

# 月報 司法書士

# 3

M O N T H L Y S H I H O - S H O S H I

2018 March

No. 553

## 特集 民法改正一改正の ポイントと実務への影響

### 債権譲渡

日本司法書士会連合会民事法改正対策部部委員 鈴木 龍介

### 定型約款

日本司法書士会連合会民事法改正対策部部委員 初瀬 智彦

### 売買担保責任(損害賠償及び解除を含む)・金銭消費貸借

日本司法書士会連合会民事法改正対策部部委員 福永 修



# 売買担保責任(損害賠償及び解除を含む)・ 金銭消費貸借

日本司法書士会連合会民事法改正対策部委員

ふくなが おさむ  
福永 修

## I はじめに

本稿は、民法（債権関係）改正法の改正論点のうち、売買担保責任（損害賠償及び解除を含む）・金銭消費貸借の規定に絞ってポイントを解説する。ただし、本稿中の意見にわたる部分は、筆者の個人的見解であることをあらかじめお断りしておく。

以下、本文中のかっこ内の条文は改正法の条文である。

## II 改正点—売買担保責任（損害賠償及び解除を含む）

### 1 概要

売主の担保責任の法的性質について、旧法下では法定責任説と契約責任説の対立があり、かつては法定責任説が通説であったが、近時の学説では、契約責任説が通説となっている。そこで、改正法は、担保責任を契約上の債務不履行責任であることを明確にした。

以下、まず債務不履行による損害賠償及び解除の一般原則に触れた上で、売主の担保責任につき述べる。

### 2 債務不履行による損害賠償

旧法	改正法
<p>（債務不履行による損害賠償） 第415条 債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、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。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする。</p>	<p>（債務不履行による損害賠償） 第415条 債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行が不能であるときは、債権者は、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。ただし、その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない。 2 前項の規定により損害賠償の請求をすることができる場合において、債権者は、次に掲げるときは、債務の履行に代わる損害賠償の請求をすることができる。 ① 債務の履行が不能であるとき。 ②から③（略）</p>

(1) 要件

改正法415条は、履行不能以外の債務不履行についても債務者に帰責事由がないときは損害賠償責任を免責されること、及び帰責事由がないことの主張立証責任は債務者にあることを明確化した。

帰責事由の有無は、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」判断される。例えば、債務者が負う契約目的物の引渡し債務について、天災等の不可抗力の発生によって債務を履行することができない場合、当該引渡し債務に係る契約の書面に特に免責条項がなかったとしても、債権者は、債務者に対し、当該引渡し債務の履行責任の追及を行わないことが通常であろう。つまり、どのような場合に債務不履行責任を負い、また免責されるのかは、契約書の文言のありようだけでは、必ずしも決まらないということである。すなわち、契約上の債務の履行責任は、「契約内容を導く際の契約者の主観的意図（主観的事情）のみではなく、契約の性質（有償か無償かを含む）、当事者が契約をした目的、契約の締結に至る経緯その他契約（取引）をめぐる一切の事情」を考慮して判断されるということである（法務省法制審議会部会資料68A、79-3）。「帰責事由イコール故意過失」を意味するものではないことに留意されたい。

もともと、以上は、契約責任に関する学理的な整理のあり方の問題であり、帰責事由の判断基準及び主張立証責任が明確化した点を除けば、具体的な損害賠償責任の帰趨にこの論点が影響することは、それほど多くないものと考えられる。

(2) 原始的不能な契約の規律

旧法	改正法
(新設)	(履行不能) 第412条の2 1. (略)

2 契約に基づく債務の履行がその契約の成立の時に不能であったことは、第415の規定によりその履行の不能によって生じた損害の賠償を請求することを妨げない。

改正法は、いわゆる原始的不能な契約（例えば別荘の売買で契約締結前に焼失している場合等、契約締結時から履行不能である契約）も有効であることを前提に、信頼利益（契約が有効であると信じたために支出した費用）にとどまらず、履行利益（債務が履行されれば得られたであろう転売利益等の利益）の賠償ができることを明文化した（412の2 II）。旧法の伝統的見解によれば、原始的不能である以上、契約は無効であり、債務者は信頼利益の賠償責任を負うにとどまるため、考え方が大きく転換していることになる。

もともと、以上は(1)同様、契約責任に関する学理的な整理のあり方の問題であり、実務における契約責任の追及の際にこの論点が影響することは、それほど多くないと考えられる。

3 債務不履行による解除

旧法	改正法
(履行遅滞等による解除権) 第541条 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方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、相手方は、契約の解除をすることができる。	(催告による解除) 第541条 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方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、相手方は、契約の解除をすることができる。ただし、その期間を経過した時における債務の不履行がその契約及び

<p>(定期行為の履行遅滞による解除権)</p>	<p>取引上の社会通念に照らして軽微であるときは、この限りでない。</p>	<p>ができない事由によるものであるときは、この限りでない。</p>
<p>第542条 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、当事者の一方が履行をしないでその時期を経過したときは、相手方は、前条の催告をすることなく、直ちにその契約の解除をすることができる。</p>	<p>(催告によらない解除)</p> <p>第542条 次に掲げる場合には、債権者は、前条の催告をすることなく、直ちに契約の解除をすることができる。</p> <p>① 債務の全部の履行が不能であるとき。</p> <p>②から③ (略)</p> <p>④ 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、債務者が履行をしないでその時期を経過したとき。</p> <p>⑤ 前各号に掲げる場合のほか、債務者がその債務の履行をせず、債権者が前条の催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明らかであるとき。</p> <p>2 (略)</p>	<p>(1) 債務者の帰責事由要件の廃止</p> <p>旧法では、債務者の帰責事由を解除の要件としていたが(旧543・なお、旧541及び旧542については解釈による)、改正法では債務者の帰責事由は、解除の要件とならない(541及び542)。</p> <p>この改正は、債務不履行解除の意義を、「債務者に対する債務不履行責任の追及」ではなく、「債権者に対する契約の拘束力からの解放の手段」とするものである。</p> <p>(2) 催告解除(541条)</p>
<p>(履行不能による解除権)</p> <p>第543条 履行の全部又は一部が不能となったときは、債権者は、契約の解除をすることができる。ただし、その債務の不履行が債務者の責めに帰すること</p>	<p>(債権者の責めに帰すべき事由による場合)</p> <p>第543条 債務の不履行が債権者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、債権者は、前2条の規定による契約の解除をすることができない。</p>	<p>(1)のとおり、債務不履行解除の意義を「債権者に対する契約の拘束力からの解放の手段」に変更する点を除けば、債務者に履行遅滞がある場合において、債権者が相当の期間を定めて催告し、その期間内に履行がないときは、債権者に契約解除権が発生するという手続上の流れは、旧法と変わらない。</p> <p>他方、改正法は例外として、催告期間経過時における不履行が軽微であるときは、契約解除権が発生しないことを定める(541ただし書き)。これは、判例(大判昭和14年12月13日判決全集7輯4号10ページ、最判昭和36年11月21日民集15巻10号2507ページ等)において、不履行部分が数量的にわずかである場合や、付随的な債務の不履行にすぎない場合に催告解除は認められない旨を判示していることを参考に、明文化したものである。</p> <p>改正法541条ただし書きの「軽微」性は、当該「契約及び社会通念に照らして」判断される。例えば、数量的にわずかな部分の不履行にすぎない場合であっても、その不履行の部分が当該契約においては極めて重要な役割を果たしている場合は、改正法541条ただし書きに該当せず、債権者に契約解除権が発生することになる。具体的には、ある製品を製作するための部品を供給する契約において、</p>

債務者が部品の供給の一部を欠いた場合、当該一部が数量的にはわずかであるとしても、当該製品の完成に必要不可欠のものであるときは、当該一部の不履行は当該契約及び取引通念に照らして軽微であるとは言えないため、債権者は催告解除をすることができることになる（法制審議会部会資料79-3）。

(3) 無催告解除（542条）

債務不履行により契約をした目的を達することができないと評価される場合、催告は無意味であることから催告なしで解除ができる。本条1項各号は無催告解除事由を定め、旧法の条文、従前の裁判実務及び一般的理解をもとに、一まとめにして整理している。

(4) 「債務の不履行が軽微であるとき」と「契約をした目的を達することができないとき」との関係

無催告解除の事由（542）は「契約をした目的を達することができなとき」と評価される場合を規定したものであるが、これと催告解除を制限する不履行の軽微性との関係が問題となる。この点、催告解除について、判例（最判昭和43年2月23日民集22巻2号281ページ）は、契約をした目的を達することができる場合（無催告解除をすることができない場合）であっても、不履行が契約締結の目的の達成に重大な影響を与えるものであるときは、催告をして相当期間が経過すれば契約の解除をすることができる場合がある旨を判

〔不履行の程度（軽微性と契約目的不達成）について〕

		不履行の程度	
催告解除	軽微ではない (解除可)	軽微 (解除不可)	
	契約目的不達成 (解除可)	契約目的達成可 (解除不可)	



催告解除できるが、無催告解除できない領域  
 (契約目的達成可だが、不履行が軽微ではない領域)

示している。契約をした目的を達することができる場合であっても、一定の要件を満たすとき（上記判例では「契約締結の目的の達成に重大な影響を与える」とき。改正法では「軽微である」とはいえないとき）は、催告解除が認められることになる（法制審議会部会資料79-3）。

4 売主の担保責任

旧法	改正法
(他人の権利の売買における善意の売主の解除権) 第562条 売主が契約の時にその売却した権利が自己に属しなかった場合において、その権利を取得して買主に移転することができないときは、売主は、損害を賠償して、契約の解除をすることができる。	(買主の追完請求権) 第562条 引き渡された目的物が種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合しないものであるときは、買主は、売主に対し、目的物の修補、代替物の引渡し又は不足分の引渡しによる履行の追完を請求することができる。ただし、売主は、買主に不相当な負担を課するものでないときは、買主が請求した方法と異なる方法による履行の追完をすることができる。
2 前項の場合において、買主が契約の時にその買い受けた権利が売主に属しないことを知っていたときは、売主は、買主に対し、単にその売却した権利を移転することができない旨を通知して、契約の解除をすることができる。	2 前項の不適合が買主の責めに帰すべき事由によるものであるときは、買主は、同項の規定による履行の追完の請求をすることができない。

<p>(権利の一部が他人に属する場合における売主の担保責任)</p> <p>第563条 売買の目的である権利の一部が他人に属することにより、売主がこれを買主に移転することができないときは、買主は、その不足する部分の割合に応じて代金の減額を請求することができる。</p> <p>2 前項の場合において、残存する部分のみであれば買主がこれを買受けたときは、善意の買主は、契約の解除をすることができる。</p> <p>3 代金減額の請求又は契約の解除は、善意の買主が損害賠償の請求をすることを妨</p>	<p>(買主の代金減額請求権)</p> <p>第563条 前条第1項本文に規定する場合において、買主が相当の期間を定めて履行の追完の催告をし、その期間内に履行の追完がないときは、買主は、その不適合の程度に応じて代金の減額を請求することができる。</p> <p>2 前項の規定にかかわらず、次に掲げる場合には、買主は、同項の催告をすることなく、直ちに代金の減額を請求することができる。</p> <p>① 履行の追完が不能であるとき。</p> <p>② 売主が履行の追完を拒絶する意思を明確に表示したとき。</p> <p>③ 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、売主が履行の追完をしないでその時期を経過したとき。</p> <p>④ 前3号に掲げる場合のほか、買主が前項の催告をしても履行の追完を受ける見込みがないことが明らかであるとき。</p> <p>3 第1項の不適合が買主の責めに帰すべき事由によるものであるときは、買主は、前</p>	<p>げない。</p> <p>第564条 前条の規定による権利は、買主が善意であったときは事実を知った時から、悪意であったときは契約の時から、それぞれ一年以内に行使しなければならない。</p> <p>(数量の不足又は物の一部滅失の場合における売主の担保責任)</p> <p>第565条 前2条の規定は、数量を指示して売買をした物に不足がある場合又は物の一部が契約の時に既に滅失していた場合において、買主がその不足又は滅失を知らなかったときについて準用する。</p> <p>(地上権等がある場合等における売主の担保責任)</p> <p>第566条 売買の目的物が地上権、永小作権、地役権、留置権又は質権の目的である場合において、買主がこれのために契約をした目的を達することができないときは、買主は、契約の解除をすることが</p>	<p>二項の規定による代金の減額の請求をすることができない。</p> <p>(買主の損害賠償請求及び解除権の行使)</p> <p>第564条 前2条の規定は、第415条の規定による損害賠償の請求並びに第541条及び第542条の規定による解除権の行使を妨げない。</p> <p>(移転した権利が契約の内容に適合しない場合における売主の担保責任)</p> <p>第565条 前3条の規定は、売主が買主に移転した権利が契約の内容に適合しないものである場合(権利の一部が他人に属する場合においてその権利の一部を移転しないときを含む。)について準用する。</p> <p>(目的物の種類又は品質に関する担保責任の期間の制限)</p> <p>第566条 売主が種類物又は品質に関して契約の内容に適合しない目的物を買主に引き渡した場合において、買主がその不適合を知った時から一年以内にその旨を売主に通知しないときは、買主は、その不適合を理由として、履行の追完の請求、代金の減額の請求、損害</p>
--	---	---	--

<p>ことができないときは、損害賠償の請求のみをすることができる。</p> <p>2 前項の規定は、売買の目的である不動産のために存すると称した地役権が存しなかった場合及びその不動産について登記をした賃貸借があった場合について準用する。</p> <p>3 前2項の場合において、契約の解除又は損害賠償の請求は、買主が事実を知った時から一年以内にしなければならない。</p>	<p>賠償の請求及び契約の解除をすることができない。ただし、売主が引渡しの際にその不適合を知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、この限りでない。</p>
--	---

(1) 契約責任説の採用

改正法は、売主の担保責任について契約上の債務不履行責任であることを明確化した。すなわち、売主は契約内容に適合した物の引渡し義務を負うことを前提に、売主のした給付がそれに適合しない場合は、売主は契約責任として追完義務（修補義務、代替物引渡し義務、不足分の引渡し義務）を負うことになる（562）。目的物の種類（特定物、不特定物）や、契約内容の不適合につき買主の主観（善意悪意）も不問である。給付内容が、目的物の種類、品質又は数量に関して契約内容に適合しているか否かが問題であるからである。「瑕疵」（旧570）は、契約不適合概念に置き換えられた。

売主の担保責任は契約責任であることを前提に、契約不適合である場合は債務不履行の一般原則に従って、買主は損害賠償、解除ができる（564）。

(2) 買主の代金減額請求（563条）

給付物が契約不適合の場合、買主は不適合の程度に応じて代金減額の請求をすることができる（563）。

代金減額の請求は、実質的に不適合部分の

一部解除にあたるため、その規律も解除と同様に催告、無催告に分けて規定されている。また、債務不履行解除と同様、売主の帰責事由も不問である。

なお、代金減額請求してもなお損害がある場合、債務不履行の一般原則に従い損害賠償請求できるが、売主に免責事由がないことが要件となる。

(3) 移転した権利が契約不適合の場合

買主に移転した権利が契約不適合の場合、目的物の種類、品質又は数量について契約不適合である場合の規律（562から564）が準用される（565）。

(4) 期間制限

改正法は、目的物の種類又は品質が契約不適合の場合、買主はその不適合を知った時から1年以内にその事実を「通知」しないときは、その不適合を理由として、追完請求、代金減額請求、損害賠償請求及び契約の解除をすることができないことを定める（566）。

「通知」は、売主に善後策を講ずる機会を与えるものであることから契約不適合の種類とその大体の範囲を内容とする必要があるものと考えられる（法制審議会部会資料75A）。なお、制限期間内の「通知」によって保存された買主の権利の存続期間は、債権に関する消滅時効の一般原則による（法制審議会部会資料75A）。買主が契約不適合の事実を知ったときから5年で消滅時効にかかることになる。

旧法570条（売主の瑕疵担保責任）は、買主は事実を知ったときから1年以内に「契約の解除又は損害賠償の請求」をしなければならない、損害賠償請求する場合は、「売主に対し、具体的に瑕疵の内容とそれに基づく損害賠償請求をする旨を表明し、請求する損害額の根拠を示す」必要があった（最判平成4年10月20日民集46巻7号1129ページ）。この点、本改正によれば、損害賠償請求によって売主の担保責任を追及しようとする買主は、損害賠

償の主張立証に係る期間制限が1年から5年に延長され、その分、買主の負担が軽減されることになる。

以上のことは、契約不適合のうち種類、品質に限っての規律であり、数量不足又は権利の契約不適合には適用されないことに留意されたい。すなわち、数量不足又は権利の契約不適合がある場合は、売主への「通知」を要件とすることなく、買主の権利の存続期間は、消滅時効の一般原則（166 I）に服するにとどまる。この点、数量不足及び権利の契約不適合については、契約不適合の存在が契約当事者間において明白であるから、売主への「通知」は屋上屋を架すだけで意味がないと考えられるからである。

#### (5) 実務への影響

旧法570条における瑕疵には、物理的瑕疵（雨漏り、床の傾斜等）、法令上の制限に関する瑕疵（接道義務違反等）、環境の瑕疵（近くの工場建設計画、隣人トラブル等）、心理的瑕疵（暴力団幹部の居住マンション、自殺物件等）があるところ、契約目的を達成することができる場合は、契約解除が認められなかった。例えば、建物が自殺物件である心理的瑕疵がある場合であっても、居住等の契約目的が達成できないわけではないとして、契約解除を認めない裁判例が多数存在している。

ところが、改正法では契約不適合があれば、契約目的を達成できる場合であっても、不適合が軽微でない限り、催告による解除をすることができることになる。そのため、旧法で解除が認められなかった事案であっても、改正法の下では、「軽微」の評価—催告に対する債務者の対応、催告期間経過時の不履行の程度及び取引上の社会通念—いかんによっては、契約解除が認められる可能性がある。このことは、例えば、成年被後見人の施設入居費や療養費等にあてるために成年後見人が代理人として不動産を売却した場合、相手方から解除されるリスクが大きくなることを意味する。

この点、催告解除に関する今後の事例集積を待つことになるが、本誌前号掲載の動機の錯誤の明文化も踏まえれば、実務においては、少なくとも、当事者が何を主眼として契約するのかをできる限り具体的に明確にするとともに、目的物の不具合等、契約適合性に係るリスクが存在する場合には、契約時にその存在や評価、リスク顕在時の対応法をあらかじめ契約時に明示する等の工夫が必要となろう。

### Ⅲ 改正点—金銭消費貸借

#### 1 概要

旧法の消費貸借は、目的物の交付をもって契約が成立する要物契約と理解されている。しかし、現在の金融実務においては、当事者の約定だけで消費貸借の成立を認める諾成契約が広く利用されている。判例も諾成的な消費貸借を、無名契約として認めている（最判昭和48年3月16日金法683号25ページ）。

改正法は、これまでの要物契約である消費貸借を維持しつつ、これに加えて、諾成による消費貸借を新設した。消費貸借は要物型（587）と諾成型（587の2）の2本立てとなる。

以下、実務上重要となる金銭の消費貸借を念頭に置きつつ、改正の内容を述べる。

旧法	改正法
(消費貸借) 第587条 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を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。	(同左)
(新設)	(書面とする消費貸借等)



第587条の2 前条の規定にかかわらず、書面である消費貸借は、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、品質及び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。

2 書面である消費貸借の借主は、貸主から金銭その他の物を受け取るまで、契約の解除をすることができる。この場合において、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。

3 書面である消費貸借は、借主が貸主から金銭その他の物を受け取る前に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは、その効力を失う。

4 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。

## 2 諾成型の消費貸借の要件と特徴

改正法587条の2第1項は「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、品質及び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。」

(下線筆者)とし、諾成型の消費貸借を定めている。実務上利用されていた無名契約である諾成契約は、改正法587条の2第1項によって、典型契約の1つとなる。

改正法における諾成型の消費貸借は、安易な貸し借りを抑止する趣旨から、「書面である」ことが要件となる(587の2 I)。悪質業者が口頭で押し貸しすることを防止するのにも役立つ。この反対解釈として、書面によらない消費貸借は、諾成契約とはならないが、要物契約として成立する余地はある。

また、電磁的記録による場合は、書面によるものとみなされ、諾成型の消費貸借が成立する(587の2 IV)。電子メール等のやりとりであっても、その内容いかんによっては、諾成型の消費貸借が成立することになる。

貸主は「金銭その他の物を引き渡すことを約し」たことにより、(要物契約では観念し得ない)貸す債務を負うことになる。とりわけ貸主は、貸す債務(借主からみれば借りの権利)をめぐる新たな法律関係を想定する必要が生じる。例えば、借主の与信が悪化した際に貸付リスクを回避するため、与信悪化にかかる一定の事由が生じた場合、貸主は貸す債務を免責される等の特約をすることが考えられる。

## 3 借主の法定解除権

諾成型の消費貸借の借主は目的物を受け取るまでの間、契約を解除することができる(587の2 II前段)。例えば、融資を受けようとしていた借主が、より条件の良い他の金融機関の融資を望んだ場合や、預金の相続等により資金ニーズがなくなった場合等に契約解除することが考えられるが、解除の理由は一切問わない。なお、貸主にこのような解除権は認められていない。

借主の契約解除によって貸主が「損害」を受けたときは、借主は、その賠償をしなければならない(587の2 II後段)。この「損害」

は、理論的には貸付金の調達コスト等が考えられる。

この点、貸主による損害賠償請求を恐れた借主が契約解除をためらうことが懸念されるが、実務上、改正法587条の2第2項後段が機能する局面は、かなり限定されよう。例えば、銀行の消費者向け融資の場合、貸主である銀行は、一般に多数の小口貸付けを行っているため、消費者である借主が受領を拒否した金銭を他の貸付けに振り向けることができるから、「損害」は、そもそも生じないことになる（法制審議会部会資料70A参照）。

#### 4 当事者の一方が破産した場合の契約失効

諾成型の消費貸借は、借主が目的物を受け取る前に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときはその効力を失う（587の2Ⅲ）。

なお、当事者の一方が破産した場合に消費貸借の予約が失効する旨を定めた旧法589条は削除された。

#### 5 登記実務に与える影響（その1）

まず、抵当権設定の登記実務への影響を考察する。抵当権の被担保債権が金銭消費貸借に基づく貸金債権である場合を想定する。

##### (1) 登記原因

金銭消費貸借が要物契約の場合、その登記原因における消費貸借の日付は、金銭が交付された日となる。

これに対し、書面による諾成型の場合、登記原因における消費貸借の日付は原則、契約日となる。当該消費貸借が要物型か、諾成型かによって登記原因の日付が相違しうるので、留意されたい。

##### (2) 添付書類

諾成型の消費貸借の場合、抵当権設定の登記原因証明情報の一部として、金銭消費貸借契約書（改正法587条の2第1項の「書面」要件を充足するもの）を提供する必要がある

のかが問題になる。

この点、同様に書面要件を課される定期借地権の設定の登記を考えると、当該設定の登記の申請情報には、登記原因証明情報の一部として借地借家法22条後段の書面を提供しなければならないが（不登令7 I ⑥別表38添付情報イ）、これは、当該書面が、登記の目的である定期借地権の設定の効力発生要件となっているからである。他方、抵当権の設定の場合は、設定の行為自体に書面要件が課されているのではなく、被担保債権の発生原因として書面要件が課されているにすぎない。したがって、登記原因証明情報の一部として金銭消費貸借契約書の添付は不要であると考えられる。

##### (3) 登記原因証明情報の記載例

以下、登記原因証明情報の記載における、登記の原因となる事実又は法律行為について記載例を紹介する。

##### 記載例①〔消費貸借が要物契約の場合〕

登記の原因となる事実又は法律行為

(1)甲及び乙は、平成32年4月1日、次のとおりの金銭消費貸借契約を締結し、乙は金銭を借り受けた。（※）

債権額 金1000万円

利息 年2%

損害金 年14.6%

債務者 住所（略） 氏名 乙

(2)甲及び乙は、平成32年4月1日、上記(1)の契約に基づく債権を担保するため乙の所有する本件不動産上に抵当権を設定する旨の合意をした。

(3)よって、本件不動産に同日、抵当権者を甲とする抵当権が設定された。

（※）要物契約の場合、金銭交付の事実及びその日付を記載する。貸付条件や返還方法の約定等を書面で交わした場合であっても、書面により約定した旨の記載はしない方が望ましい。諾成型の消費貸借の場合との混同を避けるためである。

記載例②〔諾成型の消費貸借で金銭交付前の場合〕

登記の原因となる事実又は法律行為  
 (1)甲及び乙は、平成32年4月1日、書面により、次のとおりの金銭消費貸借契約を締結した。(※)  
 債権額 金1000万円  
 利息 年2%  
 損害金 年14.6%  
 債務者 住所(略) 氏名乙  
 (2)甲及び乙は、平成32年4月1日、上記(1)の契約に基づく債権を担保するため乙の所有する本件不動産上に抵当権を設定する旨の合意をした。  
 (3)よって、本件不動産に同日、抵当権者を甲とする抵当権が設定された。

(※) 諾成型の消費貸借の場合、契約が書面又は電磁的記録によりなされた旨を記載する。

記載例③〔諾成型の消費貸借で金銭交付済みの場合〕

登記の原因となる事実又は法律行為  
 (1)甲及び乙は、平成32年4月1日、書面により、次のとおりの金銭消費貸借契約を締結した。  
 債権額 金1000万円  
 利息 年2%  
 損害金 年14.6%  
 債務者 住所(略) 氏名乙  
 (2)甲及び乙は、平成32年4月1日、上記(1)の契約に基づく債権を担保するため乙の所有する本件不動産上に抵当権を設定する旨の合意をした。  
 (3)よって、本件不動産に同日、抵当権者を甲とする抵当権が設定された。  
 (4)平成32年4月6日、甲は乙に対して上記(1)に基づき金銭を交付した。(※)

(※) 金銭交付により抵当権の被担保債権(資金返還請求権)が具体化したことの記載であるが、要物性の充足が消費貸借の成立要件ではないため、

任意的記載事項と考えられる。

記載例④〔諾成型の消費貸借で一部金銭交付後、未交付部分につき借主が解除した場合〕

登記の原因となる事実又は法律行為  
 (1)甲及び乙は、平成32年4月1日、書面により、次のとおりの金銭消費貸借契約を締結した。  
 債権額 金5000万円  
 利息 年2%  
 損害金 年14.6%  
 債務者 住所(略) 氏名乙  
 (2)平成32年4月6日、甲は乙に対して上記(1)に基づき3000万円のみ交付した。(※1)  
 (3)平成32年7月31日、債務者乙は債権者甲に対して、残金2000万円について金銭交付を受ける前に上記(1)の金銭消費貸借契約の一部を解除した。  
 (4)甲及び乙は、平成32年7月31日、上記(1)の契約に基づく債権を担保するため乙の所有する本件不動産上に抵当権を設定する旨の合意をした。(※2)  
 (5)よって、本件不動産に同日、抵当権者を甲とする抵当権が設定された。

(※1) 上記(2)の金銭一部交付の事実の記載は必要ではないと考えられる。

(※2) 登記事項である債権額は、一部解除されていない部分に相当する、金3000万円である。諾成型の消費貸借であるため、3000万円が交付されたか否かは不問である。

記載例⑤〔汎用型〕

登記の原因となる事実又は法律行為  
 抵当権者甲及び抵当権設定者乙は、平成32年4月1日付金銭消費貸借に基づき、同日、次のとおりの抵当権設定契約を締結した。(※)  
 債権額 金1000万円  
 利息 年2%  
 損害金 年14.6%  
 債務者 住所(略) 氏名乙

(※) 登記原因証明情報の記載のみでは、消費貸借が要物型か諾成型かの区別はできないが、新法下でも否定されることはないと思われる。

## 6 登記実務に与える影響（その2）

次に、抵当権の登記の抹消に係る登記実務への影響を考察する。抵当権の被担保債権が諾成型の消費貸借に基づく貸金債権である場合を想定する。

### (1) 金銭交付前に借主が解除した場合

金銭交付前に借主が法定解除権を行使した場合、既登記の抵当権の設定の登記を抹消することになるところ、以下、①登記原因の記載、②添付書類、③登記原因証明情報の記載例について検討する。

#### ① 登記原因の記載

登記の目的である抵当権そのものを解除した場合、その登記原因は「解除」である。これに対し、金銭交付前に被担保債権の発生原因である金銭消費貸借契約自体を解除した場合、厳密には、当該解除によって抵当権の被担保債権が確定的に不発生となる結果、附従性により抵当権が消滅するという経過をたどるため、登記原因を単に「解除」としてよいか問題となりうる。

この点、例えば保証委託契約に基づく求償債務を被担保債務とする場合の抹消の登記原因は「主債務消滅」であり、附従性による抵当権消滅を推認することができるから、これと同様に被担保債務の消滅を表現しようとすると、「債務消滅」、「解除による債務消滅」、「民法第587条の2第2項による解除」が登記原因の候補となろう。他方、金銭交付前に被担保債権の発生原因である金銭消費貸借契約自体の解除をしたとしても、結果として、抵当権が消滅することには相違がなく、また、「解除」という登記原因自体、当事者において、解除の対象を強く意識することなく用いられることが多いことからすれば、登記原因を「解除」としたとしても、登記原因の日付が民法

587条の2第2項所定の解除権を行使した日である限り、特に問題は生じないものと思われる。

#### ② 添付書類

債務者が作成した消費貸借解除証書は、登記原因証明情報になりうるであろうか。この点、債務者は抵当権抹消における登記義務者ではないため登記原因証明情報の適格性を欠くものと考えられる。

#### ③ 登記原因証明情報の記載例

登記の原因となる事実又は法律行為

- (1)平成32年4月1日、債権者甲と債務者乙は、書面により金銭消費貸借契約を締結した。
- (2)債務者乙の債権者甲に対する資金債務を担保するため、抵当権者甲と抵当権設定者乙は、同日、本件不動産に対して抵当権設定契約を締結し、その旨の登記（平成32年4月1日〇〇法務局〇〇支局受付第〇〇号）を経由した。
- (3)平成32年4月3日、債務者乙は債権者甲に対して金銭交付を受ける前に上記(1)の金銭消費貸借を解除した。
- (4)よって、上記(2)の抵当権は被担保債務の消滅の結果、附従性により消滅した。

### (2) 金銭交付前に当事者の一方が破産した場合

金銭交付前に貸主又は借主が破産手続開始決定を受けた場合、諾成型の消費貸借は効力を失い、被担保債権の消滅の結果、抵当権は附従性により消滅する。既登記の抵当権を抹消するにあたり、以下、①登記原因の記載、②添付書類、③登記原因証明情報の記載例について検討する。

#### ① 登記原因の記載

候補として「年月日債務消滅」、「年月日民法第587条の2第3項による失効」、「年月日〇〇地方裁判所破産手続開始決定による債務消滅」等が考えられる。登記原因の記載方法につき注視しておきたい。

#### ② 添付書類

共同申請を前提とする限り（単独申請は認められていない）、債務者の破産手続開始決定を証する書面（破産手続開始決定の通知書、債務者が法人である場合の登記事項証明書）の添付は不要と考えられる。逆に、債務者の破産手続開始決定を証する書面だけでは、登記原因証明情報として不足する。なぜなら、債務者の破産手続開始決定を証する書面からは、消費貸借の失効の要件である金銭交付未了の事実が読み取れないからである。

### ③ 登記原因証明情報の記載例

登記の原因となる事実又は法律行為

- (1)平成32年4月1日、債権者甲と債務者乙は、書面により金銭消費貸借契約を締結した。
- (2)債務者乙の債権者甲に対する資金債務を担保するため、抵当権者甲と抵当権設定者乙は、同日、本件不動産に対して抵当権設定契約を締結し、その旨の登記（平成32年4月1日〇〇法務局〇〇支局受付第〇〇号）を経由した。
- (3)債権者甲（又は債務者乙）は、金銭交付前である平成32年4月30日、〇〇地方裁判所において破産手続開始決定を受けた。
- (4)よって、民法第587条の2第3項に基づき上記(2)の被担保債務が消滅した結果、抵当権は附従性により消滅した。

#### <参考文献>

本文中明記のもののほか、

- ・日本司法書士会連合会編「民法（債権関係）改正と司法書士実務」（民事法研究会）
- ・潮見佳男著「民法（債権関係）改正法案の概要」（金融財政事情研究会）
- ・中田裕康・大村敦志・道垣内弘人・沖野眞己著「講義 債権法改正」（商事法務）
- ・山本敬三著「民法の基礎から学ぶ民法改正」（岩波書店）