

論 説

相場変動目的に係る風説の流布・偽計の意義 ——取引所法と刑法が支えた戦前取引所法制における 解釈の例——

西 川 義 晃

- 1 はじめに
- 2 刑法及び取引所法における虚偽の風説の流布等の法的位置づけ
- 3 虚偽の風説の流布の意義
- 4 偽計の意義
- 5 その他の構成要件に関する議論にみる市場規制の特徴
- 6 虚偽の風説の流布・馴合取引と詐欺罪
- 7 結びに代えて

1 はじめに

近年、金融商品取引法（以下、「金商法」という）に関して、風説の流布・偽計（158条）の適用事例が集積されつつあり、特に偽計はいわゆる不正ファイナンスへの適用をめぐって注目されている。⁽¹⁾ 同条の規定内容は、戦前期に取引所を規制した明治26年制定の取引所法（明治26年3月4

(1) 松岡啓佑「企業の架空増資事件と金融商品取引法上の偽計の禁止規定を巡る動向について」大野正道先生退官記念『企業法学の展望』229頁以下（北樹出版、2013年）、知花宏樹「市場の番人として～証券取引等監視委員会の役割～第5回 犯則調査 その4 ～虚偽有価証券報告書提出罪、偽計罪等～」研修825号18頁以下（2017年）、など。

日法律第 5 号) の大正 3 年改正法に由来するところ (大正 3 年 3 月 31 日法律第 33 号)⁽²⁾、これ以前より、明治 40 年制定の刑法 (明治 40 年 4 月 24 日法律第 45 号) (以下、「現行刑法」という) における信用毀損罪 (233 条)、さらには明治 13 年制定の旧刑法 (明治 13 年太政官布告第 36 号) の規定が相場変動目的の虚偽の風説の流布について規制を担っていた。

まず旧刑法は 1810 年制定のフランス刑法 419 条及び 420 条を継受し、⁽³⁾「虚偽ノ風説ヲ流布シテ穀類其他衆人需要物品ノ価値ヲ昂低セシメタル者ハ 10 円以上 100 円以下ノ罰金ニ処ス」と定めた (272 条)。価値の昂低 (高低) とは価格の操作を意味しており、⁽⁴⁾立法過程において、本条が米相場に適用されることが繰り返し確認されていた。⁽⁵⁾後述するように、旧刑法は価値の昂低に関わらないものの偽計に係る規定も設けており (267 条ないし 271 条)、これらの規定が改正され、明治 40 年に現行刑法の「信用及び業務に対する罪」、すなわち、信用毀損罪・業務妨害罪 (233 条) (以下、「信用毀損罪等」という)⁽⁶⁾が設けられた。その後は、取引所における虚偽の風説の流布に対して、株式について信用毀損罪等による摘発が主張された例がある。⁽⁷⁾取引

(2) 同条の金商法に至る沿革については、川口恭弘「風説の流布と偽計」同法 396 号 I 253-257 頁 (2018 年) を参照。

(3) 勝本勘三郎『刑法各論』437 頁 (京都法政大学、発行年不詳)、など。当時のフランス刑法の翻訳は、中村義孝『ナポレオン刑事法典史料集成』(法律文化社、2006 年) を参照。

(4) 高木豊三『校訂 刑法 [明治 13 年] 義解 (第二編) 日本立法資料全集別巻 72』730-731 頁 (信山社、1996 年)。

(5) 西原春夫ほか (編)『旧刑法 (3) - III [明治 13 年] 日本立法資料全集 34』25 頁・31 頁・36 頁 (信山社、1997 年)。

(6) 倉富勇三郎ほか『増補 刑法沿革総覧 日本立法資料全集別巻 2』2208-2209 頁 (信山社、1990 年)、大塚仁ほか (編)『大コンメンタール刑法 第 12 巻 [第 230 条～第 245 条] [第 2 版]』71 頁 [木藤繁夫] (青林書院、1988 年)。

(7) 「不敬漢の刑罰」「不敬事件の取調」新聞 631 号 27 頁 (1910 年)・「不敬流言事件続報」新聞 632 号 27 頁 (1910 年)。信用毀損罪等が実際に適用されたか否かは明らかではない。同事件につき、「第 26 回帝国議会衆議院議事速記録第 25 号 (明治 43 年 3 月 20 日)」『帝国議会衆議院議事速記録 24 [復刻版]』462 頁 [武藤金吉発言]・同 472 頁 [長谷場純孝発言] (東京大学出版会、1981 年) も参照。

所法大正3年改正は同条を参考に、相場変動目的に係る虚偽の風説の流布・偽計（以下、これらの行為を「虚偽の風説の流布等」という）を立法した⁽⁸⁾と思われ、「取引所ニ於ケル相場ノ変動ヲ図ル目的ヲ以テ虚偽ノ風説ヲ流布シ、偽計ヲ用ヒ又ハ暴行若ハ脅迫ヲ為シタル者ハ二年以下ノ懲役又ハ五千円以下ノ罰金ニ処ス」と定めた（32条の4）。同改正以降、刑法学説は、虚偽の風説の流布等により取引所の業務妨害が生じても刑法233条は適用されないと主張したが、株式について信用毀損罪により摘発された例⁽⁹⁾がある⁽¹⁰⁾。取引所法のテキストには、相場変動目的に係る虚偽の風説の流布等の解釈を刑法の説明に譲るとするものがあり、立法時にも同様に論じられていた⁽¹¹⁾。

このような戦前の法規制は、日本証券取引所法（昭和18年3月11日法律第44号）に至るまで証券と商品を同時に規制していた点、相場変動目的に係る虚偽の風説の流布等をその対象とし、有価証券等の募集又は売出等に係る偽計を定めていない点などで現行法と異なるものの、現行法上、偽計自体はその意義の不明確さがかねてより指摘されており⁽¹²⁾、また、そもそも市場犯罪に対する刑事罰の適用について罪刑法定主義が強調される傾向⁽¹³⁾もあり、戦前において偽計がどのように解釈・適用されていたのか、注目に値

(8) 農商務省の担当官は根本的な改革を避ける案を作成したとされるとともに（「最近ニ於ケル取引所法改正ニ関スル経過」『取引所法改正経過』（河合良成、1914年））、信用毀損罪・業務妨害罪の規定との類似性が指摘されている（河合良成「取引所法改正條項解義」志林16巻6号85頁（1914年））。

(9) 泉二新熊『日本刑法論 下編（各論）』1436頁（有斐閣、1919年）。

(10) 「財界攪乱者の取調一段落」新聞1531号12頁（1919年）。

(11) 鈴木武志『取引所法通論』200頁（エコノミカルアドヴァイザー、1930年）、全国取引所同盟連合会幹事会『取引所法並取引所税法制定及改正議会議事録 上巻』416頁〔阪本彌一郎発言〕〔政府委員（岡實）発言〕（全国取引所同盟連合会幹事会、1929年）。

(12) 山下友信＝神田秀樹（編）『金融商品取引法概説〔第2版〕』365頁〔後藤元〕（有斐閣、2017年）、など。

(13) 例えば、森本滋「不公正取引規制の整備」証券取引法研究会（編）『金融システム改革と証券取引制度』185頁（日本証券経済研究所、2000年）は、不正行為の

するように思われる。

戦前の取引所の実態は差金決済による先物取引が中心の投機的な市場であったとされており、現代の学説には、職業的な投機家が株式投機を行う市場においては、相場操縦は建前としては禁止であっても、実際には犯罪というより、いわば勝負の一手段という位置づけであり、たまたま露見した場合に刑事罰が科される程度に過ぎなかったと推測する見解もある⁽¹⁴⁾。確かに戦前には相場師と呼ばれる投機家も存在したが、株主はそれだけではなく、また、1880年代半ばから1890年代にはすでに株式による資金調達が一定程度見られ、その後も株式による資金調達は一定の割合で推移し、特に1920年代末以降、国内全株式取引所の時価総額の GNP (戦後は GDP) 比によると、当時のアメリカや戦後の日本と比較しても大規模なものであるなど、戦前の株式取引所の流通市場としての意義が見直されつつある⁽¹⁵⁾。

さらに、戦前においては、立法上、取引所の価格形成機能など、その経済的機能が重視されていた。例えば、明治20年制定の取引所条例(明治20年5月14日勅令第11号)は取引所の目的として、市価の平準化など取引所の機能を明定した(1条)。明治26年制定の取引所法は目的規定を置かなかったものの、学説は、取引所制度の改善点やあるべき規制を論じ、結果的に理念的で高邁な議論を展開し、そこでは、例えば取引所の経済的機能を広く論じ、価格形成機能や価格の平準化機能、保険機能などを重視した。政府は繰り返し限月の短縮を図るなど実物取引への誘導に努めていた。これらの議論や立法は、昭和18年制定の日本証券取引所法の目的規定における「公正ナル価格ノ形成」などの文言につながったとされる(1

禁止規定(金商法157条)について、このような指摘をされている。

(14) 竹内昭夫「第1章 総論」証券研究50号213-214頁(1976年)。

(15) 岡崎哲二ほか「戦前日本における資本市場の生成と発展」経済研究56巻1号15頁以下(2005年)、岡崎哲二「第4章 企業システム」岡崎哲二=奥野正寛(編)『現代日本経済システムの源流』97頁以下(日本経済新聞社、1993年)、「ワークショップ『戦前期日本の金融システムの構造と機能：資本市場の発展とその含意』の模様」金融研究31巻1号67頁以下(2012年)掲載の各論説、など。

条)。そもそも戦前の取引所法制は、当初より、取引所で形成される価格の経済社会における重要性に鑑み、これを「公定相場」と称していた（取引所条例29条、取引所法26条、日本証券取引所法55条⁽¹⁶⁾）。そのような中で虚偽の風説の流布等がどのように論じられていたのかについても注目される。

こうした経緯からすると、現代における風説の流布・偽計に係る問題を考察する際には、戦前における取引所法や刑法上の解釈を検証することも重要であると考え、ことにも相応の根拠があるように思われる。

そこで本稿においては戦前期の取引所法及び刑法における虚偽の風説の流布等について判例・学説を整理し、その意義を明らかにしたいと考える。

2 刑法及び取引所法における虚偽の風説の流布等の法的位置づけ

明治13年制定の旧刑法は、虚偽の風説の流布等に関する諸規定を「公益ニ関スル重罪軽罪」のうち「商業及ヒ農工ノ業ヲ妨害スル罪」として整理し（267条ないし272条）、例えば「虚偽ノ風説ヲ流布シテ穀類其他衆人需要物品ノ価値ヲ昂低セシメタル者ハ10円以上100円以下ノ罰金ニ処ス」と定めた（272条）。

公益に関する罪とは日本全国、公衆一般にとって有害な行為の類型であるところ、商業及び農工業は国家の富強に欠かせず、これが害されると国家にとっての害であると説明されていた⁽¹⁷⁾。こうした位置づけは旧刑法の草案に由来すると思われる⁽¹⁸⁾。本条は特に米相場への適用が強調され、株式は

(16) 以上の点は、特に注を付していない限り、拙稿「戦前の証券市場法制における公正な価格形成」静法19巻1号27頁以下（2014年）を参照。

(17) 高木・前掲注（4）337-338頁・717-718頁。これと同様に、直ちに社会一般の公益を害する類型であるともされていた（井上操『刑法〔明治13年〕述義 第二編（上）日本立法資料全集別巻126』4頁（信山社、1999年））。

(18) 草案はフランス語で執筆されており、同条の元となった草案303条は「公益に

穀類その他の需要物品には当たらず、株式には本条の適用がないとされていたが、相場の人為的操作自体は公益にかかわる問題と位置付けられていた。⁽¹⁹⁾

これに対して明治40年制定の現行刑法は、「商業及ヒ農工ノ業ヲ妨害スル罪」では適用範囲が狭いとし、信用毀損罪等（刑法233条）を定めた。⁽²⁰⁾ 判例は信用毀損罪について、経済的な信用の毀損を重視し、信用毀損罪は人の支払資力又は支払意思に対する他人の信頼に危害を加えることによって成立するとした（大判大5・6・1刑録22輯854頁、大判昭8・4・12刑集12巻413頁、など）。ここでは公益を害するという観点はないものの、経済的評価にかかわる犯罪と位置付けられたことから、虚偽の風説の流布等により経済的評価を貶められ、相場の変動につながった場合に、同条の適用の余地があったと推測される。

一方、取引所法大正3年改正は、「取引所ニ於ケル相場ノ変動ヲ図ル目的ヲ以テ虚偽ノ風説ヲ流布シ、偽計ヲ用ヒ又ハ暴行若ハ脅迫ヲ為シタル者ハ二年以下ノ懲役又ハ五千元以下ノ罰金ニ処ス」と定めた（32条の4）。「虚偽の」風説とされる点と、相場変動を図る目的のみが規定されている

関する重罪及び軽罪」の一つと位置付けられていた。*Projet de Code Penal pour L'empire du Japon*, Kokoubounsya, 1879, p.421, p.819。本書は無記名であるが、訳書として、ボアソナード＝森有礼・中村純九郎（訳）『ボアソナード氏 刑法草案註釈上巻』『同 下巻』（いずれも司法省）があり、草案303条の訳は、同書の下巻238頁に掲載されている。

なお、当時のフランス刑法419条及び420条自体は、公益に対する罪ではなく「個人に対する重罪及び軽罪」のうち「財産に対する重罪及び軽罪」の一つとして、詐欺罪、背任罪などとともに定められていた。中村・前掲注（3）143頁参照。

(19) 村田保『刑法註釈 再版 巻五』53頁（内田正栄堂、1881年）。明治11年5月に東京株式取引所、同年6月に大阪株式取引所が設立されたが、当初、株式はほとんど取引されず、公債の取引が中心であり、むしろ米穀流通の円滑化や米価の調整が当時の重要な政策課題となっていたことから、このような解釈に問題はなかったと思われる。例えば、野田正徳『日本証券市場成立史』27-40頁（有斐閣、1980年）を参照。

(20) 倉富ほか・前掲注（6）2208-2209頁。

点が、現行法と異なる。

本条の保護法益は公定相場の真正の保護にあり、取引所の相場への人為的な影響を防ぎ、真の需給の合致による相場を確保するものと論じられ⁽²¹⁾た。当時の弁護士には、本条を公共危険罪の一種であると論ずる者もあつ⁽²²⁾た。公共危険罪は現代にも存在する概念であるところ、当時から、不特定又は多数の人の生命、身体又は財産に対して危険を発生させる罪であると⁽²³⁾されていた。

さらに、戦前において市場犯罪を捜査した警察及び検察は虚偽の風説の流布などの市場犯罪の捜査に当たり、取引所の機能に配慮していた。すなわち、警察官による捜査・取調べの指南書は、取引所の作用は商品の需要と供給とを円満にし、時価の激変を緩和することにあるとし、取引所の発達⁽²⁴⁾が国の文明そのものにも影響するとして、取引所がこうした作用を発揮できるように検挙に努めるべきだとしていた。検察官は、取引所は経済上欠くことのできない公益機関であり、国家経済の中核、国民生活の本源であるから、取引所犯罪の検挙に力を注ぐべきであるとしていた。⁽²⁵⁾ 捜査機関が市場犯罪の捜査に当たり、取引所の経済的機能を理解し、その機能の確保のために捜査をしていた点も注目に値する。

(21) 岡實「取引所、保険、度量衡に関する警察に就て」警察協会雑誌170号12頁（1914年）、永田彦太郎「取引所法講義」名古屋財務研究会『取引所に於ける売買と関係法規』68頁（名古屋財務研究会、1927年）、鈴木・前掲注（11）200頁など、通説。なお、信用毀損罪等は3年以下の懲役又は1,000円以下の罰金であり、取引所法と処罰の程度が異なっている。

(22) 山口與八郎「財界攪乱事件と擬律の研究（下）」新聞4018号4頁（1936年）。

(23) 例えば、宮本英脩『刑法学粹』700頁（弘文堂書房、1935年）。

(24) 有松清治＝出口安二『犯罪捜査法』282頁（武俠出版、1930年）。

(25) 小山起三「取引所を中心とする犯罪の研究」司法省調査課『司法研究報告書集第5輯7』1頁（司法省調査課、1927）。検察官には、国家経済上の重要性のほか、投機熱や射幸心にも着目し、取引所は商品の需要と供給を円滑にし、相場⁽²⁵⁾の安定を図ることから国家経済上欠くことはできないが、相場の変動は投機熱や射幸心を煽るため、国家はその取締りを厳格にしていると論じる者もいた。大久保重太郎『犯罪手口の研究（司法研究報告書第20輯4）』178頁（司法省調査課、1935年）。

なお、虚偽の相場の公示等を禁ずる規定（金商法168条）も大正3年取引所法改正に由来する（大正3年改正取引所法32条の3）。すなわち、大正3年取引所法改正は「取引所ニ於ケル相場ヲ偽リテ公示シタル者」や「公示若ハ頒布ノ目的ヲ以テ虚偽ノ相場ヲ記載シタル文書ヲ作製シタル者又ハ之ヲ頒布シタル者」を「一年以下ノ懲役又ハ三千元以下ノ罰金ニ処ス」と定めた（32条の3第2号・3号）。同規定の保護法益についても、虚偽の風説の流布・偽計と同様に、公定相場の真正の保護にあると説明されていた⁽²⁶⁾。本条はドイツ法を継受したものと思われるところ、本条については別稿で論ずる。

取引所を公益機関と位置づけ、そこでの人為的な相場の操作は公益を害し、公定相場の真正を害するという戦前における議論は、そのような位置づけが国民全体の利益になるという前提がありつつ、市場の経済的機能を阻害すること自体を重視したものであるように思われ、投資家の利益や信頼を損なう不公正な取引としてこれを規制するという位置づけではないように思われる。金商法が市場の機能を正面から受け止め、その目的を「資本市場の機能の十全な発揮による金融商品等の公正な価格形成等を図ること（1条）とした現在においてこそ、こうした戦前における議論が顧みられてよいようにも思われる。

3 虚偽の風説の流布の意義

そこで、このような位置づけの下、戦前期において虚偽の風説の流布等の意義がどのように論じられていたのかを整理したい。

まず、戦前においては「虚偽の」風説とされた点が金商法とは異なる。この点、取引所法の解釈上、虚偽の風説を流布した者には、当該風説について虚偽であることの認識が必要であるとされていた⁽²⁷⁾。金商法の下でも風

(26) 鈴木・前掲注(11)200頁、岡・前掲注(21)12頁など、通説。

(27) 遠藤常壽『取引所に於ける取引の実情と之に関する法律問題の研究（司法研究

説が虚偽又は合理的な根拠のないことについての認識が必要とされ、どのような場合にそのように言えるのかが論じられているところ、⁽²⁸⁾戦前においては虚偽とされていたことから、この点が明解であったと思われる。

次に、虚偽の風説の流布は、現行刑法の下で、虚偽の事実を不特定多数の人に伝播させることをいうとされた⁽²⁹⁾（大判大5・12・18刑録22輯1909頁）。風説は被告人が自ら創作することを要せず、例えば経済界の事情に通じている人であれば誰もが風聞した内容や電車の待合室での話題でも、これを伝えた場合、虚偽の風説の流布に該当するとされた（大判大2・1・27刑録19輯85頁）。虚偽の風説の例として、個人所有の船舶が暴風により沈没し同人が損害を被ったという例や（大判大5・6・1刑録22輯854頁）、銀行の経営難（大判昭12・3・17刑集16巻365頁）⁽³⁰⁾などがある。また、流布について、風説は順次伝播されることから被告人はこれを数人に伝えれば足りるとされた（大判昭12・3・17刑集16巻365頁）⁽³¹⁾。現代では、例えば記者クラブにおいて風説が流布された事件がある（東京地判平8・3・22判時1566号143頁、など）。戦前においては「虚偽の」風説という絞りがかけられていた点に留意する必要があるものの、数人に虚偽の風説を伝えれば「流布」に当たるとし、これを広く解釈するかに思われる一般論は、現代の金商法においても同様の解釈の可能性を示すものとして意義を有するようと思われる。

取引所法学説には、虚偽の風説を真実ではない噂とし、流布を言い触らすこととするものがある。⁽³²⁾特に米に関して、時として甚だしい虚偽の風説

報告書集第5輯8）』404頁（司法省調査課、1927年）。

(28) 荒谷裕子「風説の流布をめぐる法的問題の考察」前田重行先生古稀記念『企業法・金融法の新潮流』348-350頁（商事法務、2013年）。

(29) 学説は、山岡萬之助『刑法原理』450頁（日本大学、1924年）など、多数。

(30) 本件の発生当時の新聞紙（「いはらき」昭和10年2月ないし4月）には、相場の変動を図ったとする内容の記事は掲載されていないようである。

(31) なお、大判大5・12・18刑録22輯1909頁は、不特定多数の人に伝播されることの認識を要するとする。

(32) 永田・前掲注(21) 68頁。

が流布され、これを規制する必要があるとされる⁽³³⁾。実際に旧刑法の下では虚偽の風説の例として、日本軍の出兵に伴う巨額の食糧の必要性や、大水害による米価の高騰などが挙げられていた⁽³⁴⁾。また、熊谷米穀取引所に対して、その相場に影響を与える東京米穀取引所の相場が偽って伝えられ、熊谷米穀取引所の相場が混乱した事件が起きた⁽³⁵⁾。旧刑法の下では、株式についても、虚偽の電報が発せられたことにより、株価が乱高下することがあった⁽³⁶⁾。

取引所法が適用された虚偽の風説には、株価の変動を目的として、会社所有船舶の沈没や（東京地裁予審決定大6・5・10新聞1258号7頁）、日本軍の出兵確定・シベリア独立・米国生糸禁輸等の風説が流布された例や、株価又は米価のいずれの変動を目的としたものかは明らかではないが、赤坂見附への爆弾の投下、東京への暴風雨の襲来などの風説も流布された⁽³⁷⁾。戦前においては、しばしば虚偽の風説が流布され、米と株式の価格が下落することがあったとされる⁽³⁸⁾。株式について、摘発の根拠法令が必ずしも明らかではないが、相場の変動を図る目的で虚偽の電報が発せられたと思われる例が複数みられ、例えば、山県有朋氏⁽⁴⁰⁾、武藤山治氏⁽⁴¹⁾、野村徳七氏⁽⁴²⁾などの

(33) 全国取引所同盟連合会幹事会・前掲注 (11) 414頁 [政府委員 (岡實) 発言]。

(34) 磯部四郎『改正増補 刑法 [明治13年] 講義 下巻 第二分冊 日本立法資料全集 別巻141』717頁 (信山社、1999年)。

(35) 「偽電米相場を狂はす」東京朝日新聞明治27年11月22日朝刊3頁、「熊谷電信技手の拘引」読売新聞明治27年11月22日朝刊3頁。

(36) 無記名記事「時事新報の偽電事件」東京経済雑誌876号884頁 (1897年)。

(37) 「第二の偽電事件か」読売新聞大正6年11月20日朝刊5頁、「偽電事件の犯人検挙」読売新聞大正6年11月22日朝刊5頁、「虚説流布者起訴されん」東京朝日新聞大正6年11月22日朝刊5頁。

(38) 有松=出口・前掲注 (24) 313頁。

(39) 「警視庁の大活動」東京朝日新聞大正9年5月26日朝刊5頁。

(40) 「古稀庵へ偽電 暗殺警告が頻々」東京朝日新聞大正10年11月18日朝刊5頁、「山公暗殺流言犯人」東京朝日新聞大正10年11月23日朝刊5頁、「偽電の犯人は昨日押へらる」読売新聞大正10年11月23日朝刊9頁。

(41) 「北濱を混乱の目的か 武藤山治氏死去の偽電」東京朝日新聞大正14年11月8日朝刊11頁、「偽電犯人は素人か」東京朝日新聞大正14年11月9日朝刊7頁、「武藤氏

戦前における著名人の逝去という虚偽の内容の電報が発せられた。また、ある会社の経営が悪化しているという虚偽の内容の電話がかけられ、同様の電報も発せられた例もあつた⁽⁴³⁾。なお、予審とは、旧刑事訴訟法（大正11年5月5日法律第75号）（以下、「旧刑訴法」という）に設けられていた制度で、被告人を公判に付すか否か決するため必要な事項を取調べる手続きであり、公判に付す場合、罪となるべき事実と適用法令が示された（295条、312条）。

このような虚偽の風説の流布が生じる背景として、取引所法の不備とともに報道機関の不備が指摘されていた⁽⁴⁴⁾。確かに、日本軍の出兵、海外情勢、著名人の逝去等の風説は、報道機関の充実により、その伝播を緩和ないし防止できたと思われるし、天候については気象観測技術も影響したであろう。一方、銀行の経営難が風説として流布した背景には、当時は現代の預金保険制度のような公的なセーフティ・ネットが存在せず、預金者の保護が取締役の対第三者責任などに期待され、必ずしも十分ではなかったこともあるように思われる⁽⁴⁵⁾。さらに、銀行の経営難に加えて、事業会社の経営の悪化や会社所有船舶の撃沈という風説は、情報開示制度の不備も影響したのではないかと考えられる。すなわち、取引所法は情報開示について規定を設けておらず、これは主に商法に委ねられていたところ、昭和25

急死の偽電犯人」読売新聞大正14年11月11日朝刊3頁、「武藤氏の偽電は株ゴロ」読売新聞大正14年11月13日朝刊3頁。

(42) 「偽電犯人は共謀か」東京朝日新聞大正15年6月22日朝刊7頁、「大阪から三通の偽電 けさ株屋街を驚かす」東京朝日新聞大正15年6月22日夕刊2頁、「兜町を荒した偽電犯人か」読売新聞大正15年7月15日朝刊3頁。

(43) 「偽電犯人の大捜索開始」東京朝日新聞昭和2年9月6日朝刊7頁、「市場を騒がせた嫌疑の十名」東京朝日新聞昭和2年9月8日朝刊7頁、「偽電事件 真相」東京朝日新聞昭和2年9月9日夕刊1頁。

(44) 佐野善作「改正取引所法及附属法令ニ就テ」法曹記事24巻7号28頁（1914年）。

(45) 拙稿「株式会社破綻時における株主責任および債権放棄の意義」徳島大学社会科学研究所19号41頁以下（2006年）、同「取締役の対第三者責任における『第三者』の意義」石山卓磨先生・上村達男先生選暦記念『比較企業法の現在』95頁以下（成文堂、2011年）。

年改正前商法は、公告の対象を貸借対照表のみとしていた（明治32年商法192条2項、昭和13年改正法283条2項）。他に、計算書類の本店備置とこれに対する株主・債権者の閲覧請求権（明治32年商法191条）・閲覧謄写請求権（昭和13年改正法282条）、定款・株主総会議事録・株主名簿・社債原簿の本店等備置と、これらに対する株主・債権者の閲覧請求権（明治32年法171条、昭和13年改正法263条）を定めるにすぎず、適時開示制度はなかった。この結果、風説によって有価証券や商品の価格が左右されやすい市場であったと思われ、虚偽の風説の流布を規制する必要性が高かったと考えられる。

4 偽計の意義

次に偽計についてである。旧刑法には価値の昂低に係る虚偽の風説の流布は定められていたが、偽計には同様の規定はなかった。偽計については、例えば「偽計又ハ威カヲ以テ穀類其他衆人ノ需用ニ欠ク可カラサル食用物ノ売買ヲ妨害シタル者ハ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ処シ三円以上三十円以下ノ罰金ヲ附加ス」との定めが設けられていた（267条1項）。

「偽計」は当時のフランス刑法414条が用いていた“*manoeuvre frauduleuse*”の訳語である。当時、フランスの学説が、これを漠然とした用語であるとしてみだりに拡張すべきではないと論じていたことを参照しつつ、わが国の学説は、これを詐欺に限るか否かについて、フランスにおける偽計の実際の適用例が詐欺に限定されていないことなどを根拠に、詐欺以外の不正な手段も含むとした⁽⁴⁷⁾。現行刑法の下でも、学説には、偽計を不明解な用語であるとし、当時フランスではこれを詐欺であることを要

(46) 拙稿「公開会社法としての戦前会社法」上村達男（編）『企業法制の現状と課題』61-62頁（日本評論社、2009年）。旧銀行法（昭和2年3月30日法律第21号）による公告も貸借対照表のみであった（11条）。

(47) 勝本・前掲注（3）416-418頁。策略を用いて人を己の術中に陥れることとするものもあった。高木・前掲注（4）719頁。

すると解していたことを紹介しつつも、誘拐罪等（刑法224条以下）は欺罔と誘惑とを包括し、また誘惑罪⁽⁴⁸⁾（248条）が規定されているとして、これらの規定との関係から詐欺に誘惑を加えると主張するものがあつた。また、詐欺の場合には相手方が錯誤に陥ることまでは要しないとするものもあつた。通説は偽計を単純な詐言を除き、他人を害する目的でなされる権謀術数であると論じており⁽⁵¹⁾、広範な解釈をしていると評価されて⁽⁵²⁾いた。戦前においても現代と同様、罪刑法定主義は一般に重視されており、その一方、学説は立法当初から偽計の意義を広く解釈していたといえるように思われる。この点、現代の刑法学説上、偽計の概念は判例によって広げられてきたとの指摘もみられる⁽⁵⁴⁾。

(48) 当時の刑法248条は現在の刑法とほぼ同様の規定である。

(49) 牧野英一「業務妨害罪における偽計」『刑法研究 第四』380-385頁（有斐閣、1933年）（以下、「牧野（偽計）」という）。同『刑法通義』320-321頁（警眼社、1910年）、山岡・前掲注（29）450-451頁は、詐欺に加えて人心を幻惑する術策を含み、人心を幻惑すれば詐欺に当たらない贈与やその約束等も偽計に当たるとする。誘惑は幻惑と同様の趣旨ではないかと思われる。

(50) 岡田庄作『刑法原論 各論〔増訂第15版〕』530頁（明治大学出版部、出版年不詳）。

(51) 泉二・前掲注（9）1430-1431頁、など。

(52) 牧野（偽計）・前掲注（49）381頁。

(53) 旧刑法は「法律ニ正条ナキ者ハ何等ノ所為ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ス」と明定した（2条）。現行刑法はこれを削除したものの、通説は、罪刑法定主義を当然の要求であるとして肯定した（宮本・前掲注（23）112-118頁、など）。一方、少数説であつたものの、罪刑法定主義に懐疑的な主張もみられた。牧野英一『日本刑法〔増訂版〕』52-59頁（有斐閣、1926年）。

(54) 山口厚『刑法各論〔第2版〕』163-164頁（有斐閣、2010年）。

現代の刑法学説は本条の解釈が拡大されてきた理由として、業務妨害罪が様々な機能を果たしていることのほか、判例が業務妨害罪を危険犯と解してきたことを挙げている（京藤哲久「業務妨害罪（上）」法セ460号87頁（1993年））。戦前に判例が業務妨害罪を危険犯と解した例として、大判昭11・5・7刑集15巻573頁。大審院判事であつた草野野一郎氏は、大判大5・6・26刑録22輯1153頁、大判昭8・4・12刑集12巻413頁もこれに加えている（同「判批」新報46巻11号105頁（1936年））。なお、信用毀損罪についても後述のように、信用毀損の結果を生じる必要はないとされていた。

現代において、罪刑法定主義の観点から金商法上、慎重に運用されている規定として、例えば、不正行為の禁止規定が挙げられる(157条)。本条はアメリカの1934年連邦証券取引所法規則10条b項5号に由来し、アメリカにおいて様々に論じられているところ⁽⁵⁵⁾、学説にはアメリカ法との比較などからその意義について論ずるものもある。戦前において刑法上の偽計に係る判例は以下のように一定数みられることから、刑法学説も偽計の意義を論じやすかったものと思われるが、刑法学説が用語の曖昧性を認識しつつ、外国法の解釈等を参考に日本法上これを広く解釈しようとしていた姿勢は注目される。

現行刑法は信用毀損罪等に係る偽計を定めている。判例は、偽計を権謀術数を用いることであるとし(大判明43・2・3刑録16輯147頁)、例えば、他人の漁業を妨害するため、漁場に障害物を沈め漁網を破損させた行為や(大判大3・12・3刑録20輯2322頁)、支配人が会社の有する商品販売権を奪う目的で、提携先業者に対し、会社が同人に営業を譲渡したとの虚偽の事実を記載した文書を送付した行為(大判大14・10・21刑集4巻667頁)、ある業者が自らの販路拡大のため他の業者が不良品を販売していると誹謗した文書を取引先に送付した行為(大判昭9・5・12大刑集13巻603頁)などが偽計に当たるとした。これらには虚偽の風説の流布とも言えそうな例が含まれるところ、学説は、虚偽の風説の流布を偽計の一種であると解してい

これに対して現在の刑法学説は、業務妨害罪を侵害犯と解し、業務妨害に支障が生じることを要求する見解が多数になりつつある。中山研一『刑法各論』152頁(成文堂、1984年)、大谷實『刑法講義各論〔新版第4版補訂版〕』146頁(成文堂、2015年)、曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』75頁(弘文堂、2012年)、京藤・同上88頁・注3、など。

(55) 例えば、黒沼悦郎『アメリカ証券取引法〔第2版〕』96-97頁・116-129頁(弘文堂、2004年)。

(56) 岸田雅雄(監)『注釈金融商品取引法 第3巻』4-6頁〔久保田安彦〕(金融財政事情研究会、2010年)、など。最高裁は本条の「不正の手段、計画又は技巧」(1号)に関し、「不正の手段」を合憲であるとしている(最決昭40・5・25集刑155号831頁)。

(57)
た。

さらに、新聞社を経営していた被告人が別の新聞社から購読者を奪う目的で、他紙と体裁等を酷似させた新聞紙を発行した事件において、大審院は、法令が禁止していない行為であっても犯罪の手段として行われ犯罪が成立する場合、すなわち新聞紙の体裁の変更が他の行為と抱き合わせて業務を妨害する場合、この行為は偽計に当たるとした（大判大4・2・9刑録21輯81頁）⁽⁵⁸⁾。

上述のように取引所法における偽計の解釈について、戦前のテキストには、これを刑法に委ねるものがある。刑法上、適法な行為であっても偽計に当たりうるとする判旨は、戦前の取引所法の解釈に当たっても、先例として尊重されていた可能性がある。その場合、この判旨は現代の資本市場にとっても極めて重要であるように思われる。例えば、株券が発行されていた平成17年改正前商法の下で、株式が短期間で合計1万分割され、株価が上昇した例があるところ、当該株式分割を違法であると言いつらいとしても、その実施が相場の変動を図る目的によるものであったことを認定できれば、当該分割を相場変動目的の偽計に当たるといえたように思われるためである。このように刑法上の偽計の解釈は、現代の金商法に対しても示唆を有するよう思われる。⁽⁵⁹⁾

一方、取引所法上、偽計はあまり論じられていないところ、これを人を欺く計略とするものがある。⁽⁶⁰⁾

戦前の判例掲載誌を探索したところ、取引所法の偽計の適用を確認でき

(57) 江家義男『刑法各論（下巻）』101頁（東山堂書房、1937年）、など。

(58) 現代的には経済法領域の問題であるようにも見える。旧不正競争防止法は昭和9年に成立した（昭和9年3月27日法律第14号）。

(59) 当時、当該株式分割は相場の変動を図る目的をもってなされたと考えられており、少数ではあったが、証取法上、偽計に当たるとともに、商法違反であると論じられていた。上村達男「ライブドア事件」世界750号25頁以下（2006年）、上村達男＝中東正文「ライブドア事件から何を学ぶのか」法学セミナー617号49頁以下（2006年）、など。

(60) 永田・前掲注（21）68頁。

た判例は、今のところ 1 件である（大判大 4・6・1 判例集未搭載、原審は佐賀地判大 4・3・18 判例集未搭載⁽⁶¹⁾）。本件では被告人 2 名が共謀し、佐賀米穀取引所の相場の変動を図る目的で、うち 1 名が、同取引所の相場に影響を与える大阪米穀取引所の相場について、これを佐賀に知らせていた大阪急報社が用いる暗号により、大阪から佐賀米穀取引所の仲買人に対して、実際の相場よりも高値の虚偽の電報を発したものである。被告人のうちもう 1 名は当該電報の影響で佐賀米穀取引所の相場が高値となった段階で、事前に安値で買い付けた米を売り抜けていた。本件ではこれらの行為に対して、取引所法のほか虚偽の電報を發する行為を罰する電信法（明治 33 年 3 月 14 日法律第 59 号）33 条 1 項が適用され、被告人のうち 1 名は懲役 6 か月、もう 1 名が罰金 50 円に処せられた。

電信法は、虚偽の風説が電報によって流布された場合にも適用された。すなわち、被告人らが相場の変動を図る目的で、日本郵船の船舶が沈没したとの虚偽の内容の電報をその出港地から新聞社宛てに發した行為が、取引所法上の虚偽の風説の流布に当たるとともに、電信法に違反するとされた。本件では被告人らが日本郵船所有の汽船一艘がニューヨーク付近で沈没したとの虚偽の事実を訴外 2 名等に通知した行為も虚偽の風説の流布に当たるとされた（前出の東京地裁予審決定大 6・5・10 新聞 1258 号 7 頁）。第 1 審では被告人のうち、2 名に対して懲役 2 年、1 名に対して懲役 1 年、

(61) 判決文の入手に当たっては、最高裁判所事務総局及び佐賀地方検察庁の多大なご協力を得た。本判決の判決文は大正 4 年時点で未刊行の判例掲載誌を含め、大審院刑事判決録、法律新聞、日本法律新聞、法律評論、判例彙報、法律弘報、大審院判決全集、最近判例集、法律日日、株主協会時報、日本警察新聞、警察協会雑誌には掲載されていないようであり、判例集未搭載と判断した。

なお本件で、虚偽の風説の流布は偽計の要件であるが本件では虚偽の風説は流布されていないとの上告理由に対し、大審院は、虚偽の風説の流布は偽計の要件ではなく、虚偽の風説の流布、偽計、暴行又は脅迫のいずれかがあれば足りるとした。無記名記事「相場電報の偽計」新聞 1023 号 14 頁に概要が掲載されている。

(62) 電信法 33 条 1 項は「自己若ハ他人ニ利益ヲ與ヘ又ハ他人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ虚偽ノ電報ヲ發シタル者ハ一月以上五年以下ノ重禁錮ニ処シ五十円以下ノ罰金ヲ附加ス」と定めていた。

2名に対して懲役4か月、1名は証拠不十分で無罪という判決がそれぞれ下り、また、控訴は棄却された。⁽⁶³⁾ 当時の新聞報道によると、電報は新聞社の暗号に拠っていた。⁽⁶⁴⁾

これらの例では、一方には偽計が適用され、他方には虚偽の風説の流布が適用された。いずれの事例においても被告人らは共謀のうえ、遠方へ赴き、所定の暗号を使用して電報を発しており、いずれの事例においても人を欺く計略あるいは権謀術数を用いたといえそうである。相違は、偽計が適用された例では、商品の値上がりの事実自体はあり、電報においてその程度を過大に伝えたものであるのに対し、虚偽の風説の流布が適用された例では、事実自体が存在していないという点である。とはいえ、前者にも虚偽の電報を発した行為を罰する電信法が適用されたことから、電報の内容が虚偽であると評価されたものであり、これを発することは虚偽の風説の流布であるともいえるように思われることから、裁判例2件の相違は必ずしも明らかではない。いずれにせよ、偽計は広範な概念として理解されており、包括的・一般的な不公正取引規制を担っていたことは確かである。

5 その他の構成要件に関する議論にみる市場規制の特徴

旧刑法の下では、虚偽の風説の流布と価値の昂低との間に因果関係が必要であると考えられるとともに、価値の昂低は様々な要因によって生じることから、因果関係の証明は極めて困難であるとされていた。また、価値の昂低が構成要件であるところ、相場がどの程度変動すればこの要件を満

(63) 第1審判決は東京地判大6・7・16判例集未搭載、控訴審判決は東京控判大7・3・12判例集未搭載であると推測される。「偽電事件判決」新聞1284号10頁、「偽電事件棄却」新聞1379号20頁を参照。本判決も注61の各判例掲載誌に掲載されていないように思われる。なお、判決文はすでに廃棄され、東京地方検察庁に保存されていなかった。

(64) 「悪説流布の犯人三名送らる」東京日日新聞大正6年3月31日朝刊7頁。

たすのかが曖昧であるとされたことから、旧刑法が定めた虚偽の風説の流布の規定は適用が困難であると論じられていた。⁽⁶⁵⁾ こうしたことから旧刑法の改正案は、虚偽の風説の流布に係る規定を削除すると同時に、「物価ノ昂低ヲ生セシメ若クハ妨クル為メ暴行、脅迫又ハ偽計ヲ以テ米穀其他衆人ノ需用ニ欠ク可カラサル食用品又ハ薪炭油ノ船積、陸揚若クハ運輸、売買ヲ妨害シタル者ハ一月以上六月以下ノ有役禁固及ヒ十円以上百円以下ノ罰金ニ処ス」と定めることを提案した時期があった⁽⁶⁶⁾ (278条1項)。ここでは、一個人の私的利益を害した場合には損害賠償請求をすればよいとして、一個人のみへの影響ではなく、ある地方の物価に高低を生じさせたときに処罰対象となることが強調されていた。⁽⁶⁷⁾ 一方で、因果関係の立証は、検察官は虚偽の風説が流布された事実と相場が昂低した事実を立証するのみで足り、これに対して被告人がその昂低は自己の行為によるものではないことを反証する地位あると論ずる学説もあつた。⁽⁶⁸⁾

後者の学説は、因果関係について客観的な事実の立証で足りるとするも

(65) 宮城浩蔵『刑法正義 下巻』555-556頁 (講学会、1893年)、磯部・前掲注 (34) 718頁・721頁。

明治38年に旧刑法の関連規定が2件、適用されたとされる (内田文昭=山火正則=吉井蒼生夫編著『刑法 [明治40年] (7) 日本立法資料全集27巻』215頁 [政府委員 (倉富勇三郎) 発言] (信山社、1996年)、倉富ほか・前掲注 (6) 1983頁 [政府委員 (倉富勇三郎) 発言])。この点、司法省大臣官房文書課『日本帝国司法省 第三十一 刑事統計年報 明治三十八年』117頁 (司法省法務局、1907年) 掲載の事件数の表によると、「偽計及威力ヲ以テ穀類其他衆人ノ需用ニ欠ク可ラサル食用物ノ売買ヲ妨害ス」が1件、「偽計及威力ヲ以テ農工ノ業ヲ妨害ス」が1件、存在する。前者は旧刑法267条、後者は同269条に相当するものと思われる。いずれも虚偽の風説の流布を罰する規定ではない。適用事例は明らかではないが、当時から、偽計については適用がなされていた可能性がある。

(66) 「改正刑法草案」『改正刑法草案 改正刑法案説明書』131-132頁 (岡島真七、1891年)。

(67) 「改正刑法案説明書」『改正刑法草案 改正刑法案説明書』58-59頁 (岡島真七、1891年)。

(68) 岩野新平=勝本勘三郎『刑法講義 各則』401頁 (明治法律学校、出版年不詳)、勝本・前掲注 (3) 438-439頁。

のであるところ、その後、明治26年に取引所法の下でも外形を重視する主張が見られた。例えば、警察は捜査に当たって、虚偽の風説が米又は特定の株式について価格を下げるものである場合、先物取引においては米又はその特定の株式を売付けておき相場下落により利益を得ようとするものであると断定し、情報が取引所に伝わった際又はそれ以前における取引員の出来高を調査して、最も多く売建をした取引員からその顧客中最も多く売注文を出した者を調べ、これと同時に、風説の材料を話した者を捜査し、最も多く売付けをした取引員と虚偽の風説をなした者との間の関連を捜査し、その際、噂の出所が伝聞であるとか、立話を聞いたといった主張は取り上げないと論じられた。⁽⁶⁹⁾ なお、ここでは米と株式についての先物取引を前提に論じられている。戦後、特に商品先物市場における人為的な価格操作について、その存在が噂されながら十分に摘発されていないことと比べると、やや対照的であるように思われる。⁽⁷⁰⁾

因果関係に関する学説の主張やこうした捜査方法は、一定の外形をもって立証が足りるとするものである。現在、風説の流布・偽計に関する相場変動の目的について、行為者の自白がない限り、行為者の動機その他の状況証拠から総合的に認定せざるを得ないとし、状況証拠を含めた認定をするものと論じられている。⁽⁷¹⁾ そもそも相場操縦規制は市場の生理に反する異常な現象を抽出しながら、特に行為の外形に着目して違法行為を認定するという側面がある。⁽⁷²⁾ 確かに現実取引による相場操縦は誘引目的という主観的要素のある売買取引を禁止するものであるが、例えば、仮装取引と馴合取引は、同一時期・同一価格といった外形を伴う不自然な取引である。⁽⁷³⁾ 戦

(69) 有松＝出口・前掲注(24) 314-315頁。

(70) 今川嘉文『相場操縦の法理』295頁(信山社、2001年)、松岡啓祐「米国商品先物市場における相場操縦規制の最近の展開について」奥島孝康先生古稀記念『現代企業法学の理論と動態 第1巻 下篇』1007頁以下(成文堂、2011年)。

(71) 神崎克郎「風説の流布」法教180号3頁(1995)、松井秀征「判批」ジュリ1279号149-150頁(2004年)。

(72) 上村達男「新体系・証券取引法(第8回)流通市場に対する法規制(五)相場操縦」企会54巻1号136頁(2002年)。

前における虚偽の風説の流布も、虚偽の情報が伝播されるという外形のある行為であることから、戦前の学説や捜査機関はその行為の外形や客観面を重視することができたものと思われる。市場において一定の外形を伴う行為の違法性を認定する際には、行為の外形に配慮しつつなされるべきであろう。

なお、相場変動の目的の立証について、取引所法の下では、論じられていないようである。取引所法の下では、虚偽の風説の流布等は相場を変動させる目的のあることが必要な目的犯であるとされ⁽⁷⁴⁾、「相場」とは、需要と供給との関係によって現れる価格の上下を指し、その変動を図るとは、需要と供給との関係に変動を与えることを画策することをいうとされた⁽⁷⁵⁾。但し、実際に相場が変動したという結果の発生は必要なく、相場の変動を図ることだけを目的としていれば足り、また、不当に利得する目的は要しないとされた⁽⁷⁶⁾。この点、信用毀損罪についても同様に、現実に信用毀損の結果を生じる必要はないとされていた(大判明44・4・13刑録17輯557頁、大判大2・1・27刑録19輯85頁)⁽⁷⁷⁾。

6 虚偽の風説の流布・馴合取引と詐欺罪

戦前において、取引所法における虚偽の風説の流布等が規制されたのは、上述のように、取引所の有する公益性が強調され、取引所における公定相場の真正そのものを保護するためであった。そこでは、虚偽の風説の流布等を公共危険罪と位置付けるものもあった。

その一方、詐欺罪の適用も主張されていた。理論全体の一貫性を欠くよ

(73) 上村・前掲注(72)137頁。

(74) 遠藤・前掲注(27)404頁。

(75) 平出禾『戦時下の言論統制』117頁(中川書房、1942年)。

(76) 山口・前掲注(22)4頁、遠藤・前掲注(27)404頁、平出・前掲注(75)117頁、など。

(77) 現代においても結果の発生は不要とされる。山口・前掲注(54)154頁。

うにも思われるが、これは公定相場の真正が損なわれると社会に甚大な被害をもたらすため、その抑制のため厳罰化すべきと主張されたものであり、虚偽の風説の流布等、虚偽の相場の公示等のほか、現代的に馴合取引に当たる行為がその対象とされた⁽⁷⁸⁾。厳罰化は法改正によるべきであったと思われるが、この主張自体は、取引所の価格形成機能を重視したものであった。取引所法上、虚偽の風説の流布・偽計は2年以下の懲役又は5,000円以下の罰金に処せられたのに対し（32条の4）、刑法における詐欺罪は、10年以下の懲役とされていた（刑法246条）。

馴合取引は戦前においては「盥廻し」「盥廻し売買」「盥廻し詐欺」などと呼ばれていた⁽⁷⁹⁾。株式の盥廻しに詐欺罪が適用された事件で、被告人らが懲役2年から10か月を科された例がある⁽⁸⁰⁾。本件で被告人らは組織的な取引所市場ではなく場外市場において馴合取引を行い、人為的な価格を形成したうえ、特定の投資者に対し直接買い注文を出すよう勧誘していた。場外市場とは、取引所の取引員又はそうではない者（現物屋）の店頭における有価証券の売買をいい、本件当時、取引所外のこれら業者は、取引所関連法規の適用対象外であった⁽⁸¹⁾。盥廻し自体は有価証券の取引のみならず、自動車、不動産、骨董品などの一般的な取引関係でも問題になっていた概念⁽⁸²⁾であり、これを取引所外の有価証券取引の規制にも用いたのであった。

これに対して、取引所取引に対しても、詐欺罪の適用が主張されていた。すなわち、上述の取引所法の偽計が適用された例で（佐賀地判大4・

(78) 山口・前掲注(22) 5頁、など。

(79) 遠藤麟太郎『財政経済私言』263-264頁（日本評論社、1926年）、中村義正『犯罪予防の話 詐欺』62-65頁（博文館、1927年）、など。

(80) 刑事協会（編）『香川県犯罪検挙録』152-157頁（刑事協会、1934年）。

(81) 松本信次『証券市場の常識』166-171頁（千倉書房、1941年）。昭和13年制定の有価証券業取締法（昭和13年3月29日法律第32号）は場外市場における有価証券業に免許制を導入した（2条）。

(82) 南波三三郎『最新 犯罪捜査法』285-286頁（松華堂、1919年）、恒岡恒『犯罪と其の予防』278-280頁（松華堂書店、1935年）、飯澤高「知能犯の諸相と其の避難防衛」『防犯科学全集 第5巻 知能犯篇』358-360頁（中央公論社、1935年）、など。

3・18判例集未搭載)、検察官は、被告人が相場の変動に乗じて仲買人に売買を委託し、一定額の利益を得、同額を取引の相手方から騙取したと主張した。判決文には取引の相手方の個人名が記載されていることから、捜査⁽⁸³⁾によりこれを特定したものである。裁判所はこの主張について証拠不十分としたが、詐欺罪の適用自体を不適切としたものではないことから、取引所取引に対しても詐欺罪が適用される可能性があったと思われる。虚偽の風説の流布等では規制できない相場操縦に加えて、取引所法における偽計の適用例についても、同時に詐欺罪の適用が主張されていたものであり、現代の金商法とは異なり、十分な相場操縦規制が整備されていない戦前の法規制の下では、一般法が取引所法を支えていたといえ、これにより市場における規制のエンフォースメントの実効性が高められていたように思われる。

戦前においては現代のように情報通信技術等が発達していなかったため、実際には被害者を特定することが困難であったと思われる。当時の弁護士は、取引所法は特別法であるからといって一般の刑罰規定である刑法の適用を排除すべきではないとしつつも、人為的に相場を変動させ利得する犯罪は特殊な性質の犯罪であって、被害者の特定に重きを置く必要はないとし、むしろこうした事件でこそ法律の発動が求められること、判例は錯誤に陥った者と財産上の損害を受けた者との同一性を要しないとしている⁽⁸⁴⁾こと、世間を欺き利得する行為であって、社会的に誤信があれば被害者がいるといえることから、被害者が特定されていなくても詐欺罪を適用できると論じた。⁽⁸⁵⁾

ここでは、まずは訴因の特定の程度が問題になると思われる。旧刑訴法は「公訴ヲ提起スルニハ被告人ヲ指定シ犯罪事実及罪名ヲ示スヘシ」(291

(83) 佐賀地方検察庁で判決文を閲覧した際には、被告人以外の氏名は伏せられている。被告人の氏名は、無記名記事・前掲注(61)14頁に記載されている。

(84) 大判大5・6・24刑録22輯1017頁、大判大9・11・17刑録26輯837頁、など。

(85) 山口・前掲注(22)4頁・6頁。

条1項)とし、同条2項で被告人の氏名が分からない場合、容貌、体格等で足りるとしたところ、学説は被害者の特定の程度については論じていない⁽⁸⁶⁾ようである。次に、戦前においても学説は、詐欺罪は不特定多数者に対しても成立するとしたもの⁽⁸⁷⁾の、判例は詐欺罪の適用に当たり、加害者と被害者との間で個別に欺罔行為を認定しており（大判明44・10・26刑録17輯⁽⁸⁸⁾1769頁）、結果的に被害者の特定が求められていた。当時の弁護士の主張には判例に即していない面もあり、そのため根拠として主張できそうな点をできる限り列挙したものである。

戦前においては虚偽の風説の流布等を罰する規定しかなかったため相場操縦は十分に規制できていなかったとする評価もみられる⁽⁸⁹⁾。しかし、取引所法よりも処罰の重い刑法の詐欺罪の適用も主張され、実際に適用された例や、電信法の処罰規定が適用された例もあり、エンフォースメントの実効性を高める努力はなされていた。このような積極的な法運用の試みがなされていたことは大いに注目すべきであるように思われる。

7 結びに代えて

以上、戦前における取引所法及び刑法上の虚偽の風説の流布等について検討してきた。取引所における虚偽の風説の流布等は旧刑法の下で公益に関する罪、すなわち公衆一般にとって有害な犯罪類型と位置づけられていた。大正3年に取引所法が改正され、取引所法上、規定が設けられたのちも真の需給の合致による相場の確保が重視され、公共危険罪の一種と位置付ける主張もみられた。ここでは市場の公共性に配慮がなされており、人為的な相場の操作をいわば市場の機能を阻害する行為とみていたように思

(86) 小野清一郎『刑事訴訟法講義』368頁（有斐閣、1937年）、など。

(87) 泉二・前掲注（9）920頁、など。

(88) 罪数に関する判例である。戦前から現代に至る判例の経緯について、家令和典「判批」曹時65巻2号263頁以下（2013年）、など。

(89) 藤田国之助『証券取引制度論』278頁（ダイヤモンド社、1962年）。

われる。そうした戦前における規制の特徴として、以下の点が特に注目される。

第一に、刑法学説は罪刑法定主義を論じ、刑法上の偽計を不明解な用語であるとする一方、フランス法上の理解等を参照し、これを広く解釈していた。曖昧に見える概念であっても、外国法上の議論を参考に、わが国の法規制の下でその意義を明らかにしようとする姿勢は極めて重要であるように思われる。

第二に、偽計について、業務妨害罪に係る判例が、刑法上、適法な行為であってもこれにより業務が妨害された場合、偽計に当たる場合があるとし、他方、取引所法学説及び立法上、取引所法の偽計の解釈は刑法上の説明に倣うとされていた点が注目される。すなわち、取引所法上も、適法な行為であっても偽計に当たると解されていた可能性がある。こうした理解は少なくとも金商法においては見られないように思われる。近年、いわゆる不公正ファイナンスに対する偽計の適用例が増えているところ、戦前におけるこのように解釈は、現代において偽計の適用可能性を一層広げるものであり、注目される。

第三に、詐欺罪により取引所外の市場における馴合取引を規制し、また、取引所法の偽計が適用された例においても詐欺罪の適用が主張されていた点が挙げられる。現在、組織的な市場における相場操縦規制が重視されており、詐欺罪の適用が顧みられることは少ないように思われる。現代においては課徴金の運用が盛んであり、不公正取引ないし市場阻害行為への適用例も多々見られる⁽⁹⁰⁾。確かに課徴金の賦課は刑事罰より迅速な処分が可能で、市場の機能の維持に不可欠な制度であり、あえて詐欺罪を適用する必要性は低下していると思われる。とはいえ課徴金の運用が目立つ現状と比較すると、市場の機能維持のため、適用の可能性がある法令を解釈によって積極的に用いようと努めていた戦前の主張は、むしろ新鮮に見え

(90) 金融庁ホームページ <http://www.fsa.go.jp/sesc/jirei> (2019年1月9日アクセス) 参照。

る。また、場外市場における馴合取引に詐欺罪を適用していたことは、店頭市場における馴合取引の規制や、今後、金商法の相場操縦規制の適用が解釈上、困難に思われる事例が生じた際の規制のあり方として、大いに参考になるものとする。

第四に、そうした法運用の背景には、取引所立法も学説も取引所の経済的機能を重視していたこと、これを受けて、当時、取引所犯罪の取締りに当たっていた警察・検察も取引所を一国の経済に欠かすことのできない公益機関であり、国家経済の中核、国民生活の本源であるとし、その国民経済的意義を十分に認識したうえで捜査を行っていたことが挙げられるように思われる。現在、証券取引等監視委員会が市場の監視に当たっている。同委員会が設置された背景には、「証券市場にとっては取引集中とリスク資金による公正な価格形成がその命」であって「円滑な取引の成立を確保するためのルールと、公正な価格形成を阻害する行為を排除するためのルールがなければならない」との認識⁽⁹¹⁾があった。市場犯罪の取締りに当たって市場の機能を中心に据える場合、まさにこうした機能の確保に向けた監視が重視されるであろう。

第五に、戦前に取引所犯罪を捜査していた警察は、虚偽の風説の流布の摘発に当たって、行為の外形を重視していた。現代の金商法上、現実取引による相場操縦は誘引目的という主観的要素のある売買取引を禁止するものであるが、仮装取引や馴合取引は一定の外形を伴う取引を禁ずるものである。そうした外形を伴う相場の人為的操作については、行為の外形に着目して違法行為を認定すべきであろう。

戦前の取引所法制は現代の金商法に比べると、必ずしも十分な規定を有しておらず、取引所の実態も差金決済による先物取引が中心の投機的な市場であったとされる。取引所法を一般法規である刑法が支える市場規制も、取引所法が定める相場の人為的操作に係る規定の整備が不十分であっ

(91) 阪田雅裕『証券取引等監視委員会—日本版 SEC の誕生』序3-4頁〔小川是〕（大蔵財務協会、1993年）。

たことによるものであるように思われる。しかし、そうした法運用が市場における規制のエンフォースメントの実効性を高めることにつながっていたとも思われる。戦前における取引所は流通市場として相応の機能を果たしていたとの分析もあり、以上のような戦前の虚偽の風説の流布・偽計に関する議論は、未成熟な市場における議論として軽視することも適切ではないように思われ、戦前と同様に、公正な価格形成が重視される現行法の下においても、参考にされるべきであろう。戦前の瑞々しい法運用ないしその模索の姿勢に学ぶべきことは多いように思われる。