

法Ⅱ(両角先生)シケプリ(重要度の表記：☆>○>□>△)

作成: 2017 年度入学 文一 16 組 岡田 忠志

ryuugaku.denden@gmail.com

0 はじめに

本プリントは、自由に再配布して良いです。

その他、質問等あればご連絡ください。

1 試験情報

持ち込み不可。六法もダメ。

授業で扱った内容は知っていることを前提として出題する。

問題を深く論理的に考え、的確に表現することを要求する。

フィッシャー先生の講義内容¹から出題アリ。

英語での出題がなされ、解答も英語で行う

2 ことばと法

法律用語は日常用語とは異なる²。

日本ではことさらに異なる(※1)。なぜなら、明治維新後、日本はヨーロッパの法を継受した³から。

※1 e.g. 「権利能力」⁴とは、権利の主体になる能力。初見ではわからないよね。

(1) 背景

日本がヨーロッパから法を継受した際、概念の翻訳の必要があり、新たなことばが作られた。(e.g. 権利、個人、自由、社会) (○)⁵

(2) 他の法体系

ア 英米法

英米法においては、日常用語と法律用語があまり乖離していない。

他方、ドイツやフランスなど、法が自生した国でも両用語の違いがある(○)

¹ 詳細はフィッシャー先生講義用シケプリを参照

² e.g. または&もしくは、善意&悪意 (☆)

³ 民法など

⁴ 「権利能力」(民第二章第一節表題)

⁵ 外国から導入する概念が、導入される側の文化に自生していない場合、外来の概念を翻訳するため、新たなことばを作る必要がある。

イ イスラム世界のイスラム法学者(=faqth) (△)

非常な尊敬を受けている。なぜなら、彼らが神の教えを伝え、日常生活の末端までを規律するから。

※日常生活にとどまらず、相続や刑罰などにも関わる。これが、彼らが法学者と言われる所以である。

ウ 法系を超えた法の翻訳

コモン=ロー(英米)法系、大陸法系やイスラム法など、世界には複数法系が存在する。そして、法系により用いられる概念が異なるため、翻訳が困難である。

(3) 「法」という言葉

ア 日本の法をヨーロッパの法・イスラム法(シャリーア⁶)と比べた時の特徴

日本では法が社会を支える基盤として意識されてこなかった。

c.f. 江戸時代以前に著名な法学者がいない。法学も不存在であった。

イ shariah と日本でいう「法」の差異

Shariah は日常生活のすべて(e.g. 偶像崇拜との関係で、人が写った写真の保管が許されるか)を規律するルール。これに対して、qanunこそが日本語でいう法=(国家権力による強制力を伴った社会規範)である。しかしながら、我々はシャリーアに相当する言葉を持たないことから、これをも便宜上(イスラーム)法と呼んでいる。

(4) 「社会」という言葉(『翻訳語成立事情』より)

ア テキストの要旨(□,カッコ内は段落番号)

広い人間関係という意味での Society にあたる言葉は従来日本になかった。(①)

Society に「社会」という言葉があてられて以降、翻訳に際してその意味内容を検討する必要がなくなった。(②)

福澤は、Society を人間交際と訳し、対等な付き合いを指す「交際」という概念を広く用いたことで、明治時代の日本の「交際」に存した不平等を浮き彫りにした。(③)

中村はミルの『On Liberty』を翻訳する際、society を政府と訳した。なぜなら、『On Liberty』において、society は liberty に対立する言葉として用いられており、当時の日本において自由を抑圧するものと言え政府であったからだ。(④)

『学問ノススメ』において、「社会」は「広い人間関係」の意味も内包するようになった。(⑤)

⁶ shariah は、唯一神に由来する全てのルール(e.g. キリスト教の福音)を指す広い概念。人は神の奴隷(abd)ゆえに、神の命令、すなわちイスラム法に従わねばならない。

c.f. イスラム法を指す言葉は、al-shariah al-Islamiyah(=イスラムの法、※al は冠詞)

前段落でいう「社会」は、肯定的で抽象的な言葉であり、society の翻訳語として残った。(⑥)

「社会」という言葉は、society を指す翻訳語として充てられた記号である。ゆえに、日本人にとっては内容が不明確である。そこで、「社会」という言葉はしばしば本来の society とずれた意味で用いられるようになった(⑦)

ウ 言語間で、分節化の仕方が異なっている例(参考)

Droit(仏語)、Recht(独語)は日本語でいう法と権利両方の意味を含む。

(5) その他関連して触れた事項

ア 民法とは何か。

経済的取引(市場における交換)を規律する法。

民法とは、市民社会⁷の法であり、私法の一般法である。

また、民法は civil law と訳される。なお、civil law という言葉は大陸法を指すこともあり、この場合、対立する言葉は、common law⁸(英米法)。

イ 売買と交換の違い

売買も交換も民法上の典型契約。売買とは、モノの所有権を金銭と引き換えに移転する契約。『交換』とは、モノとモノとの交換。

ウ 贈与

古来より、平和・友好的な人間関係の構築に役立ってきた(贈与と返礼)

現代も、場面は限られているが、残存している

エ 契約自由の原則

対等な当事者間の交渉により、如何なる契約も許されるという原則。現代社会においては、交渉の場面はかなり少ない。

2 民法の基礎知識

(1) 私法と公法

私法：対等な一般市民間の関りを規律する法

公法：国、地方公共団体と一般市民の関りを規律する法

※私法についての従来の理解は、上記の通りであるが、実際には私法の規律する領域でも公法関係の差が存在する。

⁷ 市民社会は civil society と訳される。

⁸ なお、原則として、大陸法が制定法なのに対して英米法は判例法である。ただし、英米法系では、その欠陥や厳格性を補充矯正するため、equity(衡平法)という法が別途発達している。

(2) 民 1(民法の基本原則)

I 「私権は、公共の福祉に適合しなければならない。」⁹

「公共の福祉」の強調を避けるため、2,3 項と比べて 1 項はあまり法解釈上使われない

II 「権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない。」

※信義誠実の原則(☆)

III 「権利の濫用は、これを許さない。」

(3) 民法の骨子

契約自由の原則と所有権の保障が民法の骨子である。

ア. 契約自由の原則

ただし、未成年などは制限行為能力者(民法第二章第二節)

イ. 権利の帰属主体

契約の主体及び、所有権の帰属主体は自然人に限られず、法人¹⁰も含まれる。

そして、法人は自然人と異なり実体がないところ、自然人が法人制度を悪用することが想定されるので、慎重な制度設計がなされている¹¹。

c.f. 民 206(所有権)

所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する。

(4) 権利能力と行為能力

権利能力とは、権利・義務の帰属主体となる能力を指す。

すべての自然人は平等に権利能力を有すると解されている¹²。

cf. 民 3 私権の享有は、出生に始まる。

ア ただし、民 886

民 886(相続に関する胎児の権利能力)

I 「胎児は、相続については、既に生まれたものとみなす。」

II 「前項の規定は、胎児が死体で生まれたときは、適用しない。」

イ 死亡により権利能力は失われる。

ただし、民 30(失踪宣告)

⁹ 「私権」とは、私法上の権利を指す。

¹⁰ 一般法人法で規律される。

¹¹ c.f. 法人格否認の法理

¹² 明文規定はない

I 「不在者の生死が七年間明らかでないときは、家庭裁判所は、利害関係人の請求により、失踪の宣告をすることができる。」

II 「戦地に臨んだ者、沈没した船舶の中に在った者その他死亡の原因となるべき危難に遭遇した者の生死が、それぞれ、戦争が止んだ後、船舶が沈没した後又はその他の危難が去った後一年間明らかでないときも、前項と同様とする。」

cf. 民 31(失踪宣告の効果)

「前条第一項の規定により失踪の宣告を受けた者は同項の期間が満了した時に、同条第二項の規定により失踪の宣告を受けた者はその危難が去った時に、死亡したものとみなす。」

→失踪宣告を受けた者は権利能力を失う

※失踪宣告によって権利能力がそれ自体としてなくなるわけではない

※元の生活領域において、「死亡したもの」とみなす」だけ(民 31)。¹³

※「推定する」と「みなす」の違い(○)

反証があるとき、前者は当然に無効となるが、後者は当然に無効にはならない¹⁴。

(5) 民 3(民法の解釈の基準)

「この法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等を旨として、解釈しなければならない。」

15

(6) 憲法の制限規範性(□)

憲法とは、国民が国家(政府)に守らせる法(制限規範)である¹⁶。

(7) 憲法の私人間効力(△)

憲法は公法であるところ、私人間に憲法の規定を適用できるかが問題となる。

この点、直接適用は認めないが、一般条項(民 90 など)の解釈に際して、憲法の規定の趣旨に従った法解釈を認める説(間接適用説)が通説である。

(8) 余談で触れた事項

ア 不法行為責任(民 709)(○)

¹³ 相続などが起きる。

¹⁴ 例えば、失踪宣告を無効にするには、家裁の取消が必要。

c.f. 民 32 I 「失踪者が生存すること又は前条に規定する時と異なる時に死亡したことの証明があったときは、家庭裁判所は、本人又は利害関係人の請求により、失踪の宣告を取り消さなければならない。[…]

¹⁵ 憲 13&24 II と同趣旨

¹⁶ 国家が国民に守らせる法ではない。

他人の生命、身体、財産に損害を与えた場合、損害賠償が認められることがある。責任の有無の判断に当たっては、しばしば予見可能性（注意義務違反）の有無が問題となる。また、事故を起こした場合、法律上、①民事責任、②刑事責任、③行政処分が問題となる。

イ 人とモノの境界

現代、臓器を金銭と引換えに処分する行為が可能になっている。そこで、人体に所有権を観念できるかが問題となる。

ウ 民 206(所有権)(☆)

「所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する。」

(ア)所有権の絶対性(○)

近代資本主義社会の発達に伴い、市場での取引に適合した所有権の在り方が目指された。そこで、「一物一権主義」が確立されていった。

(イ)所有権の制限

所有権の定め方は、その絶対性を強調するか、制限を強調するかという点で、国家によって大きな違いがある。制限の根拠の一つとして「所有権の社会的機能」が唱えられており、エジプトにおいて顕著である。

(ウ)所有権の制限の性質

絶対的な所有権に対する外在的な制約とみるか、所有権の本質に由来する内在的な制約とみるか、争いがある。

エ 民 521(契約自由の原則)

民法改正¹⁷により、契約自由の原則が明文化された。

オ 雇用契約

労働法により規律されている

従来、民法はブルジョワジーをその規律対象として想定していたが、19Cの産業革命後、財産を持たない労働者¹⁸が雇用契約に参入した。すると、資本家と労働者の間では力の差があるため、伝統的な契約自由の原則を適用すると、不都合が生じた。

¹⁷ 全体としての主要な改正点は、①消滅時効、②法定利率、③保証人保護、④定型約款(□)

¹⁸ 労働者とは何かをめぐる現代の問題として、コンビニチェーン店の店長を、労働者として労働法で保護しなくてよいのかなどが議論されている。

そこで、右原則の規制(e.g. ニューディール政策)が試みられた。

カ 利息制限法

貸主と借主の間では力の差があるため、利息制限法で「契約自由の原則」を修正している。

※民法改正による法定利率の引き下げ

不法行為に基づく損害賠償請求(民 709)における、逸失利益の算定の際、法定利率を用いる。しかし、時代の変化に伴い、法定利率が高利になっているため、算定額が不当に小さくなるケースが多くなってきた。そこで、法定利率が引き下げられることになった。

キ 人格権の内容を構成する権利

名誉権

プライバシー権

環境権

自己決定権

ク 民法典論争(△)

明治維新後に公布されたボワソナード民法は、家族法は日本の学者が起草していたにもかかわらず、法全体としての自由主義的な性質ゆえに、「民法出デテ忠孝亡ブ」との批判を受け、施行されずに終わった。

ケ トルコ¹⁹の民法(△)

民法(civil law)は経済活動のルールであるだけでなく、市民社会を規律する法である。そして、Mecelle をトルコの民法とする見解があるが、後者の要件を満たさないため、妥当ではない。

3 法人をめぐる諸問題

(1) 法人制度

法人には、財団法人と社団法人がある。

前者は財産に、後者は自然人の集団に法人格を付与することで、権利能力を認めたもの。権利能力があるので、契約の当事者になれる。

なお、法人の行為は、代表者が法人を代表してこれを行う。

¹⁹ アルファベットを改良した文字を用いる一方、イスラームの国であるなど、欧州と中東の結節点となっている点が特徴的。

(2) 法人の財産

法人に対して債権²⁰を取得した者が、強制執行を行う場合、法人の財産が責任財産²¹としてその対象となる。

(3) 社団の財産（組合の場合）

ア 民 667 I

「組合契約は、各当事者が出資をして共同の事業を営むことを約することによって、その効力を生ずる。」

イ 民 668

「各組合員の出資その他の組合財産は、総組合員の共有に属する。」
通常、共有(共同所有)分は、各人の持ち分を観念でき、分割請求も可能である。

ウ 民 676

I 「組合員は、組合財産についてその持分を処分したときは、その処分をもって組合及び組合と取引をした第三者に対抗することができない。」
契約当事者間では、債権的には有効だが、物権的には無効。

II 「組合員は、清算前に組合財産の分割を求めることができない。」

なお、民 668 の「共有」は、持ち分は観念されるが、分割請求が認められる「共有」と区別して、合有と呼ぶのが通説である。

cf. 各人の持ち分を観念できず、当然分割できない共同所有形態は総有²²と言う。

エ 民 675 I

組合の財産が責任財産

オ 民 675 II

組合員は無限責任を負う²³

カ 民 677

新・旧両条文共に、「組合員の債権者は組合財産を差し押さえることはできない。」という意味。

²⁰ 例えば、①不法行為または②債務不履行に基づく損害賠償債権など。

²¹ 差し押さえと換価が可能なもの。

²² 入会地など。

²³ ただし、民 677

キ 相殺

相殺は、「弁済期にあるとき、対当額をもってできる」(民 505)。相手方の同意は不要。²⁴

(4) 権利能力のない²⁵社団の取引上の債務と社団構成員の責任

ア. SC, S45

(ア) 裁判要旨

“権利能力のない社団の代表者が社団の名においてした取引上の債務は、社団の構成員全員に一個の義務として総有的に帰属し、社団の総有財産だけがその責任財産となり、構成員各自は、取引の相手方に対し個人的債務ないし責任を負わない²⁶。”

(イ) 参照法条

民法 33 条, 民法 427 条, 民法 675 条, 民訴法 46 条

(ウ) 主文 http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/992/051992_hanrei.pdf

イ. 解説

「権利能力なき社団」とは、法人格を持たない社団である。

社団の名で登記ができない点で法人とは異なる。

従来は法人格の取得要件が厳しかったため、権利能力なき社団が重要だったが、一般法人法施行以後は要件が緩和されたため、重要性は低下した。

社団財産には構成員各自の持分を観念できず、分割請求もできない。(総有)

(5) その他関連して触れた話

ア 自然債務

差し押さえができない債務は自然債務という。

自然債務の債務者は債務を履行する責任を負わない。

cf. カフェまるたま女給事件判例

男の債務を自然債務であるとして、強制執行を否定した。

イ 物上保証人

物上保証人は債務者ではないが責任を負う

ウ 有名契約と無名契約

²⁴ ただし、民 509…現に賠償させることが被害者救済に資するから。

²⁵ 運営の主要な点が規則により定められていることが必要(我妻)

²⁶ 他方、原告は、報償責任の原理(利益をあげる過程で他人に与えた損害につき、賠償責任を負うべきだとする考え方)に基づき、構成員各自も債務ないし責任を負うべきだと主張した。

民法上規定がある 13 の契約を有名契約、その他の契約を無名契約という。

エ 法人格否認の法理

法人格を認めることが不当な場合に、法人格を否認するという法理。

4 司法権

(1) 裁判所の法的根拠

ア 憲 76 I

「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。」

最高裁²⁷は憲法上の組織である。他方、下級裁判所は裁判所法上の組織である。

イ 憲 81

「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」

違憲審査権が保障されている。なお、解釈上、下級審にも違憲審査ができるとされている。(判例・通説)

また、最高裁は法律審であり、事実問題には原則²⁸として触れない。

(2) 最高裁への上告

民事訴訟における上告の要件が、民訴 312 に定められている。

(3) 最高裁裁判官の国民審査

ア 趣旨

裁判所に民主的コントロールを及ぼすこと。

イ 裁判所法 11 条

「裁判書には、各裁判官の意見を表示しなければならない。」

最高裁判決には、各裁判官の意見・補足意見・反対意見が表示され、最高裁裁判官の国民審査のために役立つことが意図されている。

ウ 司法行政権

主に最高裁事務総局(出世コース)の裁判官が行使する。

エ 最高裁判所調査官

10 年以上裁判官として働いた、特に優秀な判事が任命され、最高裁の裁判官を補佐する。

²⁷ 戦前の大審院とは異なり、司法権の独立に重点が置かれて設計されている。

²⁸ 例外的に、刑事訴訟の場合、職権で事実について調査することができる(刑訴 411)。

オ 高等裁判所

8つある。原則として3人の裁判官での合議制をとっている。ただし、東京高裁の支部として知財高裁があり、特許権と知財に関する控訴審を専権で行う。また、簡易裁判所で第一審を行った場合は、高裁が就寝の役割を担う。選挙に関する行政訴訟の第一審も行い、この場合は二審制となる。

カ 地裁

訴額が140万円以下の場合、簡易裁判所が第一審となるため、控訴審となる。

5 貸借契約

(1) 消費貸借契約

民 587「消費貸借は、当事者の一方が種類、品質及び数量の同じ物をもって返還をすることを約して相手方から金銭その他の物を受け取ることによって、その効力を生ずる。」
利息がつけば有償消費貸借、つかなければ無償消費貸借と呼ばれる。²⁹

(2) 賃貸借契約

民 601「賃貸借³⁰は、当事者の一方がある物の使用及び収益を相手方にさせることを約し、相手方がこれに対してその賃料³¹を支払うこと³²を約することによって、その効力を生ずる。」

ア 「賃借権の物権化」

本来、賃借人は賃借権を新所有者に対して対抗できないという問題がある。³³

そこで、民 605（下に引用）により、賃借人は登記ができる。

そして、「不動産の賃貸借は、これを登記³⁴したときは、その後その不動産について物権を取得した者に対しても、その効力を生ずる。」

²⁹ なお、有償・無償という点では、前者が売買、後者が贈与に対応する。

³⁰ 賃貸借など、民法上明文の定めのある13の契約を典型契約＝有名契約、その他の契約を非典型契約＝無名契約という。

³¹ 使用貸借契約は無償。

cf. 民 593「使用貸借は、当事者の一方が無償で使用及び収益をした後に返還をすることを約して相手方からある物を受け取ることによって、その効力を生ずる。」

³² 改正後の条文では、ここに「及び引渡しを受けた物を契約が終了したときに返還することを約すること」というフレーズが入った。なお、これは旧条文でも当然の前提と解されていた。

³³ 物権は債権より強い権利だから。Cf. 「売買は賃貸借を破る」

³⁴ cf. 民 177

「不動産に関する物権の得喪及び変更は、[...]その登記をしなければ、第三者に対抗することができない。」

もっとも、特約がない限り賃借人は賃貸人に対し登記を請求できないとされ(判例・通説)、実際に本条に基づいて登記がなされることは少ない。

そのため、借地借家法 10 条・31 条で賃借人の保護が図られている。

イ 転貸の禁止

民 612 (賃借権の譲渡及び転貸の制限)

I 「賃借人は、賃貸人の承諾を得なければ、その賃借権を譲り渡し、又は賃借物を転貸することができない。」

II 「賃借人が前項の規定に違反して第三者に賃借物の使用又は収益をさせたときは、賃貸人は、契約の解除をすることができる。」

6 宇奈月温泉事件判決³⁵(SC S10)、(☆)

(1) 判示事項

「所有權ニ對スル侵害除去ノ請求ト權利ノ濫用」

(2) 裁判要旨

「所有權ニ對スル侵害存スルモ之ニ因ル損害ノ程度微少³⁶ニシテ而モ侵害除去ノ爲莫大ナル出費其ノ他ノ損失ヲ生スヘキ場合ニ於テ第三者カ不當ナル利得ヲ企圖シ別段ノ必要ナクシテ侵害ニ係ル物件ヲ買収シ以テ所有者トシテ侵害者ニ對シ侵害状態ノ除去ヲ迫ルト同時ニ該物件等ヲ不相當ニ巨額ナル代金ヲ以テ買取ルヘキ旨ノ要求ヲ提示シ他ノ一切ノ協調ニ應セスト主張セルカ如キ事情アルトキハ該侵害除去ノ請求ハ權利ノ濫用ニ外ナラサルモノトス」

(3) 参照法条

ア. 民 1(基本原則)

(ア) III 「權利の濫用は、これを許さない。」

不当な目的を達成するための所有權の行使は許されないということ。

これを本件についてみると、土地の所有を奇貨として不当な利得を得ようとしているから、權利濫用にあたり、請求は認められない。

177 条は、物權變動につき公示を要求することで、不動産取引の安全を図る趣旨の条文。

例えば、不動産の二重譲渡がなされた場合、原則として、登記を有する譲受人は確定的に所有權を取得する。

なお、前述のように日本では登記が①土地別登記であり、②対抗要件とされているが、エジプトでは登記が①人別登記で②有効要件とされている。

³⁵ cf. <http://www.sibakiyo-minpo.com/entry/2015/04/06/150210>, 2018/01/10 確認

³⁶ 占拠されている土地はたった二坪。使いようもない土地。

権利濫用の法理を初めて認めた判例。³⁷

イ. 民 612Ⅲ(賃借権の譲渡及び転賃の制限)

「権利の濫用は、これを許さない。」

7 S31 判決 (宅地明渡等請求)

(1) 事案の概要

X が所有権を有する土地を賃借した Y₁ は同土地上に建物を建築、同土地及び同建物を Y₂—Y₅ に賃借した。

X は転賃(民 612)を原因として賃貸借契約を解除し、建物収去土地明渡請求をした。

(2) 原審の判断³⁸

「建物所有を目的とする土地の賃貸借においては建物の賃貸借の場合とは異りその土地使用者が変つても土地使用の点では殆んど影響のないのが普通であり賃貸人の利益は主として確実に地代の支払を受け得るかどうかの点にあるから賃借物の無断転賃のなされた場合においても土地の使用に変動があつても地代の支払義務者には変動がないのであるから賃貸人において賃貸借を解除することを無制限に許すことはできない。…。すなわち賃貸人の賃貸借契約の解除並びに賃貸物の所有権の行使は民法第一条の趣旨に従い社会正義に照らし正当の理由があると認められる場合に限り許されるものといわねばならない」³⁹

↓

これを本件についてみると、「控訴人(上告人)は、被控訴人(被上告人)Bのなした本件土地の転賃によつて殆んど不利益を受けるところはないし、また同被控訴人となした賃貸借契約を解除しなければならないような特段の必要も認められないのに対し被控訴人らは本件の各家屋を収去し本件土地を明渡することによつてその住居を失い、[...]営業を廃止せざるを得ないこととなり、その生活に対する脅威、経済的損害は甚大であり、現今の如く住宅が極度に払底している実情からみて社会経済上からも看過し得ない損失といわねばならない。」⁴⁰

↓

したがって、「本件解除権及び所有権の行使はいずれも正当なる範囲を逸脱し権利の濫用[...]に外ならない」⁴¹

³⁷ 時効取得による法律構成もありえた

³⁸ 原告と被告の利益を衡量する判断枠組みを採用した

³⁹ 規範

⁴⁰ 当てはめ

⁴¹ 結論

(3) 最高裁判決(○)

しかし、「建物の所有を目的とする土地の賃貸借においても必ずしも常に原判決のいうような事情があるわけではなく、むしろ賃貸物の[……]使用状況の如何は賃借地の経済的⁴²、物理的毀損に影響なしとはいいい得ない」。そのため、民法六一二条は「賃貸借の内容の如何を問わず一様に無断転貸を賃貸人に対する背信行為として賃貸借契約を解除し得べきことを規定したものと解せられる」⁴³

↓

そもそも、「法律上権利を与えられた者は任意その権利を行使し得るのが原則である」。しかし、例外的に、「法律は一方に権利を認めた場合においても、他面その行使が往々他人に著しい損害を与える虞あるときは、特にその行使につき正当の事由あることを要請する等これが制約を規定する[……]（例えば借家法第一条ノ二[……]）。」⁴⁴

そして更に、「法律は[……]もし権利の行使が社会生活上到底認容し得ないような不当な結果を惹起するとか、或は他人に損害を加える目的のみでなされる等公序良俗に反し道義上訴すべからざるものと認められるに至れば、ここにはじめてこれを権利の濫用として禁止するのである（民法一条）。」⁴⁵

↓

これを本件についてみると、「無断転貸による解除権の行使については、正当の事由あることを要請している法律の規定はない。」そうすると、「前説示のように原審が無断転貸により上告人において本件賃貸借の解除権を取得したことを認めながらその解除権の行使について[……]正当の範囲を逸脱したものと判示したのは、無断転貸による解除権に関しては借家法一条ノ二の如き規定なきに拘わらずこれあるが如く解せんとした嫌があり」、法解釈の誤りがある。

さらに、「被上告人Bの民法六一二条一項違反によつて本件賃貸借の解除権を取得した上告人においてその解除権を行使したのは、本件宅地にデパートを建設せんとする企図に出でたものである[……]から」、違法な目的のみであるとは言えない。そのため、「たとえ本訴当事者双方に判示のような事情があつたからとて、これを以て直ちに上告人の本件解除権ないし所有権の行使に信義誠実の原則にもとり、[……]権利の濫用ありとなすには足りない。」⁴⁶

↓

したがって、「原判決が判示事実関係を認定しただけで権利の濫用ありとなしたのは民法一条の適用を誤つた違法があり全部破棄を免れない。」⁴⁷

⁴² e.g. 暴力団関係者であると不動産価値が下がる

⁴³ 価値判断

⁴⁴ 正当事由の要求は各条文で規定される

⁴⁵ 規範(Rule)

⁴⁶ 当てはめ(Application)

⁴⁷ 結論(Conclusion)

(4) 判示事項(まとめ)

「土地の無断転貸による解除権の行使につき権利濫用の判断が違法とされた」

(5) 裁判要旨

「建物所有のための土地の賃貸借につき無断転貸を理由として契約解除の意思表示をした賃貸人が、土地の明渡しを受けてデパートを建設することを企図していた場合、賃借人および転借人の生活上の脅威等原審認定のごとき事実（原判決理由参照）があるだけでは、その解除権の行使を権利濫用とすることはできない。」

(6) 参照条文

ア. 民 1

I 「私権は、公共の福祉に適合しなければならない。」

II 「権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない。」

III 「権利の濫用は、これを許さない。」

イ. 民 612

I 「賃借人は、賃貸人の承諾を得なければ、その賃借権を譲り渡し、又は賃借物を転貸することができない。」

II 「賃借人が前項の規定に違反して第三者に賃借物の使用又は収益をさせたときは、賃貸人は、契約の解除をすることができる。」

(7) 借地借家法

ア 借地法・借家法

(ア) 文言の解釈の仕方(□)

「自ら土地を使用することを必要とする場合其の他正当の事由ある場合」、解約できると規定されていた場合、「自ら土地を使用することを必要とする場合」、直ちに解約可能であると解される⁴⁸。

これに対して、もし「自ら土地を使用することを必要とする場合其の他の正当の事由ある場合」という文言で規定されていた場合、「自ら土地を使用することを必要とする場合」は正当事由の例示にすぎない。したがって、「自ら土地を使用することを必要とする場合」であっても、それが「正当の事由ある場合」にあたることに限り、解約可能であると解される。

(イ) 判例

⁴⁸ 立法者の意思

もっとも、判例は、借地法・借家法の解釈に当たり、右文言を「その他の」と規定されていた場合と同様に解し、借主・貸主双方の利益を衡量して「正当事由」の有無を判断し、もって解約の可否を決した。

そして、判例の法解釈に従って、借地借家法が制定された。

イ 1条(趣旨)

「この法律は、建物の所有を目的とする地上権及び土地の賃借権の存続期間、効力等並びに建物の賃貸借の契約の更新、効力等に関し特別の定めをするとともに、借地条件の変更等の裁判手続に関し必要な事項を定めるものとする。」

ウ 5条(借地契約の更新請求等)

I 「借地権の存続期間が満了する場合において、借地権者が契約の更新を請求したときは、建物がある場合に限り、前条の規定によるもののほか、従前の契約と同一の条件で契約を更新したものとみなす。ただし、借地権設定者が遅滞なく異議を述べたときは、この限りでない。」

エ 6条(借地契約の更新拒絶の要件)

「前条の異議は、借地権設定者及び借地権者（転借地権者を含む。以下この条において同じ。）が土地の使用を必要とする事情のほか、借地に関する従前の経過及び土地の利用状況並びに借地権設定者が土地の明渡しの条件として又は土地の明渡しと引換えに借地権者に対して財産上の給付をする旨の申出をした場合におけるその申出を考慮して、正当の事由があると認められる場合でなければ、述べることができない。」

オ 26条(建物賃貸借契約の更新等)

I 「建物の賃貸借について期間の定めがある場合において、当事者が期間の満了の1年前から6月前までの間に相手方に対して更新をしない旨の通知又は条件を変更しなければ更新をしない旨の通知をしなかったときは、従前の契約と同一の条件で契約を更新したものとみなす。ただし、その期間は、定めがないものとする。」

II 「前項の通知をした場合であっても、建物の賃貸借の期間が満了した後建物の賃借人が使用を継続する場合において、建物の賃貸人が遅滞なく異議を述べなかったときも、同項と同様とする。」

III 「建物の転貸借がされている場合においては、建物の転借人がする建物の使用の継続を建物の賃借人がする建物の使用の継続とみなして、建物の賃借人と賃貸人との間について前項の規定を適用する。」

カ 27条(解約による建物賃貸借の終了)

I「建物の賃貸人が賃貸借の解約の申入れをした場合においては、建物の賃貸借は、解約の申入れの日から6月を経過することによって終了する。」

II「前条第2項及び第3項の規定は、建物の賃貸借が解約の申入れによって終了した場合に準用する。」

キ 28条(建物賃貸借契約の更新拒絶等の要件)

「建物の賃貸人による第26条第1項の通知又は建物の賃貸借の解約の申入れは、建物の賃貸人及び賃借人(転借人を含む。以下この条において同じ。)が建物の使用を必要とする事情のほか、建物の賃貸借に関する従前の経過、建物の利用状況及び建物の現況並びに建物の賃貸人が建物の明渡しの条件として又は建物の明渡しと引換えに建物の賃借人に対して財産上の給付をする旨の申出をした場合におけるその申出を考慮して、正当の事由があると認められる場合でなければ、することができない。」

5 ダフ屋をめぐる法的問題(参考)⁴⁹

ダフ屋とは、コンサート等のチケットを大量に購入し、高値で転売する人々を指すところ、かかる転売行為は許されるべきか。

ダフ屋の転売が広く行われるようになると、チケットを入手できない、あるいは高値でしか入手できない、といった人が現れ、社会問題となっている。

6 S39年 SC大(○)

(1) 判示事項

「債務者が任意に支払った利息制限法所定の制限をこえる利息・損害金は当然に残存元本に充当されるか。」

(2) 裁判要旨

「債務者が利息制限法所定の制限をこえる金銭消費貸借上の利息、損害金を任意に支払ったときは、右制限をこえる部分は、民法第四九一条により、残存元本に充当されるものと解すべきである。」

(3) 参照条文

ア 民90(公序良俗)

「公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする。」

イ 民136(期限の利益及びその放棄)

I「期限は、債務者の利益のために定めたものと推定する。」

⁴⁹ 講義の一時間近くを費やして議論されたが、模範解答は与えられなかった。

Ⅱ「期限の利益は、放棄することができる。ただし、これによって相手方の利益を害することはできない。」

期限前に返済してもよいが、利息の支払いは期限満了までの分払わなければならない。

ウ 民 404 (法定利率)

「利息を生ずべき債権について別段の意思表示がないときは、その利率は、年五分とする。」

ただし、改正民法では年 3 分とされた。

また、損害賠償額は、法定利率を用いて計算される。

エ 民 491(元本、利息及び費用を支払うべき場合の充当)

「債務者が[...]元本のほか利息及び費用を支払うべき場合において、[...]その債務の全部を消滅させるのに足りない給付をしたときは、これを順次に費用、利息及び元本に充当しなければならない。」

ただし、この充当順序は、契約に特別の定めがない場合に限る。

オ 民 703 (不当利得の返還義務)

「法律上の原因なく他人の財産又は労務によって利益を受け、そのために他人に損失を及ぼした者（以下この章において「受益者」という。）は、その利益の存する限度において、これを返還する義務を負う。」

カ 民 705(債務の不存在を知ってした弁済)

「債務の弁済として給付をした者は、その時において債務の存在しないことを知っていたときは、その給付したものの返還を請求することができない。」

キ 民 587 (消費貸借)

「消費貸借は、当事者の一方が種類、品質及び数量の同じ物をもって返還をすることを約して相手方から金銭その他の物を受け取ることによって、その効力を生ずる。」

貸貸借・使用貸借と異なり、借りたものを消費する点に特徴がある。

金銭消費貸借が特に重要。

また、現行民法では消費貸借契約は要物契約⁵⁰だが、改正された。

i.e. 金銭を渡すことで契約が成立。

ク 利息制限法

⁵⁰ cf. 諾成契約、要式契約

(ア)1 (利息の制限)

「金銭を目的とする消費貸借における利息の契約は、その利息が次の各号に掲げる場合に依り当該各号に定める利率により計算した金額を超えるときは、その超過部分について、無効とする。

①元本の額が十万円未満の場合 年二割

②元本の額が十万円以上百万円未満の場合 年一割八分

③元本の額が百万円以上の場合 年一割五分」

(イ)2 (利息の天引き⁵¹)

「利息の天引きをした場合において、天引額が債務者の受領額を元本として前条に規定する利率により計算した金額を超えるときは、その超過部分は、元本の支払に充てたものとみなす。」

(ウ)3 (みなし利息)

「前二条の規定の適用については、金銭を目的とする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、調査料その他いかなる名義をもってするかを問わず、利息とみなす。ただし、契約の締結及び債務の弁済の費用は、この限りでない。」

(エ)4 (賠償額の予定の制限)

I 「金銭を目的とする消費貸借上の債務の不履行による賠償額の予定は、その賠償額の元本に対する割合が第一条に規定する率の一・四六倍を超えるときは、その超過部分について、無効とする。」

ケ 利息制限法(H18 改正前の条文)

(ア)1Ⅱ

「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。」

強制的に払った場合は返還を請求できる。

(イ)4Ⅱ

「第1条第2項の規定は、債務者が前項の超過部分を任意に支払った場合に準用する。」

コ 出資法5の3

⁵¹ cf. <http://risokuseigennhou.nomaki.jp/risokunotennbiki.html>, 2018/01/10 確認

「金銭の貸付けを行う者が、[…]年二十パーセントを超える割合となる利息[…]の契約をしたときは、五年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。[…]

サ 判例

(ア)主文

「原判決を破棄する。」

(イ)理由(上告理由について)

- a 債務者が、利息制限法（以下本法と略称する）所定の制限をこえる金銭消費貸借上の利息、損害金を任意に支払ったときは、右制限をこえる部分は民法四九一条により残存元本に充当されるものと解する[…。その理由は後述のとおりである。従つて、右と見解を異にする当裁判所の判例（昭和[…]三七年[…]判決[…]）は、これを変更す[…]る。

↓

- b まず、「債務者が利息、損害金の弁済として支払った制限超過部分は、強行法規である本法一条、四条の各一項により無効とされ、[…]その部分に対する支払は[…]無意味であ[…]るから、元本が残存するときは、民法四九一条の適用によりこれに充当されるものといわなければならない。」⁵²

なお、「本法一条、四条の各二項は、[…]制限超過の利息、損害金を支払った債務者に対し裁判所がその返還につき積極的に助力を与えないとした趣旨と解する[…。]」⁵³

- c また、「本法二条は、契約成立のさいに債務者が利息として本法の制限を超過する金額を前払しても、これを[…]元本の支払に充てたものとみなしているのであるが、この趣旨からすれば、後日に至つて債務者が利息として本法の制限を超過する金額を支払った場合にも、それを[…]元本の支払に充当されるもの」と解される⁵⁴。

- d 更に、「債務者が任意に支払った制限超過部分は残存元本に充当されるものと解することは、経済的弱者の地位にある債務者の保護を主たる目的とする本法の立法趣旨に合致する[…。]」。

↓

⁵² 法定充当説

⁵³ 本件において、債務者は過払い金の返還を請求しているわけではない点に注意。また、条文を限定的に解釈している。

⁵⁴ 「元本充当を認めるもう1つの根拠として、いわゆる利息の天引きの場合には、制限超過部分について元本の支払いに充当したものとみなしている2条の規定を挙げ、[…]後日に制限超過部分を支払った場合でも、[…]2条の趣旨は妥当するとしてい」る。

(<http://www.shakkinseiri.jp/hikinaoshikeisan/s391118.html>, 2018/01/10 確認)

- e しかるに、「叙上の説示と異なる見解のもとに上告人ら主張の弁済の抗弁を排斥した原判決は、破棄を免れない。」
- f よつて、「民訴法四〇七条一項に従い、[…]主文のとおり判決する。」

(ウ)奥野裁判官補足意見

「経済的弱者たる債務者は心ならずも右制限超過部分の支払を強いられるのが現状」

(エ)横田裁判官反対意見

「右制限法は、同法に規定する保護を受けるかどうかを債務者自身の意思にかからせ、債務者が法による制限を敢て主張しないで、制限超過の利息等を任意に支払つたときは、裁判所としても、その意向にしたがうこととし、後日に至つて債務者が法による保護を主張しても裁判所はこれに応じた是正措置を構じないこと（蒸し返しをしないこと）を明らかにしているものと理解される」