

〔論文〕

## 民法708条の適用範囲に関する一考察

－第三者による不当利得返還請求を中心として－

中山 洋志

### 要旨

民法708条では、不法な原因に基づき行った給付について、給付の原因となった法律行為が無効となった場合であっても、その返還を求めることはできないとする。通常は、給付の返還を求めるのは給付を行った本人であるが、実際には給付者以外の者（例えば給付者の債権者など）が給付者に代わって返還を求めることがありうる。この時、自ら給付を行っていない者もまた、不法な原因に基づいてなされた給付の返還を求めることができないのだろうか。明文には「不法な原因のため給付をした者は、その給付したものの返還を請求することができない」としか規定されておらず、問題となる。

この問題、すなわち給付者以外の者による返還請求の可否について本稿では、判例及び708条の制度趣旨は何かということを通して検討をしたいと思う。

### 1. はじめに

民法708条では、「不法な原因のために給付をした者は、その給付したものの返還を請求することができない。ただし、不法な原因が受益者についてのみ存したときは、この限りでない」と規定している。

この規定は、703条の不当利得の規定を受けたものである。通常の契約においては、その契約が錯誤等で取消されるなどした場合には、703条の規定により取り消されるまでに給付された財物の返還を求めることができる。

これに対して、例えば報酬を支払って殺人を依頼し、依頼者が金銭を給付した後に請負人が殺人契約の不法性を指摘して無効主張したような場合には、契約が公序良俗違反で無効になるのであるから、給付者は703条に基づいて報酬の返還を求める権利を有するはずであるが、こ

れを認めないとするのが708条（不法原因給付）の規定である。

ここで問題となるのが、実際に返還を求めるのは必ずしも不法な給付を行った本人に限られないということである。例えば、不法な給付を行った本人に債権者がいた場合には、その債権者が差押えを通して不当利得返還請求権を行使することや、あるいは債権者代位権によって不当利得返還請求権を代位行使することもありうる。また、債権者のような、不法な給付からすると第三者に当たる者による不当利得返還請求権の行使だけでなく、不法な給付を行った者が死亡したことで不当利得返還請求権を相続した者によって権利が行使されることも考えられる。さらに、相続人といっても、それが単なる相続人である場合もあれば、被相続人がその不倫相手に対して行った贈与の無効を主張してい

る相続人である場合など、種々なものがありうる。このような不法な給付を行った者以外の者が不当利得返還請求権を行使した際に、この者に対しても不法な給付の受益者は不法原因給付であることを主張することができるのか。708条の文言は「不法な原因のため給付した者」としか書かれておらず、明確ではない。そこで本稿では、不法な給付を行った者自身が返還請求するのではなく、給付者以外の者（以下「給付者以外の者」とは、不法な給付を行った本人以外の者を指し、代位債権者のような第三者だけでなく相続人のように不法な給付を行った本人を承継した者も含むものとする）が返還請求する時にまで、708条の適用が認められるのか、すなわち、708条の適用範囲は誰かということについて論じたいと思う。

検討に際しては、最初に708条の立法過程を確認した後に不法原因給付は法的にどのような性質を持つのか（不当利得返還請求権の消滅事由なのか、それとも権利制限の抗弁事由なのか）ということに言及し、続いて日本国内の判例及び学説の分析を通じて行う。

## 2. 立法趣旨

708条は、その立法過程において、708条を規定することに賛成する穂積陳重ら（原案支持派）と708条を規定すべきではないとする梅謙次郎ら（原案修正派）との対立があった。梅は、708条の廃止理由として3点を挙げており、そのうち1点が「法律ハ不法行為ヲ禁ズルノ目的ヲ以テ之ニ法律上ノ強制力ヲ付セズ、其履行ヲ法定ニ請求スル者アルトキハ法官ヲシテ其請求ヲ欲ケシムルニ非ズヤ。若シ然ラバ一旦之ヲ履行シタル後ト雖モ、其履行ヲ無効トシ、既ニ給付シタルモノヲ取返スコトヲ許サザルトキハ、不法行為ノ当事者ハ速ニ其行為ノ履行ヲ完了シ、以テ法網ヲ脱セント謀ルコト多カルベシ。是レ間接ニ不法行為ヲ奨励スルモノト謂フベシ。殊ニ狡獪ナル者ハ相手方ヲシテ其履行ヲ為

サシメ自己ハ則チ自己ノ義務ヲ履行セズ、以テ不正ノ奇利ヲ博スルコト得ベシ。況ヤ普通ノ法理ニ於テモ不法ノ目的ヲ有スル法律行為ヲ以テ無効トスル以上ハ（九十七）当事者間ニ債権債務ノ関係ヲ生ゼズ、故ニ所謂履行ハ債務ノ履行ニ非ズ、即チ債務ナキ弁済ナルニ於テヲヤ」というものである<sup>1</sup>。

梅が上記の反対理由を述べた後に、穂積より再度原案の説明がなされる。すなわち、殺人依頼がなされたという事例を想定したうえで、殺人の依頼金の取返しを許さない場合と許す場合とでは、許さない場合では先に殺人の報酬を事前に得た受託者は、後に依頼者から取戻請求を受けたとしても返還する必要はなくなるため、そうであれば殺人を犯さなくなる（報酬を得るが殺人の刑罰も受けることよりも、殺人の刑罰を受けずに報酬だけを得る方を選ぶ）のに対して、許す場合には、殺人の実行をしなければ依頼者が殺人契約を公序良俗違反で無効とした上で不当利得返還請求をしてくるため、受託者としては報酬の取戻しを防ぐために殺人の実行をするようになるのであり、その様な中で、どうして返還を許すことが公益に反するかといえ、不法な行為の原因は給付者であり、給付者に不当利得の返還を認めれば不法な行為を勧めることになりうるからであるとする<sup>2</sup>。

この穂積の説明に対しては、梅よりさらに以下の反論がなされる。すなわち、受領者に目を向けると、原案は、不法な行為を請け負った者は、不法な行為を行わなければ給付者により取戻しがなされるから、取戻しを受けないために不法な行為を行うことになる」と説明するが、その考えには感服しないとする<sup>3</sup>。

また、議事の後半において、富井政章が「先づ極ク公平ニ言ヘバドチラノ説モ結果ニ於テハ完全デハナイト考ヘマス。種々ノ場合ヲ想像シテ見ルト、原案ノ主義ヲ適用シテ宜シイ場合ト修正案主義ヲ適用スル方ガ宜シイ場合トアリマス。夫故ニ何レモ之ヲ一ト場合ニ適用セスト

スレバ困ツタ結果ヲ生ズルコトガアリマス。夫レハ何処マデモ認メマス。乍併此原則ト云フモノハ多クノ場合ニ付テ好結果ヲ生ズルト云フコトト、夫レカラ場合ガ同ジコトデモサウシナカッタトキニ生ズル弊害ト、反対ノ主義ヲ採ツテ其場合ニ生ズル弊害トヲ較ベテ弊害ノ少ナイ方ニ決スルト云フ。斯ウ云フコトニ為ラナクテハナラヌト思ヒマス。然ルニ其場合ノ数カラ考ヘテモ又数ハ同ジモノト見テモ、其利害ノ重サカラ考ヘテ見ルトドウモ原案ノ方ガ宜カラウト思ヒマス。…夫レカラ、之ハ立法ノ重モノ理由デハアリマセヌケレドモ、若シ取戻スコトガ出来ルトスレバ其結果受取ル方ノ者ハドウシテモ夫レヲ遂ゲヤウトスル遂ゲネバ還ヘサナケレバナラヌ。ドウシテモ遂ゲルコトヲ勧誘スルコトニ為ル。夫レカラ与ヘル方デス。与ヘル方ハ之ハ取戻セルト云フコトニスレバ、先ヅヤツテ見ヤウ、ドウセ損ノ往カヌコト少クトモ民法上ハ後トカラ取戻セルカラ元ト々々デアル、ヤツテ見イト云フコトニ為ル。之ハ立法ノ直接ノ目的デハナイケレドモ、サウ云フ結果ヲ生ズルコトモ妨ゲル。詰リ此規定ハ誰レガ手出シヲシタ、ドチラガ悪イト云フコトニハ問ハナイ。唯ダサウ云フコトヲ言ヒ出シテ裁判所ヲ煩ハスコトヲ妨グガ必要ト云フ所カラ来テ居ル規定デアリマス。」<sup>4</sup>

以上のやりとりから、不法な行為の抑止効果に関する梅らの廃止派（ないし修正派）と穂積ら原案派の見解はそれぞれ、梅らは、不法な法律行為の抑制には何れかに利益を残すような結果を生ずることのないように原状に戻させる権利義務を認める必要があるという考えであるのに対して、穂積らは、醜悪な行為を行なった者の救済を裁判所はすべきではないという考えを主軸にした上で、救済拒絶がなされることで、不法な行為をして損害を受けても自業自得であり損失に泣き寝入りすべきことを明示しておくことが、不法行為を抑圧するのに一層効果的であるというものである<sup>5</sup>。現行法は、原案を元

に立法されていることから、708条の立法当時は、不法行為を行なった者は裁判所を煩わせるべきではないという「クリーン・ハンズ」の原則を趣旨としつつ、目的の1つとして不法行為の抑制・抑止も含んでいたと思われる。もっとも、議論の過程において、給付者以外の者が返還請求をすることを想定していたかと言えば、そうではなく、立法時の議論から直接的な示唆を得ることは難しいように思われる。

### 3. 不法原因給付の法的性質

不法原因給付として不当利得返還請求権が認められないとされる場合に、その不当利得返還請求権はどうなるのという問題について言及しておく必要があるだろう。すなわち、不当利得返還請求権は消滅するのか、それとも行使できなくなるに過ぎないのかという問題である。

不法原因給付が認められる場合の不当利得返還請求権を巡っては、主に議論の対象となるのは、不当利得返還請求権が消滅するのか否かということである。もっとも、その他にもこれが自然債務であるのか否かという文脈においても議論されることが多かったようである。逆説的ではあるが、自然債務であると認められるのであれば、不当利得返還請求権は消滅していないということになる。そこで、まずは不法原因給付と自然債務についての議論状況を確認しておきたいと思う。

不法原因給付と自然債務の議論というのは、不法な原因に基づく給付を求める債権が自然債務に該当するのかということであり、これは、受益者が不法な原因に基づく給付を受けた際に708条によって受けた給付の返還を拒めるのは、もともと受益者が持っていた不法な原因に基づく給付を受ける債権が給付保持力を備えているからではないのか（その意味で自然債務に該当するのではないのか）というものである。また、その裏返しとして、不法な原因に基づく給付がなされてしまったときに、給付行為が公序良俗

違反による無効であることによって生じる不当利得返還請求権が自然債務に該当するのではないかという問題も生じる。

まず、不法な原因に基づく給付（を求めること）が自然債務に当たるのかということを巡っては、これを肯定する学説がある一方で<sup>6</sup>否定する学説もあり、否定する学説は、不法な原因に基づいて給付を行った者が給付の返還を求めることができないのは、受益者が訴求力だけを欠いた債権（裏を返すと給付保持力のみを持った債権）を有しているからではなく、法政策的に（708条によって）給付者への返還を否定したものに過ぎないとする<sup>7</sup>。確かに、不法な給付においては、これが公序良俗違反に当たる場合においては債権・債務そのものが発生しない以上は、自然債務を観念することはできないはずである<sup>8</sup>。自然債務を否定する学説の方が妥当であろう。

翻って、708条が適用された場合の不当利得返還請求権はどうなるであろうか。不当利得返還請求権が不法原因給付によって否定されるのは、自然債務があるからではなく、法政策的な理由に基づくものであるからとあって、論理的に給付者に一切の権利性が無いということになるかと言えば、必ずしもそうは言えないだろう。すなわち、権利性を一切否定する見解もあれば<sup>9</sup>、一部の権利（給付保持力）を肯定する見解もあり<sup>10</sup>、これは、法政策によって給付者の権利がどの程度否定されるか、つまり、給付者は政策的に不当利得返還請求権の一切を否定されるとするのか、それとも一部が否定されるに過ぎないのかという考えの対立になるのであり、結局は不法原因給付がいかなる性質の規定なのかという問題に帰着すると考えられる。

それでは、不法原因給付がいかなる性質の規定なのか。この問題を巡っては2つの学説の対立がある。

一方の学説は、不法原因給付の規定を不当利得返還請求権の発生自体を否定するものである

とし、すなわち「不当利得返還請求権の発生を障害する抗弁」であるとする<sup>11</sup>。この場合には、不当利得返還請求権は消滅することとなる。これに対して、もう一方の学説は、不当利得返還請求権は発生しているもののその行使が制限されるとし、「不当利得返還ノ請求権ニ付キ其本来享有スル訴権ヲ剥奪スルモノニシテ一種ノ政策」であるとする<sup>12</sup>。この場合には、不当利得返還請求権はその行使が制限された状態で存続することとなる。

不法原因給付の規定を、①権利発生を否定するものであると位置づけると、そもそも権利が発生しないのであるから給付者以外の者による権利の行使も認められないという帰結に結びつきやすい<sup>13</sup>。これに対し、②権利行使の制限であると位置づけると、制限を人的抗弁と捉えるか物的抗弁と捉えるかによって帰結が異なり、制限を人的抗弁と捉えた場合には給付者以外の者による不当利得返還請求権の行使が認められ、物的抗弁と捉えた場合には権利発生を否定する規定であると位置づけた場合と同様、給付者以外の者による権利の行使は認められないという帰結に結びつきやすい<sup>14</sup>。

いずれの学説が妥当であるか、議論が煮詰まっていないところであるが、クリーンハンズやローマ法の法諺“Nemo auditor”からすると、権利行使の制限であると解した方が、制度趣旨に適合的との指摘があり<sup>15</sup>、また、後述の大阪地裁昭和62年判決や最判平成26年判決のような場合の第三者の保護の点からも、権利行使の制限であり人的抗弁であるとする見解が妥当であると思われる。

#### 4. 判例

（1）相続人による権利行使（大審院明治32年2月14日（民録52輯56頁））

訴外Aは負債を多く抱えており、詐害行為の目的を以て自己の所有する家屋を訴外Bに仮装譲渡した。その後、Aを相続したXがB

を相続した Y に対して当該家屋の返還請求を行なった事案である。

X は、上告理由において、A の違法行為は相続によって継承するものとは言えず、また、詐害行為の当時に X は幼少であり、A の行為が詐害行為であると知ることはできないのであるから X に不法行為があるといえないと主張した。

これに対して、大審院は、「而シテ原判決ノ認定シタル上告人 (X) 先代健次郎 (訴外 A) ノ行為タルヤ、其目的ニ於テ不法ナルヲ以テ不法ノ行為トシテ論ズベキモノニシテ、仮令上告人 (X) 自身ニハ毫モ不法ノ行為ナシスルモ、其先代ノ為シタル不法行為ヲ原因トシテ請求ヲ為ス以上ハ、法律ハ之ニ救済ヲ与フベキモノニアラザルヤ毫モ疑ヲ容レズ」(括弧内は筆者が補充) として X による家屋の返還請求を認めなかった。

(2) 代位債権者による権利行使 (大審院大正5年11月21日 (民録 22輯2250頁))

訴外 A は Y を含めた複数の者に対して債務を負っているなかで、家資分散の際に Y と共謀して他の債権者による差押を免れるために、唯一の財産 (玄米及び金1000円) を隠匿及び脱漏し、他の債権者である X は A より弁済を受けることができなくなった。X は AY の行為が旧刑法388条<sup>16</sup>に反するものであり、また、X の債権を侵害するものでもあり Y に対して債権侵害に基づく損害賠償及び A から Y に対する玄米及び金1000円の返還請求権を代位行使した。

原審は損害賠償請求については肯定した上で、損害賠償請求と返還請求の併立行使は不法ではないものの、返還請求に関しては給付の不法原因が A にもあることから708条が適用され、A が行使しえない返還請求に基づいて代位権を行使することは理論上当然にできないとした。なお、玄米については所有権に基づく返

還請求が考えられるが、これについても「不法ノ原因ガ給付者ニ存スル場合ニハ所有権ニ基ヅキテモ之ガ返還ヲ請求スルコトヲ得ザルモノト解ス」とした。

これに対して X は、不当利得であるためには給付行為 (物権行為) 自体が有効である事が前提であり、給付行為そのものが無効である場合には不当利得の問題は生じず、また708条の適用もなく、仮に本件が不当利得の問題であるとしても、708条は不法な原因のため給付を行なった者は返還を請求できないことを規定したものに過ぎず、本件のように給付者の債権者が法に基づく独立した代位権を以て返還請求することを認めないことを規定しているわけではないと主張した。

大審院はこれに対して、「該行為ハ刑法施行法第二五条旧刑法第三八八条ノ規定ニ依リ犯罪行為トシテ罰セラルルナルヲ以テ、民法第七〇八条ニ所謂不法ノ原因ニ該当シ、之ガ為メ本件ノ給付ヲ為シタル右仙次郎 (A) ハ受益者タル上告人 (Y) ニ対シ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ザルモノトス。而シテ民法四二三条ノ定ムル代位訴権ハ債権者ガ其債務者ニ属スル権利ヲ行フニ他ナラザレバ、債務者ガ請求スルコトヲ得ザルモノハ債権者に於テモ之ヲ請求スルコトヲ得ザルノ筋合ナリトス」(括弧内は筆者が補充) として、X にも708条を適用して、返還請求権の代位行使を認めなかった。

(3) 破産管財人による権利行使① (大審院昭和6年5月15日 (大民集 10巻327頁))

訴外 A は昭和2年12月6日に破産宣告を受け、X はその破産管財人に就任した。ところで、A は Y との間で、A が Y の名義を借り自己の計算において株式の売買を行い、その名義貸しの対価として A から Y に使用料を支払う契約を締結しており、大正15年5月から昭和2年3月まで計4650円を支払っていた。X は、大正15年10月以降の支払は、A が一般債権者を害す

ることを知りつつ行なった支払であるとして破産法72条1項に基づき否認権を行使した事案である。

Yは名義貸しの契約があったことは認めつつも、このような契約は取引所法11条に違反するもので公の秩序に反することを目的とした無効な契約であり、その様な契約に基づいてなされた名義使用料の支払は708条に該当し、AはYに名義使用料の返還請求は出来ず、延いてはXもまた返還請求できないと主張した。

大審院は、まず、破産法7条により破産宣告後は破産財団の管理処分は破産管財人に専属し、その後に破産者が行なった財産の処分は破産法53条により破産債権者に対抗できない一方で、それ以前の財産の処分に関しては拒絶権を行使できないという原則論を示した。その上で、債務者がまさに破産の危機に瀕しているながら他の一般債権者に不利益を与える行為をするような場合には、「債権者が破産宣告前ニ為シタル行為ト雖或要件ヲ具備スルトキハ破産管財人ニ於テ之ヲ否認シ、破産者ノ財産状態ヲ原状ニ復シ因テ以テ債権者ヲ保護スルノ必要アリ。是破産法七十二條以下ニ於テ否認権ナル制度ヲ設ケタル所以ナリトス」として、破産宣告前の財産処分に関しても否認権行使が可能である事を示した。そして続いて、「否認権ナルモノハ各破産債権者ノ権利ニ属シ、破産管財人ハ債権者全員ノ為ニ行使スルモノニシテ、破産者ノ権利ヲ行使スルモノニ非ズ。従テ…破産者自身ハ受益者ト本件ノ場合ニ於ケルガ如ク特殊ナル関係ニ於テ之ヲ否認スルコトヲ得ザル場合ニ於テモ、破産管財人ハ債務者タル破産者ノ為シタル当該行為ヲ否認シ、破産者ノ財産状態ヲ行為以前ニ回復スルコトヲ得ルモノト謂ハザル可カラズ。蓋若然ラズトセンガ破産債権者ノ利益ハ保護セラレザルニ至ルベケレバナリ。然ラバ本件ニ於テ原審ガ民法七百八条前段ノ規定ハ不法原因ノ為給付ヲ為シタル者ハ自己ノ為シタル違法行為ニ基因シ之ニ因ル不当利得返還ノ請求権ヲ有セ

ザルコトヲ明カニ為シタルニ止マリ、右給付ガ違法行為ヲ原因トセル場合ニ於テモ別ニ法律上認メラレタル正当ナル権利ニ基キ右給付ニ係ル物件ノ返還ヲ求ムル者アルトキハ、其ノ相手方ハ他ニ正当ノ事由ナキ限り該請求権ノ行使ヲ拒ミ得ザルモノト解スベキ」として、破産管財人による不当利得返還請求を認めた。

(4) 破産管財人による権利行使② (大審院昭和7年4月5日(法学1巻445頁、評論全集21巻437頁))

大審院昭和7月判決は、名義貸しの事案であり、金銭を支払うことと引換に名義を借りていた名義借用者が破産した後に、その管財人が名義貸しは当時の取引所法11条に反する公序良俗違反なものであり、名義貸し契約にかかる名義の借入金を不当利得として返還請求したというものである。

大審院は、破産管財人は破産宣告当時に破産者に属する財産の範囲においてのみ、その財産を管理処分する権限を有するのであり、破産者が不当利得返還請求権を有しない一方で破産管財人が不当利得返還請求権を有するという法理は存在しないとして、破産管財人による破産者の不当利得返還請求権の行使を否定した。

(5) 破産管財人による権利行使③ (大阪地裁昭和62年4月30日(判時1246号36頁))

破産会社Aの社員であるYらは、業務として金地金の販売を名目に純金ファミリー証券と引き換えに顧客から金集める、いわゆる豊田商法を行い、Aから歩合報酬を受けていた。もっとも、このA会社は実態を伴わない詐欺的商法を行う会社であり、Yらが受けた報酬もこれに加担したことによる対価であった。A会社はその後倒産し、Xが破産管財人に選任された。XはAY間の報酬契約を公序良俗違反であるとして無効の主張をし、AからYに対して支払われた報酬について不当利得返還請求を求め

たという事案である。

大阪地裁は、708条の立法趣旨を不法な給付を行った者への制裁及び不法な行為の発生を防圧であるとしたうえで、破産者が708条により不当利得返還請求権を行使できない時には、破産管財人も行使できないとしつつも、「破産者のなした返還請求が不法原因給付として許容されないときでも、不当利得返還請求権自体はその発生要件を具備することにより当然に発生しており、ただ、同法708条に該当するゆえにその行使が許されないにすぎないから、本件歩合報酬返還請求権も客観的には破産財団に属しているものということができる」とし、その上で「破産者が（不当利得返還請求権を）行使できないときは、即管財人も行使できないと解すべきではなく、管財人の権利行使の許否については、その態様等一切の事情を考慮して、同条の立法趣旨に照らし別途判断されるべきものと解する」（括弧内筆者補充）として、本件事案においては破産管財人による報酬返還請求権が認められる旨判示した。

（6）破産管財人による権利行使④（最高裁平成26年10月28日（民集 68巻 8号1325頁））

訴外 A 会社は、無限連鎖講防止法及び出資法に反する事業<sup>17</sup>を営んでいたところ、Y は平成22年3月に出資金を支払い A 会社の会員となり、その後 A 会社から配当金を受取り、配当額から出資金を差引いた差額は2133万円となっていた。A 会社は少なくとも4035名の会員を集め、総額約25億の出資金を集めたが、その後破産した。破産手続きに際し、破産管財人である X は、AY 間の契約は公序良俗に反して無効であり、延いては A 会社から Y に支払われた配当金については不当利得であるとして、これに対する返還を求めた。

第一審は、X の請求を棄却した。その理由は次の通りである。すなわち、A 会社から Y に支払われた配当金は不法原因給付に該当し、A

会社から Y に対する不当利得返還請求権は708条により否定されるものである。そして X は、A 会社の不当利得返還請求権を A 会社に代わって管理処分権に基づいて権利行使するものである。管理処分権に基づく権利行使に関しては、大審院大正5年11月21日判決に基づけば、不法原因給付によって返還請求権が否定される第三債務者への権利を、債務者ではなく債権者が債権者代位によって行使する場合には、不法原因給付に基づき返還請求権が否定されるべきであるとされているところ、本件事案における管理処分権の行使は債権者代位権の行使と同様である。それゆえ、たとえ、総債権者のために破産財団に属する財産を管理する破産管財人が権利行使する場合であっても、708条により返還請求権は否定されるべきというものである。

なお、第一審は、破産管財人による否認権が認められた大審院昭和6年5月15日判決との類似性については、否認権は破産管財人が法律に基づき取得する独自の権能であるのに対して、本件では債務者である A 会社が元々持っている権利を管理処分権に基づき行使する点において異なるとしている。また、被害者救済の必要性に対しては、破産管財人は一部の者のために職務を行なうものでなく、破産法においては犯罪被害者等に優先的に配当する手続きが定められているわけではないことから、被害者救済の観点を重視すべきではなく、ヤミ金業者からの貸金等返還請求権が不法原因給付により否定された事案（最高裁平成20年6月10日（民集62巻6号1488頁））を念頭に、重視すればかえって不当な結論になることも指摘している。

X の控訴に対して、第二審も X の請求を棄却した。第二審は、第一審の判断を是認した上で、さらに2つの理由を付加えている。すなわち、①本件において Y と破産債権者は会員への加入時期と A 会社の事業の破綻時期等によって、偶々一方は利益を得て、もう一方は損失を被っただけにすぎない、②破産管財人によ

る不当利得返還請求権を認めれば、損失を被った下位の会員に生じた損害を補填することになるが、これは延いては本件事業を主導したA会社とその代表者等が負担する債務を減額させることにつながり、結局は708条の趣旨に反する結果となり相当ではない、というものである。

Xの上告に対して、最高裁は以下の通り判示して上告を認容した。すなわち、Yが受けた配当は無限連鎖講の仕組み上、他の会員らが出捐した金銭を原資とするものであり、本件において、他の会員らの相当部分は出捐した金額に相当する金銭を受取れずに損害を被っている。そして、それらの者はそのまま破産債権者の多数を占めるに至っている。その様な事実関係の下で、Yに対して配当金の返還を求め、破産手続きを通して破産債権者となった他の会員らに配当を行うなどして適正かつ衡平な清算を図ろうとすることは衡平にかなうのであり、仮に返還が否定されると被害者である他の会員の損失のもとにYが不当な利益を保持し続けることになり相当ではない。「したがって、上記の事情の下においては、被上告人（Y）が、上告人（X）に対し、本件配当金の給付が不法原因給付に当たることを理由としてその返還を拒むことは、信義則上許されないと解する」（括弧内は筆者が補充）とした。

なお、本判決には、木内裁判官により以下の補足意見が付されている。すなわち、破産管財人は、破産者の代わりに権利を行使するのではなく、「債権者の財産等の適正かつ公平な清算を図る」という目的のもとで権利を行使すること、返還請求によって戻ってきた資産は、破産財団に属し、財団債権及び破産債権の全てを支払って余剰が生じない限り破産者に資産が戻ることは無く、余剰が生じる事例は稀有であるため、破産管財人による返還請求権を認めても破産者に利得が戻ることはないこと、破産管財人による返還請求により破産債権者に配当がなされれば、破産者の債務が減額されることになる

が、破産債務の消滅は法人格の消滅や免責許可によってなされるのであり、破産管財人に対する給付の返還が直ちに破産者の債務の消滅に結びつくものではなく、反倫理的な事業を行った者に法律上の保護を与えるわけではないことを挙げている。

## （7）判例及び裁判例の分析

### i. 判例の基本的立場

給付者以外の者からの不当利得返還請求権の可否について、判例及び裁判例は主に、給付者以外の者が給付者の不当利得返還請求権を行使しているものなのか、それとも給付者以外の者が有する独自の権利行使によるものなのかということによって判断している。すなわち、相続人が返還請求を行なった事案である大審院明治32年判決及び代位債権者が返還請求権を行なった事案である大審院大正5年判決のそれぞれにおいて、大審院明治32年判決では、相続人自身が不法な行為を行なっていないとしても「其先代ノ為シタル不法行為ヲ原因トシテ請求ヲ為ス以上ハ、法律ハ之ニ救済ヲ与フベキモノニアラザル」として、そして大審院大正5年判決では、債権者代位権は「債権者ガ其債務者ニ属スル権利ヲ行フニ他ナラザレバ、債務者ガ請求スルコトヲ得ザルモノハ債権者に於テモ之ヲ請求スルコトヲ得ザル」としている。いずれも、給付者本人が返還請求できない権利は、給付者以外の者が行使したからといって返還請求が認められるようになるわけでは無いという考えであり、給付者の権利を行使するのであれば、行使の主体が何者であるかを問わず、不法原因給付により不当利得返還請求ができないとするものであると考えられる。

上記の理論を裏返せば、給付者の権利を行使するのではなく、給付者以外の者の固有の権利行使をするのであれば、これを不法原因給付によって否定されることは無いということになる。破産管財人による否認権の行使は、まさし



く破産管財人独自の権利を行使するものであり、大審院昭和6年判決では、破産者による給付が違法行為を原因とするものであっても、破産管財人による返還請求が法律上認められた正当な権利に基づくものであるのなら、受益者は返還請求を拒めないと判示している。

以上のことは、続く大審院昭和7年判決昭で、破産管財人は破産宣告当時に破産者に属する財産の範囲においてのみ、その財産を管理処分する権限を有するのであり、破産者が不当利得返還請求権を有しない一方で破産管財人が不当利得返還請求権を有するという法理は存在しないとして破産管財人の代位権行使による返還請求を否定していることから裏付けられると考えられる。

以上のことから、明治32年判決、大正5年判決、昭和6年判決、昭和7年判決と一貫した理論構成がとられている。

## ii. 大阪地裁昭和62年判決及び最高裁26年判決の評価

他方で、問題となるのは、破産管財人による給付者の返還請求権の行使が認められた事案である。すなわち、大審院昭和7年判決では破産管財人が破産者の不当利得返還請求権を行使することを認めなかったが、後の大阪地裁昭和62年判決及び最高裁平成26年判決では不当利得返還請求権の行使を認めており、その帰結を異にすることから一見して矛盾した態度のように見え、これまでの判例との整合性を巡って議論がされている。

大阪地裁昭和62年判決は破産管財人の代位権行使による返還請求を肯定したリーディングケースであり<sup>18</sup>、破産管財人の独立的な法主体性に焦点を当て、大審院大正5年判決の判例理論を覆す契機を含むと一般化する評価がある一方で<sup>19</sup>、破産管財人の独立した法主体性だけでなく、破産会社の違法な商法による被害者である破産債権者の損害の一部の回復であること

にも目を向けた上で、利益衡量の観点からその射程を、被害者である破産債権者と不当利得との間に密接不可分の関係がある場合に限定して評価するものがある<sup>20</sup>。

その後に出された最高裁平成26年判決は、無限連鎖講を行っていた会社が倒産し、その下位会員が破産債権者の多数を占めている状況において、破産管財人が無限連鎖講で利益を得ていた上位会員に対して破産会社が上位会員に対して有している不当利得返還請求権を行使したという事案であり、大阪地裁昭和62年判決と構造が似ている。平成26年判決に関しては、代位債権者についても708条を適用した大判昭和6年判決を見直す契機になりうるという指摘もある一方で<sup>21</sup>、先例と整合的であるとする評価もある<sup>22</sup>。また、破産管財人は破産財団の適正・公平な清算を職務としている点や<sup>23</sup>、受益者の受けた不当な利得と無限連鎖講の被害者の破産債権との間の密接不可分な関係性があるという点など事案の特殊性から返還請求権が認められたものであり<sup>24</sup>、給付者以外の者あるいは破産管財人全般が一般的に返還請求すること認めたとまではいえないという評価や、あるいは、破産管財人が破産者に帰属している返還請求権を行使することを否定した最判昭和7年判決との整合性を指摘したうえで(帰結が異なるものの、本判決では事案を考慮して信義則を用いた処理をしたという違いがある)本判決は一般化できないという評価がなされている<sup>25</sup>。多くは本判決を事例判決とするものが多いようである。もっとも、本判決を事例判決と評価しつつも規範性を全く導き出せないとするわけではなく、程度の差こそあるものの基準や規範を導き出そうとする分析もなされている。すなわち、「一般予防の観点」から本判決を分析するものもあり、破産会社の破産管財人から上位会員への不当利得返還請求の可否について、不法原因給付として上位会員に利益を留保した場合には、無限連鎖講を続行するインセンティブとなる一方

で、下位会員から上位会員への不当利得返還請求の可否については、不法原因給付であることを否定して不当利得返還請求を認めると、請求によって返還される金銭は破産会社の懐ではなく破産管財人の背後に控えている総破産債権者の懐に入るため、破産会社が無限連鎖講を続行するディスインセンティブになり、無限連鎖講防止法の目的にも合致するとする<sup>26</sup>。

また、本判決がこれまでの判決と特に異なるのは、信義則を用いた解決を図ったことである。そして、信義則を用いた理由及びその内容に関しては次のような分析がなされている。すなわち本判決は、衡平・公平に着目したものであり、そもそも、708条には当事者間の公平・調和を図る機能が、それは当事者間の不法性の比較をするという方法により行われてきた。つまり、受益者と給付者の不法性を比較したうえで、給付者側の不法性が大きい場合には708条を適用し、受益者側の不法性が大きい場合には適用しないというものである（最判昭29. 8.31（民集8巻8号1557頁））。これに対して、本件では衡平を図る対象となっているのは受益者と破産管財人（延いてはその背後にいる破産債権者）であり、これまでのような受益者—給付者の場合と異なり、比較すべき不法性がないことから信義則を用いて社会的要請と当事者間の公平の調和に配慮したものであるという評価がある<sup>27</sup>。またその他にも、受益者の利益保持と破産債権者らとの間で衡平性を図るために不法原因給付の解釈論ではなく信義則を用いたとする評価<sup>28</sup>、判例が用いた信義則の内容は、受益者の受けた利益と破産債権者たちの被った損失との間に因果関係があることを指摘したうえで、同様の因果関係が認められる事案においては信義則判断の一定の基準になりうるとする評価などがある<sup>29</sup>。もっとも、「衡平」については、何を以て「衡平にかなう」とするのかが判旨からは明確ではなく<sup>30</sup>、また、信義則を用いた解決に対しては、一般条項ではなく708条の趣

旨ないし解釈論からの解決が可能であったのではないかとの疑問も呈されている<sup>31</sup>。

## 5. 708条の立法趣旨を基礎とした学説の整理

給付者以外の者への708条の適用について学説では、代理人が返還請求する場合であるとか、債権者が返還請求権を代位行使する場合であるとか、場面に依じて様々な見解が唱えられているが、その適用の可否は果たしてどのような基準に基づいているのだろうか。その前提としてそもそも708条の立法趣旨は何かということが問題となると考えられる。

### （1）708条の立法趣旨

708条の立法趣旨を巡る学説は大きく2つに分かれる。

第1説は、不法原因給付の制度趣旨をもつばら、自らの行為が不法であることを言い立てて法の保護を受けることはできない<sup>32</sup>、というクリーンハンズの原則に求める。そして、当該制度を、法的救済の拒否<sup>33</sup>や、給付者の非難されるべき心情に対する法の反発、あるいは給付・受領を通じて現われる行為者の人格に対する法による保護の拒否といった、刑罰的性質を有するものであるとする<sup>34</sup>。

第2説は、クリーンハンズの原則に加えて不法な行為の抑止・予防機能も708条の趣旨であるとするものである<sup>35</sup>。すなわち、単純な権利保護の拒絶という説明だけだと、708条を単純に不法な原因による給付があった場合のすべてに適用するようなときには、返還請求権が拒絶されることでかえって法が禁じる不法な状態が是認され、あるいは給付受領者の一方的な利得が容認されるという不当な結果を生むのであり、同条の合理性を根拠づけ、その妥当な適用範囲を限界づけるには不十分であるとする<sup>36</sup>。そのため、権利保護の拒絶という説明だけでなく、法が給付行為を不法であるとしたその目的である「禁止規範の保護目的」に視点を向け

る。すなわち、返還請求を排除するという手段によってまでその取引を禁圧することの必要性であり、これに加えて、給付者への抑止効果の実効性、給付受領者の利得保有の不当性を個別の事案の特殊性に即して複眼的に考慮することで不法原因給付の適用の可否を判断する<sup>37</sup>。

## (2) 適用範囲についての学説の状況

学説上、給付者以外の者として主に議論の対象となっているのは、代理人、相続人、債権（不当利得返還請求権）の譲受人、代位債権者、差押債権者、詐害行為取消権者、破産管財人である。これらの者について、様々な議論がされているが、不法原因給付の立法趣旨をめぐる2つの学説と結びつけて整理すると、次のようになると考えられる。

### i. 第1説からの帰結

第1説においては、708条の制度趣旨を制裁にあるとした場合には誰に対する制裁かという問題があり、この点について若干見ておく必要がある。

誰を対象とした制裁であるかということに関しては2つの考え方がありうる。すなわち、給付者への制裁であるとする考え方<sup>38</sup>と、請求者に対する制裁であるとする考え方<sup>39</sup>である。

給付者への制裁であると考えれば、不当利得返還請求を認めることが給付者への制裁を欠くことになるか否かが708条の適用基準となる。そのため、不当利得返還請求権に不法原因給付の抗弁が付着するか否かが給付者を基準に確定され、給付者本人に対して抗弁が認められた場合には、その後返還請求する者が給付者本人以外の者であったとしても、受益者はこの請求者に対して不法原因給付の抗弁を主張することができる。また、制裁を制度趣旨と解するのであればその要件の1つとして不法性の認識があったことが求められるが<sup>40</sup>、これも給付者を基準に判断され、請求者が不法性を認識してい

たか否かは問題とならないこととなる。

これに対して、制裁の対象を請求者とする考えでは、返還請求する者の手が実質的に汚れているかというクリーンハンズの側面を強調するものであると考えられる<sup>41</sup>。そのため、給付者と請求者が一致している場合には、給付者を制裁対象とする考えと帰結において変わりはないものの、給付者と請求者が別の者である場合には、請求者が制裁を受けるべき者であるのか否か（請求者への非難性）を改めて検討する必要がある、帰結が変わってくる。なお、給付者と請求者が別の者である場合には、請求者は自ら手を汚していないのであるから、請求者への非難性はそもそも生じないように思われる。これについては、請求者への非難性は、請求者が不法性を認識していたことに求められ（不法性を認識していた場合だけでなく、認識可能であったことを以て非難可能である（制裁すべき）とする）、ただし既に善意で行った出捐あるいは自身が被っている損失を回復しようとする場合には非難性は阻却されるとする<sup>42</sup>。

以上を踏まえたうえで、以下で具体的に不法原因給付が認められる場合と認められない場合について学説の状況を見てゆく。

### (i) 相続人及び代理人

代理人や相続人が不当利得返還請求権を行使した際に、権利行使が不法原因給付によって否定されるか。制裁の対象を給付者とする考え及び請求者とする考えのいずれにおいても、代理人と相続人のどちらにも不法な行為を行なった本人同様に708条の不法原因給付が適用されると考えられる。その理由は、代理人や相続人による権利行使は本人による権利行使と同視されるからである。すなわち、代理人については、代理人はあくまでも本人の手足として動いているのであり、代理して不当利得返還請求権を行使すると、当然ながらその効果は本人に帰属するのであり、代理人による返還請求権の行使は、

給付者本人が不当利得返還請求権を行使したのと同じになる<sup>43</sup>。他方で、相続人においては、不法な行為を行った者の非難される心情をも相続人は相続するからであるとか<sup>44</sup>、あるいは手の汚れた者の分身である相続人の手もまた汚れているからであるといった説明がなされる<sup>45</sup>。

(ii) 債権（不当利得返還請求権）の譲受人

債権の譲受人についても、制裁の対象を給付者とする考え及び請求者とする考えのいずれにおいても708条の適用対象となると考えられる。まず、給付者とする考えからは以下のような理由による<sup>46</sup>。すなわち、債権譲渡の原因が任意譲渡の場合には、譲渡人である不法な行為を行った給付者の汚れた手を引継ぐのであり、しかもそこには譲渡人である給付者の意思に基づいて譲受人に返還請求権を取得させるという任意性が認められる。そうすると、給付者への制裁という708条の趣旨の潜脱を許してしまうことになるため、譲受人である請求者による返還請求は認められず708条が適用されるというのである<sup>47</sup>。もっとも、潜脱が認められるのは債権が任意に譲渡された場合であり、そのため、代物弁済としての債権譲渡の場合には任意性が無いため708条の適用が認められないとする見解も見られる<sup>48</sup>。

他方で、制裁の対象を請求者とする考えからは、債権を譲受けてこれを行使（請求）する者に非難性があるか否か、すなわち、不法性の認識をしていたかあるいは認識可能であった場合には708条が適用される<sup>49</sup>。そして、既に善意で行った出捐の場合には非難性は阻却されるとされることから、請求者が無償で債権を譲受けた場合（請求者に不法性の認識あったか否かを問わない）<sup>50</sup>、および請求者が有償で債権を譲受け、譲受時に不法性を認識していたか認識可能であった場合には708条が適用される一方で、債権譲渡が有償でかつ譲受時に譲受人である請求者が不法な給付があったことにつき善意であ

りさらに善意であることについて過失がなかった場合には非難性が阻却され708条が適用されないことになると考えられる。

(iii) 代位債権者

代位債権者による返還請求権の行使については、制裁の対象を給付者とする考えからは708条の適用が認められる。その論拠としては、債権者代位は給付者に代わって権利行使をする色彩が強く、特に、特定債権に基づく代位行使の場合には、その効果が一応給付者にも帰属することが挙げられる<sup>51</sup>。請求者が代わりに行使したとはいえ、給付者の権利が行使される以上は、これを認めると給付者への制裁が潜脱されることになるということであろう。

他方で、制裁の対象を請求者とする考えからは、原則的に代位債権者に対しては708条が適用されない<sup>52</sup>。制裁の対象を請求者とする考えでは、不法な給付であることを請求者が知っていたことを以て非難性ありとするが、一般的に代位債権者は不法な給付だということを知らないからであると思われる。

なお、代位債権者に返還請求を認めないとする考えに対しては、「非難性は返還請求することにおいて認められるべきもので、給付者自身が返還請求する場合は、給付の際の非難性がすなわち返還請求の非難性であるといえるが、債権の代位による返還請求、管財人に財団のためにする返還請求などの場合は、給付者自体への制裁は意味がな」との指摘がある<sup>53</sup>そして、代位債権者による返還を認める考えと認めない考えの違いは、認めない考えにおいては、請求者が行使するのはあくまでも債務者である給付者が有する債権の行使なのであるから、第三者が権利行使できるか否かは債務者が返還請求できるか否かによって判断する（そして債務者は返還請求できないと判断する）のに対して、返還請求を認めるとする考えは返還請求を拒否することが給付者に対する制裁として機能しない

という考え方の違いがあることを指摘する<sup>54</sup>。しかしながら、制裁あるいは懲罰を単に権利行使できるかという観点からだけでなく、事実上の利益が返還されるかという観点からみると、債権者が代位権を行使して返還請求が認められれば、その分給付者の債務が減るわけであるから、代位債権者による返還請求を認めてしまうと給付者への制裁が潜脱される（裏を返すと、代位債権者による返還請求を認めないことは給付者への制裁・懲罰として機能する）と考えることもできそうである<sup>55</sup>。

#### (iv) 差押債権者

差押債権者に関しては、制裁の対象を給付者であるとする考えからは、差押は差押人の意思によって行われるのであり、譲渡人である給付者の意思に基づいてなされるわけではなく、差押債権者が返還請求権を取得することについて給付者の意思は認められないため、クリーンハンズの原則に反することはなく、また、相続のように地位の引継ぎもないため708条の適用は認められないとされる<sup>56</sup>。しかしながら、給付者の意思により返還請求権が実現されようとするのに対してこれを否定することを以て制裁であるとするのではなく、実質的な利益の返還の否定を含めて制裁であるとするのであれば、債権者代位の場合と同様に差押の場合にも給付者の債務の減少という形で利益が返還されるため、差押債権者による返還請求を認めるのは、給付者への制裁を潜脱するものになると思われる。

他方で、制裁の対象を請求者であるとする考えでは、708条の適用の有無は請求者の認識を基礎とした非難可能性によって判断され、既に善意で行った出捐あるいは自身が被っている損失を回復しようとする場合には阻却されるとする<sup>57</sup>。差押債権者による返還請求権の行使は自身が被っている損失を回復するために行われていると考えられるため、原則的には差押債権者

には708条が適用されず、返還請求が認められると考えられる。しかしながら、被差押債権発生時に債務者の現有財産が不法原因給付の抗弁の付着した不当利得返還請求権のみであることを認識していたような場合には、差押債権者にも非難性が認められるのではないかと考えられる。

#### (v) 詐害行為取消権者

詐害行為取消権者については、制裁の対象を給付者とする考え及び請求者とする考えのいずれの考えからも708条の適用は無く、返還請求ができるという結論で一致する。すなわち、制裁の対象を給付者とする考えからすると、詐害行為取消権者は自己の名で自己の権利を行使するものであり<sup>58</sup>、債権者代位のように返還請求をしたからといって給付者の権利が行使されたことにならず制裁の必要性が生じないことから708条の適用が否定されることが考えられる。

他方で、制裁の対象を請求者とする考えでは、詐害行為取消権者が給付者に対して債権を取得したのは、不法な原因による給付がなされる前になるため、そもそも違法性の認識あるいは認識可能性が生じないため、非難性が認められず708条の適用が否定されることになると思われる。

#### (vi) 破産管財人

破産管財人においては、基本的には、708条の適用はない点で学説は一致しているようである。もっとも、その根拠を巡っては見解が異なり、破産管財人の場合には、管財人が行使する権利が否認権である時には管財人が独自の立場で全債権者のために権利行使がされるため、708条の適用は及ばないとする見解<sup>59</sup>、あるいは破産管財人は固有の地位に基づき固有の権利を行使するのであるから、給付者とは同視しえず非難性を欠くことを理由とする見解<sup>60</sup>および差押債権者には708条の適用が無いという定式

と破産管財人と差押債権者は同視されるという定式を以って破産管財人にも708条は適用されないとする見解<sup>61</sup>がある。

最初の見解に基づけば、行使する権利に着目して708条の適用の可否を決するものであると考えられるため、行使する権利が否認権のように破産管財人固有の権利である場合には708条は適用されないが、そうではなく、債務者の権利を代わりに行使するような場合には破産管財人による権利行使であるという一事を以て必ずしも708条の適用が否定されるわけではないと考えられる。ただし、最高裁判平成26年判決のように、信義則を以て修正を加えることで、破産管財人が債務者の代わりに不当利得返還請求権を行使することを認める余地はありうる。

後者の2つの見解に基づけば、708条の適用の可否は破産管財人という地位に依拠していることから、行使する権利が否認権である場合でも、債務者の権利を代わりに行使する場合でも708条の適用は否定されると考えられる。

## ii. 第2説からの帰結

第2説は、708条の適用に際して、誰が返還請求権を行使するのかということによっては類型化しておらず、不法な給付を一般的に予防するためには708条の適用を認めるべきかそれとも認めない方が良いのかということを実案ごとに判断する。そのため、同じ属性の者でも事案ごとに708条が適用される場合もあれば、適用されない場合もある。もっとも、傾向としては、相続人や代理人などは708条が適用される傾向にあり<sup>62</sup>、代位債権者・詐害行為取消権者・破産管財人は適用されない傾向にあるようである<sup>63</sup>。

## 6. 私見

判例及び学説の状況を踏まえ、給付者以外の者からの不当利得返還請求に対してどのような場合に不法原因給付が認められると考えるべき

か。

### (1) 各学説への評価

まず、708条の制度趣旨に関しては、クリーンハンズの原則延いては不法な給付を行ったことへの制裁と解するか、あるいはそれに加えて「禁止規範の保護目的」の実現をも含んでいると解すべきか。少なくとも、給付者以外の者による返還請求の可否を考えるに際しては、前者の解釈では妥当な結論を導き出すのが難しいと考えられる。708条の趣旨を制裁にあると解した場合には、さらに制裁の対象を給付者とするのか、請求者とするのか見解が分かれるが、それぞれ次のような指摘が可能であろう。

#### i. 請求者への制裁と解することへの評価

制裁の対象を請求者であるとする見解に対しては、まず、請求者の行為が制裁を科すに足りるものなのかという疑問がある。制裁の対象を請求者とする見解では、請求者が給付者以外の者である場合に、制裁の根拠となっているのは、不当利得返還請求権が不法な給付に基づいて発生したものであることを請求者が知っていたという点である。しかしながら、不法性を認識しつつ給付を行った給付者本人と異なり、不法な給付をしたわけでもなくただ給付が不法であることを知っていただけの請求者に果たして「制裁」が科されなければならないのだろうか。給付者以外の者に708条を適用するには、異なる論拠が必要であるように思われる(裏を返せば、適用しない場合にも「制裁の必要が無い」ということとは異なる論拠が求められるのではないだろうか)。

また、仮に請求者が不法性を認識していたことを以て制裁が認められるとしても、708条の文言は返還請求の主体を「給付者」と明記していることから、制裁の対象は主に「給付者」になるはずである。確かに、立法時の議論を見る限りにおいて、給付者以外の者による不当利得

返還請求権の行使は組上に載っていなかったことからすれば、そもそも立法時には想定していなかった可能性はあるため、制裁の対象に「請求者」を含めることを一概には否定できないだろう。ただし、請求者への制裁を鑑みて708条の適用の判断した結果、給付者への制裁が制差し置かれ、給付者への制裁が潜脱される可能性がある。例えば、平成26年判決の第2審の判旨や一部の学説が主張するように、債権の代位行使の際には給付者の債務の縮減につながる事が挙げられる<sup>64</sup>。すなわち、代位権の行使が認められ、債権者が不当利得返還請求権を行使できるということは、裏を返せば給付者の負債が減少することであり、給付者はその実質において不当利得返還請求権を行使したのと同一の効果を得られることとなる<sup>65</sup>。そして、債務の縮減を介して利得が給付者に戻る事となれば、結局は給付者への制裁を実質的に形骸化することにもつながると思われる。制裁を最も受けなければならぬはずの給付者が制裁を逃れることになれば、本末転倒であろう。さらに言えば、不法な給付がなされ、給付者が不当利得返還請求権の行使を試みて失敗した後に、不法な給付が行われたことについて善意である者から金銭の借入れを行ったうえでこれを費消し無資力化し、その後債権者が不当利得返還請求権を代位行使したような場合には、いよいよ給付者以外の者である代位債権者を介して不当利得返還請求権を行使することと同視し得るのであり、708条の潜脱手段と化す恐れがある。ただ単に、請求者には非難可能性がないというだけでなく、給付者に実質的な利得が戻ることになろうとも、請求者による不当利得返還請求権が認められるべきであるとする論拠が必要であるように思われる。

以上のことから、請求者への制裁と解すると妥当な結論を導くのが難しいと思われる。

## ii. 給付者への制裁と解することへの評価

給付者への制裁と解した場合には、不当利得返還請求権の行使が認められるのは、詐害行為取消権者及び破産管財人（権利の代位行使の場合には認められない余地もある）であるため、給付者への制裁が潜脱される恐れはなさそうである。しかしながら、代位債権者ば不当利得返還請求権を行使できないのに、詐害行為取消権者は行使できるというように、返還請求する者の属性によって画一的に不当利得返還請求権行使の可否を決することが、妥当な帰結をもたらすであろうか。

詐害行為取消権や破産管財人による否認権行使は、散逸した責任財産の取り戻しであることから、破産管財人や詐害行為取消権者による請求を認めれば給付者の負債が減り、一見して代位債権者の場合と同様に給付者への実質的な利得返還にも繋がるように思える。この点について、制裁の対象を給付者とする見解では、詐害行為取消権者や破産管財人は債務者の権利を代わりに行使するのではなく、あくまでも自身の権利を行使するとの理由から、権利行使と給付者への制裁とを切り離すことで、これらの者には708条を適用せず、代位権行使の場合と區別をしている。しかしながら、債権者代位権にも、詐害行為取消権と全く同じとまでは言えないものの、固有の権利性が認められる<sup>66</sup>。また、債権者代位権と詐害行為取消権の両方が行使できる場面—例えば、債務超過の状況で愛人関係を継続するために金銭を愛人に贈与したような場合—では、前提となる事実は同じであるにも関わらず、いずれの権利を行使するのかということで帰結が大きく変わり、整合的ではない。代位債権者による返還請求が否定されるのであれば、詐害行為取消権者による請求も否定されるべきであろうし（その際には708条が類推適用されることとなろうか）、詐害行為取消権者による請求が肯定されるのであれば代位債権者による請求も肯定されるべきであろう。

このように、そもそも、不当利得返還請求権

を行使する者の属性によって画一的な判断をするのでは妥当な結論は導きにくいのではないのではないかと思われる<sup>67</sup>

### iii. 第2説への評価

他方で、708条の制度趣旨を「禁止規範の保護目的」の実現に求めた場合には、給付者以外の者による不当利得返還請求を認めないことが、クリーンハンズ延いては給付者への制裁となるのか、そして「禁止規範の保護目的」に合致するのかということをも個別の事案ごとに判断する。帰結としては一見して請求者への制裁と解する説と同じになりそうであるが、結論を異にする場合も考えられ、例えば給付者の相続人による不当利得返還請求権の行使を認める余地がある<sup>68</sup>—請求者への制裁と解する説では、相続人による請求は認められない—。不当利得返還請求権を行使する者の属性により画一的に判断することによって不当な結論が生じることは少なく、妥当な解決を図ることができると思われる。もっとも、「禁止規範の保護目的」は不法な給付を行った者が不当利得返還請求権を行使する場面を念頭とした基準であると思われる一方で、現在問題となっているのは、給付者以外の者による不当利得返還請求権の行使であり、「禁止規範の保護目的」において給付者以外の者がどのように位置づけられるのか、視点を変えると、給付者以外の者による不当利得返還請求権の行使が不法原因給付において何の問題として論じられるのかということについて、なお議論の余地があるように思われる。

(2) 不法原因給付における給付者以外の者による不当利得返還請求権行使の位置づけ

第2説において、給付者以外の者による返還請求の位置づけとしては大きく2つ可能性が考えられうる。1つは、給付者以外の者による返還請求を708条の内部の問題として、つまり708条の成立の問題として論じるというものであ

り、もう1つは708条の外部の問題として、つまり708条が成立することを前提として、受給者からの不法原因給付の抗弁に対する再抗弁の問題として論じるというものである。

### i. 708条の成立の問題として論じる場合

給付者以外の者による返還請求を708条の成立の問題として論じる場合には、さらに成立要素のいずれに関係するのか、2つの考え方がありうる。第2説では、708条の成立を判断する要素として、禁止規範の保護目的以外にも、給付者への抑止効果の実効性、給付受領者の利得保有の不当性を個別の事案の特殊性に即して複眼的に考慮する。そこで、考え方の1つは、90条を介して「禁止規範の保護目的」に給付者以外の者による返還請求であるという事情を取り込む関係である。公序良俗違反は、第三者利益の侵害を根拠として認められ得る場合も考えられ<sup>69</sup>、このときには、禁止規範の保護目的はまさしく給付者以外の者の利益の保護である。すなわち、不法原因給付を否定して返還請求権を認めることこそが保護目的に合致することになろう。他方で、第三者利益の侵害が公序良俗違反の根拠となっていない場合には、給付した金銭等の返還が禁止規範の保護目的に反しない限りにおいて、あくまでも副次的な効果として給付者以外の者が保護されることがあるに過ぎないということになろうか。この場合には、金銭等の返還が禁止規範の保護目的に反するとされた時には、給付者以外の者の利益は顧みられないこととなる。

2つ目の考え方は、708条の評価要素のうち、「禁止規範の保護目的」以外の要素に給付者以外の者による返還請求であるという事情を取り込む関係である。つまり、708条の成立を判断する要素のうち、禁止規範の保護目的以外の要素である、給付者への抑止効果の実効性、給付受領者の利得保有の不当性に給付者以外の者による返還請求であるという事情を取り込むこと



が考えられ得る—給付者以外の者が返還請求をすることを認めることで、利得が受給者に残らずに済むであるとか、利得が給付者に戻らないため抑止効果を発揮するとかいった形で給付者以外の者の利益を諸要素に反映させ得る一。

もっとも、1つ目の考え方同様に、給付者以外の者の利益が必ずしも包含されない場合がありうる。すなわち、給付者以外の者が給付者の代位債権者である時には、給付者以外の者が利得の返還を受けることは給付者の債務縮減につながるため、給付受領者が利得を保有することにはならないものの、その代わりに給付者が実質的に利得の返還を受けたのと同じ効果をもたらさう。同時に、給付者への抑止効果の実効性をなくしてしまうことにもなりうる。

債務の縮減に対しては、給付者が債務超過である場合というのは主に破産の局面であることから、債務の縮減が生じたとしてもそれは実質的な利得の返還につながるという指摘がある。すなわち、結局は破産によって債務は全てなくなるのであるから、債務の縮減があるかどうかということとは、給付者が不法な行為を行う動機付けには影響を与えないということである（前掲の最高裁平成26年判決の補足意見において、その旨が指摘されている）。確かに、給付者が実際に破産に至った時には、この指摘は妥当するが、給付者が破産を選択せずに再建を図ろうとしている場合や、給付者が法人で不法な給付を決定した取締役が法人の債務の保証人や連帯債務者となっている場合には、取締役が負う債務が少なくなる可能性があるため、債務の縮減はやはり不法な行為を行う動機付けに影響を与えるのではないと思われる。

ただ、禁止規範の保護目的や給付者への抑止効果の実効性そして給付受領者の利得保有の不当性というのは、あくまでも不法原因給付の成立を複眼的に判断するための要素の列挙であるとしたならば、新たな要素として給付者以外の者の利益を考慮する余地はあろうかと考えら

れる。しかしながら、その際には、判断要素として認められる利益とは何か、そして、他の要素と相反する時にはどのように調整するのかといった問題が残されることになるうか。

## ii. 受給者からの不法原因給付の抗弁に対する再抗弁（信義則）の問題として論じる場合

他方で給付者以外の者の利益を708条の外部に位置づけることも考えられ得る。すなわち、不法な給付を行った本人だけでなく、給付者以外の者にも708条が適用されるとしたうえで、708条以外の規定を用いて給付者以外の者による返還請求を肯定するものである。給付者以外の者による返還請求を708条の成立の問題として論じる場合には、給付者以外の者はまず、受給者に不当利得返還請求権を行使し、これに対して受給者が不法原因給付の抗弁を主張し、給付者以外の者が708条は成立しない旨の反論を行うことで、当初の不当利得返還請求権の行使が認められることとなる。これに対して、再抗弁の問題として論じる場合には、受給者による不法原因給付の抗弁を認めたとうえで、ただ、その抗弁は給付者には主張しえない旨の再抗弁を行うことで、不当利得返還請求権が認められることとなる。

708条以外の規定としては、具体的には最判平成26年判決において用いられていたように、信義則による再抗弁が考えられる。もっとも、信義則は一般条項であるため、なぜ信義則が適用できるのか、信義則によって何を調整しているのかということを考えなければならない。この点につき、信義則によって調整されているのは、給付者以外の者の利益の保護であり<sup>70</sup>、708条の適用によって給付者以外の者の利益が害されることとなるため、それを保護するために信義則によって調整がされると考えられる。つまり、一般的な相続人のように、不法な給付者を行った者本人と全く同一の地位を承継する者ならばともかく、通常は給付者以外の者は、

程度の差こそあれ給付者本人とは異なる独自の利益を有していることが多いのであり(ただし、相続人の場合にも相続人固有の利益を有している場合もありうる)、この利益を無視することはできないだろう。他方で、給付者以外の者に利益があれば常に不当利得返還請求権の行使が認められるかと言うとそうではなく、不法原因給付は公序良俗違反と表裏関係にあることを考えれば、不当利得返還請求権が否定されることについては公益的側面が認められるのであり、給付者以外の者の利益の犠牲のもとに公益が尊重されるべき場合があることは否定しえないだろう。そのため、708条が適用されることにより、給付者以外の者が利益を害されるようなときには、禁止規範の保護目的の実現と給付者以外の者の利益を衡量して、前者が優先されれば不法原因給付が認められて不当利得返還請求が行使できなくなるのに対して、後者が優先されれば不法原因給付が否定され不当利得返還請求権が行使できることになると考えられる。もっとも、衡量の必要がある以上は、いずれが優先されるのかという基準が必要となるだろう。

なお、代位債権者や詐害行為取消権者が権利行使する場合においても、給付者の債務が縮減されることを介して給付者が実質的な利得の返還を受け得ることを考えれば、給付者以外の者のほとんどに708条が成立するのではないかと思われる。すなわち給付者自身によって返還請求権が行使された場合と同様に、給付者以外の者による返還請求権が行使された場合においても原則的に708条が成立し、その上で個別に利益衡量を行い、信義則を通じて今度は708条の適用を否定してゆくことになるだろうか。

### iii. 2つの位置づけに対する評価

上記の2つの位置づけに関して、いずれが妥当であるのかということについては、なお検討を要する。だが、現段階において、708条の成立の問題として論じることに対しては、上記に

加えて、少なくともさらに3つのことを指摘できると思われる。

指摘の1つ目は、詐害行為取消権あるいは破産法上の否認権行使において708条の適用を否定する論拠が不十分なものとなるということである。すなわち、詐害行為取消権あるいは破産法上の否認権行使に関しては、708条の適用を肯定する見解は無く、判例・学説共に否定をしているのであるが、その論拠となるのは主として権利の固有性である。すなわち、詐害行為取消権などは、不当利得返還請求権とは異なる固有の権利であるから、708条の適用が及ばないということである。しかし、詐害行為取消権と同じく不当利得返還請求とは異なる権原である、所有権に基づく物権的返還請求の際には708条が類推適用されることを判例は認めている(最判昭和45年10月21日・民集24巻11号1560頁)。そのことを考えれば、詐害行為取消権の行使に際しても、理論上は708条が類推適用されることが考えられ、固有の権利であるということだけでは、708条を適用しないことを正当化するには不十分である。それでは、「禁止規範の保護目的」から708条の不適用を正当化することはできるか。これも難しいと思われる。禁止規範の保護目的の中に、「詐害行為取消権者」の保護が含まれることは考えにくいからである(例えば、債務超過にある者が殺人の依頼をして報酬を支払った場合を考えるとよいだろう)。

指摘の2つ目は、禁止規範の保護目的の中に第三者保護の要請と不当利得返還請求を否定する要請が併存している場合にいずれを優先するのかということである。例えば、不倫関係のある者へ遺贈がなされた場合、この遺贈が公序良俗に反して無効であるか否かということについて、婚姻秩序に反するという要素と残された配偶者の生活の維持への影響という要素の2つの要素から公序良俗違反が判断されると考えられるが<sup>71</sup>、婚姻秩序の維持という点からは不法な行為の抑止のためには返還請求を否定すべき要

請が働き、他方で配偶者の生活の維持という点からは返還請求を認めるべき要請が働くことになり、両者は二律背反である。信義則による解決の場合と同様に、いかにして優劣をつけるのかという問題が残る。

指摘の3つ目は、不法な給付を行った者と給付者以外の者とで相対的な解決が図れないという点である。特に給付者以外の者が代位債権者であるとき、代位債権者が行使するのはあくまでも給付者の有する不当利得返還請求権であり、代位債権者による返還請求の効果は債務者である給付者にも帰属する。さらに、改正法423条の4では「債権者が被代位債権を行使したときは、相手方は、債務者に対して主張することができる抗弁をもって、債権者に対抗することができる」と規定されており、不法原因給付は本稿の冒頭で検討した通り、権利行使を制限するための抗弁であると解される。裏を返せば、代位債権者によって権利行使ができれば、債務者に対する708条の抗弁が封じられているということであり、不法な給付を行った者との間でも不法原因給付が成立しないということになるだろう。すなわち、給付者以外の者による請求を708条の成立の問題として論じる限り、同時に給付者による返還請求も肯定しなくてはならなくなる。他方で、信義則の問題として論じる場合には、給付者以外の者による人的な再抗弁であることから、受給者と給付者との間では返還請求が否定され、受給者と給付者以外の者との間では返還請求が肯定されるという、相対的処理が図れると考えられる。

以上を踏まえると、給付者以外の者の利益を708条の外部に位置づける方が、妥当であるかもしれない。なお、信義則による解決に対しては、判断基準が曖昧になり、判断が恣意的になることを危惧するとの指摘もあり<sup>72</sup>、708条の実現（禁止規範の保護目的）と、給付者以外の者の利益の保護の優劣の基準をより明確にしなければならない。この点につき、少なくともも

基準の1つとしては、不法な給付が給付者以外の者の利益を理由として否定（取消や無効）されるものであるか否かというものが考えられ得る。すなわち、給付を原因づけている法律行為の公序良俗違反性の判断に際して、給付者以外の者の利益の侵害を理由として公序良俗違反が認められるときには、裏を返せば給付者以外の者の利益の保護のために法律行為が無効とされたのであるから、その保護の対象となっている当該給付者以外の者が不当利得返還請求権を行使した際に、その請求が認められなければ法律行為を無効にした意味がなくなってしまう。また、給付者以外の者の利益を理由として法律行為の公序良俗違反が認められていない場合でも、その法律行為が同時に詐害行為取消や否認権の対象になっているような場合には、もともとその法律行為は給付者以外の者のために取り消されるものであり、たまたま不法性が認められたがゆえに取消の利益を奪われるのは妥当ではないと考えられる。そのため、不法な給付が給付者以外の者の利益を理由として否定（取消や無効）されるものときには、当該給付者以外の者の保護が優先されると考えられる。

この基準に基づけば、給付者以外の者が不当利得返還請求権を行使できるか否かは、その者の属性と切り離して判断されることとなる。すなわち、代位債権者であれば権利行使ができ、相続人であればできないという判断ではなく、たとえ相続人であっても権利行使できる場合があるということである。例えば、被相続人が行った愛人への遺贈が、相続人へ及ぼす不利益を鑑みて公序良俗違反で無効と判断されたような場合には、当該相続人は相続した不当利得返還請求権を行使できる余地が生ずると考えられる。

## 7. 終わりに

本稿では、不法原因給付において給付者以外の者による不当利得返還請求権の行使は認められるか、という問題提起のもと、主に①不法原

因給付によって不当利得返還請求権は消滅するののか、それとも権利行使が制限されるにすぎないののか、②708条の制度趣旨とはいかなるものか、そして制度趣旨への見解によって給付者以外の者による返還請求の可否が変わってくるののか、③給付者以外の者による返還請求を認めるとして、どのような法的論拠に基づいて認められるのか、という3つのことを検討した。

まず、①不法原因給付によって不当利得返還請求権は消滅するののか、それとも権利行使が制限されるにすぎないのかということについては、不法な原因に基づく給付を受けたのちに返還をしなくてよいのは、受給者に何かしらの権利がある（自然債務関係がある）からなのかという議論を足掛かりに、不法原因給付が認められる場合には給付者の不当利得返還請求権はどうなるのか検討した。そこでは、不法な原因に基づく給付を返還しなくてよいのは、それが自然債務であるからだとする説と、単に政策的な目的のため返還しなくてよいだけであるとする説の対立があった。自然債務を認める説は公序良俗違反により無効とされるにも拘わらず何らかの債権を認める点において矛盾があり、政策目的のために給付の返還が否定されるとする説が妥当であると考えられる。他方、不法原因給付が認められる場合に、給付者の不当利得返還請求権はどうなるのかという問題については、受給者が給付の返還をしなくてよいという政策内容がどのようなものかによって、不当利得返還請求権はそもそも発生しないとする考え方と、発生がするものの行使が制限されるという考え方がある。給付者以外の者の利益保護という点から、行使が制限されると解するのが妥当であると思われる。

次に、②708条の制度趣旨については、主に給付者への制裁と解する説、請求者への制裁と解する説、主として禁止規範の保護目的の実現であると解する説があり、給付者以外の者による返還請求という観点からは、給付者への制裁

と解する説に対しては債権者代位権と詐害行為取消権の両方が行使できる場合に代位権行使が否定される一方で詐害行為取消権は認められるなど、形式的に返還請求の可否を判断しており、実質的な妥当性に欠けることから支持し難く、また、請求者への制裁と解する説に対しては、そもそも不法な行為を行っていない請求者が制裁を受ける謂れはないこと、また、代位債権者による返還請求の時などは給付者が債務の縮減を受けることから実質的に給付者が利得の返還を受けることになり、708条の趣旨を潜脱する可能性があることから、支持し難い。個別の事案ごとに柔軟な対応ができる、禁止規範の保護目的の実現とする説が妥当であろうと思われる。

もっとも、708条の趣旨が主として禁止規範の保護目的の実現にあるとした場合、③給付者以外の者はどのような法的論拠に基づいて受給者による不法原因給付の主張を退けるのかという問題が残る。これに関しては、708条の成立を否定するという理論構成と、708条の成立を認めたくえで給付者以外の者による返還請求に対して708条を主張するのは信義則に反する（不法原因給付の抗弁に対する再抗弁）という理論構成が考えられ得る。708条の成立を否定するという理論構成だと、給付者以外の者による返還請求という事情は禁止規範の保護目的あるいは給付者への抑止効果の実効性、給付受領者の利得保有の不当性といった諸要素に取り込まれて評価されることになると考えられる。これに対しては、禁止規範の保護目的からすると、実質的な利得の返還を認めることになる詐害行為取消権の行使の場合にも708条が類推適用される余地があり、その場合には詐害行為取消権の行使であっても返還請求が認められなくなってしまう可能性があること、諸要素と給付者以外の者の利益保護が衝突した場合にいずれが優先されるのか不明確になってしまうこと、代位債権者が返還請求権を行使した場合に、受給者と代位債権者との間だけでなく同時に受給者と給

付者との間での不法原因給付も否定されてしまい、代位債権者と給付者との相対的な解決を図るのが難しいことが指摘できると思われる。

これに対して、信義則に基づいて給付者以外の者による返還請求が認められると解する場合には、給付者以外の者は人的な再抗弁によって不法原因給付の抗弁を封じるため、708条の成立を否定するという理論構成に対する指摘をかわすことが可能であろう。もっとも、信義則に基づく理論構成の場合には、708条によって実

現しようとしている利益（禁止規範の保護目的の実現による利益）と給付者以外の者の利益の間で利益衡量が必要になる。いずれを優先させるのかという基準の一つとしては、不法な給付が給付者以外の者の利益を理由として否定（取消や無効）されるものであるか否かというものが考えられ得る。ただし、この基準だけでは不十分であると考えられ、基準のさらなる明確化が今後の課題となる。

（青森中央学院大学 経営法学部 講師 なかやま ひろし）

<sup>1</sup> 法典調査会民法議事速記録〔近代立法資料5〕（商事法務研究会,1984年）251頁以下。なお、他2点は、「反対主義ノ持テ金城鍍壁ト為スモノハ、自ラ不法行為ヲ企テタル者ガ其不法行為ヲ理由トシテ法律ノ保護ヲ仰ガント欲スルハ鍍面皮モ亦甚シト日フニ在リ。然リト雖モ、其者ハ必ズシモ其不法行為ヲ理由トシテ法律ノ保護ヲ仰グニ非ズ。例ヘハ特定物ヲ引渡シタル場合ノ如キハ、自己ノ所有物が故ナク他人ノ許ニ在ルヲ以テ其取戻ヲ請求センニ、相手方ハ若シ之ヲ返還セザラント欲セバ、却テ不法行為ヲ援用シテ之ヲ拒マザルベカラズ。此場合ニ於テハ相手方ハ嘗ニ自己ノ不法行為ヲ理由トシテ法律ノ保護ヲ理由トシテ法律ノ保護ヲ仰グノ鍍面皮ナルノミナラズ、其不法行為ノ遂行ヲ法廷ニ請求スル者ナリ。故ニ之ヲ保護スルハ不法ノ原因ヲ有スル法律行為ヲ無効トセツ法律ノ規定ト直接ニ矛盾スルモノト謂ハザルベカラズ。殊ニ法律ノ規定ノ結果ニ因リ當事者ノ一方ガ自己ノ不法行為ヲ援用シテ其行為ノ無効ナルコトヲ主張スルコトアルハ、到底免ガルルコトヲ得ザス所ニシテ、例ヘバー男子ガ一女子ヲ欺キ既ニ正妻アルニ拘ハラズ其女子ト結婚ノ式ヲ挙ゲタル場合ノ如キ、後日其男子ハ重婚ニ因リ其結婚ノ無効ナルコトヲ主張スルコトヲ得ルハ固ヨリ論ヲ俟タヌ。又不法行為ノ当事者ハ相手方ヨリ其行為ノ履行ヲ請求スルニ當リ、其行為ノ不法ナルコトヲ理由トシテ其請求ヲ却クルコトヲ得ルニ非ズヤ。若シ然ラバ其行為ノ不法ナルコトヲ理由トシテ既ニ給付シタルモノヲ取戻スコトヲ得ルハ敢テ怪ムニ足ラザルナリ。」「二人共謀シテ不法行為ヲ企ツル場合ニ於テハ兩人共ニ憎ムベシト雖モ、其一人ガ他ノ一人ヲ信ジテ之ニ金銭其他ノ物ヲ交付シタルニ、他ノ一人ハ初ヨリ不法ナルコトヲ知りテ企テタル行為ノ不法ナルコトヲ口実トシテ其約束ヲ守ラズ又其受取りタルモノヲ返還セザルハ、其受取りタル者其交付シタル者ヨリ一層憎ムゲキコト多シ。然ルニ反対主義ニ拠レバ、其理由ハ兎ニ角其結果ニ至リテハ一層憎ムベキ者ヲ保護シテ却テ之ヨリ情ノ軽キ者ヲ酷待スルコトトナルベキノミ。」というものである。

<sup>2</sup> 法典調査会民法議事速記録・前掲注（1）253頁以下。

<sup>3</sup> 法典調査会民法議事速記録・前掲注（1）263頁以下。

<sup>4</sup> 法典調査会民法議事速記録・前掲注（1）272頁以下。

<sup>5</sup> 谷口知平「法典調査会民法議事速記録より見た不法原因給付」松山商大論集17巻6号197頁。

- <sup>6</sup> 我妻栄『民法講義Ⅳ 新訂債権総論』（岩波書店,1972年）70頁。
- <sup>7</sup> 小野秀誠『債権総論』（信山社,2013年）79頁、平野裕之『コア・テキストⅣ 債権総論〔第2版〕』（新世社,2017年）94頁以下。
- <sup>8</sup> 平野・前掲注（7）95頁。
- <sup>9</sup> 於保不二雄『債権総論（新版）〔法律学全集20〕』（有斐閣,1972年）72頁以下では、不法原因給付の支払または返還債務を自然債務と評価することに対して、「民法90条の趣旨に基づき、不法原因給付の支払または返還について、法がその協力を拒否するものであって、自然債務を認める余地はない。」としている。
- <sup>10</sup> 平野・前掲注（7）95頁。
- <sup>11</sup> 大江忠『第3版 要件事実民法（4） 債権各論』（第一法規,2005年）649頁。
- <sup>12</sup> 横田秀雄『債権法各論』（清水書店,1862年）598頁。
- <sup>13</sup> なお、不法原因給付は、給付者の不法原因給付不発生の抗弁であると位置づけたうえで、信義衡平の観点から、正当な利害関係を有する第三者に対してはこの抗弁が主張できず、給付者以外の者が不当利得返還請求権を行使することを認める見解もある（中川毅『不法原因給付と信義衡平則』（有斐閣,1968年）55頁、58頁）。
- <sup>14</sup> 畑佳秀「判批」法曹68巻7号226頁。
- <sup>15</sup> 片山直也「判批」『民事判例X—2014年後期—』（日本評論社,2015年）84頁。
- <sup>16</sup> 第三百八十八条 ①家資分散ノ際其財産ヲ蔵匿脱漏シ又ハ虚偽ノ負債ヲ増加シタル者ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ処ス  
②情ヲ知テ虚偽ノ契約ヲ承諾シ若クハ其媒介ヲ為シタル者ハ一等ヲ減ス  
第三百八十九条 家資分散ノ際牒簿ノ類ヲ蔵匿毀棄シ若クハ分散決定ノ後債主中ノ一人又ハ数人ニ其負債ヲ私償シテ他ノ債主ヲ害シタル者ハ一月以上二年以下ノ重禁錮ニ処ス
- <sup>17</sup> A 会社と顧客との間では以下の内容の契約が交わされていた。
- 1.顧客は商品代金（以下出資金）及び登録料と手数料をA会社に支払うことで会員になる。
  - 2.会員となった者（以下、紹介会員）は、A会社から2年間に亘り毎月出資金の10%に相当する金員を受領し、2年間の期間満了時又は解約時にAが本件商品を買戻して、会員は出資金と同額を受取る。
  - 3.会員が本件商品を紹介し、当該顧客が本件事業の会員になった場合には、新規会員を紹介した会員は、退会するまでAから被紹介人数に月額配当を乗じた額を受取る（非紹介者の上限は10名であり、被紹介人数が奇数の場合には（被紹介者の数-1）に月額配当額を乗じた額となる）。
  - 4.被紹介者が10名に達した場合には、紹介会員は、A会社から一時紹介料に加えて、被紹介者が更に会員を紹介したときに、被紹介者が紹介した人数に配当額を乗じた金額を受け取ることが出来る（被紹介者が紹介した人数が奇数の場合には、一次紹介と同様にマイナス1とした上で、月額配当額を乗じた額となる）。
- <sup>18</sup> 畑・前掲注（14）217頁。
- <sup>19</sup> 上原敏夫「判批」『倒産判例百選〔第4版〕』189頁。なお、上原は、本判決の理論は、破産管財人だけでなく差押債権者による不当利得返還請求権の行使の場合にも及びうることを指摘する。また、さらに進んで差押債権者と代位債権者とは、①代位債権者は、債務名義に基づく差押手続きを踏んでいないものの、債務者の意思によらずにその財産管理に干渉して自己の債権の保全

をはかる点で共通しており、②そして差押債権者の取立訴訟と債権者代位訴訟とで、訴訟物及び被告（第三債務者）の提出できる防御方法に差がないことから、代位債権者による返還請求権の行使に際しても本判決の理論が及びうることも言及している。

<sup>20</sup> 松本恒雄「判批」法セミ392号20頁以下。

<sup>21</sup> 708条については、不当利得返還請求の場合だけでなく、所有権に基づく返還請求や不法行為に基づく損害賠償請求にも適用されるとの判例・通説に従えば、破産管財人が行使する否認権についても708条の規制が及ぶとする解釈の余地もあり、破産管財人固有の権利であることをもって708条の適用を否定した大判昭6年判決についても本判決を契機にその判断方法を見直す余地があるとされる。具体的には、破産危機時に公序良俗に反する行為がなされたときには、公序良俗違反行為の無効を原因とする給付の返還と、詐害行為否認の両方を行うことが考え得るが、この時、無効を原因とする給付の返還が708条により認められないものであるなら、否認権の構成をとったとしても708条の趣旨が否認権行使にも及び、やはり請求が否定されるというものである（木村真也「判批」事業再生と債権管理151号150頁）。

<sup>22</sup> 破産管財人は総債権者のために権利行使するのに対して、代位債権者の場合には債権者が直接金銭の支払いを受けることが許され、また自身の特定債権の保全のために権利行使することもあるという点において両者は異なり、本判決は先例と整合的であるとされる（尾藤正憲「判批」金法2012号81頁）。

<sup>23</sup> 野々上敬介「判批」新・判例解説 Watch17号73頁。

<sup>24</sup> 大澤彩「判批」ジュリ1479号80頁。

<sup>25</sup> 畑・前掲注（14） 224頁。

<sup>26</sup> 瀧久範「民法708条の目的論的縮減—ドイツにおける贈与サークル（Schenkkreis）に関する諸判決を素材に一」民研695号14頁。

このほかにも、26年判決を禁止規範の保護目的から見た場合、その判断における実質的な理由は①無限連鎖講の仕組みと違法性、②被害を受けた者が破産債権者の大多数をしめていること、③これらの債権者に破産配当を行うことが衡平にかなうこと、④他方返還を拒み受益者に利益を保持させることは相当でないことがあげられるとされる（木村・前掲注（21）148頁）。

そして、この判断枠組みによれば、判例の射程として、闇金業者が破産手続きを開始した場合の消費借主への貸金返還請求においては、破産管財人からの返還請求が認められ、不貞関係を継続することを目的として贈与が行われたのちに贈与者の破産手続きがなされた場合及び臓器売買の買主について破産手続きがなされた場合には返還請求は否定され、詳述すると以下の通りだという（木村・前掲注（21）149頁以下）。

闇金業者の事案においては、①違法金融を禁圧する必要性が特に高いことに加え、②受益者はいわば被害者である借主であること、③被害者の大多数が債権者となっているとは限らず、借主から返還を受けて配当することが衡平であるともいえないことなどから、返還請求は否定される。不貞関係における贈与の事案においては、①不貞関係を約束する合意が公序良俗に反する程度が高く贈与者への非難性が著しいこと、②贈与を受けた者は被害者の地位にあること、③贈与者の債権者としても当該贈与（金銭給付等）からの回収を期待すべき立場にはないことなどから返還請求は否定される。

臓器売買の事案においては、①売主の保護の必要性が高いこと、②通常買主の行為の違法性が著

しいと評価されること、③買主の債権者としてもその代金からの配当を期待すべき地位にあるとはいえないことなどから返還請求が否定される。

<sup>27</sup> 松浦聖子「判批」法セミ723号134頁。

<sup>28</sup> 大澤・前掲注(24) 80頁。

<sup>29</sup> 野々上・前掲注(23) 74頁。 もっとも野々上は、騙取金弁済のような、不当利得制度を用いて受益者と給付者の債権者との利害対立の調整をしている他の類型において確立されている準則との均衡を図る必要性も指摘している。

<sup>30</sup> 上野達也「判批」法教〔判例セレクト2015〔I〕〕19頁。

<sup>31</sup> 木村・前掲注(21) 149頁。

<sup>32</sup> 我妻・前掲注(6) 1132頁。

<sup>33</sup> 四宮和夫『事務管理・不当利得(事務管理・不当利得・不法行為 上巻)』(青林書院,1981年) 158頁。

<sup>34</sup> 我妻・前掲注(6) 1133頁、谷口知平『不法原因給付の研究(第3版)』(有斐閣,1977年) 1頁。

<sup>35</sup> 藤原正則『不当利得法』(信山社,2002年) 88頁以下

<sup>36</sup> 藤原・前掲注(35) 88頁以下

<sup>37</sup> 藤原・前掲注(35) 89頁以下

<sup>38</sup> 我妻・前掲注(6) 1133頁。

<sup>39</sup> 谷口・前掲注(34) 2頁以下

<sup>40</sup> 我妻・前掲注(6) 1135頁、谷口・前掲注(34) 2頁。なお、不法性の要否に関しては、そもそも不法性の認識は不要であるとする学説もある。不法性の認識を要するとする学説を主観説、不要とする学説を客観説と言い、給付者以外の第三者が行う返還請求権について、客観説ではこれを否定する方向に、主観説では肯定する方向に傾きやすいとされる(山田希「判批」立法361号252頁)。

<sup>41</sup> 谷口・前掲注(34) 17頁以下。

<sup>42</sup> 谷口・前掲注(34) 18頁。

<sup>43</sup> 我妻・前掲注(6) 1162頁、松坂佐一『事務管理・不当利得〔新版〕』(有斐閣,1973年) 194頁、谷口知平・甲斐道太郎編『新版注釈民法(18)債権(9)事務管理・不当利得』〔谷口知平・土田哲也〕(有斐閣,1991年) 695頁。

<sup>44</sup> 我妻・前掲注(6) 1162頁、松坂・前掲注(43) 194頁、谷口=土田・前掲注(43) 695頁。

<sup>45</sup> 伊藤眞『破産一破滅か更正か一』(有斐閣,1986年) 171頁。

<sup>46</sup> 伊藤・前掲注(45) 171頁以下、山田・前掲注(40) 253・255頁(もっとも、この考えは禁止規範の保護目的は何かということから、708条の適用の有無を判断するものであり、違法性が極めて強く、法もその違反者に対して厳格な姿勢で取組んでいるところの無限連鎖講における、不当利得返還請求権の譲受人に関しては708条の適用があるとする)。本田純一「判批」判時1385号195頁。

<sup>47</sup> 伊藤・前掲注(45) 171頁。

なお、改正前民法では468条において債権譲渡に異議無き承諾をした場合には、譲渡人への抗弁を譲受人に主張できなくなることが規定されていた。不法原因給付は抗弁であると解すると、468条による異議無き承諾がされた際に、譲受人である請求者に対する不法原因給付の主張も封



じられるのではないかという理論的問題が考えられた。しかし、現行民法においては異議無き承諾の規定は削除されているため、理論的問題は解消されていると考えられる。

<sup>48</sup> 本田・前掲注(46) 195頁。

<sup>49</sup> 谷口・前掲注(34) 18頁。

<sup>50</sup> 谷口・前掲注(34) 18頁。

<sup>51</sup> 我妻・前掲注(6) 1162頁。その他に松坂・前掲注(43) 194頁。

<sup>52</sup> 谷口・前掲注(34) 18頁。

<sup>53</sup> 谷口=土田・前掲注(43) 695頁。

<sup>54</sup> 出水順「破産管財人による不法原因給付債権の行使に関する覚書」『現代民事法の実務と理論(下巻)』(きんざい, 2013年) 425頁。

<sup>55</sup> 最判平成26年判決(民集 68巻8号1325頁)の控訴審である東京高裁平成24年6月6日判決においても、この点が指摘されていた。

<sup>56</sup> 伊藤・前掲注(45) 171頁, 本田・前掲注(46) 195頁, 山田・前掲注(40) 255頁(もともと、山田は無限連鎖講の事案の分析に際して言及しており、一般的に差押債権者には708条が適用されるとまでは明言はしていない)。

<sup>57</sup> 谷口・前掲注(34) 18頁。

<sup>58</sup> 四宮・前掲注(33) 180頁、藤原・前掲注(35) 116頁。

<sup>59</sup> 我妻・前掲注(6) 1162頁。

<sup>60</sup> 出水・前掲注(54) 442頁, 伊藤・前掲注(45)

<sup>61</sup> 伊藤・前掲注(45) 172頁。

<sup>62</sup> なお、代理人及び相続人を708条の適用対象とする論拠について、給付者本人との同一性から説明することはもちろん、不法な行為の抑止という観点からも説明が可能であると思われる。すなわち抑止力の観点からすると、第三者が代理人である場合には不当利得返還請求権の効果は給付者に帰属するのであるから、これを認めると抑止力がなくなる。代理人には当然に708条が適用されることとなるだろう。他方、相続人については、給付者に形式的にも実質的にも利得は戻らないため、一見して不当利得返還請求を認めたとしても給付者への抑止力には影響がなさそうにも思える。しかしながら、利得の有無だけが人間の行動原理となるわけではないことは、社会一般において贈与や遺贈などが行なわれていることから明らかである。すなわち給付者が、例え自身に利得が戻らなくとも知人や親族が利得を得ることで満足するような者である場合には、相続人や受贈者を708条の適用から除外することは、代理人や代位債権者の場合と比較して程度は下がるものの、給付者が不法な行為を行なうことを抑止する効力を欠く結果をもたらさう。

<sup>63</sup> 瀧・前掲注(26) 15頁。もともと、瀧は一般化できることまでは明言していない。

<sup>64</sup> 木村・前掲注(21)

<sup>65</sup> 本田・前掲注(46) および最判平成26年判決の2審でも、債務縮減による利得効果が指摘されている。もともと、本田は708条の趣旨はもっぱらクリーンハンズであり、債務の縮減による利得効果は708条の潜脱にはならないと評価するようである。

<sup>66</sup> 中川・前掲注(13) 86頁、87頁。

<sup>67</sup> 破産管財人が破産者の不当利得返還請求権を行使することの可否について、これまでの判例や多くの学説のように破産管財人の法主体性に着目した画一的な基準を立てることに對しては疑問も

呈されており、むしろ禁止規範の目的という点から事案ごとにその処理の合理性を検討し、個別具体的な解決を図るべきであるという指摘もある（木村・前掲注（21）148頁）。

<sup>68</sup> 藤原・前掲注（35）では不倫相手への遺贈の事案について、遺贈が公序良俗違反であると認められても、残された配偶者が返還請求することは不法原因給付に当たるとする結論に対して批判をしている。筆者もこの批判に賛同する。ただし、藤原は不法原因給付が認められない理由として、配偶者に非難性が無いということ挙げているが、これが「禁止規範の保護目的」とどのように関係するのかという詳細は語られていない。後述するように、給付者以外の者の利益保護と公序良俗違反性の問題を論じておく必要があるように思う。

<sup>69</sup> 詳しくは拙稿「法律行為の不利益の反射効に関する一考察」新報 123巻8号, 273-312頁を参照。

<sup>70</sup> 給付者以外の者による返還請求は、給付者以外の者の保護の問題であることを示唆するものとして、平野裕之『債権各論Ⅱ—事務管理・不当利得・不法行為—』（日本評論社, 2019年）87頁以下。

また、この他にも平田健治『不当利得法理の探求』（信山社, 2019年）432頁以下では最判平成26年判決の評釈において破産管財人について一般的に708条の適用を排除するのではなく、「不法原因給付が、もともと給付者と受領者の不法性の衡量より出てくる請求排除だとすれば、一応給付者の不法性の優越で請求排除の効果（708条本文）を認め、その先は、（そう考えてもよいかもそもそも問題であるが）無効と第三者保護という問題に類似した（単なる無効原因一般と不法原因給付性が認められる場合は異なるが）相対的解決を、請求排除の趣旨を上回る保護の要請ないし利益が肯定できるか否かの個別の評価のうえで（信義則を使うか否かはともかく）導入することになる。」としており、示唆に富むものである。藤原正則「破産管財人の不当利得返還請求権と不法原因給付の抗弁—民法708条本文の適用の制限—」『21世紀民事法学の挑戦〔下巻〕』（信山社, 2018年）510頁も平田の見解を支持してゐる。

<sup>71</sup> 詳しくは拙稿「離婚後の配偶者の生存利益と離婚前の贈与の公序良俗違反性」新報法124巻11・12号, 109-147頁を参照

<sup>72</sup> 岡田愛「無限連鎖講の破産管財人による不当利得返還請求と不法原因給付—最高裁第三小法廷平成26年10月28日判決の検討—」京女法学7号209頁以下。