

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 —— (2・完)

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

以上前号。

第3節 その後の展開と類似判例

第1款 序論

第2款 裁判例の展開

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 判時2014号68頁)

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 6月10日判決の再検討

第2款 不法原因給付理論

第3款 下級審判例の再検討

結語

第3節 その後の展開と類似判例

第1款 序論

検討課題に入る前に、ここでは判決以後の本件類似の裁判例を簡単にではあるが紹介し、本件判決と同様の理論を用いた点で重要と考えられる最高裁平成20年6月24日第三小法廷判決についても合わせて分析する。

第2款 裁判例の展開

本件以前にも、ヤミ金融業者からの貸付けと借主による元本の返還に関する下級審裁判例は相当数存在したが、見解が必ずしも一致していたわけではない。これについては立教大学大学院法務研究科教授前田陽一氏による判例評釈「反倫理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」(判例タイムズ 1298 号 (2009. 8. 10) 69 頁以下)が存在し、その中での裁判例紹介がおおよその理解を助ける為、詳しい内容に関してはそちらに論を譲ることとする⁽¹⁾。ここには、本件判決以後の下級審裁判例について言及する。ただ、本件に直接当てはまる事案ではないので、簡潔に紹介するに留める。

1. 東京高判平成 24・5・31 (判時 2143 号 101 頁)

無限連鎖講に該当する事業を営む破産会社 A の破産管財人 X (原告、控訴人)、が高額の配当金を得た出資者 Y (被告、被控訴人)⁽²⁾に対し不当利得として、配当金利益と出資法金との差額の返還を求めた事案で、原審 (東京地判平成 24・1・27 判タ 1372 号 149 頁)は、公序良俗に反するものとして AY 間の契約を無効とし、不法原因給付として破産会社の不当利得返還請求権が否定されるべきことを理由に、X の不当利得返還請求も否定されるべきものとした⁽³⁾。これに対し控訴審は、破産管財人は破産法に基づき総債権者の公平な満足を図るべき独自の権利者体であり、破産者の権利を行使するものではないことを理由に X 請求を認容した。さらに破産管財人がその借主から違法な約定利息を不当利得として返還請求することは、借主に利得が存しない以上許されず、仮に利得が残存する場合にも、不当利得返還請求が許されるか否かは貸主の悪質度高いと借主の困窮度合いに応じて公正に検討されるべき旨判示している。最高裁平成 20 年 6 月 10 日判決が元本を超える金銭を返還した原告になお利得が存することを前提に被告の損益相殺の主張を認めた上でこれを不法原因給付として退けたことへの批判とも受け取れよう。

2. さいたま地判平成 23・9・7 (消費者法ニュース 90 号 60 頁)

自動車の譲渡担保の形式で出資法違反の高い利率で金員を貸付け、返済
118 (739)

が滞ると、自動車を売却して清算することなく、代金を丸取りし、暴利を得ることを業としていた Y（被告等に対し借主 X（原告）らが共同不法行為を理由に損害賠償請求を求めた事案で、Y らの一連の行為を公序良俗に反する違法性が顕著なものであることを理由に共同不法行為とし、X らの主張を一部認容した。

3. 高松高判平成 23・12・15（消費者法ニュース 91 号 73 頁）

借主 X（原告）等が、無登録の貸金業者 Y（被告）⁽⁵⁾との消費貸借契約を無効とし Y の一連の行為を不法行為として損害賠償を求めた事案である。原審（松山地裁西条支部判平成 23・7・15 消費者法ニュース 89 号 43 頁）は、無登録営業の量刑を引き上げた貸金業法の平成 15 年、平成 18 年の二度に渡る改正を挙げて、無登録営業自体が重大な違法性を有するものであるから、出資法違反の利息の契約も高度の違法性を帯びると言わざるを得ないとして、本件各取引を無効とした。Y が、年金受給者である X から預金通帳を取り上げる等の行為態様、ヤミ金融業者から借主を保護すべきであるとする社会的背景や要請なども無効判断を導く要因とされている。控訴審も原審判決をほぼ支持している。

4. その他

この他年金あるいは児童扶養手当等を担保として、被告会社から貸付を受けていた原告らが、本件各取引は公序良俗違反、不法行為にあたるとして損害賠償を求めた事案である福岡地判平成 22・11・4（消費者法ニュース 89 号 37 頁）、いわゆるヤミ金融の組織として、被告らが訴外某に対し債権回収を口実に過酷な脅迫を行った結果、同人らを自殺させたとして、その相続人である原告らが損害賠償等を求めた事案である大阪地判平成 21・1・30（判時 2035 号 91 頁、判タ 1321 号 158 頁）、出資法 5 条 2 項に規定する利率を上回る利息を約定し、被告らは、これに基づいて利息を受領し又はその支払を要求していたと主張して、不法行為による損害賠償を求めた事案である大阪地判平成 21・1・9（消費者法ニュース 80 号 175 頁）がある。

2、3、4 はいずれも不法行為事案であるが、損益相殺もしくは損益相殺

的調整の可否が主要な争点とならなかったのは、本件 6 月 10 日判決の影響と推測される。

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 判時 2014 号 68 頁）

(1) 判決の概要

本件の 14 日後に同じく第三小法廷にて判決が示されることとなった。この判決は、投資名下の金銭投資詐欺事例でありながら、本件判決と同様の趣旨が確認できる為、多少の比較を試みることにする。以下簡潔にまとめる。事実の概要は以下の通りである。

Y（被告・控訴人・被上告人）は、平成 11 年 1 月頃から X（原告、被控訴人、上告人）らに対し、Y を介在させて米国債を購入すれば高額の配当金を得られるなど、架空の事実を繰り返し申し向け、その旨誤信させて、購入資金として平成 12 年 8 月から平成 15 年 6 月までに X から合わせて 2200 万円を騙取した。Y は、真実には本件騙取金で米国債を購入していないにもかかわらず、あたかもこれを購入して配当金を得たかのように装って、平成 12 年 9 月から平成 15 年 9 月までの間に、配当金の名目で X らに対して合わせて 196 万余円をそれぞれ交付した。Y は平成 17 年に詐欺の容疑で逮捕、本件詐欺等の事実で起訴され、平成 18 年に判決が確定した。Y は本件詐欺の弁償として、X らに対して合わせて 132 万円を支払ったが、損害額に満たなかったために X らが Y に対して不法行為に基づく損害賠償を求めたのが本件事案の概要である。

原審（大阪高判平 19・3・29 金判 1302 号 40 頁）は、Y の不法行為責任を認めた上で、X らは本件詐欺によって、Y から騙取金相当額の損害を被るとともに、他方配当金名下での利益を受けているから、本件にいう仮装配当金の交付が不法原因給付に当たるとしても、X らが本件詐欺により被った損害額の算定においては損益相殺的な調整を図るために本件騙取金の額から、本件仮装配当金の額を控除する必要がある（最大判平成 5・3・24 民集 47 卷 4 号 3039 頁）とした。本件各弁償金の支払は、上記説示

に従って Y の X らに対する損害賠償債務の一部としての弁済に当たり、遅延損害金、元本の順に充当されるとして X らの請求を一部認容した。

最高裁は「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許されないものというべきである（最高裁平成 19 年（受）第 569 号同 20 年 6 月 10 日第三小法廷判決参照）。

前記事実関係によれば、本件詐欺が反倫理的行為に該当することは明らかであるところ、Y は、真実は本件各騙取金で米国債を購入していないにもかかわらず、あたかもこれを購入して配当金を得たかのように装い、X らに対し、本件各仮装配当金を交付したというのであるから、本件各仮装配当金の交付は、専ら、X らをして Y が米国債を購入しているものと誤信させることにより、本件詐欺を実行し、その発覚を防ぐための手段にはかならないというべきである。そうすると、本件各仮装配当金の交付によって 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、本件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本件各騙取金の額から本件各仮装配当金の額を控除することは許されないものというべきである」とした。

田原裁判官は、6 月 10 日判決におけるとは異なり、ここでの配当金名下の金員は、Y の不法行為と一体をなして X らに交付されたものであるから、損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象ではなく、X らの損害の算定において控除されるべきものである旨の反対意見⁽⁶⁾を述べた。

（2）若干の検討

この事例は、暴利行為の事例ではないが本判決に言う著しく高利で反倫理的な行為につき出資法上刑事罰が科されているという観点をして、それ

を本件詐欺と並列に考えることもできるという判断からこのような結論を導いたとも考えられる。また、田原裁判官の意見については、本件判決では「損益相殺の可否が問題」であるとするのに対して、6月24日判決では「損益相殺の問題ではなく、財産的損害としての評価の問題である」としている点で違いがあるがこのような比較は多数意見においてはなされていない。

以下、6月24日の事案に6月10日判決の法理が妥当するのか、その評価如何について論ずる。⁽⁷⁾

本件事案は被害者からの詐欺者への出資によってこの一連の詐欺行為が始まっている点で、6月10日判決とは異なる点に注目したい。⁽⁸⁾先に示したように6月10日判決においてはヤミ金融から貸付という形で初めに金銭の交付が被害者に対して行われているのであった。つまり、金銭の返還請求の主体がそもそも異なっているのである。そこで、事実関係が異なることを前提として、判決を批判的に検討する。

6月10日の事案では、元本は違法な利息と併せた相当額が損失者たる被告に返還されており、原告の元に利得が存していない。判決はこれを却って損害と認定しており、損害はあっても利益は現存しないから、民法708条の類推適用を見るまでもなく、そもそも損益相殺の要件を充たさないとして被告の損益相殺の主張を退けることもできた事案である。これに対し、6月24日の事案では、原告が投資金として被告に元本を交付しており、その大部分を被告の不法行為の損害とみるときは配当金を損益相殺という利益とみて、民法708条の但書きを類推適用することも不可能ではない。ただ、それも不法行為構成を採るからといって必ずしも契約の無効を前提としなければならないものではない、とすれば、契約を有効と考え、配当利益を原告の有効な弁済受領とみることもできる。被告の配当利益の交付は不法行為の一部を構成するものではなく、契約の不履行部分が不法行為を構成することになる。すなわち、契約を有効としてなお原告に損害がある場合にその損害のみが被告の不法行為によるものとしなければならない。ここでも、原告に不法行為による利益が存しないから、やはり損益

相殺は要件を充たさず、成立しないことになる。民法は90条で公序良俗に反する法律行為を無効とするが、他方96条は詐欺・強迫による意思表示を一応有効なものとし、表意者によって取消可能なものとしている。契約を有効とするか、無効とするかの選択権を表意者に与えているのである。詐欺・強迫が公序良俗に反することは言うまでもないが、詐欺・強迫による意思表示は原則として取消可能に留まると考えられるから、それにもかかわらず、どの様な場合に契約が取消を待たずに90条によって無効となるのか吟味する必要がある。このような吟味を欠く点で、6月10日判決の法理を6月24日の事案に援用することには疑問の余地がある。

より詳細に論ずると、本件事案は、最初に出資金を募りその投資金名目で集めた金銭から仮装配当金を被害者らに随時交付する詐欺の事例であった。まず、被害者は架空の米国債による取引から配当金を得る目的で当該詐欺者との間で配当金の交付契約⁽⁹⁾を締結している。判決は「被害者は詐欺者からその都度配当金交付によって損害を受けている」と捉えるが、これには疑問が残る。詐欺発覚以前においてはその都度被害者らに交付された配当金は、当初の契約の内容に基づいて支払われおり、被害者らはその性質を損害とは考えていないはずである。現実には犯罪が発覚するまでに受けた仮装配当金は被害者が善意である限りにおいてはその効力は有効と解することでその受けた金銭についてはそもそも損益相殺の対象とはならないと考えられる。

そうすると、不当利得構成によれば、その利益の存する範囲で両者が原状回復すればよく、被害者が詐欺開始時に交付していた出資金は不当利得返還請求権によって解決すればよい。また詐欺者からの請求は純粹に不法原因給付として否定される。また不法行為構成においても、その配当金が損益相殺ないしは損益相殺的調整の対象とならないことから、詐欺者からの給付行為の不法原因給付性の判断の必要はなくなる。

また、仮装配当金は配当金契約に基づく有効なものと解することができる。不当利得返還によって被害者に元本相当額が返還された場合に損益相殺ないし損益相殺的調整をする余地はないのである。確かに田原裁判官

指摘のように現実には被害者間で配当額の差が生じることとなるが、無限連鎖講であることを知って初期に出資し、その後に出資した者の出資金から高額の配当金を得ている場合とは異なり、本件のような有効な投資と解せられる場合はその被害者間での差額が社会生活上著しい不均衡を生ぜしめるものとは言い難い。投資により元本が割れてしまうことがあっても、元本保証が付いていない限りは被害者の受忍すべきこととなろう。詐欺の被害者は相当の注意を払って契約すべきであったとしても法的非難可能性に値するものではない。それ故、受けた配当金の性質は消極的に根拠づけられるに留まる。本件 6 月 24 日判決は事実関係の法的性質を異にするにもかかわらず、同様の理論が用いられている。従って、直ちに 6 月 10 日理論の判例蓄積とは捉え難いことになる。6 月 24 日判決のような騙取金詐欺の事例は本論文の射程範囲に含めないこととする。

注

- (1) 分類が適切に関しては検討の余地はあるが、裁判例が網羅的に紹介されている点で判例が非常に理解しやすい。
- (2) 本件事業の内容は第一審認定の事実によれば以下の通りであった。「顧客は、破産会社から、一口一万円、五万円、一〇万円、三〇万円、五〇万円のデジタルコンテンツプログラムなる商品（以下「本件商品」という。）を購入し、その代金（以下「出資金」という。）、登録料及び手数料（以下、代金、登録料及び手数料を併せて「出資金等」という。）を破産会社に支払って会員（以下「本件会員」という。）になる。」

「本件会員は、破産会社から二年間にわたって毎月出資金の一〇％に相当する金員（以下「月額配当金」という。）を受領し、二年間の期間満了時又は解約時には、破産会社が本件商品を買戻し、出資金と同額の金員を返還する。」

「会員（以下「甲」という。）が他の顧客に本件商品を紹介し、当該顧客が本件事業の会員になった場合（以下、紹介によって会員になった顧客を「被紹介者」という。）には、甲は、退会するまで破産会社から次の金員（以下「一次紹介料」という。）を受領する。ただし、被紹介者が購入する本件商品は原則として紹介者が購入した本件商品と同じものにする必要があり、また、被紹介者の上限は一〇人とされ、それ以上勧誘しても受領できる金員は増加しない。」

「甲の被紹介者の数が一〇人に達した場合には、甲は、破産会社から、退会するまで、一次紹介料に加えて、自分が直接紹介した被紹介者が受領する一次紹介料と同額の金員（以下「二次紹介料」といい、配当金、一次紹介料及び二次紹介料を併せて「配当金等」という。）を受領できる。したがって、例えば、甲が五万円の本件商品を購入し、A 及び B を含む一〇人を紹介し、A が二人、B が三人を紹介し、A 及び B 以外で甲が直接紹介した被紹介者が直接紹介した人数が二人未満の場合には、甲は、退会するまで破産会社から毎月次の金員を受領することになる。」

- (3) また、続いて「原告は、本件に係る事情として、本件事業では、被告を含む一部の会員が大きな利益を得る一方で、多くの会員が損害を被っていることなどを指摘する。しかしながら、破産管財人は、総債権者のために財産権を行使しており、破産債権者のうち、その一部の者のためにのみ職務を行うものではなく、破産法では犯罪被害者等に優先的に配当する手続が定められているわけでもない。したがって、被害者救済の観点をことさらに重視することは相当ではない（かえって、例えば、破産会社が利息制限法を大幅に上回る利息で貸し付けるいわゆるヤミ金融業者であり、ヤミ金融業者からの貸金等の返還請求権が不法原因給付により否定される場合（最高裁判平成二〇年六月一〇日第三小法廷判決・民集六二卷六号一四八八頁参照）に、ヤミ金融業者が破産した場合には、その管財人による借主に対する返還請求権であれば、これが許容されることになるとすれば、これが不当な結論になることは明らかである。）」とも述べている。
- (4) 判決によると、「車でお金。ローン中・乗ったまま・即日現金 OK」と記載した看板を街頭に多数設置し、この看板を見て電話をかけてきた者に対し、自動車の売買契約と賃貸借契約を装って、実質的には自動車を譲渡担保とした、出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律（以下「出資法」という。）の上限金利を大幅に超過する金利による貸付けを行い、違法な高金利を徴収するとともに、返済が滞ると、担保として取得した自動車を引き上げて売却し、処分代金を清算せずに全額取得するという方法で暴利を得ていたとされている。また被告は合わせて 17 名にも上った。
- (5) 判決によれば被告は、「従前、貸金業法第 3 条所定の登録を受けていたが、その後、登録の更新をしなかったため、平成 6 年 1 月 28 日以降は、同法に基づく登録を受けていない」とされる。
- (6) 「私は、多数意見と異なり、本件配当金名下の金員の交付は、Y らの行った本件詐欺行為と一体をなすものであり、Y が X らに交付した配当金名下の金員の法的取扱いは、X らが被った損害との損益相殺の問題ではなく、財産的損害としての評価の問題であると考える。

不法行為によって被害者が金銭等の財産的損害を被った場合に、被害者が

同時に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である。《中略》かかる見解に立った場合に、不法行為による被害者の損害額の算定において、その不法行為を原因として加害者から被害者に給付されるものが存するときに、そのうち如何なる範囲の給付が差し引かれるべきかということが問題となる。その点につき、私は、加害者から被害者に対してなされる給付が、当該不法行為と一体をなしていると評価できる場合には、その給付相当額は、被害者の財産上の損害額の算定において差し引かれるべきものであると考える。《中略》

この点につき、多数意見は、《中略》配当金名下で交付された金員につき、不法原因給付性を認めるが、Yが当初の騙取行為と離れて、詐欺の発覚を免れるべく別途金員を交付していた場合ならともかく、前記のとおり本件における配当金下の金員の交付は、当初の騙取行為と一体の行為と評価すべきものというべきものであるから、多数意見には賛成し難い。

なお、多数意見の《中略》結論は、同種の不法行為の被害者であるA、B間の衡平を著しく害することになるのであって、この点からしても多数意見には賛成できない。また、かかる案件の破産事件において、各被害者からそのような主張がなされた場合には、実務処理上、非常に難しい問題を生じかねないことを危惧するものである」

(7) 6月24日判決に関しては、法律時報83巻3号118頁～岡林伸幸「詐欺配当金と不法原因給付・損益相殺」などが挙げられる。これによれば、本判決と同様に6月10日判決は不法原因給付にかかる損益相殺の可否について論じたものとして岡林氏は「契約法アプローチ」が望ましい解決策である旨示した。この論稿においては、「契約法アプローチ」によって本事例に関する検討がなされている。そこではまず、公序良俗違反性について判断された後に、不法原因給付に関する学説を検討している。その上で、不法原因給付として仮装配当金返還請求が排斥された場合その額から損益相殺ないしは損益相殺的な調整の対象とできるかとの問題について、久須本かおり氏の論を批判しつつ、被害者に関しては損益相殺を考慮する余地はない旨示している。また、田原反対意見が提起した元来学説上問題とされてこなかった「損害概念と損益相殺制度の関係」について、本件判決多数意見に賛成する見解を手掛かりに検討もなされている。損益相殺の可否に関しては、差額説について触れる。

(8) 6月10日判決においては、借主と貸主の間で違法な利率に基づく金銭消費貸借契約が合意された上でまず金銭が借主に移転している。後に述べるがこの点は不当利得構成であるにしても不法行為構成であるにしても問題とされるべき点である。また、学説は事案を「反倫理的行為」に着目した上で検討しており、金銭の移動の前後に関して論じたものは筆者の調べた限り見当

たらない。

- (9) この契約が定期金契約として見ることができるかも判断する必要がある。契約が配当金の定期交付の性質を持っているとすれば、詐欺取消よりも解約の手続きによる将来に向かっての効果の消滅などが検討できないだろうか。しかしながら、これを検討するには前提となる議論の整理が不足しているため本稿では示唆に留める。

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 6月10日判決の再検討

この判決の事案は被告の不当利得と不法行為が競合する事案であるが、既に述べたように不当利得構成がより適合する事案である。原告が不法行為を理由に損害賠償を請求しているため、判決は不法行為構成を採らざるを得なかったのであるが、ここから様々な理論上の問題が生じている。どちらの構成を採っても、差異が生じないよう両概念のすり合わせがなされたものと思われる。原告が不法行為構成を採った一つの理由として、複数のヤミ金融業者を統括し、利益を吸い上げている反社会的組織の長に使用者責任を問い易いということがあったのではないか。不当利得構成では、損失と利益に直接の因果関係があったと主張するにはやや困難が伴うと考えられたのではないか。原告の個別具体的な弁済金がヤミ金融業者から組織の長にそれと識別されて移転したとみることはできにくいからである。しかし、反社会的組織の長は組織の末端のヤミ金融業者が原告らから取得した不当利得を包括的に上納させているのであるから、因果関係の直接性を認めてもよいのではないか。ここでは末端のヤミ金融業者の不当利得によって組織が利益を得ている構図がみられるから、報償責任の根拠と共通の事情がある。それ故、もし何らかの法的根拠を見出すとすれば、民法715条を不当利得に類推適用することが認められてもよいのではないか。判例は、不法行為構成を採って、不当利得に関する不法原因給付の規定を類推適用している。不当利得構成を採って不法行為の使用者責任の規定を類推適用することが許されないとすれば、法理論上バランスを欠くことに

なろう。そこで、より重要な元本の法的意義について論を進めることにする。

原告が被告ヤミ金融業者に支払った利息に加え返還した元本まで損害とするのは、元本の踏み倒しを認めることになり、理論的にも損害について差額説を破ることになるから賛同し難いが、ここでは一応判例の結論を前提とした上で検討する。返還した元本まで原告の損害に含ませたことが、受領した元本を保持しようとする被告の側からの損益相殺の主張を誘い込んだとみられる。判決は損益相殺の要件を充たしているとみたが故に、この主張を封じる法的概念として不法原因給付を用いざるを得なかったと思料される。不当利得構成で、判決に合わせて、支払われた利息だけでなく、返還された元本まで被告の不当利得と一応考えると、他方で、原告の受領した元本も不当利得であるから、それについての被告の不法原因給付の法的性質如何が問われることになる。どちらの構成を採っても、被告からの元本交付の法的性質の如何が問われることになるのである。原告への元本の交付は被告の不法原因給付であるが、不法原因給付が被告の不当利得返還請求を全く消滅させてしまうとすれば、元本は反射的に原告の財産に帰属することになり、その被告への任意の返還は却って被告の不当利得となり、それもまた不法原因給付であったとしても、民法 708 条但書きによって、原告は返還を請求し得る。不法行為構成では、一旦原告の財産の一部となり、その額を増加せしめた後、返還によって減少せしめているから、原告の被った損害と評価し得る。しかし、不法原因給付は不当利得返還請求権を自然債権とするに留まり、給付保持力は有するとすれば、原告が任意に返還した元本の受領は被告の有効な弁済受領となり、不当利得とはならず、従って原告の損害と評価することもできない。従来の判例は、一旦不法な原因のために給付したものを返還する旨の受益者と給付者の間の特約は有効であるとしている（最判昭和 28・1・22 民集 7・1・56、最判昭和 37・5・25 民集 16・5・1195）。本件 6 月 10 日判決はこれらとの整合性をどのように説明するのであろうか。

以上を整理すると、元本については、被害者原告が利益を得ているとし

ても、貸付けの段階でのことであり、被告の給付保持力を前提として、元本の返還を原告の損害としない立場に立てば、損害も利益もなく、同質性の問題も生じない。

第2款 不法原因給付理論

まずここでは、不法原因給付理論に関する一般的な見解を概観する⁽¹⁰⁾。

かつて、不法原因給付理論の働くのは、任意に支払った利息の返還請求の阻止などの場面であったとされている⁽¹¹⁾。そこでは利息制限法に違反する約定は貸主・借主双方にとって強行法規違反となり、利息の授受が不法原因給付であって、それこそが民法708条の適用場面と考えられていた。借りる側にも巨額な利益を得るような事業への出資や手段を選ばぬ巨額の運用資金の蒐集など違法な利率を支払ってでも他人よりも先に資金を取得しようとするが如き背景があり、必ずしも借主が弱者であるとか、貸主がそのような状況を積極的に利用したとはいえず、借主にも非難すべき点があるのではないかとされていた。それ故に、利息の任意支払いは、不法原因給付となり取り戻すことができないことを原則としつつ、例外的に、例えば支払いに急を要するなど特段の事情があった場合には、貸主側にのみ不法の原因があるものとして利息の取戻しを認めるとともに、借主の無思慮・無経験等に乗じて不当に利得を得ようとした場合も同様と解されていた⁽¹²⁾。

しかしながら、高利の支払いを原則違法とする趣旨から高利を貪ることを禁ずる趣旨へと利息制限法の解釈が変化した。この価値観の転換を表象するが如く、最判昭和43年11月13日（民集22巻12号2526頁）は判例変更を行い、借主・貸主の個別の事情を判断し、不法性を比較衡量する不法原因給付の手法は放棄され、典型的な借主保護がなされることとなった。当然、この扱いは谷口説から批判を浴びることとなったが、違法な既払い利息に関しては借主側に対して不法原因給付が働く余地はなくなってしまったのである⁽¹³⁾。

第3款 下級審判例の再検討

貸付元本それ自体が不法原因給付を構成するかについては下級審でその見解の統一を見なかったことは既にみたとおりである。その構成をみると、不法原因給付の不法を公序良俗違反として捉え、契約自体は違法ではなく無効とならないから当然に不法原因給付とならないとするもの⁽¹⁵⁾、契約自体の無効については判断せずに、借主貸主の不法性の大小を比較した上で判断するもの⁽¹⁶⁾、借主による元本保持が借逃げにあたり不当であるとして不法原因給付を排斥するものなどがあった。

また、東京簡裁平成15年2月13日判決は、借主貸主の不法性の大小を比較した上で、貸主の不法性判断においては多数説の説く利率という客観的事実のみならず、借主を搾取しようとする貸主の意図、締結後の貸主の行為の悪性、に鑑みて判断をしている。

多くの学説は、出資法の制限利率を超えれば著しい反倫理的行為に該当するとする⁽¹⁷⁾。が、それでは、借主の貸付元本の保持をかなり広い範囲で認めることになってしまう。判例が、著しい反倫理的行為を著しい高利にその範囲を限定した意味合いが薄くなる可能性があり、不法性の判断の基準を出資法の上限利率のみに置くことはやや安易に感じられる。

というのが、それがどのような要件に拠るのか、どの程度の不法性を帯びるのかといった性質を明らかにしない限り、強いサンクションとは言い難いからである。しかしながら、本件でいう被害者の過失、ヤミ金融業者から金銭を借りるという危険への接近、行為の結果に必然的に伴う不法性などについての判断はやはり必要ではなかったか。不法性の判断に際しては例えば結論が本判決のようになったとしても、客観的な事実たる違法利率のみならず、最高裁昭和29年8月31日第三小法廷判決のような当事者双方の不法性の大小比較を行うべきではないかと考える。その基準は、田原裁判官ないしは下級審判例でも見られるように、事実関係に即して検討すべきものである。不法性の大小比較によって借主側に対しても軽微ながら不法ありとの結論が判決中でなされれば、それは、借主に対しても不法原因給付が一定のサンクションを与えることになる。これは、不法行為制

度に対して抑止の効果を求める見解への新たなアプローチとなり得るのではないか。また、政策目的上ヤミ金融は撲滅されることが望ましいのであれば、ヤミ金融に頼る者へのサンクションによって借り手を減らすことも重要ではないのか。加えて利率に関しても、無資格で金融業を行う「ヤミ金融」が法定利率を遵守して金銭消費貸借を行った場合はどうであろうか。先に指摘した出資法による基準付けでは著しい反倫理的行為の説明がつかないのではないか。

従来、借主からの返還請求に関しては通常利息に関する部分が想定されていたが、近年、元本の返還請求についても議論が展開されていることは既に述べた。

消費貸借が典型契約として定められており、借主は消費した元本と種類、品質及び数量を返還すべき義務を負うから、借主が返還した元本を損害とみることはできない。⁽¹⁸⁾ だからこそ、本件判決は契約の無効を前提として⁽¹⁹⁾ いると解さざるを得ないのであるが、如何なる場合に消費貸借が無効となるのかの具体的基準は示されていない。消費貸借契約の有効無効にかかわらず、貸付段階では勿論借主に損害は発生していないから、問題は貸付後の返還が損害に当たるかどうかである。返還させることがすなわち損害発生となるのであれば、純粋な金銭消費貸借は最早成り立たないのであって、ここでは如何なる性質の下で貸付金の返還が損害と捉えられたのかを判断する必要に迫られる。

学説においては、借主による元本部分の返還請求を認める見解がある⁽²⁰⁾ 一方、「元本を返済していない借主が不法原因給付により返還を免れるのは、不法な貸主を法が救済しないことの反射としてであって、積極的に借主を保護しているわけではない」として、弁済の完了後は、その返還請求はできなくなるとするものもある⁽²¹⁾。この説を妥当とするが、それによると、貸主には給付保持力は残ることになる⁽²²⁾。貸付が不法原因給付であるが故に単に貸主からの返還請求が排斥されるだけであって、借主の元本返還債務は消滅するものではないと判断できる。借主が不法原因給付の結果受領した金銭を任意に支払ってきた場合の元本部分は借主の損害の範囲に含まれな

いと解してもなんら差し支えはあるまい。

最高裁判例では昭和 28 年 1 月 22 日判決が不法原因給付であると知りながら借主が貸主に対して給付されたものを任意に返還した分につきその弁済を有効としたが、本判決中で田原裁判官が意見にて「不当利得返還請求することができない場合に《中略》利得額の一部又は全部を支払った時は、利得者は、それを返還し又は支払うべき義務がなかったことを理由として、給付者に対して、再度の給付を求めることができない」とした部分はこの判例の内容を受けたものと理解できる。⁽²³⁾

注

- (10) この文章の作成にあたっては、金山直樹「不法原因給付法理の柔軟化に向けて —— 暴利の消費貸借に対処するために ——」慶應法学 1 号 378～379 頁を参考にし、筆者がまとめたものを掲載する。
- (11) 谷口知平『不法原因給付の研究 第 3 版』（1970）74～78 頁参照。
- (12) 不法＝強行法規違反という説が有力であった。利息の額については何の特約もなかったこととなって法定利息が適用されるという形で処理されることとなり、元本そのものは当然に返還されるべきものと考えられていた。このことについては、四宮和夫『民法総則〔第 4 版〕』（1986）212 頁注 1）参照。
- (13) 前掲注（11）谷口。79～80 頁参照。
- (14) 前掲注（11）谷口。501～502 頁参照。
- (15) 東京簡裁判平成 14・10・24（最高裁 HP）参照。
- (16) 東京簡裁判平成 14・11・22（最高裁 HP）参照。
- (17) 長谷川隆・判例時報 2033 号 157 頁、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〉』35 頁、木村 80 頁、金山直樹・別冊ジュリスト 200 号 111 頁。
- (18) 民法 587 条。
- (19) 結論として少なくとも利益とは見ることができないとしたものとして、深川裕佳・法律時報 81 巻 6 号 140 頁、長谷川前掲 156 頁。
- (20) 小野秀誠『利息制限法と公序良俗』（信山社）289 頁、加藤雅信『新民法体系Ⅲ債権総論』43 頁などを参照。
- (21) 鎌野邦樹「高金利の金銭消費貸借の無効について」ひろば 2003 年 12 月号 30 頁参照。
- (22) 石田喜久夫『自然債務の研究』111 頁、石田喜久夫・湯浅道夫『判例演習民法 3〔債権総論〕』3 頁参照。

- (23) 本件では、不法行為に基づいて損害賠償請求がなされており、借主がすでに支払った部分の返還請求まで可能かという点は判断されなかった。この点について廣峰正子「民事判例研究」法時 77 卷 11 号 92 頁は札幌平成 17 年判決で原告が不法行為構成したのは、任意に支払ってしまっていたからではないのかと昭和 28 年判決と対比している。

結語

不法原因給付による不当利得の任意の返還が有効な弁済になると解し得るならば、それは、借主の貸主に対する債務が不法原因給付後も消滅することなく存続することを意味する。

従来の学説判例は、債務者の債務は不法原因給付後にも存続する⁽²⁴⁾と考えていたようであり、反射効で金銭を保持するに至った借主の債務の消滅は想定していなかった⁽²⁵⁾と考えられる⁽²⁶⁾。前述の昭和 28 年判決も単に法律上保護しただけであって「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つたものとして保留せしめる趣旨ではない」としている。借主の債務が存続すると解されるから、貸主が任意に支払われた弁済を有効に受領することができることの根拠となるのである。不法性の程度の比較など、相手方に尚利得を保持させるに足る事情、事実など、主観的な要因と利率など客観的な要因を総合的に判断することが求められるよう。

ヤミ金融による高利の貸付は行われるべきではないことは明白であるが、ヤミ金融撲滅の結論すなわち、ヤミ金融への資金の還流を防ぐ目的が見え隠れする判例理論の構成は望ましいとはいえない。民法は制裁的損害賠償を認めていない。借主に元本保持が認められるのは、単なる反射効でしかないことを念頭に置くべきであろう。借主の元本相当額の保持を認めず、不法原因給付であるが故に貸主から返還請求できない給付物を国庫に帰属させることもひとつの解決策ではないか。

本稿が少しばかりの裨補となれば幸いである。

注

- (24) このような議論の展開に触れるものとして内田貴『民法Ⅱ 第3版 債権各論』614頁などがある。前掲注(11)谷口80頁以下参照。
- (25) 前掲注(12)四宮参照。
- (26) 岡林伸幸・千葉大学/法学論集24巻2号35頁。