

# 各國의 商品先物去來規制의 構造

崔 星 根\*

◇ 차 례 ◇

I. 序

II. 美 國

III. 日 本

IV. 英 國

V. 獨 逸

VI. 프랑스

VII. 結 語

## I. 序

오늘날 세계 여러나라들에서는 수 많은 상품중 일부 품목만을 先物去來所에 上場하여 國家에 의한 公的 規制 또는 去來所나 協會 등에 의한 自律的 規制를 받게 하고 있다. 이러한 規制의 주된 목적은 商品流通의 원활성을 확보하고 委託者를 保護하는 것인데, 規制의 내용이나 강도는 그 나라의 경제여건에 따라 다소 차이가 있다.<sup>1)</sup>

그 형태가 어떠하건 간에 先物去來를 規制함에 있어서는 먼저 公認된 先物去來所에서 행하여지는 先物去來가 規制 기타 특별한 취급을 받는 이유가 규명되어야 할 것이다. 만일 여타 상품의 先物去來는 일반적으로 방임하고 있는데 대하여 특정한 상품에 대하여는 公認된 先物去來所에서만 先物去來를 하도록 한다면, 이는 당해

\* 한국법제연구원 연구원.

1) 예컨대 先物去來에 대중이 어느 정도 참여하는가에 따라 委託者保護가 강하게 부각되는 나라와 그렇지 아니한 나라가 있다.

상품의 先物去來를 방치한다면 國民經濟에 심각한 영향을 미칠 위험이 있기 때문일 것이다(一般的 放任·部分的 規制). 이에 반하여 先物去來가 일반적으로 금지되고 있는데 대하여 先物去來所의 설립 및 거기에 上場되는 상품의 先物去來를 許可하는 것은 당해 상품에 대한 先物去來의 필요성을 특히 인정하여 規制에 따르도록 하면서 經濟的 効用을 제고하기 위한 경우일 것이다(一般的 禁止·部分的 解除).

本稿에서는 이러한 이분법적 분류에 터잡아 각국 商品先物去來規制의 基本構造를 검토하고자 한다.

## II. 美 國

商品去來所法(Commodity Exchange Act) 제 4 조는 聯邦政府가 公認한 先物去來所의 회원이 직접 또는 회원을 통하여 하는 경우가 아니라면 누구라도 당해 先物去來所에서 先物去來契約를 체결하는 것은 違法이라고 규정하고 있다. 이러한 규정은 이른바 '不法秘密仲介所(bucket shop)'에서 행하여지는 先物去來에 대처하기 위하여 도입된 것으로 현재까지도 유효하게 적용되고 있다.<sup>2)</sup>

그러나 規制對象인 상품의 범위는 크게 변경되어 1974년 商品先物去來委員會法(1974 Commodity Futures Trading Commission Act)에 의하여 商品去來所法이 개정되어 규제대상인 상품의 범위가 대폭 확대되었다. 그 이전(정확하게는 同改正法의 시행일인 1975년 4월 21일 이전)에는 열거된 일정한 상품만이 규제대상이었고 그 외의 상품의 先物去來는 규제되고 있지 아니하였다. 요컨대 1975년 4월 21일 이전의 商品先物去來規制의 기본구조는 一般的 放任·部分的 規制型이었다.

1974년 改正法 제 2 조(a)항(1)호(A)는 '商品'이라는 용어를 정의하면서 소맥, 면화, 쌀, 옥수수, 귀리 등을 비롯하여 냉동농축오렌지쥬스 등 구체적인 상품명을 열거한 후 기타 현재 先物去來가 행하여지고 있거나 장래 先物去來가 행하여질 상품, 역무(services), 권리(rights), 이익(interests) 등을 포함시키고 있다.<sup>3)</sup> 더욱이 옵션(option), 특권(privilege), 보상금(indemnity), 입찰권(bid), 청약권(offer), 매도인선택권(put), 매수인선택권(call), 선보증(advance guaranty), 후보증(decline guaranty) 등에 대하여도 거래가 公認된 先物去來所에서 先物去來契約으로

2) M. Johnson & L. Hazen, *Commodities Regulation*, Vol. 1, (Boston ; Little, Brown & Co., 1982), pp. 207~208.

3) 양파는 제외하고 있다. 양파에 대하여는 價格操縱이 행하여졌기 때문에 1958年法에 의하여 先物去來가 금지되고 있다.

행하여지는 한 同法の 적용을 받도록 규정하고 있다(同法 제 2 조(a)항(1)호(B)).<sup>4)</sup>

이와 같이 商品이 廣의로 정의되고 일체의 商品先物去來가 정부가 지정하는 公認된 先物去來所에서만 행할 수 있도록 된 결과, 先物去來가 場外市場에서 행하여지는 것은 違法인 것으로 취급되고 있다. 요컨대 현재 美國 商品先物去來規制의 基本構造는 一般的 禁止·部分的 解除型을 취하고 있다.

### Ⅲ. 日 本

일본의 商品去來所法은 제 8 조제 1 항에서 이 법에 근거하여 설립된 자를 제외하고는 先物去來와 유사한 거래를 하는 시설의 개설을 금지하고 있으며, 동조 제 2 항에서는 그와 같은 시설에서의 先物去來와 유사한 거래를 금지하고 있다.

商品去來所法 제 8 조에 대하여 1980년까지는 국가의 적정한 규제하에서 행하여지는 先物去來所에서의 上場商品에 대한 先物去來만을 인정하여야 한다는 이유에서, 商品去來所法에 근거하지 아니한 先物市場과 유사한 시설을 개설하는 것과 그와 같은 시설에서 先物去來와 유사한 거래를 하는 것은 상품의 종류를 불문하고 일체 금지되는 것으로 유권해석되었다.<sup>5)</sup> 즉 先物去來는 日本民法 제 90 조(公序良俗)를 근거로 일반적으로 금지되고, 民法의 特別法인 商品去來所法에 의하여 그 禁止가 부분적으로 해제되는 구조가 확립되어 있었다(一般的 禁止·部分的 解除型). 이러한 解釋下에서 判例도 先物市場 유사시설에서 행하여지는 先物去來와 유사한 거래는 私法상으로도 無效라는 입장을 취하고 있었다.<sup>6)</sup>

#### [日本民法]

제 90 조 (反公序良俗行爲의 無效) 公共의 秩序 또는 善良한 風俗에 反하는 事項을 目的으로 하는 法律行爲는 無效이다.

그런데 1980년 日本政府는 종래의 유권해석을 뒤엎는 새로운 해석을 발표하였다. 1980년 4월 日本內閣 法制局은 질의에 대한 회답에서 商品去來所法 제 1 조가 공정한 가격형성을 도모할 것을 목적으로 하고 있는 것은 公認된 先物去來所에서의 지정상품 즉 상장상품에 한하며, 따라서 그외의 상품에 대한 先物去來와 유사한 거래를 금지하는 것은 동법 제 8 조의 목적범위외라고 하는 公式見解를 발한 바 있다. 이

4) USCA, Vol. 7, (Minnesota ; West Publishing Co., 1988), pp. 11~12 參照.

5) 龍田 節, “商品取引所法逐條解説(7)”, 「商品先物市場」, 第 3 卷 11 號, 1979, 10~14 頁 參照.

6) 龍田 節, “商品先物取引規制の構造-比較法的研究の中間ノート-”, 「商品取引所論體系 4」, (全國商品取引所聯合會, 1982), 135~136 頁.

에 따라 1980년 이후 日本政府는 非上場商品의 先物去來와 유사한 거래에 대하여는 자유로이 방임하는 태도를 취하고 있다. 이러한 새로운 해석은 방치한다면 위험한 商品만을 지정하여 規制對象에 포함시킨다는 것이며, 그외의 상품에 대한 先物市場 유사시설의 개설 및 당해 유사시설에서의 先物去來와 유사한 去來는 전적으로 자유롭게 행하여질 수 있다는 견해인 것이다.<sup>7)</sup>

요컨대 현재 日本의 商品先物去來規制의 基本構造는 一般的 放任·部分的 規制型을 취하고 있다. 다만 이 문제에 관한 最高裁判所의 判決은 아직 나오지 않았지만, 下級審의 判決은 거의 정부의 새로운 해석에 대하여 비판적인 듯 하다.<sup>8)</sup>

#### IV. 英 國

동일한 英美法系國家이면서 美國과는 대조적으로 英國에는 商品先物去來를 규제하는 법률은 없다. 금융 및 증권의 경우와는 달리 先物去來所나 仲介人을 규제·감독하는 법률이나 정부기관이 존재하지 아니한다. 런던에는 몇 개의 公認된 先物去來所가 있지만 거기에서의 先物去來는 오로지 당해 去來所 자신의 規制 및 國際商品清算會社(International Commodity Clearing House Limited ; ICCH)의 規則에 따라 행하여지고 있다. 즉 公認된 先物去來所에서의 先物去來에 관하여는 완전한 自律的 規制이며 그외의 先物去來에 관하여는 無規制라고 할 수 있을 것이다. 다만 英格蘭드 銀行(Bank of England)이 法律上의 監督權限은 없지만 실질적으로 先物市場에 대하여 行政指導的인 監視機能을 행하고 있다.<sup>9)</sup>

英國의 게임法(1845 Gaming Act)은 제18조에서 賭博에 의한 契約은 모두 無效라고 정하고 있다. 判例는 이 규정에 따라 賣買의 外觀은 취하지만 時價에 의한

7) 田勢條也, “商品先物取引所法 第8條 めぐる諸問題について”, 「商品取引所論體系 3」, (全國商品取引所聯合會, 1982), 143~145頁 參照.

8) 龍田 節, “商品先物取引規制の構造-比較法的研究の中間ノート-”, 137頁.

9) 1986年 金融서비스法(1986 Financial Services Act)이 제정되기까지는 金融, 특히 證券分野에서는 自律的 規制의 전통에 따라 金融先物去來에 대하여는 成文法에 의한 政府의 規制가 거의 없었으며, 현재도 自律的 規制가 전체 규제의 상당부분을 차지하고 있다. 다만 1986年 Big Bang이라 불리는 金融改革의 일환으로 金融先物去來는 成文法인 金融서비스法에 의한 규제를 받게 되었다. 즉 金融서비스法에 따라 貿易産業部(Department of Trade and Industry) 산하 정부기관인 證券投資委員會(Securities Investment Board ; SIB)가 모든 투자업무를 감독하게 되었다. 다만 金融서비스法은 투자업무를 하는 경우에 대한 免許 기타 行政規制 등을 정한 법으로서, 去來所의 運營 및 組織에 관한 規定은 없고 다만 去來所를 認可할 수 있는 법적 근거만을 두고 있을 뿐이다.

差金の授受를 목적으로 하는 契約인 경우를 無效로 보고 있다. 옵션契約도 그것을 완전히 행사하지 아니하고 差金の授受만을 약정하는 경우에는 마찬가지로 無效로 본다. 그러나 실제로 인도청구권을 발생시키는 진정한 매매계약은 만일 전매 또는 환매에 의하여 差金決濟가 되더라도 正當한 去來로 보고 있다.<sup>10)</sup>

#### [게임法]

제18조 (無效인 게임 및 賭博에 의한 契約 또는 法律上 償還을 請求할 수 없는 金錢 - 褒賞으로 인한 寄附등의 例外) 게임 또는 賭博에 의한 모든 契約 또는 合意는 口頭 또는 文書의 여하를 불문하고 無效이다. 賭博으로 취득하였다고 주장하거나 賭博을 계속하는 자가 보관중인 金錢 기타 物件의 償還을 목적으로 普通法 및 衡平法 法院에 訴를 제기하거나 進행중인 訴訟을 계속할 수 없다. 다만 本條는 適法한 게임, 競技, 娛樂, 運動의 勝者에게 수여하는 상패, 포상 또는 金錢의 寄附나 贈與 또는 寄附나 贈與의 合意에는 적용되지 아니한다.

英國에서의 商品先物去來契約에는 통상 현실의 引受渡를 인정한다는 취지와 引受渡의 조건이 정하여져 있다. 이러한 정함이 있다면 게임法에 의한 無效로 되지는 아니한다. 이러한 취지에서 런던金屬去來所에서의 先物去來에 대하여 게임法 제18조에 의한 無效의 주장을 배척하는 判決이 나온 바 있다. 이 판결에서는 당사자가 도덕상의 권리·의무만 발생케 할 것을 의도한 경우에는 게임契約이지만, 예컨대 投機去來라도 당사자가 法律上의 權利·義務를 발생케 할 의도가 있는 경우에는 有效한 契約이 된다고 구별기준을 설명하고 있다.<sup>11)</sup>

英國에서 公認된 先物去來所외에서 행하여지는 先物去來의 효력이 어떻게 판단되는가는 명확치 아니하다. 그러나 당해 去來가 引受渡를 행할 것을 약정하는 賣買契約의 형태를 취하기만 한다면 轉賣 또는 還買에 의하여 差金決濟를 하는 경우라도 위의 기준에 따라 무효가 되지는 아닐 것이다. 이렇게 볼 때 英國의 商品先物去來規制의 基本構造는 일응 一般的 放任·部分的 規制型으로 보아야 할 것이다. 다만 본래 先物去來所를 규제하는 法律이 없는 英國에서는 公認된 先物去來所 내·외를 구별한다는 差別的 規制의 實益이 거의 없을 것이라 판단된다.

10) Halsbury's Law of England, Vol. 18, 3rd ed., (London ; Butterworths, 1957), p. 183.

11) Barnett v. Sanker (K.B. Div. July 29, 1925), Times Law Reports, Vol. 41, p. 660; 龍田節, “商品先物取引規制の構造-比較法的研究の中間ノート-”, 151頁 再引用.

## V. 獨 逸

獨逸에는 先物去來와 관련하여 特別법인 去來所法(1896 Börsengesetz, 1975년 개정)이 있으며, 證券去來所와 先物去來所의 쌍방에 적용된다. 同法 제50조 이하에서 去來所의 定期去來(Terminhandel)에 관하여 정하고 있다.

먼저 一般私법인 獨逸民法(Bürgerliches Gesetzbuch)을 보면 제762조 제1항에서 博戲(Spiel)란 진정한 도덕상 또는 경제상의 목적을 결한 오락적인 행위이고, 賭事(Wette)란 의견의 대립에 대하여 어느 것이 옳은가를 증명함으로써 승부를 가리는 행위라고 한다. 그리고 民法 제764조는 差金去來(Differenzgeschäft)를 博戲라고 보고 있다. 따라서 引受渡를 전혀 내용으로 하지 아니하고 처음부터 時價에 의한 差金の 수수를 내용으로 한 계약은 博戲에 해당하며, 民法 제764조가 아니라 제762조가 적용된다. 民法 제764조가 문제되는 것은 契約에서 引受渡의 合意를 하면서 그것에 더하여 보조적 또는 조건부로 引受渡를 하지 아니하고 差金の 授受로 결제할 것을 合意한 경우이다. 다만 이 경우 尙去來 등 正當한 經濟的 目的이 있는 것은 民法 제764조가 말하는 差金去來에 해당하지 아니한다.<sup>12)</sup>

### [獨逸民法]

#### 제762조 (債務의 不存在)

① 博戲 또는 賭事に 의하여서는 債務가 발생하지 아니한다. 博戲 또는 賭事로 인한 給付는 債務가 존재하지 아니하였다는 이유로 그 返還을 請求할 수 없다.

② 前項의 규정은 敗者가 博戲 또는 賭事로 인한 債務의 履行을 목적으로 勝者에 대하여 債務를 부담하는 合意 특히 債務를 承認한 경우에도 이를 적용한다.

제764조(差金去來) 物件 또는 有價證券의 引渡를 목적으로 하는 契約은 敗者가 約定한 價額과 引渡 당시의 去來所 또는 市場價額의 差額을 勝者에게 지급할 意思를 가지고 체결한 때에는 이를 博戲로 본다. 당사자의 一方만 이 差額의 지급을 목적으로 하는 경우 상대방이 그 意思를 안 때 또는 이를 알 수 있었을 때에도 같다.

12) Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 16. Aufl., 1957, S. 610; 龍田 節, “商品先物取引規制の構造—比較法的研究の中間ノート—”, 153頁 再引用.

이와 같은 일반법인 民法의 규정에 대하여, 특별법인 去來所法은 去來所에서의 定期去來가 인정된 상품 또는 유가증권의 去來所 定期去來로부터 발생한 請求權에 대하여는 民法 제762조 및 제764조가 적용되지 아니한다고 정하고 있다(去來所法 제58조). 去來所 定期去來의 인정절차는 去來所法 제50조에서 정하고 있으며, 이와 같이 하여 上場된 상품의 거래는 公式的인(offizielle) 去來所 定期去來가 된다. 公式的인 去來所 定期去來라고 하여도 그것이 허용되는 것은 定期去來能力(Termingeschäftsfähigkeit)을 가진 자에 한정되는데, 그것은 원칙적으로 商人(Kaufleute)으로 한정되어 있다(去來所法 제53조). 당사자 쌍방이 商人이라면 당해 거래는 완전하게 유효하다. 당사자 쌍방 모두가 定期去來能力이 없는 자인 경우에는 上場商品의 去來所 定期去來라도 구속력을 갖지 아니하며 差金去來로 취급된다. 다만 이 경우에도 辨濟期가 도래한 때 또는 그 후에 당사자가 引受渡를 추인한 다음 급부를 한다면 瑕疵가 치유되고 당해 去來는 소급하여 유효한 것이 된다(去來所法 제57조). 또한 당사자 일방만 定期去來能力을 가지고 있고 상대방이 이를 결하고 있는 경우에는 당사자 쌍방이 능력을 결하고 있는 경우와 원칙적으로 동일하게 취급된다.<sup>13)</sup>

이상에서 본 바와 같이 獨逸의 商品先物去來規制의 基本構造는 一般的 禁止·部分的 解除型임을 알 수 있다. 덧붙여 獨逸에서는 適法한 것으로 허용하는 先物去來의 범위가 상당히 좁으며, 一般私法인 民法에서 差金去來의 效力을 부정하고 있다는 점에서 여타의 나라들과 구별되는 특색을 보여주고 있다.

## VI. 프랑스

프랑스 商法은 제71조 내지 제73조에서 商業去來所에 관한 規定을 두고 있으며 제74조 이하에서 公認仲介人에 대하여 규정하고 있다. 그러나 公認된 先物去來所 이외에서 先物去來가 허용되는가, 허용된다면 그 효력은 어떠한가에 관하여는 규정을 두고 있지 아니하다.

判例는 일찌기 商品의 定期去來(marchés à terme) 중 실제의 引受渡를 목적으로 하는 거래는 眞正한(sérieu) 것으로 보아 有效하다고 하였지만, 단순히 差金決濟만을 목적으로 하는 것에 대하여는 ‘賭博의 抗辯(l'exception de jeu. 民法 제

13) Baumbach, Duden, Hopt, *Handelsgesetzbuch*, 25. Aufl., (München ; C.H.Beck, 1983), S. 1033.

1965조)'을 인정하여 일반적으로 無效라고 하였다. 다만 判例는 差金決濟를 목적으로 하는 경우 당사자가 어떠한 자인가에 따라 구별하여 취급하였는데, 業者 (professionnels)만의 거래는 유효하지만 投機者(capitalistes spéculateurs)의 去來는 무효라고 하고 있었다.<sup>14)</sup>

[프랑스民法]

제1965조 (訴權의 否認) 法律은 賭博으로 인한 債務 또는 그 支給을 위하여 어떠한 訴權도 부여하지 아니한다.

1885년 法律은 差金決濟를 포함하여 去來所에서 행하여지는 定期去來는 모두 유효하다고 규정하였다. 그러나 그 후 특히 제1차대전 후에 業者가 아닌 投機者가 행한 公認된 去來所에서의 去來의 효력을 부정하는 判決이 있었으며 외국의 去來所에서 행하여진 去來를 無效라고 하는 판결이 商事法院(下級審)에서 나왔다. 그러나 이에 대하여 最高法院이 1935년과 1939년의 判決에서 순수한 投機로 보여지는 거래를 유효하다고 인정함으로써 '賭博의 抗辯' 문제는 일단락되었다. 더우기 1938년 11월 7일의 命令(Arrêé)은 거래를 하는 자가 業者가 아닌 경우에는 그러한 사실을 명확하게 알릴 義務를 과하고 거래의 방법과 委託者의 義務를 서면으로 확인할 것을 요구하기에 이르렀는 바, 그후 '賭博의 抗辯'은 결정적으로 소멸하였다.<sup>15)</sup>

위의 法令이나 判決의 내용으로 보아 '賭博의 抗辯'이 결정적으로 소멸하였다고 하는 것이 公認된 去來所 이외에서의 定期去來도 포함하는 것이라면, 프랑스의 商品先物去來規制의 基本構造는 一般的 放任·部分的 規制型이라 할 수 있을 것이다.

## VII. 結 語

이상에서 商品先物去來規制의 출발점이라 할 수 있는 '公認된 先物去來所에서 행하여지는 先物去來가 規制 기타 특별한 취급을 받는 이유'에 대한 규명형식을 빌어 주요국의 商品先物去來規制의 基本構造를 개관하였다.

앞서 본 바와 같이 美國과 獨逸은 商品先物去來規制에 있어 一般的 禁止·部分的 解除型의 구조를 취하고 있으며, 業者만이 관여하는 경우와 비교하여 一般大衆이 참가하는 先物去來에 대하여는 엄격한 태도를 취하고 있다. 이에 반하여 英國과 프랑스는 一般的 放任·部分的 規制型의 구조를 취하고 있다. 한편 日本은 政府의 有

14) Ripert et Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, 7e ed., t. II, 1978, p. 425; 龍田節, "商品先物取引規制の構造—比較法的研究の中間ノート—", 155~156頁 再引用.

15) Ripert et Roblot, *loc. cit.*; 上掲論文, 156頁 再引用.



權解釋上 1980년 이래로 一般的 放任·部分的 規制型을 취하고 있으나 判例는 지금도 一般的 禁止·部分的 解除의 입장을 견지하고 있는 듯하다.

우리나라의 경우 현재 先物去來制度의 도입과 관련하여 관계부처에서 法案作成이 진행되고 있는데, 주요국의 先物去來法制에서와 마찬가지로 公認된 先物去來所에서 행하여지는 先物去來에 대한 規制 기타 특별한 취급의 근거조항으로 ‘先物市場 유사시설의 개설 및 그와 같은 시설에서의 先物去來를 금지’하는 규정을 두게 될 것이 자명하다.

이 경우 公認된 先物去來所 이외에서의 先物去來에 대한 法的 效果가 문제되는데, 우선 先物去來法上으로는 市場秩序의 紊亂 또는 不當利得의 取得 등을 이유로 이에 상응하는 處罰을 과할 수 있을 것이다. 다음으로 私法上의 效果를 보면 民法上 定期去來를 인정하고 있으나 이는 상품의 현실적인 引受渡를 전제로 한 것이며, 단순히 差金決濟만을 목적으로 한 경우에는 特別法上으로 허용된 경우가 아니라면 民法 제103조의 公序良俗에 違反하는 射倖契約으로 취급되어 無效라고 해석하여야 할 것이다. 이렇게 볼 때 우리나라에 先物去來制度가 도입되어 商品先物去來가 행하여질 경우 規制의 基本構造는 一般的 禁止·部分的 解除型을 취하게 될 것이다.

