

投資損害と過失相殺理由の問題点

今 川 嘉 文

～目 次～

- I 過失相殺の実態
- II 過失相殺の視点
- III 信認義務と過失相殺
- IV 判例にみる過失相殺理由の検討
- V 結 語

I 過失相殺の実態

1 本稿の目的

本稿は、投資行為（証券取引または商品先物取引）に係る損害賠償請求訴訟における過失相殺の適用理由、適用根拠および割合基準を検討する。

損害賠償制度は、被害者が受けた損害を填補する制度であり、実際に受けた損害を超えては、被害者に賠償責任を負担させることはできない。また、損害が立証されないことには、損害賠償は生じない。

損害賠償請求の訴えが認容されたとしても、過失相殺が課されることが取引型不法行為、とりわけ投資行為を対象とした事案では少なくない。過失相殺（民法722条2項）とは、損害の発生・拡大について被害者側に帰責性がある場合に損害の公平な分担のために加害者の賠償額を減額する制度である。⁽¹⁾判例上、過失相殺は加害者の帰責原因が、問題となる

投資家である顧客の被害とどのような因果関係があるかなどにより適用されてきた。⁽²⁾

本稿で問題となる取引型不法行為は、被害者の自由意思に対する不当な働きかけの程度が高いこと、侵害行為の態様の非難可能性が高くなくと違法性が認められにくい。

裁判所は、違法性の認定においては間口を広くして証券会社または商品取引員（以下、業者）の民事責任を認める一方、過失相殺により損害賠償額を減額することで、柔軟な対応を図っているという現実がある。しかし、安易な過失相殺は、損害填補制度としての不法行為規定の趣旨に反し、業者が違法に獲得した利益を吐き出させることができなければ、違法行為を助長する。

また、投資行為に係る損害賠償訴訟について、過失相殺の程度・可否について十分な基準が提示されておらず、混乱した状態にある。情報および交渉力格差のため対等な地位に立っていない当事者間取引によって生じた取引型不法行為の過失相殺は、交通事故事例と異なり、適用基準が明確ではない。

交通事故事例では、過失相殺比率の基準表が作成され、過失相殺の適用上の指針となっている。しかし、比率基準は、証券取引および先物取引訴訟における過失相殺を算定するうえで直ちに適用できるものではない。

その理由として、第1に、証券取引または商品先物取引の損害は、業者が問題となった取引にどのように関与し、顧客がどのように対応したのかについて、抽象化および定型化しにくい。第2に、交通事故は予想していない突発的事態が問題となるが、投資行為は必ずしもそうではない。第3に、交通事故に関する過失相殺の比率基準は、経験的作業により形成されたものであり、必ずしも理論的な指針を内包していない。そのため、異なる事件類型に応用すべきものを有していない。

投資行為に係る訴訟の大多数において過失相殺が行われるという事実

投資損害と過失相殺理由の問題点

は、取引型不法行為の分野で、過失相殺の肯否、程度に関する判断基準および審査の視点が十分に確立していないことを重要な一因としている。そこで、過失相殺の制度趣旨および法的根拠について整理を行い、投資家の自己責任と過失相殺との関係を分析する。

2 過失相殺比率

裁判所は投資行為に係る訴訟事件において、過失相殺の理由として、①顧客自らの意思・判断で取引を行った、②顧客の経歴、③投資経験、④利益を得る可能性が存在した、⑤危険な取引をあえて行った、⑥利殖目的で取引を行った、損失が出ているにもかかわらず取引を継続・拡大した、⑦委託のガイド（取引の説明書）を熟読しなかった、⑧外務員を安易に信用した、⑨契約書・理解度を測るアンケート等の書類に署名・押印したこと等を指摘している。

損害賠償請求の認容率は、必ずしもその根拠は明白ではないが、商品先物訴訟では全体の7割以上の事例で認められるが、証券訴訟では2割程度という指摘がある⁽³⁾。

では、過失相殺比率はどうか。商品先物訴訟の過失相殺比率は損害賠償額の3～6割程度、証券訴訟の過失相殺比率は損害賠償額の4～7割程度のもが多いとされる。証券訴訟は先物訴訟と比較して、認容されにくく、かつ過失相殺比率が高いといえる。なお、先物取引判例システム「黙示録」によれば、全228件の過失相殺割合は、つぎようになる。過失相殺なしの判決が19.3%、過失相殺が3割までの判決で全体の43.5%、4割までの判決で全体の65.9%、5割までの判決で全体の約88.3%⁽⁴⁾を占める。

「過失相殺比率が高すぎる」という理由として、証券・先物訴訟に関わる実務家は「過失相殺についての裁判官と弁護士の認識の乖離がある。すなわち、裁判官の多くは、訴訟を離れて証券取引または商品先物取引の実態について知らない」「原告代理人である弁護士が、証券取引また

は商品先物取引の実態を十分に立証してこなかった、または、できていなかった」と指摘する。

3 株式市場と先物市場

商品先物市場は株式市場と比較して、非常に小規模である。証券取引の委託者数は約1,900万人と推定されるが、商品先物取引の委託者数は約10万人であり、約20分の1にすぎない。売買委託手数料（年間）は、証券業界が1兆6,324億円に対し、商品先物取引業界が3,118億円であり、約5分の1である。⁽⁵⁾

しかし、商品先物取引では、証拠金の10～30倍の金額に相当する取引が実際に行われているため、相場の少しの値動きでも大きな損失が発生する。また、売買委託手数料自体が高額である。⁽⁶⁾

平成17年3月末時点での全先物業者78社の総預り取引証拠金額は5,156億5,500万円、総売買委託手数料額は2,993億6,400万円である。⁽⁷⁾

委託者1人あたりの年間支払委託手数料額は、証券業では8万6,000円であるのに対し、先物取引業では312万円に達する。そのため、証券取引よりも商品先物取引の苦情相談は多い。⁽⁸⁾

商品先物取引の主要な機能は当業者（生産者・商社等）によるリスク回避である、しかし、日本の先物取引市場は、当業者よりも一般顧客による取引が圧倒的に多い。⁽⁹⁾取引に不適格な投資家が参加しているケースが、米国に比べ多いと指摘されている。

4 投資損

投資損について、商品先物市場は株式市場と比較して、1件当たりが多額であり、委託者全体の約80%が投資損を出しているといわれる。500万円以上の損を出している委託者は全体の39%、1,000万円以上の投資損を出している委託者は23%である。全体の9%の委託者が3,000万円以上の投資損を出している。他方、500万円以上の利益を上げている

投資損害と過失相殺理由の問題点

委託者は全体の4%、1,000万円以上は2%、3,000万円以上は1%にとどまる。

大阪地判平9年2月24日（判時1618号103頁）は、「商品先物取引市場は株式市場と比較し小規模であるため、相場要因の影響が大きく、その法的・経済的仕組みも複雑であること、商品先物取引は相場の僅かな変動によって投下資金を遥かに超える大きな損失を生じる虞れがあり、その危険性は株式の信用取引を大きく上回るものであること、商品先物市場における損金と益金は各合計額で一致するため、取引の長期継続により最終的に益金を確保できる確率は理論的には非常に低いこと、先物業者が相場の変動に影響を及ぼす各情報を入手することは比較的容易であるが、先物業者の勧誘を受けて先物取引市場に資金を投機しその利ざやの取得を目的とする顧客は、そのような情報の入手が必ずしも容易ではないこと、更に商品取引員は、相場の変動に関係なく取引の注文さえあれば安定的な手数料収入を取得することができるが、顧客は相場の変動によって投下資金を超える多額の損失を被ることがある等といった特殊性がある。」と指摘する。

商品先物取引の損益はトータルではゼロ（ゼロサムゲーム）であり、一般投資家と業者との知識・経験・情報収集能力の格差等を考えれば、一般投資家が利益を得ることが容易でない。先物取引は、取引回数を重ねていくと損失が生じる確率が急増し、取引の長期により多額の損失を生じさせて、経済的回復を図ることは困難である。これを俗に、委託者の「自然死」といわれる。

5 問題となる業者の行為

証券取引または商品先物取引において問題となる要素とは、「業者が、その推奨する取引を行うに際し、知識・経験・資力に間差のある者に対して招かれざる勧誘を行い、取引開始後は、顧客の未熟さに乗じて実質的な一任売買や無断売買を行い、不合理・無定見な取引や、委託者の投

資意向に反するような取引を、頻繁に繰り返しあるいは大量に行って、委託者に損失を与えたと評価される」ことである（最判平7年7月4日（NBL590号60頁））。

問題となる業者の行為として、つぎのことが指摘できる。

(1) 勧誘段階の違法要素として、以下の内容がある。

①不招請勧誘（電話等による不招請勧誘であること）。②新規委託者保護義務違反（取引の経験が全くない者に対し過大な勧誘をすること）。③説明義務違反（新規委託者に取引の仕組み・危険性について十分な説明をしないまま取引を始めさせたこと）。

(2) 取引開始後の違法要素として、以下の内容がある。

①実質一任売買（多くの取引が、実質的に売買の指示事項の全部または一部について顧客の指示を受けない一任売買の形態でなされていること）。②頻繁取引（実質の一任関係のもとで短期間に多数回の反復売買が繰り返され、両建が安易に行われていること）。③経済的に不合理な取引（難平（ナンピン）、売り直し・買い直し、途転（ドテン）、日計り、手数料不抜け、両建、向い玉、無敷・薄敷（ムジキ・ウスジキ）、満玉（マンギョク）等）。④裁量的かつ顧客の実質的な意向に反する取引（顧客の自主的な意思決定を待たずに実質的にはその意向に反して取引を継続させていること）。⑤指示違反（顧客の指示どおりの取引をしていないこと）。⑥適合性原則の違反（例えば、資金能力を超えた範囲まで取引を拡大させたこと）。

II 過失相殺の視点

1 学説

投資行為に係る損害賠償訴訟について、過失相殺の程度・可否につい

投資損害と過失相殺理由の問題点

て十分な基準が明確ではない分野である。そこで、学説を概観すれば、つぎのようになる。

(1) 過失相殺否定・慎重説

①窪田充見教授は、「被害者に落ち度が指摘できる場合でも、加害者による加害行為・態様の違法性が著しく大きいと評価できる場合には、過失相殺は、原則として行われるべきではない。これは、本来、民法722条2項において予定されている説明といえる。……現実の状況に対して、理論に期待されるのは、過失相殺は曖昧なものなのだとすることで追認して終わることなのではなく、そのような状況に対していかに合理的な説明を加えることができるのかといった姿勢、あるいは合理的な説明は加えられ得ない修正されるべきものとして批判検討していくといった姿勢⁽¹⁰⁾なのではなかろうか」と指摘する。

②大村敦志教授は、「事業者による不当な勧誘について、日本の判例は不法行為構成をししばし用いる。……このような考え方にはいくつかのメリットがあるが、最大のポイントは、不法行為構成によって注意義務の程度を高めるといふところにあると言えよう⁽¹¹⁾」。そのうえで、過失相殺の問題について、次のように言及している。「不法行為法による場合には過失相殺（民722条2項）がなされうる点にも注意を要する。この法理には得失両面がある。従来⁽¹²⁾の法理の適用範囲を広げて、被害者の保護をはかろうという場合には、過失相殺の法理は緩衝材として機能しうるが、消費者取引の特性を無視して、安易に過失相殺法理を適用されるならば、消費者の権利が不当に切り詰められる結果が生じうる」と指摘する。

③平野裕之教授は、「裁判例を見ると、業者の責任を否定する判決も少なくなく、また責任を認めるとしても過失相殺がかなり活用されている

が、……その根底には、裁判官の『こんな投機的取引に手を出す者は不注意だ』といった多少なりとも蔑視的な感情があるように思われる……『投機的取引＝自己責任』論といった建前論は、『客を待つ』取引であった時代にのみあてはまるものであり、『投機的取引をするのは愚か者』論といった偏見などは論外であり、『寝た子を起こす』論、『壊れる者はわらをもつかむ』論に沿って、個々の取引をめぐる議論の考察はされるべきであり、この出発点における立場決定が、個々の問題の判断にボディーブローのように効いているといえることができる。判例にムラがあるのは、事例の差のみならずこのような裁判官の立場の差も大きいのではないかと思われ⁽¹³⁾る」。

④宮下修一准教授は、「取引の経験のない素人が電話勧誘によって取引を開始した結果、損害を被ったとして訴えるケースが多く、とりわけ、先物取引自体が複雑であり、専門の業者のイニシアティブで行われている。……本来、取引に参加する意思のない顧客をリスクの高い取引へと巧みに勧誘したにもかかわらず、その顧客が利益を得る可能性は事実上存在しないという、業者の構造的詐欺ともいえるものである。欺罔的商法では、騙された者に過失があったとしても、故意に騙して儲けようとした悪質な業者の悪性が圧倒的に強く、そのような業者に利得の一部を残す理由は何もない」と指摘⁽¹⁴⁾する。

(2) 過失相殺積極説

前述したように、業者の悪性に照らし、安易な過失相殺の適用を禁止する考えがある一方、過失相殺の適用に積極的な意見がある。例えば、橋本佳幸教授は、「投資への不当勧誘事例は、顧客に過失があるがゆえに詐欺取消制度の射程外にあり、広く過失相殺を認めるべきである」と指摘⁽¹⁵⁾する。

2 過失相殺の理念と適用

(1) 過失相殺の理念

過失相殺とは、損害の発生・拡大について被害者側に帰責性がある場合に損害の公平な分担のために加害者の賠償額を減額する制度である。⁽¹⁶⁾

過失相殺の有無・割合を判断するにあたり、理論的な根拠とは何か。第1に、過失相殺は具体的当事者間の公平を期すこと。第2に、当事者に与えられた規範の差異を埋めるものであること。第3に、損害賠償制度に期待される補償・回復の機能だけでなく、不当行為に対する抑止機能に資するものであることである。

そこで、過失相殺の当否を考えるに際しては、顧客の「落ち度」が、業者の側により引き起こされたものか、顧客に法的に帰責しうるのがか問題となる。顧客に損害の発生・拡大に原因を有する落ち度が認められ、当該顧客が注意すれば損害の発生・拡大を防止することを期待できたという場合、事故型不法行為では原則として過失相殺（民法722条2項）がなされるとされる。

しかし、取引型不法行為では、このような落ち度が被害者に認められ、第三者からみると、もう少し思慮深い行動が期待されたといえる場合でも、単純に同じ結論を引き出すことはできない。

その理由として、第1に、事故型不法行為の場合、通常、発生した損害が加害者にとっても好ましものではない。被害者から加害者に損害が転嫁されれば、その分加害者が事故による損害を被る。他方、取引型不法行為の場合、概して被害者の損失が業者の利得につながる。損害の転嫁がなければ、業者は利得を保持できる結果を得る。

第2に、事故型不法行為の場合、加害者は通常被害者の落ち度を知らず、または知りうべき関係にはなく、被害者の事情をコントロールできない。他方、取引型不法行為の場合、加害者は概して被害者の落ち度および属性を知りまたは知りうべき関係にあり、それに乗じている関係にある。

(2) 顧客の落ち度と過失相殺

例えば、「顧客が業者からの交付書面を十分に読んでいれば危険性に気が付き、もっと早期に取引を終了できたはずである」として、過失相殺がなされる事例が少なくない。そのような顧客の「落ち度」を「損害の拡大に寄与したもの」として過失相殺することに問題はないのか。

このような落ち度がなく、十分な注意を尽くしていれば、顧客の損失は現実の結果よりも少なかったとして、当該落ち度が損害を拡大させた原因と指摘できる。

取引型不法行為の事案においては、通常、加害者によるミス・リード等の故意または過失が、顧客の落ち度が発生する前に先行しており、加害者の故意または過失が誘引となって被害者の過失が引き起こされる。

すなわち、被害者の過失は、通常、加害者の故意または過失が存する時期または場所において後行的に発生し、加害者の過失に追従する。そして、加害者の故意または過失は、往々にして、被害者の過失に対して因果関係を有し、その発生を誘引および推進し、被害者の過失の程度を増長させ、加害者が当初から目的とする被害者の損害（加害者の利益）の発生へと向かわせる。

顧客の落ち度が損害発生の原因となっている場合でも、そのような形式的な単純な落ち度は、過失相殺がなされる根拠とはなり得ないのではないか。取引型不法行為の事案では、次の二点を考慮する必要がある。

第1に、法的には、過失相殺に信義則の規制がかかる。第2に、過失相殺がなされるには、形式的な原因競合（単純な落ち度）を述べるだけでは理由にはならず、実質的な原因競合があるのか（実際にその場面でその顧客にその注意力を行使して、業者の取引から離脱等することが期待できたか）の判断を経る必要がある。

そこで、投資事案において、次のような場合には、原則として過失相殺が行われるべきではない。その理由は、一般的に業者が顧客の落ち度を指摘して賠償額の減額を求めることができる立場にはないといえるか

投資損害と過失相殺理由の問題点

らだ。

第1に、顧客の落ち度と比較して業者の行為の違法性が著しく大きい場合である。業者の違法性が相手方との関係で著しく大きいにもかかわらず、相対的に軽微である顧客の落ち度をとらえて過失相殺を行うのは公平に反するといえる。

第2に、顧客の損害が加害者（業者）の利得に転化している場合、過失相殺を行うべきではないと考える。顧客の損失のもとに業者の利得の保有を許すことになってしまうからである。

第3に、業者が顧客の不注意を誘発・便乗・利用している場合、不注意に乗じられ、不注意状態を継続したことを理由とする過失相殺は行うべきではないと考えられる。⁽¹⁷⁾ 例えば、過当取引の場合、委託者の口座を用いて行われる委託者名義の取引が業者のコントロール下におかれているという、取引主導性（口座支配）の要件が課されている。違法を認定するときに、委託者に対し、「取引を主導されないよう注意することを怠った」ことをもって過失相殺するとすれば、これは違法性の二重評価となる。

第4に、「本来、投資（投機）取引は自己責任である」として過失相殺の理由とする事例が多い。顧客の個別取引のうち、業者の違法行為と顧客の損害との因果関係がないのであれば、因果関係が及んでいない範囲の取引において生じた損害は顧客の自己責任である。しかし、それは本来、過失相殺の判断で行われるべきことではなく、業者の違法行為と顧客の損害との因果関係の判断において行われるべきことである。

III 信認義務と過失相殺

1 証券取引・商品先物取引と信認義務

(1) 概説

証券取引または商品先物取引に関する判例の中にも、信認義務に論及

するものが増加している。この信認義務は、従前からの注意義務ないし違法性要素と比較すると、受託者を信頼して財産の管理を委ねた委託者の信頼を保護し、信頼を受けて財産の管理・運用を委ねられた受託者の責任を重くとらえている。

例えば、米国コモンローにおける信認義務について、アンドリュー・パーデック氏は、「信認義務を認める場合には、裁判例は、①投資者の状況を聞き出す義務、②投資者の理解を確認する義務、③投資者が不適合な取引を求めたときにその不適合性を理解させる義務等をブローカーに⁽¹⁸⁾負わせていることに注目すべきである」と述べている。

財産の管理運用を委託し、受託する関係において発生する受託業者の信認義務は、裁量・依存の程度によってその程度が異なり、受託業者が委託者の口座を支配するときには、信認義務の内容は最も高度となる。すなわち、高い配慮義務が課せられるといえる。

(2) 民商事法の規定

わが国の民商事法は、一定の範囲で信認義務法理を受け入れていると考えられる。第1に、会社法355条および356条は、会社が取締役を広範な裁量権を付与し、当該状況下では、取締役が会社の犠牲において自らの利益を図ることが容易であることに照らし、取締役の背信行為を厳しく制限している。

第2に、善管注意義務（民法644条、会社法330条）は、受託者が高度な専門家としての立場にあり、知識および経験に乏しい委任者から高度の信頼を寄せられ、広範な裁量権を与えられている場合、善良な管理者としての義務は極めて高くなる。受託者が、専門的な知識・経験を基礎として、素人から当該事務の委託を引き受けることを営業とし、当該業務を営業することが何らかの形で公認されているのであれば、受託者の注意義務は当該事務についての周到な専門家を標準とする高い程度となる。

投資損害と過失相殺理由の問題点

第3に、誠実・公正原則（証券取引法33条，商品取引所法212条）は、業者の行為規範として、IOSCO原則の流れをくんだものである。信託義務法理を含む英米法の諸法理は、IOSCO原則の基礎をなしている。

2 信託義務と自己責任

受託者は信託義務に基づき、財産の管理および運用について一定の裁量を有し、裁量の逸脱および濫用がない限り、損失が発生しても受託者は委託者に対し賠償責任を負わない。しかし、裁量の逸脱および濫用によって生じた損失については賠償責任を負う。裁量の逸脱および濫用の有無は、受託をしていた間に、「委託者の最大利益を図るために、合理的かつ思慮ある行動をとっていたか」である。

委託者は、「取引をその受託者に任せたこと」「受託者を十分に監督しなかったこと」の自己責任が問われることはあるかもしれない。しかし、「個々の取引を受託者に一任したこと」の自己責任を受託者から問われるものではない。

委託者が受託者の誠実および公正さを信頼して管理および運用を任せることが委託・受託の前提である。委託者が受託者の個々の運用行為の適否をその都度調査しなかったことは、委託者の過失にはならない。

信託関係が成立し、受託者が委託者の利益を配慮せず、経済的に不合理な取引を行った場合、当該行為に係る損害賠償においては過失相殺が規制されるべきである。なお、委託者は、「受託者選定の自己責任」または「受託者監督の自己責任」を負うことにはなる。

しかし、①受託者選定の自己責任は、免許、認可、登録業者として受託業者の参入規制がなされる証券または先物市場において、免許、認可、登録等の開示された表示を信じたか否かに限定されるであろう。

②受託者監督の自己責任は、監督能力に限界がある一般委託者にとり、具体的には限定されたものになる。受託者選定の自己責任および受託者監督の自己責任にゆいては、信義則上、受託者が委託者に対して主張で

きるものではない。

3 実質的一任関係

証券取引または先物取引の判例において、「実質的一任売買（事実上の一任売買）」という概念がしばしば用いられる（最判平7年7月4日（NBL590号60頁）等）。実質的一任売買下では、業者は委託者に対し高度の信託義務を負い、その義務に違反する行為を行った場合、不法行為または債務不履行となり、過失相殺を規制する重要な要素となる。

実質的一任関係とは、顧客が取引内容の判断について業者に従属している事実関係をいう。具体的には、①取引の理解困難性・情報処理困難性、②判断従属性、③業者の裁量性・専断性、④心理的依存（恐怖）性などの要素を指摘できる。すなわち、業者と委託者との関係において、実質的一任関係のもとに違法行為が形成される要素として、つぎの3つを挙げることができる。

①業者がミス・リードする形での取引の実質的一任関係の形成、継続的取引の状況が存在すること。

②委託者の知識・経験・資産・投資意向に適合しない取引、または経済的に不合理かつ過大な取引が行われていること。

③実質的一任関係の下で一連の取引を通じ、業者が委託者の利益を配慮することなく背任的な態度をとっていることである。当該要素は、②の要素の状況・程度・内容で認定できる場合が多い。

これら要素は証券の過当取引事例における口座支配性の認定要素としても判例上受け入れられている。例えば、大阪地判平9年8月29日（判時1646号113頁）は、「一般投資家にとって売買回転率が30回以上という驚は異常というほかなく、到底冷静な判断に基づく投資行動は認められない」としたうえで、本件取引のような多量頻回、多種類の市場・銘柄、短期売買は、原告のような個人投資家が自発的・自主的な投資判断に基づいてこれを行うのは到底不可能であり（情報処理困難性）、……担当

投資損害と過失相殺理由の問題点

者に銘柄・単価・処分時期の選定を委ねていること（判断従属性）、原告の事前了承なしに取引が実行されても苦情を申し立てていないこと（心理的依存性）などを理由に口座支配性を認めている。しかし、証券の過当取引事例は、ほぼ全てが過失相殺の対象となっている。

先物取引における一任売買は、受託業者の手数料稼ぎの温床となるとして禁じられている（商品取引所法214条3号）。しかし、顧客は業者の推奨する取引に追従して、単に発注するだけという実質的な一任取引は広く行われている。形式的には委託者の発注が必要であるが、実際には受託者に一任するようミス・リードする業者の行為がある。能力的・心理的に追従せざるを得ない委託者の依存関係が存在する。「不招請」の実質的一任関係といえる。

取引の実質的一任関係の形成および継続が存在する場合、その間の銘柄選定・発注時期・内容・量・頻度に関して、委託者の自己責任は一任関係のない場合と比較して当然に異なるといえる。また、委託者は何が合理的な取引で何が不合理な取引かを判断できないことが多い。委託者は業者が専門的知識により委託者のために合理的な取引をするものと期待して、売買取引を一任する。業者は不合理な取引を行うことにより、自己の手数料収入が増大するという利害相反の関係に立つことになる。当該状況下において、経済的に不合理な取引による損害は、委託者の自己責任を問うるものではないであろう。

4 実質的一任売買に関する判例

実質的一任売買が認定され、経済的に不合理な取引がなされた場合、当該不合理な取引内容に応じて、過失相殺比率は、ゼロが全体の16%～38%、2割が2%～17%、3割が22%～33%、4割が12%～27%、5割が12%～33%である。⁽¹⁹⁾

そこで、実質的一任売買に関する判例を概観する。

①業者は顧客の信頼に対し最善の努力を尽くす義務があるとして、過失相殺比率をゼロとした事例（大阪高判平15年11月7日（兵庫県弁護士会 HP））

実質の一任売買が行われている場合、業者は他人の財産の管理・運用を委託された受任者であるから、信託契約における受託者に準じ、委託者の利益のこと考えて行動し、委託者の最善の利益を守る、より高度の信認義務を負うと考えられる。

すなわち、信認義務は他人の財産運用管理者に求められる義務として、投資取引の場面でも一任契約の場合において認められるようになり、一任契約は締結していないが実質的に売買取引を一任し、他人に財産管理を委託していると評価される場合にも適用される。具体的には、業者に顧客の信頼について最善の努力を尽くす義務があるとし、一任されながらその信頼を裏切って危険な取引を継続するような信認義務違反のある場合、過失相殺はなされない。

例えば、大阪高判平15年11月17日（兵庫県弁護士会 HP）は、原審（神戸地姫路支判平14年2月25日（先物取引裁判例集32巻16頁））で委託者が過失相殺なしによる認容事例であり、控訴審でも原審が支持されている。判決はその理由として、「本件のような商品先物取引は、商品市場全体の動向を見極めたうえでの迅速且つ適切な判断が必要とされ、その円滑な遂行のためには、専門的な知識と豊富な経験が求められ、一般投資家がたやすく行いうるものではないところ、商品取引員は、商品取引の専門家として、その受託等業務を公正かつ的確に遂行することができる知識および経験ならびに社会的信用を有するものとされているのであるから、商品取引員の助言、指導に対する一般投資家である顧客の信頼は保護されるべきであり、顧客からの商品先物取引の委託を受けた商品取引員並びにその役員および従業員は、顧客に対し、その有する市場情報、専門知識、経験等を駆使して、必要かつ適切な指導、助言を行うべく最善の努力を尽くし、誠実且つ公正にその業務を遂行すべき義務

投資損害と過失相殺理由の問題点

を負うものというべきである」と判示する。

そのうえで、商品取引員の外務員の行為につき、「先物取引の経験のないX（委託者）から、いわば取引を一任された状態で、しかも、Xの度重なる手仕舞い要求を押し切つてまで、自らの判断に基づいて、高頻度で著しく危険性の高い取引を継続し、Xにその結果を追認することを余儀なくさせたというものであって、このような（従業員Aの）一連の行為は、委託の趣旨を著しく逸脱し、商品取引員の従業員の上記義務に違反することが明らかであつて、全体としてXに対する不法行為を構成する」と指摘する。

この判決は、一般投資家からの業者に対する信頼に対し、商品先物取引員の助言、指導に対する一般投資家である顧客の信頼は保護されるべきであると判示し、顧客の信頼を根拠として先物業者に高度な行為規範を課している。先物業者の行為は一体として不法行為を構成するものとし、事後的に形式的な追認があつたとしても商品取引員が免責されることはないとして過失相殺を課していない。

②一任売買と顧客心理について詳細に指摘し、過失相殺比率をゼロとした事例（千葉地木更津支判平14年3月29日（先物取引裁判例集32巻153頁））

原告は外国人牧師であり、日本語の読み書きが十分にできず、公益法人の公金出納取扱者も兼ねる立場にあつた。「委託のガイド」等の小冊子を交付されているが、専門用語が随所に入り、「日本人ですらその内容を理解するためには何度も読み返す等の努力を要するものであり、小冊子を交付したことが説明義務を果たしたことにはならない」として、適合性原則違反、説明義務違反を認めた。被告は1,200万円の証拠金を入金させるため、「再度の追証を避けるには両建しかない」とさらに誤信させ、入金させている。市場について情報源もなく、知識および経験がない者が予測しようがないのであって、実質的に一任売買の形態で取

引が行われていた。

原告のように途中から一任の度合いを高めていく顧客の心理状況について、裁判所は、「例えるならば、危険な道を目隠しされたまま、営業外務員の手につかまれ歩むようなものであり、営業外務員の導くままに歩いていたら、つまずいて倒れた場合に、その不安と恐怖から、より営業外務員の手につかみつくという心理が働くのである。その段階で営業外務員を責め、その手を振りほどけば、自力ではどのような方向に進んでよいかもわからず、この間投資した全てを失う不安と恐怖を味わうからである。本件における原告も、被告従業員に対する強い働きかけが誘因となっているが、原告自身にも前記のような心理が働いており、その結果、被告従業員に一任して損失を挽回しようという心理が強く働いたものと推測される」と判示している。

千葉地裁木更津支部は、違法要素として、適合性原則違反、説明義務違反、新規委託者保護義務違反、偽計による両建、一任売買、無意味な反復売買を認め、過失相殺をゼロとした。本判決は控訴審でも維持され、過失相殺の適用は否定されている。

IV 判例にみる過失相殺理由の検討

以下において、判例において指摘された過失相殺理由を検討する。これら内容が必ずしも過失相殺理由として適切ではないことを具体的に指摘する。⁽²⁰⁾

1 「利益を得る可能性の存在」

顧客が利益を得る可能性の存在から、「過失相殺をしなければ、顧客は損害を被ったときには訴えを提起することで損害を回復することができ、顧客にとって『やり得』となる」という理由から過失相殺がなされている。

投資損害と過失相殺理由の問題点

問題点として、第1に、「やり得」という状況である。顧客が損失を被っても、業者が適切な勧誘を行っているかぎり、損害賠償請求の訴えは認容されない。

第2に、「高度な商品リスク（市場リスク）が内在する取引において、過失相殺は不可避である」という指摘については、損害の因果関係が商品リスク（市場リスク）に内在するものなのか、業者の不法行為に内在するものなのかが問題となる。過失相殺の適否および程度において論じられるべきではない。

第3に、「利益を得る可能性」「商品リスク（市場リスク）」は、必ずしも損害の発生および拡大に寄与しないならば、投資家に対する教育的ともいえる過失相殺をしてはならないといえる。

2 「利殖目的で先物取引を行った」

顧客が利殖目的（利欲目的）により取引を行ったことを理由として過失相殺がなされることが多い。問題点として、利殖目的を過失相殺理由とするのであれば、資産運用として利益が発生する取引は、過失相殺理由となる。「利殖目的」が「欲に目がくらんで」と同義であるとして、過失相殺をすることは、倫理的要因を過失とするものである。

「利益を得たい」との利欲は人間の普遍的な欲望であり、かつ弱さである。騙されやすいあるいは欲深いという素因を理由に損害賠償額を減額していいの⁽²¹⁾か疑問である。

「儲け話を安易に信じた」、「欲を出したことが損害の原因」をもって過失相殺とすることは、人間が本来的に有している欲そのものを否定することである。委託者が「通常の範囲を超えて利得に執着していた」ことを立証しない限り、過失相殺理由とはならないと考える。

3 「危険な取引をあえて行った」

証券取引または商品先物取引が危険な取引であることは周知されてお

り、損失を被るかもしれない取引をあえて行ったことを理由として、過失相殺がなされる。

問題点として、第1に、取引自体にどのようなリスクが内在しようとも、それは直ちに過失相殺の根拠とはならない。第2に、危険性の認識を過失相殺理由とするのであれば、①価格変動が極めて不規則かつ急激であり、相場の予測が極めて困難であること、②統計上、1回の取引につき利得を得ることのできる確率がX割程度であり、数回の取引では利得を継続する確率がそれ以下となり、極めて低率となることなどの具体的な認識が必要である。⁽²²⁾危険性の認識として、抽象的かつ漠然としたものでは、過失相殺理由とはならない。業者の説明義務に係る問題といえ⁽²³⁾る。

4 「自らの意思・判断で先物取引を行った」

裁判所は、証券取引または先物取引の仕組みおよび危険性について、業者から一応の説明を受けたうえで、顧客自身の意思および判断で取引を行ったという理由から、過失相殺をすることが多い。では、顧客が投資行為を開始したことは、過失相殺の理由となるのか。

「受託契約準則」に添付されている取引約諾書には、「(顧客)自らの責任と判断において取引を行う」と記載されている。また、取引約諾書の作成日が、実際に交付された日よりも遡った日付になっていることがある。作成時間が深夜であるなど、顧客が冷静な判断を欠くような状況の場合、業者の違法性および不当性が問題となる。

取引を行うこと自体は違法行為ではない。そもそもリスクおよび仕組み等の理解・判断能力を欠く者に対し、国は取引市場への参入を禁止し、参入を控えることを要請してはいない。顧客に、相当の注意を払って業者の勧誘に応じないようにすべき法的義務はない。⁽²⁴⁾

過失相殺は、顧客と業者との公平な損害分担という観点から、信義則上なされるものであり、信義則は当事者間において妥当する。証券取引

投資損害と過失相殺理由の問題点

または商品先物取引の専門家として投資家保護のために課されている注意義務に反する行為を行った業者が、顧客に対し「取引に手を出すことが悪い」「従業員のセールストークに乗せられたのが悪い」と主張できるのか。

業者は顧客の不注意を誘発し、これに乗じて不法行為に及んでいるのであるから、このような顧客の不注意を指摘し、裁判所に自己の正当性を主張することは、信義則および公平の理念に反する。このような過失相殺は、教育的過失相殺といえる。

5 「取引を継続・拡大した」

「途中で取引を止めることは不可能でなかったのに、毅然とした態度で手仕舞いをせず、長期間取引を行った」、「損失を回復しようとして、取引を継続・拡大した」との理由により過失相殺がなされることがある。

問題点として、第1に、「途中で取引を中止しなかった」という顧客の落ち度は、実質的に結果に対する原因となるのか。

第2に、証券取引または商品先物取引に費やされる原資の多くは、顧客の退職金または預貯金であり、老後等の生活費に用いられ、消費されるものであることが多い。当該資金の大半または全額を取引に投入させ、または余裕資金のみを取引に投入すべきことを顧客に十分説明しなかった場合、顧客の過失とすることは酷である。

「相場ですから予想が外れて損をすることもあります」などの抽象的な説明では、業者が説明義務を尽くしたことにはならない。取引が長期化した最大の原因は、顧客にあるのか、業者の営利追求にあるのかであり、業者の配慮義務が問われるべきである。

6 「外務員を安易に信用した」

「外務員の勧誘を安易に信用した」「外務員に任せ切りにした」との理由により過失相殺をするものがある。

問題点として、業者のアドバイスのとおりに取引をしてきたこと、またはアドバイスを安易に信用したことが、顧客の落ち度であるのか。顧客は業者を信頼し、その提供する情報および推奨に基づき取引を始め、取引を継続する。業者は取引に関する専門家として豊富な経験および知識を有し、先物取引等は一般投資家が自らの判断で取引を行うことは容易ではない。業者の情報および推奨に依存せざるを得ない実態がある。

証券取引事例において、裁判所は「一般投資家は投資判断にあたっては専門家である証券会社の勧誘ないし助言、指導に依存し、その推奨に従って取引をしているという実態があり、そうした一般投資家の信頼を保護する必要がある」ことを認めている（東京高判昭63年10月20日（金商813号24頁）、大阪地判平6年2月10日（判タ841号276頁）、宮崎地判平10年3月25日（金商1516号47頁）等）。

証券取引と比較して仕組みが複雑である先物取引では損失を被って、心理に狼狽している顧客に、業者が、「こうすれば損が取り返せる」と助言すれば、多くの委託者がワラをもつかむ気持でその推奨に従って取引を継続する。

このような状況下で両建がなされると、買付と売付のいずれの注文をも良い条件で仕切ろうとするため、顧客はより困難な投資判断を強いられることになり、業者の推奨および助言指導に黙従してしまうことが多い。その結果、業者はより多額の委託手数料を獲得することができる。そして、顧客との取引を拡大させ、事実上の売買一任勘定取引に誘引させることも可能となる。

取引が業者の推奨および助言および指導に信頼がおかれ、これに従って行われたものである場合（取引主導性の存在）、顧客と業者との間には実質的一任関係に基づく信認義務が発生すると解される。信認義務の内容は委託者の依存度合いが強いほど高度化し、当事者の対等関係は弱まっていく。顧客の業者に対する依存度が高ければ高いほど、業者が行った違法勧誘の非難可能性は高まるといえる（業者の違法性の程度と顧

投資損害と過失相殺理由の問題点

客の落ち度とを実質的に比較し、過失相殺を15%（東京地判平15年3月31日（先物取引裁判例集34巻181頁））、20%（大阪高判平17年6月17日（先物取引裁判例集40巻484頁））、30%（東京地判平17年9月30日（先物取引裁判例集41巻588頁））がある。

7 「委託のガイドを熟読しなかった」

業者から交付される「取引委託のガイド」「受託契約準則」を熟読しなかったとの理由で過失相殺がなされることが多い。先物取引の未経験者の場合、当該書類を精読して、取引の仕組みおよびリスクを理解するにはかなりの時間を要する。また、当該書類を実際の取引直前に、または事後に業者から交付されることもある。事後に交付されることは違法である。

委託のガイドの記載内容については、業者が顧客に理解させる義務を第一義的に負っており、業者は取引を始める前に、十分な説明をして顧客にガイドを熟読したのと同程度の状態にしておかなければならない。

顧客がガイドの内容を十分に理解していなかったことに対する非難は、顧客ではなく業者に向けられるべきある。とりわけ、商品先物取引では、委託ガイドを熟読しても、顧客は業者の言葉・勧誘に頼って取引を進めざるを得ないのが実態である。ガイドを熟読しなかったことが直ちに過失相殺を課す要素となるのか、損害の発生および拡大との相当因果関係がどこまで存在するのか疑問である。

ガイド・残高照合通知書などの記載を手がかりとして損害の発生・拡大を食い止めることは実際には不可能であること等を重視し、過失相殺をゼロ（大阪高判平15年9月25日（先物取引裁判例集35巻166頁））または30%（大阪高判平16年10月26日（先物取引裁判例集38巻353頁））にしている事例がある。

8 「取引内容を知っていた」

「取引内容の報告を受けていた」「取引内容を承知していた」「売買報告書を受領し、あるいは残高照合通知書への回答を行っていた」との理由により過失相殺がなされることがある。

顧客が取引内容の報告を受け、売買報告書・残高照合通知書の送付を受けていたとしても、「平成00年00月00日に×××の売りを△△枚□□円で建てた」という外形的な取引の事実および状態から、取引内容および時期が適切だったかを分析し、今後どのように対応すべきかの投資判断を主体的に行うことは、一般投資家では困難である。

顧客に知らされるべき情報として重要なものは、取引の仕組み、取引の真の危険性、相場変動要因などである。外形的な取引内容の把握という事情のみをもって顧客の責任を加重することは、証券取引または商品先物取引の実態にそぐわない。

残高照合通知書に署名および返送している事実自体は非常に形式的な行為であり、無断売買を否定する要素とはなっても、安易な過失相殺の根拠となるものではない。署名および返送の事実をもって、当該取引について「その投資行為の真の意味内容および妥当性を十分に理解し、これをすべて自己の責任に帰する趣旨」とみることは疑問である。

9 「社会的地位が高い」「社会経験がある」

「社会的地位が高い」「会社経営をしている」「社会経験がある」「高学歴である」のため理解力があるとして過失相殺がなされる。学歴または社会的地位が高い場合、ある程度複雑な物事のしくみを理解する一般的能力は高いかもしれない。

しかし、投資行為は他にあまり類例のない特殊な仕組みをもった取引であり、取引手法の熟練には、当該分野に関する専門の知識および経験が求められる。相場変動は数年研究しても予測できるものではない。別の分野（医学、化学、経済学、法学等）に関する高度な知識および理

投資損害と過失相殺理由の問題点

解力を有していても、投資行為に必要な知識および理解力との互換性はない。別の分野の知識および理解力の存在は、顧客の責任を高める要素とはなり得ない。

また、取引開始後に取引の仕組み・危険性を理解できるようになるまでが早かったとしても、当該危険性等について実感をもって理解できるようになるまでには相当に時間を有する。気が付いた時点ですでに取引を止められないような状態となっていれば、理解が早かろうが遅かろうが事態は同じである。

10 「投資経験がある」

「株式取引の経験があった」「金融商品取引の経験があった」「投資経験があるから、取引において損失を被ることを理解していた」「手数料がかかることはわかっていた」との理由により、過失相殺されることがある。

取引手法の合理性および相場予測は特殊なものであり、他の分野の知識からの転用は困難である。株式取引の経験にしても同様である。株式の現物取引は、通常の商品売買と同様に「株式」を時価で購入し、対価を支払い、適当な時期に売却して代金を得るということである。証拠金取引ではなく追加証拠金の制度もないこと、売りから入れないこと、差金決済でないこと、限月がないこと等、先物取引とは著しく相違する。⁽²⁵⁾ 変動要因も全く異なる。

取引における損失発生 of 具体的なメカニズムは非常に複雑であり、「損失発生の可能性を理解していた」という程度の抽象的な理解をもって過失相殺理由とするのは適切でない。また、単に売買委託手数料がかかることがわかっていたという要素は、顧客の「落ち度」ではない。

11 「取引は自己責任」

「取引は自己責任で行うのが原則」との理由により過失相殺が行われ

ることが少なくない。「投機（投資）取引に参加した以上、過失相殺なしに全額元金の賠償を受けるというのにはあり得ない」という裁判官の考えがあることは否定できない。

「自己責任」という概念と過失相殺の基準は別のものである。当事者は対等ではなく、業者と顧客との間には情報収集力および分析力、交渉力等の格差が存在する。効率的な金融取引を行うためには、非専門家である顧客は、業者の提供する情報を信頼して行動してよいという前提が必要となる。取引的不法行為における信頼の原則からすれば、少なくとも顧客の取引については、自己責任原則を理由に過失相殺すべきではないとの考えもある⁽²⁶⁾。

平野裕之教授は、「裁判例を見ると、業者の責任を否定する判決も少なくなく、また責任を認めるとしても過失相殺がかなり活用されているが、……その根底には裁判官の『こんな投機的取引に手を出す者は不注意だ』といった多少なりとも蔑視的な感情があるように思われる……『投機的取引＝自己責任』論といった建前論は、『客を待つ』取引であった時代にのみあてはまるものであり、『投機的取引をするのは愚か者』論といった偏見などは論外であり、『寝た子を起こす』論、『壊れる者はわらをもつかむ』論にそって、個々の先物取引をめぐる議論の考察はされるべきであり、この出発点における立場決定が個々の問題の判断にボディーブローのように効いているということが出来る。判例にムラがあるのは、事例の差のみならずこのような裁判官の立場の差も大きいのではないかと思われる」と指摘する⁽²⁷⁾。

V 結 語

近年、顧客の過失を過大評価しない判決が、多数下されている。これらは主として先物取引事例であり、証券取引事例ではそもそも認容自体が少ない。

投資損害と過失相殺理由の問題点

①業者の違法性の程度と顧客の落ち度とを実質的に比較し、過失相殺を15%（東京地判平15年3月31日（先物取引裁判例集34巻181頁））、20%（大阪高判平17年6月17日（先物取引裁判例集40巻484頁））、30%（東京地判平17年9月30日（先物取引裁判例集41巻588頁））としている事例がある。

②顧客の損失が業者の利益に転化していること、および、業者が顧客の依存志向に乗じ手数料稼ぎを行ったことを重視し、過失相殺をゼロ（名古屋地判平14年5月24日（先物取引裁判例集33巻101頁））としている事例がある。

③ガイド・残高照合通知書などの記載を手がかりとして損害の発生・拡大を食い止めることは実際には不可能であること等を重視し、過失相殺をゼロ（大阪高判平15年9月25日（先物取引裁判例集35巻166頁））または30%（大阪高判平16年10月26日（先物取引裁判例集38巻353頁））としている事例がある。

④顧客の適合性・心理状態等に照らし、業者の悪性を考慮し、過失相殺をゼロ（大阪高判平16年8月31日（先物取引裁判例集38巻378頁））、大阪地判平18年1月20日（先物取引裁判例集42巻248頁））または20%（東京地判平17年12月20日（先物取引裁判例集42巻121頁））としている事例がある。

⑤顧客の不注意は業者の予測範囲内の事柄であること、業者のモラルハザードを抑止する必要があること、秩序ある取引の定着を図ることが事後規制を図る司法の責務であることなどを重視し、過失相殺を30%（大阪地判平15年3月11日（裁先物取引裁判例集35巻128頁））としている事例がある。

⑥顧客の落ち度が業者の行為によって誘発されたものであることを重視し、過失相殺を30%（大阪地判平16年1月27日（先物取引裁判例集35巻352頁））、名古屋地判平15年1月17日（先物取引裁判例集33巻401頁）、金沢地判平17年7月21日（先物取引裁判例集41巻268頁））としている事

例がある。

前章で指摘した過失相殺の判断要素は、責任の成立原因との関係が不明瞭であり、違法性の立証がどの程度なされているかにより、過失相殺の比率が上下する非論理的な構成となっている。顧客と業者との間には、知識・経験、情報収集能力、交渉力において格差があり、このことは違法性の認定においては考慮されながら、過失相殺の適用においては十分に考慮されていない。

事故型不法行為と取引型不法行為では、前者は過失が偶然的に競合するが、後者は業者の故意・過失が顧客の落ち度に先行して誘発し、損害の発生へ導くこととなる⁽²⁸⁾。取引型不法行為において、顧客が業者の欺罔行為に気づかなかったことは不注意ではない。気づかなかったこと、気づかないようにした業者の言動または取引内容が重要なのである。

安易な過失相殺は、業者の「やり得」を助長させることともなる⁽²⁹⁾。証券取引または商品先物取引において、業者はその専門性に照らし、顧客の属性、意図、取引内容の理解を絶えず確認すべき注意義務がある。業者が事実上、取引を主導し、顧客が投資内容およびリスクを認識できず、冷静かつ客観的な投資判断の機会を奪われているのであれば、それ以上の帰責性を負わすべきではない⁽³⁰⁾。

証券取引または商品先物取引において、不公正な取引内容または勧誘行為が内在する場合、業者は「顧客の落ち度を積極的に利用すること」で、事業が成り立ち、それにより会社の利益、担当者の利益が増大する。損害賠償請求では、不公正な取引内容または勧誘行為に違法性があるため、業者の責任が肯定される。「顧客の落ち度」を利用した結果が違法なのであるならば、同じ事情を斟酌して過失相殺をするのは、不合理といえる。

注

- (1) 窪田充見『過失相殺の法理』（有斐閣，1994年）265頁。
- (2) 窪田充見「取引関係における過失相殺」岡大法学40巻3・4号857頁。

投資損害と過失相殺理由の問題点

- (3) 宮下修一『消費者保護と私法理論』（信山社，2006年）102頁。
- (4) 内橋一郎・大植伸・加藤進一郎・土居由佳・平田元秀『先物取引被害と過失相殺』（民事法研究会，2007年）148頁。
- (5) 農林水産省商業課・通商産業省商務室（当時）作成の平成9年9月8日付「委託者保護に関する研究会中間とりまとめ」。
- (6) 10回程度建て落ちを繰り返せば，取引証拠金はすべて委託手数料に消えていくといわれている。例えば，東京工業品取引所におけるガソリンでは，1枚あたりの取引証拠金の基準額は13万5,000円であり，倍率は100倍であるから，当該取引証拠金で呼び値6万5,000円の時点で1枚の買建をした場合，13万5,000円の取引証拠金で実際には650万円の取引を行っていることになる。10枚の買建をした場合，6,500万円の取引を行うことになる。この取引では，値が2%（1,300円）動くとき，取引証拠金とほぼ同額の損益が発生する。一方，委託手数料を1枚あたり往復で7,980円（税込）とすると，約17回の建て落ちで取引証拠金は全額委託手数料に転化する。
- (7) 市場経済研究所「商品先物83社財務データランキング2005年版」28頁・38頁。
- (8) PIO-NET（国民生活センターのホストコンピュータと各地の消費生活センターに設置した端末機を結ぶ「全国消費生活情報ネットワーク・システム」）によれば，商品先物取引の苦情相談件数は，平成12年度4,414件，平成13年度6,026件，平成14年度7,584件，平成15年度7,810件，平成16年度7,368件，平成17年度4,606件となっている。
- (9) 米国CFTCの発表によれば，平成16年3月2日時点のシカゴ商品取引所では，当業者と一般顧客の割合はほぼ等しい。例えば，小麦であれば，一般顧客41.0%，当業者42.4%，報告の不要な建玉16.5%である。他方，日本の先物市場は，当業者の参加割合が非常に低い。例えば，平成9年度の小豆，輸入大豆，とうもろこし，粗糖，生糸，乾繭の6品目平均は，当業者3.2%，一般顧客59.1%，自己玉（先物業者自身による建玉）37.7%となっている。
- (10) 窪田・前掲注(1)262頁，268頁。
- (11) 大村敦志『消費者法〔第2版〕』（有斐閣，2003年）88頁以下。
- (12) 大村敦志『基本民法(2)債権各論』（有斐閣，2005年）329頁以下。
- (13) 平野裕之「商品先物取引における被害者救済の視点と民法理論」先物取引被害研究27号4頁。
- (14) 宮下・前掲注(3)238頁以下。
- (15) 橋本佳幸「取引的不法行為における過失相殺」奥田昌道編『取引関係における違法行為とその法的処理……制度間競合論の視点から』（有斐閣，平成8年）135頁。

- (16) 窪田・前掲注(1)265頁。
- (17) 窪田・前掲注(1)262頁。
- (18) アンドリュー・M・パーデック『証券取引勧誘の法規制「開示義務」
「説明義務」を超えて』(商事法務研究会, 2001年) 51頁以下。
- (19) これら数値は、先物取引判例システム「黙示録」全228件からの分析による。
- (20) 内橋一郎他『先物取引被害と過失相殺』(民事法研究会, 2006年) 214
頁以下, 今川嘉文「投資行為と過失相殺(1)(2)」先物取引被害研究25号
(下) 29頁以下・同26号83頁以下, 同「投資に係る損失と過失相殺の法理
(1)」神戸学院法学35巻3号1頁以下, 荻野一郎「先物取引裁判例におけ
る過失相殺」14号55頁以下, 先物取引研究編「シンポジウム消費者被害と
過失相殺」先物取引被害研究3号1頁以下, 宮下修一『消費者保護と私法
理論』(信山社, 2006年) 257頁以下等。
- (21) 松本恒雄「消費者私法ないし消費者契約という観念は可能かつ必要か」
(椿寿夫編・講座・現代契約と現代債権の展望(6)) 28頁。
- (22) 尾崎安央「裁判例からみた商品先物取引委託者の適格性」判タ774号53頁。
- (23) 尾崎安央=今西康人「契約の不当化の私法的効果について」(中川淳
還暦祝賀論集『民事責任の現代的課題』(世界思想社, 1989年) 239頁。な
お, 大阪地判平15・10・21(先物被害裁判例集35巻268頁)(海外オプショ
ン事例・過失相殺なし)は, 「被告が本件取引の内容及び危険性につき自
ら調査確認しなかったことが認められるが, この点は, 被告担当者らによ
る前記勧誘行為の重大な違法性に比して無視できるほど軽微であって, 過
失相殺を行うのは相当でない」と判示する。
- (24) 土橋正「商品取引所法94条違反の委託の効力について」青山法学論集
26巻2号47頁。
- (25) 尾崎安央「裁判例からみた商品先物取引委託者の適格性」判タ774号52頁。
- (26) 上柳敏郎・石戸谷豊・桜井健夫『新・金融商品取引法ハンドブック
(第2版)』(日本評論社, 2008年) 163頁~165頁。
- (27) 平野裕之「商品先物取引における被害者救済の視点と民法理論」先物
研究27号4頁。
- (28) 窪田・前掲注(1)218頁以下, 村本武志「ワラント裁判例の現状と問
題点」ジュリスト1076号141頁。
- (29) 上村達男「金融商品と消費者保護」国民生活センター編『金融商品の
多様化と消費者保護』(財務省印刷局, 2002年)。
- (30) 今川嘉文『過当取引の民事責任(補訂版)』(信山社, 2008年) 265頁。

付記 本稿は、平成18年度「日本商品先物振興協会」の研究助成金の成果の
一部である。