

ドイツ民法制定時における消費貸借の  
法的性質をめぐる議論について

山根 聡 恵

## 一、問題の所在

消費貸借とは、現行民法第五八七条によれば、当事者の一方が、後に種類、品質、数量の同じ物をもって返還することに同意し、相手方から金銭その他の物を受け取るることによって効力が生じる契約である。<sup>1)</sup> この消費貸借契約には、借主が借り受けたものと同種、同量、同等の物で返還する義務とともに、物の利用対価として利息を支払う義務を負う利息付消費貸借と、利息を支払う義務はなく、返還義務のみを負う無利息消費貸借とが存在するが、実際上さまざまな問題が生じているのは利息付消費貸借契約である。これらのうち、取引社会においてもっとも多く行われ、かつ、実務においてさまざまな問題が生じている消費貸借は、利息付金銭消費貸借であると考えら

れる。また、消費貸借契約は、利息付消費貸借か無利息消費貸借かを問わず、貸借目的物の利用目的によっても分類することができる。すなわち、生産活動の資金を得るために行われる生産金融としての消費貸借と、生産活動以外の目的、たとえば物品の購入費用や役務提供の対価等を支払うために行われる消費金融とが考えられる。筆者としては、借主が生産活動によって収益を挙げ、その収益をもって貸主に対して借入金と利息とを返還する生産金融こそが、取引社会において重要な契約であると考えた。<sup>20</sup>そこで、本稿では、生産活動を目的とした利息付金銭消費貸借を検討の対象とする。

日本の現行民法では、先に述べたとおり消費貸借に関する合意とともに、金銭その他の物を受け取ることによって契約が成立する旨が規定されている。そのため、現行民法第五八七条に規定された消費貸借契約の法的性質については、金銭消費貸借を含めて、合意と物の引渡しによつて成立する契約、いわゆる要物契約であると考えられる。しかし、生産金融の場面において、要物契約としての消費貸借契約は多くの学説から批判を浴びることとなる。とくに、金融機関と企業との間に金銭消費貸借についての合意が成立し、企業が金融機関からの金銭を借り入れることができるに期待して第三者との間に新たな法律関係を形成したものの、金融機関が企業に対して金銭の交付をしなかった場合には、企業に損害が生じる可能性がある。たとえば、企業が金融機関からの借入れがあると信じて第三者との間に土地の購入契約を締結し、売買代金を借入金で支払う予定であつたにもかかわらず、金融機関からの融資が実行されなかつたような場合である。このとき、企業は履行されなかつた消費貸借が原因で生じた損害を金融機関に対して賠償するよう請求することができるかが問題となる。要物契約としての消費貸借を前提とすると、不法行為が成立する場合を除けば、貸主は借主に対して損害賠償の義務を負担する必要はない。というのも、要物契約が成立するためには、合意のみならず、物の引渡しが必要とされるからである。これを金銭消費貸借契約に当

てはめると、金銭貸借に関する合意があるものの、金銭の交付が行われる前の段階では、理論上は要物契約としての金銭消費貸借契約（以下、要物的金銭消費貸借と引用する）は未だ成立していないのであるから、貸主に金銭交付義務が生じていないはずである。したがって、貸主が金銭の交付をしなかったことよって、借主に損害が生じたとしても、貸主に契約責任を問えないこととなる。<sup>3)</sup>他方、現行民法第五八九条には、消費貸借予約の失効に関する規定が存在する。そのため、消費貸借予約の捉え方および消費貸借の法的性質について議論が巻き起こった。多くの学説では、消費貸借に関する合意の成立により、貸主の金銭交付義務、すなわち借主の金銭交付請求権を発生させるために、諾成的消費貸借を認めるべきであると主張されてきた。<sup>4)</sup>前記の学説では、消費貸借の合意が成立した後に、借主が借入金 の存在を前提とした契約を第三者と締結したにもかかわらず、貸主が借主に対して金銭を交付しなかったときに要物的消費貸借が問題視されてきた。その理由は以下の通りである。要物的消費貸借の場合には、理論上、借主に金銭が交付されていない段階では契約が成立していない。そのため、借主が金銭を交付しない貸主に対して契約上の権利として金銭交付を請求することもできない。また、不法行為が成立する可能性を除外し、金銭の貸借が行われなかったことから生じた損害の賠償を求めることもできないと解さざるを得ず、借主の保護に欠ける結果が生じるからである。貸主が金銭を交付しないことよって借主が不測の損害を被るといった事案が現に生じていたことから、学界では諾成的消費貸借説が通説化したとの指摘も存する。<sup>5)</sup>

こうした状況を踏まえ、二〇一七年五月に民法の一部を改正する法律（平成二九年法律第四四号）において、消費貸借に関する規定が改正された。二〇二〇年四月施行予定の改正民法では、諾成契約としての消費貸借契約（以下、諾成的消費貸借と引用する）が明文化された（改正民法第五八七条の二第一項）。その一方で、改正民法第五八七条において要物契約としての消費貸借（以下、要物的消費貸借と引用する）は引き続き維持される。さきに述べた

とおり、利息付消費貸借契約において、要物契約的消費貸借は、主に貸主の金銭交付義務が生じないという点に関してこれまで多くの学説から批判を浴びていた。にもかかわらず、債権法改正によっても維持されることとなった理由についていくつかの見解が見受けられる。まず、消費貸借の特性、すなわち消費貸借は借主の申込みによって生じるという特性と、借主の不安定な地位を回避する必要性に関わるとの指摘に存する<sup>6)</sup>。つぎに、借主が不要な金銭の借受けを強要されないという借主保護の観点から説明する見解が存する<sup>7)</sup>。これらについては後述する。

第五八七条の二では、書面とする諾成的消費貸借契約が明文化された。諾成的消費貸借契約において書面を成立要件としたのは、以下のような理由であるとされる。すなわち、諾成的消費貸借契約の場合には、契約当事者の合意によって契約の拘束力が生じる<sup>8)</sup>。そこで、口頭の合意によって貸主および借主による軽率な契約が成立することを防止するためである。要物契約の前提としての合意と諾成的消費貸借契約の合意とを区別するために、諾成的消費貸借契約の成立に書面要件を加えたとの指摘もある<sup>10)</sup>。

ヨーロッパの近代立法では、消費貸借の法的性質に関する見解が分かれていた。スイス債務法 (Schweizerisches Obligationenrecht) 三二二条では、立法当初から消費貸借契約を諾成契約として規定していた。ドイツでは、一九〇〇年に成立した改正前のドイツ民法典 (Bürgerliches Gesetzbuch 以下、B G Bと引用する。) 旧六〇七条では、借主が借り受けた目的物を同種、同量、同等の物によって返還する義務を負担する旨が規定されていたにすぎず、法的性質については明示されていなかった。また、オーストリアの一般民法典 (Österreiches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) (以下、A B G Bと引用する。) では、一八一一年の公布以来、金銭を目的とする消費貸借も含めたすべての消費貸借契約を要物契約であると規定していた (旧九八三条)。しかし、近年では、ドイツやオーストリアにおいて、金銭消費貸借を諾成契約へと改正する動きがみられた。まず、ドイツの学界では金銭消

費貸借については諾成契約が通説となり、二〇〇二年に施行された「債務法の現代化に関する法律」(以下、債務法現代化法と引用する)において、金銭消費貸借は諾成契約として明文文化された(BGB四八八条)<sup>12)</sup>。また、オーストリアにおいても、ドイツと同様に、諾成契約を支持する見解が広まり、二〇〇八年に、金銭消費貸借契約(Geldanlehensvertrag)は、一般の消費貸借とは区別されることとなり、旧九八三条から移動し、改正後のABGB九八八条から九九一条に諾成的消費貸借契約として規定されることとなった<sup>13)</sup>。その後、二〇一〇年に、金銭消費貸借契約は融資契約(Kreditvertrag)へと条文の文言が変更され、事業上締結される融資契約は、現在ではABGBから削除された<sup>14)</sup>。その後、前記融資契約は銀行基本法(Bankwesengesetz)一条一項二号に規定されることとなり、完全にABGBから姿を消すこととなった。

以上のような近年の日本およびヨーロッパ諸国の改正状況に鑑みれば、利息付消費貸借契約の法的性質としては、消費貸借の合意のみによって貸主に対して金銭交付を義務付けることができる諾成契約が原則になると考えられる。しかし、日本の金融実務では、生産金融の場面における要物的消費貸借が存続する可能性は未だ存在すると考える。その理由は以下に述べる。書面による諾成的消費貸借の合意が成立し(改正民法第五八七条の二第一項)、借主の破産手続開始決定がないにもかかわらず、貸主が借主に対して金銭を交付しない場合には、借主は貸主に金銭の交付を請求することが可能となり、また、金銭の交付がなかったことにより生じた損害について債務不履行に基づき損害賠償を請求することもできる。しかし、改正民法に関する議論の過程において、諾成的消費貸借契約に関する規定の新設には、金融業界から反対意見が出されていた<sup>15)</sup>。詳細は後で述べることにするが、諾成的消費貸借契約から生じる借主の金銭交付請求権が単なる金銭債権に変わり、譲渡や差押えの対象となる<sup>16)</sup>ことが、生産金融における貸主の貸付金返還への信用を裏切る結果となりかねないからである。こうした実務からの反対にもかかわらず

ず、改正民法では書面による諾成的消費貸借契約が明文化された。そのため、金融機関としては、今後も要物的消費貸借契約を維持し、または、貸主の金銭交付義務の発生を可能なかぎり遅らせることを試みているようである。<sup>17)</sup>

前述のような実務の対応に鑑みれば、金銭授受に先立つ要物的消費貸借の合意から生じる法的拘束力、とくに貸主の金銭交付義務に関する諸問題が債権法改正によってすべて解消されたと言明することは難しいのではない。当然のことながら、諾成的消費貸借が成立する場合には、貸主に対する借主の金銭交付請求権が発生することから、仮に貸主が借主に対して任意に金銭を交付しなかった場合でも、借主が一方的に不利益を被る場面は少なくなると考えられる。しかし、実際の取引において、要物的消費貸借の合意をなすことは可能である以上、<sup>18)</sup>金銭授受に先立つ要物的消費貸借の合意について依然として問題となると考える。

これまで、筆者は、生産金融としての利息付金銭消費貸借に焦点を当て、ドイツでは消費貸借の法的性質について議論が行われていたことから、二〇〇二年の債務法改正前後におけるBGBの判例学説の状況と現行民法における判例学説の状況を概観した。また、オーストリアでは、一八二一年の民法典公布から二〇〇八年の改正まで消費貸借を要物契約と規定していたことから、二〇〇〇年改正前のABGBの立法過程についてこれまで研究をおこなった。

そこで、本稿では、消費貸借の法的性質について要物契約と解する見解と諾成契約と解する見解とに分かれていた、一九〇〇年前後における各ラント法の規定およびBGBの制定過程を比較検討し、金銭授受の前に要物的消費貸借の合意がなされた場合と諾成的消費貸借の合意がなされた場合のそれぞれについて、当事者に法的拘束力が生じるのか、仮に、法的拘束力があるとすればそれはいかなる内容となるのかについて整理、分析を行う。検討の順序としては、まずヨーロッパ私法に大きな影響を与えたローマ法における消費貸借について概観する。つ

ぎに、BGB成立前の状況を確認するため、プロイセン一般ラント法典 (Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten (以下、ALRと引用する))、バイエルン民法草案 (Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern 1861-1864)、ザクセン民法 (Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen)、ドイツ帝国時代になって起草されたドイツ民法典の第一草案 (Der erste Entwurf) の基礎となったドレスデン草案 (Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes) を比較しつつ、一九〇〇年に成立したBGB立法当時の議論を通じて、消費貸借目的物授受前に行われた合意の捉え方、合意から生じる法的拘束力について分析し、消費貸借の契約成立および当事者の義務について検討をおこなうこととする。<sup>(19)(20)</sup>

## 二、ローマ法における消費貸借

ヨーロッパ諸国における消費貸借の起源はローマ法に遡るといわれる。ローマ法では、まず無利息消費貸借から始まり、経済活動の発展によって利息付消費貸借が出現するに至ったとされる。<sup>(21)</sup> 以下では、無利息消費貸借と利息付消費貸借について概観する。

### (一) 無利息消費貸借

ローマ法においては、契約または不法行為に基づいて債権債務関係が発生する。<sup>(22)</sup> そして、消費貸借も契約とされていた。<sup>(23)</sup>

古典期ローマ時代より存在していた無利息消費貸借 (mutuum) は、隣人知友の間で行われ<sup>(23)</sup> 基本的に当事者の

一方が相手方から金銭その他の消費物を受領し、一定期間が経過した後を受領した物と種類、品等、数量が同じ物を返還すべきことを約することによって成立する要物契約であるといわれる。<sup>24</sup> また、無利息消費貸借契約の発展の過程において、原初的には借主において貸主の要求あり次第いつでも目的物の返還をなすべき関係としておこなわれたであろうが、期間の約定が法的にサンクションされるようになり、契約としての無利息消費貸借が生成するに至ったといわれる。<sup>25</sup>

無利息消費貸借に対しては、通告式法律訴訟 (*legis actio per conditionem*) によって法的保護が与えられる以前にすでに神聖賭金式法律訴訟 (*legis actio sacramento (in personam)*) または審判人申請式法律訴訟 (*legis actio per iudicis postulacionem*) によって法的保護が与えられたという。<sup>26</sup> すなわち、消費貸借契約の無利息は自然法に基礎づけられており、要物契約においては、人は受領したものの返還以上の債務を負わないと考えられていたようである。<sup>27</sup> これを前提とすると、消費貸借が無利息の契約であるかぎり、借主が負担する金銭返還義務は、契約から生じる義務ではなく、貸主から金銭が引き渡されたことにより発生するのが当然であり、ローマ法において契約の成立によって債権債務関係が発生するという原則がある以上、消費貸借は当事者間の合意に加え、物の交付によって成立する要物契約となつたのではないかとされる。<sup>28</sup>

そのため、無利息消費貸借において、貸主は借主に対して目的物の所有権を移転させる義務を負い、借主は、貸主から目的物を供与された後に、同種、同量、同等の物で目的物を返還する義務を負うこととなる。<sup>29</sup>

なお、将来の消費貸借交付の約束 (*pacta de mutuo dando*) は、訴求できない予約 (*Vorvertrag*) であつたが、問答契約の外観をつくることによって、その約束は訴求可能なものとなりうるとの指摘がある。<sup>30</sup>



## (二) 利息付消費貸借の登場

利息は、金銭その他の代替物の元本 (caput, sors) の利用に対し、元本の額と利用期間に比例して給付される対価的代替物の一定量である、<sup>(31)</sup> 前述のとおり、そもそも消費貸借では受領したものと同額または同量の物で目的物を返還することが問題となっていたことから、消費貸借契約は、目的物を利用することに対する対価としての利息支払請求権を発生させることのない契約であった。<sup>(32)</sup> しかし、経済的需要により貸金業としての利息付消費貸借が生じた。<sup>(33)</sup> 発生当初の利息付消費貸借契約において、利息支払請求は問答契約によってのみ訴求することができた。<sup>(34)</sup> 古典期後期からは、利息について問答契約を用いずに行われるようになった。この利息に関する無方式の合意は、弁済は有効であるが、訴権は付与されない自然債務を発生させたといわれる。<sup>(35)</sup>

ローマ法における消費貸借では、人は受領したものの返還以上の債務を負わないことから、借主の返還義務が発生するには、貸借の合意のみでは不十分であり、金銭の交付が必要とされる。そこで、前述のとおり、無利息消費貸借契約の成立には、貸主たるべき者と借主たるべき者との間の貸借の合意に加え、物の交付を必要とする要物契約と解されるにいたったのではないかとされる。<sup>(36)</sup> また、利息の発生原因は消費貸借契約ではなく、無方式の合意であったことから、利息付消費貸借といえども、ローマ法では要物契約である無利息消費貸借について利息の合意が付されると解されたのではないかと考える。

また、ローマ法では、売買契約や賃貸借契約のような合意によってのみ契約が成立し、当事者間に債権債務関係が発生する諾成契約がすでに存在していた。しかし、将来の消費貸借交付の約束 (pacta de mutuo dando) は、原則としては、約束の履行を訴求することは認められない、換言すれば、借主が貸主に対して金銭の交付を請求することができなかつた以上、当事者間に債権債務関係を生ぜしめる契約だつたとは考えられない。

### 三、BGB立法過程の状況

ドイツではBGBが立法される以前に、各ラントで特別地方法が立法化された。以下では、まず、プロイセン普通法 (Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten)、『バイエルン民法草案 (Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern)』ザクセン民法 (Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen)、『ドレスデン草案 (Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes)』の各条文を比較した後に、一九〇〇年に成立したドイツ民法典の議論状況について述べる。

#### (一) 特別地方法およびドレスデン草案について

##### ①プロイセン一般ラント法

一七九四年六月に施行されたプロイセン一般ラント法 (A L R) では、契約に関する規定のなかで第一部第五節第二条の約束 (Versprechen) と第一条の契約 (Vertrag) とが区別されている。そのため、ここではまず契約の定義から確認する。A L R 第一部第五節第一条では、権利の取得または変更に向けられた相互の同意 (Einwilligung) を契約と定義づける。第二条では、相手方に権利を譲渡すること、または相手方に対して債務負担を行うことを意欲する意思表示 (Erklärung) を約束 (Versprechen) とし、約束が受領されることにより (第一部第五節第四条)、契約が成立すると考えられていたようである。そして、約束について法的拘束力が定められており、第一部第五節第九章第三六〇条以下において、約定した目的物の引渡しについて履行不能となった場合には、損害賠償義務を負う旨が規定されている。よって、要物契約の場合には、目的物引渡し前の合意に一定の拘束力が生じるという点に

留意すべきであろう。以下に、第一部第五節第一条から第四条<sup>(27)</sup>に関する拙訳を掲げる。

第一部 第五節 契約について

定義

第一条 権利の取得又は変更に向けた相互の同意 (Einwilligung) は、契約である。

第二条 相手方に権利を譲渡すること、又は、相手方に対して債務を負担することを意欲する意思表示 (Erklärung) は、約束 (Versprechen) という。

第三条 前項の規定にかかわらず、何かを行うことを意欲する旨を単に表明すること (Aeußerung) は約束とはみなされない。

第四条 契約の有効性について、約束が有効に受領されることが本質的に必要である (第七八条以下)。

つぎに、プロイセン一般ラント法の消費貸借に関する規定を概観する。第一部第一一節第六章において、六五三条は消費貸借における目的物返還義務と金銭等の譲渡のみを規定するにすぎず、同条のみでは消費貸借の法的性質については不明である。しかし、六五四条には、金銭交付義務を負う当事者 (貸主) が金銭等を相手方に引き渡すことにより契約を締結する義務を負う旨の規定があり、また、六五五条には前条の契約締結を行わない場合には契約締結を求め、または不履行に基づく損害の賠償等を求めることができる旨が定められていることから、プロイセン一般ラント法でも消費貸借は要物契約と規定されていることがわかる。<sup>(28)</sup> そのうえで、六五四条以下の規定によって将来の消費貸借契約について法的効力を認める。すなわち、六五四条には契約に基づく金銭交付義務と契約締結

義務について定め、六五五条には契約締結または損害賠償を求めることができる旨が書かれており、金銭交付前の合意に法的拘束力を認めていると考えられる。また、借主は契約締結を請求する権利を有する一方で、書面で約定された金銭の受領義務を負い（六五八条）、受領拒絶に対しては損害賠償義務を負う（六五八条）。貸主については、契約締結義務を負うのみならず、借主の財産状態の悪化等が生じた場合には、事情変更の抗弁が認められる（六五六条、第五節三六〇条以下）。以上のように、プロイセン一般ラント法では、消費貸借の法的性質について要物契約であるとしつつも、貸主、借主双方にそれぞれ契約締結義務と受領義務を負わせることにより金銭交付前の合意について、将来の貸主と将来の借主に対して契約締結権を与えた一方で、事情変更の法理により両者の利害調整を図っている<sup>(39)</sup>と評価できるのではないだろうか。以下に、プロイセン一般ラント法第一部第一節第六章第六五三条から第六五九条の拙訳を掲げる。

## 第一部 第一節 第六章 消費貸借

### 定義

第六五三条 固有の消費貸借 (eigentliche Darlehn) とは、消費貸借の当事者の一方が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に対して消費を目的として現に流通し、利用されている金銭又は所持人払いの有価証券を譲渡することができる契約である。

将来の消費貸借に関する契約について

第六五四条 当事者の一方が有効な契約により相手方に消費貸借の目的物 (Darlehn) を与える義務を負うときは、

その当事者は、約定の (versprochenen) 期間までに金額の支払い、又は、有価証券を引き渡すことにより契約を締結する (diesen Vertrag erfüllen) 義務を負う。

第六五五条 当事者の一方がこれを行わない場合には、相手方は、契約締結を求めることができる。又は、自らの所在地で契約から離脱し、発行した証書等の返還及び不履行から生じた損害の賠償を求めることができる。

第六五六条 この訴訟に対し、消費貸借の約束者は、主に事情変更の抗弁が認められる (第五節三六〇条以下)。

第六五七条 約束の後に、借主 (Borger) の人的又は財産状態に変化が生じ、これにより貸主が約束に際して考慮した人的担保又は物的担保が害された場合には、この限りでない。

第六五八条 消費貸借を求める借主は、書面で約束した金額を受領する義務を負う。

第六五九条 借主は、これを拒絶した場合には、相手方に損害を賠償する義務を負う。

第一部 第五節 第九章 契約の中止

履行不能

第三六〇条 約束者は、相手方に約束した目的物 (Versprochene) を引き渡すことができず、又は、履行できなかつ

説 た場合には、相手方に生じた損害に応じて (nach Verhältnis) その利益に責任を負わなければならない。

論

第三六一条 前条の規定にもかかわらず、相手方が約束の履行そのものを不可能とした場合には、約束者は約束の拘束から自由となり、自己の住所地において損害賠償を請求することができる。

## ② バイエルン民法草案

一八六一から一八六四年に作成されたバイエルン民法草案 (Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern) では、債務法の総論部分において、将来の契約締結に関する合意に法的効力を認め、当該合意から契約締結を求める請求権、または契約締結を拒絶した場合の損害賠償請求権が生じるとされる (バイエルン民法草案第二部第一篇第一章第一八条第一項)。以下に、第二部第一篇第一章第一八条第一項および第一九条<sup>10)</sup>の拙訳を掲げる (なお、第一八条第二項は同条前項所定の請求権の時効に関する規定のため、割愛する)。

### 第二部 第一篇 第一章 債務関係の意義及び根拠

#### 第一八条第一項

将来の契約締結に関する合意は、これによって締結を予定する契約の重要事項及びその締結の時期について付帯条項に関する後の合意について異議をとめないで約することによってその効力を生じ、契約締結を求める請求権が生じる。拒絶した場合には、損害賠償を求めることができる。

第一九条

契約締結の成立について法律が特別の方式を定める場合において、将来の契約締結が合意され、(契約を締結する…筆者注)準備(段階としての…筆者注)契約(vorberitenden Vertrag)がこの方式に従わなかったときには、方式を具備した契約の締結を請求することも、損害賠償を請求することもできない。

バイエルン民法草案の立法理由によれば、当時の法律の見解に従っても消費貸借を要物契約と解するべきであるとされる。<sup>11)</sup>また、金銭の交付に先立って行われた消費貸借の約束も、前述の第一九条に基づき、方式契約の場合に方式を具備するといった要件を満たすことができるのであれば、法的拘束力が生じる可能性があるという。消費貸借の規定では、契約の成立について、将来の返還約束と代替物の所有権の移転が必要である旨定められていることから、端的に消費貸借を要物契約と規定したことが読み取れる(第二部第二編第一章第六一九条)。また、六二〇条では、一八条を準用し、金銭交付前の合意について法的拘束力が与えられた。その結果として、借主は、金銭の交付の不履行について、貸主に対して金銭の交付または解除請求のみならず、損害賠償の請求を行うことも認められていた。他方で、立法理由によれば、借主に対して金銭の受領を強制することはできないとされるが、調査しえたかぎりにおいてその理由は示されていない。さらに、消費貸借の約束においては、金銭の交付後には返還請求権を有する債権者となる貸主が金銭の交付義務を負い、同様に交付後には返還義務を負う借主が金銭の交付を請求するという特殊性がある。<sup>12)</sup>第六二一条は、借主の財産状態の悪化、借主の受領拒絶、受領遅滞の際に消費貸借の約束が失効すると規定する。そして、利息付消費貸借が約束されたにもかかわらず、約束が解約告知により将来にわたって効力を失った場合には、貸主は解約告知期間の利息を請求することができる<sup>13)</sup>と定められていた。

第六二一条は、事情変更の法理から導き出されたとされている。<sup>(44)</sup> 以下に第二部第二編第一章第六一九条から第六二一条までの拙訳を掲げる。

バイエルン民法草案

第二部 第二編 第一章 消費貸借

第六一九条

消費貸借契約は、当事者の一方が同量、同種、同等の物を将来の返還を約して、相手方に代替物の所有権を引き渡すことにより成立する。

第六二〇条

消費貸借について有効な(第一八条)約束をした(*versprochen ist*)者は、金銭の交付が適時に行われなかった場合には、消費貸借物交付請求の訴えを提起し、又は、約束を撤回する(*von dem Verträge zurücktreten*)ことができる。

この場合において、消費貸借を約束された者は、消費貸借の約束の不履行によって生じた損害の賠償を請求することができる。

第六二一条

消費貸借の約束は、借主の財産状態により貸主の信頼が著しく害されるような方法で悪化したときは、ただちに



その効力を失う。

借主が消費貸借物の受領を拒絶し、又は、遅滞した場合も同様とする。さらに、解約告知期間と同時に、将来受領するはずの消費貸借物が利息付きである旨を約した場合には、貸主は、解約告知期間の利息を請求することができる。

### ③ザクセン民法

一八六五年三月に施行されたザクセン民法 (Bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen) の規定では、第一〇六七条において消費貸借契約において返還義務を負う場合において、代替物の所有権が移転したときに契約が成立する旨が定められていたことから、消費貸借契約の法的性質については要物契約構成を採用したと考えられる。同法一〇六八条には、貸主の金銭交付義務と借主の受領義務に言及する。要物契約構成を採用しつつ、借主の受領義務を定められている点が特徴的である。以下に、ザクセン民法第一〇六七条から第一〇六九条<sup>(46)</sup>までの拙訳を掲げる。

## 第二章 消費貸借

### 第一〇六七条

消費貸借契約は、種類、品質が同じ物について同額又は同量の物をもって後に返還する義務を負う場合において (unter der Verpflichtung)、代替物の所有権が移転したときは、成立する。

一方当事者が消費貸借物 (Darlehen) を引き渡す義務を負い、他方当事者が受領する義務を負う契約は、貸借されるべき目的物の額又は量に関する合意がある場合に限り、締結される。

## 第一〇六九条

第一〇六八条により締結された契約に基づいて、当事者双方に生じる履行を求める訴えは一年の消滅時効に係る。

## ④ドレスデン草案

一八六六年に完成した一般ドイツ法のドレスデン草案 (Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes) 第二款第一節第五二三条では、消費貸借は契約によって当事者間の債権債務関係が発生する諾成契約として規定され、貸主は金銭の交付義務を負い、借主は借受金と同価値の金銭の返還義務を負う。<sup>17)</sup> ここでは、第五三二条において利息の支払いに関する約束により利息支払義務が生じると規定されていることから、無利息消費貸借が原則とされたようである (五三二条)。以下に、ドレスデン草案第二款第一節第五二三条および第五三二条の拙訳を掲げる。

## 第二款 第一節 消費貸借

## 第五二三条

消費貸借契約により、貸主は、借主に対し、消費貸借として約束した代替物を引き渡す義務を負い、借主は、これに対して、消費貸借として受け取った前記の代替物と同種、同量、同等の物を貸主に対し返還する義務を負う。

第五三二条

遅延の場合を除き、借主は利息を支払う約束をした場合にのみ、利息を支払う義務を負う。

(二) ドイツ民法典の立法過程

一九〇〇年に成立したドイツ民法の立法過程について簡単に整理しておく。まず、消費貸借契約の法的性質について、要物契約とするのか、諾成契約とするのかについては第一草案の段階から議論があったものの、こうした学問上の論争について未解決のまま、BGB旧六〇七条では、消費貸借の借主の返還義務が金銭の交付によって生じる点のみが定められることとなった。<sup>49)</sup> また、BGB旧六一〇条には、貸主については、いわゆる事情変更の法理を具体化したと考えられる、借主の財産状態の悪化を理由とした契約からの離脱について定められた。

旧六一〇条には、消費貸借の約束 (Darlehensversprechen) という概念が現れたものの、消費貸借の約束の定義についてはとくに議論されていなかったようである。そのため、消費貸借契約と消費貸借の約束との関係、消費貸借契約の法的性質との関連で、消費貸借の約束が消費貸借の予約を意味するのか、それとも諾成的な消費貸借契約なのか、消費貸借の約束に法的拘束力が生じるのか、生じるとすればいかなる内容なのかについては不明のままであったと考えられる。

この点につき、消費貸借の約束という表現は用いていないが、将来の金銭交付に関する契約と将来の金銭受領に関する合意とに言及し、いずれの合意も法的拘束力を有すると捉えているのではないかと思われる見解が存する。<sup>50)</sup> この見解によれば、消費貸借契約の法的性質については要物契約と解される。<sup>51)</sup> そのうえで、将来の金銭交付に関する契約に法的な拘束力が生じるとしても、将来の交付に関する合意が行われるに際して、将来の貸主が基礎として

いた、将来の借主の信用状態に変更が生じ、担保価値の下落や支払停止等といった財産状態が悪化したことについて将来の貸主が証明することができれば、将来の貸主は金銭の交付義務を免れることができる。他方、貸主となるべき者は、借主となるべき者に対して金銭を受領するように強制することはできないが、借主となるべき者の受領拒絶に対する損害賠償を求めることはできるとされる。<sup>(35)</sup>

以下では、BGB旧第六〇七条および旧第六一〇条に関する議論を概観する。

#### ① BGB旧第六〇七条

消費貸借の規定に関しては、起草段階においてすでに消費貸借契約の法的性質および契約当事者の義務に関してさまざまな議論が行われた。以下に、BGB旧第六〇七条の原案である第一草案第九七条の拙訳を掲げる。

#### 第一草案第九七条<sup>(36)</sup>

「消費貸借契約によって貸主 (Darleiher) は借主 (Anleiher) に対して、一定額の金銭又は他の代替物の所有権を移転する義務を負い、他方、借主は貸主に対して消費貸借物を受領する義務と貸借されたもの (Dargeliehenen) を同種・同量・同等の物で返還する義務とを負う。」

第九七条はローマ法と同様に、貸主に対して所有権移転の義務がある旨を明記しつつも、消費貸借の法的性質には諾成的な構成を採用し、契約成立により当事者間の債権債務関係が成立すると規定されていた。また、同条では、後のドイツ民法旧六〇七条とは異なり、借主の返還義務のみならず、貸主の金銭交付義務と借主の金銭受領義務に

ついても定められていた。とくに、利息付消費貸借の合意において、消費貸借契約に法的拘束力を認める趣旨であったと思われるが、借主たるべき者に金銭受領義務がある場合には、受領を遅滞したときには、貸主たるべき者には、消費貸借の約束 (Darlehensversprechen) を撤回し、また、六か月分の約定の利息、または消費貸借の返還時期が六か月より短期の場合には期間に応じた額の利息を請求することができるとの見解が示されていたこと<sup>(33)</sup>から、将来に金銭が引き渡される旨の消費貸借の約束について、法的拘束力を認めたとも考えられる。

これに対し、消費貸借は、売買契約等の諾成契約と多くの点で異なることから、要物契約と解するべきとの指摘があった<sup>(35)</sup>。とくに問題とされたのは、消費貸借の法的性質を諾成契約と規定すると、借主の返還義務が先履行となる可能性があり、借主は金銭を受領していないにもかかわらず、貸主から返還を求められることである。この点につき、ローマ法の時代から諾成契約である貸借契約における賃料支払義務は、貸借契約の本質に鑑みれば、借人の主たる義務が賃料払いであり、現在の取引社会においても賃料の先履行は広く行われているという点で、消費貸借と賃借借とを区別すべきであるとの理由を挙げる。なお、Windscheidは、消費貸借契約について要物契約であるとの立場を示しつつも、利息付消費貸借との関係では、諾成契約を容認すべきと考えていたようである。その理由について以下のように述べられている<sup>(36)</sup>。消費貸借契約において金銭の交付に先行する義務はない以上、借主の利息支払義務は消費貸借契約から生じるわけでないとする。また、借主たるべき者に受領義務はなく、仮に受領義務があるとしても、利息支払いは必然ではない。ただし、賃借借と同様に諾成契約としての消費貸借が成立した場合には、契約締結によって利息支払いの義務が生じると述べられている。

他方、第九七条の文言に関連して、消費貸借契約の法的性質については、前記ドレスデン草案第二款第一節第五二三条と同様の諾成契約とすべきであるとの見解も唱えられた<sup>(37)</sup>。その理由としては、以下の点が挙げられる。ま

ず、ローマ法の遺産ともいふべき要物契約はいまや意義を失い、他の契約と同様に、当事者の意思の合致により契約が成立すると規定することにより、将来の契約締結に向けた合意 (pactum de contrahendo) と主たる契約とを分離する必要もなくなる。このことにより、消費貸借を双務契約と構成することによって金銭の交付は契約の履行ととらえるべきであると説く。<sup>(58)</sup>

ただし、前出のプロイセン一般ラント法第一部第一章第六五五條やバイエルン民法六二一條とは異なり、ドイツ民法の立法段階では、将来の金銭交付に関する契約から両当事者に生じる義務の不履行の効果に関する規定は定められなかった。また、消費貸借における金銭受領義務の存否についても明らかにはされなかった。<sup>(59)</sup>

また、一八九六年のライヒ議会に対する司法省の覚書では、調査しえたかぎりにおいて、消費貸借に関して問題提起はされていないようである。<sup>(60)</sup> 参考までに、覚書<sup>(61)</sup>に記載された第五節消費貸借第六〇〇条第一項の拙訳を掲げる(なお、第六〇〇条第二項は準消費貸借に関する規定であるため、割愛する)。

## 第五節 消費貸借

### 第六〇〇条

第一項 金銭又は他の代替物を消費貸借として受領した者は、貸主に対して受領物と同種、同等、同量の物を返還する義務を負う。

消費貸借契約の法的性質については、第一草案の起草段階から議論が重ねられてきたにもかかわらず、要物契約と規定すべきか諾成契約規定すべきかについての学問上の争点に結論を出すことはなく、一九〇〇年に成立したド

イツ民法旧六〇七条には、金銭の受領から生じる借主の返還義務のみが定められていた<sup>(62)</sup>。また、第一草案第九七条からは貸主の交付義務と借主の金銭受領義務とが削除された。これらの規定が削除された理由については、調査しえたかぎりにおいては不明である。

② BGB旧第六一〇条

消費貸借契約において、貸主にとって借主が金銭を返還するかどうかは重要な問題であるが、通常金銭消費貸借の場合には、消費貸借としての金銭授受に関する合意が成立した時点から貸主が借主に金銭を交付するまでの間に、借主の財産状態が著しく悪化し、返還が困難となる可能性が生じる。そこで、BGB旧六一〇条では、一定の要件のもとに、貸主を合意の拘束力から解放するための規定が設けられることとなった。

借主の財産状態が悪化した場合の処理については、第一草案九七条をめぐる議論のなかで、貸主の金銭交付義務に関連して、事情変更の抗弁の可能性について話し合われていた<sup>(63)</sup>。すなわち、仮に、消費貸借の目的物として一定額の金銭を将来引き渡す旨の合意があったとしても、借主となるべき者について交付前または合意成立前に支払停止が生じていたときに、貸主たるべき者が当該支払停止を知った場合には、金銭の交付を拒絶することができる<sup>(64)</sup>。その見解が示された<sup>(64)</sup>。その後、Johnsonの提案<sup>(65)</sup>に始まり、貸主の返還請求を危殆化させるような著しい財産状態悪化が生じた場合に、貸主たるべき者に対して、事情変更の抗弁を与え、契約から解放する旨の規定を有していたプロイセン一般ラント法第一部第一章第六五六条、第六五七条、一八一一年成立のオーストリア民法九三六条等を引用し、貸主たるべき者に事情変更の抗弁を認めるべきとの見解が出された<sup>(66)</sup>。なお、一八九六年のライヒ議会に対する司法省の覚書においても、調査しえたかぎりにおいて、とくに反対意見は出されていないようである。参考までに、

説  
覚書<sup>(67)</sup>に記載された第五節消費貸借第六〇三条の拙訳を掲げる。

論  
第五節 消費貸借

第六〇三条 消費貸借の交付を約束した者は、他方当事者の財産状態において、返還を求める請求権を危殆化させるような著しい悪化が生じた場合には、疑わしいときは、その約束を撤回することができる。

その後、いくつかの文言に関する修正を経たのちにドイツ民法旧六一〇条が成立し、借主の財産状態において、貸主の返還請求権を危殆化させるような悪化が生じた場合には、貸主は消費貸借予約を撤回することができることとなった。

#### 四、検討

消費貸借は、ローマ法における無利息消費貸借からはじまったとされるが、取引社会の発展により、ローマ時代にはすでに利息付消費貸借契約が出現した。しかし、ローマ法では、利息付消費貸借契約についても、要物構成であつたと考えられる。その理由としては、前述のとおり、当時の消費貸借において人は受領したものを返還すること以上の債務を負わなかつたからではないかとの指摘がある<sup>(68)</sup>。

ドイツ民法制定以前の状況を整理すると、消費貸借の法的性質について要物契約との立場に立つのは、プロイセン一般ラント法、バイエルン民法草案、ザクセン民法であり、諾成契約との立場に立つのは、ドレスデン草案と第



一草案である。他方、ライヒ議会に対する司法省の覚書では、BGB旧六〇七条の規定とほぼ同様に借主の返還義務について定められたにすぎない。また、約束 (Versprechen) に関する規定が存するのは、二〇〇〇年のドイツ債務法改正前の規定に限れば、プロイセン一般ラント法では契約に関する第五節第二条、第四条、契約の中止に関する第五節第九章第三六〇条、バイエルン民法草案では消費貸借に関する第二部第二編第一章六二〇条(なお、バイエルン民法草案六二〇条は第二部第一編第一章第一八条を準用する)、BGBでは旧六一〇条がある。さらに、将来の契約締結に関して明文の規定があるのは、プロイセン一般ラント法第一部第一節第六章第六五四条、第六五五条、六五七、六五九、バイエルン民法草案第二部第一編第一章第一八条第一項、第一九条であり、いずれの法典も、消費貸借の法的性質について要物契約構成を採用していた。

そして、消費貸借を要物契約とするプロイセン一般ラント法とバイエルン民法草案では、約束 (Versprechen) に関する規定がある。<sup>(86)</sup>ただし、プロイセン一般ラント法とバイエルン民法草案とは、約束 (Versprechen) の定義が異なるようである。まず、プロイセン一般ラント法における約束 (Versprechen) 一般について述べる。約束 (Versprechen) とは、権利の移転または債務負担に向けられた意思表示であり (プロイセン一般ラント法第一部第五節第一条)、契約が有効に成立するためには、約束が有効に受領される必要がある (プロイセン一般ラント法第一部第五節第四条)。そして、約束者は、約束した目的物を相手方に引き渡すこと等ができなかった場合には、損害賠償等の責任を負うこととなる (プロイセン一般ラント法第一部第五節第九章第三〇〇条)。また、将来の消費貸借に関する契約が規定され、約束者は金銭の交付義務等の義務が生じる。これらの点で、消費貸借を要物契約と構成しつつ、金銭交付前の合意に一定の法的拘束力を認めようとする (プロイセン一般ラント法第一部第一節第六章第六五四条)。また、プロイセン一般ラント法と同様に、消費貸借について要物契約構成を採るバイエルン民

法草案では、将来の契約締結に関する合意一般について法的拘束力を認め、当事者に将来の契約締結権を認め、締結を拒絶した場合には、損害賠償の義務を負う旨が定められていた（バイエルン民法草案第二部第一編第一章第一八条第一項）。また、消費貸借についても、要物契約とし（バイエルン民法草案第二部第二編第一章第六一九条）、前章第一八条一項を準用しながら、金銭の交付が適時に行われなかった場合についての規定を設け、金銭授受前の合意に一定の法的拘束力を与え、当事者に金銭交付の訴えまたは解除を請求することができる（バイエルン民法草案第二部第二編第一章第六二〇条）。また、バイエルン民法草案では、貸主の有する返還の期待にも一定の配慮をみせ、借主の財産状態が著しく悪化した場合には、貸主が契約から逃れるための規定が設けられていた（バイエルン民法草案第二部第二編第一章第六二一条）。

このことからすると、プロイセン一般ラント法第一部第一一節第六章第六五四条に規定された将来の消費貸借に関する契約、およびバイエルン民法草案第二部第一編第一章第一八条第一項に規定された将来の契約に関する合意は、ともに契約当事者に主たる契約を締結する義務を負わせるような債務法的な契約であり、Eikenscherが述べる<sup>(20)</sup>ところのいわゆる予約と考えることができる。プロイセン一般ラント法では、将来の消費貸借に関する予約としての契約に基づいて、当事者は金銭の交付等により契約を締結する義務を負う。また、バイエルン民法草案では、将来の契約締結に関する合意によって、当事者は契約締結を求める請求権が生じる。プロイセン一般ラント法、バイエルン民法草案のいずれもが、消費貸借を要物契約と構成しつつ、金銭交付前の合意に一定の法的拘束力を認める。そして、前者では金銭の交付により契約を締結する（diesem Vertrag erfüllen）義務を負い、後者では契約を締結する義務を負うこととなる。また、バイエルン民法草案では、将来の契約締結に関する合意が成立したにもかかわらず、本契約の締結を拒絶した場合には、損害賠償の義務を負う旨が定められていた（バイエルン民法草案第二部第

一編第一章第一八条第一項)。

プロイセン一般ラント法とバイエルン民法草案においては、契約の法的性質を要物契約を前提としつつも、金銭交付前の当事者の合意に一定の拘束力を与えており、バイエルン民法草案では、こうした合意によって貸主に金銭交付義務が生じると構成することにより、要物的消費貸借においても諾成的消費貸借と同様に、消費貸借の合意から生じた、借主の金銭交付に対する期待を保護することが可能となる。この法律構成は、これまで筆者が主張してきた私見と同様の結論を導くのではないかと考えられる。また、売買契約とは異なり、消費貸借の場合は、貸主が金銭交付をした後に生じることとなる、貸付金返還への貸主の信頼を保護することは重要である。そこで、金銭交付前の合意について法的な拘束力を認めつつも、借主による返還に対する貸主の信頼が失われたと判断できる場合、たとえば現行民法五八九条に規定された借主の破産手続開始決定を受けた場合には、貸主が合意の拘束力を免れるとの規定には十分合理性があると考えられる。さらに、これを一歩進めて、私見としては、ドイツ民法旧六一〇条および現行四九〇条を参考にしつつ、破産手続きに至る前の段階において、借主の財産状態において銀行取引の停止や担保物件の価値が下落した結果、貸主の返還請求権を危殆化させるような著しい財産状態の悪化があれば、貸主は金銭の交付義務を免れることとすれば、当事者間の利害調整を適切に図ることができると考ええる。

## 五、今後の検討課題

### 一、債権法改正後の消費貸借の規定について

現行民法第五八七条は、消費貸借について、「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。」と

規定することから、消費貸借契約の法的性質について、要物契約であると解される。また、第五八九条には、消費貸借の予約について「当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは、その効力を失う。」と規定されていることから、消費貸借予約に一定の拘束力が生じていることを前提としているように解される。しかし、判例は、五八七条の要物性に関連して、金銭交付前に作成された公正証書について、金銭授受のときから債務名義としての効力を認め、同様に、金銭交付前に設定手続きが行われた抵当権を有効とする判例では、当事者間に成立した融資予約に基づき、借主は、貸主に対して強制執行可能な金銭交付請求権を有するとの判断された<sup>71)</sup>。また、問題提起で述べたとおり、学説の多くは、消費貸借を諾成契約と解すべきであると主張する<sup>72)</sup>。

こうした判例の動向や学説による要物的消費貸借契約に対する批判を受けて、二〇一七年に成立した「民法の一部を改正する法律」により、消費貸借契約に関する規定は改正された。改正後の民法では、第五八七条により要物的消費貸借規定を維持しつつ、第五八七条の二第一項により諾成的消費貸借に関する規定を新設した。利息付消費貸借契約において、要物的消費貸借については、冒頭に述べたとおり、主に貸主の金銭交付義務が生じないという点に関してこれまで多くの学説から批判を浴びていた。にもかかわらず、債権法改正によっても維持されることとなった<sup>73)</sup>。その理由として、改正法に関する解説書等において以下のような見解が散見される。まず、消費貸借の特性と借主の不安定な地位の回避の必要性が関わるとの見解が存する<sup>74)</sup>。この見解では、消費貸借の特性について、以下のように述べる。すなわち、実際の消費貸借では、大部分の場合に借主が消費貸借を申し込み、貸主がこの借主の申し込みに応じて承諾することによって成立するという特性がある。そして、借主の不安定な地位の回避の必要性については、つぎのとおりに説明される。すなわち、諾成的消費貸借のみが規定されると、法的には消費貸借の合意により、一旦は借主の貸主に対する金銭交付請求権に基づく履行請求が認められる。しかし、「貸主の『借主の

信用に関わる利益」、すなわち貸主が借主に確実に返済してもらおう権利を考慮すると、借主に信用不安がある場合や貸主がそもそも借主の信用審査自体をおこなっていない場合には、結果的には貸主からの契約解除の自由により、一度認められたはずの借主からの履行請求が否定されることとなる。そこで、借主をそうした不安定な地位に立たせることを回避しつつ、貸主が借主による確実な返済を受ける権利を有する点に鑑みて、書面による場合を除いて、消費貸借の合意には法的効力を与えないものとする要物契約を原則型とすることが妥当であると評価する。他方で、借主が不要な金銭の借受けを強要されないという借主保護の観点から説明する見解が存する。<sup>(76)</sup>この見解では、借主が不要となった金銭を借りることを強要されるといういわゆる押貸しをできる限り抑止するという借主保護の観点から基礎づけられるべきであると述べる。

また、第五八七条の二が新設され、同条第一項において、書面とする消費貸借契約を諾成契約とする旨の規定が置かれることとなった。同項は、書面とする消費貸借について、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、品質およ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、その効力を生ずると規定する。したがって、書面とする消費貸借において、貸主が消費貸借として物（多くは金銭）を貸す意思を有していることと、借主が貸主から消費貸借として物を借り、消費した後に返還する意思を有していることが明らかな場合には、改正第五八七条の二第一項によって、当事者の合意のみによって成立する契約諾成的消費貸借が成立することとなる。この諾成的消費貸借契約は、書面による合意があった時点で消費貸借契約が成立し、<sup>(76)</sup>この時点で貸主の金銭交付義務と借主の金銭の返還義務が発生する。<sup>(77)</sup>なお、この場合にも、貸主の金銭交付義務は、諾成的消費貸借においても、借主の返還義務に対して先履行の関係に立つとされる。<sup>(78)</sup>その理由として、借主からすれば、消費貸借の合意に基づいて、一定期間、金銭を利用できることが返還義務の前提となるからであると

述べられる。なお、書面による諾成的消費貸借契約に基づく貸主の金銭交付義務が発生した場合であっても、改正民法において新設された第五八七条の二第二項第一文により、借主は、貸主から金銭を受領するまでは、契約を解除することができることとなった。改正民法に関する解説書等によれば、同条第一文の規定が新設されたものの、借主には借りる義務はないとされる。<sup>②9</sup>改正第五八七条の二第二項第二文に基づく損害賠償の範囲については、改正債権法に関する解説書等によれば、貸主が得られるはずであった利息の請求は認められないとされている。<sup>③0</sup>金銭の交付がない以上、利息の請求が認められないとされる。<sup>③1</sup>他方、新設第五八七条の二第三項は、現行民法第五八九条と同様に、貸主側の返還請求権に配慮する形で、貸主の金銭交付義務の履行拒絶について規定する。すなわち、当事者の一方が破産手続きの開始決定を受けた場合には、消費貸借はその効力を失うこととなる。諾成的消費貸借が明文化されると同時に、消費貸借の予約について規定されていた現行民法第五八九条が利息に関する規定へと変わり、消費貸借予約の文言は削除された。

## 二、今後の検討課題

債権法の改正によって要物契約としての消費貸借と書面による諾成的消費貸借が併存することとなった。その結果、書面による要物的消費貸借の合意について、契約成立過程でのいかなる段階と解すべきか、また、当該合意によって法的拘束力が生じるか否かが問題となる。<sup>③2</sup>

まず、書面による要物的消費貸借の合意を取り上げる理由として、実質的な要物的消費貸借の合意が金融実務において増加すると推測されるからである。書面による要物的消費貸借の合意が増加すると考える理由は以下のとおりである。新設された改正民法第五八七条の二第一項によれば、書面によって消費貸借の合意がなされた場合に

は、諾成的消費貸借契約が成立する。書面による諾成的消費貸借が成立すると、貸主は借主に対して直ちに金銭を交付する義務が発生するとされる。<sup>(83)</sup> 金銭交付義務を負い、貸主が借主に金銭を交付した後、借主は貸主に対して返還義務を負う。諾成的消費貸借が成立したと認定された場合には、貸主の金銭交付義務すなわち借主の金銭交付請求権は単なる金銭債権として扱われることとなる。そのため、借主の金銭交付請求権は、譲渡や差押えの対象となる。生産活動のための金銭消費貸借の場合において、金銭交付請求権の譲渡や差押えはいわば貸付金の目的外使用ともいえるべき深刻な状況を作り出す。すなわち、生産金融では、貸主は借主の生産活動によって貸付金や利息等の弁済を受けることが可能であるとの判断のもとに借主に対して融資を行う。そのため、貸主は、借主によって当該金員が生産活動以外の目的に利用されること、すなわち、借主の有する金銭交付請求権が譲渡されたり、他の債権者によって差し押えられたりすることを可能な限り排除したいと考えるのは当然である。<sup>(84)</sup> 借主による譲渡を防止するためには、譲渡禁止特約を付した消費貸借契約を締結するとの対応が考えられる。いうまでもなく、譲渡禁止特約は善意無過失の第三者に対抗することはできない（改正民法四六六条二項、三項）。しかし、銀行その他の金融機関との生産金融について、金融機関と借主との消費貸借契約に借入金譲渡禁止特約が存在することは、取引界では公知とされているとの主張が認められれば、現実には、善意無過失の第三者と認定される者はほとんど現れない可能性はある。そうであるならば、民法（債権関係）部会（以下、部会と引用する）で指摘されたように、借主による金銭交付請求権の譲渡については、期限の利益喪失約款などで対応することが可能となる。<sup>(85)</sup> 一方で、借主の有する金銭交付請求権が借主の他の債権者に差し押さえられる可能性は依然として残る。部会の議論では、消費貸借における金銭交付請求権を差押禁止とする案が提案されたものの、民法で差押禁止財産を創設することへの反対があったため、金銭交付請求権の差押禁止は見送られたからである。<sup>(86)</sup>

こうした貸付金の譲渡や差押えを回避するために、金融実務において、書面による消費貸借契約について実質的に要物的消費貸借に近づける、あるいは、書面による要物的消費貸借が検討されているようである。たとえば、「貸す義務」の発生につきその「発生時期」（融資実行日）を書面に記載する等の工夫がされるべきであるとの指摘がある。<sup>87)</sup>あるいは、貸付実行条件等を明記した諾成的消費貸借と書面による要物的消費貸借とが提案されているようである。<sup>88)</sup>この提案に示された書面による要物的消費貸借とは、貸主が借主に対して貸付金を交付することを停止条件として効力が生じる金銭消費貸借契約書であるとされる。<sup>89)</sup>こうした債権法改正への実務の対応は、民法の規定や取引約款で対応することが困難であると思われる、借主の金銭交付請求権に対する差押えを免れるために考え出されたものではないかと考えられる。そこで、書面による要物的消費貸借の合意、もしくは実質的には要物契約に近い書面による諾成的消費貸借が増加する可能性があると考ええる。

では、書面による要物的消費貸借の合意がなされたとすると、貸主に金銭交付義務が生じるのか、生じるとすれば、いかなる法律構成によるものかが問題となろう。理由は下記のとおりである。すなわち、債権法改正に関する解説書によれば、諾成的消費貸借契約の成立に書面を要求した理由としては、消費貸借の前提としての合意と諾成的消費貸借契約とを区別するためであるとされる。<sup>90)</sup>すると、書面による消費貸借の合意はすべて諾成的消費貸借契約であるといえるはずである。しかし、契約自由の原則に鑑みれば、書面による要物的消費貸借の合意をすることは可能である。また、書面による消費貸借がすべて諾成的消費貸借になるとは限らないとの指摘も存する。<sup>91)</sup>この見解では、『貸す義務』を借主（原文ママ）が明記しない限り「要物契約である消費貸借を書面で締結したものと解すべきであるとされる。また、第五八七条の二第一項に関する複数の解説書において、諾成的消費貸借の成立に必要な書面には、貸主の金銭交付の意思と借主の返還の意思とがあらわれる必要があるとされていることから、貸主



の金銭交付の意思があらわれていない書面による消費貸借の合意は書面による要物的消費貸借の合意がなされたと解することも可能であるとの見解も見受けられる。<sup>93</sup>さらに「貸す義務」が明記されていないから、直ちに貸す義務が発生しないことになるわけではないと付言する見解も見受けられる。<sup>94</sup>

改正民法に関するいくつかの解説を概観したかぎりでは、上記のとおり書面による要物的消費貸借の合意がなされた場合について、契約成立過程のいかなる段階と評価すべきかについて分かれている。そのため、書面による要物的消費貸借の合意によって当事者に対する法的拘束力が生じるか否かについて見解が分かれることとなる。すなわち、書面による要物的消費貸借の合意によって金銭交付義務が直ちには発生しないが、金銭交付義務自体は生じているのか、それとも、要物的消費貸借の合意には貸主の金銭交付義務自体が発生しないのかについて明らかにしていないのではないのか。すなわち、要物的消費貸借契約は、金銭の授受によって契約が成立することから、要物的消費貸借契約の合意のみによって貸主の金銭交付義務は生じないと解することができる。しかし、要物的消費貸借の合意が「書面」でなされている以上、改正民法第五八七条の二第一項により貸主の金銭交付義務が発生すると解することも可能である。<sup>95</sup>さらに、書面による要物的消費貸借に基づいて貸主の金銭交付義務が発生するとしても、いかなる法律構成によるものかについても問題となりうる。たとえば、消費貸借の予約に基づいて金銭交付義務が生じたと考えることが可能である。債権法改正の法案作成に携わった担当者の解説によれば、五九〇条から「消費貸借予約」の文言が削除されたが、消費貸借予約の存在そのものを否定する趣旨ではないとされる。<sup>96</sup>あるいは、消費貸借の予約以外の構成も可能である。すなわち、書面によって金銭の交付を停止条件とする金銭消費貸借の合意がなされた場合には、合意の解釈の問題であると述べる見解が存する。<sup>97</sup>ここでは、契約成立前の段階を当事者が意識的にコントロールする、つまり、予約によって契約成立過程をコントロールするという点で効力が認められるべ

きであるとされる。そのうえで、金銭の交付を停止条件とする消費貸借について書面が作成された場合に、諾成的消費貸借、消費貸借の予約、金銭の交付を停止条件とする消費貸借、要物契約の前提としての合意などのいずれに該当するかについては、合意の解釈の問題であるとの指摘する。しかし、この見解では、各合意の法的拘束力の有無について言及されていない。これらに加え、一般当座貸越契約が要物的消費貸借の予約であると解する見解では、法的拘束力について以下のように説明する。<sup>98)</sup>すなわち、一般当座貸越契約では、金融機関が金融情勢の変化や債権保全等の相当の事由がある場合には、金銭交付義務を免れるとの約定があることから、諾成的消費貸借の予約ではなく、要物的消費貸借の予約と解する余地はであるとされる。

以上述べたように、書面による要物的消費貸借の合意に関してはさまざまな見解が見受けられる。しかし、改正された債権法は二〇二〇年四月から施行される以上、今後さらに議論が深化すると考えられる。そこで、書面による要物的消費貸借に関して、現段階での私見を簡単に述べておく。

新設された五八七条の二第一項により諾成的消費貸借が明文化されたことによって、貸主の金銭交付義務が消費貸借の合意によってのみ生じることとなった点に大きな意義がある。しかし、銀行実務としては、前述のとおり、可能な限り諾成的消費貸借を回避し、貸主の金銭交付義務が生じない要物的消費貸借を維持することに努めるであろうことは想像に難くない。もちろん、筆者としては、金融機関側の債権回収に慎重な態度を非難するものではない。とはいえ、消費貸借の合意が成立し、借主が貸主から金銭を借りることができる信頼し、第三者との新たな法律行為を形成した後になって、貸主が借主に金銭交付をおこなったことによって借主に損害が生じる可能性は皆無とはいえない。にもかかわらず、このような場合に、要物的消費貸借契約を貸主側が利用し、借主に生じた損害について貸主が一切の責任を免れるといった主張が認められるとすると、あまりにも貸主保護に傾きすぎるので

はないかと考える。本稿で分析したプロイセン一般ラント法やバイエルン民法草案では、要物的消費貸借の規定を置きながら、金銭交付に先立つ合意に一定の法的拘束力を認め、契約締結を求める請求権や損害賠償請求権が認められている。これらの規定を参考に、改正後の債権法においても、将来の契約締結に関して書面でなされた合意に一定の法的拘束力を認め、貸主に金銭交付義務を負わせるべきではないかと考える。すなわち、書面でなされた要物的消費貸借の合意については、要物的消費貸借予約と解し、借主には貸主に対して本契約締結を請求することを認める。なお、本契約締結請求の内容としては、借主は貸主に金銭交付を請求することができるかと解するのが妥当ではないか。というのも、借主が貸主に対してまず本契約締結の意思表示判決を求め、その勝訴が確定した後で金銭交付請求を行うことは迅速であるとの指摘が存ずる<sup>99)</sup>。私見としてもこれにしたがいたい。なお、要物的消費貸借の予約に基づいて借主が金銭交付を請求するとしても、借主が破産手続き開始の決定を受けたときは、諾成的消費貸借の規定を類推適用し、貸主が金銭交付義務から免れるべきであるとの見解にしたがう<sup>100)</sup>。

書面による要物的消費貸借の合意に関して、改正に関する解説ごとにそれぞれ異なった見解が示されているという現状に鑑みれば、要物的消費貸借の法的拘束力に関わる問題について、今回の改正によって画一的に解決されたとはいいがたく、さらに議論を重ねる必要があると考える。そのため、諾成的消費貸借契約の成立要件としての書面に関する研究、および、書面による要物的消費貸借について契約成立過程においていかなる段階と解し、法的拘束力が発生するのかに関する整理・分析については、今後の検討課題としたい。

## 注

(1) 本稿では、日本民法について一八九六年に制定された民法を現行民法と引用し、二〇二〇年施行予定の民法を改正民法と

引用する。

(2) ドイツ民法に関し、Lammell/Rucker, L. Schafer, Schmoedel, Zimmermann, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB Band. III Teilband. I 2013, S.329にも同様の指摘がある。

(3) 要物的消費貸借契約では、融資の約束をしたにもかかわらず実際に金銭を受け取るまで融資を受けられるかどうか分からないのは、借主はその融資を前提とする計画等を立てることすらできないといった問題が指摘されている(信山社編集部編『新法シリーズ試案編三』③民法改正中間試案〔確定全文+概要+補足説明〕二(信山社、二〇一三年)四四二頁)。

(4) 現行民法五八七条の下では、金銭授受に先立つ消費貸借の合意が完全に成立し、または、貸出条件の主要な部分が確定して当事者を拘束するような合意が成立した段階についていかなる契約段階であると解するかについて、以下に学説を概観する。金銭授受に先立つておこなわれた消費貸借の合意については、大きく諾成的消費貸借を認める見解と認めない見解とに分かれ、前者はさらに三つに分かれる。すなわち、諾成的消費貸借を認めつつ、消費貸借の予約(現行民法第五五九条、五五六条)に基づいて要物契約としての消費貸借(現行民法第五八七条)の成立を認める見解と、無名契約としての諾成的消費貸借契約を認める見解、立法論として諾成的消費貸借契約を認める見解とに分かれる。

諾成的消費貸借を認めつつ、消費貸借の予約(現行民法第五五六条)という「予約」に基づいて、要物契約としての消費貸借(現行民法第五八七条)の成立を認める立場(我妻栄『債権各論中一卷V二』(以下、我妻と引用する)三五四頁五二一、広中俊雄『広中俊雄著作集一契約とその法的保護』(創文社一九九二年)、同『債権法各論講義 第六版』(有斐閣、一九九四年(平六年)) (以下、広中・債権法と引用する)一一二頁)では、当事者意思に適するとして、利息付消費貸借契約の予約にも貸主の金銭交付義務を認める(我妻三五四頁五二二)。

消費貸借の「予約」について、当事者の一方に予約完結権を与える売買一方の予約(現行民法第五五六条)を準用し(現行民法第五五九条)、貸主一方の予約、借主一方の予約を検討している。ここでの見解も大きく二つに分かれる。すなわち、貸主にのみ予約完結権を与える貸主一方の予約と、借主に予約完結権を与える借主一方の予約の両方を認める見解と、借主

一方の予約のみを認める見解とがある。前者は、予約権利者が予約完結権を行使すると、諾成的消費貸借が成立するという（鈴木祿弥『債権法講義（三訂版）』（創文社一九九五年（平成七年）（以下、鈴木と引用する。）三七二頁四一七）。後者は、實際上の必要性から借主一方の予約のみを認めるべきであるとする。ただし、借主一方の予約に関する考え方はそれぞれ異なる。すなわち、借主一方の予約を諾成的消費貸借と同視する立場（来栖三郎『契約法』（有斐閣法律学全集一九七四年（昭和四九年）（以下、来栖と引用する。）二五七頁）と、当事者の通常的意思を考慮して予約の拘束力を認めるだけでなく、さらに進んで諾成的消費貸借を認めるべきであるとする立場（広中債権法各論 一一二頁）とに分類される。

また、消費貸借契約について諾成契約とすべきとの見解が存する（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一三卷二号（以下、椿と引用する。）二九三、三〇一～三〇二、三二二～三一六、三三八～三六九頁は、無利息、利息付にかかわらず、原則として諾成的消費貸借を認める。鎌野邦樹『金銭消費貸借と利息の制限（叢書民法総合判例研究）』（一粒社一九九九年）（以下、鎌野・叢書と引用する。）一五七頁、一六四頁は、消費貸借契約について諾成的消費貸借を立法すべきであると主張する。）。

そのほかに、諾成的消費貸借契約という概念そのものを認めない見解も存する（三宅正男『契約法（各論）下巻』（青林書院新社一九八八年（昭和六三年）（以下、三宅と引用する。）五三三頁）。ここでは、金銭授受前に「債務負担の拘束的合意」があれば、現行民法五五六条とは異なる消費貸借の予約が成立したとし、金銭の授受後に合意があれば、消費貸借契約が成立したと解する。

(5) 広中俊雄「民法五八七条注釈」幾代通・広中俊雄編『新版注釈民法（15）』（有斐閣、一九八九年（平成元年））一四頁。

(6) 鎌野邦樹「第七章 消費貸借」安永正昭・鎌田薫・能見善久監修『債権法改正と民法学Ⅲ契約（2）』（商事法務、二〇一八年）（以下、鎌野・債権法改正と民法学と引用する。）二二三～二四頁。

(7) 石川博康「債権法改正をめぐる理論的諸問題」司法研修所論集二二七号（二〇一七年）（以下、石川と引用する。）一五四頁。平野裕之『新債権法の論点と解釈』（慶應義塾大学出版会、二〇一九年）（以下、平野と引用する。）三五八頁もこの見解を支

持する。

- (8) 中田裕康『契約法』(有斐閣、二〇一七年)三五〇頁、千葉恵美子「五〇消費貸借」潮見佳男・千葉恵美子・片山直也・山野目章夫編『詳解改正民法』(商事法務、二〇一八年)(以下、千葉と引用する。)四四八頁。
- (9) 民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明四四二頁部会資料五七第二一、筒井健夫・村松秀樹編著『一問一答』(以下、一問一答と引用する。)二九二頁、三枝健治「一九一消費貸借の成立」潮見佳男・北居功・高須順一・赫高規、中込一洋・松岡久和編著『Before After』(弘文堂、二〇一七年)(以下、Before Afterと引用する)三三三頁、「第三節消費貸借本論に対するコメント(内田貴)」鎌田薫・内田貴・青山大樹・末廣裕亮・篠原孝典著『重要論点実務民法(債権関係)改正』(商事法務、二〇一九年)(以下、内田と引用する。)三二二頁。
- (10) 中田裕康「三消費貸借」中田裕康・大村敦志・道垣内弘人・沖野眞巳著『講義債権法改正』(商事法務、二〇一七)(以下、中田・講義と引用する。)二八五頁。
- (11) Brox, Besonderes Schuldrecht, vierzehnte, verbesserte Aufl., S.144; Esser/Weyers, Schuldrecht Band II, Besonderer Teil, 7.völlig neubearbeitete Aufl., 1991 S.214; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Allgemeiner Teil 14.Aufl., 1989, S.300; Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 10.neubearbeitete Aufl., 2000, S.143, 287; Schönke, Bank- und Bösenrecht 2.Aufl., 1976, S.138; Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 3, 54.Aufl., 1980, zum §607, Rn.2. (Häuser)
- (12) Canaris, Schuldrechtsreform 2002, 2002, S.302; Dauner-Lieb, Anwaltkommentar Schuldrecht (AnwKom-BGB-Bearbeiter§1 Rd.1), 2002 S.638 Rn.2; a.a.O., Das Neue Schuldrecht Ein Lehrbuch, 2002 S.286 Rn.2; Reiner Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 2.Aufl. (Gesetzesstand: Neufassung des BGB vom 2. Januar 2002 (BGBl. 2002 I, 42)), S.600 Rd.1; Lorenz-Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, S.335; Münchener Kommentar zum BGB 8. Aufl., 2019, Rn.9 (Berger)
- (13) Avancini-Iro-Kozioł, Österreichisches Bankvertragsrecht Bd. 2, 1993 S.2~4; Praxiskommentar zum ABGB Band 5, 2., neubearbeitete und erweiterte Aufl., 1997§983, S.659 (Binder); Boehmer, Realverträge im heutigen Rechte, Archiv für Bürgerliches Recht, 38, 1913,

- S.325, S.330 ; Demelius, Realcontracte im heutigen Recht, Jhering Jahrbücher, 3 Band, 1859, S.408～409 ; Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts 2 Band, 2. Aufl., 1928, S.396§331 ; Habietinek, S.134～136 ; Harter-Hörzinger, Zur Rechtsnatur des Darlehens, ÖJZ 1990, S.614 ; Hasenöhl, Das Oesterreichische Obligationenrecht, 1982, S.358～359, 361 ; Kirchsteiler, Commentar zum Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, 4 durchgesehene und verbesserte Aufl., 1882, S.505 ; Kohler, Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht, 1883, S.59 ; Unger, Realcontracte im heutigen Recht, Jhering Jahrbücher 8 (14) 2008/48/EG ABI 2008 L133 S66
- (15) Art 11 Dalehens- und Kreditrechts-Änderungsgesetz BGBl I 2010/28
- (16) 民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案（以下、要綱仮案と引用する）が出された段階で、実務界からは以下のような危惧が示されていた。三上徹「債権法研究会報告 消費貸借」金融法務事情二〇〇八号二六頁（注一〇）によれば、貸主側が消費貸借の契約の中に譲渡禁止特約を盛り込むことによって貸付金の目的外利用を防止しようとしても、当該特約は善意無重過失の第三者に対抗できない上に、要綱仮案では譲渡禁止特約の効力が制限されていることから、万全ではないとの指摘がなされていた。
- また、法制審議会においても、消費貸借を諾成契約として規定した場合に、借主の金銭交付請求権が単なる金銭債権となることによって、同請求権が債権譲渡や差押えの対象となると、貸付金が事実上の目的外に利用されるおそれがあるため、金融機関にとっては、安心して貸付の合意をすることが困難になるとの指摘があった（第四四 消費貸借」商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』（商事法務、二〇一一年）三四六頁三三三）。
- なお、法制審議会の部会では、借主の目的外使用については、貸主が期限の利益喪失条項や使途制限条項を設けることにより回避すべきであり、使途制限条項が付されていないことによって、借主が目的外使用をした場合のリスクは貸主が負う旨の発言があった（道垣内弘人幹事発言「民法（債権関係）部会第一五回会議 議事録」『民法（債権関係）部会資料集 第一集（第四卷）』（商事法務、二〇一一年）八〇頁）。

(17) 「貸す義務」の発生につきその「発生時期」(融資実行日)を書面に記載する等の工夫をすべきとの指摘がある(「民法改正と金融取引における対応ポイント」銀行法務二一第八一九号(二〇一七年九月増刊号)二五頁)。あるいは、貸付実行条件等を明記した諾成的消費貸借と書面による要物的消費貸借とが提案されているようである(長谷川卓「第一章 消費貸借」井上聡・松尾博憲編著『practical金融法務 債権法改正』(金融財政事情研究会、二〇一七年)(以下、長谷川と引用する)三三四頁)。ここでは、書面による要物的消費貸借について、貸主が借主に対して貸付金を交付することを停止条件として効力が生じる金銭消費貸借契約書であると説明される(長谷川三二七頁)。

(18) 改正民法第五八七条の二第一項に諾成契約の成立に書面要件が加えられた理由として、要物的消費貸借の合意と諾成的消費貸借とを区別するためであるとする見解に立ったとしても、実務では書面による要物的消費貸借が存在する可能性を否定できないのではないかと考えられる。

(19) BGBの立法過程については、以下の文献を参照した。

Riedel, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen 2. Band, 2. Teil, 11. neubearbeitete Aufl., 1955, S.1052-1056 §607 Vorbem. Rn.1-3; ヴィーアッカー著鈴木祿弥訳『近世私法史』(創文堂一九四一年(昭和三十六年))三九六-四二二頁、五六五-五九二頁、大木雅夫著『比較法講義』(東京大学出版一九九二年)二二七-二二〇頁、山田晟『ドイツ法概論Ⅱ』(第三版)(有斐閣一九八七年(昭和六二年))五-二三頁)。

なお、BGB旧第六〇七条、旧第六一〇条、第四八八条一項(旧第六〇七条に対応する)、第四九〇条一項(旧第六一〇条に相当する)に関する邦訳を掲げる。旧第六〇七条、旧第六一〇条については、右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂一九九五年(平成七年))による。また、第四八八条一項、第四九〇条一項については拙訳を掲げる。

赤松秀岳、右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂一九九五年(平成七年))(以下、赤松と引用する。)三五九頁。  
第六〇七条「消費貸借の意義」

(一) 金銭その他の代替物を消費貸借の目的として受領した者は、受領した物と同種、同質及び同量の物を貸主に返還する義



務を負う。

(二) 他の原因に基づき金銭その他の代替物を給付する義務を負う者は、債権者との合意により、その金銭又は物を消費貸借の目的とすることができる。

赤松、三七〇頁

第六一〇条「消費貸借の約束」

消費貸借の目的物の交付を約束した者は、相手方の財産関係に著しい悪化が生じ、そのために返還請求権が危うくなる場合には、疑わしいときは、その約束を撤回することができる。

第四八八条 契約上の主たる債務

(一) 消費貸借契約により、貸主は借主に対して合意した額の金員を利用させる義務を負う。借主は、債務を負担している利息を支払い、利用した消費貸借を弁済期に返還する義務を負う。

第四九〇条

(二) 借主の財産状態の悪化又は消費貸借のために設定された担保の価値 (Wertlosigkeit) において、担保を換価したとしても消費貸借の返還が危殆化する、著しい悪化が生じ又は生じるおそれがあるときに、貸主は消費貸借の交付前に疑わしい場合には、常に消費貸借契約を解約告知することができる。また、交付をした後であっても、通常の場合には、ただちに消費貸借契約を解約告知することができる。

(20) なお、本稿で取り扱うドイツの各立法例では、後述のとおり、約束 (Versprechen) に関する規定が散見される (プロイセン一般ラント法第一部第五節第二条、第四条、第一部第五節第九章第三六〇条、バイエルン民法草案第二部第一編第一章第六二〇条 (なお、バイエルン民法草案第六二〇条は第一八条を準用する)、BGB旧第六一〇条を参照のこと)。また、プロイセン一般ラント法第一部第一節第六章第六五四条、第六五五条、第六五七〜第六五九、バイエルン民法草案第二部第一

編第一章第一八条第一項、第一九条には、約束とは異なる概念であると推察される、将来の契約締結に関する規定が存在した。そのため、消費貸借契約 (Darlehensvertrag)、消費貸借の約束 (Darlehensversprechen)、消費貸借の予約 (Darlehensvorvertrag) の関係についてここで簡単に整理しておく。

まず、消費貸借予約 (Darlehensvertrag) と関連して、予約一般について述べる。ドイツ民法において、日本民法第五五六条という売買一方の予約に相当する規定はない。しかし、債務法改正前より申込みに関する BGB 第一四五条の規定が存在し、また、当事者を法律上拘束するような契約の前段階 (Vorstufen des Vertrags) という概念と関連するものとして、「予約」という用語が説明される (Brox, Allgemeines Schuldrecht, 23. Aufl., 1996, S.38; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Allgemeiner Teil 14. Aufl., 1989 (以下、Larenz) 引用する。), S.85)。予約とは、契約当事者に主たる契約を締結する義務を負わせるような債務法的な契約であるといわれる (Fikentscher, Schuldrecht 8., neubearbeitete Aufl., 1992 (以下、Fikentscher) 引用する。), S.91)。それは、このような予約の意義はどこにあると考えられているであろうか。Larenz は次のように述べている。契約をいったんは締結しようとしているが、主たる契約の締結に対してまだ何かが障害となっている事由があるような場合、当事者は予約を締結するようである。当事者がより詳細な内容あるいは時期に関する重要なすべての状況を把握していない場合、特に予約が締結されるのである (Larenz, a.a.O., S.85)。また Henrich の言うところでは、「当事者の契約に対する意思に従って、本来到達しようとした目的に向けられた契約を締結するために必要な事項が、法律上もしくは事実上の理由からまだ準備されていないと思われる場合、常に予約が認められる。それに対してもし当事者が意図する経済上の効果を直接かつ最終的に生ぜしめるつもりであるならば、予約が存在するのではなく、主たる契約が存在するのである。」(Henrich, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, Marburg, 1965, S.115.)

ここに、学説上、消費貸借契約の法的性質については、要物契約 (Fikentscher, a.a.O., S.517) と諾成契約 (Esser/Weyers, Schuldrecht Band II Besonderer Teil, 7.völlig neubearbeitete Aufl., 1991 (以下、Esser/Weyers) 引用する。), S.214; Larenz, a.a.O., S.298; Medicus, Schuldrecht II Besonderer Teil, 7.neubearbeitete Aufl., 1995, S.137; Schönle, Bank- und Bösemrecht 2. Aufl., 1976, S.138) と

に分かれ、それぞれの見解によって、消費貸借の約束 (Darlehensversprechen) / 消費貸借の予約 (Darlehensvorvertrag) の捉え方が変わる。

消費貸借の約束 (Darlehensversprechen) は、BGB 旧第六一〇条の規定を見る限り、いかなる契約段階を示す概念であるか、すなわちこの文言は消費貸借の主たる契約か、消費貸借予約であるか、あるいは特別に定められた消費貸借の約束という概念を指すかについて明らかではない。また、消費貸借の予約に関してはそもそも条文で使用されている文言ではないことから、二〇〇二年債務法改正前において、やはり先ほどの消費貸借の約束と同様に、いかなる契約段階を指す言葉であるかについて争いがあった。

Esser は、消費貸借を諾成契約ととらえ、消費貸借の約束 (Darlehensversprechen) と消費貸借予約 (Darlehensvorvertrag) とは一致するところ (Esser/Meyers, a.a.O., S.214)。また、原則的には要物契約としての消費貸借の予約が消費貸借の約束であるとした上で、諾成契約としての消費貸借に予約を認める見解 (Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 7, 56, neubearbeitete, 1997, vor §607, S.652, Anm.3) も見受けられた。さらに、消費貸借を諾成契約としつつ、予約は消費貸借の約束 (Darlehensversprechen) を含まないところ (Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Band 3 Schuldrecht - Besonderer Teil I, Halbband, zum §607, S.1207, Rd.35)。Fikentscher は、消費貸借を要物契約とした上で、その予約は交付による意思表示と消費貸借物の交付と受領を約束するところ (Fikentscher, a.a.O., S.517)。

本稿で扱うドイツの各ラント法およびドイツ民法制定時の議論では、消費貸借の法的性質に関する議論はあったものの、予約ないしは消費貸借予約という用語は用いられていない。また、後述のプロイセン一般ラント法とバイエルン民法草案の条文を概観するかぎりでは、約束によって、何らかの法的拘束力、たとえば契約成立によって当事者間に生じる債権債務関係と同様の拘束力が生じると考えられない。諾成契約構成を採用したドレスデン草案と第一草案では約束 (Versprechen) と消費貸借の予約 (Darlehensvorvertrag) と諾成的消費貸借契約との関係については調査しえたかぎりにおいてほぼ論じられていなかったようである。

契約成立に向けられた意思表示の意味について詳細な研究が行われた滝沢昌彦著『契約成立プロセスの研究』（有斐閣二〇〇三年）（本稿におけるプロイセン一般ラント法、バイエルン民法草案の試訳は同論文に負うところが大きい。）、とくにプロイセン一般ラント法に関する三四頁、三八頁、バイエルン民法草案に関する四二頁によれば、これらの規定に現れる約束（Versprechen）は、申込みの意思表示に限りなく近い概念であると解する。このことから、少なくとも、プロイセン一般ラント法およびバイエルン民法草案に書かれた約束（Versprechen）という文言は、FicktscherやLarenzが想定していた予約（Vorvertrag）、すなわち当事者を拘束する効力が生じるような債務法的契約としての予約とは異なる概念であると推察される。したがって、本稿における約束という文言については、前記滝沢論文を参照しつつ、申込みの意思表示として取り扱う。なお、消費貸借に関する約束（Versprechen）と消費貸借の予約（Darlehensvorvertrag）との関係、あるいは、消費貸借契約と消費貸借の約束（Versprechen）と消費貸借の予約（Darlehensvorvertrag）とについては紙幅の関係上、別稿にて論ずることとする。

- (21) ローマ法の状況については、以下の文献を参照した。Huschke, Die Lehre des Römischen Rechts vom Darlehen und den dazu gehörigen Materieren, 1882（以下、Huschkeと引用する。）；Kaser, Römisches Privatrecht, 16. Aufl, 1992（以下、Kaserと引用する。）；小野秀誠『契約における自由と拘束』（信山社）二〇〇八年五頁（以下、小野と引用する。）、河上正二訳著『歴史の中の民法』（日本評論社二〇〇一年）（以下、河上と引用する。）、クリンゲンベルク著瀧澤栄治訳『ローマ債権法講義』（大学教育出版二〇〇一年）（以下、クリンゲンベルグ・瀧澤と引用する。）、船田亨二『ローマ法第三卷』（岩波書店一九七〇年）（以下、船田と引用する。）、埜浩『埜浩著作集八 フリッツ・シュルツ 古典期ローマ私法要説』（信山社一九九二年（平成四年））（以下、埜シュルツと引用する。）、原田慶吉『ローマ法第五版』（有斐閣一九五四年（昭和二十九））一五五頁（以下、原田と引用する。）、広中著作集。Kaser, Römisches Privatrecht, 10. verbesserte Aufl. 1977には邦訳が存在する（カーザー著柴田光蔵訳『ローマ私法概説』（創文社一九七九年（昭和五四年）））。

なお、ローマ法における消費貸借の規定に関する優れた先行研究として、前述の広中俊雄『広中俊雄著作集一 契約とその法的保護』（創文社一九九二年）を挙げる。

(22) Gaius 3・88<sup>1</sup> Inst. 3・13前文、Behrends/Knitel/Kupisch/Seiler, Corpus Iuris Civilis Band I Institutionen (以下、Behrends/Knitel/Kupisch/Seilerに引用する。) 2. verbesserte und erweiterte Aufl., S.171<sup>1</sup>、船田八九頁四四三<sup>1)</sup>。

これらの法文につき、以下の文献による邦訳を掲げる。佐藤篤士監訳『ガイウス法学提要』(敬文堂二〇〇二年)(以下、佐藤と引用する。)一四一頁、矢田一雄『ユースティニアヌス帝法学提要』(厳翠堂、一九三九年)(以下、矢田と引用する。)一九二頁。

Gaius 3・88<sup>2)</sup>からわれられは債権債務関係に移ろう。それを最も大きく分ければ二つの種類になる。すなわち、すべての債権債務関係は、あるいは契約から、あるいは不法行為から生じる。

Inst. 3・13・前文 いまや債務関係に移らんとす、債務関係とは吾人の国法に従い或る債務を弁済せんが為めの必要に因り強制せらるる法鎖を謂う。

(23) 広中著作集一二四頁、クリンゲンベルク・瀧澤一六九頁。

(24) Inst. 3・14・前文 2. Behrends/Knitel/Kupisch/Seiler, S.172; Kaser, S.184<sup>1</sup>、小野五頁、船田八九頁四四三、同九七頁四四五、稿六六一頁第六節八七五、矢田一九三頁。なお、原田一七七頁によれば、古典法の要物契約とは、物の供与によって所有権の移転を伴う契約の意の如くであるとし、ユスティニアヌス帝法また現代法の要物契約の如く、物の交付によって成立する契約ではないとの指摘がある。

以下に、前掲佐藤一四二頁の邦訳と前掲矢田一九四頁の邦訳とを掲げる。なお、Inst. 3・14・前文二は、消費貸借に関連する部分を抜粋した。

Gaius 3・90

物により債権債務関係が締結されるのは、例えば消費のために物を付与する場合である。へところで、消費のために物を付与することは、本来、「一般に(佐藤一四二頁注一七〇によれば、Nelson-Manthe<sup>1)</sup>は、「一般に(ferè)」に(?)が付いているとされる)重量、数量、容量で確定される物、すなわち鑄造貨幣、葡萄酒、オリブ油、穀物、銅、銀、金について生

じる。われわれは、このような物について、物が受領者のものとなり、そして特定の時期に同じ物ではなく同じ性質をもつ別の物がわれわれに返還されることを条件として、あるいは数量で、あるいは容量で、あるいは重量ではかつて与える。このようにして私からあなたに与えられた物は、私のものから (ex meo) あなたのもの (tuum) となるので、消費貸借 (mutuum) ともよばれた。)

Inst. 3・14・前文二

或る物を使用するがために付与せらるる即ち使用貸借せらるる者は：(中略)：其の返還すべき物自体に就きて責を負へたり。而して消費貸借の借主が若し如何なる偶発の事由例へば火災・崩壊・難船又は盜賊若くは敵の侵略により貸借の目的物を滅失したるときも依然として債務者は存続す。然れども使用貸借の借主は(使用貸借に関する記述のため、以下を省略する)。

(25) 広中著作集一二四頁。

(26) *Gaius*, 4, 19 以下、船田八九〜九〇頁、広中一二三頁、一二四頁。

*Gaius* 4・19' *Gaius* 4・20 については、佐藤、一八七〜一八八頁の邦訳を掲げる。

*Gaius* 4・19

ところで、この法律訴訟はシーリウス法およびカルプルニウス法によって定められた。すなわち、確定金銭についてはシーリウス法によって、確定物すべてについてはカルプルニウス法によって定められた。

*Gaius* 4・20

ところで、われわれが、われわれに与えられることを要するものについて神聖賭金または審判人申請によって訴訟を行うことができたのに、なぜこの法律訴訟が求められたのか、大いに問題とされている)。また、古典時代には、消費貸借の返還に関する合意とともに行われる客体の供与によって請求が確定されることにより、確定貸金訴訟 (*actio certae creditae pecuniae*) や確定物の *condictio* 訴権によって保護され、借主の返還すべき金額または物の量はかならず供与された額または量

と同一でなければならなかった (Paul, D.2.14.17・前文、Behrends/Knitel/Kupisch/Seiler, Corpus Iuris Civilis II Digesten 1-10 Band 2, S. 235; Huschke, S. 1-8; Kaser, S.185、船田九七頁、原田一七八頁、広中著作集一五五頁注三三、クリンゲンベルグ—瀧澤一六八頁。

Paul, D.2.14.17・前文について春木一郎『ユースティニアヌス帝學說彙纂プロータ』(有斐閣、一九三八年(昭和一三年))二四七—二四八頁による訳を掲げる。

Paul, D.2.14.17・前文

若し予が汝に十を与へ汝をして二十に付て予に債務を負はしむることを約束するときは十以上の額に付きて債務関係は発生せず、何故となれば給付に因るの債務関係は現に与へられる額の範囲以上に之を契約することを得ざればなり(原文は旧漢字で書かれているが、便宜上新漢字に変更した。)

(27) Paul, D.2.14.17・前文、Kaser, S.185、河上二二九頁、船田九七頁四四五。

(28) 船田九七頁四四五。

(29) Huschke, S.28-45、増六六二頁—六六三頁八七七、船田八九頁四四三、クリンゲンベルグ—瀧澤一六八頁。

(30) Paul, D.45.1.68、Kaser, S.184。

(31) Kaser, S.184、原田一五五頁。

(32) 原田一五五頁。

(33) クリンゲンベルグ—瀧澤一六九頁。

(34) Kaser, S.185、原田一六五頁、船田一四—一五頁四二四、九七頁四四五、三〇七頁五〇七、二二五頁。

(35) Kaser, S.185、河上一六八頁。

(36) 船田九七頁四四五。

(37) 第一部第五節第一条から第三条についてはHattenhauer/Gemert, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794 2,

Erweiterte Aufl., 1994 (『民法』Hattenhauer/Gemert『民法』), S.74。第一部第五節第四条に『民法』Hattenhauer/Gemert, a.O., S.75を参照する。

- (38) Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des Preussischen Allgemeinen Landrechts, 3. Band, 1900, S.250 §79°。
- (39) Hattenhauer/Gemert, a.O., S.156。『民法』第五節第九章第三六〇条 (Hattenhauer/Gemert, a.O., S.86°。
- (40) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern 1861-1864 mit Motiven Neudrucke Privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts Bd.3, 1973 (『民法』Bayern - Entwurf『民法』), S.38°。
- (41) Bayern - Entwurf, a.O., S.495 (191)°。
- (42) Bayern - Entwurf, a.O., S.496 (192)°。
- (43) Bayern - Entwurf, a.O., S.496 (192)°。
- (44) Bayern - Entwurf, a.O., S.496 (192)°。
- (45) Bayern - Entwurf, a.O., S.140°。
- (46) Heim, Neuerungen des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich im Vergleich mit dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen, 1891, S.46 ; Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen nach den hierzu ergangenen Entscheidungen der Spruchbehörden Band 1, 1878 (『民法』Sachsen - Entwurf『民法』), S. 四三六～四三七°。
- (47) Mglad, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band2, 1899, S.179 ; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen erstes Buch 13. Beab., 2011 Rn.11 (Freitag『法律』『民法』 Freitag/Staudinger 2011『民法』)°。
- (48) Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866, Neudrucke Privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts Bd.2, 1973, S.104°。



- (49) Jakobs / Schubert Die Beratung des Bürgerliches Gesetzbuch, 1980, Recht der Schuldverhältnisse II (以下「Jakobs/Schubert Beratung」引用せらるゝ), S.721°。
- (50) Dernburg/Bierrmann, Pandekten, 2. Band, 7. Verbesserte Aufl, 1903, (以下「Dernburg / Bierrmann」引用せらるゝ), S.232 ~ 233°。
- (51) Dernburg/Bierrmann, a.a.O., S.231 ~ 233.
- (52) Dernburg/Bierrmann, a.a.O., S.232. なお、一八一一年の公布以来、金銭を目的とする消費貸借も含めたすべての消費貸借契約を要物契約であると規定していたA B G B旧九八三条に関する文献ではあるが、同様の見解を示す文献としてSchey, Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts I. Band, 1. Heft, 1890, S.43, S.172がせらるゝ°。
- (53) Jakobs / Schubert Beratung, a.a.O., S.719.
- (54) Jakobs / Schubert Beratung, a.a.O., S.719.
- (55) Jakobs / Schubert Beratung, a.a.O., S.721; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band 2. 1888 (以下「Motive」引用せらるゝ), S.306, §453; Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band2, 1899, S.169 ~ 170 ; Dernburg/Bierrmann, Pandekten, 2. Band, 7. Verbesserte Aufl, 1903 (以下「Dernburg/Bierrmann」引用せらるゝ), S.231 ~ 233 ; Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Band, 8. Aufl., 1900 (以下「Windscheid/Kipp」引用せらるゝ), S.531 ~ 532.
- (56) Windscheid / Kipp, a.a.O., S.536 Anmerk. 6.
- (57) Die Motive zur Darlehens-Vorlage, Motive zum Allgemeiner Teil des Obligationenrechts ; Crome, Die Patriarischen Rechtsgeschäfte nach römischen und heutigem Reichsrecht, 1897 S.368 ~ 369と同様に、要物契約は歴史的な意義しかもたず、もはや意味がないとして、消費貸借契約を諾成契約と規定するべきであると考へていたようである°。
- (58) Die Motive zur Darlehens-Vorlage, Motive zum Allgemeiner Teil des Obligationenrechts.
- (59) Motive, S.316.

- (60) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs : Vorlage an den Reichstag mit Denkschrift, 1896, 100 Jahre bürgerliches Gesetzbuch. Bürgerliches Recht I, Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs nebst Anlagen. (以下、Vorlage an den Reichstag mit Denkschriftに引用する)。
- (61) Vorlage an den Reichstag mit Denkschrift, a.a.O., S.99.
- (62) Jakobs/Schubert Beratung, a.a.O., S.721.
- (63) Jakobs/Schubert Beratung, a.a.O., S.719.
- (64) Kurlbaumの点を指摘する (Jakobs/Schubert Beratung, a.a.O., S.722)。
- (65) 第一提案「融資の提供 (Kreditgewährung) のみが約束されるような契約、特に消費貸借を確約する (zusichern) ような契約に際して、約束の解除権 (Rücktrittsrecht) は、契約の締結後、他方当事者が約束の担保を著しく危殆化させるような (gefährdend) 財産の減少が生じた場合に、疑わしきときには留保されているとみなされる。」(Jakobs / Schubert Beratung, a.a.O., S.722)。
- (66) Motive, S.314。
- (67) Vorlage an den Reichstag mit Denkschrift, a.a.O., S.99.
- (68) 船田九七頁四四五
- (69) 約束に関する規定については、プロイセン一般ラント法第一部第五節第二条、第四条、第一部第五節第九章第三六〇条、バイエルン民法草案第二部第一章第六二〇条(なお、バイエルン民法草案第六二〇条は第一八条を準用する)、B G 旧第六一〇条を参照のこと。また、将来の契約締結または将来の金銭交付に関する規定は、プロイセン一般ラント法第一部第一節第六章第六五四条、第六五五条、第六五七〜第六五九、バイエルン民法草案第二部第一章第一八条第一項、第一九条を参照のこと。
- (70) Fikenscher, a.a.O., S.91.
- (71) 大判昭和八年三月六日民集二二卷三二五頁では、消費貸借契約において、貸主が借主に対して金銭を交付する前に作成さ

れた公正証書の効力について、無効とはせず、金銭授受のときから債務名義としての効力を有するとされた。大判明治三八年一月六日民録一一卷一六五三頁では、消費貸借契約から生じた債務を担保するために、貸主による金銭交付の前に設定手続きがされた抵当権の登記について、後の金銭交付により発生した金銭債務を有効に担保するとされた。これらの判例に加え、最判昭和四八・三・一六（金融・商事判例三二四号七頁）は、金銭交付前の貸借の合意に基づく借主の金銭交付請求権を認めた。ただし、ここでは消費貸借の法的性質について言及されていない。

(72) ただし、冒頭に述べたとおり、諾成的消費貸借、要物的消費貸借、消費貸借予約それぞれの関係をいかに整理するかについては見解が分かれている。

諾成的消費貸借を認めつつ、消費貸借の予約（五五六条にいう「予約」）に基づいて、要物契約としての消費貸借（五八七条）の成立を認める立場として、我妻三五四頁五二二、広中著作集、同債権法各論一一二頁がある。

消費貸借の「予約」については貸主一方の予約と借主一方の予約を検討する見解がある。この立場では、さらに二つの見解が分かれる。貸主一方の予約と借主一方の予約の見解では、予約権利者が予約完結権を行使すると、諾成的消費貸借が成立するという（鈴木三七一頁四一七）。また、借主一方の予約のみを認める見解では、実際上の必要性から借主一方の予約のみを認めるべきであるとする。ただし、ここでも借主一方の予約に関する考え方が二つに分かれる。すなわち、借主一方の予約を諾成的消費貸借と同視する立場（米栖二五七頁）と、当事者の通常的意思を考慮して予約の拘束力を認めるだけでなく、さらに進んで諾成的消費貸借を認めるべきであるとする立場（広中債権法各論一一二頁）とに分類される。

鎌野・叢書一五七頁、一六四頁は、消費貸借契約について諾成的消費貸借の立法論を説く。椿二九三、三〇一、三〇二、三一一、三二六、三六八、三六九頁）は、無利息、利息付にかかわらず、原則として諾成的消費貸借とすべきであると主張する。

(73) 二〇〇九年に民法（債権法）改正検討委員会によって公表された債権法改正の基本方針および民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理では、一部の消極的意見もあったようである（第四四 消費貸借）商事法務編『民法（債権関

係)の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』(商事法務、二〇一一)三四六頁三三三)。しかし、鎌野・債権法改正と民法学によれば、消費貸借については一貫して現行の要物契約から諾成契約に改正する方針であったと分析される。その後、二〇一三年に承認された中間試案(商事法務編『民法(債権関係)の改正に関する中間試案(概要付き)(別冊NBL一四三号)』(商事法務、二〇一三)一五二頁)、二〇一四年に決定された要綱仮案(臨時増刊NBL一〇三四号五〇頁)のいずれも要物的消費貸借契約と諾成的消費貸借契約とを併存する形で改正案が示された。

(74) 鎌野・債権法改正と民法学二二三～二二四頁。

(75) 石川一五四頁、中田・契約法三四九～三五〇頁。平野三五八頁もこの見解を支持する。

(76) 千葉四五〇～四五二頁。

(77) 千葉四五三～四五四頁。

(78) 千葉四五二頁。

(79) 「民法(債権関係)部会第五三回会議議事録」民法(債権関係)部会資料集第一集(第四卷)(商事法務二〇一一年)(以下、部会資料集と引用する)二四二～二四三頁(能見善久委員発言)では、諾成的消費貸借であったとしても、借主に借りる義務を負担させること、および長期ローンの際に生じる利息をすべて貸主の損害とすることは妥当ではないとの意見が表明されていた。また、中田・講義二八二頁によれば、書面による消費貸借の引渡し前の借主の解除の場合と、期限前返還の場合における貸主の損害賠償請求権について、債務不履行による損害賠償(改正民法第四一五条)ではなく、貸主が常に損害賠償を請求できるわけではないとされることから、借主の借りる義務について否定していると考えられる。亀井洋一編著『一問一答 民法改正と金融実務』(株)経済法令研究会、二〇一七年)二二九頁も、借りる義務を否定する。

(80) 一問一答二九四頁(注五)、井砂貴雄「一九三 利息付消費貸借」『Before After』三八七頁、内田三三二頁、千葉四五二頁。ただし、得られるはずであった利息を除く、調達費用等についていかなる場合にいずれの費用を損害の範囲に含めるかという点については、改正法の解説者によって見解が分かれていることから、別稿にて取り扱うこととする。

- (81) 『二問一答』二九四頁(注五)、千葉四五二頁。
- (82) 書面によらない消費貸借の合意については、判例にしたがって貸主と借主との契約締結の経過の状況によって、借主に金銭交付請求権が生じるか否かについて決定すべきであると考えるが、紙幅の関係上、別稿にて取り扱うこととする。この点については、最判昭和四八年三月一六日(金融・商事判例三三四号七頁、金融法務事情六八三号二五頁)(消費貸借の予約または学説のいうところの諾成的消費貸借に基づき、直接強制による貸主に対する金銭支払請求を認めた事案)、大判昭和二二年五月二六日(民集一六卷一〇号七三〇頁)借主の家資分散といった特段の事情がない限り、金銭を貸渡す旨の合意があった以上、貸主に金銭を交付する義務が生ずるとの見解を示したと考えられる事案を参照のこと。
- (83) 鎌野・債権法改正と民法学二二九頁、中田・契約法三五〇頁。
- (84) 民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案が出された段階で、実務界からは以下のような危惧が示されていた。三上徹「債権法研究会報告 消費貸借」金融法務事情二〇〇八号二六頁(注一〇)によれば、貸主側が消費貸借の契約の中に譲渡禁止特約を盛り込むことによって貸付金の目的外利用を防止しようとしても、当該特約は善意・無重過失の第三者に対抗できない上に、要綱仮案では譲渡禁止特約の効力が制限されていることから、万全ではないとの指摘がなされていた。また、法制審議会においても、消費貸借を諾成契約として規定した場合に、借主の金銭交付請求権が単なる金銭債権となることによって、同請求権が債権譲渡や差押えの対象となると、貸付金が事実上の目的外に利用されるおそれがあるため、金融機関にとっては、安心して貸付の合意をすることが困難になるとの指摘があった(商事法務編『民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』(商事法務、二〇一一年)三四六頁三三三)。さらに、亀井洋一編著『二問一答 民法改正と金融実務』(株)経済法令研究会、二〇一七年)二四〇頁によれば、金融実務において、今まで以上に諾成的消費貸借が利用されることはないうという。その理由としては、借主が貸主に対して有する金銭交付請求権の譲渡を防止するために譲渡禁止特約等の対策をとったとしても、譲渡を完全に防ぐことは困難であるからとされる。
- (85) 部会資料集八〇頁(道垣内弘人幹事発言)によれば、貸付金の目的外使用については、貸主が使途制限条項等を設けるこ

とにより回避すべきであり、こうした条項の不備によって目的外使用が生じるリスクは貸主が負うとされる。

- (86) 債権法研究会編『詳説改正債権法』（金融財政事情研究会、二〇一七年（平成二九年）四六六頁）。
- (87) 「民法改正と金融取引における対応ポイント」銀行法務二一八一九号（二〇一七年九月増刊号）二五頁）。
- (88) 長谷川卓「第三章 消費貸借」井上聡・松尾博憲編著『Practical 金融法務債権法改正』（金融財政事情研究会、二〇一七年）（以下、長谷川と引用する）三一四頁、三一七頁。
- (89) 長谷川三一七頁。
- (90) 鎌野・債権法改正と民法学二二九頁。
- (91) 平野三五九～三六〇頁四一九～八。
- (92) 一問一答二九三頁（注一）、潮見佳男『基本講義 債権各論Ⅰ（第三版）』（新世社、二〇一七）二二六頁、千葉四四八頁、平野三五九～三六〇頁四一九～八、中田・契約法三五二頁、中田・講義二九三頁。
- (93) ただし、書面に貸主の金銭交付意思がまったくあらわれていない「消費貸借の合意」をすることはそもそも可能なのかについて若干の疑義は存する。
- (94) 平野三五九頁～三六〇頁四二四。
- (95) 鎌野・債権法改正と民法学三三二～三三三頁には、貸主の「貸す義務」の発生につき、発生時期を書面に記載した場合には、貸主は「貸す義務」を撤回することはできない旨の指摘が存する。
- (96) 一問一答二九三頁（注三）、中田・契約法三五二頁
- (97) 中田・契約法一一五頁、三五二頁。
- (98) 千葉四四九頁、四五四頁。
- (99) 千葉四五三～四五四頁。
- (100) 中田・講義二八二頁、一問一答二九四頁（注七）。