

産業構造審議会商品取引所分科会報告書（案）に対する意見書

平成 21 年 1 月 17 日

経済産業省商務流通グループ商務課 御中

〒 1 6 7 - 0 0 5 1

東京都杉並区荻窪 5 丁目 2 7 番 6 号

中島第 1 ビル 9 0 1 号

荻窪法律事務所

先物取引被害全国研究会代表

弁護士

大迫恵美子

同事務局長弁護士

荒井 哲朗

当研究会は、昭和 57 年に設立され日常的に深刻な商品先物取引被害の救済に取り組んできた全国の弁護士約 500 名からなる研究会であり、産業構造審議会における審議を強い関心を持って注視してきた。今般産業構造審議会商品取引所分科会報告書（案）（以下、「報告書案」という。）が公表されたことを受け、報告書案に対して当研究会としての意見を述べておくこととする。

意見の趣旨

- 1 不招請勧誘の禁止について、政令指定の対象として予定されている取引の範囲が不十分であるから、被害の実情等に照らし、商品先物取引一般について引き続き検討する姿勢を明らかにするとともに、時機を失することなく海外商品先物取引、海外商品先物オプション取引を迅速に指定するべきである。

- 2 プロ・アマ区分に関して、商品先物取引の特質に照らして、本来、アマチュアの参加をいたずらに増加させるべき取引でないことを踏まえ、金融商品取引とは異なる基準を以て分けるべきである。
- 3 店頭デリバティブについては、正当行為として賭博性としての違法性が阻却されるプロ同士においてのみ解禁されるべきものであって、何ら正当行為と認められる余地のないアマチュアの参加は一律に禁止すべきである。

#### 意見の理由

- 1 不招請勧誘の禁止について報告書案は、不招請勧誘の禁止を法律による禁止行為としており、平成17年施行の金融先物取引法が不招請勧誘の禁止を金融先物取引の分野に導入したのに続いて、商品先物取引の分野においても不招請勧誘の禁止が法律上明記されることになる。これにより、商品先物取引に対する「不招請勧誘禁止の包囲網が敷かれた」と言うことができ、一定の評価に値するものとする。不招請勧誘の禁止が詐欺的金融商品取引勧誘被害を撲滅させる抜本的な方策であることは明らかである。

しかしながら、報告書案を読む限り、現状では、店頭商品デリバティブのみを不招請勧誘の禁止の対象として政令指定する構えであることが伺われ、これでは未だ不十分である。報告書案が「商品先物市場政策に求められる課題」のうちの「課題3」において「利用者トラブルは撲滅される必要がある。」と高らかに宣言しながら、近時、減少したとはいえ、長年凄惨な被害を生じさせてきた国内商品先物取引一般について不招請勧誘の禁止の対象としての指定を見送ろうとしていることには、やはり羊頭狗肉の感を禁じ得ない。国内公設商品先物取引の受託業務においても、今後、紛議が僅かで

も増加する気配が見えたときには、直ちに迅速に政令により不招請勧誘禁止の対象として指定されることになることを、周知させるべきである。平成18年6月6日付参議院財政金融委員会の附帯決議によれば、不招請勧誘の禁止の対象の政令による指定は、「レバレッジが高いなどの商品性、執拗な勧誘や利用者の被害の発生という実態」に照らして、被害が「解消」していかない場合に機動的になされるべきであるとされている。その観点からすれば、海外商品先物取引、海外商品先物オプション取引については、近時、被害が増加しているのであるから、当然、不招請勧誘禁止対象とするべきである。

なるほど、海外商品先物および海外商品先物オプションは、意見書に寄れば、今後は、許可制度のもとで行われることとされているから、現在多数の被害を生み出している業者とは参加者の顔ぶれが変わることを前提とすれば、被害が激減する可能性もないではない。しかしながら、ヘッジの必要のない一般消費者に、市場の情報等も入手しづらい海外商品先物取引や海外商品先物オプション取引を、本人が望んでいないにもかかわらず、ことさら勧誘し、リスクをとらせる必要は全く存在しない。真に希望する者の参加を妨害しなければ、市場の利便性は十分確保される。従って、海外商品先物取引および海外商品先物オプション取引については、不招請勧誘禁止対象商品として、政令指定されるべきである。

## 2 プロ・アマ区分規制について

報告書案は一般的には行為規制の変更を行っていないが、「プロ・アマ規制」(プロとアマを区分し、プロに関する関係では現在の行為規制を緩和する。)の名の下で、実質的に行為規制が骨抜き

にされる事態が生じることが危惧される。

報告書案では、商品先物市場を資産運用という観点から考察すれば金融商品取引法と異なる規制とするべき理由は乏しいとしている。しかし、資本市場においては、金融商品がきわめて多様であるうえ、多様な顧客が参加することを当然の前提としている。つまり、国債を小額の範囲で購入する高齢者もいれば、デリバティブを駆使して巨額の資産を運用する機関投資家もあり、これらについて画一的なルールを適用することの是非が検討され、プロ・アマ規制を導入したものであり、そこには一定の合理性がある。

ところが、商品デリバティブ市場においては、取扱商品が商品デリバティブに限定されているうえ、本来それ自体プロ市場であるべきものである。したがって、金商法におけるプロ・アマ区分と商取法におけるそれを単純に同様でいいとする基本認識は適当でない。

さらに、プロ・アマの区分と移行制度についても、金商法と同様にするとした場合には、その弊害は大きい。金商法の特定投資家の概念は、資本市場の性格から導き出されているものである。株式会社にとって株式の発行や流通は不可欠の業務であり、とりわけ上場会社にとっては日常業務のひとつである。そこで、上場会社や資本金5億円以上の株式会社等は当然に特定投資家とされている。また、地方公共団体も特定投資家とされている。

しかし、これらの者が商品デリバティブとの関係でも、当然にプロとされるべきかを考えた場合、それが否定されるべきは明らかである。そのうえ、特定投資家に移行できる一般投資家としての個人の類型を導入する場合には、いっそう深刻な問題が生じる。金商法は、上記のとおり多様な金融商品を適用対象としているため、特定投資家に移行する場合においても、契約の種類ごとく(具体的には4

種類)に移行の申出をすることとされている。それゆえ、いわゆるプロとされるのは当該種類の取引に限定される。したがって、特定投資家に移行できる個人の要件(金商法34条の4第2項、金融商品取引業等に関する内閣府令62条)は、この4種類の契約の種類最低線として設定されたものである。本来であれば、契約の種類ごとに要件を異ならせるのが適切であり、そのような設定方法であれば、デリバティブ取引に関する要件を最も厳格にすべきであるのは当然のことである。したがって、金商法の3要件(純資産3億円以上、投資性の金融資産3億円以上、同種取引経験1年以上)は最低要件であり、これを上回る要件の設定をすることこそ金商法と整合するものというべきである。例えば、担当者の勧誘の影響下において取引している期間が長くても、プロとして適当かどうかの判断のうえでは取引経験期間として斟酌すべきではないから、勧誘によらないネット取引による取引期間を基準とすることなどが考えられる。

移行手続であるが、「選択により特定投資家に移行可能な一般投資家」については、先物会社において著しく不適正な「知識、経験、財産の状況、プロに移行することを希望する意思」の「確認」が常態化している現状において、先物会社において「プロへの移行」を判断させることは著しく不適切である。

改正法は、従前の行為規制を何ら後退させるものではないことを明らかにするとともに、「プロへの移行」については形式的要件とその審査の方式を明らかにするべきであり、投機資金としてゼロになることを許容する資金が3億円以上あるなどの金商法の要件に付加した形式的要件を設定し、審査の方式としては形式的要件を具備していることが客観的資料によって客観的に裏付けられている

ことを要することとし、これら要件を充足しているか否かについて主務官庁ないし自主規制機関等の先物会社以外の外部組織の確認を経て移行させることとするのが適切である。

なお、店頭取引については後述するが、仮にプロ概念を導入する場合においては、その種の取引はプロ向けとすべきである。

### 3 店頭商品先物取引について

賭博を犯罪とする刑法をもつ我が国において、「差金決済取引」は、以下のように理解される。

すなわち、価格指標に基づいて差金決済を目的とする取引は、偶然の輸贏によって財物の得喪を争うものであるから、賭博罪の構成要件に該当し、原則として違法なものであるが、例外的に、社会経済的な有用性があり、透明・公正な商慣習やルールに基づいて行われるものとして法令等によって許容されれば、違法性が阻却されることとなり、その限度において適法な行為としてなし得ることとなる、というものである。

上記にいう「社会経済的な有用性」は、「マネーゲーム」、「投資の選択肢」、「資産運用」という観点からの「有用性」のみによっては全く足りない(これで充足されるのであれば、カジノは合法となる)。ここでいう「社会経済的な有用性」は、あくまでも、多くの当業者(実需)をベースとした、リスク・ヘッジ機能であるとか、価格発見機能、価格平準化機能を不可欠の前提とするものでなければならぬ。

賭博罪と差金決済取引との関係については、体系書としては、大塚仁「刑法各論・下巻」(青林書院新社)1041頁、龍田節「逐条商品取引所法」(商事法務研究会)1020頁以下、河本一郎ほ

か「逐条解説証券取引法」1123頁以下、関根攻ほか「金融先物取引法解説」46頁以下、河内隆史ほか「商品取引所法」三訂版115頁等が、論文としては、石田喜久夫「金先物取引の法的問題点」法律時報55巻2号68頁、石黒一憲「私設の商品取引市場における金の先物取引と公序良俗」ジュリスト823号105頁、黒沼悦郎「非公認市場における金地金の先物取引と公序良俗」ジュリスト904号114頁、多谷千香子「商品先物取引ととばく罪の成否」商事法務1125号36頁が、判例としては、大判大正3年2月4日・大審院刑事判決録20・106、大判大正12年11月27日・大審院刑事判例集2巻866頁、大判昭和11年4月2日・大審院刑事判例集15巻423頁、大判大正9年3月10日大審院民事判決録26・301、大判昭和8年3月29日・大審院民事判例集12巻518頁、大判昭和11年3月13日・大審院民事判例集15巻423頁、大判昭和13年4月15日法学7巻1400頁東京高裁平成20年3月27日判決、東京高判平成20年10月30日、札幌地判平成15年5月16日、札幌地判平成15年6月27日、札幌高判平成17年6月23日、東京地判平成17年11月11日（判時1956号105頁）、東京高判平成18年9月21日（金融・商事判例1254号35頁）、岡山地判平成18年11月9日、東京地判平成19年1月24日、仙台地判平成19年9月5日、東京高判平成20年3月27日、東京高判平成20年10月30日が、それぞれ上記同旨をいうところである。

「金」等の商品は、それ自体に資産価値があるものであるが、一般消費者が参加し、現受けの仕組みすらない商品価格差金決済取引を、取引所取引とは別に存在させる「社会経済的な有用性」は乏しい。海外先物等小委員会においても、現在行われている店頭取引を

拡大する方向で許容すべき立法事実は顕れておらず(業界からはロンドン取引は丸代金の受渡しで行う売買取引として行われているとの複数の報告がなされているのであって、これを証拠金取引で行う必要性があるとは指摘されていない。) 投機取引においては特に取引所取引に取引を集中させる取引所集中主義が放棄されるべき理由は生じていないし、店頭取引の柔軟さは、やはり、従前の限られた環境においてのみ許容すべきであって、レバレッジ等規制を放棄することになれば、過度の投機行為を招来することにもなる。

法律の構造、取引所取引の歴史及び実際、店頭取引のニーズ、許可制度に対する過度の期待とその違法性阻却がもたらす弊害には、より慎重な配意が求められる。報告書案は、店頭商品取引が資産形成の手段となりうるということに「社会経済的な有用性」を見るようであるが、賭博には賭博の効用があることを見誤ってはならない(のみ競馬にもそれを行う経済的利益を感じる者があるから存在している。賭博の効用を正当な経済的効用と認めないことから賭博罪が可罰的違法性を有するとの刑法の規定が正当性を有しうるのである。)。 「社会経済的な有用性」の存在を改めて十分かつ慎重に調査・検討する必要がある、その上で、その限度で違法性を阻却する立法がなされるべきである。

その意味から、当業者であるプロ同士がヘッジの必要性などの経済的・社会的に合理的な目的のために社会的に相当な方法で行う店頭商品デリバティブ取引は、正当行為として違法性が阻却されうる。許可制度を導入して、店頭商品デリバティブ市場の健全な発展を促進させれば、取引所取引と相互に影響し合って、合理的な価格形成がなされることとなり、取引所取引も含めた市場の活性化に結びつ



く有用性を認めえないではない。

しかしながら、ヘッジ等の必要性がない一般消費者が、相対で業者と店頭商品デリバティブ取引を行う経済合理性は皆無である。とくに、レートの選択などその商品設計が業者の意のままであり、一般消費者の側から自らの利益を守れる環境にない分野で、ただ純粹に賭博をするためだけに一般消費者を参加させることの意味は全くないのであって、むしろ、業者が一方的に操作することになりかねない一般消費者の参加は排除するのが、合理的な価格形成機能発展に資することにもなる。したがって、当業者でない一般消費者を店頭商品デリバティブ取引に参加させることは禁止すべきである。

なお、店頭商品デリバティブ取引について、参入業者の許可制をとる以上は、無許可営業の取締に関しては十分な意を用いることを求める。私的差金決済取引が賭博罪等（賭博罪、常習賭博罪、賭博場開帳等図利罪）の構成要件に該当する行為であり、これを一般消費者の利益を害する態様で行う無許可営業行為がなお賭博罪等の違法性を阻却されないことは誤解されてはならないのであって、ホームページその他の広報の手段を通じて周知徹底を図る必要がある。

また、無許可営業行為の民事上の行為を否定するなどの規定を置くことによってこの旨の立法者の理解が何らかの形で示されることが有用である。さらに、無許可営業が行われる場合には法律によって禁止されることとなる不招請勧誘が行われることが予想されるから、不招請勧誘の禁止に違反した場合について例えば行為規範違反行為の存在に関する立証責任を不招請勧誘行為を行った事業者に転換するなど何らかの（被害救済手続上の配慮を含めた）民事効を付与することを検討するべきである。

以上