

【論説】

報償的贈与についての一考察

—アメリカ法を参照して— (三・完)

小島奈津子

第一章 本稿の目的

第二章 道徳的義務に関する判例法理の展開

第一節 約因理論における道徳的義務の理論

第二節 道徳的義務に関する準則

第三節 実質的利益のルールに関する判例

第四節 判例の分析

第五節 小括 (以上一四卷一号)

第三章 第二次契約法リステイメント八六条の立場

第一節 約束の拘束力の基礎としての不当利得の法理

第二節 先行役務についての要請

第三節 先行役務の無償性

第四節 先行役務と約束額の相当性

第五節 小括 (以上一五卷一号)

第四章 今後の展望——まとめに代えて (以上本号)

第四章 今後の展望 まとめに代えて

1 新たな理論の必要性

以上で見てきた受取り済みの利益に対する約束をめぐるアメリカ法の議論は、日本法において学説上論じられている報償的贈与¹を考えるに際して参照の価値があると思われる。贈与は五五〇条により書面又は履行がない場合撤回されうるのみであって、法律上は、当該贈与が為された

趣旨、報償的な意味があるか否か、といったことが考慮される余地はない。これに対して、アメリカ法では、法的拘束力あるものを、形式的基準のみではなく、主として過去の受益に着目して、実質的観点から決していることが注目される。それでは、日本法において、裁判所が撤回を許さない贈与とはどのような実態をもつものであり、形式的基準のみによる処理が便宜的な説明にすぎないとみられる事例はないであろうか。つまり、当該贈与の実態故に、撤回可能となることを防ぐために、「書面」「履行」の解釈を通じて五五〇条を排除している事例があるとしたら、それらは形式的な基準で拘束力ある贈与を振り分けることの限界を示しているかもしれない。そこで、まず、「書面」の要件を緩和した²⁾ものとして著名な最高裁判決を中心に、それらが扱う贈与がどのような実態を有するか、報償的趣旨のものが含まれているか、について見ていきたい。ここでは、第一審、控訴審に現れた事実も含め、贈与が為されるにいたった経緯を見ることにする。

(1) 最高裁昭和二五年十一月一日判決 (民集四卷一一号五六七頁)

Aは、養子Xとの離縁の訴えに敗訴し、Xが家督相続することとなったため、妻Yと自家の前途を心配し、妻Yに土地の贈与等をした後、協議上の離婚をし、自己の事実上の養子を他に迎え、それをYの法律上の養子とし、事実上の夫婦、養親子として同居し、他の不動産もまたYに贈与したり、売買を原因としてY名義に所有権移転の登記を為した。登記申請書に対価あることの記載があっても他の証拠で無償に給付の債務を負担したものであることが認められ得る限り、書面による贈与であるとした原審の判断が維持された。

(2) 最高裁昭和三七年四月二六日判決 (民集一六卷四号一〇〇二頁)

亡父が農地について宅地への転用の許可を得たが、登記手続きを経ないまま死亡したため、相続により土地を取得した兄Yは相続放棄した弟Xを分家させるべく、この土地を宅地用地としてXに贈与することとし、Xと連署の上知事に対し、改めて宅地として転用し、これをXに無償贈与する旨記載した許可申請書を作成、提出したという事案で、書面によ

る贈与が認められた。

（3）最高裁昭和五三年一一月三〇日判決（民集三二卷八号一六〇一頁）

Xは、家督相続した兄Yに代わって亡父を永い間世話してきたうえ、亡父も生前Xに対し遺産となるべき不動産の一部を贈与する旨の発言をしていたこともあったので、Yに対し不動産の一部をXに無償譲渡してくれるよう申し出たところ、Yはこれを承諾し、たまたま空き地であった土地を贈与する旨の意思表示をした。そのため、Yの娘が申し立て、Xも利害関係人として出席した調停において、YがX所有部分以外の部分、即ち「横手市新町八番の二宅地一四三坪五合の中、約四五坪（別紙図画記載のX所有部分）を除いた部分」を処分するには申立人と相談の上で為すという調停が成立した。この調停条項中の記載は、贈与により土地がXに帰属したことを端的に表示したものとして書面であるとされた。

（4）昭和六〇年一一月二九日判決（民集三九卷七号一七一九頁）

YはXらの母の娘でありXらの父Aに認知されているが、Aと血縁関係はなく、財産確保をもくろんでAの扶養義務者指定等の調停申立をして失敗してから別居していた。しかし、Aが所有地を高速道路用地として売却し、補償金を入手したのを、X₁が定期預金にして証書や届出印を保管していたところ、AがこれをX₁に騙されたように受け止め、Yと共にこれらの返還を求め、持ち帰った。この前後からYは再びA方へ出入りするようになり、それまでAの世話をしてきた女性が病気でAのもとを去った後は、実子であるXらがAの面倒を見る様子もなかったので、近くに住んでいたYが下の世話までしていた。YはAの扶養義務者等変更の調停申立をし、土地等の贈与を受けたが、Aは死亡した。このような事案で、Aが司法書士に対して、自己の土地譲渡人から受贈者Yへの所有権移転手続を求めた内容証明郵便が書面とされた。

（1）は、形式的な離婚の前後に妻の前途を心配して贈与がなされたものであり、報償的趣旨の贈与とは見られないが、後述する内縁の夫婦と同様に、相続権のない配偶者への贈与は現行民法の配偶者の相続権の

趣旨に沿うものではないかと思われる。即ち、夫婦共同体における相互の潜在的寄与分を清算すること³⁾、また扶養（生活保障）である⁴⁾。清算の点は報償につながるものであるが、受贈者の扶養については好意による贈与を示すものとも考えられるが、夫婦間の扶養義務という親族法上の義務の延長として義務的な贈与を見ることが出来る。(2) は、先行する受贈者の相続放棄に報いる贈与というよりも、広中説によれば、共同相続人間で一方があるものを与える代わりに他方は相続を放棄するという契約であって、離婚の際の財産分与と類似する「贈与のように見えて実は贈与と見るべきでないような行為」であるという⁵⁾。家や現金を贈与し相続放棄してもらったが、後に贈与を取消したという設例の研究において、広中説は、贈与者の出捐を受贈者の相続放棄から切り離して考えてはならない、「将来の親交を期待してなされる贈与や平素の愛顧に報いたいとか声望を得たいとかいうふうな動機から為される贈与の場合とは厳に区別されるべきである」、とされる。贈与者の出捐と相続放棄の対応関係は「法的操作の可能かつ必要なもの」であり、相手に一方的利益を得させる意図を持っていない相続放棄契約であるとされつつ、「設問の場合が『放棄したら与えよう』という契約でないことは明らか」であるが（また『『くれたら放棄しよう』という契約でもない』とされる）、それでも「このような契約の場合には一般に民法五五〇条を持ち出すべきでないと考える」とされる⁶⁾。相続放棄がなければ贈与は為されず、贈与が予定されていたからこそ相続放棄が為されたという関係にあり、交換の意味を有するよう見えるが（分家ということであるから、等価とされているとは必ずしもいえないであろう）、将来に向かって交換を為す契約があったといえるかは明確ではない。相続放棄をして財産上の利益を与えたことに対する贈与として、報償的な趣旨で為された特殊の贈与であるとする事で五五〇条の適用を免れさせることも考えうるのではないか。

これらに対し、(3) は、贈与者本人が役務を受けたわけではないものの、報償的贈与と考えてよいと思われる。家督相続した贈与者は、亡父の世話という役務が与えられたことにより、利益を受けていると見る

べきだからである。

また、(4)については、原審も、老衰の度を加えていた贈与者が「近くに住んでいた第一審被告を頼らざるを得ない状況にあったこと・第一審被告に心を寄せざるを得ない心境に立ち至ったであろうことは推察するに難くなく、この機を逃さず、第一審被告は機敏に・・心情に取り入り、以後の面倒を見ること等を条件に・・贈与を求め、同人に承諾させたものと推認される」と指摘しているとおりの、贈与者は、実子である原告と疎遠になったため、受贈者が将来自分を世話してくれるのを期待して全財産の贈与を為したのだと考えるべきであり、報償的贈与とはいえない。但し、贈与者がそのような考えに至るまでには受贈者が贈与者を世話したという事実がある。将来の役務を目的として当該贈与がなされたのであるが、これらを交換の関係に立たせるについては、過去の役務が重要な役割を果たしているといえる。

次に、書面によらない贈与について、「履行」の要件を緩和したとされる判決の事案をみていきたい。

(5) 最高裁昭和三十一年一月二七日判決（民集一〇卷一号一頁）

借地人XがYとの間で、YがX名義で建物を建築し、その出来上がりと同時にこれをXに贈与し、その代わりその後一年間はYがこの建物を無償で使用し、ビンゴゲーム場を経営して利益を上げ、その一年の期間満了と共にこの建物をXに明け渡すという契約を為した。所有権の移転のみでは贈与の履行があったとは言えず、占有の移転があったことが必要であるが、建物は、出来上がりと共に所有権がXに移転すると同時に、YはXのため建物を占有する旨の意思を暗黙に表示したと解すべきであるから、これにより建物の占有もXに移転したのであり、履行を終わったものとされた。

(6) 最高裁昭和三十三年五月二六日判決（民集一八卷四号六六七頁）

Yは、Aが死亡する五、六年前に婚姻の式を挙げ、以来目的物たる家屋で同居してきたAの内縁の妻であった。Aは入院して死亡する前に、死期を悟ってYにそれまで世話になった礼を述べ、Yに家屋を贈与し、

その際実印とこの家屋を買い受けたときの売買契約書を交付したが、A の相続人 X は書面によらない贈与であるとして取消した。最高裁は、Y は占有補助者の立場にあったが、贈与が為され、権利の表象とも言うべき契約書が実印とともに交付されることによって、A から Y に対して簡易の引渡による占有移転が行われたと見るべきであるから、贈与の履行はこれにより完了したと判示した。

(7) 最高裁昭和四〇年三月二六日判決 (民集一九卷二号五二六頁)

X Y は昭和一六年ごろから交際、X が昭和一七年三月応召し、昭和二〇年九月復員するまでは頻繁に文通し、Y は X との結婚を待ち望んでいたが、X の態度が変わり、結婚をあきらめてもらい、その償いとして五年前後に洋装店を開いてやると申し出たので、Y はやむなく別れ、五年後に至り建物を貰い受けたいと申し出たところ、X は妻に内密の上 Y にこれを贈与することを約し、Y に登記済証と印鑑証明書を交付した。その後、依頼を受けた A 司法書士が所有権移転登記申請手続きを行い、売買登記の形式をとって所有権移転登記手續が為された。X の取消は認められないとされた。

(8) 最高裁昭和五六年一〇月八日判決 (判時一〇二九号七二頁)

贈与者 Z が長男 X に、Y が Z の同意なくして占有し、かつ登記名義人となっている係争中の土地を贈与した。X は贈与の九年後に Y に対して所有権移転登記を請求した。Z はこの訴訟提起のころ X の訴訟遂行を助けるため、土地の権利関係に関する証拠書類を交付した上、一審係属中に証人として出廷し X のために証言したが、その証言の中には X に土地を贈与した旨の陳述が含まれており、第一審裁判所はこの証言を採用して X 勝訴の判決をした。その後 Z は X に対し本件土地の贈与は書面によらないものであるからの理由でその取消の意思表示をしたが、X に対する贈与の履行は終わっていたものと解するのが相当であった、取消の意思表示は無効であるとされた。

まず、意思主義の下、贈与契約により贈与目的物の所有権は移転するが、履行があるというために契約が存するだけでよいとすることはでき

ないことは、五五〇条の趣旨から明らかであり、従って所有権移転では足りない⁷⁾とされている。(5)は、当時移転登記の有無を問わず引渡が必要とされていた中で⁸⁾、引渡につき占有改定でよいとしたものである。(5)については、土地が有名な歓楽街にあって一年間の営業で建物建築費以上の利益を上げることから、合理性ある取引であったことが窺われ、借地人たる受贈者に建物所有権の取得を認める必要性があった事案である。ここには報償的趣旨の贈与は存せず、無名契約的なものともされる⁹⁾。これとやや類似するものとして、浦和地方裁判所昭和五五年九月一八日判決（判時一〇〇二号一一七頁）は、原告の土地上に原告の父親が家族の生活費の足しにするため貸家を建築、五年ほどしてから土地が自己のものであると知った原告が建物取去を要求したところ、父親と被告らは建物の賃料収入がなくなると生活に差しさわりがあるから直ちに取去することは出来ないが、将来、この建物を原告に無償譲渡する方向で解決したいとの申入れがあり、建築のための借入金返済が終わる五年後に建物を引渡すという合意が為された事案で、この合意は単純な贈与契約ではなく「和解契約の性質を帯びた契約」であり、実質的に見ても五年間の土地の使用収益権の放棄と引換えに為されたものといえるから、書面によらない譲渡であるが、やはり五五〇条の適用はないとした。確かに、当該契約は不法占拠の状態を解消するための親族間の互譲による契約であったが、それまでの五年くらいの土地の使用収益の利益の放棄も築一〇年余りの建物の無償譲渡に関わりないとは思えない。将来の土地の収益が合意されていなければ、過去の受益のみを基礎とする贈与となり、同様の理由づけで取消されない贈与とされるかが問題となったであろう。また、これを将来の土地の収益の放棄を負担とする負担付贈与と見れば、合意後丸五年には満たないものの相当期間公租公課等に見合う使用料で使用させ続けているので、負担の履行があり、いずれにせよ撤回されないことになる。

次に、(6)は内縁関係にある当事者間に簡易の引渡を認めたものであるが、長年の内縁当事者間の贈与、特に贈与者の死後紛争となるものについては、配偶者の相続権の趣旨からして、将来の扶養と共に報償の

趣旨を見出せないではない。本判決の事案では、実印と買受契約書の交付があるが¹⁰⁾、内縁夫婦間の不動産の贈与については、特にこのような事情がなくても引渡しを認める判例がある。本判決の先例となる大審院判決に、現実の引渡しを認めたと思われる大判昭和 2 年 12 月 17 日 (新聞二八一—号—五頁) があるが、これは、内縁夫婦が共に居住・使用してきた土地建物について、「単ニ之ヲ一方ヨリ他ノ一方ノ実力的支配ニ移属セシムルコトノ合意」を為すことにより引渡しは完了するのであって、同居の事実と贈与契約成立の動機及びその当時の状況からして、このような合意があったとした。

ところで、下級審には、報償という観点から内縁夫婦間の贈与をことさらに保護したものがある。福岡地裁昭和 30 年 9 月 29 日判決 (下民集六卷九号二〇五八頁)、東京高裁昭和 46 年 2 月 26 日判決 (判タ二六三号二九八頁) である。前者は、次のような背景で、全財産が内縁の妻に贈与された事案である。死亡した内縁の夫と妻 Y とは事実上の婚姻をしてから夫の死亡まで同棲生活していたが、夫は資本なくして事業を営んでおり、無一物になったこともあり、兄弟である X からなんらの援助も受けず、Y の献身的協力を得て努力した結果、死亡時にはようやく生活の安定を得たところ、事実上の婚姻から一六年後、胃がんと診断され、Y の将来を案じ、婚姻の届出をするよう指示し、所有財産一切を Y の自由に任せると言明し続けたが、Y が看病のため多忙であったこともあって婚姻届の提出に至らなかった。判決は、贈与契約成立の際占有改定の方法によりその履行が完了されたと判示し、さらに、このような贈与の取消を為すのは「書面に依らざる贈与の取消を認めた法意を著しく越脱するものであって、正に権利の濫用」とした。後者の東京高判は、内縁の夫が妻 X に対し、まず先妻との間の四人の子女の面倒を見てくれるという条件で内縁関係に入るにあたり第一の土地を贈与し、死亡直前に X のためを思って第二の土地を贈与したという事案である。本判決は、これらの土地について、地代取立てを夫婦共同で行っていたこと、X が野菜栽培に主力となって従事していたことのほか、X が内縁関係を始めてから夫の死亡まで二六年余りも同居し、先妻の子女四人の面倒を見な

がら家事を取り仕切り、一同から頼りにされており、特段の過ちのあった事実もなく、亡夫が贈与を撤回したと見られるような言動も認められないことをもって、「引渡」は遅くとも亡夫の「死亡時にはすでに終わっていたと認めるのを相当とする」と判示している。借家人全員に所有権移転を告げたり権利証を引渡したりしていないことについては、「内縁の夫婦間の権利移転」は他人に告げたり登記書類等の交付がないことは十分ありうるとする。これは内縁関係にある者の間では引渡が認められやすいことを示すものであるが、これに加え、受贈者Xが長年贈与者に献身してきた内縁の妻であることが考慮されるべきことが明らかにされている。即ち、第二の土地の贈与は二六年間の功績が考慮されてのことであって、第一の土地の贈与は短期間に不縁となる場合には撤回する意向があったかもしれないが、その心配も霧消したはずであるから、亡夫に贈与を取消す意図はなかったにもかかわらず、相続人（被告）が取消の意思表示をすることは信義に反するというのである。そこで、第一の贈与が為された当時には相続人の取消も認められるであろうが¹¹⁾、二六年の功績を経た後では「履行」が認められなくても信義則上相続人は取消権を行使できないことになる。これに対して、第二の贈与は契約当時から、過去の二六年の功績により、相続人において撤回権の行使が許されないというのである。このことについて、第二の贈与を報償的贈与とすれば、報償的贈与は通常の贈与に比して拘束力がより強いということも出来るであろう。

（7）は、移転登記があったというだけでも履行があったと認められた事例である。登記もまた、軽率な贈与を防止し、贈与者の意思を明確ならしめるとする学説¹²⁾に移行したものとされる¹³⁾。そこで、五五〇条に関する学説を容れたものであって事案の特殊性によるものではないとも考えられる。また、「事案全体からみれば本旨履行とみてもおかしくない」し、登記申請のために売買契約書が両者の依頼で作成されているために書面による贈与と解すべきものであったこと、権利証等登記に必要な書類が交付されているから簡易の引渡が認められうることを指摘する見解もある¹⁴⁾。ここで問題となっているのは慰謝料支払のような動機で為され

た贈与といえ、相手の損害を償う趣旨が尊重されているとも考えることもできる。

(8) は、贈与を受けて受贈者が提起した訴訟で勝訴したところ、贈与者が目的物を取り戻そうとしたものであって、贈与契約が何かの報償であったわけではない。親から子への贈与である¹⁵⁾。

以上、五五〇条の「書面」及び「履行」が緩やかに解されたとされる事案を見れば¹⁶⁾、報償的趣旨の贈与ばかりでなく、その実態は様々である。しかし、ここに挙げた判例には報償的趣旨で為された贈与が扱われたものもあり ((3))、内縁の夫婦間の贈与については、報償的贈与というかは別としても、報償の趣旨を見出しうるように思われる。内縁の事例が多いのは、内縁当事者の物の支配の関係が不明確であるという現実があるが、永い間内縁関係が続いている場合にはその間財産の形成や家庭生活について受贈者に何らかの寄与があり、それを評価して贈与がなされることが考えられるからではないだろうか。報償の意義を述べる下級審の裁判例からはそれが窺われる。

下級審には内縁以外の事例もあり、報償の意義について特に強調されてはいないが、負担の認定に関して、受贈者の貢献を認めるものがある。次のような事案である。肝臓に持病を持つ A のもとに家族ともども従前の住居を引き払って転居し、以来 A と生計を一にして食事、選択、掃除、買い物等の家事、身の回りの世話を一切見てきた X に対し、A が、同居していた建物を贈与する死因贈与契約を締結しており、その死の約一ヶ月前に当該建物の贈与を為すという他の者との間の覚書が作成されている。これにつき、東京地裁昭和五九年八月三十一日判決 (判タ五四二号二三七頁) は、書面によらない贈与であるとしたが、X の行為の意義を認めて負担付贈与の負担の履行を認めたほか、A 死亡により死因贈与の効力が生じ X が建物の所有権を取得した時点で引渡があったというべきであって、履行が終了していると判示した。これは、書面によらない贈与につき、X の役務を重視して結論を出したものではないかと思われる。

さらに、報償的趣旨の贈与とみうるものの撤回が認められた判例に対する批判も参照しうる。最高裁昭和四一年一〇月七日判決（民集二〇巻八号一五九七頁）は、引渡が認められたにもかかわらず農地法による知事の許可という停止条件が成就していないために履行が終わったものと認められなかった事例である。引渡を受けたのに許可申請の協力を求めず、手続を放置していたことを重要な要素とする見解もある¹⁷⁾が、この判例には批判的な見解が多い¹⁸⁾。事案は次のようなものである。贈与者Aの妻の連れ子であるYは実の子のように育てられ、一六、七歳頃からAの耕作補助者としてA所有の土地及び賃借地を耕作してきたが、終戦後引き上げてきた贈与者の実子Xが耕作するようになったため、Yは永らく耕作してきたのをやめさせられた。Yの不満を察し、Aは土地を他から購入し、Yが事実上の結婚をした際にこれを口頭により贈与し、以前からこの土地を占有耕作してきたYに対し簡易の引渡をしたが、Aの死後その相続人であるXにより撤回された。この撤回を認める判決に対する批判としては、次のようなものがある。本件贈与の実質的意義について、贈与者が土地を買い受けてから贈与までは占有補助者として、それ以後贈与者が死亡するまでは自主占有者として、受贈者が土地を占有して耕作しており、贈与者の動機には受贈者の過去の労働の代償という意味が含まれていることから、信義則違反等を理由に取消を認めてはならない事案であるとする見解がある¹⁹⁾。また、本件における譲渡は、受贈者の過去の労働に対する報償であると共に、その後の贈与者夫婦の扶養の対価であるとして、これらが対価的關係にある一種の無名契約である可能性を考える見解もある²⁰⁾。被告は贈与者の実子でないにもかかわらず長男として届け出られており、Aの妻の実子であるから、扶養も念頭に置かれていたといえるであろうが、実際に若い頃から耕作補助者として贈与者に貢献してきたことが、これらの批判の大きな根拠となっていると思われる。このように事実上の養子として贈与者を助けてきた被告のそれまでの労働への報酬、以後の扶養の対価であることからして、贈与といえるか疑問であり、実子と事実上の養子との遺産争いであって、「この点から裁判所は『履行』を認めるべき」²¹⁾であるとされる。報償的趣旨で

為されたと見うる贈与について、単純な贈与ではないと考え、五五〇条の解釈等を通じて拘束力を強めようとする点が注目される²²⁾。

このように、過去の受益に対してなされたという実態を持つ契約を報償的贈与とした場合、報償的贈与だけが特に保護されているとはいえない。しかし、贈与が報償の要素を含んでいることについては、日本法においても一定の評価が為されていると考えられる。それにもかかわらず、報償的贈与の法的拘束力を強めるべきことが一般的に認識され、論じられているとはいえない。

2 贈与の法的拘束力の基礎

この問題については、アメリカ法における判例法や議論が、次の二点において示唆に富む。

まず、第一に、アメリカ法においては、契約には合意に加えて何らかの法的拘束力の基礎が必要とされているが、そのような取扱いは無償契約の分野においては実際的なのではないかということである。アメリカ法は、原則として、バーゲンがなければ約束の拘束力を認めない。しかし、「受取り済みの利益に対する約束」に関する議論を見れば、*restitution*、道徳的義務といったものに基礎づけられることによって、あるいは、単なる合意を超えて熟慮された約束であることによって、バーゲンがなくても約束の法的拘束力が認められる。しかも、形式とは必ずしも関係なく、実質的観点からの基礎があればよいのである。

第二に、アメリカ法においては、「受取り済みの利益に対する約束」の法的拘束力を認めるにあたって、幅広い要素が考慮されていることである。バーゲン理論の下では非常に例外的な存在であるために、このような約束については慎重に議論されており、具体的には、過去の受益に関わる、①先行役務についての要請、②先行役務の無償性、③先行役務と約束額の相当性が、利益の性質や明確性との相関関係の下に評価される。

合意のみにより贈与契約が成立する日本法では、これらのことは全く妥当しないように見える。しかし、贈与契約の拘束力の発生を一定の基

礎の存在にかからしめることは考えられないわけではない。この点、無償の贈与の法的拘束力の基礎を考えるにあたっては、同じ無償契約である無償委任に関する先行研究が参考になる。一木論文によれば、ドイツ法においても合意があれば直ちに契約の効力が認められるのが原則であるが、それにもかかわらず、無償委任契約の成立については合意に加えて「法的拘束意思」が必要であるというのが判例であり、支配的な学説であるという。これは、事務処理者に法的義務を引受けるとの意思がなければ、事務処理に関して損害が生じても損害賠償義務を負わないという問題であるが、この損害賠償義務を契約上の責任と見て、契約の成立につき合意プラスアルファを論じるものといえる。そして、注目すべきは、「法的拘束意思」が認められるか否かが広く動機や目的、客観的状况から判断されるということである。²³⁾これは、幅広い事実関係を考慮できるようにして、妥当な解決を模索しつつ、無償委任契約の存否をめぐる不安定さをできる限り解消しようとする試みであるように思われる。無償契約の成立について困難な問題があるのはドイツ法と共通するところであろうが、合意プラスアルファを要求するというのも大いに考える解決法なのである。

そこで、受取り済みの利益に対する約束に関するアメリカ法の研究から、贈与の合意を契約として認めさせる基礎を日本法においても考えようとした場合、以下のような位置づけとなろう。まず、単なる合意に拘束力を認めることを原則とする日本法においてさえも、贈与契約が撤回され得ないものとなるためには書面又は履行が必要であるとされている（五五〇条²⁴⁾）。これは、「法律的拘束力を有する契約」か「紳士協約的な約束」に過ぎないかを、形式を備えているかによって判定しようとするものであって、贈与の合意のみでは「のちのち都合が悪くなれば自由に取消しうる」ものであることを示す²⁵⁾。ところで、五五〇条とは別に、贈与の拘束力が否定されることがあり、無償契約においては、すべての合意に法的契約を見ることが現実的でないことは、一般に認められている²⁶⁾とおりで²⁷⁾ある。これを見れば、同条のみでは贈与契約の法的拘束力の問

題は処理できていないと言える。そこで、「法律的拘束力を有する契約」か「紳士協約的な約束」かを判定する別の基準が必要とされているのではないかと考えられる。無償契約である贈与契約は経済的合理性に裏打ちされていないために、様々な実態をもっているのであり、これを法的処理にある程度反映させなければならないと思われるのである。それは、贈与の効力を否定する方向のみならず、贈与の法的拘束力を強める方向でも問題となる。すでに見たように、「書面」「履行」を緩やかに解するにはそうするだけの理由があるのであって、「書面」「履行」の解釈のみにより解決すべきかは疑問である。贈与の合意に拘束力を与えるべき理由は様々ではあるが、出来る限りそれを捉えてゆけるならば、そのような方向の解決が最も問題の本質に迫るものであると思われる。そこで、無償の合意の法的強制をあえて許容する基礎がアメリカ法において議論されているならば、この問題を一部なりとも処理する枠組みとして、参照すべきである。アメリカ法では、道徳的義務、restitution、熟慮といった概念を用いて、形式的基準のみによるのではなく、無償の契約の拘束力が認められている分野があるのであり、この問題の一端を解き明かすものとなりうる。

さらに、アメリカ法が、報償的贈与の拘束力を認める際に合意以外の要素を広く見るべきことを明らかにしている点も、重要である。先に見たアメリカ法の①②③は、いずれも契約に先立つ利益供与に関わる事情であると言え、合意外の事情、しかも合意に至るまでの状況であって、いわば動機に属するものである。また、これらに加えて、アメリカ法においては、約束やその履行に関する事情も問題とされている。即ち、約束の形式、約束に対する相手方の信頼や信頼の蓋然性の有無、そして、一部履行が為されているか、である。これらも、約束に関わる状況ではあるものの、合意の成立とは無関係な事情である。このように、アメリカ法は契約の拘束力の有無を決するにあたり幅広い要素を考慮して妥当な結論を導こうとしているわけであるが、これらの要素を取り上げるためには拘束力の基礎というものを考えることが必要になる。拘束力の基礎は合意プラスアルファとして必要とされるものであって、合意ではな

いから、そこで考慮される要素も当然合意に関する要素に限定されないのである。このように、贈与契約の拘束力の基礎を考えることにより、広く様々な要素を考慮して、完全な効力を有すべき贈与を選別することができることとなる。

以上により、贈与契約について次のように考えたい。五五〇条は、形式的に書面や履行がなければ撤回しうることとして、法律関係を明確にしようとするものであるが、²⁸⁾このような形式的基準だけでなく、様々な理由、状況から為される贈与に実質的な観点からの基準をも与えるべきである。そこで、無償の贈与契約の場合、自由な合意の存在を前提としつつも、これを実質的にも法的拘束力ある存在たらしめる基礎というもの²⁹⁾を考え、この基礎を備えているといえる限りで、五五〇条は適用されず、書面・履行がなくても撤回され得ない完全な法的効果が認められると考える。そして、この基礎を認めるか否かの判断は、合意を構成する意思とは異なる、様々な要素の幅広い検討によりなされることが正面から認められるべきである。このようにして贈与の拘束力を認めるべき一つの場合として、過去に利益を受けた者が為す贈与、報償的贈与が考えられる。過去の受益が、当該贈与を大きな意味での交換の一部たらしめることを考えるとき、そのような贈与には合理性があると言え、書面等がないからと言って撤回することは適當ではないからである。報償的贈与の場合、受益の性質を見つつ、過去の受益につき（１）贈与者の要請があって利益供与が為されたこと（２）利益供与が無償でないこと（３）受益の価値と約束額とが不相当でないことを、相關的に判断し、基礎が備わっていると見るべき場合には、五五〇条による撤回はできないとすべきである。これらの事情は、両当事者が認識しうるものなので、基礎を形成する事情として、法的拘束力の有無の判断材料となるとしてよいものである。

（１）から（３）の各要素については、次のように考えるべきである。（１）贈与者の要請に応じて利益が供与されたことは、後の贈与契約の拘束力を認める方向に働く。次に、（２）利益供与が無償でないことについては、これが有償であることを意味するのならば、有償契約となり、当然法的

拘束力が認められるため、あまり意味はない。アメリカ法では、同居の親族間での利益授受のように報償というものが予期されていない場合について、押し付けの危険との関連でいわれるものであるから、無償性があるとは報償を予期していなかった贈与者を特に保護すべき場合を指すと考えるべきである。また、(3) は効果と関わるが、受益に比してあまりに過大な贈与は過大な部分について法的拘束力の基礎を欠くと考えるべきである。過大な部分は通常の贈与となり、五五〇条の撤回が認められると解すべきである。さらに、受贈者の信頼や信頼の蓋然性、一部履行の有無を、考慮に入れることが考えられる。

3 今後の展望

本稿は、贈与の合意はあるが書面・履行がないという場合にも五五〇条により撤回され得ない特殊の贈与として報償的贈与を論じるものである。それは、何らかの基礎を備えているために、書面や履行がなくても「法的拘束力を有する契約」であるとされる贈与契約である。この贈与では、まず有効な意思表示による合意があることが前提であるが、それに加えて拘束力の基礎が存在する。そこで、拘束力の有無を決するために考慮される事情の範囲は、五五〇条の適用される通常の贈与よりも広くなる。意思表示理論によれば、問題となるのは表示に対応する効果意思のみであり、過去の事情により左右されるものではないというのが建前だからである。しかし、書面・履行という形式的な基準ではなく、実質的観点から拘束力の強弱を決することを考えるときには、広く過去を含めた事情を考慮し得るとした上で、強い拘束力をもつ贈与契約を決する過程をできる限り客観化することが望ましい。そのために、意思表示理論から解放された「基礎」を有する特殊の贈与契約を論じるのである。その際に考慮される事情が相手方も知りうる事柄であれば、広く意思表示の外にある過程により契約の拘束力の程度を異ならしめても実際上の問題は生じないと考える。

しかし、この「基礎」の内容は定まっておらず、様々なものを含む点で道徳的義務というのが適切であるかもしれないが、その具体的な

内容が問題である。すでに見たところからわかるように、拘束力を認める要請が強いと思われるものには報償的贈与のほかにも様々なものがあり、どのような場合に基礎を認めるべきかはより重要である。このことについては、今後も考えていきたい。

【注】

- 1) 但し、報償的贈与とは明確なものではない。倉田説が挙げる報酬的贈与とは「平常受贈者に家事の世話を受けている」ときなどに為される贈与であり（倉田彪士「負担付贈与・混合贈与・報酬的贈与」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅱ』四三頁（有斐閣、一九四二））、三宅説は、報償的贈与を、金銭に見積もることのできない「相手方の過去の労務ないし功績に対し、契約所定の報酬に追加して、又は報酬支払の契約がないのに、金銭その他の財産を与えること」とする（三宅正男『契約法（各論）上巻』一一頁（青林書院新社、一九八三））。柚木説は、「約束なしに与えられた賞与やチップ」を報酬的贈与とし、カフェー丸玉事件の場合において給付約束に自然債務の効果のみを与えることを認めつつ、役務に対する報酬として自由意思で為された給付が現実に給付された場合には有償行為であるとする（柚木馨編『注釈民法（14）』二五、二六頁〔柚木馨・松川正毅執筆〕（有斐閣、一九九三）但し、儀礼上の顧慮に適應する贈与は別である）。
- 2) 『新版注釈民法（14）』四〇頁以下（有斐閣、一九九三）を参照した。
- 3) 我妻栄・有泉亨・遠藤浩『民法3 親族法・相続法』二四九頁（勁草書房、二〇〇三）。
- 4) 内田貴『民法Ⅳ〔補訂版〕親族・相続』三三三、三三四頁（東京大学出版会、二〇〇四）。
- 5) 広中俊雄『債権各論講義』三六頁（有斐閣、一九九四）。
- 6) 広中俊雄『広中俊雄著作集2 契約法の理論と解釈』七四、七五頁（創文社、一九九二）。

- 7) 最高裁判所判例解説民事篇昭和三九年度一二六頁。学説上も、我妻栄『債権各論中巻一』二二九頁 (岩波書店、一九五七)。
- 8) 大審院大正 7 年 11 月 18 日判決 (新聞一五二一〇号二三頁) 参照。これは、受贈者に登記があり抵当権設定登記手続きを為しているという事案であるが、登記だけでは履行があったとはいえないことを前提としているのが明白である (最高裁判所判例解説民事篇昭和四〇年度六五頁)。
- 9) 我妻栄・法学協会雑誌七四巻二号七〇頁 (一九五七)。
- 10) 内縁の夫が内縁の妻に対し建物を贈与し、また、二九年もの間世話になり感謝に堪えない、その将来が心配であるとして内縁の妻に自分の死後財産が行くように手配していたのみならず、実印とこの建物の登記済権利証を交付していた事案について簡易の引渡を認めたのが東京地裁昭和四四年一月四日判決 (判時五八五号五九頁)。
- 11) また、下級審には、婚約の際の土地の贈与について、これを負担付贈与とし、一六年の夫婦共同生活を負担の履行とみて取消を否定した裁判例もある (福岡地裁昭和五三年六月二〇日判決 (判タ三七一号一三二頁)) が、これも実質的には 16 年間の共同生活を重視して贈与の拘束力を認めるものといえる。
- 12) 我妻・前掲 (注 7) 二三〇頁、松坂佐一『民法提要 債権各論』六六頁 (有斐閣、一九五六)、戒能通孝『債権各論』一一九頁 (巖松堂書店、一九四六)、末川博『契約法 下 (各論)』一二頁 (岩波書店、一九七五)。
- 13) 最高裁判所判例解説民事篇昭和四〇年度六五頁。また、大審院判例も、登記だけで履行が終わったものと見るべきかを問題としてこれを否定したものではないことが指摘されている (来栖三郎『契約法』二三四、二三五頁 (有斐閣、一九七四))。なお、最近の見解も、引渡の有無に関わらず移転登記をもって履行済みといえるとしている (三和一博・平井一雄編『債権各論要説』六〇頁 (青林書院、一九九一) [半田吉信執筆]、田山輝明『債権各論上巻』一二三頁 (成文堂、二〇〇一)、水辺芳郎『債権各論第 2 版』一一五頁 (三

省堂、一九九八）、西山井依子『債権各論』一〇二頁（大阪経済法科大学出版部、二〇〇三）、藤村和夫『契約法講義』一一一頁（成文堂、二〇〇二）、石田喜久雄・乾昭三・甲斐道太郎・中井美雄・中川淳編『債権各論』六八頁（青林書院、一九九四）〔中井美雄執筆〕、水本浩・遠藤浩編『債権各論〔改訂版〕』七二頁（青林書院、一九九三）〔柳澤秀吉執筆〕。潮見説は、贈与者の贈与の意思が明確に表現されている外部的行為態様が認められれば足りるものとして移転登記の場合を挙げ（潮見佳男『契約各論Ⅰ』四七頁（信山社、二〇〇二）、半田説は、贈与意思が客観的に明瞭になれば法的拘束力のある贈与と認めるべきとの立場から広く解すべきだとして、登記または引渡のいずれかで足りるとする（半田吉信『契約法講義』一七八頁（信山社、二〇〇四））。また、物権行為の独自性を主張する立場から、判例には賛成しつつ、所有権を移転することが贈与の内容である場合には物の引渡や登記があればそこで所有権が移転するのだから履行が終わったとみてよいことを理由とする見解もある（末川博「贈与と書面」『民法の諸問題』一八二頁（弘文堂書房、一九三六））。これらに対し、民法は意思主義を採るから贈与の内容即ち贈与者のなすべき履行行為は引渡だけであり、贈与者が受贈者の請求に応じて登記をなす義務を負うのはただ共同申請を必要とする不動産登記法の建前に由来するのであって、贈与者の登記手続は本来贈与の内容・履行ではないとする三宅説が存する（三宅・前掲（注1）二一、二二頁）。

- 14) 加藤永一・判例評論二八八号（一九八三）二七頁。また、未登記建物の贈与契約に基づき受贈者名義に所有権保存登記が經由されたことをもって履行とされたという事例があるが（最高裁昭和五四年九月二七日判決（判タ四〇三号八二頁））、これについても、贈与者が未登記の建物の贈与契約をする場合、受贈者は贈与者の協力なしに実質的に単独で自己名義に保存登記することはできないのであって、贈与者の実質的な関与があることが指摘されている。その意味で移転登記の場合と異なるところはないのであって、(7)判例と「同

一系列の判例」と位置付けることができる (中川淳・判タ四三九号七五頁 (一九八一))。

- 15) この判決は、ある特定の事実ではなく、事実全体の流れを総合的に見て、「履行の終了」を評価している点で特長的であるという (加藤・前掲 (注 14) 二七頁)。
- 16) 贈与者が受贈者 (長女) に土地を贈与した後死亡し、家督相続人 (長男) がこの贈与を取消したが、贈与が履行を終ったのと同視すべき状態にあるとしてその取消が許されなかった事例がある。これは、贈与者の死後 20 年余りを経たのちに家督相続人と受贈者の間で、贈与目的物たる土地と他の土地の交換契約が為され、この交換土地が仮換地中のため、換地処分後に受贈者が取得すべき土地の範囲の実測図を家督相続人が作成して受贈者に交付したという事情があったものである。これは親から子への贈与であり、報償の趣旨でなされたものとはいえない。
- 17) 古軸隆介・法協八四卷九号一二二、一二三頁 (一九六七)、加藤永一・判例評論一〇〇号八三頁 (一九六七)。
- 18) 三和・平井編・前掲 (注 13) 六〇頁 [半田執筆]、水辺・前掲 (注 13) 一一五頁。「判旨は必ずしも明快でなく、結論の当否も疑問である」とするのは、来栖・前掲 (注 13) 二三四頁。農地法上の知事の許可について、当事者間に成立した基本的な合意を補充して所有権移転の法律効果を完成させるものであり、知事の許可の前後を問わず書面によらない贈与は取消されるし、書面による贈与の場合には取消され得ないとして、書面による贈与は許可がなくても取消し得ないとした裁判例がある (甲府地裁昭和 30 年一月二四日判決)。本文の最高裁判決は、法定の停止条件付贈与契約において、条件成就前に履行があった場合においては、目的不動産の所有権は受贈者に移転していないから、引渡等があったとしても、取消すことができるとしたものである (豊水道祐・法曹時報一九卷一号一五九頁 (一九六七))。このように書面のあるなしによって全く違った結果を生ずることを批判し、贈与の取消、その制限の制度の

趣旨が統一的に理解されなければならないことから、条件成就前でも引渡があれば履行があったと解すべきとするのは、加藤・前掲（注17）八三頁。また、引渡により取消ができなくなることは、引渡が条件成就以前になされたとしても変わりなく、ただ受贈者が許可申請手を請求することはできるが不許可により贈与が無効と確定したときには贈与者は返還を請求することができるとするのは、三宅・前掲（注1）二五頁。

19) 加藤・前掲（注17）八三頁。

20) 古軸・前掲（注17）一二三頁。

21) 吉田豊・法学セミナー二六七号（一九七七）。それが無理ならば権利濫用ないし信義則違反で取消権の行使を制限すべきであったという（加藤・前掲（注17）も同旨）。

22) 無償性・紳士協定性・好意契約性から、贈与契約とは無条件であっても法的拘束力は弱く、合意だけでは目的物の所有権は移転せず、書面・引渡・登記等があって法的拘束力を持った契約となるのであり、まして条件付では一層その効力は浮動的であるとみられ、知事に許可申請をするなどの事実がなければ、贈与の取消を許さない程度に法的拘束力を取得するに至らないという判断も可能であるとして本判決に賛成する見解もある（山下末人・法律時報三九巻四号（一九六七）一一六頁）。これは、本来的に法的拘束力が弱いという贈与契約の性質をとらえて判決に賛成するものであるが、過去の役務という事実により浮動的な拘束力が強化されると考える余地もあるのではないだろうか。

23) ただでものを頼むというありふれた事柄に関わる無償委任は、そのために「日常生活と法的生活の境界の問題」としてより議論されている（一木孝之「無償委任の法的性質——『契約成立』に関する一考察（1）」早稲田法学七六巻二号一一五頁（二〇〇〇））。法律行為の領域外にある日常生活上の好意（Gefälligkeit）と少なくとも外形上報酬が支払われない無償の委任契約の関係について次のように述べたBGH判決（連邦通常裁判所一九五六年六月二二日判決。

事務処理者が好意に基づいて自己の運転手を提供し、相手方に損害が発生した事案) がリーディングケースとされているという。「給付者が自己の行為に法的効果を生ぜしめる意思、つまり法的拘束意思」を有し、かつ給付の相手方がそのような意味に受け取っていた場合にのみ、好意は法律行為の性格をもつ。この法的拘束意思は、「給付者の表面化しない内面的意思によってではなく、むしろ相手方が、当該状況下で、信義則上、取引慣行を考慮すれば、そのような意思を推定したに違いないか」という点に基づいて判断されるべきものである。そこで、「客観的な観察者の目に給付者の行為がどのように映るかが重要」ということになる。その際顧慮すべきは、「好意の種類、動機と目的、経済的および法的意義、とりわけ相手方にとってのそれ、好意が示された状況、ならびにその際に存した両当事者の利益状況」である。つまり、「委ねられたものの価値が高いこと、当該事務が経済的意義を有すること、受益者に明白な利益があること、および瑕疵ある給付によって相手方が危険に陥り得ることを相手方自身は知らないが、給付者には認識可能であったことといった事情から、法的拘束意思が推定されうる・・・相手方への援助について給付者自身が法的または経済的な利益を有するならば、通常は給付者の法的拘束意思が肯定されることになろう」(一三九頁)。ここで問題とされているのは事務処理者の損害賠償責任であるが(一木孝之「無償委任の法的性質——『契約成立』に関する一考察(2)」七六卷四号三〇、三一頁(二〇〇一))、事務処理の依頼と承諾により合意が存在しているにもかかわらず、当該事務処理が委任契約とされるには「合意とは別に何が必要か」という点が争われているのであって(三二頁)、この点、本稿の扱う問題に通じるものがある。この判決では、契約成立には「契約の締結に向けられた当事者の合意ではなく、合意された事務処理に対して法的義務を引き受けるという事務処理者の意思」が必要であり、事務処理者に法的拘束意思が存在して初めて委任契約が認められるとされた。そしてさらに重要なことには、「事務処理者が実際に義務を引き受けるつもりでい

たかという主観的な側面」ではなく、「その法的拘束意思を相手方が推定していたことが客観的な観察によって承認されるか」が重視されており、取引慣行や信義則という「外在的視点が導入されることで、裁判所による客観的評価がいっそう容易になった」といえる（三五頁）。このように法的拘束意思のようなものを事務処理者の「現実の内心的意思」と異なるものとし、客観的に判断する立場は、以後の判例に影響を与え、学説上も支配的であるという（三七、三八頁）。合意を前提としつつ合意のみでは有償契約と同様の法的義務が認められない場合として、本稿にとり重要である。ところで、ドイツ法においては、事務処理の引き受けは法律上の「出捐」とはされず、無償委任と贈与は区別される（一木「無償委任の法的性質（1）」一二五頁）。また、無償委任の問題は、履行請求権の否定される「好意」が履行された場合の事務処理者の責任の有無にあると指摘される（一木「無償委任の法的性質（2）」五八頁）。この点も本稿の問題とは異なる点である。しかし、一木説の「契約、ことに無償契約における合意とは、当該給付に関する依頼と承諾だけではなく、給付者の法的拘束意思をも要求するとの結論」（七九、八〇頁）を見る限り、本稿の問題と深く関わる。一木論文には無償委任についてのドイツ法の有力説として、フルーメの見解が紹介されている。フルーメの見解は法定債務関係説といわれ、客観的に判断される法的拘束意思を問題とする立場は当事者意思の擬制に過ぎないとして前出の判例を批判し、損害賠償の前提となる義務の根拠を委任契約の成立ではなく、法の承認を得た「それ自体は何ら合意されていない注意義務」であるとする（一木「無償委任の法的性質（2）」五三、五四頁）。主観的色彩を払拭しきれない当事者意思という基準を放棄し、純粹に客観的な要素の観察によるという見解である（六二頁）。非法律行為である好意も、法の承認を経て、法定注意義務という効果を認められるとすれば（七七～七九頁）、客観的な要素が法の評価にさらされていることを直視する見解として参考になる。

24) 例えば、起草委員であった梅博士は、贈与を要式行為とするのは

もちろん書面によらない贈与の取消を認めるという立法にも反対であったが、書面を必要とすることで、贈与者の意思が確定的となり、後日の紛争を防ぐためにも有用であることを認めている。

- 25) 末広巖太郎「無償契約雑考」『民法雑記帳(下巻)』(日本評論社、一九五三)五二、五三頁。現象だけを見れば、贈与の合意になにものが加わって初めて実質的に完全な拘束力が認められているとも考えられる。さらに、民法改正により契約の有効性が書面又は履行にかからしめられるならば(加藤雅信『日本民法改正試案』の基本枠組)ジュリスト一三六二号(二〇〇八)二一、二二頁。試案では、贈与が書面により為されるか、贈与目的物の引渡があった限りで、贈与の効力が発生するとされている)、贈与の合意はさらに意味の乏しいものとなる。広中説によれば、諸外国が方式規定を置いているのは、方式を備えない贈与約束を、法的な意味での契約ではない「徳義上の契約」として扱うものとみるべきであり(広中俊雄「徳義上の契約」『広中俊雄著作集2 契約法の理論と解釈』七二頁(創文社、一九九二))、そこでは口頭の贈与が法的な契約となるためにワンステップ必要であることになる。
- 26) 有名なものとして、カフェー丸玉事件があり、書面がありながら履行請求権が認められなかった事例である(大審院昭和一〇年四月二五日判決(新聞三八三五号五頁))。
- 27) 合意はすべて法的効果を生じるのではなく、法的効果を全く欠く「徳義上の契約」が考えるのであり、これには親子間の貸借約束、散歩の約束といったものがあるという。徳義上の契約であるかについては、効果意思を法律行為制度の理想から見て法律的效果を与えるに値するものと考え、その有無により判断されるとする客観説と、当事者双方の法律的效果を欲する意思の有無によるとする主観説とが存する。客観説は裁判所で扱うだけの価値のある合意のみを取り上げようとするのであるが、主観説も社会に存する合意のうち一部のみが法的強制に親しむことを認めるものといえる(広中・前掲(注25)六七～六九頁)。現在では、当事者の意思によるのではなく、客

観的に法的保護を与える価値があるか否かにより決せられるとする客観説が一般的であり、国家が契約として承認し、それを守るよう強制するのがどのような約束かが問題である（山本敬三『民法講義Ⅳ－1 契約』）。客観説には、現代の法律理想からみれば、儀礼上の約束などは法律効果を生じさせず、道徳的規律を受けるに止めさせるのが至当であるので、そのような内容の意思は効果意思ではない（我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』二四〇、二四一頁（岩波書店、一九六五））とする我妻説のほか、法律関係は法律によって保護助長する価値が認められ得るものでなければならないから、単なる情誼的・道徳的・社交儀礼的な関係や法律の保護を求める意思が認められない行為については、効果意思は認められないとする見解がある（於保不二雄『民法総則講義』（新青出版、一九九六））。他にも、四宮和夫『民法総則（第四版）』（弘文堂、一九七二）一五七頁、幾代通『民法総則〔第二版〕』（青林書院、一九八四）二三七頁、林良平『民法総則』（青林書院、一九八六）九九頁、吉田豊『民法総則講義』（中央大学出版部、二〇〇〇）四一三、四一四頁、河野弘矩『改訂版民法総則講義』（八千代出版株式会社、二〇〇〇）一五六頁。合意の存在を前提にしながらも、合意の内容が法の評価を受け、契約が存するか否かが定まることとなる。

- 28) 自分の利益を失って他人を利するようなことは、後で気が変わることもあり、贈与者が充分に考えたうえでなければしない方がよいということで、諸外国が贈与を為すのについて「手続」を設けていることを参照して、当事者の「反省」を促し又は権利関係を明らかにするため何らかの措置を採らねばならないという議論がなされている（法典調査会『民法議事速記録三（日本近代立法資料叢書3）』八四〇、八四一頁（商事法務研究会、一九八四））。
- 29) 強行規定の排除という点に関して、サブリースを新たな契約類型とする一連の研究が参照されるべきである。サブリースの問題とは、いわゆるサブリース契約に借地借家法三二条を適用すべきか否かというものであるが、契約の目的や契約に至る経緯の点で通常の賃貸

借と異なるとしてサブリースを別類型とし、強行規定たる借地借家法三二条を排除する否定説の存在が本稿にとり示唆に富む。即ち、契約内容は建物の賃貸借でありながら、その契約目的等契約外の事情が問題となって性質論に及ぶという点、それによって、一定の契約群を異なる法規制の下に置こうという点で、参考になるものである。平成一五年に相次いで出された最高裁判決は、サブリース契約を建物賃貸借契約であるとして借地借家法三二条の適用を肯定しつつ、賃料減額請求権の有無や相当賃料額については、幅広い事情を考慮して決するものとした。最判平成一五年一〇月二一日において考慮された事情は契約締結当時の事情であり、契約締結後の事情を考慮する借地借家法三二条を修正して適用したものと見る見解もある（吉田克己「サブリース契約と衡平の原則」銀法六二九号（二〇〇四）四頁）。サブリースの特殊性とは賃料額決定に至る締結時の事情（特に賃料相場との乖離、敷金及び銀行借入金の返済の予定に関わる事情）に現れるものであるが、これをも、同条の適用の判断において、考慮しているのである（安福幸江「サブリース契約をめぐる裁判例と問題点」判タ一一五二号（二〇〇四）五六頁）。この点、この判決の補足意見（藤田宙靖裁判官）として、サブリース契約の特殊性とは、契約を締結するについての経済的動機等、契約締結に至る背景の説明にとどまり、十分な法的説明とはいえず、建物賃貸借契約であることと両立するものに過ぎないというものがある。これに対して、借地借家法が保護対象として予定しているのは伝統的な「建物の物理的使用・利用を目的とする賃貸借」であり、サブリースは「契約目的はもっぱら転賃差益の取得を目的とする事業契約であって、『使用・収益権のもつ交換価値』の取得を目的としている」点で、典型的な賃貸借と本質的要素において異なるという見解がある（下森定『サブリース訴訟最高裁判決の先例的意義と今後の理論的展望（下）』金融・商事判例一一九二号（二〇〇四）七頁）。これは、経済的目的、動機、背景といったものを考慮して、契約上の債務内容を異ならしめ、契約の法的性質に反映させるもの

といえる。この下森説に対しては、このように呼び替えても賃貸借の本質は変わらないとする批判がある（清水俊彦「続・サブリースにおける賃料増減額（上）」判タ一〇三八号（二〇〇〇）六一頁）。サブリースの特殊性といわれるものを契約の性質に反映させることについての批判であり、転貸借を許す日本民法では賃貸借との債務内容の違いを導き出すことには困難があるというのである。また、契約目的との関係で各給付の実質的な対価関係を考えていく見解もある（金山直樹「サブリース契約の法的性質（2）」みんけん五一〇号（一九九九）一五頁以下）。要するに、「営利目的で当初から転貸を予定して賃借するという点が新たなルールの根拠となるのであれば、サブリース契約は、新たな典型契約としての意義を認められることになる」（松岡久和「建物サブリース契約」法教二七三号（二〇〇三）二七頁）のであって、契約外の事情が問題となっても、効果の違いから契約類型が異なるとされうるのである。ところで、借地借家法三二条の適否の判断の前提として賃貸借契約であるか否かを決する必要はないとする見解もある（鈴木禄弥「いわゆるサブリースの法的性質と賃料減額請求の可否」ジュリー一五一号（一九九九）九四頁）。この見解によれば、効果の点で妥当に処理されていれば契約の法的性質に拘泥する必要はなく、必要性があるならば新規の典型契約として自由に名称をつけて「世に広めてゆけばよい」ことになる（同九五頁）。

（こじま・なつこ 本学准教授）