

貸金業制度に関するプロジェクト・チーム事務局会議でのプレゼンテーション

平成 22 年 2 月 4 日（木）10：30～於、金融庁

小林 節（慶大教授・弁護士）

「改正法の施行中止を」

1. 本来的に、大衆ひいては政治家の支持を得られない貸金業
多数派は借りない語らない（「借金は恥じ」の文化）
借りて語る少数派には「安ければ安いほど良い」取引：そこに合理性はない
2. このままでは、業界（表のマーケット）は壊滅する
闇金の跋扈（この辺に自然のバランスがあるのかも。しかし、消滅させるべし。）
破産の増加（予防されるべし。）
3. 社会の安全弁として不可欠な貸金業
本質的に銀行にも公にも馴染まないビジネス
4. 残すつもりなら、適正金利と「過払い」の遮断を
5. 機能していない監督官庁
目的と手段の齟齬
不可解な Code71 問題の決着
「証拠」を要求する思考停止
6. 目指すべきは多重債務の予防と業界の存続
両立は可能
処罰感情と強欲
7. 立法府と司法府の関係
「判例」の過大視と三権分立の機能停止
8. 理性的な報道の必要性
「傍目八目」であるべし



分かりきった「コード71」問題

昨今、信用情報機関の登録情報に「過払い」金返還請求を行った事実を含めるかどうか、いわゆる「コード71」問題が議論の対象になっている。
「過払い」金請求者の取引実態が芳しくない傾向に鑑みるならば、こうした情報登録こそが多重債務対策に有効になるはずではないか、と小林教授は説く。



法学博士
慶應義塾大学教授・弁護士
立法政策研究会代表
小林 節
Setsu Kobayashi

こばやし せつ・慶應義塾大学法学部教授（法学研究科兼務）、弁護士。法学博士、名誉博士。1949年東京都生まれ。1977年慶大大学院法学研究科博士課程修了。ハーバード大学ロー・スクール客員研究員を経て、1989年に慶大教授に就任。その後、北京大学招聘教授、ハーバード大学ケネディ・スクール・オヴ・ガヴァメント研究員等を兼務。著書に『憲法守って国滅ぶ』（KKベストセラーズ）、「国家権力の反乱」（日新報道）他、多数。

何か空しい押し問答

改正貸金業法により内閣総理大臣の指定を受ける情報機関が収集・提供する顧客の信用情報に、いわゆる「過払い」金返還請求を行ったという事実を含むべきか否か？ について論争（と言っ）よりも、何か空しい押し問答（？）が続いている。「コード71」問題である。

反対者の理由

「過払い」金請求の法的正当性
「過払い」金請求者の返済能力
「過払い」金請求者の返済能力
「過払い」金請求者の返済能力
「過払い」金請求者の返済能力

「過払い」金請求は、最高裁の判例に裏付けられた正当な権利行使であるから、事故情報ではなく、通常の完済と同様に対応されるべきである。
第2に、「過払い」金請求は、債務者の返済能力とは無関係な事実であるから、信用情報として収集・提供されるべきではない。
第3に、「過払い」金請求の事実

が「ブラック」情報とされることを恐れた債務者が、正当な権利行使である「過払い」金請求を不当に断念することを強いてはならない。
そして、これら3つの理由は、さらに次の2つに収斂されると言ってもよいであろう。
(1) (1と3から)、「過払い」金請求には法的な正当性があること
(2) (2から)「過払い」金請求者の返済能力（つまり、貸金業の顧客としての特性）には問題がないこと

求められる客観的・合理的な説明

この問題に対して、金融庁の立場は、指定情報機関が収集・提供する情報は、「信用情報」として取り扱うことについて、資金需要者等に対して客観的かつ合理的に説明可能なものでなければならぬ。事務ガイドライン1-3-2-3(1)という前提から、「完済後になされた過払い金の返還については登録してないと承知している」とのことである。（パブリック・コメントに対する庁の考え方より）

そして、ここまで整理して来ると、争点は極めて明快である。つまり、要は、「コード71を、事故防止に資する情報として収集・提供すべきでない」という上述の主張の根拠が合理的なものであるか否か？ を歴史的事実に照らして吟味すれば、おのずと答えが出て来るはずである。

いわゆる「過払い」金概念の法的不当性

そこで、私も検討してみたい。まず、私はこれまで一貫して語って来たが、いわゆる「過払い」金なる概念は、法的に、全く不当なものであると考えている。

前提として、昭和29年に「国会の意思」（つまり法律）として規定された「現行」法制度では、金利は今でも次のようになってはいるはずである。つまり、利息制限法1条1項で、原則金利は年20%（月1.6...%）であるが、同2項で、それを超える例外金利も当事者が任意に支払えば有効である。ただし、それも出資法5条2項の制限（年29.2%（月2.43...%））を超えれば違法になる。

それに対して、昭和39年に最高裁判所が、制限法1条の1項が、「強行法規」である以上、それに反する2項は無効である...という、国語的にも法学的にもとんでもない判断を下した。さらに、昭和43年に、最高裁は、制限法1条1項の利率を超過した部分は返還請求が可能であるとした。それに対して、昭和58年に、「国権の最高機関」で「唯一の立法機関」である国会が、貸金業規制法43条により、（契約書と領収証を交付する等の）条件付で、制限法1条2項の有効性を確認した。

ところが、平成18年に、最高裁が、貸金契約書の中に「期限の利益喪失条項」がある限りその契約は「任意ではない」という不可解な「理由」で、制限法1条2項をまたも排除してしまった。

特定の「悪徳高利貸」対「悲惨な多重債務者」の事件の解決を訴えられた裁判所がそのような苦しい判断を行うことはあり得るだろう。しかし、判例法国ではないわが国で、判決には法律と同じ対等的な一般効力は与えられていない。だから、今でも、制限法1条の1項（原則）と2項（例外）は法律として有効で私

私たちを拘束している。

そして、有効な法律と行政指導に従って取引し、決算も納税も済ませた過去の利益から、時効もなく何十年も過って、1項と2項の差額を返せ...などという裁判所の命令は、明らかに「事後法による財産の収奪」で、典型的な憲法（29条、31条）違反である。だから、新しい立法で「過払い」金請求を遮断すべきで、それは民意と政治の意思でできることである。

このように、「過払い」金なる概念は、かつて今も将来も、まったく不当である。

「過払い」金請求者の良くない特性

次に、これまでに「過払い」金請求を行った債務者の債務者としての特性（つまり金銭感覚）は、私が多数の貸金業者から聞いた話では、「良くない」とのことである。

例えば、長年にわたり完済せずにダラダラと借金生活を続けて来た者の生活態度は、短期の止むを得ない緊急資金を合理的に利用して急な資金ショートを凌いだ普通の顧客のそ

れとは違うはずである。つまり、自動貸出し機から飲み屋やパチンコ・ホールへ直行するような生活態度を改めずにいた者が、クレサラ弁護士・司法書士に勧められて事を構え、図らずも得をした体験が、その後もだらしない借金生活を続けさせてしまっているのであろう。

コード71こそ有効な多重債務対策

だから、コード71でそのような本来的に多重債務に陥りやすい人々を市場から排除してあげるからこそ、有効な多重債務対策であろう。

ここで、今回の全ての議論の出発点が多重債務の解消と予防であったことを、関係者全ては、改めて想起すべきである。

そして、全国の貸金業者は、「過払い」金返還請求者のその後の取引実態に関する有為な統計情報を持っているはずであり、それこそがこの不毛な論争に決着をつける決め手としてのコード71情報そのものである。（2009年7月6日（月）記）



施行中止が不可避な改正貸金業法

6月に迫った改正貸金業法完全施行を前にして、今、業界は壊滅寸前である。ここで小林教授は、改めて、この市場が社会にとって不可欠ならば、採算の合う新金利と「過払い返還」遮断のために新立法が必要だと提言する。



法学博士・名誉博士
慶應義塾大学教授・弁護士

小林 節

Setsu Kobayashi

こばやし せつ・慶應義塾大学法学部教授(法学研究科兼務)、延辺大学(中国)客員教授、学校法人日本体育会学事顧問、弁護士。法学博士、名誉博士。1949年東京都生まれ。1977年慶大大学院法学研究科博士課程修了。ハーバード大学ロー・スクール客員研究員等を経て、1989年に慶大教授に就任。その後、北京大学招聘教授、ハーバード大学ケネディ・スクール・オヴ・ガヴァメント研究員等を兼務。著書に「憲法守って国滅ぶ」(KKベストセラーズ)、「国家権力の反乱」(日新報道)他、多数。

社会にとって不可欠な市場がなくなってしまう危険性

まず、全ての前提として、今日本国政府にはつきりさせてほしい事がある。それは、現在と将来、この国に貸金市場は要るのか要らないのか? という点である。

そして、「要らない」というのであれば、事態をこのまま放置しておけばよい。自然にこの市場はなくなってしまうはずである。

まず、普通にやってみると、採算の合う金利が年23%のビジネスを20%以下でせよ...と法律で強制すれば、資本は、そのような、自然に赤字になる市場から逃げ去ってしまう。そして、既にその現象は起きている。また、法律と行政指導に従い約定した金利について、特定の事例において困窮した債務者を救いたいという思いから最高裁が取引書類の不備をかなり強引に認定し、その効果として例外金利が否定された1例を根拠に、過去の全ての取引の金利を約3分の1返せ...などと公的に迫られる市場で生き残れる業者がいるはずもない。

科学的根拠もなく行われた「改革」

ところで、改めて考えてみると、今回

に低い。
誤解の連鎖のような「過払い」返還
新金利と相俟って、今、貸金業界を疲弊させているのが、いわゆる「過払い」利息の返還請求である。
ほとんどの人は、「これは最高裁で決まったことだから、仕方ない」と言う。しかし、これも誤解か嘘である。
現行法上、原則金利は年20%である。しかし、同じく、本人が任意で約定して支払えば年利29.2%までは合法である。ただし、その条件として、きちんとした契約書と領収書を交付することが必要である。そして、ある事例で、最高裁は、その特定のかわいそうな多重債務者を救いたいという思いから、かなり無理をして、その領収書交付の事実を否定し、その場合の例外金利を「取り過ぎ」だから返せ...とした。その際、期限の利益喪失条項がある契約書を「強制」によるものとして扱い、無効にした。

政治の質を止す好機

現在進行中の「政治改革」とは、一面で政策に強い政治に変えることである。だから、まず、改正貸金業法の施行を中止し、その上で次の立法措置を取るべきである。

- (1)原則金利年20%と例外金利年29.2%の有効性を確認する。その際に、書類交付の要件については、取引の実態に照らしてもっとも合理的な書式で十分であることを条文中に明記する。
- (2)原則金利と例外金利の関係が有効である以上、両者の差額を「過払い」とする。般原則あり得ないというところを、国会の意思として条文付則にでも明記する。

これは、政治の質を止す好機であらう。

(2009年12月11日(金)記)

採算の合う妥当な金利が必要

貸金業は、古今東西どこにもある職業で、それだけ人間社会に不可欠なビジネスである。そうである以上、まず、制度としてこのビジネスが成り立つ(金利が不可欠である)。

この金利の話をすると、しばしば、「新しい年利20%でも高すぎる。だいたい、通常の商売で利益率が20%であるから、金利20%の元手で仕事をやって行けるはずがない」という主張に出る。しかしこれは、単なる誤解か嘘である。

つまり、まず、「金利年20%の元手で仕事をやる者」など、通常、いるはずがない。通常は、金利ゼロの自己資本かせいぜい年利2~3%の銀行からの融資で仕事は行われている。その上で、取引先(特に親会社や元請)からの支払い期日の関係で、特定の月末に決済資金が不足した場合にだけ、事業家は貸金業者から金を借りる。いわゆる緊き資金である。この場合の金利は「月1~7%弱」である。これは、レジャーや冠婚葬祭で月末に資金ショートして消費者金融を利用した者も同じである。

ちなみに、カナダの金利は年60%で、アメリカでは各州の平均が年40%弱である。だから、わが国の年29.2%は決して高くはなく、年20%はむしろ異常

の貸金業法の改正は、実は科学的根拠のないものである。

まず、その立法目的は「多重債務」者の救済と予防にある。しかし、これまでの制度の下で多重債務者は、(きちんとした定義も統計もないが)一応信頼できる推計によれば、貸金業の顧客の5~20%であった。とすると、80~95%の顧客は現行制度の下で何も問題を起こしていないかかったことになる。普通、ある制度の当否を考える場合、8~9割の利用者がその下で問題がなければ、その制度は正しいものとされるはずである。しかも、既に明らかになっているように、多重債務の原因は金にだらしがない当人の性格にある。だから、同じ制度の下で、同じような社会的立場と収入がありながら、多重債務に陥る者とそうでない者がいる。

にもかかわらず、今回の改正は、主に金利を下げることで多重債務者を減らそうとしている。しかし、元々金銭感覚のルーズな人物は、たとえ金利が下がっても、必ず、再度トラブルを起こすはずである。

つまり、今回の立法は、金利が原因でないにもかかわらず金利を改めた...という勘違いの政策で、むしろ、その副作用の方が問題である。



国家賠償

国民を守る、それが国家の本務である。
にもかかわらず、国家の過失から来る作為や不作為により
国民の人権が侵害された場合、国民は甘受すべきではない。
国民には、言論の自由の他に、
出訴し自己の救済と国策の是正を求める権利がある。

こばやし せつ・慶應義塾大学法学部教授(法学研究科兼務)、延辺大学(中国)客員教授、学校法人日本体育会学事顧問、弁護士。法学博士、名誉博士。1949年東京都生まれ。1977年慶大大学院法学研究科博士課程修了。ハーバード大学ロー・スクール客員研究員等を経て、1989年に慶大教授に就任。その後、北京大学招聘教授、ハーバード大学ケネディ・スクール・オヴ・ガヴァメント研究員等を兼務。著書に「憲法守って国滅ぶ」(KKベストセラーズ)、『国家権力の反乱』(日新報道)他、多数。



法学博士・名誉博士
慶應義塾大学教授・弁護士

小林 節

Setsu Kobayashi

憲法17条と国家賠償法

国家賠償法1条は、「国」の公権力の行使に当る公務員がその職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国がこれを賠償する責に任ずる」と規定している。これは、「伝統的な不法行為責任(民法709条)が国家権力にも及ぶことを明確にした日本国憲法17条の下で新たに導入されたものである。かつての君主権国家では、「神」に由来する国家権力の無謬性が前提であったため、国家による「不法」行為という概念は存在しなかった。しかし、歴史の流れの中で、神ならぬ不完全な人間が担う公務に誤謬があり得ることが広く認識されるに至り、国家賠償の法理が確立された。

一切の国家作用が対象になる

まず、ここで言う「公権力の行使」とは、国家の作用の一切から私経済作用(物品の購入)と営造物(学校)の設置・管理を除いた全てを意味する。また、それは作為と不作為を含む。だから、法令の制定、改廃、施行、行政指導だけでなく、危険防止措置の懈怠なども含まれる。もちろんそれは、行政権だけでなく、立法権や司法権も含む。また、「故意又は過失によつて」の「過失」

には、危険が生ずる予見可能性があったにもかかわらず何もしなかったことや、職務を怠るべき義務に違反したことも含まれる。

措置が妥当性を欠く場合も含まれ、被害の重大性も考慮される。

また、「こじや言う」「違法に」は、法令違反の他に、裁量の逸脱・濫用に加え、問題の措置が社会的妥当性を欠く場合も含まれ、判断に際しては、被害の重大性も考慮される。

そして、問題の行為と相当因果関係にある損害が賠償の対象になる。つまり、その行為から通常発生し得ると考えられることの全てである。それは、財産上の損害と精神上の損害(慰謝料)たるを問わない。また、将来の取入(逸失利益)も含まれる。

貸金業を巡る国策の変遷

以上の判断基準を持つて貸金業界を巡る国策の変遷を通過してみると、次のように整理できるであろう。

まず、昭和37年まで、最高裁は、いわゆる「過払い」金(例外金利部分)の返還請求を一貫して否定していた。しかし、それが、まず39年に元本充当を認め、43年、ついに返還を認めた。ここに大き

な判例変更があった。

もちろん、個々の事件にはそれぞれ特有の事実関係があり、それ故に、適用法令の立法趣旨にかかわらず、裁判所の判断にはそれぞれ一面で止むを得ないものもある。しかし、立法府がそれを放置しておく、似たような事件が裁判所へ持ち込まれる度に法律の同様な「曲解」が重ねられ、いつの間にか社会一般にそのような規範意識が形成され、適用法令が空洞化されてしまう。

そこで、司法部に法律の運用を歪められた立法部が、昭和58年に、「国権の最高機関」の唯一の立法機関として、法状況の是正に動いた。そして、①契約締結時に、内閣府令に従った書式の契約書を遅滞なく交付し、②弁済の都度、内閣府令に従った受取証書を交付すること…を条件に、いわゆる「過払い」を有効な利息の弁済と見做す…ことを確認する。貸金業規制法(43条)が制定された。

ところが、23年後の平成18年に、クレサラ弁護団の地道な努力の結果、最高裁は、(1)受取証書に(内閣府令に従い)契約年月日に代えて契約番号を記載したものは規制法43条の条件を満たしていない。(2)従つて、制限を超えた違法な金利を期限の利益喪失条項で強制している以上、任意とは言えないとして、規制法43条と利息制限法1条2項の適用

を否定した。これは、実務上はほとんど「言い掛かり」に等しい解釈ではあるが、とはいえ、最高裁の有権限解釈である以上、決定的であった。これで、貸金市場は、いわば「ダムが決壊」したような状態になってしまった。

人権が否定されている

つまり、通常の業者の採算が取れる金利が年23%切りと言われるビジネスの金利を法的に20%に制限してしまつたら、資本がこの市場から逃げてしまうことは自明であった。その結果、貸金を生業として来た者の多くが職業選択の自由(憲法22条1項)の放棄を強いられることになった。さらに、もっと深刻なことは、少なくとも過去23年間にわたり法令と行政指導に従い取引・收受し、決算・納税も済ませた財産権(憲法29条1項)を、貸金業者は、「過払い」の名の下に時効もなく取奪されることになってしまった。こうして貸金業者が滅亡され、市場が機能しなくなった場合には、これまで市場を利用して来た多数の消費者と事業者は、間金被害か破産を事実上、強要されることになる。

このような立論に対して、時に、「人は手持ちの金の範囲で生活すべきで、借金などすべきではない。」と説教を垂れる向きがある。しかし、冠婚葬祭や社

交が重なった時に不義理をしたくない者が必要とする緊急資金、通年で黒字でも特定の月末に資金ショートした中小事業者の緊急資金などは、明らかに正当な需要である。また、金を溜めた後に商品を買うか、or 買って利用しながら分割して支払うか、の選択は各人の自由なはずである。

明確に予測された危険を防止する措置の概念

だから、行政府と立法府は、本来平成18年の司法判断に対して、市場(すなわち消費者と業者)を守るために、危険防止措置を講ずる義務があった。当時から危険は明確に予測されていたし、事態が確実そのように進んでいる。にもかかわらず、行政府と立法府は、当時の実質科学的根拠のない「多重債務者保護」という社会的興奮の中で、18年の司法判断を一般化する政策を実行した。まさに、誤つた行政指導、誤つた立法、少なくとも危険防止措置の意図が行われ、その結果、多数の国民の人権が侵害されている。

被害者が出訴することで、被害が救済されると同時に国家の振る舞いに適法性と正当性が回復される…ことを期待する制度が国家賠償訴訟である。

(2010年1月11日(記))