

平成21年（ワネ）第2528号 損害賠償請求控訴事件

控訴人（原審原告）

被控訴人（原審被告） カネツ商事株式会社 外

控訴理由書

平成21年10月28日

東京高等裁判所 民事部 御中

控訴人訴訟代理人弁護士	荒井 哲朗
同	白井 晶子
同	太田 賢志

頭書事件について、控訴人の控訴の理由は以下のとおりである。

第1 はじめに

本件は、（原判決が認定した事実関係によっても）商品先物取引業者の従業員らによって、わずか60万円の年収を有するのみであり、金融資産として500万円の預貯金と約1000万円の投資信託を有しているのみであり、投機取引の経験はもちろん投資信託以外の投資経験さえも有していない女性に対して、いきなり電話勧誘を仕掛けて取引を開始させ、わずか2か月強の間に全財産を失わせたというものであるが、原判決は、適合性原則違反及び新規委託者保護義務違反の違法があるとした上で、あろうことか7割の過失相殺をした。

このような一見しておかしな判決となるのは、バランス感覚の著しい欠落に起因するものであるというほかはないが、適合性原則違反や新規委託者保護義務の意味や趣旨を正解せず余りに軽く考えているところにも起因しているものと考えられる。また、原判決が過失相殺の理由として挙げ

る事情は、いずれも適合性原則違反や新規委託者保護義務違反が顕著な事案において取り立てて言い募るような事柄ではない。

控訴人の主張は原審において陳述した平成21年7月8日付「原告第2準備書面」にとりまとめたところである。改めて御序のご判断を仰ぎたい。

第2 認定事実の誤り

1 適合性審査の状況

(1) 口座開設申込書

原判決18頁は、適合性原則違反の認定にあたり、「商品先物取引の全くの初心者である原告が、1000万円を元手に取引を行うために必要な金銭的条件を満たした口座設定申込書を被告安田に何も聞かずに作成できたとはおよそ考え難く、原告は被控訴人安田に1000万円で取引を行うために必要な投資可能金額、預貯金額を確認した上で、その示唆に基づいて「口座設定申込書」を作成したものと推認するに難くない。」などと、原告が自らの意思で積極的に虚偽の事実を記載した旨の事実認定をしている。

しかし、当初作成した口座開設申込書（乙A11）に、流動資産額に1億1000万円（但し、書き間違えて、110,000,000万円となっている）、投資可能資金額に3500万円と記載されているところ、控訴人は実際にこのような多額の資産を保有していなかったのであり、控訴人には、誰からも指示されないので自ら虚偽の事実を書いてまで先物取引を行う必要性はなかった（そのような事情は被控訴人らから主張されてもいないし、本件全証拠からも全く窺うことはできない。）のであるから、被控訴人安田が、控訴人に取引適合性があるかのように取り繕うため、控訴人に先物取引の適合性がないことを十分に承知した上で、多額の資産を有しているという虚偽の事実を記載するよう申し向けたことは明らかで

ある。また、虚偽の事実を書いたこと及びその経緯に関する控訴人本人の供述は具体的で、迫真性があり信用できる（控訴人本人 5 頁、乙 A 1 1）。

そして、仮に一般人が積極的な投資意欲を有していたとしても、一般人は新規委託者保護義務（3か月の間に投資可能金額の3分の1を目安とする）の存在を知らないのであるから、乙 A 1 1 のような口座設定申込書を作成する場合、普通は何も考えずに「事実」をありのまま記載するのであり、「〇〇円で取引を行うために必要な投資可能金額、預貯金額を（外務員に）確認」しようという発想自体浮かばないはずである。

したがって、原告が「1 0 0 0 万円で取引を行うために必要な投資可能金額、預貯金額を確認」したのではなく、被控訴人安田が、原告が投資可能な金額を把握した上、新規委託者保護義務期間である3か月以内であってもこれを全額投資できるように、投資可能金額を 3 5 0 0 万円、預貯金額を 1 億 1 0 0 0 万円と書くように指示したというのが真実である。

（2）申出書

原判決は、申出書の作成経緯について、積極的な事実認定を行っていない。しかし、被控訴人安田は1月10日に作成させた申出書に「三菱東京UFJ銀行荻窪支店に1億1千万円の資産もあり」（乙 A 1 2）と記載させたが、被控訴人会社で「1億1000万円が1つの口座にあるというのは（虚偽の事実を書かせるにしても）おかしい」と判断し、あろうことか後日これを3つの銀行に分散して書き直させてているのである（乙 A 7）。

この点につき被控訴人安田はボロが出ないように慎重に供述していたが、ついに尋問の中で「だから1億というのはおかしいだろうということで、『書き直せ』ということじゃないんですかね。」と供述してしまい、「3つの銀行に書き直せ」と上司に指示されたこと（また、書き直すよう原告に指示したこと）を暴露するに至っている（被控訴人安田 30 頁）。

なぜこのようなことが起きるかといえば、被控訴人会社では申出書のひ

な型を用意しており（被控訴人安田29頁），そこには元々1つの銀行が記載されているから，控訴人はこれを見てそのまま書き写し，被控訴人安田はこれを決済に上げたが，決済者がこの「作り物」をもっともらしく見せかけるために，ペイオフを意識するなどして書き直すように指示したからであろうことは容易に想像される（いずれにせよ申出書の内容は事実に反しているところ，銀行を3つに分けようというのは，ペイオフの観点から適合性審査の形式を整えようとする被控訴人らの発想以外に考えられない。）。結局申出書はいずれも控訴人の意思が表れたものではなく，被控訴人らの指示によって作成されたものであることが2つの申出書の比較及びこれらの徵求の経緯から明らかになっているのであるから，同事実について正しい認定をしていただきたい。

（3）「過失」による適合性原則違反ではないこと

以上，（1）（2）に記載したとおり，口座設定申込書，申出書の作成経緯について，事実認定を誤っているから（あるいは積極的に認定しないから），「過失」による適合性原則違反などという，誤った評価がされるのである。

つまり，原判決18頁は「原告作成の「口座設定申込書」及び「申出書」の内容の真実性に疑問があることを十分認識し得たといえ，このような状況にもかかわらず，銀行口座の有無や残高について，何らの確認も行わず「原告の作成した各書面を漫然と信じた」等の認定をしているが，原告が所持する資産の全額を投資することが可能になるよう，「口座設定申込書」及び「申出書」に虚偽の事実を記載するよう申し向けたというのが真実であって，「故意」に適合性審査を形骸化させたのである。

このような被控訴人安田や，被控訴人会社の態度を見れば，そもそも被控訴人らには適合性審査をしようなどという気はさらさらなく，年収や職業がなんであれ，流動資産や投資可能金額に多額の金額を書かせれば，適

合性があるとの外観を取り繕うことができ、適合性審査をしたように見せかけることはできると考えて口座設定申込書に記載させているものといわざるを得ない。そして、このような姿勢は、被控訴人会社における組織的かつ恒常的な違法精神の欠如に起因するものであって、極めて強い非難に値する。決して、「うっかり」された適合性原則違反ではない。被控訴人らは、控訴人が適合性を欠いていることを認識しながら、これを隠すため書面に虚偽の事実を書くように申し向けて、控訴人に取引を開始させているのであって、適合性原則に違反する本件受託は、被控訴人らにおいて「故意」かつ「組織的」になされた、正常な金融商品取引勧誘秩序の壟外にある、まさに常軌を逸する悪質なものである。

2 断定的判断の提供及び誤認のおそれのある事実の告知並びに説明義務違反及び情報提供義務違反について

原判決は、短期間の投資信託の経験しかなかった控訴人がなぜにいきなり投資信託の全部を換価してその全額を投機取引の証拠金に充てようとしたかについて原判決は正しい理解を示していない。原判決は、断定的判断の提供、誤認のおそれのある事実の告知、説明義務違反、情報提供義務違反のいずれをも否定しているところ、このような判断は、経験則に反するし（適合性を欠く原告がいきなり投資資産の全てを投機取引の原資として交付するとき、適正な情報提供があつたりリスクの説明が尽くされたと見るのは一体どのような思考回路を辿るのか理解しがたい。），本件においては断定的判断の提供、誤認のおそれのある事実の告知、説明義務違反、情報提供義務違反は証拠上容易に認められる。

すなわち、被控訴人安田は平成20年1月7日にかけた2回目の電話や、翌日ファミリーレストランガストでの面談において、「12月から2月まで毎年金が上がるるので、今運用するとすごくいいので、ぜひ今のチャンス

に運用しませんか」、「2月18日が中国の旧正月なので、12月からそれに向けてどんどん金が上がっていくので、今のチャンスで運用するとすごくいい」「1000万やれば倍になる」「僕が電話をしたのはクリスマスとお正月なので、クリスマスプレゼントとお年玉の両方、プレゼントしますよ。僕一人でやるのではなくて3人でやりますから大丈夫ですよ、との2人はすごいですよ。」と述べた（控訴人本人2～4頁、被控訴人安田22頁）。これらが断定的判断の提供ないしは「誤認のおそれのある事実の告知」に当たることは明らかである。なお、被控訴人安田は控訴人に対し、金の相場が下がる可能性についても言及したと抽象的にはいうが、「下がる要因というものは、どんな要因を伝えましたか？」という具体的質問に対しては、「下がる要因は、今ちょっと、記憶にはちょっとないですけど。」（被控訴人安田23頁）などと曖昧な供述に終始しており、相場の下落要因について言及したとは到底窺われない。さらに、商品取引外務員は、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。説明義務の一内容として位置付けられる。）。このことは、当該「相場」を始めて見る者に対しては、なおさらである。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。

本件において被控訴人安田は、「毎年12月から2月まで金の需要が高まり、金の価格が上昇する。」等と告げた（控訴人2、3頁、被控訴人安田22頁）（なお、同被控訴人は3、4年程度の期間の「日足チャート」を示して原告に金の先物取引を勧誘したというが、そのようなチャートは書証として提出されていない上、そのようなチャートは表示の関係からも困難であると考えられるのであって、相場判断に有意なチャートを示した情報提供があったかについても強い疑念がある），その根拠については、「基本的にはインドのほうで需要だとかがあるんで」と曖昧な表現にとどまり、しかも毎年同一時期に価格が上昇するのであれば市場ではそれを織り込んだ価格になっているはずであるし、チャートが現物の金の価格であるとすれば、それと（最初に購入された）2008年12月限月の先物価格との関連性も不明確である。被控訴人安田の勧誘は合理的根拠を示さないで、一方的な相場判断を提供したものにすぎないとわざるを得ない。そして、結局、被控訴人安田は、金が上がるんじゃないかという自分の相場観を告げたといい、その根拠としては毎年12月から2月まではインドの方で需要があるという話とドル安であることのみしか告げていないことを認めるに至り（被控訴人安田22、33頁），そのような情報提供のみで相場判断をすることが「難しい」と認めるに至っている（被控訴人安田33頁）。このように、被控訴人安田自らが自認するに至っている事情を、その位置付けはともかく違法要素として取り上げることをしない原判決は、本件取引がなぜに開始されたのかについて常識的な考察を欠いているものというほかはない。

また、控訴人と被控訴人らの供述を比較して控訴人の供述を信用できな

いとする部分があるが、その供述内容・供述態度、その余の関係状況との整合性を考えれば、いずれの供述が信用に値するかはおよそ明らかであり、被控訴人の供述を採用する部分は経験則に著しく反する採証法則の違背があるというほかはない。

そして、下記に述べるとおり、原判決は損切り直しについて、明確に違法性を判断していないが、この特定売買は明らかに合理性がないものである。それにもかかわらず、被控訴人らは損切り直しについて合理性があると述べるのみで、控訴人に対し何らその説明をしていないのであって（本来は経済的合理性がない取引であることを説明しなければならない。）、説明義務違反は顕著である。

その余の説明義務違反の主張については原告第2準備書面記載のとおりである。

3 一任売買について

原判決は、被控訴人らが頻繁に控訴人に連絡を取っていることをもって、一任売買には当たらないと判断している。

しかし、本件においては、控訴人が、被控訴人らに促されることなく自らの積極的意思で商品、限月、売・買、成行・指値（価格）を指示して注文したことはただの一度もないことは被控訴人らも認めるに至っているところである（被控訴人平丸22頁、岩原12頁）。また、控訴人は自ら積極的に注文したことがないにもかかわらず、取引を開始した1月17日から2月25日までの間、取引所が開いている全ての営業日で、1日も欠けることなく取引をさせられており、これは控訴人が被控訴人らの指示に逆らうことができなかつたことを如実に表している。被控訴人平丸は控訴人が被控訴人平丸の意見を拒否したことが2割から2割5分ぐらいあると抽象的にいいはするが、拒否していたのであれば約定していない日があ

るはずであるのに、上記のとおり取引開始から 1 か月以上毎日取引をさせられているのであって、控訴人は被控訴人平丸の申し出を拒否することができず、言われるまま取引をしていたと見るほかはない。本件は、取引開始後わずか 2 か月余りの間に、控訴人が自らの相場観を形成する（また、形成しうる）以前の段階で、毎日言われるがままに取引を行っていたところ、あつという間に控訴人の換価可能資産の全てと母親からの借入金 161 万円を失ってしまった事案であり、控訴人自ら主体的に取引を行いうる状況になど全くなかつたことは明らかである。被控訴人従業員らは、原告の知識経験の欠如に乗じて、「私は全然分からぬから、何しろ任せておけばいい。」（控訴人 35 頁）という、控訴人のような属性の者が商品先物取引をさせられれば当然に陥る状況に陥れさせ、無意味な頻回取引を繰り返したのであって、その違法性は、著しく大きいといわなければならない。

また、後述するとおり、本件では特定売買が繰り返され、特に損切り直しなど明らかに経済的合理性を欠く取引がされていることからすれば、原告は自らがどのような取引をしているのかについて理解していなかつたことは明らかであり（理解しているのであれば、経済的合理性のない取引をするはずがない。），実際には外務員の言うがまま取引を続けるしかなかつたことは明白である。

4 過当頻繁売買、無意味な特定売買について

原判決は、「原告は、・・月間回転数が 18.35 回、特定売買比率が 88.88 パーセント、手数料化率が 41.66 パーセントである・・旨主張する。しかし、・・その数値から、直ちに本件取引が手数料稼ぎの目的で行われた違法な取引であると推認することはできない。」という。

しかし、手数料稼ぎの目的でされた違法な取引であるか否かの判断をするにあたり、上記客観的数値を取り上げて一つの指標とすることは、既に

裁判例上顕著である。

このことは、上記最判平成7年7月4日が、月間回転率を3.79回と認定し、「多数回の反復売買が繰り返された」とした原審（仙台高裁秋田支部判平成2年11月26日）の判断を正当であるとしていること、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、取引途中においては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）の判断を正当であると判示している（なお、原審の認定は、月間回転率3.37回、特定売買比率50パーセント、手数料化率43パーセント）ことからも明らかである。

それにもかかわらず、原判決は、上記の異常な数値を前にしても、何らの理由も示さないまま、「直ちに本件取引が手数料稼ぎの目的で行われた違法な取引であると推認することはできない。」などというのであり、全く説得力がない独自の見解を述べるものである。

そして、原判決が特定売買の不合理性について正解していないことは、「損切り直し」についてその不合理性を何ら判断していないことからも容易に見て取れる。「利益が出ている取引も相当数あり」などという訳の分からぬ認定をしているが、例えば「損切り直し」は、今までの評価損を確定損に変え、最初の建玉よりも有利な価格な現在の価格で建玉する取引

であるから、その経済的合理性は、直し前後の両建玉を総合して判断しなければならないのは当然であるが、それにもかかわらず、「直し」た建玉のみを取り上げて、利益が出ているとして、「必ずしも経済的合理性のない取引と断ずることができない」等というのは、そもそも先物取引の仕組み自体を理解できていないことの表れであるというほかない。

客観的合理性の有無の評価は、取引が誰の主導で、誰の利益のためになされたのかという違法性の有無及び程度を判断するに欠かすことのできないものである。この点は、原審原告第2準備書面第7に詳述しているところであるので、きちんとご検討をいただきたい。

第3 原判決が過失相殺の理由としてあげる事由①について

1 原判決は、適合性原則違反、新規委託者保護義務違反の違法があり、わずか2か月の間に全財産を失わせたという先物取引被害事案において7割もの過失相殺をし、その理由として、まず、①として危険性が記載された書面を交付しているから控訴人はこれを読んで危険性を理解し得たことを挙げる。

2 しかしながら、本件においては、原判決のいうとおり、「明らかに過大な危険を伴う取引に積極的に勧誘してこれを行わせ」てはいけないという適合性原則の違反がある。適合性原則というものは、いくらリスク説明をしたとしても、適合性原則に違反する属性を有する者に取引を行わせてはならないという規範である。このような規範が是認されるのは、危険性を正しく理解したり、リスクを引き受けたりする主観的能力及び客観的能力を客観的に欠く情況にある者についてはリスクを負担させるべきではないという価値判断が是認されるからである（書面交付を免罪符とすることに対する尾崎安央教授の非難として原告第2準備書面48頁の引用参照。）。したがって、適合性原則違反がある場合にリスク認識可能性を過

失相殺の理由として挙げるのは誤りである（なお、裁判例には適合性原則違反の違法が認定された事案ではそうでない事案に比較して過失相殺割合が小さい傾向が顕著に見られることは訴訟実務上顕著な事実である。）。

なお、適合性原則は、自ら先物取引を始めたいとして商品取引員を来訪してきた者については別異に解しうることは格別、「電話等により無差別の電話勧誘を行った場合については、この点（適合性原則）は緩和して考えられるべきではない。先物取引のような危険性の高い取引へ、自ら積極的に取引への参加の意思を有していなかつた者に対して、電話等により無差別の電話勧誘を行うことは、このような具体的取引への適合性の審査をすることを前提とするのでなければ、勧誘方法として問題であり、社会的な相当性を欠くとの評価を受けることもあり得るというべきであり、専門家である会員業者によって、上記のような適合性原則についての委託者の審査が後述の説明義務とともに、厳格に行われることを前提として正当化されるというべきである。」（札幌地判平成19年4月12日）。

3 また、原判決は本件において新規委託者保護義務違反があるというのであるが（客観的取引内容からそのような評価はおよそ搖るがしがたい），新規委託者保護義務とは、新規委託者が体験的に取引経験を積むまでの数か月を習熟期間とし、受託者において当該新規委託者が自覚的な意思に基づいた取引ができるようにしたものであって、新規委託者に対するこのような配慮なくして商品先物取引市場の健全な発展はあり得ないことは今や異論の余地のないところであり、先物業者は、習熟期間中、新規委託者に対し、無理のない金額の範囲内の取引を勧め、短期間に相応の建玉枚数の範囲を超えた頻繁な取引を勧誘したり、損失を回復すべくさらに過大な取引を継続して損失を重ね、次第に深みにはまっていくような事態が生じるような取引を勧誘することがあってはならないのである（訴状37頁に引用した裁判例等参照）。

危険性をいくら理屈上理解しうる状況にあったとしても、やはり現実の取引を体感させなければリスクは感得され得ず、主体的な取引はできないのであり、思いがけない深みにはまって行ってしまうという事態を生じさせるものであり、そのような投機取引の実情に対する理解を前提に新規委託者保護義務が措定されているのである。書面交付があったからリスク認識の可能性があったなどということを新規委託者保護義務違反がある事案において過失相殺の理由として挙げるのは、およそ新規委託者保護義務の趣旨を正解しないものといわなければならない。

第4 原判決が過失相殺の理由としてあげる事由②について

1 原判決は、適合性原則違反、新規委託者保護義務違反の違法があり、わずか2か月の間に全財産を失わせたという先物取引被害事案において7割もの過失相殺をする理由の②として、投資信託として有していた約1000万円を証拠金として委託する意向を有する、一定程度の取引意欲を有していたことを挙げる。

2 しかしながら、このことはわずか2か月で全財産を失うというリスクを容認したものでないことはいうまでもない。そもそも原判決は、適合性を欠く原告が、わずか2か月余りの間に、資産の全てを投機取引の原資として交付したのは何故かというところに考えが至っていない。

控訴人は決して自らの意思で先物取引を始めたのではない。不招請勧誘を受け、断定的判断の提供により先物取引について誤解をし、外務員の言うことを聞いていれば間違いなく儲かるのであろう誤信したからこそ、取引を始めようという意思が醸成されたのである。それにもかかわらず、危険な取引はしないという控訴人の消極的意思を違法に変容させた被控訴人らとの関係で、「取引意欲」があったなどとして、過失相殺の理由とするのは、損害の公平な分担の見地から到底許されるものではない。

第5 原判決が過失相殺の理由としてあげる事由③について

1 原判決は、本件において7割もの過失相殺をする理由の③として、先物取引を開始したいが為に口座開設申込書に虚偽の記載をしていることを挙げる。

2 しかしながら、虚偽の記載をさせたのは、上記で述べたとおり、被控訴人安田である。原判決は、被控訴人安田の「示唆があったと推認するに難くない」というが、より積極的な関与があったことは上記のとおりである。控訴人が勝手に積極的に虚偽の記載をする理由はない。

そして、適合性原則を遵守する義務は被告らにあるのであって、虚偽の記載をさせて適合性を形式的に満たしているかのような外観を作出しようとするがごとき行為は強く非難されるべきものでありこそすれ、そのような手口に弄された被害者を非難する事由とするのは全く見当違いである。そもそも、適合性原則等の規範の存在等を知っていたと認めるに足りない被控訴人ら一般委託者にとって、自らの資産をどう書こうが、それは何らかの違法行為への荷担などと評価されるべき行為ではない。控訴人が違法を認識しつつ被控訴人安田と共に謀して被控訴人会社を欺こうとする意図を持って虚偽記載をしたとは、本件全主張及び証拠によるも、その気配すらうかがわれない。

第6 原判決が過失相殺の理由としてあげる事由④について

1 原判決は本件において7割もの過失相殺をする理由の④として、差損金が生じていることを知りながら取引を継続したことを挙げる。

2 しかし、そもそも、取引の開始に当たって、投機取引の経験が皆無であった控訴人が投資資金の全てを委託し、それが5日後には半減しているなどと告げられたときに、一体どうせよというのか。そういう状況に陥

った者に自己責任を問うのは酷であるという投機取引被害に対する理解を前提にして、損失を回復すべくさらに過大な取引を継続して損失を重ね、次第に深みにはまっていくような事態が生じるような取引を勧誘することがあつてはならないとして、新規委託者保護義務が措定されていることは上記のとおりである。新規委託者保護義務を意図的に侵して取引を継続させた被控訴人らとの関係で、控訴人が取引を継続したことを非難される道理はない。

しかも、控訴人の取引は（休日を含めて）わずか68日間である。数年間取引を継続していたというのであればリスクを認識しながら取引を継続したのだという非難もできるだろうが、本件でそのような非難をするのは、およそ人間心理に想到することができず、これにつけ込む商法の実際にも想到することができず、さらには新規委託者保護義務の趣旨にも正しい理解を及ぼし得ていないものであるとの非難を向けざるを得ない。

第7 原判決が過失相殺の理由としてあげる事由⑤について

1 次いで原判決は本件において7割もの過失相殺をする理由の⑤として、頻繁な電話連絡を挙げる。

2 しかしながら、テレビ・新聞・インターネットその他によって情報が極めて迅速に、容易に得ることができる今日において、電話連絡が頻繁にあったことは、取引のいびつきを推測させるものでありこそそれ、直ちに取引の適正などの評価に向かわせる事情として取り上げるのは失当である。

また、被控訴人の主張及び全証拠を以てしても、「頻繁になされた電話連絡」なるものが、控訴人に正しい相場観を形成させるに足りる情報の提供であったとか、控訴人の取引を適正なものとするためのアドバイスを尽くす手段とされていたことは全く窺われない。むしろ、少なくとも偏っ

た相場観を提供し、そのような偏った情報のみにしか接していないことを知りながらその場で取引を行うことを了承させ、適合性を欠く控訴人に対して、新規委託者保護義務を著しく逸脱する取引を勧誘する手段として用いられているのである。本件における「頻繁な電話連絡」は、加害行為そのものであって、これを以て過失相殺の理由とするなど、不見識も甚だしい。

第8 原判決が過失相殺の理由としてあげる事由⑥について

1 次いで原判決は本件において7割もの過失相殺をする理由の⑥として、セミナーに参加したことを挙げる。

2 しかし、これは上記に述べたところからこれを過失相殺の理由とするべきものでないことは容易にご理解いただけるだろう。控訴人は、呼ばれたからのこの出かけていったのである。本件全証拠によつても、そこで有益な知識を得たなどといった事情もうかがわれない。

3 そもそも控訴人の「投資意欲」などというものは、金融商品取引秩序の基本に位置する適合性原則に照らして不適当なものであったのであり、なぜに控訴人がそのような不当な「投資意欲」を生じさせられるに至ったかといえば、上記のとおり、被控訴人らによる不当な攻撃的勧誘があったからに他ならない。そして、控訴人は、リスク認識を正しく有しないまま（適合性を欠く者が新規委託者保護期間内に、自己の保有財産の全てを失うリスクについて自己責任を問うるようなリスク認識を有していると評価することは、右両義務の趣旨を正解しない考え方からのみしか導かれ得ない。），ゆがんだ「投資意欲」を生じさせられたのである。

「投資意欲」は、それ自体は悪でも何でもない。ゆがんだそれを生じさせる行為に違法性が認められるのであって、ゆがんだ「投資意欲」を生じさせられたことは、そのことがまさに被害であつて、過失でも、非難可能

性のある事由でもない。

第9 過失相殺の不合理性

1　過失相殺の法理の趣旨は、当事者間における損害の公平な分担である。以下に述べるとおり、「害意」をもって「職業的に」不法行為を行っている被控訴人らとの関係で、過失相殺をすることは、当事者間における損害の公平な分担には何ら寄与しない。むしろ、被控訴人らが、業として行っている不法行為を助長する効果しか生まない。

落とし穴に落ちた者に対し、他者が「注意していれば落ちなかっただろうに」と非難することはかまわないと、落とし穴を掘って待ち構えていた者が非難をすることは許されないのである。

このことは、近時多くの民法学者が指摘するところである。

加藤雅信上智大学大学院教授は、「欺罔的・組織的な詐欺的商法の場合にまで過失相殺をする裁判例が多いことには疑問を覚えざるを得ない。」としたうえ、「欺罔的商法を図式的に見れば、故意に騙した悪徳業者と騙された者の争いである。騙された者に過失があるとして過失相殺すれば、過失相殺された分だけ騙した悪徳業者の利益となる構造がここには見られる。裁判例で過失相殺が認められるたびに、悪徳商法を行った業者は、もくろんだ満額の利益は得られないが、部分的には利益を得ていることになる。このように考えると、欺罔的商法では、騙された者に過失があったとしても、故意に騙して儲けようとした悪徳業者との対比では、後者の悪性が圧倒的に強いのであり、過失相殺をして悪徳業者に利得の一部を残す理由は何もない。過失相殺の主張にも、クリーンハンドの原則と同様の考慮が必要と思われる。」と述べている（有斐閣新民法体系V事務管理・不当利得・不法行為336頁）。

潮見佳男京都大学大学院教授は、「詐欺的取引が問題となる局面では、

故意不法行為者に対する関係では、下級審裁判例は、過失相殺を排除する傾向にある。その際、過失相殺排除の根拠として、「加害者の故意」が「加害者の過失」を導くことに向けられている点に注目するものがある。」と述べている（信山社不法行為法 313 頁）。

2 裁判例

近時の裁判例を見るだけでも、被控訴人らが、本件と同様の違法行為を繰り返してきたことは明らかであり、そうすると本件不法行為も「過失」ではなく、「害意」によってされたものであることが容易に見て取れる。

（1）名古屋地裁平成 15 年 3 月 28 日（先物取引裁判例集 34 卷 125 頁）。

上記裁判例は、「そうすると、山田及び小野田が社内規則を形式的に履行するため、上記（虚偽の）報告書を作成したに過ぎず、原告の適格の有無について十分に審査が行われたものとはいいがたく、これを超えて原告に取引を勧誘したことは、新規委託者保護規定の趣旨に著しく違反し、違法となるものといえる。」と判示しているところ、被控訴人らが、事実に反する内容が記載された書面を徴収することは、本件に限らず行われていることが見て取れる。さらに、同裁判例は、「手数料稼ぎのための無意味な反復売買がなされていたものと推認することができ」とも判断している。

（2）前橋地裁太田支部平成 18 年 3 月 31 日（先物取引裁判例集 43 卷 309 頁）

上記裁判例は、「74 日間に、買い玉あるいは売り玉を建てて、これをそれぞれすべて仕切る取引を月 12 回という頻繁な割合で行い、取引期間内において、両建、直し、途転、日計り、不抜け等の判断の困難な取引を何度も行い・・・事案である」ことを理由として、新規委託者保護義務違反及び説明義務違反を認定している。また、「被告木口は、原告に対

し、・・「ペイオフとなると金は儲かる。」「アメリカで金が上がっている。」「絶対取れる。支払いに充てる金を先物取引に投資しても受けければよい。」などと述べたり、計算機で数字を示しながら、「1日30万円の利益が出る。」といっていたものであり・・・として、被告木口の行為が断定的判断の提供に該当すると認定している。なお、上記裁判例では、「口座設定申込書には、自己の資産ではない流動資産を有しているなどと記載していた。」ことを理由に過失相殺の対象とされてしまっているが、被控訴人の執拗な指示がないかぎり、一般人が自らの意思で虚偽の事実を書くことはないし、(本件も同様であるが) 委託者が、口座設定申込書に虚偽の事実を記載しているということは、被控訴人らが口座設定申込書の記載にあたり、形式的要件を満たそうとして、業として虚偽の事実を書くことを懲諭していたものと見るべきなのである。

(3) 東京地裁平成19年1月22日(先物取引裁判例集47巻273頁)

上記裁判例は、「同一限月・同一枚数の同時両建てを勧めたことは、手数料稼ぎと評価されてもやむを得ず、到底許されないものとして違法」「(ほぼ同時両建の) 同時仕切りを勧めたことは、手数料稼ぎと評価されてもやむを得ず、到底許されないものとして違法」「損切り直しの取引を勧誘することは、違法といわざるを得ない」等と判示し、被控訴人らが手数料稼ぎと評価されてもやむを得ないほど不合理かつ危険性のある取引を勧誘したと評価している。

(4) 東京地裁平成19年7月23日(先物取引裁判例集49巻234頁)

上記裁判例は、「被告従業員らは、むしろ、原告に理解力が欠如していることを認識しながら、原告が理解し得るような説明をせずに、本件先物取引委託を開始させる一方、あたかも原告が理解しているかのように見える形式的証拠を作り上げ、さらに、原告が理解し得ない状態のまま、次々と取引を継続していったものであり、・・・故意に準ずる不法行為である

といわざるを得ないものである。」としたうえ、「本件勧誘と取引継続の違法性の上記性質からすると、原告のうかつさ、安易さをもって、被害者側の過失として損害の算定上考慮することはできないと解するのが相当である。」として、過失相殺を行わなかった。

3 行政処分

平成20年1月11日に、経済産業省及び農林水産省から、内部管理体制に不備があるとして行政処分をうけ（甲3）、平成21年7月17日にも、断定的判断の提供（法214条1号）、迷惑な仕方での勧誘（同条6号）、無断売買（規則103条3号）、仕切り拒否（規則103条7号）、適合性原則違反（法215条）を理由として行政処分を受けている（甲4）。

上記行政処分を見ても、被控訴人会社が本件事案と同様の違法行為を反復継続していることが見て取れる。

4 供述調書

被告岩原によれば、被控訴人会社では自社の違法性が認定された裁判例についてすら、外務員に周知徹底されることはないということであり（岩原10頁）、被控訴人会社が裁判所の判断を意に介することなく、違法な勧誘を継続していることが窺える。

5 小括

以上のとおりであって、被控訴人会社では、裁判所や行政庁からどんな裁判や処分をされたとしても、長年にわたり同じような違法行為を繰り返しているのである。被控訴人会社が違法行為を止めないのは、法と経済学の観点からみると当然ともいえる。被害者の全員が被害救済を受けるべく弁護士へアクセスしているわけではなく、被害が埋もれている暗数はかなりの数であるし、たとえ弁護士にアクセスでき、訴訟を提起し、裁判所によって違法性が認定されたとしても、「過失相殺」名下に業として違法な勧誘をして得た利益を保持させてもらえるのである。つまり、被控訴人会

社の側から見れば、違法行為を繰り返しても、殆どの顧客は泣き寝入りするし、珠に委託者に弁護士がつき、裁判上敗訴判決がされたとしても、過失相殺がされ、金銭の全額を返さなくてもよいということである。これは、言いかえれば裁判所のお墨付きを得た違法行為とすらいえるのであって、被控訴人会社に違法行為を止めるメリットはないという結果に陥っているのである。「害意」による不法行為を繰り返している被控訴人会社と控訴人の間で、過失相殺をすることが、本当に損害の公平な分担に資するのか、もう一度ご検討いただきたい。

第10 結語

1 本件被害に関する「登場人物」として、「被控訴人側」には安田、市川、平丸、岩原が登場する。いずれもこの業界に長く巣くう、商品取引外務員である。片や「控訴人側」は、控訴人ただ1人である。被控訴人従業員らがそれぞれ商品先物取引の勧誘に長く従事していたのに比して、控訴人は、投機的取引に手を出すことなく生きてきた者である。本件被害に関する「登場人物」を思い浮かべ、控訴人が1人で彼らと対峙して来た場面を想像してみると、控訴人が彼らに良いようにしてやられるのは、ほとんど必然であったことに容易に想到しうる。控訴人は、まさに彼らによってたかって、わずか2か月の間に全財産を持っていかれたのである。

本件によって生活資金を奪われた控訴人の被害は、誰の目にも悲惨であると映るであろう。そして、そのような被害を生じさせた加害者に対して、強い非難の感情と嫌悪感を抱くだろう。そう感じないのであれば、それは、普通の人間が感じる普通の正義感や感受性を欠いているとしかいいようがない。

投機経験のない年収60万円の女性の「音楽の先生」のところに大の男がわらわらとおしかけてきて、2か月で全財産を「先物」なんぞで失わせ

るのである。押しかけてきた悪者の手練手管に弄された「音楽の先生」に上記①ないし⑥のような落ち度があったと言い募って過失相殺を行うがごときは、正常な財貨移転・帰属秩序の番人であるべき裁判所のすることでは絶対にない。

2 一体、裁判所は何のためにあるのか。詐欺商法を奨励し、助長するのがその存在意義か。本件において過失相殺をすることによって、一体いかなる正義・公平が実現されると考えているのか。裁判所が常に持ち続けるべき、普通の人が持つ普通の正義感は、一体どこに消えたか。先物詐欺商法の典型的のような本件において、合議体である原審裁判体がこのような判断をするのは、一体どういう訳か。

常識に照らしてきちんとと考え、きちんとした判断をしていただきたい。本件のような被害を目の前にして、7割の過失相殺をするとする判決をして恬然とする裁判体があることは、どう考えても、おかしい。

3 被控訴人の行為の違法性は厳しく非難されるべきであり、控訴人の損害はその全額が回復されるべきである。

本件において、控訴人の損害回復を不完全にす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、ない。

以上