

民法（債権関係）の改正に関する論点の検討(16)

目次

第1	贈与.....	1
1	成立要件の見直しの要否	1
2	適用範囲の明確化等	2
3	書面によらない贈与の撤回における「書面」要件の明確化（民法第550条）	4
4	贈与者の責任（民法第551条第1項）	7
5	負担付贈与（民法第551条第2項，第553条）	10
6	死因贈与（民法第554条）	12
7	その他の新規規定	13
	(1) 贈与の予約	13
	(2) 背信行為等を理由とする撤回（解除）	14
	(3) 解除による受贈者の原状回復義務の特則	19
	(4) 無償契約への準用	21
第2	消費貸借.....	22
1	要物性の見直し	22
	(1) 消費貸借の成立要件（諾成契約化）	22
	(2) 貸主及び借主の権利義務	25
	(3) 目的物引渡し前の法律関係	29
	ア 目的物引渡債権を受働債権とする相殺の禁止	29
	イ 目的物引渡債権の譲渡，質権設定，差押えの禁止	30
	ウ 目的物引渡し前の解除	31
	(ア) 無利息消費貸借の場合の各当事者の解除権	31
	(イ) 事業者の消費者に対する融資の場合の借主の解除権	32
	エ 目的物引渡し前の破産手続開始による消費貸借の失効	33
2	消費貸借の予約	34
3	利息に関する規律の明確化.....	36
	(1) 利息の支払合意	36
	(2) 利息の発生期間	37
4	期限前弁済に関する規律の明確化.....	38
	(1) 返還時期の定めのある利息付消費貸借における期限前弁済の可否	38
	(2) 期限前弁済（期限の利益の放棄）によって生じた損害の賠償義務	39
	ア 原則.....	39

イ 事業者の消費者に対する融資の場合の免責	40
5 消費貸借の目的物に瑕疵がある場合の規律	42
(1) 貸主の担保責任	42
(2) 瑕疵がある目的物の価額の返還	43
6 準消費貸借の旧債務	44
7 抗弁の接続	44
別紙 比較法資料	1
〔ドイツ民法〕	1
〔スイス債務法〕	3
〔オランダ民法〕	5
〔フランス民法〕	6
〔共通参照枠草案〕	8
〔消費貸借に関する立法例〕	10
〔抗弁の接続に関する立法例〕	20

※ 本資料の比較法部分は、以下の翻訳・調査による。

○ ドイツ民法，スイス債務法，オランダ民法，フランス民法，共通参照枠草案，消費貸借に関する立法例，抗弁の接続に関する立法例

石川博康 東京大学社会科学研究所准教授・法務省民事局参事官室調査員

石田京子 早稲田大学法務研究科准教授・法務省民事局参事官室調査員

角田美穂子 一橋大学大学院法学研究科准教授・法務省民事局参事官室調査員

幡野弘樹 立教大学法学部准教授・法務省民事局参事官室調査員

また、「立法例」という際には、上記モデル法も含むものとする。

第1 贈与

1 成立要件の見直しの要否

贈与契約の成立要件については、現行の規定内容（諾成契約）を維持するものとしてはどうか。

○ 中間的な論点整理第43, 1「成立要件の見直しの要否（民法第549条）」[128頁（315頁）]

贈与の成立要件に関して、書面によること（要式契約化）や目的物を交付すること（要物契約化）を必要とすべきであるという考え方については、口頭でされる贈与にも法的に保護されるべきものがある旨の意見があることを踏まえて、贈与の実態に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6, 2 [65頁]】

《参考・現行条文》

（贈与）

民法第549条 贈与は、当事者の一方が自己の財産を無償で相手方に与える意思を表示し、相手方が受諾をすることによって、その効力を生ずる。

（書面によらない贈与の撤回）

第550条 書面によらない贈与は、各当事者が撤回することができる。ただし、履行の終わった部分については、この限りでない。

（比較法）

- ・ドイツ民法第518条
- ・スイス債務法第242条, 第243条
- ・フランス民法第931条, 第932条
- ・共通参照枠草案IV. H. - 2 : 101

（補足説明）

1 現行民法において、贈与は諾成契約とされており（民法第549条）、比較法的には緩やかに贈与契約の成立を認めている点で異例であるとも言われている。また、贈与が無償契約であることから、契約の拘束力の正当化根拠である意思が典型的に脆弱であるとも指摘されており、そのような考え方から、現行民法が贈与を諾成契約としているのは適切でないとの評価があり得る。そして、意思決定の慎重さを担保し、軽率な贈与に絡む紛争を未然に防止する観点からは、贈与契約の成立に書面を要するとすること（要式契約化）や、目的物の交付を贈与契約の成立要件とすること（要物契約化）などが考えられる（具体的な立法提案として、参考資料2 [研究会試案]・204頁）。

2 もっとも、このような考え方に対して、贈与の全てに契約書等の書面を要求することは、実務的に書面によらない贈与が少なくないという我が国の実態に適合しないとの指摘がある。また、履行前の贈与者の期待を保護する必要がある場合もあることから、贈与を一律に要物契約とすることについても、やはり我が国の実態にはそぐわないと指摘されている。

現行民法第550条は、「書面によらない贈与」について、「履行の終わった部分」を除いて撤回が可能であるとしており、実質的には要式契約あるいは要物契約であることと大差ないとの指摘がある。そして、民法第550条により撤回可能とされる「書面によらない贈与」の「書面」の明確化の要否については、後に別途検討することとしている（後記3参照）。

3 以上を踏まえ、本文では、贈与契約の成立要件について、現行の規定内容（諾成契約）を維持することを提案している。

2 適用範囲の明確化等

ア 贈与に関する民法第549条につき、「自己の」という要件は、削除するものとしてはどうか。

イ 贈与契約の意義につき、「当事者の一方が財産権を無償で相手方に移転する義務を負う契約」と定義した上で、それに沿って民法第549条の規定内容を改めるとの考え方があり得るが、どのように考えるか。

○中間的な論点整理第43、2「適用範囲の明確化等」（民法第557条）[128頁（315頁）]

贈与の適用範囲に関して、贈与の目的が「財産」を与えること（民法第549条）と規定されているところを売買と同様に「財産権」の移転と改めるかどうかについては、まずは贈与の目的を「財産権」の移転とした場合の規定を検討した上で、その適用範囲を制限物権の設定、権利放棄、債務免除等の他の無償行為に及ぼすべきか否か、また、これを及ぼす場合には、贈与の目的を拡大する形を採るか、贈与の規定を準用する形を採るかといった点について、無償契約への準用という論点（後記7(4)）との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

その際、合意による無因の債務負担行為も有効であるとして、これを明文化することの当否について、贈与の適用範囲との関係に留意しつつ、検討してはどうか。

また、他人の財産の贈与契約が有効であることを条文上明らかにするため、民法第549条の「自己の」を削除することの当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6、2（関連論点）1 [66頁]】

《参考・現行条文》

（贈与）

民法第549条 贈与は、当事者の一方が自己の財産を無償で相手方に与える意思

を表示し、相手方が受諾をすることによって、その効力を生ずる。

(比較法)

- ・ドイツ民法第516条
- ・スイス債務法第239条
- ・オランダ民法第7編175条
- ・共通参照草案IV. H. - 1 : 101

(補足説明)

- 1 贈与の効力要件を定める民法第549条は、贈与の目的物につき「自己の財産」としているが、他人の財産を目的とする贈与契約（他人物贈与）が有効に成立するとするのが通説である。これを踏まえ、本文アでは、他人物贈与が有効に成立することを条文上明らかにするために、同条の「自己の」という文言を削除することを提案している（なお、後記4イも参照）。
- 2 (1) 贈与の対象物は、条文上「財産」となっており、売買の「財産権」（民法第555条）とは異なっている。これに関連して、起草者は債務免除も贈与に該当する旨示唆していたとも言われ、学説には、無償での用益物権の設定が贈与に該当するものや、無因の債務負担（この補足説明3も参照）が贈与に該当するものがある。
(2) 立法提案には、贈与の対象物を「財産」から売買と同様に「財産権」に改めることを提案するものがある（参考資料1 [検討委員会試案]・298頁）。この提案は、次のように説明する。今日では贈与は無償の財産権移転契約と観念されていることから、贈与概念を明確化する観点から、贈与契約については無償の財産権移転契約と整理する。そして、贈与とされない無償契約への対処として、贈与のパートに贈与者の責任等、無償契約に共通して妥当する規定を設けた上で、贈与の規定を無償契約に包括的に準用することにより、それぞれの無償契約にふさわしい規律が可能であるとするのである。本文イでは、この提案を取り上げている。
(3) この論点は、贈与の規定を無償契約一般に準用する規定を設けるか否かの検討とも関連すると考えられる（後記7(4)参照）。第16回会議においては、財産権の移転が贈与の中心であることは確かであるが、その周辺部分にある例えば用益物権の設定、相手方に対する権利の放棄、債務免除、免責的債務引受、信託契約などについて、贈与の規定をどこまで適用ないし準用するのが相当かを考える必要があるとして、本文イのように贈与概念を規定する場合には、併せて「財産権の設定、変更、放棄その他自己の負担において相手方に利益を与える財産の処分」というものを措定した上で、それに贈与の規定を準用するということも考えられる旨の指摘があった。
- 3 (1) このほか、第16回会議において、合意による無因の債務負担行為が認められ

ることを規定上明確にすることの要否につき検討すべきとの問題提起があった。中間的な論点整理に対するパブリック・コメントの手續に寄せられた意見にも、金融商品の組成を考えるに当たって、具体的な原因関係の有無を問わずに債務者の単純な支払約束や支払債務承認により債務を発生させることの可否が問題になることがあるとの指摘があった。その具体例として、担保付シンジケートローンを組成するに当たって、エージェントに担保権を一括管理させるために借入人が「支払約束」により各貸付人とエージェントとを連帯債権者とする連帯債権を成立させることができるか否かという問題が紹介されている。

(2) 学説には、無因の契約も契約自由の原則から認められるとし、交互計算における計算書の承認(商法第532条)が類似の性質を有すると指摘するものがある。他方、第16回会議においては、単なる合意による債務負担を認めることが民法全体との整合性につき問題を発生させないか、慎重な検討が必要であるとの意見があった。

(3) 仮に合意による無因の債務負担行為を明文化する場合には、具体的にどのような規定を設けるかが問題となる。中間的な論点整理に対するパブリック・コメントの手續に寄せられた意見には、合意による無因の債務負担の明文化に伴う濫用の危険性を懸念するものが見られる。このような指摘に加え、保証に関する民法第446条第2項や贈与に関する第550条等との平仄なども踏まえると、仮に規定を設ける場合には、保証等と同様に要式行為とするなどの対策を講じることが考えられる。もっとも、そのような規律を設けることについては、現在行われている実務の円滑な運用を阻害するとの批判も予想される。

また、合意による債務負担行為を贈与の一類型と理解するか、それとも贈与とは別の契約類型として理解するかも問題となり得る。

合意による無因の債務負担行為を明文化するかどうかについては、以上のような課題を踏まえた具体的な立法提案が見られないため、本文では取り上げなかった。

3 書面によらない贈与の撤回における「書面」要件の明確化(民法第550条)

民法第550条の「書面によらない」については、贈与契約の内容を記載した書面が作成されていないことを意味する文言に改めるとの考え方があり得るが、どのように考えるか。

○中間的な論点整理第43, 3「書面によらない贈与の撤回における「書面」要件の明確化(民法第550条)」[128頁(316頁)]

贈与の撤回(民法第550条)における「書面」要件に関しては、原則として贈与契約書の作成を要するとするなど、これを厳格化することによって、契約締結後の事情の変化に応じた合理的な撤回の可能性を確保すべきであるという意見と、「書面」要件の厳格化によって、実務上行われている法的に保護されるべき贈与の

効力が否定されやすくなるおそれがあるという意見があった。これを踏まえて、「書面」要件の厳格化が現実の贈与取引に与える影響に留意しつつ、「書面」要件の内容を厳格化し、これを条文上明確にすることの当否について、更に検討してはどうか。

また、「書面」に電磁的記録を含めるべきか否かという点について、贈与に関する電子取引の実態を踏まえつつ、検討してはどうか。

さらに、書面によらない負担付贈与において、負担が履行された場合には撤回することができない旨を明文化することの当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6, 3 [69頁], 同(関連論点) [72頁]】

: 《参考・現行条文》
:

: (書面によらない贈与の撤回)
:

: 民法第550条 書面によらない贈与は、各当事者が撤回することができる。ただ
: し、履行の終わった部分については、この限りでない。
: -----

(比較法)

- ・ドイツ民法第518条
- ・スイス債務法第244条
- ・フランス民法第894条, 第931条
- ・共通参照枠草案IV. H. - 2 : 101

(補足説明)

1 民法第550条は、「書面によらない贈与」につき、履行が終わった部分を除き、撤回が可能であるとする。これは、贈与者の贈与意思を書面により明確にすることを促し、軽率な贈与に絡む紛争を未然に防止するためのものとされる。

もともと、判例は、民法第550条にいう「書面」の意義につき、「贈与の意思表示自体が書面によっていることを必要としないことはもちろん、書面が贈与の当事者間で作成されたこと、又は書面に無償の趣旨の文言が記載されていることも必要とせず、書面に贈与がされたことを確実に看取しうる程度の記載があれば足りる」

(最判昭和60年11月29日民集39巻7号1719頁)とするなど、緩やかに「書面」要件を肯定する傾向にあるとされる(判例の傾向については、部会資料15-2第6, 3の補足説明1 [70頁] 参照)。この点については、個別事案ごとに妥当な解決を志向しているとの評価がある反面で、「書面」の有無という形式的要件により撤回の可否を判断可能として軽率な贈与に絡む紛争を予防するという民法第550条の趣旨が達成されず、かえって「書面」への該当性を巡る紛争の原因になっているとの指摘がある。また、我が国においては贈与が相続類似の機能を果たしているところ、遺贈が厳格な要式行為とされているのに(民法第967条から第973条まで参照)、贈与について「書面」要件が緩やかに肯定されるのはバランスを

失すとも指摘される。

これらの指摘を踏まえると、民法第550条にいう「書面」につき、前記の趣旨により適合するような、より限定的なものであることを条文上明らかにすることの要否が検討課題となる。

- 2 贈与者の意思を明確にする等の目的を達するためには、判例のように贈与がされたことを確実に看取できる程度の書面とするのでは足りないとして、贈与契約自体を書面でしない限り、撤回が可能であることを条文上明らかにすることが考えられる。すなわち、撤回不能な贈与とするためには、典型的には贈与契約の当事者間で贈与契約の内容を記載した契約書が作成されることを要求し、そのような契約書が作成されていない場合には、履行が終わった部分を除き撤回可能とするのである。本文は、このような考え方等を取り上げている。

もっとも、贈与契約の内容が記載された書面の作成を要する旨をどのように条文化するかは、別途問題となり得る。前記の考え方を踏まえた立法提案には、「贈与契約が書面でなされなかったとき」という文言を提示するものがあるが（参考資料1 [検討委員会試案]・299頁）、現在の「書面によらない贈与（契約）」という文言との相違は、それほど明らかではないように思われる。また、保証契約の要式性について規定する民法第446条第2項についても、厳密な意味での契約書の作成が要求されているわけではないとの解釈が示されている。したがって、判例のような解釈論を立法によって変更するのであれば、例えば、「当該書面は、贈与契約の両当事者を作成名義人とし、贈与契約の内容を記載したものであることを要する。」などと具体的に明記する必要があると考えられる。このことをも踏まえ、本文の考え方について、どのように考えるか。

第16回会議においては、書面要件を緩やかに解する判例によると贈与者の経済状況が悪化した場合にも撤回が困難となる場面が多くなるなど受贈者の利益に偏しているとして、書面要件の厳格化に賛成する意見があった一方、有益な贈与の効力まで覆されるおそれがあるとして「書面」要件の厳格化に懸念を示す意見があった。

他方、中間的な論点整理に対するパブリック・コメントの手續に寄せられた意見には、「書面」要件を厳格化するのは逆に、むしろ判例の考え方を踏まえて「書面」要件を具体化すべきであるとの意見もあった。しかしながら、判例の「書面」要件の理解が条文化になじむほど確立したものといえるかについては疑問の余地がある上、そもそも判例の考え方に対する評価が分かれていることも考慮する必要があると考えられる。

- 3 (1) 第16回会議においては、民法第550条の「書面」に電磁的記録を含めることの要否についても検討すべきであるとの提案があった。

しかし、平成16年の民法改正（現代語化等）において、民法第550条の「書面」には電磁的記録が含まれないとの整理をしているが、その前提に特段の変化はないものと考えられる。確かに、電子メール等の普及に見られるように、電磁的記録は現代社会における簡便なコミュニケーションの道具として広く定着していると考えられる。しかしながら、その簡便さゆえに、贈与者の意思決定の慎重

さを担保する方法として不安があることは否定できず、とりわけ判例が「書面」要件を緩やかに解していることをも踏まえると、民法第550条の「書面」に電磁的記録を含めるとすることについては、軽率な贈与を防止するという同条の趣旨の観点から相当か否か、慎重な検討を要すると考えられる。

中間的な論点整理に対するパブリック・コメントの手續に寄せられた意見を見ると、インターネットを通じた寄付に法的安定性をもたらす観点から、民法第550条の「書面」に電磁的記録を含めることが相当であるとの意見がある。しかし、このようなインターネットを通じた寄付については、通常クレジットカードによって決済がされるものと考えられるが、受贈者に立替払（クレジット会社による決済）がされた時点で履行が終わったものとして、撤回ができなくなるものと解される。寄付の申込みからクレジットカード決済までの間の不安定性を問題にする指摘もあるが、やや問題が限定的であるようにも思われる。

以上を踏まえ、民法第550条につき、「書面によらない贈与」という要件を維持しつつその書面に電磁的記録が含まれるとの改正をするとの考え方は、本文では取り上げないこととした。

- (2) もっとも、民法第550条の「書面」につき、本文のように書面自体に贈与契約の内容が記載される必要があるものとする場合には、当該書面につき電磁的記録を含めることが考えられる。書面要件を厳格化することにより、それと同等の電磁的記録であれば、贈与者の意思の確実性を担保するには十分であると見る余地があるからである。どのように考えるか。
- 4 なお、中間的な論点整理においては、書面によらない負担付贈与の負担につき履行が終わった場合に贈与の撤回をすることができない旨の規定の要否につき、検討するものとされている。しかし、負担付贈与においては負担の価値と贈与の目的物の価値とが著しく異なることも多く、そのような場合を念頭に置くと、負担の履行が終わった場合に一律に負担付贈与の撤回ができない旨規定することの妥当性には疑問の余地がある。他方で、撤回を否定するのが相当である場合の具体的な要件の在り方を検討するのは、このような問題意識を踏まえた立法提案が見られないことなどから、困難であると考えられる。そこで、前記の問題点は、本文では取り上げていない。

4 贈与者の責任（民法第551条第1項）

ア 贈与の目的である物又は権利の瑕疵又は不存在に関する贈与者の責任の規定の在り方については、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 贈与者は、瑕疵のない目的物を引き渡す義務を負い、また、別段の意思表示がない限り他人の権利による負担のない権利を受贈者に移転する義務を負う旨の規定を設けた上で、民法第551条第1項を削除するものとする。

【乙案】 民法第551条第1項の規定内容を維持するものとする。

イ 他人の権利の贈与者は、当該権利を自ら取得した場合に限り、当該権利を受贈者に移転する義務を負う旨の規定を設けるとの考え方があり得るが、どのように考えるか。

○ 中間的な論点整理第43, 4「贈与者の担保責任（民法第551条第1項）」[129頁（317頁）]

贈与者の担保責任の法的性質については、売主の担保責任の法的性質の議論（前記第39, 1(1)及び2）との整合性に留意しつつ、契約責任と構成することが適切かという観点から、更に検討してはどうか。

贈与者の担保責任の法的性質を契約責任とする場合においては、無償契約の特性を踏まえた契約の解釈準則を設けるべきであるという意見があり、それに対して消極的な意見もあったことを踏まえて、解釈準則については債務内容確定のための準則と免責における準則を区別して議論すべきであるという指摘があることや使用貸借の担保責任に関する議論（後記第46, 3）との整合性に留意しつつ、仮に解釈準則を設けるとした場合にはどのような具体的内容の解釈準則を設けることができるかという点の検討を通じて、解釈準則を設けることの要否や可否について、更に検討してはどうか。

また、他人の権利の贈与者は、原則として他人の権利を取得する義務を負わず、結果として他人の権利を取得したときには受贈者に権利を移転する義務を負う旨の規定を置くべきであるという考え方の採否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6, 4 [72頁], 同（関連論点）[76頁]】

《参考・現行条文》

（贈与者の担保責任）

民法第551条 贈与者は、贈与の目的である物又は権利の瑕疵又は不存在について、その責任を負わない。ただし、贈与者がその瑕疵又は不存在を知りながら受贈者に告げなかったときは、この限りでない。

2 負担付贈与については、贈与者は、その負担の限度において、売主と同じく担保の責任を負う。

（貸主の担保責任）

第590条 利息付きの消費貸借において、物に隠れた瑕疵があったときは、貸主は、瑕疵がない物をもってこれに代えなければならない。この場合においては、損害賠償の請求を妨げない。

2 無利息の消費貸借においては、借主は、瑕疵がある物の価額を返還することができる。この場合において、貸主がその瑕疵を知りながら借主に告げなかったときは、前項の規定を準用する。

(貸主の担保責任)

第596条 第五百五十一条の規定は、使用貸借について準用する。

(比較法)

- ・ドイツ民法第521条, 第523条, 第524条
- ・スイス債務法第248条
- ・オランダ民法第7編183条
- ・共通参照草案IV. H. - 3 : 101, IV. H. - 3 : 102

(補足説明)

- 1 (1) 現行民法第551条は、贈与の目的である物又は権利の瑕疵又は不存在につき、当該瑕疵等を知りながら受贈者に告げなかった場合を除き、責任を負わないとする。これは、贈与契約の無償性を踏まえ、売買よりも贈与者の責任を軽減したものと解されている。

この規定については、次のような指摘がある。すなわち、売買契約における物の瑕疵や権利の瑕疵の担保責任を契約責任として理解するのであれば、それとの平仄で、贈与者の責任も契約責任と見るのが整合的である。そうであれば、贈与者が引き渡すべき目的物は、売買契約と同様に、当該贈与契約の趣旨に照らして備えるべき性状等に適合している必要があるほか、当該贈与契約の内容に従って贈与の目的である権利を移転する義務を負うはずであるとする。そして、贈与契約の無償性は、瑕疵の有無（部会資料43第2, 1(1)「売主の瑕疵のない目的物給付義務の明文化」[7頁]参照）、履行請求権の限界事由（部会資料32第1, 3「履行請求権の限界」[5頁]参照）、債務不履行による損害賠償の免責事由（部会資料32第2, 2(2)「債務不履行による損害賠償一般の免責要件の規定の在り方」[22頁]参照）の判断要素として織り込まれるから、それにより、無償性を反映した適切な解決が可能であるとする。

以上を踏まえ、本文アの甲案では、売買契約に関して提案されているのと同様に（部会資料43第2, 1(1)[7頁]、(2)「売主の権利移転義務の明文化等」[34頁]参照）、贈与者の瑕疵のない目的物給付義務及び権利移転義務に関する規定を贈与のパートに設けるとともに、債務不履行による損害賠償責任の免責の可否を一般原則に委ねることを前提に、民法第551条第1項を削除することを提案している。

- (2) それに対し、贈与者の責任を契約責任と理解することを前提としても、贈与契約の無償性を考慮すれば、贈与者の責任は売買のような有償契約よりも典型的に低いと見ることができ、そのことが規定上も明らかであることが望ましいとの考え方もあり得る。この考え方によると、民法第551条第1項は、理論的には契約責任に関する一般原則を前提としつつも、贈与の無償性を踏まえて贈与者の責任の在り方を具体化・明確化したものであると理解することが考えられ、

第16回会議でもその旨の意見があった。

このような考え方を踏まえ、本文アの乙案は、現行民法第551条の規定内容を維持することを提案している。

- 2 他人の権利の贈与も有効であると一般に解されているが（そのことを条文上明確にする提案として、前記2ア参照）、贈与の無償性を踏まえると、その履行のために贈与者が尽くすべき義務も有償契約よりも軽減されたものとするべきであるとして、他人の権利の贈与者は、自ら積極的に権利を取得する義務を負わず、結果として権利を取得したときに限り、当該権利を受贈者に移転する義務を負う旨の規定を設けるとの立法提案がある（参考資料1 [検討委員会試案]・306頁）。本文イでは、この提案を取り上げている。

このような提案に対しては、とりわけ本文アの甲案に親和的な考え方から、履行請求権の限界等において無償性を考慮要素とすることによっても同様の解決を導くことが可能であり、贈与契約にも様々なものがあることを踏まえると、むしろこの提案のように一律に贈与者の義務を軽減することの妥当性に疑問があるとの批判が想定される。

- 3 本論点と関連する論点として、部会資料31第2、2(2)「贈与者の保存義務の特則」[46頁]及び同4(1)「種類物贈与の特定に関する特則」[50頁]も参照。

5 負担付贈与（民法第551条第2項、第553条）

ア 負担付贈与の贈与者の担保責任の内容として、受贈者の受け取った物等の価値が受贈者の負担の価値を下回る場合に、その差額分について、受贈者が負担の履行を拒み、又は履行した負担の返還を求めることができる旨を条文上明記するとの考え方があり得るが、どのように考えるか。

イ 負担付贈与に双務契約に関する規定を包括的に準用する民法第553条については、契約の解除に関する規定を準用する旨の規定を設けた上で、同条は削除するとの考え方あり得るが、どのように考えるか。

○ 中間的な論点整理第43、5「負担付贈与」[129頁（319頁）]

負担付贈与における担保責任（民法第551条第2項）の内容は、一般に、受贈者が受け取った物等の価値が受贈者の負担の価値を下回った場合には、その差額分の履行拒絶あるいは返還請求が認められるというものであると解されており、これを条文上明確に規定することの当否について、更に検討してはどうか。また、負担付贈与への双務契約の規定の包括的準用（同法第553条）については、準用すべき規定を個別に明確にし、準用すべき規定がなければ削除するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6、5(1)[78頁]、(2)[80頁]】

《参考・現行条文》

(贈与者の担保責任)

民法第551条 贈与者は、贈与の目的である物又は権利の瑕疵又は不存在について、その責任を負わない。ただし、贈与者がその瑕疵又は不存在を知りながら受贈者に告げなかったときは、この限りでない。

2 負担付贈与については、贈与者は、その負担の限度において、売主と同じく担保の責任を負う。

(負担付贈与)

第553条 負担付贈与については、この節に定めるもののほか、その性質に反しない限り、双務契約に関する規定を準用する。

(比較法)

- ・ドイツ民法第526条
- ・スイス債務法第245条, 第246条

(補足説明)

1 本文アについて

民法第551条第2項は、負担付贈与における贈与者の担保責任につき、「その負担の限度において、売主と同じく担保の責任を負う」とする。その具体的な意味としては、贈与の目的物の価値と負担の価値とを比較して前者が後者を下回る場合に、受贈者が当該下回る部分につき、負担の履行を拒み、又は既に履行した負担の返還を請求できることと解されているが、「負担の限度」などといった簡素な文言からこのような具体的な意味を引き出すことは困難であるとして、規定の意味するところを具体的に条文に明記すべきであるとの考え方がある。本文アは、この考え方を採用した改正の要否を取り上げている。

2 本文イについて

(1) 民法第553条は、負担付贈与については、「その性質に反しない限り」双務契約に関する規定を準用するとしている。この規定については、準用すべき規定を個別に明確にし、準用すべき規定がなければ削除するとの考え方がある。

この民法第553条による準用の可否が主に問題となるのは、①契約の解除に関する規定、②同時履行の抗弁権に関する同法第533条、③危険負担に関する規定である。

このうち、契約の解除に関する規定は準用されることに争いがないとされる。他方、同時履行の抗弁権と危険負担に関する規定は、双務契約において両債務が対価関係にあることを根拠とするものであって、負担付贈与に準用することに疑問を呈する考え方がある。この考え方を踏まえると、契約の解除に関する規定を負担付贈与に準用する旨の規定を贈与のパートに設けた上で、民法第553条は削除することが考えられる。本文イは、この考え方を取り上げている。

(2) 本文イのような考え方に対しては、単純に民法第553条を削除することは解釈の手がかりをなくすことになり、相当でないとの批判があり得る。もっとも、この批判に対しては、現在でも民法第553条が明確な指針を示しておらず、贈与義務の履行と負担の履行との関係の在り方は結局贈与契約の解釈に帰着すると考えるしかないのであれば、あえて同条を存置する意義は乏しいとの反論も考え得る。

6 死因贈与（民法第554条）

民法第554条については、現行の規定内容を維持するものとしてはどうか。

○ 中間的な論点整理第43, 6「死因贈与（民法第554条）」[129頁（320頁）]

死因贈与について性質に反しない限り遺贈の規定を準用する旨を定める民法第554条に関しては、具体的にどの条文が準用されているかを明らかにすべきであるという考え方がある。この考え方については、遺贈の撤回に関する規定（民法第1022条）や遺言の方式に関する規定（同法第960条、第967条から第984条まで）等を準用すべきか否かという個別論点の検討を踏まえつつ、相続に関する規定、相続実務、裁判実務等に与える影響に留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6, 6 [82頁]】

: 《参考・現行条文》
: (死因贈与)
: 民法第554条 贈与者の死亡によって効力を生ずる贈与については、その性質に
: 反しない限り、遺贈に関する規定を準用する。
: -----

(比較法)

・ 共通参照草案IV. H. - 1 : 105

(補足説明)

1 民法第554条は、死因贈与につき、「その性質に反しない限り」、遺贈に関する規定を包括的に準用するとしている。そして、死因贈与への準用の可否につき概ね争いがないとされる規定がある一方、準用の可否につき解釈が分かれている規定も少なくなく、判例により一定の見解が示されている部分についてもなお異論が有力であるなど、必ずしも規律の在り方が明確でないとの問題がある（遺贈の規定の準用の可否についての判例・学説の状況についての詳細は、部会資料15-2第6, 6の補足説明1から3まで [83頁から85頁まで] 参照）。

2 このような包括的準用に伴う不明確さを克服するための方策の一つとして、準用

されることに争いのない規定につき、個別に規定を明示して準用することが考えられる。しかし、その場合には、準用の可否が深刻に争われている規定の処遇が問題にならざるを得ない。これらについて、個別の規定ごとに一定のスタンスを採用するための検討をすることは、そのような検討の際には相続法との整合性をも視野に入れなければならないとの指摘があることなどを踏まえると、困難ではないかと思われる。

例えば、遺言の撤回・取消しを規定する民法第1022条の死因贈与への準用については、遺言の方式に関する部分を除いて準用されるとする判例（最判昭和47年5月25日民集26巻4号805頁）がある一方で、贈与に至る経緯等個別事情によっては撤回が出来ない場合があるとする判例もあり（最判昭和58年1月24日民集37巻1号21頁）、判例のスタンス自体が必ずしも明確ではない。第16回会議においては、遺贈との差別化を図る観点や、死因贈与という契約に対する受贈者の信頼を保護する観点から、死因贈与について自由な撤回を認めないものとしてその安定化を図るとの考え方があり得るとの意見が示された一方、当事者が撤回可能性の有無を踏まえて遺贈と死因贈与とを合理的に使い分けるという想定自体に疑問を呈する指摘もあった。

他方で、準用されることに争いのない遺贈の規定につき個別的に死因贈与に準用しながら、争いのあるものにつき解釈に委ねることについては、第16回会議において、議論に混乱が生じるおそれがあるとの懸念が示された。

- 3 以上を踏まえると、民法第554条については、現行の規定内容を維持し、遺贈の規定の死因贈与への具体的な準用の在り方は、引き続き解釈に委ねるのが相当であると考えられる。本文は、この考え方に基づく提案である。

7 その他の新規規定

(1) 贈与の予約

贈与の予約に関する規定は、設けないものとしてはどうか。

○ 中間的な論点整理第43, 7(1)「贈与の予約」[130頁(320頁)]

売買その他の有償契約には予約に関する規定が設けられている（民法第556条、第559条）ところ、無償契約である贈与にも予約に関する規定を設けるかどうかについては、その必要性の有無や規定を設けた場合の悪用のおそれなどを踏まえるとともに、売買の予約に関する規定の内容や配置（前記第38, 1）等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6, 7(1)[85頁]】

： 《参考・現行条文》

： （売買の一方の予約）

： 民法第556条 売買の一方の予約は、相手方が売買を完結する意思表示をした時

から、売買の効力を生ずる。

2 前項の意思表示について期間を定めなかったときは、予約者は、相手方に対し、相当の期間を定めて、その期間内に売買を完結するかどうかを確答すべき旨の催告をすることができる。この場合において、相手方がその期間内に確答をしないときは、売買の一方の予約は、その効力を失う。

(補足説明)

売買の予約に関する民法第556条は、第559条によって有償契約のみに準用されており、無償契約に関する贈与には準用されない。そこで、贈与の予約に関する規律を明確化しておくことが望ましいとの考慮に基づき、贈与の予約に関する規定を設けるとの立法提案がある(参考資料1[検討委員会試案]・299頁)。この立法提案は、予約が書面でされたときは、贈与者は贈与を撤回することができない旨の規定を設けることなどを提案している。

しかし、中間的な論点整理に対するパブリック・コメントの手續に寄せられた意見を見ても、贈与の予約につき明文規定を設ける具体的な必要性を指摘するものは見当たらない。また、第16回会議では、規定を設けることの必要性に疑問を呈するとともに、贈与の予約を安易に明文化した場合にはそれが悪用されるおそれがあるとの懸念が示されている。

以上を踏まえ、本文では、贈与の予約に関する規定を設けないことを提案している。

(2) 背信行為等を理由とする撤回(解除)

ア 受贈者が一定の背信行為等を行った場合(例えば、受贈者が贈与者に対し、虐待、重大な侮辱その他の著しい非行を行った場合)には、贈与者は贈与の撤回(解除)をすることができる旨の規定を設けるとの考え方があり得るが、どのように考えるか。

イ 仮に上記アの規定を設ける場合には、撤回(解除)の具体的な要件を次のように定めるとい考え方があり得るが、どのように考えるか。

- ① 受贈者が贈与者に対し、虐待、重大な侮辱その他の著しい非行を行ったとき
- ② 受贈者が詐欺、強迫により書面によらない贈与の撤回を妨げたとき
- ③ 贈与者に対し、民法第877条第1項により法律上の扶養義務を負う受贈者が、経済的に困窮する贈与者からの扶養請求を受けたが、扶養義務の履行を拒絶したとき

ウ 仮に上記アの規定を設ける場合には、以下の点について、どのように考えるか。

- ① 撤回(解除)権の行使につき期間制限を設けることの要否
- ② この撤回(解除)権は、贈与者が一身専属的に行使することができる

(相続の対象とならない) とすることの要否

○ 中間的な論点整理第43, 7(2)「背信行為等を理由とする撤回・解除」[130頁(320頁)]

受贈者の背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の規定を新たに設けることについては、相続に関する規定との関係、経済取引に与える影響、背信行為等が贈与に基づく債務の履行前に行われたか、履行後に行われたかによる差異等に留意しつつ、具体的な要件設定を通じて適用範囲を適切に限定することができるかどうかを中心に、更に検討してはどうか。

仮に、受贈者の背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の規定を新たに設けた場合には、贈与者の相続人による贈与の撤回・解除を認める規定を設けることの当否や、法律関係の早期安定のために、受贈者の背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の期間制限を設けることの当否についても、更に検討してはどうか。また、受贈者の背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除とは別に、贈与後における贈与者の事情の変化に基づく撤回・解除の規定を新たに設けることについても、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6, 7(2) [86頁], 同(関連論点) [89頁]】

《参考・現行条文》

(扶養義務者)

民法第877条 直系血族及び兄弟姉妹は、互いに扶養をする義務がある。

2 家庭裁判所は、特別の事情があるときは、前項に規定する場合のほか、三親等内の親族間においても扶養の義務を負わせることができる。

3 前項の規定による審判があった後事情に変更を生じたときは、家庭裁判所は、その審判を取り消すことができる。

(相続人の欠格事由)

第891条 次に掲げる者は、相続人となることができない。

一 故意に被相続人又は相続について先順位若しくは同順位にある者を死亡するに至らせ、又は至らせようとしたために、刑に処せられた者

二 被相続人の殺害されたことを知って、これを告発せず、又は告訴しなかった者。ただし、その者に是非の弁別がないとき、又は殺害者が自己の配偶者若しくは直系血族であったときは、この限りでない。

三 詐欺又は強迫によって、被相続人が相続に関する遺言をし、撤回し、取り消し、又は変更することを妨げた者

四 詐欺又は強迫によって、被相続人に相続に関する遺言をさせ、撤回させ、取り消させ、又は変更させた者

五 相続に関する被相続人の遺言書を偽造し、変造し、破棄し、又は隠匿した者

(推定相続人の廃除)

第892条 遺留分を有する推定相続人（相続が開始した場合に相続人となるべき者をいう。以下同じ。）が、被相続人に対して虐待をし、若しくはこれに重大な侮辱を加えたとき、又は推定相続人にその他の著しい非行があったときは、被相続人は、その推定相続人の廃除を家庭裁判所に請求することができる。

(相続人に関する規定の準用)

第965条 第八百八十六条及び第八百九十一条の規定は、受遺者について準用する。

(比較法)

- ・ドイツ民法第528条，第530条から第533条まで
- ・スイス債務法第249条，第250条
- ・オランダ民法第7編184条，第7編185条
- ・フランス民法第953条，第955条から第959条まで
- ・共通参照枠草案IV. H. - 4 : 201，IV. H. - 4 : 202，IV. H. - 4 : 203

(補足説明)

1 本文アについて

贈与契約については、古くから、受贈者が贈与者に対して著しい背信行為（忘恩行為とも言われる。）を行った場合には、贈与の撤回（解除）を認めるべきであるとの主張がある。贈与を行う場合にはその前提として相応の人間関係等が存在することが通例であるところ、その前提を破壊するような重大な背信行為等があったときには、贈与契約を維持するのは相当でなく、撤回・解除を認めるべきであるというのである。

裁判例にも、受贈者の背信行為等を理由に贈与契約の撤回・解除を認めたものが複数あるが、負担付贈与における負担の不履行と捉えて解除を認めたものや、信義則による撤回を肯定するもの等、その法的構成は一定していない（具体例につき、部会資料15-2第6，7(2)の補足説明1[88頁]参照）。もっとも、受贈者に一定の背信行為等があった場合に、贈与者が贈与の撤回・解除をすることを認める必要性については、広く承認されているものと考えられる。

以上を踏まえ、受贈者に背信行為等があったときの撤回・解除に関する法的処理を安定的なものとするために、贈与契約のパートに、受贈者に贈与の前提を喪失させるような一定の悪質な行為があった場合に、贈与の撤回・解除が認められるとの明文規定を設けるとの立法提案（参考資料1[検討委員会試案]・302頁，参考資料2[研究会試案]・204頁）がある。本文アは、この提案を取り上げたものである。

なお、この点に関する立法提案には、背信行為等を原因に贈与契約を覆す意思表

示を「撤回」とするもの（前記参考資料2・204頁）と、「解除」とするもの（前記参考資料1・302頁）とがあるが、いずれの用語を充てるかは、具体的な要件・効果等を踏まえて決めるのが相当であると考えられることから、この補足説明では差し当たり「撤回・解除」としている。

2 本文イについて

背信行為等による撤回・解除を明文化するに当たっては、具体的にどのような撤回・解除の原因を明文化するかが問題となる。

立法提案には、撤回・解除の効果の重大性に照らして、その要件は限定的かつ明確である必要があるとともに、我が国で贈与が相続類似の機能を果たしていることなどを踏まえ、受遺者の欠格事由（民法第965条、第891条）や推定相続人の廃除事由（民法第892条）を参照するなどして、次のような撤回・解除の原因の明文化を提案するものがある（前記参考資料1・302頁）。

- ① 贈与者に対し虐待，重大な侮辱その他の著しい非行を行ったとき
- ② 受贈者が詐欺，強迫により書面によらない贈与の解除を妨げたとき
- ③ 贈与者に対し，民法第877条第1項により法律上の扶養義務を負う受贈者が，経済的に困窮する贈与者からの扶養請求を受けたが，扶養義務の履行を拒絶したとき

本文イは、この立法提案を踏まえ、背信行為等により撤回・解除ができる場合の具体的な要件設定の在り方につき、問題提起している。

第16回会議では、ビジネス等で行われている無償行為が不安定になるとして、背信行為等による撤回・解除を明文化することに反対する意見があった。この意見が問題とする点は、背信行為等による撤回・解除の要件設定に当たって留意する必要があると考えられるが、前記立法提案が示している要件設定を見る限り、企業間取引をはじめとした経済取引の一環として行われる贈与について、背信行為等による撤回・解除が問題になる余地は乏しいと考えられる。要件を限定的なものとするについては、事案ごとの柔軟な解決を阻害するおそれがあるとの批判が想定されるが、背信行為等による撤回・解除を明文化することは、背信行為等を負担付贈与の負担の不履行と見て贈与契約の解除を認めるなどといった、裁判実務において現在採られている解決方法を否定するものではない。

また、同会議において、履行前と履行後とで解除原因を異なったものとするものの要否についても検討すべきであるとの指摘もあった。しかし、履行を受けた受贈者の地位の安定に配慮しなければならないことは当然としても、履行前か履行後かによってどのように要件に差異を設けるかを検討することは、立法提案も示されていないことなどにも照らすと、困難ではないかと思われる。この点は、後述する背信行為による撤回・解除の期間制限の在り方で考慮することが考えられる。

3 本文ウについて

(1) 撤回・解除権についての期間制限の要否

贈与の背景にある人間関係が破壊されたことなどを撤回・解除権の実質的根拠とする場合には、一定期間の経過により人間関係の破綻の程度が緩和され、撤回・

解除により贈与を覆す必要性が薄れるのが通例であると考えられる余地がある。この考え方を推し進めるとともに、当事者間の法律関係の安定に配慮する必要性なども踏まえると、背信行為等による撤回・解除権については、消滅時効の一般原則とは別に、その行使につき一定の期間制限を設けることが考えられ、比較法的にも、背信行為による贈与の撤回・解除につき期間制限を設けているものがみられる。そこで、本文ウの①は、この点に関する規定の要否につき問題提起している。

立法提案には、贈与者が事実を知ったときから1年（受贈者による贈与者の殺害については、その事実を知ったときから3年）という期間制限を設けることを提案するものがある（前記参考資料2・205頁）。この提案については、虐待等の非行の有無につき、ある程度幅のある期間をとって評価する必要がある場合もあるから、その場合には「事実を知ったとき」という起算点がなじまないとの批判が想定される。

他の立法提案には、解除権につき、それを行使し得る時から1年以内の行使を求めるとともに、履行から10年を経過することにより履行を終えた部分は解除できないとするとして、主観的起算点による短期の期間制限と客観的起算点による長期の期間制限とを併用することを提案するものがある（前記参考資料1・303頁）。この提案の趣旨は、継続的な虐待等の場面を念頭に、主観的起算点の確定において贈与者による解除権行使の期待可能性をも考慮し、それにより生じ得る不安定性を長期の期間制限で対処すると説明されている。

(2) 相続人による撤回・解除の可否

背信行為等は贈与者と受贈者の人間関係と不即不離の関係にあると考えるならば、背信行為等による撤回・解除権も贈与者が一身専属的に行使し得るものとするのが考えられる（民法第896条ただし書参照）。本文ウの②は、この考え方に基づく規定を設けることの要否を問題提起している。

このような考え方に対しては、贈与者が虐待等により死亡した場合に誰も解除権が行使できないとすると、贈与者が虐待等により重い障害を負った場合との均衡を失ずるとして、一般原則どおり、相続人による撤回・解除を認めるべきであるとの考え方もあり得る。この考え方による場合、相続の一般原則によるとして相続人による撤回・解除に関して規定を設けないとすることが考えられる一方、疑義を避けるために確認規定を設けるとの考え方もあり得る。

前記検討委員会試案は、撤回・解除の原因のうち、③にのみ撤回・解除権の一身専属性を規定することを別案として提示している。

- 3 受贈者に背信行為等の悪性ある行為が認められない場面についても、なお撤回・解除を認めるべきであるとの考え方がある。そのような場面として、贈与の履行後贈与者が著しく経済的に困窮した場合等が挙げられる。贈与契約の無償性に照らすと、そのような場合にまで契約の拘束力を貫徹することは贈与者に酷であって正当化されないというのである。このような考え方を踏まえて、「贈与者が、贈与後の事情の変化に伴い、自己の相当な生計を賄い、又は法律により自己に課された扶養義務を果たすことができなくなったとき」に、贈与の撤回を認める旨の規定を設ける

との立法提案がある（前記参考資料2・204頁）。

しかしながら、必ずしも受贈者が寄与するとは限らない贈与者の困窮等のリスクを贈与の撤回・解除という形で受贈者に転嫁することは、受贈者の地位を著しく不安定にし、相当とは言い難いように思われる。そこで、上記の立法提案を踏まえた規定の要否については、本文では取り上げなかった。

(3) 解除による受贈者の原状回復義務の特則

契約の解除による原状回復義務の一般原則に対する贈与の特則として、受贈者は、解除の時に存していた利益の限度で返還義務を負う旨の規定を設けるものとしてはどうか。

また、背信行為等を理由とする撤回・解除に関する規定を設ける場合には、その原状回復義務につき、撤回・解除の原因が生じた時に存していた利益の限度で返還義務を負う旨の特則を設けるとの考え方があり得るが、どのように考えるか。

○ 中間的な論点整理第43, 7(3)「解除による受贈者の原状回復」[130頁(321頁)]

解除による原状回復義務の目的物が滅失又は損傷した場合において、原状回復義務者に価額返還義務を認める見解（部会資料5-2第3, 4(3)[B案][B-1案][87頁]）を採用する立場から、贈与においては、受贈者は、原則として解除時の現存利益の限度で価額返還義務を負うとの特則を設けるべきであるという考え方が示されている。このような特則の要否について、解除における原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理という論点（前記第5, 3(3)）との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6, 7(3)[94頁]】

： 《参考・現行条文》

： （解除の効果）

： 民法第545条 当事者の一方がその解除権を行使したときは、各当事者は、その
： 相手方を原状に復させる義務を負う。ただし、第三者の権利を害することはでき
： ない。

： 2 前項本文の場合において、金銭を返還するときは、その受領の時から利息を付
： さなければならない。

： 3 解除権の行使は、損害賠償の請求を妨げない。

（比較法）

・ 共通参照草案IV. H. - 3 : 203, III. - 3 : 511

(補足説明)

1 契約の解除による原状回復請求権の範囲については、契約の解除のパートにおいて検討がされており、原則として、給付を受けた者はその給付を受けたもの（その給付されたものを返還することができないときは、その価額）を返還する義務を負う旨の規定を設けることなどが提案されている（部会資料34第3、3(2)「原状回復請求権の範囲」[39頁]、部会資料29第2、3(2)「返還請求権の範囲」[32頁]参照）。

2 それに対し、無償契約である贈与契約が解除された場合の受贈者の原状回復義務について、双務契約を念頭に置いたルールを修正すべきであるとの考え方がある。すなわち、贈与契約（主に負担付贈与について問題になると考えられる。）が解除された場合に受贈者が双務契約と同様の原状回復義務を負うとすると、目的物につき滅失等によって返還できない場合にはその価額を返還すべきこととなる。しかし、贈与契約において、受贈者はせいぜい負担付贈与の負担を履行するのみで目的物を取得できるはずだったのであり、受贈者に双務契約と同様の原状回復義務を負わせることは、受贈者にその意に反して過大な負担を負わせることとなり、妥当でないとする。そこで、贈与契約については、受贈者が贈与契約の解除によって負担する返還義務の範囲を解除の時の現存利益に限定すべきであるとするのである。

以上を踏まえ、本文第1パラグラフでは、贈与契約が解除された場合の受贈者の返還義務の範囲につき、解除の時に存していた利益を限度とする旨の規定を設けることを提案している。民法第553条の見直しに伴って解除の規定を負担付贈与に準用する規定を設ける場合には（前記5参照）、原状回復義務に関する規定は準用の対象外とすることとなる。

この考え方によると、解除時までの利得の消滅に応じて返還義務が縮減されることとなり、原則として、解除前に贈与の目的物が損傷した場合には受贈者は目的物を解除時の現状で返還すれば足りるほか、解除の前に目的物が滅失した場合には返還義務を免れるものと考えられる。

なお、本文第1パラグラフと同内容の規定を贈与契約の無効・取消しに関しても設けることが考えられる。

3 背信行為等を理由とする撤回・解除を明文化する場合（前記(2)参照）には、この撤回・解除による原状回復義務の範囲につき、他の贈与の解除とは異なった取扱いをする余地がある。すなわち、背信行為等による撤回・解除においては、虐待の累積等により撤回・解除の原因が生じた時点から撤回・解除の意思表示がされるまでにある程度の時間が経過することが想定される。しかし、受贈者としては原因の発生時点で目的物の返還義務を負うことを覚悟すべきであるから、受贈者に原因の発生時点から撤回・解除の時点までに生じた利得の消滅を理由に返還義務の縮減を認めるのは相当でないとの考え方があり得る。これを踏まえ、背信行為等により贈与の撤回・解除がされた場合につき、受贈者は背信行為等により撤回・解除の原因が生じた時点での現存利益の範囲で返還義務を負うものとするのが考えられ、その旨の立法提案がある（参考資料1・302頁）。本文第2パラグラフは、この提案を

取り上げるものである。

この提案に対しては、背信行為等による撤回・解除については撤回・解除の原因が生じる時点が明確でない場合があるとの指摘が考えられる。この指摘については、目的物の価値は時間とともに逡減し利得が消滅するのが通常であるから、考えられる最も遅い時点（それが撤回・解除の意思表示の時であることもあり得る。）を撤回・解除の原因が生じた時点として法律関係进行处理することは十分可能であるとの反論が考えられる。

(4) 無償契約への準用

贈与の規定につき、他の無償契約に、その無償契約の性質が許さない場合を除いて包括的に準用する旨の規定を設けるとの考え方があり得るが、どのように考えるか。

○ 中間的な論点整理第43, 3(1)「無償契約への準用」[130頁(322頁)]

贈与の規定を契約の性質に応じて他の無償契約に準用する旨の規定を新たに設けることの要否については、贈与の適用範囲の明確化という論点(前記2)との関連性及び民法における無償契約一般の規律の在り方にも留意しつつ、他の無償契約に関する検討結果を踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6, 7(4)[95頁]】

： 《参考・現行条文》

： (有償契約への準用)

： 民法第559条 この節の規定は、売買以外の有償契約について準用する。ただし、
： その有償契約の性質がこれを許さないときは、この限りでない。

(補足説明)

- 1 有償契約については、民法第559条により、「その有償契約の性質」が許さない場合を除いて売買の規定が包括的に準用されているが、無償契約については、このような包括的な準用規定がない。そこで、贈与契約には無償契約に特有の規律が多く見られることを指摘して、贈与のパートに、贈与の規定を他の無償契約に包括的に準用する規定を設けるとの考え方があり得る(参考資料1[検討委員会試案]・300頁)。本文は、この考え方に基づく提案を取り上げたものである。
- 2 本文のような考え方を支持する考え方は、包括的準用規定の有用性を具体的に次のように説明する。例えば、贈与の目的物に瑕疵があった場合の贈与者の責任等、贈与者の債務不履行責任を緩和すべきであるとの考え方は、無償契約一般に妥当する。また、書面によらない契約の拘束力や、背信行為による贈与契約の撤回・解除なども、使用貸借や無償の役務提供契約に原則として妥当し得る。これらを踏まえると、売買についての民法第559条にならって、無償契約の理念型とも言える贈

与のパートに、贈与契約の規定を他の無償契約にその契約の性質が許さない場合を除いて準用するとの包括的準用規定を設けることが、無償契約に関して適切な紛争解決の指針を示すこととなり、有用であると考えるのである。

- 3 他方、贈与のパートに包括的な準用規定を置かず、必要に応じて個別的に贈与の規定を準用する現行民法の形式の方が適切であるとの考え方もある。この考え方は、無償契約の多様性を指摘して、無償契約という共通項で括れる部分はそれほど多くないとし、包括的な準用規定を設けることは、無償契約の個々の問題の解決に当たって、逐一贈与の規定を参照してそれが当該契約の性質に反しないか否かを検討しなければならなくなるが、それは民法の利用者にとって分かりやすいとはいえないとする。また、無名契約である無償契約の場合は、財産権の移転を目的とするか、貸借あるいは役務の提供を目的とするかなど契約の性質に応じて、適宜、関連する典型契約の規定を類推適用する方が適切な規定を見出せる場合があるともいう。
- 4 以上のような、無償契約についての包括的準用規定に対する評価の相違等を踏まえ、本文のような考え方につき、どのように考えるか。

なお、この論点については、贈与の意義を見直すか否か（前記2参照）や、贈与者の責任の特則を設けるか否か（前記4参照）の検討とも関連することに留意する必要がある。

第2 消費貸借

1 要物性の見直し

(1) 消費貸借の成立要件（諾成契約化）

消費貸借は、利息の有無を問わず、金銭その他の物の交付を要しないで成立するものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第44, 1(1)「要物性の見直し」[131頁(322頁)]

消費貸借は、金銭その他の物の交付があつて初めて成立する要物契約とされている（民法第587条）が、実務では、金銭が交付される前に公正証書（執行証書）の作成や抵当権の設定がしばしば行われていることから、消費貸借を要物契約として規定していると、このような公正証書や抵当権の効力について疑義が生じかねないとの問題点が指摘されている。また、現に実務においては消費貸借の合意がされて貸す債務が発生するという一定の規範意識も存在すると言われている。そこで、消費貸借を諾成契約として規定するかどうかについて、貸主の貸す債務（借主の借りる権利）が債権譲渡や差押えの対象となる場合の実務への影響を懸念する意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合には、借主の借りる義務を觀念することができるのかどうかについても、検討してはどうか。

【部会資料16-2第1, 2 [1頁]】

《参考・現行条文》

(消費貸借)

民法第587条 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。

(補足説明)

1 問題の所在

消費貸借は、金銭その他の物の引渡しがあつて初めて成立する要物契約とされている(民法第587条)。しかし、実務では、金銭の引渡しができる前に抵当権の設定や公正証書(執行証書)の作成が行われることがあるため、消費貸借が要物契約として規定されていると、このような抵当権や公正証書の効力について疑義が生じかねないとの問題が指摘されている。また、融資の約束をしたにもかかわらず実際に金銭の引渡しができるまでは融資を受けられるかどうか分からないというのでは、借主がその融資を前提として事業などの計画を立てることすらできないとの問題も指摘されている。

前者の問題について、判例(抵当権につき大判明治38年12月6日民録11輯1653頁、公正証書につき大判昭和11年6月16日民集15巻1125頁)は、消費貸借の要物性を前提としながら、抵当権の付従性や公正証書の債権の同一性などを緩やかに捉えることによって妥当な結論を導いてきたが、これに対しては批判もある。また、後者の問題については、消費貸借の要物性を前提としながら妥当な結論を導くことは困難である。

これらの問題に対処するため、学説上、諾成的消費貸借を認めることによって妥当な結論を導くべきであるとの見解が主張されてきた。消費貸借の要物性はローマ法以来の沿革に由来するがそれ以上の合理的理由はないこと、ローマ法は消費貸借の予約の効力を否定して消費貸借の要物性を徹底していたのに対し、民法は消費貸借の予約の効力を肯定して目的物の引渡し前の合意に一定の法的拘束力を認めているから(同法第589条参照)、そもそも民法における消費貸借の要物性は既に破られていると見るべきであること等を根拠とするものであり、通説とされている。また、判例(最判昭和48年3月16日金法683号25頁)も、諾成的消費貸借の成立を認めている。

加えて、現在では、特定融資枠契約に関する法律第2条に規定する融資枠契約の法的性質は、消費貸借の一方の予約であり、かつ、予約完結権の行使によって成立する本契約は諾成的消費貸借である(したがって、予約完結の意思表示をするだけで本契約が成立する)と説明されるなど、法律の規定の中にも諾成的消費貸借を前提とするものが現れている。

以上を踏まえ、立法提案として、消費貸借を諾成契約として規定すべきであるとの考え方が示されている(参考資料1[検討委員会試案]・339頁、参考資料2[研究会試案]・220頁)。この考え方に対しては、消費貸借を要物契約とする現在の

規定を維持しつつ諾成的消費貸借を認めれば足りるのではないかとの指摘がある。しかし、消費貸借を要物契約として規定することの本来的な意味は、目的物の引渡しがない限り消費貸借の成立を認めない、つまり、目的物の引渡しをせずに消費貸借を成立させる旨の合意（特約）をしても消費貸借の成立を認めないという点にあるから、消費貸借を要物契約として規定することと諾成的消費貸借を認めることとは本来相容れないはずであるとの反論がされている。

2 利息付消費貸借と無利息消費貸借との区別

(1) 仮に消費貸借を諾成契約として規定する場合には、利息付消費貸借と無利息消費貸借とを区別して取り扱うべきかどうかについて、検討をすべきであるとの指摘がされている。すなわち、ローマ法において要物契約とされていたのは本来的には無利息消費貸借であったこと、諾成契約の拘束力の根拠も本来的には有償性に求められてきたこと等を根拠に、消費貸借の要物性について検討をするに当たっては、有償契約である利息付消費貸借と無償契約である無利息消費貸借とを区別すべきであるとの考え方が示されている。

その一例として、利息付消費貸借を諾成契約として規定しつつ、無利息消費貸借については、要物契約としての消費貸借と書面による諾成的消費貸借とを並存させるという考え方がある（参考資料2 [研究会試案]・220頁）。しかし、この考え方に対しては、この補足説明の前記1で述べたとおり、消費貸借を要物契約として規定することの本来的な意味は、目的物の引渡しがない限り消費貸借の成立を認めない、つまり、目的物の引渡しをせずに消費貸借を成立させる旨の合意（特約）をしても消費貸借の成立を認めないという点にあるから、要物契約としての無利息消費貸借と目的物の引渡しがなくとも成立する諾成契約としての無利息消費貸借とを並存させることは適切でないとの指摘がされている。

そこで、この指摘を踏まえつつ、利息付消費貸借と無利息消費貸借とを区別する考え方をなお維持する場合には、端的に、利息付消費貸借は諾成契約、無利息消費貸借は要物契約としてそれぞれ規定すべきであるとの考え方が示されている（本文の別案）。この考え方では、利息付消費貸借と無利息消費貸借との棲み分けについては、利息の支払合意が主張立証された場合に限り利息付消費貸借とし、そうでなければ無利息消費貸借とするという整理がされるものと考えられる（後記3(1)参照）。

(2) 一方、消費貸借の成立に関しては利息付消費貸借と無利息消費貸借とを区別せず、一律に諾成契約として規定した上で、無利息消費貸借については書面によるものを除き目的物引渡し前の解除権を各当事者に認めることによって合意の拘束力を緩和すべきであるとの考え方も示されている（参考資料1 [検討委員会試案]・339頁）。

本文は、このような考え方を踏まえ、利息の有無を問わず消費貸借を諾成契約として規定することを提案するものである。なお、無利息消費貸借の場合の目的物引渡し前の解除権に関する提案については、後に別途検討する（後記ウ(ア)参照）。

(2) 貸主及び借主の権利義務

消費貸借を諾成契約として規定する場合には、貸主及び借主はそれぞれ次のような義務を負うことを規定するものとしてはどうか。

- ① 貸主は、借主に対し、金銭その他の目的物を引き渡す義務を負うこと
- ② 借主は、貸主に対し、目的物の引渡しを受けた後、それと種類、品質及び数量の同じ物をもって返還をする義務を負うこと

《参考・現行条文》

(消費貸借)

民法第587条 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。

(補足説明)

1 総説

要物契約としての消費貸借は、目的物の引渡しがあつて初めて成立するから、貸主の「貸す債務」すなわち目的物引渡債務を觀念することはできない。したがって、要物契約としての消費貸借は、借主の「返す債務」のみを発生させるものとされている。

これに対して、諾成契約としての消費貸借では、貸主の「貸す債務」と借主の「返す債務」が発生することになるが、このうち借主の「返す債務」は、貸主の「貸す債務」すなわち目的物引渡債務の履行があつた後に生ずるものと考えられる。したがって、貸主は、自己の「貸す債務」を消滅させるために、借主の「返す債務」を自働債権とし、自己の「貸す債務」を受働債権とする相殺をすることはできないとされている。

本文は、以上を踏まえ、諾成契約としての消費貸借によって発生する貸主及び借主の義務の内容として、①貸主には「貸す債務」が生ずること、②借主には「貸す債務」の履行後に「返す債務」が生ずることを明らかにする規定を設けることを提案するものである。これらの義務は、いわゆる冒頭規定として、又は定義規定として(部会資料43第1, 1[1頁]参照)、その規定の中に盛り込むことが想定される。

諾成的消費貸借は、現在でも判例・学説上、肯定されている。したがって、消費貸借を諾成契約として規定した場合に貸主が「貸す債務」を負うことは、現行法と比べて特段の新たな法律問題を生じさせるものではない。もっとも、その法律関係を明確にする等の観点から一定の明文規定を設ける旨の立法提案があるので、これは後記(3)のアからエまでで取り上げている。

他方、消費貸借を諾成契約として規定する場合には、利息付消費貸借の借主が「借りる義務」を負うかどうかについて検討すべきであるとの指摘がある。この点について、この補足説明の次項で取り上げる。

2 借りる義務について

- (1) 消費貸借を諾成契約として規定する場合に、利息付消費貸借の借主が「借りる義務」を負うかどうかを検討するに際しては、利息の発生時期という問題と、借主が目的物の受領を拒んだ場合等の損害賠償責任という問題を整理して検討する必要がある。

まず、利息付消費貸借における利息の発生時期については、一般に、利息は目的物の利用の対価であるから、目的物の引渡し前に利息が発生することはない、したがって、利息の発生時期は目的物の引渡し時であるとされている（後記3(2)参照）。この理解を前提とすれば、借主が貸主から金銭その他の目的物の引渡しの提供を受けたとしても、その受領を拒否すれば、利息そのものは発生しないと考えられる。

他方、視点を変えて、返還時期の定めのある利息付消費貸借の借主が一旦目的物を受領した後に期限前弁済をしたという場面においては、当該期限前弁済によって、その後の利息そのものは発生しないことになるが（後記3(2)参照）、借主は当該期限前弁済によりその後の利息が発生しなかったことによって貸主に生じた損害を賠償する義務を負うことになる（民法第136条第2項ただし書参照）。返還時期の定めのある利息付消費貸借においては、借主は元々返還時期までに発生すべき利息の支払を約束していたのであるから、当該期限前弁済により利息が発生しなかったことによって貸主に生じた損害（約定の返還時期までに発生すべきであった利息相当額から、当該期限前弁済によって貸主が目的物を再運用等することができたことによる利益相当額を控除した額の損害）を賠償する義務を負担しなければならないのである（後記4(2)ア第2パラグラフ参照）。

- (2) 以上を踏まえ、返還時期の定めのある利息付消費貸借の借主が最初から目的物の受領を拒否した場合について考えてみると、この場合も借主は元々返還時期までに発生すべき利息の支払を約束していたし、かつ、消費貸借の成立とともに利息の合意も成立していると考えられる。そうすると、結局、最初から目的物の受領を拒否した借主も、一旦目的物を受領して期限前弁済をした借主と同様に、目的物の受領を拒否することにより利息が発生しなかったことによって貸主に損害が生じたのであれば、その損害を賠償する義務を負うのではないかと考えられる。

返還時期の定めのある利息付消費貸借の借主が目的物の受領を拒否したために利息が発生しないという状況は、これを実質的に見れば、借主が一旦目的物を受領して直ちに期限前弁済（期限の利益の放棄）をしたために利息が発生しないという状況と類似している。また、借主が目的物の引渡しを受ける前に期限の利益を放棄したために、当該消費貸借における返還時期が到来することによって、貸主の目的物引渡債務が消滅するとともに利息も発生しないという状況であるとも評価し得る。返還時期の定めのある消費貸借においては、貸主が目的物を引き渡す前に当該消費貸借における返還時期が到来すれば、それによって貸主の目的物引渡債務は消滅すると考えられるが（この補足説明の後記3参照）、返還時期の定めのある利息付消費貸借を締結した借主がその後に目的物の受領を拒否すること

は、目的物を受領する前に期限の利益を放棄して当該消費貸借における返還時期を到来させることであると評価し得る（ただし、このように評価することに対しては、この補足説明の後記(4)で述べるとおり異論があり得る。）。

このように、借主が目的物を受領を拒否することを期限の利益の放棄（信用供与の利益の放棄）と評価し得るのであれば、借主は当該期限の利益の放棄によって貸主に生じた損害を賠償する義務を負うことになる（民法第136条第2項ただし書参照）。その場合の損害の額は、この補足説明の上記(1)で述べたとおり、約定の返還時期までに発生すべきであった利息相当額から当該期限の利益の放棄によって貸主が目的物を再運用等することができたことによる利益相当額を控除した額と考えられる（後記4(2)ア第2パラグラフ参照）。

- (3) 消費貸借を諾成契約として規定する場合には、返還時期の定めのある利息付消費貸借の借主が「借りる義務」を負うことになって問題があるという指摘がある。この立場からは、契約の締結後に借主に資金需要がなくなった場合にまで、借主に借入れを強制することになるから、借主にとって無駄を強いることになるばかりか、社会にとっても無駄を生ずることになるとの批判がされている。

しかし、ここにいう借主の「借りる義務」とは何かが問題である。この補足説明の上記(1)(2)で述べたとおり、借主は、約定の返還時期まで金銭その他の目的物を借り続けた上で利息の支払を強いらられるような義務を負うことはなく、目的物を受領を拒否することにより利息が発生しなかったことによって貸主に損害が生じたとすれば、その損害を賠償する義務を負うにすぎない。そして、ここにいう損害とは、約定の返還時期までに発生すべきであった利息相当額から当該期限の利益の放棄によって貸主が目的物を再運用等することができたことによる利益相当額を控除した額の損害を意味する。

したがって、例えば、消費者金融の場面を想定すれば、貸主である消費者金融業者は、一般に多数の小口貸付けを行っているため、借主が受領を拒否した金銭を他の顧客への貸付けに振り向けること等によって特段の損害が生じないことも多いと考えられる。事前に賠償額の予定がされている場合もあり得るが、その場合には民法第90条や不当条項規制の問題として処理すべきものと思われる。それでもなお、消費者金融の場面などにおいて、上記の損害が証明されたとしても借主の損害賠償義務を否定すべきであるとするならば、それは、借主の「借りる義務」の存否という問題ではなく、消費者保護のための特則の要否の問題（後記ウ(イ)、4(2)イ参照）として論じられるべきものであるように思われる。

- (4) 上記の消費者保護のための特則としては、①借主が目的物を受領を拒否することによって利息及び利息相当損害金の発生を免れることができるようにするためのものとして、目的物引渡し前の解除権（後記ウ(イ)参照）という提案があり、他方、②借主が目的物を一旦受領した後に期限前弁済をした場合の利息及び利息相当損害金の発生を免れることができるようにするためのものとして、期限前弁済によって貸主に生じた損害の賠償義務の免責（後記4(2)イ参照）という提案がある。

もっとも、この補足説明の上記(2)の理解を前提とすれば、返還時期の定めのある利息付消費貸借の借主は、上記①の目的物引渡し前の場面であっても、解除権を行使するまでのことはなく、期限の利益を放棄すれば、利息そのものは発生しないことになる。したがって、上記①の目的物引渡し前の場面であっても、上記②の目的物引渡し後の場面と同様に、消費者保護のための特則として、上記期限の利益の放棄によって貸主に生じた損害の賠償義務を免責される旨の特則が設けられるのであれば、それで十分であると考えられる。

もっとも、このように借主が目的物の受領を拒否することを期限の利益の放棄と評価することに対しては、期限の利益の放棄は目的物の引渡し後には合理性が認められるが、目的物の引渡しができる前に期限の利益の放棄やそれに相当する契約解消の権利を一般的に認めることは妥当ではないという批判があり得る。この批判を前提とすれば、上記①の目的物引渡し前の場面において借主が利息の負担を免れるためには、後記ウ(イ)のように、借主に目的物引渡し前の特別の解除権を付与することが必要になると考えられる。

3 目的物引渡し前の返還時期の到来

消費貸借を諾成契約として規定する場合には、消費貸借を締結した後、貸主が目的物の引渡しをしない間に、約定の返還時期が到来してしまった場合の処理について、検討をすべきであるとの指摘がされている。これについては、目的物の引渡し前に目的物の返還時期が到来した以上、貸主の目的物引渡債務すなわち「貸す債務」は消滅すると扱うのが一般的な理解であるように思われる。第15回会議でもその旨の指摘がされたが、特段の異論は示されなかった。借主としては、この場合、貸主に対して「貸す債務」の不履行に基づく損害賠償を請求することになる。

なお、この問題は、諾成契約として規定されている貸借において、貸借の締結後、貸借人が目的物の引渡しをしない間に、約定の返還時期が到来してしまった場合の処理の問題として同様に生じ得るものと思われる。この場合も、約定の返還時期の到来によって貸借人の目的物引渡債務は消滅すると扱うのが一般的な理解であるように思われる。

4 民法第419条との関係

貸主の「貸す債務」すなわち目的物引渡債務の不履行に基づく損害賠償に関しては、民法第419条第1項の金銭債務の特則が適用されると、借主は法定利息を超える損害の賠償を請求することができないことになる。これについては、例えば融資を前提に借主が事業計画を進めていた場合などにおいて、法定利息を超える損害が発生することも多いことを理由に、利息超過損害の賠償が認められてしかるべきであるとの指摘がされている。もっとも、これは、金銭消費貸借における貸主の「貸す債務」の不履行について民法第419条第1項が適用されることに問題があるというよりも、むしろ、同項が金銭債務の不履行について利息超過損害の賠償を否定していることに問題があるとも考えられる。部会資料34第1、4(2)[16頁]の乙案では、利息超過損害の賠償を否定する同項を削除して債務不履行の一般原則に委ねることが提案されている。

他方、以上とは異なる観点から、金銭消費貸借における貸主の「貸す債務」は金銭債務には当たらないと理解することによって解決すべきであるとの指摘もされている。このような観点からは、例えば、組合契約における出資の目的が金銭である場合に関する民法第669条（金銭出資の不履行の責任）のような規定を設けることによって解決すべきであるとの指摘もあり得るところである。しかし、同条は組合契約における出資の特殊性を考慮したものであって、金銭消費貸借一般にその趣旨が妥当するとは言えないと考えられる。

そうすると、結局、金銭消費貸借における貸主の「貸す債務」の不履行については、民法第419条第1項の適用があることを前提として、その適用に不都合があるとするならば、それは同項のルールそのものに不都合があると言わざるを得ないと考えられる。

(3) 目的物引渡し前の法律関係

ア 目的物引渡債権を受働債権とする相殺の禁止

消費貸借を諾成契約として規定する場合には、貸主は、借主に対して他の債権を有しているときであっても、借主の目的物引渡債権を受働債権とする相殺をすることができない旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

(補足説明)

前記(2)の補足説明1で述べたとおり、諾成契約としての消費貸借における借主の「返す債務」は、貸主の「貸す債務」すなわち目的物引渡債務が履行された後に発生するものと考えられるから、貸主は、自己の「貸す債務」を消滅させるために、借主の「返す債務」を自働債権とし、自己の「貸す債務」を受働債権とする相殺をすることはできないとされている。

ここでの問題は、貸主が、自己の「貸す債務」を消滅させるために、借主に対する他の債権を自働債権とし、自己の「貸す債務」を受働債権とする相殺をすることができるかどうかである。これについても、消費貸借は貸主が借主に目的物を引き渡すことを本質とする契約であるから、貸主は自己の「貸す債務」を受働債権とする相殺をすることができないとする見解が主張されている。実務的に見ても、例えば、合弁契約において構成員から消費貸借の形式で資金を調達する場合には、貸主である構成員の「貸す債務」が相殺によって消滅してしまうと、資金が現実に拠出されなくなってしまう、当該合弁契約における事業に多大な影響が生ずるとの指摘がされている。

もっとも、消費貸借の合意後、目的物引渡債務の履行期前に、貸主の有する他の債権の履行期が到来し、借主が遅滞に陥ったという場面を想定すると、このような場合を含めて貸主による相殺を一般的に制限することには、疑問もあり得る。

本文は、以上を踏まえ、諾成契約としての消費貸借によって発生する借主の目的物引渡債権については、これを受働債権として貸主が相殺をすることができない旨

の規定を設けるという考え方を取り上げ、その可否を問うものである。

イ 目的物引渡債権の譲渡，質権設定，差押えの禁止

消費貸借を諾成契約として規定する場合には，借主は目的物引渡債権の譲渡又は質権設定をすることができず，借主の債権者はその差押えをすることができない旨の規定を設けるという考え方があり得るが，どのように考えるか。

(補足説明)

諾成契約としての消費貸借は，これによって貸主の「貸す債務」すなわち借主の貸主に対する目的物引渡債権を発生させるから，理論的には，この目的物引渡債権が譲渡，質権設定又は差押えの対象となることになる。しかし，借主の貸主に対する目的物引渡債権が借主以外の者に移転してしまうと，借主の資金の利用目的や返済計画を吟味して融資を実行する金融機関にとっては，安心して融資の合意をすることができなくなるとの指摘がされている。

もっとも，前記イの目的物引渡債権を受働債権とする相殺の場合とは異なり，目的物引渡債権の譲渡については，従来の学説は，特段の制限はされないものと解している（質権設定や差押えについても同様と思われる。）。これは，借主の貸主に対する目的物引渡債権が第三者に移転し，貸主が当該第三者に約定の目的物を引き渡すことになったとしても，「返す債務」の債務者が当初の借主であることには変わりがなく，貸主が予想外の不利益を被るわけではないことを一つの根拠とするものと思われる。

これに対しては，金銭消費貸借における貸主は，通常，金銭を渡す相手とその回収先とが異なるという事態は想定していないことや，回収先（当初の借主）以外の者に金銭を渡せば回収先自身の資力がその分だけ不足することになることが指摘されており，また，借主の貸主に対する目的物引渡債権が差し押さえられた場合のように，借主の信用状態に不安が生じている場合にまで，借主以外の第三者に金銭を渡した上で当初の借主から回収をしなければならないというのでは，貸主に酷であるとの指摘もされている。

本文は，以上を踏まえ，借主の貸主に対する目的物引渡債権の譲渡，質権設定，差押えを禁止する旨の規定を設けるという考え方を取り上げるものである。

この考え方に対しては，金銭の引渡し前に借主の信用状態に不安が生じた場合には，貸主は一種の不安の抗弁権（中間的な論点整理第58 [179頁] 参照）により目的物引渡債務の履行を拒否することができると考えれば十分であり，また，必要に応じて当事者間で特約を締結すればよいことなどを指摘して，一般的に，譲渡等を制限する規定を設ける必要はないとの反論があり得る。

ウ 目的物引渡し前の解除

(7) 無利息消費貸借の場合の各当事者の解除権

消費貸借を諾成契約として規定する場合には、無利息消費貸借は、書面によるものを除き、貸主が目的物を引き渡すまでは、各当事者が解除することができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第44, 1(2)「無利息消費貸借についての特則」[131頁(323頁)]

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合(前記(1)参照)であっても、無利息消費貸借については、合意のみで貸す債務が発生するとするのは適当ではないとの意見もあることから、書面による諾成的消費貸借と要物契約としての消費貸借とを並存させるという案や、書面によるものを除き目的物の交付前における解除権を認めるという案などを対象として、無利息消費貸借に関する特則を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第1, 2 [1頁]】

(補足説明)

前記(1)の補足説明2で述べたとおり、消費貸借を諾成契約として規定する場合には、利息付消費貸借と無利息消費貸借とを区別すべきかが議論されているが、前記(1)の本文のように、利息の有無を問わず一律に消費貸借を諾成契約として規定するという考え方に対しては、無利息消費貸借の場合に当事者間の合意のみで貸主の「貸す債務」が発生することへの疑問が示されている。このような観点から、無利息消費貸借については、書面によるものを除き、目的物の引渡し前における解除権を各当事者に付与することによって、その合意の拘束力を緩和するという考え方が示されている(参考資料1 [検討委員会試案]・339頁)。

本文は、この考え方を踏まえ、利息の有無を問わず一律に消費貸借を諾成契約として規定することを前提に、無利息消費貸借については、書面によるものを除き、目的物の引渡しができるまでは、各当事者が自由に解除することができる旨の規定を設けることを提案するものである。書面によるものを除いた趣旨は、書面によらない贈与の場合と基本的に同様であり(前記第1, 3参照)、書面の作成を通じて貸主が無利息消費貸借の意思表示をすることの意味を十分に自覚したことを主な根拠とする。

なお、この解除権は、無利息消費貸借における合意の拘束力を緩和するためのものであって、後記(イ)の解除権のように、借主が金銭その他の目的物を受領する前に消費貸借を解除することによって利息及び利息相当損害金の発生を免れるためのものではない。そのため、ここでの解除権は貸主と借主の双方に付与されている。

(イ) 事業者の消費者に対する融資の場合の借主の解除権

消費貸借を諾成契約として規定する場合には、貸主が事業者で借主が消費者である利息付きの金銭消費貸借は、書面の有無を問わず、貸主が金銭を引き渡すまでは、借主が解除することができる旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○中間的な論点整理第44、1(3)「目的物の交付前における消費者借主の解除権」
[131頁(324頁)]

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合(前記(1)参照)であっても、貸主が事業者であり借主が消費者であるときには、利息の有無や書面の有無を問わず、貸主が目的物を借主に交付するまでは、借主は消費貸借を解除することができるの特則を設けるべきであるという考え方が示されている。このような考え方の当否について、そもそも解除によって借主がどのような義務から解放されることを想定しているのかを整理する必要があるとの意見や、その適用場面を営業的金銭消費貸借(利息制限法第5条)の場合にまで拡張して、借主が事業者であるものも含めるべきであるなどの意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第1、2(関連論点)1[5頁]】

(補足説明)

- 1 消費貸借を諾成契約として規定する場合には、事業者が消費者に対して融資をする利息付消費貸借における借主が、貸主から金銭の引渡しを受ける前に、当該利息付消費貸借を解除することによって、利息及び利息相当損害金の発生を免れることができるようにすべきであるとの指摘がされている。立法提案としても、事業者が消費者に対して融資をする消費貸借については、利息の有無や書面の有無を問わず、貸主が目的物を借主に引き渡すまでは、借主は当該消費貸借を解除することができるの特則を設けるべきであるとの考え方が示されている(参考資料1[検討委員会試案]・339頁)。もっとも、無利息の消費貸借については、借主に利息及び利息相当損害金の発生を免れるための解除権を付与する必要はなく、前記(ア)の解除権(無利息消費貸借の合意の拘束力を緩和するための解除権)が付与されれば十分であると考えられる。したがって、ここでは、利息付消費貸借のみを問題とすれば足りると考えられる。

本文は、このような考え方を取り上げるものである。

他方、借主が消費者である場合の特則を設けることに対しては、借主が中小零細事業者である場合にも、解除権の行使によって利息及び利息相当損害金の発生を免れることができるようにする必要があるという観点から、貸主が業として行う金銭消費貸借(営業的金銭消費貸借。利息制限法第5条参照)における借主についての特則とすることによって、消費者でない借主にも解除権を付与するとの考え方が示されている。もっとも、この考え方は、借主の属性を問わず、貸主側の要件(営業的金銭消費貸借)のみで一律に特則の対象とするものであり、例えば、多額の事業

資金の貸付けに関して、なぜ借主に任意の解除権が付与されるのかの根拠が示されていないように思われるので、本文では取り上げなかった。

2 なお、前記(2)の補足説明2(4)で述べたとおり、消費者である借主が利息及び利息相当損害金の発生を免れる方法としては、①目的物を受領すると同時に期限前弁済（期限の利益の放棄）をする方法や、②目的物を受領する前に期限の利益の放棄をする方法があると考えられる。したがって、消費者である借主が利息及び利息相当損害金の発生を免れる方法として、借主に目的物引渡し前の解除権を付与する必要はないとも考えられる。消費者である借主を保護するために必要な特則は、借主が期限の利益の放棄をした場合であってもそれによって貸主に生じた損害の賠償義務を負わないとする旨の特則である。その旨の特則については、後記4(2)イで提案をしている。

もっとも、このように借主が目的物の受領を拒否することを期限の利益の放棄と評価することに対しては、期限の利益の放棄は目的物の引渡し後には合理性が認められるが、目的物の引渡しがされる前に期限の利益の放棄やそれに相当する契約解消の権利を一般的に認めることは妥当ではないという批判があり得る。この批判を前提とすれば、上記①の目的物引渡し前の場面において借主が利息の負担を免れるためには、本文のように、借主に目的物引渡し前の特別の解除権を付与することが必要になると考えられる。

エ 目的物引渡し前の破産手続開始による消費貸借の失効

消費貸借を諾成契約として規定する場合には、貸主が目的物を引き渡す前に、当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは、消費貸借はその効力を失う旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第44, 1(4)「目的物の引渡し前の当事者の一方についての破産手続の開始」[132頁(325頁)]

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合（前記(1)参照）には、目的物が交付される前に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときに消費貸借契約が失効する旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、これに関連して、目的物が交付される前に当事者の一方の財産状態が悪化した場合にも貸主が貸す債務を免れるものとするかどうかについても、検討してはどうか。

【部会資料16-2第1, 2(関連論点)2[5頁]】

： 《参考・現行条文》

： (消費貸借の予約と破産手続の開始)

： 民法第589条 消費貸借の予約は、その後当事者の一方が破産手続開始の決定
： を受けたときは、その効力を失う。

(補足説明)

民法第589条は、「消費貸借の予約は、その後に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは、その効力を失う。」と規定している。借主が破産手続開始の決定を受けた場合については、当事者間における信用供与の前提が崩れることを根拠とするものとされている。また、貸主が破産手続開始の決定を受けた場合については、この規定がなければ、借主が破産債権者として配当加入をする一方で、借主に対する返還請求権が破産財団を構成することになると考えられるが、そのような処理は手続が煩雑で破産財団にとっても必ずしも有利でなく、消費貸借の予約の趣旨や目的に合致するものではないことを根拠とするものとされている。

このような民法第589条の趣旨は、消費貸借を諾成契約として規定した場合における目的物引渡し前の当事者間にも妥当することから、消費貸借を諾成契約として規定する場合には、その旨を明文化すべきであるとの考え方が示されている（参考資料1 [検討委員会試案]・342頁，参考資料2 [研究会試案]・220頁）。

本文は、このような考え方を踏まえ、貸主が目的物を引き渡す前に、当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは、諾成契約としての消費貸借はその効力を失う旨の規定を設けることを提案するものである。

2 消費貸借の予約

消費貸借を諾成契約として規定する場合であっても、民法第589条（消費貸借の予約と破産手続の開始）の規定は維持するという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○中間的な論点整理第44，1(5)「消費貸借の予約」[132頁(325頁)]

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合（前記(1)参照）には、消費貸借の予約の規定（民法第589条）を削除するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第1，2（関連論点）3 [5頁]】

《参考・現行条文》

（消費貸借の予約と破産手続の開始）

民法第589条 消費貸借の予約は、その後に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは、その効力を失う。

（売買の一方の予約）

民法第556条 売買の一方の予約は、相手方が売買を完結する意思表示した時から、売買の効力を生ずる。

2 前項の意思表示について期間を定めなかったときは、予約者は、相手方に対し、相当の期間を定めて、その期間内に売買を完結するかどうかを確答すべき旨の催

告をすることができる。この場合において、相手方がその期間内に確答をしないときは、売買の一方の予約は、その効力を失う。

(有償契約への準用)

民法第559条 この節の規定は、売買以外の有償契約について準用する。ただし、その有償契約の性質がこれを許さないときは、この限りでない。

(補足説明)

1 一般に、民法第589条の消費貸借の予約は、予約義務者に本契約である消費貸借を締結する義務を負わせる契約のことをいうとされており、貸主を予約義務者とする予約の場合には、借主は貸主に対して消費貸借の締結の意思表示をすることを求めることができるとされている(以下この補足説明において「義務型の予約」という)。また、現行法上本契約である消費貸借は要物契約であるから、借主は貸主に対して約定の目的物の引渡しを求めることもできると解されている。

他方、売買の規定が他の有償契約に準用されている関係で(民法第559条)、利息付消費貸借(有償消費貸借)については、同法第589条の予約のほか、売買の一方の予約と同様のものについても定めがあるとされている(同法第556条)。借主を予約完結権者とする予約の場合には、借主は貸主に対して予約完結の意思表示をすることによって(諾成的)消費貸借を成立させることができる(以下この補足説明において「完結権型の予約」という)。また、現行法上本契約である消費貸借は要物契約であるから、予約完結の意思表示だけでは消費貸借は成立せず、借主は貸主に対して約定の目的物の引渡しを求めることもできると解されている。なお、完結権型の予約についても、当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときに予約の効力が失われるとする民法第589条の適用があると理解するのが一般的であると思われる。

ところで、消費貸借を諾成契約として規定する場合には、義務型の予約も完結権型の予約も、消費貸借を要物契約として規定し目的物の引渡し前の合意に法的拘束力を認めない場合に比べると、その必要性は格段に低くなるとも考えられる。もっとも、売買その他の諾成契約においては、本契約を締結することのほかに、義務型の予約や完結権型の予約をすることは妨げられないと解されている。したがって、消費貸借を諾成契約として規定する場合であっても、消費貸借の予約は義務型の予約、完結権型の予約ともにあえて否定する必要はないと考えられる。そうだとすれば、民法第589条の規定には、前記1(3)エの補足説明で述べた意義があることから、この規定を引き続き存置することが考えられる。

2 本文は、以上を踏まえ、消費貸借を諾成契約として規定する場合であっても、民法第589条(消費貸借の予約と破産手続の開始)の規定は維持するという考え方を取り上げている。この考え方では、予約の目的を達して本契約である消費貸借が成立する前に、当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは、本文が適用され、その結果、消費貸借の予約は義務型の予約であれ、完結権型の予約であれ当然に効力を失うことになる。また、予約の目的を達して本契約である消費貸借が成立

した後、目的物の引渡しが行われる前に、当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは、前記1(3)エが適用され、その結果、本契約である消費貸借は当然に効力を失うことになる。

他方、本文の考え方に対しては、消費貸借が諾成契約とされることにより予約の有用性が格段に低くなることを根拠に、現行の民法第589条は削除するという考え方もあり得る。この考え方からは、仮に今後も消費貸借の予約が利用された場合には、前記1(3)エのような規定を手掛かりとして、解釈により現在と同様の取扱いを導くことが可能であると説明することになる。

3 利息に関する規律の明確化

(1) 利息の支払合意

借主は、利息を支払う旨の合意がある場合に限り、利息を支払う義務を負う旨の規定を設けるものとしてはどうか。

事業者間において貸主の事業の範囲内で金銭の消費貸借がされた場合には、借主は、利息を支払わない旨の合意がない限り、利息を支払う義務を負う旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○中間的な論点整理第44, 2「利息に関する規律の明確化」[132頁(325頁)]

民法では、無利息消費貸借が原則とされているものの、現実に用いられる消費貸借のほとんどが利息付消費貸借であることを踏まえ、利息の発生をめぐる法律関係を明確にするために、利息を支払うべき旨の合意がある場合に限り借主は利息の支払義務を負うことを条文上も明らかにする方向で、更に検討してはどうか。これに関連して、事業者間において、貸主の経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）の範囲内で金銭の消費貸借がされた場合には、特段の合意がない限り利息を支払わなければならない旨の規定を設けるべきであるとの考え方（後記第62, 3(3)②参照）が提示されていることから、この考え方の当否について、更に検討してはどうか。

また、諾成的な消費貸借において元本が交付される以前は利息は発生せず、期限前弁済をした場合にもそれ以後の利息は発生しないとする立場から、利息が元本の利用の対価として生ずることを条文上明記すべきであるという考え方が示されている。このような考え方の当否について、目的物の交付前における借主の解除権（前記1(3)参照）や、期限前弁済に関する規律（後記4）などに関連することに留意しつつ、検討してはどうか。

【部会資料16-2第1, 3[6頁], 部会資料20-2第1, 3(3)[20頁]】

《参考・現行条文》

(利息請求権)

商法第513条 商人間において金銭の消費貸借をしたときは、貸主は、法定利息

(次条の法定利率による利息をいう。以下同じ。)を請求することができる。

- 2 商人がその営業の範囲内において他人のために金銭の立替えをしたときは、その立替えの日以後の法定利息を請求することができる。

(補足説明)

- 1 現行民法においては無利息消費貸借が原則とされており(同法第587条参照)、利息は、消費貸借の合意とは別の利息の支払合意がある場合に限り、発生するものとされている。もっとも、現行民法は、そのような利息の発生原因に関する規定を置いていない。利息については、貸主の担保責任に関する規定(同法第590条第1項)において言及されているにすぎない。このような現状に対しては、現実に用いられる消費貸借のほとんどが利息付消費貸借であるとされていることから、利息の発生をめぐる法律関係を条文上も明確にすべきであるとの指摘がされている。

具体的には、「利息を支払うべきことについての合意がある場合には、借主は、引渡しを受けた元本について、利息を支払わなければならない」ことを条文上も明らかにすべきであるとの考え方が示されている(参考資料1 [検討委員会試案]・339頁)。本文の第1パラグラフは、この考え方を踏まえ、借主は利息の支払合意がある場合に限り利息の支払義務を負う旨の規定を設けることを提案するものである。

- 2 商法第513条第1項は、商人間において金銭の消費貸借をしたときは、借主は、法定利息を支払わなければならない旨を規定している。この規定に対しては、原則として利息付きの消費貸借とすべき対象を商人間の金銭消費貸借に限定する必然性はないことなどを指摘して、民法上、事業者間において貸主の事業の範囲内で金銭の消費貸借がされた場合には、借主は特段の合意がない限り利息を支払わなければならない旨の規定を設けるべきであるとの考え方が示されている。ここにいう事業とは、反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるものであるとの説明がされている。

本文の第2パラグラフは、この考え方を取り上げるものである。

(2) 利息の発生期間

利息は、目的物の引渡しが行われた日からその返還がされた日までの間、引渡しを受けた元本について発生する旨の規定を設けるものとしてはどうか。

(補足説明)

要物契約としての利息付消費貸借においては、利息は金銭その他の目的物の引渡しがあった日、すなわち契約の成立日から発生する。一方、諾成契約としての利息付消費貸借においても、利息は目的物の利用の対価であることから、要物契約としての利息付消費貸借と同様、一般に、目的物の引渡しがあった日から発生すると理解されている。したがって、諾成契約としての利息付消費貸借においても、目的物の引渡し前には利息そのものが発生することはない(ただし、前記1(2)の補足説明2(2)で述べたとおり、借主が目的物の受領を拒否している場合には利息相当額の損

害賠償義務を負うことがある。)。また、利息の対象となる元本は、契約上の元本ではなく実際に引渡しがされた元本となる。

他方、利息発生を終期については、要物契約としての利息付消費貸借と諾成契約としての利息付消費貸借とで異なる取扱いをする理由が元々存しない。いずれについても、利息が目的物の利用の対価であることからすれば、借主が目的物を返還しさえすれば、たとえそれが期限前弁済であったとしても、その後利息は発生しない。ただし、借主は、当該期限前弁済（期限の利益の放棄）によって貸主に生じた損害を賠償する義務を負担することになる（民法第136条第2項ただし書参照）。この損害の額が、返還時期までに発生すべきであった利息相当額から期限前弁済によって貸主が目的物を再運用等することができたことによる利益相当額を控除した額と見るべきであることについては、後記4(2)アで述べる。

本文は、以上を踏まえ、利息の発生期間について、目的物の引渡しされた日から目的物の返還がされた日までの間に発生すること、つまり、目的物の引渡し前には発生せず、期限前弁済の後にも発生しないことを条文上明らかにすることを提案するものである。

4 期限前弁済に関する規律の明確化

(1) 返還時期の定めのある利息付消費貸借における期限前弁済の可否

利息付消費貸借において返還時期を定めた場合であっても、借主は、いつでも期限前弁済をすることができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第44、4(1)「期限前弁済」[133頁(327頁)]

民法第591条第2項は、消費貸借において、借主はいつでも返還をすることができる」と規定しているが、他方で、同法第136条第2項が、期限の利益を放棄することによって相手方の利益を害することはできないとも規定していることから、返還時期が定められている利息付消費貸借における期限前弁済の可否や、期限前弁済が許されるとした場合に貸主に生ずる損害を賠償する義務の有無が、条文上は必ずしも明らかではないとの指摘がある。そこで、返還時期の定めのある利息付消費貸借においても期限前弁済をすることができ、その場合には、借主は貸主に生ずる損害を賠償しなければならないことを条文上も明らかにするかどうかについて、期限前弁済を受けた後の貸主の運用益を考慮すれば、ここでいう損害は必ずしも約定の返還時期までの利息相当額とはならないとの指摘があることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第1、5[9頁]】

： 《参考・現行条文》

： (期限の利益及びその放棄)

： 第136条 期限は、債務者の利益のために定めたものと推定する。

2 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。

(返還の時期)

第591条 当事者が返還の時期を定めなかったときは、貸主は、相当の期間を定めて返還の催告をすることができる。

2 借主は、いつでも返還をすることができる。

(補足説明)

民法第591条第2項は、借主はいつでも返還をすることができると規定しているが、この規定は、一般に、同条第1項と同様に返還時期の定めのない消費貸借について定めたものとされている。他方、同法第136条第2項ただし書は、期限の利益を放棄することによって相手方の利益を害することはできない旨を規定している。そのため、返還時期の定めのある利息付消費貸借においては、期限前弁済が許されないとの解釈もあり得るように見える。

もっとも、民法第136条第2項ただし書は、期限の利益の放棄によって貸主に生じた損害を借主が賠償すべきことを規定したものにすぎず、期限前弁済をすること自体を否定するものではないと理解するのが通説とされている。立法提案としても、その旨を条文上明らかにすべきであるとの考え方が示されている(参考資料1[検討委員会試案]・345頁、参考資料2[研究会試案]・221頁)。

本文では、以上を踏まえ、返還時期の定めのある利息付消費貸借においても、借主は期限前弁済をすることができる旨の規定を設けることを提案している。

(2) 期限前弁済(期限の利益の放棄)によって生じた損害の賠償義務

ア 原則

返還時期の定めのある利息付消費貸借において、借主の期限前弁済(期限の利益の放棄)によって貸主に生じた損害がある場合には、貸主は、借主に対し、その損害の賠償を請求することができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

この場合において、期限前弁済によって貸主に生じた損害の額は、返還時期までに発生すべきであった利息相当額から、期限前弁済(期限の利益の放棄)によって貸主が当該目的物を再運用等することができたことによる利益相当額を控除した額であることを条文上明らかにするという考え方があり得るが、どのように考えるか。

《参考・現行条文》

(期限の利益及びその放棄)

第136条 期限は、債務者の利益のために定めたものと推定する。

2 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。

(補足説明)

1 前記(1)の補足説明で述べたとおり、返還時期の定めのある利息付消費貸借においても、借主は期限前弁済をすることができるが、その場合において、借主は、当該期限前弁済によって貸主に生じた損害を賠償しなければならないとされている（民法第136条第2項ただし書参照）。この損害賠償義務は、期限前弁済の可否そのものとは切り離されたものと考えられるから、貸主は、借主が上記損害賠償をするまで期限前弁済（期限の利益の放棄）を受けないという態度に出ることはできず、期限前弁済自体は受けた上で、それによって生じた損害を自ら証明して賠償を請求する必要があるという考え方があり得る。

他方、期限前弁済と損害賠償との関係については、損害賠償をした場合に限り期限前弁済をすることができるとする異論もあり得る。

そこで、本文の第1パラグラフは、以上を踏まえ、期限前弁済と損害賠償との関係については解釈に委ねることとしつつ、貸主は借主に対して期限前弁済によって生じた損害の賠償を請求することができる旨の規定を設けることを提案するものである。

2 期限前弁済によって貸主に生じた損害の額については、一般に、約定の返還時期までに発生すべきであった利息相当額であるとの説明がされることが多い。しかし、この説明に対しては、期限前弁済（期限の利益の放棄）を受けた貸主は、その目的物を再運用等することによって利益を得ることができるのであるから、そのような再運用等による利益を得ながら約定の返還時期までに発生すべき利息相当額の損害賠償を請求することは、二重取りであって相当でないとの批判がされている。

そこで、この場合の損害の額は、返還時期までに発生すべきであった利息相当額から、期限前弁済によって貸主が当該目的物を再運用等することができたことによる利益相当額を控除した額と捉えるべきであるとの見解が示されている。第15回会議においても、この見解に対する異論はなく、むしろ積極的にその旨を明文化すべきであるとの意見があった。本文の第2パラグラフは、この見解を取り上げるものである。

イ 事業者の消費者に対する融資の場合の免責

貸主が事業者で借主が消費者である返還時期の定めのある利息付きの金銭消費貸借においては、貸主は、借主に対し、期限前弁済（期限の利益の放棄）によって生じた損害の賠償を請求することができない旨の規定を設けるとい考え方があり得るが、どのように考えるか。

○中間的な論点整理第44、4(2)「事業者が消費者に融資をした場合の特則」[133頁(328頁)]

仮に、返還時期の定めのある利息付消費貸借においても期限前弁済をすることができることを条文上も明らかにする場合（前記(1)参照）には、貸主が事業者であり借主が消費者であるときに、借主は貸主に生ずる損害を賠償することなく期限前弁済をすることが許されるとの特則を設けるべきであるとの考え方が示されている。このような考え方の当否について、その適用場面を営業的金銭消費貸借（利息制限法第5条）の場合にまで拡張して、借主が事業者であるものも含めるべきであるなどの意見がある一方で、期限前弁済があった場合に貸主に生ずる損害を賠償する義務を負うことは交渉力や情報量の格差とは関係しないという意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第1, 5（関連論点）[10頁]】

（補足説明）

前記アで述べたとおり、返還時期の定めのある利息付消費貸借において期限前弁済をした借主は、当該期限前弁済によって貸主に生じた損害の賠償義務を負う。もっとも、その例外として、事業者が消費者に対して融資をする利息付消費貸借においては、借主は期限前弁済によって貸主に生じた損害の賠償義務を負わない旨の特則を設けるべきであるとの考え方が示されている（参考資料1 [検討委員会試案]・345頁）。

判例（最判平成15年7月18日民集57巻7号895頁）も、借入金債務について生じた過払金が、他の借入金債務に充当されることによって、期限前弁済がされる結果となった場合において、当該期限前弁済によって消滅した元本に対する約定の返還時期までの「利息」（正確には民法第136条第2項ただし書の損害賠償）が発生するかどうかの問題となった事案において、「〈利息制限〉法1条1項及び2条の規定は、金銭消費貸借上の貸主には、借主が実際に利用することが可能な貸付額とその利用期間とを基礎とする法所定の制限内の利息の取得のみを認め、上記各規定が適用される限りにおいては、民法136条2項ただし書の規定の適用を排除する趣旨と解すべきであるから、過払金が充当される他の借入金債務についての貸主の期限の利益は保護されるものではなく、充当されるべき元本に対する期限までの利息の発生を認めることはできないというべきである。」と判示し、借入金債務の期限前弁済があっても貸主が約定の返還時期までの「利息」を取得することは許されないとしている。

もっとも、この判例法理については、過払金の充当に関する特殊なものであるから、当該事案を超えて一般化すべきではないとの指摘がされている。また、上記のような消費者の特則を設けることに対しては、借主が期限前弁済によって貸主に生じた損害の賠償義務を負うかどうかの問題は、交渉力や情報量の格差とは無関係のものであるとの指摘がされている。

他方、上記のような消費者の特則については、借主が消費者である場合のみならず借主が中小零細事業者である場合にも損害賠償義務を負担しないとする必要があるという観点から、消費者である借主についての特則ではなく、営業的金銭消費貸

借（利息制限法第5条）における借主についての特則とすることによって、貸主が事業者であれば、借主は消費者でなくても損害賠償義務を負担しないとするべきであるとの意見が示されている。しかし、貸主側の要件（営業的金銭消費貸借）のみで、借主の属性を問わず一律に特則の対象とする合理的な根拠が示されていないように思われるので、本文では取り上げなかった。

本文は、以上を踏まえ、事業者が消費者に対して融資をする利息付消費貸借の場合には、貸主は、借主に対し、期限前弁済（期限の利益の放棄）によって生じた損害の賠償を請求することができない旨の規定を設けるという考え方を取り上げている。

5 消費貸借の目的物に瑕疵がある場合の規律

(1) 貸主の担保責任

消費貸借の目的物に瑕疵がある場合の規律について、利息付消費貸借の貸主の担保責任の規律は売主の担保責任の規律に対応するものに、無利息消費貸借の貸主の担保責任の規律は贈与者の担保責任の規律に対応するものに、それぞれ規定を改めるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第44, 3(1)「貸主の担保責任」[133頁(326頁)]

消費貸借の目的物に瑕疵があった場合の貸主の担保責任について規定する民法第590条に関し、売買における売主の担保責任（前記第39）及び贈与における贈与者の担保責任（前記第43, 4）の規律が見直される場合には、利息付消費貸借における貸主の担保責任の規律は売買における売主の担保責任の規律に対応するものに、無利息消費貸借における貸主の担保責任の規律は贈与における贈与者の担保責任の規律に対応するものに、それぞれ規定を改める方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第1, 4 [7頁]】

《参考・現行条文》

（貸主の担保責任）

民法第590条 利息付きの消費貸借において、物に隠れた瑕疵があったときは、貸主は、瑕疵がない物をもってこれに代えなければならない。この場合においては、損害賠償の請求を妨げない。

2 無利息の消費貸借においては、借主は、瑕疵がある物の価額を返還することができる。この場合において、貸主がその瑕疵を知りながら借主に告げなかったときは、前項の規定を準用する。

（補足説明）

民法第590条は、消費貸借の目的物に隠れた瑕疵があった場合の貸主の担保責

任について、利息付消費貸借においては、貸主は瑕疵のない物に代える義務を負うとともに、損害賠償責任を負うことを規定している（第1項）。他方、無利息消費貸借においては、貸主が瑕疵を知りながら借主に告げなかったときにのみ同様の責任が生ずることを規定している（第2項後段）。

消費貸借は、要物契約であるか諾成契約であるかを問わず、貸主から借主へと目的物の所有権が移転する点で売買や贈与と共通する面がある。このことに着目して、消費貸借の目的物に瑕疵があった場合の貸主の担保責任については、売主の担保責任及び贈与者の担保責任の規律と整合的であることが求められるという指摘がされている。

売主の担保責任及び贈与者の担保責任の規律については、それぞれ見直しが検討されているところである（部会資料42第2[7頁]、前記第1、4参照）。そこで、その見直しの状況を踏まえながら、利息付消費貸借における貸主の担保責任の規律は売主の担保責任の規律に、無利息消費貸借における貸主の担保責任の規律は贈与者の担保責任の規律にそれぞれ対応するものに改めるべきであるとの考え方が示されている（参考資料1[検討委員会試案]・342頁）。

具体的な見直しの方向性は売主の担保責任及び贈与者の担保責任の規律の見直しの方角性に依存することになるが、本文は、上記の考え方を提案するものである。

(2) 瑕疵がある目的物の価額の返還

民法第590条第2項前段の規定を利息の有無を問わないものに改め、消費貸借の目的物に瑕疵があった場合には、借主は瑕疵がある物の価額を返還することができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第44、3(2)「借主の返還義務」[133頁(327頁)]

民法第590条第2項前段は、「無利息の消費貸借においては、借主は、瑕疵がある物の価額を返還することができる。」と規定する。この規定に関しては、利息付消費貸借において貸主の担保責任を追及しない場合にも適用されると解されていることから、利息の有無を問わないものに改める方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第1、4(関連論点)[8頁]】

《参考・現行条文》

(貸主の担保責任)

民法第590条 利息付きの消費貸借において、物に隠れた瑕疵があったときは、貸主は、瑕疵がない物をもってこれに代えなければならない。この場合においては、損害賠償の請求を妨げない。

2 無利息の消費貸借においては、借主は、瑕疵がある物の価額を返還することができる。この場合において、貸主がその瑕疵を知りながら借主に告げなかったときは、前項の規定を準用する。

(補足説明)

無利息の消費貸借における借主の返還債務について、民法第590条第2項前段は、「無利息の消費貸借においては、借主は、瑕疵がある物の価額を返還することができる。」と規定している。この規定については、利息付消費貸借の借主が貸主の担保責任を追及しない場合に、無利息消費貸借の借主と異なる取扱いをする合理的理由はないとして、その場合の利息付消費貸借にも適用されると解するのが通説とされている。立法提案としても、この規定を利息の有無を問わないものに改めるべきであるとの考え方が示されている(参考資料1 [検討委員会試案]・343頁)。

本文は、この考え方を踏まえ、民法第590条第2項前段の規定を利息の有無を問わないものに改め、消費貸借の目的物に瑕疵があった場合には借主は瑕疵がある物の価額を返還することができる旨の規定を設けることを提案するものである。

6 準消費貸借の旧債務

民法第588条の「消費貸借によらないで」という文言を削除するものとしてはどうか。

: 《参考・現行条文》
: (準消費貸借)
: 民法第588条 消費貸借によらないで金銭その他の物を給付する義務を負う者が
: ある場合において、当事者がその物を消費貸借の目的とすることを約したときは、
: 消費貸借は、これによって成立したものとみなす。
: -----

(補足説明)

判例(大判大正2年1月24日民録19巻11号)は、民法第588条の「消費貸借によらないで」という文言にもかかわらず、消費貸借に基づく貸金債務を旧債務とする準消費貸借の成立を認めている。この判例法理については特段の異論は見当たらない。

本文は、以上を踏まえ、民法第588条の「消費貸借によらないで」という文言を削除することを提案するものである。

7 抗弁の接続

抗弁の接続に関する規定を設けるかどうかについては、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲-1案】 消費者が、物品若しくは権利を購入する契約又は有償で役務の提供を受ける契約(以下「供給契約」という。)を締結する際に、供給契約の相手方である事業者とは異なる事業者との間で金銭消費貸借契約を締結した場合において、①供給契約と金銭消費貸借契約との間に一体性〔密接

な関連性]が認められ、かつ、②供給者と貸主との間に両契約を一体のものとして締結する旨の合意があったときは、借主は供給者に対して主張することのできる事由をもって貸主に對抗することができる旨の規定を設けるものとする。

【甲－２案】 与信の態様が消費貸借かどうか、与信を受けた者が消費者かどうかにかかわらず、供給契約の相手方である事業者とは異なる事業者との間で与信に係る契約が締結された場合において、①供給契約と与信に係る契約との間に一体性〔密接な関連性〕が認められ、かつ、②供給者と与信をした者との間に一体性〔密接な関係〕が認められるときは、与信を受けた者は供給者に対して主張することのできる事由をもって与信をした者に對抗することができる旨の規定を設けるものとする。

【乙案】 規定を設けないものとする。

○中間的な論点整理第４４，５「抗弁の接続」〔１３４頁（３２８頁）〕

消費貸借の規定の見直しに関連して、消費者が物品若しくは権利を購入する契約又は有償で役務の提供を受ける契約を締結する際に、これらの供給者とは異なる事業者との間で消費貸借契約を締結して信用供与を受けた場合に、一定の要件の下で、借主である消費者が供給者に対して生じている事由をもって貸主である事業者に対抗することができる（抗弁の接続）との規定を新設するべきであるとの考え方（後記第６２，２⑦参照）が示されている。このような考え方の当否について、民法に抗弁の接続の規定を設けることを疑問視する意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

また、その際には、どのような要件を設定すべきかについても、割賦販売法の内容をも踏まえつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料１６－２第１，６〔１０頁〕】

： 《参考・現行条文》

： （包括信用購入あつせん業者に対する抗弁）

： 割賦販売法第３０条の４ 購入者又は役務の提供を受ける者は、第二条第三項第一
： 号に規定する包括信用購入あつせんに係る購入又は受領の方法により購入した商
： 品若しくは指定権利又は受領する役務に係る第三十条の二の三第一項第二号の支
： 払分の支払の請求を受けたときは、当該商品若しくは当該指定権利の販売につき
： それを販売した包括信用購入あつせん関係販売業者又は当該役務の提供につきそ
： れを提供する包括信用購入あつせん関係役務提供事業者に対して生じている事由
： をもって、当該支払の請求をする包括信用購入あつせん業者に対抗することがで
： きる。

： ２ 前項の規定に反する特約であつて購入者又は役務の提供を受ける者に不利なも
： のは、無効とする。

3 第一項の規定による対抗をする購入者又は役務の提供を受ける者は、その対抗を受けた包括信用購入あつせん業者からその対抗に係る同項の事由の内容を記載した書面の提出を求められたときは、その書面を提出するよう努めなければならない。

4 前三項の規定は、第一項の支払分の支払であつて政令で定める金額に満たない支払総額に係るものについては、適用しない。

(準用規定)

割賦販売法第29条の4 (略)

2 第三十条の四の規定は、第二条第二項第一号に規定するローン提携販売に係る分割返済金の返済についてローン提携販売業者に対して生じている事由をもつてローン提供業者(同号に規定する債務の保証を受けてローン提携販売に係る購入者又は役務の提供を受ける者に対して同号に規定する金銭の貸付けを業として行う者をいう。)に対抗する場合に準用する。この場合において、第三十条の四第一項中「商品」とあるのは「指定商品」と、「役務に」とあるのは「指定役務に」と、「第三十条の二の三第一項第二号の支払分」とあるのは「第二十九条の三第一項第二号の分割返済金」と、「当該役務」とあるのは「当該指定役務」と、同条第四項中「支払分」とあるのは「分割返済金」と読み替えるものとする。

3 (略)

(個別信用購入あつせん業者に対する抗弁)

割賦販売法第35条の3の19 購入者又は役務の提供を受ける者は、個別信用購入あつせん関係販売契約又は個別信用購入あつせん関係役務提供契約に係る第三十五条の三の八第三号の支払分の支払の請求を受けたときは、当該契約に係る個別信用購入あつせん関係販売業者又は個別信用購入あつせん関係役務提供事業者に対して生じている事由をもつて、当該支払の請求をする個別信用購入あつせん業者に対抗することができる。

2 前項の規定に反する特約であつて購入者又は役務の提供を受ける者に不利なものは、無効とする。

3 第一項の規定による対抗をする購入者又は役務の提供を受ける者は、その対抗を受けた個別信用購入あつせん業者からその対抗に係る同項の事由の内容を記載した書面の提出を求められたときは、その書面を提出するよう努めなければならない。

4 前三項の規定は、第一項の支払分の支払であつて政令で定める金額に満たない支払総額に係るものについては、適用しない。

(補足説明)

1 消費貸借は、販売信用、すなわち物品若しくは権利を購入する契約又は有償で役務の提供を受ける契約が締結される際にその代金の支払について信用を供与する類型の信用取引においても、そこでの信用供与の一態様として重要な機能を果たしている。販売信用には、物品等の供給者自身が信用を供与する類型と、供給者でない

者が信用を供与する類型（第三者与信型）とがあるが、第三者与信型の販売信用においては、物品の引渡し等と代金相当額の決済とで相手方が異なることから、供給契約において意思表示の瑕疵があったり、債務不履行があったりした場合でも、信用の供与を受けた者は、信用の供与をした者からの支払請求を当然には拒むことができない。このため、消費者保護の観点から、信用の供与を受けた消費者が供給者に対して生じている事由をもって信用の供与をした者に対抗すること（抗弁の接続）を認める必要性が指摘されてきた。

- 2 現行法においては、割賦販売法が、第三者与信型の販売信用のうちの一定の類型について抗弁の接続の規定を設けている。例えば、包括信用購入あっせん（同法第2条第3項第1号、第2号）においては、購入者等は、一定の適用除外事由がある場合を除き、供給者に対して生じている事由をもって、あっせん業者に対抗することができる（同法第30条の4、第30条の5）。包括信用購入あっせんとは、購入者等（購入者又は役務の提供を受ける者）が供給者から物品等を購入するなどする際に、信販会社等のあっせん業者から発行されたクレジットカード等を提示するなどすることによって、あっせん業者にその代金に相当する額を直接的又は間接的に供給者に支払ってもらい、その後、あっせん業者に対してその額を2か月を超える期間にわたる支払を予定して支払っていくという取引形態である。

このほか、割賦販売法は、個別信用購入あっせん（同法第2条第4項）、ローン提携販売（同法第2条第2項第1号、第2号）についても、抗弁の接続の規定を設けている（個別信用購入あっせんにつき同法第35条の3の19、ローン提携販売につき同法第29条の4第2項、第30条の4、第29条の4第3項、第30条の5）。個別信用購入あっせんとは、購入者等が供給者から物品等を購入するなどする際に、信販会社等のあっせん業者から発行されたクレジットカード等を利用することなく、当該物品の購入等に関して、あっせん業者にその代金に相当する額を直接的又は間接的に供給者に支払ってもらい、その後、あっせん業者に対してその額を2か月を超える期間にわたる支払を予定して支払っていくという取引形態である。ローン提携販売とは、購入者等が供給者から物品等を購入するなどする際に、金融機関から発行されたカード等を提示するなどによって、供給者又は供給者から委託を受けた信用保証会社に保証人となってもらって金融機関からその代金に相当する額の融資を受け、これを供給者への支払に充てるとともに、その後、金融機関に対してその額を2か月以上の期間にわたり、かつ、3回以上に分割して支払っていくという取引形態である。

なお、個別方式のローン提携販売、すなわち、消費者が供給者から物品等を購入するなどする際に、金融機関から発行されたカード等を利用することなく、当該物品の購入等に関して、供給者又は供給者から委託を受けた信用保証会社に保証人となってもらって金融機関からその代金に相当する額の融資を受け、これを供給者への支払に充てるとともに、その後、金融機関に対してその額を一定の方法により支払っていくという取引形態もかつてはローン提携販売と呼ばれていたが、平成20年の割賦販売法改正により、ローン提携販売ではなく個別信用購入あっせんに該当

するとされている。

- 3 判例は、以上の割賦販売法における抗弁の接続の規定は抗弁の接続という法理を創設的に規定したものであるとしている。すなわち、最判平成2年2月20日集民159号151頁は、「改正後の割賦販売法30条の4第1項の規定は、法が、購入者保護の観点から、購入者において売買契約上生じている事由をあっせん業者に対抗し得ることを新たに認めたものにほかならない。したがって、右改正前においては、購入者と販売業者との間の売買契約が販売業者の商品引渡債務の不履行を原因として合意解除された場合であっても、購入者とあっせん業者との間の立替払契約において、かかる場合には購入者が右業者の履行請求を拒み得る旨の特別の合意があるとき、又はあっせん業者において販売業者の右不履行に至るべき事情を知り若しくは知り得べきでありながら立替払を実行したなど右不履行の結果をあっせん業者に帰せしめるのを信義則上相当とする特段の事情があるときでない限り、購入者が右合意解除をもってあっせん業者の履行請求を拒むことはできないものと解するのが相当である。」と判示している。

これに対して、学説には、割賦販売法における抗弁の接続の規定は当然の法理を確信的に規定したものであるとして、この規定が適用されない事案、例えば、翌月又は翌々月1回払い（マンスリークリア方式）の与信、不動産取引や少額の取引に関する与信の事案についても、抗弁の接続が認められる可能性を積極的に広げようとする見解がある。また、上記の判例自身も、第三者与信型の販売信用のうち割賦販売法の適用がない事案について、その事案の個別事情を考慮して信義則を根拠に抗弁の接続を認める可能性まで排除しているわけではない。実際に、下級審裁判例においては、同法の適用がない事案について信義則を根拠に抗弁の接続を認めた例が少なくないとの指摘がされている。これらの下級審裁判例は、供給契約と与信契約との間の一体性や、供給者と信用を供与した者との間の一体性を考慮して、信義則に基づく抗弁の接続を認めたものであるとの分析がされている。

- 4 そこで、学説においては、上記の下級審裁判例の動向などを根拠に、抗弁の接続の法理は今日では私法上の一般原則として理解すべきであるとして、民法に抗弁の接続に関する一般的な規定を置くべきであるとの主張がされている。

具体的には、「消費者が、事業者（以下「供給者」という。）との間で、物品もしくは権利を購入する契約または有償で役務の提供を受ける契約（以下「供給契約」という。）を締結し、供給者とは異なる事業者たる第三者（貸主）と消費貸借契約を締結する場合において、供給契約と消費貸借契約が〔経済的に〕一体のものとなされ、かつ、あらかじめ供給者と貸主との間に、供給契約と消費貸借契約を一体となすことについての合意が存在した場合には、購入者等は、供給者に対して生じている事由をもって、貸主に対抗することができる」との規定を設けるべきであるとの考え方が示されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・344頁）。

この考え方は、①第三者与信型の販売信用のすべてを網羅的に規定することは困難であることなどから、与信の態様を消費貸借に限定している。また、②抗弁の接続が消費者保護を目的とするものであることなどから、規定の適用場面を借主が消

費者、供給者及び貸主が事業者である場面に限定している。その上で、③下級審裁判例が、(a)供給契約と与信契約との間の一体性や、(b)供給者と信用を供与した者との間の一体性を考慮して、信義則に基づく抗弁の接続を認めていると分析されていることから、(a)供給契約と消費貸借契約が〔経済的に〕一体のものとしてなされたこと、(b)供給者と貸主との間に供給契約と消費貸借契約を一体として行うことについての合意が存在したことという要件を設けている。本文の甲－1案は、この考え方に基づく提案である。

- 5 本文の甲－1案に対しては、①与信の態様を消費貸借に限定するのは相当でなく、立替払やリースなどの第三者与信型の販売信用一般に広く適用されるような規定を設けるべきであるとの指摘がされている。また、②民法の一般ルールとして規定すべき抗弁の接続の規定は、与信を受けた者が消費者であることに着目した規定というよりも、むしろ、供給契約と与信契約との間の一体性や、供給者と与信をした者との間の一体性に着目した規定とすべきであるから、与信を受けた者が消費者である場合に限定した規定とすべきではないとの指摘がされている。さらに、③供給者と貸主との間に供給契約と消費貸借契約を一体として行うことについての合意が存在したことという要件については、割賦販売法における抗弁の接続の規定でも要求されていないものであって、規定の適用範囲を不当に限定するおそれがあるから、当該合意がなければ適用されないような規定とすべきではなく、供給者と与信をした者との間の一体性や密接な関係を客観的かつ規範的に評価することができるような要件を設けるべきであるとの指摘がされている。

そこで、本文の甲－2案は、与信の態様が消費貸借かどうか、与信を受けた者が消費者かどうかにかかわらず、供給契約の相手方である事業者とは異なる事業者との間で与信に係る契約を締結した場合において、(a)供給契約と与信に係る契約との間に一体性〔密接な関連性〕が認められ、かつ、(b)供給者と与信をした者との間に一体性〔密接な関係〕が認められるときは、与信を受けた者は供給者に対して主張することのできる事由をもって与信をした者に対抗することができる旨の規定を設けることを提案している。この(a)と(b)の各要件は、互いに重複する部分が大いと思われるが、(a)は取引と取引との関係の評価するもの、(b)は主体と主体との関係の評価するものとして、それぞれ理論的には独立したものと考えられるし、また、具体的な評価・認定の場面においても、一方は認められるが他方は認められないという場面が十分にあり得るとと思われる。甲－2案は、以上を前提に、(a)と(b)の各要件が共に認められない限り抗弁の接続は認められないという理解をしている。

なお、甲－2案に対しては、与信の態様を消費貸借に限定しない以上、規定の置き場所を消費貸借の箇所とするのは適当でないとの指摘があり得る。

- 6 以上のように、抗弁の接続の規定を民法の一般ルールとして設けることを提案する本文の甲－1案及び甲－2案に対しては、抗弁の接続が問題となり得る事案のうち割賦販売法が規制の対象としているものについては割賦販売法上の規定で対処すべきであり、そうでないものについては信義則によって対処すべきであるとの批判がされている。また、抗弁の接続に関する一般的な要件を定めると、その適用範囲

が広がりすぎて不当な結果を招きかねないとの批判もされている。

乙案は、これらの批判を踏まえ、規定を設けないことを提案するものである。

〔ドイツ民法〕

第516条 贈与の定義

- (1) 贈与とは、自己の財産から相手方に利益になるような出捐で、当該出捐が無償でなされることにつき、双方の当事者が同意しているものをいう。
- (2) 相手方の意思を問わずに出捐がなされたとき、出捐者は、相当の期間を定めて承諾の意思表示をなすことを催告することができる。当該期間が経過したときは、相手方が予め拒絶をしていない限り、贈与を承諾したものとみなす。贈与が拒絶された場合、不当利得の返還についての規定により、出捐されたものの返還を請求することができる。

第517条 財産取得の懈怠

ある者が相手方の利益のため、財産の取得を懈怠し、自己に帰属しているものの確定的に取得するに至っていない権利を放棄し、または、相続もしくは遺贈を放棄しても、贈与とはならない。

第518条 贈与の約束の方式

- (1) ある給付を贈与として約束した契約が有効であるためには、約束につき公正証書の作成を必要とする。第780条、第781条にいう債務約束または債務承認を贈与として行うときは、約束または承認の意思表示についても同様とする。
- (2) 方式の瑕疵は、約束された給付が実現されることによって治癒される。

第521条 贈与者の責任

贈与者は、故意または重大な過失がある場合にのみ責任を負う。

第523条 権利の瑕疵に対する責任

- (1) 贈与者は、権利の瑕疵を知りながら告げなかったときは、それによって生じた損害を賠償する義務を負う。
- (2) 贈与者が目的物を取得した上で給付することを約束していた場合で、権利の瑕疵があったときは、贈与者が取得時に当該瑕疵を知っており、または重大な過失により知らなかったとき、受贈者は不履行に基づく損害賠償を請求できる。権利の瑕疵についての売主の担保責任に関する規定である第433条第1項、第435条、第436条、第444条、第452条および第454条は、この場合に準用する。

第524条 物の瑕疵に対する責任

- (1) 贈与者は、贈与物の瑕疵を知りながら告げなかったときは、それによって生じた損害を賠償する義務を負う。
- (2) 贈与者が種類のみで指定した物を取得した上で給付を約束していた場合で、給付物に瑕疵があり、かつ、当該瑕疵を物の取得時に知っており、または重大な過失により知らなかったとき、受贈者は、瑕疵ある物に代えて瑕疵なき物の給付を請求することができる。贈与者が瑕疵を知りながら告げなかったときは、受贈者は、瑕疵なき物の給付に代えて、不履行による損害賠償を請求することができる。これらの請求については、売買目的物の瑕疵に関する規定を準用する。

第525条 負担付き贈与

- (1) 負担付き贈与を行う者は、自ら給付を提供したときは、負担の実行を請求することができる。
- (2) 負担の実行が公の利益に関するときは、贈与者の死亡後、所轄官庁もまた実効を請求することができる。

第526条 負担実行の拒絶

権利の瑕疵または贈与された物の瑕疵のために出捐の価値が負担の実行に必要な費用に達しない限りにおいて、受贈者は、瑕疵によって生じた欠損が填補されるまで、負担の実行を拒絶することができる。受贈者が瑕疵を知らずに負担を実行したときは、受贈者は、実行によって生じた費用が瑕疵の結果として出捐の価値を超える限りにおいて、贈与者に対して費用の償還を請求することができる。

第527条 負担の不実行

- (1) 負担が実行されないときは、贈与者は、双務契約の解除についての要件のもと、不当利得の返還に関する規定に従い、負担の実行に対して贈与として予定されていた出捐の限度において、贈与目的物の返還を請求することができる。
- (2) 前項の請求権は、第三者が負担を請求する権利を有するときには排除される。

第528条 贈与者の困窮化による返還請求

- (1) 贈与者が贈与の実効した後、自己の相当な生計を賄い、血族、配偶者または前配偶者に対して法律上自己に課せられた扶養義務を履行できない限度において、贈与者は、不当利得の返還に関する規定に従い受贈者に贈与物の返還を請求することができる。受贈者は、扶養に必要な費用を支払うことによって返還を免れることができる。この場合の受贈者の義務については、第760条の規定および親族の扶養に関する第1613条の規定を、贈与者の死亡の場合には第1615条の規定を準用する。
- (2) 受贈者が複数いる場合において、先に贈与を受けた受贈者は、後の受贈者が

義務を負わない限度においてしか責任を負わない。

第530条 贈与の撤回

- (1) 贈与は、受贈者が重大な過誤により、贈与者または贈与者の近親者に対して著しい忘恩行為をおこなったときは、撤回することができる。
- (2) 贈与者の相続人は、受贈者が故意または違法な行為によって贈与者を死に至らせ、または撤回を妨げた場合に限り、撤回権を取得する。

第531条 撤回の意思表示

- (1) 撤回は、受贈者に対する意思表示によって行う。
- (2) 贈与が撤回された場合、不当利得に基づく清算に関する規定にしたがって、贈与の原状回復を請求することができる。

第532条 撤回権の排除

撤回権は、贈与者が受贈者の忘恩行為を宥恕し、または、撤回権者が撤回権発生の要件が充足していることを認識した時点から1年を経過したとき、排除される。撤回は、受贈者が死亡した後には、もはや許されない。

第533条 撤回権の放棄

撤回権は、撤回権者が忘恩行為を認識した後でなければ、放棄することができない。

〔スイス債務法〕

第239条 贈与の内容

- (1) 贈与とは、ある者が自己の財産により、相当の反対給付なしに他人に利益を受けさせる出捐で、生前におこなうものをいう。
- (2) 権利を取得する前に権利を放棄し、または、相続を放棄した者は、贈与をしたものではない。
- (3) 道義上の義務の履行は、贈与とはみなされない。

第242条 贈与の成立・1 現実贈与

- (1) 現実贈与は、物を贈与者から受贈者に引き渡すことによって実行される。
- (2) 不動産所有権および不動産物権については、贈与は、土地登記簿への登記によってはじめて成立する。
- (3) 前項にいう登記は、有効な贈与約束を前提とする。

第243条 贈与の成立・2 贈与約束

- (1) 贈与約束は、書面方式を有効要件とする。
- (2) 不動産所有権およびそれに関する物権を贈与の対象とするときは、公正証書

の作成を有効要件とする。

(3) 贈与約束が履行されたとき、その関係は現実贈与に準じて判断される。

第244条 受諾の意義

贈与目的で他人に対して出捐を行う者は、自己の財産から現実に別除した場合であっても、受贈者が出捐を受領するまでは、何時でも撤回することができる。

第245条 条件および負担・総則

(1) 贈与には条件または負担を付することができる。

(2) その実行について贈与者の死亡を条件とする贈与については、死因処分に関する規定を準用する。

第246条 負担の実行

(1) 贈与者は、受贈者が受諾した負担の実行を、契約内容に従って訴求することができる。

(2) 負担の実行が公の利益に関与するときは、贈与者の死亡後、所轄官庁が実効を請求することができる。

(3) 受贈者は、出捐の価値では負担の費用を賄えず、かつ、不足分が填補されない限りにおいて、負担の実行を拒絶することが許される。

第248条 贈与者の責任

(1) 贈与者は、受贈者が贈与により被った損害については、それが故意または重大な過失に基づく場合に限り、責任を負う。

(2) 贈与者は、受贈者に贈与した物または譲渡した債権について、受贈者に約束した限りにおいてのみ担保責任を負う。

第249条 贈与の撤回：贈与目的物の返還請求

現実贈与がなされたとき、および贈与約束が実行されたときは、次に掲げる各事由のいずれかに該当する場合、贈与者は、贈与を撤回し、受贈者が現に利益を得ている限りにおいてその返還を請求することができる。

1. 受贈者が贈与者または贈与者の近親者に対して重大な犯罪行為を行ったとき。
2. 受贈者が贈与者または贈与者の親族の一人に対して自ら負担している親族法上の義務に著しく違反したとき。
3. 受贈者が贈与に伴う負担を正当な理由がないのに履行しないとき。

第250条 贈与約束の撤回および消滅

(1) 贈与約束がなされたときにおいて、贈与者は、次に掲げる各事由のいずれかに該当する場合、当該約束を撤回し、その履行を拒絶することができる。

1. 現実贈与がなされた場合において贈与物の返還が請求され得ると同一の

- 理由がある場合。
2. 約束がなされた後、贈与者の財産状態が、贈与が著しく重大な負担となるほどに悪化した場合。
 3. 約束がなされた後、従来、不存在または著しく僅少な範囲でしか存在していなかった親族法上の義務が生じた場合。
- (2) 贈与者の損失証書(Verlustschein)が発行され、または倒産手続が開始したときは、あらゆる贈与約束は効力を失う。

〔オランダ民法〕

第7編175条

- (1) 贈与とは、受贈者である一方当事者の利得を、贈与者である他方当事者によって、贈与者の固有の財産から与える旨の無償の契約である。
- (2) 特定の人に向けられた贈与の申込みは、その者が申込みを知って遅滞なく異議を述べなかったときは、その者によって承諾されたものとする。

第7編183条

- (1) 贈与者が瑕疵について告げなかったときは、贈与者が瑕疵について知っていたが贈与財産の引渡しに際して受贈者がその瑕疵を発見することができなかった場合であっても、法律上または事実上の瑕疵について責任を負う。
- (2) 詐欺の場合を除き、この責任は贈与財産それ自体に対する損害には及ばない。

第7編184条

- (1) 以下の場合には、履行が既になされているかどうかにかかわらず、贈与は無効となる。
 - (a) 贈与者によってもまた第三者によってもその履行を請求され得ない贈与契約上の債務につき、受贈者が履行しないとき。
 - (b) 贈与者またはその近親者に対し、受贈者が故意に非行を犯したとき。
 - (c) 法律または契約によって贈与者の扶養に寄与することが義務付けられている受贈者が、その義務を履行しないとき。
- (2) 第1項第b号における「非行」は、非行の企て、準備、関与を含む。

第7編185条

- (1) 第184条における贈与の無効に関する訴権は、贈与者が無効原因となる事実を知った日から1年で時効にかかる。
- (2) 贈与者の死亡の後には、前条の規定による贈与の無効は、裁判によってのみもたらされ得る。第184条第b号および第c号の場合においては、無効原因となる事実が贈与者の死亡を引き起こした場合にのみ、無効となり得る。

〔フランス民法〕

第 8 9 4 条

生存者間の贈与は、贈与者がそれを承諾する受贈者のために贈与物をその時点で不可撤回的に手放す行為である。

※ たとえば、民法典で要求されている要式性を満たさない贈与の一つである偽装贈与についても、不可撤回性の原則は及ぶと解されている (Maurie et Aynès, op. cit., n° 412)。ただし、夫婦間の贈与については、要式性を満たす贈与であっても、不可撤回性の原則は適用されない (フランス民法 1096 条 1 項「婚姻中夫婦間で行うすべての贈与は、生存者間〔の贈与〕を称するものであっても、常に撤回することができる」)。

第 9 3 1 条

生存者間の贈与を定めるすべての証書は、契約の通常形式にしたがって、公証人の面前で作成される。その原本は、保存される。これに反する場合は無効とする。

第 9 3 2 条

- ① 生存者間の贈与は、それが明示の文言において承諾された日からでなければ、贈与者を拘束せず、いかなる効果も生じない。
- ② 承諾は、その後の公署証書によって贈与者の生存中に行うことができる。その原本は、保存される。ただし、その場合には、贈与は、この承諾を認定する証書を贈与者に通知した日からでなければ、その者に対して効果を有さない。

※ 以上のように、民法典上、贈与は要式行為とされている。しかし、實際上、要式性が遵守されるのは特に不動産の贈与についてであり、ことに有体動産については、その贈与はしばしば公署証書なく行われている (山口俊夫『概説フランス法上』(東京大学出版会、1978年) 527 頁。以下の叙述も同書の記述 (特に 529 頁以下) に多くを負っている)。そして、判例上も、民法典上の要式性を満たしていない贈与についても、一定の要件のもとで有効性が認められている。具体的には、現実贈与、偽装贈与、間接贈与がある。

現実贈与とは、贈与者から受贈者に対する現実の引渡しにより実現する贈与である。実体的な要件としては、引渡しと意思の合致が要求されている。

偽装贈与は、売買や偽装的な債務承認など、偽装的な有償行為の形式をとってなされる贈与である。偽装贈与は、外見上の行為の形式的な要件を満たす必要がある。たとえば、偽装的な債務承認の場合であれば債務者により負債額が記載されていなければならない (1326 条参照)。また、贈与に適用される実体的なルールも課される。具体的には、不可撤回性、遺留分を侵害する場合にはその減殺といったものである。

間接贈与は、贈与でありながら、民法典の要件を満たした公署証書による贈与でも、現実贈与でも、偽装贈与でもないものである (以下の叙述については、Maurie et Aynès, Les successions les libéralités, Defrénois, 2e éd., 2006, n° 415 et s. を参照)。判例

はその有効性を認めているが、消極的な定義の仕方のため、定義のあいまいさも指摘されている。911条1項は「無償譲受についての無能力者である自然人のための恵与はすべて、有償契約の形式の下にそれを仮装するのであれ、自然人または法人の介在者の名のもとにそれを行うのであれ、無効である」と規定するが、偽装贈与ではなく、間接贈与であれば受贈無能力者に対する贈与も可能となる。偽装的でなく、間接的であると性質決定されるためには、①有償性が不完全であること、すなわち意図的な不均衡があること、または②行為の性質が無償でも有償でもないこと、が必要であるとされる。①の例としては、偽装ではない売買契約であるが、取得者に満足を与える意図で、価格が著しく安いもの、②の例としては、生命保険契約のような第三者のためにする契約が挙げられている。

第953条

生存者間の贈与は、その下に贈与を行った条件の不履行を事由として、忘恩を事由として、および子の事後出生を事由としてでなければ、撤回することはできない。

第955条

生存者間の贈与は、以下の場合でなければ、忘恩を事由として撤回することができない。

- 一 受贈者が贈与者の生命を侵害した場合
- 二 受贈者が贈与者に対する虐待、犯罪または重大な侮辱について有罪とされた場合
- 三 受贈者が贈与者に扶養料を拒否する場合

第956条

条件の不履行または忘恩を事由とする撤回は、法律上当然には生じない。

第957条

- ① 忘恩を事由とする撤回の請求は、贈与者によって受贈者の責めに帰せられた犯罪の日から、またはその犯罪を贈与者が知ることができた日から起算して、1年以内に提起しなければならない。
- ② この撤回は、贈与者から受贈者の相続人に対しても、贈与者の相続人から受贈者に対しても、請求することができない。ただし、後者の場合においては、訴えが贈与者によって提起されている場合または贈与者が犯罪から1年以内に死亡した場合には、この限りでない。

第958条

- ① 忘恩を事由とする撤回は、受贈者が行った譲渡も、受贈者が贈与の目的物に課すことがあった抵当権およびその他の物的負担も害さない。ただし、そのすべてが、財産の所在地の抵当権保存所における撤回請求の公示より前のもので

あることを条件とする。

- ② 撤回の場合には、受贈者は、請求の時を考慮して、譲渡物の価額およびその請求の日から起算した果実を返還することを命じられる。

第959条

婚姻のための贈与は、忘恩を事由として撤回することができない。

※ 原則として、贈与者は担保責任を負わない (Malaurie et Aynès, op. cit., n° 450)。贈与契約の無償性がその理由である。ただし、贈与者が担保責任を負う旨の特約は可能である。また、贈与者個人の所為に基づく担保責任を負う (たとえば、贈与者が、贈与不動産を二重譲渡し、第二譲受人が先に公示をした場合、先に贈与を受けた受贈者は贈与者に対して損害賠償を請求できる)。

※ 負担付贈与については、受贈者は負担の履行義務を負う。負担が贈与の原因である場合に、判事は、負担の不履行に基づく撤回ができる (Malaurie et Aynès, op. cit., n° 362)。

〔共通参照枠草案〕

III.-3:511 (原状回復が不要の場合) 第3項

- (3) 本准章における原状回復は、契約が無償であるときは必要とされない。

IV.H.-1:101 (適用範囲に含まれる契約)

- (1) 第4編第H章は、動産の贈与に関する契約について適用される。
(2) 動産の贈与に関する契約とは、贈与者である当事者が動産の所有権を受贈者である相手方に移転することを無償で引き受け、かつそれを受贈者への恵与の意図をもって行う契約である。

IV.H.-1:105 (死因贈与)

- (1) 本章の規定は、以下の場合については適用されない。
(a) 移転義務の履行が贈与者の死亡の場合においてのみ満期となる時、
(b) 移転または移転義務が贈与者の死亡を停止条件としているとき、または
(c) 移転または移転義務が、受贈者が贈与者よりも先に死亡することを解除条件としているとき。
(2) 第1項の規定は、贈与者が履行を行いまたは贈与者の死亡の前に条件を撤回するときは、適用されない。

IV.H.-2:101 (適用範囲に含まれる契約)

贈与者による義務負担が贈与者によって署名された永続性のある媒体における文書の方式において行われる場合でなければ、物品の贈与に関する契約は無効と

なる。I-1:107（「署名」および類似の表現）第4項の意味における高度署名ではない電子署名は、この点に関しては十分なものとはならない。

IV.H-3:101（義務一般）

- (1) 贈与者は、以下のことを行わなければならない。
 - (a) 契約に適合した物品を引き渡すこと。
 - (b) 契約によって要求された物品に関する所有権を移転すること。
- (2) 本節の規定は、引渡義務の履行期が到来した時以降に収取された果実について、適宜修正の上適用される。

IV.H-3:102（物品の適合性）

- (1) 受贈者が合理的に期待し得たであろう品質を物品が有していないときは、契約締結時に受贈者が品質の欠如を知りまたは合理的に知ることのできた場合を除き、物品は契約に適合していないものとする。
- (2) 受贈者が合理的に期待し得た品質を決定する際には、とりわけ以下の点が考慮されるべきである。
 - (a) 契約の無償的性質、
 - (b) 受贈者によって知られまたは明白であった贈与契約の目的、
 - (c) 物品の移転または引渡しが即時になされたかどうか、
 - (d) 物品の価値、および
 - (e) 贈与者が事業者であるかどうか。
- (3) 契約の条項において予定された数量、品質、種類を満たしていないときは、その物品は契約に適合していないものとする。

IV.H-3:203（解消の場合の原状回復）

受贈者が第3編第3章第5節（解消）のIII.-3:511（原状回復が不要の場合）の第3項の規定は適用されない。

IV.H-4:201（受贈者の忘恩）

- (1) 贈与者に対する甚だしい非行を故意で行うことによって重大な忘恩を受贈者が犯したときは、物品の贈与に関する契約は、撤回することができる。
- (2) 本章における撤回は、関係する事情について知っている贈与者が受贈者を宥恕するときは、排除される。
- (3) 第1項については、IV.H-4:104（期間制限）における合理的な期間は、少なくとも1年間である。贈与者がその合理的期間内が経過する前に死亡したときは、関係する事情を撤回権者が知りまたは知ることが合意的に期待され得るときまで、期間の経過は停止される。
- (4) 第1項については、VII.-6:101（利得の不存在）における利得の不存在の抗弁は適用されない。

IV.H.-4:202 (受贈者の困窮)

- (1) 贈与者が自らの財産または収入によって自らの生計を維持する立場にないときは、物品の贈与に関する契約は、撤回することができる。
- (2) 以下の場合には、贈与者は自らの生計を維持する立場にないものとする。
 - (a) ある他の者が扶養を与える立場にある場合には、その者から扶養を受ける権利を贈与者が有するとき、または
 - (b) 社会的な扶助が与えられる権利を贈与者が有するとき。
- (3) 贈与者が第2項によって権利を有しまたは権利を有するであろう範囲において受贈者が贈与者を扶養するときは、撤回権は停止される。
- (4) 第1項の意味において自らの生計を維持する立場にないまたはそのような状況が差し迫っている贈与者は、未だ履行されていない契約上のあらゆる義務について、履行を留保することができる。第3項の規定は、履行を留保する権利について準用される。贈与者が履行を留保するときは、受贈者は契約関係を解消することができる。
- (5) 法律または裁判所によって定められた扶養義務を果たすべき贈与者の能力またはそれらの義務の存在が、贈与の有効な撤回に依存している場合についても、本条が適用される。
- (6) 本章における撤回権は、当事者により制限または排除することができない。

IV.H.-4:203 (その他の撤回権)

- (1) 契約締結後に贈与の基礎となっていた本質的な事情に重大な変更が生じた限りにおいて、その変更により以下の結果となるときは、物品の贈与に関する契約は、撤回することができる。
 - (a) 受贈者に対する利益が明らかに不適當または過大であるとき、または
 - (b) その贈与に贈与者を拘束することが明らかに不当であるとき。
- (2) 第1項の規定は、以下の場合にのみ適用される。
 - (a) 事情の変更が契約締結時に予見不可能であったためにそれについて規律することを贈与者に合理的に期待することができなかつたとき、かつ
 - (b) 事情の変更についての危険が贈与者によって引き受けられていなかったとき。

〔消費貸借に関する立法例〕

I ドイツ民法

〔訳注〕

消費貸借契約について、ドイツ民法旧607条ないし610条が規定を置いていたが実務的にはほとんど意味をもたず、1991年に制定された消費者信用法が重要な役割を果たしていた。それが、2001年の債務法現代化法による改正

によって消費者信用法が民法典に編入される際、「信用」概念は「金銭消費貸借契約」、「支払猶予」、「金融支援」に分解され、「消費貸借契約」概念も新たに定義されている。すなわち、従来、消費貸借契約の法的性質をめぐっては、条文は要物・片務契約を前提としているが、これと乖離した法実務が発展してきたことから、長らく学説上の争いが続いてきたが、諾成・双務契約で、原則として有償契約（利息を付す）とした。改正以前より諾成契約性を肯定する見解が圧倒的通説であったこともあって、この改正は法実務に規定上の根拠を与えたものとされている（後記補足説明1参照）。このほか同改正では、消費貸借契約は金銭消費貸借契約（法文上は Darlehensvertrag : 488条以下）と物品消費貸借契約（Sachdarlehensvertrag : 607条以下）とに分けて規定したうえで、旧消費者信用法の規定は金銭消費貸借契約のサブカテゴリー（消費者消費貸借契約）に位置づけられている。

（補足説明）

1 債務法現代化以前の法状況について

債務法現代化法以前の法（以下「旧法」）状況下において、消費貸借契約が要物契約か諾成契約かをめぐって論争があったとされており、立法資料上も、この問題に対して明確なスタンスは示されていない（そもそもこの理論的な争いに実益はないとの理解も確立していたところである）。立法者（債務法現代化法の）の整理によれば、旧法下では法律上の規定と（取引実務で用いられていたマスタ契約、約款などの）法実務との間に乖離が生じていることから、現実の法状況に適合した新たな規定を置く必要性は極めて高いとされている。

立法者の旧法の理解は次の通りである。改正前の旧607条は消費貸借契約の基本理念は依然として歴史的な消費貸借契約のイメージを出発点に据えており、債務者のみが一方的な債務を負う契約としている。同条の解釈については、連邦通常裁判所も従来から要物契約説をとる。これに対し、法実務で生じた個別具体的な問題を解決するに当たり、連邦通常裁判所は、問題の契約が諾成契約なのか要物契約なのかについては判断を避けてきた。学説上圧倒的多数であった諾成契約説は法実務を反映しつつも旧607条以下の法文によってカバーされてはいなかった。

Mülbart, Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung im Recht des „bürgerlichen“ Darlehensvertrags, WM 2002, 465, 466f.; Lwowski/Wunderlich, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrs), Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2007, Bd. I, # 76 Rn. 5f

2 ドイツにおける消費貸借の諾成契約化による実務への影響

債務法改正以前のドイツの民法典においては、消費貸借の成立要件については明示的に規定されておらず、消費貸借における基本的な義務に関するドイツ民法旧607条の解釈として、消費貸借は要物契約であるとする説と諾成契約である

とする説が対立していたが、消費貸借は当事者の合意のみによって成立する諾成契約であると解するのが通説的見解であった。従って、改正後のドイツ民法488条では、消費貸借が諾成契約であることが条文上明らかとされているが、これは改正前において既に通説として妥当していた立場を確認したに過ぎない（この点につき、Mülbert, a. a. O., 467; Ott, Neues Werkvertrags- und Darlehensrecht, MDR 2002, 364などを参照のこと）。

民法488条における消費貸借の成立要件としての意思表示（の合致）については、比較的緩やかに解されており、当事者の行為態様のみからでも認定され得るものと考えられている。例えば、ディスポジション信用(Dispositionskrediten; 交互計算信用)や当座貸越(Überziehungskrediten)を利用する行為からでも、また顧客の振替口座に貸越しが生じたこと自体からでも、消費貸借の意思表示が認められるとされている。この場合、顧客による信用枠の利用は、各利用額についての消費貸借の締結に関する金融機関による申込みに対する承諾の意思表示として扱われることになる（以上につき、Tonner/Willingmann/Tamm (Hrsg.), Vertragsrecht Kommentar, § 488 (Krüger/Bütter), Rn. 7を参照）。

* Darlehensvertrag は金銭消費貸借契約を意味するが, Gelddarlehensvertrag ということばが用いられていないことに鑑みて, 以下では, 「消費貸借契約」, Darlehen を「貸金」と訳した。

第1款 総則

第488条 消費貸借契約における契約類型上の義務

- (1) 消費貸借契約により、貸主は、借主に対して、約定された金額を利用させる義務を負う。借主は、約定利息を支払い、かつ、返還の時期において利用した貸金を返済する義務を負う。
- (2) 約定利息は、他に特段の定めのない限り、1年を経過する毎に、また、貸金が1年を経過する前に返済されるべきときは返済時に、それぞれ支払われるものとする。
- (3) 貸金の返済時期について定めがないときは、債権者または債務者の解約告知により返済時期が到来する。解約告知期間は3ヶ月とする。利息の支払われるべきでないときは、債務者は解約告知なしに返済することができる。

第489条 借主の通常解約告知権

- (1) 借主は、次に掲げる各号に該当するときは、固定された借方利率が合意された消費貸借契約の全部または一部を解約告知することができる。
 1. 返済のために定められた時期よりも先に固定利率期間が終了し、利率について新たな合意がなされていない場合、1ヶ月の解約告知期間を設けて、早くとも固定利率期間の終了する日が経過する時点以降に解約告知することができ、また、1年以内における一定の時期に利率の改定を約している場合、同様に、その都度、債務者は固定利率期間が終了する日の経過する時点以降

- に解約告知することができる。
2. いずれの場合においても、全額を受領して10年を経過した後、6ヶ月の解約告知期間を設けることにより、解約告知することができる。貸金を受領した後、返済時期または利率について新たな合意がなされたときは、当該合意がなされた時点をもって支払の時期に代える。
- (2) 借主は、変動利率での消費貸借契約を、3ヶ月の解約告知期間を設けることにより、何時でも解約告知することができる。
- (3) 債務者が、解約告知の効果が発生してから2週間以内に返済すべき金額を返済しないときは、解約告知は効力を生じないものとみなす。
- (4) 本条第1項および第2項に定める借主の解約告知権は、契約により排除され、または、要件が加重され得ない。ただし、連邦、連邦の特別財産、州、市町村、市町村団体、ヨーロッパ共同体または外国の地域団体に対する貸金については、この限りではない。
- (5) 借方利率は、固定または変動するものとして定期的に百分率で示され、当該年度に供与されている貸金について適用される。借方利率は、全ての契約期間にわたり単一または複数の利率が合意され、それが固定された百分率で表示された数字として明示されているときは固定利率とされる。全ての契約期間について固定利率が合意されていないときは、百分率で示された数字が固定されるとされている期間に限り、当該借方利率は固定される。

第490条 特別解約告知権

- (1) 借主または当該消費貸借のために担保を提供した第三者の財産状態が著しく悪化し、または、悪化する恐れがあって、そのために貸金の返済が危殆化する場合、貸主は、貸金の支払前に疑いがあるときは常時、支払後は原則として無催告で、消費貸借契約を解約告知することができる。
- (2) 借主は、借方利率が固定されており、かつ、不動産担保権または船舶担保権により担保されている場合において、正当な利益を有し、かつ、貸金の完全に受領してから6カ月が経過しているときは、第488条第3項第2文の期間を定めて期限前に解約告知することができる。借主が貸金の担保に供した物を別の用途に用いる必要がある場合、当該利益が存するものと認められる。借主は、期限前に解約告知したことによって生じた損害を借主に賠償しなければならない（期限前補償）。
- (3) 第313条および第314条の適用には影響を及ぼさない。

物品消費貸借契約 (Sachdarlehensvertrag)

第607条 物品消費貸借契約における契約類型上の義務

- (1) 物品消費貸借契約により貸主は、借主に対して、合意された代替物を処分し、委ねる義務を負う。借主は、消費貸借の対価および期限の到来時に同種、同等および同量の物を返還する義務を負う。
- (2) 本節の規定は金銭を処分し、委ねることに適用しない。

第608条 解約告知

- (1) 処分を委ねられた物の返還時期が定められていないとき、返還期限は、貸主または借主のいずれかが解約告知することにより到来する。
- (2) 期限を定めない物品消費貸借は、別段の定めがない限り、何時でも、貸主または借主から、その全部または一部の解約告知をすることができる。

第609条 対価

借主は、遅くとも、処分を委ねられた物品を返還するときには、対価を支払わねばならない。

旧規定

旧第607条 消費貸借の本質

- (1) 金銭その他の代替物を消費貸借として受領した者は、貸主に対して、受領した物と同種、同質、同量の物を返還する義務を負う。

旧第610条 消費貸借の約束

消費貸借の引渡しを約束した者は、疑わしいときは、相手方の財産状態に著しい悪化が生じ、これにより返還請求が危ぶまれる場合、約束を撤回することができる。

II スイス債務法

第312条 定義

消費貸借契約により貸主は一定額の金銭その他の代替物の所有権を移転させる義務を負い、これに対して借主は同一の種類、量を同一の量および品質の物を返還する義務を負う。

第313条 効果

- (1) 消費貸借に対しては、通常取引においては合意がなされた場合に限り、利息を付すことを要する。
- (2) 商取引においては、合意がないときも利息を支払わねばならない。

第314条 利息規定

- (1) 契約において利率を定めていないときは、消費貸借を受領した時期および場所において同種の消費貸借について通常とされる利息を付すものと推定される。
- (2) 別段の合意がないときには、約束された利息は年利として支払うべきものとする。
- (3) 利息を元本に組み入れたうえでこれに利息を付すべき旨の事前の合意がなされたときは、当該合意は無効とする。ただし、貯蓄金庫におけるように複利計算が通常とされる交互計算その他の類似の取引形態における商人間の利息計算はこの限りではない。

第316条 借主の支払不能

- (1) 貸主は、借主が契約締結後に支払無能力 (zahlungsunfähig) になったとき

は、消費貸借の交付を拒絶することができる。

(2) 前項の権限は、貸主の支払無能力が契約締結前から生じていたが、後から初めて知った場合も貸主に認められる。

第317条 金銭に替わる物の引渡し

(1) 借主が合意した金額の金銭に替えて有価証券または商品を受領したときは、その引渡しの時期および場所における当該有価証券の相場または商品の市場価格を消費貸借金額とみなす。

(2) 前項に反する合意は無効とする。

第318条 返済時期

消費貸借の返済について、一定の期限、解約告知期間、または任意の催告による満期到来のいずれの合意もなされていないときは、最初の催告から6週間以内に返済すべきものとする。

III フランス民法

第3編第10章 貸借

第2節 消費貸借または単なる貸借

第1款 消費貸借の性質

第1892条

消費貸借は、当事者の一方から他方へ、同種および同質の物を同量返還することを負担として、使用によって消費される物の一定量を引渡す契約である。

第1893条

借主は、この貸借の効果によって、貸借物の所有者となる。滅失は、それがいかなる仕方でも生じるものであっても、借主の負担とする。

第1894条

同一の種類であっても、動物のように異なる物は、消費貸借として供与することはできない。この場合には、使用貸借となる。

第1895条

① 金銭の貸借から生じる義務はつねに、契約に挙示される額についてのみ存在する。

② 弁済期前に貨幣〔価値〕の騰貴または下落があった場合にも、債務者は借り受けた額を返還する義務を負い、かつ、弁済の時に通用する貨幣においてその金額を返還する義務のみを負う。

第1896条

前条に定める規則は、貸借が地金について行われた場合には、適用されない。

第1897条

借り受けた物が地金または商品である場合には、その価格の騰貴または下落がいかなるものであっても、債務者はつねに同量および同質の物を返還する義務を負い、かつ、それを返還する義務のみを負う。

第2款 貸主の義務

第1898条

消費貸借においては、貸主は、使用貸借に関する1891条に定める責任について義務を負う。

※ 第1891条

貸借物が使用者に損害を生じさせることがあるような欠陥を有するときで貸主がその欠陥を知り、かつ、それを貸主に知らせなかった場合には、貸主は、責任を負う。

第1899条

貸主は、合意された期限前に、貸借物の返還を請求することができない。

第1900条

返還について期限を定めなかった場合には、裁判官は、事情に従って、貸主に期限を付与することができる。

第1901条

借主が支払うことができるとき、またはその手段を有するときに支払うことのみが合意された場合にも、裁判官は、事情に従って借主に支払いの期限を定める。

第3款 借主の約務

第1902条

借主は、貸借物を同量および同質の物で、かつ、合意された期限に返還する義務を負う。

第1903条

- ① 借主は、その義務を果たすことが不可能である場合には、合意に従って物を返還すべき時および場所を考慮して、その価額を支払う義務を負う。
- ② この時および場所を定めなかった場合には、支払いは、借入を行った時および場所の価格で行う。

第1904条

借主は、合意した期限に貸借物またはその価額を返還しない場合には、催告または裁判上の請求の日からその利息を支払わなければならない。

第3節 利息つき貸借

第1905条

あるいは金銭の、あるいは商品の、またはその他の動産の単なる貸借について、利息を約定することができる。

第1906条

約定されなかった利息を支払った借主は、その返還を請求することも、それを元本に充当することもできない。

第1907条

- ① 利息は、法定または約定による。法定利息は、法律が定める。約定利息は、法律がそれを禁止しないすべての場合には、法定利息を超えることができる。
- ② 約定利息の率は、書面で定めなければならない。

第1908条

利息の留保なしに与えられる元本の受領証書は、利息の支払いを推定させ、それについて免責をもたらす。

IV オランダ民法

第7A編1791条

消費貸借は、当事者の一方が他方当事者に対し、後者が前者に対して同種同等のものを返還することを条件として、使用によって費消される一定量の消費物を引き渡す契約である。

第7A編1792条

消費貸借は、借り受けた消費物について借主が所有者となり、その物が何らかの方法で滅失したときは貸主が責任を負うという効果を生じる。

第7A編1793条

金銭の消費貸借から生じる債務は、契約によって定められた金額に関してのみ存在する。

第7A編1796条

消費物の貸主は、約定の期限が到来するまではその返還を請求することができない。

第7A編1797条

返還の期限が合意されていない場合において貸借された消費物の返還を貸主が求めたときは、裁判所は、状況に応じて借主に一定の猶予期間を与えることができる。

第7A編1798条

借り受けた消費物の返還が可能なときに借主がそれを返還する旨合意されているときは、裁判所は、状況に応じてその返還の期限を定めることができる。

第7A編1799条

第1790条の規定は、消費貸借に適用される。

※ 第7A編1790条 [使用貸借に関する規定]

貸借された物がそれを使用する者に損害を生ぜしめるような瑕疵を含む場合には、貸主は、その瑕疵を知っていてかつそれを使用者に告げなかったときは、それによって生じる結果について責任を負う。

第7A編1800条

借主は、借り受けた消費物につき、同量同等のものを約定の期限が満了した時に返還する義務を負う。

第7A編1801条

(1) 借主は、その義務を履行することができないときは、契約に従って物が返還されるべきであった時および場所を考慮して、借り受けた物の価額を支払わなければならない。

(2) 時および場所が定められていなかったときは、貸借が行われた時および場所において、貸借された物の価額に基づいて弁済が行われなければならない。

第7A編1804条

約定の利率は、書面によって定められなければならない。

第7A編1805条

貸主が利率を定めずに利息の支払いについて約定をしたときは、借主は、法定利率において利息を支払わなければならない。

第7A編1806条

利息に関する留保なしになされた元本の弁済の証拠によって、利息に関する弁済が推定され、債務者はそれから解放される。

V 共通参照枠草案〔暫定版〕

I V. F. - 1 : 1 0 1 (適用範囲)

(1) 第4編本章は、以下を除く消費貸借契約に適用される。

(a) 事業者の消費者に対する貸付が行われる契約

(b) 不動産の購入または保全のために貸付が行われる契約

(2) 消費貸借契約とは、それによって貸主である一方当事者が借主である他方当事者に対して、確定または不確定の期間（貸借期間）、一定額の金銭を金銭消費貸借または当座貸越の方式で提供する義務を負い、かつそれによって借主が、当事者によって合意された利息またはその他の種類の報酬を借主が支払う義務を負いまたは負わずに、貸付金において得た金銭を返済する義務を負う契約である。

(3) 金銭消費貸借とは、借主に対して貸し付けられ、かつ借主が分割払いでまたは貸借期間の終了時に全額を支払うことによって弁済することを約した一定額の金銭である。

(4) 当座貸越とは、当座尻を超えて、借主の当座預金口座から、変動する一定の限度内において、借主が資金を引き出すオプションである。別段の取り決めのない限り、当座貸越は、その貸付方法を繰り返し利用できる可能性を有することを意味するリボルビングの性質を有するものとする。

(5) 契約が金銭支払義務の弁済期日を延期するためにのみなされるときは、借主が代金に加えて利息またはその他の費用を支払うことがその契約によって必要とされる場合でない限り、その契約は消費貸借契約には含まれない。

(6) ただし、当事者は、既存の金銭支払義務において支払われるべき金銭が、将来において消費貸借契約の下で支払われるべきものとなる旨合意することができる。

I V. F. - 1 : 1 0 2 (貸主の主たる義務)

(1) 貸主は、契約によって確定される額、方法、および期間において、借主に対して貸付金を提供する義務を負う。

- (2) その義務が履行されるべき期間がその義務について規律する条項から確定され得ないときは、貸主は借主の請求から合理的な期間にわたって貸付金を利用させる義務を負う。

I V. F. - 1 : 1 0 3 (借主の借入義務)

- (1) 貸付金が金銭消費貸借の方式をとるときは、借主は、契約によって確定される方法および期間において借り入れる義務を負う。
- (2) 借主が借り入れる期日が契約から確定され得ないときは、借主は、貸主の請求から合理的な期間内に借入れをする義務を負う。

I V. F. - 1 : 1 0 4 (利息)

- (1) 借主は、契約の条項に従って、利息またはその他の種類の報酬を支払う義務を負う。
- (2) 支払われるべき利息が契約において特定されていないときは、両当事者が消費者でない限り、利息は支払われるべきものとする。
- (3) 利息は、借主が金銭消費貸借を受けた日または当座貸越を利用した日から日割りで発生する。ただし、利息は、いずれが先に生じるとしても、貸借期間の終了時にまたは年1回、支払われるべきものとなる。
- (4) 前項によって支払われるべき利息は、12か月ごとに未払いの元本に組み込まれる。

I V. F. - 1 : 1 0 5 (適用範囲に含まれる契約)

契約によって貸付金の使用が一定の目的に限定されているときは、借主は、貸主の請求から合理的な期間内において、貸主がその使用を確認することを可能にするために必要な情報を提供する義務を負う。

I V. F. - 1 : 1 0 6 (弁済および終了)

- (1) 借主は、消費貸借契約によって確定される方法および期日に、貸付によって得た金銭を返済する義務を負う。貸主が金銭の返済をなすべき期日が契約によって定められていないときは、借主は、貸主の請求から合理的な期間内に返済をする義務を負う。
- (2) 借主は、返済によって、当座貸越を任意に終了させることができる。
- (3) 消費貸借契約において借主が貸付期間に従った利息またはその他の種類の報酬を支払う必要がないときは、借主は、返済によって、消費貸借を何時にても終了させることができる。
- (4) 特定の継続期間を伴った消費貸借契約以外の形式の消費貸借においては、借主は、返済によって、消費貸借を何時にても終了させることができる。当事者は、この規定の適用を排除し、またはその効果から逸脱しあるいはそれを変更することができない。
- (5) 消費貸借契約が1年を超える特定の継続期間を有しかつ固定の利率を定めているときは、借主は、貸主に3か月の告知期間を与えるだけで、第4項の下で期限前の返済によって契約を終了することができる。
- (6) 第4項または第5項における期限前の終了に際しては、借主は、返済の期日

までに支払うべきものとなったすべての利息の支払いをなし、かつ期限前の終了によって生じるすべての損害について貸主に賠償をする義務を負う。

- (7) 消費貸借契約が不特定の継続期間を有しているときは、第2項および第3項における借主の権利を害しない限り、いずれの当事者も、他方当事者に対し合理的な告知期間を与えることによって、関係を終了させることができる。I I I . - 1 : 1 0 9 (告知による変更または終了) が適用される。

〔抗弁の接続に関する立法例〕

I ドイツ民法

第358条 結合された契約

- (1) 消費者が、事業者が物の引渡しまたはその他の給付の提供に関する契約の締結に向けた意思表示を有効に撤回したときは、当該消費者は、当該契約と結合した消費者消費貸借契約の締結に向けた意思表示に拘束されなくなる。
- (2) 消費者が消費者消費貸借契約の締結に向けた意思表示を有効に撤回したときは、当該消費者は、当該消費貸借契約と結合した物の引渡しまたはその他の給付の提供に関する契約の締結に向けた意思表示に拘束されなくなる。消費者が結合した契約の締結に向けた意思表示を本款の定めによって撤回できるときは、本条第1項のみが適用され、第495条第1項による撤回権は排除される。消費者が本項第2文の場合において消費者消費貸借契約の撤回の表示をしたときは、本条第1項に基づき事業者に対して結合された契約を撤回したものとみなす。
- (3) 物の引渡しまたはその他の給付の提供に関する契約と消費者消費貸借契約が結合しているとされるのは、その貸金の全部または一部が別の契約の融資に用いられ、かつ、両契約が経済的一体性をなすときである。とりわけ、事業者自身が消費者の反対給付のために融資をしたとき、または、第三者による融資がなされている場合で、貸主が消費者消費貸借契約の準備もしくは締結に事業者の協力を利用するときは、経済的一体性が認められる。融資による不動産または不動産に相当する権利の取得においては、貸主自身が当該不動産または不動産に相当する権利を調達するとき、または、貸主が貸金を利用させるという立場を超えて、事業者の譲渡の利益の全部もしくは一部を自己のものとし、プロジェクトの企画、宣伝、実行において譲渡人の機能を引受け、もしくは譲渡人を一方的に有利に扱った場合に限り、経済的一体性が肯定される。
- (4) 第357条は、結合された契約に準用する。ただし、本条第1項の場合、消費者消費貸借契約の清算に基づく利息および費用の支払については消費者に請求することはできない。貸主は、撤回または返品の効果が生じた時点で貸金が事業者を支払われていた場合、消費者との関係において、撤回または返品の法

的効果につき結合された契約から生ずる事業者の権利および義務に加わる。

- (5) 撤回権または返品権につき必要とされている教示には、本条第1項、第2項第2文および第3文に基づく法的効果が示されていなければならない。

第359条 結合契約における抗弁

消費者は、結合された契約から生ずる抗弁によって、自己と契約を締結した事業者に対して自己の給付を拒絶し得る限りにおいて、貸金の返還を拒絶することができる。ただし、その抗弁が事業者と消費者の間において消費者消費貸借契約の締結後に合意された契約変更に基づくときは、この限りではない。追完を請求することができる場合においては、その追完が成功しなかったときにはじめて、消費者は貸金の返還を拒絶することができる。

第359a条 適用範囲

- (1) 結合された取引に関する要件が満たされないときも、撤回された契約で目的とされた事業者の商品または役務が消費者消費貸借契約に正確に表示されていないときは、第358条第1項および第4項を準用する。
- (2) 第358条第2項および第4項は、消費者が消費者消費貸借契約と直接関連して締結した追加的給付に関する契約にも準用する。
- (3) 第358条第2項、第4項および第5項ならびに第359条は、金融商品の取得資金の融資を目的とした消費者消費貸借契約には適用しない。
- (4) 融資金額が200ユーロを超えないときは、第359条は適用がない。

II スイス連邦消費信用法（2001年）

[訳注]

スイス連邦消費信用法1条において「消費信用契約」とは、信用供与者が消費者に対して行う支払猶予、消費貸借、その他の金融支援の供与またはその約束と定義されている（1項）。また、個人使用を目的とした動産のリース契約、クレジットカード、顧客カードならびに当座貸越信用も消費信用契約とみなすとされている（2項）。

第21条 取得契約の瑕疵ある履行

- (1) 商品または役務の取得のために消費信用契約を提供者以外の者と締結した者は、以下に掲げる条件のいずれもが満たされた場合に同人が提供者に対して取得するあらゆる権利を、信用供与者に対して行使することができる。
 - a. 信用供与者と提供者の間の合意により、信用供与者からは、もっぱら提供者の顧客に対して信用が供与されることとされていたこと
 - b. 消費者が同条件の枠内において信用を供与されたこと
 - c. 消費信用契約を構成する商品または役務の全部または一部が提供されず、または供給契約に適合していないこと
 - d. 消費者が提供者に対して権利を行使したが奏功しなかったこと

- e. 関係する取引の金額が500フランを超えていること
- (2) 上院議会は本条第1項e号が定める金額について、他の条件に変更することができる。

Ⅲ フランス消費法典

第3部第1章第1節 消費与信【2010年7月1日法律】

L. 311-1条

本節の意味において、以下の語は、次のようにみなされる。

- 4 与信取引または与信契約:貸越またはすべての同様の分割払いの形式を含め、支払猶予および貸借の形式のもとで、貸主が借主に対して信用供与を同意し、または同意を義務づける取引または契約。ただし、継続的な給付の提供を目的として締結された契約または同一の性質のサービスまたは財の継続的な履行がある契約であり、すべての給付の期間中、借主が継続的な弁済によりその費用を支払うものに関しては、この限りではない。
- 9 波及的与信契約 *Contrat de crédit affecté* または関連的与信契約 *contrat de crédit lié*: 個別の財の供給または個別の役務の給付に関する契約をもっぱら融資することに使用される与信。これら2つの契約は、単一の商取引 *opération commerciale unique* を構成する。売主または役務給付者自身が与信するとき、第三者による融資の場合には貸主が与信契約の締結または準備を売主または給付者の役務に依存しているとき、または、与信契約に関する財または役務が特に記載されているとき、単一の商取引が存在するとみなされる。

L. 311-2条

- ① 本節は、有償で締結されたものであれ、無償で締結されたものであれ、L. 311-1条4号に規定されている、すべての与信取引および場合によってはその保証に適用される。
- ② 本節用の適用に関しては、買取賃貸借 *location-vente* および買取権付賃貸借は、与信取引と同視される。

(以下略)

L. 311-3条

以下のものは、本節の適用が除外される。

- 1 土地または現在するもしくは建設中の不動産の所有権または用益権の取得または維持を可能にすることを目的とした信用取引。取得された土地または不動産の修補、改良または維持を目的とする工事の実現を可能にする信用取引の場合も、これに含まれる。
- 2 与信総額が200ユーロ未満または75000ユーロを超える取引。ただし、L. 313-15上に規定されている、信用の再編 *regroupement* を目的とする取引は、この限りでない。
- 3 1カ月の期間内に返還可能な貸越許可の形式で同意された取引。

- 1 居住用または職業及び居住用の不動産に関して,
 - a) その所有権の取得, またはその所有権の帰属を可能にする会社の持分もしくは株式の引受もしくは買取。この取引が, 取得された不動産の修補, 改良または維持を目的とする工事の実現を可能にすることも目指している場合も, これに含まれる。
 - b) その用益権の取得, またはその用益権の帰属を可能にする会社の持分もしくは株式の引受もしくは買取。この取引が, 取得された不動産の修補, 改良または維持を目的とする工事の実現を可能にすることも目指している場合も, これに含まれる。
 - c) 信用供与額が75000ユーロを超える場合には, その修補, 改良, または維持に関する支出。
 - d) その建築に関する支出。
 - 2 1号に規定された不動産の建築を目的とした土地の買取。
- L. 312-3条 【1993年7月26日法律】
以下のものは, 本節の適用から除外される。
- 1 公法人と同意をした貸借。
 - 2 いかなる形式であれ, 職業活動, とりわけ日常的に, 他の活動に付随するものであれ, 会社の目的に基づいてであれ, 建築されたものであってもなくても, 完成されていてもいなくても, 集合的なものであれ個別的なものであれ, 所有権であれ用益権であれ, 不動産またはその一部を取得する自然人または法人の職業活動を融資するためになされた貸借。
 - 3 事前信用 *crédit d'anticipation* を伴わない場合には, 供与延期式信用 *crédit différé* 業に関する1952年3月24日法律により規律される供与延期式信用取引。
- L. 312-12条 【1993年7月26日法律】
- ① 申込みは, 常に, その承諾から4カ月の期間内に与信の対象となった契約が不成立となることを解除条件として, 承諾される。
 - ② 両当事者は, 前項に定められた期間よりも長い期間を合意することができる。
- L. 312-14条 【1993年7月26日法律】
- ① 与信の対象となった契約が, L. 312-12条の適用により定められた期間内に締結されなかったとき, 借主は, 貸主がその者に実際に支払った額, またはその者のために支払った額の全額およびそれに付属する利息を返還する義務を負う。貸主は, 調査費用のみ差し引くまたは請求することができる。調査費用の最高額は, デクレにより規定された計算表に従って定められる。
 - ② この費用の額およびそれを受け取る条件は, 申込みにおいて, それぞれ記載しなければならない。
- L. 312-19条 【1993年7月26日法律】
貸借を確認する証書に, 貸借は, [不動産]開発契約, 建築契約, 建築施工 *maîtrise d'oeuvre* 契約, または請負契約を用いた不動産の工作または工事の融資を目的

としていることが表示されているとき、裁判所は、契約の履行に影響を及ぼす異議または事故の場合に、紛争の解決まで、貸主の賠償に対する権利を妨げることなく、貸借契約の履行を停止することができる。この規定は、貸主が訴訟に参加した場合、または貸主が当事者の一人により参加を強制された場合にしか適用されない。

IV アメリカ合衆国

[訳注]

米国のクレジットカード制度は、主に連邦貸付真実法 (Truth-in-Lending Act, TILA) および貸付真実法に関する規則 (Regulation Z, 12 C.F.R. § 226) により規律されている。TILA は、消費者信用保護法 (Consumer Credit Protection Act, 15 U.S.C. § 1601- § 1667e) 第 1 部として合衆国法律集に編纂されている。(LoPucki et al., Commercial Transactions, 413-414 (2006))

以下では、抗弁の接続について規定している消費者信用保護法、規則、および 1974 年統一消費者信用法典 (Uniform Consumer Credit Code 1974 Act) の条文を訳出する。

消費者信用保護法 (Consumer Credit Protection Act, 15 U.S.C. § 1601- § 1667e)

§ 1666i. カード保有者からカード発行者に対するクレジットカード取引から生じる請求および抗弁の主張；前提条件；請求または防御の金額の制限

(a) 主張し得る請求および抗弁

本条 (b) における制限に従い、オープンエンド型消費者信用プランに基づきカード保有者に対しクレジットカードを発行したカード発行者は、以下の場合、支払いまたは信用拡張の手段としてクレジットカードが用いられたあらゆる取引から生じる、全ての請求（不法行為に基づく請求を除く）および抗弁に服する。

(1) 債務者が、当該クレジットカードの使用を受け入れた者からの取引に関連した、意見の不一致または問題について、満足のいく解決を得ようと誠意を持って取り組んだこと。

(2) 最初の取引金額が、50 ドル以上であること。

(3) 最初の取引が行われた場所が、カード保有者が事前に提供した郵送先住所と同一の州内にあるか、当該住所から 100 マイル以内であること。ただし、(2) および (3) に基づくカード発行者に対する債務者の請求および抗弁の権利に関する制限は、以下のいずれの取引にも適用されない。

(A) 当該クレジットカードの使用を受け入れた者が、カード発行者と同一の者である場合。

(B) 当該クレジットカードの使用を受け入れた者が、カード発行者により支配されている場合。

- (C) 当該クレジットカードの使用を受け入れた者が、カード発行者と共通の直接的または間接的支配下にある場合。
 - (D) 当該クレジットカードの使用を受け入れた者が、カード発行者の製品またはサービスについてのフランチャイズ販売業者である場合。
 - (E) 当該クレジットカードの使用を受け入れた者が、カード発行者の発行したクレジットカードを用いた当該取引にカード保有者が誘引された、カード発行者の行う、または参加する、郵便による勧誘によって、当該取引のための注文を獲得した場合。
- (b) 主張し得る請求および抗弁の金額
- カード保有者により主張される請求または抗弁の金額は、カード保有者がカード発行者またはクレジットカードの使用を受け入れた者に対し、当該請求または抗弁について最初に通知した時点における、当該取引に関する貸付残高の総額を超えてはならない。前文の貸付残高の総額を判断するにあたっては、カード保有者の口座への支払および信用は、以下の支払について、指定された順で用いられたものとみなされる。
- (1) 口座への記入順による遅延損害金；
 - (2) 口座への記入順による金融諸費用；
 - (3) 口座への記入順による、上記以外の口座からの引き落とし。

貸付真実法に関する規則 (Regulation Z, 12 C.F.R. § 226)

§ 226.12 クレジットカードに関する特則

- (c) カード発行者に対し請求または抗弁を主張するカード保有者の権利
- (1) 一般原則. クレジットカードを利用した者が、消費者信用取引においてクレジットカードを用いて購入した財物またはサービスに関する紛争を満足に解決できない場合、当該カード保有者は、当該取引から生じる、および当該紛争を解決できないことに関連する、全ての請求（不法行為に基づく請求を除く）および抗弁をカード発行者に対して主張することができる。当該カード保有者は、当該紛争を生じさせた財物またはサービスについての貸付残高の総額を上限とした支払い、およびその金額に課されたあらゆる融資その他の負担を留保することができる。
 - (2) 不利な信用報告の禁止. 本条(c)(1)に従い、カード保有者が紛争のある取引についての貸付残高の総額の支払いを留保した場合、カード発行者は、当該紛争が解決するか、または判決が下されるまで、当該金額につき、滞納者としての報告をしてはならない。
 - (3) 制限
 - (i) 総則. 本条(c)(1)および(c)(2)に定められた権利は、以下の場合に限り適用される。
 - (A) カード保有者が、クレジットカードの利用を引き受けた者との紛争を解決するために誠実に取り組んだ場合。

- (B) カード保有者による請求または抗弁の主張をもたらした財物またはサービスを得るために拡張された信用の総額が、50ドルを超え、紛争となった取引がカード保持者が現在指定している住所と同一の州において発生したか、同一の州でない場合には、当該住所から100マイル以内において発生した場合。
- (ii) 除外. 本条(c)(3)(i)(B)に定められた制限は、以下の場合には適用されない。
- (A) クレジットカードの利用を引き受けた者が、カード発行者と同一の者である場合。
- (B) クレジットカードの利用を引き受けた者が、直接的または間接的に、カード発行者により支配されている場合。
- (C) クレジットカードの利用を引き受けた者が、カード発行者をも直接的または間接的に支配している第三者の、直接的または間接的支配下にある場合。
- (D) クレジットカードの利用を引き受けた者が、カード発行者を直接的または間接的に支配している場合。
- (E) クレジットカードの利用を引き受けた者が、カード発行者の製品またはサービスについてのフランチャイズ販売業者である場合。
- (F) クレジットカードの利用を引き受けた者が、カード発行者の行う、または参加する、郵便による勧誘を通じて、紛争となっている取引についての注文を獲得した場合。

1974年統一消費者信用法典 (Uniform Consumer Credit Code 1974 Act)

§ 3.403. [請求または抗弁に服するカード発行者]

- (1) 本条は、クレジットカードに従って販売または貸借された財物またはサービスの製造者、供給者、販売者、または賃貸人としてのカード発行者の責任を制限するものでも、または責任を課すものでもない。本条は、クレジットカードに従って行われた販売または貸借から生じる、販売者または賃貸人に対するカード保有者の請求および抗弁に、カード発行者を服させるものである。
- (2) カード発行者は、カード発行者もしくはカード発行者に関係する者から、カード発行者またはカード発行者に関連する者のトレードネームもしくは称号により業務を行うことを認可、フランチャイズ、もしくは許可を受けた、財物もしくはサービスの販売または貸借から生じる、販売者または賃貸人に対するカード保有者の請求および抗弁に服する。ただし、請求もしくは抗弁が生じた財物もしくはサービスの販売または貸借に関連して、カード発行者が貸し付けた当初の金額の範囲に限る。
- (3) 本条に別段の定めのある場合を除き、金融クレジットカード発行者 (lender credit card issuer) を含むカード発行者は、以下の全てを満たす場合、クレジットカードに従った財物もしくはサービスの販売または貸借から生じた、

- 販売者または貸貸人に対する、カード保有者の全ての請求および抗弁に服する。
- (a) 請求もしくは抗弁が生じた財物もしくはサービスの販売または賃貸借に関連して、カード発行者が貸し付けた当初の金額が、50ドルを超える場合。
 - (b) カード保有者の住所と、販売または賃貸借が生じた場所が、[同一の州であるか、または]相互に100マイル以内にある場合。
 - (c) カード保有者が、請求または抗弁に関連して、販売者または貸貸人から満足を得ようと誠実に取り組んだ場合。
 - (d) カード発行者が請求または抗弁の通知を受けた時点における、請求もしくは抗弁が生じた財物もしくはサービスの販売または賃貸借に関連してカード発行者が貸し付けた金額の範囲である場合。請求または抗弁の通知は、(c)項に特定された試みの前に行うことができる。口頭による通知は有効である。ただし、カード発行者が口頭の通知を受けたときに、またはその後速やかに、書面による確認書を要求し、当該確認書が要求された際にカード保有者に対して告げられた、14日間以上の期間内において、カード保有者がカード発行者に書面による確認書を与えなかった場合には、この限りでない。
- (4) オープンエンド型の信用口座における、販売または賃貸借に関連して、カード発行者が貸し付けた金額を決定するにあたっては、当該口座のために受領された支払は、最初に当該口座への記入順による金融諸費用の支払、次に口座への記入順による負債の支払について用いられたものとみなされる。