

# 自由心証主義の健全化と裁判所の 役割について

——ある金融事件を素材として——

川 嶋 四 郎

## 目次

- I はじめに——問題の所在
- II ある金融事件
  - 1. 事案の概要
  - 2. 判旨——請求棄却
- III 様々な疑問点とその検討
  - 1. 自由心証主義違反について
  - 2. 弁論主義等違反について
  - 3. 違法な裁判官立法？
  - 4. 法的観点指摘義務違反について
  - 5. 不熱心訴訟追行等に対する評価問題について
  - 6. 信用金庫法等の違反について
  - 7. 過失相殺の不許について
- IV おわりに——自由心証主義の健全化に向けて

## I はじめに——問題の所在

戦後間もなく、初代最高裁判所長官、三淵忠彦裁判官は、就任に際して「国民諸君への挨拶」と題する会見を行った<sup>1)</sup>。そこでは、ハーバード大学のロスコー・パウンド教授の言葉を引いて次のように語った。すなわち、「裁判所が正義と公平とを実現する事は肝要な事である。しかし、もっと肝要なの

---

1) これについては、五鬼上堅盤「最高裁判所の成立前後」法の支配18号33頁、39頁（1969年）を参照。

は国民が裁判所は正義と公平とを実現するところだと信ずる事である。」と前置きをしたうえで、「……裁判所は国民の権利を擁護し、防衛し、正義と公平とを実現するところであって、封建時代の様に圧政政府の手先になって国民を弾圧し、迫害するところではない。ことに民主的憲法の下にあっては、裁判所は真実に国民の裁判になりきらねばならぬ。国民各自が裁判所は国民の裁判所であると信じて裁判所を信用し、信頼するのでなければ、裁判所の使命の達成は到底望みえないのであります。裁判所をして真に国民の裁判所となし、国民の信用を博し信頼を維持せしめる為には、裁判所自らが良き裁判所となり良き裁判をなさねばならぬ事勿論であります。……」と述べ、最高裁判所および下級裁判所が、「正義と公平を実現する国民に信頼される裁判所」となるべきことを力説した<sup>2)</sup>。

これは、新憲法の下で、戦前には時として基本的人権に対する弾圧の手段とさえ化していた日本司法の新たな役割を語る記念碑的な「挨拶」であり、主権者である国民に信頼されるべき司法になるための抱負と自戒の念を込めた言葉でもあった。

「裁判の公正」が、裁判制度の理念の一つであることは疑いないが、戦後における日本民事訴訟法学の世界では、「民事訴訟制度の目的論」について、未だにその論争が収束を見ることはない<sup>3)</sup>。ただし、個々の民事訴訟事件が、日本国憲法の下でしかもその枠内で審理判断が行われているといった規範的な認識については、疑問の余地がない。すべて司法権は、最高裁判所および法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する（憲法76条1項）の

2) この三淵初代長官の言葉を、これまで私は何度か引用した。この言葉は、戦後の日本司法の研究者として、今の時代に今一度回帰すべき原点を示していると考えられるからである。これについては、たとえば、川嶋四郎「簡易裁判所制度考」同『民事訴訟の簡易救済法理』24頁、30頁注(17) (弘文堂、2020年)、同「補助参加人の忌避申立権についての一考察——民事訴訟における公正確保の探求を目指して」同志社法学429号 [田中治先生古稀記念号] (2022年、近刊)等を参照。

さらに、近時におけるSDGsの第16項目（「平和と公正をすべての人に」）も参照。

3) この論争は、ほとんどの民事訴訟法の体系書の劈頭に記されているが、その公正な概観として、たとえば、新堂幸司『新民事訴訟法〔第6版〕』1頁 (弘文堂、2019年)、川嶋四郎『民事訴訟法』10頁 (日本評論社、2013年)等を参照。

であり、「裁判所は、日本国憲法に特別の定のある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限を有」し（裁判所法3条1項）、「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」（憲法76条3項）のである<sup>4)</sup>。

民事訴訟制度の目的として、私見は、繰り返し、「救済保障説」（法的救済保障説）を述べてきたが、この立場からでも、民事訴訟を通じた憲法価値の実現は、民事紛争解決の日常的な営みにおいて不可欠の課題である<sup>5)</sup>。その意味で、従前の民事訴訟法学においては、裁判を受ける権利（憲法32条）、公開裁判を受ける権利（同82条）、デュー・プロセスの保障（同31条）、平等権（同14条）については論じられてきたが、民事紛争解決手続としてあまりにも当然のことゆえに、「財産権の保障」（同29条）等については、明示的・意識的に焦点が当てられることは、必ずしも多くなかったのではないかと考えられる。

ところで、今から20年程前のことになるが、九州の大学である地方裁判所の所長を招いて講演会を実施した際に聴くことができた話を、私は本稿を執筆する中で想起した。その裁判官は、日本の民事裁判史上に残る著名事件の第一審を担当された経験をお持ちの方でもあったが、一番印象に残る事件として、ある貸金返還請求事件を挙げられた。その事件の両当事者は、いずれも特定の商圏の世界に属する個人であったが、それまで契約書なしに、繰り

---

4) この点で、民事訴訟制度の目的論は無用であるとして、民事訴訟制度は憲法規範の実現にあると捉える見解には、相応の理由がある。たとえば、和田吉弘「民事訴訟目的論無用論の試み——憲法上の理念と執行手続きによる事実形成を念頭に置いて」明治学院論叢646号（法学研究65号）65頁（2000年）を参照。

5) 救済保障説（法的救済保障説）については、たとえば、古くは、川嶋四郎『「救済法」の課題と展望に関する一試論・序説』民事訴訟雑誌43号198頁（1997年）、同「民事訴訟過程における救済展望とその指針」同『民事救済過程の展望的指針』10頁（弘文堂、2006年〔初出、2004年〕）を、さらに、比較的新しいものとして、川嶋四郎『公共訴訟の救済法理』5頁、66頁（有斐閣、2016年）等を参照。さらに、川嶋・前掲書注（3）11-12頁等も参照。

近時における「民事裁判のICT化」の文脈では、特に、川嶋四郎『「民事裁判のICT化」と臨床法学教育——「憲法価値」の真の実現を目指して』法曹養成と臨床教育13号100頁（2021年）、川嶋四郎＝笠原毅彦＝上田竹志『民事裁判ICT化論の歴史的展開』ix頁、363頁、424頁、433頁（日本評論社、2021年）等を参照。

返し消費貸借を繰り返していた。従前、両者の間に何のトラブルもなかったが、その事件は、ある消費貸借契約における弁済の有無をめぐる紛争であった。被告は弁済したと主張し、原告は弁済を受けていないと主張して譲らなかったという。そのコミュニティでは、通例、契約書を作ることなくそのような消費貸借が繰り返されていたようであるが、書証はもちろん人証などといった証拠方法もなく、心証形成が難しい事件であり、担当した事件の中では最も困難な事件の一つであったという。互いの信用に関わる事案であり、誤った判決をすれば、二重払いと貸し倒れを法的に認めることになり、判断の結果・影響次第では、いずれかの当事者がそのコミュニティから排除されるかもしれない可能性を孕んだ事案であった。訴訟上の和解も困難であったという。確かに、この事件類型としては、比較的一般的な消費貸借契約事件ではあるが、しかし、自由心証主義（民訴法247条）に基づく健全な民事裁判が実現されるべき事件であったと考えられるのである。

この事案に見られるように、民事裁判は、すべて財産権の保障の問題を孕んでいるだけではなく、その背後には、信用や名誉・人格といった、いったん毀損されれば回復が困難になる重要な価値（究極的には、「個人の尊重・尊厳」〔憲法13条・25条2項〕）に繋がる要素を包含している。法的三段論法（判決三段論法）により帰結を導く裁判においては、まず、争いある事実の適正な認定が不可欠となる。その際に重要な役割を演じる原理が、自由心証主義である。

本稿で論じる問題は、日常的に生じ得るのではないかと考えられる金融事件ではあるが、裁判所を通じた憲法上の「財産権の保障」のあり方や、必ずしも可視化できない裁判官の心証形成の問題、したがって日本の民事裁判のあり方の問題を考えさせられる事案である<sup>6)</sup>。

それは、京都地方裁判所令和2年〔2020年〕2月6日判決（平成25年（ワ）第1508号・預金払戻請求事件〔①事件〕）、同（平成26年（ワ）第3640号・損

6) なお、川嶋四郎「裁判官の事実認定と憲法保障——『二段の推定』法理?の慎重な適用を希求して」Web日本評論 (<https://www.web-nippon.jp/25584/>〔2022年〕)も参照。

害賠償等請求事件〔②事件〕（以下、まとめて「本件判決」と呼ぶ。）である。

これは、判例集未登載の民事第一審判決であるが、この度ある縁で、本件判決の「事実認定」と「当裁判所の判断」を読む機会を得、原告側代理人から訴訟過程についての詳細な経緯を聴き、本判決に疑問をもつに至った。特に、民事訴訟制度の利用者である一般市民の立場から見た場合に、私たちの財産権を保障してくれるはずである裁判所の役割をも考えさせられた。その核心は、自由心証主義が健全に機能していないのではないかという疑念にある。私は原告側からのみ話を聞いたにすぎず「片言訟を論ぜず」とは言われるが、本稿は、あくまで一民事訴訟法研究者の判例研究として、公刊したものである。これ自体、民事訴訟法関係判例研究の可視化の一端である。

本件判決は、提訴以来7年間もの長い年月にわたる審理の結果言い渡された判決であるものの、後に述べるように、その事実認定や法適用等、様々な局面に多くの疑問点が見出される。しかも、被告金融機関の第一線で働く複数の職員による偽造文書の作成に関する重要証言が存在し、さらに訴額の大きい事件であり、被告側の主張の変遷や露骨な不熱心訴訟追行が見られるだけに、判決結果は意外なものとしか考えられない。より丁寧かつ慎重で正確な事実認定と法適用が行われるべきであったと考えられる案件である。

通例、民事訴訟法の領域における判例研究に際しては、先例となる判例、画期的な判例、ユニークな判例、いわゆる「救済判決」と呼ばれる判例等、それら自体の検討が、理論や実務にとって示唆的なものあるいは従前の理論や実務から見て疑問に思われるものなどが、取り上げられてきたように思われる。別の言葉を用いれば、日常的によくある事案は、結果のいかんにかかわらず、必ずしも取り上げられなかったのではないかと考えられる。預金払戻関係事件等は、その典型例の一つかもしれない。しかし、あたかも小説家が、「誰にも目撃されていない人生の片隅に於いて行われている事実こそ、高貴な宝石が光っている場合が多い<sup>7)</sup>」と記す、その壘みにならって、研

---

7) 太宰治『惜別』309頁（1945年）〔『太宰治全集7』（筑摩書房、1989年）所収〕。

究者の視点から見れば、判例集にも公表されない裁判例の中に、日常の民事裁判の課題が潜んでいることもあると考えられることから、敢えて本件判決を民事訴訟法判例研究の俎上にあげてみたい<sup>8)</sup>。

本稿では、この事件のいわばケース・スタディの形式を借りて、日常的な民事裁判の営みの中で埋没させられかねない課題、とりわけ「自由心証主義の健全化の課題」を中心に検討したい。ここでいう自由心証主義の健全化とは、裁判所・裁判官が、証拠力の自由評価や経験則の自由選択を適切に行うことを前提に証拠調べの結果と弁論の全趣旨に基づき適正な事実認定を行うことをいう。民事訴訟の審理過程において自由心証主義が健全な機能を果たすことを通じて適正な事実認定が行われることは、日本の裁判所・裁判官の役割の核心的な基礎の一端を成し、それこそが日本の民事司法の信頼の源泉であると考えられるからである。とりもなおさず、それは、適正な法適用の基礎である。自由心証主義が健全に機能せずになされた誤った事実認定に基づく法適用は、いわば砂上の楼閣、空中楼閣あるいは蜃気楼の営為にすぎないのである。

以下では、本件のような決して著名事件ではない市井の一事件を取り上げ、現時における日本民事訴訟実務・民事訴訟法理論の普遍的課題にさえ展開しかねない課題、換言すれば時としてブラック・ボックス内の処理と忘却化の危惧感を惹起させかねない課題について、検討していきたい。

## II ある金融事件

### 1. 事案の概要

#### (1) 当事者と訴訟物

本件は、預金払戻請求事件（①事件）と損害賠償等請求事件（②事件）と

---

8) さらに、宮本常一『民俗学の旅』98頁（講談社、1993年）に記された、民俗学者（実業家）の渋沢敬三が「傍流でよく状況を見ていくこと」の大切さを語った言葉も参照。

の併合事件である。

①事件は、まず、「主位的請求」として、原告Aが被告B（金融機関〔信用金庫〕）に対して、「被告Bは、原告Aに対し、金5,260万6,538円及び別紙損害金一覧表（以下「別紙一覧表」〔略〕という。）記載の『備考』欄に『元本』と表示のある列の『損害金元金』欄記載の金額に対する『利息請求の起算日』欄記載の各年月日から支払済みまで複利計算による年5パーセントの割合による金員を支払え。」との請求（預金払戻請求）を定立し、次に、「予備的請求」として、「被告Bは、原告Aに対し、金4,482万4,126円及び別紙一覧表記載の『損害金元金』欄記載の各損害金元金に対する平成26年〔2014年〕10月22日から支払済みまで年5パーセントの割合による金員を支払え。」との請求（預金払戻請求）を定立し、提訴した事件である。

②事件は、原告Aが被告Bの役員らに対して、「被告C<sub>1-15</sub>は、原告Aに対し、連帯して、金5,786万6,538円及び別紙一覧表〔略〕記載の『備考』欄に『元本』と表示のある列の『損害金元金』欄記載の金額に対する『利息請求の起算日』欄記載の各年月日から支払済みまで複利計算による年5パーセントの割合による金員を支払え。」との請求（不法行為に基づく損害賠償請求）を定立し、提訴した事件である。

なお、ここでは、本件事案の全貌を示すために、敢えて②事件も挙げたが、以下では、①事件を中心に論じることから、②事件の説明は割愛した点がある。

## (2) 当事者（原告）の主張

①事件に関する当事者（原告）の主張は、以下のとおりである。

まず、請求原因は、次のとおりである。

[1] 原告Aは、被告Bに対し、別紙「損害金計算書」（以下「別紙計算書」〔略〕という。）記載の番号〔略〕記載のとおり、各出金処理年月日欄記載の年月日において、定期預金や定期積金（以下「本件各預金」という。）を保有していた。

[2] 主位的請求関係について、原告 A は、次のように主張した。

被告 B の不法行為について、「被告 B は、預金者である原告 A の意思確認をすることなく、解約払戻名下に、又は他人の債務の担保に供せられて担保権実行名下に、当該預金残高及び利息を収奪した。被告 B は、本件各預金に D [A の父] の被告 B に対する借入債務のための担保を設定するに際し、原告 A の意思を確認したこともないのにその面前自署の事実をねつ造してまで担保差入証等を偽造し、預金担保設定契約を偽装し本件各預金の収奪を故意に行った。担保差入れや払戻手続に際し、原告 A の意思確認はなされていなかったのであるから、少なくとも被告 B に過失があったことは明らかである。」と主張し、「加えて、被告 B は、担保権が設定されておらず、また相殺適状にない預金債権（具体的には、原告 A 名義の定期預金 [略]、E [原告 A の妻] 名義の定期預金 [略]）につき、原告 A に無断で違法に相殺処理した上、原告 A の承諾を得ることなく、D 名義の預金口座に送金するという違法行為も行い、当該預金残高及び利息を収奪した。」とも主張した。

そして、原告 A の「損害額」として、「収奪された金額合計4,238万8,002円 本件各預金につき原告 A が被告 B から収奪された金額は、別紙一覧表記載の『損害金元金』欄記載の預金相当額合計4,238万8,002円である。」と主張し、「実害として被った年14パーセント相当の確定遅延損害金の一部1,663万2,920円」を挙げ、さらに、「慰謝料1,000万円」を請求し、その理由として、「原告 A は、預け入れた金融機関に自らの預金を収奪されるという前代未聞の事件に巻き込まれ、他の金融機関に対する保証債務を履行することもできず、年14パーセントもの遅延損害金の負担を余儀なくされた。」「その上、平成13年〔2001年〕以降、被告 B に対し、預金の存在やその顛末を問い合わせても、預金の存在そのものを否定するという虚偽回答や、資料開示の拒否、不可能を強いる証書の提出要求により、真相解明を阻まれ続けた。平成21年〔2009年〕には、原告 A 所有不動産が被告 B によって競売申立てされ、人生そのものを狂わされたと言っても過言でない（もしも被告 B による本件各預金の収奪がなければ、上記競売を阻止できたかもしれない）。以上のような事

情を勘案すれば、原告 A が被った精神的苦痛に対する慰謝料の額は、1,000万円を下らない。」と主張した。

また、「弁護士費用690万2,092円」を主張し、その理由として、「原告 A は、本件損害賠償請求のため、弁護士への依頼を余儀なくされたことを挙げた。

したがって、「上記……記載の損害額合計の1割相当額（690万2,092円）が、被告 B の不法行為と相当因果関係ある損害である。」とし、「よって、原告 A は、上記……記載金額の合計額の一部として、金5,260万6,538円及び別紙一覧表記載の『備考』欄に『元本』と表示のある列の『損害金元金』欄記載の金額に対する『利息請求の起算日』欄記載の各年月日から支払済みまで複利計算による年5パーセントの割合による金員の支払を求める。」と主張した。

[3] 予備的請求関係については、原告 A は、次のように主張した。

まず、「預金払戻請求関係」について、「原告 A は、被告 B に対し、別紙計算書記載の番号……記載のとおり、各出金処理日欄記載の年月日において本件各預金を保有していたから、各預金契約（消費寄託契約）に基づき、別紙一覧表記載の預金元金合計4,238万8,002円及び各契約日（預入日）から訴え変更申立日（平成26年〔2014年〕10月21日）までの利息（年5パーセント）の総合計9,864万6,165円の払戻しと、これら預金元金及び預金利息に対する訴え変更申立日の翌日（平成26年〔2014年〕10月22日）から支払済みまで年5パーセントの割合による遅延損害金の支払を求める。」と主張し、D 名義の定期預金についての作成経緯は、①平成2年〔1990年〕12月14日、被告 B に預けていた800万円の通知預金と、②同じく被告 B に預けていた1,700万円の定期預金を解約し、これら2つの解約した預金に、③原告 A のコイン収入約100万円を加えた2,602万円を、被告 B に対し、自動継続（元利継続）型、定期預金として預け入れたものであり、原告 A が E 名義の定期預金の真の出捐者である。」と主張した。

次に、「不法行為を理由とする損害賠償請求」として、「被告 B による不法行為と損害の発生6,655万9,430円」を主張した。この理由として、被告 B は、平成13年〔2001年〕3月以降、原告 A から本件各預金について再三問い合

わせを受けていたにもかかわらず、預金の存在を否定し、預金履歴の開示も拒否して、本件各預金の存在と顛末を隠蔽した。預金者たる原告Aは、これにより権利行使を妨害された結果、本来であれば、本件各預金をもって弁済できた他の借入金について、新たに借入れを行い、あるいは弁済が履行遅滞に陥ったため、年14.6パーセント相当の遅延損害金の負担を余儀なくされた。本来、被告Bがかかる不法行為を行わなければ発生しなかった実損害額を資料に基づき計算したところ、平成30年〔2018年〕6月7日時点における総額は、合計1億6,227万2,390円となる。」と主張した。また、慰謝料1,000万円については、「被告Bは、平成13年〔2001年〕3月以降、原告Aから本件各預金について再三問い合わせを受けていたにもかかわらず、預金の存在を否定し、預金履歴の開示も拒否して、本件各預金の存在と顛末を隠蔽した。預金者たる原告Aは、これにより権利行使を妨害され、精神的苦痛を被ったので、被告Bに対して、不法行為を理由とする損害賠償（慰謝料）を請求できる。」と主張し、「さらに、本件各預金の存在を隠蔽されてその払戻しを受けられなかったので、被告Bに対し、不法行為を理由とする損害賠償（慰謝料）を請求できる。これらに対する慰謝料の額は、1,000万円も下らない。」と主張した。「弁護士費用266万3,292円」も主張した。

「よって、原告Aは、上記……記載の合計額の一部として、金4,482万4,126円及び平成26年〔2014年〕10月22日から支払済みまで民法所定の年5パーセントの割合による遅延損害金の支払を求める。」と主張した。

### (3) 当事者（被告）の主張

被告Bの「請求原因に対する認否」は、次のとおりである。

被告Bは、「請求原因……記載の事実のうち、原告A名義の定期預金番号〔略〕及びD名義の定期預金番号〔略〕が出金日時点において出金直前まで存在していたことは認めるが、その余は否認ないし争う。本件各預金に関する正確な取引の経過は別表〔略〕記載のとおりであり、預金元帳の読み方は別紙『預金元帳の読み方』〔略〕記載のとおりである。」と主張した。

まず、「主位的請求関係」の「被告Bの不法行為」については、「いずれも否認ないし争う。」とし、その理由として、「原告Aが主張する本件各預金は、いずれも適法に払い戻されており（具体的には、別紙『原告名義請求預金一覧表』〔略〕記載のとおり）、被告Bが収奪した事実はない。なお、仮に、被告Bが無権限の第三者に故意又は過失により本件各預金を払い戻したとしても、かかる払戻しは原告Aに対する関係では効力がなく、預金返還請求権は消滅しないから、原告Aの主張を前提としても、『権利又は法律上保護される利益』の侵害はない。したがって、原告Aの主張を前提としても、原告Aが主張する被告Bの不法行為が認められる余地はない。」とし、また、「これらの預金に関する平成11年〔1999年〕3月16日付け払戻弁済充当に当たり、条件変更申込書、条件変更申請書、融資元帳及び定期預金担保差入証において『相殺』と表記されていることは確かである。しかし、上記各書類は、いずれも被告Bの融資に関する書類であるところ、被告Bの融資実務においては、担保となった定期預金等の担保権設定契約を解除して預金を返還する手続を『解除』と称し、担保権設定契約を解除して預金を払い戻すと共に、当該金員を融資債権に充当する手続を『相殺』と称していたにすぎず、法的性質は相殺でない。実際にも、預金取引明細表兼残高表には、平成11年〔1999年〕3月16日に払戻弁済充当された原告名義の各定期預金について、いずれも『解約払戻』と明記されており、払戻しの処理がされたことが明確に記録されている。」と主張した。

「原告Aが被った損害」は、「否認ないし争う。」とした。

次に、「予備的請求関係」の「預金払戻請求関係」について、上記「記載の事実のうち、原告名義の定期預金番号〔略〕及びD名義の定期預金番号〔略〕の各定期預金が出金日時点において出金直前まで存在していたことは認めるが、その余は否認ないし争う。」とし、「D名義の定期預金……の真の出捐者は原告Aではない。」とした。

また、「不法行為を理由とする損害賠償請求」について、「否認ないし争う。」として、「原告Aが、被告Bに対し、平成13年〔2001年〕3月以降、本件各

預金について再三問い合わせをしたとの事実自体がない。また、被告 B が、預金履歴の開示を拒否して本件各預金の存在と顛末を隠蔽した事実もない。」「そもそも、被告 B には原告 A が主張する不法行為など存しない。また、原告 A が主張する損害は、いずれも特別損害に該当するところ、被告 B にはこれを予見していた事実も、その予見可能性も存しないため、いずれにしても原告 A の主張は失当である。」等と主張した<sup>9)</sup>。

## 2. 判旨——請求棄却

まず、「①事件」について、「請求原因……記載の事実のうち、原告 A 名義の定期預金番号〔略〕及び E 名義の定期預金番号〔略〕が、出金日時点において、出金直前まで存在していたことは、当事者間に争いが無い。」<sup>10)</sup>「そして、これらの定期預金債権の帰属は、実際の出捐者であると解される所、E 名義の定期預金は、原告 A の金員から出捐されたと認めるのが相当である……から、原告 A の預金である。また、その余の預金（原告 A 名義の定期預金番号……）については、預金名義人が原告 A となっており、特に原告 A 以外の者の出捐によることを窺える事情も見当たらないから、名義人たる原告 A の預金と推認するのが相当である。」と判示した上で、訴訟上の請求については、次のように判示した。

まず、「主位的請求」については、「被告 B の不法行為……の成否について」、「原告 A は、被告 B が、原告 A の了承ないまま本件各預金の払戻手続を行って、定期預金相当額を収奪した旨を主張する。確かに、原告 A 名義の定期預金の担保差入れの際に作成された『定期預金担保差入証』の原告 A 名下の署名は原告 A 本人が書いたものではない……し、それらの書類作成の際に被告 B の担当職員と原告 A とが直接面談していたと認定することもできない……。

9) なお、「抗弁（予備的請求のうちの預金払戻請求に関するもの）」や「抗弁に対する認否」は、略。

10) 判旨の紹介では、証拠摘示関係等については、省略した。「 」（ ）内は原文であり、「……」は、省略部分を示す。また、〔 〕内は、筆者が付加した。

しかしながら、その点だけをもって、原告Aの定期預金払戻しが原告Aの了承を得ていなかったと認定できるものではない。むしろ、これだけ多額に及ぶ定期預金があるのに、原告Aが10年間以上にわたって自ら払戻しも照会もしていなかった事実……に鑑みると、原告Aは、黙示的にせよ、原告Aの定期預金が払い戻されていることを是認していたと推認するのが自然であり、これに加えて預金元帳等……に上記定期預金が払い戻されているとの記録があることも総合勘案すれば、定期預金の払戻し等の手続は適法にされていたと評価・認定するのが相当である。

これに対し、原告Aは、相殺適状にないのに被告Bが『相殺』処理していたことも、被告Bの一連の不法行為を推認させる旨主張する。確かに、これらの預金に関する平成11年〔1999年〕3月16日付け払戻弁済充当に当たり、条件変更申込書、条件変更申請書、融資元帳及び定期預金担保差入証には『相殺』と表記されていることは確かである。しかし、上記書類は、いずれも被告Bの融資関係書類であるところ、被告Bの融資実務において、担保となった定期預金等の担保権設定契約を解除して預金を返還する手続を『解除』と称し、担保権設定契約を解除して預金を払い戻すと共に、当該金員を融資債権に充当する手続を『相殺』と称していたとの被告Bの説明もあながち不合理とはいえない（預金取引明細表兼残高表には、平成11年〔1999年〕3月16日に払戻弁済充当された原告A名義の各定期預金について、いずれも『解約払戻』と明記されており、払戻しの処理がなされたことが記録されている。）。そうすると、その法的性質は相殺でないことになるから、相殺適状にあるか否かにかかわらず、違法な処理とはいえない。したがって、この点に関する原告Aの上記指摘は、採用できない。

よって、原告Aの主位的請求は、その余の点について判断するまでもなく理由がない。」と判示した。

次に、「予備的請求」に関しては、「払戻請求についてまず、定期預金の払戻請求については、上記……に説示したとおり、適法に払い戻されていると認められるから、理由がない。〔次に、〕不法行為を理由とする損害賠償請求

について原告 A は、被告 B が本件各預金の存在や顛末を隠蔽した不法行為があったことから権利行使が妨げられた旨主張するが、上記……説示のとおり、適法な払戻しが行われていると認められるから、主張の前提を欠くといわざるを得ない。」と判示した。

次に、「②事件について」、「原告 A は、被告 B の不法行為を被告役員らが主導したとして、被告役員らが不法行為責任を負うべきである旨主張する。

しかしながら、前記で判示したとおり、本件各預金は適法に払い戻されていると認められるから、これに関する被告役員らの損害賠償責任は発生しない。また、その他にも原告 A が縷々主張しているところではあるが、本件全証拠を閲覧しても、被告役員らが損害賠償責任を負うとは考え難い。」とし、結論として、「原告 A の本件請求は、その余の点について判断するまでもなく、いずれも理由がないから全部棄却することとし、訴訟費用の負担について民事訴訟法61条を適用して、主文 [略] のとおり判決する。」とした。

### Ⅲ 様々な疑問点とその検討

#### 1. 自由心証主義違反について

本件判決には、経験則違反や弁論の全趣旨違反等、自由心証主義（民訴247条）の違反が見られる。これらは、日本の裁判所における事実認定の適正さに関わる問題であり、自由心証主義の実質化が望まれる課題でもあることから、以下では、まずこれらの点から検討していきたい。

#### (1) 自由心証主義・経験則違反

民事訴訟審理において適正な事実認定を行うために、自由心証主義が実質的に機能することが不可欠である<sup>11)12)</sup>。経験則は、自由心証主義の内在的制

---

11) 自由心証主義については、たとえば、春日偉知郎「自由心証主義」同『民事証拠法研究——証拠の収集・提出と証明責任』41頁（有斐閣、1991年〔初出、1983年〕）等を参照。

約の中核を占め、その採否の適切さが、個別事件の説得性や当事者の納得の源泉となる。

本件判決は、「確かに、原告 A 名義の定期預金の担保差入れの際に作成された『定期預金担保差入証』……の原告 A 名下の書名は原告 A 本人が書いたものではない……し、それらの書類作成の際に被告 B の担当職員と原告 A とが直接面談していたと認定することもできない……。」と判断しつつも、「しかしながら、その点だけをもって、原告 A の定期預金払戻しが原告 A の了承を得ていなかったと認定できるものではない。むしろ、これだけ多額に及ぶ定期預金があるのに、原告 A が10年間以上にわたって自ら払戻しも照会もしていなかった事実……に鑑みると、原告 A は、黙示的にせよ、原告 A の定期預金が払い戻されていることを是認していたと推認するのが自然であり、これに加えて預金元帳等……に上記定期預金が払い戻されているとの記録があることも総合勘案すれば、定期預金の払戻し等の手続は適法にされていたと評価・認定するのが相当である。」と判示した。

本件判決は、定期預金担保差入証の署名が本人の自署ではないこと、および、書類作成の際に本人面談がなされていなかったことを認めながらも、それだけで、原告 A の定期預金払戻しが原告 A の了承を得ていなかったと認定できるものではないと判示している。その際に根拠としているのは、当該定期預金の額の大きさ、および、10年以上にわたる払戻しや照会の事実の不存在であり、それらの認定から、原告 A による黙示的な払戻しのは是認（了承）を推認している。

しかしながら、経験則に照らし、社会通念上、預金額の大きさおよび払戻し・照会の不存在が、その「了承」や「是認」を、「自然」に「推認」することはできないだけでなく、そのような「推認」をすることは許されないのであろう。このような推認が認められれば、日本全国に夥しい数現存する金額の大きな休眠口座の預金は、たとえ払戻し等が偽造文書によるものであ

---

12) 自由心証主義の様々な現代的課題については、たとえば、新堂・前掲書注 (3) 595頁、川嶋・前掲書注 (3) 562頁等を参照。

ても、すべて合法的に他者により払い戻され得る事態が生じかねないであろう。しかも、なぜ自署ではないのか、なぜ、本人面談がなされなかったのかについて、書証や合理的な説明がない限り、そのような事実は、むしろ、本人の是認も了承もなかったことを推認させるとするのが自然であると考えられるのである。

そのことは、上記「預金元帳等」に払戻しの記録があり、それを「総合的に勘案」しても変わりがない。COMは金融機関の内部記録であり、払戻しの結果の記録にすぎず、偽造文書に基づく払戻しであっても、払戻しの記録が記されているにすぎないと考えられるからである。したがって、本人の自署等払戻しの適法性を基礎付ける証拠資料があればともかく、COM等の払戻しの記録自体は、原告Aによる黙示的な払戻しの是認（了承）を推認させるものでは、決してない<sup>13)</sup>。

もとより、経験則とは、個別的な経験から帰納的に得られた因果関係等の法則である。本件では、原告A本人が作成していない偽造文書が多数存在し、担当者ら自らが本人に会っていないこと、本人確認を行っていないこと、および、面前書類を作成していないことを認めており、原告Aの与り知らないところで担保差入契約が締結され、融資が実行されている。担保差入契約や預金払戻し行為の具体的な経緯についても全く解明されていない。つまり、被告Bは、本件に関する事案解明義務を怠っているのである。

とりわけ、本件には、敵性証人である被告Bの担当者らによる数多くの契約不存在（不成立、無効）を明確に推認させる証言内容（契約の成立の推認を妨げる事実、すなわち偽造文書作成の事実）、つまり、被告Bの担当者らによる文書偽造を認める証言（証拠資料）も存在している。これは、契約

---

13) COMによる取引明細書（写し）は、被告Bの取引に関する電算記録の写しであり、本件預金の払戻しを窺わせる記録が見られるものの、被告Bにおいて作成されたものであり、それのみによって弁済の事実を認めることができないことは、すでに、東京スター銀行事件の東京高判平成17年〔2005年〕1月19日・民集61巻3号1093頁で判示されたとおりである。そもそも、COMによる取引明細書には、払戻しの記録しかなく、実際に、何時どこで誰に払い戻したかの事実についての直接証拠となるものではないと考えられる。

成立に関する処分証書の偽造に関する証言ゆえに、契約の不成立に関する主要事実に関する直接証拠であるとも、実質的に評価することができる。そうすると、裁判所は、経験則上、それをもとにして権利利益侵害の認定を行わなければならないであろう。これが、先に述べた自由心証主義の内在的制約に従った帰結であると考えられる。

これに対して、被告 B は、個々の契約締結の具体的経緯に関する主張・立証を行うなどして、権利利益の侵害がないことの裏付け（違法性阻却事由）を抗弁的に主張・立証しなければ、権利利益侵害、つまり違法性の存在の認定は覆らないはずである。しかしながら、本件判決は、そのような判断過程を無視して、主要事実の認定をばかしかつはぐらかせて、原告 A の抽象的かつ包括的な「了承」や「黙示的な是認」の推認による、あるべき結論とは真逆の判断を行っている。しかも、大口預金を有する重要な顧客である原告 A との面談が存在しないこと自体、この種の取引では極めて不自然かつ異常である。それらの間接事実の存在は、むしろ被告 B が原告 A 名義のこれら契約の存在を本人に対して隠蔽する意図さえ推測されるのである。

これらの事実を総合的に考慮すると、通常の実験則からは、担保差入契約や預金払戻し行為の無効が推認でき、違法性の認定が導かれることになる。したがって、次に述べる(2)の点をも勘案すれば、明白な自由心証主義の違反なのである。

ちなみに、本件に関しては、衝撃的な事実が存在する。それは、本件に関連する事件において、本件でもキーパーソンとなった被告 B の担当者ら（K 証人と T 証人）が、文書の偽造を認める証言を行った口頭弁論期日が開かれた日の、その尋問がまさに終了し閉廷した直後に、D に近付き、手を握って謝罪行為を行った事実である。その際、被告 B の訴訟代理人弁護士が、2人を引き離そうとしたが、K 証人も T 証人も握った手を離そうとはしなかったとのことである。これもまた、被告 B 側も知る証拠価値の高い重要な事実であると考えられる。

## (2) 違法性阻却事由についての証明不奏功

本件は、故意・過失によって預金を剥奪された原告Aが、被告Bに対してその損害の賠償を求める不法行為請求訴訟である。本件判決が指摘するように、「原告A名義の定期預金の担保差入れの際に作成された『定期預金担保差入証』……の原告名下の書名は原告A本人が書いたものではない……し、それらの書類作成の際に被告Bの担当職員と原告Aとが直接面談していたと認定することもできない……。」のであるから、裁判所は、被告Bが、故意または過失によって違法に原告Aの預金に担保権の設定を行い、その定期預金の違法な払戻しをしたことを認めている。

それゆえに、裁判所は、本件不法行為訴訟において被告Bの行為の違法性について確信を得たと考えられ、被告B側に、証明の必要が移動し、その心証を真偽不明に持ち込むように反証を提出する責任が生じたと考えられる。これに対して、被告B側は、本件で問題とされた預金の払戻しの経緯について全く説明しておらず、その意味で反証提出責任を全く果してはいない。

すなわち、本件預金名義は7名計34口総額7,200万円にも及ぶ。すでに原告Aが明確に主張するように、平成11年〔1998年〕3月16日に、7名が一堂に会して預金の払戻しを受け、その金銭でもってDの被告Bに対する債務に弁済充当したとする被告Bの主張とその記録は、全く措信し難い。なぜならば、それは現実的に見て全く不可能であるからである。すなわち、その7名の中には、たとえば、寝た切りで面会謝絶の高齢者、精神障がいのために意思表示ができない者、架空の人物、担保差入当時に海外にいた者など、同日に預金の払戻しを行うことが不可能な者や他者による代理・代行を不可避免的に必要とする者が、確かに存在しているからであり、それにもかかわらず、その払戻しの適法性を証する証拠資料が何ら提示されていないからである。

しかも、その違法性の推認を真偽不明に持ち込むための具体的な主張や事実・証拠を全く提出していないのである。

それにもかかわらず、当事者の主張なき事実であってしかも説得力のない「黙示的な是認」等といった事実認定あるいは法理でもって、実質的に違法性の推認を覆したことは、単に後述のように弁論主義違反（→2）となるだけでなく、経験則違反でもあり、したがって、自由心証主義の違反となると考えられるのである。

### (3) 採証法則違反や「弁論の全趣旨」違反

本件判決は、上記で明記はしなかったが、その判決理由の各所で「弁論の全趣旨」（民訴法247条）に言及している。しかしながら、これほどまでに訴訟手続が長期化し、しかも、被告Bに不利な事実が数多く存在し、さらに、被告Bの側に様々な問題点（例、筆跡の偽造、証拠不提出等の反証不提出、不合理な事実、審理促進に対する非協力的な態度や、複数の担当者らによる不利な証言等）が存在するにもかかわらず、その種の実事摘示や証拠摘示をほとんど欠くばかりか、そのような審理過程における被告Bの諸種の態度についても、実質的に見れば、弁論の全趣旨による評価が一切行われていないようである。弁論の全趣旨の偏頗な援用である。提訴から7年という年月からは、何度か担当裁判官が交代し、弁論の更新が繰り返されたことなども、容易に推測できるが、たとえば「引き継ぎメモ」などが残されていたのだろうか、そのような訴訟における弁論の全趣旨の含意は不明である。確かに、口頭弁論の一体性・等価値性といった民事訴訟のフィクションが存在するにしても、本件判決にいう弁論の全趣旨は、誰のどの時点の認識に基づく評価であるかについて考えなければならない。そもそも、自由心証主義（民訴法247条）の趣旨、直接主義（同249条）の要請、擬制自白に関する民事訴訟法159条1項但書の趣旨、および、既判力の基準時（民執法35条2項参照）等に鑑みれば、弁論の全趣旨は、事実認定の基礎であるため、事実審の口頭弁論終結時に、裁判所が評価すべきであり、本件で多用された弁論の全趣旨に基づく事実認定は、相当に理解が困難なのである。

証拠裁判主義の要請からは、民事訴訟における弁論の全趣旨による事実認

定には、できるかぎり謙抑的であるべきであると考えられるが、このような弁論の全趣旨からの評価のあり方、あるいは、通例の金融機関にあるまじき本件業務態様等一連の行為に対する被告Bへの不利な評価についての沈黙は理解しがたい。つまり、当事者間の公平性確保の観点から見た場合に、被告側に不利な事実や証拠は、本件判決理由中ではかなり省略されていることが分かるのである。そのことは、採証法則に反するだけではなく、むしろ適切に考慮すべき弁論の全趣旨の不考慮といった自由心証主義違反等の問題も生じると考えられる。

日本の司法制度は、優れた法学教育・法曹養成教育に基づき、一般に高い能力を有する裁判官の全国展開に最大の特徴があり、日本の津々浦々などの裁判官であっても同様な事実関係の下では同様な判断が得られることを国民すべてが期待できると考えられる点にある。そのような合理的な裁判の実現の基礎が、裁判官にその活用が委ねられた自由心証主義にあるとすると、本件判決は、この点からも見直されるべきであろう。

なお、弁論の全趣旨は証拠調べの結果と並ぶ心証形成の素材にすぎず、弁論の全趣旨による主要な事実の認定を通じた弁論主義違反（不意打ち）も、阻止しなければならないであろう。

#### (4) 証明妨害の不考慮

本件の特徴は、本件不法行為訴訟において本来的に契約の有効な成立について証明責任を負い、違法性を阻却すべく主張立証責任を負うべき債権者、被告金融機関側が、積極的に立証活動を展開しない点にある。本件のような多額の金融取引で、「記録がない」ということ自体が不自然であり、通例、金融機関の基本スタンスとしては、多額の取引は大口顧客であり重要な顧客だからこそ、日頃の関係形成・信頼形成、紛争の予防や（時として起こりかねない）債権回収時のことを考え、訴訟をも見越して重要な書証として記録を丁寧かつ確実に保管しておくはずではないかと考えられる。それは、債権管理（債務管理をも含む。）の基本であり、金融機関にとっては自己防衛の

ためでもある。それにもかかわらず、いとも簡単に書類等の記録を廃棄してしまうことは、経験則上異例かつ異常であり、記録がないというのは、むしろ、この種の事件において有効な契約が締結されていないことなどを強く推認させる徴憑ともなりかねない。

したがって、本来提出すべきその種の書証を提出しないことは、反論・反証を恐れた隠蔽工作と推認されてもやむを得ず、証明妨害的な当事者の不作為とも評価できる。すなわち、自己の主張事実の証明に必要な証拠方法の入手が、相手方の故意・過失に基づく作為または不作為により困難または不可能にされることを理由に、相手方に不利な事実認定を行い、当事者双方の利益調整を図る法理が、「証明妨害」の法理<sup>14)</sup>である。本件では、このような証明妨害的行為が存在するにもかかわらず、なぜその行為者である当事者が勝訴するのか、全く不可解である。クリーン・ハンドの原則の観点からも、信義則上そのような帰結は許されないと考えられる。証明妨害を判決結果に反映させないこと自体、経験則違反であり、自由心証主義違反と考えることができる。

証明妨害に対する裁判例の基本的な態度や判断の方向性は、すでに、東京高判平成3年〔1991年〕1月30日（判例時報1381号49頁）において的確に示されている。

つまり、「保険金を支払おうとする保険契約者の無知に乗じて保険の効力の及ぶ期間を曖昧にする等の故意で、あるいは、それと同視し得る程度の重大な過失によって、遅滞分割保険料等を受領した日時を記載しない弁済受領書を交付した場合には、保険者は、遅滞分割保険料等の支払日時について、被保険者の証明妨害をしたこととなるものと解すべきである。このような証明妨害があった場合、裁判所は、要証事実の内容、妨害された証拠の内容や形態、他の証拠の確保の難易性、当該事案における妨害された証拠の重要性、経験則等を総合考慮して、事案に応じて、①挙証者の主張事実を事実上推定

---

14) この法理については、たとえば、新堂・前掲書注(3)632頁、川嶋・前掲書注(3)589頁等を参照。

するか、②証明妨害の程度等に応じ裁量的に挙証者の主張事実を真実として擬制するか、③挙証者の主張事実について証明度の軽減を認めるか、④立証責任の転換をし、挙証者の主張の反対事実の立証責任を相手方に負わせるかを決すべきである」と判示されたのである<sup>15)</sup>。

この裁判例は著名なものであるので、本件判決に対する控訴審では、原告Aに有利に斟酌される基礎の一端とされるべきであろう。なお、債権書類について、存在はしないが存在したとしてもA氏の署名によるなどといった被告Bの言い分は、民事訴訟法220条1項1号の「引用文書」の規定の趣旨<sup>16)</sup>からも明らかなように、信義則（民訴法2条）上通用しない主張である。

そもそも、金融機関は、仮に他者名義の預金をその他者の直接関与もなく担保に取るといった、常識的には考えられないイレギュラーな行為を行う場合には、本人名義の預金を担保に取る場合以上に、より慎重かつ丁寧な手続をとるべきである。当該他者の本人確認は不可欠であり、面前自署や面前押印、および、その契約の際の資料の保管期間は、通例の金融取引の常識から考えても、長期間が想定されなければならないであろう。それは、とりもな

15) この裁判例については、たとえば、上原敏夫「判例批評」判例評論395号〔判例時報1400号〕33頁（1991年）等を参照。さらに、最二小判平成9年〔1997年〕10月17日・民集51巻9号3905頁〔分割保険料を滞納すると保険金を支払わない旨の約款の下における滞納保険料の全額が支払われた場合の保険金支払義務の帰趨、および、保険料分割払約款におけるいわゆる保険休止状態の発生による保険金支払義務の消滅と保険休止状態の解消による保険金支払義務の再発生についての主張立証責任が問題となった事例〕も参照。

ちなみに、裁判所侮辱罪（Contempt of Court）の制度が存在し、関連資料の保存を規範的に要請するリティゲーション・ホールド（Litigation Hold）やディスカヴァリー（Discovery）における制裁の手続が存在するアメリカ民事訴訟法では、本件のような事案では、真逆の判決が言い渡された可能性がある。これらの制度については、たとえば、関戸麦編『わかりやすい米国民事訴訟の実務』37頁、147頁（商事法務、2018年）等を参照。日本でも、「司法妨害に対する制裁」に関する議論（三木浩一＝山本和彦編『ジュリスト増刊・民事訴訟法の改正課題』184頁〔有斐閣、2012年〕等）はあるが、アメリカのような公正志向の徹底度には及ばない。しかも、本件のような事案で、事件処理の核心が自由心証主義の渓谷に落とし込まれたような場合には、後述のように、争点中心主義の集中審理方式を経た控訴審としての高等裁判所における「統審制下の事後審の運用」（→Ⅳ）の前では、その事後的是正の道も、隘路となりかねないのである。

16) この規定の基礎は、公平の観念や信義則があると考えられる。川嶋・前掲書注（3）506頁参照。

おさず金融機関自体を保護するためであり、後日、自己の行為の違法性が疑われた場合にその雪冤を果すことが不可避となることが容易に推測されるからである。

金融機関サイドの文書破棄、存在否定および文書不提出は、それ自体証明妨害的行為であり、構造的な証拠の偏在が明白な事例で、その開示・説明責任が金融機関側にあることは明白であると考えられるからである。このことは、貸金業者に対して契約の付随義務として、信義則上、取引履歴を開示する義務があることを認めた最高裁判決（最三小判平成17年〔2005年〕7月19日・民集59巻6号1783頁<sup>17)</sup>の趣旨にも合致すると考えられる。この判決の判示事項は、「貸金業者は、債務者から取引履歴の開示を求められた場合には、その開示要求が濫用にわたると認められるなど特段の事情のない限り、貸金業の規制等に関する法律の適用を受ける金銭消費貸借契約の付随義務として、信義則上、その業務に関する帳簿に基づいて取引履歴を開示すべき義務を負う。」というものであり、最高裁が、原判決を破棄した事例である。

このような特筆すべき判断を行うに当たり、最高裁は、「貸金業法は、罰則をもって貸金業者に業務帳簿の作成・備付け義務を課すことによって、貸金業の適正な運営を確保して貸金業者から貸付けを受ける債務者の利益の保護を図るとともに、債務内容に疑義が生じた場合は、これを業務帳簿によって明らかにし、みなし弁済をめぐる紛争も含めて、貸金業者と債務者との間の貸付けに関する紛争の発生を未然に防止し又は生じた紛争を速やかに解決することを図ったものと解するのが相当である」などと判示し、貸金業者の監督に当たっての留意事項に関する「金融庁事務ガイドライン」や「大蔵省銀行局長通達」まで動員して、貸金債務者の保護を図ったのである<sup>18)</sup>。

このような最高裁判所の基本スタンスは、本件においても実現されるべきであったと考えられるのである。

17) この判例については、福田剛久「判例解説」『最高裁判所判例解説・民事篇〔平成17年度・下〕』472頁（法曹会、2008年）等を参照。

18) さらに、滝井繁男『最高裁判所は変わったか———裁判官の自己検証』211頁（岩波書店、2009年）も参照。

## 2. 弁論主義等違反について

弁論主義の第1原則である主張責任の原則、すなわち当事者の主張しない主要事実を判決の基礎にすることができないとする原則は、私法上の私的自治の原則を民事訴訟上に具現化させた大原則である<sup>19)</sup>。その原則の確保は、当事者に対する不意打ちを防ぎ、当事者に手続保障を確保させ、判決の正当性を保障し、手続的正義を実現するために不可欠の前提ルールである。

本件の第一審における審理過程の経緯を聴く限り、原告Aがすでに違法性の証明を果たした後に、反証として、本件各契約の有効な成立について証明の必要が移転した被告Bは、専ら、本件契約等が被告Bと原告Aらとの間で行われたとする「本人構成」を主張しており、「代理人構成」には言及さえしていなかった。しかも、その可能性を示す書証の提出等は全くなかったとのことである。そのような審理経過が存在したにもかかわらず、本件判決では、必ずしも明確ではないものの、本人との間の契約の締結の有効無効に関する判断を曖昧なかたちで割愛・放擲し、「黙示的な是認」という「黙示の追認」的な法理を用いて請求を棄却した。

その判旨の具体的な含意は、必ずしも明らかではない。ただし、法的には、2通りの含意を読み取ることができるであろう。それは、本件判決が、本件各契約の締結等について「本人構成」を採用したか、または、「代理人構成」を採用したかのいずれかである。両者は、択一的な法律関係にあるからである。

しかし、いずれの法律構成が採用されたとしても、本件判決は、弁論主義の第1原則違反となる。

まず、本件担保差入契約等は、A本人によって締結されたとする「本人構成」を裁判所が評価し、担保権設定行為も預金払戻し行為も無効であるが、Aの「黙示的な是認」ゆえに、事後的な追認がなされ、無効行為の有効化が図られたと判示したと考えた場合には、本件判決には明白な弁論主義違反が

19) たとえば、新堂・前掲書注(3)467頁、川嶋・前掲書注(3)424頁等を参照。

存在する。なぜならば、いずれの当事者も、そのような追認の事実を主張しておらず、そもそも追認、しかも「包括的一体的な法律行為の追認」の存否や内容自体、訴訟過程では全く争点とはなっていないからである。

次に、本件判決がいわば無権代理行為の「黙示の追認」を認めたものと評価される場合にも、やはり弁論主義違反が存在する。契約締結における「本人構成」・「代理人構成」の問題に関しては、後者の主張が全く存在しないにもかかわらず後者の法律構成を認めることは、弁論主義違反であると考えられるからである。確かに、契約締結に関して「本人構成」であれ「代理人構成」であれ、法律行為の効果に関する結論が変わらない限り問題がないとの判例<sup>20)</sup>も、古くには見ることができた。

しかしながら、その判例の事実関係と訴訟過程を見た場合には、実質的に不意打ちが存在しなかったと考えられる。基本的には、訴訟の過程において当事者間のかみ合った主張・立証が展開されることは不可欠であり、当事者間と裁判所が法律構成について共通認識をもちつつ審理が行われることが、不意打ちを防止し当事者の納得と満足が得られる源泉となる。このような立場からは、本件には、明らかな不意打ちがあると認められ、判例の立場からも、弁論主義違反として、破棄すべきであると考えられる。

ただし、その判例自体、私見では変更されるべきであると考えている。なぜならば、法律構成が変わる場合には、要件事実が全く異なることから、その防御方法も変わり、本件判決に見られるように、新たな主張や証拠の提出の機会が当事者から奪われ、不意打ち判決がなされる蓋然性が高くなるからである。たとえば、代理が争点化するとすると、それと関連する争点、すなわち、代理権の授与をめぐる問題、代理権の範囲内か否かの問題、代理権消滅の有無の問題、表見代理や追認の問題等が生じる可能性があるからであり、逆に、

---

20) 最三小判昭和33年〔1958年〕7月8日・民集12巻11号1740頁等を参照。また、最二小判昭和42年〔1967年〕6月16日・判例時報489号50頁〔当事者が代理人による意思表示であると主張している場合に、裁判所が、本人による意思表示であると認定した事例〕等をも対比的に参照。判例の概観として、たとえば、堀清史「判例批評」高橋宏志＝高田裕成＝畑瑞穂編『民事訴訟法判例百選〔第5版〕』〔別冊ジュリスト226号〕102頁（有斐閣、2015年）等を参照。

それが、非争点化されれば、本人との間での契約の成否について、新たな攻撃防御方法を提出できる可能性も生じるからである<sup>21)</sup>。

なお、契約が、代理人を介して成立したか否かは、弁論主義の第1原則との関係で問題となるだけではなく、法律構成にも関わり、法的観点指摘義務との関係でも問題となる(→4)。

さらに、本件判決が、「黙示的な是認」という事実(原告Aが担保差入れと払戻しを了承していた事実)、すなわち、当事者が主張しない「追認」的な事実の存在を認定した点にも、大いに疑問がある。そもそもその基礎となる主要事実の主張もないので、いずれの当事者も主張しないその種の事実の認定は、明白に弁論主義違反である。仮に、その過程で黙示的にその種の事実主張がなされていたとすれば、裁判所は、弁論主義の下では、そのことを釈明権の行使を通じて口頭弁論で顕在化させ、その争点化を行い、その点に

---

21) 以上の点については、川嶋・前掲書注(3)442頁を参照。

ここで述べた問題は、かつて、本文掲記の最高裁判決が言い渡される少し前の時期に、裁判官の間でも論争が存在した。坂井芳雄「契約が代理人によって成立したことの主張を要するか」近藤完爾＝浅沼武編『民事法の諸問題 [第1巻]』73頁、78頁(判例タイムズ社、1965年〔初出、1957年〕)が、民法上の代理に関する要件に該当する事実は主要事実であり、その主張がない限り法律効果を認定してはならないと論じていたのに対して、田辺公二「反対論として——契約が代理人によって成立したことの主張を要するか」同書82頁(初出、1957年)は、「仮に事実が弁論にあらわれていない場合でも、審理の全体の経過から考えて、何ら相手方に不意打を与えたおそれがないと認められる場合に、裁判所が証拠に基いて進んでこの事実を認定したとしても決して違法ではない。」と論じていた。ただし、田辺判事も、「例外的に、主張をまずに認定することが相手方に非常な不意打を与えたり、或は、代理人による契約の締結が訴訟物の同一性のメルクマールの一つとなっているような特殊の事情のある場合は、……結論を異にすることはいうまでもない。」(同書86頁)と論じていたのである。アメリカ法の影響を受けたと見られるプラグマティックな議論である。私見は、坂井説(主張必要説)に与するものであるが、仮に田辺説(主張不要説)に与するとしても、本件は、明白にそこで挙げられた主張不要説の例外に該当し、原告Aに非常な不意打ちを与える事案と考えられる。

しかも、一般論ではあるが、大手弁護士事務所の多数弁護士によって代理された被告金融機関が、仮に代理人による契約関係の証拠があるとすれば本文掲記の最高裁判例を熟知しており意図的に代理人による契約の成立の主張を行わないといった場合は(ともすれば弁護過誤ともなりかねないことから)およそ想定できず、また、仮に前記証拠があれば通例主張漏れを行うことなど、およそ考えられないのであり、その主張漏れを、簡易裁判所の本人訴訟のケースならばともかく、地方裁判所が釈明権さえ行使することなく判決段階で救ってあげる必要性など、全くないと考えられるのである。

関する弁論（対論）の機会を与える義務を負うのであり、その不履行は、釈明義務（民訴149条）の違反さえをも招来することになるであろう。

### 3. 違法な裁判官立法？

本件判決は、＜無効な定期預金担保差入れや無効な定期預金払戻しの各行為が存在しても、預金の金額が大きく、しかも長年払戻しも照合もされていなければ、無効な担保差入れや定期預金払戻しの各行為が、包括的に合法になり、その各行為の際に偽造文書の作成に加担またはそれを黙認した金融機関であっても、その責任を免れる。＞という「新たな判例法理」を創造したように思われる。

しかし、このような法理を裁判所が定立すること自体疑問である。しかも、このような法理が成り立ち得ないことは明白であろう。またそもそも、このような裁判官立法を行うことは、違憲・違法であろう（憲法41条参照）。それを肯定する立法事実に類する事実も存在しない。本人の与り知らないところで巧妙に他者の定期預金の担保差入契約を偽造し、当該「多額の」定期預金について長い年月「払戻し」や「照合」がなされなければ、（この意味は不明であるが）「黙示的な是認」が肯定されるとすれば、電子通帳の場合やインターネットを介した預金照合が可能な場合を除き、人はあたかも永井荷風のように預金通帳を持ち歩かなければならなくなり<sup>22)</sup>、しかも、（本件事案は、コロナ禍に見舞われる前の事案であるが、）現在のようないわゆる「三密」回避の時代に、頻繁に銀行窓口か ATM に立ち寄り、定期的な記帳を行いつつ預金照合をしておかなければ、たとえ金融機関が加担した偽造文書に基づくもの（と推認され得るもの）であっても、適法に預金を喪失することになってしまう。このようなことを、日本の裁判所が認めることなど、普通の日本国民・市民の視点からも完全な意想外の出来事であり、金輪際あって

---

22) 永井荷風（磯田光一編）『摘録・断腸亭日乗〔下巻〕』366頁（岩波書店、1987年）〔昭和29年（1954年）4月27日の項参照〕。より詳しくは、松本哉『永井荷風という生き方』174頁（集英社、2006年）参照。

はならないことと考えられるからである。

なお、もしも休眠口座に対する金融機関の対応を可能にするためには、たとえばアメリカ等におけるように立法が不可欠であり、仮に銀行取引約款等による場合は、契約締結時における個別説明と個別同意が不可欠であると考えられるのである。人は処分、没収、喪失などの不利益を見越して預金することなど、およそ想定できないからである。

より実質的に見た場合に、本件判決は、いわば悪意者（害意者・背信的悪意者）に結果的にある種「公信の効果」を付与するがごとき誤った判決であると考えられる。なぜならば、あたかも、金融機関が、預金者の不作為（払戻し・照合の不存在）を「黙示的な是認」と信じたことにして、その帰結として責任を回避させているようにも見えるからである。しかし、そもそも金融機関は悪意（害意・背信的悪意）であり、公信的效果を認める前提（外観優越法理の適用の基礎）を欠くことは言うまでもない。それは、後述するように、信用金庫法1条の目的に反する（→6）だけではなく、このようなことが認められれば、裁判所が当該事案・事件限りで利根的・場当りの当該金融機関を救ったとしても、長い目で見ればいわば蟻の一穴を司法が創造することを通じて日本の金融システム全体の崩壊を招き、金融機関等による組織的な金融犯罪の多発化を招来させることになるであろう（金融機関が信用できないことから、いわゆるタンス預金が増加すれば脱税や犯罪の温床を創出することになりかねないであろう）。公信的效果が本来的に企図する取引の安全に裨益するどころか、むしろ金融取引界に大混乱を来し、日本市民社会における私的自治の原則を侵害するだけではなく、国家機関である裁判所がそのようなことを認めてしまえば、財産権の保障を規定した憲法29条にも反することになるのである。裁判所の信用創造にも逆行する。

本件は、あたかも金融機関のために、しかも、後に述べるように（→5）、不熱心な訴訟追行を行った金融機関のために、裁判所が、勝訴できるように新たな法規範を創出したかのごとき様相を呈している。個別事件で真に法的救済を受けるべき金融被害者のためではなく、加害者の立場に立つ金融機関

のために、汎用性が無いどころか個別事件の具体的局面での適用さえ妥当性を欠く準則の創造が行われている。それは疑問であり、上訴審で是正されなければならない判決でもあるであろう。

ちなみに、不動産競売の公信的効果を明文で規定した民事執行法184条に関してさえ、最高裁判所は、その適用については慎重な態度をとる。すなわち、不動産所有者が知らないまま、偽造文書によって登記名義が第三者に移転し、その第三者が設定した抵当権に基づき競売が実施された場合に、最高裁判所（最三小判平成5年〔1993年〕12月17日・民集47巻10号5508頁）は、競売の公信的効果を否定し（買受人の所有権取得を否定し）、真の所有者を保護する判決を言い渡したのである<sup>23)</sup>。これは、競売代金を支払った善意無過失の買受人でさえ、その基礎に偽造文書が介在している場合は、公信的効果を認めないと判示するものであり、たとえ所有者が競売手続について悪意でも、現実にその手続において手続保障がない限り所有権を奪われないとするものである。このような手続保障のない真の所有者の権利保護を志向する最高裁判所の賢慮は、単に不動産という物権だけではなく、本件のように、原告Aに手続保障の全くなかった本件事案における定期預金債権（債権）の保護の局面でも、貫徹されるべきであろう。

#### 4. 法的観点指摘義務違反について

確かに、「裁判官は法を知る」の法諺に示されているように、最終的な法適用は裁判官の職責かつ専権ではあるものの、近時、「法領域における手続保障」の要請から、当事者の法的対論の機会の保障が、民事訴訟法における重要な課題となっている<sup>24)</sup>。そのことは、すでに判例においても認知されている（例、最一小判平成22年〔2010年〕10月14日・判例時報2098号55頁、判

23) この判例については、たとえば、山本浩美「担保競売における公信力について」上智法学論集35巻1・2号131頁（1991年）、宇野瑛人「判例批評」上原敏夫＝長谷部由起子＝山本和彦編『民事執行・保全判例百選〔第3版〕』56頁（有斐閣、2020年）等を参照。

24) たとえば、徳田和幸「法領域における手続保障」同『フランス民事訴訟法の基礎理論』86頁（信山社、1994年〔初出、1981年〕）、新堂・前掲書注（3）496頁等を参照。

例タイムズ1337号105頁等)<sup>25)</sup>。これが、法的観点指摘義務の問題であり、当事者の法的対論の機会を提供し保障する義務が裁判所にあるとするもので、その違反は、弁論主義における釈明義務違反と同様に、破棄差戻しの事由となり得る。

本件判決は、<無効な定期預金担保差入れや無効な定期預金払戻しの各行為が存在しても、預金の金額が大きく、しかも長年払戻しも照会もされていなければ、無効な担保差入れや定期預金払戻しの各行為が、包括的に合法になり、その各行為の際に偽造文書の作成に加担しまたはそれを黙認した金融機関であっても、その責任を免れる。>といった規範を定立した。つまり、<預金担保権設定契約・預金払戻し行為が無効であっても、預金金額の大きさ、一定期間の払戻し・照会の不存在の事実があれば、払戻しにつき黙示的な是認があるので、金融機関は責任を免れる。>といった内容の規範である。

そのような法理も規範も、まず存在し得ないし、そのような規範の存在も適用可能性も、原審の審理過程で当事者には示唆さえもされていなかったとのことである。それゆえに、それらの点に関する当事者、とりわけその種の法理の不意打ち的な適用により、意想外の敗訴判決を受けた原告・控訴人Aに対する弁論権侵害となり、控訴人Aには改めて対論の機会が与えられるべきである。先に述べたように、仮に上記法理の含意が、契約締結に関する「代理人構成」としての評価や認定を意味するものであるならば、「本人構成」と「代理人構成」（使者等による場合も同様）とでは、基本的に攻撃防御方法が相当異なり、前者しか主張されていない場合に後者を認定するのは、法適用面でも不意打ちになることから、やはり法的観点指摘義務違反となるであろう。

なお、本来的に金融取引においては、商慣習等とはもかく、事後的に黙示的な了承・是認・承認なる法理の適用は、基本的に許されないと考えられる。仮に合法的な金融取引を行っている金融機関であるならば、後に争いの種に

---

25) この判例について簡潔には、たとえば、川嶋四郎「判例批評」法学セミナー687号160頁（2012年）等を参照。

ならないとも限らない「黙示的な〇〇」が認められるような局面や状況では、行為規範を遵守し、それを回避するか、あるいは、積極的にそれを書面化しておくというのが健全な金融実務であり、それを怠った金融機関を事後的に裁判所が、いわば「評価規範の事後的創造」を通じて、預金喪失者の犠牲の下で救済する必要性など、全く存在しないのである。

## 5. 不熱心訴訟追行等に対する評価問題について

すでに、いくつかの箇所ですべてきたように、本件原審における被告Bの訴訟追行姿勢・態度には、全うな金融機関としてはおよそ理解不能な不熱心訴訟追行スタンスが見られる。裁判所における釈明権の行使に応じず、証拠の構造的な偏在が存在する事案で、金融機関である被告Bが、十分に書証を提出することなく、立証の拒否を言い続けたのであり、先に述べたように、クリーン・ハンドの原則違反が存在し、訴訟上の信義則（民訴法2条）上も許されない行為を繰り返したのである。これらは、明白な不熱心訴訟追行行為である。そのような態度をとり続けた被告金融機関が勝訴するといった本件判決の帰結は、全く理解することができない。不熱心訴訟追行とはいかなる訴訟追行態度をいうかについては、多様な見解が考えられる<sup>26)</sup>が、本件のような事案が不熱心訴訟追行に該当しないと考える研究者は、ほとんどいないのではないかと考えられる。

---

26) 当事者の欠席等について、たとえば、中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編『新民事訴訟法講義〔第3版〕』279頁（有斐閣、2018年）は、「不熱心訴訟追行」と呼び、新堂・前掲書注（3）532頁は、「弁論の怠り」と呼ぶ。この背景には、両当事者が口頭弁論期日等に出席して弁論を行い弁論の活性化を実現することを民事訴訟審理の理想とする考え方がるように思われる。川嶋・前掲書注（3）362頁参照。ただし、当事者が出席している場合でも、訴訟行為レベルでの不熱心訴訟追行は見られる。訴訟行為の不作為等による不熱心訴訟追行である。そのような事態が顕在化したのが本件ではないかと思われる。ただし、個々の訴訟行為の信義則等による規律では賄えない問題でもある。「信義誠実訴訟追行義務」（民訴法2条）や「弁論の全趣旨」（同247条）の活用による原告勝訴判決の言渡しさえ、待望される事案であろう。

なお、当事者の欠席事例ではないので、本件とは直接的には関係がないが、「審理の現状に基づく判決」における「当事者の訴訟追行の状況を考慮し」（同244条）た終局判決の言渡しで考慮される「手続保障の充足としての〔判決言渡しの〕成熟」性の趣旨から見ても、本判決の帰結は説得性を欠くと考えられる。

近時の民事訴訟における最大の目的の一つが、迅速な裁判であること（裁判迅速化法、民訴法2条）、本件が不法行為訴訟ではあるものの契約の成否が問題となった事案であること、当事者が文書・データ管理をも企業経営の命脈とする巨大金融機関であること、顧客に対する丁寧な説明義務が求められる業種であること、さらには、後述のように（→6）、信用金庫法1条の趣旨等を考慮すれば、被告Bの不熱心訴訟追行スタンスは、理解に苦しむ。敗訴を覚悟していたのか、それとも、別の何か一定の結果を期待してそのような基本スタンスをとったのか、分からない。それにもかかわらず、そのような不熱心訴訟追行当事者に有利な帰結を裁判所が創案してあげるような基本姿勢には、さらに理解に苦しむものがある<sup>27)</sup>。

多数の顧客を擁する大規模金融機関の責任を、むしろ裁判所は、今後の金融実務の健全化をも視野に入れて厳格に判断すべきであったと考えられるからである。

なお、本件には、先に述べたように（→1(1)）、原告Aから見て、敵性証人の決定的に重要な証言が存在した。それは、契約偽造の証言であり、本人面談不存在の証言等である。しかし、本件判決は、それらの重要な証拠原因となるべき証言を無視した判決を言い渡した。これは、そのような重大な証言に基づいた判断を期待して然るべき原告Aに対する明白な信義則違反でもある。

さらに、このような訴訟上の不熱心な対応は、民事訴訟法上の問題だけではなく、信用金庫法上も問題である。この点は、信用金庫法にも反する行為である。銀行法を準用する信用金庫法89条は、信用金庫の業務に係る禁止行為として、顧客に対し、虚偽のことを告げる行為を罰則付きで禁止し（銀行法13条の3の準用、信用金庫法90条の4第1号〔1年以下の懲役若しくは100万円以下の罰金に処し又はこれを併科〕）、かつ、顧客の利益保護のため

---

27) これは、究極的には裁判所の信義則違反ともなり得るであろう（民訴法2条参照）。裁判所の行為に対する信義則の適用については、川嶋四郎『「民事訴訟と信義則」論における新たな局面について——裁判所の行為への信義則の適用可能性に関する覚書』同志社法学401号53頁（2018年）を参照。

の体制整備として、顧客の利益が不当に害されることのないよう、内閣府令で定めるところにより、当該業務に関する情報を適正に管理し、かつ、当該業務の実施状況を適切に監視するための体制の整備その他必要な措置を講じなければならない（銀行法13条の3の2の準用）と規定している。しかし、本件で被告Bは、このような業法に反する行為を公然と行っており、これは、実体的に見れば、公序良俗（民法90条）違反行為である。このような行為が、裁判所における訴訟過程を通じて、いわばロンダリングされ、金融機関の責任が否定されることなど、決してあってはならないのである。

つまり、偽造文書による預金担保設定契約や預金払戻しの行為は、次に述べるように、明白な信用金庫法違反行為である。被告Bが、自己の存立の基盤となる信用金庫法に違反する行為を行うことは、実体法上、公序良俗違反の行為であり、不熱心訴訟追行を超えた、悪質な違法行為なのである<sup>28)</sup>。

## 6. 信用金庫法等の違反について

先に明記したように、本件の被告Bは信用金庫である。

一般に、信用金庫とは、信用金庫法に規定された金融機関であり、金融庁の監督に服する。信用金庫の目的は、信用金庫法1条が明記するように、「国民大衆のために金融の円滑を図り、その貯蓄の増強に資するため、協同組織による信用金庫の制度を確立し、金融業務の公共性にかんがみ、その監督の適正を期するとともに信用の維持と預金者等の保護に資することを目的とする」のである。

信用金庫は、一定地域内の中小企業者や地域住民を会員とし、相互扶助を目的とする協同組合組織の金融機関である。融資対象は会員を原則としているが、会員以外への融資も一定の条件で認められている。ただし、預金は会員以外でもすることができる。昭和26年（1951年）の信用金庫法の制定によ

---

28) 本件のように、不熱心訴訟追行が認められる場合にそのような訴訟追行をした当事者が勝訴するとすれば（あるいは、その当事者に勝訴が期待され約束されるとすれば）、日本の民事裁判実務で、特定の当事者によるいわば「戦略的不熱心訴訟」とも言うべき訴訟追行形態を顕在化させる事態も創出されかねないであろう。

り、信用金庫は、比較的大きな規模の信用組合が信用金庫へと改組したので、組合としての性格が強い信用組合と、一般金融機関である銀行との中間に位置する金融機関であると言われている<sup>29)</sup>。いずれにせよ、信用金庫は、国民大衆を視野に、「貯蓄の増強」を図り「地域経済」の健全な発展に寄与すべきものである<sup>30)</sup>。

すでにコロナ禍以前から、信用金庫は、株式会社に対抗して創られた協同組織運動の金融部門であり、単なる金融機関ではなく、「お金の弊害」を是正するために生まれた社会貢献企業であると、言われてきた<sup>31)</sup>。信用金庫では、コミュニティを重視した経営が中心となり、その3つのビジョンとして、「中小企業の育成発展」、「豊かな国民生活の実現」および「地域社会繁栄への奉仕」が語られたこともあったのである<sup>32)</sup>。

信用金庫法は、いわゆる業法ではあるが、これによれば、信用金庫の責務は、国民大衆すなわち預金者の「貯蓄の増強」であり、「公共性」を有する金融機関として、適正な監督の下で「信用の維持」と「預金者等の保護」に資する行為を行う義務を負う。医師や弁護士が、プロフェッションとして高度の注意義務を負うのと同様に、公共性を有する金融機関は、預金者の預金保護等のために高度の注意義務を負う。それは、特定物の引渡しに関する善管注意義務（民法400条）に相当する義務、あるいは、公共性を有する金融プロフェッションとして、それ以上の高度の義務を有すると考えられる。特に、金融機関は、預金者のいわば受託者として、信託法における善管注意義務（信託法29条）だけではなく、忠実義務（同法30条）に相当する義務を、

29) 以上については、川口恭弘『現代の金融機関と法 [第5版]』25頁（中央経済社、2016年）、一般社団法人・全国信用金庫協会のHP（<https://www.shinkin.org/shinkin/seido/>）等も参照。

30) ちなみに、銀行は、「銀行の業務の公共性にかんがみ、信用を維持し、預金者等の保護を確保するとともに金融の円滑を図るため、銀行の業務の健全かつ適切な運営を期し、もつて国民経済の健全な発展に資することを目的とする」（銀行法1条）のものであり、「国民経済」を視野に入れた業務活動を行うと、一応法律上の役割には異同が見られる。

31) 吉原毅『信用金庫の力』5頁（岩波書店、2012年）。

32) 吉原・前掲書注（31）30頁、48頁等を参照。なお、コロナ禍における信用金庫の現状の一端については、川嶋四郎「コロナ禍における法的セーフティネット形成の諸相——『民事裁判のICT化』と弁護士・地域金融機関等の役割を中心に」（2022年、近刊）参照。

預金者である受益者のために負っているとも考えることができる。これらの義務は、信用金庫法上の信用金庫の預金者に対する義務の基礎をなすと考えられる。

先に述べたように（→5）、信用金庫法上、信用金庫は、銀行同様に、顧客に対し、虚偽のことを告げる行為を行ってはならず（罰則付き禁止）、かつ、顧客の利益保護のための体制整備として、顧客の利益が不当に害されることのないように、当該業務に関する情報を適正に管理し、かつ、当該業務の実施状況を適切に監視するための体制の整備その他必要な措置を講じなければならないとされている。預金者は、預金契約（消費寄託契約）上、当然に自己の預金情報について知る権利（憲法21条）を有し、信用金庫は、契約の付随義務（信義則上の義務）として、信用金庫法に従い適正に管理されたはずの預金者の預金情報につき、説明義務を負っている（預金名義人・本人に対して情報提供義務を負う。）。

本件では、裁判所が、釈明権の行使として、被告Bに対し、契約締結の経緯に関する個別具体的な説明を求めたにもかかわらず、被告Bが回答を拒絶する態度は、上記、善管注意義務・忠実義務に相当する義務の違反である。それは、預金者の知る権利の侵害であり、明白な説明義務違反・信義則違反であり、しかも、適正な情報管理や預金者保護を蔑ろにする点で、信用金庫法違反でもあり、公益性を持った業法違反として公序良俗違反といえることができる。

本件は、内閣総理大臣や金融庁が、監督機能を発揮すべき事例でもあると考えられる。

要するに、金融機関が、無断融資契約により高利を貪り、無断担保権設定契約や無断預金払戻しの行為を通じて高利の債権回収を図るような行為は、真に保護されるべき顧客を蔑ろにした違法行為であり、そのことを結果として正当化した本件判決は、全面的に破棄されるべきであると考えられるのである。

## 7. 過失相殺の不許について

本件には、不法行為による損害賠償請求の訴えも予備的に併合されているが、これまで述べてきた理由から、仮にも主位請求が認容されなかった場合には、原告Aのこの請求を全面的に認容する判決を言い渡すことが妥当な事案であったと考えられる。ただし、そこで問題とされかねないのは、過失相殺による被害者側の損害賠償額の減額可能性である。しかしながら、本件ではその余地は全くないとする。

過失相殺とは、被害者側の過失を考慮し、不法行為の加害者と被害者との間で損害の公平な分担を実現する制度である。

本件は、いわば大規模金融機関が、取引関係にある被害者の家族を使って共用の金庫に保管された印章を盗用させ、または、印章盗用の事実を知りつつ黙認し、故意に被害者の本人確認を省略し、被害者の与り知らないところで担保差入証等を偽造し、預金に対する虚偽の担保権設定契約を締結し、自己の債権回収を成し遂げたかのような事実が存在する事案である。預金の担保差入れやその払戻手続を行う際に、金融機関としては本来当然に行うべき原告Aの本人確認を行うどころか、一連の手続を故意に被害者に知られることなく実行していた。本件は、本来預金者の預金保護に努めるべき金融機関が、隠然と原告Aの預金を担保に差し入れさせ自己の債権回収を目論み、そして実現した事案である。被告Bの故意に起因する事案であり、被告Bの責任は極めて重いものと言わざるを得ない。

その取引過程において、被害者サイドには、そのような事態の進行を知らなかったことについて、過失は全く存在しない。万が一知りまたは知り得べかりし事情が存在していたとしても、その種の事情が存在していれば原告Aは即座に預金保護の手段をとったと考えられるが、本件ではその種の事情が存在しなかったがために、預金保護の手段を講じる機会さえ、全く存在しなかったのである。

なお、本件事案に万一印章管理の問題があるとしても、本件は、関与者の

存否は分明ではないものの、窃盗関係事案（親族窃盗事案）であり、かつ、悪質な違法行為が明白な事案である。それゆえに、被害者の損害賠償額の減額でもって、本来、偽造文書による債権回収を積極的に推し進め実質的に見て「窃盗」に加担したとさえ評されかねない被告 B 側（本来的使命が預金者を保護すべき立場にある金融機関側）が負担すべき損害賠償額（払戻義務を負う預金相当額等の金額）について一定の減額を行うことは、公平の観点から全く許されないと考えられる。

金融機関が、文書偽造による故意の預金剥奪を行った事例で、被害者の過失を認め、過失相殺をすることは、あたかも「盗人に追い銭」を与えるようなものであり、決して許されるものではないであろう。

したがって、原告 A の損害賠償請求については、損害賠償額として全額が認容されるべきである。この帰結は、本件における被告 B の行為が、「相殺」であるか否かに関わりなく維持することができると考えられる。

#### IV おわりに——自由心証主義の健全化に向けて

現行民事訴訟法が施行され20年以上が経過した。その間、第一審地方裁判所における争点中心型の集中証拠調べの方式が全国的に普及し定着することによって、高等裁判所の民事訴訟審理においては、現在、いわば「続審制下の事後審的運用」<sup>33)</sup>が定着しつつある。第一審記録に基づき、第一審判決の当否について先行的な判断を行い、控訴理由が納得できる場合にのみ、控訴審において審理を続行するという、この審理方式には、一応の妥当性も合理性も存在する。

しかしながら、それはあくまで事案・事件・判決依存的な問題である。

第一審判決の当否についての先行的な判断は、第一審記録に基づき精査さ

---

33) 田尾桃二「いわゆる『実務の知恵』について」判例タイムズ781号4頁（1992年）〔これは旧法下の論文である。〕、新堂・前掲書注（3）928頁、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第8版〕』840頁〔上野泰男執筆〕（弘文堂、2015年）、川嶋・前掲書注（3）897頁等を参照。

れなければならず、しかも、その判断結果である判決における事実認定と法的判断についても、続審としての控訴審が新たな視点から厳密に再検討しなければならない。そうでなければ、最後の事実審としての控訴審の存在意義が没却されてしまうからである。本件では、たとえそのような事後審的運用がなされたとしても、第一審の訴訟事件記録には、本件判決を覆すに足る十分な訴訟資料も証拠資料も、既に編綴されていると考えられるのである。

本件は、提訴から7年にもわたる審理の帰結である判決にしては、あまりに粗雑な判決であり、その判決理由も、全く理解することができない内容のものである。一審集中は、それ自体控訴審の事後審的運用を正当化しかねないが、それはあくまで説得力があり当事者も納得せざるを得ない第一審判決について言えることである。むしろ、本件第一審事件記録と被告Bの不熱心訴訟追行等を総合的に評価する限り、第一審裁判所は、全く逆の判断を行うべきであったと考えられる。文書を偽造し、重要な点につき主張を変遷させ、金融機関であるにもかかわらず契約関係等の書証を提出できず、契約締結等の具体的な経緯も説明できず、裁判所の釈明権の行使に対して露骨な拒否的態度を示し、原告Aに対して証明妨害的な態度をとり、事案の真相解明を阻止し続けた当事者が勝訴することは、正義を実現すべき裁判所においては決してあってはならない。事実認定や法的判断の点だけではなく、事件のスジやすわりの点でも、そのような裁判は許されない。

本件判決に関しては、自由心証主義の健全化の問題や裁判所の役割を考えざるを得ないのである。

本来的に預金者の預金に対して善管注意義務を負う金融機関が、文書偽造を見抜き阻止するのではなく、逆に、自らそれに加担し、かつ、預金者の預金を自己の利益の増進のために他者からの債権回収に充てるという犯罪的行為にお墨付きを与えるかのような判決の確定は、絶対に阻止されるべきである。これが、日本の金融機関を信頼し、預金に勤しむ日本国民・市民の悲願である。規制緩和以降の日本社会において、事後的な救済機構として期待されている裁判所が、その使命を果すことなくむしろ二重の被害を作出するよ

うな事態は、是が非でも回避されるべきである。それは、裁判所の誤った判決による、正当な補償なき財産権（憲法29条1項・3項）の侵害をも惹起せしめることになってしまうからである。

なお、万が一にでも本件判決のような判決が繰り返されたならば、休眠口座が多数存在する日本の金融機関に、「偽造文書」を通じた他者の不良債権の回収のための道を拓くことにさえなりかねないであろう。

裁判所においては、信用金庫法1条に反し、信用金庫が、預金者の保護を図るところか、他者（被害者の近親者）と結託して、預金者（被害者）の預金を勝手かつ巧妙に自己の債権回収に回し、信用の維持を自ら掘り崩す行為を行うことなど、決して許されてはならない。

したがって、本件判決の全面的な破棄こそが、金融被害に苦しむ国民が日本司法に対する信頼を回復する機会ともなると考えられるのである。

以上で、本件判決の検討を終えるが、本件判旨の背景にある問題についても、言及したい。それは、「金融機関は、人にお金を貸すのではなく、ハンコと書類にお金を貸してきた」<sup>34)</sup>などと言われる問題である。本件判決では明示的には判示されていないが、本判決の背景には、この問題が横たわっているように推測される。自由心証主義の実質化・健全化に関わる、いわゆる「二段の推定」をめぐる問題である。

この法理は、文書中の印影が本人または代理人の印章によって顕出された事実が確定された場合には、反証がない限り、その印影は本人または代理人の意思に基づいて成立したものと推定するのが相当であり、その推定がなされる結果、その文書は、民事訴訟法228条4項（当時は、326条）にいう「本人又はその代理人の署名又は押印があるとき」の要件を充たし、その全体が真正に成立したものと推定されるとするものである<sup>35)</sup>。この法理をめぐる問

34) たとえば、北健一『その印鑑、押してはいけない！——金融被害の現場を歩く』78頁（朝日新聞社、2004年）を参照。ここでは、ベンジャミン・フルフォード『泥棒国家の完成』（光文社、2004年）が引用されている。

35) 「二段の推定」に関する問題については、たとえば、司法研修所編『民事訴訟における事実認定』74頁（法曹会、2007年）、川嶋四郎『民事訴訟における私文書の成立の真正に関する「二

題は、すでに別稿で論じたことから詳論はしないが、本判決の背景には、「二段の推定」を覆す、原告Aの実印盗用の事実またはその可能性の事実が存在することを、指摘しておかなければならない。それゆえに、本判決では、裁判所がそもそも「二段の推定」法理を用いることができなかったことから、先に述べてきたような無理な事実認定を行い、意想外の法律構成を用いざるを得なかったのではないかと推測されるのである。

現在、「民事裁判のIT化」（私見では、「民事裁判のICT化」）が進行する中で、近い将来には、日本の場合もアメリカにおけるように判決の全件公開も想定される（私見では、全件公開が、原則となるべきであると考ええる。）。民事訴訟にも民事手続にも、「ユビキタス・アクセス権」が保障されなければならない<sup>36)</sup>。インターネットを通じて、判決書を中心とする裁判書が原則として一般に公開されれば、先例としての参考資料となるだけでなく、判決理由に対して納得できる判決か否かが、AI分析等を通じて、より多くの視点から、特に再検討される機会も、そう遠い未来の話ではないであろう。それは、同時に、納得できる判決の形成にも、間接的に寄与することになるであろう。

現在、日本は、「司法外交」と呼ばれる「法整備支援」を通じて、東南アジアの国々に判例の公開を促進させるための活動を、積極的に行っている<sup>37)</sup>。確かに、日本は、それらの国々よりはるかに多くの判例・裁判例を公開してはいるが、アメリカ合衆国のように、基本的に全件公開とまでは至っていない。本判決のように、本稿ででも検討しなければ歴史の中に埋もれてしまいかねない判決をも含めて、原則的に裁判例は全件公開されなければならないであろう（プライバシーや営業秘密の保護の問題は、また別論であ

---

段の推定』についての覚書」『現代民事手続法の課題〔春日偉知郎先生古稀記念〕』53頁（信山社、2019年）等を参照。また、川嶋・前掲論文注（6）も参照。

36) 川嶋＝笠原＝上田・前掲書注（5）vii頁、424頁、435頁等を参照。

37) たとえば、独立行政法人国際協力機構編『世界を変える日本式「法づくり」——途上国とともに歩む法整備支援』84頁（文藝春秋、2018年）、川嶋四郎「アジアにおける民事訴訟法改革の一局——ベトナムにおける民事訴訟法制定に関する法整備支援等に焦点を当てて」同志社法学396号189頁、219頁、234頁（2018年）等を参照。

る。)。日本が「司法外交」を展開する限りで、「まず隗より始めよ」である<sup>38)</sup>。

以上より、先に三淵初代最高裁判所長官によって指摘されたように、国民が裁判所は正義と公平とを実現するところであると信じることができるといえる。そのためには、本件判決は、取り消されるべきであり、本件控訴審では、原告 A の請求の全面的な認容判決（および、訴訟費用の被控訴人負担の裁判）が言い渡されることが望まれるのである<sup>39) 40) 41)</sup>。

---

38) なお、川嶋四郎『『民事裁判の ICT 化』と訴訟記録の閲覧等——『民事訴訟法（IT 化関係）等の改正に関する中間試案』を契機として』同志社法学425号25頁（2022年）も参照。

39) なお、原告弁護士団弁護士からの話では、その後本件は、大阪高等裁判所で控訴棄却、最高裁判所で上告受理申立却下によって、終わったようである。

40) ちなみに、現在でも、押貸し・貸剥し等、金融関係事件は、跡を絶たないようである。たとえば、近時では、スルガ銀行事件（スルガ銀行不正融資被害者同盟 HP [<https://si-hd.org/overview>] 参照。）が、記憶に新しい。この事件については、大下英治『スルガ銀行かぼちゃの馬車事件——440億円の借金帳消し勝ち取った男たち』（さくら舎、2021年）〔平成29年（2017年）当時、金融庁長官も、スルガ銀行を公然と高く評価していたようである。同書28頁参照〕も参照。また、デイリー新潮電子版2021年〔令和3年〕7月1日（<https://www.dailyshincho.jp/article/2021/07011040/?all=1>）等を参照。

なお、いわゆるバブル崩壊後の事例であり旧聞に属するが、金融被害の具体例については、たとえば、北・前掲書注（34）9頁を参照。さらに、民事訴訟における文書提出命令事件で、銀行等の金融機関の貸出稟議書の提出が求められる事件の本案事件からも、金融事件の実相が浮かび上がる。文書提出命令事件については、たとえば、川嶋四郎「文書提出義務論に対する一視角——『銀行の貸出稟議書』の提出義務を手掛りに」同『民事訴訟過程の創造的展開』174頁（弘文堂、2005年〔初出、2002年〕）を参照。

41) なお、複数のメガバンクの友人らに尋ねたところ、本人確認をはじめ面での自署押印は徹底されており、本件は「あり得ない話」とのことであった。彼らの話では、彼らの銀行では、当然の事ながら、以前からそれを遵守してきたという。