

手形割引の法的性質と貸金業者の 期限の利益喪失条項の効力

広島大学法科大学院教授
後藤 紀一

第一章 序論

貸金業者に対して、貸金業規制法の網がかぶせられ、登録制になってから最近ではメガバンクと提携する貸金業者あるいは上場する貸金業者も現れ、テレビのコマーシャルで宣伝されるようになった。しかしながら、一部の貸金業者では、なお債務者を精神的に追い込むような旧来の取立方法が行われていることが、マスコミで報道され、国民一般の知るところとなった。グレーゾーン金利については、これまで多くの議論があったが、今回、貸金業規制法の改正(2006年12月3日)によってグレーゾーン金利とこれと連動する「みなし弁済」制度が廃止され、出資法の上限金利が20%になった。それ自体は結構なことである。しかし、貸金業者にとっては、従来取得していた大きな利益を失うことになるので、それに代わる何かの方策を考える可能性がある。

ところで、金利規制の関係で、どうしても避けて通れない問題として、手形割引の法的性質の問題と期限の利益喪失条項の効力問題がある。まず、手形割引の法的性質に関して、かつて最高裁は、手形割引を手形の売買と解して、この場合には割引料は利息ではなく、利息制限法の適用がないと判示したが(売買説, 最判昭48・4・12金法686号30頁)、今後、グレーゾーン金利が廃止されたとしても、貸金業者がこの判例を錦の御旗として、手形割引の形式を装った貸出しを行い、これに買戻特約をつけて、利息制限法の潜脱が

行われることが危惧されるからである。

たしかに、出資法五条、七条は、手形割引も消費貸借とみなしているが、同法と利息制限法は、特別法一般法の関係にはなく、両者は、その目的および性格を異にすると解釈されている（東高判昭52・11・1判時876号94頁）。とすると、出資法は、経済犯罪の取締法であるから、「出資法違反と手形割引料の私法上の効力は別で、割引料自体は、私法上利息でない以上、利息制限法違反の問題は起こらないとして、法外の割引料を設定しても有効である」という貸金業者の主張に根拠を与えることになりかねない。出資法による罰則を覚悟で、ばれると罰金は払うが、割引料名目で法外の金利を取ろうとする一部悪質な貸金業者にとって、上記最高裁の売買説は、格好の隠れ蓑になる。是非とも改めてもらわなければならない。

私は、以前から手形割引の法的性質を消費貸借であると解してきたが（拙著『要論手形小切手法第〔3版〕』275頁）、われわれより一世代前の主導的商法学者は、その法的性質を手形の「売買」と解してきたために、通説も売買説であるといわれてきた。しかし、売買説がいかに経済実態とかけ離れた解釈であるかは、いうまでもなく明らかであって、最高裁もそのことは認めている（最1小判昭51・11・25民集30巻10号939頁、金法809号73頁）。

つぎに、期限の利益喪失条項について、私が入手した貸金業者の使用する約款類のすべてに、「当然の期限の利益喪失条項」が入っている。最近、最高裁が貸金業者の使っている期限の利益喪失条項につき、一部とはいえ無効といったのは、画期的判断と思うが（最2小判平18・1・13、最1小判平18・1・19、最3小判平18・1・24）、そもそも貸金業者の使用する期限の利益喪失条項そのものの効力を検討する必要がある。というのは、銀行取引約定書に定める期限の利益喪失条項は、貸出先の預金債権が第三債権者によって差し押さえられたときに、相殺で対抗するなど、他の債権者との関係で自己の貸出債権を保全することを主たる目的にしているのに対して（鈴木祿弥＝中馬義直＝菅原菊志＝前田庸「注釈銀行取引約定書・当座勘定規定」33頁）、

貸金業者のそれは、従来、グレーゾン金利の取得または約定金利の1・46倍の遅延損害金を取ることを主たる目的としている。しかも、貸金業者の使用する期限の利益喪失条項の内容は、銀行のものよりさらに債務者に不利になっている。

銀行取引約定書に定める期限の利益喪失条項は、「当然の期限の利益喪失事由」（以後、当然喪失事由という）と「請求による期限の喪失事由」（以後、請求喪失事由という）に分けて定めるが、当然喪失事由に該当する事項とは、債務者の支払能力が著しく悪化して、もはや弁済期に支払が期待できないような客観的事項を予定している。したがって、銀行取引の場合には、以後、新たな貸出が行われることはなく、通常、その時点で取引関係が清算される。これに対して、貸金業者の場合には、当然喪失事由が発生しても、その後も新たに貸付を継続している実体が見受けられる。このような当然喪失条項については、そもそも、その効力自体を考慮する必要がある。消費者契約法10条は、民法の基本原則に反して消費者の利益を一方的に害する契約は無効であるといっているが、契約の拘束力を認める普遍的原则が「目的・手段の相当性」にあることに鑑みると、貸金業者の使用する期限の利益の当然喪失条項については、その効力を認める根拠があるのか改めて検討する必要がある。以下、手形割引の法的性質を売買と解すべきでないこと、従来使用しているような貸金業者にとって一方的に有利な期限の利益当然喪失条項の効力を否定すべきことについて論証する（拙稿「貸金業規制法の「みなし弁済」と手形割引、期限の利益喪失条項」金融法務事情1775号1頁（2006・7・6 OPINION）参照）。

第二章 手形割引の法的性質

一 手形割引の法的性質に関する判例・学説

1 判例

手形割引の法的性質は、売買であると解するのが従来の判例・学説であると書いている本が多いが、実は、これは正確ではない。まず、判例を検討する。最高裁判決には、①手形割引につき、消費貸借説を採用したものと（最判昭41・3・15金融法務事情440号11頁）、②売買説によったものがある（最判昭48・4・12金融法務事情686号30頁）。

下級審判例は、手形割引を売買と解したものと消費貸借と解したものに分かれているが、これらの判例を大雑把に分析すると、当該手形の信用力が低く、主として割引依頼人の信用に基礎を置いている場合であって、割引率が利息制限法をオーバーする場合には（主として貸金業者による割引）、消費貸借説を採用し、当該手形の信用力があり、かつ割引率が利息制限法をオーバーしない場合には（主として銀行による割引）、売買説によっていると見える。要するに、判例は、当該手形割引の実態をみて、結果的妥当な結果を得るために、売買説と消費貸借説を使い分けているに過ぎないと解される。しかし、割引人が銀行であるか貸金業者であるかによって区別するのは、正当ではない。

消費貸借説を採った①の最高裁判例は、信用組合による手形割引であるが、消費貸借説を採る理由として、i) 割引当事者間で割引のつど手形金額に相当する借入金を負担する特約があったこと、ii) 信用組合に割引のために持ち込まれる手形は、概して弱小企業の発行するもので、融通手形も多く、割引く信用組合のほうでは割引依頼人の信用に重きをおき、手形の実質価値いかにかわらず、一律に一定の割引歩合で割引に応じており、不渡りの場合には、もっぱら割引依頼人の責任を追及するのが実情であることをあげる。しかし、通常の銀行による割引であっても、融資取引の基本契約書である銀

行取引約定書に基づいて行われており、借入金の特約はなくとも、当事者の意思は融資契約の一貫であるとの認識があると解する方が実体に合っている。また、銀行の中にも小規模の地域密着型の銀行も多く存在し、持ち込まれる手形が優良企業振出のものが多いわけではない。信用組合であろうと銀行であろうと、手形割引が割引依頼人の信用に基づいて行われ、いざというときには、割引依頼人に責任を追及することを考えている点についても変わることがないのである。したがって、本件最高裁のいう ii) の理由は、信用組合にだけ妥当するものではないと解される。

売買説を採る②の最高裁判例は、手形割引の法的性質につき、売買説を採る学説が一般に引用する判例である。その事案は、従来から手形の現金化を依頼されていた者から持ち込まれた手形を割引したというものであるが、本件手形が不渡りになったので、手形金相当額と遅延損害金を含め振出人、裏書人、割引依頼人（割引依頼人は、裏書人会社の代表取締役）を共同被告として請求したケースである。割引依頼人は、本件手形割引が手形貸付と同様、支払手段ないし担保として交付されたものと主張し、利息制限法を超える部分は、不当利得として返還すべきものであるから、その対等額において相殺する旨の抗弁を主張した。本件の割引人は、個人であるが、割引の実体をみる限り、貸金業者のようにみえる。

上告人の弁護人は、上告理由で「かかる取引こそ、利息制限法の規定の適用が行われずして、一体如何なる取引にその適用があるのであろうか」と述べている。本判決は、売買説を採って、利息制限法の適用はないと判示したのであるが、本判決をもって最高裁が手形割引を原則的に売買とみたと判断するのは正当でない。というのは、本判決では、本件手形が経済的価値のある商業手形であると認定した上で「右手形の授受は手形自体の価値に重点を置いてなされたものであり、手形以外に借用証書の交付や担保の提供がなかったなど、原審の確定した事実関係のもとにおいて」という前提で「本件手形割引が手形の売買たる実質を有し、金員の交付は手形の売買代金の授受に

あたる」としている。つまり、本判決は、手形割引一般につき原則を述べたものでなく、商業手形であることが明確な手形であって、担保の提供もなく手形自体の価値に重点を置いた手形割引が行われたというケースに対するものである。しかし、このような割引手続は、銀行実務ではまずありえない。貸金業者による割引でもまずないのではないか。してみれば、本判決は、むしろ手形割引のごく例外的事案に関する判例であるとみたほうが正当であって、今日この判決の前提となった要件を満たす事案を探すのは容易ではない。さらに、担保の提供がないから手形自体の価値に重点を置いたという点についても、手形割引の場合には、手形の裏書が伴うものであるから、裏書人としての担保的責任（遡求義務）を負っていることを看過すべきではない。

2 学説

学説は、従来、手形割引を原則的に売買と解するのが通説といわれている。たしかに、学説の歴史を見ると、商法学の先駆者としてともいうべき田中耕太郎博士によって売買説が支持されて以来、われわれより一世代前の学説までは、売買説一色であったといってもよい。しかし、近時、手形法専門の学者は、消費貸借説を強く主張しており、有力な銀行実務家もこれに同調している（高窪利一・現代手形小切手法〔改訂版〕212頁、田辺光政・最新手形小切手法〔4訂版〕316頁、西尾信一・銀行取引の法理と実際118頁、拙著・要論手形小切手法〔第3版〕275頁、上柳克郎「手形割引の法律関係」会社法・手形法論集534頁も、消費貸借説も慎重な検討に値するといわれる）。したがって、今日では売買説は、通説の地位を維持していないと解している。

最近、手形割引の法的性質を売買か消費貸借かを決めるのは生産的でなく、個々の事案ごとに法的効果を考えていけばいいという見解も主張されてきた（神田・百選第5版184頁、岩原紳作「手形割引契約に定められた手形買戻債務の遅延損害金の約定に利息制限法の適用があるか」ジュリ710号157頁<1980>）。確かに、このような解釈でも実際の解決はできるが、手形割引の実態が融資取引の一形態であることは紛れもない事実であるので、手形割引が原則消費

貸借だといってしまう方がより実際の解釈であって、これによって不都合な結果になるとは思われない。

売買説に賛成する見解も、担保権を設定して行われた貸金業者による手形割引につき、形式上は手形割引であるが実質は金銭消費貸借が結ばれたものと認定した下級審判決（東京地判昭58・5・17金融商事判例688号47頁）に賛成しており（庄政志「形式上は手形割引であるが実質上は金銭消費貸借が結ばれたものと認められた事例」金判699号46頁）、売買説は、銀行による割引に限定して考えているようにもみえる。

銀行マンに手形割引の法的性質を聞くと、ほとんど例外なく「売買」というが、では手形債権自体を売買の対象に考えているのかと聞くと、ほとんど例外なく与信取引という。それは、おそらく銀行の研修では手形割引の法的性質を売買と教えられ、金融実務書でも売買と書いているので、その様に理解しているが、実際の運用では融資業務の感覚で行っていることを端的に表したものと解している。

3 売買説が主張される理由

売買説に立つ見解は、それが経済実体的に融資取引であることを認めつつ、こと法的性質になると実体と法的性質は別であって、手形割引は、手形の売買であるという。しかし、手形割引という用語は、もともと金融実務用語から来ており、手形法にも商法にも定義規定があるわけではない。消費貸借説を採った場合には、手形は、担保のために譲渡されることになるが、売買説を採っても、手続的には裏書譲渡の形をとるのであるから、外見上はそのいずれであるか区別することはできない。結局、その区別は、当事者の合理的意思によって決めるほかないが、その合理的意思というものは、たんに感性的な意思を指すものではなく、法的観点から合理的に推測される意思でなければならない。

鴻教授は、手形割引における割引依頼人の合理的意思は、自己の有する手形を銀行に譲渡して割引代金を受け取ることにありとみるのが取引の実情認

識として自然であり、銀行も右の事実を認識して取引を行っていることを理由に売買説を支持されるのであるが（鴻常夫「手形割引と手形買戻請求権」銀行取引法講座＜中巻＞24頁）、本当にそうであろうか。というのは、手形割引は、融資基本契約である銀行取引約定書にもとづいて行われているのであって、これとは別の売買契約書があるわけではない。ただ、平穩に取引関係が推移する限り、割引依頼人が融資取引であることに気づかないことがあるかも知れないが、いったん自己の信用力に変動があつて、割引料が変更されたり、割引を受けられなくなったという現実と直面すると、手形自体の売買だなどという意識はどこかに飛んでしまうのではないか。

わが国の銀行実務でも当初から売買説が支持されていたわけではない。むしろ、消費貸借説によつていたのであるが（堀内仁・貸付整理 66 頁、鈴木正和・金法 163 号 11 頁など）、それが有名な「国対三菱銀行事件」の判決を契機に大きく変わった。

「国対三菱銀行事件」は、国税滞納処分により差し押さえられた割引依頼人の預金を割引銀行（三菱銀行）が割引手形と同額の債権と相殺することができるかどうかについて争われたケースである。三菱銀行は、消費貸借説に立って相殺の効力を主張した。しかし、第 1 審は、売買説を支持して銀行の相殺を認めなかった（京都地判昭 32・12・11 下民集 8・12・2301）。銀行側は、相殺が認められなかったことにショックを受けたといわれる（林部実「河本＝河合＝田辺＝西尾編・新版手形小切手の法律相談」199 頁、もっとも控訴審〔大阪高判昭 37・2・28〕では、売買説をとりつつ、事実たる慣習としての買戻請求権の成立を認めて銀行が勝訴した）。

この事件を契機に昭和 37 年 8 月に銀行協会は、銀行取引約定書のひな形を作成し、買戻条項が入れられた。これを全国の金融機関が採用し、以後、手形割引が売買であるといわれるようになったのである（松本貞夫「銀行取引約定書の成立と発展」銀行取引約定書〔堀内仁先生傘寿記念〕7 頁）。しかし、その後も手形割引の実務に変わりなく、あらかじめ割引依頼人から担保を徴求

し、もっぱら割引依頼人の信用に依存した取引であった。銀行取引約定書の中に「買戻請求権」が明記されたといっても、それはいわば「対症療法的に」導入したとみるのが実体ではなからうか。銀行としては、銀行取引約定書に買戻特約を入れておけば、消費貸借説を採った場合と実際上同じ結果になるので、裁判所が当該手形割引を消費貸借と認定しようと売買と認定しようと、どちらに転んでも大丈夫のようにしたということであろう。

4 ドイツの学説

では、なぜわが国の従来学説が手形割引の実態を無視して売買説をとることになったのか。その遠因は、ドイツの学説にあると推測している。ドイツの古い文献をみると、たとえばグリェンフートは、手形割引の法的性質について、「手形は、再売却するためにあたかも商品のように (wie eine Ware) 購入される」といっており (Grünhut, Wechselrecht S.11, 1897)、この立場がドイツの判例・通説として今日まで続いてきた。田中耕太郎博士の著書には、手形割引につき「手形は此の場合其れ自身一つの商品の如く買入れられ、更に売却せらるる」と書いており (田中耕太郎「手形小切手法概論」13頁, 昭和10年)、驚くほどグリェンフートと同じような表現をしている。わが国手形法学説は、ドイツの手形理論の影響を決定的に受けたといわれているが、その後、ずっとこのような見解が学説によって継承されてきた遠因は、ここにあるのではないか。前述の国対三菱銀行事件において、第1審判決が売買説を採用したのも、当時の学説が売買説一色ではあったことが判決に影響を及ぼしたことは想像に難くない。

ドイツでも手形割引が経済的には信用供与であることは認めつつ (Kümpel, Bank-und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. S.228)、しかし、判例・通説は依然として売買説を採っている (BGH WM1977, 638)。そして、わが国銀行法に相当するドイツの金融制度法 (Kreditwesengesetz) 第1条「銀行業務の定義規定」3号では、割引 (Diskontgeschäft) を「手形小切手の購入」と定義している。なぜ、このような解釈ないし、立法がなされるのか明確ではないが、ドイツでは、

中世の利子禁止法の歴史からわかるように、借金を不名誉と感じる風潮があつて（河本＝田辺・約束手形法入門 34 頁）、実態は借金であっても形式的には別の形態をとつたのではないかと憶測している。同様のことは、借金であるにもかかわらず、約束手形を利用しないで為替手形で代用することにも現れている。

近時、ドイツの金融法の大家であるカナリスが手形割引を消費貸借と解する旨を明らかにしたことに注目すべきである（Canaris, Bankvertragsrecht 2. Aufl. S.790, 1981）。フランスでも手形割引について、かつては売買説と消費貸借説に分かれて激しく議論されたが、売買説をとると金利規制を受けなくなるので、消費貸借説になっているという（Christian Gravalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire 5e édition, 2002）。

二 手形割引の法的性質を消費貸借であると解する理由

1 手形割引の実体

前述のように、売買説は、銀行による割引取引を念頭に置いているフシがあるが、銀行が割引をする場合であっても、これほど経済実体と異なる解釈がなされる場面は、商法の分野では珍しい。商法学者は、実態に合うように解釈するように訓練されるのであるが、手形割引の法的性質については、まるでオーム返しのように売買という。銀行実務書を見ても、当然のように手形の売買であると書いている。

しかし、現実の手形割引は、与信取引の基本契約である「銀行取引約定書」を締結している取引先（通常、当座預金口座開設先）を相手に、あらかじめ根担保権を設定させ、原則として取引先ごとに設定した「与信限度額」の範囲で割引に応じており、割引対象手形の決済可能性を基準にしていない（西尾信一「割引手形の買戻し」法律時報 50 巻 2 号 35 頁）。割引料も割引手形の価値すなわち、振出人の支払能力を基準に決めるのではなく、もっぱら割引依頼人の信用力に応じて決めており、どこからみても手形自体の売買であるという要素はない。社債であれば、トリプル A とかトリプル B などと格付けして

取引され、かつ社債がデフォルトになっても、社債の譲渡人は担保責任を負わない。この場合には、売買というにふさわしい。しかし、割引手形の場合には、商業手形としてみたところで、支払確実性の客観的目安にはならないわけで、最終的には裏書人の遡求義務で担保されているという特徴がある。したがって、手形割引が売買といえるためには、割引依頼人の資力を全くあてにしていなく、もっぱら手形振出人の資力のみをあてにしているような特段の事情のある場合しか手形割引を売買と観念することはできない。しかし、このようなケースは、貸金業者が行う手形割引はもちろん、銀行の手形割引においても、まず想定することはできない。

最高裁自身も、銀行の行う手形割引は、通常、銀行が割引依頼人に広い意味での信用供与の手段として行っているに他ならず、割引手形それ自体を独立の価値ある商品として買い受けることを目的とするものではない旨述べており(最判昭46・6・29判時640号81頁)、この見解こそが手形割引の本質をついている。

その後の判例でも、銀行取引において行われる手形割引は、割引手形の主債務者の信用が基礎にあるなどの点で、純然たる消費貸借とは性質を異にする一面を有するとはいえ、広い意味において割引依頼人に対する信用供与の手段ということが出来る旨述べている(最判昭51・11・25判時837号89頁)。その趣旨は、手形割引が手形を商品の如く売買する取引であるという趣旨ではなく、手形割引では、割引手形が消費貸借の担保として裏書譲渡されるので、通常の間隔をたどれば、手形の満期にこれを取り立て、債権の回収に回すが、不渡りになった場合には、遡求権を行使するか原因債権を行使するかは、銀行の選択に任されていることを明らかにしたに過ぎないと解される。「割引手形の主債務者の信用が基礎にある」という上記判決文の意味も、担保物の価値に重きを置かないで貸付をする人は誰もいないのであるから、いわば消費貸借契約における当然のことをいっていると解される。

2 法政策的解釈

銀行としては、手形割引の法的性質が消費貸借と解されようと、売買と解されようと、どちらにでも対応できるように約款を作るのであるから、それなりの経済合理性はあるが、手形割引の法的性質に関連して生じる深刻な問題は、利息制限法を無視した割引率を定める貸金業者の手形割引行為である。このような場合に、売買説を採ることは、結果的に利息制限法の趣旨に反する手形割引行為をする貸金業者に錦の御旗を送るようなもので、まず、法政策的に妥当ではない。その意味で、売買説を採用した前述の最高裁判決は、特別の事実関係があったにせよ、非常に高い割引率で手形割引を繰り返した割引人に利息制限法の適用を排除したのであるから、あまりに形式論であって、公平という法理念には合致しないと思う（神田秀樹「手形割引の法的性質」ジュリ・手形小切手判例百選第5版185頁も同判決に対して、実質的に考えると疑問であるとされる）。近時、売買説に立ちながら、利息制限法の立法趣旨から、売買である手形割引についても利息制限法が適用されるという注目すべき見解がだされている（前田庸・ジュリ300号〈学説展望〉216頁、神田・前掲百選184頁も同趣旨か）。結論的はもちろん賛成であるが、論理的整合性に問題が残る。

3 買戻請求権

買戻請求権という言葉は、もともと実務用語であって、法律上の定義があるわけでない。手形割引を売買とみた場合、買戻請求権の法的性質ないし中身は何かといわれると、一見すると、再売買ではないかと思われるのであるが、実はいろんな説がある。ということは、売買説からは、買戻請求権の法的性質を一義的に定義することが困難であることを示している。現在調べたところでも、①債権の売主の瑕疵担保責任説（瑕疵担保特約）、②買戻約款によって留保された法定解除権の行使による売買契約の解除説、③再売買説（再売買の予約ないし停止条件付再売買契約）、④手形法の遡求権類似の請求権説、⑤銀行取引約定書上の請求権説などがある。しかし、いずれの見解にも

問題がある。

各説に対する問題点の個別的指摘は、ここでは差し控えるが、買戻請求権を行使するには、手形の呈示が必要かという新たな問題も生じる。買戻請求権の性質を遡求権類似の権利と解すると、手形の交付を伴わない買戻請求権の行使は無効と解されるからである。国対三菱銀行の第1審判決は、「買戻請求権の性質は、満期前遡求の要件を緩和した手形償還請求権と同様のものであるから、手形の授受なくして相殺することができない」旨述べている(京都地判昭32・12・11金法290号307頁)。銀行は、銀行取引約定書8条によって、これに対処しているが、売買説は、理論的に難しい問題を発生させるのである。

手形割引が売買というのであれば、その買戻し価格も手形の額面ではなく実際に購入した(割引料を差し引いた)金額のはずであるが、その金額は、手形金額である。この点は、銀行取引約定書の場合も、貸金業者の約款類の場合も同じであるが、いかにも論理矛盾であろう。貸金業者が高い割引料で割引く場合を比喩的にいえば、当該手形の価値が低いと評価して安く買い叩いて買ったが、売主が資力を失ったので、新品の値段で買い取れというようなものである。バーゲンセールで買った物は、少々のキズは考慮の上で買っているのではないのか。また、割引人と手形振出人の関係でみると、手形の振出人に期限の利益当然喪失事由が発生しても、売主である割引依頼人に買戻請求権が当然発生するとなっているが(銀行取引約定書6条1項)、手形を買うということは、当該手形の価値を評価して購入したのではないのか。その評価がはずれて価値がなくなったとって、無傷の債権の値段で「買い取れ」というのは、金融のプロとして、すべきでないのではないのか。この点も、売買説からの矛盾であろう。

買戻しという言葉からすれば、手形を買い戻すという意味に解されそうであるが、銀行実務では預金者が手形で預金したが、その手形が不渡りになった場合にも、買戻請求という言葉が使用されてきたので、買戻しという言葉

自体から手形割引の法的性質が導かれるわけではない。前述の、国対三菱銀行事件において、三菱銀行は、買戻請求権を端的に「消費貸借上の貸金返還請求権」であると主張している。この見解が正当である。

4 銀行法、出資取締法および貸金業規制法

銀行法10条1項は、銀行の主要業務として「受信」「与信」「為替」を掲げているが、手形割引を「資金の貸付」と同列に与信取引の1つとして位置づけている。銀行法は、銀行監督法であるので、ただちに手形割引の法的性質の根拠付けに援用ではできないとしても、これを無視した解釈はとるべきではない。

また、貸金業規制法42条の2は、「貸金業を営む者が業として行う金銭を目的とする消費貸借の契約（手形割引、売渡担保その他これに類する方法によって金銭を交付する契約を含む）・・・」と定める。

この規定の趣旨からすると、貸金業者の中には、従来、手形割引イコール売買契約という従来の判例・通説を隠れ蓑に利息制限法の適用を免れようとする者が多かったことを示している。貸金業者の行う手形割引の法的性質が裁判上で争われた場合には、これまで多くの下級審判決は、売買説をとらないのであるが、裁判でまで争われるのはごく一部で、水面下では売買説を根拠に不当な割引率を押しつけているケースが多いのではないかと推測している。したがって、解釈論としてもこのような言い逃れができないようにしておく必要がある。

5 商業手形担保手形貸付（商担手貸し）との相違

商業手形担保手形貸付は、読んで字のごとく、たくさんの商業手形を一括担保に各手形金額の合計額に見合う金額について手形貸付（単名手形）を行う取引であるが、この場合には、裏書譲渡される各商業手形は、担保であって売買の目的物ではない。しかし、なぜこのような手続きをとるかといえば、各手形毎に割引手続きをとるのに手数料がかかるからに過ぎない。そうすると、商担手貸しは、実質的には手形割引とみることができるから、この点からも

手形割引を消費貸借とみるほうが論理的に一貫するのである。

第三章 期限の利益喪失条項および買戻特約

一 最高裁平成18年1月の3つの判例の意義

貸金業者の使用する金銭消費貸借契約書等には、元金又は利息の支払いを一部でも怠った場合には、当然に期限の利益を失う旨の期限の利益喪失条項つけられているのが通常である。はたして、このような期限利益喪失条項が有効かどうかを検討しなければならないが、すくなくとも、銀行取引で利用されている銀行取引約定書の期限の利益喪失条項（銀行取引約定書5条）については、一般に有効と解されている。しかし、銀行取引で利用される期限の利益喪失条項と貸金業者の使用する期限の利益喪失条項とが同じ法的評価になるのかは、大いに問題である。前述の最高裁平成18年1月の3つの最高裁判決は、貸金業者の定める期限の利益喪失条項について、正面からこの問題について判断したという意味で、画期的判決である。

以下、最判平18・1・13（金判1233号10頁）のこの部分に関する判旨を紹介する。「本件期限の利益喪失条項がその文言どおり効力を有するとすると、上告人は、支払期日に制限超過部分を含む約定利息の支払いを怠った場合には、元本について期限の利益を当然に喪失し、残元本全額及び経過利息を直ちに一括して支払う義務を負うことになる上、残元本全額に対して遅延損害金を支払う義務を負うことになる。このような結果は、上告人に対し期限の利益の喪失等の不利益を避けるため、本来は利息制限法1条1項によって支払義務を負わない制限超過部分の支払を強制することになるから、同項の趣旨に反して容認することができず、本件期限の利益喪失条項のうち、上告人が支払期日に制限超過部分の支払いを怠った場合に期限の利益を喪失するとする部分は、同項の趣旨に反して無効である。……」とし、このような期限の利益喪失条項のもとで、債務者が利息の支払いをしても、任意弁済の要件を満たさないとした。

この判決に対しては、結論的に大方の賛成を得られるのではないかと思われるが（茨木茂「みなし弁済否定の最高裁判決」NBL830号33頁は、画期的判決と評価される）。この判決によると、法的に支払義務のない制限超過利息の支払いについては、期限の利益喪失条項の効力はないが、制限利息の範囲内であれば、「元金又は利息の支払を一度でも怠った場合には、当然に期限の利益を失う」という特約は有効であるということである。本判決は、改正前の貸金業規制法におけるグレーゾーン金利の支払に関するものではあるが、これまで期限の利益喪失条項に対して、一般的に有効としてきた立場に大きな変更を加えるものであり、今後、期限の利益喪失条項の効力を争う場面で大きな意味のある判決と解している。

二 貸金業者の定める期限の利益喪失条項と銀行取引約定書の期限の利益喪失条項の比較

1 当然の期限の利益喪失事由

【銀行取引約定書（5条1項）「当然の期限の利益喪失条項」（一般の地方銀行で使用のもの）

甲についてつぎの各号の一つでも生じた場合には、乙からの通知催告がなくとも、甲は乙に対する一切の債務について当然期限の利益を失い、直ちに債務を弁済するものとします。

1号「破産、再生手続開始手続、会社整理開始若しくは特別清算の開始の申立てがあったとき」

2号「手形交換所の取引停止処分を受けたとき」

3号「前2号の他、債務整理に関して裁判所の関与する手続を申し立てたとき、あるいは自ら営業の廃止を表明したときなど、支払を停止したと認められる事実が発生したとき」

4号「甲またはその保証人の預金その他乙に対する債権について仮差押、保全差押または差押の命令、通知が発送されたとき。なお、保証人乙に対する債権の差押等については、乙の承諾する担保の提供

する旨を甲が遅滞なく乙に書面にて通知したことにより、乙が従来どおり期限の利益を認める場合には、乙は書面にてその旨を甲に通知するものとします。ただし、期限の利益を喪失したことにもとづき既になされた乙の行為については、その効力を妨げないものとします。」

- (注) 銀行取引約定書は、以前は、銀行協会の作成したひな形を銀行が採用する方式であったので、どこの銀行の使用する約定書も同じであったが、現在は、独禁法の関係でこれが許されなくなったことから、銀行が個別的に定めている。しかし、実体は大きく変わるものではない。旧ひな形時代の約定書には、債務者の行方不明も当然喪失事由に入っていたが、批判を受けて多くの銀行では削除している。保証人の預金に対する差押等があった場合にも当然喪失事由になっていたが、これも銀行の過剰防衛であるとの批判を受けたので、保証人の預金に対する差押等については、条件付きで当然喪失事由にしている。

【某貸金業者使用の当然の期限の利益喪失事由】

主債務者および連帯保証人の中1人たりともつぎの各号の事由の1つでも生じたときは、債権者からの通知・催告がなくとも当然に債権者に対して負担する債務につき、期限の利益を失い、直ちに債務全額を即時弁済するものとする。

尚、その弁済方法については、貴社の指定する方法で行う。

- 1号「主債務者および連帯保証人より振出・引受・裏書をした手形小切手が1通でも不渡のとき」
- 2号「主債務者および連帯保証人が借入の担保として差し入れた手形の振出人または裏書人の中1人たりとも不渡を出したことが判明したとき（当該手形の期日到来・未到来を問わない）」
- 3号「主債務者および連帯保証人ならびに割引手形・担保手形の振出

人・裏書人が他の債務のため強制執行・仮差押・仮処分または破産・競売の申立等をうけたとき、もしくは自ら破産・和議・整理会社更生の申立てをしたとき」

4号「主債務者および連帯保証人が債権者に対する約定に基づく元利息の支払を1回でも怠ったとき、もしくは、主債務者および連帯保証人の債権者に対する債務の一部でも履行を遅滞したとき」

5号「主債務者および連帯保証人の不動産に債権者の承諾なくして所有権移転・（根）抵当権、賃借権設定の仮登記もしくは本登記の登記がなされたとき」

6号「主債務者および連帯保証人が債権者に対し住所変更の届出を怠り、主債務者および連帯保証人の中1人たりとも所在が不明となったとき」

2 請求による期限の利益喪失事由

【銀行取引約定書（5条2項）「請求による期限の利益喪失条項」】

甲についてつぎの各号の1つでも生じた場合には、乙からの請求によって、甲は、乙に対する一切の債務について期限の利益を失い、直ちに債務を弁済するものとします。

1号「甲が乙に対する債務の一部でも履行を遅滞したとき」

2号「担保の目的物について差押、または競売手続の開始があったとき」

3号「甲が乙との取引約定に違反したとき、あるいは第14条に基づく乙への報告または乙への提出する財務状況を示す書類に重大な虚偽の内容がある等の事由が生じたとき」

4号「甲の保証人が前項または本項の各号の一つにでも該当したとき」

5号「前各号に準じるような債権保全を必要とする相当の事由が生じたとき」

【貸金業者の請求による期限の利益喪失条項】

貸金業者の用いる約款には、請求による期限の利益喪失事由を定めた

条項のないものが多い。しかし、記載しているものもあり、その実体は、よく分からないが、要するに、貸金業者の使用する期限の利益喪失条項には、統一的なものではなく、バラバラに作成されており、しかもその内容も銀行の使用するものと比べると、非常に貸金業者に有利なものになっているといえる。

3 銀行取引約定書の期限の利益喪失条項の目的

(1) 当然の期限の利益喪失条項 (5条1項) の目的

期限の利益喪失については、民法137条によっても認められているが、民法の場合には、その要件が3つの場合に限定されており (債務者の破産手続開始、担保の毀滅、担保提供義務の不履行)、しかも、この要件が具備されていても当然に期限の利益喪失が生じるわけではない。意思表示による期限の利益喪失させる形成権が債権者に与えられるに過ぎない。

しかし、銀行としては、これでは、預金が第三権者によって差し押さえられた後に、期限の利益を喪失させても相殺によって差押債権者に対抗することができないので、右の意思表示をしなくとも当然に期限の利益を喪失させることによって、差押債権者に対して相殺をもって対抗できるようにしたのが、当然の期限の利益喪失条項の本来の目的である (鈴木=中馬=菅原=前田「注釈銀行取引約定書・当座勘定規定」33頁)。このような約定 (相殺予約) も当事者間で有効とされるが、周知のように、このような相殺予約が当事者間以外の差押債権者や受動債権の譲受人にも対抗できるかについて、法定相殺の要件と関連して多くの議論がなされ、判例も変遷してきた。しかし、今日では、自働債権と受動債権の弁済期いかに関係なく、差押以前に自働債権が成立していれば、差押債権者等に対して無条件に対抗することができる旨の最高裁の大法廷判決が出たので (最大判昭45・6・24民集24巻6号587頁)、一応決着がついた (無制限説)。

後述のように、この最高裁判決に対しては、他の担保権者と比べて銀行を保護しすぎるという批判もあるが、すくなくとも、差押債務者にとっては、

どうせ支払わなければならない債務を銀行に支払うか差押債権者に支払うかの違いであって、銀行が当然喪失条項を定めても、さほど債務者が不利益を蒙るわけではない。この点において、貸金業者の当然の期限の利益喪失条項と本質的に異なっている。

（２）請求による期限の利益喪失条項（５条２項）の目的

当然の期限の利益喪失事由が債務者の著しい信用状態の悪化の定型的事項を列挙しているのに対して、請求による期限の利益喪失事由は、そこまでは至らないが、民法 137 条に定める期限の利益喪失事由よりは広く債務者の信用状態の悪化の事項を列挙している。この事項の第 1 番目に「債務者の履行遅滞」が来ているが、貸金業者の約款では、これが当然の期限喪失事由にあがっている点に注意しなければならない。

このような事由が生じた場合には、債務者の立ち直りの見込み等を勘案しながら、銀行が期限の利益を喪失させるかどうかを決めることになる。問題として、この事由の最後に包括的に「前各号に準じるような債権保全を必要とする相当の事由が生じたとき」と記載しているが、ここにいう「債権保全を必要とする相当な事由」とは、どのような場合を指すのか、銀行の過剰防衛にならないように運営されるべきとされる。

４ 銀行取引約定書の期限の利益喪失条項の問題点

（１）当然喪失条項の効力

わが国の銀行取引約定書の期限の利益喪失条項に対する批判は、当然喪失条項に集中する。判例は、期限の利益喪失条項の効力を最大限認めてきたのであるが、そもそも銀行が何もしなくとも、当然に期限の利益を失わせる地位を認める実質的な必要性があるのかをあらためて考えてみる必要がある。というのは、国の徴税のように、強制捜査権を背景に差し押さえる場合とはかく、銀行の守秘義務の関係から、第三者が銀行預金を差し押さえるのは困難といわれているが、銀行は、当然喪失条項をあてに、第三者から差し押さえられるまで何もしないでおきながら、万一預金のどれかが差し押さえら

れたとたんに相殺を主張して強制執行を無力化するというのは、第三者に対してあまり不公平であるという批判は以前からある(宍戸育夫「期限の利益喪失条項の対外効」銀行取引約定書—その理論と実際—堀内仁先生傘寿記念> 138頁, 中馬義直「期限の利益喪失約款」遠藤=川井=西原編・演習民法〔総則・物権〕253頁)。

代表的な見解として、たとえば、遠藤教授は、以下のようにいわれる。すなわち、期限の利益喪失約款が有効であることは認めるが、どんな内容でも有効というわけにはいかない。喪失事由が漠然としていて客観的に判断することができないものは、随意条件が無効であるように無効である。またその事由の発生が債権者の主観に委ねられるものであり、債務者に不当な不利益を与えるものも無効である。私は、銀行が貸付債権の担保のために定期預金を相殺の対象にし、そのために当然喪失条項を約定するのは、ほめられた話ではない。第三者にはそれが担保に入っていることは分からないし、また銀行が債務者と交渉の余地を残しておくためにも請求喪失型がよく、約定書はその様に改めるべきといわれる(遠藤浩「期限利益喪失約款の妥当性」加藤=林=河本編・銀行取引法講座<中巻> 2頁以下)。

以前は、実務家の中からも当然喪失条項を問題視する見解があった。それによると、たとえば、仮差押を当然喪失事由とすると、後で仮差押のもとになった債権の不存在が分かったときに困る。さらに当然喪失型では、銀行がなお取引を継続したいと考えても不可能になることを理由に、すべて、請求喪失条項にすべきとする(水田耕一・貸付取引(上) 227頁)。

確かに、指摘のように当然喪失条項には問題がある。ここでドイツの場合と比較すると、ドイツでは当座預金口座と普通預金口座を兼ねたような口座を「ジーロ口座(Girokonto)」というが、銀行は、この口座に入金記帳して融資をする。ジーロ口座は、交互計算口座(Kontokorrentkonto)と解されており、交互計算に組み込まれた債権は独立性を失う(資料参照)。交互計算期間中は、相互の債権は、互いに引き当てになっているところから、格別に譲

渡することも担保に入れることもできない（Siegfried Kümpel, a. a. O. S.303）。したがって、交互計算に入っている口座を利用して与信、受信を繰り返す限りは、当然喪失条項がなくとも銀行は安心できる。しかし、交互計算に入っていない定期預金などは、第三者によって銀行より先に差し押さえられることがあるが、このような場合には、ドイツには当然喪失条項に相当する条項がないので、銀行が負けることもある。

ドイツ人の弁護士に当然喪失条項は必要ないのかと聞いてみると、当然喪失事由のような事態は、突然発生するのではなく、その前に何らかの兆候があるのであるから、銀行が注意深く債権管理しておけば、必要に応じて預金を担保に取ればいいではないかという。なるほど、それもそうだと思う。

（2）請求喪失条項の効力

5条2項の請求による期限の利益喪失事由についても問題がある。実務家によると、その一般条項である「債権保全の必要性」の判断については、取引先の債務の遅延の有無、その額、取引先の営業状態、他の債権者の動向、他の担保の有無、その換価回収の難易・確実性などを総合的に判断するというのが（実務研究会「実務上の問題点とその対応策」金法号頁844号29頁）、遠藤教授は、請求喪失事項の内、「その他の債権保全の必要」は、抽象的であり、無制限に広くなりうるのではなくてよいといわれる。もう少し客観基準を作るべきとして、大西教授は「①客観的認識の可能性、②信頼関係の破壊、③銀行の損失の可能性」のすべてを満たさなければならないという（大西武士「銀行取引約定書5条2項5号信義則」金法1367号110頁）。

三 期限の利益喪失条項に関するドイツ銀行普通取引約款とわが国の銀行取引約定書

1 ドイツの銀行普通取引約款の期限の利益喪失条項

（1）通常の融資契約の場合の解約

期限の利益の喪失は、契約関係はそのまま維持して期限の利益を失わせることであるが、期限の利益の喪失と題する条項は、ドイツの銀行普通取引約

款にはない。わが国の民法137条に期限の利益喪失に関する規定があるが、もともと期限の利益喪失の概念は、フランス民法系といわれており、ドイツ民法では解約ないし解約告知(Kündigung)という概念で同様の機能を持たせている。ドイツの銀行普通取引約款によると、融資契約の解約の場合と、それ以外の契約の解約の場合に分けて定めている。まず、19条が銀行による解約について定めており、1項では、銀行は期限の定めのない融資契約以外の継続的取引関係において、格別の解約条項のない限り、いつでも解約することができるが、その場合には顧客の利益を考慮した適切な解約告知期間を設定しなければならないとしている。したがって、銀行が解約するときには、この期間が適切かどうか注意しなければならないわけであるが、その目安として同項は、継続的口座および有価証券の寄託を例にあげて、「6週間以上」とした。

一方、顧客の側から取引関係を解約するときには、このような期間を設定することなく、いつでも解約することができる(18条1項)。銀行側からする解約についてだけこのような制限を付けたのは、銀行の配慮義務ないし顧慮義務(Rücksichtspflicht)および顧客に対して不適当な時期に権利濫用的解約をしてはならないとする判例を考慮したとされている。銀行が今後特別の解約条項を定めるときには、これを目安に決めなければならない。

解約の関係でもっとも問題になるのは、融資関係の契約である。これについては、それが期限の定めのない場合と、期限の定めのある場合に分けて規定している。まず、期限の定めのない場合についてであるが、1993年改正を検討するときに、期限の定めもなく、格別の解約条項もない融資契約については、19条1項と同様の取り扱いをして格別の規定を置く必要はないのではないかという議論があった。しかし、融資契約の場合には、顧客がこれを当てにして取引行動をとることを考えて、別規定を置くこととし、この場合は、一応、銀行は、いつでも解約告知期間を設定しないで契約を解約することができるが、そのときは「顧客の正当な利益」を考慮しなければならないとし

た（同条2項）。したがって、顧客にとって「不意打ち」になるような時期に解約することはできない。判例の傾向からすると（OLG, Hamm, WM1985, 1411）、顧客が銀行の融資に依存しており、相当な担保も差し入れているのに解約する場合には、不相当な解約と判断されるおそれがある。

つぎに、期限の定めのある融資契約についてであるが、この場合には、顧客の正当な利益を考慮しても、取引関係の継続を銀行に要求できないような「重大な事由」があるときのみ、銀行は解約することができる。ここにいう「重大な事由（wichtiger Grund）」は、不確定概念であるので、例示として、銀行の信用供与に関する決定または銀行のリスクの有無に関して重要な意味を持つ財産状態について、顧客が不正確の表示をした場合、顧客の財産状態の著しい悪化またはそのおそれがあるため、銀行に対する債務の履行が危険にさらされている場合、銀行の要求する担保の提供または増担保請求につき適切に応じなかった場合をあげている。具体的にどのような事項がこれに該当するかは、判例の積み重ねを待たなければならない（Hendrik Hefermehl, Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken）。

このようにして、融資関係の契約の解除については、かなり枠がはめられているが、即時解約の要件を満たす場合であっても、銀行は、すぐにすべてを清算するように請求できるのではなく、手形小切手用紙の回収などすぐに処理する必要のあるものを除き、顧客に清算のための適切な期間を認めなければならない（同条5項）。さらに、融資契約が消費者信用法（ドイツ語）の適用される場合には、ローンの返済の遅滞による解約について適用される同法の特別規定に従ってのみ解約することができるとする（同条4項）。その内容は、概略以下の通りである。

（2）消費者信用の遅滞の場合の解約

前述の第4項は、消費者信用法が強行法規であるところから、解約についても同法に従うことを明らかにした確認条項である。消費者信用法は、わが国の借地借家法のように片面的強行法規で、同法に反する約款および同法を

回避する約款は無効であるが、顧客に有利な条項はそのまま効力を有する(同法18条)。解約についてみると、分割払いの消費者信用の場合には、2度連続して賦払金の支払を遅滞し、未払金額が貸付金の額面額の10% (期間が3年以上の場合には5%) に達しており、かつその場合に与信が特別の危険にさらされているときに初めて、銀行は、解約することができる(同法12条)。さらに、銀行が解約するときには、未払債務の支払のための猶予期間を2週間おいて、その期間内に支払がなされなかった場合に、残債務全額の請求することを説明しなければならない。これは、顧客にローン契約を維持する最後のチャンスを与える趣旨である。なお、消費者ローンを顧客側から解約するについても特則があり、ローン契約締結の消費者の意思表示は、消費者が1週間以内に書面によって撤回しない場合にのみ有効になるので(同法7条1項)、契約締結後もその間、再考慮する余裕を与えられている(詳しくは、Kümpel, a. a. O., S.777)。

2 わが国の銀行取引約定書との比較

上述のことから分かるように、期限の利益の喪失に関するわが国の銀行の取扱とドイツのそれとはかなり異なっている。これをまとめていうとつぎのようになる。すなわち、①ドイツの銀行普通取引約款には、当然の期限利益喪失条項は存在しない。②期限の定めのある取引契約とそうでない契約に分けて解約を定めている。③顧客と銀行の対等関係から、まず顧客側からの解約請求権を明示し、それから銀行による解約請求を定めている。④期限の定めのない融資契約関係の解約の場合において、顧客側から解約するときには、即時に解約することができるが、銀行から解約する場合には、顧客の正当な利益を考慮しなければならないとし、融資契約以外の継続的契約の場合には、原則6週間の解約告知期間をおかねばならないこと、⑤期限の定めのある融資契約については、顧客側、銀行側双方の利益を考慮してもなお取引関係を継続できない重大な事由がある場合にのみ、即時に解約の請求をすることができる。⑥銀行側からする解約の場合には、わが国の銀行取引約定書の当然

の期限の利益喪失事由に相当する事項がほぼここにいう「重大な事由」に該当する。⑦しかし、通常の融資契約の債務不履行の場合には、遅滞があればすぐに解約請求することができるのではなく、ドイツ民法 323 条にしたがって相当の期間を定めて催告をしたが、不首尾に終わった場合にだけ解約することができる。⑧融資が消費者ローンである場合には、さらに消費者信用法の定める条件に従ってのみ解約することができる。⑨即時に解約請求することができる場合であっても、銀行は、顧客に清算のための相当な期間、ことに、借入金の返済のための期間を認めなければならない、ことである（後藤紀一「ドイツ銀行普通取引約款と銀行取引約定書の比較」（金融法務事情 1576 号 32 頁））。

四 貸金業者の期限の利益喪失条項の効力

貸金業者の期限の利益の喪失条項は、従来は、グレーゾーン金利を徴収する有力な武器になってきた。貸金業規制法の改正によって金利の上限金利が利息制限法の金利にそろえられるが、それでも悪質なヤミ金業がこれを守る保証はない。たしかに、登録しているまともな貸金業者は、利息制限法内の利息による貸付を行うようになると思われるが、より利益を上げるために、これからは、制限金利の 1.46 倍の遅延損害金を取るために期限の利益喪失条項を利用するのではないかと推測する（利息制限法四条）。今日の低金利時代では、利息制限法の上限金利でもかなり高金利と思うが、さらに 1.46 倍の遅延損害金の徴収を認めると、実体として現状と変わらないことになる。そうすると、貸金業者にとって期限の利益喪失条項は、これから大きな役割を果たすことになるが、このような結果は、認めることはできないであろう。

私は、つぎのような理由から、貸金業者が現在使用している上記のような期限の利益当然喪失条項は、法律的にも実質的にも効力を認めるべき根拠を欠くと考えている。したがって、その範囲で効力を認めるべきではないと解する。

第一に、もともと貸金業者の貸出取引の場合には、銀行の貸出取引と異な

り、預金関係が存在しないのであるから、相殺する場面がなく、本来、当然喪失条項が機能を発揮する場面がない。つまり、貸金業者には、原則として、当然喪失条項を定める実質的理由がないのである。

第二に、貸金業者の当然喪失事由と銀行取引約定書のそれと比較すると、前者の方がはるかに債務者にとって不利な内容になっている。たとえば、銀行取引約定書では、元利金の支払を一回でも怠っている場合および債務不履行は、当然喪失事由ではないが、貸金業者のそれは、当然喪失事由になっている。また、その約款の中には、主債務者と保証人が同列に当然喪失事由の対象になっているものもあるなどに現れている。また、当然喪失事由が非常に多く、その内容も曖昧なものがあることも指摘できる。下級審段階の判決では、すでに従来の期限の利益喪失約款について、「・・・実際の効力以上の無効な内容が表記された不正確、不明朗な内容であり、債務者の誤解を招き、債務者にとって不利益な条項と認められるから、信義則による契約条項明確化の原則の趣旨に反する」旨の判決が出ている（東京簡裁平成17年2月14日判決）。

約款は、当事者の一方が作成するものであり、学説も従来から「その特約条項としての期限の利益喪失事由が不明確なとき、またはその事由が債務者にとって不当な不利益を強いる結果になるときは、この特約自体が無効になる」と説かれている（於保不二雄編・注釈民法（4）414頁〔金山正信〕）。契約の拘束力を認める普遍的原理が「目的・手段の相当性」にあるところ、貸金業者の使用する上記の「期限の利益当然喪失条項」は、その目的において不当であり、その手段において不当に貸金業者に有利な内容であることに鑑みると、上記学説の基準の範囲で無効と判断すべきである（民1条2項信義則）。

第三に、貸金業者にとって不当に有利な当然喪失条項の目的は、貸金業者の顧客の支払能力から考えて、今後、制限利息の1.46倍の遅延損害金の支払を強制する手段に利用される可能性があるが、これは、期限の利益喪失条項

を利息制限法の趣旨を脱法する手段に利用しているとみることができ、法はこのような条項の効力に手を貸すべきではない。

第四に、当然喪失事由に掲げる事項は、請求喪失事項と異なり、債務者の信用状態が著しく悪化した典型的ケースと考えているはずであるから、そのような事由が発生した場合には、貸金業者は、その時点で取引関係を清算すべきはずである。にもかかわらず、従来、それをしないで、その後もグレーゾーン金利を取得し、新たに貸付を継続している実体があった。解釈論として、期限の利益喪失事由が発生したが、取引関係を清算せずにお貸付継続する場合には、これまでも債務者が期限の利益を再取得すると構成することも、期限の利益喪失の宥恕と構成することによって、当然の期限の利益喪失条項の適用を制限してきたが（東高判平13・1・25金判1128号41頁）、正当である。

第五に、貸金業者の貸出先の多くは個人消費者または零細企業の経営者であろう。すくなくとも、個人消費者に対する貸出の場合には、消費者契約法10条を活用すべきである。同条は、民法の基本原則に反して消費者の利益を一方的に害する契約は無効であるといっているが、貸金業者の使用する期限の利益の当然喪失条項については、その効力を認める根拠を欠くのではないか。今後、遅延損害金を取り立てる手段に利用される目的で使用されるおそれがあるわけであるが、このような目的で期限の利益喪失条項を利用することは、利息制限法の立法趣旨に反すると解される。

旧ドイツ約款規制法第9条は（2002年の債権法現代化に伴うドイツ民法改正によって、約款規制法の実体規定に関する部分は、若干の内容修正を経たうえで、ドイツ民法305条～310条に編入され、約款規制法は、2001年12月31日をもって廃止された）、わが国消費者契約法第10条に相当する一般条項といわれるものであるが、この規定が非常に消費者保護に役立っており、これまでドイツの連邦裁判所（BGH）も多くの約款条項の無効を言い渡していることが参考になる（詳しくは、石田喜久夫編・注釈約款規制法97頁以下）。さらに、ドイ

ツでは、旧約款規制法時代から消費者団体に原告適格を与えているため、変な約款を作成すればすぐに提訴されるので、銀行が約款を改正する場合でも、あらかじめ監督当局と消費者団体に了承をとっていた。わが国でも、消費者契約について消費者団体に原告適格が与えられるようになるが、是非これを活用すべきである。

以 上