

デリバティブと賭博罪の成否(4)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)

法学志林 / Review of law and political sciences

(巻 / Volume)

110

(号 / Number)

4

(開始ページ / Start Page)

370(57)

(終了ページ / End Page)

324(103)

(発行年 / Year)

2013-03

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00009023>

デリバティブと賭博罪の成否（４）

——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

法学志林 第110巻 第4号

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(4)(須藤)

- 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

法学志林 第110巻 第4号

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 民事裁判例（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) 業規制の及ぶ業者と顧客との間の取引

ア 先物取引

デリバティブと賭博罪の成否(4)(須藤)

- 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例
 - イ 私法上の効力を認めた例
 - ウ 賭博罪に当たるとした例
 - エ 小括
- 2 民事裁判例(デリバティブ顧客の内部関係)
- (1) 対債権者
- (2) 対株主
- 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(業者対顧客)
- 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（以上第110巻第1号）

6 わが国における賭博罪の適用状況

(1) 沿革

(2) ギャンブルの歴史

ア 総説

イ わが国のギャンブルの歴史（明治以前まで）

ウ わが国のギャンブル規制の歴史（明治維新後）

a 仮刑律～改定律例

b 旧刑法

c 賭博犯処分規則

d 刑法の施行

e 刑法施行後の賭博とその取締状況

(3) 公判請求された賭博罪適用事例の検討

ア 1945年以前の公判請求事案

イ 1946年から1980年までの公判請求事案

ウ 1981年以降現在に至るまでの公判請求事案

(4) 賭博罪の保護法益・処罰根拠

ア 序論

イ 副作用としての汚職

ウ 灰色判断である場合の弊害

エ ギャンブル依存

オ 詐欺賭博

第4章 賭博罪の成否を論ずる視点

1 射倖契約について

(1) 総説

(2) 射倖契約と民法90条との関係

(3) 射倖契約と賭博罪との関係

2 デリバティブ取引への民法90条の適用関係

(1) 業規制の及んでいない取引

デリバティブと賭博罪の成否 (4) (須藤)

(2) 業規制の及んでいる取引

- ア 賭博契約の否定
- イ 業規制に違反した契約の効力
- ウ 不法行為責任追及の可否
- エ 不法行為が成立する場合の刑法上の違法阻却の成否

3 違法阻却の構造

(1) 公営ギャンブル

- ア 総説
- イ 競馬法
- ウ 小型自動車競走法
- エ 当せん金附証票法

(2) パチンコ屋の規制

- ア 総説
- イ 開業規制
- ウ 行為規制
 - a 遊技料金等の規制
 - b 遊技機の規制
 - c 禁止行為
- エ 小括

(3) 麻雀の規制

- ア 麻雀屋に対する風俗営業規制
- イ 賭け麻雀の取締りの実情
- ウ 小括 (以上第 110 巻第 3 号)

(4) 保険契約

- ア 意義
- イ 保険取引の特色
- ウ 保険監督
- エ 保険契約
 - a 総説
 - b 損害保険
 - c 生命保険
- オ 保険デリバティブ
- カ 保険と賭博の区別

キ 死亡債

(5) デリバティブ

ア 金商法

- a 金商法 202 条 1 項
- b 金商法 202 条 2 項
- c 金融商品市場の無免許開設の禁止
- d 外国金融商品市場における無認可取引の禁止

イ 商取法

- a 商取法 329 条
- b 商取法 329 条の適用除外
- c 商取法 357 条 1 号
- d 商取法の規制対象物の場合
- e 商取法 6 条の適用除外
 - (a) 仲間市場
 - (b) 第一種及び第二種特定商品市場類似施設
- f 商取法 363 条 1 号

4 禁止から規制へ

(1) 市場への信頼

ア 総説

イ 投機と賭博の区別

ウ 金融商品市場

- a 市場デリバティブ取引
- b 外国市場デリバティブ取引

エ 商取法が規制する取引所取引

- a 商品市場におけるデリバティブ取引
- b 外国商品市場におけるデリバティブ取引
- c のみ行為

(2) 店頭取引について

ア 総説

イ 金融法委員会の論点整理について

ウ 店頭デリバティブ取引の正当性・相当性

エ 立法による賭博罪の構成要件の一部非犯罪化（以上本号）

デリバティブと賭博罪の成否 (4) (須藤)

(4) 保険契約

ア 意義

保険とは何かを定義する法規定はない。一般には、「保険」とは、同様の危険にさらされた多数の経済主体が金銭を拠出して共同の資金備蓄を形成し、各経済主体が現に経済的不利益を被ったときにそこから支払を受けるという形で不測の事態に備える制度といわれる。⁽¹⁾

保険法は、保険契約を「当事者の一方が一定の事由が生じたことを条件として財産上の給付を行うことを約し、相手方がこれに対して当該一定の事由の発生の可能性に応じたものとして保険料を支払うことを約する契約」と定義する(保険法2条1号)。そして損害保険契約を、「保険契約のうち、保険者が一定の偶然の事故によって生ずることのある損害を填補することを約するもの」(同条6号)、生命保険契約を、「保険契約のうち、保険者が人の生存又は死亡に関し一定の保険給付を行うことを約するもの」(同条8号)と定義する。

ちなみに、商法502条9号は、「保険」についてこれを営業としてなすときは商行為とする旨を規定している。したがって、相互保険、社会保険は別として、営利保険は商行為となる。

ここで保険料と保険給付は、大数の原則を応用して算出された数理的関係にあることが求められる。

保険料と保険金との関係についてみると、リスクの高い者、保険金額の高い者ほどそれに比例して高い保険料を負担させることとするのが公平であることから

$P = wZ$ (P は保険料, Z は保険金, w は保険金が支払われる確率)

という関係が成り立たなければならないものとされ、これを「給付反対給付均等の原則」という。なお、実際にはこの純保険料に、保険制度運営のための諸経費(付加保険料)を上乗せして保険料が徴収される。

また、保険においては、その収受する保険料の総額が支払うべき保険料の総額と相等しくなるように事業が運営されなければならないものとされ、これを

「収支相等の原則」という。

上記2つの原則は、保険制度が健全に運営されるために必要不可欠な原則である⁽²⁾とされる。

イ 保険取引の特色

保険は賭博目的で利用したり、あるいは故意の保険事故招致や保険事故の仮装によって不法に保険金を詐取しようとするなど、保険制度には常に悪用される危険が内在している。

他方、個々の加入者にとって経済的に貯蓄の側面を有する。例えば養老保険は、保険期間満了時に生存していた場合には死亡保険金と同額の満期保険金が支払われる保険である。変額保険は、養老保険又は終身保険の形をとるものの、保険会社が保証するのは一定額の死亡保険金だけであり、満期保険金や解約返戻金は、保険料積立金の運用実績に応じて変動するという保険商品である。

保険取引は約款による二者択一の附合契約である。事業の性質上多数の保険加入者を必要とするので、保険募集が必要不可欠で、しかも保険契約の内容について虚偽の説明がなされるなど不適切な保険募集が行われると、保険加入者に不測の損害が生ずる。こうした保険募集の重大性にかんがみ、保険事業のみならず保険募集についても併せて監督を行うのが通例であって、保険業法によって保険監督が行われている。

ウ 保険監督

保険業法によって保険監督を行う際の具体的基準については、金融庁が詳細な監督指針を策定・公表している。保険業を行うことができるのは、内閣総理大臣の免許を受けた株式会社又は相互会社で資本金又は基金の額が10億円以上のものに限られる（保険業法3条1項・6条）。

保険会社は、保険業以外の業務を行ってはならず（同法100条）、保険会社は損害保険事業と生命保険事業の免許を同時に受けてこれらを兼営することはできない（同法3条3項）。両事業が1つの保険会社で行われると加入者間の不公平が生じかねないためである。

新しい保険商品を開発してこれを販売しようとするれば、保険会社は原則とし

デリバティブと賭博罪の成否 (4) (須藤)

て約款内容や保険料率について認可を受けなければならない(同法123条1項、4条2項)。加えて平成7年保険業法改正により、ソルベンシー・マージン(支払余力)基準が導入された。これは各社の財務状況を保険会社に適合的な基準で測ることによって行政当局が保険会社の経営悪化を事前に察知し、しかるべき措置をとって保険会社の倒産を未然に防ごうという制度であって、自己資本比率規制の保険会社版ともいうべきものとされる。⁽³⁾

保険募集も内閣総理大臣に登録した者だけが保険募集を行い得る。不正な募集行為を行った者については、登録の取消しや業務の停止などの制裁が加えられる(保険業法307条)。

エ 保険契約

a 総説

保険仲介人を利用して保険を募集する保険会社は監督上のみならず私法上も説明義務を負い、この義務違反は不法行為を構成する(保険業法283条)。

保険約款の内容的規制として、保険法は保険加入者を保護するための片面的強行規定を各所においている。約款の内容的公正さの維持は、こうした立法的規制のほか、行政的規制、司法的規制を通じて行われる。

保険加入者は、保険に加入することにより、事故が発生してもそれによる損失を保険金で回収できることから、どうしても事故の予防のための注意力が減退するという傾向がみられることがあり、これをモラル・ハザードと呼ぶことがある。⁽⁴⁾発生した損失の全部を保険でカバーするのではなく、損失の一部分は加入者の自己負担とすることはしばしば行われるが、これもモラル・ハザード対策の例といえる。

故意に事故を発生させた場合は、保険金を支払わないというルールが公序として妥当する。

b 損害保険

損害保険とされる保険においては、利得禁止原則(保険加入者が利得することは許されない。)があり、これは強行法である。利得があるということは経済的損失をカバーするという保険の目的に反するものであって、これは一種の

賭博であることも1つの理由とされる。しかし、一定の制約の下に新価保険（再調達価額そのものを損害額として保険金を支払うもの）も認められている。時価分の保険金の支払を受けてもそれだけでは新築の建物に建て替えることはできず、新価保険はこのような現実的な経済的ニーズに応えようとするものであるという合理性がある。賭博性が肯定されない限り利得禁止原則は柔軟に適用してよいとの見解がある。⁽⁵⁾

被保険利益が存在していない場合には損害保険契約は無効である。⁽⁶⁾

超過保険とは、損害保険契約の締結時に保険金額が保険価額を超える保険をいうところ、保険法は超過保険を有効とした上で、保険契約者及び被保険者が超過保険であることにつき、善意・無重過失であったときは、保険契約者は超過部分について保険契約を取り消すことができることとする（保険法9条）。

もっとも、保険契約者や被保険者が不法に利得する目的で超過保険に加入するような場合には、公序良俗違反として契約全体を無効とすべきとの見解がある。⁽⁷⁾

c 生命保険

過大な保険金額になる生命保険契約の効力については、そうした利用の仕方は公序良俗に反するという見解があり、保険法においては重大事由による解除の対象となり得る。⁽⁸⁾

他人の死亡を保険事故とする生命保険契約を締結する場合には、被保険者となる者の同意が必要とされる（保険法38条）。被保険者の同意要件は、賭博禁止やモラル・ハザードの抑止ということとともに、自分の命を他人が勝手に保険の対象とするということに対する人格権的な保障ということも理由とされている。⁽⁹⁾

いったん、同意を得て保険契約が効力を生じた後に、保険金受取人が保険事故発生前に死亡保険金請求権を他人に譲渡する場合又はその死亡保険金請求権に質権を設定する場合も、再度、被保険者の同意が必要となる（同法47条）。これらの場合、権利の譲受人や質権者が被保険者の生命に危害を加えるおそれが生じ得るからである。

デリバティブと賭博罪の成否 (4) (須藤)

なお、傷害定額保険契約が保険契約者以外の者を被保険者として締結される場合にも被保険者の同意が要求される (同法 67 条 1 項本文)。これも賭博対象とされたり、保険金目的に悪用・濫用されるおそれがあるためとされる。⁽¹⁰⁾

生命保険では利得禁止原則の適用はない。人の死亡による損害を金銭に評価することは不可能であるという説明がされている。その他の理由として、人は本能的に自殺するようなことをおそれるし、モラル・ハザードも相対的に小さいこと、人が死亡した場合に妻子など遺族のことを考えて多少高額の保険金額が支払われるような生命保険に加入すること自体を反倫理的とは評価できないことなどが挙げられる。⁽¹¹⁾

オ 保険デリバティブ

近年の金融技術や金融市場の目覚ましい発展の中で、金融工学的技術を応用した保険リスクの移転手法とりわけデリバティブ等の活用によって従来保険の対象と考えられていたリスクをカバーすることが行われるようになってきた。この手法を総称して、ART (alternative risk transfer) といい、「代替的リスク移転」と訳されている。⁽¹²⁾ 代替的リスク移転は、従来保険で引き受けられるものと考えられてきたリスク (異常気象による企業の売上減少等) や保険での引受けに困難が伴うと考えられてきたリスク (地震災害等) を保険以外の手段で移転することから名づけられたようである。代替的リスク移転は、大別すると、リスクを証券化して移転する「保険リスクの証券化」と金融デリバティブ技術を活用した「保険デリバティブ」とがあるとされる。⁽¹³⁾

保険デリバティブという用語は、他のデリバティブと異なりいまだわが国の実定法上は使われていないものであり、実務上も確たる定義はないが、クレジット・デリバティブ、天候デリバティブ、地震デリバティブが保険デリバティブの名の下に議論されている。⁽¹⁴⁾

したがって、保険デリバティブは業として行うときに金融商品取引業となる「市場デリバティブ取引」(金商法 2 条 21 項) 又は「店頭デリバティブ取引」(同条 22 項) の一種である。

一方、「保険リスクの証券化」の例としては、「キャットボンド」と呼ばれる

ものがあり、これは例えば一定の規模以上の地震が発生した場合に、債務者が社債元利金の全部又は一部の償還を免れることを定めて発行される社債をいう。このような特約が付されるため、社債利子は通常よりも高く設定されるが、社債発行者はこの余分の利子を払うことにより地震リスクをヘッジすることができ、他方、社債購入者はこの利息と引換えに地震リスクを負担することになる。地震リスクはその巨大さゆえに保険や再保険で全面的にカバーすることは困難であることから、保険会社の代わりに、社債を購入する多数の投資家にリスクを負担させようというものであり、保険とは全く異なったリスクヘッジの手法といえよう。⁽¹⁵⁾

わが国の実務上、保険デリバティブは保険ではないと位置付けられている。⁽¹⁶⁾ ちなみに天候デリバティブでは、気温の変動や地震の発生という偶然の事実により実際どれだけの損害が生じたかを確定することなく約定の基準で金銭の支払が行われるのが一般的であるところ、なされる給付が損害の発生に対してこれを填補するものではないから、保険ではないと一般に理解されている。

カ 保険と賭博との区別

理論上の問題として、保険取引は、一般にそもそも賭博罪の構成要件に該当しないから適法行為なのか、あるいは賭博罪の構成要件に該当するが刑法 35 条の正当行為として違法性が阻却されるから適法行為なのであろうか。

学説上、例えば「社会的に相当な行為は構成要件該当性を欠く」として、可罰性判断を「構成要件解釈の許された幅の中」で行う見解があるが、現実の判例の傾向としては、この枠を超えて構成要件該当性の問題が積極的に解される限り、違法性の段階で刑事免責が考慮されることはほとんどなく、構成要件判断がやや不明確にならざるを得ないという問題がある。判例の中には「目的の正当性、手段の相当性、法益衡量、被害の軽微性、緊急性」を勘案して「構成要件該当性」を否定するものも多いとされる。⁽¹⁷⁾

実務的には構成要件の問題か否かはさほど重要な問題ではないかもしれない。実質的に見て、経済損失に対して事前に備えるという目的の経済合理性、必要性が認められること、保険法の強行規定や保険業法の保険監督による規制が及

デリバティブと賭博罪の成否 (4) (須藤)

んでいることに加え、保険取引が社会に浸透して定着していることなどを勘案すると、保険と賭博とを概念的に区別することは困難ではなかろう。私見によれば、保険は賭博とは異質のものであり、一般に賭博罪の構成要件該当性を欠くものといってよいと思われる。もちろん、他人の物を損害保険の対象にしたリ、自己の物でもその経済的価値を超えて損害保険の対象にするなどにより、保険の仕組みを脱法的に利用し賭博の手段として用いていると考えられるような場合は、実質の見地から刑法 185 条の構成要件該当性を欠く「保険」とは認められないこともあり得よう。

この考え方によれば、一般に刑法 185 条にいう「賭博」から「保険」は除かれる。すなわち、刑法 185 条にいう「賭博」には、いわゆる射倖契約のうち、保険、終身定期金、終身年金などは含まれないと解することになる。

本稿の本章の 1 (3) では、ある種の射倖契約について、賭博罪の構成要件には該当しないと解する場合における判断基準の明確性を問題としたが、保険法上「保険契約」の定義が存在するほか、商法上も「保険」の用語が用いられていること（商法 502 条 9 号）などからすれば、「保険」というそれなりに明確に観念できる射倖契約の一部分を賭博罪の構成要件から切り離すことによって賭博と区別しようとするのであるから、ここでの区別は明確なものといつてよいのではなかろうか。

仮に区別の明確性の点に全く問題がないわけではないとしても、罪刑法定主義から特に問題は生じないと解される。ちなみに、構成要件が不明確ゆえに違憲の疑いが生ずるのは、法令で用いられた概念の核心部分そのものあいまいな法令に限られるとの見解がある。この立場からは、不明確な刑罰法規を限定して解釈する試みは、一般に犯罪の成立を制限する方向で行われるのであるから、処罰を拡大する方向で行われる類推適用と同じに論じることはできないこと⁽¹⁸⁾になる。

なお、保険デリバティブは、上述のとおり金商法上のデリバティブの一種と位置付けられているので、保険デリバティブと賭博罪との関係については、デリバティブ一般と賭博罪との関係として論じればよいと考えられるので、ここ

では特に論じないこととする。

キ 死亡債

米国では「死亡債」(Death Bond)が一部の投資家の注目を集めているという。⁽¹⁹⁾これは上述の「保険リスクの証券化」の1例ともいえるが、例えば、1億円の生命保険に入っている人に対し、その人が70歳なら2割、75歳なら4割でその生命保険を金融機関が買い取り、この仕組みで生命保険証券を数千人規模で集め、細分化してABS(資産担保证券)に証券化し、ファンドに組み込むというものらしい。

保険加入者にとってのメリットは、本来死亡後に支払われる生命保険が、生前に受け取れるという点にあるという。保険加入者の中には経済的に困窮し、月々の保険料が経済的に大きな負担になっている人がいて、これを金融機関が買い取り、その生命保険の受取人になることで、保険加入者は死ぬ前に現金を手にすることができる(このような場合、従来は、被保険者が生命保険会社に対し、解約手続をして現金を受け取るのが通例であったが、その場合、大きな解約手数料がかかり被保険者に支払われる現金は少なくなってしまう。)

他方、投資家にとってのメリットは、リスクが低く収益が安定しているという点にあるという。もっとも、保険会社が告知義務違反などを理由に保険金の支払を拒否するケースもあり、そうしたリスクがないわけではない。

こうした仕組みの死亡債は、仮にわが国で取引されるとして、どのような問題があるのか。米国でも倫理面での批判はあるものの、実際に取引が行われており、そこでは賭博罪の適用は問題とされていないようである。

わが国においては、保険法上、保険契約者と被保険者が同一である自己の生命の保険契約である場合に、保険契約者自らが保険事故発生前に死亡保険金請求権を他人に譲渡することは、自らが同意しているのであるから、可能であり無効ではないと解される(保険法47条参照)。そうすると、生命保険の買取り行為は保険制度の枠内の行為として保険取引と認められ、刑法185条の構成要件には該当しないこととなる。

金融機関が買い取った生命保険を細分化して証券化し販売する行為は、証券

デリバティブと賭博罪の成否 (4) (須藤)

の現物売買と見られ(差金決済ではない。), 株の現物売買と同様に, やはり賭博罪の構成要件には該当しない行為といえよう。

そうすると, こうした債券の募集・販売については, 倫理面は別として, 法的には犯罪(賭博)として全面禁止されているのではなく, 保険法, 金商法等による規制にゆだねられていることになるが, 現在のところ, わが国ではこれを証券化した金融商品は募集・販売されていないようである。

(5) デリバティブ

ア 金商法

a 金商法 202 条 1 項

デリバティブについての賭博罪該当性を総体的に論ずる前に, 公営ギャンブル, パチンコ, 麻雀, 保険についてこれまで検討を加えてきた関係規制法における違法阻却の構造との比較で, 賭博罪との関係を規定するデリバティブについての規制法である金商法及び商取法の関係条文について見ておくこととした。すなわち刑法 35 条は「法令による行為」を罰しないこととしているので, デリバティブ取引について, その許容根拠となる「法令」の有無とその位置づけを具体的詳細に検討しようとするものである。⁽²⁰⁾

金商法 202 条 1 項は, 取引所金融商品市場によらないで, 取引所金融商品市場における相場(金融指標を含む。)による差金の授受を目的とする行為をした者は, 1 年以下の懲役若しくは 100 万円以下の罰金に処し又はそれらを併科することとし, ただし, 刑法 186 条の適用を妨げないこととしている。

この規定は, 競馬法 1 条 1 項ないし 3 項のように当該行為が賭博であることを認めた上で同法により日本中央競馬会等が競馬を行うことができる旨を定めているのとは, 明らかに規定ぶりが異なる。したがって, この規定は, 金商法で規制されるデリバティブ取引が賭博に当たり, その違法性を阻却するための規定であるとストレートに見ることはできない。そもそも市場デリバティブが刑法 185 条の賭博罪の構成要件に該当するか否かについても, 金商法の規定から読み取ることはできない。

ただ, 少なくとも金商法 202 条 1 項の反対解釈から, 取引所金融商品市場に

よってする取引所金融商品市場における相場（金融指標を含む。）による差金の授受を目的とする行為は一般に適法であると解することはできよう。

なお金商法2条14項は、金商法において「金融商品市場」とは、有価証券の売買又は市場デリバティブ取引を行う市場（商品関連市場デリバティブ取引のみを行うものを除く。）をいう旨を規定し、同条17項は、金商法において「取引所金融商品市場」とは、金融商品取引所の開設する金融商品市場をいう旨を規定する。

そうすると金商法の規制が及ぶ「市場デリバティブ取引」（本稿第1章の2（3）ア参照）は一般に賭博罪に当たらないということになる。

ところで、「外国市場デリバティブ取引」も「市場デリバティブ取引」と同様に適法と解することができるであろうか。金商法202条1項の反対解釈が外国金融商品市場において行う「外国市場デリバティブ取引」に及ぶかどうかの解釈問題といえる。

金商法2条17項の「取引所金融商品市場」の定義規定からすれば、文理解釈上金商法202条1項の反対解釈が外国金融商品市場において行う「外国市場デリバティブ取引」に及ぶことはないが、実質的解釈論からすれば、「外国市場デリバティブ取引」も「市場デリバティブ取引」と同様に適法と解すべきとの見解もあり得よう。

ところで、近時の投資詐欺商法の傾向として、CO₂ 排出権証拠金取引による被害が増加しているという。⁽²¹⁾これはCO₂ 排出権の売買をレバレッジを掛けた証拠金取引としてするものであり、欧州等海外の取引所取引への仲介をすると称するものがあるようである。なお、金商法上、①排出権の取得若しくは譲渡に関する契約の締結又はその媒介、取次ぎ若しくは代理を行う業務、②排出権のデリバティブ取引又はその媒介、取次ぎ若しくは代理を行う業務が、第一種金融商品取引業又は投資運用業を行う金融商品取引業者の届出業務として規定されている（金商法35条2項7号、金融商品取引業等に関する内閣府令68条16号、17号）が、この種取引はまだ政令指定（本稿の第1章の2（3）イb参照）されていないので、金商法にも商取法にも規律されない、法の隙間の商法

デリバティブと賭博罪の成否 (4) (須藤)

となっている⁽²²⁾という。

こうしたいかがわしい取引に関しては、業者に対し積極的に刑法の賭博罪を適用してよいと思われる。業者に賭博罪を適用する場合は必要的共犯として取引の相手方である顧客の処罰の可否が問題となるところ、金商法の主要な目的の1つとして投資者の保護があるのであるから、顧客については相対的に実質的違法(可罰的違法性か)がないとして賭博罪の成立を否定することも可能ではなかろうか。

こうした業者に対して顧客が必要的共犯となることから賭博罪の適用がためられる場合には、金商法が隙間のない投資者保護を目的としていることに照らし、業者に対し、一般的規制である金商法 157 条の罪(不正取引の禁止)の適用を考慮すべきであろう。

結局、「外国市場デリバティブ取引」も「市場デリバティブ取引」と同様に、原則として適法と解すべきであるとしても、金商法等の規制が及ばない詐欺的商法に係る業者については、金商法 202 条 1 項の反対解釈が及ばないものとして取り扱い、例外的に賭博罪適用の余地を残しておくのが相当と考えられる。すなわち、金商法による業規制がきちんと及んでいる「市場デリバティブ取引」及び「外国市場デリバティブ取引」についてのみ金商法 202 条の反対解釈により、賭博罪に該当しないということとすべきであろう。

b 金商法 202 条 2 項

金商法 202 条 2 項は、金融商品取引業者又は登録金融機関が一方当事者となるか、媒介、取次ぎ、代理を行う店頭デリバティブ取引については、同法 202 条 1 項の適用除外とする扱いとしている。

その趣旨は、当該取引が刑法 185 条の賭博罪にそもそも該当しないことを意味するものではないと解されている⁽²³⁾。この解釈は、金商法 202 条 1 項の規定が競馬法 1 条 1 項ないし 3 項のように当該行為が賭博であることを認めた上で同法により日本中央競馬会等が競馬を行うことができる旨を定めているのとは、明らかに規定ぶりが異なっており、金商法 202 条 1 項の規定は、同法で規制されるデリバティブ取引が賭博に当たり、その違法性を阻却するための規定であ

るとストレートに見ることはできないことからしても、当然の解釈といえる。

実質的に考えても、例えば純粹に投機的手段として店頭デリバティブ取引が行われるような場合は、たとえそれが金融商品取引業者や登録金融機関によるものであったとしても、違法性が阻却されるべき正当性に欠けると解さなければならず、逆に、登録業者を介さない非登録業者による店頭デリバティブ取引であっても、その目的や取引の態様等にかんがみて、刑法 185 条の構成要件該当の違法性を阻却すべき場合が出てくるかもしれないからとされている⁽²⁴⁾。

結局、金商法上の「店頭デリバティブ取引」については、同法において違法性阻却を明確に定めてはいないので、金商法にこれが賭博罪に該当しないことの基準は見出せない。そうすると、実質的な違法判断をしてその賭博罪の構成要件該当性ないし違法阻却の基準を考察することが必要となるが、次章に譲る。

c 金融商品市場の無免許開設の禁止

金商法 198 条 4 号は、同法 80 条 1 項に違反して無免許で金融商品市場を開設した者を 3 年以下の懲役若しくは 300 万円以下の罰金に処し又はそれらを併科することとしている。これは上述した金商法 202 条 1 項の反対解釈が及ばず金商法 202 条 1 項又は刑法 185 条の適用可能性のある行為の一部について処罰することとしているものと解される。

したがって、この規定と金商法 202 条 1 項の罪（又は刑法の賭博罪）との罪数関係が問題となるが、その前提問題として金商法 202 条 1 項の罪と刑法の賭博罪との罪数関係については、特別法と一般法との関係と見て、金商法 202 条 1 項の罪が成立し、刑法の賭博罪の適用は排除されるものと解してよからう⁽²⁵⁾。

次に金商法 198 条 4 号の罪と同法 202 条 1 項の罪との罪数関係については、観念的競合（刑法 54 条 1 項前段）とする見解が穏当かもしれないが、問題がないわけではない。

従来から金商法 198 条 4 号（旧法規定を含む。）を適用した検挙事例が見当たらない（本稿の第 3 章の（1）イ参照）ので、これ以上の解釈論を進める材料に乏しいのであるが、業者側については、金商法 198 条 4 号に該当する限り、金商法 202 条 1 項の賭博罪の適用は排除されると解してよいのではなかろうか

デリバティブと賭博罪の成否 (4) (須藤)

(より法廷刑が重い金商法 198 条 4 号の罪は、一般法である同法 202 条 1 項の罪の特別法と見る)。賭博罪の場合は必要的共犯として業者のみならず、取引の相手方である顧客も処罰されることとなると、金商法 198 条 4 号を適用する場合には一般には業者側だけの片面的処罰となるが、それでよいといえるであろうか。

顧客側の不処罰については、当然には導くことはできないが、金商法の主要な目的の 1 つとして投資者の保護があるのであるから、業者が金商法 198 条 4 号によって処罰されるような場合には、顧客については実質的違法(可罰的違法性か)の有無が問題とされよう。顧客についても違法性が顕著に認められるような場合は、金商法の 202 条 1 項の罪が成立すると解されよう。

d 外国金融商品市場における無認可取引の禁止

金商法 198 条 4 号は、同法 155 条 1 項に違反して無認可で外国金融市場における取引を行わせた者を、金融商品市場の無免許開設の場合と同様に処罰することとしている。

ここで同法 155 条 1 項は、外国金融商品取引市場を開設する者は、内閣総理大臣の認可を受けて、その使用する電子情報処理組織と①金融商品取引業者又は、②登録金融機関の使用に係る入出力装置(以下、「外国金融商品取引所入出力装置」という。)とを接続することにより、これらの者に外国金融商品取引所入出力装置を使用して外国金融商品取引市場における有価証券の売買及び外国市場デリバティブ取引(②登録金融機関にあっては登録金融機関業務に係る取引に限る。)を行わせることができる旨を規定する。

この金商法 198 条 4 号の規定を反対解釈すると、金商法 155 条 1 項の規定により認可を受けて自己のコンピュータを金融商品取引業者又は登録金融機関の外国金融商品取引所入出力装置と接続することにより外国金融商品取引市場における外国市場デリバティブ取引を行うことは適法ということになる。もっとも、こうした外国市場デリバティブ取引も、形式的には刑法 185 条の賭博罪に該当する可能性は否定できないのであるから、これを適法とするには何らかの根拠規定があってもよいはずである。

金商法 198 条 4 号の規定ぶりからすれば、「認可を受けてする外国金融商品市場における外国市場デリバティブ取引」を同法 202 条 1 項の反対解釈が及んでいる「取引所金融商品市場によってする取引所金融商品市場における相場による差金の授受を目的とする行為」と同様に扱おうとしていることがうかがえる。そうすると、外国市場デリバティブ取引を適法なものとする根拠は、金商法 202 条 1 項の反対解釈がここにも及んでいると解することにあるといえよう。

さきに述べた金商法等の規制が及ばない詐欺的商法に係る業者については、金商法 202 条 1 項の反対解釈が及ばないものとして取り扱い、例外的に賭博罪適用の余地を残しておくのが相当であり、金商法による業規制がきちんと及んでいる「外国市場デリバティブ取引」についてのみ金商法 202 条の反対解釈により、賭博罪に該当しないこととすべきであるという提言は、金商法 198 条 4 号の規定をこのように解釈することとも整合的といえようか。

ここでも、この規定と金商法 202 条 1 項の罪との罪数関係が問題となるが、さきに述べた金融商品市場の無免許開設の罪の場合と同様に、業者側については、金商法 198 条 4 号の外国金融商品市場における無認可取引の罪に該当する限り、金商法 202 条 1 項の賭博罪の適用は排除されると解してよいのではなかろうか。そうすると賭博罪の場合は必要的共犯として業者のみならず、取引の相手方である顧客も処罰されることとなるところ、金商法 198 条 4 号を適用する場合には一般には業者側だけの片面的処罰となることが多いと思われるが、顧客について金商法 202 条 1 項の罪が成立する余地が全くないわけではないであろう。

イ 商取法

a 商取法 329 条

賭博罪との関係を規定するデリバティブについての規制法である商取法の関係条文としては、商取法 329 条が挙げられる。同条は、何人も、商品先物取引業者、349 条 1 項の届出をした者を相手方として行う場合を除き、商品市場における取引によらないで、商品市場における相場を利用して、差金を授受することを目的とする行為をしてはならない旨を規定し、この規定に違反して差金

デリバティブと賭博罪の成否 (4) (須藤)

を授受することを目的とする行為をした者は1年以下の懲役若しくは100万円以下の罰金に処せられ又はこれを併科される。ただし、刑法186条の適用を妨げないこととされている(同法365条)。

この規定も、競馬法1条1項ないし3項のように当該行為が賭博であることを認めた上で同法により日本中央競馬会等が競馬を行うことができる旨を定めているのとは、明らかに規定ぶりが異なっており、商取法329条の規定は、商取法で規制されるデリバティブ取引が賭博に当たり、その違法性を阻却するための規定であるとストレートに見ることはできない。

ただこの規定の反対解釈から、商品市場における差金授受を目的とするデリバティブ取引(本稿の第1章の2(4)エb)は、一般に適法であると解することはできよう。⁽²⁶⁾ここで「商品市場」とは、1種の上場商品ごとに一定の先物取引を行うために商品取引所が開設する「上場商品に係る商品市場」及び1種の「上場商品指数」ごとに一定の先物取引を行うために商品取引所が開設する「上場商品指数に係る商品市場」を意味し(商取法2条9項)、「商品市場における取引」とは、商取法上の「商品市場」における取引のことである(商取法2条10項)。

結局、商取法の規制が及ぶ「商品市場における取引」(一定のデリバティブ取引)は一般に賭博罪に該当しないということになる。その実質的な理由についてはさらに法解釈で明らかにすることが求められよう。

b 商取法329条の適用除外

上述のとおり商取法329条は、何人も、商品先物取引業者、349条1項の届出をした者を相手方として行う場合を除き、商品市場における取引によらないで、商品市場における相場を利用して、差金を授受することを目的とする行為をしてはならない旨を規定する。この規定の解釈として、商品市場における相場を利用して取引所外で行われる差金の授受を目的とする取引であっても、「商品先物取引業者又は特定店頭商品デリバティブ取引業者(商取法349条)を相手方として行うことは認められ、賭博行為の禁止の適用除外となっている」と理解されている。⁽²⁷⁾

ここで商取法 329 条が刑法 185 条の特別法であると解されるから、商品先物取引業者又は特定店頭商品デリバティブ取引業者（商取法 349 条）を相手方として行う「商品市場における取引によらないで、商品市場における相場を利用して、差金を授受することを目的とする行為」は賭博行為の禁止の適用除外とされていることになる。いいかえれば商取法 329 条は、商品先物取引業者又は特定店頭商品デリバティブ取引業者（商取法 349 条）を相手方として行う「商品市場における取引によらないで、商品市場における相場を利用して、差金を授受することを目的とする行為」について、刑法 35 条の法令行為として賭博行為の違法性を阻却する機能を果たしているといえる。

ここでいう「商品市場における取引によらないで、商品市場における相場を利用して、差金を授受することを目的とする行為」として、まず「店頭商品デリバティブ取引」について検討を加える。

商取法 2 条 14 項は、「店頭商品デリバティブ取引」について、商品市場及び海外商品市場によらないで行われる一定の差金授受によって決済ができる取引等をいうと定義づけている。

商取法の「店頭商品デリバティブ取引」に対する規制構造をみると、「商品市場における取引」（商取法 2 条 10 項）、「外国商品市場取引」（同条 13 項）とともに、「商品デリバティブ取引」の 1 つとして位置づけられているところ（同条 15 項）、このうち①その内容等を勘案し取引の当事者の保護に欠けるおそれがないものとして政令で定める店頭商品デリバティブ取引、及び②店頭商品デリバティブ取引について高度の能力を有する者として主務省令で定める者若しくは資本金額が主務省令所定の金額以上の株式会社を相手方として行われ、又はこれらの者のために行われる店頭商品デリバティブ取引を「対象外店頭商品デリバティブ取引」と称して、これを「商品デリバティブ取引」としての規制対象から外している（商取法 2 条 15 項）。

次に「対象外店頭商品デリバティブ取引」のうち、商取法 352 条の公示に係る上場商品に該当する商品・上場商品指数又は類似する商品指数を取引対象とする店頭商品デリバティブ取引を業として行うことについて、主務大臣に届出

デリバティブと賭博罪の成否 (4) (須藤)

をした者を「特定店頭商品デリバティブ取引業者」といい(商取法 349 条 1 項)、この特定店頭商品デリバティブ取引業者の届出をした者を相手方として行う場合は、商取法 329 条の賭博行為の禁止の適用除外とされているのである。

結局、商品先物取引業者又は特定店頭商品デリバティブ取引業者を相手方として行う取引である限り、商取法が許容する「店頭商品デリバティブ取引」についてはすべて同法 329 条の賭博行為禁止の適用除外となっていることになる。

上述のように金商法は、店頭デリバティブ取引について、一般に賭博行為禁止(金商法 202 条 1 項)の適用除外とはしていないと解されていることと比較した場合、業者を相手方とする「店頭商品デリバティブ取引」を全面的に賭博行為の禁止の適用除外とする商取法の取扱いに興味深い。この場合の賭博罪の構成要件該当性ないし違法性阻却の実質的理由についても明らかにする必要がある。

次に、「商品市場における取引によらないで、商品市場における相場を利用して、差金を授受することを目的とする行為」には、「外国商品市場取引」も含まれる。商品先物取引業者を相手方として行う取引である限り、商取法が許容する「外国商品市場取引」についてはすべて同法 329 条の賭博行為禁止の適用除外とされている。

c 商取法 357 条 1 号

商取法 6 条 1 項は、何人も、商品又は商品指数(これに類似する指数を含む。)について先物取引に類似する取引をするための施設(取引所金融商品市場を除く。)を開設してはならない旨を規定し、これに違反した者は 3 年以下の懲役若しくは 300 万円以下の罰金に処し又はこれを併科することとしている(商取法 357 条 1 号)。

ここにかっこ書きにより、「取引所金融商品市場」については適用除外とされているが、そのような市場でなされる先物取引は「商品」の「先物取引」ではなく、別途、金商法の規制に服するのであるから、規制の住み分けとして問題はないと考えてよいであろう。

この商取法 357 条 1 号は、上述した商取法 329 条の反対解釈が及ばず同条又

は刑法 185 条の適用可能性のある行為の一部について処罰することとしているものと解される。

したがって、この規定と商取法 329 条の罪（又は刑法の賭博罪）との罪数関係が問題となるが、その前提問題として商取法 329 条の罪と刑法の賭博罪との罪数関係について見ると、特別法と一般法との関係から、商取法 329 条の罪が成立し、刑法の賭博罪の適用は排除されるものと解してよからう。

次に商取法 357 条 1 号の罪と同法 329 条の罪との罪数関係については、観念的競合（刑法 54 条 1 項前段）とする見解が相当かもしれないが、問題がないわけではない。⁽²⁹⁾ 従来から商取法 357 条 1 号（旧法規定を含む。）を適用した検挙事例が見当たらない（本稿の第 3 章の（1）イ参照）ので、これ以上の解釈論を進める材料に乏しいのであるが、業者側については商取法 357 条 1 号に該当する限り、商取法 329 条の賭博罪の適用は排除されると解してよいのではなかろうか。

すなわち、本罪の法定刑の上限が刑法の常習賭博と同じであり、単純賭博より重いところ、差金の授受を目的とするデリバティブ取引について本罪が成立すれば、形式的に見て同時に刑法 185 条の賭博罪の構成要件にも該当することからすれば、商取法 357 条 1 号の罪は、刑法の賭博罪（185 条及び 186 条）の特別法と見ることができるのではなかろうか。したがって、商取法 357 条 1 号に該当する限り業者側については刑法の賭博罪の適用は排除され、刑法の賭博罪の特別法である商取法 329 条の賭博罪の適用についても同様に排除されると解してよいと思われる。

賭博罪の場合は必要的共犯として業者のみならず、取引の相手方である顧客も処罰されることになるところ、商取法 357 条 1 号を適用する場合には一般に業者側だけの片面的処罰となることもあり得るとして、それでよいといえるであろうか。この場合の顧客は被害者的立場にあることもあり得るから、その実態的違法の有無が問われよう。ここでの顧客について違法が顕著に認められるような場合は、商取法 329 条の罪が成立すると解することとなろう。

デリバティブと賭博罪の成否 (4) (須藤)

d 商取法の規制対象物の場合

商取法に定義される「商品」(商取法 2 条 1 項) 及び「商品指数」(同条 2 項) 以外のものを対象として、先物取引に類似する取引 (いわば経済的意味におけるデリバティブ取引) をするための施設を開設した場合それは、商取法 357 条 1 号の罪に該当するのであろうか。

この点については現行商取法 6 条 1 項の旧規定である平成 2 年改正前商取法 8 条 1 項の解釈をめぐり、「政令で指定されていない商品」を先物取引の対象とする私設市場が旧法 8 条の適用範囲に含まれるか否かをめぐって議論が生じ、昭和 55 年内閣法制局統一見解として示された回答は、従来の政府見解を変更して、「商取法に基づいて指定されていない商品については商取法 8 条の適用はない」とするものであった。⁽³⁰⁾

この政府見解は肯認できるものと解するのであるが、⁽³¹⁾この場合業者を商取法によっては取り締まることができないが、一般原則に戻り商取法 329 条の罪ないし刑法の賭博罪の適用の余地は残っていると解されよう。⁽³²⁾

業者に賭博罪を適用する場合は必要的共犯として取引の相手方である顧客を処罰することの可否が問題となるところ、商取法の主要な目的の 1 つとして委託者の保護があるのであるから、顧客については相対的に実質的違法 (可罰的違法性か) が無いものと解して賭博罪の成立を否定することができる場合も少なくないのではなかろうか。⁽³³⁾

顧客に顕著な違法が認められず、賭博罪の成立が否定され、そのため業者に対しても賭博罪の適用がためられる場合には、商取法には業者に対し適用可能な罰則が見当たらないこととなるが、金商法が隙間のない投資者保護を目的としていることに照らし、業者に対し、一般的規制である金商法 157 条の罪 (不公正取引の禁止) の適用を考慮すべきものとする。もっとも当該デリバティブ取引は、金商法 157 条にいうデリバティブ取引に含まれないと解すべきであるとすると (類推解釈はすべきではない。)、立法的な手当てを要することとなる。

e 商取法6条の適用除外

(a) 仲間市場

公設市場のない「商品」又は「商品指数」について先物取引をするニーズがある当業者らが、自らそのための市場施設を開設することはあり得る。そこで商取法は、当業者のみが参加し当業者の計算においてする取引であることを条件に、同法6条の適用を除外し、そのような市場施設（仲間市場）の開設を許容する（商取法331条1号）。

こうした仲間市場の開設許容によるデリバティブ取引も、形式的には刑法185条の賭博罪に該当する可能性は否定できないのであるから、これを適法とするには何らかの根拠規定があってもよいはずである。

ここで商品取引業者又は特定店頭商品デリバティブ取引業者を相手方として行う商品市場における取引については、上述のように商取法329条の規定の反対解釈によって一般に適法とされるわけであるが、仲間市場の開設許容によるデリバティブ取引の適法性について強いて根拠法令を求めるとすれば、商取法329条の反対解釈をここにも類推して及ぼすのが相当と考えられる。

いいかえれば、上述のとおり商取法357条1号に該当する限り、刑法の賭博罪の特別法である商取法329条の賭博罪の適用が排除されると解されるところ、商取法の規制構造として、商取法329条の賭博罪の適用が排除されることを前提として商取法357条1項の適用関係が問題となり、その場面で同項に該当しない適法行為とされるのであるから、もちろん解釈として商取法329条の賭博罪の適用が排除され、同時に一般法としての刑法の賭博罪の適用も排除されると解することができるであろう。

(b) 第一種及び第二種特定商品市場類似施設

商取法は、商品市場類似施設の開設禁止の適用除外として、「第一種特定施設開設者」が開設する施設及び「第二種特定施設開設者」が開設する施設を加えている（商取法331条2号、3号）。これらの施設は、多様なリスク・ヘッジのニーズに応えるために、当業者を中心として利用されるものである。

第一種特定商品市場類似施設が非上場の商品又は商品指数を対象とするのに

デリバティブと賭博罪の成否 (4) (須藤)

対し (同法 332 条 1 項, 333 条 1 項 2 号), 第二種特定商品市場類似施設は上場商品又は商品指数を対象とする点が異なる (同法 342 条 1 項)。

第二種特定商品市場類似施設は, 上場商品について, 当業者のためのリスク・ヘッジの場を提供するものであり, 商品取引所の商品市場におけるよりも弾力的な運営がなされることにより, 機動的な対応ができることが期待されている。⁽³⁴⁾しかし, あくまでも補完的な機能にとどまるべきであるから, 第二種特定商品市場類似施設については, 取引対象となる商品又は商品指標若しくは当該商品指数に類する商品指標を上場している商品取引所の健全な運営に支障を及ぼすおそれがないことが求められる (商取法 343 条 1 項 3 号)。

こうした第一種及び第二種特定商品市場類似施設の開設許容によるデリバティブ取引も, 形式的には刑法 185 条の賭博罪に該当する可能性は否定できないのであるから, これを適法とするには根拠規定が必要と思われるところ, 上述の仲間市場の場合と同様に, 商取法 6 条 1 項の適用除外となることによって, 商取法 329 条の賭博罪の適用をも排除され, 同時に一般法としての刑法の賭博罪の適用も排除されると解することができるであろう。

f 商取法 363 条 1 号

商取法 6 条 2 項は, 何人も, 前項の施設において先物取引に類似する取引をしてはならない旨を規定するが, この規定に違反した者は 1 年以下の懲役若しくは 100 万円以下の罰金に処せられ又はこれを併科される (同法 363 条 1 号)。

この商取法 363 条 1 号の罪は, 上述した商取法 329 条の反対解釈が及ばず同条又は刑法 185 条の適用可能性のある行為の一部である「商品市場類似施設における先物取引に類似する取引禁止の違反行為」について, 商取法 329 条及び刑法の賭博罪の適用を排除しつつ, 特に処罰することとしているものと解される。

仲間市場や第一種及び第二種特定商品市場類似施設におけるデリバティブ取引については, 上述のとおりこれが商取法 6 条の禁止の適用除外とされていることから, 本罪も適用されない。

4 禁止から規制へ

(1) 市場への信頼

ア 総説

商法 501 条 3 号は、取引所においてする取引を絶対的商行為としている。取引所における売買取引は一定の時間内に一定の方式に従って大量的になされ、しかも極度に資本主義的であり、また、技術的・定型的であることから、絶対的商行為とされているのである。

しかし、取引所における取引は、これを取り扱う取引所の会員である商人の行為として、すでにその面から商行為性が認められるから（商法 502 条 11 号、501 条 1・2 号、503 条）、商法の適用上特に独立して掲げる必要はないともいえる。⁽³⁵⁾

もっとも、この点については「実物投機」は商法 501 条 1 号・2 号に規定されているので、一般売買法の適用を受ける特別な制限のない適法行為であるのに反して、「差金投機」は普通法である民商法でこれを禁止し、取引所市場だけに集約してこれを認容し、その外の類似施設の設置若しくは同施設による取引を禁ずるところであるとする見解がある。⁽³⁶⁾この立場からは商法 501 条 3 号は「取引所における取引」に限って「差金投機」を許容するために設けられた規定と見ることになる。

取引所はのように多数の商人が集合して有価証券、商品の大量取引（デリバティブ取引を含む。）をするための施設であって、金商法、商取法によって規整されている。

イ 投機と賭博の区別

投資、投機及び賭博について、経済的に区別する見解として、「①投資は、人の経験・知識を基礎に収入を得ることを主たる目的とする行為であるが、②投機は、知識・経験よりも自己の所信（信念）に基づいて値上がりを目

デリバティブと賭博罪の成否 (4) (須藤)

度⁽³⁷⁾がはるかに大きい」とするものがある。

この見解によれば、投資・投機・賭博は、程度の差でしかなく客観的には区別不能ということになる。

投機と賭博との区別が実質的に可能か否かは、学説上見解が分かれているところ、仮に、実質的に区別が可能であるという見解に立てば投資・投機は賭博罪の構成要件に該当しないこととなる。実質的に区別が困難であるという見解に立てば、法律的に区別することが重要となり、当該法律をどのように位置づけるかにより、投機は賭博罪の構成要件に該当しないとみるか、構成要件該当性を認めた上で違法性が阻却されるとみるかという結論に帰着する。

この問題を考える上で、賭博罪が成立し得る先物取引を差金決済に限定するべきか、あるいは現物の授受が予定されている先物取引も含めて賭博罪が成立し得ると解するかが議論されているところ、金商法 202 条 1 項の規定ぶりからして、現物の授受が予定されている先物取引は刑法の賭博罪の構成要件にも当たらないという見解⁽³⁸⁾が支持されよう。

その根拠としては、現物授受が予定されているデリバティブ取引は、実物投機であって差金投機とは異なり、商法 501 条 1 号・2 号に規定されているので民商法上適法であるために賭博罪の構成要件に該当しないと解してよいと思われる。⁽³⁹⁾

これに対し差金投機としてのデリバティブ取引については、一般に賭博罪が成立し得るものと位置付けたくうえで、商法は 501 条 3 号において絶対的商行為として「取引所ニ於テスル取引」を定めることにより、取引所市場だけに集約してこれを許容することとしているものと解される。その上で差金決済によるデリバティブ取引は、金商法 202 条 1 項及び商取法 329 条の反対解釈として、これら規制法が許容する限り刑法の賭博罪の構成要件にも該当しない行為と解してよいのではなかろうか。

なおデリバティブ取引について、投機目的かリスクヘッジ目的かといった取引当事者の主観によって賭博罪の成否を区別するような見解は採るべきではないように思う。⁽⁴⁰⁾

ウ 金融商品市場

α 市場デリバティブ取引

金融商品市場は、原則として、内閣総理大臣の免許を受けた者でなければ開設してはならないこととされ（金商法 80 条）、金融商品取引所は、この免許を受けて金融商品市場を開設する（金商法 2 条 17 項）。

金融商品市場においては、取引の公正が確保されることで投資家の保護が図られるとともに、大量の取引が集中されることで効率的な価格形成と有価証券の円滑な流通が実現する。市場で形成された市場価格（時価）が、資産評価の基準や有価証券の発行価格の目安として利用されることで、効率的な資源配分の実現にもつながるのであり、金融商品市場が開設されることには、公益の観点⁽⁴²⁾から重要な意義があるとされる。

金融商品取引所は、取引所市場の開設という高度の公益性を有する業務を営むことから、厳格な專業義務が課せられており、取引所金融商品市場の開設とそれに附帯する業務以外の業務を行うことはできない（金商法 87 条の 2 第 1 項）。

金融商品取引所の組織形態には、非営利の会員制組織である金融商品会員制法人と営利を目的とする株式会社の 2 通りがある（同法 83 条の 2）。会員金融商品取引所となる金融商品会員制法人は、金融商品取引業者等によって設立され、金融商品取引業者等のみを会員とする非営利の法人である（同法 88 条、88 条の 2、91 条、97 条）。

金融商品会員制法人は、総会員の 4 分の 3 以上の賛成に基づき、内閣総理大臣の認可を受けて株式会社組織に組織変更することができる（同法 101 条以下）。東京、大阪、名古屋の 3 証券取引所及び東京金融取引所は、組織変更によって株式会社金融商品取引所になり、現在に至っている。

株式会社金融商品取引所は、一般に通常の株式会社として会社法の規整に服するが、資本金は、10 億円以上であることを要する（金商法 83 条の 2、金商法施行令 19 条）。取引所市場の開設は高度な公益性を有する業務であり、特定の者が過度の影響力を及ぼすことを防止するために、その株式の保有に対して

デリバティブと賭博罪の成否 (4) (須藤)

は一定の制限が加えられており、取引所株式の議決権の 20% 超の保有は原則として禁じられる (金商法 103 条の 2)。

金融商品取引所は、金融商品市場の開設という公益上重要な業務を営むために、定款のほか、取引ルールや上場・上場廃止基準などを定める業務規定、取引参加者による投資家からの注文の取扱いを定める受託契約準則といった規則を定めている。これら定款・諸規則の実効性を確保するために、取引所は、その会員や取引参加者等に、法令、行政処分、取引所の定款及び諸規則、取引の信義則を遵守させ、それらに違反した者に対して過怠金の賦課や取引の停止、除名や取引参加者資格の取消しなどの制裁を課さなければならないものとされている (金商法 87 条)。なお、取引所の免許にあたっては、取引所の定款・諸規則の規定が法令に適合し、有価証券の売買や市場デリバティブ取引を公正かつ円滑にし、投資家を保護するために十分であるかどうかを審査しなければならないこととされている (同法 82 条 1 項 1 号)。また、定款・諸規則の変更には、内閣総理大臣の認可が必要とされる (同法 149 条 1 項)。

金商法は、自主規制業務を取引所の重要な業務の 1 つとして位置付けているところ (同法 84 条 1 項)、自主規制業務の公正さを確保するために、独立の自主規制法人への自主規制業務の委託 (同法 85 条) や自主規制業務に関する事項の決定を行う自主規制委員会の設置 (同法 105 条の 4) を可能としている。

自主規制法人は、金融商品取引所又は金融商品取引所持株会社が設立し、それらを会員とする会員組織の法人であり、内閣総理大臣の認可を受けて自主規制業務を行うものとされる (同法 102 条の 2, 102 条の 3, 102 条の 12, 102 条の 14)。

以上述べたところからすれば、金商法にいう「市場デリバティブ取引」については、「保険」と同様に商法において商行為として認められて、公益上の重要機能に照らして精緻な規整構造が形成されていることからして、実質的に見ても行為者の取引目的がリスク・ヘッジであろうと投機目的であろうと、すべて刑法 185 条の賭博罪の構成要件該性を欠いた不可罰的な行為といつてよいと考えられる。⁽⁴³⁾

b 外国市場デリバティブ取引

外国市場デリバティブ取引は、外国金融商品市場において行う取引であって、市場デリバティブ取引と類似の取引をいう（金商法2条23項）。近時では取引所取引が電子化・自動化され、外国の取引所が日本国内に取引端末を設置することで、日本から外国の市場での取引に直接参加することが技術的に可能である。そこで、2003年の証券取引法改正で、外国の金融商品取引所が内閣総理大臣の認可を受けて、国内の金融商品取引業者や登録金融機関に海外の金融商品市場における有価証券の売買や外国市場デリバティブ取引を行わせることが認められ現在に至っている（金商法155条）。

ところで、日本国外にある者や日本国外で行われている行為について、日本の金商法に基づく行政権や司法権の行使をすることはできない。これは国際法上の執行管轄権の問題とされるが、基本的には属地主義の原則によって取り扱われる。ここで行為の一部が日本国内で行われているのであれば法の適用対象とすることは可能とも考えられるが、取引が外国の金融商品取引所において執行される場合には、それにより日本の市場や投資者に不利益な効果が及ぶおそれがあるというだけで法を適用してよいかどうかについては議論がある。⁽⁴⁴⁾

一般には国境を越えた違法行為に対処できないことへの方策として、各国の裁判所や行政機関がエンフォースメントについて相互に協力し合う仕組みが作られている。ちなみに金商法は、内閣総理大臣は、金商法に相当する外国の法令を執行する当局からその所掌に属する外国法令を執行するために行う行政上の調査に関し、協力の要請があった場合において、当該要請に応ずることが相当と認めるときは、必要かつ適当であると認められる範囲内において関係人や参考人に対して、参考となるべき報告又は資料の提出を命ずることができる旨を規定し（金商法189条1項）、この調査協力は、相互主義の原則に従って行われる（同条2項）。

金商法による業規制がきちんと及んでいる「外国市場デリバティブ取引」については、金商法202条の反対解釈によれば賭博罪に該当しないことになることとさきに述べたが、結局、金商法にいう「外国市場デリバティブ取引」について

デリバティブと賭博罪の成否 (4) (須藤)

は、当該外国金融市場について当該外国法令の規制が及んでいるはずであることに加えて、「市場デリバティブ取引」に準ずるものとして、それと同様の公益上の重要機能があることからしても、行為者の取引目的がリスク・ヘッジであろうと投機目的であろうと、すべて刑法 185 条の賭博罪の構成要件該性を欠いた不可罰的な行為といつて実質的にも差し支えないであろう。

エ 商取法が規制する市場取引

a 商品市場におけるデリバティブ取引

商品市場は、1 種の上場商品又は上場商品指数ごとに、先物取引を行うために商品取引所が開設する市場であり、そこで行われる先物取引も国内の取引所市場で行われるものに限定されている（商取法 2 条 3 項）。

商品市場での取引資格も限定されており、取引資格のない者が商品市場で取引したときは、1 年以下の懲役若しくは 100 万円以下の罰金に処せられ、又はこれを併科される（商取法 363 条 1 号）。

商品取引所には会員商品取引所と株式会社商品取引所があり、商品市場における取引に参加できる者の資格はどちらの組織形態の取引所であるかによって異なる。

会員商品取引所は、商品又は商品指数について先物取引をするために必要な市場を開設することを主たる目的として、当事者や商品先物取引業者などが「会員」となり、商取法に基づいて会員の出資により設立された会員組織の社団法人である（商取法 2 条 5 項、7 条 1 項）。ここでの取引資格は、その商品取引所の出資者である会員に限って認められる（同法 97 条 1 項）。他方、株式会社商品取引所の場合には、出資者は株主であるが、株主の資格に制限はないので、株主に対して当然に取引資格を認めるわけにはいかず、ここでの取引は、「取引参加者」に限ってすることができるものとし（同法 97 条 2 項）、取引参加者については、当該商品取引所の業務規定の定めにより、その開設する商品市場における取引資格を付与された者とされている（同法 82 条 1 項）。

会員商品取引所の場合は、取引資格のある会員のすべてが商品市場における取引を受託できるわけではなく、それができるのは「商品先物取引業者」に限

られている（同法190条1項）。これに対し、株式会社商品取引所の場合は、会員ではなく取引参加者が取引資格をもつから、商品先物取引業者であれば、株主でなくとも、また取引対象となる商品の売買等を業として行っている者（当業者）でなくとも、商品市場における取引資格を付与することができる。もちろん、専ら商品市場における取引の委託の取次ぎを業とする「取引参加者でない商品先物取引業者」も存在する。このように取引の委託の取次ぎを受託した者を「取次者」といい、取引の委託の取次ぎを委託した者を「取次委託者」という（同法103条1項）。

「リンク制（相互決済制）」とは、複数の商品取引所間で共通の上場商品について、一方の商品取引所で成立させた未決済の取引を、他方の商品取引所においても決済できるという制度である。⁽⁴⁵⁾ 会員商品取引所は定款の定めにより、株式会社商品取引所は業務規定の定めにより、当該商品取引所と「相互決済結了取引取決め」を締結した他の商品取引所（商品取引所に相当する外国の施設を含む。）の会員等に対して、当該相互決済結了取決めに基づいて取引の決裁を結了させるための取引を行うという目的の範囲内において、当該商品取引所の商品市場における取引資格を与えることができる（同法98条1項）。相互決済結了取決めがあれば、その商品取引所の会員等でなくとも取引資格が認められる。これによって取引資格が認められる者は、その目的の範囲内において、一定の規定の適用について会員等とみなされ（同条3項）、商取法の規制を及ぼすこととしている。

商品取引所は、主務省令の定めるところにより、その開設する商品市場における、①毎日の総取引高及び、②取引の成立した対価の額又は約定価格・約定指数を速やかに会員等に通知し、公表しなければならない（商取法111条）。その趣旨は、商品取引所の相場が国民経済上有する重要な機能を考慮して、その日の立会終了後に相場表を一般に公表させることにより、商品市場における取引への参加者に対して、翌日以降の取引の判断資料を提供すると共に、商品市場における取引の状況を広く国民に開示することにより、商品の価格形成の公正を確保しようとしているのである。⁽⁴⁶⁾

デリバティブと賭博罪の成否 (4) (須藤)

また、商品取引所は、「商品市場における取引」の公正確保を図るため、「市場取引監視委員会」を置かなければならず、この委員会は、商品市場における取引についての学識経験者などで商品先物取引業界や当業者団体など密接な利害関係を有しない者から選んだ委員によって組織される第三者期間的色彩が強い機関とされている（商取法 166 条 1 項、商取法施行規則 64 条）。

商品取引所は、定款及び業務規定において取引の管理に関する事項を定めているほか、商品市場における取引の公正を確保するため基本となる市場管理基準として、建玉制限、値幅制限、取引証拠金等の各市場の管理に関し必要な事項に関し、各市場管理細則やシステム売買実施細則等の諸規程を定めて実施⁽⁴⁷⁾している。

そうすると商取法上の商品市場（＝商品取引所）におけるデリバティブ取引については、商法において商行為として認められている上、上記のような公益上の重要機能があり、取引の公正を確保するための規制が精緻に整備されていることからすれば、実質的に見ても、行為者の取引目的がリスク・ヘッジであろうと投機目的であろうと、すべて刑法 185 条の賭博罪の構成要件該性を欠いた不可罰的な行為といつてよいと考えられる。

b 外国商品市場におけるデリバティブ取引

「外国商品市場」とは商取法が定義する「商品市場」（商取法 2 条 9 項）に類似する市場で、外国に所在するものをいい（同条 12 項）、「外国商品市場取引」とは、そのような外国商品市場において行われる取引であって、商取法が定義する「商品市場における取引」（同条 10 項）に類似するものをいう（同条 13 項）。

外国商品市場は当該外国の法令及び行政の規制に服するため、商取法は外国商品市場取引に関する規定は置いていない。

しかし、従来外国商品市場で取引を行う海外商品先物取引業者には許可制がなかったため、知識や経験の乏しい投資者を相手に不公正な営業をする悪質業者による被害が続出したため、商取法は、外国商品市場取引（商品清算取引に類似する取引を除く。）の委託を受け、又はその委託の媒介、取次ぎ若しくは

代理を行う行為についても、商品先物取引業に含め（同法2条22項3号）、国内外を問わず商品先物取引を行うときは商品先物取引業者としての許可を受けなければならないこととした（同法190条）。

なお、経済のグローバル化に伴い、国境を越えた不正取引やトラブルが生じている。そこで商取法に相当する外国の法令を執行する当局から、当該外国の法令を執行するための行政上の調査に関し、協力の要請があった場合においては、主務大臣は、その要請に応ずることが相当と認めるときは、その要請に応ずるために必要かつ適当であると認められる範囲内において、当該外国にある者を相手方として商品デリバティブ取引を行う者その他関係人又は参考人に対して、参考となるべき報告又は資料の提出を命ずることができる（商取法349条の2第1項⁽⁴⁸⁾）。

結局商取法上の外国商品市場におけるデリバティブ取引については、わが国の商品市場における取引と同様に、当該外国では当該取引を許容した上で、取引の公正を確保するための規制が精緻に整備されているであろうことからすれば、実質的に見たとして、当該取引に刑法の適用がある場合であっても、行為者の取引目的がリスク・ヘッジであろうと投機目的であろうとすべて刑法185条の賭博罪の構成要件該性を欠いた不可罰的な行為といっていよいと考えられる。

c のみ行為

金商法では、平成16年証取法改正により、取引所集中義務が撤廃されたことに伴い、のみ行為の禁止も廃止されているところ、商取法は、これが行われると委託者の注文が商品市場に出ないので、商品市場における公正な価格形成をゆがめるとして、取引所集中主義を維持するためにこれを禁止している。すなわち業者は、商品市場における取引等の委託又は外国商品市場取引等の委託を受けた時は、その委託に係る商品市場における取引等をしないで、自己がその相手方となって取引を成立させてはならず（商取法212条）、違反者は1年以下の懲役若しくは100万円以下の罰金又はこれらの併科に処せられる（同法363条8号）。

のみ行為によるデリバティブ取引について、商取法329条との罪数関係が問

デリバティブと賭博罪の成否 (4) (須藤)

題となるが、一般法と特別法の関係と見て、商取法 363 条 8 号の罪のみが成立すると解してよいであろう。また、それが市場取引規制の枠内での行為として、刑法 185 条の賭博罪の成立も排除されるといってよいと考えられる。

なお、店頭デリバティブ取引については、相対取引であって、「のみ行為」自体が想定されないので禁止対象とはされていない。

(2) 店頭取引について

ア 総説

前述のように、商取法は商品先物取引業者又は特定店頭商品デリバティブ取引業者を相手方として行う取引である限り、同法が許容する「店頭商品デリバティブ取引」についてはすべて同法 329 条の賭博行為禁止の適用除外としているのに対し、金商法は「店頭デリバティブ取引」について、一般に賭博行為禁止（金商法 202 条 1 項）の適用除外とはしていないと解されていることをどのように理解して、この場合の賭博罪の構成要件該当性ないし違法性阻却の実質的理由を考えるかがここでの問題となる。

イ 金融法委員会の論点整理について

金融法委員会は、社会的に正当性を有すると考えられる金融デリバティブ取引については賭博罪の適用を排除する理論的枠組みを模索する必要があるという観点から、平成 11 年 11 月 29 日、「金融デリバティブ取引と賭博罪に関する論点整理」を取りまとめて公表した。⁽⁴⁹⁾

その中で、まず金融デリバティブ取引について、賭博罪の構成要件に該当しないとするのは解釈論としてはやや困難があるが今後の立法論としては望ましいとする。次に、金融デリバティブ取引は賭博罪の構成要件に該当すること（又は該当する可能性があること）を前提としつつ、正当行為（刑法 35 条）として違法性が阻却されるという考え方については、法令が当該取引の「方法・範囲について、技術的な制限を置いて、その逸脱を防止しようとしている」ともいえないから、加えて当該取引の実質的な適法性が検証される必要があるとも考えられるとし、また、正当業務として違法性が阻却されるためには当該行為の社会観念上の正当性が検証される必要があるとしている。

その上で、金融デリバティブ取引の実質的な正当性ないし相当性を判断する要素としては、従来より、①取引当事者の属性（金融機関その他の資力・知識を有する当事者かどうか）、②当該取引を行う目的（ヘッジ目的か、投機目的か）、③レバレッジ（倍率）が高いかどうか、④損失の最大値がどの程度か（取引金額の多寡）、さらに場合によって⑤損失のリスクを負担しているのが業者の側か、顧客の側か等の要素があるとされ、大きく整理すると、結局のところ、当該取引の目的の相当性と当該取引自体の相当性の2つの要素が重要ではないかとしている。

結論としては、金融デリバティブ取引に対する賭博罪の適用可能性については依然として法的不確定性が存在するから、立法的手当が望まれ、特に、英国の金融サービス法のように、端的に一定の基準ないし要件を満たす金融デリバティブ取引は賭博罪の構成要件に該当しない旨を規定する立法を行うのが望ましいと提言している。

この論点整理の中で指摘されている金融デリバティブ取引の実質的正当性・相当性に係る解釈論は、決して明確なものとはいえない。

現行の金商法及び商取法は、この論点整理の後に改正されて新しいものとして施行されている。現行の商取法は、商品先物取引業者又は特定店頭商品デリバティブ取引業者を相手方として行う取引である限り、同法が許容する「店頭商品デリバティブ取引」についてはすべて同法329条の賭博行為禁止の適用除外としているのは、この論点整理の提言に沿った立法措置といえよう。

商取法が業者相手の「店頭商品デリバティブ取引」についてすべて同法329条の賭博行為禁止の適用除外としていることとの対比でみると、商品先物取引業者と金融商品取引業者・登録金融機関とで、「店頭デリバティブ取引」についての取扱いを異にする合理性がないことからすれば、現行法の解釈論として、金商法202条2項に該当する取引は、それ自体において同法1項の特別賭博罪の適用除外と解し、刑法の賭博罪も成立しないと解するのが相当であらう。⁽⁵⁰⁾

要するに店頭デリバティブ取引について、金商法は「全面禁止」にはしておらず、こうした取引を「許容」した上で「必要な規制」を及ぼしているのでは

デリバティブと賭博罪の成否 (4) (須藤)

る。この規制構造を解釈すれば、「一般に賭博罪は成立しない」という立場に立っているとみるほかはない。賭博罪が成立するとの立場からは取引を禁止しなければならないはずである。こうした規制構造の中で、「当該取引の目的の相当性」と「当該取引自体の相当性」のいかんによっては賭博罪成立の可能性があると解するのは、適法取引との区別がいかに不明確であるから、罪刑法定主義に照らした場合には、「一般に賭博罪は成立しない」との立場をとるほかはないであろう。

ウ 店頭デリバティブ取引に係る法整備

金商法の2010年改正により、店頭デリバティブ取引の決済の安定性・透明性を向上させるために、①金融商品取引業者等に対し、店頭デリバティブ取引等のうち、取引の状況に照らして、その取引に基づく債務の不履行がわが国の資本市場に重大な影響を及ぼすおそれがあるものであって、その特性にかんがみ、わが国において清算する必要があるものについては、金融商品取引清算機関の利用を義務付けることとし、②金融商品取引業者等に対し、店頭デリバティブ取引等のうち、取引の状況に照らして、その取引に基づく債務の不履行がわが国の資本市場に重大な影響を及ぼすおそれがあるものについては、金融商品取引清算機関（当該金融商品取引清算機関が連携金融商品債務引受業務を行う場合には、連携清算機関を含む）又は外国金融商品取引清算機関の利用を義務付けることにした（金商法156条の62）。

欧米を拠点とする中央清算機関は、店頭デリバティブ取引の清算サービスを開始しているところ、海外の中央清算機関が国内の市場でクリアリングサービスを提供するには、金商法に基づき金融商品債務引受業の免許を取得することが必要と考えられていた。そこで外国の法令に準拠して設立された法人で外国において金融商品債務引受業と同類の業務を行う者は、免許を受けて金融商品債務引受業を行うことができるものとし、かかる免許を受けた者を「外国金融商品取引清算機関」と定義している。金融商品取引清算機関は、内閣総理大臣の認可を受けて、連携清算機関等（外国金融商品取引清算機関等）と連携金融商品債務引受に関する契約を締結して連携金融商品債務引受業務を行うことが

できることとした。⁽⁵¹⁾

また、金融商品取引業者等や清算機関に対し、取引情報の保存、当局への取引情報の提出を義務付ける制度を整備し（同法156条の63～156条の66）、加えて、金融商品取引業者等は、自らに代わり、取引情報の収集・保存を行う機関（取引情報蓄積機関）による保存、当局への取引情報の提出を選択できる制度の整備が図られた（同法156条の67以下）。

エ 店頭デリバティブ取引の正当性・相当性

ちなみに差金決済を伴うスワップ取引について、「外形的に見た場合刑法185条に該当するが、社会における正常な経済活動として行われるスワップ取引について賭博罪が成立するとの結論はいかにも常識に反するので、刑法35条の正当業務行為と見るべきである。将来における相場の変動によるリスクをヘッジするため現在利用可能な最善の手段の1つであり、少なくともリスク・ヘッジの目的でスワップ取引が行われる場合には、目的につき正当性があり、社会的相当性ありと解してよい。」とする見解がある。⁽⁵²⁾ この論者は、「プロ対プロはこのように解してよいし、一般消費者を相手とするスワップ取引については、刑事法ではなく、消費者保護という見地から規制を行う方が、はるかに柔軟で適切な解決が図られる」とするが、賛成である。⁽⁵³⁾

なお、違法阻却を刑法35条の「正当業務行為」とすると、一般顧客にとっては業務というのが困難といえる。ここでは法令が禁止を解除して（賭博罪の成立を否定して）、別の法令による規制に代えたものと解されるので、違法阻却として考えるのであれば、「法令行為」とみるべきであろう。⁽⁵⁴⁾

法令の規制の概要については本稿の第2章で論じた。ちなみに法令による規制に加えて、金融商品取引所などは、金融商品取引業者について、行為規制などをはじめとして多くの自主規制を定めている。金融先物関連店頭デリバティブ業務と第二種金融取引業のうちの取引所デリバティブ業務を担当する自主規制機関として金融先物取引業協会がある。⁽⁵⁵⁾

オ 立法による賭博罪の構成要件の一部非犯罪化

もっとも、端的に法令により賭博罪の構成要件該当性が排除されると解する

デリバティブと賭博罪の成否 (4) (須藤)

ほうが簡明でベターと考える。ここでの実質的な正当性・相当性は、取引の一般的な「経済合理性・必要性」と「禁止に代わる規制の相当性」ということになろうか。

全面禁止に代えて場面ごとに必要な規制をきめ細かに及ぼすほうが、適用法令の使い勝手がよく、取締りの実効性が上がるとの政策判断が背景としてあろう。同時に政策判断として、金商法や商取法の目的である投資者保護・委託者保護など他の法益優先により、通説・判例としての賭博罪の保護法益をこの場面では放棄した（立法による賭博罪の構成要件の一部非犯罪化）⁽⁵⁶⁾と言ってもよいのではなからうか。

なお山中教授は、賭博罪の保護法益は公認された賭博制度に対する公共の信頼であり、公認された賭博行為・富くじ行為は、法令行為として違法性を阻却されるにとどまるのではなくすでに構成要件該当性が否定されると解すべきとして商取法をその例に挙げ、許容規範が存在する限り書かれざる構成要件である「公認されない限り」という消極的構成要件要素を満たしており、構成要件該当性が否定されるとするが、私見に近い。⁽⁵⁷⁾

- (1) 山下有信ほか著『保険法』（有斐閣アルマ 20120 年第 3 版）2 頁。
- (2) 山下ほか・前掲 6 頁。
- (3) 山下ほか・前掲 41 頁。
- (4) 山下ほか・前掲 74 頁。
- (5) 山下ほか・前掲 79 頁。
- (6) 山下ほか・前掲 105 頁。
- (7) 山下ほか・前掲 114 頁。
- (8) 山下ほか・前掲 230 頁。
- (9) 山下ほか・前掲 86 頁。
- (10) 山下ほか・前掲 348 頁。
- (11) 山下ほか・前掲 81 頁。
- (12) 山下ほか・前掲 10 頁。
- (13) 古瀬政敏「保険業法上の保険業と保険デリバティブ」（生命保険論集 2006 年）27 頁。
- (14) 山下有信「保険・保険デリバティブ・賭博」（江頭健二郎＝増井良啓編『市場と組織』東京大学出版会 2005 年）233 頁。
- (15) 山下ほか・前掲 11 頁。
- (16) 山下・前掲 239 頁。

法学志林 第110巻 第4号

- (17) 前田正英著『可罰的違法性論の研究』（東京大学出版会 1982 年）213 頁。
- (18) 萩原滋著『実体的デュー・プロセス理論の研究』（成文堂 1991 年）76 頁。
- (19) マイケル・サンデル著・鬼澤忍訳『それをお金で買いますか』（早川書房 2012 年）224 頁。
- (20) 長井圓著『消費者取引と刑事規制』（信山社 1991 年）339 頁は、「競馬法・自転車競技法等と共に証券取引法・商品取引所法をあげて、それらは刑法 35 条の法令行為として違法性が阻却されるとする見解は、判例・通説と思われるが、この見解では、証券取引法または商品取引所法のいかなる取引が問題になるのかが明らかでない」とする。この点については表面的なものにとどまらない踏み込んだ具体的な法文の検討が必要と思われる。
- (21) 荒井哲朗「投資詐欺等の被害の現状と対策について」（自由と正義 63 巻 11 号）46 頁。
- (22) 荒井・前掲 47 頁。
- (23) 松尾直彦＝黒沼悦郎＝神田秀樹編著『金融商品取引法コンメンタール 4』（商事法務 2011 年）623 頁〈行澤一人〉。
- (24) 松尾＝黒沼＝神田編著・前掲 624 頁〈行澤一人〉。
- (25) 佐久間修著『最先端法領域の刑事規制』（現代法律出版 2003 年）253 頁は、旧証取法 201 条などの特別賭博罪について、「これらの罰則と単純賭博罪は特別法・一般法の関係にあり、現物取引を利用した空相場や先物相場を標準とした差額決済の約束は、賭博常習者については、刑法典上の加重規定が優先的に適用される」とする。
- (26) 長井・前掲 336 頁は、商取法 145 条（旧法）の特別賭博罪（現行の商取法 329 条に相当する。）について、本条は、「商品相場における売買取引によらないで」と定めることで、「公設市場の相場を利用した差金授受」を目的とする行為が「商品市場における売買取引」としてなされた場合には、本罪にも賭博罪にも当たらないことを明示したものと解釈されるとしている。
- (27) 河内隆史＝尾崎央典著『商品先物取引法』（商事法務 2012 年）95 頁。
- (28) 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（旧法）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とする。判例は従来から、商取法 329 条の罪に相当する特別賭博罪は刑法 185 条の単純賭博罪の適用を排除すると共に、その行為を常習として行う場合には、常習賭博罪として刑法 186 条を適用する関係にあるとする。長井・前掲 372 頁は、「真正な先物取引」は賭博の構成要件に該当しないという見解に立った上で、商取法 145 条（現行の商取法 329 条に相当する旧法一筆者注）は、「商取法の規制に従った取引ではないため、その公正さが確保されず、不法な財産損害を招く危険が高く、公設市場での公正な価格形成にも役立たないばかりか、かえってそれを阻害するゆえ、その行為を刑法 185 条より重く処罰する…」とするが、特別賭博罪は刑法 185 条の特別法と解している点では、判例の立場と差異はないと解される。
- (29) 多谷千香子「商品先物取引と賭博罪の成否」商事法務 1125 号（1987 年）38 頁は、旧商取法 155 条 1 号の罪（同法 8 条 2 項の違反行為）と同 145 条の罪（相場による賭博行為）の両罪は保護法益が異なるので観念的競合の関係にたつように思われるとする。
- (30) 河内＝尾崎・前掲 32 頁。石田・西原・高木三先生還暦記念論文集刊行委員会編『金融法の課題と展望』（日本評論社 1990 年）所収「商品先物取引と委託者の保護」375 頁〈神崎克郎〉。
- (31) 石田喜久夫「金先物取引の法的問題点」法律時報 55 巻 2 号 69 頁は、この政府見解の変更を

デリバティブと賭博罪の成否 (4) (須藤)

批判した上で、「指定商品以外の商品につき私的取引所でなされた先物取引は公序良俗に反し無効である」とする。私見もこれを私法上無効と考える点では、石田見解と同様であり、賭博罪の適用の余地を認める。

(32) 多谷・前掲 38 頁も同意見。

(33) 日弁連の 2008 年 6 月 19 日「海外商品先物取引等の規制の整備に関する意見書」10 頁は、海外商品デリバティブにおける相場による賭博行為の禁止についての規定を設けるべきとしつつ、一般委託者がこの種の取引に巻き込まれる場合、一般委託者の非難可能性は存せず実質的違法性は存しないことから、一般委託者には刑罰法規は適用されない旨を明確にすべきであるとしている。

(34) 河内＝尾崎・前掲 107 頁。

(35) 京都大学商法研究会編『大隅先生還暦記念 商事法の研究』有斐閣 1968 年所収「取引所における売買取引について」310 頁〈今野勉〉。

(36) 小谷勝重著『日本取引所法制史論』（法経出版社 1953 年）4～6 頁，11 頁。

(37) 河合良成著『取引所講話』（8 版 1926 年）42 頁以下。なお、経済的見地からは「投機」を肯定的にとらえる見解は少なくない。ちなみに、布井千博はか榎「会社法・金融法の新展開」（中央経済社 2009 年）所収「金融工学と会社法」84 頁〈飯谷広郷〉は、ヘッジ・ファンドのアクティビズムについて、「彼らが長けている金融工学は、そもそもリスクを合理的に捉え、それに対処するための技術であり、市場を通じて適切なリスク配分が行われ、市場が効率的に機能するためには必須の道具建てもある」とする。二上季代司「金融デリバティブ市場の存在意義とその将来展望」（www.ose.or.jp/f/research-reports/rerk0705.pdf）は、デリバティブの社会的意義は、「リスク許容度の低い経済主体から高い経済主体へのリスク移転によって社会全体として資本効率を向上させることにある」とする。

(38) 長井・前掲 348 頁は、「取引に参加した者の財産得喪が対向補完（一方の利益が他方の損失）の関係にない投機行為を賭博から排除するという基準は、具体的事実にも適用可能なものである」として区別可能説に立つ。

(39) 多谷・前掲 36 頁。なお、前掲・長井 363 頁は、「差金決済のみならず現物決済も同様であり、先物取引以外の売買取引も転売買戻による価格変動差益を目的とする限り賭博に該当するとしなければ首尾一貫しない」として反対説に立つ。

(40) 小谷・前掲 4～6 頁，11 頁。

(41) 佐久間・前掲 257 頁は、「店頭の相対取引に参加する顧客の一方が、もっぱらリスクヘッジを意図していたときに、賭博罪の成立は否定されなければならない」とし、同 261 頁は、「個人ディーラーや投資家が直接取引に参加する場合、純然たる投機目的であったときは、賭博罪を構成する場合もありうる」とするが、反対である。投機目的による固有の弊害（例えば、過当取引）があるとすれば、賭博罪ではなく会社法 963 条 5 項 3 号（投機取引）の罪などで対処すればよいと思われる。

(42) 山下有信＝神田秀樹編『金融商品取引法概説』（有斐閣 2010 年）397 頁。

(43) 小野清一郎著『新訂刑法論義各論』（13 版・1954 年）146 頁は、「取引所における定期取引は、大量の市場取引を可能ならしめる組織として或る国民経済的機能を有する。始めから差金の授受を目的とするいわゆる清算市場における売買取引の如きはその実質において賭博行為と異なる

法学志林 第110巻 第4号

らぬものであるが、公認された取引所制度の下に於て行われる限りは、違法性を阻却するものとして処罰されない。取引所以外において取引所と同一の方法を用い又は取引所の相場を標準として差金の授受を目的とする行為をするときは、違法性を回復する」として、違法阻却の根拠を単なる「公認」ではなく「取引所制度」に求めている。先物取引においては、その「社会経済的効用」という積極面に加えて、「取引所制度」のシステムにより賭博の弊害が抑制し得るという消極面の両者が結合して、その違法阻却をもたらすとしているのである。井上豊太郎「投機取引の賭博性に就て」法律新聞1331号（1916年）4頁も、「投機取引は賭博と異ならないが、ただ取引所法により公認された故にその範囲で違法性が阻却される」旨述べるが、構成要件該当性を否定する私見と結論において変わりはない。

(44) 山下＝神田編・前掲460頁。

(45) 河内＝尾崎・前掲86頁。

(46) 河内＝尾崎・前掲94頁。

(47) 河内＝尾崎・前掲96頁。

(48) 金融法研究第27号（2011年）特集〈シンポジウム〉「世界金融危機と金融法制の見直し」質疑応答110頁～111頁（河野正道発言）は、「各国の監督、当局間の協力関係は、この数年、非常に強化をしてきた…それぞれの当局は、自国の管轄の中で、問題のある行為や問題のある業者に対して適切に権限を行使すれば、かなり問題は解決できるというふうにだんだんあってきている」という。また、同質疑応答113頁（和仁亮裕発言）は、「金商法の規制を海外から来る業者に対してそのまま同様に課しているのかという問題がある…日本のルールというのは、ちょっと国際的な配慮が欠けているのではないかと、書面主義に傾き過ぎているのではないかと…国際的文脈の中で日本の金融マーケットがもっと使われるようにしたいということを金融庁が考えてあれば、そういうことについての配慮も必要なのではないか」という。

(49) 国際商事法務28巻6号（2000年）701頁～705頁に全文掲載。

(50) 松尾＝黒沼＝神田編著・前掲624頁〈行澤一人〉も、「金商法202条2項に該当する取引は、それ自体において賭博罪の違法性が阻却果荒れているという解釈も十分成り立つ」旨を指摘している。

(51) 和仁亮裕「報告5 デリバティブ規制の見直し」金融法研究第27号（2011年）特集〈シンポジウム〉「世界金融危機と金融法制の見直し」66頁は、「国内金融商品清算機関と外国金融商品清算機関とを連携させる方式はクロスボーダー取引についてはうまくいくのではないかとしつつ、「日本で行われている店頭デリバティブ取引というのは、世界的規模で見ても5%ぐらいで、ほとんどロンドンとかニューヨークで行われている取引であり、そういう経済的規模の小さい市場にわざわざ清算機関というをつくる必要があるのか」という疑問を呈している。

(52) 入江正信著（代表）「保険法の現代的課題」法律文化社1993年所収「スワップ取引と生命保険会社」560頁〈和仁亮裕〉。

(53) 入江（代表）・前掲563頁〈和仁亮裕〉。佐久間・前掲260頁は、「今日の金融市場におけるリスク軽減の要請からして、発展途上にあるデリバティブ取引全般を禁圧することが現実的な方策でないとすれば、副次的法益としての社会経済的側面に照みて、それが一定の合理的ルールによって運営されることを条件として、制度化することが可能だから」として、参入規制による差金授受市場取引の公認を提言する。

デリバティブと賭博罪の成否 (4) (須藤)

- (54) 大谷實著『刑法講義各論 (新版第2版)』(成文堂 2007年)は、証券取引法 (旧法)、商品取引所法 (旧法) によって、賭博行為が正当行為となり違法性が阻却されると解している。問題は、「規制による禁止の代替」により賭博罪の適用を全面排除するか否かである。佐久間・前掲 261 頁は、「個人ディーラーや投資家が直接取引に参加する場合、純然たる投機目的であったときには、賭博罪を構成する場合もありうる」とするが、規制法たる金商法は投資者保護を目的としているから異論もあろう。
- (55) 山下＝神田編・前掲 382 頁。
- (56) 賭博罪の保護法益については学説上種々の見解が示されている。内田文明著『刑法各論 (第3版)』(青林書院 1996年) 520 頁は、「賭博罪は、資本主義社会を前提とした「勤勞による財産取得の自由」に危険を与える罪としてとらえるべきであろう…国家的・社会的コントロールのもとで行われるときには、財産の得喪は依然偶然に左右されることに変わりないとはいえ、「勤勞による財産取得の自由」にさしたる危険を及ぼすことなしにこれを行うことができるものとして、その「合法性」を説明することも可能」とする。この立場からも、差金決済による取引所取引は「社会的コントロールのもとで行われる」としてその実質的な合法性は説明できるのではなかろうか。原田保著『刑法における超個人的法益の保護』(成文堂 1991年) 250 頁は、「公営賭博に対する刑法 35 条の適用については、被侵害者がその侵害の忍受を義務付けられ、あるいは、害を最小限にすべく配慮がなされた上でその害を上回る利益が予定されており、これが違法性阻却の根拠にあるとするならば、公営賭博にはかような要素が全くなく、人々の経済的損失について違法性を阻却するに足る実態が存しないとし、賭博罪は、国家・自治体の「賭博開帳権」の独占を侵害する私的賭博を処罰対象とするもの」とする。しかし、公営賭博以外のデリバティブ等については私的賭博であるから、国家の賭博開帳権独占を侵害することとなる「店頭デリバティブ取引」を適法とするには別途実質的違法阻却の根拠を必要とすることになる。
- (57) 山中敬一著『刑法各論 (第2版)』(成文堂 2009年) 653 頁。なお、山口厚著『刑法各論 第2版』(有斐閣 2010年)も、公営ギャンブルの「多数の正当化規定は、賭博罪の一般的禁止の正当性を揺るがしうるものである」とした上で、「実際上は、これらの「公認された賭博・富くじ」の枠外で行われ、関連して違法行為を惹起し、暴力団等の資金源となりうるような賭博等が処罰の対象になっている」とする。デリバティブ取引も、「公認 (立法) による代替規制」によって、賭博罪の構成要件の一部非犯罪化 (禁止除外) が行われたと言ってもよいのではなかろうか。