

# 貸金業法四三二条は

## 憲法二九条に反し違憲である

北海道大学法学研究科教授 棟居快行

一般論としては、事案への当てはめにおいてそれまでの判例と矛盾する結果を招く立法であっても、もとよりそれだけで憲法違反になるわけではない。たとえば製造物責任法が、不法行為の成立要件についてのそれまでの最高裁判例と実質的に矛盾する要件を定めたとしても、このような特別法の制定には何らの妨げもない。それでは、利息制限法の制限超過利息についての著名な最高裁大法廷昭和四三年一月一三日判決（民集二二卷一―二号二五二六頁）と、この判例を実質的に無意味化してしまう貸金業法四三二条との関係についても、同様に言いうるであろうか。そうではないと考える。

昭和四三年判決は、単に不当利

得返還請求権という民法上の制度についての解釈を行ったにすぎないのではなく、憲法上の財産権保障に忠実な民法解釈を行った結果を示したものと見るべきである。すなわち、同判決は、(イ)制限超過利息は違法であるから当然に元本に充当されるという判例（最高裁昭和三九年一月一八日判決民集一八卷九号一八六八頁）を前提として、(ロ)計算上元本が完済となつたときは、その後債務の不存在を知らないで支払った金額につき不当利得返還請求権を行使しうる、という結論を導いたのであった。

この(イ)と(ロ)の間には、実は隠れたもう一つの命題があるであろう。それは、(イ)「債務が存在であるのに利息等として支払われた金額

は、相手方に帰属する法律上の原因がない」といった命題である。これは当たり前の命題である。しかしながら(イ)が当たり前であるのは、(二)「財産は契約その他法律上の原因がある場合にしか有効に移転されない」という大命題から(イ)が直ちに導かれるからである。そして(二)を支えているのは、結局のところ憲法上の財産権保障（二九条一項）に他ならない。

要するに、最高裁昭和四三年判決が述べたさきの(ロ)の命題は、民法上の不当利得返還請求権制度そのものの解釈として得られる結論であるというよりは、憲法上の財産権保障（それは民法上の所有権概念の上位概念であるはずである）から導かれるのである。このように、四三年判決が単なる民法解釈の判例ではなく、実は憲法の財産権保障を踏まえたものであるとすると、くだんの貸金業法四三二条は民法の特別法だというだけの理由では正当化されえないことになる。

民法（についての判例）は立法で変更しえても、憲法を立法で侵すことは許されない道理である。

この点で参考になるのが、森林法旧一八六条（違憲判決後削除）の共有林分割請求制限規定を違憲とした最高裁大法廷昭和六二年四月二二日判決（民集四一巻三〇四〇八頁）である。同判決は、民法二五六条が共有持分の大小を問わず自由な分割請求権の行使を認めているのに対して、森林法の当該規定が過半の持分権者にかぎって同請求権を行使しうるとしていた点を違憲としたのであった。民法と森林法とはこの場合、一般法と特別法の関係にあるから、森林法が同規定のような特別を設けることの障害は本来ないはずである。にもかかわらず違憲とされたのは、自由な分割請求を定めた民法二五六条がまさに憲法上の財産権保障の内容を体現しており、その制約は単に民法に例外を設けるといふよりは端的に財産権の違憲の制約

であるとされたためである。

本件も同様に、超過利息の元本充当で完済された後の支払いは、

憲法上の財産権保障を受けた不当利得返還請求によって取り戻されるべきであり、それを不可能なも

のとする貸金業法四三二条は端的に憲法二九条に反するものと考えられる。

であるとされたためである。  
本件も同様に、超過利息の元本  
充当で完済された後の支払いは、

憲法上の財産権保障を受けた不当  
利得返還請求によって取り戻され  
るべきであり、それを不可能なも

のとする貸金業法四三条は端的に  
憲法二九条に反するものと考えら  
れる。

# 利息制限法と出資法、 貸金業規制法四三条の関係

## ―超過利息無効論の再検討―

関東学院法科大学院教授 森 泉 章

利息制限法は、消費者金融にお  
ける金利制限の基本法である。

本稿では、「借主（消費者）は、  
経済的弱者である。弱者であるが  
ゆえに保護されなければならない」  
という原点に立って、超過利息無  
効論を基軸に利息制限法と出資法、  
貸金業規制法四三条との関係を再  
検討したい。

一 (1)出資法は利息制限法といか  
なる関係に立つか。

出資法は、刑事法規として刑罰  
金利二九・二％（一般に法定上限  
金利のごとくいわれている）を定  
めているが、これを超えない刑罰  
免責金利いわゆるグレイゾーンの  
利息は、超過利息として無効とさ

れ、貸主は裁判所に訴求できない  
が、刑罰は科せられない。その結  
果、昭和三九年最高裁判例の前ま  
では、債務者がグレイゾーンの利  
息を任意に支払えば有効な支払い  
となり、債務者は無効を理由に返  
還請求できないとする考えも多かつ  
た。ここに超過利息の私法上の効  
力の特殊性がある。刑事法上のサ  
ンクションを受けないグレイゾー  
ンの利息は、利息制限法一条と出  
資法とが不可分一体的になって構  
成されているといえよう。

(2)同様のことは、グレイゾーンの  
利息と貸金業規制法四三条との関  
係についてもいえる。

四三条によると、(ア)貸金業者が

業として行う金銭消費貸借上の利  
息であること、(イ)債務者の超過利  
息（グレイゾーンの利息）の任意  
の支払、(ウ)法定の書面、受取証書  
の交付という三つの要件を満たし  
ていると、グレイゾーンの利息の  
支払いは、「有効な利息の債務の  
弁済」とみなされる。事後的にグ  
レイゾーンの利息の返済を有効な  
弁済とみなすことによって、超過  
利息の有効化を図ったものといえ  
よう。法四三条が、法による脱法  
とでもいふべき悪法とせられる  
所以である。なお、交付される契  
約書及び受取証書に違法な金利が  
記載されるのは適正な手続を害す  
るのではないが、憲法違反の問題  
がある（後述）。

\*ここで超過利息無効論につい  
て触れておきたい。諸説があるが、  
私は、利息制限法が強行法規であ  
ることにかんがみて「法律上無効」  
と解したい。法が無効とする判断  
は、最も基本的な価値判断である  
から、その判断どおり機能するよ

うに解すべきであると思っ  
横田喜三郎裁判官が、超過利息元  
本充当事件において述べているよ  
うに（昭三七・六・一三民集一六  
巻七号一三四〇頁）、「このような  
場合には、立法趣旨に照らして解  
釈することが法の解釈の基本原則  
である。利息制限法は、いわゆる  
社会立法に属するもので、その根  
本の立法趣旨は経済的弱者たる債  
務者を保護することにある」。利  
息制限法は、利息の最高限を法定  
し、金融業者の不当な微利を抑制  
することを目的とし、経済的弱者  
である借主を保護するところにあ  
る。

超過利息無効の趣旨もこれに従  
て解すべきであって、「法律上無  
効」と解するのが妥当である。  
「無効ナル行為ハ死産児ノ如シ、  
如何ナル名医ヲ以テモ活カスベカ  
ラズ」という譬えがあるように、  
無効という土俵の中でこれを有効  
なものと理論づけ解釈することは  
困難である。あえてこれを行なお

うとすると、法四三条の問題にみるように、論理の整合性を欠き、利息制限法の精神に反することに  
もなる。

二 (1) 出資法は刑罰法規、利息制限法は私法法規であり、両者はその性質・目的を異にし、別個の効力を有するから、出資法は利息制限法に対し特別法ではなく、また、これに優先するものでもない。判例も、両者は、その規定の目的及び性格を異にすることから、特別法と一般法との関係に立っていないとし、出資法が利息制限法に優先して適用されることはないとしている(東京高判昭五二・六・三〇判時八六七号九四頁、最判昭三四・五・八民集一三巻五号五七一頁)。  
同じ理由から「後法は前法を改廃する」原則も両者間には適用されない。一般法・特別法の対置は、本質的には同質の法規に基づくものであって、異質つまり規制のしかたの異なる法規間において問題とはならない。出資法は民法ないし利息制限法の特別法ではない。出資法は、その法規につき、私法の解釈に混入することも許されな

貸金業者は、一定の要件のもと

で、利息制限法の上限金利を超える出資法の上限金利(二九・二% - 刑罰金利)までの間の利息(刑罰免責金利↓グレイゾーンの利息)契約が締結された場合には、グレイゾーンの利息に関して、利息制限法、貸金業規制法が適用され、出資法は適用される余地がない。グレイゾーンの利息は超過利息として無効である。法定金利でも有効なる利息でもない。したがって、超過利息を支払う旨の公正証書を作成することができないし、超過利息を被担保債権とする抵当権設定行為も、設定登記も無効である。  
(2) 先に述べたように、貸金業規制法四三条は違憲の疑いがある。  
一つは、法四三条は、貸金業者の業務の適正を確保することによって借主の保護を図るといふ貸金業規制法の立法目的に背くものである。法四三条が借主ではなく貸金業者を保護する規定と解されうるからである。立法目的と法四三条(手段)との間に合理的関連性なしと評されるゆえんである(荏原洋子・ヤミ金対策立法の背景と概要(森泉章・新貸金業規制法「追

録」一三頁)。法四三条が法による脱法ともいうべき悪法とせられても仕方があるまい。

二つは、強行法規である法四三条に規定される契約書面および受取証書に違法な金利・利率が記載されるのは憲法三一条でいう「適正な手続」を害することである。憲法違反の問題が問われるのは当然である。憲法三一条の「適正な保障」とは、実質的に手続的適正と同時に内容的にも正当であるべきことを要するという理論を採ると、法四三条は違憲といわざるをえない。  
近時、法四三条の基本的問題が本格的に論じられ、これに依りて、法四三条違憲論が急速に台頭し、学界はもとより実務にも浸透し、活発に論議されている状況である。この先駆的かつ本格的な業績として、荏原正道・四三条違憲論(消費者法ニュース・別冊(平成一六年))がある。  
参考に価する良書である。

**別冊**

消費者法ニュース  
CONSUMER LAW NEWS NETWORK


---

43条違憲論

---

弁護士 荏原正道

〔申込先・問合先〕〒530-0047 大阪市北区西天満3-6-8 笹屋ビル3階  
 消費者法ニュース事務局 TEL 06-6366-5046 FAX 06-6366-5046  
 価格 1,575円(税込、別途送料(1冊)160円) e-mail shohinew@yk9.so-net.ne.jp



# 7 四三二条違憲論

## 四三二条違憲論再考察

弁護士(横浜) 荻原正道

### 第一 貸金業規制法四三二条の構造

#### 1 貸金業規制法一条(目的)

この法律は、貸金業を営む者について(中略)業務の適正を確保し、もって資金需要者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しています。

① 四三二条自体の目的―建前は書面整備の徹底・本音は暴利秩序の確保

(利息制限法違反利息の確保―借主の元本充当請求権・過払返還請求権の剥奪という犠牲)

↑本音で提案理由説明がされています。

② 四三二条に、強いて意義を見出すとすれば、法一条の目的達成手段ということになります。

③ 四三二条が適用される場合でも、超過利息支払の合意(契約)自体

は無効であって、契約そのものは決して遡及的に有効となるわけではない、ということには注意しておく必要があります。四三二条の問題の本質は、このことの関係で出てくるからです。

↑契約当初の合意でもって支払時の合意とか「任意性」とかを語ることは出来ない、ということには注意すべきであり、「いやだったから、借りなければよかったのではないか。だから、任意の支払と言える。」という趣旨の誤った判決がなされている例もあります。

④ 貸金業規制法四三二条の要件と効果

業務規制としての書面要件(一七条・一八条書面)と任意性があれば、本来は無効な超過利息の支払を「有効な弁済とみなす」

2 要件について

書面要件の内容として、それは決して「適正な内容」ではありません。そのことから、「書面」を揃えることだけが「業務規制」の意味を持つだけであって、「適正な業務規制」となっているわけではない本質が導かれます。

↑これ自体が、そもそも法一条の目的に反している、と言えらると思います。

\*錯誤を誘引する不正記載=錯誤に基づく支払は無効

3 効果について

効果↓違法利息の確保と資金需要者の不利益↑明らかに法一条の目的に反している、と言えます。

### 第二 違憲審査基準について

1 二分論の意義は、どのような審査基準によるのかの決定に関係することです。

#### ① 積極的・政策的規制

専ら立法の目的が国民の社会福祉の増進にあり、そのために規制の結果、多少の犠牲を伴うことがあっても、その犠牲を覚悟した上で政策的な観点から積極的に立法すべきであるという要請が前提として理解されているのです。

従って、国会の立法は一応合理的であるという推定が働く(「合理性の基準」)ので、合理性の推定が破られてはじめて違憲判断に進む、ということになります。

このように、国会の裁量は広く認められることになるので、国会の立法裁量を著しく逸脱していることが明白である場合に限り違憲判断が可能であるとされています(「明白性の原則」)。

積極的・政策的規制に関する立法であれば、このように国会の立法裁量は、最大限尊重されるので、違憲判断は、この場合には謙抑的であるとされます。

#### ② 消極的・警察的規制

国民に関する弊害発生を除去する必要がある、やむをえず規制措置を取る場合の立法です。

どのような弊害があつてその除去をするのか、その規制を施す必要性があるのかが問題となり、規制のための立法をする場合には必要最小限のものでなければならぬという要請が働くので、「厳格な合理性の基準」で判断する必要があるとされています。

その結果、消極的・警察的規制

の場合において、立法事実論の下の違憲判断をすべきであるとされているのです。

必要性・合理性に関する検討の上で立法を支える社会的事実の検討を行うのであり、特に「他により制限的でない立法目的達成手段」があるか否か、そのような規制手段が他にある場合には、当該規制措置の必要性や合理性がないから違憲とされることになる、とされます。

貸金業規制法四三条は、その一条の立法目的が貸金業者の業務が適正でない場合の弊害を除去するために立法されることから、消極的・警察的な規制の分類に属すると解されます。

したがって、違憲審査基準としては、厳格な審査基準として立法事実論を論じて検討していくことが最も適当である、ということになるのです。

2 二分論によらなければ立法事実論は出てこないのか。

最近の森林法共有林分割制限規制違憲判決が、直接には二分論によらないで、それでも「立法事実論」を用いて違憲判断を導いている。

ます。

そもそも、立法事実とは、「立法を支える社会的事実」のことであり、「立法を支える社会的事実」がないのに、つまり必要性も合理性もないのに立法をする、ということは、国会の立法裁量を論ずる必要もなく、違憲判断は可能だという考えは充分に成り立つ、と考えます。

その意味では、必ずしも、二分論から議論を始めなくてはならないということはないかも知れません。

ただ、裁判所を説得する上では、二分論から違憲判断への道を開いていく方が分かりやすい、ということには言えます。

☆なお、森林法共有林事件（最高裁昭和六二年四月二二日大法廷判決・民集四一卷三三〇四〇八頁、判時一二二七号二二頁）に関しては、棟居快行北海道大学教授が、判例百選Iの一〇三号事件（二〇〇八頁以下）に解説を加えられています。

その中で、「本件規制を判旨自身(一)で指摘している財産権『それ自体に内在する制約』と位置づけ、これを第三の規制類型の一つと捉えることが出来よう。この財産権『それ自体に内在する制約』とは専ら私益相互の調整をはかるものであるから、定義上当然に必要最小限度の基準という厳格な手段審査基準を伴うこととなる。このように二分論の骨組自体は維持したまま、若干の追加的修正を施すことにより容易に違憲判決を導くことも本件では可能であったように思われる。」と述べられていることが注目されます。そのような位置付けで立法事実論による審査の必要性を説き、違憲性を論じることも可能だと思えます。

大変光栄なことに、棟居先生から直接にお手紙とお電話をいただき、四三条に関連してご教示していただきました。先生からは、四三条を考えるにあたっての下記のような有難いご指摘をいただきました。

おそらく、本号ニュースの別稿で先生ご自身の教えをいただくと思いますが、ご紹介しておきます。

「くだんの四三条はおきれるうな愚法・悪法です」

よく考えたわけではありませんが、

1 利息制限法（同法による金利の制限は民法上の公序良俗を明文化したものと位置づけられる）違反の超過金利分は、当然に元本に充当される。これは判例による立法であったはずではなく、『正しい民法解釈』として確立されている。

このように判例によって確立された元本充当の法理は、一立法によって歪めうるものではない。

2 四三条は民法の特別法として、民法の原則を修正することができる一般的な論としてはいいとしても、そこには限界がある。民法は単なる一般法ではなく、いわば私法の基本法として、法の大原則を多く含んでおり、たとえば『妾契約は有効とみなす』という愚法が制定されても、公序良俗と憲法一三条が連動して当該愚法は違憲とされることは明白です。ご著作で引用されている森林法違憲最高裁判決も、民法二五六条を憲法上の財産権保障と同一視することに

よって、実際には民法違反である森林法の当該規定を違憲としたも

のと思われま。このように、民法に含まれる私法の大原則が、形式的には憲法と連動することによって(つまり民法がいわば憲法一二条、二九条などの規範の内容に取り込まれ格上げされることによつて)、他の法律をうち破り、あるいはその解釈を修正する(合憲限定解釈)ことが可能であることが、森林法判決によって示されていると考えます。四三条は、上記の『妾契約は有効とみなす』という愚法と同レベルであると思います。

3 経済政策立法であれば何でも『明白の原則』で緩やかな司法審査でよいわけではなく、弱者保護と無関係な、むしろそれに逆行する法条については、安全のための消極規制と同等の厳格な審査基準をあてがうべきでしょう。森林法判決は、規制二分論を明確に引用しておらず、『必要性と合理性を欠くことが明白』といった一般的な基準を用いていますが、実際には民法の共有分割請求権の制限(そもそもそういう発想自体が民法の優位性を前提としています)としてある程度厳格な審査をし、その結果違憲判決(実態は民法違

反判決)を下したものと思われま。本件も四三条につき、同様の司法審査を要求できると思われま。す。

時間の制約や目下の研究テーマがおよそ非実務的な方面であることなどから、十分な考察とはいえませんが、事態の深刻さに一筆とらせていただいた次第です。

愚考が先生の書面等のヒントになれば幸いです。

北海道大学法学研究科 棟居快行

特に、特別法は一般法に優先するといつても、一般法のうちでも基本的な大原則は、それに関係する憲法条項の中に規範化しているので、特別法でも破られないものとなつている、という趣旨の御指摘は、大変に貴重な示唆に富む御指摘だと思ひます。

**第三 法一条目的達成手段として**

1 他により制限的でない目的達成手段がある。

(消費者法ニュース別冊「四三条違憲論」一三七頁以下)

- ① 罰則規制
- ② 行政上の監督指導手段
- ③ 国会による監督調査手段(実例まである)

2 貸金業者に「あめ玉」を上げる合理性・必要性いずれもない。

(「四三条違憲論」七八、一三七、一四八頁等)

**第四 四三条による弊害(四三条が歪んでいる証左)**

1 四三条の下での著しい人権被害実例

(消費者法ニュース別冊「四三条違憲論」一六二頁以下二四〇頁まで)

2 貸金業規制法第二七条二項が事実上発動せず停止している状況

◎貸金業規制法第二七条では、各都道府県の貸金業協会は、契約の雛形を届けることによつて貸金業者を指導するように義務付けられているのです。

ところが、その届出ができない状態が生じています。それは何故か、という点にも注目すべきでしょう。この事実、四三条の違憲性を物語っている間接事実と言えるのです。この論点は、本出版直後に気が付いたところです。

このような状況が生まれているのは、下記の事情によりです。利息制限法以内の利息記載の雛形を作ると四三条適用のための利

息制限法利息を超える内容の契約は雛形に反し、指導に従わない形となって貸金業者は超過利息契約は結びにくくなる。そのため、契約書雛形の届出をためらっている。だからと言って、四三条適用のための雛形を作るならば、それは最初から利息制限法を超える違法利息を記載した違法雛形になってしまう。これはどう見ても不都合な行為なのです。仮に、このような利息制限上違法な契約を行政が雛形として公的に認可するようなことがあれば、それは当然に国家賠償法の対象になると思ひます。

こうして、いずれにしても契約書の雛形の呈示がしにくくなっていくので、その届出がされている、という状況が生まれているのです。

**第五 四三条の任意性とは結局何か**

平成一六年二月二〇日判決は、特に補足意見において「任意性要件の復権」を宣言したのですが、一方、平成一五年七月一八日の対日米最高裁判決での判示において「債務者は総債務の減少を望むも

のである」という客観的認識が明らかにされており、これは、「任意性」の解釈に活用できる、と思えます。

つまり、利息制限法超過利息を支払うということは「総債務の減少を望むもの」ということは逆の方向なのです。

したがって、余程のことでないれば、利息制限法超過利息の支払が債務者の任意（真意）に適合したものとさえ言えない、という論理的関係にあります。そのことを最高裁自身が認めたものです。

では四三条の「任意」と言える場合とは何かというと、余程物好きで奇特な人がした場合の「お布施」のような性格の金の支払、ということになります。

結局、四三条の適用はほとんどなくなるし、それでいい、という開き直った判決が最高裁をはじめとして最近続出してきている、と言えると考えます。

### 第六 四三条違憲論の構造

#### 一 四三条違憲論の核心は何か

I 四三条違憲論の核心は、「立法事実がない」ということだと考えます。

合憲性を支える社会的事実がなければ、その立法は違憲という原則があります。

(これは憲法四一条の「立法」から導かれるものであるから、人権侵害がない場合であっても、憲法四一条に基づく違憲の主張が可能)。

1 立法事実その一(四三条独自の立法目的の不正並びに法一条立法目的達成手段としての合理性・必要性がないこと)。

立法目的達成手段として、他により制限的でない手段がある場合には立法事実はなく、立法事実がない法律は違憲である、という関係での立法事実。

四三条は、最もこの点で違憲性を帯びていますので、この点の主張が重要だと考えます。

2 立法事実その二(立法の過誤) 最高裁判決を否定し、排除する目的での立法は、権力分立原理に反しており、憲法保障制度にも反する、という主張が十分に可能で

3 立法事実その三(立法事実の消滅)

四三条は、昭和五八年立法当時

に「五年間の暫定措置ということに挿入したものであり、そのようなものとしてお認め願ひ、目をつぶって欲しい」というものであり、その五年は経過しています。したがって、立法事実が失われた、と言える例となります。

II 「抵触する憲法条項」の意味と位置付け(消費者法ニュース別冊「四三条違憲論」二九頁以下)

1 「抵触する憲法条項」とは、上記のように立法事実がない結果、違憲となるが、その場合に、憲法何条との関係で違憲性を論じればいいか、という時に語られる内容として位置付けられると思います。

(立法事実論は、通常「立法事実がなく憲法第〇条に反する」という形で、判断が下されるのであって、単に立法事実だけでは立法裁量が言われてしまうと思われず。「あわせて一本」と考えた方がいいと思っています)。

2 憲法三一条は、言わば文面上無効の理論を使って論じることが可能な関係にあり、その場合には、憲法三一条それ自体で、法令違憲性を検討する、ということになると思います(消費者法ニュース別

冊「四三条違憲論」三一頁〜四八頁)。

3 棟居先生のお手紙にありますように、民法がいわば憲法三一条二九条などの規範の内容に取り込まれ、格上げされることによって、それに反する四三条は憲法三一条二九条に違反することになる、という構成も大事になってくると思います。

4 他の「抵触する憲法条項」も、それ自体で、合理性に欠けるといふ意味での違憲性を論じることが一応は可能ですが、基本的には人権侵害の被害を言うだけでは、適用違憲論に過ぎないと言われる可能性があります。すると、私人間効力論の問題が出てくる可能性が強く、また、個別的で、弱い主張になると思われます(違憲の主張をしても、裁判所に「私人間効力論」を言われて違憲論は斥けられる危険があります)。

四三条違憲論は、あくまで「法令違憲」の主張なのであり、上記立法事実論及び民法基本的大原則の憲法規範化論を中心とした「法令違憲」としての構成を検討していく必要があると思います。

# 貸金業法四三条と社会倫理

一橋大学教授 小野 秀 誠

## 1 最高裁判決と貸金業法四三条

利息制限法一条一項と二項は、

本来両立しない事項を「任意」弁済の構成で繕っている、「任意」というフィクションを否定し第二

項を事実上空文とし、第一項に統一したのが、かねての最高裁判

廷判決であった。判例理論によれば、債務者が超過利息を支払って

も、元本が残存すればそれに充当され（最判昭三九・一一・一八民

集一八巻九号一八八頁）、また、元本が完済された場合には、不当

利得として返還を請求することができ（最判昭四三・一一・一三

民集二二巻二二五二六頁）。

この利息制限法一条一項の実質

的な厳格適用という理論が、一九八三年の貸金業法の制定により振り出しに戻った。同法四三条一項

により利息制限法に反する過払い利息の弁済は一定の要件のもとで

有効なものとなされた。しかし、利息制限法一条一項とこの四三条

一項の間にも、なお同様の矛盾がある。

この問題に対する従来の最高裁の態度は、必ずしも一貫したものではなかった。当初、最高裁は、

最判平二・一・二二民集四四巻一

号三三三頁において、貸金業法四

三条一項の「利息として任意に支払った」ことにつき、利息の制限

超過部分の契約が無効であることの認識を不要とし、その適用の実

質的要件を緩く解した。しかし、形式的要件の具備については、最

判平一一・一・二二民集五三巻一

号九八頁において、貸金業法一八

条書面の交付につき厳格な解釈を示している。

そして、最高裁は、二〇〇三年の三つの判決において、従来下級

審において争いのあった商工ローンの保証会社に対する信用保証料などのみなし利息と仕組み金融における充実に関する判断を行った（最高裁第二小法廷判決平一五・

七・一八民集五七巻七号八九五頁、平一五・九・一一第一小法廷判決、平一五・九・一六第三小法廷判決。

また、二〇〇四年二月の二判決において（最高裁平一六・二・二〇第二小法廷判決民集五八巻二号

四七五頁、平一五年（特）第三八六号、平成一五年（受）第三九〇号、最高裁

平一六・二・二〇、平一四年（受）第九一（二）号）、貸金業者との間の金

銭消費貸借上の約定に基づき利息の天引きがされた場合における天

引利息については、貸金業法四三条一項の規定の適用はないこと、

および貸金業規四三条の適用要件に関する新たな判断を行った。さ

らに、最高裁平一六・七・九の判決においても、これが確認された。

## 2 貸金業法四三条の違憲論

貸金業法が制定された昭和五八年（一九八三年）後には、政治に

対する司法の無力感が強く、これは前述の最高裁平成二年判決をも

たらした。学界においても、同様の無力感は強く、同法制定後、利

息制限法や貸金業法に関する研究は、文言解釈に関するものを除く

と激減した。このようなムードは、ほぼ平成一五年（二〇〇三年）の

やみ金融防止のための貸金業法の改正まで継続した。その中で、天引に対する不適用や貸金業法四三条の形式的要件を厳格に解する多数の下級審裁判例が、実質的に果たした役割には大きなものがあつた。これに対し、昨年来の最高裁の諸判決は、最高裁が、利息制限の実質論への回帰の方向性を示したものと位置づけられる。このような回帰には、近年の司法改革や司法消極主義への反省、企業のコンプライアンスの実質化など多様な背景がある。

他方、最高裁判決の新たな展開をうけて、業者側の訴訟代理人は、登録した貸金業者には利息制限法が適用されないとする貸金業法の改正運動を示唆している。ロビー活動への自信とそれによる威嚇を背景とするものである。

しかし、「法」は、国会の多数を得さえすれば（この可能性も多分に疑わしいが）、無制限に自由に改正できるというものではない。法は長い時間をかけて形成されてきた民族の精神を体現したものであるとの理論（歴史法学の祖サヴィニョー）からは、おのずと生じる制



約があるし、そのような精神の人類の規模のものが基本権や人権の理論である。キャンパスに絵を描くように好むところに従い、ロビー活動によって法をも変更しようという考え方そのものが、人権感覚を疑わしめる。また、実定法秩序も、個別の法の上に憲法を置いて、基本権を侵害する法を予防しているのである。

出資法は、最高利率を一〇・五％とし、業として行う貸付の最高利率を二九・二％としている。弱者保護のために、専門業者の行う利率を強く規制しているのである。このような業者規制と、小口・消費的な貸借で強い規制が加えられることは、世界共通の事例であり、同様の例は、利息制限に限らず、わがくにでも、いわゆる片面的強行法規には多数みられる。これが法の下の平等（憲法一四條）に反しないのは、憲法上の他の価値である幸福追求権（同一三條）や財産権に対する公共の福祉の制限（同二九條）の効果である。これに対し、業者に対してのみ利息制限法の適用を排除するなどということは、強者をとくに保護する

論理であり、法の下に平等に反することも著しい。

現行の貸金業法四三條の問題性は多い。その一つは、同條が最高裁判例（上述の昭和三九年および四三年判決）を骨抜きにするために行われたことである。当時野放し状態だったサラ金を規制することの代償であり、いわば優良業者へのアメとして定められた。そして、当初五年の時限立法的条項のはずが、二〇年以上も存続してきたのである。

近代国家は、三権分立の構造をとり、それぞれの権力をたがいにチェックすることとして人権侵害の発生を防止しようとする。わがくには、最高裁は、一切の法律、命令、規則または処分を憲法適合性を決定する終審裁判所としての権能を付与されている（憲法八一條）。したがって、最高裁判例によって、利息制限法一条二項が制限解釈されることによってのみ合憲性を付与された（つまり制限解釈なしには違憲）とするならば、同条二項と同趣旨の法律を制定することは、司法の違憲審査権を侵害するに等しい。貸金業法四三條

の違憲論（荏原正道「四三條違憲論」消費者法ニュース別冊）が登場するゆえんである。

三権分立は、権力相互のチェックだけではなく、相互の尊重をも基本とする。A法が違憲（制限合憲）とされたときには、国会はこれを尊重するべきであり、同じ違憲の内容のB法を制定することはおかしい。さらに、B法が制限されるときに、同内容のC法を制定しようなどということは、法治国家としてありえない現象といわなければならぬ（なお、拙著「司法の現代化と民法」三二〇頁注四参照）。

### 3 企業のコンプライアンスと社会的責任

するもの）、最高裁は、ようやくこの出発点に回帰する方向を示している。

長く継続した超低金利政策の下で、固定した利率によるわが利息制限法そのもの（出資法はいまでもなく）の規制も、諸外国と比して高利なものとなっている。その低減化は、貸金業法の改正のつど課題となりながらも実現していない。司法の努力だけでは、高利の防止には、不十分な点があることも直視しなければならぬ。金利規制や小口融資への提言を含んだ貸金業法の改正のわが国会の附帯決議が放置されていることも問題である。

最高裁の昭和三九年と四三年の判決は、利息制限法一条二項の、制限超過利息の任意の支払が「返還請求できない」ことを否定した。その契機は、超過利息の弁済への充当であった。貸金業法四三條は、この最高裁判例に反して、制限超過利息を「有効な利息の債務の弁済とみなした」のである。冒頭に指摘したように、近時の一連の判決において（とくに弁済充当に関

これに加えて、貸金業法四三條は、利息制限法を超える金利を文言上可能としている。同法自体、かなり厳格な形式的要件においてはいるが、近時の仕組み金融は、これを回避し自動的に利息制限法の適用を排除することを意図している。しかし、技術は、法やその基礎となっていない倫理を回避するものではない。技術の進歩が当然に法や倫理を超えると錯覚（意図）してはならないのである。

昨今、多様な企業不祥事が多発しているが、一九九〇年代からの利潤至上主義の影響が大きい。企業

のコーポレート・ガバナンスは唱えられているが、いわばたんなるお題目となっている。企業のコン

プライアンスは、法律の回避や潜脱、事実の隠匿を意味するのではなく、その背景としての実質的な

法の遵守と倫理の確立を求めているのである。

## 2 四三二条

## 貸金業法四三二条再論

千葉大学専門法務研究科教授 鎌野邦樹

## 1 消費者金融（サラ金）の活況

消費者金融（サラ金）は、急成長を遂げ、連日おびただしいテレビコマースシャルが流されていることに象徴されているように活況を呈し、多くの国民がこれを利用するに至っている。テレビについて言えば、以前は深夜に限ってコマースシャルが流れ、番組のスポンサーとなっていたものが、いまやゴールデン・タイムの主役の座を占めている。また、新聞について言えば、いまやスポーツ新聞だけでなく、わが国を代表する全国紙にも連日のように広告が載っている。さらに、消費者金融の広告塔・広告板がまちの景観の一部を形成している。そして、メガバンクとも

提携関係を結ぶに至っている。このような状況については、同業界の企業努力を認めることができ、また、一見すると多くの国民が一定の便益を受けていると言えないこともない。しかし、わが国の消費者金融の現実を支えている法制度には根本的な矛盾があり、この矛盾を直視した場合には、国民が便益を受けていると言うことはできない。その矛盾とは、一九八三（昭五八）年に制定された貸金業法四三二条の存在である。同条の問題性については、本誌においても多くの論者が様々な視点から指摘し（六一号三四頁以下の小野秀誠教授、棟居快行教授、森泉章教授の各論攷、および本誌別冊の節

原正道弁護士の『四三二条違憲論』など）、また、筆者も指摘してきた（本誌五七号七五頁、『金銭消費貸借と利息の制限』（一粒社、一九九九年）三四六頁以下）。したがって、本稿は、屋上に屋を架すことにならねないが、筆者の考えをやや視点を変えて繰り返して述べておきたい。

## 2 騙し合いを容認する法制

テレビコマースシャルや新聞広告には、貸付条件を表示する場合における法令所定の記載事項の一つとして貸付利率（実質年率）が、たとえば「一三・一四％〜二七・三七五％」という具合に表示されている。ただ、このような貸付利率を見た消費者は、通常、二つの点で誤解を受ける。第一点は、金利が「一三・一四％」となっているため、「二七・三七五％」の金利が適用される場面はそう多くないのではないかと。第二点——この点がより重要であるが——は、「二七・三七五％」の金利は有効

なもので、借受ける際に約束したからには支払わなければならないものである。テレビや新聞において、連日堂々と表示されていることから、また、立法や行政がこのような表示を許していることから一五％〜二〇％を超える利息は支払う必要はないなどとは思わないであろう。消費者金融側では、セールス・トークにしる、テレビコマースシャルで「御利用は計画的に」とか「いつでもお金のことで相談にのります」と親切にも言うてくれているのであるから。

もちろん、たとえ「二七・三七五％」の金利を払うことを約束しても、消費者は、法的に一五％〜二〇％を超える利息については一切弁済する義務を負わない。したがって、消費者が、初めからこのことを意図して、貸主から示された貸付利率とおりの契約を締結し金銭を借り受けた場合でも、返済のときになって「このような高利の約束は、それ自体が無効である

ので制限超過分は払いません」と主張することは許される(ただ、このような消費者は、現実には稀であろうし、また、このような者は、爾後の新たな借り受けは断られるであろうが)。いずれにしろ、今日のわが国の貸金業者による金銭貸付けに関する法制度は、このような一種の「騙し合い」を容認するものなのである。

### 3 正当性の根拠

念のため確認しておく、わが国の法制では、利息制限法で定める利率(貸金額に応じて一五パーセント、一八パーセント、二〇パーセント)を超える利息は「無効」であり、借主は、一切これを支払う義務がないが、ひとたび「任意に」支払ってしまうと、貸金業法四三条によって、その支払額が出資上の刑罰金利である年利二五・二パーセントを超えないときは、一定の要件(貸金業法一七条・一八条所定の書面の交付)を充たせば、貸金業者の貸付けに限っては、

「有効な弁済」とみなされ、借主は、その返還を請求することができない。「有効な弁済」とみなされるため元本に充当することもできない。現実には、借主の大部分は、このことについて契約時に貸主から知らされておらず(現行法上、貸金業者にはこの点について知らせる義務はない)、また、このような法の仕組みを認識していない。いわば、借主のほとんどは、《弁済の必要のない利息》を支払っているのである。わが法制は、このような《弁済の必要のない利息》でも、いったん弁済されたときには、《有効》としているのである。それでは、《弁済の必要のない無効な利息》がひとたび弁済されると《有効》なものとなり、もはや不当利得として返還請求ができなくなる(または元本に充当することもできなくなる)という法制は正当化できるのか。できるとしたらその根拠はなにか。

#### (1) 不当利得返還請求権

民法七〇三条・七〇四条で規定する不当利得返還請求権は、共有物分割請求権(民法二五六条一項)など共に、近代市民社会における私法上の基本的な財産権(財産的権利)のひとつである(共有物分割請求権に関しては、森林法違憲判決である最大判昭和六二年四月二二日民集四一卷三号四〇八頁参照)。この財産権は不可侵であり

請求を否定する貸金業法四三条の規定は、私法上、正当性・合理性を有するのか、また、仮に私法上、正当性・合理性に欠けるところがあったとしても、公共の福祉の観点から私法上の不当性・不合理性が治癒されるのか。なお、私法と憲法とは本来切り離して考えることができないとも思われるが、以下では、便宜上、両者を分けて論じることとする。

#### (2) 私法上の正当性・合理性

(ア) 承認論 貸金業法四三条の規定が、私法上、正当性を有し合理性を有する根拠として挙げられると想定できる第一のものは、借主が当該金利を適切だと認めて金員の貸付けを受け(それを容認しないのなら金員を借りないこともできた)、また、弁済に際して、再度これを認めて弁済したのであるから、それが客観的には制限超過利息であったとしても、借主にとって正当な利息(貸主にとって正当な利得)として返還の必要

はないのではないかとというものである(貸金業者の基本的な考えであらうか)。しかし、この考えは、明らかに現行法に反する。なぜなら、現行法(利息制限法および貸金業法四三条)は、制限超過利息自体は、当事者の主観とは関わりなく客観的・一律に無効としているからである。これは、法が一定限度を超える利息は著しく当事者の公平に反し社会において容認できないもの(公序良俗違反)と見ているからである。もちろん、事実上は、借主として、制限超過利息であっても適切な金利と考え、その返還請求権を行使しないことは十分にあり得るが、それは事実の問題であって、法の問題ではない。

(イ) 法明示論　そこで、第二に根拠として登場しうるのは、現行法(利息制限法および貸金業法四三条)により制限超過利息は無効とされているから、借主はそれを弁済をしないこともできるのであ

て、弁済した以上、貸金業法四三条が存在しているのであるから「法の不知」を持ち出して返還を主張することは認められないという考え方である。「法は法」だというのである。犯罪行為や行政罰該当行為(たとえば出資法五条の刑罰金利を超える貸付け)においては「法の不知」は抗弁となり得ないが、一方的に不当な利得を得る得る場合において、「法は法」だというのは、私法上は逆立ちした議論であらう。ここでも、貸主側から主張しうるのは基本的に非債弁済の場合(すなわち、借主が制限超過利息であり無効なものであると認識しつつ、あえて弁済したという場合)だけであらう。「法は法」だということが成り立つのは、当該法律に公共の福祉の観点から根拠がある場合に限られよう。次に、この点を見ていこう。

(3) 公共の福祉適合性  
 (ア) 「褒美論」「アメとムチ」論  
 貸金業法四三条の規定が、私法において正当性・合理性を見いだせなくても、前述のように、公共の福祉の観点から合理性を見いだせる場合には、不当利得返還請求権という基本的な財産権も制約することができる。ここで、まず登場しうるのが、次のような考え方であり、立法にあたっての立法提案者の立場であったと思われる。すなわち、貸金業法四三条は、同法および出資法により貸金業者に規制(刑罰金利の大幅な引下げ、一七条・一八条書面の交付等)を加えた代償として、一定の利益を貸金業者に保障する必要がある、また、一定の利益を保障することによって規制を実効力のあるものとすることができるという考えである。上記二法(一九八三年)が制定される背景にあった悲惨なサラ金被害に対し緊急に立法的措置をとるために、借主保護の徹底および私法上の論理を犠牲にしても、一定の政策的配慮をせざるを得ず、その点で貸金業法四三条は、公共

の福祉に適合するといっているのである。たしかに、このようなことから貸金業法四三条の緊急的・暫定的な政策的役割は否定できないとしても、恒常的に公共の福祉に適合すると言えるのかは疑問である。貸金業法四三条適用の前提である年利二九・二パーセント以下の現行金利は一九八三(昭五八)年以前と比べると大幅に引き下げられたとは言え制限超過部分は無効であり支払義務がないことになりはなくなり、また、貸金業者が貸金業法一七条・一八条所定の書面の交付を遵守したからといって、このことから、論理必然的に《弁済の必要のない無効な利息》が《有効な利息》に転化するものではない。したがって、公共の福祉の観点から見ても、貸金業者に対する特典(「褒美」「アメ」)を与えることを恒常化し、「騙し合いを容認する法制」を維持することは、逆に、取引の透明性・公正性の観点から公共の福祉に著しく反することに

なると言えよう。契約における透明性・公正性の確保を犠牲にしてまで貸金業法四三条を維持する理由は存しないであろう。

(イ) 消費者への便益提供論

最後に、貸金業法四三条が不当利得返還請求権を制限するものであっても、公共の福祉の観点からこれを正当化しようという根元的な根拠として次のような考え方があり得る。この考え方は、一九八三（昭五八）年の立法時や、また何回かの法改正時等においても見られたように、時々浮上してくるものである。すなわち、貸金業者として、無担保での貸付にあたっての審査、貸金の回収、貸倒れリスク等のための諸々の経費を勘案すると、利息制限法所定の制限内利率の金利では業として成り立たず、このことは、多少高い金利でもよいかから無担保で金銭を借り受けたという恒常的に存在すると思われる資金需要者の金融の道を塞ぎ、このような者が「まっとうな貸金業者」からは融資が受けられないことになってしまい、最終的には、国民に不利益を及ぼすという考え方である（なお、貸金業法の目的は「資金需要者等の利益の保護」（貸金業法一条）である）。ただ、ここで検証されなければならぬのは、年利一五パーセント〜二〇パーセントでは本当に業として成り立たないのかであり、仮に、成り立たないとして、資金需要者の多くが「まっとうではない貸金業者」からの融資に流れるかである。また、他方で、年利二九・ニパーセント以下にせよ制限超過利率を超える金利での借受けは、一般的に国民（資金需要者）の健全な消費生活ないし事業活動を成り立たせるものなのかどうかである（ひよとすると、制限内利息でもこれらを危うくするのではないかとも思われる）。おそろく、これらに対する解答は、その時々様々な要素が絡み合っていることから、一義的には出てこ

ないであろう。このように、貸金業法四三条により不当利得返還請求権に制限を加えることと貸金業法の目的である「資金需要者等の利益の保護」（貸金業法一条）を図ることとの関連性が明らかでない以上、公共の福祉の観点からこれを正当化することはできないと考えるべきである。

4 結び

《弁済の必要のない無効な利息》

の《有効な利息》への転化が可能であると考えられるのは、借主により、「この利息については、無効で弁済の義務はないが、（お世話になったので）あえて支払います」というような意思表示（民法七〇五条の非債弁済）が明確になされた場合に限られ、仮に貸金業法四三条の正当化が可能であるとしたら、具体的には、同法の一七条書面および一八条書面において、この点が貸金業法の内部に構造的に組み込まれている必要がある（なお、四三条の「任意に」とい

う文言の解釈において、この点を読み込むこともできる〔多数説〕が、最判平成二年一月二二日民集四四卷一号三三三頁はこれを否定した。ただ、このように一七条書面および一八条書面において「制限超過部分は無効であり必ずしも支払う必要はない」旨の記載を義務づけた場合には、一方では、実質的には四三条の存在意義は失われることになろうし、他方では、具体的な記載の仕方にもよるが、書面の記載だけで現実的に消費者がそのことを十分認識でき、これをもって消費者の非債弁済の明確な意思表示とみなすことができるかといった問題があり、立法上このような選択が望ましいか否かは、別途検討が必要となろう。