

先物取引における適合性原則の展開

永田 泰士

本稿は、まず、先物取引における業法上の適合性原則の今日的内容を踏まえ、業者の先物取引の勧誘と不法行為の成否が争われた高裁判例を検討することにより、先物取引における私法上の勧誘規制法理としての適合性原則の今日的到達点を描写する。

次いで、本稿は、高裁判例の大勢が示す「顧客が虚偽申告を行った場合でも、これが虚偽であると認識すべきであったのに見落としたならば、業者には虚偽申告を行った顧客に対する損害賠償責任が成立する」との解釈の妥当性を検証する。結論を述べるならば、一見すると、公正とは評価し得ず、顧客に虚偽申告を行うインセンティブを与えかねないことなどから望ましくないといえそうなこのルールは、妥当性を有する可能性がある。

最後に、本稿は、先物取引における取引開始規制法理としての適合性原則と受託規制法理としての適合性原則の派生を確認する。これを基礎づける自主規制が存すること、ネット業者を通じた取引におけるこれらの規制違反と不法行為の成否が争われた下級審判例が出現するに至っていることが示される。この考察を加えることにより、先物取引における私法上の適合性原則の展開の全容が示される。

キーワード：先物取引、適合性原則、勧誘規制、不招請勧誘規制、取引開始規制、受託規制

〔目次〕

はじめに

I 先物取引における業法上の適合性原則

- 1 はじめに
- 2 業法上の適合性原則の概要
- 3 業法上の適合性原則の規制内容
- 4 業法上の適合性原則の義務水準
- 5 小括

II 下級審判例の検討

- 1 はじめに
- 2 下級審判例の検討
- 3 小括

III 先物取引における私法上の適合性原則の展開

- 1 はじめに

- 2 故意過失及び違法性の判断構造
- 3 下級審判例における故意過失及び違法性の判断構造と義務水準
- 4 現在の法状況の正当性：二つの視点から
- 5 取引開始規制法理としての適合性原則と受託規制法理としての適合性原則の派生
おわりに

はじめに

本稿は、先物取引¹⁾における適合性原則²⁾の展開の検討を目的とする。筆者は、これまで金融商品取引における適合性原則の展開を検討してきた。そこでの関心事は、ネット証券会社という勧誘をなさない証券会社に対して、勧誘規制法理として生成・発展を遂げてきた適合性原則の射程が及ぶのかという点にあった³⁾。この検討内容を要約すると、次のようになる。まず、適合性原則に反する「勧誘」と不法行為法との関係を明らかにした最判平成17年7月14日民集59巻6号1323頁（以下「平成17年判決」とする）や、現在の「金融サービスの提供等に関する法律」の前身である「金融商品の販売等に関する法律」の立法時の議論状況から、ネット証券会社に対して狭義の適合性原則の射程を及ぼすことは、全面的には否定されない⁴⁾。次に、業法や自主規制には、勧誘規制法理としての適合性原則とは明確に区別される、取引開始規制法理としての適合性原則と受託規制法理としての適合性原則の派生が観察できる⁵⁾。そして、現在の下級審判例の大勢は、ネット証券会社にも派生的適合性原則による私法上の義務が課せられると解し、その義務水準につき、勧誘規制法理としての適合性原則に基づく私法上の義務水準と明確に区別し低次と解している⁶⁾。かかる法状況は、ドイツ法との対比で一定の共通性を有する⁷⁾。また、かかる日本の法状況は、投資者の権利・法益保護の視点からも、投資市場の効率性維持の視点から

-
- 1) 本稿は、「先物取引」を、「商品先物取引法（以下「法」とする）」の適用を受ける取引を指すものとして用いる。
 - 2) 本稿では、「適合性原則」を、「狭義の適合性原則」の意味で用いる。
 - 3) 適合性原則を含め、投資市場におけるネット証券会社の民事責任に関する筆者の問題意識とその帰結を論じたものとして、拙稿「ネット証券会社に対する狭義の適合性原則の射程－取引開始規制法理としての適合性原則と受託規制法理としての適合性原則」先物・証券取引被害研究53号（2024）2頁、2頁-14頁がある。また、説明義務論につき、同様の問題意識から検討を加えたものとして、拙稿「投資市場における責任配分法理－投資者自己責任と投資仲介者配慮義務との相克－（1）～（4・完）」姫路法学52号（2012）226頁、226頁-146頁、同53号（2013）640頁、640頁-416頁、同55号（2014）57頁、57頁-122頁、同57号（2015）1頁、1頁-92頁がある。
 - 4) 拙稿「狭義の適合性原則の射程に関する序章的考察－最高最判決と金販法立法時の議論状況を手掛かりに－」姫路法学59号（2016）29頁、29頁-64頁。
 - 5) 拙稿「下級審判例におけるネット証券会社に対する狭義の適合性原則の射程」姫路法学61号（2017）1頁（以下、「下級審判例」として引用）、2頁-13頁、同「ネット証券会社に対する狭義の適合性原則の射程－取引開始規制法理としての適合性原則と受託規制法理としての適合性原則－」姫路法学64号（2021）39頁（以下、「ネット証券会社」として引用）、72頁-78頁。
 - 6) 拙稿・前掲注(5)「下級審判例」13頁-125頁。同・前掲注(5)「ネット証券会社」44頁-46頁。
 - 7) 拙稿「ドイツ証券取引法における適格性審査義務－ドイツにおける取引開始規制法理としての適合性原則－」姫路法学63号（2020）1頁、1頁-73頁、拙稿・前掲注(5)「ネット証券会社」46頁-52頁。

も正当化し得る⁸⁾。

以上を踏まえ、本稿では、先物取引における適合性原則の展開を検討する。異なる取引類型の適合性原則の展開を相対化する視座が得られるためである。以下では、まず、先物取引における業法上の適合性原則の状況を検討する（Ⅰ）。次いで、先物取引における業者の不適合又は過剰な取引の勧誘による不法行為の成否が争われた高裁判例を概括する（Ⅱ）。その後、以上を踏まえ、私法上の勧誘規制法理としての適合性原則に関する法状況を検討する。特に、今日、不法行為法上の勧誘規制法理としての適合性原則には、顧客が虚偽申告を行った場合において、業者がこれを認識すべきであったときは、不法行為が成立し得るとの解釈が採られているが、かかる解釈が公正といえるか、また、ルールとしての望ましさが認められるかという視点から、かような解釈の正当性を検討する。以上により、先物取引における私法上の勧誘規制法理としての適合性原則の展開を把握した後、本稿では、先物取引において取引開始規制法理としての適合性原則と受託規制法理としての適合性原則が自主規制に存すること、また、訴訟でも、勧誘をしていないネット業者の適合性原則違反（取引開始規制法理としての適合性原則違反）及び過当取引（受託規制法理としての適合性原則違反）と不法行為の成否が争われたものが出現していることを示し、当該下級審判例の検討を追加することで、今日の先物取引における私法上の適合性原則の展開の全容を描写する（Ⅲ）。

Ⅰ 先物取引における業法上の適合性原則

1 はじめに

本章では、先物取引における業法上の適合性原則の状況を確認する。本稿の目的は、業法の検討ではなく、先物取引における私法上の適合性原則の検討にある。私法上の適合性原則の内容は、業法上の規制により直接的に規律されるわけではない。しかし、業法上の規制が顧客の法益保護をも目的とするとき、規制に反する業者の態様は、不法行為法上の過失や違法性を基礎づけ得るという意味で、業法の規制は私法上の適合性原則に間接的に影響を与える。そこで、まず、先物取引をめぐる業法上の適合性原則の内容を概括することとしたい。

2 業法上の適合性原則の概要

法⁹⁾ 215条は、「商品先物取引業者は、顧客の知識、経験、財産の状況及び商品取引契約を締結する目的に照らして不相当と認められる勧誘を行って委託者等の保護に欠け、又は欠けることとなるおそれがないように、商品先物取引業を行わなければならない」と規定し、先物取引における適合性原則を定める。また、法214条9号は、いわゆる損失限定取

8) 拙稿・前掲注(5)「ネット証券会社」71頁-95頁。

9) 法に関する概説書として、河内隆史＝尾崎安史『商品先物取引法〔新版〕』（商事法務・2019）がある。また、先物取引勧誘被害をめぐる法状況を詳細に論じるものとして、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き〔10訂版〕』（民事法研究会・2012）がある。

引を除く¹⁰⁾ 個人顧客を相手とする国内商品市場取引及び外国商品市場取引にかかる商品取引契約と、個人顧客を相手とする全ての店頭商品デリバティブ取引につき「商品取引契約の締結の勧誘の要請をしていない顧客に対し、訪問し、又は電話をかけて、商品取引契約の締結を勧誘すること（委託者等の保護に欠け、又は取引の公正を害するおそれのない行為として主務省令で定める行為を除く。）」を禁止する（以下「不招請勧誘の禁止」とする）。

このように、法は、勧誘全般に妥当する規制と、不招請勧誘のみに妥当する規制を置いている。本稿では、前者を「勧誘規制」とし、後者を「不招請勧誘規制」とする。不招請勧誘規制は、適合性原則とは区別される独自の規制であるともいえる。しかし、不招請勧誘規制は、後述する通り、不招請勧誘が許容される顧客属性等を規定しており、「不招請勧誘により先物取引に引き込むことに適しない（不適合な）顧客に不招請勧誘をしてはならない」こと等を業者に命じているといえる。そこで、本稿では、不招請勧誘規制も検討対象とする。

法215条による勧誘規制について、監督省は、「商品先物取引業者等の監督の基本的な指針¹¹⁾（以下「指針」とする）」により規制内容を具体化している。また、法214条9号による不招請勧誘規制について、法施行規則102条の2は不招請勧誘が例外的に許容されるための要件を定めており、これについて監督省は、「商品先物取引法102条の2第2号及び第3号に基づく勧誘行為に関するQ & A（以下「Q & A」とする）¹²⁾」によって規律内容を具体化している。また、不招請勧誘を受けて取引を開始した者につき、指針は特別な適合性原則（過剰勧誘規制）を定めている。

そこで以下では、まず、法、法施行規則、指針、Q & Aを概括し、勧誘規制、不招請勧誘規制の順に規制内容を把握し、業法上の適合性原則の全容を示す。

10) 法214条9号は、規制の対象となる「商品先物取引契約」を「商品取引契約（当該商品取引契約の内容その他の事情を勘案し、委託者等の保護を図ることが特に必要なものとして政令で定めるものに限る。以下この号において同じ。）」と定義しており、この規定を受け、法施行令30条は、「法第214条第9号の政令で定めるものは、個人である顧客（以下この条において「個人顧客」という。）を相手方とし、又は個人顧客のために法第2条第22項第1号から第4号までに掲げる行為を行うことを内容とする商品取引契約（商品市場における相場等に係る変動により当該商品取引契約に基づく取引について当該個人顧客に損失が生ずることとなるおそれがある場合における当該損失の額が、取引証拠金等の額を上回ることとなるおそれがあるものに限る。）及び個人顧客を相手方とし、又は個人顧客のために同項第5号に掲げる行為を行うことを内容とする商品取引契約とする。」と規定し、店頭デリバティブ取引を除いて、損失限定取引を不招請勧誘の適用除外としている。

11) 農林水産省＝経済産業省「商品先物取引業者等の監督の基本的な指針」（2025年7月）。全文は、農林水産省HP<<https://www.maff.go.jp/j/shokusan/syoutori/dealing/attach/pdf/hourei-8.pdf>>において閲覧可能である（以下、本稿が引用するウェブ上の情報の最終アクセス日は、2025年10月12日である）。

12) 農林水産省＝経済産業省「商品先物取引施行規則102条の2第2号及び第3号に基づく勧誘行為に関するQ & A」（2017年5月）。全文は農林水産省HP<<https://www.maff.go.jp/j/shokusan/syoutori/dealing/attach/pdf/hourei-2.pdf>>において閲覧可能である。

3 業法上の適合性原則の規制内容

(1) 勧誘規制：取引開始勧誘規制

勧誘規制は、二つの内容に区分される。第一に、一定の顧客に対し先物取引の勧誘をして取引を行わせてはならないという規制がある。本稿では、これを、「取引開始勧誘規制」とする。第二に、先物取引の勧誘をして取引を行わせることは許される顧客に対してであっても、当該顧客にとって過剰な取引の勧誘をして取引を行わせてはならないとの規制がある。本稿では、これを、「過剰取引勧誘規制¹³⁾」とする。以下では、勧誘規制につき、取引開始勧誘規制、過剰取引勧誘規制の順に内容を確認する。

まず、取引開始勧誘規制からみよう。指針は、一定の者に対する先物取引の勧誘を適合性原則に照らして不相当と認められる勧誘として列挙する。それは、制限行為能力者等に対する勧誘、生活保護受給世帯に属する者に対する勧誘、破産者で復権を得ない者に対する勧誘、取引をするための借入を勧めての勧誘、損失が生ずるおそれのある取引を望まない者に対する勧誘、証拠金等の額を上回る損失が生ずるおそれのある取引を望まない者に対する通常取引の勧誘である¹⁴⁾。

次に、指針は、一定の者に対する取引の勧誘を適合性原則に照らして不相当と認められる「おそれのある」勧誘とする。常に「不相当と認められる勧誘」とは異なり、この類型に属する勧誘は、直ちに適合性原則違反となるのではなく、具体的顧客属性等に照らして適当な勧誘であると合理的に判断される場合には、(例外的に) 適合性原則違反が否定されると指針は解している。かかる勧誘として指針が挙げるのは、年金等により生計を立てている者に対する勧誘、一定以上の収入(例えば、年間500万円以上)を有しない者に対する勧誘、高齢者(例えば、年齢75歳以上の者)に対する勧誘、デリバティブ取引の経験がない者に対する勧誘である。これらの者に勧誘をして取引をさせた場合、例外的に適当と認められる事由が存しない限り適合性原則に反すると指針は解している¹⁵⁾。では、かかる勧誘が例外的に適当と認められる場合とはいかなる場合か。

この点につき指針は、法215条に規定する「顧客の知識、経験、財産の状況、商品取引契約を締結する目的」のほか、年齢、収入(年収)等の顧客の属性等を総合的に勘案して、適合性の原則に照らして適当であることを合理的に判断できることなどが必要であるとす¹⁶⁾、具体例は示されていない。ただ、指針の前身としての性格を有する「商品先物取引の委託者の保護に関するガイドライン(以下「旧ガイドライン」とする)¹⁷⁾」には、例外の要件が定められていた。その内容は次の通りである。

まず、年金等で生計を立てている者及び一定以上の収入を有しない者に対する勧誘に

13) いわゆる過当取引と重なる領域を規制しており、量的適合性原則と呼ばれる。過当取引と量的適合性原則につき、参照、拙稿「過当取引規制に関する序章的考察」姫路法学65号(2022)49頁、49頁-104頁。

14) 以上につき、農林水産省＝経済産業省・前掲注(11)「指針」Ⅱ-4-2(4)②イ。

15) 以上につき、農林水産省＝経済産業省・前掲注(11)「指針」Ⅱ-4-2(4)②ロ。

16) 農林水産省＝経済産業省・前掲注(11)「指針」Ⅱ-4-2(4)②ロ。

17) 経済産業省＝農林水産省「商品先物取引の委託者の保護に関するガイドライン」(2007年9月)。全文は、農林水産省HP<https://www.maff.go.jp/j/soushoku/syoutori/dealing/pdf/itaku_guideline.pdf>において閲覧可能である。

については、顧客が申告した投資可能資金額（この用語の意味は、後述する）の裏付けとなる資産を有していることを例外の第一要件とし、これを満たしていることを証明できるものがあることが求められている。また、75歳以上の高齢者に対する勧誘については、当該顧客が過去一定期間以上（直近の3年以内に延べ90日以上を目安とする）にわたり商品先物取引を行った経験があることなど、商品先物取引を行うにふさわしい十分な投資経験があると認められること、及び商品先物取引の仕組み、リスクその他説明を受けた事項を的確かつ十分に理解していることを例外の第一要件とし、これを満たしていることを証明できるものがあることが求められている。そして、例外の第二要件として、顧客本人の自書により自らが適合性原則に照らして原則として不適当と認められる勧誘の対象者であることを理解しているとともに、例外の第一要件を自らが満たすことについて確認している旨の書面による申告があることが求められている¹⁸⁾。

ただ、現行の指針は、この旧ガイドラインの内容を踏襲しておらず、指針がどのような例外の要件を念頭に置いているのかは明らかではない。

(2) 勧誘規制：過剰取引勧誘規制

次に、取引勧誘規制の過剰取引勧誘規制をみよう。指針は、「投資可能資金額」を超える損失を発生させる可能性の高い取引に係る勧誘（取引を継続することにより、投資可能資金額を超える損失が発生する可能性が高い場合に、当該取引の継続を勧める行為を含む）を適合性原則に照らして「不適当と認められるおそれのある勧誘」とする。指針にいう投資可能資金額とは、「顧客が、商品デリバティブ取引（取引所現物取引を除く。）の性質を十分に理解した上で、損失（手数料等を含む。）を被っても生活に支障のない範囲で定める資金額」をいう¹⁹⁾。

これは、投資可能資金額を超える損失を発生させる可能性の高い新規建玉の勧誘と、既存建玉の継続推奨を、適合性原則に照らし不適当と認められる「おそれがある」勧誘として規制している。そこで、かかる過剰取引勧誘が例外的に適合性原則に反しないと評価される場合があると指針は解している。それは、いかなる場合なのか。

この点につき指針は、法215条に規定する「顧客の知識、経験、財産の状況、商品取引契約を締結する目的」のほか、年齢、収入（年収）等の顧客の属性等を総合的に勘案して、適合性の原則に照らして適当であることを合理的に判断できること等が必要であるとするが、その具体例を示していない²⁰⁾。ただ、旧ガイドラインには、過剰取引勧誘が例外的に許容される要件が定められていた。その内容は次の通りである。

旧ガイドラインは、投資可能資金額²¹⁾を超える取引証拠金等を必要とする取引と、

18) 以上につき、経済産業省＝農林水産省・前掲注(17)「旧ガイドライン」A.3(2)。

19) 農林水産省＝経済産業省・前掲注(11)「指針」Ⅱ－4－2(4)②ロ。

20) 農林水産省＝経済産業省・前掲注(11)「指針」Ⅱ－4－2(4)②ロ。

21) 旧ガイドラインにおける「投資可能資金額」とは、「顧客が、商品先物取引の担保として預託する取引証拠金等…の性質を十分に理解した上で、損失を被っても生活に支障のない範囲で取引証拠金等として差入れ可能な資金総額」をいい、既に取引から損失（評価損を含む）と委託手数料が生じている場合には、これらを控除した額をいう。参照、経済産業省＝農林水産省・前掲注(17)「旧ガイドライン」A.2。

取引を継続するために追証拠金等を預託することにより取引証拠金等の金額が投資可能資金額を超えることとなる場合に顧客に対し追証拠金等を支払って取引を継続するよう勧める行為を適合性原則に照らし原則として不適当と認められる勧誘とし²²⁾、かかる勧誘が適合性原則に照らし不適当と認められないための例外の要件を定めていた。それは、顧客が新たに申告した投資可能資金額が損失をしても生活に支障のない範囲で設定されていること及び新たな投資可能資金額の裏付けとなる資産を有していることの双方を満たすこと（例外の第一要件）、並びに、顧客本人の自書により、自らが適合性原則に照らして原則として不適当と認められる勧誘の対象者であることを理解しているとともに、例外の第一要件を自らが満たすことについて確認している旨の書面による申告があること（例外の第二要件）である²³⁾。

これによると、増額前の投資可能資金額を超える取引証拠金等を必要とする新規建玉や既存建玉の継続の勧誘・推奨にあたるが、顧客が投資可能資金額を増額し、増額後の投資可能資金額との関係では、それを越える取引証拠金等を必要とする新規建玉や既存建玉の継続の勧誘・推奨にあたらない場合に、かかる取引の勧誘が例外的に許容される。ただし、投資可能資金額の増額については、増額後の投資可能資金額が損失をしても生活に支障のない範囲で設定されており、かつ、増額後の投資可能資金額の裏付けとなる資産を顧客が有していることを要し、また、勧誘・推奨されようとしている新規建玉や既存建玉の継続が、増額前の投資可能資金額を超える取引証拠金等を必要とするという意味で、増額前の投資可能資金額との関係では不適当であることを顧客が理解していることを要する。

ただ、現行の指針は、この旧ガイドラインの規定を踏襲しておらず、指針がどのような例外の要件を念頭に置いているのかは明らかではない。

以上が取引勧誘規制の内容である。次に、不招請勧誘規制をみよう。

(3) 不招請勧誘規制：取引開始勧誘規制及び熟慮期間規制

前述の通り、法214条9号及び法施行令30条は、国内外の商品市場における損失限定取引を除き、先物取引の不招請勧誘を個人顧客に行うことを原則として禁止する。その上で、例外的に不招請勧誘が許容されるための要件を法施行規則102条の2が規定し、その規定内容は監督省による「Q & A」により具体化されている。

以下で見るように、不招請勧誘規制は、一定の顧客には不招請勧誘をして取引を行わせなくてはならないとする規制と、不招請勧誘をして取引を行わせること自体は許される顧客に対してであっても、一定の勧誘及び受託を行ってはならないとする規制によって構成されている。まず、前者の内容を確認しよう。

法施行規則102条の2は、不招請勧誘が許容される顧客を、当該業者と継続的取引関係にある顧客（1号）、他社取引顧客（2号）、その他一定の要件を満たす顧客（3号。以下、これに該当する勧誘を「3号不招請勧誘」とする）。3号不招請勧誘に該当する

22) そこで、規制の文言が、今日の指針と旧ガイドラインとは異なる。指針の規制は旧ガイドラインの規制と完全に一致するのか、それとも、旧ガイドラインの規制する行為は今日の指針の規制する行為の一例であってそれだけに限定されないのかは、明らかでない。

23) 経済産業省＝農林水産省・前掲注(17)「旧ガイドライン」A.3(2)。

要件は、法施行規則102条の2第3号イ、ロ、ハを全て満たすことである。まず、「イ」は、「当該勧誘に先立って、当該商品先物取引業者がその勧誘を受ける意思の有無を確認する際、当該顧客に対し、当該顧客が次に掲げる全ての条件に該当する者でなければ当該商品取引契約を締結できない旨を説明し、かつ、当該説明を受けたことを当該顧客が証する書面を当該説明の日から十年間保存すること」を求めている。「全ての条件に該当する者」とは、①65歳未満であること(1)、②主として年金等により生計を維持している者として主務大臣が定める者でないこと(2)、③年収800万円以上か保有金融資産2,000万円以上であって契約締結前交付書面の内容を適切に理解していることが確認できる者であるか、一定の資格保有者であること(3)である（以下、これらの条件を満たす者を「不招請勧誘適合者」とし、これらの条件を満たさない者を「不招請勧誘不適合者」とする）。そして、「ロ」は、顧客が不招請勧誘適合者であることを指定書面により確認をし、当該書面を当該確認の日から10年保存すること求めている。さらに、「ハ」は、当該商品取引契約の内容に一定の事項を含めることを求める。その中には、「イ、ロ…の規定に反し、又はロ(1)から(3)までに掲げる書面の記載が事実と異なることを知りながら、当該商品先物取引契約を締結し取引を行ったとき」は、「当該商品先物取引業者が当該取引を自己の計算においてしたものみなす」とすることが含まれている。本稿ではこれを「みなし規定」とする。この「みなし規定」は各商品取引所が定める受託契約準則²⁴⁾に組み込まれている。例えば、東京商品取引所受託契約準則²⁵⁾は、56条4号アによりこれを契約内容に組み込んでいる。

この規定を要約すると、①不招請勧誘適合者でなければ契約を締結できないことを顧客に説明し、説明を受けたことを当該顧客が証する書面を当該説明の日から10年保存すること、及び②顧客が不招請勧誘適合者であることを指定書面で確認し、当該書面を10年保存することを業者に要求し、③「①の説明等や②の確認等」を業者が怠り、又は、「業者が②の指定書面の記載が事実と異なることを知りながら」顧客と商品先物取引契約をして顧客が取引を行ったときには、当該顧客の取引は、業者が自己の計算においてしたものみなす旨を契約内容に加えることを業者に要求している。これにより、業者は、不招請勧誘適合者であることを指定書面（記載内容が事実と異なることを業者が認識した書面を除く）で確認できた者を除いて、不招請勧誘をして取引を行わせることを規制されている。また、業者が規制に反したときの「みなし規定」を契約内容とすることも要求されており、受託契約準則にこれが組み込まれる形で規制違反に私法効が備えられている。次に、3号不招請勧誘をして取引をさせる場合の勧誘及び受託規制をみよう。

不招請勧誘適合者を勧誘し、契約を締結した場合につき、法施行規則は、契約締結後14日が経過するまでの期間にかかる規制を設けている。この規制は、熟慮期間と呼ばれ²⁶⁾、次のようなものである。法施行規則102条の2第3号ハ(1)は、3号不招請勧誘が許容されるための要件の一つとして、次の二点も当該商品先物取引契約の内容に含めることを求め

24) 法216条は、「商品先物取引業者は、商品市場における取引等の受託については、商品取引所の定める受託契約準則によらなければならない」と規定する。

25) 全文は、日本取引所グループHP<https://jpx-gr.info/rule/tosho_regu_201305070067001.html>において閲覧可能である。

26) 農林水産省＝経済産業省・前掲注(12)「Q & A」Ⅱ Q17。

ている。第一に、当該業者は当該商品取引契約を締結した日から14日以内に、商品取引契約の締結の勧誘を行うこと及び顧客から取引の委託の指示を受けることはできないこと、第二に、これに反した場合、顧客が行った取引は業者が自己の計算においてしたものとなすことである²⁷⁾。これを受け、例えば、東京取引所受託契約準則は、56条4号イによりこれを契約内容に組み込んでおり、私法効が備わっている。この熟慮期間規制は、勧誘と顧客注文の受託の双方を禁止する。そこで、勧誘規制の性質のみならず受託規制の性質も有する。ただし、不招請勧誘による顧客のみを対象とするため、完全な受託規制ではない。

次に、熟慮期間経過後、つまり最初の取引が許容された後についての規制をみよう。

(4) 不招請勧誘規制：過剰取引の勧誘及び受託規制

熟慮期間が経過し、最初の取引が許容される顧客について、不招請勧誘規制は、契約締結後最初の取引が行われた日から90日を経過するまでの期間にかかる規制と、契約締結の日から一年の期間にかかる規制を置く。これらの規制内容を順に確認しよう。

指針は、3号不招請勧誘による新規受託者²⁸⁾に対して、最初の取引を行う日から最低90日を経過する日までの期間（習熟期間と呼ばれる²⁹⁾）について過剰取引勧誘規制を設けている。それは、「取引証拠金等の額が投資上限額…の3分の1の額に達することとなる取引の勧誘」の規制であり、指針は、かかる勧誘を適合性原則に照らして不相当と認められる勧誘とする³⁰⁾。この具体的内容をみよう。

指針のいう「投資上限額」とは、法施行規則102条の2第3項ハ(2)2によると、顧客が申告した年収及び保有金融資産額の合計額の三分の一を上限に業者が設定する額である。他方、取引勧誘規制の過剰取引勧誘規制における「投資可能資金額」は、損失（手数料等を含む）を被っても生活に支障のない範囲で顧客が定めるものであり、顧客の主観的な額である。では、「投資可能資金額」と「投資上限額」はいかなる関係にあるのか。Q & Aは、両者の関係につき「顧客が申告した投資可能資金額が（年収＋金融資産）の1/3以上である場合には商品先物取引業者は（年収＋金融資産）の1/3を投資上限額として設定し、投資可能資金額が（年収＋金融資産）の1/3未満である場合には商品先物取引業者は投資可能資金額を投資上限額として設定することになります」と説明している³¹⁾。そこで、「年収＋金融資産の三分の一」とは、投資上限額の絶対的上限を意味しており、これを超える投資可能資金額を顧客が設定しても、その額と同額の投資上限額を業者が設定することは許されず、投資上限額の絶対的上限をもって投資上限額と設定すべきことになり、

27) 農林水産省＝経済産業省「パブリックコメントに寄せられた御意見の概要及び御意見に対する考え方」（2015年1月）21によれば、「熟慮期間の趣旨は、顧客が取引を行うか否かを改めて判断するための期間を十分に設けることである」とされている。全文は、E-GOV<<https://public-comment.e-gov.go.jp/pcm/download?seqNo=0000123063>>において閲覧可能である。

28) 直近の3年以内に延べ90日間以上にわたり、損失限定取引以外の商品デリバティブ取引を行った者につき、指針はこの規制の適用から除外している。そこで本稿では、「新規委託者」という用語をこの規制の適用を受ける者という意味で用いる。

29) 農林水産省＝経済産業省・前掲注(12)「Q & A」II Q25。

30) 農林水産省＝経済産業省・前掲注(11)「指針」II-4-2(4)②イ。

31) 農林水産省＝経済産業省・前掲注(12)「Q & A」II Q19。

また、投資上限額における絶対的上限額を下回る投資可能資金額を顧客が設定した場合は、投資上限額は当該投資可能資金額と同額に設定されなければならないという関係にある。そこで指針は、「投資可能資金額s.t. max投資上限額の絶対的上限」の三分の一に達することとなる取引の勧誘を習熟期間内になすことを、適合性原則に照らして不適当と認められるとして規制している³²⁾。次に、契約締結の日から1年以内の期間かかる規制を見よう。

法施行規則102条の2第3号ハ(2)及び(3)は、3号不招請勧誘が許容されるための要件の一つとして、次の二点も当該商品先物取引契約の内容に含めることを求めている。第一に、「当該商品取引契約締結の日から一年以内にあつては、投資上限額を超えて取引証拠金等を受領することはできず、かつ、取引証拠金等の額が投資上限額に達した場合には、決済を完了しなければならないこと」、第二に、これに反し「投資上限額を超えて取引証拠金等を受領し、又は決済を完了せずに取引を行ったとき」は、顧客が行った取引は、業者が自己の計算で当該取引を行ったものとみなすことの二点である。これら二点は、例えば東京商品取引所受託契約準則では、56条4項により契約内容に組み込まれており、私法効を備えている。この規制の内容を確認しよう。

法施行規則102条の2第Ⅲ号ハ(2)にいう「投資上限額を超えて」及び「投資上限額に達した」の具体的意味につき、Q & Aは、「取引証拠金等が投資上限額に達したか否かを具体的に計算する際には、受託契約準則に定める方法に従ってください。考え方としては、①証拠金のための入金額と②値洗損益通算額が損の場合、その損を埋めるために必要な入金額の累計に③手数料などを含めたものが、投資上限額に達したか否かを確認するというもの」と説明している³³⁾。そこで、受託契約準則をみるに、例えば、東京商品取引所受託契約準則56条4項は、要するに、「委託者証拠金－(値洗損益金通算額が負である場合その負の値洗い損益金通算額)」>「投資可能額(＝投資上限額－委託手数料合計額＋売買差損金の合計額s.t. max投資上限額)」となる取引の委託を受けてはならず、かつ、値洗い損益通算額を計算する時点において、「委託者証拠金－(値洗損益金通算額が負である場合その負の値洗い損益金通算額)」≥「投資可能額(＝投資上限額－委託手数料合計額＋売買差損金の合計額s.t. max投資上限額)」となった場合、委託を受けた取引の全部につき転売又は買戻しにより速やかに処分するものとするを規定する。

次に、「みなし規定」が発動された場合の効果をみよう。Q & Aは、投資上限額を超えた部分だけが業者が自己の計算においてしたものとみなされるのではなく、当該契約に基づく取引の全体について商品先物取引業者の計算となり、この場合には、決済によって生じた損益を全て業者に帰属させることとなり、かつ、顧客から徴収した手数料や消費税については顧客に返還する必要があるとする³⁴⁾。

32) なお、旧ガイドラインでは、習熟期間規制に反する勧誘を、「適合性原則に照らして、原則として不適当と認められる勧誘」と位置づけ、「顧客本人が上記の一定取引量を超える取引を希望する場合にあって、商品先物取引に習熟していると認められる場合に限り、当該期間における当該一定取引量を超える取引に係る勧誘は、直ちに適合性原則に照らして不適当と認められる勧誘にはならない」としていた。この規制は、不招請勧誘だけでなく、勧誘全般に妥当するものであった。参照、経済産業省＝農林水産省・前掲注(17)「旧ガイドライン」A.5。

33) 農林水産省＝経済産業省・前掲注(12)「Q & A」Ⅱ Q21。

34) 農林水産省＝経済産業省・前掲注(12)「Q & A」Ⅱ Q24及びⅡ Q26。

以上が、3号不招請勧誘による契約締結時から1年以内の期間にかかる規制である。これは、投資上限額を超える取引証拠金等を受領することと、取引証拠金等が投資上限額に達した場合に取引を決了しないことを規制するため、勧誘規制と受託規制双方の性質を有する。ただし、不招請勧誘による顧客のみを対象とすることから、完全な受託規制ではない。

以上が、業法上の先物取引における取引勧誘規制と不招請勧誘規制の内容である。では、これらの規制は、業者にいかなる水準の義務を課すものなのか。次にこの点を把握しよう。

4. 業法上の適合性原則の義務水準

(1) 業法上の適合性原則の義務水準を規律する二種類の顧客属性

これまでみた業法上の規制のうち、不招請勧誘にかかる熟慮期間規制を除く規制は全て、規制違反の有無、すなわち、勧誘又は受託の「不適合性」及び「過剰性」の有無が、顧客属性によって左右される。この規制違反の有無を決する顧客属性として、二種類の時として異なり得る顧客属性が存する。それは、「顧客が申告した属性」と、「真の顧客属性」である。両者は一致する場合もあるが、常に一致するとは限らない。なぜなら、顧客が虚偽申告を行うなど、真の顧客属性と一致しない申告がなされ得るためである。

顧客が申告した属性と真の顧客属性とが一致する場合、当然、規制違反の有無は顧客が申告した（業者が認識した）真の顧客属性に照らして判断される。では、顧客が申告した属性と真の顧客属性とが一致しないとき、規制違反の有無はいずれの顧客属性に照らして判断されるのだろうか。これにより規制の義務水準が規律される。以下では、顧客が申告した属性と真の顧客属性の不一致を業者が認識している場合、認識していない場合、の順に、この点を検討しよう。

(2) 顧客が申告した属性と真の顧客属性の不一致を業者が認識している場合

顧客が申告した属性と真の顧客属性との不一致を業者が認識している場合があり得る。典型的には、業者が規制潜脱のため虚偽申告を行うように顧客を誘導し、顧客が虚偽申告を行った場合である。このような場合、適合性原則違反の有無は、顧客が申告した属性に照らして判断されるのではなく、業者が認識する（又は認識すべきであった）真の顧客属性に照らして判断されるべきである。さもなくば、業者に虚偽申告を誘導する強いインセンティブを与え、顧客に虚偽申告をさせることに成功しさえすれば、適合性原則による規制がほぼ無力化するためである。

この点につき、Q & Aは、「商品先物取引業者の誘導により、上記書面において、事実と異なる内容が申告され、当該書面を用いて条件の確認をした場合は、規則に定める確認が行われたものとは認められません。したがって、この場合に、商品先物取引業者が商品取引契約を締結した場合には、法令違反として行政処分の対象となるほか、契約の規定により当該取引は商品先物取引業者の計算においてしたものとみなされます」としている³⁵⁾。

35) 農林水産省＝経済産業省・前掲注(12)「Q & A」II Q 7。

また、業者が虚偽申告を誘導したわけではないが、虚偽申告であることを認識していた場合についても、「事実と異なる内容が申告されていることを知りながら、商品先物取引業者が商品取引契約を締結した場合には、法令違反として行政処分の対象となるほか、契約の規定により当該取引は商品先物取引業者の計算においてしたものとみなされます」としている³⁶⁾。このように、監督省は、顧客が申告した属性と真の顧客属性の不一致を業者が認識している場合、業法上の適合性原則違反の有無は、（業者が認識し又は認識すべきであった）真の顧客属性を基礎として判断されると解している。

(3) 顧客が申告した属性と真の顧客属性の不一致を業者が認識していない場合

次に、顧客が申告した属性と真の顧客属性の不一致を業者が認識していない場合について検討しよう。顧客が申告した属性と真の顧客属性の不一致を業者が認識していない場合には、常に顧客が申告した顧客属性に照らして適合性原則違反の有無が判断されるとするならば、業法上、業者に顧客の申告の真正に関する注意義務は課されておらず、過失による適合性原則違反が成立することはない。

他方、顧客が申告した属性と真の顧客属性の不一致を業者が認識していなかったとしても、業者が不一致を認識すべきであったときは、業者が認識すべきであった真の顧客属性に照らして適合性原則違反の有無が判断されるとの解釈も成り立つ³⁷⁾。かように解するならば、業法において、顧客が申告した属性と真の顧客属性の不一致を認識すべき注意義務が業者に設定されており、過失による適合性原則違反が成立することとなる。そして、このように解する場合には、業者にはいかなる水準の注意義務が設定されているのかが重要な問題となる。この点につき、監督省はいかなる理解を示しているのかを確認しよう。

まず、Q & Aは、裁判例³⁸⁾を踏まえ、「顧客の年齢、職業、社会的地位などに照らして、自己申告の内容が実体と明らかに齟齬していると疑問をもつのが相当であるにもかかわらず、自己申告の内容の確認を怠って漫然と商品取引契約を締結した場合には、『顧客の申告が事実と異なることを知っていた』と評価されることもありえ、その場合には法令違反として行政処分の対象となるほか、契約の規定により当該取引が商品先物取引業者の計算においてしたものとみなされる」としている³⁹⁾。このことから、重大な過失に相当する注意義務違反が存する場合には、申告された顧客属性と真の顧客属性の不一致を業者が認識している場合に準じて扱われることがあり、その結果、適合性原則違反の有無は、業者が認識すべきであった真の顧客属性を基礎として判断されると監督省は解していると考えてよい。

36) 農林水産省＝経済産業省・前掲注(12)「Q & A」II Q 6。

37) 第Ⅲ章において論じるように、不適合性・過剰性の有無は常に真の顧客属性に照らして判断されるが、顧客が申告した属性と真の顧客属性の不一致を業者が認識しなかったことに過失が認められないときには、無過失を理由に業法違反が否定されるという判断構造も考えられる。本稿は、私法上の適合性原則を主たる検討対象とするため、このことは第Ⅲ章で検討することとし、本章では、本文に記述する判断構造のみに即して業法の検討を進める。

38) 次章において検討する「福岡高判平成26年1月30日（等）」を指す。同判決は、業法上の適合性原則違反の有無が争点となったものではなく、私法上の適合性原則違反の有無等が争点となったものである。

39) 農林水産省＝経済産業省・前掲注(12)「Q & A」II Q 6。

次に、「過失」による適合性原則違反が成立する余地があるのか、あるとして、いかなる水準の注意義務を業者は負うと監督省は解しているのかをみよう。

まず、指針は、「顧客の属性及び取引実態を的確に把握し得る顧客管理体制を確立することが重要である」とし、勧誘に当たっての前提となる顧客の属性等の把握の方法として、「取引を勧誘する顧客について、その申告に基づき、…情報収集を行」うことを業者に求めている⁴⁰⁾。また、「情報に変更があればその都度更新し、…例えば、顧客の勤務先の異動等や必要に応じた属性の見直し」を行うことを業者に求めている。同様に、Q & Aも、「投資上限額は顧客の損失を生活に支障のない範囲に抑えることを目的として設定するものであり、顧客の年収・保有金融資産が減少した場合には、それを投資上限額に速やかに反映させることが必要です。そのため、顧客の年収・保有金融資産が減少した場合には速やかに連絡してもらうよう顧客に説明・要請するとともに、定期的に顧客の年収・保有金融資産を確認することが必要です」とする⁴¹⁾。このように、監督省は、業者には顧客属性を的確に把握すべき注意義務があり、その注意義務は顧客が申告をしたときにのみ課せられる一過性の義務ではなく、継続的義務であると解している。

次に、顧客による申告内容の真偽の確認の要否について、指針は、「顧客による投資可能資金額の自己申告の内容が、当該顧客の収入や資産等の属性に鑑みて過大でないことについて、書面等の形式的な審査を行うにとどまらず、当該自己申告の内容に実態との齟齬があるとの疑念が生じる場合には、例えば、管理部門等が当該自己申告の内容を当該顧客に対して確認し、その応答如何によっては、さらに、収入や資産の種類を質問したり、場合によってはその証明を求めるなど適切な方法による審査を行」うことを業者に求めている⁴²⁾。

また、Q & Aは、顧客が申告した書面に関して「客観的な根拠資料を徴収することは義務ではありませんが、裁判例上、『商品先物取引業者は、顧客の年齢、職業、社会的地位などに照らして、自己申告の内容が実体と齟齬しているのではないかと疑問をもつのが相当であるような場合には、自己申告の内容を確認し、その応答如何によっては、さらに、収入や資産の種類を質問したり、場合によってはその証明を求めるなどする注意義務が課せられる（福岡高判平成26年1月30日等）』ことに留意する必要があります。」とする⁴³⁾。

このように、監督省は過失による適合性原則違反が成立する余地を少なくとも否定しておらず、顧客が申告した属性と真の顧客属性の不一致を業者がすべきであった場合、業者が認識すべきであった真の顧客属性に照らして適合性原則違反の有無が判断される可能性を残していると理解できる。そして、かような可能性が残されている業者の注意義務は、顧客の申告時の一過性の義務でなく継続的義務であると解している。ただ、(特に、その違反が「みなし規定」の発動を基礎づける意味での) 注意義務の具体的水準は、指針やQ & Aからは明らかではない。

40) 農林水産省＝経済産業省・前掲注(11)「指針」Ⅱ-4-2(4)②イ。

41) 農林水産省～経済産業省・前掲注(12)「Q & A」Ⅱ Q 20。

42) 農林水産省＝経済産業省・前掲注(11)「指針」Ⅱ-4-2(4)②ロ。

43) 農林水産省・前掲注(12)「Q & A」Ⅱ Q 5。

5 小括

本章では、先物取引における業法上の適合性原則の内容を確認した。法及び法施行規則、そして監督省よる指針やQ & Aにより、先物取引における業法上の適合性原則は、勧誘規制と不招請勧誘規制に区分され、それぞれが、取引開始にかかる規制と、過剰取引にかかる規制を設けているという構造をとる。また、不招請勧誘規制は、取引開始にかかる規制と過剰取引にかかる規制の双方に勧誘規制だけでなく受託規制をも含んでいる。また、不招請勧誘規制の一部は、取引所受託契約準則に組み込まれる形で私法効が備わっている。

不招請勧誘規制の熟慮期間規制を除くこれらの規制は、ある勧誘又は受託の不適合性・過剰性（規制違反）の有無が、当該顧客の属性に照らして決せられる。この顧客属性には、顧客が申告した属性と、真の顧客属性とがあり、両者が一致しない場合がある。そこで、いずれの顧客属性に照らして規制違反の有無の判断されるのかが問題となる。

この点につき、監督省は次のように解している。まず、業者が不一致を認識していた場合、規制違反の有無は真の顧客属性に照らして判断される。次に、業者が不一致を認識していなかった場合であっても、業者が重大な過失によって不一致を認識しなかったときは、業者が不一致を認識していた場合に準じて取り扱われることとなり、真の顧客属性に照らして規制違反の有無が判断される。また、業者には、顧客が申告した属性と真の顧客属性との不一致を認識すべき継続的注意義務が課せられており、業者が不一致認識すべきであったときは、業者が認識すべきであった真の顧客属性に照らして規制違反の有無が判断される可能性が残されている⁴⁴⁾。ただし、この継続的注意義務（特にその義務違反が「みなし規制」の発動を基礎づける可能性があるという意味での継続的注意義務）の具体的水準は明らかではない。

以上を踏まえ、次章では、先物取引における私法上の適合性原則違反の有無が争われた裁判例を検討し、私法上の適合性原則に基づく業者の義務の内容を抽出することとしよう。

II 下級審判例の検討

1 はじめに

前章において検討した先物取引に関する業法上の適合性原則は、業法上の規制及びそれを前提とする監督省の監督指針であり、受託契約準則の内容に組み込まれている規制を除いては、私法上の適合性原則を直接規律するものではない。私法上の適合性原則の内容は、不法行為法の解釈によって決せられる。ただ、業法等と不法行為法との関係につき、証券取引（金融商品取引）における適合性原則違反と不法行為法との関係を明らかにした平成17年判決が示すように、業法等の適合性原則に違反する業者態様は、不法行為法上の違法を基礎づけ得ることから、顧客の法益保護を（も）目的とする業法上の規制は、不法行為法と無関係ではない。

そこで、本章では、前章の検討を踏まえ、高裁において先物取引をめぐる適合性原則違反の有無が争われた近時の裁判例を概括し、下級審判例の大勢が示す先物取引をめぐる私

44) 前掲注(37)において論じたように、不適合性・過剰性の有無は常に真の顧客属性に照らして判断されるが、その結果、不適合性・過剰性が認められる場合でも、業者に過失が認められないときには業法違反は成立しないとの理解も成り立つ。

法上の適合性原則の法状況、特に義務内容と義務水準を抽出することを目的とする。なお、以下の分析においては、取引開始の勧誘の違法性を問題とする適合性原則を「取引開始にかかる適合性原則」とし、過剰取引勧誘の違法性を問題とする適合性原則を「取引開始後の適合性原則」として、後者のうち習熟期間に関する過剰取引勧誘の違法性を問題とする適合性原則を「習熟期間にかかる適合性原則」とする。また、過剰取引勧誘のうち、両建て、直し、途転等（「特定売買⁴⁵⁾」と呼ばれる）の勧誘の違法性を問題とする過当取引、指導助言義務違反、誠実公正義務違反等の争点を「過当取引等」と総称する。

2 下級審判例の検討

(1) 東京高判令和5年3月16日（Westlaw Japan文献番号：2022WLJPCA02188005）

【顧客属性】

顧客X1は、本件取引開始当時33歳の女性である。X1は中国の短期大学を卒業後、来日し、日本語学校・IT系の専門学校卒業を経て、不動産会社等でアルバイトを経験した後、友人とともに不動産賃貸、管理、売買等の事業を開始し、不動産の売買、賃貸、仲介、管理棟を目的とするA社を設立し、取締役としてA社の経営に携わっていた。

X1の課税証明書における給与総支給額は平成29年度が380万円、平成30年度が396万円であり、取引開始時に少なくとも約203万円の預金を有していた。また、X1は、取引開始の半年前に自宅マンションを約5,800万円で購入しており、4,630万円の住宅ローンを借り入れている。X1は先物取引をしたことがない。

顧客X2は、取引開始当時34歳の男性である。X2は中国の大学を卒業後、来日し、経済学部を卒業し、大学院修士課程を修了後、数社の会社勤務を経て、株式会社にてインバウンド事業の企画・立案部署の部長職に就いていた。

X2の確定申告書における平成30年中の収入は、給与収入が約1,003万円、貸マンション3戸による不動産所得が約200万円であり、口座開設時に少なくとも約1,360万円の預貯金を有していた⁴⁶⁾。X2は先物取引をしたことがない。

【顧客属性調査】

X1は、業者Yに対して、年収約1,000万円、現金及び預貯金額は約2,000万円、所有不動産はマンション約6,000万円、FXの投資経験があり、別の業者を通じて現在取引中で、取引期間は6カ月～1年、投資可能金額は1,000万円と申告した。

X2は、Yに対して、年収約1,000万円、現金及び預貯金額は8,000万円、所有不動産はマンション及び賃貸用不動産約20,000万円、投資可能資金額は4,000万円と申告した。

【損失発生の経緯と原審の判断】

〔X1について〕

X1は、Yの従業員（訴外）に損失限定取引の勧誘を受けたことをきっかけに、平成30年8月末に通常取引の勧誘をYに要請し、Yの従業員の勧誘を受け、Yに取引口座を開設

45) 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編・前掲注(9)126頁。

46) 原審の認定によると、この預貯金額のうち800万円は不動産投資目的で借り受けていたものであるという。

した。口座開設の約2か月半後、X1は100万円を入金して本件取引を開始し、当初は、金及び白金の取引を概ね主体的に行い、約6か月半の間に6度の買建てと仕切りを行い、55万円程度の利益を得た。この間、200万円の入金を二度行っている。

取引開始から約7か月後、X1はYの従業員の勧誘を受け、金の売建てを行ったところ、相場が上昇した。X1がYの従業員に相談したところ、同人は、両建ては保険のようなものでリスクを減らすことができると説明し異限月での両建てを勧誘し、X1はこれに応じた。

この後、約1か月の間にYの従業員の勧誘に応じ、買建ての仕切り（両建ての解消）と新規の買建て（両建てへの回帰）が繰り返され、両建ての規模縮小のため売建ての仕切りが3度行われた。この間、投資可能資金額を500万円から900万円に増額されている。

結局、X1は両建てが開始されてから約2か月後に本件取引を終了させ、本件取引により委託手数料約185万円を含め約480万円の損失を被った。

〔X2について〕

X2は、令和元年5月半ばに、X1とともにYの従業員と面談し、通常取引の勧誘を要請し、口座開設を行った（本判決は、X2がYの従業員の紹介をX1に依頼した可能性を否定できないとする）。

X2は、口座開設の数日後、500万円を入金し、Yの従業員の勧誘に応じる形で取引を始めた。その後、Yの従業員の勧誘により金の売建てを行い、その後、自らの判断で売建てを増やしたところ、金相場が上昇した。そこで、X2はYの従業員に相談したところ、同人は両建てにつきX1にしたのと同様の説明をして異限月での両建てを勧誘し、X2は両建てに応じた。その後、X2は約1か月の間に、Yの従業員の勧誘に応じ、X1と同様に、両建ての解消と両建てへの回帰を繰り返しつつ、両建ての規模を縮小させていった。

結局、X2は両建てが開始されてから約2か月後に本件取引を終了させ、本件取引により委託手数料約332万円を含め約946万円の損失を被った。

Xらは、Yの従業員には、不招請勧誘禁止違反、適合性原則違反、新規委託者保護義務違反、断定的判断の提供、説明義務違反、一任売買、過当な頻繁売買、無意味な特定売買、指導助言義務違反に該当する一連一体の違法勧誘があり、これによりXらが損害を被ったとして、民法709条又は715条1項に基づき、Yに対して損害賠償請求をなした。

原審⁴⁷⁾は、指導助言義務違反のみを認め⁴⁸⁾、Yの従業員が、両建てではなく損切りを指導助言していれば回避できていた損失から、取引継続による新規建玉により得た利益を

47) 東京地判令和4年2月18日（Westlaw Japan文献番号：2022WLJPCA02188005）。

48) 本稿の関心事と関連する争点についての原審の判断は、次のようなものである。

まず、適合性原則違反について、X1の申告内容や自ら勧誘を要請したことから適合性原則違反はないとした。X1はYの従業員が虚偽申告をさせたと主張しているが、原審はその主張を退けている。また、X2についても、X2の申告内容や自ら勧誘を要請したこと等から適合性原則違反はないとした。

次いで新規委託者保護義務につき、X1及びX2のいずれも取引開始から3か月間に、必要証拠金額が投資可能資金額の三分の一を超えていないことから、義務違反はないとする。XらはYの従業員が投資可能資金額を虚偽申告させたと主張しているが、原審は申告内容に照らして判断している。

また、過当取引等につき、Xらの取引には一定の主体性が認められること、Yの従業員は一時的に損失を固定し値動きの様子をみるために両建てを勧めたのであって手数料稼ぎのための勧誘とはいえないことなどから、違法性を否定している。

控除した額を損失額とし⁴⁹⁾、4割の過失相殺を行い、請求を一部認容した。この原審の判断に対して、XらとY双方が控訴。

【判旨】Xら側控訴一部認容

本判決は、説明義務違反、過当取引等及び指導助言義務違反のみを認め、その違法性は本件取引全体に及ぶとした上で、4割の過失相殺を行った。本稿の関心と関連する争点につき、本判決は次のように判断している。

まず、本判決は、Xらが本件取引の勧誘をYに要請したとして、不招請勧誘を否定する。次に、X1にかかる適合性原則違反につき、X1がFXの取引経験があり、年収が1,000万円、預貯金額2,000万円と申告していたこと等を重視し、適合性原則違反を否定している。また、X2についても、X2が保有現金及び預貯金額を8,000万円と申告したこと等を重視し、適合性原則違反を否定している⁵⁰⁾。

次に、X1にかかる新規委託者保護義務違反について、Yは内規により新規委託者につき取引開始から3か月間は投資可能資金額の三分の一の水準での取引とするとしていたところ、3か月の期間内に入金された額は100万円で、その範囲内で取引されていたことから内規違反はないとしている。また、X2についても、X2は投資可能資金額を4,000万円と申告したところ、X2の証拠金がその三分の一を超えることはなかったことから、内規違反を否定している。なお、Xらは、投資可能資金額の設定につきYの従業員の干渉があったと主張しているが、本判決はこれらを採用していない。

次いで、過当取引等及び指導助言義務違反につき、Yの従業員の勧誘により、売り建玉が維持される一方で買建てと決済が反復され、相当に頻繁な取引が行われているが、かような取引に合理性はなく、そのような取引の勧誘又は受託行為は違法であるとしている。

【検討】

本件では、Xらが申告した属性と、Xらの実情とが一致していない可能性があり、また、認定によるとY側が虚偽申告を誘導していない点に特色がある。

本件の争点は、取引開始にかかる適合性原則違反の有無、習熟期間にかかる適合性原則違反の有無、過当取引等の有無であり、本判決は過当取引等の違法のみを肯定し、その他の違反を否定する。その際、本判決は、不適合性及び過剰性の有無を、Xらが申告した属性に照らして判断している。

Xらは、申告内容は虚偽でありY側に虚偽申告を誘導された旨主張するが、本判決は、誘導を否定し、かつ、申告が真実である疑いをぬぐい去ることはできないとしてこれを退けている。申告内容が虚偽であることが立証されない限り、申告された顧客属性に照らして適合性原則違反の有無は判断されると解していると思われる⁵¹⁾。

49) X1について具体的にみるに、損切りをしていれば損失額は180万円であったが、両建てによる取引継続により、損失額は751万円と拡大し、他方で新規建玉により約248万円の利益を得たことから、751万円から248万円と180万円を控除した額が指導助言義務違反による損失額であるとしている。

50) Xらは、申告はY側に誘導された虚偽申告であるとの主張をしているが、本判決はXらの申告が真実であった「可能性を否定できない」、「疑いをぬぐい去ることはできない」として、主張を退けている。

51) X1が申告した年収と課税証明書上の給与総支給額とは大幅に乖離しているが、他方で、4,630万円の住宅ローンを借り入れていることからすると、課税証明書上の給与総支給額以外の収入があった可能性が残る。

(2) 名古屋高判令和元年12月20日（Westlaw Japan文献番号：2019WLJPCA12206024）

【顧客属性】

顧客Xは、本件取引当時52歳か53歳で、職業訓練学校を卒業後に入社し、試作車両の組立・組付作業に従事してきた。

Xは、本件取引の約3年前に、業者Yの従業員Y7から勧誘を受け、約1か月にわたり先物取引を行い約5万円の利益を得た（これを「第一取引」とする）。また、このころXは、別会社にてFXを約5年間行い、約3,445万円の損失を被った。

なお、後述する第二取引開始時のXの年収は900万円程度で、社内預金や株式等を2,000万円程度有しており、以前に10銘柄程度の株式取引の経験があった。

【顧客属性調査】

Xは、Yに対して、年収900万円、保有預貯金2,000万円、保有有価証券200万円、投資可能資金額900万円であり、取引経験として、株式の現物取引、FX、3年以上前にYにおいて3カ月未満の商品先物取引経験があると申告した。

【損失発生の経緯と原審の判断】

XはY7の勧誘を受け先物取引を再開することとし、平成19年8月末から約半年にわたって取引を行った（これを「第二取引」とする）。Xは、Yの従業員Y8の勧誘に応じ、第二取引を行ったが、その内容には、相場が上昇傾向の中で売り建玉を仕切らずに因果玉として放置したまま新たに売建て短期決済を繰り返し、また、両建となる買建てをして短期決済を繰り返すといったものや、異限月の両建てなどが含まれており、第二取引でXには委託手数料約195万円を含む約674万円の損失が生じた。

Xは、Y7及びY8には適合性原則違反、説明義務違反、実質的一任売買の禁止違反、無意味な反復取引等禁止違反、利益相反行為の違法があるとして債務不履行、不法行為及び使用者責任に基づきY7及びYに損害賠償請求をなした⁵²⁾。原審⁵³⁾はXの請求を全て退けたため⁵⁴⁾、Xが控訴。

【判旨】控訴一部認容

本判決は、第二取引に実質的一任取引禁止違反があり、また無意味な反復取引等禁止違反があることを認め、Y7、Y8及びYには不法行為及び使用者責任に基づく損害賠償義務があるとした上で、Xの過失割合を6割として過失相殺をなしている。本稿の関心事と関連する争点に対する本判決の判断は次の通りである。

52) その他、Xは、Yの管理部担当者Y1及びコンプライアンス室責任者Y2には受託業務管理規則違反等があるとし、また、被告業者の代表取締役及び代表取締役であったY3、Y4、Y5、Y6には内部統制システム構築義務違反があるとして、会社法429条1項及び会社法350条に基づき損害賠償を請求している。

53) 名古屋地判平成30年11月30日（Westlaw Japan文献番号：2018WLJPCA11306012）。

54) これらの争点のうち、適合性原則違反について、原審は、Xの年収や資産状況、投資経験や投資傾向、Xが第二取引開始前にFXを行っていたことから、Xが商品先物取引について適合性が欠けていたとは認めがたいとして違法性を否定した。

また、過当取引等につき、本件の取引内容が直ちに合理性を欠くとはいえず、またX自身の判断によって行われたものとして、違法性を否定した。

まず、適合性原則違反につき、本判決は、Xの年収及び資産状況、投資経験や投資意向、特にFXの経験とその規模を指摘し、適合性原則違反を否定している。

他方、過当取引等につき、因果玉となった売建玉を放置したまま売建ての短期売買を繰り返しつつ両建てとなる買建ての短期売買を行った銘柄などにつき、Y8の勧誘を違法と認定している。

【検討】

本件では、Xが申告した属性とXの真の顧客属性とが一致していると考えられる。また、本件で争点となった適合性原則は、取引開始にかかる適合性原則である。

本判決は、Xが申告した（真の）Xの属性に照らして、取引開始にかかる適合性原則違反の有無を判断して違反を否定し、他方、過当取引等の違法があるとしている。

(3) 名古屋高判令和元年11月22日（Westlaw Japan文献番号：2019WLJPCA11226001）

【顧客属性】

顧客Xは、本件取引当時39歳であり、大学卒業後に鍼灸師の資格を取得し、両親が経営する株式会社の専務取締役を務め、エステ店及び鍼灸・光線治療院の店長兼院長の職にあった。

Xの給与収入は平成20年度及び21年度ともに約627万円で、外貨普通預金、MRF・MMF、株式ミニ投資、株式累積投資、積立によるゴールド及びプラチナの定期購入などによって構成された約2,000万円の金融資産を保有していた。またXはFXの口座を開設したが、継続的にFXをしたことはない。

【顧客属性調査】

Xは、業者Yに対して、年収を700万円以上、金融資産を2,000万円以上、不動産を5,000万円以上、商品先物取引経験を「無」、為替取引経験を「有」、株式現物取引経験を「取引中」、株式信用取引経験を「無」、投資可能資金額を500万円と申告し、取引目的を「元本以上の損失を被る可能性もあるが、ハイリスク・ハイリターンの取引を行うため」と申告した。

【損失発生の経緯と原審の判断】

Xは、平成20年1月にYの従業員Y1の勧誘を受け、本件取引を開始し、当初金及び白金の取引を行っていたが、同取引には途転や直し（日計りを含む）、両建てが多く含まれていた。その後、ガソリンの取引も始まり、ガソリンについても、両建て、日計りが含まれていた。その後、本件取引の対象は大豆及びコーンにも及ぶようになった。

Y1は、本件取引開始から約3か月半後、取引の枠を広げて増額しないと取引を継続できないと述べXに投資可能資金額の増額を勧め、Xはこれに従い、投資可能資金額を1,000万円に増額する旨の申告を被告業者に行った。その際、Xは他の金融機関に合計1,500万円の金融資産を有すると申告したが、これは、Y1の誘導による虚偽のものであった。以降、同様の経緯で、Xは投資可能資金額を1,700万円、2,200万円、2,500万円と順次増額した。

本件取引開始から約1年後、Xの通算差引入金額は約2,195万円となり、その後も、多種

多様な銘柄について、直し、両建て等を用いた頻繁な取引が繰り返され、約7年半の本件取引によって、Xは約3,553万円の損失を被った。

この間、新たにXの担当となったYの従業員Y2は、Xに取引の枠を広げる必要があることから投資可能資金額を増額するよう勧め、Xは三度にわたり、2,700万円、3,000万円、4,000万円に順次増額した。その際申告された保有金融資産も虚偽であった。また、Xは、本件取引の資金を工面するため、複数の金融機関で合計708万円を借り入れたほか、後に入籍する者から多数回にわたって資金を工面してもらった。

Xは、Y1、Y2には適合性原則違反、説明義務違反、実質的一任売買の禁止違反、指導助言義務違反、誠実義務違反の違法があるとして、Y1らに対して不法行為に基づき、またYに対して使用者責任に基づき損害賠償を求め提訴した。原審⁵⁵⁾は、これら原告の主張を全て認め、7割の過失相殺を行い、Xの請求を一部認容した⁵⁶⁾。これに対して、双方が控訴。

【判旨】X側控訴一部認容

本判決は、実質的一任売買を除くXの主張を全て認め、6割の過失相殺を行い、Xの請求を一部認容した。本稿の関心事と関連する争点に対する本判決の判断は次の通りである。

本判決は、取引開始時の勧誘の適合性原則違反と、一回目の投資可能資金額増額後の勧誘の適合性原則違反を区別し次のような判断をしている。

まず、取引開始時の勧誘の適合性原則違反について、Xの給与収入は年額600万円を超えており、保有する金融資産は約2,000万円で、投機的取引を継続的に行っていたことはいかがわれないものの、数種類の金融商品取引によって資産運用をしていたこと等からすると、Xには商品先物取引の適合性があり、本件取引開始時のY1のXに対する商品先物取引の勧誘につき、適合性原則違反は認められないとした。

次に、投資可能資金額増額後の勧誘の適合性原則違反について、増額申出書の記載内容が虚偽であることをY1らは認識した上で、Xが保有すると申告した金融資産2,000万円を超える額に投資可能資金額が増額されたのであるから、1回目の投資可能資金額増額申出書をXがYに交付した日以降の取引を継続させた勧誘は、適合性原則違反の違法があるとした。

また、誠実公正義務違反等について、Xに虚偽申告をさせて投資可能資金額を増額させ、適合性原則に反して多種多様な銘柄につき頻回な取引が継続されたことから、本件取引の中には、Y1らがXの利益を犠牲にして多額の手数料収入を得る目的で勧誘した合理性や必要性のない取引が含まれていると推認でき、その勧誘は違法であるとした。

55) 名古屋地判平成31年4月12日（Westlaw Japan文献番号：2019WLJPCA04126008）。

56) これらのうち、適合性原則違反につき、原審は、度重なる増額変更により当初の投資可能資金額の五倍もの額に投資可能資金額を膨らませ多種多様な取引を勧誘、受託したこと、しかも、増額変更の際にYの従業員が虚偽申告をするように示唆したことなどを挙げ、適合性原則違反を認定した。

また、過当取引等につき、手数料稼ぎの目的で過大な取引を勧誘し多額の損失を被らせたとして違法性を肯定した。

【検討】

本件では、取引開始に際して、Xは実情に合致した属性を申告したものの、投資可能資金額を増額する際に、財産状態につき虚偽申告をし、かつ、この虚偽申告をY1らが誘導したという点に特色がある。

本判決は、適合性原則違反の有無を、取引開始当初と、当初申告された投資可能限度額が増額申請された後の取引とに区別して判断している。これは、取引開始にかかる適合性原則と、取引開始後の適合性原則とに対応する。本判決は、取引開始不適合性の有無につき、Xの申告した属性に照らして判断しているが、増額申請後の取引の過剰性については、Xが（虚偽）申告をした属性ではなく、当初Xが申告した属性に照らして判断している。そこで、本判決は、業者が虚偽申告をなすよう顧客を誘導した場合には、違法性の有無は、顧客が申告した属性ではなく、真の顧客属性に照らして判断されると解している。

(4) 名古屋高判令和元年8月22日（Westlaw Japan文献番号：2019WLJPCA08226004）**【顧客属性】**

顧客Xは、本件取引当時38歳であり、高等学校を卒業後、会社勤務を経てXの父が経営する会社に入社し、専務取締役を務めている。

Xの年収は500万円から550万円であり、預貯金約1,800万円、自社株100万円、積立保険等の資産を有していた。Xには、先物取引を含め投資経験がない。

【顧客属性調査】

Xは業者Yに対して、保有預貯金を1,000万円～1,500万円、保有金融資産（積立保険）を1,000万円～2,000万円、年収を500万円～700万円、所有不動産を土地及び家屋と申告し、投資可能資金額を1,750万円と申告した。

なお、この投資可能資金額は、Yの従業員Y3が、預貯金額の上限である1,500万円及び金融資産（積立保険）の上限である2,000万円を足した50%までがYの中で設定可能な投資可能資金額であるとXに説明し、Xがその通りに記載したものである。XはY3に対して、本件取引に500万円くらい投資する意向だと伝えていた。

【損失発生の経緯と原審の判断】

Xは、平成24年7月に損失限定取引の勧誘を受けたことをきっかけに、通常取引の勧誘をYに要請し、Y3の勧誘を受け本件取引を開始し、Y3の要請を受け約581万円を入金し、Y3の提案に従い金34枚を買建てた。その数日後、Y3の提案に従い、金34枚を売建て、両建てを開始した。その数日後、XはY3の要請を受け300万円を入金した。

本件取引開始から半月経過後、Yの従業員Y4はX宅を訪問し、取引によって約283万円の損失が生じていることをXに告げ、その挽回策として白金かとうもろこしの取引を勧めた。XはY4の要請に従い、約2か月半の間に合計約700万円を入金した。

本件取引開始から約4か月経過後、XはYの営業員Y5の要請に従い、100万円を入金した。Xが入金した合計額は約1,681万円であった。この入金の数日後、Xは本件取引を決済した。本件取引により、Xには手数料料約1,284万円を含め約1,543万円の損失が生じた。

Xは、Y3、Y4、Y5には、不招請勧誘、適合性原則違反、説明義務違反、新規委託者保護義務違反、実質的一任売買、過当取引等の違法があるとして、Y3らに対して不法行為

に基づき、またYに対して使用者責任に基づき損害賠償請求をなした⁵⁷⁾。

原審⁵⁸⁾は、適合性原則違反、説明義務違反、実質的一任売買の主張を退ける一方で、その他のXの主張を認め、4割の過失相殺を行い、Xの請求を一部認容した。これに対し、双方が控訴⁵⁹⁾。

【判旨】X側控訴一部認容⁶⁰⁾

本判決は、原判決を概ね引用する形で、以下のような判断を示した。

まず、本判決は、Xの勧誘要請を受ける前に通常取引の勧誘が行われたとは認められないとして、不招請勧誘を否定した。次いで、500万円程度の投資意向であったXに投資可能資金額を1,750万円とする取引開始を認めたことの適合性原則違反につき、Xには500万円から550万円程度の年収があり、約1,800万円の預貯金及び約100万円の株式のほか、積立保険を保有していたこと、Xにとって直近で必要となる資金は、結婚資金200万円程度であったことなどに照らすと、投資可能資金額を1,750万円と設定した本件取引が明らかに過大であるとまではいえないとして、本件取引開始時における適合性原則違反を否定した。

次いで、新規委託者保護義務違反につき、Xの当初の投資意向は500万円程度であったところ、取引開始から3カ月間で新規建玉を162件、建玉枚数は597枚に及んでおり多くの特定取引が含まれ、Xは約936万円の損失を被っていること等から、Xにとって明らかに過大な取引であり義務違反が認められ、不法行為法上も違法であるとした。

また、本判決は、過当取引等についても、Y3主導のもとで、新規委託者Xの投資意向と乖離した投資可能資金額が設定され、Y3らにより特定売買比率及び手数料化率がいずれも高額で大量かつ多額の取引が行われたものであり、Yによる手数料稼ぎの意図が推認されるとして、勧誘、受託行為は違法であるとした。

【検討】

本件では、Xが当初意図した取引の規模（投資可能資金額）は500万円程度であり、Y側もこのXの意向を認識していたところ、Y3の誘導によりXは投資可能資金額を1,750万円と設定し、かつ、1,500万円を超える損失が生じている点に特色がある。

本件では、取引開始にかかる適合性原則違反、習熟期間にかかる適合性原則違反、過当取引等が争点となっている。本判決は、1,750万円を投資可能資金額とする先物取引を開始させたこと自体に適合性原則違反は認められないとする。これは、Xの真の属性ではなく、Y3らに誘導して申告された属性に照らして取引開始にかかる適合性原則違反を否定したものとも解し得るが、おそらく、そうではない。Xに対して、先物取引を開始させる

57) 本件ではこのほかに、Yの代表取締役Y1及びY2に対して、法令順守、内部統制システムを適切に整備、運営することを怠り、業務の執行又はその管理を重過失により懈怠したとして会社法429条1項に基づく損害賠償請求がなされているが、この点は省略する。

58) 名古屋地判平成30年11月8日（Westlaw Japan文献番号：2018WLJPCA11086001）。

59) 原審の判断は、控訴審の判断とほぼ共通するため、省略する。

60) 本判決が原審の判断を変更した点は、不法行為と相当因果関係のある弁護士費用の認定（原判決が92万6,388円としたのに対して、本判決は92万円とする）のみである。

勧誘を行うことに不適合性が存するかを問題とし、不適合性を否定したものと考えられる（取引開始にかかる適合性原則違反の否定）。実際、本判決は、続く習熟期間にかかる過剰性の有無を、Y3に誘導されてXが申告した投資可能資金額ではなく、Xの真の意向（投資可能資金額）に照らして判断し過剰性を肯定している。これは、過当取引等の判断においても同様である。そこで本判決は、顧客の真の意向と合致しない申告をなすよう業者側が誘導した場合、違法性の有無は、顧客が申告した属性に照らしてではなく真の顧客属性に照らして判断されると解している。

(5) 東京高判平成29年9月27日（Westlaw Japan文献番号：2017WLJPCA09276022）

【顧客属性】

顧客Xは、本件取引時48歳であり、高校卒業後、職を転々とし、平成12年に不動産業を営む会社に入社し、平成21年に同社（従業員数名程度）の代表取締役役に就任した。

Xの課税証明書上の平成24年分給与収入は155万円、平成25年分は156万円であったが、これがXの全収入であるのかは明らかではない。Xは、本件取引までに、金融機関からの借入を原資とする約270万円の白金地金現物取引の経験はあったが、その他の投資取引の経験はなかった。

【顧客属性調査】

Xは、業者Y2に対して、年収1,000万円以上、保有純資産7,000万円、そのうち金融資産3,000万円、投資可能資金額2,000万円と申告した。

【損失発生の経緯と原審の判断】

Xは、本件取引を業者Y2の仲介・勧誘により業者Y1に委託して行った。その経緯は次の通りである。

Xは、Y2の従業員（訴外）の勧誘を受け白金地金現物取引を行ったことをきっかけに、平成25年6月、XはY2に通常取引の勧誘を要請して本件取引を開始し、Y2の従業員の勧誘により直し、途転、両建てが頻繁に繰り返された。Xが本件取引に投入したのは約1,000万円であり、66万円を除き借入れによる。本件取引によりXに約642万円の損失が生じた。

Xは、Y1及びY2の従業員には、不招請勧誘、適合性原則違反、説明義務違反、断定的判断の提供、新規委託者保護義務違反、実質的一任売買、両建ての勧誘、転がし、無意味な反復売買といった違法行為があるとして、使用者責任及び共同不法行為等に基づき、Y1及びY2に損害賠償請求をなした。

原審⁶¹⁾は、Y1及びY2の従業員が適切な助言・指導をせず不合理な取引をさせたことを違法とし、2割の過失相殺を行い、Xの請求を一部認容した⁶²⁾。これに対して双方が控訴。

61) 東京地判平成29年1月30日（Westlaw Japan文献番号：2017WLJPCA01308005）。

62) 原審の判断は、控訴審の判断と重なることから、省略する。

【判旨】控訴棄却

本判決は、原判決を概ね引用する形で、双方の控訴を棄却した。本稿の関心事と重なる争点に対する本判決の判断は以下の通りである。

まず、本判決は、勧誘を要請していないXに勧誘がなされたとは認められないとして不招請勧誘を否定し、また、適合性原則違反につき、Yらの従業員がXの全収入を知らずながら本件取引の勧誘をしたり、Xに借入による取引を勧誘したとすると、適合性原則に反するが、Xの実際の全収入が課税証明書上の収入と合致するのか疑問があること、Xは、年収1,000万円以上、資産7,000万円以上、そのうち金融資産3,000万円以上、投資可能資金額2,000万円とYらに申告しており、この申告はYらの従業員の指示により行われたとは認められず、Yらの従業員がこの申告内容が虚偽であることを知っていたとも認められないこと、Xの年齢及び職業に照らせば、Xの申告内容が実体と齟齬することを疑うべき理由があったとまでは認められず、Yらの従業員にXの申告内容を調査すべき義務があったとはいえないことなどから、「本件従業員から見て、Xが本件取引を自己責任で行う適性それ自体を欠く者である」とまでいうことはできない」として適合性原則違反を否定した。

また、新規委託者保護義務違反についても、Xの申告内容が虚偽であることをYらの従業員が知っていたとは認められないことから、義務違反は認められないとした。

これに対して、本判決は、指導助言義務違反につき、本件取引は客観的にみて経済的に不合理な取引であり、その合理性の立証はなされていないとし、本件取引につきYらの従業員には、先物取引の経験がないXに両建てを勧め適切な助言・指導等をせず、不合理な取引を継続させた注意義務違反があり、違法性が認められるとした。

【検討】

本件は、Xの課税証明書上の財産状態と、Xが申告した財産状態とが一致しておらず⁶³⁾、また、投資資金が借入金であり、Xは、先物取引を行うことにつき適合性を有しないと考えられるが、かかるXの真の属性とXの申告した属性の不一致をY側は認識していなかったことに特色がある。

本件では、取引開始にかかる適合性原則違反、習熟期間にかかる適合性原則違反、過当取引等が争点となっている。本判決は過当取引等を認定する一方、取引開始の勧誘不適合性と習熟期間にかかる勧誘の過剰性を否定するが、Xの申告した属性に照らしてこれらの判断をしている。その際、Yらの従業員が虚偽申告を行かせたとは認められず、Yらの従業員が虚偽申告であると知っていたとも認められないこと、Xの年齢及び職業に照らし、申告内容を疑うべき理由があったといえず、Yらの従業員に調査義務違反も認められないことから、Yらの従業員から見て、Xにとって不適合又は過剰であったとはいえないとする。

そこで、本判決は、顧客の虚偽申告を業者が認識すべきであったといえないときは、不適合性ないし過剰性の有無は顧客の申告した属性（Y側からみたXの属性）に照らして判断されるが、顧客の虚偽申告を業者が認識すべきであったときは、業者が認識すべきで

63) 本判決は、Xの真の財産状態がどのようなものであったか認定をしていない。Xの全収入が課税証明書上の給与収入程度であったということには疑問があるとされている。

あった顧客属性に照らして判断されると解していると考えられる。

また、本判決は、48歳の代表取締役の地位にある者の申告として、年収1,000万円以上、保有純資産7,000万円、そのうち金融資産3,000万円、投資可能資金額2,000万円という内容には、真の顧客属性との不一致を疑うべき事情はないとの判断を示している。

(6) 東京高判平成27年10月21日（Westlaw Japan文献番号：2015WLJPCA10216002）

【顧客属性】

顧客Xは、本件取引当時49歳で、大学を卒業後、複数の会社に勤務した後、本件取引の途中から市役所に勤務していた。

Xは、本件取引開始当時の年収は900万円程度で、約800万円の預貯金を有し、業者Yを通じて購入した約2,320万円分の金地金を保有していた。

本件取引が開始される約2か月前から、XはYの従業員の勧誘を受け損失限定取引を行った。その取引内容は、証拠金140万円を預託して、金2枚を売建てただけで、この売建玉は、本件取引開始直前に決済され、Xは約103万円の利益を得た。この損失限定取引及び金現物取引のほかにXに投資経験はない。

【顧客属性調査】

Xは、損失限定取引開始にあたって、Yに対して、株現物取引と投資信託取引の経験があること、また、年収が約900万円程度で、資産として約800万円の預貯金とYから購入した約2,320万円分の金地金を保有していたことから、投資可能資金額を3,000万円と申告した。このうち、投資経験は、Xが妻の投資経験を自分の経験として記載したものである。

【損失発生の経緯と原審の判断】

XはYの従業員（訴外）から損失限定取引の勧誘を受け、同取引を開始した後、Yの従業員から、通常取引の勧誘要請の定型書式を示され、これに従い勧誘招請の申出書を作成しYに交付した。平成25年1月、Xは、Yの従業員の勧誘に応じ、損失限定取引で得た利益に余剰金200万円を加えた合計300万円を証拠金として金10枚の買建てを行い、本件取引を開始した。その後、XはYの従業員の勧誘に応じ両建ての同時仕切りを繰り返すなどして、取引開始から3か月間に、取引回数222回、合計取引枚数1,097枚、新規建玉の総取引高92億円超の規模で取引を行った。本権取引開始から3か月が経過した直後、金の価格が急落し、Xは3日間にわたり合計1,300万円の追証をYに支払った。Xは保有する金地金を処分し、追証を工面していたが、次第に資金の余裕がなくなり、金融機関や親族から借り入れるようになっていった。Yの従業員は、損失を挽回するために投資可能資金額を増額することをXに勧め、Xは投資可能資金額を4,000万円に増額した。

本件取引は約8か月間続き、XはYの従業員の勧誘に応じて564回の取引を行った結果、約4,020万円の損失を被ったほか、本件取引開始から約2か月半後から市役所に勤務するようになったが、心療内科への通院を始めるなど体調不良となり退職するに至った。

Xは、Yの従業員には不招請勧誘、説明義務違反、新規委託者保護義務違反、適合性原則違反、一任売買、無意味な特定売買などの違法があるとして、Yに使用者責任に基づき損害賠償請求をなした。

原審⁶⁴⁾は、Xの主張を全て受け入れ、Xの請求を全部認容した（過失相殺なし）⁶⁵⁾。これに対してYが控訴。

【判旨】控訴棄却

本判決は、Yの控訴を全て棄却し、原判決を維持した（過失相殺なし）。本判決は、まず、Xの勧誘招請の申告書は、Yの従業員が持参した申出書の定型書式を見せながらXが作成したものであることを指摘し、不招請勧誘の違法を認定した原判決を維持した。

また、本件取引開始後3か月間に222回もの取引がされ、新規建玉の総取引高が92億円を超えていること、両建ての同時仕切りが繰り返されたことを指摘し、本件取引が、投資経験がほとんどないXの意思に基づいて積極的に行われたものであるとは認められないとして新規委託者保護義務違反や適合性原則違反等の違法があるとした原判決を維持した。

【検討】

本件では、Xが保有金融資産のほぼ全額を投資可能資金額としており、また、その後、Y側の推奨によりさらに投資可能資金額を増額させているという点に特徴がある。

本件では、習熟期間にかかる適合性原則違反の次に適合性原則違反が主張されていることから、これは取引開始後の過剰取引勧誘の違法性を問題とする適合性原則であると理解できる。

本判決は、勧誘要請するよう業者が顧客を強く誘導した場合、不招請勧誘は否定されないとする。また、本判決は、習熟期間にかかる勧誘の過剰性や、習熟期間経過後の勧誘の過剰性、過当取引等の有無を判断する上で基礎となるXの属性を明確に示していない。理論的には、客観的に適正な投資可能資金額を基礎とするか、Xが当初申告した投資可能資金額を基礎とするか、Xが（Y側に誘導され）増額した後の投資可能資金額を基礎とするかが問われるはずであるが、本判決はこれを問題としていない。いずれを基礎とするにせよ、本件における勧誘の過剰性や過当取引等が存することは明らかであることによるものと思われる。

(7) 東京高判平成27年9月9日（Westlaw Japan文献番号：2015WLJPCA09096009）

【顧客属性】

顧客Xは本件取引開始時61歳であり、定年退職後に再雇用され年収約450万円～410万円の基本給を得ていた。Xは預貯金約70万円、金と白金の現物200万円相当及び株式2,000万円～3,000万円相当を有しており、本件業者Yと同業他社に105万円を預託していた。

Xは長年株式取引を継続してきたほか、本件取引開始の約2か月前に別業者において先物取引を開始し、15枚以下の規模で3度の建玉を行った。

64) 東京地判平成27年5月28日（Westlaw Japan文献番号：2015WLJPCA05288003）。

65) 原審は、本件取引開始後3か月間に行われた取引の規模は、Xの意向に沿うものではなく、Xは先物取引についての十分な理解力や的確な判断力を有しないまま本件取引を始めたとして、Yの従業員による取引の提案は新規委託者保護に欠けているとし、また、本件取引の経緯及び経過を示し、本件取引は全体としてXの主張する違法があるとしている。

【顧客属性調査】

XはYに対し、預貯金70万円、保有株式2,000万円～3,000万円、年収500万円～700万円、不動産（マンション）所有、投資可能資金額1,000万円、初回投資予定金額100万円～300万円と申告した。

【損失発生の経緯と原審の判断】

XはYの従業員（訴外）の勧誘により、平成21年10月に105万円をYに預託し本件取引を開始した。その翌日、Yの従業員は株式の代用預託をXに勧誘し、Xは保有株式の約6割（時価約1,030万円）の移管をしYに預託した。本権取引開始から約20日後、Yの従業員は、約213万円の本件取引利益を原資として投資可能資金額を1,200万円に増額するようXに勧誘し、Xは増額申請を行った。本件取引はYの従業員の電話勧誘にXが応じるというものであり、投資可能資金額の増額前は、証拠金約330万円の規模で、増額後は証拠金約400万円の規模で推移した。

本件取引開始から約2か月後、Xに二度の追証が生じ、Xは約208万円と65万円を入金した。本件取引開始から約3か月後、三度目の追証が生じ、資金が尽きたXは本件取引を終了させた。本件取引によりXに約859万円の損失が生じた。

Xは、Yの従業員には、適合性原則違反、断定的判断の提供、説明義務違反、実質的一任売買、新規委託者保護義務違反、過当取引等の違法があるとして、Yに対し債務不履行ないし使用者責任に基づき損害賠償請求をなした。原審⁶⁶⁾は新規委託者保護義務違反を認めた上で5割の過失相殺を行いXの請求を一部認容した⁶⁷⁾。これに対しYが控訴。Xも付帯控訴。

【判旨】 控訴棄却・附帯控訴棄却

本判決は、原判決を概ね引用する形で原判決を維持した。本稿の関心事と重なる争点についての本判決の判断は次の通りである。

まず、本判決は適合性原則違反につき、Xの投資経験、年収、資産状況から適合性原則違反を否定する。

これに対し、新規委託者保護義務違反につき、Xは本件取引前に別業者で2か月弱の先物取引を行っているが、その期間及び取引規模からして未経験者と大差がないこと、Xは当初投資可能資金額を1,000万円と申告し、105万円を預託したに過ぎなかったが、Yの従業員は、保有株式の代用預託を勧誘し、Xは時価1,000万円強の株式を預託したこと、さらに本件取引開始の約1か月後には、取引利益200万円を原始とする投資可能資金額の増額をXに勧誘し、Xは1,200万円に増額したこと、本件取引の証拠金の規模は、投資可能資金額の増額前は約330万円、増額後は約400万円と、その時点の投資可能資金額の3分の1をこらうじて超えない規模で推移していること、約3か月にわたる本件取引の建玉は335枚に及ぶことを指摘し、本件取引はXにとって過当であるとして義務違反を認めている。

66) 東京地判平成27年2月16日（Westlaw Japan文献番号：2015WLJPCA02168005）。

67) 原審の判断は、控訴審の判断とほぼ重なるため省略する。

【検討】

本件では、株式の代用預託及び投資可能資金額の増額が行われていること、いずれも、業者側の勧誘によるものである点に特色がある。本件で争点となったのは、取引開始にかかる適合性原則と、習熟期間にかかる適合性原則である。

本判決は、Xの投資経験及び財産状態等からして、Xは取引開始適合性を有するとする一方、習熟期間にかかる適合性原則違反を肯定する。本件Xは、投資可能資金額を1,000万円と申告しているが、保有現預金は僅かで、初回投資予定金額を100万円～300万円とし当初入金額を105万円としたのもこのためであると考えられ、これをY側はXの申告を通じ認識していたと考えてよい。かかるXに対し、保有株式の代用預託により投資可能資金額のほぼ上限となる額を託預させ、そのほぼ三分の一の証拠金の規模で取引を行わせ、また、取引利益を原資とする投資可能資金額の増額を勧誘し、増額後も、そのほぼ三分の一の証拠金の規模で取引を行わせたことを、違反の認定に際して本判決は重視している。

このように本判決では、顧客が自ら設定した投資可能資金額の三分の一の証拠金の規模の取引であっても、適切性に疑問が残る証拠金の拠出方法を業者側が勧誘し、かつ、投資可能資金額の増額を勧誘しさらに取引規模を拡大させた場合、習熟期間に係る適合性原則違反となるとの理解が示されている。

(8) 仙台高裁秋田支判平成27年1月30日

(Westlaw Japan文献番号：2015WLJPCA01306007)

【顧客属性】

顧客Xは47歳の男性であり、専門学校を卒業後設備工事会社に就職した後、36歳から農業に従事していた。Xは元本割れのない国債ファンドを購入したほか投資経験はなかった。Xの主張によれば、Xの年収は約300万円である。

【顧客属性調査】

XはYに対して保有流動資産5,000万円、年収700万円、投資可能金額600万円、初回投資予定額500万円と申告した。この申告はY側に誘導による。

【損失発生の経緯と原審の判断】

Xは、保有する国債ファンドが満期を迎えるのを機に、地金取引に興味を持ち業者Yにパンフレットを請求し、Yの従業員Y1・Y2がXの自宅を訪問しパンフレットを交付し、以降、メールでやり取りがなされるようになった。

平成16年9月、Y1・Y2の訪問勧誘を受けたXは、400万円の定期預金を担保に借り入れた360万円をYに交付し本件取引を開始した。その数日後、Xは保有する国債ファンドを解約し360万円をYに委託したほか、貯金130万円を引き出し消費者金融から50万円を借り入れ、180万円をYに委託した。また、本件取引開始から約2カ月後には、Xは農協から災害対策特別資金140万円を借入れ138万円をYに委託した。

本件取引開始後、頻繁に売買が繰り返されるなどし、約1年間の本件取引によりXは約831万円の損失を被った。損失に占める手数料の割合は約92%である。

XはYらには適合性原則違反、断定的利益判断の提供、新規受託者保護義務違反、実質一任売買の違法があるとして、不法行為ないし債務不履行に基づき損害賠償請求をなした。

原審⁶⁸⁾は、一任売買を除くXの主張を認め、3割の過失相殺を行い、Xの請求を認容した⁶⁹⁾。この原審の判断に対してYらが控訴、Xも付帯控訴。

【判旨】控訴棄却・付帯控訴棄却

本判決は、原判決を概ね引用する形で、原判決を維持した。本稿の関心事と重なる争点に対する本判決の判断は次の通りである。

まず、適合性原則違反につき、仮にXの計算において自ら年収700万円、保有流動資産5,000万円と申告したと認められる場合には、Xに対する勧誘が適合性原則に反するものということは困難であるが、このXの申告はY1らにおいて誘導したものと推認されることから、国債ファンドを除き投資経験がなく、国債ファンドの解約金、預金担保貸付や消費者ローン、農協の災害特別対策資金貸付を取引の原資とするような財残状況にあるXに対して本件取引の勧誘を行ったことは、違法な勧誘であるとする。

また、新規委託者保護義務違反についても、本件取引開始後1週間の間にXは900万円を入金し150枚もの売買を行っているが、これはY1らが誘導してXに申告させたと認められるXの投資可能金額や年収さえも超えるものであり、Y1らの勧誘は新規委託者の保護義務に違反したものであって違法性を有するとしている。

なお、本件取引開始は旧ガイドライン実施前であるが、本判決は、旧ガイドラインの趣旨に照らせば、旧ガイドラインは本件においても参考になる基準であるし、また、適合性原則違反や新規委託者保護義務違反の趣旨を理由に業者の顧客に対する損害賠償責任を認める裁判例が本件取引開始の何年も前から存在していたことは明らかであるとしている。

【検討】

本件は、顧客が業者側に誘導されて虚偽申告を行った点に特色がある。本件で争点となったのは、取引開始にかかる適合性原則と、習熟期間にかかる適合性原則である。

本判決は、取引開始に係る適合性原則違反につき、申告された虚偽の顧客属性に照らして判断したならば違反は認められないとしながら、虚偽申告をY側が誘導したと推認できるとして、真の顧客属性に照らして適合性原則違反の有無を判断し違反を肯定している。また、習熟期間に係る適合性原則違反の有無については、申告された虚偽の顧客属性に照らして違反を認定しているが、これは、虚偽申告を業者が誘導した場合であっても、申告された虚偽の顧客属性に照らして適合性原則違反の有無を判断すべきとの判断を示したのではなく、真の顧客属性に照らして適合性原則違反の有無は判断されることを前提とし、本件においては、真の顧客属性に照らして習熟期間にかかる適合性原則違反が認められることはもちろんのこと、仮に業者側が誘導した虚偽申告の内容を基礎として習熟期間にかかる適合性原則違反の有無を判断するとしても、違反は明らかであることを示すことで違法性を強調する趣旨であるものと思われる。

68) 秋田地判平成26年7月18日（Westlaw Japan文献番号：2014WLJPCA186007）。

69) 原審の判断は、控訴審の判断とほぼ共通するため、省略する。

(9) 福岡高判平成26年1月30日（Westlaw Japan文献番号：2014WLJPCA01306006）

【顧客属性】

顧客Xは32歳の男性であり、大学を卒業後農家での研修等を経て薬局において店長として薬剤の販売、店舗の管理等の業務に従事していた。Xの年収は300万円強であり、みるべき資産を有していなかった。Xは本件取引を開始する前に、業者Yの従業員の勧誘による金現物取引（168万円）を行ったが、先物取引の経験はない。

【顧客属性調査】

Xは、自らの意思で、住居区分「持家」、年収又は年商800万円以上、資産状況又は資本金5,000万円以上とYに申告した。XはYの従業員Y1から、持家の所有者名義を確認され、家族名義と申告した。また、適合性審査を担当するYの授業員Y2及びY3は、家族名義の財産はXの資産に入らないが、Xが5,000万円以上の資産を保有しているのかとXに確認したが、Xは肯き否定しなかった。また、Xは投資可能資金額を1,000万円と申告した。Xは実際には1,000万円もの投資可能資金を有していなかった。

【損失発生の経緯と原審の判断】

Xは、Yの従業員の勧誘により金の現物取引を行ったことをきっかけに、平成22年3月、Y1らに通常取引の勧誘を受け、最初に350万円を入金し取引を開始し、本件取引を終えるまでの間にXは合計約1,091万円をYに預託し、約2か月半の本件取引により、Xに約668万円の損失が生じた。

Xは、Yの授業員Y1らには、適合性原則違反、新規委託者保護義務違反、断定的判断の提供、説明義務違反の違法があるとして、Y1らに対して不法行為及び共同不法行為に基づき、Yに対して使用者責任などに基づき、それぞれ損害賠償を請求した。原審⁷⁰⁾は、これらXの主張を全て退け、請求を棄却した⁷¹⁾。これに対してXが控訴。

【判旨】控訴一部認容

本判決は、適合性原則違反及び新規委託者保護義務違反を認めた上で、4割の過失相殺を行い、Xの請求を一部認容した。それぞれの判断は以下の通りである。

まず、適合性原則違反につき、旧ガイドラインを参照し、300万円をкаろうじて超える程度の収入のほか見るべき資産を有していない「Xを勧誘して本件取引を行わせたことは、適合性原則に違反する」とし、しかし、本件では、Xが虚偽申告をしており、そこで、

70) 福岡地裁小倉支判平成25年9月12日（Westlaw Japan文献番号：2013WLJPCA09126004）。

71) 本稿の関心事と関連する争点に関する原審の判断は次の通りである。

まず、適合性原則違反につき、旧ガイドラインに照らすと、年収500万円以下のXに先物取引の勧誘をすることは適合性原則に違反する疑いが強いが、Xは、年収800万円以上、資産5,000万円以上、投資可能資金額1,000万円と自発的にYに申告しており、Y1らはその内容の真偽につきXに確認をしており、申告を裏付ける資料の提出を求めなかった点にY1らに過失があると認める余地もないではないが、不法行為法上も違法ということまではできないとする。

また、新規委託者保護義務違反につき、Xは実際には1,000万円もの投資可能資金を有しておらず、新規委託者として保護を要する期間に本証拠金が315万円に達する取引が行われているが、Xは虚偽申告を行っており、Y1らに確認を怠った過失があると認める余地があるとしても、直ちに不法行為法上違法ということまではできないとして、義務違反を否定している。

「これを信じたY2らに過失による不法行為が成立するかが検討されなければならない」として、次のように判断している。

「顧客が適合性の原則に合うかどうかを判断するにあたって、…投資家を勧誘し、手数料を取得することを業とするYの従業員は、顧客の収入や資産に関する自己申告をそのまま鵜呑みにするのではなく、その確からしさについても注意すべきというべきである。そして、顧客の年齢、職業、社会的地位などに照らして、自己申告の内容が実体と齟齬しているのではないかと疑問をもつのが相当であるような場合には、自己申告の内容を確認し、その応答如何によっては、さらに、収入や資産の種類を質問したり、場合によってはその証明を求めるなどするの（ママ）注意義務が課せられると解される。」

「本件において…Xが大卒の32歳の独身であり、薬店に勤務し、父母も健在で相続などがあったことも予想されないことからすると、5,000万円もの資産があるという点については、いかなる資産があるのかを尋ねるなどして、その内容の真偽を確認すべき注意義務があったものと解される。また、Xの収入に関しても、Xの年齢からすると高額であるから、収入額の変遷を尋ねるなどして、その内容の真偽を確認すべき注意義務があったものと解される。」

「したがって、Y2らには、上記注意義務を怠ったという過失が認められる。」

「…商品先物取引は、…特に他の資産運用手段に比較してリスクが高く、預け入れた金銭等以上の損失が発生することもあるという特徴を有するものである。そうすると、投資金額全額の損失を被ると社会生活や日常生活に支障を来すような投資者の参加を排除して投資者を保護する必要性が高い…。」

「そして、Xについては、いかに説明を尽くしたとしても本件取引の勧誘を行ってはいない属性の投資者であって、…自己責任で本件取引を行うについても適性を欠くと評価され、先物取引市場から排除されなければならなかった者である。」

「そうすると、Xの場合、先物取引市場から排除されて財産権が守られるべき立場にあり、Xはかような利益を享受する地位にあったにもかかわらず、…Y2らの勧誘行為によってその利益を享受できなくなったのであるから、法律上保護された利益をY2らの著しい過失で侵害されたものといえることができる。」

「したがって、本件の場合、私法上も違法なものになる…。」

また、本判決は、新規委託者保護義務違反についても、同様に申告内容を確認する注意義務があったと認められるとし、Y3及びY1の行為は違法であり、過失による不法行為を構成するとしている。

【検討】

本件は、顧客が虚偽申告をした結果、顧客が申告した属性と顧客の真の属性が乖離しているが、業者は虚偽申告を誘導しておらず、虚偽申告だと認識していない点に特徴がある。

本件の争点は、取引開始にかかる適合性原則違反と、習熟期間にかかる適合性原則違反であるが、本判決は、いずれについてもYの従業員の注意義務違反を認定し、取引開始不適合性と過剰性の有無を、Xが申告した属性ではなく、Xの真の属性に照らして判断している。では、業者に課される注意義務の内容はいかなるものか。

本判決は、「顧客の年齢、職業、社会的地位などに照らして、自己申告の内容が実体と

乖離しているのではないかと疑問をもつのが相当であるような場合には、自己申告の内容を確認し、その応答如何によっては、さらに、収入や資産の種類を説明したり、場合によってはその証明を求めるなどする」義務が業者にあるとし、薬局に店長として勤務し両親と同居する大卒の32歳の申告として、資産5,000万円以上、年収800万円以上との内容には疑念を持つべきであり、その内容の真偽を確認すべき注意義務が生じるとし、これを怠ったY1らには著しい過失があるとしている。

Xが親と同居する32歳の独身で薬局店長の職にあることからすると、Xの申告内容は、およそあり得ないものとまではいえない。その意味で、本判決のいう注意義務の水準は決して低次ではなく、相応の水準に設定されている。その根拠は、社会生活や日常生活に支障を来すような者の参加を排除し保護をする必要性が特に高い先物取引の勧誘をなす業者に課せられるべき注意義務であるという点にあるものと思われる。

(10) 名古屋高判平成25年3月15日（Westlaw Japan文献番号：2013WLJPCA03156001）

【顧客属性】

顧客Xは、34歳の独身であり、父と同居していた。Xは専門学校を卒業後、食品スーパーマーケットの店長として勤務していた。Xの年収は600万円、預貯金現金合わせて約150万円を有しており、本件取引が開始される約2か月半前から、別業者において200万円を預託し商品先物取引を行っていた。Xにはその他の投資経験はなかった。

【顧客属性調査】

Xは業者Yに対して、保有流動資産3,000万円、投資可能資金額950万円と申告し、また、商品先物取引を1年間経験しており、その取引金額は200円であると申告した。

【損失発生の経緯】

平成19年2月、Xは、Yの従業員Y6の勧誘を受け本件取引を開始するにあたり、100万円前後の資金で取引を行いたい旨を伝え、取引を開始した。以降、Xは、Y6やYの従業員Y7及びY8の勧誘を受けて取引を行った。その過程で、Xは父からの借入金200万円を入金し、また、Y7の勧誘に応じて他業者に預託していた100万円を入金するなどして取引を重ね、取引開始2週間後には400万円の利益が生じていた。なお、この時までにXはY7に取引資金がないことを告げていた。

また、Xは、Y7の勧めに応じて、投資可能資金額を増やすこととして、当時の取引利益を原資として投資可能資金額を1,360万円に増額した。また、Xは、この翌日には、Y7の勧誘に応じて投資可能資金額を2,170万円に増額した。その原資は、当該時点での利益金894万円が充てられた。さらに同日、Xは、Y7の勧めに応じて建玉を行うため、消費者金融から30万円の借入れをして証拠金とした。この翌日には、Xの取引利益は約1,166万円に達したが、直し、途転、両建て、日計りが複数回行われ、取引開始から約3週間後、Xに約895万円の不足証拠金が生じた。そこで、Y7はXの父に取引を継続させるために600万円を払うよう求めるなどしたが、実現せずに取引が終了し、最終的に518万円の未清算金が生じるなど、約1,091万円の損失がXに生じた。

Xは、Y6、Y7、Y8には、適合性原則違反、新規委託者保護義務違反、説明義務違反、断定的判断の提供、実質一任売買、委託者に不利な取引の勧誘等の違法があるとして、不法

行為及び使用者責任に基づき、Y7ら及びYに損害賠償を請求した⁷²⁾。

原審⁷³⁾は、適合性原則違反、手数料稼ぎの目的で過大な取引を行わせたという違法がY6、Y7、Y8にはあるとし、これらの者及びYの損害賠償責任を認めた上で、3割の過失相殺を行い、Xの請求を一部認容した⁷⁴⁾。これに対して、Yらが控訴し、Xも附帯控訴。

【判旨】控訴棄却・附帯控訴棄却

本判決は、控訴及び附帯控訴をいずれも退け、原審の判断を維持した。本稿の関心事である取引開始時の適合性原則違反、新規委託者保護義務違反、取引継続段階における適合性原則違反等については、次のような判断が示されている。

まず、適合性原則違反については、Xの年収が600万円であり、別業者において商品先物取引を行っていたことから、Xが商品先物取引に不適合であったとはいえず、また、保有流動資産3,000万円、投資可能資金額950万円、1年間にわたり取引金額200万円の先物取引経験があるとするXの申告内容につき、「記載内容の正確性に疑問を差し挟むべき具体的な事情もないのに、顧客から裏付け資料を徴求するなどして申告内容の正確性を調査、確認すべき義務があると解すべき根拠はなく、本件取引の開始時点において、上記事情の存在を認めるべき証拠はない」とし、Xの申告内容に基づき「投資可能資金額950万円の商品先物取引についての適合性を有するものと判断し本件取引の勧誘、受託を開始したことに過失があるとは認められない」とし、取引開始時における適合性原則違反を否定した。

次に、新規委託者保護義務違反についても、「申告内容の正確性を疑うべき具体的な事情もないのに、顧客から裏付け資料を徴求するなどしてその正確性を調査、確認すべき義務があると解されず、また、本件においてXの取引経験にかかる申告内容の正確性に疑問を抱かせるような事情も窺われない」として、「Xの…申告に基づき、Xを新規委託者に該当する者ではないと判断したことに過失があるとは認められない」とし義務違反を否定した。

これに対して、本判決は取引継続段階における適合性原則違反等については、本件取引のような「大量かつ多額の取引が、Xの資産状況に照らして客観的に不適切なものであったことは明らかである」としたうえで、Xの入金額からみてXの申告した投資可能資金までかなりの余裕があった段階で、Xから取引資金がないことを伝えられるなどXがまとまった資金を保有していないとの疑いを当然に抱くべき事情があったにも関わらず、手数

72) その他、Yの代表取締役及び取締役であるY1、Y2、Y3、Y4に対して会社法429条1項に基づき損害賠償請求がなされるなど、その他の主張もされており、Yの従業員Y9も被告に含まれているが、これらの点は省略する。

73) 名古屋地判平成24年4月11日（Westlaw Japan文献番号：2012WLJPCA04116002）。

74) 原審は、適合性原則違反及び過当取引等につき次のように判断している。

まず、適合性原則違反につき、保有流動資産3,000万円とのXの申告には、真偽に疑問が生じるべきこと、Xが父親から借り入れたとする約200万円を全て千円札で入金したことから、この時点でXに流動資産がないのではないかと疑いを持つべきであったこと、かような状況下で利益金による投資可能資金額の増額を勧誘し、余裕資金のないXを著しく危険な状態に置くに至ったことなどから、適合性原則違反等を認定している。

また、過当取引等につき、直し、途転、日計り及び両建てが複数回行われていることから、過大な取引を行わせた目的は手数料稼ぎであったことが推認され、Y6らの行為には違法性が認められるとしている。

料稼ぎの目的で次々と投資可能資金額及び証拠金額を増額させ、Xの資産状況等に照らして明らかに過大な取引を勧誘、受託しXに多額の損失を被らせたとして、適合性原則等に違反するものであり、違法性を有するとしている。

【検討】

本件は、保有流動資産や先物取引の経験につき顧客が申告した属性は、真の顧客属性と一致しておらず、かつ、Y側が虚偽申告を誘導していないという点と、取引開始後、Y側の誘導により投資可能資金額が引き上げられたという点に特色がある。

本件の争点は、取引開始にかかる適合性原則違反の有無、習熟期間についての適合性原則違反の有無、取引開始後の適合性原則違反の有無、そして過当取引等の有無である。

本判決は、取引開始不適合性及びXの新規委託者該当性を、真のXの属性ではなく、Xが申告した属性を基礎として判断している。本判決はその根拠として、取引開始時点において、Xの申告内容の正確性に疑問を挟むべき具体的事情はないとする。そこで本判決は、顧客が申告した属性と真の顧客属性との不一致を業者が認識すべきであったといえないときは、違法性の有無は、顧客が申告した属性に照らして判断されると解しており、また、スーパーマーケットの店長の職にある34歳の申告として、「保有流動資産3,000万円、投資可能資金額950万円」との内容には、真の顧客属性との不一致を疑うべき事情は存しないと判断したと理解できる。

もっとも、本判決は、入金額が521万円と、申告された投資可能限度額950万円にまだ余裕があるなかで、取引資金がないとXがY側に告げた段階で、Xの申告した流動資産及び投資可能資金額が実体と異なっており、Xが即時調達可能なまとまった流動資産を保有していないのでないかとの疑いを当然に抱くべきとし、取引開始後の適合性原則違反及び過当取引等該当性を、Xが申告した属性ではなく、当該時点でのXの実態を基礎として判断している。そこで本判決は、顧客の申告した属性と真の顧客属性の不一致を認識すべき業者の注意義務は、顧客の申告時に生じる一過性の義務ではなく継続的義務であり、義務に反した場合、以降の違法性の有無は継続的注意義務を尽くして認識すべきであった顧客属性に照らして判断されると解している。

(11) 名古屋高判平成24年5月29日（Westlaw Japan文献番号：2012WLJPCA05296002）

【顧客属性】

顧客Xは、66歳であり、葬祭業を営んでいるが、確定申告上の営業所得金額は約174万円の赤字であった。Xは年金等による収入が約121万円あった。また、Xは本件取引開始の3年前ごろから複数の別業者を通じて先物取引を行ったほか、本件取引開始の1年前ごろからネット先物取引も行い、約400万円の利益を得ていた。Xの主張によると、Xの保有資産は預貯金500万円、株式1,000万円程度である。

【顧客属性調査】

Xは業者Yに対して、年収額1,000万円、流動資産額3,500万円、投資可能資金額1,000万円と申告し、実際の年収は赤字であることをYに告げなかった。なお、Xは本件取引の途中で一度取引を終了させた後に取引を再開したが、再開時に、年収1,000万円、保有流動資産8,000万円、投資可能資金額2,500万円と申告した。

【損失発生経緯と原審の判断】

平成20年1月、Yの従業員（訴外）による勧誘を受け、Xは証拠金52万円を預託し本件取引を開始した。その後、XはYの従業員の勧誘に応じ取引を行い、不足証拠金200万円を入金したほか、仕切りと直しを繰り返しつつ取引利益を証拠金に振替え、取引利益を原資とする三度の投資可能資金増額申請を行い、本件取引開始から2週間程度で投資可能資金額は2,910万円まで増額された。また、本件取引開始から約2か月後にも、Yの従業員は、取引利益を原資とする投資可能資金増額の勧誘し、Xは同資金額を3,860万円に増額した。この時点における本件取引の損益は約1,271万円の利益であった。

この後、Yが差玉向かいをした取引などからXに追証が数回生じるなど損失が拡大し、本件取引開始から約3か月半経過後、Xは全建玉を仕切り、約944万円の損失が生じた。ところが、Yの従業員が「損を取り戻そう」と勧誘し、Xは1,340万円を預託し、取引を再開した。その際、XはY側に本業は厳しい旨を告げた。取引再開後、XはYの従業員の勧誘により特定売買を行いさらに損失が拡大したため、再開から10日後に全建玉を仕切り、本件取引により合計約2,150万円の損失が生じた。

Xは、本件取引には取引開始時の適合性原則違反、断定的判断の提供、説明義務違反、過当取引等の違法があり、Yの従業員には不法行為が成立するとしてYに対して使用者責任に基づき、また、Yの代表取締役Y1には会社法429条及び民法715条2項に基づき、それぞれ損害賠償請求をなした。

原審は、本件取引には過当取引等の違法があるとして、5割の過失相殺を行い、Y及びY1に対するXの請求を一部認容した⁷⁵⁾。これに対してY及びY1、Xの双方が控訴。

【判旨】XY双方の控訴棄却（Y1の控訴認容⁷⁶⁾）

本稿の関心事について、本判決は次のように判断している。まず、取引開始時の適合性原則違反につき、Xが66歳の自営業者であり、他の対面業者を通じて3年の先物取引経験があり、ネット先物取引も主体的に行っていたことや、財産状態に関するX申告内容に照らすと、YないしYの従業員が、投資可能資金額1,000万円の先物取引につきXの適合性を肯定したことにつき過失は認められないとして、違反を否定している。X側は、Xの実際の年収は赤字であり、Yの従業員はXの事業の決算報告書等の確認など必要な調査を怠ったと主張しているが、本判決はかかる調査義務はないと。

これに対して、過当取引等につき、本判決は次のような理由からYの従業員の勧誘の違法を認めている。まず、Yの従業員が取引利益を原資とする投資可能資金増額をXに順次勧め、当初1,000万円であった投資可能資金額を3,860万円まで増額させ、Xに3,000万円を超える証拠金の規模の取引を進めたことは、Xが申告した見込み年収、流動資産額等に照らしても、過大な取引の勧誘であるとする。また、本件取引の再開時のXの申告内容につき、取引開始時に流動資産を3,500万円と申告し、再開前の本件取引により損失を

75) 原審には接することができなかった。本文中の原審に関する記述は、控訴審判決の内容に基づくものである。

76) 本判決は、Y1の控訴につき、Y1がYの代表取締役に就任したのは本件取引終了後のことであることを理由として原審におけるY1の敗訴部分を取消し、XのY1に対する請求を棄却している。

被っているXが、取引開始から2カ月弱で流動資産を8,000万円まで増加させたとは考え難く、これが根拠のある数字であるとは認められず、かつ、このことをYの従業員も承知していたというべきであるから、再取引開始時の申告内容を基準として再開後の取引の過大性を判断すべきであるところ、1,350万円を証拠金として取引が再開された後、そのほぼ全額を証拠金とする取引を勧誘し、かつ、取引利益を証拠金に充て1,900万円の証拠金の規模まで取引を拡大する勧誘をしたことは、過大な取引の勧誘にあたることは明らかであるとしている。

【検討】

本件は、取引開始時と取引再開時の双方において顧客が虚偽申告を行ったこと、また、業者はこの虚偽申告を誘導していないことに特色がある（以下、それぞれの虚偽申告を、「第一申告」、「第二申告」とする）。本件で問題となったのは、取引開始にかかる適合性原則と、取引開始後の適合性原則である。

本判決は、Xの真の属性ではなく、第一申告（虚偽申告）に照らし、YがXにつき先物取引開始の適合性を有すると判断したことに過失は認められないとする。また、業者YにXの決算報告書等の確認などの調査義務はないとする。これに対して、本判決は取引開始後の適合性原則違反を肯定するが、その際、取引再開時の第二申告ではなく第一申告の内容を基準として、取引再開後の過剰性を判断している。本判決はその理由として、第一申告において流動資産を3,500万円と申告したXが、その申告からわずか2カ月弱の間に、しかも再開前の取引で損失を被っているなかで、流動資産を8,000万円まで増額させたとは考え難く、流動資産8,000万円との第二申告が「根拠のある数字であるとは認められない」こと、このことはY側も「承知していたというべきである」ことを指摘している。

このことから、本判決は、虚偽申告であると認識しなかったことにつき業者に過失がない場合、真の顧客属性ではなく（虚偽）申告の内容に照らして適合性の有無が判断されると解し、他方、業者が虚偽申告であると認識していたというべきである場合には、業者が認識し又は認識すべきであった顧客属性に照らして適合性の有無が判断されると解していると考えられる。また、本判決は、年収額1,000万円、流動資産額3,500万円、投資可能資金額1,000万円という第一申告の内容は、葬祭業を営む66歳の申告として、真偽の確認義務を業者に生じさせるものではないと解しているものと思われる。

(12) 大阪高判平成23年2月25日（Westlaw Japan文献番号：2011WLJPCA02256003）

【顧客属性】

顧客Xは39歳であり、母と賃貸物件で暮らしていた。Xは、大学卒業後、会社勤務を経てパソコン塾及び個別指導学習塾を開校し、その経営者兼講師を行ってきた。Xの年収は500万円程度であり、資産として、流動資産700万円、株式100万円、外国為替証拠金取引の証拠金100万円、生命保険解約返戻金110万円程度を有していた。

Xは、本件取引の15年以上前から株式の現物取引を行ってきたほか、本件取引の数カ月前から、長期保有し金利差益を得る目的でFXを行っていた。また、Xは、本件取引の4年前、別業者において先物取引を行い約240万円の損失を経験している。

【顧客属性調査】

Xは、業者Yに対し、年収1,000万円、保有流動資産4,500万円、投資可能資金額1,000万円、取引経験として、先物取引につき、2004年7月～2005年7月、1年間、300万円、株式現物取引につき、1990年5月～、16年、500万円、FXにつき、2006年4月～、5か月、200万円と申告した。

【損失発生の経緯と原審の判断】

平成18年9月、Xは、Yの従業員Y2の勧誘を受け、45万円をYに差入れ、本件取引を開始した。当初、Yの従業員（訴外）の推奨するハイブリット取引⁷⁷⁾が行われたが、Yの従業員により通常取引を勧誘され、Xは通常取引を開始した。取引開始から約1カ月後、Xの委託証拠金は約814万円で、約200万円の利益が出ていたころ、Yの支店長Y1はXから投資可能資金額増額申請が出ていると聞き、Xが申告した4,500万円の保有流動資産の内約をXに尋ねたところ、Xは、流動資産の内約は、株式、外貨預金、定期預金、FXであると説明した。そこで、Y1は、「Yに預託している資金の他に、金融機関に2,500万円の預金を有すること、本件取引の利益金約206万円も取引に使いたいこと、そこで、投資可能資金額を3,000万円に変更する」旨の申出書をXから受領し、投資可能資金額が増額された。

その後、Xの2銘柄各50枚の新規建玉により約721万円の証拠金不足が生じ、Xは、従前からの建玉を仕切り必要証拠金を減少させ、金融機関6社から合計400万円を借り入れるなどしてこれに対応した。取引開始から約3カ月後、Xの損金額は1,000万円を超え、その2か月後には、Xの100枚の新規建玉により約143万円の不足証拠金が生じたところ、Y1はXに不足証拠金の入金を求め、損失を取り戻すため、取引の拡大を勧めた。

その約2週間後、XはY3に電話をし、不足証拠金の調達ができないことから手仕舞いを求めたが、Y3は、手仕舞いによって未収証拠金が残るといい、これを拒否した。同日、Xから依頼を受けた弁護士による手仕舞いの指示を受け、本件取引は終了した。本件取引によりXはYに総額約2,139万円の手数料を支払い、Xの損失額は約1,348万円であった。

Xは、Y1、Y2、Y3には、適合性原則違反、説明義務違反、新規委託者保護義務違反、断定的判断の提供、実質的一任のもとでXの利益を犠牲にした無意味な取引を行わせたなどの違法があるとして、これらの者に対して、共同不法行為に基づき損害賠償を請求するとともに、Yに債務不履行又は使用者責任に基づき損害賠償を請求した。

原審⁷⁸⁾は、取引開始にかかる適合性原則違反を否定する一方、取引開始から約5か月後の時点で、Xに取引の拡大を勧めたことにつき適合性原則違反を認定し、また、仕切り拒否の違法も存するなどとして⁷⁹⁾、これらの不法行為と因果関係のある損害を、取引開始

77) 相関関係の強い商品間における価格差の拡大・縮小を捉えて行う取引であり、価格差の異常値を探し出し、正常な価格差に戻り始めたときを建玉基準時とし、平均値に戻った時を決済基準時とするものであるという。

78) 神戸地裁尼崎支判平成21年6月16日（Westlaw Japan文献番号：2009WLJPCA06166004）。

79) 原審は、Y2につき不法行為の成立を否定し、Y1及びY3についてのみ不法行為の成立を認めている。

から約5か月後以降の取引による損失に限定し、Xの請求を一部認容した⁸⁰⁾。これに対し、双方が控訴⁸¹⁾。

【判旨】X側控訴一部認容

本判決は、本件取引（全体）についての適合性原則違反、手仕舞い拒否、差玉向かいの説明義務違反を認め、Y3及びY1の共同不法行為に基づく損害賠償責任及びYの使用者責任を肯定し、Xの本件取引による損失全額をY3及びY1の不法行為と相当因果関係にある損害であるとしたうえで、三分の一の過失相殺を行い、Xの請求一部認容した。

まず、本判決は、本件取引についての適合性原則違反につき、Xは先物取引経験を有するはいえ限定的であること、取引所が開いている時間帯は、Xが講師を務める各教室の授業時間と重なっており、Xが刻々と変化する相場を踏まえ主体的投資判断ができる状況にはなかったものと推認されること、本件取引の内容及び規模をみるに、Xの財産状態の実情に照らせば、Xが借入金を証拠金として以降の取引の拡大は、客観的に不適切であること、本件取引の仕切り回数は275回、取引銘柄は11銘柄、特定売買比率は31.6%にいたり、Xの取引経験及び就労状況からして、実質的に一任売買に等しい状態にあったものと認められること、本件取引においてYが収受した委託手数料は約2,139万円であり、手数料率は158.61%と非常に高額であることなどを本判決は指摘する。

その上で、本判決は、これらの具体的内容を総合すれば、「本件取引はXの知識、経験、就労状況、資産状況、当初指向していた投資傾向等に照らして規模が大きく、かつ、その内容も複雑なものであって、Xが行う取引としては適合性を欠いたもの」とし、Xの取引開始時の申告や、本件取引途中での投資可能資金額増額申請を受けたY側において「本件取引の規模が資産状況に照らし不適切であるとの判断に至らなかったとしても、無理からぬ側面があったことは否定できない」が、少なくとも、「Xの取引経験や就労状況からうかがわれる相場の把握状況に照らし、本件取引の規模及び内容がXに適合するものでないことを認識し又は認識し得た」として、適合性原則違反を認定している。

次に、新規委託者保護義務違反につき、本件取引は、直近3年以内に先物取引経験のないXに対する新規委託者保護義務に反する内容となっているが、本件取引開始の約2年前

80) 取引開始にかかる適合性原則違反、新規委託者保護義務違反、取引開始後の適合性原則違反、過当取引等の有無について、原審は次のような判断を示している。

まず、取引開始にかかる適合性原則違反につき、Xの取引経験から投機的取引意向が見られ、Xが相当額の流動資産を有していると申告したことなどから、違法性は否定されている。

また、取引開始後にかかる適合性原則違反につき、原審は二つの時期に分けて適合性原則違反の有無を検討している。まず、投資可能資金額を3,000万円に増額し取引の規模を拡大したことの適合性原則違反につき、投資可能資金額の増額と取引規模の拡大はXの投資意欲に沿ったものであり、証拠金の原資は借入金であることをXはY3らに告げていないことなどから、違法性は否定されている。これに対し、取引終盤における適合性原則違反については、既に多額の損失が生じているXに取引の拡大を勧誘したことは適切ではないし、また、Xは、証拠金の入金ではなく既存の建玉の仕切りにより不足証拠金に対応せざるを得ない状況にあったことなどから、違法性が肯定されている。

次に新規委託者保護義務違反につき、Xが保護対象者ではないとして義務違反が否定されている。

また、過当取引等につき、本件取引終盤までの取引規模の拡大はX自身の希望によるものであったなどとして、違法性が否定されている。

81) 控訴審の段階で、Xは差玉向かいの説明義務違反の主張を追加しており、本判決は同義務違反を認定しているが、この点は省略する。

から1年間の先物取引経験を有するとXは申告をしており、これが事実と反することをYの従業員らが認識すべきであった事情も認められないとして、義務違反を否定している。

【検討】

本件は、顧客が申告した属性（財産状態及び取引経験）と、顧客の真の属性とに不一致が存し、かつ、Y側が虚偽申告を誘導したわけではない点に特色がある。

本件の争点は、本件取引の適合性原則違反（取引開始後にかかる適合性原則違反）の有無と、習熟期間にかかる適合性違反の有無等である。本判決は、過剰性の有無を、Xの真の属性ではなく、Xの申告した属性を基礎として判断し、本件取引の勧誘が不適切であるとの判断に至らなかったとしても無理から面があるとしながら、Xの取引経験や就労状況に照らすならば、本件取引の内容がXの取引経験や就労状況からうかがわれる相場の把握状況に照らしXに適合しないことを認識し又は認識できたとする。また、Xの新規委託者該当性については、Xの虚偽申告をYの従業員らが認識すべきであった事情は認められないとし、Xが申告した属性に照らして判断している。

このように、本判決は、違法性（習熟期間にかかる過剰性と取引全般の過剰性）の有無を、Xの真の属性ではなく、Xが申告した属性に照らして判断している。そこで、本判決は、顧客が申告した属性と真の顧客属性の不一致を業者が認識すべきであったといえないときは、違法性の有無は、顧客が申告した属性に照らして判断されると解しており、39歳のパソコン塾及び学習塾の経営者の申告として、「年収1,000万円、保有流動資産4,500万円、投資可能資金額1,000万円（後に3,000万円に増額）」との内容には、正確性を疑うべき事情はないと判断していると理解できる。

(13) 広島高判平成22年5月14日（Westlaw Japan文献番号：2010WLJPCA5146004）

【顧客属性】

顧客Xは、本件取引当時46歳の男性であり、短大を卒業後、各種の職業に従事しながら資金を貯め、月刊誌発行業を営むようになり有限会社を設立するなどしたが、休刊となり、残務整理や次の事業の準備を行っていた。また、Xは妻子と三名で借家に居住していた。

Xの事業収入は、平成16年は944万円、平成17年は674万円であったが必要経費を控除した後の所得は0円であり、平成17年10月頃から妻とともにアルバイトをしていた。

Xは、平成16年終わりごろからFXを行っており、本件取引開始当時は約2,000万円を取引口座に預託していた。また、この預託金以外に、約215万円の銀行預金を有していた。

【顧客属性調査】

Xは業者Yの従業員（訴外）に、事実上無職であること、資産が約2,000万円程度であることを話していたが、同人の指示を受け、勤務先を「有限会社」、年収を500万円、保有現金・預貯金5,000万円、投資可能資金額を4,500万円とYに申告した。

【損失発生の経緯と原審の判断】

Xは金現物取引に興味を持ったことをきっかけに、Yの従業員から先物取引の勧誘を受け、平成17年10月に取引を始めることとし、Yの従業員から金先物取引は最低でも600万円を預託する必要があると言われたことから、600万円を預託して取引を始めようとした

が、Yの支店長から2,000万円出すように強く勧められたため、Xが用意できる最大限の金額である1,740万円をYに預託することとした。その際、Xの投資可能資金額及び新規委託者保護との関係上Xの取引額は1,500万円以下となることから、Yの従業員に指示され、Xはネット銀行に12,000万円の預貯金を有するとして投資可能資金額を6,000万円に増額すると申告した。

XはYの従業員の推奨に応じて金及び白銀の取引を行い利益を得ていたが、Yの従業員の推奨に従い金の買建て一本に絞り、金130枚を買建てた。このころYは、自己玉として一貫して売り方針であり、自己売取組高は8,199枚であった。この数日後、金相場がストップ安に転じ、ストップ安が3日間続いたことで、Xに3,198万円の損失が生じ、最終的に約1,440万円の損金が無精算となった。

Xは、Yの従業員には、適合性原則違反、新規委託者保護義務違反、説明義務違反、断定的判断の提供、過当取引、実質的一任売買、両建回避義務違反等があるとして、使用者責任に基づきYに損害賠償請求をなし、未清算金1,440万円の債務不存在確認を求めるとともに、未清算金の弁済としてXがY支払った96万円を不当利得として返還を求めた。

原審⁸²⁾は、新規委託者保護義務違反、両建回避義務違反の主張について認め⁸³⁾、4割の過失相殺をなして、Xの請求を一部認容した⁸⁴⁾。これに対して双方が控訴。

【判旨】X側控訴一部認容

本判決は、適合性原則違反、説明義務違反、新規委託者保護義務違反、両建回避義務違反を肯定し、過失相殺をなさずに、Xの請求のほぼ全てを認容した⁸⁵⁾。本稿の関心事と関連を有する事項についての本判決の判断は、次の通りである。

まず、適合性原則違反にき、Xは無職であり保有資産は2,000万円程度とYの従業員に伝えたにも関わらず、Yの従業員がXに虚偽申告をさせたこと、また、その後、Yの従業

82) 広島地判平成21年2月10日（Westlaw Japan文献番号：2009WLJPCA02106004）。

83) 適合性原則違反、新規委託者保護義務違反、過当取引の主張について、原審は次のように判断している。

まず、適合性原則違反につき、Xが無職であり保有資産は2,000万円であることをYの従業員は認識していなかったと認定し、取引開始にかかる適合性原則違反を否定している。また、取引開始後の適合性原則違反についても、大規模な損失の原因となった金の買建てへの集中に要した本証拠金の額は、Xが申告した投資可能資金額の三分の一以下の規模であることなどから、適合性原則違反を否定している。

次に、新規委託者保護義務違反につき、4,500万円の三分の一を超える1,750万円の預託は、Xが投資可能資金額を4,500万円から6,000万円に増額したことからYの内規との関係で可能となったが、増額申請の際のXの申告にはわかに信じがたい内容であるにも関わらず調査がなされた形跡がないこと等から、1,500万円を超える1,750万円の委託証拠金の預託を受けたことは保護義務に反するとしている。

また、金の直しに関する過当取引につき、一定の必要性が認められることから手数料稼ぎを目的とした違法があるとはいえないとする一方、白金の両建回避義務違反については、無意味でありXにとっての積極的必要性も見いだせないとして、違法としている。

84) 原審は、Xの損害を本件取引による損失額（約3,198万円）とし、4割の過失相殺を行い、Xの負担額を約1,279万円として、Xの委託証拠金1,740万円によりXの負担額を控除すれば、差損金の精算は完了したことになるとして、XのYに対する未精算の債務は存在しないと、かつ、Yは委託証拠金からXの負担額を控除した約460万円をXに支払わなければならないと、また、存在しない未精算の債務の弁済としてYがXから受領した96万円につき、不当利得として返還をしなければならないとしている。

85) Yの不法行為と相当因果関係のある弁護士費用相当の損害額につき、Xは300万円としたが、200万円についてのみ認められている。

員は投資可能限度額を増額させるために、Xに追加的に虚偽申告させたこと、Y側で、その申告内容の証明を要求しなかったことを挙げ、Xが事実上無職であることや資産が約2,000万円であることを知りながら、1,740万円にも上る委託証拠金を預託させて先物取引を行わせるためにXに虚偽申告をするように指導したことは、旧ガイドライン、Yの社内規則、業法に反しており不法行為法上も違法性を有するとした。

次に、新規委託者保護義務違反につき、新規委託者保護義務を適合性原則の取引未経験者に対する具体的取引勧誘の場面における一発現であるとした上で、Xが事実上無職で保有資産は2,000万円程度であることをYの従業員も知っていたのであるから、Xの投資可能資金額を仮に2,000万円とみても、その3分の1以下に取引を抑制すべきであったとし、Yの従業員が取引開始時にXに虚偽申告をさせ、その後も、Xに虚偽申告に基づき投資可能資金額をさせ、Xの有する資産の約9割もの金額で先物取引をさせたことは、不法行為法上も違法性を有するとした。

また、両建回避義務違反については、両建の意味や機能、その不利益、他に取り得る対象法等の説明義務を尽くさずに両建てを勧誘し、委託者が両建を勧誘し、委託者が両建の危険性を十分に理解しないまま取引を行った場合には不法行為法上も違法と評価されるとして、本件における義務違反を認めている。

【検討】

本件は、XがYの従業員に指示され虚偽申告をした結果、Xの申告した属性と真のXの属性とに不一致が生じており、これをY側が当然に認識している点に特色がある。

本件で争点となったのは、適合性原則違反、習熟期間にかかる適合性原則違反、過当取引等該当性であるが、このうち、適合性原則違反は、本判決が、取引開始にかかる適合性原則違反の有無を判断しているのか、取引開始後の適合性原則を問題とするものであるのか、必ずしも明らかではない。ただ、Xに先物取引をさせるべきではなかったという理由ではなく、投資可能資金額につき虚偽申告をさせた上、1,740万円を預託させて取引を行わせたことを理由とすることから、取引開始後の勧誘内容の過剰性にかかる違法性を問題としている可能性が高い。

本判決は、習熟期間にかかる過剰性と、取引全体の過剰性の有無を、Xが申告した属性ではなくXの真の属性に照らして判断している。そこで、本判決は、業者が顧客の虚偽申告を誘導した場合、違法性の有無は、真の顧客属性に照らして判断されると解している。

3 小括

以上が、筆者が接することができた先物取引をめぐる私法上の適合性原則違反が争点となった高裁レベルの判例である。それぞれの判例は、それぞれの事案を前提とするものであり、前提となる事案の内容はそれぞれにおいて異なる。それでも、これら下級審判例を総合すると、私法上の適合性原則をめぐる一定の法状態が把握できる。その法状況を次章において検討しよう。

Ⅲ 先物取引における私法上の適合性原則の展開

1 はじめに

本章では、前章での判例分析を踏まえ、下級審判例の大勢が示す、先物取引における私法上の適合性原則をめぐる法状況を分析し、先物取引における私法上の勧誘規制法理としての適合性原則の展開の到達点を把握する。

その後、視点を業界自主規制に転じ、自主規制には、勧誘規制法理としての適合性原則とは区別される取引開始規制法理としての適合性原則と受託規制法理としての適合性原則の萌芽が確認できること、そして、これらの適合性原則違反と不法行為の成否が争点となった下級審判例が出現していることを明らかにする。そして、当該事案における私法上の取引勧誘規制法理としての適合性原則と受託規制法理としての適合性原則の内容を確認する。これにより、私法上の適合性原則の展開の全容と今日的到達点が明らかにされる。

まず、前章での判例分析を踏まえ、下級審判例の大勢が示す私法上の勧誘規制法理としての適合性原則の法状況を確認しよう。前章において検討した判例において、平成27年に施行された3号不招請勧誘規制を前提として、同規制違反と私法上の不当利得や不法行為の成否が本格的争点となった事案は存しなかった。そこで、以下の検討は、私法上の勧誘規制法理としての適合性原則の法状況に限定される。その法状況とはいかなるものか。

まず、業法上の勧誘規制は、下級審判例の大勢において不法行為の成否の判断過程に組み込まれているといえる⁸⁶⁾。特に、業法上の習熟期間規制や過剰性を定義する投資可能資金額制度は、不法行為法上の違法性（勧誘の過剰性）を具体化する形で、違法性判断に組み込まれているといえる⁸⁷⁾。次に、不法行為法上の過失ないしは違法性の具体的判断構造とその内容をみよう。

2 故意過失及び違法性の判断構造

投資勧誘事件における不法行為法上の故意過失及び違法性の判断構造につき、「投資勧誘事件は違法性一元論になじむようであり、故意過失の認定は違法性の認定とほぼ一体としてなされ、独立に問題になることはまずない」との指摘がなされる⁸⁸⁾。これは、投資勧誘において、通常、業者は誰に（いかなる属性の顧客に）どのような勧誘を行おうとしているのかを認識した上で、意図的に当該勧誘を行っているためであると考えられる。このような場合、業者が意図的に行った当該勧誘が、不法行為法上の故意又は過失と対置される意味での違法性を有するのか否かに、不法行為の成否をめぐる争点は集約される⁸⁹⁾。

86) 旧ガイドラインにつきこの点を指摘する文献として、参照、青木則幸「ソフトローに違反する法律行為ーガイドライン違反の裁判例を素材として」NBL1128号(2018)31頁、34頁-36頁。

87) 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会・前掲注(9)79頁-80頁でも、「業者が顧客に過大な取引をさせていたことなどの不正な行為を顧客側において立証することを容易にした」との評価がなされている。

88) 清水俊彦「改正金販法と取引の仕組みの説明義務(1)」金法1776号(2006年)7頁、10頁。

89) 自分が推奨する投資が当該顧客に持つ意味を認識した上で意図的に当該推奨を行う場合、通常「故意」が存することから、故意過失の有無が問われることはなく、問題は、当該推奨が社会的に許容されるものであるか、違法と評価されるものであるかという点に集約されることになるためである。

もっとも、適合性原則違反を理由とする不法行為の成否を判断する際には、違法性の有無を左右する「当該顧客の属性」はどのように定まるのか、そして、それは、不法行為法上の故意過失の有無と、これと対置される違法性の有無の判断過程にどのように組み込まれるのかをめぐり、投資勧誘事件一般とは異なる判断構造を要する場合がある⁹⁰⁾。それは、顧客が業者に誘導されることなく自ら虚偽申告を行うなどして、顧客が申告した（業者が認識した顧客）属性と真の顧客属性が一致しない場合である。

かような事案における不法行為の成否の判断構造として、第一に、違法性の有無は常に真の顧客属性によって判断され、真の顧客属性に照らして当該勧誘には不適合性や過剰性が認められるとき、かかる違法性を帯びる勧誘を行ったことにつき、業者の故意過失が認められるかが判断されるという構造があり得る（以下、「第一の判断構造」とする⁹¹⁾）。この場合、投資勧誘事件における不法行為の成否の判断過程において、違法性の有無とは別に、故意過失の有無の判断が独立して問題となる。

第二に、法益侵害の有無の判断に先行し、業者が認識し又は認識すべきであったのはいかなる顧客属性かが判断され、業者が認識し又は認識すべきであった顧客属性に照らし、不適合性や過剰性の有無を判断するという構造が考えられる（以下、「第二の判断構造」とする⁹²⁾）。この場合、違法性（不適合性や過剰性）の有無を判断する前提として、違法性判断の過程の中で、顧客が申告した属性と真の顧客属性との不一致を業者は認識していたか（故意の有無）、また、不一致を認識しなかったことにつき業者に注意義務違反は認められるか（過失の有無）が問われることになる。

これら二つの判断構造は明確に区分されるものではないともいえ、また、不法行為の成否の結論部分に影響を及ぼすものではないが、投資勧誘事件においても、違法性判断とは別に、あるいは違法性判断のプロセスの中で先行して、故意過失の有無が問題となる類型が存することは確かである⁹³⁾。このことを意識し、下級審判例の大勢が示す故意過失及び違法性の判断構造を検討しよう。

3 下級審判例における故意過失及び違法性の判断構造と義務水準

まず、顧客が申告した（業者が把握した）属性と真の顧客属性とが一致していた場合、業者が行った勧誘が当該顧客の属性に照らして違法性（不適合性・過剰性）を有するか

90) これは狭義の適合性原則違反を争点とする投資勧誘事件に限らず、広義の適合性原則を踏まえた説明義務違反の有無など、顧客属性により違法性の有無が左右されるその他の違法性類型を争点とする投資勧誘事件に妥当し得る。

91) 第一の判断構造では、違法性の有無は顧客内部からみた真なる顧客の視点で判断され、故意過失の有無は業者側からみた（みるべきであった）顧客の視点で判断されるといえる。

92) 第二の判断構造では、違法性の有無は、業者側からみた（みるべきであった）顧客の視点で判断される。そこで、第一の判断構造における故意過失の判断が、第二の判断構造における違法性判断のプロセスに組み込まれていることが分かる。

93) 明らかな（顧客属性に左右される余地の乏しい）違法性を帯びた勧誘については、事後的に訴訟となり、損害賠償請求が認められることがほぼ確立していることから、（ある程度の）抑止が働くとするならば、業者の一部には、意図的に顧客属性調査を大まかなものとし、大まかに把握した顧客属性に照らして直ちに違法とまでは評価されない勧誘により手数料収入の最大化を図ろうとする誘因が生じると考えられ、今後、勧誘に際しての顧客属性の把握の適切性が争点となる類型が増加する可能性がある。

は、顧客が申告し業者が認識した真の顧客属性に照らして判断される（「(2)」がこれにあたる）。その判断の結果、違法性が肯定された場合に故意過失の有無が別途問題とならないのは、違法な勧誘につき通常故意が存し、故意が存せずとも過失が否定されることはほぼ考えられないためである。

次に、顧客が申告した属性と真の顧客属性に不一致があり、これを業者が認識している場合がある。典型的には業者が顧客に虚偽申告や投資可能資金額の増額を誘導した場合である。この場合、違法性の有無は業者が認識すべきであった属性に照らして判断される（「(4)」、「8」、「(13)」がこれにあたる）。このことは、顧客の虚偽申告を業者が誘導したわけではないが、顧客の申告が虚偽であることを業者が認識していたと評価される場合にも妥当する（「第二申告に関する(11)」がこれにあたる）。かような場合において、違法性が認められるとき、故意過失の有無が別途問題とならないのは、真の顧客属性を認識している業者には違法な勧誘を行うことにつき故意が認められ、業者が真の顧客属性を認識していないにせよ申告内容と真の顧客属性の不一致を認識していた業者の過失が否定されることはまずないためである⁹⁴⁾。

次いで、顧客が申告した属性と真の顧客属性に不一致があり、業者がこれを認識しなかったことににつき注意義務違反は認められない場合をみよう。第二の判断構造をとるならば、違法性の有無は、顧客が申告した属性に照らして判断される（「(5)」、「(10)」、「第一申告についての(11)」、「(12)」では、これに近い判断がなされている）。この第二の判断構造では、違法性の有無の判断過程に組み込まれる形で先行的に過失の有無が判断されるため、違法性の有無の判断の後に再度過失の有無が判断されることはない。また、第一の判断構造をとるならば、真の顧客属性に照らして違法性の有無が判断され、その判断の結果、違法性が認められるとき、違法性を有する勧誘をなしたことにつき業者の過失の有無が別途問われ、これが否定される（このような判断構造を明確に示し違法性は認められるが過失がないとした下級審判例は、検討対象の中に存しない）。

最後に、顧客が申告した属性と真の顧客属性に不一致があり、このことを業者が認識しなかったことに注意義務違反が認められる場合をみよう。第二の判断構造をとるならば、違法性の有無は業者が認識すべきであった真の顧客属性に照らして判断される（このような判断構造を明確に示し違法性を肯定した判例は検討対象の中に存しない）。第二の判断構造をとるならば、違法性判断の中に組み込まれる形で先行的に過失の有無が判断されるため、違法性の有無の判断の後に再度過失の有無が問題となることはない。また、第一の判断構造をとるならば、違法性の有無は真の顧客属性に照らして判断され、その判断の結果、違法性が認められるとき、違法な勧誘を行ったことにつき業者に注意義務違反が認められるかが別途判断され、これが肯定される（「(9)」ではこれに近い判断がなされている）。

このように、判断構造に相違が存する可能性があるにせよ、下級審判例の大勢は、業者には顧客が申告した属性の真実性につき一定の注意義務が存し、義務に反した場合には

94) 不一致を認識している以上、真の顧客属性を把握すべき注意義務が設定されるところ、その義務に反して真の顧客属性の把握を怠ったためである。

不法行為責任が生じ得ると解していることは確かである。では、下級審判例の大勢は、その注意義務の水準をどのように設定しているのか。

下級審判例の大勢は、顧客の財産状態等の申告内容に、顧客の年齢、職業、家族構成等からして疑念を抱くべき事情が存するとき、その確認をすべき義務を業者に課している。そして、疑念を抱くべき事情が存する場合とは、顧客の年齢、職業、家族構成等からして、申告内容が「およそあり得ない」場合に限られるのではなく⁹⁵⁾、「あり得なくはないが、かなり希少な例である」という場合も含まれると解している（独身で親と同居する32歳の薬局店長が、年収800万円、保有金融資産5,000万円以上と申告した場合につき「(9)」）。逆に、申告内容が、顧客の年齢、職業、家族構成からして「かなり希少な例である」といえない場合には、申告内容の真偽を確認すべき注意義務はない（代表取締役を務める48歳男性が年収1,000万円以上、保有純資産7,000万円と虚偽申告し、投資可能資金額を2,000万円とした場合につき「(5)」、食品スーパーマーケットの店長を務め父と同居する34歳の独身男性が保有流動資産3,000万円と虚偽申告し、投資可能資金額を950万円とした場合につき「(10)」、葬祭業を営む66歳が年収1,000万円、流動資産額3,500万円と虚偽申告し、投資可能資金額を1,000万円とした場合につき「(11)」、パソコン塾及び個別指導学習塾を営み母と同居する39歳が、年収1,000万円、保有流動資産4,500万円と虚偽申告し、投資可能資金額を1,000万円とした場合につき「(12)」）。

また、申告時に顧客が申告した属性と真の顧客属性との不一致を業者が認識すべきであったと評価できない場合でも、その後、不一致を認識すべき事由が生じた場合、それ以降については、業者が認識すべきであった顧客属性に照らして違法性判断がなされると解されている（「保有流動資産3,000万円、投資可能資金額950万円」と申告した顧客が、入金額が521万円の段階で余剰資金がないと伝えた場合につき「(9)」）。この意味で、業者の注意義務は、申告時だけに要求される一過性の注意義務ではなく継続的注意義務である。

4 現在の法状況の正当性：二つの視点から

(1) 虚偽申告を見抜けなかった業者に民事責任を負わせることは公正か

このように、下級審判例の大勢は、顧客の申告が虚偽であることを業者が認識すべきであったならば、虚偽申告を行った顧客に対する業者の損害賠償責任が成立し得ると解する。

では、かかる解釈は正当化できるか。二つの側面から検討しよう。まず、虚偽申告を行った顧客に対して業者が損害賠償責任を負う場合があるとの解釈が公正であるのかが問題となる⁹⁶⁾。この問題に対しては、次のような応答が成り立つ。まず、検討判例において

95) 勧誘をしないネット証券会社に課せられている私法上の取引開始規制法理としての適合性原則の義務水準と対比した場合、先物取引における私法上の勧誘規制法理としての適合性原則の特色が相対化できる。前者については、申告内容を疑うべき特段の事情がある場合に、申告内容の確認義務がネット証券会社に課せられるとするのが、下級審判例の大勢が示す解釈である。参照、拙稿・前掲注(5)「下級審判例」120頁-121頁。この義務水準よりも、先物取引において勧誘をなす業者に課せられている義務水準は高度である。

96) (勧誘行為を行わない) ネット証券会社に対して課せられる取引開始規制法理としての適合性原則について、下級審判例の大勢は、適合性原則は、虚偽申告を行った者を保護するためのものではないとの姿勢を明確に示していることと対比した際に、問題が鮮明となる。この点につき、参照、拙稿・前掲注(5)「下級審判例」121頁-123頁。

問題となった事案のほとんど⁹⁷⁾は、業者が何らかの形で通常取引へと顧客を誘った点に共通項を見いだすことができる。招請勧誘の事案でも、顧客が業者に勧誘を要請するきっかけを作っているのは業者側である。また、検討判例において問題となった事案は例外なく全て、取引開始以降、業者が取引の勧誘により手数料を取得しているという点で共通する。このように、ここで問われているのは、顧客属性如何によっては生存基盤を破壊しかねないリスクを有する先物取引の「勧誘」により委託手数料を取得する業者が負うべき注意義務の内容である。かかる勧誘をする業者が、「あり得なくはないがかなり希少な例」とであると認められる顧客の（虚偽）申告をそのまま鵜呑みにし、真に取引を始める適性を備えているのか、自らの推奨が真に適当であるのかにつき一定の注意を尽くすことなく、客観的には不適合又は過剰な勧誘をして取引を行わせ顧客に損失を生じさせた場合、被侵害利益の重要性に加え、侵害態様にも相応に強度の悪質性が認められる。そこで、この点を手掛かりとして、業者に顧客の申告内容が、当該顧客の職業、年齢、家族構成等に照らして「あり得なくはないがかなり希少な例」とであると認められるときに限り一定の注意義務を課し、業者が義務に反したならば不法行為が成立し得ると解することは、直ちに「不公正」であるとまではいえない。業者にかかる注意義務を一切課さないことでのみ「公正」が実現されるのではなく、「公正」は、業者に課す注意義務の水準の設定と過失相殺によっても実現できる⁹⁸⁾と解する余地は残されているためである。

(2) 虚偽申告を見抜けなかった業者に民事責任を負わせることは望ましいか

次に、顧客が虚偽申告を行い業者がこれを認識していない場合でも、それを見抜けなかった業者に不法行為責任が生じる場合があり、業者は顧客に損害賠償義務を負うことがあるというルール（以下、これを後述する「第一ルール」と区別するために、「第二ルール」とする）は望ましいのかも問題となる。第二ルールが存在する場合、一定の顧客に、業者に対して虚偽申告をして取引を行おうとする誘因を与える可能性がある。なぜなら、もし、取引によって自らに損失が生じた場合には、業者に損害賠償責任を追及し損失の転嫁を図り得るためである。これは、第二ルールのデメリットである。本来的に適合性を有しない顧客に過剰支出を促し、また、業者には損失転嫁に対する備えのための支出をなさせるなどの弊害が生じるためである。

しかし、第二ルールにかようなデメリットが存することが、第二ルールは「望ましくない」との結論を直ちに導くわけではない。なぜなら、前述のように、業者が顧客に虚偽申告をするように誘導した場合には、不適合性又は過剰性の存否は、顧客が申告した属性では

97) 「(1)」のX2については、X1に取引を勧められたX2が主体的にYに勧誘を要請した可能性がある。しかし、X2がYに勧誘を招請したとして、そのきっかけとなったX1に対して損失限定取引を勧誘し、X1に通常取引への興味関心を抱かせ、X1が業者に勧誘を招請して取引を開始し、かつ、後にX2にも取引を勧めることとなる原因を形成したのはYである。

98) 例えば、業者には真の顧客属性を把握すべき注意義務があるとし、無過失責任に接近する水準に注意義務を設定し、業者が申告内容を疑い顧客に確認をしたところ、顧客が悪質極まりない欺罔行為によって確認を潜り抜けた場合でも、業者には過失が認められ、業者が認識すべきであった真の顧客属性に照らし不適合性及び過剰性が認められる勧誘をして取引を行わせたことは違法と評価され、賠償額の決定において、過失相殺は一切なされないと解することは、「不公正」とであるという点には異論はない。

なく、真の顧客属性に照らして判断されるというルール（以下では、これを「第一ルール」とする）は、今日、下級審の大勢において確立しており、かつ、第一ルールが存することは、第2章で論じたように、望ましい。しかし、実態として業者が虚偽申告を誘導したとしても、後の訴訟においてそのことの立証が成功するとは限らない。業者の勧誘を受け取引を始めようとする段階において、業者との紛争が将来生じることを顧客が予測し、証拠を収取・保存することは稀であるとするならば、業者によって虚偽申告を誘導されたことについての立証が失敗に終わる可能性は相応に存する。このことは、業者に、第一ルールがあるにせよ、顧客が立証に失敗することを期待してなお虚偽申告をするように顧客を誘導しようとする誘因を与える。これは、第一ルールに内在する欠点である。しかし、第二ルールの存在は、この第一ルールの欠点がある程度埋める。なぜなら、業者が虚偽申告を顧客に誘導したことの立証に失敗したとしても、顧客が申告した属性が、顧客の職業や年齢、家族構成からして「あり得なくはないがかなり希少な例である」であることを立証し、かつ、それゆえに顧客が申告した属性と真の顧客属性との不一致を認識すべきであったのに、確認等をなさずにこれを怠ったことを立証できれば、第二ルールにより業者に損害賠償責任が生じるためである。このことは、第一ルールによる救済を受けるための立証に顧客が失敗することを期待して、虚偽申告をするよう顧客を誘導しようとする誘因を業者から削ぐ機能を果たし、かつ、それでもなお虚偽申告を業者が誘導しようとする場合においても、顧客の職業や年齢、家族構成からして「あり得なくはないがかなり希少な例である」というレベルにおける虚偽申告の誘導を抑止する。これらは、第二ルールの利点である。これにより、不適合性又は過剰性を伴う投資が勧誘によって生じ、それに伴い業者に不当な手数料収入が帰属することや、それによる業者全体に対する顧客の信頼が低下し、誠実な業者が業務を妨げられることが減るためである。

そこで、第二ルールのデメリット（顧客が虚偽申告を行う誘因となり得る）の効果よりも、第二ルールのメリット（業者が虚偽申告を誘導しようとする誘因を削ぐ）の効果の方が上回るとするならば、第二ルールは、望ましいものとの（暫定的）結論を得ることができる。本稿では、この本格的な検証には着手せず、今日の法状況を前提とするさらなる判例の蓄積を待ち、別稿において検証を行いたい。

以上が、先物取引における私法上の（勧誘規制法理としての）適合性原則の状況に対する本稿の暫定的検討結果である。では、先物取引における私法上の適合性原則は、勧誘規制法理としての適合性原則に尽きるのか。以下で見るように、今日、業界自主規制に視点を転じるならば、勧誘規制法理としての適合性原則とは明確に区別される、取引開始規制法理としての適合性原則と、受託規制法理としての適合性原則（過剰取引受託規制）の萌芽が確認でき、また、下級審判例において、適合性原則違反や過当取引の成否が、勧誘行為を一切行っていないネット業者と顧客との間で争われた事例が出現するに至っている⁹⁹⁾。それゆえ、先物取引における私法上の適合性原則の展開とその到達点の全容を把握するためには、これら非勧誘規制法理としての適合性原則の状況を把握する必要がある。そこで、

99) 取引開始規制法理としての適合性原則と、受託規制法理としての適合性原則という用語は、筆者がネット証券会社に勧誘規制に起源を有する狭義の適合性原則の射程が及ぶのかを検討する際に、分析の視角を得るために用いたものである。参照、拙稿・前掲注(5)「下級審判例」5頁-7頁。

以下では、先物取引における取引開始規制法理としての適合性原則と受託規制法理としての適合性原則の萌芽とその内容を確認するため、業界自主規制と地裁判例の検討を行う。

5 取引開始規制法理としての適合性原則と受託規制法理としての適合性原則の派生

(1) 取引開始規制法理としての適合性原則と受託規制法理としての適合性原則の派生：業界自主規制

日本商品先物取引協会は、「商品先物取引業務に関する規則（以下、「規則」とする）」及び「商品先物取引業務に関する規則第18条1項に基づく留意事項（以下、「留意事項」とする）」を定めている¹⁰⁰⁾。規則4条は1項において「会員は、商品デリバティブ取引について、顧客の知識、経験、財産の状況及び商品取引契約を締結する目的に照らして不相当と認められる商品先物取引業務を行ってはならない」と定め、また、2項において「会員は、前項に掲げる顧客の知識、経験等の属性を踏まえ、商品デリバティブ取引についての取引開始に係る基準を定め、当該基準に適合した顧客と商品取引契約を締結しなければならない…」と規定する。

また、規則6条は、「会員は、商品デリバティブ取引を行う顧客について、次に掲げる事項を記載した顧客カードを作成し、備え付けなければならない」として、顧客の職業、収入、資産の状況、投資可能資金額、商品デリバティブ取引その他の投資経験の有無及びその程度、商品取引契約を締結する目的等について顧客情報の収集を要求している。

さらに、規則11条は、「会員は、商品取引契約締結後に顧客が行う商品デリバティブ取引が当該顧客の知識、経験、財産の状況及び商品取引契約を締結する目的等に照らして過度な取引とならないよう、必要な基準を定めて管理しなければならない」と規定する。

これら規則が定める適合性原則は、業務の一般規制であり、勧誘業務のみに妥当する規制ではない。そこで、勧誘を伴わずに受託業務を行う場合においても、取引開始適合性を有しない顧客との取引を開始してはならず（取引開始規制）、また、取引開始後も、顧客が行う商品デリバティブ取引が顧客属性に照らして過度な取引とならないよう受託業務を管理すべきことが求められている（受託規制）。ここに、取引開始規制法理としての適合性原則と受託規制法理としての適合性原則の萌芽がみられる。そこで、これらの自主規制内容をさらに把握しよう。

規則18条1項は、「会員は、商品先物取引業務の適正な運営及び管理に必要な事項について、監督指針及び本会が別に定める留意事項を踏まえ、第3条、第4条及び第11条に定める基準並びに第13条に定める管理体制について社内規則を制定し、これを役員及び使用人に遵守させなければならない」と規定し、留意事項「Ⅳ. 適合性原則の遵守に関する事項」において、次の事項を規定する。

「法第215条の適合性原則の取扱いについては、監督指針の趣旨を踏まえ、顧客の知識、経験、財産の状況及び商品取引契約を締結する目的に照らして不相当と認められる商品先物取引業務を行うことのないよう、適合性の原則を遵守するために留意すべき事項を次の

100) いずれも、全文は、日本先物取引協会HP<https://www.nisshokyo.or.jp/profile/pdf/05-gyoumu_kisoku.pdf>において閲覧可能である。

とおり定めるので、これらを踏まえて社内規則…社内の管理体制を整備されたい。」

「なお、商品取引所の受託契約準則に定める損失限定取引、勧誘を伴わない電子取引等のビジネスにおいても、その取引特性に応じて同様に社内規則を制定する必要がある。」

ここにも、自主規制が、勧誘を伴わないネット業者等が行う受託業務に対しても射程を及ぼしていることが示されている。「留意事項」は続けて以下のように規定する。

「3. 監督指針の『個人顧客との間の取引行為に係る考慮事項』（Ⅱ－4－2の(4)②参照）に示されている不适当と認められる勧誘又は不适当と認められるおそれのある勧誘であると考えられる事例を踏まえ、個人顧客に関しては以下の点に留意して取引開始基準…を社内規則に明確に定める…。」

「4. 投資可能資金額については、監督指針の『個人顧客との間の取引行為に係る考慮事項』（Ⅱ－4－2の(4)①口参照）において『損失（手数料等を含む。）を被っても生活に支障のない範囲で定める資金額』とされたので、取引による損失が申告を受けた投資可能資金額を上回ることはないよう具体的方法を定めて適切に管理する必要がある…。」

「5. 過度の取引の防止措置については、個人顧客に関してきめ細かに顧客管理を行う必要があるが、特に、未経験者については以下の点に留意して、未経験者保護措置の対象者及び保護措置の内容を社内規則に規定する…。」

「(1) 略」

「(2) 保護措置としては、損失の許容額である投資可能資金額に一定の率を乗じて得た額を預託することのできる取引証拠金等とすること、取引することのできる枚数等を制限するといった明確な措置を講ずる。」

これらの自主規制の内容は、第一章でみた取引開始の勧誘規制、不招請勧誘規制のうち習熟期間規制、そして、過剰取引の勧誘規制と類似の又は同等の内容となっている。そして、この自主規制は、勧誘を介在させず顧客の委託の受託及び執行に徹するネット專業業者等に対しても適用されることから、勧誘規制のみを目的とするのではなく、勧誘の有無を全く問題としない取引開始規制及び受託規制をも含むことが明らかである。そこで、勧誘を一切なせず、顧客の取引開始申請に応じ主体的注文の受託に徹する業者であっても、この自主規制上の取引開始規制及び受託規制（過剰取引受託規制）に服していることになる。

では、ネット業者がこれらの規制に違反した場合、その業者の態様が不法行為法上の過失や違法性を基礎づけることがあり得るのか。換言するならば、私法上、勧誘規制法理としての適合性原則とは区別される取引開始規制法理としての適合性原則と受託規制法理としての適合性原則の萌芽は確認できるのか。これが争点となった下級審判例が出現するに至っている。そこで、最後にこの下級審判例を検討しよう。

(2) 下級審判例における私法上の取引開始規制法理としての適合性原則と受託規制法理としての適合性原則

勧誘行為を行わず顧客の注文の受託及び執行に徹するネット專業業者に、適合性原則違反及び過剰取引の違法があったか否かが争われた事例として、東京地判平成29年8月29日（Westlaw Japan文献番号：2017WLJPCA08298020）がある。

本件は、顧客Yがネット專業業者Xを通じて国内商品先物取引を行っていたところ、約

3億6,990万円の未精算の決済損金が生じ、これを立替えたYがXに対して立替金の一部と約定利息の支払いを求め提訴したところ、Yは、Xには適合性原則違反等の違法があり、そこで、立替金の請求は信義則に反するとの抗弁と、YのXに対する当該不法行為に基づく損害賠償請求権との相殺によってXのYに対する立替金請求権が消滅した旨の抗弁を主張して争った事案である。

【顧客属性】

Yは、本件取引開始時54歳か55歳であり、大学を卒業後、株式会社に就職し、25年の在職期間のうち20年弱を財務経理分野に従事し、本件取引開始当時、財務経理部次長の職にあり、年収1,200万円を得ていた。Yは、以前、友人から誘われて原油及び灯油の先物取引をした経験がある。

【顧客属性調査】

Yは、産油国等の状況から原油関連取引を行うには良い時期であると判断し、平成27年5月半ばにXにおいて口座を開設し、その際、投資目的は余裕資産の運用であり、株式現物取引、株式信用取引、投資信託、米国株式及び外国為替証拠金取引の経験を有し、保有金融資産2,000万円以上と申告し、更に同年6月半ばに商品先物取引口座等を開設する際にも、商品先物オンライン3ヶ月未満、FX1年以上、株式現物1年以上、株式信用・先物1年以上の取引経験を有し、資産として現預金6,000万円、有価証券8,000万を保有し、年収は1,200万円、投資可能資金額は5,400万円、投資資金の性格は余裕資金、投資目的は資産形成と売買益重視と申告した。

【損失発生の経緯】

Yは、平成28年1月13日から同月22日にかけて、本件取引において得た利益など約11億1,095万円をXに預託し、ガソリン3,798枚、灯油416枚、原油885枚を売建てたところ、22日の取引終了後、約3億1,646万円の追証が生じ、Yが期限である25日午前までに追証を差入れなかったため、Xは同日にYの建玉をYの計算において決済したところ、決済損金約13億5,650万円が生じ、Yの預託金をこれに充当したが約3億6,990万円の決済損金が残りを、Xがこれを立替えた。

Xがこの立替金の一部とその利息の支払いをYに求めたところ、Yは、Xには適合性原則違反、過当取引等の違法が存するとして上述の抗弁を主張し争った。適合性原則違反及び過当取引に関するYの主張は、次のようなものである。

旧ガイドラインでは、原則として不相当と認められる勧誘類型として、投資可能資金額を超える証拠金等を必要とする取引に係る勧誘を挙げる。Yは保有金融資産を2,000万円と申告したにもかかわらず、XはYが新たな投資可能資金額の裏付けとなる資産を有しているかの確認等を行わず、約14億8,085万円の決済損金が生ずる先物取引を漫然と行わせたことには適合性原則違反の違法がある。

また、日本商品先物取引協会の定める受託等業務に関する規則第3条3項¹⁰¹⁾は、「会員は、取引開始後においても、顧客の知識、経験、財産の状況及び受託契約を締結する目的

101) 今日の規則の前身であり、平成23年1月1日より規則に移行している。現行の規則11条にあたる。

に照らして不相応と認められる過度な取引が行われることのないよう、適切な委託者管理を行うものとする」と定めており、Xには、Yにとって相当な取引限度額を算出し、当該取引限度額を超えた場合には取引を制限するシステムを構築すべき義務があった。ところが、Xはかかる義務に反し、約14億8,085万円の決済損金が生ずる先物取引を漫然と行わせた。これは、顧客が得た取引利益を順次証拠金に充当する制度をXが採っていたためであり、過当取引の歯止めとなる証拠金制度として致命的な欠陥があった。

【判旨】 請求全部認容

本判決は、Yの抗弁を全て退けXの請求を全部認容した。適合性原則違反及び過当取引に関するYの主張を、本判決は次のように退けている。

まず、本判決は、適合性原則違反について、Yの年齢、経歴、収入等に加え、YのXに対する申告内容、本件取引開始の動機に照らすと、YがXとの国内先物取引についての適合性に欠けるとはいえないとし、否定している。

また、本判決は、過当取引についても次のように述べて違法性を否定している。すなわち、Xでは、各週の最終営業日に実入金額が申告された取引限度額を一定額以上超えた顧客を抽出し、週明けに取引限度額を変更するか、実入金額の出金を行うかの対応を要請し、要請に応じない顧客には取引を制限ないし停止する運用を行っており、Yに対しても平成27年12月28日にかかる要請をメールで行い、平成28年1月5日にも同様の要請を電話で行っている。Yは投資可能資金額を上回る実入金額があると取引停止となる可能性があることを認識し、同月7日と19日にそれぞれ約9,948万円と約1億円を出金している。このことから、Xは過当取引を制限することが一応可能となる措置を講じていたといえる。また、Yはインターネットを通じて自ら取引を委託したものであり、XがYに過大な取引を勧誘したわけではない。それゆえ、本件取引が過当取引にあたる違法なものということとはできない。

【検討】

まず、本判決は、勧誘を行わないネット業者において顧客が勧誘を受けることなく主体的に先物取引を行った場合に、業者が適合性原則違反を問われることはないとしている。そうではなく、先物取引についての顧客Yの適合性を肯定し、また、業者Xが勧誘を行っておらず、Yが主体的に取引を行ったものであることを考慮しつつ、Xにおいて過剰取引を制限する措置を講じていたことをもって過当取引の違法を否定する。そこで、本判決は、勧誘規制法理としての適合性原則の他に、取引開始規制法理としての適合性原則と受託規制法理としての適合性原則の存在を否定せず、これを肯定していると解せる¹⁰²⁾。

このことは、以下の理由から肯定できる。前述の通り、業界自主規制は、勧誘業務を行わず受託及び執行業務に徹するネット業者に対しても、取引開始規制と過剰取引の受託規制を課しており、これらは、顧客の法益保護をもその目的とすると考えられることから、かかる規制に業者が反した場合、その態様如何によっては不法行為法上の違法と評価され

102) この点は、ネット証券会社をめぐる下級審判例の大勢と共通する解釈である。参照、拙稿・前掲注(5)「下級審判例」115頁-125頁。

得ると解することは、平成17年判決と矛盾せず、むしろ整合的である¹⁰³⁾。

もっとも、勧誘規制法理としての適合性原則違反が、不法行為法上の違法性を基礎づけるのは、「勧誘」により不適合取引又は過剰取引にいわば引きずり込むという業者の態様に高い悪質性が認められるためである。これに対して、取引開始規制や過剰取引の受託規制に反する業者の態様は、顧客の主体的取引開始や注文の希望を単に認めたに過ぎないともいえるところ、それがなぜ、不法行為法上の違法性を基礎づける程度に悪質であると評価できるのかが問われる¹⁰⁴⁾。この点については、次のように述べることができる。

先物取引は、当初元本を上回る損失が生じる恐れを伴う取引の典型例である。そこで、先物取引では、顧客の財産的利益だけでなく生存的利益も脅かされかねない。そのため、被侵害利益に高度の重要性が認められる。そこで、このこととの相関関係において業者の態様に強度の悪質性が存すると評価できるならば、業者が「勧誘」によって顧客を取引に引き込んだという事情がなくとも違法性を肯定し得る。その典型例は、業者が不適合性や過剰性を認識しながらこれを黙認した場合や、わずかな注意を払いさえすれば不適合性や過剰性を認識できたのに、これを怠った場合が挙げられる¹⁰⁵⁾。

本件におけるYの申告した¹⁰⁶⁾知識、経験、財産状態、投資意向からして、Yに先物取引の取引開始適性が認められることには、ほぼ異論はないと考えられる¹⁰⁷⁾。本件取引の問題点は、Yが申告した投資可能資金額は5,400万円であるところ、Yは投資可能資金額の20倍以上にあたる11億円を超える資金を預託し、ガソリン、灯油、原油という同種の銘柄に集中的かつ異常というべき大規模な売建てを行ったことにある。

この点につき本判決は、Xが顧客の過剰取引を抑制する一定のシステムを構築し、そのシステムを現に運用していたことをもって、Xには受託規制法理としての適合性原則違反（過剰取引）の違法はないと判断している¹⁰⁸⁾。これは、受託規制法理としての適合性原則違反の違法性を基礎づける業者の悪性度の高い態様である「わずかな注意を払うことさえ怠った」に本件のXの態様は該当しないと判断されていると理解できる¹⁰⁹⁾。

103) この点につき、参照、拙稿・前掲注(5)「ネット証券会社」77頁-78頁。

104) この点につき、参照、拙稿・前掲注(5)「ネット証券会社」78頁。

105) この点につき、参照、拙稿・前掲注(5)「ネット証券会社」78頁-80頁。

106) 本件では、顧客が申告した属性と、真の顧客属性の不一致は問題となっておらず、申告内容の確認義務の存否やその義務の水準については問題とならない。

107) Yには先物取引を行う適性が欠けていたことを理由として適合性原則違反の主張がなされているのではなく、14億円を超える決済損金を生じさせる取引の適性がYにはなかったことを問題としている。そこで、Yの主張に即してみても、本件において、取引開始規制法理としての適合性原則違反は実質的には争点となっておらず、過剰取引についての受託規制違反に本件の争点は集約される。

108) また、本件では、必要な証拠金の預託を受けることなく注文を受託したとの事情もみられない。

109) ネット証券会社に対する受託規制法理としての適合性原則に基づく義務の水準については、参照、拙稿・前掲注(5)「下級審判例」123頁-124頁。下級審判例の大勢は、委託証拠金やロスカットなどの制度が適切に構築されている限り、証拠金の裏付けのない、あるいは極めて乏しいなかでの受託などの異常事態を除いて、受託規制法理としての適合性原則違反が問われることはないという解釈がとられており、また、預託された資金の性質を調査する必要はなく、入金額から与信額を計算することが許容されるとの解釈が示されている。これとの対比で、本判決が示す先物取引における私法上の受託規制法理としての適合性原則の内容は、興味深い独自性を有する。

もちろん、私法上の取引開始規制法理としての適合性原則や、受託規制法理としての適合性原則の内容を分析するには、下級審判例の蓄積を待たなければならない¹¹⁰⁾。本判決は、今後出現する下級審判例により形成される法状況の一つの可能性を示すものである¹¹¹⁾。

おわりに

本稿では、先物取引における適合性原則の展開の全容を確認した。業法は、勧誘規制と不招請勧誘規制を規定し、前者は、取引開始勧誘規制と取引開始後の過剰取引勧誘規制からなる。また、後者は、取引開始の不招請勧誘規制、熟慮期間規制、習熟期間にかかる勧誘規制、過剰取引受託規制からなる。

これらの規制を背景とし、下級審判例の大勢が形成する先物取引における不法行為法上の適合性原則の内容は、次のようなものであった。業者が虚偽申告をするよう顧客を誘導した場合など、顧客が申告した属性と真の属性の不一致を業者が認識していた場合、不適合性及び過剰性の有無は真の顧客属性に照らして判断される。次に、顧客が申告した属性と真の顧客属性の不一致を業者が認識すべきであったと評価されるときは、業者が認識すべきであった真の顧客属性に照らして不適合性及び過剰性の有無が判断される（このように違法性判断の中に業者の故意過失を組み込んだ判断構造ではなく、違法性は真の顧客属性に照らして判断し、別途業者の故意過失の有無を検討するという判断構造をとるものもあるが、いずれにせよ不法行為の成否の結論に差を生じさせない）。顧客の申告した属性と真の顧客属性との不一致を認識すべき業者の注意義務の具体的な水準は、顧客の職業、年齢、家族構成からして、顧客が申告した属性が「あり得なくはないがかなり稀である」と認められるときに、顧客に申告内容の確認義務等が生じるというレベルに設定されている。

この点につき、虚偽申告を行った顧客に対する業者の不法行為責任を認めることは、「公正」であるといえるかという問題や、望ましいルールであるのかという問題が存する

110) 本判決の示す先物取引における不法行為法上の取引開始規制法理としての適合性原則と受託規制法理としての適合性原則をめぐる解釈は、下級審判例の大勢が示す金融商品取引における不法行為法上の取引開始規制法理としての適合性原則と受託規制法理としての適合性原則とその方向性は（前掲注(106)で指摘した点を除いては）ほぼ同じであるといつてよい。参照、拙稿・前掲注(5)「下級審判例」115頁-125頁。

111) 下級審判例の大勢が金融商品取引における取引開始規制法理としての適合性原則と受託規制法理としての適合性原則に基づく義務の水準を低次に止め置く根拠は、第一に、勧誘をなさず、しかも、取引開始時に一定の注意義務を尽くした業者に対して、さらなる高度な注意義務を課することは正当化できないこと、第二に、虚偽申告をなした顧客を保護するために受託規制法理としての適合性原則が存するわけではないこと、第三に、仮に義務水準を高度化した場合、社会的に有用な取引を阻害すること甚だしいことにあるものと考えられる。参照、拙稿・前掲注(5)「下級審判例」121頁-123頁、124頁-125頁。このうち、第三の根拠が、商品先物取引にも妥当するか、妥当するとして、どの程度妥当するのかは、検討を要するであろう。広く一般投資者が参加し、取引の活性化を図るべき事情が商品先物取引に存するかが問題となるためである。このことは、翻って、金融商品取引の中でも、証拠金取引につき、商品先物取引に比して広く一般投資者が参加し、取引の活性化を図るべき事情がどの程度存するのかの再考察を迫る契機になると思われる。

が、本稿の検討結果は、これは「公正」にかなない、かつ「望ましい」ルールでもあるとの結論を得られる可能性が存することを示すものである。

これら勧誘規制法理としての適合性原則の展開とは別に、先物取引では業界自主規制において、勧誘の有無を問題せず、そこで、顧客注文の執行に徹するネット業者に対してもその射程が及ぶ「取引開始規制法理としての適合性原則」と「受託規制法理としての適合性原則」の派生がみられる。また、かかる規制を背景とし、下級審判例において、これら非勧誘規制法理としての適合性原則違反と不法行為の成否が争われた事例が出現している。当該判例は、不法行為法上の取引開始規制法理としての適合性原則と、不法行為法上の受託規制法理としての適合性原則の存在を肯定した上で、その義務水準を勧誘規制法理としての適合性原則の義務水準との対比で低次に設定している。この点は、金融商品取引における不法行為法上の取引開始規制法理としての適合性原則と受託規制法理としての適合性原則の展開と類似する。

ただ、先物取引における不法行為法上の受託規制法理としての適合性原則は、金融商品取引における受託規制法理としての適合性原則との対比で独自性を有する。その内容は、取引開始時に、顧客に（手数料を含む）損失を被っても生活に支障のない範囲で定める資金額である投資可能資金額を申告させ、当該額を基準として過剰取引を抑止するシステムを構築すべき業者の義務として、ぼんやりとした輪郭を示すにとどまっているが、かかる義務は、金融商品取引における不法行為法上の受託規制法理としての適合性原則には見られない。これは先物取引では、業法上の投資可能資金額制度が自主規制によって受託規制とされていることを背景にする。ただ、このような先物取引における不法行為法上の受託規制法理としての適合性原則の独自性は、金融商品取引における量的適合性原則違反や過当取引への対応策として参考になるものと思われ、また、金融商品取引における主体的取引環境整備の一つとしても参考になるものと思われる。

今後、先物取引における私法上の適合性原則の展開を注視し、下級審判例の更なる蓄積を待って、別稿において本稿の更新を行うとともに、金融商品取引における私法上の適合性原則への含意を明らかにしたい。