

判例研究

〔商法四八〇〕 外国為替証拠金取引の効力

（東京地裁平成一七年二月一日民事第三四部判決
平成一七（ウ）三七一四号 損害賠償請求事件
判例時報一九五六号一〇五頁）

〔判示事項〕

いわゆる外国為替証拠金取引は賭博に該当するから、公序良俗に反する違法な行為であり、当該取引によつて生じた損失及び弁護士費用相当額の損害賠償請求が認められる。

〔参照条文〕

民法九〇条・七〇九条、金融先物取引法Ⅳ、金融商品の販売等に関する法律二条一〇、証拠法二〇一条、金融商品取引法二〇二条、刑法一八六条

〔事実〕

X（原告）は、昭和一一年生まれの男性であり、昭和三八年ころより精神障害の病歴を有していたが、平成一七年二月一九日に統合失調症と確定診断され、平成一七年六月

二十九日に、千葉家庭裁判所による後見開始の審判が確定した。Y（被告）は、外国為替取引を行うことを業とする株式会社である。

Xは、平成一六年一〇月中旬より、Y会社等より相次いで外国為替証拠金取引を勧誘されるようになり、同年一月一日より一二月一四日の間に、Yとの間での相対取引による豪ドルの売買を行った。

本件取引約款等によれば、X・Y間で行われた取引は、以下の内容を含んでいた。すなわち、本件取引は、外国貨幣の売買取引の総取引金額に対してある一定の証拠金を担保として行われる取引であり、顧客の指示により転売又は買戻しによる差金決済若しくは受渡しによる決済を行う外国

為替証拠金取引である。Xは、Yに対して証拠金を預託すること、予め合意された倍数（レバレッジ）に相当する多額の金額の取引を行うことができ、この取引は基本的には直物取引であり、取引の二営業日後に総代金を受払いして決済することが前提であるものの、本件取引においては、ロールオーバー方式（顧客からの反対売買もしくは通貨の受渡しによる決済の指示がない限り、決済を自動的に繰り延べる方式）により建玉を長期間にわたって保有することができる。また、本件取引は、被告が提示する外国通貨の売値又は買値は、外国為替市場におけるインターバンクレートを参考にYが独自に定めた為替レートをを用いるものであった。Xは、建玉を決済するにあたっては、実際に通貨を受渡すことも可能であったし、反対売買により差金決済（仕切り）をすることも可能であった。そうして、Xは、反対売買により建玉を決済する都度、Yに対して一回当たり一〇〇〇円ないし二〇〇〇円の手数料を支払うこととされていた。また、本件取引においては、売買を行う二種類の通貨の金利差に応じてスワップ金利の受払いが発生するものであった。なお、この金利については毎営業日ごとにYが設定していた。本件取引においては、建玉に対して毎営業日の午後三時における東京外国為替市場のインタ

ーバンクレートを参考に、Yが独自の方法で算出した為替レートをを用いて帳入値段を決定し、建玉の約定値段との差額を計算する（値洗い）。その差額（未確定差損金）の損失が本証拠金の五〇パーセント相当額を超えることとなった場合には、顧客は本証拠金の五〇パーセント相当額を追加証拠金として支払わなければならない、不足金が支払われない場合、建玉についてはYが決済することができるというものであった。

Yとの間で外国為替証拠金取引を行い損失を被ったXは、Yに対し、同取引は賭博であり公序良俗に反する違法かつ無効な取引であること、詐欺による違法な取引であること、意思無能力の状態でなされた無効な取引であると主張して、不当利得に基づく返還請求権又は不法行為に基づく損害賠償請求権に基づき、損金相当額（二六七万六三〇〇円）及び弁護士費用（三〇万円）並びにこれらに対する不法行為の日である平成一六年一月一四日から支払済みまで民法所定の年五分の割合による遅延損害金の支払を求めた。

〔判 旨〕

請求認容

賭博とは、当事者間において予見し得ない事実によつて

財物や財産上の利益の得喪を争い勝敗を決する行為であると解される。

そこで検討するに、(中略)本件取引は、その法的性質こそ必ずしも明らかではないものの、注文をした時点以降の被告が外国為替市場におけるインターバンクレートを参考にし、一方的に定める為替レートの変動に伴って時々刻々当事者間の権利関係が変動し、最終的には当初の為替レートと決済を行った時点での為替レートを比較して差金決済を行うものであり、しかも本件取引は外国為替市場に反映することを予定していない相対取引なのであるから、為替レートの変動という当該取引とは無関係の偶然的事情によって、当事者間の権利関係が変動するものである。その上、本件取引における売買契約の目的物は顧客が委託した証拠金の一〇倍以上もの外国通貨であり、その上での差金授受によって決済を行う場合、顧客が預託する証拠金に比して相当高額の損益が短期間のうちに生ずる可能性の高く、射倖性の高いものであることが認められる。(中略)

このように本件取引は、為替レートの変動という当事者が関与せず、しかも予見し得ない事情によって、損益金の金額が決定されるものであるから、賭博の構成要件に該当するものであり、このような取引形態は、公に認められた

取引所を通じて行うもの以外は原則として公序良俗に反する違法な行為といわざるを得ない。(中略)

本件取引が法令による正当行為に当たるかについて検討するに、平成一七年七月一日に施行された金融先物取引法の一部を改正する法律(平成一六年法律第一五九号)は外国為替証拠金取引を含む店頭金融先物取引について規定を置いているものの、その趣旨は、登録された業者による外国為替証拠金取引について定めるものにすぎず、本件取引を正当化するものではない。むしろ、取引所外の相場に準拠した差金授受を目的とする行為を取引所外で行うことを原則として禁じた証券取引法二〇一条、商品取引所法三二九条等の規定の存在に鑑みれば、我が国においては、法律によって特に取引を行うことが許された当事者による差金決済についてのみ、業務行為として、賭博としての違法性が阻却されるという法体系を採用しているものと解すべきであり、金融先物取引法の改正がされて特定の業者による外国為替証拠金取引が可能になったことは、むしろ同法の改正前には、外国為替証拠金取引は違法行為として想定され、いかなる業者も行えなかったことを示すものであるということができる。

次に、個別的な正当化事由の有無についても検討するに、

本件取引においては現金一〇〇〇万円の証拠金及び価額相

当額一八五万円の株券が被告に対し預託されていること、

現金一〇〇〇万円のうち七〇〇万円は貸金業者から借り入

れた資金であることが認められるが、原告の申告した年収

及び資産の合計の二倍を超える出捐を行ってまで外国為替

レートの変動によるリスクを回避(ヘッジ)する合理的必

要性があるとは考えられないし、本件取引におけるレバレ

ッジは、別紙建玉分析表に基づいて一豪ドル八〇円と仮定

した場合一六倍(中略)であるところ、これは個人による

ヘッジ目的に適したレバレッジであるとは到底いえない。

加えて、(中略)原告は本件取引を行った時点において

既に統合失調症(残遺型)の慢性期にあり、自己の財産を

管理・処分することはできない状態にあり、本件取引の仕

組みを理解し得る能力を有していたものとは到底認められ

ない。そして、原告を勧誘した被告の従業員は、そのこと

を認識していたか少なくとも認識し得たというべきところ、

このような状態にある原告との間で本件取引を行うことは、

勧誘行為も含め、社会的に相当でない行為であるといわざ

るを得ない。(中略)

したがって、その他原告が主張する点について検討する

までもなく、本件取引は賭博行為として公序良俗に反する

違法行為であると認められる。

(中略)によれば、原告が委託した証拠金と払戻金の差額

は二六七万六三〇〇円であるところ、原告は、被告との本

件取引によって同額の損害を被ったと認められ、これを減

額すべき事情も見当たらない。(中略)

本件の態様等を考慮すると、本件における弁護士費用と

して、三〇万円を被告の不法行為と相当因果関係ある損害

と認める。

〔研究〕

結論賛成、理論構成反対

一 本判決は、精神障害の病歴を有していた原告が、被告

との間で行った外国為替証拠金取引によって損失を被った

として、被告に対して損金相当額ならびに弁護士費用の請

求を認容したものである。契約自由の原則のもと、契約当

事者は原則としてどのような内容の契約も締結することが

可能であるが、本判決においては、こうした外国為替証拠

金取引を「違法行為」「社会的に相当でない」行為である

とした上で、損害賠償請求を認めている。これは、最近の

外国為替証拠金取引をめぐる裁判例が、適合性原則違反な

いし説明義務違反の有無によって判断をしている(たとえ

ば札幌地判平成一六年九月二二日（金商一二〇三三三頁）、大阪地判平成一六年四月一四日（金商一一〇三三三頁）、東京高判平成一四年一〇月一七日（金商一一七四二頁）、東京地判平成一五年五月一四日（金商一一七四二頁）のとは一線を画し、直接的に当該取引の効力に踏み込んで判示している点に特徴があるものといえよう。もっとも、本案は、外国為替証拠金取引が無効であると判示した判決として紹介されているが（本事案の典である判例時報一九五六号一〇五頁には、「いわゆる外国為替証拠金取引は賭博に該当し公序良俗に反する違法かつ無効な取引であるとして、顧客から業者に対する、当該取引によって生じた損失及び弁護士費用相当額の損害賠償請求が認められた事例」として紹介されている）、判決資料中、裁判所は、当該外国為替証拠金取引の違法性ないし社会的に相当ではないことを指摘するものの、これを無効であるとは明言していない。したがって、裁判所が本案で問題となった外国為替証拠金取引の効力をどのように考えているのか、詳細に検討する必要があるものといえよう。

二 外国為替証拠金取引とは、当事者の一方が相手方に対して、事前に取引金額の一部を証拠金として預け入れ、こ

れを担保として行う外国為替取引をいう。

このような取引は、二〇〇四年一月一日に成立した改正金融先物取引法によって、金融先物取引に該当することとされたが、もともとは一九九八年四月の外国為替及び外国貿易法（外為法）改正によって、為替取引が自由化されたことを契機として、一部の商品先物取引業者によってはじめられたとされている（石戸谷豊「外国為替証拠金取引（１）（２）」月報司法書士二〇〇五年八月号七八頁以下、同二〇〇五年九月号四二頁以下）。一九九八年外為法改正による為替取引の自由化以降、外国為替証拠金取引を直接規制する法令や直接的な監督官庁がなかったこともあり、二〇〇二年頃から高齢者・主婦といった者への被害が急激に顕在化したとされる（前掲・石戸谷（１）七八頁）。また、外国為替証拠金取引は、店頭相対取引であるために、取引の細部については業者ごとにその内容は変わらうものである（前掲・石戸谷（２）四二頁）。

本件の外国為替証拠金取引の特徴は、以下のとおりである。まず、通常の外国為替証拠金取引では直物取引を原則とするために、取引の二営業日後に総代金を受け払って決済されるが、本件外国為替証拠金取引にあつては、顧客からの反対売買もしくは通貨の受渡しによる決済の指示が

ない限り、決済を自動的に繰り延べる方式である、いわゆるローオーバー方式を採用することによって、取引の目的である建玉を長期間にわたって保有することができる。

次に、本件取引にあつては、外国為替証拠金取引業者は顧客からの委託に基づいて外国為替市場において売買等の取引を行う義務を負うものではなく、取引形態は、業者と顧客との間での相対取引である。また、当該取引において利用される為替レートは、外国為替市場を直接反映するものではなく、業者が外国為替市場におけるインターバンクレートを参考にして業者が一方的に定める(為替)レートによるものであり、こうして最終的には当初の(為替)レートと決済を行った時点での(為替)レートを比較して差金決済を行う取引である。したがって、外国為替証拠金取引の場合には、現実が発生した金利の清算を行うのではなく、単にそうした合意のもとに差金決済を行うために、こうした取引は利息付消費貸借契約には該当せず(消費貸借契約の要物性(民法五八七条)からしても、このことは当然であろう)、外国為替証拠金取引は、射倖契約の性質を有する無名契約であると考えるのが相当であろう。

こうした外国為替証拠金取引の効力に関して、裁判所は取引の詳細を事実認定した上で判決を下すが、それを要約

すると、いわゆる外国為替証拠金取引は賭博に該当するから、公に認められた取引所を通じて行うもの以外は原則として公序良俗に反する違法な行為であり、当該取引によって生じた損失及び弁護士費用相当額の損害賠償が認められるというものである。しかしながら、民法九〇条は「公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする」と規定していることから、もし本件判旨を外国為替証拠金取引は賭博行為であるので民法九〇条に基づき無効と判示したものと理解するのであれば——当事者間の法律関係は無に帰するわけだから——、その事後処理は民法七〇三条以下の不当利得によってなされるのが原則である。しかしながら、本判决は、こうした不当利得的構成ではなく、「公序良俗に反する違法な法律行為」によって、民法七〇九条所定の不法行為に基づく損害賠償請求を認めるという構成を採用している。いうまでもなく、民法九〇条によって法律行為が無効となるための法律要件としての違法性と、不法行為(民法七〇九条)によって損害賠償請求権を発生させるための法律要件たる違法性は、その内容が異なりうるのは当然である。換言すれば、法律行為の有効・無効という側面と、不法行為の成否とは別次元の問題なのである。しかしながら、判旨を見る限りにおいては、

当該外国為替証拠金取引が賭博に該当するか否かという法律行為の有効性の検討が、結論的には不法行為に基づく損害賠償請求権の発生という民事責任の成否の問題にすりかわってしまっている。こうした裁判所の理論構成に対して異論を唱えることはたやすいといえよう。しかしながら、ここで裁判所がいわんとしていることは、要するに、当該外国為替証拠金取引が適法な法律行為ではないということであるから、本件判旨中、裁判所が何をもって当該法律行為の違法性を導き出しているのかということが問題とならざるをえない。

三 この点、本件判旨によれば、まず「賭博とは、当事者間において予見し得ない事情によって財物や財産上の利益の得喪を争い勝敗を決する行為であると解される」と一般論を展開する。これは刑法一八五条以下のいわゆる賭博罪の規定の解釈によるものと思われる。つまり、刑法一八五条本文は「賭博をした者は、五十万円以下の罰金または科料に処する」と規定するのみであり、ここでいう賭博とは何であるかについては明文上の定義を有さない。したがって、刑法上の賭博の意義が問題となるが、一般に、賭博とは、偶然の勝敗により財物や財産上の利益の得喪を争う行

為をいうとされ（西田典之『刑法各論（第三版）』（弘文堂、平成一七年）三六二頁）、こうした賭博の処罰根拠について、判例は「勤労その他正当な原因に因るのではなく、単なる偶然の事情に因り財物の獲得を僥倖せんと相争うがごときは、国氏^{ミヤ}をして怠惰浪費の弊風を生ぜしめ、健康で文化的な社会の基礎を成す勤労の美風（憲法第二十七条一項参照）を害するばかりでなく、甚だしきは暴行、脅迫、殺傷、強盗その他の副次的犯罪を誘発し又は国民経済の機能に重大な障害を与える恐れすらある（最大判昭和二五年一月二一日刑集第四卷一一号二三八〇頁）」ためであるとする。

したがって民法九〇条が規定する「公の秩序または善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為」の解釈として、刑法上の賭博罪の構成要件ならびに違法性阻却事由をもつてして一律に法律行為を無効としてよいのかということを検討しなければならぬ。

この点については、以下の三点より、否定されるべきであると考ええる。

まず、第一点目として、こうした賭博罪の構成要件の内実は、契約の分類のひとつである射倖契約の定義と実質的に何も変わらないということである。すなわち、射倖契約とは「一方または双方の当事者の契約上の具体的な給付義

務が発生するか否かまたはその大小いかなが、偶然な出来事によって左右され、従って当事者のなす具体的な給付相互間の均衡関係が偶然によって左右される契約（大森忠夫『保険法』（有斐閣、昭和三二年）八四頁）であるとされる。そうして、大森博士によれば、射倖契約という契約の分類それ自体には、何ら反倫理的な要素は含まれていないとする（大森忠夫「保険契約の射倖契約性」『保険契約の法的構造』（有斐閣、昭和二七年））。この見解に立てば、ある契約が射倖契約であるからといって、それはその契約構造に立脚した性質に過ぎないのだから、そのことのみでただちに民法九〇条の適用があるとは限らないこととなる。

次に、第二点目として、民事法分野での議論がこの思考方法に馴染まないという点にある。たとえば我妻説によれば、民法九〇条が適用される場面を類型化する際に「著しく射倖的なもの」という類型を挙げて、これに該当する法律行為を無効とする（我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、昭和四〇年）二八二頁）。この見解を反対解釈すれば、「単に」射倖的な法律行為は民法九〇条の適用をみずに、当該法律行為は有効であるとされることとなるわけである。つまり、この考え方によれば、賭博罪の構成要件という定式でなく、射倖性の程度という量的差異

によって民法九〇条の適用の可否を決することとなるはずだからである。

最後に、第三点目として、こうした外国為替証拠金取引が、一般論として賭博に当てはまるかどうかという判断枠組みは、法的安定性を欠いた判断基準であると思われるからである。すなわち、外国為替証拠金取引により顧客が損失を被った場合に、会社の取締役が旧商法二六六条一項に基づく損害賠償責任が認められた事例である東京高裁平成一八年九月二一日判決（金商一二五四号三五頁）によれば、本判決とほぼ同様の理論枠組みによって外国為替証拠金取引が賭博に該当する旨を判示するが、この原判決（東京地判平成一八年九月二一日金商一二五四号四二頁）は、同じ理論を用いながらも、これと全く正反対に、賭博該当性を否定する。このことからいえることは、外国為替証拠金取引の効力一般を考えるにあたっては、民法九〇条という一般条項によって当該法律行為の効力を断じてしまうことは限界があり、それぞれの取引における特殊事情が当該法律行為の効力に影響を与えることを示唆するものである。

したがって、以上こうした三点の理由により、本件判旨の態度は正当ではないと考える。

四 このような前提のもと、本件外国為替証拠金取引が「賭博」に該当するか否かについての、判旨の実質的な判断基準について検討を加えることとしよう。本件判旨は、当該外国為替証拠金取引が原則として公序良俗に反する違法な行為であると判示するに際して、以下のように述べるすなわち、「注文をした時点で以降の被告が外国為替市場におけるインターバンクレートを参考にして一方的に定める為替レートの変動に伴って時々刻々当事者間の権利関係が変動し、最終的には当初の為替レートと決済を行った時点での為替レートを比較して差金決済を行うものであり、しかも本件取引は外国為替市場に反映することを予定していない相対取引なのであるから、為替レートの変動という当該取引とは無関係の偶然の事情によって、当事者間の権利関係が変動するものである。その上、本件取引における売買契約の目的物は顧客が委託した証拠金の一〇倍以上もの外国通貨であり、その上での差金授受によって決済を行う場合、顧客が預託する証拠金に比して相当高額の損益が短期間のうちに生ずる可能性が高く、射倖性の高いものであることが認められる。」というものである。このことから、判旨は、以下の三点から本件取引が賭博に該当すると認め、その結果、外国為替証拠金取引は原則として公序良俗に反

する違法な行為であると判断しているものと理解することが可能である。すなわち、①本件取引は、事業者側が一方的に定める為替レートの変動に伴って権利関係が変動し、最終的には当初の為替レートと決済時点の為替レートとの比較によって差金決済を行うものであること、②本件取引は、為替レートの変動という当該取引とは無関係な偶然の事情によって当事者間の権利関係が変動するものであること、③本件取引の目的物は証拠金の一〇倍以上の外国通貨であることから、損益が短期間のうちに生ずる可能性が高く、射倖性が高い取引であるということ、である。

このうち、①については、本件取引が差金決済によるものであることから、証券取引法二〇一条ならびに商品取引所法三二九条の規定の存在が念頭にある判示であるといえよう。すなわち、証券取引法二〇一条ならびに商品取引所法三二九条は、取引所によらない差金決済による取引を刑事罰の対象としている。本件取引はこれらのいずれの法律の適用も受けない取引であるが、その取引の類似性に着目した違法性の判断であるといえよう。もっともこれらは特別刑法上の問題であり、このことは直接的に民事上の効力を与えるものではないということは、前述のとおりである。次に、②「本件取引は、為替レートの変動という当該取

引とは無関係な偶然の事情によって当事者間の権利関係が変動するものである」という点については、果たしてそのことをもってして直ちに法律行為が無効となるのかという点において、疑問が残る内容となっている。すなわち、外国為替取引を行う際に、殊にこれが差金決済で行われる本件のような事例を想定してみると、当事者は投機の一環として当該取引を行うことが通常であり、そうすると、為替レートの変動ということが、当事者にとって顧慮すべき重要な動機を形成していることといえる。つまり、こうした取引を外形上から見れば、これは外国通貨の売買を行っているだけであるとはいえ、実質的にこれを見れば、為替レートの変動による当事者間の損益を争う行為であり、こうした取引にあつては為替レートの変動そのものが、当事者間の取引における顧慮すべき重要な動機となるのである。もし、こうした動機自体が「著しく射倖的である」として、そこに違法性をみい出すのであれば、民法九〇条の適用ということもありえよう。しかしながら、判旨のこの部分は、外国為替証拠金取引の構造上の違法性を指し示しているのみであるように見受けられる。そうだとすれば、おおよそ外国為替証拠金取引は無効であるということになりそうであるが、今日の高度に複雑化された金融取引を念頭に置いて

した場合に、こうした客観的判断枠組みのみで一律に解決を図ることは現実的とはいえないだろう。また、動機は原則として法律行為の効力に影響を与えないという法律行為論のセオリーに加え、判旨のこの部分は、契約自由の原則に抵触する内容の判断であるようにおもわれる。しかしながらいづれにせよ、判旨は、本件外国為替証拠金取引に内在する質的な構造に違法性を見出しているということはできるだろう。もっとも、こうした取引に内在する質的な違法性の存在を指摘するというのであれば、むしろ事業者側が一方的に(為替)レートを設定していたというところに違法性を見出すべきのように思われる。すなわち、当事者が為替レートの変動という偶然な事情をもって取引の対象としているといえる本件のような取引にあつては、当事者双方にとって偶然な事情を対象とした取引でなければ、当事者双方は取引をする合意には至らなかつたであらうと考えられるからである。この点、射倖契約に内在する無効原因(法律行為の有効要件)に関する一般理論によれば、射倖契約が有効であるために求められる要件のひとつに、約定の事故が当事者の双方にとって偶然であるということが挙げられる(拙稿「射倖契約におけるコースの法理」『神戸学院法学』第三四卷三号(二〇〇五年)二三頁以下)

が、本件においては、事業者側が、あらかじめ定められた方法によるとはいっても、一方的に、為替レートを設定したというところに、合意の基礎を欠く無効原因が存在しているという可能性は多分に残されているといえよう。そうして、もしそうであるとすれば、本件のような外国為替証拠金取引には民法九〇条ではなく、契約構造上の無効原因があるのではないかということになりそうである。もともと本件から理解される事実関係のもとでは、この点についての取引の詳細は不明であるために、これ以上立ち入って検討することはできない。

最後に③の射倖性の高さという点である。これは要するに、本件取引にあつては、委託された証拠金に比して売買契約の目的物の倍数（レバレッジ）が高いということを指摘するものであるが、ここでは当該法律行為の量的な構造に違法性を見出しているということができよう。すなわち、レバレッジの高低は、顧客によって個人差のある相対的な問題である。つまり、同じ外国為替証拠金取引を行うにあつても、ある者にとっては証拠金に比して相当程度高額の損益を短期間のうちに生じる可能性のある取引を行う必要性があるかもしれないし、また別の者にとってはそうした必要性が認められないということがありえよう。そうし

て本件にあつては、顧客の置かれた状況からして、こうした取引を行うことはあまりにも倍数（レバレッジ）が高かつたということを判示していることとなる。このことはいわゆる適合性の原則と実質的に同じ内容を指し示しているということができるだろう。すなわち、適合性の原則とは、顧客の知識、経験及び財産の状況に照らして不適當と認められる勧誘を行つて投資者の保護に欠けないよう努める業法上の義務である（たとえば証券取引法四三条一項）。もつとも、これらは業法であるから、適合性原則違反自体に民事効を付与することについて、否定的な見解も見られるが（池田和世「金融商品販売法の改正の概要」金法一七七九号五四頁）、最高裁によれば、「証券会社の担当者が、顧客の意向と実情に反して、明らかに過大な危険を伴う取引を積極的に勧誘するなど、適合性の原則から著しく逸脱した証券取引の勧誘をしてこれを行わせたときは、当該行為は不法行為上も違法となると解するのが相当である（最判平成一七年七月一四日（金法一七六二号四一頁）」としてその民事上の効力を認めるものである。もつとも適合性の原則に違反するということは、それを裏から見れば、業者側が顧客にとって本来は不必要な取引に顧客を導き、あるいは事実上の強制を図っているということが想定される。

それにもかかわらず、実際には顧客が取引に入ったということは、顧客はそもそも理性に基づく合理的な意思表示を行ったのか否かという点を疑う余地もあるし、殊に本件における顧客の病歴などから考えるのであれば、本件は意思能力の問題として処理すればそれで充分のように思われる。もっとも、前掲最高裁判決のように、適合性原則違反と判示した場合、不法行為に基づく損害賠償請求を認容するのは比較的容易であるが、意思能力の問題として捉える、当該法律行為の無効を判示した上でさらに民法七〇九条の適用について検討しなければならないだろう。また、一般に不法行為に基づく損害賠償請求の場合には、弁護士費用の賠償も認められるとするが（最高裁判昭和四四年二月二七日判決（民集二三卷二四四頁）、不当利得に基づく処理であればそれは認められないこととなる。

五 本判決においては、当該外国為替証拠金取引の賭博該当性について肯定した上で、さらにその場合に違法性阻却事由の存否を検討している。判旨のこの部分が法律行為の効力を念頭においているのか、あるいは不法行為における権利侵害ないし違法性を検討しているのかは、必ずしも定かではない。もしも、これが契約の有効性を判断する上で

民法九〇条の適用の有無を検討しているというのであれば、一方において、こうした適法性や正当事由の立証責任を積極的に業者に課した判決であると評価できることとなるだろう。つまり、本判決は、通常の民事訴訟における立証責任の分配のあり方を転換しているということになるが、これは外国為替証拠金取引による被害を被った顧客に対する保護の要請を満たすものであるともいえる。しかしながら、他方において、私人間の関係については私的自治の原則が妥当し、これが契約関係にあつては、契約自由の原則として契約当事者は原則としてどのような内容・方式の契約も締結することができ、かつ、その効力は有効であるという原則論に立ち戻って考えるのであれば、法律行為の有効性を判断する順序が逆転しているようにも思われる。つまり、契約自由の原則に対する例外のひとつに民法九〇条があると法律構成する以上は、無効な法律行為を例外的に違法性阻却事由ありとして有効な法律行為にするというのは、原則と例外とを入れ替えた法律行為の有効性の判断基準となるからである。わが国の法律行為論では、合意ないし契約の存在がいったん認められた以上、それらは原則的に有効であり、例外的に無効原因（いわゆる法律行為の有効要件）が存在するときのみに限り、その効力を否定するとい

う体系を有している。本件判旨は刑法上の違法性阻却事由という思考方法に則ってこの部分の判決を下しているように思われるが、これは刑法と民事法を混同したものであると指摘することができよう。また、判旨のいうところの「賭博」が、民法九〇条の適用を受けるが、例外的に違法性阻却事由ないし正当化事由によって有効化されるというのであれば、違法性阻却事由ないし正当化事由によって、契約の本来の性質としては無効であるものが、こうした事由の存在によって適法化される結果となってしまう。このことは、法が本来的に公の秩序または善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為であるが故をもつて無効な効力しか有さないはずの法律行為の効力を積極的に認め、法がその実現に助力するという結果になりかねない。このような考え方はきわめて実証主義的であるとして批判されることとなる。

六 以上の検討により、本件判旨の結論には賛成するものの、その理論構成には賛成できない。既述したように、本件にあつては、たとえば業者側が一方的に為替レートを決定した等の当該契約の構造上の無効原因を指し示すことによって解決を図るか、あるいは適合性原則違反、意思無能力状態でなされた法律行為という理論構成による解決を図

るべきものであると考える。

もし、本件のような外国為替証拠金取引が一律に民法九〇条の適用によって無効となると判示してしまうのであれば、当該取引によって損失を被った顧客側からの無効ないし損害賠償請求が認められる反面、業者側から顧客への無効ないし損害賠償も同様に認められなければならないこととなってしまう。このように民法九〇条による解決は、顧客側のみならず、業者側からの無効主張も許すという意味で、両刃の剣となりうる法律判断なのである。しかしながら、外国為替証拠金取引を巡る最近の裁判例の中で、業者側が原告となる訴訟が見受けられないのは、こうした取引類型にあつては、当該取引類型における本質的な違法性がその取引構造の上で存在しているといえなくもない。そうだとすれば、当事者は最終的な損益について契約当初にはうかがい知ることができないという射倖契約としての合意をしているにもかかわらず、これが明らかであるという事情などがある場合には、それは「公の秩序又は善良の風俗」に反する事項を目的とする法律行為であるから無効というのではなく、契約構造、つまり当事者の意思表示自体にその無効原因が求められるべきであることとなる。