

## 期限の利益の放棄についての覚書

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 尾島, 茂樹 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2297/9699">http://hdl.handle.net/2297/9699</a>

## 《研究ノート》 期限の利益の放棄についての覚書

尾 島 茂 樹

- 一 はじめに
- 二 伝統的な議論
- 三 消費者信用・利息制限法を念頭に置いた近時の議論
- 四 若干の検討
- 五 おわりに

### 一 はじめに

期限の利益については、わが国の民法典では、それに関する条項として一三六条、一三七条の二カ条の規定が置かれている（五九一条二項については、関連部分で言及する）。このうち、民法一三七条にかかわる「期限の利益の喪失」については、従来から、債務者の保護の観点ともあいまって、分割弁済の遅滞の場合の処理などについて一定の議論がなされてきている。<sup>(1)</sup> 他方、おもに民法一三六条（二項）にかかわる「期限の利益の放棄」については、古くは、期限が双方当事者の利益のために定められた場合に、そもそも期限の利益の放棄ができるのかについて説が分かれ、学説において活発に議論がなされた。しかし、昭和九年に、このような場合に期限の利益の放棄を明確

に認める大審院判決が下されたことにより、その後は、この問題は争われなくなった。

ところで、この昭和九年の大審院判決は、民法一三六条二項に関し、次のように判示する。すなわち「期限力当事者双方ノ利益ノ為ニ定メラレタル場合ト雖モ当事者双方ノ合意ヲ以テシ又八当事者双方ニ於テ同時ニ之ヲ為スニ非サレハ其ノ期限ノ利益ヲ抛棄スルヲ得スト云フモノニ非ス一方ノ当事者ノミニ於テ其ノ期限ノ利益ヲ抛棄スルコトヲ妨ケス但タ之ヲ為スニ八相手方力当該期限ニ付有スル利益詳言スレハ当該期限ノ未到来ニ依リテ享クヘキ利益ヲ害スルコトヲ得サルノミ民法第三百三十六條第二項ノ趣旨ハ即チ茲ニ存スルモノト解スルヲ相当トス故ニ定期預金ノ返還期力当事者双方ノ利益ノ為ニ定メラレタルモノナル場合ニアリテモ債務者タル預リ主ハ其ノ返還期迄ノ約定利息ヲ支払フ等債権者タル預金者力返還期ノ未到来ニ依リテ享クヘキ利益ノ喪失ヲ填補スルニ於テハ其ノ返還期ニ付自己ノ有スル利益ヲ一方的ニ抛棄スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス」と判示し、定期預金の返還債務を負う者、すなわち銀行は、定期預金の返還期までの約定利息を支払う等、相手方が期限の到来によって受ける利益の喪失を填補すれば、期限の利益を一方的に放棄することができる<sup>(3)</sup>と結論づけたのである。

これに関連して、近時、利息付金銭消費貸借契約に際し、債務者が期限の利益を放棄して期限前に弁済をする場合には、債務者は期限までの利息に相当する金銭をあわせて支払うとか、あるいは、一定の利率によって計算された損害填補金・違約金を支払うといった「早期完済特約」の効力について判示した下級審裁判例が現れた。<sup>(4)</sup>これと前後し、とくに消費者信用を念頭に置きながら期限前弁済と未經過分の利息の支払義務の関係を論ずる論稿が現れている。

私は、この近時の議論のあり方について疑問を感じている。本稿は、利息付金銭消費貸借をおもな題材として、近時の議論のあり方の問題点を指摘し、利息付金銭消費貸借契約において債務者が期限の利益を放棄して弁済前に借入金を返済する場合の処理について一定の視点を提示することを目的とする。

## 一 伝統的な議論

### 1 立法過程

民法一三六条二項（起草時、一三七条二項）、すなわち「期限ノ利益ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得但之力為メニ相手方ノ利益ヲ害スルコトヲ得ス」<sup>(5)</sup>に関する法典調査会の議論では、起草者である穂積陳重が起草理由を説明する中で、次のように述べている。「利息付ノ貸借ノ場合ニ於テ固ヨリ其貸主ノ方ハ利息ヲ其期限内ニ納メシメルト云フ利益ヲ持テ居リマス借主ノ方ハ其元金ヲ使用スルノ利益ヲ持テ居リマス然ルニ其期限前ニ借主ノ方ガ期限迄ノ（傍点、引用者）利息ヲ附シテ元金ヲ返済スルコトガ出来ルト云フヤウナ風ノ問題ガ起ツテ来ル」<sup>(6)</sup>。そして、この直後に、そもそもこのような場合に、期限の利益の放棄が出来るのか否かについて諸外国でも争いがあることが説明されるが、双方が期限の利益を有している場合でも、一方の放棄のために他方が迷惑を受けない場合、すなわち「期限到着前ニ利息ヲ附シテ元金ヲ返ヘス」場合もあり得るから、起草案のような文言としたと説明している。<sup>(7)</sup>ここでの議論では、先の引用に傍点を付したとおり、利息付消費貸借契約のように双方の当事者のために期限の利益がある場合には、債務者が期限の利益を放棄して期限前に弁済するには、当初定められた「期限までの」利息を付すことが前提とされている。

期限の利益については、この後、放棄の可否に関する補充的な議論がなされた後、規定の仕方について質問がなされ、高木豊三から、但書を「利益ヲ害スルトキハ此限ニ在ラス」としてはどうかとの発言があつたものの、梅謙次郎が「然ウスルト狭クナル利益ヲ害スル恐レアルトキハ丸テ拋棄スルコトハ出来又然ルニ通常ノ貸金ヲ利息ヲ付ケテ返シテ呉レバ大變利益デアル」と答え、結局、修正説が出されることもなく、簡単に審議は終了した。<sup>(8)</sup>最後の梅の説明も、利息付消費貸借において借主が期限前に弁済する場合には、通常は、期限までの利息を付して返済す

ることを前提としていたことを示すといえよう。

## 2 教科書・体系書

民法施行後も、最近まで、期限の利益の放棄を主として論じる論稿は、多くはなく、この問題は、おもに、教科書・体系書において論じられるにとどまった。とはいえ、その記述には、おおむね多くの頁数が割かれることはなく、先に述べたとおり、当初は、双方の当事者の利益のために期限が定められた場合の放棄自体の可否が問題とされたことに伴い、この問題の記述をするのが通常であったが、<sup>(10)</sup> 後には、期限の利益の放棄に関する条文の記述内容にとどまるもの、<sup>(11)</sup> 判例（通説）の紹介にとどまるもの、<sup>(12)</sup> 利息付消費貸借について期限前に弁済する場合には、期限までの利息を付すべきことを簡潔に示すもの、<sup>(13)</sup><sup>(14)</sup> 期限の利益の内容を区別した上で、利息付消費貸借についてこれと同旨を示すもののように、<sup>(15)</sup> 総じて、この問題の扱いは軽かった。

## 3 比較的詳細な議論

これらに対し、民法一三六条二項のいう「書することはできない」の内容について比較的詳しく論ずるものは、次のようにいう。すなわち、期限前弁済に関する特約のない銀行取引を念頭におくものではあるが、「一三六条二項但書の『相手方の利益』は、満期までの約定利息全額の履行利益であると解釈しないで、銀行が損害回避のための通常の努力をしても実際に蒙る実損額と解し、その拳証責任は銀行にあると解することは無理であろうか。銀行は他に貸付先を見つけないのに困らないし、いつでも転売可能な公債でも買えばよい。そうすると、損益相殺の法理の一つの拡張的適用として、期限前弁済以後の分について、貸付先が支払うべき金額は、約定の貸付利率と、公債利回りあるいは最長期の定期預金利率との差によって計算した金額に、さらに期限前返済に伴う余分な事務処理費

用を加算した金額でよいと解することもできよう」と説明する。あるいは、同様の発想から、「消費貸借の性質上、利息付か否かを問わず、借主は期限の利益を放棄し（傍点、原文）期限到来前に借金を返還することができる（一三六条二項本文）。しかし利息付消費貸借の場合には、期限は原則として貸主の利益収入のためでもある。従って借主が期限前に借金を返還する場合には、貸主の利益収入の利益を害することができない（一三六条二項但書）。消費貸借成立当時と借金返還当時とで、市場金利が同じか上昇している場合には、貸主は返還された資金を他に運用することにより利息収入の利益を害されない。これに反し、市場が高金利の時に長期固定の金利で借受け、市場金利が低下した時に期限内に他から借換えて返還すれば、返還後期限までの、約定金利と返還時の市場金利との差額を賠償しなくてはならない。もっとも、期限は専ら借主のために、貸主の利息収入のためにする趣旨を含まなかったことを、借主が立証すればこの限りでない」と主張するものがある。ここでは、利息付消費貸借契約では、原則として期限の利益が貸主のためにもあることを前提に、借主による期限の利益の一方的放棄によって貸主に生ずる損害を、約定利息相当分ではなく、約定利息マイナス市場金利による利息（プラス期限前弁済に伴う事務手数料の増加分）（この値がマイナスの場合には、賠償しなくてもよい）とする点で、当然に期限までの利息を付すべきとする見解とは異なるといえる。<sup>(16)</sup>

なお、民法七〇六条が規定する期限前弁済との関係では、次のような指摘がある。「わが民法は、弁済期前であるとは知らずに弁済した者に、中間利益の返還請求を認めた（……）。したがって、『例えば、債権者がその金銭を預金したとすれば、弁済期までに得た利息（中間利息）を返還しなければならないのである』（四宮・上一五六）と説かれる。しかし、その際、債務がたとえば利息付消費貸借上のそれであり、債務者が弁済期前に弁済時までの利息を付して弁済したような場合（弁済期までの利息を付したときは、それこそ期限の利益の放棄であり、本条は問題とならない）に、債権者が弁済期までの約定利息を請求し得るか否かは明らかではない。これを否定するなら

ば、法典調査会でも指摘されたように(……)、債権者に酷であるといわなければならないまい。それゆえ、特段の事情(たとえば、弁済時以後の利息は徴求しない意向が債権者に存するとみられる場合)のないかぎり、債権者は債務者に対し弁済期までの利息を請求できる、という前提に立って、学説は中間利息の返還を論議しているもの、と理解したい。<sup>(20)</sup>この見解では、利息付消費貸借契約では、期限の利益を放棄する場合には、当然に、弁済期までの利息を付すことが前提とされている。

また、諾成的消費貸借契約との関係では、次のような指摘がある。すなわち、借主の義務を説明するにあたり、「(イ)甲が乙から一〇〇〇万円を年一割の利息つきで五月一日から一年の間借りる、という合意ができたが、五月一日になって、甲がもはや金はいらなくなっている場合でも、利付き消費貸借が諾成的に成立している以上、本来なら、甲は、所定期日に乙から一〇〇〇万円を受取り、一年後に一〇〇〇万円を返済すべきである(……)」。ただ、乙にとつては、貸すこと自体ではなくて、貸金元本に利息が加わって戻ってくるのが、利付消費貸借の主眼であるから、一〇〇〇万円の受取り自体をそれ欲しない甲に強制できる、とする必要はなく、ただ、乙が五月一日に一〇〇〇万円を提供しさえすれば、甲は、それを受取らなくとも、一年後に利息一〇〇万円を乙に支払わなければならぬことになる、と解すべきである(ハ)末尾とパラレルな処理である。ただし、乙がこの一〇〇〇万円を他に転用して、たとえば五〇万円をえたことを甲が立証した場合には、一〇〇万円から五〇万円を控除した残り五〇万円のみを甲が乙に支払えば足りる、と解すべきである(ウ)と<sup>(21)</sup>し、引用する(ハ)末尾では、「返済期限が定められているときも、借主は、期限の利益を放棄して(一三六条二項本文)、いつでも返済をなしうる。ただし、利付き消費貸借の場合には、貸主は所定の時期まで金を貸すことによってその時期までの利息をつることを期待しているから、貸主のこの期待は害されてはならず、したがって、期限前の返済に際しても、原則として(イ)末尾の括弧書の注参照)期限までの利息が付されなければならない(一三六条二項但書)」<sup>(22)</sup>としている。

なお、古いものではあるが、供託に関して次のような民事局の回答がある。照会事項は、次の通りである。「債務者が債務弁済の期限の利益を放棄して期限前に金銭消費貸借契約に基づく、借用金額及び同日までの利息を提供して受領を拒否されたとしての供託の申請は受理して差し支えないか」。これに対する回答は、次のとおりである。

「(……) 提供した利息が弁済期までの利息であるときは、供託を受理してさしつかえないが、提供日までの利息であるときは、受理すべきでない<sup>(23)</sup>。ここでは、供託の要件として、「弁済の受領」(民法四九四条)を拒んだかどうかの問題となる。ここでいう「弁済」であるためには、有効な「弁済の提供」でなければならず、「弁済の提供は、債務の本旨に従って」(民法四九三条)なされなければならない。この民事局回答は、利息付消費貸借契約においては、弁済時までの利息を付すのみでは、債務の本旨に従った弁済提供とはならず、期限までの利息を付してはじめて債務の本旨に従った弁済提供となることを示したものと<sup>(24)</sup>いえる。

以上に対し、民法五九一条二項を引用して、消費貸借の借主は、貸主の利益を害するか否かにかかわらず、常に返還の時期到来前にいつでも借主は物の返還をなすことができ、これにより貸主に損害を与えることがあっても借主がこれを賠償する責任はないとする見解がある<sup>(25)</sup>。しかし、この議論は、民法五九一条が全体として期限の定めのない場合に関する規定であるとする通説と対立している点に注意が必要である<sup>(26)</sup>。

### 三 消費者信用・利息制限法を念頭に置いた近時の議論

#### 1 原則と実務

以上にみたとおり、伝統的な議論では、利息付消費貸借では、期限前に借主が弁済する場合、借主は、弁済期までの利息を提供してのみ期限の利益を放棄できると解されている<sup>(27)</sup>。したがって、借主は、貸主に対し弁済期までの

利息をあらかじめ支払っている場合においては、特段の約定がないかぎり、弁済期前に借入金全額の弁済をしたとしても、すでに支払済みの未経過利息の返還を求めることができないことになる。<sup>(28)</sup>しかし、金融機関が貸主の場合、借主が弁済期（前？）引用者補充）に全額その弁済をなすときは支払済の利息のうち未経過利息を返還することが行われており、これが戻し利息といわれているものである。<sup>(29)</sup>「戻し利息」は、利息天引、または利息前払いの場合に問題となるが、利息後払いの場合には、同様の処理をするとすれば、期間未経過利息は、支払う必要がないこととなる。すなわち、両者は、同様の意義を有する。このような実務は、たとえば、住宅ローンについて長期固定金利で借りていた金銭を、市場金利の低下により、新たに低金利で借り換えて一括返済するような場合のメリットとして指摘されるもの前提となる。しかし、先に見たように、伝統的な議論によれば、このことは、理論上、借主から一方的になし得る権利として存在するものではなく、あくまで、従来、金融機関が事実上の措置として行ってきた実務に過ぎないと考えられてきたのである。<sup>(30)(31)</sup>

とはいえ、事実上の措置でも、このような実務がなされているかぎりにおいては、借主としても元本を利用していない期間について利息の支払請求を受けないから、問題は顕在化しない。ただし、おそらく、ここで念頭におかれている「金融機関」は銀行である。これに対し、いわゆる消費者金融業者は、逆に、伝統的な議論に立ち返り、このような実務を採用しなかったようである。否、逆に、借主の未経過利息の支払義務を特約によって強化しようとした。すなわち、一部の金融業者は、借主は、期限前に元本を全額返済しても、期限までの利息に相当する金銭、あるいは返済時の元金の一定割合に相当する金銭を支払わなければならないとするなどの「早期完済特約」を契約条項として明確に規定し、その義務の履行を借主に求めるようになったのである。そこで、消費者金融に関する議論では、期限前弁済に関する外国法の議論が紹介され、<sup>(32)</sup>また、あくまで民法で定める原則に対する例外としての、消費者の「期限前弁済の権利」の立法論が主張されるようになった。<sup>(33)</sup>これにより、期限前弁済における未経過利息

相当金の支払義務、あるいは早期完済特約の効力の問題が顕在化し、訴訟においても争われることになったのである。<sup>34)</sup>

## 2 消費者金融と早期完済特約

従来、一般に、早期完済特約は、民法一三六条の存在を前提として、裁判例においても有効とされてきたようである。<sup>34)</sup>しかし、結論として、早期完済特約の効力が否定された事例が現れた。この事例の事実は、本稿に必要な範囲で簡略化すれば、次のとおりである。Xは、前後一四回にわたってYから金員の借入れ、借換え、借増しを受け、これらの債務を担保するためにXの所有する不動産に根抵当権を設定していた。この借入れのうち、三回分について、借用証書の裏側に「借主の申し入れにより、最終完済日の前に借入金全額を返済する場合には、最終完済日までの約定利息金の合計額を支払います」という文言（早期完済特約）が記載されていた。Xは、Yの紹介により、抵当不動産を売却し、弁済期前に借入金を返済したが、その際、Yは、支払時までの元利金の他に未經過期間の利息の一部として五五〇万円を早期完済特約に基づき請求し、回収した。これに対し、Xは、早期完済特約の効力はないとして、不当利得返還請求権に基づき五五〇万円の返還を請求した。

第一審判決（平成七年京都地裁判決）は、まず、早期完済特約の効力については、次のように述べた。<sup>35)</sup>すなわち、「XとY間の前記消費貸借契約における貸金の弁済期（期限）の定めは、債務者であるXのために定められたと推定されるほか、『証拠』によつて認められる利息、遅延損害金の利率、弁済期日等のために照らして債権者であるYのためにも定められたと認められ、この認定に反する証拠はない。／この場合、債務者であるXが期限の利益を放棄して貸金元本を一括弁済しようとするときに、債権者であるYの持つ利息收受の利益を債務者であるXに填補させる趣旨の早期完済特約は、それ自体としては合理的なものであつて、これが当然に公序良俗に反するものと

は認められない。／また、Xは、消費貸借契約において長期間にわたる債務返済期限が設定されたのに、ごく初期に元金金が完済されると、早期完済特約による利息額が元金額近くにもなる場合が発生し、同特約が著しく債権者に有利となり、債務者には過酷に過ぎるものとなるから無効であると主張する。／しかし、早期完済特約は『借主の申し入れにより』早期に完済する場合の定めであつて、借主に早期完済を義務付けるものではないから、債務者が任意の意思で早期に完済するときに同特約によつて高額の利息支払いを余儀なくされても、それは割賦弁済を続けることができるのに一括弁済を選択した結果によるのであつて（ただし、その選択が実質的に自由意思によるとはいえない場合は別論である。）、早期完済特約それ自体又はその適用が社会通念に照らして許容されないとはいえない。しかし、実際の借入金の返済にあつて、Xは、本件X不動産を売却して得る代金額を自ら手にしたうえ、これを資金として当初の消費貸借契約の約旨に従つて貸金を分割弁済するか、早期完済特約に基づく利息を支払つて一括弁済するか自由があつたわけではないから、自由意思で二つの選択肢のうちの後者を選択したとは到底認められない。そうではなくて、Xは、売買代金を入手するに先立つて、すでにYから早期完済特約に基づく利息の請求を受け、これを支払いをしないではYから前記根抵当権設定登記の抹消を得られず、したがつて不動産の売買代金の決済を受けることができない事情にあつたものと認められるのである。／そうすると、Xは、Yとの消費貸借契約の全経過からしても、根抵当権設定登記の抹消を得る条件としてYから要求された事実経過からしても、『借主（X）の申し入れ』によつて最終完済日の前に借入金全額を返済したとはいえないから、早期完済特約に基づく利息を支払うべき義務はなかつたといふべきである。したがつて、同XのYに対する五五〇万円の支払いは、法律上の原因を欠くものであり、Yは悪意の受益者としてこれを同Xに返還すべきである」と判示し、結局、Xの請求を認めた。

これに対し、Yが控訴した。控訴審判決（平成八年大阪高裁判決）は、次のように述べた。<sup>(36)</sup> すなわち、Yが借り

換えの際に早期完済特約に基づく利息の支払を請求しなかったので、Xはこの特約のあることを知らず、またXも借用証書を詳しく読まなかったため、早期完済特約の記載に気づかなかったこと、Xは、抵当不動産を売却した日に訴外Aから早期完済特約に基づく利息金の支払義務のあることを説明されたが理解できなかったこと、Xの実際に支払った利息は、減額されていても年利九三・五—三—パーセントとなること、仮に約定通りの利息を支払うとすると、実質年利は一三一・二〇—九—パーセントとなること、などの事実を認定した上、「以上の認定事実によると、一応本件早期完済特約の合意はあったものといえるが、例文に過ぎず、Xは右特約のあることさえ知らなかったし、Yの担当者はXが右特約に気づいていないことを知りながら、あえてXに右特約のあることを教えなかったこと、本件特約が適用されると、Xが期限の利益を放棄して返済期限前に元金残額を返還しようとする場合、借入日から返還までの期間が短ければ短いほど支払うべき未経過利息は多額となり、本件の場合でも約定通り支払った場合はもちろんのこと、減額されて支払っても右に見たとおり、出資の受入れ、預り金及び金利等に関する法律所定の最高限度額を超える過大な利率となることを総合勘案すると、本件早期完済特約は、信義誠実の原則に照らして不当な約款であり、公序良俗に反して無効であって、Yが右特約に基づき請求できるとして五五〇万円を取得したのは法律上の原因なくして受けた利益となり、Xに返還すべきものである」と判示し、Xの請求を認容した。

この判決については、早期完済特約が、「もっぱら利息に関する制限を潜脱することを目的としたものであり、その無効（一部無効）を認めることが望ましい。事案は、借主が特約の存在を知らなかったとして、『例文』解釈をもちだしているが、知っていたとしても、このような特約には、それじたい問題があり、あるいは『知っていないが』押しつけたとすればより問題性は重大であるから、本質は特約の公序良俗に違反する点にあるものと考えべきである」との評価や、公序良俗として無効となる著しく不公正な内容の契約条項の具体例として掲げるもの<sup>(36)</sup>、

消費者信用における借主の利益の保護の観点から、本判決のように利率を算定し直した上で、早期完済特約の有効性を判断すべきとするものがある。<sup>(39)</sup>

### 3 利息制限法と過払金返還請求

それでは、消費者信用・利息制限法との関係では、期限前弁済はいかに議論されてきたのだろうか。期限前弁済の際に、未経過分の利息を支払わないとする従来の実務を説明するにあたり、「この点はあまり論じられていないが、早期弁済を受ける（者）もそれ自体によって別の利益が生じ、損害がないとする説明もあり得るがそうではない」という考え方が背景になっていて、残元金とそれまでの経過利息の合計額の支払によってその時点で債務の本旨に従った履行となり、それ以上の弁済に必要がないからである」と説明するものがある。<sup>(40)</sup> 他方で、利息制限法との関係については、期限前返済違約金特約（早期完済特約）は、それにより実質金利が高くなっても、貸主の損失の補填の観点から相当性があり、利息制限法等に違反するとは考えられないけれども、違約金の結果、債務者の負担が過重とならないよう留意すべき点があることも否めないとし、平成八年大阪高裁判決を引用するものもある。<sup>(41)</sup>

また、商工ローン訴訟では、貸金業者が、利息制限法違反の過払金返還請求に対し、期限未到来債権への元本充当の際の計算方法として、期限までの利息計算を主張した。この際よりどころとなったのが、過払金の元本充当を認める判例変更を行った最高裁判決の補足意見（奥野裁判官補足意見）<sup>(42)</sup>である。すなわち、「利息についての制限超過部分の支払は元本に法定充当されるのであるが、元本債権が未だ弁済期にない場合であつても、これに充当されるものであることは、民法四八九条、四九一条により明らかである。そして、弁済期前の元本債権に充当する場合には、弁済期までの（傍点、引用者）制限内の利息を附して充当すべきものと解する（同法一二六条一項）」

と主張され、「弁済期までの」利息が付されることが明示されていたのである。

これに対し、商工ローン裁判の鑑定意見書として執筆され、後に論文として公表された二つの論稿が期限前弁済に触れている。一つの鑑定意見書論文は、次のように述べる。<sup>(43)</sup> すなわち、「たしかに、債務者が弁済期前に返済したとしても、債権者としては弁済期日までの利息を取得する利益があるものと解せないこともない（民法一三六条二項但書）。ただし、期限前に返済がなされた場合には、債権者としては、その返済金を元にしてこれを他に貸し付けるなどして利益を得ることが可能となる。金銭債権にあつては、一方において、弁済期に返済がないときには当然に履行遅滞による損害賠償が生じること（民法四一九条二項。弁済期日に返済がなされていたら、債権者はその返済金を元にして利益を得ることが可能であつたにもかかわらず、それができなかったと考え、このような規定が設けられたものと解される。）との均衡からも、期限前に弁済がなされたときは、現実の弁済時までの利息の支払いで足りると解すべきであろう。すなわち、民法五九一条二項により借主は弁済期前でも自由に返還をなすことができ、その場合において、利息については現実の弁済時までの利息を支払えば足り、このことにより民法一三六条二項但書にいう『相手方の利益』を害することにはならないと解せよう。少なくとも、貸金業者の利息債権については、このように解すべきである。このような解釈こそが、利息制限法一条一項で定める利率を超過しているか否かの判断基準は実質年率によるところ、実質年率の計算は、『実際に利用可能な貸付けの金額』と、『実際の利用期間』とを元に行うという今日において確立した法理（……）<sup>(44)</sup>と一致するものである」と説明する。

また、もう一つの鑑定意見書論文は、次のように結論づける。<sup>(45)</sup> すなわち、この見解は、民法一三六条の適用範囲は、条文中制限されていないので、同条項は、およそ『期限』ないし『期限の利益の侵害』が問題になる場合には例外なく適用されることが通常であること<sup>(45)</sup>を前提とする。この上で、利息制限法違反の過払金が期限未到来の債権に充当された場合には、民法一三六条二項は適用されないとし、その理由として、第一に、同条項は一般的

に「法定充当」によつて「期限の利益」が侵害された場合には適用されないこと（一般論）、第二に、商工ローンのような貸金業者が「期限の利益」の填補を主張することは信義則違反であること（同条項適用論）をあげている。<sup>(46)</sup>より詳しく述べれば、民法一三六条は、そもそも当事者の利害の調整をし、公平を図る規定であり、この場合には、貸金業者に「法定保護に値する利益」がないというのである。<sup>(47)</sup>

さらに、商工ローン事件を主な題材として、期限前弁済を「実質使用期間に関する脱法」という観点から捉え、実質使用期間以外の期間については、利息は生じないと結論づけるものがある。<sup>(48)</sup>この際、この見解は、期限前弁済がなされた場合でも、実質使用期間についてのみ利息が発生するとする根拠として、平成七年七月一四日の最高裁判決、<sup>(49)</sup>最高裁判所の執務資料を引用する。<sup>(50)</sup>

なお、最高裁判所は、後に、商工ローンの事件において「（利息制限）法一条一項及び二条の規定は、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期限内の利息の取得のみを認め、上記各規定が適用されるかぎりにおいては、民法一三六条二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ふべきである」と判示した。<sup>(51)</sup>この判決に対しては、「利息制限法違反の超過利息が合意された事例に関するものであり、どこまで一般化することができるかは、議論の余地がある」と<sup>(52)</sup>とされている。

#### 四 若干の検討

##### 1 民法一三六条二項の適用範囲と「利益の放棄」の任意性

まず、消費者信用・利息制限法を念頭に置いた近時の議論で最も疑問を感じるのは、民法一三六条二項の適用範囲についてである。実は、この問題は、従来、ほとんど議論されることがなく、また、議論される場合にも、そこでの議論は、本稿の課題に直接関係のある議論ではない。<sup>(33)</sup>

この問題については、先に紹介したように、民法一三六条は、およそ「期限」ないし「期限の利益の侵害」が問題となる場合には、例外なく適用される、という考え方が、一つの考え方として主張されている。しかし、このような読み方は、正しいのだろうか。先に見た民法一三六条の立法過程の議論では、期限の利益の「放棄」が問題とされているのであり、さらには、その放棄に伴う「迷惑の填補」が問題とされているに過ぎない。また、条文の体裁としても、民法一三六条二項本文は、期限の利益の「放棄」を規定し、その但書は、その「放棄」に伴う「相手方利益の侵害不可」を規定しているのであって、これと離れて、一般的に「期限の利益の侵害」を規定するものではない。従って、民法一三六条二項は、あくまで、「期限の利益の放棄」に関する規定と読むべきである。これに伴い、「期限の利益の侵害」に関する一般規定はない、と考えることになる。このような場合にも、「期限の利益の侵害」について民法一三六条二項の類推適用を問題とすることは可能だが、あえてそれをする必要もないと考える。

それでは、利益の「放棄」とは何か。対象は異なるが、時効の利益の放棄に関し、最高裁判決は次のように述べる。すなわち、まず、後に判例変更された昭和三五年判決は、「時効利益の放棄があつたものとするためには、債務者において時効完成の事実を知つていたことを必要とすることは所論のとおりである。しかし、原判示のような場合には、債務者は時効完成の事実を知つていたものと推定すべく、従つて債務者たる原告人において判示弁済をするに当り時効完成の事実を知らなかつたということを主張且つ立証しない限りは、時効の利益を放棄したものと認めるを相当とすると、記録を精査するも原審において原告人が右のような事実を主張且つ立証した形跡は認められないから、原判決が判示弁済によつて原告人が時効の利益を放棄したものと認定したのは当然である」と述<sup>(34)</sup>

べた。この判決は、後に、「債務者が時効の利益を放棄する場合には、時効完成の事実を知っていたものと推定する」という構成が経験則違背だと攻撃され、結局、昭和四一年大法院判決は、「債務者は、消滅時効が完成したのちに債務の承認をする場合には、その時効完成の事実を知っているのはむしろ異例で、知らないのが通常であるといえるから、債務者が商人の場合でも、消滅時効完成後に当該債務の承認をした事実から右承認は時効が完成したことを知つてされたものであると推定することは許されないものと解するのが相当である」と判示し、判例が変更された。学説は、このような場合を、「時効の利益の放棄」と區別し、「時効の援用権の喪失」という。

ここで注目したいのは、昭和三五年判決の「時効利益の放棄があつたものとするためには、債務者において時効完成の事実を知つていたことを必要とする」という部分である。この部分は、判例として生きている。利益の「放棄」には利益の認識が必要であることになる。結局、利益の「放棄」とは、自己に利益があることを認識しながら、自己の自由意思で任意にそれを使用・利用せずに喪失させることである、といえる。以上の議論を、期限の利益に置き換えてみれば、期限の利益の放棄とは、自己に期限の利益があることを認識しながら、自己の自由意思で任意にそれを利用せずに喪失させることである、ということになる。

そうだとすれば、民法四八九条、四九一条により、法定充当がなされる場合は、そもそも民法一三六条の問題ではない。法定充当の場合には、法の定めによつて期限未到来の債務が弁済されたことになるのであり（民法四八九条一号参照）、債務者が自己の自由意思で任意に期限の利益を利用しないのではなく、期限の利益の「放棄」がないのである。この意味では、昭和三九年最高裁判決の奥野裁判官の補足意見が平成一五年最高裁判決において全く顧みられていないのも、当然のことといえる。<sup>(56)</sup>

なお、あえて付け加えれば、ここでの「自由意思で任意に」を阻碍するものには、事実上の強制・拘束も含まれる。それには、期限の利益の放棄の場面だけでなく、期限の設定の場面の事情も含まれる。たとえば、貸主が意図

的に不必要な長期の契約を締結させたような場合も、「自由意思で任意に」には該当しない。「自由意思で任意に」は、期限にかかわるすべての場面で貫徹されていなければならない。「自由意思で任意に」が阻礙された場合には、相手方の損害填補は問題としなくてよい。

## 2 民法一三六条二項適用の視点

伝統的な議論では、双方の当事者の利益のために期限が定められ、一方が期限の利益を放棄する場合には、相手方の損失を填補することが求められ、たとえば利息付金銭消費貸借契約では、期限までの利息に相当する金銭の支払いがこの填補にあたるという見解が有力であった。これに対し、先に見たとおり、この問題について詳細に議論する学説では、期限の利益の放棄により実際に貸主が被るようになる損害に注目し、銀行などの金融機関では、実際上は、期限前に返済された金銭を即座に他に貸し出すことが可能であることを前提に、新たに得られる利益について一種の「損益相殺」を認め、極端な場合には、貸主の損害の填補は必要なしという結論を導くことになる。

ところで、伝統的な議論では、他の民法上の多くの制度の場合の議論と同様に、一回的・単発的な金銭消費貸借が前提とされている。だからこそ、期限前に弁済された場合には、貸主は、即座に他に適当な貸出先を見つけることはできず、予定していた利息を失うことになる。そこで、この分の填補が必要になると考えるのである。確かに、民法が想定する原則は、このようにまとめることが可能である。先に紹介した民事局の回答も、これを前提としたものと評価できる。翻って、貸主が金融機関の場合には、業務的・継続的な金銭消費貸借が前提とされている。金融機関は、期限前に返済を受けても、その金銭を早晩、他に貸し出すことが可能である。このように、伝統的な議論の前提と、詳細な議論、及び消費者信用に関する近時の議論の前提には、相違があるのである。

そうだとすれば、利息付金銭消費貸借における期限の利益の放棄については、貸主の特性、すなわち、その業務

性・継続性に着目して、伝統的な議論とは別の議論を展開することが可能である。近時の消費者信用を前提とする議論は、この観点を軽視し、民法一三六条二項但書に関する原則それ自体を変更しようとする点で、無理があるのではないだろうか。いわば、伝統的な議論は、期限の利益の放棄に関する原則であり、近時の議論で主張される結論は、議論の前提を異にすることによる例外と位置づければ足りるのではないか。これが、近時の議論に関する第一の疑問である。

### 3 民法一三六条二項と異なる特約と実質年率

ところで、期限の利益の放棄に関し、民法一三六条二項と異なる特約を結ぶことは可能だろうか。いいかえれば、民法一三六条二項が強行規定か任意規定かという問題である。この点については、先に見たように、早期完済特約が一般論としては有効と解されてきたことからわかるように、民法一三六条は、任意規定だといえる。したがって、これと異なる特約は、原則として、有効である。しかし、債務者に極めて重大な不利益を課し、公序良俗違反と評価されるようなものは、無効である。また、当該特約の存在について当事者が認識していたか否かについても、約款論、法律行為論に従って問題となり得る。この点は、一般の法律行為と異なるところがない。ただ、ここで注意しなければならないことは、ここでの問題が期限の利益の「放棄」である以上、その放棄は、あくまで自由意思で任意になされなければならないということである。そうでないものについては、民法一三六条二項や期限の利益の放棄に関する特約の適用がないことになる。先に見た平成八年大阪高裁判決の結論は、債務者が期限の利益の放棄について任意性を欠如しているという理由により早期完済特約の適用がないという点において、支持し得る。

なお、念のため付け加えれば、期限の利益の「放棄」を伴わない期限前弁済に関する特約は、原則として期限の利益喪失特約であり、そもそも、期限の利益の放棄とは無関係である。従って、本稿の課題とも無関係である。こ

のような特約は、通常の特約と同様に、公序良俗論、意思表示論、約款論等により、規律されることになる。

ところで、平成八年大阪高裁判決は、早期完済特約を公序良俗違反だとするに当たり、それを適用した場合の実質年率を問題とする。実質年率は、実際に元本を利用した期間と支払った利息・損害填補金<sup>(57)</sup>を基に計算される。学説にも実質年率を問題とするものがある<sup>(58)</sup>。もちろん、特約の内容が相当性を欠き、法外に高率の違約金・損害填補金を定めたような場合は、公序良俗違反で無効となる。また、実質年率は、実際に元本を利用した期間を基に計算されるから、場合によっては、民法一三六条二項の適用においても、同様に問題となり得る。

しかし、あくまで自由意思で任意に期限の利益が放棄されるのであれば、高率の違約金等の約定の故ではなく、元本利用期間の短さ故に実質年率が高率となったことを問題とするのは奇異である。ここで問題とされていることは、「利益の放棄」である。これは、一種の無償行為である。それが「自由意思で任意に」なされていることが前提とされている。このような無償行為の効力を否定すべきだとすれば、一般に、すべての無償契約の効力を否定せざるを得ないであろう。ちなみに、先に紹介したとおり、諾成的消費貸借契約<sup>(59)</sup>が有効に締結できることを前提に、元本を受領しなかった「借主」に対し、利息を請求できるとする見解がある。この場合、実質年率は、計算不能である（ゼロで割ることは数学的に認められない。ここでの評価は、「無限大ほどに大きい」と表現しておこう）。この結果が認められるのは、あくまで「借主」が元本利用の利益を自らの自由意思で任意に放棄したからにはかならない。実質年率についての議論をせざるをならなくなったのは、そもそも「放棄」とは評価できないものに、「放棄」に関する理論を適用しようとするからではないだろうか。

なお、先に言及した平成七年最高裁判決は、手形に関する事例ではあるが、利息が発生する前に元本が全額弁済されたので、利息が発生しないことを前提としている。より詳しくいえば、利息の利率を月利で定め、弁済期を一年後とし、最後の三か月分の利息の支払のために手形が振り出されたが、貸出から四か月ほどで全額が弁済された

後、手形金が請求されたという事案である。さらに第一審における当事者の主張によれば、当初手形は、当初の三か月を除き、それに続く三か月ごとの利息の支払のため、同一金額で三通が振り出されており、最高裁で問題となつたのは、最後の三か月分の利息の支払のための手形である。<sup>(61)</sup>

このように、利息を分割して支払う特約が存在するときには、期限の利益についても特約をしたとはいえないだろうか。より具体的には、たとえば、一〇〇万円を年一パーセントの利息で一年間借りるときには、一年後に元金一〇〇万円を返済するという約定の他に、たとえば、月利計算して、利息は、毎月一万円ずつ支払い、最後の月（一年後）には一〇一万円を支払うという約定もあり得る。これらの違いは、利息の支払い方に関する合意の相違である。ここで、四か月経過した時に元金一〇〇万円を返済する場合、では、期限の利益の放棄に伴い、残り八か月分の利息についての扱いが問題となり、伝統的な議論によれば、原則として、その時点で一〇二万円を支払うべきことになる。<sup>(62)</sup>これに対し、では、元本については同様に期限の利益を放棄することになるが、それに伴う利息の扱いとしては、すでに経過した期間分の四万円は発生しているけれども、残りの八か月分は、元本の返済により発生せず、かつその填補もしないとの約定が、利息の支払い方の約定から導くのではないだろうか。すなわち、利息の支払い方に関する約定の中から、期限の利益の放棄の際の利息の扱いに関する約定を読み取るのである。こうして、伝統的な議論と整合的に、先の平成七年最高裁判決が前提とした処理と同じ処理を導くことが可能である。

#### 4 法定充当と期限の利益

以上に見たように、法定充当の場合には、民法一三六条二項は適用されない。平成一五年最高裁判決も同旨を述べる。それでは、民法四八九条一号により、期限未到来の債務が充当された場合には、期限の利益はどのよ

うに処理されるべきであろうか。従来、この問題は、言及されることがなかった。<sup>(64)</sup> 私は、この処理は、法定充当が生じた事情によるべきであると考える。たとえば、近時、裁判例が多数下された利息制限法違反の利息支払いに伴う過払金返還請求では、利息制限法の趣旨により、過払金の元本充当が認められるのであるから、それに伴う期限の利益の処理は、利息制限法の趣旨によって処理されることになる。その結果は、従来の実務のとおり、貸主が期限の利益・具体的に、期限までの利息(を失うことについては、填補の必要がない、ということになる。その他、期限の利益の放棄がなされない場合の期限前弁済については、民法七〇六条が問題となる。この場合には、期限の利益は、民法七〇六条に従って処理されることとなる。これは、法定充当の場合についても同様であろう。

## 5 まとめ

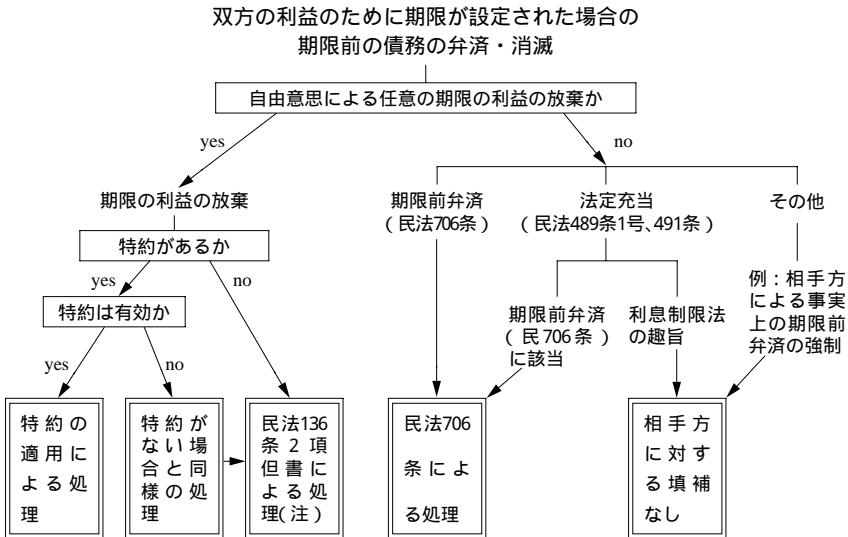
以上の検討結果を、双方の当事者の利益のために期限が設定された場合の典型例としての利息付金銭消費貸借を具体例にまとめれば、次のとおりである。まず、その期限前の債権の消滅は、広い意味での「任意の放棄か」否かにより、大きく「期限の利益の放棄」によるものと、そうではないもの、たとえば、民法七〇六条の「期限前弁済」、あるいは「法定充当」(民法四八九条一号、四九一条)によるもの、その他に区別される。「期限の利益の放棄」については、さらに、それに関する特約がある場合とない場合に区別される。特約がない場合は、民法一三六条二項により処理される。<sup>(65)</sup> この際、業務的・継続的な金銭消費貸借は、民法一三六条二項但書の適用範囲外である点には、注意を要する。他方、期限の利益の放棄に関する特約がある場合は、その特約自体の有効・無効が問題となり得る。たとえば、借主に過酷な負担を課す特約は、公序良俗違反により無効となる。この場合には、特約がない場合と同様の処理となる。他方、一心の合理性から特約が有効とされる場合には、特約が適用される。

次に、「任意の放棄」によらない場合は、期限の利益の放棄とは無関係に処理される。すなわち、民法七〇六条

に該当すれば、これにより処理される。  
 また、「法定充当」の場合は、法定充当が生じた法の趣旨により処理されることになる。たとえば、利息制限法の趣旨により法定充当が生じたのであれば、その趣旨により期限の利益が処理される。また、法定充当が生じた結果に民法七〇六条が適用される場合もあるだろう。さらには、一見すると期限の利益の放棄のように見えるが、実は「任意の放棄」でないという理由から、それが否定されるような場合には、民法一三六条二項但書の適用はなく、期限の利益の放棄の相手方の損害は填補されない。

以上の内容は、期限前の債務の弁済・消滅(図)に示すとおりに整理することができる。

期限前の債務の弁済・消滅(図)



(注) 手形法40条2項、77条1項3号による特則あり。なお、業務的・継続的な金銭消費貸借は、民法136条2項但書の適用範囲外である。

## 五 おわりに

最近の議論から感じていた疑問は、そもそも「放棄」でないものに、「放棄」を前提とする法理が適用されることを前提として、その適用を排除する法理論を模索するという点と、一回的・単発的取引を前提とする議論と業務的・継続的取引に関する議論を並立させる議論を模索する点にあったように思う。そのもともとの発端は、四〇年ほど前の最高裁判決の補足意見に遡るともいえるのであるが、最高裁の判断も、理由はともかく、結論としては、<sup>(66)</sup> 落ち着くところに落ち着いた。

以上のように、本稿は、新しい結論を提示するものではない。しかしながら、期限の利益の放棄をめぐる近時の議論がそもそもその出発点で前提、及び方向性を見誤っているのではないかと考えから、この覚書がその修正を施す点において小さいながら一定の意義を持ち得るのではないかと考えた次第である。期限の利益を取り巻く議論に少しでも寄与できれば、幸いである。

(1) たとえば、三上徹「期限利益当然喪失事由の効用」金法一七三六号四頁以下(平成一七年)。また、最近の過払金返還請求訴訟に関連して、全国クレジット・サラ金問題対策協議会編著『過払金返還請求の論点徹底討論』(平成一九年・全国クレジット・サラ金問題対策協議会)二四頁以下(討論会)、八一頁以下(呉東正彦執筆)。

(2) 大昭和九年九月一五日民集一三卷一八三九頁。ただ、この事件では、銀行は、相殺時、すなわち期限の利益の放棄時までの利息のみを定期預金に付して相殺しており、この点で、判決理由とは齟齬がある(この点は、舟橋諄一「判批」民商一卷五号三四六頁(昭和一〇年)において指摘されている)。ただ、この判決は、そもそも一方的に期限の利益の放棄ができないとした原審判決を破棄し、差し戻した。利息計算は、差し戻し審においてなされたであろうが、詳細は不明である。この点については、弁済の方法が相殺によるという特殊性があり、銀行の貸付利率・遅延損害金の割合は預金利率より高いから、預金の期日まで待つて相殺するよりは、期限の利益を放棄して早く相殺する方が貸付先に有利であり、定期預金の付利を相殺実行日までとすることには合理性があると説明されている(吉原省三「期限の利益の放棄」星野英一「平

井宜雄編。民法判例百選Ⅰ総則・物権（別ジュリ四六号）九一頁（昭和四九年）、同「期限の利益の放棄の可能性」星野英一。平井宜雄編。民法判例百選Ⅰ総則・物権（第二版）（別ジュリ七七号）九七頁（昭和五七年）。いずれも、大判昭和九年九月一五〇日民集一三卷一八三九頁の判例解説である。そして、この扱いは、現在では一般的だとされる（吉原省三「期限の利益の放棄の可能性」星野英一。平井宜雄編。民法判例百選Ⅰ総則・物権（第三版）（別ジュリ一〇四号）九三頁（平成元年）。同様に、大判昭和九年九月一五〇日民集一三卷一八三九頁の判例解説である。しかし、貸付金と定期預金についての銀行による相殺は、貸付先の利益のためになされるのではなく、銀行が他の債権者に先立って貸付金を回収するためになされるのであって、いわゆる逆相殺に関する最高裁判決（最判昭和五四年七月一〇日民集三三卷五号五三三頁）に鑑みれば、場合によっては銀行がいち早く相殺の意思表示をする必要があり、期限の利益の放棄をするのは、銀行側の事情だといえる。したがって、昭和九年の大審院判決の期限の利益の放棄に関する判示どおり、銀行が定期預金の満期までの利息を付し、他方、貸付債権の利息・遅延損害金は、相殺適状時、すなわち通常は、期限の利益を放棄する相殺時まで付すとする取扱いの方が、期限の利益の放棄の本来の趣旨に適合してはならないだろうか。もちろん、この問題に関する特約があれば、無視できないけれども、ここでは、疑問のみ呈しておきたい。なお、期限の利益の放棄により、期限までの利息を支払うことは、一種の損害賠償であって、相殺の効果は相殺適状時に遡ることとは無関係であることをつけ加えておく。

(3) 期限の利益の放棄により、元本が返済されるので、それ以降には、厳密な意味での「利息」は生じない。ただ、従来の議論では、その後の利息相当額の支払いについても、「利息」と呼ぶことがあり、さらには、特約により、元本返済後も「利息」を支払う義務を負うことがある。多分に用語の問題ではあるが、本稿では、引用・紹介部分を除き、区別の必要性がある場合には、民法二二六条二項但書の定めにより相手方を害しないために支払われる金銭として、「損害填補金」という用語を用いる。

(4) 大阪高判平成八年一月二三日判時一五六九号六二頁。

(5) 民法の現代語化により、現在は、「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」という条文となった。現行法としても、内容としては、まったく変更されていない。なお、本稿では、古い文献を引用する際に、原則として、旧字体を新字体に改めて表記することとする。

(6) 法務大臣官房司法法制調査部・監修。法典調査会民法議事速記録一（日本近代立法資料叢書一）（昭和五八年・商事法務研究会）三四九頁。

(7) 同前。ここでの前提には、旧民法財産編四〇四条が、「債務者八期限ノ利益ヲ抛棄シテ満期前ニ其義務ヲ履行スルコトヲ得但要約ニ因リ又八事情ニ因リテ当事者双方ノ利益又八債権者ノミニ利益ノ為メ二期限ヲ定メタル証拠アルトキハ此限ニ在ラスノ債権者ノミニ利益ノ為メ二期限ヲ定メタル場合ニ於テ八債権者モ其期限ヲ抛棄スルコトヲ得、以下、省略」と規定しており、双方の利益のために期限が定められた場合には、そもそも期限の利益の放棄ができないように解釈されることによっていた。穂積は、これを改めるというのである。廣中俊雄。民法修正案（前

- 三編)の理由書(昭和六年・有斐閣)一八三頁の二三六条の理由も参照。
- (8) 法務大臣官房司法法制調査部・監修・前掲注(6)三四九頁以下。なお、法務大臣官房司法法制調査部・監修・法典調査会民法議事速記録五(日本近代立法資料叢書五)(昭和五年・商事法務研究会)二二五頁以下によれば、民法七〇六条(起草時、七一条)の審議の際には、同条の規定する「期限前弁済」が期限の利益の放棄とは異なるものと捉えられていたことがわかる。
- (9) 増淵俊一「期限の利益に関する若干の考察」正義二三巻〇号五一頁以下(昭和二年)、及び、注(2)に掲げた大審院判決の研究等である、舟橋・前掲注(2)三四一頁以下、水口吉蔵・法律論叢(明治大学)一四巻三号一〇一頁以下(昭和一〇年)、末川博・法と経済三巻五号八二五頁以下(昭和一〇年)、野田良之「判例民法法」四昭和九年度一三〇事件、四二頁以下(昭和一六年)がある。なお、末川博「民法上の諸問題」(昭和一年・弘文堂書房)一五四頁以下も参照。
- (10) 双方の利益のために期限が定められた場合に、期限の利益の放棄を認めるものとして、石田文次郎「現行民法総論」(昭和五年・弘文堂書房)四七一頁、薬師寺志光「民法総論概論」(昭和五年・法政大学出版局)一一二頁以下、同、日本民法総論新講第三冊(昭和二年・明玄書房)九九八頁、今泉孝太郎「新民法総論」(昭和三年・泉文堂)四六三頁以下参照。あわせて、注(13)に掲げた文献のように、利息付消費貸借について期限前に弁済する場合には、期限までの利息を付すべきことを付け加えるものがある。なお、我妻榮「新訂民法総則」(昭和四〇年・岩波書店)四二二頁以下参照。他方、そのような放棄を認めないものとして、鳩山秀夫「法律行為乃至時効(合本七版)」(大正八年・巖松堂)五五三頁以下、同、増訂改訂日本民法総論(昭和五年・岩波書店)五七〇頁以下、中島玉吉「民法釈義卷之総則篇(訂正二版)」(大正九年・金刺芳流堂)七七二頁参照。この考え方によれば、たとえば、利息付消費貸借の期限前の弁済提供は、債務の本旨に従った提供ではなく、従って債権者がその受領を拒絶しても受領遅滞を生じないことになる(鳩山秀夫「債権法における信義誠実の原則」(昭和三〇年・有斐閣)二八五頁)。また、「期限ノ具体的利益」を害するか否かによるとして、長島毅「民法総論(全部改訂五版)」(大正一四年・巖松堂)七八三頁以下参照。なお、この議論の紹介にとどまるものとして、於保不二雄「民法総論講義」(昭和六年・有信堂)二六三頁以下。
- (11) 唾道文芸「日本民法要論一卷総論(四版)」(大正一一年・弘文堂書房)四四七頁、川島武宜「民法総則」(昭和四〇年・有斐閣)二六四頁以下、半田吉信「契約法講義」(平成一六年・信山社)二八七頁。
- (12) 我妻榮編著「判例コンメンタール」(昭和三年・日本評論社)二三八頁、篠塚昭次編「判例コンメンタール三民法」(総則・物権)(増補版)(昭和五八年・三省堂)三七五頁(小林三衛執筆)、遠藤浩ほか監修「民法注解財産法一民法総則」(平成元年・青林書院)六五二頁以下(牧野利秋執筆)、我妻榮「有泉亨(清水誠・補訂)新版コンメンタール民法総則(第二版)」(平成八年・日本評論社)二八一頁、我妻榮ほか「我妻・有泉コンメンタール民法総則・物権・債権(補訂版)」(平成一八年・日本評論社)二五七頁、遠藤浩編「基本法コンメンタール民法総則(第五版新条文対照補訂版)」(別法セ一八四号)二二七頁(平成一七年)(乾昭三執筆)、副田隆重「中舎寛樹」山崎敏彦「新・民法

学一総則』（平成一七年・成文堂）一九四頁。

(13) 梅謙次郎『民法要義総則（訂正増補第三版）』（明治四四年・私立法政大学・中外出版社・有斐閣書房）（複製刻版・昭和五九年・有斐閣）三五六頁以下、富井政章『民法原論一巻総論（合冊）』（大正一一年・有斐閣）六〇六頁以下、鳩山一郎『民法総論（六版）』（大正一五年・巖松堂）三八七頁、穂積重遠『改訂民法総論（第六版）』（昭和八年・有斐閣）四四八頁、増淵・前掲注（9）六二頁、於保不二雄編、注釈民法四総則四』（昭和四二年・有斐閣）四〇五頁（金山正信執筆）、五十嵐清ほか『民法講義一総則（改訂版）』（昭和五六年・有斐閣）三〇二頁（甲斐道太郎執筆）、広中俊雄『債権各論講義（第六版）』（平成六年・有斐閣）一一七頁、辻正美『民法総則』（平成一一年・成文堂）三四六頁、平野裕之『民法一総則・物権法（第二版）』（平成一四年・新世社）一一三頁以下、山本敬三『民法講義一総則（第二版）』（平成一七年・有斐閣）三〇〇頁、加藤雅信『新民法大系一民法総則（第二版）』（三六六頁、佐久間毅『民法の基礎』（平成一七年・有斐閣）三〇一頁、奥田昌道『安永正昭編、法学講義民法一総則』（平成一七年・悠々社）（三〇〇頁（大島和夫執筆）、平野裕之『民法総合五契約法』（平成一九年・信山社）四一四頁、河上正二『民法総則講義』（平成一九年・日本評論社）五一一頁以下、我妻榮『債権各論中一』（昭和三年・岩波書店）三七二頁は、「借主が期限前に返還することができるかどうかは、期限の利益の放棄をし得るかどうかの問題である。無利息の消費貸借では常に差し支えないとすることに異論はない。利息附消費貸借では、学説は分かれているが、原則として期限までの利息をつけ、とくに債務者の利益のため貸借ではその時までの利息をつけて、期限前に返還することができると思ふのが正しいと思ふ」としている。

(14) 吉田豊『民法総則講義』（平成二二年・中央大学出版社）五五一頁は、「利息付の借主は、期限前の弁済時までの利息をつけて弁済すればよく、期限の到来するとき（時・引用者）までの利息をつける必要はない」として、我妻・前掲注（10）四二二頁、於保・前掲注（10）二六三頁、大判大正七年三月二〇日民録二四輯六三三頁を引用する。しかし、ここで引用される文献は、売買の代金支払いについて利息付きとした場合を扱っており、「借主」を念頭に置いていない。他方、吉田・前掲本注五五二頁は、通常は期限の利益が双方にあるとされる利息付きの消費貸借では、期限までの中間利息を賠償しなければならないとされる。

(15) 期限の利益の内容によって場合を分けるべきことを明示するものとして、舟橋諱一『民法総則』（昭和二八年・弘文堂）一六三頁以下、四宮和夫『能見善久』民法総則（第七版）』（平成一七年・弘文堂）三三三頁以下、ただし、公序良俗違反を扱った二四一頁では、「著しく不公正な内容の契約条項」の項目において、早期完済特約を公序良俗違反で無効としたとして、後に述べる大阪高判平成八年一月二三日判時一五六九号六二頁を引用している。石田穰『民法総則』（平成四年・悠々社）五二二頁、平野裕之『民法総則』（平成一五年・日本評論社）四三七頁以下、川井健『民法概論一民法総則（第三版）』（平成一七年・有斐閣）三〇六頁。

(16) 安藤次男『返済の時期』（鈴木祿弥『竹内昭夫編（吉原省三編集協力）金融取引法大系六債権回収』（昭和五九年・有斐閣）七二頁。なお、手形貸付については、「銀行の資金計画を大きく狂わせたり、煩雑な戻し利息計算を強いられるわけでもない）、上述の銀行実務（戻し利息

- を払う実務をいう、引用者)を衡平の精神に基づく商慣習として認め、貸付先は、満期前返済をして、約定利率による戻し利息の全額を請求する法的権利があると解することはできないであらうか(同・七二頁以下)としている。戻し利息については、注(27)に掲げた文献参照。
- (17) 三宅正男『契約法(各論)下』(昭和六三年・青林書院)五八二頁。
- (18) 法務大臣官房司法法制調査部・監修・前掲注(8)二二五頁以下によれば、起草者は、期限の利益の放棄の際にも、このような考え方を前提にしていたように読める。問題は、期限の前に弁済された場合に、一回限りの貸借で他に即座に類似の条件で貸し出すことができない場合か、あるいは、銀行・貸金業者のように継続的に貸し出すことが前提とされ、他に即座に類似の条件で貸し出すことが可能な場合か、を区別するかにある。
- (19) 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為(上)』(昭和五六年・青林書院新社)一五六頁を指す。
- (20) 谷口知平『甲斐道太郎編』新版注釈民法一八債権九(平成三年・有斐閣)六七八頁(石田喜久夫執筆)。引用中の「法典調査会」の議論については、法務大臣官房司法法制調査部・監修・前掲注(8)二二三頁以下参照。なお、加賀山茂『契約法講義』(平成一九年・日本評論社)一九七頁は、民法七〇六条本文の定める期限前弁済を期限の利益の放棄によるものとする。
- (21) 鈴木祿弥『債権法講義(四訂版)』(平成一三年・創文社)三七六頁。
- (22) 同前・三七八頁。
- (23) 「昭和三九年一月二日付電報番号四三六号鹿児島地方務局長電報照会、同年二月三日付民事四発第四三三号民事局第四課長電報回答」登記研究一九七号六四頁(昭和三九年)、民事月報一九卷三三二二五頁(昭和三九年)。この回答に対する解説として、佐賀徹哉「期限の利益の放棄による弁済提供を拒否された場合の供託の可否」遠藤浩「宮脇幸彦」柳田幸三編『供託先例判例百選』(別ジュリー一〇七号)七四頁以下(平成二年)、同「期限の利益の放棄による弁済提供を拒否された場合の供託の可否」遠藤浩「柳田幸三編」供託先例判例百選(第二版)『別ジュリー一五八号』六四頁以下(平成一三年)がある(この解説は、「先例集三卷三七八頁」を引用するけれども、直接は確認できなかった)。
- (24) 私は、以前、この趣旨で小稿を著したことがある。尾島茂樹「期限の利益の放棄と弁済提供・受領遅滞による約定利息の発生停止」尾島茂樹「関武志」野澤正充「渡辺達徳」民法総則(平成三年・不磨書房)二〇二頁以下。この小稿での議論は、伝統的な議論を前提とした。なお、司法研修所編『増補民事訴訟における要件事実』(昭和六一年・法曹会)二二二頁は、「債務者は、期限の利益を放棄するに当たり、債権者の右利益の喪失の填補につき履行の提供をする必要はない」とするものの、直後に、これに異なり、「債務者は、期限の利益を放棄するに当たり、前記履行の提供をしなければならないとする見解もある」とし、両者が成り立ち得ることを認めている。後者のように解さなければ、注(23)に示した民事局の回答が説明できないのではないだろうか。
- (25) 村上恭一『債権各論』(大正一〇年・巖松堂)三三〇頁以下。

- (26) たとえば、我妻・前掲注(13)三七二頁以下参照。
- (27) 小川英明編『貸金訴訟の実務(四訂版)』(平成一六年・新日本法規出版)五九頁(中野哲弘執筆)。
- (28) 同前。
- (29) 同前・六〇頁。
- (30) この実務に関する問題の指摘として、無署名(如月)「期限前弁済に対する金融機関の対応」金法二三四六号二頁以下(平成五年)。なお、注(16)に見たとおり、金融機関が貸主の場合には、原則と例外が逆転するという考え方も有力である。
- (31) なお、期限前弁済の場合の手数料等の特約がある場合には、妥当な額であれば有効と認めることを前提に、そのような特約がない場合は、特約をしない意思解釈、及び戻し利息を支払う実務が定着していることから、期限前弁済に際して、貸付先は、期限前弁済時までの約定利息を支払うだけでよいと解しえないであろうか、と疑問を呈するものとして、安藤・前掲注(16)七二頁。
- (32) 竹内昭夫「消費者信用(アメリカ)」比較三六号二九頁(昭和四九年)(同)消費者信用法の理論(平成七年・有斐閣)一一八頁所収)は、アメリカ法に、また、植木哲「諸外国の消費者信用法(三)・西ドイツ」加藤一郎・竹内昭夫編『消費者法講座五消費者信用法』(昭和六〇年・日本評論社)三三三頁注(一)(同)『消費者信用法の研究』(昭和六二年・日本評論社)六九頁所収)は、(西)ドイツ法に言及する。
- (33) 中坊公平ほか『クレジット法の理論と実際』(平成二年・信山社出版)二二六頁以下(植木哲執筆)は、「期限前弁済の権利」として、「一消費者は、消費者信用契約によって定められた期限より前にその債務を弁済することができる。ノ二前項の場合、消費者は、別に政令で定める交互計算の方法によって支払総額の割引又は全額の支払いがすでに終わっているときにはそれに相当する金額の返還を求めることができる」という提案をし、二五二頁(植木哲)・島川勝「坂東俊矢執筆」は、これを「消費者の権利」として認めるとする。また、村千鶴子「統一消費者信用法の制定に向けて」日弁連の意見書について「消費者法二ノ一四五号五五頁(平成二年)は、「債務者は、弁済期前であっても債務の全部または一部について繰上げ弁済をすることができる。この場合、債務者は経過期間に関する利息(手数料)を支払えばよく、債権者はこれ以外に繰上げ弁済を理由にする手数料や損害金は名目のいかにを問わず請求することはできない」という提案をする。
- (34) 宮内豊文「早期完済特約は有効か」市民と法二号八九頁(平成一三年)。公表された裁判例としては、確認できなかった。
- (35) 京都地判平成七年五月二九日判時一五六九号六四頁(控訴審判決を掲載する際に「参考」としてあわせて掲載されている)。
- (36) 大阪高判平成八年一月二三日判時一五六九号六二頁。この判決の研究として、畑中久彌「期限の付された利付き金銭消費貸借における早期完済特約の有効性」東亜法学論集八号三九頁以下(平成一五年)。
- (37) 小野秀誠「利息制限法と暴利の禁止(五・完)」法学研究(一橋大学研究年報)三二号三七頁(平成一〇年)(同)『利息制限法と公序良俗』(平成一一年・信山社出版)五〇九頁所収)。

- (38) 四宮＝能見・前掲注(15)三三三頁。
- (39) 畑中・前掲注(36)四六頁。なお、畑中久彌「利息付金銭消費貸借契約における貸主の期限の利益」法学論叢(福岡大学)五一巻三・四号三八一頁以下(平成一九年)も参照。
- (40) 米塚茂樹「期限前弁済」塩崎勲編『金銭貸借の基礎知識(下)』(平成六年・青林書院)三三〇頁。
- (41) 野村重信「利息制限法にご用心」金法一四六四号四一頁(平成八年)。
- (42) 最大判昭和三十九年二月一八日民集一八巻九号一八六八頁。本文で引用したのは、同・一八七一頁以下の奥野健一裁判官の補足意見の一八七四頁掲載部分である。
- (43) 鎌野邦樹「利息制限法・貸金業規制法の今日的課題」千葉一八巻一号九四頁、一〇〇頁以下(平成一五年)。
- (44) 荒川重勝「利息制限法理の発展のために(一)・いわゆる「日栄・商工ローン」訴訟に関する鑑定意見」立命二八七号八一頁以下(平成一五年)。
- (45) 同前・八八頁。
- (46) 同前・八六頁。さらには、実際に元本を利用しない期間について債権者が利息を取るとは許されないという「実質年率」からの議論も可能であると示唆している。
- (47) 同前・八八頁以下。
- (48) 全国クレジット・サラ金問題対策協議会『判例貸金業規制法と救済の実務』(平成一四年・全国クレジット・サラ金問題対策協議会)二六頁以下、四七頁以下(荏原洋子執筆)。
- (49) 最判平成七年七月一日判時一五五〇号二一〇頁、判タ八九五号九六頁、金判九八五号三頁、金法一四四二号三二頁。この判決では、「未発生利息」の支払いのために振り出された約束手形について、悪意の抗弁(手形法一七条)が成立するかが争点となった。この判決は、「貸金債権の元本が弁済期前に弁済され利息が発生しないであろう」と知っていることなど特段の事情がない限り、「悪意の抗弁を認めない」とした。この判決の研究等として、出口正義・NB上五八八号五九頁以下(平成八年)、西尾信一・銀法五一九号四八頁以下(平成八年)、川村正幸・ジュリ一〇九一号(平成七年度重要判例解説)九八頁以下(平成八年)、庄政志・金判九九三三号四六頁以下(平成八年)、武久征治・リマークス一四号一〇八頁(平成九年)、梶浦桂司・新報一〇三巻七号一一三頁以下(平成九年)、永井裕之・判タ九四五号(平成八年度主要民事判例解説)二四二頁以下(平成九年)、高橋美加・ジュリ一四三三号二二八頁以下(平成一〇年)、石原全・落合誠一＝神田秀樹編『手形小切手判例百選(第六版)』(別ジュリ一七三三号)六六頁以下(平成一六年)がある。また、小野秀誠「利息制限法と暴利の禁止(四)」法学研究(一橋大学研究年報)三〇号七一頁以下(平成九年)(同「利息制限法と公序良俗」平成一一年・信山社出版)四二頁以下所収)も参照。これ

らの解説は、この判決の事案では、利息が発生しないことを当然の前提としている。また、荻原洋子「最高裁判例の軌跡整理」判タ一〇六号三頁(平成一五年)は、「弁済以後の金利は発生しないとの立場に立っているからこそ、悪意の抗弁の成否を論じているのである」とする。なお、高橋・前掲本注一三一頁は、「未発生利息債権」という言葉の用い方に注意を促している。

(50) 最高裁判所事務総局『消費者信用関係事件に関する執務資料(その二)』(民事裁判資料一七二号)(昭和六二年)七五頁以下。利息制限法に従った充当計算の方法を示している。で、「弁済日」までの利息・損害金という表現が用いられ、充当計算で支払う利息・損害金は、弁済日までであることが明らかにされている。また、では、「右計算方法は、返済方式のいかんを問わず共通である」とされる。

(51) 最判平成一五年七月一八日民集五七巻七号八九五頁。この判決の解説等として、阪岡誠・月刊消費者信用二巻一〇号五六頁以下(平成一五年)、角田美穂子・法ゼ五八七号二一五頁(平成一五年)、塩崎勤・登記インターネット六巻二七六頁以下(平成一六年)、中村也寸志・ジュリ二二六二号一四六頁以下(平成一六年)(ジュリ増刊『最高裁時の判例』一四二頁以下(平成一九年)所収)、吉田克己・法教二八二号四二頁以下(平成一六年)、松本恒雄・セレクト二〇〇三(法教二八二号別冊)一六頁(平成一六年)、西本強・銀法六三〇号八四頁(平成一六年)、小野秀誠・ジュリ二二六九号七六頁以下(平成一六年)、鎌野邦樹・判時一八五五号一九〇頁(判評五四五号二二頁)以下(平成一六年)、中田裕康・リマークス二九号三八頁以下(平成一六年)、小野秀誠・金法一七一六号六七頁以下(平成一六年)、片山健・判タ一一五四号六〇頁以下(平成一六年)、滝澤孝臣・NBL七九七号六二頁以下(平成一六年)、小野秀誠・民商二九巻六号八五三頁以下(平成一六年)、中村也寸志・曹時五七巻二五八三頁以下(平成一七年)(『最判解平成一五年度(下)』(平成一八年・法曹会)四四八頁以下所収)、谷本誠司・銀法六四四号四三頁(平成一七年)がある。滝澤・前掲本注六五頁は、「貸主は約定の期限までの利息を取得することができないというのは、要するに、前記運用益(弁済後、期限まで貸主が弁済を受けた元本を基に運用した利益をいう、引用者)の取得を不当とする趣旨に解される」とする。本稿は、従来の議論のあり方の問題点を指摘することに主眼を置くので、この判決の理論構成の可否自体には触れないこととする。なお、本判決では、信用保証料が「みなし利息」に該当するか否かというもう一つの重要論点があり、以上の諸解説は、そちらに重点を置いている。

(52) 潮見佳男『民法総則講義』(平成一七年・有斐閣)二五三頁。一般化に否定的・慎重なコメントとして、中村・前掲注(51)ジュリ一四九頁、同・前掲注(51)曹時六〇七頁、中田・前掲注(51)四二頁、小野・前掲注(51)金法一七一六号七〇頁、一般化に関する検討として、鎌野・前掲注(51)一九四頁以下。

(53) 於保編・前掲注(13)四〇七頁以下(金山執筆)。

(54) 最判昭和三五六年六月二三日民集一四巻八号一四九八頁。

(55) 最大判昭和四一年四月二〇日民集二〇巻四号七〇二頁。

- (56) 奥野裁判官の補足意見のうち、民法一三六条二項にかかわる部分(側面)に何らかの関心を寄せた最高裁判決・文献が従来見あたらなかったことについては、荒川・前掲注(44)八五頁。
- (57) 注(3)参照。
- (58) 荒川・前掲注(44)八六頁。
- (59) 厳密には、「損害填補金」といふべきか。或いは、約定に従い「利息」か。
- (60) 鈴木・前掲注(21)三七六頁。
- (61) 本文に紹介した事実を前提とすれば、一期前の利息の支払いのための手形についても同様のことが問題となり、さらには、もう一期前の利息の支払いのための手形については、原因関係である元本弁済後の利息の不発生という問題が生じるはずであるが、言及されていない。悪意の抗弁が問題とならなかったのかもしいない。
- (62) 厳密に言えば、四万円の利息と、八万円の損害填補金の合計が二万円である。なお、前述した貸主の特性に着目した議論によれば、別の結論になり得るのは、当然である。
- (63) 市場金利の動向や、貸主(債権者)の事務手数の増加など、詳細に「損害」を評価する学説にあつては、既経過分の利息にその「損害」の填補をプラスして支払うことになる。この際、実質年率は、年三六パーセントとなるけれども、真に「放棄」であるのなら、利息制限法違反の問題を問うべきでないことは、先に述べたとおりである。
- (64) たとえば、磯村哲編『注釈民法二(債権三)』(昭和四五年・有斐閣)二二七頁以下(山下末人執筆)。
- (65) 手形法四〇条、七七条一項三号の問題は、別に考慮が必要である。
- (66) 利息制限法違反の利息の支払いに伴う過払利息の元本充当では、利息制限法の趣旨から民法一三六条二項但書の規定の適用が排除されるのではなく、本稿の立場では、そもそもその適用範囲にないことになる。
- (付記) 本稿は、平成一八年度・一九年度(独)日本学術振興会科学研費補助金基盤研究(C)の交付を受けた研究の一環をなすものであり、その研究成果の一部を公表するものである。

〔平成二〇年一月〕

