

損害賠償請求事件

控訴人 蓑田隆介

被控訴人 au じぶん銀行株式会社

## 控訴理由書

令和6年5月1日

福岡高等裁判所 御中

控訴人 蓑田隆介

### 第1 控訴理由の骨子

原審においては詳細な審理がなされていることが伺え、ありがたく感じている。一方で、そのような詳細な審理がなされていることが原因であろうと推測され、また本人訴訟である控訴人の立場から物申すには僭越で憚られる表現ではあるものの、直截に言ってしまえば、原審は本件事案について視野狭窄に陥ってしまっており全体像を捉えることができていない。

すなわち、原審には、控訴人の主張立証にも関わらず、1. 事案の概要の取り損ないがあり（第2）、さらに、2. 過失についての誤解と審理漏れが認められ（第3、第4）、3. 結果、法の適用を誤ることとなっている。

### 第2 事案の概要における「住宅ローンとEAJの抱き合わせ」観点の取り損ない

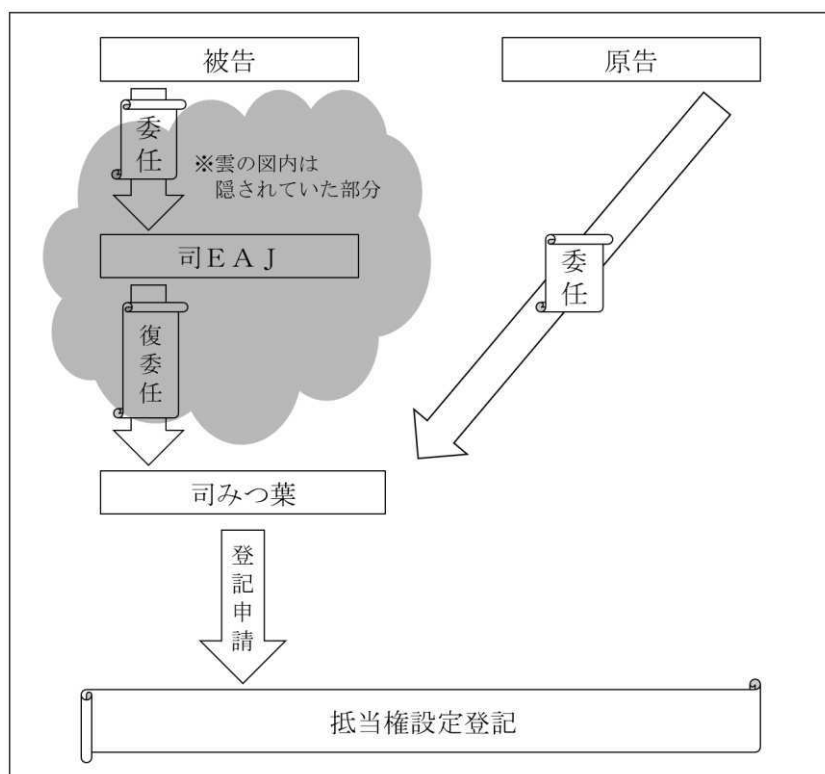
原審は判決文2頁「第2事案の概要 2前提事実（3）」において、司法書士法人みつ葉グループ（以下「みつ葉」という。）のみを「本件司法書士法人」として抱き合わせ販売の審理の対象として取扱っている。

たしかに、控訴人が提訴の当初において主張していたのは「住宅ローンとみつ葉の抱き合わせ」の構成のみであった。しかし、その後、控訴人は準備書面4において司法書士法人エスクロー・エージェント・ジャパン（以下「EAJ」とい

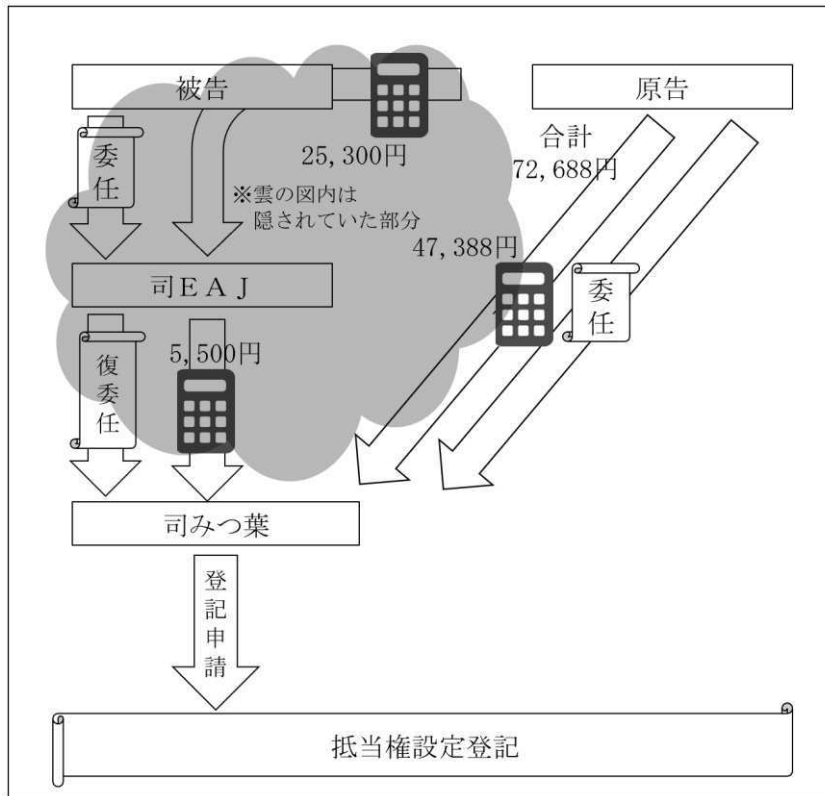
う) の存在を突き止め下図①～③を図示するとともに、「ウ 原告が費用負担しており、また司みつ葉から司 EAJ へ現預金が流れている 19,800 円分は、原告が被告らの結託によって、知らない間に強制的に司 EAJ に支払わされた金銭であると言う他な (い) 」 (3 頁) と主張立証し、判決文においても同じ文言が控訴人の主張として 28 頁に記載され、原審の判断としても「(すなわち、被告が直接本件司法書士法人に委任していれば発生しない費用が原告に対して請求されていたことになる。)」 (11 頁) と認定されている。

そうであれば法規の解釈・適用に責務をもつ裁判所は、「住宅ローンとみつ葉の抱き合わせ」の構成の審理のみならず、「住宅ローンと EAJ の抱き合わせ」の構成についても審理の対象とする責務があり、それがなされていないのは事案の概要について取り損ないがあると言える。

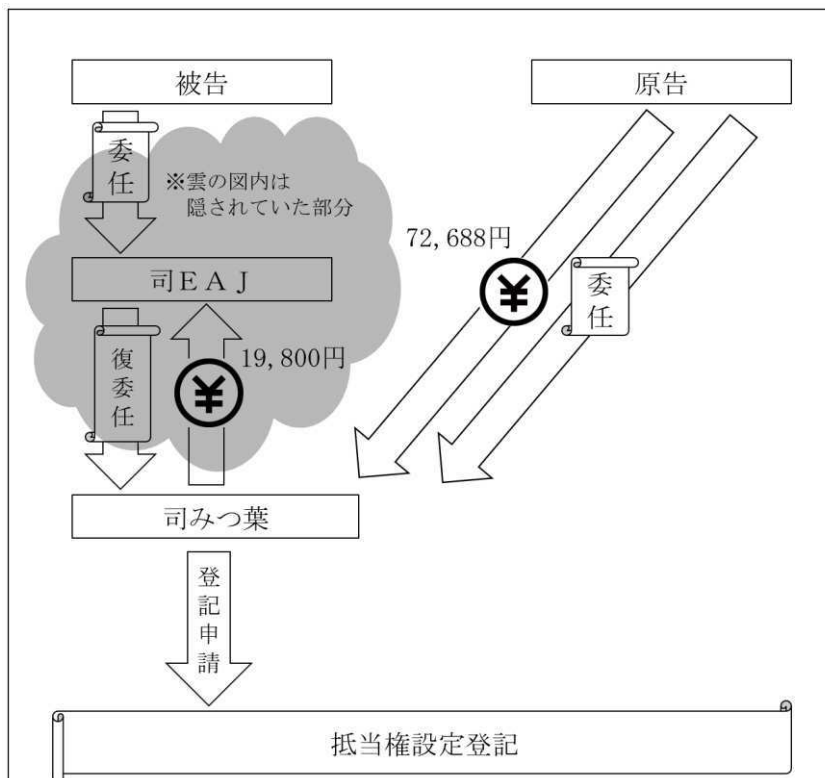
【図①】 委任関係



【図②】 費用負担の流れ



【図③】 現預金の流れ



### 第3 抱き合わせ上の「強制」の誤解、不法行為上の「過失」の審理漏れ

#### 1 あるべき判断枠組み

- (1) 白石忠志・多田敏明編著・植村幸也「論点体系独占禁止法第2版」(甲6)

(甲6・171頁1行目)

論点5 抱き合わせ販売における「購入させ」とは、どのような意味か  
「購入させ」の意義をことさら狭く解する立場は実務上あまり重視されていないといつてよいであろう。

- (2) 白石忠志「独占禁止法第3版」(乙13)

③併せて購入させ(ii)態様 (乙13・383頁15行目)

併せて購入させる態様は、いかなるものであるかを問わない。…併せて購入させることによって…不要品強要という弊害が生ずることが関心対象なのであるから、併せて購入させる態様がどのようなものであるかということは、本質的な問題ではない。

- (3) 舟田正之「不公正な取引方法」(乙19)

[講釈] 5 (乙19・621頁4行目)

「任意に」の場合ではないと判断できれば、そこには取引の強制があったとすべきであり、一般指定10項に該当すると解される。

- (4) 公正取引委員会参事官 佐久間正哉「流通・取引慣行ガイドライン」(乙18)

㊦ある商品の供給に併せて他の商品を「購入させること」(乙18・160頁下部)

「ある商品の供給に併せて他の商品を購入させる」とは、抱き合わされる商品(他の商品)を購入しなければ、主たる商品(ある商品)を供給しない関係にあることをいい、明白な強要行為は必ずしも必要としない。

- (5) 泉水文雄「独占禁止法」(甲90)

3 強制 (甲90・412頁14行目)

主たる商品には「強制」ができるだけの力や地位がなければならない。もつとも、顧客が従たる商品を購入したくないのに購入させられたのであれば、通常、このような力はあるといえよう。

(6) 岡口基一「要件事実マニュアル第5版第2巻民法2」(甲91)

3 ㊦ (故意) について

(甲91・386頁)

故意の主張を理由がないと認めるときは、次に過失がないとことも認定しなければ、原告の請求を棄却することができない(大判昭和5年9月19日新聞3191号7頁)

## 2 原審の判断

### (1) 不法行為法と抱き合わせ販売の関係、及び「強制」の判断枠組み

第3 2(1)ア 抱き合わせ販売等規制違反の主張について (6頁14行目)

独占禁止法違反の行為によって自己の権利又は法律上保護される利益を侵害された者は、当該行為が民法上の不法行為に該当する限り、一般の例に従って同法の規定に基づく損害賠償の請求をすることができるのと解されるどころ、事業者が相手方に対して商品又は役務の供給に併せて他の商品又は役務を自己又は自己の指定する事業者から購入させる行為は、少なくとも、当該事業者が、当該相手方に対して、一定の取引をさせるために強制と評価されるだけの働きかけをすとか、前提となっている事実関係を積極的に利用したなどの事情がある場合には、不法行為法上違法となると解するのが相当である。なぜなら、一般指定10項所定の「抱き合わせ販売等」に該当する行為が民法上の不法行為となる根拠は、事業者が、相手方の自由な意思決定を妨げ、一定の取引を余儀なくさせる点にあると解されるからである。

### (2) 「強制」についての評価、及び「故意」についての評価とその根拠

第3 2(2)イ(イ)優越的地位の濫用規制違反の主張について (11頁23行目)

他方、本件司法書士指定の態様についてみれば、被告が原告に対して被告指定司法書士との契約を強制したと評価できるような事情があったとは認められないことは、前記(1)イ(ウ)のとおりである。また、本件全証拠によっても、被告がEAJと本件司法書士法人との間の報酬の分配について関知していたとまでは認められないことからすれば、被告が原告に対して、伝えるべき事実を伝

えなかったとか、虚偽の事実を伝えたというような事情があるともいえない。

### (3) 「強制」についての評価の根拠

第3 2(1)イ(ウ)抱き合わせ販売等規制違反の主張について (8頁1行目)

被告は、①…シェアが7%にも満たないものであり(認定事実(1))、②…顧客に対し、抵当権設定登記等について被告指定司法書士を利用することになっており、それに伴う各種費用が事務手数料とは別に発生する旨を、その概算額と共に情報提供していたのである(認定事実(2))。このことからすれば、原告は、本件司法書士指定を含めた貸付条件について、他の金融機関の住宅ローンと比較検討し、仮に、被告指定司法書士を利用することを嫌うのであれば、被告から借入れをしない(他の金融機関の住宅ローンを選択する、又は借換をしない)ことも可能であったといえる。

さらに、⑦被告の住宅ローン規約(乙10)及び⑧株式会社西日本シティ銀行の住宅ローン契約についても、原告において、住宅ローン契約の申込み及び住宅ローンの完済申出を撤回することを妨げるような定めが見当たらなかったのである(認定事実(4))。そうすると、原告は、被告に対して住宅ローン契約の申込みを行った後の時点においても、被告指定司法書士について報酬その他の点において不満があれば、当該申込みを撤回することも可能であった。

## 3 「抱き合わせ」「住宅ローンとEAJの抱き合わせ」への原審の誤り、不尽

### (1) 「強制」の判断枠組みの誤り

原審は、前記「2 原審の判断(1)…「強制」の判断枠組み」によると、抱き合わせ販売の「強制」には事業者の「故意」が必要である旨判断している。

しかし、上記「1 あるべき判断枠組み(1)白石忠志・多田敏明編著・植村幸也(甲6)」「(2)白石忠志(乙13)」「(3)舟田正之(乙19)」によれば、「購入させ」の意義をことさら狭く解する立場は実務上あまり重視されておらず(甲6)、併せて購入させることによって不要品強要という弊害が生ずることが関心対象なのであって、併せて購入させる態様がどのようなも

のであるかということは、本質的な問題ではないため併せて購入させる態様は、いかなるものであるかを問わないのであり（乙13）、「任意に」の場合ではないと判断できれば、そこには取引の強制があったとすべきである（乙19）。

「（4）公正取引委員会参事官 佐久間正哉（乙18）」においても、抱き合わされる商品（他の商品）を購入しなければ、主たる商品（ある商品）を供給しない関係にあることをいい、明白な強要行為は必ずしも必要としないとされている。

また、「（5）泉水文雄（甲90）」によると、主たる商品には「強制」ができるだけの力や地位がなければならないが、顧客が従たる商品を購入したくないのに購入させられたのであれば、通常、このような力はあるといえるところ、主たる商品である住宅ローンにおける「強制」ができるだけの力や地位とは、銀行と借り手、専門家である司法書士と消費者の間に存在する「情報の質及び量並びに交渉力の格差」（甲6・113頁、甲15・1頁、甲22・13頁、甲44・23頁、甲77関連1・37頁、甲89・84頁）のことであり、顧客が従たる商品であるEAJを購入したくないのに購入させられたとは、「（すなわち、被告が直接みつ葉に委任していれば発生しない費用が原告に対して請求されていたことになる。）」、しかも、そのような事情は、原告に知らされていないものである（認定事実（5））」（判決文11頁）が該当する。

よって、抱き合わせ販売の「強制」は、事業者の「故意」のみならず「過失」によっても成立するものであるから、「故意」のみでしか成立しないとする原審の判断は誤りである。

## （2）不法行為法と抱き合わせ販売の関係、についての誤り

前記「2 原審の判断（1）不法行為法と抱き合わせ販売の関係…」によると、原審は、抱き合わせ販売の「強制」には事業者の「故意」が必要であるとの判断を根拠に、不法行為法上も「過失」の要件はなくなり「故意」のみが要件となる旨判断している。しかし、その判断の根拠の誤りは前述のとおりであるから、不法行為上の要件に「過失」がなくなることはない。

よって、不法行為法と抱き合わせ販売の関係についての原審の判断は誤りである。

### (3) 「強制」についての評価とその根拠、の審理不盡

前記「2 原審の判断(2) 「強制」についての評価…」と「(3) 「強制」についての評価の根拠」によると、原審は、以下を根拠に「住宅ローンとみつ葉の抱き合わせ」について「強制」と評価されない旨判断している。

①シェアが7%にも満たないものであること(認定事実(1))、②顧客に対し、費用が事務手数料とは別に発生する旨を、その概算額と共に情報提供していたこと(認定事実(2))から、原告は、他の金融機関の住宅ローンと比較検討し、仮に、被告指定司法書士を利用することを嫌うのであれば、被告から借入れをしない(他の金融機関の住宅ローンを選択する、又は借換をしない)ことも可能であった。

さらに、原告は、被告に対して住宅ローン契約の申込みを行った後の時点においても、被告指定司法書士について報酬その他の点において不満があれば、当該申込みを撤回することも可能であった。

しかし、「住宅ローンとEAJの抱き合わせ」においては、

みつ葉が原告から受け取った司法書士報酬の一部はEAJに分配されていたことがうかがわれ(すなわち、被告が直接みつ葉に委任していれば発生しない費用が原告に対して請求されていたことになる。)、しかも、そのような事情は、原告に知らされていなかったものである(認定事実(5)) (判決文11頁)

と認定されているのだから、原告は、他の金融機関の住宅ローンと比較検討しEAJを利用することを嫌うからといって被告から借入れをしないことは不可能であったし、さらに被控訴人に対して住宅ローン契約の申込みを行った後の時点において、EAJについて報酬その他の点において不満があるからといって当該申込みを撤回することも不可能であった。すると住宅ローンに抱き合わせられるEAJは(不要品であるから他の司法書士への市場閉鎖効果をもたらすものではないものの、) そのシェアは100%であったと言え、「住宅ローンとEAJ



の抱き合わせ」においては「強制」があったと言える。それにもかかわらず、原審ではその判断がなされていない。

よって原審の判断には「住宅ローンと EAJ の抱き合わせ」における「強制」についての審理の不尽がある。

#### (4) 「故意」についての評価に伴う「過失」についての審理不尽

前記「2 原審の判断 (2) …「故意」についての評価とその根拠」によると、原審は、「被控訴人が EAJ とみつ葉との間の報酬の分配について関知していたとまでは認められないこと」を根拠に、「被控訴人が、控訴人に対して、伝えるべき事実を伝えなかったとか、虚偽の事実を伝えたというような事情があるともいえない。」と控訴人の「故意」を否定している。

しかし、上記「1 あるべき判断枠組み (6) 岡口基一 (甲 9 1)」によれば、「故意の主張を理由がないと認めたときは、次に過失がないとことも認定しなければ、原告の請求を棄却することができない。」とあるにも関わらず、原審は、後記第 4 の被控訴人が EAJ とみつ葉との間の報酬の分配について調査しこれを被控訴人に情報提供していなかったことについての「過失」の検討や過失がないことの認定をしないままに原告の請求を棄却している。

よって原審の判断には「故意」についての評価に伴う「過失」についての審理の不尽がある。

#### (5) 小括

よって原審の判断には、「抱き合わせ」について、特に「住宅ローンと EAJ の抱き合わせ」について、審理の不尽や判断の誤りがある。

## 第4 被控訴人の「過失」について

### 1 原審での、被控訴人の主張、控訴人の主張、裁判所の判断

#### (1) 被控訴人の主張

ア 「②(控訴人注:行為者に故意または過失があること)の要件についても被告は争うが、②の要件の成否は③(控訴人注:行為者が権利利益を侵害したこと)の要件の成否に大きく左右されることから、本文(控訴人注:争点に対する所見)では言及していない。」 (被控訴人の準備書面4の3頁脚注)

イ 「EAJ とみつ葉との間の契約関係等は被告の関知するところではない。」 (判決文29頁・被告主張(3))

#### (2) 控訴人の主張

ア 「被告の司法書士指定は、被告の利用する司法書士を原告が費用負担するという意味でも、原告の利用する司法書士を被告が指定するという意味でも、被告に対する信任によって原告から大きな裁量が託されていたものであるから、被告は銀行法に則り利益相反の問題を避けるためみつ葉と EAJ の契約関係等を関知し、対応すべきであった。」 (判決文28頁・原告の主張(4))

イ 「これ(控訴人注:上記アの主張)は…原告が準備書面1の8頁19行目において主張していた、被告が銀行の利益相反への対応義務をさだめた銀行法施行規則第14条の11の3の3第2号二に違反している旨を掲載する趣旨である。該当条文は次頁に記載し、また参考文献として全国銀行協会金融法務研究会の「金融機関における利益相反の類型と対応のあり方」(甲89)を証拠提出する。」 (原告の準備書面(5)1頁)

ウ 「5我が国の金融機関の顧客との利益相反事例に係る判例(2)説明義務が争われた判例…。金融機関の利益相反行為の要素のある事件が説明義務違反として争われた特殊な事例に関する判例として、最判平成18年6月12日判例時報1941号94頁」(甲89・96頁5行目)

エ 「司法書士を被告が指定しており、さら共通の利害関係(顧客 VS 被告 司法書士)を持つことによって一体化している以上、自由化されている司法書士

報酬の部分については融資費用として金額（又は率）で明瞭に記載する責務があり、被告の表示は不適切である。」（原告の準備書面（2）11頁1行目）

オ 「原告は、銀行が顧客に不当な損害をあたえることはないだろうという被告への信頼を前提に司法書士指定の条件について案内のあった当初より合意している」（原告の準備書面（2）1頁下線部）

### （3）裁判所の判断

#### 第3 3 その他の争点について

「争点（2）（「権利又は法律上保護される利益」及びその侵害行為）について付言すると、前記2（1）イ（ウ）、（2）イ（ウ）で指摘した事情によれば、原告は、被告から住宅ローンを借り入れるに当たっては抵当権設定登記等について被告指定司法書士を利用しなければならないことを承知の上で、被告に対して住宅ローン契約の申込みをし、本件司法書士法人との間では、値下げ交渉の上、一般的な司法書士報酬の相場の範囲内の報酬額で委任契約を締結し、被告との間でも住宅ローン契約を締結したものである。そうすると、仮に、原告が主張するような「司法書士を選択する自由」や「公正かつ自由な競争によって形成された価格で商品を購入する利益」なるものが法律上保護される利益であるということができたとしても、本件司法書士指定によって、原告がこれらを侵害されたと評価することは困難である。

## 2 判断枠組み

- (1) 岡口基一「要件事実マニュアル第5版第2巻民法2」(甲91)

2 ㉒(権利等の侵害)について	(386頁)
不作為による不法行為の場合、㉒は、作為義務の存在及びそれに違反したこととなる(鈴木=三ヶ月・新実務民訴(4)322頁)	

- (2) 河上正二・沖野眞己「消費者法判例百選」最高裁平成18年6月12日  
後藤卷則(早大教授)「不動産取引と銀行の説明義務」(甲92)

ア 判旨	(162頁右段判旨の17行目)
そして、Xは…特段の事情があったと主張しているところ、…特段の事情が認められるのであれば、Y1担当者についても、本件敷地問題を…調査し、これをXに説明すべき信義則上の義務を肯認する余地があるというべきである。	
イ 解説 3	(163頁左段下から2行目)
上記の平成15年最判(控訴人注:最判平成15年11月7日、判時1845号58頁)は、…㉒金融機関が売り主や販売業者と業務提携等をし、金融機関の従業員が売り主等の販売活動に深く関与しており、問題となった土地購入の勧誘行為もその一環であることなどが認められれば、信義則上、当該従業員の説明義務を肯認する根拠となり得るような「特段の事情」があるとする。	

## 3 主張の要旨

- (1) 「過失」は「(権利等の)侵害行為の有無」の中で争点となっていたこと

前記「1(1)原審での被控訴人の主張ア」によると、「過失」は、判決文における争点(2)の「(権利等の)侵害行為の有無」の中で争うこととなっていた。

- (2) 控訴人は、被控訴人の「過失」による不作為によって生じた不法行為について、適法に主張立証していたこと

ア 前記「2判断枠組み(1)岡口基一」によれば、「(権利等の)侵害行為の有無」の中で争点となっていた、被控訴人の「過失」による不作為によって

生じた不法行為は、作為義務の存在及びそれに違反したことが要件事実となる。

イ そして「2判断枠組み（2）ア最判平成18年6月12日」と「イ最判平成15年11月7日」によれば、その作為義務の存在は、「ローンと不動産購入」の組合せにおいては、「②金融機関が売り主や販売業者と業務提携等をし、金融機関の従業員が売り主等の販売活動に深く関与しており、問題となった土地購入の勧誘行為もその一環であることなどが認められれば、信義則上、当該従業員の説明義務を肯認する根拠となり得るような「特段の事情」がある」（平成15年最判）といえ、そのような「特段の事情が認められるのであれば、金融機関についても、本件…問題を…調査し、これをXに説明すべき信義則上の義務を肯認する余地があるというべきである」（平成18年最判）としている。

そこで「住宅ローンとEAJの抱き合わせ」においては、「被控訴人がEAJと業務提携等をし、被控訴人がEAJの「抱き合わせ販売」に深く関与しており、問題となった「住宅ローンとEAJの抱き合わせ」もその一環であるのだから、信義則上、被控訴人の説明義務を肯認する根拠となり得る「特段の事情」がある」といえ、そのような「特段の事情が認められるのだから、被控訴人は、みつ葉とEAJの契約関係等の問題を調査し、これを控訴人に説明すべき信義則上の義務があったというべきである」（なお、みつ葉にも説明義務があったことは、不動産購入の例で建築会社にも説明義務があったことが認められていることと同様に、当然の前提であると考え。）

ウ 以上の作為義務の内容について、控訴人は原審において上記「1（2）原審での控訴人の主張ア～オ」のとおり、適法に主張立証していた。

エ なお、控訴人がEAJへの復委任と報酬を承知していなかったことは原審において認定済み（認定事実（5））であるから、作為義務の存在が認められるのであれば、「それに違反したこと」の要件事実は明らかに満たされる。

### （3）原審が判断していないこと

前記「1（3）原審での裁判所の判断」によると、原審は、争点となっている

ことや控訴人の主張立証にも関わらず、「住宅ローンと EAJ の抱き合わせ」における被控訴人の「過失」を判断していないため、審理の不尽がある。

## 第5 結語と補足

よって、原審には判決を左右する審理の不尽と法の誤りがあり、判決は取り消されるべきである。

なお、控訴人は原審の「住宅ローンとみつ葉の抱き合わせ」の不成立と「被控訴人の優越的地位の濫用」の不成立については認めており、控訴は「住宅ローンと EAJ の抱き合わせ」の構成のみをもってするものであるから、請求額は、被控訴人が直接みつ葉に委任していれば発生しなかった費用であって、しかもそのような事情が控訴人に知らされていなかった19,800円分に限定し、請求の減縮を行っている。

みつ葉の報酬額としてはその請求額を控除したとしても52,888円であり、被控訴人の主張する報酬額の相場「5～10万円程度（乙7）」の範囲内となり、過小な報酬額となることはない。

## 第6 追記 「それなりの合理性」について

原審は、抱き合わせ販売と優越的地位の濫用のそれぞれの判断において「それなりの合理性」を正当化理由として認定している（判決文7頁25行目、11頁3行目）。「それなりの合理性」とは、「他の取り引き先に対しても同等の制限が課せられている」という手段と合わせて正当化理由の基準の一つとされているものであるが、その元となった判例の最高裁調査官（小野憲一）の解説における矛盾を根拠に「その存在意義がゼロ（白石）」とまで酷評されている基準でもある（甲93「経済法判例・審決百選第2版」145頁左段下から14行目）。

ただでさえ説得力のない理由であるところ、そのうえ被控訴人は、原審の判決後、借換住宅ローンにおいて抵当権「設定」登記の司法書士指定の運用を取りやめており（甲94）、現在の借り換え住宅ローンの借り手には控訴人と同等の制限は課せられなくなっている。これは被控訴人が、住宅ローンとみつ葉の抱き合わせの構成においてでさえ、抵当権「抹消」登記さえ指定司法書士であれば抵当権「設定」登記の司法書士は指定司法書士でなくとも、被控訴人の目的を達成できることを自白しているものであり、正当化理由「それなりの合理性」を達成するための手段が、不相当でなかったことを自ら否定することとなっている。

以上

損害賠償請求事件

控訴人 蓑田隆介

被控訴人 auじぶん銀行株式会社

証拠説明書 8

令和6年5月1日

福岡高等裁判所 御中

控訴人 蓑田 隆介

号証	標目 (原本・写しの別)	作成 年月日	作成者	立証趣旨
甲90	「独占禁止法」 写し	2022.6.10	泉水文雄	抱き合わせ販売上の「強制」の判断枠組み
甲91	「要件事実マニュアル第5版第2巻民法2」 写し	2018.1.20	岡口基一	①不法行為法上の「故意」の判断枠組み ②不法行為法上の「過失」が含まれる「権利等の侵害」の判断枠組み
甲92	「消費者法判例百選」 写し	2020.9.15	最高裁・河上正二 沖野眞已 後藤巻則(早大教授)	銀行の作為義務の判断枠組み
甲93	「経済法判例・審決百選第2版」 写し	2017.10.25	最高裁・金井・泉水 武田・植村	「それなりの合理性」の内容と評価について
甲94	「登記の方法」 写し	2024.5.1	被控訴人	被控訴人が、借換えにおいて抵当権設定登記の司法書士指定の運用を取りやめていること



