

「松本恒雄先生還暦記念
民事法の現代的課題」抜刷

不当利得と不法行為

——悪意の不当利得者の責任に関する一考察

松岡 久和

不当利得と不法行為

——悪意の不当利得者の責任に関する一考察

松岡 久和

はじめに

本稿は、最近の最高裁の判例（最判平成 21 年 11 月 9 日民集 63 卷 9 号 1987 頁。以下「平成 21 年判決」と呼ぶ）を素材として、不当利得と不法行為の関係を考察し、若干の新たな見方を提案するものである。民法は、不当利得の基本規定として 703 条と 704 条を定め、不法行為の基本規定として 709 条を定めている¹⁾。

表題として掲げた不当利得と不法行為の関係は、さまざまな形で問題になるが、I で検討する最近の判例では、704 条と 709 条の関係が問題になった。すなわち、704 条によると、悪意の受益者は受けた利益をすべて返還しなければならないばかりでなく、受領時からの利息を支払う義務を負い、それでもなお返還債権者に損害があれば、その賠償義務を負う。この 704 条後段の損害賠償責任が何を意味しているのが問題になったのである。

I 平成 21 年判決

1 事件の概要

事件の事実を簡略化すると次のとおりである。X は、1989 年 9 月 25 日か

1) 2004 年の現代用語化の前と後で若干の変化はあるが（見出しと定義の追加およびくに 709 条への「又は法律上保護される利益」の挿入）、規定の実質は変わっていない。

ら2005年9月26日にかけて貸金業者Yから継続的に金を借り、約定通りの利息を支払ったが、支払った利息は利息制限法1条1項（当時）の制限を超えていた。制限超過部分を充当すると、元本の返還債務はすでに消滅し、1000万円余りが過払いとなっていたことがわかった。そこで、Xは、①不当利得を理由として過払金の返還を請求するとともに、②704条に基づき、過払金の返還請求訴訟に要する弁護士費用相当額約100万円とこれに対する遅延損害金、及び③過払金が発生しているにもかかわらず、Yが元本の返還請求権の存在を前提とする支払いの請求をし過払金の受領を続けた行為によりXは精神的苦痛を被ったとして、709条に基づき、慰謝料と慰謝料請求訴訟に要する弁護士費用の合計約100万円とこれに対する遅延損害金の支払いを求めた。

2 裁判所の判断

(1) 訴訟の経緯

第1審（札幌地判平成19年7月20日民集63巻9号1998頁）は、①の過払金返還請求と②の弁護士費用の損害賠償請求をほぼ全部認容したが、③の請求を棄却した。①については第1審判決後にYがXに過払金を返還したため、Xが①の請求について訴えを取り下げ、第2審（札幌高判平成20年10月16日民集63巻9号2017頁）では、②③のみが争点となった。第2審の判断も第1審とほぼ同じで②を認容し③を棄却した。

②の弁護士費用の賠償を認めた理由は、次の通りである。704条後段の規定が不法行為に関する規定とは別に設けられていること、善意の受益者については過失がある場合であってもその責任主体から除外されていることなどに照らすと、同条後段の規定は、悪意の受益者の不法行為責任を定めたものではなく、不当利得制度を支える公平の原理から、悪意の受益者に対し、その責任を加重し、特別の責任を定めたものと解するのが相当である。したがって、悪意の受益者は、その受益に係る行為に不法行為法上の違法性が認められない場合であっても、704条後段に基づき、損害賠償責任を負う。本件では、Yは704条の悪意の受益者である。Xが請求してもYが過払金を返還しないため、弁護士に委任するのなければ不当利得返還請求の訴えを提起するこ

とが困難であるから、Yの不当利得とXの弁護士費用という損害の間には相当因果関係がある、というものであった。

他方、③を棄却した理由は、Yが超過利息を請求・收受したことが不法行為法上の違法性を有すると評価されるような事情を認めるに足りる証拠はないから、不法行為に基づく損害賠償請求は理由がない、ということであった。

(2) 最高裁の判断

最高裁の平成21年判決は、原審判決を破棄し、Xの請求を棄却した。理由は次に引用するとおりである。

不当利得制度は、ある人の財産的利得が法律上の原因ないし正当な理由を欠く場合に、法律が公平の観念に基づいて受益者にその利得の返還義務を負担させるものであり（最高裁昭和45年(特)第540号同49年9月26日第一小法廷判決・民集28巻6号1243頁参照）、不法行為に基づく損害賠償制度が、被害者に生じた現実の損害を金銭的に評価し、加害者にこれを賠償させることにより、被害者が被った不利益を補てんして、不法行為がなかったときの状態に回復させることを目的とするものである（最高裁昭和63年(特)第1749号平成5年3月24日大法廷判決・民集47巻4号3039頁参照）のとは、その趣旨を異にする。不当利得制度の下において受益者の受けた利益を超えて損失者の被った損害まで賠償させることは同制度の趣旨とするところとは解し難い。

したがって、民法704条後段の規定は、悪意の受益者が不法行為の要件を充足する限りにおいて、不法行為責任を負うことを注意的に規定したものにすぎず、悪意の受益者に対して不法行為責任とは異なる特別の責任を負わせたものではないと解するのが相当である。

3 事件の背景

(1) 事実的背景

民法の制定後およそ100年の間、704条を理由とする損害賠償請求が争点となった事件はほとんどなかった。最近に至ってこれがにわか裁判で争われるに至ったことには理由がある。事件の背景を簡略に説明しておきたい。

貸金業の登録をしていない違法な貸金業者（いわゆるヤミ金）が利息制限法に違反する高利の貸付けや強引な取立てを行ったことから、借主が貸付け行為や取立て行為の違法性を理由として不法行為による損害賠償請求訴訟を起こすことが、2000年頃から急に増えた²⁾。さらに、この頃から、貸金業の登録をしている貸金業者（いわゆるサラ金）に対しても、利息制限法の制限利率を超える利息の返還を認める最高裁判決が相次いだ³⁾。2006年法律115号で廃止される前の貸金業法43条は同法17条・18条に定める書面の交付を受けた債務者が任意に弁済した場合には、利息制限法の制限超過利息の弁済を有効として、返還請求を否定していたが、裁判所は、書面の要件を厳しく限定するなどして同条43条の適用を否定し、過払金の返還を認めたのである。しかし、訴訟を起こされるまでは過払金の返還を拒む業者が多かった

2) TKCの判例検索システムを用いて、期間を限定せず、「金銭消費貸借*貸金業者*（貸付+取立）*不法行為*損害賠償」の検索式を用い、対象を民事事件に限定して要旨のみを検索すると（*はand条件、+はor条件）、22件がヒットする。すべてが2000年以降の判決である。全文検索をかけると、243件がヒットするが、そのうちの230件（95%）は、2000年以降の判決である（検索確認時点は初校時の2012年10月11日）。ちなみにWestlaw JAPANの判例検索システムで同様の検索をすると要旨で22件中21件が2000年以降の判決でほぼ同一結果である。全文検索をかけると、771件と大幅にヒット数が増えるが、ノイズが多いように思われる。やはり2000年以降の判決が756件・98%を占める。LLI判例検索システムでも、296件がヒットし、うち281件（95%）が2000年以降の判決である。貸金業者が借主の取引履歴の開示請求を拒んだことを理由に不法行為に基づいて慰謝料の支払いを求めた事件で、最判平成17年7月19日民集59巻6号1783頁が、責任を否定した原審判断を破棄し差し戻したことも、業者の不法行為責任を追及する追い風となった。

3) 本判決以前に公式判例集に掲載されたものだけでも、最判平成11年1月21日民集53巻1号98頁、最判平成11年3月11日民集53巻3号451頁、最判平成15年7月18日民集57巻7号895頁、最判平成16年2月20日民集58巻2号380頁・同475頁、最判平成17年12月15日民集59巻10号2899頁、最判平成18年1月13日民集60巻1号1頁、最判平成18年1月24日民集60巻1号319頁、最判平成19年2月13日民集61巻1号182頁、最判平成19年6月7日民集61巻4号1537頁、最判平成19年7月13日民集61巻5号1980頁、最判平成19年7月19日民集61巻5号2175頁、最判平成20年1月18日民集62巻1号28頁、最判平成21年1月22日民集63巻1号247頁、最判平成21年7月10日民集63巻6号1170頁、最判平成22年4月20日民集64巻3号921頁の多数にのぼる。この判例の展開は興味深いですが、その詳細は本稿では扱わない。

ため、本件のように過払金の返還に加えて弁護士費用や慰謝料の損害賠償を請求する訴訟が増えてきていた。704条を理由とする近時の損害賠償請求は、ほぼすべてこの類型の事件である。

(2) 法理的背景

従来、704条に基づく損害賠償請求が争われなかったのは、悪意の受益者は、ほとんどの場合、同時に故意に他人の権利または利益を侵害した不法行為者に当たり、その者には直接に709条に基づいて損害賠償を請求すれば足りたからである。しかし、貸付けや取立てについて貸金業者に著しく違法な行為まではなかった本件のような事例では、第1審・第2審判決と同様、不法行為責任を問えないとする見解の方が有力であり、この見解は本判決の2か月前に最高裁によっても是認されている（最判平成21年9月4日民集63巻7号1445頁⁴⁾。

一方、最高裁は、貸金業法43条が適用されない場合に過払金を受領した貸金業者は、特段の事情がない限り悪意の受益者と推定されるとした（前掲（注3）の最判平成19年7月13日）。それを前提にする場合において⁵⁾、704条を根拠にするときは、たとえ709条の要件が充たされなくても、過払金受領

4) 同判決は、次のように判示して、不法行為の成立に抑制的な見解を採用した。「一般に、貸金業者が、借主に対し貸金の支払を請求し、借主から弁済を受ける行為それ自体は、当該貸金債権が存在しないと事後的に判断されたことや、長期間にわたり制限超過部分を含む弁済を受けたことにより結果的に過払金が多額となったことのみをもって直ちに不法行為を構成するということはできず、これが不法行為を構成するのは、上記請求ないし受領が暴行、脅迫等を伴うものであったり、貸金業者が当該貸金債権が事実的、法律的根拠を欠くものであることを知りながら、又は通常の貸金業者であれば容易にそのことを知り得たのに、あえてその請求をしたりしたなど、その行為の態様が社会通念に照らして著しく相当性を欠く場合に限られるものと解される。この理は、当該貸金業者が過払金の受領につき、民法704条所定の悪意の受益者であると推定される場合においても異なることはない。」

5) とりわけ前掲（注3）の最判平成18年1月13日以前には、期限の利益の喪失特約によって利息支払に任意性が欠けるとする理解は少数であり、貸金業法43条の適用の可否が多数の訴訟で争われていた。それゆえ、前掲（注3）の最判平成21年7月10日は、本判決や前掲（注4）の最判平成21年9月4日と歩調を揃えるように、期限の利益の喪失特約の下で過払金を受領しただけでは、当該貸金業者を悪意の受益者であると推定

時からの利息の支払いと弁護士費用などの損害の賠償まで請求できると理解する可能性があった。本件第1審・第2審では不法行為の成立が否定されているから、まさしくそのような理解が成り立つかが結論を左右したのである。

最高裁の判断は、以上に述べたやや特殊な背景で生じた事件に関するものではあるが、抽象的・一般的な判示を行っており、不当利得と不法行為の関係を考えるうえで興味深いものであるため、多くの判例評釈が書かれた⁶⁾。以下では、こうした判例評釈を手がかりに、これまでの議論を整理する。

II これまでの議論

1 704条の沿革と立法趣旨⁷⁾

704条は旧民法財産編368条を修正する形で立案された。

第368条 第三百六十一条第二号⁸⁾ニ掲ケタル供与ヲ悪意ニテ領受シタル者ハ訴ヲ受ケタル日ニ於テ其不当ニ已レヲ利シタルモノノ外尚ホ左ノ物ヲ返還

することはできない、として悪意そのものを否定した。こうした理解によれば、本件では第1審・第2審で悪意が認定されているが、この悪意認定も否定される可能性がある。ただ、最高裁は事実認定を行わない法律審なので、本判決は、原審の認定した受益者の悪意を前提とする判断を行っている。

6) 塩崎勤・民事法情報283号105頁、村田大樹・金判1336号90頁、円谷峻・金判1342号7頁、仮屋篤子・法セミ増刊7号83頁（速報判例解説）、藤原正則・金法1905号71頁、同・リマークス42号34頁、同・法教365号別冊23頁、川角由和・民商142巻3号330頁、吉田尚弘・判タ別冊32号114頁（平成22年度主要判例解説）、大久保邦彦・ジュリ臨時増刊1420号102頁（平成22年度重要判例解説）、河津博史・銀法715号55頁（728号135頁に再録）、阪岡誠・月刊消費者信用28巻1号65頁、難波譲治・法セミ増刊8号95頁（速報判例解説）、古田啓昌「不法行為Ⅰ」現代民事判例研究会編『民事判例Ⅰ2010年前期』176頁、平田健治・現代消費者法9号86頁。

7) 詳しくは、加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』（有斐閣、1986）386頁以下、川角由和『不当利得とはなにか』（日本評論社、2004）414頁以下、平田・前掲（注6）87-91頁。

8) 引用されている361条（2項）2号は、「負担ナクシテ弁済シタル物及ヒ虚妄若クハ不

ス可シ

第一 元本ヲ領受セシ時ヨリノ法律上ノ利息

第二 取収ヲ怠リ又ハ消費シタル特定物ノ果実及ヒ産出物

第三 自己ノ過失又ハ懈怠ニ因ル物ノ価額ノ喪失又ハ減少ノ償金縱令其喪失又ハ減少カ意外ノ事又ハ不可抗力ニ因ルモ其物カ供与者ノ方ニ在ルニ於テハ此損害ヲ受ケサル可カリシトキハ亦同シ

この規定は、フランス民法1378条と1379条を沿革に持つ。フランス民法の両規定は、非債弁済の場合において、悪意の受領者についての利息・果実の返還と受領物の滅失による返還不能の場合の責任を規定していた。旧民法財産編368条は、これにフランスの学説の理解を加味して定式化したものであった。

立法者は、これらの責任を不法行為による損害賠償責任であると理解した。そのうえで、旧民法財産編368条の実質を変えないものの、果実や占有については悪意占有者の責任を規定する190条1項で足りるからここに明示する必要はなく、704条に包括的に損害賠償責任として定式化した。そして、この損害賠償の性質を説明して、悪意の受益者は不法行為をも行ったことになるため⁹⁾、最小限の賠償として法定利息を受益時から払わせるとともに、転売先に払った違約金や履行できなかったために逸失した転売利益などそれ以上の損害が生じれば、さらに賠償の請求ができるものとした、という。

2 学説の対立

初期の学説は、704条後段の損害賠償を不法行為の性質を有する責任であると理解するものが多数であったが（当初の不法行為説）、その後、不法行為責任とは異なる特別の責任とする理解（特別規定説）が増えた¹⁰⁾。ただし、

法ノ原因ノ為メ又ハ成就セス若クハ消滅シタル原因ノ為メニ供与シタル物ノ領受」と規定し、非債弁済等による物の受領の場合を指す。

9) 藤原・前掲（注6）リマークス42号37頁によると、立法者のこの理解は、立法時に参照されたドイツ民法第一草案741条1項が、「盗の不当利得 *condictio furtiva*」をふまえて、悪意の非債弁済受領者は不法行為の基準に従い給付者に損害賠償義務を負う、と規定していたことに由来する。

立法者のように悪意の受益者には損害賠償責任の要件も常に備わると理解すれば、この両説はほとんど説明の違いにすぎず、実際の差異は、せいぜい、704条に基づく損害賠償請求権が724条の3年ではなく、167条1項の10年の消滅時効にかかることくらいであった¹¹⁾。

これに対して、その後、704条後段は不法行為による損害賠償責任が不当利得返還責任と競合しうることを注意的に示すにすぎず、同条により損害賠償を求めるには709条の不法行為の要件が備わらなければならないと主張するもの（注意規定説）が増えた¹²⁾。利得が存在しないのに損害賠償責任を課すのは不当利得の制度の趣旨を超えてしまうからである、というのが理由である。さらに、不当利得の類型論を支持する見解では、そもそも不法行為の成立をいわゆる侵害利得の類型に相当する場合に限る傾向が強い¹³⁾。

3 裁判例の対立

もっとも、これまでの学説は、本件のような紛争を十分考慮して立論していたわけではない。過払金返還請求訴訟の隆盛の中で原告側の弁護士が特別規定説を援用して、不法行為の要件を備えなくても弁護士費用等の損害賠償

10) 末弘巖太郎『債権各論』（有斐閣、1918）998頁、岡村玄治『債権法各論』（巖松堂書店、1929）630-631頁、我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、1937）87頁、同『債権各論下巻一（民法講義Ⅴ）』（岩波書店、1972）1108-1109頁。現在では、大江忠『要件事実民法（4）債権各論（第3版）』（第一法規、2005）635頁。

11) 我妻・前掲（注10）個所。なお我妻は、不法行為の要件が備わっている必要がないとするようであるが、必ずしも明確ではない。これに従う松坂佐一『事務管理・不当利得（新版）』（有斐閣、1973）252頁も同様にこの点は不明確である。

12) 玉田弘毅「不当利得における悪意受益者の『責任』について」明治大学法制研究所紀要2号（1959）41頁以下、とくに65頁以下、広中俊雄『債権各論講義（第6版）』（有斐閣、1994）413頁、藤原正則『不当利得法』（信山社出版、2002）153頁・158-160頁など。

13) 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為（上）』（青林書院、1981）92-93頁、加藤・前掲（注7）348-349頁・361-365頁・462頁、篠塚昭次＝前田達明編『新・判例コンメンタル民法8』（三省堂、1992）290頁〔松岡久和〕、潮見佳男『債権各論Ⅰ（第2版）』（新世社、2009）315頁など。ただし、四宮と松岡は、損害賠償請求権の消滅時効が167条による点が特則だとする点では我妻説に従う。藤原・前掲（注12）155頁は、むしろ704条が想定したのは非償受領時に悪意の非償非償であるとする。

請求ができるのではないかと考え始めたのが議論のきっかけである。本件第1審・第2審判決同様に、下級審では特別規定説を採用する裁判例も登場して、不法行為の要件を備えないと損害賠償を認めないとする注意規定説と拮抗していた¹⁴⁾。

4 本件最高裁判決の意義と評価

悪意が直ちに損害賠償責任を基礎づけるものとならないことは、次のような問題を考えれば明らかであろう。①たとえば強迫の被害者が取り消せることを知りながら強迫者からの給付を受領したり、詐欺の被害者が詐欺者からの給付受領後に詐欺を知ったとしても、被害者に悪意の受領者として加重された責任を負わせることは妥当でない。②無効な契約の締結に誘導して無駄な費用を支出させた者の責任は、不法行為または契約締結上の過失が問題となる場面なので、過失で足りる場合がある一方、悪意であっても直ちに違法な侵害とはいえないなど、悪意を責任根拠とはできない。③無効な双務契約の清算では、同時履行の抗弁権が相互にあるから、悪意であっても返還債務の履行遅滞にはならない。④支出利得類型では、利得の押し付けから受益者を保護することが課題となるから¹⁵⁾、悪意を要件に受益時からの損害賠償責任を受益者に課すことは論外である。

以上のように、そもそも704条の規定の仕方自体に問題があり、704条の後段を削除するとの立法提案も登場しているくらいである¹⁶⁾。少なくとも悪意を根拠とする受益者の責任加重は、単純な非償非償類型や侵害利得の類型

14) 古田・前掲（注6）178頁は未公開のものも含め12件の高裁の裁判例を紹介・検討している。本件の原審判決を含め、5件が特別規定説によって704条による損害賠償を認めている。

15) たとえば、従前の債権者に対する抗弁による対抗や原債権の消滅時効期間や時効進行状態が引き継がれるなどの保護を考慮すべきである。篠塚＝前田編・前掲（注13）290頁〔松岡〕。

16) 民法改正研究会の改正案は現行704条に代えて返還義務者の善管注意義務のみを規定する案を提案している。民法改正研究会編『民法改正 国民・法曹・学界有志案（法時増刊）』（日本評論社、2009）227頁。

に限られるべきである¹⁷⁾。

このような類型（制限超過利息の誤払いに関する本件最高裁判決の事例は、単純な非債弁済類型に含まれる）においても、704条後段の規定による損害賠償責任を不法行為責任であると理解するとすれば、本件最高裁判決の判示するように、この規定は注意規定であると解さざるをえない。本件最高裁判決の評釈類は、すべてその結論を支持しており、注意規定説はもはや通説化しているとみてよいだろう。

しかし、このような判例・通説の理解にも問題があるように思われる。章を変えて、私の疑問を具体的に提示しよう。

Ⅲ 忘れられた債務不履行

1 主張の要旨

一定の場合（とりわけ侵害利得類型）に悪意の受益者に不法行為責任が成立しうることと、それが不当利得返還責任と単純な請求権競合関係に立つことには、私も全く異論はない。しかし、704条が規定する受益者の損害賠償責任を問題にする場合、不法行為責任だけを考えることには大きな見落とし

17) 篠塚＝前田編・前掲（注13）290頁〔松岡〕では、704条による損害賠償義務は、侵害利得の場合のみの特則と理解すべきであるとしたが、これはこの損害賠償責任が不法行為責任であるという理解に立脚していた。しかし、本稿ではその前提的な理解を改めたうえ、704条の規律が沿革から見て悪意の非債弁済受領者の責任を想定していたのは藤原・前掲（注12）155頁の指摘のとおりであり、従来の見解を改める。なお、ここにいう「単純な非債弁済」という用語は、返還請求が否定される705条の場合を指す狭いものではなく、一方的な債権関係において、対応する債務が存在しないに行われた弁済は返還されるべきであるというフランス法系の *répétition de l'indu ; conductio indebiti* という類型を指す。この非債弁済類型は、給付利得の中に分類されることがあるが、無効な契約（とりわけ双務契約）の双方向的な清算とは異なる扱いを受ける。Study Group on a European Civil Code, prepared by Christian von Bar and Stephen Swann, Principles of European Law: Unjustified Enrichment, sellier, Stämpfli and Bruylant, 2010, pp.91-180（松岡久和（訳）「ヨーロッパ不当利得法の比較法的概観」民商144巻4・5号（2011）670頁以下（逆開き））の該当各所を参照。

がある。

不当利得制度は、たしかに受益者の故意や過失などの主観的要件ないし帰責事由がなくても、財貨の帰属秩序や移転秩序に反する客観的な事態（その中心は法律上の原因のない受益）があれば債務を発生させる点で、不法行為制度と対置される。本来得られるはずでなかった利益を返還させるとの効果にとどまるからこそ、故意や過失という受益者の主観的要件を必要としないのである¹⁸⁾。

しかし、不当利得が主観的要件を必要としない客観的な責任であるとの命題が支持できるとしても、不当利得からは損害賠償責任が発生しない、という結論を導くのは短絡すぎる。すなわち、不当利得は、契約・事務管理・不法行為と並ぶ債権・債務の発生要件であり、そこから発生した債務が履行されず、債務者に免責事由がなければ、債務不履行として損害賠償責任が発生する。704条後段の損害賠償責任を債務不履行による損害賠償責任と考えるべきだというのが私の主張の核心である。そのような理解は、これまで説かれていないわけではなかったが¹⁹⁾、同条の責任を明確に不法行為責任だと説明した立法趣旨を前に、ほとんど注目されることがなかった。

2 債務不履行説の論拠

第1に、前述の通り、民法のパンデクテン体系が不当利得を債権発生原因とし、発生した債権については、性質の許す限り債権総則規定が適用される

18) 本来の物権帰属状態を回復するととどまる物権的請求権の場合や当初の約束を実現するととどまる履行請求権の場合にも、主観的要件を要しないのは、同じ論理によると整理できる。川村泰啓『〔増補〕商品交換法の体系I』（勁草書房、1982）は、これを「〔没〕主体的法的保護」として「主体的責任」と対置する優れた理論的整理を示している。

19) 谷口知平編『注釈民法(8)』609-610頁（有斐閣、1976）〔福地俊雄〕、私法学会シンポジウム記録「法律関係の清算と不当利得」私法48号（1986）48-50頁〔磯村保報告〕。利息のみに焦点を当てた検討であるが、川地宏行「不当利得返還請求権における利息の法定利率」平野裕之ほか編『新美育文先生選暦記念・現代民事法の課題』（日本評論社、2009）285頁以下。篠塚＝前田編・前掲（注13）292-293頁〔松岡〕も、すでにこの可能性を指摘していたが、なお不徹底であった。福地は、上記の旧版で主張した債務不履行責任併有説を、谷口知平＝甲斐道太郎編『新版注釈民法(8)』657頁（有斐閣、1991）〔福地俊雄〕では言及しないまま撤回している。

という構成を採っていることである。不当利得返還債務が履行されなければ債務不履行責任が発生すると考えることはきわめて自然であり、不当利得の性質がそれを許さないという理由はない。

第2に、より具体的な論拠として、現行法704条の元となった旧民法財産編368条（Ⅱ1に掲げた条文）が債務不履行責任を定めていたとの事実がある²⁰⁾。同条3号は、返還目的物の帰責事由のない滅失・損傷による損害について規定している。これを1号・2号とあわせて読むと、悪意者は非債弁済の受領時から返還債務の遅滞責任を負うから、遅滞後の滅失・損傷自体に帰責事由がなくても、因果関係がある限りで滅失・損傷による損害にも責任を負う、という趣旨と解せる。そこでは履行遅滞後の不能についての議論が応用されているのであり、立法者の説明のような不法行為責任が問題にされていたのではなかったのである。そして、この旧民法財産編368条3号の考え方は、非債弁済の処理のみならず無効な契約の清算の場合の目的物の滅失をめぐる問題においても活用が可能であり、価額返還をめぐる難問の一端が債務不履行の問題に解消できる²¹⁾。また、すでに触れたことの繰り返しになるが、双務契約の清算の場面での不当利得では、給付の返還につき同時履行の抗弁権が認められる限り、悪意の受益者も損害賠償責任を負わない。この妥当な結論は、損害賠償責任を債務不履行責任と考えないと正当化しにくい。

第3に、704条は、金銭債務の不履行の責任を加重する特別な規定と同じ構造を持つ趣旨の規定であり、それらと調和する。不当利得返還債務は、多くの場合、金銭債務であり、金銭債務の不履行の場合には特別な規律が用意されている。すなわち、不可抗力すら抗弁とできない絶対的な責任が生じ（419条3項）、損害の証明を要せず（同条2項）、約定または法定の利率による遅延損害金を請求することができる（同条1項）。しかし、他方で、それ以

20) 日本民法の立法当時に参考にされたドイツ民法草案も受領者の返還債務の遅滞責任を基本として構想され、他の規定を参照する細かな規律を置いていた。平田・前掲（注6）90-91頁を参照。

21) 磯村・前掲（注19）は、まさしくこの場面を念頭に置いて履行遅滞後の責任を論じ、より精密化された議論を構築しようとしていた。目的物の滅失と価額返還の関係については、松岡久和「不当利得法の全体像—給付利得法の位置づけを中心に」ジュリ1428号（2011）6-11頁を参照。

上の損害が生じてもその賠償を求めることはできない、と解されてきた²²⁾。その理由は、契約上の債務については、不履行の場合を想定した措置（担保の設定や損害賠償額の予定）を行うことが可能であるし、債権者は他から相当の利息を払って金銭を借り入れれば損害の拡大を防ぐことができるからである（損害軽減義務の発想）。

しかし、この制限的な論拠は逆に、こうした措置を採ることが困難であるか、金銭についての責任を強化する必要がある場面では、制限を課さない例外を認める根拠があることを示している。647条後段（受任者の金銭消費の責任）、669条（組合員の出資遅滞責任）、873条2項（後見人の金銭消費の責任）などは、法定利息を超える損害の賠償請求を認めている。契約によらずに発生する法定債権については、特約による対応措置が図れないため、同様の特則を設ける必要が高い。現に、事務管理においては、上記の647条が701条で準用されている。これに対して、不法行為については特則を置く必要性が乏しい。たしかに、不法行為の場合も、不当利得の場合と同様に発生した損害賠償債務の不履行を観念することはできる。しかし、法定利率（後述3(6)も参照）を超える損害は、当該不法行為により賠償されるべき損害の範囲の問題として単純化して扱うことができるから²³⁾、不法行為による損害賠償債務の不履行をあえて考えなくてよい。

本稿が検討対象としている不当利得の場合には、受益の返還を超える受益者の責任が問題になるため、不法行為に類した形で当該不当利得の返還対象や返還範囲の問題として考えることはできない。そのように考えると、不当利得と不法行為の責任根拠の違いが不明確になってしまうからである。それ

22) 大判大正4年5月19日民録21輯725頁、最判昭和48年10月11日判時723号44頁（弁護士費用その他の取立て費用の賠償請求を棄却）。通説もこれに賛成していたが、最近では、実損害を証明できれば賠償を認めて良いとの見解も増えている。この問題の概説として、潮見佳男『債権総論Ⅰ（第2版）』（信山社出版、2003）376-381頁が優れる。民法改正の議論でもこの点が検討されているが、ここではこれ以上立ち入らない。

23) 判例・通説では、まさしく因果関係の「相当性」の範囲の問題となる。保護範囲説や危険性関連説などでは、当該損害が、権利侵害や損害の発生を防止しようとした規範の保護範囲に含まれるかとか、当該不法行為によって高められた特別の危険の実現とみられるかが問われる。いずれにせよ、法定利率を超える損害の賠償の可否は、不法行為を理由として賠償されるべき損害の範囲の問題となる。

ゆえ、法定利率を超える損害について、明文で特則を置く必要が高いのである。立法者が沿革を考慮して704条の損害賠償責任を不法行為として説明したため混乱が生じたが、法定利率による最低限度の損害賠償を保障し、さらにそれを超える損害の賠償をも認めるという規律の趣旨自体は妥当であり、それは債務不履行責任と考えると、より適切に位置づけることができるのである。

3 債務不履行説から派生する問題点

704条後段の損害賠償責任を債務不履行であると解すると、関連して様々な問題が問われる。各問題は本格的な検討を要するため、以下の記述は²⁴⁾、704条が適用される本件のような事例に絞って、各問題の概要と筆者の現在の暫定的な考え方を示すにとどまる。

(1) 704条前段の「利息」の意味

判例・通説のように704条後段の損害賠償責任を不法行為責任であると理解し、かつ、悪意であっても直ちには不法行為の要件を充たさないとすると、受益の時点から常に受益に付して返還しなければならないとされる前段の「利息」は、立法者の見解のように、不法行為による最低限の賠償責任と理解することができなくなる。

これに対して考えられる解釈論的な対応は、判例・通説の上記理解を維持したままで、704条前段の「利息」を損害賠償とは異なる金銭の使用利益であるとする理解²⁵⁾か、そもそも704条後段の損害賠償責任を債務不履行責

24) 本稿のもととなったのは、2011年12月10日の第1回東アジア国際民事法学会大会（ソウル大学）において筆者が行った報告である。この報告に対して、朴東瑱延世大教授から鋭いご質問を頂戴したが、討論の時間が足りずその場ではお答えできなかった。以下の考察は、これを契機として、報告原稿を補充したものである。

25) 藤原・前掲（注12）139頁。もっとも、藤原は侵害利得について侵害時から遅延損害金としての「利息」を支払うべきだと読める記述をしており（同257頁）、両者の記述には齟齬がある。また、藤原・前掲（注6）リマックス42号97頁が使用利益説として挙げている四宮・前掲（注13）93頁や好美清光「不法利得法の新しい動向について（下）」判タ387号（1979）33頁の記述は、むしろ金銭債務の履行遅滞責任と読解することができる。

任とし、金銭債務の不履行による最低限の損害賠償とする理解のいずれかになる。本稿は後者の見解を主張している。

金銭の使用利益の返還義務は善意の利得者にも生じうるから²⁶⁾、それを悪意の効果と位置づけることができない。また、現実には運用できなかった金銭の使用利益は利得者の受益とは構成できないので、その相当額についての責任は、損害賠償責任として位置づけないと肯定することが困難である。さらに、仮に704条前段の「利息」を金銭の使用利益として理解すると、理論的には使用利益相当額を元本とする遅延損害金が生じることになる²⁷⁾。この結論の当否の判断は難しいが、遅延損害金の約定利率を弁済期前の利息の約定利率と同じものとする規定（419条1項）や、組入れ3要件を満たさない限り重利とはならないとする法定重利の規定（405条）による処理との間で整合性を欠いてしまう。以上の理由から前者の考え方を採ることはできない。

他方、後者のように、704条前段の「利息」は、悪意者が受益時から遅滞に陥る元本返還債務の遅延損害金であると理解すれば²⁸⁾、悪意の受益者の現実の元本使用の有無や、利得返還債権者の現実の損失の有無を考慮せず、金銭返還債務の最低限の責任として整理できる。また、704条後段によりそれを超える損害の賠償の余地を残すことで立法の趣旨も生かすことができる。

(2) 善意の受益者の返還債務の遅滞責任

悪意の受益者が704条により返還債務の発生時から直ちに遅滞に陥ると理解すると²⁹⁾、同条は、期限の定めのない債務については債権者から履行の請

26) 最判昭和38年12月24日民集17巻12号1720頁は、善意の銀行が金銭の非債弁済を受けた場合に商事法定利息相当額の運用利益の返還を肯定した。もっとも、この判決の評価は難しく、多くの判例評釈が多様な解釈可能性を示している。また、後述するように、善意占有者の果実收取権を定める189条の規定の適用は、即時取得の成立しない侵害利得類型に限定されるとの解釈が類型論では有力である。

27) 川角由和「最判平成19年7月13日等の判批」判時2002号（2008）184頁はこれを肯定する。

28) すでにこのような理解を主張するものとして、川地・前掲（注19）309-310頁がある。

29) 大判昭和2年12月26日新聞2806号15頁、四宮・前掲（注13）96頁、篠塚=前田編・前掲（注13）288頁[松岡]。この処理は結果的に不法行為責任とも共通である。大久保・

求を受けた時から遅滞の責任を負うとする 412 条 3 項の特則と解されることになる。

これに対して、善意の受益者の遅滞責任は、まず、悪意になって減免責の抗弁が使えなくなり返還債務額が確定して初めて問題になる。それは、悪意になった時点から直ちに遅滞となるものではなく、原則である 412 条 3 項に従って、利得返還の請求を受けて初めて遅滞に陥る（大判大正 7 年 2 月 21 日民録 24 輯 272 頁³⁰⁾。判例・裁判例には、189 条 2 項を類推して訴訟係属によって被告は悪意の受益者となり、その時点以後利息支払義務が発生するとするものがあるが（大判大正 14 年 1 月 20 日民集 4 卷 1 号 1 頁、東京地判昭和 53 年 6 月 22 日下民集 29 卷 5～8 号 391 頁など³¹⁾、訴状に不当利得問題が含まれず、口頭弁論中に初めて主張された場合などには訴え提起時からの悪意擬制は適当ではない。その場合には、訴訟において不当利得返還請求権が明示又は黙示に主張された時に悪意となり、催告も同時にされたものと考えられる。それ以外の場合には利得返還債務者は、訴え提起時に善意であっても、敗訴すればその時から遅滞に陥ると解すべきであろう³²⁾。

(3) 金銭の使用利益の返還請求権との関係

(a) 悪意の金銭受領者

悪意の金銭受領者は、受益の当初から受領額を返還する金銭債務者となり、

前掲（注 6）103 頁は、悪意の受益者も請求を受けた時に遅滞に陥るとするが、大久保は、(1)で論じたように 704 条前段の「利息」を使用利益として理解するという前提に立つのであろう。

30) 韓国民法 749 条 1 項は、受益者が利益を受けた後、法律上原因がないことを知ったときは、その時から悪意の受益者として利益返還の責任があると規定するが、返還義務の存在自体を争っている場合には悪意とはいえず、同条 2 項のように敗訴した場合にその訴えの提起時から悪意となると解される。

31) 実際の訴訟では、裁判外の催告時ではなく、訴状送達の日から遅延損害金を払えという請求がほとんどである。裁判外の催告の立証が必ずしも容易ではないという理由であろうが、理論的には催告時から遅滞に陥ることになり、訴状送達時からというのは一部請求である。

32) 前掲（注 26）の最判昭和 38 年 12 月 24 日の原審である東京高判昭和 35 年 2 月 25 日下民集 11 卷 2 号 413 頁は、口頭弁論期日における無効事由の陳述により被告が悪意

法定利率による遅延賠償の責任を負う。遅延賠償請求権を基礎づけるには、不当利得返還請求権の一般的要件に加えて、受領者の悪意と遅延期間の立証だけで足りるため容易である。他方、金銭の使用利益の不当利得返還請求権は、この遅延賠償請求権と競合すると思われるが、運用により受領者が利益を得ている額と利得債権者が得られたはずの損失額を、利得債権者が立証して初めて、少ない方の返還請求が可能ということになろう³³⁾。この使用利益返還請求権に意味があるのは、それが法定利率を超える場合である（この証明を厳格に考えるべきことについては(b)を参照）。

遅延賠償請求権と使用利益返還請求権は、金銭を失った者に対する補償ないし補填という目的を同じくするため、双方を認めることは、二重填補として利得債権者の過剰な保護となる。それゆえ、いずれか一方が弁済されれば他方も同額の範囲で目的到達により消滅すると考えられる。

(b) 善意の金銭受領者

善意の金銭受領者は、189 条 1 項の果実収取権の規定が金銭の使用利益についても適用されるとすれば、およそ使用利益の返還義務を負わない。しかし、給付物の果実や使用利益は基本的には給付とともに返還されるべきであり、同規定が給付利得関係に適用されないことは、現在の類型論ではほぼ争いがない³⁴⁾。それに従えば、善意の金銭受領者は使用利益相当額の不当利得返還義務を負うことになり、悪意受領者との違いが問題になる。

善意の金銭受領者が、受領金銭の返還債務について履行遅滞に陥り、法定利率の遅延損害金を負うのは、返還を受けた時以降である。受領時からその時までの使用利益については、悪意受領者の場合と異なって遅滞責任を理由とすることができないので、運用により受領者が利益を得ている額と利得債権者が得られたはずの損失額を、利得債権者が立証して初めて、少ない方の

になったとし、それ以前の善意の間の運用利益は 189 条 1 項により返還を要しないと判示した。この判示は、最判昭和 38 年 12 月 24 日より破棄された。

33) 使用利益自体について不当利得返還請求権の発生を基礎づける事実の立証を要するということになる。

34) 藤原・前掲（注 12）138-146 頁。前掲（注 26）の最判昭和 38 年 12 月 24 日も結論は同旨である。

返還請求が可能ということになる³⁵⁾。ただ、たとえば、債権者・債務者の間の取引における通常の利率や法定利率などを用いることで受益と損失の証明が容易に認められるとすると、悪意者と善意者の責任の均衡を失する。受益や損失は慎重に認定される必要がある。

(4) 悪意の物受領者の責任

引渡債権がないことについて悪意で物の引渡しを受けた者が、受領物の返還に加えて、704条前段の「受けた利益に利息を付して返還しなければならない」という意味は、金銭の受領の場合ほど明確ではない。悪意の占有者の果実等の返還責任(190条1項)を類推適用して、返還時までに「既に消費し、過失によって損傷し、又は取取を怠った果実の代価を償還する」ことが、定型的な遅延賠償責任の内容となり、金銭の場合の遅延賠償責任に相当すると思われる³⁶⁾。これを超えて、返還目的物自体が損傷したことによって賠償すべき損害は、一般の債務不履行責任の基準による(704条後段・416条)。

(5) 弁護士費用の賠償

判例は、不法行為が成立する場合及び債務不履行に基づく損害賠償責任が不法行為と競合し不法行為とも評価できる強い違法性がある場合に限り、事案の難易、請求額、認容された額その他諸般の事情を斟酌して相当と認められる範囲内の弁護士費用を賠償されるべき損害と認めている³⁷⁾。

しかし、不法行為の場合でも、加害者が被害者に迅速に損害賠償を支払えば、被害者が弁護士に依頼する必要はないことを考えると、弁護士費用は、本来は、損害賠償債務の不履行によって発生する損害であり、不当利得の返還債務の不履行と同じ問題である。それゆえ、不法行為と債務不履行で扱いを分けること自体に疑問があり、特別責任説に立つ下級審裁判例が704条に

35) 前掲(注26)の最判昭和38年12月24日は、商事法定利率程度の受益と損失を認定して、善意の受領者に、民事法定利率を超える使用利益返還責任を認めたものと解される。

36) 旧民法財産編368条2号が、現行民法190条1項とほぼ同趣旨の規律として、「取取ヲ怠リ又ハ消費シタル特定物ノ果実及ヒ産出物」を返還の対象(正確には損害賠償の対象)としていたことは、このような解釈を裏付けよう。

37) 不当執行の責任について最判昭和44年2月27日民集23巻2号441頁。

基づいて相当因果関係の範囲で弁護士費用の賠償を認めたことは、債務不履行説から見て理論的に支持することができる。もっとも、問題は、より一般的に、訴訟費用の敗訴者負担をどう考えるかという多分に政策的な判断にかかってくることになる³⁸⁾。

(6) 利率

不当利得返還債務の履行遅滞の場合の遅延損害金の利率についても下級審裁判例が分かれていたが³⁹⁾、判例(前掲(注3)の最判平成19年2月13日)は、商事法定利率によった原審((注39)の広島高裁松江支部判決)の判断を否定し、民事法定利率説を採用した。その理由として、不当利得を理由とする過払金返還請求権は、利息制限法の規定によって発生する債権であって、営利性を考慮すべき債権ではないので、商行為によって生じたもの又はこれに準ずるものと解することはできない、とする。

しかし、この判断は、金銭の使用利益につき商事法定利率による返還請求を認めた判決(前掲(注26)の最判昭和38年12月24日)との整合性の点で問題がある。また、次述の消滅時効の扱いと同様に、基礎となる表見的法律関係に商事法定利率が適用される場合には、清算関係においても商事法定利率によるべき場合があるように思われる。704条の損害賠償責任を債務不履行責任と構成する本稿の考え方は、そのような方向と親和性が高い。

38) 本稿ではこの点について立ち入って論じる余裕はない。前掲(注22)の最判昭和48年10月11日についての次の2つの解説が対照的で興味深い。太田勝造・ジュリ145号(1998)(『民事訴訟法判例百選I[新法対応補正版]』)34頁、我妻学・ジュリ169号(2003)(『民事訴訟法判例百選(第3版)』)248頁。

39) 過払い利息の返還請求について、民事法定利率説を採ったものとして東京高判平成17年7月21日金法1761号42頁、商事法定利率説を採ったものとして広島高松江支判平成18年3月31日金判1262号21頁などがあつた。平成19年判決以前にも、最判平成3年4月26日金判874号3頁は民事法定利率説を採用していた。絹川泰毅「平成19年判決解説」ジュリ1345号(2007)85頁は、最高裁判決の「すべてを合理的かつ整合的に説明することは必ずしも容易なことではない」と指摘している。

(7) 消滅時効期間

704条が不法行為の損害賠償責任を取り込んでいることの意義を、損害賠償請求権の時効期間を不法行為の3年(724条)ではなく、債権一般の10年(167条1項)とすることに求める見解がある⁴⁰⁾。これに対しては、不法行為の性質をもつとしながら時効期間を延長する根拠が弱い旨の批判がある⁴¹⁾。この指摘はもっともである。債務不履行説では、不当利得返還請求権について特有の期間制限の規定がなければ(少なくとも給付利得類型以外では)⁴²⁾、167条1項が適用されて10年になると素直に構成することができる。

おわりに

本稿では小さな問題を例として取り上げたが、この問題は不当利得と不法行為の関係をどう理解するかという大きな問題に繋がる。本稿は、その入口に立つための準備的な考察を行い、1つの試論を提示したにすぎない。今後の議論のための何らかの参考になれば幸いである。

〔追記〕

松本恒雄先生とは長いおつきあいです。私が学部の大3生の時に、民法の自主勉強会のチューターとして、助手になられたばかりの松本先生にご指導をお願いしたのが最初の出会いです。松本先生は、豊富なアイデアで我々を驚かせたり楽しませたりしつつ、非常に親切に勉強の手ほどきをしてくださいました。私が学者のはしくれになったのは松本先生の影響が少なくないと思います。その後、有斐閣のエッセンシャル民法シリーズを中心に、一緒に議論を重ねて楽しく仕事をさせていただいています。今は法制審民法(債権関係)部会で隣席同士となり、ここでも松本先生の豊かな発想に基づく議論に常に刺激を受けています。兄のように慕っている松本先生の今後益々のご健勝を祈念し、引き続きご指導賜りますようお願い申し上げます。

40) 前掲(注11および13)の諸文献。この点でも、篠塚=前田編・前掲(注13)290頁[松岡]の見解は、本稿により改める。

41) 難波・前掲(注6)96頁。

42) 判例は、不当利得返還債権の時効期間を一律に10年と解している(大判大正15年3月3日新聞2598号14頁、最判昭和55年1月24日民集34巻1号61頁)。違法な国税徴収による不当利得の場合にも会計法30条の5年の時効にはかからないとする(東京高判昭和36年10月11日高民集14巻6号424頁)。しかし、類型論に立つ学説は、給付利得返還債権については、①法律行為の取消しの場合には取消権の期間制限(126条など)、②その他の場合にも当該表見的法律関係において定められている時効期間(上述の会計法30条など特別法に多様なものがあるが、とりわけ商法522条の5年の商事消滅時効が重要である)をそれぞれ適用すべきことが多いと主張している。求償利得の場合においても関連する求償関係の特別規定に期間制限があればそれが類推適用される余地がある。