

平成16年12月8日判決言渡 同日原本領収 裁判所書記官

平成16年(ホ)第1680号 損害賠償請求控訴事件

(原審：大阪地方裁判所平成14年(ワ)第5307号)

判 決

大阪府豊中市

控訴人 (原告)

同訴訟代理人弁護士

齋藤 護

山崎 敏彦

福岡市博多区博多駅東2丁目9番1号

被控訴人 (被告)

コスモフューチャーズ株式会社

同代表者代表取締役

小山内 博 朗

同訴訟代理人弁護士

松村 安 之

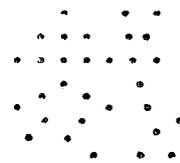
主 文

- 1 原判決主文第1, 2項を次のとおり変更する。
  - (1) 被控訴人は、控訴人に対し、99万2646円及びこれに対する平成14年6月13日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。
  - (2) 控訴人のその余の請求を棄却する。
- 2 訴訟費用は、第1・2審を通じ、これを2分し、それぞれ各自の負担とする。
- 3 この判決は、第1項(1)に限り、仮に執行することができる。

事 実 及 び 理 由

第1 控訴の趣旨

- 1 原判決中控訴人敗訴部分を取り消す。
- 2 被控訴人は、控訴人に対し、158万8233円及びこれに対する平成14年6月13日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。



3 訴訟費用は、第1, 2審とも被控訴人の負担とする。

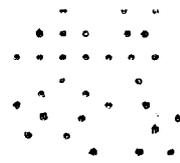
4 仮執行宣言

## 第2 事案の概要

1 本件は、外国法人であるサマセットアンドモーガン社（以下「サマセット社」という。）との間で外国為替証拠金取引を行っていた控訴人が、この取引を仲介した被控訴人に対し、同取引は詐欺又は賭博であり、また商品取引所法その他の規制（これら規制の類推適用を含む。）にも違反していることから、全体として不法行為を構成するなど主張して、不法行為（被控訴人自身ないし使用者責任）による損害賠償請求権に基づき、取引差損相当額である180万5921円と弁護士費用内金18万円の合計198万5291円及びこれに対する訴状送達の日翌日である平成14年6月13日から支払済みまで民法所定年5分の割合による遅延損害金の支払を求めた事案である。

なお、被控訴人は、控訴人の主張を争うとともに、本案前の答弁として、「控訴人の請求を却下する」旨申し立て、その理由として、被控訴人は、控訴人との間で仲裁契約を締結していたのであるから、本件は仲裁手続によって解決されるべきであると主張していたが、当審平成16年10月13日第2回口頭弁論期日において、この答弁・主張を撤回した。

2 原審は、控訴人がサマセット社との間で行った外国為替証拠金取引が、賭博行為でも詐欺（的）行為でもないとした上で、被控訴人（担当者）が外国為替証拠金取引の適合性を欠く控訴人を勧誘したことや控訴人に対する説明義務違反があったとして、被控訴人に不法行為責任を認めて、被控訴人が上記取引により被った損害及び弁護士費用を賠償する責任があるとする一方、控訴人にも、上記取引の適合性を欠いているとはいえ、外国為替証拠金取引という投機的取引に対する積極性が認められる等から、控訴人が被った損害につき、8割の過失相殺をした上で、被控訴人に対し、39万7058円及びこれに対する平成14年6月13日から支払済みまで民法所定年5分の割合による遅延損害金の



支払を命じた。

- 3 控訴人は、原判決を不服として控訴し、控訴人とサマセット社との外国為替証拠金取引は、賭博行為であり、控訴人に過失相殺が認められるような事情は存在しないと主張するとともに、当審において、仮に、上記外国為替証拠金取引が賭博でないとしても、貸金業法及び出資法に違反し、罰則をもって厳しく禁止された違法なものであると主張している。

【以下、原判決「事実及び理由」中の「第2 事案の概要」及び「第3 争点に対する判断」の部分を引用した上で、当審において、内容的に付加訂正を加えた主要な箇所をゴシック体太字で記載し、それ以外の字句の訂正、部分的加除については、特に指摘しない。】

- 4 争いのない事実等（末尾に証拠を掲記したものを除き、当事者間に争いが無い。）

(1) 当事者

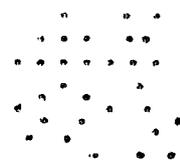
ア 控訴人は、中華人民共和国の国籍を有する1954年[ ]生まれの女性で、現在[ ]大学の研究員（無給）として芸術学を専攻する者である。

イ 被控訴人は、商品取引所法に基づく商品取引所における先物取引の仲介等を業とする株式会社である。

(2) 被控訴人の仲介による控訴人名義の外国為替証拠金取引

控訴人は、平成13年9月ころ、被控訴人が出していた新聞広告（投資専門家による講演会開催の広告）を見て、被控訴人に電話をしたところ、被控訴人従業員から「都合のよいときに来てもらえば説明します」と言われたことから、その数日後、大阪市内の被控訴人の営業所を訪れた。

被控訴人従業員趙曉薇（以下「趙」という。）は、控訴人に対し、被控訴人が仲介する外国為替証拠金取引の話をしたが、控訴人は、この日は取引をするとは決めなかった。



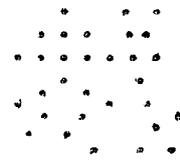
被控訴人従業員崔永健（以下「崔」という。）は、平成13年11月1日ころ、控訴人の自宅に電話をかけ、被控訴人が仲介する外国為替証拠金取引の勧誘をした。控訴人は、崔の話に興味を持ち、同月2日、崔とファーストフード店で会い、崔から被控訴人の会社案内を渡されて外国為替証拠金取引の説明を受けた。崔の説明は中国語で行われた。控訴人は、崔から説明を受けた後、被控訴人が仲介し、サマセット社が取扱業者となる外国為替証拠金取引を行う旨の契約書に署名押印して証拠金80万円を交付し、同日（平成13年11月2日）から平成14年1月10日までの間、別紙取引一覧表記載のとおり、サマセット社との間で、控訴人の名義及び計算で、各取引を行った（乙26の2。以下「本件取引」という。）。

### (3) 証拠金の支払と返戻金

控訴人は、被控訴人に対し、本件取引のための証拠金として、合計268万円を預託し、被控訴人から2回にわたり合計金87万4709円の返戻を受けた。その差額は、180万5291円である（なお、被控訴人は、控訴人から預かった金員をサマセット社に送金し、サマセット社から控訴人に対し、その預かり証が送付され（乙21の1ないし4）、また、本件取引の清算金は、被控訴人を介して、サマセット社から控訴人に対し、返還された。）。

### (4) 外国為替証拠金取引等

外国為替では、インターバンク市場（銀行間市場すなわち機関投資家による直物取引で構成される市場であって、取引所が存在しない市場）の相場（レート）に応じて通貨の交換が行われているが、外国為替取引とは、この為替の相場変動を利用して通貨の売買を行うものである。そして、外国為替証拠金取引は、顧客が外国為替証拠金取引取扱業者に対し、一定の証拠金（取引額の一部に相当する金額）を預け、証拠金の何倍もの外国為替取引を依頼するものであり、当該取扱業者は、その依頼に基づき取引を行い、顧客から手数料を取得する取引である。



外国為替証拠金取引は、平成10年4月、外国為替及び外国貿易法（以下「外為法」という。）が改正され、外国為替取引を行うことが一般にも可能となったことに起因して金融派生商品の一つとして登場したものである。

(5) ワールド・ワイド・マージンFX

本件取引の商品名は、「ワールド・ワイド・マージンFX」であり、外国為替証拠金取引の一つである。

サマセット社は、「ワールド・ワイド・マージンFX」の取扱業者である。被控訴人は、顧客とサマセット社の仲介を行う仲介業者（イントロデュースング・ブローカー〔IB〕）である。被控訴人は、顧客と直接に接して商品説明、追証拠金の連絡等を行い、あるいは取引の委託を受けてサマセット社に取り次いでいた（乙3、7及び22）。

サマセット社は、インターバンク市場に直接参加している銀行ではなく、海外の商業銀行（マーチャントバンク。銀行法上の銀行ではない。）である（甲7、8及び乙24）。

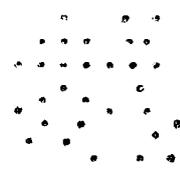
5 争点及び争点に関する当事者の主張

(1) 本件取引は、被控訴人による詐欺であるか。

【控訴人の主張】

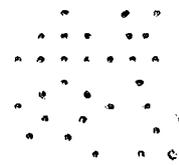
ア サマセット社は、実際にはインターバンク市場でヘッジすることなく、控訴人の注文に応じていた。したがって、控訴人の注文によって控訴人が利益を上げればその分サマセット社が損をする構造となっていた。このような取引は、いわゆる「のみ行為」であり、詐欺的取引である。にもかかわらず、被控訴人は、サマセット社について、控訴人の注文をインターバンク市場につないで（インターバンク市場でヘッジして）おり、サマセット社は手数料収入を得るだけであるかのような説明をし、控訴人をしてその旨誤信させ、証拠金を騙し取ったものである。

イ サマセット社がインターバンク市場でヘッジなどしていないことは、次



の事実から明らかである。

- (ア) インターバンク市場に参加しているのは世界の大銀行等であるが、サマセット社は1998年（平成10年）に設立されたばかりの、資本金わずか225万オーストラリアドル（日本円で約1億7000万円）の会社であり、銀行ではない。インターバンク市場の参加者は、自らの信用を基礎に相対取引を行うのであるが、サマセット社はそのような信用を有していない。したがって、サマセット社はインターバンク市場で取引をすることができないはずである。
- (イ) 仮に、サマセット社がインターバンク市場と間接的にヘッジしているにしても、その場合、サマセット社は、インターバンク市場よりも大きな利ざやを払わなければならない、また、10万ドルの場合で約20万円の為替手数料がかかるはずである。したがって、顧客にインターバンク市場でのレートをそのまま提供できるはずがない。また、被控訴人は、控訴人から、10万ドルの為替手数料について約2万4000円しか収受していない。したがって、サマセット社は間接的にもインターバンク市場においてヘッジしていないはずである。
- (ウ) 被控訴人が取引経過表として提出する乙第12号証の1には、スワップ金利の表示がない。本当にインターバンク市場でヘッジしているのであれば、当然にスワップ金利が表示されるはずである。
- (エ) 乙第12号証の1によると、控訴人は平成13年11月2日に80万円を被控訴人に入金し、それがサマセット社においてドルとして入金された扱いになっているようである。しかし、同年11月2日のレートは、乙第12号証の1では1ドル122.20円となっているのに対して、控訴人に送付された乙第17号証の1では1ドル121.7円又は1ドル121.75円となっており、サマセット社は控訴人にとって不利な（恣意的な）扱いをしている。



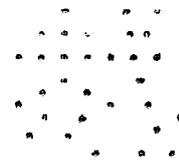
- (オ) 本件取引は、その内容が客観的に不明瞭である。本件取引が相対取引であり、控訴人が取引で利益を上げればサマセット社はその分損失を被ることとなるにもかかわらず、そのことは明らかにされていない。また、売買報告書は英文であり控訴人には理解できないものであった。
- (カ) 一方で被控訴人は、本件取引について「インターバンク市場においてお客様が本当に有利にお取引いただけるのが本取引の最大の特徴です。」などと表示し、かつ、インターバンク市場により近いレートで取引できる旨を表示するなどして、控訴人に対し、あたかも顧客の注文がインターバンク市場で執行されるかのような説明を行った。

#### 【被控訴人の主張】

ア 1998年（平成10年）、外為法が改正され、外国為替業務が自由化された。これにより、外国為替市場への参入資格や参入要件がなくなり、誰もが自由に取引を行うことが可能となった。

本件取引のような外国為替証拠金取引は、この改正を受けて可能となった取引方法である。外国為替市場は、証券や先物商品のような取引所があるわけではなく、市場というのも個別取引（特定の者同士の相対取引）の集合にすぎない。全ての当事者が、通信社やマスコミによって発表される市場価格を参考として、自らの思惑と将来予測に基づいて売買を実行するのが外国為替取引である。この外国為替取引を、取引の金額の一部に相当する金額を預託して行うのが外国為替証拠金取引である。

イ 外国為替証拠金取引は、インターバンクレートに準じたレートで取引ができる。サマセット社は、インターバンク市場でリスクをヘッジした上、顧客との間でインターバンクレートを提供している。なお、サマセット社は香港の会社との間で外国為替取引を行ってリスクヘッジないしカバー取引をしているが、サマセット社がどのような方法でリスクヘッジを行っているかは、本件取引の有効性とは直接の関連を有しない。



サマセット社は、オーストラリア証券取引投資委員会の規制の下に、同委員会のディーラーライセンスを得て証券その他の金融業務を営むマーチャントバンク（日本語では商業銀行）であり、オーストラリアにおいて適法正當に金融取引を行っている。サマセット社は、銀行法上の銀行ではないからいわゆる銀行間のインターバンク市場に直接参加しているわけではないが、このことは本件取引の有効性には影響しない。

ワールド・ワイド・マージンFXは、顧客とサマセット社との間の取引であり、被控訴人はその取引の仲介を行った。具体的な取引の執行方法は、インターバンクレートの気配値を示すロイター通信社の示す数値（以下「ロイター気配値」という。）を参考として、顧客はサマセット社が提示するツーウェイプライス（売値と買値を同時に示すこと）に基づいて注文を出し、また、顧客もインターバンクレートの動きを参考として指し値等を指示するというものである。加えて、サマセット社は、自らがインターバンク市場でリスクをヘッジすることができないと判断した場合には、顧客からの注文を受けない場合もある。このように、本件取引は、単純な相対取引ではない。

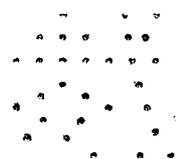
ウ サマセット社は、控訴人との本件取引に際しても、ロイター気配値を参考にするなどして、乙第12号証の2のとおり売値と買値を示した。

控訴人は、本件取引において、平成13年12月初旬までは順調に利益を計上していたが、そのころ以降、相場が予想外の方向に向かったことにより、損失を被ったものである。

被控訴人は、控訴人に対し、サマセット社が銀行法上の銀行であると表示したことはない。

エ(ア) 乙第12号証の1のレートは、証拠金が円で入金されたため、ドルに換金するための手数料が加えられたことにより、少し高くなっている。

乙第17号証の1のレートは、インターバンクレートに準じるレートで



ある。

(イ) スワップ金利は、乙第26号証の2のとおり計算された上で控訴人の口座残高に表示されている。なお、乙第12号証の1と乙第26号証の数字に一部違いが見られるが、乙第12号証の方は計算間違いであり、乙第26号証の数字が正しい。

(2) 本件取引は、賭博としての違法性を有しているため控訴人に対する不法行為となるか。

#### 【控訴人の主張】

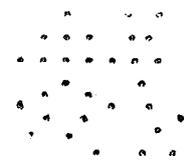
ア 偶然の事情によって財物の受渡しを行うことは賭博として禁止されている。証券取引や商品先物取引は、本来賭博であるが、証券取引法や商品取引所法により法令行為として賭博の違法性が阻却されるものである。

イ 顧客が本当にドルを買って、そのドルが値上がりしたら利益が得られるという取引が合法であるのは当然であるが、本件取引は、現実には契約で定められた量の為替取引を行うものではなく、計算上のみ為替取引を行ったものとして差額のやり取りを行うだけのもので、円・ドル相場の数字を利用した賭博にすぎない。

ウ このような取引は為替取引ではなく、為替取引を利用した賭博行為である。そして、為替証拠金取引については、証券取引法のように「賭博行為」を合法化する特例法は定められていない。したがって、本件取引は違法な賭博行為である。

エ 被控訴人は、控訴人をして、違法な賭博行為によって金員の出捐をさせたものであるから、被控訴人の行為は控訴人に対する不法行為を構成する。

オ なお、被控訴人は、後記のとおり、外国為替証拠金取引は、平成16年4月1日から施行された金融商品販売法において法的に認知されたと主張しているが、外国為替証拠金取引が金融商品販売法の対象となるからといって、取扱業者に当該取引を行えることを認めるものではなく、取扱業者が、「金融商品販



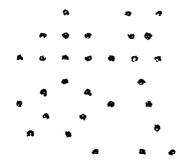
売法により許認可等を受けたものである。」とか、「政府や金融庁により認められた取引である。」ということはず、このことは、金融庁の見解により明らかである。

**【被控訴人の主張】**

- ア 本件取引は差金決済による処理がなされており、取引過程は全て帳簿上の決済であるが、このような決済方法も外為法上許容されている。平成15年6月時点で、外国為替証拠金取引を取り扱う業者は商品先物会社や証券会社等104社に及んでいる。このように、外国為替証拠金取引は、外為法の改正による外国為替取引の自由化によって生まれた金融商品であり、経済的社会的相当行為であるから、違法な賭博行為ではない。
- イ 改正後の外為法は、海外預金、海外貸借、外貨建て取引、相殺決済、両替業務の自由化とともに、外国為替業務を一般的に自由化したため、企業又は個人が自由に外貨取引を行うことができるようになった。外国為替証拠金取引は、このような外為法の自由化によって可能とされた取引であり、仮に賭博性を有するとしても、法令に基づく行為として違法性が阻却されるものである。
- ウ なお、本件取引は、平成16年4月1日より施行された金融商品販売法において、「金利、通貨の価格その他の指標の数値としてあらかじめ当事者間で約定された数値と将来の一定の時期における現実の当該指標の数値の差に基づいて算出される金銭の授受を約する取引」として法的に認知されているのみならず、取扱業者が100社を超え(2003年時点)、預かり資産は1000億円を超えていることから、個人資産運用の一方法として社会的にも認知されている。

- (3) 本件取引が賭博でないとした場合、貸金業法や出資法に違反する違法なものであるか(本件取引が賭博でない場合の予備的主張)

**【控訴人の主張】(当審における新たな主張)**



本件取引は、サマセット社が、控訴人に対し、控訴人がサマセット社に証拠金を預託した場合、その証拠金の数十倍の金員を貸し付けて、控訴人がこの貸付金でもって「ドル」や「円」を買うという貸金を伴うものである。

しかし、被控訴人もサマセット社も貸金業登録を行っていない貸金業法11条1項違反の無登録貸金営業であるし、また、サマセット社は、業として預かり金を行うものであるから出資法2条に違反する違法預かり金であり、さらには、サマセット社は、実質的には約117パーセントの利息を取得していることになるから出資法5条1項2項違反の高金利貸付でもある。

- (4) 本件取引には、適合性原則違反、説明義務違反及び断定的判断の提供等の違法性があるため、本件取引は、全体として違法となり、控訴人に対する不法行為となるか

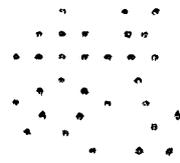
#### 【控訴人の主張】

本件取引は、以下のとおり各違法事由に該当するから、取引全体が違法となり、控訴人に対する不法行為を構成する。

#### ア 事実の主張

(ア) 控訴人は、平成13年9月19日、新聞広告を見て被控訴人に電話をした。すると、被控訴人の従業員は、控訴人に対し、都合のいいときに来てくれば外国為替証拠金取引について説明をすと言った。

(イ) 控訴人は、同月下旬ころ、被控訴人の営業所を訪ね、趙から、外国為替証拠金取引について説明を受けた。趙は、控訴人に対し、パンフレットを見せながら、外国為替証拠金取引とは為替レートが上がると予想すれば買い、下がると予想すれば売るものであるなどと説明した。趙は、その際、利息や手数料のことにも触れながら、罫紙に利益計算を書いた。しかし、控訴人は、外国為替証拠金取引に関する予備知識がなかったので内容がよく理解できず、また、趙から利益が出た分を中国へ送金することはできないと言われたことで取引に対する不安もあったので、勧め



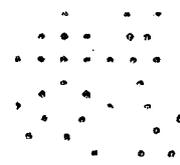
られた取引は断った。

- (ウ) ところが、崔は、平成13年10月中旬以降、控訴人の自宅に電話をかけて、控訴人に対し、「趙から■さんのことを聞きました。今アメリカのテロ事件も落ち着いて、取引を始めるいいチャンスです。」などと言って外国為替証拠金取引をするよう勧誘した。

控訴人は、崔から「有利なときに決済して、あなたが中国へ帰るときに送金できます。」との説明を受けたため、崔から話を聞こうという気になった。崔は「会ったときに書類をその場で作ります。80万円のお金も持ってきて下さい、預かります。」と言った。

- (エ) 控訴人は、平成13年11月2日、崔と阪急電鉄三国駅近くのファーストフード店（マクドナルド）で待ち合わせ、同店内で話を聞いた。崔は、「ワールド・ワイド・マージンFX外国為替取引」と題するパンフレットを見せて説明したが、その説明はごく簡単なものであった。控訴人は、芸術学専攻の研究員で、金融や経済については門外漢であることから、外国為替証拠金取引の仕組みや取引方法について説明を聞いてもよく理解できなかった。また、控訴人は、ファーストフード店の店内では、契約書やパンフレットの内容に目を通すこともできず、崔に十分説明を求めることもできなかった。崔の説明は中国語で行われたが、専門用語を日本語と英語に当てはめなければならず、説明自体も容易に理解しうるものではなかった。

崔は、控訴人に対し、「レートは上がっても下がっても利益が出ます」、「心配はいりません、私が金融機関にしか入手できない内部情報を提供しますし、サポートやアドバイスをしてあげます」、「為替レートの変動のリスクをさける方法があります」、「大きな損が出る前に食い止めることができます」などと述べ、利益のみを強調して外国為替証拠金取引を行うよう説得した。



このため、控訴人は、崔に対し、「よく分からないので、代理人であるあなたがサポートしてくれるなら、少しずつ理解しながらやっていきたい」と言って、本件取引の契約書の指示された箇所に署名押印した。崔は、控訴人が外国為替証拠金取引をよく理解していないことを了解していた。また、控訴人は、崔の求めに応じて、崔を本件取引における自己の認可代理人に選任する書面（乙4の3）にも署名押印した。

そして、控訴人は、崔に対し、80万円を本件取引の証拠金として交付した。

崔は、控訴人に対し、会社案内を「読んでおいて下さい」といって手渡した。

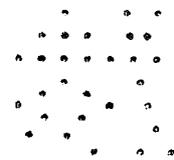
(オ) 控訴人は、平成13年11月9日、崔から「もしお金の余裕があれば、もう少し入金してもらえますか」と言われたので、20万円を取引証拠金として交付した。この際、崔から、出捐した資金の運用状況についての説明はなかった。

(カ) その後、本件取引の取引報告書が、被控訴人からではなくサマセット社から控訴人に送付されてきた。その表記は全て英文と数字であり、英語の分からない控訴人は数字の意味を理解できなかった。

(キ) 控訴人は、平成13年11月28日、被控訴人に対し、更に128万円を支払った。これは、控訴人は、崔からお金が足りなくなると強制的に決済されると聞いていたため、予備の資金として入金したものである。

控訴人は、平成13年12月2日から同月9日までの間、研究のため海外に出て自宅を留守にした。控訴人は、海外への出発前、崔に対し、電話で1週間留守にすることを伝えた。

(ク) 控訴人は、同年12月10日の朝、崔の携帯電話に連絡して留守中の本件取引の状況を尋ねたところ、崔は素っ気なく中国語で「做了4枚」とのみ返事をした。崔の話し方は慌ただしいものであったので、控訴人



は遠慮してより詳しい内容は尋ねなかった。「做了4枚」とは、日本語で「4枚やりました」という意味であり、買ったのか売ったのかは分からない曖昧な表現である。

(ウ) 崔は、同月27日の朝、控訴人に対し、更に入金を要請した。控訴人が崔に対し詳しい事情を聞いたところ、本件取引が大きな赤字になっていること、お金を追加しないと強制的に決済されて出したお金がほとんど残らない状態になっていることなどの事実が判明した。そこで、控訴人はやむなく更に40万円を支払った。

(エ) 控訴人は、平成14年1月、被控訴人に対し、本件取引の停止を申し入れた。

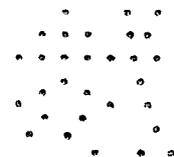
#### イ 違法性の主張

##### (ア) 商品取引所法その他の法規の適用可能性

被控訴人は、本件取引で控訴人との契約関係に立たないとしても、本件取引にかかる勧誘行為、説明行為を全て行ってきたものである。したがって、サマセット社が契約面で主体となり、被控訴人が実際の行為の面で主体となっていた。このことからして、被控訴人は、少なくともサマセット社と共同して本件の一連の行為を行っていたと言える。また、被控訴人は、サマセット社のイントロデュースングブローカーであると表示しているから、被控訴人は、単にサマセット社への事実上の仲介者などという存在ではなく、顧客に対し責任ある立場に立っている。したがって、被控訴人は、共同不法行為者として、商品取引所法その他の法規の規制を受ける（又はその類推適用を受ける）ものである。

また、およそ危険な取引を一般人に勧誘したり契約させたりすることを事実として行う者については、契約如何にかかわらず、商品取引所法その他の法規制が及ぶと考えられる。

さらに、控訴人がサマセット社に対し差し入れた確認書（乙4の4）



には、説明者名として崔の名が記載されている。このことからして、サマセット社との関係で控訴人に本件取引について説明すべき人物は崔であり、崔（又は崔の代理人）は、サマセット社の説明義務を履行する者と解すべきである。したがって、崔は、商品取引所法その他の法規の規制を受けると解すべきである。

以下では、特に適用と類推適用の区別なく、具体的違法性を主張する。

#### (イ) 適合性原則違反

外国為替証拠金取引は、その取引を行うについて適合性を有していない者に対しては、勧誘すべきではない（商品取引所法136条の25及び証券取引法43条本文）。

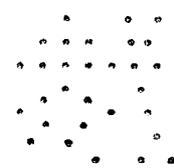
控訴人は、前記アのとおり、中国人で、芸術学を専攻する無給の大学研究員であって、特にめぼしい資産もなく、ドル相場の検討などしたこともない。このような控訴人は、1回につき最低でも約1200万円分のドルを売買してその値動きで利潤を得ようなどという取引に対して、全く適合性を有しない。

#### (ウ) 説明義務違反

被控訴人は、取引を開始するに当たって、控訴人に対し、取引の内容及び危険性を十分に説明すべきであった（証券取引法33条、同38条及び民法644条）。

趙及び崔は、前記アのとおり、控訴人に対し、本件取引の内容、危険性及び本件取引の結果等を全く説明しなかった。

また、趙及び崔は、本件取引が控訴人とサマセット社の利害が対立する相対取引であることや、控訴人の認可代理人として選任された崔が控訴人とサマセット社の双方代理的立場に立つことの問題点について、控訴人に何ら説明していなかった。このため、控訴人は、崔が専ら控訴人の利益を追求してくれるものと誤信して、概ね崔のアドバイスに従って



取引をしたものである。

(エ) 断定的判断の提供

被控訴人は、控訴人に対し、本件取引について、利益を生じることが確実であるかのような断定的判断を提供してはならない（商品取引所法136条の18及び証券取引法42条1項1号ないし同4号）。

崔は、前記ア(エ)のとおり、控訴人に対し、本件取引について利益を生じることが確実であるかのような説明を行って、断定的判断を提供した。

(オ) 両建

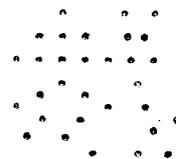
被控訴人は、控訴人に対し、両建（同一商品について売りと買いの双方を同時に建てること）を勧めてはならない（商品取引所法施行規則46条11号）。また、本件取引では、売りと買いでは、発生するスワップ金利の利率が異なる（売りの方が高い。）から、売建玉と買建玉が同数であっても、売建玉にかかるスワップ金利を取引の相手方に支払わなければならないと、相場による損益が発生しないという点では「決済」と全く同じである（正確には、一度決済して後日新たに建てるその後決済することと、損益も手数料も全く同じである。）にもかかわらず、金利差相当額の損害が発生することとなるため、違法性は一層顕著となる。

本件取引では、被控訴人の主張によれば、平成13年12月7日に売建玉がなされたのち、同月10日から平成14年1月10日までの間、両建状態となっている。

【被控訴人の主張】

ア 事実の主張

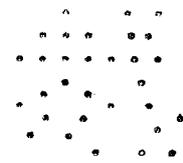
(ア) 控訴人が被控訴人営業所を訪れたのは、外国為替取引に興味関心があったからである。被控訴人担当者が、当初、中国語のパフレットに基づき本件取引の説明をしたところ、控訴人は、これを熱心に聞き、一度用事があると言って退去した後、再び被控訴人営業所にやってきて説明



を聞いているほどである。この際、被控訴人担当者が控訴人に交付したのが乙第7号証の2（パンフレット）である。これには、「外国為替ダイレクトの特徴と仕組み」として、「わずか1円の値動きから100,000円の差金が生じます」と書かれており、その下部には、ドル買いをしてドル高（円安）となった場合の利益と、ドル安（円高）になった場合の損失とが記載されており、被控訴人担当者は、本件取引では1円の動きが10万円に相当するものであり、ドル・円の高低により利益も損失もあり得ることなど、本件取引がハイリスク・ハイリターンの取引であることを説明した。現に、このとき、控訴人は、本件取引のハイリスク性に躊躇を覚え、取引を始めることを決心できなかった。また、控訴人は、被控訴人担当者に対し、銀行で為替取引をしたことがある旨述べたことがあり、本件取引に必要な証拠金も銀行との為替取引を解約して準備したと話していた。

- (イ) その後、被控訴人担当者が再び勧誘したところ、控訴人は、取引を開始することを決心し、打合せ場所として阪急電鉄三国駅近くのマクドナルドを指定してきた。その場において、被控訴人担当者は、乙第3号証（「ワールド・ワイド・マージンFX」と題する冊子）の書面内容、特に2頁の「外国為替取引の危険性」及び本件取引の基本的仕組み、取引報告書の内容等を説明して、確認書（乙4の4）に控訴人のサインを徴している。また、被控訴人担当者は、控訴人に対し、本件取引について、「相場を読めば利益が出ます」、「為替情報を迅速に提供する等サポート、アドバイスをします」、「反対ポジションにより損失を抑える方法があります」などと説明した。

本件取引の取引計算書は英文であるが、被控訴人担当者は、取引開始に当たり、その読み方を日本語の翻訳文のついたものに基づいて説明している。



(ウ) 控訴人の注文は、全て控訴人独自の判断又は被控訴人担当者のアドバイスによる控訴人の指示により行われた。控訴人による売買の指示は、控訴人自らがテレビ、新聞及び「見えるラジオ」等で収集した為替情報や被控訴人担当者が提供するロイター気配値、その他銀行等による為替情報をもとにして、全て控訴人の判断と承認の下に行われた。このことは、本件取引において、通常の顧客なら関心を示さないポンド（英国通貨）の売買を控訴人が実行していることから明らかである。

途中、控訴人が1週間程度留守をするときも、被控訴人担当者が「売買はどうするのか」と尋ねたところ、控訴人が「任せる」と言うので、被控訴人担当者が「損したらどうする」と尋ねたところ、控訴人は「あなたを信じています」と答えた。なお、控訴人が帰宅した後の電話において、被控訴人担当者は、「4枚の売りを建てています」と回答した。

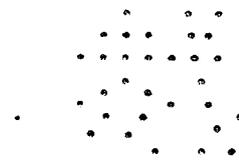
(エ) 被控訴人は、控訴人の本件取引の決済の申入れに対し、直ちに決済を実行し、本件取引を終了させた。本件取引は、2か月間を超えているが、この間、控訴人より本件取引の内容が分からないとの苦情は一切なかった。

(オ) 本件取引の取引報告書は毎日作成されたが、控訴人へは1週間分の報告書が1週間ごとに送付されていた。また、被控訴人担当者は、控訴人に対し、控訴人のポジションに変更があったときや決済後には、個別にファクシミリを送信して報告した。

(カ) 控訴人は、本件取引を開始する前に証券会社2社において投資取引のための口座を開設し、投資取引を始めていた。また、控訴人は、証券会社に口座を開設するに当たり、投資目的を「投資元本の安全性重視」ではなく「利益等の収益性重視」と回答した。

## イ 違法性の主張に対する反論

(ア) 適合性原則違反について



控訴人は、前記ア(ア)のとおり、銀行で為替取引をしたことがあり、本件取引の適合性を有する顧客である。また、控訴人は、証券会社との投資取引の経験もある上、その投資傾向は、いわゆるハイリスクハイリターンにあった。さらに、控訴人は、日本に来日している外国人であり、外国為替についての知識と経験を当然有している。

(イ) 説明義務違反について

前記アのとおり、被控訴人担当者は、控訴人に対し、十分に説明した。

(ウ) 断定的判断の提供について

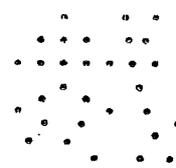
前記アのとおり、被控訴人担当者は、控訴人に対し、断定的判断を提供していない。

(エ) 両建について

両建は、商品先物取引において、既存建玉の反対建玉をすることで値洗損を固定し相場の回復を待つ手段であり、相場の動きに見通しがつかない場合に既存の建玉を維持して取引を継続させる有益な手段である。計算上損失となっている建玉を仕切ると現実に差損金と委託手数料の額が確定し、その支払を迫られるところ、両建によってその後の相場状況に対応しながらよりよい条件で仕切ることによって損失を回避することができる。したがって、両建は、相場手法として合理性を有するから、それ自体違法となることはない。

外国為替証拠金取引において売りポジションと買いポジションを同時に保有することは、上記両建と同様の効用を有する有益な手段であり、合理性を有する。また、スワップ金利は、為替取引の結果に伴う派生的利益である。利益をねらって損失を回避するためには、スワップ金利の支払もやむを得ない面があり、それだけで両建の合理性が失われるわけではない。

本件取引における両建は、円高を予想していたところ円安となったた



め、損失拡大防止のためにドル買いを建てたものであり、合理的である。

(5) 控訴人に生じた損害及び過失相殺の成否

**【控訴人の主張】**

本件取引による取引差損は、180万5291円である。この全額が控訴人に生じた損害となる。また、本件訴訟を進行するに当たって生じる弁護士費用の内18万円は、本件取引と因果関係を有する損害である。

本件は過失相殺をするべき事案でない。すなわち、本件取引自体が、詐欺及び賭博という犯罪的違法性を有するものであるから、違法行為の主体たる被控訴人の賠償額を減じる結果となる過失相殺はいかなる意味においても許されない。仮に、詐欺及び賭博が認められない場合であっても、適合性違反、説明義務違反、断定的判断の提供、双方代理及び両建という被控訴人従業員らの違法性は極めて重大なものであり、過失相殺を認めるべきではない。また、本件において、被控訴人の従業員らが、控訴人に対し、本件取引の仕組み、危険性及び相場変動要因等を説明し熟知させたとは認められず、むしろ、控訴人の無知を利用して利益になることのみを強調して本件取引を開始させたものである。このように、加害者が被害者の落ち度（過失）に乗じて違法行為を行った場合、当該加害者が被害者の過失を指摘することは許されない。

したがって、合計198万5291円が控訴人に生じた損害である。

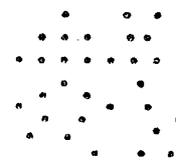
**【被控訴人の主張】**

否認する。

**第3 争点に対する判断**

**1 争点(1) (本件取引は被控訴人による詐欺であるか) について**

- (1) 前記第2, 4の争いのない事実等及び以下に掲記した証拠によると、以下の事実が認められる（以下、乙第3号証の1頁から9頁までの部分を「本件説明書」といい、その次頁以降部分を「本件契約書」という。なお、頁数に

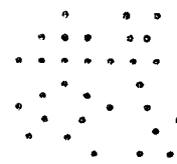


については、すべて表紙を除く。)

ア 本件説明書には、以下のような記載がある。

- (ア) 「この直物取引が行われるインターバンク市場とは、実際に証券取引所のような取引所がある訳ではありません。」 (3頁)
- (イ) 「小口化と、低廉な取引コスト [売買手数料・通過交換手数料等]、インターバンク市場においてお客様が本当に有利にお取引いただけるのが「ワールド・ワイド・マージンFX」の最大の特徴です。」 (同頁)
- (ウ) 「直物取引とは、インターバンク市場で取引される為替取引のことで、決済が契約日の2日後であることが原則の取引なのですが、「ワールド・ワイド・マージンFX」は、これをより発展させ、お客様のポジションを自動的に「ロールオーバー [乗り替え] することによってお客様のポジションは直物取引でありながら、お客様の意思で決済されるまで建玉として持ち続けることができる訳です。」 (6頁)
- (エ) 「お客様は、電話1本でインターバンクレート [銀行間取引レート] に、より近い有利なレートでお取引が可能となります、例えば現在のロイターの画面で102.50円-102.60円の場合、私共が、お客様に提示する値段はロイターの画面通りの102.50円-102.60円の場合もあれば、102.54円-102.64円といった場合もあります、この場合にお客様がドルを買われるのであれば102.64円、売られるのであれば102.54円で約定されることとなります、お客様からご注文のお電話をいただいて値決めされるまでの時間は、お待ちせずすることなくお知らせできます。」 (同頁)

イ 本件契約書には、ディーラーは、委託者から受ける注文を履行するよう最善の努力を尽くすものとするが、その時々 of 市場の状況により注文の執行が不可能な場合がありうる旨の記載がある (契約条項4. C。契約書部分の4頁)。



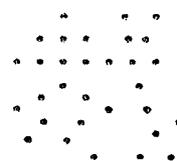
ウ 趙は、控訴人に対し、本件取引の特徴について「リアルタイムで為替取引ができます。インターバンクレートは24時間動いていますから、そのリアルタイムのレートで取引ができます。」などと説明した（証人趙4頁）。

エ 取引経過表（乙12）及び計算書（乙17）には、「レート」として数字が示される欄がある。サマセット社が提示した値段及び控訴人が実際に取引を行った値段は、いずれも、乙第12号証の2のロイター気配値として示される始値、高値、安値及び終値の範囲内に収まっている。

オ 外国為替証拠金取引は、証券取引のようないわゆる取引所取引ではなく、顧客と業者との間の相対取引である。本件取引は、インターバンク市場でのレートを基準とする取引であることを特色としているが、相対取引においては、取引するレートは2当事者間で自由に決めることができるのであって、インターバンク市場に直接参加することを本質とするものではない。そもそも、インターバンクレートというのも、そのような名称の公式レートが存在するわけではない。ロイター等の金融情報機関が示すレートは、24時間変動し続ける相場の中で、あくまで当該値に近い値で取引されているという「気配」値なのであり、ある一時点において取引されているレートがただ一つに決まるものではない（乙6の17、乙28の2）。

カ リスクヘッジとは、所有している通貨の他の通貨に対する値下がりや、すでに通貨の売買契約がなされていて将来の価格変動により被る恐れのある損害を、先物取引あるいはその他の取引を利用して担保することをいう。すなわち、外貨を保有することは、常に外国為替レートの変動による価値の変動の危険（リスク）にさらされているが、この危険を、ドル建て債権は先物でドルを売り債務はドルを買うといった方法で避けることを、リスクを「ヘッジする」（又は「リスクヘッジする」）という（弁論の全趣旨）。

(2) 控訴人は、サマセット社がインターバンク市場でヘッジをしていない本件取引は、



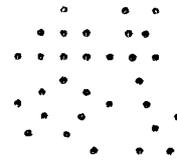
控訴人が利益を得れば被控訴人が損失を被るという構造となっている「のみ行為」であり、詐欺的取引であるにもかかわらず、被控訴人が、サマセット社はインターバンク市場でヘッジし、手数料収入を得るだけであるかのような説明をしてその旨誤信させたと主張する。

そこで、本件の被控訴人の行為が詐欺（的行為）に当たるか否かを判断する前提として、本件取引のような取引が常に取引当事者の利害が対立し、顧客に不利な価格設定が行われる不当なもので、それ自体が詐欺的取引となるか否かを検討する。

ア 前記のとおり、本件取引は、控訴人（顧客）とサマセット社（取扱業者）との相対取引である。ところで、相対取引においては、取扱業者が何らかの方法でリスクヘッジすることがあるとしても、理論上は顧客が利益を得れば取扱業者が損失を被るという関係が成り立ち得る。すなわち、取引所取引において、取扱業者は、自らが顧客の売買の相手方となるのではなく、取引所に注文をつないで手数料を得ることで利益を得ているのに対し、相対取引においては、取扱業者自らが当該取引の当事者となり、取扱業者自らが為替相場の変動のリスクを負うことになる。したがって、現実に被控訴人の外務員が顧客の利益を無視して自社もしくはサマセット社の利益を追求するおそれがあるかどうかはともかく、一般的にはそのような危険性のある取引形態であるということは否定することができない。したがって、本件取引が顧客にとってリスクが大きい取引として、被控訴人に、控訴人に対するより高度の説明義務等が生じる可能性はある。

しかしながら、被控訴人が現実にことさら顧客を損に導くような不当な手法を用いた場合はともかく、本件取引が相対取引という構造を有するからといって直ちに違法になるというものではない。

イ さらに、本件取引においては、サマセット社は、「ツーウェイプライス」としてロイター気配値に近い2つの価格を提示しているところ、その



価格は前記(1)エのとおり、インターバンク市場における価格からかけ離れたものとはなっていない。また、両価格の差は一定（0.1円）である（乙12の2）。顧客は、この提示価格に基づき、売りの場合には2つの価格のうち低い方の価格で取引し、買いの場合は高い方の価格で取引する。このような価格の設定の仕方においては、2つの値が高ければ、売りの場合には有利であるが買いの場合には不利となり、2つの値が低ければその逆となる。そして、顧客は2つの価格を見て買手にも売手にもなることができるのであるから、たとえサマセット社がインターバンク市場からかけ離れた恣意的な価格設定を行ったとしても、サマセット社が、常に顧客の利益を無視し自己にのみ有利な取引を行うことは困難である。

以上より、相対取引自体が違法になる理由はなく、本件取引に限っても、恣意的な価格設定による違法な取引であるということとはできない。そして、他に本件取引が恣意的な価格設定による違法な取引であると認めるに足りる証拠はない。

(3) 被控訴人が控訴人に対し、本件取引においてサマセット社が直接インターバンク市場に参加しているかのような説明を行い、その旨控訴人を誤信させたか否かを検討する。

ア まず、控訴人の主張が、本件取引の実体が控訴人に不利な価格設定が行われた恣意的な取引であるとの趣旨のものであるとすると、上記で述べたとおり、本件取引が恣意的な価格設定が行われる恣意的な取引であるということとはできないから、控訴人の主張は理由がない。

イ もっとも、本件取引は、控訴人とサマセット社間で行われた相対取引という形態を採っていることからすると、控訴人が損失を被ればサマセット社が利益を得る構造を有しないとはいえない。しかしながら、被控訴人が控訴人に対し、本件取引が相対取引ではないとか、取引所取引であってサマセット社は手数料を得るだけであるなどといった虚偽の説明を行ったと