

不法原因給付と損益相殺の可否

—— 最高裁平成20年6月10日第三小法廷判決の再検討 —— (1)

西村 峯 裕
松村 遼 羽

目次

序節

第1節 判決の内容とその問題点

第1款 判決の内容

第2款 判決の問題点

第2節 判決をめぐる学説

第1款 判決に対する学説の展開

第2款 学説の整理

以下次号。

第3節 その後の展開と類似判例

第1款 序論

第2款 従来までの裁判例等の展開

第3款 田原裁判官の「反対」意見（最高裁平成20年6月24日判決）

(1) 最高裁平成20年6月24日第三小法廷判決

(2) 最高裁平成20年6月24日第三小法廷判決に対する若干の検討

第4節 最高裁平成20年6月10日第三小法廷判決の再検討

第1款 ここまでのまとめと問題提起

第2款 不法原因給付理論

第3款 再検討

結語

序 節

平成22年6月18日、改正貸金業法が完全施行されることとなった。近年、返済しきれないほどの借金を抱えてしまう「多重債務者」⁽¹⁾が増加したことから、これを解決すべく、平成18年、それまでの貸金業法などの法

律が抜本的に改正された⁽²⁾。これによって、総量規制⁽³⁾、上限金利の引き下げ⁽⁴⁾、貸金業者に対する規制の強化⁽⁵⁾が行われた。その流れの中で、日本貸金業協会は貸金業界の現状把握目的として、貸金業登録業者（協会員及び未入会の貸金業者）の協力を得て「経営実態等に関するアンケート調査」を平成22年8月30日～9月27日の期間で実施した。また協会が同じく公表した総量規制該当者と専業主婦（主夫）と個人事業主2000人を対象とした「貸金業法の完全施行後の影響等に関するアンケート調査⁽⁶⁾」では、希望どおり借入れできなかつた、あるいは借入れを諦めたと答えた総量規制該当者は全体の69%であった。これらの者が困った事として挙げているのは日常生活に必要な資金⁽⁷⁾の調達であった。ヤミ金融など非正規業者との接触について、79%が「どんなことがあってもヤミ金融など非正規業者から借入れしない」と回答している一方、利用する可能性があると回答した割合は、「必要に応じて、借入れを検討する」が4%、「どうしようもない状況になれば、ヤミ金融など非正規業者でも借入れせざるを得ない」が16%と合わせて20%であった。

貸金業法等の改正は一方で債務者に過剰貸し付けやグレーゾーン金利を回避させたが、他方で一部の債務者をヤミ金融へ走らせる因ともなった。これらヤミ金融のほとんどは反社会的勢力に組み込まれている。平成20年6月10日、最高裁第三小法廷判決（民集62巻6号1448頁）は、これらヤミ金融業者による貸し付けを社会の倫理、道徳に反する醜悪な行為とし、それは不法行為となり、かつ元本は不法原因給付となるから、損害との損益相殺ないしは損益相殺的な調整は許されないものとした。これは被害者を救済したものであるが、結果としては被害者による元本踏み倒しを認めたことになる。これは妥当であろうか。

判例は従来、契約が無効である場合の被害者はその元本が不法原因給付であることの反射的利益としてその権利を取得するのみであると考えてきた。しかるに本件では、原告の主張する不法行為構成を採りつつ、不当利得の不法原因給付の規定、民法708条の適用もしくは類推適用の是非を論じているのであり、被害者にもたらされた財産の変化を損益相殺ないし損

益相殺的調整の対象とはしないとしたのである。従来の判例の理論は踏襲されているのであろうか。また、不法原因給付であると知りながら尚借主が弁済を行った場合にはどのように評価されるのであろうか。

被害者に元本の返還義務なしとした本件は画期的であるが故に、「ヤミ金から借りたものは返さなくてもよい」という結論だけが独り歩きしないのかという危惧もある。暴利契約と予め知りながら金銭消費貸借契約を結び、返還義務を免れようと画策する者が現われることになればそれは判決の意図するところではあるまい。本件においてはヤミ金という一方の不法のみを根拠とし、また「社会の倫理、道徳に反する醜悪な行為」という概念は必ずしも明確ではないから、その射程範囲を明らかにすることが求められよう。

本論稿では、本件判決を詳細に分析した上でこれについての諸学説を紙幅の許す限り丁寧に紹介し、その理論状況を見ることにする。ささやかながら拙い私見を添えることとしたい。なお、高利の貸し付けの事例ではないが、本判決と同様の法理適用した最高裁平成20年6月24日第三小法廷判決にも言及する。併せて、これ以外にも同様の法理を用いた判決があるのでこれにも簡単に触れておきたい。

注

- (1) この問題につき言及したものとして『改正貸金業法の完全施行をめぐる論点——多重債務者問題と消費者金融業界の現状と課題——』国立国会図書館 調査と情報 ISSUE BRIEF NUMBER699 (2011. 2. 10) 5頁～8頁がある。ただ、これによるとその数は減少傾向にあるとされている。
- (2) 金融庁「貸金業法のキホン」参照。http://www.fsa.go.jp/policy/kashikin/kihon.html
- (3) 前掲 金融庁参照。いわゆる「貸し過ぎ・借り過ぎ」を防止する目的で、貸金業者からの借入残高が年収の3分の1を超える場合、新規の借入れをすることができなくなるなど制約が課されている。
- (4) 前掲 金融庁参照。出資法の上限金利が20%に引き下げられることによりいわゆる「グレーゾーン金利」が撤廃された。
- (5) 前掲 金融庁参照。貸金業務取扱主任者の設置義務。

- (6) 日本貸金業協会、JFSA 白書（平成 22 年度版）参照。http://www.j-fsa.or.jp/material/white_paper/index.php
- (7) 前掲 JFSA 白書参照。これによると、「衣料費・食費等の補填」が 40%、「住民税・自動車税等の税金の支払い」が 32% となっている。
- (8) 最高裁以前にも同様の見解を示したものとして、ここでは「借主の窮迫に乗じた高利の貸付けと担保取得を公序良俗違反とし、交付した金銭の返還請求も同条本文で退けた」もの（東京高判平成 14・10・3 判時 1804 号 41 頁）、「実質年利 800%、500% での消費貸借を民法 90 条違反とした」もの（東京地判平成 17・3・25 判時 1914 号 102 頁）を挙げておくこととする。
- (9) 最判昭和 45・10・21（民集 24・11・1560 頁）「妾関係維持の為に贈与した不動産について不法原因給付により給付した物の返還請求が否定された場合、その所有権を受贈者が反射的に取得する」としたものの。

第 1 節 判決の内容とその問題点

ここでは判決の内容を簡単に紹介した上でその問題点を指摘したい。

第 1 款 判決の内容

（事実の概要）

Y（被告・被控訴人・被上告人）は、著しい高利の貸し付けによって多大な利益を得ることを企画して、ヤミ金融の組織を構築した上その統括者として自らの統括下の各店舗の店長ないしは店員をヤミ金融業に従事させていた⁽¹⁰⁾。

X（原告・控訴人・上告人）らは、それぞれ上記の各店舗より金銭を借入れ、弁済を行ったが、その利率は貸金業法に定める利率を大きく逸脱する年数百から数千パーセントであった。又、貸し付けから返済までは極少ない日数で、⁽¹¹⁾短期間のうちに借り入れと弁済が繰り返されておりおよそ自転車操業的な運営であったため、高利率を X から得るためにこのように頻繁に貸し付けを繰り返していたとされる⁽¹²⁾。

本件において X らに金銭を貸し付けたことは、元本の返済等の名目で違法に金銭を受け取るために行った手段に過ぎず、それにより財産的な損

害を被ったことをもって X らが不法行為による損害賠償を求めたのが本件事案である。

第一審（松山地判平成 18 年 6 月 7 日 民集 62 卷 6 号 1517 頁）は、X らの財産的損害を認め、Y は民法 719 条共同不法行為による損害賠償義務を負うとした。また、損害賠償額の算定における損益相殺の可能性については、「違法な貸付により貸主が交付した元金については、不法原因給付として貸主から借主に対する返還請求権は否定されるが、借主が当該元金をも返済した後に、改めてその返済した元金の返還を求めることはできないものである。消費貸借自体が公序良俗に反し、違法なものであるとしても、交付された元金につき、損益相殺の考えにより、その損害から控除することまで否定できない」と判示した。X ら控訴。

原審（高松高判平成 18 年 12 月 21 日 民集 62 卷号 1612 頁）は、一審と異なり、Y については民法 715 条使用者責任によって損害賠償義務を負うものと判示した。又、X らが貸し付けを受けた金銭相当額については損益相殺を認め、その額を X らの財産的損害から控除した上で各請求を一部認容すべきとした。

損害賠償額の算定における損益相殺の可能性については「不法行為による損害賠償制度は、損害の公平妥当な分配という観点から設けられたものであり、現実には被った損害を補てんする事を目的としていると解される（最大判平成 5.3.24 民集 47 卷 4 号 3039 頁）ことからすると、加害者の不法行為を原因として被害者が利益を得た場合には、当該利益を損益相殺として損害額から控除するのが、現実には被った損害を補てんし、損害の公平妥当な分配を図るという不法行為制度の上記目的にかなうというべきである」とした。

X らより上告。

(判旨)

最高裁は X らの損益相殺による敗訴部分を破棄した上で、X らのその他請求し得る損害の額等について審理をつくさせる為原審に差し戻した。

「民法 708 条は、不法原因給付、すなわち、社会の倫理、道徳に反する

醜悪な行為（以下「反倫理的行為」という。）に係る給付については不当利得返還請求を許さない旨を定め、これによって、反倫理的行為については、同条ただし書に定める場合を除き、法律上保護されないことを明らかにしたものと解すべきである。したがって、反倫理的行為に該当する不法行為の被害者が、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。《中略》

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 らから元利息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。」とした。

（田原裁判官の「補足」意見）

又、田原陸夫裁判官は「X らが上記貸付金名下で交付を受けたことによる利得は、損益相殺ないし損益相殺的な調整として X らが被った損害額から差し引くべきではないとする点では、多数意見と結論を同じくする。しかし、《中略》不法行為の被害者が加害者から受けた給付が、不法原因給付としてその返還を要しない場合であっても、被害の性質や内容、程度、被害者の対応、加害行為の態様等から、その給付をもって損益相殺的処理をなすことが衡平に適う場面があり得ると考えられる。《中略》⁽¹³⁾

加害者による不法行為により被害者が金銭等の財産上の損害を被った場合に、被害者が当該不法行為自体によって財産上の利益を得ているときには、その差額をもって財産上の損害額と評価すべきものである。《中略》

そして、被害者が当該不法行為に起因して、別途、何らかの利得を得ている場合に、当該利得を既に評価されている損害額から差し引くべきか否かという点において、損益相殺の可否が問題となると考える。」と述べている。⁽¹⁴⁾

第2款 判決の問題点

本判決は、明確に元金部分と利息部分を摘示して為されたものでないことを理由にXらがYに弁済した元利金の全てを損害としているが、YからXらが交付を受けた元本は利益であるから、これを控除した額を損害とすべきではないかとの疑問が残る。ヤミ金融業者に元本相当額を回収させると、彼らが跳梁跋扈する因となるから、これを回収させないことが新たな被害の防止の為に望ましいことは理解できるが、そのために受けた利益であるはずの元本相当額まで損害とするのは損害の定義を逸脱する疑いがあり、法理論上は好ましいことではない。しかも、これを損害に含ませしめた上でなお不法行為に不当利得に関する民法708条を類推適用して損益相殺ないしは損益相殺的調整を許さないものとする無理を重ねることとなったのではないか。元本相当額も損害に含ましめた上で損益相殺ないしは損益相殺的調整を許さないとする二段構えの構成を採らなければYの元本回収を阻止できないからである。

田原裁判官にいう損益相殺ないし損益相殺的調整が許される場面が具体的に何を指すのか、それが後掲の6月24日第三小法廷判決の事案を想定したものであるとすれば、その妥当性についても検討の余地があろう。

原告がYの不法行為を理由に損害賠償を請求しているところから、本判決が不法行為構成を採っているのはやむを得ないが、純粹に客観的な立場から、本件のような事案について別の理論構成、殊に不当利得構成も可能ではないか吟味しなければならない。不法行為、不当利得いずれの構成でも「不法性」が問題となるであろうが、その基準はどこに据えられ、どのように評価されるかも判断する必要があるであろう。次節では、本判決に対する学説を紹介すると共に、これを主に不法行為構成と不当利得構成とに分

類し、学説が示した解決の可能性について検討する。

注

- (10) またこの組織は、旧執行部7人さらに新執行部で9人がそれぞれの店舗を統括、グループ長と呼ばれていた。その下にブロック長がおり各ブロックに店舗を配置、それを店長、店員が運営という形で、組織化されたものであった。定期的な上納金システムもあったとされている。
- (11) 数日から数十日程度であるグループでは10日で5割など、Yの運営する各店舗では基本的に10日間が返済期限として、10日が過ぎると利息に加えて貸換手数料を加えた額返済させ返済期を10日繰り延べる方式をとっていた。
- (12) Xらの被害明細については本件第一審の1568(202)頁を参照のこと。
- (13) この内容を事前に指摘しているものとして、次のものが挙げられる。東京高判平成14・10・3(判時1804号41頁、判タ1127号152頁)はその判示にて「同条にいう不法原因に当たるか否かは、その行為の実質が社会生活及び社会感情に照らし反道徳的な醜悪な行為と認められるほどの反社会性を有するか否かによって決するのが相当であり、具体的には、当該行為の違法ないし不法の性質、態様、双方の違法性・不法性の大小、強弱などを総合的に考慮して判断すべきものである。また、同条が不法な行為をしながらその損害を回復しようとする者の非難すべき性格に対し、制裁としてその回復を拒否することによって、不法行為を防止しようとしていることからすれば、その適用に当たっては、将来の同種の不法行為の発生を防ぎ、抑圧するという観点も必要であると解される」として不法性の禁圧性の必要性にも言及した上で、不法原因給付に該当するとする。また、この判例を取り上げたものとして金山直樹「不法原因給付の柔軟化に向けて——暴利の消費貸借に対処するために——」慶応法学1号(2004年12月)377頁以下を参照。
- (14) また、「Xらから本件各店舗に対して貸金名下の元金に対する弁済としてなされた給付は存しないものというべきである」としたうえで、更にXらの陳述の額が信用に足るか疑問との指摘も挙げている。

第2節 判決をめぐる学説

第1款 判決に対する学説の展開

厳密には理論上契約有効説と無効説に大別しなければならない。前者は

元本部分のみ有効とするものと利息制限法の制限利息の範囲内で元利合計につき有効とするものに分けることができる。その無効な部分については、不当利得構成を採ることとなろう。後者は不法行為構成を採るものと不当利得構成を採るものとに分かれる。本判決前には、契約有効説も見られたが、本判決を回ってはかかる学説は見当たらないので、必要な限りにおいて言及するものとし、ここでは、学説を可能な限り紹介した上で、無効後の処理について不法行為構成を採るものと不当利得構成を採るものとに分けて検討する。不法行為構成を採るものは判決の損害論に問題を見出し、これを補強しようとする。不当利得構成をとるものは、民法708条の趣旨を吟味した上で解釈と判例理論の限界について論じていることに特徴がある。このような分類の前提として、学説それぞれが判例に沿う形で理論展開をしていることにも留意する必要がある。

(1) 不法行為構成

大西邦弘氏はこれまでの裁判例の展開を本件原審なども含めて紹介している。次いで、最高裁平成20年6月24日第三小法廷判決（判時2014号68頁）の田原裁判官の反対意見を挙げて、「田原裁判官が前提とする損害概念は、これまでの最高裁のものと平仄が合わされている」のか、田原裁判官の懸念する破綻処理はどうかと問題点を挙げる。最後に従来の学説についていくつかの見解を挙げた上で特に不法行為における損益相殺の局面で「制裁」がどのように考慮されるべきかについて分析を要するとし、それらを前提に残された問題がいくつかあるとする。すなわち、第一に「著しく高利」で「反倫理的行為」である貸付とは具体的に何を意味するのか、第二に、不法原因給付について、「不法行為への類推としてこれまで論じられてきた問題領域と齟齬があるのではないか」、第三に「元本相当の金員を損害額から控除することの可否」、第四に、「損益相殺・損益相殺の処理とは不法行為法においてどのように位置づけられるのか」、最後に「不法行為法全体の役割にも影響を及ぼすのではないのか」などの諸点である。⁽¹⁵⁾

第一の問題については、判決に照らすと、「単に利息制限法に違反する

に過ぎない場合でも不法行為の成立を認め……たことになってしま」い、「著しく高利」要件ではない他の要件での調整が必要であるとする⁽¹⁷⁾。

第二の問題は、従来のごとく「不法性は比較された上で決されると解すべきではないか⁽¹⁸⁾」と述べる。ただ、「不法性の衡量をすることは、従来の不法行為法の役割とは異なった色彩を帯びる」とも述べる。

第三の問題については、まず、不法原因給付ではないとして「元本に相当する利益について損益相殺を認めてはいる」が、「不法行為法の目的を発生した損害の填補としたままで本判決の論理を正当化できるか」には検討を要する。また「確かに契約構成と平仄を合わせる必要性は重視されるべきではあるが、……矛盾が解消されていない現状では、契約法よりも不法行為法の一般理論との平仄をより重視すべき⁽¹⁹⁾」であるとする。そして、損益相殺についての「規範化」を前提として、本判決を正当化する見解を取り挙げ、規範化に賛成であれば本判決を妥当と評価でき、その逆もあるとして著者自身は「結論を妥当でないと評価するとの仮説を定立」している。

本判決で重要な焦点は損益相殺の「規範化」⁽²⁰⁾であるとして、差額説を元にその意義を探る。損害差額説を前提としつつ「規範的損益相殺」によって一定の修正をする立場からは、「本判決のような倫理的非難の要素を見出すことはできない⁽²¹⁾」とし、「損害事実説を採用される見解が、損益相殺の『政策的考慮』に言及されているのは、示唆的」であると述べる。「損益相殺を倫理的な観点から『規範的』に評価することが可能だと仮定すると、それは、これまで、基本的に損害差額説を採用し続けていると評価される判例の損害に関する立場と齟齬が生じる⁽²²⁾」とするのである。そこで重要なのは「政策や倫理性といった要素の不法行為法への混入を、どの要件においてどの程度、規範的に承認するかにある」としている。そして、本件判決が承認した規範的な損益相殺は「反射的、副次的な効果」に含まれると解することになろうと述べている⁽²³⁾。

加藤新太郎氏は、本件の争点は「④反倫理的な不法行為の被害者が当該

反倫理的な行為にかかる給付を受けて利益を得た場合に、……同利益を損益相殺等の対象として被害者の損害額から控除することができるか、②ヤミ金融業者が元利金等の名目で違法に……金員を交付し、借主が貸付金に相当する利益を得た場合に、……同利益を損益相殺等の対象として借主の損害額から控除することは、民法 708 条の趣旨に照らし許されるか」にあったと整理する。さらに、近時の学説について取り上げ、「損益相殺されるべき利益かどうかは規範的に判断すべきであり、損害と利益との間に法的同質性があることを基本的な判断基準とし、損害賠償法の目的と当事者間の公平の見地から損益相殺をすべきか否かを判断するという見解が有力」であるとする。

また、「不法行為者からの給付が損益相殺の対象とされるか」については、学説上ほとんど論じられていないとし、「708 条の不法が制限的に解釈されているために、不法行為の不法と重なり合う部分が少なかったことなどの理由によるものと解されている」とする。

一方本判決も含め、これまでの判例では、708 条の「不法な原因」とは「公の秩序もしくは善良の風俗に反してされることを指し、」⁽²⁴⁾「不法な原因のための給付」とは、「その原因となる行為が強行法規に反した不適法なものであるのみならず、さらにそれが、その社会において要求される倫理、道徳を無視した醜悪なものであることを必要とする」と考えられているとする。「判例においては、通説と同様、民法 708 条は、民法 90 条と表裏一体のものとして把握され」ており、下級審判例においても同様とする。

損益相殺については、原審判決引用の最大判平成 5・3・24（民集 47 巻 4 号 3039 頁）が存在し、そこでは、公平の見地から利益を加害者の損害賠償額から控除すべき旨判示されたとする。また下級審裁判例は損益相殺について可否の有無は分かれているとする。⁽²⁵⁾

その上で本判決は先に示した二つの論点について「消極の判示をした」ものであると述べ、最一小判昭和 37・3・8（民集 16 巻 3 号 500 頁）を踏襲する形でヤミ金融の不法原因給付該当性を肯定したとする。

金山直樹氏はまず、不法行為と不当利得の差異について述べる。不法行為については、本件でXがYの不法行為を追及していることを挙げ、構成のメリットとして「慰謝料請求でき、……『黒幕』の使用者責任を追及できる点⁽²⁶⁾」を示している。また、この2点については「Xが原審で請求認容判決を得ている……反面、不法行為においては……差額説⁽²⁷⁾……と捉える考え方が適用されることとなる」とする。差額説の帰結によれば、「原状回復の要請に従って不法行為による損害賠償はそのまま填補され……不法行為の前後でXの財産に変動が生じることはない」ため、「加害者の反倫理的な行為は、慰謝料の判断要素として考慮されるに留まる」とする。

一方不当利得構成によれば、①「契約は無効であるのみならず」、②「反倫理的なもの」とされ、交付された貸付金は不法原因給付として評価されるとする。結果、Xの財産に貸付金の増加が認められることとなるとしている。

判決については、まず、「不法原因給付の法理によって、Aは貸付金の返還を求めることができなくなり、反射的に、Xがその権利者となると考えている点で、最高裁と原審の間に意見の隔たりはな⁽²⁸⁾く、それぞれの違いはそのことを不法行為上、どう評価するのかにあるとして分析する。その上で、2つの制度は「一体的・調和的に解釈すべきであって、不法行為法は不法原因給付法理における考量を尊重すべきだとの法観がある」とし、「このルールが発動される基準は何か」という問題に関心を移している。

適用基準を判断するにあたって、まず利息制限法上の規定では貸金業者に利息制限を遵守しようとのインセンティブが働かないと指摘する。また、「暴利契約は公序良俗に反して全体として無効だといえないわけではない」としつつも、「何が暴利契約なのかは、明確に定式化することが難し⁽²⁹⁾」いとする。「利息約定の違法性が契約全体の違法・無効、ひいてはその不法性につながるといえるか」の基準として出資法5条2項に着目するが、この場合何%からが「著しく上回る利率」になるのか、その基準は明確とは言い難いとしている。「高利撲滅の観点」からは「同項の定める年利を

超える契約は……犯罪であり、契約自体が無効となるのみならず、不法性も帯びる」ので、前述の「ルール」が適用されると解釈すべきであるとす⁽³⁰⁾る。その適用基準の射程は本件に限られないとした上で、「わが国の不法行為法は、あくまでも原状回復を基本理念としており、被害者が不法行為を契機に利得を得るようなことを頑なに忌避している。懲罰的損害賠償の禁止も、差額説や損益相殺も、いわば被害者太りを嫌う法観が反映したもの」とする。しかしながら本件では不法原因給付法理により「例え被害者を太らせてでも犯罪を抑止すべきだ」という価値判断⁽³¹⁾が示されたと評価する。

潮見佳男氏は「不法行為における差額説とは、一般に、不法行為がなければ被害者が置かれているであろう財産状態と、不法行為があったために被害者が置かれている財産状態との差額を『損害』と捉える立場を指す⁽³¹⁾」ことをまず述べ、差額説下での現況に関して、「損害と損益相殺制度との関係については、十分な体系的把握がされているとはいいがたい」とする。またその思考様式には3つの可能性があることを述べる⁽³²⁾。そして、「損害」とは何であるのかに着目した上で次のように考える。「被害者が第三者から受けたか、受けることが予定されている給付による『利益』が被害者の『損害』を填補するという性質のものであるがゆえに、損益相殺（もしくは損益相殺的調整）の対象とするべきなのではないかという問題が扱われるべき類型」と「加害者の行為を契機として被害者が受けた『利益』が被害者の『損害』を填補するという性質のものではないにもかかわらず、損益相殺（もしくは損益相殺的調整）の対象とするべきなのではないかという問題が扱われるべき類型⁽³³⁾」があるがゆえに、利得禁止の理念が二義性を持ちまたそれが妥当とする根拠が異なるとするのである。後者については「被害者が保持することが正当化されるか、また、正当化されない場合に、これを、『利益』控除の方法により加害者に移転すべきか」否かの規範的評価⁽³⁴⁾がされるべきであるとす。このような評価を本判決に適用すると「利益取得のために被害者が不法行為を利用したと評価するに値する主観

的・客観的事情が被害者側に認められるか……故意・過失ある加害者をそれでもなお、減免責することを正当化できる主観的・客観的事情が加害者側に認められるかという観点から、『利益』控除の当否を判断するのが適切⁽³⁵⁾」であるとする。

高橋謙氏は、本判決は「2審判決とは結論を異にする高等裁判所の裁判例⁽³⁶⁾が出されており、最高裁としては判断を統一する必要があった」ところ、Xらの損害については原審に従い金員全体が損害に当たる旨を前提として損益相殺は許されないとしたものと評価する。

本判決での「損害」の評価に関して、Xの損害は貸付全体であるとした判断を取り挙げ、「金員の交付が不法原因給付に当たるため、Xらが……返還義務を免れることから、……損益相殺の問題は生じないのではないかと⁽³⁷⁾の疑問がないわけではない」とする。一方、金員の交付は公序良俗に反し金銭消費貸借契約が無効となるばかりか、弁済の名目で違法に金員を受領するための手段でしかなく、「受領された金員に対する返済と評価するよりも、……損害と見る方が適切」であると考えている。また、このような場合「元金相当額は損害から控除されるとするよりも、元利金相当額全体の損害が生じたものと考えた上で損益相殺の可否を検討する方が、より適切かつ柔軟な損害の算定ができる⁽³⁸⁾」とし、これが本判決の多数意見の判断であったとする。

また損益相殺については、ヤミ金融が行った行為は708条に該当する結果「Xらは貸付金相当額の返還債務を免れて利益が生じることになる」とする。そして本件のような場合「損益相殺の可否については、不法原因給付及び損益相殺が認められたそれぞれの趣旨や民法全体の解釈原理にさかのぼって考察するのが適切⁽³⁹⁾」であるとする。

損益相殺の趣旨は「不現実に被った損害を回復させるという点（公平な損害の分担）」にあり、不法原因給付の趣旨は「それにより給付を受けた者に利得が生じることをも是認することを当然に予定している」のであり、「単に不当利得返還請求を制限する理論たるにとどまらず、……私法の根

本原則あるいは高次の理念を実現することにある⁽⁴⁰⁾」としている。そのような場合には「原則ないし理念の実現という趣旨を一貫させるため、不法な原因をした者に権利の回復を許す結果になる請求や主張は、その形式いかんを問わず、許されるべきではない」とするのである。また、その可否の判断は「不法原因給付に当たるか」を基準とすべきで、本件多数意見はこのような考慮に基づき損益相殺を否定したのだとの見解を示している。

長谷川隆氏はまず、本判決に至るまでの法状況を概観⁽⁴¹⁾した上で、本判決の特徴付けを次のように行う。第一に「原審の法律構成を前提として（それを受け入れて）判断を下したにすぎない」が、「これにより……下級審裁判所の不法行為構成という傾向に沿うことになった」こと。第二に、下級審裁判例で統一を見なかった「元本を控除するか否か」の判断について、「請求金額から元本額を控除しないという立場を明らかにしたもので、その処理の仕方は、「多くの学説の説くところとも合致している⁽⁴²⁾」こと。そして第三に「不法行為構成に立つことから、一方において」は元本を「利益」と捉え、「他方において、交付された元本を不法原因給付として捉え」ており、「損益相殺的処理に際して不当利得規定を用いたことも、目新しい」とする。最後に、田原裁判官が衡平の観点から被元本控除が認められるべき場面があるのではと述べるのに対し、多数意見は「反倫理的行為については、一義的に、損害額から元本相当額を控除することは許されない」と明言したことも注目⁽⁴³⁾に値するという。「本件のような暴利の金銭貸借は……刑罰が科される貸付行為であり、「契約全体が公序良俗に反しており、無効とされるのは当然」としながら、判旨が不法行為構成に立脚する結果、まず、「借主のいかなる権利が侵害された」か、次いで「借主による高利・違法な利息の支払いを損害と観念することはよいとしても、元本の弁済を直ちに損害とというる」のか、最後に「損益相殺が一応成り立ちうることを前提とする立論には問題がある」と指摘⁽⁴⁴⁾する。「損益相殺を肯定する為には、判例・学説上、利益が直接に損失を填補するものであること」が必要であるが、「本件においては、貸主から交付された元本は、

元来、借主である被害者の支払った元利金という損害を填補するという性質を有するとは言い難い」と批判する。そして「本件事実関係を素直に見る限りにおいては、……被害者の元利金の弁済という損害発生以前の段階⁽⁴⁵⁾において利益が発生しているように思われる」と述べている。

本判決の採用した結論の射程は、他の不当利得構成による訴訟にも及ぶとし、最高裁平成20年6月24日第三小法廷判決（判時2014号68頁）を挙げている⁽⁴⁶⁾。

平田健治氏はまず原審判決と本判決を比較し、本判決は不法原因給付の法的効果を「損害賠償請求の際の損益相殺の否定という形をとりつつ、当該給付が任意に返還された後にも返還者からの再返還を実質的に認める形で拡張した⁽⁴⁷⁾」とする。そのような本判決の政策的意図は「犠牲者救済ならびに、反倫理的行為禁圧の宣言的価値を、優先した⁽⁴⁸⁾」ものとした上で、「一義的に捉え難い、給付（元本）価値の帰属をめぐる構成の議論に立ち入ることを避けた面もある⁽⁴⁹⁾」とする。

また、本判決は、「表面上……不法原因給付のバランス論に依拠しているにすぎないが、違法行為の手段を加害者の利益に評価すべきではないとする⁽⁵⁰⁾と、被害者に利益が残っても犯罪行為の抑止のほうが重要とする……評価が潜んでいるだろうことは明らか」であるとする。

田原意見の判断枠組では、被害者が不法行為により利益を得る場合はその差額が損害となり、別途利益を得た場合に損益相殺の可否が問題となる。結果、支払額全額が損害になるとしたとする⁽⁵¹⁾。給付の面から判決をみると「ヤミ金融では、元金交付（利益）と元利金返済（損失）がその順序で交互に繰り返されるパターンであり、……加害者側が一定のシステムないしスキームのもとで給付反対給付を意識的にコントロールしつづなされるものである点にも特色がある」とする。

また田原意見は、「全体の構成が不透明な感じがする」としつつ「むしろ、田原裁判官の意見から汲み取るべきものは、法定意見のいわば総合的アプローチに対する批判であろう」とし、かつ、それは本判決が反倫理的

行為の要件のもとで損益相殺を一切否定したのに対し、被害の性質や内容、程度等からその給付をもって損益相殺的処理をなすことが衡平に適う場合があり得るとして躊躇した点（個別のアプローチ）であると述べる。⁽⁵²⁾「この点に対しては、……公序良俗違反よりもさらに狭いより強度の反倫理性を要求する判例の立場からは、さらに損益相殺の段階で利益衡量する余地はないという批判が多い。もっとも、ヤミ金融の場合と投資詐欺の場合で反倫理性を同様に考えるのかという疑問」はあるとする。また、「反倫理的行為と直ちに評価しにくい場合には、損益相殺ないしは損益相殺的調整における利益衡量の場面がより全面化・独立化する必要がある。そのような観点からの田原意見の再評価が可能である」との見解を述べる。

藤原正則氏は、「わが国には古くから利息制限法があり、同法1条1項（制限内利息）の範囲内では利息の合意は有効とされていた。……つまり、高利（暴利）の金銭消費貸借も、消費貸借は有効、高利は無効だが、抽象的な利息の合意自体は有効で、民法404条の『別段の意思表示』を利息制限法1条1項が補充していると考えることもできる」と、自らの見解を示す。そして、バブル崩壊後に貸金業の新たな形態であるヤミ金が誕生し、⁽⁵⁴⁾そのような社会事情を背景として裁判例では「消費貸借を無効とし、貸金の返還請求も民法708条で退けるもの」など「本判決を先取りした裁判例」ものが登場したことを示す。⁽⁵⁵⁾

本判決の内容に関しては、「たとえ弁済を受けた元本でも、その保有を認めたのでは、多くの貸付けで暴利を取めているヤミ金の不法行為禁圧目的に背馳することになる。したがって、ヤミ金の不法行為の抑止という政策目的の達成のためには、既弁済の元本も含めて損害賠償を認めるべきだというのであろう」との分析を述べる。

民法708条における「不法」は「単なる強行法規違反ではなく、強度の公序良俗違反、例えば反倫理行為、人格的非難に値する悪である」と⁽⁵⁶⁾とする。そして、「確かに、未履行の場合に民法90条を、既履行の場合に708条本文を適用して、同条を単純な権利保護の拒否だと説明すると、同条の適用

範囲が広がりすぎ、当事者間の不公平を招来する」としながらも、非弁活動禁止違反の場合等は「公序良俗違反でも、反倫理的行為とまではいえない」と述べている。結果として「適用に当たっては、……複眼的な視点⁽⁵⁷⁾が考慮されるべきであろう」としている。

以上の考察を元に「貸主からの金銭の交付が不法原因給付に当たれば、金銭の所有権は借主に移転する。ゆえに、借主の元利金の弁済は、非弁弁済に当たる。しかし、民法 705 条の趣旨は弁済者の矛盾行為の禁止と受領者の信頼保護⁽⁵⁸⁾だから本件に適用の余地はない。さらに、弁済が不法原因給付に当たると解しても、708 条ただし書きが適用され⁽⁵⁹⁾」るとし、これは不法行為の借主の損害賠償にも当てはまり、「徹底して財産上の差額に忠実に損益相殺を適用すれば、消費貸借の期間の金銭の使用利益（法定利息相当額）も損益相殺されることになりかねない」と述べる。

前田陽一氏は、不法原因給付に関する下級審裁判例について、「反倫理行為に該当する不法行為の被害者が受けた利益を損益相殺の対象とすることができるか」という問題につき、その判断は分かれていたとする。本判決（以下①判決）は「著しく高利の消費貸借契約が全体として公序良俗違反によって無効であり、貸付元本が不法原因給付に当たるとを当然の前提としているが、実はこの点に関して下級審裁判例は具体的解決策において必ずしも軌を一にしていなかった⁽⁶⁰⁾」として下級審裁判例を多数挙げ、また本件類似の最高裁平成 20 年 6 月 24 日第三小法廷判決（以下②判決）にも触れ、本判決は「不当利得（および不法原因給付）制度と不法行為制度の両方が適用可能な問題について、一方を適用した場合と他方を適用した場合とのバランスをとろうとしたもの⁽⁶¹⁾」と分析する。

「不法行為構成をとった場合を考える上で前提となる不当利得・不法原因給付制度による解決を、①判決のような事案（①類型）と②判決のような事案（②類型）について再度確認」を行う。貸付元本の返済では、「あくまでも当初の消費貸借契約の返還合意の履行としてなされたものであって、不法原因給付である貸付元本を受領した後に新たな返還合意をして

行ったものではなく、「非債弁済の……適用には任意性が必要であること⁽⁶³⁾」から適用は否定する。

不法原因給付制度が有する機能と不法行為制度の目的論との関係においては、まず「いずれの類型においても、……二重取りが生ずる（①類型では貸付元本相当額、②類型では仮想配当金相当額⁽⁶⁴⁾）」とその性質を述べる。また、不法行為制度の目的について従来の裁判例の理論的な障害を挙げ、⁽⁶⁵⁾「確かに従来の学説では『利得の吐出し』論など抑止・制裁を重視する説も有力であったが、仮に抑止・制裁のために加害者の責任を加重することを肯定できたとしても、被害者が現実には被った損害以上のものを『受け取る』理論的根拠を十分に説明できないとの批判があった⁽⁶⁷⁾」とする。

従来の不法行為の損害論・損益相殺制度との関係について、「学説は……規範的判断を要することを指摘し、判例も『利得と損失の同質性』や『相互補完性』による限定をしてきた」とする。そして①②判決は、「利得と損失の同質性」を要求する従来の判例準則によらず「民法 708 条の趣旨」による損益相殺の否定という新たな展開を示しているが、学説が指摘してきた損益相殺の「規範的判断」という点では共通性を有するものと位置づけ、「従来の判例準則を操作することで損益相殺を否定できる余地もある」としつつ、判例理論の方がより射程に優れると述べる。

残された課題としては特に「不法行為の被害者たる『受益者にも』不法な原因が存する場合⁽⁶⁸⁾」があるとし、従来の学説を示し、「不法行為構成をとった場合の民法 708 条の趣旨による損益相殺の判断についても同様に解するならば、……加害者たる給付者により大きな不法性が存すること」で損益相殺が否定されるとする。さらに、加害者たる給付者の不法性のほうが相対的に大きいとはいえ、被害者たる受給者の不法性も決して小さいとは言えない場合は、民法 708 条の類推適用によって不法行為に基づく損害賠償請求自体が否定される余地もあるとしている。

(2) 不当利得構成

岡林伸幸氏は、「返還すべき金額は全額であるのか、貸付金を控除した

額であるのか」について検討すべく、ヤミ金規制法など法状況に触れ、本判決に至るまでの判例を引用しつつ、「支払い拒否」「差額説」「全額説」に照準を合わせて検証⁽⁶⁹⁾している。それと共に本判決と同様の理論を用いた最高裁判平成20年6月24日第三小法廷判決を示して、小括にて「判例の流れを見ると、徐々に消費者保護の扉が開かれていくのに気付く。そして本判決に至るまでに、その前提となる問題についての判断が下され、本判決に繋がっている。だからこそ、下級審で分かれていた全額説と差額説の対立を、本判決が全額説に決定することによって、終止符を打つことができた⁽⁷⁰⁾といってよい」と説く。

次いで、本判決に対する学説について「アプローチは多様」であるとして「判例賛成説」⁽⁷¹⁾「判例懐疑説」⁽⁷²⁾「判例批判説」⁽⁷³⁾「判例反対説」⁽⁷⁴⁾と分類した上で、それぞれに属する学説を丁寧に紹介している。これらを踏まえた上で、本件のような事例では「法的構成は、契約法アプローチと不法行為アプローチの二つがある」として、これらを区別することの重要性を説く。

契約法アプローチを探ると、「その出発点は公序良俗違反」ということになり、「利率がどの程度まで上がれば公序良俗に反するといえるかがまず問題」となるが、出資法が「刑罰をもって禁止している以上、この利息を超えるものは民事上も違法と評価されるべきである」⁽⁷⁵⁾とする。次いで、契約無効後の処理に関しては、「90条により履行請求が拒絶されるのと平仄を合わせて、既履行の場合には708条本文により返還請求を拒むことができることになる」とし、「借主が既に支払った金銭を元利金も含めて返還請求する場合に、その請求を認容することについては必ずしも有用とはいえない。なぜなら、同条本文は法は不法に対して消極的に助力しないことを示しているだけで、積極的に不法を除去する機能を有しないからである」⁽⁷⁶⁾と述べ、それを実現するためには同条但書を適用する必要があるとするのである。⁽⁷⁷⁾

他方、不法行為アプローチによれば、「その前提としての損害論に重大な問題がある」⁽⁷⁸⁾と指摘する。従来通りに判例が差額説に立つとしても「貸し付けられた元利金がそもそも損害と言えるかどうか疑わしい」上に、

「本判決はこの点に触れることなく判断している点に重大な疑問がある⁽⁷⁹⁾」と疑義を呈し、「いわば両方のアプローチのいいとこ取り」をしているが、「理論的にはいくつかの難点が指摘されている⁽⁸⁰⁾」と批判する。

政策的な目的を達成するには「元本部分については損害と認めることができないために返還請求できないとした上で、監督官庁がそれを没収することができるような施策を立法化⁽⁸¹⁾」することも必要であると述べる。

橋本伸氏は、従来は、「借主が、未返還の金員については不法原因給付（民法 708 条）を理由に借主が返還請求できないことを主張し、既に返還した金員については不当利得に基づく返還請求（民法 703 条、同 704 条）を行うのが通常であった⁽⁸²⁾」が、近時は不法行為構成がされるようになってきているとする。この場合、「借主の手元に給付が残るために、現実の損害の補てんを目的とする不法行為制度では、当該給付が⁽⁸³⁾」控除されるかどうか⁽⁸³⁾が問題であるとして、本判決が損益相殺の「利益」にあたることを前提としつつ、損益相殺を否定したことの意味を検討する。

まず、下級審裁判例を検証し、それらが「究極的には、不法原因給付制度の趣旨を優先するか、不法行為制度の趣旨を優先するか⁽⁸⁴⁾の判断によって分かれて」おり、「本判決の意義は、不法原因給付制度の趣旨が損益相殺という不法行為制度の枠組みにおいても貫徹されるべきことを打ち出した点に認められる⁽⁸⁴⁾」と説く。また、両者が適用可能な場面で両者のバランスを取ろうとしたものであるとする本件の評価から明らかなように、問題は無効な契約を処理する段階で不当利得を用いるべき場合に不法行為を適用したこと⁽⁸⁵⁾から生じたのであり、「損益相殺の対象となるのかどうかの問題は、結局は貸付行為が不法原因給付を構成するかという問題にかかっている」とする。

貸付元本の不法原因給付性の判断は様々であるが、「本判決の結論は、借主に事実上借り逃げを認めるものであることに鑑みると、出資法の上限を超えると直ちに不法原因給付にあたる⁽⁸⁵⁾といつてよいかは検討の余地があるとする。

借主が貸主に既に弁済した元金の返還請求ができるかについて、積極⁽⁸⁶⁾、消極両説を紹介し、「給付が不法原因給付にあたる場合に、給付者は債権を行使することができなくなるだけなのか——言い換えれば、債務者の債務（いわば自然債務）は存続するのか——」という観点から、任意の返還がされた場合にそれが有効な弁済となるかについて検討している。

従来の判例・学説は「利得者の債務を消滅させることまでは想定していなかった⁽⁸⁷⁾」とし、「給付が不法原因給付にあたる場合、708条の効果は、貸主の返還請求を否定することに尽き、それ以上に、借主の返還債務までも消滅させるものではないとの考え方に帰着する⁽⁸⁸⁾」と述べる。また、「債務は存続するがゆえに、損益相殺の『利益』にはあたらないので、損益相殺自体が問題とならないとすることで同様の結論にたどりつくことも可能ではなかったか⁽⁸⁹⁾」とも述べている。

原田昌和氏は最近の動向として、出資法を超える高利の貸付けについて公序良俗違反を理由として金銭消費貸借契約自体を無効とする裁判例が現れており、この場合、「利息の約定も全部無効となるため、利息制限法制限内での利息も取得できない。元本部分に関しては、貸付金の交付が不法原因給付に当たり、貸主は返還を求められないとする東京高判平14・10・3判時1804号41頁があるが、元金返還済みの場合について、東京地判平14・9・30判時1815号111頁は、借主が貸主に支払った金額から元金部分を除いた利息部分を不当利得法上の損失とする。これによると、借主に返済させれば、最悪でも元金は確保可能となり、熾烈な取立を助長しかねない⁽⁹⁰⁾」と問題点を指摘している。

本判決の意義に関しては、本件はまず不法行為の成否が問題となった事案であり、初めに「元金部分をただちにXの損害として把握できるのか」が問題となるとする。次いで、「貸主の元本保持を否定すべきとの実質論は理解できるが、差額説的発想からは、元金相当額についてはXらに損害はないはずである。」とする。また「多数意見は本件に関しては原審の認定でよいとするが、いかなる場合にそう判断されるのかは明らかでない

うえに、事案によって全か無となることの是非が問題となる」との見解を示している。田原意見については、元本と区別なく弁済がされた本件ではその都度損害が発生するとしたが、「最後の弁済時に元金分を確認する等により、元金分を区別した場合はどうなるのだろうか」と疑問を投げかけている。

更に「仮に元金部分を損害として把握したとして、元金部分は損益相殺(的処理)の対象となるか⁽⁹²⁾」を問題とする。この点につき本判決はクリーンハンズの法理を用いて、これを否定したが、「損益相殺は、損害の填補という不法行為制度の趣旨からくるのであって、不法行為者を保護する制度ではないし、本件では、助長しないだけでなく積極的に吐き出させている⁽⁹³⁾」として、708条の趣旨から導き出せるかは疑問であるとしている。「仮に本判決に従った場合、不法原因給付物を返還する合意を有効とする最判昭28・1・22民集7巻1号56頁との関係が問題となる」としながらも、本件の場合熾烈な取立てによる返還であるので任意ではないとできるとする。なお、そうすると田原意見のように、事情を鑑みて損益相殺まで否定すべきか判断することになるが、「となるとまた微妙な判断で全か無となることの是非が問題となる」と残された課題を示している。

第2款 学説の整理

以上を総覧すると以下のような論点が導き出せるであろう。本件事案は不法行為・不当利得どちらの問題としても処理できた事例であるが、不法行為構成を採りつつも不当利得法の708条趣旨を用いて処理しようとしたことから理論的な問題が生じたのではないか。また、その理論的な問題について判例自身が基準を示さなかったことにも問題がある。

本件を回る学説については、既に見てきたように主に不当利得構成、不法行為構成の二つがある。本判決前には、契約を有効とする構成も存したが、本件のような暴利を定める契約がそもそも有効な契約と言えるか疑問であるところから、利息制限法の制限利息の範囲内の元利合計額について有効であると考え得るかについては殆ど全く検討されていない。しか

し、理論的には一応考慮の余地があろう。

つまり、本件のような事案では、第一段階で、金銭消費貸借契約が有効か無効か判断の段階がある。有効とみる場合では、利息制限法の適用如何が吟味されることになる。後者においては不当利得構成によるか不法行為構成による解決が図られることになる。

また不法行為構成、不当利得構成どちらを採用しても、不法行為構成では損益相殺すべきか否かを判断する段階で不当利得法の規定である不法原因給付適用の必要があり、一方で不当利得構成では、無効後の処理に際して不法原因給付が用いられることになる。そして、不法行為構成では、貸付元本相当額が「損害」にあたるかという評価の問題が生じ、不当利得構成では借主の元に残る元本の保持がどのような理由で是認されるか、またそれは返還義務を伴わないものとして説明できるか検討すべきことになる。

結果として、不当利得構成では、どの程度であれば「公序良俗に反する違法で醜悪な反倫理的行為」と言えるかの基準を定律する必要性があり、不法行為構成では、「損害填補」の性質から損害額の確定と利益の判断という処理が必要となってくるのであった。しかしながら、本件における貸付元本相当額は「損害」と捉える事が妥当であろうか。現に、松山地判平成18・6・7（民集62巻6号1517頁）は「借主が返済計画について承諾をしてその貸し付けを受けていることが現実の経済的利益にあたる」、高松高判平成18・12・21（民集62巻6号1612頁）は、「借主が不法原因給付の反射効として交付を受けた貸付金の限度で利益を得ており、……損害額から控除すべき」としているなど一概に損害とは捉え難い。そのような理論的問題から不当利得構成が望ましい。ただ、本件では不法行為構成による判断が為されているのであるから、「損害」についても吟味しておく必要がある。

そこで①不当利得構成による解決を可能とする理論的根拠及び定律すべき具体的基準②不法行為構成の下で元本を「損害」とすることの是非③元本を「利益」として得たとすることの理論的根拠の有無等を検討する。

注

- (15) 大西邦弘・広島法学 32 卷 4 号「損益相殺の「規範化」と不法行為法における損害論」57～58 頁参照。
- (16) これらについては前掲大西 59 頁三（一）参照。
- (17) 前掲 大西 60～61 頁参照。
- (18) 前掲 大西 63 頁参照。この点については同意する。
- (19) 前掲 大西 65 頁参照。
- (20) 前掲 大西 68 頁参照。
- (21) 前掲 大西 69 頁参照。
- (22) 前掲 大西 70 頁参照。
- (23) 前掲 大西 75 頁参照。
- (24) 別冊判例タイムズ 25 号（平成 20 年度主要民事判例解説）加藤新太郎「反倫理的な不法行為の被害者が当該反倫理的な行為に係る給付を受けて利益を得た場合に、被害者からの損害賠償請求において同利益を損益相殺等の対象として被害者の損害額から控除することの可否」86 頁 1 学説の動向参照。多数の文献と共に学説が整理されているが、注釈については省略する。
- (25) ここでは認容事例として、名古屋地判平成 6・5・27（判タ 878 号 235 頁）、東京地判平成 10・11・4（金判 1062 号 42 頁）、本件原審判決及び第一審判決、否定事例としては、札幌高判平成 17・2・23（判時 1916 号 39 頁）、東京地判平成 20・3・7（判タ 1282 号 204 頁）をそれぞれ挙げています。
- (26) 別冊ジュリスト 200 号〔消費者法判例百選〕金山直樹「ヤミ金融への元本返済と損益相殺」110 頁。
- (27) 前掲 金山 110 頁。
- (28) 前掲 金山 111 頁参照。
- (29) 前掲 金山 111 頁参照。
- (30) 前掲 金山 111 頁。
- (31) 潮見佳男「差学説と損益相殺」法律論叢 164 卷 1～6 号 121 頁参照。
- (32) 前掲潮見 123 頁～参照。ここでは、「損益相殺制度の独自性否定説」、「損益相殺的調整説」、「損益相殺制度の独自性肯定説」が示される。
- (33) 前掲 潮見 128 頁。
- (34) 前掲 潮見 129 頁。
- (35) 前掲 潮見 131 頁。このような判断枠組みは田原意見に親和性があると考えられる。
- (36) ジュリスト 1396 号〈時の判例〉高橋譲「(1) 社会の倫理、道徳に反する醜悪な行為に該当する不法行為の被害者が当該醜悪な行為に係る給付を受けて利益を得た場合に、被害者からの損害賠償請求において同利益を損益相殺等の対象として被害者の損害額から控除することの可否、(2) いわゆるヤミ

金融業者が元利金等の名目で違法に金員を取得する手段として著しく高利の貸付けの形をとって借主に金員を交付し、借主が貸付金に相当する利益を得た場合に、借主からの不法行為に基づく損害賠償請求において同利益を損益相殺等の対象として借主の損害額から控除することは、民法708条の趣旨に反するものとして許されないとされた事例」157頁解説I参照。

- (37) 前掲 高橋 157頁解説II参照。
- (38) 前掲 高橋脚注3参照。
- (39) 前掲 高橋 157頁解説III参照。
- (40) 前掲 高橋脚注5参照。
- (41) 長谷川隆・判例時報2033号「いわゆるヤミ金融業者が元利金等の名目で違法に金員を取得する手段として著しく高利の貸付けの形をとって借主に金員を交付し、借主が貸付金に相当する利益を得た場合に、借主からの不法行為に基づく損害賠償請求において同利益を損益相殺等の対象として借主の損害額から控除することは、民法708条の趣旨に反するものとして許されないとされた事例」155頁参照。
- (42) 前掲 長谷川 155頁参照。
- (43) 前掲 長谷川 156頁参照。著者のいう学説については本誌154頁の三(5)を参照のこと。
- (44) 前掲 長谷川 156頁参照。
- (45) この点に関しては前掲長谷川 157頁。
- (46) 前掲 長谷川 157頁参照。
- (47) 旬刊金融法務事情1876号 平田健治「いわゆるヤミ金融業者が元利金等の名目で違法に金員を取得する手段として著しく高利の貸付の形を取って借主に金員を交付し、借主が貸付金に相当する利益を得た場合に、借主からの不法行為に基づく損害賠償請求において同利益を損益相殺等の対象として借主の損害額から控除することは、民法708条の趣旨に反するものとして許されないとされた事例」68頁IV検討参照。
- (48) 前掲 平田参照。
- (49) 前掲 平田 69頁参照。
- (50) 前掲 平田参照。
- (51) 前掲 平田 69頁右段参照。「しかし、この理論では「返還」の事実自体を無に帰せしむることは難しいのではないだろうか」と述べる。
- (52) 前掲 平田 70頁参照。
- (53) 前掲 平田参照。
- (54) 『平成20年度重要判例解説 ジュリリスト臨時増刊 2009年4月10日号(1376号)』藤原正則「反倫理的行為に該当する不法行為の被害者の損害賠償請求における損益相殺と民法708条」87頁1参照。

- (55) 前掲 藤原 88 頁 1 によると、ヤミ金の特徴は「登録・未登録業者を問わず、刑事罰にもかかわらず出資法をはるかに超えた暴利での貸付け、および、暴力団を背後にした脅迫的な取立てである。」とする。
- (56) 前掲 藤原 88 頁 4 参照。四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為(上)』162 頁参照とされている。
- (57) 前掲 藤原 88 頁 4。
- (58) 前掲 藤原 88 頁 4 によると、四宮・前掲 146 頁参照。
- (59) 前掲 藤原 88 頁 4 によれば川角由和〔判批〕リマークス 2004 (上) 10 頁参照。
- (60) 本判例タイムズ 1298 号 前田陽一「反倫理的行為に該当する不法行為の被害者が受けた利益についての損益相殺の可否と民法 708 条の趣旨」71 頁 4 (1) (a) 参照。
- (61) 前掲 前田 72 頁参照。
- (62) 前掲 前田 75 頁参照。
- (63) 前掲 前田 76 頁脚注 15) 参照。この点について、澤井裕『事務管理・不当利得・不法行為〔第 3 版〕』(有斐閣、2001) 52 頁、内田貴『民法Ⅱ〔第 2 版〕』(東京大学出版会、2007) 573 頁、川井健『民法概論 (4)』(有斐閣、2006) 382 頁がそれぞれ参照として挙げられる。
- (64) 前掲 前田脚注 17)。澤井裕『事務管理・不当利得・不法行為〔第 3 版〕』(有斐閣、2001) 56 頁が参照として挙げられている。
- (65) 前掲 前田 76 頁。
- (66) 前掲 前田脚注 18) 参照。
- (67) 前掲 前田脚注 19) 参照。
- (68) 前掲 前田脚注 23) 参照。
- (69) 岡林伸幸・千葉大学／法学論集 24 巻 2 号 ヤミ金事件判決〈判例研究〉26 頁～28 頁参照。
- (70) 前掲 岡林 29 頁参照。
- (71) 前掲 岡林 29 頁参照。ここでは金山直樹教授、川角由和教授、木村裕二弁護士を挙げる。
- (72) 前掲 岡林 30 頁参照。ここでは原田昌和准教授、藤原正則教授、久須本かおり准教授、長谷川隆教授のものが挙げられている。
- (73) 前掲 岡林 32 頁参照。ここでは大西邦弘准教授、潮見佳男教授のものが示されている。
- (74) 前掲 岡林 34 頁参照。ここでは十枝内康仁弁護士、鎌野邦樹教授のものが挙げられている。
- (75) 前掲 岡林 35 頁参照。しかしながら、本件においては「著しい高利」が問題となったのであって、公序良俗に反して無効となるにしてもこれが直ち

に「不法」となりえるかについては別途検討を要するがこの点については触れられていない。

- (76) 参考として注釈で、我妻榮『債権各論 下巻(民法講義Ⅴ四)』1187頁、松坂佐一『事務管理・不当利得〔新版〕』190頁を挙げている。
- (77) 前掲 岡林 35頁参照。
- (78) 又この指摘は潮見教授がされたものと同時に述べる。
- (79) 前掲 岡林 36頁参照。
- (80) 前掲 岡林 36頁参照。特に損害論についての問題点を重大ととらえている。
- (81) 前掲 岡林 36頁参照。またこの点はより一般的な制度として、谷口知平博士が既に提唱しているものであるとして、谷口・『不法原因給付の研究〔第三版〕』217頁を挙げる。
- (82) 橋本伸・関西大学大学院／法学ジャーナル 87号「いわゆるヤミ金融業者による著しく高金利の貸付行為が不法行為を構成する場合に、借主からの損害賠償請求において、貸付金が損益相殺の「利益」に当たるとしつつ、民法708条の趣旨に照らして賠償額から控除することを否定した事例」〈民事判例研究 292頁参照。
- (83) 前掲 橋本 293頁参照。また、次の段にて、本判決は借主に残る元本が「利益にあたることを肯定しつつも、不法原因給付の制度趣旨を及ぼすことにより損益相殺を否定したもの」と述べる。
- (84) 前掲 橋本 296頁参照。
- (85) 前掲 橋本 299頁参照。また「あくまで貸主からの給付が不法原因給付にあたることを前提になされたものであることに留意する必要がある」とも述べる。
- (86) 前掲 注橋本 299頁。ここでは小野 289頁、藤原 98頁、加藤 43頁が参照として挙げられている。
- (87) 前掲 橋本 301頁。
- (88) 前掲 橋本 301頁参照。
- (89) 前掲 橋本 303頁。結論を同様にするものとして深川 140頁、長谷川 156頁を挙げる。
- (90) 法学セミナー 645号「ヤミ金融への元金返済と損益相殺」原田昌和 128頁1参照。
- (91) 前掲 原田 128頁2参照。ここで同様の事例として札幌高判平成17・2・23(判時1916号39頁)が挙げられている。
- (92) 前掲 原田 128頁2右段参照。
- (93) 前掲 原田 128頁2右中段参照。