慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	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
Sub Title	Règle « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans » et son application réente en matière d' usure
Author	金山, 直樹(Kanayama, Naoki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2004
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.1 (2004. 12) ,p.377- 409
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	民事実務フォーラム
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20041215-0377

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

民事実務フォーラム（第２回）

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 ――

金　山　直　樹

はじめに
１　裁判例の動向
(1)　元利金全部の返還を拒んだ事例
(2)　支払った元利金の返還を求めた事例
２　不法原因給付法理の効用
(1)　借主の返還義務の否定
(2)　既払い借主の返還請求権
むすび

[検討裁判例]

①東京高判平14・10・３判時1804・41判タ1127・152
②東京簡裁判平成15・２・13（平成14年（ハ）第13266号TKC）
③東京簡裁判平成14・10・24（平成14年（ハ）第11334号TKC）
④東京簡裁判平成14・12・２（平成14年（ハ）第12934号TKC）

はじめに

利息の場面で不法原因給付が働くとすれば、歴史的には任意に支払った利息

慶應法学１号（2004：12）

の返還請求を阻止するという形においてであった[1)]。そこでは、強行法規たる利息制限法に違反する約定は貸主・借主双方にとって法律違反であって、したがって、違法な約定に基づいて利息を授受することは当事者双方にとって不法原因給付となるので（不法＝強行法規違反説）、民法708条が適用されると考えられていた。かつては、借りる側にも、違法な利息を払ってでも、たとえば無担保で簡易に、場合によっては巨利を博すべき事業の資金として、他人より先に資金を取得するような事情が想定され、必ずしも借主が弱者であるとか、貸主が借主の経済上の必要に乗じたとはいえない、要するに借主は何ら非難されるべきところがないとはいえない、とされていたのである。だから、利息の任意支払いは、不法原因給付に該当して取り戻すことができないことを原則とし、ただ、一方で、支払いが窮迫などの理由によりやむを得ずなされた場合には貸主にのみ不法原因があるとして取戻しを認めるとともに、他方で、借主の軽率・無経験・窮迫に乗じて不当の利得を取得しようとした場合、すなわち消費貸借が暴利契約性を備えている場合にも取戻しを認めるという解釈が主張されていた[2)]。

けれども、時代の流れとともに価値判断は変化する。もともと梅が述べていたように[3)]、利息制限法の趣旨は、高利を払うことを罪悪としてこれを禁じるのではなく、高利を貪ることを許さないと理解されるようになり、これがその後をリードする基本的価値判断となったのである。果して、最判昭和43・11・13民集22・12・2526は、それまでの判例を変更して、債務者が違反利息を任意に支払った場合、元本への充当を経て、それを超える支払い部分についての返還請求を認めたのである（元利同時支払いについても同旨、最判昭和44・11・25民集23巻・11・2137）。ここに、借主・貸主の個別事情を比較考量して、不法性を比較するという不法原因給付判断の手法は捨てられ、定型的な借主保

１）谷口知平・不法原因給付の研究（第３版、1970年）74–78頁。
２）谷口・前掲注１）不法原因給付の研究79–80頁。
３）梅謙次郎・最近判例批評復刻版（1995年）736頁〔初出1910年〕。

護が宣言されたのである。当然のことながら、このように硬直かつ一律的な扱いは谷口説の批判を浴びることになる[4)]。ともあれ、利息制限法を超過して支払った利息は取り戻すことができる、という形で問題は決着したのである。

利息の問題は、その後、周知のように、出資法等によるアメとムチの立法政策によって修正が加えられたが、法律上の利息の制限を越える部分については、貸金業法43条に該当する場合を除いて、支払った後でも返還請求が認められるのが原則である。少なくとも、違法な既払いの利息について、もはや、借主からの返還請求を阻止する方向で貸主のために不法原因給付が働く余地はない。

ところが、最近、金銭消費貸借の場面で不法原因給付の法理が再び活躍しそうな気配が伺われる。それは一言でいえば、アウトロー的な貸金業者の暴利貸付による悲劇に対処するために、借主保護の方向で不法原因給付の法理を用いるものである。

以下においては、まず、最近の四つの裁判例を紹介し（1）、その上で、不法原因給付理論のもつ可能性と限界につきささやかな検討を加えたい（2）。説明の便宜上、借主をX、貸主をYとして、関係当事者を統一的に表記することにしたい。

1　裁判例の動向

裁判例は、争われ方に応じて、二つのグループに分けることができる。第一は、借主が元利金を一切払わずに、貸主からの訴えに応訴し、あるいは自ら積極的に貸主を訴えて元利金全部につき債務不存在確認の訴えをした場合である（→**(1)**）。第二は、違法な利息も含めて、元利金をすべて返済した後になって、貸主が受領した金員の返還を求めて借主が訴えた場合である（→**(2)**）。順次、紹介しよう。

4）谷口・前掲注１）不法原因給付の研究501−502頁。

（1）元利金全部の返還を拒んだ事例

①東京高判平14・10・3判時1804・41・判タ1127・152（土地建物根抵当権設定登記抹消登記等本訴請求・貸金反訴請求控訴、同附帯控訴事件、裁判長裁判官＝淺生重機・裁判官＝及川憲夫・原敏雄）は、Ｘが住宅ローンとサラ金を抱えていたところ、バス内の広告を見て街の金融業者であるＹから低利で借り換えをすることによってその返済額を減らすことを考えたが、かえって借主を窮迫させて多額の経済的利益を得ることを目的とする金銭の貸し付けと担保取得行為などの犠牲となった事案を扱ったものである[5)]。そこでは、金銭消費貸借契約が公序良俗違反を理由に無効とされた場合、貸主は交付した金員につき、無効を理由に不当利得の返還請求ができるのかが争われた。借主は、借主による不当利得に基づく返還請求を拒むため、不法原因給付の主張をした。判決は、次のようにいう。

「本件金銭消費貸借契約が公序良俗違反である以上、ＸがＹから交付を受けた三一六〇万円は、法律上の給付原因を欠くのであるから、不当利得になるというべきである。

そこで、それが民法七〇八条の不法原因給付に当たるか否かについて検討する。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。

5）すでに金山直樹・判タ1144号49頁で紹介している。

本件についてこれをみるに、Ｙは、Ｘの軽率、無経験、法律の不知につけ込み、Ｘにおいて必ずしも住宅ローンの借換えをする必要がなかったにもかかわらず、従前の住宅ローンよりも有利な条件で借換えが可能である旨虚偽の事実を申し向けて、Ｘの本件の借入れを決断させた上、本件各不動産にその融資金額を遥かに上回る極度額の根抵当権を設定させ、これによって、本件貸付債権の遅延損害金等の形で、みずからあるいはＺ〔＝Ｙ側に立つ訴訟当事者〕らを通じて高額の利益を得ようとしたものである。また、Ｙらは、Ｙらに対する抗弁の主張を困難ならしめるため、一般人において理解不能なほどに難解・複雑な債権根質入れという方法を意図的に用い、その内容を説明することなく契約書に署名押印させるなどして、本件各不動産にＺらの根質権設定登記を設定するなど、その手口は極めて用意周到、巧妙である。

このように、借主の思慮の乏しさと法的知識の欠如を利用し詐欺的な手段で、借主の唯一の居住不動産を奪い、極めて高額の利益を得ようとすることは、社会の一般的秩序に反する形で借主の資産を侵奪するものであり、その反社会性は顕著である。そうすると、その行為は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いって妨げない。

そして、本件について、Ｘの側にも軽率な面があり、あるいは思慮が足りないところはあったことは前述のとおりであるけれども、違法ないし不法な行為を行っているのは、もっぱらＹらであり、Ｘではない。また、前記のように、本件の取引が極めて用意周到、巧妙なものであり、しかも、一見すると正常な金融取引の外観を呈するものであって、通常人が本件のような被害に遭う危険性は決して低くないこと、なお、Ｙはその後もＹ’という別会社名でバスという公共的交通機関に同種の広告を出しており、同様の被害が広がる可能性も存在することなどを総合的に考慮すれば、将来の同種の不法行為の発生を禁圧する必要性は高いというべきである。

法は、刑法一九条一項一号及び二号にみられるように、高度の違法性ある行為の手段とされた財物の交付があるときには、これを没収することにより、その行為を禁圧しようとしている。それと同じように民法七〇八条は、高度

の違法性ある行為の手段とされた財物の交付について、その返還請求に助力しないことにより、その行為を禁圧しようとするものと考えられる。

本件給付が不法原因給付に当たらないとすれば、Ｙは不法な利益を挙げるという目的達成には失敗しても、その手段として交付した金員の元本については確実に回収できることになる。これは、法は不法に助力しないという民法七〇八条の趣旨に反することになると考えられる」。

なお、この判決は、貸主の不法行為責任も認めて、弁護士費用を含めてその額を1800万円だと認定している点も注目される。

次に、②東京簡裁判平成15・２・13（平成14年（ハ）第13266号債務不存在確認請求事件TKC、裁判官＝藤岡謙三）は、借受額が金５万円（受領額は書類代として金3000円を控除された残金４万7000円）に対して、返済時期は自由、ただし10日毎に金２万4000円の利息約定があった事案において、一度も返済しなかった借主が債務不存在の確認を請求した事件である。判決は、まず、「この利息の合意は、10日間で51.06パーセント（24000円／47000円×100）ないし70.21パーセント（33000円／47000円×100）、年利換算で1863パーセントないし2562パーセントとなり、……出資法……５条１項、２項による制限をはるかに超える高金利となる」とした上で、（ア）公序良俗と（イ）不法原因給付に関して、次のように判示している。

（ア）まず、判決は、公序良俗違反を次のように認定・判断し、利息の部分だけが無効だという一部無効論を排斥する。

「貸金業者であるＹの本件貸付の利息は、……出資法５条２項による貸金業者に対する制限金利である年29.2パーセントの63倍ないし87倍に達する高金利であって、その暴利行為性、反社会性は顕著である。また、前記認定のとおり本件貸付当時、ＸはＸ代理人に自己破産の手続を依頼していたという状況に照らすと、Ｘはこのような高金利となることを全く知らなかったか（無知）、あるいは高金利と知りつつも〔他の債権者〕への返済資金の入手に

のみ固執せざるを得ない窮迫した状況下にあり、貸金業者であるYがこれに乗じて本件貸付を行ったものと推認するのが相当である」。

「前記のような反社会性及びXの状況を踏まえ、出資法が高金利を刑事処罰の対象として取り締まっている趣旨、並びに、昨今の経済不況及び市場金利の低迷を反映した出資法の平成11年改正法による貸金業者貸出金利の引下げの趣旨に照らして考えると、本件のような高金利の根拠となる利息の合意（利息契約）は、暴利行為として公序良俗に反して無効と解すべきである（民法90条）。さらに、本件の高金利は、金利制限超過の程度に照らして出資法が予定する高金利処罰の対象となる犯罪行為のうちでも特に悪質と評価されるべきものであり、このような利息契約と一体となって密接不可分の関係にある本件消費貸借契約そのものについても、これを一体として公序良俗に反して無効と評価して法の保護に値しないものと解するのが相当である」。

（イ）次に、判決は、不法原因給付の法理の適用に関して、次のようにいう。Yは、Xの自宅マンションの玄関及び外壁に「Aの妻Bはドロボーだ」、「金返せ、Aの妻Bへ」、「Bはサギ師でドロボーです」等の文字を書いた張り紙（証拠略）をし」、また「お悔やみ申し上げます。入金お待ちしております。C」との電報（証拠略）を差し出した」のみならず、「Yは弁済期あるいは最初の利息支払日である10月９日の翌日である同月10日から、前記のような張り紙等のほか長男、親族への取立行為、夫であるAの職場への電話による取立行為を行っていることが認められる」。「登録貸金業者であるYは、このような取立行為が貸金業法及び金融監督等に当たっての留意事項（業務ガイドライン）上許されないことは十分に知った上であえて行っており、第１回口頭弁論期日においても張り紙及び電報が違法な取立行為であったことを自認している。そして、このような違法な取立行為を弁済期あるいは最初の利息支払日の翌日から直ちに敢行しているという事実に照らすと、Yには当初から法の規制に従った適正な手続に乗っとった債権回収を行おうという意図は毛頭なく、Xに法律上の義務があるかどうかにかかわらず、Xの無知、窮迫に乗じて、できるだけ多くの

弁済をさせ収益を得ることを目的として本件契約を締結したものと推認するのが相当である」。

その上で、判決は次のような結論を述べる。

「本件契約の目的を前記のとおりと解すると、このような契約は法の保護を受けるに値しないものというだけにとどまらず、本件契約に基づいてＸに交付された金員は、不法原因に基づく給付（民法708条。しかも、不法の原因はもっぱら給付者であるＹにあると解される。）としてその返還請求に法の助力を与えるべきではなく、返還請求権がないものと解するのが相当である。そして、その結果として、Ｘは本件契約に基づく返還義務を負わないことになる」。

以上、①②判決は、不法性判断に際して、単に暴利という客観的・定型的事情だけでなく、付加的事情として、借主を搾取しようとする貸主の意図や、契約締結後の貸主の行為の悪性（例、その後の営業活動（①判決）や取り立ての態様（②判決）など）を様々な角度から認定・評価した上で、「借主は元本も返さなくてもよい」という結論に至っている。そこでは、単なる暴利を超えた貸主の悪性を認定した上で――悪性にかかる事情に関しては借主の側での主張・立証が前提――不法原因給付の法理の適用をしているように見える。

（2）支払った元利金の返還を求めた事例

③東京簡裁判平成14・10・24（平成14年（ハ）第11334号不当利得返還請求事件TKC、裁判官＝濱田康樹）は、約15万円を借りたＸが返済として20万円を支払った後に、Ｘが支払い分につき不当利得返還を請求した事件である。判決は、本件消費貸借の利息は、年率に計算すると4238パーセントとなり、法定上限利息を超え出資法違反の高率であって、「経済社会常識から著しくかけ離れた暴利行為というべきであるから、本件の金銭消費貸借契約においてなされた利息契約は公序良俗に反し、無効と解するのが相当である」とした上で、不当利得

に基づく返還請求につき、次のようにいう。

「利息契約は暴利行為として無効であるとしても、金銭消費貸借契約時におけるＸＹの具体的内容、経済的事情、主観的悪性等の主観的あるいは客観的状況が明らかではない本件にあっては、金銭消費貸借契約自体が無効であるとまではいえない。……本件金銭消費貸借契約は、利息の定めのない消費貸借契約であり、Ｙの不当利得は、Ｘの支払額から借入額を差し引いた金額と認めるのが相当であり、Ｘの支払った金額20万5000円から借入額金14万9530円を差し引いた金５万5470円及びこれに対する……遅延損害金の支払いを求める限度で理由があるからこれを認容し、その余は失当であるからこれを棄却する」。

本件は、たとえ暴利であっても、Ｘは元利金を支払ってしまえば、利息は取り戻せるが、元本は返して貰えないというものである。ただし、本件がＹの欠席裁判であるにも拘わらず、判旨が、具体的状況が分からないことには、金銭消費貸借自体までは無効にできないという点は、Ｘとすれば、こうした場合にどのような主張・立証をすれば「客観的状況」を明らかにできるのか、という問題が残るのではないだろうか。

最後に、④東京簡裁判平成14・12・２（平成14年（ハ）第12934号 不当利得返還請求事件TKC、裁判官＝濱崎浩一）も、貸金業を営むＹに対する欠席裁判であって、Ｘが自己に対する貸金の給付は不法原因給付に該当するとして、不当利得を理由に既払い分全部の返還を求めた事案において、次のように述べて、上記とほぼ同旨の判断をしたものである。

「ＸがＹに支払った利息は、平成14年６月11日貸付分については年率にすると300パーセント以上、同年７月３日貸付分については実に年率2600パーセント以上であって、いずれも暴利行為として公序良俗に反するものであることは明らかであり、本件利息契約はいずれも無効である。

ところで、本件消費貸借契約はいずれも、Ｙが上記のような暴利を得るために締結したものであり、その意味では、貸付金の給付は不法原因給付性を有するのではないかと考えられなくもない。

しかしながら、利息契約を無効として、ＹからＸに対し利息分を返還させることによって、実質的に暴利性は排除されることになるのであり、それ以上に貸付元本分についてまでＸの返還請求を認めることは、かえって結果的に妥当ではないことになるものと考えられ、貸付金の返還約束を内容とする本件消費貸借契約自体は有効なものとして処理するのが相当である。

……Ｘの請求は、支払額合計金９万8000円から貸付金合計金７万5000円を差し引いた金２万3000円及びこれに対する平成14年７月11日から支払済みまで年５分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で理由があり、その余は理由がない」。

以上、③④判決によると、たとえ暴利であっても、借主は任意に弁済してしまうと、利息は取り戻せるが、元本は返して貰えないということになる。

２　不法原因給付法理の効用

①～④判決から導かれる法のルールは、以下のような命題にまとめることができる。

(1) 金銭消費貸借が、単なる利息制限違反ではなく暴利行為だと判断され、利息約定のみならず契約自体が無効と判断される場合、借主は、利息のみならず受け取った元本も返還しなくてよい。そこでの不法性の判断に際しては、契約締結時における暴利という客観的事情のみならず貸主の意図といった主観的事情、さらに契約締結後の貸主の取り立ての態様や一般的行動の内容などが広く評価対象とされる（②①判決）。

(2) すでに元利を支払った借主は、違法な利息分しか返還請求できず、元本分は返還を請求できない（③④判決）。

以下、この二点について順次、検討しよう。

(1) 借主の返還義務の否定

まず、金銭消費貸借が、単なる利息制限違反ではなく、暴利行為だと認定されて契約自体が無効だと判断される場合の法律関係を分析しておこう。この場合、借主は、金銭消費貸借が無効なのだから、約定の利息については、違法・適法を問わずに、一切の義務を免れることになる。この点は問題ないだろう(法定利息の問題が残るが、ここでは扱わない)。ところが、①②判決では、受け取った元本も返還しなくてよいとされている。不当利得の原則からいえば、暴利行為のゆえに金銭消費貸借契約が無効と判断されると、たしかに消費貸借契約を理由とする返還請求は免れるであろうが、引き渡された金銭は消費貸借という財貨移転の法律上の原因を欠くことになり、借主は、本来、不当利得として元本を貸主に返還しなければならないはずである。ところが、①②判決は、暴利行為をした貸主の意図やその様々な行為に対するネガティブな評価を経て、元本の返還をも拒絶できる「不法」の原因が貸主にあると判断している。

法の革新が見られるのは、まさに不法原因給付の法理を適用した結果、元本を返済しなくてもよいとした点である。というのは、従来は、利息制限法が制限違反契約の効力につき一部無効として扱うことを宣言していることから(同法1条1項)、利息の暴利性は利息約定の無効をもたらすに留まると考えられており(一部無効)、元本に関して借主が返還義務から解放されることなど、夢にも考えられていなかったように思われるからである。事実、少なくとも学説においては、たとえば月1割5分の利息約定は暴利の契約として公序良俗に反し無効だから(=公序良俗に反する利息約定についての判断)、利息の額に関しては何ら特約がないことになって、法定利息が適用される(=利息額の無効についての任意規定による補充)、という形で扱われるに留まり[6]、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からである。

---

6)四宮和夫・民法総則(第4版、1986年)212頁注1。

したがって、元本の「踏み倒し」の可能性に言及する学説は余りない。もっとも、かつてこの点を論じた学説はあったが、そこでも元本については返還義務を認めるべきだとしていた。すなわち、ドイツ法につき、被暴利者は受け取った金銭を取り戻されないという通説と、被暴利者に不正に利益を保有させてはならないという少数説を紹介した上で、そうした説の紹介者自身は、利息制限法の解釈として、利息の部分についてだけ窮迫などに乗じて不法の事態が生じたかどうかを判定すべきであって、それが肯定されると利息約定だけが無効になるのであって、契約全部が無効になるのではないと明言していたのである[7)]。そして何よりも、繰り返しになるが、現行利息制限法も、明文で、利息が法定の上限を超える場合、「その超過部分につき無効とする」と定め（１条１項）、それ以外の部分は有効として扱う旨を宣言していることに留意しなければならない。

では、どのように考えれば、利息約定の違法性が契約全体の違法・無効、ひいては契約全体の不法性に繋がると説明できるのだろうか。この点、2003年の貸金業規制法の改正が注目される。それによって、年率109.5%を超える利息の約定がなされた場合には、消費貸借契約自体が無効となる、と規定されたからである。同法はいう。

> 貸金業規制法42条の２　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（手形の割引、売渡担保その他これらに類する方法によつて金銭を交付する契約を含む。）において、年百九・五パーセント（二月二十九日を含む一年については年百九・八パーセントとし、一日当たりについては〇・三パーセントとする。）を超える割合による利息（債務の不履行について予定される賠償額を含む。）の契約をしたときは、当該消費貸借の契約は、無効とする。

７）谷口・前掲注１）不法原因給付の研究81頁。

早速、この規定を根拠に、消費貸借契約が無効であるにも拘わらず、未返済の借主は不法原因を理由として元本返還義務も免れるという解釈が主張されるに至っている[8)]。そこでは、上記規定によって消費貸借自体が無効とされる場合には、定型的に貸主に不法性があるものと評価すべきだと考えられているようである。

けれども、たとえば年利が100％の事案については反対解釈をしていいのかという問題が残っている。つまり、不法性の判断基準を何に求めるのかが問われよう。また、より根本的に、貸主としては返還を予定して元本を給付したのに、いくら不法原因給付だからといって元本という財産権が奪われてよいのかも問われよう。これは、不当利得法理一般との整合性、とくに不法原因給付論における「給付」概念をどう捉えるかという問いに還元されることになろう。以下、この二点につき、項を改めて論じよう。

（a）不法性の判断基準

②判決は、「Ｙには当初から法の規制に従った適正な手続に乗っとった債権回収を行おうという意図は毛頭なく、Ｘに法律上の義務があるかどうかにかかわらず、Ｘの無知、窮迫に乗じて、できるだけ多くの弁済をさせ収益を得ることを目的として本件契約を締結したものと推認するのが相当である」として、貸主の悪性という主観的態様に着眼して、不法の原因の存在を認定している。①判決も同様であって、「本件は、一見すると通常の金融取引の外観を呈しているけれども、その実質は社会の一般的秩序に反する形で借主の資産を侵奪し、Ｘに多大な財産的損害と精神的苦痛を与えるものであり、その反社会性は顕著である。そうすると、その行為は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いって妨げない」という。ここに、必ずしも利率の違法性の程度にだけ囚われるのではない、判決の柔軟な評価態度を読み取ることが出来るであろう。

この点は、とくに①判決にとって重要である。というのは、同事案において

8）潮見佳男・プラクティス民法債権総論（2004年）32頁。

は、金銭消費貸借契約の貸付利率は年5.175パーセントといわゆる街金のそれとしては不自然に低率であった反面、その遅延損害金は年40.004パーセントと、貸付利率の７倍以上とかなりの高率の定めではあるが、処罰の対象とならない最高限度だったからである。にも拘わらず、①判決は、ＹがＸに対し、本件貸金債権のほぼ２倍に相当する6300万円を極度額とする根抵当権を設定させたこと、Ｘは本件各契約当時、さらにＹからの借入れを予定していたなどの事情は全く窺われないこと等に鑑みて、「このような多額の極度額の根抵当権を設定したのは、もっぱら本件貸金債権の利息・損害金が増大し、相当高額になることを念頭に置いていたものと認めるほかない。このようにみてくると、Ｙが本件各契約の締結によって意図したところは、Ｘをして本件貸金債務の返済を遅滞に陥らせ、高率の遅延損害金を支払わざるを得ない立場に追い込んだ上、十分な換価価値を有する本件各不動産に対する根抵当権の実行あるいはそれを他の手段で換価することによって大きな利益を得ようとしたものと推認される」と判示している。判決は、こうした一連の行為を総合評価して、Ｙの不法性を認定したわけである。利率だけで契約の無効・不法原因給付の適用の有無が決まるのではないことを明確に示した点で、非常に示唆に富む判決だといえる。法律が定める利息の制限規定を客観的に遵守さえすれば無効・不法性の評価を免れるわけではなく、広く貸主の意図という主観面も不法の評価対象とすることによって、不法性を認定できるという判断枠組みを示したからである。こうした柔軟な不法性の判断基準は、救済の可能性を柔軟に広げるものであって、支持されるべきだと考える。

とはいうものの、客観的な法律の規定は、唯一無二の決定的基準とはいえないにしても、やはり重要だと考える。具体的には、次のように考えたい。現在の法律では、利息が年率29.2％を超えると刑事罰が発動され（出資法５条２項。これは2000年に40.004％から引き下げられたものである）、年率109.5％を超えると消費貸借契約自体が無効とされる（貸金業規制法42条の２）。そこで、解釈論としては、**利息が年率109.5％を超えると、利息制限法１条１項の特別規定たる貸金業規制法42条の２によって消費貸借契約自体が当然に無効になり、かつ、**

貸主の悪性が客観的に明白だと評価されるので、借主は不法原因給付を理由に当然に元本についても返還を拒めるが[9)]**、利率の違法性がそこまで至らなくても、みなし弁済とみられる上限たる年率29.2%を超えると（貸金業規制法43条２項３号参照）、刑事罰に値すると扱われることに鑑みて事情次第で契約自体が無効とされ、給付も不法性を帯びる**と解したい（②判決の論理構造はそのようなものだと位置づけることができる）。

このように解することによって、第一に、利率が年率109.5%を超えている事案については、具体的事情を問うことなく、一律的画一的に不法性あり、と判断できるメリットが生じる。第二に、利率がそれ以下の場合についても、②判決が評価したような諸事情のいかんによっては、たとえば取り立ての態様によっては、不法性ありとされる可能性が出てくる。むろん、取り立てに関しては、契約成立後の事情であって、本来は、契約の無効や給付（貸主から借主への金員の交付）の不法性の判断にとってはレレバントではないというべきかもしれない。けれども、こうした契約締結後の事情から、成立時における契約自体の反社会性・暴利性ならびに給付の不法性を認定することは妨げられないというべきだろう。②判決が、「Ｙには当初から法の規制に従った適正な手続に乗っとった債権回収を行おうという意図は毛頭なく、Ｘに法律上の義務があるかどうかにかかわらず、Ｘの無知、窮迫に乗じて、できるだけ多くの弁済をさせ収益を得ることを目的として本件契約を締結したものと推認するのが相当である」と述べているのは、そのような趣旨だと解される。

とくに、取り立て行為に関しては、貸金業規制法が次のように定めていることが注目される。

貸金業規制法21条１項　貸付けの契約に基づく債権の取立てをするに当たつて、人を威迫し又は次の各号に掲げる言動その他の人の私生活若しくは業

9）この点で潮見説に賛成、不当利得返還請求を認める内田貴・民法Ⅲ（第２版、2004年）67頁に反対である。

務の平穏を害するような言動により、その者を困惑させてはならない。

一　正当な理由がないのに、社会通念に照らし不適当と認められる時間帯として内閣府令で定める時間帯に、債務者等に電話をかけ、若しくはファクシミリ装置を用いて送信し、又は債務者等の居宅を訪問すること。

二　正当な理由がないのに、債務者等の勤務先その他の居宅以外の場所に電話をかけ、電報を送達し、若しくはファクシミリ装置を用いて送信し、又は債務者等の勤務先その他の居宅以外の場所を訪問すること。

三　はり紙、立看板その他何らの方法をもつてするを問わず、債務者の借入れに関する事実その他債務者等の私生活に関する事実を債務者等以外の者に明らかにすること。

四　債務者等に対し、他の貸金業を営む者からの金銭の借入れその他これに類する方法により貸付けの契約に基づく債務の弁済資金を調達することをみだりに要求すること。

五　債務者等以外の者に対し、債務者等に代わつて債務を弁済することをみだりに要求すること。〔以下、略〕

学説上は、これらの禁止規定に反する行為を債権者が行った場合、貸金業規制法43条１項にいう「任意に支払った」の要件を満たすかを問題として、これを否定する見解もあるが[10)]、判例は、一貫して個別具体的な審理を要する「任意性」を問題とせず、もっぱら客観的審理だけで済む同法18条の「書面」だけを問題として借主保護を図っていることから（最判平成２・１・22民集44・１・332、最判平成11・１・21民集53・１・98、最判平成16・２・20民集58・２・380、同475など[11)]）、取り立て行為の違法性を「任意性」の認定のために活用することは難しいだろう。けれども、取り立てにつき債権者が一定の態様を取ることを禁じる上記規定は、契約の無効・給付の不法性という判断に際

10）例、小野秀誠・利息制限法と公序良俗（1999年）369頁。

11）この点については、潮見佳男・契約各論Ⅰ（2002年）320頁以下が詳しい。

しては、大きな活用の可能性がある。これらに反する行為をしたこと自体が、不法性認定の有力な要素として評価されるべきからである。

（b）不当利得の一般理論との整合性

不当利得法、とくに不法原因給付をめぐる最近の学説の動きの中で、本問題を位置づけておこう。現在の通説・判例は、708条の不法は、90条にいう公序良俗違反の範囲よりも狭いと解し、倫理・道徳に反する醜悪さを伴った行為に限定する傾向が強い[12)]。だから、90条違反があるからといって、常に不法原因給付法理が発動されるわけではない。上記①②判決でも、契約の無効を前提として、さらに不法性についても別個に判断しているのは、この現在の判断枠組みを踏襲して、不法と評価するに値する醜悪さを探求するためだといえよう。

この点、近時の学説は、何が不法原因給付に該当するかの判断は、法が私人間の契約に介入する際に定立した禁止規範の保護目的の探求、一定の行為を禁止しようとした目的、そこで保護しようとした法益の解釈から導かれるべきだという[13)]。そして、この観点からは、不法を倫理的非難の可能性の高い場合に限定的に解する必要はないとした上で、暴利行為の場合には、原則は利息約定だけが公序良俗違反で無効で、契約は一部無効になるにすぎないが、暴利行為を禁圧することを禁止規範の目的が命ずる場合は、金銭の給付自体を不法原因給付として返還請求を排斥することになろうという[14)]。このように、法が禁止規範を定めた目的の解釈いかんによっては、元本についても不法原因給付法理の適用を認める学説が存在することは注目に値する。

この点、①判決が、先にも引用したように、次のように述べている点は、法の禁止規範の目的解釈に関する説示として読まれるべきだと考える。いわく、「……本件給付が不法原因給付に当たらないとすれば、Ｙは不法な利益を挙げるという目的達成には失敗しても、その手段として交付した金員の元本につい

12）例、最判昭和41・7・27民集20・６・1265、我妻栄・民法講義V_1・債権各論下巻１（1972年）1133頁、四宮和夫・事務管理・不当利得・不法行為・上巻（1981年）162頁。

13）例、藤原正則・不当利得法（2002年）90−91頁。

14）同108、98−99頁。

ては確実に回収できることになる。これは、法は不法に助力しないという民法七〇八条の趣旨に反することになると考えられる」。ここには、本件におけるＹの行為の反社会性が顕著なことを起点に、当該行為の抑圧だけでなく、同種の行為を一般的に予防・抑制しようという宣言がみられる。そうした一般予防も民法の任務だというわけである。そうした趣旨から、不法原因給付を理由に元本の返還請求を排斥したわけである。

ただ、こうした扱いは、貸主には「庇を貸して母屋を取られる」式だと感じられるかも知れない。それは、理論的にいえば、不法原因給付における「給付」をどう捉えるかの問題である。実は、給付概念は操作的に用いられて、たとえば未だ給付が終わっていないとして708条の適用が排除されることがあるのは周知の通りである。それは給付の「段階」を問題にするものだが、ここでは給付の「内容」ないし「質」が問題となる。つまり、暴利などを理由に不法な原因ありとされる消費貸借において給付されるのは、金銭（所有権）そのものなのか、それとも一定期間にわたる元本利用権に過ぎないのかが問われるわけである。この点、債権総論における給付の理解を前提にすると、消費貸借の場合には、金銭の引渡しそのものが給付であることは明らかであろう。消費貸借は、その要物性のゆえに、その点が必ずしも顕在化しないが、諾成的消費貸借を想像すれば理解できよう。その上で、契約成立後、借主の側で、契約成立時に受け取ったものと同種・同量の物を返還（給付）するという内容の債務を負担する、という構造が見られるのである。

この点、近時の学説（多数説？）は、賃借型における「給付」の特殊性を正確に把握すべきことを提唱している。たとえば、賃貸借では所有権自体ではなく、貸主の所有物の「使用・収益」が給付の内容であり、消費貸借においては、賃貸借における物の使用・収益に対応する「元本利用権」が給付の内容である、という。それによると、たしかに消費貸借においては、借主は所有権自体を譲り受けるので、この点で賃貸借と異なっているが、所有権帰属の相違は契約の目的物の相違（特定物か消費物か）に由来するにすぎず、給付利益の相違によるものではないことから、賃貸借と消費貸借は不法原因給付の場面では同一に

規律されるべきだという。その結果、貸主の給付は、元本を利用しえたことに限られ、それに相当する利益の返還が708条によって否定されることはありえても、貸与金銭の返還自体が同条によって排除されることはない、という[15)]。

けれども、そのことは、消費貸借契約レベルで捉え直せば、暴利行為で利息約定だけが公序良俗違反で一部無効だと扱われるのと変わらない[16)]。しかも、そもそも不法原因給付における「給付」をどう捉えるかは、拡大場面もあれば、縮少場面もあり、具体的場面では「不法」が完了しているかどうかも加味されるというのが現状であって[17)]、給付概念は結論を制御する概念としては決定的でないといわざるをえない。消費貸借において、給付は所有権自体だとも元本利用権だとも、どちらもフィフティー・フィフティーで言えるのではないだろうか[18)]。むしろ、ここでは、上記の学説が最判昭和61・９・４判時1215・47を契機に展開されたことに注目したい。その事案は、Ｘが、賭博の開帳を知っているＹから資金を借り入れたが、返済しなかったので、ＹがＸを訴えたというものである。判決は、「貸与される金銭が賭博の用に供されるものであることを知ってする金銭消費貸借契約は公序良俗に違反し無効であると」と述べるに留まっており、708条への言及がないが、不当利得を主張をして返還を請求しても708条により排除されるという考えを前提に、原審への差戻しを不要として、自判したものだと考えられている[19)]。そうした読みからすると、同判決は、一方で、賭博を開帳しようとして資金を借り受けた者が当該金銭を保持できるとするとともに、他方で、貸主は金銭の貸与によって生ずべき経済上

15）磯村保「賭博開帳者の保護？――権利保護拒絶のパラドックス」法セミ384号（1986年）30–31頁。その論をさらに展開した、同「不法原因給付に関する一つの覚書――賃借型契約無効の場合を中心として」神戸法学年報２号（1986年）も参照。

16）藤原・前掲注13）不当利得法108頁。

17）この点からの分析として、四宮和夫・前掲注12）不当利得166頁以下、山田幸一・不法原因給付、民法講座６（1985年）94頁以下参照。

18）給付概念の操作性を指摘するものとして、藤原・前掲注13）不当利得法95・108–110頁。

19）磯村・前掲注15）法セミ30頁、同・神戸法学年報97頁注２。

の利益を享受できないだけではく、元本そのものの返還も認められないという結果をもたらすことになって、不公平感を拭えないという[20)]。

たしかに、借主に不法性のある場合において、貸主が元本さえも返して貰えないという解決が公平かは問題があろう。けれども、この問題は、不法性の比較考量に還元すれば済むのではないだろうか。実際、最判昭和29・８・31民集８・８・1557は、理論構成にやや問題を含むものの、密輸のための資金と承知で金を貸した者から借主への返還請求を不法の比較考量の上で認めている。前掲昭和61年判決のような事案においては、借主たる賭博開帳者に貸主＝資金提供者に比べてより強い不法性が認められれば、708条但書によって、貸主は利息も含めて貸金の返還を請求できると解すれば足りるように思われる。実際、すでに学説上、賭博の資金であることを知って貸与した場合に関する大判昭和13・３・30民集17・578（消費貸借を無効として貸金の返還請求を否定したもの）に関して、これが不当利得としての返還も認めない趣旨だとすると問題だとし、当該金銭の交付が不法であることを借主が主張しない限り、不法性は借主の方が大きいとされて、貸主が給付した金銭を不当利得として返還を請求することは認められて然るべきだとされている[21)]。要するに、不法性の比較の場面に対応するために、ことさらに給付概念を狭く捉える必要はないように思われる。

以上に対して、貸主が暴利を貪る消費貸借契約においては、借主には前掲昭和61年判決におけるような不法性の疑いを挟む余地がない。実際、①②判決においても、借主は悪性の強い貸主の犠牲者だと位置づけられている。したがって、不法性の比較を通じて妥当な結果に至ることができるのであって、給付概念は、従来のまま素朴に捉えることによって、元本も含めた返還義務の存否を判断する方が簡明かつ合理的だと考える。すなわち、貸主と借主の不法の程度を比較して、借主の不法性が強いような場合には、708条但書によって、貸主の返還請求を認めれば十分なのである。

20）磯村・前掲注15）法セミ30頁。

21）我妻・前掲注12）債権各論1138頁。

仮にそれでも、貸主は「庇を貸して母屋を取られる」ことになってしまう、との反論があるならば、むしろ「庇を借りて母屋を取ろう」とした貸主に対するサンクションがあって然るべきだと答えるべきであろう。貸主の元本の給付自体、母屋を取るための、いわば「罠的な給付」[22]として、借主にとっては大切な契約の要素であるが（というのは、元本が利息天引きによってゼロになって一切の金員を交付しない場合に借りる者はいないから）、これを契約全体の中に位置づけると暴利という不法な目的を達成するための不可欠の核心部分を構成しているといえよう。だから、借主によるいわば元本の没収は、母屋を取ろうとした貸主に対する制裁的措置としては、「給付の均衡」があるものといえまいか。そして、すでにこうした見方を支持する判例が存在している。

第一は、やや古い判例になるが、大判大正５・６・１民録22・1121が、犯罪行為たる米国への密航資金を貸与した事案において、「其給付ハ名義ノ如何ニ拘ハラス不法原因ノ為メニセルモノナルコト洵ニ明白ナルヲ以テＹハ之カ返還ヲ請求スルコトヲ得サルハ前段説明ニ依リテ明ケシ」として、貸金そのものを給付として捉え、その返還請求を708条で阻止したことが注目される。この判決自体については、より細かく、共犯的な関係にあったのか否か、また単に渡航費用に用いられることを知っていたに留まる場合などを区別すべきであったとの批判があるが[23]、不法原因給付と評価されるや否や、当然に元本についても返還が阻止されることが自明の前提となっている。

第二は、いわゆる酌婦契約（親が借金をして娘が酌婦（売春婦）として働いて返済するという契約）を扱った最判昭和30・10・７民集９・11・1616である。この判決は、歴史的には、酌婦契約に伴って締結された消費貸借契約も酌婦契約と不可分一体的に無効になると判断することを通じて、大審院の判例を変更した点に重要な意義を有するものであるが、注目すべきは、「不法の原因が受益者〔借主〕……についてのみ存したものということはできないから、Ｙ〔貸

22）この表現は研究会における斉藤和夫教授からのご教示に負っている。
23）谷口・前掲注１）不法原因給付の研究131−132頁。

主〕は民法七〇八条本文により、交付した金員の返還を求めることはできない」と判示して、借主は貸金の元本も含めて、交付を受けた金員を一切返還しなくてもよい、と判断した点である[24)]。

この昭和30年判決については、学説上、不法原因給付において「給付」といえるのは元本の利用利益の供与だけであって、元本自体は「給付」ではないので、当該結論の正当化は難しく、ただＸの娘の人身の自由が制約されることと、Ｙ側に生じる財産的損失を比較考量して、消費貸借の無効を理由に貸付金につきＹの不当利得の返還請求を認めると、資力のないＸは、結局のところ娘をして同様の労働に従事させ続けざるをえなくなることから、Ｘ側の基本的自由の保護要請という法益を優先して正当化するしかないという説明がみられる[25)]。けれども、ことさら給付を概念的に狭く捉えて、その結果の不当な部分を補正するためにわざわざ人身の自由との比較考量に持ち込み、最終的には当初に立てた給付概念に修正を加えるという迂路を経る必要があるのだろうか[26)]。

24）この点に判決の意味を見いだすものとして、谷口・前掲注１）不法原因給付の研究382頁。

25）山本敬三・公序良俗論の再構成（2000年）224−225・231頁注(55)、同・民法講義Ⅰ（総則）（2001年）277頁注９参照。

26）なお、学説には、賭博貸付につき、①当事者間のものと②第三者との間のものを区別して、前者①については賭博債務と実質的に異ならないのに対して、後者②については貸主・借主双方に同等の不法性があったとしても、元本自体の返還請求は認められてよいとして昭和61年判決に疑問を呈するとともに、さらに③酌婦契約については、実体は人身売買であって消費貸借の実質がないとして判決の結論を是認するものがある（磯村・前掲注15）神戸法学年報132−134頁）。それは、要するに、上記昭和61年の第三者貸付型（②）の事案についてだけ、給付概念を狭く捉えようというものである。当事者間での賭博貸付（①）および酌婦契約（③）については、元本の所有権が不法原因給付の法理によって没収されることを認めているからである。けれども、それは場合に応じて「給付」の中身が異なることを認めるものであって、「賃貸型」における統一的な給付概念を打ち立てようという論者自身の構想に反しているのではないだろうか。しかも、①③の事案に関して実質に鑑みてなされた法性決定の再施を含む法的操作は、給付概念を狭く

私見によれば、現代の暴利消費貸借契約は、かつての酌婦契約との相似性において捉えられるべきである。裁判所は、社会問題として後者に対処した[27]のと同様の仕方で、前者にも対応すべきなのである。その立場からは、判例の素朴な枠組みに従って、消費貸借における「給付」とは、即物的に、交付された金員（の所有権）だと捉えて、貸主の不法性が重大であれば、借主は不法原因給付を理由に、「給付」たる交付された金員の返還を元本も含めて拒絶できると解すれば足りるのである。

なお、その観点からは、所有権ではなく占有だけの移転を給付内容とする使用貸借や賃貸借においても、直ちに、708条によって期間を定めた物の利用だけを貸主は拒絶できないと即答すべきではなく、返還が認められない給付内容は、不法性の比較による、と捉えるべきことになろう。たとえば、妾関係の維持のための妾宅の使用貸借契約は、不法原因給付に該当し、貸主は借主に対しその返還すなわち明渡しを請求することはできないとした判決があり（東京地判昭和40・５・10日下民集16・５・818）、そこでは狭義の給付の捉え方に対して、「このような場合においては、法律上どれだけの利益が与えられるかとは無関係に、占有し使用収益しうる事実状態が給付行為であると解すべきであつて、給付の原因が賃貸借あるいは使用貸借等であろうと、それに基づいて事実上利益状態が与えられたとき、もとの状態への回復請求には第七〇八条が適用されるものというべきである」と応答している。常にそうだとまで言い切ることには躊躇を覚えるが、少なくとも、そうした場合があって然るべきではないだろうか[28]。

以上のような捉え方が正当だとすると、不法原因給付の適用の場面は、何も単純な貸金に限られないことになる。すでに、①判決は、単純な金銭消費貸借

取った結果が不当なものになることを避けるためになされたものというべきではないだろうか。

27）我妻・前掲注12）債権各論1136−1137頁は、最高裁が大審院の態度を改めた点を賞賛する。

28）この判決の論理を支持するものとして、藤原・前掲注13）不当利得法110頁。

ではなく、借り換え、根抵当権設定などを含んだ事例を扱っており、不法原因給付法理の適用分野の広がりを示しているといえる。さらに、近時の裁判例の中から取り上げるならば、たとえば高松高判平15・3・27判時1830・63のような事例でも適用が考えられてよいと思う。事案は、固定資産評価額ならびに鑑定評価額の半額以下の2000万円でなされた売買につき、時価を無視した価格決定を説明できず、また売主に時価の認識もなく、しかも契約締結日においては売主が拉致状態であったことなどの事情から、契約内容に照らしても契約締結の過程に照らしても、公序良俗違反を理由に契約は無効になると判断したものであるが、ここでも不法原因給付の活用が考えられるのではないだろうか。つまり、買主の悪性の程度とその認定にもよるが、その悪性が著しい場合には、不法原因給付を理由に、搾取された売主が受け取った代金たる2000万円についても、上記①判決の精神を及ぼして、買主による代金返還の請求を否定してよいと考える[29)]。

（2）既払い借主の返還請求権

暴利とはいえ、すでに元利金を返済してしまった借主は、保護するに値しないだろうか。未払いの場合と対比して考える必要がある。この点、④判決は、契約の無効部分が利息に限られる理由として、「利息契約を無効として、ＹからＸに対し利息分を返還させることによって、実質的に暴利性は排除されることになるのであり、それ以上に貸付元本分についてまでＸの返還請求を認めることは、かえって結果的に妥当ではないことになるものと考えられ、貸付金の返還約束を内容とする本件消費貸借契約自体は有効なものとして処理するのが相当である」と述べている。つまり、契約はその一部が無効にされるに留まり、元本に関してはなお有効だというわけであって、その論理からすれば、これは

29）本判決については、すでに金山・前掲判タ1144号51−52頁で紹介し、不法原因給付法理の適用可能性を示唆した。本稿は、いわばその展開バージョンということになる。

当然の帰結だといえる。ただし、利息の約定の法外さは、他の事例と変わらないので(④判決は年率300%と2600%の二つの貸付があった事案を扱う)、何ゆえここで一部無効の扱いに留めたのかは十分に説明できないように思われる。この点は、同じく一部無効論をとる③判決(年率4238%)についても、当てはまる。

これらの判決は、当然のごとくに契約は一部無効だという前提で判断をしている。けれども、既弁済の場合だからといって、常に一部無効の扱いが正当だとはいえないであろう。そもそも、契約が全部無効か一部無効かは、上記**(1)**で述べた解釈がそのまま当てはまるべきだからである。したがって、そこで述べたように、消費貸借契約の全部が無効とされるべき場合があるはずであって、その点は繰り返さない。

ここでは、消費貸借契約の全部が無効とされ、借主が未払い状態であれば不法原因給付として元本返還請求を排斥できるような場合において、すでに債務者が元利金を返済ってしまったときに、どう扱われるべきかを検討したい。同じく暴利性のある消費貸借契約であっても、借主は、未弁済だと①②判決に従って元本の返還義務も免れるが、既弁済だと③④判決に従って違法な利息分しか取り戻せないというルールの合理性が問われることになる。

この場面では、不法原因給付の法理は少なくともそのままでは働かない。というのは、708条は、不法の原因のために給付したものの返還を請求できないと規定するだけであって、これを反対解釈すると、任意の返還がなされた場合に、それを取戻しの対象にしているようには見えないからである。契約全体が無効で、しかも貸付として給付された金員に不法性が刻印されていたとしても、借主が任意に返済すると、貸主は少なくとも元本については給付を保持できるかのように条文は読めるのである。元本については、ひとたび支払った金員の取戻しなど考える余地がないということになろう。

けれども、これは良いルールだとはいえない。というのは、このルールが行為規範レベルに投影すると、借主の任意の弁済があったかどうかが分水嶺となり、その結果、一方で、貸主たる悪徳業者は一層取り立てに励むことになり、他方で、暴利の犠牲者たる債務者は厳しい取り立てに何としてでも耐え忍ぶこ

とになって、その間に〈勝負〉が繰り広げられてしまうからである。けれども、それでは社会の悲劇はなくならない。そこで、ヤミ金融問題に詳しい弁護士は、出資法違反の超高金利貸付行為は公序良俗違反で無効であり、ヤミ金融から受け取った金銭は不法原因給付として返還の義務がないとともに、借主が支払った金銭は不当利得として返還請求ができる、と唱えるに至っている[30]。だが、直ちに、「元本の支払分まで無効というのは無理だろう」という拒絶反応を招いている[31]。

だとすると、いわば無理を通すための理論を組み立てる必要がある。たとえば、貸主に暴利という不法性があるゆえに無効とされる契約に基づいて「罠的な給付」がなされた場合には、元々の不法性の刻印が価値としての金銭（元本）に随伴する結果、借主が返済をした後も貸主にはなお708条但書のいう「不法ノ原因カ」存在するとして、借主は既払い元本についても返還請求権がある、といえないであろうか。牽強付会だと非難されるかもしれないが、こうした論理は、すでに学説上、既払いの借主が不当利得返還請求権を主張するための根拠として主張されていたところである。すなわち、最判昭和43・11・13民集22・12・2526が違法な既払い利息の返還請求権の根拠を705条の非債弁済に求め、従って債務の存在についての債務者の知・不知に返還請求をかからしめていたのに対して、その後の最判昭和44・11・25民集23・11・2137が債務者の知・不知を問題にしていないことを承けて、理論としては、「むしろ、不法原因給付で不法の原因が債権者にのみあるとして、708条但書に依り、債務者が債務の存在しないことを知っていたか否かにかかわらず、返還請求をみとむべきであろう」と説かれていたのである[32]。そして、受益者たる債権者のみに不法原因がある場合とは、相手方の困窮、軽率、または無経験に乗じて、給付と反対

30）宇都宮健児「激増する『ヤミ金融』と諸外国の消費者金融事情」国民生活32巻８号（2002年）10頁。

31）平野裕之・民法総則（2003年）154頁。前注所掲の文献については、研究会において平野氏にご教示頂いた。

32）来栖三郎・契約法（1974年）288頁。

給付が著しく均衡を失する契約を締結せしめた場合であって、要するに消費貸借が暴利行為として公序良俗に反する場合であるとされている[33)]。これは違法な利息に関する叙述であるが、論理的には元本にも等しく当てはまるというべきである。実際、酌婦契約に関する前掲昭和30年判決に関連して、借主が借入金を返済した後になってその返還を請求した場合には、元本についても、708条但書を適用してこれを認めるべきだという主張がなされている[34)]。かつての酌婦契約との相似性において現代の暴利消費貸借を捉える本稿の立場は、その社会感覚の鋭さをさらに一歩押し進めようというものにすぎない。

あるいは、別の理論構成も考えられる。暴利行為を理由に契約全体が無効とされる場合において、しかも、給付された金員（元本）につき未返済の状態において708条本文が適用されるような事態が生じたときには、その瞬間において、反射的に、借主に元本を保持する権限が発生する（最判昭和45・10・21民集24・11・1560参照）。それゆえ、その後、実際に貸主が返済を受けてもそれは「法律上の原因のない」ものと評価されて、返済分は元利を問わずに借主による不当利得返還請求の対象になる。708条本文が「給付したものの返還を請求することができない」と規定しているのは、まさに受領権限が受領者に存在することを前提としている。したがって、その後の財貨の変動は708条本文の認める当該受領権限が基準となって評価されることになる。だから、当該受領権限にそぐわない給付がなされた場合には、法律上の原因を欠くものとして、当然、一般的な不当利得の返還請求権が発生すると考えるわけである。

いずれの立場を採用するにせよ、このような方向を目指すに際しては、予め、

33）来栖・前掲注32）契約法289–290頁。

34）我妻・前掲注12）債権各論1137頁。その前提には、有体物に関してだが、給付者が返還を請求しえない給付物の所有権は受領者に移転するという理解がある（同1164頁）。しかも、わが国では、処分行為の抽象性という制度を排斥して、不法な行為が無効であれば所有権の移転も生じないという法制が採用されており、その下では、所有権を理由とする返還請求権にも708条の適用があるのは、むしろ当然であるという（我妻・同前1176頁）。

以下のような二つの批判ないし疑問に答えておく必要があろう。第一は、わが国の公序との整合性であり、第二は、不法原因給付法理の位置づけである。順次、検討しよう。

第一に、借主が元本をいわば没収するということは、実質的にみて、わが国では公序良俗に反するとして否定されている懲罰的損害賠償（最判平成９・７・11民集51・６・2573）を認めているに等しい、と批判されるかもしれない。けれども、懲罰的賠償は、すでに慰謝料の形である程度まで認められている。しかも違約罰は、懲罰的要素を含んでいても、原則として有効である。むしろ、懲罰的賠償がわが国の公序に適合しないとして否定されるのは、賠償といいながらも、損害の填補の観点が抜け落ちてしまい、その結果、賠償額には客観性も上限もないことになるからだと解することができる。だとすれば、任意弁済後になされる借主からの返還請求は、仮にこれを懲罰的賠償の観点から評価したとしても、実際に借主が給付した額（プラス受領時からの法定利息）に限られるので、その額には客観性も上限もある。したがって、懲罰的賠償の禁止原則との間で、原理的な矛盾は生じないと考える。

第二に、ここで刷新された不法原因給付法理は、元本について貸主から借主への財貨の強制的移転を認めるわけであって、それをアウトローの退治というだけで正当化できるのか、との疑問が出されるかもしれない。

まず、実質面からいえば、貸主が債務者から元利全部の返還さえ得ていれば、少なくとも元本は安泰だというルールが社会において適用されると、その結果がどのようなものになるのかを考えなければならない。それでは、悪徳貸主をして高利禁止の遵守へと向かわせるインセンティブは不十分にしか働かない（「不十分に」というのは、借主が一切任意の支払いを拒んだ場合には、上記**(1)**のルールが適用されるリスクがあるので、その限りでは貸主の法遵守のインセンティブがあるからである）。すでにみたが、①判決で出された視点、すなわち「Ｙは不法な利益を挙げるという目的達成には失敗しても、その手段として交付した金員の元本については確実に回収できることになる。これは、法は不法に助力しないという民法七〇八条の趣旨に反することになる」という視点は、ここでも

評価に値する。それを本場面に対応させるために若干モディファイして用いるなら、「Ｙは不法な利益を挙げるという目的達成には失敗しても、その手段として交付し回収した金員の元本については確実に保持できることになる。これは、法は不法に助力しないという民法七〇八条の趣旨に反することになる」と言えるのである（圏点部分が追加ないし補正）。もちろん、そうした一般予防のためには行政罰や刑事罰があると言えないわけではない。けれども、民法も積極的に協力して、高利に対する一般的予防の役割を担っても構わないだろう。

本来、不当利得制度は、正当な原因なくして手許を離れた財産の回復を求めることを可能にする制度であるのに対して、不法原因給付はそれを閉ざす場合だと位置づけることができる。この点、ある学説によれば、立法目的から当該法令の政策目的を達成するために、どこまで要請されているのか、いいかえれば貸主の財産権を制限しないことには借主の保護が達成できないかどうかで決まる[35)]。それに従うならば、借主が自ら返済した元本について、貸主に返還義務を負わせないことにはとても借主の保護は計れないという政策目的の解釈によって、貸主から借主への財貨移転を実質的に正当化できるのではないだろうか。そして、暴利を行った貸主は、不当利得の一般原則に従って悪意の受益者として扱われ、自らが返済を受けた元利金のみならず、それにつき返済時からの利息を付した上で、借主の返還請求に応じなければならない。

次に、こうした実質的考慮を法的に理論構成するための形式面を考えてみよう。元本という財貨がＹからＸに移転することを正当化しなければならない。判例（最判昭和45・10・21民集24・11・1560）が反射的効果として、Ｘへの財貨帰属を正当化する権利が発生するとしているメカニズムが問われているのである。そもそも、不法原因給付がなされた場合において、受領者が任意に返還をすると、もはや取戻しの請求ができないことは、条文上の大原則のように見える。だとすると、その大原則を破る形になるＸによる既払い元本の返還請求は、そのような見方自体の修正・更新を前提にしてのみ可能である。そこで、

35）山本敬三・前掲注25）公序良俗論の再構成74–75・85–85頁参照。

改めてテクストたる条文に何が書かれているのか、立ち帰ってみよう。

民法708条本文　不法ノ原因ノ為メ給付ヲ為シタル者ハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス

ここで対比すべきは、違法な利息を債務者が任意に支払った場合に関する利息制限法の条文である。それは次のように定めている。

利息制限法１条２項　債務者は、前項の超過部分を任意に支払つたときは、同項の規定にかかわらず、その返還を請求することができない。

両条文は、任意に支払った者の返還請求権を否定する点で共通している。ところが、本稿の冒頭で引用したように、最高裁は、利息制限法の解釈において、結論的には既払いの違法な利息の返還を命じるに至っている。だとすると、同様の体裁をとる708条に関しても、利息制限法と同じく暴利の抑制の観点から、貸主に対して受け取ったものの返還を命じることは形式的には何ら問題がないといえよう。

たしかに、民法においては支払ったものの返還を拒絶する場合がある。その代表例は、時効完成後の任意弁済であろう。その理論構成は、時効の援用をどう位置づけるかによって異なるが、支払った後に債務者が返還を請求できるとすることに躊躇を覚えることは確かである。それは、時の経過だけで債務が完全に消滅するというのは不道徳であって、なお債務者は弁済すべきだという価値判断が働いているからであろう。だから、時効の効果発生についての不確定効果説や、確定効果説の立場でも時効の完成後も自然債務は残存するという解釈が有力に唱えられているのである。ここに、権利の消滅はクリアーカットには現れにくい事情がある。ところが、暴利の消費貸借における債務者は、時効の場合と比べると、悪性の強い貸主の存在という付加的要因のゆえに、その道徳的非難可能性が小さいといえよう。これが、時効の場合と異なり、暴利の借

主が任意の弁済をしても、利息制限法の解釈として違法な既払い利息を取り戻せるのと同様、元本についても不当利得を理由に取り戻せると解すべき理由である。

あるいは、こうした法的メカニズムを悪用する借主が続出するのではないか、という危惧もありえよう。けれども、借主が常習犯の場合には、不法性の比較の法理を適用して、貸主は、返済前であれば借主に不法性の度合いが強いということで708条但書によって返済を請求でき、また返済後であれば借主の不法性を主張してその返還請求を拒めると扱えば足りよう[36)]。

最後に、研究会の席上でなされた批判を紹介しておこう。それは大要、以下の二点に集約できる。第一に、そもそも、悪性の強い典型的な暴利行為においては、元本自体はそれ程の額ではなく、それを餌にまさに暴利を貪っているのであるから、利息との関係で相対的に少額とみられる元本については、返済を受けた貸主に保持させてもよいのではないか。そう解しても、元本額と同額の慰謝料の支払いを貸主に命ることによって、元本を返還させたのと同じ結果を無理なく導くことができる。第二に、民法の世界は私的自治とその再調整までを扱うのであって、一般的予防の効果を狙ったり、アウトローに特化した理論を提供することまでは考えるべきではない。

これらの批判に詳しく応答する余裕はないが、第一の点に関しては、元本額が少額なら、なおのこと利息の暴利性が元本部分にまで不法性を深く刻印するといえないであろうか。のみならず、慰謝料の支払いという形で実質的に同じ結論を導くのであれば、堂々と、かつ、より直裁に、客観的かつ上限のある元本自体についての返還義務の有無を問題にすべきではないだろうか。第二の点、すなわち民法の世界が何を意味するかは、論者の世界観ないし法観が投影する問題であって、今それ自体を論じることはできない。ただし、民法の守備範囲とその世界の「掟」を決めるのは、民法学自身であって、予め「自然」ないし

36）708条本文についても、不法性を比較すべきだとう点については、我妻・前掲注12）債権各論1134・1139–1140頁参照。

「当然」にその中身が決まっていたり、また他者が定めたりするものでもない、とはいえよう。その意味で、民法の世界という問題設定をする際には、それが常に開かれた問いであることに留意する必要があろう。だから、ある論者にとっての「自然な民法の世界」も、またここで志した「アウトローの民法の世界」も、各々、その価値観との関係で民法観が問われなければならないし、少なくとも互いにそれを自覚しなければならないと考える。

むすび

本稿では、最新の実務裁判における不法原因給付法理の適用領域の拡大を確認し、その方向を追認し、さらに押し進める理論を探ってみた。歴史的には、不法原因給付の要件たる「不法性」は、返済した借主に見いだせこそすれ、貸主にこれを見いだすことなどありえなかった。だから、今日、大きな歴史的転回が見られようとしていることは注目すべきである。そこには、不法原因給付法理の柔軟化現象が見られる。

ところで、不法原因給付制度の柔軟化の方向は、視野を民法の外にまで広げてみると、立法にも現れている。たとえば、株主総会対策のための総会屋への金員の交付について、商法295条は、１項で「会社ハ何人ニ対シテモ株主ノ権利ノ行使ニ関シ自己又ハ其ノ子会社ノ計算ニ於テ財産上ノ利益ヲ供与スルコトヲ得ズ」と定め、３項で「会社ガ第一項ノ規定ニ違反シテ財産上ノ利益ヲ供与シタルトキハ其ノ利益ノ供与ヲ受ケタル者ハ之ヲ会社又ハ其ノ子会社ニ返還スルコトヲ要ス此ノ場合ニ於テ会社又ハ其ノ子会社ニ対シテ給付シタルモノアルトキハ其ノ返還ヲ受クルコトヲ得」と定めている。これは、不法原因給付の原則からいえば、金員の交付者に不法性の疑いがあるので、ひとたび「総会協力金」を渡せば返還が認められない可能性があるところを、逆にして、返還請求権を認めた点に意味のある規定である。ここには、一定の政策目的達成（総会屋の一掃）のために不法原因給付法理が柔軟化すべきこと、具体的には708条但書と同じ扱いが明文化されていることが分かる。結局、これと同様に③④判

決の場合も扱おうというのが本稿の主張である。

①②判決は、これとは反対方向に708条本文の適用範囲を広げて、金銭の供与者の返還請求権を否定したものである。それは、悪質な金融業者から市民を守るため、実体に則して誰を制裁すべきかという観点を取り入れて、不法原因給付の法理によって柔軟に対応しようというものである。正常な取引が問題になっているのであればいざ知らず、日本社会におけるいわばアウトローの存在とその根絶が問題となっているのだから、その目的達成のための方策として、どのような不当利得法が有効なのかという観点が前面に出ていることが高く評価されるのである。

大きくいえば、現代においては、契約を通じて個人が脅かされる危険は至る所に存在している。そこで、契約のもつ危険の内容・質に応じて、そしてどのような人が関わっているかに着眼して、たとえば「消費者法」の名の下に、様々な概念や法理が編み出されていることは周知の通りである。暴利に対処するための理論を開拓しようとする本稿は、それを一歩進める、いわば「アウトロー民法」の試みであって、反社会的な存在から市民法を――事業者であると非事業者であると問わずに――守ることを目指している。むろん、それで暴利がなくなるとはいえないだろう。行政的・刑事的な協力体制こそが肝心であろう。民事法もそれに寄与すべきだと考えているにすぎない。不十分な考察に終わったかもしれないが、大方の批判を賜ることができれば幸いである。