



Title	最高裁判所昭和61年9月4日判決
Author(s)	菅野, 裕夫
Citation	北大法学論集, 39(3), 273-284
Issue Date	1988-10-20
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16641
Type	bulletin (article)
File Information	39(3)_p273-284.pdf



[Instructions for use](#)

最高裁判所判例研究

曾野裕夫

賭博の用に供されることを知ってする金銭の消費貸借契約と
公序良俗違反

民法九〇条（七〇八条）

昭和六一年九月四日第一小法廷判決（昭和六〇年（初）第一五六三
号、藤村幸一対野崎吉藏・吉米地精作、貸金請求事件）判時
一二二五号四七頁、金商七五九号二三頁

〔事実〕 昭和四九年三月四日、Y₁から賭博開帳金二〇〇万
円の借入を依頼されたXは貸出をいったん断つたが、町会議員
であるY₂が保証人になるといふ条件で、弁済期同年同月二十八日、
利息及び損害金月七分の約定で二〇〇万円を貸与するとともに

保証契約を締結した。Y₁は、契約締結当日から同年六月一六日
にかけて金七一万円をXに弁済したが、その余りについては弁
済をしない。そこでXがY₁を相手どり、残金一七二万円余り
と、これに対する同年六月一七日から支払い済まで年五分の割
合による遅延損害金の支払いを求めたのが本件第一審である。

第一審（青森地裁十和田支判昭和五九年三月一日）において、
Y₁は次の三つの抗弁を主張した。(1) Xの貸金は不法原因給付
であり、本件金員は返還する必要がない。(2) 不法原因給付の主
張に理由がないとしても、Y₂は催告・検索の抗弁（民四五二条、
四五三条）を行使する。(3) Y₁のXに対する二〇〇万円の反対債

権があるので対等額において相殺する。これらの抗弁に対して青森地裁は「確かにXが賭博目的のために本件貸金が使われることを知っていたことは認められるものの、(中略)X自ら賭博開帳を勧めたりしてYに積極的に本件金員を貸出したものではなく、むしろ賭博という不法性の強い行為を企図したYから請われての貸金ということを考慮すると、民法七〇八条の不法原因給付をなした者に法的救済を拒否するという制度趣旨を本件のような場合に適用することは、かえって当事者間の公平を損ねるものというべきであり、本件のXの賭博の知情性の程度では未だ民法七〇八条にいう不法に給付したということにはならない」として不法原因給付の抗弁を排斥し、また催告・検索の抗弁についても、Xは主債務者Yに催告をしているし、Yに弁済の實力があつてその財産が執行の容易であると証明されたとはいえず、理由がないとした。しかし、反対債権の存在は認定して相殺の抗弁をいれ、Xの請求を棄却した。そこでX控訴。そのさいXは、遅延損害金を利息制限法所定の年三割の割合に請求を拡張している。これに対しYらは控訴も附帯控訴もしなかった。

第二審(仙台高判昭和六〇年九月二〇日)は不法原因給付の抗弁と催告・検索の抗弁については第一審を支持してそれを引

用したが、相殺の抗弁については第一審とは逆に反対債権の存在を認めず、拡張部分も含めてXの控訴を認容した。そこでYら上告。

〔判旨〕破棄自判(控訴棄却)。最高裁は最三判昭和四七年四月二五日(裁判集民事一〇五号八五五頁)を引用しつつ、「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つ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」ので「本件金銭消費貸借は無効とはいえないとした原審の判断には、民法九〇条の解釈適用を誤つた違法があり、この違法は原判決に影響を及ぼすことが明らかであるから」原判決は破棄を免れないと判示した。

そのうえで、「本件のように、請求債権が有効に成立したことを認めながら、Yらの主張する相殺の抗弁を採用してXの請求を棄却した第一審判決に対し、Xのみが控訴しYらが控訴も附帯控訴もしなかった場合において、控訴審が請求債権の有効な成立を否定したときに、第一審判決を取り消して改めて請求棄却の判決をすることは、民訴法一九九条二項に徴すると、控訴したXに不利益であることが明らかであるから、不利益変更禁止の原則に違反して許されないものというべきであり、控訴審

としてはYらの主張した相殺の抗弁を採用した第一審判決を維持し、Xの控訴を棄却するにとどめなければならぬものと解するのが相当である」と判示し、控訴を棄却した。

〔評釈〕一 本件には民法九〇条と七〇八条をめぐる実体法上の論点と、不利益変更禁止の原則（民法訴訟三八五条参照）をめぐる手続法上の論点がある。前者についていえば、本件は従来の判例理論を踏襲したにすぎず、改めて注目すべきところはなく、むしろ後者の論点の方が、本判決の判例法上の位置づけという観点からは重要であるように見える。そのうえ、前者についての最高裁の判断は、結論には影響しなかったために、傍論であると考え、いいうるのである。しかし、本評釈ではあえて、前者の実体法の問題を中心に検討しようと思う。なぜなら、不法原因給付制度の法政策上の当否については、立法当初から疑義があったこと^②。七〇八条の適用によって不当な結果が生じる場合があるのは明らかである一方、同条にも一片の理があること。であるならば、同条の意義を認めつつ、その限界を明らかにする作業が不可欠であること等の理由から、七〇八条の具体的適用には常に注目することを要すると考えるからである。

(1) 訴求債権についてはYからの控訴も附帯控訴もないため審理をせず、相殺の抗弁に限って審理をすればよいのか、それとも訴求債権の存否まで審理し、Xに不利益な実体判断に至れば第一審を維持するのか（本件は後者）、学説はわかれている。詳細は文末に掲げた本件評釈等参照。

(2) 広中俊雄「不法原因給付をめぐる論争」『民法論集』（東大出版会、一九七一、初出は法セ一一二二号（一九六六）一八六頁以下、谷口知平「法典調査会民法議事速記録より見た不法原因給付」松山商大論集一七卷六号（一九六六）一八七頁以下参照。

二 最高裁は、本件金銭消費貸借契約は公序良俗に反して無効であると判断した。そこで先ず、その妥当性を検討する。XはYが賭博開帳資金として使用することを知って二〇〇万円を貸与している。金銭を貸すこと自体はそれを抽象的に観察した場合、公序良俗に反するものとはいえない。これは殺人を請負う契約がそれ自体、内容が公序良俗に反するのと区別される。しかし、契約をするに至った動機が賭博開帳に協力するためというのであり、動機が公序良俗に違反する場合に契約が無効にな

るかというのがここでの問題である。(講学上、「動機(縁由)の不法」といわれる問題である。)

判例理論は古くから、動機の不法も公序良俗違反になるとする(大判大正九年五月二八日民録二六輯七七三頁等)。賭博に関するケースとしては、大判昭和十三年三月三〇日(民集一七卷五七八頁)が、賭博によって負担した債務の弁済に充てることを諒承のうえ、資金を貸す消費貸借契約は公序良俗に反して無効であるとしているほか、本件判旨も引用する最三判昭和四七年四月二五日(前掲裁判集民事のほか判時六六九号六〇頁)が、賭博の用に供されるものであることを知りながら金員を貸与する行為は、公序良俗に反して無効であるとしている。

一方、学説も、動機が不法な法律行為が公序良俗に反するという点では異論を見ないようである。その法律行為を足掛かりとして、公序良俗に反する行為をしようというのであるから、妥当である。ただし、当事者の一方が公序良俗に反する行為を目的としていることを知らない場合については、取引安全を考慮する必要が生じ、学説も結論が分かれるが、本件においては、Xは不法の動機を知らされていたのであり、取引安全を云々する必要はなく、判旨が本件金銭消費貸借契約を公序良俗に反して無効としたのは、判例理論および学説に沿ったものであると

いえる。(なお、動機の違法性の程度と相手方の関与ないし認識の程度との相関関係において決するのが、具体的妥当性を尊重する九〇条の解釈として適当とするものや、動機を告げられて知っていても、種々の事情を総合して判断するのが妥当とするものも有力であるが、これらの基準が具体的にどういう結論を導くのかは明らかにされていない。)

そして、本件第一、二審がYらの不法原因給付の抗弁を正面から問題としているのと比較しても、最高裁がまず九〇条を問題としたのは、理論構成としてすぐれていることは疑いない。

Xが貸金返還債務の履行請求をしているのに対して、Yらが、その貸与は不法原因給付にあたるので返還する必要はないとしたのが混乱の発端であるように思われるが、不法原因給付は契約の無効を前提として、不当利得返還請求権の行使を制限するものである。したがって、Yらが主張すべきであった抗弁は、本件契約が公序良俗に反して無効であるということであった。

そして、不法原因給付の主張は、予備的にXの不当利得返還請求に対してなすべきであったのである。しかし、第一、二審においてみられた議論の混乱にはもっともな点もある。なぜなら、本来、民法九〇条と七〇八条は表裏をなし、九〇条が公序良俗に反する契約の履行への法の助力を拒否するものであるのに対

して、七〇八条はすでになされてしまった履行の原状回復への助力を拒否するものであるとされるわけだが、消費貸借契約の場合においては、その要物性によって既に金銭は引き渡されており、残る債務は借主の返還債務のみであるため、その履行(貸金返還)請求も、不当利得返還請求も、実現しようとする利益関係がほぼ同じだからである。判決例としては、最三判昭和二十九年八月三日(民集八巻八号一五五七頁)が本件第一、二審と同様の混乱した解釈をとり、批判を受けている。これは、密輸の資金に使用されると知ってなした金銭消費貸借契約の貸金返還が請求されたケースである。原告は当初密輸に加担する意図で出資を約束していたが、家族の反対で思いとどまったところ、既に密輸の準備を進めてしまっているのでせめて一航海分だけでも貸してもらいたいと被告に要請され貸与したものである。最高裁は、「第一次においては民法九〇条の問題であるけれども、要物契約である関係上不法な動機のための金銭の交付は既に完了してしまつて居り、残るはその返還請求権だけであつてこの請求は何等不法目的を實現せんとするものではない。それ故実質的には前記民法九〇条に関する私法理想の要請の問題ではなく、同七〇八条に関する該要請の問題であり、その適用の結果は妥当性を欠くことが多く、両者の不法の程度を比較

すると、「既に交付された物の返還請求に関する限り民法第九〇条も第七〇八条も適用がな」としたものである。これに対して「九〇条の適用がなく消費貸借契約が有効である以上、貸金の返還請求は当然許さるべく、七〇八条の適用の余地は存しないのではあるまいか」とする批判、「九〇条の適用がない有効な契約にもついでなされた給付について、七〇八条適用の有無を論ずる余地はないと云わねばならない」とする批判があつた。そして、この昭和二十九年判決は、本件判旨の引用する最高裁判和四七年判決で軌道修正されていたと理解できるのである。

なお、本件においてYらは公序良俗違反について明示的に主張していないが、「公序良俗違反の主張は、不法原因給付の主張の中に表れているとみることができるし、また、実務上の通説的見解によれば、公序良俗違反を基礎づける事実の主張が表れていれば、『公序良俗違反』ということばによって公序良俗違反という抗弁をしたことについて明示的な特定がなくとも、公序良俗違反による無効の抗弁を採用することは、決して弁論主義に違反するものではない」から、最高裁が公序良俗違反を問題として無効の判断をしたのは適切であつた。

(3) ①不法動機が特に条件とされた場合には法律行為の内

容となるので動機を考慮すべきとするもの（たとえば富

八七）七六頁。

井政章『訂正増補民法原論第一卷総論』（有斐閣、一九八

（9）塚原・前掲解説（注8）七四頁。

五）大正一一年合冊版完全復刻版）四〇九頁）、②不法

動機が表示された場合に限るとするもの（我妻栄『新訂

三 本件において最高裁は、本件契約が公序良俗に反して無効

民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、一九六五）二八四

であると判断したものの、不利益変更禁止の原則との関係で、

頁）、③不法動機を知らなくても通常人の注意をもってす

それ以上のXY間の実体法上の法律関係の事後処理については

れば知ることができた場合を含むとするもの（川島武宣

一言も述べていないが、不利益変更禁止の原則の制約がなかっ

『民法総則』（有斐閣、一九六五）二二二頁、幾代通『民

たとすれば、本件契約の無効を前提としてXの不当利得返還請

法総則〔第二版〕』（青林書院、一九八四）二一九頁）な

求が不法原因給付として制限されたかを次に検討する。

どである。

大審院および最高裁の判決はみあたらないが、大阪高判昭和

（4）四宮和夫『民法総則〔第四版〕』（弘文堂、一九八六）

五〇年一月二三日（判時七七九号六八頁）が、賭博の賭金に使

二〇四頁。

われることを知っていたのみでなく、賭博行為を助長し、賭博

（5）星野英一『民法概論Ⅰ〔改訂版〕』（良書普及会、初版

開帳の利を図ろうとしていた貸主の金銭消費貸借について、「こ

一九七一（改訂年度不詳））一九二頁。具体的には両当事

これは公序良俗に反する事項を目的とする金銭貸借契約に外なら

者の不法性の比較が念頭にあるようである（星野英一『民

ないから（中略）不法原因にもとづく給付として民法七〇八条

法二部事務管理・不当利得・不法行為』（東大出版会教材

により（中略）返還を請求し得ない」としている。これに対し、

部、一九七九）三三三頁参照）。

東京地判昭和五五年七月一七日（判時九八九号六九頁）は、知

（6）青山義武（調査官）・最判解説昭和二九年度一三〇頁。

人等の賭麻雀に自宅を解放していた貸主が、賭麻雀に負けた被

（7）石田喜久夫・阪法一三三（一九五五）一六四頁。

告の賭金の支払いのために金銭を事情を知って貸与した事例で

（8）塚原朋一（調査官）・本件解説・ジュリ八七八号（一九

ある。東京地裁は貸主が利息を付することさえ求めず、不法の

利益を得ようとしたものではないことに対して、借主が「賭麻雀」といいつつ結局自己の遊興のため費やしたものであるといふべきことを考慮すれば、(中略)貸金の返還を求めるときをもつていまだ社会的妥当性を欠くものということはできず、不法原因給付の法理を適用して原告の請求を排斥することは出来ないものといふべきである」としたが、東京高判昭和五九年三月二十六日(判タ五二七号一〇三頁)は、サイコロ賭博開帳者の資金が不足していたため、参加者の一人が資金を貸したケースで、「これは公序良俗に反するものであるから、民法七〇八条の不法原因給付に該当し、その返還を求めること」はできないとして、結局貸金の返還を認めていない。ただしこの事案は、むしろ動機の不合法というよりも、両当事者とも賭博の参加者なのだから、賭博行為の一部であるともいえるケースである。

このように判決はわかれており、最高裁が採るであろう立場の予測は難しい。一方、学説の大半はXの不当利得返還請求を不法原因給付として制約することには反対する。とはいえ、学説の説く構成は一樣ではない。

谷口知平教授をはじめ通説は一般論としてだが、七〇八条但書の弾力的運用を主張する。つまり、「嚴格に純理論的に言へば給付者の不法性が如何に小であつても、不法性があるのには違

ひないから、受益者にのみ不法性があるとは謂ひ得ない筈であるけれども、一つの解釋技術として受益者の不法性が給付者の不法性より大なる場合には第七〇八条但書に該当する場合として返還請求を認めることを考へ得る」とするのである。そのうえで、賭博の資金であることを知って貸与した場合、それが不法なものであることを主張するのは専ら借主であり、不法性は貸主に比して借主の方が遙かに大きいから「給付された金銭を不当利得としてその返還を請求することは——貸主が資金を供与して賭博を勧誘するような特殊の事情のない限り、——これを認めて然るべきであらう」とする。しかし、通説自身も認めるように、七〇八条但書の文言(「受益者ニ付テノミ」)との齟齬は否めない。そして、この通説に対しては、次に述べる有力説から近時、次のような批判がなされている。すなわち、通説によれば七〇三条・七〇四条の一般不当利得規定が適用されることになるため、給付者は元金の返還を認められるに止まらず、利用利益の対価(利息)の請求も認められることになるが、「公序良俗違反の契約に知って関与した貸主がこの利益を取得しうるとすることが適當であるかは、大いに疑問である」というのである。

一方、近時の有力説は「給付」概念の検討から、七〇八条但

書に頼らずに元本の返還請求は認められるべきであるとする。契約類型は違うが、「賃貸借は使用収益させる(使用価値を与える)ことが給付だから、すでに経過した期間は不法原因給付が完了したものとして、復旧を許さない。すなわち賃料不払になっ
ていても賃料相当額の償還を請求することは許されない。これに反し、将来の期間は未だ終局的な給付をしていないのだから、不法な契約として無効を主張し、占有の返還を請求することができる」とする立場を前提として、同じ「貸借型」契約類型に属する金銭消費貸借契約についても、これを当てはめる説である。すなわち「借主が受けるべき給付は賃借物の使用・収益に対応する『元本の利用』であり、借主の支払うべき利息はその対価として賃料に対応するものである。したがって、借主が不法原因に基づいて給付された利益は、元本の所有権そのものではなく、元本を利用しえたことにすぎないから、この利益の返還が七〇八条によって否定されるとしても、貸与金銭の返還自体は排除の対象とならない¹⁵⁾」というのである。しかし、そもそも、賃貸借の場合には占有の返還を請求できるとの立場に対して次のような批判がある。第一に、「法律上どれだけの利益が與られるかとは無關係に、占有し使用収益し得る事實状態が給付行為と解すべく、従つて貸主の物の回復請求にも一般的には第

七〇八條を適用すべき¹⁶⁾である。対価のない無利息の金銭消費貸借の場合には、公序良俗違反で無効とされても、七〇八条が元本の返還請求には適用されないのでは、せっかく無効としたことの意味がなくなってしまうことを考えれば、きわめて当然の批判であるといえよう。そして第二に、これは「全くのドグマ」で根拠はなく、「原則としては、相手に何かを交付したら、その交付した(すなわち給付した)ものを返還請求できない、というだけの単純明快なものはず¹⁷⁾」ともいわれる。東京地判昭和四〇年五月一〇日(判時四二四号四一頁)も、「形式論理に過ぎ、実質的に妥当な結論を導くものとは思われない」として、これを採らない¹⁸⁾。

以上のように、通説・有力説とも、難点がある。

(10) 谷口知平・注釈民法(8)(有斐閣、一九七六)六四七頁
参照。

(11) 谷口知平『不法原因給付の研究(第三版)』(有斐閣、一九七〇)二一〇頁。

(12) 我妻栄『債権各論下巻一(民法講義Ⅴ)』(岩波書店、一九七二)一一三八頁。

(13) 磯村保『不法原因給付に関する一つの覚書——貸借型

契約無効の場合を中心として——」神戸法学年報二号(一九八七)一〇一頁。

(14) 我妻・前掲書(注12)一六一頁。なお有泉亨「不法原因給付について(三)」法協五三巻四号(一九三五)六七七頁参照。

(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」法セ三八四号(一九八六)三一頁。なお磯村・前掲論文(注13)一〇二頁参照。

(16) 谷口・前掲書(注11)一九八頁、三島宗彦「七〇八条の適用要件」『不当利得・事務管理の研究(2)』(谷口知平教授還暦記念)(有斐閣、一九七二)一五頁。

(17) 好美清光「不当利得法の新しい動向について(上)」判タ三八六号(一九七九)二五頁。

(18) ただし、事案が特殊であることについて磯村・前掲論文(注13)九九頁参照。

四 思うに、この問題を考えるにあたっては七〇八条が行為規範として機能する場合と、評価規範として機能する場合があることを正しく認識したうえで、解釈論を組み立てる必要があるのではないだろうか。①②③④⑤⑥⑦⑧⑨⑩⑪⑫⑬⑭⑮⑯⑰⑱⑲⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

規は評価規範(裁判規範)としても理解されている。しかし、「私法法規は、私法上の事実や行為にどのような効果を与えるべきかを規律しているから、裁判において評価規範としてはたらくが、私法を適用して裁判がおこなわれるとの保障があるから、私人は目指す法的効果をうるために、その評価規範をそのまま行動の準則にすることに²⁰⁾する。つまり、私法法規は評価規範であると同時に行為規範でもあるのであり、七〇八条も例外ではない。同条は、不法原因に基づいて給付をした者にはその返還請求について、法の助力を拒否することを明らかにすることによって、法に反する行為を抑制しようとするものであって、かえって、これは私法法規の行為規範としての機能に特に着目した立法であるといえよう。そこでは、法に反する行為の抑止という目的に最適の手段はなにかという思考方法(「目的」手段²¹⁾思考)がはたらいっている。しかし、現実と同条を適用する段(評価規範として機能する段階)になると、その適用によって正義に反する結果を招くことが多くなり、通説は同条但書の弾力的な運用等によって不正義を避けようとする(「法」正義²²⁾思考)のであった。それは同条に、行為規範としての前提条件が必ずしも備わっているとはいえないためである。行為規範は、「ある行為のもたらす法的効果についての情報を提供すること

により、行為者がある行為をするか否かを決定する際に、規準として働く規範である⁽²³⁾から、行為者がその情報に接近する能力、機会、動機を欠いている場合（法律知識を持たず、一回的貸与をするような場合）には、行為規範の前提条件を欠いているというべきである。そのような場合に同条をそのまま適用しても、正義に反する結果（「賭博開帳者の保護」）になる場合があるのみならず、賭博資金の貸与が将来的に減少することにもならない（行為規範の前提を欠くということは貸与を控えるインセンティブを与えないということだからである）ので同条の目的である公序良俗違反行為の抑止は期待できず、同条が欲する目的も達成されないのである。

そこで、情報に接近する能力、機会、動機を欠くことに相当の理由のある者からの請求には、七〇八条を評価規範として適用することは避ける（行為規範と評価規範の分離）べき場合があることになる。「目的」はいづれにせよ達成できないので「正義」を優先するのである。反対に情報が伝わっており、または伝わっているべき者（金融業者など。また金融業者でなくても再犯⁽²⁴⁾の者など。）には同条を厳格に適用しても、正義に反する結論になると思われぬ。更に、その場合には同条の厳格な適用によって、一時的には「賭博開帳者の保護」の如き事

態が生じても、将来的には賭博資金貸与は減少する（貸与を避けるインセンティブが与えられるため）であろうから、その解決によって得られる社会的利益の方が遙かに大きいといえよう。（「目的」は達成できるし、「不正義」にもならないのである。）また利息についても、従来のように一律に利息を取れるか否かを議論するのではなく、行為規範としての前提が備わっている場合としない場合を区別し、前者の場合にはこれを否定し、後者の場合にはこれを肯定する余地があるのではないだろうか。従来の議論は、この区別をしないために、公序良俗に反する行為の抑止のための考慮（「目的」手段「思考」と受益者に不当な利益を与えないための考慮（「法」正義「思考」）をうまくリンクさせることができていなかったように思える。

もっとも、以上のように解することに対しては、法の不知を許すものであるとの批判が考えられる。特に七〇八条は強行法規であるから「法の不知は許さず」が厳格に適用されるべきだともいえよう。しかし、それは七〇八条と表裏の関係にある九〇条の適用においてははいえなくても、七〇八条の場合には当てはまらないものと考ええる。なぜなら、我妻栄博士も指摘されるように、公序良俗に反する契約が締結されただけの段階と、一方または双方の当事者によって履行された後の段階とでは、法の態

度が異なって然るべきだからである。つまり後者の場合には、「その契約を無効として請求を拒絶することは倫理観念を傷つける、という面が強く現れる（「法」正義」思考の必要性——引用者注）のに対し」、前者の場合には「法の禁止する効果を阻止すべし、という面が強く現れる（「目的」手段」思考の必要性——引用者注）」のであり、「そうだとすると、不法・不当な契約は無効だという場合にも、履行を請求する場合と無効を前提として復旧を請求する場合とでは、法のこれに対する態度に差異があるのはむしろ当然というべきではあるまいか」とすると、七〇八条は強行法規ではあるが、その適用においては、契約が締結されただけの段階で適用される強行法規とは異質の考慮がはたらくということができるのである。したがって、七〇八条は強行法規ではあるけれども、「法の不知は許さず」の例外をなし、提供されている情報との距離等、行為規範の前提条件が備わっているか否かによって場合分けをすることが認められて良いように思われる。⁽²⁰⁾

本件一、二審が七〇八条の適用を否定しているのに対して、最高裁は、一、二審が九〇条の適用を否定しているものと述べ、たくみに七〇八条の適用性から目をそらしている。ここに最高裁の悩みが感じられる。

(19) 行為規範、評価規範の概念の概略については内田貴「民事訴訟における行為規範と評価規範」新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』（有斐閣、一九八八、初出は教室七五号（一九八六））三頁参照。また同『抵当権と利用権』（有斐閣、一九八三）三三三頁以下注(3)（とくに三三三頁）参照。

(20) 新堂幸司『民事訴訟法（第二版）』（筑摩書房、一九八一）三三三頁。

(21) 平井宣雄『現代不法行為法理論の一展望』（一粒社、一九八〇）一七〇頁以下、同『法の解釈』論覚書』加藤一郎編『民法学の歴史と理論（来栖三郎先生古稀記念）』（東大出版会、一九八二）七七頁以下が便利。同『現代法学の課題』同編『法律学』（日本評論社、一九八〇）も参照。その概略については内田・前掲論文（注19）七頁以下参照。

(22) 平井・前掲諸論文（注21）、内田・前掲論文（注19）参照。

(23) 内田・前掲論文（注19）七頁以下参照。

(24) 判時一二一五号四七頁、金商七五九号二三頁の本件コメントによれば、Xは金融業者とのことであるが、判決

および、事実認定からは明らかでない。

- (25) 我妻栄『債権各論下巻一(民法講義V)』(岩波書店、一九七二)一一三二―一一三三頁。取締法規違反行為との関連での記述であるが、一般化して差し支えないと思う。

- (26) 山島正男『小川浩三「法の不知は許さず」山島正男』福永有利『小川浩三『法のことわざと民法』(北大図書刊行会、一九八五)八七頁(小川執筆)は、「この原則は、各人が法を知ることができることを前提にする」とし、ローマ法においてもその前提からくる例外があったことを指摘する。

本文中に引用したもののほか、本件評釈等には次のものがあり、参考にした。

- 新井誠・教室別冊・セレクト86二五頁、山本克己・ジュリハ七九号五九頁、須藤純正・ひろば四〇巻三号三九頁、鎌田薫・法セ三八八号八八頁、右田堯雄・判時一二二七号一八六頁、住吉博・61年重判解一三〇頁、小林秀之・法セ三九二号一〇二頁。山本、右田、住吉、小林の各教授のものは手続法上の論点に重点をおいたものである。