



贈与契約の要式性(耳野皓三教授還暦記念号)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2009-08-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 大島, 俊之 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.24729/00001716">https://doi.org/10.24729/00001716</a>

# 贈与契約の要式性

大島俊之

## 目次

- 一 民法五五〇条の沿革
  - 1 民法規定の変遷
  - 2 起草者の説明
- 二 外国法
  - 1 大陸法
  - 2 混合法
  - 3 比較法的概観
  - 4 英米法
- 三 民法五五〇条の趣旨
  - 1 判例
  - 2 学説
  - 3 私見
- 四 贈与が行われる場合に関する類型論
  - 1 慣習的贈与型

贈与契約の要式性

## 贈与契約の要式性

- 2 寄付型
- 3 特別受益・仕分け型
- 4 遺贈・死因贈与型
- 5 民法五五〇条に関する立法論的私見
- 6 判例を考慮しない解釈論的私見
- 7 判例における「書面」の緩和化
- 8 判例理論の要約
- 九 おわりに

## 一 民法五五〇条の沿革

## 1 民法規定の変遷

まず初めに、贈与の方式に関する民法規定の変遷について見てみよう。

(1) 旧民法の規定 旧民法財産取得編三五八条は、次のように規定していた。「①贈与ハ分家ノ為メニスルモノト其他ノ原因ノ為メニスルモノトヲ問ハス普通ノ合意ノ成立ニ必要ナル条件ヲ具備スル外尚ホ公正証書ヲ以テスルニ非サレハ成立セス ②然レトモ慣習ノ贈物及ヒ単一ノ手渡ニ成ル贈与ニ付テハ此方式ヲ要セス」。

(2) 法典調査会段階における修正 法典調査会に提出された原案は、次のとおりであった。「第五百四十九条贈与ハ書面ニ依リテ之ヲ為スニ非サレハ其履行ノ完了マテハ各当事者之ヲ取消スコトヲ得」。そして、審議の結果、次のように修正された。「第五百四十九条贈与ハ最面ニ依リテ之ヲ為スニ非サレハ其履行ノ完了セサル部分ニ付テハ各当事者之ヲ取消スコトヲ得」。

(3) 現行民法の規定 現行民法典五五〇条は、次のように規定している。「書面ニ依ラサル贈与ハ各当事者之ヲ取消ス

コトヲ得但履行ノ終ハリタル部分ニ付テハ此限ニ在ラス」。

## 2 起草者の説明

(1) 起草委員による外国法の要約 民法五五〇条の立法趣旨について、起草委員の説明に耳を傾けてみよう。現行民法五五〇条（草案では五四九条）の起草を担当した穂積委員は、贈与契約の方式に関する外国の立法例を三つに分けて次のように説明している。

「外国ニ於キマシテハ公証人ノ面前ニ於テ之ヲ為サネバ徃カヌト云フ主義ヲ採ツテ居リマスルノテ御承知ノ通仏蘭西杯カ其最モ著シイモノテアリマス……和蘭、伊太利、独逸民法草案等ニ於キマシテハ此公証ト云フモノヲ贈与ノ要式ト致シテ此儀式ヲ踏マネバ贈与ト云フモノハ成立タナイ（中略）又或ル國ニ於テハ裁判所ノ認可ヲ得ルノテ例ヘバ独逸ニモサウ云フ法ガ行ハレテ居ル（中略）他ノ國テハ書面契約ナラバ宣シイト云フ國ガ多クアリマス例ヘバ葡萄牙ノ如キハ五萬兩以下ハ私署証書ニ依ル其以上ハ公証ト云フコトニ為ツテ居リマス「グラウブユンテン」杯ハ書面ナラバ贈与契約ヲ許ス「ツユーリヒ」モ同ジコトテアリマス西班牙杯モ動産テアリマスレバ総テ書面カ又ハ口頭ナラバ直チニ引渡ヲ以テ之ニ代フト云フコトニナツテ居ツテ「モンテネグロ」モ之レニ似寄ツテ居ルノテアリマス」（法典調査会民法議事速記録二五卷一四五丁以下）。

(2) 起草委員による草案の説明 そして、わが国は、この第三の方式によるべき旨を述べている。「日本テハ書面ヲ似テ証書トシテ契約ヲ取結ブト云フコトハ随分鄭重ノコトニナツテ居リマス一方ニ於テハ公証杯ノ如キ余リ人民モ慣レテモ居リマセヌシ煩ハシイコトニ依ラズシテ人民相互ノ間ニ屢々アリマスル所ノ贈与ガ出来ルノテアリマス一方ニ於テハ矢張り手重イコトテアリマスルカラ当事者カ充分ニ考ヘテノ興ヘル利益、享ケル利益ヲ明カニスルト云フコトモアルノテアツテ日本ノ有様カラ考ヘテ見ルト此第三ノ主義ノ書面ニ依ルトカ云フ位ノ所カ穩当ノ主義テハアルマイカト考ヘマシテ夫故ニ本案ニ於テハ『書面ニ依リテ之ヲ為スニ非サレハ』云々ト云フコトニシタノテアリマス」。

以上見てきたように、わが民法五五〇条が贈与契約について書面を要求することにしたのは、ポルトガル法、スペイン法（以下、これら両者をあわせて、イベリア法と呼ぶこととする）、Graubunden（スイス東部の州）およびZürich（スイス北部の州）の法（以下、これら両者をあわせてスイス州法と呼ぶ）を参照した結果である。

## 二 外 国 法

起草委員がすでに外国法について述べているが、現在の時点における外国法の規定について見ておこう。

### 1 大 陸 法

まず、贈与契約の方式に関する大陸法諸国の規定を紹介する。

(1) フランス法 「生前贈与に関する証書は、通常の契約の方式により、公証人の面前において作成しなければならない。その原本を保存しなければならない。これに反するときは、無効とする。」（フランス民法九三一条）。

(2) ドイツ法 「①贈与により給付を約束する契約が有効であるためには、その約束の公正証書が必要とする。（後略）」（ドイツ民法五一八条）。

(3) スイス法 「①贈与約束が有効であるためには、書面による方式を必要とする。②贈与の目的物が土地又は土地に関する物権であるときには、有効であるためには、公正証書が必要とする。」（スイス債務法二四三条）。

(4) イタリア法 「①贈与は、公正証書によらなければならない。これに反するときは、無効とする。（後略）」（イタリア民法七八二条）。

(5) ギリシャ法 「①贈与は公正証書によらなければならない。②動産の贈与は、公正証書によらないときといえども、贈与者がその物を受贈者に引き渡した時から、有効とする。」（ギリシャ民法四九八条）。

### 2 混 合 法

次に、北米大陸にあって、フランス法的伝統を受け継いでいるアメリカおよびカナダの二つの州法の規定を紹介する。

- (1) ルイジアナ法 「不動産、または定期金、債権、権利あるいは訴権などの無体物についての生前贈与に関する証書は、公証人及び二人の証人の面前で作成しなければならない。これに反するときは無効とする。」（ルイジアナ民法一五三六条）。「①動産の生前贈与についても、上記の方式によらないときは、その効力を有しない。」（同法一五三八条）。
- (2) ケベック法 「①生前贈与に関する証書は、公正証書によらなければならない。かつ、その原本を保存しなければならない。これに反するときは、無効とする。②しかし、引渡を伴う動産の贈与は、私署証書または口頭の合意によっても行うことができる。」（ケベック民法七七六条）。

### 3 比較法的概観

現在の時点において、これら大陸法の伝統を受け継ぐ国々の規定を横断的に見てみると、贈与が有効に成立するためには公正証書の作成を必要とするのが一般的である。例えば、フランス民法九三一条、ドイツ民法五一八条、イタリア民法七八二条、ルイジアナ民法一五三六条などの規定がそうである。

これに対して、スイス債務法二四二条は、不動産の贈与については公正証書を要求しつつも、動産の贈与については単なる書面の作成しか要求していない。また、ギリシャ民法四九八条およびケベック民法七七六条は、不動産の贈与については公正証書を要求しつつも、動産の贈与については引渡があるときには書面がなくても有効としている。

### 4 英米法

本稿においては、英米法は考察の対象とはしていないが、極めて簡単にふれておく。イギリス法においては、無償の約束は捺印証書によらなければならないとされているが、現在では、この捺印の要件は極めて簡略化されている（望月礼二郎『英米法』三二五頁参照）。アメリカ法においては、受贈者の信頼は、約束的禁反言の法理によって保護される（アメリカ

法における約束手続の法理に関する研究としては、久保宏之「アメリカ契約法における禁反言の法理——歴史・現状・そして将来の展望——」六甲台論集二八卷二号、三号がある。

### 三 民法五五〇条の趣旨

#### 1 判例

民法五五〇条の趣旨として、(i) 軽率性の防止および(ii) 証拠の確実性確保をあげるのが、判例の態度である（大判明治四〇年五月六日民録一三輯五〇三頁「後掲判決①」、大判大正五年九月二二日民録二二輯一七三二頁「後掲判決③」、大判大正七年一月一八日民録二四輯二二一六頁「後掲判決④」、最判昭和五三年一月三〇日民集三二卷八号一六〇一頁「後掲判決⑫」、最判昭和六〇年一月二九日民集三九卷七号一七一九頁「後掲判決⑬」）。ただし、大判大正三年一月二五日民録二〇輯一一七八頁「後掲判決②」は、(ii) 証拠の確実性の確保のみを挙げている。なお、判例については、加藤永一『贈与』（叢書民法総合判例研究）において、要領よく整理されている。

#### 2 学説

学説における民法五五〇条の趣旨の理解については、小脇教授によって、要領よく整理されているので、それを紹介する（小脇一海「贈与と書面」判例演習「債権法2」一頁以下）。

学説の多くも（梅・民法要義債権編四六五頁、岡松・民法理由五三三頁、横田・債権法大意三九九頁以下、遊佐・民法原理六八〇頁、磯谷・債権法論（各論）三一三頁、末弘・債権各論三一二頁・三二二頁、岡村・債権法各論一八六頁、沼・債権各論（上）二二七頁、勝本・契約各論（一）一五〇頁、我妻・前掲書「債権各論（中の一）」二二八頁、我妻Ⅱ有泉・債権法二九五頁、松坂・民法提要債権各論六五頁、柚木・民法（下）一一七頁、小池・債権各論六四頁、

高梨・債権各論(1)三〇二頁、川添・債権法提要一七二頁、宗宮・債権各論一〇七頁、山王・債権法各論九四頁、西沢・「贈与」民事法学辞典(下)一一二五頁、解良・判民昭和二年度八六事件)、また……(a)後日の紛争を避けるべく贈与者の意思の明確を期するため、(b)一時の感情から軽率にも贈与して酷な結果の生じないよう慎重に考慮する機会をあたえるため、であるとしている(多数説)。しかし、学説の中には、特に、(b)の方を否定ないし消極的にみて、もっぱら贈与が紛争を招きやすく法律関係を確定することの困難なものであるところから、前もつて紛争を避けるため唯一の証拠方法として書面を利用しようとするもの(個人的な理由よりもむしろ社会的な理由によるという)であると説くもの(末川・前掲論文「贈与と書面」民法論集」八四頁以下、石田文次郎・債権各論六一頁、金山・財産法要説二一一頁、中川淳「贈与と書面」契約法大系Ⅱ二二頁、打田「民法五五〇条について」中川編・債権各論七五頁、平井・判民大正一五年昭和元年度三六事件、折茂・判民昭和一三年度一四一事件)もある(修正説)。さらにまた、小数ながら(吾妻・債権法一五五頁、戒能・債権各論一一七頁、加藤・前掲書「民法教室債権編」五八頁、谷口・民法要説一一〇頁)全くの異説もある。それによると、元来契約は自由であり、その効力は確定的に生ずべきものであるにもかかわらず、贈与の無償契約という特殊性から広く諸国の立法例が贈与者保護の目的をもつてその効力を弱めているように(フランス民法九五五条・九六〇条、ドイツ民法五一九条・五二八―五三〇条、スイス債務法二四九条・二五〇条などは取消事由——亡恩・困窮・子の出生——を広く用意している)、五五〇条は、「法律上の効果意思を容易に、しかも確定的に認めることが、贈与者に思わざる責任を負担させる結果となることを避けようとする趣旨」より「贈与者の法律上の効果意思は、書面ないし履行によつてのみ、確定的なものとすべしという考え方に基くと解される」と説明する。

### 3 私見

#### 贈与契約の要式性



(1) 五五〇条の趣旨として軽率性の防止を挙げる見解について わが民法典は、保証契約を要式契約とはしていないが、外国の民法典においては、贈与契約とならんで、保証契約もまた要式契約としている例がある。ドイツ民法典七六六条、スイス債務法四九三条などが、その例である。これらの立法趣旨として、保証人の軽率性の予防ということがいわれてる。西村信雄教授は、保証の特殊性として、利他性、人的責任性、無償性、情義性、未必性および軽率性を挙げている（西村信雄・継続的保証の研究一五頁以下）。これらの性質のうち、保証契約においては、未必性と軽率性は、結びついている。すなわち、保証人の負担する保証債務は、主たる債務者が債務を履行した場合には、具体的債務としては発生しない（むしろ、これが原則である）。このような保証債務の未必性があるからこそ、保証人は軽率に保証契約を締結するのである。

贈与契約の場合にも、贈与者の軽率性というものが考えられなくはないが、それが契約の本質と結びついたものであるとまでは云えないように思われる。この点はしばらく置くとして、仮に、贈与は保証と同程度に軽率におこなわれるおそれがある、としよう。そうすると、わが民法が、保証については方式を規定せず、贈与のみについて方式を規定したのはなぜか、ということが問題となってくる。民法五五〇条の趣旨として軽率性の予防を挙げる見解は、おそらく正しいものであるが、この問題に答えられないが故に、十分なものとはいえないであろう。

(2) 民法五五〇条の趣旨として証拠の確実性を挙げる見解について ある契約について書面を要求することが当事者の意思を明確にするものであることは、あきらかである。しかし、当事者の意思を明確にするということは、あらゆる契約類型について求められるはずである。それにもかかわらず、他の契約類型については方式を規定せず、贈与のみについて方式が規定されたのはなぜか。民法五五〇条の趣旨として証拠の確実性を挙げる見解は、正しいものであるとしても、これまた、十分なものではないのである。

(3) Mazeaud の見解 Mazeaud は、「方式は、処分者およびその家族を保護するために設けられた」と解している

(Mazeaud, *Leçons du droit civil* t. 4, n. 1452)。このような理解こそが、歴史的には、贈与契約の要式性の本質をついたものであるように思われる。つまり、贈与契約の要式主義は、歴史的には、家産 (*biens de famille*) の保全を目的とするものであって、遺留分制度と共通の目的を有するものなのである。なお、Mazeaud は、贈与契約の要式性の歴史について、それほど古いものではなく、一七世紀以来のものとしているが (Mazeaud, *op. cit.*, n. 1452)、末川教授は、ローマ法にまで遡るとしている (末川博「贈与と書面」民商二卷二号一七二頁)。

(4) 私見 問題の核心は、わが民法典が一三の典型契約のなかで贈与契約についてのみ書面という方式を規定したのは何故か、ということである。Mazeaud の見解は、現代におけるわが日本法の理解としては、必ずしも適当ではないように思われる。私見は、わが民法五五〇条の趣旨について次のように解する。

一般に債権は、給付保持力、訴求可能性および執行可能性を有している。しかし、贈与が口頭でなされた場合には、受贈者の債権は、現実的には、給付保持力しか持たない。なぜなら、贈与者が任意に債務を履行しない場合に、受贈者が裁判所に訴えたとしても、贈与者は、(口頭の) 贈与契約を取り消すことができるからである。つまり、贈与が口頭でなされた場合における贈与者の債務は、実際上は、自然債務 (給付保持力しかない) のごときのものである。もっとも、贈与者が任意に債務を履行することを欲せず、しかも、受贈者から訴求された場合に取消権を行使しないということが考えられなくはない。しかしこのようなことは、例外的な場合にしかありえないものである (最判昭和三六年二月二日 (民集一五卷一一号二七七八頁) は、この例外的事例である)。

このように民法五五〇条は、贈与の効力を弱めるためのものである。このことは、贈与の性格に合致する。なぜなら、贈与は、あくまでも贈与者の厚意と受贈者の感謝をその内容とするものであって、贈与者が任意に履行しない場合には裁判所に訴えるというのでは、この贈与の持つ基本的性格を失なわせることになってしまふからである。

しかし、常に贈与契約の効力を弱いものとしておくことは、受贈者の信頼の保護の点で不都合な場合がある。例えば、大

学への寄付の約束が履行されるものと信頼して、大学側が研究所の建築をはじめた場合などがそうである。そこで、一定の厳粛な行為がなされた場合には、贈与契約についても通常の契約なみの効力が認められるべきことになる。実際には、重要な贈与の場合には目録の贈呈式のようなことが行われることがある。このような厳粛行為によって、本来効力の弱い贈与契約が、効力の強いものとなるのである。

#### 四 贈与が行われる場合に関する類型論

以下において、より詳細に私見を述べるが、その際の便宜を考慮して、ここで、贈与契約が用いられる場合について四つの類型を挙げておく。

##### 1 慣習的贈与型

中元・歳暮、出産祝い・入学祝い・結婚祝い等の各種お祝いなど、慣習上行われる贈与である。この類型の贈与においては、目的物は、小額の金銭または動産であろうから、法的紛争になることは稀であろう。また、いわば「現実贈与」の形でなされることが多いであろうから、五五〇条但書が存在することによって、法的紛争になることは少ないであろう、ここでは、この類型の贈与については、考慮しないこととする（この類型において最も問題なのは、結納については、太田武男教授による一連の研究がある）。

##### 2 寄付型

歳末などに行われる小額の寄付等は、「慣習的贈与型」と同様、法的紛争にまで発展することが多いとは思われない。問題は、大学あるいは公益法人等になされる高額な金銭の寄付あるいは不動産の寄付などの場合である。このような場合には「現実贈与」の形では行われないことも多いであろうから、贈与契約の締結後における受贈者の信頼の保護といった問題が

生じる。アメリカ法において、「約束的禁反言の法理」は、この型の贈与における受贈者の信頼を保護するためのものとして、発展してきたようである。

### 3 特別受益・仕分け型

贈与者「被相続人」が、長子単独相続を前提として、他の者に自己の財産のうちの一部を生前に贈与するものである。戦前の判例をも検討の対象とするので、この類型を挙げておく必要がある。また、戦後においても、国民の意識の面では、家督相続は完全には消滅していないと考えられるので、この類型をあげておくのが便利であろう。

なお、単独相続をした者（多くの場合、長男）が、相続放棄をした者（母あるいは弟・姉妹）に、自己が相続した財産の一部を贈与する場合も、便宜上、この類型に含ませておく。

### 4 遺贈・死因贈与型

贈与者が自己の死を意識して、自己の財産の全部または主要部分を贈与する場合である。人が自己の財産の全部またはその主要部分を贈与しようと考えるのは、自己の死を意識したときであろうから、この類型の贈与が最も問題となるであろう。また、贈与は当事者間の良好な関係のもとで行われるであろうが、当事者の一方が死亡した場合においては、その相続人と他方当事者との間に良好な関係がないことも十分ありうることである。

このような事情を考慮するとき、この類型においては、贈与者の死後の紛争防止という観点から贈与の方式について考察することが重要となろう。つまり、遺言の方式の厳格性との比較のもとに、贈与の方式について検討することが必要となるのである。

贈与契約が用いられるのは、以上の場合に尽きるわけではないが、ここでは、主要なものとして、この四つの類型を挙げしておく。

## 五 民法五五〇条に関する立法論的私見

厳粛行為の内容として、わが民法は、書面の作成しか要求していない。重大な影響力を持つ厳粛行為であるにもかかわらず、わが民法典が単なる書面の作成しか要求しなかったことについては、立法論的には非難のありうるところであろう。

すでに紹介したように、わが民法典は、起草当時、スイス州法およびイベリア法の影響をうけている。しかし、現在のスイス債務法二四三条は、動産の贈与については書面しか要求していないが（一項）、不動産の贈与については公正証書の作成を要求している（二項）。また、現在のスペイン民法六六三条は、贈与について公正証書の作成を必要としているようである（Mazeaud, *op. cit.*, n° 1452 の記述からの推測）。このような事情は、起草者の行った説明の説得力を弱めるものであろう（特に、贈与の目的物が不動産の場合について）。

特に、遺贈・死因贈与型を念頭に置いた場合には、遺言方式の厳格性とのバランスが問題となる。遺言について厳格な形式を要求するのは、普遍的に見られる現象である。遺言の厳格性に比較するとき、遺贈・死因贈与型の方式に関するわが民法五五〇条の立法論的妥当性には、疑問のあるところである。フランス法系の民法典においては、贈与に関する規定は、遺贈に関する規定とならんで置かれている。このような配列は、遺贈・死因贈与型の贈与を念頭に置けば、実際的であり、また便利でもあろう。

これに対して、遺贈は単独行為であるが、贈与は契約であるという理論的観点からすれば、遺贈と贈与は、分離して配列すべきことになる（ドイツ法系の民法の配列であり、わが民法もこの配列によっている）。そして、贈与に関する規定は、売買に関する規定の近くに配列されることが多い（わが民法では売買の直前に、ドイツ民法では売買・交換の直後に、スイス債務法でも売買・交換の直後に、ギリシャ民法では売買・交換の直前に置かれている）。このように、贈与は売買などと

共に契約である点を中心に考えれば、近代契約法は契約自由の原則に支配されており、その一内容として方式自由の原則が含まれており、したがって、贈与契約においてもその要式性は緩和すべきであるということになるであろう。ローマ法以来契約の方式が緩和化されてきたのは、取引における要請に応えるためであろうと考えられる。

しかし、このことは、まさに売買に代表されるような取引社会で頻繁に用いられる契約類型に妥当することであって、贈与、とくに遺贈・死因贈与型の贈与には妥当しない。遺贈・死因贈与型の贈与は、売買の対極にある契約類型であるといっても過言ではなく、取引社会における迅速性の要請を考慮する必要はないであろう。

以上述べてきたように、遺贈・死因贈与型の贈与を念頭に置いて考えるとき、わが民法五五〇条の立法論的当否は、すこぶる疑問であるということになる。

ところで、寄付型贈与を念頭に置いて考えるときには、五五〇条に対する立法論的評価は異なることになる。寄付型贈与においては、受贈者側の信頼保護という、いわば取引法的要請が加わってくる。この類型においては、贈与契約の要式性の緩和化が求められることになろう。英米法においては、贈与契約の要式性は緩和化されている。すでに紹介したように、大陸法の伝統を受け継いでいる国々のなかでは、わが民法五五〇条は、贈与の方式について最も簡素化している。この点でわが民法五五〇条は、寄付型贈与を念頭に置くときには一定程度評価すべきことになる。

## 六 判例を考慮しない解釈論的私見

以下では、遺贈・死因贈与型のみを念頭に置いて、解釈論的私見を述べる。本来、私見によれば、遺贈・死因贈与型贈与においては、「書面」の意味は、遺言の方式をモデルとして、厳格に解すべきものと考えられる。

本来、書面による贈与とは、契約自体が書面によってなされていることを意味すると解するのが、すなおであろう。すな

## 贈与契約の要式性

わち、贈与契約書が作成されている場合を意味するものと思われる。したがって、他の目的のために作成された書面などは贈与の書面とはいえない。

(1) 書面上に記載されるべき事項 贈与契約書には、次のような事項が記載されているべきであろう。

- ① 贈与者の住所・氏名
- ② 贈与者の署名・捺印
- ③ 贈与する意思
- ④ 受贈者の住所・氏名
- ⑤ 受贈者の署名・捺印
- ⑥ 贈与を承諾する意思
- ⑦ 目的物の表示
- ⑧ 履行期
- ⑨ 契約書作成の事情（契約書作成者の氏名など）
- ⑩ 契約書作成の日付

これらの内の一つでも記載されていないければ、無効であるとは考えないが、基本的には、これらの事項を記載すべきである。

(2) 当事者の書面作成への関与 書面は、必ずしも当事者の自筆によるものであることまでは要しないとしても、両当事者が関与していなければならない。

(3) 書面の存続 書面は、継続して存在していなければならない。

## 七 判例における「書面」の緩和化

判例は、「書面」の意義について緩和化する方向で、その理論をすでに確立している。そこで、現在における解釈論としては、判例理論をある程度前提として、出発せざるをえない。そこで、以下では、判例の動向について見てみよう。

判決① 大判明治四〇年五月六日（民録一三輯五〇三頁）

〔事実〕 詳細は不明である。問題の贈与書面には、履行期日および目的物は明示されていたようである。上告理由は、書面による贈与というには贈与契約書が作成されていなければならないとして、次のように述べた。「贈与契約カ書面ニ依リ締結セラルルヲ要ス故ニ当事者ノ一方カ自己ノ財産ヲ無償ニテ相手方ニ与フル意思ト相手方カ受諾スルノ意思トヲ書面ニ依リ表示セルコトヲ必要トス……本訴ノ贈与ハ……上告人カ被上告人ニ財産ヲ無償ニテ与フル意思表示モ亦被上告人カ之ヲ受諾スル意思表示モ共ニ書面ニ依リタルモノニアラ「ず」」。

〔判旨〕 「民法第五百五十条ニ於テ書面ニ依ラサル贈与ハ当事者之ヲ取消スコトヲ得ルモノト規定シタルハ主トシテ一方ニハ贈与者カ贈与ヲ為スニ当リテハ其意思ノ明確ナルコトヲ期シ他ノ一方ニハ贈与者カ輕忽ニ贈与ヲ為スコトヲ予防セントスルノ趣旨ニ出テタルモノニシテ贈与契約ノ当事者双方ノ意思表示ニ付キ書面ヲ作成スヘキコトヲ命シタルモノト解スヘキニアラス故ニ原判決カ本件ノ贈与ニ付キ贈与者カ其意思表示ヲナシタルコトヲ認ムルニ足ルヘキ当事者ノ作成ニ係ル甲第十号証ノ存スルコトヲ認メタル以上ハ設令受贈者カ承諾ノ意思表示ヲ為シタルコトニ付キ書面ノ存スルコトヲ認メサルモ書面ニ依ラサル贈与ナリト云フコトヲ得「ず」」



判決② 大判大正三年一月二五日（民録二〇輯一一七八頁）

〔事実〕 事実関係は複雑であるが、贈与の問題に限定すると、実際には贈与であるが、売買名義の書面が作成されていた事例である。

〔判旨〕 「縦令売買ニ化託シテ書面ヲ作成シタルモノトスルモ贈与ノ意思カ其書面ニ依リ明確ナルニ於テハ之ヲ書面ニ依ル贈与ト認ムルコトヲ妨ケサルモノトス又法律ニ於テ書面ニ依ラサル贈与ハ之ヲ取消スコトヲ得ルモノト為シタル所以ハ斯ル贈与ヲ以テ不法ナリトシ之ヲ禁遏スルノ旨趣<sup>（マツ）</sup>ニ出テタルニ非スシテ贈与者ノ権利移転ノ意思ノ明確ヲ欲シタルニ外ナラサレハ本件ニ付キ原審ノ確定シタルカ如ク贈与者ノ権利移転ノ意思明確ナルニ於テハ売買ニ化託シテ贈与ノ証書ヲ作成シタリトスルモ之ヲ以テ脱法行為ト謂フヲ得ス」

判決③ 大判大正五年九月二二日（民録二二輯一七三二頁）

〔事実〕 事実関係は不明であるが、贈与の書面が事後的に作成された事例である。

〔判旨〕 「民法第五百五十条ニ於テ書面ニ依ラサル贈与ヲ取消スコトヲ得ルモノト為シタル理由ハ一面ニ於テハ贈与者カ贈与ヲ為スニ当リ其意思ノ明確ナルコトヲ期シ他ノ一面ニ於テハ贈与者ヨシテ沈思熟慮ヲ用ヒスシテ軽忽ニ贈与契約ヲ為スコトヲ予防セントスルニアリ然ルニ贈与契約成立ノ当時何等ノ書面ヲ作成セサリシトキト雖モ其後ニ至リ其贈与契約ニ付キ書面ヲ作成シタルトキハ贈与者ノ贈与ヲ為スノ意思ハ明確ト為リタルモノト謂フヘシ故ニ其時以後ニ於テハ贈与契約ヲ取消スコトヲ得サルモノト解スルヲ法律ノ精神ニ適シタルモノトス即チ民法第五百五十条ニ書面ニ依ラサル贈与トハ贈与契約ニ付キ終始書面ヲ作成セサル場合ヲ指スモノナルヲ以テ贈与契約成立当時其書面ヲ作成セサルモ後ニ至リ之ヲ作成シタルトキハ同条ノ適用ヲ受ケサルモノトス」。

判決④ 大判大正七年一月一日（民録二四輯二二一六頁）「特別受益・仕分け型」

〔事実〕 事実関係の詳細は不明であるが、贈与者でもなく受贈者でもない第三者が筆記した書面が存在する。書面には受贈者の氏名と目的物の表示のみしか記されていないようである。

〔判旨〕 「被上告人カ大正二年八月中其三男Aニ本訴地所ヲ贈与スルニ際シ訴外Bニ作成セシメテAニ交付シタル文書ニハ単ニ受贈者ノ氏名ト目的地所ノ地番及反別ノ記載アルニ止マリ他ニ何等ノ記載ナクシテ贈与ノ意思ナリシコトヲ知ルニ由ナキモノナレハ仮令斯カル文書ヲ作成シタル事実アレハトテ書面ニ依テ贈与ノ意思ヲ表示シタルモノト謂ヒ得ヘキニ非ス」。

判決⑤ 大判大正八年五月一六日（新聞一五八二号一七頁）「特別受益・仕分け型」

〔事実〕 事実の詳細は不明である。訴外Aが、分家財産として、Xに本件土地を贈与した。Aの死亡後、Xは、Aの家督相続人Yに移転登記を請求した。これに対して、Yは、書面によらない贈与として、取消を主張した。書面は、受贈者の氏名と目的物の表示のみしか記されていないようである。

〔判旨〕 「甲第一号証の記載は原判決に示す如くにして贈与の意思を表示したる文辞の見るもの無ければ原判決が之に依りて書面に依る贈与なることを認めたるは証拠の内容に副はざる不法の認定なりと謂ふべし」。

判決⑥ 大判大正一五年四月七日（民集五卷二五一頁）

判決⑦ 大判昭和二年一〇月三十一日（民集六卷五八一頁）

〔事実〕 ⑥および⑦は、同一の事件に対する判決である。⑥が差戻をしたが、差戻審の判断を不服として再び上告がな

され、それに対する判決が⑦である。

被上告人の先代は、大正十一年一月一七日に本件土地を上告人に贈与した。その際、不動産売渡証書と題し、本件土地を三百円で売り渡し代金は受領済という旨を記載した書面を作成した。

〔⑥の判旨〕 ⑥においては、売買の形式を採っている点が問題となった。「書面ナルモノニハ必スシモ贈与ト謂フ辞句ノ明記アルコトヲ要セサルハ云フヲ俟タサルノミナラス其ノ無償ナルコトカ書面自体ニ表現セルコトスラ之ヲ必要トセス唯自己ノ財産ヲ相手方ニ取得セシムル意思タニ書面自体ノ上ニ表示セラレアルトキハ縦令ソレト共ニ書面上ニハ其ノ対価アルコトノ記載ヲ存スルモ此ノ点ハ他ノ証拠資料ニ基キ当事者ノ意思ハ実ハ無償トスルニアリシコトヲ認め得ラル」。

〔⑦の判旨〕 ⑦においては、本件土地の地番が書面では誤記されている点、および受贈者の氏名が書面に表示されていない点が問題となった。「本件贈与ノ目的地ハ其ノ地番ヲ誤記セラレタルモ……目的地カ書面ニ表示セラレサルモノト謂フ可カラス又……他ノ証拠ニ依リ其ノ受贈者ノ何人ナルカヲ認め得ル以上ハ縦令右書面ニ依リ分明ナラサルモ該贈与ヲ書面ニ依ル贈与ナリト認ムルニ於テ妨アルコト無〔し〕」。

判決⑧ 大判昭和十三年九月二八日（民集一七卷一八九五頁） 「寄付型」

〔事実〕 事実関係は、かなり複雑であるが、贈与の書面の問題に限定すれば、次のとおりである。訴外銀行が預金の払戻不能に陥ったため、大蔵省当局は、取締役らを招き、私財の提供を勧告した。その結果、取締役らは、大蔵省に私財提供書を提出し、また、訴外銀行にも、大蔵省に提出した書面の写しを差し出した。しかし、結局、私財は提供されなかった。このため、銀行の債権者が、銀行に代位して、取締役らに、私財の提供を求めたのが、本件である。

〔判旨〕 「原審ハ右書面差入ノ事実ト原判決挙示ノ其ノ他ノ事実トノ綜合ニ依リテ右合意ノ成立ノ事実ヲ認定シ其ノ合

意ハ性質上贈与ニ属スルモノト為シ且書面差入ノ事有ル点ヨリ看テ之ヲ民法第五百五十条ニ所謂書面ニ依ル贈与ト為シタルモノニシテ贈与者カスル書面ヲ相手方ニ差入レタル場合ニハ其ノ贈与ハ之ヲ所謂書面ニ依ル贈与ナリト謂フヲ相当トス」

判決⑨ 大判昭和一三年一月二日(民集一七卷二二九九頁) 「寄与型」

〔事実〕 Y部落は、A村の一部として財産を所有していたが、功勞のあったXに対して慰勞金を贈与することにした。そして、A村会において、Y部落財産から功勞者報酬金を支出する予算案が可決された。金銭の一部は支払われたが、その後、A村会は右の贈与の取消を決議した。本件においては、A村会の議事録が贈与の書面に当たるか否かが問題となった。

〔判旨〕 「書面ニ依ル贈与ト云ヒ得ル為ニハ贈与ヲ約スル旨ノ意思表示カ書面ニ記載セラレ之ニ依リテ受贈者ニ対シ表示セラレタルコトヲ必要トシ其ノ他ノ書面ニ依リ贈与ノ意思アリシ事実ヲ認メ得ルヲ以テ足レリトセス然ルニ所論ノ乙第一、第三号証甲第一号証ハ被上告部落ノ予算案及議事録ニシテ上告人ニ対スル意思表示ノ為メ作成セラレタルモノニ非ス其ノ記載中ニ贈与ヲ約スル意思表示ヲ包含スルモノトハ到底認メ難キヲ以テ原審カ之ヲ以テ本件贈与カ書面ニ依ルモノト認メサリシハ不当ニアラス」

判決⑩ 最判昭和二五年一月一六日(民集四卷一一号五六七頁) 「特別受益・仕分け型」

〔事実〕 養父Aおよび養母Yは、養子Xとの離縁を訴を提起したが、敗訴した。Aは、Xによる家督相続を避け、またYの将来のため、AYが仮装離婚するとともに、BをYの養子とした。そして、Aは所有不動産の大部分をBに贈与し、登記および引渡を完了した。本件においては、贈与目的物たる不動産の登記移転および引渡が終わっているので、書面による贈与であるか否かは、中心的な問題ではない。

## 贈与契約の要式性

〔判旨〕 「贈与の書面には、当事者間において贈与者が自己の財産を相手方に与える慎重な意思を文書を通じて確実に看取し得る程度の表現あるを以て足りるものと解するを相当とする。」

判決⑪ 最判昭和三七年四月二六日（民集一六卷四号一〇〇二頁）〔特別受益・仕分け型〕

〔事実〕 兄Y、弟Xの父Aは、生前、本件農地につきXに贈与するため知事による宅地への転用許可を受けていたが、移転登記をしないまま死亡した。弟Xは相続を放棄し、兄Yが相続した。その後、兄Yが弟Xに対して、本件農地を贈与し、それを宅地にするため、兄弟連署の農地転用許可申請書が知事あてに提出された。この申請書が、贈与の書面に当たるか否かが問題となった。

〔判旨〕 「甲第五号証には、冒頭に譲渡人Y譲受人Xと各記載され、その名下に捺印があり、次にその内容を見るに、『三、権利を移転しようとする事由』として、本地のうち一畝一五歩については昭和二四年二月二二日農林省告示第一四三号により転用の承諾を得て現に宅地に使用中であるが、今回正式に譲渡するために測量のところ申請面積が必要となり止むなく再申請して贈与することにした旨の記載あり、次いで、『四、権利を『移転』しようとする契約の内容』として、無償贈与とする旨の記載あり、これを以て見れば、譲渡人から譲受人に対し本件土地を無償贈与する意思が十分に表示されているから、右は坊間贈与者と受贈者との間に作成或は交換される形式の書面とは異なるけれども、その内容は民法五五〇条にいわゆる書面による贈与と認めて妨げない。」

判決⑫ 最判昭和五三年一月三〇日（民集三三卷八号一六〇一頁）〔特別受益・仕分け型〕

〔事実〕 Yの娘であるAは、父を相手方として、財産処分禁止請求の調停を申し立てた。この調停事件に、Yの妹であ

るXが参加した。調停が成立し、調停調書には、「Yは、前記八番二の宅地のうち約四五坪（別紙図面記載のX所有部分）を除いた部分及びその他の土地建物を処分しようとするときには、Aと約一〇日前に相談のうえする」旨の調停条項が記載されていた。この括弧内の記載は、YからXに本件土地を贈与する趣旨でなされたものである。この括弧内の記載が贈与書面に当たるか否かが問題となった。

【判旨】 「前記八番の二の宅地のうち約四五坪の土地部分（本件土地がこれにあたる。）を被上告人「X」所有部分として除外する旨の記載がされたのは、右調停に際して、上告人「Y」と被上告人「X」との間で右土地部分を贈与する旨の合意が成立したためである、というのであるから、同調停調書は、贈与の当事者である上告人「Y」及び被上告人「X」の関与のもとに作成された書面において、本件土地の所有権が贈与により被上告人「X」に移転し同人に帰属したことを端的に表示したものととして、民法第五〇条にいう書面にあたるものと解するのが相当である。けだし、同条が書面によらない贈与を取り消しうるものとした趣旨は、贈与者が軽率に贈与を行うことを予防するとともに贈与の意思を明確にし後日紛争が生じることを避けるためであるから、贈与が書面によつてされたものといえるためには、贈与の意思表示自体が書面によつてされたこと、又は、書面が贈与の直接当事者間において作成され、これに贈与その他の類似の文言が記載されていることは必ずしも必要でなく、当事者の関与又は了解のもとに作成された書面において贈与のあつたことを確実に看取しうる程度の記載がされていれば足りるものと解すべきだからである」。

判決⑬ 最判昭和六〇年一月二九日（民集三九卷七号一七一頁）「遺贈・死因贈与型」

【事実】 法的问题点は、きわめて多岐にわたっているが、ここでは、本判決で問題となっている点に限定することとする。そうすると、第二目錄記載の土地の贈与が問題となる。

「……上告人ら「X」の被相続人である亡Aは、昭和四二年四月三日被上告人「Y」に……宅地……を贈与したが、前主であるBからまだ所有権移転登記を経由していなかったことから、被上告人「Y」に対し贈与に基づく所有移転登記をすることができなかつたため、同日のうちに、司法書士Cに依頼して、右土地を被上告人「Y」に譲渡したからBから被上告人「Y」に対し直接所有移転登記をするよう求めたB宛ての内容証明郵便による書面を作成し、これを差し出した」（本判決からの引用）。

〔判旨〕 「民法五五〇条が書面によらない贈与を取り消しうるものとした趣旨は、贈与者が軽率に贈与することを予防し、かつ、贈与の意思を明確にすることを期するためであるから、贈与が書面によつてされたといえるためには、贈与の意思表示自体が書面によつていることを必要としないことはもちろん、書面が贈与の当事者間で作成されたこと、又は書面に無償の趣旨の文言が記載されていることも必要とせず、書面に贈与がされたことを確実に看取しうる程度の記載があれば足りるものと解すべきである。これを本件についてみるに（中略）「本件の」書面は、単なる第三者に宛てた書面ではなく、贈与の履行を目的として、亡Aに所有権移転登記義務を負うB対し、中間者である亡Aを省略して直接被上告人「Y」に所有権移転登記をするについて、同意し、かつ指図した書面であつて、その作成の動機・経緯、方式及び記載文言に照らして考えるならば、贈与者である亡Aの慎重な意思決定に基づいて作成され、かつ、贈与の意思を確実に看取しうる書面というのに欠けるところはなく、民法五五〇条にいう書面に当たるものと解するのが相当である。」

## 八 判例理論の要約

(1) 書面の記載内容 判例においては、書面の記載内容のうち、とくに、受贈者の氏名の表示、贈与目的物の表示および贈与意思の表示が問題となっている。

① 受贈者の氏名の表示 書面上に受贈者の氏名が表示されていなくてもよいとするのが、判例の立場のようである（判決⑦および判決⑫参照）。

② 贈与目的物の表示 目的物の表示にわずかな誤記があっても許されるようである（判決⑦参照）。

③ 贈与意思の表示 まず、表面上「売買」と表示した場合であってもよい、というのが判例の立場である（判決②および⑥参照）。したがって、判例理論によれば、「贈与」あるいは「売買」のいずれの形式であれ、譲渡する意思が表示されていればよい、ということになる。

それでは、その譲渡の意思は、書面上に表示されていなければならないのであろうか。この点については、判例の態度に変遷があるように思われる。書面上に譲渡の意思が表示されていなければならない、とするのが大正中ごろに相次いで登場した判決④および判決⑤の態度である。判決⑨も同様の立場をとっている。

これに対して、判決⑫および判決⑬は、贈与の意思自体が表示されていることは必要ではなく、譲渡があったことを看取しうる程度の記載があればよいとしている。後者が現在の判例の見解であろう。

② 他目的のために作成された書面 譲渡する意思を表示するため以外の目的のために作成された書面でもよいか。贈与者側の内部的な書面（村会の議事録）はだめだとするのが、判決⑨である。これに対して、外部に向けられた書面であればよい、というのが判例の態度であると思われる。大蔵省に提出された書面（判決⑧）、知事に提出された書面（判決⑪）、不動産の前所有者に宛ての中間省略登記依頼状（判決⑬）のように、当事者以外の第三者あての書面でもよいとされている。また、判決⑫においては、和解調書が贈与の書面とされている。

③ 書面作成への当事者の関与 第三者が筆記した書面でもよい（判決⑫においては、和解調書が贈与の書面とされている。判決⑬においては司法書士が作成している）。しかし、当事者（特に贈与者側）が関与または了解していなければなら



らない(判決⑫)。大判昭和二年一月七日(新聞二七八二号九頁)においては、第三者作成の書面は贈与者の関与なしで作成されたという上告人側の主張を容れて、破棄差戻しされている。

(4) 書面作成の時期 事後的に作成された書面でもよい(判決③参照)。

(5) 書面の存続 ひたたび書面が作成されれば、その後その書面が消滅してもよいとするのが、大判昭和一六年九月二〇日(判決全集八・一二)である(大島は未見)。

以上要するに、「当事者の関与又は了解のもとに作成された書面において贈与のあつたことを確実に看取しうる程度の記載がされていれば足りる」(判決⑫)というのが、判例の態度である。

## 九 おわりに

贈与の書面の意義について、判例理論が緩和化の方向をほぼ極限近くまで押し進めている現在において、これに異を唱えることは、立法論に近いものとなるが、私見は、書面の意義を判例のように極限近くまで緩和することには、必ずしも賛成しえない。とくに、遺贈・死因贈与型の贈与の場合において、目的物が不動産であるときには、判例の基本的方向に疑問を持つ。

当事者の死後における紛争の発生を予防するという見地から、判例理論に根本的反省が加えられることを希望する。

「付記」スイス法に関する文献の入手について、南山大学の松倉耕作教授の御厚意を得た。深く感謝の意を表す。