

使用貸借の解約

——使用貸主の「必要性」に関する基礎的考察——

後 藤 泰 一

目 次

- 一 はじめに——問題の所在
- 二 わが立法者の見解
- 三 ドイツ民法六〇五条一号の告知権
- 四 使用貸借の基礎的觀念——ドイツ法と日本法との拘束力の差異
- 五 結びにかえて——ドイツ法による日本法への示唆

一 はじめに——問題の所在

1 A (使用貸主) は、その所有する建物を、返還の時期を定め、B (使用借主) に無償で貸与——使用貸借——したとしよう。ところが、その後、Aに予期しなかつた事情が生じ、右建物をAが自ら使用する必要に迫られたために、存続期間の満了前に建物を取り戻さなければ、かなりの不利益を被ることになるといふような場合——例えば、自ら使用するのでなければ、自己の生活、または営業に困難を来すことになるか、あるいは、扶養義務の履行のため扶養権利者を引き取って、右建物に住まわせるのでなければ、自己の生活、営業が困難になるといふような場合——に、Aは建物の必要性を理由にして、使用貸借契約を解約し(解約の申入) 解約

告知)、建物を取り戻すことは許されるのであろうか。また、A Bが返還時期を定めなかつた場合、民法は、契約に定めた目的に従つてBが使用収益を終わつたときに使用貸借は終了する(民法五九七条二項本文)とし、それ以前であっても、使用収益をなすに足るべき期間を経過したときは、Aは直ちに返還を請求する(解約告知+返還請求)ことができる(民法五九七条二項但書)としているが、それでは、Bが、民法五九七条二項本文のいう使用収益を終わつていない——かといつて、同条二項但書の使用収益をなすに足るべき期間を経過しているともいえない——ような場合に、Aは、前述したような必要性を理由にして、使用貸借を解約し建物を取り戻すことが許されるのであろうか。

このような問題は、動産よりも、むしろ一般的に経済的価値の高い不動産の使用貸借、それもとくに宅地とか家屋のように居住に係してくると、使用貸主、使用借主双方にとって、その利害をめぐり大きな関心事となつてこよう。

2 わが民法は、右の問題に対処する規定を格別置いていない。それに対して、諸外国の立法例では、とくに明文規定を置いて、使用貸主の告知権あるいは返還請求権を認めるとするものが多い。

例えば、ドイツ民法六〇五条一号は、「貸主が予見せられざりし事情によりて貸与物を必要とするに至ったとき」は、貸主は使用貸借を告知することができるとしている。⁽¹⁾

また、フランス民法一八八九条は、「然レドモ貸借期間中又ハ借主ノ必要ナキニ至ラザル中ト雖モ、貸主ニ付其ノ物ニ対スル急迫且予見シ得ザル必要生ジタルトキハ、判事ハ事情ニ依リ借主ニ物ノ返還ヲ命ズルコトヲ得。」としている。⁽²⁾

スイス債務法三〇九条二項も、「貸主は……予見しなかつた事情により、自己のために物を緊急に必要とするときは、物の返還を請求することができる」と規定している。

さらに、イタリア民法一八〇九条二項も、「その約定期間中または使用借人がその物の使用を終る前に、使用貸主に緊急且つ予期しない必要が生じた場合には、貸主は直ちにその物の返還を要求することができる。」としている。

ただ、オーストリア民法九七六条は、これらの立法例と異なり、「期間の経過前および使用終了前に、貸主自身に貸与物の必要を生じたとしても、貸主は明示の取り決め〔あるいは明示の申し合わせ——*ausdrückliche Verabredung*〕なしには、〔期間の経過および使用の終了〕前に物を取り戻す権利を有しない。」⁽³⁾〔内・後藤〕としている。

わが民法は、オーストリア民法のような明文をもって否定しているわけではないけれども、使用貸主のかかる返還請求権を認めていない点で、オーストリア民法と同じ立場にあるといえる。もちろん、わが民法のもとでも、オーストリア民法のように、「明示の取り決めないし申し合わせ」——例えば、「必要が生じたときに返還する」というような特約ないし解除条件——があれば（ただし、そ

の特約が公序良俗に反したり、または特約にもとづく返還請求が信義則に反しない限り、あるいは権利の濫用とならない限り）取り戻せるであろう。ただ、一度成立した使用貸借契約が、使用貸主の事情によって、いつ解消されるか分らないというのでは、法的安定を欠くという不安もある。その限りでは、オーストリア民法の立場はそれなりの意味をもっている。しかし、それ以上に、使用貸借関係を継続させることが、使用貸主にとって酷な結果になる場合も考えておく必要がある。そのような場合には、ドイツやフランス、スイスの立法例のように、使用貸借の解約（告知）・貸与物の返還請求を認めることが公平であるといえる。

3 ところで、これまで指摘してきた問題の解決には、使用貸借が無償契約であることから、贈与と同様に、法的規範領域のみならず、倫理的ないし法外的規範領域をも視野に入れておく必要がある。

そもそも、使用貸借や贈与のような無償契約の背後には、賃貸借や売買のような有償契約にはみられない、無償を導くところの様々な動機・事情が存在するといわれている。それは、例えば、純粹に好意・恩愛・愛情・友情によるものであったり、また、名譽、威信、礼讓によるものもある。あるいは、感謝のしるし、義理を果たすため、恩に報いるためといったような、いわば従前の有形・無形の給付に対する「お返し」——それは一種の義務感を伴うことが多い——のような場合もある。あるいはまた、相手方による有形・無形の給付を期待して、という場合もある。これらは、いわゆる「恒常的人間関係の流出物」⁽⁵⁾であり、あかの他人とは異なる特別の人間関係を基礎にしている。したがって、無償契約における当事者は、お互い限られてくる。とすれば、そのような当事者としてみれば、実

際に「訴訟を起こして判決を取ったり、それで強制執行をしたりすることには抵抗感がある。そこで無償契約については、取消や撤回や解除を緩やかに認めることにして、その拘束力を弱め、社会通念に即した解決をはかる」⁽⁶⁾ことが必要になってくるものと思われる。

4 このようにみても、本稿の初めに掲げた問題は、使用貸借のみならず、広く無償契約に特有な法理（法規範原理）の一つとして位置づけて考えてみるべきもののように思われる（ただ、本稿では、無償契約の典型である贈与についてのみ関連づけてみていくことにしたい）。

ところで、外国の立法例をみると、無償契約の大きな特色として、①まず贈与について、その効力は、「必ずしも確定不動のもの」とされることなく、後で廃棄される場合が認められ⁽⁷⁾ており、法的効力ないし拘束力は弱められていることがあげられる。例えば、子の事後出生による撤回を認めたり（フランス民法九六〇条）、贈与者またはその家族の生活困窮による贈与の履行拒否——必需の抗弁——、または履行後における返還請求——必需による返還請求——を認めている（ドイツ民法五一九条、五二八条。またスイス債務法二五〇条もこれと同旨）。さらに、忘恩行為による贈与の撤回も認められている（ドイツ民法五三〇条、フランス民法九五五条、スイス債務法二四九条）。⁽⁸⁾②そして、無償の継続的債権関係である使用貸借については、すでにみてきたように、その解約が有償契約よりも比較的容易に——使用貸主の（急迫・緊急の）必要性を理由として——認められ、拘束力が弱められている。

このように、贈与と使用貸借において法的取扱いが類似しているのは、両者とも単に無償であるという以上に、両者が機能的に類似していることによるからであろう。すなわち、「使用貸借は、使

用の利益や収益を無償で借主に与える契約であるから、広い意味においては贈与である」⁽⁹⁾といえるからである（ドイツ民法においては、使用貸借を、「独自に規定された、贈与の特別な種類」とか、「特別に規定された好意契約」とか説明するものもみられる）。⁽¹⁰⁾

ところが、わが民法には、右のような外国の立法例に相当する規定は何一つ置かれていない。この点について、学説上注目すべき指摘がなされている。例えば、於保不二雄教授は、つぎのようにいわれる。

「思うに、贈与は、恩愛関係によるものであるから、贈与者や家族の生活が困窮したり恩愛関係が裏切られたときは、その原因がなくなることになる。したがって、共同体意識や社会的道義感からすれば、右のような悔返えしはむしろ当然のことのようにみえる。かといって、この悔返えしを法律上の権利として『訴訟沙汰』とすることを認むべきか、ということになると自ら問題は別となる。そのため、社会的権利意識・個人主義思想の高度化を必要とする。わが民法が悔返権を認めていないのは、それだけ贈与における共同体的地盤なり道義的性格が強いことを示す証差であるといえる。しかし、わが国にあっては、現在では、社会的事情がかなり変ってきている。だから、具体的事情によっては、悔返権の留保なり解除条件の黙示の特約の存在を認定すべきではあるまいか。」⁽¹¹⁾と。そして、さらに、使用貸借について、

「外国の立法例においては、期限の定めがある場合でも、予測しなかった緊急の需要を生じたときは、無償利益の授与者にも、期限前の返還請求を許している。わが民法は、このことについても規定するところがない。しかし、わが国でも、これは他山の石として参考せらるべきである。」⁽¹²⁾とされる。

また山中康雄教授は、つぎのようにいわれる。

ドイツ民法は、忘恩行為による贈与の撤回権、必需の抗弁権、必需による返還請求権を規定しているが、「これは無償契約なるがゆえの法理であり、私は、この法理をわが民法の贈与にも認むべきだと考へるのであるが、この法理は、使用貸借にもこれに相当する規定がないかぎり、これを準用すべきだと思ふ。ところが、ドイツ民法六〇五条一号……やフランス民法一八八九条……は、貸主に自己使用の必要その他止むを得ざる必要がある時の契約解除権を認める。わが民法にはかかる規定を欠く。それは、無償で貸しているのだから、かかる必要がある場合にも貸主はなお忍ばねばならぬとする理由はないとすることによるものであらう。そうだとしたら、私はわが民法についても、この法理を認むべきものと思ふ。そして私は、上の急迫かつ予定しえざる必要としては、……貸主が、解約して自ら使用し、または被扶養家族を住まわせるのでなければ、自己の家庭の生活が困難になり、あるいは扶養義務の履行が困難となる場合、あるいは無償契約を締結してもらうに至った借主の貸主に対する特別の信義関係を破壊する行為（忘恩行為はそのひとつ）である」を借主が貸主に対する関係でなした場合などがこれである。」とされる。

このようにみると、なおのこと、使用貸主の予見しなかった（急迫の）必要性による解約・返還請求という問題——それは、滅多に起きるようなものではないかも知れないけれども（本稿五の注（5）参照）——も、「無償契約全体に通じる理論と解釈」の一端として捉えながら考へてみるのも意味のないことではないと思つたのが本稿のきっかけである。

5 以上のような点を踏まえながら、本稿の初めに取り上げた問

題を考へていくためには、予備的に以下のような作業が必要とならう。まず、①わが民法の起草者が、右の問題に対処するドイツ法やフランス法のような規定をなぜ置かなかつたのか——これはいいかえれば、わが起草者は、使用貸借（そして贈与も含む無償契約）そのものを、基本的にとどのよう捉えていたのか、あるいは観念づけていたのかという問題でもある——という点の考察、つぎに、②それに対して、わが使用貸借の規定と比較してみ、全体的にかなり近い構成を採っているドイツ民法では、使用貸主のかかる解約がなぜ認められたのか、また、それを認めるための基準・要件はどのようなものであるのかについての考察が必要になる。そして、③右①②を通して、使用貸借についての日本法とドイツ法との基礎的觀念の差異を明らかにしつつ、またそれは贈与とどのように関連しているのかを探ってみる必要がある。そうすることによって（無償契約全体に通じる解釈・法理の一つとしての）使用貸主の必要性にもとづく解約・返還請求に関する問題点が明らかになってくるであろうし、また、わが民法のもとで実際の、具体的な解釈・法的構成を考へていくための手がかりが得られるものと思われる。したがって、本稿は、冒頭に掲げた問題を解決するための予備的・基礎的作業となるものである。

(1) ドイツ民法六〇五条は、使用貸主が告知をなしうる場合として、一号のほかに、借主の用法違反及び物の毀損（二号）、借主の死亡（三号）を規定している。なおこの点につき、本稿三—一を参照。

(2) フランス民法一八八八条は、「貸主ハ当事者間ニ定メタル期限ヲ経過シタルトキ、又ハ其ノ期限ノ合意ナキトキハ借受ケタル目的ノ用法ニ使用セラレタル後ニ非ザレバ目的物ヲ取戻スコトヲ得ズ。」と規定

- している(『現代外国法典叢書』の「仏蘭西民法」[IV]より)。
- (3) スイス債務法については、Egger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, 1986, を参照した。イタリア民法については、風間鶴寿訳『全訳イタリア民法』(法律文化社・昭49)を参照した。オーストリア民法については、Werner Doralt, KODEX des Österreichischen Rechts, Bürgerliches Recht, 1980, を参照した。
- (4) 広中俊雄『債権各論講義』第五版(有斐閣・昭54)二九頁によれば、「……贈与は、近代社会では、本来的に(市民的な)好意・感謝等々の法外的規範領域の問題たるにとどまるべきものとなってゆき、且つ、法的には無償の行為として確立されるに至ったのである。」とされる。また、於保不二雄教授は、「贈与契約がなされた場合でも、その全体的関係の一半は法而前の非法律的關係であって、いわば、片足は法世界にありながら片足は非法律の世界に残されているというか、非法律的の道義的關係から法律關係へと移行する過渡点にあるというか、法關係と道義關係とが重疊したような關係、したがって、いわゆる自然債務關係という構成に親しみやすい關係にある」とされる(於保「無償契約の特質」・『契約法大系I』(有斐閣・昭36)所収七七頁)。
- (5) 広中・前掲『債権各論講義』二六頁、二九〇頁、一一八頁参照。同『契約とその法的保護』増補版(創文社・昭62)八〇頁参照。さらに、鈴木祿弥『居住権論』新版(有斐閣・昭56)八二頁注(29)も参照。
- (6) 加藤一郎「贈与と使用貸借」新版・民法演習4債権各論(有斐閣・昭55)五六頁参照。
- (7) 於保・前掲「無償契約の特質」八〇～八一頁。
- (8) 忘恩行為による贈与の撤回については、以下の文献を参照された。来栖三郎「日本の贈与法」比較法学会編『贈与の研究』(有斐閣・昭33)所収四六頁以下、同『契約法』法律学全集21(有斐閣・昭49)二四六頁以下、広中俊雄「贈与」・『民法論集』(東大出版会・昭55)所収六八頁以下、加藤永一「履行済みの贈与が撤回される場合があるか」民法の争点(ジュリスト増刊・昭53)二三七頁以下、加藤一郎「忘恩行為と贈与の効力」法学教室一六号(昭57)七〇頁以下、後藤泰一「忘恩行為にもとづく贈与の撤回——ドイツ法を通して——」民法雑誌第九一卷第六号(昭60)一頁以下、同「忘恩行為と贈与の撤回」信州大学教養部紀要第一九号(昭60)一頁以下、加藤佳子「忘恩行為による贈与の撤回——フランス法を中心として——」法政論集第一一三九頁以下、同一一四号一四七頁以下。
- (9) 谷口知平「土地の使用貸借と返還時期」新版・判例演習民法4債権各論(有斐閣・昭59)七五頁。
- (10) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 1980, S. 943, §598 Anm. 1. なお、本稿四一の注(2)を参照。
- (11) 於保・前掲「無償契約の特質」八一頁。
- (12) 於保・同前八三頁。
- (13) 山中康雄『注釈民法』(有斐閣・昭50)七四頁。なお、山中教授は、使用借主の忘恩行為があった場合を、急迫かつ予見しえざる必要の一事例としてあげられているようであるが、これに対し、来栖教授は、右の場合を、法的構成としては、「已ムコトヲ得サル事由」に当るという解釈によって使用貸主の解約を認めようとする(来栖・前掲『契約法』四〇三頁)。また、広中教授は、民法五九四条三項の解除につき——「忘恩行為」とはいわれないけれども——、「借主に、貸主の信頼を裏切るような行為があっても、その行為が貸主に対する借主としての法律上の義務に違反する行為でないかぎり、当該使用貸借契約の基礎をなす『信頼関係』は破壊されたことにならず、したがって『解除』は許されない。」といわれ(広中・前掲『債権各論講義』一二六頁)、使用貸借の基礎をなす信頼関係を破壊するほどの行為——法律上の義務違反に当る行為——についての民法五九四条三項の

(類推)適用を示唆される。使用借主に忘恩行為があったときに、使用貸借の解約を認めるかどうか、認めるとすれば、その法的根拠は何か(法的構成をどうするか)について問題が出てくるが、私は、忘恩行為による使用貸借の解約を認め、そして、その法的構成としては、「已ムコトヲ得サル事由」による解約——例えば民法六六三条二項の寄託物の返還時期に関する規定の類推適用——による解決も可能ではないかと考える。そして、さらにこの規定は、使用貸借の必要性による解約を認める場合の法的根拠としても類推適用しうるのではなからうかと考えている。なお、この点については、今後の研究に譲ることにした。

(14) 加藤一郎・前掲「贈与と使用貸借」五七頁。

二 わが立法者の見解

それでは、わが民法典において、ドイツ法やフランス法にみるような、使用貸借の予見(予期)しなかつた緊急・急迫の必要性による解約(告知)権ないし返還請求権が採用されなかつたのは、一体どのような理由によるものであったのだろうか。この点についての立法者の見解をみてみることにしよう。

まず、旧民法(ボアソナード民法)財産取得編(第九章「使用貸借」第二節「使用貸借ヨリ生シ又ハ黙示ニテ借主ニ許シタル期限内第二〇三条では、「貸主ハ明示又ハ黙示ニテ借主ニ許シタル期限内ニ貸付物ノ返還ヲ要求スルコトヲ得ス」(一項)と規定し、さらに「然レトモ其物ニ付キ急迫ニシテ且予期セサル要用ノ生シタルトキハ貸主ハ裁判所ニ請求シテ期限内ニ一時又ハ永久ノ返還ヲ為サシムルコトヲ得」(二項)と規定していた(この規定の構成は、フランス民法一八八八条、一八八九条とほぼ同じである)。

ところが、旧民法の修正事業を遂行すべく設置された法典調査会

において、右二〇三条の規定を削除する旨の案が提出された。起草委員の一人であった富井政章博士は、その理由をつぎのように説明している。

「是レハ最モ多クノ国ノ法典ニアル規定デアリマス是ハ使用貸借ト云フモノハ恩恵的ノ契約デアツテ即チ成ル可ク契約ハ結シダトハ言ヘドノ貸主ニモ損害ヲ生ジナイヤウニスベキモノデアルト云フ所カラ出来タ規定デアラウト思フ併シ乍ラ幾ラ無償ノ契約デアツテモ一旦契約ヲ為シテサウシテ貸主ガ或時期ニ返スト云フ約束ガ出来タ以上ハ……貸主ノ都合デ何時返スト言ハレルカ知ラヌト云フコトデアツテハ如何ニ報酬ノナイ契約デアツテモソレハ借主ニ取ツテハ非常ニ迷惑ニナルコトガアラウスウ云フコトハ既ニ贈与ニ付テモ成ルベクナイヤウニシタノデ是ハ例ノ多イ規定デアリマスケレドモ如何ニモ契約上ノ拘束ト云フモノガナクナツテ仕舞ヒマスカラ是レハ思ヒ切ツテ置カナイト云フコトニシマシタ。」⁽¹⁾

右の説明によれば、旧民法を削除した理由は、要するに、もしそれを認めれば、いくら無償の契約とはいえ「借主ニ取ツテハ非常ニ迷惑」なことになり、「如何ニモ契約上ノ拘束ト云フモノガナクナツテ仕舞」うからというのである。そして、このことは、贈与においても同じように考えた——「既ニ贈与ニ付テモ成ルベクナイヤウニシタ」——という点に注意しなければならない。これは、諸外国の、贈与における忘恩行為による撤回、必需の抗弁、必需による返還請求、子の事後出生による撤回を認める立法例を念頭に置き、そういう規定は右と同じ理由から採用しなかつたというところについての言及であると考えられる。つまり、使用貸借も贈与も、使用貸主、贈与者側の必要ないし必需という都合・事情による取り戻しを認めないという点で基本的に同じ態度で臨んでいるといえる。

右の富井博士の説明に対して、箕作麟祥は、わが国の慣例からしても旧民法二〇三条のような規定は必要なのではないかという趣旨のつぎのような質問をしている。

旧民法二〇三条の「二項杯ノ慣例ハ随分アリマスマイカ人ノ物ヲ只貸シタ恩惠的デ貸シタ然ルニ貸主ノ方ニ急迫ニシテ且予期セサル要用ノ生ジタルトキハ……其当事者ノ意思ヲ推測シタラサウ云フコトガアレバ貸スノデナカツタ急迫ニ迫ツタカラ返シテ呉レト云フ場合ニ日本ノ慣例ハドウデコザイマスカ私ハ比条ハ必要デハナイカト思ヒマスガドンナモノデアリマスカ。」⁽²⁾

この質問に対して、富井博士はつぎのように答えている。

「……無論返還ノ時期ガ定メテアル場合ニ時期ノ至ラナイ内ニサウ云フ必要ガ起ツタ是レハ只借主ガ其物ヲ貸主ニ返スト云フ丈ケノ結果ナラバ夫レ丈ケノコトデ宜カラウト思ヒマスケレドモ借主ハ……サウ云フモノヲ借りテ店ニ置イテ置ケバコソ初メテ商業ガ出来ルト云フヤウナ場合ガ幾ラモアルソレヲ只契約ノ当事者ノ一方ノ都合デ何時ドウナルカ分ラヌ其使用權ト云フモノハ一寸先ハ丸デナクナルカ分ラヌト云フヤウナコトデハ非常ニ薄弱ナモノモアリマスソレデ初メカラ無償デアツテモ是レ丈ケノ貸ストシタ契約ハドウシテモ是丈ケノコトハ守ラナケレバナラヌ是丈ケノ覚悟デナケレバ貸スコトガ出来ヌト云フコトニシタ方ガ確定デ宜カラウト云フ考ヘデアル。」⁽³⁾

つまり、右の説明の趣旨は、使用借主の使用の権利というものを「非常ニ薄弱」なものにすることはできないのであって、たとえ無償であっても、契約で期限を定めた以上は、それを「守ラナケレバナラ」ないということが強調されている。

さらに、つぎのような質問（磯部四郎発言）も出された。

「……使用貸借ト云フモノハ二項ノヤウナ急迫ニシテ且予期セサル要用ト云フヤウナコトハ容易ニ生シナイケレドモ二百三条ノ二項ノヤウナコトハ今日ノ慣習ヲ為シテ居ルカラ必要ナコトガアレバ返シテ呉レルカラ宜シイト云フノデ誠ニ滑ラカニ互ニ懇意ノ間ニハ入用ノ物ヲ貸与ヘテ用使ラスト云フコトガアルソレヲドンナ必要ガアツテモ返シテ貰ウコトガ出来ヌト云フコトニナルト多クノ場合ニハ使用貸借ノ実行ト云フモノヲ禁ズルコトガアリハシナイカト云フ考ヘデアリマス……。」⁽⁴⁾

これに対して、富井博士はつぎのように答えている。

「實際ノコトハ能ク考ヘテ見ナケレバ分リマセヌソレデ初メニハ本条ノ第三項トシテ書イテ見タノデアリマス併シ是レハナイ方ガ宜イト思ヒマシテ仕舞ニ削ツタノデアリマス其理由ハ今申シタ通り有名無実ノ權利シカ有シナイト云フ契約ハ法律ニ認メテ害ガ多カラウ借主ト雖モ然ウ云フ權利ヲ得タガ為メニトシテ迷惑ヲ来ス初メノ算外ノ結果ヲ生シテイツソ貸サナカツタ方ガ宜カラウト云フコトハアラウト考ヘタ尤モドツチニシテモ是レハ命令的ノ規定デハナイ……。」⁽⁵⁾

このように、法典調査会において、内容的に「旧慣を顧慮」⁽⁶⁾したと思われる質問も出されたが、結局、使用貸主にそのような取り戻しの権利を認めることは、使用借主の地位を「非常ニ薄弱ナモノ」にし、「有名無実」なものとしてしまうことになり、まさに「契約上ノ拘束」というものがなくなってしまうという点が強調されたのであった。

ところで、同じく起草委員の一人であった梅謙次郎博士は、『民法要義』において、使用貸借を片務契約でなく双務契約とみることの説明に関してであるが、使用借主の「権利」を強調してつぎのよ

うにいわれる。

「古来一般ノ学説ニ拠レハ使用貸借ハ唯借主ヲシテ返還ノ義務ヲ負ハシメ貸主ハ何等ノ義務ヲモ負ハサルモノトセリ蓋シ使用貸借ハ概ネ貸主ノ好意ニ因レルモノナルカ故ニ古代ノ法律ニ在リテハ借主ハ敢テ物ヲ使用スル權利ヲ有スルニ非ス唯貸主ノ好意カ変セサル限りハ徳義上借主ヲシテ物ノ使用ヲ為サシムルニ過キサルモノトシ即チ貸主ハ何時ニテモ物ノ返還ヲ求ムルコトヲ得ルモノトセシヲ以テ使用貸借ハ真ニ借主ニ義務ヲ負ハシムルノミニテ之ニ權利ヲ与ヘサリシモノト謂フヘシ然リト雖モ法律漸ク進歩スルニ及ヒテハ敢テ貸主カ故ナク物ノ返還ヲ求ムルコトヲ許サス唯自己ノ入用アルトキハ之ヲ求ムルコトヲ得ルモノトシ竟ニ普通ノ入用アルモ未タ返還ヲ求ムルコトヲ許サス唯臨時ノ必要ヲ生シタル場合ニ限り其返還ヲ促スコトヲ得ルモノトスルニ至レリ殊ニ新民法ニ於テハ貸主ハ自己ノ為メニ如何ナル必要アルモ敢テ契約ヲ無視シテ物ノ返還ヲ求ムルコトヲ得サルモノトセルカ故ニ借主ハ純然タル權利ヲ有スルコト敢テ疑ナシ……」と。

このように、富井、梅岡博士の説明によれば、契約の拘束力（ないし効力）、および使用借主の権利が強調され、その結果として使用借主（または使用貸借契約）の保護をはかろうとする姿勢がうかがわれるのである。それではなぜ、わが立法者は、外国の立法例に比して使用借主をより保護しようとしたのであろうか。それは、従来、主として贈与についてなされてきた以下の説明が、ここで参考になるものと考えられる。すなわち、その第一の理由は、来栖教授によれば、「日本民法典ではある意味で諸外国以上に自由契約の尊重が強調され、方式の自由の如きに至っては極めて徹底していることである。従って契約その自由契約の一律な抽象的形式尊重が有償

契約のみならず無償契約たる贈与をも厚く保護するという結果を生ぜしめたので、格別贈与そのものを厚く保護せんとする意図があったわけではないということが考えられないことはない。そして確かに、また日本民法典において贈与の保護の厚いことは自由契約の尊重と無関係ではない」とされる。

右の説明は、同じ無償契約である使用貸借にもいえるものと思われる。つまり、期限を定めた使用貸借契約（それは贈与と違って要物契約であり、方式の自由は制約されるが）が一旦成立した以上、それは尊重されねばならないとする近代的法意識の強調が、使用借主を保護する結果になったと考えることもできる（なお、わが民法の使用貸借は、その効力について、例えば、ドイツ民法にみるような使用貸主の責任を軽減する旨の規定も置かれていない——この点については、本稿四—1、2においてみていくことにする）。とすれば、使用貸主の予見しなかつた急迫の必要性による取り戻しを認めなかつたのは、権利義務を基礎とする契約の尊重という近代的法意識が強調されたこととまったく無関係ではないと考えられるのである。

それでは、使用貸主に「契約上ノ拘束」をなくしてしまふような——いかえれば使用借主の地位を「非常ニ薄弱ナモノ」にしてしまふような——権利を法律上認めることはできないとされたのは、右のような理由にのみよるものであつたのだろうか。さらにもう一つの理由として、——これも主として贈与について説かれていふことであるが——、わが国における伝統的な「協同体関係と協同体思想」からくる恩・義理といった觀念が、使用貸借にも影響していたからではなかつたのか、という点をあげることができよう。この点を確かめてみる必要があると思われる。すでにみてきたように、富井博士の説明によれば、使用貸借の拘束力ないし効力について、贈与

における取り扱いが念頭に置かれていた。来栖教授は、立法者は贈与を「軽いもの」とはみておらず、無償であってもこれを「軽視すべきではない」と意識された」と説明されるが、おそらく、これと同じ意識が使用貸借にもあったものと思われる。この点については、さらに本稿四―2で触れることにして、ここでは、とりあえず以下の点を指摘するに止めておこう。

ドイツ民法では、贈与も使用貸借も「好意契約」とされている(本稿四―1を参照)。それに対して、わが立法者の考えによれば、それらは、単に好意にもとづいてのみなされるだけでなく、恩とか義理といったもの——それは少なからず義務感を伴う「重いもの」であり、同時に、使用貸主の利益をある程度犠牲にしてでも守られねばならないという社会道義を内在する——への配慮が重視されたからではなからうか。そうであれば、たとえ使用貸主の予見しなかった急迫の必要性(使用貸主の都合)が生じたとしても、それによる取り戻しを権利として法律上認めることは社会道義に反し、「書ガ多」く適當ではないと意識されたとしても不思議ではない。要するに、使用貸主のかかる取り戻しを認めなかったのは、近代的法意識と、わが国特有の封建的規範意識とが結びついた結果によるともいえる。⁽¹³⁾

- (1) 法典調査会『民法議事速記録』(日本学術振興会贈与)三三卷七三丁裏～七四丁表。
- (2) 同前・七五丁裏～七六丁表。
- (3) 同前・七六丁表～七六丁裏。
- (4) 同前・七七丁表。
- (5) 同前・七七丁裏～七八丁表。また、岡松参太郎『註釈民法理由』下

巻・債権編(明32)次一九三～一九四頁では、「借主ハ一定ノ時期若クハ目的ヲ定メテ物ヲ借受ケタルニモ拘ラス不時ニ其返還ヲ請求セラル、コトアラハ借主ノ利益ヲ害スルコト極メテ大ナリ故ニ本法ハ此ノ如キ規定ヲ採用セス」と説明されている。

(6) 石井良助『法制史』体系日本史叢書4(山川出版・昭44)二九三頁。法典調査会は、「建前としては、……形式的には旧民法における立法技術上の拙劣さを克服するための努力が払われ、内容的には、第一に、旧慣を顧慮し、第二に、立法学説を参照するに努めた。」とされている(石井・同前二九三頁)。

(7) この説明の部分は、ローマ法上のプレカリウムを指しているものと思われる。なおプレカリウム(Precarium)とは、所有者(借主)が、援助のないし恩恵的に、いつでも自由に撤回しようするような形で相手方(容仮占有者プレカリスト)に無償で使用・収益をさせるために、主として土地を占有させる関係であり、所有者と容仮占有者との間に債権関係はなく、容仮占有者は所有者の撤回に対して何ら対抗できなかつたとされている(ミッタイス『ドイツ私法概説』世良晃志郎・廣中俊雄訳(創文社・昭51)一七四頁、一九九～二〇〇頁参照、マックス・カーザー『ローマ私法概説』柴田光蔵訳(創文社・昭54)一六三～一六四頁参照)。ところで、本文に引用した梅博士の説明に関連して、念のために以下の点を補っておこう。ドイツ民法第一草案五八八条は、自由に撤回しようる使用貸借として、とくにプレカリウムに関する規定(使用貸借ニ関スル規定ハ任意ノ取消権ヲ保留シテ物ノ無償使用ヲ他人ニ委付シタル場合ニ於テモ之ヲ適用ス)を置いていた(なお、ウィントシャイトによれば、プレカリウムに代わるドイツ語訳として、Bittvertrag, Bittleihe, Bittbesitz, Vergünstigung等がある)Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage, 1906, S. 598, Anm. 1)。しかし、民法典編纂第二委員会では、この規定は削除された。その理由は、「今日の、自由に撤回しよう

る使用貸借としてのプレカリウムは、単に使用貸借の一亜種にすぎず、五九四条(現五九八条)で定義された使用貸借の概念に含まれる。……五八八条の採用は、ただ使用貸借とプレカリウムとを区別したローマ法の過去の追憶(Reminszenz)によつてにすぎない。

この追憶を民法典の中で不朽のものとする必要性は存在しない。」とされた(Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band II, 1898, S. 276.)。このために「ローマ法のプレカリウムは、ドイツ民法典において、不朽的価値を有しないとみなされ、独自に規定されることなく、結局、使用貸借の中に吸収されてしまったのである(岡本詔治「無償利用契約論序説(九完)」島大法學第三〇巻一号一二二頁参照)。ただ、プレカリウムの名残りは、なおドイツ民法六〇四條三項——使用期間も使用目的も定めていない使用貸借——に見出すことができる」と指摘されている(Münchener, a. a. O., S. 953, §604 RdNr. 7.)。この指摘は、わが民法五九七條三項にも妥当しうるのである。

なお、オーストリア民法九七四條は、「期間も使用目的も定めがないときは、本来の契約ではなく、拘束力のない懇願貸与(プレカリウム)——*Bitteleihe (precarium)*——が成立し、貸主は任意に貸与物の返還を請求することができる」としている——Werner Doralt, a. a. O., S. 79, 146。

- (8) 梅謙次郎『民法要義』卷之三・債権編(大正元)訂正増補第三三版六〇七〜六〇八頁。
- (9) 来栖・前掲『契約法』二四六〜二四七頁。さうだ、同「日本の贈与法」四六頁、広中・前掲『債権各論講義』三一〜三二頁参照。ただし、これらは贈与についての説明である。
- (10) 来栖・前掲『契約法』二四七頁、広中・前掲『債権各論講義』三一〜三二頁。
- (11) 来栖・前掲「日本の贈与法」一八頁、於保・前掲「無償契約の特質」

八六頁参照。

(12) 来栖・前掲『契約法』二四七頁。

(13) この点に關しては、従来、主として贈与について指摘されている。例えば、来栖・前掲『契約法』二四七〜二四八頁、於保・前掲「無償契約の特質」八六頁、広中・前掲『債権各論講義』三一〜三二頁を参照。

三 ドイツ民法六〇五條一号の告知権

それでは、ドイツ民法六〇五條一号の「貸主が予見せらざりし事情によりて貸与物を必要とするに至ったとき」に使用貸主に告知を認めるという規定は、具体的にどのような要件・基準を伴うとされているのであろうか。また、この規定は、どのような理由で置かれたのであろうか。

1 ドイツ民法六〇五條全体の構成

まず、六〇五條全体は、使用貸借が告知をなしうる場合として、右の一号のほかに、二号「借主が物につき契約違反の使用をなし、とくに権利なくして第三者に使用を委し、また自己のなすべき注意の懈怠によつて、物を著しく危殆ならしめたるとき」、および三号「借主が死亡したるとき」と、三つの場合をまとめて規定した構成を採っている(二号はわが民法五九四條三項、三号は同じく五九四條に相当する⁽¹⁾)。この三つの告知は、よく「特別の告知(besondere Kündigung, ⁽²⁾ außerordentliche Kündigung)」と云われて、ドイツ民法六〇四條の告知と区別される。六〇四條二項、三項、四項の規定する貸与物返還請求(わが民法五九七條二項、三項に相当する)は、使用貸借の特性に由来するものであり、内容的には告知を意味している(または告知を前提としている)けれども、そこでは告知という用語は使用されず、六〇五條の場合のみを告知といつて

(4) 六〇五条のこの「特別の告知」が規定されたのは、とくに使用貸主の利他性 (Uneigennützigkeit) およびその基礎をなす個人の信頼関係が重ねて考慮されたためであるとされる。(5) その中でも、一号の告知は、使用貸借の特性 (無償性・好意性) を顕著に示すものであるといえる。

2 ドイツ民法六〇五条一号の具体的要件ないし基準

六〇五条一号は、具体的に以下の要件を必要とされている。

(1) まず、「必要性」についてであるが、それは、使用貸主の契約締結の際における「予見しなかった事情による (infolge eines nicht vorhergesehenen Umstandes)」必要性であることを要し、かつそれで十分であるとされている。(6) つまり、必要性を認識しなかったことについて、使用貸主に過失があったかどうか (予見しえたかどうか = 予見可能性) は重要ではないとするのが通説のようである。(7) ただプランク (Planck) は、使用貸主が使用を委ねる際に、重大な過失によって必要性を認識しなかったときには、ドイツ民法五九九条 (「貸主は故意及び重大な過失に付てのみ責任を負う」) の規定の適用によって、使用貸主に責任を負わせるべきだとする見解を示している。(8)(9)

(2) さらに、必要性は、「実際の」必要性が前提になるとされている。したがって、それは、使用貸主の単なる思いつき、気まぐれ (blöbe Laune) によるものであってはならない。ただ、必要性が急迫・緊急なものであるかどうかは重要ではないとされている。(11) この点、フランス法やスイス法の立場と異っている。

(3) また、告知は、六〇五条一号のいう要件、すなわち、予見しなかった事情による必要性と、時間的に一致していなければならぬ。かつて必要性が存在したとか、今後、いつかある時に必要とさ

れるということでは不十分である。(12)

(4) ただ、この告知権は、つきにみていくように、「公平 (または衡平)」を考慮して、とくに規定されたものであるから、使用借主の利害をまったく考慮しないというわけにはいかない。もちろん、基本的には、使用借主の利益を使用貸主の利益より優先させる必要はない。(13) (使用貸主の利益は使用借主の利益に優先する) (14) けれども、実際の具体的事案においては、「使用貸主の自需 (Eigenbedarf)」を理由とする告知は、使用借主の利害を公平に考慮してのみなされる必要がある(15)り、その限りにおいては、使用貸主の告知権は、信義則によって制約されることもある。(16)

3 ドイツ民法六〇五条一号の立法趣旨

それでは、六〇五条一号の規定は、なぜ置かれたのであろうか。民法典理由書によれば、この規定 (第一草案五五七条二号——現六〇五条一号に相当する) は、多くの立法例に合致するものとされ、ローマ法 (Codex——ユスチニアヌスの勅法集成——第四編第六章「貸約」法文第三条 (L. 3 cod. de loc. 4. 65.)) の規定や、プロイセン一般ラント法第一部二二章二三五条・二三六条、フランス民法一八八九条、ザクセン民法一一七四條、スイス民法三二六条 (現スイス債務法三〇九条二項に相当する) 等があげられている。そして、その立法趣旨によれば、これは、「公平の配慮 (Billigkeits-rücksichten)」にもとづいて、特別に規定されたものとされている。(19) すなわち、「公平の配慮にもとづくこの規定は、一つの好意 (Gefälligkeit) としての使用貸借の性質によって是認される」と考えられたのであった。そして、この第一草案五五七条二号の規定は、民法典編纂第二委員会においても維持され、とくに動議は出されなかったとされている。(21)

なお、第一草案において参考にしたとされているローマ法(Codex)の法文については、しきりの点に注意しておく必要があるであろう。民法理由書によれば、使用借主が契約に違反する使用をなした場合には、使用貸主からの告知を認めるとする規定(第一草案五七条一号—現六〇五条二号に相当)を置くに当たって参照した立法例のひとつとして「賃約」に関するCodexの法文(L. 3 Cod. de loc. 4. 65.)があげられているが、この法文は、やはり前述したように第一草案五七条二号(現六〇五条一号)を置くと際しても参照した立法例のひとつとしてあげられている。つまり、そこで参照されたローマ法は、使用貸借(commodatum)に関する規定ではなくて、賃貸借(賃約 locatio)に関する規定であった。⁽²³⁾

- (1) Esser/Weyers, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 6. Auflage, 1984, S. 196.
- (2) Münchener, a. a. O., S. 952, §604 Rdnr. 1. (Band 3).
- (3) ドイツ民法六〇四条は、次のように規定している。
 一項「借主は使用貸借に付き定めたる期間の経過後借用物を返還する義務を負う。」
 二項「期間の定めなきときは、借主が使用貸借の目的に適する使用をなしたる後に於て物を返還することを要す。借主が使用をなすこと得べかりし期間が経過したるときは、借主は使用の前と雖も物の返還を請求することを得。」
 三項「使用貸借の期間の定めなく且つ目的の定められざることを推知し得るときは、貸主は何時にても物の返還を請求することを得。」
 四項「借主が物の使用を第三者に委したるときは、貸主は使用貸借終了後に於て第三者からその物の返還を請求することを得。」
- (4) Esser/Weyers, a. a. O., ff. 195.

- (5) Esser/Weyers, a. a. O., S. 196.
- (6) Münchener, a. a. O., S. 953, §605 Rdnr. 1. (Band 3).
- (7) Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldverhältnisse, 2. Teil, §§433-610, 11. Auflage, 1955, S. 1051, §605 Rdnr. 6; Münchener, a. a. O., S. 953, §605 Rdnr. 1 (Band 3); Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 7. Auflage, 1975, S. 1331, §605 Rdnr. 2; Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht II §§516-704, 11. Auflage, 1980, S. 393, §605 Rdnr. 1.
- (8) Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II Band, 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil), 4. Auflage, 1928, S. 922, §605 4 a).
- (9) 上記「ドイツ民法」の見解に対しては、ドイツ民法六〇五条一号の „vorhergesehen“ の語の表現が、ドイツ語の „vorhergesehen“ であること、Münchener (—Hasse), a. a. O., S. 953, §605 Rdnr. 1. (Band 3). 及び、ドイツ民法六〇五条一号の „vorhergesehen“ の語の表現が、 „wenn er infolge eines nicht vorhergesehenen Umstandes der verliehenen Sache bedarf.“
- (10) Staudinger, a. a. O., S. 1051, §605 Rdnr. 6; Münchener, a. a. O., S. 953, §605 Rdnr. 1 (Band 3); Soergel, a. a. O., S. 393, §605 Rdnr. 1; Planck, a. a. O., S. 922, §605 4 a).
- (11) Staudinger, a. a. O., S. 1051, §605 Rdnr. 6.
- (12) Staudinger, a. a. O., S. 1051, §605 Rdnr. 6; Erman, a. a. O., S. 1331, §605 Rdnr. 2; Soergel, a. a. O., S. 393, §605 Rdnr. 1.
- (13) Staudinger, a. a. O., S. 1051, §605 Rdnr. 6.
- (14) Erman, a. a. O., S. 1331, §605 Rdnr. 2.
- (15) Staudinger, a. a. O., S. 1051, §605 Rdnr. 6.
- (16) Staudinger, a. a. O., S. 1051, §605 Rdnr. 6.

- (17) プロイセン一般ラント法典(一七九四年)第一部二二五条は、「けれども、使用貸主は、使用貸借の期間中に前もって気づくことができないかゝた(nicht voraus sehen konnte) 自己の事情の變更のため自己必要とするかゝるかゝる物(返還を請求する権利を有する)とし、同二三六条は、「そのことから使用借主が、以前のように使用を欠くことによつて受ける損害を以て、使用貸主は責任を負わなう」として居る(Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, II Theil, 2. Auflage, 1794, S. 967, 46)。
- (18) サッセン民法典(一八六三年)一七四条一項は、「使用貸借として物の貸与を終束する(verspricht)者は、その者が予見しなかつた(unvorhergesehen)事情のため自己物を必要とする場合を除いて、それを委ねる(Überlassung)の義務を負う」と規定する(Eduard Siebenhaar, Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen, II Band, 1865, S. 240. 49)。
- ただ、サッセン民法典一七四条は、期間満了前の返還請求権(その前提としての告知権)を以て、とくべつに触れて居るわけではない。キーンケは、この点に關連して、「サッセン民法典は、この告知権を知らなうに指摘して居る(Gierke, Deutsches Privatrecht, III Band, Schuldrecht, 1917, S. 574, Anm. 35.)が、しかし、使用貸主の予見しなかつた事情による必要特くの配慮はなされて居る。なお、ドイツ民法典第一章第五七条で「キーンケは、とくべつに説明して居る」とある(Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, S. 245)。
- (19) Münchener, a. a. O., S. 953, §605 RdNr. 1. (Band 3) ; Soergel, a. a. O., S. 393, §605 RdNr. 1.
- (20) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, 1888, ff. 452.
- (21) Protokolle, a. a. O., S. 275.
- (22) Motive, a. a. O., S. 452.
- (23) ① Codex の法文(1.3 cod. de loc. 4, 65.) の内容は次のやうなものである。「もし、あなたが賃借して居る家についての賃借料を全額支払つて居るならば、所有者自身が、家を必要とすることを立証したとき、あるいはそれを修理する必要があるとき、あるいはあなたが賃借物を濫用したときを除いては、あなたは意思に反して追ひ出せらるゝはなう。」(Das CORPUS JURIS CIVILIS in's Deutsche übersetzt von einem VEREINTE RECHTSGELEHRTER und herausgegeben von Karl Eduard Otto, Bruno Schilling, Karl Friedrich Ferdinand Sintenis, Band 5, S. 674, 146.)。なお、バックス・カーザーは、この法文で「いつか」のやうに説明して居る。すなわち、使用貸借契約および収益貸借が一定の期間存続するやうなもので締結された場合には、「もし借主が賃借料を支払わなう場合には、あるいは物の濫用を原因として、「あるいは」緊急に修理を必要とするかあるいは自身が用いる必用が生じたとき、貸主は借主から、期間満了前に、対象をとりやめてもらう」と(バックス・カーザー・前掲『ロー民法概説』三五一頁。なお、Max Kaser, Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Handbuch der Altertumswissenschaft, X. 3. 3. 1, 1971, S. 568, Anm. 49. を参照した)。
- ② ロー法のもとで、使用貸主に予期せぬ緊急の必要が生じた場合に、このやうな法的処理がなされて来たのかについては、たゞきりしなうとされて居る。例えば、岡本詔浩・前掲「無償利用契約論序説」(島大法学第二八卷第三号)によれば、「Ferrini は、賃借人が中途で目的物を取り上げられた場合、それに対する賃料を支払わなくては済まされたが、他から賃借することも可能だが、使用貸借の場合には、かかる好意による貸与を他から期待しえないので、い

たん貸与されたかぎりには、取り戻しができない、と主張する。当事者の信義や、通常、その期間が短期であるので、右のような例外を認める必要はあるまい。現に、当事者にとっては重要な利害にかかわるものであるにも拘らず、そのような規定がどこにも存しない(一六八—一六九頁)とされる。また、岩田新「使用貸借に就いて——民法の日本の性格の一展開」(斎藤博士還暦記念『法と裁判』(有斐閣・昭17)所収)によれば、「急迫の必要に基く期限前の返還請求権は羅馬法に於て認められたものではなくて、プノンデルフの説にボチエーが賛成したものである(二三五三頁注(28))とか、「恐らくは羅馬法の起源ではなかつたのであって、近世の学者が使用貸借に容赦的な意義を附与するために考へ出したものと思われる。」(三六二頁注(25))と説明されている。

③ 使用貸主の予期しなかつた必要性にもとづく返還請求を認めることについての起源がロー法には存在しないとすれば、ドイツのパンクテン法学のもとで、使用貸主のかかる請求権を認めるための論拠として、ロー法のI. 3. Cod. de loc. 4, 65. の法文を引用する学説の立場も納得できよう(なお、この学説については、Georg Eduard Schmidt, Das Commodatum und precarium, 1841, S. 185. を参照)。他方、使用貸主のかかる返還請求権を認めるという立場に立ちながらも、しかし、右のロー法を引用することについては「否のよ様な批判のないし消極的な見解がみられる。例えば、ウンターホルツナー(Unterholzer)は否のよなところ。まず、使用貸借について期間を定めている場合、その期間満了以前は、少なくとも以下のよな十分な理由があるときのみ貸与物を回収することができる」とし、一つに、使用借主の物の濫用(悪用 *Mißbrauch der Sache*)による場合は疑いないだろうとしている。そして、二つに、使用貸主自身の物の使用という予期せぬ事情が生じた場合をあげ、この場合に使用借主が返還を拒もうとするのであれば、それは「好意の濫用(*Mißbrauch der Gefälligkeit*)になるであろう」とし、また「悪意(不

誠実 *schlechte Gesinnung*——*mala fides*)を示すものであり。ただ、期限前の返還に、例えはまいたく特別な不利益を伴う場合には別であるが、この(Unterholzer's quellennähige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts, II Band, 1840, S. 555.)。そして、この場合、期限前といえども、全く回収を認めざるのほ、当事者の「公平」を考慮したことによるものであって、いわば例外的なものと考えざるべきであり、ロー法(I. 3. Cod. de loc. 4, 65.)が引き合らた出されるべきではないとして、否のよな説明する。「この公平の例外(*Billingkeitsausnahme*)」の故に、I. 3. C. de loc. 4, 65. が引き合らた出されるべきではなく(なぜなら、そこでは「賃貸人」自ら住居を使用するとき、何の賠償もなしに賃借人を追い出してもよいと考えられていたと解することは困難だからである)、「それよりはむしろ、我々が使用貸借の際に考慮していなければならぬ」、当然必要とされる誠実[信義誠実 *bona fides*]が引き合らた出されるべきである」(「内・後藤」として、Unterholzer, a. a. O., S. 555. Anm. (g).) なる *Sententis* は、使用貸借の好意性・恩恵 *Vergünstigungen* という性質から、取り戻しにかえての使用借主に対する使用貸主の損害賠償義務は否定されるべきだとする——*Sententis*, *Practische Gemeine Civilrecht*, Band II, 1861, S. 548, Anm. 7.)。

ドイツ民法第一草案に大きな影響を与えたとされるヴィントシャイトも、ウンターホルツナーの右の見解に従っているようである。すなわち、期限前の返還請求ができるのは、④使用借主が物を濫用したとき、⑤使用貸主自身が緊急に物を使用する必要を生じ、受領者(使用借主)にとって即時の返還が過度の不利益を伴わないときだけであるとし、①の論拠として、ロー法のI. 3. Cod. de loc. 4, 65. を引用し、「①については、前述したウンターホルツナーの説明(Unterholzer, a. a. O., S. 555, Anm. (g))を引用しているだけで、それ以上の説明

はない (Windscheid, a. a. O., S. 595, Anm. 12. なお、同書五九六頁のキップ (Kipp) による補足説明も参照)。

なお、キールケは、ドイツ民法六〇(五)条一号に關しての他の立法例として「右ロー法をあげよう」(Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 574, Anm. 35.)。

四 使用貸借の基礎的觀念——ドイツ法と日本法との拘束力の差異

1 ドイツ民法にみる使用貸借の好意性

これまでみてきたように、ドイツ民法六〇(五)条一號の告知権は、使用貸借における「公平」を考慮して、とくに認められたいわば例外的な規定であった。それでは、そのような法的処置が、なぜ「公平」と觀念されたのであろうか。この疑問は、結局、ドイツ民法のもとで、使用貸借、ひいては無償契約がどのような性質のものとして觀念づけられているのかという問題と係わってくる。そこで、以下に——わが民法の使用貸借の基礎的な觀念を明確にするための前提として——、ドイツ民法における使用貸借および贈与の基礎をなす特性、そして使用貸借・贈与に共通した(あるいは類似した)法的取り扱いについてみていくことにしよう。

(1) ドイツ民法のもとでは、無償契約を、とくに「好意契約 (Gefälligkeitsvertrag)」と称して、その無償の行わないし約束の動機づけとしての「好意性」⁽¹⁾を強調している。贈与、使用貸借——使用貸借は、とくに無償の継続的債権関係という意味において——は、好意契約の典型であり、また、それらは、ドイツ民法的に規定された(典型契約としての)好意契約である。⁽²⁾ただ、好意契約は、好意にもとづく無償の行為あるいは約束が、好意者(例えば、贈与

者とか使用貸主)と受領者(例えば、受贈者とか使用借主)その間の拘束意思——法的拘束意思——を基礎として成立する債権関係である点で、社交上、友誼上、日常生活においてよく行なわれる取り決め・協定 (Abrede, Vereinbarung)・約束 (Zusagen) のような法的拘束意思を伴わない単なる事実関係としての「好意関係 (Gefälligkeitsverhältnis)」と区別されなければならない。⁽³⁾

ところで、好意契約としての贈与、使用貸借の大きな特色の一つ——それは、好意に対する法的評価の一つの現われでもある——として、その効力ないし拘束力の弱さという点をあげることができ——さらに、贈与者、使用貸主の責任を「故意及び重大なる過失」(ドイツ民法五二一条⁽⁵⁾、同五九九条)に軽減している点も好意契約の特色の一つである——。法的拘束力の弱さは、すでに触れたように(本稿一—4)、贈与における贈与者の必需の抗弁、必需による返還請求、そして、使用貸借における使用貸主の予見しなかつた必要性による告知を認める規定に現われているといえる。これらの規定は、好意者の必要性や必需性という事情の発生によって、贈与物・貸与物の取り戻し(贈与の場合であれば履行の拒絶)を認めるといふ点で類似した法的取り扱いを示している——なお、忘恩行為による贈与の撤回を認める規定も、拘束力の弱さを示すものであるが、それは贈与者の必需を前提要件とするものではないので、ここでは取り上げないことにする。

(2) それでは、無償契約＝好意契約の典型であり、そして好意者の事情によって取り戻しが許されるという点で使用貸借と類似した法的取り扱いがなされている、ドイツ民法の必需の抗弁、必需による返還請求は、どのような趣旨のもとに認められたのであろうか。

① 必需の抗弁 (Notbedarfsinrede, Einrede des Notbedarfs)

まず、ドイツ民法五一九条は、必需の抗弁について、つぎのように規定している。「贈与者は贈与の約束をなしたる場合において、自己のその他の義務を顧慮するとき、自己に相応したる生計⁽⁶⁾または法律にもとづいて負担する扶養義務の履行を危うくするのでなければその約束を履行することができない限度において、その約束を拒絶することを得。」(一項)と規定している。この規定は、もともとドイツ普通法によって継受されたローマ法の「生活費留保の利益 (beneficium competentiae)」に類似するものであるが、ドイツ普通法では、債務者の必需の恩典 (Wohltat) は、親族団体 (Familienvorband)、ゲゼルシャフトおよびゲマインシャフトの内部において承認されていたのに対して、ドイツ民法のもとでは、これが必需の抗弁として、贈与者にのみ認められることになったとされている⁽⁸⁾。この規定が採り入れられたのは、つぎのような理由による。すなわち、「贈与者に、ある範囲で生活費留保の利益を与えるという提案は、ドイツ普通法およびプロイセン一般ラント法にも合致するし、また、オーストリア民法およびフランス民法にも類似の規定が含まれている。もし、贈与者が贈与の履行をすれば贈与者自身の扶養および法律上義務ある者への扶養をカバーすることができなくなるまで受贈者が履行を請求するならば、それは、礼儀 (Anstand) や良俗 (gute Sitten) に反するであろう。」⁽⁹⁾と考えられたのであった。つまり、贈与の約束がなされたとしても、その履行によって、贈与者の生活に大きな支障を来すようなことがあってはならないという考え・判断がその根底にある。このような考えが社会的意識として定着しているからこそ、贈与者の生活に支障を来すような場合にまで受贈者が履行を請求するのは、礼儀、良俗に反することになる——ひいては公平を欠くことになる——と意識されることにな

る。このような場合、必需の抗弁は、贈与の履行拒絶を認めることによって——贈与を通しての——一つの社会原理 (ein soziales Prinzip) を実行しようとするものであるといふのである⁽¹⁰⁾。

② 必需による返還請求 右の必需の抗弁を認める趣旨は、贈与がすでに履行された後であっても認められるべきであるとき⁽¹¹⁾。これがドイツ民法五二八条の必需による返還請求である。この返還請求権は、これを制限する五二九条の規定 (後に述べる) から、⁽¹²⁾「公平規定 (Billigkeitsregelung)」としての性格をもつて、⁽¹³⁾「ことが明らかであるといわれている。五二八条一項は、つぎのよう規定する。「贈与者が贈与の実行後において自己に相応したる生計に耐えかつ自己の血族、配偶者または以前の配偶者に対して法律上負担する扶養義務を履行することができない限度において、受贈者より不当利得の返還に関する規定に従い贈与したるものの返還を請求することを得。受贈者は生計に必要な額を支払ってこの返還を免れることを得。(以下省略)」と規定している。

ただ、この返還請求権は、前述したように、ドイツ民法五二九条によって制限される。五二九条は、「贈与者が故意もしくは重大なる過失によってその困窮を招きまたはその困窮が贈与の目的の給付以来一〇年を経過したる後に発生したるものであるときは、贈与したるものの返還を請求することを得ず。」(一項)とし、さらに、「受贈者が自己のその他の義務を顧慮するとき、自己の身分に相応したる生計または法律上負担する扶養義務の履行を危うくするのでなければ贈与を受けたるものの返還をなすことができない限度においてもまた同じ。」(二項)と規定している。五二八条は、贈与後の返還請求を認めるものであるだけに、その要件(「五二九条による制限)は、必需の抗弁の場合よりかなり厳しくなっている。要す

るに、この五二九条は、「贈与の実行後における *beneficium competentiae* に対する懸念を考慮」したものであり、その主旨は、「公平の観点 (*Billigkeitssichtspunkten*)」に基礎を置いているとされている。⁽¹⁴⁾

(3) このように、ドイツ民法では、贈与における必需の抗弁も必需による返還請求も、使用貸借における使用貸主の予見しなかった必要性による告知と同様に、好意契約における当事者の公平が考慮されて認められたものといえる。つまり、そこには、好意者に必要性あるいは必需性が生じた場合には、好意者の利益を優先させる——無制限に優先させるわけではないけれども——のが公平であるという好意に対する法的価値判断が貫かれている、あるいは基礎にあるといつてよい。ここに、ドイツにおける一つの社会原理・規範原理、好意に対する公平の配分原理を見出すことができる。インーリングは、「好意」に触れて、つぎのように説く。「好意は多くの前提条件を有するが、貨幣は貨幣以外何ら他の条件を有たぬ。好意を求めるには遠慮や会釈が必要だ、又好意には気分や気紛れや愛情がある。恐らく好意は最も之を要する当の人に背き、之がなくては叶はぬ時と事情とに背いて逃げて了ふ、而して好意が満ち満ちて居る時でもその持する範囲は甚だ狭いのである」⁽¹⁵⁾と(なお、本稿四の注(1)も参照)。

2 わが民法における使用貸借の基礎的観念

ドイツ民法のような——使用貸主の予見しなかった必要性による——告知権を認めなかったわが立法者の見解については、前に述べた(本稿二参照)。それは要するに、使用貸主の都合によって取り戻しを認めることは、使用借主にとって非常に迷惑になることがあり、いかにも契約の「拘束力」というものがなくなってしまうこと

になり、そういうことは、「既ニ贈与ニ付テモ成ルベクナイヤウニシタ」(前述・富井発言)からということによるものであった。つまり、そこで念頭に置かれていたのは、贈与の廢罷——必需の抗弁・必需による返還請求(あるいはフランス民法の子の事後出生による撤回)、忘恩行為による撤回——に関する取り扱いについてであった。さらに、この他に、使用貸主の責任・瑕疵担保責任についても、贈与者の責任・瑕疵担保責任に關してなされた取り扱いが念頭に置かれている。要するに、これらの点に關しては、使用貸借を贈与と同様に扱うというものである。そして、さらに重要なことは、これらの一連の作業は、わが国の贈与が諸外国のそれとは異なるという認識の下に行なわれているという点である。

以上のような点を意識しながら、以下に、わが民法における使用貸借についての立法者の基本的な見解を、贈与と関連づけつつ深ってみることにしよう。

(1) まず、ドイツ民法五九九条のような使用貸主の責任の軽減に關して、法典調査会ではとくに言及されていないようである。ただ、ドイツの立法例(第一草案五五〇条、第二草案五三九条——現五九九条に相当)は、確かに参照されているようであるが、それは使用貸主の瑕疵担保責任に關する立法例の中に列挙されているにすぎない(そして、その使用貸主の瑕疵担保責任については、「贈与ニ付テ設ケラレタ担保ノ規定ヲ準用スレバ之デ済ムドラウト思ヒマス」とされている⁽¹⁷⁾)。これは、すでに贈与において、贈与者の責任を軽減する規定は置かないけれども、贈与者の瑕疵担保責任を原則として否定する規定は置くという理由について、両方を関連づけて説明がなされていたことによるものと思われる。

それでは、なぜ贈与者の責任を軽減しなかったのだろうか。この

点につき、穂積陳重博士はつぎのように説明される（この説明は、贈与の廃罷にも関連しており興味深い）。

「固ヨリ贈与ト申シマスルモノハ諸国ノ法律ニ於キマシテハ甚タ之ヲ輕ルイモノト見テ居ルヤウニ見ヘマスルノテ非常ニ此贈与者ノ責ハ輕ク致シテアリマスル前ニ申シマシタ通り後カラ子カ生マレタトカ恩ヲ忘レタトカ云フヤウナコトテ直ク取消サレルヤウニナツテ居テ随分輕イモノノヤウニ見テ居ルヤウテアリマス併シ乍ラ或ハ親切上友誼上其他正当ナル情愛カラシテ出マスルモノモアリマスルシ又ハ社会上ノ義務、公ニ対スル義務、徳義上、交際上ノ義務カラシテ贈与ヲ為シマスル場合ガアリマス又ハ大變他人ニ恩ニナル夫レニ酬ヒマスル為メニ贈与ヲ致ストカ随分此贈与ト云フモノが一ツノ權利義務ヲ動カシマスルモノトナツテ現ハレルニ付テハ矢張り代価カアレハ非常ニ保護シ其他ニハ保護カ薄イトカ云フヤウナ風ノ主義ハ吾々ハ採リマセヌ或ル場合ニ於テハ贈与テモ中々売買杯ヨリハ重モイ場合モアリ得ルト吾々ハ考ヘテ居リマス夫故ニ例ヘハ贈与者ノ責任ニ付テ贈与者ハ非常ナ重大ナ過失カナケレハ其責ニ任セストカ特別ニ贈与者ノ義務ヲ輕ク致シテ贈与者ト云フモノハ元ト自分カ損ヲシテ出スノテアルカラ余程其贈与者ノ責任ヲ輕クスルト云フヤウナ規定カ諸国ニアルノヲ吾々ハ採リマセナシ」といわれる。

つぎに、瑕疵担保責任について、例えば、ドイツ民法（贈与者につき五二三条・五二四條、なお使用貸主につき六〇〇条参照¹⁹）のように、わが民法も原則としてこれを否定する規定を置いている（贈与者につき五五一条、なお使用貸主につき五九六条参照）。しかし、穂積陳重博士は、その立法趣旨が諸外国の場合とは根本的に異なるということ²⁰を強調し、贈与者の瑕疵担保責任についてつぎのようにいわれる。すなわち、

「併シ此担保ノコトニ付テハ決シテ贈与ト云フモノヲ外ノ法律行為ヨリ輕ルイモノト見タカ故ニ此規定ヲ採ツタノテハナイノテコサイマス……貰ウ場合ニ於テハ夫レ文ケノモノヲ貰ウト思フヘキノガ当り前テアリマスルカラ夫故ニ權利ノ瑕疵又ハ物ノ瑕疵ニ付テハ其責ニ贈与者ハ任セヌト云フコトニスルノガ正当ノコトテアリマス是ハ贈与ノ性質上カラ来タモノテアツテ他ノ国ノ規定ノ如ク贈与ト云フモノヲ輕ク見ルト云フ所カラ来タノテハナイノテアリマス」と。

そして、贈与の廃罷について、穂積陳重博士はつぎのようにいわれる。すなわち、

「贈与ノ廢罷ニ付テハ諸国ニ於テハ贈与後ニ子カ生マレタトカ云フコトテ之ヲ廢罷スル理由ヲ認メテ居リマス是ハ日本杯テハ勿論認ムヘカラサルモノテアラウト思フノテゴザイマス一旦他人ニ物ヲ遣ル大概自分ノ有様ヲ考ヘ結婚致シテ居ルモノナラハ子ノ出来ルトカ出来ヌトカ或ハ結婚スヘキモノテアルトカソコラノ見込ヲ以テ充分ニ法律上能力アル一通リノ經驗アルモノト認メマシタモノガ後トカラ出タ事実ニ因テ之ヲ取消スコトヲ許スノハ是レハ歴史上ハ諸外国ニ於テハ已ムヲ得ヌコトテアリマスガ我邦ニ之ヲ採用シテ一旦人ニ遣ツタモノヲ取戻スト云フコトヲ許スニハ足ラナイト思フテ斯ノ如キ規定ハ本案ニ採リマセヌ」と（そして、これに続けて、諸外国の立法例にみられる忘恩行為による贈与の撤回権を認めない理由を説明される。「贈与者ニ対スル恩ヲ忘レテ夫レヲ廢罷スルト云フ規則モ諸国ニアリマスルガ之モ甚ダ不都合ナ規則ト思ヒマス他人ニ物ヲヤルト云フノハ……決シテ其人カラ恩ヲ買ハウト云フ旨意テハナイ、テ恩ニ背イタラハ之ヲ取返シテ宜イト云フ規定ハ裏カラ申シマスレバ則チ他人ニ恩ヲ売ル為メノモノテアルト看做スト殆ント同シコトテアラウト思ヒマシテ是ハ甚ダ道理上面白クナイ規定ト思ヒマス斯

ウ云フモノハ採用スル必要ハ見マセナンダ⁽²³⁾と。

右の贈与の廃罷についての説明の趣旨はあまり明確でないが、先に見た責任の軽減および瑕疵担保責任に関する説明と照らし合わせてみると、つぎのようになれるであろう。すなわち、立法者は、諸外国の立法例が贈与者の責任を軽減したり、贈与の廃罷を認めたりしているのは、贈与を「随分軽イモノノヤウニ見テ居ル」からであると捉えた。それに対し、わが国の贈与はそうではなく——例えば、来栖教授や広中教授によってすでに指摘されているように——恩とか義理に結びついた「義務的」なものと観念された⁽²⁴⁾。来栖教授によれば、「欧米諸国の贈与法の基礎を為している贈与観は贈与を好意とみている。これに対して日本の贈与法の基礎を為している贈与観は贈与を義務、義理乃至恩より生ずる義務とみたが故に、贈与は無償だとて軽視すべきではないのである。」と指摘される。つまり、わが国の贈与は、義務を伴う「重いもの」であるから、贈与者の責任を軽減したり、拘束力を弱めたりすることは、その性質上許されないとするのが立法者の贈与観である。

そして、さらに重要なのは、このような贈与についての基礎的な観念は、前に触れたように(本稿二)、どうも使用貸借にも貫かれている(あるいは影響している)と考えざるを得ない、ということである。すなわち、無償契約としての使用貸借は、贈与と同様に、その背後に恩とか義理——それはわが国に特有な「恒常的人間関係」の流出物であり、義務的観念を伴う「重いもの」である——が控えており(あるいは控えている場合が多く)、立法者はそれを無視することはできなかった。だからこそ、無償といえども、使用貸借主の都合によって取り戻しを認める——拘束力を弱める——ことはできないとされたのであろう。それを認めれば、諸外国のように

「軽いもの」になってしまふからである。そのようなことは、「贈与ニ付テモ成ルベクナイヤウニシタ」のであった。

(2) 以上のような使用貸借についての基礎的観念は、さらに——贈与と同様に——、自由意思にもとづく契約が成立した以上——たとえ無償であっても——「契約は守らねばならない」とする契約自由の尊重の思想と結びついたり考えることができれば(この点については、すでに本稿二で述べた)、使用貸借主の必要性による取り戻しを認めなかった——拘束力を弱めなかった——ことの事情あるいは理由が一層はつきりしてくるのであろう。

(1) イエーリングは、好意に触れてつぎのようになっている。「好意と斡旋(Wohlvollen und Wohlthun)とは自利を顧みず専ら他人の『幸福』(Wohl)を『欲』(Wollen)之を『行ふ』(thun)に在る、従て非自利、没我を前提とする。」試みに問ふて好意が法律上作用する範囲如何と言はんか、それは利己主義の及ぶ領域と全く同じと答ふるの外ない。何者無償的(無対償的、好意的、友誼的)契約の種類は有償的(利己的)契約のそれと全く一致せる対称を為すからである。「有償契約は「金銭以外にいかなる前提をも有せぬ——最多額の金銭を払ふ者が獲得する、その者が誰であらうと問題にならぬ。これに反して、無償契約は「或る人的関係、若くは個人的特質を前提とし、それが好意的行動の動機となる、——人を選ばずして濫りに贈与し、貸与し、労役したりはせぬ、必ずや相手の人柄を視る。この人格的要素の影響あるに由て好意が取引の目的のため不用のものとなる、取引には人格を全然問題にしないから。」と(イエーリング『法律目的論・上巻』和田小次郎訳・早稲田法学別冊第二巻(昭5)六七~六八頁参照)。ところで、使用貸借主の都合——予見しなかった必要性が生じたという理由——で、法的に取り戻しを認めるというのでは、使用貸借を好

意——それは、非自利、没我を前提とする——とみる考え方にそぐわないのではないかという疑問も出てこよう。この点に関連して、贈与についてであるが、来栖教授は、「忘恩行為があつたから法律上撤回しようというところまでゆくのは却つて贈与は好意であるという考え方にそぐわないのではないか。」と指摘される(来栖・前掲「日本の贈与法」四六頁)。しかし、どのような事情(例えば、使用貸主のかかる必要性とか受贈者の忘恩行為)が生じようとも、好意者による取り戻しを許さないというのであれば、それこそ一般の社会倫理にそぐわないということになるのではなからうか。(少なくとも、ドイツ民法のもとでは)そこに好意を法的に拘束し強制しうる一つの限界があるともてよい。

(2) 使用貸借や贈与の他に、委任(ドイツ民法六六二条)、無利息消費貸借(同六〇七条)、無償寄託(同六九〇条)も、ドイツ民法典に規定された好意契約であるとされている(Soergel, a. a. O., S. 775, RdNr. 60. (Band I))。これらの好意契約において、つぎのように好意者の責任ないし注意義務が軽減されている。贈与者、使用貸主は、「故意及び重大なる過失に付てのみその責に任ず」(ドイツ民法五二一条、同五九九条——なお以下の注(5)を参照)とされ、責任が軽減されている。また、無償の受託者の責任は、「自己の事務に於て用うるを常とする注意」(ドイツ民法六九〇条)に軽減される(わが民法六五九条も「自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意」としている——具体的軽過失)。しかし、(無償の)受任者は責任を軽減されていない(わが民法も同様である。——「善良なる管理者の注意」六四四条参照)。このようにみえてくると、贈与者、使用貸主の責任についての取り扱いについて、わが民法とドイツ民法とは大きく異なっていることがわかる。なお、この点について、於保・前掲「無償契約の特質」八四頁、および以下の注(5)を参照。

(3) 例えば、本の貸し借りや、ダンス、ハイキング、旅行、映画観賞な

どの約束、食事への招待の約束など、日常生活においてよく行なわれるもので、これらは、たいい法的拘束を有せず、法の領域外で進行していく。したがって、そのような約束、取り決めは法的な履行義務(履行請求権)を生じさせず、また債権関係にもとづく責任も生じさせない。しかし、例えば、不法行為にもとづく損害賠償責任はもちろん生じらる(Erman, a. a. O., S. 446, RdNr. 21; Soergel, a. a. O., S. 775, RdNr. 59. (Band I))。なお、わが国における好意関係に関する文献として、大村須賀男「好意協定関係について」民商法雑誌第六二巻第三号三六一頁以下、を掲げておこう。

(4) わが民法は、諸外国の法に比較して、無償契約と有償契約による取扱い——拘束力、責任ないし注意義務(つぎの注(5)を参照)——による区別をすることが少ないとされている(来栖・前掲『契約法』二四五頁、加藤一郎・前掲「贈与と使用貸借」五六～五七頁参照)。

(5) 右の注(4)で触れたように、「わが民法典の起草者は、注意義務ないし責任については、有償と無償とによる区別を明確にしようとはしていなかった。」(於保・前掲「無償契約の特質」八四頁)。このことは、贈与、使用貸借について明らかである(右の注(2)を参照)。来栖教授は、とくに贈与に関してであるが、「効力についていえば、諸外国の法では贈与者の注意義務を軽減しているものがある。例えばドイツ民法では故意又は重大なる過失についてのみ責任を負わせている。これに対し、日本民法典では贈与者の注意義務を軽減せず、善良なる管理者の注意義務を負わせている。」といわれる(来栖・前掲「契約法」二四六頁)。「それは、『贈与ハ常ニ單純ナル恩惠ノミニ本ツクモノニ非サレハ贈与者ノ責任ハ必スシモ之ヲ輕易ニセサルヘカラサル理由ナシトス』という理由によるものである。」(於保・前掲「無償契約の特質」八四頁)。

ところで、使用貸主の責任とは、給付の利益、すなわち、使用の供与(Gebrauchsgewährung)に関するものであり、例えば、使用貸

借の約束(諾成的使用貸借)の際の物の引渡し不能を引渡しつづ

つの使用貸主の遅滞、現実使用貸借の際の契約締結上の過失(culpa in contrahendo)不完全履行(Schlechterfüllung)ないし積極的契約侵害(positive Vertragsverletzung)などは積極的債権侵害

positive Forderungsverletzung)などの場合における使用貸主の責任は否(Münchener, a. a. O., S. 948, §599 RdNr. 1 (Band 3);

Bsr/Weyers, a. a. O., S. 195.) なお今日のドイツ民法のもとでは、使用貸借を要物契約としてよりも、諾成契約とみる立場が支配的

であるとされており、これをラレーンツは、贈与の場合と同様に、使用貸借の約束(諾成的使用貸借)と現実使用貸借とを区別した

(Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil, II. Auflage, 1977, S. 222.) この区別は五九九条の適用に際

して有益であることがありしたとされている(Münchener, a. a. O., S. 943, §598 RdNr. 4, (Band 3))。わが国においても、例えば

山中康雄教授は、諾成的使用貸借を認める立場に立ち——加藤一郎教授によれば、「これを認めるのが通説」とされる(加藤一郎『民法ノ

ート上』(有斐閣・昭6)一三六頁)——貸付債務について、無償契約であることにより、「貸主は故意または重大なる過失の場合にのみ債務不履行の責に任すべく、軽過失の債務不履行の場合には、遅延

賠償の支払義務はなすと解する」とされる(山中・前掲『注釈民法(5)』八一〜八二頁参照)。この見解は参考とすべきものと思われる。

(6) 一九六一年八月一日の親族法変更法(Familienrechtsänderungsgesetz)の施行によって、それまでの「自己の身分に依つたる生

計(sein standesmäßiger Unterhalt)」という文言が、「自己に相

応したる生計(sein angemessener Unterhalt)」に置きかえられた

(Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht des Schuldverhältnisse, 12. Auflage (zweites Buch),

1978, §8433-580a, S. 599, §519 RdNr. 4; Soergel, a. a. O., ff. 17,

§519 RdNr. 1. (Band 3))。

なお、必需の抗弁権は「困窮の抗弁権」、必需による返還請求は「貧窮化を理由とする返還請求」とも訳されている(ミッター・前掲『ドイツ私法概説』世良晃志郎・広中俊雄共訳・二八九頁)。

(7) ロー法の beneficium competentiae についてはつぎのように説明されている。債権関係における「責任は、通常は無制限である。それでもやはり、訴えられた債務者は、例外的に、なすことができるか

ぎりで in id quod facere potest ——つまり、判決の時点に存在する彼の財産の金銭価値において——有責判決をうける。その結果、彼

は、「これにもとづいて算定された」判決額を支払うことができる……。彼は「それによって、執行と結びついた名誉喪失やその不利益を

ともなう、彼の人格および彼の財産への執行を回避する。おそらくすでに古典期には、債務者が自身の必要な扶養を行うための資産も彼の

ものととどめておかれるだろう……。それにもとづいて、この優遇措置は、一六世紀以来、生活費留保の利益 beneficium competentiae,

Rechtswohltat des Notbedarfs (緊急必需品の法上の恩典)と呼ばれる。それは、ある近親者に、組合員相互間に、またそれ以外の若干

の場合に認められる。皇帝はそれ以外の場合をさらにいくらか増加させた。」(カーザー・前掲『ロー私法概説』二六五頁)とされている。これがドイツ普通法にも引き継がれたのである。

(8) Staudinger, a. a. O., S. 598, §519 RdNr. 1. (§8433-580a)。なお、この必需の抗弁権は、ドイツ民法第一草案では採用されなかった。と

いうのは、この抗弁権は、事情によっては、かなり不公平な結果を招くことになるであろうと考えられたからであった。すなわち、「すでに

に民事訴訟法の審議のもとで、それは疑問のある制度であり、実務上

大きな煩瑣と混乱を招き、一般原則とあまり調和せず、また強制執行

に関する緩やかな規定のもとでは、その正当性を失った。この生活費

留保の恩典は、事情によっては、かなりの冷酷さと不公平を招くこと

になるであろう」とされたからであった (Motive, a. a. O., S. 298. 来栖・前掲「日本の贈与法」七頁以下)。それに対して、民法典編纂第二委員会で、贈与者の生活費留保の抗弁は認められるべきであると提案が出され、これが認められることとなった (Protokolle, a. a. O., ff. 21. (Band II))。

- (9) Protokolle, a. a. O., ff. 21. (Band II).
- (10) Staudinger, a. a. O., S. 598, §519 RdNr. 1. (§§433-580a).
- (11) Protokolle, a. a. O., S. 23. (Band II).
- (12) Soergel, a. a. O., S. 25, §528 RdNr. 1. (Band 3).
- (13) 一九六一年八月一日の親族法変更法によって、それまでの「自己の身分に応じた (Standesmäßigen)」生計とどうも置きかえられた (Staudinger, a. a. O., S. 621, §528 RdNr. 3. (§§433-580a); Soergel, a. a. O., S. 25, §528 RdNr. 1. (Band 3)).
- (14) Soergel, a. a. O., S. 26, §529 RdNr. 1. (Band 3).
- (15) イエーリング・前掲八〇頁。イエーリングは、さらに「我々が凡て好意に頼って所要を満たさねばならぬという程堪え難いことはない、それは乞食の宿命だ。」(同前八〇頁)ともいっている。
- (16) 前掲『民法議事速記録』三二卷六六丁表を参照。
- (17) 同前・三二卷六六丁表。
- (18) 同前・二五卷一五二丁表〜一五三丁表。
- (19) ドイツ民法五二三条は、「贈与者が権利の瑕疵を悪意にて黙秘したるときは、受贈者に対してこれによりて生じたる損害を賠償する義務を負う」(一項)とし、同五二四条は、「贈与者が贈与したる物の欠点 (Fehler) を悪意にて黙秘したるときは、受贈者に対してこれによりて生じたる損害を賠償する義務を負う」(一項)としている。また同六〇〇条は、「貸主が権利の瑕疵又は貸与物の欠点を悪意にて黙秘したるときは、借主に対しこれによりて生じたる損害を賠償する義務を負う」と規定している。

を負う」と規定している。

- (20) 来栖・前掲「日本の贈与法」一八頁参照。
- (21) 前掲『民法議事速記録』二五卷一五二丁表〜一五三丁裏。
- (22) 同前・二五卷一三七丁裏〜一三八丁表。
- (23) 同前・二五卷一三八丁表。なお、忘恩行為による贈与の撤回については、本稿一の注(8)で掲げた文献を参照されたい。
- (24) 来栖・前掲「日本の贈与法」四四〜四五頁、同・前掲『契約法』二四七頁。広中・前掲『債権各論講義』三一〜三二頁。さらに、於保・前掲「無償契約の特質」八六頁。なお於保教授は、「わが国の贈与は、諸外国のそれにくらべて、かなり異質的なものがあるように感ぜられる。……無償契約である贈与が諾成契約とされ、悔返えしが許されることなく、注意義務ないし責任の軽減もなされていない。これは、諸外国におけるとは異なり、贈与を単なる好意契約の一種として取り扱っていないというふうに理解するほかはない。現に、わが民法典の起草委員は、贈与を諸外国におけるように軽いものとはみななかったという趣旨のことを屢々述べている。それは来栖教授が明白に指摘されている……。それとともに、民法起草委員の『武士気質』(『武士に二言はない』という封建的規範意識と『約束は守らねばならない』という近代的法意識との結合)といったものが大いに影響したのではなかったか、という憶測もなされうるのである。」と指摘される (同前・八六頁)。
- (25) 来栖・前掲『契約法』二四七頁。

五 結びにかえて——ドイツ法による日本法への示唆

1 ドイツ民法における使用貸借の基礎をなしているものは——贈与と同様に——「好意」であった。そして、使用貸主の予見しな

かった必要性による告知権は、「好意」を基礎とした公平観念から、とくに認められたものであった。つまり、それは、使用貸主が自己の生活（ないし営業）を犠牲にしてまで、使用借主のために貸与し続けなければならない理由はない——その意味では、使用貸主の利益が使用借主の利益に優先する——という、いわば好意に対する一つの基本的な法的評価の現われ（無償契約の一つの法理）であった。このようなドイツ民法の態度は、わが民法のもとでも参考にされるべき点があるものと思われる。もちろん、恩とか義理といった伝統的な観念を基礎に置くわが民法の使用貸借（および贈与を含む無償契約）を、直ちにドイツ民法のように「好意」として基礎づけるべきであるというわけではない。ただ、事情——使用貸主の予見しなかった必要性——によっては、使用貸主の利益が使用借主の利益に優先するというドイツ民法の好意契約（無償契約）の法的処理の仕方を参考にし、それをわが民法においても解釈論として採り入れられるべきではないかということである（また、贈与における必需の抗弁・必需による返還請求についても、無償契約の法理の一つとして参考にすべき点があると思われるが、これについては今後の研究に譲りたい¹⁾。

わが国においても権利意識の明確化・高度化が進んできたとはいえ、実際の恒常的、日常的な人間関係は、どうしても伝統的な恩とか義理といった観念を生じさせ易い面を残していると思われる。さらに、そのような動機にもとづいて使用貸借がなされたとしても、そののみを重視して、使用貸主の予見しなかった必要性という事情を考慮することなく取り戻しを認めないとするのは、いかにも不公平、不合理であり、少なくとも今日の社会通念からいっても支持を得られないであろうし、また民法全体の指導理念である信義誠実の

原則に照らしてみても許されないであろう。

また、実際問題として、使用貸借関係について従来争われた裁判例をみると、そのほとんどは、土地・建物の返還ないし明渡請求に関するものであるといつてよく、無償である使用貸借の消長は、使用貸主にとって大きな問題である（それは、今日の地価の高騰を考えればなおさらである）。そうであるならば、使用貸借の際には、当事者間で、例えば「必要が生じた場合には返還する」というような明示の取り決めをしておく（本稿一—2を参照）、当事者の権利関係をはっきりさせておくことが望ましいし、それは紛争の予防という意味においても必要なことであろう。しかし、一般に、実際の使用貸借（あるいは広く無償契約）がなされる場合、明示の取り決めが交わされることはそれほど多くないのではなからうか。当事者が親密な関係にあればあるほど、そのような取り決めは、互いに「水くさい」とか「他人行儀」と感じられるため敬遠されがちであると思われるからである。ましてや、予期しなかったとはいえどうしても必要が生じたから返してくれと迫ることに対しては——それも訴訟によって判決を取ったり、それで強制執行をしたりすることになると——かなり抵抗感があるろう。そのような社会の実情に即して、合理的な解決をはかるためには、以下の点を考慮しつつ、使用貸主の告知権（ないし返還請求権）を認めておく——拘束力を弱めておく——必要があろう。

第一に、具体的事案の法的処理に際して、公平・妥当な結論を導くためには、使用貸借（無償契約）の背後にある当事者の人間関係を全く無視することはできないであろう。すなわち、そのような恒常的な人間関係からの流出物²⁾使用貸借を締結するに至った動機・経緯ないし事情を可能な限り、しかも合理的な範囲で法的評価の対

象として取り込むべきであろう。

第二に、使用貸主にかかる解約権（告知権→返還請求権）を認めることによって、法的安定を害するようなことになってはならない（この点については、すでに本稿—2で指摘した）という点を考慮しておく必要がある。これは、主として、具体的にどのような要件のもとに、使用貸主の解約権を認めればよいのかという問題に係わってくる。したがって、その要件をある程度絞れば、法的安定を欠くという不安は少なくなる。この点、ドイツ民法が参考になる。つまり、必要性とは、予見もしくは予期しなかった事情による必要性であることがまず前提となる。ただ、その必要性が急迫・緊急を要する（フランス民法やスイス債務法のように）か否かについての問題は残るが、法的安定を考慮するならば、これを積極的に解すべきものと考ええる。それぐらいの厳格さは要求されてもよいと思う。さらに、必要性の程度も問題となろう。Eriman の説明によれば、予想しなかった事情として、例えば、病氣、困窮をあげているが、これは要するに、かなり程度の高い必要性と結びつくものである。取り戻さなければ、自己の生活、営業に困難を来すとか、あるいは、取り戻して被扶養家族を住まわせるのでなければ、扶養義務の履行が困難になるというほどの事情（本稿—1および4を参照）があれば、必要性の程度としては十分であろう。

そして第三に——これは第一および第二の内容とも関係してくる——ことであるが——、ドイツ民法の場合のように、使用借主の利害（いいかえれば、使用借主の必要性の程度、取り戻されることによって生ずる使用借主の不利益の程度）をも比較考慮する必要がある。使用借主側の事情によっては、そのまま使用貸借関係を継続させた方が公平であるとされる場合があると思われるからである。こ

の意味では、使用貸主のかかる解約権（告知権）は、信義則に照らし合わせてのみ認められることになる。⁽⁵⁾

2 最後に、近時の学説において、「不動産のような重要な財産を無償で利用させることは、本来例外的な一時的なものであり、何れは市民法的な貸借関係に移行すべきもの」⁽⁶⁾であるとか、あるいは、例えば、長男が次男にその不動産を無償で利用させている場合において、長男が死亡した後のその相続人と次男との利用関係や、親族間あるいは特殊な人間関係の間での無償の不動産利用関係において、当事者の仲が悪くなったような場合の利用関係について、それまでの「使用貸借は賃貸借に変わる」という主張がなされていることは周知のとおりである。この見解は、無償の不動産利用関係を基礎づける「共同社会的結合」が破綻したり終焉したりした場合の法的処理という限りでは、⁽⁸⁾たしかに、「今後の進むべき方向を示唆している」⁽⁹⁾ものと思われる。しかしながら、使用貸主が自ら使用しなければならぬ必要に迫まられているという事情のもとでは——
——右の手法をもってしても、問題は解決しないであろう——ただ、使用貸主の必要性が、使用貸借（無償）から賃貸借（有償）へ転化することによって（賃貸料によって）満たされうるといふのであれば別であるが——。とすれば、そこに、やはり使用貸借の解約という配慮の必要性があるものと思われる。

(1) 於保教授は、贈与に関してであるが、つぎのようにいわれる。「…民法制定後すでに六〇数年を経過し、しかも、法律上家族制度が廃止された今日では、わが国の贈与観は大きく変ってきているのではあるまいか。したがって、わが国でも、贈与は好意契約という観点か

ら捉えるように努むべきではあるまいか。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るところはない。悔返権・責任軽減も解釈上立法の欠缺を補填することは必ずしも困難であるとは思えない。(於保・前掲「無償契約の特質」八七頁。なお、民法典施行後、今日で九〇年を経ている)。この見解は、同じ無償契約である使用貸借にも妥当するものと思われる。

(2) だが、実際に身近な関係にある者の間で、権利義務関係の明確な取り決めをしておくべきだとすること自体、大きな問題を含んでいることに留意しておく必要がある。石田喜久夫教授はつぎのように説かれる。「いかに親密な仲であっても、不動産の利用などという財産的価値の高い関係を形成するにあたっては、明確な取り決めをしておくことが、権利・義務をはっきりさせ、紛争の芽をつみとめることになることを、否定するものではない。けれども、テニースのいう共同社会的な結合関係にある人間同士の間では、『ピンからキリまで』権利義務関係を定めること自体、共同社会的結合を弛緩させる結果を招くことも、事実として承認しなければならぬ。基本的には、共同社会的結合が人間のあり方として好ましいか否かの判断にかかると思われるが、わたくしは、単一民族から成るわが国においては、これを是認し評価することによって、今日の姿が実現されたのではないかと考える……。しかし、共同社会的結合が破綻したり終焉したりした場合に、give and takeの格律が、両者の関係を規制する基本的なルールとして立ち現われてこざるを得ない。そこへの移行をどのように処理するかもまた、現代の契約法の主要な問題の一つといわねばなるまい。現代においても、親族間をはじめとする共同社会的結合関係が不断に発生・消滅を繰り返す、他方において、一般的に give and takeの意識が滲透しつつあるからである。」とされる(石田喜久夫「現代の契約法」(日本評論社・昭57)一四九頁、さらに同一四二頁も参照)。

(3) 本稿一—3を参照。

(4) Erman, a. a. O., S. 1331, §605 Rdn. 2.

- (5) 実際に、裁判例において、例えば、民法五九七条二項による返還請求をめぐる争いに関して、使用貸主の必要性・事情とともに、使用借主の必要性・事情(さらに、契約成立の経緯・事情)をも考慮に入れている事例がみられる(ただ、それらは、使用貸主の予見しなかった必要性を理由とする解約・返還請求が争われたものではなく、また、それについて言及した裁判例も見当らない)。例えば、神戸地裁尼崎支部昭和四九年一〇月三〇日判決(判タ七七八八号八六頁)は、期間の定めのない土地(建物―家屋―所有を目的とする)の使用貸借に関するのであるが、使用するに足るべき期間を経過したか否かは「契約成立の経緯、双方の土地の必要性の比較考慮の上公平の見地から合理的な解釈がなされなければならない」と判示している。これと同じ趣旨を示す裁判例として、大阪地判昭和二六年三月二日(判タ一三三〇八頁)、大阪地判昭和二九年四月一六日(下民五卷四号四九九頁)、京都地判昭和三〇年三月八日(下民六卷三号四二二頁)、福岡高裁那覇支判昭和五三年六月二七日(労民二九卷三号三五九頁)などがある。なお、使用貸借の解約、返還請求が権利の濫用となるか否かについて、両者の必要性ないし事情が考慮されているものとして、大阪地判昭和二五年一〇月四日(下民一卷一〇号一五八五頁)、高松高判昭和四七年一月二七日(判タ二七六号一七四頁)、東京高判昭和四九年九月二七日(金融・商事判例四三三三九頁)などがある。
- (6) 田村精一「親族間の不動産利用関係」『契約法大系Ⅲ』(有斐閣・昭37)所収三〇六頁。
- (7) 石田喜久夫・前掲一四六頁。なお、鈴木祿弥・前掲「居住権論」八〇—八一頁も参照。
- (8) 石田喜久夫・前掲一四九頁。なお右の注(2)の引用文を参照。
- (9) 田口文夫「不動産の無償利用契約と利用者の地位」専修法学論集第四〇号一六五頁。