第2章　利息・遅延損害金の諸問題

第1節　利　息

第1　利息の意義

1　総　説

利息とは，元本の使用の対価として支払われる金銭その他の代替物で法定果実ともいわれるものであり(民88II)，利息を生ずべき債権たる利息債権（民405）の存続期間に応じ日割をもって計算されるものである（民89II)。利息は金銭で支払われることが多いが，必ずしも金銭に限らず米穀等であっても差し支えない（大判明35・4・12民録84・34)。

金銭消費貸借又は準消費貸借の場合，貸金元本が果実を生み出す元物であり，利息が法定果実ということになるが，貸主が借主に対し利息の支払を求めることができる場合には，貸金元本の返還を求めることができる貸金債権と利息の支払を求めることができる利息債権の双方を有していることが通例である。

なお，利息を生ずべき債権たる利息債権には，元本債権に対する付従性の強弱から，その弁済期が到来した各期の利息を目的とする支分権たる利息債権と，まだ到来していない基本権たる利息債権とに区別して論ぜられることが多い（我妻・債権総論43等）が，いずれも利息債権であることに変わりはない。

2　いわゆる遅延利息との区別

利息は，前述したように，元本の使用の対価として支払われるものであるから，元本債権の弁済期到来までに発生するものである。前記弁済期が到来しても債務者が元本の返済をしないときは，債務不履行として

民法415条・419条等により債務者は債権者に対し一定の利率により損害賠償金の支払をしなければならない。この損害賠償金も，ある意味では元本の使用の対価としての性質も有するところから，遅延利息と呼ばれることがあり，後述するとおり，元本組入れ（重利）に関する民法405条も遅延利息に類推適用されるところとなっている。しかし，その基本的性質は，債務不履行による損害賠償金であるので，本章においては，遅延損害金として述べることとする。

3　いわゆる延納利息

金銭消費貸借又は準消費貸借等における債務者が，元本債務の弁済を当初の履行期までになさず，日々遅延損害金が発生している状況において，債権者が債務者からの分割払い（延納）の要請をいれ，債務者との間で，元本債務についての新たな弁済期を合意するとともに，その代わりに一定の利率の利息を支払うことを約することがある。このような合意は，裁判外において行われることも多いが，訴え提起前の和解（民訴275）・和解に代わる決定（民訴275の2）・訴訟上の和解（民訴267）・調停（民調16）等の裁判手続内で行われることも相当数あるところである。この場合，前記合意により新たな弁済期が定められるのであるから，前記合意時より新弁済期までの元本の使用の対価（延納利息）も，前述した意味での利息であることは明らかであろう（なお，国の債権の場合につき，国の債権の管理等に関する法律26Ⅰ等参照）。

そして，前記のような合意がなされたときは，債務者は債権者に対し，①（残）元本債務，②当初の利息金さえも未納であるときは当初の弁済期当日までの利息債務，③当初の弁済期の翌日から前記合意の日までの遅延損害金（延滞金）債務，④前記合意の翌日から新たな弁済期当日までの（延納）利息債務，⑤更に場合によっては新たな弁済期の翌日からの遅延損害金（延滞金）債務を，それぞれ負担することになるのである。

4　いわゆるみなし利息

金銭消費貸借契約を締結する際，貸主は借主から，礼金・割引金・手数料・調査料その他の名目をもって，金員を天引することがあるが，これらの金員は，利息としての合意がなされていないものでも，利息制限法1条・2条の適用については，利息とみなされる（利息3）。これをみなし利息という。貸主でなくその100％子会社である信用保証会社が保証料等を受領したときでも，本条にいうみなし利息とされることがある（最判平15・7・18民集57・7・895等）。

従来から，礼金・割引料等の名目でこれを元本から天引することは，利息の制限を潜脱する手段として利用されてきたので，これを防ぐために，利息制限法の適用の関係で利息とみなされるものである。ただし，契約締結費用（民558・559）及び弁済費用（民485）は，みなし利息に含まれない（利息3但書）。

5　いわゆる戻し利息

一定額の借受金元本返還債務を負担している借主が，貸主に対し弁済期までの利息をあらかじめ支払っている場合において，前記弁済期前に前記元本債務の弁済をしたいときは，借主は貸主に対し既に支払済の未経過分の利息の返還を求めることができるのかが問題となる。

ところで，前記返還債務につき一定の弁済期限が付せられているということは，その期限の利益は通常は債務者たる借主のためにある（民136Ⅰ）が，利息を支払うべきときは同時に債権者たる貸主の利益でもあるから，借主は弁済期までの利息を提供してのみ期限の利益の放棄ができると解される（民136Ⅱ，大判大7・3・20民録24・623，大判昭9・9・15民集13・21・1839参照）。したがって，借主は，特段の約定なき限り，弁済期前に借受金元本全額の弁済をしたときでも，既に支払済の未経過利息の返還を求めることができないことになる。

しかし，金融機関が貸主の場合は，借主が弁済期に全額その弁済をなすときは支払済の利息のうち未経過利息を返還することが行われており，これが戻し利息といわれているものである。

第2　利息の発生要件

利息は，元本の使用の対価として支払われるものであるから，利息を生ずべき債権たる利息債権が成立するためには，元本（返還）債権が有効に存在することが前提となることは明らかである(付従性)。したがって，元本債権を発生させる法律行為（金銭消費貸借契約又は準消費貸借契約）が無効だったり取り消されたりすれば，利息債権も初めから成立しないことになるのは当然である（大判大6・2・14民録23・158)。

ところで，消費貸借に関する民法587条以下の規定によれば，借主は貸主に対し当然に利息を支払うこととはされておらず，無利息が原則とされているから，利息債権が発生するためには，元本債権の発生原因たる金銭消費貸借契約又は準消費貸借契約のほかに，貸主借主間で借主が利息を支払う旨の合意がなされることが必要である。

もっとも，商法513条1項によれば「商人間において金銭の消費貸借をしたときは，貸主は，法定利息（次条の法定利率による利息をいう。以下同じ。）を請求することができる。」とされているから，貸主借主のいずれもが商人であれば，利息を支払う旨の合意がなくとも当然に，貸主は借主に対し利息を請求することができることになる。この場合，「商人」とは，「自己の名をもって商行為をすることを業とする者」であり（商4 I)，商人性の基準となる基本的商行為には，絶対的商行為（商501）と営業的商行為（商502）の二つがある。また，「店舗その他これに類似する設備によって物品を販売することを業とする者又は鉱業を営む者」であれば，商行為をなすを業としなくとも商人とされ(商4 II)，会社(株式会社，

合名会社，合資会社，合同会社，外国会社）が，その事業としてする行為及びその事業のためにする行為は，商行為である（会社５）。

以上のことからすると，金銭消費貸借又は準消費貸借の利息債権が発生するためには，①元本債権の存在（すなわち，金銭消費貸借契約又は準消費貸借契約が有効に存在すること）のほか，②㋐貸主借主間で利息支払の約定がなされたこと，又は㋑貸主借主のいずれもが商人であること（すなわち，絶対的商行為ないし営業的商行為をなすを業とする者であること，又は，店舗等の設備による物品販売業者であること，又は，鉱業を営む者であることが必要であるということになる。

第３　利息の発生日と終了日

利息の発生要件と関連して，金銭消費貸借又は準消費貸借において利息を生ずべきこととなった場合，その発生日と終了日はいつかという問題がある。

もし貸主借主間で発生日と終了日を制限する合意がなされているときは，一部無利息の消費貸借ということになって，その合意が有効であることはいうまでもない。

前記のような合意がない通常の消費貸借については，その発生日につき，最判昭33・６・６（民集12・９・1373）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」と判示して，借主は，借受け日が丸一日（24時間）に満たない場合であっても，丸一日分の利息を支払わなければならないことを明言した。

これに対し終了日については，通常の弁済期はある一定の日の終了までと定められるから，借主はその弁済期当日までの利息を付さなければならないことは明らかである。

費貸借）の契約書のなかに保証の文言と保証人の署名押印がされていることが多い。証人，立会人，引受人といった名称で署名押印されていることもある（高木・現代法律学全集８債権総論〔改訂版〕394)。証人として署名したものについて保証人と認定されることもある（大判大２・６・７民録19・396)。

反対に，東京高判昭51・８・30判時834・91は，銀行係員が甲に対して預金手続の必要書類として不動文字以外は空白になっている書類多数に記名押印を求め，甲は信用して内容を読まずに，その中の「保証書」と表題のついた書面にも署名押印した事案につき，甲に保証契約をなす意思表示はなかったと判示した。東京高判昭52・４・18判時854・70は，不動産売買契約書に不動文字で印刷されてある「立会人」に「保証」の２字を加えて「立会保証人」として署名押印したことから，売主の債務を保証することをも認めることはできないと判示した。

大阪地判昭60・４・19判タ565・127は，連帯借用証書中の保証人欄の印影が保証人Ａの印章によって顕出されたものだが，それがＡの妻Ｂにより押捺されたものである事案において，Ａがその当時老人痴呆のため事理を弁識し保証意思をもって記名押印を指示しうる能力があったか疑わしいこと，保証を嫌い従前もそうした方途をとらなかったなどの事情を認定し，前記押印がＡの意思によるとは推認できないとした。印影により私文書の真正な成立を推定できることは判例理論（最判昭39・５・12民集18・４・597，最判昭43・６・21判時526・55）として確立しているので，この点をめぐる攻撃防禦は実務上きわめて多い。この争点に対する考え方は，近時次第に精密化し，当時者の意思解釈を慎重にするようになり，少なくとも表見代理の成否と実質的に見てバランスをもった判断を求めるようになった。平成11年，商工ローン問題が社会問題化したことなどから，保証契約の不成立（東京高判平13・２・20判時1740・46)，詐欺（東京高判平11・９・１判時1699・83）及び錯誤（東京地判平９・11・25金融商事1042・47，仙台高判

平13・12・26金融商事1151・32），信義則により保証契約の制限（東京高判平13・12・18判時1786・71）を認めるようになった。

2　当事者

民法上，保証人の資格として制限はとくにない（ただし，民450・451参照）。当事者に関連する問題点として，以下のものがある。

(1)　法人の保証行為能力

法人が取引先など他人の主債務に関して保証や手形保証をした場合，それは民法43条の「目的の範囲内」の行為か否か，という問題である。

ア　営利法人　　最判昭30・10・28民集9・11・1748は，一般木工品製造などを目的とする会社が，取引先の会社の借地契約上の債務につき連帯保証するのは目的の範囲内であるとし，最判昭32・5・21判タ71・53は，製陶を目的とする会社が他人の代金債務について連帯保証するのは目的の範囲内であるとした。東京地判昭34・4・4判時189・21は，身元保証することも目的の範囲内であるとした。

イ　非営利法人　　最判昭45・7・2民集24・7・731は，中小企業等協同組合法に基づく信用組合がその組合員のために彼の負担する手形債務につき手形保証することはその事業に附帯する業務（中協9の8Ⅰ④）として組合の目的の範囲内にあるとした。この判決の理由づけによれば，組合員のためにする民法上の保証も附帯業務といえる（吉井・判解（昭45年（上））18事件152）。

(2)　株式会社の保証と会社法356条

会社が，取締役の個人債務を保証する場合，株主総会において，当該取引につき重要な事実を開示して，株主総会の承認を受けなければならない（会社356Ⅰ）。昭和56年改正商法（昭和57年10月1日施行）265条1項が取締役会の承認を得ることを定めていたが，会社法（平成17年法律86号，平成18年5月1日施行）356条として上記のように改正された。取

締役会設置会社では，利益相反取引をする場合（直接取引）には，その取引について重要な事実を開示して，取締役会の事前の承認を得なければならない(会社356Ⅰ②･365Ⅰ)。また，上記のような会社が，取締役の債務について，取締役の債権者に対して保証するという間接取引の場合にも，その取引について重要な事実を開示して，取締役会の事前の承認を得なければならない(会社356Ⅰ③･365Ⅰ)。しかし，非取締役会設置会社では，株主総会が承認する（会社356Ⅰ①・365Ⅰ)。

最判昭43・12・25民集22・13・3511は，戦前からの判例を変更して，「取締役個人の債務につき，その取締役が会社を代表して，債権者に対し債務引受をなすが如き，取締役個人に利益にして，会社に不利益を及ぼす行為」も商法265条の「取引」に当たるとし，間接取引も含まれると解するに至った。最判昭45・３・12判時591・88は，取締役の個人債務についてその取締役が会社を代表してなした連帯保証を，同昭45・４・23民集24・４・364は，甲・乙両会社の代表取締役である者が，甲会社の主たる債務について，乙会社を代表してなした保証を，それぞれ商法256条（平成17年改正前）の「取引」に含まれると判示していたのである。

取締役会の承認を得ないでなされた，取締役の主債務に関する会社の保証は，絶対的に無効なものではなく，株式会社は①取締役会の承認を受けていないこと，及び②相手方である第三者が悪意であることを主張・立証して，初めてその無効を主張できるのである（前掲最判昭45・３・12，同昭45・４・23，同昭46・10・13民集25・７・900。相対的無効説)。以上について，神田秀樹「会社法」197頁（弘文堂，第９版，2007）は判例を整理して所説を展開するので参照されたい。

なお，前記善意の相手方は重過失のないことを要するか，という問題がある。判例の表現からは必要がないように見えるが，重過失のないことを要するとの所説もある。この立場では，重過失ありという場合とは，取締役会の承認が得られてないことを疑わせる十分な事由があるのに，

調査もせずに取引を締結することなどであるという。前記十分な疑いがあるとき，保証契約の相手方は取締役会議事録の原本を見るとか，社長による取締役会の承諾ありし旨の証明書を徴するなどしておけば，重過失ありとはされない（河本「銀行取引と取締役の利益相反行為」法務1000・59)。そこで債権者は，実際には保証契約書を取るだけでなく『取締役会の議事録』も徴求しておかないといけない。

3　代　理

保証契約は主たる債務者が保証人の代理人として債権者との間で締結されることが多く，無権代理，表見代理が問題となることが少なくない。そして，この人的担保は保証人に無償で，かつ大きな負担を課する可能性のあるものなので，同人の保護を適切にはかることが解釈論においても要請されている。

(1)　主張・立証責任

代理の主張・立証責任については基本的な点で争いがある。最判昭33・7・8民集12・11・1740は，「斡旋料支払の特約が当事者本人によってなされたか，代理人によってなされたかは，その法律効果に変りはないのであるから，原判決が被上告人と上告人代理人増谷照夫との間に本件契約がなされた旨判示したからといって弁論主義に反するところはない」と判示した（同旨。最判昭39・11・13裁集民76・57)。この判例については「代理権の発生原因事実は主張・証明責任事項ではないとの見解を採るもののようである」（村上・前掲書99）と指摘されている。

しかし，前記判例には反対する見解が有力である。司法研修所編・民事訴訟における要件事実について15頁は，代理の要件事実は有効な代理行為の成立を主張する側に立証責任があるとし，その争い方により否認となることも抗弁になることもあるという。代理行為の成立要件事実は，代理行為と代理権であり，後者が争われたときには代理権の授権行為を

主張・立証することになる。

商法504条による要件事実（請求原因のときの）は，①代理行為，②代理権，③当該行為が商行為であること，④代理人が本人のためにする意思をもって当該行為をしたことである。

(2)　表見代理

ア　民法109条　　表見代理であることの効果を受ける者（例，原告）は，①以前，本人が相手方に対して問題となっている無権代理人に代理権を与えた旨を表示したこと，及び②問題となった代理行為は前に表示された代理権の範囲内の事項であること，を主張・立証しなければならない。

民法109条の表見代理が成立するためには代理行為の相手方は善意無過失でなければならない（通説）。この主張・立証責任は，代理の効果を免れようとする者（代理権授与表示者，例，被告）が負担し，代理行為の相手方の悪意又は過失を主張・立証しなければならない（最判昭41・4・22民集20・4・752，同昭42・11・10民集21・9・2417）。

前記最判昭42・11・10は，主たる債務者Aから委託を受けた保証人Xが保証契約の代理人B（BはAのため融資を得るために活動した者）に白紙委任状と印鑑証明書などを交付したが，前記の融資が失敗したので，AがBから白紙委任状等の返還を受け，今度は別の貸主Yから融資を受けるに当たり，前記Xの白紙委任状，印鑑証明書などを交付し，自ら保証人Xの代理人としてYと連帯保証契約を締結したという事案につき，前記白紙委任状，印鑑証明書などの交付行為は，保証人Xが貸主Yに対しAに代理権を与えた旨の表示をしたものと解するのが相当であると判示した（なお，最判昭39・5・23民集18・4・621参照）。しかし，その後，民法109条の表示行為といえるかどうかにつきより厳格な考え方が強くなっている。東京高判昭50・9・29判時802・80は「代理人と称する者が本人の実印及び印鑑証明書を所持するのみの事実をとらえて民法第109条に

いう代理権授与の表示ありとみることはいささか早計に過ぎる。なんとなれば，特段の事情のない限り，これのみではいかなる代理権の授与があったのか判定に由ないからである。」と判示し，民法109条と110条の複合のケースであるとして判断を進めている（最判昭45・7・28民集24・7・1203）。

さらに，民法109条の表見代理における過失の有無について，主たる債務者が保証人の代理人として貸主と保証契約を締結する場合には，貸主は保証人に対して代理権の有無を確認する取引上の義務がある。

イ　民法110条　越権代理の効果を求める者は，民法110条の要件事実として，①代理人が代理権の範囲を超えた代理行為をしたこと，及び②代理行為の相手方が当該代理行為は前記代理人の代理権の範囲内にあると信ずべき正当の理由があることを主張・立証しなければならない。また，相手方の悪意は民法110条の法効果を免れようとする者が，抗弁としてこれを主張・立証しなければならない（我妻・新訂民法総則370，村上・前掲書110）。

さて，越権代理につき，実印や白紙委任状の交付につき，正当の理由があるのか否かである。従来，最高裁判例は，実印の交付のある越権代理の正当の理由の存否について，不動産取引に関しては，相手方より本人の保護に厚く厳しい姿勢を示していたが，保証契約のときには，より緩やかであり「判例上明確な基準はうかがえず，正当の理由の有無は，当該の諸事情にかかっている」と言われていた（川井「表見代理制度」民法基本問題150講Ⅰ188）。

しかし，最判昭51・6・25民集30・6・665に至り，「かなりはっきりした一般論が打ちたてられた」（星野・法協95・2・197）と見られている。

前記最判昭51・6・25は，「印鑑証明書が日常取引において実印による行為について行為者の意思確認の手段として重要な機能を果たしていることは否定することはできず，X会社としては，Yの保証意思の確認の

ため印鑑証明書を徴したのである以上は，特段の事情のない限り，前記のように信じたことにつき正当理由がある」

しかしながら，X会社（電気器具の販売）が保証人Yの代理人Bとの間で保証契約を締結した際，前記代理人Bは主たる債務者であるA会社の代表取締役であり，A会社とは取引の日も浅く，その継続に不安があって，X会社においてBの実父に連帯保証人となってもらうべく要求したが断られた等，Bの行為に疑いを抱いて然るべき事情があり，かつ前記保証は継続的商取引から生ずる一切の債務についての保証期間，保証限度額ともに定めなき連帯根保証契約であったのであるから，X会社は金融機関ではないけれども，「Yみずからが本件約定書に記名押印をするのを現認したわけでもないX会社としては，単にBが持参したYの印鑑証明書を徴しただけでは，本件約定書がYみずからの意思に基づいて作成され，ひいて本件根保証契約の締結がYの意思に基づくものであると信ずるには足りない特段の事情があるというべきである」

したがって，X会社はY本人に直接照会するなど可能な手段によってその保証意思を確認すべきであった

と判示した。判例には，越権代理の問題を判断するとき，代理人が本人の実印・印鑑証明書又は白紙委任状の交付を受けていて，それを行使することを知って契約を締結する相手方に正当理由があるとする流れが形成されていた（最判昭35・10・18民集14・12・2764，同昭42・11・10，同45・12・15民集24・13・2081）。前記の前段判示部分はこの従来の判例の傾向を是認する意味をもっている。後段の判示部分は，前段の「特段の事情」に触れ，この点の具体的事案に対応して本人の保護を厚くする道を拓いている。そして，特段の事情があるときには，本人の保証意思の有無を確認することが可能であったか，可能な調査手段を尽したか，が問われることになる。保証意思確認義務の問題がこれである。

実印の所持があれば，原則的に，相手方に正当事由があると見るのは

妥当か否か，については，素人か金融機関かで異なる。金融機関の場合にはそれだけでは正当理由ありとはいえないであろう（前掲最判昭45・12・15）。金融機関の貸付係あるいは金融業者の事務処理として「債務者をして保証人を同道させ，保証人自らに署名捺印させるのを原則とし，これが困難なら保証意思確認のために本人に照会状を出すとか，電話連絡するということにすれば足り……一挙手一投足ですむ本人面接または電話連絡などを省略しなければならない」要請はないとされる（好美・民商66・1・115）。金融機関でなくとも，継続的取引に入るに際して保証契約をする者は同様の義務を負う（星野・前掲判批207）。

なお，不動産譲渡担保に関する民法110条の事案について，最判昭53・5・25判タ372・79は，前述した新しい基準を確認している。

保証人の保証意思を確認すべき義務が生じる場合には，保証契約を主たる債務者が代理人としてする場合（東京高判昭51・6・29判時829・56，同昭55・2・20判タ414・69，同昭55・4・24判タ417・106），包括根保証（平成16年民法改正により貸金等債務について個人に対する包括根保証は禁止されたが，それ以外の場合に今後も適用が考えられる。）のように保証人に無償で重大な負担を課する場合，代理人と称する者と本人が密接な身分関係にあり実印を簡単に流用できる場合（同居しているのか否か，一方の行方不明，不仲による別居か否か）（東京地判昭53・8・31判タ377・109），本人の意思確認が一挙手一投足でできる場合などが考えられる（星野・前掲判批，好美・前掲判批）。なお，平成18年までの整理としては，滝沢昌彦「契約書の真正の推定と実体法的意義」潮見ほか編「特別法と民法法理」67頁から92頁（有斐閣，2006）を参照されたい。

本人の署名押印のある文書（処分証書）が書証として提出され，その印影が本人の所持する印鑑（実印，銀行印など）の印影と一致すると立証されて，民事訴訟法228条4項（旧326条）による2段の事実上の推定により，形式的証拠力が認められれば，当該契約の成立が認定されること

3　貸金業法43条1項の抗弁

貸金業法43条1項の要件と効果を分けると，次のとおりになる。抗弁の要件は，前記したように5つあり，各個の支払ごとに各々その全部について主張・立証しなければならない（併合要件。大森「貸金業規制法43条と利息制限法（下）」ＮＢＬ285・39，同・前掲判時論文16)。その効果が，当該超過部分の支払は，利息制限法1条1項の定めにかかわらず，有効な利息債務の弁済とみなすことであるのは既述のとおりである。以下，5つの要件につき説明を加える。

(1)　第1要件

金銭消費貸借契約の締結時において，貸主が貸金業の登録を受けて貸金業を営む者であることを要する。貸金業者とは，貸金業法3条1項に基づき登録を受けて貸金業を営む者である(貸金2 II)。契約締結時に登録されていたことの証明は，監督官庁発行の登録に関する証明書で行い，登録の事実があれば，貸金業者であることの事実上の推定が働くことになる。みなし貸金業者のうち貸金業法附則3条2項による場合は，43条1項の貸金業者とはいえない（貸金附則3 IIには43条の適用は除かれている。)。

(2)　第2要件

業として行う金銭消費貸借（上の利息）契約を締結したことを要する。業として行うとは，反復継続して行い，社会通念上それが事業の遂行とみることができる程度のものでなければならないが，営利目的の有無は問わない。一般私人の行う貸付契約に関してみなし弁済の余地はない。したがって，前記貸付契約に基づく債権を業者が譲り受けても本条項は適用されない。しかし，貸金業者の貸付契約(貸金2 III参照)に基づく債権を一般私人などが譲り受けたときには同条項の適用が認められる。

なお，貸金業者が貸付にかかる契約に基づく債権を譲渡する場合には，貸金業法24条1項の適用がある。貸金業者は，他人に前記債権を譲渡す

るに当たっては，その者に対して，譲渡しようとする債権が貸金業者の貸付にかかる契約に基づいて発生したこと，貸金業施行規則21条で定める事項（契約年月日，貸付金額，利率，保証契約の年月日，保証の範囲等），譲受人に適用されることになる事項(17条書面，18条書面，20条の白紙委任状の制限，21条の取立行為の規制など）を記載した書面により通知しなければならない。白紙委任状の取得の制限，取立て行為の規制，債権譲渡等の規制のうち通知に関する規定および譲渡人等への準用規定について，無登録業者および無登録業者から債権を譲り受けた者等についても適用されている（貸金20・21・24の6）。

貸金業者は，貸付の契約に基づく債権の譲渡又は取立ての委託（これらを債権譲渡等という。）をしようとする場合において，①暴力団員等，②暴力団員等がその運営を支配する法人その他の団体又は当該法人その他の団体の構成員，③貸付けの契約に基づく債権の取立てに当たり21条1項（同2項で準用する場合を含む。）の規定に違反し，又は刑法若しくは暴力等処罰に関する法律の罪を犯すおそれが明らかである者には譲渡できないと定められている。それは，法21条に違反することが明らかな者，刑法・暴力行為等処罰に関する法律の罪を犯すおそれが明らかな者，債権譲渡の後に取立制限者がその債権の譲渡を受けることを知り，又は注意すれば知ることができたときである(貸金24III)。法人がする債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律が平成10年1月1日に施行されている。

利息の意義は，利息制限法におけるそれとほぼ同義であり，契約締結及び弁済費用が利息とみなされない点は注意しなければならない〔利息3但書。562頁参照〕。しかし，本条項で支払った利息というには金銭に限定され，利米などの代替物は含まれない点は異なるところである。

(3)　第3要件

債務者が利息と指定して任意に支払った金銭の額が利息制限法所定の

制限利率を超えたことを要する。

ア　債務者

ここにいう債務者とは，借主である主債務者（連帯債務者を含む）及び保証人を意味し，それ以外の第三者である配偶者，親兄弟は含まれない。そこで，貸金業者は，債務者以外の第三者の弁済ではなく，債務者自身あるいはその代理人の弁済としての形をとるようになろうが，この点は，誰が実質，出捐したかで判断することが正当であろう（沢井「貸金業法43条をめぐって」法律のひろば36・9・19）。

なお，保証人が貸金業法43条1項の要件を充たす支払をして，利息制限法所定の制限超過部分が「有効な利息……の債務の弁済」とみなされた場合には，主債務との関係でも，前記超過部分は元本充当の効果を生じない。保証人の前記支払は主債務者に利益を与えるものではないから，保証人は当然には前記の支払額を主債務者に求償することはできない（我妻・新訂債権総論489）。

イ　利息と指定して

金銭は利息の趣旨で債権者に支払われることを要する。その趣旨があきらかでないときは，利息制限法所定の制限利率の範囲内の利息，損害金に充当され，残余は元本に法定充当される。「利息と指定して」といえるためには，債務者が特に制限超過部分の利息の支払であることを明示しなければならないとの説が多数説である。

債権者が利息と指定しても本条項の保護は受けられず，利息の充当指定権は貸金業者にあるとの特約も制限超過部分については無効である。

元本の一部又は全部が消滅しているのに貸金業者の計算を信じて元本を支払ったとしても，本条項の適用の余地はなく，元本充当後の残余支払金は不当利得として返還請求できることは勿論である。最判平17・7・19民集59・6・1783は，貸金業者の債務者に対する取引履歴の開示義務について，同業者は，債務者から取引履歴の開示を求められた場合

には，それが権利の濫用など特段の事情のない限り，貸金業法の適用を受ける金銭消費貸借契約の付随義務として，信義則上，保存している業務帳簿（保存期間を経過して保存しているものを含む。）に基づいて取引履歴を開示すべき義務を負うものと解すべきである旨判示した。

ウ　任意に

ここに任意とは，利息制限法1条2項にいう「任意」と同義であって，「債権者の強制を伴わない，いいかえれば債務者が自主的に自己の意思に基づいて支払う場合を意味する」（森泉・注釈民法(15)50）と解される。例えば，貸金業法21条に違反した取立行為により超過利息を支払ったときは任意性を欠くというべきである（国会審議における本法提案者の説明）。

次に，任意にといえるためには，債務者が制限超過の利息部分が無効であることを知っていることを要するか否かであるが，通説は，この点を知らないで債務者の自発的な支払意思が形成されたと見ることはできないという。

第2期判例を代表する最判平2・1・22民集44・1・332は，貸金業法43条1項及び第3項にいう「任意に」とは，債務者が利息の契約に基づく利息又は賠償額の予定に基づく賠償金の支払に充当されることを認識したうえ，自己の自由な意思によってこれを支払ったことをいい，債務者において，その支払った金銭の額が利息制限法1条1項又は4条1項に定める利息又は賠償額の予定の制限額を超えていることあるいは当該超過部分の契約が無効であることまでの認識を要しないと判示した。この第2期判例は，貸金業法43条のみなし弁済の規定を適用して，制限超過利息部分を一定限度で合法化したが，その後，みなし弁済の規定を適用するには，その要件を厳格に具備することを求め（最判平16・2・20民集58・2・380，最判平16・2・20民集58・2・475），新たな判例理論を牽引していくことになった。そして，貸金業法制定の昭和58年から23年後，最高裁判所は，再び，制限超過利息部分の支払の任意性を否定した（第3期判例の代表である最判平18・1・13民集60・1・1など）。

エ　支払ったこと

支払ったといえるためには，現実の金銭の交付のほかこれと同視できる供託，債務者側からする相殺であることを要する。債務が終局的に消滅することにはならない更改や準消費貸借は該当せず，手形交付による代物弁済（名古屋高判昭36・9・4高民14・8・513）も同じである。東京高判平16・3・16判時1849・44は，借換の際の利息の支払は現実に弁済したことを要するという立場から，現実弁済がないと判断したものである(同旨。東京高判平15・7・31判時1826・63)。「控訴人（注―貸金業者）は，第2回以降の貸付けの際，従前の貸付けの元金や利息を，新たな貸付金によって返済を受けたとしている。しかしながら，被控訴人がその手持ちの現金で利息を支払ったものは，現実の支払があるが，新たな貸付金で支払ったというのは，単に計算上の支払があるというだけで，現実の支払があるものではない。したがって，そのような場合には，従前の貸付金や利息への支払はないものとして，利息計算しなければならない。また，その際の貸付額は，名目上の新規貸付額ではなく，名目上の新規貸付額から控訴人が従前の貸付金の元金や利息としてこれを差し引いた残額，すなわち，被控訴人（注―借主）の現実の受領額である。」と判示し，従前の貸金の元利金を新たな貸付金で返済したとする場合の利息計算の方法を明らかにした（この計算方法については判時1849・50以下が参考になる。）。

(4)　第4要件

貸金業法17条により法定の契約書面を交付している者に対する支払であることを要する(貸金43Ⅰ①)。第4要件と次に述べる第5要件はいずれも主張・立証を要する（併合要件）。第4要件には，主債務者（連帯債務者を含む）による貸主である貸金業者への支払，保証人による貸主である貸金業者への支払，主債務者による債権の譲受人への支払，保証人による債権の譲受人への支払の4つの類型が含まれている。この他に貸金

業法24条，24条の2ないし5による各類型がある。

ここに遅滞なくとは，事情の許す限りもっともすみやかにの趣旨であるが，一般に，正当な又は合理的な理由による遅滞が許される場合の用語であるが，定型性の強い金銭消費貸借に係る契約に関する書面を貸金業者が貸付け時に交付できない正当な理由は，通常はないであろう。

交付すべき書面に記載しなければならない事項は，①貸金業者の商号，名称又は氏名及び住所，②契約年月日，③貸付け金額，④貸付け利率，⑤返済の方式，⑥返済期間及び返済回数，⑦賠償額の予定（違約金を含む）に関する定めあるときにはその内容，⑧日賦貸金業者である場合にあっては，14条5号に掲げる事項，⑨その他内閣府令で定める事項である。貸金業法17条1項所定の契約書面及び受取書面，つまり17条書面に関する最初の判例である。最判平2・1・22民集44・1・332は，「契約書面及び受取証書の記載が法の趣旨に合致するものでなければならない」とだけ述べたので，契約書面に記載がなくても，当事者が認識していた事項を併せ考慮すれば17条書面の交付があったと解されるという趣旨に拡大して解釈されたこともあった。しかしながら，最判平16・2・20金融商事1188・2（原審東京高判平14・11・28）は，「法43条1項の適用要件については厳格に解釈すべきものである。」とした上で，相手方に交付しなければならない17条書面には「法17条1項所定の事項のすべてが記載されていることを要するものであり，その一部が記載されていないときは，法43条1項適用の要件を欠くというべきであって，有効な利息の債務の弁済とみなすことはできない。上告人は，原審において，平成7年5月19日に被上告人（注―旧商工ファンド）との間で本件基本契約を締結した際に，被上告人に対し，根抵当権設定に必要な書類を提出した旨の主張をしており，仮に，この主張事実が認められる場合には，その担保の内容及び提出を受けた書面の内容を17条書面に記載しなければならず・・・，これが記載されていないときには，法17条1項所定の事項

の一部についての記載がされていないこととなる。」と判示した。これにより，17条書面の交付を義務付けた法の趣旨は債務者の主観的な事情の有無によって補充して判断するというものではなく，客観的な書面の交付を要するとした上で記載の有無について厳格に解釈すべきであるという書面主義の法理を明らかにしたものである（同旨。東京高判平16・3・16判時1849・44，金融商事1189・18，東京地判平14・12・26判時1824・65）。なお，前記判例は，17条書面の通数については言及していないが，裁判例は一通に限定すべきであるという裁判例（東京地判平10・1・21金融商事1052・49）とそのように限定すべきではないという裁判例（東京高判平13・1・25金融商事1128・41，さいたま地判平13・11・30金融商事1136・32，大阪地判平15・9・30判タ1146・283）に分かれている。

最判平18・1・24判時1926・28①②事件は，日賦貸金業者の貸付けについて，貸金業法17条1項の書面といえるためには，同項所定の事項の記載内容が正確かつ明確であることが必要であり，その記載内容が正確性・明確性を欠く場合にはみなし弁済規定の適用要件を欠く旨の判断をすべきであるという指針を示した上で，(ア)特定の日に集金をしない旨の合意があるにもかかわらず，その合意について記載を欠いている書面や，その合意について明確性を欠く記載しかされていない書面では，貸金業法17条1項に規定する書面の記載事項である「各回の返済期日」の記載要件を充たさないのであるから，このような書面しか債務者らに交付されていない本件では，見なし弁済規定の適用要件を欠く旨を，また，(イ)17条書面の記載事項である「貸付けの金額」や，「当該契約が，従前の貸付けの契約に基づく債務の残高を貸付金額とする貸付けにかかる契約であるときは，従前の貸付けの契約に基づく債務の残高の内訳（元本，利息及び当該貸付契約に基づく債務不履行による賠償額の別をいう。）」の各点において，また，18条書面の記載事項である「受領金額及びその利息，賠償額の予定に基づく賠償金又は元本への充当額」の点においても，