消費者消費貸借と貸金業法(1)

小　野　秀　誠※

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　契約の方式と解約（以上本号）
Ⅲ　抗弁の切断と手形、小切手の禁止、遅延利息
Ⅳ　期限の利益と支払の猶予
Ⅴ　むすび
付・現代化法試訳（消費者消費貸借）

Ⅰ　はじめに

1　消費者消費貸借の規制

わがくにには、統一的な消費者信用法は存在しない。民法典中には、典型契約の1つとして消費貸借の項目があるが（587条以下）、わずかに6条だけであり、そこには、金利に関する規定は存在しない。民法では、金銭債務の特質は、むしろ債権総論の中の金銭債権と法定利率（402条以下）、あるいは金銭債務の不履行（419条）の規定がカバーする領域が内容的には豊富である。

それというのも、金利、とくに利息の制限については利息制限法が存在し、貸金業の規制については、貸金業法があり、また、刑事法的な規制としては、出資法が存在するからである。さらに、広義の消費者信用に関係する法律としては、割賦販売法や特定商取引法、金融商品取引法などがあるが、いずれも特定の分野を対象とするものであり、包括的なものではない。

外国法では、これらを統一した消費者信用法（たとえば、ドイツの旧消費者信用法、フランス、アメリカの消費者法）が存在するか、さらには、それをも民法典に統合する例がある（消費者信用法を民法典に組み込んだドイツの債務法現代化法。以下「現代化法」という）。法体系を見通しよくするためには、包括的な

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第6巻第2号2007年7月　ISSN 1347－0388
※　一橋大学大学院法学研究科教授

消費者信用法制、あるいは民法典への統合が望ましい。立法技術的にも、個別法規相互の間のもれをなくすことができるのである。

本稿は、2002年に、民法典に組み込まれたドイツの消費者消費貸借を参考に、わが貸金業法に依然として欠ける視点を検討しようとするものである。

２ 貸金業法の改正

2006年に改正された貸金業法は、全面的な改正の実現までに、かなり複雑な経過措置が予定されている。第1は、罰則の引上げであり、これは、公布から1か月後である（②1か月後＝改正法1条および6条）。附則66条の経過措置は、①公布日から適用される（ただし、多重債務問題に対する政府の努力義務の部分である）。

第2は、本体施行であり、③公布から1年以内（取立規制の強化、業務改善命令の導入、新貸金業協会設立など）である。貸金業協会の自主規制や業者の行為規制の強化は、先行して行われる。

施行から④1年半以内とされるのが、貸金業務取扱主任者の試験開始、指定信用情報機関制度（指定の開始）、財産的基礎引上げ（2000万円）である（改正法3条）。前2つの制度の開始に関する変更が大部分を占めている。

そして、改正の眼目である金利体系の適正化は、⑤施行から2年半以内とされている（改正法4条、5条、7条、8条）。すなわち、「みなし弁済」の廃止、出資法上限金利の引下げ等、総量規制の導入、財産的基礎の引上げ（5000万円）、事前書面交付義務の導入である。そして、これらは、公布からおおむね3年を目途にすることとされる。

さらに、見直し規定があり、貸金業制度のあり方について、施行から2年半以内に、総量規制などの規定を円滑に実施するために講じるべき施策の必要性について検討を加え、その検討の結果に応じて所要の見直しを行う。

また、出資法および利息制限法に基づく金利規制のあり方について、施行から2年半以内に、出資法と利息制限法の規定を円滑に実施するために講じるべき施策の必要性について検討を加え、その検討の結果に応じて所要の見直しを行う、こととされている（附則67条）。

2006年の改正によって、貸金業法は、たんなる業法から消費者保護法規としての性格をより強めつつある。条文も増え、包括的な法典の性格を帯び始めており、個別の規定には、判例を具体化するような取引履歴の開示義務の明示、公正証書の利用規制などもあるが、必ずしも十分なものとはいえない。消費者取引における手形の制限はいれられなかったし、判例にあらわれた期限の利益喪失条項の制限もおかれなかった。全体として、わが貸金業法は、まだ発展途上の状況にある。個別の論点については、比較法的な研究が有益であろう。以下では、2002年のドイツ民法の債務法現代化法を参考として、契約の方式と解約、抗弁の切断に関する規制、期限の利益に関する規制をおもに検討することとする。

3　消費貸借と消費者消費貸借

(1)　ドイツ法上の消費貸借の定義は、必ずしも日本法と同じではない。消費貸借契約にもとづいて、貸主は、借主に対して、合意された限度で金銭を利用させる義務をおい、他方、借主は、義務のある利息を支払い、利用した金額を期限に返済する義務をおう（488条1項）。すなわち、諾成契約である。他方、わが消費貸借は、「相手方から金銭その他の物を受け取る」ことによって生じる要物契約である[1)]。無名契約としての諾成的消費貸借の可否については、学説上争いがある。

そして、ドイツ法上、約定利息は、別段の定めがない限り、1年を経過するごとに、また1年経過前に返済するべき場合には、返済の時に支払わなければならない（同条2項）。日本法では、債権総論に法定重利の規定があり、利息の支払が1年以上遅滞したときには、債権者は、これを元本に組み入れることができる（405条）。

ドイツ法では、消費貸借の返還の時期を定めていないときには、履行期は、貸主または借主が解約告知をした時に到来するが、解約告知のための期間は、3か月である。告知期間のある告知（befristete Kündigung）といわれる。利息が義務づけられていないときには、借主は、解約告知なしでも返済する権利を有する（488条3項）。他方、日本の591条1項では、貸主は、相当の期間を定めて返還の催告をなすことができ、2項で、借主は、いつでも返還をなしうる。解約の申入れはいつでもできるが、その効力が生じるまでに一定の期間を要する（617条）。

これも、告知期間のある告知である。

(2) 現代化法の消費者消費貸借は、旧消費者信用法を民法に組み入れたものであり、消費貸借規定の特則をなしている。事業者が貸主で消費者が借主である場合の有償の消費貸借契約であり、片面的な強行規定であることに特徴がある（491条）[2)]。片面的強行規定であるから、消費者に有利な合意は有効である（506条1項）。

消費者消費貸借は、第1に、有償の消費貸借でなければならない。貸借がそれ自体としては利息なしでも、「費用」がある場合には、費用の一部に有償性が認められることもある。わが利息制限法のみなし利息と同様に、実質的な利息を費用名義で徴収する場合をカバーするためである。第2に、貸主は、事業者でなければならない。同人は、消費貸借を営業として、または職業活動としてしなけれ

---

1) 法典調査会・民法議事速記録・法務図書館版10冊255頁（5節、589条は、268頁から）、商事法務版4冊187頁以下（5節、589条、200頁）〔消費貸借の部分の起草担当は、富井政章であった〕。ちなみに、そのあとが、利息制限法を廃止するための乙号議案であった（法務図書館版281頁、商事法務版213頁）。当初、消費貸借の部分の審議においても、議論が利息制限法廃止の是非に集中し進展がなかったことから（明治28年＝1895年5月31日・90回）、利息制限法の廃止案を乙号議案として、次回の明治28年6月4日（91回）会議に譲ったのである。これにつき、小野・利息制限法と公序良俗（1999年）216頁以下、219頁（以下、【利息】と略する）。

原案589条の審議において、フランス民法典1892条以下、旧民法財産取得編178条、ドイツ民法典第1草案453条や第2草案547条に従い、消費貸借契約を要物契約としたことが説明されている。スイス旧債務法329条（現312条）などの諾成契約の構成には従わなかったのである。

旧民法財産取得編178条「消費貸借ハ当事者ノ一方カ代替物ノ所有権ヲ他ノ一方ニ移転シ他ノ一方カ或ル時期後ニ同数量及ヒ同品質ノ物ヲ返還スル義務ヲ負担スル契約ナリ」。すなわち、外形上は諾成契約のようであるが、起草者の説明によれば所有権の取得も占有の取得と同じく交付であり、所有権の移転があれば物の引渡があったとみることができるとする。これに対して、現行法の起草者は、端的に要物契約としたのである。

消費貸借を諾成契約とするか、要物契約とするかは、ドイツ民法典の制定時（1900年）にあたっても、問題がなかったわけではなく、鋭い見解の対立の結果、要物主義が採用されたのである（第1草案453条、第2草案547条参照）。Vgl. Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd.II, 1899, S.169, Mülbert, Das verzinsliche Darlehen, AcP 192 (1992), 447, 485ff. 1900年の民法典も、現代化法の前まで同様であった（旧607条）。

しかし、学説では、従前から売買と同様に諾成契約とするべしとの見解が強く、現代化のさいに、これに従ったのである。Schmidt-Ränsch, infra.(*2), S.582; Dauner-Lieb (Reiff), S.638; Schulze (Ebert), S.610.

ばならない（14条）。第3に、借主は、貸借を私的目的のためにする消費者であって、かつ自然人でなければならない（13条）[3)]。

(3)　ただし、保護規定の適用が除外される種々の場合がある。

(ア)　消費者消費貸借の特則が全部排除される場合としては、491条2項がある。

1.　支払われるべき消費貸借額（消費貸借の正味の金額、Nettodarlehensbetrag）が200ユーロを超えない場合。〔少額貸借、Klein- od. Bagatelldarlehen〕

2.　使用者が自分の労働者との間で、市場の通常の利率以下の利息について合意した場合。〔労働関係上の貸借、Arbeitgeberdarlehen〕

---

2)　ドイツ民法典には、2000年に、消費者（13条）、事業者（14条）の規定が設けられた（Art.2 Nr.1, Gesetz v. 2000. 6. 27; BGBl I S.897, Gesetze über Fernabsatzverträge usw.）。これと消費者保護法規の民法典への組み込みによって、従来の形式的平等を旨とする伝統的法典から、社会法的な法典へと性格の変化があったものと位置づけられる。消費者保護概念は、最初2000年6月30日に発効した通信販売法（FernabsatzG, 上述）によって導入された概念である。EUの通信販売指令によるものであった。Vgl. Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (20.Mai. 1997, ABl.EG Nr.L 144 S.19) oder Richtlinie 90/314/EWG über Pauschalreisen (13.Juni 1990, ABl.Nr.L 158/59). Vgl. Schulze (Dörner), BGB, S.6.

さらに、2002年の現代化とともに、多くの消費者保護法規が組み込まれた。Vgl. Ono, Das Japanische Recht und der Code Civil als Modell der Rechtsvergleichung, Hitotsubahi Journal Law and Politics, Vol.34, S.15, S.23 (IV (15)).

なお、以下のものは、名前と頁数のみで引用する。Dauner-Lieb (Reiff), 2002, Schuldrecht, S.636 (§§488); Schulze (Ebert), BGB, 4.Aufl., 2005, S.488ff. (§§488); Jauernig (Berger), BGB, 10.Aufl., 2003, S.578 (§§488); Palandt, BGB (Putzo), 63.Aufl., 2004, S.677ff. (§§488); Schmidt-Ränsch, Maifeld, Meier-Göring, Röcken, Das neue Schuldrecht, 2002, S.582ff.

3)　消費者消費貸借契約は、貸主としての事業者と借主としての消費者の間の契約であることが必要である。Dauner-Lieb (Reiff), S.650. そこで、事業者間あるいは消費者間の貸借は対象とならない。Jauernig (Berger), S.589. しかし、混合した場合、すなわち一部営業で一部私的な利用の場合でも、対象となる。事業者でも、自然人であれば、営業目的でない場合には、私的な利用として対象となる。Palandt (Putzo), S.687.

13条の消費者概念の解釈においても、消費者と営業の要素が混合した場合（たとえば、営業的にも使う自家用車の売買に関する）には、商法344条1項の推定規定（商人のする法律行為に営業性を推定する）は適用されず、現実の消費者保護（保護目的）のために「消費者」と扱うとの解釈が有力である。いわゆる目的保護説である（たんなる事業者や消費者という属性によらない）。消費者かどうかの証明は、借主がおう（旧消費者信用法では貸主）。Dauner-Lieb (Ring), S.31; Palandt (Heinrichs), S.21 (§13).

3. 公法上の認可決定または公的予算の出捐による居住用土地および都市計画上の助成において、直接、助成資金を委託された公法上の機関と消費者との間で、市場の通常の利率以下の利率が定められたときである。〔助成貸借、Förderdarlehn〕

1号の基準によれば、少額の例外というのは、せいぜい2万円ぐらいということである。わが貸金業法の改正（2006年）のさいに繰り返して登場した30～50万円といった「少額」の基準は、過大にすぎる。また、労働契約に付随する貸借の場合でも、完全な除外ではなく、市場の通常の利率以下であることが要件とされている。

(イ) 消費者消費貸借の規定が部分的に適用されない場合としては、491条3項がある。

除外される規定は、場合により異なる。おもに撤回権と形式に関する規定である。

1. 民事訴訟法の規定にもとづき作成された裁判上の調書に記載された場合、または公正証書が作成された場合。〔裁判上の貸借、gerichtliches Protokoll〕

2. 有価証券、外国為替、デリバティブまたは貴金属を取得するための融資に利用される場合。〔投機行為、Spekulationsgeschäft〕

もっとも、2002年8月1日改正（Gesetz v. 23. 7. 2002, BGBl. I S.2850）までは、以下の場合も例外とされた。いわゆる不動産融資（Realdarlehen）の場合である。すなわち、消費貸借が土地担保権により担保されており、かつ土地担保権で担保された消費貸借契約とそのつなぎ融資（Zwischenfinanzierung）にとって通常である条件でなされた場合である。改正の結果、3項旧1号が削除され、旧2号、3号が、現在の1号、2号となったのである。不動産融資が、通常の条件で行われた場合には、不当な行為がまれであることによる。しかし、まったくの例外とする必要はないので削除された。そこで、現在ではこれらの物的担保のある貸借にも、消費者消費貸借の規定が適用される[4)]。

現1号の裁判上あるいは公正証書による場合の例外は、この場合には、不当な

4) この削除について、半田吉信・ドイツ債務法現代化法概説（2003年）360頁以下、362頁に詳しい。

行為が行われないことによる。

2号は、別の理由にもとづく。投機的な取引の融資の消費貸借に関しては、結合取引の規定を、それが投機的な取引（Spekulationsgeschäft）に関する限りで不適用としている。一般に、消費貸借契約には、撤回権が付与されているが、投機的な取引では有効である[5]。これは、消費者が銀行など貸主の負担で投機することを防止するためである（3項3号）。

Ⅱ　契約の方式と解約

1　解約告知権、撤回権・クーリングオフ権

(1)　消費貸借における特殊な告知権は、1867年11月14日の北ドイツ連邦法に遡る（北ドイツ連邦は、1867年にプロイセンを中心に成立、1871年にドイツ帝国成立によって発展的に解消された）。同法は、連邦構成諸ラントのすべてにおいて、利息制限に関する法規を撤廃したが（同法1条）、その代償として、つぎの告知権を認めた[6]。すなわち、1867年法は、高利規制を撤廃したが、必ずしも利息に関する規制を全面的に廃止したわけではない。

第2条「債権者に年利6％よりも高い利率を承認しまたは約束した者は、半年間の期間をもって契約を告知することができる。ただし、債務者は、契約の成立後ただちにではなく、半年間の経過ののちにはじめて、この権利を取得する。

この規定を債務者の不利に制限しまたは否定する契約上の定めは、無効とす

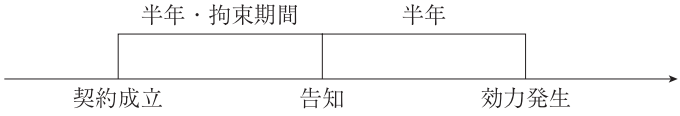
---

5)　たとえば、AがB銀行から金を借りてCとの間で投機的な売買をした場合に、AB間の貸借についても撤回はできない。Dauner-Lieb (Reiff), S.651; vgl. Schmidt-Ränsch, S.597. 撤回できるとすると、売買に失敗した場合に、貸主に負担を転嫁できるからである（成功した場合には、利益をうける）。他人のリスクで投機することを防止するのである。とくに結合契約に意味のある制限である。Palandt (Putzo), S.688.

投機については、金融サービスとの関係で、小野「通信販売と金融サービス給付―ドイツの新通信取引法―」国際商事法務32巻4号448頁。同・民法における倫理と技術（2006年）（以下、【倫理】と略する）74頁所収（80頁）。

6)　利息制限法に代わる告知権につき、小野「19世紀ドイツにおける利息制限法」鈴木祿彌先生古稀記念論文集（1993年）327頁。【利息】127頁所収。本稿では、あまり立ち入らない。

る。（3項は省略）」



もっとも、この2条の定めた告知権には、ラント法の留保が認められ、これを排除しまたは告知の要件を加重することが許されている（5条）。しかし、本条の告知権の趣旨は、1900年のドイツ民法典247条（1986年以降は609a条）にも受け継がれた。この規定の適用の結果、債務者は、1年以上（半年の経過後、さらに半年の告知期間をおかなければならないから）年利6％を超える利息を支払うことは、理論上は免れることができるのである。

ただし、1986年改正後は、6％の利率を超える場合の告知権ではなく、利率の合意ができない場合の告知権とされ（旧609a条、Gesetz zur Änderung wirtschafts-, verbraucher-, arbeits- und sozialrechtlicher Vorschriften, 1986, 7, 25, BGBl. I, S.1169）、一面では拡大され（6％以下でも、合意できない場合には告知できる）、他面では縮小された（6％以上でも、合意があれば告知できない）。形式的な制限基準よりも、合意の効力が尊重されたのである。これが現代化法にも受け継がれた。

⑵ 現代化法による解約告知権は、2つある。

第1は、借主のための、通常の告知権である（489条）。これは、さらに、固定利率の場合と変動利率の場合に分けられる。旧609a条に相当する部分である。

㈠ まず、借主は、以下の場合に、固定利率（fester Zinssatz）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（同条1項）。

1. 利息の拘束（Zinsbindung, 利息の支払義務の生じる状態）が返済のための特定の期日の前に終了し、かつ利率について新しい合意が行われないときには、1か月の解約告知の期間を設けることにより、利息の拘束が終了する日の経過時に解約告知をすることができる。1年以内の一定の時期に利率の改定が合意されているときには、借主は、利息の拘束が終了する日から解約告知をすることができる。

2. 貸借が土地担保権または船舶担保権により担保されていないときには、全

額を受領して6か月を経過した後、3か月の解約告知の期間を設けることにより、解約告知をすることができる。

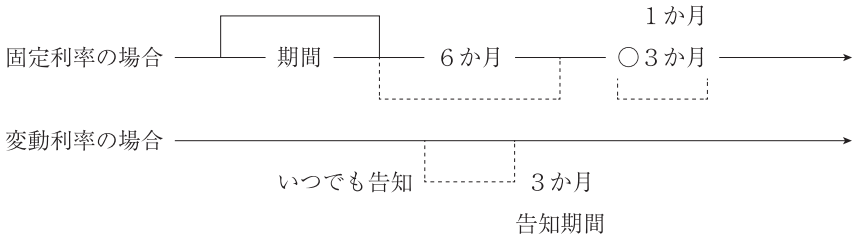
3.　いずれの場合においても、全額を受領して10年を経過した後には、6か月の解約告知期間を設けることにより、解約告知をすることができる。貸金を受領した後に、返済時期または利率について新しい合意がされた場合には、全額払渡の時点に代えて、この合意の時点を基準とする。

すなわち、利息の拘束がない場合には、1か月の解約告知期間を設定することで、いつでも解約告知でき、利息の拘束がある場合でも、6か月の拘束期間後は、3か月の告知期間を設定して、解約告知をすることができるのである。つまり、後者の場合には、貸主側からすると、9か月が最短の継続期間となる。

(イ)　借主が、解約告知が効力を生じた後2週間以内に、負担する額につき返済しない場合には、1項または2項による借主の解約告知は、効力を生じなかったものとみなす（489条3項）。

(ウ)　1項および2項による借主の解約告知権は、契約により排除し、またはその要件を加重することができない。連邦、連邦の特別財産たる団体、州、市町村、市町村の団体、ヨーロッパ共同体または外国の地域団体に対する消費貸借については、この限りでない（同条4項）。

（告知期間のある告知）



(エ)　つぎは、変動利率の場合であり、債務法現代化法により新設された[7]。変

7)　近時の変動利率の動向については、小野「法定利率と変動金利―ドイツ債務法現代化における法定利率と基礎利率」国際商事法務34巻4号474頁。

動利率は、比較的新しい現象であるが、すでに現在の多くの金融取引の主流となっているからである。ここでは、借主は、変動利率を伴う消費貸借契約を、3か月の解約告知の期間を設けることにより、いつでも解約告知することができる（同条2項）。

(3)　第2は、貸主および借主のための、特別の解約告知権である（490条）。

(ア)　490条1項は、一種の不安の抗弁であり、借主の財産関係、または消費貸借のために供した担保の価値がいちじるしく悪化し（eine wesentliche Verschlechterung）、あるいは悪化するおそれがあり、それにより、担保を換価しても貸金の返済が危うくなる場合の規定である。貸主は、貸金の払渡（Auszahlung）前にはつねに、払渡後でも、原則として〔解約のための〕告知期間を定めることなく（fristlos）、消費貸借契約を解約告知することができる。信用の低下にもかかわらず消費貸借を行うことには問題があり、不安や過剰信用の防止という趣旨からは参考に値いしよう。

(イ)　消費貸借契約において、確定期間につき固定利率が合意され、かつ土地担保権あるいは船舶担保権により担保されている場合には、借主は、489条1項2号の〔解約告知の〕期間のもとで、その消費貸借契約を返済時期前に解約告知することができる（490条2項）。ただし、借主の正当な利益（berechtigtes Interesse）にとって有益な場合に限られる。物的担保がついている場合の借主のための保護を図ったものである。

このような利益があるのは、とりわけ、借主が消費貸借の担保に供した物を他の用途のため使用（Verwertung, 換価）する必要があるときである。もっとも、借主は、返済期前の解約告知（vorzeitige Kündigung）によって貸主に生じた損害を賠償しなければならない（Vorfälligkeitsentschädigung, 履行期前の損害の賠償）。この場合の解約告知の動機には、制限がない。そこで、離婚、病気、失業、債務加重、引越、遺産分割、有利な売買の機会があることでもたりる[8]。

(ウ)　313条および314条の規定は、これにより影響されないとされる（490条3

8)　Dauner-Lieb (Reiff), S.647; Palandt (Putzo), S.685. BGH NJW 97, 2877 (§609a.F. に関する). ただし、借主が、契約締結時にその原因を知らなかったことが必要である。Jauernig (Berger), S.587.

項)。

すなわち、行為基礎の喪失による契約の解除（313条)、および重大な事由にもとづく継続的契約の告知（314条）とは別個に規定されている。不安の抗弁権(321条）が言及されていないのは、消費貸借が321条の予定する双務契約ではなく、490条1項とは競合しないからである。

(4) つぎに、撤回権がある（495条)。

(ア) 495条は、旧消費者信用法7条に相当し、借主に、355条による撤回権を与えている（1項)。491条以下の消費者保護の中心ともいえる。経済的な意義の大きさと、消費者消費貸借契約の重要性から、性質上、考慮期間が付与され、借主は、14日の期間内に契約をやめることができるのである。撤回権に関して必要な説明（Belehrung）は、1文に定める法律効果を示して、行われなければならない。

なお、借主が、契約上、解約告知期間を要することなくいつでも、かつ追加の費用なしに返済できるときには、消費者消費貸借契約（493条1項）には、この495条1項の規定は適用されない（同条2項)。約定解除できるときには、法定のクーリングオフは不要だからである。

(イ) 消費者は、355条1項2文の2週間の撤回期間内に撤回した限り、355条1項1文により、契約締結の意思表示に拘束されない。355条1項によって、1項の撤回可能性は、契約の浮動的な有効をもたらす。消費貸借契約は、有効性を阻害されることがなく、撤回期間が徒過されたときには（wenn die Frist ungenutzt verstreicht)、有効なまま確定する。借主が撤回したときには、契約は無効(unwirksam）となる。浮動状態の間、いずれの当事者も、履行を請求することができる。日本でも、割賦販売4条の4では、クーリングオフは、告げられた日から起算して8日を経過しない間にすることとされている（また特定商取引9条をも参照)。クーリングオフは、訪問販売などでは、突然の販売に対する翻意の趣旨であるから、比較的短いことが可能であるが、消費貸借は、財産状態への影響の大きさと契約内容の理解が困難な場合もあることから、比較的長いことが望ましく、立法論上考慮するさいには、参考に値しよう。

2週間の撤回期間は、355条2項により、貸主が借主に相当な説明（Belehrung）

をしてから進行する。知らない間に、期間が徒過しないようにするためである。ただし、説明がなくても、契約締結から6か月を経過すると消滅する（2002年6月28日改正法）。旧消費者信用法7条2項によると、説明のない場合の撤回権は、消費者の意思表示から1年で初めて消滅するとされていたから、それと比べると借主に不利となっている[9]。

(ウ) 2002年8月1日改正（Gesetz v. 23. 7. 2002, BGBl. I S.2850）において、旧2項は削除され、旧3項が2項に繰り上がった。

旧規定のもとでは、契約を撤回しても、借主が、貸借の金を受領し、その貸借金が2週間内に返還されないときには、撤回しないものとみなされた（旧2項）。受領しておきながら、その無効を主張することは、矛盾した行為となるからである。みなされる結果として、契約は完全に有効となった[10]。しかし、消費者契約のうち、消費貸借にだけ、このような例外をおく必要はないことから、削除されたのである。

---

9) この変更は、従来個別の消費者保護法で個々に規定されていた撤回期間の統一が求められたことにもとづく。しかし、撤回権は、それぞれ異なった理由にもとづいており、たとえば訪問販売法の撤回権は、不意打ち防止を考慮しているが（312条1項）、消費貸借契約の撤回権は、その経済的な意味と契約の内容的な困難さから認められているからである。Dauner-Lieb (Reiff), S.659; Schmidt-Ränsch, S.395. クーリングオフ期間の長さと同じことがいえるのである。

10) この規定により、貸主は、撤回期間の経過を待つことなしに、契約後ただちに支払うことが可能となる利点があるとされた。前提となるのは、貸借金の受領である。撤回したら、受領するなということである（撤回時から2週間内に返還）。受領しても撤回したいということもあるから、ただちに撤回権がなくなることはないが、その場合でも、受領から2週間内に返還しなければならない。返還するのは、受領した正味の貸借金（Nettodarlehensbetrag）（491条2項1号）である。Dauner-Lieb (Reiff), S.659. つまり、利息を付する必要はないのである。立法過程につき、Schmidt-Ränsch, S.608.

撤回しないとみなされる擬制は、358条2項の場合、すなわちクレジットなどの結合契約には、適用されない。そこで、消費者は、貸借金を返還しなくても、消費貸借契約を有効に撤回できる。この場合には、貸主が、通常、借主ではなく、売主に支払っており、借主は、返還できる地位にいない。他方、貸主の観点からすると、貸主は、売却した物の担保化（Sicherungsübereignung）により保護されることから、不都合は生じない。つまり、借主が離脱して、売主（受信者）と貸主（与信者）の関係となる。

2002年改正については、半田・前掲書365頁参照。旧2項の削除は、ヨーロッパ裁判所判決によると、訪問販売撤回指令の条件と調和しないからである。Vgl. Palandt (Putzo), S.693.

旧495条2項3文は、貸主に、撤回権の効力の説明を義務づけていた。貸借金の返還を遅延して、消費者が撤回権を見落とさないようにするためである[11)]。

㈥　撤回権の規定は、493条1項1文の合意された信用による貸越（Überziehungskredit）には、適用されない（495条2項、旧3項）。これは、預金以上に引き出せる場合であり、また消費者が契約により貸借金をいつでも告知期間の制限なしに、また費用なしに返還できる（あるいは受領する必要がない）場合である。この場合には、借りない限り、貸借は生ぜず、撤回権は、じっさい上必要ないからである。文言は、超過信用が合意されている場合だけを対象としているが（493条1項1文）、規定の趣旨は、493条2項の事実上の超過信用にもあてはまる（あらかじめ合意がなくても過払いが行われる場合）[12)]。同様に、もっぱら借主の意思による貸借といえるからである。

撤回の効果については、立ち入らない。契約は、清算の関係に転換される。具体的な効果については、解除の規定が準用される（346条以下、357条1項）。

㈦　わが貸金業法には、2006年の改正法を含めても、クーリングオフに相当する規定がない。同じ消費者信用に関わる割賦販売法や特定商取引法がこれを認めるのに比して、保護が薄い。統一的な消費者信用法が存在しないことによる欠陥の1つであり、立法論として考慮する必要があろう[13)]。

なお、貸金業法には種々の行為義務の定めがある。これは、2006年改正法の中にもあり、たとえば、資金需要者や保証人に対し、虚偽のことを告げたり、貸付けの契約の内容のうち重要な事項を告げない行為、不正または著しく不当な行

11）　旧消費者信用法7条2項と一致するが、政府草案にはなく、連邦参議院の提案で付加されたものである。治癒のみなし規定とは異なり、消費者に不利な規定ではないから、削除されても、355条の解釈として同旨を認めるべきものであろう。Vgl. Schmidt-Räntsch, S.608; Palandt (Heinrichs), S.557.

12）　そこで、3項の例外規定は、この超過信用にも類推適用される。Dauner-Lieb (Reiff), S.659; Palandt (Putzo), S.694. 撤回権は、いつでも撤回できる貸越信用の貸借には不要だからである。Jauernig (Berger), S.595.

13）　統一的な消費者信用法の必要性については、簡単に、別稿でふれたことがある。消費者法ニュース52号135頁。小野・司法の現代化と民法（2004年）280頁所収（以下【現代化】という）281頁。これにつき、日本司法書士会編・改正貸金業法の解説（2007年）第1部（2頁以下、38頁）参照。

為が規制される（貸金業法［公布から1年以内の第3次施行部分］12条の6）。消費者契約法の文言に近いが（4条）、行為義務にとどまる。消費者契約法を経由して取消すことは可能であるが、必ずしも当然に取消権が付与されるわけではないので、その効力は限定的である。

2 方式

(1) 消費者契約には、厳格な契約の方式が定められることが通常であり、民法の方式の自由の重大な例外をなしている。わがくにでは、これに代えて、書面の交付義務が定められている（割賦販売法4条参照）。その他の特別法にもみられる（2006年改正で採り入れられた契約の内容を説明した書面の事前交付義務。当初は、保証契約締結前の書面の交付が義務づけられ、これが契約一般に拡大される。貸金業法［第3次施行部分］16条の2参照）。

現代化法では、492条が方式の必要性を定めており、消費者消費貸借契約は、より厳格な方式が定められていない限り、書面によって締結しなければならないとされる。また、電子的方式による（in elektronischer Form）契約の締結はできない。安易な借入を防止するためである。参考とするべきである。ただし、書面の方式は、申込と承諾が契約当事者によって各別に書面によって表示されることでたりる。貸主の表示が自動支払機（automatische Einrichtung, ATMである）を利用して行われる場合には、表示は署名を必要としない（同条1項）。

492条1項1文によると、消費者消費貸借は、書面による方式を必要とする（126条）[14]。ドイツ民法は、一般的には、書式は原則として電子的な方法で代替できることを定めている（126条3項、126a条）、しかし、消費者消費貸借では、電子的な方法を排している。

もっとも、じっさい的な理由から、書式は、2点で軽減されている。126条2項（当事者の署名が同一文書によるべきこと）と異なり、3文によると、申込と承諾がべつの文書で行われてもたりる。また、126条1項と異なり（自署を求め

14） ただし、「より厳格な書式が予定されていない限り」との制限があるが、このような制限は、旧消費者信用法4条1項1文にはなかった。たとえば、公正証書の場合である（128条、127a条）。Palandt (Putzo), S.689.

る)、4文では、自動支払機によるときには、貸主の表示には、自署を要しない(上述)。

(2) 書面の方式にも制限があり、借主により署名されるべき契約上の表示には、以下のことが示されなければならない（492条1項各号)。これらは、旧消費者信用法4条1項4文a-g号とほとんど文言上同一である。

1. 消費貸借の正味の金額、場合によってはその上限の記載が必要である。

2. 〔分割払いの〕全額が、消費者消費貸借契約の締結時に全期間を通じて額によって確定している場合には、借主が消費貸借の弁済、利息その他の費用として支払うべき分割払いの総額。分割払いにより支払う条件が変動する消費貸借の場合には、契約締結時に基準となった消費貸借の条件を基礎とした全額を示さなければならない。「上限額までの請求が裁量に委ねられた消費貸借においては、総額を示すことを要しない」との部分は、2002年8月1日改正（Gesetz v. 23. 7. 2002, BGBl. I S.2850）により削除された。

すなわち、契約締結時に、支払うべき分割払いの支払の全額（Gesamtbetrag der Teilzahlungen）が確定している場合には、その金額が明示されるが、条件が変更する賦払い（Ratendarlehen）では、推定される仮定の金額（fiktiver Gesamtbetrag）が明示される。変動のさいの最初の条件の算定される基礎も明示されなければならない。ただし、特定の最高額（限度内）までの貸借が行われる契約の場合には、全額の明示義務はない。

3. 消費貸借の返済の方法、または、あらかじめ合意をしていないときには、契約終了に関する定めの記載が必要である。

分割支払では、とくに金額、最初の支払額、および償還レート（Tilgungsrate）の評価時期が必要である。たとえば、当座勘定の信用（Kontokorrentkredit）供与のさいに、このような合意が欠けていた場合には、契約の終了に関する規定が適用され、告知や解除権が付与されることがある。

4. 消費貸借の利率およびその他の費用のすべての記載が必要である。費用については、その額が判明している限り個別に示さなければならず、その他の場合には、借主の負担に帰せられるべき仲介費用があればこれを含めて、その根拠を示さなければならない。

締約時に、これらが定まっていない場合には、根拠に従った明示でたりる。

5. 実効年利、または利率その他の金額決定の要素の変更が留保されている場合には当初の実効年利の記載が必要である。当初の実効年利とともに、どのような要件のもとで金額決定要素が変更されるか、およびどれだけの期間、支払の欠損または融資へのプレミアム（Zuschlag）から生じる負担が、実効年利の算定にあたって差引計算（verrechnen）されるかを、あわせて表示しなければならない[15)]。

6. 未払債務その他の保険の費用の記載も必要である。ただし、その消費者消費貸借契約に関連して取り決めるものに限る。

7. 供与されるべき担保（Sicherheiten）の記載が必要である。物権的なものだけではなく、債務法上の義務も包含される。

(3) 2002年8月1日改正法（Gesetz v. 23. 7. 2002, BGBl. I S.2850）で追加された1a項によれば、1項5文2号とは異なり、最高限度額までの請求〔利用〕が任意である消費貸借および不動産消費貸借契約では、総額は記載されない。不動産消費貸借契約とは、貸付（Zurverfügungsstellung）が不動産担保権による担保に依存し、また不動産担保権によって担保される消費貸借契約およびそのつなぎ融資（Zwischenfinanzierung）において通常行われる条件で行われる消費貸借契約をいう。最高限度額まで任意である利用の除外は、2002年改正までは、1項5文2項に記載されていた。不動産消費貸借契約の除外は、改正法により追加されたものである[16)]。

(4) 実効年利とは、消費貸借の正味の金額の百分率により示される1年あたりのすべての負担をいう。実効年利および当初の実効年利の算定には、価格表示に

---

15) 実効年利の記載は、消費者が価格を比較できるようにするためである。条件の変更する契約では、当初の実効年利を提示し、さらに、すべての価格決定の要素の変更のための要件、最初の変更の時期、支払に欠損（Disagio, Damnum）が出た場合または貸借へのプレミアム（Zuschlag, Agio）があった場合に合意で差引計算をする時期などが記載される。Vgl. Palandt (Putzo), S.690. このような規定は、リボリビング払いの貸借にも、厳格な貸金業法の契約書面を求めた最判平17・12・15民集59巻10号2899頁を彷彿させる。

16) 最高限度額まで任意である場合はいわば当然であるから、不動産消費貸借契約の除外の方がより大きな意味があることはいうまでもない。ただし、この場合でも、無制限ではなく、「通常の条件」で行われることが必要である。Vgl. Schulze (Ebert), S.618.

関する法律（Verordnung zur Regelung der Preisangaben）6条を基準とする（同条2項）。

(5)　貸主は、借主に対して、契約の表示の写しを与えなければならない（492条3項）。情報提供の趣旨である。3項では、文言上、貸主は、消費者に契約の表示の写しを与えなければならない（zur Verfügung zu stellen）、と定めた。旧消費者信用法4条3項と、政府草案492条3項は、交付（Aushändigung）を要件とした。しかし、これでは、写しを直接引渡す場合だけを意味し、郵便による場合（per Post）が除外される。双方を包含したのである[17]。

写しの請求権は、契約の有効なことを必要としない。355条2項3文によると、消費者が貸主から「契約書面、消費者の書面による申込、あるいは契約書面か申込の写し」をえるまでは、335条1項の撤回権の2週間の期間は進行しない。写しを与えたことは、貸主が証明しなければならない。この義務の不履行の場合には、契約は無効ではないが、撤回権を生じるのである[18]。

(6)　1項および2項は、借主が消費者消費貸借契約を締結するために授権した代理にも適用される（492条4項1文）。492条1項から3項は、従来の消費者信用法4条に相当するが、4項は新設であり、消費者消費貸借の締結のための代理権を規定している。旧法下の見解では、消費者信用契約の締結の代理権が代理書面によることは、消費者信用法4条1項5文の義務ではなかったし、いかなる書面を必要とする規定もなかったのである[19]。

492条4項1文の規定は、訴訟代理権および公証人による公証をうけた代理については適用されない（4項2文）。公証された代理権は、126条4項により、つねに書式を備えており、訴訟代理権は、方式がなくても有効に生じるが、民訴法80条1項から、原則として書面の作成を前提とするからである。

3　方式の欠缺の効果

(1)　契約の書式の要件は、日本法では、必ずしも契約の無効までももたらすこ

17）Dauner-Lieb (Reiff), S.652; Schmidt-Ränsch, S.603; Palandt (Putzo), S.691.
18）Dauner-Lieb (Reiff), S.653; Jauernig (Berger), S.592.
19）Schmidt-Ränsch, S.603; Dauner-Lieb (Reiff), S.653; Palandt (Putzo), S.691.

とがない。たとえば、貸金業法17条、18条の書面の不備は、同43条のみなし弁済を生じない効果にすぎない。割賦販売法などによる方式の不備も、たかだかクーリングオフ期間の進行をとめるだけである。

ドイツ民法494条1項によれば、書面の方式が全体的にみて遵守されず（insgesamt nicht eingehalten ist）、または492条1項5文1号から6号までに定められた記載を欠くときには、消費者消費貸借契約およびこれを締結するために消費者から授与された代理権は、無効（nichtig）となる。旧消費者信用法6条に相当する。ただし、492条1項5文7号（担保の記載）の不備だけでは、契約の無効を生じない。

1項は、民法総則の125条（方式の欠缺による無効）と139条（原則として法律行為の一部無効は全部無効になるとする）の特別法（lex specialis）である。

(2) (ア) ドイツ民法494条1項に定める〔方式の〕欠如にかかわらず、消費者消費貸借契約は、借主が貸借の金銭の支払をうけ、またはその支払を請求する限りでは、有効となる（治癒、Heilung）。ただし、その消費者消費貸借契約の基礎とする利率（492条1項5文4号）は、その記載、実効年利または当初の年利の記載（492条1項5文5号）あるいは総額の記載（492条1項5文2号）がない場合には、法定利率に引き下げられる。記載のない費用は、借主の負担とならない。合意された分割返済金（Teilzahlungen）は、引き下げられた利息または費用を考慮して、新たに計算し直さなければならない。どのような要件のもとで、価格決定の要因が変更されるかが記載されていないときには、これを借主に不利に変更することはできない。担保は、これにつき記載のない場合には請求できないが、消費貸借の正味金額が5万ユーロを超えるときには、この限りではない。

すなわち、1項による無効な消費者消費貸借契約は、2項1文によると、借主が貸借金を受領し、または請求した限りで、有効となる。そこで、消費貸借の金額が、たとえば、50％の割合で支払われたときには、治癒は、この範囲となる[20]。

契約の治癒は、借主が貸借金を受領したか、請求したことにより生じる。貸借金の受領は、貸主による貸借の価値の支払をいう。それは、現金または振替えだ

20） Dauner-Lieb (Reiff), S.657; vgl. Jauernig (Berger), S.594.

けではなく、銀行の貸方勘定（Gutschrift）に入ることでもよい。また、借主の指図する第三者に与えられた場合でもたりる[21]。これらは、ドイツの「貸主」として、主として銀行が想定されているからである。

(イ)　治癒の効果は、契約が有効になることである。ただし、2項による（方式）無効のみが治癒され、良俗違反による無効や取消は、変更されない。

無効と治癒の結合は、実質的に一部無効を意味する。とくに、利息が法定利率に引き下げられることに意味がある。ドイツ法では、一部無効が制限されているから（139条では、原則として全部無効をもたらす）、治癒という方法でいくのである。

また、2項による治癒は、借主による495条以下、355条の撤回権を変更するものではない（495条の改正については前述）。治癒の効果は、契約の浮動状態にすぎない。契約は、なお撤回可能である。浮動状態は、撤回期間が、撤回なしに徒過したときに終了する。

(ウ)　消費者消費貸借契約の治癒があっても、492条1項5文1－7の貸主の情報提供義務の違反への制裁がある。約定利率（492条1項5文4号）、実効年利（同条5文5号）、全額（同条5文2号）の記載がなければ、2文により、約定利率は、「法定利率」に引下げられる。つまり、246条により年利4％ということである。方式を欠くにもかかわらず、契約をそのまま有効とすることは、借主にとって負担が大きいだけではなく、貸主による潜脱の契機ともなるからである。このような解決は、方式の遵守に関する立法上、参考に値するものでもある。

ここで、ドイツ商法352条1項による5％の「法定利率」が適用されるか疑問となる。これは、消費者消費貸借契約が、双方的商行為による場合に問題となる（507条により491条以下が準用される、Existenzgründern）。立法のさいの編集上の見落としがあり、2項2文による法定利率は、例外なく246条の法定利率とみるべきものとされる[22]。

21）　Palandt (Putzo), S.693. つまり、借主に利得があればたりるのである。借主の利得は、みずから受領した場合だけではなく、その指図した第三者に与えられた場合でもたりる。わが不当利得の判例では、最判平10・5・25民集52巻4号985頁がある。小野・金判1070号54頁参照。

22）　Dauner-Lieb (Reiff), S.657; Jauernig (Berger), S.594.

治癒に関する494条2項は、消費者により付与される代理権について、ふれていない。1項による代理の（方式）無効は、貸借金が支払われても、2項によって治癒されることはない。さもないと、492条4項による消費者保護を回避する結果となることからである。すなわち、代理人が、受領代理人として、金を支払わせたときに、代理が有効となってしまうからである。受領代理は担保として利用されるから、無制限に認めることはできない。ただし、借主がみずから貸借金をえて、代理権のない代理人による締結を確実に承認したときには治癒される[23]。

(3) 494条1項と2項が対象とするのは、義務的な記載事項が「ない」場合であり、たんに「不正確」な場合ではない。3項は、実効金利または最初の実効金利に関する不正確な場合を問題とする。偽装への対策である。

実効年利または当初の実効年利がいちじるしく低く表示されているときには、消費者消費貸借契約の基礎となる利率は、実効年利または当初の実効年利としていちじるしく低く記載された利率まで減額される[24]。低いように書くと、その利率が適用されるのであり、高利を巧みに隠蔽する（偽装の場合）ことへの実際的な意味があり、無効の治癒の場合の法定利率の適用とともに（494条2項）、立法政策上参考に値するものである。

(4) 実効利率の偽装に関する効果は、わが法にも参考に値するところがある。もっとも、かつて、わが法にも、これに類似する考え方がなかったわけではない。

(ア) (a) かねて旧民法の基礎となったボアソナードの民法典草案は、利息制限法の存在を予定した規定を置いていたが、同時に、偽装につき注目するべき規定

---

23) Dauner-Lieb (Reiff), S.657.

24) ここで意味しているのは、相対的な利率への減額ではなく、（絶対的な）「利率」（entsprechtnde Anzahl von (absoluten) Prozentpunkten）である。そこで、8%の実効年利で、名目利率10%の利率の貸借とされていたが、実際には、11.5%であったときには、名目利率の差額1.5%が、実効金利の8%から差し引かれ6.5%に減じられる。下限は、利率なし（0%）である。Dauner-Lieb (Reiff), S.658; Schulze (Ebert), S.620.

ただし、ごく些細な違反、たとえば、0.05%の相違は、寛容されるという。Vgl. Palandt (Putzo), S.693; LG Stuttgart NJW 93, 208 (6 VerbrKrG).

をおいていた[25]。

882条「約定利息（les intérêts conventionnels）は法定利息（les intêrêts légaux）を超過しえない。ただし、法律が禁じない場合は、この限りではない。〔つまり、禁じない場合には、超過できる〕

法律が許容したよりも高い利率で公然と（ostensiblement）利息が定められたときには、利息は法律の制限に減じられ〔これを法律の制限に減額し〕、また、すでに支払ったものは元本に充当しまたは取り戻すことができる。

しかし、前記の不法な利息（intérêts illégitimes）は、債権者が実際に貸したよりも高い元本を承認させまたはその他の方法で、その全部または一部を隠蔽した（dissimuler）ときには、負担されない〔弁済される必要がない〕。弁済してしまったときには、その全部が償還される」。

(b)　ボアソナードは、フランス法（1807年9月3日法、1850年12月19日法、1886年1月14〔2〕日法）にならって、しかしそれに修正を加え、この規定を置いたとする。もっとも、フランス民法典自体は、約定利息を制限する規定を置いていない[26]。特別法によっている。

882条の原則は、最高利率の制限を超えることを禁じることにあるが、それを修正・改廃したときでも、それによって民法の条文を修正する必要がないように、このような体裁をとったのである[27]。利息制限法による禁止がないときには、約定によって法定利率を超えることができる（1項）。また、伝統的にみられた、

25）Boissonade, Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, III, 1888 (1983), p.779, p.814 (n° 675).
　なお、以下のボアソナード草案、旧民法、現行民法の変遷については、【利息】216頁以下参照。繰り返しになるので、必要な限りで言及するにとどめる。

26）フランス法の利息制限については、【利息】105頁以下（利息制限法から暴利の禁止への移行）参照。19世紀には約定最高利率に対する制限であったが、その後は、わが利息制限法とは異なり、確定した率による制限は廃止され、暴利を禁止する方法となっている。

27）Ib., p.814. 法定利息とは、合意なくして法律上課せられる利息（たとえば、遅延利息 intérêts moratoires）である (Ib., 1 °)。

制限利率と法定利率の密接な関係を示唆するものでもある。

(c) しかし、ボアソナードの真意は、2項以下の利息制限にあったとみることができ、またその制限は、かなり厳格である[28]。そして、ボアソナードは、利息制限に違反した場合の効果を2つに大別した。

① 第1は、制限超過の利息を公然と（ostensible et loyale）定めた場合である。この場合には、貸主が利息制限法を知らずにまたは誤解して契約したものとみなして、超過利息のみを無効とした（2項）[29]。すなわち、一部無効である。

② 第2は、貸主が、債務証書中に利息を隠蔽するような記載をした場合である。この場合には、貸主は利息に関するすべての権利（tout droit des intérêts）を失うのである（3項）[30]。たとえば、草案に明示されている、元金の不正な積み増しの場合だけではなく、超過利息の天引も含まれる。その効果として、貸主が利息に関するすべての権利を失うとしたのは、ボアソナードの創案であり、これは、利息制限の趣旨を徹底させるためであった。すなわち、超過利息のみが無効になるとしたのでは、貸主はなんら危険をおわないから、制限を破ろうとするであろうからである[31]。この場合には、全部無効である。

ボアソナードの草案は、約定利息に対する制限が原則としては残されること（公然の場合は一部無効）、および、隠秘の方法による超過利息に対して制裁的な失権がともなう点において（全部無効）、支払われた利息の返還を認めない伝統的な方法（相対済し）を修正し、保護法規的な色彩を一貫させている。未払いの場合に、超過利息を請求することができないのと同じく、既払の利息の返還を認めるからである。

(イ) (a) これに対して、旧民法自体が、すでに草案にかなりの修正を加えた。

旧民法・財産取得編 187条「合意上ノ利息ハ法律上ノ利息ヲ超ユルコトヲ得但法律ヲ以テ特ニ定メタル合意上ノ利息ノ制限ヲ超ユルコトヲ得ス。

28） もっとも、民事責任のみであって、刑事責任まで予定していたわけではない (Ib.)。
29） Boissonade, op.cit., p.815, 2 °.
30） Ib., p.815, 3 °.
31） Ib., p.815.

②法律ノ制限ヲ超エテ顕然ニ利息ヲ定メタルトキハ之ヲ法律ノ制限ニ減却シ此制限ヲ超エテ為シタル弁済ハ之ヲ元本ニ充当シ又ハ之ヲ取戻スコトヲ得。

③債権者カ実際ニ貸付シタル元本ヲ超ユル元本ヲ認メシメ又ハ其他ノ方法ヲ以テ不正当ノ利息ヲ隠秘シタルトキハ債務者ハ其不正当ノ利息ヲ弁済スルコトヲ要セス若シ弁済シタルトキハ之ヲ取戻スコトヲ得」。

おもな改正点は、2点である。①第1は、ボアソナードの草案とは、原則と例外とが入れ代わっていることである。ボアソナードが制限した約定利息は、旧民法では原則として自由とされたのである（1項本文）。②第2は、制限を超過する利息が隠秘の方法で定められた場合であっても、その効果は、債務者が「不正当ノ利息」を弁済しなくてもよい、とされたことである（3項）。後述の利息制限そのものへの議論が主となったために、その意味は必ずしも明確ではないが、草案が定めた「利息に関するすべての権利の喪失」とは異なるとすると（「不正当ノ利息」を超過利息とみる場合）、2項と同様の一部無効を意味することになり、その場合には、2項と区別して3項を存置することの意味は、ほとんど失われる。もっとも、全部無効を意味するとすれば（「不正当ノ利息」を利息全体とみる場合）、草案とそれほど異ならないものとなる[32]。

(b)　このような修正は、旧民法を審議した法典調査会のなかの意見の対立を反映したものである。一般に、旧民法の審議にさいしては原案への批判やその修正はそれほど多くはないが、本条に関しては、例外的にきわめて活発な議論がなされた[33]。しかも、そのほとんどは、ボアソナードの見解に反対する利息制限の緩

32)　本文の2つの解釈のうち、旧著【利息】では、前者と解したが、現在では、むしろ後者に近く、草案と成案との間には、基本的な変更はないと考えている。ただし、法典調査会で議論の対象となったのは、もっぱら支払った超過利息の返還を認めるかどうかであった。すなわち、一部無効と全部無効（2項、3項）の問題よりも、支払った場合に有効とする見解が強かったので、前二者の相違が、あまり意識されなかったのである。

支払った場合の有効という構成が克服されてから、ようやく返還するべき利息の範囲が意識されるという意味では、利息制限法1条2項や、貸金業法43条1項がようやく克服された現在と同様である。新たに、利息の契約の手続に欠陥（とくに不記載や偽装）がある場合に、それでも約定利息を支払わせるかが問題になるのは、自然な成り行きといえるであろう。

和の意見である。

論拠は多岐にわたるが、①利息制限をすると、金融がとざされ、かえって借手が困るであろう[34]。②そもそも、利息の制限は廃止するべきである[35]。③日本の実情からすると、強い制限はできない[36]。④とくに強く主張されたのは、たとえ制限を置いてもこれを超えて支払った場合には、その返還を認めないようにする

33） 法典調査会〔旧民法の法律取調委員会〕・旧民法議事速記録〔財産取得編〕12巻94丁以下（第61回審議。明治21年＝1888年6月4日。原案882条。「消費貸借」〔原案873条〕の審議は、12巻74丁からである。学振版による）。

法典論争を経た現行民法典の審議過程では、旧民法への批判は多数みられるが、旧民法の審議過程では、ボアソナードの草案への批判は一般的にまれである。利息制限に関する議論は、例外的に活発な批判が出た部分として注目に値する。もっとも、その批判のなかには、ほとんど感情的なものもみられた。

旧民法・財産取得編882条草案では、すでに、報告委員である栗塚省吾〔大審院判事〕の原案そのものが、第1項を「合意上ノ利息ハ法律上ノ利息ヲ超ユルコトヲ得ス。但法律ノ禁セサル場合ハ此限ニ在ラス」と改め、2項についても、本文882条2項の条文の〔　〕内の部分を「超過シテ顕ニ定メラレタルトキハ法律ノ許ス割合ニ之ヲ減スルコトヲ得ヘク」、3項についても、「弁済スルニ及ハス若シ之ヲ弁済シタルトキハ其全部ヲ償還セシム」と修正していた（法典調査会・前掲12巻95丁参照）。もっとも、これらの修正は、文言を微調整しもしくは内容を明確にした程度にとどまるものである。

34） 元尾崎発言〔速記録中、元老院議官・尾崎三良は元尾崎と略称されている〕・前掲98丁（「却テ借リル者ガ困ルテシヨウ」）、大尾崎発言〔大審院長・尾崎忠治は大尾崎と略称されている〕・前掲100丁（「世間融通ガ塞カル」）。清岡発言〔清岡公張・元老院議官〕・前掲100丁（ソンナコトヲシテハ直チニ差支ガ生スル」）。

35） 元尾崎発言・前掲98丁（「無暗ニ制限ヲ立テナケレハナランナレハ制限法ハ止メテ宜シイ」）。南部発言〔南部甕男・大審院民事第一局長〕・前掲98丁（「私抔ハ制限ヲ止メル方ガ宜シイト思ヒマス。併シナカラ、ソレハ今日ハ行ハレマセン。然ル以上ハ制限ヲ置タ以上ハ仕方ガアリマセン」）。

36） 第62回（第61回には成案をえられず、延期になった）の審議のさいの発言であるが、清岡発言・前掲147丁（「制限法ノ制限タルヤソウ云フ様ナ強イ禁制物ト云フ訳ケテナイ」）、大尾崎発言・前掲156丁（民法上の制限は、刑法上のことと異なり、「之レハ宜イ加減ニシテ置キタイ」）。

しかし、これに対して、西発言〔西成度・東京控訴院長〕・前掲98丁は、控訴院での実務では、50円の手数料で50両〔円の意味であろう〕を貸し100円を返還させる契約の場合には、手数料は取り戻させる（「現ニ手数料ト云フモノハ取還シテヤツテ居リマス」）、という。つまり、借主がそこまで支払わなくてもいい扱いになっているというのである（なお、同155丁。超過利息の返還を認める例も、裁判上あるとする。しかし、清岡発言・同155丁はこれを否定する。そこで、これをうけて、大尾崎発言・同155丁では、「裁判ハ区々テアリマス」。超過利息の返還については、当時の実務は必ずしも統一されていなかったようである）。この審議の過程では、むしろ裁判所の判断が必ずしも統一されていなかったとの指摘が興味のあるところである。

べきである[37]—ことなどである。

とくに、この④は重大な争点となっており、利息制限法が制限超過利息を裁判上無効とするにとどめたのも同じ趣旨からであるとし[38]、返還制限の主張者は、そこでの法の審議にさいしても、返還は予定されていなかったことを理由にあげる[39]。利息制限を未払の利息に限り、既払のものにはおよぼさないとする、このような跛行的な方法は、利息制限法によってわが法にその後も長く影響を与えるのであるが[40]、旧民法を修正したのも、この考え方であったのである[41]。

(c) これらの意見から、利息の自由に対する考え方がより強く打ち出されたものといえよう。逆に、ボアソナードの独自かつ保護法的な考え方は、批判をよぎなくされたのである（ただし、修正はなかった）。

---

37) 清岡発言・前掲99丁（「制限ヲ超ヘテモ既ニ払ヒ済タモノヲ戻サセルコトハ酷イト思ヒマス」）、大尾崎発言・前掲99丁（「制限法ニ裁判所ニ出テ来タラ制限法ニスルゾヨト云フノテ、相対ノモノヲ禁タノテアリマセン、故ニ已ニ払ツタモノヲ又取還サセルト云フノハ不都合テス」。さらに、102丁まで、同旨の発言が繰り返されている）。清岡発言・前掲101丁（高利の約束についてはだまされて締結したといえても、弁済については、「任意テ払ツタノテアリマスカラ、之レヲ取戻サセルコトハ酷イテアリマシヨウ」）。植村正直〔元老院議官〕発言・前掲102丁（利息を「引直ス」〔元本に充当する〕ことについて、「已ニ払タモノヲ初ノ日ニ調テ引直ス性質テハアリマスマイ」）。大尾崎発言・前掲102丁（「元来制限ト云フモノハ裁判所ヘ出ナイ場合ノモノヲ禁シタノテハアリマセン」）。

これらの発言から、裁判上無効の構成と支払ずみの利息の返還を認めないことが、相対済しに由来することをうかがうことができる。

38) 大尾崎発言・前掲100丁（「法律ハ立入ル可キモノテハアリマセン」）。

39) 元尾崎発言・前掲103丁（「利息制限法ハ私等ガ議シタノテスガ決シテ〔任意の支払を〕禁スル趣意テハアリマセン」）。

なお、民法典成立以前の文献であるが、制限超過払の利息の弁済充当に関する「討論」法協21号、22号がある。これも、既払の利息の返還を認めないことを前提にした議論であるが、さらに弁済の充当について、甲説（中橋徳五郎、高橋捨六、土方寧）は、これを否定。乙説（戸水寛人、馬場愿治）は充当を主張している。論点は多岐にわたるが、利息制限法2条との関係では、前者は、弁済充当を認めたのでは裁判所が返還に手を貸すことになるというのに反し、後者は、充当せずに債務全額の支払を命じたのでは、かえって裁判所が高利の履行を強制することになるという。ちなみに、その場では、甲説が29人、乙説は22人であった。

40) 跛行的見解が多数であるが、わずかに南部発言・前掲101～102丁、栗塚発言・前掲102丁は、利息制限をする以上、取戻も認めるべし、とする（もっとも、前者は、利息の制限をしないなら返還を認めなくてもよい、ともいう、前掲98丁）。栗塚・南部両者の発言が、もっともボアソナードの原案に忠実である。

もっとも、旧利息制限法が、制限超過利息の支払をたんに「裁判上無効」として許容していたのに比すると、利息制限法の適用をうける限り（2項）、制限超過利息の元本充当と返還請求とがパラレルに認められ、なお保護法的機能も強く残されていた、とも位置づけることができる。

(ウ) (a) さらに、現行民法典の起草者は、ボアソナードとは逆の立場を採用しようとした。すなわち、民法典の制定にあたって契約自由の原則を採用し、利息制限法をまったく廃止しようとしたのである（民法典の審議は、明治28年＝1895年）[42]。もっとも、起草担当者・富井政章は、上述のような旧民法の審議のプロセスを知らなかったので、旧民法＝ボアソナードも、「初メハ」利息の制限を設けない趣旨であったとしている[43]。

(b) しかし、起草者の見解もまた、法典調査会の民法議事においては、賛同をうることはできなかった。起草者は、利息制限法の廃止に努力したが、2度の廃止案提出にもかかわらず、賛同はえられなかったのである。ここでは、契約の自

41） このように見解が分かれた結果、882条の審議は、明治21年6月4日に決せられずに（第61回）、翌5日（第62回）に延期されたのである（前掲103丁）。

第62回の審議でも、かなりの議論がなされた。もっとも、賛否の論拠は、いずれも前回までに出つくしており、議論の多くは繰り返しにすぎない（法典調査会・旧民法議事速記録〔財産取得編〕12巻145丁以下（第62回審議））。

そこで、この蒸し返しの論争中に委員長が議論に加わり（前掲152丁以下）、既払のものを取り戻すのはよくない、と発言した結果（前掲154丁。「決了シタモノナラハ、遡ツテソレヲ通算スルト云フト〔ノ〕事ハ出来マセン話テアロウト思ヒマス。ソレヲ取リ還スト云フコトハ悪ルカロウト思ヒマス」）、妥協として返還請求権に6か月ないし1月の短期時効を但書をもって設けることが提案され（前掲157丁以下。栗塚発言「報告委員ニ於キマシテモ之レハ即席テアリマスガ、期満効ヲ短カクシテ之レヲ6ケ月トシテハ如何テスカ」、同「元利完済ノ後1ケ月過キレハトシテモ宜シイ」）、結局それをボアソナードに諮問することで決着がつけられた（前掲159丁。「起草者ニ序ニ聞テ時効ノ論ト元利皆済ノ時訴件〔権〕ヲ與ヘント云ツテハ如何カ」）。

その後の経過は必ずしも明らかではないが、できあがった旧民法の条文には右の趣旨の但書は付せられなかったから、ボアソナードの認めるところとはならなかった、と思われる。結果の評価は別として、これが当時の日本人委員の能力の限界であったともいえる。

42） 法典調査会・民法議事速記録〔学振版〕28巻103丁（法務図書館版10冊255頁以下、商事法務版4冊187頁以下）。第5節（消費貸借）の起草担当は、富井政章である。すでに、消費貸借に関する節の最初の説明のさいに、「唯タ一ツ消費貸借ニ付キマシテ頗ル大ナル改正ヲ加ヘマシタ。夫レハ利息制限法ヲ廃スルト云フ精神ヲ以テ書イタノテアリマス」として、廃止が提案されている（同）。

由を理由とする廃止案が、債務者保護の反対論を説得しきれなかったことが特徴である（旧民法の審議とは、方向性はむしろ逆である）。そこで、利息制限法は、民法典施行後も存続することになった[44]。そこで、わが民法典と利息制限立法にさいしては、債務者保護の思想と、契約自由の原則との妥協が見出されるのである。

1898年（明治31年）に、現行民法典が施行されるのに伴い、その第3条（法定利率を6分とするもの。民法典404条では民事法定利率は5分とされた）が削除されたのみで、利息制限法は存続することになった（民法典施行法52条）[45]。

㈡　以上の経過から知りうるように、偽装に関するボアソナード草案の規定は、利息制限の本質に関わり、参考に値するものを包含している。これが、支払った利息の不返還の構成と関連づけられていることは興味深い。そして、不当な偽装が、利息の支払義務を減免させるとのことは、現代化法による法定利率への引き下げとも軌を一にするものである。

わが法上、従来も、貸金業法43条1項のみなし弁済規定の適用には、厳格な契約書面と受領書面の交付が義務づけられていた。しかし、その効果は、たんに書面を具備しない場合に、みなし弁済が成立しないこと、つまり制限超過利息の支払の無効を意味したにすぎない。かりに制限内の約定利率であっても、かなりの高利に及ぶ場合もあるから、必要な事項の開示されないものをそのまま肯定するのでは、たりない。正確な書面の交付がない場合や偽装された場合には、より積

43）「既成法典ハ初メハ『ボアソナード』氏ノ意見ニ依テ少シモ利息ニ制限ヲ設ケナイト云フ精神テ出来テ居リマシタ併シ確定議ニ於テ矢張リ明治十年九月ノ利息制限法ヲ存スルト云フコトニ極ツテ其精神ニ依テ取得編ノ百八十七抔ガ置カレテ居リマス」（同）。民法典の原則は契約の自由であるとし、債務者の保護は、特別法にゆだねればたりるとの考え方である。

利息制限法に関する民法審議の特徴は、民法の審議にさいして、特別法である利息制限法をも廃止してしまおうとした点である。

44）法典調査会・前掲165丁。利息制限法の廃止案は、明治28年＝1895年5月31日（第90回）の審議で未了・延期となり、589条（現587条）が審議された。そして、6月4日（第91回）の審議で、590条（現589条）の審議のまえに、乙第21号議案「利息制限法ハ之ヲ廃スルコト」、として再提出されたが、結局、多数をえられずに廃案となった。

つまり、利息制限法は廃止されないことになったのである（同152～165、166丁、前掲・法務図書館版10冊281頁、商事法務版4冊213頁）。

極的な引き下げが行われるべきであろう。

㈦ 2006年改正の貸金業法では、公正証書作成にかかる委任状の取得が禁止された（貸金業法の第3次施行部分の20条2項）。改正時に、貸金業者が一方的に作成した書類にもとづき、借主の不知の間に、利息制限法の金利を超える貸付けの契約について公正証書の作成の嘱託をすることが行われていた。

また、もとより利息制限法の制限に違反する公正証書の作成はできないが、従来、利息の約定について適法な利率の範囲に引きなおして作成する扱いになっていた。これは、いわば契約書面とは異なる内容の作成を容認するものである。そこで、改正貸金業法では、利息制限法に違反する利息の約定がされた貸金の契約については、公正証書の利用を認めないこととし、有効な約定部分も含めて嘱託を禁止した（同20条1項）。偽装にもとづく作成といえ、公正証書の効力の問題

45） 民法施行法52条「明治十年第六十六号布告利息制限法第三条ハ之ヲ削除ス」。また、利息制限法5条は、商法施行法117条によって商事には適用されない。商法施行法117条「明治十年第六十六号布告利息制限法第五条ノ規定ハ商事ニハ之ヲ適用セス」。さらに、商事法定利率は、6分とされる（商法514条）。

なお、現行民法典において、法定利率は、民事5％とされた（404条）。ここで、法定利率が、5％とされたのは、起草委員にも経済上の関係は不案内なので、「大蔵省デ調ベテ貰ツタ」結果であるとされている。利息制限法では6分であるが、商法では7分であり、これよりも、民法典の法定利率が低いのは、利息制限法のできた明治10年＝1877年と比較すると一般の利率が下がったことによっている。この部分も、詳細は【利息】219頁に委ねる。

「法定利率ト云フモノハ其国テ金ヲ融通致シマスルニ付テ一番普通ノモノ、即チ普通ノ融通ノ利率ト同率デナケレバナラヌ」とし、日本の「普通ノ利率」は5分だとするのである。しかし、法典調査会では、5分でも高すぎる、3分でもいいとの議論もあり、また、諸外国の民法でも5分が多いが、民法のできたあとには実際には5分以下のことも多いとの指摘がみられる。起草者によっても、必ずしも確信をもって定められたものとはいえず、また経済事情の変化によって、法定利率の変動もありうることを予定したものであった。

もっとも、直接的な動機は、当時の最新の立法作業であるドイツ民法典第1草案の影響によるものである。その後成立したドイツ民法典は4％の民事法定利率を定めたが（288条1項）、ドイツ民法典の制定過程において、第2草案までは、5％であったことが注目される。ちなみに、ドイツの立法作業のなかで、利率が引き下げられたのは、連邦参議院においてエルザス・ロートリンゲンによって提案され（プロイセンは草案を支持していた）、さらにライヒ議会において修正が行われた結果であった。

なお、法定利率が近時問題になったケースとして、最判平17・6・14民集59巻5号983頁、これにつき、小野・民商133巻4・5号840頁参照。

を離れても、単純に制限利率までの利息を認めるべき場合とはいえない。この点にも、立法上考慮するべき点は残されている。

(5) さらに、違法な利息の約定についても、参考に値する点がある。すなわち、2004年の改正で新設された「契約の無効」の規定の解釈である。同年の改正貸金業法は、①登録要件の厳格化、②適切な営業体制の確立（貸金業務取扱主任者制度の導入）、③取立規制の厳格化、④契約の無効、⑤罰則の強化を行った。

このうち、注目するべきものは、④である。従来、登録業者の多くは、利息制限法と出資法の間のいわゆるグレーゾーン（15～20％以上、29.2％以下）の利息を定め、収益をあげてきた。他方、いわゆるやみ金融は、出資法の定めをもはるかに超過する高利の定めをしている。ところが、刑事法である出資法に違反する利息の定めがあっても、必ずしも元本や利息制限法の制限内の利息の債権までが無効とは考えられてこない場合もあった。そこで、出資法の上限金利を超える利息の支払をする契約の効力が、法律案の段階で問題とされ、109.5％を超える割合の利息の契約は禁止され、消費貸借契約は無効となることとされた（貸金42条の2第1項）。利息などの計算については出資法5条4項以下が適用され、違反に対しては、刑事罰が適用される（同第2項）。

しかし、高利対策の決め手として、元本の返還請求権を明文で否定することは見送られた。元本の返還請求をも認めるよちがないと、借り手のモラルハザード（返すつもりなしに借りる）をもたらす可能性があるという理由である。条文では、たんに年利109.5％を超える貸し付けについては、契約を無効とするにとどまる。あとは解釈の問題となり、元本の給付が不法原因給付となれば（708条）、その返還請求も制限されるが、そうでなければ、元本の返還請求は可能となり、実質的に金利部分の無効となるにとどまる。しかし、元本の返還請求を認めないことが高金利への抑制となることから、かりに返還請求を認める場合でも、法定利率までの利息を認めるような解釈は否定する必要がある。109.5％を超過するような暴利は犯罪行為であり、バブル経済崩壊後の低金利との比較では、法定利率でさえもかなり高率であり、元本にさえ返還の疑問がある場合に、利益の保持を認めるべきではないからである。

また、いうまでもなく、利息制限法の制限利率に違反する金利の約定も、一般の出資法の制限金利である29.2％に違反する約定も無効である。109.5％を超過することのみが、公序良俗や不法原因給付の基準になるわけではないから、貸付の態様によっては、109.5％以下の場合にも、元金や利息の返還請求権が制限されるとの解釈はありうる[46]。

なお、いわゆる押し貸しや数百％にも及ぶやみ金融は犯罪であり、元金も犯罪の道具たるにすぎないから、不法原因給付として返還をいっさい認めるべきではない。また、犯罪性に着目して不法行為による損害賠償請求をする場合でも、その実質は、不当利得の返還請求であるから、損益相殺といった形で、元金の返還を実現させるべきではない。これにつき、最決平18・3・7判例集未登載は、年1200％の高金利で行われたやみ金融の事案に対し、「貸金に名を借りた違法行為の手段にすぎず、民法上の保護に値する財産的価値の移転があったと評価することは相当でない」として、借主が業者に返済した元本相当金額についても、不法行為に基づく損害であると認め、実質的に、借主から業者に対する返還請求を認めた札幌高裁判決（札幌高判平17・2・23判時1916号39頁）に対する上告を棄却して同判決を確定させた。

現在明文化されているのは、109.5％を超える割合の利息の契約の無効のみであるが、その他の偽装の場合の利率の制限も、より積極的に考えられるべき論点である。

（以下次号）

46） 小野「ヤミ金融対策法の概要」市民と法24号2頁。【現代化】289頁以下。
　わがくにの公序良俗の適用基準は、そのまま一般化したのでは諸外国に比して厳格にすぎる。金利に関しては、利息制限法の存在がその理由であり、超過利息のみを無効とする解釈の基礎でもあった。しかし、実質的に利息制限法が機能していない（あるいは潜脱されている）とみられる場合にまで、そのような厳格な制限をする必要はない。まして、出資法の基準にも違反する場合には、犯罪行為であり、公序良俗違反として無効とする必要がある。

現代化法と旧消費者信用法（Verbrauchrkreditgesetz）

現代化法	旧規定	1992年草案、内容
491, 597, 488	1	修正（消費者消費貸借ほか）
491, 499-501		（支払猶予、ファイナンス支援措置）
655a		（Kreditvermittlungsvertrag）
505	2	修正（Ratenlieferungsverträge）
491, 499	3	修正　消費者消費貸借（Verbraucherdarlehensvertrag）
500		ファイナンスリース
492, 501	4	ほぼ同一内容（方式、分割支払取引）
493	5	同一内容（貸越信用）
494, 502	6	修正（方式の欠缺の効果）
355, 358, 495, 503	7	修正（クーリングオフ）
502 II, 358	8	修正（分割支払取引の方式、効果）
358, 359	9	修正（結合契約）Verbundene Verträge
496	10	同一内容（抗弁の放棄、手形・小切手の制限）
497	11	修正（遅延利息、弁済充当の順序）
498	12	修正（期限の利益の喪失）
501, 503, 355-357	13	同一内容（返還権、解除権）
501, 504	14	同一内容（分割支払取引の一時的支払）
655a, 655b	15	修正（貸借の媒介の際の書式）
655c	16	同一内容（対価の制限）
655d	17	同一内容（付随する対価の制限）
506, 655e	18	同一内容（片面的強行法）
削除	19	