



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	報告1「貸金業規制法と私法秩序：業法（事業法）秩序の内部に存在する『特別私法』秩序」
Author(s)	潮見, 佳男; SHIOMI, Yoshio
Description	シンポジウム「消費者法における公私の協働」（札幌, 2006年2月5日, 「市場環境・生活環境の秩序形成における公私の協働 — 《公共圏》の実定法学的構造」プロジェクト主催, 北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター共催)
Citation	北大法学論集, 57(5), 159-191
Issue Date	2007-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/20529
Type	departmental bulletin paper
File Information	57(5)_159-191.pdf



貸金業規制法と私法秩序

——業法（事業法）秩序の内部に存在する「特別私法」秩序——

潮見佳男

目次

- 第一節 はじめに
- 第二節 業法（事業法）秩序の内部に存在している「特別私法」秩序の意義
- 一 緒論

- 二 第一のアプローチ（Ⅰ型）——事業者に対峙する市民の権利（私権）の制約
 - 三 第二のアプローチ（Ⅱ型）——事業者保護法としての「特別私法」秩序
 - 四 第三のアプローチ（Ⅲ型）——事業者に対峙する市民の権利（私権）の発展・強化
- 第三節 消費者私法秩序と一般私法秩序の關係

- 一 問題の所在——事業者と対峙する「消費者」
- 二 「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序の異質性を認める立場（Ⅲ-1型）
- 三 「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序の同質性を認める立場（Ⅲ-2型）

（1）緒論

- （2）市民法の原理から同質性を肯定する立場（Ⅲ-2-a型）
- （3）社会法の原理から同質性を肯定する立場（Ⅲ-2-b型）

第四節 貸金業規制法四三条一項の「みなし弁済」規定と「特別私法」秩序

一 緒論

二 貸金業規制法四三条一項の概要

三 「みなし弁済」規定を定めた「特別私法」秩序とⅠ型・Ⅱ型のアプローチ

- （1）Ⅰ型のアプローチ——金融事業の健全性確保と市民の権利制約

- （2）Ⅱ型のアプローチ——事業者保護法としての貸金業規制法四三条一項の位置づけ

- （3）借主の権利剥奪と、「特別私法」秩序の下での規範が安立するための要件（「一般私法」秩序から「特別私法」秩序への平面移行のための要件）の厳格解釈

四 「みなし弁済」規定を定めた「特別私法」秩序とⅢ型のアプローチ

第五節 結びに代えて

第一節 はじめに

私法の分野で「実定法学のクロスワード」という観点から「溶解する法システム」を捉えたとき、今回の共同研究プロジェクトでは、主として、私法秩序の外にある外郭秩序を意識して、外郭秩序で展開されている制度やルールを私法秩序の中にどのように位置づけることができるか、私法秩序の中で展開されている制度やルールの中に外郭秩序の指導原理ないし思想と共通の根がありはしないかという問題意識のもとで議論がされてきたような印象を受ける。⁽¹⁾しかし、これは、何もこの研究プロジェクトに特有の傾向ではなく、わが国で法システムの溶解・融合が論じられる際に見られる共通の傾向でもある。独占禁止法その他の経済法に属する諸法や各種事業法の分野で展開されている制度・ルールをいかに私法秩序に組み込むことができるかという議論がされる場合が、その典型例であるし、民法の分野で論じられている取締法規論にも、この種の傾向を見て取ることができる。ドイツ債務法の現代化を向けてわが国でも論じられているところの、消費者法の規律を民法の中に組み込んで民法を現代化することができるかという点もまた、同様の特徴を持つものである。

これに対して、本稿では、もちろん、このような観点からの議論を決して否定するものではなく、両立可能ではあるが、外郭秩序と言われることのある他の法領域、とりわけ業法（事業法）⁽⁴⁾に内在する私法秩序という目で問題をとりあげてみたい。言うまでもなく、これは、「特別私法」論が守備範囲とする問題のひとつである。私法規定が業法（事業法）⁽⁵⁾その他の外郭秩序の中に規定されていることの持つ意味は何なのか、「特別私法」と「一般私法」との関係はどのように理解すればよいのかという問題である。こうして、業法（事業法）の中の私法秩序の体系的意味を考えることを通じて、「業法」・「特別私法」・「一般私法」の相互の関係が少しでも明らかとなれば、それは、現代社会において「溶

解する法システム」に関する理論的説明をいつそう充実させることへとつながるであろう。

以下では、まず、前半部分で、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序の意義について総論的に扱う。そして、後半部分では、具体的な検討に向けた一素材として、貸金業規制法四三条一項の規定⁶と取りあげる。同条をめぐる最近の目まぐるしい判例法理の展開を前にしたとき、業法（事業法）の中に存在する私法規定とこれをめぐる法秩序を理解するための手がかりが、その中に含まれていると考えられるからである。しかも、ここでの判例法理の展開が、単に業法（事業法）と民法の関係のみならず、少なからぬ論者により、消費者保護という視点からも論じられているため、⁷他の法領域に内在する私法秩序という問題だけでなく、「特別私法」と「一般私法」の関係一般を考えるうえでも、大きな意味を持つものと思われる。

(1) シンポジウム「競争秩序への多元的アプローチ——実定法学のクロスワード——」北大法学論集五六卷一号一九七頁以下(二〇〇五)。

(2) 独占禁止法・不正競争防止法と私法秩序の関係につき、白石忠志『独占法と不競法』問題の現状と課題」ジュリスト一〇一八号四六頁以下(一九九三)、田村善之「市場と組織と法をめぐる一考察(一)(二)完——民法と競争法の出会い」民商法雑誌二二一卷四「五号六四頁以下、六号一頁以下(二〇〇〇)、証券取引法秩序・金融法秩序と会社法秩序の関係につき、黒沼悦郎「証券取引と法」『現代の法(七)』(岩波書店、一九九八)二八三頁以下、岩原紳作「金融機関取締役の注意義務——会社法と金融監督法の交錯」落合誠一先生還暦記念(商事法務、二〇〇四)一七三頁以下、川口恭弘「事業の公益性と取締役の責任」商事法務一七四〇号一〇頁以下(二〇〇五)など。

(3) 潮見佳男『契約法理の現代化』(有斐閣、二〇〇四)三九三頁以下。

(4) 念のために断っておけば、「外郭秩序」という見方を肯定的に評価したいという趣旨ではない。

(5) 特別私法論については、上野達也「特別私法論の展開と民法の再編(一)」法学論叢一五九卷三号五五頁以下(二〇〇六)。(6) 貸金業規制法については、多発する深刻な借主被害事例と、後述する一連の最高裁判決を受けて、(利息法制全般を視野に入れて)改正の方向で進んでいる。将来の読者の便宜を考え、本稿執筆時の貸金業規制法四三一条一項、一七条、一八条の規定をここに挙げておく。

〔貸金業規制法四三一条一項〕

貸金業者が業として行う金銭を目的とする消費貸借上の利息(利息制限法(昭和二十九年法律第一〇〇号)第三条の規定により利息とみなされるものを含む。)の契約に基づき、債務者が利息として任意に支払った金銭の額が、同法第一条第一項に定める利息の制限額を超える場合において、その支払が次の各号に該当するときは、当該超過部分の支払は、同項の規定にかかわらず、有効な利息の債務の弁済とみなす。

一 第一七条第一項(第二四条第二項、第二四条の二第二項、第二四条の三第二項、第二四条の四第二項及び第二四条の五第二項)において準用する場合を含む。以下この号において同じ。の規定により第一七条第一項に規定する書面を交付している場合又は同条第二項から第四項まで(第二四条第二項、第二四条の二第二項、第二四条の三第二項、第二四条の四第二項及び第二四条の五第二項)において準用する場合を含む。以下この号において同じ。の規定により第一七条第二項から第四項までに規定するすべての書面を交付している場合におけるその交付をしている者に対する貸付けの契約に基づく支払

二 第一八条第一項(第二四条第二項、第二四条の二第二項、第二四条の三第二項、第二四条の四第二項及び第二四条の五第二項)において準用する場合を含む。以下この号において同じ。の規定により第一八条第一項に規定する書面を交付した場合における同項の弁済に係る支払

〔貸金業規制法一七条〕

(一) 貸金業者は、貸付けに係る契約を締結したときは、遅滞なく、内閣府令で定めるところにより、次の各号に掲げる事項についてその契約の内容を明らかにする書面をその相手方に交付しなければならない。

一 貸金業者の商号、名称又は氏名及び住所

二 契約年月日

- 三 貸付けの金額
 - 四 貸付けの利率
 - 五 返済の方式
 - 六 返済期間及び返済回数
 - 七 賠償額の予定（違約金を含む。以下同じ。）に関する定めがあるときは、その内容
 - 八 日賦貸金業者である場合にあつては、第一四条第五号に掲げる事項
 - 九 前各号に掲げるもののほか、内閣府令で定める事項
- (二) 貸金業者は、貸付けに係る契約について保証契約を締結しようとするときは、当該保証契約を締結するまでに、内閣府令で定めるところにより、次に掲げる事項を明らかにし、当該保証契約の内容を説明する書面を当該保証人とならうとする者に交付しなければならない。
- 一 貸金業者の商号、名称又は氏名及び住所
 - 二 保証期間
 - 三 保証金額
 - 四 保証の範囲に関する事項で内閣府令で定めるもの
 - 五 保証人が主たる債務者と連帯して債務を負担するときは、その旨
 - 六 日賦貸金業者である場合にあつては、第一四条第五号に掲げる事項
 - 七 前各号に掲げるもののほか、内閣府令で定める事項
- (三) 貸金業者は、貸付けに係る契約について保証契約を締結したときは、遅滞なく、内閣府令で定めるところにより、当該保証契約の内容を明らかにする事項で前項各号に掲げる事項その他の内閣府令で定めるものを記載した書面を当該保証人に交付しなければならない。
- (四) 貸金業者は、貸付けに係る契約について保証契約を締結したときは、遅滞なく、内閣府令で定めるところにより、第一項各号に掲げる事項について当該貸付けに係る契約の内容を明らかにする書面を当該保証人に交付しなければならない。貸金業者が、貸付けに係る契約で保証契約に係るものを締結したときにおいても、同様とする。

〔貸金業規制法一八条〕

(一) 貸金業者は、貸付けの契約に基づく債権の全部又は一部について弁済を受けたときは、その都度、直ちに、内閣府令で定めるところにより、次の各号に掲げる事項を記載した書面を当該弁済をした者に交付しなければならない。

一 貸金業者の商号、名称又は氏名及び住所

二 契約年月日

三 貸付けの金額（保証契約にあつては、保証に係る貸付けの金額。次条、第二〇条及び第二一条第二項において同じ。）

四 受領金額及びその利息、賠償額の予定に基づく賠償金又は元本への充当額

五 受領年月日

六 前各号に掲げるもののほか、内閣府令で定める事項

(二) 前項の規定は、預金又は貯金の口座に対する払込みその他内閣府令で定める方法により弁済を受ける場合にあつては、当該弁済をした者の請求があつた場合限り、適用する。

(7) たとえば、森泉章編著『新・貸金業規制法』（勁草書房、二〇〇三）三三二頁以下（鎌野邦樹）。平田健治「貸金業規制法一八条一項の書面の交付の意義ほか」民商法雑誌一三二巻四「五号六五一頁以下、六七六頁以下（二〇〇五）は、消費者保護法（消費者信用法）の一般原理を利息規制分野にも導入し、問題の純化を図るべきではないだろうかと言う（貸金業規制法四三条一項における一七条書面・一八条書面の交付要件を、他の消費者保護法における書面交付義務の観点（借主に対する契約内容の表示・説明義務の観点）から位置づけ、消費者契約内容の適正という点から書面性の要件を論じる方向を提唱する）。中田邦博「利息制限法と貸金業規制法四三条（みなし弁済規定）をめぐって（下）」法学教室三〇三号七二頁以下、八三頁（二〇〇五）にも、消費者金融実務の適正化という観点からの説明が見られる。

第二節 業法（事業法）秩序の内部に存在している「特別私法」秩序の意義

一 緒論

業法（事業法）秩序の内部に存在している「特別私法」秩序をどのようなものとして理解すればよいのか。業法（事業法）秩序の内部に存在している「特別私法」秩序の捉え方としては、これを「一般私法」との関係で見たとき、次に述べるような、異なった観点に出た三つのアプローチの手法が存在している。

二 第二のアプローチ（I型）——事業者に対峙する市民の権利（私権）の制約

第一のアプローチ（本稿では、便宜上、I型としておく）は、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序とは、事業に関連する事業者の権利・自由を制約するとともに、事業者と対峙する市民に対して、業法（事業法）の規制目的に即して、「一般私法」秩序で承認されている権利（私権）を制約したものであると理解するものである。私人の権利・自由を制限することを通じて秩序の維持・危険の防止といった行政目的を達成しようとする規制行政の発現形態のひとつとして、「特別私法」秩序が捉えられる場面が、これである。⁹⁾

その際、私的経済活動の分野で一般に業法（事業法）の目的として考えられているのは、市場における公正かつ適正な事業活動の維持・促進であり、また、一定の経済・産業政策の実現である。こうした目的を実現するために、事業者の活動を国家が規制・監督し、統御すべく、各種の業法（事業法）規定が制定されているわけである。このとき、ここ

で業法（事業法）が担っている第一次的な価値は、公正かつ適正な市場の実現および経済・産業政策の振興という公益的な価値、ならびに事業者にとつての事業活動の健全性であると言えることができる。ここから、たとえば、業法（事業法）秩序を把握する際には、公共の利益を考慮に入れた事業活動の促進・産業基盤の整備の方向で当該業法（事業法）秩序を捉えよとの要請が導かれる。また、個々の事業者も「一般私法」秩序の下で市民としての権利（私権）を保障されているわけであるから、その事業活動に対する介入は必要最小限のものにせよとの要請も導かれる。さらに、公正かつ適正な市場を確保するための取引基盤の整備は、経済法（独占禁止法・不正競争防止法等）が担当することになる。

こうした中で、I型のアプローチに依拠して、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序を見たときには、そこで展開されている「特別私法」秩序とは、「一般私法」秩序が前述した意味での業法（事業法）の規制目的に影響を受けて制約を受け、変質したものと捉えられることになる。ここでは、事業者と対峙する市民の権利の内包と外延の確定、私法秩序に属する制度・ルールの解釈にあたって、公共性・公益性ないし事業の健全性といった業法（事業法）秩序に本質的な要素の考慮が前面に出てくることになる（私人間の利益の調整原理として、公共的観点・公の論理が付加されることになる）。

三 第二のアプローチ（II型）——事業者保護法としての「特別私法」秩序

第二のアプローチ（本稿では、便宜上、II型としておく）は、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序とは、業法（事業法）の規制目的に影響を受けて「一般私法」秩序の下で認められたはずの市民の権利（私権）を制約するとともに、「一般私法」秩序の下では認められない事業者利益の保護を実現するものであると理解する

アプローチである。事業者に対する国家によるパターンナリスティックな観点からの保護が当該業法（事業法）の目的に読み込まれたときには（かつて「護送船団」方式と言われたものが、その例である）、このような意味をも持つものとして、業法（事業法）秩序の内部に存在している「特別私法」秩序が捉えられることになる。

もっとも、自由主義市場経済の原理を基礎に据えて、国家による事業活動への介入の可能性を見るのであれば、事前の規制から事後の規制へという今日の規制緩和の流れの中で、こうした事業者に対するパターンナリスティックな保護が正当化されるためには、当該業法（事業法）の目的として、公益性や事業の健全性のみならず、事業者利益の積極的実現（保護）も含まれていることとそのことの正当性、言い換えれば、問題となっている業法（事業法）の規定が自由主義市場経済モデルの下でなお「事業者保護法」としての性質を持つものであることが論証されるべきものと思われる。

四 第三のアプローチ（Ⅲ型）——事業者に対峙する市民の権利（私権）の発展・強化

第三のアプローチ（本稿では、便宜上、Ⅲ型としておく）は、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序を、特定の事業領域において、一方の当事者が事業者であるがゆえに、事業者と対峙する市民に対して「一般私法」レベルでの権利保護を超えた特別の権利保護を与えることが必要であるとの視点の下で捉え、「一般私法」秩序で承認されている市民の権利（私権）を発展・強化したものととして理解するものである。

ここでは、そもそも特定の事業領域における私法秩序の発展・強化の背景ないし目的が何かが問われることになる。その際、当該事業自体の特別な危険性（危殆化要因の存在）に着目することにより、「一般私法」秩序で妥当している法理の発展・強化を正当化することが考えられるであろうし、社会法的観点に出た弱者保護の視点が正当化の根拠とな

することも考えられるであろう。あるいはまた、「契約の対等性」が確保されない状況下での取引に対する無価値評価が、「一般私法」の法理の発展・強化を正当化するとも考えられるであろう。

他方、こうしたⅢ型のアプローチに依拠するときには、「特別私法」秩序は、「一般私法」秩序で承認されている市民の権利（私権）の発展・強化を企図したものと捉えられるところ、このような観点から「特別私法」秩序を把握することは、おのずから、業法（事業法）のめざす第一次的価値を制約する要因を、「特別私法」秩序の中に認めることになる。「業法（事業法）」秩序において、市民の権利（私権）とは異質の公益、事業の健全性や事業者の事業活動の自由などが業法（事業法）の第一次的価値として位置づけられる限りで、Ⅲ型のアプローチから導かれる「特別私法」秩序に対しては、業法（事業法）の目的と対立する目的に出た秩序としての意味が与えられることになるからである。

このとき、（一般的・抽象的な言回しにならざるを得ないが）業法（事業法）の内部に存在している私法規定を解釈するにあたって、こうした「特別私法」秩序の目的である市民の権利保護の要請が優先するゆえに、業法（事業法）が目的としている第一次的価値の考慮が排除されると考えるものか、それとも、「特別私法」の秩序が業法（事業法）の中で形成されているものである以上、「特別私法」秩序の枠内で業法（事業法）が担う第一次的価値との衡量は避けて通れないものなのかが、検討されなければならない。業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序への契機を、特定の事業活動分野において「一般私法」レベルでの市民の権利保護を超えた特別の保護が必要であるとの点に見出すのであれば、業法（事業法）という外枠をはめて、その中で「特別私法」秩序を形成する際に、外枠をはめる段階で既に業法（事業法）秩序が目的としている第一次的価値を考慮する以上、事業者の権利ないし公益と相手方たる市民の権利との間の調整を、もはや「特別私法」秩序の中で重ねて（改めて）おこなう必要はないようにも思われる。

(8) 規制行政については、さしあたり、塩野宏『行政法Ⅰ〔第四版〕』（有斐閣、二〇〇五）八頁以下。

(9) このコンテキストで私人の権利・自由の制限が説かれるときには、従来、規制の対象である事業者の権利・自由を想定するものがほとんどであったように目される。しかし、私人の活動に対する介入を目的として行政規制がおこなわれるとき、それが私的生活関係への介入（Ⅱ私法秩序への介入）を伴う以上、事業者の事業活動の相手方である相手方の権利・自由をも巻き込んで、後者の権利・自由も制約する形で秩序形成がされることが否定できない。本文で述べている内容は、この点に注目して、Ⅰ型のアプローチを提示したものである。

第三節 消費者私法秩序と一般私法秩序の関係

一 問題の所在——事業者と対峙する「消費者」

第二節では、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序と「一般私法」秩序の関係について、「特別私法」秩序が業法（事業法）秩序の内部において存在しているという点に着目して、整理をした。そして、そこには、異なる観点に出た三つのアプローチ（Ⅰ型・Ⅱ型・Ⅲ型）が認められる点を指摘した。

ところが、今日のわが国における議論の状況を踏まえたならば、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序を考えるとときには、もうひとつ、違った角度から、そこでの「特別私法」秩序に光を当てる必要が出てくる。というのは、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序が語られる際に、それが事業者と対峙する「消費者」の保護ないし救済を目的としたものであるという観点から論じられる場合が少なくないからである。

このことは、前述した第三のアプローチ（Ⅲ型）が妥当する場面で問題となる。ここでは、「消費者の保護」・「消費者の救済」という観点から、「特別私法」秩序に対して「消費者私法」としての意味が与えられることになるから、「消費者私法」としての「特別私法」秩序と、「一般私法」秩序との関係はいかに理解されるべきかという問題が、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序というコンテキストにおいて、議論の俎上に載せられることになる。

この「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序との関係については、周知のように、近時の民法の現代化をめぐる議論の中で、とりわけドイツ法・フランス法との比較研究を通じて、とりあげられている。ここでは、一方で、両法秩序の異質性を肯定するアプローチが見られる。他方で、それとは逆に、両法秩序の同質性を肯定するアプローチも見られる。

二 「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序の異質性を認める立場（Ⅲ-1型）

「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序が異質なものであるとの観点に出たアプローチ（本稿では、Ⅲ-1型と言うことにする）は、両法秩序における秩序形成原理が異質である点に着目したものである。「消費者私法」秩序が消費者公序（ないしは消費者保護公序）の支配を受けるのに対して、「一般私法」秩序は当事者の意思の自律もしくは自己決定権を基礎として、その秩序が形成されているものと捉えるわけである。

ここでは、それぞれの秩序において国家が果たす役割も、おのずから異なったものとなる。つまり、「一般私法」秩序では、国家の役割は、私人による自己決定とその結果を保障し、支援することにあるものと捉えられる。このような「一般私法」秩序のパラダイムは、まさに「近代民法」が基礎とするパラダイムである。さらに、最近強調されている

「契約の対等性」(Vertragsparität)を保障するための国家による私的生活関係への介入も、「一般私法」秩序の枠組みの下で捉えられ、正当化されることになる。これに対して、消費者公序に支配された「消費者私法」秩序では、ここで消費者公序を社会国家・福祉国家論と結びつけて理解することにより、「消費者私法」秩序とは、社会的弱者たる消費者を保護することを目的とした「特別私法」秩序として捉えられることになる。私的自治・自己決定と対向する原理に基礎づけられ、消費者の利益を実現するために、国家が取引過程・取引内容に積極的に介入・形成することを認めるのが、「特別私法」たる「消費者私法」秩序だということになる。したがって、国家の役割も、社会国家・福祉国家の観点に出た市民の権利保護のための私的生活関係へのパターンリスティックな介入の点に求められることになる。

このように、「一般私法」秩序と「消費者私法」秩序の秩序形成原理面での異質性を強調したときには、民法と消費者法の関係、法典レベルで言えば、「一般民法典」と「消費者法典」とは異なった規範体系として捉えられるのが適当だということになる。とりわけ、社会的弱者保護のための法制度が「一般民法典」に規律されることなどされようものなら(ドイツ不動産賃貸借法の改正〔現代化〕でおこなわれたのが、これである)、異なった秩序形成原理に導かれた規範がひとつの法典を構成することをもたらし、その結果として、「一般私法」秩序自体が多元的なものとなってしまふという、体系的に見通しのきかない状態を招くことになってしまう。このように見れば、Ⅲ-1型のアプローチの下では、「特別私法」秩序としての「消費者私法」秩序を業法(事業法)秩序の内部に置くことは、(あくまでも、結果論であるが)「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序との混交を防ぎ、体系的な透明性を確保するという意義を(も)備えたものだと言ふことができる。

三 「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序の同質性を認める立場(Ⅲ-2型)

（1）緒論

「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序の異質性を認めるⅢ1型のアプローチに対しては、「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序とが同じ原理に導かれ、形成された秩序であると捉えるアプローチ（本稿では、Ⅲ2型と言うことにする）も存在する。消費者保護基本法から改まった消費者基本法の基本思想、さらに消費者契約法の基本思想も、このアプローチの下に成り立っているものと言える。

（2）市民法の原理から同質性を肯定する立場（Ⅲ2-1-a型）

Ⅲ2型のアプローチに属するものうちの一種（本稿では、Ⅲ2-1-a型と言うことにする）は、「消費者私法」秩序をもって、事業者・消費者間における「契約の対等性」の回復および消費者の自己決定支援を目的とした秩序と捉えることで、「消費者私法」秩序は「一般私法」秩序と同じ原理に基礎を置くものと考えられる立場である。自己決定結果を保障し、私人による自己決定を支援するという市民法の基本原理において、「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序とは共通の基盤に立脚するわけである。

このとき、それでは、「消費者私法」秩序が「一般私法」秩序から切り取られて、まさに「特別私法」として位置づけられることがあるのは、どこにその理由があるのかと言えば、それは、もつぱら、「契約の対等性」の欠如が事業者・消費者間取引に類型的（定型的）に存在するという点に起因するものであり、この類型的（定型的）状況に対応するための類型特徴的な規律として、「消費者私法秩序」が「特別私法」として装備された（にすぎない）と見るわけである。

このようなⅢ2-1-a型のアプローチの下では、「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序とを同化させる可能性に道が開ける。ここでは、ドイツの債務法現代化に際しておこなわれたように、「消費者私法」を「一般私法典」に組み込む

だとしても、これによって「一般私法」秩序の指導原理が混乱をきたすことはない。さらに進んで、「消費者私法」という衣をまとって開発された各種の制度やルールについても、それらが何も事業者・消費者間取引に限って妥当するものではなく、およそ「契約の対等性」が欠如するあらゆる場面に妥当するものであるとすることを介して、「一般私法」秩序のもとでの一般的な制度やルールとして整備されることも、ありうる。「特別私法」秩序の場を借りた「一般私法」秩序の継続形成である。ある業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序がⅢ-2-a型のアプローチの意味での「消費者私法」秩序として捉えられるべきものであるならば、こうした法典改正・秩序形成のダイナミズムを意識した解釈論が、そこでの「特別私法」秩序の下で考究されるべきものと思われる。

(3) 社会法の原理から同質性を肯定する立場(Ⅲ-2-b型)

他方、私的生活関係において生じる法律問題を考える際に、「民法の社会(法)化」という視点で「一般私法」秩序を捉えると、ここでも、「消費者私法」秩序は「一般私法」秩序と同じ原理に基礎を置くものと考えられることになる(本稿では、Ⅲ-2-b型と言うことにする)。もともと、この場合に想定される「消費者私法」秩序については、それをⅢ-2-a型のアプローチが基礎とするようなものとして理解することはできない。「消費者私法」秩序を新自由主義の考え方で基礎づけ、その一方で(取引を対象とするものに限定して言えば)「一般私法」秩序を社会国家・福祉国家のパラダイムで捉えるというのは、矛盾だからである。したがって、「民法の社会(法)化」という観点から「一般私法」秩序を捉えていくのならば、「消費者私法」秩序も、おのずから、Ⅲ-2型の社会国家・福祉国家のパラダイムで捉えるということにならざるを得ない。

この場合には、社会国家・福祉国家のパラダイムの下で「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序とが同化されること

になる。ただし、言うまでもなく、これは、近代市民法のパラダイムとは違うし、現行の消費者基本法・消費者契約法の考え方も違う。現行の消費者基本法・消費者契約法は、当否は措くとして、新自由主義の思想を背景としている（かつての消費者「保護」からのパラダイム転換を図った）ものだからである。

第四節 貸金業規制法四三条一項の「みなし弁済」規定と「特別私法」秩序

一 緒論

ここまで、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序の意義について、それが「一般私法」秩序との関係でどのように捉えられうるものなのか（「一般私法」秩序で認められている市民の権利に対する制約か、それとも、その発展・強化か）、それが「一般私法」秩序で妥当している法理としても捉えられうる場合には、これまた業法（事業法）秩序との関連で捉えられることのある「消費者私法」秩序とどのように関係づけられるものなのかという観点から、整理をしてきた。こうした基礎レベルでの確認を経て、以下では、わが国において業法内部において存在している「特別私法」秩序の意味が問われている具体的な局面をとりあげ、そこでの議論の位置づけを図ることにする。

その際、検討の素材として、最近脚光を浴びている貸金業規制法四三条一項の「みなし弁済」規定を扱う。制限超過利息の弁済を有効とする利息制限法一条二項を事実上骨抜きにしたかつての最高裁判例法理に対し、立法府がこの判例法理を実質的に制約する内容を持つ貸金業規制法四三条一項を設けることによる対処をしたために、業法（事業法）秩

序と「一般私法」秩序との相克が生じていることは、衆目の一致するところではないかと思われる。貸金業規制法四三条一項では、「超過利息の支払いは有効か、無効か」という「一般私法」秩序レベルでの問題と、「登録の上での規制遵守」という業法（事業法）レベルの問題とが接ぎ木されているのであって、その結果として、貸金業者としての登録をした者（登録貸金業者）のところで制限超過利息の保持を正当化するという制度が、業法内部において存在している「特別私法」秩序として形成されているのである。

この貸金業規制法の内部に存在する「特別私法」秩序に対する理解をめぐって近時の最高裁判決に揺らぎが見られるのではないかという点については、すぐあとで触れる。ただ、その前に一言だけ触れておくならば、これから述べるような最近の判例法理の変遷について、多くの消費者法学者・実務家がこれを消費者保護または弱者たる借主保護の観点から論じている点に、注意をしておく必要がある。このような見方があるため、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序の意義について、それが「一般私法」秩序との関係でどのように捉えられうるものなのかというレベルにとどまらず、貸金業の領域で「一般私法」秩序と「消費者私法」秩序とがどのように関係しあうのかというレベルでも説明を求められることになっているのである。

このような前提理解に出て、以下では、貸金業規制法四三条一項の下での制限超過利息の返還法理について、その概要を述べることにする。

二 貸金業規制法四三条一項の概要

貸金業規制法、正確には、貸金業の規制等に関する法律が制定されたのは、昭和五八年（一九八三年）のことである。

この貸金業規制法が制定される前には、制限超過利息の返還に関してよく知られた最高裁の判例法理が確立していた。それは、利息制限法¹²で、一条一項に定められた制限利息を超過する利息は無効というルールを定めつつ、同条二項で「債務者は、前項の超過部分を任意に支払ったときは、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」として、任意弁済された超過利息相当額は返還請求できないとのルールを置くことで制約しているところ、この利息制限法一条二項を形骸化する方向での法創造が判例によっておこなわれたというものである。その際に採られたのは、債務者の支払額はまず制限内利息、次に元本へと充当され、この順序での充当の結果として元本がゼロとなれば利息が発生しないから、なお超過支払部分があれば不当利得（非債弁済）として債務者が返還請求できるという考え方であった（最大判昭和三九年一月一日八日民集一八卷九号一八六八頁、最大判昭和四三年一月一日三日民集二二卷一二号二五二六頁ほか）。

これに対して、このような判例法理を立法によって修正した（もしくは後退させた）のが、昭和五八年の貸金業規制法四三条一項の規定であった。ここでは、貸金業者につき登録制度を導入したうえで、登録をした貸金業者（登録貸金業者）の債務者が制限超過利息を「利息として任意に支払った」場合に、貸金業者が所定の事項を記した「契約の内容を明らかにする書面」（一七条書面）と「受取証書」（一八条書面）を交付しているときには、利息制限法の「規定にかかわらず、有効な利息の債務の弁済とみなす」とした（貸金業規制法四三条一項）。貸金業規制法四三条一項の要件を充たす超過利息相当額の支払いは、有効な利息の債務の弁済と評価されるのだから、法律上の原因のない利得とならないというわけである。ここでは、貸金業者の登録を促し、国家によるコントロール下に置き事業活動に規制をかけることとの引き換えで、登録を促すべく、制限超過利息についての利得保持を許すという、アメとムチの政策的判断が実行されたものと言われている。

三 「みなし弁済」規定を定めた「特別私法」秩序とⅠ型・Ⅱ型のアプローチ

(1) Ⅰ型のアプローチ——金融事業の健全性確保と市民の権利制約

貸金業規制法自体は、その目的を定めた一条で、「この法律は、貸金業を営む者について登録制度を実施し、その事業に対し必要な規制を行うとともに、貸金業者の組織する団体の適正な活動を促進することにより、その業務の適正な運営を確保し、もって資金需要者等の利益の保護を図るとともに、国民経済の適切な運営に資することを目的とする。」と述べていることから明らかなように、業法（事業法）として立案されたものである。金融秩序の健全性の確保をめざした業法（事業法）の中に、登録貸金業者に対する便宜を図った四三条一項の規定、すなわち私法上の効果を定めた規定が置かれたのである。こうした見方は、四三条一項の趣旨に関する次の指摘、すなわち、「貸金業規制法の制定は、まず法の入り口において貸金業に不適格な者を排除する登録制度を導入し、登録業者については種々の業務規制を課して、債務者が自らのくらの債務を有しているかさえわかっていないケースも稀ではなかった従来の貸付けの仕方を改めさせる旨の規制をしている。こうして行政庁の登録を受け、業務の仕方を規制されながら営業を行う貸金業者が、債務者の意思しだいで、利息制限法所定の金利を超過する部分について元本充当および返還請求権が認められるようでは、個々の取引がさわめて不安定な状態におかれ、書面の交付義務等の行為規制も実効あるものとなるに疑わしく、登録を受けずに貸金業を営むこと（いわゆるヤミ金融）が横行しないとも限らない。」⁽¹³⁾という指摘に、端的に示されている。

このように見たときには、貸金業規制法四三条一項の規定は、Ⅰ型のアプローチを採用した規定、つまり、金融事業の健全性確保に結びつけて、「一般私法」秩序の下で認められている市民の権利を制約するという内容を持った「特別

私法」秩序を成すものとして位置づけられる。ここでは、四三条一項の定める個々の要件事実については、「一般私法秩序」が制約された形で「特別私法」へと変質させられたものと捉え、貸金業規制法秩序の指導原理・目的に即し、かつ、事業活動の自由・営業の自由を原則として位置づけることを通じて、事業活動への過剰な介入とならないような解釈をおこなうべきであるというような理解が、基礎に置かれることになる。

ちなみに、貸金業規制法四三条一項に言及した最初の最高裁判決（最判平成二年一月二日民集四四卷一号三三三頁）¹⁴が、同項に言う一七条書面および一八条書面の記載につき、貸金業規制法四三条一項または三項によって有効な利息または賠償金の債務の弁済とみなされるためには、一七条書面および一八条書面の記載が「法の趣旨に合致するものでなければならぬ」と述べてきたことも、貸金業規制法四三条一項のこのような位置づけを支える方向で作用する可能性を有するものであった。しかも、この最高裁判決の調査官解説で、判決文中に示された一七条書面および一八条書面の記載が「法の趣旨に合致するものでなければならぬ」ということの持つ意味として、「記載事項を網羅していること、またその記載が事実と寸分違わず一致していることを要するという拘子定規的な解釈・適用ではなく、事案に即した幅のある弾力的な解釈・適用を容認する趣旨に窺われる」と論評されたことが（そして、この調査官解説を書いた滝澤裁判官が裁判長をつとめた下級審判決において、金融業者側の主張を容れて、天引利息に対して貸金業規制法四三条一項の適用を肯定したことも重なり）、そのような理解を増長させたように思われる。

このような理解に出た立場をより一般化させて言うならば、この立場は、貸金業規制法四三条一項の「みなし弁済」の要件について、一方では、規定文言の形式的解釈を通じて、事業活動に規制を加えることとなる結果を極力回避するとともに、他方では、「事案に即した幅のある弾力的な解釈・適用」を促すことで、事業活動として不合理と評価されるものでなければ許されるとする立場であると言える。天引利息に対して貸金業規制法四三条一項の適用を肯定する

際にも、また、期限の利益喪失条項の有効性を主張する際にも、同様の思想枠組みに依拠して処理を図るべきだとするのである。

(2) II型のアプローチ——事業者保護法としての貸金業規制法四三条一項の位置づけ

以上に見たのは、I型のアプローチで貸金業規制法四三条一項の規定を捉え、金融事業の健全性確保に結びつけて、「一般私法」秩序の下で認められる市民の権利を制約した「特別私法」秩序を業法（事業法）内部に創設したものと捉える立場である。

これに対して、II型のアプローチの下、貸金業規制法四三条一項の「みなし弁済」規定には、事業者保護法としての要素をも認めることができるとの立場もありうる。⁽¹⁸⁾ 最高裁にまであがってきた最近の一連の係争事例において、債権者（金融業者）側が主張している内容の背後には、このような考え方を見て取ることができる。ここでは、貸金業規制法四三条一項の「みなし弁済」の規定は、登録をすることでみずからの事業活動に対し国家による規制を受け入れるとの決断をした（その結果として、原則として認められるはずの事業活動の自由・営業の自由への制約を受け入れた）⁽¹⁹⁾ 貸金業者に対して、私法レベルで超過利息保持の正当化という利益を与えたものと理解されることになる。

ここまで進むと、貸金業規制法の内部に存在する「特別私法」である四三条一項の「みなし弁済」規定の意味としては、業法（事業法）の規制目的に即して「一般私法」の下で認められる市民の権利を制約したものであるとされることがあわせて、この規定は金融業者のパターンリスティックな保護を目的とした規範であるとの理解（ひるがえって、この規定は借主の利益保護を主たる目的〔保護法益〕とした規範でない——借主の利益は、単なる反射的利益に過ぎない——との理解）がされることになる。

ここでは、貸金業規制法の下での「特別私法」秩序を理解するといときでも、事業者保護というパターンリズムの観点から「みなし弁済」の問題を位置づけるⅡ型のアプローチと、事業の健全性確保という規制・監督面に結びつけて「みなし弁済」の問題を位置づけるⅠ型のアプローチとは異質なものであるという点に、留意すべきである。

（3）借主の権利剥奪と、「特別私法」秩序の下での規範が妥当するための要件（「一般私法」秩序から「特別私法」秩序への平面移行のための要件）の嚴格解釈

Ⅰ型・Ⅱ型のアプローチとの関連では、さらに、留意しておくべき点がある。それは、Ⅰ型・Ⅱ型のアプローチを採ったからといって、貸金業規制法四三條一項の解釈にあたり、すべてが登録金融業者の有利に働くというわけではないという点である。

それというのも、Ⅰ型・Ⅱ型のアプローチは、業法（事業法）秩序の中に組み込まれた「特別私法」秩序の下で「一般私法」秩序が制約を受けるといふものであつて、ここでは、この「特別私法」秩序の意味を公益や事業の健全性の確保という事業規制・監督面に関連づけて捉えようが、事業者保護というパターンリズムの観点から捉えようが、「一般私法」レベルで保障されていた借主の権利が、借主にとって不利な方向で削減されるという状況が出てくるからである。

このように、「一般私法」レベルで認められた借主の権利を剥奪するという効果を伴つて業法（事業法）内部の「特別私法」秩序が作り出されるときには、当該業法（事業法）に特化された理由に基づく権利剥奪が正当化されるものである以上、「特別私法」秩序の下での規範が妥当するための要件、つまり、契約当事者間の法律問題を当該業法（事業法）へと組み入れるための要件、私法秩序に着目して言えば、「一般私法」秩序から「特別私法」秩序への平面移行のための要件は、嚴格に解されなければならず、「特別私法」秩序への入り口となる業法（事業法）秩序の妥当性を根

拠づける要件については、「幅のある弾力的な解釈・適用」がおこなわれてはいけないとの帰結が導かれることになる。⁽²⁰⁾

さらに、これに加えて、借主の権利を剥奪するという点を、こうした実体面での正当性のみならず、権利剥奪手続面での正当性という観点から捉えたときには、自己の行動の結果として「一般私法」秩序の下で保障されていた権利が、いまや「特別私法」秩序が妥当することによって剥奪されることとなる借主側に対して、自己の行動およびそれに伴う権利剥奪の意味と内容が認識できるような状態にしておくこと、とりわけ契約内容および返済行動に向けた認識を形成し、判断・決定に必要な情報を提供すること（透明性・明確性の要請）も、求められるであろう。⁽²¹⁾

このように見れば、貸金業規制法四三条一項に書かれている一七条書面および一八条書面の意味および交付時期に関して、一連の最高裁判決がきわめて厳格な態度を示しているのも、肯ける。全体を通覧しただけでも、①超過部分の利息の支払いが貸金業規制法四三条一項によって有効な利息の債務の弁済とみなされるためには、その支払いが貸金業者の預金口座（・貯金口座）への払込みによってされたときであっても、特段の事情のない限り、貸金業者は、払込みを受けたことを「確認した都度、直ちに」、一八条書面を債務者に交付しなければならないとする最判平成一一年一月二一日民集五三卷一号九八頁、②一八条書面は、弁済を受けた都度、直ちに交付することが義務づけられているものであり、貸金業者が弁済を受ける前に、一八条一項所定の事項が記載されている書面を債務者に交付したとしても、一八条書面の交付があったというだけではできないとする最判平成一六年二月二〇日民集五八卷二号三八〇頁、③一七条書面には、一七条一項所定の「すべて」が記載されていることを要し、その一部が記載されていないときは、有効な利息の債務の弁済とみなすことはできないとし、また、一八条書面の交付は、弁済の「直後に」しなければならないとする最判平成一六年二月二〇日民集五八卷二号四七五頁、④一七条一項所定の事項のうち、確定的な記載が不可能な事項があったとしても、貸金業者には「当該事項に準じた事項」を記載すべき義務があるのであって、一七条書面として交付され

た書面に「当該事項に準じた事項」の記載がないときは、一七条書面の交付があったとは認められず、四三条一項の規定の適用要件を欠くとする最判平成一七年二月一日判タ一二〇三号六九頁、⑤一七条一項および一八条一項所定の事項の記載内容が正確でないときや明確でないときには、四三条一項の規定の適用要件を欠くべきであって、有効な利息の債務の弁済とみなすことはできないとする最判平成一八年一月二四日判タ一二〇五号九三頁などがある。

いずれにせよ、ここでは、次に述べる点と比較する意味で、「一般私法」秩序の下で認められている借主の権利の保護が、「特別私法」秩序により剥奪されているのであって、「特別私法」秩序が設けられることによって、「一般私法」秩序では認められていなかった借主の権利の保護が追加されることになっているのでない点を、指摘しておきたい。

四 「みなし弁済」規定を定めた「特別私法」秩序とⅡ型のアプローチ

これに対して、ごく最近、立て続けに出ている四三条をめぐる最高裁判決が採用している法理には、（Ⅱ型でないこととは言うまでもないし、さらに）Ⅰ型のアプローチの範疇に属さないものが含まれている（最判平成一八年一月二三日判タ一二〇五号九九頁〔第二小法廷〕、最判平成一八年一月一九日判タ一二〇五号一〇五頁〔第一小法廷〕、最判平成一八年一月二四日判タ一二〇五号八五頁〔第三小法廷〕。生命保険証券及び傷害保険証券返還等請求事件）、最判平成一八年一月二四日判タ一二〇五号九三頁〔第三小法廷〕。不当利得返還請求事件）。これら一連の最高裁判決は、第二小法廷にはじまり、第一・第三小法廷でも採用されたものである。

そこでは、①債務者が、事実上にせよ強制を受けて利息の制限額を超える額の金銭の支払いをした場合には、制限超過部分を自己の自由な意思によって支払ったものということはできず、貸金業規制法四三条一項の規定の適用要件を欠

くとの基本法理を確認したうえで、②超過利息の支払いを義務づけた上で支払懈怠の場合に期限の利益を失わせ、制限利率を超えた金利での損害金とともに債務全額を即時弁済させる旨の約定に基づく利息の支払いは、債務者が自己の自由な意思に基づいて支払ったものとはいえないとするものである（最判平成一六年二月二〇日民集五八卷二号四七五頁における滝井繁男裁判官の補足意見が、その後の判決を重ねる中で、いまや最高裁の判例法理として確立したものと
(24) 言えよう）。

この判例法理を、「一般私法」秩序との比較において業法（事業法）秩序の中の「特別私法」秩序を捉えたときには、そこでは、「みなし弁済」の適用に際しての一七条書面の意味や一八条書面の意味を厳格に解する判例と違い、Ⅲ型のアプローチ、すなわち、「一般私法」秩序の下で認められる市民の権利の拡張・強化という観点から、業法（事業法）秩序の中の「特別私法」秩序の位置づけがされているものと見るのが適切である。民法と利息制限法の関係から解きほぐしてみれば、次のような説明をするのが一貫するからである。

まず、民法と利息制限法との関係については、次のように言うことができる。すなわち、利息の契約は有効であるが、高利を目的としたものは、それが暴利行為と評価されるときには、民法九〇条により無効とされる。もともと、一般に、ある法律行為が暴利行為と言えるには、給付と反対給付との間に重大な不均衡が客観的に存在していることだけでなく、主観的な悪性も要求されるところ、利息制限法一条一項は、利率という客観的指標によって、利息の契約の有効性を決めることで、公序良俗違反を定型的に処理しようとしたのだとの理解である。ところが、貸金業規制法四三条一項は、同条所定の要件を充たした任意弁済がされると、それを「有効な利息の債務の弁済」とみなすことで、「一般私法」秩序、すなわち、利息制限法一条一項の基礎にある超過利息禁止の法理を制約している。

ここに、先ほど述べた最近の判例法理を結びつけると、どのような枠組みが浮かび上がってくるであろうか。

最近の判例法理は、借主履行遅滞の場合に制限超過利息の支払義務をも含めて期限の利益を喪失させる条項が約定されているときに、かかる条項の下での弁済は事実上「強制されて」おこなわれたものであって、「自己の自由な意思に基づいて支払ったものとはいえない」とし、任意弁済性を否定することで、過払分の返還請求を認めたものである。借主の心理的窮状につけこんだ点に着目することで、制限超過利得を内容とする利息の契約につき、これを一部無効（超過部分につき無効）としつつ、超過部分も含めた期限の利益喪失条項を導入したという事実が履行行為に対する自己決定面で借主に与える影響を考慮して、弁済の任意性を判断したものである。そして、これにより、超過利息に対応する金額の金融業者への帰属・保持を否定したのである。

ここには、ドイツにおいて、一連の連邦憲法裁判所・連邦通常裁判所の判決で「契約の対等性」が考慮に入れられ、十分な支払能力のない者に対する心理的窮状につけこんだ金銭消費貸借契約や貸金債務保証契約が「暴利行為類似の行為」として無効とされた²⁵のと、（もとより、ドイツで開発された法理が「契約の無効」を導くためのものであるのに対し、ここでの問題が「弁済行為の任意性」を否定するものである点で異なるにせよ、判断の基礎を成す思想面において）同じ考慮が見られる。

その意味で、上述した最近の最高裁判決では、「一般私法」秩序を支配する思想・原理に基づいた判断が、「特別私法」秩序の中でおこなわれているものと見ることができるところから、貸金業規制法四三条一項をめぐる最近の最高裁判例法理がおこなわれているのは、「一般私法」秩序の構築であって、「特別私法」秩序に属する作業ではない——したがって、「一般私法」秩序の下で認められた市民の権利の拡張・強化ではない——とすることもできる。しかし、それでも、上記の判例法理は、仮に貸金業規制法四三条一項がなければ——少なくとも、現時点では——登場しなかったものである²⁶。この点では、「一般私法」秩序の下で認められた市民の権利の拡張・強化というⅢ型のア

プローチが基礎に置かれていると見てよい。むしろ、貸金業規制法四三条一項という「特別私法」秩序の下で構築された法理が、「一般私法」秩序における「契約の対等性」の考慮、ひいては暴利行為論にも照射される可能性を含んだものだということなのであろう。というのも、ここでは、本稿の前半でⅢ1型について述べたような、「特別私法」秩序の場を借りた「一般私法」秩序の継続形成（対価と反対給付〔元本の使用〕との均衡に関する暴利行為論の継続形成）がおこなわれているものと見ることができるところである。

第五節 結びに代えて

紙幅も尽きたので、最後に一点だけ付け加えれば、第三節の末尾と第四節で取り上げた最近の貸金業規制法四三条一項をめぐる判例の動きがⅢ12型のアプローチに依拠した「消費者保護」の観点からのものだと言うのには、問題がある。「みなし弁済」要件としての一七条書面・一八条書面の意義を厳格に捉えるというのは、I型のアプローチであるし、期限の利益喪失条項の効力に関連づけた弁済の任意性に関する判例も、Ⅲ1型のアプローチを基礎とするものだからである。もちろん、「保護」という表現が何を意味するのかにもよるが、「秩序」と「秩序」の間の融合・溶解と峻別を論じるうえで基本となる思想・原理面での捉え方の点で、安易な説明や妥協は許されるものではない。その意味では、この点に関する説明を抜きにして、一般の動きを「消費者の保護」とか「借主の保護」といった共通枠で括ることに対しては、疑念を禁じえないということを述べて、本稿の結びとする。

（二〇〇六年三月二八日報告稿）

- (10) 平田・前掲六七六頁を参照。
- (11) 裁判例の展開については、鎌野邦樹『金銭消費貸借と利息の制限』（一粒社、一九九九）、長尾治助監修・みやこ法律事務所編『新版判例貸金業規制法』（法律文化社、二〇〇五）および森泉編・前掲書が詳しい。
- (12) 「利息制限法一条」
- (一) 金銭を目的とする消費貸借上の利息の契約は、その利息が左の利率により計算した金額をこえるときは、その超過部分につき無効とする。
- | | |
|---------------------|-------|
| 元本が一〇万円未満の場合 | 年二割 |
| 元本が一〇万円以上一〇〇万円未満の場合 | 年一割八分 |
| 元本が一〇〇万円以上の場合 | 年一割五分 |
- (二) 債務者は、前項の超過部分を任意に支払ったときは、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る。
- (13) 大蔵省銀行局内貸金関係法令研究会編『一問一答貸金業規制法の解説』（金融財政事情研究会、一九八三）一一二〇頁。
- (14) 貸金業規制法四三条一項の「債務者が利息として任意に支払った」および三項の「債務者が賠償として任意に支払った」とは、債務者が利息の契約に基づく利息または賠償額の予定に基づく賠償金の支払いに充当されることを認識した上、自己の自由な意思によってこれらを支払ったことを言うのであって、債務者において、その支払った金銭の額が制限内利息または賠償額の予定の制限額を超えていることや、当該超過部分の契約が無効であることまで認識していることを要しないとしたものである。
- (15) 滝澤孝臣「調査官解説」最高裁判所判例解説民事篇平成二年度五六頁。
- (16) さいたま地判平成一三年一月三〇日判タ一〇九二号二八三頁、東京地判平成一四年二月二六日判時一八二四号六五頁。
- (17) 「利息制限法二条」
- 利息を天引した場合において、天引額が債務者の受領額を元本として前条第一項に規定する利率により計算した金額をこえるときは、その超過部分は、元本の支払に充てたものとみなす。

- (18) 吉野正三郎「利息天引と貸金業規制法四三条」銀行法務二一・五九一号五〇頁以下、五二頁(二〇〇二)。「受領した制限超過利息については債務者からの返還請求を拒否できるという『特典』を与えた」と言う。貸金業規制法四三条一項につき「アメ」と「ムチ」が説かれるときの、まさに「アメ」に当たるものである。
- (19) 森泉章編著・前掲書四頁以下は、「法がいわゆる『みなし弁済』規定を設け(法四三条)、貸金業者の利益をも保護していることからすれば、真の立法目的がサラ金被害の除去以外のところにあつたのではないかという批判を免れない」と説く。
- (20) 鎌野邦樹「利息制限法・貸金業規制法の今日的課題」千葉大学法経論集一八卷一号八五頁以下、一一七頁(二〇〇三)も、「一七条書面及び一八条書面の各記載事項は、法及び同法施行規則が同法の目的である貸金業者の業務の適正な運用の確保及び資金需要者の利益の保護(法一条)にとつて必要不可欠な事項を定めたものと見ることができ、また、同法四三条一項が、本来は無効な制限超過利息の支払について特に例外的に有効な弁済とみなしたことに照らすと、この点は厳格に解釈し適用する必要がある」と言う。
- (21) 一七条書面・一八条書面の交付要件を借主に対する説明義務と結びつけて捉えようとする平田・前掲六六五頁、六七六頁や、鎌野・前掲一一七頁、一二四頁も、同旨と思われる。もとより、ここでの説明義務とは、自己決定基盤の整備に結びつけられた説明義務(情報提供義務)ではなく、まさに給付・反対給付(および債務〔給付義務〕の履行と受領)それ自体についての情報提供に結びつけられた——その意味で、内容開示にかかる——ものである。
- (22) この判決(口座振込による超過利息の支払いと一八条書面の要否を扱ったもの)が、既に、一八条書面に關して、「債務者は、受取証書の交付を受けることによつて、払い込んだ金銭の利息、元本等への充當關係を初めて具体的に把握することができるから」という点を、一八条書面を必要とする理由として挙げていた。
- (23) この種の期限の利益喪失条項は、法律上は、「一部無効であつて、制限超過部分の支払いを怠つたとしても期限の利益を喪失することはない」が、この条項の存在は、「通常、債務者に対し、支払期日に約定の元本及び制限超過部分を含む約定利息を支払わない限り、期限の利益を喪失し、残元本全額及び経過利息を直ちに一括して支払う義務を負うことになる」との誤解を与え、その結果、このような不利益を回避するために、制限超過部分を支払うことを債務者に事実上強制することになる」からである。前掲最判平成一八年一月二四日判タ一二〇五号九三頁。

ちなみに、森泉編著・前掲書三二二頁(鎌野邦樹)には、「グレーゾーンの利息といえども、利息制限法の制限を超過する部分に限り無効である。したがって、超過部分については債務者に支払義務はない。その結果、(制限法違反の)約定利息の支払いを怠ったときは元本の期限の利益を失う旨の特約は、その限りで無効である。つまり、超過部分については特約の効力は生じないというべきであろう。」との説明がある。期限の利益喪失特約の(一部)無効を説く点ではこれよりよいが、これだけだと、借主からの超過利息を含む弁済行為について「みなし弁済」性を否定することができない。「みなし弁済」が問題となるのは、まさに利息制限法一条一項により支払義務のない超過利息部分についての弁済行為をもって、有効な利息の債務の弁済とみなしているのだから、単に特約の無効を述べただけでは足りず、弁済行為の任意性をも否定しなければならぬからである(期限利益喪失特約が、その喪失事由の不明確さまたはその事由が債務者にとって不当な不利益を強いる結果になるとき、その特約自体が無効となるという点だけなら、標記問題が表面化する前から、既に指摘されていたところである。於保不二雄編『注釈民法(四)』(有斐閣、一九六七)四一四頁(金山正信)。この点について、最高裁の法理に一日の長がある。

(24) 最判平成一六年二月二〇日民集五八卷二号四七五頁は、①貸金業規制法四三条一項は利息制限法一条一項についての特別規定であり、同法二条の規定の趣旨からみて、二条の特則規定ではないこと(天引利息に、貸金業規制法四三条一項の適用はない)、②一七条書面には、法一七条一項所定の「すべて」が記載されていることを要し、その一部が記載されていないときは、有効な利息の債務の弁済とみなすことはできないこと、③一八条書面の交付は、弁済の「直後に」しなければならぬこと(弁済の日から二〇日あまり経過後の取引明細書の交付は、これに当たらない)を判示したものであった。これに対する滝井裁判官の補足意見は、①天引利息を債務者が自己の自由な意思に基づいて支払ったとはいえないこと(任意性の否定。天引利息に、貸金業規制法四三条一項の適用はない)、②超過利息の支払いを義務づけた上で支払懈怠の場合に期限の利益を失わせ、制限利率を超えた金利での損害金とともに債務全額を即時弁済させる旨の約定に基づく利息の支払いは、債務者が自己の自由な意思に基づいて支払ったものとはいえないこと、③一七条書面・一八条書面には所定の事項がすべて記載されているということだけでは足りず、それらの事項が正確かつ容易に理解できるように記載されていなければならないこと(一七条書面は、本来、一通の書面によるべきこと)、④弁済期の延長による契約内容の変更の場合には、変更内容を記載した一七条書面の交付が必要であることを示したものである。

本文で触れた点以外でも、天引利息の任意弁済性を否定する理由づけの点で、法廷意見の①と滝井意見の①の違いが重要である。前者は形式的理由づけ、後者は実質的理由づけという違いという理解をすること以上に、前者はI型のアプローチ、後者はIII型のアプローチを基礎としている点で、大きな違いがある（法廷意見の①の理由づけについては、その後の最判平成一六年七月九日判タ一六三三号一三頁でも繰り返されている）。

ちなみに、滝井補足意見で示された点では、透明性・明確性の要請に関連する③の点も特徴的であるところ、この点も、のちに、(i)貸金業規制法一七条一項所定の事項のうち、確定的な記載が不可能な事項があったとしても、貸金業者には「当該事項に準じた事項」を記載すべき義務があるのであって、一七条書面として交付された書面に「当該事項に準じた事項」の記載がないときは、一七条書面の交付があったとは認められず、四三条一項の規定の適用要件を欠くとした最判平成一七年二月一日判タ一二〇三三六九頁。リボルビング方式の貸付けについて、確定的な返済期間、返済金額等を一七条書面に記載することが不可能であるからといって、貸金業者は、返済期間、返済金額等を一七条書面に記載すべき義務を免れるものではない。貸金業者には、個々の貸付けの時点での残元利息について、最低返済額および経過利息を毎月一五日の返済期日に返済する場合の返済期間、返済金額等を一七条書面に記載することは可能だから、これを確定的な返済期間、返済金額等の記載に準ずるものとして、一七条書面として交付する書面に記載すべき義務があるとした）や、(ii)貸金業規制法一七条一項所定の事項の記載内容が正確でないときや明確でないときにも、同法四三条一項の規定の適用要件を欠くというべきであって、有効な利息の債務の弁済とみなすことはできないとした最判平成一八年一月二四日判タ一二〇五号八五頁および最判平成一八年一月二四日判タ一二〇五号九三頁で、今日では判例法理として確立したものである。

とりわけ、日賦貸金業者による超過貸付けを扱った前掲最判平成一八年一月二四日判タ一二〇五号八五頁では、(a)借換えの際の借用証書の「契約手渡金額」欄に、実際に手渡された金額ではなく、実際に手渡された金額とその直前の貸付金の残元本の金額との合計金額が記載されていた場合には、これらの借用証書の上記事項の記載内容は正確でないことと、(b)一七条書面には「各回の返済期日及び返済金額」を記載しなければならないところ、借用証書に集金休日の記載がされていないときには、その記載内容は正確でなく、また、「その他取引をなさない慣習のある休日」を集金休日とする旨の記載は、明確でないことが強調されている。

- (25) この点に関しては、児玉寛「無資力近親者による共同責任をめぐる判例の展開」法学雑誌四一巻四号六七三頁以下（一九九五）、原田正和「巨額な共同責任の反良俗性——ドイツ良俗則の最近の展開——」（一）（二）完」法学論叢一四七巻一四二頁以下、一四八巻一四八頁以下（二〇〇〇）、同「極端な巨額な保証債務の反良俗性——ドイツ良俗則の最近の展開・その二——」（一）（二）完」法学論叢一四八巻一四八頁以下、一四九巻一四六頁以下（二〇〇〇）（二〇〇一）、斎藤由起「近親者保証の実質的機能と保証人の保護——ドイツ法の分析を中心に——」（二）（三）完」北大法学論集五五巻一四一三頁以下、二四六五七頁以下、三〇一—一九頁以下（二〇〇四）。
- (26) 最判平成一八年一月二四日判タ一二〇五号九三頁における上田豊三裁判官の意見が、本件において債務者らが弁済をしたのは、約定利息につき期限の利益喪失条項のある下でしたものではあるが、詐欺・強迫あるいは貸金業規制法二二条で禁止している取立行為に基づいてしたものであることをうかがわせる事情が認められないので、本件各弁済は、債務者らが約定利息の支払いに充当されることを認識した上、自己の自由な意思によつてしたもの、すなわち債務者らが利息として任意に支払ったものというべきであると述べたのは、従前の「一般私法」秩序の下での（公序良俗・合意の瑕疵にかか）る規範認識を基礎としたものと言える。