

利息制限法と民法理論 (2)

小 野 秀 誠*

- I はじめに
- II いくつかの論点
- III 不当利得法との関係 (以上、10 巻 2 号)
- IV 不法行為との関係
 - 1 超過利息の約定の無効と損益相殺の可否
 - 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 (以上、本号)

IV 不法行為との関係

1 超過利息の約定の無効と損益相殺の可否

(1) わが利息制限法違反の効果は、基本的には一部無効であり、同法 1 条違反の効果は、たんに「その超過部分について、無効」ととどまる。そこで、利息と損害金の割合を月 1 割とする約定の営業資金の消費貸借であっても、特別の事情のない限り公序良俗に反するものではないとされる (最判昭 29・11・5 民集 8 巻 11 号 2014 頁)。

最判昭 32・9・5 民集 11 巻 9 号 1479 頁においても、消費貸借契約にもとづき、月 1 割の高利で (元金 5 万円)、5 カ月間の利息として、2 万 5000 円が支払われた事例について、「本件消費貸借における月 1 割の利息が利息制限法に反し、また高率の利息であることは所論のとおりである。しかし乍ら、本件消費貸借の貸

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科) 第 10 巻第 3 号 2011 年 11 月 ISSN 1347-0388
 ※ 一橋大学大学院法学研究科教授

主であつた A が借主である X の窮迫、軽率もしくは無経験を利用し、著しく過当な利益の獲得を目的としたことを原判文上認め得られない、本件においては、利息が月 1 割という一事だけでは公序良俗に違反したものと断ずるを得ない（大審院昭和 8 年（オ）第 2442 号、同 9 年 5 月 1 日判決及び昭和 28 年（オ）第 691 号、同 29 年 11 月 5 日当裁判所第二小法廷判決参照）」とした（なお、同旨として、最判昭 28・12・18 民集 7 巻 12 号 1470 頁）。

すなわち、暴行行為が公序良俗に違反して無効となるには、いちじるしく過大な利益の獲得という客観的要件だけではなく、相手方の窮迫・無経験に乗じる主観的要件が必要であるとされるのである。

その先例は、大審院判例にある（大判昭 9・5・1 民集 13 巻 875 頁）。

この昭 9 年判決の事案によれば、貸金業者 X は、昭 7 年 1 月 27 日、Y に 500 円を弁済期同年 3 月 25 日の約定で貸し、担保として、Y から、保険金額 2000 円の保険金受領権上に質権の設定をうけ、証券の交付もうけた。同時に、Y が債務の履行をしないときには、X が保険契約を解約し解約返戻金を受領し、Y の債務に過不足を生じても清算しない特約を結んだ。Y は、「農ヲ業トシ其ノ性質単純朴訥ニシテ金融ニ関スル智識経験乏シキ為」このような契約を締結したのである。Y は、大 9 年 11 月から昭 6 年 11 月まで保険料 1281 円を支払い、昭 7 年 3 月に解約すれば、その解約返戻金は 980 円にのぼるものであった。X はこれを「了知」のうえ、貸付金 500 円から、手数料として 50 円、約定期間が 2 か月に満たないにもかかわらず、3 か月分の利息として 30 円、印紙代として 7 円を天引きしたので、Y が現実に受領した金額は 412 円余にすぎなかった（この 2 か月の利息だけで実質的に 2 割以上となる）。X が保険契約を解約中に、Y が保険会社より証券の再交付をうけこれを担保として金を借りたことから、X は、解約返戻金の 980 円から Y が支払った 500 円を控除した残額 480 円の損害をうけたとして、賠償請求した。Y は、特約が公序良俗に違反することを主張。1 審、2 審とも X の請求を棄却。X の上告に対して、上告棄却。

「他人ノ窮迫軽率若ハ無経験ヲ利用シ著シク過当ナル利益ノ獲得ヲ目的トスル法律行為ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスルモノニシテ無効ナリト謂ハサルヘカラス。然ラハ本件担保ノ目的タル保険契約ニ基ク解約返戻金カ金 980 円余ヲ

算スルコトヲ業務上智悉セル X ハ、農ヲ業トスル Y ノ此ノ点ニ関スル無知ト窮迫ニ乗シ、貸金ノ倍額ニモ等シキ返戻金アルコトヲ秘シ、特ニ短期間ノ弁済期ヲ定メ前記ノ如ク貸金シ、Y ニ於テ其返還ヲ為ササルトキハ右返戻金カ貸金ニ比シ過不足ヲ生スルモ、Y ハ X ニ対シ不足金ヲ支払ハサルト共ニ剰余金ノ支払ヲ請求セサル旨ノ特約ヲ為サシメタルモノナルコト明ナルヲ以テ、斯ノ如キ特約ハ、民法第 90 条ニ依リ無効ナルモノト断スルヲ相当トス」。

最高裁でも、最判昭 27・11・20 民集 6 卷 10 号 1015 頁は、貸主が借主の窮迫に乗じて短期間の弁済期を定め、5000 円の借金を期限に弁済しないときは時価 3 万円に近い不動産を代物弁済とすることを約束させたことが、公序良俗に反して無効とされた。このように、高利を公序良俗違反に結合する要素として、「窮迫」に乗じることあるいはこれに代わる主観的事情がつねに前提とされている。

同判決でも、前述の大判昭 9・5・1 によって原判決を肯定する部分のほか、「所論は、原判決が本件代物弁済の予約を公序良俗に反し無効だとするには、原判決の認めている事実の外にさらに特別事情が必要であると主張するのである。しかし、さらに特別事情が存することは多々益々〔云々〕するわけではあるが、原審の認めた諸事実を総合して本件代物弁済の予約を公序良俗に反し無効であると断定し得ないものではない」。

担保や代物弁済のような事情が加われば、そうした約束に着目して、おおむね窮迫に乗じたものとして無効とする処理が行われてきたが（この旨の裁判例は多い¹⁾）、純粹の金銭の消費貸借契約では、さしたる積極的理由もなしに、一部無効の処理が行われてきたのである。超高利の消費貸借契約にも、窮迫に乗じる要素があることは、無視されるべきではない。

(2) こうした一部無効の構成は、その後もほとんど当然のものとして、ほぼ一貫して継続してきた。しかし、制限超過利息が違法であるとしても、その効果が一部無効だけにとどまるとすれば、制限の効果は限定的である。そして、利息制限法 1 条旧 2 項において、任意に弁済した超過利息の返還が請求できないとされていたことも加わり、高利の定めをしておき、弁済されれば取り得となり、弁済

1) 【理論】121 頁以下参照

されなくても、制限利率までの徴収が確保される手段とされた。いわば同1条旧2項とあいまって、実質的に、高利を推奨する機能を果たしたのである。

これに対し、おおむね2000年以降、いわゆるヤミ金など、違法な高金利が横行したことから、2003年(平15年)の貸金業法の改正においては、旧42条の2(現42条)が追加された。

「貸金業を営む者が業として行う金銭を目的とする消費貸借の契約において、年109.5パーセントを超える割合による利息の契約をしたときは、当該消費貸借の契約は、無効とする」。

ただし、その無効の内容は、具体的には明示されずに、解釈に委ねられた²⁾。この場合に、解釈の可能性には、段階的に次のものがありえよう。①超過利息のみの無効、②約定利息全部の無効、③法定利息の徴収も無効、④元本の交付も無効などである。このうち、①では、利息制限法の一部無効の規定と変わらないので、同条の意味はなくなる。②は、これを一步進めているが、その場合でも、③のように、法定利息の徴収までは可能とすると、高利を定めても、最低限、民法法定利率までは可能ということになる。無効の要件が、109.5%と厳しい場合にまで(これは、営業的でない場合の出資法の最高利率でもある)、そうした大きな利益を認める必要はない。そこで、④の元本の交付も不法原因給付となって、返還の請求ができない趣旨とするのが相当である。解釈のよちが残されたものの、同条によって、こうした高利では、利息契約の一部無効が否定される途が開かれた。

しかし、高利対策の決め手として、元本の返還請求権を明文で否定することは見送られた。元本の返還請求をも認めるよちがないと、借主のモラルハザード(返すつもりなしに借りる)をもたらし可能性があるという理由である。条文では、たんに年利109.5%を超える貸付については、契約を無効とするにとどまる。あとは解釈の問題となり、元本の給付が不法原因給付となれば(民708条)、その返還請求も制限されるが、そうでなければ、元本の返還請求は可能となり、実

2) 【理論】67頁。奥克彦「貸金業の規制等に関する法律及び出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律の一部を改正する法律」ジュリ1252号85頁、日本司法書士会連合会編・実務のための新貸金業法(2版・2008年)14頁参照。

質的に金利部分の無効となるにとどまる。しかし、元本の返還請求を認めないことが高金利への抑制となることから、かりに返還請求を認める場合でも、法定利率までの利息を認めるような解釈は否定する必要がある。年利 109.5% を超過するような暴利は犯罪行為であり、バブル経済崩壊後の低金利との比較では、法定利率でさえもかなり高率であり、元本にさえ返還の疑問がある場合に、利息の利益の保持を認めるべきではないからである。

なお、いうまでもなく、利息制限法の制限利率に違反する金利の約定も、一般の出資法の制限金利である 20% (2010 年改正前は 29.2%) に違反する約定も、無効である点は同じである。109.5% を超過することのみが、公序良俗や不法原因給付の基準になるわけではないから、貸付の態様、違法性の高さによっては、109.5% 以下の場合にも、元金の返還請求権が制限されるとの解釈はありうる³⁾。出資法の利率が低減化した現在では、これに違反する場合は、そのように解する必要がある。また、元本だけではなく、一部無効に固執することへの否定の趣旨であるから、利息の契約についても、より柔軟に全部無効を考慮する時期に来ているというべきである。出資法の制限利率を 50% も超える場合 (つまり 30%) には、一切の利息の契約を否定する必要があるだろう。

また、いわゆる押し貸しや数百%にも及ぶヤミ金融は犯罪であり、元金も犯罪の道具たるにすぎないから、不法原因給付として返還請求をいっさい認めるべきではない。また、犯罪性に着目して不法行為による損害賠償請求をする場合でも、その実質は、不当利得の返還請求であるから、損益相殺といった形で、元金の返還を実現させるべきではない。これにつき、かねて最決平 18・3・7 判例集未登載は、年 1200% の高金利で行われたヤミ金に関する事案に対し、「貸金に名を借りた違法行為の手段にすぎず、民法上の保護に値する財産的価値の移転があったと評価することは相当でない」として、借主が業者に返済した元本相当金額についても、不法行為にもとづく損害であると認め、実質的に、借主から業者に対する返還請求を認めた札幌高裁判決 (札幌高判平 17・2・23 判時 1916 号 39 頁) に対する上告を棄却して同判決を確定させた。

3) 同 67 頁。

この理は、のちに最判昭20・6・10民集62巻6号1488頁において追認されたが、それまで、下級審では、見解の対立がみられた。元本が不法原因給付となるかは、借主の過払金返還請求の延長として、また借主の弁済金を不法行為によって損害賠償請求するさいにも、貸主から交付された元本を損益相殺するかとして問題となったのである。

(3) 違法な超高金利が暴利行為として無効になる場合については、かねての下級審の裁判例が参考となる。ヤミ金などの超高利の貸付において、元本の交付が不法原因給付になることには、あまり争いがないが、不法行為の構成をとり、元本が返還されている場合については、損益相殺の問題が生じる。不法行為の構成は、慰謝料の請求が可能になることと、20年の時効が不当利得の10年よりも有利なことから、近時利用されることが多い(これにつき、後述2参照)。

比較的早くに、札幌簡判平12・9・13消費者法ニュース47号49頁は、1541%の高利の、ヤミ金業者による貸付を無効とし(「借主の「窮迫ないし無思慮に付け入って暴利を貪ることを目的とするものであることが明らかな本件金銭消費貸借契約自体、公序良俗に反して無効」とし、貸付金を不法原因給付として、借主には、元本部分の返還義務を否定)、また、その行為が不法行為にあたるとして、弁護士費用5万円の請求を認めたものである。

また、東京地判平14・9・30判時1815号111頁は、貸金業者Yが、Xに8万円を貸し付け、半年間に、20万円を超える利息をとったことが(年利750%)、公序良俗に違反し無効であるとして、Yに対する既払利息から、Yから交付をうけた金額を控除した残金19万2000円の不当利得の返還と、Yがこうした契約をし利息を受領したことが、出資法に違反し、不法行為に該当するとして、慰謝料10万円の支払を求めた事案である。判決は、不当利得の返還請求と不法行為の成立を認めた。

「本件約定利率は、出資法5条4項の規定に従い、元本額を天引き後の交付額として計算すると、年750%にも上り、平成11年法律第155号(平成12年6月1日施行)による改正前の同法5条2項に規定する利率(年40・004%)の18倍を超えることとなる。そうだとすると、本件利息契約は、暴利行為として公序良俗に反するといえ、しかも、その暴利性の程度は極めて大きいといわざるを得な

いから、本件利息契約は、利息制限法所定の制限利率の範囲内にとどまる部分も含め、全体として無効であると解するのが相当である。

そして、Xは、Yの行為によって「半年以上にわたって支払ういわれのない極めて高利の利息の支払を余儀なくされたものである」として、精神的苦痛を被ったものと認められるとし、精神的苦痛に対する慰謝料10万円の請求をも肯定した。

さらに、福岡高判平17・1・27判タ1177号188頁も、実質年利が133.3%を超える貸付について、違法性が高い犯罪行為であること、借主の「窮迫、無思慮に乗じて犯罪行為に該当する本件各契約を成立させた」ことから、契約を公序良俗に反するものとして無効とした。

大阪地判平16・3・5金判1190号48頁は、金融業者が、債務者の年金証書、年金の振込先の預金通帳、印鑑を預かり、年金の振込口座から利息制限法の制限を超える高利（最高で43.8%）の弁済をうけたことを、不法行為とした。本件は、利率は、ヤミ金ほどではないが、年金証書を取り上げ、振込口座から自動的に弁済をうける仕組みの違法性に着目したものである。ただし、同判決は、消費貸借契約自体が公序良俗違反とまではいえないとして、弁済金から、貸主の交付した金額を差し引いた差額のみが損害になるとし（182万円）、しかし、約1割の慰謝料18万円と弁護士費用20万円の損害賠償を肯定した。差額説によって貸主の交付額の差し引きを認める場合には、このように、慰謝料の請求をも認めることが多く、差額説を採用することのいわば代償になっている場合もある。ただし、同判決は、3年以前の過払金返還請求権の消滅時効を肯定し、その点においても、満足すべきものではない（最判平21・1・22民集63巻1号247頁ほか、前述11(2)参照）。

東京地判平17・3・25判時1914号102頁では、個人で貸金業を営むXが、Yらに対し、貸金の返還を請求した事案である。その場合の実質年利800%や500%を超える約定金利は、出資法5条1項の定める109.5%という利率の数倍に及ぶ超高金利であるから、強い社会的非難に値するものであって、利息の合意およびこれと一体をなす消費貸借契約それ自体が暴利行為であり公序良俗に反し無効であるとして、Xの請求を棄却した。

「XのYらに対する各貸付の約定金利は、Y会社Aにつき、年利600%を超え、また、Y会社Bにつき、400%を超えるが、いずれも貸付時において天引きがされているから、天引き後の交付額を元本額とする実質年利率は、Y会社Aにつき800%、Y会社Bにつき500%を超える計算となる。この年利率は、出資法5条2項に定める上記29.2%を大幅に超え、更に同条1項に定める上記109.5%をもはるかに超えるものであり、これらの合意がいずれも、それ自体犯罪行為を構成するものである。そして、Yらに対する各貸付が行われたのは、平成15年改正法が施行される前とはいえ、Y会社Aについては、同改正法が成立しその一部が施行される直前の時期に相当し、Y会社Bについても、同改正法が成立する1か月ほど前の時期に該当し、国会その他で同改正法の在り方を巡って議論が重ねられている状況にあったものといえるから、違法性の高い犯罪行為であるとの評価は、同改正法の成立ないし施行前後を通じ変わるものではない。また、前記のとおり、本件では、出資法5条1項に定める109.5%という利率の数倍に及ぶ超高金利であるから、強い社会的非難に値するものであって、利息の合意及びこれと一体をなす消費貸借契約それ自体が暴利行為として公序良俗に反するものというべきである（なお、これに加えて、上記認定のとおり、Y会社Aについては、短期的には資金的に相当の逼迫した状況にあり、また、Y会社Bについても急な資金繰りの必要があったものと認められ、Xがこのような事情に乗じて違法な高金利によって利益を得ようとしたものと推認され、このような事情も公序良俗に反すると判断される付加的な事情となる）」。

なお、判時1914号103頁のコメントによれば、本件の控訴審（東京高判平17・8・30）は、Xの控訴を棄却し、控訴審で追加されたXからYに対する交付額の一部の不当利得返還請求についても、その交付が不法原因給付にあたるとして請求を棄却した。

さらに、東京地判平17・9・27判時1932号99頁においても、無効を認めた。すなわち、YがXらを連帯債務者として1500万円を貸し付け、返還債務の支払いを担保するためXの1人が所有する本件建物をYに譲渡した旨の登記がされていた。Xは、消費貸借を暴利行為として無効であると主張し、登記の抹消および返還債務が存在しないことの確認を求めた事案である。判決は、本件消費貸

借の利率は現実の受領額にもとづいて算出すると出資法によって処罰される109.5%の高金利を超過するものであること、YがXらに交付した契約書には現実の利率とは異なる低い利率が記載されているのみならず、Yは高金利による天引きの事実を隠蔽しようとしていることなどから、本件消費貸借は、Xらの無知に乗じて違法に暴利をえようとするものであり、公序良俗に反するものとして無効であるとして、請求を認容した。

「現実の受領額に基づいて算出した140.4という利率が、出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律により処罰される年109.5%の高金利を超過するものであることは明らかであるが、名目貸付額に基づいて算出した88.9という利率も、利息制限法所定の制限利率である15%の6倍近い高金利となっている。

また、本件消費貸借に関して作成された契約書に記載された利率は現実の利率とは全く異なる年15%というものであり、しかもYは、利息を天引きした事実を否認して、天引きにより高金利を取得した事実を隠蔽しようとしているものと認められる。

さらに、同年7月末ないし9月末に、Xが元本の返済ができないとして返済の猶予を求めた際に、Yの代理人であるAが要求した1か月間の金利は150万円であり、名目借入額に基づいて算定しても月利10%（年利120%）、実質受領額に基づいて算出すると月利15.8%（年利189.5%）という高金利となっている。しかも、Yの代理人であるAは、同年8月末及び9月末にXから受領した150万円については領収証を発行せず、受領の事実も否認して、前記同様に、違法な高金利を取得した事実を隠蔽しようとしているものと認められる。

以上の事実、すなわち、本件消費貸借の利率は、現実の受領額に基づいてこれを算出すると、出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律により処罰される年109.5%の高金利を超過するものであり、名目貸付額に基づいて算出してもそれに近い高金利であること、Yが貸付時に借り主であるXらに交付した契約書には現実の利率とは異なる低い利率が記載されているのみならず、Yは高金利による天引きの事実を否認してその事実を隠蔽しようとしていること、当初の返済期日を過ぎた後に要求した金利の利率は、現実の受領額はもとより名

目額に基づいて算出しても前記規制金利を超過するものであり、しかも、Yはその受領の際に領収証を発行せず、受領の事実も否認して違法な高金利を取得した事実を隠蔽しようとしていること、Yの使者ないし補助者として暴力団関係者が関与していることを総合すると、本件消費貸借は、Xらの無知に乗じて違法に暴利を得ようとするものであり、公序良俗に反するものとして無効というべきである」。

高金利のほかに、高利の事実を隠蔽することがとくに問題とされている。出資法の制限を超えるような超高金利の約束は、それ自体が犯罪であり、借主の窮迫や無思慮に乗じたものである。公序良俗の判断は、客観的要件と主観的要件の相関的なものであるが、超高利の具備された場合に、厳密な主観的事由の必要性は乏しいといわなければならない。ちなみに、隠避や偽装のない場合はまれであり、これらの存在は、むしろ結果を肯定する場合にだけ指摘され、それ以外では看過されるのが通例である。出資法の制限利率が低減化した今日においては、109.5%を超えるような場合には当然公序良俗基準に反するものといえ（元本の返還義務も違反）、それ以下の場合でも、少なくとも、20%の利率を50%も超過する場合（30%）には、同様と解される。さらに、それを下回る場合であっても、利息制限法の制限利率までの約定利率を肯定するのではなく、利息を偽装した場合や隠避する場合には、利息の契約を全部無効とすることが必要である⁴⁾。

(4) こうして、制限超過の利息の約定をめぐる、その無効の効果については、かなりの争いがみられた。とりわけ、元本の不法原因給付性から、損益相殺に関する争いは、重大であった。これを決着させたのは、最判平20・6・10民集62巻6号1488頁、判時2011号3頁のヤミ金の事件である。ヤミ金業者Yから、Xらが、年利数百から数千%の利率で借入をし弁済したことから、弁済として交付した金員の損害賠償を請求した事件である。

4) 取引を複雑にしたり、外部からは推認しがたい条項を設けるなどして、高利であることの隠蔽が行われた場合に、その率や法定利率まで利息を下げるのが、旧民法やドイツ民法で行われている（【理論】16頁、「消費者消費貸借と貸金業法(1)」一橋法学6巻2号19頁）。わが法のもとでは、利息の契約が、消費者の利益を一方的に害する条項の無効（消費者契約法10条）をもあわせて考慮して、そうした場合の高利の無効を制限することが考えられる。

原審である高松高判平 18・12・21 は、Y の不法行為を認めたが、X が貸付として交付をうけた金員相当額について損益相殺を認め、X の財産的損害の額から控除した（なお、前述の大阪地判平 16・3・5 金判 1190 号 48 頁（消費貸借契約は有効であるが、慰謝料 18 万円を肯定）、東京地判平 14・9・30 判時 1815 号 111 頁（慰謝料 10 万円、不法行為による損害賠償請求は慰謝料だけで、不当利得返還請求は元金部分を除いていた）⁵⁾。

この場合にも、単純に、不法行為法上の差額説を適用するとすれば、X の損害は、弁済した元利金から、Y から交付をうけた元金を差し引いたものとされるから、前者の大半が違法な利息であることや、Y の元金の交付がじっさいには犯罪行為にすぎないことは無視されてしまう。

しかし、同最高裁判決前でも、ほかに札幌高裁平 17・2・23 判時 1916 号 39 頁（金銭消費貸借契約という法律構成をすること自体が相当ではないとする）や同平 17・12・6 消費者法ニュース 68 号 155 頁（交付金 12 万円、慰謝料 20 万円）、東京高判平 14・10・3 判時 1804 号 41 頁など、相当多数の判決は、こうした損益相殺を認めず、差額説による判決との対立がみられたことから、最高裁の判断が待たれていたのである。

札幌高判平 16・7・15 判時 1916 号 39 頁も、損益相殺を否定していた。否定説の論理を同判決によって検討することにしよう。事案は、X が、貸金業法に定める登録貸金業者である Y から金員を借入れ、その返済をしてきたが、Y に対し、Y が年利 1200% にも及ぶいじらしく高率の利息を受領してきたとして、不法行為または不当利得にもとづき、X が支払った金員全額について返還を求めたものである。判決は、Y は、X との間で金員の授受をしていたことが認められるが、それは、貸金業法や出資法を全く無視する態様の行為であり、まさに無法な貸付と回収であり、こうした出資法の罰則に明らかに該当する行為については、もはや金銭消費貸借契約という法律構成をすること自体が相当ではなく、Y が支出した金員についても、それは貸金に名を借りた違法行為の手段にすぎず、民法上の保護に値する財産的価値の移転があったと評価することは相当では

5) これら諸事例につき、滝澤孝臣「貸金業取引関係訴訟」消費者取引関係訴訟の実務（2004 年）174 頁参照。なお、不法行為の成立につき、【理論】307 頁。

ないとして、原判決を変更し、Xの請求を全部認容したものである。

「Yは、原判決書別紙取引経過目録1記載のとおり、Xとの間で金員の授受をしていたことが認められるところ、それは、貸金業法や出資法を全く無視する態様の行為であり、まさに無法な貸付と回収であって、貸金業者として到底許されない違法行為であるというべきである。

法は、ある程度の高利による消費者金融を許容してはいるが、本件のように出資法の罰則に明らかに該当する行為については、もはや、金銭消費貸借契約という法律構成をすること自体が相当ではなく、Yが支出した貸金についても、それは貸金に名を借りた違法行為の手段にすぎず、民法上の保護に値する財産的価値の移転があったと評価することは相当ではない。

したがって、本件において、XがYに支払った108万9000円はその全額がYの不法行為に基づく損害であるといい得るとともに、YからXに交付された金員については、実体法上保護に値しないのみならず、訴訟法上の観点から見ても、Yに利益になるように評価することが許されないものというべきである。このことは、たとえば、通常取引における債権者の不注意に基づく過失相殺の主張が許されても、当該取引が債務者の詐欺や強迫による場合には、当の欺罔行為者又は強迫行為者である債務者からの過失相殺の主張を許さないものとする事と同様に、法の実現の場面における各行為や主張の評価として民法及び民事訴訟法の前提となっているものと解することができる（民法1条、91条、民事訴訟法2条）⁶⁾。

貸金に関する規制が強化される反面、貸金業法の登録をうけた業者の中にも、本件のようにヤミ金行為をする者がある。同時に、こうした場合には、利率がいちじるしく高利であるだけでなく、貸金業法による法定の契約書面や受取証書の交付なども行われないことが多い。ここで、金銭消費貸借契約を有効とし、たんに一部無効の法理から利息制限法の適用を認めるだけでは不十分である。金銭消費貸借契約そのものを暴利、公序良俗の観点から否定する必要がある。契約が否定されれば、利息の契約もすべて無効となり、貸主が受領した利息も、不当利得

6) 本件について、廣峰正子・法時77巻11号89頁、松葉佐隆之・判タ1245号99頁（平成18年度主要民事判例解説）などがある。

として返還される。ただし、元金部分は、金銭消費貸借契約が無効になる場合に、当然に不法原因給付になるとはいえないから、個別の考慮が必要となる。もちろん、いわゆる押し貸しのように、暴力金融が一方的に振りこんで高利の支払を求める場合には、元金も犯罪の道具にすぎず、当然に不法原因給付となる。利率が比較的低い場合、借主の関与が高い場合、あるいは暴力団の関与がない場合などでは、問題がある⁷⁾。

広くヤミ金の場合には、これらの要件を満たすことが多く、Yが元金を不当利得として返還請求することは、不法原因給付にあたりできないであろう（上述東京高判平14・10・3）。違法の態様が重大だからである。高度に違法性の高い暴利行為である金銭の消費貸借では、金銭の交付そのものが給付であり、借主は金銭の所有権を取得してこれを全面的に使用・収益できる。さらに、不法原因給付の理念からすれば、不法行為による損害賠償請求に対し、損益相殺を主張することもできないはずである。これに対し、一部無効のみを生じる程度の利率違反の場合には、少なくとも理念的には、給付は部分的な利用に限定されるにすぎない。その後の利用は、なお給付されていないとみることができる。一部無効を認める利息制限法の規定も、元本の返還を前提としている。不法原因給付の判断と対象は、違法性の程度に応じて段階的たるべきである⁸⁾。

(5) 超高金利の場合に、Xがいったん元金を含めて、Yに返還した場合にはどうであろうか。Xが元金を返還ずみの場合にも、借主の損害は、借主の支払金額マイナス元金とするのが、差額説的な考え方であり、下級審ではかなり有力であった（当事者の請求の限定によるが、東京地判平14・9・30判時1815号111頁）。しかし、これでは、貸主Yは、元金を確保することができ、ヤミ金の取立の根拠ともなる（それに藉口して、違法な利息の取立が行われる）。

7) 貸金業法42条の2（消費貸借契約の無効）の適用につき、【理論】67頁以下。そこで、逆に、給付者の不法性が小さいときには、返還請求も可能である（最判昭29・8・31民集8巻8号1557頁）。

ヤミ金業者が元金を不当利得として返還請求することは、違法性が高く不法原因給付となり、肯定されないであろう（これにつき、東京高判平14・10・3判時1804号41頁）。バランス上、不法行為を問題とする場合でも、Xの損害賠償請求に対し損益相殺を主張することはできないのである。

また、Xがいったん元金を返還しても、それを損害賠償として請求することは、元金がかともとと犯罪の手段にすぎないものであれば、違法な貸付の再度の請求とはいえない。もともと錯誤により支払われた過払金返還請求の延長にすぎない。

不当利得に関する初期の判例は、不法原因給付に関する返還の特約を無効とした(大判明36・5・12民録9輯589頁)。その後の裁判例には、不法原因給付であっても、任意に返還する合意は有効とするものもあるが(最判昭28・1・22民集7巻1号56頁)、ヤミ金のいちじるしい高利とともにする弁済には一切の任意性はなく、確定的に返還されたものとはいえない(給付がまだ決定的ではないとした最判昭40・12・17民集19巻9号2178頁参照)。また不法原因の比較においてもアンバランスが大きいことから(最判昭29・8・31民集8巻8号1557頁参照)、いったん形式的に返還した元本についても、借主からの取戻請求を認める必要がある(上記昭28年判決も、「かかる給付者の返還請求に法律上の保護を与えないというだけであって、受領者をしてその給付を受けたものを法律上正当の原因があったものとして保留せしめる趣旨ではない」から、当事者が不法原因給

8) ヤミ金や押し貸しの振込の場合の預金の帰属については、従来の金銭口座の所有者に関する議論が参考となる。そこでは、いわゆる客観説と主観説との対立があり、かつての無記名定期預金口座についての判例は、前者によった(最判昭32・12・19民集11巻13号2278頁、最判昭48・3・27民集27巻2号376頁)。記名定期預金についても同様とされた(最判昭52・8・9民集31巻4号742頁)。しかし、普通預金、当座預金などの流動性預金については、最判平15・2・21民集57巻2号95頁(保険代理店が保険契約者から受領した保険料を管理する口座)、最判平15・6・12民集57巻6号563頁(弁護士が預かり金を保管するための口座)において、預入行為者を預金者とした(保険代理店、弁護士)。

さらに、最判平8・4・26民集50巻5号1267頁の誤振込のケースでも、普通預金契約の当事者に帰属させた。そして、最判平20・10・10民集62巻9号2361頁も、誤振込の受取人の預金払戻請求は、権利濫用にあたらないとした(ただし、最決平15・3・12刑集57巻3号322頁は、誤振込を知らずながら預金を引き出す受取人は、詐欺罪にあたるとした。つまり振込人への財産帰属ということである)。詐欺の場合は例外となる。この場合には、振込人の財産と受取人の財産部分を預金の中でどう区別するかという技術的問題が残る。誤振込とは逆に、押し貸しやヤミ金の場合には、振込人の権利性を考慮する必要はないから、口座の名義に従って、率直に受取人の権利性を肯定すれば足りる。最判平14・1・17民集56巻1号20頁、判時1774号42頁も、信託の構成から、請負人名義の別口普通預金口座として管理されていた前払金の残金について、請負人に代わって保証債務の履行として残金相当額を地方公共団体に支払った保証事業会社に帰属するとした。借主の財産主体性について、預金の帰属の理論からの障害はないといえるであろう。

付を合意解除して給付の返還を特約することも、708条の禁じるところではないとしたにすぎない。まったく任意の返還を肯定しただけである)。賭博金の授受などとは異なり、借主には何ら責めに帰すべき事由は存在しない(大判大13・4・1新聞2272号19頁は、芸妓が、無効な芸妓契約の特約にもとづいて抱主に支払った指南料・違約金の返還請求を認めた)。

この理は、借主が、不当利得返還請求権ではなく、不法行為の損害賠償請求をする場合にも貫かれる必要があるから、元本に対する損益相殺を認めるべきではない(不法行為法への不法原因給付的な考慮の適用)。実質は、借主からする不当利得の返還請求であり、完全に借主に対して返還させることが、こうした違法行為を否定することと一貫する。損益相殺は、違法行為の助長にすぎない⁹⁾。

上記の最判平20・6・10も、元利金として交付された金員は、当初に貸付金として受領された金員に対する返済とは評価せず、これとは別個の不法行為の被害者の損害とみて、損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象とせず、Xの損害額から控除することを否定したのである。

「反倫理的行為に該当する不法行為の被害者〔X〕が、これによって損害を被るとともに、当該反倫理的行為に係る給付を受けて利益を得た場合には、同利益については、加害者からの不当利得返還請求が許されないだけでなく、被害者からの不法行為に基づく損害賠償請求において損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象として被害者の損害額から控除することも、上記のような民法708条の趣旨に反するものとして許されないものというべきである。なお、原判決の引用する前記大法廷判決は、不法行為の被害者の受けた利益が不法原因給付によって生じたものではない場合について判示したものであり、本件とは事案を異にする。

これを本件についてみると、前記事実関係によれば、著しく高利の貸付けという形をとってXらから元利金等の名目で違法に金員を取得し、多大の利益を得るという反倫理的行為に該当する不法行為の手段として、本件各店舗からXらに対して貸付けとしての金員が交付されたというのであるから、上記の金員の交付によってXらが得た利益は、不法原因給付によって生じたものというべきで

9) 【理論】305頁、541頁。

あり、同利益を損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象としてXらの損害額から控除することは許されない」。

差額説そのものは、貸金業法42条の2において、109.2%を超える利息の契約について、一切の利息が制限されたことによって、すでに放棄されているとみることができる。さもないと、高利の場合でも、つねに法定利率相当の賠償は必要という奇妙なことになる。この理は、悪質性の程度がより高い場合には、元本にも及ぶのである。不当利得の清算問題に関する損害賠償法の規範的適用である¹⁰⁾。

(6) (a) 同様の理が、投資詐欺に関する最判平20・6・24判時2014号68頁においても示された。Yは、架空の投資話で、Xらから金を集め、配当金名で、金を交付した。Xが騙取された金員を損害賠償請求し、Yが損益相殺を主張した。最高裁は、この場合にも、仮装配当金の交付は、Yが米国債を購入していると誤信させることにより、詐欺を実行し、その発覚を防ぐ手段にすぎないとし、損益相殺を否定し、騙取金から仮装配当金の額を控除することを否定した。

本件については、田原睦夫裁判官の反対意見があり、「米国債購入名下の金員騙取行為と配当名下での支払とは一体として一個の詐欺行為を構成する」とするが、仮装配当金をえた被害者とえていない被害者の不公平（とくに破産時）を理由とした¹¹⁾。

ねずみ講のように、Xが積極的行為によって自分も被害額の半分ぐらいまで利益をえる場合は、被害者にも悪性があることから、仮装配当金の交付につき不法原因給付となるかどうかは問題となる。しかし、断定的判断の提供による金融商品取引では、ただちに損益相殺が否定されるかは疑問である¹²⁾。悪質性の程度いかんによって、損害と手段の一体性に差異が生じるのである。

(b) また、最判平22・6・17判時2082号56頁において、重大な瑕疵と損益相殺についても、類似の考察がみられた。事案は、購入した新築建物に構造耐力上

10) 同545頁。

11) 判時2014号69頁コメントでは、Y本人からの主張は否定されても、破産管財人は、損益相殺を主張できるとする。破産管財人の独自性をどこまで認めるかであるが、疑問である。大判昭6・5・15民集10巻327頁、谷口知平・不法原因給付の研究（3版）18頁参照。

の安全性にかかわる重大な瑕疵があり、倒壊の具体的なおそれがあるなど建物自体が社会経済的価値を有しない場合に、買主 X から工事施工者等 Y らに対する建て替え費用相当額の損害賠償請求においてその居住利益を損害額から控除することはできないとしたものである。当然に居住利益相当の利益が生じたとすれば、損害賠償額からこれを控除することが可能である。

しかし、建物に、建て替えざるをえないほどの、構造耐力上の安全性にかかわる重大な瑕疵がある場合に、買主である X らが居住した「利益」をえているといえるかである。原審は、X らがやむなく居住している事情のもとでは、X らに損益相殺すべき利益があるとして、損害額からの控除を否定し、最高裁もこれを認めた。

この場合は、倒壊の具体的なおそれがあるなど社会経済的な価値を有しない建物について、買主が居住していたことは「利益」とみることができないのは、当然と考えられている¹³⁾。(5)や(6)(a)とは異なり、この場合は、居住という抽象的な「利益」が問題となったことから、これを利益といえないものとしたのである。(5)や(6)(a)は、X 側には、元本なり、配当金なりの金銭価値が入ったことから、損益相殺や犯罪行為との一体性を問題とせざるをえなかったが、建物のケースでは、こうした居住の内容そのものを「利益」とすることが回避されたのである。かりに、X が、Z に転貸し賃料をえていたような場合には、(5)や(6)(a)に近い判断が必要となったであろう。

そこで、(6)(a)の場合の判断も、建物が社会経済的にまったく価値をもたない場合についてのものであり、たんに建替えが必要な場合すべてにあてはまるものではない。いちじるしい悪質性に着目した判断であるが、その限りでは、利息制限法の理論と消費者法、民法との間に、理論的な相違はないとみるべきであろう。

12) 判時 2014 号 68 頁コメント参照。差額説の適用については、708 条の原則と例外の比較に似た衡量が求められる。しかし、最判平 20・6・24 の事例の程度では、損益相殺を否定する必要がある。利益をえたといっても、「配当金」は加害者の偽装の一部にすぎず、受領者が欺罔されていることに変わりはないからである。なお、本件や、次の最判平 22・6・17 判時 2082 号 56 頁については、本稿では、これ以上立ち入らない。残された問題は、理論的には、損益相殺の否定と差額説の理解、実務的には、損益相殺の否定される場合の射程を計ることが問題であろう。なお、【理論】541 頁。

13) 判時 2082 号 57 頁コメント。

2 請求の不法行為性

(1) 利息制限法の制限超過の利息の請求は、それ自体で不法行為となるか。2010年の貸金業法などの改正法の全面施行まで、利息制限法1条1項は、利率の制限を行うが、旧2項は、1項の超過部分を任意に支払ったときは、その返還を請求することができないとしていた。当時の一般的な解釈によれば、旧2項は、積極的に、履行された給付の保持（有効性）を認めたものではなく、たんに違法な利息の返還義務を免除したにすぎず、つまり1項に違反した効力は、いかなる意味でも、利息制限法違反の契約の効力を積極的に認めたものではなかったのである。もっとも、これに対しては、給付の保持力を認める、いわゆる自然債務的な理解も存在した¹⁴⁾。

理由のない請求といっても、程度による差異がある。学説・判例が二分して、最高裁までいかないと決しないような場合に、一方の主張が当然に不法行為を構成するということはいえなさそうであろう。逆に、一般人であれば容易にその真偽を解しうるのに、いいがかりにすぎない不当な請求をする場合に、とくにそれが訴訟上あえて行われるような場合には、相手方に対する迷惑度もいちじるしく不法行為をも構成する可能性が高い¹⁵⁾。

なお、こうした不法行為成立の必要性は、一面では、不当利得（過払金）返還請求の時効消滅を回避するためであり、他面では、弁護士費用や慰謝料の請求が可能になることにある。とくに、前者については、過払金返還請求権の存在を知るまで長期の時間が経過することが多く、単発の不当利得返還請求権については、弁済後10年の時効にかかる可能性が高い（大判昭12・9・17民集16巻1435頁、大判昭12・9・17民集16巻1435頁）。もっとも、この問題は、近時の継続的な消費者金融においては、いわゆる取引終了時説が採用されることによって、ほと

14) たとえば、前述の石田喜久夫説や、我妻説もこれにあたろう（Ⅱ1の前注12）参照。10巻2号11頁）。また、民訴法学者には、比較的自然債務的な理解が有力である。

15) 判時2058号コメントによれば、訴訟上請求すれば不法行為は成立しないが、訴訟外で請求すると不法行為が成立するのは妥当ではないから、訴訟外の権利行使でも、訴訟上の権利行使のさいの不法行為成立との均衡が必要であるとみる。これによれば、不法行為の成立は、訴訟外の方が容易であるということが前提のようであるが、訴訟上の請求には、不当請求の抑制が働くというだけであり、不当でも実際に請求されれば、より深刻な問題となるであろう。

んど解消した（前述の最判平 21・1・22 民集 63 卷 1 号 247 頁ほか）。

慰謝料請求には、一般的に強い違法性が必要であるとされ、また、弁護士費用についても、不法行為と相当な因果関係にある範囲で請求可能とされているが（最判昭 44・2・27 民集 23 卷 2 号 441 頁）、709 条でこれをクリアすることは、必ずしも容易ではない。そこで、後述のように（3 参照）、704 条後段にもとづく請求が同時に行われるのである。判例は、過払金返還請求では、弁済時からの受益者（貸金業者）の悪意の推定をしており（前述の最判平 19・7・13 民集 61 卷 5 号 1980 頁ほか）、この類推によれば、不法行為の要件の軽減もありうるからである。

（2）請求の根拠が疑問となる多くの場合は、根拠の存否の明確な場合との中間に位置しており、訴えの提起が違法になるには、「提訴者の主張した権利又は法律関係が事実的、法律的根拠を欠くものである上、提訴者が、そのことを知りながら、又は通常人であれば容易にそのことを知り得たといえるのにあえて訴えを提起したなど、訴えの提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められるときに限られる」（最判昭 63・1・26 民集 42 卷 1 号 1 頁）。

不法行為の相関関係的な理解によれば、被侵害利益である相互の主張の相当性に優劣がつけがたいとすれば、不法行為の成立は、主張の態様に左右されることになる。たとえば、一方的に自分の主張のみが正しいとして、いきなり訴訟にもちこんだり、一方的な解釈の上で強制執行やそれに準じた行為（手形、公正証書）の実行をする場合である。暴力行為や脅迫行為が不法行為を成立させることは当然であるが、不適切な取立（深夜、あるいは短期間に繰り返される）や嫌がらせなども同様である。取立規制については、貸金業法 21 条に具体的な規定があり（時間や方法などについて）、その違反は、不法行為を成立させる可能性が高い。

ただし、制限超過の利率の貸金債権の請求の場合には、貸主が請求の無効であることを知りながら、他方で、いったん払われれば、法の規定（利息制限法 1 条 2 項）により保持が可能であるとの特質があった。しかし、法が認めたのは、あくまでも任意に支払われた給付の返還の免除だけであり、いかなる意味でも、請求は無効であったことに着目しなければならない。そこで予定されているのは、

違法な請求なしに任意に弁済された場合であり、義務のない債務の弁済を請求によって強制された場合は除外されるのである。つまり、問題となっているのは、たんに解釈の違いにもとづく請求の正当・不当のレベルではなく、法律上違法な請求である（とくに、有効な利息も元本も存在しないか、逆に過払金が発生しているような場合）。したがって、不当訴訟についての一般的要件をそのままあてはめるのでは緩すぎるというべきであろう。対比されるべき場合は、法律上いっさい義務のない債務の請求の事例であり、かりに任意の弁済では1条旧2項が適用される場合でも、義務のある債務の請求と同視することはできない。

下級審の裁判例には（札幌高判平19・4・26判時1976号60頁、名古屋高判平20・2・27金法1854号51頁）、貸金業者が長期間にわたり過払金を請求し受領することを不法行為とするものがある。とくに過払金が多額の場合である。

しかし、みなし弁済の適用を前提に貸付が行われていたが、事後的に適用が否定され、多額の過払金が発生しただけでは、不法行為とはならないとしたのが、最判平21・9・4民集63巻7号1445頁、判時2058号59頁である。事例では、11年以上の貸付において過払金が貸付額の2倍程度では、不法行為は成立しないとされた¹⁶⁾。しかし、過払金が発生するような請求には、原則として不法行為が成立するとみる必要がある。もっとも、請求の態様が軽微な限り、損害は過払金相当額と解され、不当利得返還請求とは選択の関係にある。すなわち、その機能は、基本的には、不当利得返還請求権の10年の時効が適用される場合の回避にあり、付随的に、弁護士費用の償還にある。また、超過利息の請求は違法であるが、まったく任意の弁済に対するたんなる受領のみでは、不法行為の成立を認めることはむずかしいであろう。

この平21年9月判決では、第1取引の開始が貸金業法の施行（昭58年11月1日）前であるのに、不法行為を構成しないとされた。第1取引の開始後も借入

16) そこで、判時2058号60頁コメントでは、「例外的にせよ不法行為の成立を緩やかに認める一部の下級審裁判例の見解を否定するもの」とする。また、松浦聖子・法セ678号126頁参照。

この平21・9・4判決については、蔭山文夫・消費者法ニュース82号71頁、加藤雅信・ジュリ1398号101頁、大西邦弘・判評618号7頁、円谷峻・リマークス41号58頁などがある。おおむね学説は、肯定的である。

と弁済が繰り返され、過払金の発生が同法施行後（昭 60 年 9 月 2 日）であったことから、「みなし弁済規定の適用を一義的に否定し得る事案ではなかった」からとする。しかし、貸金業法の施行前には、昭 39 年、昭 43 年の最高裁大法廷の理論が通用しており、利息制限法 1 条旧 2 項は空文に帰していたのであるから、違法な駆け込み的な請求をあたかも適法なものとするには問題がある¹⁷⁾。

貸金業法の成立後は、その 43 条によってみなし弁済の規定がおかれたことから、一定の要件を満たした上で、交付と受領があれば返還を免れうるようになった。しかし、だからといって、受領に先行する請求の違法性までもが正当化されたわけではない。請求は、あくまでも違法な請求のままにすぎない。結果の保持だけを許したにすぎないところが、その前段階にある請求までも適法扱いするのはおかしい。みなし弁済のもつ機能の評価が大きすぎる点が問題である。まして、貸金業法の施行前の事件にまで拡大するのは、疑問とするべきであろう。

なお、同 9 月判決は、具体的には、受領の不法行為性のみを問題としているが、最判平 21・11・9 民集 63 巻 9 号 1987 頁では、請求する行為の不法行為性を問題として、いずれも否定している¹⁸⁾。後者の不当性は重大である。

下級審裁判例では、大阪地判平 16・3・5 金判 1190 号 48 頁、高金利の消費貸借を不法行為として、損害賠償請求を肯定し、札幌高判平 17・2・23 判時 1916

17) そこで、神戸地判平 19・11・13 判時 1991 号 119 頁は、不法行為の成立を認める。事案につき、これがベターである。【理論】531 頁以下（4 章 10）参照。蔭山・前掲 76 頁は、通常の貸金業者であれば、超過利息の収受ができないことを容易に知りえたものとする。同論文は、また、銀行口座への振込の方法による返済の場合でも、18 条書面の交付が必要なことは、最高裁判決はなくても、ほとんどの下級審判決は肯定していたから、最高裁判決がないとしても、平 11・1・21 より前の行為につき不法行為の成立を否定するのはおかしいとする。つまり、およそみなし弁済のよちがないのに、その要件を吟味することなく、一律に不法行為の成立を否定するのは、疑問とするのである。

さらに、もう 1 点付け加えるとすれば、このように、不法行為の成立を過剰に限定してきたことから、以下 3 のような構成（704 条後段の利用）が主張されるようになったのである。

18) 請求することが不法行為にならないとの理論を前提とすれば、過払金が生じる契約をして貸し付ける行為や、発生した過払金を返還しない行為も、当然に不法行為を構成するものではないということになる。判時 2058 号コメント 60 頁。不法行為とならない場合があるとしても、最初から入口をしぼると、多角的な検討を不可能にするから、もっと広げておく必要がある。

号39頁も同様である。いずれの事例も、請求の態様から不法行為を肯定すべき場合であり、妥当である¹⁹⁾。

ただし、広島地判平22・7・23金判1350号31頁は、貸金業者が旧貸金業法施行日前に、利息制限法所定の制限利率超過の利息を受領していたことにつき、十分な根拠があったとして、不法行為の成立を否定した。しかし、貸金業法施行前には、最高裁判例によって、利息制限法1条旧2項は空文に帰していたのであり、制限超過利息を受領する理由はなかったといわなければならない。

3 704条後段の不法行為の性質

(1) (a) それでは、請求の態様から、かりに貸金業者が利息制限法に超過する利息の請求をすることが一般の不法行為を構成しないとしても、704条の損害賠償責任をおうことはあるか。従来はあまり争われたことはないが、これについては、2つの見解がある。

第1の考え方は、いわゆる特別責任説であり、悪意の受益者に対する責任を加重したものとする（最判平21・9・4民集63巻7号1445頁の原審や、札幌高判平19・11・9判時2019号26頁など）。悪意の受益者と認定されれば、当然に損害賠償責任が生じるものとし、一般の不法行為の要件である故意・過失や違法性を必要としないものとする。

特別責任説は、704条後段の規定があることから、一般的な不法行為の成立要件の具備を不要とするものである²⁰⁾。これによれば、709条の不法行為の要件を回避することができるから、便宜となる。ただし、この議論は、かつての不法行

19) かつて貸主の取引履歴開示義務の存在についても、かなりの対立があった。この問題は、2006年改正によって立法的に解決されたが（貸金業法19条の2）、不法行為の成立については、なお問題が残されている。

20) 末弘厳太郎・債権各論（1918年）998頁。「此義務ハ本条ニ基ク特別ノ賠償義務ニシテ不法行為ニ基クモノニアラズ。蓋シ損失者ニ損失アル以上敢テ権利侵害ノ如キ要件ヲ必要トセザルヲ以テナリ」。梅・要義はこれに反対とする。ただし、末弘厳太郎講述・債権各論（1917年）495頁では、必ずしも明確ではない。

大学湯事件（大判大14・11・28民集4巻670頁）は、1925年（大14年）である。末川博・権利侵害論は、1930年（昭5年）である。末川博・権利侵害と権利濫用（論文集Ⅱ・1970年）263頁所収。

為上の論点、すなわち「権利」侵害の要件を不要とする議論だったともいえ、そう解する場合には、その他の要件である故意・過失や違法性の要件の緩和にまでかわらないことになる。

第2の考え方は、確認説とでもいうべきものであり、704条後段も、不法行為の一般的な要件の具備を前提とした注意的な規定とみるものである（上述最判平21・9・4）。起草者の1人である梅謙次郎は、703条の善意の受益者に対し、704条は、悪意の受益者の返還義務を定めたが、悪意の受益者は、不法行為をなした者であるから、たんにうけた利益の返還ではたりずに、損害賠償を義務づけたとし、いわば確認的に704条後段をおいたものとする²¹⁾。学説は、おおむねこの一般的不法行為とみる見解に従っている。

我妻説は、古くは、704条をもって、悪意の受益者については不当利得を理由としても損害賠償請求をする「便法」を定めたとしたが²²⁾、のちには、704条は、損失者のもとに、不当利得の原因たる事実から生じた損害であってなお填補されないものが残るときは、それを賠償せよという意味であるとし、利得者の利得と

21) 梅謙次郎・民法要義3巻（1912年、1984年復刻版）870頁。「悪意の受益者ハ不当利得の外不法行為ヲモシタル者ナルカ故ニ単ニ其受ケタル利益ヲ返還スルヲ以テ足レリトセズ必ス生セシメタル損害ヲ賠償スルコトヲ要ス。是レ不法行為ニ関スル第709条ノ規定ヨリ当然生スル所ナリ」。

しかし、梅によれば、損害賠償の基準がなくては、裁判官が実際の損害額を賠償させることはまれであろう、そこで、704条では、少なくとも法定利息、年5分の利息に相当する損害があるものとみなし、これよりも多額の損害があることを証明した場合には、これを賠償するものとしたのである、とする。たとえば、1000円を盗んだ者は、1年後に返還するときには、50円を加えて返還し、被害者が商業上の損失をこうむったり、自分の債務を弁済できずに違約金を払った場合には、それを損害賠償として請求できるのである。

鳩山・前掲書（Ⅲ1前注48）824頁は、受益が金銭の時の法定利息を付し、金銭でない時には金銭に換価して法定利息を付すべきものとする。要件論には立ち入っていない。

四宮和夫・事務管理・不当利得・不法行為〔上・1981年・中・83年〕94頁以下参照。ただし、受益者が過剰利得を獲得した場合に、悪意であればそれを返還させることが可能とするが（準事務管理の場合）、それは704条をも超えるものとする。

平田健治・判批・現代消費者法9号86頁は、詳細な沿革の検討から、悪意受益者の責任は、①本来の受益ないし増殖部分の残存部分の返還と②保管義務・維持増殖義務とその違反に裏打ちされた部分（物の滅失損傷、未收取収益ないし果実）の二元性でとらえられとし、②の部分を広義の損害賠償ととらえることができるが、受益の客観的収益可能性に着目したものという限界があり、損失に機縁があっても給付者（損失者）側の事情にもとづく損害はこの限界を超えるとする。

22) 我妻・前掲書（事務管理・不当利得・不法行為）87頁。ただし、やや一般論である。

ならない損害を賠償する責任であるから、理論としては、不当利得の制度の枠の外にある責任とし、しかし、「不当利得制度を支える公平の原理を貫くために認められたものだから、なお不当利得返還請求権の性質を有する」として、時効期間などは、不法行為の規定（724条）によらず、利得返還請求権と同じに、167条に従うとする²³⁾。不法行為の要件については、不明確であるが、必要とするのであろう。

(b) たんなる確認説のもとでは、709条と別に、704条後段の不法行為を主張する意味は乏しい。しかし、かねて最判平19・7・13民集61巻5号1980頁によれば、制限超過利息の受領をした貸金業者について、704条の悪意の受益者としての推定が行われている。この平19年判決は、貸金業者が、貸金業法43条1項のみなし弁済規定の適用要件をみたして、利息制限法の超過利息を受領した場合に、みなし弁済の規定に関する法の解釈を理解しているべきであるとして、本来、事実的な概念である悪意について、通常の場合に、当該貸金業者が法律上の原因のないことを基礎付ける事実を認識していれば悪意と評価することが相当であるとの規範的評価を取り入れたものと位置づけられている²⁴⁾。

そこで、これを前提とすると、不当利得の悪意の推定に、たんに返還請求権に法定利息を付することだけではなく、704条後段の特別責任をも結合すれば、一般不法行為の要件を軽減して、損害賠償の請求が可能になることが期待された。そこで、最判平21・9・4民集63巻7号1445頁においても、一般不法行為のほか、704条後段による不法行為が主張された。判決の後半は、不法行為要件の緩和の論点に関するものである。

しかし、不当利得の悪意の推定をしても、「そのような規範的評価は不法行為の適用場面にまで妥当するものではなく、不法行為を当然に構成することにはならない」とした²⁵⁾。このように、貸金業者を704条の悪意の受益者と推定できない場合があるものとした裁判例として、ほかに最判平21・7・10民集63巻6号1170頁裁時1487号11頁がある（前述Ⅲ2(2)参照、最判平21・7・10民集63

23) 我妻・前掲書V4108頁。

24) 判時2064号58頁コメント。

25) 判時2058号60頁コメント。

巻6号1171頁に関する)。これは期限の利益喪失特約の下で、超過利息の支払の任意性を初めて否定したのが最判平18・1・13民集60巻1号1頁などであるから、その判決前は、悪意の受益者と推定しえないとしたのである。そこで、最判平21・7・10は、悪意の受益者の推定に関して「時間的範囲を画した」ものとされている。これに対し、9月判決は、悪意の受益者推定の「客観的範囲を画した」と位置づけられるのである²⁶⁾。

私見では、不法行為は正面から論じられるべきであり、704条後段の位置づけは、もっと付随的なものである。給付の消滅(Wegfall der Bereicherung)を肯定する703条との対比において、704条前段では、うけた利得に利息を付すべきことを述べているが、これは全利得の返還をもっとも象徴するものにすぎない。後段も、「損害」という表現で、利得の全返還を述べている。起草者は、703条を原則としたから、704条では、種々の利得の返還を、利息と損害賠償で表現したのである。後者で考えられたのは、おもに物を受領したときの果実と使用利益であろう。704条の場合には、すべての利得を「損害」として返還させる必要が生じる²⁷⁾。すなわち、704条では全利得の返還が義務づけられるが、それは不当利得の例外と位置づけられるから(類型論では当然の原則規定)、それを説明するために、損害賠償がもちだされたのである。受領した金銭についても、法定利

26) 同。また、時的限界の問題では、最判平2事件にも意味が残っているということになるだろうか。つまり、誤解してもやむをえないという事情があったといわれるのである。1990年代の消費者金融による貸金業法43条の活用拡大に貢献した判決である。しかし、同判決は、最高裁判決の流れではむしろ異質のものであり、過大視するべきではない。

27) そこで、村田大樹・金判1336号92頁は、703条の適用を否定すれば、704条後段によるまでもなく、704条前段によることができるとする。なお、田中整爾(谷口知平=甲斐道太郎編)・新版注釈民法(18・1991年)474頁(銀行に預金利息相当の支払義務を認めた最判昭38・12・24民集17巻12号1720頁につき、受領したものに利息をつけて返すのは704条の悪意の場合に限るはずであるとする。そこで、付利息は不当利得の一般論によるのではなく、金銭債権の特質によるものとして、金銭がつねに利息を生むとする好美説を引用している(前掲論文(前注47)・387号)下・33頁)。

加藤雅信・財産法の体系と不当利得法の構造(1986年)387頁は、704条による「悪意」について、たんなる知・不知だけではなく、「婦責事由的な内容を含む」ものとする。内容は必ずしも明確ではない。これは、そうしないと、「婦責事由がないままに、民法704条によって損害賠償義務を負う場合がでてくる」ことを防止するためであるから、過失責任主義にもとづき、不法行為の要件を考えるということである。そこで、結果的には、確認説となろう。

息は、給付利得論では704条前段で当然に返還の対象となるが、給付利得論をとらない場合には、法定利息程度は金銭に付される最低限の損害賠償として、とくに704条前段に規定されたと位置づけられ、その他のいっさいの利得も704条後段で創設的に対象とされたことになる(要件というよりも効果の拡大)。類型論を前提にすれば、これらは不要な操作であり、端的に全利得の返還とみればたりる。私見では、さらに、利得の消滅以外にも、時効による消滅をも付加することができ、704条後段に意義を見いだすことができる。我妻説とは異なり、例外的に(不当利得法が機能しない場合に)不法行為法の意義(時効・724条後段)をみるのである。あたかも安全配慮義務によって不法行為の時効(724条前段)を回避したのと逆の場合である。また、非給付利得にも適用のよちがある²⁸⁾。

かねて、旧民法は、財産篇361条以下で、「不当ノ利得」の返還義務を定め、同368条は、悪意の利得者は、「訴ヲ受ケタル日ニ於テ其不当ニ己レヲ利シタルモノノ外」、以下の3つを返還するべきものとした。すなわち、「①元本ヲ受領セシ時ヨリノ法律上ノ利息、②收取ヲ怠リ又ハ消費シタル特定物ノ果実及ヒ産出物、③自己ノ過失又ハ懈怠ニ因ル物ノ価額ノ喪失又ハ減少ノ償金。縦令其喪失又ハ減少カ意外ノ事又ハ不可抗力ニ因ルモ其物カ供与者ノ方ニ在ルニ於テハ此損害ヲ受ケサル可カリシトキハ亦同シ」。すなわち、利息を付して果実も返還するとの受益の全部返還と、損害賠償責任が定められていたのである。704条の原型は、すでに現れていたといえる²⁹⁾。損害賠償責任において、過失と懈怠のほか、不

28) 前述の(ハンプルクの)有料駐車場の利用のケースにおいて(Ⅲ1(3)、10巻2号43頁)、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(たとえば、誤って駐車したスペースの隣りに自分の駐車スペースがあれば、利得はゼロである。そうでないとの立場でも、通常の駐車料金が限度である)。給付利得には利得の軽減のよちはない。さらに、かつてに駐車する場合に、利得の基準は通常の駐車料金であるが、その駐車場がその時間だけとくに高値でBが予約しており、Aの駐車によって、所有者の利益が害される場合がある。これは、悪意の利得の範囲に包含されようが、起草者風に考えれば(704条を例外とする考え方)、損害賠償の場合ととらえられる。ただし、通常は、一般の不法行為の要件をも具備するであろうし、かつ、こうした予見が可能であれば、それは416条の特別損害の要件をも満たすであろう。そこで、704条2項には、そうした立証が利得者に転換される点にだけ意義があることになる。また、704条に全利得の返還をみる場合には、とくにこれを損害賠償と位置づける必要もない。

可抗力の場合でも、「物カ供与者ノ方ニ在ルニ於テハ此損害ヲ受ケサル可カリシトキハ亦同シ」とされていたことが注目される。しかし、これは、必ずしも無過失の責任を定めたものではなく、給付に伴う重い責任にすぎないから、結局、賠償義務は、給付の全部返還の補充という位置づけとなるのである。

(2) 同じく、不法行為の成立に関する論点に関して、最判平 21・11・9 民集 63 卷 9 号 1987 頁、判時 2064 号 56 頁があり、11 月判決は、もっと 704 条後段の規定の趣旨に立ち入っている。そして、超過利息を請求する行為も、不法行為とはならないとした³⁰⁾。

判決は、不当利得と不法行為の制度目的の相違から詳細に言及した。

「不当利得制度は、ある人の財産的利得が法律上の原因ないし正当な理由を欠く場合に、法律が公平の観念に基づいて受益者にその利得の返還義務を負担させるものであり（最高裁昭和 45 年（オ）第 540 号同 49 年 9 月 26 日第一小法廷判決・民集 28 卷 6 号 1243 頁参照）、不法行為に基づく損害賠償制度が、被害者に生じた現実の損害を金銭的に評価し、加害者にこれを賠償させることにより、被害者が被った不利益を補てんして、不法行為がなかったときの状態に回復させることを目的とするものである（最高裁昭和 63 年（オ）第 1749 号平成 5 年 3 月 24 日大法廷判決・民集 47 卷 4 号 3039 頁参照）のとは、その趣旨を異にする。不当利得制度の下において受益者の受けた利益を超えて損失者の被った損害まで賠償させることは同制度の趣旨とするところとは解し難い。

したがって、民法 704 条後段の規定は、悪意の受益者が不法行為の要件を充足

29) 川角由和・民商 142 卷 3 号 338 頁。さらに、同論文は、法典調査会における議論から、立法者は、すでに、704 条前段と区別して、後段の損害賠償責任を 709 条の不法行為責任としていたとする。円谷・後注 30) も、提出案 714 条は現行規定と変わらないものとする。

30) 本件につき、円谷峻・金判 1342 号 7 頁（立法者など学説に詳しい。704 条後段は注意的規定とする）、藤原正則・金法 1905 号 71 頁（判決を肯定。同・不当利得法 2002 年 139 頁、160 頁参照。確認説であるが、金銭には、当然に利息が付されるものとする）、川角・前掲論文 330 頁（我妻説を特別責任説とし、最高裁がこれと異なる立場をとったことに大きな意味があるとする）、村田・前掲 90 頁、平田・前掲論文（現代消費者法 9 号）86 頁。また、潮見佳男・債権各論 I 契約法・事務管理・不当利得（2009 年）315 頁も、確認説である。福地俊雄・前掲新版注釈民法（18・前注 27）657 頁は、学説につき詳細であるが、みずからの立場を明示していない。

する限りにおいて、不法行為責任を負うことを注意的に規定したものにすぎず、悪意の受益者に対して不法行為責任とは異なる特別の責任を負わせたものではないと解するのが相当である」。

一般論として、両者が異なり、固有の意味をもつことは当然である。反面で、部分的には、両者の重なる部分もある。まったくの確認規定では法文の意味がないから、不当利得法の補充とみるべき場合には、一定の範囲で（たとえば、不当利得法が機能しない場合の時効）、不法行為法を修正するものでなければならない。

下級審裁判例では、上述の札幌高判平19・11・9判時2019号26頁は、過払金返還訴訟において、弁護士費用が704条後段の損害にあたるとした。過払金返還訴訟において、弁護士費用の損害賠償請求（札幌高判平19・4・26判時1976号60頁参照）をも行い、予備的に、貸主Yが債権消滅後に取立をしたことが架空請求にあたるとして、不法行為が主張されたものであり、不法行為と過払金返還訴訟の弁護士費用に因果関係ありとした（さらに、名古屋高判金沢支平21・6・15判タ1310号157頁）。

神戸地判平19・11・13判時1991号119頁の論点はやや異なり、過払金の不当利得返還請求権が10年の時効にかかったとして、不法行為請求が行われ、事案において、「本件取引において、超過利息の支払が貸金業法により有効な利息の債務の弁済とみなされる余地は全くなかった」とした。予備的に不法行為の20年の時効期間も主張された（認容）。

(3) 類型論では、すべての給付利得は、不法行為の規定を待つまでもなく返還されるから、不法行為の規定は、あまり意味がない。類型論をとらなければ、給付の全額返還の理由づけとしての意味があり、その意味では特別責任といえるが、類型論をとるかぎりには、ほとんどそのような措置を必要としないということになる。損害のうち、弁護士費用は、一般の不法行為の内容としても、一定の場合には、損害賠償の範囲の内容として償還される可能性がある。慰謝料についても、704条に当然に包含することはむずかしく、一般不法行為の対象とするにとどまる。不当利得と不法行為の制度内容は異なるといわなければならない。

否定例では、札幌地判平19・3・15判時2019号29頁、東京高判平19・12・

19 金法 1851 号 53 頁、福井地判平 21・1・13 判タ 1310 号 163 頁などがある。いずれも、弁護士費用の請求を否定し、一般不法行為が可能な場合に限定するものである。

V むすび

1 貸付変動時の制限利率の計算

(1) (a) 最判平 22・4・20 判時 2084 号 6 頁は、貸付額の変動時の制限利率の計算の方法に関するものである。適用は異なるが、利息制限法の新規定 (5 条) の基礎にあるものを再考させる素材である。

事案は、X が、Y との間で、継続的に金銭の借入れとその弁済が繰り返される金銭消費貸借に係る基本契約を締結し、これに基づき、平 9 年 12 月 18 日から同 19 年 12 月 3 日までの間、借入と弁済が繰り返えられるものであった。この基本契約において定められた利息の利率は、利息制限法 1 条 1 項所定の制限利率を超えており、取引における弁済は、各貸付ごとに個別的な対応関係をもって行われることが予定されているものではなく、基本契約にもとづく借入金の全体に対して行われるものであった。

取引開始当初の借入金額は 20 万円であり、その後も、各弁済金のうち利率を年 1 割 8 分として計算した金額を超えて利息として支払われた部分を基本契約に基づく借入金債務の元本に充当して計算すると、各借入れの時点における残元本額 (従前の借入金残元本と新たな借入金との合計額) は、100 万円未満の金額で推移し、平 17 年 12 月 6 日の借入れの時点では、残元本額は、10 万円未満となった。

そこで、X は、Y との間で締結した基本契約にもとづき、継続的に金銭の借入れと弁済を繰り返したことから、各弁済金のうち利息制限法 1 条 1 項所定の制限を超えて利息として支払われた部分を元本に充当すると過払金が発生するとし、Y に対し、不当利得返還請求権にもとづき、過払金 71 万 1523 円の返還を求めたのである。

事案では、取引が当初 20 万円の借入れから始まり、その後新たな借入れと弁

済が繰り返されることにより借入残高に増減が生じたことから、借入残高が増減する取引における過払金の計算上、利息制限法1条1項にいう「元本」の額をどう解するかが争点となった。

(b) 1審は、Xの主張をいれ、約定利率に基づき計算した残存元本額が100万円以上になった時から以降、年利15%の利率が適用されるとして、過払金を算定した(那覇地判平20・6・19金判1351号46頁)。

原審は、本件取引に適用される制限利率を平成17年12月5日までは(制限利率による残存元本額と新たな貸付額の合計額が100万円未満)年1割8分、同月6日以降は(合計額が10万円未満)年2割であるとして(利率の上昇を認めた)、Xの請求を過払金67万9654円の返還等を求める限度で認容した(福岡高那覇支判平21・2・10金判1351号42頁)。

「(1) 基本契約に基づき継続的に借入れと弁済が繰り返される金銭消費貸借取引において、基本契約に定められた借入極度額は、当事者間で貸付金合計額の上限として合意された数値にすぎず、これをもって、利息制限法1条1項所定の「元本」の額と解する根拠はない。そして、上記の取引の過程で新たな借入れがされた場合、制限利率を決定する基準となる「元本」の額は、従前の借入金残元本と新たな借入金との合計額をいい、従前の借入金残元本の額は、約定利率ではなく制限利率により弁済金の充当計算をした結果得られた額と解するのが相当である。

(2) 本件取引においては、取引の開始から平成17年12月6日の借入れが行われる前までは、各借入れの時点における上記意味での元本の額は終始10万円以上100万円未満の金額で推移しており、その間の取引については、年1割8分の制限利率を適用すべきである。

(3) しかし、平成17年12月6日の借入れの時点では、上記意味での元本の額は10万円未満となるに至ったのであるから、同日以降の取引については、年2割の制限利率を適用するのが相当である」。

(c) 最高裁は、Xからの上告受理の申立を受理し、原審の(3)部分を破棄差戻した。

「継続的な金銭消費貸借取引に関する基本契約に基づいて金銭の借入れと弁済

が繰り返され、同契約に基づく債務の弁済がその借入金全体に対して行われる場合には、各借入れの時点における従前の借入金残元本と新たな借入金との合計額が利息制限法1条1項にいう『元本』の額に当たると解するのが相当であり、同契約における利息の約定は、その利息が上記の『元本』の額に応じて定まる同項所定の制限を超えるときは、その超過部分が無効となる。この場合、従前の借入金残元本の額は、有効に存在する利息の約定を前提に算定すべきことは明らかであって、弁済金のうち制限超過部分があるときは、これを上記基本契約に基づく借入金債務の元本に充当して計算することになる。

そして、上記取引の過程で、ある借入れがされたことによって従前の借入金残元本と新たな借入金との合計額が利息制限法1条1項所定の各区分における上限額を超えることになったとき、すなわち、上記の合計額が10万円未満から10万円以上に、あるいは100万円未満から100万円以上に増加したときは、上記取引に適用される制限利率が変更され、新たな制限を超える利息の約定が無効となるが、ある借入れの時点で上記の合計額が同項所定の各区分における下限額を下回るに至ったとしても、いったん無効となった利息の約定が有効になることはなく、上記取引に適用される制限利率が変更されることはない³¹⁾。

(2) この最判平22・4・20まで、元本額の変動に応じて制限利率が変動するかを問題とした先例や学説はなかったが³²⁾、その前提となる判決はいくつかある。かねて最判昭43・10・29民集22巻10号2257頁は、数口の債務があつて、その1つが完済され、過払金が生じた後に、それが別口の債務に充当されるとした。また、最判昭52・6・20民集31巻4号449頁は、いわゆる拘束預金において、A債権の実質金利を高めるために、別口のB債権への貸付をし、かつこれを拘束する場合につき、実質貸付額を基準とした制限利率を超える金額の元本充当を認めた。これらは、いずれも、広く超過利息の充当を認め、あるいは実質的な貸付額を基準として制限利率を考察するものである。

さらに、最判平15・7・18民集57巻7号895頁は、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とその返済が繰り返される金銭消費貸借取引において、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、過払金が生じる場合には、弁済当時存在する他の借入金債務に充当され

るものとした。そして、過払金は、たんに弁済当時存在する他の借入金債務に充当されるだけでなく、その後に発生した新たな借入金債務にも充当される（充当合意が包含される）としたのである（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）。

充当が行われれば、実質的な貸付額は減少する。そこで、名目額による制限利率（たとえば、15%）ではなく、実質額による制限利率（たとえば、18%）を主張できるか、また、後者が、利息制限法1条の所定の制限区分を超えて減少した場合に、利率が上昇するかが問題となる。

まず、制限利率の基礎となる元本は何かが問題である。第1に、基本契約の極度額が考えられる（借主の主張）が、極度額は、現実の貸付額ではなく、貸付の上限額にすぎないから、現実の負担額に対する制限利率との関係はうすい。第2に、約定利率による残存元本額は、約定利率による超過利息を前提にしたもので名目的であるから、制限利率によって弁済金を充当計算したよりも大きくなりすぎ、現実負担する元本に対する制限利率を反映しえない。ここまでの理解は、

- 31) 別の論点であるが、ここでは、判決は、とくに「充当合意」があることを予定していない。弁済後の再貸付以来登場した判例の充当合意は不要となっている。当然充当の理論にいつの間にか回帰していることが注目される。

ただし、この合意構成には問題があり（10巻2号487頁、II6（2）参照およびその注31）、最判平23・7・14裁時1535号11頁は、金銭消費貸借に係る基本契約が順次締結されて借入れと弁済が繰り返された事例に関して、取引の中断期間があるにもかかわらず、各契約に当事者からの申出がない限り契約を継続する旨の定めがあることを理由に先の基本契約に基づく過払金を後の基本契約に基づく借入金債務に充当する合意があるとした原審の判断に違法があるとし、充当を制限する理論を唱えた。最判平21・1・22民集63巻1号247頁から、「充当合意」の判断について、およそ2年半ぶりの正面からの判断である。この間の第1小法廷の裁判官の構成の変化は、以下のとおりである。短期間の間に、3人の裁判官が交代し、かつての泉コートの精神が歪められている。これは、2000年代の第2小法廷の滝井コートと整合し、あるいはそれを引き継ぐものであった（最判平15・7・18民集57巻7号895頁参照）。

第1小法廷の裁判官の変動

最判平21・1・22 民集63巻1号247頁	泉徳治	甲斐中辰夫	涌井紀夫	宮川光治	櫻井龍子
最判平23・7・14	↓ 金築誠志	↓ 横田尤孝	↓ 白木勇	宮川光治	櫻井龍子

- 32) 本判決の判批としては、岡林信幸・LEX/DB文献番号25442110、山本豊・重要判例解説・平22年98頁、拙稿・私法判例リマックス43号42頁参照。

原審も最高裁も同様である（原審(1)参照）。

そこで、「元本」は、取引の過程で、ある借入れがされたことによって従前の借入金残元本と新たな借入金との合計額であり、従前の借入金残元本の額は、制限利率により弁済金の充当計算をした結果えられた額であって、これが利息制限法1条の区分における上限額を超えることになったときに、その制限利率によるべきである。実際に借主が支払っている負担を制限するのが利息制限法の趣旨であるから、こうした現実の負担額による必要がある。

そして、充当理論によれば、過払金は元本に充当されるから、借主が現実負担する債務額は、充当の見えない名目額よりも減少する。こうして、元本が減少すると、制限利率も減少するかどうか、本件の中心問題となる。

(3) 同事件とは異なり、まったく別個の貸付で、弁済が各貸付ごとに個別的な対応関係で行われる場合においても、制限利率を借入金元本の合計との関係で調整する必要がある。たとえば、100万円の貸付であれば、制限利率は15%であるが、50万円の貸付であれば、たとえ2口ある場合でも、18%ずつとなる。意図的に取引を分断しなくても、貸増しの結果合計額が100万円を超える場合には、少なくとも第2貸付については、15%とすることが一貫する。

そこで、新利息制限法には、元本額についての特則があり（5条）、営業的金銭の消費貸借については、同一の債権者と債務者の間の複数貸付の場合には、その合計額をもって1条の制限利息の元本とみなしている。上述の100万円の貸付をする場合に、これを1つの貸付とすると1条3号により、制限利率は年15%となるが、50万円ずつ2つの貸付とすれば、同条2号により、18%の制限利率が適用されるといった場合を防止するためである。ただし、5条は、別個の貸付についての特則であり、本件のような借入と弁済が繰り返される金銭消費貸借を対象としていない。後者は、判例の充当理論上当然に合算が予定されているからである。また、5条は、弁済による元本の減少をいうものではなく、取引時の元本をいうものである。つまり、充当理論が適用されない場合の補充である。

5条では、元本が合計されて（あるいは新たな貸付が行われて）元本額が100万円未満から100万円以上になったり、10万円未満から10万円以上に増加した場合に、適用される制限利率は、減少するとされている。

逆に、弁済が行われて、基準利率を下回る場合がある。たとえば、当初は元本が100万円を超えていても、新たな他の20万円の貸付が行われる時に、残存元本額が50万円になった場合である。合計は、100万円以下であるが（当初の計算では100万円以上）、制限利率の15%が18%になるものではない。明文規定はなく、利息制限法5条が元本の増加（利率の減少）の場合だけを規定し、元本の減少（利率の増加）を認めないのは、いったん無効になった制限超過利率が復活しなくても当然と考えたからである³³⁾。同様の考慮は、借入と弁済が繰り返される貸付で一定額を返還する場合には、いっそう一貫しよう³⁴⁾。

そして、借入と弁済が繰り返される継続的な取引では、個々の貸借を個別ではなく、一体としてとらえる必要がある。本件のような場合の返済は、集合債権の弁済であり、分析的に考察する（それぞれの債権への充当を計算する）ことは予定されていない。金銭は混合するから、集合した計算しか考慮することができないからである（貸付の一連性を肯定した前述の最判平15・7・8民集57巻7号895頁参照）。5条の予定するのは、このような場合ではなく、契約が別個のものと数えられる場合に限られ、一体となる場合には明文の規定は不要となる³⁵⁾。

利息制限法の基準利率となる「元本」も、前述のように、借主の現実の負担額ととらえると、元本の変動によって生じる制限利率は、元本が積増しされて、制限利率が下がる場合には、強行法規の性質上当然に下がるとしなければならない。それでは、逆に、元本が減少して、制限利率が上がる場合にも、同様とみるべきであろうか。原審は、これを肯定し、当該期間について年2割の利率を適用したが、最高裁は、これを破棄差戻した。つまり、途中で、借増しがあつて区分を超

33) 【理論】377頁。

34) 継続的な取引では、個々の貸借を個別ではなく、一体としてとらえる必要があり、このような発想は、貸付の一連性を肯定した最判平15・7・8民集57巻7号895頁ほかにみられた。5条の予定するのは、このような場合ではなく、契約が別個のものと数えられる場合に限られるから（訴訟物は別である）、一体となる場合には明文の規定は不要となるのである。

そこで、こうした一連の契約にもとづく債務に抵当権を設定するとすれば、債権額は不特定であり（分割して債権額を登記することはできず）、根抵当によることになる。将来債権については、金銭の交付がないから、要物契約の要件を満たさず、諾成的消費貸借契約として登記することになる。

35) 【理論】375頁。

える場合には、制限利率は厳しくなるが、弁済によって区分を下回った場合には、いったん無効になった約定が有効になることはない。

たんに弁済だけしていく場合には、元本が減少したからといって、制限利率が上がることはない。これと異なり、弁済のほかに借増をする取引だと、わずかでも借増の事実があれば、弁済を機会として制限利率があがるのはアンバランスである³⁶⁾。また、約定利率に従った元本額を請求している貸主に、充当計算後の(減少した)元本額の主張を許し、制限利率の上昇を主張させることは矛盾している³⁷⁾。そして、継続した取引の途中で、いきなり制限利率が上昇するのは、債務者にとって不意打ちとなる。継続的取引の場合には、元本はたんに一時的に減少したにすぎず、最初から小さかったわけではない。大きな元本の負担は軽くするとの法の趣旨は、貫かれるべきである³⁸⁾。さらに、類似の場合である利息制限法5条がこれを認めていないことも一貫しよう。

(4) このように、元本が増加すれば、制限利率は厳しくなる。これは、利息制限法が強行法規だからであるが、逆に、元本が減少しても、厳しくはならない。合意は、もとの元本が修正されたことを前提としているからである。このような扱いは、一見すると、元本の増加と減少とでアンバランスなようにもみえる。しかし、これは、強行法規の規範的な適用の結果にすぎない。

利息制限法の基準区分が、元本によって異なるのは、大きな元本に高い利率を適用することが不適切だと考えたからである。その意味では、元本の減少の場合

36) 判時 2084 号 7 頁コメント参照。「弁済だけを続けていれば残元本がいくら減少しても制限利率は上がらないのに、わずかでも借増しをすればそれを機に制限利率が上がるというのは、バランスを失する」とする。弁済して上がらないのは当然であるし、借増しをすれば、むしろ制限利率の下がるのが問題になるはずである(元本が大きいほど利率は制限)。文意だけでは必ずしも十分ではないが、単純な弁済だけだと、利率は同じであるが、リボルビング払いで、貸増しして弁済もする方式にすれば、元本が「減少」したときに「制限利率が上がる」のはおかしいということであろう。継続した取引の途中で、いきなり制限利率が上昇するのは、債務者にとって不意打ちとなる。

37) 岡林・前掲判批 4 頁。

38) 利息制限法は、元本額によって三段階の制限利率の定めをおいている。すなわち、元本額が 10 万円未満で年利 2 割、10 万円以上 100 万円未満で年利 1 割 8 分、100 万円以上で年利 1 割 5 分の制限である。こうした元本額による制限利率の区別は、旧利息制限法(1877 年 = 明 10 年 9 月 11 日の太政官布告 66 号)以来のものである(原規定 2 条では、元金 100 円以下 2 割、100 円以上 1000 円以下 1 割 5 分、1000 円以上 1 割 2 分)。

には、利率の増加が一貫するようにもみえる。しかし、継続的取引の場合には、元本はたんに一時的に減少したにすぎず、最初から小さかったわけではない。大きな元本の負担は軽くすると法の趣旨は、貫かれるべきである³⁹⁾。

そこで、利息制限法に違反しない場合には、扱いは異なる。たとえば、変動利率の約束で、利息制限法内であって、利率の自動変更条項がついている場合には、元本が減少すれば、利率は緩くなることになる。たとえば、10万円未満が3%、10万円から100万円までは2%、100万円以上は1%の利息の約定があったとする。この場合には、最初5万円で3%の利率が適用され、借増して15万円になったときには、2%になる。逆に、最初15万円で2%の利率が適用され、返済して、5万円になったときには、3%の利率が適用されるのである。

ただし、当初元本が20万円で18%の利息で、利息制限法に違反していない場合に、返済して5万円になったからといって、当然に20%の利率が適用されるわけではなく、単純な返済の場合より不利になるべきではないから、18%以上に増加することはないと解される。本件の場合と同様に、利息制限法に違反している場合に制限利率に限定される点は同じだからである。

2 破産免責と過払金請求権の失権

(1) リーマンショック(2008年9月)後には、消費者金融会社の破綻が続いた⁴⁰⁾。過払金返還訴訟の増大もあって、2009年以降は、大規模な破綻もあり、その場合の過払金返還請求権の帰趨が問題となった。2009年9月のアイフル破

39) 立法政策としては、特定の小口金融の利率は低くすると配慮もあるが(たとえば、奨学金とか、ニューディール時の小口貸付など)、わが利息制限法は、元本が大きい場合により低利の利率を定めているのである。利息の総量規制の趣旨であり、また、大規模な融資が低利になるのは経済的な傾向でもあり、一般的な規制としては、それなりの合理性はあると思われる。また、この方式によれば、債権の種類を問う必要もなくなる。反面で、元本額がいくらかは、制限利率の決定に関わることになる。

なお、制限利率は、基本的には貸付時の元本額によって決まることであり、当初元本額が100万円以上であったからといって(年利1割5分)、分割弁済をして100万円を割った時点から利率が1割8分に上昇するわけではない。さもないければ、一括弁済と分割弁済というだけで、制限利率が異なる結果となる。

40) たとえば、2007年にクレディアが破綻し、2009年2月にSFCGの破綻・民事再生があった。

綻では私的整理の方法によったことから、過払金返還請求権の切捨てはなかったが、2009年11月のロプロの破綻や2010年9月の武富士の破綻では、会社更生手続が利用され、過払金返還請求権の失権の可能性が現実には生じた。

その武富士については、社会的なキャンペーンが行われたことから、過払利息の返還請求件数は、債権の届出期限の2月末で、約80万件となり、最終的には、100万件にもなる見通しとなった。請求権のある利用者は、約200万人で、債権額は約2兆4000億円分にも上るとみられることから、ほぼその半分が請求したことになる⁴¹⁾。しかし、これは例外であり、じっさいには、以下の例にみられるように、小口である過払金返還請求権の債権届出は行われないことが多い。

また、武富士の更生計画によれば、更生手続によって返済される債権であっても、返済額は、当初3.3%で、回収が進んでも4%程度とされている。届出がなく失権する債権も相当数あるから、消費者信用会社の破綻が続けば、過払金返還請求権に関する係争は、大幅に減少することが予想される。届け出ても、届け出なくても、かなりの債権の切捨てが行われる。

当面の争点の1つは、債権の届出がないことによる失権の問題である。平14年法律154号による旧会社更生法241条(現204条)は、更生計画によらない債権の失権を定め、管財人に知れた更生債権も一律に失権するとしていた。破産法(253条1項6号)、民事再生法(101条3項、181条1項3号)が、債務者の悪意の場合を例外としているのと異なる。失権の効果が広く、立法論上疑問があり、学説上も、異論があった⁴²⁾。その基本的構造は、現行法にも受け継がれている。

現会社更生法204条「更生計画の決定があったときは、次に掲げる権利を除き、

41) 読売新聞2011年3月1日、産経新聞同年3月1日。

42) 兼子一監修(三ヶ月章ほか)・条解会社更生法(下、1974年)719頁以下、725頁。「本条が、届出のない限り、管財人の調査により知れている更生債権・更生担保権をも一律に失権するとしている点については、母法以上に失権の効果をきびしくするものであり、またわが破産法の免責制度とも平仄の合わないところがあるとして、立法論的には再検討すべきであるとの批判(三ヶ月)」があるとする。

また、その合憲性については、最判昭45・12・16民集24巻13号2099頁がある。株主については、更生計画の定めによって権利が認められれば、その権利は、手続に参加しない株主にも認められることとの対比であるが、あとは抽象論である。なお、株主とは異なり、債権者の権利は、届け出て確定しなければ、その存在自体が疑わしいことも指摘されている。前掲・条解会社更生法723頁参照。

更生会社は、すべての更生債権等につきその責任を免れ、株主の権利及び更生会社の財産を目的とする担保権はすべて消滅する」。例外は、更生計画や法律の規定による権利、退職手当の請求権、罰金や租税の請求権の一部のみである。

破産法 253 条 1 項 6 号（免責許可決定による失権の例外である）「破産者が知りながら債権者名簿に記載しなかった請求権（当該破産者について破産手続開始の決定があったことを知っていた者の有する請求権を除く）」。

民事再生法 101 条 3 項「再生債務者等は、届出がされていない再生債権があることを知っている場合には、当該再生債権について、自認する内容その他最高裁判所規則で定める事項を第 1 項の認否書に記載しなければならない」。

そこで、会社更生手続によれば、過払金返還請求権について届出がされない限り、いわば合法的にこれを切捨てることが可能になる。そこで、比較的早い消費者信用会社の破綻では（TCM やアイフル、SFCG など）、私的整理や民事再生の方法がとられた。しかし、2010 年ごろからは、大規模破綻においても会社更生手続が行われている（日栄や武富士）。更生の手続の相違により、負担する過払金返還請求権の負担が異なることは、再生した会社の財務内容に重大な不平等を与えることから、債務者との関係だけではなく、競争法上も問題がないわけではない。

(2) 過払金返還請求権の切捨てに関する裁判例では、最判平 21・12・4 金判 1333 号 26 頁が先例である⁴³⁾。その事案では、過払金返還請求権者である X らは、貸金業者である Y（ライフ）との間の金銭消費貸借契約に基づいてした弁済につき、過払金が発生していることを主張して、Y に対し、不当利得返還請求権にもとづき過払金と 704 条前段所定の利息の支払等を求めた。そのさいに、Y の更生手続において、管財人らが、X ら顧客に対し、過払金返還請求権が発生している可能性があることや更生債権の届出をしないと Y が更生債権につきその責めを免れることにつき注意を促すような措置を講じなかったことが争点と

43) 本件につき、吉田光硯・リマックス 43 号 6 頁、杉本純子・金判 1336 号 94 頁、岡正晶・民商 142 巻 2 号 238 頁、高橋譲・金法 1906 号 18 頁、田中幸弘・金法 1906 号 26 頁など。なお、本稿では、訴訟法に固有の論点については立ち入らないので、これらを参照されたい。

なった。

最高裁は、Y において、X らの過払金返還請求権が失権したと主張することが、信義則に反したり、権利の濫用であるといえないとした。更生手続申立（平成 12 年 5 月 19 日）後、手続開始の決定（同 6 月 30 日）前に「ライフカードは、これまで通りお使いいただけます」と社告が新聞に掲載された場合であっても（同 6 月 2 日）、その内容は、顧客に対し更生債権の届出をしなくても失権することがないとの誤解を与えるものではないとした。

そして、「更生計画認可の決定があったときは、更生計画の定め又は法律の規定によって認められた権利を除き、更生会社がすべての更生債権につきその責めを免れるということ（以下「失権」という。）は、更生手続の根本原則であり、平成 14 年法律第 154 号による改正前の会社更生法（以下「旧会社更生法」という。）においては、更生会社の側において、届出がされていない更生債権があることを知っていた場合であっても、法律の規定によって認められた権利を除き、当該更生債権は失権するものとされており、また、更生債権者の側において、その責めに帰することができない事由により届出期間内に届出をすることができず、追完もできなかった更生債権についても、当然に失権するものとされていた。以上のような旧会社更生法の規定の内容等に照らすと、同法は、届出のない更生債権につき失権の例外を認めることが、更生計画に従った会社の再建に重大な影響を与えるものであることから、更生計画に定めのない債権についての失権効を確実なものとして、更生手続につき迅速かつ画一的な処理をすべきこととしたといえることができる。

そうすると、管財人等が、Y の顧客の中には、過払金返還請求権を有する者が多数いる可能性があることを認識し、あるいは容易に認識することができたか否かにかかわらず、本件更生手続において、顧客に対し、過払金返還請求権が発生している可能性があることや更生債権の届出をしないと失権することにつき注意を促すような措置を特に講じなかったからといって、Y による更生債権が失権したとの主張が許されないとすることは、旧会社更生法の予定するところではなく、これらの事情が存在したことをもって、Y による同主張が信義則に反するとか、権利の濫用に当たるといえることはできないというべきである。そして、

このことは、過払金返還請求権の発生についてのXらの認識如何によって左右されるものではない」。

更生債権の届出期間は、平12年8月15日までであったが、過払金返還請求権を更生債権として届け出たのは、632万人のカード会員のうち、わずかに2人だけであったという。破産管財人は、貸金業者A（アイフル）をスポンサーとして、更生計画を作成し、計画案は、平13年1月31日に可決され、3月29日に弁済が行われ、手続は終了したが、その間、管財人は、顧客に対し、過払金返還請求権が発生している可能性や更生債権の届出をしないと失権することを注意する措置は行われなかった。こうした事情をふまえ、一審（京都地判平20・6・5金判1333号35頁）は、過払金返還請求権については、一般の会社更生事件とは異なる特別な措置が必要であることの自覚がありながら、これを放置したとして、Yによる失権の抗弁が権利の濫用にあたるとして、更生債権の比率に応じた弁済を命じたが、原審（大阪高判平20・11・20金判1333号32頁）は、更生手続の画一性から、失権を肯定したのである。

最高裁も、Yによる失権の主張が、「信義則に反するとか、権利の濫用に当たるといふことはできないというべきである。そして、このことは、過払金返還請求権の発生についてのXらの認識如何によって左右されるものではない」とし、また「約定利率により計算をした元利金の残債権額をもって顧客との間の金銭消費貸借取引を管理していたYが、これを前提としてその評価がされた営業資産をもって、資金を調達することができたことや、過払金返還請求権を更生債権として届出する者がわずかであったということが、会社の早期再建に寄与したといふことはできるものの、このような事情があったからといって、上記の判断が左右されるものでもない。

そして、他に、Yによる失権の主張が、信義則に反し、権利の濫用に当たると認められるような事情も見当たらない」とした⁴⁴⁾。法規の明確性と手続の画一性を優先したのである。

(3) 最判平22・6・4判時2088号83頁も、類似のケースである。Xが、貸金業者であるYとの間の金銭消費貸借契約にもとづいてした弁済について、過払金が発生しているなどとして、Yに対し、不当利得返還請求権にもとづき、過

払金の返還等を求めた事案である。Y は、更生債権の届出期間内の届出がなかったことによって、平 14 年による改正前の会社更生法 241 条本文による免責を主張した。

判決では、Y が、Y に対する更生手続において、顧客に対し、過払金返還請求権につき更生債権の届出をしないと失権するなどの説明をしなかったからといって、Y による失権の主張が信義則に反するということはできないとされた。また類似の B の更生手続のケースで (TCM の会社更生事件で、アイフルがスポンサーとなった)、更生手続開始の決定前に発生した過払金返還請求権につき、更生債権としての届出を必要とせず、更生計画認可の決定による失権の効果が及ばない扱いが行われても、異なる事情の下で行われた Y の更生手続で、同じ扱いをする根拠はないとする。

「Y が、本件更生手続において、顧客に対し、過払金返還請求権につき更生債権の届出をしないと失権するなどの説明をしなかったからといって、そのことをもって、Y による失権の主張が信義則に反するということはできない (最高裁判平成 21 年 (受) 第 319 号同年 12 月 4 日第二小法廷判決・裁判集民事 232 号 529 頁参照)。そして、前記事実関係によれば、本件社告は、本件更生手続において、更生手続開始の申立てがされた後、更生手続開始の決定前にされたものであり、

44) 吉田・前掲論文 9 頁は、判決の結論を「やむを得ないもの」とする。TCM の更生手続で、過払金返還請求権については、届出がなくても失権しないという扱いがされ、旧会社更生法の適用される場合には、「同様の実務が定着」したとし、また高利貸金営業に伴って発生した過払金債権は、「例外なく共益債権と扱われている」と指摘する。また、現会社更生法では、旧 241 条が現 204 条に引き継がれているが、会社更生規則 42 条が設けられ、管財人には、知っている更生債権者で、届出をしていない者に対する通知が義務づけられているとし、また、武富士の会社更生手続においては、実際に多数の届出があったことから、「ここまで手当てがなされていれば、旧法で確立された実務に遜色ない」とする。

しかし、武富士の件では、管財人から知れた債権者への通知書が発送され、また新聞などで、失権についてのマスコミ報道が行われた結果であり、そうでない場合の一般の債権者にとっての周知可能性には、疑問がある。最低限、知れた債権者への通知は必要であり、これがない場合の失権には大いに疑問があるといわなければならない。

債権者の財産が債権の共同担保になる破産の場合と異なり、会社更生の場合には、なるべく更生をということであろうが、財産権への侵害を伴うものであるから、最大限、手続的な保障を行う必要がある。債権者の平等は、市民法的な最低限のルールである。会社更生法の規定そのものは違憲ではないというのが、前述の判例であるが (前注 42))、それは同時に、(実体的切捨てには) 少なくとも十分な手続的保障を求めるものでもあろう。

カード会員の脱会を防止して従前の営業を継続し、会社再建を阻害することなく進めることを目的として行われたものとみることができるのであって、その目的が不当であったとはいえない上、その内容も、顧客に対し更生債権の届出をしなくても失権することがないとの誤解を与えるようなものではなく、その届出を妨げるようなものであったと評価することもできない。そうであれば、本件社告が掲載された際に、Yにおいて、過払金返還請求権につき債権の届出をしないと失権するなどの説明をしなかったとしても、以上と別異に解する余地はない。

また、Yと同様にAをスポンサーとして進められたBの更生手続において、更生手続開始の決定前に発生した過払金返還請求権につき、更生債権としての届出を必要とせず、更生計画認可の決定による失権の効果は及ばないなどの取扱いがされたとしても、異なる事情の下で進められたYの更生手続において、これと同じ取扱いがされなければならないと解する根拠はなく、Yによる失権の主張が信義則に反することになるものでもない」。

なお、一審・神戸地判平20・2・13判時2002号132頁、原審・大阪高判平20・9・25金判1352号18頁は、失権の主張が信義則に反するとした。会社更生手続が同じ貸金業者をスポンサーとして行われれば（アイフル）、営業譲渡が行われたのと等しく、また、過払金返還請求権は、過払金が発生するつど、具体的な債権として発生し更生債権となるからである（同事件の更生手続における一般更生債権の最低弁済率54.298%に相当する支払請求を肯定）。ほかに、大阪地判平20・8・27判時2021号85頁も、失権の主張が信義則に反するとしている。

法律にうとい借主＝過払金返還請求権者が、会社更生手続を知らずに失権し、権利を失う可能性は大きい。もっとも、このような事態が続いたことから、過払金返還訴訟に加えて、失権を免れようとする社会的なキャンペーンも行われた（上記武富士のケース）。かつて過払金返還訴訟は、2006年ごろから増加し、2009年には、全訴訟の半分以上を占めていた。その後、一時減少しつつあったが、2010年9月の武富士の破綻を契機にふたたび増加した。2010年11月でも、東京地裁では全事件のうち50%、東京簡易裁判所でも個別事件の45%が過払金返還訴訟事件といわれている⁴⁵⁾。

この失権の問題は、会社更生手続の性質上、最終的に失権を伴うこともあるの

はやむをえないとしても、小額債権者の権利の保護のあり方に一石を投じるものである。小口で意識されない債権が大多数を占めるという消費者信用会社の債務の特質を考慮する必要がある。そうでなければ、再生は、たんに大口債権者の救済にすぎず、また業界に、過払金返還請求権の負担のない会社を出現させる不公正な競争方法をもたらす。知れた債権者への通知のほかに、公的な媒体による周知（免責の要件として広告や媒体の指定をする必要性）や計測可能な小口債権の届出免除、立法論的には、保険的方法による小額債権の保護も考慮される必要がある⁴⁶⁾。

(4) さらに、最判平 23・3・1 裁時 1527 号 2 頁、金判 1369 号 18 頁があり、同事件は、民事再生法による場合である。届出のない再生債権である過払金返還請求権について、届出があった再生債権と同じ条件で（事案ではおおむね 6 割）弁済する旨を定める再生計画における帰趨について述べる。

「(1) 民事再生法 178 条本文は、再生計画認可の決定が確定したときは、再生計画の定め又は同法の規定によって認められた権利を除き、再生債務者は、すべての再生債権について、その責任を免れると規定する。そして、同法 179 条 1 項は、再生計画認可の決定が確定したときは、届出債権者等の権利は、再生計画の定めに従い、変更されると規定し、同法 181 条 1 項は、再生計画認可の決定が確定したときは、再生債権者がその責めに帰することができない事由により届出をすることができなかった再生債権（同項 1 号）等は、再生計画による権利の変更の一般的基準（同法 156 条）に従い、変更されると規定する。

(2) 前記事実関係によれば、本件再生計画は、届出のない再生債権である過払金返還請求権について、請求があれば再生債権の確定を行った上で、届出があった再生債権と同じ条件で弁済する旨を定めるが、これは、過払金返還請求権につ

45) 浅見牧夫「過払金返還請求事件における冒頭ゼロ計算・推定計算(1)」市民と法 67 号 78 頁参照。また、東京地裁の新受付数は、2007 年から急増し（80%）、2008 年に 33% 増、2009 年に 60% 増、2010 年までは増加し、これが減少に転じたのは、大手消費者金融会社の倒産の結果、であったとの指摘もある（澤野芳夫・三浦隆志・竹田美和子・佐藤重憲「過払金返還請求訴訟における実務的問題」判タ 1338 号 15 頁）。

46) 銀行預金には、一定額まで保護が行われる預金保険の制度があるが、消費者信用の過払金返還請求権に関しても、類似の制度を新設する可能性もある。クレジットカード被害の救済も参考になろう。

いては、届出のない再生債権についても一律に民事再生法181条1項1号所定の再生債権として扱う趣旨と解され、上記過払金返還請求権は、本件再生計画認可決定が確定することにより、本件再生計画による権利の変更の一般的基準に従い変更され、その再生債権者は、訴訟等において過払金返還請求権を有していたこと及びその額が確定されることを条件に、上記のとおり変更されたところに従って、その支払を受けられるものというべきである」。

そこで、本件では、必ずしも債権の完全な切捨てではないが、「再生計画による権利の変更の一般的基準に従い変更されており、X〔借主〕は、訴訟等において本件再生債権を有していたこと及びその額が確定されることを条件に、その元利金31万3152円の内30万円について、本件再生債権が確定された日の3か月後に支払を求めることができる本件債権を有するにとどまる」ものとした。

具体的には、再生計画の文言（債権の確定時期。認可決定の確定か判決の確定か）が争点であるが、本稿の主題（債権の切捨ての問題それ自体）からははずれるので、その点については立ち入らない。

(5) 過払金返還請求権の切捨ての問題は、営業譲渡に関する最高裁判決とも関連している。最高裁は、上述のように（Ⅱ6(4)、10巻2号32頁）、すでに、最判平23・3・22裁判集民事236号登載予定、裁時1528号13頁、判タ1350号172頁、最判平23・7・7裁時1535号1頁、最判平23・7・8裁時1535号2頁（それぞれ第3小法廷、第1小法廷、第2小法廷）において、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（以下「譲渡業者」という。）〔A〕が貸金債権を一括して他の貸金業者（以下「譲受業者」という。）〔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、上記のとおり、本件譲渡契約は、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、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。

営業譲渡の問題自体には、本稿では立ち入らないが、その場合の基本形も、過払金返還請求権の切捨てによる譲受会社の負担軽減を目ざすものである。消費者金融会社の貸付債権の譲受人も、消費者金融会社の再生会社の実質的引受人も、ひとしく消費者金融会社であるから、過払金返還請求権の切捨てには、経済的な一貫性がみられる⁴⁷⁾。こうしたつまみ食いの営業の移転には疑問があり、ましてや衡平たるべき公的な処理においては、いっそう衡平性が必要である。

(6) なお、神戸地伊丹支判決平 22・12・15 判時 2107 号 129 頁では、破産者と金融業者との間の過払金返還請求権の放棄を内容とする和解の効力が否認された。

破産者 A が、金融業者 Y に対して、48 万円余の過払金返還請求権を有していたが、A から債務整理を受任した弁護士 B が、わずかに 5 万円の返還をうけただけで、その余の返還請求権を放棄する内容の和解契約をした事案である。その後 A が破産宣告をうけ、X が破産管財人となり、X は、本件和解は、支払停止後にした破産債権者を害する行為にあたるとして、破産法 160 条 1 項 2 号にもとづき、和解を否認し、Y に 43 万円余の支払を請求した。

「本件和解における回収額 (5 万円) は、本件和解時点における本件債権の経済的価値と均衡していないというべきである。したがって、本件和解は、経済的合理性を欠くままに破産者の資産を減少させる行為であって、破産債権者を害する行為に当たる」として、和解を否認することが相当とした。

否認される破産者の行為は、その不明確性、経済的効果、債権者平等の観点などの総合的判断によるものとされている⁴⁸⁾。事案では、法人に対する金銭債権であり、放棄に合理性があったこともうかがわれないので、破産者の一般財産を

47) 2000 年代後半とはやや異なる最高裁の変質をみることができる。ほかに、敷引契約の有効性を肯定した最判平 23・3・24 裁時 1528 号 15 頁、最判平 23・7・12 裁時 1535 号 5 頁、更新料の支払を約する条項の有効性を肯定した最判平 23・7・15 裁時 1535 号 13 頁、上述 (注 31) 参照) の充当合意判決などを指摘しうる。2000 年代の学納金返還訴訟に関する一連の判決 (最判平 18・11・27 民集 60 巻 9 号 3732 頁など 5 件の判決) との相違が顕著であろう。

48) 最判昭 41・4・14 民集 20 巻 4 号 611 頁、最判平 9・12・18 民集 51 巻 10 号 4210 頁。前者は、先取特権の目的物件による代物弁済が否認の対象とならないとしたものであり、後者は、なる (先取特権は消滅) としたものである。

減少させる行為であり、債権者を害するものと思われることから、否認は相当であろう。

安易な過払金返還請求権の切捨ては、利息制限法を歪めるものである。高利は制限するが、いったん支払われてしまえば、その回復を求めないとする考慮が³、旧利息制限法（1877年）2条の裁判上無効や利息制限法（1954年）1条旧2項の基礎にあった⁴⁹。これは、利息制限法の2006年改正（2010年施行）による1条旧2項の削除まで続き、今なお堅固な残滓となっている。しばしばみられる過払金返還請求への消極的な態度も、これと軌を一にしている。解釈論においても、可能な限りこれを除去し、高利の請求を否定だけでなく、いったん支払われた場合の返還をも実効性あるものとする必要がある。

49) 旧民法制定時の議論につき、【理論】18頁以下参照。

〔追記〕最高裁は、近時、最判平23・9・30裁時1540号10頁においても、充当合意(10巻2号487頁、II6(2)およびその前注31参照)に近い合意の構成をもちだした。そして、貸金業者Yがその完全子会社Aの顧客Xとの間で行われた取引を貸金業者・顧客間の取引に切り替える趣旨で金銭消費貸借取引に係る基本契約を締結するに当たり、顧客の完全子会社に対する過払金等返還債務を含む全ての債務を貸金業者が引き継いだのか否かが争われた事件において、貸金業者が過払金等返還債務を負うとする。

これは、営業譲渡と過払金返還請求権の帰趨に関する従来の3判決を実質的に修正するものである(最判平23・3・22裁判集民事236号登載予定、裁時1528号13頁、判タ1350号172頁、最判平23・7・7裁時1535号1頁、最判平23・7・8裁時1535号2頁)。

同事件では、「本件債務引受条項において、YがAの顧客に対する過払金等返還債務を併存的に引き受けることが、また、本件周知条項において、Aの顧客である切替顧客に対し、当該切替顧客とAとの間の債権債務に関する紛争については、単に紛争の申出窓口になるにとどまらず、その処理についてもYが全て引き受けることとし、その旨を周知することが、それぞれ定められたものと解され」として、「本件取引1と本件取引2とは一連のものとして過払金の額を計算すべきであることは明らかである。したがって、Yは、Xに対し、本件取引1と本件取引2とを一連のものとして制限超過部分を元本に充当した結果生ずる過払金につき、その返還に係る債務を負う」とした。こうした一連計算は、過払金返還債務を含む貸金債権においては当然のことであり、同事件に特殊なものではない。結論は妥当であるが、これだけが「合理的に解釈すれば、Xが上記勧誘に応じた場合には、Yが、XとAとの間で生じた債権を全て承継し、債務を全て引き受けることをその内容とするものとみるのが相当」な場合にあてはまるわけではない。これも原判決破棄(自判)であり、こうした合意の構成は不明確である。過払金返還債務の承継をきわめて限定した他の判決との相違が読み取りにくく、軌道修正を図ったのであれば、それ自体は妥当であるが、正面から充当なり、債務の承継なりの、ぶれの無い構成が望ましい。これにつき、拙稿「債権譲渡における画一性と相対性」平井一雄先生寿喜記念・債権管理の理論と実務に収録の予定。

こうした無理な合意による方法は、不安定なだけでなく、近時、具体的な弊害をもたらしている。かねて敷引特約について、最判17・12・16判時1921号61頁は、建物の賃貸借契約において、通常の損耗の回復は基本的に賃貸人が負担するものとし、明確な合意がない限り、賃借人の負担とすることはできないとしていた。しかし、最判平23・3・24は、逆に、敷引の特約をもって、通常の損耗の回復の特約とし、これがあれば明確な合意があるものとしている。しかし、平17年判決は、敷引の特約をもってただちに明確な合意にあたるとしたのではない。むしろ、それはなかったとしているのである。つまり、敷引の特約ではたりないから、実際には、明確な合意が認められるよりはまれであった。そこで、下級審裁判例においても、おおむね敷引の特約を消費者契約法10条により無効とする状況があった。これに対し、平23年判決は、逆に、敷引の特約そのものをもって、明確な合意にしてしまったのである。これは、合意の拡大による原則と例外の転換であり、矛盾であり、実質的な判例変更ともいえる。きわめて安易な合意の利用である。平23年判決には、ほかにも、通常損耗を賃借人に負担させることが不合理でないとして、これを基本的に賃貸人の負担とする平17年判決と異なる出発点に立っているが、この点については、立ち入らない。