

利息制限法と民法理論 (1)

小 野 秀 誠*

- I はじめに
 - 1 利息制限法の新判例
 - 2 理論の変容と発展
- II いくつかの論点
 - 1 充当理論と不当利得の返還請求
 - 2 貸金業法旧 43 条
 - 3 取引の一連性
 - 4 取引履歴の開示
 - 5 期限の利益
 - 6 弁済後の再貸付と充当、時効
- III 不当利得法との関係
 - 1 利得の現存性
 - 2 悪意の受益 (以上、本号)
- IV 不法行為との関係
 - 1 損益相殺の可否
 - 2 請求の不法行為性
 - 3 704 条後段の不法行為の性質
- V むすび
 - 1 貸付変動時の制限利率の計算
 - 2 破産免責と過払金請求権の失権

I はじめに

1 利息制限法の新判例

利息制限法の分野では、2003 年以降の最高裁判例の展開によって、種々の理論が進展した。1960 年代の最高裁判例の展開に続くものであり、その成果をうけて、2006 年 12 月の改正法では、利息制限法 1 条旧 2 項、貸金業法旧 43 条な

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 10 巻第 2 号 2011 年 7 月 ISSN 1347 - 0388

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

どの削除が実現した(完全施行は、2010年6月であった)。

貸金業法が、1983年に制定された後も、同法43条1項に対する批判や同条を長く温存する態度から、貸金業者側も必ずしもその裁判上の主張に積極的ではなかったために、最高裁の裁判例は、比較的限定的であった(最判平2・1・22民集44巻1号332頁、最判平11・1・21民集53巻1号98頁)。同条項が積極的に主張されるようになったのは、商工ファンド(1997年に東証二部上場、2002年、SFCGに社名変更、2009年民事再生手続開始)や日栄(1995年に東証二部上場、2001年、ロプロに社名変更、2009年会社更生手続開始)、武富士(1998年に東証一部上場、2010年会社更生手続開始)のような独立系の貸金業者によるところが大きい。それとともに、強引な取立も盛んになり、社会的な批判も増大したのである¹⁾。

(1) 最初の事案は、継続的な金銭の貸付の一連性と、子会社の保証料に対するみなし利息に関する3つの判決に関するものであった(最判平15・7・18民集57巻7号895頁、最判平15・9・11金判1188号13頁、最判平15・9・16金判1188号20頁)。そして、天引の制限と貸金業法43条1項の厳格解釈に関する2判決が続いた(最判平16・2・20民集58巻2号475頁、最判平16・2・20民集58巻2号380頁)。また、リボルビング払いの契約でも、貸金業法43条1項の前提となる同法17条書面の厳格解釈を求める最判平17・7・19民集59巻6号1783頁が示された。

別の側面からは、貸金業者の取引履歴開示義務を認めた最判平17・12・15民集5巻10号2899頁がある。これは、やや性格は異なるが、取引情報の開示を肯

1) 社会問題となった一連の事件の流れについては、日栄・商工ファンド対策全国弁護士活動報告書「最高裁が日本を変えた」(2010)が有益である。また、2003年以降の最高裁判例の展開については、拙著・利息制限の理論(2010年、以下【理論】と略する)251頁以下。論点が多岐にわたるので、本稿では、いちいち立ち入りえない。

他方、本文の平2判決からみると、この判決がかえって業者の自信を高め、旧43条の濫用を誘発したことは見過ごせない。法律上の誤ったメッセージが社会に誤解を与えた例は多い。これは、かつての最高裁の八幡製鉄政治献金事件が与えた影響と同じである。そこでも、法人実在説による最高裁の判断は、理論とは無関係に、少なくとも世間的・政治的には、最高裁が政治献金にお墨付きを与えたものととらえられた。私法がまったく社会と没価値であることはありえず、政治資金規制などの全体の遅れをももたらしたのである(【理論】425頁)。

定する一連の最高裁判決の先駆けともなっている。

2006年には、期限の利益喪失特約の制限解釈をした3つの判決があった（最判平18・1・13民集60巻1号1頁、最判平18・1・19判時1926号23頁、最判平18・1・24民集60巻1号319頁）。支払遅滞の主張に対し、期限の利益を喪失する旨の特約は、利息制限法の超過部分に関しては無効であり、また、支払義務のない超過部分の支払をも事実上強制することになるとして、支払の任意性をも否定した。この判決は、支払の任意性を厳しく制限し、2006年末の貸金業法など関連法の改正（2010年施行）の直接の契機となった。

さらに、日賦業者の貸付についても、貸金業法43条の適用要件を厳格解釈する最判平18・1・24判時1926号28頁①②がある。関連するものとしては、仮装売買による高金利を制限した最判平18・2・7民集60巻2号480頁、特別上告を認め、貸金業法18条書面の厳格性を求めた最判平18・3・17判時1937号87頁もあった。

(2) ただし、判例の進展は必ずしも一貫したものではなく、局面によって、たとえば、債務完済後に過払金が生じている状態で、新たな貸付が行われた場合の充当については、裁判例は、かなり動揺した（いわゆる完済後の再貸付の場合）。

当初に、第3小法廷は、最判平19・2・13民集61巻1号182頁、判時1962号68頁において、第1の貸付の過払金は、第2の貸付の債務には充当されないとした。「特段の事情のない限り、第2の貸付けの前に、借主が、第1貸付け過払金を充当すべき債務として第2の貸付けに係る債務を指定するということは通常は考えられないし、第2の貸付けの以後であっても、第1貸付け過払金の存在を知った借主は、不当利得としてその返還を求めたり、第1貸付け過払金の返還請求権と第2の貸付けに係る債権とを相殺する可能性があるものであり、当然に借主が第1貸付け過払金を充当すべき債務として第2の貸付けに係る債務を指定したものと推認することはできないから」というものである。複数の貸付相互間では、利息制限法の法定充当が当然に行われるとの判例理論（最判昭39・11・18民集18巻9号1868頁ほか）によることなく、当事者による指定充当を要件とし、実効性の乏しい相殺を根拠としたのである。しかし、債務が残存していれば、充当理論の適用があるのに、努力して完済し過払金があるような場合ほど、充当が行

われないというのは奇妙なことである。

これに対し、第1小法廷は、最判平19・6・7民集61巻4号1537頁、最判平19・7・19民集61巻5号2175頁)において、完済後に過払金が発生し、その当時他の借入金債務が存在しなかった場合には、その後に発生した新たな借入金債務に当然に充当されることはないとしながら、こうした場合であっても、少なくとも当事者間に過払金を新たな借入金債務に充当する旨の合意が存在するときには、その合意に従った充当がされるとし、実際にも、このような合意の存在を肯定したのである。

その後、どのような場合に、こうした「充当合意」があるかを探ることから、下級審にいちじるしい混乱と動揺が生じた。そして、第2小法廷は、最判平20・1・18民集62巻1号28頁、判時1998号38頁において、かなり詳細な基準を立てようとした。しかし、貸金業者は、過払金を貸金業法43条によって取得し返還しないことを当初から意図しているのであり、こうした「充当合意」は、実際にはありえない。「充当合意」は、第3小法廷が、当然充当を当初否定してしまった誤解のつじつまあわせだったといってもよい。現実の合意ではありえず、裁判所が充当を肯定するときの擬制にすぎない。実際にも、しだいに抽象化され、近時では、ほとんど言及もされないものとなった。このプロセスからは、当事者の意思と意思解釈の関係という民法総則的な問題、あるいは契約解釈の限界といった債権法的な問題を抽出することも可能であろう。

この債務完済後の再貸付については、もう1つ裏側の問題があり、それにふれた一連の判決がある(最判平21・1・22民集63巻1号247頁、最判平21・3・3判時2048号9頁①、最判平21・3・6判時2048号9頁②、最判平21・7・17判時2048号9頁③)。過払金返還請求権が当然に充当されない場合には、時効にかかる可能性があり、その場合には、新たな債務との相殺もできなくなる可能性がある(いわゆる発生時説)。しかし、当然に充当されていけば、時効の進行は、取引の終了時に限定される(取引終了時説)。最高裁は、後者によった。判決は、表側の債務完済後の再貸付と同じく、「充当合意」を前提に時効を判断したが、その理由は、継続的な金銭の貸付に広く当てはまり(裏側の、完済後の再貸付にも)、つねにこうした合意があることが予定されている。つまり、この段階では、

合意は、そうした抽象的なものに転換されているのである（充当理論への回帰）。

さらに、このように、取引終了時から時効が進行するとしても、時効と遅滞には関係がなく、悪意の受益者の704条の利息支払義務は過払金発生時から進行するとした最判平21・9・4裁時1491号2頁がある。

(3) 不当利得として過払金返還請求をする場合に、受益者たる貸主を民法704条の悪意の受益者といえるかが問題となる。すでに、前掲最判平19・2・13は、これを肯定し、かつその場合に付する法定利率を5%の民事法定利率とし、最判平19・7・13民集61巻5号1980頁、最判平19・7・13判時1984号31頁、最判平19・7・17判時1984号33頁も、これを肯定した。

また、事案の性格から、704条の適用を否定した最判平21・7・10民集63巻6号1170頁、判時2069号22頁①、最判平21・7・14判時2069号22頁②がある。過払金の返還請求に関係して、今日残されている争点の1つである。

(4) 不法行為に関しては、いわゆるヤミ金において、過払金を損害賠償として請求する場合に、支払った元本を損益相殺しえないとの最判平20・6・10民集62巻6号1488頁がある。しばしば1000%以上（ときに数千%）にものぼる違法な貸付の貸主が、元本を不当利得として返還請求することが、不法原因給付となり許されないことはいうまでもない。この考量が不法行為にも適用されたのである。

ただし、超過利息の請求や受領がそれ自体として不法行為を構成するかについては、最高裁は、かなり限定的である（最判平21・9・4民集63巻7号1445頁、判時2058号59頁）。

また、利息制限法に違反する利息の請求が不法行為を構成するかに関し、704条後段の責任の内容について、いわゆる特別責任説を排除して、不法行為の一般的要件を具備することが必要とした最判平21・11・9民集63巻9号1987頁、判時2064号56頁がある。

上述の最判平21・9・4民集63巻7号1445頁も同旨である。これに対し、下級審には、比較的肯定的なものがある（神戸地判平19・11・13判時1991号119頁ほか²⁾）。

(5) 弁済の遅滞が生じやすいように、履行期間をごく短期にして、弁済期経過

後に高利をとることは、伝統的な高利貸の手段である。不履行の構成による利息制限の潜脱である。しばしばその手段として、期限の利益喪失条項・特約が用いられる。違法な制限超過利息を含む催告の一部が効力を有しないことは、上述の最判平 18・1・13 の判決によって明らかにされ、これを期限の利益喪失条項の積極的な利用方法とすれば（任意の支払として、貸金業法 43 条の適用にもちこむ）、消極的な利用方法というべき次の場合がある。

些細な不履行の結果、当初問題とされず、あるいは放置された期限の利益ののちになって喪失したものと主張される場合である。放置は、たんに看過されただけでなく、のちにまとめて高い遅延損害金を主張するために意図的に行われることもある。つまり、遅延という事故の形式によって、実質的に高い利息の収受が可能となるのである。これは、支払の任意性（貸金業法 43 条 1 項）の構成によらずに、遅延損害金の構成にもちこむものである。そこで、この種の構成は、貸金業法 43 条を前提としないから、同条が廃止された法改正後にも存続することが可能である。なお残されている最大の問題点である（後述 II 5）。

最判平 21・4・14 判時 2047 号 118 頁は、原審による期限の利益喪失に関する有恕の構成を否定した判決である。しかし、最高裁は、信義則の観点から、期限の利益が喪失しない場合があるものとする（最判平 21・9・11 判時 2059 号 55 頁②、最判平 21・9・11 判時 2059 号 55 頁①（後者は否定）。この場合（濫用例）の判断基準は、利息制限法の制限を超過しない一般の場合とはやや異なる（最判平 18・4・18 金判 1242 号 10 頁は、いわゆるクロス・デフォルト条項を肯定）。

なお、最判平 21・11・17 金判 1333 号 45 頁、市民と法 66 号 82 頁も、期限の利益喪失の否定につき消極的である（原審は、貸金業者 Y が借主 X に一括弁済を求めなかったことから、期限の利益喪失を主張することは信義則に反するとした。破棄差戻）。この問題については、本稿では、あまり立ち入りえない（II 5(4)）³⁾。

2) 【理論】第 4 章 10（531 頁以下）参照。

3) 期限の利益喪失約款の発動に、実質的要件と形式的要件の具備を必要とすること、つまり些細な違反で重大な結果をもたらすべきではないこと、また、長期間にわたって遅延損害金の利率を適用するべきではないことについて、かねて、拙稿「消費者消費貸借と貸金業法」において論じたことがある（契約における自由と拘束（2008 年）255 頁以下所収。以下、【自由と拘束】と略する）。【理論】309 頁以下でも、簡単に言及している。

(6) 新たな問題として、最判平 22・4・20 判時 2084 号 6 頁は、貸付額が変動した場合の制限利率の計算についてふれたものである。2010 年に施行された利息制限法の改正法には、類似した場合について、新たな 5 か条からの規定がある(事案は、直接にはこれに関しない。別稿で扱う)。

(7) 2008 年ごろから、経済の低迷と過払金返還請求の増大によって、消費者信用会社の破綻が相次いだ(大手 4 社のうち、アコムは 2008 年末に三菱 UFJ フィナンシャル・グループ (FG) の子会社となり、プロミスは三井住友 FG に属している。独立系は存続がむずかしく、上述のように、2009 年 9 月、アイフルが私的整理に入り、2010 年 9 月、武富士も、会社更生法を申請。SFCG は 2009 年 2 月に、ロプロも、同年 11 月に破綻など)⁴⁾。破綻前には、貸付金債権の譲渡が行われ、過払金返還請求権の帰趨にも不安が生じた。債権譲渡が営業譲渡を伴うか、とくに譲渡人が破綻した場合の、譲受人の過払金返還義務が問題となっている。

また、貸付金の債権については、かなり大量の譲渡も行われ、消費者信用会社の取引債権のように、大量の債権の譲渡手続には二重譲渡の可能性などの問題があることも露呈した。

貸金業者の会社更生に関しては、管財人が顧客に対し、更生債権の届出をしないと、過払金返還請求につきその責めを免れることを注意しなかったとしても、その責めを免れる旨主張することは信義則に反しないとした(最判平 21・12・4 金判 1333 号 26 頁、判時 2077 号 40 頁、最判平 22・6・4 判時 2088 号 83 頁)。

2 理論の変容と発展

これらの一連の判決には、利息制限法や貸金業法に特有の問題やその強行法規性に由来するものもあるが、民法一般の理論に関するものも多数含まれている。その中には、古くから議論の対立する論点のほか、従来あまり注目されていない論点について、新たな問題点を指摘したといえるものもある。裁判例の進展が一

4) ちなみに、2008 年 9 月がいわゆるリーマン・ショックである。2010 年には、大阪府知事から、経済特区を設定して高利を公認することや利息制限法 1 条 2 項の復活の主張が行われた。改正法の全面施行後間もない時期であり、論外であろう。

段落し、また改正法の施行をうけて、本稿は、そうした新たな論点を中心に、判例理論のもたらした種々の論点を概観、再検討しようとするものである。そこで、すでに解決した利息制限法に固有の問題や 1960 年代の議論には、あまり立ち入ることはできない。なお、論点は多岐に及ぶので、民法理論の全部を対象とすることや、選択された分野においても網羅的な検討をすることは、のちの課題である⁵⁾。しばしば問題点の指摘にとどまっている。

利息制限法関係の判例は、一面では強行法規による特殊な分野を形成しているが、それにとどまるものではない。変化はつねに周辺から現れる⁶⁾。変化の先取りという意味もある。民法の本来的な領域にとっても、意味のある論点が多々包含される。たとえば、上述のヤミ金に対する損害賠償請求に関して、ヤミ金からの(元本による)損益相殺の主張が否定され、ヤミ金被害者は、元本の返還を免れることとなった(最判平 20・6・10 民集 62 卷 6 号 1488 頁)。損益相殺は、不法行為者を保護しているわけではないからであり、また、不当利得の観点からは、ヤミ金の元本の交付は、不法原因給付となるからである。この理論は、投資詐欺に関する最判平 20・6・24 判時 2014 号 68 頁にも適用され、消費者取引に関する民法理論として拡張された(後述Ⅳ 1 参照)⁷⁾。

Ⅱ いくつかの論点

1 充当理論と不当利得の返還請求

(1) 2003 年以來の判例の展開は、1960 年代の判例を骨抜きにしようとした立

5) また、まとめて検討する必要のある部分など(たとえば、貸金債権の譲渡と契約上の地位の変更など)も、のちの課題である。

6) 拙著・土地法の研究(2003 年)はしがき。同書では、19 世紀の利息制限法廃止後の公序良俗規定の生成を念頭においていた。ドイツの 1867 年の暴利禁止法は、1900 年のドイツ民法典の公序良俗規定に影響した。オーストリアでも、1877 年に、まず辺境であるガリシアとブコヴィナで、「信用供与にさいして不当な〔優越的地位を利用すること〕に対する救済法」が制定され、1881 年に、それが全オーストリアに適用されることになった。「周辺」というのは理論についてであるが、地理的な意味でも、あてはまることがある。試験適用という場合もある。

7) さらに、損害賠償の範囲の問題としては、最判平 22・6・17 判時 2082 号 56 頁がある。これは、重大な瑕疵のある建物が、社会経済的な価値をもたないとされた事例である。

法である貸金業法旧 43 条を是正しようとするものであるが、ここでも前提となったのは、かつての充当理論である。ここで詳細に繰り返す必要はないが、前提となるのは、いうまでもなく、利息制限法 1 条旧 2 項に関する最高裁の一連の判決である。

利息制限法 1 条旧 2 項の「任意」というフィクションを否定し、2 項を事実上空文とし、1 項に統一したのが、かねての最高裁大法廷判決であった。判例理論によれば、債務者が超過利息を支払っても、元本が残存すればそれに充当され（最判昭 39・11・18 民集 18 卷 9 号 1868 頁）、また、元本が完済された場合には、不当利得として返還を請求することができる（最判昭 43・11・13 民集 22 卷 12 号 2526 頁）⁸⁾。

昭 43 年判決では、とくに不当利得の返還請求の根拠が問題とされた。多数説は、非債弁済を理由とする（705 条）。利息制限法の制限を超過する利息や損害金の支払義務があると思って弁済した場合に、非債弁済が問題となる。通常は知らないまま支払うから、非債弁済とはならないが（返還請求可能）、厳密には知っていれば、非債弁済となる可能性が残っている。ただし、実際にそうなると積極的にいった裁判例はない⁹⁾。

本来、債務がないのに支払ったわけであるから、弁済者は、受領者に対して、不当利得の返還請求権を取得するはずである。そうならないのは、非債弁済によって、弁済者がみずから不合理な行為をしたことと、かえってその行為によって受領者が不利な立場に陥ることを避けるためである。誤解して受領した債権者に対してでも（たとえば弁済をうけたと思って、債権証書を破棄した場合や、継続的な取引関係で複数の債権がある場合）、その消費後にいきなり返還を求めることは酷だからである。

(2) もっとも、制度の趣旨は、そのような限定的なものであるから、たとえば、

8) 昭 37 年判決は、貸主からの履行請求であったから、過払金の返還請求は問題にならなかった。もしこれが返還請求の事件だったとすれば、昭 43 年判決の先取りになったかもしれないが、逆に、当時の最高裁の裁判官の構成では、返還請求まで認める者の人数が不足であった可能性もある。

なお、1960 年代の文献は、列挙にいとまがなくいちいち立ち入りえない（森泉章・判例利息制限法（1978 年）67 頁以下、川井健・債権総論（2009 年）33 頁以下などを参照）。

債権者＝受領者も債務の不存在を知りながら請求した場合などには、弁済者が債務の不存在を知って弁済した場合であっても（利息制限法の制限に超過する利息の請求の場合に多い）、その適用は慎重であるべきである。たとえば、期限の利益を失いたくないとか、強制執行をおそれて弁済した場合である。後述（5参照）の最判平18・1・13民集60巻1号1頁で指摘された期限の利益を喪失することを防ぐために、やむなく支払った場合もそうである。また、いわゆるサラ金の執拗な請求防止に、弁護士がやむなく払った場合には、債務がないことを知っていても、非債弁済にならない（横浜地判昭62・5・6判時1255号30頁）¹⁰⁾。

つまり、ひとしく不当利得の返還請求といっても、非債弁済にも、強行法の規範的な適用による限定がある。利息制限法の強行法規性と貸借の専門家性が考慮される必要がある。そして、返還請求の根拠を他の理由に求める場合、たとえば、不法原因給付で、708条但書の適用による場合（たとえば、過責の衡量による谷口説である¹¹⁾）にも、借手の不法性を過大に考慮することはできないであろう。

(3) 旧民法では、非債弁済でも返還が原則で、たんに返還の範囲が現存利益に制限されたにとどまる（財産編364条）。「債権者ニ非スシテ弁済ヲ受ケタル者ハ其善意ト悪意ト又弁済者ノ錯誤ト故意トヲ問ハス訴ヲ受ケタル日ニ於テ現ニ已レ

9) かつての学説も、理論上、非債弁済にふれることが多かったが、債務の不存在を知りながら任意に支払った債務者は返還請求を否定されるというよりは（石川利夫・民法の争点（1978年）170頁参照）、知らなかったから返還請求できるとするのである。必要ならば、708条但書をも援用するからである（谷口知平・法時38巻12号92頁（東京地判昭41・1・27判時449号61頁の研究。自然債務論に反対）。しかし、森泉・前掲書79頁は、もっぱら703条・705条の問題とする）。

ほかに、昭43年判決の事案には、利息と元本の一括弁済が行われた場合は射程に含まれないかとの論点もあった。文言上、昭43年判決は、利息等の支払が継続し、超過部分を元本に充当すると、「計算上元本が完済となったとき、その後に支払われた金額は、債務が存在しないのにその弁済として支払われた」ことを理由とし、一括弁済の場合には、債務がなお存在する時に弁済として支払われたからである（同時完済につき、石川利夫・重要判例解説昭43年52頁参照）。しかし、これは、あまりに形式的な読み方であり、その後、最判昭44・11・25民集23巻11号2137頁において、元本と利息が一括弁済された場合にも、返還請求が肯定されたことで、解決された（先の考え方は、昭39年から昭43年の判例の論理とは、「基礎を異にする文理解釈」である。千種秀雄・判解民昭44年600頁、606頁参照）。

10) もちろん、この場合に、弁護士に依頼者との関係で責任が生じるのは別の問題である。

11) 前注9)の谷口説参照。つとに、谷口博士は、708条の適用を主張される（不法原因給付の研究（1949年）74頁以下、78頁）。

ヲ利シタルモノヲ取戻ヲ受ク」。ただし、この規定では、錯誤によって弁済された場合でも、現存利益のみを返還するにすぎないから、なお不足がある。

非債弁済の立法趣旨は、債務がないのにあえて弁済した弁済者を保護しないことにあるから、債務の存在を知って「あえて」弁済したといえない限りは、本則にもどって返還請求権があるといえる。利息制限法を超過する利息、損害金の支払で問題になることが多い。受領者との相対的な関係によって決せられると解するべきであり、事実的な「知・不知」だけによるべきではない。利息制限に関する法令、判例は多岐にわたり、その関係は必ずしも明確ではないから、たんに債権者からその一部を示して債務の存在に疑問をいだかせただけでは、債務者が債務の不存在を知らながら弁済したとはいえない。

(4) 本来、無効な債務につき、債務者からの返還請求を制限する構成には、種々の段階がある。第1に、旧利息制限法のように、裁判上無効とするものがあるが、これは実体上有効というに等しく、債権者の給付保持の態様は強い。第2に、自然債務とする場合にも、実質的な給付保持力はあることになる¹²⁾。ローマ法的な奴隷の有する債権は無効という場合に、自然債務としてこれを修正しようとするときには、とくに一部有効（積極的な有効化）が意図されている。

- 12) そこで、逆に、自然債務のような捉え方は、利息制限法違反の無効の効果を曖昧にすることから、妥当ではない。我妻・債権総論（1964年）68頁や石田喜久夫・自然債務論（1981年）103頁は、自然債務概念につき積極的であった。しかし、後者は、必ずしも充当を否定しないとする。訴訟法学者にも、積極的な見解が強い。もともと、実体法上は、批判が強い（川島武宜・債権法総則講義（第1・1949年）55頁、個別類型ごとにとというものとして、奥田・債権総論（1992年）87頁など、近時では、荏原正道＝荏原洋子・利息制限法潜脱克服の実務（2版・2010年）527頁）。歴史的概念であり、効果上は、端的に、無効とみるべきであろう。

現行法には明文がおかれなかったが、旧民法財産編 294 条 2 項には、自然の義務についての規定があった。「②自然ノ義務ニ対シテハ訴権ヲ生セス」。また、フランス民法典 1235 条は、Section I. -Du paiement, Paragraphe 1. -Du paiement en généralの冒頭部分において、「弁済は、債務を予定する。義務なく債務として支払われたものは返還される（1 項）。任意に支払った自然債務の返還請求は、認められない（2 項）」とした。比較的広く自然債務を肯定するものである。充当も否定される。自然債務でも、履行があれば、通常の債務に転換するとの見解によっている。履行が原因（1131 条）たるからである。これは、無方式の合意であっても、一部履行した契約や、くりかえされた合意（pactum geminatum）には効力を認めるとの中世法の応用である。こうして、ローマ法的な方式を欠く場合でも、有効性を肯定されることが、後代の諾成契約の構成をもたらししたのである。【自由と拘束】9 頁、83 頁参照。

る¹³⁾。第3に、利息制限法1条旧2項のように、請求はできないが、返還はしなくてもいいという跛行的な構成がある。これは、民法の一般理論では説明できないことを、もっぱら特別法の効果として肯定するものである。

非債弁済の構成は、この第2と第3の構成の間にある。ただし、一般の非債弁済の例のように、債権者に責めのない場合（期限前の弁済があったことから、債権証書を破棄した場合など）ではないから、本来的に、支払われるべきではなく、返還が原則である。第3段階に属するものをすでに否定した以上、第2段階への逃げ道を残す必要はない。

なお、弁済者が、債務の不存在を知らずながら弁済する行為は、贈与ともいえるが、贈与は契約であるから、相手方がその意図を知り、これを申込として、承諾することが必要である。贈与となる場合には、契約の効果として、不当利得の返還請求ができなくなるのは当然である。しかし、贈与者の一方的な意図にとどまる限りは、贈与契約としては成立しないから、非債弁済として返還が制限されるにとどまる。また、強行法規の適用がある場合に、贈与の認定は慎重あるいは否定的であるべきであろう。

(5) また、改正法によって貸金業法1条旧2項が削除されると、原則に戻って、つねに超過利息は無効であるが、素人にとっては、法律的な無効は必ずしも知りたいことである。そこで、契約による債務があると誤解して弁済することは、

13) こうした一部有効の構成は、歴史的には、しばしば債務の有効性を承認するための手段として用いられた（自然債務も、本来はローマ法の不合理な制限を克服する手段であった）。ほかに、たとえば、無方式の合意の無効の修正には、反対給付の返還によって先履行者を保護する理論もあった。給付を返還しないためには、反対給付を履行する目的不到達の理論である。拙著・給付障害と危険の法理（1996年）322頁参照。

なお、貸金業法旧43条の適用に関し、学説は、債務者が無効な利息であることを知らずながら弁済したことが任意性の要件であるとするから、返還の不要は、非債弁済によっても理由づけられる（岡林信幸・判批・法時82巻5号132頁）。しかし、繰り返しになるが、学説が非債弁済をもちだすのは、悪意の非債弁済でないとして返還請求を肯定するためであり、超過利息を実体法上説明するためではないのである。他方で、最判平2・1・22民集44巻1号332頁は、貸金業法旧43条の適用につき、債務者は、利息として認識し、自由な意思で支払えたり、無効な利息としての認識を不要としている。この判決の唯一の価値は、非債弁済による受領可能性をもちださなかったことである（旧43条の適用につき、実体法的な正当化をしていないので、43条が削除されれば、別の正当化のよちはなくなる）。

従前どおりであり、非債弁済とならず、不当利得が成立することに変わりはない。もっとも、改正法以前は、グレーゾーン金利があったから、意図的に借主に超過した弁済をさせることは多数あったが、改正後は、貸主による意図的な法律違反の場合（制限超過の利率での債務の設定）のほかは、（ヤミ金などを除き）たんに計算違いで、債務があると思って弁済したような特殊な場合に限定されることになる。そして、債権者の超過利息の請求の態様は、基本的に違法な請求ということになるから、これに応じた行為について、違法・無効な請求と矛盾する非債弁済（弁済の不要性）の主張そのものが否定されるべきである。

2 貸金業法旧 43 条

(1) 最高裁判例による利息制限法 1 条 1 項の実質的な厳格適用（旧 2 項の空文化）という理論が、1983 年の貸金業法の制定により覆された。同法旧 43 条 1 項によって、利息制限法の制限に反する過払利息の弁済は、一定の要件のもとで有効なものとみなされたのである。しかし、利息制限法 1 条 1 項とこの 43 条 1 項との間にも、本来無効な弁済を有効なものとみなすとの矛盾がある。

43 条 1 項の問題に対する従来の最高裁の態度は、必ずしも一貫したものではなかった。当初、最高裁は、最判平 2・1・22 民集 44 巻 1 号 332 頁において、貸金業法 43 条 1 項の「利息として任意に支払った」ことにつき、利息の制限超過部分の契約が無効であることの認識を不要とし、その適用の実質的要件を緩く解した。しかし、形式的要件の具備については、最判平 11・1・21 民集 53 巻 1 号 98 頁において、貸金業法 18 条書面の交付に関して厳格な解釈を示している。

(2) この平 2 年判決は、債務者が支払のさいに超過部分の契約が無効であることの認識を必要としないと述べたもので、必ずしも任意性がまったく不要であるとしたわけではなかった¹⁴⁾。第 1 に、有効だと思って支払っても、強制による場合には任意性がないのは当然である。

たんに無効の認識があっても、やむなく支払う場合には、任意性がないことと対比して、解釈上、認識は不要であるから、（認識がなければ）任意の支払であ

14) 荏原正道「貸金業規制法 43 条に関する最高裁判決の意義」市民と法 40 号 23 頁、28 頁。

ったと直結されていたにすぎない¹⁵⁾。これを第2の場合とすれば、第3の場合として、無効の認識がなくても、誤解して事実上強制されたときには任意性はない。これが後に、最判平18・1・13判決によって、制限超過利息の支払の遅滞によっても期限の利益が喪失するとの特約にもとづく支払につき適用されたのである。第2の場合と第3の場合とを区別するときには、最判平2・1・22民集44巻1号332頁と最高裁判18年判決には矛盾はないともいえるが、少なくとも平2年判決が、もっと過大な意味で（第2の場合を拡大して）関係者間では理解されてきたことは、良し悪しは別としても見過ごせないであろう¹⁶⁾。無効の認識がなければ、一切強制はないというスタンスであり、任意性の要件は事実上、無視されたのである。

本来、貸金業法旧43条には、形式要件の具備のほかに、実質的要件である任意性の要件があったが、いわば前者だけに一元化されていたことから、同条のみなし弁済を回避するには、形式要件の厳格化しか方法がなかったのである。

(3) 前述・平11年判決は、従来の下級審判例による形式要件を厳格化する方法を追認したものであり、その後の最高裁判決にも、これを踏襲するものがある。実務の貸金業法43条への姿勢を現すものであるが、下級審ならともかく、最上級審のとるべき姿勢としては、消極的にすぎる。正面から、同条の本丸というべき任意性、あるいはその適格性（制限解釈、必要があれば違憲性）にまで踏みこむべきであったといえる¹⁷⁾。

それでも、こうした厳格解釈が、貸金業法43条の形骸化に果たした役割は大きい。民法理論に与える影響という意味では、どのような場合に、こうした消極解釈がもちいられるかを検討する素材とはなろう。法定要件の具備をうんぬん

15) ほかに、認識の必要があっても、裁判所の認定でカバーできるというのが、石川利夫・重要判例解説平2年75頁であり、柔軟な解釈を求めるものである。もっとも、これが、つねに認識を認めるものであれば（契約書、受領証の交付から推断）、実質的に認識を要件としないというのに等しいであろう。調査官解説は、主観的事情に左右されず、客観的な事情から貸金業法43条の適用が結論づけられることに積極的であった（滝澤孝臣・判解民平2年56頁）。

16) 【理論】337頁注5）参照、および前掲・金法1780号67頁参照。このように、最高裁判2判決が比較的広く解されてきたことは、司法消極主義という時代の反映というべきであろう。

することは、一面では、業者の営業を指導することであるが、他面では、業者と同じレベルであら探しをすることにもなるからである。また、司法消極主義や貸金業界のロビー活動により登場した貸金業法 43 条 1 項の政治性との関係（下級審裁判官による消極的抵抗）を探る素材ともなりえよう¹⁸⁾。

3 取引の一連性

(1) 最判平 15・7・8 民集 57 卷 7 号 895 頁など、取引の一連性に関する 3 判決は、充当理論の進展をもたらした。「同一の貸主と借主との間で基本契約に基づき継続的に貸付けとその返済が繰り返される金銭消費貸借取引」で、弁済金のうち制限超過部分を元本に充当した結果当該借入金債務が完済され、これに対する弁済の指定が無意味となる場合には、特段の事情のない限り、弁済当時存在する他の借入金債務に対する弁済を指定したものと推認¹⁷⁾されるものとした。

また、民法との関係では、利息制限法 1 条 1 項と 2 条の規定は、金銭消費貸借上の貸主には、借主が実際に利用することが可能な貸付額とその利用期間とを基礎とする法所定の制限内の利息の取得のみを認め、民法 136 条 2 項但書の規定の適用を排除する趣旨と解すべきであるから、過払金が充当される他の借入金債務についての貸主の期限の利益は保護されるものではなく、充当されるべき元本に対する期限までの利息の発生を認めることはできないとした。

有効な利息であれば、136 条 2 項但書によって期限までの利益は保護されるが、無効な利息についての扱いは、これとは異なる。そこで、もし最初の債務に過払金があれば、次の債務の有効な利息、元本の順に充当される。ただし、過払金の

17) かねて指摘したように、利息制限はたんに法の形式的要件の欠如だけによらないことが重要であり、たんに形式的にあげあしをとることに終始するような解釈には問題がある。裁判所が貸金業者と同じ次元に立って、契約書や受取証書のあらを探するような解釈のみでは、法を守ることに対する意識をも減退させる。あら探しの解釈は、正面からの議論を回避してしまったのである（拙著・利息制限と公序良俗（1999 年）367 頁、373 頁）。違憲論については、【理論】421 頁参照。まとめたものとしては、荏原正道「43 条違憲論」消費者法ニュース別冊（2004 年）。

18) これは、広くは、悪しき法に対する司法の役割、あるいは実定法と自然法といった問題にも還元されうる問題となる。これについては、別のテーマとしてナチス期における亡命法学者とその他の法学者や法曹の検討を予定している（拙稿「法学上の発見と民法」一橋法学 10 卷 1 号の続号）。

額が大きく、次の元本も生じないかあるいは減じる場合であれば、存在しない債務に利息が生じるよちはないから、有効な利息も存在しないかあるいは縮減される。

こうした取引の一連性の問題は、たんなる事実というよりは、充当理論との整合性によるものである。充当理論は、過払金を放置することなく、ただちに有効な利息や元本の債務に充当するものであるから、当事者の意思とはかわりなく、債権と債務を消滅させる。最高裁平15年判決の文言には、当事者の意思に合致することがふれられているが、それは、たんに消極的に当事者の意思にも合致することをいうにすぎず、積極的に要件としたわけではない。この点は、のちに債務弁済後の再貸付（後述6）において問題となった。

契約解釈の形式をとっていても、内容は、強行法やその理論による規範的解釈とみるべきであるから、当事者の具体的な意思だけを根拠としないのみならず、逆に、当事者が排除しようと合意しても、それが充当理論の潜脱である限り、認めることはできないのである。

(2) かねて最判昭33・6・6民集12巻9号1373頁は、「消費貸借における利息は、元本利用の対価であり、借主は元本を受け取った日からこれを利用しうるのであるから、特約のないかぎり、消費貸借成立の日から利息を支払うべき義務があるものというべきである」とした（年利14.6%のケース）。また、東京高判平12・7・27金法1116号43頁も、利息は、元本利用の対価であり、借主は貸付日から元本を利用できるから、利息も請求できるとした（39.97%のケース）。

成立日からの付利息の義務は、140条の初日不算入の原則には関係しないとされている。民法140条によれば、日によって期間を定めたときには、期間の初日は算入しない。そこで、1日に満たない貸借では、利息も生じないとみるか、一時でも、利用すれば生じるとみるかには、疑問のよちがある。そこで、1日に満たなくても支払義務が生じるとする見解もあるが¹⁹⁾、初日の端数を切り捨てる延長的計算法によれば²⁰⁾、疑問がないわけではない。これを肯定しても、請求できるのが合法的な利率に限定され、また、信義則上の制限があるのは当然であ

19) たとえば、中村也寸志・平15判決の判解民448頁、472頁参照。

20) 延長的計算法と短縮的計算法については、野村好弘・注釈民法5巻（1967年）4頁参照。

る。

もっとも、近時では、消費者金融においても、1日に満たない場合は当然に、さらに数日でも利息がつかないことを売りにする例は多いから、その場合には、実際上の差異は生じない。

(3) 保証会社と債権者との関係も問題となる。最判平 15・7・8 民集 57 巻 7 号 895 頁などの例では、債権者と保証人が実質的に一体をなす場合の、保証料の扱いが問題であった。事案では、みなし利息の規定(3条)によって、利息制限法の適用が考察された。

債権者と保証人の間に、一体性があれば、債務者は、支払った超過利息を債権者からとり戻すことが可能であり、また、保証料名目で、債権者が受領する場合にも、みなし利息の適用が可能であるが、いずれも、相手方となるのは債権者である。

これらは、債権者に対して返還(あるいは充当)を求める場合であるが、保証会社に請求できるかが問題となる。たとえば、債権者は制限内の利息をとっていても、さらに保証料を加えると利息制限法に違反する場合、あるいは保証料だけでも利息制限法に違反する場合である。旧法には、保証契約そのものの制限はなかった(2006 年改正法では、8 条の制限がある)。そこで、利息制限法の制限では、保証人を直接相手方とすることはできず、たとえば、保証料だけで利息制限法に違反するような場合には、「債権者」は形式にすぎないとして、「保証人」を債権者そのものととらえ、これに利息の制限を考える必要があった。しかし、新法は、保証料そのものを利息制限法内に制限したから(営業的金銭消費貸借に関する 8 条)、こうした考慮は不要となったのである。

なお、保証人が違法な弁済をして、債務者に求償する場合には、債務者はこれを拒絶できる。保証人は、債権者の請求が違法な場合には、これを拒絶すべきであり、漫然と弁済して、債務者に転嫁するべきではないからである(大判大 8・2・6 民録 25 輯 276 頁)。求償権の前提となる保証債務自体も、制限を超過する範囲で無効であるが(448 条)、求償の関係では、そもそも違法な利息の求償権が発生しないから、あえて保証債務の付従性をもちだすまでもないであろう。

さらに、連帯債務者に対する求償に関して、最判昭 43・10・29 民集 22 巻 10

号2257頁がある(「金銭消費貸借上の利息の約定が利息制限法所定の制限利率をこえるときは、その超過部分に関しては右約定は無効であるから、X〔原告〕らは連帯債務者としてAに対しては右超過部分の利息債務を負担せず、したがって、右超過部分に関してはY〔被告〕には負担部分たるべきものも存在しなかったものといわなければならない。してみれば、XがAに対し前記利息制限法所定の制限を超過する利息金相当の金員を任意に支払ったからといって、Yに対して右制限をこえる部分に相当する金員の求償を請求することは許されない」)。

(4) 本来、債務者の弁済の保証であれば、債務者側の保証人がつくことが、民法の予定したところである。これに対し、債権者側の保証人が、債権者と一体となって利益をえる方式は、従来からごく一部貸借にもみられたが(自力救済の濫用で、貸借の保証人に債務者の家具の搬出権を付与するような場合²¹⁾、これが、企業として広範囲に行われるようになったことは、金銭消費貸借を嚆矢とする。その後、いわゆる貧困ビジネスに採用されるようになったビジネスモデルの走りであり、一体性の理論のもつ社会経済的な意義は大きい。

(5) また、契約結合など、契約の一体性にかかわる理論との関係にも参考となろう。

かねて、最判平8・11・12民集50巻10号2673頁は、スポーツクラブ付リゾートマンションの事件において、「同一当事者間の債権債務関係がその形式は甲契約及び乙契約といった二個以上の契約から成る場合であっても、それらの目的とするところが相互に密接に関連付けられていて、社会通念上、甲契約又は乙契約のいずれかが履行されるだけでは契約を締結した目的が全体としては達成されないと認められる場合には、甲契約上の債務の不履行を理由に、その債権者が法定解除権の行使として甲契約と併せて乙契約をも解除することができるものと解するのが相当である」とした。

判決の事案は、2つの契約につき相手方が同一であった。しかし、貸金の保証

21) こうした貸借人側につく保証人の存在は、10年ほど前から問題となってきた(本田=小野・債権総論(2010年)178頁、同(2003年)177頁参照)。債権者ではなく、保証人の行為として、事実上、債権者による自力救済(濫用)的な権利行使を目的とするものである。

会社と同様に、スポーツクラブの債務者とリゾートマンションの売主が異なり、三面関係を生じることが多い。後者の場合に、履行遅滞による解除では、債務者の帰責事由を要件とすることが一般的見解であるが、密接性により解除が可能であるとすれば、解除は帰責事由なしでもたりることになる。もっとも、この点は、履行補助者の過失をも債務者の帰責事由に包含するのが一般的な見解であるから、帰責主義はすでに緩和されており、これに準じたとみることも可能である²²⁾。

解除のほかに、抗弁権の接続や、保証人の保証料率の、債権者の貸金利率への算入（利息制限法新8条参照）も、債権者と形式的には別人格の者の、債権者との一体化を認めるものである（後述V1参照）。民法の法律関係は、二者関係を基礎としているから、こうした三面関係には共通する問題がある。保証の場合は、利率の制限という強行法的な目的から、当事者の結合を認めるべき新たな事例を付加するものとなる。

4 取引履歴の開示

(1) 最判平17・7・19民集59巻6号1783頁は、消費者金融の債務者からの請求に対し、取引履歴の開示義務を業者側に認めた。不開示について不法行為の成立を認めたが、慰謝料は認めなかった。その理由づけは、「貸金業者が保存している業務帳簿に基づいて債務内容を開示することは容易であり、貸金業者に特段の負担は生じないことにかんがみると、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、貸金業法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、保存している業務帳簿（保存期間を経過して保存しているものを含む。）に基づいて取引履歴を開示すべき義務を負うものと解すべきである。そして、貸金業者がこの義務に違反して取引履歴の開示を拒絶したときは、その行為は、違法性を有し、不法行為を構成するものというべきである」。

開示義務の法律構成は、信義則であるが、拒絶の効果は、不法行為とされている。信義則が、どちらかという契約的に結合された当事者間の規範だとみると、

22) なお、私見は、この場合に、全面的な解除の再構成か、少なくとも目的不到達のような考慮が必要であるとする（拙稿「目的不到達の復権」本誌8巻1号1頁参照）。

債務不履行構成に接合的であるから、これに不法行為を結合することには、ややねじれがある。後述するように、開示義務を認めた他の類型の判決では、いずれも契約的構成がとられている（金銭消費貸借上の付随義務など）。

ただし、この貸金業判決では、債務者からの開示請求は、債権者に対するものであり、他の判決が、いずれも何らかの意味において、債権者から債務者に対してする開示請求であるのと異なる。無意識的にせよ、事案の違いが理論構成にも反映されたものとみるべきである。こうしたねじれを説明するには、契約と不法行為の規範統合の一例とみるべきことになろう²³⁾。

貸金業者の開示義務そのものは、2006年改正の貸金業法（19条の2）において明示されたことから、解釈論上の困難はなくなったが、不法行為の成立や慰謝料請求の可否は、なお解釈論に残された問題となっている。

(2) 本判決以降、消費者金融以外の領域においても、金融機関の開示義務を認める判決がみられるようになった。上述のように、その理由づけは、平17年判決とは必ずしも同じではない。

最判平19・12・11民集61巻9号3364頁は、共同相続人間の財産争いにおいて、金融機関の開示義務を認めたものである。ただし、これは、文書提出命令で処理したものである。実体法的なものとしては、最判平21・1・22民集63巻1号228頁があり、これも共同相続人間の財産争いにおいて、金融機関の開示義務を認めたものであるが、その構成は、預金契約の準委任としての性質によっている。

また、最判平20・7・4判時2028号32頁は、コンビニのフランチャイズ・チェーンの運営者の加盟店との関係において、加盟店経営者が委託をしており、その委託に準委任の性質があるとして、受任者の報告義務（656条、645条）から、支払代金に関する開示義務を認めている。

(3) こうした法律構成上の相違がおかれていることは、実際上の差異をも意図したものであろう。消費者金融の貸手側の開示義務に関しては、開示しても手数料はとれないか、ごく限定されたものが予定される。武器の対等とか訴訟回避の

23) 取引履歴に関する最判平17・7・19につき、【理論】450頁以下参照。

手段とみられる性格のものである。また、費用は、すべてみなし利息の対象になり、過払利息の算定にあたって考慮される（利制3条）。他方で、他の場合の銀行の開示は、手数料をとれることが予定される。従来も、開示する場合には500円ぐらいの手数料をとっていたようである。もともと、共同相続人間の預金債権の相続に関する紛争であり、金融機関が巻き込まれて無償で開示する必要はない。実体法的には、ドイツ法のように、相続人間に開示義務を認めるのが本筋である（ド民2057条、Auskunftspflicht）²⁴⁾。

なお、消費者金融の性質を有する場合でも（混合契約）、リースなどで、利息制限法以内の運用をしているのであれば、開示費用の請求は可能であろう。みなし利息の適用はされても、利息制限法内なら、手数料もとれるからである。

債務者の請求の場合には、手数料をとれず、債権者（預金者など）の請求の場合にはとれるというのは、アンバランスの観もあろうが、法律構成が異なるのは理由がある。

(4) また、最高裁平19年判決は、債権の帰属と契約上の地位の帰属が別になるとしている。「預金者が死亡した場合、その共同相続人の一人は、預金債権の一部を相続により取得するにとどまるが、これとは別に、共同相続人全員に帰属する預金契約上の地位に基づき、被相続人名義の預金口座についてその取引経過の開示を求める権利を単独で行使することができる（同法264条、252条但書）」。

これでは、たとえば、債権がなくても、地位だけはありそうである。たとえば、被相続人が預金を全部おろしていた場合には、相続人がうけつぐべき債権も地位もないから、開示は不要であろうが、その場合でも、開示請求に対し、少なくともそうした契約上の地位のないことの開示は必要となろう。また、相続人Aが預金をかってにおろした場合にも（準占有者として保護される場合に）、債権はなくなっても、Bの相続人としての地位は別にあり、その開示請求に応じる必要性はあるであろう（ここでも、少なくとも債権も地位もないことの開示は必要となる。もっとも、準占有者への弁済の主張は必要であるから、その限りでは開示が行われるのは当然である）。そして、1円でも債権があれば、地位にもとづき、

24) 【自由と拘束】188頁、195頁参照。

開示義務があるといえそうである。また、債権は抽象的に存在していればたり、たとえば、具体的な債権は相続人の1人に譲渡されていても、遺留分の減殺請求の可能性があれば、開示請求は可能とみるべきことになる。

さらに、預金を管理していない相続人Bは、どこに預金があるかも不明であるから、債権のない銀行にも問い合わせる必要がある。銀行は預金がないければ、回答する義務はないはずであるが、その場合でも、債権も地位もないことを開示することが、事実上義務づけられる。

一般には、債権の帰属するところに、権利者としての地位も一致するはずであるが、そのことに対する重大な例外をなすことになる。これは、結局、従来相続において、単純な共有から、金銭債権の当然分割がとられてきたことの矛盾が現れたものである。地位という表現で、共同相続人間の合有的な関係が代替されているのである。地位は、合有構成の現れである。こうした二重の関係を認めることは、債権と地位の分裂であり、相続財産の構成に再考をうながしている。ほかにも、近時の最高裁判例には、伝統的な相続債権の当然分割説の無理を、合有的考察で修正しているとみられるものがある（たとえば、遺留分の算定に関する最判平21・3・24民集63巻3号427頁²⁵⁾）。

5 期限の利益

(1) 最判平18・1・13民集60巻1号1頁などの判決は（なお、同旨の最判平18・1・19判時1926号23頁、最判平18・1・24民集60巻1号319頁）、期限の

25) 「相続人のうちの1人に対して財産全部を相続させる旨の遺言により相続分の全部が当該相続人に指定された場合、遺言の趣旨等から相続債務については当該相続人にすべてを相続させる意思のないことが明らかであるなどの特段の事情のない限り、当該相続人に相続債務もすべて相続させる旨の意思が表示されたものと解すべきである。ここでは、事実上、積極財産の承継者が債務をも負担することが予定されている。そのさいに、財産と債務の合一を認めることは正しいが、伝統的な判例理論では債務は当然分割であるから、債権者が財産を承継しない者Aに債権を行使したときには、Aは弁済して、他の共同相続人Bに求償するほかなく、Bの無資力の危険を負担しなければならない。

判決も、「各相続人は、相続債権者から法定相続分に従った相続債務の履行を求められたときには、これに応じなければならない」が、「相続債権者の方から相続債務についての相続分の指定の効力を承認し、各相続人に対し、指定相続分に応じた相続債務の履行を請求することは妨げられない」とする。

利益の喪失の特約の効力を制限解釈した。

制限超過利息の弁済を含む「期限の利益喪失特約がその文言どおりの効力を有する」とすると、……本来は利息制限法１条１項によって支払義務を負わない制限超過部分の支払を強制することとなるから、同項の趣旨に反し容認することができず、本件期限の利益喪失特約のうち、債務者が支払期日に制限超過部分の支払を怠った場合に期限の利益を喪失するとする部分は、同項の趣旨に反して無効であり、債務者は、「支払期日に約定の元本及び利息の制限額を支払いさえすれば、制限超過部分の支払を怠ったとしても、期限の利益を喪失することはない、支払期日に約定の元本又は利息の制限額の支払を怠った場合に限り、期限の利益を喪失するものと解するのが相当である」。

「本件期限の利益喪失特約は、法律上は、上記のように一部無効であって、制限超過部分の支払を怠ったとしても期限の利益を喪失することはないけれども、この特約の存在は、通常、債務者に対し、支払期日に約定の元本と共に制限超過部分を含む約定利息を支払わない限り、期限の利益を喪失し、残元本全額を直ちに一括して支払い、これに対する遅延損害金を支払うべき義務を負うことになる」との誤解を与え、その結果、このような不利益を回避するために、制限超過部分を支払うことを債務者に事実上強制することになるものというべきである」。そこで、「本件期限の利益喪失特約の下で、債務者が、利息として、利息の制限額を超える額の金銭を支払った場合には、上記のような誤解が生じなかったといえるような特段の事情のない限り、債務者が自己の自由な意思によって制限超過部分を支払ったものということとはできないと解するのが相当である」。

この判決は、文言上は、違法な利息を含む期限の利益喪失条項の効力を制限解釈したにすぎないが、制限超過利息の支払が、債務者の誤解から弁済されることは、利息制限法違反の利息すべてにあてはまる。債務者は、債務があると思うから、違法な利息をも支払うのである。平２年判決は、超過利息の無効を知らず、債務者が弁済義務があると思って弁済する場合であり、他方、平１８年判決は、超過利息の無効を知っていても、弁済しないと期限の利益が喪失すると思っている場合である。一部弁済をしたいが、それが制限されているという意味であれば、両者は異なる。

この場合には、返還請求を留保して弁済するか(表示必要)、あるいは留保がなくても縮小解釈をし(表示は不要)、一部弁済をしても、期限の利益は存続すると解する必要がある。

また、債務者が、そもそも超過利息の無効を知らない場合もある。たとえば、過払で、必要な弁済額が減少していて、本来ならば、一部弁済でも、必要額を満たしているという場合であり、この場合には、期限の利益は喪失しない。また、過払がなく、一部弁済のつもりでも、利息制限法上の必要額は満たしている場合もある。ここで、無効を知らなくても、期限の利益は喪失しない。

しかし、債務者が、債務不履行をすると期限の利益を失い全額の弁済義務が生じると思って支払った場合にも、それは必ずしも任意の支払ではないとの意味であれば、これも、超過利息の無効を知らずに、弁済義務があると思って弁済した場合であり、平2年判決の場合と(無効を知らないことが任意弁済に直結可能)矛盾することになる。しかも、債務者の態様としては、無効について知らないことが大半であろうから、任意性の判断について、平18年判決は、平2年判決を修正するものとなる。たんに事案の態様から、両者が別物と考えるのは平面的にすぎ、端的に修正(伝統理論への回帰)と考えるべきであり、実際にも、本判決を契機として2006年改正法、ひいては貸金業法43条の削除が行われた。

なお、用語の上からは、最判平18・1・13民集60巻1号1頁、判時1926号17頁①、最判平18・1・19判時1926号17頁②は、期限の利益喪失特約といい、最判平18・1・24判時1926号28頁②は、期限の利益喪失条項という。一般的な語感からいえば、かつての銀行取引約定書ひな型や保険約款のように、官庁の認可があるか、少なくとも業界で統一されている場合は、「約款」といえようが(法律的な性質には立ち入らない)、認可もなく、各社がばらばらに定めたにすぎないとすれば、「特約」にすぎず、中性的な意味あいからは、たんなる「条項」である。言い方にすぎないから、形式的な文言の相違に意味はないとみるべきである。

(2) 最高裁判決後、消費者金融各社は、特約の文言を変更し、貸金業法43条の適用を目ざして、期限の利益喪失特約を修正した。こうした修正した特約の例として、東京高判平22・6・30判時2090号25頁、消費者法ニュース85号46頁

がある。この特約は、債務者が元金または利息制限法所定の制限利息の支払を遅滞したときには期限の利益を喪失するとするが、他方で、弁済金は、約定利息・損害金・元金の順に充当される特約がなされ、制限超過の約定利率による償還表が交付されていたというものである。しかし、期限の利益喪失特約が、それ自体としては違法な利息を事実上強制しないように修正されても、他の約定等との総合的判断からすれば、なお超過利息の支払が強制されているものとして、支払に「任意」性がないとしたものである。

原審（横浜地裁）は、契約書には「利息制限法の規定が引用され、制限利率及びこれを超過する利息の定めは無効である旨が明記されている」から、「利息制限法所定の利率による償還表が交付されていない」としても、利息制限法の制限を超過する利息の支払が遅滞すると、期限の利益が喪失するとの誤解をもたらすことはなく、「この条項が存在することによって利息制限法の制限を超過する利息の支払が強制されることになるものではない」として、任意性を肯定した。

しかし、東京高裁判決は、こうした場合であっても、「支払期日に約定の元本額と利息の制限額の合計額を支払ったとしても、本件弁済充当特約が文言どおり適用されるのであれば、弁済金がまず約定利息に充当される結果、弁済額中利息の制限額をこえる約定利息に充当された額だけ元本の弁済額が少なくなり、この場合に本件期限の利益喪失特約が文言どおり適用されるのであれば、約定の元本中上記約定利息充当額の弁済を欠くものとして、期限の利益を喪失し、残元本全額を直ちに一括して支払い、これに対する遅延損害金を支払うべき義務を負うことになるとの誤解を与えるものとなって」いる。そこで、「債務者が自己の自由な意思によって制限超過部分を支払ったということはできない」としたのである（破棄差戻。同旨として、京都簡裁平22・5・26 消費者法ニュース85号49頁がある）。

期限の利益喪失の効果は、当該の文言だけを修正してもたらず、全体として、また素人である債務者に容易に理解できる形で示される必要があるから、原判決のような形式的な解釈には問題がある。こうした場合に、たんに支払義務のない超過部分の支払の遅滞によっては期限の利益は喪失しないと書面に記載しただけでは十分ではなく、計算書などに、期限の利益の喪失を前提とした計算が行われ

ている場合には、支払の任意性が維持されるものではない。

(3) すでに削除された規定であるが、「任意」性の解釈については、それが、訴訟上どのように位置づけられるかについて問題があった。旧利息制限法は、制限超過利息の支払の約束を裁判上無効としていたから、反対解釈から実体上は有効ということになる。1954年の利息制限法は、これを実体的な無効と改めた。

そして、利息制限法1条旧2項は、「任意」に支払われた場合には、返還の請求ができないとしたから、裁判上も請求できないことは当然である。そして、利息制限法は強行法規であるから、債権者の主張に対し、債務者が認諾することもできない。利率は、明白な事実であるから、裁判所が職権で主張の無効を認定する必要がある。

利息制限法1条旧2項は、すでに支払われている場合に限って適用されるのである。では、債務者は、すでに行われた超過利息の支払が「任意」であったことを認諾できるか。「任意」かどうかは、たんなる事実の問題ではなく、「強迫」(96条)や消費者契約法上の「困惑」と同様に、法律的な判断であるから、過払金返還の請求がある限り、これと矛盾する当事者の認諾はありえないであろう。強迫による取消を主張する当事者が、強迫がなかったとすれば、それは請求の放棄にほかならない。超過利息の返還請求をする債務者が、「任意」の支払であったとすることも、請求の放棄である。

これは、任意性の主張者が他人の場合も問題となる。たとえば、主たる債務者が、任意に弁済をした後、中途から払えなくなったことから、債権者が保証人に請求した場合に、保証人は、主たる債務者の「任意」性を否定できるか。保証債務では、主たる債務者の承認に絶対効があり(附従性)、保証人の独自の否定は排除されると解される。連帯債務の場合も、別段の意思が明確でなく同一人の行為とみられる場合には同じであろう。

ただし、求償は別で、連帯債務者が違法な利息を任意で支払っても、これを他の債務者に請求することはできないとされていた(上述の最判昭43・10・29民集22巻10号2257頁)。そこで、債務者Aは、債権者に対しては、自分が任意に支払ったことを否定できないが(他の連帯債務者Bも同様)、他の連帯債務者Bに対しては、任意に支払った超過利息の求償請求はできず、「任意」性は、当

事者の間で相対的なものとなる。

(4) 消費者金融の期限の利益は、高い遅延損害金を正当化する前提として、期限の利益を喪失させるためにも用いられた。かつての貸付実務では、貸金業法 43 条の形式要件を満たしえないことが多く、無事故の形式では、利息制限法 1 条 1 項の制限を超過することが多かったことから、むしろ債務不履行を生じさせて、利息制限法 4 条の損害金の利率を適用させようとしたのである。

しかし、些細な不払によって期限の利益喪失を主張させないことが必要である。違法な利息の不履行が期限の利益の喪失理由にならないことは当然であるが、些細な不払であっても、ただちに全面的な喪失理由になるのは不合理である。消費者信用に関する割賦販売法には、期限の利益が喪失するための実質的、形式的要件がある。消費者消費貸借にも、同様の制限があつてしかるべきであり、それを満たさない場合は、期限の利益喪失の主張を信義則によって制限する必要がある。継続的契約の解約においては、民法上、重大な契約違反が要件となることが多く²⁶⁾、その典型例は、賃貸借における信頼関係破壊の理論である。解除と同じく、期限の利益喪失の特約も、いちじるしく債務者の利益を損なうものであるから、軽微な違反を理由として喪失を認めるべきではない。実体的な要件と手続的な要件を厳格にする必要がある。

たとえば、ドイツの債務法現代化法は、498 条において、分割返済の消費貸借における全額の弁済期の到来〔期限の利益の喪失〕を包括的に制限した。期限の利益を喪失させるにたりる不履行を定めているのである。

すなわち、借主の支払遅滞を理由として、貸主が、分割払で返済される貸借において消費者消費貸借契約を解約告知することができるのは、つぎの場合だけである。

-
- 26) ド民 314 条は、これを一般的に明示（重大な事由による継続的債務関係の告知、Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund）。また、種々の解除事由については、拙稿「契約の終了事由と当事者の履行能力」反対給付論の展開（1996 年）351 頁。信頼関係の破壊は、継続的債務関係の解消のために、「重大な事由」が必要なことの一表現であり、上位概念としての告知のための「重大な事由」によって、解除の要件を昇華させることが必要である（解消の事由の類型化を要する）。また、たんに告知だけではなく、消費貸借の期限の利益の喪失の場合のように、契約関係に大きな変動をきたす場合には、類推される必要がある。

1. 借主が、少なくとも2回連続して分割支払の全部または一部を遅滞し、かつ少なくとも〔額面金額または分割支払額の〕10%につき、消費者消費貸借契約の期間が3年を超える場合には、額面金額または分割支払額の5%につき、遅滞となること(1文1号)、および

2. 貸主が、借主に対し、期間内に支払がなされない場合には残債務の全額を請求する旨の表示をして、残額支払のために2週間の期間を設定し、その期間が経過されたこと(1文2号)。

すなわち、借主は、1文1号により、2つの前後連続した支払につき、全部または一部遅滞にならなければならない(286条)。消費者契約においては、このような明確性が必要であろう。

また、残額は、消費貸借額の10%以上でなければならない(3年以上の貸借では、5%)。些細な不履行を理由に、重大な結果を招来するべきものではないからである。実体的なバランスが必要であり、あまりに些細な不履行に藉口して、期限の利益喪失特約を主張することを防止している。

1文2号によれば、貸主は、借主に、告知の前にさらに2週間の催告期間(Nachfrist)を設定しなければならない。それには、返還すべき債務の不払のさいには、残る全債務を請求するとの意思表示が付される。これによって、貸主は、履行のために最後の機会を与えるのである。その意思表示では、497条1項、2項で負担する返還すべき額を、具体的に指摘しなければならない。契約の解除にさいしては、相当の期間を定めて催告することが必要である。これと同様に、期限の利益喪失といった当事者の利益を大きく損なうものには、慎重な手続が必要なのである。

また、ここには、そもそも遅延損害金が高すぎるとの問題もあり、その解決には、消費者契約法の規定を参考とする必要があるが、この問題には立ち入らない²⁷⁾。

(5) 最判平18・4・18金判1242号10頁は、いわゆるクロス・デフォルト条項にかかわる。この条項は、XがYに対してa bの2債務を負担している場合に、

27) この点について、【理論】347頁参照。

a 債務の不履行にさいして、b 債務の期限の利益も喪失するとするものである。同事案は、消費者金融に関するものではない。

債権関係が独立のものであれば、同一当事者の間であっても、ある債務に生じた1つの事情は、他の債務に影響せず、個別に処理されるのが原則である。たとえば、契約の解除では、A 契約の不履行が、当然に B 契約の解除事由となるわけではない。しかし、その場合でも、契約の間に密接な関係があるか、あるいはは目的の共有があるような場合には、例外がある。結合契約の解除が一例である(最判平8・11・12民集50巻10号2673頁、前述3(5)参照)。

しかし、債務者の信用という事情は、すべての契約の一般的な基礎となりうるものであるから、こうした条項も一般には有効であり、原審も、これを前提としている²⁸⁾。他の下級審裁判例にも、これを肯定するものがある(京都地判昭32・12・11金法163号27頁。数通の割引手形において、一通が不渡になり他の数通の手形が満期前の場合、割引依頼人の信用不安時に、他の期日前の手形全部についても買戻を請求できるとする)。

クロス・デフォルト条項には、期限の利益喪失事由の拡大の点において、いくつかの問題がある。事案にそくしてみれば、この平18年判決では、どちらかという、資力上払えないというよりは、債務者 X は、意図的に a 債務の支払を止めている。客観的なデフォルトでなく、主観的なデフォルトであり、本来、クロス・デフォルト条項は、こういう場合を予定していないはずである。破産15条1項、2条11項などという破産の状態は、前者のみをさしており、債務者に資力があれば、破産にはならない。クロス・デフォルト条項も、同じ性質のものとみれば、こうした主観的な場合は除外されるともいえる。しかし、そうした場合をも含めて期限の利益を喪失させることに意義があるとすれば、a 債務の不履行一般にさいして、b 債務の期限の利益を喪失させて履行請求できることになる。

クロス・デフォルト条項によって、期限の利益の喪失が拡大することは、意思表示による契約の解消方法である解除の事由の拡大の問題に対比させることができる。

28) 清水恵介「クロスデフォルト条項と権利濫用」金判1253号2頁、4頁、拙稿・金判1336号40頁。

解除の場合にも、厳密な債務不履行を要件とするのが伝統的な方法である。債務者に帰責事由のある履行遅滞、不能が要件となる(541条、543条)。しかし、近時の立法は、帰責事由の要件を撤廃し(CISG=United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980. 国際物品売買契約に関する国際連合条約(2008年批准、2009年発効)の49条、64条、79条5項)、代わりに、重大な契約違反という要件をおいた(25条)。個別の債務不履行をより抽象化したものである。債務者の信用は、より一般的な性質の契約解消の発動要件であり、これに対応できる。すなわち、こうした特殊条項には、「重大な事由」のような一般化の機能があるから、それを判断する「信義則」の内容には、こうした要件の転換が考慮される必要がある。解除の要件の転換と同じ問題である。

6 弁済後の再貸付と充当、時効

(1) 弁済後の再貸付と充当については、前述のように(I 1(2)参照)、裁判例は動揺した。第3小法廷の最判平19・2・13民集61巻1号182頁、第1小法廷の最判平19・6・7民集61巻4号1537頁、最判平19・7・19民集61巻5号2175頁、第2小法廷の最判平20・1・18民集62巻1号28頁の変遷がある。

同じく前述のように、最判平19・2・13は、原則として充当を否定し、かりにこれを否定しても、債務者が相殺をすれば同じ結果になることを理由の1つとしたが、実際には、必ずしも同一にはならない。ここで、相殺の遡及効をもちだすことは無意味である。債務者は、過払金の存在を知らないために、不当利得返還請求権は事実上行使されず、時効にかかる可能性が高い。むしろ、貸主は、そのような事態を意図しているのであり、当初から予定した仕組み金融といってもよい。貸主の貸付金債権は弁済が繰り返されることから時効にかかる可能性はない。時効の問題は、別の裁判例によって解決されることが必要となった。

また、債務者が、過払金の発生している状態で、それを知らずに、他の業者から借入をした場合にも、相殺の遡及効は無力である。貸主は、返還すべき過払金を高利で、他に利用できるのに反し、借主は、他から高利で借りることをよぎなくされ、その代償としてとれるのは、たかだか法定利率相当の不当利得を付した返還金だけである。過払金の発生と新たな借入に時間的間隔があるということ

の実態は、このようなアンバランスを意味しており、たんに借入がされないということにはとどまらない²⁹⁾。

つまり、「過払金」や相殺はあとからみて、そういえるだけであり、じっさいには、新たな借入時に、新たな超過利息がとられ、旧債務との関係は分断され、実質的に行使できなくなる可能性が高い。実態としても、こうした相殺が行われたことはなかったし、その結果時効に持ち込まれ、それが事件になったのである。相殺というのは、貸主からすれば、いわば低利で過払金を利用でき（場合によっては、そのまま返さず）、取引を分断し、時効をもたらず構成だったのである。

なお、ここには、悪意の不当利得者として、過払金を返還する場合に、法定利率をどうするかとの問題もある。借手は、他から高利で借りても、過払金には法定利率しかえられないというアンバランスがある。形式論だけでかたづく問題ではない。

(2) 金銭消費貸借のさいに、当然充当するとの判例理論に忠実であれば、当事者の指定充当は不要なはずであるが、充当理論を一般の指定充当と同視したのが、第3小法廷の判決であった。これを第1小法廷は、抽象的な「合意」に読み替えて、伝統的な理論に戻したのである。つまり、「合意」は、継続的な消費貸借の性質の中に包含されるとして、規範的な判断をした。合意の意味の転換が行われた結果、つじつまあわせが行われていることから、同じ合意の次元でとらえるべきではない。近時の裁判例では、あまり「充当合意」に言及されなくなっている。つまり、本来の金銭消費貸借上の充当理論に復帰しているのである³⁰⁾。

なお、この構成には、「合意」の規範的適用の問題がある。方法論の上からは、債務に占める合意の内容が広すぎるとの問題となる。債務がたんなる約束ではなく、合意による結果の引受であるという構成からは、適当な結果の実現のために、

29) また、じっさいに、過払金の発生と借入債務の発生間に時間的な間隔があれば、貸主は高利で運用できるのに反し、過払金に対する不当利得返還請求権には5%程度の法定利率が付されるだけである。これも、アンバランスであるが、これは充当を認めても生じる問題である。不当利得に付される法定利率一般の問題となる。ただし、相殺の遡及効が有効なのは、あくまでも同じ当事者間の関係に限られる。遡及効という技術だけで処理できる場合は、じっさいにはまれである。

30) 拙稿・民商140巻4・5号174頁参照。

広く合意の存在が利用される可能性がある。そこから、裁判所が自由に認定した「合意」をもちだすことによって、利用しやすい結果を選択するのである。実際上ありえない「合意」により充当の指定を実現しようとするものである。こうした方法では、信義則による理論の形成という真の意図が、当事者の「合意」の形式の影に隠れてしまい、正面からの理論の発展を妨げる可能性がある³¹⁾。

(3) 制限超過利息の元本への充当は、最高裁昭39年判決で正面から認められたものであるが、それ以前、大審院時代にもなかったわけではない³²⁾。大審院の時代にも、とくに一部弁済のさいに、制限超過の利息に充当する合意が無効とされ、適法な利息や元本に充当される例はあったからである。

戦後の充当理論は、既払債権をも対象とする広範囲なものであるから、その効果は、あたかも交互計算の対象となっている債権と同じく、包括的に差し引かれることである。意思表示や充当の指定を要しない点では、包括的な相殺契約に近いともいえる。個別の債権の行使は予定されていない。この状態が、最判平21・1・22民集63巻1号247頁のいう時効に対する法律上の障害の内容である。過払金返還請求権が行使される場合には、こうした包括的相殺関係は終了するから、この時から時効が進行するのである(取引終了時説)。この残額債権は、法定債権であり、10年の時効にかかる³³⁾。

(4) さらに、この延長として、債権譲渡、契約譲渡、営業譲渡された別の業者

31) 拙稿「比較法(国際的統一法)の系譜と民法——ラーベルとケメラー」民事法情報282号22頁、注42参照。

また、小法廷によっていちじるしい違いがあることは問題である。上告受理事件は、裁量によるというものの、判例の統一は、最高裁の重要な機能の1つである。いちおう形式的には、事案が違うということになるのであろう。しかし、実質的にはほぼ同じ事件でありながら、明確な基準が示されず、結論が反対になるのは、予見可能性を害するものである。

32) 旧法のもとでは、利息制限法違反の効果は、裁判上無効であるから、いったん弁済してしまうとその返還や充当は困難であるが、一部弁済の場合には、違法な利息への充当の合意が無効になる限度では、有効な利息や元本への充当も可能であった。かなり多くの裁判例は、この構成をとっている。【理論】146頁。

33) 最判昭55・1・24民集34巻1号61頁参照。ただし、交互計算の終了後の残額債権の時効は、商行為であれば、5年となる。交互計算の対象となっている個々の債権は、支払猶予の状態におかれ、時効消滅や履行遅滞の問題を生じない。この点、充当理論では、履行遅滞の問題について、過払金発生時から不当利得として利息が付くことから、差異がある(終了時説によれば、これも個別には生じない)。

の貸付にも適用されるかも問題となる。しばしば(新たな)別の基本契約が主張される。債権の譲渡は自由であるが、その内容を変えることなく譲受人に移転するものであり、かりに消費貸借契約上の債権を譲渡しても、過払金返還債務の譲受人に移転する債務をも含むものである。債権とともに、それと不可分の債務も、譲受人に移転する。包括的な関係を終了させない場合の一方的な譲渡のさいの法律関係は、このように理解されなければならない。

これに対し、債権と債務を含む営業が譲渡される場合には、当事者の地位の移転が行われるのであり、包括的に譲渡された債権と債務は一体として移転するとみるものもある。その効果には争いがあり、伝統的な考え方では、地位の譲渡は、包括的なものであり債権者のみで内容を自由になしうるものではない。もとの契約が借手の不利に一方的に変更されたり消滅することはない。これに対し、契約譲渡の時を基準に、それ以前に発生していた債権債務が譲渡人に帰属し、将来の債権債務のみが譲受人に移転するとの時的配分説がある³⁴⁾。後者は、とくに企業の再生をめぐり、悪しき部分を旧会社に残し、良い部分だけを新会社に移転する方法で、企業の再生をしようとする場合に主張される。一方的な不良債権の切捨ての手法である。会社更生のような公的な仕組みによらずに、不公正な債権の選択を認めるべきではないから、一般的には否定するべきである。とりわけ過払金返還請求権の一方的な切捨てを合理化することは否定する必要がある。

なお、これに関し、近時、最判平 23・3・22 最高裁 HP は、貸金業者が貸金債権を一括して他の貸金業者に譲渡する旨の合意をした場合における、借主と上記債権を譲渡した業者との間の金銭消費貸借取引に係る契約上の地位の移転の有無について、「貸金業者〔A〕が貸金債権を一括して他の貸金業者〔Y〕に譲渡する旨の合意をした場合において、譲渡業者の有する資産のうち何が譲渡の対象であるかは、上記合意の内容いかんによるというべきであり、それが営業譲渡の性質を有するときであっても、借主〔X〕と譲渡業者との間の金銭消費貸借取引に係る契約上の地位が譲受業者に当然に移転すると解することはできないところ、

34) 蔭山文夫「営業譲受人の責任」消費者法ニュース別冊がある。時的配分説については、野澤正充「営業譲渡・契約譲渡と過払金返還債務の引受」消費者法ニュース 59 号 111 頁、同・契約譲渡の研究(2002 年) 355 頁参照。

上記のとおり、本件譲渡契約は、上告人〔Y〕が本件債務を承継しない旨を明確に定めるのであって、これが、被上告人〔X〕とAとの間の金銭消費貸借取引に係る契約上の地位の移転を内容とするものと解する余地もない」とした。譲渡当事者の意思のみを重視している点に、重大な問題がある。

(5) (a) 過払金返還訴訟の重荷から、貸付債権の大量の譲渡が行われ、二重譲渡問題も生じた。貸金業者の貸付債権を流動化するために、貸付債権を信託銀行に信託することが多数行われている。貸金業者は、信託の設定による受益権を取得し、これを販売して資金をえるのである。他方で、信託銀行も、貸付債権の回収をみずから行うには困難があることから、信託の委託者である貸金業者に対して回収業務を委託し、実質的には、従来の業務が行われる。そこで、信託が設定されても、債権譲渡は、譲渡登記によって行い、債務者に対する通知は、債権量が多量であることもあって、行わないのが一般である。

動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律は、債権譲渡の対抗要件について、債務者対抗要件と第三者対抗要件とを区別する。この区別が、しばしば二重譲受人のXとYとで別個に適用される。

すなわち、第1譲受人Xは、債権譲渡登記をえているが(特例法4条1項)、債務者に対する通知や債務者からの承諾をうけておらず、債務者対抗要件を具備していない。第2譲受人Yは、債務者からの承諾をえており(同条2項)、債務者対抗要件を具備している。そこで、債務者との関係では、債権者はYとなり、弁済をうけ、この債務者がYにした弁済は有効となり、債権も消滅する。これに対して、Xが優先権を主張して、争いが生じる。

ここで、債権譲渡登記では、Xが優先し、第三者対抗要件では、Yが優先する。そこで、Xは、Yのえた弁済金を不当利得として請求できる。ただし、有効な信託契約が成立していないとすれば、Xは譲渡をうけられず、Xの請求は通らない。Yが、これを争ったのが、次の東京地判平22・7・27判時2090号34頁である。

(b) 同事件では、貸金業者であるSFCGから貸付債権の信託譲渡をうけ、債権譲渡登記を具備したX(新生信託銀行)と、同債権の二重譲渡をうけて先に債権を回収したY(日本振興銀行)との関係が争われた。Yは、登記が劣後す

るが、債務者から債権の弁済をうけ債権が消滅したことから、X が、Y に対し不当利得の返還を請求したのである。

Y は、① X につき債務者対抗要件が具備されていないとして、信託を否定し、また、② X の債権取得の実態は譲渡担保であり、信託契約の成立が妨げられるとし、③訴訟中に、訴外会社から、過払金返還請求権の譲渡をうけたとして、これを自働債権として相殺を主張した。

東京地裁は、①債権譲渡登記は対抗要件であり、信託契約の成立を妨げないとし、②信託契約の成立が認められ、また、貸金業者から X に対する信託譲渡が譲渡担保であることは認められず、信託契約は有効とし、③相殺についても、これを否定した。

(c) 不動産登記では、二重譲渡の登記はありえないが、債権譲渡登記は、かなり曖昧な制度であり、二重、三重の譲渡の登記もありうる。登記とはいっても、不動産登記とは異なり、人的編成にならざるをえない点が問題である。第三者間の優劣は、時的順序で決定できるが、同時に、民法の対抗要件も認められているから、債務者との関係では、それに劣後するのである。現在の状況では、債務者は保護されても、二重譲受人は、必ずしも保護されない。その制度のままで、譲渡登記をあまりに重視するのは、過大な評価というべきである。

第三者対抗要件と債務者対抗要件とを区別することについては、異論もあり、1 説には、譲渡登記への統一も考えられている³⁵⁾。もっとも、その場合には、登記と同時に、債務者に対する通知を行い、同時に、民法上の登記なき通知の効力を縮小する必要がある。

また、2010 年にも、武富士から富士クレジットに譲渡担保とされた債権が、日本振興銀行 Y に譲渡され（日本振興銀行は、同年 9 月 10 日に民事再生手続を開始）、さらに同じ債権が、新生銀行 X にも譲渡された事件がある。

(d) 最判昭 61・4・11 民集 40 巻 3 号 558 頁においては（実質的に二重譲渡）、債務者対抗要件と第三者対抗要件が連動していたことから、債務者から弁済をうけた債権譲受人 B が、他の債権譲受人 A との関係では劣後する場合でも、債務者が 478 条によって免責されることから、実質的に優先する可能性が生じ、これが、467 条の対抗要件主義に反しないかが、問題となった。事案では、善意・無

過失を認めなかったが、467条の要件を満たさないと、必ず478条の要件を満たさないかは疑問であり、478条が467条を排除する危険性が残された。

平22年事件でも、債務者対抗要件と第三者対抗要件が連動すると同じ問題が生じる。しかし、同事件では、登記による第三者対抗要件が優先することから、この危険性は回避されていた。立法論的には、民法の場合にも、同様の解決が可能である。いきなり準占有者への弁済をもちだすのではなく、債務者保護は、二重弁済を回避できれば達成されるから、譲受人相互の利得の吐き出しの方途がベターである。

(e) ほかに、債権譲渡には、事件性のある債権の譲渡が、弁護士法72条に違反するかという論点があり、金融庁の「コメントの概要及びこれに対する金融庁の考え方」(2006年12月28日)では、貸手と借手の間で債権の存在や債権の金額、残元本の金額について認識が一致していないものや債務者において支払いを遅延し回収困難にあるものなど、通常の状態では回収できない、いわゆる不良化した「事件性」のある債権への障害が指摘されている。とくに利息制限法違反のケースでは、計算に争いのあるものが多い。また、債権が別々の譲渡先に譲渡されると、一連で通算した場合よりも、請求額が大きくなる可能性がある³⁵⁾。しかし、債権譲渡は、債権者の都合にすぎないから、一方的に債務額が増える理

35) 近時では、たとえば、法制審民法(債権関係)部会資料9-2第1の3。「動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律(以下「特例法」という。)により、法人による金銭債権の譲渡については登記により対抗要件を具備することが可能となったが、民法と特例法による対抗要件制度が並存しているため、債権が二重に譲渡されていないかを確認するために債務者への照会と登記の有無の確認が必要であることから、煩雑である等の問題点も指摘されている。

このような問題点が指摘されていることを踏まえて、債権譲渡に係る対抗要件制度については、基本的にどのような方向性で見直しを進めることが考えられるか。この点については、例えば、以下のような考え方があり得るが、どのように考えるか。[A案]登記制度を利用することができる範囲を拡張する(例えば、個人も利用可能とする。)とともに、その範囲における債権譲渡の第三者対抗要件は、登記に一元化するという考え方。

もっとも、ただちに一元案が有力というわけではなく、以下のような案もある。「[B案]債務者をインフォメーション・センターとはしない新たな対抗要件制度(例えば、現行民法上の確定日付のある通知又は承諾に代えて、確定日付のある譲渡契約書を債権譲渡の第三者対抗要件とする制度)を設けるという考え方」や「[C案]現行法の二元的な対抗要件」もある。

由はない。取引の分断は認めるべきではなく、充当理論からしても、個別の債権の分裂的な処分は認められない³⁷⁾。

(6) 前述の最判平 21・1・22 ほかの裁判例によって、取引終了時から不当利得返還請求権の時効が進行するとされたことから、貸主側から、遅延賠償も、取引終了時から発生するとの主張が行われるようになった。ここで、時効と遅滞の関係が問題となる。民法総則と債権総論の一般論によれば、債権の性質上、両者には必ずしも関係がなく、たとえば、期限の定めのない債務では、時効は、債権の成立した時から進行するが、遅滞となって利息を付すのは、請求時からとされている³⁸⁾。

問題となっている継続的な金銭消費貸借の場合には、不当利得返還請求権の時効が取引終了時から進行し、他方で、債権成立時から遅滞となる。これを肯定したのが、前述の最判平 21・9・4 裁時 1491 号 2 頁である。取引終了時から時効が進行する場合でも、悪意の受益者の 704 条の利息は過払金発生時から進行するとした。期限の定めのない債権では、請求できてから遅滞という形になるが、これが原則というわけではなく、古典的な形態というにとどまる。不法行為債権においても、債権成立時から遅滞が生じ、この場合には、時効と遅滞は一致する。

36) 「コメントの概要及びコメントに対する金融庁の考え方」(PDF) 金融庁 2006 年 12 月 28 日 (www.fsa.go.jp/news/18/kinyu/20061228-1/01.pdf) 「弁護士法及びサービス法の所管当局の一般的な解釈によれば、貸し手と借り手の間で債権の存在や債権の金額、残元本の金額について認識が一致していないものや債務者において支払いを遅延し回収困難にあるものなど、通常の状態では回収できない、いわゆる不良化した「事件性」のある債権について、他人から委託又は譲渡を受けて、管理又は回収を業として行う場合には、弁護士法やサービス法に抵触するおそれがあるとされています」。

荏原洋子「大島健伸の不当訴訟と破産管財人債権譲渡問題」消費者法ニュース 87 号 91 頁。

37) この点は、前注 33) でみた交互計算のさいに、対象債権が個別に処分できないのと同じである。債権者(貸主)の破産によって債権額が確定したとしても、その確定額が限度となる(たとえば、A 債権に過払金が発生しても、それが B 債権に充当される場合に、A B を別に考慮して、B 債権から高利の利息をとり、A の過払金に法定利率程度の利息を付したとしても、充当の場合とはアンバランスとなる)。そこで、確定後には、個別の債権の分割譲渡も可能となろうが、その場合には、この確定額を基準に分割する必要がある。取引の分断や充当理論からの潜脱の理由とすることを許すべきではない。

38) 古くからの通説であろう。たとえば、我妻栄・民法講義 I (1965 年) 485 頁、なお、同 IV (1964 年) 104 頁参照。

期限の定めのある債権では、期限の到来まで権利を行使することはできないから、時効は、期限の到来時から進行するが、利息の定めがあり、その不履行があれば、遅滞となることは当然である。ちなみに、時効の取引終了時説をとった最判平21・1・22がふれた預金債権に自動継続の特約がついている場合にも、遅滞が時効の進行よりも先行する。利息はつくが、時効は進行しない状態が継続するからである。したがって、充当の対象となる継続的取引から生じた不当利得返還請求権は、利息つき期限付きの債権に近いものといえる³⁹⁾。

(7) なお、704条の利息の性質については、争いがあり、通説は、これを遅延利息とし、その履行期は不当利得発生時であるとする。つまり過払金発生時に当然に発生することになる。これに対し、704条の利息を遅延利息以外の利息とすると、不当利得返還請求権の履行期は、取引終了時または請求時であるが(412条3項)、704条は、履行期以前であっても、悪意の受益者にはとくに責任を加重して、不当利得発生時、つまり過払金発生時から利息支払義務が発生するとする。この場合には、704条の性質からとくに、過払金発生時から生じることになる。

過払金返還請求権は、期限の定めのない法定の債権であるから、本来は、請求時から遅滞になるが、不法行為債権と同じく、発生時から遅滞になっている。しかし、これは、704条があるからというよりは、不当利得そのものの性質である。善意の不当利得(703条)でも、利得が現存していれば、返還義務があり、金銭には利息が発生し、それも請求時からではなく、発生時からということになるのである。

39) つまり、利息の義務は生じているが、期限まで時効は進行しない。請求できないからである。遅滞になれば、遅延利息の発生も可能である。逆転しているようにみえるのは、期限の定めのない債権の発想でいくからにすぎない。その意味では、期限と同じく、法律上の障害がある場合というべきことになろう。なお、最高裁は、大判昭2・12・26新聞1806号15頁を引用した(ジュリ1398号(重要判例解説平21)99頁参照)。

Ⅲ 不当利得法との関係

1 利得の現存性

(1) 制限超過利息の利得の現存性の喪失については、慎重たる必要がある(703条、ド民818条3項の利得の脱落、Wegfall der Bereicherung)。利得の喪失には、本来返還すべき義務の免除という特質があるからである。善意というだけでは、必ずしも利得は正当とはいえない。そこで、民法703条は、一見すると、利得の喪失を広く認める形式になっているが、わが判例も、金銭については現存性を推定し、それを覆すことに慎重である。法律上の原因なくして他人から金銭を取得した以上、これを消費したか否か、消費の方法が生産的であるか否かに関係なく、直接または間接に現存するものとされる(大判明35・10・14民録8輯9号73頁、同じく金銭につき、大判明39・10・11民録12輯1236頁、大判昭16・12・5民集20巻1449頁)。また、不当利得を主張する損失者は、現存利益の存在を主張する必要はなく、受益者がその不存在を立証しなければならない(大判昭8・11・21民集12巻2666頁、最判平3・11・19民集45巻8号1209頁)。

他方で、物を第三者に売却し、代金として金銭をえたが、消費してしまった場合には、利益は現存しない。ただし、消費したために出費を免れた場合には、それにより他の財産の減少を免れているから、利益は現存する(大判昭7・10・26民集11巻1920頁)。

しかし、現存しない場合もあり、たとえば、不当利得によってえた金銭がすでに存在せず、またこれをえないとすれば他の財産を費消したであろう事情も存在しないときは、現存利益はない⁴⁰⁾。目的物が類焼し、あるいは代金を預けた銀行が破産したといった場合には、利益は現存しない。

(2) 利得の現存性を維持する、これらの扱いは、それ自体は正当であるが、正面から、703条の適用を制限することが必要である。類型論的にいえば、給付利得には、703条は適用されないから、704条によって厳格な返還が求められる。とりわけ利息制限の場合には、強行法による規範的制約であり⁴¹⁾、これは返還

40) 前掲大判昭8・2・23法律新聞3531号8頁の遺族扶助料の超過払いのさいの返還請求事件参照。

についてもあてはまるのである。「現存性の推定」は、704条に移行するための一里塚である。

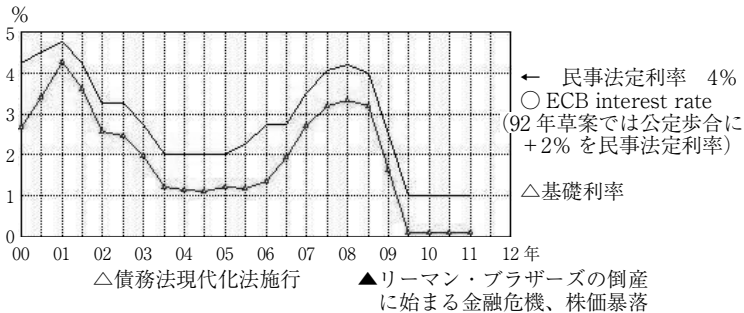
もっとも、たとえば、債務者による弁済金の誤振込では、利得の軽減は不要でも、利息までつける必要はないともいえる。払込をうけた銀行が、法定利率相当の利得をうけるとは限らないからである。反面で、誤振込をした者が法定利息まで取得できると、預金しておくよりも有利になる。もちろん、振込者が債務のないことを知って振りこんだ場合には、給付利得ではなく、他人の口座の利用にすぎない。ヤミ金の一方的な振込がそうであり、不当な請求の手段にするなど、場合によっては不法行為ともなる可能性がある。しかし、たんなる過失など事故での振込の場合に、振込者の過失は観念しえても、受領者側の、金銭による受益にともなう「損失」は考えがたいであろう⁴²⁾。

この問題は、誤振込による利得の返還にかかる手数料を定めれば解決する側面

41) 規範的解釈では、二重効が著名であり、無効により存在しない行為は重ねて取消すことができないとの自然的解釈を修正する概念として登場した。このような民法体系における概念の自然的 (natürlich) 把握と規範的 (normative) 把握は、種々みられる。たとえば、不能を例にとると、これを物理的な「滅失・毀損」とするのが18世紀的な把握であるが、これをより広義の「不能」とする事例などである。この克服は、19世紀の課題であり、場合によっては、20世紀以降にもちこされた。cf. Ono, The Law of Torts and the Japanese Civil Law (1), Hitotsubashi Journal of Law and Politics, vol. 26 (1998), p. 51. ほかに、「規範性」は、不当利得法では、「利得の消滅」(ド民818条3項、日民703条相当)を克服する概念として、また損害賠償法において差額説を修正する概念としてしばしば登場する。二重効では、民法典の起草者は、たんなる普通法の整理という範囲を超えて(法の単純化はすべての法典編纂の主要な動機である(Ono, Comparative Law and the Civil Code of Japan, (2), Hitotsubashi Journal of Law & Politics, vol. 25, 1997, p. 34 & note 19)、リステイトメントなどを作成するのも同様の動機による。法を見通しのよいものとする必要があるからである)、自然的見地から、契約解消方法(無効か取消か)にも1種の典型強制 (numerus clausus) を行い、これが将来に問題を残すことになったのである。つまり、無効の効果は、公序良俗違反でも、錯誤(ドイツ法では取消)でも同一とすることから、後者に関する第三者や相手方による主張の「信義則」による制限の理論を必要とすることになったのである。これらが、もともと多元的なものであるとの普通法的観念からすれば、内容が異なることは、信義則により個別に導かれる結果ではなく、むしろ当然の前提となる。たとえば、第三者による無効の主張の制限である。

42) そこで、不法行為の成立を考えることはむずかしいから、不当利得法の方を操作するとすれば、Yの善意・悪意を区別することになる。この区別をする場合でも、振込をうけたYは最終的には誤振込につき悪意になるから、「善意」の意味をかなり具体的なものに転換することが必要となろう。これを回避するためには、類型論でも、ひろく善意の効果(703条)を用いるという奇妙な結果となる。

ドイツ債務法における法定利率、基礎利率



もあるが（法定利率程度の手数料をとれば、利息の軽減と同じことになる）、本質的には、法定利率が現在、高すぎることに由来している。1960年代のように、銀行の利率が10%にもなる場合には、金銭は当然に一定の利益を生じ、その最低限の保障が法定利率であるといえたから、返還すべき利得に法定利率程度の利息を付することにさほど問題は生じなかった。しかし、バブル経済の崩壊後、1990年代からは、銀行の定期預金でも、0.1%に満たないことが多い。法定利率はかえって高すぎるのである。損害賠償の中間利息の控除を法定利率によると不当な結果が生じるのと同じ問題である（最判平17・6・14民集59巻5号983頁）⁴³⁾。

あるいは、近時の低金利の下では、こうした振込を押しつけられた利得とする構成をとれば（支払者が受益者に利得を押しつけた場合には、非債弁済に準じて、返還すべき利得への利息は不要である。ただし、これは、受益者の態様ではなく、損失者の態様を理由とする）、利息の支払は不要となる。この場合には、適正金利以上の利息は、給付利得の性質を有しないということになろう。つまり、類型論的に、703条が排除されるというのは、704条で適正金利が行われている限度では利得の軽減を考慮しないとの意味にすぎない。

43) 【理論】45頁注53)（第1章一）、拙稿・民商133巻4・5号840頁参照。なお、運用利益の返還に関する最判平38・12・24民集17巻12号1720頁参照。ただし、中間利息の控除については、将来のものは法定利率で算定しても、過去のものは過去の額で算定して法定利率を加えるのではなく、じっさいには現在額で算定しているのではないかと疑問がある。

過剰な法定利率を避けるためには、ドイツ債務法の現代化法のように変動利率の方法によるほかはない。ド民246条は、4%の法定利率を定めるが、同時に、247条において、基礎利率(Basiszinssatz)を定め(当初3.62%。現在では、1%に満たない。2011年1月に、0.12%)、これが、ヨーロッパ中央銀行の最新の主要再貸出金利の利率により変動するものとした。遅延利息の利率は、その年の基礎利率に5%をプラスしたものである(同288条)。基本的には、こうした変動利率によるか、固定利率であれば、わが起草者が予定したように、時期にあわせた改正が必要である⁴⁴⁾。

なお、ウィーン売買法(国際物品売買契約に関する国際連合条約)でも、当事者の一方が代金その他の金銭を期限を過ぎて支払わない場合には、相手方は、74条の規定に従って求めることができる損害賠償の請求を妨げられることなく、その金銭の利息を請求することができ(第78条)、金銭には、当然に利息相当の損害が生じることが予定されている。

(3) 強行法規の適用される場合の給付利得の適用は、従来必ずしも網羅的に検討されたことがない。不当利得返還請求権の時効は一例であり、最判昭55・1・24民集34巻1号61頁では、不当利得の返還請求権の消滅時効期間は、その基礎となる金銭消費貸借契約が商行為であっても、5年ではなく10年と解された。

近時問題となっているのは、商事法定利率の適用である。この問題は、最判平19・2・13民集61巻1号182頁を契機として提起された。給付利得が本来の契約の清算であることの趣旨からすれば、高利の貸付利率を清算するためには、返還関係にも利息制限法が適用されるのと同じ効果が求められる。とりわけ充当が制限された場合には、高利の貸付利率と釣り合う構成が必要であり、民事法定利率5分ではなく、商事法定利率6分をとる必要がある⁴⁵⁾。

このことは、返還請求権の時効については、10年の民事時効が適用されることと矛盾するものではない(上の最判昭55・1・24民集34巻1号61頁)。いずれも、利息制限法の強行法規性から導かれる。類型論は、たんに契約関係を清算関係にもそのまま適用するものではなく、強行法規の規範的適用に従ったもので

44) 変動金利については、拙稿「ドイツ債務法現代化における法定利率と基礎利率」国際商事34巻4号474頁参照、【自由と拘束】385頁にも所収。

なければならない。法定利率と時効は、方向性が異なるから、清算関係にも、利息制限法の規範的適用をすれば、商事利率を適用することは、民事時効を適用することと矛盾するわけではなく、類型論的帰結といえるのである。たんなる間接効果説との相違である。

間接効果説だと、たんに反対向きで清算するだけであるが、プラス方向の契約の展開と対応したマイナスの清算を求める類型論だと、積極的に修正するところに意味がある。過払をしなければ利用できた利益について、法定利率5%は低すぎる。現在は、低金利の時代であるから、銀行預金との比較によれば、一見したところ高くみえる。しかし、適法な貸付は、100万円以上の場合の制限でも、15%にもなり、6%でも十分に低いのである。貸主が過払金を他に高利で貸しつければ、5%を超えることは明らかであるし、他方で、借主が他から高利で借りた場合にも、その利率は、5%をはるかに超える。こうした場合には、貸主と借主の間には、たんなる法定利率での返還が義務づけられるだけでなく、有効な契約に準じた返還が必要である。

事実的契約関係で著名な有料駐車場の利用のケースにおいて、Aが有効な駐車契約があると思っていたが、無効であった場合は給付利得であり、契約なしにかつてに駐車した場合は侵害利得=704条である。ただし、後者の場合に、近くにある無償の駐車場と間違えた場合には、利得の軽減=703条のよちがある。給付利得には利得の軽減のよちはなく（事実的契約と構成する場合と同じである）、また清算関係にも契約法理の適用のあることが、侵害利得の場合とは異なる。給付利得の構成は、事実的契約関係に対するラーベル学派の回答の1つであり⁴⁶⁾、利得者のする契約との比較からすれば、6%の利息も肯定されてしかるべきであ

45) これでも貸付利率とのアンバランスは残る。加藤雅信「財産法の体系と不当利得法の構造」(1986年)423頁は、時効と利率の問題を共通とし、商事時効説による。竹内俊雄・判批・金判1266号14頁は、商行為たる金銭消費貸借から派生的に生じたことから、商法514条を類推適用するとする。

金銭債務の不履行には、つねにその利息相当の損害が発生するのである。そこで、2009年に批准された国際物品売買契約に関する国際連合条約(CISG)は、上述のように、78条において、当事者の一方が代金その他の金銭を期限を過ぎて支払わない場合には、相手方は、その金銭の利息を請求することができるとしたのである。なお、74条は、損害賠償の範囲に関する規定である。また、東京地判平17・3・25 LexDB 25437331 参照。

る。貸主は、意図的な超過利息の徴収によって、みずからの借入を減少させ、それにみあう損失を借主に転嫁しているのである（とくに取引の分断の場合）。これを放置することは、超過利息の徴収に手を貸すことにもなる。

(4) 不当利得の運用利益は、社会観念上受益者の行為の介入がなくても利得された財産から損失者が当然取得したであろうと考えられる範囲においては、損失者の損失といえるから、利得者はこれを返還しなければならない。

これについては、銀行の運用利益に関し、最判昭38・12・24民集17巻12号1720頁が先例であるが、学説は分かれている。事案は、BからAへの営業譲渡のケースである。譲渡に伴って債務の引受が行われたが、その後、Aが破産したことから、破産管財人Xから、譲渡に伴う商法上の記載のなかったことを理由として（商法旧168条）、Yへの弁済義務のないこと、したがって、弁済金の返還請求を求め、これがいれられたが、原審は、商事法定利率による利息の返還請求を否定したのである。最高裁は、原判決を一部破毀し自判した。

その内容は、①銀行業者が不当利得した金銭を利用してえた運用利益については、189条1項の類推適用により収取権が認められるよちはない。②不当利得された財産に受益者の行為が加わることによつてえられた収益については、社会観念上受益者の行為の介入がなくても損失者が当然取得したであろうと考えられる範囲において、その者に損失があると解するべきである。③不当利得された財産に対する銀行業者の運用利益が商事法定利率による利息相当額で、損失者が商人である場合には、社会観念上、それは受益者の行為の介入がなくても損失者が右の財産から当然取得したであろうと考えられる収益の範囲内にあるものと認められ、受益者はたとえ善意でも返還義務を免れないということである。

金銭以外の物の給付による不当利得では、原物から生じた果実や使用利益の返

46) 拙稿「キール学派と民法」一橋法学9巻2号342頁注65)参照。Vgl. BGHZ 21, 319. ただし、事実的契約関係論は、ナチス的な関係論の帰結であり、意思理論の否定から出発している。これに対し、類型論や契約の締結強制の理論は、有効な契約の補充という性質をもち、意思理論から出発している。それでも、契約関係としての清算という側面では同じ性格をもち、おおむね同じ結論が目ざされている。Vgl. Hans Leser (1928.11.25-), Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma, 1956. 拙稿「危険負担と返還関係」給付障害と危険の法理（1996年）317頁、342頁以下所収。契約における清算関係の基本は、給付の喪失可能性ではなく、給付の牽連関係である（片務契約では全額返還）。

還が問題となり、物権法の189条・190条との関連が問題となる。多数説は、189条・190条は、侵害利得にのみ適用され、給付利得では、受益者の善意・悪意を問わずに返還の対象となるとする⁴⁷⁾。これに対し、我妻説では、不当利得でも原物返還の場合には、189条を適用するから、善意の受益者は果実や使用利益の返還義務をおわない。もっとも、金銭の給付などで価格返還では、同説でも、189条・190条は適用されないから、結論は異ならない⁴⁸⁾。

しかし、金銭が給付された場合には、利息相当の運用利益が現存利益に含まれるとして返還されるかが問題となり、またその範囲も問題となる。多数の見解は、これを果実と同視する。この場合の解決は、それが元の金銭とどう関連するとみるかにかかってくる。①収益は、利得者の労力によるもので、返還しなくてもいいとするもの⁴⁹⁾、逆に、②金銭では、法定利率相当の利得が当然に発生するとするものがある。後者は、近時では、給付利得と構成するものが多い⁵⁰⁾。両者の中間に、③社会観念上受益者の行為なしに損失者が取得できた収益は返還す

47) 松坂佐一・事務管理・不当利得(1973年)215頁、238頁、四宮和夫・事務管理・不当利得・不法行為(上1981年)128頁、鈴木祿弥・債権法講義(2001年)735頁、743頁。谷口知平・不当利得の研究(1949年)276頁も同様に、果実の返還を肯定する。また、好美清光「不当利得法の新しい動向について」判タ387号22頁以下、33頁、加藤・前掲書(前注45))438頁以下、藤原正則・不当利得法(2002年)139頁など。

48) 我妻・債権各論V4(1972年)1072頁、なお、我妻・事務管理・不当利得・不法行為(1937年・新法学全集10巻)38頁、89頁。「わが民法の解釈としては、利得者は、所有権を取得しない普通の場合には、第189条によって果実を取得する権利を有し、損失者は不当利得を理由としても果実の返還を請求することができなくなすべきである」。

ドイツ民法は、不当利得の規定では、利得者に不当な利得を認めず、所有権の関係では、所有権があると信じた占有者を保護する。これは、所有権を取得した者の責任が、占有しか取得しない者よりも重いのは、不当とするからである。しかし、日本で、所有権がない理由は、契約の清算では、物権行為の有因性にもとづき法律上の原因を欠くからであり(日本法ではこれが普通で、ドイツ民法では物権行為の独自性があるから、所有権は移転するのが普通である。後者にあわせるのが、類推説である)、必ずしも消極的にだけとらえるべきではない(所有権を取得したといっても相当の理由があるわけではないから、所有権がないことの原則に戻るべきである)。189条を拡大すると、その例外性が希薄になり問題である。

49) 末川博「不当利得返還義務の性質およびその範囲」法律論文集Ⅲ(1970年)497頁、509頁、続民法論集(1962年)324頁にも所収。「受益者が独立の法律行為によって得たものはこれを返還することを要しない」。返還することを要するのは、直接当初に取得したものにもとづく利益(lucrum ex re)であり、受益者の独立の法律行為にもとづく利益(lucrum ex negotiatione)を包含しないからである。

るというもの⁵¹⁾と、④利得者の加えた労力と損失者の財産による部分との割合により、後者の分を返還するとするもの⁵²⁾がある。

このケースでは、金銭の不当利得の場合、現存性が推定され、善意でも、利息相当額の償還が行われる構成になっている。ただし、消費者金融の超過利息の不当利得の場合のように、悪意の推定が可能であれば、704条の適用が可能であり(後述)、現存性の必要はないことになる。給付利得構成からは、全部返還がもっとも自然ということになろう。

2 悪意の受益

(1) 貸金業者の過払金の取得が、704条の悪意の受益者としての受益にあたるかについては、一連の裁判例がある。

まず、最判平19・7・13民集61巻5号1980頁、判時1984号26頁、最判平19・7・13判時1984号31頁、最判平19・7・17判時1984号33頁は、貸金業者が制限超過の利息を受領したことにつき、貸金業法43条1項の適用がない場合に、過払金の取得について、当該貸金業者が貸金業法43条1項の適用があるとの認識を有しており、かつ、そのような認識を有するにいたったことについてやむをえないといえる特段の事情があるときでない限り、法律上の原因がないことを知

50) 鈴木・前掲書735頁など、前注47)参照。加藤・前掲書(前注45))77頁は、昭38年判決や同旨の下級審判決に関連して、「利息返還義務は、常に帰責が前提となるような重い責任加重であると考え、銀行などのように直截に金銭運用を営業としている者が被請求者の場合には必ずしも一般の意識にそぐわない」とする。潮見佳男・債権各論I(2009年)は、給付利得では、「善意受益者のための一方的信頼保護の視点に出た利得消滅の抗弁につらなる善意・悪意での区別」ではなく、給付と反対給付を契約当事者間で回復する視点が必要とし、189条・190条の適用にも消極的である。

古い見解では、鳩山秀夫・日本債権法各論(下・1924年)842頁は、果実も利息も返還することを要するとするが、受益の果実を返還した上に、さらに法定利息をも返還することを要するかを問題とし、「重複スル範圍ニ於テハ返還ヲ為スコトヲ要セザルモノ」とし、比較して、「大ナルモノヲ返還スベキモノト」する。実例は不明であるが、たとえば、土地を返還する場合に、果実か、果実が生じないときには土地価格に相当の利息を付して返還する(金銭の時には法定利息、「金銭ニ非ザルトキハ之ヲ金銭ニ換価シ之ニ対スル法定利息ヲ附スルコトヲ要ス」ということであろう。

51) 松坂・前掲書215頁(前注47)参照。文言上、この38年判決もこれに属する。

52) 谷口・前掲書279頁(前注47)参照。「損失者側に於て其財産より取得したであらうだけの収益を返還」。

りながら過払金を取得した者、すなわち、704条の「悪意の受益者」と推定されるとした。

原告たる借主からの過払金返還請求においては、被告たる貸主が704条の「悪意の受益者」にあたると主張し、被告は、原告の弁済時には、みなし弁済の適用を信じていたから、悪意とはいえないと主張するのが通例である。これらの裁判例は、いずれも、利息制限法の制限利率を超える債務の弁済に関し、貸金業法17条や18条など、同43条1項の前提要件を満たさない場合や過払金の充当計算に争いのある場合であった。

悪意かどうかは、一面では、内心の心理状態であるが、これを直接立証することはできないから、どのような事実の立証があれば、悪意といえるかが問題となる。そして、判決はいずれも、704条の「悪意の受益」を否定した原判決を破棄、差戻したのである。

これらの場合でも、貸主が、たんに貸金業法43条1項の適用を信じればたりるわけではなく、貸金業法17条書面や18条書面の交付がない場合には、貸金業法43条1項のみなし弁済規定の適用が認められず（最高裁平11年判決）、またこの平11年判決の前であっても、同様の場合に、みなし弁済規定の適用が認められないとする裁判例が相当数あったというような合理的根拠が必要であるというのである。

この場合の悪意の推定は厳しく、善意であっても、貸金業者がみなし弁済の存在を誤信したことにつきやむをえない「特段の事情」がなければ、推定が覆されることはない。貸金業者の職業的特性から、定型的に悪意が推断されるとするものであり、実質的に特段の事情はほぼありえないことになる。具体的な貸金業者の態様によっては、知らないこともあるとの反論もありうるが、貸金業者としての登録をうけている場合には、そうした個別の事情を考慮するよりは、職業人としての注意を基準とするべきであろうし、実態としても、過払金は他の債務者に貸し出され、法定利率などよりもはるかに高利で運用されているのである⁵³⁾。

53) 拙稿・判評585頁（最判平19・2・13民集61巻1号182頁）ほか、【理論】474頁、482頁所収。すでにⅡ6(1)で指摘したように、他の者に貸し出された場合には、相殺の遡及効は、まったく無力である。

(2) これに対し、悪意の受益の推定を否定した例としては、最判平21・7・10民集63巻6号1171頁、判時2069号22頁①、最判平21・7・14判時2069号22頁②がある。これは、期限の利益喪失特約下の超過利息の支払の任意性を否定した最判平18・1・13民集60巻1号1頁の出現前に、超過利息を受領した貸金業者に関するものであった。

最判平18・1・13は、利息制限法の制限を超える利息の支払を怠った場合に、期限の利益を喪失する旨の特約は、無効であり、制限内の利息と元本を支払えば、期限の利益を喪失することはないとし、しかし、こうした特約は、超過部分の支払もしないと期限の利益を喪失するとの誤解を与え、「制限超過部分を支払うことを債務者に事実上強制する」ものであり、「債務者が、利息として、利息の制限額を超える額の金銭を支払った場合には、上記のような誤解が生じなかったといえるような特段の事情のない限り、債務者が自己の自由な意思によって制限超過部分を支払ったものということとはできない」とした。

しかし、この「平18年判決の言渡し日以前の期限の利益喪失特約下の支払については、これを受領したことのみを理由として当該貸金業者を悪意の受益者であると推定することはできない」とした。ひとしく、貸金業法43条1項のみなし弁済が成立せず、貸金業者に対する不当利得返還請求が認められたにもかかわらず、最判平19・7・13とは異なる判断が下されたのである。

これにつき、最高裁は、平18年判決まで、同旨の最高裁判決はなく、「下級審の裁判例や学説においては、このような見解を採用するものは少数であり、大多数が、期限の利益喪失特約下の支払というだけではその支払の任意性を否定することはできないとの見解に立って、同項の規定の適用要件の解釈を行っていたことは、公知の事実」とする⁵⁴⁾。

つまり、最判平19・7・13の諸事例では、業者のいうのみなし弁済の適用に反対する見解が多数であったのに比して、最判平21・7・10の場合には、必ずしもそうではないとされている。こうした量的な差異に根拠を求めるのは、前者の場合でも、のみなし弁済の肯定説があったはずであり、後者でも、否定説があったので

54) 最判平18・1・24判時1926号28頁、40頁の上田意見は、期限の利益喪失特約による支払でも任意性は否定されないとしたが、これこそが少数とみるべきである。

あるから（たとえば、最判平 16・2・20 民集 58 卷 2 号 475 頁の滝井補足意見）、疑問がある。また、仕組み金融などの複雑な取引形式にするほど「善意」になるのはおかしいとの疑問もあるが、この点については、本稿では立ち入らない。

(3) さらに、問題となるのは、この場合に、703 条と 704 条の使い分けが妥当かである。とくに、不当利得の類型論的に考えると、704 条の適用が認められるはずであるが、それを、裁判例にあわせて、論理的に修正する必要があるのかである⁵⁵⁾。

しかし、類型論をとらない場合でも、703 条を適用する必然性は乏しいと考えられる。最高裁は、平 18 年の期限の利益喪失特約に関する判例変更までは、実質的に制限超過利息がとれたのにそれを返還するからとくに軽減するという思想に立脚している。これは、実質的な判例の変更によって返還義務が肯定されたからということである。いわば事後立法のようなものであるから、軽減が考慮されとるのである。すなわち、理論が対立しており、返還義務が薄弱だったという見解に立脚しているようにみえる。このように、軽減を考慮することに理由があれば、類型論をも修正すべきことになる。

これに対しては、本来とるべきでないものを（その基準は、1960 年代の判例である）、貸金業法の緩い捉え方や判例（とくに、平 2 年判決。ただし必ずしも直接的なものではない）によって一時的にとっていたから、全部返還するべきという考えがありうる。その場合には、類型論そのものと一致する。業者は、かりに今後返還しても、過払金返還請求権が行使されない場合には十分利益をえてきたのである（法定利率だけで借入ができたのと同じである）。利息の返還義務に理由がないわけではない。返還請求されたときには、利息も付して、全部を返還するべきであるとすれば、この場合には、類型論の修正の必要はない。したがって、無効・取消にさいして、全面返還を義務づける類型論そのものを修正するものではない⁵⁶⁾。

最高裁のような考え方は、過払金返還の貫徹が甘く、一貫性がない⁵⁷⁾。過払金返還を認めるこうした判例変更をしたことが問題だということにまでつながる

55) 【理論】538 頁。給付利得については、前注 47) 参照。

のであれば、国家賠償のよちも生じることになり問題である⁵⁸⁾。

56) 平田健治・重要判例解説平21年97頁は、判例の判断枠組みは、貸金業者の行為をその当時の判例・学説の動向に照らし合わせるものであり、その行為を最高裁判例との合致の有無で判断することは「率直に理解される」とする。ただし、それでも、現在からみて、「適用されないことを前提にして当時の議論状況に照らしての特段の事情の有無を判断し」ており、「平成18年判決の効果を遡及して考えることにつながらないか」を疑問としている。文脈上、一律に悪意を否定する趣旨であろうか。逆に、岡林・前掲判批（法時82巻5号）133頁は、貸金業者の悪意の推定ではなく、悪意を問題とするべきであり、最高裁判決は、「誤っており、変更されるべき」とする。清水元・私法判例リマックス42号30頁は、利息制限法1条旧2項が適用され、不当利得返還請求ができなくても、利息制限法超過の利息の契約は無効であり、債務者が返還請求ができなくても、貸金業者が不当利得返還債務をおわないわけではないとし、その債務は「自然債務」となるとする。また、悪意を認定されても、予想しえない利息の支払義務をおうわけでもないとする。

しかし、自然債務について悪意であることは、ただちに「債務」について悪意とはいえない。むしろ、自然債務の場合には、返還義務は生じないから、利息の問題にとどまらず、返還義務そのものが生じず（前述Ⅱ1(4)参照）別の問題が生じる。そうした効果を認めない場合でも、たんなる悪意の利息を肯定するために、実体法的な超過利息の保持力を肯定するのは本末転倒と思われる。削除された利息制限法1条旧2項や貸金業法旧43条を実体法上理由づける必要はないし、じっさいにも、非債弁済の成立は認めるべきではないであろう。

57) 貸金業者がもともと返還義務を予想しえたことを「悪意」に含めるかが論点となるが、最高裁によれば、これは、最高裁判例の存在からだけ評価されることになる。そうすると、最高裁の事実上の判例「変更」（最判平18・1・13ほか）やその責任も登場せざるをえない。これを克服するには、最高裁の平2年判決にまで遡って、（ここで広く肯定しながら、平18年の段階で変更したとの）裁判所の責任を否定することが必要となる。しかし、こうした最判平21・7・10の最高裁の、平18年以降の判例が修正であり特異なものだという論理は、転倒していると思われる（むしろ、平2年判決が特異であり、例外である）。理論的には、軽減を認めず、類型論をとることがもっとも簡明である。

前述のように（Ⅱ5(1)）、最高裁は、平2年判決と平18年判決に矛盾がないとの無謬説をとっているから、704条の適用についてだけ、平18年判決の特異性を述べることは一貫しない。私見では、平2年判決のみが、判例理論からの逸脱であり、平18年判決は伝統的理論への回帰となる。

58) もっとも、最高裁は、過払金返還請求は認め、しかし、場合によっては、利得に対する遅延利息までは認めず、いわば適当な落とし所を探っているのである。実務的には、おそらく実質的な判例変更に対する国家賠償を認めることもないであろう。