

## 速報重要判例解説

【No.2003-009】

## 利息の天引・前払いと貸金業法43条の「みなし弁済」

【文献番号】	28082138
【文献種別】	判決/東京高等裁判所(控訴審)
【判決年月日】	平成15年 7月31日
【事件番号】	平成15年(ネ)第1142号
【事件名】	債務不存在確認請求控訴事件
【裁判結果】	控訴棄却
【裁判官】	浅生重機 及川憲夫 竹田光広
【参照法令】	貸金業規制法43条 利息制限法1条、2条、4条

## 〈本件判決についての解説〉

## 1. 事実の概要

平成4年9月10日、Y貸金業者(被告・控訴人)は、X(原告・被控訴人)に対し、弁済期を平成9年10月5日、利息を年25.55%、損害金を年40%、利息の支払方法を毎月5日に後払いとし、金220万円を貸し付けた。この際、Yは、印紙代2600円、公正証書作成料1万4010円、手数料2200円、調査料6万6000円の計8万4810円を差し引いた。また、Yは、Xの弁済の際、入金日に手数料300円を徴収した。さらに、平成10年3月4日には、Yは、Xに対し、弁済期を平成15年2月5日、利息を年26%、損害金を年36.5%、利息の支払方法を毎月5日に後払いとし、200万円を貸し付けたが、平成4年の貸付金の残元金137万6610円及び損害金2万7130円の合計140万3740円を差し引き、さらに印紙代2000円、公正証書作成料1万1000円、手数料2000円、調査料6万0260円を差し引いた。また、平成10年12月24日には、XとYはカードローン基本契約を締結し、ローン取引を行った。なお、平成10年の貸付金とローン取引による貸付金の元本、利息、損害金を被担保債権としてX所有不動産に根抵当権が設定されていた。

Xが、その代理人である弁護士を通じて、多重債務の整理のためYに債権調査を求めたところ、Yはこれに応ずることなく、利息の不払いにより期限の利益を失ったとして、上記根抵当権の実行としての競売申立てをした。これに対し、Xは、Yからの借り入れが平成4年からのものであり、その返済は利息制限法で計算すれば過払いとなっており、過払いに対する不当利得返還請求権でカードローンの債務を相殺するので、債務は消滅しているとして、Yに対し、債務不存在の確認を求めた。

第1審では、Yが答弁書等を提出することなく第1回口頭弁論期日に欠席したため、Xの請求を認容する欠席判決がなされた。これに対し、Yが控訴した。なお、Xは、印紙代、公正証書作成料が契約締結費用であり、Xが負担すべき費用であることを認めているが、手数料、調査料については利息制限法3条により利息とみなされるべきだと主張し、Yは、手数料については、利息とみなされることは争わないが、調査料は、担保不動産を評価したことに要した費用であり、契約締結費用に該当し、利息とみなされないとして争った。また、Yは、弁済時に差し引いた手数料300円については、そのうち200円は弁済費用である印紙代であり、残り100円が利息とみなされることは争わないとした。

## 2. 判決の要旨

判決は、借増しを通算計算すべきだとし、また「調査料」が利息に該当するとした上で、そうなると、Yは利息を天引したことになり、さらにその額が利息支払期までの利息額を上

回るので、Xは利息を前払いしたことになるとし、天引利息・前払利息と貸金業の規制等に関する法律（以下、「貸金業法」という）43条のみなし弁済の関係について、次のように述べ、結局、Xの履行遅滞はないとして、Xの請求を認め、Yの控訴を棄却した。

まず、文言解釈として「貸金業法43条の文言上、利息制限法2条は排除されておらず、利息天引の場合には、貸金業法43条の適用はない」とした。次に、利息制限法2条の立法趣旨として「利息制限法2条は、借主の受領し利用できる金額について、利息を発生させること（利息の後払いではそのようになる。）は許容できるが、受領せず利用できない金額について、高利を発生させること（利息の天引や前払いではそのようになる。）は許容できない、すなわち高利金融の場合は、発生しない高利の利息の受領を許容できないとしたものである」と説明し、貸金業法43条の下での利息の天引について次のようにいう。第1に、貸金業法43条の守備範囲について「貸金業法の立法趣旨は、このように利息制限法1条の例外規定を実質上復活することにあ」り、「利息制限法2条は、貸金業法43条の制定後もそのまま適用されるものと解するのが相当である」とし、第2に、問題の実質的側面について「利息の天引は、貸主が借主から利息の支払を受けるのではなく、貸金から計算上の利息分を差し引くものである。このような差引きは、貸主からする相殺に類似する。貸主からする相殺は、貸金業法43条の下でも、支払には該当しない」とする。

最後に、前払利息については、「前払い利息は、利息の天引と同じく発生しない利息を支払わせるものであり、高利の金融におけるその弊害は、利息の天引に等しい。・・・天引利息について、貸金業法43条の適用はないのであるから、前払い利息についても、同条の適用がないものと解するのが相当である」とした。

### 3. 本件判決についてのコメント

(1) 本判決は、いくつかの論点を含むが、本稿では、天引利息・前払利息に貸金業法43条の「みなし弁済」の適用があるか否かという点に絞って論ずる[1]。この点に関し、私は、「望ましい結論」を捨象した上で、前払利息に関する契約の自由、および支払いの任意性に関する最高裁判決を前提とすれば、判決の一部には疑問があると考えます。

(2) 天引利息に貸金業法43条の適用があるか否かに関し、十分な議論がなされたとはいえないものの、立法当初から学説は、天引利息に貸金業法43条の適用はないことを当然の前提とし[2]。この理由として、利息天引が利息又は損害金としての「支払」にあたらないこと（支払性の欠如 - 実質的根拠の1）[3]、利息天引が「任意の」支払いにあたらないこと（任意性の欠如 - 実質的根拠の2）[4]、貸金業法43条が利息制限法2条に言及していないことから、貸金業法43条が利息制限法1条1項、4条1項の特則であって2条の特則でないこと（文言解釈 - 形式的根拠。ただし、この理由付けは、実質論の帰結として説明されることもある）[5]をあげている。また、従来の下級審裁判例でも、天引利息に貸金業法43条を適用しないとする判決が繰り返されていた[6]。

これに対し、天引利息の「みなし弁済」を肯定する考え方も主張された[7]。すなわち、まず、支払いの任意性に関し「任意性の有無は利息支払時等の事情を総合考慮して判断すべきであり（・・・）『天引き』の一事をもって任意性を否定するのは、早急にすぎる[8]」とし、また、文言解釈に関し「利息制限法2条は、前の1条で『無効』とされた超過部分の元本充当方法を定めた規定である。任意に利息先払い（天引き）した場合でも貸金業規制法43条1項により超過部分の先払いが『有効な利息の債務の弁済』とみなされれば、『無効』を前提とした利息制限法2条は働くチャンスがない[9]」という。また、「支払性」については、「（貸金業法）43条1項の『支払った』という文言は『支払ったと同一の経済関係が成立した』又は『支払う義務を終えた』ことを含むと解したい」と説明している[10]。そして、これらの主張には、実質論として、利息後払いと前払いとで貸金業法43条の適用の有無が異なるのは、公平性を欠くという認識がある[11]。

そして、近時、下級審判決において天引利息に貸金業法43条を適用し、「みなし弁済」

を肯定する裁判例があらわれた[12]。理由付けは、「みなし弁済」肯定説と同様である。そして、これらの判決は、同様の考え方が前払利息にも当てはまるとしている。

(3) このような学説、および裁判例の流れの中で、本判決は、天引利息に貸金業法43条は適用されないと明確に判示した。その理由として本判決は、貸金業法43条が利息制限法2条を排除していないという文言解釈、並びに利息天引の不合理・不自然性、及びその支払いの非任意性、及び利息天引の一方的行為性(相殺との類似性)を挙げている。そして、本判決は、この理は、同様に弊害のある前払利息にもあてはまるとした。

(4) 思うに、本稿の課題は、利息制限法違反のいわゆるグレイ・ゾーンの金利をいかに評価するかによって、考え方のスタンスが変わってくる問題である。すなわち、そもそも利息制限法の金利が原則であり、貸金業法43条は例外を定めたと考えれば、例外である同条は自ずと厳格に適用されるべきことになる。これに対し、貸金業者の金利としては利息制限法の金利は低すぎ、従って、利息制限法の金利を厳格に適用すれば、いわゆる庶民金融としての貸金業者は成り立たなくなるという認識を背景に[13]、出資法に違反しない限り利息制限法違反の金利であっても「有効」であるべきだと考えれば、自ずと貸金業法43条を制限的に解するべきでないことになる。「まったく機械的に論理を展開して結論を導いただけで、屡々行われるように『望まれた』結論を引き出すための作為的な論理操作を一切していない[14]」とする論稿も、貸金業法43条の「任意性」に関する要件事実論を展開する前提として、たとえば「借主には借りない自由もある[15]」という認識を示しているが、そういう自由が事実上ない場合があることを看過しているとの実質的批判が可能である。そして、この論稿は、「天引がなされた」という事実は、貸金業法43条の要件事実のうち「任意に」の「非任意性を推認」させる間接事実であり、「借主のメリット」による間接反証が可能だとするが、その反対論は、自由心証の問題だとしても、このような間接反証が事実上認められない、あるいはあり得ないと考えてきたとの批判が可能なのではないか[16]。結局、従来の議論は、「望まれた結論」を導くための実質論のレベルで互いに反対論が納得できず、前提となる事実認識に関し「水掛け論」的議論に陥っているように見受けられる。私の見るところ、たとえば、天引利息の支払いが「任意」か否かについて、実質論において議論によって一致できる余地はなさそうである。

(5) とはいえ、ここでは、あえて「望まれた結論」からのアプローチを極力排除した検討を心がけたい。「望まれた結論」を導くための理由付けでは、先行する論稿の繰り返しになるだけからである。

そこでまず、天引利息について検討する。最初に、大前提として、利息天引を含む利息前払いそれ自体は、現在の法制度としては、利息制限法2条等に鑑み、契約自由の原則から認められると仮定する。そして、私は、純粋に論理的な「条文解釈」の点では、天引利息は「みなし弁済」から排除されないと考える。その理由は、天引利息に「みなし弁済」を肯定する見解の主張と同様である。また、「任意性」の点は、「債務者が利息の契約に基づく利息・・・の支払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」とする最高裁判決[17]を前提とすれば、満たすと考えざるを得ないのではないかと思う。しかし「支払性」の点では、貸金業法43条は、借主が自ら利息を支払うことを重視していると考えられるから、利息天引では、客観的に見て「支払」がないと考える。この点は、本判決が述べる貸金業者のする相殺との類似性に鑑み[18]、再評価されるべきである。結局、天引利息には「みなし弁済」は認められない。

ただ、これを前提とすると、貸金業者としては、いったん元本額を全額交付し、その場で利息を支払わせる方法を採用するかもしれない。これにより、確かに形式的には「支払性」を満たすとしても、この支払いは脱法行為であり、なお「支払性」がない、あるいはその支払いに「任意性」がないという反論がありそうである。しかし、この議論は、従来の「望まれた結論」を導く議論の繰り返しになるので、深入りすることは控えたい。

次に、前払利息について検討する。本判決の根底には、そもそも天引利息を含め高利の前払利息は認めるべきでないという思想が貫かれている。しかし先に見たように、「望まれた結論」のための議論を排除すると、契約自由の原則から利息前払いは認められ、それ自体としては「支払性」に問題がないから、貸金業法43条の他の要件が備わっていれば、「みなし弁済」が認められることにならざるを得ないのではないだろうか。

(6) 法律論である限り、一定の「望まれた結論」を設定した上で、条文の文言解釈を導くのは当然である。天引利息・前払利息の不当性に関する本判決の議論には説得力があり、上で導いた形式的結論に違和感を感じず、事実認識を含め実質論を背景とした反対論の形式論理を反駁するには至っていない。結局、本稿の課題については、解釈論として実質論により議論の対立をとくことは困難であり、その問題の解決は、もはや立法によるしかないと思う。すなわち、根本問題として「利息とは何か」という問題を念頭に置き、望ましい利息の民事規制、刑事規制のあり方を、貸し手、借り手双方の状況を考慮して個別に差別化するなど、それぞれの状況に適した新たな立法がなされるべきであり、この問題はその一環として処理されるべきである。現在の金利規制のあり方は、数度の小さな改正を経ているとはいえ、枠組みとして限界が来ているといえるのではないだろうか。

#### 注

[1] その他の論点として、 抵当不動産の調査費用がみなし利息に該当するか、 継続的に利息の前払いがなされている場合に、利息の不払いが債務不履行に当たるか、 借増し、利息天引・前払いがある場合に、利息制限法による再計算をどのように行うか、がある。については、吉田昂「利息制限法解説」曹時6巻6号678頁(昭和29年)以来、当該調査費用がみなし利息に該当するという点に異論がない。 については、本判決の掲載紙のコメント(金判1173号18頁)は、本判決が「高利」に関する判決であることを強調するが、債務不履行との関係では、端的に、未だ期限の到来していない「利息債務」の「不履行」によっては、実際には不履行はないのだから、遅滞の責を負わないと判示したと考えるべきではないか。 については、本判決は、借増しについて通算計算するとした。利息制限法の趣旨を達成するためには、当然の計算方法である。この点に関しては、小野秀誠「利息制限法理の新たな展開(上)」判時1776号176頁(判評519号6頁)(平成14年)も参照。また、利息天引・前払いについては、利息制限法2条の計算方法そのものでなく、実際受領額を元本として、制限利息を後払いとして計算する方法を採用した。両者は、計算上、同一になるとされているが、実は、両者は結果が異なる場合がある。すなわち、約定元本とみなし元本とで制限利率が異なる場合、約定元本を基準とする部分があると(大阪地判昭和54年6月28日判タ391号100頁、東京高判昭和57年12月23日判タ490号67頁は、天引利息についてはみなし元本額を基準とするが、その後の利息の制限利率については約定元本額を基準とする)、結果が異なる。この点は、事実上、本判決では問題とならないが、問題点を指摘しておく(天引利息の規制としては、天引利息を無効とし、消費貸借は現実の交付額についてのみ成立するとし、交付された元本を基礎とした制限内後払利息のみの請求を認めるとした方が、はるかに簡明であった(来栖三郎『契約法』(昭和49年・有斐閣)283頁))。

[2] 大森政輔「貸金業規制法第43条について - 利息制限法の特則性とその限界」判時1080号16頁(昭和58年)、森泉章「貸金業規制法43条の『みなし弁済規定』の意義」判時1081号7頁(昭和58年)、小田部胤明「貸金業法43条の要件と立証」判時1081号13頁(昭和58年)(ただし、後に改説)、最高裁判所事務総局民事局監修『貸金業関係事件執務資料(民事裁判資料159号)』(昭和60年・法曹会)41頁、森泉章編著『貸金業規制法(第4版)』(平成5年・一粒社)266頁(森泉章執筆)、長尾治助『判例貸金業規制法』(平成11年・法律文化社)25頁以下、佐久間邦夫「判批」曹時53巻5号1447頁注15(平成13年)など。

[3] 大森・前掲注(2)16頁。

[4] 佐久間・前掲注(2)1447頁、長尾・前掲注(2)25頁。

[5] 森泉・前掲注(2)7頁、小田部・前掲注(2)13頁(後に改説)、最高裁判所事務総局民事局監修・前掲注(2)41頁、森泉編著・前掲注(2)266頁(森泉執筆)、長尾・前掲注(2)

25頁以下、佐久間・前掲注(2)1447頁。

[6] 理由付けは、学説と同様である。東京地判平成2年12月10日判タ748号169頁(文言解釈、任意性の欠如。解説として、小田部胤明「判批」消費者信用1993年10月号70頁以下、小川由美子「判批」森島昭夫ほか編『消費者取引判例百選(別ジュリ135号)』156頁以下(平成7年)などがある。)名古屋地判平成7年5月30日判タ897号213頁(支払性の欠如)大阪地判平成11年3月30日判時1700号84頁、判タ1027号278頁(支払性の欠如、任意性の欠如 文言解釈)大阪高判平成11年12月15日消費者法ニュース46号7頁(文言解釈)東京高判平成12年7月24日判時1747号104頁、判タ1071号197頁(任意性の欠如 文言解釈。解説として、塩崎勤「判批」民事法情報185号89頁以下(平成14年)がある)東京高判平成13年4月19日判タ1072号152頁(支払性の欠如、任意性の欠如 文言解釈)東京地判平成13年12月3日金判1142号40頁(文言解釈、任意性の欠如。解説として、林潤「判批」『平成14年度主要民事判例解説(判タ臨時増刊1125号)』54頁以下(平成15年)がある)札幌高判平成14年2月28日金判1142号23頁(文言解釈を理由とした原審判決(札幌地判平成13年7月17日。解説として、小田部胤明=阪岡誠「判批」消費者信用2002年1月号32頁以下がある)を前提として判決。ただし、原審とも、「前払利息」の「みなし弁済」は肯定した。解説として、小田部胤明=阪岡誠「判批」消費者信用2002年6月号40頁以下がある)千葉地判平成14年3月13日判タ1088号286頁(文言解釈、支払性の欠如、任意性の欠如)

[7] 小田部・前掲注(6)70頁以下。なお、同71頁によれば、小田部胤明=阪岡誠『貸金業規制法43条』(昭和61年版)で最初に主張された。小田部胤明=阪岡誠『貸金業規制法43条(三訂増補版)』(平成10年・ペルソナージュ)では、252頁以下。

[8] 小田部・前掲注(6)71頁。吉野正三郎「利息天引と貸金業法43条」銀法591号52頁(平成13年)は、「『利息支払いの任意性』とは、あくまでも債務者個々の意思判断が問題である」とし、三井哲夫「利息の天引ないし先払と貸金業規制法43条」NBL714号17頁以下(平成13年)は、この問題に関する要件事実的考察により、「天引がなされた」という事実が「任意に」の非任意性を推認させる間接事実に過ぎないとし、これに対して間接反証が可能だとする。

[9] 小田部・前掲注(6)71頁。同旨、吉野・前掲注(8)51頁、三井・前掲注(8)25頁以下。

[10] 小田部=阪岡・前掲注(7)252頁。吉野・前掲注(8)54頁は「債権者と債務者との間の合意により、利息を債権者が差し引くことも、利息を支払うという『行為』としては同価値」だとする。

[11] 小田部=阪岡・前掲注(7)250頁。

[12] さいたま地判平成13年11月30日金判1136号32頁、東京高判平成14年11月28日金判1163号39頁。この東京高判の掲載紙のコメントは、この判決の後、天引利息に「みなし弁済」を肯定する裁判例が多いように見受けられる、とする。

[13] 竹内昭夫「貸金業法批判」ジュリ796号18頁(昭和58年)(同『消費者信用法の理論総論各論』(平成7年・有斐閣)所収)参照。吉野・前掲注(8)51頁は、貸金業法43条を厳格に適用すれば「貸金業者は利息制限法の枠内でしか営業できないことになる」と批判する。

[14] 三井・前掲注(8)16頁。

[15] 三井・前掲注(8)19頁。

[16] 実質論につき、小野秀誠「利息制限法理の新たな展開(下)」判時1779号170頁(判評520号8頁)以下(平成14年)注16も参照。

[17] 最判平成2年1月22日民集44巻1号332頁。

[18] たとえば、小田部=阪岡・前掲注(7)227頁参照。天引利息に「みなし弁済」を肯定するが、貸主からの相殺の場合には否定する。(平成15年10月28日)

著者：金沢大学法学部教授 尾島茂樹