

ドイツ民法典における要物契約としての消費貸借に関する一考察

谷 口 聡

Eine Studie für Darlehn als Realvertrag in Deutschen Bürgerliches Gesetzbuch

Taniguchi Satoshi

要 旨

本稿は、わが国の民法典に規定が置かれている消費貸借について、ドイツ民法典（BGB）における消費貸借に関する議論を参照して、比較検討を行うことを目的とする。

わが国では、2017年に民法典の大改正が行われ、2020年に施行される見込みである。この民法典大改正において、消費貸借の規定にも改正がなされた。一方において、現行の民法典に規定されている要物契約としての消費貸借が存置され、他方において、諾成契約としての消費貸借契約の規定が新設された。これに対して、ドイツでは、2002年に債務法現代化法が施行されて、民法典大改正が既に行われた。この改正では、要物契約として解釈することが可能であった消費貸借の規定を排除し、金銭消費貸借および物品消費貸借の両方とも、諾成契約として文言上明確に規定された。すなわち、ドイツ法においては、要物契約としての消費貸借契約は完全に終焉したのであった。

筆者は、このようなわが国とドイツの消費貸借規定の議論の相違を考察する。そして、わが国の消費貸借規定の解釈に示唆を得ることができないかを探ることとしたい。

Zusammenfassung

Diese Abhandlung zielt danach, die Bestimmungen des Darlehen im japanischen Zivilgesetzbuch (Minpouten) unter Bezug auf Diskussionen über Darlehen im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) vergleichend zu untersuchen.

In Japan ist im Jahre 2017 eine große Reform des Zivilgesetzbuchs erfolgt, und es wird erwartet, dass diese im Jahre 2020 in Kraft treten wird. Diese große Reform des Zivilgesetzbuchs enthält auch Verbesserungen der Bestimmungen betreffend

Verbraucherdarlehen. Einerseits werden im gegenwärtigen Zivilgesetzbuch festgelegte Verbraucherdarlehen als Realvertrag beibehalten, aber andererseits werden neue Bestimmungen für Verbraucherdarlehen als Konsensualvertrag eingeführt. Demgegenüber ist in Deutschland im Jahre 2002 das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts in Kraft getreten, und eine große Reform des Bürgerlichen Gesetzbuchs wurde durchgeführt. Diese Reform schließt Bestimmungen aus, welche die Auslegung von Darlehen als Realvertrag möglich machten, und Gelddarlehen und Sachdarlehen werden beide klar als Konsensualvertrag formuliert. Das heißt, dass das Darlehen als Realvertrag im deutschen Recht vollständig zu Ende gegangen ist.

Der Verfasser betrachtet die Unterschiede zwischen Japan und Deutschland in der Diskussion der Bestimmungen bezüglich Darlehen. Außerdem möchte er erkunden, ob Andeutungen über die Auslegung dieser Bestimmungen bezüglich des Darlehen in Japan erhalten werden können.

I はじめに

わが国においておよそ120年ぶりの大改正となる「民法の一部を改正する法律（法律第四四号）¹」が2017年に成立し、2020年に施行されることとなった。多数の改正点を有する大改正法であるが、本稿では、「消費貸借」の規定の改正に関して、ドイツ法との比較検討することを目的としている。

消費貸借は、わが国では、旧民法典の成立以来、現行民法に至るまで、その冒頭規定の文言を見る限りでは、いわゆる「要物契約」であるとして、一般的な解釈がなされてきた。そして、このような解釈に対しては、様々な角度から批判的な検討がなされ、「諾成契約」としての消費貸借契約を認めるべきであるとの見解が多数を占める状況となった。

今般の民法典大改正においては、諾成契約としての消費貸借契約が新設されると同時に、冒頭規定に要物契約としての消費貸借契約も合わせて存置される形となった。

他方、ドイツに目を向けてみるならば、ドイツ民法典に関する大改正として既に施行されていた2002年の「債務法現代化法」の施行においては、消費貸借は（金銭消費貸借および物品消費貸借ともに）、文言上、明確に諾成契約としての消費貸借契約であることのみが規定された。

このような、わが国における消費貸借規定の改正とドイツ民法典が既に経験した消費貸借規定の改正を比較検討して、その若干の相違に留意しつつ、わが国の議論に示唆を得たいと考える。

1 官報（号外第116号）平成29年（2017年）6月2日金曜日1頁以下。

Ⅱ 問題の所在

わが国の現行民法典における消費貸借の冒頭規定である第587条の規定は以下のとおりである。

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。

この規定に関しては、要物契約の規定であるとする解釈が通説であった一方で、諾成的消費貸借を否定するものではないとして、さまざまな根拠を掲げて、諾成的契約としての消費貸借が認める学説が多数となっていた。そのような方向性は、明治大学の椿久美子教授らによって早期から主張されてきた²。また、そのような諾成契約としての消費貸借論は、旧民法制定過程におけるボアソナードの見解の中に内在していたものであった³。

そして、そのような圧倒的な諾成契約論の主張の下に今般の改正が行われた。しかしながら、現行民法の下で、同じく要物契約とされてきた使用貸借と寄託に関する規定が文言上、明確な形で諾成契約へと改正されたのとは異なり、改正法における消費貸借の冒頭規定587条は要物契約としての消費貸借として存置されると同時に、諾成契約としての消費貸借の規定が次条において新設されるという形となった。

すなわち、改正民法の規定は以下のようなものである。

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。

第587条の2 第1項

前条の規定にかかわらず、書面でする消費貸借は、当事者の一方が金銭その他の物を引き渡すことを約し、相手方がその受け取った物と種類、品質及び数量の同じ物をもって返還することを約することによって、その効力を生ずる。

このことから、わが国では、「要物契約」としての消費貸借契約が民法典の明文規定として、今後も存置・維持されることになったわけである。このことをどのように理解して、今後、消費貸借の運用に当たればよいのかという問題が残されたように思われる。

そこで、すでに2002年の債務法現代化法において、要物契約としての消費貸借契約を明

2 椿久美子「要物的消費貸借・諾成的消費貸借・消費貸借予約の効力と相互関係」中央学院大学法学論叢13巻2号（2000年）249頁。なお、椿久美子教授は、ドイツにおける債務法現代化法の改正条文についても検討をされている。「消費貸借契約の要物性をどう考えるか」椿寿夫ら編『民法改正を考える』（日本評論社 2008）295頁以下参照。

3 拙稿「わが国における要物契約条項の継受と今日までの展開」『現代私法規律の構造』（第一法規 2017）177頁以下参照。

文でもって排斥したドイツ民法典における議論はどのようなものであるのかを以下で検討したい。ドイツ民法はわが国よりも強くローマ法の影響を受けた法体系でありながら、わが国よりも明確な形をもって「要物契約としての消費貸借」を早期に排除したという事情を、ローマ法の淵源に遡りつつその概略を考察し、今日の議論の状況を紹介しながら、わが国の消費貸借規定の解釈に役立てることができる点はないかを探ることとする。

Ⅲ ドイツ民法典（BGB）旧607条、現行488条および現行607条の規定

ドイツでは、2002年に「債務法現代化法」が施行されて、民法典（Bürgerliches Gesetz Buch（BGB））の大改正がなされた。この大改正以前は、消費貸借の規定は607条（以下「旧607条」という）以下に、消費貸借全般に関する規定が置かれていた。そして、2002年の債務法現代化法の施行による改正後では、「金銭消費貸借（Geld Darlehn）」をBGB488条以下に規定し、「物品消費貸借（Sachdarlehn）」を607条以下に規定するという形で、消費貸借の対象を金銭と物品に分類してそれぞれに関する規定を置いた。金銭消費貸借に関しては、特別法である消費者信用法の規定を債務法現代化法によって民法典の488条以下に取り込んだものであると説明されている。金銭消費貸借に関しては、特別法との結びつきが強かったことが、物品消費貸借の規定を分割されたことの要因であることが窺われる⁴。

BGB旧607条の規定の翻訳は以下のとおりである⁵。

旧第607条

消費貸借によりて金銭その他の代替物を受け取りたる者は、その受け取りたる物をこれと種類、品質及び数量を同じ物をもって貸主に返還する義務を負う。

その他の原因によりて、金銭その他の代替物につき債務を負う者は、債権者との合意によって金銭または物を消費貸借によって負担するものとすることができる。

債務法現代化法施行後の現行のBGB488条および607条の規定の翻訳は次のとおりである⁶。

第488条 消費貸借における契約類型上の義務

(1) 消費貸借契約により、貸主は、借主に合意された額の金銭を委ねる義務を負う。借主は、約定された利息を支払い、満期となったときは、自らに委ねられた貸金を返済する義務を負う。

(2) および (3) <省略>

4 半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（2003 信山社）353頁以下参照。

5 柚木馨・上村明廣『現代外国法典叢書（2）独逸民法〔II〕債務法』（復刊版）（有斐閣 1955）531頁の翻訳参照。

6 半田吉信『ドイツ債務法現代化法（邦訳）』千葉大学法学論集17巻1号（2002）81頁以下および90頁以下の翻訳参照。

第607条 物品消費貸借契約における契約類型上の義務

- (1) 物品消費貸借契約により、貸主は、借主に合意された代替物を引き渡す義務を負う。借主は、貸借料の支払および期限の到来のときは、同種、同質および同量の物を返還する義務を負う。
- (2) <省略>

IV ドイツ民法典（BGB）における現行消費貸借契約規定に関する議論の検討

1 ドイツ民法典（BGB）における消費貸借規定に関する概略的な議論

前述のとおり、債務法現代化法施行後の現行ドイツ民法典においては、消費貸借は、第488条以下に金銭消費貸借の規定を、607条以下に物品消費貸借の規定を分割して設置している。最初に、そのような消費貸借の議論に関する一般的な議論を拾ってみたい。

Ingo Saengerは、債務法現代化法によって制定された消費貸借規定の内容について以下のように解説している⁷。

「旧607条以下が物品消費貸借と並んで金銭消費貸借規定していたのに対して、債務法現代化法は、一方をその中から切り離した。これについて金銭消費貸借は固有に488条以下に置かれた。それに反して、その他の代替可能な物品についての消費貸借は、もっぱら金銭の例外を除いて、607条以下の物品消費貸借契約の規定に従って判断される。代替可能な（金銭には対応しない）物品における限定によって、607条以下の意義は、以前の法的状況との比較において、非常に僅少なものである。従って、その上さらに、立法手続の中で物品消費貸借の規定を完全に放棄してしまうことの検討もなされた。未だに存在している物品消費貸借の有用性が一瞥されたにもかかわらず、とりわけいわゆる有価証券の使用貸借の関係では放棄された。立法者は、ここで、（金銭）消費貸借の規定に対する単なる参照を、知らせるために維持したのではない。607条2項の規定は、物品消費貸借と金銭消費貸借の競合関係をはっきりと注意喚起し、そこにおいては、607条から609条の規定が金銭消費貸借には明確に適用不可能であることを表明した。例えば、判例によれば、BGH MD 1985, 753は物品消費貸借契約である」としている。

Thomas Krüger と Michael Bütterの消費貸借に関する概説は以下のようなものである⁸。

「第488条1項は、一般的規定（133条以下、145条以下）により消費貸借物の支払とは無関係に成立するところの、いわゆる諾成契約として消費貸借契約を規定している（旧607条に対する支配的見解もすでにその文言とは切り離されていたものであった）。その結果、消費貸借物を任意に使用させることによってはじめて消費貸借契約が締結され、かつ、受領物を同種、同量および同品等の物において返還する（RGZ 71, 117; 108, 150）と

⁷ Ingo Saenger, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 2014, S.2437 Rn.1

⁸ Thomas Krüger / Michael Bütter, Tonner/Willingmann/Tamm Vertragrecht Kommentar, 2010, S.812 Rn.1

いう消費貸借の借主に一方的な義務の負担をさせるという要物契約理論は、決定的に時代遅れのものとなった。488条による消費貸借契約は二面的な契約であり、場合によって発生するかもしれない利息と消費貸借物の支払を消費貸借の借主が負担するのみならず、消費貸借の貸主もそこにおいて合意された金額と合意された条件で消費貸借物を引き渡す債務を負うものである」というものである。

Gerd Krämerと Miriam Müllerは、「目的論および基礎概念」という項目において以下のように説明をしている⁹。

「第448条は、金銭消費貸借が問題となる範囲において、旧規定607条から609条と本質において、消費貸借契約法の基礎的規範として一致する。旧607条が「消費貸借」概念によって未だ金銭および物品消費貸借を包括していた一方で、債務法改正の立法者は488条以下においてもっぱら金銭消費貸借を規定した。再編された607条以下においては、物品消費貸借契約のみが規定された。さらに、「信用」概念は以前の「消費者信用に関する法律（Verbraucher kreditgesetz）」から除去された。概念の統一的な適用を359条以下の目的論に適合して、金銭消費貸借の範囲で消費者信用ガイドラインにおいて489条を達成するために、消費者信用ガイドラインUGの範囲において、「返付」概念は「弁済」概念によって補充された」としている。

2 BGBにおける消費貸借の法的性質に関する議論

現行BGBの消費貸借の規定は、ほとんど議論を挟む余地を与えることなく、文言上、諾成契約の規定へと改正されたが、このことについて、ドイツ民法の研究者はどのように考えて、捉えているか、改めてその見解を考察したい。

Gerd Krämerと Miriam Müllerは、BGB488条の金銭消費貸借の法的性質について、「諾成契約」という項目の見出しにおいて、以下のように述べている¹⁰。

「立法者が、以前の旧607条1項から切り離して、488条1項において、受領した金銭に関連した返済義務のみならず、488条1項1文において、消費貸借の貸主の義務もまた貸主が負担しなければならない履行を引き受けたとすることによって、立法者は明白に諾成契約理論を採用した。この結果として、合意が可能であると明記していた以前の旧607条2項の削除が、今や「消費貸借としての」債務を負担する金銭の別の法的根拠により、なされなければならないなくなった（「諾成的消費貸借」）。原則として、消費貸借の合意は特別な方式を必要とせず、口頭、あるいはまた、黙示的であっても合意される。消費者消費貸借に関してのみ、492条1項が書面（126条）を指示している」。

さらに、次のように続ける¹¹。「488条1項において、法律は、以前の消費者信用法1条2項に類似するものとして消費貸借契約を定義している。消費貸借の貸主が、消費貸借の

9 Gerd Krämer / Miriam Müller, MONOS KOMMENTAR BGB Schuldrecht 2012, S.2047 Rn.1

10 Gerd Krämer / Miriam Müller, aaO, S.2048 Rn.3

11 Gerd Krämer / Miriam Müller, aaO, S.2048 Rn.4,5,6

借主に期間は一定の限度で金額を自由にすることを約束した時に、消費貸借契約は成立する。「金額を述べる事」によって以下のことが明確にされる。消費貸借の借主は、硬貨または紙幣ではなく、その価値の実現の義務のみに合致するという債務を負担する。しかし、このことは評価の債務に関わる問題であることを意味しない。というのは、このことは物品債務の亜種を描き出すからである。金銭債務においては、物品ではなく、まさに非有体的な財産的権力を負担される」。

「したがって、これが－珍しいことではあるが－現金消費貸借の事例である場合にもまた、金銭によって、所有権の譲渡が負担されるわけではない。実務においては、帳簿貨幣の形式における非現金給付が有用である。それによって、最終的には、消費貸借の貸主の財産の合意された金額における価値が、消費貸借の借主の財産へと移転するのである」。

「特別の法律の規定、消費貸借の条件の良俗違反（138条）、または、消費貸借の貸主が知っていた消費貸借の目的、さらには、134条に従った法律上の禁止により、消費貸借契約は無効の結果を生じる」としている。

KrämerとMüllerのBGB607条に関する法的性質に関する見解は以下のようなものである¹²。

「第488条1項に準拠して、（第607条）第1項は契約両当事者の主たる義務を述べている。物品消費貸借契約は、（金銭）消費貸借契約と同様に、諾成契約である（488条Rn.4）。法律は、原則的な場合として、有償の物品消費貸借、つまり、双務契約を出発点としている。

第1文により、消費貸借の貸主は、委ねること、通常はすなわち、合意において指定された代替可能な物品における所有権の譲渡を、消費貸借の貸主は負担する。双方給付として、消費貸借の借主は、第2文により、合意された対価を支払わなければならない。その上、消費貸借の借主は、同種、同品等および同量の物品の瑕疵について、補償をしなければならない。一方において、第1文における単独の適用をし、他方において、第2文における複数の適用は、文言の上で失敗した。旧第1項は、その限度において、非常により明確であり、かつ、より洗練されていた」としている。

Klaus Peter Bergerは、BGB488条の法的性質について端的に以下のように指定する¹³。
「・・・第1項の文言は、消費貸借契約の法的性質を諾成契約として言葉で表現したものである。・・・」

同じく、BGB607条の法的性質についても短く以下のように述べている¹⁴。「物品消費貸借契約は、要物契約ではなく、諾成契約である」。

Thomas Krüger / Michael Bütterは、BGB488条の金銭消費貸借の法的性質について以下のように述べている¹⁵。

12 Gerd Krämer / Miriam Müller, MONOS KOMMENTAR BGB Schuldrecht 2012, S.2865 Rn.2

13 Klaus Peter Berger, Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch 2012, S.630f Rn.1

14 Klaus Peter Berger, Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch 2012, S.1970 Rn.5

15 Thomas Krüger / Michael Bütter, Tonner/Willingmann/Tamm Vertragrecht Kommentar, 2010, S.812 Rn.6,7

「諾成契約。消費貸借契約は、二当事者の同じ指向の意思表示によって一般的規定により成立する。とりわけ、銀行取引においては、通常、契約両当事者（消費貸借の貸主と借主）によって消費貸借契約に署名されることにより、または、顧客による消費貸借の署名申込と信用機関を通じて銀行によって署名された信用承諾が表示されて、成立する。このこととは別に、旧607条の文言に由来したところの、消費貸借契約の成立に関する消費貸借物の支払は今や無意味である」。「契約両当事者の意思表示は、黙示的な行為によってもまたなすことができる」としている。

Thomas Krügerと Michael Bütterは、BGB607条の物品消費貸借の法的性質について以下のように述べている¹⁶。

「契約類型上の義務（第1項）。物品消費貸借は継続的債務関係であり、そこにおいては、消費貸借の貸主の義務は代替可能な物を引き渡すことであり、消費貸借の借主は消費貸借の対価の支払を双務的關係（相互債務関係）の中で行うことである。また、物品消費貸借契約は諾成契約であり、要物契約ではない。契約締結は、原則として、不要式で可能である。消費貸借の貸主は、契約の具体的な代替可能物の占有のみならず、所有権をも取得させかつ委ねる義務を負う」としている。

Ingo Saengerは、BGB488条の法的性質について次のように述べている¹⁷。

「消費貸借契約は、488条1項1文の内容により、消費貸借の貸主と消費貸借の借主の合意によって成立する。この双務の諾成契約は原則として不要式によるものである。もっぱら消費者消費貸借の場合には、491条1項、492条に原則として書面の方式が必要とされる」としている。

Seangeerは、BGB607条の法的性質に関しては以下のように述べている¹⁸。

「第607条1項の明瞭な文言によって、今まで既に旧607条についての支配的学説であったことと相応して、物品消費貸借契約は諾成契約としてのみ理解されることができる。要物契約であるとする余地はもはや存在しない」。「内容的には、607条以下は488条以下に適合している。物品消費貸借契約もまた（以前の規定とは異なり）、双方向の関係において発生する契約両当事者の義務を根拠づけている。320条以下の意味における主たる義務は、消費貸借の貸主が合意された物品の引渡の義務と消費貸借の借主の対価支払の義務である。消費貸借契約の貸主の引渡義務についての双方向の関係の中に、消費貸借の借主の物品の同種、同等、同量の瑕疵における返還についての義務は存在しない。（金銭）消費貸借契約と同様に、物品消費貸借契約は継続債務関係に基づくものである」としている。

Mathias Roheは、BGB488条の金銭消費貸借の法的性質に関して、「消費貸借契約は、疑問の余地のない文言により、諾成契約である。古い要物契約理論は、最終的に、時代遅れのものである」としている¹⁹。また、BGB607条の物品消費貸借の法的性質についても、

16 Thomas Krüger / Michael Bütter, Tonner/Willingmann/Tamm Vertragrecht Kommentar, 2010, S.1149f. Rn.2

17 Ingo Saenger, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 2014, S.1954 R.1a

18 Ingo Saenger, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 2014, S.2437 Rn.2,3

19 Mathias Rohe, Bamberger/Roth Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch 2012 S.2431 Rn.1

「第607条およびそれに引き続く608条と609条は物品消費貸借契約の基本原則を規定している。金銭消費貸借と同様に、物品消費貸借は諾成契約である」との端的な指摘をしている²⁰。

Gerd Nobbeは、「金銭消費貸借の法的性質」という見出しの項目において、「債務法現代化法の理解において第488条に従い、一般的見解によれば、金銭消費貸借は、債務法上の諾成契約である。契約両当事者の合致した意思表示により、消費貸借の価値を支払う前に、契約は成立している」としている²¹。なお、同じ注釈書の同年出版の同版として出版された著書のBGB607条の解説においては、Rainer Hoppenzは物品消費貸借の法的性質論に関して何も触れていない²²。

以上のように、ドイツ民法においては、債務法現代化法の施行後は、BGB488条の金銭消費貸借においても、BGB607条の物品消費貸借においても、明文の規定によって、完全に「諾成契約」へと移行したことが分かる。解釈論としても要物契約説は入り込む余地はないといってよいほど完全な諾成契約としての消費貸借として規律されることとなった。

しかし、消費貸借は要物契約であるとしたローマ法の影響を日本の民法典よりもはるかに強い影響を受けたはずのドイツ民法が、このような諾成契約へと消費貸借契約の法的性質を完全な形で移行するには、どのような歴史的経緯があったのであろうか。ローマ法における要物契約としての消費貸借の形成と2002年のドイツ民法の改正に至るまでの歴史的経緯の概略を次の節で振り返ってみたいと考える。

3 ローマ法から2002年の債務法現代化法までの歴史的経緯の概略

この説では、Rudolf Meyer-Pritzlの著述に依拠しながら、ローマ法における要物契約としての消費貸借の形成からドイツにおける2002年の債務法現代化法における諾成契約としての消費貸借への完全な移行に至るまでの経緯を簡潔に振り返ってみたいと思う。

(1) 消費貸借の要物契約構造の発祥とそのローマ法における形成

Rudolf Meyer-Pritzlは、ローマ法における要物契約の発祥について、以下のような著述から始める²³。

「ローマの法律家は、消費貸借について、第一に、規定構造を発展させ、そして、訴求可能な契約類型として形を整えた。このことから、旧607条から610条が「ローマ法の原石岩」の一部とされることは、事実合致している。おそらく、貸付契約（nexum）と並んですでに借用（mutuum）²⁴が形成されていた。その「借用（mutuum）」は、金銭と物品の消費貸借をしっかりと捉えたものであった。その次に、「一般的な価値基準」として

20 Mathias Rohe, Bamberger/Roth Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch 2012 S.3291 Rn.1

21 Gerd Nobbe, Prütting/Wegwen/Weinreich Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar 2016, S.893 Rn.3

22 Rainer Hoppenz, Prütting/Wegwen/Weinreich Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar 2016, S.1267

23 Rudolf Meyer-Pritzl, Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB 2013, S.688f. Rn.33

24 ラテン語である“mutuum”は、廣中俊雄博士によって、「無利息消費貸借」として理解され、また、翻訳されるが（「消費貸借」法学セミナー17号（1957）15頁以下）、本稿においては、単に「借用」という訳語を仮の形として当てることとする。

の青銅の普及によって、通貨金銭として4世紀の終わり以来、物品消費貸借は、徐々に、金銭消費貸借へと置き換えられていった。すでにザビニーも認めているように、物品消費貸借の事例は、「非常に珍しいものであり、取引においては重要ではなく、かつまた、そのことから、我々の法源においてはしばしば出現するというものではない」というものである。ローマ法大全において検討された範囲では、とりわけ穀類、ワイン、オイルにおいて引き合いに出された。その他の点では、ローマ大全で消費貸借法との関係において論究された最も多い事例に当たるのは金銭消費貸借であった。物品消費貸借は常に代替可能な物品に限定された」としている。

Meyer-Pritzlは、ローマ法と“mutuum”の関係について、さらに以下のように掘り下げている²⁵。

「「借用（mutuum）」はローマ法における要物契約の「典型」であった。・・・しかしながら、「借用（mutuum）」を要物契約として組み入れることはローマ法の特徴ではない。そのことは、特にDem.56,2から判明しているように、ギリシャ法においてもまた紹介されている。それに応じて、ローマの法律家は「借用（mutuum）」を「万民法（ius gentium）」の一部としてみなした」。

「ローマの契約法は「訴求可能な契約類型の法定主義」によって支配された。そこにおいては、口頭の契約、書面に契約、要物契約、諾成契約が区別された。重要な口頭の契約は、stipulatio（握手による誓約）であり、要物契約は、mutuum（借用）、depositum（寄託）、commodatum（使用貸借）、および、pignus（抵当）であった。諾成契約は、例えば、emptio（購買）、venditio（売却）、locatio（賃貸借）、conductio（賃貸借）、および、societas（組合）であった。これらすべての契約は、合意を要件とした。ただし、諾成契約においてのみ、単なる意思の合致のみが契約の効力について十分なものであった。口頭の契約においては一定の文言要式を、書面の契約においては一定の書式を、要物契約においては実質的な要素、つまり、物品の引渡を遵守することが合意に加えられなければならない」としている。

そして、ローマ法における消費貸借では、その成立に引渡が必要であったことを以下のように述べている²⁶。

「契約類型説は、以下のような一瞥について誤った置換をしてはならない。すなわち、ローマの法律家は少なくとも基本的特徴においてすでに一般的な契約概念を発展させていたということである。どの契約もUlpianによってconventio（成立）として示される合意を遵守している。このconventio（成立）は、・・・契約の相手方の一方的意思の適合に基づくものである。合意が法秩序によって認識された契約類型に相応する場合には、conventio（成立）はnomen contractus（名称契約）へと変わる。主観的契約要素としてのconvenntio（成立）とnomen contracutusの客観的要素との間の一致によっ

25 Rudolf Meyer-Pritzl, aaO, S.689f. Rn.34,35

26 Rudolf Meyer-Pritzl, aaO, S.690. Rn.36

で初めて、訴求可能な契約へと導かれる。Mutuum（借用）もまた、そのような*proprium nomen contractus*（特定の名称契約）であった。したがって、消費貸借の効力に関しては、両当事者の合意および消費貸借物の引渡が必要であった。この要件が充足されると、消費貸借の対象物は受領者の所有物となり、この契約から返還履行の裁判上の義務が発生する。それゆえ、自明なことに、すでにローマの法律家もまた要物契約に関する合意の意味を非常によく認識していたのである。合意は*mutuum*（借用）にも内在しており、したがって、その中において、諾成契約への移転がすでに始まっていたのである。しかしながら、ただひとり消費貸借に対する合意のみで成立するというステップは、未だ実行されなかったのである。従来の契約類型学説は数百年の長さに及びローマ法の一般的な概念として覆いかぶさっていたので、ドイツにおいてこの認識は20世紀後半になってやっとのことで貫徹することができたのであった」としている。

さらに、ローマ法の消費貸借においては、すでに、「諾成的」な部分も内在していたことがMeyer-Pritzlの以下の分析により述べられている²⁷。

「*Mutuum*（借用）の内容は、同量の物品（または同額の金銭）を返還する義務を負う消費貸借の借主への消費貸借の貸主からの物品（または金銭）の所有権の譲渡である。…消費貸借契約の要件は部分的にある程度緩やかになった。したがって、ローマ法により、すでに発生している金銭債務の金額を債務者に将来消費貸借として認めるという諾成的消費貸借は可能であった。その上、受領者が物品を売却するためおよび消費貸借として代価を利用するために物品を受け取るという方法で消費貸借となるということが起こった。ローマ法によれば消費貸借は原則として無利息であった。このことは今日の観点からは驚きであるが、ローマの*mutuum*（借用）の発祥を友情的な援助の前後関係において思い浮かべることは可能である。利息の支払の合意することもまた可能であり（通例のこと）であった。このことは、相応する内容を伴った契約によって起こった。原則として、消費貸借はいつでも返済されうことは認められた。消費貸借の解除はローマ法の知るところではなかった」としている。

（2）消費貸借契約のローマ法上の概念によるさらなる発展の形成

① 法典編纂の年代までの要物契約構造の作用の継続

Meyer-Pritzlは「ローマの法律家は、その発展が数百年の後に定められるところの法的構造を与えた。このことは、特に、要物契約としての組み入れにも当てはまる」との指摘²⁸の上で、以下にその継続の状況を解説している。

まず、15世紀と16世紀の状況の説明から始めている²⁹。

「要物契約としての消費貸借の概念は、まったく疑いの余地もなく、ローマ法の継受

27 Rudolf Meyer-Pritzl, aaO, S.690f., Rn.37

28 Rudolf Meyer-Pritzl, aaO, S.691. Rn.39

29 Rudolf Meyer-Pritzl, aaO, S.691f. Rn.40

以来、数百年に及んだ。ドイツにおける発展もまたこのモデルに後続した。例えば、15世紀と16世紀のフライブルク、ニュルンベルクおよびフランクフルトの都市法が示される。要物契約としての消費貸借のローマ法上の法性決定は、自然法の法典編纂の時期においても支配した。それに応じて、それは、プロイセン普通国法、フランス民法典（1892条）、オーストリア民法典においても再び見られた。プロイセン普通国法は、「将来の消費貸借についての契約」と、金銭またはその他の「金銭的価値のある物」の引渡により際立つところの消費貸借契約それ自体とを明確に区別した。まったく類似して、オーストリア民法典983条は以下のような文言となっている。「ある者が消費可能な物品を、任意にそれについて処分しようという条件付きで引き渡される場合、ある確定期日に同種および同品等の同量の物を返還すべきである。それが消費貸借契約の成立となる。それは、条件付契約（936条）と同様であるにもかかわらず、消費貸借契約が将来についても認められるということであり、取り違えられてはならないものである」としている。ローマ法はこのように15世紀と16世紀の各国における消費貸借の規定に対して要物契約の法的性質をもって強く影響したことが窺える。

さらに、Meyer-Pritzlは以下のように続けている³⁰。

「新たな挑戦的なこととして、貨幣の取扱いの変更、および、とりわけ、第一に金銭消費貸借が関係し物品消費貸借が関係せずそのことから規定において論究されなかったところの教会法上の利子徴収の禁止を顧慮して、規定された。物品消費貸借に関しては、消費貸借の債務者が遅滞の状況にある場合には、価値の変化がとりわけ重要性を有する。1578年のフランクフルト改正法においては、その事例が予め考慮されていた。受領者が遅滞の状況にある間に、貸借物品の価値が上昇した場合には、受領者はその価値上昇を消費貸借の貸主に補償しなくてはならなかった。それに対して価値が減少した場合には、受領者はただ同量の物を返還すればよかった。自然法の法典編纂においては、－ローマ法から逸脱して－、無期限の消費貸借の解除、特に遵守すべき期間についての規定が見受けられた（プロイセン普通国法 I 11761条以下、フランス民法典1900条）。最終的には、プロイセン普通国法は、諸状況が変化した諸事例において消費貸借の貸主の保護の規定を第一に予定した。プロイセン普通国法 I 11の656条により、変化した諸状況の抗弁が消費貸借の約定者に帰属することとなった。次条文の657条において詳しく規定された。「約定の後借主または貸主の人的または財産的状況の不意の変化が起こった場合に、その者が約定において設定した人的または物的担保は縮減させられる」としている。

② 19世紀

19世紀に入った後の学説や立法の状況について、Meyer-Pritzlは、次のように切り出している³¹。

30 Rudolf Meyer-Pritzl, aaO, S.692. Rn.41

31 Rudolf Meyer-Pritzl, aaO, S.692f. Rn.42

「19世紀においては、完全にその背景の中へ進んだところのその他の全ての要物契約の問題が消費貸借の法的性質の周囲における論争の上に置かれた。第一に、要物契約論は争いの対象となることなく、広く適用された。しかしながら、Haiseは、mutuum（借用）を、彼の1807年の論文「パンデクテン講義の目的についての一般市民法の体系的概要」において、「本質的に両当事者の債務」という売買、賃貸借、comodatum、societas、communio incidens、および、無名契約と一緒に分類した。そして、バイエルンの法学者、von Wening-Ingenheimは、この建設的な教科書の概要の基礎の上に、以下のような詳細を述べた。

「ローマ法によれば、消費貸借もまた物品の引渡によって初めて要物契約として完全なものとなり、かつ、訴求可能となった。他方において、今ではすでに、もちろん原状回復に対する義務は受領によって初めて始まるのにもかかわらず、合意から完全な効力のある提供と受領に対する拘束力が生じる。その上、要式も必要ではない。」³²」。

続けて、19世紀中ごろの学説を以下のように紹介している³³。

「19世紀中ごろには、とりわけKierulffsに影響を受けたロストックの弁護士、Heinrich Dnakwardtが、消費貸借契約の単独の基礎としての合意を明確な言葉で支持した。「人が以下のように考えることは誤解による我々の見解である。未だ以ってpacutum de contrahendoと契約自体が区別されなければならず、後者をもって初めて、すなわち、物品の引渡によって完全なものとなるという考えである。ドイツ国民の信条はそのような区別は何も知らない。むしろ、ドイツ国民の信条は、両方を一つの行為として一緒に解釈し、かつ、原状回復についての受領者の義務について物品の引渡ではなく、合意、意見の一致が基礎づけるというものである。物品の引渡は、返済履行についての条件付きの義務を条件づけるためということにおいてのみ実質的である。」³⁴」。

そして、徐々に要物契約としての消費貸借契約について学説上の疑念が高まっていく様子が紹介されている³⁵。

「すでにより古い一般法において無方式で締結されたすべての契約の訴求可能性が承認された後に、19世紀中ごろまでに以下のようなことについての議論が発展した。要物契約のカテゴリーは未だ一般的に必要とされるかどうかという議論である。この議論は、Alois Brinzの1851年の詳細な問い、すなわち、「私たちは要物契約をもはや有していないのか」という問いによる態度表明において説明がなされ、かつ、要物契約は未だ「余地が要求されてもよい」という考え³⁶が示されて、その結末を見た。これに対して、Gustav Demeliusは2, 3年の後に次のような結論に達した。「今日の法において、すべての契約は諾成契約である。債務関係における双方の引渡は、solvedi causa を生じ、ローマの要物

32 Rudolf Meyer-Pritzl,aaO, S.693 Fn.128

33 Rudolf Meyer-Pritzl,aaO, S.693 Rn.43

34 Rudolf Meyer-Pritzl,aaO, S.693 Fn.130

35 Rudolf Meyer-Pritzl,aaO, S.693f. Rn.44

36 Rudolf Meyer-Pritzl,aaO, S.693 Fn.133

契約の意味における*contrahendi causa*を生じない。したがって、「引渡によって初めて成立するということは、一度も法律学的に有意義であったこともなく、どのような場合にしても必要ではなかった解釈論であると」Demeliusは考えている³⁷。Joseph Unger は、実質的にはDemeliusに賛同して、諾成契約としての有償の消費貸借を、また、要物契約としての無償の消費貸借契約を特徴づける。

このような諾成契約論が徐々に発展してきたにもかかわらず、要物契約論は未だに固く維持されていたことが以下に簡潔に説明されている³⁸。

「しかし、要物契約理論のこの最初の批判は、歴史学派およびパンデクテン学の下では、文献において多くの賛同を見出す機会は存在しなかった。Savignyおよびより早期のパンデクテン学者らは、消費貸借は「今日のローマ法」により要物契約として解する考えを固く保持していた。要物契約ドグマの防波堤は破られず、Carl Cromeは1897年に、「単なる突進の試みから進展しなかった」と述べている³⁹。

そのような堅固な要物契約論の中にありながら、いくつかの国々の立法においては、諾成契約論が採用されたことが以下に示されている⁴⁰。

「たしかに、諾成契約の学説は、19世紀後半において決定的な勝利を収めることはできなかったが、若干の支持者、および、特に1866年のドレスデン草案と1881年のスイス債務法の草案における受け入れを見出すことができる。von Kübelもまたすぐに、「諾成契約としての消費貸借契約の解釈」に後続し、また、その際に、ドレスデン草案とスイス債務法草案を参照するように指示した。ドレスデン草案においては、消費貸借はもはや要物契約としての適格性を与えられておらず、使用貸借、用益貸借、家畜調教、使用貸借と共通に、「消費または使用のための譲渡を目的とした契約における債務関係」に組み込まれた。この合意原理は、ドレスデン草案523条において明確に規定された。「消費貸借契約により、消費貸借の貸主は借主に消費貸借として約定された代替可能な物品の所有権を譲渡し、借主は貸主に、消費貸借として受取った物品を、同量および同質の状態の同種の物品を返還する義務を負う。」すべての小郷の法典編纂において要物契約として消費貸借が取り扱われていたにもかかわらず、すでに最初のスイス債務法の草案でMunzingersはドレスデン草案に従い、また、360条において諾成契約であることを適格とした。長い議論はなくして、この萌芽は、1881年の旧スイス債務法329条において、およびその後のスイス債務法312条において引き継がれた。そのことから、ローマ法学者Fridolin Eisele は、スイスの立法者の解釈を「理論的、解釈学的な見地から完全なものとして不成功であった」と指摘した。

37 Rudolf Meyer-Pritzl,aaO, S.693f. Fn.134

38 Rudolf Meyer-Pritzl,aaO, S.694 Rn.45

39 Rudolf Meyer-Pritzl,aaO, S.694 Fn.139

40 Rudolf Meyer-Pritzl,aaO, S.694f. Rn.46

(3) 1900年以降のドイツ民法典の解釈との交わり

1900年のドイツ民法典施行後についての概観をMeyer-Pritzlは以下のように述べている⁴¹。

「ドイツ民法典の施行以来、消費貸借法の発展は実質的にただひとり金銭消費貸借契約により影響を受けてきた。その際、金銭消費貸借は、一方において、特に、銀行および経済法の、他方において、消費者保護の効力領域に行き着くことになった。これに対して、物品消費貸借の法は、広く普及した法解釈の不変性 – 実務上の意味が乏しい – によって際立つこととなった。両方の種類の消費貸借の法的性質に対する長期かつ頻繁な論争は、徐々に平静へと向かい、– 遅くとも2002年に – 最終的な結論に達した」としている。

(4) 物品消費貸借の意義の喪失

物品の消費貸借に関しては、問題となる事例が非常に少なく、議論の意義が失われていく傾向にあったことが以下のように述べられている⁴²。

「物品消費貸借は、ドイツ民法典の施行の時点ですでに重要な経済的意義を有しなくなっていた。文献においては、通例は、ローマ法に由来する例 – 穀類、ワイン、オイル – が挙げられたが、実務においては重要性を有していなかった。物品消費貸借には、ドイツ民法典の施行の時点で、確かに実務的かつ経済的な意義は、不動産信用機構の担保証券消費貸借において存在した。その後の数十年間では、物品消費貸借が該当するわずか3つの最上級審判決が公表されたのみであった。空き瓶預り金の法的導入の問題が起ったが、物品消費貸借だけが該当するものではなかった」としている。

(5) 消費貸借契約の法的性質と類似する形態の契約

学説においては、従来の要物契約論と諾成契約論が明確に対立する状況に展開していたことが以下の著述からうかがえる⁴³。

「19世紀後半に要物契約と諾成契約の間で盛んになった論争を明確には判断しないという立法者の選択した道は、1900年の後になっても相違する見解が互いに衝突することに配慮した。判例および重要な教科書と著書は、要物契約の学説を固く保持して、かつ、その他の文献においてもまた賛同が見られた。Ferdinand Regelsberger と Otto von Gierke の態度決定は、特に重要なものであった。他方において、消費貸借を諾成契約として理解することの賛同は鎮まることはなかった。そこにおいては、利益法学を代表する法学者、または、自由法運動に近い関係のある法学者が特に重要である。例えば、とりわけ、Josef Kohler、Siegfried Schloßmann と Hans Reibelらである。さらにはこれに、当時最初の学

41 Rudolf Meyer-Pritzl, aaO, S.695 Rn.47

42 Rudolf Meyer-Pritzl, aaO, S.695 Rn.48

43 Rudolf Meyer-Pritzl, aaO, S.696f., Rn.49

問的キャリアをようやく確立し、かつ、多くの学術論文を発表していたHeinrich Hoenigerと Gustav Boehmerが加わった。すでに1881年にスイスにおいて承認された諾成契約のモデルに対するスイス連邦における方向性もまたAlbert Affolter によって支持された。本来の消費貸借契約を前提とした消費貸借予約によってやりくりしようとした要物契約論の支持者は、すぐに猛烈な批判に出くわすことになった。Hans Reichelは、そこにおいても法律学の基本的な問いかけが大事であるということを明らかにした。「合意予約が合意本来の契約に対して、完全で無目的かつ無利益な建設的形成物であるということを理解するために熟慮の必要はない。完全な無目的は、目的学的なものとしての法律学において場所を有していない。」⁴⁴彼は数年の後、以下のように付け加えた。諾成契約論は、この錆びついた間に合わせの代役、つまり、「予約の立論」を必要としない。むしろ物品消費貸借に関わる問題となる好意による消費貸借と所有権の消費貸借においてのみ、要物契約モデルを固く保持するためのより早い準備が存在した」。

その後、第二次世界大戦後において、学説の動向が激変し、諾成契約論が強い支持を受ける状況になったことが述べられている⁴⁵。

「20世紀中頃までに見解の激変が生じた。第二次世界大戦直後にキールのローマ法学者Gerhard Dulckeitは、現代法における要物契約は「化石の解釈学的異物」を形成していると述べた。Karl Larenz は、新ヘーゲル学派Julius Binderの門下生であるDulckeitと同様に、この見解に同調した。徐々に、諾成契約理論に賛同する支持者が増加し、最終的には、彼らが圧倒的な地位を占めた。要物契約論は、20世紀最後の約30年において、ほとんど支持者がいなくなった。この理論的論争は現在ではほとんど意義がないという理解が達成された。Neumann-Duesbergは、1970年にNJWへの短い寄稿論文で「消費貸借の理論的論争の非重要性」の形式を打ち立てた。後に再三採り上げられる論文となった。要物契約としての消費貸借の概念は「先祖返りの残骸」のように思われる。しかしながら、消費貸借の法的性質についての古い論争は、検証を指向する専門教育の文献においては未だ確固たる地位を占めている。Köndgenはそれに対して力強く異議を唱える。「しかし、この意見の論争は、お互いに相手なしで、発達の遅れた問題意識によって非常に熱心な解説者または試験の課題の著作者のみが従事したものであった。」遅くとも2002年の債務法再編によって、物品消費貸借に関してもまた、諾成契約が基礎として用いられていることが確定している。この理論的論争は、最終的には、ライヒの法の歴史を参照するように指示される」。

このように、第二次世界大戦後の学説は、圧倒的に諾成契約論への支持が固まり、ひいては、もはや、議論は無意味であるという見解に至るまでになったことがMeyer-Pritzlの分析によって明確にされている。そして、ドイツ民法典は、2002年の債務法現代化法の施行を迎えることとなったのである。

44 Rudolf Meyer-Pritzl, aaO, S.697 Fn.161

45 Rudolf Meyer-Pritzl, aaO, S.697f. Rn.50

V 結語

本稿は、「消費貸借」および「ドイツ法との比較検討」に限定した議論であることを前提として、検討の結果について整理して、結語としたい。

ドイツでは、わが国よりもローマ法の影響を強く受けてきたという歴史的経緯がある。そのドイツ法にあっては、1900年の民法施行において、立法者は消費貸借を要物契約とするか諾成契約とするかを以降の学説と判例に委ねたものであったが、第二次世界大戦後には諾成契約論が圧倒的な地位を占めるようになり、2002年の債務法現代化法に結実することとなった。わが国よりも、消費貸借を要物契約としたローマ法の影響を強く受けたドイツ民法であったにもかかわらず、わが国よりも広く諾成契約論が支持された結果、要物契約論が排斥されるまでに至ったのである。なお、ドイツの債務法現代化法においては、金銭消費貸借と物品消費貸借が分割規定される結果となったが、そのような結果と要物契約に関する議論が直接的に結びついていたという事情は見当たらない。

他方、わが国の今般の民法改正論議においては、使用貸借契約と寄託契約が完全に諾成契約として規定が改正されたにもかかわらず、消費貸借契約に関しては、現行民法規定である587条が冒頭規定として存置されることとなった。もちろん、書面の要式契約としての諾成的消費貸借の規定が次条に新設されたことは周知のとおりである。要物契約としての消費貸借契約規定が存置されたことには、言うまでもなく、そのような意義があることと思われる。金銭の引渡なく契約の成立ということになれば、経済的弱者が不利益を被るおそれもないとは言えないなどの事情も存在する。わが国の立法はわが国の事情に即したものであったと言えるであろう。しかし、消費者保護という点に関しては、改正民法587条の2でも規定されているように、書面による要式行為とするなどの方策を採れば保障されることも可能であると考えるのであれば、既に別稿⁴⁶で筆者が分析してきたとおり、わが国で旧民法典制定過程からすでに問題視されていた要物契約規定というのは、存在価値はほとんど失われているものと考ええる。

ドイツ法との比較検討と消費貸借契約に限定した検討結果としての本稿の結論は、改正民法で存置された民法587条に関しては、消費貸借の「冒頭規定」としての意味を極度に強調すべきではないということになると考える。すでに、ドイツ民法が伝統的ローマ法の要物契約論を明確に排斥したように、要物契約としての消費貸借契約の存在意義は、現代においては、もはやそれほど大きなものではないと言えるもの考えられるし、そのような事情はわが国にも妥当すると臆見する。

限定的な前提のもとで行った本稿の検討結果を踏まえつつ、ドイツにおける使用貸借契約や寄託契約における議論の経緯の検討やドイツ法以外の、例えば、フランス民法など

46 前掲拙稿「わが国における要物契約条項の継受と今日までの展開」参照。

における要物契約論などの検討は、筆者の今後の課題とさせていただければ幸いである。

(たにぐち さとし・本学経済学部教授)

<本稿における引用・参考文献>

〔消費貸借（金銭消費貸借）BGB488条関係〕

- Frank L.Schäfer, Historich-Kritischer Kommentar zum BGB 2013, S.392-438
- Ingo Saenger, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 2014, S.1954-1966
- Klaus Peter Berger, Münchener Kommnetar zum Bürgerliches Gesetzbuch 2012, S.629-637
- Mathias Rohe, Bamberger/Roth Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch 2012 S.2430-2446
- Gerd Krämer / Miriam Müller, MONOS KOMMENTAR BGB Schuldrecht 2012, S.2047-2055
- Gerd Nobbe, Prütting/Wegwen/Weinreich Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar 2016, S.893-901
- Thomas Krüger / Michael Bütter, Tonner/Willingmann/Tamm Vertragrecht Kommentar, 2010, S.810-830

〔消費貸借（物品消費貸借）BGB607条関係〕

- Rudolf Meyer-Pritzl, Historich-Kritischer Kommentar zum BGB 2013, S.672-699
- Ingo Saenger, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 2014, S.2437-2438
- Klaus Peter Berger, Münchener Kommnetar zum Bürgerliches Gesetzbuch 2012, S.1969-1982
- Mathias Rohe, Bamberger/Roth Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch 2012 S.3291-3292
- Gerd Krämer / Miriam Müller, MONOS KOMMENTAR BGB Schuldrecht 2012, S.2864-2865
- Rainer Hoppenz, Prütting/Wegwen/Weinreich Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar 2016, S.1267
- Thomas Krüger / Michael Bütter, Tonner/Willingmann/Tamm Vertragrecht Kommentar, 2010, S.1149-1150