

老後扶養の負担を伴う財産移転と情誼関係の破綻

－フランス法上の *bail à nourriture* に見る負担不履行と当事者間不和の区分の検討から－(3・完)

神 田 桂*

序言 問題の所在と本稿の目的

I 日本法

II フランス法

1 終身扶養契約 *bail à nourriture*

2 判例・学説の時系列分析

(1) 19世紀および20世紀第1期 (以上3巻3号)

(2) 20世紀第2期

(3) 20世紀第3期

(4) 20世紀第4期および21世紀 (以上4巻1号)

3 検討

III 日本法への示唆

結語 (以上本号)

3 検討

(1) 判例の概観

終身扶養契約の債務者による履行が何らかの原因（当事者間の性格の不一致、債務者の健康状態の悪化等）で不可能となり、解除条項が定められていなかった場合、フランス判例は時に金銭債務への転換を、時に解除を認容する。金銭債務への転換を認める分岐点となりうる20世紀の破毀院判例として、[11] 破毀院民事部1950年11月27日判決、[29] 破毀院第一民事部1980年1月8日判決、[32] 破毀院第一民事部1988年1月8日判決を挙げることができる。

破毀院は、[11] 判決において負担付不動産売買につき不和を理由として職権により転換を命じたが、しかしその後 [17] 破毀院第一民事部1962年11月13日判決（転換権限が売主にのみ留保され、売主側により解除が、買主側により転換が請求された事案）、かつ [19] 破毀院第一民事部1963年7月15日判決（売主によ

【一橋法学】（一橋大学大学院法学研究科）第4巻第2号2005年7月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

り解除が請求された事案)は、判事が事案の文言を恣意的に修正することができないと述べて転換を否定する。しかしこれら判旨のうち少なくとも職権による転換を否定する[19]判決は、その後の判例の動向から見ると、一般的な射程を認められないと考慮される。というのは破毀院は、[29]判決において負担付不動産売買につき再び職権により転換を命じたからである。さらに[23]、[25]、[32]判決においては、負担付贈与についても転換が認められている。

贈与の負担として終身扶養契約が締結された事案は[13]、[23]、[25]、[32]の4つであり、婚姻契約 *contrat de mariage* に伴われた事案が[3]、[5]の2つ、親娘間で元本回収不能譲渡としてではなく終身扶養契約が締結された事案が[8]、精神疾患に冒されていた売主の息子を債権者として終身扶養契約が締結された事案が[22]、金銭消費貸借の償還として終身扶養契約が締結された事案が[34]、それ以外の25事案はすべて売買、特に[1]、[7]、[24]を除く23事案は特定不動産売買の包含される事案である。不動産売買事案のうち当事者間の親族関係が判明する5事案は、売主側から見た買主の属性が[15]:甥夫婦、[18]:娘、[26]:従兄弟、[28]:兄弟、[30]:姪であるのに対し、贈与事案はすべて親族間で行われている(受贈者の属性が[13]:甥、[23]:息子、[25]:息子、[32]:息子ら)²⁰³⁾。

解除が肯定された事案は、[2]、[4]、[6]、[8]、[13]、[17]、[19]、[21]、[28]、[34]判決の10事案である。[2]は債務者の破産状態により、[4]、[28]は債務者の資力不足により定期金給付を給付できないとして解除が認められ、[8]は債務者らによる債権者傷害が行われた事案である。[6]は債権者のみが解除訴権または賠償訴権を選択できるとして債務者による契約維持請求を棄却し、[17]、[19]、[21]はいずれも債権者の解除請求に対して職権により転換を認容した判決が判事による修正を理由として破毀・変更されている。[13]は不履行による贈与撤回条項が付された事案で債務者による履行中止が確認され、[34]も債務者の転居により現物履行が不可能となったという債務者側からの履行中止の事案である。債務者側に明らかなフォートが認定される場合を除いては(もっとも現物履行であるという終身扶養契約の性質からこの認定は必ずしも容易ではないが)、定期金給付を保証しえない債務者の財産状態を理由として解除

が認容されることが注目される。[17]、[19]、[21]等の職権による合意の修正の禁止を述べる判旨は、前述のようにその後の判例の展開によって、判例転回と解することができない。

転換が肯定されたのは、上記以外の24の事案である。履行の不可能は、例えば、当事者間の不和、債権者の健康状態・精神状態の悪化等さまざまな原因により出来る。

初期の判例においては、不和による履行の不可能というカテゴリーは明確に意識されず、債権者の健康状態の悪化が「債務者の責に帰すべきすべてのフォートから独立している」と述べられた前掲[6]判決のように、「履行の不可能」は不可抗力のカテゴリーに入れられていたようにも見受けられる。しかし次第に当事者間の不和による履行の不可能（道徳的に当事者を履行継続に拘束できない）

203)

(一)贈与		[13]、[23]、[25]、[32]	4 事案*	*4つすべて親族間： [13]：甥 [23]：息子 [25]：息子 [32]：息子ら
(二)婚姻契約		[3]、[5]	2 事案	
(三)売買	特定不動産 売買（ただし その他要素 を含むもの もあり）	[2]、[4]、[6]、[9]、[10]、 [11]、[12]、[14]、[15]、[16]、 [17]、[18]、[19]、[20]、[21]、 [22]、[26]、[27]、[28]、[29]、 [30]、[31]、[33]	23事案**	**うち5つが親族間： [15]：甥夫婦 [18]：娘 [26]：従兄弟 [28]：兄弟 [30]：姪
	上記以外	[1]、[7]	2 事案	
四その他 （または不明）		[8]、[24]、[34]	3 事案	
計			34事案	

従って本稿題目との関係で厳密な意味で「老後扶養を伴う財産移転」と言うのは、(一)、(三)のカテゴリーのみである（ただし事案の詳細が明らかでないため、「老後扶養」の事案であると断言できない事案も存在することが留保される）。また[8]は「元本回収不能譲渡として」行われた終身扶養契約の事案ではなく、[22]は「老後扶養」の事案ではないことが明らかである。しかし他方で婚姻契約に伴われる終身扶養契約は完全に「老後扶養を伴う財産移転」から除外されるものではないとも考えられる（財産移転と老後扶養は論理必然の関係にはないものの、特に[5]のように財産分割の前提として老後扶養が関連することが推定されるからである）。

というカテゴリーが確立していったように分析される。終身扶養契約の現物履行は当事者間の良好な関係なくしては適切に履行されえず、当事者間の関係悪化は適切な履行を困難にするものの、これを即座に直接的に債務不履行とは断じ得ない。なぜなら現物債務は日常的な種類の債務が包含される包括的債務のためその不履行の評価が困難であり、また債権者の感じる処遇は多分に主観的評価要素によっても左右されうる。そして終身扶養契約のこのような特質から、当事者間の対立は、事実上履行を不可能とするとしても、その責任をどちらにあるのか明確にするのは困難であると考えられるからである。

ゆえにフランス判例は、次第に当事者の対立・性格の不一致や債務者の健康状態悪化等を原因とする「現物履行の不可能」という事実状態に基づき「転換」という解決を認める方向に移行する。たとえ債権者側の行動により履行不可能が出現するとしても [16]、[18]、債権者が自らが退職者ホーム等へと退去するとしても [9]、[10]、[25]、[26]、[27]、[33]、健康状態の悪化あるいは精神能力の変調による必要的入院の場合であっても [22]、[31]、その他当事者の対立や性格の不一致に起因する事実上の（道徳的な）履行の不可能であっても [11]、[12]、[20]、[23]、[24]、[29]、[30]、[32]、転換は容認されるようになる²⁰⁴⁾。前掲 [27] 破毀院第一民事部1978年5月18日判決の言う「[不履行が] 両当事者のフォートではない所為に起因する」という判旨は、すなわち次第に何が不和の原因であるか、かつ不和が当事者の一方の態度に起因するか否かを探求することなくして転換を認める方向性として理解しうる。

しかし他方で [16] 判決が現物履行の不可能の場合に事実審判事が解除または転換を判決するのが可能であると述べること、[28] 判決がフォートによらない不履行の場合にも解除が可能である旨を明言することが留意される。[28] 判決に言われる「フォートによらない不履行」と、[16] 判決に言われる「不可能」が区分されるものであるか否かは明らかではないが、これらの場合にも一方で事

204) この過程で、前掲 [22] 判決に見られるように、債権者の健康状態の悪化も不可抗力として考慮されるのではなく「履行の不可能」という事実状態へと包摂される。ただし状況が鮮明ではないが司法判決の結果としての履行の不可能とされた [14] 判決と、転売により事実上履行が不可能になったとされた [15] 判決の事案は、あるいは債務者のフォートを認容しうるようにも思われる。

実審判事が解除を承認しうること、他方で事実審判事らの職権による転換が認められること（[29] 判決）において、破毀院は、かなり広範な評価権限を事実審判事らに委ねていると言いうるようになる。

転換を理由付ける文言に関しても、判例は一様ではない。時に [1] 暗黙裡の条件を理由として、時に [3] 衡平 *équitable* であると思料される額の補償金 *indemnité* として、時に [9] 個人の自由・契約慣習が援用されつつ履行方法の変化に過ぎないとして、時に [10] 衡平が求める新たな履行方法として、転換は説明される。また履行が不可能となった為す債務を「同一目的の金銭債務」により転換すると述べるもの（[20] 判決）、状況に適合した他の履行方法（[7] 判決）、または「旧債務の新たな履行方法」であると述べるもの（[25] 判決）、あるいは同一目的の金銭債務でありかつより状況に適合した他の履行方法である旨を述べるもの（[16]、[18]、[27] 判決）、扶養性填補終身定期金 *rente viagère compensatrice, à caractère alimentaire* または扶養填補定期金 *pension alimentaire compensatrice* 等の文言により損害賠償（1142条）に依拠するように見えるもの（[11]、[14] 判決）、直接に損害賠償に言及するもの（[33] 判決）、「等価物による履行」または「等価の定期金」という文言が述べられるもの（[23]、[29]、[30] 判決）も存在する。特に理由を述べることなく、約定現物債務の履行不能により直截的に転換が認められる判決（[5]、[12]、[15]、[22]、[26]、[32] 判決）も存在する²⁰⁵⁾。

時系列的に見ると、20世紀第2期、第3期は終身定期金への転換は更改ではないとする判決²⁰⁶⁾と相俟って、転換は約定債務と「同一目的」の金銭債務による代替であり、また単なる「履行方法」の変化に過ぎないと述べられる場合が比較的に多かったが、これは終身扶養契約の二重の射倖性（本稿Ⅱ1(2)参照）から終身扶養債務と終身定期金支払債務とは「同一目的」ではない等と批判されうるため、[29] 判決は当事者によって「追及された目的 *but poursuivi*」は転換により達成され、また看護債務は「等価物により *par équivalent* 履行されうる」と述べることで若干のニュアンスを加えたように見受けられる。その後第4期以後の判例に

205) なお [24]、[31] は、やや特殊な判決理由である。

206) 前掲注138)破毀院第一民事部1953年3月3日判決参照。

においてはもはや理由づけが詳細には述べられない²⁰⁷⁾。

(2) 学説の概観

当事者間の性格の不一致、債権者の健康状態・精神状態の悪化等によりもはや終身扶養契約の現物履行を当事者間に維持することが道徳的、物理的、あるいは当事者の心理的に不可能となり、契約上解除条項が定められていなかったような場合、フランス判例は、上述のように、時に解除を時に金銭債務への転換を言い渡す。

この問題は、終身扶養契約の履行がその性質上当事者間の良好な関係を前提し、かつ履行期間が長期間に渡ること起因するように思われる。また債務が現物で履行されるという終身扶養契約の特殊性から、通常の他の契約の場合と異なり、不履行が当事者のいずれの責に帰せられるのかを決するのが必ずしも容易ではない。さらに解除が可能である場合であっても、終身扶養契約は射倖契約に分類されるため、既に履行された現物給付においては理論上の経済的不可逆性が存在し、債権者が原状回復することはその金銭評価が困難であり、また時に他の財産を有しない高齢者債権者にとっては酷でありうる。しかし他方で終身扶養契約の扶養性を理由として、高齢者債権者の生計手段はその終身に付き保護されるべき要請が存在するが、そもそも為す債務の履行は強制できない。

問題の根本は、解除につき債務者側のフォートが必要であるか、あるいは不履行の状態のみにより解除可能であり契約責任追及のみにフォートの証明を要するかと考えるかという立場の相違へと行き着く。前述のように、一般に学説においては、フォートの場合には解除、不可抗力の場合にはリスク理論の適用が主張されるのに対し、判例においては、フォートの証明なき場合であっても時に解除が認容されると言われる。

ゆえに解決の方法は、およそ二通りに志向される。第一は、フォートの範囲を

207) また前掲 [32] 破毀院第一民事部1988年1月19日判決以後1990年代に解除・転換をめぐる判例がほとんど見受けられないことについては、転換を容認する判決が繰り返されるにつれ、当事者間の不和を想定した実務上の対応（公証人による解除条項、転換条項の挿入等）が繰り返し警告され（Savatier, *op. cit.*, p.p. 68 et s.; Viatte., *op. cit.*, p. 137; Aubert, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 18 mai 1978, Defrénois 1979, art. 32038, n° 38, p.p. 942 et s.）、公証人実務においてこれが推奨・一般化されるようになったことを要因とすると思われる。

緩やかに考えて、すなわち不履行が債務者側の厳密なフォートなくして債務者側の何らかの所為・行動に発するときには解除可能であると考え解除を緩やかに認める方向性であり、第二は、当事者のどちらのフォートにも属さない不和等の事実状態を理由として転換を認める方向性である。

学説は、立ち現れた必要的入院や性格不一致の問題に対して、当初フォート（による債務不履行）と不可抗力（による履行不可能）を二分する立場で議論するように見える。ラルは、（一）債務者の所為に由来する共同生活の不可能（→1184条による解除）、（二）債権者の所為に由来する共同生活の不可能（→債務免除）、（三）債務者の責に帰せられる不履行（→解除・損害賠償有）、（四）不可効力（債権者の重大な疾病、精神状態の変調）（→解除・損害賠償無）に分類する。カルボニエも性格の不一致による同居の不可能を不可抗力として捉えることで、リスク理論に基づく譲渡財産の比例的償還を説く。ラルメも、面倒見および看護債務の履行の不可能が不可抗力の一場合となりうること、解除が認められるための不履行とは債務者のフォートではなくてもその行動に関連するもので十分であること等を述べる。

しかし前掲〔9〕アジャン控訴院1945年3月13日判決事案のように、債権者側の所為・行動に発する共同生活の不可能という事態も出来し、次第に履行の不可能が両当事者のフォートではない事実の結果であるような場合、すなわち不和が当事者のいずれの責にも帰せられることなく履行が不可能となったような場合が、フォートによる債務不履行でもない不可抗力ではないもう一つのカテゴリーとして観念されることになる。ヴァンは、必要的入院とは不可抗力でありリスク理論による解除が認められるとしつつも、当事者の性格の不一致とは両当事者のフォートではない共通の状況であると述べている。その後の学説においては、債権者の健康状態悪化、精神状態の変調、必要的入院、当事者の性格の不一致（またはそれに起因する債権者側からの別居）等がこの「両当事者の責に帰されない履行不可能」に広く包含され、このような場合には転換が認められるものと理解されるようになったように見受けられる。

転換という解決手法は、時に判事による契約改定や不予見理論を事実上容認したものであり²⁰⁸⁾、法的に異端な解決である等と批判されるものの、学説は概ね現

物債務の金銭債務への転換という解決を肯定する。しかしこの転換の説明は、学説においてもさまざまである。

ラロンビエルは、与える債務と為す債務の混合性によりこれを説明するが、これは人的考慮 *intuitus personae* の優越という終身扶養契約の性質から批判される。

ドゥモロンブ、ラル、ヴィアットは、為す債務の不履行は損害賠償に変わると規定する1142条の適用に基づき、金銭債務への転換を理由づける。

ヴァン、カルボニエ、ガヴァルダは、法定扶養義務との関係で転換を説明する。この立場は、終身扶養契約の二重の射倖性を強調し、終身扶養契約に由来する債務と終身定期金支払債務は同一目的ではないことを主張する。ヴァンは、扶養定期金 *pension alimentaire* として、履行不可能が債務者の所為に由来する場合には理論的費用を、債権者に由来する場合には現実的費用によるという計算方法の区分を提言する。カルボニエは、終身扶養契約の基本目的とはある者を「生活させる *faire vivre*」ことであり、現物給付・金銭給付は単なる支払方法に過ぎないと述べ、債権者の需要の増大のみによるスライドの必要性を主張する。ガヴァルダもまた、債権者の必要状態に条件づけられない扶養債務として説明する。他方サヴァチエは、判事の職権による転換に反対し終身定期金は終身扶養契約の単なる履行方法の適合化ではないとしつつも、既に履行された終身扶養契約の履行には経済的な不可逆性が存するため、解除の際に民法典210条、211条由来の扶養定期金を債務者に義務づけることこそが、債務の本質を変化させない衡平な解決であると主張する。ラルもまた「損害賠償とは扶養定期金形式においても…支給されうる」と述べる点で、この立場に近いものとも考えられる。

オベール、コルニュ、メオ・ロトゥールは、信義則・契約解釈（民法典1134条3項・1135条）により説明する。コルニュは、転換が合意目的に全く影響しないと認めるのは容易ではないとしつつも、合意の窮極目的の尊重において説明し、信義則を援用する。メオ・ロトゥールもまた、不履行が問題とされるのではないから転換を損害賠償と同視するのは困難であるとして信義則・契約解釈による説

208) Carbonnier, obs. sous Cass. civ., 27 novembre 1950, *RTD civ.* 1951, p. 269 ; Vermelle, *Rép. civ. Dalloz*, v° Bail à nourriture, 1998, n° 70 ; Rémy, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 18 juillet 1984, *RTD civ.*, 1985, p. 410.

明のみが可能であるとする。

（3）「転換」の背景

終身定期金への転換という「実用主義的なかつやや異端な」解決が採用される背景として、以下のものが考えられる。第一に、そもそも同一契約において終身扶養契約と終身定期金が同時に締結されることも多く（例えば前掲 [2]、[7]、[16]、[21]、[24]、[29]、[31]、[33] 判決参照）、終身扶養契約への終身定期金の転換が契約慣行として存在していること²⁰⁹⁾が挙げられる（さらに *rente viagère* 自体も、通常金銭において設定されるが、稀にはあるが一定量の商品、または他の代替物によって設定されるうことも肯定に傾く要因であるように思われる）。第二に、法定扶養義務者が扶養料を支払い得ない場合に扶養定期金に代る面倒見、すなわち扶養債権者を自らの住居に受け入れて養育しうることを定める民法典210条の規定である。時に別居配偶者間の扶養義務も援用される²¹⁰⁾。第三に、虚有権者または生残配偶者自身の請求に基づき生残配偶者の用益権の終身定期金への転換を認める民法典旧767条5項も時に引用される（前掲注186）参照）。第四に、破産院が、居住権を現物で履行することが困難な場合において、居住権を終身定期金へ転換することも挙げられる²¹¹⁾。第五に、終身扶養契約当事者の関係が堪え得ざる状態に陥った場合、または重大な理由により関係継続が著しく困難または不可能となった場合に、判事が債務者に終身定期金の支払を命じうることを定める1911年スイス債務法527条3項（前掲注158）参照）も援用される²¹²⁾。

（4）小括

金銭債務への転換は確かに実用主義的解決ではあるが、当事者のいずれのフォートとも言い難いような原因により現物債務の履行継続が不可能となる場合につき、高齢者債権者を保護するための利益ある解決であると考えられる。では転換の理由付けはどのように考慮されるべきか。

209) 実務においては、非常に頻繁に当事者らは分離 *séparation* のリスクを予測し、どのような場合にどのような方法で終身扶養契約が終身定期金へと転換されるのかを約定するとされる。この場合、判事らは民法典1134条にしたがって、契約書の文言に拘束されることになる（A. Bénabent, *J.-Cl.*, v° Contrats aléatoires, 1986, n° 140）。

210) Carbonnier, obs. sous Cass. civ. 27 novembre 1950, *RTD civ.* 1951, p.269 ; Rémy, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 18 juillet 1984, *RTD civ.*, 1985, p.410.

私見としては、フォートによる不履行と、両当事者のフォートではない事実の結果としての履行の不可能を区分するという立場から見ると、1142条による説明は損害賠償が相手方のフォートを前提するという意味において適切ではないと思われる。そして終身扶養契約の二重の射倖性を考慮するならば、確かに現物債務と終身定期金支払債務が同一目的であると言うのは困難であるが、1963年7月13日の法律第699号が個人間で設定された終身定期金を扶養債務 *dettes d'aliments* としてスライド条項の付加を許容し、1949年3月25日の法律（前掲注193）、194）参照）が終身定期金の法定増額を定めることを考え併せると、結局金銭債務への転換は当初の契約の窮極目的までは変更しないものとする説明が妥当するものと考えられる。

しかし金銭債務への転換が、法定扶養義務の創出であると考慮することはできないと考える。というのは前掲〔32〕破毀院第一民事部1988年1月19日判決において、終身扶養契約を負担して母親から三人の息子へ財産が贈与された事案で、終身扶養契約に由来する債務は債権者の必要状態に依存しないことが判決されたことから、転換後の終身定期金もまた民法典205条所定の法定扶養義務に加重される、少なくとも債権者の必要状態には左右されない契約上の債務として理解さ

-
- 211) 破毀院第一民事部1981年6月10日判決（Cass. civ. 1^{re}, 10 juin 1981, *Bull. civ.* I, n° 201 ; D. 1982. I. R. 184, obs. A. Robert.）

〔事案〕

Y女は、一家屋につき、Y女がそのうちの三部屋の居住権を留保した上で、代価1,600,000旧フランでX夫婦へと売却し、代価は3ヶ月ごとに支払われる終身定期金（39,000旧フラン）へと転換された。15年ほど後にY女は留保していた部屋において居住するのを中止したため、X夫婦はY女が不動産維持にあらず損耗するにまかせた（民法典618条）ことを理由とする居住権の失権等を請求する。これに対しY女は、X夫婦の策謀によりもはや同家屋に居住できないなどとして、反訴により損害賠償を請求した。控訴院は、紛争の結果今後当事者らにとって居住権を現物で履行することは困難となったことを理由として、Y女の居住権を月250フランの終身定期金へと転換した。X夫婦は、Y女の場所放棄が確認されたのであり、不動産用益権の終身定期金への転換は618条に違反する等として破毀を申し立てる。

〔判旨〕

破毀院は、618条とは居住権者による場所の放棄ではなく使用収益の濫用こそが権利消滅をもたらしうることを規定すると述べ、当事者間の関係の悪化が居住権の現物履行を困難とした旨を確認した控訴院は、居住権を終身定期金へと転換することで等価物による履行を命じることができるとして破毀申立を棄却する。

- 212) Gavalda, *op. cit.*, p. 656 ; Rémy, *op. cit.*, p. 410.

れるべきものであると考えられるからである。[32] 判決は親子間贈与の事案であるため、法定扶養義務者間以外において、あるいは売買に伴って終身扶養契約が締結された場合については議論の余地があるが、これら場合についても同様に、少なくとも転換後の終身定期金とは債務者の扶養可能状態により左右されないという意味で、通常の法定扶養義務とは相違するものであると考えられる。というのは前掲 [30] 破毀院第一民事部1984年7月18日判決（負担付不動産売買につき扶養定期金への転換が請求された²¹³⁾ 事案）において、転換される定期金の計算に当たっては、譲渡元本が参照されず「もはや現物で履行されない債務と…等価の定期金 *rente* を定めるのが適切である」と判示されているからである。扶養定期金 *pension alimentaire* ではなく終身定期金 *rente viagère* への転換が請求された場合であっても [30] 判旨の射程が及ぶか否かは一応問題となりうるが、転換後の終身定期金が現実的費用（現実に終身扶養契約債権者と同居してその契約債務を履行する費用）として計算されることを述べる下級審判決（[9]、[25] 判決）や、譲渡元本に基づいて転換後の終身定期金が計算されることを否定するヴェルメル、レミー [30] 判決評釈に鑑みると、おそらくフランス判例そのような方向性であるものと推測される²¹⁴⁾²¹⁵⁾。

213) なお *rente viagère* ではなく、*pension* への言及がなされたその他事案は、[5]、[14]、[21]、[23]、[25] 判決である。

214) もっともこの解決に関しては、若干の疑義が提起される。というのはフランス法においては、売却財産収入以下の終身定期金金額が約定された終身定期金付売買については、一般に代価欠缺（民法典1591条）等を理由として無効とする判例原則が確立している。終身扶養契約を伴う財産移転が贈与としてなされ（それが裁判により終身定期金へと転換され）た場合には問題はないものの、それが売買としてなされていた場合には、「現実的費用」のみに基づいて計算された転換後終身定期金が売却不動産収入を下回ることも理論上考えうるようにも思われ、このような場合は、契約時の約定終身定期金金額が売却不動産収入を下回る取引とは無効であるとされるのに比して、解決としての均衡に欠けるようにも考えられるからである。

215) なお現物給付に代替すべき終身定期金に関して裁判所によりスライドが付されず、定期金債権者らが転換判決後にさらに終身定期金の増額を請求した場合については、「当該〔増額〕請求が基礎とするところの定期金債権者夫婦の健康状態の悪化がそれ自体として、看護債務に代替するものとして裁判所により支給されていた金銭の増額を正当化する性質であるか否かを探求することなくして、この定期金が行先する判決において終局的に定められていたという理由のみでは…」棄却されえない旨が判決されている（Cass. civ. 1^{re}, 17 juillet 1985, *Bull. civ.* I, n° 229）。

従って、終身定期金への転換とは、終身扶養契約の窮極目的を変更しないところの履行方法の適合理化として信義則・契約解釈（1134条3項・1135条）により説明され、転換される定期金とは、その発生が債権者の要扶養状態や債務者の扶養可能状態により左右されないものとするのが適切であるように思われる。

Ⅲ 日本法への示唆

1 日本法とフランス法の相違

日本法とフランス法の問題状況の差異はさまざまに考えられるが、第一に、日本法において「老後扶養」関係を伴う財産移転の問題とは、専ら贈与（法）の側面に現れ、民法550条から書面によらない贈与・未履行贈与の取消の可否をめぐって、あるいは民法554条から死因贈与・負担付死因贈与の取消の可否等をめぐって争われることになる。他方フランス法において「老後扶養」は、終身扶養契約 *bail à nourriture*（無名契約）として、贈与の負担や財産放棄・売買の反対給付を構成するものとしても観念される。ゆえにしばしば売買や贈与の負担として締結された終身定扶養契約に関して、その不履行による解除をめぐって争われることになる（そもそも贈与取消は問題とならない）。このような相違は、フランス法においては贈与に公証人証書の作成が必要とされ（民法典931条）、また1731年のオルドナンスが死因贈与も遺言の方式に遵うべきことを定めるため生存者間贈与と遺言の二種類の方式しか認められない（撤回しうる死因贈与は存在しない）²¹⁶⁾ ことにも由来するように思われる。

また、フランス法においては財産譲渡（贈与・売買）と終身扶養契約が結合されるがゆえに譲渡財産の所有権が契約時に「老後扶養」債務者（受贈者・買主）に移転されるのに対し、日本法において「老後扶養」関係が死因贈与等に伴われる場合には「老後扶養」履行期間中においては財産所有権が財産処分者側（贈与者・遺贈者）に留まるという差異が存することになる。

第二に、日本法における「老後扶養」とは法定扶養義務としてしばしば財産相続と一体的に志向され、「養子縁組が現実には親子関係の形成という信頼＝愛情

216) 鈴木ハツヨ・前掲注77)「フランス贈与法の特殊性について」『贈與の研究』（1958）145頁；柚木＝高木編・前掲注8）『新版注釈民法（14）』68頁〔松川正毅〕。

関係を基礎におきつつ、扶養・相続の効果を期待してなされることは少なくない²¹⁷⁾」と指摘されるように、養子縁組による親族関係の創出と贈与・遺贈が結合されることも多い。従って日本法上の「老後扶養」は当事者間の親族関係を前提することになり、ゆえに（そして書面をきちんと作らない契約慣行から）「老後扶養」が明確に文書化されることが少ない。他方フランス法においては、老後の日々に備えるために、養子縁組による積極的な意味での「家族」の創出よりもむしろ、（あるいはそれに加えて）契約による扶養関係を創出する方向性が志向されているものと推測される。従って当事者間の親族関係は必然とならずして、財産譲渡と終身扶養契約が結合されることになる²¹⁸⁾。

第三に、日本法上の「老後扶養」は同居扶養と金銭給付扶養が明確に区分されることなく意識されるのに対し、フランス法においては原則として金銭給付履行としての終身定期金 *rente viagère*（与える債務）とその他現物履行としての終身扶養契約 *bail à nourriture*（為す債務）が分離されている。

2 フランス法の検討から得られる示唆

以上のように日本法とフランス法の状況は異なっているものの、それぞれに抽出した判例は「老後扶養」を伴う財産移転の履行段階で何らかの問題を生じ、契約解消をめぐる争われるという点では共通している。そしてフランス民法典が忘恩行為・子の事後出生による贈与撤回、さらに売買・贈与の負担不履行による解除を許容するのに加えて、本稿Ⅱにおいて検討したように、フランス判例はさらに両当事者の責に帰せられない履行不可能の場合（忘恩行為および負担不履行の認容なくして）終身扶養契約を終身定期金へ転換するという解決を採用する。

以下では、このようなフランス法の検討を通じて考えられ得る日本法への示唆

217) 中川淳「終生扶養を受けるため縁組と遺贈の遺言をした場合と離縁によるその取消」法時54巻5号（1982）141頁。

218) 終身扶養契約が（贈与としてのみではなく）売買の反対給付としても扱われるがゆえに、成立上の問題としてレジオンによる取消の可否（1674条）、射倖欠缺・代価欠缺・コース欠缺等による無効（1975条・1591条・1131条）、偽装贈与の推定（918条）等の問題が、履行上の問題として1978条（終身定期金の支分金不払の際の契約解除を禁止）準用の有無等も問題とされうる。

について述べる。

A. 「老後扶養」内容の確定性

まず初めに「老後扶養」内容の確定性の問題である。フランス法上の終身扶養契約の内容は、ある者が他の者の生計需要 *besoins vitaux*（食事、面倒見、居住および看護等）を満足させる債務を負う契約として定義され、この基本的債務に加えて付随的債務（例えばポケットマネーの給付、葬儀費用の負担等）が約定されうること、さらに「老後扶養」の現物給付と金銭給付が分断されるという構造が参照されうるのではないかと考える。

B. 「老後扶養」不履行と情誼関係破綻

ついで「老後扶養」の不履行と情誼関係破綻に関する問題である。

日本法においては忘恩行為による贈与撤回の規定が存在しないため、時に贈与の基礎となる人間関係の破綻を理由として信義則から贈与の効果維持を否定すべきことが主張される。しかし情誼関係の破綻には、多様なケースがありうる。忘恩行為は情誼関係破綻の原因の一つであり（本稿Ⅰ3(3)(c)参照）、実際の事案で受贈者側に背恩的行為が認められる場合が多く、この場合に撤回が認められるのは至当であるとしても、破綻の原因が贈与者側にあるとき、あるいは当事者のどちらの責もなくして破綻する場合も想定しうる。さらに贈与者がすでに「老後扶養」を先履行として受益する場合、負担付遺贈ならば常に撤回が許容され、負担付死因贈与でかつ「負担の全部またはそれに類する程度の履行」（前掲⑨判決）がなされた場合には取消がやむをえない特段の事情ある場合にのみ取消が許容され、負担付贈与であれば債務不履行による解除が探求されるということは、解決のバランスや、不履行の認定（どの程度の不履行があるか）に関する疑問を生じさせる（本稿Ⅰ3(3)(d)参照）。

前述ように私見は、「老後扶養」が先履行かつ既履行の場合には、負担付贈与・負担付死因贈与・負担付遺贈の解決の一貫性を保つために、処分者（遺贈者・死因贈与者等）の意思のみにより自由に撤回がなされるべきではないと考えるため、「老後扶養」を負担として解し1022条の適用・準用を抑える方向性が望ましいと考える。この立場は、老後扶養関係を伴う財産移転において「老後扶養」を負担として把握し（前掲⑦判決）、負担付死因贈与については、「少なくと

も負担付死因贈与契約については遺言取消に関する規定の準用はない」と解する立場（前掲②判決）と整合的たりうるものと考ええる。しかし「老後扶養」関係を負担として解釈する立場によると、上述のように受贈者側に帰せられる責なくして情誼関係の破綻する場合、どのように問題解決を図るかという疑問がさらに提示される²¹⁹⁾。

このような当事者間の情誼関係が破綻する場合につき、α) 第一に現物給付たる「老後扶養」を端的に無名契約として把握するフランス法のあり方への参照、β) 第二に忘恩行為、（債務者に帰責性ある）負担不履行に加えて、さらに当事者のどちらの責にも帰せられない「共同生活の不可能」（当事者間の性格の不一致、債務者の健康状態・精神状態の悪化等）が履行不可能として観念されるフランス判例への参照、という二つのレベルにおいてフランス法からの示唆を考え得るように思われる。

というのは数年間履行して情誼関係が破綻するとき、死因贈与や負担付遺贈が常に撤回されうるとするのは、受贈者・受遺者側に破綻の原因がない場合酷でありうる一方で、⑮千葉地判平成7年6月27日²²⁰⁾のように、既履行贈与で情誼関係が破綻し忘恩行為・負担不履行の認定されないとき贈与は撤回・解除されえず、贈与者が受贈者方での負担履行継続を望まないような場合には、贈与者は目的物の返還も請求なしえず、受贈者との軋轢により当初の約定「老後扶養」負担の履行継続も望めないというケースが存在しうる。このような場合債務者の帰責性なき「履行の不可能」をもって解除を認容するという解決も考えうるが、終身扶養債権者側において既に履行された給付を（資力不足により）返還しえない場合をも想定しうる²²¹⁾。従来のように「老後扶養」を贈与に付随するものとして考慮し贈与の効果維持の是非を議論するという観点は、贈与者の救済として不十分となりうることも考えられうる。

また「老後扶養」は、原則として同居・同一生計を前提とし、その履行のため

219) 判例においては養親子関係の破綻が両当事者の責に帰せられないとされる事案であっても、贈与の効果を否定するものが存在する（前掲④判決）。あるいは贈与者側に破綻の原因があるときは、信義則により撤回が制限されるという考え方も存在する。

には当事者間の良好な関係が必要とされる（しかし同居・同一生計は、当事者間の軋轢をもたらしうる）。そして「老後扶養」関係は、債務不履行を認定し難い場合（例えば扶養を受ける側の要求が高すぎるために扶養を提供する側がそれに応えることができない場合等）や、扶養を受ける者の健康状態が著しく悪化してもはや当初予定されていたような同居・同一生計を事実上維持し得ない等の（契約後に当事者間の）状況が変化するような場合も内包しうるからである。

実際⑮判決のような現物履行に代る金銭給付履行が求められていると解しうる

220) ⑮千葉地裁佐原支部判平成7年6月27日判例集未登載

[事案]

Y₁ (Xの次男)は中学卒業後から父を手伝って農業に従事し、XおよびY₁Y₂夫婦の生活費は農業収入によりまかなわれていた。またXはA (Xの長男)の土地建物購入に際して畑四反歩を売却して援助していたが、平成元年11月頃にAに総額2000万円以上の借金 (XがAのために訴外Bから借り受けた1310万円を含む)のあることが判明し、平成2年1月の親族会議の結果、Xが所有全不動産をY₁に贈与し、(一) Y₁は、XがAのためにBから借り受けた金1310万円の債務を引き受ける、(二) Y₁は、X夫婦を終生扶養するという負担が付された (本件贈与は平成2年6月から翌年1月にかけて3回にわたり所有権移転登記がなされた)。その後Y₁は、妻Y₂の実家から借金して平成3年に利息を含む債務全額金1500万円を支払った。

しかし平成2年1月X夫婦は、長男Aの会社を手伝うといって家財道具一式をもってA方に移った。A方においては、X夫婦はAからの一切の金銭援助を受けず年金や親戚の援助等で暮らし、その間特にY₁に援助を求めることはなかったが、平成3年10月頃Aの会社が倒産したためX夫婦はA方を出て親戚宅を転々とするようになった。平成3年11月XはY₁に対して扶養料の支払等を求める調停を起こしたが、Y₁はX夫婦を扶養するのでY₁方に戻るよう求め、X夫婦はこれを拒否した。Xは、Y₁の暴行脅迫によりY₁方を出ざるをえなくなったこと、情誼関係がY₁の忘恩行為によって破綻消滅し、Xは生活困窮状態に陥っていること等を述べて、本件贈与の撤回、ないし(一)(二)の負担義務不履行による解除等を請求した。

[判旨]

裁判所は、X夫婦とY₁との間の何らかの軋轢を推測しうるとしつつも、本件贈与をめぐる経緯 (Y₁がAの借金を肩代わりして支払ったこと、従前X夫婦はY₁と同居してその扶養を受けていたこと、X夫婦がA方へ行く際にはAの会社を手伝うという積極的意図も存在したこと、X夫婦はA方においてそれなりに生活しY₁に特別の援助を求めなかったこと、XがY₁に対して扶養料支払等を求める調停を申し立てたのはAの会社が倒産し行き場がなくなったためと思われること、これに対しY₁は帰ってくれば面倒を見ると提案していること等)を考慮すれば、Y₁は本件贈与に伴う負担義務を履行しもしくはその履行の提供をなしたと言うべきであり、少なくともXY₁間の軋轢もしくはY₁の行為が本件贈与の解除理由に該当するとは解されないとして、Xの請求を棄却した。

221) さらにフランス法に参照するならば、原状回復に際して射倖性を有する債務の金銭評価の困難という理論上の問題も生じる。

ケースをも考慮するならば、フランス判例の「転換 conversion」による解決は、日本法においても信義則・契約解釈に基づいて参照されうるのではないかと考えられる。とはいえ相互の民法典の条文構造その他状況の相違から「転換」を即座に日本法における解釈技術として受容するのは困難であるが²²²⁾、日本法上の老後扶養関係を伴う財産移転において「老後扶養」を、「円満な親子関係を維持し、受贈者からの恩愛に背かない」という広範なものとしてではなく、例えば農業に従事する負担等から分離し、終生扶養を基本的債務として祖先祭祀を付随的な債務として考慮することが可能であるならば、従来の議論から離れて当事者間の状況の変化により（例えば金銭給与による）新たな「老後扶養」契約を再締結するというような現実的方向性が考えられるのではないと思われる。

C. 「老後扶養」と法定扶養義務

さらに「老後扶養」と法定扶養義務の関係については、日本法においても一般親族扶養における扶養とは扶養義務者が自己の生活水準を切り下げないですむ範囲で扶養権利者の最低生活を支持すれば足る「生活扶助義務」であるとされるが、老後扶養関係を伴う財産移転における「老後扶養」とは、法的扶養義務に過ぎないのか、あるいはそれを超過する契約上の債務であるのかが必ずしも明らかではない。この点に関しては、私見は、フランス法においては法定扶養義務に同居扶養と金銭給付扶養が存在するのと平行に、終身扶養契約 *bail à nourriture* と終身定期金 *rente viagère* が契約による扶養関係創出として観念されているものと分析する。

すなわち本稿は、日本法においても、「老後扶養」を伴う財産移転の場合には、法定扶養義務に加重される（あるいは少なくとも債権者の要扶養状態や債務者の扶養可能状態により左右されない）「扶養債務」関係が創出されたものと解釈しうるのではないかと考える。

D. 「老後扶養」と終身定期金

222) 終身定期金に関する民法条文自体の量的・内容的相違に加え、フランス法上の終身定期金は特別法による法定スライドや裁判によるスライドが規定される等、日本法に比して全体として債権者・債務者関係のきめ細かい調整がなされている。この意味でもし日本法においても信義則・契約解釈により「転換」が理論上可能であるとしても、さらなる留保が必要である。

最後に、「老後扶養」と終身定期金の問題について検討する。日本法における「終身定期金」は、典型契約の一つとして民法上に規定されているものの、関連する判例・学説は多くはない。判例において、相続・贈与等による財産移転と終身定期金給付が問題とされた事案として、以下を抽出しうる。

a) 相続・贈与による財産移転と終身定期金をめぐる判例

第一に、大審院時代の三つの判決が存在する。[a]²²³⁾および[b]²²⁴⁾は、隠居者の扶養を見込んで終身定期金が負担された上で贈与・相続がなされた事案であるが、終身定期金と定期贈与、負担付贈与が択一的関係にあるかのような[a]判旨に対しては、終身定期金が同時に贈与でもありうるという批判が学説によりなされている。遺言書において財産分与および相続人(養子)が毎月5円を支払うべきことが定められた[c]²²⁵⁾においては、「終身定期金」の文言は見受けられないが、有泉亨教授は本件とは終身定期金の遺贈の事案であるとされている。[a]、[b]、[c]判決は、財産処分者とその家督相続人との間で贈与者自身または第三者のために終身定期金給付が定められ、それが何らかの事情により不履行となったためその履行または解除が請求された事案、すなわち贈与・相続による財産移転とそれに付随する(関連する)終身定期金の設定された事案とという

223) [a] 大審判昭和2年6月14日新聞2731号9頁；法律学説判例評論全集16巻民法983頁

Aは別宅隠居中の母Xに対して毎年一定の奉養米を給付するという親子間契約を締結し、XがAの死後その相続人Yに履行を請求したという事案で、大審院は、本件契約が「契約当事者ノ一方カ自己相手方又ハ第三者ノ死亡ニ至ル迄定期ニ金銭其ノ他ノ物ヲ相手方又ハ第三者ニ給付スルコトヲ約シタルモノニアラサルカ故ニ其ノ法律上ノ性質ハ終身定期金契約ニアラスシテ定期ノ給付ヲ目的トスル贈与ナルコト明瞭」であり、また定期贈与は通常身分関係を前提とするが故に反対の意思表示なき限り契約当事者の生存中に限り贈与を為す意思であるものと推定されるため、民法552条の適用を待たずして、その贈与は将来に向って効力を失うものであると判決した。

224) [b] 大審判昭和3年2月17日大審院民事判例集7巻76頁

X₁は、公債及び株式を、その利息並びに配当金をX₁在世中Yにおいて受取り次第X₁に交付すべきことを約した上で、長男Y(法定推定家督相続人)に譲渡し、その後Yに家督を譲り妻と共に別家していたが、Yが約6年後から当該利息並びに配当金の交付を怠ったため、X₁は催告の上で契約を解除し、目的物の価額の返還を請求した(X₁死亡によりその妻X₂が家督を相続して本件訴訟を承継)という事案で、大審院は、本件契約とは民法689条所定の終身定期金契約に他ならず、Yが定期金給付を怠った場合には、民法691条に基づき元本の返還請求が可能であり、返還が不可能な本件において代償請求が可能であると判示した。

る。

第二に、比較的最近の二つの判決を挙げることができる。これら判決においては、「終身定期金」の文言は直接的に用いられてはいないものの、[d]²²⁶⁾は次男が母親と同居するとの条件で父親の遺産の土地を単独相続し、その後母親と別居するに際して母親の死亡にいたるまでの生活費支払が約定された事案であり、こ

- 225) [c] 大審判昭和11年6月9日大審院民事判例集15巻1029頁；有泉亨「判批」法協54巻11号（1936）2247頁；中川善之助「判批」『親族相續判例總評 第三巻』（1940）39頁

[事実]

訴外Aは大正5年2月頃死亡し、その遺言書中には各財産分与が定められ、かつ相続人であるY（Aの養子）よりXに対し毎月金5円を小遣として交付すべき旨および訴外C、Dを遺言執行者とする旨が記載されていた。Aを相続したYは同年3月から昭和7年6月まではこれを履行したがその後履行しなかったため、Xが不履行の2年4ヶ月分合計金140円および法定利息の支払を求めた。Yは、受贈者Xは遺言執行らに対してのみ履行を請求することができるとして抗弁したが、原審は、遺言執行者らはYをしてその義務の履行を為さしめるべき諸般の手續を完了し以て遺言の執行を終了したと判示してXの請求を認めた。

[判旨]

大審院は、金銭債権を受贈者Xの為に創設するような場合は、遺言自体の効力発生によりその内容が当然実現される場合であり、その執行を認める余地がないというよりも執行ということ自体が不要にしてかつ不能である旨等を判示してYの申告を棄却した。

- 226) [d] 東京地判平成4年7月16日判時1459号138頁；右近健男「判批」判タ831号（1994）72頁

[事案]

昭和61年12月母親Xと次男Yとの間に、以下のような生活費支払契約が締結された：（一）YはXの生活の援助を目的として、Xの生存中金2000万円から契約時に支払済みであった300万円を控除した1700万円を分割し、これに年約5%の利息分を加算した以下の金額を各年分毎年12月末日限り支払う；昭和61年分110万円、以後平成11年分まで毎年10万円ずつ加算した金額、平成12年分は99万円。（二）右債務はXの死亡により消滅する。なお本件契約は、昭和55年にXの夫（Yの父）が死亡したとき、YがXと同居するという条件で遺産を単独相続したが、爾後昭和59年12月30日以降XがY方を出て別居するに至ったという背景において締結されたものであるという認定がなされている。Xの生活費支払請求に対し、Yは本件契約が精神的圧迫の末にやむなく締結されたものであり無効であること、Yの既払分とXの遺族年金を合算すれば生活補助目的は達成される等と抗弁した。

[判旨]

「…本件生活費支払契約は、YがXに対し生活費の援助として支払うべき金額を具体的に定めたものであり、各年の給付額は生活費の援助として特に過大とはいえないから、親子間の扶養義務を具体化した契約としてその効力を認めることができ…」、従ってYは契約上の義務として、契約所定の金額を毎年Xに支払う義務を負うものとしてXの請求を認容した。

れも財産移転（遺産単独相続）に伴って終身定期金が約定された事案と言いうると思われる。また[e]²²⁷⁾は、売買契約と負担付死因贈与契約に建物賃貸借が組み合わされた事案であるが、判旨に分析されるように売主＝贈与者側において一部土地所有権を死亡にいたるまで留保し快適な住居に終身で居住しつつ、毎月定期金として金員を取得する内容を包含するものであり、終身定期金の負担付死因贈与が問題とされた事例であると言いうると思われる。

b) 終身定期金をめぐる近年の動向

このように実際に判例に現れた終身定期金を伴う財産移転の事案は少なく、終身定期金契約自体も現在に至るまで日本法においてほとんど用いられていないと

227) [e] 東京地判平成5年5月7日判時1490号97頁

[事案]

Xは子どもがなく夫の死亡後、妹と一緒に自宅で暮らしていたが、建物が古く、老人二人が暮らすには広すぎるため、姪の夫(Xの亡夫の妹の長女の夫)であるYに老後の生活設計を相談した。そして昭和54年10月頃Yが土地のうちの譲渡所得税がかからない範囲(甲地)についてはYが3000万円で購入し、Yの退職金で建物(以下本件建物という)を新築してこれにXらを住ませ、残りの土地(乙地)については、(相続税の形式での税負担になり有利であると考え)XからYへ死因贈与することがXY間で合意された。なお売却代金のうち手付金としてYは50万円を支払うとともに、残代金2950万円については、毎月50万円ずつの分割払とし、Xが本件建物の賃料として負担する毎月20万円の金額と相殺した差額である30万円を毎月YがXに支払うこと、売買代金支払完了後も、Xが健在である限り毎月30万円の支払を継続することが約されていた。Yは、昭和55年4月から昭和60年2月までに売買代金の支払を終えたが、引き続き同年3月から平成元年7月までは月額30万円をYに支払い、Xはこれを生活費に充てるなどしていた。Xは、本件売買契約と死因贈与契約について、Yが88歳と高齢であるXの判断能力のなさに乗じて、僅かなる代償で取得されたものとして、公序良俗・信義則に違反する無効を主張し、さらに本件死因贈与契約についての取消を主張した。

[判旨]

裁判所は、契約締結時のYの判断能力の衰えを否定し、本件売買契約と負担付死因贈与契約とは、原告らが快適な住まいに死亡するまで居住できること、毎月定額の金員を得られること、死亡するまでは乙地の所有権がXに帰属していること等の契約状況から、公序良俗・信義則に違反しないものとした。さらに本件死因贈与契約についても、Yが現実Xに支払った金額は合計2650万円(賃料控除前)であり、乙地の贈与契約当時の評価額は4000万円ないし5000万円程度であると推認され、負担の履行期間および贈与対象部分に対する履行済み負担の割合等を考慮すると、本件負担の全部に類する程度の履行をしたものと認めるのが相当であるとし、「XとYの間においては本件負担付贈与契約を締結、維持するための信頼関係が培われていたというべきであり、Yの本件負担の前記履行状況にもかかわらず、本件負担付贈与契約を取り消すことがやむを得ないと認められる特段の事情があるということはできない」と判決した。

言われている。しかし近年リバースモーゲージ推進の動向と連動して、いくつかの終身定期金契約のモデルが提示されている²²⁸⁾。これらは、とりもおさず（少なくとも金銭給付における）「老後扶養」を契約化するものである。

このような現実の動向を考慮しつつ老後扶養関係を伴う財産移転を見るならば、もし従来贈与に付随する「老後扶養」として考慮されてきた中においても、契約により創出される「老後扶養」関係を新たな契約として見出すことが可能であり、かつそれが「終身定期金」（終身金銭給付）と「終身扶養契約」（終身現物給付）に区分されること、その互換性を観念することが可能であるならば、より契約法的観点に基づいて当事者関係を再構築し、履行確保、債務不履行、当事者の情誼関係破綻等の問題を再検討することが可能となるのではないかと考える。

結語

（1）日本法における「老後扶養」を伴う財産移転

以上反復を畏れずに要約するならば、従来日本法において「老後扶養」とは一

228) 例えば、1) 証券化と組み合わせた「日本版ピアジェ」モデル（不動産シンジケーション協議会『ピアジェ制度の導入と証券化の提案』（1998））：持家を活用してゆとりある老後を過ごすために、個人対事業者を想定し証券化と組み合わせた「日本版ピアジェ」モデルが提示される。このモデルは、多数の売主と多数の投資家との間に事業者が介在し、多数売主をプールする一方で、多数投資家へ証券を売却して資金を調達し、ピアジェ事業として運営することが想定される（ただし売主・買主の希望が合致すれば、事業者の仲介で個人間契約を行うことも可能とされる）。

2) ピアジェ方式による建物売買モデル（鈴木一＝西山拓也「ピアジェの日本の展開」（財）建築経済研究所『公共投資の経済効果・変革期を迎える建設産業を考える』（2000）83頁以下）：耐久性を高めバリアフリーを進めた都市型住宅を前提とする相対型と、老朽化物件を中心とした事業型が提案される。事業型は、等価交換方式により共同で共同住宅を立て、事業者の持分については賃貸または分譲を行い旧土地所有者は自らの持分を事業者にピアジェ方式で譲渡して定期金を受ける。事業型ピアジェの活用により、一定地域に居住する高齢者の所有物件を集合住宅に転換する仕組みが可能であるとされる。

3) フランスにおける終身定期金付不動産売買を日本的にアレンジするモデル（こうべ安心サポート委員会「こうべ安心サポート委員会財産管理研究部会報告書一「ピアジェ」神戸版の研究一」都市政策110号（2003）126頁以下）：フランスにおける公証人の役割を念頭に、神戸市の公的団体が情報収集・提供、契約支援、相談・仲裁機能を果たすべきであるとした上で、「終身定期金不動産売買契約」の標準契約モデルが提言される。

般に親族関係における法定扶養義務が措定される傾向にあったが、法定扶養義務を前提としてあるいはそれを強化するものとして、財産移転に伴う「老後扶養」をも問題とされる。そして忘恩行為による贈与撤回規定を有しない日本民法は、既履行贈与において一定の場合に目的物の返還請求が許容されるべきではないかという問題を発生させ、このことは、贈与の背景となる事情をいかに法的操作の側面に取り込むかをめぐって、条件、目的、負担、行為基礎、動機等の説が提示されることにつながった。

前掲⑦最二判昭和53年2月17日は、「円満な親子関係を維持し、贈与者から受けた恩愛に背かない」ことを贈与者の負担とする負担付贈与を認定し、受贈者の債務不履行による解除を認めた。また死因贈与を独自の制度と認めつつ、贈与者による撤回の可否を論ずるという日本独自の議論の醸成により、負担が先履行として約定された死因贈与において一定の履行が行われた後の死因贈与撤回が判例において争われ、前掲⑨最二判昭和57年4月30日は「負担の全部またはそれに類する程度の履行」がされたときには「…取消をすることがやむをえない特段の事情」ある場合にのみ取消が許容される旨を示した。しかしこれらの判決は、負担付贈与と負担付遺贈の間の解決のバランスや、老後扶養「負担」の不履行の認定に関する疑問を生じさせるように思われる。

(2) 「老後扶養」の契約化

このような不都合を回避するためには、「老後扶養」を端的に契約として把握するフランス法、および両当事者の責に帰せられない「履行の不可能」というカテゴリーを想定して問題処理に当たるフランス判例のあり方が参照されうものとする。すなわち「老後扶養」を贈与における背景としてではなく、(いったん贈与から切り離された)契約として把握することが可能であるならば、当事者間の状況変化に基づくより柔軟な解決の可能性が提示されうものとする。

というのは「老後扶養」はその性質上履行が長期にわたることが予定され、当事者間の状況変化を不可避免的に内包する。そして老後扶養関係を伴う財産移転において「老後扶養」履行が一定段階に進んだ後にあっては、第一に情誼関係の破綻によらずして取り消されるのは妥当ではなく、第二にたとえ情誼関係の破綻が出来るとしても、贈与者側に破綻の原因が存しない場合には、即座に取消を認

めるのは妥当ではないと考えられ、第三に負担不履行（による解除・財産取戻）が認定されないが、当事者間に存する軋轢によりもはや終生扶養の履行継続も望めないケースが想定しうるからである。この点、日本民法が忘恩行為による贈与撤回規定を有せず、また従来老後扶養関係を伴う財産移転が主として贈与法の枠内において議論されることにより、情誼関係の破綻は即座に贈与の効果維持を否定することにつながることも主張される。しかし当事者の情誼関係は、受贈者側（のみ）に破綻の原因があるとは言えない事案も存在し得るのであり、フランス法上の「転換 conversion」という解決を解釈技術として受容することとは別異に、「老後扶養」を受ける債権者と「老後扶養」を提供する債務者という視点から、「老後扶養」を伴う財産移転を一つの新たな契約として把握し債権債務関係として処理する必要があるのではないかと考える²²⁹⁾。

契約による「老後扶養」の必要性は、確かに社会保障の充実・完備と反比例するようにも思われるが、しかしこのような視点は、「不動産有効活用による高齢者の経済的自立」という文脈における各種リバースモーゲージ制度や終身定期金付不動産売買の推進という近年の動向とも照応するものであり、従来同居扶養と金銭給付扶養が一体として観念されてきた日本法において、法定扶養義務との関係も含めて再考をせまるものであると考えられる。

（3）残された課題

しかしながらこのように「老後扶養」を契約として把握するとした場合、さまざまな検討課題が残される。

229) なお関連する議論として、扶養法を「身分から契約へ」の法進化に順応させ、非扶養義務者と扶養権利者との間における典型扶養契約と同一趣旨、態様、効力をもつことを内容とする準扶養契約の認知ないし同契約締結の可能性の明文化、履行に対する特別税制措置等に関しての提言がなされ（石川晴雄「扶養関係契約における理論上および実務処理上の諸問題」とくに典型扶養契約と非典型扶養契約との関係、扶養義務者と非扶養義務者の競合、連帯、参加する複数（多数）当事者間の扶養関係契約の構成等について」公証法学14号（1984）44頁）、子らによる老後の扶養や介護が安易には期待できない現代においては、「実際に担って苦勞するであろう嫁も参加する扶養契約を結ぶことが、他人行儀のようでも必要となってきた」として、老親扶養を家族間の扶養契約で明確化すべきことも主張されている（新垣進「老後の扶養と介護の受け方の民主化—扶養契約と遺言とそれらの解消方法を活用して—」琉大法学69号（2003）398頁以下）。

フランス法においては、終身扶養契約は射倖契約の一つとして観念され贈与の負担としてのみではなく売買の反対給付としても扱われているために、成立上の問題としてレジオンによる取消の可否（フランス民法典1674条）、射倖の欠缺による無効（同1975条）、偽装贈与の推定（同918条）等の問題が、履行上の問題として終身定期金の支分金不払による解除を許容しない1978条の準用の有無等の問題が生じる²³⁰⁾。もし日本法においても「老後扶養」を売買の反対給付として把握するならば、偽装贈与との関係で特に税法上の取り扱いが問題となりうる。

終身定期金との関係においても、フランス民法典と日本民法における「終身定期金」の条文構造の相違から生じ得る問題点の検討も必要となる。また老後扶養関係を伴う財産移転が居住不動産の（死因贈与・遺贈によるのではなく）売買・贈与として行われるならば、日本法においては高齢者＝不動産利用者の終身利用権をいかなる法律構成により確保するかが問題となりうる。さらに「老後扶養」関係の契約化は、介護保険等の既存の公的扶養制度との調整をどのように図るかという問題をも生じさせるものと思われる。

本稿はフランス法上の終身扶養契約 *bail à nourriture* の解除・転換をめぐる判例・学説の検討を通じて、従来日本法において贈与の背景的事情として扱われてきた「老後扶養」を契約化するという可能性を提示するものであるが、これら残された課題に関しては今後のさらなる検討を期するものである。

230) 終身定期金も終身扶養契約も共に射倖契約として把握されるため、終身定期金に固有の民法典上の諸規定の終身扶養契約への準用の有無が問題とされる。なお前述のようにフランス法における終身扶養契約は、贈与に伴って行われるよりも、売買に伴って行われる事案が圧倒的多数であり、売買のレジオンによる取消や射倖欠缺等による無効は、売主自身（またはその相続人）による財産譲受人への対抗手段として見るならば、日本における負担付遺贈・死因贈与の撤回等の問題と通底する側面もありうるようにも思われるが、本稿においては紙幅の関係においてこれら問題は取り上げない。