

ドイツ民法典における諾成契約としての 使用貸借と寄託規定に関する一考察

谷 口 聡

要 旨

本稿は、わが国の民法典に規定が置かれている使用貸借と寄託について、ドイツ民法典（BGB）における使用貸借と寄託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、使用貸借と寄託の規定にも改正がなされた。現行の民法典に規定されている要物契約としての使用貸借と寄託は、諾成契約としての使用貸借と寄託に、文言上、疑問の余地を残すことなく、完全に移行した。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、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使用貸借と寄託の規定が改訂されることなく維持されることとなった。しかしながら、支配的見解は諾成契約としての解釈を支持している状況となっている。

筆者は、このようなわが国とドイツの使用貸借と寄託の規定の議論の相違を考察する。そして、わが国の要物契約論と諾成契約論に示唆を得ることができないかを探ることとしたい。

I 本稿の目的

本稿は、ドイツ民法典（BGB）における「使用貸借」と「寄託」の規定の検討を行い、わが国に対するいわゆる「要物契約論・諾成契約論」に関して示唆を得ることを目的としている。

いわゆる「要物契約」は、契約当事者の単なる合意のみならず、目的物の引渡を契約の成立要件に加えるものである。ローマ法に淵源を有する契約類型とされ、わが国の民法も、そして、わが国よりもより強くローマ法の影響を受けているドイツ民法も要物契約を民法典の典型契約の中に取り込んできた。「消費貸借」「使用貸借」「寄託」が旧来から要物契約とされてきた。本稿では、このうち、「使用貸借」と「寄託」に焦点を当てて、ドイツ民法上の議論との比較検討を行うものである。

旧来から「要物契約」とされてきた「使用貸借」と「寄託」は、今般のわが国におけ

る民法の大改正において、条文上完全な形で「諾成契約」へと移行した。これに対して、ドイツでは、2002年に債務法現代化法が成立・施行されたものの、「使用貸借」と「寄託」の条文改正は行われず、少なくとも形の上では、条文上、要物契約と解釈する余地を残したと言える。このようなドイツ法の状況はどのような理由でもたらされたのか、また、そのような状況下で何らかの問題は生じていないのかなど、文献資料を通じて考察して、わが国の要物契約論および諾成契約論に参考となる検討を行いたいと考える。

Ⅱ わが国の要物契約論とドイツ法の状況

1 わが国の民法改正における要物契約と諾成契約

(1) 消費貸借規定の改正

本稿は使用貸借と寄託契約を検討することが目的ではあるが、わが国で従来要物契約とされてきた消費貸借に関しても、冒頭に若干の検討を加えておきたい。

わが国の消費貸借の冒頭規定である現行の民法587条は、文言上の自然な解釈の範囲では明確に要物契約を規定してきた。これに対して、改正民法（平成29年（2017年）成立）では、現行民法587条の冒頭規定を完全に維持する一方で、587条の2の第1項において、書面の方式を要求しつつ、諾成契約としての消費貸借を新設規定として明文の形で盛り込んだ。この点に関しては先行研究も存在¹、さらに拙稿でもすでに検討を加えている²。

(2) 使用貸借規定の改正

従来、要物契約の規定をされてきた典型契約のうちでも、上述のような消費貸借と使用貸借および寄託とでは、改正の内容が異なっている。

使用貸借の現行民法冒頭規定593条は以下のようになっている。

民法593条 使用貸借は、当事者の一方が無償で使用及び収益をした後に返還することを約して相手方からある物を受け取ることによって、その効力を生ずる。

この現行規定は、改正民法593条により、次のように改正された。

改正民法593条 使用貸借は、当事者の一方がある物を引き渡すことを約し、相手方がその受け取った物について無償で使用及び収益をして契約が終了したときに返還することを約することによって、その効力を生ずる。

ここで明らかなことは、現行規定が少なくとも文言上、明確に要物契約を規定していたのに対して、改正民法では、これもまた文言上明確に諾成契約を規定したということである。

1 椿久美子「消費貸借契約の要物性をどう考えるか」椿寿夫ほか編『民法改正を考える』（日本評論社 2008）295頁。

2 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 伊藤進先生傘寿記念論文集』（第一法規 2017年12月）177頁。

したがって、わが国の民法典においては、要物契約としての使用貸借は完全に姿を消して、諾成契約たる使用貸借のみが条文上の規定となったということである。このことに関してもすでに拙稿において検討している³。

(3) 寄託規定の改正

寄託も使用貸借と同様である。

寄託の現行民法冒頭規定657条は以下のようになっている。

民法657条 寄託は、当事者の一方が相手方のために保管をすることを約してある物を受け取ることによって、その効力を生ずる。

改正民法657条は、以下のように規定された。

改正民法657条 寄託は、当事者の一方がある物を保管することを相手方に委託し、相手方がこれを承諾することによって、その効力を生ずる。

使用貸借と同様に、現行民法では疑問の余地なく文言上要物契約とされていたが、改正民法では、完全な形で諾成契約へと移行した。それにより、わが国の民法典から要物契約としての寄託は消失し、諾成契約としての寄託の規定のみが残されることとなった。

2 ドイツの「債務法現代化法(Schuldrechtsmodernisierungsgesetz)」施行における要物契約論と諾成契約論

(1) 債務法現代化法施行前後の消費貸借規定

前述したとおり、本稿の目的はドイツ民法における使用貸借および寄託とわが国との比較検討であるが、消費貸借についても若干触れておきたい。なお、ドイツ民法典における消費貸借の検討は、すでに筆者が別稿において行っている⁴。

ドイツ民法典（BGB）における債務法現代化法施行（2002年）以前の消費貸借の規定は、BGB607条が冒頭規定として置かれていたが、文言上の解釈として、要物契約としても諾成契約としても理解することが可能なものとなっていた。これを、債務法現代化法では、金銭消費貸借についてはBGB488条1項で、物品消費貸借契約については、BGB607条で、語義の上で疑問の余地を差し挟まないように、諾成契約として、規定されることとなった。したがって、消費貸借規定上の要物契約論は完全に終焉した状況となっている。

(2) 債務法現代化法と使用貸借規定

これに対して、使用貸借の冒頭規定BGB598条は、債務法現代化法によって条文が改

3 拙稿「要物契約としての使用貸借契約の終焉」産業研究（高崎経済大学紀要）53巻1・2号（2018年3月）76頁。

4 拙稿「ドイツ民法典における要物契約としての消費貸借規定に関する一考察」高崎経済大学論集61巻3・4号（2019年3月）1頁。

正されておらず、従来の規定が維持されている。したがって、従来からの要物契約説と諾成契約説の解釈上の対立は理屈の上では残されてはいることとなる。しかし、支配的見解は諾成契約として解釈しているという状況となっている。

BGB598条の規定とその翻訳⁵は、以下のようなものとなっている。

BGB § 598 Vertragstypische Pflichten bei der Leihe. Durch den Leihevertrag wird der Verleiher einer Sache verpflichtet, den Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten.

使用貸借契約により、物の貸主は無償で借主に物の使用を許容する義務を負う。

(3) 債務法現代化法と寄託規定

寄託契約のBGBにおける規定も使用貸借と同様である。寄託契約の冒頭規定BGB688条は、債務法現代化法施行の影響を受けておらず、従来の規定が維持・存続しているため、解釈上の議論である要物契約説と諾成契約説はどちらも可能な余地を残している状態となっている。しかし、支配的見解は諾成契約の規定であると解釈しており、今日では要物契約説の支持者はほとんど見当たらない。

BGB688条の規定とその翻訳⁶は、以下のようなものとなっている。

BGB § 688 Vertragstypische Pflichten bei der Verwahrung. Durch den Verwahrungsvertrag wird der Verwahrer verpflichtet eine ihm von dem Hinterleger übergebene bewegliche Sache aufzubewahren.

寄託契約により、受寄者は寄託者から引き受けた動産を保管する義務を負う。

(4) 小括

ドイツ民法典における使用貸借と寄託の学説上の詳細な議論は後述Ⅲ章およびⅣ章で検討するが、ドイツの従来の要物契約規定について概観を示しておきたい。

消費貸借契約規定は、債務法現代化法の制定により、完全に諾成契約規定へと移行した。しかし、使用貸借と寄託の規定に関しては、債務法現代化法では従来の規定の改正を行っていない。したがって、条文解釈の上では、従来からの要物契約説も未だ理屈の上では可能な状況に置かれたままとなっている。しかし、後述のとおり、支配的見解は、BGB598条および688条を諾成契約規定と解釈している。

このような状況に置かれているドイツ民法典の使用貸借規定と寄託規定に関して、学説上の議論がどのようなものとなっているか、以下において考察する。

5 本条の翻訳については、柚木馨・上村明廣『現代外国法典叢書(2) 獨逸民法〔Ⅱ〕債務法』(有斐閣 1955) 525頁なども参照。

6 本条の翻訳については、前掲柚木馨・上村明廣・643頁なども参照。

Ⅲ ドイツ民法典における使用貸借契約に関する概論と諾成契約論

1 ドイツにおける債務法現代化法制定以前の議論

ドイツ民法典における使用貸借の冒頭規定であるBGB598条は、債務法現代化法によって改正を受けていない。しかし、債務法現代化法施行前と後で、学説上の議論に何らかの変化があったのか、もしあったとするならどのようなものであるか、といった点を考察する目的で、現代化法施行前の学説を一つだけ紹介することとする。

Helmut Kollhasserは、民法の注釈書において使用貸借に関する一般論を以下のように述べている。

Kollhasserは、「引渡使用貸借（Handleihe）」と「合意使用貸借（Versprechenleihe）」という概念を用いて説明する⁷。「使用貸借は、（特定のあるいは不特定の）期間における無償の使用の許容である。通常、物の使用は当該物の占有と結びついているが、例外の場合も可能である。使用貸借契約は、贈与契約に相応して、引渡使用貸借として、あるいは、合意使用貸借として締結される。引渡使用貸借においては、物は契約締結前にすでに借主の使用に付されている、または、借主に契約締結の際に使用の譲渡がなされる（実務上の通例）。合意使用貸借においては、貸主は、物を借主にある後の時点に使用をなさしむる義務を負う（実務上は珍しい）。従来の学説は、－未だローマ法の影響の下に－使用貸借契約の効力が借主に物の使用が与えられたことに依拠することを承認した（要物契約論）。立法者は、合意使用貸借の法的効力を最終的に判断することなく、引渡使用貸借の実務上の通例を規定することに限定した。債務法の基礎をなす契約自由の原則を理由として、合意使用貸借もまた有効であることが今日の一致した見解である（諾成契約論）。従来の学説は、合意使用貸借で望まれた効果を可能な限り引渡使用貸借契約の締結の予約としての意味によって達成することを試みた。諾成契約論により、そのような予約は、一般的には、理論的に可能である。実務的には、そのような予約に対する必要性はほとんど存在していない」とする。

さらにKollhasserは続けて、「不完全な双務契約」としての使用貸借に言及する⁸。「不完全な双務契約。貸主は、借主に使用貸借物の使用を契約期間について認容する義務を負っている。それに加えて、合意使用貸借では、その前に、借主に使用の可能性を与える義務を負っている。…使用貸借契約は、不完全に二当事者に義務を課する契約の古い形態である」とする。

2 ドイツ民法典（BGB）における使用貸借規定に関する一般論

債務法現代化法施行後の議論について以下では検討する。まず、使用貸借契約の一般論について、項目をいくつかに分けて検討する。

7 Helmut Kollhasser, Münchener Kommnetar zum Bürgerliches Gesetzbuch 1995, S.1720f. Rn.1

8 Kollhasser,aaO, S.1721, Rn.2

(1) 使用貸借契約の概論

Claus Wagnerの一般論は以下のようなものである⁹。

「使用貸借によって、貸主は、借主が物の契約に従って使用できることの処分のための義務を負担する。日常語において、「使用貸借」の表現は、目的物について有償の使用譲渡である法律関係に関して様々に使用される。しかしまた、使用貸借関係は、しばしば異なって命名され（例えば、土地の質）、または、どのような場合であってもそのようなものとは示されない（担保契約）」。

さらに続けてWagnerは、次のように述べる¹⁰。

「使用貸借は不完全な双務契約である。使用許容に対する相互性の関係において、借主の返還義務も、また、保存義務と監督義務も存在しない。今日の支配的見解によれば、諾成契約にかかわる問題である。実務上は、契約締結および引渡しは、しばしば崩壊している（所有権使用貸借）。このような事例でもまた、法律が調整される。契約の目的物が土地である場合には、方式もまた必要ではない」とする。

Wagner、は以下のことも付け加えている¹¹。

「使用貸借の意義は、それが無償性であるという理由で、比較的小さい。使用貸借は、担保のための譲渡の領域における代理占有関係として、しばしば適用事例となる」。

Christiane Brorsの概説は以下のようなものである¹²。

「使用貸借の性質は、借主に物を無償で使用させるために譲渡する片面的な契約上の貸主の義務である。使用の許容は、特定または不特定の期間について合意されうるものである。合意は黙示でも不要式でも可能なものであり、例えば、家屋付土地の生存期間にわたる譲渡もまた可能である。その際の使用権の範囲は、特定の目的に限定される。例えば、土地についての自動車用道路の許容である。反対給付の欠落は、320条¹³が適用不可能な不完全な双務契約としての使用貸借契約を理解することへと導く。貸主は報酬無しで彼の給付を維持するのであるから、599条¹⁴において貸主の責任は軽減される」。

Brorsはさらに続けている¹⁵。

「使用貸借契約により、借主については601条¹⁶ 1項以下、603条¹⁷と604条¹⁸による義務が発生するが、使用の許容に対する反対関係を生じるものではない。借主は、譲渡された物を契約に従ってのみ使用することが許され、かつ、貸主の権原づけられた契約上の利益を考慮しなければならない。借主は、物を消費してはならず、かつ、処分してはならな

9 Claus Wagner, Bamberger/Roth Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch 2012 S.3283 Rn.1

10 Wagner,aaO, S.3283 Rn.2

11 Wagner,aaO, S.3283 Rn.3

12 Christiane Brors, MONOS KOMMENTAR BGB Schuldrecht 2012, S.2850 Rn.1

13 BGB § 320は、[同時履行の抗弁権]に関する規定。

14 BGB § 599は、[貸主の責任]に関する規定。

15 Brors,aaO, S.2850 Rn.1

16 BGB § 601は、[保存及び費用の賠償]に関する規定。

17 BGB § 603は、[約定の使用]に関する規定。

18 BGB § 604は、[返還義務]に関する規定。

い。借主は物の維持費用を負担し、返還義務を負う」とする。

Rainer Hoppenzの見解は以下のようなものである¹⁹。

「使用貸借契約は継続的債務関係を基礎としている。貸主と借主の義務は双務関係ではない。契約目的物は物である。動産、不動産、代替物と不代替物、および、通常は、非消費物、さらには、集合物である。貸主は、物の使用を無償で譲渡する。使用貸借契約は、許容の期間と利用の価値に依拠せず、不要式で効力を有する。550条²⁰は準用不可能である」。

Alexander Schreiber、は法的性質と意義について以下のように述べる²¹。

「使用貸借においては、物の使用が無償で許容される。320条以下は、反対給付を欠いているので適用されない。使用貸借の僅かな意義は、契約の相手方の人的な関係に基づいた時間的に区切られた拘束と無償性に存在する。譲渡の必要性は、契約目的物の価値または近い関係の欠如を理由として権利および義務が具体化されるべき場合に、生じる」とする。

さらにSchreiberは、「使用」という構成要件に関して述べている²²。

「借主の使用権は、限定された利用権である。借主は目的物を消費してはならず、または、変更してはならないし、果実を採取してはならない。使用の種類と方法は、両当事者の私的自治により確定し、信用に基づく使用である。しかし、使用を超えた行為が許容される場合には、概念的には、使用貸借はもはや存在しない。…果実が借主の権利に属すべき場合には、贈与が前提となる。契約両当事者が、譲渡の行為の結果として物の喪失または使用不可能を予期していた場合には、延期条件付き売買、贈与または消費貸借契約と解除条件付使用貸借契約が利益の正義に適っているように思われる」としている。

(2) 使用貸借の目的物

使用貸借の目的物に関しては、抽象的定義や具体的な物の議論がなされている。

Friedrich Graf von Westphalenは、以下のように述べている²³。

「使用貸借の目的物は、「物」とのみ規定の文言にあるので、以下のようなものとなる。動産、土地、土地の一部、建物と建物の一部、そこからさらに、土地、工場のホールの利用の許容、家屋、とりわけ屋根、配線の移設、投影機の設備など、公法を基礎としない範囲での電線に関する道または通りの利用、歩行および乗り物のための土地の利用、報酬の無い住居の利用、または、ほとんど使用貸借として極めて僅少な「正当化された料金」、特に、固定された区分所有権において固定された空間の利用の無償の許容においてもまた合致する。住居における無償の終身利用権の認容は使用貸借である。家具の収納のための土地の利用。無償の抵当証券の引渡しは、抵当権を質権として欲しない場

19 Rainer Hoppenz, Prütting/Wegwen/Weinreich Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar 2016, S.1264 Rn.1

20 BGB § 550は、〔使用貸借の方式〕に関する規定。

21 Alexander Schreiber, Tonner/Willingmann/Tamm Vertragrecht Kommentar, 2010, S.1141 Rn.1

22 Schreiber,aaO, S.1141f. Rn.2

23 Friedrich Graf von Westphalen, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 2014, S.2430 Rn.1

合には、証券の使用貸借となりうる。合意使用貸借という理由により、土地の使用貸借（土地の担保）は、所有権の問題として参照される。消費可能な物もまた、それが消費のために引き渡されるのではなく、それ自体を返還しなければならない場合には、使用貸借の目的物となりうる。換価までの無償の使用のための物の引渡しは使用貸借であり、贈与ではない。しかし、以下の使用貸借類似の法律関係は使用貸借である。…原型、試供品、契約開拓のための活動、とりわけ、試乗などである。

さらにvon Westphalenは、「権利」の使用貸借について言及している²⁴。

「権利は使用貸借の対象ではない。しかし、使用貸借についての諸規定は、準用して適用可能である。しかしながら、それについては異論がある。少数意見は、ここに581条以下の規定を類推して適用すべきという立場である。しかしながら、当然に、支配的見解は、契約自由の原則の考慮の下に、実務上は珍しいこの事例における使用貸借にかかわる問題であることを出発点とする」としている。

Wagnerは以下のように述べている²⁵。

「使用貸借の目的物は、語義により、動産、不動産、例えば、企業または文書のような集合物である。動物にも準用される。無形の目的物（例えば、資格、特許など）については、原則として、使用貸借の法が類推適用されるべきである。場合によっては起こり得る欠落は、補充的な契約解釈によって充足されるべきである」。

Brorsの見解は次のようなものである²⁶。

「使用貸借の目的物は、動産または不動産、および、集合物（例えば、営業している企業）、物の一部（例えば、土地の一部、住居）または動物である。権利の許容（例えば、営業上の保護される権利）については598条以下²⁷が準用されうる。消費されうる物、例えば、生活用品または展示される花は、物の返還が合意された場合には、使用貸借契約の目的物となりうる」としている。

(3) 使用貸借契約と他の契約との境界付け

ここでは、Wagnerの見解を紹介しながら、ドイツ民法典における使用貸借とその他の典型契約との概念上の区別について検討したい。

第一に、Wagnerは、賃貸借契約との相違について以下のように述べている²⁸。

「使用賃貸借と用益賃貸借については、使用の許容が無償ではない。居住の利益に対する営業費用の受領は、有償の合意ではないが、それとは反対に、「使い古すこと」は、引き渡された額によって賃貸借を描き出す」としている。

Wagnerは、第二に、売買契約との関係について言及している²⁹。

24 von Westphalen, aaO, S.2430 Rn.2

25 Wagner, aaO, S.3285 Rn.16

26 Brors,aaO, S.2851 Rn.4

27 BGB § 598条以下は、〔使用貸借〕に関する諸規定。

28 Wagner, aaO, S.3283 Rn.4

29 Wagner, aaO, S.3283 Rn.5

「売買においては、金銭に対する物の譲渡がなされ、かつ、買主の財産の中へ最終的に引き渡される。それとは反対に、その期間は許容が生じないことが使用貸借の本質に相応する」とする。

第三に、Wagnerは贈与との関係について述べている³⁰。

「同様に、贈与の事例では、物は最終的に受贈者の財産の中へ引き渡される。そのことから、非常に長期間の譲渡は使用貸借である。支配的見解によれば、生存期間にわたる居住権もまた使用貸借となる。使用の後、一部の返還をしなければならない場合には、混合贈与となる」としている。

第四に、Wagnerは消費貸借との関係について以下のように言及する³¹。

「消費貸借においては、引き渡された物が使用貸借の借主の所有物となる。従って、借主は物を返還しなくてもよい」。

第五に、この項目の最後でWagnerは寄託契約との関係にも触れている³²。

「寄託者は、自分の利用の排除の下に、物を寄託する義務を負う。受寄者は、物を委任者の利益の中へ組み込まなくてはならない」としている。

(4) 使用貸借契約の好意関係性

純粹な好意に基づく行為と好意関係性を持つ契約である使用貸借契約との関係については、実質的な基準の設定は困難が伴うものの、理論上は重要な論点であるようである。

この議論について、Wagnerは以下のように説明している³³。

「使用貸借契約は、その契約の側面において好意的関係によって明確に輪郭付けがされるところの好意的契約に数えられる。好意的契約として使用貸借のために純粹な好意からの無償許容の引渡しは流動的である。決定的な基準は、無償許容の義務付けに関する法的拘束の意思である。このことは、解釈を通じて個別事例のすべての諸事情の考慮の下で確かめられる。決定的なことは、特に、信義誠実の原則および取引慣行の下における無償許容の動機とその意味である。重大な表示は、使用可能性が任意に短縮可能ではないという保護に値する利益の存在である。契約関係に関するさらなる表示は、利用者にとっての使用貸借目的物の経済的意義において存在する。夫婦ではない生活共同体の範囲での居住の（共同）利用の無償許容は、以下の根拠が存在する場合にのみ使用貸借とされる。相手方が、相互の実際の給付構造から使用許容を除外し、かつ、特別な両当事者を法的に拘束する規則を導きたいと欲する根拠である」としている。

この議論に関して、Hoppenzは以下のように述べている³⁴。

「使用貸借と好意を区別する意義は損害賠償の責任について存在する。連邦通常裁判所（BGH）は、好意においては599条の類推を否定する。契約上の債務関係を認めることは、599条および278条によって確定され、かつ、その保護効力の中に第三者を含めることを

30 Wagner, aaO, S.3284 Rn.6

31 Wagner, aaO, S.3284 Rn.7

32 Wagner, aaO, S.3284 Rn.833 Wagner, aaO, S.3284f. Rn.14

34 Hoppenz, aaO, S.1264 Rn.5

もって、より適切となるように思われる。その結果、境界付けは重要性を失う」。

(5) 使用貸借の無償性

使用貸借契約は無償性が要件となっている。このことは、上述の「好意関係性」と密接な議論となっている。

このことについて、von Westphalenは、以下のように述べている³⁵。

「使用貸借は無償である。また、借主は反対給付を負担しない。しかしながら、全体の諸状況から報酬とはみなされず、かつ、僅かな額の好意的報酬ともみなされない僅少で正当と認められた料金の合意は、無償であるということから除外されるものではない。また、住居の利用の譲渡に関する営業費用も無償として承認されることを妨げない。というのは、そこにおいては「真正の報酬」であるとはみなされないからである。主観的な等価に基づいて、いわゆる「友情の貸借」もまたその僅少の対価にもかかわらず、使用貸借として指定される。しかしながら、「借主」の合意の内容に従って、物は、使用貸借の範囲外で、高められた物の価値は後の活用のために「貸主」に留まった状態ではなくてはならないので、一般的には、有償であることが認められる」としている。

Wagnerは以下のように触れている³⁶。

「無償性は、使用の許容について反対給付を義務付けないことに関する契約両当事者の合意を前提とする」とする。

Brorsは、次のように説明する³⁷。

「貸主は、法的拘束の意思によって無償で使用の許容をなす義務を負担しなければならず、また、借主は、この申し出を承認しなければならない。…法的拘束の意思に関する表示は、使用の許容の経済的意義、および、譲渡された物の任意の返還請求の前の借主の保護される利益である。法的拘束の意思の欠落する場合には、ただ単に、好意的関係に関わる問題となる。好意的関係のための境界付けは、譲渡人の責任における599条適用の問題にとって重要である」とする。

さらにBrorsは、続けて以下のように述べている³⁸。

「使用の許容は、それが反対給付に依拠しない場合には、無償である。その結果、法的な専門用語は日常用語から逸脱する（レンタカー、貸衣装など）。反対給付もまた第三者に対して提供されうるし、また、非財産法的な性質をも有し得る。既に、非常に僅少の反対給付においては（経営費用の支払においてもまた）、通常は、使用貸借が存在している。133条、157条により契約の諸状況から、両当事者によって使用貸借が欲された場合に、後になって、報酬を請求することができない。このことは、明け渡しによる許容にも適用される。両当事者が報酬に合意したかどうかの問いについては、譲渡され

35 von Westphalen, aaO, S.2431 Rn.5

36 Wagner, aaO, S.3285 Rn.5

37 Brors, aaO, S.2850 Rn.3

38 Brors,aaO, S.2851 Rn.8

た物が経済的に利用可能かどうかの問題である。この議論によって、598条以下の規定は、ほとんどの事例で適用が不可能となる。もっぱら当事者の意思が決定的なものである。それに対して、経済的な利用可能性は、好意的関係との境界付けにおける法的拘束の意思に関する議論として用いられる。というのは、それによって通常は、貸主の即時の返還請求権が排除されるからである」とする。

Hoppenzは以下のように言及する³⁹。

「無償性とは、客観的に反対給付が提供されず、かつ、両当事者がそのことについて合意することを意味する。贈与におけるのとは異なり、ほんのわずかな報酬もまた使用貸借から除かれる。「混合使用貸借」を承認することに関して必要性は存在しない」とする。

Schreiberは、以下のようにこの議論を説明する⁴⁰。

「使用貸借は、使用許容の無償性に対する合意が必要である。物の使用の許容を顧慮して合意されたすべての行為は、仮にこのことが金銭的価値の利益を定めない場合であっても無償性と矛盾する。貸主が一方的に確かな感謝の表明または社会的な評価を期待することは、無償性に対する合意と矛盾するものではない。行為の動機は他人の幸運についての喜びである必要はない。とりわけ、以下の場合に問題が起こる。関与者が感謝の表明の形式に対して分別があった場合である。無償性に対して合意が存在するかどうかは、外観の表示に基づいて判断されなくてはならない。一回きりのまたは自然に反復される、財産的価値がなくまたは非常に僅かな典型的には報酬が提供されない行為においては、感謝の表明が承認される傾向がある。それに対して、目的物の譲渡に対する僅かな、しかし、月極の支払は、使用貸借を構成しない。借主に、維持費用、税金、および、保険料を補償することが義務づけられる場合には、すでに報酬が存在しうる。報酬に対する一時的な放棄がなされても有償性は手つかずのままである」と述べる。

さらにSchreiberは続けて以下のように述べている⁴¹。

「使用の経済的利益が「貸主」に流れ込む場合には無償性は問題となる。合意の利益が貸主に動機づけられる場合、借主に対して利得させる意図が貸主は欠落することになる。ただし、このことは、支配的見解によれば必要ではない。貸主が単に借主の使用の実現を期待している場合には、貸主はただ単に行動の範囲を拡大するのみである。したがって、決定的なことは、利益を前にして、通例の保持の処置を超えた使用義務に合意がなされたかどうかである。美術館が譲渡された芸術作品を展示する義務を引き受けた場合には、使用貸借契約とはならない。契約両当事者が利益を物の使用と結びつける場合にもまた、共同の利益が存在し、それゆえ、民法上の会社が存在する。その場合、使用の許容および使用義務は、会社の寄与を描き出す」としている。

39 Hoppenz, aaO, S.1265 Rn.10

40 Schreiber, aaO, S.1142 Rn.5

41 Schreiber, aaO, S.1142 Rn.6

(6) 使用貸借の貸主の義務

注釈書においては、「貸主の義務」という項目を設けてBGB589条の論点を紹介する著者が少なくない。

von Westphalenは以下のように述べている⁴²。

「貸主は、物の使用を借主に許容するために、可能な状態になくはならず、権利を与えなくてはならない。通常は、借主は、借り受けた物の直接的な占有を維持する。貸主は間接的な占有者である。しかし、このことは不可欠なことではない。むしろ、借主が、借主の目的のために物を利用することが可能な状態であれば十分である。というのは、規定において意図された使用の許容というのは、利用可能性を達成することと同意義であるからである。その中には、269条の意味における取立債務が規則に従って入る。したがって、試乗を目的としたオートバイの引渡しは、借主が、－占有を緩めたにもかかわらず－、未だ占有者としてみなされるということを導く。この事例では、借主にはもっぱら相応する受任義務が存在する。使用貸借の借主は、－使用貸借の貸主と同様に－、利用を保障しなければならないので、借主は、保全を義務付けられない。このような事例および使用貸借期間に貸し付けられた物の変更においては、所有権者または新たな所有権者の返還請求権に対する借主の抗弁は、範囲が見出される場所の所有者に対する直接占有者の保護の一般規定から明らかとなる」としている。

Hoppenzは以下のように簡潔に触れている⁴³。

「貸主は、使用貸借の期間については、あらゆる占有の妨害を排除し、または、利用可能性を保持しなければならない」としている。

Schreiberは、貸主の主要な義務である使用の「許容」に関して、以下のように述べている⁴⁴。

「立法者は、598条における許容と535条⁴⁵、581条⁴⁶における認容を区別した。許容は、使用の容認を意味する。すなわち、貸主は物を借主に譲渡し、かつ、使用を妨げてはならない。しかし、貸主は、能動的行為によって使用を保障する必要はない。したがって、保全する必要はない。合意された使用が占有を要件とする範囲で、貸主は物を引き渡さなければならない。この点では、合意を前提として、取立債務が存在する。送付の場合には、借主が費用を負担する。予期できない使用不能は、275条⁴⁷に従い、貸主を免除する。送付は、貸主が原則として予期できない毀滅の危険を負担するという契約上の危険配分を変更することはない。すなわち、貸主もまた、返還不可能による損害賠償を保持しない」としている。

42 von Westphalen, aaO, S.2431 Rn.6

43 Hoppenz, aaO, S.1265 Rn.9

44 Schreiber, aaO, S.1142 Rn.7

45 BGB § 535以下は使用貸借に関する諸規定である。

46 BGB § 583は用益貸借に関する規定である。

47 BGB § 275は、〔給付義務の排除〕に関する規定。

(7) 使用貸借における借主の使用の義務

ドイツの使用貸借に関しては、「借主の使用の義務」という議論があるようである。

この議論に関して、von Westphalenは次のように述べている⁴⁸。

「使用の許容は、通常、使用の義務を含まない。しかし、使用の義務は例外的に貸し付けた物の性質から生じることもある。例えば、世話の際中に引き渡された馬の騎乗、または、世話の際中に引き渡された猟犬の指導であるが、使用貸借された芸術作品の展示は義務を生じない。しかしながら、法律関係の性質から使用の義務が生じる場面は、しばしば使用貸借によるものではなく、例えば、委任または寄託といった別の法律関係が望まれた場面である。物を使用しなければならない義務の範囲において生じる利点もまた、報酬の認められる可能性がなければならない。他方において、黙示または明示の使用義務の合意は、使用貸借を排除しない」としている。

Wagnerは以下のように述べている⁴⁹。

「使用の義務は、そのような合意がなされた場合（黙示の場合もまた）にのみ、例えば、貸し出された芸術作品における展示の場合にのみ、規則にしたがって、借主に課せられる」としている。

(8) 使用貸借契約における所有権および占有の関係

所有権と占有の問題に関して、Wagnerは以下のように述べている⁵⁰。

「貸主は物の所有者でなくてもよい。統一理解の瑕疵においてもまた使用貸借契約は有効である。…それと結びついた占有保護もまた貸主に対して有効である。このことは間接占有でも同様である」としている。

(9) 使用貸借の無方式の性質

使用貸借は民法の規定上は無方式の契約である旨、von Westphalenが述べている⁵¹。

「使用貸借に方式は必要ない。契約締結者の意思表示に基づく使用貸借契約の締結もまた可能である」とする。

(10) その他の議論

その他については、論者により、様々な議論が一般論の中で提示されている。簡潔に列挙して紹介する。

von Westphalenは以下のような議論を提示する⁵²。

「果実の関係について許容することは、法律的には使用貸借の内容ではないが、通常は

48 von Westphalen, aaO, S.2430f. Rn.4

49 Wagner, aaO, S.3285 Rn.20

50 Wagner, aaO, S.3285 Rn.17

51 von Westphalen, aaO, S.2431 Rn.8

52 von Westphalen, aaO, S.2430 Rn.4

贈与を伴って混合契約として描き出される。その範囲において、(契約自由の原則) 使用貸借は合意されうるものである」としている。

さらに von Westphalen は別の議論も提示する⁵³。

「使用貸借契約の期間は当事者の合意に依拠する。非常に長期間の契約、－例えば、終身の無償の居住権の許容－、もまた問題ない。605条⁵⁴の解約告知権は維持される」とする。

Wagner は以下のように述べている⁵⁵。

「使用は、その実体の影響なしに実際の物の使用と利用を内容とし、また、その結果として使用貸借と相応する。しかしながら、賃貸借の貸主は賃貸借物を良好な状態に保たなければならないのに対して、使用貸借の貸主の使用許容義務は、占有を譲渡することに縮減される。使用貸借の貸主は、借主に以下のことを何ら妨げてはならない。使用を妨害または排除し、また、例えば、第三者に有利となるように物の処分を直接に行うことである。使用の許容は、規則にしたがい、家族構成員および援助者による使用をも包含する。このことは契約の保護範囲の中に含められ、許容の範囲において、貸主に対して、占有についての固有の権利を有し、使用貸借契約の規定に拠り所を求め得るものである。例えば、606条である。このことは、譲渡が契約上為された場合、第三者にたいしても適用される」とする。

Brors は、物の「第三者への譲渡」に関する議論に言及する⁵⁶。

「第三者に対する使用貸借目的物の譲渡は、使用貸借契約の効果を生じない。…譲渡により、借主は、通常、使用貸借物の直接占有者となり、貸主は間接占有者となる。しかし、借主と貸主の共同占有は可能である。例えば、貸主の家の借主との共同居住である。それに対して、借主は、物が貸主の影響範囲から完全に切り離される場合には、貸し付けられた自動車あるいは動物の単独保有者としてみなされる。したがって、通常の事例では、物の使用を借主に限定的な期間についてのみ譲渡した場合には、貸主が保有者のままである」としている。

Hoppenz のその他の点についての言及は以下のようなものである⁵⁷。

「貸主は物の所有者である必要はない。所有権が喪失しても使用貸借契約はそのままである。しかしながら、新たな所有者は、使用貸借と用益貸借におけるのとは異なり、貸主の権利および義務に対して踏み込むものではない」というものである。

Schreiber は以下のように述べている⁵⁸。

「借主は、861条⁵⁹、823条⁶⁰に従って権原づけられた占有者として妨害を排除しうる。貸

53 von Westphalen, aaO, S.2431 Rn.9

54 BGB § 605は、〔解除権〕に関する規定。

55 Wagner, aaO, S.3285 Rn.19

56 Brors, aaO, S.2851 Rn.6

57 Hoppenz, aaO, S.1265 Rn.11

58 Schreiber, aaO, S.1142 Rn.8

59 BGB § 861は、〔占有奪取と理由とする請求権〕に関する規定。

60 BGB § 823は、〔損害賠償義務〕に関する規定。

主が防御排除請求権を有する場合、貸主は、借主にとって有利な結果となるようにこの請求権を実行しなくてもよいが、この請求権を譲渡しなくてはならない。新しい所有者が所有権を実効しようと試みる場合には、譲渡に問題がもたらされる。566条⁶¹は類推適用されない。譲渡は使用貸借契約を動かさない。しかし、605条1項による合意の必要性を理由として、解約告知が考慮される。新たな所有者に対しては、986条⁶²2項によって借主は保護される。その後、借主は、新たな所有者に使用貸借契約による抗弁を申し立てることができる。このメカニズムは土地において、新たな所有者が占有を取得した場合には、拒否される。その点については、貸主が借主の使用権を譲渡によって縮減してはならないという立法者の配慮が表明されている。法律上の処分禁止として、同様に、譲渡に対する義務が理解される必要はないが、新たな所有者の妨害は、貸主に責任があるものとしなければならない。したがって、譲渡取得の際の借主の利益は、貸主によって内面に取り入れられなければならない」としている。

3 ドイツ民法典（BGB）における使用貸借に関する諾成契約論

本稿の主題であるドイツ民法における使用貸借に関する諾成契約論の議論はどのようなものか。各々の論者の見解を検討して本章を締めくくりたい。

von Westphalenは以下のように述べている⁶³。

「貸借との相違においては、使用貸借の内容は、使用の引渡しではなく使用の許容である。許容するということは、貸主に、契約に従い直接の占有者として使用し得ることについて使用貸借物の借主に処分することを義務付けるということである。貸主に使用を許容する義務は、貸主にさらに、借主の使用の妨害または排除する何らの事をもその過程に置かないことを義務付ける。契約目的が、借り受けた物の引渡しを含むかどうかは決定的である。同時に、貸主のその都度の指示が考慮されなければならない。しかしながら、確かに直接の占有を達成することが規定ではあるが、使用貸借契約の成立要件ではない。むしろ、借主に物の利用を許容することを承認することがただひとり要件である。したがって、借主は、使用の利益の範囲において、通常、物の送付の費用と返還送付の費用を自ら負担しなくてはならない。使用貸借におけるような使用許可義務は存在しない。しかしながら、貸主は物の不測の毀損の危険を負担する。その他の点では、使用の概念は貸借に相応する。しかしながら、借主の権利と義務の範囲については、使用貸借はその本質が好意契約に従うものであることを注意しなければならない。貸主が借主に貸し付けた物を第三者に譲渡した場合には、566条と578条は類推適用されないので、この使用貸借は手つかずのままである」というものである。

61 BGB § 566は、〔売買は使用貸借を破らず〕の規定。

62 BGB § 986は、〔占有者の異議〕に関する規定。

63 von Westphalen, aaO, S.2430 Rn.3

Brorsは、先ず簡潔に以下のように言及する⁶⁴。

「使用貸借契約は契約上の合意をもって適切なものとなる。合意の有効性に関して使用貸借目的物の引渡は重要ではない」。

さらにBrorsは、より詳しく、以下のように述べている⁶⁵。

「貸主は、確かに、借主に契約にしたがった物の利用を許容する。しかしながら、占有の引渡は、それ自体、契約の有効性についての構成要件ではない。貸主が、契約締結に際して、未だ物を引き渡していなかった場合には、貸主は使用を可能にしないとはならない。特別の契約上の合意が欠けているのであれば、269条⁶⁶に従い、住所が履行地であり、同じく、貸主の営業所の所在地が履行地である。従って、疑わしい場合には、場合によっては起こり得る死亡は、借主の危険となる。費用の問題が契約上で規定されていない場合は、670条⁶⁷に従い、借主が輸送費用を負担する。借主の契約に従った使用は侵害されることはない。それに対して、許容の義務は、物の保全のための貸主の義務を含まない」としている。

Hoppenzの見解は以下のようなものである⁶⁸。

「使用の許容は、利用可能性を達成することを意味する。使用の許容は、通常は、直接占有の譲渡の結果として生じる。しかしながら、占有の達成は、使用貸借契約の構成要件ではない。借主は、契約の内容に従った必要な物に対する作用の可能性を受け取るだけでよい。労働の生産または役務による給付がさらにまた譲渡に対して義務づけられる場合でも、契約の重点が物の譲渡に置かれている限りは、使用貸借としての資格づけが何も変更されない」というものである。

Schreiberの見解は以下のようなものである⁶⁹。

「使用貸借契約の有効性については、契約目的物の譲渡は必要ではない（従前の要物契約説とは異なる）。518条に相応する方式は存在しない。当該契約は、申出および感謝の表明によって既に成立しうるものである」というものである。

IV ドイツ民法典における寄託契約に関する概論と諾成契約論

1 ドイツ民法典における寄託契約の一般論

第Ⅲ章と同様に、本章においても、寄託契約の一般論から順に考察することとしたい。

64 Brors, aaO, S.2850 Rn.3

65 Brors, aaO, S.2851 Rn.5

66 BGB § 269は、〔給付の場所〕に関する規定。

67 BGB § 670は、〔費用の賠償〕に関する規定。

68 Hoppenz, aaO, S.1264f. Rn.8

69 Schreiber, aaO, S.1141 Rn.2

(1) Martin Hausslerの見解

第一に、Martin Hausslerの寄託に関する一般論は以下のようなものである⁷⁰。

「この規定は、契約類型を特徴づける給付義務によって寄託契約の定義を目的としている。それは動産の保管に対する義務である。同時にそれは、寄託と委任の間の境界づけの決定にも役立つ。立法者は実用性を基礎にして、寄託を委任の下位事項としてではなく、自立した契約類型として形作ることを決定したのであるから、その境界づけは必要なものである。特別法に規定される商法上の寄託の特別な形式は倉庫寄託契約である。商法典467条以下は関係をもたない。というのは、商法典467条3項の意味において営業をする企業が何ら営まれておらず、または、(合意された動産の倉庫寄託と保管に対する)好意について契約と関係ないからである。従って、688条以下⁷¹が適用されなければならない」。

さらにHausslerは次のように続ける⁷²。

「688条の要件が満たされない場合には、寄託は成立しない。ところで、この法律の表題の規定は任意のものである。相違する見解は、695条⁷³による寄託者の返還請求権および696条⁷⁴による受寄者の取戻請求権についてのみもっぱら存在する。不統一となっているのは、個々の契約によってのみならず、一般的普通契約約款でもそうである。要件は、普通契約約款一法の顧慮であり、特に、305条⁷⁵ 2項により取り入れられた要件が存在しなければならず、かつ、307条⁷⁶以下による内容の統制に持ちこたえる規制に合致しなければならない」とする。

そして、有償寄託と無償寄託について以下のように述べている⁷⁷。

「689条⁷⁸と690条⁷⁹により明らかにされるように、寄託は有償または無償で実現される。そのことは次のことを意味する。反対給付に合意がなされているかどうかは、寄託の委託の概念およびそれによって688条の適用可能性に対して役割をもたない。特別な規定は、単に690条において責任基準を考慮している。利害関係が欲したことは、689条を顧慮した解釈によって確かめられなければならない。この法律は、19世紀に発展した後、ローマ法の立場から引き離された。無償の寄託は、不完全な双方が義務を負担する契約となる。なぜならば、寄託者は、693条⁸⁰、694条⁸¹、696条により、交換関係の存在しない義務を負担するからである。それに対して、有償の寄託においては、反対給付の契約

70 Martin Haussler, Münchener Kommnetar zum Bürgerliches Gesetzbuch 2017, S.1007 Rn.1

71 BGB § 688以下は、寄託に関する規定である。

72 Haussler, aaO, S.1007 Rn.2

73 BGB § 695は、〔寄託者の返還請求権〕に関する規定。

74 BGB § 696は、〔受託者の取戻請求〕に関する規定。

75 BGB § 305は、〔普通契約約款の契約への編入〕に関する規定。

76 BGB § 307は、〔内容の統制〕に関する規定。

77 Haussler, aaO, S.1007f. Rn.3

78 BGB § 680は、〔報酬〕に関する規定。

79 BGB § 690は、〔無償寄託における責任〕に関する規定。

80 BGB § 693は、〔費用の償還〕に関する規定。

81 BGB § 694は、〔寄託者の損害賠償義務〕に関する規定。

に関わる問題である。支配的な見解によれば、323条⁸²は、違反された義務が双務関係において契約の相手方の主要な義務について存在していることを要件としないので、323条の解除規定は単なる返還義務の違反においても適用可能である。継続的債務関係としての有償寄託の性格に直面して、告知が解除にとってかわる」とする。

そして、さらには、継続的契約関係としての寄託契約の性格に関して、以下のように言及する⁸³。

「寄託契約は、その契約の結果として生じる義務が一回性の給付交換で果たされるのではなく、もちろんその法的な規制が十分に諸状況を考慮することなく、継続的債務関係に基礎づけられる。重要なのは、継続的債務関係、とりわけ、—一定の期間（期間を付けること）の場合—、時の経過によって、または、解約告知の結果によって契約関係が終了することについて、組み込むことである。314条⁸⁴は、すべての継続的債務関係に妥当する規定に関するものとして、寄託契約においてもまた適用可能である。この法律は、695条、696条における寄託関係の終了を非常に不完全にのみ規定する。それに相応して、そこにおいて規定されている返還請求権あるいは取戻請求権において最終的に表示された告知の特別な事例にかかわる問題あることが、その語義から明確ではない。しかしながら、今日、告知としてこの表示を組み入れることが支配的な見解である。継続的債務関係としての性格から、323条の一般的解除権は原則として告知権によって排除されるという結果となる。346条⁸⁵における巻戻し清算は具体的かつ利益の正義に合致しない。一法律違反、良俗違反を理由として、錯誤、詐欺または強迫による取消しを理由として一、無効な寄託契約がすでに行われた場合には、瑕疵ある実行の原則が検討されなければならない。しかしながら、不当利得法における巻戻し清算が、労働および組合契約に際して存在する困難が妥当しないのであるから、規則に従えば、この原則における求償の余地は存在しないことになる」としている。

(2) Eike Herrmannの見解

第二に、Eike Herrmannの一般論は以下のようなものである⁸⁶。

「契約両当事者は、契約の相手方が保管の義務を引き受けることに合意しなければならない。保管義務は、この契約類型に典型的な特徴であり、したがって、第一のかつ主要な義務であり、また、両当事者の意思により契約の主要な目的とならなければならない。一般的な規定により黙示的に合意はなされうるものであるので、他人の物の引渡においては、保管に対する法的な拘束の意思が、一般に、存在するかどうか、そしてさらには、独自の寄託契約が認められるかどうか、あるいは、保管義務が、もっぱら、別の類

82 BGB § 323は、〔不給付または債務の本旨に従ってなされたかつ給付による解除〕に関する規定。

83 Haussler, aaO, S.1008 Rn.5

84 BGB § 314は、〔重大な事由による継続的債務関係の告知〕に関する規定。

85 BGB § 346は、〔解除の効果〕に関する規定。

86 Eike Herrmann, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 2014, S.3229 Rn.1

型の給付義務を伴った別の契約の付随的給付義務または付随的（保護）義務であるかどうかを、しばしば確定することが困難である」とする。

Herrmannは、寄託の対象物について、以下のように述べている⁸⁷。
「契約の目的物は動産とすることのみが可能である。土地の監視においては、無償の委任、有償の雇用、または、事務管理契約が存在する。例えば、ソフトウェア開発およびソフトウェア使用者の暗証番号（ソースコード）の寄託は寄託契約である。というのは、寄託目的物が記憶媒体であるからである」としている。

(3) Thomas Klingelhöferの見解

第三に、Thomas Klingelhöferの見解は以下のようなものである。

まず、一般論として、次のように述べる⁸⁸。

「寄託契約は、動産の引渡しを指向した少なくとも二当事者間の諾成契約である。そこにおいては、受寄者は、物の監督を引き受け且つ物の相応する領域において保管する契約上の義務を負担する。寄託者は物を受寄者に引き渡す債務を負担する。寄託者の引渡し義務は存在しない。というのは、寄託者はいつでも受寄者に終了をさせることができるからである。同様に、有効な寄託は、寄託者が彼の物の支配を完全に手放した場合に、受寄者の契約上の義務を伴って成立するのみである。それに対して、受寄者による単独かつ完全な物の支配は必要ではない。寄託契約が無償または有償の契約を形成するかどうかは、寄託者の支払義務を伴った双務契約にかかわる問題か、あるいは、好意関係について適用可能である不完全な双務契約に関わる問題である。寄託が原則として有償である689条を理由として、疑わしい場合には、寄託者の支払義務を伴った双務契約を出発点としなければならない」とする。

次に、Klingelhöferは、「契約締結」に関して以下のように述べている⁸⁹。

「寄託契約は、原則として、無方式で締結可能である。内容的には、法的拘束の意思のない純粋な好意関係にかかわる問題であるとしなくてもよい。契約上の義務は、受寄者と寄託者の間の契約上の合意によって発生するものであり、保管のために受寄者に物が引渡された場合に発生するものではない。しかしながら、契約上の合意は、引渡しによって初めて実行される」としている。

さらにKlingelhöferは、以下の点に言及する⁹⁰。

「寄託の目的物は、すべての動産、すなわち、動物または植物でもよい。それに対して、契約の目的物が不動産または権利である場合には、寄託契約は成立しない。これらの事例においては、寄託契約の境界付けについて、有償の雇用契約または無償の委任から考

87 Herrmann, aaO, S.3229 Rn.2

88 Thomas Klingelhöfer, MONOS KOMMENTAR BGB Schuldrecht 2012, S.3888 Rn.1

89 Klingelhöfer, aaO, S.3888 Rn.2

90 Klingelhöfer, aaO, S.3888f. Rn.3

え始めなくてはならない。同様に、規定上にない寄託は688条の意味における寄託ではない。というのは、その契約においては、受寄者が自ら物の所有者となり、かつ、これを利用し消費してもよいからである。リース利用者による保証金の支払もまた規定のある寄託契約をリース業者に根拠づけない」とする。

さらに続けてKlingelhöferは述べている⁹¹。

「このことから、それについては、688条の意味における私法上の寄託契約ではなく、（例えば差押による）公法上の寄託、および、終意処分の特異な行政上の寄託であるところの供託である。

そして、Klingelhöferは、「契約上の義務」に関して言及する⁹²。

「受寄者の主要な義務は、寄託物を保管することである。その際、受寄者は、物が侵害または妨害され、あるいは、毀滅される可能性について、予防対策をしなくてはならない。同様に、保管の義務は集合物としての個々の目的物に対しても含まれる」。

さらに加えて、「責任の免除」にも触れている⁹³。

「責任の免除または責任の限界づけは、それが受寄者の故意の關係に妥当しない範囲で、原則として、許容される。しかしながら、責任の限界づけは、寄託者について個々に討議して決めるか、または、明確に可視的な提示によって認識の可能性を契約締結前に達成するかのどちらかである。このことから、それについては、普通契約約款の寄託においては以下のことを注意しなければならない。受寄者（使用する者）は、309条⁹⁴ 7号により、故意又は重大な過失において、あるいは、生命、身体もしくは健康の侵害において、受寄者の責任を排除することができないということである。受寄者の実質的な義務の違反においては、普通契約約款の中で限界づけが典型的に予見可能な物についてのみ考慮される」としている。

一般的な議論の最後に、Klingelhöferは、「寄託の特別類型」に触れている⁹⁵。

「鉄道交通令（EVO）36条により、鉄道会社は、乗客の旅行手荷物に対する責任を負う。また、その荷物は特別の保管所の中で保管される。商法典（HGB）467条以下により、商法上の倉庫委託行為においてもまた、寄託の特別な形式に関わる問題となり、688条以下は補完的な適用がなされる。それに加えて、質権者は1215条により彼に引き渡された質物を寄託する義務を負う。さらに、いわゆるSequestration、つまり、物の共同寄託は、寄託のより多くの特別な形式を描き出す。さらにその上、有価証券が保管されたまま引き渡される場合には、寄託法は有価証券の寄託の契約に、例外的に、適用されない。688条以下の意味における寄託契約が存在するのかという問題は残されている」としている。

91 Klingelhöfer, aaO, S.3889 Rn.4

92 Klingelhöfer, aaO, S.3889 Rn.5

93 Klingelhöfer, aaO, S.3889 Rn.6

94 BGB § 309は、〔評価可能性のない条項の禁止〕に関する規定。

95 Klingelhöfer, aaO, S.3889 Rn.7

(4) Markus Gehreinの見解

Markus Gehreinの一般の見解は以下のようなものである⁹⁶。

「寄託契約は無方式である。寄託契約の締結は、一般的な規定により方向づけられるものであり、かつ、保管されている物が存在する場所たる住居または工場屋内の鍵の引渡しによって黙示的に効力をもつものとなりうる。保管者が明白に法的な責任を引き受けない場合には純粋な好意となる。例えば、自動車販売車が車両の一時的な格納を他人に許容するとか、あるいは、もっぱら物の廃棄を許容する場合である。動産のみが契約の目的物として顧慮される。土地の監督義務は、無償の寄託または有償の雇用契約にかかわる問題に含められる。寄託物が寄託者の所有権に属するかどうかは意味をなさない。以下のような例が挙げられる。裁判所執行官によって司法国庫の名においてかつ債務者の有利とならないように質権の設定された目的物の合意された寄託契約である。訴訟上の担保権執行は、寄託契約に基づいて実行されない」とする。

(5) Oliver Fehrenbacherの見解

Oliver Fehrenbacherは寄託の議論を以下のように概観する⁹⁷。

「688条は、契約類型について特徴づけられた給付たる寄託契約を含む。受寄者は、動産の領域を認められ、かつ、その物について監督を引き受けなければならない。寄託者は受寄者にその動産を引き渡さなければならない。寄託は有償または無償とすることができる。有償性は双務契約に関わる問題であり、そうでない場合には、好意契約を意味する不完全な双務契約に関わる問題となる。寄託契約は諾成契約である」として寄託契約が諾成契約であるとの見解で結んでいる。

(6) Maximilian Zimmerの見解

Maximilian Zimmerの一般論は以下のようなものである⁹⁸。

「…寄託契約は、有償においても締結されうるし、無償においても締結されうる。有償性においては、320条以下が適用される双務契約となるが、それとは逆に、無償性においては、不完全な双務契約に関わる問題となる。というのは、693条、694条による寄託者の義務は、交換関係の中にはないからである。無償性は、可能な保管の許容および「正当と認められた料金」の支払によって排除されない。有償性について決定的なことは、寄託に対する等価的な給付の合意である」とする。

さらに、Maximilian Zimmerは以下のように述べている⁹⁹。

「寄託契約は、受寄者による寄託物に対する領域と監督の引受けを認めることにおいて存在する。契約の目的物は動産とすることができるのみである。目的物はその実際上の集

96 Markus Gehrein, Bamberger/Roth Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch 2012 S.792 Rn.2

97 Oliver Fehrenbacher, Prütting/Wegwen/Weinreich Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 2016, S.1571 Rn.1

98 Maximilian Zimmer, Tonner/Willingmann/Tamm Vertragrecht Kommentar, 2010, S.1517 Rn.1

99 Zimmer, aaO, S.1517 Rn.2

合の中にあるものを含む。物は、受寄者が直接占有を取得することによって引き渡されなければならない。受寄者がすでに実際上の当該物に対する支配を行使している場合には、寄託に対する単なる合意で十分である。寄託者は寄託された物に対する所有権を有している必要はない。寄託は無方式で成立する。それとは反対に、適用領域が設定される範囲で、寄託法による特別な形式規定が与えられる。寄託契約は黙示的に成立しうる。しかしながら、決定的なことは、法的拘束の意思のない純粋な好意関係に関わる問題であるということである。物を預けることが単に許容され、あるいは、自らの危険において寄託の譲渡性が処分される場合には、同様に、寄託契約は成立しない。実質的な危険は、受寄者に対する物の引渡しにもかわらず、寄託契約に際しての寄託者ならびに所有者に存在し続ける」としている。

2 ドイツ民法典における寄託契約に関する諾成契約論

本稿の主題であるドイツ民法典における寄託の諾成契約論は以下のように論じられる。個々に見解を考察したい。

第一に、Hausslerの諾成契約に関する見解は以下のようなものとなっている¹⁰⁰。「寄託を諾成契約として位置づけるか、または、要物契約として位置付けるかについては、昔から論争がある。その契約に対する一致した意思表示が満たされる場合には、諾成契約が弁護されなければならない。それに対して、一部の給付によって確認することの契約意思が構成するために必要な場合には、要物契約が構成される。寄託は、普通法に引き続き普及して要物契約として解釈されていた。今日では、当然に、寄託は、使用貸借と消費貸借と同様、完全に圧倒的に諾成契約に組み入れられている。反対説は、債務法上の内容の自由の認識に伴って、時代遅れとなった。BGB（民法典）は、拘束力を法的拘束の意思に合致したすべての合意であると認識したので、この拘束力を基礎づけるために追加としての「現物」の要素は必要ない。確かに、688条の語義は要物契約としての解釈に対する根拠を与える。しかし、この意味において688条には疑問の余地はない。というのは、この規定は、契約の成立ではなく、引渡しによって初めて法的効力がそのようなものとして発揮されるところの保管義務に関係するものであるからである。法史的に考察すれば、要物契約説は、有償の寄託の承認とは調和をもたらさない克服された発展の段階であったのである。寄託者が受託者に854条の意味における直接占有を達成した結果として、引渡しが生じる。一般的に、寄託者は、物に対する実際の権限を認容することが必要である。しかしながら、（後の）寄託者がすでに実際の権限を行使する場合には、854条2項により、単なる合意で十分である」というものである。

第二に、Herrmannの諾成契約に関する見解は以下のようなものである¹⁰¹。「引渡しは直接占有を達成することを意味する。このことは、受寄者がすでに実際上の物

100 Haussler, aaO, S.1008 Rn.4

101 Herrmann, aaO, S.3229 Rn.3

の支配を行使している場合、または、受寄者が854条2項の意味において取得しうる場合には、単なる合意のみで生じる。その他の点では、身体的拘束の意味においてのみ引渡しをすることが要件を満たすかどうか未だ明らかとされる必要が残されている。引渡しはより寄託契約の構成的特徴であった。したがって、寄託は、この学説により要物契約である。直接占有を達成する前に、この構成により予約として評価されるBGBにおいて規定されていない契約（pactum de deponendo）が存在することになる。そして、それについては688条以下が準用される。この解釈と結びついている688条の語義は、無方式の合意の拘束力を初めは可能としなかったローマ法を起源とする。今日適用される一般的な規定によれば、寄託契約は諾成契約として判断されなければならない。しかしながら、受寄者の保管義務は、性質に従い、受寄者への引渡し、つまり、直接占有の達成によって初めて発生する。「使用貸借、使用貸借と用益貸借におけるのと同様に、また、消費貸借と規定のない寄託とは異なり、所有権は受寄者には受けつがれない。受寄者は物を返還する義務を負う。寄託者は、物の所有者である必要はない」としている。

第三に、Gehreinの諾成契約に関する見解は以下のとおりである¹⁰²。

「委任及び雇用契約から切り離された独自の寄託契約は、物に対する領域と監督を許された受寄者と寄託者との間に成立する。起源としては、寄託は要物契約として規定されてきたものであった。そこにおいては、単なる当事者の合意は予約を構成し、かつ、契約義務は物の引渡しによってはじめて現物の要素として根拠づけられた。今日では、消費貸借と同様に、追加としての実行の要素無しに合致した意思表示で締結される諾成契約として理解されている。寄託契約は、有償または無償の性格を有し得るものである（689条、699条）。無償の寄託は、不完全な双務契約を描き出す。というのは、寄託者の義務が交換関係の中に存在していないからである。無償性は、費用の支払または「正当と認められた料金」の支払によって排除されない。有償性は、寄託者の給付が寄託に対する等価性を形成する場合に存在する」としている。

第四に、Fehrenbacherの諾成契約に関する見解は以下のようにになっている¹⁰³。

「寄託契約は、一般規定に従って、合意によって成立する（諾成契約）。そこにおいては、無償帰宅を法的拘束の意思なく引き受けられた好意と区別することは、個別の事例において困難なものとなりうる。売却の目的で自動車を会社の敷地に収容するための第三者に対する自動車販売者による許容は、その許容が利己的ではない結果生じたものである場合には、法的拘束力を欠いて、寄託とはならない。この契約は物または鍵の引渡によって最終的に締結されうるものである。特別の方式は必要ない。寄託者は物の所有者である必要はない」としている。

そして、最後である第五に、Zimmerの諾成契約に関する見解は次のようなものとなっ

102 Gehrein, aaO, S.792 Rn.1

103 Fehrenbacher, aaO, S.1571 Rn.3

ている¹⁰⁴。

「独自の寄託契約は委任および雇用契約から引き離されたものであり、かつ、今日の支配的見解によれば、追加的な実行の要件が無くともすでに一般的な規定にしたがって合意された意思表示によって締結される。契約の実行は、受寄者への物の引渡しによる結果として生じる」というものである。

V 総合的検討 —結びに代えて—

本稿のこれまでの考察を振り返りながら、総合的な検討を行って、結びに代えることとしたい。

まずは、いわゆる従来からの「要物契約論」に関するわが国とドイツの全体像の比較から行ってみたい。

ドイツでは2002年に債務法現代化法が立法・施行された。この大改正において、消費貸借契約は、金銭消費貸借も物品消費貸借も規定の文言上、疑問の余地を差し挟まないほどに「諾成契約」へと改訂が行われた。これに対して、「使用貸借」と「寄託」に関しては、文言上の条文改正は一切行われなかった。このため、文言上は従来通り、要物契約と解釈される余地を残したままとなったが、支配的見解は諾成契約であると解釈していることは大改正前後で変わりはない。これに対して、わが国では、2017年に民法典の債権関係における大改正がなされた。この大改正で、消費貸借については、要物契約規定の587条を存置しつつ、587条の2第1項で書面の方式を必要とする契約としての消費貸借が規定されることとなった。そして、本稿の主題である使用貸借と寄託に関しては、改正前（現行法）では規定上は完全な要物契約であったが、改正により、諾成契約として完全な形で移行した。このような従来から要物契約とされてきた「消費貸借」「使用貸借」「寄託」は、ドイツとわが国の民法の大改正の前後で、大きな相違がもたらされることとなった。

次に、本稿の主題であるドイツ民法典において現在では支配的見解から諾成契約として解釈されている使用貸借と寄託について検討する。どちらも債務法現代化法による条文改正は行われていない点で共通している。

使用貸借について、なぜ条文の文言上の改正をして完全な諾成契約とはしなかったのであろうか。この点に関する最終的な結論は本稿では見出すことは困難であると言わざるを得ない。しかし、いくつかの理由を推測することは可能である。使用貸借に関しては、そもそも研究者および実務家の関心が非常に希薄であることが窺われる。Ⅲ章2(1)のWagnerの見解にあるように「使用貸借の意義は、それが無償性であるという理由で、比較的小さい」という言葉が研究者の意識を代表したものであるとも受け止められ

104 Zimmer, aaO, S.1517 Rn.1

る。合わせて、「無償性」と「好意的な関係」という要件とキーワードに示されるように、使用貸借に関しては、そもそも「法的拘束力ある契約」として、承認されうるにはどのような要件を満たす必要があるのかといった議論に大きな力点が注がれている。そのためもあってか、著述においては、「要物契約」「諾成契約」という議論はあまり前面には出てきておらず、「物の引渡が構成要件ではない」という表現に留まる論稿が目立つ。ただし、支配的見解が使用貸借を諾成契約と解釈している点に関しては揺るぎがないと考えられる。このような事情で債務法現代化法での条文改正は見送られたものと推測される。

寄託については、若干、異なった議論の事情があるようである。寄託の議論を概観すれば、使用貸借とは異なり、要物契約論と諾成契約論の学説対立の構図が鮮明に描き出されている。これは、どのような理由に基づくものであるのか容易には把握できないが、一つ確かなことは、寄託契約には、有償の場合と無償の場合とがあり、有償寄託に関しては、研究者の関心が高いということである。寄託契約そのものが有償契約の場合を含んでいるがゆえに、使用貸借よりも法律関係者の関心が高いことは確かと言えそうである。とはいえ、債務法現代化法では条文改正はなされていない。

本稿の主題であった、使用貸借と寄託の要物契約論および諾成契約論のわが国とドイツの比較については、両国の民法大改正の前後で、条文上の規定内容が大きく異なっていることが明確となった。ただし、ドイツ法では使用貸借も寄託も、解釈上は諾成契約論が支配的見解であるという構図になっている。わが国では、消費貸借の冒頭規定である587条のみが要物契約規定として存置されることとなったが、使用貸借と寄託に関する本稿の検討結果を踏まえて、わが国における要物契約論の意義の有無についてのさらなる検討が必要であると考えられる。

（たにぐち さとし・本学経済学部教授）

<本稿における引用文献一覧>

[使用貸借 BGB598条関係]

- ◇ Helmut Kollhasser, Münchener Kommnetar zum Bürgerliches Gesetzbuch 1995, S.1720-1729
- ◇ Friedrich Graf von Westphalen, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 2014, S.2430
- ◇ Claus Wagner, Bamberger/Roth Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch 2012 S.3283-3285
- ◇ Christiane Brors, MONOS KOMMENTAR BGB Schuldrecht 2012, S.2850-2853
- ◇ Rainer Hoppenz, Prütting/Wegwen/Weinreich Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar 2016, S.1264-1265
- ◇ Alexander Schreiber, Tonner/Willingmann/Tamm Vertragrecht Kommentar, 2010, S.1141-1143

[寄託 BGB688条関係]

- ◇ Martin Haussler, Münchener Kommnetar zum Bürgerliches Gesetzbuch 2017, S.1006-1025
- ◇ Eike Herrmann, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 2014, S.3228-3233
- ◇ Thomas Klingelhöfer, MONOS KOMMENTAR BGB Schuldrecht 2012, S.3888-3889
- ◇ Markus Gehrein, Bamberger/Roth Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch 2012 S.792-796
- ◇ Oliver Fehrenbacher, Prütting/Wegwen/Weinreich Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 2016, S.1571-1573
- ◇ Maximilian Zimmer, Tonner/Willingmann/Tamm Vertragrecht Kommentar, 2010, S.1517-1521

Eine Studie über Leihe und Verwahrung als Konsensualvertrag im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch

Taniguchi Satoshi

Zusammenfassung

Diese Abhandlung zielt nach einer vergleichenden Untersuchung der Bestimmungen über Leihe und Verwahrung im japanischen Zivilgesetzbuch (Minpouten) unter Bezug auf die Diskussion von Leihe und Verwahrung im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB).

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 Leihe und Verwahrung. Die im gegenwärtigen Zivilgesetzbuch festgesetzte Leihe und Verwahrung als Realvertrag ist in der Formulierung zweifellos in Leihe und Verwahrung als Konsensualvertrag übergegangen. 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. In dieser Reform wurden die Bestimmungen, die eine Auslegung von Leihe und Verwahrung als Realvertrag möglich machten, unverändert beibehalten. Die vorherrschende Meinung unterstützt jedoch die Auffassung (von Leihe und Verwahrung) als Konsensualvertrag.

Der Verfasser betrachtet die Unterschiede in der Diskussion der Bestimmungen über Leihe und Verwahrung in Japan und in Deutschland. Außerdem möchte er erkunden, ob es möglich ist, Hinweise zur Realvertragstheorie und Konsensualvertragstheorie in Japan zu erhalten.