

〈論説〉

近世自然法論における有償・無償契約概念の形成史
～グロチウスからカントまでにおける消費貸借の位置付けを中心に～

朝日大学法学部法学科准教授

出 雲 孝

- I. はじめに
- II. グロチウスの契約類型論
 1. 消費貸借の位置付け
 2. 交換的契約概念の意義
- III. プーフェンドルフの契約類型論
 1. 消費貸借の位置付け
 2. 負担的契約概念の意義
- IV. トマジウスの契約類型論
 1. 消費貸借の位置付け
 2. 代替物の再定義
- V. ヴォルフの契約類型論
 1. 消費貸借の位置付け
 2. 融資契約の発見
- VI. カントの契約類型論
 1. 消費貸借の位置付け
 2. カントの契約カタログの分析：アッヘンバルとの比較から
- VII. まとめ

I. はじめに

契約を分類するにあたって、民法学には複数の二分法が存在する。民法典に規定されているか否かを基準とする有名契約と無名契約，契約当事者の債務負担を基準とする片務契約と双務契約，対価の出捐があるか否かを基準とする無償契約と有償契約などが，それである。本稿が主題とするのは，3番目の無償・有償契約である。この二分法は，近世私法史においても既に散見されるものであるが，常に同一の意味と用法を有していたわけではない。例えば売買について見てみると，国際法の父であるフーゴー・グロチウスはこれを「交換的行為 (actus permutatorius)」と呼び，ザミュエル・フォン・プーフENDORFとクリスティアン・ヴォルフは「負担的契約 (contractus onerosus)」と名付け，ゲルマン法を重視したクリスティアン・トマジウスは「負担的合意 (conventio onerosa)」，ゲオルク・バイヤーは「相互的約束 (pactum reciprocum)」とそれぞれ言い表している¹。彼らの用語法は，どの契約がどの類型に属するかという点で少しずつ異なっており，独自の契約カタログを生み出している。この諸カタログは，我が国の民法学が知っているものとは必ずしも一致していない。

このような歴史的事実をまえにしたとき，法史学の観点から最初に検討しなければならないのは，近世のこれらの諸概念が現代に至るまでのあいだにどのように整理されたのか，という問いであろう。本稿は，消費貸借の位置付けに焦点を当てつつ，グロチウスからカントに至るまでの近世自然法論を概観することにより，この問いに答えようと試みるものである。

1 Hugo GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, Amstelaedami : Apud Ioannem Blaeu, 1660, lib. 2. cap. 12. §. 3., S. 229.; Samuel von PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, Londini Scanorum : Sumtibus Adami Junghans, 1672, lib. 5. cap. 2.

§. 8., S. 617.; Christian WOLFF, *Institutiones juris naturae et gentium*, Halae Magdeburgicae : Prostat in Officina Rengeriana, 1774, par. 2. cap. 12. §. 587., S. 311.; Christian THOMASII, *Notae ad Institutiones Justinianaeas*, Halae Magdeburgicae : Prostat in Officina Libraria Rengeriana, 1712, S. 211.; Georg BEYER, *Delineatio juris Germanici*, Lipsiae : Sumptibus Haeredum Joh. Grossii, 1723, lib. 3. cap. 3. §. 35., S. 247.

Ⅱ. グロチウスの契約類型論

1. 消費貸借の位置付け

最初に取り上げるのは、国際法の父と呼ばれたフーゴー・グロチウス (Hugo GROTIUS, 1583-1645 年)² である。グロチウスの主著である『戦争と平和の法 (*De jure belli ac pacis*, 1625 年)』において、有償契約という概念に直接相当するものは見当たらない。代わりに、「交換的行為 (actus permutatorius)」というタームが登場する。グロチウスはこのタームに厳密な定義を与えておらず、単にその区分と3つの定式化を紹介している。

交換的行為には、当事者たちを分離させるものと、[当事者たちに] 一体性をもたらすものがある。前者の分離的な行為を、ローマの法学者たちは適切に、「君が与えるように私は与える (do ut des)」, 「君が為すように私は為す (facio ut facias)」, 「君が与えるように私は為す (facio ut des)」に区分している。これらについては、法学者パウルス (『学説彙纂』第19巻第5章第5法文)³ が参照可能である。

交換的という表現からも分かるように、交換的行為とは、複数の当事者たちが物や労務を提供し合うことを云う。グロチウスによれば、交換

的行為には、当事者を分離させるもの、すなわち、二当事者の対面的関係を前提とするものと、当事者を一体化させるもの、すなわち、複数当事者がひとつの目的に向かって協働するものがある。後者は「組合 (societas)」と呼ばれる⁴。

当事者を分離させる交換的行為には、「君が与えるように私は与える (do ut des)」、「君が与えるように私は為す (facio ut des)」、「君が為すように私は為す (facio ut facias)」の3類型がある。例えば、売買は、売主が物を与えるように買主が金銭を与える取引であるから、後掲箇所から明らかのように、交換的行為である。

以下では、このような定式化によって説明される取引の性質を、「交換性」と呼ぶことにしよう。この「交換性」概念は、我が国の民法学における「双務性」あるいは「有償性」のいずれにも還元できない。というのも、無利息消費貸借契約は、我が国の民法学においては片務無償契約であるが、グロチウスはこれを交換的行為に分類しているからである。

したがって、私たちは次のように言おう。何かを与えられるように何かを与えることのうちには、なるほどまずは、狭い意味で「交換 (permutatio)」と言われるように、物を対価として物を与える場合がある。これが最も古い取引の種類であることに、疑いの余地はない。あるいは、金銭を対価として金銭を与える場合がある。これは、ギリシャ人たちが *κολλυβοσ* と呼んだものであり、今日の商人たちは「両替 (cambium)」と呼んでいる。あるいは、「売買 (emptio venditio)」におけるように、金銭を対価として物を与える場合がある。あるいは、物を対価として物の使用が、物の使用を対価として物の使用が、金銭を対価として物の使用が与えられる場合もある。最後のものは、「賃約 (locatio conductio)」と呼ばれる。ところで、ここで私たちが「使用

(usus)」という名辞で念頭に置いているものは、単なる使用であることもあれば、収益を伴う使用であることもある。収益には、期間的な収益と、人的な収益と、世襲的な収益と、その他の何らかの仕方⁵で画定された収益がある。最後のものの例は、ヘブライ人たちのもとでヨベルの年まで継続する収益である〔訳注：『レビ記』第25章を参照〕。ところで、定められた期間の経過後に、同量同種⁵のものが与えられるのは、「消費貸借 (mutuum)」においてである。これが適用されるのは、重さ・数・量から成り立つところの、金銭その他の物においてである。

グロチウスは、「君が与えるように私は与える」の類型を、給付対象が「物 (res)」である場合と「物の使用 (usus rei)」である場合とに分けている。そして、前者には狭義の交換、売買、両替を割り当て、後者には賃貸借および2つの無名契約（物の使用のために物を与える契約および物の使用のために物の使用を与える契約）を割り当てている。消費貸借は、君が私に代替物を与えるように、私は君に同種同量の代替物を与える、と表現することができるので、「君が与えるように私は与える」という交換的行為の第一形式に該当する。ここから明らかであるように、二当事者のあいだで財・サービスが相互に移動する場合は、両当事者が経済的メリットを享受しているか否かとは関係なく、すべて交換的行為に属する。つまり、交換的行為とは、財・サービスの移動のみに着目した分類であり、無利息消費貸借が「交換性」を持つとされるのも、これに由来する。

こうして得られた「交換的行為」概念は、グロチウスが挙げているもうひとつの契約類型、すなわち、「恩恵的行為 (actus beneficus)」の意義を明らかにするうえで重要である。グロチウスは、恩恵的契約について次のように論じる。

恩恵的な行為には、純粹に恩恵的なものと、何らかの相互的な義務を伴うものがある。純粹に恩恵的な行為には、即時に完了されるものと、未来に向かって進行するものがある。〔他人に〕有益な行為が即時に完了されるとは、なるほど、それが何らかの利益を生み出しはするが、しかし、法の効果を生じさせないときを言う。このような行為については、何も語る必要がない。所有権を移転させる「無償の供与 (donatio)」も同様である。この件について私たちは、所有権の取得に関して上で論じたときに扱った。将来に向かって進行する約束には、与える約束と為す約束がある。これらについて、私たちは直前で論じた。相互的な義務を伴う恩恵的な行為には、譲渡せずに物を処置するものと、何らかの結果が生じるように行為を処置するものがある。この種の〔相互的な義務を伴う〕行為のうち、物については、使用の認容がある。これは、「使用貸借 (commodatum)」と呼ばれる。為すことにおいては、出費を伴う労務ないし義務付けられた労務の提供がある。これは「委任 (mandatum)」と呼ばれ、その一種が「寄託 (depositum)」すなわち物を保管するにあたっての労務の提供である。⁶

グロチウスは、恩恵的行為について、2つのケースを想定している。第1のケースは、純粹に恩恵的な場合である。彼は、「無償の供与 (donatio)」すなわち、我が国の民法学で云うところの贈与のようなものを念頭においている。この純粹に恩恵的な行為は、即時に完了する場合（契約締結と履行が時間的に同一である場合）と、未来に向かって進行する場合（契約締結と履行が時間的に同一でない場合）とに分けられる。第2のケースは、相互的な義務を伴う場合であり、具体的には委任と寄託が挙げられている。

この箇所から明らかのように、「恩恵 (beneficium)」という概念は、

「片務」を意味しない。なぜなら、グロチウスは、義務負担の有無に注目していないからである。では、「無償」と一致するかと言えば、そうでもない。というのも、消費貸借一般は交換的行為に分類されており、恩惠的行為には割り振られていないのであるが、それにもかかわらず、無利息消費貸借については「好意 (gratuitus)」という表現が用いられているからである。⁷つまり、ある行為が交換的であるか恩惠的であるかは、対価の有無とは異なる基準で判定されている。交換的行為の分析を踏まえてみると、恩惠的行為とは、当事者の一方のみに財・サービスが移動する行為ということになろう。グロチウスはここでも、財・サービスの空間的な移動にしか着目していない。

2. 交換的契約概念の意義

さて、グロチウスは給付の客観的關係にのみ着目したわけであるが、その際に消費貸借を売買と同じ類型に振り分けた。これは、単なる分類上のミスであったのか、それとも法的に何らかの意義があったのかが問題になる。

この問いに対する答えは、当時の利息を巡る論争から明らかになる。というのも、消費貸借一般に交換性が認められるという主張は、利息を禁止する方便として、グロチウス以前から存在していたからである。⁸そこで鍵となるのが、給付の「平等 (aequalitas)」という概念である。

契約において、自然は平等を命じている。詳言すれば、少なくとも持っている人には不平等を理由として権利が発生する、ということたちが命じているのである。この平等は、一方では行為において、他方では行為の内容において成立しており、行為においては、先行する行為においても主たる行為においても成り立つ。⁹

主たる行為それ自体において、この平等は、対等なもの以上のもの

のを要求してはならないというかたちで要求される。このことは、恩恵的契約においては、およそ適用の余地がありえない。無論、もしある人が、使用貸借の対価として、あるいは、委任や寄託において労務を提供する対価として、何らかの報酬を約束するならば、彼は〔平等違反という〕不法を行っているわけではなく、契約を混合していることになろう。すなわち、好意的契約から半交換的契約が生じている。¹⁰

交換的契約において、両当事者は、自己が給付したものと同等のものしか要求してはならない。このとき、グロチウスが言うように、消費貸借は交換的契約であると仮定しよう。すると、貸主が借主に対して要求することができるのは、彼が借主に給付したものと同等のものに限られる。つまり、貸主は元本を返済してもらうことで満足しなければならない。それを超えて利息を取ることは平等違反である。このような論法を用いた代表的人物はトマス・アクィナス（Thomas AQUINAS, 1225頃 - 1274年）であり、¹¹グロチウス以後の著名な法学者としてはロベール・ジョゼフ・ポティエ（Robert-Joseph POTHIER, 1699-1772年）を挙げることができる。¹²つまり、消費貸借が交換性を有するという主張は、中世から存在する伝統的な契約分類をそのまま用いているに過ぎない。¹³

2 グロチウスの生涯については、勝田有恒=山内進〔編著〕『近世・近代ヨーロッパの法学者たち：グラーツィアヌスからカール・シュミットまで』119-135頁（ミネルヴァ書房、2008年）を参照。

3 GROTIUS, a. a. O. (Anm. 1), lib. 2. cap. 12. §. 3., S. 229.

4 GROTIUS, a. a. O. (Anm. 1), lib. 2. cap. 12. §. 4., S. 230.

5 GROTIUS, a. a. O. (Anm. 1), lib. 2. cap. 12. §. 3., S. 229.

6 GROTIUS, a. a. O. (Anm. 1), lib. 2. cap. 12. §. 2., S. 228.

7 GROTIUS, a. a. O. (Anm. 1), lib. 2. cap. 12. §. 20., S. 235.

8 利息それ自体は本稿のテーマではないので、詳細は拙稿「消費貸借に『給付

の均衡』法理を適用することの可否：ローマ法、カノン法および近世自然法論における利息の禁止』『大学院研究年報〔法学研究科篇〕』39号61-64頁（中央大学、2010年）を参照されたい。

9 GROTIUS, a. a. O. (Anm. 1), lib. 2. cap. 12. §. 8., S. 230.

10 GROTIUS, a. a. O. (Anm. 1), lib. 2. cap. 12. §. 11., S. 231.

11 トマスの利息禁止論は、利息が「使用の対価 (pretium usus)」であるという定義を逆手に取った論法である。消費貸借においては、目的物の所有権が借主に移転している。したがって、借主が目的物を使用するのは、自分のものの使用に過ぎない。すると、利息の要求は、自己物の使用について他人が対価を要求することになり、不条理である。以上の論証については、Thomas AQUINAS, *Summa Theologiae*, lib. 2., Marietti : Taurini et Romae, 1952, S. 368b (*Et Philosophus*) を参照。

12 大川四郎「ロベール・ジョゼフ・ポティエの邪利息論についての一試論(2)」『名古屋大学法政論集』116号331頁（名古屋大学大学院法学研究科、1987年）「まず、非代替物について。これは滅失されずに使用が可能なるものである。その使用は、悟性 (l'entendement) により、物それ自体からは区別され評価可能である。つまり、非代替物の使用は、物それ自体からは区別される価値 (prix) を有する。従って非代替物を他人に貸した場合、当該非代替物の返還請求以外に、その使用の対価として賃料 (loyer) を貸主が徴収するのは許容される。次に代替物について。これは使用によりそれ自体が消費されていく性質を有し、消費貸借の目的物を成すものである。このため、当該代替物の他に、その物の価格の他に一個の価格を有するところの、当該代替物の使用を認めることはできない」。

13 グロチウスは、伝統的な契約カタログに則ったうえで、利息の禁止を回避する裏道を用意した。それは、貸主が貸付をおこなうことによって被る損失を補填する、という発想である。使用の対価として利息を取ることはできないが、貸付によって生じた損失の補填は利息ではないので、徴利禁止に該当しないという論法である。GROTIUS, a. a. O. (Anm. 1), lib. 2. cap. 12. §. 21., S. 236. を参照。このことから明らかに、消費貸借が交換的契約に分類されるといえる主張は、グロチウスの段階で既に積極的な意義を失っていた。

Ⅲ. プーフェンドルフの契約類型論

1. 消費貸借の位置付け

グロチウスは交換性に着目して、契約を交換的行為と恩惠的行為とに区分した。これをさらに別の方向に発展させたのが、ザミュエル・フォン・プーフェンドルフ (Samuel von PUFENDORF, 1632-1694 年) である。¹⁴ プーフェンドルフは、『自然法と万民法 (*De jure naturae et gentium*, 1672 年)』において次のように述べている。

私たちの企図に最も合致しているのは、契約を恩惠的契約と負担的契約とに区分することである。これらのうち前者は、契約当事者の相手方に、好意から何らかの便宜をもたらすものである。例えば、使用貸借、委任、寄託である。これに対して後者は、両当事者に平等な負担を課すものである。というのも、そこでは何らかのものが、同等のものを受け取る目的で、給付されるかまたは与えられるからである。¹⁵

プーフェンドルフは、「交換的 (permutatorius)」という表現を放棄して、「負担的 (onerosus)」という別の表現を導入している。この言い換えは、即座に次の疑問をもたらす。贈与などの一部の契約を除いて、契約というものは両当事者に負担を負わせる。例えば、委任においては、受任者が履行義務を負うことはもちろんであるが、委任者も出費の清算義務を負っている。使用貸借や寄託においても、同様である。出費の清算は、労力的にも経済的にも「負担 (onus)」に含まれる可能性がある。仮にこれらの義務が負担であるならば、贈与以外の契約はすべて負担的契約ということになろう。これでは対象が広きに失する。

この疑問を回避するため、プーフェンドルフは、「負担 (onus)」という概念に一定の限定を付している。すなわち、「負担的契約

(contractus onerosus)』とは、当事者たちが負担を負うすべての契約を意味するのではなく、両当事者が「平等な負担 (onus aequale)」を負うもののみを指す。なるほど、これによって前述の疑問は解消される。委任者、寄託者、使用借主は、一定の義務を負っているとはいえ、受任者、受託者、使用貸主と平等な負担を課されているとは言えないからである。

負担の意義が明らかになったので、諸契約の分類へと移ろう。プーフェンドルフは、グロチウスの3類型論を拡張して、「君が与えるように私は与える (do ut des)」、「君が為すように私は為す (facio ut facias)」、「君が為すように私は与える (do ut facias)」、「君が与えるように私は為す (facio ut des)」の4類型を導入している¹⁶。そして、この4つの定式に応じて、各種の負担的契約が割り振られていくわけであるが、消費貸借は1番目の定式によって説明される。

最後に、一定期間後に同等同種のものが与えられるように物が与えられるのは、消費貸借においてである¹⁷。

この説明から、グロチウスの交換的契約カタログとプーフェンドルフの負担的契約カタログは、広い重なりを持つことが分かる。さらに、現在の私たちが考えるような有償契約とは異なる意味を持っていることも明らかである。負担的契約か否かは、給付関係の定式に該当しているか否かによって決定され、それ以外の要素は考慮されない。

2. 負担的契約概念の意義

プーフェンドルフが消費貸借を負担的契約に分類するのは、やはり利息の問題を意識しているからであろう。彼もまた、負担的契約には「平等 (aequalitas)」が要求されると述べている。

これらのことから、以下のことが帰結する。たとえ物の瑕疵が、気づかれていたものはすべて説明され、かつ、与えられるべきだと考えられたもの以上のものが要求されなかったとしても、しかし、もし後から事柄それ自体のなかに、契約当事者たちの過失なくして不平等が発見されるならば（例えば、瑕疵が隠れていたか、あるいは、価値について錯誤していたならば）、この不平等はどのようなものであっても是正されねばならず、そして、多くもらった方から減らして、少なくとももらった方に加えなければなら¹⁸ない。

グロチウスの箇所を確認したように、消費貸借を売買などと同じ類型に押し込むことは、利息の禁止という宗教的動機に由来するものであった。グロチウス自身には利息を禁じる意図がなかったので、彼が交換的契約概念に消費貸借を含めたことは、単に伝統の踏襲というだけで、積極的な意義を持ちえなかった。トマス・アクィナスというスコラの大物の議論に乗ったうえで批判するという、一種の譲歩であったものと推測される。

このような消極的態度は、プーフENDORFにおいては、やや趣を異にしたかたちで現れている。というのも、プーフENDORFは利息の上限を画するにあたって、「平等 (aequalitas)」のルールを積極的に用いているからである。彼は、『自然法と万民法』第5巻第7章第11節において、以下のような議論を持ち出す。

カーユスという人物が、ある土地（本稿では「甲」と呼ぶ）を購入するために資金を用意した。このとき、セーユスという別の人物も甲を欲しがっているのだが、彼には十分な資金がない。このとき、プーフENDORFによれば、カーユスとセーユスが共に満足するためには、少なくとも2つの方法が考えられる。ひとつは、カーユスが予定通り甲を購入し、これをセーユスに賃貸する方法である。もうひとつは、カーユスが

土地の購入をセーユスに譲る代わりに、金銭をセーユスに消費貸借として貸し付けて、利息によって利潤を得る方法である。

さて、プーフェンドルフは、「この〔訳註：賃貸借〕契約が正当であることを誰も否定しない¹⁹」という理由で、後者の利息付消費貸借を連鎖的に肯定する。なぜなら、「賃貸の対価である賃料として与えたであろう額と同額を、消費貸借において与えられた金銭の対価として与えるならば、そこにどのような不均衡があるのか明らかではない²⁰」からである。プーフェンドルフ自身は例を挙げていないが、次のような事案が考えられる。カーユスとセーユスが100金に値する土地を欲しがっており、カーユスには100金を支払う資力があるが、セーユスにはないと仮定する。このとき、カーユスが土地を100金で購入して毎月1金でセーユスに賃貸した場合、8年5ヶ月目で総賃料が100金を超える。さて、仮に賃貸借という方法を取らず、カーユスがセーユスに100金を貸与し、返済期間を8年5ヶ月と定めた場合、返済総額が100金を超えてはならない道理があるであろうか。ないように思われる。プーフェンドルフはこのような事実を考慮して、総賃料が土地の価格を超えうるのであるから、消費貸借における返済額が元本を超えても良いと判断したのであろう。実際、カーユスがセーユスに100金を貸し付けて利息を取れないとすると、賃貸借の場合と比べてセーユスの立場が優遇され過ぎていることになる。

以上のプーフェンドルフの議論は、土地の賃貸借と金銭消費貸借とを、給付の均衡という観点で統一的に扱う試みであると評価しうる。しかし、このような給付の均衡を確立するにあたって、無利息消費貸借までも交換的ないし負担的契約に分類する必要性は見当たらなかった。プーフェンドルフ以降の法学者たちは、消費貸借が売買に類似しているというスコラの発想そのものを次第に放棄するようになる。

14 プーフェンドルフの生涯については、勝田ほか（前掲註2）180-196頁を参

照。

- 15 PUFENDORF, a. a. O. (Anm. 1), lib. 5. cap. 2. §. 8., S. 617.
- 16 PUFENDORF, a. a. O. (Anm. 1), lib. 5. cap. 2. §. 9., S. 618.
- 17 PUFENDORF, a. a. O. (Anm. 1), lib. 5. cap. 2. §. 9., S. 619.
- 18 PUFENDORF, a. a. O. (Anm. 1), lib. 5. cap. 3. §. 9., S. 629.
- 19 PUFENDORF, a. a. O. (Anm. 1), lib. 5. cap. 7. §. 11., S. 675.
- 20 PUFENDORF, a. a. O. (Anm. 1), lib. 5. cap. 7. §. 11., S. 675.

IV. トマジウスの契約類型論

1. 消費貸借の位置付け

グロチウスは相互の給付の移動から、プーフェンドルフは負担の状況から、消費貸借を交換的契約ないし負担的契約に分類した。給付の移動のみに着目すれば、貸主と借主とのあいだでは代替物が双方向に移動している。負担の状況のみに着目すれば、貸主は貸与の負担を、借主は返済の負担を平等に負っている。どちらも恣意的な分類ではなく、特定の観点から推論によって導出されている点に特徴がある。

しかし、それにもかかわらず、無利息消費貸借が売買と同類型であるという主張には、どこかしら常識に反するところがある。というのも、日常生活において他人に無利息で金銭を貸す行為は、売買のように頻繁におこなわれるわけではなく、むしろ嫌厭される取引だからである。

そこで、この違和感を修正する理論が必要になるわけであるが、この点について決定的な貢献を果たしたのは、プロイセンの法学者クリスティアン・トマジウス (Christian THOMASIUS, 1655-1728 年) である。²¹ 彼は『ユスティニアヌス帝の法学提要 (*Institutiones Justinianae*, 539 年)』に註釈をつけた『ユスティニアヌス帝法学提要註解 (*Notae ad Institutiones Justinianae*, 1712 年)』において、次のように論じている。

次に、契約を有名契約と無名契約に区別することも、同じく、要

物契約、言語契約、文書契約および諾成契約に区別することも、ゲルマン人たちのもとでは消え去っており、実務で使われていない。なぜなら、これらも「約束 (pactum)」と「契約 (contractus)」の区別を前提にしているからである。そしてそれゆえに、ゲルマン人たちのもとでは、あらゆる契約は有名かつ諾成である。というのも、たとえ今日の消費貸借、使用貸借、寄託、質が物の引渡を前提としているとしても、しかしだからと言って要物契約ということにはならないからである。なぜなら、要物契約というものは、物の引渡前は訴権を生まないのであるが、しかし、ゲルマン法によれば、消費貸借の約束も質を与える約束も、使用貸借の約束も寄託を引き受ける約束も、約束として訴権を生むからである。実際、引渡と結びついた売買ですら、だからと言ってローマ法上、要物契約ということにはなっていない。というのも、[ローマ法上の] 売買は、引渡がなくとも訴権を生むからである。²²

この箇所は、2つの重要な点を含んでいる。第一に、トマジウスによれば、ゲルマン法上はすべての契約が「有名 (nominatus)」かつ「諾成 (consensualis)」である。したがって、ローマ法が定めていた消費貸借の要物性は否定されており、諾成的消費貸借（トマジウスは「消費貸借の約束 (pactum de mutuo)」と呼んでいる）も認められる。第二に、トマジウスのこの主張は、諸契約の性質の分析から帰結したのではなく、ゲルマン人たちの慣行に根拠づけられている。このような理論立ては、トマジウスが軽率におこなったものではなく、ゲルマンの慣行には一定の正当化能力があるという別の論拠にもとづいている。²³

トマジウスは、ここから次のような契約カタログを提示する。

したがって、ゲルマン法の慣用によれば、むしろ以下のように合

意を区分することが適切である。合意は、生きている人々の物あるいは取引について結ばれるか、あるいは、死者の財産に対する相続について結ばれる。後者は普通、相続に関する約束と名付けられる。前者は、主たる合意であるか、あるいは、主たる合意を担保するために付け加わる付随的な合意である。付随的な合意の例としては、信命や質がある。主たる合意には、恩恵的な合意がある。例えば、贈与する合意や物を好意で使用させる合意である。物を好意で使用させる合意には、消費貸借の合意、使用貸借の合意、プレカリウムの合意がある。また、委任や寄託において通常そうであるように、何らかの他人の事務を好意から遂行する合意も、恩恵的な合意である。主たる合意には、負担的な合意もある。例えば、売買、賃約、利息付消費貸借、組合、交換、君が与えるようにあるいは君が為すように私は為す合意、両替などである。負担的な合意には、確定の事柄に関するものと、期待の売買や保険のように、射倖を含む不確定な利益に関するものがある。これらのそれぞれの合意が、単純かつ自然な固有の規則を有²⁴している。

この契約カタログにおいてとりわけ重要なのは、消費貸借の位置付けである。トマジウスは、グロチウスおよびプーフェンドルフとは異なり、無利息消費貸借と利息付消費貸借とを区別した。そして、前者を「恩恵的な合意 (conventio benefica)」に、後者を「負担的な合意 (conventio onerosa)」に分類している。これによって、トマジウスの契約カタログは、有償・無償契約をもとにした現代民法学の契約カタログに接近している。

無利息消費貸借と利息付消費貸借との区別は、当時としては斬新であり、他の法学者たちからすぐに受け入れられたわけではなかった。その証拠に、一世代後のヨハン・ゴトリープ・ハイネッキウス (Johann

Gottlieb HEINECCIUS, 1681-1741 年) は、トマジウスを次のように批判している。

恩惠的合意によって私たちが念頭においているのは、私たちに相手方から何か好意で与えられたり為されたりすることを約するときである。負担的合意によって私たちが念頭においているのは、相互の給付が約束される場合である。前者の種類には、贈与、使用貸借、消費貸借^{*)}、プレカリウム、委任が属し、後者の種類には、売買、賃約、交換、組合、さらに「君が為すように私は為す」合意、「君が為すように私は与える」合意、「君が与えるように私は為す」合意が属する。これらの合意は、ゲルマン法においても固有の名称で規律されている²⁵。

^{*)}なるほど、トマジウスは『ユスティニアヌス帝法学提要註解』第3巻第14章211頁で、次のように考察している。消費貸借は、好意によるときは恩惠的契約に、利息を給付する約束と一緒のときは負担的契約に分類されるべきである、と。しかし、利息は消費貸借の常素には属しておらず、また、消費貸借は利息がなくとも成立するのであるから、既に論じられたことを論じない²⁶ように、私たちは同じ契約について2度論じることを控えよう。

私見によれば、ハイネッキウスの批判には、ひとつの問題がある。彼は、消費貸借に利息の合意を付したとしても、契約の性質には変化がないことを前提にしている。その理由として、利息は消費貸借の「常素(natura、訳者註：瑕疵担保のように、当事者間で特段の合意がなくとも通常はあるものとされる性質)」ではないことが挙げられている。しかし、性質Xが常素であるか否かという問いは、その性質Xによって契約類型が変わるか否かという問いと無関係である。例えば、非代替物の貸借に賃料の合意を付した場合、それは賃貸借という独自の契約類型に

変化する。このとき、非代替物の貸借にとって賃料は常素ではない（＝非代替物の貸借は無償でもよい）という反論は、意味をなさない。ハイネッキウスは、ゲルマン法における使用貸借と消費貸借の類似性を指摘している²⁷ので、なおさらこの点については疑問が残る。

2. 代替物の再定義

さて、トマジウスの契約カタログは、現代的なカタログに接近したわけであるが、無利息消費貸借が「恩恵的 (beneficus)」であり利息付消費貸借が「負担的 (onerosus)」であるという洞察は、どこに由来するのであろうか。この問いに対する答えは、彼が主査した学位論文「代替物に愛着価格は成立しないことについて (De pretio affectionis in res fungibiles non cadente, 1701年)」²⁸に見出される。

さて、代替物という概念を説明しない限り、私たちの規則の意味をまだ正しく理解していないことになるので、これについて少しだけ述べておこう。普通、物は代替物と非代替物とに区分される。代替物と言われるのは、個物としてよりもむしろその種類において機能を発揮する物である（『学説彙纂』第12巻第1章第2法文第1項）。他方で、非代替物とは、そのうちのある物が同種の他の物によっては一般に代替されない物である。しかし、このような定義は、[ローマ法の]法文から取ったと見られるにもかかわらず十分に明晰ではないので（なぜなら、博士たちは、「機能を発揮する (functionem recipere)」とはどのようなことかについて、驚くほど意見を違えているからである。ヘルマン・ヴルテユスの *Disceptationum scholasticarum juris liber unus* 第14章およびマルクス・リュクラマ・ア・ニエホルトの *Membranarum libri septem* 第7巻第14葉を見よ）、もっとよい説明が必要になる。すなわち、代替物とは、もし消費された後で等価同量の物が

その種類において（法的なタームでは in genere に、哲学的なタームでは in specie に）返還されるならば、その結果、あたかも人間の取引においては同一の個物すなわち個体が返還されたかのようにみなされる物を云う。

従来の説によれば、代替物とは、個物 A と個物 B がそれぞれ持つ固有の機能に着目するのではなく、AB が共通して属する「種類（哲：genus, 法：species）」の機能に着目して取引がおこなわれるものを云う。ところが、トマジウスによれば、この定義は、機能とは何であるかという点で意見の一致を見ないので、実用的でない。そこで、トマジウスはこれを定義しなおした。代替物とは、個物 A を消費したあとで同種同量同価のものを返還すると、「同一物 (idem)」すなわち A それ自体を返還したと取引上みなされるものを云う。つまり、代替物が代替しているのは、それぞれの物が持つ機能ではなく、そのアイデンティティなのである。

このようなトマジウスの哲学的洞察から、無利息消費貸借が負担的合意ではなく恩恵的合意であることが導かれる。すなわち、無利息消費貸借においては、代替物が供与され、かつ、同種同量同価のものが返還されるのであるから、貸主が供与した代替物と借主が返還した代替物は「同一物 (idem)」であるとみなされる。そして、同一物が貸主と借主のあいだで対価なく移動したのであるから、これは「使用貸借 (commodatum)」と同じ構造を有しているとみなすことができる。使用貸借が恩恵的合意であることに疑問の余地はないので、無利息消費貸借もまた恩恵的合意であると言わざるをえない。

21 トマジウスの生涯については、勝田ほか（前掲註 2）197-210 頁を参照。

22 THOMASIVS, a. a. O. (Anm. 1), SS. 210-211.

23 Johann Christoph ALBRECHT (Resp.) = Christian THOMASIVS (Präs.), *De*

- arrhis emtionum*, Halae : Typis Christoph Salfeldii, 1702, §. 8., SS. 3-4.
- 24 THOMASIIUS, a. a. O. (Anm. 1), S. 211.
- 25 Johann Gottlieb HEINECCIUS, *Elementa juris Germanici*, Tom. 1., Impensis Orphanotrophei : Halae, 1736, lib. 2. tit. 13. §. 353., SS. 634-635.
- 26 HEINECCIUS, a. a. O. (Anm. 25), lib. 2. tit. 13. §. 353. (*), S. 635.
- 27 HEINECCIUS, a. a. O. (Anm. 25), lib. 2. tit. 13. §. 360., SS. 640-641.
- 28 Philippus Reinholdus HECHT (Resp.) = Christian THOMASIIUS (Präs), *De pretio affectionis in res fungibiles non cadente*, Halae Magdeb. : Literis Chr. Henckelii, 1701, cap. 1. §. 16., SS. 13-14.

V. ヴォルフの契約類型論

1. 消費貸借の位置付け

さて、トマジウスは代替物の再定義を通じて、無利息消費貸借と利息付消費貸借との峻別に成功した。これを一步進めて、無利息消費貸借と利息付消費貸借とは、使用貸借と賃貸借が異なるのと同様に別個の契約類型であると結論付けたのが、クリスティアン・ヴォルフ (Christian WOLFF, 1679-1754 年)²⁹ である。

まず、ヴォルフはトマジウスに倣って、『自然法と万民法の提要 (*Institutiones juris naturae et gentium*, 1750 年)』において、消費貸借を「負担的契約 (contractus onerosus)」ではなく「恩恵的契約 (contractus beneficus)」に分類した。

使用によって消費される物の使用を他人に好意から認める恩恵的契約は、「消費貸借 (mutuum)」と呼ばれる。消費貸借として与える人は「消費貸主 (mutuans)」あるいは「債権者 (creditor)」と呼ばれ、受け取る人は「消費借主 (mutuarius)」あるいは「債務者 (debitor)」と呼ばれる。ところで、君は君の物でなければそれを消費することができないので、すなわち、君がその物

に所有権を持っていなければ消費することができないので（第195節）、消費貸主は消費借主に所有権を移転する責任を負う。しかし、消費貸主は物を贈与しているわけではなく（第475節）、使用を認めているだけであり（定義より）、その帰結として彼は、消費されてその個物としては返還されえない物を返還するように欲していることになるので（第515節）、消費貸借された物は、種類において返還されるべきであり、その帰結として、消費貸借として与えられる物は、代替物でなければならない（第527節）。そして、返還されるものは、消費貸借として与えられたものと同種同量同質でなければならない³⁰。

このように、消費貸借を恩惠的契約に分類することは、ヴォルフにおいても目的物の代替性に根拠づけられる。彼は、代替物を次のように定義している。

代替物と言われるのは、同一の種類に属する他の物と相互に代替される物である。したがって、一方を他方と置き換えることができる。その帰結として、代替物となるのは、その価値が数量、重量、計量に比例するものである。そして、[これを返還するとき]同種同量同質でなければならない。このためさらに、代替物は、返還される人に損害を与えることなしに、その種類において返還されることが可能であると言えることができる（第515節、第269節）、そして、金銭は他のすべての物および労務と相互に代替するので（第494節）、金銭はあらゆる物のなかで最も代替性を有する物である³¹と言えることもできる。

代替物とは、同種同量同質の物が返還されたとき、受領者にいかなる損害も発生しないような、そのような物を云う。つまり、トマジウスの

場合と同様に、同種の他の物を返還しても、同じ物が返って来たときとみなすことができるものである。ここからヴォルフは、さらに次のように論じる。

消費貸借された物が種類において返還されるべきであるのは、消費された物は個体としては返還されることができないという理由にもとづくので（第528節）、消費借主は、消費貸借された物について必要性を有さなくなったときは、その物を個体として返還することができる³²。

グロチウスとプーフェンドルフは、消費貸借を交換的契約ないし負担的契約に分類していた。この場合、「君が与えるように私は与える（do ut des）」という定式に当てはまるためには、貸し出された物に対して別の物が与えられなければならない。なぜなら、仮に完全な同一物を返還することがこの定式に当てはまるとすると、使用貸借も交換的契約ないし負担的契約に分類されなければならないが、グロチウスもプーフェンドルフもそのようには述べていないからである。

ところが、この解釈を貫徹すると、消費借主が借りた物を消費せずにそのまま返還した場合、彼は契約上の義務を履行していないことになってしまう。なぜなら、消費貸借が「君が与えるように私は与える（do ut des）」という定式によって説明される限り、消費借主には完全な同一物の返還が禁じられているからである。しかし、この結論はいかにも奇妙である。

トマジウスの理論を応用したヴォルフには、このような難点が存在しない。なぜなら、ヴォルフにおいて消費貸借契約が要求するのは、同種同量同質の代替物の返還、すなわち、同一物とみなされる物の返還だからである。同一物とみなされる物の返還が義務付けられているのであるから、借りた代替物を消費せずに返還することも義務の履行に該当す

る。これは、トマジウス＝ヴォルフの代替物理論が消費貸借において実際に妥当していることの明確な証拠であろう。

2. 融資契約の発見

さて、ヴォルフはさらに、消費貸借は無利息のものに限られており、利息のついた金銭の貸付は消費貸借ではない、というところにまで踏み込む。

金銭は使用によって消費される物に数え入れられるので、金銭もまた消費貸借として与えられることができる（第 528 節）。但し、好意的に与えられるのでなければ、消費貸借ではない（同上³³）。

ここで参照されている第 528 節は、消費貸借を恩恵的契約として定義した箇所である。したがって、利息付きで金銭を貸し与えることが「消費貸借 (mutuum)」に当たらないという主張は、定義からの推論であると言える。では、利息付きで金銭を貸し与える行為は、どのような契約に属するのであろうか。ヴォルフは、恩恵的契約ではなく負担的契約の箇所、これに独自の名称を与えている。

もし金銭の使用が、好意からではなく金銭を対価として与えられるならば、それは消費貸借ではないので（第 533 節）、またそれゆえに、利息を負わされた金銭は、「利息付金銭 (pecunia usuraria)」と言われるので、金銭を利息付きで貸し与える契約を、私たちは『科学的方法で研究された自然法』第 4 部第 1423 節において「融資契約 (contractus faenebris)」と名付けた。これは、ローマ法において、その使用のために利息が支払われる金銭が「融資金銭 (pecunia faenebris)」と言われるのと同様であ

る。また、「利息契約 (contractus usurarius)」と呼ばれることもできた³⁴。

トマジウスによれば、消費貸借には無利息の場合と利息付の場合とがあり、前者は恩惠的合意に、後者は負担的合意に属するものとされた。これに対して、ヴォルフによれば、消費貸借とは代替物が無利息で貸し与えられる場合のみを云い、利息付きで金銭を貸し与える行為は、まったく別の契約類型に該当する。そして、このような契約は、「融資契約 (contractus faenebris)」という固有の名前を持つ。

ヴォルフの説明は、我が国の民法典の構成からすると、一見奇異に映るかもしれない。なぜなら、我が国の民法典は、利息を伴わない代替物の貸付と利息を伴う代替物の貸付の両方に「消費貸借」という名称を付し、編纂上も同一の節に置いているからである。しかし、契約カタログ全体の整合性に鑑みれば、ヴォルフの区分は十分に納得が行く。非代替物の貸借の場合、無償のときは「使用貸借 (commodatum)」、有償のときは「賃貸借 (locatio conductio rei)」という異なる名称が付される。代替物の場合にそれを禁じる理由は見当たらない。むしろ、無償の消費貸借を原則としながら、あたかも利息が単なる付随的合意に過ぎないと思えるほうが困難である。というのも、貸借に対価を付すか否かは当事者間の付随的合意に過ぎず、契約の本性に影響を与えないと仮定すると、なぜ賃貸借は「賃料付使用貸借」と呼ばれないのか（例えばなぜ *commodatum cum emolumento* と言わないのか）、という疑問が生じるからである。

29 ヴォルフの生涯については、勝田ほか（前掲註2）211-222頁を参照。

30 WOLFF, a. a. O. (Anm. 1), par. 2. cap. 11. §. 528., S. 273.

31 WOLFF, a. a. O. (Anm. 1), par. 2. cap. 11. §. 527., SS. 272-273.

32 WOLFF, a. a. O. (Anm. 1), par. 2. cap. 11. §. 532., S. 275.

33 WOLFF, a. a. O. (Anm. 1), par. 2. cap. 11. §. 533, S. 275.

34 WOLFF, a. a. O. (Anm. 1), par. 2. cap. 12. §. 650, SS. 354-355.

35 無償の消費貸借と有償の消費貸借に大きな差があるという指摘は、日本の民法にも一定の示唆を与えうように思われる。というのも、無償の消費貸借と有償の消費貸借を区別しない説明が、しばしば見られるからである。例えば、山本進一「講話篇」『セミナー法学全集11』44頁（日本評論社、昭和49年）は、「借りた物自体を返還することを要する場合」の下位類型として、無償の場合は使用貸借を、有償の場合は賃貸借を挙げているが、消費貸借については単に「借りた物自体でなくとも、同種物を返還すればよい場合」として一個にまとめている。

VI. カントの契約類型論

1. 消費貸借の位置付け

最後に、イマヌエル・カント（Immanuel KANT, 1724-1804年）の契約カタログを概観する。これは、本稿が単に時系列を追っているからではない。近世自然法論の契約カタログが、一方ではカントにおいてさらなる進展を遂げ、他方では17世紀の議論に後退しているからである。本稿では、カントが「賃借契約（Verdingungsvertrag）」という新しい概念に到達すると同時に、トマジウス＝ヴォルフによって洗練された代替物の理論を継承できなかったことを明らかにする。

さて、カントは『法論（*Rechtslehre*, 1797年）』のなかで、純粹に論理的な、すなわち、推論のみで演繹可能な契約カタログの提示を試みた。そして、彼が導出した純粹に論理的な諸契約は、3つのグループに分類された（『法論』A120）³⁶。

すなわち、あらゆる契約は、（A）一方のみの取得（恩恵的契約 *wohltätiger Vertrag*）を意図しているか、（B）双方の取得（負担的契約 *belästigter Vertrag*）を意図しているか、あるいは、

(C) 取得を意図しているのではなく、自分のものであることの保証（この契約は、一方では恩恵的であることもできるが、しかし他方では負担的であることもできる）を意図しているかの、いずれかである。

この箇所から明らかであるように、カントは、契約カタログが所有を基礎に構成されていると考えていた。では、そのような視点から構成された契約カタログは、具体的にどのようなものであったのだろうか。カントは、次のような一覧表を提示している（『法論』A120-121）。

- A 恩恵的契約（好意的約束 *pactum gratuitum*)
 - a) 委託されたものの保管（寄託 *depositum*)
 - b) 物の使用貸し（使用貸借 *commodatum*)
 - c) 贈与（*donatio*)
- B 負担的契約
 - I 譲渡契約（広義の交換 *permutatio late sic dicta*)
 - a) 交換（狭義の交換 *permutatio stricte sic dicta*)。商品と商品との。
 - b) 売買（*emptio venditio*)。商品と金銭との。
 - c) 消費貸借（*mutuum*)。ある物を、[その物と同じ]種類で再び受領すればよいという条件のもとで譲渡すること（例えば、穀物と穀物との、金銭と金銭との）。
 - II [物あるいは労務の] 賃借契約（賃約 *locatio conductio*)
 - a) 私の物を他の人に、それを使用させるために賃借する（賃貸借 *locatio rei*)。この私の物の賃借は、もしそれが [その物と同じ]種類でしか返還されえないときは、負担的契約として、利息を付すことができる（利息の約束 *pactum usurarium*)。
 - β) 雇用契約（*locatio operae*)、すなわち、ある一定の対価（賃金

merces) のために、私の労働力の使用を他人に認めること。このような契約にもとづく労働者は、賃金労働者 (mercenarius) である。

γ) 代理契約 (委任 mandatum)。他人の代わりに他人の名義で事務を遂行すること。この遂行は、もしそれが他人の代わりにおこなわれているだけで、同時に、他人 (本人 der Vertretene) の名義でおこなわれているわけではないならば、依頼のない事務の遂行 (事務管理 gestio negotii) である。他方で、もし他人の名義でおこなわれているならば、委任と呼ばれる。委任は、この箇所では、すなわち賃借契約であるときは、負担的契約である (負担的委任 mandatum onerosum)。

C 担保契約 (担保 cautio)

- a) 質物の提供および受領をまとめて (質 pignus)
- b) 他人の約束に対する保証 (信命 fideiussio)
- c) 人質³⁷ (praestatio obsidis)

このリストから、カントもまた消費貸借の位置付けに苦心していることが分かる。消費貸借は、無利息の場合と利息付の場合とで異なる契約類型に割り当てられており、無利息の場合は「譲渡契約 (Veräußerungsvertrag)」, 利息付の場合は「賃借契約 (Verdingungsvertrag)」となっている。この分類は、はたして適切であろうか。

まず、無利息消費貸借について見てみよう。「取得 (Erwerb)」という概念を基準にしたとき、無利息消費貸借は「譲渡契約」と解さざるをえない。なぜなら、貸主も借主も、代替物の所有権を取得し合っているからである。したがって、カントが取得を基準にすると述べている以上、無利息消費貸借を譲渡契約に分類することは演繹的帰結である。

では、利息付消費貸借の場合は、どうであろうか。ここで重要なのは、カントにおける「賃借契約」の概念である。カント自身はこれを定

義していないが、カタログ全体から推測するに、賃借契約とは、所有物の使用の認容あるいは労務の提供（これも労働力を自己所有物とみなせば所有物の使用の認容である）に対して対価を支払う契約である。前者について、目的物が非代替物であるときは賃貸借、代替物であるときは利息付消費貸借となる。

このとき、カントは、非代替物の賃料と代替物の利息とをパラレルに捉えている。その帰結として、代替物の貸与であれ非代替物の貸与であれ、それに対価が支払われる限りは賃借契約としてまとめることができる。これは、トマジウスやヴォルフにおいても見られなかった洞察であり、この点に限っては適切である。

2. カントの契約カタログの分析：アッヘンバルとの比較から

ところで、この洞察は、カントのオリジナルではなく、ゴトフリート・アッヘンバル (Gottfried ACHENWALL, 1719-1772年) からアイデアを借用しつつ、独自に発展させたものであると推察される。というのも、カントが講義に用いていたアッヘンバルの教科書『自然法 (*Ius naturae*, 1758年〔第4版〕)』には、「消費貸借として与えられた物の使用に対して借主が約束する『対価 (pretium)』は『利息 (usura)』である³⁸」という記述が見られるからである。しかも、アッヘンバル自身が、「他人に物の使用を認めることは、好意でもできるが、一定の対価のために認めることもできる。前者からは使用貸借が生じ(第210節)、後者からは賃貸借が生じる(第217節)。同様の理由から、消費貸借は、恩惠的約束であることも負担的約束であることも可能である。前者のケースにおいて、消費貸借は使用貸借と比較することができ、後者のケースにおいては賃貸借と比較することができる。……(中略)……したがって、利息は『賃料 (merces)』と比較可能である」と解説している³⁹。つまり、譲渡契約と賃借契約の区分はカント独自のものであるが、使用貸借／賃貸借と無利息消費貸借／利息付消費貸借の並置が可能であ

るという発想は、アッヘンバルに由来している。

では、カントの理論はアッヘンバルの学説を単に発展させただけのものであろうか。そうではない。無利息消費貸借の理解をめぐって、カントとアッヘンバルとのあいだには大きな隔たりがある。というのも、アッヘンバルは、無利息消費貸借を売買と同じ類型に割り振っていないからである。このことを確認するため、アッヘンバルにおける「好意的約束 (pactum gratuitum)」と「負担的約束 (pactum onerosum)」の定義を見ておこう。

好意的に給付するのは、自分が相手方に給付したものの対価として、相手方から何も受け取らない人である。他方で、相互的に給付するのは、両者のどちらもが、自分が相手方に給付したものの対価として、何かを相手方から受け取る人々である。好意的に給付する義務負担の申し出（好意的な義務負担の申し出）を含む約束は、好意的約束（恩恵的約束）である。相互的に給付する義務負担の申し出（相互的な義務負担⁴⁰の申し出）を含む約束は、負担的約束（交換的約束）である。

この箇所において、アッヘンバルは、グロチウスが用いていた「交換的 (permutatorius)」「恩恵的 (beneficus)」という概念と、プーフェンドルフが用いていた「負担的 (onerosus)」「好意的 (gratuitus)」という概念とを同一のものと理解している。そして、給付の対価を受け取る約束を「交換的」ないし「負担的」と呼び、受け取らない約束を「恩恵的」ないし「好意的」と定義している。これは、18世紀中葉に有償・無償の区分が固まり始めていたことを示唆している。

アッヘンバルは無利息消費貸借を好意的約束に分類したのであるから、貸主は対価を受け取っておらず、無利息消費貸借と売買とは異なる類型に属することになる。両者を同じ譲渡契約に割り当てたカントとの

決定的な差異は、アッヘンバルが対価の有無に着目したのに対して、カントが所有権の移転の有無に着目した点にある。しかし、既にトマジウス＝ヴォルフの系列において明らかになったように、代替物の特性とは、同種同量同質の物が返還された場合、同一物が返還されたとみなされることにあった。カントは、18世紀前半の法学者が練り上げた代替物概念の把握に失敗しているように思われる。

36 本稿は、『法論』について Suhrkamp 版に記載されている A 版（第1版）の頁数に依った。本稿の執筆にあたって第1版を選んだ理由は、「貸借契約 (Verdingungsvertrag)」という分類が第2版では「結合契約 (Verbindungsvertrag)」に変わっており、別稿を必要とする判断したからである。このため、Akademie 版に依っている吉澤傳三郎＝尾田幸雄〔訳〕『カント全集 第11巻』（理想社、1969年）および樽井正義＝池尾恭一〔訳〕『カント全集 11 人倫の形而上学』（岩波書店、2002年）の表記とは異なることに注意されたい。本稿では、これらの日本語訳も参照したうえで、私訳を掲載している。頁数を照合する場合には、Immanuel KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Frankfurt am Main : Suhrkamp, 2014 を参照していただきたい。

37 Die persönliche Verbürgung が「人質 (ôtage)」であると明確に解釈したものととして、Georg Samuel Albert MELLIN et al., *Encyclopädisches Wörterbuch der kritischen Philosophie; oder, Versuch einer fasslichen und vollständigen Erklärung der in Kants kritischen und dogmatischen Schriften enthaltenen Begriffe und Sätze*, Bd. 6., Jena und Leipzig : Frommann, 1804, S. 34. がある。

38 Gottfried ACHENWALL, *Ius naturae*, 4. Aufl., Goettingae : Sumtibus Victoriniae Bossigellii, 1758, lib. 1. s. 2. tit. 9. §. 220., S. 190.

39 ACHENWALL, a. a. O. (Anm. 38), lib. 1. s. 2. tit. 9. §. 220., SS. 189-190.

40 ACHENWALL, a. a. O. (Anm. 38), lib. 1. s. 2. tit. 8. §. 198., S. 172.

VII. まとめ

以上、有償・無償契約という概念が、近世自然法論においてどのように形成されて行ったのかを、複数の論者に焦点を当てながら概観した。

当時の自然法論者たちはこれを交換的・恩恵的契約あるいは負担的・好意的契約のように、我が国の民法学とは異なる名称で呼んでいた。この名称にもとづいて整理された契約カタログも、現代のそれとは一致していなかった。とりわけ、消費貸借においては当事者間で所有権が相互に移転するので、たとえ無利息であっても、これを売買と同じ類型に含める見解が当初は優勢であった。しかも、売買と消費貸借との比較は、利息を禁止する目的で中世に導入された分類であり、消費貸借の性質の分析から導き出されたものではなかった。17世紀の自然法論を代表するグロチウスおよびプーフENDORFも、この見解に立脚した契約カタログを提示していた。

このような前近代的な契約カタログを初めて打破したのは、プロイセンの自然法論者クリスティアン・トマジウスであった。彼は、同種同量同質の代替物が返還されたときは、所有権の移転が介在する場合であっても、同一物が返還されたものとみなされると考えた。これによって、無利息消費貸借は、売買ではなく使用貸借と同じ類型に属することとなった。一世代後のクリスティアン・ヴォルフは、この代替物の性質を徹底させて、「消費貸借 (mutuum)」とは無利息の場合のみを云い、利息付の代替物の貸与には「融資契約 (contractus faenebris)」と名付けるように説いた。また、18世紀中頃になると、契約分類の基準を対価性に求める論者が現れ始めた。カントが参照したアッヘンバルは、その代表例である。哲学者のカントは、トマジウス＝ヴォルフが組み上げた代替物理論の継承には失敗したが、「賃借契約 (Verdingungsvertrag)」という新しい上位概念を考案した。これによって、賃借借と利息付消費貸借は同じ貸借関係に含まれるという、我が国においても馴染みのある捉え方が成立した。

以上の歴史的叙述から、我が国の民法学に対する2つの有益な結論が得られる。第一に、消費貸借の位置付けについて、トマジウス＝ヴォルフの系譜が明らかにしたように、代替物を無利息で貸与する契約と利息

付で貸与する契約とは、その本質からして異なる2つの類型である。我が国の民法典は、契約類型について13の節を設けているが、契約の性質に鑑みれば、典型契約は全部で14種類である。すなわち、第5節「消費貸借」が同時に2つの契約類型を規律している。このことの具体的な現れのひとつが、諾成的消費貸借の可否を巡るかつての論争であったのかもしれない⁴¹。そうであるとすれば、今回の債権法改正における587条の2や591条3項の適用においても、無利息消費貸借と利息付消費貸借とのあいだで異なる解釈が成立する余地があるのではなかろうか。

第二に、契約の分類方法について、各契約の客観的給付関係を分析することは、その類型化にあたって重要な作業であった⁴²。しかし、カントの契約カタログの問題点から明らかになったように、客観的給付関係の分析基準として所有権の移転に着目することは不適切であった。所有権の移転に焦点を当てると、売買と消費貸借が同一の類型に割り振られてしまうからである。契約を分析するにあたって真に着目に値する客観的給付関係とは何か、ということを経後の課題とした上で、本稿を終えたい。

以上

41 諾成的消費貸借を認めるか否かという問題を巡っては、長い学説史が形成されている。その議論の過程において、無利息消費貸借については要物性を維持しつつ、利息付消費貸借についてのみ諾成的な成立を認めても良いのではないか、という区別が主張され始めた。この経緯に関しては、椿久美子「要物的消費貸借・諾成的消費貸借・消費貸借予約の効力と相互関係」『中央学院大学法学論叢』284-291頁（中央学院大学、2000年）を参照。

42 拙稿「ローマ法および近世自然法論における契約類型の諸機能：多角・三角取引の分析に向けた法史学からの予備的考察」『朝日大学法学部開設三〇周年記念論文集』63-64頁（成文堂、2018年）を参照。