

要物契約の予約

田
村
耀
郎

目次

- 一 はじめに
- 二 要物契約の予約に関する我が国の学説
 - 1 問題状況
 - 2 三宅説
 - 3 寄託契約に関する松本説
- 三 消費貸借の予約と寄託の予約
 - 1 はじめに
 - 2 引渡が「付与 (dation)」に相当する場合における要物契約の「ある特殊性の維持」
 - A 現実贈与および無償の消費貸借
 - B 有償消費貸借および質
 - 3 引渡が単なる「所持 (detention)」の移動に過ぎない要物契約の「特殊性の喪失」

四 金銭消費貸借において「引渡」の占める位置 — 予約の自律性について —
五 まとめ

一 はじめに

「フランス法において、要物契約はなお存在するか？すなわち、実定法における要物契約の予約の価値」というタイトルの論文⁽¹⁾を読んだとき、私は、消費貸借は要物契約であるというその結論およびその問題提起の根拠に大いに興味を惹かれ、又納得させられたことがあった。それまで抱いていた、いわゆる「諾成的消費貸借論」に対する漠然とした疑問や不満に答えてくれるものであったからである。翻つて、日本の問題状況を省みるとき、反省もさせられ、触発もされた。

ところで、最近（一九九九年）出版された、鎌野 邦樹「金銭消費貸借と利息の制限」（一粒社）の、金銭消費貸借の予約を検討した結果、「消費貸借は要物契約である」という総括は、前記フランスの論文のそれと一致する。但し、前者は「理論的に」そうでなければならぬ、そうであるはずだとするのに対して、後者は「現行民法の解釈論にとどまるかぎりは」（二五五頁）という限定的な（止むを得ないという）ものであり、著者本来の主張は立法論としての「諾成的消費貸借」論である。さらに言えば、前者がその他の要物契約といわれるもの（現実贈与、質、寄託、使用貸借等）を総合的に視野に入れての立論であるのに対して、後者は（主題との関係で当然ながら）

金銭消費貸借についてのみの、しかも、民法五八七条と五八九条との整合的な解釈という視角からのそれである点に決定的な違いがある。

しかし、そうしたこと以上に指摘しておかなければならないのは、フランスの通説の理解では、消費貸借の「要物性」というのは、いわゆる「成立における要物性」ではなく、「返還債務の要物性」のことであり、日本でもこの見解を採る学説（三宅 正男「契約法（各論）下巻」五二九頁以下、一九八八年）が既にあるのに、鎌野前掲がこれに一言も触れていないことである。これはどうしたことであろうか？「要物契約の予約」という一見形容矛盾ともみえる事態（事象）の中に、何が、どういう問題が隠されているのか？それはどのように捉えられなければならないのか？そのような問題について、理論的営為が行なわれてきたのである。フランスの議論の問題関心はそこにあつたと思われ、「成立における」要物性については多くの学者は冷ややかであるけれども、カルポニエ、ゲスタンといった有力な学者はなお、「要物性を維持することが何らかの効果および有用性をもっているのではないか？」と疑っていた。その中であつて、通説とされているのは、要物性（引渡）という要件をその行為が有効（成立）であるためではなく、単に「この行為から生じた債務、そして物が引渡された人の負担にかかる債務（つまり返還債務）の履行を可能にするために必要な要件」と考えるものであつた。

私は、いくつかの要物契約、とりわけ消費貸借は、現在でも維持されなければならないとする前記論文を紹介（第三章）、検討（第四章）して、われわれの議論の参考に供したい。

その際、私の問題関心としてあらかじめ提示しておきたいことは、われわれの議論ではほとんど注目されていないのであるが、「引渡」の意味をどのように捉えるかという問題のことである。要物契約といわれるものの中で、「物の引渡が物権の設定または移転の意味を含んでいる場合」と「物の引渡が所持の移動、つまり単に他人の所持に任

せるという意味しかもっていない場合」とを区別し、前者では契約の「成立」ないし「完成」のために物の「引渡」が必要であり、後者ではその必要がない。つまり、現実贈与、消費貸借、質は前者に属し、寄託(消費寄託は微妙)、使用貸借は後者に属する。その結果、「要物性」≡踐成性はその起源から契約者の安全の保護手段たる様相を保持している。理由なしには生き延びなかったもの一つを廃止することが果たして正当であろうか？」という前掲論文の最後の一節に至る分析とその認識の根拠に、私としては関心を向きたい。日本では、「引渡」の意味の違いに注目する学説はほとんどないし、残念なことに、所有権の移転に関する「意思主義」の理解がいまだに一般的でない。売買、贈与、交換についてはまだしも諒解されるところとして、消費貸借において、「引渡」は売買におけると同様の役割りを果たしているのかいないのか？寄託、使用貸借の「引渡」はどうか？これらの引渡は同じ意味内容なのか？たとえば、「予約」≡合意と引渡の乖離、「要物性の分解」(後出、松本 暉男『寄託契約』)といわれるとき、その念頭にある「引渡」の概念は、無意識のうちに、又、当然のこととして、単なる「履行」としてのそれになつており、「意思表示の発現」と捉える発想や余裕が全くないように思われるのである。「要物性への懷疑およびその否定」と、いわゆる「諾成的消費貸借、諾成的寄託の承認」の方に全ての関心が行つてしまつてゐる。しかし、後にみるように、フランスにおいても事情はそう異ならない。「引渡」を、「意思の現出」とみて、「意思」の側に位置づけるのか、それとも、単なる「履行」とみて、「行為」の側に位置づけるのか？その間で、議論は微妙に揺れてゐるように思われるのである。

本稿は、「要物契約の予約」の意味、効力の検討を通して、「諾成主義」、「意思主義」という、私にとって相変わらず曖昧模糊としたものの正体をも探ろうとするものである。

二 要物契約の予約に関する我が国の学説

1 問題状況

鎌野前掲に、わが国の判例・学説の状況は詳しく触れられているので、再説はしない。しかし、前述のように、その作業は消費貸借に限定された、しかも、民法五八七条と五八九条の間に一見したところ存在するように見える「矛盾」の解決という視点からの整理、立論であるために、要物契約一般の予約を扱っていない。特に、「もつとも要物的である」⁽⁴⁾寄託を取り上げていない。しかも、「要物性」の意味を「返還債務の要物性」と見て、予約による消費貸借の成立のための特殊な貸主の引渡「債務」、そしてその「履行」および借主の「授受」による「消費貸借契約の成立」と理解し、寄託、消費寄託、使用貸借についてもその解釈を一貫させる三宅前掲⁽⁵⁾が取り上げられていない不完全さがある。三宅説はフランスの通説（プラニオル）でもある。フランスでは、「ほとんどの学者は、物の引渡という要件はその行為が有効（契約が成立する）であるためではなく、単に、この行為から生じた債務、そして物が引渡された人の負担にかかる債務（返還債務）の履行を可能にするために必要な要件と考えている」⁽⁶⁾のである。「しかしながら、この分析（ローマ法と同様に要物契約とみることは注目すべき、かつ恒例の柔軟化）寄託または消費貸借の予約は有効であるという」とともに、学説の一部によって維持されている。現代の学者のほとんどは逆に、寄託または消費貸借の中に諾成契約をみている。これらの契約のいわゆる要物的性格は単に、受寄者および借主の義務は物の引渡前には開始し得ないという当然の準則を表しているだけである。しかし、寄託物を受取り、または消費貸借を成り立たせる予約は義務的である。それゆえ、予約義務者は自らの予約を実現する義務

を負っている。つまり、寄託物を受取る義務または約束された消費貸借を行う義務を負っている⁽⁷⁾。

しかしながら、「要物契約」という呼称は、物の引渡が返還債務の発生に論理的に先行する一の行為であり、債務の目的ではない（つまり、意思の合致はこの行為の効果に過ぎない）と主張することを許す⁽⁸⁾。「かくして、消費貸借は給付の一つが行われるときに諾成契約の中に加わる変形（transformation）に過ぎない。そのとき、この契約は名称を変える。諾成から要物になる。つまり、消費貸借の予約から消費貸借になる⁽⁹⁾」。

問題は、諾成主義（合意のみによる契約の成立）と「引渡」の関係、とりわけ、「引渡」の意味をどう捉えるかである。「交換型」の諾成契約においては、「引渡」は特殊な役割りを果たす（いわゆる、意思主義）。要物契約においても、同じように考えられるのであろうか？ 次章で詳しく見てみよう。以下では、問題の三宅説および寄託に関する松本説（「寄託契約」）を確認しておく。

2 三宅説

三宅説によれば、消費貸借の「要物性」には二つの意味がある。一つは、「消費貸借の合意によって、目的物引渡（貸渡）債務を生ずるかどうか」の問題についてであり、「ローマ法は消費貸借を要物契約とし、借主が物を受取ることによって初めて、訴権を伴う債務を生ずるものとした。従って、ここでは、消費貸借の合意に基づく貸主の引渡債務は否定された。しかし、このような要物性は、拘束的合意に基づき原則的に訴えることを認める近代法の契約理論になじまず、近代諸国におけると同様わが民法でも、この意味の消費貸借の要物性は、名目上でのみ存続し実質的には廃止されている。それは、借主の目的物受取以前の消費貸借の合意を消費貸借の予約と呼び、借主

が受取った後を消費貸借と呼ぶ用語法によってである⁽¹⁰⁾。そして、予約に基づく貸主の目的物引渡債務は、消費貸借のために(価値を利用させるために)現実に引渡すという特殊な内容(目的)を有する債務であり、その違反に対しては、損害請求のみが可能とする。

二つは、いわゆる「返還債務の要物性」の問題である。消費貸借は価値の利用を目的にするものであって、「金銭その他の種類物の一定数量の受取りと返還を媒介とすることによって、借主がその間価値を利用することに消費貸借の本質があり、金銭その他の物の現実の受取りによって初めて、消費貸借の借主の返還の約束が実体を伴うことになり、返還債務が生ずる⁽¹¹⁾」。ところで、物が返還されるためには引渡されていなければならないという「当たり前」のこと(フランスの学者の表現では、「事柄の性質上」という)は、要物契約ではない賃貸借契約でも言えることではないかという点についてはどうか?⁽¹²⁾「賃借物返還債務も、賃借人が賃借物を受取ることによって発生するが、返還の対象は貸渡された特定物だから、返還債務の要物性は明白であり、取り立てて議論するに及ばないのである。これに反し消費貸借の返還は、金銭その他の物の一定数量であるが、(中略)消費貸借の合意のみによつては—履行を延期できるというのではなく—未だ発生しないのであり、このような消費貸借返還債務の要物性は自明ではなく、消費貸借の目的の反省によりこれを明確にしなくてはならない⁽¹³⁾」。

以上のように、消費貸借の「予約」という名の合意の効力を認め、それによって貸主の「引渡債務」(消費貸借を成立させるといふ特殊な内容をもつ)が発生し、その「履行」によって初めて「消費貸借」が成立する⁽¹⁴⁾。消費貸借が成立する(つまり、物が引渡される)ことによって、借主の返還債務は発生する(それまでは発生しない)。「このような返還債務の要物性は、消費貸借の本質に理論的根拠を有するのであり、契約自由の原則の下でもこれを動かす余地はない⁽¹⁵⁾」。これは既述のように、また次章で少しく批判的に検討されることになるフランスの通説である。

ただ、三宅説は寄託および消費寄託—寄託の性質上、寄託者側の引渡債務はないが—並びに使用貸借についてもその理論を一貫させているが、フランスではそこまで徹底していないようにも思われる⁽⁶⁾。

3 寄託契約に関する松本説

寄託の予約と物の授受との関係についての、松本 暉男「寄託契約」の提起を取り上げておこう。松本説は「要物性の分解」という視角から、消費貸借と寄託を分けて捉えているようにみえる。消費貸借の予約が有効視されるのは、その合意が物の授受から「一応独立しつつ、それと不可分の関係をもつからであり、すでにこの予約だけで本契約の拘束力を生じることが慣習に一致し、換言すれば、予約における合意が実質的に契約意思として扱われる結果になる」。それに対して、民法上の寄託は、「寄託者の利益のために物を保管することを目的とし占有権だけが移転する。その意味で、契約成立における物の授受は、消費貸借におけるよりもヨリ本質的な意味をもち、寄託契約意思と物の授受とは不可分のものとして、その予約における合意の段階から区別することが要求される(消費寄託については消費貸借と同様に考えられる)。だから、寄託の予約を常に有効と認めるということは、契約成立における物の授受と合意との時間的ズレを促進するという『要物性の緩和』の方向にむかうことを意味しないで、逆に、『要物性の厳密化』の方向にむかうことになる。しかし、予約の合意と本契約の合意とは、一体、どの線で区別されるか?慣習上、物の授受の意思表示から外的に独立性のみられない寄託予約の合意は、契約意思として扱われてよいであろう。また、完全に物の授受の意思表示から独立している場合は、いかなる意味においても要物契約たる寄託関係の成立とならない。こうして、寄託の予約を有効とすることは、その制度上の要物契約性に矛

盾せず、しかも一定の場合に実質的にその諾成的成立と同じ結果を導出しようと共に、更に消費寄託や商法上の寄託の場合には、消費貸借と同様に「要物性の緩和」さえ招来されるのである。かくして、寄託契約の要物性は、実際にはその予約成立によって「合意」と物の授受という二つの要素に分解する傾向を内在しつつ、制度上も解釈上も保障されうるものであり、民法六五七条がある限り、有償寄託に限って諾成契約だとする説はあまりに作爲的で不合理に思われるのである。物を「預ける」約束が、どの段階までが予約であり又はいつから契約とみられるかは不明確を免れないが、却って要物契約性を固守することによって不都合さは解消するともいえるのである⁴⁷⁾。

この松本説は難解である。これは、恐らく、民法六五七条を前提にしつつ、その予約、つまり「後日寄託をなすべき諾成契約」の有効性を認めようとしたものであろう。しかし、「通説が一般に消費貸借と寄託とを、その要物性の把握や予約の成否について同一の理論で扱っていることには批判の余地がある⁴⁸⁾」。というのは、寄託の目的が「寄託者の物を保管すること」であり、物の授受が消費貸借より「ヨリ本質的」な意味をもつからである。したがって、消費貸借とは逆に、合意と物の授受との一体化、「厳密化」が求められるという。果たしてそうだろうか？「厳密化」を前提にすれば、要物性が強化されざるを得ないが、この前提自身に問題はないのか？さらに、「予約の合意」と「本契約の合意」とをどうやって区別するのか？ここで「予約の合意」というのは、消費貸借との対比からすれば、「完全に物の授受の意思表示から独立している合意」のことである。これは単なる合意であって、「いかなる意味においても」寄託契約の成立とみることとはできない。「本契約の合意」というのは、「物の授受の意思表示から外的に独立性のみられない合意」のことである。この場合は、寄託契約を成立させる「契約意思」として扱ってよい。この両者を区別するのは、結局、「物の授受の意思表示」の「客観性」——「外的に」、明確に認められるかどうかということ——である。しかしながら、予約の意思表示といっても、客観的には「物の授受の意思表示」に

過ぎないし、本契約の合意の意思表示といっても、客観的には「物の授受の意思表示」である。この両者を区別することが果たして可能であろうか？

松本説は、「物を『預ける』約束が、どの段階までが予約であり又はいつから契約とみられるかは不明確を免れないが、却つて要物契約性を固守することによって不都合さは解消されるともいえるのである」というが、私にはとてもそうは思えない。むしろ、この場合、要物性を「放擲する」ことによつて不都合さは簡単に解消する。予約の合意を本契約の合意とみてしまうのである。物の授受は単にその履行に過ぎないということになる。松本説は寄託と消費貸借を「要物契約」として一括りにしつつ、寄託は「物の授与」と「意思表示」が不可分の関係にあるが、消費貸借はそうではない。「一応独立しつつ、それと不可分」の関係にあるという、検証されていないドグマが前提になっている。後者の場合、「慣習上」、予約が実質的に本契約と扱われてきた。そうだとすれば、寄託の場合でも、「慣習上」、消費貸借と同様に扱われ得るものは、予約を本契約と認めてよいとするのである。念頭にあるのは、倉庫寄託、商事寄託等の「有償寄託」であろう。無償寄託の予約は効力を認められないのだろう。

しかし、私には、要物契約とされている寄託と比較されるべきは使用貸借であつて、消費貸借ではないと思われる。消費貸借においては、「引渡」物の授受」は所有権の移転という特殊な意味をもち、そこに「意思表示」としての意味が認められるかどうかということが問題になりうる。しかし、寄託や使用貸借においては、「引渡」物の授受」に所有権の移転の意味はないから、むしろ、意思表示と物の授受は「可分」であつて、消費貸借とは逆に、「物の授受」が「本質的な」意味をもたないから「要物性」は否定され、特段の考察はいらないのである。無償寄託の予約も有効である。松本説は、寄託が、無償のときには特に、寄託者の「利益のために」なされるという一面の事実（有償寄託はそうではない）だけを、「法理論」に不当に一般化していると考へる。

三 消費貸借の予約と寄託の予約

1 はじめに

「近代法において、要物契約はなお存在するのか?」、「要物契約の予約の価値とはどういふものか?」という問題提起に始まる、前掲バシユリエの論文を、以下に紹介したい。その際、既述のように、どのような根拠で消費貸借は要物契約であるが、寄託はそうでないというのか? 「引渡」の意味の違いがどのように影響するのか? という点に特に注目していきたい。以下に、特に該当箇所を示したところは別にして、全体を要約している。その構成は、問題提起に始まって(1)、いわゆる「要物契約」を、物権が移転し設定される場合(2)と、単に所持が移動する場合(3)に大別するものである。

一九世紀の議論は、要物契約の残存物(使用貸借、消費貸借、寄託、質)のアナクロニズムを攻撃することであった。二〇世紀になって、議論は微妙になっている。過半の学者は諾成原則(諾成という思想)の中に「要物契約」が存在することの「無作法さ」と同時に、「要物契約の予約」なるものの有する「不確実さ」を問題にする。その他の学者(カルボニエ、ゲスタン)は判例の研究を通して、「要物性」を維持することが何らかの効力、有用性をもっていてはないかという。但し、こういう学者の主張には「濃淡」がある。¹⁹⁾

ア・プリオリに理論的な考察ではなく、判例に現れる「躊躇」を虚心に見れば、「要物契約の抵抗」の場面がかなりあることに気付く。それはなぜだろうか? その境界線は、物の引渡が「物権の移転または設定」の意味を含んでいる場合(このとき、契約の成立には物の引渡が必要)と、物の引渡が「所持の移動、つまり、それを他人の所

持に任せる」以外の機能を持つていない場合との間にあるように思われる。

ところで、伝統的に、どのような契約が要物契約とされるのかということについて、何よりもその判断基準が学者によってまちまちである。一つは、「物の引渡が契約を成立させる」つまり、引渡がその行為の有効（成立）要件になっていることを定義にする。二つは、「物を所持する者の債務に特殊な目的がある」つまり、物が返還されるためには引渡されなければならない（いわゆる、返還債務の要物性）ことを定義にする。ところが、後者の「特殊性」は要物契約ではない賃貸借、請負においても言えることであるから、一方では存在していないし、他方では、要物契約と呼ばれうる五つの契約の内の二つ（現実贈与、消費貸借）の場合には、引渡された物は返還されないのだから、五つすべてにおいて検証されているわけではない。

したがって、最初の定義のみが維持されるのではないか？そこから出発して、その後、ほとんどの学者は、「物の引渡」という要件はその行為が有効（成立）であるためではなく、単に、この行為から生じた債務、そして、物が引渡された人の負担にかかる債務の履行を可能にするために必要な要件だと考えている。しかし、この通説も、要物契約の観念自体の「実在性」を完全に否定するところまで行っていないのが現状である。通説に属する学者は総じて、伝統的に要物契約とされる五つの内の一つ（それが必ずしも同じでないのが困るのだが）は、疑いもなく存続しうるという（カピタンⅡ寄託、ウーアンⅡ現実贈与²⁰）。

そこで、近代法の諾成原則に合致しないという批判に反論するのではなく、要物性を認める実際的な価値があるのかないのかを、微妙なニュアンスのある判例の実態から検証することが必要である。

そのために、「要物契約の予約」の問題を取り上げる。予約によって合意はすでにあるから、「引渡」はその予約から生じた単なる履行に過ぎず、それ故、「引渡」が「意思の合致の必要な表示である」という伝統的な思想は否

定されなければならないのか？

たとえば、「ローマ法においては、裸の合意は価値がないとか、より適切に言えば、真の契約はなく、ただ異なった型の契約があるだけであり、その結果、意思の合致が法的効果を発生させるためには、当事者の意思を客観化し具体化することに向けられた形式、様式または実質—要物契約においては、これは物の物質的な引渡であり、当事者の意思に法的効果を作り出すことを可能にする『*res* (物の引渡)』であつた—を纏う必要があつたということとを思い出すことは全く無益である。要物契約の単なる予約は、そのコンサントマンがその予約の純粹に諾成的な行為を横切つて完全かつ決定的に表明されているので、それが終局的な契約自体の価値があるという点で有効であり、完全に効力を有するということを確認することは、物質的な引渡の時をコンサントマンの表示の時から区別する効果をもつことになる。かくして、この二つの觀念(合意と引渡)は互いに全く無関係になる」²¹⁾ という風にみることが、「諾成主義」からいっても当然のことではないか。

しかし、このような粗野な結論は完全には証明されていないように、我々には思われる。我々には、それが実定法の状態を正確に表しているとは思われない」²²⁾。

意思の合致と引渡が乖離しても有効なのは、寄託と使用貸借(有償、無償を問わず)のみであつて、それは、引渡が所有権の移転または物権の設定の効果を有していないからである。引渡がその効果を有するとき(いわゆる、付与 = *adition, tradere*)²³⁾ には、契約締結それ自身の意思が引渡を通して現出していると、判例は見ているのではないか。

「このように、引渡の中に単なる物理的な移転以外の要素を込め、意思表示の要素をそこに積分するということは、要物契約の予約の有効性を認めようとするものにとっては、必然的に、予約において示された意思表示の効力

を制限することにつながることを忘れてはならない。結局、要物契約とされる契約の中で、引渡がどのような意味、効果をもっているのかを検証する必要がある²⁴⁾。

2 引渡が「付与 (datio)」に相当する場合における要物契約のある特殊性の維持

ここでは、引渡が所有権の移転または物権（質権）の設定の意味、効果をもっている場合が対象であって、具体的には、現実贈与、無償消費貸借のグループおよび有償消費貸借、質権設定契約のグループである。「引渡」は前者では意思表示の「存在すること（実在性）」を意味し、後者では意思表示の「確実性」を意味しているとされる。ところで、フランス法における「与える債務」（一一三八条）は、「物権の移転または設定のためには物の物質的な引渡は必要ない。それは契約締結のときにかつその効果のみによって実現される」（意思主義）というものである。したがって、売買（一五八三条）、贈与（九三八条）、交換（一七〇三条）のみが対象である。特定物を対象にする消費貸借にも適用があるという少数の者はいるが、判例・学説の多数は諾成契約のみが対象であるとす。ローマ法では裸の合意には効力を認めず、一定の「形式」によることを要求した。ドイツ法は、債務を発生させる行為と所有権移転を実現させる行為を区別した（物権行為主義）。フランス法においても今日では、所有権の移転は物質的な障害（種類物の特定がなされていないといった物の性質に基づくもの）または「所有権留保条項」の効力（当事者自身の意思）によって、遅らされることが認められているために、ドイツ法との本質的な違いといっても「相対的」である。ために、一一三八条の意義それ自体を疑う者もいるぐらいであるが、それはさて置き、要物契約の存在（そのいくつかは所

有権の移転を実現し、物権を設定する。自体が一一三八条を否定しているという学者はいない。この沈黙は正しい。⁽²⁵⁾

意思の合致にもかかわらず引渡が欠けているので、定義によれば、要物契約はまだ成立していないときに、すでに成立した契約を想定している条文がなぜ適用されるのか？

「契約の諾成的性格というのは、必ずしも『諾成のみによる (solo consensus)』所有権移転の原則を含むものではないが、契約の成立における遅滞はそれだけで、諾成契約の枠内でしか了解されない一一三八条の活動の自由を締め出している」⁽²⁶⁾。

一一三八条は要物契約には無関係であるし、諾成契約においても契約は漸進的に成立することが認められるということから、引渡を伴わない意思の合致が「要物契約の双務予約」、すなわち、予約義務者は物の引渡義務を負い、その引渡によって物権の移転または設定が実現されるという予約として分析できないか？問題は、物が引渡されなかった場合に、予約者の負担でどのような「債務」が存在しているかである。これは、有効とみなされるその予約の枠内で当事者が負っている債務の性質、目的、効果、強制履行の可能性の問題である。

この問題については、物権の移転または設定を引き起こす要物契約の中で、二つのタイプを区別する必要がある。一つは現実贈与および無償消費貸借、二つは質および有償消費貸借である。これらの契約の無償または有償の性格はその予約の運命、その有効性および効果に決定的な影響を与える。

まず、所有権の移転を行う無償の要物契約は、義務を負う者の「貧弱化」をもたらすがゆえに、債務者にとつて危険である。したがって、他のすべての無償契約の場合と同様、「自由な意思」に関して、ある警戒が認められる。一見したところ、物の引渡のみが現実の、終局的な意思の確かな表示を保証しているように思われるので、このタイプの契約については主として、契約の成立自身について論争された。それは、自由な意思についてであった。

有償契約についてはその心配はない。しかし、「引渡」の重要性の問題は単に移動させられているのであって、なくなっただけではない。有償の消費貸借および質契約における物の引渡を伴わない表示された意思は論理的に効力を有し、実際問題としても予約は有効でなければならぬように見える。しかし、その予約から生じる「債務」の履行がないとき、どのような効果が与えられるのか？有償の要物契約においては、問題は、その予約の有効性（成立）ではなく、その効果にある。予約は最終的契約と同じであるから、物の引渡の強制履行は可能か？反対に、その予約は全く自由なままである（自律性を保持している）ので、引渡は最終的な契約の完成にとってなお必要であり、単に所有権の移転にとつて必要というものではないのか？

引渡が「付与」の意味を有する要物契約についての判例・学説の「躊躇」というものは、そのようなものである。予約の成立自身が問題になっているとき（無償の要物契約）の方が、ほかの理由から有効とみなされる予約の効果を対象とするとき（有償の要物契約）よりも、要物契約の特殊性が明らかにより強く出ている。そして、その有償要物契約の予約の効果がその予約を最終的契約と同一視することをどうしても許さないということが検証されるときに初めて、引渡が「付与」の意味を有する要物契約が今日でも真の特殊性を有していると現実に結論できることになる。

A 現実贈与および無償の消費貸借

この場合、予約の有効、無効によって変わるのは引渡の役割りである。予約が無効であれば、引渡が契約を成立させ所有権を移転させる。これが伝統的な解釈である。予約が有効であれば、引渡の意味というのは、その予約か

ら生じる「債務」の性質、効果如何によって変わってくることになり、伝統的な効果を制限するようになる。

現実贈与の場合、引渡のみが最終的に意思の「実在性」を示している。意思と引渡とは原因と結果の関係にあり、「私は義務を負いたいと思ったから引渡すのであって、義務を負っているから引渡すのではない」。「予約」に続く引渡がないときには、状況に応じて不法行為が問題になり得るが、無償ということから、自ずから限定されることになる。引渡が現実の意思を表示する唯一の手段であるということである。²⁷⁾

無償の消費貸借の場合、その予約の有効性は疑う余地はないと思われるが、判例はない。そのため、使用貸借の場合と同様、金銭消費貸借についての議論（B）を参考にする必要がある。金銭以外の消費物、代替物の無償の消費貸借と無償の使用貸借には共通性があり、同じ物が他にあれば（代替物）その代替物を返せばすむというのが実際である。もし両者を明確に区別しようとすれば（一方は所有権の移転、他方は使用・収益の享受）、無償の使用貸借と交換も区別できないことになる。現実には、経済的に価値のない消費貸借と金銭消費貸借、消費寄託と非消費物の寄託の区別の方がはるかに重要である。使用貸借の場合には、その予約は有効である（3を参照）。しかし、その効力については議論が分かれる。その違反に対して強制履行はできず、損害賠償が取れるだけというものと、強制履行を認めるものがある。無償の消費貸借は、無償の使用貸借との類似性から、後述の使用貸借と同様に見て、その予約は有効であるが、違反に対しては損害賠償のみが取れるという限定的なものとして捉える必要がある。

結局、「現実贈与」のみがこの場合に該当し、「引渡」が「付与」に相当するので、「引渡」は意思表示の「実在性」（存在自体）を現しており、その意味での要物契約としての「特殊性」が維持されなければならないということになる。

B 有償消費貸借および質

これらの契約の予約が有効であることは、判例・通説共に認めているので、問題は予約の有効性（成立）ではなく、その効力如何である。消費貸借の予約は消費貸借の効力を有するという一般的な理解は、クレジット設定契約（一九七八年一月一〇日および一九七九年七月一三日の *Scrivener 法*）および社債応募契約²⁸⁹における、「特殊な合意＝要式性の強要（solemnity）」の出現によって改めて問題になったが、ここでは、一般的な有償消費貸借の予約の有効性および効果を問題にする。質については無効が対抗力がないかの問題だけである。

金銭消費貸借の予約の問題は、要物契約のカテゴリーの削除を主張する者が挙げる典例例である。その人たちの古くからある批判は、「消費貸借の要物性を認める議論は契約の成立と履行の問題を混同している。借主の債務が引渡のときに始まるというのなら（いわゆる、返還債務の要物性）、決して要物契約とはされたことのない賃貸借でも同じではないか」というのである。

判例も、消費貸借の予約は引渡前であっても有効とみているといわれる（諾成的前契約）。「予約」を認めた破棄院判決としては、一・一九〇六・一二・五、予約により借主の代理人（公証人）へ引渡されたが、代理人が横領したケース。二・一九六〇・一一・八、貸借証書の署名があり、借主の代理人（公証人）が借主の指示に基づき第三者に引渡したケース。三・一九七七・七・一二、予約は存在し、貸主が一部は借主へ、一部は支払い委任によって借主の債権者へ引渡したケース。この三ケースは全て、借主は事実としては金銭を手にしていない。したがって、消費貸借の承認は借主にとって不利であるが、引渡は借主の下へ有効に行われていたとされている。これに対して、四・一九八一・七・二〇のケースでは、逆に、借主への引渡はなく、金銭は貸主の代理人（公証人）の手元にあ

った。そこで、引渡がない場合の事前の合意の効力が問題になった。事案は次のようである。消費貸借契約が私署証書に署名された日に、貸主は四〇万フランの1/4（小切手）を直接借主に引渡したが、残金は貸主の代理人たる公証人の下に寄託されていた。借主がその資金で購入し、抵当権を設定しようとしていた不動産の担保価値に不安を抱いた貸主は、残金の引渡を拒否するとともに、1/4（一〇万フラン）の返還を求めた。判決はこの合意を「消費貸借の予約」とは規定していない。そして、約束の金額の内、1/4は引渡されていたにもかかわらず、その部分についても消費貸借契約は維持できず、全体としては実行されなかったのであるから、その金額（一〇万フラン）を返すよう命じた。一方で、貸主はその約束に対する「過失」による違反に対して損害賠償のみが課せられるとして、貸借総額の1/8（五万フラン）の賠償を認めた。

このような消費貸借の約束は、いわゆる「消費貸借の双務予約」といえよう。そして、引渡が部分的でしかなかったということは貸主の「債務」の部分的不履行ということになるが、その違反は単に「引渡がない」ということから成り立っているのではなく、それが「過失」によるものでなければならぬ。しかも、その「過失」は、あたかもその約束が直ちに消費貸借契約としての価値を有しているとして、「引渡がないことが即過失を構成する」というのではない。現実的には、予約義務者が最終的な消費貸借契約を締結する義務を負っていた予約を履行しないこと、すなわち、「最終的な同意（コンサントマン）を与えることを望まない」ということについてである。

この破棄院判決については、さまざまな批判的検討がなされた。一、金銭の引渡の場合には、「与える債務」は実際には、現物を渡すという非常に簡単な「為す債務」に変形すると考えられ、金銭の引渡の強制は可能とするもの。二、予約によって生じた債務は消費貸借契約を締結することに「同意する」債務であって、この強制はできない。その違反は、損害賠償によることになる。逆に、借主が借り入れを拒否するときに、引渡を受け入れるように

強制できるだろうか？三、この場合は、意思を表示する唯一の方法である「引渡」をしないことによって、最終的な同意を留保しているのであり、その強制履行はできない。しかし、その拒否は損害賠償の対象になる。四、即時の引渡を伴わないこの種の約束を、予約ではなく、「その完成に特殊な方式を必要とする合意」とみて、「約束された物の引渡が欠けているに過ぎない一の契約の諾成の過程」と捉える。そうだとすれば、売主が公正証書への署名を強制されるように、貸主もこの「特殊な要式性の成就」を強制される。

バシユリエの見解は上記の三である。結局、有償の消費貸借の予約は有効であり、その違反に対しては、強制的な現物での引渡ではなく受益者の受けた損害の範囲で契約責任が課されることになる。このとき、「引渡＝付与」は一一三八条の機能から離れて、要物契約の「完成」に必要な「最終的な意思表示」を現している。「要物契約においては、引渡がないこと、つまり予約のないことは、約束のないことを意味し、そのことによって、意思を保護している」⁽³⁰⁾。

3 引渡が単なる物の「所持」の移動に過ぎない「要物」契約の特殊性の喪失

寄託契約および使用貸借契約においては、「引渡」は単なる「所持 (detention)」の移動 (transmission) を実現するだけである。「寄託者は寄託の目的物の所有権を保有する」(一八七七条)。使用貸借においては、借主の返還債務が主要な位置を占める。さらに、これらの契約の「無償性」も相対的に変化した。つまり、「固有の意義における寄託は性質上無償契約とする」(一九一七条)とされ、学者の多くは「有償の寄託契約」も「無償契約」としての寄託の性質(自律性)を失わないとするが、今日では、「業としての寄託」(商事寄託、倉庫寄託)が普遍化して

いる。「無償性」によってこの二つの契約を簡単に特徴づけることはできなくなっている。「業としての寄託」を「保管契約」として特別の体系を割り当てることも提案されているが、そうすることは、逆に、「本来の寄託」は本質的に無償であるという伝統的な議論を補強することになる。さらに、寄託契約が他の契約、たとえば賃貸借、請負、雇用等の履行に必要な場合やそれと同時になされる場合は「混合契約」化し、区別することが難しい。

「使用貸借は本質的に無償とする」（二八七六条）。寄託の場合とは異なり、昔も今も、「無償性」のみが使用貸借と賃貸借の混同を避けさせるポイントになっている。しかし、使用貸借が他の有償契約に付属している場合（セルフ・サービスの店でのバスケットワゴンの貸借や建物修繕のための職人への物の貸与等）や「混合契約」の中に組み込まれている場合（石油会社とスタンドの間のタンク設備の無償貸与を含む請負契約の例）に、このような取引を細分化するのがよいのか、有償の契約群の中の複数の双務的な債務と捉えるのがよいのか、問題である。このような「使用貸借契約」は何らかの「利益」に係わっており、使用貸主が使用させる物の価値を付随する契約の「経費」に含めて減価償却しているのは明らかだからである。

このように、寄託や使用貸借が一方（寄託者、借主）の利益のためだけだということもはやできない。ところが、「無償性」の「相対的」変化がこれらの契約に及ぼした影響についての考察は、意外になされていない。

「引渡」の意味の違いと「無償性」の「相対的」変化が、これらの契約の「要物性」にどのような影響を与えるか？

まず、無償寄託および無償使用貸借の「予約」についてはどうか。この二つの予約は、もともとは無償であつて、最終的にはその物を返還するという点は共通するが、物との関係では、契約の目的が逆になっている。すなわち、寄託では、予約義務者はその物を受取る者（受寄者）であるが、使用貸借では、予約義務者はその物を引渡す者（貸

主)である。この違いが寄託の要物的性格、使用貸借の非要物的性格を明確に現しているという学者がいる。その際、「固有の意義に於ける寄託は寄託物の現実の引渡又は仮装の引渡に因りてのみ其効力を生ず」(1919条)が根拠に挙げられる。確かに、予約義務者でない寄託者はその物を提供することを義務づけられないのに対して、使用貸借の場合には、予約義務者は義務づけられる。寄託の場合、義務を負うのは受寄者である。したがって、その予約は全く寄託者のためになされたのに、寄託者に引渡を求めるということは馬鹿げているし、引渡すよう強制することはできない。「にもかかわらず」、この状態はこの契約の実際とは関係ない。「要物性」ではなく「無償性」が問題なのである。無償契約である「委任」についても同じことがある。つまり、委任者は受任者に法律行為の代理権限を与えることを義務づけられないし、いつでも委任を取消することができる。

このように、寄託が他の要物契約と違うのは、義務を負う者がその物を受取る者(受寄者)である点が異なる。したがって、寄託者ではなく受寄者の側に立って、逆に、「受寄者が引取りを拒否しているときに、寄託者が引取りを強制できるか？」と問う必要がある。有償の寄託の予約であれば当然できるだろう。現に、スイス債務法は寄託を諾成契約としている(四七二条)。この場合、契約の成立は、意思というより「受取り」という事実、行為にかかっている。これは、「受取り、保管する」という「為す債務」であるが、一つの行為(事実)とみれば、強制は可能ということになる。「為す債務」は一般に強制履行の対象にならないとされているが(一一四二条、一一四四条)、この場合は債務の「物理的な」目的(保管)に由来する特殊性がある。「為す債務」が強制されないのは、この債務の「原因」が「終局的な意思表示」であるからである。寄託の場合の「受取り」義務はそうではない。

結局、無償の寄託の予約は有効であって、受寄者の受取り拒否の場合には、損害賠償の請求ができるが、「無償性」がその額を制限する。

無償使用貸借の予約の場合には、予約義務者は貸し手である。借主は予約に基づいて貸借を強制できるか？使用貸借の予約の有効性について、異論はないとされる。借主の返還義務が発生するためには、当然、物が引渡される必要があるからである。貸主の引渡債務は予約に含まれている。しかし、その効力、範囲については説が分かれる。

一つは、強制できないので、その拒否は損害賠償の対象になるとする。これは、引渡のみが最終的な意思の表明であり、予約は使用貸借それ自身ではないという伝統的な理解である。二つは、使用貸借の予約を使用貸借と同一視して、強制が可能とするもの。この理解に対しては、使用貸借の場合には、貸主が緊急にその物を取り戻す必要があるときには返還請求ができる（一八九条³¹）が、予約にはそれが無いというのである。しかし、そうだとすればなおさら、予約段階の貸主がその必要性を挙げて引渡を拒否することは可能であるはずである。ここでも、「無償性」が機能しており、無償寄託との同質性がある。

結局、無償の寄託および使用貸借の予約は有効であって、寄託および使用貸借自体と区別できない。その効力に場合によって加わる制約は、その「目的」（寄託は物を受領し保管する。使用貸借は物を他人の使用に任せる）またはその契約の「無償性」からくる「物理的な不可能性」の結果であって、債務を履行する上での「法的な不可能性」のためではない。ましてや、（そう思われているような）この契約の「要物性」のためではない。

これに対して、有償の寄託および（当事者が共通の利害関係を有する）使用貸借の予約は、契約の成立次元で特殊な役割を果たさないので、完全に双務的になる傾向がある³²。

四 金銭消費貸借契約において「引渡」の占める位置——予約の自律性について——

以上にみたように、バシユリエは、「引渡」が「価値の移動」を現している場合のみを「真の」要物契約とする。その典型は「現実贈与」であるが、この「契約」は一般的なものではない。³³ もう一つが「金銭消費貸借」である。これは、その重要性からいっても、現実贈与の比ではないし、事実、要物契約やその予約が問題になるとき必ず取り上げられるのがこれであり、その「要物性」が激しく攻撃されてきた。その事情はフランスと日本で異なるものではない。ただ、フランスでは「返還債務の要物性」という意味での「要物性」をそこに読み込んで、なおも維持しようとするのが通説であるのに対して、日本では「要物性」をまったく否定し、当然のように「諾成的消費貸借」を認めるのが通説である点で異なる。

この問題を考えるとき、いわゆる、契約締結における「諾成主義」をどのような「深み」で捉えるかがポイントになるように思う。「諾成主義」を「意思表示の合致のみによる契約の成立」と理解するとき、そこに至る歴史的背景や社会・経済的な事情、法学理論としての「成熟度」等は、得てして等閑に付されがちである。現代においても、「要物契約は立派に存在する」と主張するこの論文は、我々が自省しつつ玩味すべき内容をもっていると考え

る。等しく「要物契約」とされているものを区別する基準は、そこにある「引渡」resの意味の違いであった。「引渡」が物権の移転または設定の意味を有する場合と単なる物の所持の移動の意味しかもたない場合がある。「引渡」という行為はもともとは、あるいは日常的には、「現実の引渡」に代表される後者の意味の単なる事実（行為）である。契約の原初が要物契約であったことは肯けるし、日常一般にも、引渡があつてはじめて「自分の自由（も

の) になった」という感じになることも否定できない。占有・所持という事実が「所有」権を生み出す源なのである。

ところで、「諾成契約」は、とりわけその典型である売買が動産を対象にするときに必然的に経験した「引渡の非物質化＝観念化」によって、意識され、培養されたといえるのではないか？その理論的な検討の賜物が、「与える債務」についてのフランス民法一一三八条、売買についての一五八三条にいわゆる、「意思主義」なのであろう。「引渡債権の効力を介して」所有権が移転するということの「含蓄」をこそ味わうべきである。⁶⁴

ところで、消費貸借の場合はどうか？消費貸借は「価値の移動」というより、「価値の利用」が目的である。「価値」を利用・消費した後、「同種、同量のものをもって」返還する。そのために、「所有権」が移転される。所有権の無条件の移転である売買、交換、贈与とは異なり、「目的」を果たすために「所有権」は移転され、「目的」を果たした後（といっても、一定期間価値の利用ができるということであるから、単に、期限が到来すればということである）、一定数量の物、金銭を「所有権」の移転をともなって返還するという関係である。つまり、最初の「引渡」＝「受取り」と後の「返還」の二つの段階で所有権は「移転」する。

問題は最初の所有権の移転である。これが売買と同様に、「合意」のみの効力によって、つまり、「引渡債権の効力によって」（フランス民法七二一条、一一三八条、一五八三条）なされると解するのかという問題である。売買は物の「所有権の返還」を予定しない契約である。消費貸借は貸された物自体の返還はないが、後日「同種、同量の物」の返還を予定する。フランスの議論において、一一三八条は消費貸借には適用されないというのが多数説であることは示唆的である。

一般に「与える債務」と「為す債務」という分析がある。我々は、それを単に履行の強制の仕方を分ける物差し

にしか使っていないが、本来そのような単純なものではないと思われる。「与える債務」はその履行のために債務者のなんらの介入行為を必要としない。その意味で、「抽象的かつ自働的」である。売買に典型的に見られるそれである。一一三八条が機能するのはその場合である。

「抽象的」というのは、「引渡」が具体的、物質的なものから、非物質的、観念的なものに変わった結果であり、決定的な転換があったことを示している。「引渡」がなくても、意思の力だけで所有権の移転があると捉えることが可能になったのである。しかも、「与える債務」の履行は、「自働的であること」を避けがたいメカニズムにする抽象的技術によって行われ⁶⁵⁾なければならない。その技術として、フランス民法が用意したのが、七十一条、一一三八条、一五八三条であった。

しかし、事態が異なり事実が違えば、「与える債務」についての一一三八条は機能しないことになる。現に、不動産売買の分野では、「売買の双務予約」が一般的である。所有権の移転を公正証書の作成や物の引渡のときまで遅らせる目的で、双務的な「予約」がなされている。これは、通常なら全く「諾成的」な売買を、「要式契約」や「要物契約」、つまり、契約の成立が一定の要式や物の引渡に從属している契約としているのだろうか？当事者の通常の意図は、それを単に履行に関する特殊な「附款」（危険負担について、それまでを売主負担とするような）にすぎないとして、「自らの意思を入れ替える」⁶⁶⁾と止める⁶⁷⁾というものではなからうが、場合によっては、「変心」もありうるというつもりでそうしたのかもしれない。どちらにしろ、そのとき一一三八条は機能しない。一一三八条は「当事者の意思の効力」によって否定されているのである。さらに、所有権の移転が引渡の強要を通じて、義務的に形式化している場合がある。このときには、「法定の効力によって」一一三八条は機能を止める⁶⁸⁾。

このようにみえてくると、「与える債務」は、実際には「自律的に存在していない」⁶⁹⁾。実際にあるのは、所有権の移

転が一三八条の効力によって即時である場合（このとき、債務の存在する時間はない）か、所有権の移転又は契約の成立自体が引き伸ばされている場合であって、むしろ、前者は例外、後者が一般的であろう。一一三八条は、抽象的な理念（論理必然性又はフィクション）を表しているに過ぎない。通常は、債務者は各種の具体的な「為す債務」（公正証書の作成に参加したり、物を引渡したりする）を負っているのである。つまり、さまざまな「為す債務」が「与える債務」を構成している。

金銭消費貸借の予約の場合、確かにこの合意は当事者の望むままに存在する。その予約によって、「借主」（予約権利者）は要するに金銭を手に入れようと望んでいる。金銭を手に入れるという点で、「貸主」（予約義務者）の債務が「与える債務」であろうと「為す債務」であろうと、違いがあるわけではない。「貸主」（予約義務者）の債務の性質決定が問題ではなく、その「予約」から生じる債務の「目的」が問題である。その「目的」とはなにか？とりわけ、「引渡」を行う「予定」の「貸主」（予約義務者）の債務の「目的」は？「貸主」はなお態度決定を保留している（交渉 = *negotium* に加わっている）のか、それともすでに済まして、後は単に物理的に行うだけなのか？

フランスの議論では、事情は少しく微妙である。つまり、消費貸借の予約——「引渡」——消費貸借というプロセスにおいて、「引渡」は、当然、「自発的なもの」でなければならぬ。もしそれがすでにある「予約」の強制力の結果だといえるのであれば、「予約」と「消費貸借」を区別できない（予約としての自律性がない）。ところで、一一三八条は、「与える債務」全体を対象にする一般的なものであるから、この「引渡」にも適用されるはずである。ところが、「与える債務」の実現は同時に「自働的」でもあるのだから、債務者（予約義務者）のなんらの介入行為もいらぬはずである。つまり、「引渡」は不要である。このように、多くの学者は消費貸借の予約による予約義務者の債務を「与える債務」とみているために、一一三八条の一般的効力との関連を意識せざるをえない。そのた

め、「要物契約」としての消費貸借に反対する学者は、以上のように、消費貸借の予約を「消費貸借の双務予約」つまり消費貸借それ自身と同視するように議論を仕向けて行くわけである。「当事者は引渡の中に出発点ではなく、以前の自らの取り決めの実現の具体的な行為を見ている。彼らは新しい契約を締結する考えはもっていない」という、いわゆる「諾成的消費貸借論」の主張に繋がる道筋である。このような立場の学者も多いことは、日本と同様である。消費貸借の「予約」における「貸主（予約義務者）」の義務をどのように捉えるかという問題であるはずなのに、「売買」の場合と同様、「合意」のみによって「所有権」は移転してしまう。「所有権」の移転に関する限り、消費貸借の特殊性はない。その中であって、通説は、「いや、そうではない。消費貸借の場合には、引渡に関係のある権利しか生み出さない要物契約の予約は確かに存在する」。「引渡」はこのとき、一一三八条の意味の「引渡」ではなく、「事柄の性質上」、契約の成立のために要求される。つまり、後の消費貸借による借主の返還債務を生じさせるために必要であるとするのである。通説は、「提供された価値の返還訴権を生じさせる全ての契約において、そういう事情がある。この債務は、返還すべき価値の供給によってしか生じえない。したがって、それによってしか契約は形成されえない。(中略) 契約の成立に相当するのは、与えられた物 (res praestita) である」といって、「引渡」の意味を修正し(いわゆる、返還債務の要物性)、一一三八条との衝突を意識的に回避しているのである。実質的には、通説も「予約」による「引渡」義務の発生は認めている。ただ、それを「消費貸借」の方にもつていって、そこにおける返還債務の発生のために必要といっている。しかし、この「事柄の性質」という曖昧な説明は、消費貸借の事態を正確に捉えたものとは言いがたい。賃貸借でも同じことであるからである。

本当に必要なことは、消費貸借の予約を実質的に消費貸借それ自体と見るのではなく、それとは別の役割りを与えることである。いわば、その予約の「自律性」を承認することである。そのためには、その予約の「目的」を確

認することが必要である。

その「目的」は、最終的な契約（消費貸借）についての「意思表示を与える債務ないし拘束」を生み出すことである。その「債務」は「引渡」によって実現される。つまり、「引渡によって」、契約締結の意思表示がなされる。「引渡」はこのとき、一・二・三・八条の機能からは全く離れて、契約の「完成」に必要な要件を表している。あたかも、「要式契約」において、一定の「方式」を踏むことが契約を成立させるように。したがって、消費貸借の予約は消費貸借自身とはまったく別の役割を果たし、「自律性」を保持していることになる。予約義務者（貸主になる人）は、「引渡」をすることによって消費貸借を締結する意思を表明することも、「引渡」をしないことによって消費貸借を締結しない意思を表明することも自由なままである。このような、「予約」の特殊な「目的」から、「引渡」の特殊な、意思表示の意味をこめた、一・二・三・八条とは異なる、独自の機能を導き出すことができるのではないか。本稿に紹介した問題提起とは、そのようなものであると思う。

フランスの通説がいわゆる「返還債務の要物性」ということを認めるのは、「引渡」が「付与」の意味を含んでいる交換型契約において、「引渡」方法の様態が「非物質化」してきたために、以上のような、消費貸借における「要物契約の成立要件としての引渡」の特殊性が見失われてしまって、諾成契約の成立要件（合意のみ）と同じように考えるようになってしまったからである。「合意」は予約としてすでになされた。「引渡」は単に、「返還債務」を発生させるためにのみ必要であって、「事柄の性質上」当然のことだというわけである。

五 まとめ

要物契約といわれる五つの契約の中で、「引渡」が「付与」、すなわち所有権の移転又は物権の設定の意味を有する場合（現実贈与、消費貸借、質）には、「要物性（*res*）」は未だ失われず、意思の实在性または終局性を示す「引渡（*res*）」が行われなければならない。それに対して、「引渡」が単に「所持」の移転に過ぎない場合（寄託、使用貸借）には、「要物性（*res*）」が失われ、諾成契約化する。本稿で紹介したこのような問題提起は、我が国ではほとんどないように思われる。

中島 玉吉「予約論」一九一四年（『民法論集』二九頁・四五頁）の理解が、存外これに近いのではなからうか。すなわち、「予約」をするのは全て本契約の準備のためであって、契約成立に客観的又は主観的故障⁴⁰があるという理由で準備契約を結んでいる。そして、要式契約、践成契約の予約は「本契約ノ成立ニ客観的故障ノ存スル場合」（二六頁）である。「物ノ授受ヲナシテ以ツテ践成契約ヲ結ハントスト雖モ現在ニ於テ真ノ必要ナク又ハ現在ニ於テ物ノ授受ヲナス能ハス依テ豫約ヲ以ツテ招来ノ本契約ヲ準備スルカ如キ是ナリ」「是等ノ場合ニハ本契約ノ成立ニハ意思ノ合致以外ニ物的ノ要件ヲ要ス」「其要件ナクハ本契約上ノ意思表示ナキモノナリ」というのがそれである。「客観的故障」の例として、現在物を授受する必要性、可能性がないことを挙げているだけの素朴なものであるが、「物の授受」がなければ「本契約上ノ意思表示ナキモノ」と捉えていたところは共通する。すなわち、真の要物契約においては、「引渡」が「付与」の意味を有しているので、契約の成立（意思の实在性）又は完成（意思の終局性、確実性）のために、必ず「引渡」物の授受（*res*）」が必要である。逆にいえば、「引渡」がないことは意思表示がないことである。「*res*」が本質であり、それが意思表示そのものであるという理解をしていたの

ではないか。

さらに付け加えれば、鎌野前掲も、恐らく異なる観点からではあるが、「やはり、五八七条は、本来、強行規定（公の秩序に関する規定）であると考えるべきではないだろうか」（二五二頁）と示唆的であった。「民法は、売買契約、賃貸借契約、贈与契約等を諾成契約とし、消費貸借、使用貸借等を要物契約とするが、このような典型契約の法的性格については、本来、当事者の意思で自由に決定することはできないのではないかと思われる」（消費貸借である限りは要物契約でなければならず、本来、『諾成的消費貸借』は存在しえないのではないか」（一五三頁）というのがそれである。後半の部分は著者本来の主張（すなわち、諾成的消費貸借を否認し、ひいては五八七条を空文化、死文化させて要物契約たる消費貸借の否定を提案している。一五五頁以下参照）と合わせてみて、自家撞着を起していると言わざるを得ないが、問題は、前半の「強行規定」性という点である。「強行規定」というのは適当な表現ではなく、契約の定義、性質決定の問題であつて、「本質」が語られるべきである。各契約には、それがなければその契約とはいえない本質的な「要素」がある⁽⁴⁾。売買であれば、物と代金についての所有権移転の合意である。消費貸借では何が本質的な要素であるのかということの問題にすべきであつた。

消費貸借では、「引渡」は「本質」であり、「要素」である。寄託、使用貸借では、そうではない。消費貸借は寄託、使用貸借と異なり、物の所有権が移転されなければならない。所有権の移転のために、売買では、単なる合意のみで足りた。しかし、消費貸借では、そのみでは足りず、なお「引渡」を必要とする。「引渡」がすなわち「意思表示」であるからである。「引渡」はこのとき、契約を成立させると同時に所有権を移転させる。ところで、消費貸借の「引渡」は売買におけると同様に、その態様、方法は変化し、非物質化、觀念化（特に、信用取引においては、物的な引渡の意味は減少してきたのが現実である。物的なものより、正式の手続きが要求されたり、権利質

が無体の権利を対象にするときに、単純な「附款」の形をとったりする)した。それにはそれだけの必然性、必要性があったが、だからといって、消費貸借を成立させる「意思表示」たる「引渡」が不要になったということにはならない。「要物契約の予約の存在を表示する意思の合致が、引渡の非物質化の段階がどのようであれ、要物契約自身を生じさせるべく十分ということはありえない」⁴³のである。そこまでは行っていない。「引渡」はこのとき、消費貸借を行うという「意思の表明」であって、それ自体「自律的」自由「なままになされなければならない」。そのようなものが、既に「予約」によって「拘束」されていた「意思」を強制した結果であってよいはずがないのである。平たく言えば、「金を貸す」と約束しても、貸さなくてもよいのである。もちろん、そのときには相應のサンクション（一九八一年七月二〇日の、本文中にあげたフランスの破棄院判決のケースに倣えば、総額の1/8の賠償）を覚悟しなければならないが。

消費貸借のこのような特殊性（もしあるとして）は何に由来するのであろうか？ 私には、理論的な考察の用意はまだ充分にはないが、次のようなことがいえないだろうか？ すなわち、金銭消費貸借の現実の有り様（これが私には不案内なので困るのである）の一番底のところ、当事者の意識の中に、あるいは無意識下に、「金を貸してくれると言ってくれたが、金というものは実際に渡してもらわなければ意味がない。金を現実に手にして初めて使えるようになる。それまでは自分のものではないし・・・」。「貸す」ということは言ったが、現実には渡さなければどうしようもないだろう」。「本当に貸してもらえた。ありがたい。期限にはきちんとお返ししなければ・・・」という暗黙の前提（舞台）があるのではないか？ 民法の条文に何が書いてあろうと、さらに、学者が「諾成的消費貸借は有効」と言ってみても、そんなことには関係なく、「金を貸す、借りる」ということそのものの「本質」が人を動かす。人は、「約束」だけによって、「金を貸す（貸さなければならない）、借りる（借りられる）」とは決して思っ

ておらず、金を貸さない、金が借りられないということはあるかもしれないし、「貸主」の「変心」もありうる。と、またそれも止むを得ないと思つている(思われている)。現実には、現実に手にして始めて「金を貸した、金を借りた」となるのではなからうか? 実態はそうではない、「約束」は充分拘束的であるという指摘に反論する材料は、私にはない。金融に関わる者と庶民とは、事情が全く異なるのであろうか? そうだとすれば、現実には、夫々の「消費貸借法」が用意されているのか? 金銭消費貸借契約は、普遍的な、「金の貸借」についての「人と人の関係」であるはずである。これは単なる憶測ではないが、「諾成的消費貸借」を明文で認めているのは、あの「スイス」債務法(三一六条)だけであることは偶然であらうか? 気になるところではある。さらに憶測を付け加えれば、恐らく、一般の経済社会においては、消費貸借は売買ほどには「不要式の諾成化」が進んでいない段階にある。消費貸借の場合に、ましてや、消費寄託の場合に、「合意のみによる所有権の移転」を、売買と同じように認める段階にはない。消費貸借においても「引渡」が「抽象化」「非物質化」して、契約の「諾成化」が進んできたといっても、信用取引に見られるように、少なくとも、何らかの「方式」物の引渡(ass)の代替」を必要とする契約なのであろう。

考えてみると、売買の場合には、「引渡」を「観念化」し、「抽象化(無意味化)」しても、双務有償契約としての各種の手当て(先取特権、同時履行の抗弁権、危険負担、解除等)を用意できるが、「片務契約」である消費貸借では難しい。現実には、借主の返還自体は後日のことである。そもそも、貸主が「先履行」しなければならぬ。「同時履行」のあり得ない契約類型である。担保・保証はそのためにあるわけであるが、「返還債務」の履行の「確実性」は決して高いとはいえない。なによりも、「時間」という要素が、売買とは決定的に違う。そうであるが故に、金を貸す側には「慎重な」対応が否応なく求められる。それが「引渡」授受⁴³という「行為」であつて、それ

が同時に「最終の決断」意思表示」なのであろう。仮に、借主の「借りる権利」（貸主の貸す義務）というものを想定できるとしても、後の、借主の「返還義務」が必然的に帯びざるを得ない（貸貸借、使用貸借とは質的に異なる）「不確実性」が、借主の「借りる権利」の「成長」を妨げざるを得ないだろう。

「金を貸すというのは金をやること。返ってくると思ったら大間違い。だから、貸さない」という悪い「冗談」を、世間で聞くことがある。これでは銀行はやっていけないし、「貸す」と「やる」のは確かに違う。そうではあっても、「冗談」の常として、それは何ほどかの「真実」を言い当てていると私は思うが、当否は別にして、以上のようなことに思いをめぐらせば、「金銭消費貸借は要物契約であるし、そうでなければならぬ。しかしながら、その予約は有効である」。それに対して、一般にそう思われているのとは逆に、「寄託、使用貸借は要物契約ではない。だから、その予約は有効である」という本稿の紹介した見解は、学者にとつてはいかに唐突であっても、「現実」（世間）には案外素直に受け入れられるのではなからうか。

「合意は、それが履行され始めたときにしか、完全には、義務的でない⁽⁴⁾」。だからこそ、法が存在理由をもつともいえるのである。

註

- (1) J. Bachellier R.T.D. 1985 pp 1—62
- (2) J. Bachellier, op.cit., p.4
- (3) J. Bachellier, op.cit., p.62 そつでは、要物契約が、契約の成立時期および履行時期を決定する上で、消費者保護にも繋がるのではないかと推測している。「実際には」金を手にできなかった金銭の借主の保護のことであらう。逆に、「貸主（銀行）」の

「約束違反」で借りられなかった「借主（業者）」の保護の問題もまた重要である。「貸主の不履行」問題について、取引の事態に詳しい弁護士が行っている「注意の喚起」（塩崎 勤編「金銭貸借の基礎知識（上巻）」一九九四年 五〇頁以下、小倉博担当）も忘れられてはならない。

(4) Pr. Malaurie, L. Aynes, Droit Civil, Les Contrats Speciaux, 1991 p.462

- (5) 寄託（一〇四六頁—一〇四八頁）、消費寄託（一〇七七頁）、使用貸借（六二四頁）。但し、その「一貫性」は、必ずしも「強くない」。たとえば、寄託について、特定物の受寄者の保管・返還義務は「当然であり、取り立てて保管・返還義務の要物性という必要はない」（一〇四六頁）。しかも、「寄託する側の寄託物引渡義務はあり得ず、予約履行の義務としては、保管を約した側の寄託物引取義務及びその不履行による損害賠償責任のみが生ずる」（一〇四七頁）。消費寄託については、「消費貸借の予約と異なり寄託としての性質上、受寄者は寄託金の引渡を請求できず、予約はいかなる効力も生じない」。使用貸借についても、「目的物引渡以前には使用貸借の予約であって使用貸借ではなく、引渡によって使用貸借となる、と解すべきである。これは、消費貸借及びその予約と同じく、使用貸借の要物性を単に用語上のものに転化し、実質上これを諾成契約とする解釈であるが、通説である」（六二四頁）。寄託、使用貸借については、その「予約」を、「実質的に」、諾成的寄託契約、諾成的使用貸借契約と認めているように読める。消費寄託は、消費貸借と同様に扱われ、その「予約」は「五八九条の用語法に倣って認められるが、寄託の性格上、「効力はない」。これでは、消費寄託の合意のことを「消費寄託の予約」と言い換えるだけであって、「予約」の解明にはなっていないのではないか？それに特段の効力はないというのであれば、問題にする意味がないことになるのではないか？私は、消費寄託は寄託から明確に分離して、その「予約」は基本的に消費貸借の予約と同様に扱うべきであったと思う。
- (6) (2)と同じ箇所からの引用。続いて、「しかしながら、通説にあつては、要物契約のカテゴリーの残存物を認めないといつても、その観念そのもののどんな実証性も全く拒否するところまではいっていない」という。

- (7) Ph. Malaurie, L. Aynes, op.cit., p.457
- (8) Supra p.457
- (9) Planiol Ripert, Traite Pratique de Droit Civil Français, T. II No 1136
- (10) 三宅 正男 「契約法(各論)下巻」 五三三頁。
- (11) 三宅 正男 前出 五三〇頁。
- (12) パシユリエによれば、「事柄の性質」ということでもって要物契約を定義することはできない(No 3)。たとえば、賃貸借契約においても、「物を賃借人の意のままにすることなしには履行されえない。修繕のための請負にもそういうところがある。だからといって、それらは「決して要物契約とは名づけられなかった」(No 46)。そうであるなら、再び伝統的な「成立要件としての要物性」論に戻るのか? パシユリエの主張は、後にもるように、「引渡」の意味を捉えなおして、「予約」に独自の効力を認めるとするものであって、単なる「ローマ法の復活」を意図しているわけではない。パシユリエの紹介するところによれば (P.五の註一四)、ゲスタン (M. Ghesin, Traite de Droit Civil, T. II Le Contrat, No 342) は、とりわけ物の返還義務を負っているものは、物が引渡されたときからしかそうすることはできない。このことは、「事柄の性質」から生じているといわれるが、「当事者の意思がなにもひとつ変えることのできない物質的な明白さということからその解決は生じているのに、この引渡を返還債務の停止条件として分析することは、当事者の意思にすべてを掛けさせようと望むことである」という。フランスの通説のいうところの「事柄の性質」なるものは、確かに曖昧であって、法的な「中身」が見えてこない弱さがある。これを、ゲスタンの批判するように、「返還債務の停止条件」とすれば、「予約」のときに既に返還債務は「発生」しており、単に、引渡があることによってその「効力」が生じるということになるだろう。「予約」のときに返還債務が本当に「発生」しているのかどうかの問題のはずなのに、それは既に「発生」していて、ただその「効力」の発生が「引渡」にかかっている。なんと奇妙な「議論」ではある。ちなみに、フランスの「DALLOZ法律事典」の理解も、「停止条件説」である。「伝統的には、貸

借は貸される物の引渡によって成立する要物契約である。しかし、要物契約の観念は今日では議論のあるところである。しながら、物を返還する債務はその物が引渡される前には考えられないということは確かであるとしても、物を返還する合意がこの物の全き引渡の前からも存在することを認めるのは、不可能ではない。そのとき、その債務は、引渡を停止条件にして生じている。取引の全体は、これを双務契約と分析している。つまり、物を引渡す貸主の債務と、それが引渡されたならばそれを返還する債務の二つの相互の債務を発生させる双務契約として（*supra* No.2）。これでは、賃貸借との区別はなおも微妙といわざるを得ない。なお、起草者の梅謙次郎も「条件付権利説」であった（民法議事速記録四、二三八頁、一三三九頁。「借リタ時カラ始メテ返還ノ義務ガ生ズルト云ワレマスケレドモイヤシクモ借リル方ガ権利デアルト云フ以上ハ夫レハ取り切りニスト云フ権利デハナイ其ノ権利ガ生ズルト云フコトヲ御認メニナル以上ハ夫レト同時ニ条件付デ返スト云フ義務ガ生ジテ居ル其ノ時カラ」。これに対して、三宅説は、「予約」によっては返還債務「自体」が発生していないとみるものである。それは、消費貸借というものの、価値の利用という（賃貸借とは異なる）「本質」から生じる結果であるとする。確かに、三宅説は、「事柄の性質」の分析をフランスの通説よりも「進展」させているとすることができる。一方、バシユリエやゲスタンは、「意思」というより、「行為（引渡）」の方を重視しているように思われる。「引渡」という「物質的な明白さ」の中に「意思の現出＝契約の成立又は完成」をみるというのが、バシユリエの立場である。つまり、「引渡」がなければ、契約が成立または完成しないのである。「契約が発生又は完成しない」とみる（バシユリエ）のと、「返還債務が発生しない」（三宅）とみるのとでは、実際問題、何か違いがあるのかということにもなるが、両者共に、「消費貸借の要物性」の「本質」をよく捉えていると思う。両説の近似性は非常に高いのである。

実は、後述のように、三宅説が「予約」による「貸主」の債務を、「消費貸借を成立させるためだけの特殊な債務」とするのに対して、バシユリエは特にその内容に立ち入ることなく、むしろ、「引渡」をすること自体が「貸主」の意思を表している。「引渡」はそのとき、消費貸借を成立させる「意思表示」になっている。「意思表示」の強制はできないから、「引渡」を

しないからといっても、損害賠償がせいぜいであるというのである。このように、「引渡（＝*res*）」が消費貸借を成立させる。とすれば、消費貸借は「要物契約」ということになるではないか？三宅説は、消費貸借を成立させる「予約によって生じた債務」の履行によって、つまり、「引渡」によって、消費貸借は成立する。とすれば、消費貸借は「要物契約」ではないではないか？というのである。「引渡」を「意思表示」とみるか、「意思表示による債務」とみるか？その差は、実際問題としては、ほとんどないということとは簡単にいえようが（表現の違い）、「要物契約」かどうかという点では、結果は正反対になる。理論的にはどうであろうか？消費貸借における「引渡＝授受」の意味をどう捉えるかによって、結論の出ることであろう。しかし、「諾成的消費貸借」なるものを決して認めない点では、両者は共通している。

プラニオルのいわゆる「変形」または「改名」、つまり、「引渡」によって「諾成から要物になる。消費貸借の予約から消費貸借になる」（註9）（と考えるということ）は、いかにも洒落な表現ではあったが、その問題認識は、後の二人と異ならない。プラニオル・三宅説を挟んで、左側にバシユリエ説、右側に「諾成的消費貸借」説という構図になるのか。

- (13) 三宅 正男 前掲五四五頁。なお、消費貸借と質貸借との「同一性」の問題は、我が国でも一の論点である。前者が「消費」という経済的な使用・収益の一つの態様を目的にしている点では、後者と同じだという（末広 巖太郎）のは強弁としても、「質貸借は諾成契約であって、その契約の中に質借人の返還債務も含まれている」、それからみても、消費貸借の合意（諾成的消費貸借）のみによって返還債務を発生させることは「理論上不能ではない」という（我妻 栄）のほうか？「受け取らないものを返す」ということは論理的に不能だという。だが、「受け取らないものを返す」という約束なら、成立させても不合理なこととはあるまい。月末に貸そう。おまえの方ではそれを一年後に利息をつけて返せ、という約束なら、成立させても不合理なこととはあるまい。受け取らないものを返すというのは論理的に不能だなんていう必要は少しもないだろう」（我妻 栄「民法案内」X 二一〇頁）。フランスでいわゆる、「事柄の性質」という言い方が、どこでどのような議論を惹き起こすか分からないという一つの例であろう。「議論のための議論」になる危険性がある。このような方向に向かつて、解決の道は見えてこないと思う。

- (14) 三宅 正男 前掲五七八頁。「予約」による「貸主」の「債務」、「借主」の「債権」は、消費貸借を成立させるためだけの特殊な「債権・債務」であるから、「貸主又は借主」の破産によって効力を失う(五八九条)。さらに、この「債権」は、「あくまでも貸金引渡の債権であり、後日返還するから貸渡せ」という独自の内容(目的)を有し、本質的には価値利用の権利に過ぎない」ので、譲渡性はなく、差押の目的にもならないし、相殺にも適しない。この「債務」の違反(貸主の引渡不履行)に對しては、損害賠償が可能なのである。
- (15) 三宅 正男 前掲五四五頁。
- (16) 消費貸借以外は、簡単に、「寄託や使用貸借は物の引渡の後に存在する、又は成立する」。それまでは「予約」であるというだけである(ブラニオル)。それらの「予約」の有効性に既に疑問はもたれていない。それに対して、「消費貸借」については詳述されるのは、その重要性が寄託の比ではないという事情と同時に、契約の「性格」、「目的」が掴まえにくいということがあるのだろう。消費寄託にも同じ事情がある。
- (17) 松本 暉男 「寄託契約」『契約法体系』V 一九六三年 八頁―九頁。
- (18) 松本 暉男 前掲八頁。本稿も、同様の立場に立ちたいが、理由は異なる。松本説には、消費貸借と寄託を同じく「要物契約」としつつ、その「要物性」(合意と物の授受の結びつき)の程度を問題にして、「所有権の移転を内容とし、もっぱら目的物の返還を目的とする」消費貸借よりも、「寄託者の利益のために物を保管することを目的にして占有権だけが移転する」寄託の方が、「要物性」の「度合い」が強いという「思い込み」がある。「占有権の移転」というのは適当でなく、「所持」の移動(「占有」はなお寄託者にある)というべきであるという部分は措くとしても、なにより「要物契約の予約」の問題は、合意(予約)と物の授受(というより、引渡というべきであるのだが)の分離可能性を考察することであって、各種の要物契約において、その「目的」が「物」Ⅱ「目的物」とどのように関わっているかということを検討することではない。そういう問題は、要物契約に限らずどの契約にもある。「要物契約」だけが「物」と関わっているわけではない。

消費貸借は「物」自体とは直接の関わりをもたない。物の「価値の利用」が「目的」であつて、後日「同種・同量の物」を返還する。したがつて「もっぱら目的物の返還を目的にする契約」（松本前掲八頁）でもない。それに対して、寄託は（消費寄託は微妙）、物自体の保管が「目的」である。だからといつて、「要物性」が前者は「弱く」、後者が「強い」ということにはならない。

一般に、我が国の議論の中では、条文の表現上の問題からくるのであろうが、「物の受取り・授受」という側面のみが前面に出て議論される傾向にある。「物の受取り・授受」というのは、「相手方」、すなわち、「貸主（になる予定の人）」の「引渡」の結果、「当事者ノ一方」、すなわち、「借主（になった人）」が「受取つた」という「貸主の引渡」の結果ないし事実を受動的に表現したものに過ぎない。「借主（になる予定の人）」に、「受取り・授受の義務」があるわけではない。借主の「返還義務」は、契約の成立が確認された上での、別の問題（片務契約）である。「契約の成立」自体を問題にする「要物契約の予約論」は、法理論として、「貸主（になる人）」のするであろう「事実」としての「引渡」の意味内容をこそ、まずもつて問題にすべきである。寄託の場合にも、同じ事情がある。ただし、「保管」義務を果たすためには、「受取る」必要があるのは「当然のこと」であつて、寄託者の「引渡」は「寄託」契約である以上、表面には直接出てこない性格のものである。一般的な有償寄託では、寄託者の「引渡義務」は問題になりうるが、それも「法的」には主要な問題ではない。寄託で大事なことは、本文で述べたように、逆に、「受寄者」の側の「受取り義務」の問題である。条文の表現上の問題が多分に影響しているように思う。ちなみに、フランス民法一八九二条は、「消費貸借とは当事者の一方が相手方に対し、使用に因り消費せらるる物のある量を引渡し、相手方が同種同量の物を返還する義務を負う契約を謂う」と、「引渡 (mise)」を前面に出している。寄託についても、「固有の意義に於ける寄託は寄託物の現実の引渡又は仮装の引渡に因りてのみ其効力を生ず」（一九一九条）というように、「引渡」を要件にするが、同時に、「一般に寄託とは、物の保管を為すこと並びに其物を現物の俵にて返還することを約して、他人の物を受取るに因りて成立する行為を謂う」（一九一五条）とも定義している。

鳩山 秀夫 「日本債権法各論（下巻）」一九二四年 三九八頁は、「交付」を消費貸借の成立要件と明言し、「目的物ノ交付ニ付テ民法ハ『受取ル』トイフ文字ヲ使用ス」（四〇〇頁）と説明していた。鳩山説は「諾成的消費貸借」を認めない（三九六頁）が、貸主に交付義務を生じさせ、「其交付アリタル後」借主の返還債務を生ずる契約は有効という（三九七頁）。いつの頃からか、我が国では、「交付」に触れる学者は少なくなってしまった。

本稿は、寄託は民法では要物契約のように規定されているが、以前は知らず現在では、もはや「要物契約ではない」。それに対して、消費貸借（消費寄託は微妙）は現在でも「要物契約である」という立場である。しかし、「寄託についても同様であり、本契約が要物契約であるだけに、寄託の予約を常に有効とすることは実益が多いと思われる」（松本前掲八頁）という判断は、「本契約が要物契約であるだけに」という部分を除けば、一致する。後述のように、松本説とは違った意味で「本来の」要物契約（その中では、金銭消費貸借が最重要）を想定するとき、その「予約」を常に有効とすることの実益は、寄託の比ではない。

「予約」が意味をもつのは、「諾成的双務有償契約」における「一方の予約」（五五六条）いわゆる「オプション」と「要物契約である消費貸借」の「予約」（五八九条）のみである。落ち着いてよく眺めてみれば、我が民法典は既にそうしていた。

(19) I. Bacheller, op.cit. No.1 一九四六年の「民法典改正委員会」の作業の中で、「逆の意味の」アナクロニズムが攻撃されたことがあった。すなわち、「私には疑わしく思われる哲学的理由（諾成主義のこと）のために、我々がそれと共に生きてきて、かつ不都合のない非常に古い伝統がなぜ放棄されたのか、私には分からない。私はあなたの方の反実理的な理論は（逆に）時代遅れと考える。それは個人主義の時代の一九〇〇年に遡ることだ」というモランディエールの批判があったということである。

(20) 比較法的にもまちまちである。ドイツ法は、質（BGB 1205条）および消費貸借（BGB 607条、610条）を要物契約としているようにみえるが、使用貸借（BGB 528条）及び寄託（BGB 688条）については、明確な方針を決定していない。

「伝統的に要物契約のカテゴリーに属する契約の中で、このような分割があるのは偶然ではない。質および消費貸借では、引

渡が意思の合致と共に契約を成立させ、同時にそれが所有権の移転を行なっている。このような効果は、使用貸借および寄託にはない」(supra No 4)。ドイツ法において、要物契約に「引渡」(remise)が強要されることと、一般に動産所有権の移転のために「引渡」(tradition)が要求されること(BGB 929条の物権行為主義)は混同されることはない。なぜなら、その目的が所有権の移転である場合も含めて、「引渡」(remise)を伴わない所有権移転義務は当然有効であるのに(BGB 241条以下)、このタイプの契約においては、それ(引渡を伴わない所有権移転義務)は価値をもたないからである。

(21) J. Bachellier, op.cit., No 6

(22) J. Bachellier, op.cit., No 7

(23) 「付与 = dation」というのは、限定的に、「物権の移転または設定」の意味を有する「引渡」債務(いわゆる、与える債務)の意味を現すために使われている。民法典では、この言葉はもっと広い意味で使われている。すなわち、「全ての移転的(translative)債務の論理的帰結である引渡(lever)債務を示すためにも使われている」。贈与者や売主に負わされる「引渡(leveraison)」義務の他にも、「引渡す(trader)」のであって、「与える(dater)」のではない債務がある。それは、物の占有または保持(détention)を引渡す(remettre)債務である。その「引渡(tradition)」は所有権の移転を伴わない。賃貸借、寄託、使用貸借がそうである。所有権の移転なしに、他人の処分をゆだねることを示すために、プランドールは古法の条文から、(praestatio)を再び取り出して、(datio = dation)に配置させた。J. Bachellier, op.cit., No 7の註17を参照。なお、J. Chesin et B. Desche, Traité des contrats, La vente, 1994 No 524は、次のように総括する。「その上、いくつかの契約においては、所有権の移転は、たとえば『貸付』(prets)や許可のようなある出来事に従わされている。今日なお、一体全体、所有権移転義務があるのかどうかを知る問題が置かれる。一五八三条(『売買の目的物並びに代金につき合意ありたるときは、目的物の引渡並びに代金の支払前といえども、売買は当事者間には完成し、買主は売主に対する関係においては当然に所有権を取得す。』)の準則は、所有権から非常に進歩した概念に根拠を置いている。それは、実際、所有権とそれが対象にしている物、所有権の移転と物の

移転（一般に、引渡²⁴ *traditio*）と言われている）の間の区別を想定している。コンサントマンの交換によって行なわれていくのは、所有権の移転である。引渡は売主に課されたままである。しかしながら、単なるコンサントマンの交換による（*solus consensu*）所有権の移転は、どんな危険も引き起こさないというわけではない。」

(24) J. Bachelier, op.cit., No 7

(25) *supra* No 9 一三八条のフィクション（物の引渡が行なわれていないのに、意思が、その物の上の物権の移転または設定を実現する力をもっているとする）を廃止する根拠は多分ないが、実定法の中の限界を示している（No 8）ともいう。念のため、一三八条を以下に挙げておこう。「物を引渡すべき債務は契約当事者の単なる合意のみに因りて完全なるものなり。その債務は、尚未だ交付の為されざるときといえども、目的物の引渡さるべかりし瞬間より、債権者を所有者たらしめ且つ物をその危険に附す。」

(26) *supra* No 9 「諾成主義」が「諾成のみによる（*solus consensu*）」所有権の移転ということでは必ずしもないことは、ドイツ民法の事情をみれば分かる。そこで動産の売買は、所有権の移転が物の引渡に従わされているからといって、「要物契約」であるとはいわれない。裸の合意が価値をもたないローマ法（少なくとも、古ローマ法）におけるとは異なり、意思の合致は当事者の債務をもたらすべく充分であるからである。No 9の註23を参照。

(27) 贈与契約は要式契約とされる傾向が一般であって、フランス民法は、公正証書の作成を必要としている（九三一条）。日本民法は贈与契約を不要式契約としつつ、書面によらない贈与約束の未履行部分のみの「取消」を認める（五五〇条）。現実贈与²⁵手渡し贈与（*don manuel*）は、動産のみについての「慣習法に基づく独自の制度」とされて、要式性の例外として当初から有効性が認められてきたといわれているが（三宅 正男 『契約法（各論）上巻』一七頁参照）、フランスでは「現実贈与」のみが完全な「要物契約」であるという学者は多い。「現実売買」が既になされた「合意」による「引渡義務」の「即時の履行」とみることができのに対して、「現実贈与」は、贈与者が行なった「現実の引渡によって存在する」に過ぎない。「引渡」

のみが現実贈与を特徴づけるので、この引渡以前には、贈与者は自らがした予約を放棄できる。つまり、「引渡が必須であるので、現実贈与の予約は絶対的無効の意味で無効であり、その単なる予約は効力がなく、なんの与える債務も生み出さない。贈り主は他人に現実贈与をして、明示または黙示に自らの約束を取消しうる」(J. Bacheller, op. cit., No. 15 参照)。

現実贈与の予約に関する判例はないが、現実贈与が「無記名の書証」による弁済を装ってなされた場合や、小切手(十分な引当金のない)による場合が問題になった。

一九八一・三・三三のバリ裁判所の判決は、贈与として振り出された小切手の記載額を訴求できると判示した。贈与者の相続人が、「引当金のないことは現実贈与を無効にする」と争ったことに対する判断である。「小切手法の準則は贈与法の準則より優位である」ので、その小切手は引当金のない場合にも記載額を支払うという振出人の「個人的約束」を組み込んでいる。小切手によって現実贈与しようとする振出人は「決定的に拘束されている」。このようにみることは、現実贈与の中に「贈与約束(animus donandi)」をみることになる。これは、手形や(とりわけ)小切手を媒体とする贈与約束は、「現実贈与」としての「引渡」の外側で、「贈与」それ自体としての効力をもつことを認める解決であって、疑問があるとされている。J. Bacheller, op. cit., No. 17 ないし No. 21 参照。日本では、現実贈与につき、「この場合の引渡に伴う合意は、引渡が返還を予定するのでなく与えるのであり、かつそれは無償だという了解であり、財産を与える原因に関する合意に過ぎず、与えることを約束し債務を負担する贈与の約束ではない。現実贈与の特色は、贈与約束・債務負担の介在しないことにあり、何らかの合意と引渡との同時性にあるのではない」(三宅 正男 前掲三〇頁)とする分析が詳しいが、「引渡に伴う合意」との表現に見えるように、「引渡」自体を「意思の实在性」の表れとみるのとは距離がある。

(28) いわゆる「融資予約」や「社債」の購入に関する問題である。動産・不動産を対象にする消費信用取引や不動産信用取引等の「信用取引」は、消費者保護と関係する独自のテーマとされるべきであって、ここでは簡単に触れるにとどめる。結論的には、このタイプの契約を、言われているように、消費貸借の予約または消費貸借自体とみて、「引渡」を不要とするような証

扱はないし、「社債」の購入についても、株式や社債は有価証券であって単なる借用書ではないから、消費貸借と見ることは適当ではないということである。

Swinger 法自身が、動産および不動産の購入時に締結された「貸借の予約」の問題に直接言及しているわけではない。この二つの法律は、「契約の入念化のための時間」を要求している。つまり、貸主の申込の一定期間（一九七八年法は借主の事前申込の発信のときから一五日間、一九七九年法は借主の事前申込の受領のときから三〇日間）の発信、到達および維持を義務づけているに過ぎない。一九七八年法の七条第一項に、「この契約は借主の事前申込に対する承諾のときに完成する」とある（一九七九年法の五条の場合には、それは明確ではないが）ことを根拠にして、この貸主の申込は消費貸借契約を対象にしているのであって、「予約」を対象にしているのではないという者もある。あるいは、貸主が介入するという条件による申込は、いわゆる、申込の誘引であって、それに対する借主の申込は、貸主の承諾がない限り契約を成立させないが、それでも現実には「予約」と同様の働きをするだろうという者もある。あるいは、貸主が一方的に拘束された、消費貸借の貸主「一方の予約」という者もある（但し、借主のアクレマン条項が規定されているので、この構成は疑問）。

このように、かまびすしい議論がなされたが、多くの学者は要物契約であるクレジット契約の「予約」が、借主のアクレマンによって、無条件の諾成契約または要式契約になるといふ。このように、一方には、消費貸借の要物性を維持しようとする立場からの議論があるのに対して、他方で、クレジット契約を、ア・プリオリに諾成契約とみる学者もある。この相反する提案の妥協を図るべく、クレジット（動産信用貸）契約については、消費貸借の一方の予約（要式的前契約）、不動産購入に関する借り入れについては、要式的消費貸借の双務予約（現金が引渡されれば、法律上はともかく事実上は有効な消費貸借になる）と分けてみようという意見もある。なお、不動産信用貸し（一九七九年法）の貸借契約（クレジット）は、実務の取り扱いでは、「不動産の購入のために貸付ける契約」であるから、主契約たる不動産購入契約の不締結を解除条件にする。したがって、貸借の当事者は自らの債務を履行し、借主には現金が引渡されている（現に、専門家である銀行が貸付の妨害をすること

は実際ない）ことが想定されている。この貸借を単なる「諾成契約」というのなら、成程、貸主は金銭の引渡を義務づけられるということになるが、専門家たる貸主の「債務の不履行」というのは、この契約の場合には「関心」をもたれる問題ではなかった。現に、立法者は一言もこのことに触れていない。

(29) これらの法律では、「盛（正）式性（solemnité）」が強調されている。ある法律が、「盛（正）式性」を要求することは、法が考慮しようとする価値（意思）の「等価性」、「対価性」をそれが現しているからである。盛（正）式の手続きは、「意思」の外在化の一つの方法であって、「意思」を保護するためである。「借主および消費者の意思は、このような形式的な形で表示されて初めてその真の意思を表示しているのである」（J. Bachelier, op.cit. No 36）。クレジット契約であれ、貸付契約であれ、契約締結の瞬間を把握することが難しいのは、その取引に要求される「盛（正）式」の手続きの多様さと契約締結の「漸進性」のゆえである。「盛（正）式性」は、通常の消費貸借における、最終的な意思を表す手段として『引渡』の役割りを、ここでは果たしている」（supra No 36）。

ところで、このクレジット契約で引渡がない段階をどのように捉えるか？これを「消費貸借の予約」とみるのが多数説である。「未必的な片務予約」という者もいる。そして、借主の請求により貸主は引渡をする義務を有するという。この場合は、「通常」の消費貸借の予約に関する判例の結論（前出、一九八一年七月二十日の破棄院判決）とは異なるとする。但し、借主の信用不安を理由にした貸主の一般的解約権は認められる。これに対して、クレジット契約を、引渡の強制が可能な「消費貸借」それ自体であるというものがある。スイス法も全くの諾成契約とみている。

今日では、信用授与の方法は多様化しており（顧客口座への信用貸し登録、約束手形による商事債権の流動化等）、この取引における「物的な引渡」の意味は減少していることは事実であるが、だからといって、意思の最終表明である「引渡」（一定の形式、手続きを踏むことはその現れである）がいらないということにはならない。信用取引一般が、消費貸借契約から区別された一の無名契約になるというのなら、話は別である。

(30) フランス民法二〇七六条は、「いかなる場合たるかを問わず、先取特権は債権者または当事者の合意せる第三者が質物の引渡を受け、かつこれが占有を継続する場合に限り、その質物上に存在す」と規定する。日本民法の三四四条は、「質権の設定は債権者にその目的物の引渡を為すに因りて其の効力を有す」とする。質に関する古くからの問題は、「占有させること」が質権設定契約の成立要件かそれとも単なる對抗要件かということである。フランスの判例は一貫して、質権設定契約は「要物契約」であるから、「引渡」は当事者間においても、その成立にとつても必要であるとすが、学説の反対は強い。

質の対象との関係で、引渡方法が変化してきた。たとえば、債権質について、従前は債権証書自体の引渡を要求していたが、「引渡」が不可能な場合に（債権が清算されず、しかも一部しか担保がない）、質権の設定は「債務者への通知」によつてなされるとした（一九八三年五月一〇日判決）。権利質の場合、判例が「占有させること」という要件を不要にしているとはいえない。質の目的が「無体の権利」であるために、やむを得ず、引渡の単純化された形である「附款」の形をとっているだけであろう。「銀行法」は既にこの方向に向かつており、一九六九年一月二四日の「長期抵当権付信用貸しの動産化」に関する法律は、その二六条で、銀行の持つ抵当権付債権証書の債権一覽表の形での単なる「処分（自由に任せる）」による質権設定を認めていた。一九八一年一月二四日のDaily法は、クレジットの担保設定契約が「職業上の債権」を質にとるときには、銀行の持つ債権一覽表への記載のときから成立するとする。一九八四年一月二四日の「銀行法」はその六一条で、「招来発生する債権」を、債権一覽表の「附款」に記入することによつて担保設定ができるとする。

このような、少なくとも無体の財産に関しては「引渡」の強要自体を排除することになる「引渡」方法の変化、つまり「自由に任せる」という觀念が、「引渡」という、その対象はもはや質の対象物それ自体ではないにもかかわらず、物権の移転または設定の意味をもつる行為を遂行するという思想を、全く排除してしまつたということは、確かなことではない。いずれにせよ、質の根本問題は、質の対象との関係での引渡方法の未必的な変化の問題ではない。

「引渡」は成立要件ではなく、第三者に対する對抗要件に過ぎないという点はどうか？質権設定の「予約」の目的、要件、

効果の問題である。その予約の有効性に異論はないが、引渡を強制できるというものと、引渡の拒否は損害賠償のみという意見に分かれる。この違いは、債権者にとつては決定的に重要である。「問題は常に同じであり、まさに何が質の予約の目的かということである。諾成契約たる予約は債権しか生じさせず、それ自身によって物権たる質権を生じさせることはない。あくまでも動産の引渡次第である」(supra No.45)。ということであれば、この引渡は何を現しているのかという最初の問題に戻ることになる。

(31) J. Bachellier, *op.cit.*, No 50 §註189

次のようにも言う。「均衡 (equilibre) ということは現在、『契約の現実的、物質的な要素に与えられたより大きな重要性』(カルボニエ)の中に、さらにいえば、伝統的な要物契約のいくつかにとつては、その現代的な等価物(形式主義の要素)に与えられたより大きな重要性の中にないだろうか?しかし、ある契約に対してはこの均衡を取り戻すことをやり、他の契約(この非物質化によつては全く害されなかった契約)に対しては必要と考えられる均衡を維持するということを、『引渡』が価値の移動を表している場合(以上にみた要物契約)に限定しよう」。

(32) フランス民法一八八九条、「しかれども、使用貸借期間中又は借主の必要なきに至らざる中といえども、貸主には、その物に対する急迫かつ予見しえざる必要を生じたときは、判事は事情により借主に物の返還を命ずることを得」を参照。

(33) たとえば、有債寄託の予約については、受領義務不履行の場合には、アストラント(間接強制)が可能である。「為す債務」の強制履行はできない。寄託の性格から、受寄者の積極的な参加が必要であるからである。寄託者は、引渡の前後を問わず、損害を賠償して引渡義務から開放される(一九四四条、一九四七条、一七九四条)。その損害賠償の額は、「引渡がなされたならば得られたであろう利益」寄託料」と、「履行されなかった寄託契約の際の蒙った損害」の中間の額にならう。但し、受寄者が免れた費用は控除される。

(34) 三宅 正男 前掲(各論)上巻 六〇頁以下。我が国で「意思主義」を本格的に分析したものは、これ以外にはないと思わ

れる。フランス本国でさえ、最近ではほとんど触れられないようである。もつとも、彼では法思想としてもはや血肉となっているのに対して、此ではそれをなかなか消化しきれないからという違いがある。三宅前掲がドイツの所有権留保理論（これは最近本国でも再検討されているようである）を批判して、「しかし、動産の場合には、肝心の所有権移転の物権的合意が、明確な方式的行為として存在しないから、徒らに観念的で事実には則しない物権行為主義に墮する」（四一七頁）とするのは、傾聴に値する。

なお、M. Alier, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, (L.G.D.J.) 1972 p.7, p.22 参照。「引渡」概念の発展を素描している。

(35) J. Bachellier, *op.cit.*, No 47 の註173

(36) フランスの事情については、横山 美夏「不動産売買の『成立』と所有権の移転」早稲田法学第六五巻二号、三号に詳しい。

(37) 「法定の効力によって」一一三八条が機能を止めている場合とは、テーマとの関係では、現実贈与のことであろう。

(38) J. Bachellier, *op.cit.*, No 47

(39) J. Bachellier, *op.cit.*, No 46 の註168に於て。Planiol, *Traite de droit civil*, I ed., T. II No 995 の引用。「要物契約の予約の目前で、終局的な合意がその予約の履行になる」(Planiol, *supra* No 997) と云われている。J. Bachellier, *op.cit.*, No 47 は、「しかし、かくして履行されたその予約の債務の目的は何かという問題は、まったく手つかずのままである。その履行はやり直されたコンサントマンを表示しているのか？逆に、意思は予約のときに最終的にかつ全体として表明されていたので、履行のときにはそのための場所はなかったのか？」と疑問を呈する。

以下は、私の単なる推測に過ぎないが、この問題は次のように考えられないか？消費貸借は「貸借」といつても、「消費」のためには所有権が移転せざるを得ず、一定期間「価値」を利用させた後に、「同種・同等の物」が返ってくることを予想する契約である。契約の構造、性格はそれなりに複雑である。ある意味では、「引渡＝物の授受」はそこで二重の機能を要求さ

れているともいえるのではないか？一つは、「所有権移転」。二つは、「返還がなされるため」。後者は、消費貸借に限らない貸借型契約に共通する「当然のこと」である。前者は、「所有権を移転する」売買が既にそうなっているように、「債権の効力」合意の効力」のみよって行われうる（一三三八条）。消費貸借の場合でも同じではなからうか？しかも、消費貸借の分野でも、「引渡」の方法は「観念化」が進んできて、その面でも、「引渡」を求めることの意味がはつきりしなくなってしまう。消費貸借を諾成契約という人も多くなった。私は、プラニオールの思考の背景を、以上のように「推測」する。

梅 謙次郎「民法要義」巻之三、債権編では、なるほど消費貸借は借主の消費が目的であるから、貸主は所有権移転義務を負う。外国の法律にはその定義の中で明言しているものもある。旧民法も消費貸借が踐成契約であることを言わずに、却って所有権を移転することによって成立する契約とした。しかし、一つには、「消費貸借ハ踐成契約ナルカ故ニ」借主が物を受取らなければ成立しない。二つには、貸主は所有権移転義務を負うといっても、結局、「引渡」があれば目的を達するではないか。「だから、」五八七条では「所有権」のことを言わなかった。条文の表現でもって、「自ら貸主ニ所有権移転ノ義務アルコトヲ知ルヘキノミ」（五八五頁、五八六頁）とする。こうなると、「要物・踐成性」とは一体何のことか？という定義の問題にもなる。「引渡」すのか、「受取」るのか？

(40) 「主観的故障」というのは、「合意」が欠けている場合で、「一方の予約」（五五六条の、いわゆるオプシオン契約）がそれに該当する。この点でも、中島説は卓見であった。中島説の提起は、我々にとつて今なお有用であると考へる。すなわち、要物契約、要式契約の場合には「予約」に拘束力はなく、単なる「準備」に過ぎない。「物の引渡」、「方式の履践」が「意思表示」であるからである。「ソノ履行ニヨリテ始メテ本契約タル要式契約又ハ実践契約ヲ生スルモノナリ故ニ法律上ハ予約ト本契約ハ全ク無関係ニシテ毫モ共通ナル所ナシ」（中島前掲三七頁）。何をもって「要物契約」と見るかという点が不分明ではあるが、本稿の観点からは、「現実贈与」は正にこれに該当する。この点では、異論はない。問題は消費貸借であるが、本稿はその「予約」を有効とみる。その理由は既に述べた。しかし、「予約」の履行というのは「引渡」をすることであつて、「引渡」

がなければ消費貸借は成立しないという「結果」は、中島説と完全に一致する。

- (41) 「物をひとに引渡すとき、誰でも、それは売るのが、貸すのか、ただでやるのか、そして売るのはなら、何をいくらで売るか、決めるでしょう。このように、必要最小限度、契約類型を決定するのに必須の事柄、昔から法律行為の要素(essentia negotii)と呼ばれることを決めればいいのです」(原島 重義 『契約の拘束力』法ゼ一九八三年一〇月号五四頁)。消費貸借の場合には、「要素」の決定の後に、あるいは同時に、「引渡」自体をどうかを決定しなければならない。「引渡」物の授受」が「最終的な意思決定」であるからである。よく考えてみれば、消費貸借の予約のこのような事情は、「売買の一方の予約(オプション)」（五五六条）において、「予約完結権の行使(オプションの実行)」が、「承諾」という売買契約の成立のための「最終的な意思決定」になっていることと見事に対応している。

(42) J. Bachellier, op.cit., No 49

- (43) 起草者の富井 政章は、貸主が「甚々剣存ノ地位ニ居ルモノデアリマスカラ」、五九〇条の規定が必要なのだと言っていた(民法議事速記録四、二二二頁)。

(44) J. Bachellier, op.cit., No 50 たとえば、不動産の売買において、「登記または引渡」(極端な場合には、代金支払)のときに「所有権が移転する」旨の合意が一般であって、学説もそれを承認するが、これも、「契約による獲得目標の実現(履行)」に人はいかにこだわっているか、またそうせざるを得ないかを表していると思う。