

契約関係における情報提供義務（九）

——非対等当事者間における契約を中心に——

宮 下 修 一

目 次

第一章 序論

第一節 問題の所在

第二節 本稿の目的と構成

第二章 わが国における具体的な問題状況

第一節 統計調査にみる問題状況

第二節 特別法上の諸規定による解決とその問題点

一 緒論

二 従来の「業法」による規制とその限界（以上、一八五号）

三 消費者契約法による保護とその限界

四 金融商品販売法による保護とその限界

五 小括（以上、一八七号）

第三節 民法上の諸規定による解決とその問題点

第三章 ドイツにおける情報提供義務をめぐる議論状況

第一節 はじめに

第二節 ドイツ法における情報開示に関する規定とその限界（以上、一九三三号）

第三節 情報提供義務の根拠をめぐる議論

第四節 情報提供義務の具体的な根拠を探索する見解の検討

——いわゆる「動的システム論」による基礎づけの試みを中心に（以上、一九四号）

第五節 情報提供義務の具体化を志向する見解の検討

第六節 情報提供義務に関するBGB上の諸法理の相互調整

第七節 小括（以上、一九五号）

第四章 わが国における情報提供義務をめぐる議論状況

第一節 はじめに

第二節 意思表示に関する規定の要件を緩和するために情報提供義務を活用する見解

第三節 「契約締結上の過失」論により情報提供義務を基礎づけようとする見解

第四節 情報提供義務を、契約当事者の自己決定基盤を確保するための手段として位置づける見解

第五節 結論（以上、一九七号）

第五章 情報提供義務に関する各論的検討・その1——商品先物取引——

第一節 商品先物取引をめぐる問題状況の概観（以上、一九八号）

第二節 商品先物取引に関する裁判例の分析

——国内公設市場における商品先物取引被害を中心に

一 緒論

二 裁判例全体の概観

三 情報提供義務ないし説明義務違反が認定された場合における責任追及のための実定法上の根拠

四 勧誘行為における違法性判断の際に重視される具体的な根拠（以上、一九九号）

五 具体的な取引内容の違法性判断基準

六 違法性があると判断された場合の法律上の効果

——損害賠償と過失相殺を中心に

七 先物取引業者からの差損金支払請求の可否

第三節 小括（以上、本号）

第六章 情報提供義務に関する各論的検討・その2——フランチャイズ契約——

第七章 結語

第五章 情報提供義務に関する各論的検討・その1——商品先物取引——（承前）

第二節 情報提供義務ないし説明義務をめぐる商品先物取引に関する裁判例の分析

——国内公設市場における商品先物取引被害を中心に（承前）

五 具体的な取引内容の違法性判断基準

（1）取引内容の違法性判断基準を検討する必要性

四で検討した事情以外に、商品先物取引の内容や方法に関して違法性が問題となる事情がいくつか存在する。商品先物取引をめぐる紛争では、ほとんどの場合において、勧誘段階だけではなく、個別具体的な取引の場面でも商品取引業者の取引態様の違法性が問題となる。そのため商品先物取引をめぐる問題については、勧誘段階の違法性を論じるだけではやや一面的にすぎない。情報提供義務ないし説明義務の根拠および内容を探求する本稿の目的とは多少ずれることとなるが、ここで範囲を広げて論じておくこととしよう。

（2）具体的な取引内容の違法性判断で考慮される主な事情

①新規委託者保護義務違反

新規委託者保護義務とは、商品先物取引にあたって新規の取引を行う者に対しては、契約後一定の期間は一定枚数以上の建玉を同時にしてはならないという制限を義務づけることにより、顧客の保護を図るものである。いわ

ば、次の②で述べる過当取引の禁止を特に新規委託者については明確に規定したものであると同時に、第二節四（二）（本連載第八回・法政論集一九九号九五頁以下）で検討した勧誘段階における適合性原則と同様の配慮を、具体的な取引の場面でも特に求めるものといえる。新規委託者保護については、従来は商品取引業界全体の自主規制として、最低三カ月の保護育成期間を設けてその期間中の取引枚数を二〇枚に制限したうえで、例外的に、本人からの申し出があれば商品取引業者の社内審査を経て枚数制限を超える建玉が許されることとなっていた⁽¹⁾。ところが規制緩和の流れを受けて行われた平成一〇年の商品取引所法改正の結果、平成一一年四月一日に同法が施行された後は、日本商品先物取引協会（以下、「日商協」という）の「受託業務管理規則制定に係るガイドライン」に基づき、新規委託者保護の具体的内容については各業者の定める受託業務管理規則に委ねられることになった⁽²⁾。そのため現在では、二〇枚を超える枚数制限を設定したり、あるいは収入や取引経験に応じて金額や枚数の限度を変えたりなど、それぞれの業者ごとにその取扱いが異なっている⁽³⁾。

この新規委託者の建玉制限については、会社で社内審査を行うことになっているものの、裁判例ではこの社内審査のあり方自体が問題となっており、違法性判断の大きな要素となっている。実際に、枚数制限を超える取引がなされている事例では、商品先物業者の外務員が顧客への聞き取りなどきちんとした調査もせずに推測で数値を記入したカードに基づき形式的な審査のみを行ったり、あるいはそもそもそのようなカード審査を行わずに許可されていることから、義務違反が認められているものが相当数みられる⁽⁴⁾。また、新規委託者保護義務違反については、例えば、新規委託者の取引枚数を「三カ月で二〇枚以内」に制限するというように、他の違法性判断要素に較べると、違法性の判断基準がかなり明確である。そのためか、他の判断要素については違法性を否定しながら、新規委託者保護義務違反のみを理由として違法性を認定する裁判例も存在する⁽⁵⁾。

しかし、いくつかの事例には、社内規則に基づき審査がなされていること、さらにそれに加えて顧客の希望があることを理由に新規委託者保護義務違反を認めないものがある⁶⁾。また、顧客自身の属性により、当該義務違反が認められないこともある。例えば、一定の資産を有していて株式取引経験があり、損失が出る可能性が高いことを承知のうえで現金を預託した場合や、二〇年以上前ではあるが過去に商品先物取引の経験がある場合などがある⁸⁾。

すでに、第一節でも述べたように、商品先物取引はきわめて複雑な構造をもち、本来はプロたる投資家に参加すべき取引である以上、商品取引業者の勧誘により参加した知識も経験ももちあわせていない新規委託者が、経験者と同様の取引をしていること自体、商品取引業者からの何らかの誘導がある可能性を含んでいる。例えば、金融機関（信用金庫）の管理職である者について、第一審ではその職業等が考慮された結果、一定の判断能力を有しているとして新規委託者保護義務違反が認められなかったが、控訴審では、顧客カードに実際には資産状況等を調査することなく事実と異なる記載をし、三カ月の期間内に六四一枚もの建玉をしたとして義務違反が認められた事例もある¹⁰⁾。このような点をふまえると、顧客が商品先物取引そのものの経験者である場合とはかく、新規委託者保護義務違反の有無を判断する際に顧客の属性を考慮することには慎重な対応が必要であろう（なお、商品先物取引の経験者であっても、取引対象となる商品により必要な知識が異なることや取引期間を考慮しなければならない点については、第二節四（2）（b）〔連載第八回・法政論集一九九号九七頁以下〕を参照）。

② 過度の売買取引（過当取引）

建玉回数や建玉枚数が過大となる取引を、「過当取引」という。この「過当取引」という概念は、証券取引の分野で発達してきたものであるが、商品先物取引の分野にもその理論が導入されて定着しつつある¹¹⁾。実際に、裁判例を

みても、この過当取引の有無が違法性判断の大きな要素となつている。過当取引が行われたと判断された事例では、⑤で検討する無意味な反復売買や特定売買の存在が同時に認定されることが多い。近時は、この過当取引の存在を客観的に測るものとして、「(月間) 回転率」を算出する事例がみられる。「(月間) 回転率」とは、もとと証券取引の分野で発達してきた概念であり、取引の行われた回数÷取引期間の全日数×三〇日という形で算出する数値である。¹²⁾これは、平均して一カ月間にどれくらいの取引が行われているのかという取引頻度を表す数値であるが、売買回数や売買数量が多ければ業者の手数料収入も増大するのであるから、この数値が高ければ、業者が顧客に必要以上の取引をさせていわゆる「手数料稼ぎ」をした可能性があることを示す指標となる。¹³⁾

この「(月間) 回転率」とともに、⑤で述べる「特定売買比率」・「手数料化率」が高いことを考慮し、いわゆる「手数料稼ぎ」が行われていたとして違法性を認定する判決は、平成四年に東京地裁で下された判決を嚆矢として、近時急増している。¹⁴⁾

③ 無断売買、一任売買

本来、商品先物取引では、委託者の指示がなければ個別取引を行つてはならないが、委託者に無断で業者が建玉をしてしまう場合（無断売買）や、委託者の指示なしに取引を行う旨一任を受けて建玉をする場合（一任売買）もしばしばみられる。また、明確な同意を与えていなくとも、実際には売買指示を出さないことを前提に勧誘を受け、取引に入るものも散見される（実質的な一任売買）。この点も違法性判断の一要素である。¹⁶⁾

一任売買に至る心境について、ある下級審判決は次のように判示している。「例えるならば、危険な道を目隠しをされたまま、営業外務員の手に引かれ歩むようなものであり、営業外務員の導くまま歩いてきたところつまづいて

倒れた場合に、その不安と恐怖から、より営業外務員の手にしがみつくといい心理が働くのである。その段階で営業外務員を責め、その手を振り解かれれば、自力ではどのような方向に進んでよいかも分からず、この間投資した全ての資金を失う不安と恐怖を味わうからである¹⁷⁷⁾。

ただし、この点についての違法性判断は、取引後に送付される報告書や計算書の取扱いをめぐって、大きく二つに分かれている。

一方で事後報告であっても、報告書や計算書が送付されている以上確認することも可能であり、とりたてて異議を申し立てなかったことを理由に、無断売買や一任売買を認めない事例がある¹⁸⁾。

これに対して、取引経験がなく、かつ自ら率先して取引に参加したわけではない顧客に仮に報告書や計算書が送付されていても、業者側の説明態様によっては、そのような書類による報告をとりたてて重視せず取引を継続する可能性も大きい。そのことを考慮して、業者側が事後報告しかしていないことを理由に、報告書や計算書が送付されていたとしても無断売買や一任売買を肯定する事例が散見される点には、注意が必要である¹⁹⁾。

④ 難平

難平（なんびん）とは、売建玉（買建玉）をしたのち値段が上がった（下がった）場合に、さらに売建玉（買建玉）を増やして、売りの平均値段を引き上げる（買いの平均値段を引き下げる）方法のことをいう。ただし、難平については、「思惑とおり相場が反転せず、さらに値段が上昇したり下落したときには当初より損失が大きくなるので、しっかりと相場観が必要²⁰⁾」であるとされる。そのため、この難平だけでは違法とはいえないが、理解の不十分な顧客にこれを勧めることは、手数料稼ぎの一徴表と考えられる場合もある。実際に、顧客が難平の意味を

まったく理解していないのにこの取引を勧誘したことを違法であると判示した判決も存在する。²²¹

⑤ 「転がし（ころがし）」・無意味な反復売買・特定売買

とりたてて意味があるとも思えない売買を繰り返して、手数料稼ぎの一徴表と考えられる取引を、「転がし」あるいは「無意味な反復売買」という。とりわけ、このような反復売買を行う手法として、いわゆる「特定売買」が行われることが多い。特定売買とは、かつて、商品先物取引を管轄する農林水産省と旧通商産業省が受託業務の適正化を図るために通達によって行っていたチェックシステム（農林水産省）とミニママモニタリング（M M T・通商産業省）において、チェックの対象となっていた「直し」・「途転」・「日計り」・「両建」・「手数料不抜け」という次の（a）～（e）に掲げる五つの取引を総称するものである。²²²この通達は規制緩和の一環で、平成一一年四月一日をもって廃止されたが、現在も裁判例等では、違法性判断の一要素とされている。²²³

（a）売り直し、買い直し

売り直しおよび買い直しとは、既存建玉を仕切るとともに、同一日内で新規に売り直し、あるいは買い直しを行うことを指す。

（b）途転（どてん）

途転とは、既存建玉を仕切るとともに、同一日内に新規に反対の建玉を行うことをいう。

（c）日計り

日計りとは、新規に建玉し、同一日内に手仕舞を行うことをいう。

(d) 両建玉(両建)

両建玉(両建)とは、すでに四(4)で述べたように(本連載第八回・法制論集一九九号一〇七頁)、既存建玉に対応させて、反対の建玉を行うことをいう。商品取引所法施行規則四六条二一号では、同一数量、同一期限の両建のみが禁止されているが、実際には、必ずしも同一数量とはいえず、異なる期限(異限月)の場合が多くみられる。

(e) 手数料不抜け

手数料不抜けとは、取引により利益が発生したものの、当該利益が委託手数料より少なく差し引くと損となることをいう。

これらの取引は、いずれもそれ自体が違法というものではないが、数多く行われている場合には、業者により手数料稼ぎが疑われることになる。近時は、特定売買比率(Ⅱ上記五つの特定売買が行われた回数÷取引の合計延べ回数×一〇〇)を計算したうえで、この数値が高いことを理由に、業者の違法性を判断する裁判例もみられる。²⁴⁾

それに加えて、顧客がこうむった損害全体にしろめる手数料の割合を手数料化率として算定し、この数値が高いことを理由に、業者が手数料稼ぎをしているものとして、業者の違法性を判断する裁判例もある。²⁵⁾

特定売買比率、手数料化率、そして前述した回転率は、独自に取り上げられることもあるが、三つの数値が高いことを指摘し、手数料稼ぎが行われていたことが強く推認されるとして、違法性を認めた裁判例も存在する。²⁶⁾

⑥ 無敷、薄敷

委託証拠金を徴収しないまま建玉をすることを「無敷(むじき)」、委託証拠金が不足したまま不十分な状態で建

玉をすることを「薄敷（うすじき）」という。裁判例をみると、「無敷」あるいは「薄敷」の状態で、十分な資金がないにもかかわらず取引をさせたことを違法であると判断するものもある。²⁷⁾しかし、委託証拠金は業者の側がその経営基盤を確保するための担保として徴収するものであって、顧客を保護するためのものではないということを理由に違法性を否定するものも散見される。²⁸⁾

また、本来不要であるはずの委託証拠金や追証（おいしょう）を徴収したり、あるいは、不要となった委託証拠金の返還を遅延した場合には、違法性判断の一要素とされている（なお、「追証」とは、委託追証拠金の略称で、未決済の建玉の値洗い損〔計算上の損失〕が委託本証拠金の五〇パーセント相当額を超えてしまった場合に発生するもので、その後も建玉を維持するためには、委託本証拠金の五〇パーセント相当額を預託しなければならない）。

⑦ 向い玉

向い玉（むかいぎょく）とは、すでに第一節二（４）で「客殺し商法」について取り上げた際に言及したが（本連載第七回・法政論集一九八号二三〇頁）、顧客の委託玉に対して商品取引業者が自己玉を建てることをいう。商品先物取引では、業者が自己玉を建てること、すなわち自己取引を行うことが認められているのでそれ自体違法とはならないが、故意に顧客に損失をさせ自己の利益を図る目的で自己玉を建てる場合には、違法であると判断されることになる。²⁹⁾

ところが、国内私設市場ないし海外市場における取引のように組織的な違法行為を認められることが少ない国内公設市場における取引では、上述のような故意が認める証拠がないとして、請求を認めないものが多い。³⁰⁾また、業者の自己玉と顧客の委託玉が直接向かい合っているということは、他の委託玉が存在することを考えると立証が難

しいということを理由として、業者の自己玉と顧客全体の委託玉が向い玉になっていることを認定しながら、違法性を否定するものもみられる。³³²中には、向い玉をなされた証拠がない以上、自己玉を建てることは法令で許された行為でありそれだけでは違法とはいえないとする判決もある。³³³

これに対して、すでに第一節で述べたように、近時の裁判例では、国内公設市場をめぐる取引であっても、このような「向い玉」の存在を「客殺し商法」の存在を推認させるものとして、違法性を認定するものが増えてきている。具体的には、商品取引業者が「恒常的に委託玉に対当させて自己玉（向かい玉）を建てて、毎日の取組高が売り買いほぼ同数になるように調整していたと推認することができる」と認定したうえで、業者が「恒常的に向かい玉を建てている事実は、被告（商品取引業者―筆者注）にいわゆる『客殺し』の体質があることを推認させる事情であることは否定できない」とするものである。³³⁴

また、「少なくとも〇〇取引所における輸入大豆の取引において、場節・限月ごとに、被告会社の売りと買いの取組高が例外なく一致ないし近似していることが認められるのであって、このような売買取組高の一致ないし近似のすべてを偶然といえるものではなく、被告会社において差玉の向い玉を建てていたか、委託玉の建玉を装った自己玉（ダミー玉）を建てていたのではないかとの疑いを払拭できない」と指摘したうえで、「被告会社が自己玉を向い玉として建てていたことから被告会社が客殺しの体質を有することを強く推認できる」として他の要素とあわせて違法性を認定した判決もある（ただし、顧客側が主張した詐欺罪にあたる違法行為があったという点は、業者側社員の間謀関係がないことを理由として否定している）。³³⁵

以上でみてきたように違法性肯定例が近時増えつつあるとはいえ、顧客の委託玉と業者の自己玉が向い玉であることを認定しながら、違法性を認めないというケースがしばしば見受けられる。しかし、ここで見逃してはならな

いのは、わが国特有の商品先物取引における構造的な問題である。わが国の商品取引所では、「バイカイ付出し」という制度がある。この制度は、「立会中または立会終了後の二〇分以内であれば、業者自身が売方および買方となって売買同一枚数の売買を成立させることができる」ものである。すなわち、「競争売買が行われて値段が決まった後から売買同数の取引を申し出て、それも競争売買で成立したものとする制度」と説明される。そして、この「バイカイ付出し」は、「委託玉同士を付出して成立させる場合と委託玉に対当させる自己玉を付出して成立させる場合とがあるが、特に後者の場合を『向いバイカイ』と言い、これが『向い玉』など不正取引の温床になっているのではないか」という指摘もなされているのである。³⁶⁾このような点をふまえると、「差玉向い」（さぎよくむかい／顧客が買玉、売玉双方の建玉をしている場合に、その差額についてだけ反対の建玉をすること）も含めて高い割合での向い玉の存在が立証できたのであれば、「全量向い」（顧客の建玉すべてに対して反対の建玉をすること）という完全な形で向い玉が存在しなくとも、かなりの割合で組織的な形で「客殺し商法」の存在が推認されるといえる。³⁷⁾

⑧ 満玉、利乗せ満玉

満玉（まんぎよく）とは、証拠金の限度一杯の建玉をすることをいい、利乗せ満玉（りのせまんぎよく）とは先物取引で得た利益を委託証拠金に振り替え、新たな建玉をすることをいう。これもそれ自体違法ではないが、顧客が利益を実際に手にすることなしに取引を拡大するものであり、過大な取引につながりやすいものである。このような場合も、違法性判断の一要素となりうる。³⁸⁾

⑨ 仕切回避、拒否

顧客が取引の終了（仕切り）を希望しているのに、取引継続の利点、あるいは仕切ると損失が確定することを強調するなどして仕切指示を撤回させ、既存の建玉を継続させたり、新規の取引をさせることを仕切回避といい、仕切りを希望しているのに仕切らないことを仕切拒否という（なお、顧客に損失が生じる形で取引を終了させることを「手仕舞」というが、同様に回避と拒否が問題となる）。

このような仕切回避ないし拒否により取引を継続することで、本来仕切りの時点で確定するはずであった損害がさらに拡大する可能性があり、違法性判断の一要素となりうる³⁸⁴。

六 違法性があると判断された場合の法律上の効果——損害賠償と過失相殺を中心に——

(1) 「損害」の内容

(a) 財産的損害

顧客が商品取引業者に対して被害の救済を求める際には、すでに述べたように、不法行為ないし債務不履行による損害賠償請求を中心とするのがほとんどであるが、その請求が一部ではあっても認容された事例は全体の約九割にも及ぶ。この際の「損害」の内容としては、通常は顧客が先物取引業者に対して支払った委託証拠金のうち未返還部分の金額に遅延損害金と弁護士費用を加えたものとなる。ただし、一部の取引にのみ違法性があると判断された場合には、その取引により生じた直接の損失のみが損害とされているが、当該取引が全体の取引に影響を与えるものであれば、その取引全体で生じた損失が損害とされている。

（b）精神的損害

商品先物取引の被害にあったと主張する顧客は、先物取引業者が行った違法な勧誘や取引より精神的な損害をこうむったとして、当該業者に対して慰謝料を請求することが多いが、ほとんどの場合には、財産的損害が賠償されれば十分であるとして、その請求は認められない。⁴⁰これは、商品先物取引被害において損害賠償が問題となるほとんどの事例で過失相殺がなされていることからわかるように、顧客の側にも落ち度があるとされることにも理由がある（過失相殺については、次の（2）で詳論する）。

ただ、国内私設市場や海外市場における取引についてはそもそも欺罔目的で取引が行われたと認定されていることから慰謝料が認められているものも散見されるし、⁴¹国内公設市場にあっても一部の事例では慰謝料が認められている。⁴²国内公設市場における取引の例としては、商品先物取引によって多大な損害を受けたことで顧客が離婚した場合（五〇万円）、⁴³金の現物購入が目的であると告げたにもかかわらず、鑑定が必要であるから現物は引き渡せないなどと虚偽の事実を告げ取引を継続した場合（二〇〇万円）、⁴⁴顧客が弁護士に解決を依頼したにもかかわらず、商品取引業者が執拗に直接交渉を要求した場合などがある。⁴⁵これに対して、商品先物取引での多大な損害を苦にして妻が自殺したことを理由に慰謝料を請求した事案では、その因果関係が明らかでないとして慰謝料の請求は棄却されている。⁴⁶

非常に興味深い事例として、弁護士費用等を除くと、慰謝料請求のみが認められた事例がある。これは、電話勧誘でいまだ建玉をしていないのに建玉をした旨の虚偽の事実を差し向け、執拗に取引を勧誘したが、その直後に弁護士に相談し取引には至らなかったというものである。⁴⁷

(2) 過失相殺

(a) 過失相殺の状況

(1) でみたように不法行為ないし債務不履行による損害賠償を請求した事例ではその請求が認められる事例がほとんどであるが、損害賠償が認められるといっても、顧客の側の過失を考慮して、非常に高率の過失相殺がなされる事例が、請求認容例のうちのさらに九割以上に及ぶ。むしろ、過失相殺が認められない事例の方が稀であり、限られたものしかみられない。例えば、すでに二五六頁で述べたいわゆる「客殺し」商法であると認定された事例、および四(2)(d)の適合性原則について論じた部分(本連載第八回・法政論集一九九号九九頁以下)でも触れたスイス国籍を有する宣教師が当事者であった事例である。後者の事例では、顧客の日本語読解能力に問題があり、またそもそも個人の資産ではなく、公益法人の資産を用いている点から経済的にも問題があるとして、過失相殺はまったくなされていない。

しかも、組織的な違法行為が行われたと認定されているものであっても、すでに述べたように高率の過失相殺がなされているのである。

そこでここでは、各裁判例で過失相殺がなされた理由について、若干検討しておくこととしよう。

(b) 過失相殺のなされる具体的な理由

過失相殺のなされた裁判例をみると、その理由として、①顧客の経歴、②先物取引あるいは証券取引の経験の有無、③損失が出ているにもかかわらず取引を継続すること、④先物取引の危険性の記載されたガイド等を交付されているのにそれを読まないこと、⑤契約書や理解度を測るアンケート等の書類に署名・捺印したこと、⑥利殖目的

で取引を開始したことがあげられる。以下、詳しくみていくこととしよう。

まず顧客が、先物取引、あるいは株信用取引など、ハイリスク・ハイリターンな取引をして損失をこうむった経験があると、高率の過失相殺がなされる場合が多い。⁴⁹⁾この点は、顧客が過去の失敗を反省することがなく、簡単に利益を追求しようとした姿勢を非難したものであろう。もつともすでに述べたように、商品先物取引の経験者であつても、取引対象となる商品により必要な知識が異なることや、取引期間がきわめて短い場合には必ずしも商品先物取引に習熟したとはいえないことには注意が必要である。⁵⁰⁾

さらに、取引が急激に増大して短期間に被害をこうむっていることが、加害者側の違法性判断に影響を与えるだけではなく、被害者側の過失判断にも大きく影響している。⁵¹⁾また、損失が出ているのに取引を継続したり、追証を求められたのに断らなかつたということが重視されている場合にも、被害者側の過失判断に大きな影響を与えている。⁵²⁾ただ、短期間に顧客に資金を提供させ追い込んでいくというのは、顧客の不安な心理につけこみ、向い玉や手数料稼ぎをしようとする業者の常套手段でもある。むしろ、顧客の属性などを考慮すれば顧客の過失が認定される場合もあろうが、いわゆる「客殺し商法」とはいえないまでも手数料稼ぎであると認定されているケースでは、高率の過失相殺を行うことは問題である。⁵³⁾

顧客の側が積極的に取引にかかわつたと認定された場合には、高率の過失相殺がなされている。ただし、例えば一度だけ自ら積極的に電話をして指示を出したことが重視され、六割の過失相殺がなされているケースがあるが、他の状況を見るとたしかに面談は繰り返しているものの、外務員の巧みな勧誘によつて三七才の会社社員が一月で過大な取引に追い込まれたものであり、バランスを失っているようにも思われる。⁵⁴⁾

また、すでに適合性原則について検討した部分でも触れたところであるが、顧客にそもそも商品先物取引の適合

性がないのに勧誘したとして顧客の側からなされた損害賠償請求を認容する判決であっても、過失相殺を行うものが多い。その理由としては、取引開始後に損失が出ているにもかかわらず取引を継続したことなど、取引開始後の事情が考慮されているが、契約締結時になんらかの形でリスクを認識することが可能であったことを強調するものもみられる。例えば、四(2)(d)でもふれた当事者が視覚障害者であった事例では、契約時に質問等をしてリスクの確認をしなかったとして一割の過失相殺がなされている⁵⁵⁾。また同様に四(2)(d)にあげた中国人の主婦が顧客であった事例でも、自ら資料請求をしたこと、先物取引の投機性の説明を受け理解度はともかく自らの判断で取り引きしたこと、日本語の堪能な夫の役割も大きかったこと等を理由として、四割の過失相殺がなされている(もつとも、当事者以外の第三者の過失をどの程度考慮するかという点も問題となる⁵⁶⁾)。さらに、同様に四(2)(d)であげた商品先物取引で損失をこうむった結果、事実上の破産状態にあった者が顧客であった事例では、自らの自由な意思で取引を行ったこと、先物取引の経験が豊富なことなどから、八割五分にも及ぶ過失相殺がなされている。一番最後にあげたケースでは、裁判例をみるかぎり、商品先物取引の経験が相当回数に及び、リスクを熟知した顧客であるため、このような判断がなされたのはやむを得ない側面もあるが、他の事例においては、そもそも取引に対する適合性がないと判断したのであれば、過失相殺を認めることは論理的にも矛盾をきたしているといえる。

(c) 過失相殺のあり方

上述のように、裁判例ではかなり安易に過失相殺が行われる傾向があるが、後に詳しく述べるように、少なくとも組織的な欺罔行為が行われているような場合には、いわば商品取引業者による構造的詐欺であることに留意すべ

きである。

たしかに、商品先物取引には、いわば一攫千金を夢みて投資を行うというイメージが強く、裁判例にも投資を自らなした以上は自己責任法理を重視して、顧客にも厳しい対応をとるべきであるという考えが、しばしばみられるところである。これが、他の取引と較べても高率な過失相殺につながるであろう。例えば、大阪地方裁判所民事部に所属する裁判官で組織された研究会名で出された論稿では、最高裁平成七年七月四日の判決で、違法事由の一体的把握と過失相殺という手法が是認されたとして、商品先物取引に関する判決で過失相殺をすることを当然の前提としている⁵⁷⁾。実際に過失相殺にあたってこの論稿を引用した判決が現れるなど、大きな影響を与えていることに注意しなければならない。

また、先ほど二五六頁で述べたのとは別の判決であるが、業者に「『客殺し』の体質」があり、それをふまえると「違法行為は、被告会社の営業の一環として……行われたもので、全体としてみれば、相互に密接な関連性を有しつつ、原告からの金員の獲得に向けられていたものと認められることができる」と認定しながら、顧客が過去に商品先物取引で二度にわたり損失をこうむったにもかかわらず取引を行ったことなどを理由に六割もの過失相殺を行っているものがある⁵⁸⁾。

さらに、学説の中にも、橋本佳幸助教授のように、投資への不当勧誘事例は、顧客に過失があるがゆえに詐欺取消制度の射程外に置かれていたものであり、説明義務違反構成の実質が詐欺取消制度の拡充に過ぎず、広く過失相殺を認めるべきだとして、あたかも過失相殺を当然の前提であるかのごとく主張するものまで存在する⁵⁹⁾。

しかしながら、裁判例を概観しても、まったく商品先物取引の経験のない素人が、電話勧誘によって取引を開始した結果、損害をこうむったとして訴えるケースが後を断たず、第一章にもみたとように消費者被害の側面ももち含

わせている。しかも、先物市場自体が複雑で、かつ取引の多くが専門の業者のイニシアチブで行われることを考えると、そもそも商品取引業者の勧誘により取引に無理に引き込まれた顧客の過失を考慮するということが自体に慎重な態度が必要である。裁判例にも、組織的な手数料稼ぎなどの悪質な行為が認定されているものが相当数存在する。

このように組織的な欺罔行為が行われているような場合は、本来、取引に参加する意思のない顧客をリスクの高い取引へと巧みに勧誘したにもかかわらず、その顧客が利益を得る可能性は事実上存在しないという、いわば業者の構造的詐欺ともいえるものである。故意に詐欺を行った業者と過失がある顧客との間で過失相殺をし、詐欺による利益を業者に残すという構造を、裁判官はいかに考えているのであろうか。加藤雅信教授が指摘するように、「過失相殺の比較量的性格」を基礎にして、故意による不法行為の場合には被害者の単なる過失では過失相殺が認められないという議論を、ここで再考する必要があるように思われる。なぜなら欺罔的商法では、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質な業者の悪性が圧倒的に強くそのような業者に利得の一部を残す理由は何もないからである。加藤教授が説くように、「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」であらう⁶¹⁾。

七 先物取引業者からの差損金支払請求の可否

商品先物取引において最終的に差損金が発生し、それが未清算である場合には、商品取引業者の側から、差損金の支払請求が、本訴あるいは反訴の形で提起されることがある。ほとんどの事例では、顧客の側は、契約が有効に

成立していることを前提として、不法行為に基づく損害賠償請求を行うため、業者の側の請求がなんらかの形で認められることが多い。

もちろん、顧客の請求を否定し業者の請求を認める場合もあるが、顧客の請求も認めつつ業者の請求を認容するという場合もある（場合によっては、顧客の請求を認め、業者から請求のあった差損金分を相殺するという判決もある⁶³⁾）。ただこの点については、裁判所が違法な結果の実現に手を貸すことになり違法ではないかという批判がある⁶⁴⁾。

そこで近時は、差損金支払請求について、信義則の観点から過失相殺の割合にまで限縮する（例えば、顧客の損害賠償支払請求が認容され、六割の過失相殺がなされたとしたら、差損金支払請求も六割の限度で認めると判示する）という判決が出されている⁶⁵⁾。しかし、これに対しても、理論的根拠を欠き剥き出しの公平判断につながるものであるという批判がある。またこの点については、債務不履行構成を用いるか、あるいは端的に法律行為論による無効を認めれば、回避できるという主張も近時有力である⁶⁶⁾。

このような場合に、悪質な商品取引業者からの請求を認めることは、過失相殺のあり方で検討したのと同様の効果をもたらすことになる。不法行為を認める以上、契約は有効であるという形式的なことにとらわれず、むしろ後述する合わせ技的公序良俗違反による無効を認めることによって、先物取引業者からの請求を封ずるべきであろう。

第三節 小括

一 適合性原則、説明義務違反および断定的判断の提供の判断基準

先物取引被害においては、通常不法行為ないし債務不履行構成での処理がなされるが、どちらをとるかによって、損害賠償請求という観点からは、さほど大きな違いが生じるわけではない。

そこでまず、本稿のテーマとの関係で、基本委託契約締結に関する説明義務違反や断定的判断の提供、適合性原則について、その具体的な判断基準を概観した。

まず、適合性原則違反については、第一に根本的に理解力に欠けている場合、第二に資産がまったくない場合など、限られた場合にしか認定されていないが、積極的に活用することが可能である場面が存在することには注意する必要がある。

次に、説明義務違反および断定的判断の提供の判断基準については、裁判官の商品先物取引に対する考え方の違いも反映しているが、以下のようなことがいえる。業者の側が単に書類を交付するにとどまらず、取引の開始までの間に相手の能力に応じて十分な理解を得られる時間をとることを前提としたうえで、説明をなしているかどうかの説明義務の内容となろう。仮に経験もなく、かつ理解に乏しい顧客を勧誘するのであれば、なおのことそのような顧客に対して説明をなす義務が課されることとなろう。

そして、業者が通常の勧誘行為を超えて、顧客に積極的な行動を求めるといえるような形で勧誘を行った場合には、そのような勧誘にあたって正確な説明をなすことを保証したような状況を生ずるといえる。このようにいわば業者側の

先行行為が存在するような場合には、業者は、自らがなした説明が不十分であることよって生じた責任を負うことになる。

上述のような場合には、基本委託契約を締結するにあたって、商品先物取引のリスク等を説明する義務がその契約の内容に取り込まれているといえる。したがって、当該契約上の義務違反として、債務不履行責任に基づく損害賠償、さらには解除を求めることも可能になるであろう（ちなみに、両建など基本委託契約締結後の個別取引に関する説明についても、基本委託契約上の説明義務違反が問題となりうるが、この点は助言義務とも関連するので第七章で改めて論じることとする）。

また、契約の内容に取り込まれたとまではいえない場合であっても、業者の積極的な勧誘行為が欺罔的であると評価できるような場合には、合わせ技的公序良俗違反として契約そのものを無効にすることも可能であろう。

なお、情報提供義務ないし説明義務違反、あるいは業者側の取引態様の違法性を判断する際に顧客の属性も考慮されていることに着目して、近時、適合性原則が上述のような場面に影響を及ぼしていることを指摘する見解が提唱されている⁶⁵⁶。もちろん通常の場合には、そのような違法性判断に適合性原則的な考慮が必要であることはいうまでもないが、業者が組織的な欺罔行為をしている場合には、顧客の属性を考慮し過失相殺等を行うことで業者側に違法行為によって得られた利益を残すべきではない。

さらに、説明の具体的な内容については、顧客の理解力や経験にもよるのはたしかであるが、少なくともまったくの未経験者については、相当具体的な数字をあげて説明をすることが要求されるべきである。近時の判決にも、顧客が業者からハイリスク・ハイリターンである旨の記載のある書類の交付を受け、一定程度記載内容を理解する能力もあるとしながら、具体的な数字による説明がなされたことまで認定できず、書類にも実際の取引の場面で具

体的にどのような意味をもつのかまでの具体的な記載がないことを理由に説明義務違反を認めたものがある。⁶⁵⁹

二 商品先物取引被害の背景と問題解決の方向性

(1) 勧誘段階での商品先物取引被害

最後に、直接の目的とはやや離れることになるが、本稿で取り上げる勧誘段階での商品先物取引被害の背景とその問題解決の方向性について、若干述べておくことにしよう。

(2) 無差別電話勧誘等の問題性

まず、商品先物取引は、高度の専門的知識を要求されるリスクの高い取引であることに鑑みれば、本来、十分な知識と資力をもたない個人顧客が安易に参加するべきものではない。しかしながら、本章第一節で掲げた表で示したように（連載第七回・法政論集一九八号二二七頁）、商品先物取引を行うきっかけは、電話勧誘や飛び込み訪問など、商品取引業者による積極的勧誘によるものが六割以上を占めている。歴史的にみても、登録外務員制度の導入が紛争拡大の契機となったように（連載第七回・法政論集一九八号二一八頁）、もともと商品先物取引にさしたる関心もなく、取引内容について事前に十分な検討もしないまま業者の巧みな勧誘により取引に引き込まれることによって、被害がさらに拡大している。

以上のような点を考慮するならば、少なくとも商品先物取引においては、無差別電話勧誘等を認めるべきではないように思われる。無差別電話勧誘については、以前は「商品取引員の受託業務に関する取引所指示事項」の第一

項において、「新規委託者の開拓を目的として面識のない不特定多数者に対して無差別に電話による勧誘を行うこと」が禁止されていた（平成元年一月二七日廃止⁷⁰⁾。近時の裁判例においては、問題となった取引の当時この指示事項が存在していたことに触れつつ、電話、訪問による無差別かつ執拗な勧誘があったことを認定して、不法行為における違法性判断の一要素として考慮しているものがある⁷¹⁾。

わが国においては、特定商取引法で電話勧誘販売に関して一定程度の規制がなされているが商品先物取引は規制対象外である。これに対してアメリカでは、悪質な勧誘電話が社会問題化していることを受けて、平成一五年から連邦取引委員会により、セールス電話を拒否したい人をリスト登録し、違反した業者に高額の罰金を科すなど、商品先物取引に限らず、一般的に無差別電話勧誘に対する規制が強化されている⁷²⁾。

また、広告による勧誘も問題である⁷³⁾。例えば、近時のある商品先物業者の新聞広告では、「今、気になる金投資どうなる金価格!」、「値下がりがリスク低下の金は、見逃せない投資チャンスです」と謳い、あたかも金の現物取引の勧誘であると錯覚させるような記述がなされている。そして、実際には商品先物取引の勧誘であるにもかかわらず、そのことは広告の下の方に、一見してはわからないような書きわめて小さなポイントで、「商品先物取引は、元本が保証されるものではなく相場の変動により損失が生じる場合もあります」と記しているにすぎないのである⁷⁴⁾。さらに、裁判例をみると、商品取引業者が有名タレントをゲストに招いて経済講演会を開催するとの名目で聴衆を募集したうえで、後日自宅を訪問し「株券を預けて貰えれば、投資して旨く儲けてあげる」などと、商品先物取引の勧誘を行ったことを違法性判断要素としているものもある⁷⁵⁾。

本来は投機のプロともいえるべき顧客が参加するべき商品先物取引にあつては、一般大衆を対象とした無差別電話勧誘等による勧誘、あるいは広告による勧誘を規制する手段を講じることが求められよう。

(3) 主務官庁の姿勢——商品取引業者の保護・再論

すでに第一節でも触れたところであるが（本連載第七回・法政論集一九八号二二三頁）、主務官庁の商品取引業者保護の姿勢について、再度述べておくこととしよう。

商品先物取引に対する紛争が拡大していることを受けて、主務官庁による商品取引員（商品取引業者）への立入検査や行政処分も増加している。このうち過去三年間の行政処分についてみると、平成一三年度は四社四件（いずれも受託業務停止命令）、平成一四年度は三社三件（受託業務停止命令・自己取引禁止命令が一件、受託業務停止命令が一件、業務改善命令が一件）、平成一五年度は六社九件（受託業務停止命令が三件、自己取引禁止命令が一件、業務改善命令・受託業務停止命令が四件、業務改善命令が一件）、それぞれ存在する。このうち、もつとも厳しい処分は受託業務停止命令であるが、ほとんどの商品取引業者には一日～七日（平均すると三日程度）の受託業務停止命令じられているにとどまる。

さらに行政処分の理由をみると、そのほとんどが商品取引所法一三六条の一五に規定する受託財産の分離保管義務違反（商品取引員が倒産した場合でも一般投資家の債権保全が図られるよう、売買取引に際して商品取引員が一般投資家から受託した財産と、商品取引員の自らの財産を区別すること）である。もちろん、委託者保護という観点からすると、顧客から市場での取引のために委託された財産を、自己の財産と混同することはいわばノミ行為にも近い行動であり、厳しい処分は当然である。ただ、さまざまな紛争の直接の原因となる勧誘段階や取引内容の違法行為に関しては、商品取引所法一三六条の二五第一項四号に定めるいわゆる適合性原則に違反する勧誘がなされたことを理由として改善命令が下されたケースや、先に述べた無断売買を理由に受託業務停止命令が下されたケースもあるが、ごくわずかな数に限られている。

なお、平成一五年中には、主務官庁が、同一の業者に対して四件の行政処分を行い（うち一件は、商品投資販売契約に関するもの）、その中で最大六カ月間の受託業務停止を命じている。さらに主務官庁は、同社に対する立入検査の際に、銀行の残高証明などを偽造し、顧客の資産は銀行口座に保管している旨の虚偽の説明をしながら、五〇億円もの顧客資産の不足が生じていることなどから、刑事告発に踏み切る構えもみせている。これらの点をみると、主務官庁が悪質な業者に対してきわめて厳しい対応をとっているように見受けられる。しかしながら、当該主務官庁は、その業者に対して、平成一四年中に、商品取引所法一三六条の一八第三号で禁止されている無断売買等を行ったとして受託業務停止命令を下しているが、その期間はわずかに三日間である。ところが、同社の有価証券報告書による苦情・紛争の状況をみると、平成一三年は一件であったのに、平成一四年は一七件に急増し、そのうち一四件が取引の終了に関するものとなっている。翌年の平成一五年中に行われている処分の理由として、負債の合計金額の純資産額に対する比率が悪化したことや受託財産の分離保管がなされていないことなどがあげられているが（ちなみに、公刊されている商品取引業者各社の平成一三年度三月期決算をみると、当該業者の負債比率は同業他社に比して極めて高く、主務官庁がこのような情報を入力するのは比較的容易であったと考えられる）、この点を考えると委託証拠金の返還遅延などが原因となつて取引終了時に紛争が多発していた可能性が高い。業者の自己申告によつても紛争が多発している実態が明らかにされている以上、主務官庁もこのような状況の把握は十分可能であつたと思われる。その後、同社は平成一五年一月には経営危機により都市銀行の支援を受け経営を縮小する旨の報道されるなど経営危機が顕在化していることも考えると、平成一四年中に軽微な処分をしたにとどまり、遅くとも平成一五年のはじめの段階で行政当局が有効な対策を講じないまま、経営破綻に近い状況になるまで営業を継続をさせていたことの責任は大きい（なお、最終的には、平成一六年一月六日付で、同社に対して営業許可取消

処分がなされたが、遅きに失した感がある。

また近時の新聞報道では、ある商品取引業者の財務内容が悪化したことを把握した主務官庁である農林水産省の要請により、業界が当該業者に対する資金援助をしていたにもかかわらず、農林水産省はその情報を開示しなかったことが明らかにされている。最終的には、当該業者は平成一四年一二月に破産宣告を受け、財務内容悪化の事実を知らずに取引を委託した顧客の証拠金が約二〇億円も焦げ付く事態となった。この新聞報道によると、「官民の不透明な関係が浮き彫りになった形で、元顧客らの間で商品取引所や農水省の責任を問う動きも出ている」とのことである。⁸⁸¹ 当該業者は平成一三年一〇月に二つの会社が合併し社名を変更しているが、合併前の一社が、平成一二年に日商協から顧客への委託証拠金返還遅延を理由に過怠金一〇〇〇万円の制裁、さらに合併後も状況が改善されないことを理由に過怠金三〇〇〇万円の制裁を科されている。⁸⁸² また合併前の同じ一社については、当該業者が自己申告した平成一三年度中における苦情の受付件数が一七件と同業他社に較べるとかなり多いうえに、日商協に平成一四年四月から一〇月までに寄せられた返還遅延による苦情一六五件のうち一五〇件前後が当該業者のものであるとされている。⁸⁸³ その中で、平成一三年一月には、主務官庁は、当該業者に対して営業許可を更新しているのである。このような状況を見ると、遅くとも日商協が制裁を科した時点で顧客の委託証拠金を返還できないほどに経営状態が悪化し、また顧客との紛争も増加しているという事実を監督官庁は当然把握していたはずであり、そのような中で業者保護を優先し、資金援助という形で経営を継続させてさらに被害を拡大した責任はきわめて重いといわなければならない。

日商協では、過去の苦情等が多い場合には何らかの処分を行うことや制裁の多様化⁸⁸⁴も検討する方針であるが、あくまで自主規制である以上、限界がある。業界団体である日本商品先物振興協会（日商協とは別組織）ですら、「悪

質な取引員が会員であつては、制度として成り立たなくなる」として、悪質業者については主務大臣による許可取消し処分を行うよう主務官庁に要請したとのことである。⁸⁷⁾ また、次の（４）でとりあげる近時の商品取引所法改正をめぐる議論の中でも、監督上の処分が多様化および罰則の見直しが検討されている。

すでに第一節（本連載第七回・法政論集一九八号二二六頁以下）で示したように主務官庁の調査によつても商品先物取引の勧誘段階における業者の問題性が明らかにされていることなどもふまえると、商品取引所法の目的にもある「委託者保護」の実効性を確保するために、主務官庁による問題解決へ向けた積極的で毅然とした対応が強く求められよう。

（４）商品取引所法のあり方

現在、経済産業省の産業構造審議会商品取引所分科会で、平成一六年中の商品取引所法改正を念頭においた議論が進んでいる。特に、規制緩和の流れを受けて平成一六年から導入されることになっている手数料自由化により生ずるであろう競争環境激変への対応の必要性が強調されている。⁸⁸⁾

議論の対象は、大きく分けて次の三つである。第一に、商品取引所を中心とする市場機能の向上のための諸施策、第二に商品取引員による市場仲介機能の適正化のための諸施策、第三に取引所外取引（OTC）における市場機能の適正化である。

このうち、第二の議論の中で、商品取引業者に対する行為規制のあり方が議論されている。具体的には、①一任勘定取引を認めるか否か、②勧誘行為に関する規制、③監督上の処分および罰則のあり方、④為替証拠金取引に対する規制の必要性である。②については、説明義務の明確化等、勧誘規制のあり方の見直しが重要であるという意

見が示されたとのことである。業法による勧誘規制の限界については第二章第二節（本連載第一回・法政論集一八五号九五頁以下）に述べたところであるが、仮に勧誘規制に違反したとしても、それに対応する民事上の効力規定が用意されていないがゆえに、そのような限界が存在する。現在、民事上の効力規定の付与も含めた検討がなされているとのことであるが、商品取引所法の目的にもある「委託者保護」を実効性あらしめるためには、法令違反行為に対する刑事上・行政上の制裁もさることながら、民事上の効力の付与が必要である。金融商品販売法のように、指定商品制の採用でその効果が薄れる事態を避け、商品先物取引において現在取り引きされるであろうすべての商品をカバーするような形で、かつ刑事上・行政上の制裁とともに民事上の効力を付与した形での包括的な勧誘規制も検討する必要がある。

注

(1) 昭和五三年に主務官庁の受託業務改善の要求に応じて業界が定めた「受託業務の改善に関する協定書」のうち、「新規委託者保護管理協定」では、各業者は「新規委託者保護管理規則」を定めるものとされていた。具体的には、新規顧客については取引開始前に資産・収入の状況や商品先物取引の経験の有無について調査を行い顧客カードを作成するとともに、最低三カ月の「新規委託者保護育成期間」および「受託枚数の管理基準」を設けることが求められている。また、新規委託者からの売買取引の受託については、原則としてその建玉枚数が二〇枚を超えないこととされていた（「受託業務の改善に関する協定書」については、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編「先物取引被害救済の手引（五訂版）」（民事法研究会、平成九年）二五七頁以下を参照）。この「受託業務の改善に関する協定書」は、平成元年一月二七日に廃止されたが、それ以降も業界が定めた「受託業務に関する協定」により顧客の資産状況や商品先物取引の経験に照らし適切な顧客管理をすることが求められた（本協定

- については、前掲『先物取引被害救済の手引（五訂版）』（二五二頁以下を参照）。また、平成二年に改正された商品取引所法に基づき設立された社団法人日本商品取引員協会（平成一〇年商品取引所法改正により日本商品先物取引協会に改組）が各業者の社内規則の指針として作成した「受託業務管理規則」では、新規委託者には三カ月の習熟期間を設け保護育成措置をとることが明記されていた。さらに同様の指針である「商品先物取引の経験のない新たな委託者からの受託に係る取扱要領」では、新規委託者の建玉枚数に関する外務員の判断枠を二〇枚とし、それを超える建玉をするには各業者の管理担当班の審査が必要であると定められていた（これらの指針については、前掲『先物取引被害救済の手引（五訂版）』（二七二頁を参照））。
- (2) 日商協の自主規制規則である「受託等業務に関する規制」第八条に基づき定められた「受託業務管理規則の制定に係るガイドライン」5(2)では、「委託者の取引意思、取引の経験、資金力、判断力等適格性の審査結果に応じて受託取引数量を制限する等特段の管理措置を講ずること」とされ、具体的な管理措置の内容は各業者の社内規則に委ねられている（本規則およびガイドラインについては、日本商品先物取引協会『自主規制規則』（平成一三年三月）、またガイドラインの内容の解説については、日本商品先物取引協会『登録外務員のための受託業務の基礎知識』一五九頁以下を参照）。
- (3) 各業者の受託業務管理規則の内容については、斉藤英樹「受託業務管理規則一覧」先物取引被害研究一二号（平成一二年）四二頁以下を参照。なお、各社の受託業務管理規則については、日商協のホームページ（<http://www.nishokyo.or.jp/disclosure/index.html>）〔平成一五年一二月一日現在〕でも確認できる。
- (4) 新規委託者保護義務違反を違法性の判断要素とする事例は多数にのぼるが、具体的には、本連載第七回・法政論集一九八号二四六頁以下に掲載されている一覧表の「新規」の項目を参照。
- (5) 東京地判平成六年三月二九日判タ八五八号二八頁（商品先物取引についてはまったくの初心者であるにもかかわらず、三カ月間で五〇〇枚以上の建玉がなされた事例——ただし九割にも及ぶ過失相殺がなされている）、静岡地判平成一四年六月一七日先物取引裁判例集三二巻二六九頁（ただし、六割の過失相殺がなされている）。

- (6) 例えば、前橋地判平成九年三月四日先物取引裁判例集二三卷五六頁（一カ月で二二〇枚の建玉がなされた事例）。
- (7) 大阪地判平成九年四月二五日先物取引裁判例集二二卷四二頁。
- (8) 福岡地判平成九年六月一七日先物取引裁判例集二二卷一一四頁。
- (9) 大阪地判平成一〇年二月九日先物取引裁判例集二五卷二四二頁。
- (10) 大阪高判平成一〇年一月一九日先物取引裁判例集二五卷二二二頁。
- (11) 過当取引に関しては、今川嘉文教授が非常に詳細な研究を行っている（今川嘉文「過当取引の民事責任（一）——（三・完）——」神戸学院法学三一巻二四三頁、三三頁（以上、平成一三年）二四五頁、四四頁（平成一四年）五七頁「商品先物取引については、（三）で取り扱っている」、同「過当取引の民事責任」（信山社、平成一五年））。
- (12) 津谷裕貴「大神周一」・茨木茂「石戸谷豊」『実践先物取引被害の救済』（民事法研究会、平成一二年）九三頁以下。
- (13) なお、過当取引の判断基準については、今川・前掲注(11)『過当取引の民事責任』四七五頁以下を参照。
- (14) 東京地判平成四年八月二七日判時一四六〇号一〇一頁・判タ八二二号三三三頁・金判九二二二号三九頁・先物取引裁判例集一三卷一五一頁。
- (15) 具体的な裁判例については、後掲注(6)を参照。ちなみに、⑤で取り上げる「チェックシステム」や「ミニママモニタリング」の対象となる取引の存在を強調し、さらに（月間）回転率、特定売買比率、手数料化率など、具体的に数値を用いて商品取引業者の行為態様の違法性を認定しようとする手法は、「客観的アプローチ」と呼ばれる。この点については、白出博之「客観的アプローチによる違法性論争の現状について（一）——（二）——」先物取引被害研究一〇号（平成一〇年）二五頁、一四号（平成一二年）四七頁、先物取引被害研究編集部『先物取引被害救済の基礎 第一号』（平成一三年）一二頁以下を参照。
- (16) 一任売買・無断売買の存在を違法性の判断要素とする事例は多数にのぼるが、具体的には、本連載第七回・法政論集一九八号二四六頁以下に掲載されている一覧表の「一任」および「無断」の項目を参照。

- (17) 千葉地木更津支判平成一四年三月二九日先物取引裁判例集三二卷一五三頁（引用は一六七頁）。
- (18) 例えば、名古屋地岡崎支判平成一二年九月七日先物取引裁判例集二九卷五二頁、鹿児島地判平成一三年二月七日先物取引裁判例集三〇卷九二頁、名古屋高判平成一三年六月一三日先物取引裁判例集三〇卷三八四頁、等。
- (19) 例えば、静岡地浜松支判昭和六一年一月二七日先物取引裁判例集六卷三六頁、京都地判平成元年二月二〇日判時一三三三三号一〇〇頁・先物取引裁判例集九卷三一頁、名古屋地判平成二年二月二三日判タ七三三三号一四二頁・先物取引裁判例集一〇卷六七頁、東京地判平成一二年三月一六日先物取引裁判例集二八卷四七頁、名古屋地判平成一二年四月二八日先物取引裁判例集二八卷一四四頁、等。
- (20) 日本商品先物取引協会『商品先物取引委託のガイド』（第一版、平成一一年）
- (21) 神戸地尼崎支判平成一一年九月一四日先物取引裁判例集二七卷一頁。
- (22) 「チェックシステム」あるいは「ミニマムモニタリング」に関する通達の具体的内容については、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『先物取引被害救済の手引（六訂版）』（民事法研究会、平成一一年）二九二頁以下。以下の（a）～（e）の定義については、津谷ほか・前掲注⁽¹²⁾一三七頁以下を参照。
- (23) これに対して、裁判例の中には、「チェックシステム」や「ミニマムモニタリング」で定める基準を満たしていても、明確な基準がなくなつただちに違法であるとはいえないとして、違法性を否定するものもある。例えば、福岡地判平成九年六月一七日先物取引裁判例集二二卷一一四頁、名古屋地岡崎支判平成一二年九月七日先物取引裁判例集二九卷五二頁、福岡地判平成一四年九月三〇日先物取引裁判例集三三卷一六三頁。
- (24) 東京地判平成四年八月二七日先物取引裁判例集一三卷一五一頁（直しおよび両建が取引全体の六三パーセントを占めることを指摘している）、大阪地判平成八年六月一四日先物取引裁判例集二〇卷一七〇頁、岡山地倉敷支判平成八年七月一二日先物取引裁判例集二〇卷二二八頁、大阪地判平成九年二月二四日先物取引裁判例集二二卷一三九頁、大阪高判平成一〇年二月二七日

先物取引裁判例集二一巻一三九頁、札幌地判平成一年一月二二日先物取引裁判例集二五巻三九三頁、佐賀地判平成一年五月二日先物取引裁判例集二六巻六〇頁、名古屋地判平成二年五月一九日先物取引裁判例集二八巻一七四頁、新潟地判平成二年六月一日先物取引裁判例集二八巻一九八頁（取引全体の回数に占める特定売買の回数と、取引枚数全体に占める特定売買に関する枚数の双方で特定売買比率を計算している点が注目される）、東京地判平成二年九月一九日先物取引裁判例集二九巻八〇頁、鹿児島地判平成一年二月二六日先物取引裁判例集三〇巻一八七頁、東京地判平成一年二月二六日先物取引裁判例集三〇巻二五一頁、札幌地判平成一年九月七日先物取引裁判例集三二巻一頁。特定売買比率は明示していないが、取引回数全体に占める特定売買の回数を明示しているものとして、札幌地判平成一年六月三〇日先物取引裁判例集二六巻一一四頁、鹿児島地判平成一年二月七日先物取引裁判例集三〇巻九二頁、新潟地判平成一年四月二七日先物取引裁判例集三二巻一三四頁。特定売買比率を算定はしているが、同時に算定されている回転率や手数料化率など他の要素の方が判断に大きな影響を与えていると思われる事例として、名古屋高判平成一年六月一日先物取引裁判例集三〇巻三三四頁、千葉地木更津支判平成一年三月二九日先物取引裁判例集三二巻一五三頁。特に特定売買比率は算定していないが取引全体に占める特定売買の割合が高いことを指摘するものとして、大阪地判平成一年一〇月二八日先物取引裁判例集二七巻四五頁、大阪地判平成二年八月二五日先物取引裁判例集三〇巻五四頁。なお、顧客側が特定売買の割合が高いことを主張したもののそれが認められなかったものとして、福岡地判平成九年六月一七日先物取引裁判例集三二巻一四頁（市場における平均値が明らかでない以上、比較することはできないという）、名古屋地岡崎支判平成二年九月七日先物取引裁判例集二九巻五二頁。

(25) 例えば、東京地判平成七年一月一日先物取引裁判例集一九巻一三三頁、大阪高判平成一年七月一三日先物取引裁判例集三一巻三六頁、等。

(26) 例えば、名古屋地判平成二年五月一九日先物取引裁判例集二八巻一七四頁、東京地判平成一年二月二六日先物取引裁判例集三〇巻二五一頁、札幌地判平成一年九月七日先物取引裁判例集三三巻一頁、千葉地判平成一年四月二五日先物取引裁判

判例集三三卷二七頁、名古屋地判平成一四年五月二四日先物取引裁判例集三三卷六九頁、等。

⁽²⁷⁾ 仙台地判平成三年二月九日先物取引裁判例集一二卷一頁、佐賀地判平成二年二月二八日先物取引裁判例集二七卷一一一頁、盛岡地判平成一年九月二四日先物取引裁判例集二八卷一頁、札幌地判平成一四年一月二二日先物取引裁判例集三一卷二八八頁（ただし、無敷自体の違法性は少ないとされている）。そのほか、無敷・薄敷それぞれ自体の違法性はないが、無敷・薄敷であることが違法性判断に影響を与えているのもいくつか存在する。無敷それぞれ自体の違法性は判断しないが無敷あるいは証拠金を徴収しなかったことを指摘するものとして、大阪地判昭和六二年二月二七日先物取引裁判例集一一卷三七頁、名古屋地判平成元年七月二六日先物取引裁判例集九卷二二一頁（資金がないのに西建を勧誘したことを指摘している）、名古屋地判平成三年三月二七日先物取引裁判例集一〇卷二三八頁、大阪高判平成三年九月二四日先物取引裁判例集一一卷二二頁（顧客に対して、証拠金は少額でも問題ない旨の説明があったと認定されている）、鹿児島地判平成七年二月一四日先物取引裁判例集一九卷二二三頁（入金がないにあつた旨の虚偽記載がなされたと認定されている）、大阪地判平成七年二月二二日先物取引裁判例集二〇卷三頁、大阪地判平成八年一月二九日先物取引裁判例集二二卷一頁、大阪地判平成一一年一〇月二八日先物取引裁判例集二七卷四五頁、大阪地判平成二二年九月一九日先物取引裁判例集二九卷一〇八頁、手数料稼ぎの一つの徴表として違法性判断の材料としているものとして、大阪高判平成一三年七月一三日先物取引裁判例集三一卷三六頁、入金の見込みがないのに取引を継続させたことを指摘するものとして、岐阜地大垣支判平成一三年一月一五日先物取引裁判例集三一卷二二九頁。また、違法性については直接判断していないが、証拠金不足であることを指摘するものとして、大阪高判平成九年三月二七日先物取引裁判例集二二卷一頁、追証を請求せず放置したことを指摘するものとして、名古屋地判平成四年二月二五日先物取引裁判例集一四卷一四一頁、追証を一部しか徴収しないことを指摘するものとして、大阪地判平成九年一月二九日先物取引裁判例集二二卷八九頁、証拠金を事後徴収したことを指摘するものとして、大阪地判平成三年五月一四日先物取引裁判例集一一卷一頁、岡山地判平成九年五月二七日先物取引裁判例集二二卷八〇頁。

(28) 福岡地判昭和四六年五月二六日判タ二六六号二六六頁・金判二七八号一二頁、大阪地判平成三年二月一二日先物取引裁判例集一二卷一五頁、仙台地古川支判平成七年一月二〇日先物取引裁判例集一九卷一六七頁、前橋地判平成九年三月四日先物取引裁判例集二三卷五六頁、大阪地判平成一〇年一月二三日先物取引裁判例集二三卷一一九頁、鹿児島地判平成一〇年八月二五日先物取引裁判例集二五卷三二頁、名古屋地岡崎支判平成一二年九月七日先物取引裁判例集二九卷五二頁、名古屋高判平成一三年六月一三日先物取引裁判例集三〇卷三三四頁。委託証拠金の性質には特にふれないが、無敷・薄敷の違法性を否定するものとして、和歌山地判平成一二年一〇月二一日先物取引裁判例集三一巻一頁（顧客に、消極的ではあるが取引意思がある以上、無敷であること自体に違法性はないと判断している）、鹿児島地判平成一三年二月七日先物取引裁判例集三〇卷九二頁（無敷であっても取引は可能であることを理由とする）。なお、追証については通知義務がないとした事例として、東京地判昭和四年五月二八日判時九四八号一一〇頁・判タ三九七号一四四頁、金判五八二号三三頁。

(29) 静岡地浜松支判昭和六一年一月二七日先物取引裁判例集六卷二二頁、京都地判昭和六三年三月二五日先物取引裁判例集八卷六五頁（不要な倉荷証券の委託がなされた事例）、大阪地判平成四年四月二一日先物取引裁判例集八卷六五頁（不要な倉荷証券の委託がなされた事例）、東京地判平成七年二月五日先物取引裁判例集一九卷二二三頁、名古屋地判平成一三年三月二一日先物取引裁判例集三〇卷三四四頁。利益金を無断で証拠金に振り替えて取引を継続したことを指摘するものとして、大阪地判平成四年七月二四日先物取引裁判例集一三卷二八頁。

(30) 京都地判昭和六三年三月二五日先物取引裁判例集八卷六五頁（ほぼ連日五〇パーセント以上が向い玉であり、うち一〇回はすべての枚数が向い玉であるとして「ノミ行為」であると認定している）、東京地判平成四年八月二七日先物取引裁判例集一三卷一一一頁（元従業員の証言を元にして、恒常的に向い玉が行われていることを認定し、客殺し商法の可能性を指摘している）、京都地判岡山地判平成九年五月二七日先物取引裁判例集二三卷八〇頁、佐賀地判平成一二年二月二八日先物取引裁判例集二七卷一一一頁。このほか、直接の違法性を認定しないものほとんどすべてが向い玉であることを認定し、会社が利益を得る

ことを目的としたおそれがあることと指摘したものとして、大阪地判平成三年五月十四日先物取引裁判例集一一卷一頁。

- (31) 静岡地浜松支判昭和六一年一月二十七日先物取引裁判例集六卷二一頁、静岡地浜松支判昭和六一年一月二十七日先物取引裁判例集六卷三六頁、名古屋地判平成元年七月二十六日先物取引裁判例集九卷二二一頁、大阪地判平成三年一月二日先物取引裁判例集一二卷一五頁、大阪地判平成四年七月二十四日先物取引裁判例集一三卷二八頁、前橋地判平成九年三月四日先物取引裁判例集二三卷五六頁、福岡地判平成九年六月十七日先物取引裁判例集二三卷一一四頁（全量向い玉で、自己玉規制に違反することも認定しながら、客殺してではないとして違法性を否定）、神戸地判平成九年九月二十六日先物取引裁判例集二三卷一頁（個別の顧客に対応した向い玉は困難であると指摘する）、名古屋地岡崎支判平成二年九月七日先物取引裁判例集二九卷五二頁、東京地判平成二年七月十四日先物取引裁判例集二九卷一頁、名古屋高判平成一三年六月一三日先物取引裁判例集三〇卷三八四頁、名古屋地判平成一三年九月四日先物取引裁判例集三三卷一頁。

- (32) 神戸地判平成九年九月二十六日判タ九八六号二五五頁・先物取引裁判例集二三卷一頁。

- (33) 名古屋地判平成一三年九月四日先物取引裁判例集三三卷一頁。

- (34) 神戸地姫路支判平成一四年二月二五日先物取引裁判例集三三卷一六頁。本判決では、顧客は元教員で、かつ資産も預貯金も有していたが、恒常的向い玉が、また反復売買、利乗せ満玉、両建などが頻繁に行われていたことから、いわゆる「客殺し」商法であることを認定している。なお、控訴審判決（大阪高判平成一五年一月七日（平成一四年（ネ）第一一五八号）判例集未登載）では、商品取引業者からの控訴が棄却され、原告である顧客が全面勝訴した結論は維持されているが、次のような理由で「客殺し商法」の存在が否定されている。「……ある一連の取引がその当初からこのような客殺しの意図のもとに行われた構造的詐欺行為であったと認められるためには、相応の根拠が必要とすべきであり、たとい当該取引において結果的に顧客に多額の損失が生じ……当該取引員が当該取引の期間中常時その総取組高を均衡させていたといった事情が認められたとしても、そのことから直ちに、当該顧客に対する取引が全体としてみて相場の動きや当該取引員ないしその従業員のいわゆる相場観と

は無関係に行われた構造的詐欺行為であったということとはできない」。しかしながら、当該取引（東京工業品取引所におけるゴム取引）については、控訴審では、顧客の取引期間に対応する各取引日における各建玉（取組高）の売買の枚数差（玉尻）が、その日の取組高全体（売玉と買玉の合計）に占める割合をみても、全期間、全限月にわたって売買の取組高がほぼ均衡しているという事実を認定している。連日、取組高が均衡している状況が続いている事実を前にして、業者の従業員の間でのそのような状況が作出することができるというのは、相当無理な論理である。むしろ、このような事情の存在は、他の顧客に対して同様な手法がとられていることが強く推認される事情であるように思われる。

(35) 名古屋地判平成一五年四月一八日先物取引裁判例集三四卷一八五頁。なおこの判決では、業者に「客殺し」の体質があるとしながら、二割の過失相殺を行っているが、このような過失相殺の問題性については本稿二六〇頁以下を参照。

(36) 以上の部分については、引用も含めて津谷ほか・前掲注⁽¹²⁾四九頁以下。

(37) このような向い玉と客殺し商法との関係を詳細に分析するものとして、名古屋先物・証券問題研究会『大分先物取引損害賠償請求事件 訴状』（平成二二年）六四頁以下。なお、執筆者の岩本雅郎弁護士からは、とりわけ「差玉向い」の立証方法について、研究会等の場でご教示いただく機会を得た。

(38) 名古屋地判平成一二年五月一九日先物取引裁判例集二八卷一七四頁、神戸地姫路支判平成一四年二月二五日先物取引裁判例集三二卷一六頁。

(39) 静岡地浜松支判昭和六一年一月二七日先物取引裁判例集六卷二二頁、大阪地判平成九年四月二五日先物取引裁判例集二二卷四二頁、岡山地判平成九年五月二七日先物取引裁判例集三二卷八〇頁、福岡地判平成九年六月一七日先物取引裁判例集二二卷一一四頁（取引の途中では利益が出ていることから手仕舞の指示はないと認定したが、取引の最後は手数料稼ぎのために取引を継続させたと認定している）、大阪地判平成一〇年一月一九日先物取引裁判例集二五卷三二二頁（ただし、顧客に優柔不断な言動があったとして過失相殺している）、東京地判平成一二年三月一六日先物取引裁判例集二八卷四七頁。なお、市場休会中

- に撤回を指示したの到手仕舞がなされたとして業者の責任を認めるものとして、名古屋高金沢支判昭和五三年一〇月二五日判
 タ三八一号一五五頁・金判五七七号三六頁。
- (40) 精神的損害の賠償が否定されたものとして、大阪地判平成一三年六月一四日先物取引裁判例集三一巻一五四頁、札幌地判平成一三年九月七日先物取引裁判例集三二巻一頁、岐阜地大垣支判平成一三年一月一五日先物取引裁判例集三一巻二二九頁、神戸地判平成四年二月二五日先物取引裁判例集三二巻一頁、千葉地木更津支判平成一四年三月二九日先物取引裁判例集三二巻一五三頁、等。
- (41) 国内私設市場に関する裁判例として、高知地判昭和五六年六月二四日先物取引裁判例集一卷五頁、高松地判昭和五七年二月一〇日先物取引裁判例集一卷一九頁（三〇万円）、大阪地判昭和五八年二月二八日先物取引裁判例集二巻一四頁・判夕四九四号一五六頁、秋田地大館支判昭和六一年二月二七日先物取引裁判例集六巻五一頁（五〇万円）、佐賀地判昭和六一年七月一八日先物取引裁判例集七巻七三頁。海外市場に関する裁判例として、横浜地判昭和五九年一月二〇日先物取引裁判例集三巻二九頁、大阪地判昭和五九年四月二六日先物取引裁判例集四巻三三頁（二〇万円）、名古屋地判昭和六一年三月二八日先物取引裁判例集七巻三頁（四〇万円）、大阪地判昭和六二年八月七日先物取引裁判例集八巻二九頁（一〇万円）、名古屋地判平成八年五月一三日先物取引裁判例集二〇巻一一二頁。
- (42) 仙台地判平成四年三月三二日先物取引裁判例集一二巻三六頁、仙台地判平成四年七月一六日先物取引裁判例集一四巻二二頁（五万円）、岡山地判平成六年四月二八日先物取引裁判例集一六巻四三頁（二〇〇万円）、仙台地古川支判平成七年一月二〇日先物取引裁判例集一九巻一六七頁（五〇万円）、名古屋地岡崎支判平成一〇年五月八日先物取引裁判例集二四巻一五頁（二〇万円）、前橋地桐生支判平成一〇年九月一一日先物取引裁判例集二五巻六四頁（五〇万円）。
- (43) 仙台地古川支判平成七年一月二〇日先物取引裁判例集一九巻一六七頁。
- (44) 岡山地判平成六年四月二八日先物取引裁判例集一六巻四三頁。

- (45) 仙台地判平成四年七月一六日先物取引裁判例集一四卷二四頁。
- (46) 名古屋地判平成四年二月二五日先物取引裁判例集一四卷一四一頁。
- (47) 仙台地判平成四年三月三一日先物取引裁判例集一二卷三六頁。
- (48) 前者については神戸地姫路支判平成一四年二月二五日先物取引裁判例集三三卷一六頁、後者については、千葉地木更津支判平成一四年三月二九日先物取引裁判例集三三卷一五三頁(第一番)、東京高判平成一四年二月二六日判時一八一四号九四頁、先物取引裁判例集二三卷三〇二頁(控訴審)。
- (49) 名古屋地判平成一四年四月三〇日先物取引裁判例集三三卷一八五頁、等。
- (50) この点については、第二節四(2)(b)(連載第八回・法政論集一九九号九七頁以下)を参照。事例は多数にのぼるが、具体的には、本連載第七回・法政論集一九八号二四六頁以下に掲載されている一覽表の「過失相殺」および「経験」の項を対照されたい。
- (51) 新潟地判平成一四年三月二七日先物取引裁判例集三三卷一三四頁、等。
- (52) 札幌地判平成一四年二月二八日先物取引裁判例集三三卷九三頁、等。
- (53) 例えば、短期間での売買が業者の手数料稼ぎと認定されながら、元市会議員などの経歴が考慮されて、最終的に六割の過失相殺をされたケース(名古屋地判平成一四年五月一四日先物取引裁判例集三三卷二九九頁)も存在するが、後に(c)でも述べるように業者に違法行為により得た利益を残すことになる点に注目しなければならない。
- (54) 静岡地判平成一四年六月一七日先物取引裁判例集三三卷二六九頁。
- (55) 大阪地判平成一三年六月一四日先物取引裁判例集三一卷一五四頁。
- (56) 東京地判平成五年八月三一日判時一四九九号八六頁・金判九四二号二九九頁・先物取引裁判例集一五卷五〇頁。なお、過失相殺に際して第三者の過失をどのように考慮するかという視点は、窪田充見教授によってもすでに指摘されている(窪田充見「過

- 失相殺の法理』（有斐閣、平成六年）二二三頁以下）。
- (57) 大阪地方裁判所金融・証券関係訴訟等研究会「商品先物取引関係訴訟について」判例タイムズ一〇七〇号（平成一三年）九五頁以下。
- (58) 札幌地判平成一四年一月二二日先物取引裁判例集三二卷二八八頁。過失相殺の評価に関して、当該論稿が引用されている（同三〇〇頁）。
- (59) 千葉地判平成一五年三月二五日先物取引裁判例集三四卷九七頁。
- (60) 橋本佳幸「取引的不法行為における過失相殺」奥田昌道編『取引関係における違法行為とその法的処理——制度間競合論の視点から』（有斐閣、平成八年）一三五頁（初出は、ジュリスト一〇九四号〔平成八年〕一三五頁）。
- (61) 加藤雅信『新民法大系V 事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、平成一四年）三三八頁。
- (62) 大阪地判昭和六二年二月二七日先物取引裁判例集一一卷三七頁、大阪地判平成元年一月三〇日先物取引裁判例集一〇卷一頁、仙台地判平成三年二月九日先物取引裁判例集一二卷一頁、大阪地判平成四年七月二〇日先物取引裁判例集一二卷一頁、仙台地判平成五年四月二二日先物取引裁判例集一五卷一六頁、名古屋地豊橋支判平成九年一月二八日先物取引裁判例集二二卷二三頁、大阪高判平成一〇年二月二七日先物取引裁判例集二四卷一頁、札幌地判平成一三年八月二四日先物取引裁判例集三一卷一七一頁、等。
- (63) 名古屋地判平成四年一二月二五日先物取引裁判例集一四卷一四一頁（五割認容で相殺）、仙台高判平成一一年一月二五日先物取引裁判例集二五卷四〇九頁（八割五分）、大阪地判平成一三年三月一日先物取引裁判例集三〇卷三〇九頁（四割認容で相殺）、札幌地判平成一四年三月六日先物取引裁判例集三三卷一〇五頁、新潟地判平成一四年三月二七日先物取引裁判例集三三卷一三四頁。
- (64) 松岡久和「商品先物取引と不法行為責任——債務不履行構成の再評価」ジュリスト一一五四号（平成一一年）一三頁。

- (65) 盛岡地判平成一年九月二四日先物取引裁判例集二八卷一頁(五割認容)、鹿児島地判平成三年二月二六日先物取引裁判例集三〇卷一八七頁(全額認容)、大阪高判平成三年七月二三日先物取引裁判例集三二卷三六頁(五割認容)、静岡地判平成四年六月一七日先物取引裁判例集三二卷二六九頁(六割認容)。
- (66) 以上の批判と主張については、松岡・前掲注⁶⁴⁾一三頁以下。
- (67) 松岡・前掲注⁶⁴⁾一四頁以下。
- (68) 例えば、今川・前掲注¹¹⁾『過当取引の民事責任』一八〇頁。
- (69) 大阪高判平成一年一月二九日先物取引裁判例集三四卷二三頁。
- (70) 平成元年一月二七日に廃止された「商品取引員の受託業務に関する取引所指示事項」に関しては、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編・前掲注²²⁾二六三頁。
- (71) 大阪高判平成一年一月二九日先物取引裁判例集三四卷二三頁。
- (72) 毎日新聞平成一年六月二九日朝刊二面。その後アメリカでこの規制を巡って業者側から訴訟が起こされている(朝日新聞平成一年九月二八日朝刊三面)。なお、アメリカ連邦取引委員会による無差別電話勧誘規制については、<http://www.ftc.gov/bcp/fulenaking/ks/trulenaking/index.htm> (平成一年一月一日現在)を参照。
- (73) 本稿では、紙幅の関係で広告提供者の民事責任について触れることはできないが、例えば、長尾治助『広告と法——契約と不法行為責任の考察』(日本評論社、昭和六三年)、同『アドバタイジング・ロー——広告の判例と法規制の課題』(商事法務研究会、平成二年)、櫻井園郎『広告の法的意味——広告の経済的効果と消費者保護』(勁草書房、平成七年)等を参照。
- (74) 朝日新聞平成一年一月二二日朝刊二八面。
- (75) 新潟地判平成六年二月三日先物取引裁判例集一六卷一頁。なお、控訴審判決(東京高判平成七年三月一四日判時一五三〇号五八頁・金判九七六号二三頁、先物取引裁判例集一八卷一〇二頁)では、「経済講演会」に参加し、アンケートに答えたことを商

品先物取引に相当な関心を示していたことの一徴表として捉えている。しかし、この事案でなされた取引は商品先物取引の中でも「ストラドル取引」（二種の貴金属の価格比差の変動に着目して行われる取引）という「ヘッジング機能もない純粋のマネーゲーム」といわれるものであり、控訴審判決では、業者の外務員がそれらの仕組みについて具体的に理解できるような説明をせず、断定的判断の提供をなして実質的な一任売買を行ったことから違法性を判断している。この点を考慮すると、当初の「経済講演会」でも投資への関心を駆り立てるだけで、商品先物取引についての説明はなされなかった可能性もあり、より慎重な判断をする必要があったように思われる。なお現在でも、このような「講演会」をきっかけとした勧誘活動は行われている（例えば、朝日新聞平成一五年一〇月九日朝刊一一面）。

(76) 商品取引員に対する立入検査実績については、主務官庁のうち経済産業省は公開している。それによると、平成一二年度は本店一五カ所・支店一七カ所、平成一三年度は本店一三カ所・支店一四カ所、平成一四年度は本店二一カ所・支店一五カ所である。この数値については、経済産業省のホームページ（<http://www.meti.go.jp/policy/commerce/index.html>）〔平成一五年二月一日現在〕を参照。

(77) 行政処分の内容については、経済産業省のホームページ（<http://www.meti.go.jp/policy/commerce/index.html>）〔平成一五年一二月一日現在〕を参照。

(78) 朝日新聞平成一五年一月六日朝刊二八面。

(79) 『商品先物取引二〇〇一』週刊東洋経済二〇〇一年九月一九日号（五七一八号）一〇七頁。

(80) 日本経済新聞平成一五年一月一四日夕刊三面。

(81) 朝日新聞平成一五年一月二〇日朝刊一面。

(82) 日商協の制裁状況については、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会『先物被害白書 二〇〇二年度版』（平成一五年）三七頁以下。

(83) 「商品先物取引二〇〇一」週刊東洋経済二〇〇一年九月一九日号(五七一八号)一一四頁。なお、日商協は会員の情報開示を行っているが、それをもとに同様の事態を明らかにしたものとして、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会・前掲注⁽⁸²⁾九頁以下。

(84) 商取ニュース一八二八号(平成一四年一二月三日付)一面。

(85) 商取ニュース一八三九号(平成一五年三月四日付)一面。

(86) 商取ニュース一八五〇号(平成一五年五月二七日付)一面。

(87) 商取ニュース一八五四号(平成一五年六月二四日付)一面。

(88) 以下の論述も含めて、「商品取引所分科会における議論の整理」(平成一五年一〇月八日)を参照。なお、この資料を含め、産業構造審議会商品取引所分科会における議論状況については、経済産業省のホームページ(<http://www.meti.go.jp/policy/competition/index.html>)〔平成一五年一二月一日現在〕で閲覧可能。

〔付記〕最後に述べた商品取引所法改正へ向けた動きとして、本稿脱稿後の平成一五年一二月二四日に産業構造審議会商品取引所分科会が「商品先物取引市場制度の改革について」と題する中間報告を公表した。それによれば、「適合性原則を徹底するために商品取引員の行為規範として明確化するとともに、商品先物取引の仕組みやリスク等について従来の書面交付に留まらない実質的な説明義務を法定する等、商品取引員による勧誘行為に対する規制を一層厳格化することが必要である」とされている。中間報告の詳細については、注⁽⁸⁸⁾引用の経済産業省のホームページを参照。

契約関係における情報提供義務（九）（宮下）

| 応募料 | 業者請求 | 経験 | 年齢 | 取引月数 | 適合 | 説明 | 断定 | 新規 | 両建 | 無断 | 一任 | 反復 | 過当 | 向玉 | 特定 | 無簿 | 仕切 |
|-----|------|----|----|------|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|
| | ○ | Dd | | 3 | × | × | × | ○ | ○ | | | | | | | ○ | |
| | | D | 35 | 6 | | | | △? | △? | | △? | | | | | | |
| | | C | 50 | 8 | | × | × | × | △ | × | | △ | △ | | | | |
| × | | Dc | | 19 | | × | × | | | × | | | × | | | | × |
| | | E | | 計13 | | × | × | | | × | × | × | | | | | × |
| × | | Dc | 48 | 19 | × | × | ○ | | | ○ | | ○ | | × | | × | |
| | | Dd | 37 | 5 | × | × | × | ○ | ○ | | × | ○ | | × | ○ | | × |
| | | B | 38 | 8 | | × | ○ | | | | | | | ○ | | | ○ |
| × | | Dd | 33 | 40 | × | × | × | ○ | ○ | | × | ○ | | | ○ | | |
| × | | c | 50 | 19 | | × | × | ○ | ○ | × | × | × | | ○ | × | ○ | |
| | | Dd | 32 | 4 | △ | × | × | × | × | | × | × | △ | × | | | × |
| | | Dd | 31 | 2 | × | × | × | ○ | | | × | ○ | × | | | | |
| | | Dd | 66 | 6 | × | × | × | ○ | △ | | △ | △ | | | | | |
| | | Dd | 64 | 8 | | × | | | | × | △ | | △ | × | | | △ |

| 応募料 | 業者請求 | 経験 | 年齢 | 取引月数 | 適合 | 説明 | 断定 | 新規 | 両建 | 無断 | 一任 | 反復 | 過当 | 向玉 | 特定 | 無簿 | 仕切 |
|-----|------|----|----|------|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|
| | | Dd | 54 | 41 | | × | × | × | | | × | | | | | | × |
| | | Dc | 35 | 8 | × | ○ | ○ | | | | | | | | | | |
| | | Dd | 57 | 11 | ○ | ○ | ○ | | | | | | ○ | | | | ○ |
| × | | Dd | 33 | 8 | × | ○ | ○ | | | | | | | | | | |

| 応募料 | 業者請求 | 経験 | 年齢 | 取引月数 | 適合 | 説明 | 断定 | 新規 | 両建 | 無断 | 一任 | 反復 | 過当 | 向玉 | 特定 | 無簿 | 仕切 |
|-----|------|----|----|------|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|
| | | D | 48 | 7 | △ | ○ | | | △ | | △ | | | | | | △ |
| | | | 58 | 7 | | ○ | | | | | | | | | | | |
| | | | 55 | 3 | | △ | | | △ | | | | | | | | |
| | | Dd | 52 | 9 | | ○ | | | | | | | | | | | |

契約関係における情報提供義務（九）（宮下）

国内公設市場における商品先物取引裁判例一覧（追補）

| 番号 | 裁判所 | 年月日 | 掲載誌 | 審級関係 | 訴訟 | 勝敗 | 過失相殺 |
|-----|-------|-----------|------------------------------------|-------|----|----|------|
| 補1 | 大阪地判 | S62.11.27 | 判例集未登載（S60(ワ)4632号本訴・S61(ワ)626号反訴） | | 乙 | ○ | 4割 |
| 補2 | 大阪地判 | H5.3.26 | 判タ931-266 | 131-審 | | × | |
| 補3 | 東京地判 | H11.4.27 | 判タ1047-236 | | | ○ | |
| 補4 | 京都地判 | H12.3.30 | 先物34-1 | 補6-審 | | × | |
| 補5 | 東京高判 | H12.12.5 | 判タ1060-181 | | | | |
| 補6 | 大阪高判 | H15.1.29 | 先物34-23 | 補4控訴 | | ○ | 3割 |
| 補7 | 名古屋地判 | H15.2.28 | 先物34-64 | | | ○ | 4割 |
| 補8 | 千葉地判 | H15.3.25 | 先物34-97 | | | ○ | 6割 |
| 補9 | 名古屋地判 | H15.3.28 | 先物34-125 | | | ○ | 6割 |
| 補10 | 名古屋地判 | H15.4.18 | 先物34-185 | | | ○ | 2割 |
| 補11 | 大阪地判 | H15.5.28 | 先物34-305 | | | ○ | 5割 |
| 補12 | 大阪地判 | H15.5.29 | 先物34-332 | | | ○ | 6割 |
| 補13 | 鹿児島地判 | H15.7.16 | 先物34-439 | | | ○ | 5割 |
| 補14 | 大阪高判 | H15.11.7 | 判例集未登載（H14（ネ）1158号） | 226控訴 | | ○ | なし |

※裁判例一覧表の見方については、本連載第7回・法政論集198号253頁を参照。

海外市場における商品先物取引裁判例一覧（追補）

| 番号 | 裁判所 | 年月日 | 掲載誌 | 審級関係 | 訴訟 | 勝敗 | 過失相殺 |
|-------|-------|----------|------------|------|----|----|-------|
| 補1 | 名古屋地判 | H4.10.21 | 判時1471-135 | | | × | |
| 補2(オ) | 東京地判 | H13.6.28 | 金判1148-46 | | | ○ | 2割/5割 |
| 補3(オ) | 東京地判 | H15.3.31 | 先物34-166 | | | ○ | 1.5割 |
| 補4(オ) | 名古屋地判 | H15.8.19 | 先物34-454 | | | ○ | 4割 |

※裁判例一覧表の見方については、本連載第8回・法政論集199号119頁を参照。

外国為替証拠金取引に関する裁判例一覧

| 番号 | 裁判所 | 年月日 | 掲載誌 | 審級関係 | 訴訟 | 勝敗 | 過失相殺 |
|----|------|----------|--------------------|------|----|----|------|
| 1 | 札幌地判 | H15.5.9 | 金判1174-33・先物34-246 | | | ○ | なし |
| 2 | 札幌地判 | H15.5.16 | 金判1174-44・先物34-268 | | | ○ | |
| 3 | 札幌地判 | H15.6.25 | 先物34-367 | | | ○ | |
| 4 | 札幌地判 | H15.6.27 | 先物34-409 | | | ○ | なし |

※裁判例一覧表の見方については、上記の「国内公設市場における商品先物取引裁判例一覧」と同様であるので、そちらを参照されたい。