

平成18年9月21日判決言渡 同日判決原本受領 裁判所書記官 遠藤久雄

平成18年(ホ)第2798号損害賠償請求控訴事件

(原審・東京地方裁判所平成17年(ワ)第9491号)

(口頭弁論終結の日 平成18年7月11日)

判 決

東京都江東区

控 訴 人

同 訴 訟 代 理 人 弁 護 士

荒 井

哲 朗

東京都

被 控 訴 人

Y1

東京都

被 控 訴 人

Y2

上記2名訴訟代理人弁護士

主 文

- 1 原判決主文第2項中，被控訴人らに関する部分を取り消す。
- 2 被控訴人らは，控訴人に対し，連帯して，金1459万5736円及びこれに対する平成17年6月8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審を通じて被控訴人らの負担とする。
- 4 この判決は，第2項に限り仮に執行することができる。

事 実 及 び 理 由

第1 当事者の求める裁判

1 控訴人

主文同旨

2 被控訴人ら

(本案前の答弁)

- (1) 原判決を取り消す。
- (2) 本件を東京地方裁判所に差し戻す。

(本案に対する答弁)

- (1) 本件控訴を棄却する。
- (2) 控訴費用は控訴人の負担とする。

## 第2 事案の概要

- 1 本件は、控訴人が、1審相被告  $\Sigma$  株式会社（以下「 $\Sigma$ 」という。）との間で、外国為替証拠金取引をしたところ、(1)その際、 $\Sigma$  の従業員であった1審相被告  $A$  (以下「 $A$ 」という。)、1審相被告  $B$  (以下「 $B$ 」という。)及び1審相被告  $C$  (以下「 $C$ 」という。)は、控訴人を上記取引に勧誘し、控訴人との取引を担当したが、 $A$ らの行為は、控訴人に対する不法行為に当たる、(2) $\Sigma$ は、 $A$ らの行為につき使用者としての責任を負う、(3) $\Sigma$ の代表取締役である1審相被告  $D$  (以下「 $D$ 」という。)、取締役であった被控訴人  $Y1$  (以下「被控訴人  $Y1$ 」という。)及び被控訴人  $Y2$  (以下「被控訴人  $Y2$ 」という。)は、取締役としての職務と行うについて悪意・重過失があるなどと主張して、 $A$ 、 $B$ 及び $C$ に対しては民法709条に基づき、 $\Sigma$ に対しては同法715条に基づき、 $D$ 及び被控訴人らに対し、平成17年法律第87号による改正前の商法266条の3第1項に基づき、各1854万0044円並びに $A$ 、 $B$ 及び $C$ については不法行為の日である平成16年6月24日から民法所定の年5分の割合による遅延損害金、 $D$ 及び被控訴人らについては訴状送達の日である平成17年6月8日から民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払いを求めた事案である（なお、控訴人は、原審において、(1)損失及び弁護士費用についての主張を変更し、主たる請求を各1473万5309円の支払いに減縮し、(2) $B$ 及び $C$ に対する訴えを取り下げる旨申し立てたが、1審被告

らはこれに同意しなかった。)

原審は、*A* に対し、1459万5736円及びこれに対する平成16年9月22日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金の支払義務を認めしたが、*A* に対するその余の請求並びに *B*、*C* 及び被控訴人らに対する請求を棄却した。

控訴人は、被控訴人らに対し、主文同旨の判決を求めて控訴を提起した。被控訴人らは、当審において、請求の減縮に同意した。

2 以上のほか、事案の概要は、次の3のとおり付加・補正し、4のとおり当審における控訴人の追加主張を、5のとおり当審における被控訴人らの追加主張を付加するほかは、原判決「事実及び理由」中の「第2 事案の概要」における「1 争いのない事実等」（原判決3頁10行目冒頭から4頁2行目末尾まで）、「2 争点及び争点についての当事者双方の主張」（同4頁3行目冒頭から9頁25行目末尾まで）の控訴人と被控訴人らとの関係部分記載のとおりであるから、これを引用する。

### 3 原判決の付加・補正

- (1) 原判決3頁20行目「*D* XXXXXXXXXX (以下「*D*」という。)」を「*D*」に改める。
- (2) 同頁22行目の次に行を改めて、次のとおり加える。

「ウ 本件訴状は、平成17年6月7日、被控訴人らに送達された（記録上明らか事実）。」
- (3) 同4頁15行目「商品取引所法（以下「商取法」という。）8条」を「平成16年法律第43号による改正前の商品取引所法（以下「旧商取法」という。）6条」に改め、以下同様とする。
- (4) 同頁18行目「平成16年法律第159号」を「平成16年法律第88号」に改める。
- (5) 同5頁12行目「商品取引所法施行規則」を「平成17年2月22日農林

水産省・経済産業省令第3号による改正前の商品取引所法施行規則」に改める。

#### 4 当審における控訴人の主張

- (1) 株式会社の取締役は、取締役会構成員たる地位において代表取締役等に対する監視義務を負うこと、監視監督義務の対象は取締役会に上程された事項に限定されることなく、代表取締役等の業務執行行為一般に及ぶものであること、監視監督義務遂行のため必要があるときには取締役会を招集又は招集請求することが取締役の任務であることは、確立した裁判例である。取締役は、会社の業務執行を監督するための会社の業務執行及び財産の状態を知るべきであり、会社の業務及び財産の状況を知らないことは違法又は不当な業務執行の監督についての取締役の注意義務を免れさせるものではない。

なお、名目的取締役については、「名目的」であること自体が取締役制度についての法の精神に反するのであり、名目的であることを理由に具体的な取締役の義務が軽減されるべきものではない。更に、取締役として就任している旨の登記を承諾した者は、その登記事項が不実であることをもって善意の第三者に対抗できないのであって、結局控訴人との関係においては、平成17年法律第87号による改正前の商法266条の3にいう取締役として、所定の責任を免れない。

- (2) 外国為替証拠金取引は、差金決済取引であり、現物の売買取引ではない。差金決済取引とは、「差金決済可能な取引」をいうのであって、平成17年7月1日に施行された金融先物取引法改正法が、いわゆる相対（店頭）金融先物取引を「金融先物取引所の開設する金融先物市場及び海外金融先物市場によらないで・・・当事者が将来の一定の時期において通貨（第8条第3号に掲げるものを除く）及びその対価の授受を約する売買取引であって、当該売買の目的となっている通貨等の売戻し又は買戻しその他政令で定める行為をしたときは差金の授受によって決済することができる取引」と定義してい

るから、外国為替証拠金取引が先物取引であることは法律上決着がついている。

さらに、外国為替証拠金取引には、スワップ金利と称されるものが発生するとされているが、金利は金銭消費貸借を前提としないでは観念できない性質のものであり、金利に見合う現実の金銭交付（総取引額に見合う金額）がないのに、差金決済取引ではなく、現物売買として金利が発生するとすることは、金銭消費貸借の要物性という民法の大前提と矛盾するものである。

△ は顧客が通貨の受渡しによる決済を希望する場合は、1通貨単位当たり約1円の諸費用の支払いを要求している。この諸費用は、顧客の建値でインターバンク市場から当該外国通貨を調達しようとする、インターバンクレートとTTレート（銀行の対顧客レート）との差額として必要となるものであり、△ が負担し得るようなコストでないから、顧客に支払いを要求するものである。要するに、建玉時に外国通貨を売買するものではないから建値で受渡しができないのであり、自分が買った物を買った値段で受渡しして貰えないというのであれば、売買契約に基づく受渡しということはできない。

結局、外国為替証拠金取引は、通貨間の価格差（為替）の変動及び通貨間の金利差を差金決済指標とする（複合的）差金決済合意であるとしか説明のしようがないものであり、法令による違法性阻却を欠く差金決済取引は、賭博として公序良俗に違反する。

### (3) 控訴人の不適格者性

控訴人は加齢に加え、軽度ではあるがアルツハイマー型認知症に罹患していたものであり、本件取引時、複雑難解で極めてリスクの高い本件取引を行うことは困難であり、このことは第三者からも容易に見て取れる状況にあった。

### (4) △ においては、弁護士が介入して損害賠償等を求められて

いる事件が7件あり、㊦ が高齢者や知的レベルの低いものに対し、架空取引を作出して金員を要求していたことは明らかである。また、㊦ は、人件費を異様に高額にして破産に至ったものであり、顧客からの預託金も分別管理をしておらず、委託金の返還の意思も能力もないまま、委託金名下に顧客から金銭の交付を求めていたものであって、取り込み詐欺を行っていたことは明らかである。㊦ は、株式取引を業として行う証券会社としての登録をせずに、証券会社の自主規制に違反し、一般投資家が不測の損害が被る危険性の高い、「グリーンシート銘柄」以外の未公開株の取引を行っていた。

- (5) ㊦ は、上記のように違法行為である外国為替証拠金取引を行っていたものであり、取引の態様も、金融取引秩序の根幹をなす適合性原則に関しても何らの対処をせず、取り込み詐欺を行い、また、登録業者でもないのに危険な未公開株の取引を行うなど、違法行為を組織的、日常的に行っていたものである。被控訴人 ㊧ は、専務取締役の肩書きを有しており、㊦ の株主でもあり、㊦ は赤字であったのに役員貸付を受けており、そして、本件違法行為の端緒となる指示事項を自ら行ったから、任務懈怠について故意があった。また、被控訴人 ㊨ も、㊦ に対し、76万円を貸し付けていた者であり、㊦ と無関係なものではなかった。したがって、被控訴人らは、株式会社の取締役として代表取締役の業務遂行について取締役会を招集するなどしてその是正を講じるべきであったのに、これを怠ったものであって、少なくとも重大な過失がある。

## 5 当審における被控訴人らの主張

### (1) 本案前の申立てに係る主張

控訴人は、アルツハイマー型認知症であり、「近時」記憶障害があり、かつ、理解能力が低下し適切な判断力がないと診断されているから、控訴人に

は訴訟能力が欠如しており、本件訴え及び控訴には、訴訟能力が欠缺した瑕疵がある。

(2) 本案に係る主張

ア 被控訴人らに悪意重過失があったこと、違法な不作為があったことは否認する。被控訴人らは、ズの外国為替取引業務が違法行為であることを認識して放置したことは一度もなく、取締役の責任を負う法的基礎がない。

イ 控訴人の取引適格については、被控訴人らは営業担当ではなく、控訴人と面識はない。控訴人は、自らアルツハイマーと主張するが、被控訴人らに対し、弁護士以外の第三者や石鍋弁護士を代理人として選任して取引の清算を要求したり、清算金を返還されるや弁護士を変えて本訴において過大請求をしてきたりしている。

ウ 被控訴人 Y1 が株主であるとか役員貸付を受けたからといって、取締役としての責任を負う根拠には全くなり得ない。被控訴人 Y2 についても、ズに対して76万円の貸付があったとしても、取締役としての責任を負う根拠にはなり得ない。この貸付金は、金銭消費貸借によるものではなく、被控訴人 Y2 の給与が支払われなかったため、後日倒産処理上貸付金扱いにされたものに過ぎない。

エ 外国為替取引業務は為替自由化に伴い近代巨大市場として注目されている分野であって、この業務を行うことで上場している会社が多く存在しているのであるから、外国為替証拠金取引が公序良俗に反するという事はない。

第3 当裁判所の判断

1 被控訴人らの本案前の申立てについて

証拠（甲22）によると、控訴人は、平成18年1月■■日、順天堂大学医学部附属順天堂東京江東高齢者医療センターにおいて、記銘・近時記憶障害が

有意であり、このため理解、復唱、類似判断などの能力が低下しているとして、アルツハイマー型認知症に罹患しており、認知症の程度は比較的軽度であるものの、問題に際し、適切な判断をすることが困難であるとの診断を受けたことが認められる。

上記の事実からすると、控訴人は、日常生活において適切な判断を行うことができない場面があると認めることはできるが、認知症の程度は比較的軽度であるから、意思能力がないということとはできない。また、訴訟能力の有無は、民訴法28条により、民法の規定に従うこととなるが、控訴人が民法の規定により行為能力が制限されていた事実を認めるに足る証拠はない。したがって、本件訴え及び控訴の提起につき、控訴人に訴訟能力が欠缺していたとの被控訴人らの主張を採用することはできないから、被控訴人らの本案前の申立ては理由がない。

## 2 本案に対する判断

(1) 当裁判所の判断は、次のとおり付加・補正するほか、原判決「第3 争点に対する判断」の1における控訴人と被控訴人らとの関係部分のとおりであるから、これを引用する。

ア 原判決10頁3行目「23、」の次に「23の②」を加える。

イ 同頁22行目冒頭から23行目末尾までを削る。

ウ 同頁24行目「被告Aは、」の次に、「被控訴人Yから、控訴人の名前と住所を知らされ、控訴人が商品先物取引や為替取引をしているから訪問してみろと指示されたことから、」を加える。

エ 同12頁23行目冒頭から14頁7行目末尾までを次のとおり改める。

「(10) Z は、平成3年5月■■日設立の会社であるが、一たん休眠となり、平成15年2月に、会社継続の手続をして、平成16年4月から外国為替証拠金取引を始めた。 Z が行っていた外国為替証拠金取引（以下「本件外国為替証拠金取引」とい



う。)は、おおむね以下の内容のものであった。

ア 本件外国為替証拠金取引は、外国為替直物取引で、外国為替市場におけるインターバンクレートを基準として  $\text{FX}$  が独自に提示する為替レート(売買値段)によって、 $\text{FX}$  と顧客との間で行われる相対取引であり、顧客が  $\text{FX}$  に対し総取引金額の5%から10%の少額の証拠金を預託し、担保とすることで、あらかじめ合意された倍数(レバレッジ)に相当する多額の取引を行うものであった。

イ 本件外国為替証拠金取引は、相対取引であるから、取引における注文、注文成立の報告及び金銭の授受等は  $\text{FX}$  と顧客の間で行われ、インターバンク市場を通じての取引は行われていない。

しかしながら、 $\text{FX}$  は「外国為替取引約款および約諾書」(以下「約諾書等」という。)に、「外国為替市場(インターバンク市場)の外国為替直物取引で、」「売買注文が成立した場合」(甲3)と記載し、パンフレットにも、「 $\text{FX}$

fx Japan株式会社は、今後もさらに発展を続ける外国為替市場とお客さまの橋渡しの役目として、最上のサービスを提供し続けます」(甲1)、「 $\text{FX}$  fx Japan株式会社でお取引をされるお客様は、 $\text{FX}$  fx Japan株式会社と契約し、注文や注文成立の報告、金銭の授受等は

$\text{FX}$  . . . fx Japan株式会社とお客さまの間で行われます」(甲2)と記載し、また、「外国為替取引 売買報告書及び計算書」には、顧客の名前の前に「委託者コード」(甲8の①ないし③)と記載するなど、インターバンク市場を通じての取引であり、

$\text{FX}$  がインターバンク市場に対し、顧客の注文を委託

し、~~ズ~~ は売買契約の相手方となるのではなく、注文を取り次ぐだけであると誤解される記載があった。

ウ 本件外国為替証拠金取引は、米ドル、ユーロ、英国ポンド、豪ドル、ニュージーランドドルの5つの通貨を、1万米ドル、1万ユーロ、1万英国ポンド、1万豪ドル、1万ニュージーランドドルを取引単位として取り扱っていた。

エ 本件外国為替証拠金取引は、建前としては直物取引であり、取引成立の2営業日後に現物通貨の総代金で通貨を授受するとされていたが、ロールオーバー（通貨の交換日の繰延べ）を行うことにより建玉（売買成立した未決済の売り契約又は買い契約）を継続することができることされていた。ロールオーバーについては、約諾書等には何らの記載はなく、パンフレットには、ロールオーバーの説明があるが、その具体的な方法についての記載はなかった。

オ 顧客が建玉を決済する方法は、反対売買により差金決済をするのが通常の方法であった。もっとも、~~ズ~~ のパンフレット、約諾書等には、実際に通貨を受け渡すことができる旨記載されており、この場合は、顧客は、受渡決済日2営業日前の午前3時まで、買い付けた通貨に係る円及びその数量又は売り付けた通貨及びその数量を取引口座に入金しなければならないとされていた。この場合は、パンフレットには、外貨受渡コストとして1取引単位当たり36ないし80銭が必要である旨、また、買いの場合は、予め買い付けた通貨（基軸通貨）の受け代金及び諸費用に相当する対貨（円）を、売りの場合は、予め売り付けた通貨（基軸通貨）及び諸経費（円）に相当する金額を上記の日時までに入金する必要があると記載されていた。約諾書等には、顧客は~~ズ~~ 規定の受渡コストを支払うとあるが、具体的な金額や内容についての記載

はない。

カ 本件外国為替証拠金取引においては、顧客は、未決済取引の相場の変動により、値洗差損金が本証拠金合計の50%相当額を超えた場合、追証拠金として本証拠金合計の50%相当額を預託しなければならず、また、当該取引の値洗差損金が本証拠金合計の50%の整数倍を超えたときは、整数倍を超えるごとにその整数倍の追証拠金を預託しなければならなかった。」

オ 同14頁12行目冒頭から17頁23行目末尾までを次のとおり改める。

「2 争点(1)については、被控訴人らの取締役の任務懈怠の有無を判断する前提として、判断する。

(1) 本件取引の公序良俗違反性について

ア 上記認定の事実によれば、本件外国為替証拠金取引は、外国為替市場の外国為替直物取引とされ、外国為替市場におけるインターバンクレートを基準として  $Z$  が独自に提示する為替レート（この  $Z$  の独自の為替レートが基準とされたインターバンクレートとどのような関係にあるのかを明らかにする証拠はない。）によって、  $Z$  と顧客との間で行われる相対取引であって、証拠金の10倍ないし20倍の外国為替直物取引が可能であり、米ドル、ユーロ、英ポンド、豪ドル、ニュージーランドドルの取引通貨の最小取引単位は各通貨の1万倍とされていることから、総額は多額に上り、したがって、極めてハイリスク、ハイリターンの商品であること、外国為替市場におけるインターバンクレートの変動それ自体は当事者において予見し得ない事実であること、しかも、直物取引とされているが、実際には証拠金による信用取引であり、ロールオーバー（ロールオーバーの方法について、パンフレットにも約諾書等に

も記載がなく、本件取引において、各取引毎にロールオーバーが行われていたと認めうる証拠はないことからすると、ロールオーバーは自動的に行われていたものと推認される。)が原則であって、実際は、反対売買による差金決済による財産的利益を目的としたものであると認められる。したがって、本件外国為替証拠金取引は、控訴人と Z が相互に財産上の利益を賭け、偶然の勝敗によってその得失を決めるものであるから、賭博に当たり、公序良俗に違反するものというべきである。

イ もっとも、賭博に該当しても、法令又は正当な業務行為として違法性が阻却される場合があるから、次に違法性阻却事由の存否について検討する。

外国為替証拠金取引は、これを規制する法律は存在しなかったが、平成16年4月1日施行の「金融商品の販売等に関する法律」(以下「金融商品販売法」という。)の改正により、同法2条1項11号、同法施行令4条によって、「直物為替先渡取引」として、その規制対象となり、相場の変動により損失を被るおそれがあるというようリスクにかかわる重要事項の説明が業者に義務付けられることとなった。そして、本件取引が行われたのは平成16年6月25日から同年9月29日であるから、金融商品販売法の適用の対象となるが、同法は、金融商品の販売に当たり、業者に上記のような説明義務を課するものであって、民法に規定する不法行為の特則を設けた法律と解されるから、金融商品販売法による規制があることが、法令又は正当な業務行為として違法性阻却事由になると解することはできない。なお、外国為替証拠金取引が、平成17年7月から金融先物取引法の規制対象となったことから、取引を取り扱う業者は登録が必要となり、勧誘の要

請をしていない消費者に対する訪問または電話による勧誘を禁じる、いわゆる不招請勧誘の禁止などのさまざまな規制がかけられることとなったが、これは、本件取引後のことである。その他、本件取引が法令又は正当な業務行為として違法性が阻却されると解し得る根拠はない。

ウ　ところで、法令に規定がない場合であっても、当該金融取引の目的に相当性があり、かつ、当該取引自体が相当な場合には、違法性が阻却されると解し得る余地があるから、本件外国為替証拠金取引行為の相当性について判断する。

上記のように、本件外国為替証拠金取引は、担保として預託した証拠金の10倍から20倍の取引を行うことができ、また、反対売買により差金決済を行うことができ、加えて、売却している通貨と買付けている通貨の金利差調整額（スワップポイント）を取得ないし失うという極めて投機性の大きな取引である。そして、少額の証拠金で取引が行えるため、レバレッジ効果が大きく、多額の利得を得る場合もあるが、外国為替相場や金利が自分の想定と逆の方向に変化した場合には、短期間のうちに差し入れた証拠金以上の損失が発生する可能性がある相場変動リスクのある取引である。また、証拠金については、取引を継続する場合に追加の証拠金を求められたり、決済において証拠金以上の損失が発生している場合には、損失相当額を清算するために差し入れた証拠金以上の資金を追加負担することとなる可能性もあり、スワップポイントの受払いが日々発生し、スワップポイントはそれぞれの通貨の短期金利に応じて日々変動するため、金利の動向によっては、例えば取引当初期待していたようなスワップポイントの享受が出来ない場合が生ずる等の不利益を被るリスクのある取引である。

そして、外国為替直物取引であるから、顧客が買い付けをした場合は、これに見合う当該外貨を発注しなければ、単なる机上の売買となると解されるところ、証拠（乙4ないし8の各①②、9ないし12、13の①②、14、15）によると、~~ズ~~

は、平成16年5月から平成17年5月の間、シンガポール所在の ~~E~~ に円を送金し、米ドル、円の送金を受けていること、ロンドン所在の ~~F~~

と外国為替証拠金取引を、また、東京の証券会社である ~~G~~ 証券会社とも外国為替証拠金取引をしていることを認めることはできる。しかし、上記各証拠によれば、その金額は数百万円から1500万円位であって、その回数も少ないばかりでなく、外国会社等との取引がいかなる取引であるかは明確でないことが認められる。したがって、上記各証拠によつては、~~ズ~~

が顧客の買い付けに見合う外貨を発注していたと認めるに足りず、~~ズ~~ がこのような外貨を発注していたというには、合理的な疑問があるというべきである。

また、証拠（甲25）によると、~~ズ~~ は、顧客からの証拠金を ~~ズ~~ の資産と区別せずに管理を行っていたことが認められる。しかし、顧客の証拠金につき保全の措置を講ずることは、金融取引を行う会社にとっては基本的なことであるというべきである。なお、平成16年法律第159号による改正後の金融先物取引法91条及び同法施行規則29条の6によれば、金融先物取引業者は、受託契約等に係る金融先物取引につき、委託者等から預託を受けた委託証拠金その他の保証金については、自己の固有財産と区分して管理しなければならないものとされている。

そして、本件外国為替証拠金取引は、顧客が損失を蒙る可能性がある、リスクの高い取引であるから、Z としては、顧客に対し取引の仕組みや危険性を十分説明する義務があるというべきところ、本件取引において、A がこのような義務を尽くしていないことは後記(3)のとおりであり、また、Z

が顧客からの注文の履行を確保する方法についても、パンフレット、約諾書等において説明がなされていないことは、上記のとおりである。かえって、上記のように、パンフレット等には、本件取引がインターバンク市場を通じての取引であり、Z

は売買契約の相手方となるのではなく、インターバンク市場に対し、顧客の注文を委託し、注文を取り次ぐだけであると誤解される記載があったところである。

しかも、後記(2)のとおり、控訴人との本件取引は取引不適格者に対するものである。

エ 以上のような本件取引の内容にかんがみると、本件取引の目的及び取引自体が相当であると認めることはできないから、本件取引につき、違法性阻却事由があると認めることはできない。なお、本件取引は、このように公序良俗に反すると認められるから、本件取引が商取法（平成15年法律第54号による改正後のもの）8条、136条の16、145条、証取法39条、129条1項、201条、旧旧金先法6条、7条、旧金先法3条、44条の2及び3、56条、73条、商品取引所法施行規則46条2号に違反するものであるかどうかについては、判断を要しないものというべきである。」

カ 同19頁24行目冒頭から20頁23行目末尾までを次のとおり改める。

「(1) 上記争いのない事実及び証拠（甲4、25、乙3）によると、次の

事実を認めることができる。

ア Z は、平成3年5月●日、主に不動産の売買、賃貸、管理及びその仲介や貸金業を目的とし、商号を H 株式会社として設立された会社であり、設立当時の資本金は2000万円であり、D は設立時からの株主であった。 Z は、平成4年6月30日、商号を株式会社 I に変更し、会社の目的を業務用小型変圧器の製造、販売等に変更し、その後、休眠をしていたが、平成15年2月、会社継続の手続を行い、商号を現商号に変更するとともに、会社の目的も不動産の販売等のほか、外国為替取引を含むものに変更した。この際、被控訴人 Y1 も取締役役に選任された。 Z の従業員は、平成17年1月当時24名であった。

イ 被控訴人 Y1 は、平成16年7月当時、 Z の専務取締役であり、 Z の株式600株のうち240株の株主であり（他の360株は D ）、そして、平成17年12月当時、 Z から約320万円の借入、335万円の仮払いがあり、 Z に対し、57万円の預託金があった。被控訴人 Y2 は、平成16年6月24日に Z の取締役に重任されており、同月30日の Z の確定申告、平成17年6月27日の確定申告について、経理責任者として記名押印をしていた。

ウ 本件取引は、被控訴人 Y1 が、平成16年6月24日、A に対し、「控訴人が商品先物や為替取引をしているから訪問してみる。」と指示をしたことを契機に開始されたものであった。

Z は、平成17年11月25日、関東財務局長から、支払い不能に陥るおそれがあり、委託証拠金その他の保証金等



について、自己の固有財産と区分していないこと等を理由として、同日から平成18年5月24日まで、業務停止命令を受けた。

エ               について、平成17年12月1日に東京地方裁判所において破産手続開始決定がなされたところ、その主たる債務は、外国為替取引の顧客に対する未払金約5億6000万円であり、破産に至った原因の一は、従業員に対して高額の給料を支払っていたことである。当時弁護士が介入して損害賠償等を求められている事件が7件あり、その総額は約4660万円であって、これら債権者は、取引の適格性を有しない高齢者等に違法な勧誘をして本件外国為替取引をさせたこと等をその理由としていた。

(2) 上記認定の事実及び前記認定に基づいて検討する。

ア 株式会社の取締役会は、会社の業務執行について監視する地位にあるから、取締役会を構成する取締役は、代表取締役の業務執行一般につき、これを監視し、必要があれば取締役会を自ら招集し、あるいは招集することを求め、取締役会を通じて業務執行が適切に行われるようにする職責を有すると解される（最判昭和48年5月22日・民集27巻5号655頁参照）。

イ               は、平成17年12月1日に東京地方裁判所において破産手続開始決定を受けたものであり、平成15年2月に本件外国為替取引の営業を始めてから短期間で破産したところ、その主たる債務は、本件外国為替取引の顧客に対する未払金約5億6000万円であり、破産に至った原因の一は、従業員に対して高額の給料を支払っていたことであり、当時弁護士が介入して損害賠償等を求められている事件は7件あり、その総額は約4660万円であって、これら債権者は、取引の適格性を有しない高齢者等に違法な勧誘をして本件外国為替取引をさせたこと等をその理由としており、

また、顧客からの証拠金を Z の資産と区別せずに管理をしており、これも理由として、平成17年11月25日に関東財務局長から6か月間の業務停止命令を受けたものであり、そして、本件外国為替証拠金取引は、賭博に当たり、公序良俗に違反するものであり、さらに Z の規模を考慮すると、

Z は、外国為替証拠金取引が賭博に当たり、公序良俗に違反することを承知しながら、高齢者等を対象として、その取引を勧誘していたものであり、D は、Z の代表取締役として、Z のこのような違法な営業活動を決定し、指示していたものと推認される。

そして、被控訴人 Y1 は、本件取引の端緒となる指示を自ら行ったものであり、Z の株主は D と被控訴人 Y1 だけであり、Z の上記のような営業の実態やその規模からすると、被控訴人 Y1 も、D が Z の代表取締役として公序良俗に反する外国為替証拠金取引を行っていることを知っていたと推認される。そして、上記1及び2(1)のような経緯及び弁論の全趣旨によれば、被控訴人 Y1 は、Z の取締役として、D に対し、控訴人に本件取引を行うことを止めるように求め、あるいは取締役会を通じて本件取引を中止する処置を取らなかったと認められるから、取締役としての任務懈怠があり、これにつき少なくとも重大な過失があったというべきである。

被控訴人 Y2 も、Z の取締役であり、経理担当者としてその確定申告書に記名押印しており、Z の上記のような営業の実態やその規模からすると、D が Z

の代表取締役として公序良俗に反する外国為替証拠金取引を行っていることを知っていたと推認される。そこで、上記1及び2(1)

のような経緯及び弁論の全趣旨によれば、被控訴人Y2は、

Z の取締役として、D に対し、本件取引を行うことを止めるように求め、あるいは取締役会を通じて本件取引を中止する処置を取らなかったと認められるから、取締役としての任務懈怠があり、これにつき少なくとも重大な過失があったというべきである。

したがって、被控訴人らは、平成17年法第87号による改正前の商法266条の3第1項に基づき、控訴人が本件取引で被った損害につき賠償する責任があるというべきである。」

キ 同21頁2行目「被告A」の次に「及び被控訴人ら」を加える。

ク 同頁5行目の「危険性」の次に「及び違法性」を加える。

ケ 同頁15行目の次に行を改め、次のとおり加える。

「5 まとめ

以上によると、被控訴人らは、控訴人に対し、平成17年法律第87号による改正前の商法266条の3第1項に基づき、連帯して、金1459万5736円及びこれに対する訴状送達の日翌日である平成17年6月8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を支払う義務があるというべきであるから、控訴人の被控訴人らに対する請求は全て理由がある。」

#### 第4 結論

よって、原判決のうち控訴人の被控訴人らに対する請求を棄却した部分は不当であるからこれを取り消し、控訴人の被控訴人らに対する請求を全て認容することとし、訴訟費用の負担について民訴法67条、61条、65条、仮執行の宣言につき同法259条を適用して、主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第24民事部

裁判長裁判官 大 喜 多 啓 光

裁判官 園 部 秀 穂

裁判官 菅 原 崇

これは正本である。

平成18年9月21日

東京高等裁判所第24民事部

裁判所書記官 遠藤 久



