

準消費貸借からみる契約内容の 変更と新旧債務の関係

論

説

渡 邊 力

- I はじめに
- II 裁判例の紹介と分析
- III 学説の紹介と分析
- IV 準消費貸借における債務内容変更の枠組み
- V 合意による契約内容変更への一般化
- VI 結びに代えて

I は じ め に

1 問題意識と背景

ある契約が有効に成立した後に、契約当事者がその契約の内容を変更する場合に、民法上どのような規律に服するのであろうか。本稿は、この問題の基礎研究として、準消費貸借における債務内容の変更という問題を扱う。とりわけ、準消費貸借による債務内容の変更が既存債務または新旧債務関係⁽¹⁾にどのような影響を与えるかという点に焦点を絞って問題状況を明らかにする。

そもそも、有効に成立した契約には強固な拘束力が認められることが私

(1) 本稿では、準消費貸借によって消滅する債務を「旧債務」、新たに生じる債務を「新債務」と称する。他方、従来の債務が消滅せず維持される場合には「既存債務」と称したい。

法上の大原則であり、そのため一方当事者による契約内容の一方的変更は厳格に制限される。それでは、両当事者が合意によって契約内容を変更する場合はどうであろうか。この場면을直接規律する条文は存在せず、学説⁽²⁾上もあまり議論されていない⁽³⁾。もっとも、この問題に一部関連する条文や議論は民法の各所に散在している。たとえば、両当事者の合意によって債務の要素を変更する場合には、債権の消滅原因という視点から「更改」が規定されている（民法513条以下）。ただし、ここで予定されるのは「債務の要素の変更」の場合であり、その効果として従来の債務を消滅させて新債務を成立させるため、「従来の契約の枠内での債務の要素を変えない内容変更」の場合を含まない⁽⁴⁾。このことは、「準消費貸借」の場合にも、本来的には従来の債務が消滅し、新債務が成立する法制度とみれば（民法588条）、債務の要素を変えない内容変更の合意は含まれないはずである⁽⁵⁾。また、和解（民法695条・696条）も債務内容の変更を含む場合がありうるが、和解の対象は争いが存在し互いに譲歩して争いをやめる場面であって広範にわたるため、契約内容の合意変更が主な対象として議論され

(2) 近時の「民法（債権関係）改正法案」でも、本稿の問題意識との関連で変わるところはない。

(3) 一部関連する議論として、債務不履行の場면을想定して契約内容改定の必要性を指摘するものがある（森田修『契約責任の法学的構造』（有斐閣、2006年）488頁以下）。これによれば、契約当事者が不履行後の善後策について交渉し、当初の契約内容を改定する再交渉プロセスが論じられている。

(4) 更改にあたらない場合として、既存債務につき連帯債務の付加、保証人の加除、利息の付与、抵当権の付加などがあげられる（磯村哲編『注釈民法(12) 債権(3)』（有斐閣、1970年）483頁〔石田喜久夫執筆〕参照）。これらが本稿で問題とする場面の一例となる。

(5) ただし、本稿で詳しく検討するように、準消費貸借に関する従来の判例および学説はこの種の内容変更の合意を含めて議論している。

ているわけではない。他方で、「債権の同一性を変えない変更」の場面として、「債権者」の変更の場合が債権譲渡（民法466条以下）、「債務者」の変更の場合が各種の債務引受け（現行民法に規定なし）として規律される。ただし、これらの場面は権利の主体または客体の変更の場合であって、債権・債務の内容変更にはあたらない。

このように民法の諸制度を概観すると、契約当事者間の合意によって「債務の要素を変えない内容変更」がなされた場面が抜け落ちていることがわかる。ここで想定されるのは、たとえば契約当事者間で給付内容の軽微変更、履行の場所や方法、履行期または利息などの変更をした場合のほか多岐にわたる。これらの場合に、そもそも契約自由の原則からすると、一方当事者からではなく、双方当事者の合意によるため当然に有効とみることになるだろう。もっとも、具体的にどのような規律に服するのかは問題である。当事者双方の内容変更の合意にお互いが拘束されるというだけなら実際上の問題は多くはないかもしれない。しかし、少なくとも理論面では、契約内容の変更が契約締結時に遡って効力を生じるのか、または変更合意時以降にのみ効力を生じるのかは不明瞭であるし、それによって債務不履行の判断や消滅時効の起算点などが異なる可能性が生じる。そのうえ、他の一般債権者への影響や、とりわけ保証や物上保証が付されていた場合など第三者の利害への影響を考慮すると、問題は単純ではない。

以上の法的な背景事情を踏まえて全体的かつ概括的に問題点を整理すると、①契約当事者が従来債務を消滅させる趣旨で変更合意をする場面と、②契約当事者が従来債務を維持する趣旨で変更合意をする場面がありうるということ、そして、そのいずれの場面と判断されるかによって個別に帰結される法的効果が異なりうるということである。たとえば、従来債務に保証または抵当権などの担保が付されていた場合、または同時履行などの抗弁が存在していた場合に、それらの事項は変更合意後の債務のもと

でも維持されるのであろうか。また、従来の債務が発生した後に債務者によって詐害行為が行われたところ、その後に当事者間で債務の変更合意がなされた場合に、債権者は詐害行為取消権を行使できるのであろうか。さらに、従来の債務についての消滅時効は当事者の変更合意によって影響を受けるのであろうか。これらの個別問題は、契約の当事者が契約もしくは債務の変更合意をなした場合に、従来の債務が消滅するか、または維持されるかによって、それぞれ異なる可能性が生じるといえよう。

さらに問題が複雑化するのは、実際に両場面のいずれに該当するか判断が難しい事例が多いことである。契約当事者が、変更合意の際にいずれかを明示しないことも考えられるし、たとえ当事者が「更改」や「準消費貸借」と単に明示したとしても、実際には債務の同一性が変更されない状況であれば実質的に更改や準消費貸借に当たらないという判断が求められることもある。したがって、両場面の区別の基準が求められなければならない。

このように、契約当事者による契約内容の変更の場面を想定して、関連する民法の諸制度につき整合性の取れた基準または枠組みの構築が問題とされるべきである。

2 分析の視点と課題

本稿は、当事者の合意による内容変更に関して、契約法に一般化されるべき枠組み構築の必要性を感じるものであるが、そのための基礎研究として、まずは「準消費貸借」の場面が参考になると考える。そもそも、一般

(6) 本稿の問題意識と「更改」も密接に関連する(石川清司「債務の繰延べと準消費貸借・更改」金法1376号(1994年)11頁以下参照)。ただし、更改では「債務の要素の変更」と「債務の消滅」が明確な要件・効果であるため(民法513条)、準消費貸借で問題とされる既存債務維持の場面は基

的な「合意による内容変更」という問題を立てるなら、準消費貸借もその一部に含まれるといえる。つまり、民法588条によれば「金銭その他の物」を「消費貸借の目的とすることを約したとき」が準消費貸借の対象場面であり、特定債権も含めて広く一般的に債権内容を変更する場面からみれば一部にすぎないといえる。また、同条に「消費貸借は、これによって成立したもののみならず」とあることから、本来的には従来の債務を消滅させて新債務を成立させる場面に限定されるはずである。しかし、本稿で詳しく検討するように、民法制定後の判例および学説において、従来の債務を消滅させずに維持する場合も準消費貸借に含めて議論されてきた経緯がある。そこで、ここでの議論を精緻に分析し、個別場面での解釈論を明確化することによって、一般化に向けた展開が示唆されるのではないかと考える次第である。

以上から、本稿では、まず準消費貸借の場面に対象を絞って、「当事者の合意と債務内容の変更および新旧債務の関係」に関する議論を整理し、分析および検討を加えることを課題とする。この課題を明確化することで、契約法に一般化されうる「合意による契約内容の変更」という問題に対する展望について示唆的に触れることにする。

3 問題の所在と議論の順序

以上の観点から、本稿では準消費貸借における既存債務または新旧債務の関係を議論の対象とする。まずは、この問題に関連する裁判例を詳しく分析し、判例の傾向を探る。その後、裁判例をもとに発展してきた従来の学説を検討する。そして、これらの分析および検討を通じて浮かびあがる

本的には議論に取り込まれていない。そこで、本稿では「準消費貸借」を主な議論の対象とする。なお、更改と準消費貸借の異同については踏み込まない。

問題点について検討を加える。具体的には、①準消費貸借における内容変更に関する「議論の射程」、②「同一性基準」の妥当性、③一般的な「判断枠組み」、④担保・抗弁・消滅時効などの「個別事項に対する帰結」の順に問題を検討する。そして最後に、準消費貸借の議論を通じて得られた結論をもとに、「契約当事者の合意による内容変更」という一般理論への示唆と展望についてまとめたい。

Ⅱ 裁判例の紹介と分析

はじめに、準消費貸借において既存債務または新旧債務の関係が問題となった裁判例を詳しく分析する。この問題に関連して、大審院時代に多くの裁判例が存在し、これをもとに最高裁判例や学説上の議論も展開してきた。そこで、まずは大審院の裁判例11件を時系列に従って紹介したあと⁽⁷⁾と、最高裁の裁判例3件を紹介する。その一方で、消滅時効期間に関する最高裁判例が存在しないことから、近時の下級審裁判例2件を紹介する。これらを踏まえて、判例の分析と整理を行いたい。

ところで、準消費貸借における新旧債務の関係が問題とされる場面は、(ア)従来の債務に保証など広義の担保が付されている場合、(イ)詐害行為取消権など保全手段が問題とされる場合、(ウ)同時履行の抗弁が問題とされる場合、(エ)消滅時効期間が問題とされる場合、(オ)その他の場合と多岐にわたる。そこで、のちの整理の便宜上、各裁判項目に(ア)から(オ)の項目を振り分けておく。

(7) 本稿では、大審院の判決文を平仮名に改め、濁点と句読点を入れて紹介する(判示内容は原文のまま維持する)。

1 裁判例の紹介

(1) 大審院時代の裁判例

【1-1】大判大5・5・30民録22輯1074頁〔ウ同時履行の抗弁〕

＜事案の概要＞ X 1（原告・被控訴人・被上告人）が自己所有の山林を Y ら（被告・控訴人・上告人）に売却したのち、その売却代金の残額を目的として、債権者を X 1 と X 2 の兩名とする準消費貸借契約を締結した。その後に、Y らが準消費貸借にかかる債務を履行しなかったため、X らが Y らに対して当該債務の履行を求めて訴えを提起した。これに対して、Y らは本件土地の引渡しを受けるまでは当該請求に応じる必要はないとして、同時履行の抗弁を主張した。

原審は、X らの訴えは準消費貸借に基づく請求であって土地代金の請求ではないことを理由として、Y らの同時履行の抗弁を認めなかった。これに対して、Y らが上告した。

＜判旨＞ 上告棄却。「Y らより X 1 に支払うべき山林買受代金の残額の債務を変じて、X 1・X 2 兩名を債権者とする本件の消費貸借と為したることは、当事者間に争なき事実なり。而して斯る場合に在りては、民法第五百八十八条の規定に依り、Y らは、其負担する残代金支払の債務を完済し新に本訴の金円を借り受けたることと為るの筋合なるを以て、相手方が前示山林の引渡しを為すまでは右代金の支払を拒むことを得るの抗弁権を喪失するものとす。」

【1-2】大判大7・3・25民録24輯531頁〔ア連帯債務〕

＜事案の概要＞ X（原告、控訴人、被上告人）、Y（被告、被控訴人、上告人）および訴外Bは、連帯して訴外Aから120円を借り受けたのち、YがAに60円を弁済した。その後にXは、残額60円のうち20円の免除を受けたうえで、残る40円を目的としてAと準消費貸借を締結した。これ

によって、Xは残金弁済義務のうち40円の部分を総借主のために消滅させたとして（本件立替弁済）、Yに対して連帯債務者間の求償権（民法442条）を主張した。これに対してYは、XのAに対する本件40円の立替弁済を否認した。

原審は、本件立替弁済とは、残額40円の債務を目的として新たに消費貸借を締結し、これにより当該債務が消滅したことを意味すると釈明し、Xの請求を認めた。これに対してYは、準消費貸借によって旧債務は消滅していないとして、上告した。

＜判旨＞ 上告棄却。「所謂準消費貸借の場合には、常に必ず旧債務を消滅せしめ新債務を発生せしむるものと云ふを得ず。或は債務の同一は之を維持しつつ、唯其内容のみを変更するに止まることあり。畢竟其孰なりやは当事者の意思如何に繋るものとす」としたうえで、本件Xは原審において前者の意思を有することを主張し、Yもこれを自白によって認めていたことから、旧債務は消滅しており、XはYに対して求償権を行使しようと判示した。

【1-3】大判大7・8・6民録24輯1570頁〔㊦消滅時効〕

＜事案の概要＞ 酒類販売業者であるX（原告、控訴人、被上告人）が商品を買主Y（被告、被控訴人、上告人）に掛売で売却し、その代金債権の滞納分を目的として準消費貸借契約を締結した。Yが支払いを怠ったため、Xが提訴した。これに対してYは、本件準消費貸借にかかる債権は商事債権であるからすでに5年の時効にかかって消滅していると主張して争った。

原審は、売掛代金を準消費貸借に更改したと捉えつつ、その準消費貸借の時から10年を経過しなければ消滅時効にかかるものではないとして、Yによる時効の抗弁を否定し、Xの請求を認めた。これに対してYが上告

112(112) 法と政治 67巻1号 (2016年5月)

した。

＜判旨＞ 一部破棄，差戻し。「商人が他の債務の目的たる金銭其他の物を消費貸借の目的と為すことを約したる場合に於ても，之に因りて成立したる消費貸借は一応之を其営業の爲めに為したるものと推定すべく，従て其消費貸借は商行為にして其債権は商行為に因り生じたるものなるを以て，⁽⁸⁾其時効に関しては（旧）商法第二百八十五条を適用すべきもの」と判示して，消費貸借成立時に当事者が商人であったか否かを判断させるために原審に差し戻した。

【1-4】大判大9・12・27民録26輯2096頁〔イ〕詐害行為取消〕

＜事案の概要＞ X（原告，控訴人，被上告人）は訴外Aに対して売掛代金債権を有していた。その後にAは，唯一の所有財産である不動産を他の債権者Y（被告，被控訴人，上告人）に売却した。さらにXは，債務者Aがその後に死亡したことにより，その相続人Bとの間で，XがAに対して有していた本件売掛代金債権を目的として，Bを債務者とする準消費貸借を締結した。この状況において，Bが準消費貸借にかかる債権を履行しなかったことから，Xはその債権を保全するために，AがYに不動産を売却した行為を詐害行為として取り消す旨を主張して提訴した。

原審がXの詐害行為取消しを認容したため，Yが上告した。

＜判旨＞ 一部破棄，一部棄却。準消費貸借において，「民法第五百八十八条に依りBは右売掛代金の債務を弁済して更に同一の金額を借受けたるものと謂い得べきを以て，Xの売掛代金の債権は之に因りて消滅するものとす（大正五年五月三十日当院判決（前記【1-1】判決）参照）。蓋し民法第五百八十八条の規定は従来の債務を消滅せしめて其目的たりし金銭其

（8） 現在は削除されている。現商法522条に対応する。

他の物を以て消費貸借の目的と為すことを得る旨を定めたるものにして、
<中略> 而して詐欺行為ありたる後に発生したる債権は詐欺の目的となることを得ざること当院判例の認むる所にして（大正六年一月二十二日当院判決参照）、<中略> 前示消費貸借の債権は本件不動産の売買行為に依り詐欺せられたるものと云ふを得ず。」

【1-5】大判大10・9・29民録27輯1707頁〔㊦消滅時効〕

<事案の概要> Y（被告，被控訴人，上告人）は，Aに対する酒類売掛代金債務を目的として，Aと準消費貸借契約を締結した。その内容は，Yおよび訴外Dが連帯借用人となって12ヵ月間の月賦払いとして，支払い延滞の場合には契約成立時から年2割の利子を加算して支払うとされた。ところが，Yが履行を怠ったので，債権者Aから当該債権を承継したX（原告，控訴人，被上告人）が訴訟を提起した。

原審がXの請求を認容したため，Yが上告した。その上告理由は，Xの請求する債権は売掛代金の残金であるため2年の短期消滅時効にかかって消滅したというものである。

<判旨> 上告棄却。「該貸借の成立と同時に売掛代金の債務消滅したるものと謂ふべく，従て二年の短期時効に関する規定を適用することを得ざるものとす。而して原判決は，尚同証人の証言に依り右消費貸借の成立当時Aが商人なりし事実を認定し，依て以て該貸借を一応商行為なりと推定して五年の商事時効に関する規定を適用すべきものと判定したるものなれば法規の適用上違法あることなく，本論旨は其理由なし。」

【1-6】大判大15・4・14法律新聞2560号11頁〔㊦消滅時効〕

<事案の概要> Y（被告，控訴人，被上告人）がX信用組合（原告，被控訴人，上告人）の金員を費消横領したところ，Xがその横領金の弁済を
114(114) 法と政治 67巻1号（2016年5月）

受けるために、Yに対する損害賠償請求権を目的として、X・Y間で準消費貸借を締結した。その後、Yが弁済を怠ったため、XがYに対してその支払いを求めて訴えを提起した。

原審は、X組合による本件準消費貸借の締結行為は組合の目的の範囲内に属し商行為とみなすべきであり、5年の商事時効にかかって消滅したとして、Xの請求を認めなかった。そこで、Xが上告した。

＜判旨＞ 破棄差戻し。「所謂準消費貸借の場合には、常に必ず旧債務を消滅せしめて新債務を発生せしむるものと云ふを得ず。或は債務の同一は之を維持しつつ、唯其内容のみを変更するに止ることなきにあらず。其孰れなりやは畢竟当事者の意思如何に依りて定まるものとす（大正七年三月二十五日判決（前記【1-2】判決）参照。）」と判示して、本件XとYの意思を判断させるために原審に差し戻した。

【1-7】大判昭4・4・6法律評論18巻1107頁〔ア保証債務〕

＜事案の概要＞ 原告Xは、Aへの機械類売却代金の残額を目的としてAと準消費貸借を締結し、被告Yが保証人となった。その後、XはAとYを共同被告として訴えを提起した。この訴訟進行中に裁判上の和解がなされ、Xはいったん引き渡された本件機械類をAから受け取り、これに修繕を加えてAに引き渡すこと、これと引き換えにAはXに準消費貸借にかかる金員を支払うことなどが定められ、Yに対する訴えも取り下げられた。しかし、その後、Aが当該金員を支払わなかったため、XがYに対して保証債務の履行を請求した。Yは、本件主債務および保証債務は消滅していると主張して争った。

原審は、本件主債務および保証債務はともに消滅したとして、Xの請求を認めなかった。そこで、Xが上告した。

＜判旨＞ 破棄差戻し。「片務契約を変じて双務契約と為したりとて、契

約自由の原則の行はるる現時の法律の下に於て、此の事必ずしも直に債務の同一性を失はしむるものに非ず。這ば夫の準消費貸借締結の場合に債務の同一性を維持するや否やは、一に繋りて当事者の意思に在り。必ず常に旧債務を消滅せしめて新債務を発生せしむるものと解するの誤れると選ぶところ無し。」として、Aの負う主債務が消滅していない可能性を指摘し、当事者の意思を判断させるために原審に差し戻した。

【1-8】大判昭4・5・4法律新聞3004号12頁〔㊦当事者間での主張〕

＜事案の概要＞ X（原告、被控訴人、上告人）がY（被告、控訴人、被上告人）に金銭を貸し付けて証書を作成したところ、その後に当該貸金にかかる元利金を積算して弁済期も多少変更して別証書を作成したことが、旧債務を消滅させて新債務を成立させるという意味での準消費貸借に当たるかどうか争われた。

原審は、準消費貸借では常に旧債務は消滅し新債務が成立することを前提として、本件では新旧債務は同一債務であり新債務は生じていないことから、新債務にかかる別証書は真正ではないとしてXの請求を認めなかった。そこで、Xが上告した。

＜判旨＞ 破棄差戻し。「準消費貸借なるもの必ず常に旧債務を消滅せしむると共に新債務を発生せしむるものと一断するを得ざるに於ておや。

＜中略＞ 或原因より生じたる債権債務の同一性は之を維持しつつ、唯爾後は消費貸借の規定に従ひて之を律せむとする契約の如きも、其の有効なるは殆んど多言を俟たざらむなり。夫の準消費貸借なるもの実に斯る内容を以て締結せらるること決して稀なりとせず。否反対の事情の認む可きもの無き限り之を以て其の内容なりと解すること却て当事者の意思に中れるものと云はざる可らず」と判示した。

【1-9】大判昭4・11・9法律新聞3060号12頁〔㍿債務引受け〕

＜事案の概要＞ 訴外Aは、X（原告、被控訴人、上告人）に対して家屋購入の残代金5千円の債務を負っていた。他方で、AはY（被告、控訴人、被上告人）から1万円を借りる金銭消費貸借契約を結んでいたが、そのうち7千円が未受領であった。そこでAは、Yから未受領の7千円を受け取って、そこからXに残代金5千円を支払うことを予定して、Yに未受領金7千円を支払うよう請求した。これに対してYは、自分の親類であるXに直接5千円を支払うとして、AおよびXと話し合いのうえ、AのXに対する本件残代金5千円の債務を引き受け、弁済期はAがYに借金1万円を弁済した時とされた。この状況において、Aが無資力に陥ったため、XはYに対して債務の履行を求めて提訴した。その際に、Yによる本件債務引受けが、債務者をAからYに変更し、新たな期限を付した準消費貸借に該当するかが争点とされた。

原審がXの請求を退けたため、Xが上告した。

＜判旨＞ 破棄差戻し。「既存債務を消費貸借債務として支払を約する場合に、当事者の意思は、（一）或は従来債務を消滅せしめずして、唯利息弁済期等に関し消費貸借の規定に従ふ旨を約するに止ることあり、（二）或は民法第五百八十八条に従ひ従来債務を消滅せしめ以て新に消費貸借債務を発生せしむる旨を約することあり」として、当事者がいずれの意思であったかを判断させるため原審に差し戻した。

【1-10】大判昭8・2・24民集12巻265頁〔㍿同時履行の抗弁〕

＜事案の概要＞ X（原告、被控訴人、被上告人）は、訴外AがYら（被告、控訴人、上告人）に対して有する機械などの売却代金債権を更改によって引き継いだ。その後、YらはXに代金の一部を支払ったうえ、残金1千円を目的とする準消費貸借を締結し、弁済期を7ヶ月後、利率は月1分

と定め、Yらが連帯して責任を負うこととした。しかし、Yらが残金1千円の内500円を支払わなかったため、Xが本件訴えを提起した。これに対してYらは、本件準消費貸借の基本となったY・A間の本件売買契約につき本旨に従った機械などの引渡しを受けていないことを抗弁として争った。

原審は、準消費貸借の基礎となった売買契約につき契約解除などがあれば格別のこと、単に目的物引渡債務の不履行の事実のみをもって準消費貸借はなんら影響を受けるものではないと判示して、Yの抗弁を排斥した。そこで、Yが上告した。

＜判旨＞ 一部破棄，差戻し。「当事者が既存債務に付所謂準消費貸借契約を為したる場合に於て，常に必ず旧債務を消滅せしめ新債務を発生せしむるものと謂ふを得ず。或は債務の同一性は之を維持しつつ単に消費貸借の規定に従はしめんとするに止まることあり。其の孰れに属すべきかは，一に契約当事者の意思を解釈して決せらるべきものとす。蓋し当事者は既存債務を消滅せしめて新債務を発生せしむる意思の下に準消費貸借を為すこと尠からずと雖，此の場合に於ては旧債務の消滅の結果として旧債務に附着せる種々なる権利義務も亦同時に消滅するに至るべく，例へば旧債権債務に付て存在したる従たる債務，担保物権，詐害行為取消権及抗弁権等は総て消滅すべく，又旧債務の消滅，新債務の発生に因り時効期間に影響を来すことも亦明なり。而して叙上の如く旧債務消滅の効果が当事者間の権利義務に重大なる影響を招来するものなる以上，当事者が所謂準消費貸借を為したる場合に於ては常に斯の如き重大なる効果の発生を欲したるものと推定することも亦一般の取引觀念上当事者の意思に適合せざるものと謂ふべく，寧ろ当事者は斯る結果を欲せず，単に便宜上消費貸借の規定に準拠せんと欲すること多かるべきを以て，当事者が其の孰れの意思を有するやは，一に各場合に付諸般の事情を斟酌して決定するを以て妥当なりと謂はざるべからず。」

【1-11】大判昭8・6・13民集12卷1484頁〔㊦消滅時効〕

＜事案の概要＞ 訴外Aは、X（原告、被控訴人、付帯控訴人、上告人）ほか4名に対し、機械器具の使用対価1450円を支払うことを約束したうえ、その債務を目的として直ちに準消費貸借を締結し、弁済期を1年後と定め、Y（被告、控訴人、付帯被控訴人、被上告人）がこれを保証した。その後、Aが履行を怠ったため、XはYに保証債務の履行を求めた。これに対して、Yは抗弁の一つとして、Aが当時商人であったことから準消費貸借上の債務につき商事消滅時効（5年）が完成しており、そのためYの保証債務も消滅したと主張した。

原審は、Yの抗弁を認めてXの請求を認めなかったため、Xが上告した。

＜判旨＞ 上告棄却。準消費貸借にも旧債務消滅・新債務成立の場合と既存債務維持の場合があることを示したうえで、「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無き限り後の場合に属すと推定するを以て相当と為す。蓋当事者としてはより多く穏和なる方法を探りたりと解すべきこと縷説を俟たざればなり（当院昭和四年五月四日言渡判決（前記【1-8】判決）、昭和八年二月七日言渡判決参照）。然らば今準消費貸借締結当時当事者の一方若は双方が商人なる場合に当事者の意思新債務を生ぜしむるに在りとせむが、此の債務は則ち推定的商行為より生じたるそれなるは論無し。独其の旧債務の同一性を維持する意思なるときは如何。此の場合債務そのものは則ち従前の債務に外ならざるが故に厳格に云はば商行為より生じたる債務てふものは固より以て存す可くもあらず。而も当事者の意思は此の債務をして爾今以後民法にもあれ商法にもあれ広く消費貸借に関する規定の支配を受けしめむとするに在りて、則ち適用せらるる法条と云ふ立場より之を観るときは宛ら〔さながら〕準消費貸借締結の際新に消費貸借が成立したと択ぶところ無きの地位に已存債務を置かむとするものに外ならず、

従ひて前掲の場合準消費貸借締結自体が商行為なる以上商法中『商行為ニ因リテ生シタル債務』に関する規定の如きは総て其の適用あるものと解するを以て当事者の意思に合へりと為す。＜中略＞ 準消費貸借締結以後Aの当該債務に付きては孰の点よりするも（旧）商法第二百八十五条の適用あること疑を容るべからず。」

（2）最高裁の裁判例

【2-1】最判昭33・6・24裁集民32号437頁〔ア〕保証事例〕

＜事案の概要＞ ある物の買主である原告Xは、訴外Aとの売買契約に基づいて、代金の前渡金55万円を売主Aに交付した。その際に被告Yは、Aに債務不履行があればAの負う前渡金返還債務および一切の損害賠償債務につき保証した。その後、Aが履行を怠ったため、本件契約は合意解除されたうえ、XはAおよびYに対して本件前払金と損害賠償金の合計100万円の支払いとその担保を要望し、両名がこれを承諾した。その後、XとAの間で、前記前払金と損害賠償金の合計額を70万円に減額し、これを目的として準消費貸借が締結された。しかし、Aが当該債務を履行しなかったため、XはYに対して保証債務の履行を請求した。これに対してYは、自身の負う保証債務は更改によって消滅していると主張して争った。

原審は、Yの主張を認めず、Xの請求を認容したため、Yが上告した。

＜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」としたうえ、本件は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と推定せざるをえないと判示した。

【2-2】最判昭50・7・17民集29卷6号1119頁〔イ〕詐害行為取消権〕

＜事案の概要＞ 訴外A社は、注文者Y社（被告、被控訴人・付帯控訴人、被上告人）から工事を請け負った。その工事の一部について、Z社（参加人、控訴人、被上告人）とX社（原告、被控訴人・付帯被控訴人、上告人）がA社から下請けし、それぞれA社に対して下請代金債権を有するに至った。その後、A社が倒産したため、X社はA社に対する下請代金債権（730万円）を担保する目的で、A社のY社に対する請負代金債権（A社の唯一の財産）のうち730万円分の債権譲渡を受け、Yに確定日付のある通知をした。その通知から3日後に、Z社はA社に対する前記下請代金債権を目的として準消費貸借契約を締結し、A社のY社に対する請負代金債権（X社が譲り受けたと主張する債権）につき差押え・転付命令を得て、これがY社に送達された。この状況において、X社がY社を訴えたため、Z社が訴訟に参加し、A社のX社に対する債権譲渡が詐害行為であるとしてその取消しを求めた。

原審は、X社への債権譲渡を詐害行為と判断し、本件債権譲渡行為の取消しを認め、Y社にZ社への支払いを命じた。そこでX社が上告した。

＜判旨＞ 上告棄却。「準消費貸借契約に基づく債務は、当事者の反対の意思が明らかでないかぎり、既存債務と同一性を維持しつつ、単に消費貸借の規定に従うこととされるにすぎないものと推定されるのであるから、既存債務成立後に特定債権者のためになされた債務者の行為は、詐害行為の要件を具備するかぎり、準消費貸借契約成立前のものであつても、詐害行為としてこれを取り消すことができるものと解するのが相当である。これと見解を異にする所論引用の大審院大正九年一二月二七日判決（前記【1-4】判決）の判例は、変更すべきものである。」

【2-3】最判昭62・2・13判時1228号84頁〔ウ同時履行の抗弁〕

＜事案の概要＞ X（原告，控訴人，被上告人）が土地をY 1（被告，被控訴人，上告人）に売却した際に，Y 1の負う売買代金債務を目的として，X・Y 1間で準消費貸借契約が締結され，その債務につきY 2が連帯保証をした。その後，XがY 1およびY 2に履行を請求した。これに対して，Y 1が反訴として，本件土地の所有権移転登記手続きを求めたところ，Xは当該登記手続きにかかる債務について準消費貸借上の債務と同時履行の関係にあるとして抗弁を主張した。

第一審は，準消費貸借契約の成立によって同時履行の抗弁権は消滅するとして，Xに無条件での給付を命じた。原審は，土地売買代金を旧債務とする準消費貸借が成立した場合に，当事者が反対の意思を表示するなど特段の事情がない限り，旧債務と移転登記手続債務との同時履行の関係は新債務との関係でも存続するとして，Xの同時履行の抗弁を認めた。これに対して，Yらが上告した。

＜判旨＞ 上告棄却。XのY 1に対する本件土地についての「所有権移転登記手続債務とY 1のXに対する本件準消費貸借契約上の債務とが同時履行の関係に立ち，Xは，Y 1が本件準消費貸借契約上の未払債務を弁済するまでは，右所有権移転登記手続債務の履行を拒むことができるものとした原審の判断は，正当として是認することができ，原判決に所論の違法はない。」

(3) 下級審の裁判例

【3-1】大阪高判昭53・11・30判タ378号148頁〔コ消滅時効〕

＜事案の概要＞ 靴下製造販売業を営むY 1（被告，被控訴人）は，その営業資金にあてるため手形裏書によってX（原告，控訴人）に対し360万円の手形金債務を負っていたところ，営業不振によって倒産した。Y 1の

122(122) 法と政治 67巻1号 (2016年5月)

兄Y 2（被告，被控訴人）は，Y 1倒産後の残務整理の委任を受けて，Y 1のためにXとの間で前記手形金債務を目的とする準消費貸借契約を締結し，Y 2自らも自己の不動産を担保として提供した。その後，XがYらに對して準消費貸借にかかる債務の履行を請求した。これに對して，Yらは，当該債務が商事債務であるとして5年の消滅時効を援用した。

原審が，Xの請求を棄却したため，Xが控訴した。

＜判旨＞ 控訴棄却。「營業廃止の後始末としていわゆる残務処理がなされている間はその関係でなお商人たる資格を失わないというべきであるから，その行為が少なくとも客觀的にみて右にいう残務処理行為に属することが明白である限り，その本来の營業活動と密接に関連していることでもあり，これまた商行為に該当すると解するのが相当である」として，本件債務について満5年を経過した時点をもってすでに時効により消滅したと判示した。

【3-2】東京高判平8・11・28判時1588号98頁〔㊦消滅時効〕

＜事案の概要＞ X（原告，控訴人）とY（被告，被控訴人）は，整水器販売会社である訴外A社に勤務していた。その後，XはA社から独立して整水器を販売することとした。その後，YもA社を辞めて，Xから整水器1台の販売につき9万円を受け取ることを合意して，整水器のセールスに従事した。Yは，Xから，①整水器の販売代金を受領するまでの生活費などのため，また②セールス活動のための車両使用料や整水器の部品代金立替えなどの名目で，数年間にわたり金銭を借り受けた。その後，X・Y間で，当該数種の貸金残額を合算し，合計123万余円につき新たな期限と金利をもって準消費貸借を締結した。しかし，Yが本件債務を履行しなかったため，Xがその支払いを求めて訴えを提起した。Yは消滅時効の完成を主張して争った。

原審は、本件準消費貸借の旧債務である①および②のいずれも商事債権であるとして5年の消滅時効の完成を認め、Xの請求をすべて棄却した。そこで、Xが控訴した。

＜判旨＞ 一部変更、一部控訴棄却。本件における認定事実（約定利息の有無、一部弁済金の充当態様など）によれば、「これによって旧債務の性質を変更するものではなく、その実態は、各債務についてそれぞれその存在と残高を確認のうえ、弁済方法等を定めたものにすぎないものと認められる」とした。そのうえで、Xの貸付行為は商行為と推定されるが、①の債務については生活費にあてたなどの本件事実からすると民事債務と認めるのが相当であり、10年の消滅時効期間に服すると判断した。その一方で、②の車両使用料や整水器部品代金立替金にかかる債務は商事債務であり、5年の時効期間に服すると判断した。

2 裁判例の分析と整理

(1) 大審院裁判例の分析と整理

以上の裁判例をみると、大審院時代には、判示内容の点で大きく3つの立場に分類されうる。そのいくつかは時期的に重複するが、従来の学説に従って、便宜的に第1期から第3期と分類する⁽⁹⁾。

1) 旧債務消滅・新債務成立とみる裁判例〔第1期〕

初期の大審院裁判例には、準消費貸借の成立によって常に旧債務が消滅して新債務が成立するとみる立場があった（【1-1】【1-3】【1-4】【1-5】の4件）。この立場によれば、新旧債務の同一性は否定されることになる。

(9) 幾代通＝広中俊雄編『新版・注釈民法(15) 債権(6)』（有斐閣、増補版、1996年）26～28頁〔平田春二執筆〕参照。

まず端緒となった【1-1】では、不動産の売買代金債務（旧債務）を目的とした準消費貸借にかかる新債務と不動産引渡債務との同時履行が問題となった事案で、大審院は準消費貸借によって旧債務は完済されて消滅し、新たに消費貸借債務が生じたとして、旧債務に付着する同時履行の抗弁も消滅したと判示した。次いで【1-4】では、旧債務の発生後だが準消費貸借による新債務発生前に債務者が詐害行為を行った事案で、前記【1-1】を参照し、旧債務は消滅し新債務が生じるという理解のもとで、詐害行為が行われた後に生じた債権（新債務）は被保全債権とならないと判示した。

他方、消滅時効に関する【1-3】では、時効期間が商事時効5年か民事時効10年かが争われた事案で、準消費貸借時の新債務を基準として商行為か否かを決すべきと判示した。同じく【1-5】では、売掛代金残債務（旧債務）にかかる2年の短期消滅時効か、準消費貸借によって生じた新債務にかかる5年の商事消滅時効かが争われた事案で、旧債務が準消費貸借によって消滅するという理解を直接示したうえで、準消費貸借時の新債務を基準として判断すべきと判示した。

2) 当事者意思から同一性の有無を決する裁判例〔第2期〕

次に、第1期から少し遅れる時期に、同一性の有無を当事者の意思によって判断すべきとみる裁判例が現れた（【1-2】【1-6】【1-7】【1-9】の4件）。この立場は、常に旧債務消滅・新債務成立とみる第1期裁判例を否定しつつ、準消費貸借の場面を2つに分けて、i) 旧債務を消滅させて新債務を発生させる場合と、ii) 従来 of 債務の同一性を維持して内容のみを変更するにとどめる場合があるとし、そのいずれかは当事者の意思によって判断されるとするものである。

まず端緒となった【1-2】では、連帯債務者の一人が連帯債務の一部金額につき準消費貸借を締結したことによって旧債務が消滅したと主張した

事案で、i) 旧債務消滅・新債務成立の場合だけでなく、ii) 同一性を維持する場合もあるとして、そのいずれかは当事者の意思によると判示した。また【1-7】では、売買代金残額を目的として準消費貸借が締結され、その債務につき保証人が付された事案で、準消費貸借の場合に債務の同一性を維持するか否かは当事者の意思によるべきであり、常に旧債務が消滅し新債務が成立すると解するべきではないと判示した。次いで【1-9】では、売買代金債務を第三者が引き受けて、弁済期や利息を変更した事案で、前記【1-2】と同じく、準消費貸借の場合に債務の同一性が維持されるかどうかは当事者の意思によるべきと判示した。

さらに、消滅時効が問題とされた【1-6】では、組合員の横領による損害賠償債権を目的として組合との間で準消費貸借が締結された事案で、不法行為に基づく旧債務にかかる3年の消滅時効か、または商行為に該当する準消費貸借締結行為に基づく新債務にかかる5年の商事時効かが問題となり、大審院は前記【1-2】を参照し、債務の同一性を維持するかどうかは当事者の意思によることを明示した。詳細は後述するが、この【1-6】は、先の時効に関する【1-3】および【1-5】（準消費貸借基準の立場）とは異なる判断を示すものとして注目される。

3) 原則として同一性維持とみる裁判例〔第3期〕

最後に、第1期と第2期より遅れる時期に、準消費貸借における当事者の意思は原則として債務の同一性を維持するものと推定する裁判例が現れた（【1-8】【1-10】【1-11】の3件）。これらは、第2期裁判例の立場を前提として債務の同一性は当事者の意思によるとしつつ、反対の事情がない限り、当事者の意思は同一性を維持する趣旨だと判断する立場である。

まず【1-8】では、貸金債務を目的として準消費貸借が締結された事案で、旧債務消滅・新債務成立か、または既存債務の同一性維持かは、反対

の事情が認められない限り、同一性を維持する内容と解することが当事者の意思に合致すると判示した。これと同じく【1-10】では、売買代金残額を目的として準消費貸借が締結された事案で、原則として同一性が維持されると判断した。その理由として、旧債務を消滅させて新債務を成立させる場合には、旧債務に付着した種々の権利義務、たとえば担保物権・詐害行為取消権・抗弁権などは全て消滅するし、また消滅時効期間にも影響することから、当事者がこれらの重大な効果発生を欲したと推定することは取引観念上の当事者意思に適合しないことをあげる。

この立場は、消滅時効が問題とされた【1-11】でも維持され、前記【1-8】および【1-10】を参照して、原則として同一性を維持する趣旨であることを明示した。もっとも、結論としては、先の第1期の旧債務消滅・新債務成立とみる立場における【1-3】および【1-5】と同じく、消費貸借にかかる新債務を基準とすべきものとしており、注意が必要である。この点は項目を改めて検討する。

4) 大審院時代の裁判例のまとめ

a 一般的枠組みに関する判例の変遷

以上のように、大審院では、第1期には旧債務消滅・新債務成立の立場が採用され、準消費貸借の場面では常に新旧債務の同一性が否定されると判断されていた。もっとも、これとほぼ同時期に【1-2】判決が現れ、その後は新旧債務の同一性の有無は当事者の意思によるとの立場が採用された〔第2期〕。後者が前者を否定しており、この2つの立場は明確に異なる。これに対して、その後の第3期の【1-8】では、第1期裁判例を否定し、第2期裁判例である当事者の意思解釈を前提としつつ、反対の事情がない限り当事者の意思は従来 of 債務と同一性を維持していると推定すべきと判断した。このようにして、第3期裁判例の立場が大審院判例と

して定着したとみうる。

それでは、大審院裁判例がこのような変遷をたどった法的背景を考えてみたい。そもそも第1期裁判例は、民法588条にいう「準消費貸借は、これによって成立したものとみなす」という文言を厳格に解し、「準消費貸借契約」という「新たな契約」が成立しているとみて、その裏を返せば従来の債務は消滅したという、いわゆる狭義の準消費貸借をイメージしていたとみうる。さらにこの条文上の解釈が、【1-1】や【1-4】で判示されているように、準消費貸借の場合には、旧債務を弁済し、同一の金額を新たに借りる趣旨の契約であるとの法的判断につながって行く。こうして、第1期裁判例は、準消費貸借によって旧債務は常に消滅し新債務が成立することを当然と判断していたといえる。しかし、実際には弁済期や利息などをわずかに変えたにすぎない場合にも常に旧債務が消滅すると考えるならば、当事者間での法律関係の実態をみすごすことになる。そのみならず、旧債務が消滅したとなれば、とりわけ連帯債務者【1-2】、保証人【1-7】または債務引受人【1-9】といった第三者と債権者間の利害に影響を及ぼすことにもなりかねない。そこで、これら第2期の裁判例では、常に従来の債務が消滅すると捉えるべきではなく、それ以外にも従来の債務の同一性が維持される場合がありうることを指摘するに至ったといえよう。もっとも、その判断の基準は当事者の意思に委ねられるとしていた。しかし、実際には従来の債務がほぼそのまま維持されているにもかかわらず、当事者が深い意図を有せず証文を差し替えるなどして準消費貸借と判断された場合にも、当事者が予期せぬ形で従来の債務に付着した付随義務、担保権、抗弁権、詐害行為取消権などの権利義務がすべて消滅することになりかねない（【1-10】判決参照）。そこで、大審院は、第3期に至って、第2期の立場を前提としつつも、その不都合を回避するために、反対の事情がない限りは、原則として同一性が維持されると判断するに至ったものと

128(128) 法と政治 67巻1号 (2016年5月)

いえよう。

b 消滅時効の判断基準

大審院の裁判例においては、項目(㉔)消滅時効期間が問題とされた事案についても、基本的には準消費貸借の一般的枠組みのなかで捉えられていた。説
まず、一般的枠組みにおける旧債務消滅・新債務成立の立場〔第1期〕に立ったうえで、旧債務が常に消滅することを根拠として、時効期間は画一的に新債務基準で判断するという裁判例があった（【1-3】【1-5】）。その一方で、一般的枠組みに関する判例の変遷に伴って、同一性の有無を当事者の意思で決するとの立場〔第2期〕に立ったうえで、消滅時効に関しても同一性を維持する場合には既存債務（旧債務）基準、同一性を維持しない場合には新債務基準で時効期間を判断すべきとみる裁判例があった（【1-6】）。

もっとも、その後の【1-11】は、時効の問題を準消費貸借の一般的枠組みと同列に扱うことによる矛盾を示す。この判決は、一般枠組みに関する第3期判例を採用するにもかかわらず、消滅時効の問題の解決としては、先の旧債務消滅・新債務成立の立場〔第1期〕から導かれる準消費貸借（新債務）基準とする見解と同じ結論を採用する。つまり、第3期の原則同一性維持の立場は、第2期を前提とするため当事者意思によって旧債務基準も新債務基準もいずれもありうるところ、これを進めて、反対の事情が明確でない限り、同一性の維持と推定する見解であるため、理論的には旧債務基準が採用されなければならないはずである。それにもかかわらず、【1-11】は、第3期の判例の立場を前提としつつ、時効期間の結論としては反対の新債務基準説に立っているのである。その理由は明瞭ではないが、当事者意思が同一性維持の趣旨である場合でも、当事者は準消費貸借を締結することで、従来の債務につき消費貸借に関する規定の支

配を受けさせようとするものであるがゆえに、適用法条という観点からは新債務基準で判断すべきとしている。この理論面での矛盾について、新債務基準説を採る学説は、時効の公序性という異なる視点から説明を加えている。この問題は、のちに学説の見解を踏まえて検討したい。

(2) 最高裁判例の動向

最高裁の裁判例【2-1】【2-2】【2-3】は、いずれも大審院判例である原則同一性維持の立場〔第3期〕を採用するとみられる。

まず【2-1】では、売買契約における前払金返還請求権および損害賠償請求権の合計額を目的として準消費貸借が締結され、そこに保証が付された事案で、債務の同一性を推定し、保証債務も維持されると判断した。さらに、【2-2】でも、従来の債務の成立後で準消費貸借契約前に行われた詐害行為の取消しが問題となった事案で、債務の同一性を推定し、詐害行為取消権も継続的に行使可能と判断した。この判決は、同種の詐害行為事例において旧債務消滅・新債務成立の立場を採用した第1期の【1-4】を変更して、原則として同一性維持とみる立場〔第3期〕のもとで判断すべきことを示した。最後に、【2-3】でも、売買代金債務を目的として準消費貸借が締結され、そこに連帯保証が付された事案で、特段の事情がない限り既存債務の同一性は維持され、既存債務にかかる同時履行の抗弁も存続することを示した。このように、一般的な枠組みに関する大審院第3期の判例が最高裁でも基本的に維持され、現在に至っているといえよう。

もっとも、消滅時効期間に関する最高裁の裁判例は現在のところみられない。大審院判例も、先に指摘した通り、理論的には不明瞭な点がみられる。そこで、問題点を整理するためにも、関連する下級審裁判例をみておくこととする。

(3) 消滅時効に関する下級審裁判例

先にみた通り、大審院時代には、項目(㊦)消滅時効期間の判断基準に関するものとして、準消費貸借（新債務）基準と当事者意思基準（第2期【1-6】）を採用するものに分かれていた。前者は、さらに旧債務消滅・新債務成立の立場（第1期【1-3】【1-5】）から導かれるものと、原則同一性維持の立場（第3期【1-11】）から導かれるものに分かれていた。これらの判決の数と年次からは、準消費貸借（新債務）基準の立場をもって大審院判例と位置づけられそうである。もっとも、根拠は2つに分かれるうえ、理論的に不明瞭なところがある。その一方で、次にみる現在の学説では、当事者意思基準（契約解釈説）も一定の支持を得ていることから、これを採用する【1-6】も重要性を有するといえる。

それでは、戦後の下級審の裁判例はどのような基準を採用しているのだろうか。まず【3-1】では、消滅時効期間について準消費貸借（新債務）基準の立場を採用するものとみうる。もっとも、その根拠は明示されておらず、旧債務消滅・新債務成立の立場からの帰結か、または原則同一性維持の立場からの帰結かはわからない。これに対して【3-2】は、約定利息の有無や充当態様に関する認定事実をもとに、当事者意思から民事債務である従来債務の同一性が維持されていると判断していることから、当事者意思基準の立場（契約解釈説）を採用するものとみることが可能である。

このように、近時の下級審裁判例をみると、大審院裁判例でも見解が分かれていたように、新債務基準の立場と当事者意思基準の立場のいずれも存在している。この対立は、のちに詳しくみるように、学説においても拮抗する問題であり、時効の特殊性も勘案して検討されるべき課題であるといえよう。

(4) 個別事項に対する裁判例の帰結

それでは最後に、すでにみた(ニ)消滅時効を除いて、各事項についての裁判例から得られる帰結をまとめたい。

まず(ア)保証・担保について、大審院時代には、連帯債務【1-2】、保証債務【1-7】または債務引受け【1-9】が承継されるか否かは、当事者が旧債務を消滅させる意思で準消費貸借を締結したか否かによるとしたものがある。これらは前述の通り第2期に位置づけられる。これに対して最高裁は、【2-1】判決において、大審院第3期を前提として、当事者の意思が不明の場合には同一性維持が推定されるとして、保証債務も原則として承継されると判断している。

次に(イ)詐害行為取消権の行使について、大審院第1期の【1-4】が、旧債務消滅・新債務成立を前提として、新債務成立前の詐害行為については取消権を行使できないと判断していた。これに対して最高裁は、【2-2】において、第3期の影響のもと、原則として同一性が推定されるとして、詐害行為取消権の行使を肯定した。この判決によって、大審院の【1-4】は変更されている。

そして(ウ)同時履行の抗弁については、大審院第1期の【1-1】は、準消費貸借の場合には常に旧債務が消滅するとして、同時履行の抗弁も消滅すると判断した。これに対して、第3期の【1-10】は、従来の債務が消滅する場合と同一性を維持する場合がありますることを前提として、原則として当事者の意思は同一性維持と推定すべきと判断した。これによれば、反対の事情がない限り、従来の債務は維持され、同時履行の抗弁も維持されることになる。最高裁は、【2-3】で、同時履行の抗弁を肯定している。これは、大審院の第3期判例を承継するものとみられる。

最後に、(オ)その他の事項として、大審院の【1-8】では、従来の債務の同一性が維持されるとみうる場面で当事者間で準消費貸借契約の証書が取

り交わされ、その効力が争われた事案で、準消費貸借では常に旧債務が消滅するとは限らず、かえって従来の債務の維持が推定されるべきとして〔第3期〕、そのような証書も有効であると判断された。

Ⅲ 学説の紹介と分析

ここまでみてきたように、各裁判例は個別事項を判断するものではあるが、第1期から第3期への変遷にみられるように、大枠について一定の立場をみて取ることができた。それでは、準消費貸借における従来の学説はどうであろうか。まずは一般枠組みおよび個別事項に関する学説状況をみたうえで、学説の動向をまとめたい。

1 一般枠組みに関する学説状況

(1) 適用場面限定重視アプローチ

【a 旧債務消滅・新債務成立説】 初期には、準消費貸借によって常に旧債務は消滅し、債務者は借主としての新たな義務（新債務）を負うとみる見解があった。⁽¹⁰⁾ この見解が、前述した大審院の第1期裁判例に影響を与えた⁽¹¹⁾とみうる。その後の同旨の見解として、準消費貸借契約の性質に関するドイツの3つの学説を参照して、⁽¹²⁾①債務存続説や②無因債務説で指摘

(10) 梅謙次郎『民法要義・卷之三』（有斐閣，訂正増補版，1912年）592頁，村上恭一『債権各論』（厳松堂，1914年）531頁。

(11) 石坂音四郎『改纂民法研究下巻』（有斐閣，第3版，1923年）710～717頁。

(12) ドイツの学説として、①利息、担保などの変更または履行猶予など既存債務の従たる点を変更する契約とみる見解（債務存続説），②有因債務を無因債務へと変更する契約とみる見解（無因債務説），さらに③従来の債務を変更して実質的に消費貸借が成立する契約，すなわち旧債務は消滅して新債務が成立し、旧債務に従たる担保も消滅するという契約とみる見解（消費貸借説）を紹介する。

される契約自体は有効であるとしつつ、これらの契約は準消費貸借の場面には該当しないと指摘したうえで、当事者意思からすると、③旧債務が消滅して新債務が成立し、旧債務に従たる担保も消滅する契約こそが準消費貸借⁽¹³⁾だとする見解があった。

これらの見解は、民法588条にいう準消費貸借の適用場面を同一性が否定される場合に限定することを重視するものであり、本稿では「適用場面限定重視アプローチ」と称する。もっとも、後者の見解が指摘するように、同条の範疇外では同一性を維持する変更合意の存在自体は否定しない点に注意が必要である。

(2) 同一性基準アプローチ

【b 当事者意思説】 次に、古い時代の学説のなかにも、準消費貸借には、①従来の債務を実質的に消費貸借の債務に転換することで完全に消滅させる場合と、②債務の変更が全く形式上にとどまり従前の権利関係が維持される場合があり、そのいずれかは変更当時における当事者の意思いかんによって定まるとみる見解があった⁽¹⁴⁾。なお、この見解は民法588条の適用場面が前者に限られるか否かには触れていない。他方で、準消費貸借によって従来の債務が消滅するか否かは契約解釈の問題であるとしつつ、準消費貸借を「債務の変更契約」と捉えたうえで、当該契約の場合に必ずしも従来の債務が消滅するとは限らず、当事者は債務の同一性を維持しつつ既存債務を消費貸借上の債務に変更する場合も含まれると指摘する見解があっ

(13) この見解は、別に同一性維持の場面もありうることを前提としつつ、当事者意思をもとに準消費貸借の場面を同一性否定の場合に限定するため、後述の原則同一性否定説に分類する余地もある。ただし、厳密に言えば、当見解は「同一性」を基準として当事者意思を判断するものではないため、平田・前掲(9) 28頁に倣って、さしあたりこちらに分類しておきたい。

(14) 横田秀雄『債権各論』(清水書店、第4版、1913年) 434～435頁。

(15)
た。つまりこの見解は、準消費貸借には、従来の債務が消滅する場合だけでなく、同一性を維持する場合も含まれると捉えるものといえる。これに対して、同一性の有無が当事者の意思によるとみる点で同旨であるが、民法588条にいう準消費貸借の適用場面を前者の実質的な変更の場合に限る見解もあつた。⁽¹⁶⁾

これら当事者意思説は、民法588条の適用場面を限定するか否かにかかわらず、債務の同一性の有無は当事者の意思によって定まるものとする点で共通する。⁽¹⁷⁾ その意味で、債務の「同一性」という基準によって2つの場面の区分を重視する立場のひとつといえる。この立場を場面区分重視型の「同一性基準アプローチ」と称する。

そして、この当事者意思説は、同一性の有無を当事者の意思によって判断したうえで、同一性が維持される場合には既存債務基準で、他方で同一性が否定される場合には準消費貸借（新債務）基準で諸種の法律関係を判断するものといえる。

【c 当事者意思推定説】 他方で、当事者の意思によって同一性の有無を判断すべきことを前提としつつ、そのいずれが原則形態かについて当事者の意思を推定すべきとみる立場がある。この当事者意思推定説も、先の【b 説】を前提として、同一性基準による2場面の区分を重視しているた

(15) 石田文次郎『債権各論講義』（弘文堂、1937年）73～76頁。

(16) 菅原春二「判批」法学論叢7巻2号（1922年）100～101頁。近藤英吉「判批」法学論叢30巻2号（1934年）318頁も同旨。

(17) 近時のものとして、久保宏之『コモンセンス民法・4 債権各論』（中央経済社、2012年）91頁は、従来の債務の抗弁や消滅時効について、「旧債務と新債務の『同一性』を基準とし、準消費貸借契約をした当事者の意思の探求により決せられる」とする。松尾弘『民法の体系—市民法の基礎—』（慶応大学出版会、第5版、2010年）358頁も同旨。

め、「同一性基準アプローチ」のひとつに位置づけうる。なお、この当事者意思推定説のなかでも、同一性の肯定または否定のいずれを推定するかによって、次の2系統が存在する。

【c-① 原則同一性否定説】 まず、同一性の有無を当事者意思によって判断することを前提としつつ、その意思が不明の場合には、原則として債務の同一性を失わせる場合とみる見解がある。⁽¹⁸⁾これによれば、推定を覆す反対の事情が存在しない限り、原則として旧債務は消滅して新債務が発生するため、準消費貸借（新債務）基準で諸種の法律関係が判断されることになる。

この【c-①説】は、民法588条の適用場面を旧債務消滅・新債務成立の場面に限定しつつ、この場面を原則とみる点で、先の【a説】と通底する結論を採る。もっとも【c-①説】は、債務の同一性を維持する特殊な無名契約の場合を認める点で、【a説】とは異なるとの指摘がある。⁽¹⁹⁾つまり、【a説】は民法588条の適用場面の限定に重点をおく一方で、この【c-①説】は場面の区分を重視しており、アプローチの面で相違があるといえよう。

【c-② 原則同一性維持説】 これに対して、当事者の意思につき、原則として債務の同一性を維持するとみる見解がある。⁽²⁰⁾これによれば、推定を

(18) 末弘厳太郎『債権各論』（有斐閣、第7版、1922年）500～501頁、浅井清信「判批」法と経済1巻3号（1934年）123頁、末川博『契約法・下（各論）』（岩波書店、1975年）85頁。また、柚木馨『民法・下巻』（青林書院、1959年）129～130頁も同旨と思われる。

(19) 平田・前掲（9）29頁参照。

(20) 吾妻光俊『債権法』（弘文堂、新版、1964年）183頁、松坂佐一『民法提要・債権各論』（有斐閣、第5版、1993年）124頁、柳澤秀吉「準消費貸借の効力—または更改の効力」名城法学38巻（1989年）363～364頁、山川

覆す反対の事情が存在しない限り、原則として従来の債務の同一性が維持され、既存債務基準で諸種の法律関係が判断されることになる。この見解と同じく、当事者の意思につき原則として債務の同一性を維持するとみつつ、消滅時効についてののみ新債務の性質から判断すべきとする見解がある⁽²¹⁾。

他方で、準消費貸借にあっては従来の債務が消滅するのではなく、従来債務の「原因」が変更するにとどまるものとみताうえて、それゆえ当事者の反対の意思が明らかでない限り、従来債務との同一性を維持しつつ、返還債務につき、単に消費貸借の規定に従うことになるにすぎないとの見解がある⁽²²⁾。ただしこの見解も、個別事項の解決にあたっては、債務の同一性と当事者意思とのほざまで個別に検討がなされている点を指摘する。

これに対して、準消費貸借の射程を旧債務消滅・新債務成立の場合に限定しつつ、これとは異質な場面として従来債務を維持し同一性を保ちながら消費貸借の規律を受ける債務に変更される場合を認めたとうえて、抗弁権と担保については債務の同一性が問題を解決する決め手となり、原則として後者の同一性維持の合意と推定すべきであるとする見解がある⁽²³⁾。ただしこの見解も、時効については同一性の問題に解消されず、別途、債務の性質を考慮する必要があると指摘している。

(3) 個別判断重視アプローチ

【d 個別判断説（契約解釈説）】 以上に対して、「同一性基準」による一

一陽『債権各論講義』（立花書房、改訂版、2008年）136頁ほか。

(21) 広中俊雄『債権各論講義』（有斐閣、第6版、1994年）118～119頁、加賀山茂『契約法講義』（日本評論社、2007年）468～469頁。

(22) 潮見佳男『契約各論Ⅰ』法律学の森（信山社、2002年）307～309頁。

(23) 平野裕之『民法総合5・契約法』（信山社、第3版、2007年）430～434頁。

律的な判断を否定して、問題となる事項ごとに契約の趣旨を勘案して個別に判断すべきと主張する立場が近時は有力である。これを「個別判断重視アプローチ」と称する。

かつての学説においても、同一性基準を不要とまで明示するわけではないものの、新債務と旧債務の関係を「契約の性質」に基づいて定めるべきと指摘する見解があった。⁽²⁴⁾その後、狭義の準消費貸借とは別に従来の債務の同一性を維持する特殊の無名契約を認めつつ、新旧債務の同一性いかにかわらず全く当事者の意思で左右しうる担保契約、債権の同一性と不可欠の関係にある同時履行の抗弁権、さらに全く行為の客観的性質によるべき時効などの各種の事由に関して、同一性の有無をもって一律に決めることは不可能であると指摘する見解がみられた。⁽²⁵⁾また、当事者が同一性のない債務を成立させる契約も有効としつつ、準消費貸借をする当事者の普通の意味は従来の債務に消費貸借としての性格を与えることであり、この普通の意味を解釈基準としなければならないことから、同一性の有無は事項によって区別すべきことになるという見解がみられた。⁽²⁶⁾これらは「同一性基準」を一応は維持しつつ、そのみで個別事由を一律には解決できないと指摘するものであり、個別判断説に至る過渡期的な見解とみうる。

その後は、民法588条の適用対象を限定するか否かという形式面には拘泥せず、同時履行の抗弁、担保、時効などに関する種々の問題を解決するにあたって、「同一性基準」によって一律に判断すべきではなく、それぞれの事由ごとに準消費貸借が行われた趣旨や当事者の意思などに従って判断すべきとみる見解が学説における主流をなしている。⁽²⁷⁾なお、この個別判

(24) 鳩山秀夫『日本債権法各論・下巻』（岩波書店、1924年）408～409頁。

(25) 有泉亨「判批」判例民事法(13)昭和8年度〔昭和30年復刻版〕（有斐閣、1937年）74～76頁。

(26) 我妻栄『債権各論・中巻一』（岩波書店、1957年）367頁。

断重視アプローチにおいては、実際に個別場面でどのような結論を採るの
 (28)
 かが重要となるという指摘がある。

2 個別事項に対する学説状況

(1) 同一性基準アプローチからの帰結

前述の通り、同一性の有無に判断基準を求める立場からすると、次のような判断枠組みを導くことができる。まず、i) 従来の債務の同一性が否定される場合には、旧債務は消滅し、準消費貸借による新債務が成立することになるため、旧債務に付従する諸事項も消滅し、新債務のもとには承継されず、新債務に関する事項は新債務を基準に判断されることが導かれる。次に、ii) 従来の債務の同一性が肯定される場合には、準消費貸借契約下でも従来が維持されているにすぎず、新債務は生じていないことになるため、既存債務に付従する諸事項も単に維持され、既存債務を基準に判断されるにすぎないことが導かれる。もっとも、この立場にあっても、消滅時効期間の判断基準に関しては、時効制度の特殊性から別異に解

(27) 来栖三郎『契約法』法律学全集21（有斐閣，1974年）261～269頁，平田・前掲（9）28～31頁，星野英一『民法概論Ⅳ・契約』（良書普及会，1975年）172頁，石田穰『民法Ⅴ・契約法』現代法律学講座13（青林書院，1982年）187～188頁，水本浩『契約法』（有斐閣，1995年）192～194頁，浦川道太郎『民法Ⅳ・債権各論』有斐閣Sシリーズ（有斐閣，第3版，2005年）105頁，笠井修『債権各論Ⅰ』弘文堂NOMIKA（弘文堂，2008年）209頁，内田貴『民法Ⅱ・債権各論』（東京大学出版会，第3版，2011年）255頁。また，加藤雅信『新民法大系Ⅳ・契約法』（有斐閣，2007年）296～297頁，近江幸治『民法講義Ⅴ・契約法』（成文堂，第3版，2006年）173～174頁，半田吉信『契約法講義』（信山社，第2版，2005年）289頁，水辺芳郎『債権各論』（三省堂，第2版，2006年）169頁も「同一性」基準を不要と解するかは不明であるが，個別事項ごとに説明を加える点で同旨と思われる。

(28) 柳澤・前掲(20) 363頁参照。

する見解があり、注意を要する。

以上の判断枠組みに関連して、【a 旧債務消滅・新債務成立説】は、民法588条の適用場面は常に i) の場合に限定されるとみる〔適用場面限定重視アプローチ〕。もっとも、この【a 説】も ii) の場面の存在自体を否定するわけではなく、準消費貸借の議論の対象にしていらないだけである。それでは【a 説】が ii) の場面をどのように考え、また i) と ii) の場面をどのような基準で区分するかといえば、それは議論されておらず、不十分といわざるをえない。他方で、【b 当事者意思説】は同一性基準アプローチに基づく理論的な枠組みを前提として、実際の事案が i) と ii) の場面のいずれに該当するかを判断するにあたって「当事者の意思」を基準とすべきことを主張するものである。また、【c 当事者意思推定説】も「当事者意思」を前提としつつ、当事者意思が不明の場合に、同一性否定【c-①説】または同一性肯定【c-②説】のいずれかを推定すべきことを主張するものである。これら同一性基準アプローチのなかでも、ii) の合意変更の場面を民法588条の射程に含めるものと含めないものがあるところ、いずれにせよ2つの場面がともに存在することを否定するものはなく、その区別を「同一性」に求め、そのいずれかによって一律に帰結を求めようとする態度において一致しているといえる。

これに対して、【d 個別判断説】は、債務の「同一性」という概念から演繹的に画一的な帰結を導く姿勢を批判して、準消費貸借契約が締結された趣旨をもとに個別の事項ごとに判断すべきと主張するものである〔個別判断重視アプローチ〕。この立場からは、前述のような一般枠組みは帰結されず、個別事例ごとの帰結が重要となる。そのため、次に個別判断重視アプローチからの個別事項への帰結をまとめたい。

(2) 個別判断重視アプローチからの帰結

前述の【d 説】は、実際に「準消費貸借」と銘打たれた契約にも諸種のものがあり、個別の事案ごとにどのような趣旨で契約が締結されたのかを判断してそれぞれの帰結を導くべきとされる。以下で個別の帰結をみて行きたい。

1) 担保・保証

準消費貸借においては、従来の債務に伴う質権・抵当権・保証などは原則として存続するとみる見解が一般的である。⁽²⁹⁾ その理由は、担保などの設定は当事者の意思で自由に設定できるものであるところ、債権者が担保を放棄して、自ら不利益を招くような意思は原則として推定できないからと⁽³⁰⁾ される。

2) 保全手段（詐害行為取消権）

詐害行為取消権は、準消費貸借後も存続するとみる見解が多数である。⁽³¹⁾ その理由は、詐害行為取消権は、債務者の責任財産を保全するために債権の種類・性質に関係なく債権者に一般的に認められる権利であるため、準消費貸借による債務原因の変更によってその効力が失われるのは合理性を欠くところ、債権者が詐害行為取消権を放棄し、自身および他の債権者の不利益を招くような意思は原則として推定できないからと⁽³²⁾ される。

(29) 我妻・前掲(26) 368頁, 来栖・前掲(27) 267頁, 平田・前掲(9) 31頁, 星野・前掲(27) 172頁, 石田・前掲(27) 188頁, 水本・前掲(27) 193頁, 浦川・前掲(27) 105頁, 笠井・前掲(27) 209頁, 内田・前掲(27) 255頁, 加藤・前掲(27) 298頁, 近江・前掲(27) 174頁。

(30) 平田・前掲(9) 31頁。

(31) 我妻・前掲(26) 368頁, 来栖・前掲(27) 267頁, 平田・前掲(9) 31頁, 石田・前掲(27) 188頁, 水本・前掲(27) 193頁, 加藤・前掲(27) 298頁。

3) 同時履行の抗弁

個別判断重視アプローチのなかでも、同時履行の抗弁が承継されるか否かは見解が分かれる。

まず、同時履行の抗弁は、消費貸借の性質と一致しないため消滅するとみる見解がある。⁽³³⁾これに対して、同時履行の抗弁を肯定する見解がある。⁽³⁴⁾この見解によれば、同時履行の抗弁は、双務契約上の債務に伴うものであるが、それが認められるのは債務の先履行によって自己の債権の担保力が失われることを防ぎ、当事者間の衡平を実現しようとするものであって、一種の債権担保的作用を有することから、当事者がそのような担保を放棄するのに似た結果を招く意思は原則として推定できないことが理由とされる。他方で、従来の債務に付着していた抗弁が承継されるかどうかは、準消費貸借が結ばれた際の趣旨により、同時履行の抗弁が承継されることも、また承継されないこともありうるとみる見解がある。⁽³⁵⁾たとえば、正確には同時履行の抗弁権が準消費貸借によって失われるか否かの問題ではなく、当該準消費貸借に売主の買主に対する信用供与の趣旨が含まれているか否かの問題であるとして、従来の債務の性質や準消費貸借のなされた趣旨を考慮して決すべきであると指摘するものがある。⁽³⁶⁾

(3) 消滅時効の判断基準に関する学説状況

以上とは異なって、消滅時効については「同一性基準アプローチ」から

(32) 平田・前掲(9) 31頁。

(33) 当アプローチへの過渡期に位置するが、我妻・前掲(26) 367頁。

(34) 平田・前掲(9) 32頁。

(35) 来栖・前掲(27) 264～266頁、星野・前掲(27) 172～173頁、石田・前掲(27) 187～188頁、浦川・前掲(27) 105頁、笠井・前掲(27) 209頁、内田・前掲(27) 255頁、加藤・前掲(27) 297頁。

(36) 来栖・前掲(27) 264～266頁。

も時効の特殊性を考慮するものがあり、かならずしも理論的な帰結と一致しているわけではない。そこで、個別判断重視アプローチからの帰結に限らず、ここでは各アプローチに属する見解からの具体的な帰結をまとめた。

【ア 準消費貸借（新債務）基準説】 消滅時効期間は常に準消費貸借の性質によって決めるべきとみる見解がある。もっとも、この見解においても、一般論との関係で前提または理論構成の異なるものがある。そこで、さらに詳しくみておきたい。

(a) まず、【a 旧債務消滅・新債務成立説】の立場〔適用場面限定重視アプローチ〕に立てば、準消費貸借の場面では常に旧債務が消滅し新債務が成立するため、準消費貸借にかかる新債務を基準として消滅時効期間を判断すべきとみることになる。⁽³⁷⁾

(b) また、個別判断重視アプローチを前提としつつ、消滅時効に関しては、そもそも債務の性質に基づいて法律が決めるものであって、当事者の意思によって決めるものではないことから、常に準消費貸借の性質によって決すべきとみる見解がある。⁽³⁸⁾ これは「同一性基準」を一般的に否定する流れのなかに位置づけられる。

(c) これに対して、同一性基準アプローチに立ちつつ、時効だけは例外として当事者の意思によって左右されるべきではないとして、準消費貸借契約の客観的性質に従って独自に決すべきとみる見解がある。⁽³⁹⁾

(37) 【a 説】に立つ初期の学説は、消滅時効の帰結については明示していない。もっとも、先の第1期裁判例【1-3】【1-5】が論理的な帰結を示す。

(38) 平田・前掲(9) 33頁、水本・前掲(27) 193頁、笠井・前掲(27) 209頁、近江・前掲(27) 174頁。

(39) 広中・前掲(21) 119頁、加賀山・前掲(21) 468～469頁。また、潮見・前掲(22) 308～309頁参照。

さらに、同一性基準アプローチに立ちつつ、準消費貸借では従来の債務は原則として同一性を維持すると判断したうえで、「債務の性質」については消費貸借の規律を受けるものへと変更されるとして、時効については従来の債務によらず、準消費貸借基準で決すべきとみる見解がある⁽⁴⁰⁾。この見解は、債務の「同一性」と「性質」とを区分し、ある債務が同一性を維持しつつ性質を変えうる場合があることを前提としている。

【イ 契約解釈説】 時効期間について、当事者の意思または契約の趣旨から判断すべきとみる見解がある。これにも2種類の立場がみられる。

(a) 同一性基準アプローチにおける【b 当事者意思説】を前提として、同一性が否定される場合には新債務基準で時効期間を判断すべきである一方で、同一性維持と判断される場合には既存債務基準で判断すべきとみる見解がある⁽⁴¹⁾。

(b) 個別判断重視アプローチに立って、担保など他の問題と同じく、消滅時効についても、まずどんな形で事件が起きているのかをみて、それからその事件でいう準消費貸借はどのような趣旨でなされたかを確かめて、事件を解決すべきとみる見解がある⁽⁴²⁾。

【ウ 既存債務基準説】 以上に対して、同一性基準アプローチにおける【c-② 原則同一性維持説】に立って、消滅時効に関しても原則として既存債務基準で判断すべきとみる見解があった⁽⁴³⁾。

(40) 平野・前掲(23) 434頁。

(41) 久保・前掲(17) 91頁，松尾・前掲(17) 358頁。

(42) 来栖・前掲(27) 268～269頁，星野・前掲(27) 173頁，石田・前掲(27) 188頁，浦川・前掲(27) 105頁，内田・前掲(27) 255頁，加藤・前掲(27) 298頁。

(43) 吾妻・前掲(20) 183頁参照。

3 学説のまとめ

以上を踏まえて、まず対象場面に関する議論を整理したうえで、準消費貸借における効果面での一般的な枠組みについて整理し、最後に個別事項の帰結をまとめたい。

(1) 議論の対象となる場面

これまでみてきたように、学説でも、議論の対象場面として、i) 準消費貸借によって従来の債務を消滅させて新債務を発生させる場面と、ii) 従来の債務を消滅させずに存続させる場面の2つが想定されている。まず、かつての【a 旧債務消滅・新債務成立説】は、主として形式的な条文構造の問題を重視して、民法588条の適用対象を上記i)に限定し、債務に「同一性がない場面」のみを扱うものであった〔適用場面限定重視アプローチ〕。もっとも、この見解にあっても、同条の対象外としつつ、ii)を「契約内容を変更する無名契約または単なる合意」とみて肯定していた。そして、その後の同一性基準アプローチにおける諸見解も、民法588条の対象をi)の場面に限定するか否かにかかわらず、いずれもi)およびii)の両場面を議論の対象としている。このことは、「同一性基準」を重視しない個別判断重視アプローチにおいても同様である。以上のように、準消費貸借の効果に関する従来の学説は、すべてが2つの場面を認めているといえることができる。

(2) 一般枠組み（同一性基準の要否）

従来の学説は、先にみた判例の影響もあって、多くは新旧債務に「同一性」があるかどうかという問題の立て方をして、そこから一律に諸事項の解決を図る手法をとっていた〔同一性基準アプローチ〕。すなわち、「同一性」がなければ旧債務は消滅し、旧債務に付着する諸事項は原則消滅する

と判断する一方で、「同一性」があれば既存債務が存続し、既存債務に付着する諸事項は原則継続すると判断するものである。

これに対して、近時の学説の主流は、このような演繹的な解釈手法を批判して、問題となる各種の事項ごとの特徴を考慮しつつ、契約の趣旨に応じて結論を導くべきことを主張している〔個別判断重視アプローチ〕。

他方で、前者のアプローチが「債務」の同一性を基準とすることに対し、後者のアプローチは「契約」の趣旨によって個別事項ごとの解決を求めるという。それでは、ここで問題とされるべき対象は「債務」か「契約」かいずれであろうか。これまで具体的な説明はなされていないようである。そこで、どのような要素を考慮して、どのような帰結を導くかが具体的に検討されなければならない。

(3) 個別事項の帰結

適用場面の区分を重視する同一性基準アプローチからすると、i) 従来
の債務の同一性が否定される場合には（旧債務消滅・新債務成立）、①旧
債務に付着した担保・保証は消滅し、新債務に承継されず、②旧債務にか
かる同時履行の抗弁は消滅し、新債務につき行使できず、③準消費貸借成
立前の旧債務にかかる詐害行為取消権も消滅し、新債務を保全するために
行使できず、④新債務にかかる消滅時効は新債務を基準に判断されるべき
ことになる。また、ii) 従来
の債務の同一性が肯定される場合には（既存
債務の維持）、①担保・保証は消滅せずに維持され（ただし加重変更は影
響せず）、②同時履行の抗弁も維持され、③詐害行為取消権も維持され、
④消滅時効も既存債務を基準に判断されるべきことになる。この基本枠組
みを前提として、i) と ii) のいずれの場面に該当するかについては、従
来の学説は「当事者の意思による」とみていた。そのうえで、学説のいく
つかは、当事者の意思が明確でなければ、ii) の場面と推定すべきという。

その結果、各事項は継続されることが原則となる。ただし、消滅時効については、同一性基準アプローチからも時効の公序性という特殊性から、常に準消費貸借（新債務）基準で決するとみる【ア準消費貸借基準説】も有力である。

これに対して、個別判断重視アプローチは「同一性基準」を不要と解し、説個別の事項ごとに契約の趣旨を検討すべきとする。もっとも、その結果、担保・保証および詐害行為取消権は原則として維持・肯定されるとみており、判例および【c-②原則同一性維持説】と同じ帰結を採る。その一方で、同時履行の抗弁については争いがあり、継続の否定説も肯定説もあるものの、多くは契約の趣旨によるとする。この点では、【c-②説】が継続を前提とすることに対して、【d 個別判断説】は決め手にかけてところがある。最後に、消滅時効についても争いがある。個別判断重視アプローチにおいては、原則通り契約の趣旨によるとみる【イ契約解釈説】がある一方で、時効制度の公序性を重視する【ア説】もあり、いずれも拮抗している。

このように、個別事項については、担保・保証、詐害行為取消権は、同一性基準の採否によらず、学説全般においてほぼ一致しているといえる。その一方で、同時履行の抗弁および消滅時効については、いまだに争いがある状況といえる。

Ⅳ 準消費貸借における債務内容変更の枠組み

それでは、これまでにまとめた判例および学説の議論状況を踏まえて、準消費貸借における内容変更の枠組みと既存債務または新旧債務の関係について検討を加えたい。

1 議論の射程

(1) 対象物による限定

民法588条によれば、準消費貸借契約とは、金銭その他の代替物を給付する債務が存在する場合に、その物を消費貸借の目的とする合意をなすこととされる。そのため、準消費貸借は本来的には金銭その他の代替物を給付する債務が存在する場面に限定されることとなる。これを逆にみれば、不代替物・特定物を給付する債務を合意によって変更する場合は、そもそも準消費貸借の射程外ということを意味する。

(2) 対象場面による限定

他方で、これまで詳しくみてきたように、民法588条の条文形式を厳格にみるならば、本条の適用場面は i) 旧債務を消滅させ、新たに消費貸借の規律に服させる新債務を成立させる場面に限定されるはずである。これを端的に示すのは【a 旧債務消滅・新債務成立説】〔適用場面限定重視アプローチ〕であり、その影響下にあった第1期裁判例の立場である。もっとも、民法588条の形式的な適用対象という制限から一步踏み出せば、同条の範疇外では、契約自由という一般原則から、ii) 当事者の合意による「従来の債務を消滅させない変更」も可能とされる。その他のアプローチからも、このこと自体を否定する見解は見当たらず、これら両場面を含めて議論の対象としているといえよう。

もっとも、後者 ii) の場面を民法588条の適用範囲（狭義の準消費貸借）に含めるという意味であれば議論は正確さを失う。なぜなら、たとえば売買代金債権の期日を1週間延期するという軽微な合意変更の場合にも、同条の規定に基づいて消費貸借の規律に服することになるとは読み取れないからである。やはり、民法588条の形式的な条文適用範囲の問題として⁽⁴⁴⁾は、i) の場面である狭義の準消費貸借に限るとみるべきである。ただし、

これはあくまでも条文の適用対象の話であり、重要なことは、i) および ii) の両場面を含めた変更合意の場合にどのような判断枠組みを提示できるかということである。つまり、当事者による契約内容変更の合意または契約はどのような規律に服するべきかが問われなければならない。

2 同一性基準の意義

(1) 従来判例・学説

先にまとめた通り、従来の判例は、基本的には新旧債務の「同一性の有無」という判断基準を維持しているとみられる⁽⁴⁵⁾。そして、従来の学説においても、適用場面の区分を重視し、そのための基準を同一性の有無に求める立場が主流であった〔同一性基準アプローチ〕。しかし、その後の学説では、同一性の有無から演繹的に個別事項の帰結を導くことはできないとして、個別事項ごとに契約の趣旨から判断すべきとみる立場が有力となっている〔個別判断重視アプローチ〕。

(2) 同一性基準の意義の再評価

まず、ここで問題とされる「当事者による内容変更の合意」がどのような性質を有するかを考えてみたい。そもそも民法588条の適用される狭義の準消費貸借の場合であれば、これはまさに債務消滅を目的とした準消費貸借「契約」であって、民法典に明文のある契約である。他方で、従来の債務を消滅させることなく、既存契約の枠内で内容を変更する合意については、これを特殊な無名契約とみる見解もあれば、単なる合意とみる見解もあった。ここでの事例は、既存契約内での債務内容の変更をなすもので

(44) 平野・前掲(23) 430～434頁ほか参照。

(45) これに対して、加藤・前掲(27) 297頁によれば、判例は同一性基準を採用して一律に個別事項を判断しているわけではないとも指摘される。

あるため、新たに別個の変更契約という特殊な契約を想定するまでもなく、⁽⁴⁶⁾既存契約の枠内で生じる内容変更の合意とみるべきであろう。このように、新たな債務の生じる準消費貸借契約と既存契約内での変更合意では、その法的性質が大きく異なるとすれば、やはり両場面は明確に区分されるべきである。

それでは、そのための基準とされた従来の「同一性基準」とはどのようなものであろうか。そもそも「同一性」といっても、もとより完全な同一を求めているわけではないし、そこでの同一性の対象が「債務」なのか「契約」なのかも不明瞭である。また、当事者が一定の変更合意を行ったことが、債務もしくは契約の同一性を維持する趣旨であるか、または維持できないほどに変更されたのか、いずれかを判断することは難しい場合がある。この問題について、第2期裁判例と【b 当事者意思説】は「債務の同一性」を「当事者の意思」によって決するとみるものであり、第3期裁判例と【c-②原則同一性維持説】は、当事者意思を基本としつつ、いずれか不明の場合には同一性の維持を推定するとの見方を示していた。この基準に関して、そもそも契約にせよ単なる合意にせよ、当事者の意思に基づいて行われるものである以上、その内容につき当事者の意思を出発点とすることが妥当である。そして、近時の法律行為または契約の解釈方法論に関する有力説によれば、「当事者の真意の探求」が重視され、当事者の意思が明確な場合にはその意思に従い、それが不明確な場合には、諸状況から客観的に当事者意思を解釈すべきことになる。先の【b 説】がこのような理解を前提としており、⁽⁴⁷⁾解釈論として⁽⁴⁸⁾妥当なものとする。つまりこの

(46) そもそも合意と契約がいかなる関係にあるかは一つの難問であるが、ここでは深入りしない。

(47) 法律行為または契約の解釈の議論状況につき、星野英一編『民法講座 1・民法総則』（有斐閣、1984年）291頁以下〔野村豊弘執筆〕ほか参照。

問題は、契約当事者によって内容変更の合意または契約がなされた場合に、その合意または契約に関する一般的な解釈の問題に帰する問いにすぎないといえる。⁽⁴⁹⁾ この一般的な契約解釈の手法に応じて、契約内容の変更が従来の契約または債務を消滅させて新契約または新債務を成立させる意図でなされたのか、それとも従来の契約の枠内での変更の意図でなされたのか⁽⁴⁹⁾が問われるということである。従来の見解の多くは、これを「同一性」という用語に象徴させていたにすぎない〔同一性基準アプローチ〕。このような同一性基準アプローチに立てば、当事者の意思解釈を媒介とした「同一性」基準から契約または合意の内容を確定することで、学説のまとめで示した通り、個別事項の解決が理論的な一般枠組みに応じて帰結されることになる。

これに対して、個別判断重視アプローチは、このような同一性基準アプローチによる演繹的手法を批判し、個別事項ごとに契約の趣旨を考えて判断すべきと主張する。もともと、この立場は「契約の趣旨」を考慮して個別事項を客観的に処理する点で従来の表示主義・客観主義になじむものであり、当事者の真意探求という視点から離れるという難点がある。さらに、このアプローチでは、事項ごとに個別に処理すべきといっても問題は解決しないため、多様な場面ごとに契約の趣旨を解釈する必要が生じる。先にみた通り、保証・担保・詐害行為取消権では継続で一致していたが、同時

(48) 【b 説】が当事者意思が不明確な場合にも諸状況から客観的に当事者の真意を探求しようとする一方で、第3期判例および【c-②説】は同一性維持を推定する点で異なる。本稿では、当事者意思を柔軟に解すべきこと、また狭義の準消費貸借により旧債務を消滅させる意図または状況も重視すべき場合があることから、【b 説】を支持したい。

(49) もとより契約解釈の方法論も様々に争われており、それ自体が難問であるが、ここでは準消費貸借に固有の問題ではなく、一般論に還元されるべき解釈問題であるということを指摘しておきたい。

履行の抗弁や消滅時効では実際にどのような帰結を採るかが争われており、個別事項の解決において決め手に欠くといわざるをえない。これに対して、同一性基準アプローチによれば、同一性に基づく基本枠組みを提示することで、近時の典型契約論への再評価の視点と同じく、⁽⁵⁰⁾ 準拠枠を設定し一定の内容を付与することにより、契約自由の原則との調和のなかで標準化された判断を導く途が開けることになる。このように、当事者の意思解釈の拠り所となるひな形を提示する法的機能をここでも再評価すべきである。以上から、前者の同一性基準アプローチが妥当だと考える。

3 判断枠組みと個別事項

(1) 判断枠組み

以上の視点からすると、すでに学説のまとめで示した同一性基準アプローチから導かれる基本枠組みをもって妥当ということになる。その概略を再掲すれば、まず、当事者意思の解釈手法に従って、i) 旧債務を消滅させて準消費貸借による新債務を成立させる意図が認定される場合（同一性否定の場合）には、旧債務に付従する担保・抗弁などの諸事項は全て消滅し、新債務のもとには承継されず、新債務に関する事項は新債務を基準に判断されることが導かれ、その他の事項も同様の基準で判断できることになる。他方で、当事者意思の解釈手法に従って、ii) 既存契約の枠内で既存債務を維持しつつ内容を変更する意図が認定される場合（同一性肯定の場合）には、既存債務に付従する諸事項は単純に維持され、既存債務を基準に判断されるにすぎないことが導かれ、その他の事項も同様の基準で判断できることになる。

(50) 典型契約論の再評価につき、潮見・前掲(22) 9頁以下ほか参照。もとより、本稿の議論が典型契約論そのものを意味するわけではないが、一般枠組みの構築という意味で通底するところがあるものと考え。

以上の判断枠組みは、あくまで基本となる原則形態であり、それに反する当事者の意思または諸事情があれば例外としての扱いもありうる。

(2) 消滅時効について

以上の基本枠組みからすると、消滅時効についても、i) 旧債務消滅の場合には新債務基準、ii) 既存債務を維持する場合には既存債務基準で決すべきことになる【イ契約解釈説】。もっとも消滅時効については別途の考慮が必要と指摘される。近時の学説では、時効は債務の性質に基づいて法律が決めるものであり、当事者の意思によって決めるべきではないという点が強調され、常に準消費貸借締結の時を基準に客観的に決すべきと主張されている【ア準消費貸借（新債務）基準説】。

この問題について、【ア説】によれば、当然ながら、i) の場合には新債務基準で判断されることになる一方で、【イ説】によっても、i) の場合と判断されれば新債務基準となる。そこで、【ア説】が主として問題とするのは、【イ説】がii) の既存債務が維持される場合に既存債務基準を採用する点にあるといえよう。この場合に、前記原則形態のように既存債務基準とみるなら、当事者の意思に応じて、i) なら新債務基準、ii) なら既存債務基準というように時効の期間（性質）を選べることになり、そこに問題があるとみる。しかし、この指摘は当たらない。それというのも、そもそもi) の狭義の準消費貸借の場面自体が契約（当事者の意思）によって時効期間が変更されることを前提としているからである。つまり、本来的には、従来の契約から生じた従来の債務のみが存在していて消滅時効期間も従来の債務基準であるはずのところ、当事者が従来の債務を消滅させる内容変更の合意をしたことによって、その合意から新たに生じた新債務を基準にするということは、このi) の場合がすでに準消費貸借の合意によって時効期間の変更を認めていることにほかならないということである。

そして、このことは準消費貸借という契約類型を認めることに内在する帰結であるため、当事者の合意によって時効期間を変更することが妥当でない⁽⁵¹⁾と主張することは、準消費貸借契約の存在自体を否定することにもつながりかねない。

他方で、おそらく【ア説】が実質的に問題としているのは、当事者合意による内容変更があった場合に、あるいは i) 新債務基準となり、あるいは ii) 既存債務基準となるという点で、消滅時効の期間に差異が出ることで法的安定性を欠いてしまうことへの疑念であるように思われる。しかし、これも本来は準消費貸借の範疇ではない ii) の場面を準消費貸借の議論に含ませてしまったことによる誤謬である。この ii) の場面は、既存契約の枠内での合意による内容変更の場面であるにもかかわらず、【ア説】が常に準消費貸借契約時を基準として決すべきと主張することは、そもそもこの場面では存在しないはずの新しい別契約が前提とされており、理論的な解釈としては無理があるのではなかろうか。かりに新契約ではなく内容変更の合意時を基準とすると考えても、従来の契約が存在していて、既存債務も維持されている場合に、時効だけが変更合意時に性質を変え则认为るのは整合的ではない。たとえば、ii) の場面の具体例として、もともと民事上の100万円の売買代金債務の期限を1か月延長する合意をしたとして、その変更合意時に当事者が商人だからといって消滅時効期間を5年とみるべきであろうか。⁽⁵¹⁾この場合には、既存契約の範疇で債務自体は同一性を維持しつつ単に期限だけが変更されたにすぎないため、既存債務が民事債務で時効期間が10年であれば、そのままの期間が維持されるとみるべ

(51) 近時の民法（債権関係）改正法が成立すれば、基本的に消滅時効期間は主観の時効5年（客観の時効10年）に統一されるため、この問題の重要性は下がることになる。もっとも、不法行為など、一部には同種の問題が残る。

きであろう。ちなみに、同事例で1年間期限を延長する合意をし、当事者が以後は消費貸借の規律に服することを意図していたとすると、この場合はi)の場合と判断されるからこそ、その合意時、すなわち準消費貸借時を基準とすべきである。

このように、i)の場合には、そもそも当事者の意思によって従来の契約を終了させることに問題はなく、その一方で新契約を成立させることも自由である。たしかに、従来の契約を維持しつつ、その枠内で債務の消滅時効のみを当事者の意思で変更するのであれば時効の公序性に反するといえよう。しかし、契約自由の原則に則って契約を終了させて、別契約が成立しているのであれば、別契約が基準とされてしかるべきである。ひるがえって、従来の契約を終了せずにその契約の枠内での変更にすぎないのであれば、従来の消滅時効が維持されるとみるべきである。要するに、i)の場合にはこれは当事者の意思によって時効期間を変更するというのではなく、民法に予定される準消費貸借契約によって、従来の契約自体が変更された結果として時効もそれに準じて変更されるにすぎない。そして、ii)の場合には、既存契約が維持されているだけであるため、時効期間は従来通りで変わらないというにすぎない。このような両場面の相違をもって当事者の意思で時効期間を決しているという批判は当を得ないとする。

V 合意による契約内容変更への一般化

1 緒論

ここまで、準消費貸借の場面に限定して既存債務または新旧債務の関係についての議論をみてきた。そこでは、i)旧債務消滅・新債務成立(狭義の準消費貸借)の場面と、ii)既存債務を維持しつつ債務内容を変更する合意の場面が問題とされていた。そして、後者ii)の場面は、これまで準消費貸借の議論との関連でのみ語られてきたが、本来的には「従来の

契約の枠内での当事者の合意による内容変更」という一般的な契約法理の範疇で捉えられるべき問題であることを指摘した。つまり、金銭その他の物の給付を目的とする債務を消費貸借の規律に服させる場面に限定された議論ではなく、特定物の給付を目的とする債務や付随義務なども含めた一般的な債権・債務の内容変更の問題として捉えるべきである。⁽⁵²⁾

この一般化の問題が、これまで日本の議論において正面から扱われてこなかったのはなぜだろうか。そもそも日本民法は契約または合意の拘束力を強固に認める法体系に位置し、いったん成立した契約やそこから生じる債権・債務の内容はそのまま維持されるべきことが原則視されている。そのため、民法典に当事者による契約内容変更に関する一般規定が存在しないのであろう。しかし、その一方で、私的自治から派生する契約自由の原則からすると、契約締結の自由のみならず、いったん成立した契約の変更も自由に認められることもまた当然視されてきたようである。このように、一方では一般的な規定がなく、他方で当然視されてきたため、これまでまとまった議論がなされてこなかったのではないだろうか。しかし、まさに本稿で扱った準消費貸借の場面でその一端が表出しているように、契約自由の原則から当然というだけでは法的な規律としては足りず、合意変更には様々な問題が内在していることがわかる。ひとつには、当事者の合意に

(52) ドイツでは、日本と同様に、かつては消費貸借契約のなかで準消費貸借（Vereinbarungsdarlehen）が規定されていた（旧 BGB607 条 2 項）。しかし、準消費貸借は単に「私的自治に基づく契約による内容形成および変更の自由」を規定した一般条項である BGB311 条 1 項から導かれるにすぎないとして、債務法改正の際に、上記の準消費貸借の規定は削除された（Vgl. MünchKomm/Berger, Bd.3, 7. Aufl., 2016, §488 Rdnr. 18-23.）。このことは、準消費貸借の規律が契約による債務内容の変更に関する一般規律のなかに解消されうること示しており、本稿の基本的視座とも一致する。大変興味深いのが、紙幅の関係上、ドイツ法の検討は別の機会に譲りたい。

よって、従来の契約とは別の新契約が成立したのか、または従来の契約の枠内での変更合意にすぎないのか、その両場面の境界が一般的に問題となる。それにともなって、本稿で検討してきたように、保証・担保や各種抗弁の継続の有無、詐害行為取消権の可否、消滅時効期間の判断時期なども一般的に問題となりうる。さらに言えば、理論的な問題として、契約成立後に変更合意がなされたことが、その契約もしくは債権・債務または付随義務の成立時期に影響を与えるか、また変更された条件などにかかる債務不履行の成否とその時期などに影響を与えるかなど、合意変更の影響は多岐にわたりうる。

このように、いったん成立した契約の内容を当事者の合意によって変更する場合に、いったいどのような規律に服すべきであろうか。ここまで検討してきた準消費貸借における議論が、この問題への示唆を与えている。そこで、次に、準消費貸借の議論を敷衍して一般化の展望を示してみたい。

2 一般枠組みの展望

(1) 合意による内容変更

まず問題となるのは、ある契約が有効に成立しているとして、その後に当事者間で契約内容を変更する合意をなした場合に、①その契約をいったん終了させて、新たな契約を成立させる趣旨であったのか、または、②その契約を終了させずに、当該契約の枠内で内容を変更するにすぎない趣旨であったのか、いずれを意図してなされた合意であったのか、ということである。

ここで前者①の場面をみると、そもそも契約とは、その目的を達成して終了することが望ましいが、目的が未達成であっても、当事者の意思によって契約を終了させることも自由である。たとえば、合意解除による原状回復が認められている。また、双務契約において一方の債権のみ履行済みの

状況で、不利益を被る当事者が納得していれば、未履行の他方債権を行使せずして終了させることも可能であろう。そして、このように当事者間で契約を終了させつつ、新たに実現可能な目的へと内容を変更して契約をし直すことも法的に問題は生じない。その際に、債権者は債務不履行を主張しうる場合もあろうが、その代わりに新たな契約を締結することで、形を変えて所期の履行利益を得ようとすることもまた自由である。他方で、準消費貸借に関する第1期裁判例が示すように、債権者と債務者間で債務を免除によって消滅させつつ、新たな債務を生じさせる合意を行うことも法的には可能といえよう。このように従来契約をいったん終了させ新契約を成立させることも法的に可能であり、その一形態が更改であり、または準消費貸借であるといえる。

次に後者②の場面をみると、こちらも契約自由の原則によって既存契約の枠内で内容変更を行うことも当事者の自由に委ねられる。多くは条件の変更など軽微変更が主であろうが、主たる給付内容または付随義務の変更も可能とみられる。この場面では、当事者による「枠としての契約を維持したい」という意思が尊重されなければならない。もっとも、たとえば保証人や物上保証人など第三者の利害に関係する場合には、当事者の意思も一定の制限に服することになる。

以上のように、①いったん成立した契約を終了させて新契約を成立させることも、②既存契約の枠内で内容を変更させることも、当事者の合意によって基本的には自由になしうるものである。実際のところ、当事者が契約内容を堅固に守ることもあろうが（いわば「硬い契約」イメージ）、当事者がその都度の合意によって臨機応変に変更を繰り返すことも多いといえよう（いわば「柔らかい契約」イメージ）。かりに後者を意図する場合において、常に新契約の合意をしなければならないとすれば、当事者は新たな契約締結のために時間と労力をかけなければならない、経済合理性にも

悖ることとなろう。これを避けるため、従来の契約書を利用しつつ、該当項目のみを変更した契約書へと差し替えることが実務的にも頻繁に行われているようである。⁽⁵³⁾ いずれにせよ、私的自治または契約自由の原則からすれば、新契約を成立させることも、単純に既存契約の枠内での変更も、当事者間に合意があれば、いずれも問題は生じない。

以上に対して、「契約の変更」と「債務の変更」とを同次元で論じられるかは問題である。片務契約だけでなく、双務契約も念頭におくならば、問題は複雑である。ここで詳細に踏み込む余裕はないが、更改や準消費貸借の議論では、これまでは「債務の変更」という次元で捉えられてきたものといえる。債務の変更がその債務を生じさせる契約自体の変更というのか、さらなる議論の深化が求められよう。他方で、②の場面において、合意による内容変更の効果いかにや、それが既存契約に及ぼす影響を与えるかも理論的には問題である。しかし、本稿でみた準消費貸借の議論からは解決指針が導けないため、ここでは問題の指摘にとどめたい。

(2) 同一性基準

続いて問題となるのが、前記①と②の場面の判断基準である。本稿で詳しくみてきた準消費貸借の議論を敷衍するならば、同一性基準アプローチによる「債務の同一性の有無」という基準が参考となる。すなわち、①の新契約を成立させる場面を「債務の同一性がない場合」とし、②の既存契約の枠内での変更合意を「債務の同一性がある場合」と捉えることが示唆される。この「同一性」の捉え方にも程度があつて、内容や条件面での「完全な一致」を求めるのであれば、そもそも②の場面が成り立たないこ

(53) たとえば、準消費貸借の場面で証書の変更に関する前記【1-8】判決がある。その他、本稿では取り扱わなかったが、広く契約一般において当事者間で証書変更が問題となった裁判例が多数存在する。

ととなるため、不正確な面は否めない。もっとも、そこでの趣旨は「完全な同一性」ではなく、「債務の本旨を変更しない程度の同一性」を意味しており、そのレベルでいえば基準自体は妥当なものと思われる。今後は「債務の同一性」の意味内容を明確にしたうえで使用すべきであろう。

そして、この一般化の場面でも、準消費貸借の箇所ですく詳しく述べたように、「同一性基準」が再評価されるべきものと考ええる。つまり、契約当事者の意思を基準としつつ、一般的な契約解釈の手法に則って、その変更合意が①の趣旨であるか、または②の趣旨であるかを決すべきであり、そのいずれかが確定されることによって、契約自由の原則との調和のなかで一定の標準化された判断を導く途が開けるということである。このような基本枠組みを構築することによって当事者の意思解釈の拠り所となるひな形を提示する法的作用が重視されるべきである。

以上の視点から、当事者合意による内容変更に対して、民法上どのような場面が想定され、どのような規律が予定されるのかについて、最後に一般的な展望を示したい。

(3) 一般枠組みの素描

1) 旧契約終了・新契約成立の場面（別契約・同一性否定）

いったん成立した契約を別契約に改める場合（前記①の場合）を想定して、民法典上の規律としては、基本的には更改・準消費貸借が規定されている。⁽⁵⁴⁾もとより、これらの契約をなす際には、関連する個別の規律および一般的な契約法理が適用される。そのうえで、この場面に該当すれば、従来の契約は終了し、新旧契約または新旧債務に同一性が認められないため、

(54) 和解もここに含まれる余地があるが、従来の契約内での互譲変更の場合も考えられる。

基本的には担保・抗弁・保全手段などは継続せず、消滅時効は新契約・新債務基準で決せられることが導かれる。もっとも、これは理念型の枠組みであり、当事者の意思解釈によって例外が認められることは準消費貸借の場面ですでに指摘した通りである。また、たとえば更改の場面では、規定上の例外として、当事者間に特約があれば質権や抵当権を更改後の新債務へ移転できるとされ、また物上保証人により質権や抵当権が設定されている場合にはその者の承諾が必要となる(民法518条)。⁽⁵⁵⁾

2) 既存契約の枠内での変更合意の場面(既存契約・同一性肯定)

次に、従来の契約を維持してその枠内で内容を変更する場合(前記②の場合)について、民法典には一般的な規定はみられないが、契約自由の原則からは変更合意も認められる。その例として、契約または債務の同一性を変更しない範囲で、主たる給付義務の内容変更、付随義務の変更・新規設定、履行場所や条件の変更など多岐にわたる。そして、この場面では既存契約または既存債務が維持されていることから、基本的には担保・抗弁・保全手段は継続しており、消滅時効は既存契約基準で決せられるべきことになる。ただし、保証人ほか第三者に不利益となる変更は、その者の承諾がなければ効力を生じない。

3) 別契約への債務移転の場面(別契約・同一性肯定)

以上の①と②の場合のほか、民法典上では、既存債務の同一性を維持しつつ当事者が変更される場合が規定されている。債権譲渡・債務引受・契約上の地位の移転である。⁽⁵⁶⁾ これらの場合に、従来の契約の当事者自体が変

(55) 更改の場合に担保・保証が継続しないことについて、石川・前掲(6) 13頁参照。

(56) 債権者または債務者の交代による更改は、従来の債権を消滅させて新

更されるため、従来の契約の枠内での変更とみるべきではなく、別契約または別の法律関係が生じていると把握すべきである。そして、関連する規律に服することになるところ、既存債務の同一性が維持されていることから、基本的には既存債務の担保・抗弁・保全手段は継続され、消滅時効は既存債務基準で決せられることが導かれる。もっとも、当事者の交代という特殊な場面でもあるため、従来の議論において多くの例外が認められている。⁽⁵⁷⁾ここでは、前記1)と2)の場面を基礎としつつ、その中間的な位置づけとしての枠組みが必要になるだろう。

VI 結びに代えて

本稿では、準消費貸借における当事者の合意による債務内容の変更と既存債務または新旧債務の関係を中心に検討を加えた。そこでは、同一性基準の再評価と一般枠組みの提示を試みた。要約的に記せば、広義の準消費貸借にも2つの場面、すなわち i) 旧債務を消滅させて新債務を成立させる場合（狭義の準消費貸借の場面）と、ii) 既存債務を維持する変更合意の場合（既存契約の枠内での合意による債務内容変更の場面）があることを確認しつつ、そのいずれに該当するかは当事者の意思解釈によるべきことを指摘した。そして、i) の場合と判断されれば、基本的には旧債務に付着した担保・抗弁・詐害行為取消権などは消滅し、消滅時効期間は準消費貸借（新債務）基準で判断されるべきこと、他方でii) の場合と判断さ

債権を成立させるため、ここには含まれない。もっとも、前者について、第三者対抗要件や抗弁の切断に関して債権譲渡の規定を準用するため（民法515条・516条）、立法者による制度間の調整が意図されているようである。

(57) 詳細には踏み込めないが、たとえば免責の債務引受けでは、債務に付された保証や物上保証は保証人や担保提供者の同意がなければ引受人のもとに承継されないと解されている。

れば、基本的には既存債務に付着した担保・抗弁・詐害行為取消権なども維持され、消滅時効期間は既存債務基準で判断されるべきことを明らかにした。これは原則としての基本枠組みであり、もとより個別事項について当事者の特段の意思が示されていれば、例外としてその意思に従うことになる。このような一般的な枠組みを構築することは、当事者が内容変更の意思表示をするにあたって「ひな型」を提示する意味で重要性を有する。また、当事者意思を解釈する際にも、判断の前提となる一定の拠り所を提示するという意味で重要性を有する。これらの2場面の区分基準として「債務の同一性」という用語を徴表として使用することに反対はしないが、その基準の内実と機能を再評価することこそが重要であると考えた。

以上の結論を踏まえつつ、これは準消費貸借の場面に限定されるものではなく、一般的な契約法理のなかで論じられるべき問題であるとの心証を得て、「契約当事者による内容変更の合意」に対する規律について一般化の展望を示した。その中核となる理念的枠組みのみを概括的に示すならば、契約の両当事者がいったん成立した契約を合意によって変更する場合にも2場面があり、すなわち①旧契約または旧債務を消滅させて新契約または新債務を発生させる場合（準消費貸借・更改などの場面）と、②既存契約ないし既存債務を維持しつつ内容を変更する場合（狭義の合意変更の場面）があり、いずれに該当するかは当事者の意思解釈によるべき、というものである。そして、①と判断されれば、旧債務に付着した担保・抗弁・詐害行為取消権ほかの個別事項も基本的には消滅し、他方で②と判断されれば、これらの事項は基本的には維持されることになる。このような一般的な基本枠組みを提示することは、準消費貸借の場合と同じく重要な意義があると考ええる。

もとより、本稿で提示した一般化の視点が妥当であるのか、また、かりに妥当であるとしても、準消費貸借の場面を敷衍した一般枠組みの構築が

妥当であるのかが問われなければならない。さらに更改，和解，債権譲渡，債務引受けといった各制度との整合性に加えて，個別事項ごとの特徴を踏まえた具体的な検討も必要となる。本稿は，あくまで「合意による契約内容の変更枠組み」の一般化に向けた問題の所在を提示したにすぎない。この種の体系化が必要かどうかも含めて，今後さらに研鑽を積んで行きたい。

Das Verhältnis zwischen der Änderung des Vertragsinhalts und der bestehenden Schuld beim Vereinbarungsdarlehen

論

Tsutomu WATANABE

説

Die Parteien können vereinbaren, dass ein Geldbetrag, der aus einem anderen Grund, z.B. aus Kauf oder Miete, geschuldet ist, nachträglich als Darlehen geschuldet werden soll. Das Vereinbarungsdarlehen ist in § 588 BGB in Japan geregelt. Dabei handelt es sich um das Verhältnis zwischen der Änderung des Vertragsinhalts und der bestehenden Schuld. Ich referiere über die Rechtsprechung und den wissenschaftlichen Meinungsstand in Japan.

- I Einführung
- II Referenz und Analyse der Rechtsprechung
- III Analyse des wissenschaftlichen Meinungsstandes
- IV Der rechtliche Rahmen der Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses beim Vereinbarungsdarlehen
- V Die Änderung des Vertragsinhalts durch Vereinbarung zwischen den Parteien beim allgemeinen Vertragsrecht
- VI Zusammenfassung und weitere Probleme