



消费者保护与刑事法

[日]松原芳博 陈家林

一、刑事法对消费者保护的概况

消费者为了得到商品和服务而与事业者订立合同。于是，在契约自由的原则下，消费者被视为自由平等的交易主体。对这种自由对等的交易，在刑事法上主要由诈骗罪（刑法246条）来加以保护。

但是，随着大量生产、大量消费社会的到来，科学技术的高度发展，经济体制的复杂化，社会向高度信息化社会过渡，在信息量和判断能力方面，消费者很难与事业者成为对等的交易主体，由诈骗罪来进行市民法式的保护变得不充分。如后所述，成立诈骗罪以“欺骗他人”为要件，而利用消费者知识的不足，迷惑消费者，巧妙地进行诱导的恶劣经商手段行为，在法的意义上还不能说是欺骗他人的案例，或者说，对“欺骗他人”的行为及“欺骗他人”的意思很难进行举证的案例也为数不少。而且，诈骗罪，对个别具体的交易必须等到发生财产损害的结果才能够处罚，而对以不特定多数的消费者为对象的恶劣经商事件，看到有老鼠会（无限连锁会一译者注）的场合就可以明了，如果等到对每个消费者都发生财产损害的结果才处罚则失之过迟。于是，根据出资法、防止无限连锁法、特定交易法、证券交易所法、商品预托交易法、投资顾问业法等行政刑法或者（狭义的）经济刑法，对一定行为本身加以禁止，或者对其方法加以规制。此外，从为消费者提供正确的情报的观点出发，由防止不正当竞争法、反垄断法、防止不当奖品类及不当宣传表现法、食品卫生法、农林物资规格化及品质表示适正化法（JAS法）等对广告、宣传、表示等加以规制。

以上，主要是与保护消费者的经济利益有关的内容，这以外，对消费者的生命健康的保护也是重要的课题。关于这一点，成为问题的主要是食品与医药品的安全性。最近，对血友病患者注射混有艾滋病（HIV）病毒的输入非加热制剂，导致患者因艾滋病发作而死亡的所谓药害艾滋病事件，一方面对制药公司干部及厚生省的科长以业务上过失致死罪判决有罪、另一方面对大学附属医院的校长作出了无罪判决。有关消费者的生命健康，在刑法之外，主要由食品卫生法、药事法、医事法进行保护。

由于本次研讨会的总题目是“经济刑法”，所以以下打算以保护消费者的经济财产利益为限加以论述。这其中，与资产增值或者资产形成有关的活动，如果是一般国民以个人身份进行的话，也无非是消费者的营利活动，所以打算包括在论述范围之内。

二、著名的恶劣经商事件与诈骗罪

刑法上的诈骗罪（246条），一般来说，要具备（1）欺骗他人，（2）使他人基于错误而实施处分行为，（3）给他人造成财产上的损害。可是，关于这些要件的具体内容，存在各种各样的理解，其内涵并不一定明确。以下，以与恶劣商业手法有关的几个有名事件为材料，对由诈骗罪来加以保护的可能性与局限性加以检讨。

首先，以采用贩卖商品的形式，把现物寄存在卖方而不交给顾客的所谓“虚拟商品推销法”（纸片推销法）的丰田商事事件为例加以说明。

丰田商事，自1981年成立以来，以高龄者和主妇为对象，采用缔结被称为有利增殖方法的所谓“纯金

“家庭合同”为营业方针。合同的内容是：丰田商事向顾客出售金条，在签订这个买卖合同的同时，顾客和丰田商事要签订以委托保管金条为内容的租赁合同。顾客在支付金价的同时，却并未直接得到金条，而只是取得了名为“纯金家庭证券”的所谓保管证，丰田商事则在1年到5年的寄存期间，根据相应的金价，提前按每年10%到15%的比例支付租赁金。租赁期满时，公司还给顾客同一种类、同一铭牌、同一数量的金条。但是，实际上，丰田商事并不保有和合同一致的金条，金条的买卖以及租赁等都是虚构的，是为了逃避出资法的规定而采用的纯粹的伪装形式。而且，丰田商事将通过金条贩卖这种形式所得到的导入金用于公司职员的高额工资、对关联公司进行看不到收益前景的投资以及期货投机等方面，如果公司不能继续通过开拓新的客源而获得新的导入金的话，就意味着丰田商事马上会面临破产的境地。对丰田商事这样的强行劝诱方法，批判声逐渐高涨。1985年，发生了总责任者被杀害事件，丰田商事陷入倒闭状态最后被迫宣告破产。至此，众多顾客，虽然支付了购入金（导入金），但无法得到金条或者与此相当的金钱，蒙受了很大的损失。受害者约29000人，受害金额据说有1150亿日元。

这一事件，公司干部5人被以诈骗罪起诉。本事件，成立诈骗罪是没有争议的，但是对它的成立范围以及理论构成则存在两种看法。

第一种看法是，如果顾客知道丰田商事并不保有与合同相符的金条的话，就不会与之订立合同，所以假装保有与合同一致的金条是“欺骗他人”的行为，顾客由此而支付购买金就是财产损害。按照这种看法，从创业当时开始，所有的“纯金家庭合同”都成立诈骗罪。但是，按照这种观点，最初的顾客，虽然从后续的顾客的导入金中实际上得到了金条或者与金条相当的现金，对他们也成立诈骗罪，这是否合理成为问题。而且，这种观点的理论前提是不论是否得到相当的对价，只要因为欺诈行为而交付财物就是财产上的损失，把这种理论推而广之是否会导致过分扩张诈骗罪的成立范围也是一个问题。

第二种看法是，为了符合诈骗罪的“欺骗他人”的行为，必须以对当事人（客观上表示出的）交易目的是虚假的为前提。本案的顾客，是以增值而不是以实际上保有金条为目的。所以单纯的虚构保有金条的行为还不能说是诈骗。按照这种看法，顾客实质的、经济上的交易目的是（伴着一定的利润）回收投资的金钱。伪装这种回收可能性的行为才能说成是欺诈行为。在经营实际上破产后，仍然劝诱顾客，与之订立“纯金家庭合同”才成立诈骗罪。

大阪地方法院，部分由于检察方仅起诉实际上破产的1985年以后的事件的原因，采用了第二种看法，对5名被告人判处10—13年的惩役。但是，只对完全破产后的合同适用诈骗罪，对防止恶劣经商事件导致的受害扩大失之过迟也是一个问题。为此，1986年制定了“关于特定商品的委托保管等交易合同的法律”。

其次，看看以假装代办股票买卖的“侵吞行为”为中心的，使恶劣投资顾问经营方法成为问题的投资期刊社事件。

以投资期刊股份公司为中心的投资期刊集团，从1982年左右开始，使用“10倍贷款”与“分让”两种方法从投资家那里骗取现金。所谓“10倍贷款”，即顾客向集团支付相当于要购入的股票的金额的10%的保证金，余下的90%由集团以低利贷给顾客，同时集团代理向证券公司购买股票，购入的股票作为贷款的担保由同集团加以保管。所谓“分让”，即，该集团以前以低价购买了股票，公司愿意以低于现在市场价的价格加以转让。但是实际上，集团并没有把顾客的订单转达给证券公司，也根本没有那些所称要转让的股票。该集团，1984年破产，很多顾客不能收回其出资金额。被害者人数约7800人，被害金额据说达到584亿日元。

东京地方法院的一审判决认为：“即使被害者的目的是如辩护人主张的通过买卖股票来获得利益，如果投资期刊社具备确实的能够接受各被害人将来的清算要求的、可以信任的财产证明，并且已经向被害人出示过的话姑且不论，在不具备这样的证明的本案件中……被害人如果知道投资集团并没有代理向证券公司转达自己购买股票的订单，而且，投资期刊社并没有保有以便宜10%的低价进行转让的股票，顾客通过投资期刊社，或者说与投资期刊社之间的股票交易均未实际操作，所有的投资都只不过是计算上的东西罢了的事实的话，被害人不会向集团交付判决所说的现金、股票是很明显的。也就是说，被害人明显是误信了被告人的谎言而向被告人交付了现金、证券，被害人存在错误。而且，被告人的谎言与被害人交付现金、证券之间存在因果关系。”因此，判决该集团会长及干部社员合计10人诈骗罪。除了量刑之点外，控诉审、上告审也维持了本判决。

本判决以没有被告人的谎言就没有被害人交付现金的行为为理由肯定诈骗罪的成立。至于被告人的公司是否陷于破产状态，被告人是否有返还的意思与能力都不成为问题。从这一点来看，与丰田商事事件的判决不同，采用的是前述的第一种看法。但是，投资期刊社事件，顾客们对取得所订购的铭牌的股票存在关心，而丰田商事事件顾客们对金条本身并没有兴趣，两者结论的不同，可能应当理解为仅仅是由于事实

关系的不同所致。

最后提一下在期货交易上因“宰顾客”而成为问题的同和商品事件。

商品期货交易是指签订几个月后交付商品和货款的买卖合同，是一种通过在此期间价格变动而获取差额利润的投机对象。但易受气候、国际形势等不确定因素的影响，并须付出相当于交易价格的十分之一的委托定金才能进行交易，所以是风险极大的投资对象，不适合一般消费者用来增值。尽管如此，把一般消费者卷入期货交易，收取其委托定金的代销商屡禁不止。

在同和商品事件中，同和商品的职员登门拜访一般家庭，以只强调收益的手法进行劝诱，从顾客那里取得全权委托后任意进行买卖，不顾顾客的意向，搭配使用即使顾客有了利益，也不将其还给顾客，而是将其作为新的委托金开始新一轮交易；明明商品价格看涨，却让顾客卖掉；为了获取手续费，让顾客频繁进行不必要的交易等各种手段。在不返还顾客的委托定金以及交易利润（宰客式商业手法）的同时，采用“迎玉（下反单）”的手法，即不顾顾客的买单擅自下卖单或不顾顾客的卖单擅自下买单，把顾客损失的利益原封不动地转化为同和商品一方的利益。这种营业方法引起了问题。

在神户地方法院的一审中否定公司实施了“宰客式商业手法”的行为，只对每一个劝诱行为中明显使用了谎言的职员认定为诈骗罪。对于这一点，控诉审的大阪地方法院认为，本案中的宰客的各种手段，作为其本身均未确切地造成顾客的损失，但商品交易员以使顾客受到损失为目的，通过随意地搭配使用这些手段反复进行买卖，可能确实地造成顾客的损失。隐藏这种宰客的意图进行劝诱就属于欺诈行为，领取委托定金时达到既遂。最高法院也认为，“被告人等，采用所谓‘宰客式商业手法’，在期货交易中给顾客造成损失，同时通过‘下反单’而把顾客损失的利益全部归属到同和商品，强调按照自己所推荐的去做一定赚钱，同和商品把自己伪装成为了顾客的利益进行受托业务的商品交易员，劝诱交易的委托方，从信任他的被害者那里以委托定金的名义得到现金，因此认定被告人的行为构成刑法246条1项的诈骗罪的原判决是适当的”。

本案件的最高法院的决定（以及控诉审判判决）都认为，不需要以经营者陷入破产状态无法返还委托定金为要件，就可以认定为诈骗罪。因此，似乎可以认为本判决采用了与东京高等法院关于丰田商事事件的判决不同的见解。但在本案件中，在最初就完全没有退还委托定金等的打算这一点上，和“买货不给钱的诈骗”（从一开始就没有支付货款的意思，却装做购买商品使其交货，在未付货款的情况下逃之夭夭的行为）有相类似的性质，可以说与丰田商事案并不相同。不过，简单地仅从主观上具有不返还的意思这一点来认定欺诈行为还不够充分，应当解释为必须有可能逃避退款的确切证据（比如买货不给钱的诈骗，作为客观上的证据，需要有逃亡的可能性）。在本案件中，“宰客式商业手法”这一体制成为了客观证明，因此，说明“宰客式商业手法”的实态和实效性是肯定诈骗罪的不可缺少的前提。而且，本案的诈骗罪，在领取委托定金的时点就达到既遂，因此构成‘宰客式商业手法’的各种手段，不是欺诈行为的要素，而应当评价为犯行后的隐蔽工作。

如上所述，恶劣商业手法，除了在①尽管从业者已经破产，陷入了无法收回投资的境地，却仍然继续进行劝诱行为的情况下（丰田商事事件）②尽管顾客的目的是要取得某种特定的交易股票，但并不进行这种代理的所谓“非法侵吞行为”的情况下（投资期刊社事件）③从一开始就不打算退还顾客的投资资金，并且具有可能逃避返还的确凿证据的情况下（同和商品事件），可以被认定为诈骗罪以外，在其他的场合，认定为诈骗罪大多比较困难。而且，专门以破产后的交易为对象的①自不必说，对②③的处罚，也是以全部解明该恶劣经商手法的全貌为前提，为阻止损失的扩大而在初期的阶段就加以适用也是相当困难的。面对这种的由诈骗罪来对消费者进行保护的局限性，成为下面所说的由行政管理法规来加以管理的动因。

三、行政管理法规对消费者的保护

战后，频繁发生小规模的企业从消费者手中集资后倒闭的事件（最著名的是经济保全会事件）。为此，1954年制定了出资法（现在的正式名称是“关于管理接受出资、收存钱款及利息等的法律”）。

出资法第1条[接受出资的限制]规定：“任何人不得向不特定并且多数人明确承诺或暗示日后作为投资的回报将支付相当于或超过出资金的金额，以此来接受出资金”，违反上述规定的，处“3年以下惩役或者300万日元以下的罚款，或者将两者并科”（同法8条1项1号）。出资金的性质本来是投资事业成功后才能回收资金并获得利润，如果事业失败则无法回收。尽管如此仍然声称保证返还本金来募集资金，会使消费者产生误解，在事业失败无法返还出资金的时候会使投资人受到难以预料的损害，所以必须禁止这种行为。不过，判例基本上是根据是否保证本金来区分“收存钱款”与出资金的，因此约定了本金保证的金钱接受通常视为违反了第2条规定的禁止“收存钱款”，实际上第1条基本上不予适用。

出资法第2条[禁止收存钱款]第1项规定“收存钱款的营业，除其他法律另有特别规定者之外，任何人

不得从事该营业”。第2项规定：“前项的‘收存钱款’是指从不特定并且多数人那里接受金钱的行为”；“收取存款、储蓄、定期集金”（1号）以及“无论是以公司债券、借款或其他任何名目，只要其经济性质上与前述行为相符，皆为收存钱款”（2号）。违反上述规定，据同法8条1项处以与第1条违反者相同的刑罚。这是因为如果承认正规的金融机关以外的业者也可以受理收存钱款的话，一旦业者倒闭会引起大范围的被害，所以必须禁止这种行为。

前述的丰田商事事件的“纯金家庭合同”正是为了规避本条而采取的措施。如前所述，如果将“收存钱款”限定解释为保证本金的情况，那么“纯金家庭合同”因为金价有下跌的可能性就不符合“收存钱款”的条件。与此相对，受到大力主张的积极说认为，一般地作为符合“收存钱款”的必要条件要求有本金保证是为了与出资金加以区别，而“纯金家庭合同”的资金接收，从退付金不与运用实绩连动这一点来看，不是出资金而是属于“收存钱款”。并且，出资法第8条规定“无论用何种名义，也无用何种方法规避第1条，第2条第1项，第3条，第4条第1项或第5条第1项或者第2项的禁止规定的”（2号），处3年以下惩役或者300万日元以下罚金，或者两者并科。因此，也可以认为丰田商事的商业行为符合8条2号脱法行为处罚构成要件。但是，8条2号，对于与违反“禁止收存钱款”的犯罪具有同等的应惩罚性的行为，即使其构成同罪的必要条件不充分也试图加以处罚，是从正面肯定类推适用的一项规定，只能说是违反了罪刑法定主义。

另外，出资法第2条禁止存款的规定，在伪装成由出资者买进牛犊后将其寄放在经营者处，再将贩卖利润还原给购牛者的形式的“日本牛经营方式”事件上也暴露出了问题。

出资法第8条2项还规定“前项规定中与第1条及第3条有关的部分，在刑法……中存在正式条款时，不适用”。因此，在构成诈骗罪的情况下，不成立违反第1条及第3条之罪。与此相对，关于违反第2条的收存钱款与诈骗罪的关系则由解释来处理。关于这一点，有见解认为，出资法第2条是损害一般国民对金融系统的信赖的抽象危险犯，与保护法益是个人财产的诈骗罪在罪质上不同，两者是观念竞合关系。但是，考虑到出资法第2条最终是以保护国民一般财产为目的的，这种对国民一般财产的抽象的危险，在成立诈骗罪的时候以对个人财产的侵害这种形式加以具体化了。所以两罪应当是法条竞合关系，违反出资法第2条的罪被诈骗罪吸收了。这种理解，从无法明确区分是违反出资法第1条还是第2条，以及，如上所述，被认为是违反第1条的案例实际上也能够作为违反第2条的规定而加以处理的等事实来看，也得到支持。

出资法第3条[禁止帐外贷款]规定“金融机关……的管理人、职员或者其他雇员，不得利用其地位，为谋求自己或该金融机关以外的第三者的利益，进行贷款、或者中介贷款或者保证债务的行为，违反本条规定的，按照同法第8条1项1号处以与第1条之罪同样的刑罚”，这也是因为恐怕会给一般存款人带来难以预测的损害，故予以禁止。

以上都是对消费者处于出资方时所作的规定。同样，当消费者作为接受融资一方的时候对其加以保护也是重要的。以前就有所谓的“工薪者金融地狱”，工薪者金融等的借款的高利息，使一般市民陷于破产，成为社会问题。最近，又发生了由在贷款业未登录的“黑市金融”导致的受害问题。

为了保护消费者不受这样的金融伤害，出资法第5条[高利贷的处罚]第1项规定“从事金钱贷放者，订立利息超过年109.5%……比例的合同（包括不履行债务所预定的赔偿，以下皆同），或者领受超过上述比例的利息，处3年以下惩役或者300万日元以下的罚金，或者两者并科”。第2项规定“在前项规定以外，以贷款为业者，在贷款时，订立利息超过年29.2%……比例的合同，或者领受超过上述比例额的利息的时候，处3年以下惩役或者300万日元以下罚金，或者两者并科”。

在这以外，[贷款业法]（[有关管理贷款业的法律]）规定，贷款业采用登录制（3条以下），同时课以在订立合同时交付合同书，在还款时交付收取证书的义务（17条、18条），而且，禁止诸如迷惑对方之类的不正当征收行为（21条1项）。

作为给一般国民带来广泛灾害的古典的恶劣商业手法的例子，有“老鼠会（无限连锁会）”。（最著名的是1967年的第一相互经济研究所·天下一家会事件）。老鼠会，是金字塔型的金钱分配组织。加入者交纳一定的金额就成为会员，通过劝诱新会员的加入，从新会员的出资金中回收自己的出资金并获得利润。这种经济体制，完全不进行生产性活动，而是建立在无限地不断增加会员的这个不可能的前提下，所以其破产是必然的。但是由于其并没有宣称虚伪的事实，也不能说会员陷入了错误，所以很难认为成立刑法上的诈骗罪。而且，组织主导型的老鼠会可能触犯出资法第2条禁止收存钱款的规定，会员主导型的老鼠会则并不违反出资法。于是，按照1987年法律第101号的防止无限连锁会法（“关于防止无限连锁会的法律”），无限连锁会被禁止（3条），设立或者经营无限连锁会的，处3年以下惩役或者300万日元以下罚金，或者两者并科（5条）。以劝人加入无限连锁会为业的，处1年以下惩役或者30万日元以下罚金（6条），劝诱他人加入无限连锁会的，处20万日元以下罚金（7条）。而且，最近，据说通过互联网进行的老

鼠会正在以年轻人为中心传播。(所谓的多层推销商业手法(multilevel marketing),后面加以论述)。

特定商务交易法〔关于特定商务交易的法律〕的目的是“为了使特定商务交易(指登门贩卖,通信贩卖以及与电话劝诱贩卖有关的交易,连锁贩卖交易,有关提供特定持续服务的交易以及业务提供引诱贩卖交易等,下同)公正进行,以及防止购入者受到损失,保护购入者等的利益,同时保证商品流通以及劳务提供的公正圆满进行,促进国民经济的健康发展”(1条),对存在误导消费者判断的诸多危险性的、各种形态的交易加以限制。

1967年本法的前身登门贩卖法成立时的规制对象是登门贩卖、通信贩卖、连锁贩卖交易等,1996年加入了电话劝诱贩卖,1999年特定持续服务也成为规制的对象,2000年又增加了对业务提供引诱贩卖交易(副业、商品观察员商业手法)的限制,合并起来,改称为〔关于特定商务交易的法律〕。

登门贩卖、通信贩卖、电话劝诱贩卖是没有店铺的贩卖方法,消费者大多难以在经过深思熟虑之后再决定是否购入商品。在店铺中的贩卖,是以事先有购买意欲的消费者为对象的,而登门贩卖,是对不一定有购买的意欲的消费者进行出其不意的劝诱,很容易使用强迫或者欺诈的方法。消费者购入不需要的商品或者不良品的危险很高,同时因为不知道贩卖者的所在场所,要追究其责任也很困难。于是,特定商务交易法规定:在进行政令所指定的商品、权利、劳务的登门贩卖及电话劝诱贩卖时,贩卖者有交付记载有关商品的价格以及冷却期(收到书面资料起8日内可以无条件地撤回申请[9条])的书面资料的义务(4条,18条。对违反者处100万日元以下的罚款[72条1号]),同时,禁止对有关的重要事项作不真实告知以及胁迫或迷惑他人的行为(6条,21条。对违反者处2年以下惩役或者300万日元以下罚金[70条1号])。不真实告知与胁迫行为的禁止,可以看作是与刑法中的诈骗罪及恐吓罪(刑法249条)有同样性质的行为,因此,在诈骗罪与恐吓罪成立的时候前者便被吸收了。

本法所说的“登门贩卖”的定义是:“贩卖者或者经营服务提供事业者……在营业所、代理店或者其他经济产业省所规定的场所……以外的场所”,接受合同的要约,签订买卖合同,进行商品贩卖或提供服务(2条1项1号),以及对“在营业所以外的场所被叫住并带到营业所的人、或者通过其他的政令规定的方法引诱到的人”进行商品的贩卖和服务的提供(2条1项2号)。

最近发生了在特设会场召集消费者,首先免费赠送日用品以营造狂热的气氛,在达到一种催眠效果后,最后使之购买高价商品的所谓SF商业手法的问题。对这种情况,因为会场无法自由地选购商品,所以不属于政令所规定的“与店铺类似的场所”,而应当理解为属于2条1项1号所规定的登门贩卖。此外,在道路上以希望进行问卷调查搭话,叫住行人后将之带到营业所等进而提出签订合同的所谓“捕捉贩卖”方法导致很多年轻人受害。对这种贩卖方法,也应当认为包括在2条1项2号的登门贩卖中。还有,隐瞒自己的贩卖目的(将消费者)叫到营业所等,声称“只卖给你的特别便宜的价格”之类的特别有利的条件,要求对方前来营业所的预约见面贩卖,是政令2条1项1号指定的贩卖方法,所以也是本法的适用对象。

对于通信贩卖,禁止夸大其词的广告(12条),对违反者处100万日元以下的罚款(72条3号)。近来,通过互联网进行的电子商务交易迅速普及,由此产生了消费者受害的问题。于是,将提供程序及提供电影、音乐、照片、绘画的鉴赏等也追加为政令所指定的劳务中,这样,电子商务交易的多数内容作为通信贩卖被纳入本法的规制对象。不过本法是以“经营者”为对象,网上拍卖等由个人施行的缺乏反复持续性的贩卖不受本法规制。

由于1990年代前期开始频繁发生诸如美容健身沙龙、外语会话教室等的纠纷,1999年修订时将特定持续服务提供纳入本法的规制对象。所谓特定持续服务,是指“以接受服务的人的身体美化、知识或技能的提高,及实现其涉及身心或运气的目标为由进行劝诱”的活动,由于“在服务的性质方面,其目的能否实现是不确定的”所以“由政令加以指定”。在政令中,除上述的美容健身沙龙、外语会话教室以外,家庭教师、补习班也被指定为提供特定持续服务。由于在这些服务提供中,因提供者不同所提供的服务的内容和质量有显著差异,再加上顾客的满意度因人而异,其效果缺乏客观的标准,导致夸大效果的劝诱和宣传横行,并且,通过利用信用卡或者贷款制度,使顾客签订长期合同,不接受中途解约或者收取高额的违约金的事例也不少。因此,特定商务交易法规定,对特定持续服务合同,有交付记载了合同条件以及冷却期(收到书面资料后8日内可以无条件地撤回申请[48条])的书面资料的义务(42条)。同时,禁止夸大其词的广告(43条),禁止在订立合同时或者为阻止解约在重要事项方面作不真实告知的行为,以及禁止胁迫、迷惑他人的行为(44条),对违反者给予刑事处罚(72条1号、72条3号、70条1号)。

业务提供引诱贩卖交易的限制对象是1990年代后期以来出现的提供副业及商品观察员商业手法。所谓提供副业商业手法,是声称介绍使用某商品的工作再劝诱购买该商品的商业手法。例如,声称介绍使用打字机从事磁带录音抄录的工作,使其买下高价的打字机,参加录音抄录的交费讲座,实际上并不介绍当初

所说明的工作，结果，消费者不但没有从副业中得到收入，反而要支付打字机费用以及讲座费用。这样的事件成为社会问题。商品观察员商业手法，是说明购买棉被、净水器等商品后，可以成为商品观察员，如果写下自己的感想交回去的话，可以得到高额的观察费，以此使顾客购买了商品。但实际上并没有如约好的那样支付观察费。提供副业、商品观察员等商业手法中，有不少起初经营者就必定会破产的欺骗性的情况，即使该经营者破产了，但由于消费者分期付款时所利用的信用卡公司或者金融机关与该经营者是彼此独立的，存在还要继续支付分期付款或者信用贷款的问题。如果认为在有分期付款和信用贷款这样的制度的前提下，提供副业、商品观察员的商业手法才能成立，那么也有必要检讨信用公司以及金融机关的责任。关于业务提供引诱贩卖交易，负有提供记载合同内容以及冷却期（交付书面资料后20天内可以无条件地撤回申请[58条]）的书面资料的义务（55条）。同时，禁止故意不告知事实或者告知不真实事实的行为以及胁迫、迷惑他人的行为（52条），禁止夸大其词的广告（54条）。对违反者给予刑事处罚（71条，70条1号，72条3号）。

在特定商务交易法的规制对象中，存在与上述交易方法不同性质的连锁贩卖交易（多层推销商业手法）。多层推销商业手法与前述老鼠会一样，是通过劝诱新会员加入而使老会员从新会员的加盟费及商品购入费中获得利益的金字塔型组织，但在会员进行贩卖商品等营业活动这一点上与老鼠会不同。不过，也存在认为其商品贩卖完全是名义上的，其实际形态与金钱分配组织无异，应当属于老鼠会（无限连锁会）的判例。与全面禁止老鼠会相对，连锁贩卖交易，作为一定的经济活动是可以成立的，而且，它和受到社会认可的经营特许制度这种交易方法的界限并不明确，所以对这种交易形态本身并没有禁止，而是根据特定交易法，规定有提供记载合同内容和冷却期（收到书面资料起20日内可以无条件地撤回申请[40条]）的书面资料的义务（37条），禁止夸大其词的广告（36条），禁止对重要事项进行不真实告知以及胁迫、迷惑他人的行为（34条）。对违反者予以刑事处罚（71条，72条3号，70条1号）。

“关于特定商品的委托保管等交易合同的法律”的目的是为了防止消费者受到前述的丰田商事事件那样的虚拟商品推销法（纸片推销法）的伤害，针对在一定期间内委托保管政令所规定的一定物品，或在一定期间以上管理政令所确定的设施使用权的合同，规定要交付记载一定事项的书面资料的义务（3条。对违反者按照15条处以50万日元以下的罚款），同时，针对会影响顾客判断的、由政令所规定的事项，禁止故意地不告知事实，或者进行不真实告知的行为（4条。对违反者，按照14条1号处以2年以下惩役或者100万日元以下罚金）。

四、刑事法对消费者保护的应然状态

如上所述，刑事法是通过刑法上的诈骗罪以及各种行政管理法规这两个方面来对消费者进行保护，那么，刑事法对消费者进行保护今后应当确定怎样的方向呢？

首先，在消费者保护的领域，要坚持刑事制裁的补充性与最后手段性的原则。的确，如果考虑到高额的损害赔偿及作为行政处分的停止营业，只从每一个制裁本身来看的话，刑罚并不能总是说是最严厉的制裁。但是，刑事罚带有强烈的伦理非难的印象，而且成为逮捕与起诉等刑事程序的对象本身就具有相当强度的制裁的性质，如是观之，刑事处罚应当限定在使用其他手段仍然不充分的情况下才使用。其次，虽然刑事处罚的效果常常被夸大，但对刑事处罚的适用，不仅要受到罪刑法定主义及责任主义等刑法基本原则的拘束，在程序上也要受到需要严格证明犯罪事实等的限制，而且，在与消费者交易有关的领域还要受到警察的不介入民事的原则的限制（近来有改变方针的动向）。

总之，对于消费者保护而言，对消费者的启蒙，经营者的自我规制，行政上的措施，民事上的救济等非刑罚的方法具有第一次的重要性。在检讨根据刑事法对消费者进行保护的时候，与这些非刑罚的方法的联动和作用的分担就成为非常重要的课题。

本来，在判断其他的方法是否充分的时候，不仅要根据该制裁本身的性质，而且要考虑达成该制裁所需要的程序。对刑罚而言，为了实现它可以采用刑事诉讼法上的搜查、抵押、逮捕等强制处分措施。而对民事救济而言，不能进行与搜查相类似的强制处分。作为行政法上的措施，虽然承认一定的强制的调查，但成为其对象的范围以及利用可能的手段都是不全面的，而且，为了实现它所需要的人的、物的资源现实上也是很缺乏的。因此，刑事规制，通过强制搜查，对于解明事实及对已经蒙受损失的被害人进行救济是有作用的。把这种程序方面的必要性考虑在内，在恶劣经商手法的受害范围逐渐扩大的今天，为了保护消费者利益，在一定范围内导入刑事制裁是具有正当性的。例如，特定商务交易法（原登门访问法）对规制对象所做的一连串的扩大，与其规制方法一样，是被认可的。

其次，在刑事法内部，刑法上的诈骗罪与行政管理法规之间的关系或者作用分担成为问题。

关于这一点，有观点认为，对诈骗罪，也应当按照新的解释，对处于弱者地位的消费者进行积极的保

护。但是，在以私的自治原则为前提，市民法的秩序为基调的现行法秩序中，对交易进行管理的最一般的规定的是诈骗罪，始终都应当以自由的合理的市民为前提。因此，诈骗罪的成立，要求有关于交易目的的欺骗及错误，及实质意义上的财产的损失。如果将市民视为社会的弱者，对之推进国家的保护，把这种所谓温情的干涉主义政策一般化，那么会导致市民对国家的依赖，剥夺其自律性及主体的判断能力。不过，从社会法的观点来看，纠正现实上不对等的经营者与消费者之间的不平衡是必要的，但这并不意味着其适用在作为保护交易上的财产的一般规定的诈骗罪的范围内，而应当在对交易主体及交易状况作了限制的作为特别法的行政管理法规内加以考虑。

于是，行政管理法规，在有限的情况下，为了被害人保护而监护性的介入。其中，多数规定，如特别商务交易法中交付书面资料一样，仅仅是为了实现自由平等的交易而进行的环境整備，但是如禁止无限连锁会和处罚高利贷等那样，也存在即使与消费者明示的意思相反，但对一定的交易形态本身仍加以禁止的规定。

行政管理法规上的犯罪，从监护性的考虑出发，很多具有提前诈骗罪的处罚时期的“前置化构成要件”的性质，这些前置化构成要件立法化的背景是，要证明欺诈行为、损害、故意等诈骗罪的成立要件是很困难的。的确，在刑事立法中考虑证明的难易程度也不能说不正当。但是，这些前置化的构成要件，不能被用来规避“存疑时有利被告人”及处罚故意犯的原则（刑法38条1项）。为此，没有经过严格证明的诈骗的意图及财产的损失，或者未经证明具有诈骗意图的欺诈行为不能被考虑作为量刑的因素。再有，这些前置化的构成要件，经常被用来作为在嫌疑不充分的情况下对诈骗罪进行强制搜查的依据，虽然有人认为这是具有“促进搜查的技能”，但是着眼于此机能的立法或运用，我认为也存在应当遵守令状主义的精神的问题。

（松原芳博系日本早稻田大学法学部教授；陈家林系武汉大学法学院副教授、法学博士。）

更新日期：2006-7-29

阅读次数：969

上篇文章：评特拉伊宁的犯罪构成论

下篇文章：论德国古典犯罪论体系

 打印 |  关闭

 TOP

©2005 版权所有：北京师范大学刑事法律科学研究院 京ICP备05071879号