

平成20年(ネ)第〇〇〇〇号 損害賠償請求控訴事件

控訴人 〇〇〇〇 外

被控訴人 〇〇株式会社 外

控訴理由書

平成20年6月11日

東京高等裁判所第11民事部 御中

控訴人ら訴訟代理人弁護士 荒井 哲朗

本件控訴の理由は以下のとおりである。

第1章 違法行為

第1 はじめに

1 本件は、大正〇〇年生まれで取引開始当時76歳であった亡〇〇が被控訴人会社（以下、単に「被控訴人会社」というときには損害賠償債務を重疊的に引き受けたという新〇〇ではなく、下記勧誘行為等を行った従業員らの使用者であった旧〇〇を指す。被控訴人2社を合わせて「被控訴人ら」ということがある。）従業員による電話勧誘によって初めて商品先物取引を行うこととなった結果、亡〇〇ら老夫婦らの老後の生活資金に充てられるべき資金のほとんど全てである1億2321万2320円もを失わされ（亡〇〇が死亡した翌日にわずか162万5050円が返金されて取引が終了した）、うち実に8511万3420円にも上る金額が税込手数料名下に被控訴人会社の利得に転化されて奪われてしまい、取引の客観的履歴を精査すると、「通常は経済的合理性を欠くと考えられる取引」である特定売買が多数見られるというにとどまらず、売買双方のポジションを同時に建ててこ

れを同時に決済したり（取引損を緊急避難的に一時的に固定するためにすでに存在するポジションと反対のポジションを建てついわゆる両建取引について一般的に指摘される問題点とは異質の不合理性があることが明らかである）、損失を出して決済したのと同一のポジションを決済と同時に改めて建て直したり（取引益金を振り替えて取引数量を増すために行われたり限月を変更する必要性から行われることがあるいわゆる直し取引とは異質の不合理性があることが明らかである）といった、どのような観点からも経済的合理性を絶対に見出しえない取引が多く見られる、という事案である。

取引の客観的履歴を精査すれば、本件取引は商品先物取引の受託に名を借りた高齢者からの金銭の篡奪にほかならないものであったことが明らかである。

亡〇〇の遺族ら（相続人ら）である控訴人らは、亡〇〇の死亡後不信を募らせ、被控訴人会社に書面の開示を請求したものとの取引の履歴すら開示を受けることができず、日本商品先物取引協会に申立ててようやく取引履歴に関する法定帳簿の開示を受けたもののその余の取引関連書類の開示を受けることができなかつたため証拠保全手続を探り、裁判所は被控訴人会社に対して検証命令及び提示命令を発令して、提示命令に従わない場合の不利益について説明・警告をして命令に従うよう求めたにもかかわらず被控訴人会社はこれに応じず検証期日を検証不能に終わらせ、原審においても証拠の「後出し」に終始し、「死人に口なし」といわんばかりの態度に終始して、被控訴人会社の従業員らの証言も詳細な部分は答えないという姿勢にてた。

2 ところが、原判決は、履歴事項全部証明書や特許出願経過情報などの基本的文書の読み方すら誤った上、提示命令に従わずに事後的に提出され、しかも不審な点が多く見られる書証及び被控訴人会社従業員

の陳述書に依拠して「事実認定」をし、さらに下級審裁判例の大勢とも異なる誤った規範立てをし、客観的取引履歴に対する適切な検討をなすこともなく、控訴人らの請求を全部棄却した。

原判決は、その内容も、結論も、「あんまり」である。

取引の客観的履歴という動かしがたい事実に本件のような違法の顕れが著しいときにこれを正しく指摘できないようでは、裁判所は金融商品取引秩序の番人とはなりえない。金融商品取引に関する争訟は、いわば「言った言わない」の事実認定にのみ頼るので必ずしも正しく事実を把握しえないきらいがあることから、(当事者間に争いがないか証拠により容易に認定しうる事実として) 摺るぎなく認められる客観的履歴を基礎として違法性を判断する手法が広く採用されてきた。高齢の被害者が取引の完全な終了前に死亡したという本件のような悲惨でありかつ関係当事者の供述に依拠するのでは眞實に即した事実認定が困難な事案においてこそ、違法性の判断において取引の客観的履歴を基礎として違法性を判断してきた訴訟実務の真摯な積み重ねに対する敬意を全く欠いているといわざるをえない。同時に両建をすることも経済的合理性がないわけではないなどというがごとき判断（全くナンセンスである）が維持されるなどということは、考えるだに恐ろしいことである。

3 本件は、客観的取引履歴から見られる取引の経済的合理性の欠如が明らかであることに注目されるべきであるところ、この点について被控訴人らから合理的な説明はなく、かつ従業員らの証言は要領を得ず、従業員らの証言によっても到底合理性を認めえない。被控訴人会社の従業員らの勧誘・受託行為の悪質性は、抽象的に亡〇〇の理解や意思をいう被控訴人らの主張や従業員らの証言をしても動かしがたい、取

引の客観的履歴によって強固に基礎付けられている。

控訴人ら代理人がもっとも不合理性が顕著であると考えるのは、本件取引の開始から4年以上が経過した平成16年3月19日から同月24日（多数回の取引が繰り返された後であり、通常の理解能力を持って主体的に取引をしてきていたのであればそれ相応の知識経験を積んだ状況にあって合理性に全く欠ける取引などされることはないだろうと思われる時期である。なお、同時点で亡〇〇は81歳であった）にされた取引についてである。

すなわち、

平成16年3月19日には、午前9時10分に平成17年2月限りの白金80枚が2935円（呼値。以下、特に明示しないときには呼値）で売り落とされ（原判決添付の建玉分析表1014番、1015番。以下、単に番号を記載するときには同表の番号）、他方、同一商品83枚が買い落とされている（1016番から1018番）。同一日（3月19日）の同一時間（9時10分）であり、したがって同一の値段（2935円）で、である。これは、両建状態にある建玉を同時に決済するものである。

そのような取引をした後、9時13分から14分にかけて、同一限月の同一商品（平成17年2月限りの白金）が2942円から2940円で148枚新たに売り建てられる（1019番から1022番）と同時に、同一限月の同一商品が2942円から2943円で新たに買い建てられている（1023番から1025番）。これらは、同時に両建をするものである。

また、1023番から1025番は、直前にあえて損失を出してまで決済（1014番、1015番）したのと同一のポジションを新たに建て直すものである。

そして、3月19日に同時に建てられた両建のうち買玉は3月24日午前12時56分に3011円から3010円で60枚すべてが売り落とされ（1027番から1031番）、3月19日に同時に建てられた両建のうち売玉の28枚はこれと同時（3月24日午前12時58分）に同一の価格（3011円）で買い落とされている（1032番から1037番）。つまり、同時に建てた売買双方の建玉が同時に反対売買されているのである。これに何らかの合理性を見出すことは不可能である。

なお、同日午後1時9分には同一商品が3011円で新たに買い建てられている（1038番）。

後でも詳述するが、上記のような取引に経済的合理性が全く見出しえないことはきちんと理解していただきかなくてはならない。本件は、本当に凄惨な金銭の篡奪である。

第2 事実経緯

1 属性等

(1) 亡〇〇は、大正〇〇年〇月〇日生まれの男性であり、本件先物取引を勧誘されて開始した当時、76歳であった。亡〇〇は、〇〇として稼働していたが、平成5年に定年退職し、本件取引開始当時年金を受給していた。亡〇〇には金融商品取引に関する教育及び職業上の訓練を受けたことはなく、平成10年ころからはじめた証券取引（甲73ないし甲75）がある（これら取引がどのような経緯でなされたのかは明らかでない上、甲73ないし甲75によれば投資信託などの貯蓄性向の高い金融商品を購入していることが窺われ、少なくとも頻回な投機取引はなされていない）ほかには、先物取引、外国為替証拠金取引などの投機的取引を行ったことはなかった。

本件取引期間中、亡〇〇は〇〇からの給与収入、〇〇からの顧問料収入及び年金を得ていたが、所得の過半は受給年金であり（所得金額から受給年金額を減じた金額は受給年金額に満たない）、平成15年からは〇〇からの顧問料の支払はなくなつたようであり、同年からは所得の大部分を受給年金に受給年金に頼っており（甲84の1ないし5、確定申告書等。甲48と重複する部分もあるが、念のために提出する）、1億5000万円程度の現金・預貯金・有価証券等の流動資産は本件でそのほとんど全てを奪われた（貯蓄性向の高い投資信託等の資産はすべてが解約されて本件取引の証拠金として交付させられるに至っている。甲72相続税申告書3枚目から有価証券が75万円、現金預貯金がわずかに230万7515円しか残されていなかつたことが明らかである）。

これらは、亡〇〇が〇〇に生涯を捧げて築いた財産であり、亡〇〇ら夫婦らの老後の生活資金として取り崩して安定した平穏な老後の生活を全うするために費消されることが予定されていたものである。

亡〇〇には、本件取引開始当時、その夫婦の生活状況からして、老後の全財産を先物取引によって失う危険にさらす必要性は何らなかつた。

なお、甲4（平成12年1月21日付商品先物取引口座設定申込書）は、「勤務先」欄が空白であり、「年間収入」欄及び「その他資産証券」欄が空白であり、「株式取引の経験」欄は「無」の部分に丸印が付けられている。

(2) ところで、原判決は亡〇〇が〇〇の代表社員兼会長であり、〇〇の顧問であったとか、〇〇の〇〇方法に関する特許を有しているなどと認定してこれをあたかも亡〇〇の取引適格を基礎付ける事情としているように見える。しかし、〇〇なるものは現実にはほとんど何の活

動も行っていないもののようにあるし(甲67、控訴人XⅠ11頁)、甲84(確定申告書)によればこれらに関する収入があつたことも窺われない。○○の顧問というのが実質的にどのような活動をしていたのか(名譽職的なものであったのかどうか)も判然としない上、平成15年からは顧問の地位にもついていないようであるのであって、○○の顧問に就任していたことを能力的適格の基礎とするのであれば、平成15年からはそのような能力が失われたものとして能力的適格の欠如が基礎付けられなければならない。

また、亡○○は乙A37記載の特許を有していない(甲85。特許出願番号○○一〇〇〇〇〇〇〇(特開平〇一〇〇〇〇〇)は○○株式会社が特許権利者であり、同○○一〇〇〇〇〇〇〇(特開平〇一〇〇〇〇〇)は拒絶査定が確定している。なお、乙A37はいずれも亡○○が上記の特許を有していたことを証拠付けるものでもないことは明らかであって、原判決がこれに依拠したとすれば事実認定は極めて杜撰であるというほかはない)。

なお、これらの亡○○に関する情報は、被控訴人会社において事後的に検索探知され、その結果が検証命令に従わずに事後的に提出された書証や従業員らの陳述書に強く反映されているということには十分な配意が必要である。

(3) 亡○○は、パソコンの操作をすることができず、インターネットを用いることもなかった(甲53、控訴人XⅠ1頁、控訴人XⅢ2頁)。従業員Sは、名刺にメールアドレスが書いてあったからパソコンに慣れているのだと思ったなどと供述している(乙A29)が、名刺にメールアドレスが書いてあったからパソコンができるなどと考えるというのは直ちには首肯し難いし、亡○○がパソコンに通じていたり、メールでのやりとりくらいはできたり、あるいは少なくとも被控訴人

会社従業員らがそのように考えていたというのであれば、亡〇〇に対してインターネットによる情報収集の方法を教示するなどした形跡が見られてしかるべきであるし、亡〇〇との間でメールでのやりとりがなされていてしかるべきであるが（海外にいる深夜にやりとりをしたり同一日で建て落ちを繰り返すなどする場合にはインターネットを駆使して情報を収集し、メールでの意思疎通が図られるであろうことは当然であると考えられる）そのような痕跡は全く見ることができない（インターネットでやりとりをしていたとすればその履歴を被控訴人らが顕出することは容易であるのに提出されてはいない）。また、従業員 S がいうメールアドレスのドメインは、「webtb.ne.jp」であるが、webtb というのは平成 14 年には消滅したようであるところ（甲 68）その後に亡〇〇が被控訴人会社従業員らにメールアドレスを伝えた形跡もない。そして、相場のリアルタイムな情報は取引の終盤に至っても被控訴人会社従業員が伝えていたというのであって（従業員 K 19 頁）、亡〇〇が自らインターネットを用いるなどして情報を収集することさえできなかつたこと及びそのことを被控訴人会社従業員らが知っていたことは明らかである。

(4) 亡〇〇は、少なくとも平成 16 年には心疾患によりしばしば治療を受けていたようであるが（甲 84 の 5-3 枚目）、平成 16 年 1 月 〇日に〇により死亡した（乙 A 36 の 4）。亡〇〇が死亡したのは、被控訴人会社から精算金として交付した証拠金合計のおよそ 1 パーセント強にすぎない 162 万 5050 円が返金されて取引が終了した日の、前日であった。

控訴人らは亡〇〇が急激に老け込んでいくなどしていたと感じていた上、担当医師から極度のストレスによる〇が亡〇〇の死因である旨説明を受けたこと也有つて（控訴人 X III 5 頁、甲 56。なお、〇は

医学上ストレスを原因として出現・増悪するとされている（甲 8 6）、遺族らである控訴人らは、いずれも被控訴人会社によって夫・父親の財産のみではなく静穏であるべき老後の人生を、そしてついには生命をも奪われたと感じ、激しい被害感情を抱いている。

2 本件訴え提起前の証拠収集手続とこれに対する被控訴人会社の対応

(1) 遺族らである控訴人らは、亡〇〇の死後損害額が膨大なものになっていることを知り、被控訴人会社に対して取引履歴の開示等を求めた。ところが、被控訴人会社はこれに応じようとせず、控訴人X IIが書面で開示を求めた（乙 A 3 6 の 1）のに対しても、平成 17 年 1 月 2 8 日に平成 16 年の差引売買損益金しか記載されていない「証明書」（甲 6 6 の 1）を送付するのみであり、再三の求めに対しても各年度ごとの差引損益金の合計が記載された「証明書」（甲 6 6 の 2）を送付して来るのみであった（このような書面が遺族らの疑惑を晴らすに足りないものであることは常識に照らして明らかである）。

(2) そこで、控訴人X IIは、平成 17 年 3 月 1 8 日付で日本商品先物取引協会に、被控訴人会社に対して本件取引に係る委託者別先物取引勘定元帳及び委託証拠金現在高帳の写しを交付するよう指導することを求める申立を行った（控訴人X II 5 頁、甲 8 7、開示指導申立書）。被控訴人会社は開示を拒否したが、日本商品先物取引協会からの再三の開示の求めに従って半年ほどを経てようやく委託者別先物取引勘定元帳及び委託証拠金現在高帳の写しを交付した。控訴人らがこれを集計してみると、1 億 2 0 0 0 万円にのぼる損害のうち、8 0 0 0 万円以上が被控訴人の手数料となっているようであり、また、集計の結果は従前被控訴人会社が開示した金額と異なっていることが明らかになったことから、控訴人らは被控訴人会社に対する不審を強めた

(控訴人XⅡ5頁、甲66の2、甲1、甲2、建玉分析表)。

(3) 控訴人らは、〇〇弁護士に委任して、平成17年7月15日に証拠保全の申立を行い、東京地方裁判所は同年8月8日に証拠保全命令としての検証命令及び検証物提示命令を発令した。

同証拠保全申立書には、亡〇〇が受給年金のみで生活していたこと、勧誘を受けた当時76歳であったことなどから適合性原則違反の違法がある、被控訴人会社従業員らが亡〇〇に対して取引の仕組み、投機的本質、損失が発生する可能性や証拠金（追証）等、その特徴さらにはその危険性の存在と程度を分かりやすく説明せず、同取引の利益を強調する話法によって亡〇〇を勧誘した説明義務違反の違法がある、新規委託者の保護育成に留意せずに取引を行わせた新規委託者保護義務違反の違法がある、被控訴人従業員らが繰り返し主導して誤導して両建取引を勧誘した違法がある、手数料稼ぎを目的として多数多量の取引を行わせた違法がある、平成16年8月下旬以降亡〇〇から再三にわたって取引終了の指示をし、同年11月に倒れた際には妻である控訴人XⅠから直ちに取引を終了するよう求めたが被控訴人従業員らはこれに応じなかつた仕切拒否の違法がある、との記載及び、被害者である亡〇〇が死亡していることから相手方において検証対象文書等を改ざん廃棄して従業員の口裏を合わせることが容易になる、との記載がなされている（甲88）。

検証対象文書等は、亡〇〇の取引の勧誘の状況を明らかにする業務日誌、管理者日誌、対顧客発・受信簿、亡〇〇の取引適格の調査の結果を明らかにする顧客カード、顧客の実態調査票のほか、その他被控訴人会社と亡〇〇との本件取引に関して作成された記録の一切を含むものであった（甲89）。

上記証拠保全申立書記載の本件取引の違法性に関する主張は、上記

検証命令及び提示命令対象文書等の記載によって証明しうるものであり、控訴人らにとってこれら文書等の記載に関して具体的な主張をすることが著しく困難である上、これら文書等により証明すべき事実を他の証拠によって証明することは取引当事者であった亡〇〇が亡くなっていることからして著しく困難であることが明らかである。

(4) 同年8月19日に被控訴人会社営業所に上記検証の実施のために裁判官が臨場したが、対応した被控訴人会社管理部部〇、同営業管理部嘱託〇（被控訴人会社の原審第1準備書面14頁によれば、同人は管理部長の肩書を有するようである）らは、提示命令を発令した裁判官が「検証及び提示命令の対象となっている文書等について、この場で提示しないことによって、訴訟になった際、申立人らの主張が真実と認められる可能性があるという法律上不利益な効果が生じる、ということを了解した上で御回答か」と申し向けたのに対し、「提示命令に背いているのであるから、十分にそのことは了解している。」と述べて従わず、検証不能となった（甲3）。

(5) 控訴人らは平成17年9月2日に損害賠償請求本案訴訟を提起したが、被控訴人会社は平成18年2月13日に初めて顧客カードやお客様アンケートを提出し、平成18年6月21日に至って初めて管理者日誌の一部を提出した（同日付乙号証拠説明書）。

(6) 遺族らが有していた甲4（平成12年1月21日付商品先物取引口座設定申込書（お客様控え））は、「勤務先」欄が空白であり、「年間収入」欄及び「その他資産 証券」欄が空白であり、「株式取引の経験」欄は「無」の部分に丸印が付けられているところ、これと複写式になっていて、同一の記載があるべき乙A6（上記検証命令及び提示命令の対象となっていた文書であるが提示命令に従わず訴え提起後に証拠として提出されたもの）には、「職業・商号」欄に亡〇〇以

外の何者かの記載による「〇〇業」との記載があり（なお、亡〇〇は〇〇を業とする者ではない。〇〇によって印税その他の収入を得たことも一度もない）、「年間収入」欄にも同じく亡〇〇以外の何者かによって「2、1000万円以上」の欄に丸印が付されている（これらがいかなる経緯でなされたのかは被控訴人らの主張等によっても明らかではない。従業員 I 16 頁）。

また、乙A 7（「商品先物取引実践ビデオ」受領証）（上記検証命令及び提示命令の対象となっていた文書であるが提示命令に従わず訴え提起後に証拠として提出されたもの）の「ビデオのある方」の部分に付されている丸印は、甲 4 にある亡〇〇の記載による丸印と明らかにその形状が異なる（丸印の起点が異なるのであり、別人の筆記によるものであることが強く窺われる）が、これらがいかなる経緯でなされたのかは被控訴人らの主張等によっても明らかではない。

さらに、乙A 8（当初（3ヶ月間）取引予定額）（上記検証命令及び提示命令の対象となっていた文書であるが提示命令に従わず訴え提起後に証拠として提出されたもの）の「取引開始時から、取引予定額に枠のない取引を選択します。」の左部分及び「自主的な判断による申出書」の左部分に付された丸印も、甲 4 にある亡〇〇の記載による丸印とその形状が著しく異なるところ、被控訴人らによる説明はない。

また、平成 18 年 6 月 21 日に提出された管理者日誌には亡〇〇の海外渡航中の連絡状況を示す記載は全くなかったが、控訴人らが亡〇〇の海外渡航について具体的に主張した（平成 18 年 9 月 8 日付原告準備書面（4））後に被控訴人らから提出された管理者日誌（なぜ平成 18 年 6 月 21 日に提出されなかつたのかは不明である）には「海外から Tel」という記載がなされている（乙 A 26）。

なお、管理者日誌等には具体的な記載が全くなされておらず、これによって当時の状況について従業員らが記憶を喚起することができるような性質のものであるとは考えられない。

(7) 以上の経緯に照らし、控訴人らの上記（3）の主張は真実であると認められるべきであるし、そうでないとしても、本件で被控訴人らが提出する書証等を被控訴人らの利益に援用することは民訴法224条の法意に照らし、許されないものというべきである。商品先物取引に関する争訟は類型的な証拠偏在型の争訟であるところ、被害者が死亡しているという本件のような事案において提示命令に応じなかつた法律上の制裁が適用されないというのでは、証拠保全手続の実効など到底期待し得なくなることが明らかであって、証拠収集手続の拡充を指向する民訴法の趣旨を没却することになる。

少なくとも、被控訴人らが提出する書証やこれに整合させて「かくあるべきであった」内容が創作されたものと考えられる従業員の陳述書を無批判になぞって事実認定をするがごときは、正常な事実認定であるとは到底評価できない。

3 本件取引の開始・継続・終了

本件において認定しうる取引の経緯は以下のようなものである。

- (1) 平成12年1月ころ、被控訴人会社従業員SⅡは、亡〇〇に対して電話によって先物取引の勧誘をした（乙A30、従業員SⅡの陳述書）。
- (2) 平成12年1月21日付で商品先物取引口座設定申込書が作成され、取引が開始された。同申込書の「勤務先」欄は空白であり、「年間収入」欄及び「その他資産 証券」欄も空白であり、「株式取引の経験」欄は「無」の部分に丸印が付けられている（甲4）。

（3）入金状況及び取引損益

取引開始後、亡〇〇は被控訴人会社に81回にわたって合計1億4

160万90円を（証拠金もしくは差損金として）交付し、1億2321万2320円の取引損となった。うち、売買差損（原判決第2-1（3）（同3頁23行目）に「売買差益累計は」とあるのは「売買差損累計は」もしくは「売買差損益累計はー」の誤りである）は3809万8900円であり、それ以外の8511万3420円は税込手数料として被控訴人会社の利得に転化されている（甲1、甲2）。

本件取引期間中には、夥しい量の証拠金等不足額請求書が発行されており（甲18の1ないし54）、亡〇〇はこれらに従って金銭交付を繰り返していたものと考えられる。

（4）取引の客観的履歴

本件取引の具体的取引の履歴は原判決添付の建玉分析表記載のとおりである（ただし、1101番及び1120番の「限月」欄は、「2004／12」の誤りである。甲1該当部分）。

下級審裁判実務で用いられてきた計算方法に従って算出した客観的指標についての原判決の認定は、月間回転数が14.75回、特定売買比率が55.05パーセント、手数料化率が65.79パーセントである。

（5）取引の終了

亡〇〇は被控訴人会社従業員Kに対して「もうだめだ。金は出せない。やめてくれ。」と言ったことがあったが（甲53、控訴人X13、8頁）取引は終了されず、病床にあった亡〇〇の意を受けて妻である控訴人X1がした取引終了の指示によっても取引は終了されず、亡〇〇が危篤状態になってようやく取引が終了され、亡〇〇の死亡の翌日に精算金が送金されて取引関係が終了した。

（6）その他

控訴人らは、本件損害賠償請求手続を弁護士に委任し、1審代理人

弁護士は証拠保全手続を経て損害賠償請求訴訟を提起・遂行した。

控訴人らは控訴手続を控訴人ら訴訟代理人に委任した。

4 原判決の認定

原判決は、上記のように検証物提示命令に従わなかった被控訴人会社が事後的に提出した書証には上記第1章第2－2（6）記載のとおり証拠の変造が強く疑われる看過しがたい不審点が多く見られるにもかかわらず、この点に何らの注意を払うこともなく、これらを亡〇〇が記入したものであると認定し、被控訴人従業員らの陳述書の記載をほとんど盲目的になぞって「事実認定」をしており（被控訴人従業員らの陳述書に記載された亡〇〇が言ったという言葉が「 」付きで認定されるなどさえしている）（原判決第3－1（2）イ、同16頁）、民訴法224条の法意を全く失念するものというばかりではなく（本件においてこのような事実認定をするとすれば、いったいどのようにして証拠保全手続の実効性を期待し得るというのか理解し難い）、もはやおよそ事実というものに対して裁判所が抱くべき畏敬の念に欠けるのではないかとの疑惑を抱かざるを得ない。

先物会社の従業員が事後的に提出する陳述書など「外務員がなすべき説明をして熟練者である委託者の回答を得たらどのようなやりとりを行ったと仮定されるか」を考えて創作されるものであるということは訴訟実務上顕著な事柄であると言っても過言ではない。本件においては、提出された管理者日誌には具体的な記載が全く見られず、記憶を喚起させるに足りるものであるとも考えられないし、従業員Iが記憶喚起に供したという帳簿類（甲1、2。従業員I1頁）にも取引の客観的履歴以外に記憶を喚起させうるような格別の記載はない上、従業員Iは陳述書を「管理担当者と相談しながら作りました」（従業員I1頁）といい、従業員Sは「管理部の者に書いてもらいました」

(従業員 S 1 頁) といい、従業員 K は「管理部の〇にまとめてもらいました」(従業員 K 1 頁) というのであるし(なお、従業員 K によれば陳述書の作成にあたって管理部と 40 回の打合せを行ったというのであるが、従業員 I 及び従業員 S も同回数程度の打合せを行ったものとすれば、管理部担当者の氏名程度はすぐに回答しうるものであると思われるが従業員 I 及び従業員 S のいずれもこれを自ら答えることができておらず、同回数の打合せを行っていないとすればそこに合理的な理由があるとも考えられず、結局、管理部担当者が「望ましい打合せ状況」を後から作って証人らに提示したものと考えられる)、反対尋問に対してははぐらかしたり(例えば、1 回の電話をしている最中に買玉を決済するという判断をし、その 5 分以内に同一の電話で相場観を変えて買玉を建て直したのかという質問に対して、そのようなことが仮にあったのであるとすれば強く記憶に残る事柄であると思われるのに、「その可能性はあると思います」などと人ごとのような回答をするなどしている(従業員 K 18 頁))、覚えていない(亡〇〇の入院時の話など事前に管理部担当者が創作できないような事柄については、最も時間的に近接している時期に関する事柄であるのに記憶が定かではない、はっきりしないと証言する(従業員 K 25 頁、26 頁))などというのであり、また、従業員 K の証言は亡〇〇の実際の入院時期等とも整合しないのであって、これらが無批判に事実認定の前提とされるのは著しく不当である。

ところで、原判決は、「争いのない事実等」として、「被告は、〇〇株式会社の商号で設立され…、現在の商号に変更された(丙 1 の 1)」と認定している。しかし、これは誤りであるところ、丙 1 の 1 は履歴事項全部証明書であって閉鎖されていない事項のみが記載されていることは裁判所がその職務上知るべき基本的な公文書の基本的な読

み方であるうえ、乙A 27（従業員Iの陳述書）、乙A 29（従業員Sの陳述書）にはそれぞれ「〇〇株式会社（現在の〇〇株式会社）」との記載があり、平成18年12月12日付原告準備書面（5）12頁には、この旨があえて下線を引いて強調されて記載されているのであるから、原判決が「争いのない事実等」として上記のような誤りを示すことは、（その誤りが違法性判断を左右するものでないとしても）証拠及び主張のいずれをも精査することなく判決されているのではないかとの疑念を遺族である控訴人らに強く抱かせることになるものであるとの非難を受けるのもやむを得ない。

さらに、原判決は、亡〇〇が〇〇の〇〇方法についての特許を有していると認定し、その上で、〇〇が従業員Iに対して毎年同特許による特許料が入るなどと話したと認定している（原判決第3-1（1）エ、同16頁）。しかし、亡〇〇はそのような特許を有していないことは上記のとおりである。乙A 37はいずれも亡〇〇が上記の特許を有していたことを証拠付けるものでもないことは明らかであって、ほかに証拠もないのに原判決がこれに根拠してしたとすればその事実認定は極めて杜撰であるというほかはない。

第2章 違法性（事実の評価）

被控訴人らの法的責任を評価付ける法的主張は、すでに原審においてもなされているが、代理人の変更もあるので重ならない限度であることとする（法令等は特に断らない限り本件被害当時のもの）。なお、便宜上、一体的不法行為を構成させる各要素ごとに整理するが、これら違法要素は相互に関連性を有するものであることに適切に配意される必要がある。

例えば、仮に亡〇〇が取引を開始させるにあたっては取引適格を欠

くとまではいえないとした場合にでも、具体的な頻繁過当な取引との関係では取引適格を欠くということがいえるであろうし、あるいは、亡〇〇の取引適格を否定しない場合にも、亡〇〇に取引適格に著しい疑問があることは、被控訴人従業員らが亡〇〇に対して勧誘するべき取引の内容や方法、数量や頻度に関する評価には大きく影響する。また、一任取引がそれ自体不法行為を構成させるまでに至らないとした場合にも、亡〇〇から強く依存されている場合には、そのような状況に乗じて本件のような頻繁過当な取引を行わせること（状況の濫用）にはより強度の違法性が肯定される。

第1 適合性原則違反

1 商品取引員及び商品取引外務員は、被勧誘者が自主的な取引を遂行するのに必要な取引の仕組みや情報の収集・整理・分析・理解・判断をするに足りる知識・経験・能力や、財産の状況（財産の多寡やその使途・性質）、投資の意向と実情等に照らして、不適切な取引を勧誘してはならない。これは、取引を開始させる場面においてのみ妥当するものではなく、取引継続中にも、具体的取引の頻度や数量・委託証拠金の金額等に即して随時問題になることがらである（委託者保護に関するガイドラインにはその旨明記されている）。

また、商品取引員（及び商品取引外務員）は、委託者に対し、委託者が真に自己の相場判断に基づく注文をなしうるような知識、経験を蓄積させ、保護育成し、十分な自主的判断がなしうるまでに不測の損害を被らせないように建玉を抑制し、過大な取引をさせたり、過大な取引を行うことを勧誘しないようとする新規委託者保護義務を負う（新規委託者保護義務は、適合性原則の取引未経験者に対する具体的取引の勧誘の場面における一発現であると位置付けられるものと解

される。訴訟実務では新規委託者保護義務違反が過当取引その他のいわゆる「客殺し」である旨の主張の趣旨の多くを包含する概念として用いられており（取引適合性を欠きあるいは適合性に疑問がある新規委託者に過当な取引をさせてはならないというのが新規委託者保護義務の内容であるから、このような概念の包含は誤りではない）、取引の客観的側面と委託者の属性を総合的に考慮して違法性の有無を判断するのがいわゆる一体的不法行為構成の趣旨にも添うものと考えられる）。

このような義務は、一般的な信義則（民法1条2項）に基づくものであるが、間屋としての善管注意義務（商法522条2項、民法644条）、誠実公正義務（商品取引所法136条の17）からも基礎付けられるものであり、主務官庁の許可を得て商品取引受託業務を独占し、一般委託者に高いリスクを持ち込むことによって利益を得ている商品取引員（及び商品取引外務員）が負うべき、周到な専門家を標準とする高度の注意義務であって、現行商品取引所法215条及び商品先物取引の委託者の保護に関するガイドラインによって業法ないし自主規制規範として具体化されているものもある。

商品取引員ないし商品取引外務員に適合性原則を遵守すべき義務がある以上、具体的に被勧誘者の取引適格を基礎付ける事実を具体的な取引に即して十分に調査するべき義務があることは当然である。特に、電話による勧誘によっていきなり一方的にリスクの高い取引に勧誘するという営業行為が社会的相当性を備えると言い得るために、適合性の厳格な審査がなされていることが不可欠の前提であるといわなければならない。

2 亡〇〇は、上記のとおり、大正〇〇年〇月生まれで本件勧誘当時76歳であった者であり、投資信託等の購入はあったものの先物取引や

外国為替証拠金取引などの投機取引の経験は全くなく、亡〇〇に生涯を捧げた者であって金融商品取引に関する専門的知識経験を有しておらず、刻々と変動する商品相場に関する情報を適時に収集する能力はもちろん、これを分析して判断をするに足りる知識・経験・能力を欠き、これら知識・経験・能力を蓄積して行くには高齢に過ぎた上、日々の生活の糧の過半を受給年金から得て生活し、投資信託等は老後の生活の原資とすることが予定されたものであり、かつ、その保有していた金融資産が維持されさえすれば、亡〇〇夫妻の老後の生活は平安に全うされるに足りるものであって、商品相場に全財産を投入してこれを失うことと均衡しうる利得の客観的動機・客観的相当性に乏しく、現に亡〇〇は、被控訴人会社の従業員（従業員 S II）からの電話勧誘を端緒として本件取引に引き込まれるまで、投機取引と無縁の生活を送っていた。

亡〇〇がついに取引に関する正しい理解を前提とした主体的な取引をなしえなかつたことは、上記第1章第1－3及び後記第2章第3記載のとおり、取引開始から4年以上を経過した後においてさえ、客観的に合理性を欠くことが明らかな取引が繰り返されていることから自ずと明らかである。

- 3 被控訴人会社従業員らは、このような亡〇〇をして、電話勧誘を端緒として（おそらく無差別の電話勧誘によるものであると思われるし、年齢が判明する学校の名簿などによつたのであれば、大正〇〇年生まれであることを知りながら電話勧誘をしたということであつて、いずれにせよ勧誘行為が適切であったとは思われない）、投機行為をしないという亡〇〇の消極的意思に変容を来させるような勧誘を行い（断定的判断の提供があったことは亡〇〇の供述を得ることができない以上立証が困難であるが、利益を強調して勧誘され、あるいは高齢者

故の「断りにくさ」に乗じて勧誘がなされたことは、従業員 S II の陳述書（乙 A 3 0）にも複数回の電話をしてようやく面接に至った旨記載があることなどからして、想像するに難くない）、十分な適格性の審査をすることもなく取引を開始させ（原判決は従業員 I の証言等に従って「毎年〇〇料が入る」との亡〇〇の発言を認定しているが（原判決第 3－1（1）エ、同 16 頁）、亡〇〇が特許を有していないことは上記のとおりであって、従業員 I の証言は全く信用できない。また、被控訴人会社が提出する事前審査に関する徵求書面には上記のような提出の経緯をたどって提出されたものである上、その記載には上記第 1 章第 2－2（6）記載のとおり証拠の変造を強く疑わせるべき看過しがたい複数の不審点が見られる。そのほかに、本件全証拠によっても被控訴人会社従業員が亡〇〇の収入・財産にしかるべき配慮をしていたことは窺われない）、その全財産を失うまでに取引を拡大させた。なお、被控訴人らは、亡〇〇の取引適格に何らの問題もなかつたとしきりに主張するのであるが、乙 A 1 1 によれば、被控訴人会社は一旦亡〇〇の取引予定額に枠のない取引を選択する旨の申出を不認可としているというようであるところ（亡〇〇が被控訴人会社が不認可とするような申出をしたことは、亡〇〇の取引に対する理解の欠如（正確なリスク認識の欠如）を窺わせるものもある）、その理由及びこれが撤回されて認可された経緯は被控訴人らの主張によっても必ずしも明らかではない。さらに、従業員 S は被控訴人ら代理人の誘導に応じて取引を増やさない方がよいのではないかと亡〇〇に助言したなどと証言しているところ（従業員 S 2 6 頁）、商品取引外務員が取引を増やさない方が良いなどとアドバイスをするというのはよほどのことであると思われるのに、その後も、また従業員 S が担当を外れた後にも委託金額が一貫して増加していることは記録上明ら

かであるし、被控訴人会社従業員らがする、本件取引の委託金額や取引数量等に何らの疑問も持たなかった旨の各証言とも整合しないものであって、結局被控訴人会社従業員らは、場当たり的に都合の良さそうな証言をしているに過ぎないものというほかはない。

被控訴人会社従業員らは、このようにして取引を開始させられた未経験者が不可避的に陥る外務員への依存的状況に乗じて、亡〇〇に主体的な取引が可能となるような説明を尽くすなどすることなく取引を継続・拡大させ、取引終了に至るまでついに取引に対する正しい認識を欠いた状況に置き続け、その間、亡〇〇夫妻の老後の生活資金として費消されることが予定されていることが明らかな金融資産のほとんど全てを委託させ、過当（頻繁かつ過量）で無意味な取引をも含む取引をさせ、実に8500万円以上もを税込手数料として自社の利益に転化させたというのであり、本件具体的な取引を適合性原則、新規委託者保護義務の趣旨に照らして見ると、勧誘・受託行為にこれに反する違法があることには、およそ疑いを容れる余地はない。

- 4 被控訴人らは、手数料が多いからといって過当取引であるとはいえないと主張する（手数料の多さは適合性原則との関係で判断に影響を及ぼさないとの趣旨を含む主張であると解される）が、8500万円を税込手数料として要する取引を行わせるということは、8500万円を稼ぎ出してようやく「どんどん」の取引を上記のような属性・状況であった亡〇〇に行わせたことを意味するものにほかならないのであるから、「手数料が多くなったのは結果論である」旨の被控訴人らの主張は失当である（手数料の割合が高いという主張に対しては手数料が適当な範囲にある限り手数料の割合は必ずしも違法性を基礎付けないという限度で反論たり得るところ、本件ではそのような反論はあたらない）。

また、被控訴人らは、両建などを含む本件取引はすべて亡〇〇が選択したものであると主張するが、本件取引が客観的に亡〇〇に適合する頻度及び数量の取引を著しく超えていることは明らかであるし、仮に亡〇〇が意味もない過量な取引を自己の選択によって行ったというのであれば、そのこと自体が亡〇〇の本件取引に対する正確な認識の欠如（そこで失った金額に照らせば、著しい能力的不適格を意味する）を物語るものであるというほかはない。

また、上記のとおり、亡〇〇は、客観的に、相場の情報を即時に入手して即時に分析して判断しうる状況になかったことはおよそ明らかであって、1日のうちで相場観を変転させて取引を錯綜させて行うなど、常識に照らして不可能である。

さらに、被控訴人らは亡〇〇が年金生活者ではないというが、亡〇〇が年金受給者であったことは上記のとおり証拠上明らかであるし、亡〇〇の年齢からして被控訴人会社従業員らにも亡〇〇が年金受給者であったことはおよそ容易に分かる事柄であったものと考えられる。なお、被控訴人は収入の主たる部分が年金でなければ年金生活者として適合性を欠くものではない旨主張するようであるが、上記のとおり亡〇〇の所得の過半は受給年金であったのであるし、そもそも年金制度はいまでもなく高齢者の平穏な余生を国及び国民全体の負担で確保しようとする理念に出るものであって、年金で生活していくことができればその余の財産を投機行為によって失わせるような取引に誘い込んで良いということにはならない。年金受給者に投機行為を勧誘することは、年金支給者である国及び国民全体の意思及び年金制度の趣旨にそぐわないことが明らかであり、年金受給者に対する投機取引の勧誘は、よほどのことがない限り適合性原則に違反するものであるというべきである。

第2 説明義務違反

1 従業員SⅡの陳述書（乙A30）には、取引の仕組みなどについて説明した旨の記載があるものの、これは反対尋問を経たものでない上、従業員SⅡは電話で先物取引の仕組みを損益計算を交えてまでしたというのであって、およそ信用に値しないし、電話で損益計算などを説明したなどと記載して憚らない態度は、被勧誘者の理解に頼着することなく一方的にまくし立てる勧誘方法を常習的に用いていたことを自認するに等しいものであるといわなければならぬ（なお、従業員SⅡの勧誘や説明に関する管理者日誌は提出されておらず、いったいいいかなる資料によって記憶が喚起されて陳述書の記載がなされたのかという不審は払拭し得ない）。

原判決は、取引の開始にあたって亡〇〇が乙A5、同6、同8などに必要事項を記載したと認定して（原判決第3-1（2）イ、同17頁）これを亡〇〇に対する説明がなされたことや亡〇〇の理解を基礎付けるものとして援用するが、このような書面は商品取引の開始にあたって形式的に全ての取引について徵求されるものであり、実際の理解を反映するものでないことは、裁判所におけるこの種事案の審理において当然の前提にされている事柄であって、これらによって説明や理解を認定してこれを前提にその余の違法性の判断をすることは著しく不当である。さらに、本件では、これらが提示命令に従わなかつた後に出された提示命令の対象である文書等であることに配意されるべきであるし、上記第1章第2-2（6）記載のとおり、証拠の変造を強く疑わせるべき看過しがたい不審点がいくつも見られ、かつこの点について被控訴人らから説明がなされてもいないので、これらを亡〇〇が記入したものであると認定して（原判決第3-1（2）イ、

同 16 頁)、その前提に立ってこれら書面の評価を行うというのは、証拠評価を明らかに誤ったものというほかはない。

2 ところで、商品取引員外務員は、個別取引の勧誘を行う場合には、それが意見の表明であるとか、助言であるという形を取っていたとしたとしても、合理的な根拠を有する事柄を示す必要があり、合理的な根拠もなく勧誘や意見の表明・助言をすることは、違法である（合理的根拠の法理とか、看板理論などと呼ばれる。控訴人らは、説明義務の一内容として位置づけている。）。このことは、当該「相場」を始めて見る者に対しては、一層妥当する。

商品市場における「価格」は、その当時の需給の均衡点であるのであって、価格が上昇ないし下降する方向での情報のみを提供して、同「方向」の取引を勧誘することは、虚偽ないし、著しく偏った不適切な情報の提供であって、「相場観の提供」であるなどとして放任してよい類の行為ではない。また、特定の情報が意味のある情報であるとすれば、市場は適切な感應を敏感に示すものであって、当該情報が一般に認知されてからの期間、その間の価格への反映の有無、その理由について適切な情報を提供しないまま、漫然とそれを価格が特定の方向へ推移するとする相場判断の資料として提示することは、虚偽ないし、著しく不適切な情報の開示であって、これもまた、説明義務に包含されると考えられる合理的根拠の法理に反する、違法な行為である。情報提供義務が一般にどの程度まで認められるべきかという問題をひとまず撇くとしても、相場が一方のみに推移するであろう様な偏った情報の提供が許されないことは当然である（なお、金相場の相場観の提供において不利益事実の不告知があったとして消費者契約法4条2項に基づく取消の主張を認めた札幌高判平成20年1月25日金融・商事判例1285号44頁はこのような価値判断を消費者契約

法の解釈に反映させたものであるとも考えられる。)。

本件では、金の取引について従業員 I は、「ニューヨーク市場の金が高騰していること」、「債券相場に嫌気した投資家が資金を金に移動していること」、「大手鉱山会社がヘッジ売りの持ち高を買い戻して解消するとの見方が広まっていること」、「ニューヨーク市場での価格の上昇を受けて国内市場でも個人投資家の買い注文が集中していること」、「国内市場ではストップ高になったこと」、「インフレ懸念が出遅れ感の強い金に波及していること」などと告げて「値上がり」の予想を示して取引の開始を勧誘したというのであって(乙 A 27)、価格の下落の可能性を予想させる事情を告げた形跡は全くない(従業員 I は下がる懸念材料も伝えた旨証言するが、陳述書にはその旨の記載はない上、同人のこの部分に関する証言は抽象的なものにとどまる)。

取引数量の多い白金については取引開始の経緯が明らかではないが、その他取引が少ない商品についての従業員 S の陳述書も概ね利益の方向での相場変動を基礎受ける事実のみを告げ、あるいはこれを強調したことが窺われるのであって、被控訴人ら従業員らの陳述するところによっても、極めて偏った情報提供が意図的になされていたことが明らかである。

第3 過当頻繁売買、無意味な特定売買

- 1 過当な頻繁・反復売買、いわゆる特定売買に関する基本的な考え方
高率の手数料が設定されている対面商品先物取引(インターネット取引とは格段に手数料額が違う)においては、頻繁売買、反復売買は、委託者に対して、委託金額の大部分を手数料として失わせる危険を負担されることになる反面、商品取引員等が、委託者の犠牲の下に多額の手数料を得ることになる。そして、(高率の手数料が設定された対

面取引における) 短期間の頻繁な建て落ちは、通常先物取引の仕組みや危険性を理解した者が採る手法であるとは考えられないことから、頻繁な建て落ちの存在それ自体が、商品取引員外務員による手数料稼ぎを推認させる。さらに、先物取引を行う者は、売買によって差金決済により多くの差益を得ようとするのであるから、建玉をするときにはこれから値動きにより利益が得られるのではないかと期待してするのであり、仕切りをするときにはこれ以上建玉を維持しても値動きによる利益が期待できないと判断してするのであって、建て落ちにあたってのその相場観ないし心理状態は、正反対のものであって両立しないものであるから、このような正反対の行動が客観的に存在していた場合、それは、顧客の合理的経済意思から出たものではなく、取引員外務員がもっぱら手数料稼ぎのために行わせたものであると見るのが、経験則に合致する。

手数料稼ぎのために頻繁売買を行えば、既存の建玉との関係を全く無思慮に無視することになる結果、必然的に、経済的合理性に乏しい「特定売買」が多数生じてくる。そこから、特定売買が多数見られるときには、特段の事情がない限り、違法な手数料稼ぎが行われたものと推認される。取引の経済的合理性の乏しさの程度はこのような推認の程度を強めることになり、経済的合理性を欠く(乏しいではなく)取引が存在するときには、取引が客殺しの意図のもとで手数料稼ぎの道具として用いられたものと見るほかはない。

このような、いわゆる「客観的アプローチ」の手法は、主務省が、受託業務の適正のために商品取引員にその数値を報告すべきものとし、これに基づいて、売買状況を評価し、問題があると認めたときには、許可更新等の資料とするなど必要な措置を探るものとしていたこと(農林水産省通達「委託者売買状況チェックシステムについて」、

同「実施に関する細目」、旧通商産業省通達「売買状況に関するミニマムモニタリング（MMT）について」、同「処理要領」）にヒントを得て取引の客観的履歴から違法性を推認したリーディングケースであるといわれる東京地判平成4年8月27日判時1460号101頁、判タ812号233頁、金融・商事判例922号39頁の公刊以後裁判実務上定着し、最判平成10年11月6日先物取引裁判例集25号135頁が、「チェックシステムに掲げる各種の特定売買は、一般に、委託者に売買委託手数料の負担を生じさせるばかりで、その利益につながらない取引の類型に属する。個々の取引の際の個別の事情を捨象しても、一定期間の取引を全体的に観察し、右のような特定売買の比率が異常に高いときには、特段の事情がない限り、商品取引員において、顧客の利益を犠牲にして全体として売買委託手数料稼ぎを目的として行ったことを推認するのが相当である。」「手数料の損金比率は、取引途中において必ずしも合理的な取引の指標とはなり得ないが、取引終了後に、顧客に取引全体から生じた損失の要因を観察、評価する上では、有効な指標になると解される。」とした原審（大阪高判平成10年2月27日判時1667号77頁、同旨の下級審裁判例は、東京高判平成13年4月26日判時1757号67頁ほか枚挙の暇がない）の判断を正当であると判示したことによって一層広く定着し、特定売買の不合理性は、もはや、「裁判実務上顕著な事実である」（新潟地判平成12年6月14日先物取引裁判例集28号198頁）とまで判示されるまでに至っているところである（客観的アプローチは、取引の客観的履歴という動かし難い事実を基礎として評価を示すことができる点で民事訴訟実務上採用されやすいという実情があるものと考えられる）。

なお、特定売買比率その他客観的数値に商品取引員の行為の違法性

を見てきた裁判例の姿勢が誤っていないことは、平成17年に施行された改正商品取引所法の審議の経緯に照らしても明らかである。同改正にあたって、衆参両議院共に、「両建勧誘・特定売買（等）が悪用されることのないよう厳正に対処すること」を行政に求める旨の付帯決議をしているのであり、特定売買が問題のない合理的な取引であるならば、訴訟実務が特定売買に着目することなどなかったであろうし、上記改正法附帯決議がわざわざこれに言及することも考えられない。

2 各論

（1）特定売買一般について

原判決は、（いわゆる特定売買は）「相場の状況によっては損失の拡大を防ぐなどの点で一定の合理性を有する」という（原判決第3－5（1）イ、同33頁）。しかし、このような判断は議論を正解していないきらいがあるものといわざるを得ない。下級審実務は取引の客観的履歴から客殺しの意図によって手数料稼ぎが行われたものであることが推認されるというのが大勢であって、「特定売買が特段の事情がある場合に何らかの経済的効用を持ちうること」は、控訴人らがする裁判実務に倣った主張と何ら矛盾するものではない。「特定売買が特段の事情がある場合に何らかの経済的効用を持ちうること」は、「特定売買が原則として手数料の負担が嵩むばかりであって、委託者にとって通常は意味のないものであること」と何ら矛盾するものではなく、両立しうるのである。

本件における取引の客観的履歴は原判決添付の建玉分析表記載のとおりであり、下級審裁判実務で用いられてきた計算方法に従って算出した客観的指標についての原判決の認定は、月間回転数が14.75回、特定売買比率が55.05パーセント、手数料化率が65.79パーセントである。原判決は、これら本件取引における特定売買の

頻度、数量、全体に占める割合と、建て落ちの具体的態様といった取引の客観的履歴に、亡〇〇の属性（知識、経験等）・本件取引の開始継続の経緯を併せて検討するべきであったのにこれをすることなく、「相場によっては一定の合理性を有する」というのであって、違法性の評価に誤りがある。

（2）具体的な取引について

原判決は、「本件取引のうち主な取引にはそれぞれ当該取引を行った一定の根拠があり、かつ、〇〇は、特定売買を行う際も、被告担当者の助言を得た上で、その内容を理解し、自己の判断で特定の取引方法を選択していたことが認められる」という（原判決第3－5（1）イ同33頁）。しかし、これは、明らかに事実の評価を誤っている。本件取引は、その客観的取引履歴を精査すれば、その不合理性（「合理性の欠如の疑い」とは全く異なるものである）はおよそ明らかである。そして、このような不合理な取引を委託者が自ら具体的に指示して行うことはおよそ考えられるものではない。このような不合理な取引を行った者が先物取引（の損益の発生機序に関する基本的仕組み）について普通の理解を有していたともおよそ考えることができないし、外務員らも、普通の理解をして取引を行っている者に対してはこのような不合理な取引を勧誘することはないだろうことは容易に想見うる事柄である。

同時両建、常時両建、両建の同時仕切り、損切り直し、直しと両建・途轉と両建の重複などは、およそ正常な取引には見られるものではない。これら取引は、「委託者の指示」や「普通の理解」とは、決して相容れない。

（ア）両建一般

原判決は、乙A9、乙B9に根拠して両建の評価をするようである。

しかし、このような見方は極めて一面的であるとの非難を免れがたい。被控訴人会社ほかの商品取引員及び東京工業品取引所が会社四季報平成11年春号に掲載した広告記事には、「難平と両建はご法度」という小見出しを付けてこれら取引に注意を促しているところであって（甲90）、「両建有益論」なるものはもはや過去の議論であり、議論の余地なく誤りであることが明らかである。平成17年に施行された改正商品取引所法の採択にあたって、衆参両議院共に、「両建勧誘・特定売買（等）が悪用されることのないよう厳正に対処すること」を行政に求める旨の付帯決議をしているのであり、両建が何の問題もない取引であるのに上記改正法附帯決議がわざわざこれに言及したと考えるのは常識的でない。両建取引が問題のない合理的な取引であるならば、圧倒的多数の判決例が両建取引の問題点を指摘するという現状も説明ができない。

両建取引については、以下のような限度ではおおよそ裁判例の理解は確立しているものと考えられる。すなわち、

両建は、投資家において損益を確定させないまま反対の建玉をすることにより相場を静観するための手法として採用されることがある。建玉を維持することに固執する顧客にとっては、相場の予測が立てにくい場合に、両建にして決済を避けたいという気持ちも理解できなくもないから、両建には心理的意義があるということができる。しかし、例えば株式であれば保有すること自体に意味があるのと異なり、先物取引では、取引の性質上、損益の生じない建玉を維持すること自体には何らの経済的意味も財産的価値もない。また、値洗損益と確定損益とは経済的本質には差異がなく、むしろ値洗損の出た建玉を維持した場合の方が値幅制限の関係でいつでも仕切れるわけではないという点で不利益な面がある。それにもかかわらず両建のような取引が勧誘

される背景には、建玉を維持すること自体に何らかの意味があるという誤解か、値洗い損が不動的・流動的なものであることから経済的な意味での損失とはいえない（ないし経済的本質において確定損とは異なる）という誤解があるというほかない。これらの誤解は、先物取引の基本的な仕組みを理解していれば絶対に生じない類のものである。しかも、両建玉は遅くとも限月には決済を迫られる上、両建には何らの意味もないにもかかわらず建玉を維持すること自体を目的とする手数料を必要とするのであるから、両建が不合理であることは明白である。また、両建では既に両建の時点において手数料を支払っており、少なくともこれを上回る利益を得なければ損失は単に仕切った場合よりも拡大するため、両建を外す時期について困難な判断を強いられることになる点も看過できない。以上は原則として異限月の両建についても同様である。限月が異なっても、同一商品であれば類似の値動きをするのが通常と考えられるから、あえて限月間の価格差に着目して異限月の両建をしたような場合でない限り、同一限月の両建に準ずるものとして取り扱うべきである。両建によって一応新たな損益が発生しない状況になるため、両建自体による直接的な損失というものは観念できない。しかし、仕切った場合は相場の予測が付かなければそのまま取引をやめることが可能である。これに対して、両建をして建玉を維持し続けることによって、委託者にとっては少なくとも両建のために要した手数料については取り戻さなければならなくなり、手仕舞することが経済的にも心理的にも困難となる。その反面、先物会社の従業員は、委託者に取引を継続させればそれだけで手数料収入を得ることができるのであるから、手数料稼ぎの手段として両建の勧誘をする動機付けは小さくない。取引を止める機会があるか否かは自由な投資判断の可否を見る上で決定的に重要な事項であることはいうまでもない

から、両建が損切り新建て法と比べて損益・手数料と同じであることから両建の不合理性を否定することはできない。さらに、両建をするには新たに委託証拠金を必要とするのに対し、損切り新建て法では仕切りの時点では委託証拠金が返還されるから、両建では既存建玉の差損金を清算する必要がないことをもって両建の利点ということはできない。また、両建をした場合に結果的に利益となる場合があるとしても、それは両建を外した際の相場変動予測が的中したことの結果であって、両建の効用とはいひ難い。以上によれば、先物会社の従業員が両建を勧誘することは違法であり、大量の両建がなされた場合は、さらに進んで、先物会社の従業員の手数料稼ぎの意図を基礎付ける重要な間接事実になるものというべきである。

(イ) 常時両建・価格が下がっていないのにする両建

上記に述べたところからすれば、常時両建状況に置くことは、「損失を緊急避難的に固定して回復を図る手法」であるとの説明によっては正当化されえない。相場観を決めかねているからこそ損失を固定して両建をしているのであると主張するのであろうから、両建状態を維持させたまま新規の取引を繰り返すことには矛盾があるからである。ところが、上記のとおり、被控訴人会社も「難平と両建はご法度」（甲90）であるというのに、本件取引では、平成12年2月8日に金の取引が開始されてから、同月16日に難平、同年3月1日にさらに難平がされ、翌3月2日に両建がされたという経緯で取引が拡大され（なお、このような取引は従業員Iの供述に従って原判決が認定する「金はじっくりとやらせてもらう」旨の亡〇〇の発言とも整合しない）、以降、取引終了に至るまで、ほとんど常態的に両建状態にさせられている（両建状況にある時期がそうでない時期よりも圧倒的に長い）。

常時両建には、少ない枚数によって多額の利益を得なければならぬ状況に陥らせることになるという強い不合理がある（100枚の買いと150枚の売りのポジションを恒常に持つということは、50枚の売玉で250枚分の手数料を捻出しなければならないというに帰結する）。そもそも、「常時」両建にされているということは、両建に一時的に損失を固定する機能を見る原判決の理解とは整合しない。

また、常時両建状況にして含み損のある建玉を残して新規に建玉をして両建にするということを繰り返すと、勢い取引の頻度及び数量が多くなり、含み損の生じた建玉を多く抱えることになって取引を終了させることが困難となり、取引期間も長期化して多額の手数料の支払を余儀なくされる危険性を増すことになる。

さらに、例えば530番などは、価格が下がっていない（524番との比較参照（限月が異なるが最も適切な比較対象はこれであると思われる））のに両建になる取引がなされている。これに合理性があるとはいえない（なお、被控訴人らから限月の差に着目した取引の勧誘をしたとか、亡〇〇が限月の差に着目して取引を行っていたとの主張はなく、そのような取引状況を窺わせる証拠も何らない）。

（ウ）同時両建

原判決は、「両建取引は、相場が予測に反した場合に含み損を一時的に固定する」機能を有するものであると認定している（原判決第3-5（2））が、同時両建、常時両建、両建の同時仕切り、直しと両建・途転と両建の重複などの場合には、そのような機能のためにしたと見ることはできない。

不合理性が最も決定的なのは、同時両建である。これにはいかなる経済的合理性を見出すこともできない。両建は、損失を緊急避難的に固定するものであると主張されるものであるが、同時に建てられていく

る場合には何らの合理性をも見出すことはできない。このことは、自明である。仮に何らかの場合に何らかの合理性があり得るというのであれば、このような理解は一般の認識を大きく逸脱するものであるから、原判決はその理由を明示するべきである。

同時に両建をすることに経済的合理性を見出し得ないことくらい理解されないようでは、困る。原判決は、「(初めての両建取引以外の)他の両建取引についても、これが違法な目的のためにされたものと認めるに足りる証拠はない」という(原判決第3-5(2)、同34頁)が、同時両建があるのに違法な目的でされた証拠がないというのは、およそ審理不尽の誹りを免れ得ないものというほかはない。

例えば、平成16年3月19日には、売買双方の建玉が同時になされている(1019番ないし1026番)。これに何らかの合理性見出すことは絶対に不可能である。なお、同時にされた両建が同時に仕切られるとき、売買損益はゼロ、差引損益は双方の手数料となることは明らかであって、このような取引は、先物取引のポジションの建て落ちという形式を探ってはいるけれども、先物取引のポジションの売買に藉口した委託証拠金の不正領得であり、背任罪の構成要件である、①財産上の利害に関する信任関係、②図利・加害目的、③任務違背行為、④財産上の損害のいずれの要件にも欠けるところはなく、刑事犯罪をも構成させる強度の違法性があるものというべきである。

本件では、少なくとも、192番193番と195番196番、198番199番と200番、870番と871番、1019番ないし1025番、1064番1065番と1067番ないし1071番、1080番1081番と1082番、1088番1089番と1090番、1218番ないし1222番と1223番ないし1228番、1282番と1283番が同時両建である(なお、限月が異なるもの

もあるが、被控訴人らから限月の差に着目した取引（鞘取り取引）の勧誘をしたとか、亡〇〇が限月の差に着目して取引を行っていたとの主張はなく、そのような取引状況を窺わせる証拠も何らない。

(エ) 両建の同時仕切り

原判決が判断の基礎としたという乙A9、乙B9によれば、両建は損失を一時的に固定した後に、価格が下がったときに売玉を、価格が上がったときに買玉を仕切って利益を追求するものであるというのであるから（それゆえ、より複雑な相場判断を強いられることになるとの非難が妥当するのである）、同時に仕切ったのでは意味がないことは自明である。両建を同時に仕切れば、両建をする前の損金に加えて不必要的手数料を要するのみであって、損失を固定しながら回復を図る手法であるなどという言い訳は通らず、合理性を見出すことはできない。同時に仕切るのであれば、両建をする意味は全くない。ただただ、売買双方の手数料が損計算として累積されていくだけである。

本件では、少なくとも、813番ないし815番、826番ないし831番、902番903番、916番917番、922番924番、957番ないし960番、967番ないし969番、973番974番、1014番ないし1018番、1027番ないし1037番、1039番ないし1047番、1093番ないし1100番（のうち1096番まで）と1102番ないし1105番、1135番ないし1144番、1326番1327番、1331番ないし1334番、1338番1339番の取引が両建の同時仕切りである。

両建の同時仕切りは、取引の一切を終了するとき、あるいはこれと同様の効果を一旦委託者が欲したという極めて例外的な場合には合理性を有しうるかもしれないが、本件でそのような事情があったとは全くうかがうことができない。

(オ) 損切り直し

既存建玉を仕切ると同一日に、これと同一のポジションの建玉を建てる直しの中でも、既存建玉に損を出して（あるいは手数料を抜けず）仕切ったにもかかわらず、あえて建て直す、俗に言う「損切り直し」には、合理的経済効果が認められない。被控訴人らが主張する直し取引一般が有しうる意味（平成18年5月1日付被告第5準備書面11頁。利益を出す場合、出金する場合、追証が必要な場合、利乗せをする場合、限月を乗り換える場合、事情変更の場合のいずれも）は全くない。

例えば、平成16年4月1日には、その前日に建てられた白金が手仕舞いされ（1055番ないし1058番）、これら取引は、売買損益はプラスであるのに、手数料を賄う値幅がないことから、手数料を抜けずに損計算となる、いわゆる不抜け取引である。にもかかわらず、手仕舞と同時に、手仕舞をしたのと同一のポジションを同時に（厳密には3分の差があるが）建て直している。このように、損失を出して取引を手仕舞っている一方で、同時に、仕切られたポジションと全く同じ商品を買い直している。同時であるから、当然に建て落ちの価格はほとんど同一（4円差円）である。このことは、「損を出して建玉を仕切ることを委託すると共に、同時に、同じ商品を同じ値段で建て直すことを委託した」ということを意味する。このような取引は、「損切り直し」とも呼ばれる、何らかの合理的な説明を付すことが不可能な、手数料稼ぎの顕著な兆表である。上がると思うのなら1055番ないし1058番の手仕舞をする必要はないし、下がると思うのなら、1059番を建てることもない。利益を出すとかといった上記のような効用もなく、経済的な意味など見出せない（両建てと異なり精神的な効用もない）。被控訴人会社従業員らがいったい亡〇〇にど

のような「シミュレーション」をして見せたのか明らかではないが、その「シミュレーション」が正確でありかつ亡〇〇がそれを理解したならば、このような取引が承諾される理由は見出し難い。

本件では、少なくとも、21番、870番、964番ないし966番、1023番ないし1025番、1059番、1106番ないし1108番、1128番、1132番ないし1134番、1241番ないし1243番の取引が損切り直しである（これ以外に、195番（売買差益10万円のうち8万4000円を税込手数料として徴求されて新たに、これと同額の手数料を要する取引を行うもの）など、手数料幅と無関係に直しがされている例は挙げればきりがない）。

（カ）直し・途転と両建の重複

さらに、直しは、さらなる値上がり（売り直しの場合にはさらなる値下がり）を見込む場合にするものであり、途転は、相場観を変転させるときにするものであって、いずれも、価格の上昇もしくは下落についての明確な相場観がある場合になされるものである一方、両建は、上記のとおり、相場観を決めかねている場合にされることがあると理解されているものであるから、一つの建玉が、既存建玉との関係で、直しや途転であると同時に両建でもある場合には、相場観が矛盾する取引をしていることになるのであって、経済的合理性を認め得ない。

建玉分析表において、★と●、◆と●（白抜きを含む。白抜きは、当該取引の一部が特定売買に該当することを示している。）が同一線上にあるものがそれである。例えば、平成16年3月19日には、平成17年2月限りの白金の買玉が午前9時14分に建てられている（1023番ないし1025番）。そして、この新規買建は、既存建玉の仕切りとの関係で直しかつ途転であり、別の既存建玉との関係で両建の関係に立つ。しかし、上がると思うのであれば既存の買玉を仕切る

(1014番ないし1015番) ことはないし、既存の売り玉を放置して両建状況においておく合理的必要性はないし、売玉を新たに建てる（1019番ないし1022番）必要性は皆無である。下がると思うのであれば、言うまでもなく、1023番ないし1025番の買建てをする理由は皆無である。相場が分からぬといふのであれば、仕切って建て直すという行為をする合理的理由はない。

3 小活

本件取引には、一般的に経済的合理性を欠くといわれている特定売買が極めて多いといふにとどまらず、経済的合理性に著しい疑問がある取引が相当数にのぼり、さらには、経済的合理性を決定的に欠く取引すらも存在する。亡〇〇には明らかに経済的合理性を欠く取引であってもそのことを認識する能力がなく、被控訴人会社従業員らが亡〇〇の無理解に乗じてただただ証拠金を手数料に転化することのみを目的として建て落ちをし、結果、よく見てみるとどうにも言い訳のできない取引になってしまったというのが実際であるとしか説明のしようはない。特定売買が違法な客殺しの兆表であると見られるのは、このように外務員がただ「取引を繰り返す」ことのみを目的として反復売買を繰り返した場合に、特定売買が顕著に増加する傾向が明らかに見られるからである。そして、本件のように、「何をやっても分からぬいだろ」と感じられてしまった委託者に対しては、担当外務員の気分やノルマ次第であまりに乱暴な客殺しが行われるため、上記のように、「どう考えても経済的合理性がない取引」が生じてしまうのである。

裁判所が同時両建や損切り直しに経済的合理性の欠如を見いだせないということになれば、先物会社は建て落ち名目で何をやっても構わないということになる。

原判決は、下級審裁判例が慎重に検討を重ねてきた成果に対してあまりに敬意を欠くものといわざるを得ない。

本件取引における違法性の態様、これによって被控訴人会社が得た利得の数額に照らせば、本件取引は、亡〇〇の無知、無理解などに乗じて巨額の暴利を得たものとして、公序良俗に反するものと断じざるを得ない。

本件取引における過当性（過量性・頻回性）は著しい。そしてそれは、経済的合理性が「全く欠ける」取引すら指摘される取引が反復された結果である。このことは、本件被害が、故意による加害行為であることを意味する。無意味な頻回取引を繰り返せば委託証拠金が巨額の手数料として被控訴人会社に移転されて亡〇〇の損失となるということは、被控訴人会社従業員らが当然に認識していた事柄であって、「うっかり無意味な取引をした」ということはあり得ないからである（被控訴人会社従業員らは、シミュレーションをしたみせたというのであるからなおさらである）。このような取引は、正常な金融商品取引の枠内にあるものであるとはおよそ評価できるものではなく、商品先物取引に藉口してする金銭の収奪であるとしか評価のしようがないものであって、極めて強い違法性のある行為であり、公序良俗に反するものというほかはない。

第4 一任売買

1 原判決は、亡〇〇が被控訴人会社従業員の助言を得てその内容を理解し、自己の判断で取引を行っていたなどという。しかし、上記のとおり、亡〇〇が主体的な取引を行いうるに足りる能力・環境を有していたとも窺われないし、亡〇〇が自ら知識経験を蓄積して取引を遂行していくと見うる事情も見当たらない上、上記のとおり、取引開始

後4年以上を経過し、老後の資産のほとんどを交付した後である平成16年に至ってなお、経済的合理性を決定的に欠き、しかも、そのことが比較的容易に理解しうる同時両建、両建の同時仕切り、損切り直しなどが顕著に見られることからすれば、亡〇〇が取引を理解して自主的に遂行していた（また、被控訴人会社従業員らが亡〇〇をそのような顧客であると認識して取引の勧誘を行っていた）とはおよそ見ることができない。

2 ところで、亡〇〇は、原判決第3-1（7）（同27頁以下）認定のとおり海外渡航をしたが、その間も取引は中断されることなく継続され、中には海外にいたときに取引が行われているものもある。そして、被控訴人らが（控訴人らが亡〇〇の海外渡航についての詳細な主張をする前に）提出した管理者日誌等によれば、（印象的であるべき）時差があり通信も必ずしも容易でない海外に所在する顧客とのやりとりがあったことを示す記載は全く見られない。

さらには、管理者日誌には、現地時間の午前6時40分に〇〇の空港にいた亡〇〇に電話をしたことになっていたり（乙A19の4、平成13年1月29日分）、現地時間の午前1時45分に〇〇にいた亡〇〇に電話をしたことになっている（乙A20の10、同年9月28日分）のに加えて、同年3月1日になされた取引にいたっては、連絡があったことを窺わせる記載は管理者日誌に見当たらず、亡〇〇は〇〇から〇〇までの航空機の機中にあったというのである。

海外に同行した遺族によれば、海外や機中で亡〇〇が被控訴人会社に電話をしているのを見たことや相場の状況を知りたがっている様子が窺われたことはないというのであるし（控訴人XⅠ2頁、控訴人XⅡ7頁）、原判決は従業員Iの証言に依拠して〇〇の空港にいた亡〇〇から電話番号を指定して折り返しの電話を求める電話があり、

これに応じて従業員 I が〇〇の空港に電話をして亡〇〇を呼び出したなどと認定するが、管理者日誌にはそのような記載は全くないのであるし（海外の空港に折り返しの電話が欲しいというのであれば、そのような印象的な事柄は記載されているのが通常のことであるとも思われる）、委託者連絡簿にも同日にそのような電話があつたことを示すものはないことに加えて、海外で呼出を受けることは困難であることは明らかであるから、特に折り返しの電話を求める事情があつたとも思われないのでこのときのみわざわざ被控訴人会社に電話をした亡〇〇がその電話で話をするのではなく折り返しの電話を求めたというのも不自然であるというほかはなく（なお、従業員 I によれば、このときの電話は注文の電話であったというのであるが（従業員 I 12 頁）注文は担当者に繋がらなくとも被控訴人従業員に告げてすることができます）、原判決の認定は首肯し得ない。

また、原判決は、被控訴人らから何らの説明もないのに、旅客航空機の機中から発信・通話することが不可能とまではいえないなどというが、これは論ずるまでもなく明らかに乱暴である。

さらに、原判決は、同年 9 月 28 日午前 8 時 45 分（現地時間午前 1 時 45 分）に追証が発生したためヨーロッパのホテルに深夜（午前 1 時 45 分）に電話をしたという従業員 S の証言を、その理由も首肯できるなどというが、その証言は具体的ではないし、管理者日誌にはそのような記載は全くない（海外のホテルに深夜に電話をしたというのであれば、そのような印象的な事柄は記載されているのが通常のことであるとも思われる。また、同日の連絡は 1 回であるようであるが、2 回の取引がなされており、この点についての説明はない）。また、亡〇〇が当時取引していた商品はいずれも午前 9 時に立ち会いが始まるのであるから（乙 A 1 の 2）、同日午前 8 時 45 分に追証が発生

したという原判決の認定はその前提からしても首肯し難い。

3 被控訴人会社従業員らは亡〇〇の知識、理解、能力、具体的指示などを抽象的に主張し、証言しはするが、これらはいずれも全く具体性を欠くものであって、到底信用に値するものではない。また、原判決は被控訴人会社が亡〇〇に残高照合通知書を交付し、残高照合回答書や取引継続確認書を差し入れていること、亡〇〇が本件取引の内容について疑義を述べたり異議を申立てたりしたことがなかったことを認定して（原判決第3-1（9）、同（10）、同29頁）、これらを一任売買を否定する事情としてあげるが、これら書面は上記検証命令の対象であるのに検証命令に従わずに提出されなかつたものであるから被控訴人らの有利に援用されるべきではないことに加えて、残高照合回答書や取引継続確認書の徵求の経緯は全く不明であるからこれら書面の存在のみによって一任売買を否定する根拠とすることはできないものというべきであるし、例えば乙A16の8は通知事項について回答する欄について何らの記載等をすることなくただ署名押印がされているし、乙A17の9には住所欄に氏名を書きかけた形跡が見られるのであって、亡〇〇がただ被控訴人会社従業員らの求めに応じて求められるままに書面の内容等に注意を払うこともできずにつだ署名押印をしたに過ぎなかつたものと見るのが適切であると考えられる。

より決定的であるのは、上記のとおり経済的合理性を決定的に欠くことに疑いを容れる余地のない平成16年3月19日の取引について確認書面が差し入れられていることである（乙A17の16）。このような取引を見せられたときにこれを了解した旨の署名押印を行うということについては、亡〇〇が被控訴人会社に金銭を贈与したいと考えていたという非常識な前提を排除すれば、取引内容を理解でき

なかつたけれども求められたので署名押印したことの帰結であるという以外にその理由は想定できない。

4 被控訴人従業員らは、亡〇〇の知識・経験・能力の不足、亡〇〇のような属性の者が外務員に勧奨されるままに取引を開始・拡大していくば不可避的に生ずることが当然に予期される一任状況に乗じて、過量・頻繁・複雑な取引をさせ、その中には、経済的合理性をすら欠くというものも極めて多くあるのであって、このような勧誘・受託は、一般的に委託者の利益を害する行為であって、その違法性は、極めて大きい。

第6 小括

以上のとおりであって、亡〇〇が本件取引で被った損害は、被控訴人会社従業員による故意の悪質な不法行為によって生じさせられた「被害」であることが明らかである。

なお、被害者が亡くなっていることから具体的立証が著しく困難であるから、断定的判断の提供を違法要素とする主張は撤回することとし、仕切拒否は本件損害との因果関係に乏しいきらいがあるから当審において敷衍することはしない。

第3章 損害

第1 亡〇〇の損害

亡〇〇が本件によって被った損害は以下のとおりである。

- 1 取引損金相当損害金 1億2321万2320円
- 2 弁護士費用相当損害金 1230万円

本件のごとき専門的な取引について争いとなっている訴訟事件については、一般私人が適切な訴訟追行をなすことは到底期待できず、

その権利救済のためには弁護士である訴訟代理人に委任することが必要不可欠であることは明白である。亡〇〇の相続人らがその訴訟代理人に支払うべき弁護士報酬等の全額が、被控訴人らの本件不法行為と相当因果関係を有する損害であるというべきところ、控訴人らは、うち、1230万円を請求する。

3 (亡〇〇に生じた) 慰謝料 1000万円

金銭被害による精神的苦痛は、金銭被害の賠償がなされれば慰謝されるものと一般的には考えられる。

しかしながら、自然人にとって、金は抽象的な価値であるばかりではない。その人の人生の結晶であり、これを失うことは、その人生を失うにも似た喪失感を抱かせるものであり、高齢者にはその傾向は顕著である。

亡〇〇は、上記の違法行為によって、その生涯を〇〇という我が国〇〇の発展に寄与する職務に従事し、その生涯をかけて築き上げ、長く連れ添ってきた妻である控訴人XⅠに残す資産を大きく毀損させられ、娘である控訴人XⅡに対して住居の購入の援助をすると約束していたのを果たすことも適わず（控訴人XⅡ1頁）、夫として父親としての尊厳を著しく毀損されて生涯を終えることとなった。

亡〇〇は、取引期間中多数回に渡り証拠金が不足しているなどとして多額の金銭の請求を受け続け（乙A18）、被控訴人らの主張に従うならば、海外渡航中も、国内にいるか国外にいるかを問わず（中国の奥地などにいるときにも）、地上にいるかどうかを問わず（航空機での移動中にも）、また、昼夜の別なしに（午前1時45分であったり午前6時40分であったり）、金が尽きるまでまさに地の果てまでも追いかけられたということになるのであって（いったい、いつどこで心を休めればよいというのか）、その精神的負担が身体の状況をも

悪化させる極めて著しいものであったことは十分に推察されるところである。そして、このような精神的苦痛によって身体の健康を害し、ついにはその生命をも奪われるに至ったと言っても過言ではない。

亡〇〇が生存中に被控訴人会社に対して苦情を述べたことがなかったとしても、それは被控訴人会社従業員らによる上記のような極めて重大な違法行為が行われたことを認識し得なかつたからにほかならない。被控訴人会社らに対して自ら非難を向けることも適わなかつた亡〇〇の無念は察するにあまりある。

裁判所はこれを酌んでやらねばならない。

亡〇〇の被った精神的苦痛を慰謝するに足りる金員は金1000万円を下らない。

4 これらの相続分

上記1ないし3の合計は1億4551万2320円であるところ、これを控訴人らのそれぞれの相続分で按分すると控訴人XⅠについて7275万6160円、控訴人XⅡについて3637万8080円、控訴人XⅢについて3637万8080円となる。

第2 遺族らに生じた固有の損害

1 遺族らに生じた固有の慰謝料

亡〇〇の妻であり、子である控訴人らは、敬愛する夫・父が死に至るまでの晩年に、生涯を真摯な〇〇に従事して築き上げた財産の全部を、上記のような無意味な反復売買によって手数料に転化されて奪われるという凄惨な詐欺被害に遭つたことによつて、強い悲しみに襲われている。老後の経済生活に何らの不安をも抱く必要がなかつた亡〇〇が、感じる必要性もなかつた強度のストレスに苛まされて、ついにはこれに起因して命を落とすに至つたのであり、亡〇〇を「〇〇に殺

された」と確信するその被害感情は極めて激しい（控訴人XⅠ8頁、控訴人XⅡ9、10頁、控訴人XⅢ8頁）。被控訴人会社が取引の状況を開示しようとせず、検証命令にも従わずに立証の妨害をし、訴訟手続において「死人に口なし」といわんばかりの応訴態度を見せたことによっても、大きな精神的苦痛を強いられた。残された遺族らの激しい被害感情は、自身の老親が本件のような目に遭わされた場合に感じるであろう感情を想起するとき、通常の神経を有する者であれば容易に理解しうるものであろう。

これを慰謝するに足りる金額は、控訴人XⅠについて200万円、控訴人XⅡについて100万円、控訴人XⅢについて100万円を下らない（遅延損害金の起算日は1審弁論終結の日である平成20年2月7日とすることとする）。

2 弁護士費用相当損害金

上記慰謝料請求に要する弁護士費用相当損害金のうち、控訴人XⅠについて20万円、控訴人XⅡについて10万円、控訴人XⅢについて10万円を請求することとする。

第3 合計

よって、請求の趣旨第1項を以下のとおり拡張することとする（請求の趣旨変更申立書は本日付で別途提出する）。

1 被控訴人らは、連帶して、控訴人XⅠに対し、7495万6160円及び内7275万6160円に対する平成16年11月30日から、内220万円に対する平成20年2月7日から、各支払済みまで年5分の割合による金員、控訴人XⅡに対し、3747万8080円及び内3637万8080円に対する平成16年11月30日から、内110万円に対する平成20年2月7日から、各支払済みまで年5

分の割合による金員、控訴人XⅡに対し、3747万8080円及び内3637万8080円に対する平成16年11月30日から、内110万円に対する平成20年2月7日から、各支払済みまで年5分の割合による金員をそれぞれ支払え

第4章 結語

第1 総括

1 以上のとおりであって、本件における先物取引の勧誘・受託行為には、極めて強い違法性がある。そして、その違法行為の態様は、過失によってされたものであると評価されるべきものではなく、被控訴人会社従業員らの故意（そうでなくとも、業務上の重過失である）によって引き起こされた、人為的な「被害」であるというほかはない。

その違法性の態様、これによって被控訴人会社が得た利得が巨額であること、その利得は亡〇〇が一生をかけて築き上げ、老後の生活資金として費消されるべき性質のものであったことに照らせば、本件取引は、亡〇〇の無知、無理解、他人に対する抵抗可能性の欠如（これらは加齢により誰にでも訪れる性質のものである）などに乗じて巨額の暴利を得たものとして、公序良俗に反するものとして厳しく非難されるべきである。

2 悪質な商品先物取引被害において裁判所が取るべき立場

金は、法令と良心を同時に犯すことをいとわなければ、いくらでも得ることができるであろう。これを許さないことは、正常な財貨帰属秩序及び財貨移転秩序の維持という民事裁判所の大きな職責の一つである。

被害者の「落ち度」を「説教」として指摘すべきことと、違法を行った者との関係で損害賠償請求権を減じることとの違いを、裁判所

は明確に認識するべきである。極めて悪質な違法行為が行われた場合に過失相殺をすることは、民法722条2項が期待する公平の実現とは程遠い。裁判所が漫然と過失相殺を行ってきたことが、この種被害が今なお減少の傾向を見せないことの一つの原因であったとも言えることに、裁判所は今更ながらに想到するべきである。相次ぐ法律改正が明らかに委託者保護の充実に向けられていることは公知の事実であるところ、このような社会の流れに逆行してひとり民事裁判所が過失相殺を是とする理由や必要性などどこにもない。

ときに、いわば「親が子をしかる」ような教育的目的を過失相殺という名目で実現しようとしているのであろうと思われる発言や判示に会うことがある。しかし、そのような考え方は明らかな誤りであり、国民（法律）が民事裁判所に求める事柄でもない。過失相殺規定の趣旨である公平を離れて「説教」を損害賠償請求権の減殺によって行おうとすることは、弱さを露呈させた一般人の損失の下に違法を行った者に利得を許し、更なる違法行為を助長するという愚をおかすことになる。

本件被害は、悪質である。このような事案で過失相殺をするということは、裁判所が、その限度で違法行為の効果を追認する外觀を呈する。

過失相殺を検討するときには、何のために過失相殺をしようとするのか、今一度、考えていただきたい。業者らにとって織り込み済みの「安易さ」に乗じてされた不法行為について、「安易さ」を理由とする過失相殺をすることは、不法行為のやり得を保証するに等しく、故意の不法行為を助長、支援、奨励するにも似て、明らかに正義と法の精神に反する。

本件がごとき事案で過失相殺をすることに、一体どのような意味で

損害の公平な分担があるのか。過失相殺をすることが、国民経済に一体どのような良い影響を及ぼすのか。しつこいが、今一度、考えていただきたい。本件がごとき悪質な商法を目の前にしたとき、裁判所が行うべきは、圧倒的非難を向けること以外にない。本件は、「何か文句があるようだからちょっと返してやつたらどうだ」というような事案では、絶対にない。

3 亡〇〇の過失

本件取引を行った亡〇〇には、「人の良さ」「他人を信じる善性」や、損失を回復したいと思ってしまう「弱さ」があったろう。被控訴人会社従業員らを疑わず、求められるままに書面等に記名押印等し、彼らにあるべき専門性及び顧客の利益を図る当然の義務が守られていることを信頼して（インターネット取引の数10倍もの手数料を支払うのである。取引が「正しく」なされることに期待するのは当然であり、取引が詐欺の道具のように用いられていると疑わなかつたとしても仕方がない）、取引を継続・拡大した。自ら取引を把握して無意味な手数料稼ぎをされていることを知る能力や機転、疑い深さもなかつた。

しかし、これらは、「落ち度」とすら呼べるものではない。これらを仮に「落ち度」と呼ぶとしてもそれは法的に過失と評価されるべきものではないし、被控訴人らから非難されるいわれはない。亡〇〇の損害のもとで莫大な利得を得、未だこれを保持している被控訴人らの賠償責任を減じる要素とされることは、違法行為による利益の取得・保持を司法が奨励・追認するに等しく、いわば、窃盗犯人が鍵をかけ忘れた被害者の過失を言い募ってする領得財産保持の抗弁を認めるに等しいと言わざるを得ない。空き巣に遭った被害者に対して、警官や親兄弟は、「しっかり鍵をかけておかなければいけないではないか」と叱責することがあるかも知れない。警官や親兄弟からすれば「落ち

度」はあるのである。しかし、これを、「鍵をかけなかった被害者にも過失があるから賠償額は8割で良い」とする裁判所はないであろう。

「落ち度」があることと、加害者側にその主張を許して過失相殺をすることとは異なった問題であることが正しく理解されるべきである。過失相殺は、後見的・教育的・パートナーナリスティックなものではなく、あくまで、損害負担に関する当事者間の公平の問題である。

本件では被控訴人会社らは亡〇〇の経歴を声高にいう。しかし、そのような地道に研究活動を行って社会に貢献してきた亡〇〇が、何故こんな目に遭ったのかを考えるとき、やはり、人に等しく訪れる老いというものを想わざるを得ない。本件において過失相殺をすることは、老いは過失であるという非人間的な価値判断を示すことにはかならない。

4 登場人物

本件に関与した被控訴人会社側の「登場人物」として、電話勧誘から各種書面の徴求・取引の開始に関与した従業員S II、取引の開始・初期取引に関与したK II、取引の可否の審査を行った被控訴人会社管理部長である〇、アンケートの作成をした被控訴人会社顧客サービス担当者であるH、順次担当を交代しながら取引を継続・拡大させていった従業員I、F、従業員S、S III、従業員K、がある。いずれもこの業界に長く巣くってきた者らである。

これに対して、亡〇〇側は、亡〇〇ただ1人である（遺族らは本件取引に関与していない）。

本件事件の「登場人物」を思い浮かべ、高齢で先物取引の経験もなかつた亡〇〇が電話勧誘を端緒に1人で彼らと対応しなければならなかつた場面を想像してみると、亡〇〇が彼らに良いようにしてやらられるのは、ほとんど必然であったことに容易に想到しうる。亡〇〇

は、まさに彼らによってたかって、全財産を持っていかれたのである（朝日新聞が本件被害を特に悪質な被害事案として「●死の直前まで」という小見出しを付けて紹介している（甲69の1）のは、常識にも属する経験則と健全な社会通念に従うものであろう。控訴人XIIは、朝日新聞の記者から、「絶対に先物などやらないと思っているしっかりした人でも被害にあっている。人の話を聞いてあげてしまう人が被害にあいやすい。彼らは騙しのプロですから。お父様は自分が悪いと思っているでしょうが、決してそんなことはない」と慰められたという。このような言葉こそが、本件がごとき被害によって老親の尊厳を穢されたと感じている者に対して向けるべきものである。そして、このような常識的な感覚を持って証拠資料を精査することが、裁判所の職責である。本当に、原判決は、あんまりである。）。

亡〇〇が被った本件損害は、商品先物取引がその本質として有する高いレバレッジ性の故にのみ生じたものではない。被控訴人会社従業員らによる無意味な頻回売買によって、意図的に作り出された側面が強くあることが正しく指摘されるべきである。

第2 結語

亡〇〇は、誠実な〇として生涯を生き、わが国社会の発展に貢献し、その礎となってきた敬愛すべき高齢者であった。

国は、そのような高齢者に対し、社会福祉制度その他の適切な処遇を構築し、その平安で幸福な余生を確保しようとしている。そのような中での上記のような被控訴人会社従業員らの一連の行為は、健全で善良な一般市民の社会通念に照らし、到底許容されうるものではない。

本件によって老後の生活資金を奪われた控訴人XIの被害は悲惨であるし、高潔に生きてきた老親が無惨な詐欺被害によって晩年を穢され、そ

の生命までをも吸い尽くされたと感じる控訴人XⅡ及び控訴人XⅢの被害感情は激烈である。

そして、本件勧誘・受託行為の悪質性は、死人に口なしとでもいうかのごとき態度で証拠保全手続や本案手続に臨み、亡〇〇の理解や意思を無遠慮に言い放つ被控訴人会社の主張や被控訴人会社従業員らの証言をしても動かしがたい、取引の客観的履歴によって強固に基礎付けられている。

本件勧誘・受託行為の違法性は厳しく非難されるべきであり、控訴人らに対する損害回復を不完全にし、その反面で不法行為によって得た利得を被控訴人会社に保持させる結果となる過失相殺を行うことに、何らの必然性も、妥当性も、正義も、公平も、絶対にない。

原判決は一から書き直されるべきである。

厳正な判決を、強く期待する。

以上