

平成16年12月21日判決言渡 同日原本交付 裁判所書記官
 平成14年(ネ)第4715号 差損金請求, 同反訴請求控訴事件 (原審・東京地方裁判所平成12年(ワ)第21712号, 平成13年(ワ)第3734号)
 平成16年8月19日口頭弁論終結

判 決

埼玉県

控 訴 人

Y

同訴訟代理人弁護士

鈴木 則 佐

同

渡 辺 孝

同

茨 木 茂

東京都中央区銀座3丁目14番13号

被 控 訴 人

新日本商品株式会社

同代表者代表取締役

島 津 嘉 弘

同訴訟代理人弁護士

肥 沼 太 郎

同

三 崎 恒 夫

同

川 戸 淳 一 郎

主 文

1 原判決を次のとおり変更する。

(1) 控訴人は, 被控訴人に対し, 255万1380円及びこれに対する平成12年11月12日から支払済みまで年6分の割合による金員を支払え。

(2) 被控訴人は, 控訴人に対し, 1071万3550円及びこれに対する平成12年6月3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) 被控訴人のその余の本訴請求, 控訴人のその余の反訴請求をいずれも棄却する。

2 訴訟費用は、第1, 2審を通じこれを3分し、その2を控訴人の負担とし、その余を被控訴人の負担とする。

3 この判決の1(1), (2)は仮に執行することができる。

事 実 及 び 理 由

第1 当事者の求めた裁判

1 控訴人

- (1) 原判決を取り消す。
- (2) 被控訴人の請求を棄却する。
- (3) 被控訴人は、控訴人に対し、3275万3000円及びこれに対する平成12年6月3日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。
- (4) 訴訟費用は、第1, 2審とも被控訴人の負担とする。
- (5) 仮執行の宣言。

2 被控訴人

本件控訴を棄却する。

第2 事案の概要等

1 事案の概要

本件は、東京工業品取引所の商品取引員（以下「取引員」ともいう。）である被控訴人が、控訴人（昭和13年生、内装建築会社社長）との商品先物取引委託契約に基づき、控訴人の委託を受けて2か月余りにわたってガソリンの先物取引（以下「本件取引」という。）を行い、392万5200円の差損金（清算金）が生じたとして、控訴人に対し同差損金及びこれに対する商事法定利率による遅延損害金の支払を求めた（本訴）のに対し、控訴人が、被控訴人の担当者の本件取引開始から終了に至るまでの一連の行為には、商品先物取引の危険性について十分な説明をせず勧誘したこと、無断取引、過当取引、無意味な反復売買、危険性の高い取引の勧誘等による違法があり、これら一連の不法行為により差し入れた委託証拠金2775万3000円及び弁護士費用500万

円の合計3275万3000円相当の損害を受けたとして、被控訴人に対し、その賠償及びこれに対する民法所定の遅延損害金の支払を求めた（反訴）事案である。

原審は、被控訴人担当者の勧誘等が違法とはいえないとして控訴人の反訴請求を棄却し、被控訴人の本訴請求を認容したため、控訴人がこれを不服として控訴をした。

2 本件における前提となる事実、争点及びこれに対する当事者の主張は、次のとおり当審における当事者の主張を付加するほか、原判決事実及び理由の「第2 事案の概要」の「1 前提となる事実」及び「2 争点」に記載のとおりであるから、これを引用する（ただし、原判決4頁3行目末尾に続けて改行の上、「本件取引の結果、平成12年6月29日現在において、控訴人が被控訴人に支払うべき帳尻差損金（立替金）債務の額は、392万5200円となった。」を加え、同5頁4行目の「平成12年4月7日以降」を「平成12年4月3日の買直し以降」に改める。）。

(1) 控訴人

ア 向かい玉と利害相反

(ア) 被控訴人は、本件取引期間中、東京ガソリンの委託者全体の売建玉と買建玉の差に対向して自己玉を建てており、いわゆる「差玉向かい」をしている。具体的には、乙第21号証の表及び乙第22号証のグラフに記載されたとおりである。

差玉向かいは、委託者全体の売建玉（売玉ともいう。）と買建玉（買玉ともいう。）の差に対向して、取引員の自己玉が建てられている状態（ここで建玉とは、仕切られずに残っている玉のことすなわち取組高のことをいうから、ここで差玉向かいとは取組高のレベルでの話である。）、また、そのような取組高の状態を作出するための売買のやり方（この場合は、取組高のレベルのみならず、売買高のレベルをも含むことになる。）

を指す。

差玉向かいの実行方法は次のとおりである。

各取引日の個々の売買によってその都度取組高は違ってくるので、取組高と売買高に密接な関係があることはもちろんである。差玉向かいをしている場合の取組高と売買高の関係は次のとおりである。いずれも板寄せの場合は各場節、ザラバの場合は同一時刻（本件の東京ガソリンはザラバである。）ごとの出来事である。

① 取組高

各限月につき、委託者全体の売玉と買玉の差に対向して取引員の自己玉が建てられている。例えば、委託者全体の売玉が200枚、買玉が300枚の場合、自己玉は100枚の売玉のみ。委託玉と自己玉を合計すると、売玉、買玉とも300枚。

② 売買高

各限月につき、委託者全体の売と買（ここで売・買とは、玉を新規に建てる場合と建っている玉を仕切る場合の両方を含む。以下、売買高の説明では、特に断らない限り同様。）の枚数の差と、取引員の自己玉の売と買の枚数の差が対向して等しくなるように、かつ、取引員の自己玉については落ち（仕切り）優先で、またできるだけ委託玉の成立値段と同一値で成立するように、自己玉の売買がされている。例えば、委託者全体で売・新規100枚、売・仕切70枚、買・新規50枚、買・仕切40枚の場合、売買の差は、売が80枚（ $=100+70-50-40$ ）多いことになるので、自己玉について、買が80枚されることになる。この場合、既に売建玉（仕切られずに残っている玉）が60枚あれば、買・仕切（これは売建玉の決済である。）60枚、買・新規20枚という内訳となる。このような自己玉の売買は、実際には取引員の方で委託玉の動きを見て機械的に（予めコンピュータソ

- フトに組み込んでいるか又は業務部が手作業により)処理されている。
- (イ) 被控訴人は、差玉向かいによって、毎日の売と買の取組高を同一にしているが、このことは、取引員と取引所との売買損益(差金)のやり取りを断ち切ることになる(分離保管が完全にされている場合は、取引所と取引員間で自己玉勘定と委託玉勘定を別々に分けて差金のやり取りがされるが、両勘定とも取引員のものであることに違いはないから、実質上のやり取りは差引零ということに変わりはない)。そうすると、取引員のところに流入するのは委託者からの証拠金だけであり、顧客が利益を出して取引を終えると、取引員は自腹を切らねばならないことになる。このように、差玉向かいをすると必然的に取引員と委託者の利害は相反し、実質上「委託者が儲かると取引員は損し、委託者が損すれば取引員が儲かる」という関係になる。利害相反といっても、取引員と顧客と互いにわたり合っているというようなものではなく、取引員が秘密裡に一方的に仕掛け、攻略している著しく不公平なものである。
- (ウ) 本件取引期間中、委託帳入差金と自己帳入差金は逆の動向を示しており、最終的に控訴人を含む委託者全体としては1億4854万9000円の損となっているが、向かい玉である自己玉は逆に1億4828万1000円の益を出している。すなわち、被控訴人は、差玉向かいを使って、委託帳入差金の損のほぼ全部を自己玉の利益名下に取り込んでいる。
- (エ) 本来、相場取引で自己玉の利益を出そうとすれば的確な相場予測をしなければならないが、これは取引員にとっても普通は容易ではない。相場予測をした上で自己玉を建てて儲けることは、相当な危険がある。しかし、相場予測をしないで、機械的に向かい玉である自己玉を建てた上で、顧客に何だ、かんだと申し向けてバタバタと売買を繰り返させれば、必然的に手数料は増大するから、仮に自己玉が損となっても、優に手数料でカバーできる。

イ 向かい玉の違法性

(ア) 取引員は、自らの利益を出すことを目指して活動しているから、向かい玉をするということは、必然的に、顧客を損させて取引を終了してもらうことを目指して受託業務をせざるを得ず、顧客の損が大きければ大きいほど、取引員の儲けは多くなる。客にできるだけ多く損させる意図を有しながら、その意図を秘し、あたかも客の利益のために誠実公正な受託業務をするかの如く見せかけて、取引を勧誘し、取引を進めること自体、狡猾な不法行為にほかならない。差玉向かいの手口を使っていた被控訴人は、最初から委託者を損させる意図を有しており、本件取引はその一例であり、不法行為そのものである。

(イ) 昭和45年5月30日付け45農経C第1631号農林省農林経済局長通達では、「委託者保護のための改善策の一環として、向かい玉はこれを禁止することとし」と明記されている。「向かい玉」は委託者保護に反する手法なので、許されないのである。他方、商品取引員が向かい玉とは関係のない自己売買をすることは認めざるを得ないが、これを無制限に認めると、向かい玉禁止の実効性を図れないので、自己玉規制措置を行うこととしたのである（自己玉規制は、併せて商品取引員の倒産防止の意味もあるが、それのみではない。）。

上記通達は、規制緩和の一環として、平成11年4月1日をもって廃止となったが、平成10年の商品取引所法改正は、委託者保護の強化が目的の一つであったのであるから、この通達廃止をもって向かい玉が許されるようになったわけではない。

商品取引所法施行規則46条2号の「過大な数量」とは絶対的な量のみならず、委託玉に対する自己玉の相対的な比率も勘案すべきであり、本件のような委託玉の売玉と買玉の差に100%対向する向かい玉は、まさに同条にも違反すると解される。

(ウ) 向かい玉は、商品先物取引の制度目的である「公正価格の形成」を阻害する。取引参加者である委託者の相場観を市場に取り次ぐべき取引員が向かい玉をすると、委託者の相場観は相殺されてしまい、市場に忠実に委託者の相場観が表明されないこととなる。本件で問題としている向かい玉は、恒常的に機械的に委託者の売と買の差に自己玉を対向させるという、実質的に委託者の注文を市場に対して相殺するものである。このような向かい玉がされている市場における価格（値段）は、商品先物取引制度が想定する「公正な価格」ではあり得ない。

(エ) 被控訴人は、最初から控訴人に損失を与える意図・目的を有しながら、その情を秘し、控訴人の利益を考えた受託業務をするかの如く装い、その旨控訴人を誤信させ、誤信した控訴人から取引を受託し、委託証拠金名下に計2775万3000円を取得した。委託証拠金名下で各金員を取得したときに不法行為が完了している。その後の取引過程における被控訴人外務員らの行為は、既に完了した詐欺の隠蔽工作ないし仮装工作と解すべきものである。

一方、顧客は、取引員が顧客を損で終わらせる意図・目的を有することを知っていたら、決してその取引員に取引を委託することはない。「その取引員が、顧客を損させる意図・目的を有しているか否か」は、顧客にとって最も重要なことであるから、その情を秘して、逆に顧客の利益を考えて受託業務をするかの如く装って、顧客と取引契約をし、委託証拠金を受領する行為は、極めて重大な詐欺の違法行為として、これだけで不法行為が完了する。

(オ) 「取引の勧誘から取引終了に至る一連の取引行為」も、「損失を与える意図・目的を持ちながらそのことを秘し、顧客から委託証拠金を受領する行為」も、いずれも外務員がたまたま逸脱してしまったというのではなく、外務員が属する被控訴人自体の営業方針に基づく、会社の行為

である。特に、後者の向かい玉商法は、向かい玉を実行する部門（会社の業務部）と、顧客を獲得し、何だ、かんだと申し向けて金を出させ、バタバタと取引を繰り返させて手数料名下及び売買損金名下で、損失発生に持っていく営業部門とが存在して成り立つ組織的不法行為にほかならず、組織としての会社自体の不法行為と把えるのが実態に合致する。

個々の外務員は、客の売買注文（外務員による顧客管理の成果）を業務部に伝え、業務部はそれをまとめて（市場がザラバの場合は、逐一注文を受ける都度、市場が板寄せの場合は、場節ごとにまとめて）市場に出す。業務部が市場に客の注文を出す際、差玉向かいをしている被控訴人では、一律機械的に、客の売買注文の差に、自己玉として逆の注文をつけて、一緒に市場に売買注文を出す。このようにして日々、時々刻々差玉向かいの手口が実行されている。

ウ 無敷・薄敷について

(ア) 商品先物取引に内在する高度な危険性の故に、委託者保護の観点から、委託者の資金能力を超えた過大な建玉を防止することを主たる目的として、わざわざ法律で「委託証拠金の預託を受ける義務」を商品取引員に課したと解するのが、法の趣旨に合致する。委託者の安全を保護するための制度であるから、厳しく遵守されなければならない。

外務員の巧みな勧誘によって、そのときは建玉をする気になっても、委託証拠金を実際に用意できてからでない注文が受け付けられない体制が厳格に守られていれば、勧誘から解放され、委託証拠金の調達をする段階で、委託者は建玉をするかしないか、建玉をするとしてもどの程度の資金を投入すべきかについて再考することができるから、勧誘に乗せられて安易に建玉をするという事態が避けられ、建玉の判断に慎重さ、主体性及び確実性といった面が要求されることになる。委託証拠金の預託を受けずにまず注文だけ取り、後日、注文したのだから必ず証拠金を

入れてくれと申し向けて、委託者を追い込む手口を防止するためにも、法は取引員に証拠金受預託義務を課しているのである。

(イ) 平成12年3月29日の50枚の買玉の証拠金450万円が預託されたのは同月31日であり、2日間無敷であった。この50枚の買玉は、控訴人が自ら進んで発注したのではなく、被控訴人従業員の強い甘言による巧みな勧誘に負けて応じたものである。予め450万円を差し入れる必要があったのであれば、控訴人は発注しなかったであろうと思われる。

(ウ) 両建をした同年4月7日から同月17日までの間は、1875万3000円の証拠金不足状態の薄敷であった。同月7日の取引は控訴人に無断でされたものであり、委託者にとって有害無益な両建である。本件で両建せずにこの時点で取引を終了していたら、損害ははるかに少なくて済んだ。この両建の結果、1875万3000円の証拠金不足となり、入金が必要であることは、同月10日の面談の際、初めて控訴人に知らされた。準則9条2項ただし書きの委託者とするか否かについては、委託証拠金制度に照らして厳格に認定すべきであるが、商品取引員の都合で極めて安易に認定されている実情にあり、本件も同様に安易にされたと考えられる。また、本件は翌営業日正午までに入金されていないことから、この薄敷が委託証拠金受預託義務に反した違法なものであることは明らかである。仮に同月7日の時点で「両建するには営業日正午までに1875万3000円の委託証拠金を入れてもらう必要がある」旨控訴人に告げられていれば、控訴人は承知しなかった。また、同月10日の面談において、控訴人が取引を継続することも証拠金を入れることも承知した事実はない。

(エ) 委託者別委託証拠金現在高帳には実際に入金のあった日を記載すべきであり、実際の入金は「3月31日」「4月17日」であるのに、被控訴

人はそれぞれ「3月29日」「4月10日」と不実記載をしている。これは、取引所や監督官庁の検査で違法不正なことが発見されないようにつじつまを合わせたものと考えられる。

エ 反訴請求原因の法律構成

被控訴人自体の不法行為（法人の不法行為）又は被控訴人の使用者責任として、「損失を与える意図・目的を持ちながらそのことを秘し、顧客から委託証拠金を受領する行為」又は「取引の勧誘から取引終了に至る一連の取引行為」が不法行為を構成する（選択的主張）。

オ 本訴請求に対する抗弁の法律構成

控訴人は、本訴請求原因（差損金請求）に対する抗弁としても、同様の法律構成を主張する。

(2) 被控訴人

ア 本件取引期間中の自己玉と委託玉の各取組高、帳入値段、帳入差金等が乙第21号証（帳入差金算出表）のとおりであることは認める。

被控訴人において前記(1)ア(ア)で摘示された方法により売買を行っていたことは認める。

イ 向かい玉の規制について

(ア) 向かい玉とは、商品市場における委託者の売買（委託玉）に対応し、これに合わせて（対当させて）、同場節（同時刻）に取引員が行う自己売買（自己玉）をいい、①もっぱら投機的利益の追求を目的として、②受託業務に係る取引（委託玉）と対当させて、③過大な取引をすることだけが規制されている（商品取引所法施行規則46条2号）。

(イ) 被控訴人の本件取引当時の純資産額は10億円以上20億円未満に該当するので、東京工業品取引所の定める「石油市場管理基本要綱」による東京ガソリンの自己玉の数量は、「当月限60枚・翌月限150枚・翌々月限200枚・その他の限月各400枚、合計1500枚」となって

おり、被控訴人はその制限内で自己の計算による取引を行っている。

ウ 向かい玉と利害相反

(ア) 商品市場における先物取引は、相手方が特定することなく、一団の売り方と一団の買い方の各人間に売買契約が成立し、その履行、決済が行われる特殊な契約である。新規に行う買建又は売建と決済のための転売又は買戻しのいずれもが相手方の特定されない売買であるのに、それによって発生する損益について、相反対立する相手を特定することは不可能である。

(イ) 委託玉と自己玉の売り買いが対当し、その自己玉が向かい玉となる場合でも、一方が新規建玉であり他方が決済玉である場合には、決済玉の損益とその後の相場の動向による新規建玉の損益とは全く関係がなく、「相反対立する関係」を生じる余地がない。

(ウ) 委託者が買建（新規買い）の場合に自己玉が売建（新規売り）をした場合、両者の建玉が継続している間は商品相場の変動に伴って発生する損益（値洗い損益）が相反する関係となり、両者が同時に決済された場合には確定損益が相反する結果となる。

しかし、商品市場における取引では、各委託者と取引員の自己玉との間に売買契約が成立しているのではないから、その委託者の損失（又は利益）が自己玉の利益（又は損失）となったものではなく、同一値段で建てた売り方と買い方の損益が相場の変動に伴って一方が儲け（又は損）他方が損（又は利益）となっただけのことである。

また、同時に買建（又は売建）した委託者の建玉も取引員の建玉（向かい玉）も、それぞれ自由な判断で自由な時期に商品市場に注文を出すことにより決済をすることができ、一方が先に決済をして損益が確定した場合には、その後の他方の建玉の損益とは全く関係がなくなってしまうのであるから、委託玉と自己玉（向かい玉）との間に損益の相反関係

が生じる余地は全くなくなってしまう。

(エ) 取引所における清算制度として、取組高によって行われる場勘定(帳入差金)の清算は、日々の終値によって行われる未決済の建玉の値洗計算であるから、それ自体によって委託者の損益と自己玉の損益が決まるものではない。また、委託玉の未決済建玉の中には売りと買いがあり、そのいずれかは相殺した残玉について計算されるために、差玉向かいの方法による自己玉の帳入差金と損益が逆に出るのは当然のことである。

市場に投入される自己玉と委託玉は、同一会員の自己玉と委託玉だけではないから、売りと買いのポジションが違う限り、他の会員の自己玉・委託玉との間にも常に損益相反関係が生じており、ガソリン市場では、時間優先、価格優先の原則によって、売り方の値段・数量と買い方の値段・数量が一致するごとに、不特定の相手方との間に売買が成立する。したがって、その相手方は同一時刻に同一値段で売買が成立しても、同一会員の委託玉と自己玉であるとは限らず、他の会員の自己玉であったり委託玉であったりすることがある。

利益相反状態は取引員と顧客との間ではなく、自己玉であれ委託玉であれ、売り方と買い方との間でのみ続き、決済が行われた時点でそれぞれの損益が確定する。

(オ) 委託玉と自己玉の双方が維持されて日々の取組高として残っている限りでは、約定差金・帳尻差金は一方がプラス、他方はマイナスとして値洗い計算されるので、値洗い損益では利益相反の状態が続き、取引所と取引員との間で日々行われる約定差金・帳入差金の清算では、委託の取組高の差は買(売)が多く、自己の取組高の差は売(買)が多ければ、損益は反対となって取引所との受払いが行われることになる。

取引所と取引員間の清算手続においては、自己玉の約定差金・帳入差金と委託玉の約定差金・帳入差金とは区別して各別に受払いが行われて

いる上、証拠金は「受託等に係る財産の分離保管等」(商品取引所法136条の15)の施行により「完全分離保管」が行われているので、形式的にも実質的にも委託玉の約定差金・帳入差金の出入りと自己玉の約定差金・帳入差金の出入りとは区分して行われている。

しかし、取引所における清算制度は、事務手続の簡便化と、市場で成立した取引を反対売買による決済まで清算しないことにすると、差金の計算額も増大し、不払いの危険をカバーするために高額の証拠金を預託しなければならない等の理由から、残玉の値洗いによって、日々差金の清算を行うものであって、その損益がそのまま個別的な委託玉、自己玉の確定損益となるわけではない。

同時に、同値で反対ポジションで建てられた被控訴人の自己玉の損益と控訴人の取引は、その後の相場変動に伴い、値洗い損益は反対になるものの、相手方とは全く関係なく、いつ建玉を仕切るかによって損失又は利益が確定し、客が儲かれば業者は損することにはならない。

(カ) 「板寄せ売買」においては単一約定値段による集団競争売買で「バイカイ付け出し」の方法により市場で売買が成立し、「システム売買」においては個別競争売買により委託玉も自己玉も直接市場において売買が成立している。このように、いずれの場合も市場において売買が成立し、市場に投入された売買は、制度上委託玉も自己玉も取引員と市場との間で清算が行われているのであって、差玉向かいによって、取引員と取引所との損益のやり取りを断ち切ることはない。

エ 被控訴人の向かい玉の適法性

(ア) 取引員が向かい玉による売買を行う理由は、

- ① 委託者に対し、自己玉で対応した合わせ玉をしておけば、委託者の委託証拠金によって賄えない損失(未収金)が発生した場合でも、補填することができ、いわば保険つなぎ的役割を果たすことができる、

② 委託者の注文を自己玉で対応させることによって、大量の注文でも売買を成立させることが可能であり、そうすることによって、取引員には委託手数料が増える、

③ 大量の委託玉を市場に出すと、委託玉に不利に相場が変動することがあるので、これを防止する、いわゆる「冷やし玉」の目的で行う場合がある、

④ ストップ高、ストップ安のため市場で売買が成立しない場合、取引員が自己玉と合わせることによって、委託者の委託注文を成立させることができる、

という点にある。このように、向かい玉は取引員の利益のためだけではなく、委託者の利益のために行われている場合もある。

向かい玉によって取引員が必ずしも利益になるという保証はなく、利益になるか否かは相場変動によるものであって、仮に取引員が利益になったとしても、それは当該委託者の損失となんら因果関係はない。向かい玉が規制されているのは、過度な向かい玉をすることによって、相場が取引員に不利に動いた場合、経営悪化を招き、ひいては委託者の利益を害する結果となるおそれがあるからである。

(イ) 被控訴人においては、委託者へのアドバイスや委託者から売買注文を受ける営業部門と、自己売買を行う業務部門とは完全に分離している。

営業部門では、自己玉の担当部門とは全く関係なく、委託者に対して相場情報を提供したり、営業社員の自由な相場観に基づいて売買のアドバイスをして委託者から売買を受注し、本件ガソリンのようにシステム売買（ザラバ）の場合には、委託者の注文を各店の業務担当者を通じて本店業務部へ電話で連絡し、本店営業部ではその都度市場に直結しているコンピュータに入力する方法によって委託者の注文を取引所の市場で執行している。

本件取引当時、被控訴人はガソリンの取引について、自己玉の担当者が予め自分の相場観をもって行う自己売買ではなく、一定の相場観を持たず、本店業務部で執行される委託玉に売りが多ければ買い、買いが多ければ売るという消極的な差玉向かいの方法により、委託玉の動きを見て機械的に自己売買を執行する方法をとっていた。

この方法では、委託者の自由な判断による売買が先行し、委託玉の動向によって自己玉のポジションと枚数が決まるのであるから、委託者に損をするような売買をさせることはできない。なぜなら、特定の相場観をもって向かい玉をしているのであれば、自己が儲かると信じているのとは反対の建玉を委託者に勧めることによって、委託者を損失に導き自己の利益を図ろうとする場合があるかも知れないが、特定の相場観がなく、委託者の相場観による売買の選択の方が先行しているので、自己玉によって相場の操縦ができない限り、委託玉を損失に導く方法がなく、制限のある自己玉によって相場の操縦をすることは不可能であるからである。

(ウ) 被控訴人においては、上記のとおり、一定の相場観によらず、消極的向かい玉を行っているが、その主たる目的は、自己玉の利益を追求するよりも、委託建玉の値洗い差損に対する清算金の支払をヘッジし、経営を安定させることにあり、意図的に委託玉と反対のポジションを取り、委託者と勝負するためではない。差玉向かいの場合には、相場予測の選択権はすべて委託者であり、自己売買は偏った委託玉の売買枚数を、制限内に自己玉の範囲で、ある程度調整するという経営ヘッジの目的で行われており、委託者の損失を業者の利益をして吸い上げるために行うものではない。

向かい玉は取引員が自らの計算により商品市場で行う売買であって、それ自体が委託者に損失をもたらすものではない。向かい玉の違法性が

論じられているのは、委託者を操縦していわゆる「客殺し」が行われた場合である。本件において、被控訴人従業員らに控訴人が主張するような無断売買はもとより、違法な勧誘行為は全くない。

オ 無敷・薄敷について

(ア) 委託者が商品取引員に取引の委託をするときに委託証拠金を預託しなければならないのは、第1に担保としての証拠金の受領を確実にして商品取引員の財務の健全化を図るためであり、第2に委託者の資金能力を超えた過大な建玉を防止するためである。

したがって、相場の変動が大きくて注文の時期がずれることによって注文の成立値段が大きく異なることが予想される場合などに、委託者が事後に確実に証拠金を預託することを約して注文をした場合に、商品取引員が当該委託者の属性等から、委託者の資金力と入金約束を信じ、サービスとして証拠金の預託を受ける前に注文を受けることは、上記第1の理由からみて違法なことではない。

また、約束どおりに証拠金の預託が現実に行われた場合には、委託者の資金力を超える取引ではないから、上記第2の理由からみても何ら違法ではない。

(イ) 本件では、取引を始めるに際し、控訴人が作成した「商品先物取引口座設定申込書」によれば、控訴人は A の代表取締役社長で、年収2000万円以上、3か月以上穀物の商品取引を行った経験と3年位株式現物取引の経験があること、持家・マンション・土地・店舗等の不動産と1000万円以上の現預金・有価証券を所有していること等が届けられている。

平成12年3月29日の買玉50枚の受注は、かかる属性を有する控訴人が、ガソリン相場の市況から、事後に必要な証拠金の預託を約束して注文をしたもので、控訴人の資力と入金約束を信じて被控訴人はサービ