

第4章 民法（債権関係）改正における 消費貸借に関する検討課題

山田 誠 一

1 はじめに

2017年5月に成立した民法の一部を改正する法律（平成29年6月2日法律第44号。以下、「改正法」という）にもとづいて改正された後の民法（以下、「改正後の民法」という）とあり、これに対して、改正法にもとづいて改正される前の民法を「改正前の民法」ということがある）における消費貸借の規律について、検討をすることとする。改正後の民法が消費貸借について定める規定は、改正前の民法の規定が改正されたものがあるとともに、改正前の民法の規定と同一のものもある⁽¹⁾。以下では、改正されたもののうち、要式契約としての諾成的消費貸借に関する規定（587条の2）**(2)**、利息に関する規定（589条）**(3)**、および、当事者が返還の時期を定めた場合において、借主がその時期の前に返還をしたことによって貸主が損害を受けたときの賠償請求に関する規律を定めた規定（591条3項）**(4)**について、順に検討することとする。

2 要式契約としての諾成的消費貸借に関する規定（587条の2）

（1）改正前の民法における諾成的消費貸借に関する規律

改正前の民法は、「消費貸借は、当事者の一方が種類、品質及び数量の同じ物をもって返還することを約して相手方から金銭その他の物を受け取ることによって、その効力を生ずる」（587条）と定めている。ここには、当事者の一方（借主）が相手方（貸主）から、金銭⁽²⁾を受け取ることによって、成立することが定められていて、金銭の支払が、消費貸借の成立要件とされている。すなわち、改正前の民法は、消費

(1) 587条、591条1項、592条が、改正前後を通じて、同一の規定である。

(2) 消費貸借では、貸借の目的物は金銭に限られないが、本稿では、金銭を貸借の目的物とした諾成的消費貸借を取り上げることとする。

貸借を要物契約としている。

これに対して、諾成的消費貸借は、非典型契約として、効力を有すると考えられていた⁽³⁾。諾成的消費貸借では、貸主は金銭を借主に支払う債務を負い⁽⁴⁾、貸主が借主に支払った後、借主は貸主が支払った金銭の額と同じ額の金銭を貸主に支払う債務を負う⁽⁵⁾という法律関係となると解されていた。

(2) 改正後の民法における消費貸借の成立要件—587条と587条の2

このような改正前の民法のもとでの状況に対して、改正後の民法は、改正前の民法587条をそのまま残し、諾成的消費貸借を定める587条の2を新設した⁽⁶⁾。同条1項は、「前条の規定にかかわらず、書面でする消費貸借は、当事者の一方が金銭その他の物を引き渡すことを約し、相手方がその受け取った物と種類、品質、数量の同じ物をもって返還をすることを約することによって、その効力を生ずる」と定めた⁽⁷⁾。こ

-
- (3) 最判昭和48年3月16日金法683号25頁は、XとYの間に、諾成的消費貸借がなされたところ、借主であるXが、貸主であるYに対して、貸付金の支払を求めて訴えを提起した事案について、「原審が適法に確定した事実関係のもとにおいては、貸付をなすべき債務の履行としての所論の金員給付義務は、本件担保供与義務の履行の提供の有無にかかわらず発生しているものというべく、また本件担保供与義務の履行の提供と共にXの請求があったときは、Yは右金員給付義務につき履行遅滞の責に任ずべきものである」との判断をしていて、その前提において、諾成的消費貸借は、効力を有するとの見解に立っていた。また、我妻栄『債権各論中巻一』（1957年、岩波書店）354頁は、「民法の定める要物契約としての消費貸借の他に、諾成的消費貸借（一種の無名契約）を認めることができるか」について、「肯定説に従う」とし、その理由として、「要物契約とすることに合理的な根拠」がなく、「契約自由の原則でこれと別異の契約をすることを否定すべき理由はないからである」としていた。さらに、星野英一『民法概論Ⅳ』（1986年、良書普及会）173頁は、「消費貸借の要物性に合理性がない以上、これを強行規定と解すべきではないとする。
- (4) 我妻・前掲注(3)355頁、および、星野・前掲注(3)173頁参照。
- (5) 星野・前掲注(3)174頁参照。我妻・前掲注(3)355頁は、貸主が借主に金銭を支払っていないことを抗弁として位置づけている。
- (6) 商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）』（2013年、商事法務）153頁は、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）平成25年3月 法務省民事局参事官室 中間試案」（以下、「中間試案」という）中の第37消費貸借1消費貸借の成立等（民法第587条関係）(2)（改正後の民法587条の2第1項に対応する項目である）について、最判昭和48年3月16日・前掲注(3)を引用し、「判例（……）が諾成的な消費貸借の成立を認めており、実際上も融資の約束に拘束力を認めることが必要な場合は少なくないこと等を踏まえたものである」とする。
- (7) 中田裕康『契約法』（2017年、岩波書店）349頁は、改正後の民法587条の2第1項について、「書面でする消費貸借は、金銭等の授受の前であっても、当事者の合意により契約が成立し、効力を生ずる」として、金銭等の授受の前に、当事者の合意によって契約が成立することに、焦点をあてる。また、商事法務・前掲注(6)153頁は、「中間試案」中の第37消費貸借1消費貸借の成立等（民法第587条関係）(2)（前述）について、「〔諾成的〕消費貸

のようにして、改正後の民法は、要物契約である消費貸借について定めるとともに、書面であることを要件として⁽⁸⁾ 諾成的消費貸借は、効力を有すると定めたのである⁽⁹⁾。

諾成的消費貸借を成立させる合意の内容は、当事者の一方（貸主）が相手方（借主）に当該合意で定めた金額（貸付元本額）⁽¹⁰⁾の金銭を支払うべきこと、および、貸主が借主に金銭を支払った後、借主が貸主の支払った金銭の額と同じ額の金銭を貸主に支払うべきことを含まなければならないものと考えられる。また、通常は、貸主が借主に金銭を支払う履行期（貸付日）、および、借主が貸主に金銭を支払う履行期（返済日）が、諾成的消費貸借を成立させる合意によって定められるものと考えられる。

なお、諾成的消費貸借を成立させる合意によって、利息の特約がされる場合のあることが考えられるが、利息の特約のない諾成的消費貸借も、効力を有する。利息の特約のあることは、諾成的消費貸借が効力を有するための要件とはされていない⁽¹¹⁾。

改正前の民法において、諾成的消費貸借は、書面であることを要件としていなかった。したがって、諾成的消費貸借をするには、書面でしなければならないという点

借の合意に書面を要求することによって、借主又は貸主が軽率に〔諾成的〕消費貸借の合意をすることを防ぐとともに、本文（1）〔改正前の民法587条の規定を維持するとする項目〕の消費貸借の前提としての合意との区別を図っている」とする。

- (8) 改正後の民法587条の2第4項は、「消費貸借がその内容を記録した電磁的記録によってされたときは、その消費貸借は、書面によってされたものとみなして、前3項の規定を適用する」と定めている。商事法務・前掲注(6)153頁は、「中間試案」中の第37消費貸借1消費貸借の成立等（民法第587条関係）(3)（改正後の民法587条の2第4項に対応する項目である）について、「保証契約に関する民法〔改正前の民法〕第446条第3項と同様の趣旨のものである」とする。
- (9) 中田・前掲注(7)349頁は、「新〔改正後の民法〕587条の2第1項が『前条の規定にかかわらず』と規定することから、要物契約（587条）が原則であり、書面とする消費貸借（新587条の2）はその例外だという関係になる」とする。
- (10) 通常、貸付元本額は、諾成的消費貸借の合意によって定められるものと考えられる。しかし、例えば、貸付元本額を、貸付日である○年○月○日○時における外国為替相場を基準にして、○○米ドル相当の○○円とする旨の定めを諾成的消費貸借の合意でした場合、円建ての貸付元本額は、諾成的消費貸借の時点では、確定していないものの、客観的な指標（ここでは、特定された日時における外国為替相場）にもとづいて一義的に算出することができることから、諾成的消費貸借の合意（当該合意）によって貸付元本額が定められていると考えるべきである。
- (11) 大村敦志＝道垣内弘人編『解説民法（債権法）改正のポイント』（2017年、有斐閣）462頁（石川博康）は、「利息の有無（有償か無償か）に従った取扱いの区別をしていない——従来の学説の中には、要物性の要請を無償性の要請と結び付いたもの理解することにより、有償の場合には諾成的消費貸借が認められると解する立場（……）もあったが、改正法ではそのような理解は採用されていない——という点にも、留意を要する」とする。

は、改正法によって実質的に変更されたところとなる⁽¹²⁾。

(3) 諾成的消費貸借によって生ずる基本的な法律関係（その1—貸主の債務）

諾成的消費貸借⁽¹³⁾により、貸主が借主に、定められた金銭を支払う債務（貸す債務）が生ずる⁽¹⁴⁾。貸主が負うこの債務について、貸付日が到来すれば、借主は貸主に対してその履行を求めることができ、貸主がその債務を履行しない場合、借主は貸主に対して強制執行⁽¹⁵⁾をすることができる⁽¹⁶⁾。貸付日が到来した後、貸主がそれを履行しなければ、借主は、貸主に対して、これによって生じた損害の賠償を請求することができる（改正後の民法415条1項⁽¹⁷⁾）。この損害賠償の額は、貸主が遅滞の責任を負った最初の時点における法定利率の額によって定め⁽¹⁸⁾、また、この損害賠償については、借主は損害の証明をすることを要さず、また、貸主は不可抗力をもって抗弁とすることができない（同419条）。さらに、諾成的消費貸借において、この貸主の損害賠償について、損害賠償額の予定（同420条）がされている場合には、その定めによって規律されることになる。また、貸付日が到来した後、貸主がその債務を履行しない場合において、借主が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、借主は諾成的消費貸借の解除をすることができ（同541条）、この解除権の行使は、損害賠償の請求を妨げない（同545条4項⁽¹⁹⁾）。

(12) 中田・前掲注(7)350頁は、「問題の本質は、諾成的消費貸借に相当する合意の存在であり、それが認められる場合には、書面要件は厳格なものとは解すべきではないだろう」とする。

(13) 以下では、改正後の民法487条の2第1項により成立した諾成的消費貸借について、検討する。

(14) 潮見佳男『基本講義債権各論I 契約法・事務管理・不当利得（第3版）』（2017年、新世社）127頁は、「諾成契約である消費貸借契約（諾成的消費貸借）が成立することによって、貸主の『貸す義務』（借主の『借りる権利』（金銭等の引渡請求権）が発生します」とする。

(15) 具体的には、民事執行法第2章（強制執行）中の第2節（金銭の支払を目的とする債権についての強制執行）の規定にもとづく強制執行である。

(16) 債権法研究会編『詳説改正債権法』（2017年、金融財政事情研究会）466頁（三上徹）は、「実際には当該金銭は他から調達して、損害賠償請求の形で争われることがほとんどである」とする。

(17) 債権法研究会・前掲注(16)466頁（三上）は、「書面による場合は契約の不履行になる」とする。

(18) 貸主の債務の不履行について、419条1項ただし書が定める約定利率が問題になることは想定できないように思われる。

(19) この場合において、借主が、他から資金を調達したところ、諾成的消費貸借の成立時と経済状況が変化していて、諾成的消費貸借で定めた利率より高い利率で調達することとなったとき、その利率の差から生ずる支払利息の増加分について損害賠償の請求をすることができると考えて良いと思われるが、改正後の民法419条1項との関係については、丁寧な検討を要するように思われる。

諾成的消費貸借が成立した後、貸主が借主に定められた金銭を支払う前に、借主が破産手続開始の決定を受けたとき、諾成的消費貸借は効力を失う⁽²⁰⁾（改正後の民法587条の2第3項⁽²¹⁾）。したがって、借主が有する金銭の支払を求める債権も効力を失う（消滅する）。改正後の民法には、破産手続開始の決定を受けること以外で、借主の信用不安が生じた場合について、諾成的消費貸借が効力を失うとする規定⁽²²⁾はなく、そのような場合についての規律は、諾成的消費貸借の中で定めることになる。例えば、「銀行取引約定書ひな型（平成12年4月廃止）」中の第5条（期限の利益の喪失）が期限の利益の喪失事由として定めている事由と同様の事由が生じた場合、諾成的消費貸借は効力を失うとするという定めが考えられる⁽²³⁾。

諾成的消費貸借により生ずる借主の債権（本段落では、「本債権」という）については、なお、検討すべき点がある。借主は、本債権を、第三者に譲渡することができ、借主の債権者は、本債権について差し押えることができる⁽²⁴⁾。また、貸主と借主との間に、諾成的消費貸借とは別に、貸主を債権者とし借主を債務者とする金銭債権（本段落では、「反対債権」という）があった場合、貸主も、また、借主も、双方の債務が弁済期にあるときは、反対債権と本債権とを相殺することができる（改正後の民法505条1項）と解するべきである⁽²⁵⁾。本債権も反対債権も金銭債権であり、貸主と

(20) その理由について、潮見・前掲注(14)128頁は、「借主が破産手続開始の決定を受けた場合は、弁済の資力がないとされた借主に対して『貸す債務』を貸主に負わせるのは不公平です」とする。

(21) この規定は、借主が破産手続開始の決定を受けた場合だけでなく、貸主が破産手続開始の決定を受けた場合についても、諾成的消費貸借は効力を失うとするものである。

(22) 商事法務・前掲注(6)153頁は、「中間試案」中の第37消費貸借1消費貸借の成立等（民法第587条関係）(5)（改正後の民法587条の2第3項に対応する項目である）について、「当事者の一方が再生手続開始又は更生手続開始の決定を受けた場合に関する規律は、民事再生法第49条又は会社更生法61条や本文（5）〔本項目〕の解釈に委ねることとしている」とする。潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（2017年、金融財政事情研究会）281頁も参照。

(23) 債権法研究会・前掲注(16)465頁（三上）は、「破産以外の法的整理や差押えなどの場合」について、「銀行実務の上では銀行取引約定の期限利益喪失条項と同様の内容で約定上の手当てが必須である」とする。

(24) 債権法研究会・前掲注(16)465 - 466頁（三上）参照。また、改正前の民法のもとでの諾成的消費貸借についてであるが、我妻・前掲注(3)355頁は、債権譲渡について、「借主は、その債権を第三者に譲渡することもでき」とし、星野・前掲注(3)174頁も、同じく債権譲渡について、「借主はその権利を第三者に譲渡することができ」とする。

(25) 債権法研究会・前掲注(16)466頁（三上）参照。改正前の民法のもとでの諾成的消費貸借についてであるが、我妻・前掲注(3)355頁は、「借主は、その債権を……相殺の用に供することもできると解すべきである」とするが、反対に、星野・前掲注(3)174頁は、借主が、本債権を自働債権とし、反対債権を受働債権とする相殺をすることができることは疑問であるとし、その理由として、「実質的に適当か問題で」とし、「100万円借りている者がさらに

借主が「互いに同種の目的を有する債務を負担する場合」にあたるからである。後述（(4)参照）のように、借主の債務（貸付金返還債務）は、貸主から借主に対する貸付元本額の金銭の支払があった後、生ずるため、本債権と貸付金返還債権に係る債権とを相殺することはできない。

諾成的消費貸借により生ずる貸主の債務について、借主がその履行を受けることを拒み、または、受けることができないことによって、履行の費用が増加したとき、その増加額は、借主の負担とする（改正後の民法413条2項）。また、貸主は、諾成的消費貸借により生ずる債務について、支払（弁済）の提供の時から、その債務を履行しないことによって生ずべき責任を免れる（同492条）。

（4） 諾成的消費貸借によって生ずる基本的な法律関係（その2—借主の債務）

諾成的消費貸借により、借主が貸主に、貸主が借主に支払った金銭の額（貸付元本額）と同じ額の金銭を支払う債務（貸付金返還債務）が生ずる。諾成的消費貸借の成立のみによって、借主が貸主に金銭を支払う債務が生ずるのではなく、諾成的消費貸借の成立、および、貸主から借主に対する貸付元本額の金銭の支払により、借主が貸付元本額の金銭を支払う債務が生ずるものである⁽²⁶⁾。諾成的消費貸借の成立のみによって、借主が貸主に金銭を支払う債務が生じないと考えるのは、もしこれと反対に考えるとすると、資金余剰のある貸主が資金需要のある借主に資金を融通し、借主がその資金を利用するという消費貸借の経済的実質から、諾成的消費貸借の法律関係が、乖離するものとなるからである。

（5） 借主は貸主から金銭が支払われるまでいつでも解除ができること、および、それに付随する問題（借主の解除によって貸主が損害を受けたときの賠償請求に関する規律）

諾成的消費貸借の借主は、貸主から貸付元本額の金銭の支払を受けるまで、契約の解除をすることができる（改正後の民法587条の2第2項）。「金銭の引渡し前に資金需要のなくなった借主に、いったん受取りを強制したうえで、改めて返還させること

50万円借りる約束をし、相殺すると、50万円弁済したことになるといってよいのだろうか」と述べている。

(26) 潮見・前掲注(14)127頁は、「諾成的消費貸借が成立することにより、……貸主から借主に金銭等の引渡しが行われれば、貸主に対する借主の返還義務（借主に対する貸主の返還請求権）が発生するので」とする（同133 - 134頁が、諾成的消費貸借における貸付金返還請求権が発生させる要件として、金銭の返還の合意をしたこと、上記の合意を書面にしたこと、および、消費貸借契約の終了とともに、上記の合意に基づき貸主が借主に対して金銭を交付したことを挙げていることも参照）。

は、意味があるとはいえない」⁽²⁷⁾ からである。また、利息の特約のある諾成的消費貸借の場合、貸主が貸付元本額の支払の提供をすると、利息が発生すると解される余地があり、資金需要のなくなった借主が貸付元本額の支払を受けることを拒むということだけでは、借主の利益は十分には保護されないからであると考えられる。

借主が改正後の民法 587 条の 2 第 2 項によってすることができる解除は、理由なくすることができる解除である。その点で、注文者による請負契約の解除（同 641 条）、および、委任の解除（同 651 条 1 項）と共通する。

諾成的消費貸借の借主が、改正後の民法 587 条の 2 第 2 項前段によって、諾成的消費貸借の解除をした場合において、貸主は、その契約の解除によって損害を受けたときは、借主に対し、その賠償を請求することができる（同条同項後段）。「これは、債務不履行による損害賠償（……、新 [改正後の民法] 415 条）ではなく、当事者の一方に解除権を付与しつつ、解除による相手方の損害を賠償させるという制度の 1 つである」⁽²⁸⁾。注文者による請負契約の解除の際の損害賠償（同 641 条）、および、委任の解除の際の損害賠償（同 651 条 2 項）と、基本的に法的な性質は共通すると考えることができる。この損害賠償⁽²⁹⁾については、例えば、貸主が、諾成的消費貸借にもとづいて借主に支払うこととしていた資金を他に融通したところ、諾成的消費貸借の成立時と経済状況が変化していて、諾成的消費貸借で定めた利率より低い利率で融通することとなったとき、その利率の差から生ずる受取り利息の減少分について損害賠償の請求をすることができると考えて良いと思われる⁽³⁰⁾。また、この借主の解除による

(27) 中田・前掲注(7)351 - 352 頁。商事法務・前掲注(6)153 頁も、「中間試案」中の第 37 消費貸借 1 消費貸借の成立等（民法第 587 条関係）(4)（改正後の民法 587 条の 2 第 2 項に対応する項目である）について、「諾成的な消費貸借を認めるのであれば、目的物引渡し前に資金需要がなくなった借主に契約の拘束力から解放される手段を与えるべきであるからである」とする。

(28) 中田・前掲注(7)352 頁。

(29) この損害賠償について、中田・前掲注(7)352 頁は、「損害の発生及びその額、並びに契約解除と損害との因果関係を貸主が証明することが必要である」とし、潮見・前掲注(14)127 頁も、「損害の発生およびその額については、貸主が主張・立証しなければなりません」とする。

(30) また、このような損害賠償とは別に、諾成的消費貸借の裏で貸主によって反対取引が行なわれる場合において、諾成的消費貸借が借主により解除されたとき、貸主は、その反対取引の再構築価格の支払をしなければならないことになり、その再構築価格の支払について、貸主は、選択的に、損害賠償を請求することができると考えられる。この点については、「市場金利連動貸金や固定金利貸金などで、取引の背後に金利市場や為替市場との反対取引やスワップ、オプションなどのデリバティブ取引などが行われる場合、それをキャンセルすると清算金という費用（損害）が発生する。これの計算は清算時（借入れ前の解除……時）における反対取引の再構築価格であり、それは利息（履行利益）とは別物で」とする債権法研究会・前掲注(16)483 - 484 頁（三上）参照。

損害賠償については、諾成的消費貸借において、どのような場合に損害賠償をするか、および、どのようにその損害額を算定するかについて、定めをすることができる⁽³¹⁾。なお、債務不履行による損害賠償ではないため、改正後の民法420条の適用を受けるものではないと思われる。

3 利息に関する規定（589条）

（1）特約による利息の発生

「貸主は、特約がなければ、借主に対して利息を請求することができない」（改正後の民法589条1項）。改正後の民法で、このことが明文化された⁽³²⁾。この「利息の割合（利率）は、合意によって定まる」⁽³³⁾。

（2）利息が発生する日

改正後の民法589条2項は、「前項の特約があるときは、貸主は、借主が金銭その他の物を受け取った日以後の利息を請求することができる」と定めている⁽³⁴⁾。ここでは、借主が金銭を受け取った日から利息が発生するとしていて、その日の翌日から発生するのではないことが定められている。「利息が元本使用の対価であることから、このような規定が設けられている」⁽³⁵⁾。

本規定と異なる内容を定めた消費貸借の効力が問題となる。まず、利息が発生する日を元本受取日より後の日にする契約の効力は、妨げられないと解するべきである⁽³⁶⁾。金銭を融通する対価としての利息をどのように定めるかは、原則として、契約

(31) 中田・前掲注(7)353頁は、「貸主は、借主との合意の際、損害賠償について特約をすることがありうる」とする。

(32) 改正前の民法において、我妻・前掲注(3)374頁は、「借主は、とくに利息を支払う約束をしたときでない利息を支払う債務を負わない」とし、星野・前掲注(3)164頁は、「民法上、消費貸借の内容として利息の支払は含まれていない」とする。

(33) 中田・前掲注(7)365頁。

(34) 改正前の民法においては、最判昭和33年6月6日民集12巻9号1373頁が、「消費貸借における利息は、元本利用の対価であり、借主は元本を受け取った日からこれを利用しうるものであるから、特約のないかぎり、消費貸借成立の日から利息を支払うべき義務があるものというべきである」との見解を明らかにしていた。商事法務・前掲注(6)154頁は、「中間試案」中の第37消費貸借4利息（改正後の民法589条1項2項に対応する項目）について、本判決を引用し、「利息は元本の受領日から生ずるという判例法理……を明文化するものである」とする。

(35) 潮見・前掲注(14)131頁。

(36) 潮見・前掲注(14)131頁は、「利息の発生時期を元本受取日より後にする契約は妨げられません」とする。

自由の原則が妥当するからである⁽³⁷⁾。次に、利息が発生する日を元本受取日より前の日にする契約の効力も、妨げられないと解するべきである。すなわち、元本の受取りによって利息が発生するという規律は、任意規定であり、元本を受け取るより前に利息が発生するとする内容の契約は、本規定に反するが、その効力も認められると解するべきであるということである。具体的にいうと、諾成的消費貸借において、1月1日に諾成的消費貸借が成立し、その内容として貸付日を2月1日、返済日を8月1日する定めがあった場合、借主は貸主に、1月1日から返済をする日まで、利率〇%の利息を支払う旨の定めは、効力を否定する理由はないように思われる。なぜならば、諾成的消費貸借が成立した場合、貸主は貸す債務を負うのであり、その債務に係る債権を借主が有することの経済的な価値はあると考えるべきであり⁽³⁸⁾、その価値を、どのように諾成的消費貸借における借主の対価負担に対応させるかは、当該契約の当事者が自由に設計して良いことであり、また、自由に設計すべきことであるからである。諾成的消費貸借により借主が有する債権の経済的価値を、借主の元本受取日以後に利息が発生するとしその利息のなかで、借主が負担するとすることと同様に、諾成的消費貸借成立日以後に利息が発生するとしその利息のなかで、借主が負担することも、なんら問題はないというべきである。諾成的消費貸借の成立後のあり得る推移は、借主が貸付元本の受取り（貸付日）前に解除すること、借主が貸付元本を受け取った後履行期（返済日）前に返済をすること、借主が受け取った後履行期（返済日）に返済することであり、利息が発生する日と利率とを、総合的に契約で定めることについて、利息の規制には服する⁽³⁹⁾ものの、原則として、契約自由の原則が妥当するものと考えられる。

これらとは別に、利息が発生する日を、改正後の民法589条2項の規定通りとする場合においても、利息の前払いを定める契約の効力も妨げられることはない⁽⁴⁰⁾。

(37) 利息制限法等の利息に関する規制により、その限りで、契約自由の原則は制約される。

(38) 諾成的消費貸借とは区別される諾成的消費貸借の一方の予約としてコミットメントライン契約は位置づけられるものと考えられるが、同契約において、借主になることができる地位（予約完結権）を与えられた対価として、コミットメントフィーを支払う債務を借主になることができる地位を有する者が負うことと、経済的には同等であると考えられる。コミットメントライン契約については、特定融資枠契約に関する法律（平成11年3月29日法律第4号）2条が定める特定融資枠契約、すなわち「コミットメントライン契約の法的性質は、消費貸借の一方の予約」であるとする揖斐潔＝古閑裕二「特定融資枠契約に関する法律の概要」NBL663号11頁を参照。

(39) 利息が発生する日を諾成的消費貸借が成立した日とした場合、利息制限法1条の適用において、利息は、元本受領日から返済日までの期間の利率に引き直されるべきであろう。

(40) なお、この場合、利息制限法2条の適用がある。

4 当事者が返還の時期を定めた場合において、借主がその時期の前に返還をしたことによって貸主が損害を受けたときの賠償請求に関する規律を定めた規定（591条3項）

改正後の民法591条3項は、「当事者が返還の時期を定めた場合において、貸主は、借主がその時期の前に返還したことによって損害を受けたときは、借主に対し、その賠償を請求することができる」と定めている⁽⁴¹⁾。この損害賠償は、債務不履行による損害賠償ではない。実質的には、改正後の民法587条の2第2項後段が定める損害賠償と共通する性質を有するものである⁽⁴²⁾。したがって、この損害賠償⁽⁴³⁾については、例えば、貸主が、返還を受けた資金を他に融通したところ、当初の消費貸借の成立時と経済状況が変化していて、消費貸借で定めた利率より低い利率で融通することになったとき、その利率の差から生ずる受取利息の減少分について損害賠償の請求をすることができると考えて良いと思われる⁽⁴⁴⁾。また、イールドカーブが右上がりであれば、経済状況の変化がなくても、返還を受けた資金を他に融通し、当初の消費貸借の返済日と同じ日に返済を受けることとすると、利率は期間が短くなった分低くなると考えられ⁽⁴⁵⁾、このことから生ずる受取利息の減少分についても損害賠償の請求をす

(41) 中田・前掲注(7)364頁は、「この損害賠償の規律は、現行法〔改正前の民法〕のもとで136条2項に関して論じられてきた規律を、消費貸借における規律として明確にするものである」とする。また、商事法務・前掲注(6)155頁は、「中間試案」中の第37消費貸借6期限前弁済（民法第591条第2項、第136条第2項関係）(2)（改正後の民法591条3項に対応する項目）について、「〔改正前の〕民法第136条第2項の規定について、その適用が最も問題となる消費貸借の場面に即した規律を設けることによって、消費貸借のルールの特明瞭化を図るものである。同項の規律の内容を変更する趣旨のものではない」とする。

(42) 中田・前掲注(7)364頁は、改正後の民法591条3項について、「書面とする消費貸借の目的物受取り前の解除の場合の規律（新〔改正後の民法〕587条の2第2項……）と整合的に解釈すべきである」とし、さらに、受取り前の解除と期限前返還の類似性として、「貸主の損害賠償については、経済的には両者で類似性がある（……）。また、どちらも債務不履行による損害賠償でないことが共通する」とする。

(43) この損害賠償について、中田・前掲注(7)364頁は、「損害の発生及びその額、並びに期限前返還と損害との因果関係を貸主が証明することが必要である」とし、潮見・前掲注(14)133頁は、貸主が損害の賠償を請求する際、「損害の発生およびその額については、貸主が主張・立証しなければなりません」とする。

(44) 前述（2（5））した諾成的消費貸借についての考え方と同じである。ここでも、債権法研究会・前掲注(16)484頁（三上）を参照。

(45) 例えば、期間を10年とする場合、年利3パーセントであり、期間を3年とする場合、年利1パーセントであるようなイールドカーブのもとでは、当初の消費貸借では、8年目、9年目、10年目の3年間も年利3パーセントの利息が生ずるが、3年を残して返済されて、その残り期間、貸主が別に融通しようとする、3年間、年利1パーセントの利息が生ずるとどま

ることができると考えて良い。さらに、これらとは別に、当初の消費貸借の裏で貸主によって反対取引が行なわれる場合において、借主が、当事者が定めた返還の日より前に返還したとき、貸主は、その反対取引の再構築価格の支払をしなければならないこととなり、その再構築価格の支払について、貸主は、選択的に、損害賠償を請求することができると考えられる⁽⁴⁶⁾。また、この場合の損害賠償については、消費貸借において、どのような場合に損害賠償をするか、および、どのようにその損害額を算定するかについて、定めをすることができる应考虑すべきである⁽⁴⁷⁾。なお、債務不履行による損害賠償でないため、改正後の民法 420 条の適用を受けないものではないと考えられる。

ることになる。このことについては、債権法研究会・前掲注(16)482頁(三上)が、「旧興長銀や信託銀行の長期資金の金銭消費貸借契約書には期限前弁済時には残高の2%を手数料として支払うという条項があったが、これは通常高利になる長期資金も、返済期限が近づくと信用リスクが下がるので(……)より低利の短期融資への乗換えを誘発する懸念があり、これを許していたら初期に引受けていた高い信用リスクの対価が回収できないからである」とするところを参照。

(46) 前述(2(5))。特に注(30)した諾成的消費貸借についての考え方と同じである。

(47) 中田・前掲注(7)364頁は、「損害賠償についての特約の効力は、一般的規律〔改正後の民法〕90条、消費〔者〕契約〔法〕10条〕に服するが(……)、その判定の際も、新〔改正後の民法〕591条3項の上記の趣旨〔改正後の民法591条3項は、同136条2項の特則であること、諾成的消費貸借の解除の場合の規律と整合的に解釈すべきこと、および、損害の発生及びその額、並びに期限前返還と損害の因果関係を貸主が証明することが必要なことを指すものと思われる〕を十分考慮すべきである」とする。