

# 信義則による不法の抑止と制裁

金銭消費貸借契約をめぐる

最近の裁判所の動向を契機として

廣 峰 正 子

- 一. はじめに
- 二. 制限利息を超過する金銭消費貸借契約をめぐる高裁の動向
  - 1. 従来の最高裁の立場
  - 2. 金銭消費貸借をも無効とする裁判例
  - 3. 公序良俗違反による無効構成と不法行為構成の異同
- 三. 信義則試論
  - 1. 信義則の機能をめぐって
  - 2. 若干の考察
  - 3. 民法に見られる抑止・制裁概念
    - (1) 背信的悪意者排除理論と信義則・権利濫用
    - (2) 不法原因給付
    - (3) 制裁と利得禁止原則
- 四. おわりに

## 一. はじめに

私は、民事責任が抑止的機能や制裁的機能をより積極的に果たしうるかどうかを検討するに際して、フランス法を比較の対象として研究した<sup>1)</sup>。そこで明らかになったことは、わが国と似たような法的枠組みを有するフランス法にあっても、「民事罰」概念が生成・展開しており、民事責任に抑止的機能や制裁的機能を持たせようとする立場が脈々と存在し、近年さらに盛んに論じられていることであった。そして、わが国で制裁や抑止というと、英米法上の懲罰的損害賠償のように実損害を超える高額な賠償金が想定されるのに対して、フランスでは、そうした「量的民事罰」だけで

はなく、行為者の権利や利益を剥奪する「質的民事罰」なるものが存在することが、さらなる驚きであった。例えば、相続財産や夫婦共通財産の隠匿者は、その持分を剥奪されるというものである。要するに、フランスにあって抑止や制裁は、賠償額の上乗せだけではなく、不当に得た権利や利益を剥奪するということをも通じて追求されているのである。このことは、わが国の民法において抑止や制裁を考える上でも大きな示唆を含むと思われるのである。ところで、わが国に目を転じた場合、わが国においても、不当に得た権利や利益を剥奪するということを通じて、制裁や抑止が志向されている領域はないだろうか。

近年、いわゆるヤミ金融といわれるような貸金業者の悪質な貸付や取立て、さらにはそれらに端を発する犯罪の増加や被害者の自殺等が重大な社会問題となり、耳目を引いたのは周知のことである。こうした状況を改善すべく、平成11年法第155号による出資法の改正により、高金利の処罰規定における金利が年率40.004%から29.2%に引き下げられ(同法5条)、さらに平成15年法第136号による貸金業規正法の改正により、貸金業者が業として行う金銭消費貸借契約において、年率109.5%を超える利息の契約をしたときは、当該消費貸借契約自体を無効とする(42条の2)ほか、出資法の改正により処罰規定の法定刑が「3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又はこれの併科」から「5年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金又はこれの併科」に引き上げられたが、さらに、最近注目に値する高裁判決が東京高裁、福岡高裁、札幌高裁で下された。これらの判決は、利息制限法所定の利率を超過する利息を約した金銭消費貸借契約をめぐる従来の最高裁の立場からは、明らかに一線を画するものである。すなわち、悪質な貸金業者に対して、超過利息のみならず元本部分の金員の取り戻しも認めないという強い制裁を課すことにより、こうした悪質な行為を抑止しようとする態度が明確に打ち出されているのである。その際用いられる法的論理枠組みとしてまず想起されるのは、利息契約及びそれと密接に関連する金銭消費貸借契約を公序良俗に反して無効であると、さらに授受

された金員を不法原因給付としてその返還を拒否するという枠組みであろう。この枠組みは、金銭消費貸借契約において従来用いられていた枠組みと基本を異にするものではない。これに対して、前記のうち札幌高裁は、後に詳述するように、こうした従来の枠組みを用いず、貸付行為等を不法行為と構成し、さらに信義則を根拠として、貸金業者から元本部分の金員の給付保持力を剥奪する結果を導いている。要するに、そこでは708条と同じ役割を信義則が担わされていると思われるのである。708条の趣旨が不法の抑止や制裁であることについては、判例・学説上あまり異論のないところであろう。しかし、信義則に不法の抑止や制裁を担わせることは、果たして可能であろうか。それとも、前記札幌高裁は、結果の妥当性を導くために信義則に頼らざるを得なかったのであろうか。しかし、仮にそうであるとしても、裁判所が信義則をそのように用いたことは注目すべきであり、果たして信義則にそのような機能を担わせることが妥当か否かを検討する必要がある。

## 二．制限利息を超過する金銭消費貸借契約をめぐる高裁の動向

### 1．従来の最高裁の立場

金銭消費貸借において利息制限法所定の制限を超過する利息の約定がある場合、利息制限法1条1項は、当該超過部分を無効とするものの、同条2項は、債務者がそれを任意に支払った場合には返還請求することができると規定する。この規定の不備を補ったのが、一連の最高裁大法廷判決であった。すなわち、昭和39年11月18日判決<sup>2)</sup>において既払いの超過利息を元本に充当することを認め、さらに43年には、超過部分を元本に充当すると計算上元本が完済となったときに債権はすべて消滅し、残りの金額には元本債権の存在を前提とする利息制限法の適用はなく、不当利得返還請求ができると判示したのである<sup>3)</sup>。したがって、最高裁の基本的立場とし

ては、仮に利息制限法所定の制限を超過する利息の約定があったとしても、無効になるのは当該超過部分だけであり、利息契約全体やさらには金銭消費貸借契約までも無効にしないということになる。金銭消費貸借と利息契約は、あくまでも別個独立の契約である<sup>4)</sup>。利息制限法所定の制限を超過する高利契約であったとしても、基本的には同法1条1項の明文どおり右超過部分のみが無効とされるべきであり、当該利息契約自体を無効とするには、それが暴利行為に当たるとして民法90条により無効とする等、別の論理構成が必要である。さらにあくまで別個独立とされる消費貸借契約にまで利息契約の無効の効果を及ぼしうとすることは、例外的であるといわねばならないだろう。最高裁は、利息契約全体を暴利行為として公序良俗に反するとして無効とするためには、客観的主観的要件のほかに「特別の事情」が存しなければ暴利性は立証されないとし<sup>5)</sup>、さらにその「特別の事情」の具体的内容については、「相手方の窮迫、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か否か」を認定基準として示している<sup>6)</sup>。ただし、当該判決では、これらの事情がないとして公序良俗違反による利息契約の無効を認めていない。さらに最高裁において金銭消費貸借契約が暴利行為であることを理由として公序良俗により無効とされた例は見当たらない<sup>7)</sup>。この立場は、現在の最高裁にも引き継がれていると思われる<sup>8)</sup>。

しかしながら、利息制限法所定の制限を大幅に超過する利息の約定がある場合、いわゆる暴利行為<sup>9)</sup>の場合などには、下級審において利息の全部を無効とする裁判例も散見され、さらに近年においては、消費貸借契約までも無効とする裁判例が増加しているように思われる。

## 2. 金銭消費貸借契約をも無効とする裁判例

最近、高裁レベルで、暴利行為を理由として金銭消費貸借契約までも無効とする興味深い判決が相次いで下されている。まずこれらの判決を概観しよう<sup>10)</sup>。

東京高判平成14年10月3日判例時報1804号41頁

【事実の概要】

Xは、高額の担保価値（価格は9300万円で担保掛け目を乗じると6000万円前後の担保価値を有する）のある不動産を所有し、それには住宅金融会社による住宅ローンの抵当権（残存債務額2400万円）がついており、その返済額は1ヶ月当り約16万円で滞りなく返済していた。他方Xには、サラ金等に約350万円の債務があり、その返済額は1ヶ月当り20万円に及んでいた。Xは、小田急バス内の広告で街の金融業者のY<sub>1</sub>を知り、サラ金からの債務をY<sub>1</sub>で低利で借り換えることによって毎月の返済額を減らすことを考えて、Y<sub>1</sub>にその旨申し込んだ。Y<sub>1</sub>は、住宅ローンを含めた債務全体の借換を勧め、まずそれが実現するまでのつなぎとして250万円の貸付に応じ、住宅ローンを含めた全額の借り換えとしてその1ヵ月後に3160万円の融資に応じるとして、借用証書の作成と6300万円の根抵当権の設定を求めた。Xとしては、長期低利で借り替えるつもりであったが、当該契約書には約半年後に一括で返済する旨記載されていたので、Xが異議を唱えると、Y<sub>1</sub>は、この契約書は仮の契約書であり、半年以内に長期低利の借換ができると説明した。Xは、この説明を信じて契約を締結し、登記も経由された。しかし、Y<sub>1</sub>にはそのような当てもなく、融資直後に互いに共謀していたY<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>に右貸付債権を担保権とともに根質入して、その登記も経由された。その後Xは騙されたことに気づいたが、Y<sub>2</sub>は、根質権に基づいて、根抵当権の実行として不動産競売を申し立てた。

そこでXは、根質権実行禁止の仮処分を申し立てるとともに、本訴を提起して、右3160万円の貸金債務の不存在確認、右根抵当権設定登記の抹消登記手続、及びY<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>の承諾、更にYらの行為が不法行為に当たるとして損害賠償の請求をした。これに対して、Y<sub>2</sub>は、貸金について質権に基づく取立権を有するとして、貸金の取立請求の反訴を起こした。

一審判決は、Xの主張を認めて、Y<sub>1</sub>の貸付及び担保権の取得は、Y<sub>1</sub>がXの軽率、無経験、法律の不知に付込み、第三者たるY<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>をして不当な利得を得させ、あるいは自らこれを得ようとして締結したものであるから、本件各契約は公序に反して無効であるとした。そして、貸金債務の不存在確認、根抵当権の抹消、その承諾の請求のすべてを認容し、Y<sub>1</sub>に対する損害賠償請求の一部を認容して、反訴である貸金の取立て請求を棄却した。

これに対して、Y<sub>1</sub>らが控訴を、Xが附帯控訴を申し立てたのが本件である。なお、Y<sub>1</sub>は、控訴審で、貸金が無効であるとする、同額の不当利得返還請求権が存する、この請求権についても質権を設定したとしてその取立て請求を反訴として追加した。

【判決の要旨及び理由】 控訴棄却

本判決は、一審判決と同様に、Y<sub>1</sub>の貸付及び担保権の取得を、公序良俗違反により無効であるとした。すなわち、借主の軽率、無経験、法律の不知に付込み、事実を反する有利な条件を示して借主に金銭の借換を決意させ、その返済が困難な状況に陥らせて借主を経済的に窮迫させ、これを利用して借主から多額の経済的な利益を得ようとする場合には、当該借換による金銭の貸付及びその担保取得の契約は、公序良俗に反するものであって、法律上無効であるというものである。

さらにY<sub>2</sub>が追加した反訴請求について、不法原因給付であると認めて、これを棄却した。以下は、本判決が不法原因給付に当るか否かを検討した箇所である。

「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」。……「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」（下線筆者）。

### 福岡高判平成17年1月17日判例タイムズ1177号188頁

#### 【事実の概要】

Xは、貸金業規制法3条1項が定める登録を受けないで貸金業を営んでいる者である。Aは、平成14年1月12日Xと離婚したが、その後本件各契約当時においてもXと同居中であり、Xが貸金に関する借借書を作成する際や弁済金を受領する際に立ち会ったり、さらにはXに代わって弁済金を受領するなどしてXの無登録貸金業に加担していた。他方、Yは、難聴を患う、昭和9年生まれの本件各契約当時68歳という高齢であり、貸金業者であるEからの借入金債務約400万円をはじめとして多くの債務を負っていた。

平成14年8月29日の本件貸金(1)以前に、Yは、BやAから、「Yの借金をBが全部払うから借りてあげてよ。組織の金が入ったら返す」などといわれたので、これを信用し、Xとの間で、本件貸金(1)の債務につき本件保証契約を締結するに至った。その際、BやAの立会のもとで作成された金銭消費貸借契約証書の利息の利率欄は白地のままであったが、XからYらに対して月1割の利息が要求されたので、その旨合意された。そこで、同日、利息として35万円の天引き後、残金315万円がBに交付され、これをBとAが分け合った。また、Yは、

Aからいわれるがままに、Xに対し、所有土地を担保として提供し、不履行の際にはXに対してこれを譲渡する旨を記載した覚書、同土地の登記済証、実印が押印された白紙委任状及び印鑑登録証明書を交付したばかりでなく、Yの夫が所有する不動産の登記済証、同人の印鑑登録証明書、委任状等を交付した。

同年10月29日、Yは、BやAから、本件貸金(1)の10月分の利息35万円が払えないので、Xから150万円を借りて欲しい旨言われていたので、Xから本件貸金(2)である150万円を借り受けた。その際、本件貸金(1)と同様に、Aの立会のもとで作成された金銭消費貸借契約証書の利息の利率欄は白地のままであったが、XからYに対して月1割の利息が要求されたので、その旨合意された。そこで、同日、利息として15万円の天引き後、残金135万円のうち35万円が本件貸金(1)の利息の支払いに充当され、100万円が同年9月26日にXがYに対して貸し付けた100万円(以下「別件貸金」という。)の支払いに充当された。

Xは、貸金業を営むにおいて帳簿を作成しておらず、本件貸金(1)及び本件貸金(2)に関しても同様であり、それぞれの上記契約書を入れている封筒に各弁済の日付と金額がメモ書きされているにすぎない。また、上記の弁済金についても、Xは、Yにその受領書を一切交付しなかった。

Xが連帯保証契約に基づく主債務残元金245万円及び消費貸借契約に基づく残元金60万円合計305万円の支払をYに求めたのに対し、Yは、原審において、既に支払済みであるとの主張をしていた。原審は、この弁済の抗弁を認めず、Xの請求を認容した。そこで、Yが、本件各契約はそもそも公序良俗に違反して無効であるとの主張を追加して控訴したのが本件である。

【判決の要旨及び理由】 控訴棄却

新たに追加された公序良俗違反の主張について判断し、本件各契約は、いずれも月利1割(実質年率133.3%)の約定があること、Xは貸金業規



制法3条1項に定める登録を受けずに貸金業を営んでいる業者であること、貸付にかかわる帳簿を作成しておらず、弁済に際して領収証も発行していないため、貸付及び弁済の経過が極めて不明確になっていること等を認定した上で、平成15年法136号による貸金業規制法改正の趣旨を踏まえ、このような貸金業者による高利の貸付は、それ自体で既に公序良俗に違反する行為といっても過言ではなく、かつ、本件契約の経過、借主の属性等を踏まえると、Xが、Y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は明らかであるから、公序良俗に反する契約として無効であるとした。

上記二判決は、利息制限法所定の制限を大幅に超過する利息を約していたことや、その貸付に至る悪質性等当事者の主観的事情等を考慮して、利息契約及びそれと密接に関連する消費貸借契約を公序良俗に違反するとして無効とし、かつ、消費貸借契約によって借主が受領した金銭を受益者（すなわち貸主）のみに不法原因が存するとして、貸主からの返還請求を認めない（民法708条但書）としている<sup>11)</sup>。その意味で、この2つの判決は、従来理論構成と異なるものではない。しかし、次の判決は、この従来理論構成を採らず、当該貸付や取立て等一連の行為を不法行為と構成することで、金銭消費貸借契約をも無効とするのと同様の結果を導いている。すなわち、金銭消費貸借において授受された元本額をも不法行為の損害であると評価したのである。

#### 札幌高判平成17年2月23日<sup>12)</sup>

##### 【事実の概要】

Yは北海道知事の登録を受けた貸金業法上の貸金業者である。Xは、平成14年当時、複数の金融業者から高利の借入を重ね、その返済に窮していたところ、同年3月頃、電信柱の広告でYを知り、同月14日、Yの事務所において、金員の借入を申し込んだ。

Yは、Xの身上・勤務先等についてXから聴取した上で、Xに対して金2万5千円を交付して、返済期限は同月25日、返済金額を金5万円、支払方法は持参払い、との約定を結んだ。Xは、同月25日に、上記約定どおり金5万円をYに支払い、その後、平成15年1月31日までの間に15回にわたりYから金58万500円を借り入れ、上記期間中に、10回にわたり、総額金108万9000円を返済した。この間のYが受け取った利息相当分を年率に換算すれば、Yは、実に、年率1200%を超える高利で、Xに金員を貸し付けていたことになる。

そこで、XはYに対して、XがYに弁済した全額である金108万9000円を不法行為に基づく損害賠償ないしは不当利得返還として請求した。

Xの請求に対して、Yは、反訴において、4回分の貸金合計28万円余並びに各貸付日から支払済みまで年29.2%の割合による約定利息及び遅延損害金の支払を求めた。

原判決は、Yの請求については、いずれもこれを棄却し、Xの請求については、一部を認容してその余を棄却した。そこで、Xが控訴したのが本件である。

【判決の要旨及び理由】 控訴認容

本判決は、原判決を変更し、本件貸付行為及び取立て行為等を不法行為と認定し、元本部分についても、「民法上の保護に値する財産的価値の移転があったとは評価できない」として、元本を含む、貸主が受領した金員全額を不法行為の損害に当るとした。以下は、判決理由中の当該箇所である。

「以上によれば、被控訴人は、原判決書別紙取引履歴経過目録1記載のとおり、控訴人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は許容してはいるが、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、被控訴人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ない。

したがって、本件において、控訴人が被控訴人に支払った108万9000円はその全額が被控訴人の不法行為に基づく損害であるといい得るともに、被控訴人から控訴人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、被控訴人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）」（下線筆者）。

### 3. 公序良俗違反による無効構成と不法行為構成の異同

以上見てきたように、高利の利息が約定された金銭消費貸借契約において、利息のみならず元本に至るまで無効とし貸主の給付保持力を剥奪する法的構成としては、公序良俗違反による無効構成と不法行為構成の二種が可能であることが示された。しかし、ここでいくつかの重大な疑問に遭遇するのである。まず第一に、なぜ札幌高裁は、従来の公序良俗違反による無効構成を採用せずに、あえて不法行為と構成したのか。というのも、第二の疑問点でもあるのだが、不法行為と構成すれば、元本部分を不法行為の損害と評価することが困難であると思われるからである。つまり、貸主から借主への元本たる金員の授受は実際に行われたのであるから、仮に貸

付行為自体を不法行為と評価するとしても、元本相当額については借主に損害が発生していないのではないかと、あるいは損害と認定し得るとしても元本相当額は損益相殺の対象となるのではないかと考えられるからである。さらに言えば、そのようなことを考慮せずに元本相当額を含めた損害賠償債務を貸主に課せば、別途貸主から元本相当額について消費貸借契約の無効を理由とする不当利得返還請求をなされる可能性が高いだろう。そうすると、せっかく元本部分を含めた損害賠償を認めた趣旨が没却されることになるのである。このように不法行為構成を採れば、元本部分を貸主に保持させないという結果を導くのに解釈論的な無理を生じる。にもかかわらず、どうして札幌高裁はあえて不法行為と構成したのか。そして第三には、元本部分の貸主の給付保持力を剥奪するために札幌高裁が用いた根拠が、民法1条及び民事訴訟法2条であったことである。すなわち、札幌高裁は、同条を根拠に元本の授受を「実定法上も訴訟法上も保護するに値しない」と評価しているのである。この点、民法1条のうちいずれを指すのかが問題となるが、民事訴訟法2条が、従来から議論されていた民事訴訟法上の信義則を明文化して平成10年に新設された条文であることに鑑みると、民法1条も、権利濫用や公共の福祉ではなく、信義則を指しているものと考えてよいと思われる。では、果たして、信義則は、単なる調整原理としてではなく、このような用いられ方が可能なものなのであろうか。とはいえ、一方で、札幌高裁の下した結論自体は、是認すべきものである。ただし、同じように悪質な貸付行為等であると判断される場合に、一方の法構成と他方の法構成とで結論が異なるのは好ましいことではないし、不法行為構成を採った場合に悪質な貸金業者が少なくとも元本については剥奪されることがない(すなわち悪いことをしても損はしない)というのであれば、法は悪事に荷担しないという708条の趣旨を不法行為構成を採ることによって潜脱できることになるからである。とすれば、第四の疑問は、札幌高裁は、法が悪事に加担せずそのことによって不法な行為を抑止するという708条が有するのと同じ機能を、民法1条に結果として果たさせたので

はないかと窺えるが、果たしてそのような信義則条項の利用は可能かという点である。

第一の札幌高裁がなぜあえて不法行為構成を採ったかという点については、不法原因給付等についての当事者の主張・立証が不十分であれば、裁判所はそれを採用することができず、元本部分の貸主の給付保持力を奪うという結論を導くためには、不法行為構成によらざるを得なかったとも考えられる。しかし私は、ある1つの相違点が決定的に両者を分けたのではないかと考えている。それは、元本相当額を借主が貸主に返済していたか否かである。判決の借主は元本として受領した3000万円余をいまだ返済していなかったが、判決の借主は、元本58万円余をすでに返済していたのである。元本たる金員がいまだ借主の許にある場合、当該消費貸借契約を無効としかつ移動した金員を不法原因給付であると解せば、借主はそれを貸主に返還する義務を負わないから、その反射効として貸主は元本たる金員を取り戻すことができない。しかし借主がすでに元本を返済していた場合、不法原因給付である給付物を任意に返還する合意は有効であるとするのが最高裁の立場であるから<sup>13)</sup>、本来返還義務がないとはいえその返還が有効とされているのに、さらにそれを貸主から借主へ返還させることは難しいと考えられる。したがって、判決では、708条による解決が困難であり、709条によらざるを得なかったと思われるのである。

では、札幌高裁が貸主に元本部分の保持を認めない根拠として民法1条を用いたことは、どのように理解すべきであろうか。従来信義則は、契約関係ないしそれに類似する関係にある両当事者の公平を図るために調整原理的に用いられることが多かった一般条項である。しかし判決においては、実際には授受のあった金銭につき、「実定法上も訴訟法上も保護に値する財産的価値の移転とは認めない」ために、さらにいえば、そう評価することによって、本来ならば貸主が有するはずの不当利得返還請求権の行使を阻むための根拠として1条が用いられていると考えられる。果たして信義則は、このような機能を果たしうるものなのであろうか。

### 三．信義則試論

#### 1．信義則の機能をめぐって

信義則は戦後に明文化された規定である。しかしながら信義則は、戦前から盛んに論じられ、大審院判決にも現れている。1910年代の学説がドイツ法の影響の下に信義誠実の原則を説き始め<sup>14)</sup>、鳩山秀夫博士がこれを債権法全体を貫く基本原則と位置づけ<sup>15)</sup>、牧野英一博士が自由法論の立場から強調した<sup>16)</sup>。

戦後信義則が明文化されたことにより、学説は、信義則という「一般条項への逃避」や信義則による法律の「軟化」という問題を意識しつつ、信義則の機能の分析や構造の検討によってその射程を明確にすることを試みた。すなわち、好美清光教授<sup>17)</sup>は、信義則には、職務的機能、公平的機能、社会的機能、権限授与機能があり、このうち及びは、時代や社会の要請に応じて、制定法に反して、それを修正したり新たな法を創造するものであるという。これを受けて菅野耕毅教授<sup>18)</sup>は、信義則を、法具体化機能、正義衡平機能、法修正機能、法創造的機能と名づけて論じている。菅野耕毅教授によれば、法具体化機能とは、制定法の枠内でその不備を補充し制定法を意味適合的に具体化する機能である。買主は売主から通知された引渡場所を知らなければ、信義則上売主に問い合わせ履行に協力すべきだとした例（大判大正14年12月3日民集4巻685頁）や、1万円の債務の弁済につき僅か100円の不足を理由に抵当権抹消登記を拒絶するのは信義則に反するとした例（大判昭和9年2月26日民集13巻366頁）がこれに属するとされる。正義衡平機能とは、制定法外の根拠により権利行使に倫理的振る舞いを要請し、実質的正義・衡平を実現する機能であるとされ、消滅時効完成後に債務を承認した者が時効を援用するのは信義則に反するとした例（最判昭和41年4月20日民集20巻4号702頁）や賃借権の無断譲渡後長期間が経過し、解除権が行使されない

ものと信ずべき正当な事由がある場合に解除権を行使するのは信義則に反するとした例（最判昭和30年11月22日民集9巻12号1781頁）等がこれに属するとされる。法修正機能とは、制定法の適用が社会の進展によって妥当でなくなった場合に制定法を修正する機能であるとされ、民法612条の解除権行使は、転貸行為が背信的行為と認めるに足りない特段の事情がある場合には認められないとした例（最判昭和28年9月25日民集7巻9号979頁）等がこれに属するとされる。法創造的機能とは、時代の問題性に適合させるべく制定法に反して新しい法を創造する機能であり、土地売買契約締結後、統制法令の施行により長期間履行を延期せざるをえない場合でも契約を解除し得ないとするのは信義則に反するとした例（大判昭和10年12月6日民集23巻613頁）が挙げられている。そして、及びは、制定法に反するものではなく、普遍的歴史的なものであるが、は制定法に反しそれを修正するものであって特殊＝歴史的なものである。このは、結果的に妥当なこともあるが、状況によっては逆の作用を営む危険性を有し、とともに注意を要する機能であるという。とはいえ、両者ともこうした信義則の有する立法者的機能を否定しない。むしろ、危険性を十分に認識しつつも積極的にこれを認める見解といえよう。これに対しては異論もあり、あくまでも信義則には、法を補完する機能しかなく、法を修正したり新たな法を創造する機能はないとして、信義則の立法者的機能を否定する見解もある<sup>19)</sup>。立法者的機能は危険性があること、その存在理由が不明確なこと、範とすべきドイツ民法の立法者の考えには存在しないことがその理由である。機能類型との関連で見ると、及びは、信義則の行為規範的側面に相当し、信義則の機能として妥当とされるが、及びは、立法者的機能にあたり、否認されることになる。

## 2. 若干の考察

以上見てきたように、戦後の学説にあつては、信義則の活用が「一般条項への逃避」と「法律等の軟化」に陥らないようにすることに焦点が当て

られてきた。すなわち、そのために、信義則の機能を細分化して検討し、適用範囲の限定や機能の明確化を図ろうとしたり、信義則の構造論的考察を通じて立法者的機能を否定する見解が登場したのである。ところで、信義則が当事者間の公平を図る調整原理として現れているのは、及びであって、これらの機能については、制定法にも反せず、誰もが信義則の機能として認めるところであろう。及びについては、濫用の危惧がないとはいえないものの、社会の変遷に制定法が追いつかないのは周知のことであり、このような機能を全く否定してしまえば、司法が機能不全に陥る。とはいえ、状況によっては逆の作用を営むことも歴史の証明するところであり、立法によって社会的配慮が明確化したとか学説や世論が一致して要請する場合以外は、安易に認めるべきではない（例えば、借地借家立法により市民法原理を超えて賃借人を保護する政策が明示されて初めて民法612条の解除権を信義則により制限することが認められた）とする<sup>20)</sup>等、一定の制限が必要であると考えられる。

では、札幌高裁判決における信義則の用いられ方は、どのように考えられるだろうか。本件を制定法に沿って判断すれば、利息契約は私的自治の原則により有効であるが、当該約定利率が利息制限法という強行法規に反していたため、無効となる<sup>21)</sup>。しかしその無効は、同じく利息制限法により超過部分のみを無効にし、しかもそれを任意に支払った場合には借主はその返還を請求できないという当時の政策的判断が示されている。したがって本件においては、借主の支払の任意性はともかくとして、少なくとも元本についてまで貸主の保持を認めないという結論にはならないはずである。結論の妥当性はともかくとして、信義則の法修正的機能や法創造的機能を認めない立場からは、そのようにならざるを得ない。しかしながら、最高裁は、任意に支払った超過利息を未払いの元本に充当するという手法によって利息制限法2条を修正し、かつ、充当すべき元本が消滅した場合には貸主への不当利得返還請求を認めるというさらなる法創造によって、元本が残存する借主と元本が残存しない借主間の不平等を是正した。要す



るに、一連の判決によって、貸主は超過利息を借主に返還しなければならないという法修正が最高裁によって完成されたのである。さらに平成11年、15年の度重なる出資法等の改正は、上限利率の引き下げや罰則強化を通じて悪質な貸金業者を抑止するという政策を明確に打ち出している。さらに平成15年改正法が、万人に対して年利109.5%を超える利息を約定した場合は、罰則を科すと同時に、利息契約のみならず消費貸借契約をも無効とする旨規定したことは、現在の社会的配慮や政策的判断が、年利109.5%を超えるような暴利行為は、私的自治の範囲を逸脱して無効であると判断したことに他ならない。したがって、かつて信賴関係破壊の理論によって貸借契約の解除権が制限されたのと同じように、信義則の有する法修正的機能によって、元本についても貸主の保持を許さないとの結論が導きうる。少なくとも、信義則がこうした機能を有することを認める多くの立場からは、そのように解することが可能であろう。

こうして見てくると、札幌高裁が悪質な貸金業者に対する制裁及び抑止として信義則を根拠に持ち出したことは、あながち突飛なことともいえないのではないだろうか。さらに、不法原因給付と信義則の趣旨や沿革を探るとき、両者に多くの共通項が見出されるのであり、札幌高裁の判断は、ますます妥当性を帯びると思われるのである。すなわち、708条の根拠としては、英米法の格言「衡平法の救済を求める者は、汚れていない手で訴えなければならない（He who comes into equity must come with clean hands）」という、いわゆるクリーンハンズの原則、及びフランス法の「何人も自己の恥ずべき行為を援用しては、その要求を容れられない（Nemo auditur propriam turpitudinem allegans）」という原則であるといわれている<sup>22)</sup>。

これに対して信義則は、ローマ法における一般的悪意の抗弁（*exceptio doli generalis*）及び善意・衡平に基づいて判断すべきものとされた法務官法上の善意訴訟（*actiones bonae fidei*）が沿革とされているが<sup>23)</sup>、信義則と権利濫用は、判例においてはしばしば重疊的に用いられ、区別の困難な概

念である。原島重義教授は、どのような場合が所有権の濫用になるのかにつき、以下のように論じる<sup>24)</sup>。第一は、もっぱら他人に損害を加えることだけを目的とした権利の行使は許されないとするシカーネの禁止である。第二に、そのような害意、あるいは故意・過失という過責がなくても、ドイツ法は以下の場合に、いわゆる悪意の抗弁(exceptio doli)を認める場合があり、これが今日権利濫用ないし信義則違反の中核になっているとする。すなわち、矛盾した行為の禁止として、普通法上一般悪意の抗弁(exceptio doli generalis)といわれ、英米法上の禁反言(estoppel)に相当するもの、あるいは、不誠実な権利取得として、普通法では特定悪意の抗弁(exceptio doli specials)といわれたもので、カノン法の「自己の卑劣を述べることは聞き届けられない」という原則、英米法のクリーンハンズの原則に相当するもの、等である。

このように両者は、その沿革の多くを共有している。そして、708条が90条と表裏をなすものとして、すなわち公序良俗違反として法が私的自治に介入することによって禁止規範の法目的を達成させることが708条の意義であるとすれば、つまり、708条は90条の具現化のひとつであるとすれば、同じく一般条項たる信義則が、不法の抑止や制裁を、その概念や機能のなかに内包しているのも不思議ではないであろう。

このように解することは、ややもすれば大胆にすぎるとの印象を与えるかもしれないが、最高裁は、これまでいくつかの領域でこうした信義則による大胆な法修正を行ってきた。その最たるもののひとつが、背信的悪意者排除理論であるといえよう。すなわち、民法177条の建前から言えば、第三者の善意・悪意を問わないところ、信義則によって、背信的悪意者を177条の「第三者」から排除するという法修正がなされたのである。

さらに、細かく分類することはできないが、最高裁は、本来有するはずの請求権の行使を信義則によって制限する場合がある<sup>25)</sup>。即断することはできないが、このような信義則の用い方も、従来の調整原理としての用い方とは異なり、法修正機能的に作用している信義則といえよう。このよう

に個別に用いられている信義則群が、何らかの基準で分類化できるかは、今後の裁判例の動向等を検討する必要がある<sup>26)</sup>。

### 3 民法に見られる抑止・制裁概念

#### (1) 背信的悪意者排除理論と信義則、権利濫用

さて、上述の札幌高裁判決に対しては、元本部分の金員相当額までもが不法行為の損害にあたりと認定されたために、右金員につき借主が二重取りをしており、借主に不当な利得を得させることになるという批判が加えられる可能性がある。しかしながら、これまでも最高裁は、結果として信義則によって被害者が利得を得るという結論を許容してきているのではなからうか。判例が信義則を用いて明文規定を大胆に修正した領域として想起されるものとしては、前述の利息制限法2条をめぐる超過利息返還の理論、612条の賃貸借の解除権を制限する理論、そして背信的悪意者排除理論などがある。このうち、賃貸借の解除については、戦後の住宅難に対処するという強い社会的配慮に基づいて制定法を修正したものはあるが、金銭消費貸借事例のように、当事者に対する非難や制裁を含むものではない。これに対して、背信的悪意者排除理論は、まさしく第二買主の背信性を問題とし、それに対する制裁を課すものであるという点で、金銭消費貸借契約における法修正と共通するものがあると思われる。すなわち、民法177条の建前から言えば第三者の善意・悪意を問題とせず、不動産の二重譲渡を自由競争の範囲内として肯認するにもかかわらず、背信的悪意者排除理論により、第一買主に対する復讐等第二買主の主観を理由に、第二買主は登記の対抗力を否定される結果、有効に取得したはずの当該不動産の所有権を失うことになるからである。

まず、判例における背信的悪意者排除理論の形成を概観する。最判昭和31年4月2日民集10巻4号417頁は、不動産登記法4条・5条に類するような信義に反する者は、登記の欠缺を主張する正当な権利を有さないとし、次に、最判昭和36年4月27日民集15巻4号901頁は、第一買主に対する復

讐を目的として売主から譲り受け、登記をした第二買主は、公序良俗に違反し、第三者に当たらないとした。そして、最判昭和43年8月2日民集22巻8号1571頁が、「実体上物権変動があった事実を知る者において右物権変動についての登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められる事情がある場合には、かかる背信的悪意者は、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有さない」として、ここに背信的悪意者排除理論が完成したとされる。背信的悪意者排除理論については、背信的悪意者と単なる悪意者の区別がつかないことを理由とする悪意者排除理論も有力に唱えられているが、177条が第三者の善意・悪意を問わない規定の仕方をしていること、及び二重譲渡を自由競争の範囲内と捉えて是認する現状を前提とするならば、重要なのは、第一売買の存在を「単に知っていったか」ではないはずである<sup>27)</sup>。現に上記の諸判例も、不動産登記法4条(「詐欺または強迫によって登記の申請を妨げた者」)・5条(「他人のために登記を申請する義務ある者」)に類することや、公序良俗、信義則に反することを重視した理論構成を採っているのである。また、このように背信的悪意者の主観的事情を重視するのでなければ、なぜ、二重譲渡が是認される社会にあって、形式上は有効に取得し対抗力も具備した所有権が剥奪される<sup>28)</sup>のか、説明できないのではなからうか。

とすれば次に問題となるのは、こうした手法は、背信性という行為者の主観や態様に着目した制裁なのか、その反射効として売主が二重に利得するのはよいのか、ということである。そもそもこうした疑問を生じるのは、背信的悪意者とされた場合の事後処理が必ずしも明らかではないことに端を発する。基本書においては、単なる二重譲渡の場合には一方が登記を具備するにいたって他方への履行不能が確定し、他方買主に対する売主の債務不履行責任が生じるとか、あるいは背信的悪意者については、第一買主から背信的悪意者に対する不法行為責任追及の余地がある、との記述は見受けられる。では、背信的悪意者は、売主に対して債務不履行責任ないし追奪担保責任を追及できるのであろうか。売主に対して何らかの責任を負

担させなければ、売主の許には第一買主と第二買主から二重に受領した売買代金が利得して残ることになるが、この結果は妥当であろうか。この点、背信的悪意者がわら人形として善意の第三者を介在させた事例を参考にしよう。この場合、裁判例は、「背信的悪意者論は、……信義則の理念に基づいて背信的悪意者を登記制度の庇護の下から排斥せんとする法理であるから、登記欠缺者と当該背信的悪意者間の法律関係について相対的に適用されるべきものであり、善意の中間取得者の介在によって、その適用が左右される性質のものではない」<sup>29)</sup>として、相対的判断をしている。そのことからすれば、背信的悪意者が所有権を失ったのは自己の帰責性ゆえであるし、売主は登記移転をもって自己の債務を履行し終えているから債務不履行責任を追及されるべき帰責性も存しないし、追奪担保責任も負わないと考える。そうでなければ、わら人形とされた善意者は、当該所有権取得にも譲渡にも何ら自己に帰責性なく、有効に取得した所有権を有効に譲渡しただけにもかかわらず、買主たる背信的悪意者から追奪担保責任を追及されるという不当な結果をも是認することにつながりうる。さらに、最高裁として初めて相対的無効を明言した平成8年判決は、背信的悪意者からの転得者が問題となった事例であったが、不動産が、甲から乙へ、さらに登記未了の間に甲から丙へと譲渡された場合に、丙が背信的悪意者とされても、乙は登記なくして丙に所有権取得を対抗できるとどまり、甲・丙間の売買自体の無効をきたすものではなく、丙からの転得者たる丁は無権利者から当該不動産を買い受けたことにはならないと述べ、その上で丙の背信性につき審議が尽くされていないとして差し戻している<sup>30)</sup>。したがって、最高裁は、第二売買を無効としていないことから、不完全物権変動説を採ったのは明らかでないが、少なくとも公信用説に拠っていないことは確かであり<sup>31)</sup>、転得者がいまだ出現していない事例においても、当該売買契約が有効であることを基本にして、売主の責任を考慮すべきことになろう<sup>32)</sup>。そして、仮に売主の側にも債務不履行に問われうる帰責性が存するとしても、「背信的」と断ぜられた第二買主の方から解除や損害賠

償を請求することは、契約の相手方たる売主にとってはまさに信義誠実の原則に反する許されざる行為というべきではないだろうか<sup>33)</sup>。加えて、仮に売買代金相当額の不当利得返還請求権が成立しようとしても、単純悪意が自由競争の範囲内として是認される中において背信的悪意者と断ぜられた者のなした取引は、不法性を帯びているのが通常であり、当該不当利得返還請求権は、不法原因給付として、背信的悪意者への返還が認められないことになるのではなからうか。それが708条の趣旨の命ずるところであると思われるのである。実際、最悪の場合でも支出した金員を取り戻せるとすれば、背信性の立証が困難であることも伴って、このような悪質な行為を法が助長することにもなりかねない。したがって、信義則によって背信的悪意者と断じられた者は、同じく信義則を根拠にして、売主への責任追及を阻まれるべきであると思われるのである。しかしながら、それでは、売主の許に利得が残ることになり、法のもう一つの理想である公平を失することになる。それは、ちょうど、不法原因給付で生じると同じ問題でもある。

これに対して、権利濫用事例における判例の具体的解決は少し異なっている。最判昭和43年9月3日民集22巻9号1817頁は、対抗力を具備しない借地人に対して、新所有者からの建物取去及び土地の明渡請求を、権利濫用として排斥する一方で、そのことによって借地人が新所有者に対して対抗しうる権原を有することなくして土地を占有していることが不法行為の要件としての違法性を帯びると考えることは矛盾しないとして、賃料相当額の損害賠償を命じたのである。この判例に対しては、対抗要件を具備しない借地人の保護は、権利濫用ではなく、新所有者を背信的悪意者として扱う法的構成によるべきだ<sup>34)</sup>との批判が加えられている。また、賃料相当額を損害として認める処理は、法律関係を不安定なまま放任し、紛争を後に残すことになって妥当ではないとして、借地権者の土地占有は正権原に基づく適法な占有になるとする見解が多い<sup>35)</sup>。要するに、ここでも先程と同じ問題に出くわすのである。すなわち、新所有者からの明け渡し請求等

を権利濫用によって排斥した後処理をどうするのかという問題である。この点、学説の言うように、法律関係を不安定なまま放任することは妥当ではないとして、借地権者の土地占有が正権原に基づく適法な占有になると解すると、借地人は対価を払わずして当該土地を占有するという利益を得ることになる。この結果に対して最高裁は、別途不法行為として賃料相当額の賠償義務を課すという公平な結論を導いたが、その結果として、所有権は新所有者の許に、占有・使用は借地人の許にという法的不安定な状態を放置することになったのである。しかしながら、法的不安定を解消するという理由のみから、果たして借地人のもとに利得が残ることを説明しきれぬであろうか。

## （2）不法原因給付

信義則とその沿革を共有する不法原因給付が問題となる事例では、判決の結果はこれと異なることになる。不倫関係を維持するために未登記建物を贈与した男性Xが、不倫解消後、一審継続中に自己名義で当該建物の保存登記をなして、所有権に基づく建物明け渡し請求をなした、最大判昭和45年10月21日民集24巻11号1560頁である。原審が、Xが贈与の履行行為として本件建物をYに引き渡したのは不法原因給付に当たり、民法708条の趣旨に鑑みXはYに対する関係では右贈与の無効を主張し本件建物の所有権がなお自己にあることを理由に建物の返還ないし明渡しを請求すること（本訴）ができない反射的結果として、建物の所有権がYに「事実上帰属」したことになるが、右贈与が有効であることを前提とするYの反訴請求（所有権登記の移転請求）も失当であるとして、本訴・反訴ともに排斥したのに対して、最高裁大法廷は、以下のように破棄自判した。すなわち、708条は、自ら反社会的な行為をした者に対してはその行為の結果の復旧を訴求することを許さない趣旨を規定したものであるから、所有権に基づく返還請求も許されない筋合いであるとし、さらに、贈与者が給付物の返還請求をできなくなった反射効として、目的物の所有権は贈与者の手を離れて受贈者に帰属するにいたったと解することが、最も事柄の実質に適合

し、かつ、法律関係を明確ならしめるのである、と。

むろん、このような処理に対しては、受贈者に登記まで移転させる必要はなく、受贈者には不安定な権利を保持させるとどめればよい、とか、受贈者は、第三者に譲渡されれば対抗できないという法的不安定を甘受すべきである、との批判もなされている。現に、原審は、事件をこのように解決すると、法律関係の複雑化を招く観がないではないが、これはもと両者が公序良俗違反の行為を敢えてし、法の保護を受けるに値しない事実関係を作為したことによる当然の結果であり、対第三者関係は対抗要件のいかににより解決されるべきであると述べている。ここでは、不法原因給付の根拠が問題となる。すなわち、不法原因給付であるとして返還請求を拒絶すれば、かえって不法の状態が追認されたり、一方当事者にだけ利益を与えるという不都合が生じることになるのであり、このような不都合にもかかわらず返還請求が排除されるためには、給付者に対する強い非難（人格非難に値する悪など）がなければならぬ<sup>36)</sup>、と給付者に対する主観的非難可能性を問題としてより制裁を重視するのか、あるいは、不法原因給付の根拠が法は不法に加担せずということにあるのだから、原状回復に法は関与すべきでないとする立場<sup>37)</sup>を採るのかである。後者の立場が原審の立場であるといえよう。

しかしながら、最高裁大法廷は、前述の権利濫用事例では法律関係を不安定なまま放置することをよしとしたのに、本件においては、不法原因給付をなした者から所有権を剥奪する結果を導いたのである。法律関係の不安定を解消する、あるいは登記実務を貫徹させることが理由であるとすれば、学説の批判のあるように、権利濫用事例でも同じ手法がとられてよいはずである。そうだとすれば、「法律関係を明確ならしめる」という判示は形式的理由にすぎず、実質は、贈与者に対する制裁も意図されていたと考えることも可能である。そうでなければ、当該贈与自体は公序良俗に反し無効であるから所有権の移転は認められないとはっきり判示しておきながら、事実上ではなく法律上も贈与者の所有権を剥奪する結果に裁判所が



関与する結果を説明することはできないのではなからうか。

### （3）制裁と利得禁止原則

信義則，不法原因給付においては，行為者に対する制裁として権利が剥奪され，その反射効として受益者が正権原を取得する場合のあることが明らかになった。このことは，2つの重要な意義を有する。第一は，民法においても不法の抑止や制裁が積極的に志向されている領域があるという点，第二は，行為者への制裁を追及する反射的効果として，相手方の利得が許容されているという点である。第一の点に対しては，制裁や抑止はあげて公法が担うべきであるとする民刑峻別の理想の是非を改めて問うものである。第二の点については，不法行為法にあっては，「被害者は不法行為によって利得してはならない」という利得禁止原則が高唱されるのに対して，ここでは，行為者に対する制裁を重視する結果，右利得禁止原則は貫かれていないこと，さらに受益者が利得する結果をよとする学説さえ存することを強調しておきたいのである。生命・身体，名誉，環境といった原状回復が困難な法益の保護について，填補賠償を原則とする現在の民事責任法は十分に機能しておらず，民事責任においてこうした法益に対する侵害を抑止・予防する途を模索しなければならないとの主張が存する<sup>38)</sup>。このような主張を検討する際に最大の問題となるのが，上述の民刑峻別の理想及び被害者の利得禁止原則に反するという他にない。そして，英米法上の懲罰的損害賠償制度のように実損害を超える賠償に対しては，この2つが障壁とされる。これに対して，背信的悪意者排除理論や不法原因給付においては，これらがいとも楽々と乗り越えられ，問題視されていないことは，注目に値する。

むろん，信義則適用事例においても，すべての場合に行為者の権利の剥奪がなされるわけではない。信義則が当事者間の調整原理として作用することもあるし，そうでなくとも当事者間の具体的衡平を図った結果，権利濫用事例のように法的不安定を放置するにとどめるのが適当な場合もある。ここで述べたいのは，信義則が行為者に対する権利剥奪として用いら

れる領域が存在し、その根拠は、不法原因給付と根底の思想を同じくする、不法な行為者に対する制裁としか考えられない事例が、判例上少なからず存在することである。くわえて、不法行為においてはあんなにも声高に主張されている被害者の利得禁止原則が貫かれていない領域が散見され、しかも、それが一般条項という民法全体に適用される原則によって破られているという事実も、重要である。

#### 四．おわりに

以上、制限利息を超過する金銭消費貸借契約をめぐる最近の興味深い高裁判決の検討を手がかりに、信義則による不法の抑止・制裁について検討してきたが、とりわけ信義則をめぐるいくつかの重要な問題を提示している札幌高裁判決につき、議論を整理し、若干の問題を提起したい。

第一は、札幌高裁が信義則を介することにより、不法の抑止という708条の趣旨を、不法行為における損害の評価に持ち込んだ点である。すなわち、札幌高裁は、信義則を根拠に元本たる金員の授受を「実定法上も訴訟法上も保護に値する財産的価値の移転があったと認めることはできない」としているが、これは、従来の損害論の枠組みでは理解しがたいものである。しかしながら、暴利行為として金銭消費貸借までもも無効とし、悪質な貸金業者に対しては元本の取り戻しを認めるべきではないと判断される同一の社会的事実に対して、不法原因給付という従来の法構成が用いられない事情があり不法行為という別の法構成をとらざるを得ない場合に、同一の結果を導くべき社会的事実に対して、用いる法構成によって結果が著しく異なるのを是認すべきであろうか。だとすれば、法は悪事に加担しないとし、もって不法な行為の抑止を志向する708条の趣旨を信義則を介することで、不法行為における損害評価に及ぼし、不法原因給付構成を用いたのと同じ結論を導くことも、考えられうるひとつの選択肢であろう。

さらに付言すれば、不法行為において慰謝料が二次的に制裁的機能や抑

止的機能を有することには学説上も広範な一致が存するが、裏を返せば、民事において抑止や制裁は、慰謝料を隠れ蓑としてしか存在し得ないと一般的には考えられているともいえる。しかし、本件のように信義則を媒介とすることで708条の志向する抑止を損害評価段階で及ぼせば、慰謝料という非財産的損害を超えて財産的損害においても、損害賠償が抑止や制裁として機能する可能性を示しているといえるのではなかろうか。本件で問題となったのは、元本部分の金員という財産的損害だったからである。相違はそれだけにとどまらない。従来、慰謝料の有する制裁的機能から、加害者の主観的態様等を加味した上で、同種の事件よりも若干の慰謝料額の上乗せが可能であるとされるが、これについては、加害者の悪性がより高い場合は、それによって被る被害者の心理的苦痛が高いからである説明される。要するに、実損害を填補するという発想をいまだ脱していないのであり、これでは、「加害者に損害賠償義務を課すことそれ自体が制裁である」という次元とたいして変わらない。これに対して、本判決でなされたように、元本部分の金員という財産的損害に対して、加害者に対する制裁を根拠として損害の算定をなすことは、被害者の被った実損害とは無関係である。要するに、損害の填補という被害者側のみの視点から一步踏み出し、加害者の行為態様等にも着目した算定がなされる可能性を示唆しているのである。いずれも、従来の損害論の枠組みでは理解できないことであるが、詳細は他日を期したい。

第二に、裁判所が、民事において悪質な貸金業者を抑止・制裁するという毅然とした態度を示していることについてである。抑止や制裁はあげて公法の担う役割であるとする民刑峻別の考え方が今なお支配的であるのは、言を待たない。しかし、本稿で検討した高裁判決は、抑止や制裁を明言しているのである。ここで、上記福岡高裁が公序良俗違反性を判断した一節を引用することにする。

「ところで、本件のような、貸金業規制法3条1項に定める登録を受けない貸金業者が行う出資法違反の高金利による貸金問題である、

いわゆる「闇金融」を巡っては、平成9年から10年にかけては中小零細事業者等を対象にしたいわゆる「システム金融」の問題が、また、平成13年から14年にかけては一般消費者を対象にして10日で2ないし3割という違法金利で貸し付けするいわゆる「都イチ金融」の問題や電柱の張り紙などに掲載した携帯電話で融資の受付を行ういわゆる「090金融」の問題がそれぞれ発生し、その結果、これらの被害者である多重債務者の自殺、あるいは多重債務者による返済目的の財産犯罪の多発など大きな社会問題となったことは、当裁判所に顕著である。これらの問題を受けて、その間の平成11年法155号による改正で、出資法5条の高金利の処罰規定における金利は、「40.004パーセント」から「29.2パーセント」に引き下げられたが、これらの問題が改善された兆しは認められなかった。……Xが上記無登録者として営む貸金業の一つである本件貸金(1)及び本件貸金(2)は、いずれも上記改正前の行為であっても、その約11か月から9か月前という時期からして、極めて違法性の高い犯罪行為であることに変わりはないことになる。このような出資法違反の貸金行為は、上記のような「闇金融」を巡る問題状況、特にそれによって引き起こされた数々の大きな社会問題が上記平成15年法136号による改正の前後を問わずに変わらないことからすると、もはやそのこと自体でもって、既に公序良俗に反する行為といっても過言ではないといわなければならない。」

このように、福岡高裁は、公法が違法行為の抑止に十分に機能しなかったことを明確に意識しつつ、当該行為が公序良俗に違反しているかを判断しているのである。さらに、上記東京高裁が不法原因給付性を判断した一節も引用しよう。

「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、当該行為の違法性ないし不法の性質、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絶することによって、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」「法は、刑法19条1項1号及び2号に見られるように、高度の違法性の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708条は、高度の違法性の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」(下線筆者)。

このように東京高裁においては、民事においても不法行為の抑止が明確に述べられ、しかも特別抑止ではなく一般抑止までも視野に入れられているのである。このように、裁判所は、従来の民刑峻別論から一步踏み出しつつあるように思われる。少なくとも、金銭消費貸借事例においては、その思考が明らかに読み取れるのである。無論、その試みが成功するか失敗するかは、今後注視が必要であろう。しかし、いわゆる経済事犯については、罰金刑の高額化では対応できないのが現状である。そのことは、ほかの利益追求型不法行為についても、当てはまることであろう。裁判所が一定領域とはいえ民事においても抑止や制裁を考慮したということ、学説においても検討し、抑止・制裁を公法の問題とする従来の学説理論は、果たして現在の社会の要請に合致するものなのか、検証し直すときが迫ってきているのではなかろうか。

裁判所が、信義則を用いることによって、不法をなした者から権利や利益を剥奪する結果を導く事例が散見されることが明らかとなった。このことは、懲罰的損害賠償の執行が拒絶された<sup>39)</sup>わが国の私法にあっても、なんらかの罰概念が横たわっており、かつ、信義則がそうした罰概念の基礎を支えることを暗示していると思われる。そして、一般条項たる信義

則が民事罰概念の受け皿たる役割を果たすことができれば、実損害を超える賠償額の上乗せという、損害賠償法の領域を超えて、民法全体で不法の抑止や制裁を志向することも可能となろう。何よりもまず、わが国の私法にあっても何らかの罰概念が存在し、そのことから不法の抑止や制裁が追求されるべきであることを、真正面から認めることが重要であると思われる。本稿においては、信義則がそうした役割を担うものであることは明らかとなったが、果たしてそのような役割は、従来信義則が有するとされる機能のいずれかに含まれるものなのか、それとも制裁・抑止を担う新たな機能として構築すべきなのか、本稿で十分に検討できなかった事例をも含めての検討が必要であるが、今後の課題としたい。

- 1) 拙稿「民事責任における抑止と制裁 フランスにおける民事罰概念の生成と展開をてがかりに (1)・(2・完)」立命館法学297号(2004年)121頁以下、同299号(2004年)270頁以下。
- 2) 最大判昭和39年11月18日民集18巻9号1868頁。
- 3) 最大判昭和43年11月13日民集22巻12号2526頁。
- 4) 森泉章『判例利息制限法』(一粒社・1996年)63頁。
- 5) 最判昭和28年12月18日民集7巻12号1470頁；同昭和29年11月5日民集8巻11号201頁。
- 6) 最判昭和32年9月5日民集11巻9号1479頁。
- 7) 例外としては、酌婦としての労働契約が公序良俗に反して無効である場合には、これに伴い金銭消費貸借名義で交付された金員の返還請求も認めないとした、最判昭和30年10月17日民集9巻11号1616頁がある。しかし、これは消費貸借契約の暴利性を理由に消費貸借契約そのものを公序良俗に反するものとして無効とするものではない。
- 8) 最判平成15年7月18日裁判集民事1343号6頁等。
- 9) この点、どのような態様の貸付を「暴利行為」とするかは、論者によって様でない。利息制限法所定の制限を越えれば「暴利行為」とするのか、あるいは出資法が定める29.2%を超過すれば「暴利行為」となるのか、あるいはそれ以上なのか。私は、出資法が年利109.5%を超える利息の約定をしていた場合は何人に対しても罰則を科すとした趣旨、及び判例において具体的主観的事情のほかに「特別の事情」の存在の立証が必要であるとされたことに鑑み、利率という客観的な数値のみを基準とするのではなく、貸付態様や取立行為等当事者の一連の行為を具体的に評価して「暴利行為」に当るか否かを決めるべきであると考えている。しかしいずれにせよ、平成15年出資法改正により、年利109.5%を超える利息の約定がある場合は消費貸借契約を無効とすることが明文化されたから、暴利行為として公序良俗に反するか否かの判断をするまでもなく、そのような契約は無効とされる。したがって、暴利行為として公序良俗に反して無効であるか否かを実際に判断する必要がある事例は、利息制限法所定の制限利率以上109.5%以下の事例ということになる

う。

- 10) なお、東京簡判平成15年2月12日（出典：最高裁ホームページ下級裁判主要判決情報）等、金銭消費貸借自体を無効とする裁判例は増加している。
- 11) なお、判決では、不法原因給付については触れられていない。これは、被告（金銭消費貸借契約の借主及び連帯保証契約の連帯保証人）には実際の金銭の授受がなかったと認定されているためであると思われる。
- 12) 出典：最高裁ホームページ（<http://courtdomino2.courts.go.jp/kshanrei.nsf/>）。なお、本判決については、拙稿「金銭消費貸借契約において、元本部分を含む返済額全額が不法行為の損害に当たると認定された事例」法律時報77巻11号（2005）89頁を参照いただきたい。
- 13) 最判昭和28年1月22日民集7巻1号56頁。
- 14) 石坂音四郎『日本民法（第3編債権第1巻）』（1911年）374頁。
- 15) 鳩山秀夫『債権法における信義誠実の原則』（有斐閣・1955年、初出は1924年）。
- 16) 牧野英一『民法の基本問題 第四 信義則に関する若干の考察』（有斐閣・1936年）。
- 17) 好美清光「信義則の機能について」一橋論叢47巻2号（1982）181頁以下。
- 18) 菅野耕毅「信義則論の現状」内山＝黒木＝石川選層『現代民法学の基礎問題 上』（第一法規出版・1983年）1頁以下。
- 19) 渡辺博之「信義誠実の原則の構造論的考察 信義則の行為規範的側面の再評価（一）・（二・完）」民商法雑誌91巻4号（1985年）473頁以下、同91巻5号（1985年）700頁以下。
- 20) 谷口知平編『注釈民法（1）』（有斐閣・1962年）87頁〔田中実〕。
- 21) 信義則と強行法規の関係については、東孝行「信義則と強行法規」判例タイムズ678号（1988年）4頁以下がある。
- 22) 藤原正則『不当利得法』（信山社・2002年）88頁。
- 23) 谷口知平・石田喜久夫編『新版 注釈民法（1）』（有斐閣・1988年）71頁〔安永正昭〕。
- 24) 原島重義「所有権の濫用」谷口知平・加藤一郎編『新版・判例演習民法1 総則』（有斐閣・1981年）1頁以下。
- 25) 最判平成10年6月12日民集52巻4号1147頁；  
数量の一部請求について全面敗訴した当事者が、残部の請求をすること自体を認めず、かような請求は信義則により制限され、当該訴えは不合法却下とされた事例である。本件は、一部請求の可否をめぐる問題として、民事訴訟法上取り上げられている判例である。この問題をめぐり学説は多岐に分かれているようであり、判例の到達点と同様に、明示がある場合につき請求認容の場合と棄却の場合を分け、後者については既判力により、又は信義則により遮断されるとする見解と、請求の認容、棄却にかかわらず、既判力により、又はその他の失権効により残部請求が遮断されるとする見解が存するとされる（詳しくは、伊藤眞ほか『コンメンタール民事訴訟法』（日本評論社・2002年）401頁以下）。また、既判力と信義則の関係につき、小山昇「既判力が争点効が信義則か 判例を素材として」法曹時報40巻8号1261頁以下。  
本判決については、信義則に基礎をおく失権効を認める見解（兼子一ほか）『条解民事

訴訟法』(弘文堂・1986年)611頁以下)が存することを指摘できる。

最判平成16年10月26日裁判所時報1374号3頁；

「損失」の判断基準として、非難されるべき事情が存する「利得者」が、何ら非のない相手方に負担を強いる結果となるような事情を加味することは、信義則上許されないとして、「損失」について利得者が主張する事情を排斥して「損害」を認定し、不当利得返還請求を認めた事例である。

これは、利得者は、自らの非難可能性により、信義則によって攻撃防御方法を排斥された事例と評価できる。

最判平成10年4月30日裁判所時報1218号8頁(いわゆるペリカン便事件)；

宅配便の荷物の紛失について荷受人が運送会社に対して運送契約上の制限限度を超えて損害賠償を請求することが信義則に反し許されないとした事例である。

本件は、信義則により高価品特約の趣旨を不法行為に及ぼし、不法行為責任を契約責任の範囲にまで減じたものであり、本来有する不法行為による損害賠償請求権の一部が制限されたと評価できる。

このほか、最高裁判決を概観すれば、信義則と権利濫用との重畳事例が目につく。すなわち、「信義誠実の原則に反し権利の濫用であって」あるいは「信義誠実の原則に反しまたは権利の濫用であって」としているものである。特に後者にあつては、従来から学説が指摘しているところであるが、権利濫用と信義則の関係が曖昧にされているという印象が拭えない(この問題については、菅野耕毅「信義則および権利濫用の機能」ジュリスト増刊『民法学の争点(1)』6頁以下等)。

前者の例としては、「なにがしかの損害賠償請求権を有するとしても、これを行使することは、信義誠実の原則に反し権利の濫用として許されない」として不貞行為の相手方に対する他方配偶者からの慰謝料請求権を否定した最判平成8年6月18日家庭裁判月報48巻12号39頁、保証債務の履行を請求することを信義則および権利濫用に反ずるとして否定した最判昭和48年3月1日裁判集民事108号265頁等が挙げられる。

後者の例としては、転貸借につき転貸人の承諾がなかった旨を自己の権利を理由付けるために主張することは、信義に反し到底是認できぬとし、所有権に基づく明渡請求権を「信義則に反しまたは権利の濫用であって許されない」とした、最判昭和47年6月15日民集26巻5号1015頁が挙げられる。

26) 背信的悪意者排除理論や注(25)の判例等を概観すれば、本来行使できるはずの権利や請求権を阻むことにより、信義則が法に違背する行為の抑止や制裁として機能しているとしたか考えられない事例に多く出くわす。信義則がこのように機能しうるのは、あるいは、実際に最高裁がそのような用い方をしている以上それを認めるとして、そのような機能は、法修正機能の一部なのか、あるいは、別の一類型を構成するものなのか、興味は尽きないが、本稿の射程をやや超えるため、これ以上立ち入らない。

27) この点、二重譲渡につき公信力説をとる石田喜久夫教授は、債権的段階と物権的段階に分け、債権的段階たる売買契約を知っているだけでは「悪意」とはいえないが、物権的段階の終了を知っている者を「悪意者」として、177条の「第三者」から排除する。石田喜久夫「現代の物権変動論」法学セミナー280号115頁。



- 28) もちろん、不動産の二重譲渡については、上述の公信力説をはじめ諸説の対立するところであるが、この結論は、不完全物権変動説を基礎に考えている。不完全物権変動説にあっては、二重譲渡がなされた場合、一方が登記して対抗力を具備するにいたって、その者が完全に所有権を獲得し、他方が所有権を獲得できない結果が完成する。さらに付言すれば、実際の訴訟においては、第一買主から第二買主に対する、所有権に基づく妨害排除請求としての真正登記名義回復請求という形態をとるため、第二買主が背信的悪意者として敗訴すれば、判決によって第一買主のもとに登記が移転する。したがって、背信的悪意者とされた者は、単に対抗力を喪失するのみならず、所有権を喪失する結果になるのではなからうか。
- 29) 東京高判昭和57年8月31日判例時報1055号47頁。
- 30) 最判平成8年10月29日民集50巻9号2506頁。
- 31) 本件の調査官解説においても、「……その説示に照らすと、本判決が公信力説によったものではないことは明らかで、相対的無効説若しくは債権者取消権の構成説によったものと思われる」と述べられている。平成8年度最高裁判例解説843頁〔大橋弘〕。
- 32) 大橋・前掲(31)840・844頁は、以下のように述べている。当初は悪質な二重譲渡を公序良俗違反を理由に無効とする判決も見られたが、最高裁は、第二売買を無効とする方法ではなく、あくまでも177条の対抗問題として解決する途を選択し、背信的悪意者排除法理を判例理論として確立していったのである。その背景には、善意の転得者の保護が当初から考えられていたものと思われる。というも、第二売買を無効としてしまうと、公信力説によらない限り、善意の転得者を保護できないからである。
- 33) ここで当てはまるのがまさしくクリーンハンズの原則であろう。このように具体的事例を念頭におけば、不法原因給付と信義則がその沿革を同じくする領域があることがわかるのである。
- 34) 広中俊雄『債権各論講義』第6版（有斐閣・1994年）205頁。
- 35) 谷口知平「権利濫用の効果」末川先生古稀記念『権利の濫用上』（有斐閣・1962年）114頁以下、米倉明『民法講義 総則1』（有斐閣・1984年）19頁。
- 36) 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為（上巻）』（青林書院・現代法律学全集10・1981年）159頁、中川毅『不法原因と信義衡平原則』（有斐閣・1968年）7頁。
- 37) 川井健「判批」判例タイムズ275号71頁以下、能見善久「判評」法学協会雑誌90巻9号197頁以下、好美清光「不当利得法の新しい動向（上）」判例タイムズ386号24頁以下、安達三季生「不法原因給付と所有権の帰属」谷口知平・加藤一郎編『新版・判例演習民法4 債権各論』（有斐閣・1984年）199頁以下。
- 38) 古くから慰謝料における制裁的機能を主張していたものとして、戒能通孝「不法行為における無形損害の賠償請求権（一）・（二・完）」法学協会雑誌50巻2号（1932年）18頁以下、同3号（1932年）116頁以下、三島宗彦「損害賠償と抑制的機能」立命館法学105・106合併号（1972年）666頁以下、同108・109合併号（1973年）112頁以下、花谷薫「慰謝料の制裁的機能に対する再評価をめぐって 公害裁判を契機として」法と政治24巻3号（1973年）19頁以下、吉村良一「戦後西ドイツにおける慰謝料本質論の展開 満足（Genugtuung）機能論を中心として（一）・（二・完）」民商法雑誌76巻4号（1977年）

68頁以下,同5号(1977年)40頁以下,後藤孝典「制裁的慰謝料論」法律時報52巻9号(1980年)23頁以下,同『現代損害賠償論』(日本評論社・1982年)等。さらに英米法からの示唆を含むものとして,田中英夫=竹内昭夫「法の実現における私人の役割(一)~(四・完)」法学協会雑誌88巻5・6号(1971年)1頁以下,同89巻3号(1972年)1頁以下,同89巻8号(1972年)1頁以下,同89巻9号(1972年)1頁以下等。詳しくは,拙稿・前掲(1)立命館法学297号121頁以下を参照いただきたい。

39) 最判平成9年7月11日民集51巻6号2573頁。