業者が金商法や商取法等の規制対象から外れるデリバティブ商品について取引をしたような場合にあっては、商取法6条の違反の成否等が問題となるところ、この違反に対し刑事制裁を課すかどうかについては従来から取締当局は検挙に消極的であったようであるから、この点については民事でその成否が争われることがあっても、実際上起訴される可能性は少ないであろう。ちなみに、商取法6条の禁止違反の罪(同法357条1号、363条1号)の刑事判例は見当たらない。

(2) 不公正取引の処罰

二二七

先物取引やデリバティブ取引に関するものではないが、証券取引につき不正取引であるとされた事例として、①東京高判昭和38年7月10日下刑集5巻7=8号651頁は、有価証券市場で無価値に等しい那須硫黄鉱業株式会社の株式にあたかも市場性があるように見せかけるため、単に同会社の株式2000株

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

について権利移転を目的としない偽装の取引をさせたという事案について、「証取法 58 条 1 号（旧法）にいう『不正の手段』とは、取引所取引たると、店頭取引たるとを問わず、有価証券の売買その他の取引について、詐欺的行為、すなわち、人を錯誤に陥れることによって、自ら、または他人の利益を図ろうとすることであると解するのが相当である」旨を判示して積極的判断を示している。

この上告審である②最決昭和 40 年 5 月 25 日裁判集刑事 155 号 831 頁は、この規定にいう「不正の手段」の意義、内容が漠然としていて憲法 31 条に違反するとの弁護人主張に対し、「証取法 58 条 1 号にいう『不正の手段』とは、有価証券の取引に限定して、それに関し、社会通念上不正と認められる一切の手段をいうのであって、文理上その意味は明確である」旨を判示してその主張を排斥し、被告人が無価値の株券に偽装の株価をつけるため、証券会社の外務員 2 名と共謀のうえ、同人らに当該株式について権利移転を目的としない仮装の売買を行わせた行為につき、証取法 58 条 1 号にいわゆる『不正の手段』に当たる旨を判示している。

現行法では金商法 157 条 1 号が、「有価証券の売買その他の取引又はデリバティブ等について、不正の手段、計画又は技巧すること」を何人に対しても禁止している。わが国では、この規定が包括条項であってその抽象的あいまいな文言から、規制当局はその活用に消極的な姿勢をとってきたとされる。⁽³¹⁾詐欺的な不正手段が用いられる場合は、後述するように端的に詐欺罪等が適用されている。

もっとも近時は資本市場において新たに生起する不正行為に対して金商法 158 条（風説の流布、偽計等の禁止）が積極的に適用される場面が増加している傾向にあるようである。⁽³²⁾③東京地判平成 14 年 11 月 8 日判時 1828 号 142 頁は、X が他人名義で甲株につき大量保有者となったのに、大量保有報告書をその提出期限までに提出せず、共犯者と共謀の上、共犯者が甲株を取得して大量保有者となった旨の虚偽の記載のある大量保有報告書を提出するなどした事案につき、証取法 158 条（旧法）違反罪の成立を認める。

④東京地判平成20年9月17日判タ1286号331頁は、Xが上場企業であるW工業の株価をつり上げ、同社の株を転売して利益を得ようと企て、同社の子会社であり自らが実質的経営者を務めるJ社が当時実現の見込みがなかった携帯電話の通話料を定額化するIP携帯電話サービスを開始するとの虚偽の事実を公表したという事案について、証取法158条違反（風説の流布）の罪の成立を認める。

⑤東京高判平成20年7月25日判時2030号127頁（ライブドア事件・確定）においても、関係会社において実際には平成16年12月第3四半期通期に経常損失及び当期純損失が発生していたのに、架空の売上げ、経常利益及び当期純利益を計上して虚偽の業績を発表したことが、有価証券の売買その他の取引のため偽計を用いるとともに風説を流布したものとされている。

⑥東京地判平成22年2月18日判タ1330号275頁は、上場株式会社における増資に伴う新株引受に際しての払込金の大半を何の対価もなく直ちに流出させることが払込み以前から予定されており、現に流出させたにもかかわらず、証券取引所が提供する開示情報システムにおいて、増資がなされた旨及び同増資により資本増強が行われている旨開示したという事案について、虚偽の事実を公表させたものとして、証取法（旧法）158条違反の罪に当たるとする。

こうした金商法157条、158条の適用が問題となる不公正取引事案について、当該取引の賭博行為性が問題となった事例はないようである。こうした不公正取引事案については、不公正取引の相手方等について賭博行為性が問題となるようなケースは通常想定できないので、賭博の点は問題としなくてもよいであろう。仮にあったとしても、当該取引の賭博的側面を見た場合、「虚偽の情報」等により財物の得喪が「偶然の勝敗にかかわる」という前提がゆらいでくるので、一般に賭博罪は成立しないものとみてよいであろう。

（3）詐欺罪の適用（業者対顧客）

ア 客殺し商法

①札幌高判昭和61年3月26日速報128号269頁は、Xらが香港の商品先物取引の受託会社を経営するに当たり、いわゆる客殺しの方法により会社ぐる

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

みで顧客から委託証拠金名下に金員の交付を受け会社の経費に流用した事案について、詐欺罪の成立を認める。この判例は、「当時は国内の商品先物取引においては顧客保護の観点から商品取引所法によって、種々の行為規制が及んでいたが、外国における商品先物取引についてはこのような規制が全く及んでいなかったところ、Xらは顧客の委託玉に対しすべて向かい玉を立てることに、委託玉のすべてを『バイカイ付出し』にし、委託証拠金を取引所に提出を要しない扱いとしており、欺罔文言として、『元金は保証する。いつでも解約できる』などと申し向けている。Xらは営業員に高率の純増歩合制を採用しており、当初から客の委託証拠金を食いつぶすことを予定していたとしかみられない。顧客である高齢の勧誘不適格者に対する無理な勧誘に走らせた。」旨の事実を認定している。

②名古屋地判平成5年10月29日先物裁判例集16号86頁は、株式会社ヒックスの従業員らが顧客から海外先物取引の委託保証金名下に金員をだまし取ろうとし、アメリカの先物取引会社へ送金してはいたが、売りと買いを常時同じにする両建ての注文方法を用いるなどして海外送金を少なくし、客殺しの手法を繰り返し、手数料収入を膨らませた旨の事実を認定し詐欺罪の成立を認める。

③名古屋地判平成4年12月2日先物裁判例集16号57頁も、同じヒックスの役員らに対する詐欺被告事件であるところ、「委託保証金名下に被害者8人から合計1億円超を集めた。のみ行為や総向かい玉では警察の手入れを受けやすいとして『スプレッドオーダー』方式を採用した。基本的に同一商品の各限月の建玉を合計して売りと買いが同数になること、同一商品の同一限月で建玉が売り買い同数にならないことという2つの条件を満たすように調整して玉を発注する方式であり、これにより総向かい玉や両建てと同じ効果を狙い海外送金を少なくした」旨の事実を認定し詐欺罪の成立を認めている。

③最決平成4年2月18日刑集46巻2号1頁(同和商品事件)は、「客殺し商法の秘匿」が詐欺罪の欺罔行為に当たるかが問われた事案である。裁判所が認定した事実は、以下のとおりである。

化学繊維、穀物等の商品取引所に所属する商品取引員である「同和商品」は、顧客から委託を受けてする先物取引に関して、次のような営業方針を採っている。

- i 勧誘に当たって「飛び込み」と称し、一定地域の家庭を無差別に訪問して勧誘する。
- ii その結果、多くは先物取引に無知、勧誘に当たり、外務員の指示どおりに売買すればもうかることを強調する。
- iii 顧客に相場動向に反した取引を仲介し、頻繁売買を繰り返させる。
- iv 顧客の建て玉に利益を生じた場合は一定の利幅内で仕切り、利益金を委託証拠金に振り替えて取引を拡大させる。
- v 最終的に顧客に損失を生じさせ、委託手数料を増大させて委託証拠金の返還・利益金の支払を免れる。

顧客の委託玉の差について一定割合（9割）で向かい玉を建て、顧客の損失に見合う利益が同和商品に帰属するようにしていた。

以上の事実に対し、同最決は、「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える。…先物取引において元本の保証はないことを記載した書面を取引開始に当たって交付していたこと、被害者らにおいて途中で取引を中止して委託証拠金の返還を求めることは不可能ではなかったことは、結論を左右しない。」との理由から、詐欺罪の成立を認めた。

同和商品事件の一審（神戸地判昭和60年3月29日最判集46巻2号158頁）は、「向かい玉は会社に客殺し商法をとらせる動機となる点で問題があるものの、向かい玉の秘匿は欺罔行為に当たらない。顧客の承諾なく、利乗せ満玉を営業方針としていたとは認められない。手数料稼ぎと利幅制限も直ちに客殺しとはいえない。」として「客殺し商法」の秘匿を理由とする詐欺の成立を認めず、個別欺罔（元本は保証しますなどの告知文言の存在）により一部のみ詐欺

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

で有罪とした。

これに対し二審（大阪高判昭和 63 年 2 月 9 日最刑集 46 巻 2 号 207 頁）は、「利乗せ満玉、頻繁売買などはいずれもそれ自体として確実に顧客に損失を生じさせるものではないが、商品取引員が顧客に損失を生じさせようという意図の下にこれらを自在に組み合わせて売買を繰り返すことにより確実に顧客に損失を生じさせ得るから、客殺し商法は成立する。商品取引員において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り同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、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うかに装って商品取引に勧誘することは欺罔行為に当たる。」として、「客殺し商法」の秘匿が詐欺に当たるとした。

一審と二審を比較してみると、一審は、投資者を合理的思考の理性的人間と見て、投資者の自己責任を基本にして、契約自由の原則が働くものと考えているように思われる。これに対し二審は、プロと素人で力量に差があることを重視し、投資者（弱者）保護の立場から一審判決を破棄し、この立場を最決が肯認している。

先物取引の私法上の法律関係について見ると、問屋営業（売買の取次ぎ）に当たり、商法 552 条 2 項により民法の委任の規定が準用され（商法 552 II）、委託者保護のため受託者の善管注意義務を規定していることからしても、基本的にこの最決の結論は支持することができよう。

同和商品事件では、取引所の行う外務員登録を受けていない 3 名の使用人に外務員の職務である顧客の勧誘をさせた事実について、当時の商取法違反罪の成立を認めているが、それ以外の商取法違反罪の成立は認めていない。

イ 小括

こうした「客殺し商法」の秘匿により業者に詐欺が成立するような事案について賭博行為性を問題とする場合には、取引の相手方である顧客にとって、財物の得喪が「偶然の勝敗にかかわる」という側面が大きく後退することになる。二二三

賭博行為について当事者の一方に詐欺が成立する場合、被欺罔者の側に賭博罪の成立を認めるべきかについては争いがあるが、勝敗の帰趨は確実に他方の

支配下にあり、偶然性が外観にすぎないことを理由に賭博罪の成立を否定するのが通説であることからすれば、業者側に詐欺罪が成立するような事案については、一般に賭博罪の成立は否定されよう。

ところで刑法 248 条は、「未成年者の知慮浅薄又は人の心神耗弱に乗じて、その財物を交付させ、又は財産上不法の利益を得、若しくは他人にこれを得させた者は、10 年以下の懲役に処する」旨を規定する（準詐欺罪）。ここで、「知慮浅薄」とは、知識に乏しく思慮の不完全なことをいう。この知慮浅薄が万事について思慮の不足していることを要するか、当該具体的事項について思慮が欠けていれば足りるかの問題については、具体的事項について知慮が不足していればよいと解するのが通説とされる。⁽³³⁾「心神耗弱」とは知慮浅薄の一種である。

詐欺に至らない程度であっても、適合性原則に反し、顧客の当該デリバティブ取引の複雑な仕組みを理解できないことに乗じて取引を勧誘するような場合は、準詐欺罪の適用も考慮されてよいのではないか。このような場合も顧客について、一般に賭博罪の成立は消極に解するのが相当であろう。

ちなみに、東京地判平成 21 年 10 月 26 日判タ 1324 号 191 頁は、原告（知的障害者）が被告会社の従業員の勧誘により、海外の投資会社との間で同社が出資金を運用する金融商品への出資を行う匿名組合契約を締結して出資金を支払ったことにつき、適合性の原則から著しく逸脱した行為として不法行為を構成するとして請求を一部認容している。こうした事例に刑法上、準詐欺のより積極的な適用を検討してもよいのではなかろうか。

4 刑事規制（デリバティブ顧客等の内部関係）

(1) 会社法 963 条 5 項 3 号違反の罪

ア 裁判例

①奉天領事館判大正 14 年 11 月 26 日新聞 2487 号 5 頁は、奉天取引所信託株式会社（奉天取引所における先物取引の履行を担保し、清算事務を引き受ける

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

とともに、同取引所における取引人の資金を融通することが会社の目的である。)の専務取締役 X が会社名義で任務に背き、大正 13 年 12 月 28 日から同 14 年 3 月 12 日までの間、悪意な取引人 A に金銭先物取引(金融先物取引)の委託注文を出し、同年 2、3 月に 3 回にわたり、同取引によって発生した差損金小洋(地方通貨)3100 円相当の現金を払い渡したという事案について、当時の商法 261 条 1 項 4 号の罪(投機取引罪)の成立を認めた。

奉天は現在の瀋陽市に相当する。事件の背景として、奉天取引所は、小洋銀の兌換の行き詰まりから取引所の設立ニーズが生じ、金票と奉天票(地方通貨であり張作霖の政治票)を上場して大正 9 年 4 月 1 日から市場取引が開始されたところ、その清算事務を行う組織として 75 万円の払込資本で奉天取引所信託株式会社(以下、「奉取信」という。)が同年 2 月に設立されている。しかし、第一次世界大戦の終息と中国側が奉天取引所に利益があることを知って奉天市内に金銭交易所を設けたために仲買人が地元へ吸引された影響で、取引高が急激に減少したため主たる収入とすべき清算手数料が入らず、奉取信は第 3 期上半期には 4 万 2600 円の赤字を出した。奉取信の倒産を防ぐため大正 10 年 7 月、払込金 37 万 5000 円で奉天重要物産株式会社が創立され、同会社に合併されて奉天取引所信託株式会社の名称で事業を継続して実施し、更に大正 12 年 11 月、資本金 50 万円の遼陽取引所信託を合併し資本金 350 万円、払込金 87 万 5000 円として陣容を立て直したときに、本件不祥事が発覚した。⁽³⁴⁾

本件は X らが会社(奉取信)の赤字を投機により挽回しようと企図し、任務に反して資力の乏しい取引人から証拠金を徴収せずに相場を張らせ、社員に相場を手張りさせるなどして、上記のとおり投機取引の罪で有罪とされたほか、刑法の背任罪でも有罪とされ、奉取信の一部の取引人らに対する回収不能な未収債権(不良債権)として小洋 61 万 5000 円超という巨額の財産的被害が発生させた。

本来、奉取信は、奉天取引所という官営取引所組織における信託会社として実質上重要な機関であり経営内容は確実公明でなければならない。奉取信の主たる業務は、奉天取引所において成立した売買取引の履行を担保し、その清算

及び受渡業務をすることにある。付帯業務として取引人に資金の融通をすることもあるが、これは主たる業務ではなく、受渡しを円滑にするためにその資金を融通するというものであって従たる業務であった。それにもかかわらず X は法規を無視した放漫な貸出しを行っていた。

奉取信が、取引人から先物売買に際して所定の証拠金を徴収しなければならないのは当然であり、自ら相場に手を出すなどあってはならないことはこれまた当然であった。

奉取信の業務は現在に置き換えてみると、アウトハウス型の商品取引債務引受業にあたるものと思われるが、この業務及びこれに付帯する業務のほかは原則として営むことが許されていない（商取法 170 条 1 項本文）。商品取引債務引受業務を適正かつ確実に営むにつき支障を生ずるおそれがないと認められるものに限って、主務大臣の承認を得て、例外的に兼業業務を営むことができることとされている（同項ただし書）。

本件事件により資本増強による 87 万 5000 円の払込金も台なしとなり取引人に対する証拠金返済、社員給料の支払にすら窮する大スキャンダルとなった。その後、満鉄から 28 万円の補助金とみなされる援助を受け、昭和 3 年には資本金を 50 万円に減少して減資差益と諸積立金の取崩しにより積年の不良資産を整理し、ようやく再生の途についたという。

②最決昭和 46 年 12 月 10 日判時 650 号 99 頁は、化粧品、雑貨等の卸売り並びにこれに付帯する業務を目的とする資本金 200 万円の会社において、その目的とする業務の継続運営によってはとうてい回復の困難な営業上の損失を生じたことから、同社の代表取締役である X が、投機目的で商品先物取引を行い 26 回にわたり会社財産から合計 1999 万余円を委託証拠金として支払ったという事案について、「投機目的で会社財産を処分したものであって、その所為は社会通念に照らし、定款所定の目的に沿う業務又はその遂行に必要な付帯業務の通常の範囲内にあるとは認めがたい」旨判示して商法 489 条 4 号の罪（旧法）を認める。

③名古屋地判昭和 52 年 9 月 30 日判タ 353 号 139 頁は、不動産の売買、仲介、

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

あつ旋、分譲及びこれに付帯する業務を営業目的とする E 株式会社の代表取締役である X が、昭和 47 年 6 月から同 48 年 3 月の間、35 回にわたり、繊維、穀物の商品先物取引を商品取引員 A に委託し、取引の委託証拠金、差損金として E 株式会社等振出名義の小切手 36 通（額面合計 3 億 1000 万円余）を A に交付したという事案について、「取締役等が営業の範囲を超えて投機取引をしたときは、これによって私利を図る意図であったか、会社の利を図る意図であったかを問わず、商法 489 条 4 号所定の投機取引罪が成立する」旨を判示して、商法 489 条 4 号の罪（旧法）の成立を認める。

④東京地判平成 14 年 9 月 12 日 LEX/DB28135219 は、ヤクルトの取締役副社長が、財務担当取締役として、営業の範囲外において、銀行との間で株価指数フォワード取引及び株価指数オプション取引を行い、その担保として会社の株式（時価合計 108 億円余）及び譲渡性預金（金額合計 100 億円）の質権を設定して銀行に交付した事案について、「有価証券投資等の資金運用等が定款に目的として挙げられていない事業会社が行う投機取引のための財産処分については、会社の資産状態及び経営成績に比してその資産運用の規模が過大であったり、あるいは、本業の遂行に重大な影響を与える損害を発生させる危険が伴うような場合は、…社会通念に照らし、…会社の営業の範囲外における投機取引のための処分行為とみるべきである」旨を判示して、②と同じく、商法違反罪（旧法）の成立を認めた。

この事案では、「直近の決算期における資本金 311 億円余、経常利益 123 億円余に比して、208 億円の資産提供は著しく過大とされた。無謀ともいえる危険で大規模なデリバティブ取引を展開して合計 208 億円余の巨額の会社財産を注ぎ込んだ。社長を含むその他の役員に資金運用の実情を十分に説明していなかった。会社は、直後の決算期に 1077 億円の特別損失を計上して資金運用を整理した。そのうちヤクルト本社分が約 968 億円であり、そのうちデリバティブ取引の運用損が約 683 億円であった。相手方銀行からは平成 9 年以降多額の評価損が生ずると相応の担保を提供するように要求された。被告人はこれを承諾して本件質権設定に及んだ。」旨の事実が認定されている。

被告人は控訴したが、⑤東京高判平成15年8月11日LEX/DB28095226は控訴棄却とし、原判決が確定している。

④の判例は、本件に係る民事高裁判決（東京高判平成20年5月21日判タ1281号274頁）が民事上の問題として当該デリバティブ取引を定款所定の目的の範囲内の行為として定款違反を認めなかったことと異なった判断をしたものである。

しかしながらデリバティブ取引については、1つずつ個別契約が締結され、担保提供義務も約定されるのではないであろうか。この約定に従った債務の履行と考えられる本件所為が本罪に該当して許されないとすれば、なぜであろうか。当該デリバティブ取引及び質権設定契約は私法上無効とまではいえないであろう。当該質権設定が当初約定された義務の履行とすれば、商法違反（当時）とされる目的範囲外の投機取引の実態は、さかのぼったデリバティブ取引行為をとらえるほかないのではなかろうか。

イ 投機取引の罪の歴史的変遷

会社法963条5項3号の罪が誕生したのは商法の明治44年改正の時であった。すなわち、明治44年商法改正に際し、取締役等の背任罪その他の罰則が政府案として提出されたところ（当初案には本罪の前身規定は含まれていなかった。）、衆議院の特別委員会において猛烈な反対を受け、両院協議会において全部削除され、その代わりに商法261条が設けられ、取締役等の総会欺罔罪、自己株式の取得禁止違反の罪、違法配当罪とともに、営業の範囲外における投機取引の罪（同条1項4号）が、刑法の補充規定（同条2項）として設けられ、昭和13年改正まで施行されてきたのである。⁽³⁵⁾

本条提案理由の説明としては、会社の重役が、会社の金をもって、相場に手を出した場合を指すと説明されている（明治44年3月21日衆院議事録）。学
二 説も営業の範囲外の行為を禁ずるのみであり、保険会社の役員が投資のために
七 株式、公債等を売買するような行為は禁止されないとしていた。⁽³⁶⁾

商法261条1項4号は、「取締役等が会社の営業の範囲外において投機取引のために会社財産を処分したときは1年以下の懲役若しくは禁錮又は1000円

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

以下の罰金に処する」旨を規定し、同条2項は、「前項の規定は刑法に正条ある場合にはこれを適用せず」としていた。したがって、刑法の背任罪が成立する場合には本罪が成立しないこととされていた。①の判例はその立場に立っている。その後昭和13年商法改正で罰条が商法489条4号に変わるとともに、法定刑が引き上げられ、5年以下の懲役又は5000円以下の罰金とされた。昭和13年改正では、特別背任罪が商法に規定されるとともに、上記の「刑法に正条ある場合にはこれを適用しない」旨の規定が削除された。学説は一般に、これによって従来の背任罪との罪数関係に変更はないものとし、現行の投機取引罪についても特別背任罪の補充規定と解している。⁽³⁷⁾

会社法は、平成17年改正前商法489条4号の「会社の営業の範囲外」を「株式会社の目的の範囲外」に変えるとともに、法定刑を5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金又はこれの併科としている。

本条と同様の立法例として、農業協同組合法99条1項は、「組合の役員がいかなる名義をもってするを問わず、組合の事業の範囲外において、貸付けをし、若しくは手形の割引をし、又は投機取引のために組合の財産を処分したときは、3年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する」旨を規定し、同条3項は、「第1項の規定は刑法に正条がある場合にはこれを適用しない」とする。中小企業等共同組合法112条1～3項、中小企業団体の組織に関する法律102条も同様の立法例である。

ウ 「会社の目的の範囲外」の解釈

本罪についてはその成立範囲が不明確であると一般に言われているが、立法当初においては、その趣旨は特に不明確ということではなく、営業の範囲内か外かは会社の定款所定の目的で決せられるということであったと解される。

民事判例においては、定款所定の目的の範囲について、当初は厳格に解していたものの、その後定款所定の目的である事業の遂行のために必要な行為をする能力があるとして弾力的に解するようになり、定款所定の目的は定款に記載された目的自体のみならず、それから推理演繹し得る一切の事項、あるいは目的の達成に必要又は有益な行為を含むと解し、かつある行為が目的の範囲内か

どうかは、行為の客観的抽象的によって判断するとしている（最判昭和27年2月15日民集6巻2号77頁）。そして今日では、ある行為が会社の能力の範囲外とされる可能性はまずないといわれている。⁽³⁸⁾

しかし、これは取引の安全を考慮した場合における会社の権利能力についての解釈であるところ、本罪の解釈については取引の安全は考慮に入れる必要はない。基本的には、対内的に株主が経営者に投機取引を許しているか否か、すなわち会社の株主総会が定款で投機取引を会社の目的として定めているか否かで客観的に決すればよいであろう。⁽³⁹⁾ そうであるからこそ、株主は取締役等が株式会社の目的の範囲外の行為その他法令・定款違反の行為をしようとしている場合において、当該行為によって当該会社に著しい損害が生ずるおそれがあるときは、当該取締役等に対し、その行為をやめるよう請求することができるのである（会社法360条1項）。さらに取締役には定款遵守義務があり（会社法355条）、したがって定款所定の目的の範囲外の行為をしてはならないのである。

民事判例においても会社の内部的な問題に関しては、取引の効力を論ずる場合とは異なり、目的の内外を判断するに当たって、「行為の客観的抽象的性質による」という基準は適用されず、具体的に判断すべきであるとするものがある（大阪高判昭和51年4月27日判タ340号193頁）。

エ 「投機取引」の解釈

投機取引とは、広義においては相場の変動によって生ずる差額を利得しようとする取引を総称し、狭義においては取引の目的物を授受しないで、専ら相場の差額の授受によって決済する差金取引を指すが、本罪の「投機取引」は広義のものをいうと解されている。⁽⁴⁰⁾

もっとも会社の余裕資金の運用として有価証券投資を行うことは一般に許容されている。有価証券投資は広義の投機取引に該当すると解される。余裕資金の運用ということであって、その規模も本業の遂行に重大な影響を与えたり、会社に著しい損害が生ずるおそれもないと認められるような場合であって、それが会社の事業目的として定款に明示されていないときはどのように解すべき

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

であろうか。実務では会社定款の目的欄の記載は、最後に「前各号に付帯関連する一切の業務」などとされているのが一般的であり、その付帯関連業務に含まれると解することができるであろう。本罪の成否を考える上では、その程度の規模であれば、会社の目的の範囲内と解し本罪不成立を導けばよいのではなかろうか。

デリバティブ取引のうち投機を目的とするものは「投機取引」に該当するであろう。本業関連でリスクヘッジを目的とする場合は含まれないであろう。逆に、「投機取引」はデリバティブ取引に限られるわけではなく、デリバティブではない取引（例えば株の現物売買、信用取引）もこれに含まれるであろう。

オ 主観的要素

会社の目的の範囲外で投機取引が図利加害目的をもって行われた場合には、特別背任罪が成立する。一般には、会社のために行った場合にだけ本号の罪が成立すると解されている。⁽⁴¹⁾

ただ有力説として、この点は犯罪の成否の問題ではなく、特別背任罪を適用する場合には同時に本条の罪を適用することができないと解すべきであり、特別背任罪が成立する可能性があっても検察官は立証の容易さなどを考慮して、本条の罪で起訴することができるとする見解がある。⁽⁴²⁾

カ 賭博行為への本罪適用の有無

賭博や、競輪・競馬・競艇等の車・馬・艇券等の買入行為は、本条にいう「投機取引」に当たるであろうか。形式的には「投機行為」には違いないかもしれないが、社会通念上、会社の目的の範囲外であることは明らかであろう。ただ、経済合理性のない行為なので、本条にいう「投機取引」ではないと解するのが相当であろう。そのような立場に立てば、会社の取締役が会社の経営難克服のために会社の金で馬券を買ったような場合は、図利加害目的ないし不法領得の意思が認められると見て特別背任罪又は業務上横領罪に問うこととなるであろう。

本罪が成立する場合の賭博罪との罪数関係については、法益の共通性ないし類似性を認めれば、法条競合ないし吸収関係により、本罪のみが成立しその場

合には賭博罪は成立しないと解されよう。

キ 小括

最初の判例（上記①）は会社の取締役が会社名義で任務に違反して会社の目的の範囲外である金融先物取引という投機取引を行った事案であるから本罪の成立を認めてよいであろう。被告人の主観的要素については会社のために行ったものと認められ、図利加害目的が認められなかった事案といえようか。

②の判例は、当該事案において特別背任罪の成否については争点とされていないようであるが、図利加害目的が認められなかった事案とも考えられる。「投機目的で会社財産を処分したものであって、その所為は社会通念に照らし、定款所定の目的に沿う業務又はその遂行に必要な付帯的業務の通常の範囲内にあるとは認めがたい」という判示も支持されてよからう。「穀物等の商品先物取引」は定款に明示された目的には含まれておらず、余裕資金の運用程度の規模にとどまれば、社会通念に照らしても付帯業務として目的の範囲内と解する余地があるところ、本件は客観的に見てそうした事案ではないということであろう。

③も基本的に②と同様に解することができる。結論は相当であろう。

④について見ると、「会社の目的の範囲外において」という構成要件要素は、株主対経営者という内部的な紛争場面における民事上の解釈と同一にして、民事上定款の目的の範囲外の行為である場合には、民事上も取締役らの任務懈怠責任を生じさせるとともに、刑法上も本罪が成立すると解するのが望ましいと思われる。④が本罪の成立を認めたのも相当であろう。特別背任罪との関係については、やはり会社図利目的と見たのであろう。

次に、①、②、④に共通する側面として、当該犯行の動機が会社に生じた損失（赤字）の挽回を意図したものであり、いわば一発逆転をねらいリスクの高い投機取引としてのデリバティブに賭けたという点が指摘できる。要するに、
二
三
デリバティブと本罪は親和的である。こうした事案において、デリバティブ取引を行って会社に莫大な損害を与えた者の当該行為の賭博性についてどのように考えるべきであろうか。当該デリバティブ取引が業者との間の取引であって、

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

業規制を受けているデリバティブ商品であるような場合は、民事判例も会社の目的の範囲外の行為とは直ちに判断しないものと思われる。

民事判例はこうした行為について私法上は賭博とは見ておらず、取引の効力を否定しないものと思われる。したがって、対外的には取引の安全の要請から会社の目的は極めて広く解されていることを勘案すれば、一般に会社の目的の範囲内か否かを問題とすることなく、刑法上も賭博行為性は特に問題にしくなくともよいともいえる。

ただ、②、③、④の近時刑事裁判例のように当該行為を会社の目的の範囲外の行為であって本罪が成立すると見る場合には、その行為は会社の目的の範囲外の行為であるゆえに、取引自体が刑法上「違法」ということになる。

その行為が賭博罪の構成要件にも該当するかどうかは問題であるが、仮に積極に解する場合には、賭博罪（反復継続した取引であれば常習賭博罪となる。）の成立はいかなる理由から否定されるのであろうか。仮に、こうした行為は投機取引であって賭博罪の構成要件に該当するが、金商法や商取法の規定によって刑法 35 条の正当行為として違法性が阻却されるという立場に立つのであれば、賭博罪が成立しないという結論は容易には導けない。この場合、違法性を相対的にとらえて賭博行為としての違法性はないが、会社法違反としての違法性はあるといえることができるのであろうか。

そうでなければ罪数論で考えることとなる。投機取引罪のほか（常習）賭博罪が成立し、両罪は観念的競合の関係にあると解するか、あるいは、法益の共通性ないし類似性を認めれば、法条競合ないし吸収関係により、本罪のみが成立しその場合には賭博罪は成立しないと解することとなろう。

(2) 特別背任罪・業務上横領罪

前述した①奉天領事館判大正 14 年 11 月 26 日新聞 2487 号 5 頁は、満州の奉天取引所信託株式会社の専務取締役 X について当時の商法 261 条 1 項 4 号の罪（投機取引罪）の成立を認めているが、併せて、大正 13 年 9 月から同 14 年 3 月までの間、数回にわたり、奉天取引所所属の M ほか 6 名の取引人に対し金融先物取引をするように持ちかけ、任務に違背していずれも担保として徴収

法学志林 第110巻 第1号

すべき証拠金の徴収をすることなく当該取引をさせた結果、取引の差損金と合わせて会社に回収不能の未収金合計小洋 61 万円余の損害を与えたという事案について、背任罪の成立を認めている。⁽⁴³⁾ 当時は、昭和 13 年の商法改正前であり、特別背任罪は商法罰則として設けられておらず、刑法の背任罪が適用されている。

前述した④東京地判平成 14 年 9 月 12 日 LEX/DB28135219 では、ヤクルトの取締役副社長である被告人が、ヤクルト本社の 100% 出資により設立された香港所在の現地法人 M 社の取締役会長でもあった平成 5 年 12 月から同 6 年 6 月までの間、M 社の名義を利用して合計 5 本の株価指数デリバティブ取引（オプション取引）を契約し、当該取引により取得したプレミアム（オプション料）合計 7 億円余について M 社名義の預金口座に預け入れて業務上預かり保管中、これを自己の用途に費消する目的で被告人の仮名口座等に送金したという事案について、弁護人が、「被告人は会社名義を利用してヤクルト本社の信用を利用して行った被告人個人による取引であってこれによって得られたプレミアムは被告人自身に帰属するから無罪である」旨主張したのに対し、「被告人は、本件オプション取引を行うに当たり、取引で生じた利得は自らが取得するが、損害が生じた場合には M 社に負担させる意思であったと認められ、それは本件オプション取引を M 社の計算で行い、その利得を領得する意思にほかならない」旨判示して弁護人の主張を排斥し、業務上横領罪の成立を認めている。

⑤東京地判平成 19 年 9 月 28 日判タ 1288 号 298 頁は、全国小売酒販組合中央会（以下、「中央会」という。）の事務局長をしていた被告人 X が、中央会の年金資産の運用の一環として、「チャンセリー債」なるハイリスクのデリバティブの購入を推進し、3 回にわたり購入代金として 144 億円余を支払ったこと（年金資産の約 78% に相当する）が背任罪に問われた事案であるところ、
二 弁護人が、「クレディスイスがイギリス国内での運用実態等の調査を行い、
一 チャンセリー債のリスク等を評価した上で、信託契約書の締結に応じてよいと打診してきたため、これを信用して本件投資を上司に提案したのだから X に

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

任務違背はない」などと旨主張したのに対し、「X は中央会の年金資産の運用に関する企画の立案及びその実行等を含む年金共済事業を統括する地位及び実質的な権限を有していた…X は投資対象の分散を図るべき任務に違反した…クレジットは中央会が購入を決めた金融商品の購入手続や保管業務等を行うにすぎず、どの商品をどれだけ購入するかという判断は専ら中央会の責任で行うことが前提とされていた…年金資産の運用対象として、商品の仕組みやリスク等を把握していない金融商品を組み入れ、なおかつ、その単一の金融商品の組入比率を年金資産の7割以上とすることは、経済的見地から評価した場合に全体として年金資産の財産的価値を棄損するものといわねばならず、これを財産上の損害と評価できる」旨を判示して背任罪の成立を認める。

この判例は図利加害目的の点については、X が中央会の利益を図ることを主目的としていたのではなく、リベートの受領という自己の利益を図ることを目的としていたものと認めた。財産上の損害の点については、本件投資の帰結として、利息等として10億円余が支払われたのみで、その余の利息に支払はもとより、元本の償還は一切されておらず、年金資産のうち134億円以上が失われたものと認定している。

全国小売酒販組合中央会は、「酒税の保全及び酒類組合等に関する法律」（酒類業組合法）に基づいて設立された組合であるところ、同法には会社法963条5項3号違反の投機取引罪のような罰則は設けられていない。前述のとおり、農業協同組合法や中小企業等共同組合法などには同様の規定が置かれていることからしても、「酒類業組合法によって設立された中央会のような法人には、投機取引の規制は必要でない」という格別の理由は見当たらないから、立法政策として同様の規定は置くべきであろう。

なお、公判係属中の事件として、平成23年12月22日、大王製紙の前会長が、子会社から合計23億3000万円を振り込ませて損害を与えるなどしたとして特別背任罪で起訴されている。会社から借り入れた金はカジノ賭博に費消したようである。仮に、会社の金を直接賭博に使った場合であっても、通常、会社図利目的とは認められず、不法領得の意思が認められるので、特別背任罪な

いし業務上横領罪が成立するであろう。

(3) 証拠隠滅行為の処罰

⑦東京地判平成10年3月26日判タ987号289頁は、住友商事において長年にわたり銅地金取引を担当していた被告人Xが、同社に無断で行った投機的なロンドン金属取引所を利用した銅地金先物取引（不正取引）とこれによる損失の発覚を免れ、更に不正取引を継続する目的で、取引先から作成を求められた契約確認書、担保差入証など4通の文書を偽造し、取引先との差損金の決済のため、2度にわたり、住友商事の海外子会社である住友商事香港に虚偽の銅ワラント代金の支払依頼をして、日本円にして合計750億円余を詐取したという事案であって、有印私文書偽造罪及び詐欺罪の成立を認める。

この事案では、Xは前任の銅取引のチームリーダーSとともに慢性的な実需取引の赤字を解消するためチームに認められていた承認限度枠を超えた投機目的のディーリング取引を開始して継続した結果、昭和62年チームの累積損失額が約65億円に達したところでSが退社し、自己がチームリーダーとなったがこうした不正取引を継続し、平成4年3月期の累積損失額は約682億円余となったが、Xは、チームリーダーとして、銅取引チームの決算を黒字に装い、それに伴う社会的名誉や人事的評価を獲得し、維持することを主たる目的として不正取引を継続し、拡大し、さらに、これを隠蔽するために本件各犯行に及んだものである旨が認定されている。

詐欺の事案について見ると、実質は子会社を介した住友商事の債権者であるモルガン銀行への本件不正銅取引により生じた差損金の弁済である。さきにした不正取引が、Xにとって特別背任罪ないし投機取引罪に該当するのであれば、本件詐欺の行為は、その会社に与えた損害の穴埋め行為に該当するものといえる。本件ではもとなる不正行為を処罰する代わりに、犯行隠滅行為としての文書偽造と本件詐欺を立件したと解される。もとなる不正行為も、その以前からの不正取引によって発生させた損失の穴埋めであると思われるが（いわば穴埋めの連鎖）、そうであるならデリバティブは、一発逆転をねらうこうした穴埋め目的の行為とも親和的といえようか。

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

X がしたリスクの高い銅先物取引（デリバティブ）は過大であり、仮に会社のためにしたことであり図利加害目的が認められないとしても、会社法 963 条 5 項 3 号の投機取引罪が成立するであろう。X の行為は違法であり、賭博罪の適用も問題となるが、投機取引罪で処罰するのであれば、併せて賭博罪で処罰するまでの具体的必要性は乏しいともいえる。

こうした投機取引の失敗による巨額損失事件に共通する点として、会社の内部管理システムの不備を指摘する見解がある⁽⁴⁴⁾。また、取引の舞台となったロンドン金属取引所については、ニューヨーク商品取引所との競争の中で、規制の緩さを武器に非鉄金属の取引をロンドンに集めたという指摘がある。投機的な取引に関する限り、当局の監視が緩く透明性の低い市場に取引が流れるのは事実⁽⁴⁵⁾のようである。

なお、公判係属中の事件として、オリンパス事件では、長年にわたって会社に発生させた巨額損失を長期間にわたって不透明な取引と会計処理によって隠し続けたことが、法人も含めて金商法の虚偽有価証券報告書提出罪で起訴されている。

5 行政処分

①公正取引委員会は、平成 17 年 12 月 26 日、株式会社三井住友銀行が、自行と融資取引関係にある事業者であって、その取引上の地位が自行に対して劣っているものに対して、融資に係る手続を進める過程において、金利スワップの購入を提案し、金利スワップを購入することが融資を行うことの条件である旨又は金利スワップを購入しなければ融資に関して不利な取扱いをする旨を明示又は示唆することにより金利スワップの購入を要請し、その購入を余儀なくさせていると認め、独占禁止法 19 条の規定に違反するものとして、同社に対し勧告審決を行った。

当時の公正取引委員会告示である「不公正な取引方法」14 項 1 号は、自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照ら

して不当に、継続して取引する相手方に対し、当該取引に係る商品又は役務以外の商品又は役務を購入させることを「優越的地位の濫用」として禁止していたところ、当該行為は同号に該当するものとして独禁法19条の規定に違反するとした。

本件違反行為の対象とした金利スワップは、変動金利により融資を受けている事業者が変動金利の上昇リスクをヘッジする目的で金融機関から購入するものとされる。ただ、金利変動の状況によっては、金利交換に伴う金利の支払が嵩むこともあり、また、一般的に中途解約ができないので、やむを得ず中途解約する場合には、それに伴う解約清算金が必要になることもある。このような商品の特殊性により、金融機関が融資を通じた影響力を背景として金利スワップを購入させた場合には、抽象事業者に対して不当に不利益を与えるおそれがある。

こうした事情により、「自行と融資取引関係にある事業者であって、その取引上の地位が自行に対して劣っているものに対して、変動金利の上昇による借入れに係る支払金利の増加リスクを軽減する手段として金利スワップの購入を提案する際には、金利スワップの想定元本及び契約期間を、当該事業者が金利上昇リスクのヘッジの対象とする借入れの元本及び契約期間に対して必要な範囲内で設定すること」を内容とした内部規定を整備するように命じたものと考えられる。⁽⁴⁶⁾

本件審決を踏まえて、金融庁が三井住友銀行に報告を求め（銀行法24条1項）、同行が調査したところ、2001年度から2004年度にかけて同行が金利スワップ契約を結んだ約1万8,000件の取引のうち法令違反又はその懸念がある合計249件の事例が見つかったことから、②金融庁は2006年4月27日、三井住友銀行に対し、金利系デリバティブ商品にかかわる販売業務を同年5月15日から同年11月14日まで停止させる業務停止命令（銀行法26条1項）を出している。⁽⁴⁷⁾

③企業年金の資産運用を受託していたAIJ投資顧問株式会社が、ヘッジファンドに資産運用を委託してハイリターンを期したものの、利益の付替操作を

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

するなどして預かった資産を適正に運用せず、結果的にその大部分を消失させてしまった件は大きく報道されたが、金融庁は、平成 24 年 2 月 24 日付けで同社に対し、金商法に基づく 1 か月の業務停止命令を出している。

わが国の企業年金は、1962 年導入の適格退職年金と 1966 年導入の厚生年金基金という 2 つの制度で発展してきたが、1980 年代に至る年金資産の運用の受託機関としては、金融行政により長期金融機関である生命保険会社と信託銀行に限定されていた⁽⁴⁸⁾。また、「5332 規制」と呼ばれたリスクの大きい株式や外貨建て資産等に対する運用比率制限（安全性の高い資産に 50% 以上運用することが求められ、国内株式等は 30% 以下、外貨建て資産としての外国債券・株式等は当初 10% 以下であったのが引き上げられて 30% 以下、不動産等は 20% 以下で運用を行わなければならないという比率制限の規制が大蔵省によって定められていた。）が存在した⁽⁴⁹⁾。

その後 1990 年になって年金運用の信託・生保の寡占時代に終止符が打たれ、投資顧問会社の参入が行われた⁽⁵⁰⁾。

国連は 2006 年 4 月に責任投資原則 (PRI) を策定し、わが国もそれから間もなく数十の機関投資家や企業年金等がこの原則に賛同し署名している。これにより、年金の投資については、「受託者責任」の観点から「委託者又は受益者の（経済的）利益の最大化」が求められている⁽⁵¹⁾。

AIJ 投資顧問会社は、委託者に対する受託者責任をないがしろにし、その信頼を大きく裏切ったものであって、結果も極めて深刻であり、この点の責任は厳しく追及されるべきであろう。

(1) 川島武宣＝平井宣雄編『新版注釈民法 (3)』（有斐閣 2003 年）204 頁（森田修）。

(2) 我妻栄著『新訂民法総則』（岩波書店 1965 年）282 頁。

(3) 川井＝平井編・前掲 204 頁（森田修）。

(4) 我妻・前掲 273 頁。我妻説は、「著しい射倖性の基準」を満たさないような射倖行為（講や賭博該当性が問題となる行為）については、私法上賭博には当たらず、刑法上の賭博罪にも当たらないと解しているように思われる。

(5) 檢察実務家の見解として、刑法の単純賭博罪の運用については、「社会に害悪を流すほどのものでないものには目くじらを立てず、暴力団関係者の関与するもの、多額の金銭を賭けるものな

法学志林 第110巻 第1号

- と懸念なものに重点を置いた弾力的運用が望ましい」とされている（石原一彦ほか編『現代刑罰法大系第4巻社会生活と刑罰』日本評論社1982年所収「ギャンブルと刑法」249頁〈小谷文夫〉）。
- (6) 石原ほか編・前掲245頁〈小谷文夫〉。
- (7) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第2巻〔第2版〕』（青林書院1999年）209頁〈宮野彬〉。
- (8) 大塚ほか編・前掲228頁〈宮野彬〉。
- (9) 大塚ほか編・前掲229頁〈宮野彬〉。
- (10) 日弁連消費者問題対策委員会編『先物取引被害救済の手引〔9訂版〕』（民事法務協会2008年）86頁。高島竜佑＝野津山喜晴編『逐条解説商品先物取引法・業務規制について』（商事法務2011年）25頁。
- (11) 高島＝野津山編・前掲233頁。
- (12) 日弁連消費者問題対策委員会編・前掲86頁。
- (13) 高島＝野津山編・前掲26頁。
- (14) 小谷勝重著『日本取引所法制史論』（法経出版社1953年）537頁。
- (15) 小谷・前掲548頁。
- (16) 小谷・前掲561頁。
- (17) 日弁連消費者問題対策委員会編・前掲85頁。
- (18) 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』（商事法務2011年）624頁〈行澤一人〉。
- (19) 団藤重光責任編『注釈刑法（4）』（有斐閣1965年）332頁〈小暮得雄〉。
- (20) 川島＝平井編・前掲204頁〈森田修〉。
- (21) 川島＝平井編・前掲204頁〈森田修〉。
- (22) 川井＝平井編・前掲193頁〈森田修〉は、最判は、商品取引所法の不当勧誘規制などの行為規制の違反は、取引の私法上の効力を左右しないものとする点で固まっているとする。
- (23) 野口悠紀雄著『金融工学、こんなに面白い』（文春新書2000年）161頁。
- (24) 川井＝平井編・前掲175頁〈森田修〉は、この最判を、消費者契約における取引全体の仕組みが一方当事者である消費者が不当に不利益を受ける場合に民法90条無効による保護が図られた事例と位置付けている。
- (25) 樋口晴彦『大和銀行ニューヨーク支店巨額損失事件の研究（上）（中）（下）』『捜査研究』653号82頁～99頁、654号88頁～95頁、655号67頁～71頁参照。この論考の中で樋口は、ハイリスクの取引で担当者が継続して高い業績を挙げているという「不自然さ」に管理者側に疑問を感じなかったという「リスクに対する無知」や、取引担当者に管理職の地位を与えることが自分で自分を監視させるに等しくリスク管理体制が形骸化するという「監視体制の機能不全」などが、今後リスク管理体制を検討する上で留意すべき点である旨を指摘している。
- (26) 中村信男「判例解説・役員会社に對する任務懈怠責任と内部統制システム（ヤクルト株主代表訴訟控訴審判決）」監査役560号98頁は、「取引安全の要請と取締役の責任原因としての目的条項の解釈は同列に論じられない。」とする。
- (27) 三次理加著『商品先物市場のしくみ』（PHPビジネス新書2010年）27頁。

デリバティブと賭博罪の成否 (2)

- (28) 鈴木正武著『新版商品取引所通論』(中央経済社 1972 年) 12 頁。
- (29) 小谷・前掲 166 頁。
- (30) 小谷・前掲 176 頁。
- (31) 神田＝黒沼＝松尾編著・前掲 6 頁〈近藤光男〉。
- (32) 神田＝黒沼＝松尾編著・前掲 18 頁〈近藤光男〉。
- (33) 大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉編『大コンメンタール刑法 10 巻』(青林書院 1989 年) 235 頁〈高橋省吾〉。
- (34) 以下の記述は、本件判決書のほか、濟州日報の 1931 年 6 月 26 日～7 月 3 日の記事を基にしている(データ作成: 2008 年 4 月神戸大学附属図書館)。
- (35) 河井信太郎著『株式会社役員職員の刑事責任』(財政経済弘報社 1963 年) 725 頁。
- (36) 松波仁一郎著『日本会社法』(有斐閣 1914 年) 1765 頁。
- (37) 落合誠一編『会社法コンメンタール第 21 巻』(商事法務 2011 年) 101 頁・112 頁〈佐伯仁志〉。
- (38) 龍田節著『会社法大要』(有斐閣 2007 年) 53 頁。
- (39) 服部榮三＝菅原菊志編『逐条判例会社法全書 5』(商事法務研究会 1974 年) 289 頁〈今井宏〉は、「主観的に見て、役員職員の重大な善管注意義務違反に基づき会社にとって不利・不必要な取引をしたのでないかどうか、または役員職員のその権限を濫用し、専ら自己もしくは第三者の利益を図る目的で取引をしたのではないかどうかを基準にて判断すべき」とする。しかし、善管注意義務違反か否かは客観的に判断すればよいのではなからうか。なお、図利加害目的があれば本罪ではなく、特別背任罪を適用すべきであるから後段の見解は相当ではなからう。落合編・前掲 110 頁〈佐伯仁志〉は、「会社の営業の範囲外」を客観的に判断する見解(②の最判を支持するもの)が通説であるとする。
- (40) 落合編・前掲 112 頁〈佐伯仁志〉。福岡高判昭 27・8・25・高判特 19 号 113 頁参照。
- (41) 伊藤榮樹＝小野野二＝荏子邦雄編『注釈特別刑法第 5 巻』(立花書房 1986 年) 170 頁〈伊藤榮樹〉。
- (42) 落合編・前掲 101 頁〈佐伯仁志〉。
- (43) 取引所が取引人(取引員)から売買証拠金を納めさせる目的は、売買取引の履行を確保するためであり、その徴収については、實際上、各取引所は定款をもって売買証拠金の徴収についての詳細を業務規定に委ねる旨を定めており、業務規定は原則として売買証拠金を徴収することを明定していたという一堀口巨著「商品取引における委託証拠金についての若干の問題」(『現代商事法の重要問題』経済法令研究会 1984 年所収) 354 頁。
- (44) 梅本剛正「市場間競争と規制のあり方―住友商事不正取引事件は何を問いかけているか?」(法学セミナー 524 号) 60 頁。
- (45) 梅本・前掲 61 頁。
- (46) 齊藤隆明「三井住友銀行に対する勧告審決について」NBL828 号 49 頁。
- (47) 鳥山恭一「大手都銀による金利スワップの購入強制と優越的地位の濫用」ジュリスト 1321 号 222 頁。
- (48) 村上正人著『「株主」としての年金ファンド』(角川学芸出版 2009 年) 40 頁。
- (49) 村上・前掲 46 頁。

法学志林 第110巻 第1号

- (50) 村上・前掲50頁。
(51) 村上・前掲180頁。