

要物的消費貸借・諾成的消費貸借・消費貸借子約の効力と相互関係

椿 久美子

- I 問題の所在
- II 立法過程の議論
 - 消費貸借の要物性および消費貸借子約
- III 要物的消費貸借に対する批判と諾成的消費貸借の認容
- IV 消費貸借の四形態の認容
- V 民法五八七条の強行法規性の肯否
- VI 消費貸借子約に関する戦前の学説
- VII 消費貸借子約に関する戦後の学説
- VIII 検討の総括と課題

I 問題の所在

融資契約をめぐる判例がとる法的構成に対する疑問と消費貸借子約の理論状況が混沌としているという二つの面から、本稿のテーマを考察する意義と必要性を述べよう。

一 融資契約をめぐる判例と消費貸借予約

融資取引に関する金融機関の責任が近年（特に平成に入ってから）問われるケースが増えてきている。それは、融資申込者が金融機関と融資契約を締結するための様々な交渉を経て、融資証明書等の書面にもとづき、あるいは金融機関の担当者による融資を受けられるものと期待し、企業活動を展開していたところ、予期に反して融資拒絶がなされたために倒産に追い込まれ、金融機関に対して責任を問うというケースである。このような場合に、融資契約の成否が問題となり、判例の多くは融資契約を不成立として、金融機関の責任を否定してきた⁽¹⁾（たとえば、東京高判平1・4・13金法二二三六号二九頁）が、融資約束があると責任を肯定した注目すべき判決⁽²⁾（第一審判決は東京地判平4・1・27判時一四三七号一一三頁、控訴審判決は東京高判平6・2・1金法一三九〇号三二頁、金融商事判例九四五号二五頁である）が出現した。

融資契約が不成立とされた場合において、契約不成立の前段階に注目して金融機関の責任を問うためには二つの方法が考えられる。一つの方法が、いわゆる契約締結上の過失責任であり、近年数多くのすぐれた研究が積み重ねられて⁽³⁾いる。

もう一つの方法が、融資予約の債務不履行責任である。融資予約の問題に関しては、最近におけるいくつかの判例の出現を契機に判例評釈がなされ、その法理的論の解明が進みつつある⁽⁴⁾が、まだまだ熟してきたとは言えない状況にある。融資予約が問題となった判例で貸主に責任を認めた前述の東京高裁平成六年二月一日判決（確定）は、融資約束という表現を用いているが、債務不履行責任ではなく不法行為責任としての法的構成を選択し、その第一審判決も、融資予約の成立を認めながらも同様に不法行為構成で処理をした。したがって、同判決では借主に損害

賠償請求権が認められるかの問題に焦点が当てられることになった。このような法的構成を採ったことについて高い評価を与え、控訴審判決において「融資（もしくは予約）の合意」がなされたとの裁判所の評価を窺わせる部分がないとして、予約構成には否定的な見解がある。⁽⁶⁾

だが、この場合に、融資予約の債務不履行として法的構成をするならば、借主は損害賠償請求権のみならず貸金交付請求権を有するということが、明確に導き出されたのではあるまいか。借主の倒産後においては、貸金交付請求権を認めても意味がないともいえるが、裁判に訴えるのは倒産したケースが多いのであって、借主に貸金交付請求権があることが、当事者に当然のこととしてもっと明確に認識されておれば、金融機関側の対応も異なり、時機を失した融資拒絶がなされることも少なく、倒産を避けえた場合もあつたのではなからうか。その意味でも、融資予約、すなわち消費貸借予約の法的性質および効力について総合的な考察が必要と考えられる。

二 消費貸借予約の混沌とした理論状況

予約に関してのこれまでの研究はもっぱら売買予約が中心であり、消費貸借予約については、広中・来栖両教授の詳細な研究が発表されるまでは、簡単な叙述だけで終わり、その理解は不明確であつた。たとえば、消費貸借予約は片務・双務予約なのか、一方・双方予約なのかはつきりしていない。実務においては、融資予約にもとづく本契約の成立は、予約権利者となる借主が予約完結権の行使により直ちに成立させることができるとは解されておらず、予約義務者となる金融機関が融資契約の諾否を決定するものと認識されてきたようである。⁽⁹⁾

このように消費貸借予約をめぐる理論状況が混沌としているのは、そもそも民法が、その五八九条において、消

費貸借予約について当事者の一方が破産宣告を受けたときはその効力を失うと規定するだけで、予約の法的性質や具体的な効力について何ら定めていないことが原因である。したがって、予約の唯一の規定である売買予約（民法五五六条）に依拠して消費貸借の予約についての見解が述べられてきた。ただし、売買契約は諾成・有償契約であるのに対して、消費貸借契約は民法上、要物・無償契約として想定されており、その違いを前提に予約に関する学説・判例が展開されるべきであるのに、十分には実現されていないようである。

また、本契約たる消費貸借には、要物的無利息消費貸借だけでなく、要物的利息付消費貸借、諾成的無利息消費貸借、諾成的利息付消費貸借の四種類の形態が考えられるのであるから、本契約に対応して多様な消費貸借予約も想定でき、したがって、多様な消費貸借予約の法的性質および効力を明らかにする必要があるが、従来、この点については、学説・判例とも要物的消費貸借を前提に予約も要物的消費貸借の予約としか考えてこなかったようである。

さらに、消費貸借予約は、いわゆる義務型予約（請求権型予約）か、完結権型予約（形成権型予約）か、すなわち消費貸借予約を片務・双務予約あるいは一方・双方予約と解し、片務・一方予約においては予約権利者が、予約義務者に対して本契約締結を請求するのか、あるいは予約完結権の行使により本契約を成立させることができるのか、どちらであるかが学説・判例ともはっきりしておらず、この点を考察する必要がある。

このように消費貸借予約の理論状況は混沌としており、消費貸借予約の問題を総合的に検討しなければならぬ⁽¹⁰⁾。その場合に、消費貸借予約と要物的消費貸借との関係が問題となる。すなわち、要物的消費貸借があるからこそ、予約が必要という見解と、要物的消費貸借と予約とは矛盾した存在であるという見解がある。さらに、消費

貸借予約と諾成的消費貸借との關係も問題となる。この三つの契約がどのような關係で互いに存立しているかを考察することが、消費貸借予約の諸問題の解明には必要である。

三 考察の順序

そこで以下では、まずIIにおいて、消費貸借契約の要物性および消費貸借予約の双方について立法過程の議論をながめ、要物的消費貸借がどのような見解のもとで民法に採用されたかを考える。IIIでは、要物的消費貸借がローマ法の沿革にもとづいてわが民法に取り入れられたにもかかわらず、実際の取引では不都合を生じ、要物的消費貸借に対する批判がなされ、諾成的消費貸借が認容されたことは周知の事実であるが、それらの学説の流れを消費貸借予約との関連において述べたい。IVでは、要物的消費貸借と諾成的消費貸借という形態だけでなく、そこから派生する四形態の消費貸借が認容されることを検討する。Vでは、民法五八七条の強行法規性の肯否を考え、同条を強行法規ではなく任意法規と解する私見を述べ、当事者が要物的消費貸借とする明確な合意がない限り、消費貸借の原則的形態を諾成的消費貸借と解する私見を展開したい。以上により、要物的消費貸借および諾成的消費貸借の効力と相互關係を明らかにし、消費貸借予約の本契約には四形態があることを確認する。次いで、VIおよびVIIにおいては消費貸借予約に関する学説の変遷を戦前と戦後に分けて概観し、それらの学説のほとんどは消費貸借予約の多様性を認識していないことを論証し、消費貸借予約の効力について検討する。VIIIでは、以上の考察を踏まえて本稿のテーマにつき総括を行う。

四 次稿における考察課題

消費貸借予約をめぐる法的问题は多様であり、従って、本来ならば本稿で検討すべき問題を、紙数の関係から次稿における考察課題とした。すなわち、まず第一に、消費貸借予約および諾成的消費貸借に関する判例とそれらの判例を契機として判例評釈の形で展開された学説の状況を検討しなければならぬ。ただし、これらに関する判例は、最近、久保教授および鎌野教授らが綿密かつ鋭い判例分析をなされており、それをさしあたりはお読みいただきたい。⁽¹¹⁾

第二に、消費貸借予約と諾成的消費貸借との異同を検討する。諾成的消費貸借が承認されると、次には消費貸借予約との異同が問題となる。当事者間における金銭授受前の貸そう・借りようという合意は、要物性を貫いて消費貸借契約の不成立と解されるのか、消費貸借予約とみられるのか、あるいは端的に諾成的消費貸借と解されるのかは重要な問題である。⁽¹²⁾ 当事者間で交わされた消費貸借契約に関する具体的な文書がなければ、合意に至る当事者の意思解釈によるしかなく、いずれに該当するかで貸主および借主の法的地位が異なることになるので、右の判断の影響は大きい。したがって、消費貸借の予約と諾成的消費貸借にはどのような違いがあるのかを、法的性質、予約上の権利の譲渡、相殺、予約の失効の観点から考察していきたい。

第三に、わが国と同様に民法上の消費貸借は要物契約であると解されるドイツ法において、消費貸借およびその予約に関する判例・学説はどのような状況にあるかをみていかなければならない。消費貸借についての学説は、ローマ法の残骸ともいえる消費貸借の要物性に批判的な見解が多い。⁽¹³⁾ かつては学説は、民法の定める要物契約としての消費貸借の他に、無名契約としての諾成的消費貸借を認めることにも消極的であったが、現在では肯定するのが

通説となっている。たとえば、ラーレンツは「以前の学説は消費貸借を厳格に片務契約、しかも使用貸借と同様に、要物契約とみた。すなわち、借主は金銭の交付により返還義務、場合によっては利息の支払義務を負い、これに対して貸主は権利だけを得るのである。この見解は六〇七条の文言にもとづき主張することができる。今日広範に主張されている説は、正當にも、貸主も一定期間金銭を利用させる義務を負うことを指摘する」と述べ⁽¹⁴⁾る。もつとも、これに対し、判例の立場はわが国と同様に、要物契約説を維持しているようでもあり、はつきりしていない。

ドイツ法における消費貸借予約に関しては、とりわけ、わが国との対比で注目されるのは、消費貸借予約にもとづき直接に貸付金交付を訴求できることを借主に認めた最高裁判決 (BGH, Urt. v. 21. 11. 1974, NJW75, 443) が存在することである。同判決の控訴審は、消費貸借予約にもとづき貸付金交付でなく、本契約の締結のみを訴えることができるとしたが、それを変更したものである。わが国で、これまで消費貸借の予約に関して問題となった判例は、主に予約上の権利の譲渡や第三者による差押え、借主・貸主の相殺の可否についてであり、借主が貸主に対して消費貸借の予約の不履行につき貸金交付請求権を争った事例は、平成になってからのいわゆる融資予約に関する判例以後のことである。これらの判例において、融資契約は不成立と認定されるケースが多く、融資約束とされたものの子約不履行と構成せずに、不法行為による損害賠償責任という構成を選択する。前述したようにわが国では、消費貸借の予約の不履行につき、予約権利者には損害賠償請求権のみならず、貸金交付請求権があることを、もつと明瞭に位置づけなければならないのではないかと考えており、その意味でもドイツにおける前述の一九七四年の最高裁判決の持つ意義は大きく、次稿において検討する価値があろう。

また、ドイツでも、消費貸借予約と諾成的消費貸借の違いが論議されており、条件がまだ個々の場合には確定していない場合には、消費貸借の約束を単なる予約とみなす見解（ラーレンツ）や当事者が契約のすべてについてまだ合意をしていなかった場合でも消費貸借の予約でなく消費貸借契約を認めるべきであるなど見解が分かれている。⁽¹⁵⁾わが国でも同様の問題があり、ドイツ法における学説の検討は参考とならう。

なお、以下で論じる消費貸借およびその予約に関する考察は、金銭の消費貸借を想定して進めていく。

(1) 融資契約の不成立による金融機関の責任を否定した宮崎地判平・1・1・20の判例評釈として、山田卓生・ジュリ九八二号一〇二頁以下参照。同様に金融機関の責任を否定した東京高判平1・4・13金法一二三六号二九頁に関する判例評釈として、松本崇・金商八三九号四七頁以下参照。

(2) 東京地判平4・1・27判時一四三七号一一三頁は、はじめて融資予約による銀行の責任を認めた注目すべき判決である。その評釈として、久保宏之・法時六五巻七号一〇二頁、坂本武憲・ジュリ一〇二六号一四〇頁、松本崇・判例リマックス七号三九頁がある。

(3) 山田(卓)・前掲論文一〇四―一〇五頁は、諾成的消費貸借の成立が認められない場合、借主の救済のために、貸主の詐欺による不法行為とまでいかないとき、契約締結上の過失の法理を活用すべきことを提唱された。これまで消費貸借について契約成立前の問題が論じられることがなかった理由としては、第一に、要物契約という考え方が支配的であったこと、第二に、貸主側にだけ一方的に決定権があり、鎌田教授の言われるいわゆる契約の熟度というプロセスをたどらないことを挙げられる。そして、貸主側からの安易で不意な融資への示唆により、融資の期待をした借主に対して、貸主に責任がないということで逃げることは許されないと主張される。

林良平「融資契約とそれをめぐる義務論」金法一三六二号九頁以下は、融資準備段階に対応する法的責任の法理的構造を検討される。

(4) 池田清治「契約交渉の破棄とその責任——現代における信頼保護の一態様——」(一九九七年)一頁以下を参照。契約締結上の過失責任に関しては数多くの優れた研究があり、それらの文献については池田・前掲書を参照されたい。また、融資者責任については、吉田邦彦「融資者責任と債権侵害(上)(下)」NBL五九八号一六頁以下、NBL五九号四一頁以下および同論文に記載されている参考文献を参照。

(5) 融資拒絶に関する文献として、林部實「時機に遅れた借入申込の謝絶と銀行の責任」手研四七二号九頁、峯崎二郎「融資証明書を発行した銀行の責任」金法一三三一九号三〇頁、樗寿夫「銀行の融資拒絶・打切りと法的責任」ジュリー一〇三〇号一〇頁、石井真司ほか「鼎談」金融法務を語る(20)「手研四七四号四三頁、河上正二」融資契約成立過程における金融機関の責任」金法一三九九号六頁以下、河上正二「銀行取引における契約の成立段階の諸問題」金融法研究一一号(一九九五年)三頁以下参照。

(6) 潮見教授(東京高判平六・二・一「判批」金法一四二八号一八一―一九頁)は、こうした視点からの推論を展開した第一審裁判所の見識を大いに評価され、控訴審判決での処理の仕方についても第一審判決以上に高い評価が与えられてよいとする。

(7) ただし、加藤一郎||吉原省三「銀行取引」(一九六九年)一四一頁は、消費貸借子約においては、借主が貸金をよこせと請求する権利はなく、銀行が貸付に応じなかった場合には生じた損害の賠償を請求できるだけであるとする。

(8) 倉田杉士「子約」淡路剛久ほか編『現代契約法大系第一巻現代契約の法理(1)』(一九八三年)二五二頁以下参照。最近は、後掲注(10)の一連の子約の研究、河上正二「融資契約成立過程における金融機関の責任」金法三九九号六頁以下、潮見佳男「取引法における子約の意義・機能」伊藤進ほか編『現代取引法の基礎的課題』(一九九九年)二七五頁以下等活発な状況にある。

(9) 実務上の見解としては、秦光昭「融資契約と融資義務」堀内仁監修『銀行実務判例総覧』(一九八七年)四二〇頁以下、同「分割貸付の法的性質と効力」堀内仁監修『銀行実務判例総覧』(一九八七年)四二五頁以下、鈴木正和「融資申込の受付と融資義務の発生時期」判夕七三八号六五頁以下、宮川不可止「融資予約」銀行法務21(一九九五年)二二頁以下、同「融資の予約」法時六九卷二号六一頁以下参照。

(10) 筆者も属する取引法研究会において「予約全般に関する研究」がなされており、予約一般(椿寿夫「予約研究序説」法時六七卷八号七五頁以下、同「予約の機能・効力と履行請求権」法時六七卷一〇号五八頁以下、七〇卷二号、同「民法学における幾つかの課題(一〇)」法教三三四号三七頁以下参照、藤田寿夫「契約締結と予約」法時六七卷一〇号六三頁以下、今西康人「予約と契約準備段階」法時六七卷一〇号四六頁以下、吉田光碩「保証予約について」法時六八卷四号七四頁以下、加賀山茂「予約と申込の誘因との関係について」法時六八卷一〇号七六頁以下、小川幸士「仮契約について」法時六九卷七号六四頁以下)、売買予約(椿寿夫「再売買予約」法時六八卷一〇号七七頁以下)、讓渡担保予約(吉田真澄「讓渡担保の予約」六八卷一〇号八三頁以下)および相殺予約(大西武士「非典型相殺予約と利益考量試論」法時六八卷八号八八頁以下)等の研究が、すでに法律時報に掲載されている。私は消費貸借予約について学理的な面からの考察を担当し、法律時報に掲載する予定であるが、紙面の制約もあることから、それに先立ち、本稿においてその詳細をまず執筆することにした。金融実務の視点からの考察は、実務家であられた宮川教授が担当され、すでに発表されている(宮川・前掲論文参照)。

(11) 久保宏之「消費貸借契約における「合意」の意義——中間合意論のための予備的習作」産大法学二七卷三号(一九九三年)七二頁以下、鎌野邦樹「金銭消費貸借と利息の制限」(一九九九年)五六頁以下参照。

(12) 久保・前掲論文六一頁以下は、要物的消費貸借、消費貸借の予約、諾成的消費貸借の成立の問題——とくにそれらにおける合意のもつ意味——について、沿革、判例、学説を整理し、契約成立に至るまでの合意(中間的合意)の法的効果を考察する。太田知行「与信契約の成立」鈴木祿弥・竹内昭夫編『金融取引法大系第四卷貸出』(一九八三年)八

六頁以下参照。

- (13) Haase, Ist das Darlehen ein Realvertrag?; JR 1975, 317.
 (14) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd II, Hb1, Besonderer Teil, 13. Aufl., 1986, § 51 I, S. 298. Esser/Weyers, Schuldrecht, Bd II, Besonderer Teil, 1991, § 26 III は、貸主にも義務を認める学説は通説であるとす。
 (15) Schmidt, Jus 1976, 709.

II 立法過程の議論——消費貸借の要物性および消費貸借予約

一 消費貸借契約の要物性——草案五八九条と現行民法五八七条

現行民法五八七条「消費貸借ハ当事者ノ一方カ種類、品等及ヒ数量ノ同シキ物ヲ以テ返還ヲ為スコトヲ約シテ相手方ヨリ金銭其他ノ物ヲ受取ルニ因リテ其効力ヲ生ス」の原案である草案五八九条は、「消費貸借ノ名義ヲ以テ金銭其他ノ物ヲ受取リタル者ハ同一ノ種類、品等及ヒ数量ノ物ヲ以テ之ヲ相手方ニ返還スル義務ヲ負フ」と規定する。以下では、消費貸借契約を要物契約と定めた点に絞って議論をみていく。

富井博士は、草案五八九条は旧民法財産取得編一七八条「消費貸借ハ当事者ノ一方カ代替物ノ所有権ヲ他ノ一方ニ移転シ他ノ一方カ或ル時期後ニ同数量及ヒ同品質ノ物ヲ返還スル義務ヲ負担スル契約ナリ」について二三の修正を加えたと述べ、その修正の第三（修正の第一および第二の点は省略）である「所有権ヲ他ノ一方ニ移転シ」という点について、次のように説明する。⁽¹⁾

ローマ法以来、消費貸借は要物契約にきまっております。要物契約なるものは物の交付を待つて始めて成立すること

は疑いのないことであるから、占有を移すということがなくてはならない。もつとも、近来、消費貸借を要物契約としないので、諾成契約とするのがよいという説が勢力のある説である。本案においては多少迷い、理論上は諾成契約のほうが正しいかもしれないが、しかし、古来普通に行われている考えを一変するだけの勇氣はなかった。今の説（諾成契約説）に従えば、片務契約というものはほとんどなくなつて、大抵の契約は双務契約になつてしまふのも不安心であつた。したがつて、昔からの学説によつて要物契約主義を採つて、受け取るということが必要とし、占有が移つて始めて消費貸借は成立するのである。所有権のことを書かなくても、通常の場合には所有権もその時に移るとするのは明文がなくなつても疑いはなからうと思ふ、と。

別の所でも富井博士は、「矢張りドンナ契約デモ双方ノ合意ノミニ依ツテ成立ツ夫レカラ其外ハ唯履行ノ順序ノコトニ過ギナイト云フノガ或ハ正シイト思フノデスケレドモドウモ昔カラ一般ニ行ハレテ居ルモノデアリマスカラ夫レヲ替ヘル丈ケノ勇氣ハナカッタノデアリマス」と説き、起草者は積極的でなく、単に昔からの慣例に従つて要物契約説を採用したと解されよう。

以上のことから富井博士は、消費貸借につき、契約は合意のみにより成立し、その他は履行の問題であるとする最近支持の多い諾成契約と解するほうが、理論上は正しいかもしれないが、昔からの要物契約説を変える勇氣はないので要物契約説を採つたと述べる。

二 消費貸借予約——草案五九〇条と現行民法五八九条

消費貸借予約についての唯一の規定である現行民法五八九条は、「消費貸借ノ予約ハ爾後当事者ノ一方カ破産ノ

宣告ヲ受ケタルトキハ其効力ヲ失フ」と規定し、その原案である草案五九〇条は、「消費貸ヲ為スヘキコトヲ約シタル者ハ爾後相手方カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ其契約ヲ解除スルコトヲ得」と規定していた。両者を比較すると、草案は現行民法における「消費貸借ノ予約」という表現をとらず、「消費貸ヲ為スヘキコトヲ約シタル者」とし、また、「効力ヲ失フ」とせず、「契約ヲ解除スルコトヲ得」と規定していたのである。草案五九〇条は旧民法にはなかつた規定であり、起草者は貸主を保護するために新たに付け加えたのである。以下では、現行民法のごとく修正されるに至つた立法過程をみていこう。

1 消費貸借予約と諾成的消費貸借

まず、「消費貸ヲ為スヘキコトヲ約シタ」の意味は消費貸借の予約なのか、諾成的消費貸借なのかについて議論された。それによれば、横田國臣氏が「消費貸ヲ為スヘキコトヲ約シタルト言ヘバ無論予約ノヤウニ見エル……消費貸ト云ウモノハ受取ツタ時分ニ始メテ義務ガ生ズル夫レジャカラシテ受取ラヌ前ノナラバ皆之ニ這入ルノカ」と質問したのに対して、富井博士は、「前条ニ於テ消費貸借ト云フ契約ハ物ノ引渡ニ因テ成立スルト云フコトガ極マツテ居ル物ノ引渡ノナイ中ハ消費貸借ト云フ契約ハマダナイ先デ引渡ニ因テ成立スル所ノ契約ヲ為サウト云フ約束ヲシタ場合ヲ規定シタノデアル」と答える。要するに、引渡前における当事者の貸し借りの合意は、当事者が将来引渡により成立する契約を締結しようという約束、すなわち、本稿の用語によれば要物的消費貸借予約であるとす

る。
また、横田氏は、所有権が移るときに契約をしたのと所有権の移らない前にしたのとみな予約とみるつもりですか、と質問したのに対して、富井博士は「貸借ト云フ契約ガ売買トカ交換トカ贈与トカ外ノ契約ノヤウニ合意許

リテ成立スル契約デアレバ引渡ノナイ間ニ予約ト双務契約ト云フモノガアリ得ル、ケレドモ消費貸借ニ付テハ全ク別ノ主義ヲ採ツテ物ノ引渡ガナイ以上ハ貸借契約ト云フモノハ成立タヌ……物ノ引渡ノナイ内ハドンナ言ヒ方デモ今消費貸借ヲスルゾ又シタト云ツテモ皆同ジコトデアリマス物ノ引渡ノナイ間ハ何時モ予約、引渡ノナイ間ハ所有権ノ移ラヌノハ固ヨリデアリマス所有権ノ移ラヌ所デハナイ貸借ノ契約ト云フモノガ成立シナイ、ダカラ夫レ迄ハ当事者がドンナ言ヒ方ヲシテモ皆予約、本条ノ支配ヲ受ケルコトニナリマス⁽⁶⁾と述べる。すなわち、引渡のない間は、当事者がどのような言い方をしても、すべて消費貸借予約であり所有権は移転しないとされるのである。

この答弁に対して、横田國臣氏は、契約が成り立たないというのと権利が移らないということは別なように思う、それならば売買は所有権の移らないものはみな予約にしなければならぬ、貸そう、借ろうという約束は成り立つが、まだ所有権が移らないから返還義務はないとみるのはどうだろうか⁽⁷⁾と尋ねる。その疑問に答えた富井博士は、予約は成立するが、貸借契約は成立しないということが、もし悪ければ、前条(草案五八九条のこと)であり、消費貸借の要物性を定めるを改めなければならぬと述べ、「本条ノ規定ハ所有権ノ移転ニハ関係ハナイ総テ貸借ト云フ契約ガ成立シナイ内ノ約束ハ皆予約デアル、マダ物ノ引渡ガナイ貸借契約ガ成立ツテ居ラナイ中デアレバ総テ予約デアル、テ貸サウ借ラウト言フノヲ予約ト見ルノハ間違イデアル夫レハ双務契約と見ナケレバナラヌト云フコトデアレバ前条ノ原則ヲ改メナケレバナラヌ⁽⁸⁾とする。横田氏は、売買では所有権が移らないでも予約でない契約ができる、消費貸借だけがそうでないというのはどうも道理が合わない、それで五九〇条において引渡前のことであるというならば不服でない⁽⁹⁾、と述べる⁽¹⁰⁾。

これらの論議を要約すると、富井博士は、消費貸借契約が売買や贈与のように合意契約であれば、引渡前に予約

と諾成的双務契約というものがありうるが、消費貸借は要物契約であるから、物の引渡のない間は、当事者がどのような言い方をしてもすべて予約であるとの立場をとる。そして、横田氏の「貸そう、借りよう」という約束は成り立っている」との見解に対して、もし、それを予約でなく諾成的双務契約とみるならば、要物契約の原則を改めなければならぬと批判して、横田氏と異なり諾成的消費貸借を認めず、その約束を予約であるとする。このようにして、「消費貸借ヲ為スヘキコトヲ約シタ」の意味は、消費貸借の予約を指すことが認められた。

2 消費貸借予約の失効

草案五九〇条は相手方が破産宣告を受けたときは契約を解除できると規定するが、それについて、起草者である富井博士は次のように説明する。「当事者ノ意思ノ推定ニ基クモノデアリマシテ實際ノ結果ニ於テ甚ダ公平デアラウト思ヒマス即チ消費貸借ノ予約ヲシタ場合、貸主ト為ル者ノ方ガ借主ノ資産ヲ見テ之ナラバ返セルト見込ラウト約ヲシタ然ル後ニ至ツテ相手方ガ破産ノ宣告ヲ受ケタト云フ場合ニハ……契約ノ解除ヲ許スガ最モ穩当デアラウト思ヒマス此規定ガナケレバ解除権ハナイト云フコトニナリマス……予約ヲ為シタ後ニ相手方ガ破産ノ宣告ヲ受ケタ場合ニ限ル」と述べる。

また、富井博士は、ドイツ民法草案には「相手方ノ資力ニ付テ弁済ヲ受クルコト能ハザル危険ガ生ジタトキハ契約ヲ解除スルコトヲ得ル」と広く書いてあるが、それでは広くなり過ぎて、総て契約によって債権者となる者は債務者が弁済の資力のない場合にはそれだけの損失をなすという覚悟でいなければならず、資力が減じたというだけで契約を解除するのは余程保護が過ぎると思う、とされ、「破産ノ宣告ヲ受ケルト言ヘバ……信用ノナイモノト云フコトガ裁判上認めラレルモノデアリマスカラ」この場合に限ったほうがよい、と説明する。⁽¹¹⁾

富井博士は、消費貸借の予約をした後に、相手方が破産宣告を受けたときに限り、契約の解除を認めるのが妥当であり、ドイツ民法草案のように弁済を受けることができないう危険が生じたときに契約の解除を認めるのは広すぎる、と批判される。

次いで、横田、土方、ならびに長谷川諸氏が「当事者ノ一方カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ其相手方ハ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得」としたいと提案したのに対して、富井博士は、破産の宣告を受けた当事者自らも解除することができるというまでに規定したほうがよいという考えであるか、を質問した。議論の結果、どちらが破産した場合においてもどちらからでも解除することができる、とする⁽¹²⁾ことに決まった。

さらに、「契約ヲ解除スルコトヲ得」でよいのか、あるいは当然「其効力ヲ失フ」ということにする考えであるのかも、同様に横田、土方、ならびに長谷川諸氏に対して富井博士は質問した。それについて梅博士が「消費貸借ノ予約ハ爾後当事者ノ一方カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ其効力ヲ失フ」となったほうが実際にはよいという主張をした。削除説に対しては、土方氏が梅博士の提案のように残ることを希望すると主張する。その理由は、前条が要物契約の主義を採ったということ⁽¹³⁾を明らかにするためであるとする。こうしてほとんど議論もなく梅博士の見解が採用された。

(1) 日本近代立法資料叢書 4 法典調査会民法議事速記録四(一九八四年)二〇一頁。

(2) 前掲注(1)二〇五頁。

(3) 前掲注(1)二二九頁。

- (4) 前掲注(1)二二九頁。
- (5) 前掲注(1)二二九頁。
- (6) 前掲注(1)二三〇頁。
- (7) 前掲注(1)二三〇頁。
- (8) 前掲注(1)二三〇頁。
- (9) 前掲注(1)二三〇頁。
- (10) 草案五八九条が旧民法財産法取得編一七八条と異なり、所有権の移転としなかつた点について論争がなされたことを受けた発言と思われる。したがって、横田氏は、所有権の移転前でなく、引渡前の約束を予約とするならば承認できると言ったようである。
- (11) 前掲注(1)二二八―二二九頁。
- (12) 前掲注(1)二四一―二四二頁。
- (13) 前掲注(1)二四二頁。

III 要物的消費貸借に対する批判と諾成的消費貸借の認容

わが民法は、消費貸借を要物契約(民五八七条)と規定したが、他方、民法五八九条において消費貸借予約の規定を置いたために、消費貸借においても合意だけに法的拘束力を認めたと解することができ、それは消費貸借の要物性と矛盾するのではないかとされ、さらには消費貸借予約を認めたのは諾成的消費貸借を認容したことを示しているなど、要物的消費貸借、消費貸借予約および諾成的消費貸借という三つの契約の関係が学説により議論されて

きた。他方、判例においては、消費貸借の要物性を維持しつつも、それによる現実取引の不都合を回避するための理論構成がなされ、事例によっては諾成的消費貸借の認容を前提とした解決がなされてきている。以下では、要物的消費貸借に対する批判と諾成的消費貸借の認容の問題を中心に学説の流れをみていく。

一 消費貸借の要物性の承認

1 要物契約説の継受

フランス民法一八九二条、ドイツ民法六〇七条およびオーストリア民法九八三条が消費貸借を要物契約とするのは、ローマ法以来の伝統である（例外としてスイス債務法三二二条は諾成的消費貸借とする）が、消費貸借を要物契約とするのは理論上の理由に乏しく、また実際上の結果において不便であることは、すでにドイツ普通法時代において主張され、その後のドイツの学説も同様の見解をとっていた。⁽¹⁾ わが国では立法過程において、起草者は、當時すでに支持の多かった諾成契約説を採るのが理論上は正しいかもしれないが、ローマ法以来の要物契約説を変え、る勇氣はないとして、消費貸借の要物性を承認した。⁽²⁾ 立法直後の学説も次にみるように要物契約説を支持した。

2 岡松説

岡松博士は、「今日ニ於テハ総テノ要物契約ヲ諾成契約ニ包含セシメ之ヲ廃止スルモノ多シ殊ニ消費貸借ニ付テハ最モ然リト為ス然レトモ消費貸借ハ從來諾成契約ト称シタル契約ニ比スレハ其間顯著ナル性質上ノ差異ヲ存スルカ故ニ……諾成契約ナリトスルモ其結果種々ノ不都合ヲ生スヘキノミナラス羅馬法以來ノ沿革ニ反シテ之ヲ諾成契約ト為スヘキ理由ノ採ルニ足ルヘキモノナキヲ以テ本法ハ之ヲ要物契約ト為シタリ⁽³⁾」と述べ、詳しい理由を挙げる

こともなく要物契約とする。

3 梅説

梅博士は、消費貸借が「踐成契約」であることはローマ法以来西洋各国においてそうであり、ただスイス債務法は諾成契約とし、法理上、進歩する主義をとっているが、わが民法は旧慣に従い踐成契約とする。そして、金銭授受以前は消費貸借はなく、それは消費貸借の子約であり、授受後に消費貸借となるので、消費貸借を踐成契約としたことより生ずる結果はほとんど理論上に止まり、敢えて実際の利害はないといふことができる、⁽⁴⁾と説く。

従って、梅博士は、消費貸借の要物性を肯定し、金銭授受以前は消費貸借子約であるとす。

4 富井説

富井博士の見解は次のようである。消費貸借が、わが民法上「踐成契約」であることは少しも疑いがないうえに、目的物の授受のない間は当事者間にいかなる合意があつても消費貸借は成立しないと解せられるが、金銭の授受前になされた公正証書や抵当権の設定を無効とするのは甚だ不便である。⁽⁵⁾そこで、目的物授受前の合意の効力を認めるために、第一説として、消費貸借の子約が成立するとの説がある。しかし、貸借契約の証書は、その契約にもとづきさらに本契約をなそうとする意思表示でなく、唯一の契約にして当事者の一方が直ちに返還の義務を負うとするものであるから、この契約を消費貸借の子約とするのは当事者の意思に適合しない。第二説は諾成的消費貸借が成立するとする説であるが、民法五八七条の規定は「強行的規定」であるとの理由により、民法上諾成的消費貸借の成立を認めるのは困難である。⁽⁶⁾従って、公正証書も抵当権の設定も無効となるが、それは消費貸借を踐成契約とした当然の結果といふべきである。しかし、当事者が金銭の授受がないことにつき争う場合には、裁判官は反

対の確証のない限り債務者は証書作成の時に貸金を受領したものと認定してはいけない、と主張する。⁽⁷⁾

結局、富井博士の主張によれば、貸借の合意につき消費貸借予約も諾成的消費貸借も成立しないとするが、立法問題としては、消費貸借および使用貸借を諾成契約となすことを至当とすると述べる。⁽⁸⁾だが、富井博士は立法過程での答弁では、「物ノ引渡ノナイ間ハ何時モ予約」と述べており、⁽⁹⁾その後見解が変わったようでもあり、はっきりしない。

以上のように立法直後の学説は要物契約説を肯定する立場をとる。

5 横田説

横田博士によれば、諾成契約として消費貸借の効力を定めるときは立法上種々の難問を生ずる。たとえば、①貸主は消費貸借によりて負担した債務と借主に対する売買代金の債権とを相殺し、貸主のみの意思をもって売買代金の債権を貸金の債権に変えることができ、同様に借主も相殺により売買代金の債務を借用金の債務に変えることができる。②借主は貸主に対する借用金の債権を他人に譲渡することができる。③貸主は借用物返還を要求する権利を有し、借主はただ貸主の債務不履行を理由としてその請求を拒絶することができる。これらは消費貸借の観念に背馳するので、消費貸借を諾成契約とする以上は特別の規定を設け、このような結果を生ずることを予防する必要がある。むしろ消費貸借を要物契約とするのが、ローマ法以来の沿革に従って立法上の便宜に適する。ただし、他人のために金銭を融通する契約は消費貸借の予約とする、⁽¹⁰⁾と主張される。

横田説は、消費貸借を要物契約とし、単なる貸借の合意を消費貸借予約と解するのである。ただし、要物契約としたことで取引上難問を生じたために、諾成契約論が勢力を増加し、遠からずして各国の立法例に一大変化を起こ

す氣運を作るであらうとされる。⁽¹¹⁾

6 三澁説

三澁説が、諾成契約を認めないのは、貸主から物を交付する前に、借主が返還義務を負うとは解し難いからであるとする。そして、この契約は、消費貸借の子約であるか、もしくは、「後に更に消費貸借の合意をする必要はないが、物の交付あった場合に、借主が、同種、同品等、同数量の物を返還すべきことを約したものと見るべきである⁽¹²⁾」とする。

二 要物契約説への強い批判と諾成的消費貸借の認容

その後、要物契約説を批判し、無名契約としての諾成的消費貸借を認めるべきであるとの見解が石坂博士および末弘博士らにより提唱された。

1 石坂説

石坂博士は、わが民法典の規定する消費貸借が要物契約であることは少しも疑いを入れる余地がないが、しかし、別種の契約として諾成的消費貸借は有効であるとされる⁽¹³⁾。要物契約否定論を主張された石坂博士は、消費貸借を要物契約とする観念は要式契約より諾成契約に推移すべき過渡時代の調和方法として認められたものに過ぎず、換言すれば物の引渡は方式の変態に過ぎず、したがって今日においてはローマ法上の沿革に基づく要物契約を認めることを要せず、消費貸借が諾成契約として成立しうべきことを認めるべきである⁽¹⁴⁾と言う。

石坂博士は、要物契約説を採ると種々の不都合の結果が生ずることをいくつかの観点から論じる。その一つとし

て、物の引渡以前にあつては消費貸借の予約が成立するものとする要物契約説を批判し、それは予約ではなく、諾成的消費貸借であると主張する。要約すると、要物契約説の弱点は物の引渡以前にあつては単純な合意が拘束力を生じない点にある。すなわち、もし貸主が物を引渡さない場合には借主は物の引渡を請求することができないが、実際には消費貸借の合意と共に物の引渡を完了するのは稀にして、むしろ合意の後に物を引渡すのを通常とする。ゆえに、引渡以前に拘束力を認めないのは不都合の結果を生じ、要物契約説は物の引渡以前にあつては消費貸借の予約が成立するものとする。しかし、当事者の一方が物を引渡し、他方が後日これを返還すべきことを約束する場合に消費貸借の予約は成立しない。ただし、予約は本契約を締結すべき義務を生ずるにすぎないゆえに、消費貸借を成立させるためにはさらに当事者は本契約たる消費貸借を締結することを要する。そうして消費貸借の予約は要物契約の予約であるがゆえに、諾成契約たる売買の予約に関する五五六条を準用し、単に当事者の一方が契約を完結する意思表示を表示するによって消費貸借が成立するものとなすことができない。したがって一般の原則に従い当事者間に消費貸借を成立させるべき合意と物の引渡とがなされることを要する。しかるに上述の約束の場合には、単に期日に至り一方が貸金を相手方に交付するに過ぎない。消費貸借を成立させるべき合意（すなわち、相手方が返還をなすべき合意）をしていない。当事者は単に一個の契約を締結する意思を有するのみにして、予約と本契約との二個の契約を締結する意思を有していない。予約を主張する論者はこの不都合な結果を避けるために、返還義務に関する合意は物の授受と時を異にすることができるとして、返還義務に関する合意はすでに当初の予約そのものに含まれるものとする。しかし、この説に従うときは単に一個の契約のみを認め予約と本契約との二個の契約を認めない結果となるので、この説に従うことができないと主張する。

また、たとえ消費貸借の子約を認めても実際の適用上頗る不都合である。けだし、予約によって当事者の一方より他方に対し本契約を締結すべきことを請求する権利を取得するに過ぎないゆえに、権利者が本契約たる消費貸借を締結すべき意思を表示しても、消費貸借を成立させることができない。義務者が承諾の意思を表示することを要し、もし承諾しなければ、判決による意思表示と物の引渡という二重の強制執行をしなければならず、手続きが煩雑となると説く。

さらに、根本に遡って論ずると、要物契約説から消費貸借の子約の成立を認めることができるか疑いがある。けだし、物の引渡によって始めて消費貸借が拘束力を生ずるものとする理由により、予約が無条件に合意のみによって拘束力を生ずることは認めることができない。無条件に予約が成立することを認めるためには消費貸借、使用貸借、寄託等が諾成契約として成立することを認めるべきである。もし、要物契約説の観念を貫くときは予約といえども、なお要物契約たることを要するべきである。あたかも要式契約の子約の成立に方式を必要とするのと同じゆえに、予約を認めるのは矛盾の論にして、すでに予約を認める以上は消費貸借、使用貸借、寄託等が諾成契約として成立するのを認めるべきである。上述するところによれば予約説によりて物の引渡前に拘束力を説明することができないのは明らかである。そうして引渡前に債務の発生を認めないときは消費貸借の合意はなんら効力を生ぜず、引渡前の債権の譲渡または相殺等を認めることができないこととなる⁽¹⁵⁾。

このように石坂博士は消費貸借予約を否定し、それは諾成的消費貸借だと述べる。要物契約を認めるのは単に口マ法以来の沿革に基づくという他に全く理由がなく、消費貸借、使用貸借、寄託は諾成契約たる性質を有するものとして、消費貸借は当事者の合意のみによりて成立し、借主は貸主に対し給付を請求する権利を取得し、貸主は

返還請求権を取得するとする。⁽¹⁶⁾ わが法典が要物説に従い規定を設けたのは妥当でなく、現行法の下にあつても当事者は諾成契約により消費貸借を成立させることができる⁽¹⁷⁾。この石坂説は民法五八七条の強行法規性を否定する見解と解せよう。

2 末弘説

末弘博士も要物契約説に反対される。すなわち、要物契約説の理論的根拠の中で最も有力なのは、消費貸借、使用貸借、寄託等は物の返還を目的とする契約であり、返還義務が発生するためには、先ずその返還されるべき物の引渡があることを要するとの説であるが、これらの契約は経済上、物の消費、使用、または保管を目的とするものにして、物の返還を目的とするものでないゆえに、この点においては貸借と区別されるべきものでない。故に、要物契約を認めることは理論上なんらの根拠がないものにして、さらに又実際の適用上、幾多の不都合を生ずる点からも立法論として要物契約なる制度を認めるのを不当と信ずるとして、強く要物契約説に反対される。そして、要物契約でない消費貸借を有効に締結することは契約自由よりみて当然であり、この契約は消費貸借の予約でなく、諾成的消費貸借という特殊の契約である。ただし、實際上個々の場合について何れの契約が存在するものと見るべきかは、すこぶる困難であり、もっぱら当事者の意思を解釈してこれを定めるべきものとする⁽¹⁸⁾と述べる。

民法が消費貸借を要物契約とするのは単に沿革を追うに過ぎず、要物契約でない消費貸借を禁止するとの主旨を包含するものでない故に、諾成的消費貸借を認めることは民法の精神と抵触することはないとする。⁽¹⁹⁾

三 要物契約説の支持

1 鳩山説

梅博士や岡松博士らと同様に要物的消費貸借を支持する鳩山博士は、その主張の中で諾成的消費貸借を認めない見解を展開する。それによれば、民法五八七条が消費貸借を要物契約と規定する点については学者間に異論がない。要物契約否定論者（石坂、末弘）は、消費貸借そのものが民法の解釈上諾成的に成立すると主張するのではなく、いわゆる諾成的消費貸借（双務契約とし、貸主は目的物を交付する債務を負担し、借主は目的物を返還する債務を負担するものとする）が、消費貸借に類似した無名契約として成立し得ることを主張するが、諾成的消費貸借は民法上無名契約としても認めるべきでない。法律が一定の法律効果を生ずるについて必ず一定の要件を具備することを要するものと規定した場合には、その効果を生ずるがためにはその要件を備えない無名契約によらなると解すべきである。しかしながら、諾成的消費貸借を、貸主については目的物を交付する債務を生じ、借主についてはその交付があつた後同等同量の物を返還する債務を生ずる契約としてその法律効果を認めることができる。なぜならば、このような契約は法律の規定する消費貸借と同一の法律効果を生ずるものでなく、無名契約の成立を認めても強行法に反することがないからである。この契約は直接の効果として貸主の債務のみを生ずる片務契約であり、石坂博士らのいわゆる双務契約としての諾成的消費貸借と異なつて片務契約である。また後に消費貸借をなすことを目的とするのではなく、後になすべきものは目的物の交付に止まるがゆえに消費貸借の予約とも異なる、と述べる。²⁰

2 岡村説

岡村説によると、わが民法は消費貸借を要物契約とするが、これは目的物の交付があつた時以後における契約の

ことであり、契約そのものは物の交付前に当事者双方の意思表示のみにより諾成的に一種の無名契約として成立する。この諾成的に成立する無名契約は、貸主に目的物交付義務を負わせ、その義務の履行があったときは、いわゆる消費貸借が成立し、借主が返還義務を負うゆえ、それは片務契約である。ただし、その無名契約が借主にも受領義務を負わせる場合には双務契約となる、とされる。

岡村説は、消費貸借につき民法上は要物契約とし、無名契約としての諾成契約も認めるが、その諾成契約を片務契約と解する。この見解は鳩山説と同様である。

3 石田（文）説

鳩山説を支持されるのは、石田文次郎博士である。すなわち、「消費貸借に於ける要物性を現物の授受を必要とする」と云う意味における物的概念として捉へることは、現代の如く発達した取引の実際と符号しない。畢竟、消費貸借に於ける要物性は、借主の返還義務の内容を具体的に定める要件として意義を有するのであるから、之を経済的価値観念として捉へ、借主をして現物の授受と同一の経済上の利益を享受せしめる限り、消費貸借における要物性は充足されたものと解さねばならぬ。」として、要物契約説を肯定する。また、鳩山博士と同様に片務契約としての諾成的消費貸借を承認する。すなわち、貸主が金銭を借主に交付すべき債務を負担し、借主は受け取った金銭を返還すべき債務を負担する契約は、諾成的消費貸借として有効であり、必ずしも消費貸借の予約と解すべき必要がないと述べる。

四 要物的消費貸借と諾成的消費貸借の併存

石坂・末弘説が要物契約説を批判したのに対して、鳩山博士が要物契約説を支持する議論を展開し、その後、我妻博士が再び要物契約説を批判され、今日では両者の併存を認めるのが通説である。ただし、以下の学説は無利息消費貸借と利息付消費貸借の区別はなされていない。

1 近藤説

近藤博士は、わが民法が消費貸借を要物契約として規定したのは全く沿革的理由に基づくものであって、その実質上の理由を欠き、従って無名契約としての諾成的消費貸借の併存を認める。⁽²⁴⁾

2 末川説

末川博士によれば、消費貸借を要物契約とすることは、ローマ法以来の伝統であり、また借主の返還義務は物を受け取った後でなければ発生しないという理由もあるのだが、今日の実際の必要及び法理観からすれば、必ずしも要物契約でなければならぬという根拠はない。しかし、民法上の解釈論としては、諾成的消費貸借を無名契約であると解せねばならないとする。⁽²⁵⁾

3 戒能説

戒能博士によれば、民法上の消費貸借は要物契約であるが、諾成的消費貸借については民法の規定はないけれども、無名契約として有効であることはいうまでもない。⁽²⁶⁾そして、諾成的消費貸借の成立を認めるならば、民法が消費貸借を要物契約としていることも、結局借主の返還義務は、貸主の目的物交付により発生するのを普通と推定した以上にこれを見ることは妥当を欠くに相違ない⁽²⁷⁾と説く。さらに、消費貸借成立の時を問題にするのは、借主の返還義務はいつ発生するかの問題および金銭授受前の公正証書および担保権設定行為の効力の問題を解決するため

あり、そのため消費貸借の要物性を緩和する、あるいは諾成的消費貸借を認める試みは、性質を異にする数個の問題を一元的に解釈しようとする誤謬を犯している、と主張する。そして、借主の返還義務について借主が事実上受けた利益の返還を拒むことを許すべきでなく、實際借主が少しも消費貸借の利益に參與していない場合には、債務だけ負担させることは不穏当な事情もありうるので、むしろ一般衡平原則の適用としてこれを解決する必要がある。公正証書および担保権設定行為の問題は、これらの性質に対する解釈問題にほかならず、同一の面で解決しようとする考え方自体に批判が必要であり、そうすれば要物性に関する議論が従来ほど紛糾する余地はなかったのである⁽²⁸⁾として、従来の学説・判例がなす要物性緩和の試みにつき批判する。

4 勝本説

昭和二〇年代以降の学説も、要物契約説への批判と諾成的消費貸借の認容につき戦前の学説と同様の見解をとる。勝本博士も、民法上、消費貸借は要物契約であるが、諾成契約をもって消費貸借上の返還義務と同様の関係を成立せしめることは公序良俗に反せざる限り、無名契約として有効である⁽²⁹⁾という。

5 吾妻説

吾妻博士によれば、民法が消費貸借を要物契約と規定する趣旨は、借主においては、借主への目的物交付前に借主に返還義務が発生するとすれば、天引その他の場合に見られるように、借主に不当な負担をかけることになり、それを避けるためである⁽³⁰⁾。吾妻博士は、準消費貸借はまさに物の授受を要件としない点で、要物性なき消費貸借であるが、これは民法五八八条に定められた場合に限定されているから、一般消費貸借について要物性の原則を破つたものとは言えない⁽³¹⁾とされる。また、諾成的消費貸借についても認容する⁽³²⁾。

6 柚木説

柚木博士も要物契約性はローマ法、ドイツ普通法およびわが古法以来の沿革に基づく以外、合理性をもつ根拠が失われていること、契約自由の原則で五八七条と異なった契約をなすことを禁ずる理由のないこと、消費貸借の予約・準消費貸借を認めた以上民法典においてすでに要物性が破られていることの諸点からして、諾成的消費貸借は肯定されるべきであるとする⁽³³⁾。

7 我妻説

我妻博士は、わが民法の消費貸借が要物契約であることは民法の規定（民五八七条）から明らかであるが、しかし、現行法制の下に消費貸借を要物契約としなければならない理由は存在しないとされる⁽³⁴⁾。すなわち、①契約自由の原則の支配する今日の法制の下にローマ法の沿革を尊重しなければならない理由はない。②引渡を受けない物について返還債務を生じさせることは理論上、不可能だ、との見解に対して、貸借は諾成契約であり、その中に賃借人の返還債務も含まれることを考えると、理論上不能といふべきでない。③引渡を受けないものについても返還債務が成立するとするのは借主が不利益を受けるといふ説に対して、貸主が引き渡さないで返還を請求した場合に、借主に抗弁権があると解すれば不都合はない。④わが民法は消費貸借の予約を認めているのだから、ローマ法の要物契約性はすでに破られている。⑤公正証書や抵当権の効力について、その不都合を避けることができるようになったが、そのことが要物性を是認する理由とならない。また、そのような場合には、消費貸借の予約だと解するのは、当事者の意思に反する。なぜなら、当事者はすでに消費貸借契約を締結したと考えるのが普通であるからである⁽³⁵⁾、とその理由を述べ⁽³⁶⁾る。

そして、解釈論として、消費貸借を要物契約とするのを緩和することに努むべきであり、「金銭その他の物を受取る」という要件を緩やかに解することや、諾成的消費貸借を有効と認めることなどがその現れであるとされる。⁽³⁷⁾

我妻博士は、消費貸借を要物契約とすることに合理的な根拠がない以上、無名契約としての諾成的消費貸借を否定すべき理由はなく、金銭の授受に先立つて契約証書が作られる場合には、当事者の意思に適するので、これを諾成的消費貸借とみるべきだとする。⁽³⁸⁾ これらの叙述から我妻説は、五八七条を強行法規とは解されていず、また原則的規定とするという観点もみられない。

8 その他の学説

山主博士も柚木説とほぼ同じ見解を述べ、無名契約としての諾成的消費貸借を肯定する。⁽³⁹⁾

松坂博士も、要物的消費貸借と無名契約としての諾成的消費貸借を認めるが、詳しい説明はない。⁽⁴⁰⁾

9 小括

以上の見解は、民法上の消費貸借は要物契約であるが、当事者は契約自由の原則により無名契約としての諾成的消費貸借を締結することを妨げられないとするものであり、言い換えれば、民法五八七条の強行法規性を否定する見解であると言えよう。このように多数説は要物的消費貸借と諾成的消費貸借との併存を認めていたが、消費貸借の要物性と諾成性を論ずるに際し、無利息消費貸借と利息付消費貸借とを分けて検討することはなかった。たとえば、末川博士によれば、消費貸借は無償なるを原則とするが、今日実際の取引では利息付消費貸借を常とし、利息付消費貸借の効果として借主のみ債務を生ぜしめるのだから、片務契約であるけれども、利息の支払いという借主側の財産上の出捐と、金銭その他の物を自ら利用しないで借主をして利用せしめることによる貸主側の出捐とは

対価関係を有するのだから有償契約となり、したがって、利息付消費貸借には売買に関する規定が準用される⁽⁴⁾と述べられる。末川説では利息付消費貸借は片務・有償契約とされるものの、それが諾成契約か要物契約かの記述はみられない。

以下では、要物的消費貸借と諾成的消費貸借という二つの形態をさらに無利息と利息付とに分け、消費貸借の四形態を認めるに至った学説の流れをみていく。

- (1) ドイツ法における消費貸借の要物性否定論については、別稿で検討することを予定しているので、本稿では言及しない。
- (2) 前述II一参照。
- (3) 岡松参太郎『註釈民法理由下巻債権編』(一九九一年、一八九九年九版復刻)次一七四頁。
- (4) 梅謙次郎『民法要義巻之三債権編』(一九八四年、一九二二年三三版復刻)五八三〜五八四頁。
- (5) 富井政章「消費貸借ノ成立ト占有ノ移転」法協三〇巻一号(一九二二年)三頁。
- (6) 富井・前掲論文三〜五頁。
- (7) 富井・前掲論文九頁。
- (8) 富井・前掲論文一九〜二〇頁。
- (9) 前述II一参照。
- (10) 横田秀雄『債権各論』(一九二〇年)四二六〜四二七頁。
- (11) 横田・前掲書四二七〜四二八頁。
- (12) 三瀧信三『債権各論』一五一頁。

- (13) 石坂音四郎『要物契約否定論』『改纂民法研究下巻』(一九二〇年)七〇三―七〇四頁。
- (14) 石坂・前掲論文六八〇―六八一頁。
- (15) 石坂・前掲論文六九二―六九五頁。
- (16) 石坂・前掲論文六九六頁。
- (17) 石坂・前掲論文七〇二頁。
- (18) 末弘巖太郎『債権各論』(一九一八年)三二―三三頁。
- (19) 末弘・前掲書四八六―四八七頁注4。
- (20) 鳩山秀夫『日本債権法各論(中)』(一九二〇年)四〇五頁―四〇七頁。
- (21) 岡村玄治『債権法各論』(一九三〇年)二八八―二八九頁。
- (22) 石田文次郎『債権各論講義』(一九三六年)六三頁。
- (23) 石田(文)・前掲書六三頁。
- (24) 近藤英吉『債権法各論』(一九三三年)一〇四頁は、目的物の引渡なしに返還債務が発生し、貸主の引渡債務と借主に対する債権とを相殺できる結果となる故に、消費貸借を要物契約とすべきとの見解について、借主の目的物返還債務は、目的物の引渡を条件とするものと解し、貸主の目的物引渡債務は、その性質上いかなる債権とも相殺できないとすればよいとする。
- (25) 末川博『債権各論第一部』(一九三九年)一一〇頁。
- (26) 戒能通孝『債権各論中巻』(一九四二年)一六五―一六七頁。
- (27) 戒能・前掲書一六七頁。
- (28) 戒能・前掲書一六九―一七〇頁。
- (29) 勝本正晃『債権法概論(各論)』(一九五二年)一〇五頁。ただし、勝本・前掲書一〇五頁は、「然し乍らこの場合

には、物の給付とは無関係に約定せられるものであるから、貸借という文字は該当せず、返還という関係も当事者の真意に合しない。唯、かかる場合においては、当事者は貸借関係なく、又、準消費貸借を成立せしめ得べき、他に金銭を給付すべき関係なきに拘わらず、消費貸借上の権利義務の関係を当事者間に創設せんとするものである。本質上、消費貸借ではない」と主張し、「貸借」ということにこだわりを示される。

- (30) 吾妻光俊『債権法』(一九五七年) 一七九頁。
 (31) 吾妻・前掲書一七九頁。
 (32) 吾妻・前掲書一八三頁。
 (33) 柚木馨『債権各論』(一九五六年) 一二二頁。
 (34) 我妻栄『債権各論 中巻二』(一九五七年) 三五〇頁。
 (35) 我妻・前掲書(債権各論) 三五二―三五三頁。
 (36) 矢崎博一「消費貸借の要物性」薦田茂正Ⅱ中野哲弘編『裁判実務大系 第一三巻 金銭貸借訴訟法』(一九八七年) 一〇八―一〇九頁も、我妻説と同様の理由を挙げて消費貸借を要物契約とすることに批判的である。すなわち、①消費貸借を要物契約とするローマ法以来の沿革に従わなければならない合理的理由は見当たらない。②貸主が目的物を引き渡さないのに返還を求めてきたときは、返還しないという抗弁権を借主に認めれば十分である。③民法は消費貸借の予約を定めており、消費貸借を要物契約とする立場とは本来異なるものである。④要物性を嚴格に貫くと、実際の取引に著しい不都合を生じる、とする。
- (37) 我妻・前掲書(債権各論) 三五二頁。
 (38) 我妻・前掲書(債権各論) 三五四頁。
 (39) 山主政幸『債権法各論』(一九五九年) 一二二―一二三頁。
 (40) 松坂佐一『民法提要債権各論』(一九六七年) 九七―九九頁。

(41) 末川・前掲書二二一—二二二頁。

IV 消費貸借の四形態の認容——要物的無利息消費貸借・要物的利息付

消費貸借・諾成的無利息消費貸借・諾成的利息付消費貸借の認容

これまでの通説は、民法五八七条は無利息消費貸借と利息付消費貸借の両者を区別しないで要物契約と定めると解するが、これに対して同条は無利息消費貸借についてのみ適用されると主張する学説が現れるなど、消費貸借の法的性質を論ずるにあたり無利息と利息付とに分ける説が増えてきた。

一 要物的無利息消費貸借と要物的利息付消費貸借の区別および諾成的消費貸借の認容

この学説は、消費貸借を要物契約と解した上で無利息消費貸借と利息付消費貸借とを区別する、すなわち、無利息消費貸借のみならず利息付消費貸借をも要物契約と解する点に特徴がある。前述(III)の我妻説までの時期は、消費貸借を無利息と利息付とに区別しないで要物契約と解し、また、無名契約としての諾成的消費貸借も認め、この説が一般に通説と紹介される。¹⁾だが、以下で検討するように無利息消費貸借、利息付消費貸借の区別の論議を経た現在では通説とはいえないだろう。

1 磯村説

磯村博士は、消費貸借を要物契約であるとし、利息付消費貸借に要物性を要求するのは、沿革的理由によるものであって、近代の取引社会においては合理性に乏しいゆえに、厳格に現物の授受を必要と解すべきでなく、それと

同様な経済的利益の移転をもって足り、無利息消費貸借は無償・片務契約、利息付消費貸借は有償・片務契約とする。⁽²⁾ 諾成契約についての言及はない。

2 来栖説

来栖博士によれば、民法典は消費貸借を要物契約とし、貸主の物の引渡ないし使用供与の義務についてはふれないうで、借主の返還義務についてのみ述べている。そこから一見消費貸借の効力として借主の返還義務が目立つが、しかし、目的物を受取るや否や直ちに返還すべき消費貸借は無意味であり、契約の終了するまで使用を許容する貸主の義務が契約の主眼である⁽³⁾と説かれ、消費貸借の効力につき貸主の使用供与義務を強調される。また、貸主借主の合意のみによって消費貸借が成立し、それにより借主の返還債務が生ずるとする諾成的消費貸借を認める学説について、この推論は正確ではなく、「たとえ諾成的消費貸借が認められるとしても、貸主から借主へ金銭が未だ交付されないのに借主の返還債務が既に契約の成立と共に発生するとは必ずしもいえないからである。」と批判され、判例が消費貸借の要物性を固守しつつ公正証書や抵当権を有効と解するのを支持され、「消費貸借の要物性は必ずしも實際上の不都合を生ぜしめてはいない」とする⁽⁴⁾とする。この記述から、来栖博士は消費貸借を要物契約だと解されると理解できよう。

しかし、消費貸借予約の有効性(民五八九条)と関連して消費貸借の要物性が疑問となる⁽⁵⁾として、無名契約としての諾成的消費貸借を認める学説とは異なる法的構成で諾成的消費貸借を認める見解を展開される。それによれば、無償契約にあつては約束について訴えてまで履行を迫るのは穏当でない⁽⁶⁾ので、無利息消費貸借は要物契約であり、民法五八七条が適用され、その予約には効力を認められないとする。ただし、特別の事情があれば認められる

とする。これに対して、利息付消費貸借の場合には、要物契約としての概念に立脚しつつ、その予約は実質的には諾成的消費貸借にほかならず、民法五八九条を利息付消費貸借の予約、すなわち諾成的消費貸借の規定といえる⁽⁷⁾と主張して、五八七条と五八九条の調和を試みるのである。なお、来栖博士は、この見解が貸主の瑕疵担保責任を規定する民法五九〇条からも肯定されると主張する⁽⁸⁾。

来栖説で注目すべきであるのは、消費貸借を要物契約とした上で、利息付消費貸借予約を諾成的消費貸借だと解する点である。

二 要物的無利息消費貸借と諾成的利息付消費貸借の区別——五八七条制限的適用説への言及はない

以下の学説は、民法五八七条により利息付消費貸借も要物契約と解される不合理性を問題にし、ローマ法以来の沿革と無償契約の特質を理由として無利息消費貸借を要物契約と解し、利息付消費貸借を諾成契約と解すべきであると主張して、両者を明確に分離するものである。

1 於保説

於保博士の見解をみよう。それによれば、消費貸借は、ローマ法以来の伝統にしたがって、近代立法においても多くはこれを片務契約としていると述べた上で、消費物の貸借は、非消費物の貸借とは異なるところはないので、消費貸借を利息付か否かによって貸貸借と使用貸借とに対比できるのは当然であり、目的物の消費のために所有権ないし処分権が与えられることは全く形式的なものであって、経済的実質的には他人の物の賃貸にほかならない⁽⁹⁾として、利息付消費貸借は諾成・双務・有償、無利息消費貸借は要物・片務・無償に分別さるべきであると主張す

る。

そして、その理由につき次のように述べる。「消費貸借・寄託が要物契約とされ、委任が諾成契約とされているのは、ローマ法以来の伝統によるものである。ローマ法において消費貸借が要物契約とされたのは、消費貸借は無利息という伝統によるものであろう。ところで、無償で他人の物を使用したり保管したりする場合には、それに対する法的意識は強くなく、賃借物・保管物の返還ということに法的関心は集中し、物の返還義務は現実を受け取った物について考えられることになることは、むしろ当然でなければならぬ。ことに、消費貸借にあっては、物の所有権の移譲を伴うから、要物性が一層強く要請されたものと思われる。しかし、近代社会においては、消費貸借は無利息が原則となっており、利息付消費貸借は諾成契約でなければならぬはずである。それにもかかわらず、近代立法は、伝統に縛られたものか、その立法態度が極めて不徹底である。ドイツ（下民六一〇条参照）およびわが国では、消費貸借の予約を認めているにとどまる。しかし、要物契約に予約を認めることは、それ自体としては自己矛盾である。これに対して、スイス債務法は、消費貸借をもって諾成契約としている（スイス債務法三一二条）。しかし、諾成消費貸借の効果として、貸主の所有権引渡義務と借主の返還義務とを対置して規定している（スイス債務法三一二条）のみでなく、消費貸借は無利息をもって原則としている（スイス債務法三二三条）。これまた、極めてちぐはぐな立法である。結局のところ、無利息消費貸借は要物契約、利息付消費貸借は諾成契約というふうに、両者は分離すべきものである」と説く⁽¹⁰⁾と説く⁽¹¹⁾。

於保博士は、無利息消費貸借を要物契約、利息付消費貸借を諾成契約と分離すべきであることを提唱されたが、民法五八七条を無利息消費貸借にのみ適用するかどうかについては触れられていない。

2 山中説

この問題につき山中博士は、利息付消費貸借は、実際には諾成双務契約として締結されているものと解すべきである、と主張し、その理由を次のように述べる。「要物契約は無償契約においてのみ肯定しうる。けれど、無償性の故に、物を渡すまでは、法的には、権利の関係にはないのであり、物を渡して始めて、法律上の権利関係となるのである。しかし、有償契約では、物が渡される前、すでに権利関係が成立しており、その権利関係にもとづいて物が渡されるのである。利息付消費貸借においては、民法は、金が渡されて始めて、契約が成立するというが、しかし契約当事者が金を渡すのは、金を渡す契約ができ、金を貸す債務の履行としてそうするのである。」⁽¹²⁾と。また、「わが民法上は、無償契約の最も典型的なものとみられる贈与の規定を、他のすべての無償契約に準用するという規定はないが、準用を解釈論として肯定したいと思う」として、無利息消費貸借に民法五五〇条・五五一条の準用を主張される⁽¹³⁾。

山中説は、無利息消費貸借は要物契約、利息付消費貸借は諾成契約であるとされるが、五八七条の適用問題について⁽¹⁴⁾の言及はない。

3 田中（実）説

無償契約は恩恵的な要素がつよく、単に当事者間の合意のみによって契約の成立を認めるに適しないことが多いので、消費貸借における要物性の否定も、利息付の場合に限るべきであり、無利息消費貸借の場合には要物契約として構成するのが妥当とされる⁽¹⁴⁾。

4 星野説

星野教授は、要物契約はローマ法における無利息消費貸借の伝統であり、今日、利息付消費貸借について要物契約と規定すべき理由はない、とされ、「民法は、厳密な意味でその時に目的物の授受がされない場合でも消費貸借が成立したものと「看做」しており（民五八八条）、また消費貸借の予約を認めている（民五八九条参照）。進んで諾成的消費貸借を認めるのが今日の通説である」という。⁽¹⁵⁾そして「消費貸借の要物性に合理性がない以上、これを強行規定と解すべきでなく、少なくとも利息付消費貸借につき諾成的消費貸借を認める点に今日異論がない」とし、⁽¹⁷⁾五八七条を強行規定でないとされる。

5 荒川説

荒川教授の見解は、無利息消費貸借と利息付消費貸借とは社会経済的にみた場合かなり異なった性格と機能を有しており、法的取扱の際にもこの両者の相違に留意する必要があるとする。⁽¹⁸⁾判例が「受取ル」の意味を柔軟に解するようになったのは、「今日における支払手段の多様化と、そこにおける金銭消費貸借の実際上の意味の変化に、その現実の根拠を有しているとみることができ。そして、もしそうであれば、消費貸借の要物性なるものに固執すべき理由は、少なくとも利息付消費貸借についてはもはや存在しない」という。⁽¹⁹⁾

6 近江説

近江教授は、広中説を引用され、無利息（無償）消費貸借においては、借主からの貸与の請求が酷であるため認められないことから、要物性が要求され、これに反し、利息付（有償）消費貸借では貸与の請求が認められるから要物性は否定される。したがって、両者は区別すべきであるとする。⁽²⁰⁾

7 北川説

北川教授によれば、「消費貸借は要物契約であるが、これを当事者の合意で諾成契約とすることができる」と解されている。⁽²¹⁾消費貸借が単独でなく別の取引とのかわりを予定して利用されることが増加し、要物性に関連した柔軟な対応にも限界があるので、「当事者の意思表示により諾成的消費貸借を認めてよい場合がある」とされる。⁽²²⁾「通説の立場では、消費貸借は要物契約であり、貸主の義務は成立後は残らないとされ、利息付諾成消費貸借の場合でも、貸主の貸す債務と目的物利用の対価である借主の利息支払債務とが双務関係にあるとは構成されていないのである」。また、要物契約としての消費貸借では、通説によれば、貸主の貸す債務はないのであるが、消費貸主の瑕疵担保責任を規定する民法五九〇条一項は、実質的には、貸主に一定品質の目的物を貸す債務を認めていると説かれる。⁽²³⁾

このような記述からすれば、北川教授は、消費貸借の要物性について、とくに批判的な見解を展開されているわけではなく、要物的消費貸借を認め、かつ、諾成的消費貸借をも取引の多様化により認め、また利息付諾成消費貸借という表現をしておられるので、明確に主張されていないが利息付消費貸借を諾成契約と解するという立場だと推測できよう。

8 内田説

内田教授は、少なくとも利息付消費貸借については諾成契約を認めてよいとする。⁽²⁴⁾

9 小括

以上の見解は、無利息消費貸借と利息付消費貸借とを区別し、前者を要物契約、後者を諾成契約と主張するが、民法上の消費貸借は民法五八七条により要物契約であることを前提とするので、五八七条の適用範囲を無利息消費貸

借に限定するという主張はみられない。次にみる学説は、五八七条の適用を無利息消費貸借に制限し、それにより利息付消費貸借については要物契約を認めないとするものである。

三 要物的無利息消費貸借と諾成的利息付消費貸借の區別——無利息消費貸借の五八七条制限的適用説

1 広中説

無利息消費貸借と利息付消費貸借とは明確に區別されなければならないと主張する広中教授⁽²⁵⁾は、民法五八七条を無利息消費貸借にのみ制限的に適用することを提唱される。すなわち、ローマ法における消費貸借は要物契約であったが⁽²⁶⁾、しかし元来それは無利息消費貸借であったので、ローマ法以来の沿革からすれば、五八七条は無利息消費貸借についての規定とみるべきであると主張される⁽²⁷⁾。そして、このように解すべき根拠を沿革に求めることより、むしろより強く無償契約の構造に求めなければならないとする⁽²⁸⁾。それによれば、「そもそも無利息消費貸借は、法的には無償の行為として扱われるにしても、社会的事実としては、貸主の貸与行為を誘導する背後のもの——好意・感謝等々の非物質的要素——から切り離すことのできないものであり、まさにこのことに照応して、無利息消費貸借に対する法的保護は、本来、貸与を請求することに対して与えられるものとしては存立しえないのである。背後のものが原則として法的操作の不可能なものであるがために、法的保護はこの背後のものに立脚することができる。したがって、貸与行為を強制する根拠を有しない。無利息消費貸借は、貸与の約束が方式契約によってなされた場合にその方式契約の拘束力に基づいて貸与約束の履行を強制することが可能であるにとどまる⁽²⁹⁾」とする。

次に、広中博士は消費貸借につき諾成契約を承認する根拠として次のように述べる。⁽³⁰⁾ わが民法は五八七条において消費貸借を要物契約と定めたのであるから、目的物の授受がなければ合意だけでは何らの法的拘束力は生じないはずである。ところが、民法五八九条が消費貸借予約の規定を置いたために目的物の授受に先立つ単なる合意にも法的拘束力を認めたと見え、それは消費貸借を要物契約とすることと矛盾する。このことから、要物契約としての消費貸借を否定して諾成契約たる消費貸借を承認したと言わざるをえず、目的物の交付は、その履行としてなされることになる、と。

この点についてももう少し詳しく紹介すると、「近代に至って、契約の拘束力の根拠を人の意思に求める理論が形成され、一般に単なる合意それ自体の法的拘束力が承認されるようになり、消費貸借の予約の効力が認められることになった。このような合意に法的拘束力を認めることは、結局、要物契約としての消費貸借を否定して諾成契約たる消費貸借を承認するに帰着するといわざるをえまい。」と説く。利息付消費貸借について、諾成契約の承認は有償契約に結びついたものであるという契約法の基礎的な理論に照らしても、正当なものといわなければならない⁽³¹⁾とする。

このように広中博士は、無利息消費貸借を要物契約であるとして五八七条が適用され、他方、利息付消費貸借をこれこそ取引当事者の通常の意味に即したものであるから諾成契約であるとして、同条が適用されないと主張する。

なお、広中博士は、利息付消費貸借が要物契約としてなされる可能性は絶無ではないが、その場合にもそれは要物契約たる利息付消費貸借の予約としてなされるのが普通である（五五九条によつて五五六条が準用される）とさ

れ⁽³²⁾

2 鈴木(椽)説

鈴木教授によれば、貸主が目的物所有権を維持する形の貸借は、民法上、有償の貸借と無償の使用貸借とに區別されている。しかし、目的物所有権が借主に移る形の貸借は、消費貸借として一括され区別がないが、社会的機能も成立要件も異なるから、この二つを区別する⁽³³⁾と主張されて、無利息消費貸借と利息付消費貸借を明確に区別される。

その上で、鈴木説は、無利息消費貸借を要物契約とする。そのことは、①目的物の授受があるまでは借主の返還義務は発生せず、また、②金銭貸借の合意が成立しただけでは、貸主は金を貸す義務を負わないことを意味する。

①は自明のことであるから、②が重要で、無利息消費貸借は無償で恩恵的なものであるから、合意を根拠にして借主が約束の金を貸せと請求し、これに裁判所が協力することは妥当でない⁽³⁴⁾という。

これに対して、利息付消費貸借を諾成契約とする。民法五八七条により利息付消費貸借も要物契約とするのが通説であるが、無利息の場合と違って、利息付での貸借の合意に拘束力を認めないことには、合理性がなく、五八七条が消費貸借を要物的なものとしているのは、消費貸借が無償とされていた沿革にもとづくにすぎないから、五八七条は、無利息消費貸借のみに適用があり、利息付消費貸借は契約法の一般原則にしたがって、諾成的だ⁽³⁵⁾というべきであるとされる。

以上のように無利息消費貸借を要物契約とし、利息付消費貸借を諾成契約とするのが当事者の合理的意思に即した解釈であると主張される。

四 五八七条制限的適用説に対する批判

民法五八七条は無利息消費貸借にのみ適用されるとの学説は、次にみる学説によって批判される。

1 水本説

水本博士は、わが民法は要物的消費貸借を原則としているが、他方、諾成的消費貸借も存在し、これを無効と解すべきでないとして両者の併存を認める。水本説は、要物的消費貸借を民法上の原則とはするが、五八七条を強行法規とは解していない。したがって、「諾成的消費貸借が普遍的に有効と認められると、民法上の要物的消費貸借はその存在意義を失うことになり、そこで、貸す・借りるの合意が要物的消費貸借であるのか諾成的消費貸借であるのかの判断はどうすればよいか」⁽³⁷⁾が問題になるとして、その判断のための指標を提示される。それによれば、①合意の成立と同時に目的物の授受がなされた場合は要物的消費貸借である。②成立後に授受がなされた場合は、その授受が要物性緩和の理論で認められる範囲内であれば、要物的消費貸借と解してよい。③要物性の緩和により要物的消費貸借の不都合も解消され、要物的消費貸借と諾成的消費貸借の実質的差異はほとんど消滅したといつてよく、要物契約のメリットとして残るのは、目的物の交付の立証責任を貸主が負うことであるが、その点からみて、どちらか不明の場合は要物的消費貸借と判定するのが妥当であろうとして、⁽³⁸⁾要物的消費貸借を原則とする立場を貫かれる。

そして、水本博士は、「消費貸借の通常の形態は利息付消費貸借であり、五八七条をはじめとする消費貸借の諸規定を無利息消費貸借のみに適用があるという解釈はゆきすぎといふべきである」⁽³⁹⁾と批判し、その後には出版された

教科書（一九九五年）において、具体的にその理由を述べる。すなわち、民法起草者らが、消費貸借の最も代表的な利息付金銭消費貸借を考慮に入れずに、五八七条を定めたとは考えられず、五八七条が無償契約のみに適用されるとすれば、要物契約としての使用貸借としての規定が「無償ニテ」という表現を入れてるように（民五九三条）、五八七条にも「無償ニテ」の表現を入れていられると思われる。また、要物契約たる寄託の六五七条が「無償ニテ」の表現を入れていないのと同様に、五八七条も六五七条も有償・無償のいずれでも差し支えないという意味を含んでいると解せるとして、五八七条の制限的適用に反対される。

2 鎌野説

五八七条は無利息消費貸借にのみ適用されるとする見解につき、鎌野教授も、立法者の意思、五八七条・五八九条の文言（五八七条および五八九条について、五九〇条のように、利息付消費貸借が無利息消費貸借のいずれかに限定して適用されるとは明示されていない）、契約法の体系全体からいって、解釈論としてその範囲を逸脱している、と批判される。⁽⁴¹⁾

五 諾成的無利息消費貸借の可否

1 序

以上みたように、利息付消費貸借については、民法五八七条により要物的消費貸借と解する見解、無名契約としての諾成的消費貸借としても認容できるとして両者の併存を認める見解、有償契約ゆえにあるいは五八七条の制限の適用により諾成的消費貸借しか認めない見解などがある。他方、無利息消費貸借については、ローマ法における

消費貸借が要物契約であったのは、元来それが無利息消費貸借であったからであるという歴史的沿革にもとづき、要物的消費貸借だと解するのが多数説である。では、無利息消費貸借は諾成的消費貸借であると解することもできようか。これは無償契約に要物性ではなく、諾成性が認められるかの問題である。もし、認められるとすると、要物的無利息消費貸借と諾成的無利息消費貸借の形態が存在することになり、それらの予約の効力が検討されなければならぬ。

2 諾成的無利息消費貸借の否定

これまで諾成的無利息消費貸借を正面から否定するということはなく、むしろ無利息消費貸借は当然にローマ法以来の典型的な要物契約であるとする見解がほとんどであり、無利息消費貸借が諾成契約であるかどうかの問題は議論されてこなかったといったほうが適切である。だが、わが民法上、無償契約としての贈与・委任は諾成契約と定められ、無償契約の諾成性が認められているのであるから、無償契約である無利息消費貸借を諾成契約と解することも可能と考えられる。

ところが、於保博士は、無償契約に諾成性を認めることには抵抗があるとされて、次のようにその理由を述べる。すなわち、贈与の諾成性は、書面によらない贈与の取消しによって、実質上は、書面契約・要物契約というのと異なるところはない。他方、委任は、ローマ法上無償契約であったにもかかわらず、早くから諾成契約とされ、近代法においても委任を諾成契約としつつ無償をもって原則としているが、このような無償と諾成の組合せには、大いに抵抗が感ぜられる。近代法では、むしろ、委任は有償であるのが原則であり、有償委任と無償委任を区別して、有償即諾成、無償即実践というように考えられる。⁽⁴³⁾そして、スイス債務法は、無償原則を維持しながら、消費

貸借・委任・寄託をもって諾成契約としているが、これは無償原則から有償原則へと轉換する過渡的法形態ではあるまいか、と指摘される。

3 諾成的無利息消費貸借の肯定

(1) 篠原説

無利息消費貸借を諾成契約と認めることができるかの問題について、正面から論じているわけではないが、利息付消費貸借も無利息消費貸借も諾成契約と認められるとする篠原説がある。すなわち、学説のほとんどが諾成的消費貸借の有効性を認めており、当事者は、諾成的消費貸借・要物契約としての消費貸借ないしその子約のいずれをも、契約自由の原則で選択できるとされているが、こうした解釈は妥協とみられなくてはならないと主張する。そして、「民法は一の取引行為にほかならない消費貸借の約定を、さまざまに解体してしまうのであり、不自然であることは明らかである。諾成契約としての消費貸借を認めることは、約諾を基点として権利義務關係を評価しようとするものであって、おそらく、法技術的には、そのみを認めれば十分といえるかもしれない。」と言う。また、無利息消費貸借の場合には、贈与に類することにかんがみ、書面によらない場合や、貸付前の合意は、いつでも取り消しうると解すべきであると説かれる。⁽⁴⁵⁾

(2) 鈴木説

「諾成的無利息消費貸借」も成立可能だとされるのは鈴木教授である。書面による無利息消費貸借の子約は有効であり、子約権者が完結権を行使した場合に、無利息消費貸借が発生するか、ないしは貸主の貸す義務が発生し、したがって借主は貸す義務の履行を貸主に対して強制することができ、その限りで諾成的無利息消費貸借も成立可

能であるとされる⁽⁴⁶⁾。また、贈与が書面によっている場合には贈与義務の履行強制が可能である（民法五五〇条本文参照）こととパラレルに、無利息の貸借の合意が書面によってなされれば、借主は貸す義務の履行を貸主に対して強制することができる⁽⁴⁷⁾と解すべきであり、その限りでは、結局、諾成的無利息消費貸借も成立可能ということになるとされる⁽⁴⁷⁾。前者は無利息消費貸借予約の場合における予約完結権行使の結果として諾成的無利息消費貸借が成立することを、後者は無利息の貸借の合意が諾成的無利息消費貸借として成立することを述べる。

(3) 石田（稷）説

石田稷説も「民法五五〇条は、無利息の諾成的消費貸借に類推適用されると解される。従って、書面によらない無利息の諾成的消費貸借の当事者は、履行の終わるまでこれを撤回することが可能である⁽⁴⁸⁾。」と主張し、諾成的無利息消費貸借を認める。

(4) 平野説

平野教授は、消費貸借が要物契約とされたのは沿革的理由によるものであり、合理的理由はなく、また、民法自体が消費貸借の予約を認めており、さらに、五八七条は強行規定でもない⁽⁴⁹⁾ので、民法の消費貸借とは別に諾成的消費貸借を認めることに障害はないとされる⁽⁴⁹⁾。消費貸借予約については「要物契約という伝統を捨て去り諾成的消費貸借を認めればそれで済んだ問題である⁽⁵⁰⁾。」という。また、消費貸借については、諾成的消費貸借またはその予約だけを認めればよいと主張され、要物契約説を否定される。したがって、平野説は、利息付消費貸借を当然、諾成契約と認め⁽⁵²⁾、無利息消費貸借については「無利息の諾成的消費貸借の有効性という問題」と表現され、五五〇条の類推適用を主張する⁽⁵³⁾。

4 私見

無利息消費貸借を諾成契約と解して不都合なのは、貸主が恩惠的に約束したにもかかわらず、借主から貸金交付請求や損害賠償請求をされるのは妥当でないという点である。この点の解決方法として、篠原説、鈴木説、石田稜説および平野説は、無償・諾成契約である贈与規定の類推適用、すなわち書面によらない贈与の取消を定めた民法五五〇条の類推適用を認めることによって、書面によらない諾成的無利息消費貸借を撤回でき、無償契約における貸主の保護を図ることができると主張する。⁽⁵⁴⁾

私見は五五〇条類推適用説に疑問を感じる。なぜならば、贈与と無利息消費貸借は同じように無償契約であっても、贈与の場合には贈与者は返還請求権を行使できないが、無利息消費貸借の場合には貸主は交付した目的物と同種・同等・同量の物を返還請求でき、この違いは非常に大きいからである。したがって、書面によらない無利息消費貸借において借主に目的物交付請求権を認めても、贈与の場合と異なり、貸主にとって酷であるとはいえないので、五五〇条の類推適用を認めて貸主を保護する必要はないと考える。無利息であろうと利息付であろうと、書面によらない消費貸借の合意から法的拘束力を発生させるべきであろう。

前述のように於保博士は無償契約に諾成性を認めることには批判的であり、於保説に依拠すると無利息消費貸借を諾成契約とみることは難しいようであるが、スイス債務法では過渡的形態であるにしろ無利息消費貸借において諾成性を認めており、要物性しか認められないと固執する必要はないだろう。

六 諾成的消費貸借への疑問

加藤博士は、要物的消費貸借と諾成的消費貸借との違いとして、借主の元本返還債務、利息支払義務および担保提供義務については実際には違いがなく、借主の貸金交付請求権について違いがあるとする。すなわち、要物的消費貸借では金銭の交付から契約がはじまるから、借主には貸金交付請求権がないのに対して、諾成的消費貸借では金銭貸与の合意に拘束力を認めるのでそれがあるとす。そして、要物的消費貸借では、金銭貸与の約束には法的拘束力が生じないので、貸主はいつでも任意に金銭の交付を取りやめることができ、借主は約束違反を債務不履行として損害賠償の請求をすることもできない。これに対して、諾成的消費貸借では貸与の約束にも法的拘束力があり、借主は債務不履行による損害賠償請求権をもつとして、両者の違いを説明する。⁽⁵⁶⁾

その上で加藤博士は、諾成的消費貸借を認める実益は、今日では借主の貸金交付請求権を認める点にあるが、実際に借主がそれを行使用することは不可能に近く、実益があるとなれば、貸金交付義務の不履行として損害賠償を請求することぐらいであるが、この点を問題とした判決が見当たらないことは訴訟で争うだけの実益が少ないことを示しているとする。したがって、諾成的消費貸借を認める実際上の必要なり実益はあまりなく、消費貸借の予約を認めることでよいとされる。⁽⁵⁶⁾

加藤博士が諾成的消費貸借を否定される論拠の一つである判決がないというのは、現在では妥当しないのは先に見たとおりである。むしろ、倒産の原因は融資拒絶にあるとして、銀行に損害賠償請求を求め訴訟が増加しており、貸金交付義務の不履行の場合には金銭債務の不履行ではなく、融資という特定の債務の不履行であるから、賠償額について金銭債務の四一九条の特則を外して、四一六条の原則に戻るとする加藤説⁽⁵⁷⁾が注目されている。

七 諾成的消費貸借だけを認める見解

三宅博士は、消費貸借の「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」とされ、「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」と主張する。⁽⁵⁸⁾

三宅博士は、「民法は消費貸借の予約の効力を認めるのだから、消費貸借の要物性は実は廃止されて諾成契約となり、物の授受の前後により名称を異にするに過ぎない。『物ヲ受取ルニ因リテ其効力ヲ生ス』るのは、実は借主の返還債務だけであり、返還債務の要物性だけが維持されているのである。」とする。⁽⁵⁹⁾

この叙述から、三宅説は消費貸借につき要物契約を否定し、諾成契約のみを認め、また、諾成的消費貸借予約も認める。

前述（IV五3（4））したように平野教授も要物契約説を否定される。

八 私見——要物的無利息消費貸借と諾成的利息付消費貸借に区別する通説への疑問

消費貸借について民法上は要物契約であるが、無名契約としての諾成契約をも併存して認められるとする学説は、戦前から我妻博士の頃まで続いた。その後の学説は、消費貸借をより細分化して無利息と利息付とに分け、それぞれが要物契約か諾成契約かについて論じるようになった。その中でも、無利息消費貸借を要物契約、利息付消費貸借を諾成契約として区別する見解が、精緻な理論を伴って有力な学者により提唱されたのが注目される。とく

に、広中説および鈴木説は、五八七条の適用を無利息消費貸借にのみ制限することで、利息付消費貸借を要物契約とする民法上の制約から解放しようとした。それは利息付消費貸借の諾成性を承認させ易くするためである。

この無利息消費貸借を要物契約、利息付消費貸借を諾成契約とに分ける見解は、前述の学説の分析により現在では通説になっているといえるが、以下ではその妥当性を検討する。それには、そもそも消費貸借を要物契約とした沿革上の理由から考えなければならぬだろう。ローマ法その他諸法が消費貸借の要物性を認めたのは、借主保護と貸主保護の両方にあつたといわれる。

借主保護とは、要物契約とすると目的物の引渡を受けていない借主においては消費貸借契約の不成立により目的物返還義務が発生せず、貸主の悪辣さから借主を保護することができるということである。だが、この場合の借主の保護は、要物契約と構成しなくても達成できる。諾成契約と構成し、引渡前に消費貸借契約の成立を認めた場合に、未交付の貸主が返還請求をしたときには、借主に一種の抗弁権を認めるか、あるいは交付により借主の返還債務が発生すると解すればよいのであり、諾成契約と解しても借主は保護されよう。この点は、無利息消費貸借も利息付消費貸借も変わらない。むしろ、要物契約説をとると、貸借の合意のみで貸金をいまだに交付されない借主は、消費貸借契約が成立していないために、貸金交付請求権を行使することができず、借主はかえって保護されないのである。現在問題となっている融資拒絶についても、要物契約説がとられているため、借主は貸金交付請求権を有しないとされ、資金調達ができずに倒産するという結果になっている。要物契約説を維持するならば、消費貸借予約の成立をできる限り認めることにより借主に貸金交付請求権を与え、借主保護をはかる必要があろう。諾成契約説をとれば、借主は履行として貸金交付を請求でき、消費貸借予約の成立は要物契約説ほど借主にとって重要

なものとはならないのである。

これに対して、貸主保護とは、無償契約では、貸主が借主から履行を迫られたり、損害賠償を請求されたりするのは穩当でないことから、単なる約束は道義上のものに止まり法的拘束力はないとして、貸主を保護することを意味する。⁽⁶⁰⁾ 無償契約である無利息消費貸借の場合には、貸主には恩惠的に貸す約束をしたという要素が強くあり、借主から貸金交付請求権や損害賠償請求権を行使されたりするのは行き過ぎであるとして、要物契約説を批判する学説においても、要物契約と構成し、引渡前には消費貸借を不成立として構成するのが妥当であるとする。

しかし、私見は、前述したように無利息消費貸借においても諾成契約と解し、借主に貸主に対する貸金交付請求権を認めるべきであると主張する。たしかに、無利息消費貸借の場合には貸主が恩惠的に貸すことがあり、利息という利益を得ていないのであるから、利息付消費貸借に比べて貸主を保護する要請が強いのであるが、そうだからといって要物契約と法的構成して貸主保護を図ることは妥当でない。無利息消費貸借を要物契約とする説は、過渡的役割を果たしたのであり、現在では、端的に合意に拘束力を認めてよいのではないか。諾成的無利息消費貸借を認容する学説は、五五〇条の類推適用により書面によらない無利息消費貸借契約の場合には、その撤回を認めることで貸主を保護できると主張するが、前述したように私見はこの見解を受け入れない。他方、利息付消費貸借の場合には有償契約であり、貸主も利息の利益を得るのであるから、諾成契約として借主に貸金交付請求権を認めても、貸主は、それを甘受すべきであろう。無利息・利息付消費貸借において、貸主に貸す義務を負わず代わりに、借主の破産の場合には五八九条の類推適用を認めて、貸主の保護をはかればよい。

このように解すると、無利息消費貸借も利息付消費貸借も要物契約ではなく、諾成契約と解しても当事者にとつ

て不利とはならず、現代においてはもはや要物契約を存置する必要性はなくなつたと思われる。

- (1) たとえば、鈴木祿弥『債権法講義三訂版』(一九九五年)三四一頁、北川善太郎『債権各論』(民法講要IV)〔第2版〕(一九九五年)四九頁。
- (2) 磯村哲『債権法各論』(講義案)八一頁。
- (3) 来栖三郎『契約法』(一九七四年)二四九頁。
- (4) 来栖・前掲書二五五頁。
- (5) 来栖・前掲書二五六頁。
- (6) 来栖・前掲書二五七頁。
- (7) 来栖・前掲書二五八頁。
- (8) 来栖・前掲書二五八頁～二五九頁参照。
- (9) 於保不二雄『無償契約の特質』契約法大系I(一九六二年)七六頁。
- (10) 於保・前掲論文八〇頁。
- (11) 於保博士は、無償契約は、有償契約と異なり、単なる合意のみでは法的拘束力を生じないか、あるいは弱い効力を生じるにとどまり、書面行為または実践行為を伴って始めて完全な法的拘束力を生ずる。そして、完全な効力を生じたとしても、その効力は確定不動のものではなく、後で廃棄しうる場合が認められていたり、継続的關係である場合には、その解約は有償契約におけるよりは容易である、として無償契約の特色を述べる(於保・前掲論文八〇～八一頁)。
- また、「贈与の諾成性は、書面によらない贈与の取り消しによって、実質上は、書面契約・要物契約というのと異なるところはない」、と指摘する(於保・前掲論文八七頁)。
- (12) 山中康雄『契約総論』七三頁。

- (13) 山中・前掲書七二頁。
- (14) 田中実「消費貸借の要物性」柚木馨ほか編『判例演習(債権法2)』(一九六四年)五二頁。
- (15) 星野英一『民法概論IV(契約)』(一九八六年)一六四頁。
- (16) 矢崎博一・前掲論文一一七頁は「現在では、少なくとも利息付消費貸借においては諾成的消費貸借を認める見解が支配的である」と指摘する。
- (17) 星野・前掲書一七三頁。
- (18) 荒川重勝『新民法講義4 金融取引法』乾昭三・中井美雄編(一九八四年)三七頁、三九頁。
- (19) 荒川・前掲書四三〜四四頁。
- (20) 近江幸治『民法講義V(契約法)』(一九九八年)一六九〜一七〇頁。
- (21) 北川・前掲書三四頁。
- (22) 北川・前掲書四九頁。
- (23) 北川・前掲書四九頁。
- (24) 内田貴『民法II債権各論』(一九九七年)一三二九頁。
- (25) 広中俊雄『債権各論講義』(一九九四年)一〇三頁。
- (26) 広中俊雄『§587 幾代通II広中俊雄編『新版注釈民法(15)』(一九八八年)一三頁によれば、ローマ法では消費貸借は要物契約とされたので、その予約は法的拘束力を認められなかった。それは方式契約たる問答契約で約されたものである場合にのみ法的拘束力を認められたのであるとされる。
- (27) 広中・前掲書(注釈民法(15))一四頁。
- (28) 末弘博士の無償契約を一種の要物契約として有償契約を諾成契約とする考え方は、その後、広中説等に受け継がれた、と鎌野教授は指摘する(鎌野邦樹「金銭消費貸借の法的性格について——要物的消費貸借を存置すべきか——」早

- 稲田法学七四卷三号（一九九九年）四三八頁。
- (29) 広中・前掲書（債権各論）一一一頁。
- (30) 広中・前掲書（注釈民法(15)）一三頁。
- (31) 広中・前掲書（債権各論）一一三頁、同・前掲書（注釈民法(15)）一七頁。
- (32) 広中・前掲書（注釈民法(15)）一六頁。
- (33) 鈴木・前掲書三四〇頁。
- (34) 鈴木・前掲書三四一頁。
- (35) 鈴木・前掲書三七〇、三七一頁。
- (36) 水本浩『債権各論（上）（民法セミナー五）（一九七九年）一八五頁。
- (37) 水本浩『契約法』（一九九五年）一八九頁。
- (38) 水本・前掲書（契約法）一八九頁。
- (39) 水本・前掲書（民法セミナー）一八四頁。
- (40) 水本・前掲書（契約法）一七九頁。
- (41) 鎌野・前掲論文（金銭消費貸借の法的性格）四四二頁。
- (42) 於保・前掲論文八七頁。
- (43) 於保・前掲論文八〇頁。
- (44) 於保・前掲論文八七頁。
- (45) 篠原弘志「消費貸借の予約と諾成的消費貸借との関係はどのようなものか」高梨公之Ⅱ染野義信Ⅱ篠原弘志『民法の基礎知識（二）』（一九六五年）一三九頁。
- (46) 鈴木・前掲書三四一、三四二頁。

- (47) 鈴木・前掲書三四一頁。
- (48) 石田穰『民法V（契約法）』（一九八二年）一九二頁。
- (49) 平野裕之『契約法（第二版）』（一九九九年）三一八頁。
- (50) 平野・前掲書三一八頁。
- (51) 平野・前掲書三二一頁。
- (52) 平野・前掲書三二二頁。
- (53) 平野・前掲書三二四頁。
- (54) 消費貸借と同様に「物」の移転に関する使用貸借は無償契約であり、かつ要物契約と解されている。消費貸借と並んで使用貸借も諾成契約と解するならば、解釈上との点において困難が生ずるかも検討する必要がある。これは無償契約の要物性と諾成性の問題であり、本稿では検討しないで将来の課題としたい。
- (55) 加藤一郎「諾成的消費貸借」『民法ノート（上）』（一九八四年）一二三～一二七頁。
- (56) 加藤・前掲論文一三四～一三五頁。
- (57) 加藤・前掲論文一三四頁。
- (58) 三宅正男『契約法（各論）下巻』（一九八八年）五三三頁。
- (59) 三宅・前掲書五四三頁。
- (60) 水本・前掲書（民法セミナー）一七七頁、一八四頁参照。

V 民法五八七条の強行法規性の肯否

一 序

以上のように諾成的無利息消費貸借および諾成的利息付消費貸借を承認するとしても、消費貸借を要物契約と定める民法五八七条との関係をどのように位置づけるかを考えなければならぬ。同条を効力発生要件と解して、合意により消費貸借契約が成立し、目的物の交付により効力が発生するとして、同条を諾成的消費貸借と解せなくもないとの指摘¹⁾があるが、このような説を支持する見解はみられないようである。

前述したように学説は、五八七条が消費貸借を要物契約と定めると解するのに異論はないようである。そこで次に、同条を強行法規と解して、要物的消費貸借だけを認め、諾成的消費貸借を認めないのか、それとも任意法規と解して無名契約としての諾成的消費貸借を認めるかが問題となる。先にみたように学説では、民法上の典型契約としての要物的消費貸借と無名契約、すなわち非典型契約としての諾成的消費貸借の両方を認めるといふ説が、戦前から現在におけるまで多数であった。これらの説のほとんどは、五八七条が強行法規であるとも任意法規であるとも言及していないが、非典型契約としての諾成的消費貸借を認めることは、強行法規とはみていないと推測できよう。

判例については、最高裁昭和四八年三月一六日判決（金法六八三号二五頁）が諾成的消費貸借を前提として判示したと解されているが、その後の状況を見ると、原則は要物的消費貸借であるとの立場を変えていないようにもみえ、はっきりしていないのが現状である。

以下では、消費貸借の要物性および諾成性の問題について、先に検討した観点とは異なり、五八七条の強行法規性と任意法規性の問題に絞って検討する。学説が同条を強行法規か任意法規かについて正面から言及しているものは少ないが、無名契約としての諾成契約を認めていることは同条を任意法規と解しているとの前提で論述を進めて

いく。

二 五八七条強行法規説——要物的無利息消費貸借と要物的利息付消費貸借の認容

五八七条を強行法規と明言しているのは、立法当時の富井博士と鳩山博士であり、岡松・梅・横田・三瀆博士は要物契約説を主張するだけであつた。

富井博士は、五八七条は「強行規定」であるので、民法上諾成的消費貸借を認めるのは困難であるが、立法問題としては諾成契約となすことを至当とするという。したがつて、富井博士は五八七条を強行規定といいつつも、諾成契約を否定するものではない。⁽²⁾

鳩山博士は、諾成的消費貸借を無名契約としても認めるべきでないとし、法律が一定の法律効果を生ずるについて必ず一定の要件を具備することを要するものと規定した場合においては、その要件を備えない無名契約によらなと解すべきであるとする。ただし、片務契約としての諾成的消費貸借を認めても「強行法に反することがない」とする。⁽³⁾ 同様の見解を主張するのは岡村・石田（文）博士である。⁽⁴⁾

その後は、無名契約としての諾成的消費貸借を認めるのが通説となつたが、最近、鎌野教授が、五八七条を強行法規と解して、無利息消費貸借および利息付消費貸借のどちらにも同条を適用し、どちらも要物的消費貸借と解すべきであると主張される。それによれば「現行民法の解釈からは、消費貸借は要物契約であるという結論しかどうしても導き出せない。そしてまた、現行民法の立場からは、要物契約たる消費貸借と並んで「諾成的消費貸借」が承認される可能性も認められないと考へる⁽⁵⁾」。「五八七条は、本来、強行規定であると考えるときではないだろうか

(判例もこの立場をとっている。また、立法当時および立法後間もない時期の学説が同様に考えていた)。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。消費貸借については当事者の意思がどのようなものであろうと——たとえ諾成契約を成立させる意思であらうと——諾成(単なる合意)からは金銭の交付を強制的に実現する効力は認めない。五八七条は強行規定であり、この規定が存在する以上、他方で、契約自由の原則等を根拠にして、諾成的消費貸借を承認することはできない。⁽⁶⁾として、明確に五八七条を強行規定だと主張し、無名契約としての諾成的消費貸借を認められないとされる。鎌野説は、解釈論としては要物的消費貸借のみが認められ、諾成的消費貸借は否定されるとする。⁽⁷⁾学説が解釈論として消費貸借を諾成契約の方向に導こうとした点には十分な理由があるが、学説としてはこのことを立法論として展開すべきであると説く。富井説に近い見解といえよう。

三 五八七条部分的強行法規説——要物的無利息消費貸借と諾成的利息付消費貸借の認容

前述の五八七条制限的適用説⁽⁹⁾は、同条の適用を無利息消費貸借のみに限定し、したがって要物的無利息消費貸借だけが認められ、要物的利息付消費貸借は認められないとするものである(広中説、鈴木説)。この説は五八七条が強行法規であるかどうかの問題については直接言及されていないようであり、断言はできないが、無利息消費貸借に限り五八七条の強行法規性が及ぶと解するのであろう。利息付消費貸借には五八七条を適用せず、諾成的消費貸借と解する見解である。

四 五八七条任意法規説と無名契約としての諾成的消費貸借の認容——要物的無利息消費貸借・要物的利息付消費貸借・諾成的無利息消費貸借・諾成的利息付消費貸借の認容

五八七条を任意法規だと解した上で、任意法規性の強弱をどのように位置づけるかに応じて、おおよそ三つの説に分けることができる。

1 要物的消費貸借を原則とする説（A説）

A説は、原則として利息付消費貸借をも要物契約と解する点に特徴がある。A説は五八七条の任意法規性を弱く位置づけ、原則は要物的消費貸借と解するが、個々のケースにおける当事者意思の解釈により諾成的消費貸借も認めるという説である。このように解する学説は、戦前では通説（近藤説、末川説、戒能説）であり、戦後も勝本説、吾妻説、柚木説、我妻説、松坂説などがあり、これらの学説は消費貸借を無利息と利息付に分けずに、民法上の消費貸借を要物契約だとして、諾成的消費貸借も認めるもの⁽¹⁰⁾であり、かつては通説であった。さらに、前述IV一での消費貸借の要物性を前提とする無利息消費貸借と利息付消費貸借に区別する学説（磯村説、来栖説）もA説に含められる。その後、利息付消費貸借を諾成契約と主張する学説が増加するに伴い、利息付消費貸借を民法上は要物契約であると主張する学説は減少してきたものの、五八七条が無利息と利息付に分けて規定していないことを理由に、原則は要物契約であると主張する学説があり、現在もA説を⁽¹¹⁾通説と紹介する学説がある。しかし、本稿での学説の分析からすると、必ずしもそうは言えず、むしろ、次のB説が現在では通説となっているようである。

最近の教科書でA説を主張されるのは水本博士である。それによれば、当事者の意思が要物的消費貸借か諾成的消費貸借か不明の場合に同条が適用されるとして、同条を消費貸借の原則規定と解する⁽¹²⁾。また、高橋眞教授も、民

法典の消費貸借に関する規定が、文言上無償・有償のいずれの場合にも適用されうるものであることから、消費貸借一般につき、原則として要物契約であるとして解説するとする。⁽¹³⁾

2 無利息消費貸借を要物契約、利息付消費貸借を諾成契約とする説（B説）

B説は、五八七条の任意法規性の位置づけが中間段階であり、要物契約説に対して批判的であり、できる限り諾成的消費貸借を認めようとする説である。無利息消費貸借を要物契約と解し（ただし、前述の五八七条制限的適用説の立場をとらない）、利息付消費貸借を諾成契約と解することを主張する学説である。この説は前述IV二における要物の無利息消費貸借と諾成的利息付消費貸借とに区別する説（於保説、山中説、田中（美）説、星野説、荒川説、近江説、北川説および内田説など）と対応する。とくに、山中博士は五八七条につき通説は任意規定であると解しており、それが妥当であると明瞭に述べている。すなわち、「有償契約は要物契約でなければならぬ理由はない。⁽¹⁴⁾ 有償契約では、物が渡される前、すでに権利関係が成立しているのである。……要物契約の規定は、通説は任意規定だといふのは正しい⁽¹⁵⁾」という。星野教授も消費貸借の要物性に合理性がないとして、五八七条の強行法規性を否定する。⁽¹⁶⁾

3 無利息消費貸借および利息付消費貸借を諾成契約とする説（C説）

C説は、五八七条の任意法規性を強く位置づけ、強行法規性を明確に否定し、原則として無利息消費貸借も利息付消費貸借も諾成契約と解する説である（篠原説、石田（稷）説、三宅説、平野説など）。ただし、石坂説や末弘説のように、まだ無利息と利息付に分けていない時期の学説（末弘博士も当初は分けていなかった）で、要物的消費貸借を激しく批判するものもある。

平野教授は、「五八七条は強行規定でもないので、契約自由の原則から民法の消費貸借とは別に諾成的消費貸借を認めることに障害はない⁽¹⁷⁾」とし、諾成的消費貸借だけを認めるので、諾成的無利息消費貸借の有効性については民法五五〇条を類推適用すればよいと主張される⁽¹⁸⁾。

五 私見

1 以上の学説が消費貸借の要物性と諾成性をどのように解しているかを整理すると、利息付消費貸借について、強行法規説は要物契約と解し、部分的強行法規説は諾成契約とし、任意法規説は要物契約と諾成契約との両方を認めるといふ違いがある。無利息消費貸借について、強行法規説および部分的強行法規説は要物契約とするが、任意法規説は要物契約と諾成契約の両方を認める。

私見は、鎌野教授が五八七条の強行法規性を論拠に要物的消費貸借のみを認められる見解には賛成できず、同条を任意法規と解する。なぜならば、債権法の規定は原則として任意法規であり、五八七条を強行法規と解して消費貸借を要物契約としなければならぬ法的要請はないと考えるからである。

2 まず、起草過程の議論をみても、消費貸借を要物契約とするか、諾成契約とするかにつき迷いがありながらも、ローマ法以来の沿革により要物契約としたのであり、そこからは諾成契約を全面的に否定する立法態度は窺われないことを確認する必要がある。ローマ法では無利息消費貸借を要物契約としたのであり、利息付消費貸借を要物契約とするのはローマ法の沿革とはそぐわず、また、近代法では単なる合意それ自身が法的拘束力を有するとの観念が確立して、諾成契約が認められたのであり、ローマ法以来の沿革を現代においても受け継ぐ合理的理由はな

いのである。立法後のある時期までは文理解釈がなされるのが当然であるにもかかわらず、立法直後から、学説は要物契約説を批判し、通説は無名契約としての諾成的消費貸借を認容していたのであるから、立法後一〇〇年を経た現在においては、消費貸借を要物契約と規定する五八七条の枠から抜け出すことはさほど難しくないのでなかろうか。現在では少なくとも原則として利息付消費貸借においては諾成契約が認められてよく、この見解は通説となつていよう。私見は、さらに前述のように無利息消費貸借についても諾成契約と解する。

3 ある規定が強行法規か任意法規かを判断する基準として、我妻博士は、身分関係に関する法規、物権に関する規定のように直接第三者の利害に係る法規、あるいは法律がとくに一定の者を保護しようとする趣旨に基づいて定めた法規などが強行法規と解される¹⁹⁾。また、債権法は任意法規であることが原則だとされ、ただし、契約内容に関する規定については、経済的な力の甚だしい当事者間の契約においては、契約自由が制限され、これは任意法規の範囲が制限されることに他ならず、債権の効力に関する規定においても当事者の意思によつて変更できるかどうかは慎重に考慮されるべきであり、財産としての債権に関する規定は、直接第三者に影響を及ぼすものであるから譲渡の方法・効力に関する規定は強行法規とみるのが当然とされる²⁰⁾と述べ、債権法にも強行法規とみる規定が存在すると主張する。そこで、五八七条をどちらに解するか²¹⁾の判断基準として、我妻説を基準にすると、一定の者を保護しようとする法規か、第三者の利害に係る法規か、弱者保護のための法規か、などが考えられる。

消費貸借を要物契約とするのは貸主保護と借主保護にあるとされている。「一定の者を保護するため」という基準につき、一定の者を貸主とすれば、同条を強行法規と解することができよう。すなわち、要物契約とすると貸主は貸金交付義務を負わないという点で貸主保護になるからである。しかし、経済的力関係で弱い立場にある借主は

貸金交付請求権をもたないという点で借主保護にはならないのであり、「一定の者を保護するため」および「弱者保護のため」という基準からはずれるので強行法規を根拠づけられない。

要物的消費貸借として借主を保護するとは、金銭を交付していない貸主から返還請求されるのを防ぐためであるといわれており、諾成的消費貸借にすれば金銭交付前に借主の返還義務が発生し、借主に不利であるとされた。そこで、未交付の貸主から返還請求された場合における借主保護として、学説は二つの見解に分かれる。一つは、貸主は先履行の義務を負うから、借主は給付を受けていない旨の抗弁をなしうるとするものである。⁽²¹⁾ もう一つは、未交付のため返還債務が発生していない、すなわち、返還債務は、貸借におけると同様、目的物の交付によって（さらに通常は、弁済期の到来によって）生ずるとするものである。⁽²²⁾ このどちらの学説によっても借主の保護をはかることができ、消費貸借の本質的構造からみてどちらも不当な所説と評するべきでないといえよう。さらに、「借主保護は利息制限法や暴利禁止の理論によるべきであって、引渡の有無でしようとすることは、正道ではなく、実効も少ない」との指摘がある。そうだとすれば、借主保護を理由とする要物的消費貸借の主張は現在では説得力がないといえよう。結局、要物的消費貸借を定める五八七条は貸主保護のために存在するのであるから、経済力の弱い、交渉において不利な地位にある弱者保護の規定ではないので、強行法規とはいえないであろう。

4 むしろ、要物的消費貸借は貸金交付請求権を借主に与えることができないう点で借主を保護しない、ということとを再度強調しておきたい。これまで、金融機関から要物的消費貸借を否定する議論が出てこなかったのは、その機能が貸主保護となっていたからであろう。諾成的消費貸借と解すると借主は貸金交付請求権を直ちに行使することができ、むしろ借主は保護されることになる。このような要物契約説の弱点を補強するために民法は消費貸借の

予約を認めたと主張するのが起草者である。その場合に、予約が完結権型であれば、完結権の行使と同時に貸金交付請求権を行使でき、諾成的消費貸借よりも契約成立時期が遅くなるだけで、それほど変わらないが、義務型であれば、貸主が貸金交付にネガティブでなかなか承諾の意思表示をしない場合には、承諾の意思表示に代わる裁判（民四一四条二項）を得て、改めて本契約を締結しなければならず、消費貸借契約成立のための手続きが煩雑となる。したがって、消費貸借予約を完結権型と解するほうが、義務型に比較してより借主保護となろう。いずれにしても、判例のように要物的消費貸借を原則形態とするならば、消費貸借予約の成立を認めやすくしなければ、借主は保護されない。「貸す・借りるの合意」を諾成的消費貸借と解するか、消費貸借の予約と解するかに関する問題点の詳細については次稿で論ずる。

5 従来から、当事者の意思を考えると、金銭が交付されてはじめて消費貸借契約が成立するとは思っておらず、通常は貸す・借りるの合意で契約が成立し、金銭の交付は履行としてなされると考えているのであるから、諾成的消費貸借の成立を認めるほうが当事者の意思に合致する、といわれてきた。だが、かつて問題となった公正証書や抵当権設定の有効性について、諾成的消費貸借の成立を認めるといふ方向での解決をとらず、他の法的構成により解決したことは周知の事実である。こうして、消費貸借取引におけるこの問題は一応の解決をみた。だが、現代では新しい様々な複合的あるいは多角的な消費貸借取引が発生し、要物的消費貸借の貫徹により不都合が生じており、要物契約説ではもはや対応できないのである。北川教授は「消費貸借が、それ自身が単独で利用されるよりも、ローン提携販売にみるように、別の取引とのかかわりを予定して利用されることが増加し、かつ、それぞれの取引条件の相互乗り入れ状況がひろくみられると、消費貸借の要物性に関連した柔軟な対応にも限界がある。ま

た、大規模な消費貸借（たとえば、国際ローン）では、諾成的消費貸借が通例である。」⁽²⁵⁾と指摘される。実際、融資拒絶に関する裁判事例をみても、借主は融資が受けられることを前提として他の取引関係に入っており、そのため融資拒絶による影響が大きいのではあるまいか。民法が想定した二当事者間の消費貸借取引よりも現在では多数当事者間の多角的な消費貸借取引が増加しており、もはや、要物契約説ではそれらの取引には対応できない。このような現代型消費貸借取引における当事者の意思は諾成的消費貸借であるとみるのが妥当ではないだろうか。

6 以上により、消費貸借を要物契約としておく合理的な理由はなく、したがって五八七条を強行法規と解する理由はないのである。鎌野教授は法改正をした上でしか諾成的消費貸借が認められないとされるが、五八七条を任意法規と解すれば、法改正をする必要もなく、諾成的消費貸借を承認できよう。私見は、五八七条の要物的消費貸借の規定を否定するのではなく、五八七条を任意法規と解し、さらに消費貸借における原則を諾成的消費貸借であると解して、要物契約と諾成契約の併存を認めるものである。無名契約、すなわち非典型契約としての諾成的消費貸借を認めることは立法以来の通説として学説に定着してきたのであり、現在において強行法規を理由に諾成的消費貸借を否定することは失当であろう。

こうして私見は前述（V四三）のC説を支持して、諾成的無利息消費貸借および諾成的利息付消費貸借を原則的形態と解し、要物的消費貸借とするとの当事者の意思が明確な場合だけ例外的に要物的無利息消費貸借および要物的利息付消費貸借の形態を認めるとする。このように解すると消費貸借には四つの形態があることになり、したがって消費貸借予約もそれらに対応して存在するわけであり（諾成的消費貸借と消費貸借予約を同一にみる見解もあるが）、個別的に予約の法的性質および効力を考察しなければならないであろう。以下では、消費貸借の予約に関する

る学説を戦前と戦後に分けて概観しよう。

(1) 広中・前掲書(注釈民法)四頁によれば、五八七条は、その文言からすれば、消費貸借の効力発生要件を定めた規定——消費貸借は合意により成立し、目的物の交付によって効力を生ずるものと定めた規定——と解せなくてもなく、そうすると消費貸借は諾成契約として規定されているといえる。しかし、本条は伝統的に、消費貸借の成立要件を定めた規定と解されている。

(2) 富井・前掲論文三〇五頁。

(3) 鳩山・前掲書四〇五―四〇七頁。

(4) 前述Ⅲ三三参照。

(5) 鎌野・前掲書一五六頁。

(6) 鎌野・前掲書一五二―一五三頁。

(7) 鎌野・前掲論文四五―五二頁。

(8) 鎌野・前掲論文四三二頁。鎌野・前掲論文四五二頁は、最大の問題は民法が要物契約としている点であり、立法的措置が不可欠であるが、当面の最善の策は、民法の規定をできるだけ無視することとされる。

(9) 前述Ⅳ三参照。

(10) 詳細な学説については前述Ⅲ、四参照。

(11) 例えば、鈴木・前掲書三四一頁、北川・前掲書四八―四九頁参照。

(12) 水本・前掲書(民法セミナー)一八四―一八五頁。

(13) 石外克喜編『現代民法講義五』(一九九四年)一九〇頁(高橋眞執筆)。

(14) 山中・前掲書七三頁は、利息付消費貸借は要物片務契約であり、片務契約が有償契約だという例外を認めることに

反対され、これは実際には諾成双務契約として締結されているものと解し、有償契約と双務契約とは同一・同質のもの
と考えると主張する。

- (15) 山中・前掲書七三―四頁。
- (16) 星野・前掲書一七三頁。
- (17) 平野・前掲書三一八頁。
- (18) 平野・前掲書三二四頁。
- (19) 我妻栄『新訂民法総則』(一九六五年)二六七頁。
- (20) 我妻栄『新訂債権総論』(一九六四年)一一一―一四頁。
- (21) 我妻・前掲書(債権各論)三五〇頁。
- (22) 星野・前掲書一七四頁、鈴木・前掲書三七四頁、来栖・前掲書二五五頁、石田(稷)・前掲書一八三頁。
- (23) 水本・前掲書(契約法)一九〇頁。
- (24) 我妻・前掲書(債権各論)三五一頁。
- (25) 北川・前掲書四八―四九頁。

VI 消費貸借予約に関する戦前の学説

民法五八九条に関する立法過程の議論において、起草者である富井博士は、物の引渡以前の貸そう・借りようという合意はすべて消費貸借の予約であると、立法直後の学説もそのように解していた。その後も、消費貸借予約の意味および効力については詳しく論じられていなかった。以下では、立法後から戦前までの学説は消費貸借の予

約について、どのように説明しているかをみていこう。

一 梅説

梅博士によれば、わが民法は旧慣に従い消費貸借を踐成契約とし、金銭授受をなすまではいわゆる消費貸借なるものはないが、消費貸借の予約はもとより有効であり、これに契約一般の規定を適用すべきはもちろんである。初め予約なりしものが物の授受によりて純然たる消費貸借となる。⁽¹⁾ また、消費貸借は片務契約であるがゆえに、契約成立時においては貸主はなんらの義務を負うことなく、貸主の所有権移転の義務は消費貸借契約より生ずる義務でなく、むしろその予約より生ずる義務であり、ゆえに予約は双務契約であるも消費貸借は片務契約である。したがって貸主が借主に物の所有権を移転しないときは、借主は貸借契約の前に必ず存すべき予約に基づき義務不履行を責めることができる⁽²⁾と説く。

梅説は、金銭の授受前は消費貸借の予約であり、貸主の所有権移転義務は消費貸借契約より生ずる義務ではなく、消費貸借の予約より生ずる義務であり、所有権を移転しないときは、借主は予約にもとづき義務不履行を主張することができるとする。予約の義務について、梅説は所有権移転義務と位置づけており、その後の学説が目的物交付義務とするのと異なるのが注目される。

二 岡松説

岡松博士は、消費貸借の予約をなしたときは予約者はこれによりて消費貸借をなす義務を負い、その予約には一

方の予約と双方の予約とがある、と述べるだけであり、一方予約・双方予約の意味内容についての説明はない。⁽³⁾

そこで、岡松博士の意味する一方の予約とはどのようなことを指すのかにつき、売買の一方の予約(民五五六条)の叙述をみると、予約は、契約の申込であるとの説(契約申込説)と片務約束にして予約者を拘束するものであるとの説(片務約束説)がある。前説に従えば、予約の成立、効力及び消滅等はことごとく申込に関する規定を適用し、相手方の承諾あるときは売買を成立させるべきである。後説に従えば、二つの見解があり、その一つは、「予約ハ予約者ヲ拘束シ之ヲシテ予約ニ從ヒ売買契約ヲ取結フノ債務ヲ負担セシムルニ止マリ此予約ニ基キ売買ヲ成立セシムルニハ前説ノ如ク相手方ノ意思表示アルノミヲ以テ足レリトセス必ス一方ヨリ申込アリ之ニ対シテ他方ノ承諾アルコトヲ要ス唯タ其實際上迂遠ニシテ今日社会ノ必要ニ応スルニ足ラサルヲ以テ便宜上此手續ヲ省略シ単ニ予約者ニ対シテ相手方カ売買完結ノ意思表示ヲ為スニ因リテ売買成立スト為スノミ」と説き、もう一つは、「予約ハ予約者ニ停止条件附債務……ヲ負担セシメ相手方ノ意思表示ニ因リテ停止条件ノ成就ヲ来シ予約ノ効力ヲ發生シ從テ売買ヲ成立セシム」と論ずると説明する。⁽⁴⁾

要するに、片務約束説には、相手方の売買完結の意思表示により売買契約が成立するとの見解と、相手方の意思表示による停止条件の成就により売買契約が成立するとの見解があり、この見解の違う所は予約者および相手方の意思に重きを置く程度にあるとする。そして、旧民法財産取得編二六条は前者の見解を採ったが、さらに「売渡ハ買受ノ一方ノミノ予約アルトキハ要約者カ……契約ノ取結ヲ要求スル時ヨリ諾約者ハ……契約ヲ取結フ義務ヲ負担ス」と規定し、諾約者たる予約義務者に契約締結義務を負担させたのであるが、現行民法はこの規定を改め、要約者たる予約権利者の意思表示のみによりて売買を成立させるとする。⁽⁵⁾と説明する。⁽⁶⁾

予約の効力について、「予約ハ片務約束トシテ予約者ヲ拘束スル効力ヲ有ス故ニ」相手方が売買完結の意思表示をすべき期間すなわち予約の有効期間を定めるときも定めないうときも、予約者はその予約を取り消すことができず、これに対して、予約は相手方に対しては拘束力を有さない⁽⁷⁾ので相手方は売買を成立させる義務はない、と説く。

売買の予約に関する規定の準用問題について、岡松博士は、民法五五九条が定める「売買以外の有償契約」の例として消費貸借を挙げていることから、直接記述されていないが、利息付消費貸借予約については五五六条が準用されると解されていると推測できよう⁽⁸⁾。このことから、岡松博士は利息付消費貸借の予約は売買の一方予約と法的性質が同じであるとし、予約権利者の意思表示により予約義務者の承諾なしに消費貸借を成立させることができる⁽⁹⁾と解していたと推測できよう。なお、岡松博士は消費貸借を利息付消費貸借と無利息消費貸借とに区別することができる⁽⁹⁾とだけ述べている。

三 鳩山説

消費貸借の要物性を強く主張する鳩山博士は、「消費貸借ノ予約 (Darlehensversprechen) ハ一般ノ予約ニ同じク後ニ本契約 (消費貸借) ヲ為スベキ旨ノ契約ナリ。片務予約タルコトト双務予約タルコトトアルモ何レノ場合ニモ諾成契約ニシテ後ニ消費貸借上ノ合意ト目的物ノ交付トアリテ初メテ消費貸借ヲ成立セシム。而シテ予約権利者ハ消費貸借上ノ意思表示ヲ請求スル権利ト目的物ノ交付ヲ請求スル権利トヲ有スルナリ。」⁽¹⁰⁾と叙述する。

鳩山博士は、予約権利者は消費貸借上の意思表示請求権と目的物交付請求権とがあるとし、消費貸借の合意だけ

でなく目的物の交付があつて初めて消費貸借が成立するとしているので、本契約を要物的消費貸借であると解されているのは明白である。

四 石坂説

要物契約説を批判する石坂博士は、物の授受前の合意につき消費貸借の予約でなく、諾成的消費貸借と解する立場をとる。したがつて、石坂博士は消費貸借の予約を否定するのであるが、それを主張する中で、予約につき次のように解している。消費貸借の予約は本契約を締結すべき義務を生ずるにすぎないので、消費貸借を成立させるためにはさらに当事者は本契約たる消費貸借を締結することを要する。そうして消費貸借の予約は要物契約の予約であるがゆえに、諾成契約たる売買の予約に関する五五六条を準用し、当事者の一方が契約を完結する意思表示を示すことによって消費貸借を成立させることができず、当事者間に消費貸借を成立させるべき合意と物の引渡とが必要である⁽¹¹⁾。と、また、消費貸借の予約によって当事者の一方が他方に対し、本契約を締結すべきことを請求する権利を取得するだけであり、権利者が消費貸借を締結すべき意思表示しても、義務者が承諾の意思表示しなければ消費貸借を成立させることができないとする⁽¹²⁾。

このことから石坂博士は、消費貸借の予約につき、五五六条の準用を否定し、完結権型でなく義務型と解すると理解できる⁽¹³⁾。

五 末弘説

末弘博士によれば、「消費貸借ノ予約トハ当事者ノ双方又ハ何レカ一方ガ将来消費貸借ヲ締結スベキ義務ヲ負担スル契約ヲ謂フモノニシテ……。而シテ此予約ハ其成立効力等ノ點ニ付キ凡テ契約一般並ニ債務的予約ニ関スル一般原則ノ適用ヲ受クベキモノナリト雖モ、其効力消滅ニ関シテ民法ハ特ニ「五八九条に定める。貸主一方の予約を貸方予約、貸付予約と言ひ、借主一方の予約を借方予約、借入予約と言ふとする。ここでは債務的予約と表現しながら、『一方の予約』という用語も使用する。だが、消費貸借についても五五六条の意義における予約を締結する余地があるが、実際上必要があるのは債務的予約である」と述べて、⁽¹⁴⁾ 区別されている。用語の意味に混乱がみられることに注意しなければならない。⁽¹⁵⁾

注目すべきなのは、末弘博士が、予約より生ずる債権は契約締結の意思表示を請求することを内容とし、⁽¹⁶⁾ 本契約が要物契約の場合には、意思表示を請求する権利のほか契約の目的物の交付を請求する権利が発生すべきであり、そして後の債権につき債務者が任意の弁済をなさないときは、債権者は一般強制執行の方法によって目的物の取立をなすことができるとして、本契約を諾成契約か要物契約かに分けて考えていることである。⁽¹⁷⁾ だが、この叙述は、消費貸借の予約を前提に考えているのではなく、要物契約の予約一般を前提としている。末弘博士は、消費貸借予約における本契約を要物契約と諾成契約の場合に分けて検討しておられない。

また、末弘博士は初めて無利息消費貸借の予約と利息付消費貸借の予約の区別をなされた。それによれば、無償契約においては、有償契約と異なり、人々が法律的に拘束力ある債務を負担する意思を有する場合、自由に取り消し得るものと考えている場合、裁判所にまで訴え得るほど重い約束をする意思をもたない場合などがあり、それらの区別を無視して、約束した以上常に必ず法律的拘束力を認むべしというような議論は実情に適しない机上の空論

である。ところが、当事者の意思を判定するのは困難であるから、民法は贈与に関して、書面によるか否かの形式の基準によつて贈与意思の軽重を判定しようとする。このように考えてみると、「無利息で金を貸してやる約束」すなわち無償の消費貸借予約もしくは諾成的消費貸借は、書面に依らざる限りこれを取消し得べく、書面に依つて約束された場合に限り法律的拘束力あるものと解すべきである。他方、利息付消費貸借は約束が有償的である以上、法律的に拘束力ある債務を発生させるとして、利息付消費貸借の予約には法律的拘束力を認める¹⁸⁾、とされる。

六 石田(文)説

石田文次郎博士によれば、「消費貸借の予約には、双方の予約と一方の予約とがある。一方の予約に於て、予約義務を負担する者が貸主なるときは貸付予約であり、又予約義務者が借主なるときは借入予約である。前者に於ては目的物を交付して消費貸借を成立せしむべき義務を負い、後者に於ては目的物の交付を受けて消費貸借を成立せしむべき義務を負¹⁹⁾う」とされる。

七 末川説

末川博士はどうであろうか。消費貸借の予約とは将来本契約としての消費貸借を為すべきことを約する契約をいうのであつて、予約一般におけると同じく、当事者間の合意のみで成立する諾成契約である。そしてその効果として、借主となるべき予約権利者は、予約義務者に対して消費貸借の成立に必要な意思表示を為すべきことを請求する権利と目的物を交付すべきことを請求する権利とを有するに至る(実際上は貸付の予約が多く借受の予約は少な

いであらう⁽²⁰⁾、とされる。このように末川説は鳩山説と同じ見解である。

八 戒能説

戒能博士は、民法上の消費貸借は要物契約に属するから、予約権利者が本契約締結の意思表示をしたとしても、消費貸借は直ちに成立するのでなく、相手方が契約上の目的物交付義務を負担するにすぎない。この場合、予約権利者は意思表示と同時に目的物返還義務を負担するのでなく、目的物交付を受けた後、初めて債務を負うと解するのが、民法の構成に合う⁽²¹⁾とされる。本契約たる消費貸借を要物契約と解するのを前提にして、予約の法的性質を論ずるのである。

九 小括

以上のように消費貸借予約に関する戦前の学説は、消費貸借予約を認めない石坂説を除いて、本契約の消費貸借を要物契約か諾成契約かに分けて論ずるのでなく、民法上の消費貸借は要物契約であることを前提に、当然のように要物的消費貸借予約としてその法的性質を述べていた。したがって、義務型予約、あるいは完結権型予約のどちらの立場をとる学説でも、目的物の交付がなければ本契約たる消費貸借は成立しないと、目的物交付請求権あるいは目的物交付義務を認める。また、無利息消費貸借予約と利息付消費貸借予約との区別はなされていなかった。

義務型予約と完結権型予約を区別する視点はあり、消費貸借予約をどちらの形式と解するかは学説により違つた。

完結権型予約は予約完結の意思表示により本契約たる消費貸借が直ちに成立すると解し、義務型予約は相手方に消費貸借締結を承諾する義務があり、承諾しない場合には判決代用（民四一四條二項但書）でもって承諾の意思表示に代えるなど、承諾がなされたときに契約が成立したとみる。

当時の学説は、売買予約においてはそのような違いを明確に説明しているのに比べ、消費貸借予約においてはその違いを認識していないようである。鳩山説は、片務・双務予約であると述べ、末弘説は債務的予約と言い、末川説はこのような用語を使用していない。これらの学説は、予約権利者が予約義務者に対して消費貸借の意思表示請求権と目的物交付請求権を有するとするが、予約義務者の承諾義務についての説明はない。岡松説は一方・双方予約と述べるだけで、その内容については触れておらず、石田説は一方・双方予約と述べ、貸主は目的物を交付して消費貸借を成立させる義務があるとだけ言う。戒能説は、一方・双方予約の用語を使っていないが、予約権利者が本契約締結の意思表示をしても、消費貸借は成立せず相手方が目的物交付義務を負担するにすぎないと述べていることからして、相手方の承諾は不要である完結権型とみているようである。したがって、義務型説は鳩山、末弘、末川の各説、完結権型説は岡松、石田、戒能の各説であると一応分けられるとしても、両説は拮抗しており、どちらの型が通説であるとはいえない。

最後に、本契約たる消費貸借の無償・有償に対応して予約を区別することは、一般にはなされていない。ただし、岡松説が有償契約たる消費貸借に五五九条の準用を認め、末弘説が無償の消費貸借予約もしくは諾成的消費貸借は書面による場合のみ法律的拘束力があると主張する。

- (1) 梅・前掲書五八三頁。
- (2) 梅・前掲書五八六、五八七頁。
- (3) 岡松・前掲書次一七九頁。
- (4) 岡松・前掲書次一九、二〇頁。
- (5) 岡松・前掲書次二〇頁。
- (6) このような岡松説による売買の一方予約の説明につき、椿寿夫「予約研究序説」法時六七卷八号七七頁は、「いうまでもなく、形成権とは関係しない説明となっている」とする。
- (7) 岡松・前掲書次二〇頁。
- (8) 岡松・前掲書次三一頁。
- (9) 岡松・前掲書次一七五頁。
- (10) 鳩山・前掲書四二二頁。
- (11) 石坂・前掲書六九三頁。
- (12) 石坂・前掲書六九四頁。
- (13) 借主が貸金の受領を拒んだ場合どうなるのか。古くは、石坂博士がこの問題について言及していた。それによれば、要物契約説は、物の引渡によって始めて消費貸借が成立すると解するがゆえに、利息付消費貸借を約する場合にあって、物の引渡がない以上貸主は利息を請求することができない。したがって、当事者が消費貸借を締結すべきことを約束した場合に、もし、借主が貸金の受領を拒むときは貸主は利息を取得することができず不利益を被る。この場合、消費貸借の予約が成立し、借主は貸金を受領すべき義務を負うものとして、従ってこれを受領しない場合には、遅滞の責に任じ、損害賠償の責に任ずるがゆえに、賠償として利息を支払わせることができるとする説がある。しかし、この場合に、消費貸借の予約が成立するかは疑問である。たとえ、予約が成立するとしても、予約により借主は本契約たる

消費貸借の締結を請求する権利を取得するのを通常とし、消費貸借を締結すべき義務を負うのは稀である。故にこの説のごとく借主は貸金受領の義務を負い、遅滞の責に任ずるものとすることができない（石坂・前掲書七〇一―七〇二頁）とされる。

(14) 末弘・前掲書五一五頁―五一六頁。

(15) 末弘・前掲書三六頁は、売買の予約のところ、「本契約ヲ締結スベキ義務ヲ生ゼシムベキ他ノ契約ヲ締結スルコトヲ妨ゲズ。之ヲ予約ト云フ」とする。そして、予約は当事者の一方または双方に一定内容の契約締結を目的とする承諾請求権を取得させるものであるから、締結される契約内容を確定的に指示することを必要とする。なぜならば、予約を理由として相手方の承諾を強制することは事実不可能であるからである。しかし、公序良俗に反しない程度において締結される契約内容を確定する権利を承諾請求権者に与えることは不当でないとされる。

(16) 末弘・前掲書三七頁は「予約ヨリ生ズル債権ハ契約締結ノ意思表示ヲ請求スルコトヲ内容トスルモノナルガ故ニ、債務者任意ニ其意思表示ヲ為サザルトキハ第四一四条第二項但書及ビ民法第七三三条ニヨリ判決ヲ以テ其意思表示ニ代フルコトヲ得べく、而シテ此判決ヲ求ムル訴ト本契約上ノ債務ノ履行ヲ求ムル訴トハ之ヲ併合スルコトヲ妨ゲザルベシ。」と叙述する。

(17) 末弘・前掲書三七頁―三八頁は、「本契約ガ要物契約ナルトキハ右ノ意思表示ヲ請求スル権利ノ外契約ノ目的物ノ交付ヲ請求スル権利亦発生スべく、而シテ此後ノ債権ニ付キテ債務者任意ノ弁済ヲ為サザルトキハ債権者ハ一般強制執行ノ方法ニ依リテ目的物ノ取立ヲ為スコトヲ得ベシ。尚其他予約上ノ債権ニモ債務不履行ニ関スル第四一五条、解除ニ関スル第五四一条以下等ノ諸規定ノ適用アルコト勿論也。」とする。

(18) 末弘・前掲書「無償契約雑考」法時一一卷四号（一九三九年）三二二頁。

(19) 石田（文）・前掲書六八頁。

(20) 末川・前掲書一三四―一三五頁。

(21) 戒能・前掲書一六四頁。

VII 消費貸借予約に関する戦後の学説

一 序

戦前の学説では、民法上の消費貸借を要物契約とするのが通説であり、当然、予約も要物的消費貸借予約として位置づけられていた。他方、無名契約としての諾成的消費貸借が認められていたが、諾成的消費貸借予約についての議論はなかった。そこで、第一に、戦後の学説では、要物的消費貸借予約と諾成的消費貸借予約を区別して論じていたのかをみていく(第一の観点)。第二に、戦前の学説は、末弘博士を除いて無利息消費貸借予約と利息付消費貸借予約の区別を具体的に論ずることなく、予約論を展開していたが、戦後の学説はどのようであるかを検討する(第二の観点)。第三に、予約の形式はいわゆる義務型か完結権型か、また本契約たる消費貸借の種類に対応して予約の形式は変わるのかをみていきたい(第三の観点)。以下では、この三つの観点から消費貸借の予約に関する学説の分析を試みる。

二 要物的消費貸借予約と諾成的消費貸借予約

1 要物的消費貸借予約

(1) 勝本説、吾妻説

消費貸借予約にもとづき借主(予約権利者)は貸主(予約義務者)に対して、消費貸借をなすべき意思表示を請求

する権利（消費貸借上の合意）と目的物の交付を請求する権利を持つと解する鳩山、末弘および末川説を踏襲するのが、勝本説⁽¹⁾や吾妻説⁽²⁾であった。これらの学説は、消費貸借を要物契約として位置づけているので、予約も要物的消費貸借予約であることを当然の前提として述べているのであろうが、そのことを明確には表現していない。

(2) 磯村説

そのような中で、磯村博士は、明確に消費貸借予約を要物的消費貸借予約として説明する。すなわち、予約上の権利者が本契約締結の意思表示をするときは、予約上の義務者は目的物交付の義務を負うが、消費貸借は要物契約であるから、予約上の権利者の意思表示のみでもって直ちに消費貸借が成立するのではない⁽³⁾とする。磯村説は貸主の目的物交付義務と述べ、借主の目的物交付請求権とは言わない。どちらの表現も内容的には同じであるが、磯村説は請求権でなく義務の側面から予約の法的性質を説明するのである。

(3) 我妻説

我妻説によれば、消費貸借予約は「実際には、双務予約または貸主が貸す債務を負担するだけの片務予約が多い。なぜなら、消費貸借を要物契約とした民法が予約を認めたのは、貸主となる者の貸す債務を設定する点で主要な意義があるのであり、実際にも、その点が予約のなされる主要な目的だからである。」とし、「本契約を締結するためには、目的物の交付と合意とをしなければならぬ⁽⁴⁾。」と説く。この記述からすると、我妻説は、民法上の消費貸借を要物契約とするのを前提に、予約を要物的消費貸借予約と解し、諾成的消費貸借予約という概念を想定していなかったようである。また、貸主の義務の面を強調した表現をなされ、鳩山説以来の「本契約締結の意思表示請求権」および「目的物交付請求権」という表現を使われなかったので、その後の学説も我妻説の影響を受け、

「請求権」という表現を使わなくなった。このことにより、義務違反の貸主に対して借主には損害賠償請求権があると解されやすくなり、借主は予約にもつき目的物交付請求権を有するとの認識が貸主および借主ともに弱くなったのではないかと推測される。

(4) 広中説

広中・来栖の両説は要物的消費貸借予約の有効性につき疑問を提起され、その解決のために無利息消費貸借と利息付消費貸借に区別し、それぞれの予約の効力について論じられたが、諾成的消費貸借予約についての言及はほとんどない。

広中説は、前述したように無利息消費貸借を要物契約と解するので、その予約を要物的無利息消費貸借予約と位置づけることができよう。他方、利息付消費貸借を諾成契約とするが、その予約を諾成的利息付消費貸借予約と位置づけてよいのかは、叙述からではよくわからない。

(5) 来栖説

来栖博士は、要物契約説をとりながら要物的消費貸借の予約を認める通説を批判する。すなわち、近代法においては無方式の合意にも拘束力が認められているので、消費貸借を要物契約だとし、諾成契約を否認する通説も、金銭の授受前の貸借等の約束にも効力を認め、これを消費貸借の予約と称している。しかし、約束に効力を認めることは、要物契約の不可分の構成部分を成す合意と物の授受との分離であり、従って要物契約たることの否認であり、結局は諾成的消費貸借を承認したことになる⁽⁶⁾と述べられる。

そして、来栖博士は、要物的無利息消費貸借予約について原則は効力を認めず、特別の事情がある場合にのみ弱

い効力を認め、⁽⁷⁾要物的利息付消費貸借予約を實質的には諾成的消費貸借にほかならないと説き、消費貸借の要物性を維持しながら予約にも効力を認めることができる法的構成を提唱する。このような説明からすると、来栖博士は、無利息消費貸借予約も利息付消費貸借予約も要物的消費貸借予約と解し、その上で、要物的利息付消費貸借予約を諾成的消費貸借と同じに扱う。なお、諾成的消費貸借予約の概念についての言及はない。

(6) 松坂説

松坂博士は、予約権利者は、消費貸借締結の意思表示および目的物の交付を請求する権利を有するとだけ述べ、要物的消費貸借予約について言及しているが、諾成的消費貸借予約、無利息あるいは利息付消費貸借予約については何の説明もない。⁽⁸⁾

(7) 星野説

星野教授は、一方の予約は利息付消費貸借予約についてのみ認められると述べた上で、「消費貸借は要物契約とされるため、一方の予約において借主となるべき者が予約完結権を行使しても、消費貸借は効力を発生しない」とされ、消費貸借予約を要物的消費貸借予約と解されている。そして「なにも発生しないというのはおかしいから、相手方の貸す義務が発生するだけだと解さざるをえない。ということは、そのとき諾成的消費貸借が成立することを確認ざるをえないわけである」と説く。要するに、本稿の用語によれば、要物的利息付消費貸借予約（完結権型と位置づける）において、借主の予約完結権の行使によってだけでは、要物的消費貸借は成立せず、貸主の貸す義務だけが発生し、それは諾成的消費貸借が成立することを意味する、ということである。

(8) 荒川説

荒川教授は、消費貸借予約は、要物契約としての消費貸借（本契約）を締結すべき義務を設定するものであるから、これにもとづく当事者の権利義務としては、予約権利者の予約完結権および目的物交付請求権が中心となるとして、⁽¹⁰⁾要物的消費貸借予約であることを明確に述べる。

(9) 石田（稜）説

石田稜説は、消費貸借予約にもとづき借主は相手方に対し消費貸借の締結を、したがって、目的物の交付を請求することができる⁽¹¹⁾とする。この説明によれば、消費貸借予約の形態を要物的消費貸借予約と解しておられる。

(10) 加藤（一）説

加藤説は消費貸借を要物契約と解され、「實際上の必要は消費貸借の予約を認めることだけで達せられる」として、⁽¹²⁾諾成的消費貸借を否定される。加藤説は、消費貸借の予約について借主に貸金交付請求権を認めず、債務不履行による損害賠償請求権だけを認める⁽¹³⁾。

2 諾成的消費貸借予約の認容

これまでの叙述から、ほとんどの学説は諾成的消費貸借予約について触れていない⁽¹⁴⁾ことが明らかとなったが、言及する学説も少しはある。ただし、その内容についての説明はほとんどなされていない。

上井教授は、「要物的消費貸借の予約が一般的に締結されることが多いだろうが、諾成的消費貸借の予約も考えられる。もっとも普通に行われるものは、貸主となるべき者が要物的消費貸借を締結すべき債務を負う貸付予約⁽¹⁵⁾である」として、予約を要物的消費貸借と諾成的消費貸借の二つに分けているが、諾成的消費貸借の予約の意味内容についての記述はない。

荒川教授は、諾成的消費貸借は、貸主が金銭等の所有権を譲渡する義務を負い、借主が同じ物を返還する債務を負う諾成・双務契約であり、要物的消費貸借の場合と異なり、目的物の授受は、すでに成立している契約にもとづく単なる履行上の問題にすぎない、とされる。そして、諾成的消費貸借の子約もありうる、とだけ述べられる。⁽¹⁶⁾

水本博士は、消費貸借の子約が要物的消費貸借か諾成的消費貸借かのいずれの成立を目的とするものか不明なときは、要物的消費貸借の原則性との関連から要物的消費貸借の成立を目的とするものと解すべきであると説く。⁽¹⁷⁾

三宅説は、前述したように諾成的消費貸借のみを認め、借主の目的物受取以前の消費貸借の合意を消費貸借の子約と呼び、借主が受取った後を消費貸借と呼ぶとする。⁽¹⁸⁾

平野教授は、民法自体が消費貸借子約を認めていることについて、ローマ法以来の要物契約性を肯定しながら、合意だけで契約の成立が認められる時代になって、合意にも法的拘束力を認めざるをえなくなり、考え出された概念である。要物契約という伝統を捨て去り諾成的消費貸借を認めればそれで済んだ問題であるとされ、また、三宅説を支持され、消費貸借の子約は諾成的消費貸借そのものであり、諾成的消費貸借またはその子約だけを認めればよいとされる。⁽²⁰⁾

久保教授は、東京地判平4・1・27に対する判例評釈において、同判決が融資予約契約が成立したと述べているのは、諾成的消費貸借子約と捉えるべきであり、予約完結権の行使により諾成的消費貸借が成立し、それにより目的物の交付義務が生ずるとする。⁽²¹⁾

3 小 括

以上により要物的消費貸借子約と諾成的消費貸借子約との区別を明確にしている学説は少なく、民法上の消費貸

借が要物契約であることを前提に、ほとんどの学説が要物的消費貸借予約についてのみ叙述しているのが理解されたであろう。しかしながら、利息付消費貸借を諾成契約と位置づけるならば、その予約は諾成的利息付消費貸借予約だと構成すべきではなからうか。要物的消費貸借予約と諾成的消費貸借予約とは、次に述べるように効力が異なるので、両者の区別を明確にする必要がある。

すなわち、要物的消費貸借予約の場合には、予約にもとづき、借主は義務型では消費貸借締結の意思表示をなすべきことを請求し（貸主の承諾を求めなければならない）、完結権型では予約完結の意思表示をし、その上で貸主が目的物を交付し、それにより本契約たる要物的消費貸借が成立する。すなわち、借主は予約にもとづき、義務型では意思表示請求権と目的物交付請求権、完結権型では予約完結権と目的物交付請求権を有する。

これに対して、諾成的消費貸借予約の場合には、借主は予約にもとづき、義務型では意思表示請求権、完結権型では予約完結権を有し、借主の目的物交付請求権は、予約ではなく本契約たる諾成的消費貸借の履行請求権として位置づけられよう。

三 無利息消費貸借予約と利息付消費貸借予約の区別

1 無利息消費貸借予約と利息付消費貸借予約を区別していない見解

末弘博士が無利息消費貸借予約と利息付消費貸借予約とを区別して法的拘束力に差異をつけるべきだと主張されるまで、学説はその区別をしておらず、末弘説以後の学説においても、五八九条は消費貸借予約を無利息と利息付に分けずに、両予約の有効性を前提とした規定であると解され、その区別をしていないものが多い（前述の吾妻説

磯村説、松坂説等)。たとえば、勝本博士は、無償契約は、贈与契約が典型的なものであり、原則として瑕疵担保責任を生ぜず、契約の効力についてもいろいろな制限が認められている、として無償契約一般についての言及はするが、消費貸借の予約においては有償、無償の区別をしていない。⁽²²⁾その後、次に検討する広中説や来栖説が出現してからは、区別する学説が増えてきた。

以下では、無利息消費貸借予約と利息付消費貸借予約を区別し、その法的効力について述べている学説をみていく。

2 無利息消費貸借予約

無利息消費貸借予約の効力については完全な効力を認める見解と弱い効力しか認めない見解、例外的にしか効力を認めない見解に分かれる。

(1) 完全な効力を認める見解

我妻博士は、要物的消費貸借の予約は片務予約であり、本契約を締結するには合意と目的物の交付が必要であると述べ、続けて、利息付消費貸借の予約は一方予約である⁽²³⁾と述べていることから、無利息消費貸借の予約(この表現は用いられていない)の場合には、この叙述からして、片務予約としてその効力を認めていると推測できよう。

荒川教授は、無利息消費貸借の場合には五五六条の準用はないから、予約完結に必要な意思表示をなすことを請求できると述べられるので、義務型としての予約の効力を認めていると言えよう。⁽²⁴⁾

三宅博士は、消費貸借予約については、借主の将来の返還の確実性が重要であるが、無利息なるが故に予約の効力を制限する理由はないとする。⁽²⁵⁾

無利息消費貸借予約の効力は、書面によらない予約でも、利息付消費貸借予約と同じ効力があるとするのが通説とされるが、そのことを直接述べている学説は少なく、むしろ無利息・利息付消費貸借予約と区別せずに、五八九条の存在により消費貸借予約の効力を民法が認めていると解されているのである。

(2) 弱い効力を認める見解——五五〇条類推適用説

五五〇条の類推適用を初めて主張したのは末弘博士であり、当事者は自由に取消することができると考え、あるいは裁判所に訴えうるほど重い約束をする意思を持たないことを理由とする⁽²⁷⁾。

広中説によれば、無利息消費貸借の予約(無方式の)は本来その効力が認められないはずだが、民法は、その効力を否定しないような規定をおいている(民五八九条)ので、それについては贈与約束に関する五五〇条本文の規定を類推して「書面ニ依ラザル」かぎりいつでも「之ヲ取消スコトヲ得」るものとしなければならぬ⁽²⁸⁾とされ、末弘説を支持される⁽²⁹⁾。

浜田説⁽³⁰⁾も広中説を妥当とする。なぜなら、消費貸借の予約により貸付義務を負担する者が目的物の引渡をしないときには、債務不履行に関する一般原則にしたがい、その履行を強制できるとされているのであるが、このような結果を無利息消費貸借の予約についてまで認めるのは実際上も妥当でなく、また、無利息消費貸借と同じく無償契約である贈与についての約束に関する五五〇条本文の規定との権衡を失することにもなるからである、⁽³¹⁾という。

鈴木(禄)説によれば、五八九条は消費貸借一般につき予約が存在しうることを前提とするかのように見える。

しかし、無利息消費貸借に予約があるとすると、予約権者が完結権を行使した場合に、無利息消費貸借自体が発生するか、ないしは、貸主の貸す義務が発生したことになるが、いずれにしても諾成的消費貸借を認めたのと結果的

に同じことになり、無利息消費貸借は要物契約であるのと矛盾するので、五八九条は利息付消費貸借の予約を定めた規定であり、無利息消費貸借の予約は書面によらないかぎり存在しない、とする。書面によれば、借主は貸主義務の履行を貸主に対して強制することができ、そのかぎりでは、結局、『諾成的無利息消費貸借』も成立可能ということになる⁽³²⁾と解する。

星野説は、無利息消費貸借予約について「贈与の規定を類推適用して、書面によらない限り……何時でも取り消すことができる」とする説が有力となっている⁽³³⁾と記述されているだけなので、私は星野教授が肯定・否定の立場を明確にされていないと理解したが、星野説は否定説の立場であるとみる見解もある⁽³⁴⁾。

石田穰説によれば、無利息消費貸借の予約を認めることに消極的な見解に対して、贈与において債権者は目的物を無償で取得しうるにもかかわらず単なる約束だけでその交付を請求できるのであり（諾成契約）、これとのバランスからいって右の見解には疑問があるとして、五五〇条の類推適用説を妥当とする⁽³⁵⁾。

平野説は、消費貸借予約を諾成的消費貸借と解されるので、無利息消費貸借予約は無利息の諾成的消費貸借となり、その有効性については五五〇条の類推をすればよいとされる⁽³⁶⁾。

なお、五五〇条類推適用説について、水本博士は、無利息とはいえ、借主の返還義務が消滅するのではないから、五五〇条の類推が適切か否か疑問であるとされる⁽³⁷⁾。近江教授は、広中説と来栖説を紹介されるだけで、自説を述べておられない⁽³⁸⁾。

(3) 効力を認めない見解

来栖博士によれば、ローマ法が消費貸借等を要物契約だとし、貸借等の約束に効力を認めなかったのは無償契約

だからであり、このことは現行法についても主張できる。なぜならば、無償契約にあっては約束について訴えてまで履行を迫るのは穩当でないからである。そこで、この見解に従うと、無利息消費貸借は要物契約であり、その場合の消費貸借の予約は効力が認められないとする。⁽³⁹⁾

このように来栖博士は無利息消費貸借の無償性を理由に無利息消費貸借予約の効力を認めず、贈与の規定を類推し、書面によれば有効とする見解を批判する。すなわち、贈与約束と無利息消費貸借を同一に扱う必要はなく、贈与約束の強制可能性がしばしば裁判上問題となるのに、無償の消費貸借の約束の強制可能性がほとんど問題となっていない事実のうちに、それぞれの約束を異なつて取り扱う理由のあることが示されているとする。⁽⁴⁰⁾ しかしながら、来栖説は、無利息消費貸借の予約について当事者に別段の意思があるとみるべき特別な事情がある場合には拘束力を認めることになるとする。その特別な事情として、書面の作成は大きな意味をもつが、担保を要求するか、その他貸主の言動に借主が約束を確実と信頼し、それによつて借主が自己の法律状態を変更したことなどを挙げている。⁽⁴¹⁾

来栖説を要約すると、無利息消費貸借は無償契約であるので要物契約とし、したがつて、要物的無利息消費貸借予約の効力を認めることは、要物性の点からの理由付けとして、物の授受前の合意に拘束力を認めることであり、それは要物契約の不可分の構成部分をなす合意と物の授受の分離であり、要物契約の否認となるので認められないとする。また、無償性の点からの理由付けとして、無償契約にあっては約束について訴えてまで履行を迫るのは穩当でないので、効力を認められないと説く。

3 利息付消費貸借予約

利息付消費貸借子約の効力は完全に認められるとするのが多数説である。子約形式は、いわゆる完結権型、すなわち一方子約と解するのが多い。

(1) 子約権利者は子約完結権または意思表示請求権を有し、さらに貸金交付請求権を有するとする説

① 本契約を要物契約と諾成契約とに区別しない説

我妻博士は利息付消費貸借の子約は一方子約であると述べて、その効力を完全に認めている⁽⁴²⁾。

来栖説は、利息付消費貸借の場合には、要物契約としての概念に立脚しつつ、その子約に効力を与えているが、ただし、利息付消費貸借子約とは実質的には諾成的消費貸借にほかならないとされる。また、来栖博士は、民法五八九条について、同条は有償、無償を問わず消費貸借の子約を認めているとする見解に対して、わが民法の規定の形式からも子約を売買の処で規定し、これを有償契約に限って準用しているのであるから、同条も有償つまり利息付消費貸借子約の場合の規定であると主張する⁽⁴³⁾。

広中説は、利息付消費貸借子約の効力が完全に認められる根拠として、来栖説のように売買の子約に関する規定をもちだすのはなんとも妙であり、貸す債務を前提とする貸主の担保責任についての五九〇条一項の規定にこそ、着目すべきであるとしながらも、結局、利息付消費貸借子約については五五六条の準用を認めるのが、日本民法の体系的理解としては正当であるとする⁽⁴⁴⁾。

星野教授は、利息付消費貸借子約を一方の子約として認める(民五五九条、五五六条一項)⁽⁴⁵⁾。

三宅博士は利息付消費貸借子約の効力は、貸主の引渡債務の特殊性に基づき制限されるとする⁽⁴⁶⁾。

近江教授は、消費貸借子約を承認したことは、諾成契約としての消費貸借を承認したことを意味し、利息付消費

貸借は有償契約である以上、有償性原理からその特質・効力が導かれるので、利息付消費貸借予約は、五五九条により五五六条が類推適用されるべきとする⁽⁴⁷⁾。したがって、近江説は利息付消費貸借予約を一方予約とみる。

以上は、利息付消費貸借予約について本契約を要物契約と諾成契約とに区別せずに予約を論ずる見解を紹介した。

② 本契約を要物契約と諾成契約とに区別する説

本契約を要物契約と諾成契約とに区別し、まず本契約を要物契約と解する立場では要物的利息付消費貸借予約と構成でき、本契約を諾成契約と解する立場では、諾成的利息付消費貸借予約として構成できる。

本契約を区別し、それぞれにつき予約を論ずる学説をほとんどみかけない状況の中で、鈴木教授が本契約を区別した見解を示される。それによれば、利付き消費貸借を当事者の合意によって要物的なものとして成立させ、うかが問題となるが、そのような合意が成立するといっても、金銭の授受がないかぎり、当事者を拘束しないのであるから、法的には無意味であり、のちに金銭の授受があれば、その時点で諾成的消費貸借が成立し、それにもとづく貸付債務が即時に履行されたと考えれば足りるから、要物的な利付き消費貸借の事前の成立を観念しておく必要はない。諾成的利息付消費貸借は有償契約一般の原則にしたがって予約の成立が可能であると主張する⁽⁴⁸⁾。鈴木説は五八九条は利息付消費貸借の予約を定めた規定であるとする⁽⁴⁹⁾。

要するに鈴木説は要物的利息付消費貸借予約は成立せず、諾成的利息付消費貸借予約は成立するとの立場である。

(2) 予約権利者は貸金交付請求権を有せず、損害賠償請求権のみを有するとする説

ほとんどの学説が消費貸借の予約においては借主の貸金交付請求権を認めるのに対して、加藤博士⁽⁵⁰⁾および吉原省三弁護士は借主にそれを認めず、ただ損害賠償請求権のみを認める⁽⁵¹⁾。

4 私見

私見は無利息消費貸借予約につき完全な効力を認めるべきだと考える。

前述したように、来栖博士が要物的無利息消費貸借予約につき原則として効力を認めない理由の第一は、本契約たる消費貸借が要物契約である点にある。来栖博士は、要物契約の要物契約たる所以は、物の授受に先行する合意からは訴権が発生しない、したがって合意に法的拘束力を認められないという点にある、あるいは合意に効力を認めることは要物契約の不可分の構成部分を成す合意と物の授受との分離であり、それは要物契約の否認であると説く。それゆえ、要物的消費貸借と要物的消費貸借予約とは矛盾する存在であるという。

私見は、この見解には疑問を感じ、両者が併存することは矛盾しないと考える。立法者の見解と同様に、要物的消費貸借であるからこそ、まさに金銭授受前の合意を「予約」として認めて、借主に目的物交付請求権を与えることに意義があるのではないか。もし、要物的消費貸借の場合にその予約の効力を認めなければ、借主は目的物の交付を請求できず、不安定な地位に置かれ、融資を予定した取引活動に多大な影響を与える。まさにこのような状況に借主が置かれ、その結果倒産したとして、融資予約不履行による損害賠償請求を求めるいくつかの判例が出現したのであった。

要物的無利息消費貸借予約の効力を原則として否定する第二の理由は、それが無償契約である点にある。確かに無償契約と有償契約とはその予約の法的拘束力を違えるのが妥当であるかもしれない。しかし、無償で、したが

って恩惠的であるという理由だけで条文中の根拠もなく予約に弱い効力しか認めないのは疑問である。予約契約が無効あるいは取消をするには無効原因ないし取消原因が必要であり、その原因がなければ有効となろう。貸主保護のために無利息消費貸借が無償であることを理由に、同じく無償契約である贈与規定の五五〇条を類推適用するのは賛成できない。「書面によらない贈与の撤回権(民五五〇条)は、成立した契約の拘束力を弱めるものであるが、これは贈与に特有の規定である」との指摘があるように、無償契約という共通項があるが、贈与に特有の規定を要物的無利息消費貸借予約に対し類推適用はできないと思われる。なぜならば、贈与の場合には贈与者には返還請求権はなく、書面によらない贈与の撤回権を認めることで贈与者を保護する必要があるが、消費貸借の場合には貸主に目的物の返還請求権があるので、貸主には無償であつたとしても損失はないからである。予約が成立したと認定されたにもかかわらず、書面がない場合に、貸主の撤回権を認めることは、予約権利者の信頼を裏切るものであり、贈与と異なり、消費貸借の場合には、予約義務者に撤回するかどうかの選択権を与える必要はないだろう。

利息付消費貸借予約については、多数説と同様に完全な効力を認めるべきであると考え。

そうすると、無利息消費貸借予約と利息付消費貸借予約について、いわゆる義務型か完結権型かの問題を検討しなければならない。前述の学説をみると、無利息消費貸借予約においては、書面によれば有効な予約として成立すると解するのが最近では多数説になりつつあるが、予約の形式は義務型か完結権型かについてまでは言及がない。他方、利息付消費貸借予約においては、完結権型と解するのが多いようである。この問題について次に検討する。

- (2) 吾妻・前掲書一八二頁。
- (3) 磯村・前掲書八三頁。
- (4) 我妻・前掲書(債権各論)三六三頁。
- (5) 来栖・前掲書二五六頁は、ローマ法における要物契約では、物の授受前の単なる合意からは訴権が発生しないのであり、したがって消費貸借では合意に拘束力を認めなかったのだから、要物契約に相違なかったという。
- (6) 来栖・前掲書二五六頁。
- (7) 来栖・前掲書二六一頁。
- (8) 松坂・前掲書一〇〇頁。
- (9) 星野・前掲書一六八頁。
- (10) 荒川・前掲書四四〇四四五頁。
- (11) 石田穰・前掲書一八九頁。
- (12) 加藤(一郎)・前掲論文二三三五頁。
- (13) 加藤(一郎)・前掲論文一三〇一三二頁、鈴木正和「銀行の融資承諾と融資義務」手研四三三三号一三三頁。
- (14) 以上挙げた文献の他に、浜田稔「§五八九」幾代通Ⅱ広中俊雄編『新版注釈民法(15)』(一九八八年)三三三頁以下参照。
- (15) 稲本洋之助ほか『民法講義5契約』(一九七八年)一六六頁(上井長久執筆)。
- (16) 荒川・前掲書四六頁。
- (17) 水本・前掲書(民法セミナー)一八五頁。
- (18) 三宅・前掲書五三三頁。
- (19) 平野・前掲書二一八頁。

- (20) 平野・前掲書三二一、三二三、三二四頁。
- (21) 久保宏之「判批」法時六五卷七号一〇一頁。
- (22) 勝本・前掲書二一頁。
- (23) 我妻・前掲書(債權各論)三六三頁。
- (24) 荒川・前掲書四四頁。
- (25) 三宅・前掲書五七六頁。
- (26) 三宅・前掲書五七六頁。
- (27) 末弘説の詳細は前述VI五参照。
- (28) 広中・前掲書(注釈民法)一五、一六頁、同『契約法の研究』(一九六四年)七六頁。
- (29) 同旨として篠原・前掲論文一四〇頁。
- (30) 浜田・前掲書(注釈民法)三五頁。
- (31) 浜田・前掲書(注釈民法)三五頁。
- (32) 鈴木・前掲書三四一、三四二頁。
- (33) 星野・前掲書一六八頁。
- (34) 平野・前掲書三二四頁。
- (35) 石田(稜)・前掲書一八九頁、一九〇頁。
- (36) 平野・前掲書三二四頁。
- (37) 水本・前掲書(契約法)一八七頁。
- (38) 近江・前掲書一七〇頁。
- (39) 来栖・前掲書二五八頁。

- (40) 来栖・前掲書二六〇頁。
- (41) 来栖・前掲書二六一頁。
- (42) 我妻・前掲書(債権各論)三六三頁。
- (43) 来栖・前掲書二五八頁。
- (44) 広中・前掲書(注民)一五頁。
- (45) 星野・前掲書一六八頁。
- (46) 三宅・前掲書五七六頁。
- (47) 近江・前掲書一七〇頁。
- (48) 鈴木・前掲書二七一頁。
- (49) 鈴木・前掲書三四一、三四二頁。
- (50) 加藤(一郎)・前掲論文二二〇、二二二頁。
- (51) 吉原・前掲書一四一頁。
- (52) 北川・前掲書三三頁。

四 消費貸借予約は義務型か完結権型か

消費貸借予約の形式について、前述したように学説は、片務予約ないし双務予約と述べ(義務型、他方では、一方予約や双方予約とも解し(完結権型、いわゆる義務型と完結権型の区別を認識しておらず、どちらの型かが不明瞭な学説もあった。¹⁾ 他方、売買予約との対比により、五五九条により五五六条が準用されるかどうかで義務型

と完結権型とを区別する学説もあつた。以下では、それらの問題について学説の分析を試みる。前述と重複する部分もあるので、要約して紹介する。

1 義務型と解する説

(1) 鳩山説・末弘説・末川説・石坂説

前述したように戦前の学説である鳩山説、末弘説および末川説は、消費貸借予約にもとづき借主(予約権利者)は貸主(予約義務者)に対して、消費貸借をなすべき意思表示を請求する権利(消費貸借上の合意)および目的物の交付を請求する権利を有すると述べていることから、これらの学説は消費貸借予約を義務型と解しているといえよう。

五五六条の準用について、鳩山説および末川説は触れていない。末弘説は五五六条の予約を締結する余地があるが、実際上必要があるのは債務的予約であるとする⁽³⁾。

これらの学説は、本契約が要物的消費貸借であることを前提としており、無利息・利息付消費貸借予約の区別もないので、末弘説以外は五五六条の準用問題への言及もみられない。そのような状況の中で注目できるのは、消費貸借予約を否定する石坂博士の見解である。石坂博士は、消費貸借予約は要物契約の予約であるので、諾成契約たる売買の予約に関する五五六条を準用できないと主張する。したがって、権利者が義務者に承諾の意思を表示することを要求し、もし承諾しなければ、判決を以て意思表示に代えることができる(民四一四條二項但書)が、さらに物の引渡のためには差押えを要し、二重の強制執行をしなければならず、契約を締結する手続きが煩雑となるという理由により消費貸借予約を否定する。

(2) 勝本説・吾妻説・松坂説

戦後の学説である勝本説、吾妻説および松坂説は、予約権利者は消費貸借締結の意思表示および目的物の交付を請求する権利を有すると述べ、義務型と解する。

その後、義務型を主張する学説が減少する状況の中で、石田穰説と坂本説は義務型の立場をとられる。

(3) 石田(穰)説

石田穰説は、消費貸借予約により借主は消費貸借の締結と目的物の交付を請求することができる⁴とされ、また、「予約完結権に関する民法五五六条一項の規定は、同法五五九条但書により消費貸借の予約に準用されないと解すべきであろう。なぜなら、予約権利者が予約完結権を持つとすれば、予約権利者が予約完結権を行使すれば直ちに消費貸借が成立するはずであるが、消費貸借は目的物の交付がない限り成立しないからである⁴」とする。したがって、消費貸借予約を義務型と解される。

石田説が五五六条の準用を否定される理由は、本契約たる消費貸借が要物契約であることを前提とされるからであり、したがって本契約たる消費貸借が諾成契約であれば準用が認められるのではなからうか。ただ、消費貸借につき諾成契約を認めない立場をとられるならば、この理由も一貫性があるが、諾成的消費貸借を承認されるので、消費貸借は目的物の交付がない限り成立しないとされるのは、本契約が要物的消費貸借であることを前提にした説明としてならば理解できる。

(4) 坂本説

坂本教授は、前掲東京地判平四・一・二七についての判例評釈の中で、融資予約を予約完結権型の予約とした同

判決に対し、融資のための与信取引にあつては本来の予約の成立を認める必要の方がむしろ多い、として批判される。それによれば、完結権型の予約では、借主は完結権を行使して自分が返還債務の債務者となり、その上で金銭貸与を受ける権利を譲渡でき、この者の債権者も差押や転付命令をえることができる。しかし、当事者は流動的な要素が残っているが点に、予約にとどめるのであるから、承諾の意思表示と金銭の交付により要物契約としての消費貸借を成立させることを請求しうる本来の予約とするのが、当事者の意思に最も合するのではないか、と主張される。⁽⁶⁾

2 完結権型と解する説

(1) 戦前の学説

前述したように戦前の学説である岡松説は、利息付消費貸借予約が有償契約であることから五五九条により五五六条が準用されると解していたと推測できよう。⁽⁷⁾消費貸借予約につき石田(文)説は、一方・双方予約と述べるだけであり、戒能説は、消費貸借一方の予約であり、停止条件付契約であるとす。⁽⁸⁾

これら完結権型とみる学説は五五六条の準用問題について言及していない。無利息消費貸借予約はいかなる予約形式かについて叙述がみられないのでわからない。

(2) 磯村説

戦後の学説である磯村説は戒能説と同じく、予約上の権利者が本契約締結の意思表示をするときは、予約上の義務者は目的物交付の義務を負うとする。⁽⁹⁾磯村説は予約の形式について言及していないが、この叙述から推測すると、予約の形式は完結権型と解される。磯村博士は、本契約が要物契約であるから権利者の意思表示だけでは契約

は成立せず、さらに契約成立のためには目的物の交付が必要であると主張される。無利息と利息付消費貸借予約の区別はなく、五五六条の準用についての言及もない。

(3) 我妻説

我妻博士は、一般に予約には、本契約の成立につき相手方の承諾を必要とする双務・片務予約と予約完結の意思表示をただでよい一方・双方の予約の二種類があるとされる。¹⁰⁾消費貸借予約には、双務予約または片務予約が多いと述べる。そして、予約に基づいて本契約(消費貸借)を締結するためには、目的物の交付と合意をしなければならぬが、同時にする必要はなく、従って、合意についてだけは予約完結の意思表示で足りると説き、¹²⁾本契約が利息付消費貸借の場合には、予約も有償契約となるから五五六条が準用され(民五五九条)、予約権利者は相手方の承諾を求めることなく、単に消費貸借完結の意思表示をすればよいとする。¹³⁾

この叙述からは、消費貸借予約の原則は義務型であるが、要物契約にあつては、交付と合意がずれてもよく、従って、合意については予約完結の意思表示で足りるとされ、利息付消費貸借予約を完結権型と解しておられるように理解できる。ところが、他の箇所では、相手方の承諾だけでは成立しえない要物契約・要式契約である場合には、完結の意思表示だけで本契約を成立させる予約とみるべきではないとされる。¹⁴⁾このことから、我妻説は要物契約であっても消費貸借予約については例外的に予約完結権で足りるとされたようである。このような対処について、消費貸借は民法上要物契約であるとしても、現実には諾成契約として機能しているから例外を認められたのであろうか。

他方、無利息消費貸借予約については、言及していないので、我妻説が、義務型か、完結権型かは判断できな

い。

(4) 来栖説

来栖博士は、消費貸借を要物契約であると前提にしている以上、売買一方の予約と異なり借主の完結権の行使によつて消費貸借を成立させることはできず、貸主に金銭交付をさせることにより消費貸借を成立させる義務を負わせるとする⁽¹⁵⁾。他方、利息付消費貸借予約を実質的には諾成的消費貸借であると主張し、したがつて、利息付消費貸借予約においては、売買一方の予約に相当する消費貸借一方の予約、すなわち借主の完結権の行使によつて消費貸借を成立させることを認めることができる⁽¹⁶⁾とする。

このように、来栖説は、要物的消費貸借予約は本契約が要物契約であるので完結権型予約にはならないが、利息付消費貸借予約は諾成契約であるから完結権型予約とする。

本稿での分析用語によると、要物的利息付消費貸借予約を諾成的消費貸借と同一視し、したがつて、完結権の行使だけで（完結権型予約）消費貸借を成立させることができ、金銭の交付は不要であることに注意しなければならぬ。要物的無利息消費貸借予約については叙述からすると完結権型を否定しているが、義務型とまではいえない。というのは、本契約の成立につき義務者の承諾を必要とするとは言っていないからである。

(5) 広中説

広中説は、利息付消費貸借予約には五五六条の準用を認める⁽¹⁷⁾ので、完結権型と解せよう。無利息消費貸借予約については、五五〇条の類推適用により弱い効力を認めるが、予約形式が義務型か完結権型かははっきりしない。

(6) 星野説

星野説は、利息付消費貸借予約を一方の予約と解し（民五五九条、五五六条一項）、ただ、消費貸借は要物契約とされるため、借主が予約完結権を行使しても、消費貸借は効力を発生せず、相手方の貸す義務が発生するだけであり、そのとき諾成的消費貸借が成立する⁽¹⁸⁾という。星野説によると、消費貸借一方の予約と諾成的消費貸借のそれぞれの契約成立時点が明確となる。無利息消費貸借予約についての見解ははっきりしない。

(7) 水本説

水本博士は、消費貸借予約の構成は売買の予約の構成と異なることに注意すべきであるとする。すなわち、売買の予約は予約完結権の意思表示をすれば相手方の承諾を待たずに売買は成立する（五五六条一項）。売買は諾成契約であるから、相手方に重ねて承諾を求めるのは不要であるし、目的物引渡や代金支払も売買成立の要件ではないからである。これに反し、消費貸借の予約においては、予約完結の意思表示のみでは足りずに、合意に加えて目的物の授受があつてはじめて本契約が成立することになる⁽¹⁹⁾とされる。このように水本博士は目的物の授受が必要であることを強調される。これは消費貸借が要物契約であるとの前提からきている。もつとも、合意については、すでに予約がなされているのだから、重ねて合意を要するとする必要はあるまいとして、予約完結の意思表示で足りるとする⁽²⁰⁾。この見解は我妻説と同じである。

この叙述からすれば、水本博士の見解は完結権型であると理解できるはずである。ところが、他方では予約権利者が借主となる場合は貸主だけが目的物交付義務を負い（片務予約ないし貸付予約）、予約権利者が双方である場合は貸主の本契約締結に対して借主に借り入れる債務を生じ、目的物受領義務を生ずることもある（双務予約ないし借入予約）と述べ、義務型予約と解する表現を用い、用語の使用に混乱がみられるようである。だが、その後で

は、予約権利者による本契約締結のための意思表示に対し、相手方の承諾の意思表示は要しないとする説が正当と考えられるので、相手方に対する本契約締結のための意思表示請求権は不要といふべきであるとされ、⁽²³⁾水本説は完結権型であることがこの叙述により明白となる。

これまでの学説の中では、水本博士のように明確に本契約締結のための意思表示請求権を不要と述べるものはない。鳩山博士以来、予約権利者は意思表示請求権と目的物交付請求権を有するとの説が通説であったが、水本博士が意思表示請求権を否定されたのは、完結型の見解からすれば、当然の帰結である。なお、水本説が要物的消費貸借予約を無利息と利息付に区別せずに完結権型と解しておられるのかどうかははっきりしない。

水本博士は、五五六条の準用説が近年は（一九九六年の教科書において）多いようであるが、予約完結の意思表示のみで五五六条の準用により諾成的消費貸借が成立することになるのだろうか、それとも、五五九条但書により五五六条は準用されることなく、やはり同意と金銭授受があつたときに消費貸借が成立することになるのだろうか、と述べるだけで、自説を明言されていない。⁽²²⁾

(8) 鈴木（緑）説

鈴木説によると、諾成的利付き消費貸借は、有償契約一般の原則にしたがつて、予約の成立が可能であり（民五五九条、五五六条一項）、貸主一方の予約の場合には、貸主が借りろと要求すれば、利付き消費貸借が諾成的に成立し、借主一方の予約において、借主の貸せとの要求があれば、貸主は貸さなければならぬことになる。⁽²³⁾したがつて、鈴木説は利息付消費貸借予約を完結権型と解される。無利息消費貸借予約については予約権者が完結権を行使した場合に、無利息消費貸借自体が発生する、との記述があるので、完結権型と解されているようである。⁽²⁴⁾

(9) 近江説

近江説は、「消費貸借の予約とは、消費貸借が要物契約である以上は、売買の一方の予約とは異なり、消費貸借の本契約（目的物の交付と合意を要する）を締結する義務を負わせる契約である。そこで、予約権者が予約権を行使しても、目的物が交付されなければ本契約は成立しないことになるが、これでは予約を認めた意味がない」とする。⁽²⁵⁾ また、利息付消費貸借は有償契約であり、したがって利息付消費貸借予約には五五九条により五五六条が類推適用されると考えるべきとする。この記述から、近江教授は利息付消費貸借予約を完結権型と解されていると言えよう。無利息消費貸借予約については自説を述べられていないが、原則に戻り義務型と解されると推測できる。

(10) 浜田説

浜田説も、利息付消費貸借予約を売買の一方予約の規定が準用（五五九条・五五六条一項）される一方予約だと解する。⁽²⁷⁾

3 義務型か完結権型かの立場を明確にしていない説

(1) 梅説

梅説は消費貸借予約にはすでに貸主の所有権移転義務が含まれているとするので、本契約をどちらの形式で成立させるかという観点はみられない。⁽²⁸⁾

(2) 荒川説

荒川教授によれば、消費貸借予約は、当事者双方が本契約を締結すべき義務を負う双務予約と一方のみがこの義務を負う片務予約とがある、とされ、また、消費貸借予約にもとづく当事者の権利義務としては、予約権利者の予

約完結権（五五九条による五五六条の準用。ただし、無利息消費貸借の場合には五五六条の準用はないから、予約完結に必要な意思表示をなすことを請求しうる権利）と目的物交付請求権が中心となると説く。⁽²⁹⁾この叙述からすれば、最初に双務・片務予約という表現をされ、次いで、利息付消費貸借予約では借主は予約完結権を行使できるとして完結権型と解され、無利息消費貸借予約では意思表示請求権を有するとして義務型と解される。このことから義務型予約と完結権型予約の区別をなされており、無利息消費貸借予約を義務型と言及しているのは注目できるが、全体としてはあいまいのように思われる。

(3) 加藤（一）説

加藤一郎博士は、「消費貸借予約の場合に、借主の一方的な意思表示で消費貸借が成立するとすれば、それは諾成的消費貸借になってしまい、消費貸借の要物性と正面から衝突することになるので、それは認められないはずである。そこで、この予約は金銭の交付によって本契約になるという特殊の予約と解さざるをえない」とする。⁽³⁰⁾この見解は前述の星野説に反対されている。消費貸借予約によって貸主は金銭貸与義務を負うが、貸主が金銭を交付しない場合に、借主は貸金交付請求権をもって要物契約たる消費貸借を強制的に成立させるまでの強い力をもつわけではなく（民法の消費貸借の要物性の原則に反するという理由）、金銭貸与義務の不履行による損害賠償を請求するにとどまると主張する。⁽³¹⁾そして、貸金交付債務の不履行の場合には、法定利率による遅延利息（民四一九条）を取ってみても無意味であり、それは単なる金銭債務の不履行ではなく、一定目的での融資という特定の債務の不履行と考えられるから、むしろ四一六条の原則に戻ることを認めてよいとする。⁽³²⁾

(4) 北川説

北川説は、消費貸借予約につき、当事者間で本契約である消費貸借を締結すべき義務を生ずる契約であり、売買の予約と同様に双方予約と一方予約があるとし、借主は、貸主に、消費貸借契約の申込に対する承諾ならびに目的物の交付を請求でき、結果として、貸主の貸す債務を認めており、したがって、消費貸借の予約は消費貸借の要物性と合わないものであり、その点で、民法自身消費貸借の要物性を実際上必要なものとはみていないという指摘をする。⁽³³⁾だが、それ以上の言及はなく、「双方予約と一方予約」との表現からは完結権型、「承諾の請求」からは義務型と解されていると推測でき、北川説はどちらかよくわからない。

(5) 椿(寿)説

椿(寿)⁽³⁴⁾説は、融資は、他の取引と同様に、いろいろな交渉経過の積み重ねから成り立つので、予約の法的処理においても、本契約が①条件成就により自動的に成立する、②完結権行使によつて成立する、③責任を生ずる、④成立も責任も生じない、という種類・段階に分けることを提唱し、当事者間の事情・状況いかんで諸段階を認めるほうが適切ではないかと主張する。この見解は融資予約、すなわち利息付消費貸借予約を四つの種類・段階に分けるものであり、それらには完結権型も義務型も含まれる。本契約に対応した予約形式の分類をとらないのである。

(6) 平野説

平野説は、要物的消費貸借予約は諾成的消費貸借そのものであるとするので、義務型か完結権型の議論をなさない。⁽³⁵⁾

4 学説のまとめ

以上において、消費貸借予約につき義務型、完結権型、どちらか立場を明確にしていないものに分けて検討してきた。それによれば、戦前の学説は義務型と完結権型が拮抗しているといえよう。戦後の学説は松坂説までは義務型と解するのが多かったが、その後は減少し、明確に義務型を主張されているのは石田稷説と坂本説である。義務型説では、五五六条の準用について言及していないものが多いが、準用問題を取り上げる学説は、消費貸借の要物性を理由に否定する（石田稷説）。また、当事者は流動的な要素を残したから予約としたのであるとして、当事者の意思から義務型と解すべきであるとする説もある（坂本説）。義務型説においては本契約たる消費貸借は要物契約であることが前提とされ、無利息と利息付との区別は一般にはなされていない。

他方、戦後の学説である磯村説、我妻説、広中説、来栖説、星野説、水本説、鈴木説、近江説、浜田説その他多数説は完結権型と解している⁽³⁶⁾。したがって、久保教授が多数説は準用を認めないと述べられているが、疑問である。多数説は、利息付消費貸借予約について、本契約が有償契約であるので、五五九条による五五六条が準用されるところとして、完結権型を明確に主張しているが、無利息消費貸借予約についてはどちらの型かの言及をしていないようである。

5 義務型か完結権型かの判断ファクター

消費貸借予約の形式を考察するには、同様に予約契約が用いられている売買予約および保証予約と比較することがある。売買予約においては、民法上、一方の予約と規定（民五五六条）され、完結権型が通説である。保証予約においては、民法五五六条の準用に関する論議を経ないで義務型と完結権型があるとされ、金融機関の実情では完結権型が多いようである。その理由は、完結権型であれば、金融機関の一方的な予約完結権行使によってた

だちに保証の本契約を成立させることができ、義務型のように予約義務者（保証人）の承諾を必要とすることはなく、迂遠な方法をとらずにすむからである。⁽³⁸⁾ 保証予約がどちらの型であるかは、予約の文言の内容によって決まる。⁽³⁹⁾ 消費貸借予約においては実務上、保証予約のように文言が明確ではないので、文言の解釈からだけではどちらの型がよくわからない。⁽⁴⁰⁾

そこで、消費貸借予約が完結権型か義務型かを決定するについては、いくつかの判断ファクターが考えられる。

第一に、本契約が無利息消費貸借か利息付消費貸借か、つまり無償契約か有償契約かに応じて、五五九条による五五六条の準用を認めないか、認めるかが問題となる。利息付消費貸借予約については、有償契約を理由に五五九条による五五六条の準用を認め、予約完結の意思表示のみで本契約たる消費貸借が成立すると解する完結権型の見解、これに対して、五五九条但書により五五六条が準用されず、本契約の成立には承諾の意思表示を必要とする義務型となる見解もある。他方、無利息消費貸借予約は無償契約であるから五五六条が準用されず、したがって義務型となるかについては、学説において議論がみられず、はっきりしない。

私見はまず、利息付消費貸借予約は五五九条による五五六条の準用にもとづいて完結権型と解し、無利息消費貸借予約は無償契約であるため五五九条但書により五五六条の準用を認めず義務型と解する。ただし、これだけで、どちらの形式かが決まるわけではなく、次に述べる判断ファクターも考慮しなければならない。

第二に、本契約が要物契約か諾成契約かにより、諾成契約たる売買の予約に関する五五六条を準用できるかどうかを検討しなければならない。諾成契約であるならば、五五六条の準用を認めやすい。しかしながら、要物契約であっても、五五六条の準用が認められ、完結権型と解することもできる。五五九条の準用に際しては、同条で規定

する「売買以外ノ有償契約」という要件にもとづき有償契約以外は準用できないが、要物契約については売買契約が諾成契約であるとしても、準用の余地はある。ただし、売買契約の諾成性を重視するならば（鈴木（禄）説、水本説）、要物契約への準用は困難であらう。

学説においては消費貸借予約を要物契約かつ完結権型と解する説は、予約完結の意思表示のみでは足りず、目的物の交付があつてはじめて本契約たる要物的消費貸借が成立すると解し、義務型と解する説は、承諾と目的物交付を必要とする」と記述する。私見も要物契約か諾成契約かは五五六条の準用に際して障害にはならないと考える。契約成立に目的物の交付が必要かどうかの違いだけである。

第三に、当事者意思を解釈して予約形式を判断することは、具体的事情に応じた柔軟かつ合理的な判断ができれば、義務型であれば、貸主の承諾が必要であり、その際に契約内容の細部を交渉できる余地があるが、完結権型であれば、本契約の内容をほぼ確定しておく必要がある。契約内容の確定度が低い場合には、予約の効力を弱いものとみて義務型と解するのである。いわゆる契約の熟度論と関わる問題である。契約成立に近い状態、言い換えれば、当事者がほぼ諾成的消費貸借を締結する意思があれば、完結権型と認定できる。完結権型予約にあつては、契約成立のヘゲモニーは予約権利者の手にあり、借主保護の予約形式といえよう。

私見は、利息付消費貸借予約についてのみ、契約交渉の進展度や契約内容の確定度に応じて義務型か完結権型かの判断ができるとし、無利息消費貸借予約は義務型と解する。

五 消費貸借子約の不履行

消費貸借の子約形式には、完結権型と義務型とがあるが、予約権利者が予約完結権を行使した場合、あるいは本契約締結を申し込んだ場合に、予約義務者が予約契約を履行しないときは、完結権型あるいは義務型において、両者の法律関係はどのようになるのであろうか。この問題について、本稿で述べたことにもとづき考えてみる。

1 完結権型

諾成的消費貸借子約では、予約権利者の予約完結権の行使により諾成的消費貸借が成立するので、予約契約の不履行にはならない。予約義務者が目的物を交付しないときは、予約契約の不履行ではなく、本契約たる諾成的消費貸借の不履行となろう。諾成的消費貸借においては、目的物の交付は契約成立の要件ではなく、履行としてなされるからである。

要物的消費貸借子約では、予約完結権の行使だけでは本契約が成立せず、目的物の交付が本契約の成立要件となる。したがって、予約義務者が目的物を交付しなければ、予約契約の不履行になると解せよう。予約権利者は予約契約にもとづき予約義務者に対して目的物交付の履行を請求できる。相当の期間を定めてその履行を催告し、その期間内に履行がなされないときは、予約契約を解除し（民五四一条）、損害賠償の請求をすることができる（民五四五条三項、四一五条）。

2 義務型

予約権利者が本契約の締結を申し込んだ場合に、予約義務者が本契約締結の承諾をしないときに、予約権利者としては、予約義務者に対して消費貸借契約締結の承諾の意思表示を求める訴えを提起する（民四一四条二項但書）。

諾成的消費貸借予約の場合には、判決の確定により本契約たる諾成的消費貸借契約が成立し、諾成的消費貸借にもとづき借主は目的物交付の履行を求めることができる。

要物的消費貸借予約の場合には、判決に加えて予約義務者の目的物の交付により契約が成立する。したがって、目的物が交付されないときには、予約権利者は予約契約の不履行により予約義務者に対して、目的物の履行を請求できる。相当の期間を定めてその履行を催告し、その期間内に履行がなされないときは、予約契約を解除し（民五四一条）、損害賠償の請求をすることができる（民五四五條三項、四一五條）。

3 金銭貸借の約束の不履行

以上は、消費貸借予約契約が成立しているのを前提に、予約不履行の問題を扱った。では、次に消費貸借予約が成立しているかどうかはつきりしない場合について考えてみる。すなわち、金銭貸借の約束が履行されず、借主が訴えた場合において、その約束を、要物的消費貸借の不成立とみるか、諾成的消費貸借とみるか、あるいは予約、さらにこれは諾成的消費貸借予約か要物的消費貸借予約か、また、予約形式は義務型か完結権型かのいずれの予約とみるかの判断が難しい。

要物的消費貸借が成立しているということは、貸主には義務がないと解されているので、債務不履行責任は発生しない。要物的消費貸借の不成立と解すると、金銭授受以前の貸主の責任は、道義的責任ないしせいぜい自然債務にとどまると解する見解がある。また、契約締結上の過失責任により借主に損害賠償請求権が認められるとする見解もある。諾成的消費貸借とみると貸主が債務不履行の場合には、借主は履行の強制や損害賠償を請求することができる。さらに、消費貸借予約の不履行責任とも解せられる⁽⁴⁾。

この問題についての詳細は次稿において考察する予定であるが、完結権型か義務型かの判断フアクターは前述した。いずれの契約が成立しているか、あるいは不成立であるかの判断をすることで、借主にどのような権利があるかを決めなければならない。予約完結権、意思表示請求権、金銭交付請求、あるいは損害賠償請求を認めるかの問題である。

(1) 椿寿夫「予約研究序説」法時六七卷八号七六頁以下は、予約一般・売買(有償契約)予約・消費貸借子約において、務型予約と方型予約との区別がどの点で意味があるのかを検討しなければならないとし、消費貸借子約において、岡松・我妻・末川・来栖ら博士の務型予約と方型予約についての見解を分析することにより、とくに、来栖教授の諾成的消費貸借を認めると消費貸借一方予約も認めうるとの見解を支持する。そして、消費貸借子約において方型予約への展開を非常に重視するが、そうなると予約と本契約の垣根がはっきりしなくなり、予約の意義が減少せざるをえまいと述べる。

(2) 前述VI参照。

(3) 前述VI五参照。

(4) 石田(稜)・前掲書一八九頁。

(5) 石田(稜)・前掲書一九二頁。

(6) 坂本・前掲(判批)ジュリ一〇二六号一四二頁。

(7) 岡松・前掲書次三一頁、前述VI二参照。

(8) 戒能・前掲書一六六頁。

(9) 磯村・前掲書八三頁。

- (10) 我妻・前掲書二五五―二五六頁。
- (11) 我妻・前掲三六三頁。
- (12) 我妻・前掲書(債權各論) 三六三頁。
- (13) 我妻・前掲書(債權各論) 三六三頁。
- (14) 我妻・前掲書二五六頁。
- (15) 来栖・前掲書二五六頁。
- (16) 来栖・前掲書二五七頁。
- (17) 広中・前掲書(債權各論) 一一〇頁。
- (18) 星野・前掲書一六八頁。
- (19) 水本・前掲書(契約法) 一八六頁。
- (20) 水本・前掲書(契約法) 一八六頁。
- (21) 水本・前掲書(契約法) 一八七頁。
- (22) 水本・前掲書(契約法) 一八六―一八七頁。
- (23) 鈴木・前掲書二七一頁。
- (24) 鈴木・前掲書二四一―三四二頁。
- (25) 近江・前掲書一六八頁。
- (26) 近江・前掲書一七〇頁。
- (27) 浜田稔『\$ 590 I』幾代通Ⅱ広中俊雄編『新版注釈民法(15)』(一九八八年)三五頁。
- (28) 前述VI 一参照。
- (29) 荒川・前掲書四四―四五頁。

- (30) 加藤・前掲論文二二九頁。
- (31) 加藤・前掲論文一三〇頁。
- (32) 加藤・前掲論文一三〇頁。
- (33) 北川・前掲書四八頁。
- (34) 椿寿夫「銀行の融資拒絶・打ち切りと法的責任」ジュリ一〇三〇号一四一―一五頁。
- (35) 平野・前掲書三二三頁。
- (36) この点については水本博士も近年（一九九六年発行の教科書）五五六条の準用説が多いとの指摘をする（水本・前掲書（契約法）一八七頁）。
- (37) 久保・前掲論文九〇頁。
- (38) 峯崎二郎「保証予約についての一考察」金法九八九号六頁以下参照。
- (39) 峯崎・前掲論文七頁は、義務型であれば予約文言は「保証予約者は、貴行から請求あり次第保証契約を締結する」となり、完結権型であれば「保証予約者は、貴行が保証予約完結権を行使されることによって当然に保証債務を負担する」となる、と文言が例示されるとする。
- (40) 保証予約では、実務上、双方予約の形式をとったものはまず行われておらず、一方予約の形式をとったものが通常であるが、消費貸借の予約においても、片務予約か一方予約かがほとんどである。
- (41) 水本・前掲書（セミナー）一八五頁。

VIII 検討の総括と課題

一 本稿の目的の確認

貸主と借主の間で融資の約束がなされ、借主が融資の実行を申し入れた場合に、信用悪化の状態がないにもかかわらず、期待に反して貸主から正当な理由もなしに融資を拒絶されたときに、借主に損害賠償請求権だけでなく、貸金交付請求権も認められることをもつと明確にすべきであるというのが、本稿を執筆する出発点であった。この場合における融資約束、すなわち消費貸借の合意について、①要物的消費貸借が成立していないとみて、借主には不法行為にもとづく損害賠償請求権を認めるか、②a義務型消費貸借予約、あるいは②b完結権型消費貸借予約が成立したと解して、借主に貸金交付請求権と損害賠償請求権を認めるか、③諾成的消費貸借が成立したとして、借主に履行請求権としての貸金交付請求権と損害賠償請求権を認めるか、のいずれかが考えられる。金銭交付前の消費貸借の合意が①、②a、②b、③のどの類型に属するかで、貸主および借主の法的地位が異なってくる。⁽¹⁾そこで、どの類型であるかの判断を合理的なものにするためには、要物的消費貸借、諾成的消費貸借および消費貸借予約の各契約の効力と相互関係を考察することが重要であり、本稿ではこの点を考察の目的とした。

次いで、消費貸借には四形態が存在し、それらに対応する消費貸借予約が考えられるのであるが、従来の消費貸借予約論は、もっぱら本契約が要物的消費貸借であることを前提として展開されており、本契約には四つの形態があることをはっきり認識していないようにみえる。学説は消費貸借予約イコール要物的消費貸借予約とし、また、無利息消費貸借予約と利息付消費貸借予約の区別も来栖・広中説が出現する以前は行っていなかった。このように、これまでは消費貸借予約について十分な論議がなされておらず、その理論的説明が必要であると考え、本稿では四形態の消費貸借に対応する消費貸借予約の効力について検討することを目的とした。

二 本考察の整序

以上の考察目的を達成するために、まず、IIにおいては、消費貸借の要物性および消費貸借子約に関する立法過程の議論をながめた。起草者は、わが民法において消費貸借を要物契約とした理由として、ローマ法以来の沿革であり、諾成的消費貸借のほうが理論上は正しいのであるが、昔からの要物契約説を変えざる勇氣がなかったと述べる。このように起草者は積極的に要物的消費貸借を採用したわけではなかった。また、起草者は、消費貸借子約と諾成的消費貸借との関係について、当事者がどのような言い方をしても目的物引渡前の消費貸借の合意は、すべて消費貸借子約であり、それを諾成的消費貸借と解するならば要物契約の原則を改めなければならないと述べる。

IIIでは、岡松・梅・富井・横田・三瀧の各説が要物的消費貸借を支持したことを紹介した。金銭授受前の消費貸借の合意につき、梅説、横田説、三瀧説は消費貸借子約と解した。富井博士は、当事者に本契約を締結する意思がないから消費貸借子約は成立せず、また、民法五八七条が強行規定であるので諾成的消費貸借も成立しないとす

る。

要物契約説に対して、石坂博士や末弘博士が強く批判した。石坂説は、民法上の消費貸借は要物契約であるが、無名契約としての諾成的消費貸借も認めるべきであり、金銭授受前の貸借の合意は、消費貸借子約ではなく諾成的消費貸借であると主張する。その理由の第一として、当事者は単に一個の契約を締結する意思を有するのみで、子約と本契約という二個の契約を締結する意思を有していないこと、第二として、消費貸借子約を認めると子約義務者が承諾しない場合には二重の強制執行をしなければならず、手続きが煩雑となること、第三として、要物契約説から消費貸借子約を認めるのは矛盾していること、などを挙げる。

末弘博士も要物契約説を不当だとして強く批判され、諾成的消費貸借を認めることを主張する。ただ、金銭授受

前の消費貸借の合意については当事者の意思を解釈して消費貸借予約か諾成的消費貸借かを定めるべきだとする。

ところが、鳩山博士が、要物契約説を支持され、双務契約としての諾成的消費貸借を認めるべきでないが、片務契約としての諾成的消費貸借を認めることができるとし、これは消費貸借予約とも異なるとする。岡村説および石田（文）説は鳩山説を支持する。

その後は、ふたたび、要物契約説の批判がなされ、現在の通説である要物的消費貸借と無名契約としての諾成的（双務）消費貸借の併存が、近藤、末川、戒能、勝本、吾妻、柚木、我妻、松坂および山主博士らにより主張された。とりわけ、我妻博士が、契約自由の原則、引渡をしない貸主の返還請求に対して借主に抗弁権を認めることができる、また、民法が消費貸借の予約を認めていることは要物契約性が破られているのを示している、などを理由に要物契約説を強く批判された。これは、その後の学説に影響し、両契約の併存が通説となる要因となった。これらの学説は消費貸借予約も認める。

IVでは、要物的消費貸借と諾成的消費貸借の区別をさらに無利息消費貸借と利息付消費貸借に区別して、結局、要物的無利息消費貸借・要物的利息付消費貸借・諾成的無利息消費貸借・諾成的利息付消費貸借の四形態の消費貸借の存在を認容できることを論じ、また、無利息消費貸借を要物契約、利息付消費貸借を諾成契約と解する見解について、その妥当性を検証した。そして、私見は、無利息消費貸借も利息付消費貸借も要物契約ではなく、原則として諾成契約と解し、このように解しても、当事者にとって不利とならないことを貸主と借主の両面から検討した（前述IV八参照）。フランス民法・ドイツ民法の後で成立したスイス債務法は、無償原則を維持しながらも消費貸借を諾成契約としたが、これは立法の流れとしては当然のことであり、このことは私見を補強する論拠として重要で

ある。

Vにおいては、諾成的消費貸借を認めるとしても、消費貸借を要物契約と定める五八七条との關係をどのよう位置づけるかについて考察した。私見は、消費貸借を要物契約としておく合理的な理由はなく、それゆえ五八七条を強行法規でなくて、任意法規だと解する。したがって、諾成的無利息消費貸借および諾成的利息付消費貸借を消費貸借の原則形態とし、要物的消費貸借と解するとの当事者の意思が明確な場合に限って、要物的無利息消費貸借および要物的利息付消費貸借の形態を認めるものである（前述V五参照）。

このように四形態の消費貸借があり、それらに対応する消費貸借子約が存在しうるのであることを、もっと明確に位置づけなければならぬと考える。VIおよびVIIにおいてこれら消費貸借子約について検討した。

VIでは、戦前における消費貸借子約に関する学説を概観した。学説は、消費貸借を要物的消費貸借子約としてその法的効力を論じており、また、義務型子約と完結権型子約へも言及してはいるが、諾成的消費貸借子約に関する説明はなく、また無利息消費貸借子約と利息付消費貸借子約との区別もなかった。

VIIにおいては、消費貸借子約に関する戦後の学説を検討した。まず、第一に、要物的消費貸借子約と諾成的消費貸借子約について、その区別を明確にしている学説は少ないが、それについて論じた（前述VII二3（小括）参照）。要物的消費貸借子約と諾成的消費貸借子約の違いは、本契約成立のために前者は貸金の交付が必要であるが、後者はそれが不要な点にある。したがって、要物的消費貸借子約の場合には、借主に貸金交付請求権が認められるが、諾成的消費貸借子約の場合には、貸金交付請求権は本契約成立後の履行請求権として位置づけられる。第二に、無利息消費貸借子約と利息付消費貸借子約について考察し、私見は無利息消費貸借子約につき完全な効力を認めるべ

きだと考え、五五〇条類推適用説には賛成しない（詳細は前述Ⅶ三4（私見）参照）。第三に、消費貸借予約は義務型か完結権型かについて論じ、さらに、どちらの予約形式かを判断するためのファクターも述べた。

私見は、利息付消費貸借予約について、有償契約を理由に五五九条による五五六条の準用を認めるので原則として完結権型と解するが、契約交渉の進展度や契約内容の確定度が低い場合には、予約の効力を弱くみて、相手方の承諾の必要な義務型と解する。他方、無利息消費貸借予約は無償契約を理由に五五九条但書により五五六条の準用を認めないので、つねに義務型と解する。

融資の約束をしながら、銀行が正当な理由なしに融資を拒絶した場合において、判例は一般に（前述の東京高判平6・2・1）、不法行為による損害賠償を認めて借主の救済をはかろうとし、消費貸借は要物契約であるという制約があるためなのか、消費貸借予約（融資予約）ないし諾成的消費貸借（融資契約）の成立を認めることに消極的である。だが、要物的消費貸借の前提のもとでも消費貸借予約を認めることができる。むしろ、起草者および立法直後の見解は、消費貸借を要物契約としたからこそ、金銭授受前の消費貸借の合意をすべて消費貸借予約と解さなければならぬといひ、消費貸借予約を認めることは諾成的消費貸借を承認したものと解されるとする現時の通説とは見解が異なる。このことをもっと重要視すれば、裁判においては消費貸借の合意につき消費貸借予約と認定しやすいのではなからうか。消費貸借予約を認めたからといって諾成的消費貸借も承認したと推測されるものではないから、それほど慎重にならなくてもいいのではないかと思われる。

この私見は判例が消費貸借を要物契約とする立場をとっていることを前提として述べたものであり、決して判例の立場を支持しているわけではない。むしろ、判例は今や要物的消費貸借を堅持することを見直すべき時期にきて

いると考える。前述したように五八七条を強行規定と解する必要はなく、要物的消費貸借とすることは国際的取引においても、多角的な取引形態においても実態とかけ離れ、矛盾の度合いがますます大きくなっている。要物的消費貸借の不合理さは立法過程の議論においてもすでに言われており、その後も取引の実態に合わないとして批判されてきたにもかかわらず、一〇〇年以上を経た現在でも、要物契約説をなお維持するのは妥当でない。融資についての合意があったと認められる場合には、諾成的消費貸借の存在を認定し、借主に貸金交付請求権を認めるべきである。要物的消費貸借のドグマのもとで契約を不成立とするのは妥当でない。

本稿では、紙数の関係で判例の分析ができず、また消費貸借子約と諾成的消費貸借との関係にも触れることができなかったため、この私見については次稿で再び論証して展開したい。

三 今後の課題

当初は、要物的消費貸借・諾成的消費貸借・消費貸借子約について、学説のみの検討に終わらず、判例においてもどのように解されているか、また、金融実務ではどのように取り扱われているか、さらに、わが民法と同様に要物的消費貸借と規定されているドイツ民法における学説および判例についての考察を視野に入れて、本稿を執筆してきた。とくに、最近の融資子約をめぐるいくつかの判例を分析すること、また、ドイツにおける消費貸借子約にもとづき借主に貸金交付請求権をみとめた最高裁判例とそれをめぐる評釈を紹介することは、この問題を検討するには必要な作業であった。だが、学説の検討だけでも相当の紙数を要したので、それらの問題は次稿の作業とすることにした。次稿における考察課題については、問題の所在（I）のところすでに述べたので、それを参照されたい。

なお、最後に、わが国では少なからぬ場面において、契約構成に對立する不法行為構成への傾斜が強くみられているようである。本稿では、判例が融資拒絶の問題につき不法行為構成をとり、学説もそれに賛成していることを簡単に紹介した。私見は契約構成を選択したいと考えているが、本稿では個別的に指摘しているにすぎず、その点は理解されにくかったかもしれない。この問題については、判例分析および諾成的消費貸借と消費貸借予約との比較という作業を別個に行つてから、あらためて主張する予定である。

(1) どのように判断するかであるが、契約交渉の進展度と契約内容の確定度に対応して、それらが不十分な場合から十分な場合まで①、② a、② b、③の順に分けることができよう。契約内容の確定度が低い場合には諾成的消費貸借と解するよりも消費貸借予約とするほうが妥当であり、その場合でも義務型予約と解するほうが適切な処理となろう。