

主 文

本件控訴を棄却する。
控訴費用は、控訴人の負担とする。

事 実 及 び 理 由

第 1 当事者の求めた裁判

1 控訴人

- (1) 原判決を取り消す。
- (2) 被控訴人の請求を棄却する。

2 被控訴人 控訴棄却

第 2 事案の概要

1 被控訴人が、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に貸金業の規制等に関する法律（貸金業法）所定の貸金業者である控訴人に債権調査を求めたところ、控訴人がこれに応ずることなく、①平成10年3月4日付けの200万円の貸付金及び②同年12月24日付けの50万円の貸付金の残元本、利息、損害金を被担保債権として、被控訴人所有不動産に設定された根抵当権の実行としての競売申立てをした。その請求債権の目録が、原判決別紙の債権目録である。本件は、被控訴人が、この目録記載の上記①、②債務の不存在確認を求めた事案である。

被控訴人は、控訴人からの借入れは平成4年9月10日からであり、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、上記①、②債務も既に消滅している旨主張した。

控訴人は、原審では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。そのため、原審は、請求認容の欠席判決をした。これに対して、控訴人が不服を申し立てた。

2 当事者双方の主張

(1) 控訴人の主張

ア 平成4年9月10日の貸付

控訴人は、被控訴人に対して、平成4年9月10日、金220万円を次の約定で貸し付けた。

弁済期 平成9年10月5日

利息 年25.55%

損害金 年40%

利息の支払方法 毎月5日に後払い

期限の利益の喪失 一回でも利息の支払を怠ったとき、なんらの通知催告なく期限の利益喪失

イ 平成4年の貸付時の費用の差引き

平成4年の貸付時に、控訴人は、貸金から、次の金員合計8万4810円を差し引いた。

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

手数料2200円が、利息制限法3条の規定により、利息とみなされることは争わない。

しかし、調査料6万6000円は、控訴人の不動産部の社員であって、宅地建物取引主任者であるAが、担保として提供される不動産の評価をしたことに要した費用である。したがって、この調査料は、利息制限法3条の契約締結費用に該当し、利息とみなされない。

ウ 平成4年の貸金に対する被控訴人の弁済

被控訴人は、平成4年の貸金について、別紙1「220万円約定金利計算」の入金日に入金額どおり弁済した。

別紙1には、控訴人が被控訴人の入金額から入金日に手数料300円を徴収した旨の記載がある。そのうち200円は、弁済費用である印紙代である。残り100

円は手数料であり、これが利息制限法3条により、利息とみなされることは争わない。

エ 平成6年12月5日の期限の利益喪失

被控訴人は、平成6年12月5日に支払うべき利息を遅滞した。これにより、被控訴人は、同日、期限の利益を喪失した。

オ 貸金業法17条及び18条書面の交付

控訴人は、被控訴人に対して、貸付時に貸金業法17条書面を、弁済時に同法18条書面を交付した。したがって、被控訴人の利息などの弁済については、貸金業法43条のみなし弁済の適用がある。

被控訴人は、天引利息及び前払い利息には、貸金業法43条の適用がない旨主張するが、適用があるものである。

カ 平成10年3月4日の200万円の貸付（上記の①の貸金）

控訴人は、被控訴人に対して、平成10年3月4日、金200万円を次の約定で貸し付けた。

弁済期 平成15年2月5日

利息 年26%

損害金 年36.5%

利息の支払方法 毎月5日に後払い

期限の利益の喪失 一回でも利息の支払を怠ったとき、なんらの通知催告なく期限の利益喪失

この貸付は、平成4年の貸付の借換えあるいは借増しではなく、被控訴人は、借入金200万円から、平成4年の借入金の残元金137万6610円及び損害金2万7130円の合計140万3740円を控訴人に弁済した。

キ 平成10年3月4日の貸付時の費用の差引き

平成10年3月4日の貸付時に、控訴人は、貸金から、次の金員合計7万5260円を差し引いた。

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

このうち手数料及び調査料は、イに記載したのと同様である。

ク 平成10年3月4日の貸金に対する被控訴人の弁済

被控訴人は、平成10年の貸金について、別紙2「200万円約定金利計算」の入金日に入金額どおり弁済した。

ケ 貸金業法17条及び18条書面の交付

控訴人は、被控訴人に対して、貸付時に貸金業法17条書面を、弁済時に同法18条書面を交付した。したがって、被控訴人の利息などの弁済については、貸金業法43条のみなし弁済の適用がある。

コ 平成10年12月24日のカードローン（上記の②の貸金）

控訴人と被控訴人とは、平成10年12月24日カードローン基本契約を締結し、同日以降別紙3履歴リスト記載の取引をした。利息及び損害金の利率は、年36.5%の約定であった。

この取引は機械処理であり、返済の都度貸金業法18条の書面を交付していない。そこで、被控訴人の弁済金につき、利息制限法に従い、制限利率超過分を元本に充当して計算すると、別紙4元利金計算書のとおりである。

控訴人は、平成13年9月4日現在で、貸金元本36万0727円を有しており、これについて平成13年9月5日以降弁済期の平成13年10月9日までは利息債権を、平成13年10月10日以降は損害金債権を有している。

（2） 被控訴人の主張

ア 平成4年9月10日の貸付及び貸付時の差引き

控訴人の主張アのとおり貸付を受け、同イのとおり差引きされた。

名目上の貸金220万円から、印紙代2600円、公正証書作成料1万4010円を差し引かれたが、これらは、契約締結費用で、被控訴人が負担すべきものであることを認める。

名目上の貸金220万円から差し引きされた、手数料及び調査費合計6万8200円は、契約締結の費用ではなく、利息制限法3条により、利息とみなされる。その結果、被控訴人は、利息として6万8200円を天引きされたものである。

天引利息を差し引いた被控訴人の受領額は、213万1800円である。

イ 平成4年9月10日の貸金に対する被控訴人の弁済
被控訴人は、上記アの平成4年の貸金について、別紙1「220万円約定金利計算」の入金日に入金額どおり弁済した。

これらの入金、利息の支払としてしたものである。アの天引利息の額6万8200円は、次の利息支払期までの利息の額を上回る金額であったから、次の利息の支払期が到来したときには、それまでの利息は、支払済みであった。したがって、次の利息支払期に支払った利息は、さらに次の利息支払期までの利息に当たる。このようにして、被控訴人は、利息を前払いしたものである。

ウ 天引利息及び前払い利息と貸金業法43条の適用の有無

天引利息及び前払い利息には、貸金業法43条の適用がない。

エ 平成10年3月4日の貸付（上記の①の貸金）及び貸付時の差引き

控訴人の主張力のような貸付があり、同キのような差引きがあった。しかし、この貸付は、平成4年9月10日の貸付の貸増しである。被控訴人は、名目上の貸金200万円から、印紙代2000円、公正証書作成料1万1000円を差し引かれたが、これらは、契約締結費用で、被控訴人が負担すべきものであることを認める。

そして、被控訴人は、名目上の借入金200万円から、平成4年の借入金の残元金137万6610円及び損害金2万7130円の合計140万3740円を差し引かれた。したがって、被控訴人が貸増しを受けたのは、この差引き後の59万6260円である。

そして、被控訴人は、さらに手数料2000円及び調査料6万0260円合計6万2260円を差し引かれた。

差引きされた手数料及び調査費合計6万2260円は、契約締結の費用ではなく、利息制限法3条により、利息とみなされる。その結果、被控訴人は、利息として6万2260円を天引きされたものである。

天引利息を差し引いた被控訴人の受領額は、53万4000円である。

オ 平成10年3月4日の借増し後の被控訴人の弁済

被控訴人は、平成10年3月4日の借増し後、別紙2「200万円約定金利計算」の入金日に入金額どおり弁済した。これらの利息の支払も、前記イ記載のとおり、利息の前払いをしたものである。

前述のとおり、天引利息及び前払い利息等について、貸金業法43条の適用はない。そこで、被控訴人の弁済について、利息制限法の規定にしたがい、制限利息超過分を元本に充当すると、被控訴人は、控訴人に対して、被控訴人の計算では、平成13年9月5日現在で、過払金188万7395円を有することになり、上記の①の貸金は消滅している。そして、この過払金は、控訴人の不当利得であるから、被控訴人は、控訴人に対してその返還請求権がある。

カ 平成10年12月24日のカードローン（上記の②の貸金）

控訴人と被控訴人とは、平成10年12月24日カードローン基本契約を締結し、同日以降別紙3履歴リスト記載の取引をしたことを認める。

キ 不当利得返還請求権による相殺

被控訴人は、平成15年6月26日の口頭弁論期日において、控訴人に対して、上記オの不当利得返還請求権（被控訴人の計算では平成13年9月5日現在で188万7395円）を自働債権として、上記カのカードローンの残債務（控訴人の主張では平成13年9月4日現在で、貸金元本36万0727円）を受働債権として、対当額で相殺する旨の意思表示をした。

これにより、上記カのカードローン債務（上記の②の貸金）は、全額消滅した。

第3 当裁判所の判断

1 貸付、差し引き及び被控訴人の弁済の事実関係

控訴人の被控訴人に対する貸付、貸付の際の差引き及びその後の被控訴人の弁済の事実関係が、控訴人の主張（ア、イ、ウ、カ、キ、ク及びコ）のとおりであることは、当事者間に争いがない。

控訴人は、平成10年3月4日の貸付（上記の①の貸金）は、平成4年の貸付の借換えあるいは借増しではなく、被控訴人は、借入金200万円から、平成4年の借入金の残元金137万6610円及び損害金2万7130円の合計140万3740円を控訴人に弁済したものである旨の主張をする。しかし、被控訴人が、自己の調達した資金で従前の貸金の返済をするのではなく、控訴人から借り入れる資金で控訴人に返済するのは、借換えであり、その際必要資金をさらに借り入れるのは、借増しである。受領書や貸付の契約書で、現実の返済があったかのように取り

扱ったからといって、その実態に変わりがあるわけではなく、この点に関する控訴人の主張を採用することはできない。

2 調査料と契約締結費用

控訴人は、貸付に当たり、被控訴人から調査料を徴収しており、控訴人は、これを契約締結の費用であると主張する。しかし、控訴人のいう調査料とは、債権者が契約を締結するかどうかを検討するに当たって、必要な情報を取得するために費やす費用であり、契約の締結そのものの費用ではない。

利息制限法3条は、「消費貸借に関し債権者の受ける元本以外の金銭は、礼金、割引金、手数料、調査料その他何らの名義をもってするを問わず、利息とみなす。但し、契約の締結及び債務の弁済の費用は、この限りではない。」と規定している。この文言からして、同条は、契約締結そのものの費用のみを例外とし、それ以外の契約の締結に当たって支出される可能性のある費用を、例外扱いしていないものと解される。そうすると、契約の締結そのものの費用に該当しない調査料は、たとえこれが支出された場合でも、利息制限法3条の例外に当たらず、同条により利息とみなされるべきものである。

3 みなし利息と利息の天引及び前払い

平成4年9月10日の貸付及び平成10年3月4日の借増し（上記の①の貸金）時に、手数料及び調査料として、控訴人主張の金額（6万8200円と6万2260円）が差し引かれたことは、前述のとおり争いがない。

これらの差し引かれた金額は、利息制限法3条の規定により、利息とみなされる。そうすると、控訴人は、これらの差引きによって、利息を天引きしたことになる。

平成4年9月10日の貸付時の天引利息の額6万8200円及び平成10年3月4日の借増し時の天引利息の額6万2260円は、次の利息支払期までの利息の額を上回る金額であったものと認められる。そうすると、次の利息の支払期が到来したときには、それまでの利息は、支払済みであったことになる。したがって、次の利息支払期に支払った利息は、さらに次の利息支払期までの利息に当たり、このようにして、被控訴人は、利息を前払いしたものと認められる。

4 天引利息及び前払い利息と貸金業法43条

(1) 文言解釈

控訴人は、天引利息にも、貸金業法43条の適用があり、適法有効な弁済があったものとみなされる旨主張する。

しかし、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条の適用はないものと解する。（文言解釈）

(2) 利息制限法2条の立法趣旨

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。同条は、当事者が合意してそのように約束していても、許容できないとしたものであり、そのことは、利息制限法1条の利率の制限について、任意の支払の場合の除外規定があるのに、利息制限法2条には任意の支払の除外規定がないことに現れている。

当事者間で合意してそのように約束する際に、貸主が強迫したり、騙したりしてはいない場合、その約束は、言葉の形式的な意味では、借主の任意の判断によるものであるといえる。しかし、利息制限法2条は、そのような言葉の形式的な意味での任意の合意であっても、その合意の効力を否定しており、この点についての同条の解釈には、全く異論を聞かない。

(3) 貸金業法43条の下での利息の天引

利息制限法の上記の立法趣旨は、貸金業法43条の下では、これを変更すべき理由があり、変更されたのが、ここでの問題である。結論を先に述べれば、変更すべき理由はなく、変更されていないと考えられる。

ア 貸金業法43条の守備範囲

貸金業法43条は、利息制限法1条の制限利率について、任意の支払の場合に、適用を制限する趣旨の規定であり、利息制限法1条自体にあった任意の支払の場合の適用制限規定を実質上復活したものである。すなわち、最高裁判決によって、利息制限法1条2項の明文にかかわらず、任意の支払の場合でも、制限利率が適用される結果となっているのを、厳しい条件付ではあるが、適用を制限したものであ

る。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よって、利息制限法の他の条文について、貸金業者に有利な変更を加えようとしたものではない。このように貸金業法のいわば守備範囲が、利息制限法1条の例外規定を実質上改廃した最高裁判決の是正によって、利息制限法自体の改変にあるのでない以上、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。

イ 問題の実質的側面

そして、貸金業法43条が適用される条件である契約書面の交付や受取証書の交付の事実があるから、利息制限法2条の許容していない発生しない高利の受領が例外的に許容できる、というような価値判断をすることも、利率の制限と発生しない高利の受領とは、本質的に異なる事柄であることからして困難である。

すなわち、高利金融の下での利息の天引は、利息を制限利率内でのみ天引きするなどということが、現実には存在しないように、借主に意思選択の自由がない状況下で行われるのが実態である。だからこそ、高利が発生してもいいのに、発生したかのようにしてこれを受領するという、理に合わない不自然なことでも、貸金業者の圧力の下で実現するのである。

また、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

（最高裁事務総局「貸金業関係事件執務資料」40頁）。その結果、43条の適用は否定されるのであるが、利息の天引には、そのような貸主側からの一方的な行為であるという要素もある。

これら二つの点、すなわち、内容が理に合わず不自然なことであって、借主が任意に応じたとはいえないことや、貸金業者の相殺のように一方的であることは、貸金業者が契約書面や受取証書を交付したからといって、変わるわけではない。そのような契約書面の交付などの条件を満たしたところで、実質上問題点は解消されずに残るのである。それでもなお、高利の利息の天引を許容するというのでは、とても説得的な説明をしたものとはいえない。

ウ 立法の経過

以上のように、問題の実質的側面イや貸金業法43条の守備範囲の問題アとして、困難なことでも、国会が、貸金業者を保護するために、法律により実現するということができないことではない。

しかし、そのように国会が行動したというのであれば、国会の審議の経過にその点が明らかにされるであろうが、国会の議事録にはそのような記載はない。かえって、立法の関係者の著作（大森政輔「貸金業規制法第四三条について―利息制限法の特則性とその限界」判例時報1080号16頁）には、利息制限法2条については、なんらの改正もないことが明言されている。

（4） 前払い利息

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。貸金業法43条の下でも、発生しない高利を支払わせることは許容できないとする利息制限法2条の立法趣旨は、変更されておらず、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。

5 利息制限法による再計算

被控訴人の入金から、控訴人が手数料として、300円を差し引いたものについては、そのうち200円は、印紙代であり、これは受領書に貼付するものとして、弁済の費用に該当する。したがって、この金額は、被控訴人の負担すべきものであり、被控訴人の入金から、この200円を差し引いた残りが、借入金に対する弁済になる。

控訴人は、被控訴人の弁済の途中で利息の弁済が遅滞し、被控訴人は、期限の利益を喪失した旨主張する。しかし前述のとおり、被控訴人は、利息の前払いをさせられてきたのである。利息の前払いとは、利息債務が発生していないのにその支払をするものであるから、それを怠ったからといって、債務の不履行があったとは直ちにはいえない。そうすると、被控訴人が債務不履行により期限の利益を喪失したとする控訴人の主張を採用することはできないものである。

そこで、平成4年9月10日の貸付及び平成10年3月4日の借増し（上記の①の貸金）について、被控訴人の弁済金のうち、利息制限法の制限利率を超えた金額を元本に充当して、再計算すると、別紙5の計算表のとおりとなる。

なお、利息の天引がある場合には、借主の受領額を借入金元本として、その後の弁済金について、利息の後払いの場合と同様に、利息制限法による再計算すると、利息制限法2条に規定する方法で計算した場合と、同じ結果になるとされている（我妻栄・新訂債権総論56頁によれば、利息制限法2条の計算法は、上記のような計算結果と一致するように、立法されたものであるという。）。そこで、別紙5の計算表は、この方法により計算した。

このような再計算の結果、平成10年3月4日の借増し（上記の①の貸金）は、全額消滅したことが認められる。

そして、被控訴人は、控訴人に対して、平成13年9月5日現在で191万7424円の不当利得返還請求権を取得したものと認められる。

6 相殺

被控訴人は、平成15年6月26日の口頭弁論期日に、上記5の不当利得返還請求権（期限の定めがない債権であるから、その発生後直ちに相殺の自働債権とすることができる。）を自働債権として、平成10年12月24日のカードローン（上記の②の貸金）の残債務（控訴人の主張では平成13年9月4日現在で、貸金元本36万0727円であり、その弁済期は平成13年10月9日である。）を受働債権として、対当額で相殺する旨の意思表示をした。

したがって、この相殺により、平成10年12月24日のカードローン（上記の②の貸金）の債務は、全額消滅し存在しないものである。

7 結論

以上の次第であるから、平成10年3月4日の借り増し（上記の①の貸金）及び平成10年12月24日のカードローン（上記の②の貸金）の債務が、存在しないことの確認を求める被控訴人の請求は、理由があり、これを認容すべきである。

これと結論を同じくする原判決は相当であって、本件控訴は理由がない。

よって、主文のとおり判決する。

（口頭弁論終結の日 平成15年6月26日）

東京高等裁判所第19民事部

裁判長裁判官 浅 生 重 機

裁判官 及 川 憲 夫

裁判官 竹 田 光 広

別紙添付省略