

第1回講義の補足説明

2017/08/12

以下では、やや立ち入った問題につき、補足説明します。各自の関心に合わせて取捨選択して読めば良いでしょう。

1 消費貸借契約と返還債権の発生時期

消費貸借契約の場合に契約関係の終了によって返還債権が発生すると解するのは不適切です。この考え方では消費貸借契約成立時に設定された担保権が有効に成立することや、貸金債権の有効な譲渡や差押えができることが、うまく説明できません。また、借入金を分割返済する場合がありますから、元本の一部の返還の弁済期到来を契約の一部解除によると解するのは不自然です。端的に元本交付時から返還約束に従って返還請求権は発生しており、その履行期が未到来なだけであると考えの方が自然です。

2 法律上の原因の欠如

(1) この問題で理解していただきたい最小限のこと

「法律上の原因の欠如」を事実概念だと理解する限り、衡平説では、その立証責任は原告にあり（請求原因説）、本件のような場合には立証は困難で、請求は棄却されます。

類型論の一部は、侵害利得型については、「法律上の原因」を、所有物返還請求の場合の占有正権原の抗弁同様に抗弁と構成します（抗弁説）。しかし、1つの条文の中で類型によって主張・立証責任の配分が分かれるというのが難点です。そもそも本件は給付利得なのか侵害利得なのかも難問です。

「法律上の原因の欠如」を評価的概念とし（規範的要件のような裁判所の裁量の余地のある諸要素の総合考慮でなく、財貨移転法の論理と財貨帰属法の論理から結論が導かれる法律判断だとされます）、評価根拠事実と評価障害事実についてのみ立証責任を考えるのが吉川判事の新請求原因説です。民法は無因の給付行為を原則として認めていないので、受益と損失と両者の間の因果関係の要件事実が立証されれば、原因行為が不明な場合の財貨移動には法律上の原因がないとの評価が一応基礎づけられる。被告が、贈与契約等の成立などの法律上の原因となる事実を抗弁として主張・立証し、この評価を覆すことができなければ、不当利得返還請求が認容される、とされるようです（参考文献Bの吉川論文のほか、吉川慎一「不当利得と要件事実」ジュリ1428号（2011年）39頁以下）。

(2) 契約の不成立と立証責任

消費貸借契約を結ぶというXの意思表示と贈与契約を結ぶというYの意思表示は合致しておらず、契約は不成立であり、それだけで「法律上の原因の欠如」の要件が充たされる、という考え方はありえます。しかし、伝統的な請求原因説では、意思の不合致は消費貸借契約という法律上の原因の1つが否定されただけで、何の法律上の原因もないことまでは証明されておらず、要件は充たされないものと思われ（最判昭59・12・21裁民143号503頁<LEX/DB 25409602>）。

(3) 類型構成

Xの給付の原因が不明である本件のような場合には、侵害利得類型であると解すること

は可能でしょう（吉川・前掲論文は、本件のように原因行為が不明な事例を給付利得とは言えないと考え、Yにその主張する贈与契約の立証責任を課すようです）。他方、類型論に立って本件を給付利得類型であると考えたうえで、「消費貸借契約成立のために元本として金銭を交付したのに契約が成立していない」あるいは「諾成的消費貸借による貸す債務を考えて、実際にはそれがなかったのに交付したのであるから善意の非債弁済である」という考え方もできるかもしれません。

3 Yの腕時計の返還請求に対するXの抗弁

(1) Yの返還請求

所有権に基づく物権的請求権としてYがXに甲の返還を求める場合、①Yが甲を所有していること、②Xが甲を占有していること、が請求原因となります。①を根拠づけるためには、理論的には、所有権取得原因を主張しなければなりません。権利自白を用いることにより、被告に権利自白が成立する限度においてそれを前提に主張・立証することが認められると解されています（司研『新問題研究』59頁以下）。それによれば、本件では、Xは現時点のYの所有権を争っておらず、現時点のYの所有権について権利自白が成立するので、Yは前主からの所有権取得原因を請求原因として主張する必要はありません。

(2) 質権の抗弁と貸借型理論

質権の抗弁を出すためには、担保の付従性ゆえに被担保債権の主張立証を要します。その際、貸借型理論では履行請求とまったく無関係なこの場面でも、弁済期の合意を貸借型に不可欠の本質的要素として主張・立証しなければならなくなります。これは無意味だと批判されており、修正された理論では契約の成立を主張するだけの場合には、弁済期の合意は主張・立証すべき要件事実とはなりません。

(3) 要物契約と「基づく引渡し」

売買契約や賃貸借契約では、その契約に「基づく引渡し」があったと主張しますが、消費貸借契約や質権設定契約が要物契約と解される場合には、引渡しによって契約が成立するため、引渡しは契約に基づくとは構成できません。それゆえ、消費貸借元本や質物については、単に「引渡し」があったと主張すべきです。

これに対して、諾成的消費貸借を認めたり、質権設定契約を諾成的な担保を設定するべき義務を生じる債権契約と解する説では、引渡しは契約に基づきますので、「基づく引渡し」と主張すべきこととなります。

(4) 質権成立の要件事実と設定者の所有権

占有権原となる質権の成立の要件事実として、腕時計の占有を移転する時点で前主Yが所有者であったことを主張・立証する必要はないのでしょうか。一般的には、無権利者からは権利を取得できないとの原則（承継取得原則あるいは無権利の法理）から、質権設定者が所有者であったことが要件事実に含まれると考えられています。もっとも、本件のようにY自身が請求原因の中で自己の所有権を主張していて、Xはその点を争わず、ほかならぬYから担保権の設定を受けたと主張しています。この場合には、被告Xは、質権設定時のYの所有権を主張する必要はないように思われます。仮にYが質権設定行為後に所有権を取得した場合であっても、他人物売主が事後に所有権を取得すると、とくに何らの行為も要せずして買主に所有権が移転すると解されるのと同様に、Yの所有権取得によって無権利処分は追完され、Xは結局質権を取得できることとなります。

(5) 質権の抗弁と留置権の抗弁の異同

留置権の抗弁は権利抗弁とされますが（最判昭27・11・27民集6巻10号1062頁<LEX/DB 27003372>）、質権は事実抗弁です。合意によって設定される質権について、質権者の権利行使の意思を問うべき理由がないからでしょう。また、占有者が留置権を行使した場合には、295条の文言（「弁済を受けるまで…」）と異なって弁済との引換給付判決が下されますが（最判昭33・3・13民集12巻3号524頁<LEX/DB 27002696>）、占有者が質権を有する場合には、345条の文言どおり、全部棄却判決となります（大判大9・3・29民録26輯411頁<LEX/DB 27523024>）。

4 β債権についての請求原因

Q(2)の検討に当たっては、β債権の発生原因と、債権譲渡による取得の2つの要素を順に検討する必要があります。

(1) 元本債権

①返還合意、②元本の一部交付、③差額天引きの合意、④弁済期の合意、⑤弁済期到来、の5つが要件です。天引きでない場合と異なり、差額天引きの合意が要件となります。なぜなら消費貸借契約を要物契約と解するのであれば、元本の一部を交付しただけでは、交付額80万円の消費貸借契約しか成立しないのではないかと、この疑いが生じます。したがって、貸付金100万円全額について消費貸借契約が成立するためには、天引きの合意が必要となります。

本件では、B Y間の①100万円の返還合意、②80万円の交付、③差額天引きの合意、④弁済期2004年6月1日、⑤弁済期の到来は、いずれも要件をみたす事実です。

なお、10か月で15%の利率であること自体が、年利に引き直すと18%になり、一見、その点で利息1条1項（改正前。現1条）に反するようにみえます。しかし、天引きの場合の処理は、あくまで現実に交付され利用できた計算上の元本額を基準として上限利息額を計算することから出発します（利息2条）。本件では、月単位とすれば80万円×0.18×10÷12の12万円、が上限となります（月割りのアバウトな計算の場合。精密には松本君の答えのように閏年なので366日を基礎にした306日の日割り計算になり、120,393円になります）。天引きされた利息15万円とみなし利息（利息3条）の5万円の合計20万円は、明らかに利息制限法に違反し、超過額8万円が元本に充当されたこととなりますから、Yは、弁済期に92万円を返せばよいこととなります。

(2) 遅延損害金請求権

上記①～④の要件（消費貸借契約の成立要件＝貸金債権の発生要件）に加えて、⑤弁済期の経過（弁済期日の翌日から遅延損害金が発生するので、弁済期の到来ではなく経過という表現になります）、⑥損害の発生とその数额が要件となります。本件では、CP(2)②により、いずれも要件はみたされます。なお、⑥のうち、損害の発生については、立証を要しません（419条2項）。数额は、約定利率と経過期間により算定されます（同条1項）。

(3) β債権がXに帰属していることを基礎づける事実

①AのBに対する貸付債権の発生原因事実

②AからXに対する上記貸付債権の譲渡を基礎づける贈与契約の事実（以上CP(2)③）。

③上記貸付債権の代物弁済として、XがBからβ債権を譲り受けた事実 (CP)(2)④)。

債権譲渡が抽象的な債権譲渡 (準物権行為) の合意で足りるとすると、原因行為 (売買・贈与・代物弁済・交換・譲渡担保など) を言わずにB X間で債権譲渡の合意がされた事実を主張・立証するだけでよいことになり、①②や代物弁済の主張は不要となります。債権譲渡の実務では、実際に、原因関係を問題にせずに処理がされていることもあるといわれます。しかし、日本民法は、物権変動につき物権行為の独自性を認めませんので (判例・通説)、債権譲渡についても、譲渡の原因行為すなわち債権移転の効果を発生させた具体的な債権的合意 (債権売買・代物弁済・譲渡担保など) を主張・立証する必要があります。本件のような代物弁済では、代物弁済で消滅する債権が存在しないと代物弁済による権利移転効果が発生しないので、①②の事実も主張・立証する必要があります。

5 β債権の損害賠償の予定としての遅延損害金の最高限度利率

最高限度額100万円を基準とするのか92万円あるいは80万円を基準とするのかは難問です。論理的には次の3とおりが考えられます。

- 1) 法律上の元本100万円を基準とするので、15%の1.46倍
- 2) 返還すべき元本額92万円に遅延損害金が付くので、18%の1.46倍
- 3) 天引きされた受領元本額80万円を基準とするので、18%の1.46倍

この問題に論及している文献はほとんど見当たらず、潮見佳男『契約各論 I』(信山社、2002年) 332頁は、別の問題を扱う文脈の中で1)を採っています。利息制限法が、2条で明示的に計算上の元本という以外、法律上の元本を基準としていることから、1)の方が整合的です。しかし、他方で、本件の場合、実際に遅延損害金が発生する元本は当初から最大でも92万円 (一部弁済があればそれ以下) なので、2)が妥当なように思います。3年前に潮見教授に伺いましたが、どちらも成り立ちうるとの意見でした。

余談トリビア 中途半端な数字の理由

利息関係では、利息制限法4条1項の1.46倍とか、出資法5条や貸金業法42条1項の109.5%、109.8%など、中途半端な数字が出てきます。利息制限法制は、日本の伝統的な利息単位である日歩^{ひぶ} (100円を借りた場合に発生する1日の利息額。単位は銭) を計算の基準としています。超過に対して刑事罰まで規定する出資法の最高制限利率109.5%は、日歩30銭 (1日当たり0.3%) を基準に算定され ($0.3 \times 365 = 109.5$)、109.8%は閏年なので366を乗じているのです。

2000年6月1日施行の出資法改正に伴って一般貸金業者の上限金利は日歩8銭=年利29.2% (閏年では29.28%) になり、29.2%を利息制限法の最高上限利率20%で割って、1.46倍という数字が出てきたのです。

もっとも、100万円以上の上限金利15%の場合には、 $29.2 \div 15 = 1.94$ 倍まで許容することも論理的には可能であったはずですが (貸金業者の高金利が強く批判されていた社会情勢からは賛成を得られなかったでしょう)。また、出資法5条2項が20%を超える利息の合意に対して貸金業者に刑罰を課すように改正されグレーゾーンがなくなった今となっては、1.46倍の算出の前提が欠けてしまい、その根拠は乏しくなりました。すなわち、同法5条の4第3項は、一定の費用等だけを例外とし、損害賠償の予定や違約金は例外と認めません。これに対応して、営業的金銭消費貸借 (債権者が業として行う金銭を目的とする消費貸借) については6条で同趣旨のみなし利息規定を置くとともに、7条で損害賠償の予定や違約金を含めて

上限を20%と決めました。4条1項の1.46倍が有効なのは、営業的金銭消費貸借でない場合だけになります。すなわち、貸金業者の金利規制を反映した損害賠償の予定の規制が、貸金業者以外の場合に基準として残ってしまうという奇妙な結果になりました。

6 代物弁済の成否

(1) 消滅する債権の存否

通説によれば、代物弁済によって消滅する債権が存在しなければ、原則として代物弁済に供した債権も移転しないので、Xがβ債権の取得を基礎づけるためには、AのBに対する90万円の貸付債権の発生と、AからXへの贈与等を理由とする債権譲渡の事実も、Xは立証しなければなりません。

(2) β債権取得の要件事実

1) 諾成契約説

判例は、代物弁済による権利移転の効果について要物契約的構成に立っていないとの理解が広まっています。すなわち、代物弁済契約を諾成契約とし、権利移転効果は対抗要件を備える前に発生します（最判昭40・3・11判タ175号110頁<LEX/DB 27404446>。不動産の登記の例）。この考え方によれば、β債権取得には、債権譲渡の対抗要件を備える必要はありません。債務者Yが対抗要件の抗弁を主張し、Xが債務者対抗要件具備を再抗弁で立証することになります。

2) 要物契約説

これに対して、債務消滅の効果は（不動産の場合）対抗要件としての登記を備えるまで発生しないとする判例（最判昭39・11・26民集18巻9号1984頁<LEX/DB 27001345>）が維持されています。代物弁済が依然として要物契約であると解すれば、債権の移転について対抗要件を具備して初めて要物性が備わって契約が成立することになります。それゆえ、対抗要件を備えない限り、β債権の移転も生じないことになります。

このような理解によると、代物弁済による債権の移転では、通知または承諾によって権利移転が生じるという結論になります。また、債権譲渡の対抗要件が一般に抗弁と解されることの例外と考えられます。しかし、その結論は意思主義・対抗要件主義の原則と整合しない疑いがあります。また、要物契約説に立った場合、第三者が登場しない場面では債務者対抗要件で足りると解せないことはありませんが、おそらく、登記と同様の機能を果たす第三者対抗要件（確定日付ある証書による通知または承諾）まで備える必要があることになりましょう。いずれであるかはともかくとして、要物契約説では、対抗要件具備が権利取得の要件事実に含まれることになります。

3) 民法改正の内容

改正民法新482条は、「債務者の負担した給付に代えて他の給付をすることにより債務を消滅させる旨の契約」と表現して、代物弁済を諾成契約として構成する1)の考え方を明確にしました。これに対して、債権消滅の効果の要件に関しては旧482条と変わりません。

7 β債権に関するYのさまざまな主張

CP(2)⑦（Bの行方不明）は、債権譲渡の原因となる代物弁済の事実を否認するものであ

り、行方不明という事実は、その事実の存在を疑わせる間接事実です。ただ、最終的には、証拠評価にもとづく事実認定の問題になるので、設問からこれ以上の事実がわからない以上、ここでは立ち入りません。法的には次のような主張が考えられます。

(1) 代物弁済と公序良俗違反

本件代物弁済が公序良俗違反ではないかということ、CP(2)⑤の事実（XのBに対する債権額と代物弁済で譲渡されたβ債権の額が不均衡であること）により争うことは考えられません。ただ、代物弁済では、差が数倍以上にもなれば暴利行為等の公序良俗違反の問題が生じますが、多少の不均衡は問題にされません。本件程度のわずかな債権額の不均衡では、公序良俗違反とは言えません。

(2) 対抗要件の抗弁（代物弁済につき伝統的な要物契約説に立てば対抗要件具備が請求原因となるため以下は諾成契約説に立つ場合の議論です）

β債権の譲渡について、Xからの電話連絡では、債務者に対する対抗要件（467条1項：譲渡人からの通知又は債務者の承諾）を充たさないから、対抗要件が欠けていると争うことが考えられます。しかし、債権譲渡通知はいわゆる準法律行為ですが、性質の許す限り法律行為規定が準用され、譲渡通知を譲渡人の委任を受けて譲受人が代行することは許される、と解されています。また、第三者対抗要件（467条2項）とは異なり、債務者に対する関係では確定日付のある証書どころか書面によることも要求されていないため、電話による通知でも可能です。たしかに、Yは、通知があった事実については自白しているものの、その通知が対抗要件であることを否定し、対抗要件が具備されるまで、Xを債権者として認めないという抗弁を主張することができます。そこで、Xの側が、対抗要件を具備したこと（XがBから実際に通知の代行を委任されてYに通知をしたこと）を再抗弁として主張・立証しなければなりません。

なお、電話ではBからXに代行が準委任されたことが確認できないため、Yは誰が権利者か確実に知ることができず不安定な立場に立たされる、として譲受人からの電話連絡は債務者対抗要件としての通知と認められない、という考え方も成り立ちえます。

(3) 免責事由？

Bが行方不明になっていて連絡がつかなかったり、Xがβ債権の振込先口座をYに知らせてこなかったこと（CP(2)⑦⑧）を理由に、Yは履行遅滞の責任がないとして争うかもしれません。しかし、Bに連絡がつかなくても約定通りBの銀行口座への振込みによる弁済は可能だったので、譲渡前の遅滞を正当化することはできません。また、譲渡通知を受けた後は、信義則上、履行方法をXに問い合わせる必要があり、何もしないで遅滞を正当化することはできません。

(4) 90万円の貸金債権のAからXへの譲渡とYの対抗要件の抗弁

Yは、Bに対する90万円の債権のAからXへの譲渡に第三者対抗要件が備わっていないとして、債権譲渡の効力を否認し、この債権に対する代物弁済としてのβ債権の譲渡の効力をも否定しようとするかもしれません（なお、債務者対抗要件が備わっていることは問題文には明示されていませんが、代物弁済に同意している時点でBはXの債権取得を承諾していると評価されます）。しかし、467条の第三者についても、177条の第三者についてと同様に、判例（大判大2・3・8民録19輯120頁<LEX/DB 27521655>）は制限説を採り、「通知ノ欠缺ヲ主張スルニ正当ノ利益ヲ有スル者」としています。債権の譲渡によって間接的に影響を受け

るにすぎない者は、第三者には当たらないとされています。本問のYのような者について明確に判示した判例はありませんが、判例(大判大8・6・30民録25輯1192頁<LEX/DB 27522880>、大判昭8・4・18民集12巻689頁<LEX/DB 27510160>、大判昭9・6・26民集13巻1176頁<LEX/DB 27510059>)などを参照すると、AのBに対する債権の帰属自体に直接的な利害関係を持たないYは、第三者ではなく、第三者対抗要件の欠缺を主張できません。

(5) β 債権の遅延損害金請求権

Yは、 β 債権の遅延損害金請求権のうち、BからXへの債権譲渡の前にすでに発生していた分は、元本債権に随伴せず、Xに移転していない、と主張するかもしれません(古い判例ですが、大判大9・2・14民録26輯128頁<LEX/DB 27523000>)。逆にXの β 債権取得後の遅延損害金請求権は、当然にXが取得します)。一般に、すでに発生した支分的利息債権は、元本債権と当然には運命を共にしないと解されているからです。しかし、遅延損害金支払請求権は、利息債権とは異なり、主たる債権に従たる権利として、主たる債権と運命を共にする应考虑すべきではないでしょうか。また、具体化した遅延損害金請求権が仮に独立した債権になっているとしても、BからXへの代物弁済契約の趣旨次第で、それをも含めて譲渡したものと解釈される可能性があります(大判昭2・10・22新聞2767号16頁<LEX/DB 27550697>)。