

準消費貸借における 実体法と手続法の交錯

梅 本 吉 彦

目 次

はじめに

- 1 立法的沿革
- 2 準消費貸借の成立要件と効力
- 3 準消費貸借の機能
- 4 既存債務と準消費貸借債務の関係
- 5 今後の課題

はじめに

民法は、消費貸借を要物契約として規定している（民法587条）。そこには、実体法上種々の問題があり、実際に生じる問題につき、判例も長年にわたり、苦勞を重ね、多様な試みをすることにより、具体的妥当性のある法文と取引実態の調和的解決を図ることに努めてきている。学説も、同様の立場にあるといえよう^①。

そうすると、準消費貸借は契約法体系のなかにどのように位置づけられるべきかについては、難しくなってくる。それは、実体法の観点からも手続法の観点からも種々の局面で直面する。それらを適切に解決するには、複線の思考を要求されることにもなる。このような背景事情により、準消費貸借は、民法上契約法の分野においてもこれまで個別の判例評釈に止まり、必ずしも十分に研究されているとはいえない嫌いがある。準消費貸借

における実体法と手続法の交錯する問題を検討するには、基礎的な環境基盤を整備する必要がある。そこで、まず、準消費貸借契約の基本的な枠組みを確認する基礎的作業からはじめることとする。

- (1) この点を的確に分析するものとして、広中俊雄「消費貸借を要物契約とした民法の規定について」法学セミナー1957年8月号・同『契約法の理論と解釈』（創文社・平成4年）163頁参照。

1 立法的沿革

現行民法588条は、民法の立法過程において、他の規定とはやや異なった経緯を辿って規定として登場してきている。『未定稿本／民法修正案理由書』では、現行民法588条に相当する規定は未だ見ることができない。この規定は、明治28年12月30日開催の法典調査会民法整理会において富井政章委員の提案によるものである。その趣旨は、売買代金として金を払わなければならないのに払えないときに、消費貸借の名義で借りたことにしている場合には、182条の占有物を所持する場合にいうことがこれに当たり、それではこの規定があった方が便利であろうということから置くことを提案したと述べている。これを受けて、梅謙次郎委員が、当事者の意思に任せてもよいが、それでは意思が不明なために問題を生じるとしてこれを置くことに同意すると発言した。その結果、箕作麟祥議長が他に異論がないので挿入する旨を決したようである⁽²⁾。

民法が消費貸借の規定を置くにとどめるだけでなく、それに加えて準消費貸借の規定を設けているのは、消費貸借の要物性を緩和しようとする目的であると一般的には述べられている⁽³⁾。しかし、それでは、なぜ消費貸借の要物性を緩和する規定を設ける必要があるのかという疑問を誘うことになるのであるが、立法の必要性という観点からはまったく説得力に欠けている。民法の分野において長年にわたり指導的役割を果たしてきた

先達であっても、実益という観点からは、民法591条が適用されること、先取特権がないことなど、あまり大きくはないというむしろ消極的評価をしている⁽⁴⁾。後述するように、そこに手続法が関わってくると、その混迷に拍車加わってくる。

(2) 『法典調査会民法整理会議事速記録 4 卷』 94-96丁・廣中俊雄編著『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣・昭和62年）721頁「第587条（現第588条）の理由に関する資料」所収参照。そこには、現在の法解釈に際し、決め手とはいえないまでも有力な手がかりとなるような立法者意思に関わる資料は見当たらない。このたびの民法改正作業の過程において、現行第588条を置いておくことの必要性につき疑問を投げかける問題提起があったが、結論としてはそのまま存続の形で落ち着いている。平成24年8月7日開催法制審議会民法（債権関係）部会第54回会議における中田裕康委員の発言参照。

(3) 我妻栄『債権各論中巻1』（岩波書店・昭和32年）365頁。

(4) 星野英一『民法講義Ⅳ（契約）』（良書普及会・平成6年）171頁。

2 準消費貸借の成立要件と効力

(1) 成立要件

準消費貸借の成立要件についてみると、契約一般の成立要件に加えて、準消費貸借固有の成立要件として通常つぎの2つが上げられる⁽⁵⁾。

ア 基礎となる債務が存在すること。

既存の消費貸借上の債務でも差し支えない。法文に「消費貸借ニ因ラステ」とあるのは、通常の場合を定めたにすぎない。強行法規や公序良俗に違反し無効な債務については、準消費貸借は成立しない。これに対し、不法原因給付の返還契約は有効とされるので、その返還契約による給付義務に基づいて準消費貸借を成立させることは適法である。基礎となる債務の存在を準消費貸借の成立要件とするか否かは、後に基礎となる債務の存在の証明責任をだれが負うかの問題に関わってくる⁽⁶⁾。

イ 基礎となる債務の目的物を消費貸借の目的とする旨の契約をなすこと。

準消費貸借契約の当事者は、基礎となる債務の当事者またはその承継人であることを要する。もっとも、連帯債務者や抵当権者を加えることは差し支えない。

準消費貸借契約に際し、借用証書が作成されることが多いが、証拠となるに止まり、成立要件ではない。

(2) 準消費貸借の効力

準消費貸借が成立すると、前項の成立要件が消費貸借契約と異なるに止まり、消費貸借としての効力を生じるのであり、通常消費貸借契約と異なる。既存の消費貸借契約による債務を対象として準消費貸借契約を締結することも差し支えない。そうすると、準消費貸借の債務とその対象とした既存の契約の債務とは、準消費貸借の前後を通じて両者は実体法的に見て同一の契約なのかあるいは別個の契約なのかが問題になる。一方では、既存の契約が存するにもかかわらず、あえてその債務を対象として消費貸借契約を締結するという事態がある。他方では、既存の契約とは契約類型が必ずしも同一ではない新たな消費貸借契約を締結するという事態がある。いずれも消費貸借であることに変わりはないとはいえ、既存の消費貸借とまったく新たな契約関係を構築することを意図して消費貸借契約を締結するわけではない。新たな契約関係を締結することにより、既存の契約関係には見られない意義を見いだしているからこそ、既存の契約関係が有効に存するにもかかわらず、新たな消費貸借契約という契約関係の締結の途を選択したと見るのが相当である。

そうすると、前述した準消費貸借の債務とその対象とした既存の契約の債務とは、準消費貸借の前後を通じて両者は実体法的に見て同一の契約なのかあるいは別個の契約なのかという問題に回答するには、準消費貸借の機能について検討を加えた上ではじめて、可能になるものといえよう。

そこで、項を改めて準消費貸借の機能について検討を加えることとする。

- (5) 平田春二「準消費貸借」松坂佐一・西村信雄・舟橋諄一・柚木馨・石本雅男先生還暦記念『契約法大系Ⅲ貸貸借・消費貸借』（有斐閣・昭和37年）373頁以下は、準消費貸借に関する諸問題につき、論述している。もっとも、執筆から半世紀以上を経過しているので、その後の問題については、必然的にかかなりの空白部分を生じている。
- (6) 山本敬三『民法講義Ⅳ-1・契約』（有斐閣・平成17年）369頁は、この問題を証明責任の視点から詳述する。

3 準消費貸借の機能

特定の契約関係が存するのに、その債務を目的とする準消費貸借契約を締結する背景には、種々の事情が存する。したがって、そうした背景事情に対応する準消費貸借契約を締結することが必要になる。それにより、準消費貸借には多様な機能を発揮することが見込まれる。

(1) 既存の個別債権の集約化による債権管理の効率化

相手方に複数の債権を有する場合に、その履行期が異なると消滅時効の完成に対する対応等債権管理に常に膨大な作業を必要とする。そのため、これらの作業を支障のないように留意しなければならない。それに対応するだけの手数と人材を用意する必要がある。そこで、これらの作業を支障なく行うとともに、限られた人数でまかなうには、複数の債権をを一つにまとめることにより、履行期を一つにすることが有効かつ適切である。それにより、その他の債権管理も単純化されるので、手数と人材を簡素化し、費用対効果を上げることができる。

(2) 既存債権の弁済期の延期

金銭消費貸借契約において、債務者が既存債務の弁済期を延期すること

を債権者に要請する場合に、単純に既存債務の弁済期を変更し、当初の弁済期を延期してもらう途もあり得る。しかし、それでは債務者が経済的窮状に陥っていることをあまりにも赤裸々な形で表現することになってしまう。そこで、既存の契約による債務を対象として新たな弁済期を定めた金銭消費貸借契約を締結する方法を選択することにより、同様の目的を達成することが考えられる。その象徴的なのが、手形の書き替えではなく、手形債権を金銭消費貸借債権に切り替える準消費貸借契約を締結する方策である。手形債務者（振出人）が資金の流動性を失った場合が多いので、新たに連帯保証人や担保を付けなければ実効性が希薄である。

この場合に、準消費貸借契約書において、後日に既存債権の有効性につき争いとなることを防止するとともに、既存債権の消滅時効が完成するのを阻止するために、既存債権が有効に存在することを承認する旨の条項を設けることが必要である。

（３）支払方法の緩和

上記（２）の弁済期を延期するに止まらず、支払方法を緩和することにより、債務者が債務を履行するように促し、さらには弁済し易くさせようとする趣旨である。

（４）商事法定利率に代わる遅延損害金の獲得と間接的履行強制

商取引においては、一般に元本が高額になるので、それに伴う利息についても約定次第で金額が著しく異なってくるので、留意することを要する。例えば、売買契約に基づく売買代金債権は、たとえ売買代金債務の履行が遅滞しても商事法定利率が付されるに止まるが、準消費貸借契約に基づく債権に切り替えることにより、債務の履行を遅滞したときには、遅延損害金が発生し、高額な遅延損害金を取得することが可能になる。そのため、準消費貸借契約に切り替えることにより、債務者がすみやかに準消費貸借

契約に基づく債務を履行し、遅延損害金が生じる事態を回避するように間接的に履行強制を促す副次的効果が期待できる。

(5) 既存の債権の被担保債権への取込み

経済市場に資金が潤沢で余っている場合には、金融機関は貸し出し競争になり、資金を供給するに際し、幅広い貸し出し要件が用意される。貸し出し金利はもとより、特に担保設定につきどのような比重を設けるかが大きな交渉対象の問題になってくる。ところが、景気が悪化すると、既存の債権回収が懸念される事態に陥るので、特に無担保債権につき、担保権を設定する必要に迫り込まれる。そうした際に、既存の債権のうちの有担保付き債権の担保力に余裕がある場合には、無担保債権をこれに吸収し、債権管理を手厚くして徹底させようとするようになる。それによって、既存の債権で無担保のものがある場合に、担保付き債権に集約して一体化させることにより、無担保であったのが有担保付き債権になり、債権回収に向けて債権管理を徹底することを目的とする。

(6) 法的に無効な契約の隠蔽

法的に無効な契約につき、外見から容易に判断できるような事象につき、それを隠蔽するために金銭の支払いを目的とする準消費貸借契約に装いを取り繕う場合がある。もとよりこうした法的技巧を法的に保護すべきではない。したがって、無効な契約に基づく金銭の支払いを目的とする準消費貸借契約は無効である。例えば、既存の債務が制限外の債務を含む場合に、これに基づく準消費貸借契約は制限を超過する部分につき無効である。準消費貸借契約を締結することがマネーロンダリングの役割を担うことを防止する必要があることによる。

(7) 売買契約の履行の確保

外国国家との間における売買契約を締結し、対象物の引き渡しを完了したところ、同国が代金支払債務を履行しない場合に、その履行を確保するために準消費貸借契約を締結することが行われる事例がある⁽⁷⁾。

(8) 将来の請求権の担保

将来発生するかもしれない請求権を確保するために、それを目的として準消費貸借契約を締結するときは、債権保全のための準消費貸借契約という機能を営むことが想定されている⁽⁸⁾。

(9) 外貨建て債権の円債権への切り替え

外貨債権の弁済を猶予するため、円債権へ切り替える方法として、準消費貸借を用いることが考えられる⁽⁹⁾。

(10) 債権債務の累積的・自動的統合化による債権回収の便宜性

契約当事者間の債権債務を累積的にかつ自動的に統合化するという構造的要因により、準消費貸借を形成する。カードキャッシング債権がその例である⁽¹⁰⁾。この場合、既存の債権と準消費貸借債権を比較すると、後者の金額が前者の金額を必然的に上回ることになるので、後述する既存の債権と新規債権の同一性についてどのように捉えるかという問題を生じる。

これらの多様な機能があるからこそ、それらのうちのいずれかの機能もたらす法律効果を意図して新たな消費貸借契約を締結するわけである。そうであれば、この両者の関係はどのように捉えるべきであろうかという問題に直面する。それは、準消費貸借に係る実体法上及び訴訟法上の諸問題との関係において、かねてから議論されている問題である。

そこで、準消費貸借の有する機能に即して類型化してみると、準消費貸借には、既存の消費貸借の弁済契約である場合と既存の契約とは典型契約

類型の異なる別個の消費貸借契約である場合とがある。前者は、単に既存の消費貸借契約につき、その弁済期限を延期したり、弁済の方法を分割するという新たな枠組みを取り決めたりする場合である。後者は、売買契約や請負契約に係る債務を金銭消費貸借契約とする新たな取り決めをする場合である。外形的にはたえそうであっても、実はこの場合も、売買契約や請負契約に係る債務の弁済方法に関する契約であると解する余地もあり得るのではないだろうか。

そうであるからといって、準消費貸借の多様な機能を視野に入れると、両者の間にはまったく同一の性格を有するものであると断定することも早計である。項を改めて、既存債務と準消費貸借債務の関係について、検討することとする。

- (7) 例えば、最判(二小)平成18年7月21日民集60巻6号2542頁。本件は、わが国の商社X社がパキスタン・イスラム共和国(Y)の国防省の関連会社であり同国の代理人との間で、高性能コンピュータ等売り渡す売買契約を締結し、売買の目的物を引き渡した後、売買代金債務を消費貸借の目的とする準消費貸借契約を締結したと主張して、同国に対し、貸し金元金並びにこれに対する約定利息及び約定遅延損害金の支払いを求めた事案である。本件契約を締結した当時、外国国家はわが国の民事裁判権に服さないとするのが判例の態度であった(大決昭和3年12月28日民集7巻12号1128頁)。そうした事情に照らすと、X社としては、当該売買契約に外国国家の国防省が関与していて、対象物品が高性能コンピュータという武器に関わっていたときに、外国国家が単なる商業取引ではなく、国防という主権行為に係る法律行為であるとしてわが国の裁判権からの免除を主張することを慮って準消費貸借契約を締結したのではないかという背景事情が伺われる。最高裁は、本判決において、前記大決昭和3年12月28日を変更し、外国国家が主権的行為以外の私法的ないし業務管理的な行為については、わが国による民事裁判権の行使が当該外国の主権を侵害するおそれがあるなど特段の事情がない限り、わが国の民事裁判権に服することを免除されないとした。なお、本判決を切っ掛けとして、わが国は平成21年4月24日法律第24号として、「外国等に対する我が国の民事裁判権に関する法律」を公布した。同法の立法事務担当者による解説として、飛澤知行編著『逐条解説対外国民事裁判権法—わが国の主権免除法制について』(商事法務・平成21年)参照。

- (8) 連帯債務者の一人が求償権を確保するために、他の連帯債務者との間で後日

求償権が発生したときはその求償権を目的とする準消費貸借契約を締結する場合である。判例でもそうした事例が見られる。例えば、大判大正7年2月28日民録24輯300頁、同昭和12年9月11日判決全集4輯17号5頁。もっとも、その場合は、準消費貸借契約を公正証書によることが必要である。

- (9) インパクトローンの弁済を猶予するため、銀行から顧客に新規貸し付けを行い、これによってドルを買い取らせ、ドル建て債務を弁済させるという方法（いわゆる「回収新規」という）を採る。最高裁判例は、旧債権が確定根抵当権によって担保されていたとしても、旧債権の弁済により確定根抵当権は消滅し、新規貸し付けの債権は担保されないとする。その理由として、旧債権と新債権とは同一性がないとする（最判(三小)平成10年12月8日金融法務事情1548号29頁）。インパクトローンの弁済猶予のための回収新規という通常採られる方法を旧債権と新債権とは同一性がないという理由から否定したものである。その理由として、原判決である福岡高判平成7年3月31日金融法務事情1424号40頁は、「本件旧債権につき実質的にも法的にも弁済猶予の実をあげるためには、本件旧債権の消滅をもたらす本件の一連の取引の方法によるのではなく、単に本件旧債権の弁済期を延長するか、あるいは本件旧債権を旧債務とする円貸建の準消費貸借契約を締結する方法によるべきであったのである。」と判示している。しかし、本件回収新規は準消費貸借契約の名称は用いていないものの、弁済猶予のために行った方法を全体的に見ると、準消費貸借と見られないこともないように思われる。
- (10) 西村総合法律事務所編『ファイナンス法大全・下』（商事法務・平成15年）130頁〔山川明徳〕。もっとも、カードキャッシング債権の法的性質としては、各貸付毎に生じた貸付債権が個別に存在すると考える個別債権残存説もある（西村総合法律事務所・前掲書130頁参照）。

4 既存債務と準消費貸借債務の関係

前項3で考察してきたように、準消費貸借を機能に即して類型化すると、準消費貸借の債務とその対象とした既存の契約の債務とは、準消費貸借の前後を通じて両者は実体法的に見て同一の契約なのかあるいは別個の契約なのか問題になる。

(1) 判例の動向

判例の動向について最上級裁判所を中心に概観すると、大審院は、売掛

代金債権が存在していたのを、その債務を目的とする消費貸借に改めたときは、売掛代金債権は消滅し、常に同一性を失うとしていた（大判大正9年12月27日民録26輯2096頁，同大正10年9月29日民録27輯1707頁）。さらに、手形債務に関するものにつき、手形債務を目的とする準消費貸借が成立したときは、反対の意思表示がない限り、手形債務は消滅するとし、当事者の意思が介在する可能性を暗示しつつ、同一性を失うという姿勢を堅持していた（大判大正10年9月9日民録27輯1528頁）。その後、当事者の意思に比重を置くように変容し、当事者の意思によろつつ、原則として同一性を失わないとした（大判昭和8年2月24日民集12巻265頁，同昭和8年4月10日新聞3551号7頁，同昭和9年5月4日新聞3701号16頁，同昭和14年3月23日評論28巻民法729頁）。さらに、そうした前提の上に、時効については制限すべきであると留保を付す態度を示していた（大判昭和8年6月13日民集12巻1484頁）⁽¹¹⁾。

しかし、これらの大審院以来の判例が、既存の債務と準消費貸借とは同一性があるか否かという識別は、はなはだ観念的に過ぎるのではないか。また、同一性という概念もあまり正確ではない。既存の債務とその債務を目的とする新たな準消費貸借におけるどの点を比較しているのか明確でなく、概念だけが先行している嫌いがある。それらの事案は、旧債務に付された担保権や旧債務の保全手段を準消費貸借についても有効に機能するか否かという局面において問題になったものである。そうすると、契約関係であることから、当事者の意思を重視することは合理的妥当性があるとはいえるものの、上記のような当該事案の争点に即して検討する姿勢が具体的妥当性のある事案の処理を可能にするのではないだろうか。したがって、問題はそのような観点から検討すべきことである。

さらに、問題は、そうした実体法上の問題が手続法の局面においては、どのように機能することになるかという民事訴訟手続に係る諸局面との関係に集約されてくる。

(2) 既存債務と準消費貸借債務の関係—実体法の観点から

既存債務と準消費貸借債務の関係を実体法の観点からみると、消費貸借を定める民法587条と準消費貸借を定める民法588条の二つの規定の関係をどのように捉えるべきかということである。587条に定める消費貸借は、当事者の一方が相手方に金銭その他の物を交付し、相手方がそれと種類・品質及び数量の同じ物の返還を約することによって成立する。一般に、契約は、申し込みと承諾の意思が合致することにより成立するのとは異なり、消費貸借は、意思が合致するだけでは成立せず、目的物の交付をもって成立要件とする要物契約である。これに対し、588条に定める準消費貸借は、金銭その他の物を給付する義務を有する者がいる場合に、当事者がその債務をもって消費貸借の目的とする合意をしたときは、それによって消費貸借が成立したものとみなされる。これを消費貸借と比較すると、最終的に金銭その他の物を支払うことを約する点では同一であるが、契約する際に金銭その他の物が授受されることを成立要件としない点で、消費貸借と異なる。

しかし、両者は最終的に金銭その他の物を支払うことを約する点では同一であるとしても、そのことからただちに両者の関係を同一のものとみなすためには、なお検討すべき課題がある。

第一は、当事者の意思はどうかということであり、第二は、様式行為ではないとはいえ、通常取引行為においては書面を取り交わすので、後に手続法の観点から検討する際にも問題になることであるが、請求するに当たりどのように対象を特定するかという問題にも関わってくる。

そこで、当事者の意思の角度からみると、最も明確に現れるのは、既存の債務を構成した証書を新たに書き替えた場合である。どのような表記が一般的であるか断定することは困難であるが、支払期限の延期、債権債務の集約化を目的とする場合には、当然新たに証書を書き替えるので、証書の作成日付、金額、弁済期を新たに記載し、その証書作成日に金員を交付

した体裁が採られるようである。そうすると、既存の債務の存在することは見受けられず、その証書作成日に消費貸借契約が成立したかのような状況を創り出すことになる。本来であれば、既存の債務に関する諸事項がそこに記載されるとともに、その存在を債務者が承認する旨を明示することが、時効中断の関係からも必要であるが、必ずしもそこまで綿密に既存の債務から新たな契約形成への連結作業が行われてはいないようである⁽¹²⁾。その結果として、新たに形成された消費貸借契約は既存の債務を目的とする消費貸借契約すなわち準消費貸借契約であるのか、単に消費貸借契約であるかが、ただちに判断し難いことになる。このように、当事者の意思が正しく証書に表れているといえよう。もっとも、その場合に、証書を書き替えたときは、旧証書を破棄してしまうという指摘があるが、それは極めて疑問である。証書を書き替えたとしても、既存の債務を含めて当事者間の債権債務関係は決済が完了していないのである。そうであれば、常識的な社会通念に照らすと、その債権債務関係に関する一切の文書は保存しておくのであり、このことは企業間取引であれ個人と企業間、あるいは個人と個人の取引であっても、変わることはない。そうすると、旧証書の破棄されることを前提とする立論は、説得力に欠けるものである。そうした点で、近時準消費貸借を合意による契約の修正という角度から、他の更改、和解、代物弁済とともに体系化を目指す試みが注目される⁽¹³⁾。そうした最先端の理論が民事裁判にどのような形で出現するかは注目されるところであるが、それにはなお時間を必要とするように見受けられる。

(3) 既存債務と準消費貸借債務の関係—手続法の観点から

既存債務と準消費貸借債務の関係を手続法の観点からみると、請求形態、判決事項、証明責任が考えられる。以下、順次検討する。

ア 請求形態

請求形態につき類型的に捉え、その上で個別的に検討する。

①既存債務・準消費貸借債務の請求

準消費貸借契約が成立した場合に、既存債務と準消費貸借債務との関係については、準消費貸借契約が多様な機能を有するので、困難な問題を生じる。この点につき、判例をみると、一定の流れを見て取ることができる。大判昭和8年6月13日民集12巻1484頁

(判旨)「契約自由而も無方式を原則とする現在に於て準消費貸借は一片の合意に依りて成立す。而も其の合意の内容は旧債務は之を消滅せしめ之に代わるに新債務を以てするに在ることあり、或は又已存債務の同一性は之を維持しつつ唯爾後は専ら消費貸借に関する規定の支配を受けむとするに在ることあり。此の後の場合に於ては従来の担保の総てを存続すると共に已存の債権に纏綿せし瑕疵も亦随伴し来るに反し、其の前の場合は全く之と趣を異にするは論無きところなり。夫れ準消費貸借の孰れの場合に該当するやは則ち一に繋りて当事者の意思如何に在りと雖、其の意思の明認に由なき限り後の場合に属すと推定するを以て相当と為す。」

本判決は、大審院がこれまでの判例と学説の理論を改めて確認した点で意義がある。問題は、当事者の意思にゆだねるといっても、それが明確でないときや債権者・債務者の意思が常に一致しているとは限らず、ずれがあるときに、裁判所としてどのように対処すべきかという課題は残るし、むしろそうした事案こそ問題を生じる。この大審院判例の課題を引き取ったのが、つぎに紹介する最高裁判例である。

最判(三小)昭和33年6月24日最高裁判所裁判集民事32号437頁

(事案) 原審認定事実は、概要以下の通りである。すなわち、Xは訴外Aとの間に売買契約を締結し、前渡金として即日40万円、その後15万円を交付した。右契約の成立に当たり、YはAが売買契約上の債務を履行しなかったときは、Xから交付を受けた前渡金を返還しかつこれによってXに生じた損害を賠償する債務につき保証をした。Aは右契約上の義務を履行しなかったため、売買契約は合意解除された。そこで、XはA及びY

に対し、前渡金55万円の返還及びAの債務不履行によって生じた損害賠償のため、Aは合計100万円を支払い、Aは右金員の支払を担保するように要望したところ、A及びYはこれを承諾した。ついで、AとYとの間に前記前渡金返還、損害賠償の債務中、損害賠償額を15万円に減額した合計70万円につき、準消費貸借を締結した。右準消費貸借は既存の債務を消滅させ新債務を発生させる趣旨をもってなされたのではなく、既存債務を存続させ、単にその弁済期を猶予し、支払方法を緩和せんとするに過ぎないものであったことを確定したものである。

(判旨) 上告棄却「準消費貸借が成立した場合に、既存債務は消滅して新債務が発生するのか、又は債務は同一性を維持し単に消費貸借の規定に従うこととなるのかは、先ず当事者の意思によるべく、当事者の意思が明らかでない場合には、後の場合に属するものと推定すべきことは、論旨の引用する大審院の判例によって明らかである。本件において、上告人(Y)の内心の意思は旧債務を消滅せしめるにあったかのような証拠が散見するとしても、被上告人(X)の意思も亦左様であった証拠は存しないのであるから、やはり当事者の意思が明らかでなかった場合として後の場合に属するものと推定せざるをえないのであって、原審が上告人(Y)の保証債務は更改によって消滅したとの主張を排斥したのは正当である。」

「なお、準消費貸借が旧債務と同一性を維持している場合の旧債務と新債務との関係について、原審は、『該債務(前渡金返還、損害賠償の債務)は準消費貸借の成立後も以前として存続する』とし、あたかも新旧両債務は併存する如く判示している。このような契約をなすことももとより可能ではあるが、通常は、準消費貸借の成立により、旧債務は爾後債務の同一性を維持しつつ、消費貸借という形をとって存続するにいたるものと解するのが相当であり、本件においても、これと別異に解すべき資料は存しない。そうとすれば、本件において、被上告人(X)は消費貸借(準消費貸借?)上の債務の履行を求めるべき筋合であるが、これと前渡金返還等の債務は同一性を有するものである以上、前渡金返還等の請求をなすも、結局同一の請求に帰着するというべきである。」

本判決は、XがYに対し、準消費貸借契約を締結したのであるから、準消費貸借上の債務の履行を求めるべきところ、旧債務である前資金返還

等を請求した事案につき、両者の債務が同一性を有することを理由に同一の請求であるとしてXの請求を認容したという点で、特徴がある。問題を実体法の局面で解決を図った点に特徴がある。とりわけ、準消費貸借を締結するに際し、当事者が旧債務を消滅させる意思か否かが問われるときに、債務者のみならず債権者の意思がどうであったかについてまでも検討対象とすべきであることを明言していることが注目される。

②既存債務と準消費貸借債務の選択的請求

一般的には、準消費貸借債務につき履行請求することが原則的な請求形態として位置づけられる。しかし、既存債務と準消費貸借債務の関係をどのように理解するかに関わりなく、両者を選択的に請求することがあり得る。既存債務の基本的法律関係を構成する法律行為については代理権が授与されていたところ、その法律行為が完了した後に、既存債務の弁済方法として準消費貸借契約が締結されることがある。しかし、当初の法律行為を代理人に授権する際には、そうした事態は想定されていなかったため、準消費貸借を締結することまでは明確に授権していなかったとみられる場合には、準消費貸借債務の履行請求において、代理権の有無が当事者間で争点になることが予想される。そうした事態を慮って準消費貸借債務につき履行請求することには、不確定要素が懸念されることから、既存債務と準消費貸借債務を選択的に履行請求することが十分予想される。

もっとも、準消費貸借契約を締結することにより、既存債務は消滅してしまっているのではないかという疑問も予想される。ここで留意すべきことは、既存債務が経済的に決済されていないことである。既存債務の基本的法律行為、さらにそれから準消費貸借に続く取引行為は、いまだに完結していない。そうした状況の下では、準消費貸借契約を締結していても、経済的には既存債務も消滅せず、存続しているとみるのが素直である。したがって、前記疑問は理由がない。

③準消費貸借につき主位的請求し、既存債務につき予備的請求する場合
準消費貸借と既存の債務の関係を前記①で述べたように考えると、準消費貸借に係る請求を主位的に希望しつつ、その請求が理由ないとして棄却されるときに備えて、既存の債務の履行請求をする請求形態は十分あり得る⁽¹⁴⁾。

④既存債務につき主位的請求し、準消費貸借につき予備的請求する場合
既存債務が存在することが準消費貸借の成立要件であるので、このような請求形態は通常想定できない⁽¹⁵⁾。

イ 裁判所の判決対象

原告の請求及びそれに対する裁判所の認定を類型的に捉え、その上で個別的に検討する。

①原債権に基づく請求につき、裁判所が準消費貸借の請求として認容するのを相当と判断する場合
この場合については、つぎに紹介する福岡高等裁判所の判決が存在する。
福岡高判昭和32年9月10日高民集10巻7号435頁

(事案) 貸金請求訴訟事件。詳細は不明。

(判旨) 「消費貸借に基いて、貸与した金銭の返還を請求する訴訟においては、当事者が準消費貸借によっては請求しない旨特に表明しないかぎり、金銭の現実の消費貸借(狭義の消費貸借をいう)が認められない場合でも、裁判所はいわゆる準消費貸借の成否を判断し、その成立を認めて請求認容の判決をなしても、民事訴訟法第186条〔現行246条・筆者注〕に違背することはない。」

その上で、準消費貸借に基づく貸金支払請求訴訟において、原告が貸金というのは、いかなる権利関係に礎定するものを消費貸借に改めたものであるかというような点について、主張するのが当然であるのに、これを主

張せず、また明らかに立証もしない原告の態度その他弁論の全趣旨等から、貸金の存在の根拠として主張する甲第1号証は事実と反する書面であると認定して原告の請求を棄却した。

本判決は、事案の詳細が明らかでなく、最上級裁判所の判例でもないもので、あまり注目されてはいないようである。その中で、三ヶ月教授は、本判決を取り上げて、消費貸借に基づく請求を準消費貸借と認めて認容しても申立ての範囲内であるとするのは、実は消費貸借・準消費貸借という法律構成は原告に定立することを要求されている訴訟物の概念の中には入っていないのだ、という認識を表明するとみなければならない。とするならば、少なくとも、この判決は、訴訟物は技術的な法律構成を本質的な要素とし、その提示こそ原告の最も重要な任務であるという判例とは異なる訴訟物観に立っているとみてよいであろうと、結論づけている⁽¹⁶⁾。しかし、この論理ははなはだ無理がある。この教授の視点は、もっぱら訴訟物論の角度から本判決を受け止めている。筆者がかねがね主張しているように⁽¹⁷⁾、裁判所は実体法と手続法の両面から事件に対処していることに改めて留意しなければならない。本件控訴裁判所は、消費貸借契約に基づく債権としても、その準消費貸借契約に基づく債権を譲り受けたと主張する債権も、ともに存在を認められないとして請求を棄却したものである。判旨が説示する一般論は本判決としては傍論であり、とりわけ本件ではいずれの請求も棄却したのであるから、必要な説示でもある。したがって、三ヶ月教授が指摘されるような問題意識に基づき述べたものでもない。

その後、つぎに紹介する最高裁判所の判例が存在する。もっとも、その先例的射程距離については議論が分かれるところである。

最判(一小)昭和41年10月6日判例時報473号31頁

(事案) Xは昭和38年1月から2月末まで訴外Aに敷金3万円を差し入れて家屋を借り受け電話と電話債券の売買をしていたが、2月末でその営業

を止めることになった。そこで、Yがその家屋をAから借り受けてXの営業を引き継いで行うことになったため、YはAに対し3万円の敷金を差し入れなければならなくなったが、その資金がなかった。YはXのAに対する3万円の敷金返還請求権を譲り受け、Xの差し入れていた敷金を引き続きYからAに差し入れたこととした。YはXに昭和38年6月末までに3万円を返還することを約したが返還しなかったため、Xはその支払いを求めYに対し本件訴えを提起した。

第一審は、「右事実によれば、昭和38年2月末か3月始め、現金の授受はないが、これと同視すべき金3万円の経済的利益の授受がXよりYにあり、Yは同年6月末までにこの返還を約したのであるから、消費貸借の成立があったというべきであり、YはXに対し右借受金3万円を支払う義務がある。」として、Xの請求を認容した。Yは控訴したが、控訴審も一審判決を全面的に支持し控訴を棄却したので、Yが上告した。(以上の事案の概要は、鈴木重勝『昭和41・42年度重要判例解説』84頁による。)

(判旨) 上告棄却

「原審の事実認定は挙示の証拠によって是認し得るところである。…本件3万円の債権につき原審は所論のごとき認定をしたのであるが、当事者が金銭消費貸借に基づき金員支払を求める場合において、その貸借が現金の授受によるものでなく、既存債務を目的として成立したものと認めても、当事者の主張に係る範囲内においてなした認定でないとはいい得ないから、畢竟、原判決には何等所論の違法はなく、論旨は採用に値しない。」

本件は、第一審判決を支持した原判決は、XY間に要物性を緩和した消費貸借が成立したと認定して、Xの請求を認容した。これに対し、上告審は、消費貸借に基づく金員の支払請求に対し、準消費貸借が成立しているとして請求を認容しても、当事者の主張の範囲内の認定であるとして、結論的にはXの請求を認容した原審判決を支持した。原審判決は、実体法の側面から事件を処理したところ、最高裁判決は、手続法の観点から事件に対処し、Xの請求を認容するという同じ結論を導いたものである⁽¹⁸⁾。

これを上記事案についてみると、原審は、XY間に要物性を緩和した消費貸借が成立したと認定しているに止まり、準消費貸借についてはなんの

説示も見当たらない。その点で、上記最高裁判決については、要物性を緩和した消費貸借の成立を肯定したものと捉える見方がある⁽¹⁹⁾。そうしてみると、つぎに述べる準消費貸借に基づく請求につき、裁判所が原債権の請求として認容するのを相当と判断する場合に関する大判昭和9年6月30日民集13巻1197頁にならったものであると位置づけることができる。

②準消費貸借に基づく請求につき、裁判所が原債権の請求として認容する
のを相当と判断する場合

大判昭和9年6月30日民集13巻1197頁

(事案) Aは以前からYに2600余円の債務があったところ、現金800円を受け取って3500円の借用証書を差し入れた。この借用証書には、Xが連帯債務者として署名するとともに、Xは右3500円の債務を担保するために自己の財産の上に抵当権を設定した。Xは、Aに運転資金として3500円の現金を取得させるつもりで連帯債務者になったのだから要素の錯誤があり無効であること、X自身なら金銭の授受に関与していないから、右消費貸借はXに対する関係では要物性を欠き無効であること、を主張して債権及び抵当権不存在確認の訴えを提起した。これに対し、Yは準消費貸借の成立を主張して争った。原審は、簡易の引渡しにより3500円の消費貸借の成立を認めた。Xから上告。

(判旨) 上告棄却「当事者間に準消費貸借成立したりと云ふは帰する所消費貸借に因る債務の成立したる事実を主張するに外ならざるを以て当事者が前者の事実を主張したる場合に裁判所が簡易の引渡しにより現金の授受を了し之に因りて消費貸借に因る債務の成立したる旨を判示したればとて該認定が訴訟資料に基くものなる以上当事者の主張に係る範囲内に於て為したる事実上の判断に非ずと為すを得ず」

判旨のような考え方を採ると、準消費貸借は消費貸借の一態様にすぎないことになり、本判決当時、評価は分かれたが⁽²⁰⁾、それ以上に議論が深まることはなかったようである。この考え方は、戦後の前記福岡高裁判決及び最高裁判決に引き継がれている。両判決とも、訴訟法的意味で同一請

求と判断しているのであり、消費貸借上の債務と準消費貸借上の債務は同一であるとする認識に基づいていると見受けられる⁽²¹⁾。

こうした中であって、まったく別の判断をしている簡易裁判所の判決がある。

小倉簡判昭和40年1月12日判例タイムズ172号222頁

(事案) 不明

(判旨) 「消費貸借に基づく返還請求権と準消費貸借に基づく返還請求権とは、その発生原因たる構成要件を異にするものであって、全く異った訴訟物であると解するので、訴の変更のない限りは、消費貸借に基づく金銭の返還請求訴訟において準消費貸借の成立の有無を判断することは違法であると考えらる。」

消費貸借と準消費貸借とは、実体法上別個の規定に基づくので、これまでの伝統的な考え方によれば、ごく自然な判旨である。訴えの変更によるべしとするのも、被告の手續保障を確保する点では、評価できるが、常にそうした方法によらなければならないとすると、裁判所による適切な釈明権の行使が必要不可欠になる。さらに、たとえ釈明権の行使がなされても、当事者がそれに対応しなかったときは、裁判所は苦慮することになる⁽²²⁾。

これらの基調、すなわち準消費貸借は消費貸借の一態様と捉えらるとともに、訴訟法的意味で同一請求と判断している状況に直面すると、裁判所の釈明権行使の必要性が当然に想起され、なぜそれぞれの事件を担当した事実審裁判所はそうした配慮をしなかったのかという疑問が生じてくる⁽²³⁾。消費貸借についても準消費貸借についても、理由がないとして請求を棄却するのであればまだしも、いずれかにつき請求を認容するとなると、どのように理論的な筋道の明確な根拠づけをするかは難しい問題であるという練達の裁判官の指摘は長年に渡る苦勞がにじみ出ているようにわれわれに響いてくるものがある⁽²⁴⁾。確かに、実体法の定めがありながら、訴訟技

術の稚拙さも相まって、筋の良くない訴訟案件になってしまうことを回避するには、釈明権行使に期待することは、自然な流れであるといえよう。しかし、当事者がそれに的確に対応してくるとは限らない。これまで判例とりわけ先に紹介した最高裁判所の判例はそうした背景を踏まえた落ち着いた良い着地点ということができよう。

ウ 証明責任

準消費貸借に基づく貸金支払請求訴訟において、旧債務の存否と証明責任の関係については、つぎに紹介する最高裁判所の判決がある。

最判(二小)昭和43年2月16日民集22卷2号217頁

(事案) Yは訴外Aから金員を借り受けていたが、その一部を返済し、残額債務が98万円であるとして、右金員を目的とする準消費貸借の公正証書を作成した。その後、XはAから右債権を譲り受け、Yに対し98万円の支払請求訴訟を提起した。これに対し、Yは残額債務は7万円に過ぎないと争った。

原審は、書証によって98万円の準消費貸借契約が成立したものであると認め、これを前提とし、準消費貸借契約を否定しその前提となる基本債権債務の存在を争う者はその旨の立証責任が存するがYはその立証をしないとして、Xの請求を認容した。Yから上告した。

(判旨) 上告棄却「準消費貸借は目的とされた旧債務が存在しない以上その効力を有しないものではあるが、右旧債務の存否については、準消費貸借契約の効力を主張する者が旧債務の存在について立証責任を負うものではなく、旧債務の不存在を事由に準消費貸借契約の効力を争う者においてその事実の立証責任を負うものと解するを相当とする。」

本判旨は、その理由につき説示されていないので、本件担当の調査官解説に手がかりを求めることとする。宇野栄一郎調査官は、つぎのように述べている⁽²⁵⁾。すなわち、

「準消費貸借契約成立に際しては、一般に旧債務に関する証書が新債務に関する証書に書き替えられ、旧証書は破棄され、しかも、新証書

が旧債務を表示しないで新たな貸借が行われたような記載がされている場合が多く、このような場合には新証書によって旧債務の存在を事実上推定するわけにはいかないから、旧債務存在の立証が困難であることは否定できない。かくて、立証責任の分配を立証の難易を基準とする公平の観念によって定めるべきではないとする法律要件分類説よりの批判はあろうが、立証の難易を考慮し、準消費貸借契約の効力を争う者に旧債務の不存在の事実についての立証責任を負担させるべきであるとの見解があらわれている。」

「右にいう旧債務の不存在の事実とは、旧債務につきその権利障害事実および権利滅却事実の存在をいうことはもとより、本件事案の内容に照らせば、権利根拠事実の不存在をも包含していると解すべきものであろう。なお、本判決が立証責任は契約の効力を争う者にあるとしたのは、その者に旧債務の不存在の事実についての主張責任が無いとするものではないことはもとより、本判決が主張責任の存否について判示しなかったのは、論旨がこの点は問題にしなかったからであろうと思われる。」

判例は、古くからほぼ一貫して準消費貸借契約による債務の存在を争う者に債務の不存在の証明させる態度を採っていた⁽²⁶⁾。もっとも、明確に証明責任があるという説示は余り見られず、準消費貸借契約を示す借用書をはじめとする書面があることをもって、旧債務の存在を推定するという表現に止まっていたが、結論として債務者に証明責任を負わせることになるという姿勢に変わりはない。

最高裁も、上記のように、特別の理由を説示することなく、従来の判例の態度を踏襲するに止まっている⁽²⁷⁾。

これまで民事裁判実務が営々として築いてきた証明責任の分配に係る法律要件分類説という英知の結晶は、なぜ準消費貸借で方向転換をしてしまったのか、あるいはよぎなくされたのだろうか。判例は、準消費貸借に

関する事案に限って、紛争実態に着目し、当事者が旧債務関係の証書を廃棄してしまうこと、取引関係が錯綜していて債権債務関係が明確でないこともある等の事情を理由に、法律要件分類説の原則論とは異なる立証の難易を基準とする公平の観念から判断基準を設定している。契約関係の当事者は当該契約から紛争が生じたときに備えているべきことである。契約関係においては、当事者はその証書を通常それぞれ保持し、保存しているのであり、火災をはじめ災害によってそれらが消失してしまっているといった特別の事情がない限り、債権者・債務者が自己の立場を守るために、関係文書を保存することは契約関係に内在する責務である。この問題に限って、今ただちに法律要件分類説の基本的立場を変更すべき理由はまったく見いだすことができず、筆者は債権者に旧債務存在の主張・証明責任があると解する⁽²⁸⁾。

しかし、現在でも、判例の立場を支持する見解が有力のようである⁽²⁹⁾。その理由は、上記調査官解説にあったように、準消費貸借契約を締結する際に、旧債務の証書等は貸主から借主に返還されるのが取引の実情であるとの認識に立っている⁽³⁰⁾。

これらのいずれの機能に着目して旧債務を目的とする準消費貸借契約を締結する場合であっても、旧債務と新債務との関係が法的にも経済的にも遮断され、一切の法律関係が消滅するわけではない。したがって、企業は、準消費貸借契約を締結しても、それによって旧債務に関する文書を一切廃棄するということはしないし、文書管理の観点からもそのような考え方を選択することは想定し難いことである。旧債務に関する文書を一切廃棄せず保管しておくこととしたからといって、それによって旧債務を目的として準消費貸借契約を締結する意義が減殺されるわけではないし、旧債務に関する文書を保管するのに多大な手数と人力を要することになるともいえない。そうすると、準消費貸借契約を締結するに際し、旧債務に関する文書は通常一切廃棄すると断定してしまうこの認識は、極めて疑問であるの

みならず、準消費貸借契約の現に果たしている機能につき正確な認識に欠けるものであるといえよう。

このようにみえてくると、準消費貸借契約を締結することによって、旧債務に関する文書は通常一切廃棄するという前提の上に立って、準消費貸借契約に係る法的諸問題につき考察するという姿勢は、誤った認識に立っていることになる。そうであれば、誤った前提に立って準消費貸借契約に係る法的諸問題を推論することは、法論理的にも経済的経験則の観点からも妥当であるとは到底言い難い。

近時、この問題について注目すべき研究がある。それは、準消費貸借を分類して、債務変更契約と更改型準消費貸借があるとし、債権者に旧債務の存在につき証明責任を負わずとする証明責任の一般原則は債務変更契約には合致するが、更改型準消費貸借には妥当しないとす⁽³¹⁾。その理由として、更改型の場合は、旧債務は消滅し、さらに旧債務に付着した抗弁をも消滅させ、請求権を従来の法的原因からまったく切り離された新たな法的基礎の上に置こうとする契約であり、旧債務の不存在は新債務の成立を障害する事由にすぎないという。いずれの場合も、法的構成が錯綜しているものの、経済的利益は前後を通じて同一であり、そこに債務弁済契約という本質的な共通性があるのではないだろうか。

- (11) 時効については、既存の債務の発生から時間が経過している時点において、その債務を対象とする金銭消費貸借契約を締結するのであるから、別の視点からの検討を要するのは、必然的なことである。
- (12) これらの状況は、村松俊夫・判例評論102号（判例時報480号・昭和42年）110頁にも詳述されているが、現在における関係業界を取材しても、そこから半世紀が経過した現在でもあまり変わらないようである。本来であれば、新たな証書を作成するに際し、弁護士が関わって公正証書を作成することによれば、予防法学の側面から望ましいことであり、むしろ当然のことといえようが、実情は必ずしもそこまで改善されてはいないようである。あるいは、公正証書の作成を公証人に委託することまで考えが及ばなかったり、あるいはその手数料を負担することがそもそも重荷になっている事情もあるという。もっとも、仮に準消費貸借契約

- につき公正証書を作成していても、そこに請求権が具体的に表示されているか否か、公正証書の貸付日の記載が真実と相異しないか等をめぐり、その債務主義としての適法性が争いになる場合もあるので、注意を要する。例えば、最判(二小)昭和43年2月16日民集22巻2号217頁、最判(一小)昭和45年10月1日最高裁判所裁判集民事101号7頁。
- (13) 森田修「合意による契約の修正(1)～(7・完)―契約改訂における意思自律―」法学協会雑誌128巻12号(平成23年)1頁・39頁・41頁、129巻1号(平成24年)89頁、2号197頁、3号435頁、130巻1号(平成25年)80頁、3号646頁、9号30頁。極めて優れた大作であり、周到に検討し尽くされた深い洞察力には感服させられる。
- (14) 請求の予備的併合は、数個の請求が両立し得ない場合に限り許される。請求が両立し得るものであって、単純併合による審判の併合が可能な場合には、予備的併合は許されない。梅本吉彦『民事訴訟法・第4版補正第5刷』(信山社・平成28年)725頁。
- (15) 既存債務の存在を準消費貸借の成立要件とせず、その不存在を阻却要件とする立場では、異なってくる可能性がある。前掲注6山本敬三・371頁参照。なお、後述する最判昭和43年2月16日の影響を受けたことによるのか、浦和地判昭和59年10月30日判例タイムズ549号226頁は、主債務者に対し、消費貸借契約に基づく貸金返還請求をし、保証人に対し、主動的に上記貸金の保証債務の履行を求め、予備的に準消費貸借契約上の保証債務の履行を求めた事案において、裁判所は、主債務者に消費貸借契約上の責任を認め、保証人に対して準消費貸借上の保証債務の履行請求を認容している。
- (16) 三ヶ月章「訴訟物をめぐる戦後の判例の動向」民事訴訟雑誌5号(昭和33年)177頁〔同『民事訴訟法研究・第1巻』(有斐閣・昭和37年)188頁〕。もともと、三ヶ月教授も、本判決をもって、新訴訟物理論の立場に立っていると即断することはできないという。
- (17) 梅本吉彦『民事訴訟法』の初版(平成14年)以来、最近の第4版に至るまで、初版の「はしがき」及び第2版以降の「上梓に際して」において主張するとともに、個々の問題の解決に臨み、常に留意してきていることである。
- (18) 大江忠『第3版要件事実民法(4)債権各論』(第一法規・平成17年)252頁は、弁論主義の要請からみて疑問が残るとする。
- (19) 前掲注12村松・111頁。
- (20) 有泉亨『判例民事法昭和9年度』286頁は判旨を疑問としたが、末川博・民法雑誌1巻2号296頁は、当事者の主張の範囲内で与えられた事実に基づいて消費貸借の成立が認められる限り問題ないとして判旨を支持した。
- (21) 前掲注12村松・111頁は、その考え方自体は観念的にすぎると批判しつつ、両判決の根底にある認識については本文に述べたように理解している。また、判例

- の理解につき、鈴木重勝・ジュリスト増刊昭和41・42年度重要判例解説（昭和48年）84頁は、いずれも消費貸借の現象形態であるという理解を前提として、両者の関係につき587条を消費貸借の基本規定とし、588条を補充規定とし相補充しあう法条競合の補充関係ともいべき関係にあるとしているのではないかという。
- (22) 前掲注12村松・112頁も、この点を指摘する。
- (23) 山本和彦『民事訴訟審理構造論』（信山社・平成7年）184頁は、広い視野から民事訴訟手続の全体の過程を踏まえながら、この点を鋭く指摘する。
- (24) 前掲注12村松・112頁参照。現在でも、弁論準備手続が進行して一つの節目に辿り着いたときに、裁判所から「主張整理（案）」が当事者に渡されても、当事者の反応は切迫感がないようである。
- (25) 宇野栄一郎「調査官解説」『最高裁判所判例解説民事篇昭和43年度（上）』268頁。
- (26) 大判大正6年11月5日民録23輯1752頁，同大正9年5月18日民録26輯823頁，同大正11年10月18日法律新聞2062号17頁，同（民事連合部）大正15年2月1日法律新報68号11頁，同昭和10年3月5日法律新聞3822号12頁。
- (27) この類いの問題については、調査官解説も文献の考証に終始するのではなく、取引実態を詳細に調査する姿勢が必要なのではないか。最近の調査官解説を見ても、比較的司法試験受験生に多く読まれている概説書に依拠し、平板的に記述しているものが顕著である。限られた時間的制約の下で業務を遂行しているであろうが、一層の研鑽を重ねることを心より期待する。
- (28) 同旨・倉田卓次「準消費貸借契約における旧債務の存否に関する立証責任」民商法雑誌59巻2号（昭和43年）〔同『民事実務と証明論』（日本評論社・昭和62年）209頁〕，村上博巳『証明責任の研究〔新版〕』（有斐閣・昭和61年）250頁，大江忠『第3版要件事実民法（4）債権各論』（第一法規・平成17年）251頁。竹下守夫教授は、有理性の要請から債権者が旧債務の存在という法律状態について主張すべきであるが、債務者がそれを争えば、旧債務の発生要件事実については債権者が主張・証明責任を負い、その消滅要件事実については債務者が主張・証明責任を負うとする。とりわけ、判例を含めてこれまでの諸説が旧債務の存否を「事実」と捉えているのを疑問とする（兼子一原著『条解民事訴訟法〔第2版〕』（弘文堂・平成23年）895頁〔竹下守夫〕）。
- (29) 賀集唱「準消費貸借における旧債務成否の主張・立証責任」判例タイムズ180号（昭和40年）65頁〔宮川種一郎・賀集唱編『民事実務ノート・第1巻』（判例タイムズ社・昭和43年）122頁〕，前掲注12村松・124頁。とりわけ、村松元判事は、証明責任の分配の原則の根底には、衡平ということにあるとして、いずれの当事者に旧債務の存在の証明責任を負担させるかは衡平の観点から実質的に考えるべきであること、旧債務関係文書が通常破棄されることを理由とする。しかし、第1点は同判事が長年にわたり法律要件分類説を堅持されてきたことと整合性に欠

けるし、第2点はそこまで断定するのははなはだ軽率ではないだろうか。

- (30) 古財英明「消費貸借・準消費貸借」統括編集者伊藤滋夫『民事要件事実講座 3・民法I 債権総論・契約』（青林書院・平成17年）307頁。
- (31) 松本博之『証明責任の分配〔新版〕』（信山社・平成8年）389頁。二分説を支持する見解も表明され、旧債務の主張証明責任を被告に負わせるのは、事案解明義務とも密接に関係する旨の主張がみられ、注目される。山下英久「準消費貸借の原債権の主張立証責任・再考」甲南法務研究8号（平成24年）59頁、特に64頁以下。

5 今後の課題

準消費貸借が多様な機能を有することを考えると、今後種々の病理的現象を生じることが想定される。

第1に、準消費貸借契約の締結に際し、債務者は、二重に債務を負う事態を防止するために、旧債務は消滅する旨の条項を設けるように留意することを要する。

第2に、既存の契約を締結した際に、債務者側は代理人によっていたところ、その代理人が、その金銭債務を目的として準消費貸借契約を締結することについても代理権を授与されていたか否かが問題になることがある。

第3に、個人企業において、準消費貸借契約を悪用した計画倒産を行うことがある。たびたび資金調達を図り、それにより多額な資金を取得するとともに、債務を負担することになる。そうして生じた複数回にわたる金銭消費貸借契約に基づく金銭債務を集約して、自己が代表取締役である株式会社を債務者とする一個の準消費貸借契約にまとめる。その後、代表取締役を辞任し、まもなく同社は破産開始決定の申立てを行う。通常、準消費貸借は債権者の主導の下に行われるが、それとは反対に債務者から債権者に要請することにより、集約化を図る場合は、債務者に不純な動機が潜んでいる可能性がある。

第4に、公正証書を活用することが一層増加すると想定されるが、公正

証書の有効性をめぐる紛争、さらにはその上で公証人の法的責任を追求する紛争等が増加することが見込まれる。つぎに紹介するのは、その一例である。

最判(一小)平成9年9月4日民集51巻8号3718頁

(事案) 本件は、クレジットカードの利用による買掛代金債務を旧債務とする準消費貸借契約公正証書に基づいて強制執行を受けた保証人が、無効な公正証書を作成した公証人に過失があると主張して国家賠償請求訴訟を提起した。本件準消費貸借の旧債務は①立替払債務と②貸金債務から成っているところ、前者の利息年1割5分、遅延損害金年3割が割賦販売法30条の3に違反すること、後者の既払利息のうち利息制限法に違反する部分の元本充当計算を行わずに準消費貸借における元本としたことは存在しない債務を消費貸借の目的とした違法があり、公証人において嘱託人が割賦販売幹旋業者であることを知りながら、これら公正証書の内容の法令違反につき確認を怠って公正証書を作成した過失があると主張した事案である。

原審は、①の点につき、公正証書作成嘱託の際に使用された委任状が定型用紙であること、準消費貸借の目的となる「債権者の加盟店から買取った衣類等の買掛代金」で表示される原債権は、多数の顧客に対する割賦購入あっせんにより生じた立替払債権であるが、従前その遅滞に対し高率の損害金支払約定がなされていた弊害を排除するために、本件のしばらく前に割賦販売法が改正されたこと、債権者から依頼を受けた司法書士は定型用紙の内容の確認に関与し、以後これを利用して多量の公正証書の嘱託業務を処理していたのであるから、このような場合には、公証人はその処理に当たったの注意義務は高度のものが要求されること等を理由に、公証人の過失を認め、②の点については、過失を否定した。

(判旨) 最高裁は、①の点についても、以下の理由により公証人の過失を否定し、原判決を破棄し原告の請求を棄却した。

「公証人法(以下『法』という。)は、公証人は法令に違反した事項、無効の法律行為及び無能力により取り消すことのできる法律行為について公正証書を作成することはできない(26条)としており、公証人が公正証書の作成の嘱託を受けた場合における審査の対象は、嘱託手続の適法性にとどまるものではなく、公正証書に記載されるべき法律行為等の内容の適法

性についても及ぶものと解せられる。しかし、他方、法は、公証人は正当な理由がなければ嘱託を拒むことができない（同法3条）とする反面、公証人に事実調査のための権能を付与する規定も、関係人に公証人の事実調査に協力すべきことを義務付ける規定も置くことなく、公証人法施行規則（昭和24年法務府令第9号）において、公証人は、法律行為につき証書を作成し、又は認証を与える場合に、その法律行為が有効であるかどうか、当事者が相当の考慮をしたかどうか又はその法律行為をする能力があるかどうかについて疑いがあるときは、関係人に注意をし、かつ、その者に必要な説明をさせなければならない（13条1項）と規定するとどめており、このような法の構造にかんがみると、法は、原則的には、公証人に対し、嘱託された法律行為の適法性などを積極的に調査することを要請するものではなく、その職務執行に当たり、具体的疑いが生じた場合にのみ調査義務を課しているものと解するのが相当である。したがって、公証人は、公正証書を作成するに当たり、聴取した陳述（書面による陳述の場合はその書面の記載）によって知り得た事実など自ら実際に経験した事実及び当該嘱託と関連する過去の職務執行の過程において実際に経験した事実を資料として審査すれば足り、その結果、法律行為の法令違反、無効又は無能力による取消し等の事由が存在することについて具体的な疑いが生じた場合に限り嘱託人などの関係人に対して必要な説明を促すなどの調査をすべきものであって、そのような具体的な疑いがない場合についてまで関係人に説明を求めるなどの積極的な調査をすべき義務を負うものではないと解するのが相当である。」

公証人制度は、古くから予防法学的使命を担ってきたことを考えると、その健全な発展のために、幅広い法曹実務家の今後の努力が求められる⁽³²⁾。本稿で検討の対象とした最高裁まで行くような事案でも、準消費貸借を公正証書によったものが少なくない。公証人の権限は限られているので、そこに当事者が提示する公正証書の文案が十分に吟味されたものであることが必要である。公証人に至る前段階が重要である。

(32) 梅本吉彦「公証・強制執行・倒産処理手続における個人情報保護(1)」法曹時報62巻1号（平成22年）5頁参照。