

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—(1)

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 (以上本号)

(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

3 検討

III 日本法への示唆

結語

序言 問題の所在と本稿の目的

(1) 「老後扶養」と法定扶養義務、「老後扶養」と財産移転

日本においては、一般に「老後扶養」は、親族扶養、主として長男による同居扶養として行われるとされ、家督相続や長子単独相続等の伝統を背景として、老後の精神的・経済的な援助としては親族関係に基づく法定扶養義務（権利者の要扶養状態および義務者の扶養可能状態の並存を条件とする）のみが指定される傾向にあるといえる。老親の扶養・面倒見が相続と渾然として実体的に結合し、人々も両者を結び付けて考える意識を持ち続けたことも指摘される¹⁾。

ゆえに「老後扶養」は、時に扶養を引き受ける約束を伴った相続放棄（扶養を

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第3巻第3号2004年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

1) 原田純孝「扶養と相続—フランス法と比較してみた日本法の特質—」奥山恭子ほか編『扶養と相続』（1998）189頁。なお本稿における「面倒見」の文言は、特に断りのない限り、日常生活における通常のそれとともに病気の際の看護も含まれる（鈴木禄弥『親族法講義』（1988）247頁）という意味として用いている。

引き受けた特定の子または特定の親族が多くを取得する)等の形式によって、時に老後扶養の期待を伴う贈与の形式によって、あるいは時に実子なき場合養子縁組を背景として法定扶養義務者(養子)を創出しその者に贈与・遺贈等がなされることによって、すなわち財産移転を伴うことによって創出されると言える。

すなわち「老後扶養」を伴う財産移転とは、具体的には「〇〇は、××(多くは長男)にある財産を贈与/遺贈する(全財産を相続させる)、その代わり××は〇〇およびその妻(遺贈の場合は遺贈者である〇〇自身を除く)を生存中扶養する」というような約定として日本法において一般化されうるものと思われる。

(2) 「老後扶養」をめぐる従来の議論の状況

A. 贈与と民法550条、554条

「老後扶養」を伴う財産移転は、日本法においては従来特に贈与の枠内において、既履行部分の撤回の可否、受贈者の忘恩行為による撤回の可否、あるいは負担不履行による解除の可否等をめぐって多くの議論が積み重ねられている。というのは日本民法は、贈与の成立に書面を要求せず、かつ忘恩行為などによる履行後の撤回を許さないという点で贈与の法的保護が厚いとされ、民法550条は書面によらない贈与を当事者が取り消すことができる旨を定め(この意味では贈与の拘束力は薄弱であるとも言える)、同条但書は既履行の贈与部分については取消を認めない旨を規定するからである。これに関連して、未履行の贈与につき受贈者からの履行請求が認められるか²⁾、既履行の贈与につき贈与者の返還請求が認められるか³⁾等の問題が生じる。

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法独自の議論の醸成により⁴⁾、死因贈与・負担付死因贈与に遺言取消の規

2) 贈与履行前については、比較的早い時期から贈与者に事情変更に基づく解除権を認められるべきであるとされ(我妻榮『債権各論 中巻一』(1957) 232頁)、また受贈者の履行請求を信義誠実の原則によって抑えていく余地を認めることが指摘される(石田文次郎『債権各論』(1947) 63頁)。

3) 贈与の既履行部分については、従来は文言通りに履行完了部分は撤回できないと解されていたと言われるが(例えば中川善之助『債権各論』(1957) 77頁)、次第に①受遺欠格の規定の類推、②悔返権の留保または解除条件の黙示の特約、③条件付贈与、④信義則、⑤目的不到達、⑥負担付贈与、⑦忘恩行為、⑧行為基礎の喪失、⑨決定的な動機の崩壊等何らかの形で目的物返還請求を限定的に許容する判例・学説が登場してきた(本稿I 3(2)B. 参照)。

定が準用されるかという問題も生じる（民法554条・1022条）。これは死因贈与の性質をいかに理解するかに関わる問題であり、一般に、処分者の最終意思が尊重されるならば準用は肯定されることになり、死因贈与の契約性が重視されるならば準用は否定される方へ傾くことになると言える。最二判昭和57年4月30日（後掲⑨判決）は、負担履行期が先履行として約定された負担付死因贈与において一定の履行が行われた後の死因贈与の取消（撤回）が争われた事案につき、「負担の全部またはそれに類する程度の履行」がなされた場合には「負担の履行状況にもかかわらず負担付死因贈与契約の全部又は一部の取消がやむをえない特段の事情」のある場合のみ取消が許容される旨を述べている。

B. 「老後扶養」と負担

「老後扶養」を伴う財産移転を見る場合、老後扶養はそもそも「負担」に含まれるか（老後扶養を伴う贈与は負担付贈与であるか）も問題となる。最二判昭和53年2月17日（後掲⑦判決）においては、養親からその不動産を主体とする財産のほとんど全部の贈与を受けながら養親に対して背恩的な態度をとり、養親を窮地に陥れたという事案につき、当該贈与は負担付贈与であるとして認定され、受贈者の責に帰すべき義務不履行のため、贈与者の解除の意思表示により失効したという旨が判示されている。

(3) 本稿における検討課題と叙述の順序

しかし「老後扶養」を財産移転の「負担」と見る場合、さらにいくつかの疑問が生じうる。(a)何を「負担」として考えるか（負担の内容確定性）、(b)負担不履行において541条以下が準用されるならば債務不履行の（受贈者側の）帰責性が必要とされるのか、(c)受贈者による債務不履行なくして当事者間の情誼関係の破綻が生じる場合、どのように問題解決を図るか、(d)どの程度までの「老後扶養」履行をもって「負担の全部またはそれに類する程度の履行」と言えるのか、さらに(e)「老後扶養」負担と親族間の扶養義務との関係をどのように考えるか（老後扶養の期待は法定扶養義務を確認するに過ぎないのか、あるいはそれを補強するために契約により「扶養する債務」が創出されたという趣旨であるのか）。

4) 武尾和彦「死因贈与契約の系譜と構造」法律論叢（明治大学）60巻4・5号（1988）517頁。

以上に関連して、フランス法においては、「老後扶養」は、財産放棄や売買の反対給付、または贈与の負担を構成しうる「終身扶養契約 *bail à nourriture*⁵⁾」という無名契約として認知され、移転財産の償還に関しては、忘恩行為による贈与撤回、さらに受贈者の負担不履行による解除が可能であるのに加えて、さらにフランス判例は、両当事者に責に帰せられない履行不可能 *impossibilité d'exécuter* というカテゴリー（これは債務不履行から明示的に区別される）を想定し、終身扶養契約を終身定期金へ転換 *convertir* するという解決を採用する。

従って本稿においては、まず日本法における「老後扶養」を伴う財産移転に関する判例・学説の状況を概観し（Ⅰ）、ついでフランス法上の終身扶養契約の解除・転換をめぐる判例・学説を検討したうえで（Ⅱ）、最後に日本における「老後扶養」を伴う財産移転をめぐる議論に対して、特に「老後扶養」の内容確定、負担不履行と情誼関係破綻の関係性等の問題に関して、フランス法との比較分析を通じて、何らかの示唆を得ることを目的とする（Ⅲ）。

Ⅰ 日本法

1 負担付贈与における「負担」

負担付贈与とは、一般に、贈与契約の一部として受贈者に一定の給付義務を負担させる場合であり、負担は贈与契約の附款であるとされる⁶⁾。このような通説の立場によると、用途指定や処分制限も負担に含まれることになる⁷⁾。そして負担は、債務を発生させるにすぎず、契約の効力の発生を停止するものではないから、負担を停止条件と同一視すべきではないとされている⁸⁾。ただし実際にある

5) 終身扶養契約 *bail à nourriture* とは、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る。後述のように（本稿Ⅰ1(2)参照）、フランスにおいては終身扶養契約 *bail à nourriture* と終身定期金 *rente viagère* が峻別され、*bail à nourriture* の中にはいわゆる金銭給付扶養は包含されない。本稿において「終身扶養契約」という語は、このような意味で用いている。

6) 加藤永一『贈与』（1982）68頁。

7) この点来栖三郎教授においては、「負担とは贈与を受けた物又はその価額を一定の目的のために使用する義務を課する贈与契約の附款」として通説よりも限定的に考えられている（来栖三郎『契約法』（1974）244頁）ことが指摘される。

8) 柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法（14）』（1993）57頁〔松川正毅〕。

贈与契約、特に親族間で情誼関係に基づき目的を明示せずになされたような贈与の場合、贈与の背景にある目的を、動機とみるか、負担とみるか、条件とみるかは微妙な場合が少なくないと言われ⁹⁾、通説による負担の定義の曖昧さも指摘される¹⁰⁾。

すなわち負担付贈与とは、扶養が問題とされる場合、処分禁止が問題とされる場合、用途指定が問題とされる場合などさまざまであるが、本稿との関係においては、扶養、特に「老後扶養」の負担を伴って贈与等財産移転がなされた場合の判例を抽出して検討する。

なお民法553条においては、負担付贈与に双務契約の規定が適用（準用の義とされる）されている。解除規定の準用については、一般に贈与と負担は「相互に条件的に牽連し合っている」と言いうるから、双務契約における双方の債務相互の関係と同一視して533条によりやむをえず解除の規定が準用されると解説されるが、対価関係に立つ債務の不履行に関する540条以下を準用することは、立法上の誤りでありむしろ負担の不履行による贈与取消の規定を設けるべきであったとも言われる¹¹⁾。

2 判例における老後扶養を伴う財産移転

以下では、贈与・遺贈、または単独相続・相続放棄等による財産の移転に伴って、あるいはそれに関連して「老後扶養」が問題とされたと考慮される事案を検討する¹²⁾。

①最二判昭和23年9月18日民集2巻10号231頁

[事案]

-
- 9) 加藤(永)・前掲注6) 68頁。従って当該贈与が負担付贈与であるのか、解除条件付贈与であるのか、あるいは単純贈与であるのかということは微妙な問題であることになる。
 - 10) 柚木＝高木編・前掲注8)『新版注釈民法(14)』58頁[松川正毅]。負担と条件の相異について、負担とは贈与者が受贈者に課する拘束性のある債務であり、拘束性のある債務とする合意が当事者間にあるならば負担であり、それが認定できなければ条件付贈与となるとされる。
 - 11) 柚木＝高木編・前掲注8)『新版注釈民法(14)』66頁[松川正毅]。
 - 12) なお「老後扶養」と同時に祖先祭祀が包含される場合も多いため、祖先祭祀(のみ)が託された贈与の事案(後掲③判決)も併せて採り上げている。

叔父Yから甥Xへとなされた不動産譲渡に関して、Xが所有権移転登記を請求した事案である。Yは、甥Xに対して現住所たる東京を引き上げて帰郷し相続人として病床中のA(Xの父;Yの兄)を扶養し祭祀を行い家を継承するように訓し、それを履行するならば本件土地建物を無条件でXに譲渡する旨を約した。しかしXはAの生存中帰郷せず本件土地建物譲渡の前提条件を履行しないうちにAが死亡した。

[判旨]

Xが現住所を引き揚げて帰郷し、相続人として病床中の実父Aを扶養しかつ祖先の祭祀を行うことを履行するならば、本件土地建物をXに譲渡するというXY間の契約は停止条件付譲戻契約であり、当該条件はXの個人的自由の拘束が余儀なくされる不法な条件ではなく、かつAの死亡により当該条件は不成就に確定したとしてXの所有権移転登記請求は棄却された。

②東京地判昭和44年1月25日下民集20巻1・2号24頁

[事案]

昭和39年3月83歳であったAは、孫娘Yとの間で「AはYに対して本件土地建物を贈与する。但しその効力はAの死亡に因って発するものとする。他方YはAが死亡するまでの間、Aの請求次第Aの看護に当る。」旨の契約を締結し、Yはこの契約に基づいて仮登記を経たが、昭和41年6月付書面でAはYに対し贈与を取り消す旨の意思表示をし、同年8月にAは公正証書遺言により養子Xへ本件建物を遺贈した(Aは同年10月86歳で死亡)。Xは、書面によらない贈与の取消、554条による死因贈与の取消を主張する。

[判旨]

裁判所は、書面によらない贈与取消の主張を排除した上で、死因贈与契約が負担付である場合には双務契約に関する規定が適用されることからみても、その場合の贈与約束には一層強い法的拘束力が与えられるべきであり、少なくとも負担付死因贈与契約については遺言の取消に関する規定の準用はないものと解すべきであるとした上で、事実認定¹³⁾からYとしては約旨に従った義務を履行したのであり、負担の不履行はないとされた。

③福岡地判昭和46年1月29日判時643号79頁

[事案]

Aは、家業である農業に従事するY夫婦を養子としていたが、旧民法下の観念に従い血統のつながるXを「家」の後継者として祖先の祭祀にあたらしめねばならないという思想の下に、Xに対し祖先祭祀のため本件土地建物を贈与した。しかし現実的な祖先の祭祀は、本件贈与契約後もA夫婦およびY夫婦が担当し、Xはその間引き続き他地に居住し事実上祖先祭祀にあたることは不可能な状態であった。

[判旨]

裁判所は、本件贈与が前記思想の現実化として家系の承継者Xにその地位にふさわしいだけの財産授受をなす必要があるとの動機により、その動機を贈与契約書に表示した上で締結されたものであると認定し、Y夫婦は本件贈与契約により家業である農業を持続することが困難な状態に追い込まれたとこと等を述べた上で、動機の錯誤により本件贈与契約の無効を認めた。

④新潟地判昭和46年11月12日判時664号70頁¹⁴⁾

[事案]

戦争で自らの子を失い老後の生活が不安だったXは、いずれ養子Y(Xの長兄の長男の二女)が相続することになる土地を便宜上Yを所有者とする登記をなし、AよりY名義で所有権移転登記を受けたが、養親子としての実質が全く形成されないまま養子縁組は破綻するに至った。Xは、YがXの終生にわたりXとの親子関係を維持し、Xを扶養することの負担付で本件贈与なされたものであると主張し、Yがこの負担を全く履行しないことを理由として、贈与の解除を求めた。

[判旨]

Yが養親子関係を維持し、養子としてXを扶養するというXの期待は、養子

-
- 13) 昭和40年7月から昭和41年2月までAはY方に同居してYがAの看護をしたこと、同年2月末頃AはYの許を離れてX方に赴き、そのまま死亡するまでもっぱらXおよびその家族の看護を受けたこと、その間AはYに対して看護の請求をした事実もないこと等が認定されている。
 - 14) 島津一郎「判批」金判331号(1972)2頁;中川淳「判批」判評165号(1972)19頁;加藤永一「判批」法学(東北大学)37巻1号(1973)163頁;平井一雄「判批」獨協法学6号(1975)171頁。

縁組をする以上当然のことで、養親がこのような期待のもとに養子に物を贈与したからといってこの期待が負担となることはないとして、負担付贈与を前提とするXの主張は排除される。そして贈与が親族間の情誼関係に基づき無償の恩愛行為としてなされたにも関わらず、この情誼関係が贈与者の責に帰すべき事由によらずして破綻消滅し、贈与の効果を維持存続させることが諸般の事情からみて信義衡平の原則上不当と解されるときは、贈与物返還請求を認めるのが相当であるとされた上で、「本件土地贈与契約は何らの負担もなくXがYとの縁組を契機に実質的な養親子関係が形成させることを期待してなした無償の恩愛行為であるところ、X・Y間においては嘗て一度もそのような実質が形成されたこともないまま破綻に至り現在双方が縁組の消滅を希望し、然もその破綻について贈与者であるXの側に主たる有責の事実認められず」、また本件土地はXが造成し生活の基盤として使用していることなどの諸般の事情を考慮すれば、「本件土地贈与の効力をそのまま存続せしめることは信義衡平の原則上相当ではない」として、Xの返還請求権が認められた。

⑤大阪高判昭和47年8月3日判時691号29頁

[事案]

農業に従事する父A、長男X、二女Yの三者間において、「(一)YはAと共に農業に従事し、婿養子を迎えてAの老後もみる。(二)XはYに対し、本件土地(畑)を贈与する。(三)AはXに対する財産分けの意味も含めて、当時の上田二反歩に相当する金40万円を交付する。」という合意が成立した¹⁵⁾。Yが移転登記請求をなしたのに対し、Xは(二)贈与が書面によらないものであるとしてその取消を主張した。

[判旨]

本件合意はいわゆる混合贈与であり、この場合もその一部である(二)贈与契約につき、原則として民法550条が適用されると述べた上で、しかしながら本件のごとき三者間の混合贈与契約にあつては、三つの契約が相関連し、全く独立の契約として切り離すことができないものであるから、通常の単純贈与の場合に比して

15) なお本件土地は、本件合意の4年程前にAが長男X名義で買い受けたが、Aにおいて管理・納税がなされ、AYの占有下にあったと認定されている。

民法550条の適用に相当の修正を有することは当然であるとし、(一)契約はすでに履行を終えたにもかかわらず、爾後(三)と密接な関連をもつ(二)契約が書面によらないものであることを理由としてこれを取り消すことは、著しく信義に反し、到底許すべきではない等としてXの主張を斥けた。

⑥東京地判昭和51年6月29日判時853号74頁

[事案]

Xは養子であるAB夫婦(A男はXの内妻Cの遠縁にあたり、B女はCの姪である)との間で、(一)XはAB夫婦の長女Yに本件建物を無償で譲渡する、(二)Yは、X存命中、本件建物をXが無償で使用することを認める、(三)AB夫婦はXおよびその内妻Cの生活の世話をし、死後は墓守をなし法事等の供養をする、という契約を締結し所有権移転登記が経由されたが、Xが(三)約束違反を理由として前記契約の解除を請求した。

[判旨]

(三)約定のうちCの生活の世話および死後の墓守については本件贈与の負担として当然法律的効力を認めるのが相当であり、またXの世話および死後の墓守については通常の養親子関係にあっては当然のことであって右の約定をもって直ちに贈与の負担と解することはできないが、養親子関係にあるとはいえ、本件におけるようなXとAB間の関係においては¹⁶⁾、贈与の負担として前期約定に法律効果を認めるのが妥当であるとし、Xが贈与意思を形成するにいたった重要な背景と見られる人間関係の形成・維持を目的とする(三)約定をAB夫婦は履行しなかったものとして¹⁷⁾Xの請求を認容した。

⑦最二判昭和53年2月17日判タ360号143頁¹⁸⁾

-
- 16) 梱包業を営んでいたXと住み込みで働いていたAとの間で養子縁組がなされたが、その後仕事上のことが原因で不仲となったためいったん協議離縁がなされた後に再び養子縁組が結ばれたこと、本件贈与はCが血縁関係にあるABに生活の面倒をみてもらい、死後は墓守等をしてもらうことを強く望んだためになされたこと等が認定されている。
 - 17) C死亡後、AB夫婦はその法要費用を負担せず、Xの身の回りの世話も家政婦がXの費用で行いAB夫婦は積極的に面倒をみようとしなかったこと等が認定されている。
 - 18) 平井一雄＝岸上晴志「判批」判タ363号77頁；中川淳「判批」法時50巻10号160頁。本件原審判決評釈として、右近健男「判批」判タ367号124頁。

[事案]

Aは大正8年にBの許に嫁して以来長男の嫁として、病弱な姑に代わって甲野家の家事、およびBの弟妹(Yを含む)の養育等に尽くし、Yら兄弟および近隣の人々に敬愛されていた。そして実子がなかったAB夫婦は、Yをゆくゆくは養子として甲野家の跡を継がせようと考え、他の弟妹と異なり独りYのみを大学に進学させ、医師として生業できるまでにし、その間実親に優る援助を続けた。B死亡後(昭和24年)にはY夫婦は、Aに対し生活費の一助として月2,000円ないし3,000円を送金しており、Yは昭和39年にAに相談することなくY夫婦がAの養子となる養子縁組届を提出したが、Aに異存はなかった。そして昭和42年頃Aは、自らの老後をYに託し、その家族の一員としてY夫婦や孫に囲まれて安らかに暮らすことを予定して、甲野家の家産、祭祀等をYに引き継がせるため、本件土地を主体とする亡Bの遺産をYに取得させたいと考え、昭和43年頃AはYの兄弟およびその代襲相続人にその意向を伝え、これら全相続人がこれを了承したこと、当時まだ分割手続が未了であったBの遺産はYに単独有権移転登記がなされた¹⁹⁾。しかしその後の諸般の事情²⁰⁾によりAY間の関係は極めて悪化した。Aは、昭和48年Y夫婦に対し離縁の訴を提起し(昭和50年協議離縁)、情誼関係の破綻による贈与の撤回ないし負担付贈与の解除、慰謝料等を求めて本

19) この時点では、Aと養子Yとの関係は円満であり、AはYより生活費として月17,000円の仕送りを受けていた。

20) その事情とは以下のようなものであった：Yへの単独所有権登記に先立ち、Aの頼みでYはXに対し遺産中の一部を贈与することにしたが、内心はこの贈与を快く思わずその履行を直ちにしなかったところ、Xへの移転登記手続をAから度々催促され、Aを疎ましく思うようになった。また従前Bが訴外C(甲野家にお手伝いとして長年仕えた者)に年季奉公の謝礼として農地を贈与していたところ、Cからこれを買受けた者が、同土地の所有名義人Yに対し所有権移転登記手続を請求し、贈与を否定するYと紛争になり、AがCへの贈与を認めたため、YはAに対しさらに不快な感情を抱くに至った。さらにその後、昭和45年頃Aは困窮した訴外D(甲野家に仕えていた者)にY所有の山林の立木4本ばかりの伐採を許したところ、Yはこれに苦言を呈し約1年後にACを告訴した。Yは訴訟においてAの名譽を著しく傷つける虚偽の事実を陳述したのに加えて、前記贈与によりほぼ無一文となったAがBの恩給(月額9,000円)とYからの仕送り(当時月額17,000円)で生活していることを了知しながら、仕送りを中止してAを困窮の身に落とし、また隣人に対してAに金員を貸与しないように申し入れたり、Aの居住する家屋の電話を無断で取り外したり、出入口の鍵を付け替えたりした。

件訴訟を提起した（Aの包括受遺者Xがこれを承継）。

[判旨]

第一審は²¹⁾、「…贈与の基礎となっていた情誼関係がYの非情極まりなき忘恩行為によって完全に破綻消滅し」た等と述べて贈与の撤回という信義則構成により養親Aを救済したのに対し、原審は²²⁾負担付贈与の解除を認め、最高裁も原審の判断を是認した。すなわちYへの所有権移転がY以外の全相続人およびAからのYに対する贈与であるとされた上で、特にAからYへの贈与は「AとYとの特別の情誼関係および養親子の身分関係に基づきAの爾後の生活に困難を生ぜしめないことを条件と」し、「Yにおいて老令に達したAを扶養し、円満な親子関係を維持し、同人から受けた恩愛に背かないことを右贈与に伴うYの義務とする、いわゆる負担付贈与である」と認定される。そして負担付贈与の解除の適否については、Yが贈与に付されていたこのような義務の履行を怠っている状態にあり、その原因がYの側の責に帰すべきものであることが認められ、YA間の養親子としての関係も破綻していることから、本件負担付贈与は、Yの責に帰すべき義務不履行のため、Aの解除の意思表示により失効したと判示される。

⑧東京高判昭和54年12月20日判タ409号91頁

[事案]

Aは、自分の生活費は夫の遺産中の所有地を処分した代金約3,000万円で賄うからその金がある間は金銭的に扶助してくれる必要はないが、心細いから近所に住んで何かと面倒を見て欲しいという希望を述べて、昭和48年2月全財産を甥Y夫婦に死因贈与した。Y夫婦は約6ヶ月間Aと同居したが、その後Aの指示により再び別居するようになった。しかしAは昭和51年5月、別の甥Bに対して全財産を相続させる旨を記載し、署名押印をなした作成日付記載のない「遺言書」と題する書面をBに交付し、昭和52年4月にAは失火により死亡した。Aの相続人Xらは、昭和51年の書面が昭和48年の死因贈与契約を取り消した趣旨であること、さらにYらにおいて「Aの生活費、医療費、家政婦代を負担し、かつAを看護、救護する」という負担の不履行がある等と主張した。

21) 東京地判昭和50年12月25日判時819号54頁。

22) 東京高判昭和52年7月13日判時869号53頁。

[判旨]

裁判所は、日付記載のない昭和51年の書面は形式上、有効な自筆証書遺言と見ることはできず、これを先行する死因贈与契約を取り消したものであるとするXらの主張を排除した上で、本件負担付贈与契約の負担は、Aの要請があり次第Aと同居し身辺の世話をすることであり、受贈者Y夫婦において負担の不履行は存しなかったなどとして、Xらの請求を棄却した。

⑨最二判昭和57年4月30日判時1042号96頁²³⁾

[事案]

Aは長男Xとの間に、(一)Xは、Aに対し、XがB会社に在職中毎月3,000円以上を送金し、更に年2回の定期賞与金の半額を贈与する、(二)Xが右債務を履行した場合は、Aはその遺産全部を遺言者の死亡と同時にXに贈与するという内容の死因贈与契約を締結し、XはB会社を退職するまでこの負担を履行した。しかしAはその後所有財産の一部をXの弟妹であるY₁、Y₂に遺贈する旨を遺言した。XはAの死亡により全遺産を取得したと主張し、Yらに対する遺言の無効確認を求めて本件訴訟を提起し、Yらは民法554条による遺言の撤回(同法1022条、1023条)の準用により、Xへの負担付死因贈与契約は取り消されたものであると主張した。原審は、負担付死因贈与契約についても、死因贈与と同様に554条により遺言撤回の規定が準用されるとして、遺言は無効であるとするXの主張を排除した。

[判旨]

「負担の履行期が贈与者の生前と定められた負担付死因贈与契約において、受贈者が約旨に従い負担の全部又はそれに類する程度の履行をした場合においては、贈与者の最終意思を尊重する余り受贈者の利益を犠牲にすることは相当ではないから、右贈与契約の動機、負担の価値と贈与財産の価値との相関関係、右契約上

23) 山本正憲「判批」判評286号(判時1055号)号(1982)206頁;加藤永一「判批」『昭 and 五七年度重要判例解説(ジュリ臨時増刊792号)』(1983)77頁;佐藤義彦「判批」民商88巻6号(1983)839頁;山崎賢一「判批」判タ505号(1983)88頁;小野憲昭「判批」経済と法(専修大学大学院紀要)20号(1984)101頁;篠田省二「判批」法曹時報37巻10号(1985)300頁;森泉章「判批」『家族法判例百選<第5版>』(1988)230頁;鹿野菜穂子「判批」『家族法判例百選<第6版>』(2002)174頁。

の利害関係者間の身分関係その他生活関係等に照らし、右負担の履行状況にもかかわらず負担付死因贈与契約の全部又は一部の取消をすることがやむをえないと認められる特段の事情がない限り、遺言の取消に関する民法第1022条、第1023条の各規定を準用するのは相当ではないと解すべきである」として、原判決が破棄された。

⑩東京地判昭和59年8月31日判タ542号237頁

[事案]

Xは書面によらない贈与契約によってAから建物の贈与を受け、家族ともども従前の住居を引き払い、本件建物に転居し、同建物において贈与者Aと同居し、以来Aと生計を一にして食事、洗濯、掃除、買物等の家事を行うとともに、Aの生存中Aがなしうること以外の同人の身の回りの世話一切をみてきた。Aの死亡後Xが建物所有権移転登記抹消登記を請求したのに対し、Yらは書面によらない死因贈与契約の取消を主張した。

[判旨]

裁判所は、受贈者が従前居住していた住居を引き払い、持病をもつ老齢の贈与者と同居し、身の回りの世話をすることは負担付贈与契約における負担と見ることができると述べ、受贈者が負担の履行として贈与建物に居住していた本件においては、Aの死亡により本件死因贈与契約の効力が生じXがその所有権を取得した時点で本件建物の引渡があったというべきであり、従って書面によらない本件死因贈与契約の履行は既に終了しているとしてYらの贈与取消の主張を排除した。

⑪東京高判平成6年7月19日判タ870号189頁

[事案]

Xは当時55歳の長男Aに対して、Aが贈与者Xと同居して農業を助け、X夫婦を扶養し困窮に至らせないと条件の下に、農地をAに一括生前贈与したが、この贈与による所有権移転登記の3年後に長男Aが急死した。Aの弟らは、Xの死後に相続できるものと期待していた財産がすべてA名義になっていることに不満を唱え、その圧力に負けたXは本件贈与を否定するようになり、X夫婦とAの妻Yの関係は著しく悪化した。その後Yは、X方を出て別居し、本件農地を

第三者に賃貸しようとした。Xは、錯誤による贈与無効、贈与に付されていた負担の不履行を理由とする解除を請求する。

[判旨]

Aが贈与を受けた後もX夫婦と同居して農業を助け、X夫婦を扶養し困窮にいたらせないと条件が付されていた本件贈与は、民法553条の負担付贈与に当たり、この負担はAの相続人であるYについてもその性質上拘束力があるとされる。そして本件贈与の趣旨（Yを含むAの家族による長年の家業への貢献の報償）、目的（Aの家族の生活を維持すること、その必要性はAの急死により増大している）を考慮に入れると、負担が履行されない場合でも、その原因がYらのみの責任に帰すべきであるとはいえない²⁴⁾本件のような場合には、贈与契約を全面的に解除することを認めるのは相当ではないとして、解除の効果は農地の一部に限定して認容された。

⑫東京地判平成7年10月25日判時1576号58頁

[事案]

Xは夫の死後一人暮らしをしていたが、昭和58年12月から次男Y夫婦に引き取られ同居を始めた。Xは病気のため入退院を繰り返し、この間Yの妻がXの身の回りの世話をし、入院中も介護をし、昭和63年にXがY方を出た後も、平成5年8月までその世話を受けていたが、それ以降は長男夫婦がXの世話をするようになった。X所有の土地建物には、平成3年12月に次男Yを権利者として贈与（始期X死亡）を原因とする始期付所有権移転仮登記がなされていた。Xは平成5年9月に、本件土地建物をYに対して死因贈与したことはない、仮に死因贈与があったとしてもこれを取り消すと主張し、Yは負担付贈与を受けたものであり負担の一部が履行された場合には、公平・信義則上取消は認められないと主張した。

[判旨]

-
- 24) Yが農業に従事しなくなったことはすべてYの責任であるとすることはできないが、他方で老齢のX夫婦の生活は本件農地を利用することにより成り立っていることを考えると、Yの行動は自らの生活防衛のためとはいえ過剰であるとされ、Yにも一半の責任のある行動により、本件贈与の負担は履行されなくなったとの認定がなされている。

裁判所は、前掲⑨最二判昭和57年4月30日の述べるところに従って、Y夫婦のした5年間の介護について、負担の全部またはそれに類する程度の履行をしたものとは認められないとして、Xによる死因贈与契約の取消を認めた。

3 検討

(1) 贈与をめぐる判例の流れ

日本民法は、550条において、書面によらない贈与は当事者が取り消すことができる旨を定め、同条但書は既履行の贈与部分については取消を認めない旨を規定する。これに関連して、A. 未履行の贈与につき、受贈者からの履行請求が認められるか、B. 既履行の贈与につき贈与者の返還請求が認められるか、C. さらに死因贈与、負担付死因贈与の場合に民法554条により遺言取消（撤回）の規定が準用されるか等が問題となる。

老後扶養を伴う贈与を見る場合、D. 老後の扶養はそもそも「負担」に含まれるか（老後扶養を伴う贈与は負担付贈与であるか）も問題となる（D. については後掲本稿Ⅰ3(2)参照）。

A. 未履行の贈与につき、受贈者からの履行請求は認められるか

贈与の履行前については、比較的早い時期から贈与者に事情変更に基づく解除権が認められるべきであるとされ²⁵⁾、また受贈者の履行請求を信義誠実の原則によって抑えていく余地を認めうることが指摘される²⁶⁾。大阪地判昭和45年5月9日²⁷⁾においては、移転登記が経過されていない妻への土地・家屋の単純贈与につき忘恩行為による撤回等が主張された事案で、受贈者の背徳的事由による情誼関係の解消に基づき信義則により履行請求を拒否しう旨が判示されている（ただし事案においては背徳的事由の存在を否定）。

B. 既履行の贈与につき、贈与者の返還請求が認められるか

前述のように民法は既履行の贈与部分については取消を認めず（550条但書）、かつ忘恩行為などによる履行後の撤回を認める規定を有しない。しかし現実には

25) 我妻・前掲注2) 232頁。

26) 石田・前掲注2) 63頁。

27) 判時620号70頁。

贈与履行後においても、贈与の効力を否定する必要がある場合が少なくないことが指摘される²⁸⁾。贈与履行後については、従来は文言通りに履行完了部分を取り消すことができないと解されていたと言われるが²⁹⁾、次第に何らかの形で目的物返還請求を限定的に許容する判例・学説が登場してきた。贈与目的物の返還をめぐる紛争は、先行する死因贈与または負担付死因贈与を後の抵触する遺言等により取り消すことができるかという問題としても出現する（後掲本稿Ⅰ3(1)C.参照）。

まず札幌地判昭和34年8月24日³⁰⁾（中間省略登記による養子への土地贈与の離縁に伴う撤回が争われた）は、受遺欠格（民法965条）に準ずる事由が存する場合に限り、贈与者は贈与を取り消すことができる旨を判決した。しかし仙台高判昭和36年8月23日³¹⁾（相続放棄した兄嫁への農地贈与につき背恩の行為による取消が争われた）においては、商売上のことから感情対立が生じ受贈者が贈与者の妻に対して暴力を振り打撲症を負わせたという事実が認定されながらも、忘恩行為に基づく贈与者の取消権に関する規定が存在しないためこれを「直ちに贈与の取消理由とはなし得ない」と判示された。他方で東京高判昭和46年2月26日³²⁾（Aから内縁の妻Xになされた土地贈与につきAの死後先妻の子Yにより書面によらないことを理由とする取消が主張された）は、A死亡時には既に土地の引渡が終了していたと認定することにより取消を否定しつつも、A死後の特別の事情（Xの著しい忘恩の所行、Yの困窮）において、贈与取消の余地が認められる旨を述べる。

C. 死因贈与、負担付死因贈与の場合に民法554条により遺言取消（撤回）の規定が準用されるか

このような既履行の贈与に関して贈与者の返還請求が認められるかという問題は、死因贈与を独自の制度として認める日本民法の構造から、民法554条との関係で死因贈与・負担付死因贈与の取消が可能であるかという問題とも関連する。

28) 鳥津・「判批（前掲④判決）」前掲注14）4頁。

29) 例えば中川（善）・前掲注3）77頁。

30) 下民集10巻8号1768頁。

31) 下民集12巻8号1953頁。

32) 判時623号79頁。

(負担の付かない単純な)死因贈与については、方式に関する部分を除いて遺言取消の規定が準用される旨が判決されている³³⁾。しかし負担付死因贈与については、554条準用による取消の可否について説が分かれていた。準用肯定説は³⁴⁾処分者の最終意思を尊重し、準用否定説は³⁵⁾死因贈与の契約性を重視する。下級審レベルにおいても、そもそも(少なくとも負担付死因贈与については)遺言取消の規定は準用されないとする立場(前掲②判決)、負担付死因贈与の場合も死因贈与と同様に遺言取消の規定が準用されるとする立場(前掲⑨判決原審³⁶⁾)が対立していたが、前掲⑨最二判昭和57年4月30日は、負担付死因贈与につき受贈者が「負担の全部又はそれに類する程度の履行をした場合」には原則として取消のできない旨を判示した。

その後、贈与に至る経過が裁判上の和解という特殊な態様であることおよび和解除条項の内容等を総合して、贈与者がこれを自由に取消することができない旨が判決された事案が存在し³⁷⁾、取消自由に対して一定の制限が加えられていると言

- 33) 最一判昭和47年5月25日判時680号40頁。ただしこの判決は、Aが後妻Yに土地建物を死因贈与したが、その後YはAの看護を疎かにし、ついには夫婦関係の破綻を来したという状態の下で、Aが死因贈与の取消をなしたという事案であり、この判決の結論には事実関係が少なからず影響していることが指摘される(柴田保幸「判解」最判解説(民事)昭47年度99頁)。学説においても、外国立法が認める贈与物返還請求ないし撤回を許容する理由がある場合、すなわち客観的に受贈者もその撤回を止むをえないものとして納得すべき正当な事情がある場合に限定して、死因贈与の撤回を許すべきであるとして、この判決の先例的価値を狭く解するべきとする説がある(山崎賢一「遺言・死因贈与とその取消」別冊判タ8号(1980)388頁)。
- 34) 末弘嚴太郎「死因贈与ニ就テ」法学新報26巻4号(1916)39頁;同『債權各論』(1918)347頁;鳩山秀夫『増訂日本債權法各論(上巻)』(1924)277頁。
- 35) 我妻・前掲注2)237頁;柚木馨編『注釈民法(14)』(1966)38頁[柚木馨]等。(死因贈与を通常の生前贈与と同様の拘束力を有するものと解し)死因贈与が書面によってなされた場合にのみ、贈与者はもはや撤回できないとする説も存在する(武尾・前掲注4)549頁)。
- 36) 名古屋高裁金沢支部判昭和56年3月18日金商647号5頁:負担付死因贈与についても「…民法五五三条は適用されないと解されるから、受贈者がその負担の全部又は一部の履行を済せたときと雖も、贈与者より右死因贈与と抵触する遺言がなされた場合には、さきになされた死因贈与は取り消されたものと解するのが相当である。」
- 37) 最二判昭和58年1月24日判時1073号70頁。なお加藤永一教授は、遺贈の場合であっても、本件判決との権衡を考慮して、信義則により取消を限定する可能性を示唆される(加藤永一「判批」『昭和五八年度重要判例解説(ジュリ臨時増刊815号)』(1984)72頁)。

える。

(2) 老後扶養を伴う財産移転—老後扶養は「負担」に包含されるか—

A. 判例

老後扶養を「負担」と見るか否かについては、贈与・遺贈目的物の返還がいかなる構成により請求されるか（いかなる構成により承認されるか）という問題に関連する。というのは先に抽出した諸判決を見ても、贈与目的物の返還が争われる場合判例においては、(i)書面によらない贈与の取消（②、⑤、⑩）、(ii)554条・1022条による先行する死因贈与の取消（⑨、⑫）、または554条・1023条による（抵触的な）後の遺言による取消（②、⑧、⑨）、(iii)負担不履行による解除（④、⑥、⑦、⑧、⑪）等が主として主張されるからである。さらに条文上には存在しないが(iv)受贈者の背恩的行為による撤回も主張される（⑦）。

これに対し判決は、老後扶養等を伴う財産移転に関して、停止条件付譲戻契約とされる場合（①）、負担付贈与とした上で、負担の不履行がないとされる場合（②、⑧）、あるいは負担不履行による解除が認容される場合（⑥、⑦、⑪）、動機錯誤による贈与契約の無効が認められる場合（③）、情誼関係の破綻を理由として信義則により贈与の効果が否定される場合（④、⑦判決第一審）、混合贈与であるため550条の適用が修正され、贈与と関連する契約が既に履行されたときには書面によらないことを理由として贈与を取り消すことは信義則に反するとされる場合（⑤）、贈与自体が既に履行済であるとして書面によらない贈与取消の主張が棄却される場合（⑩）、負担付死因贈与の負担の全部又はそれに類する程度履行されたときには特段の事情なき限り遺言取消に関する1022条、1033条は準用されないと述べられる場合（⑨）、負担の全部又はそれに類する程度の履行がないとして負担付死因贈与の取消が認容される事案（⑫）等が存在する³⁸⁾。

前掲⑦判決の第一審は、贈与の基礎となっていた情誼関係がYの忘恩行為により破綻したとして贈与の撤回を認めたが、原審および最高裁は、贈与の負担が「老令に達した贈与者を扶養し、円満な親子関係を維持し、贈与者から受けた恩

38) 贈与者側の主張（贈与無効、解除、取消、あるいは贈与の履行拒絶等）が認められた場合が①、③、④、⑥、⑦、⑪、⑫であり、受贈者側の主張が認められた場合が②、⑤、⑧、⑨、⑩である。

愛に背かない」ことであると述べ、この判旨は「負担の意味を、贈与対象財産自体からの出捐や使用目的など贈与財産自体についての給付義務に限定」³⁹⁾することなく広く解したものと理解される⁴⁰⁾。

B. 学説

学説においても、特に履行済みの贈与に関して、いかなる構成をもって贈与者側の目的物返還請求を認めるかをめぐって激しく争われることになった。

⑦受遺欠格の規定の類推：広中俊雄教授は⁴¹⁾、贈与と遺贈が共通に法定相続を侵食する行為として扱われることに鑑み、受遺欠格の規定（民法965条・891条）を類推適用して問題を処理する解釈論を示唆される。

④悔返権の留保または解除条件の黙示の特約：中川淳教授は⁴²⁾、贈与約束の履行後においては、民法550条但書との関係において極めて例外的・厳格的にはあるが、具体的事情により悔返権の留保または解除条件の黙示の特約の存在を認めることができ、このような事案の場合解除条件の黙示の特約の存在を認定したものとすれば、贈与撤回の余地を認めてよいとされる。

⑤条件付贈与：島津一郎教授は⁴³⁾、老後の扶養の期待は負担以上の意味をもつものであるとして、条件付贈与の構成がもっとも実質に近いアプローチであるとされる。そして（贈与者が有責でない場合）親族間の情誼関係の破綻という前掲④新潟地判昭和46年11月12日の撤回の認容基準については、親族間の贈与をめぐる争いの場合原則として撤回が許されることになり粗削りにすぎると批判され、

39) 篠田・「判批（前掲⑨判決）」前掲注23）309頁。

40) ⑦判決以前に「負担」を認定する判決としては、前掲②東京地判昭和44年1月25日（「請求次第贈与者を看護する」ことを負担する祖母から孫娘への死因贈与とされた）、前掲⑥東京地判昭和51年6月29日（養親Xの世話および死後の墓守の負担付建物贈与であるとされた）が存在する他に、「老身である貸主の世話をする」負担付使用貸借であり「負担付贈与の規定を類推して、借主側の条件の履行不能が確定的となったと見られるような状態が到来したときは、貸主は使用貸借を解約することができる」として貸主の解約告知が認められた東京地判昭和43年4月26日判時531号42頁も存在する。

41) 広中俊雄『民法論集』（1971）70頁；同「解釈上の贈与撤回権の要件構成」法セ212号（1973）129頁。

42) 中川（淳）・「判批（前掲④判決）」前掲注14）22頁；同「判批（前掲⑦判決）」前掲（注18）163頁。

43) 島津・「判批（前掲④判決）」前掲注14）4頁。

履行後の目的物返還請求は、贈与者に現在の贈与意思がない、停止条件の不成就が確定した、解除条件が成就したなどの構成により贈与者に法的救済をもたらすことができると述べられる。

④信義則：加藤永一教授は⁴⁴⁾、贈与法全体の位置づけにおいても、信義則の適用による構成が妥当である旨を主張される。また前掲④判決の事案は養子が贈与当時11歳であり将来の扶養が強く意識されたかどうかが疑問であるため、単純贈与とみるのが自然であるとして信義則を適用する判旨に賛成される。

④目的不到達：平井一雄教授は⁴⁵⁾、贈与目的の不到達を理由に贈与者に撤回を許すのがもっとも妥当であり、そうすることで目的を不到達ならしめるに有責であった贈与者に撤回を認めるべきではないとすることが可能であるとされる。さらに前掲⑦判決に関する平井＝岸上評釈においても⁴⁶⁾、贈与の動機となった老後の扶養は強制されるべきものではないという点を考慮して、目的不到達による不当利得の返還請求が主張される⁴⁷⁾。そして同判旨結論の取戻範囲（目的物の価格の返還に留めている点）は妥当であるとされつつも、判旨が負担付贈与の解除という構成をとりながら、効果において現存利益の返還としている点に対して、受贈者が債務を履行しないときは民法541条以下が準用され解除しうるとするならば、解除の効果として545条が適用されるのが当然の帰結となるはずであるから、論理の緻密性に欠けるとして批判される。

④負担付贈与：右近健男教授は⁴⁸⁾、現実を生ずる事案では養親子間の贈与の間

44) 加藤（永）・「判批（前掲④判決）」前掲注14）168頁；同「履行済みの贈与が撤回される場合があるか」『民法の争点』（1978）237頁；同「判批（前掲⑨判決）」前掲注23）78頁。

45) 平井・「判批（前掲④判決）」前掲注14）177頁。

46) 平井＝岸上・「判批（前掲⑦判決）」前掲注18）81頁。

47) なお最二判昭和56年11月13日判時1024号51頁は、終生扶養を受けることを前提として養子縁組をした上で所有不動産の大半を養子に遺贈する旨の遺言をした養親がその後養子に対する不信の念を深くして協議離縁したという事案で、裁判所は、民法1023条2項所定の「遺言後の生前処分その他の法律行為と抵触する場合」を拡大的に解釈し、当該遺言はこれと抵触する離縁によって取り消されたといふべきであるとした。この判決に対して伊藤昌司教授は、1023条2項によって解決する道を選ぶよりも、贈与・遺贈の両事件ともに包括できる法律構成が望ましいとされ、本件のような遺贈事件の場合も、目的不到達の理論によって解決すべきであると主張される（伊藤昌司「判批」判評282号（1982）36頁以下）。

48) 右近・「判批（前掲⑦判決原審）」前掲注18）126頁。

題が多く、その場合には別個に扶養義務があることを考えると、負担付贈与の解除という構成が法的根拠を有し妥当とされているが、この場合にも不履行につき贈与者がその一端を荷負う場合には、信義則の適用により、解除が認められないこともありうると述べられる。

④忘恩行為：加藤一郎教授は⁴⁹⁾、「重大な忘恩行為」または「著しい忘恩行為」の場合に、法の欠缺があるとして、忘恩行為による撤回（または解除）を条理により正面から認める必要性を述べられる。

⑤行為基礎の喪失：三宅正男教授は⁵⁰⁾、贈与契約の際当事者双方に明らかな、契約成立の重要な動機ないし基礎的事実の齟齬ないし消滅がありうるから、その場合には前提（行為基礎）消滅の理論により贈与の効力の消滅を認め、履行拒絶の抗弁のみならず、履行後の返還請求をも認める余地があるとされる。

⑥決定的な動機の崩壊：裁判例の事案は日常的な贈答とは異なるより明確な給付の背景が存在するため、これを「情誼関係」や「背後の全生活関係」と言う曖昧な表現で説明するよりも、当事者が契約を締結するに至った動機そのものを正面から問題とすべきであり、贈与契約の法的拘束力を維持すべきか否かの判断にあたっては、決定的な動機の崩壊という点が正面から採り上げられる必要性があることも主張される⁵¹⁾。

(3) 小括—問題点の確認—

受遺欠格の規定の類推は受遺欠格の全てが贈与撤回の要件として適切ではなくまた救済される範囲がやや狭くなること、負担付贈与による構成は条文上の根拠があるものの、贈与と負担のバランスの問題⁵²⁾や給付の確定性の問題を生じ、負

49) 加藤一郎「忘恩行為と贈与の効力」法教16号（1982）75頁。その他同様の結論として後藤泰一「忘恩行為にもとづく贈与の撤回—ドイツ法を通して—」民商91巻6号（1985）859頁；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—（五）完」法政論集（名古屋大学）122巻（1988）371頁。

50) 三宅正男『契約法（各論）上巻』（1983）36頁。

51) 武尾和彦「無償契約論序説」法律論叢（明治大学）61巻6号（1989）125頁、139頁以下。

52) 負担が「贈与の内容を制限する意味をもち、少なくとも主観的に贈与者の出捐より小さく、これと対価関係に立たないもの」（広中俊雄『債権各論講義 〔第6版〕』（1994）37頁）と理解されるならば、老後の扶養は負担以上の意味をもつから負担ではないことにもなりうる（島津・「判批（前掲④判決）」前掲注14）4頁）。

担の認定について柔軟な姿勢をとらないならば、救済の枠に限界があること、信義則による構成は具体的な条文上の根拠がなく、情誼関係の破綻に基づく贈与の撤回を条理上の問題として解釈論の平面に持ち出さなければならないこと等を理由として、それぞれに批判される。

また死因贈与については忘恩行為による贈与撤回を認める規定が民法上存在しないため、民法1022条の準用を肯定して忘恩行為による撤回と同じ結論に到達するのが解釈技術上妥当であることも主張されるが⁵³⁾、しかし私見は、老後扶養を伴う遺贈・死因贈与の場合には、これを「負担」付であると解釈して、1022条の適用・準用を抑える方向性が望ましいと考える。なぜなら、第一に、特に死因贈与は期待権の存する契約として、何ら効力を発しない遺言と異なるものであり、そして第二に、「負担」が先履行で、かつ贈与者・受遺者側が既に相当期間履行を行っている場合には、処分者の意思のみにより自由に取消がなされるべきではないと考えられるからである。従って忘恩行為による贈与撤回に代る救済方法として、「黙示でも扶養を債務をすることの合意が認定されうる限り⁵⁴⁾」負担付贈与と解釈するという前掲⑦判決の方向性を支持するものである。

しかし「老後扶養」を贈与の「負担」と見る場合、さまざまな問題が生じる。(a)何を「負担」として考えるか、(b)負担不履行において541条以下が準用されるならば債務不履行の(受贈者側の)帰責性が必要とされるのか、(c)受贈者による負担不履行なくして当事者の「情誼関係の破綻」する場合、どのように問題解決を図るか、(d)どの程度までの負担不履行をもって「負担の全部またはそれに類する程度の履行」(前掲⑨判決)と言いうるか、(e)「老後扶養」負担と親族間の法定扶養義務との関係をどのように考えるか。

(a)第一に、「老後扶養」負担の内容の確定性に関する問題である。前掲⑦判決において「老令に達した贈与者を扶養し、円満な親子関係を維持し、同人から受けた恩愛に背かないこと」を受贈者の義務とする負担付贈与であると述べられるが、これは「負担」としてはあまりにも曖昧すぎるように思われる。

その他判例において、財産移転に伴われた「老後扶養」の義務・期待としては、

53) 柴田・「判解」前掲注33) 99頁。

54) 松川正毅『遺言意思の研究』(1983) 152頁。

前掲⑨判決の金銭支払が負担された事案を除いてほとんどが同居面倒見であり⁵⁵⁾、その中に時に祭祀継承の要素が明示的に包含されている (①、③、⑥)。「老後扶養」負担の不履行が認定されるためには、いかなるものが老後扶養の内容であるのかが確定されることが必要となる。

(b)「老後扶養」負担の履行は、人的な関係を前提とし、当事者間の良好な関係・相応の協力が必要とされる。そして現実において当事者間の関係は何らかの原因により悪化しうることがありうるのであり、このとき「老後扶養」負担は適切に(債務者の満足するように)履行されえない、あるいは履行が中止されることが想定される。このような当事者間の関係悪化による履行中止・不可能状態は、そもそも一般の債務不履行類型(履行不能、履行遅滞・不完全履行)の一つに該当すると言えるのか、あるいはいずれの責にも帰せられないものとして危険負担の問題となるのか。これは解除請求に際しての、債務者側の帰責性の要否の問題とも関連する(上述の場合は543条に該当し債務者の帰責性が必要とされるのか、541条に該当し債務者の帰責性なくしても解除されうることなのか、あるいは危険負担の問題として反対給付が消滅することなのか)。

一般に負担付贈与における負担は、受贈者が負担を履行しないときは541条以下が準用されて解除されうると言われる。「老後扶養」の履行にあたっては、しばしば前掲⑦判決事案のように受贈者側に贈与者に対する何らかの背恩的行為が見受けられる。ゆえに従来債務者＝受贈者の帰責性の要否はあまり論じられなかったように思われるが、負担不履行による解除が一般契約理論の適用であるとするならば、当事者間の関係悪化により生じた履行中止状態の場合(これは債務者＝受贈者の責に帰すべからざる事由により生じた負担不履行たりうる)には、少なくとも解除に帰責事由が必要であるとする従来の捉え方によれば、解除が認

55) ①は受贈者の実父の扶養、祭祀・家の継承、②は請求次第贈与者の看護、③は祖先祭祀の継承、④は贈与者(養親)の老後扶養、⑤は農業に従事し贈与者(実父)の老後を見る、⑥は贈与建物の無償使用、贈与者および内妻の世話、死後の墓守、法事、⑦は贈与者の老後扶養、祭祀継承、⑧は死因贈与者の近隣に居住し面倒を見る、⑨は死因贈与者と同居して生計を一にして身の回りの世話をする、⑩は贈与者を扶養し困窮に至らせない、⑪は契約約定は不明であるが受贈者が贈与者の介護・世話をしていたというものである。なお⑧のように「同居」扶養とは言い切れないものも含まれる。

められないことになるのではないか⁵⁶⁾。また不履行につき、当事者双方が有責である場合、債務免除との関係はどのように考慮されるか。

判例は、前掲⑪判決のように負担不履行の原因が当事者双方の責任に帰せられる場合であっても、解除を認容する。あるいは⑬福岡高判昭和29年10月29日⁵⁷⁾の

- 56) 松川正毅教授は、不履行が受贈者や受遺者の責に帰すべからざる事由によって生じ、かつ負担が非常に重要な価値を有する場合には、負担付贈与・負担付遺贈の解除・取消が可能であると解することを主張される(松川・前掲注54) 172頁)。
- 57) 民事調停内容に取り入れられた同居耕作に関して、民法730条の目的達成の手段方法であり、この契約存続を期待し難い重大な事由があるときは、たとえ解除権者側に過責の存する場合であっても、信義則に反せず権利の濫用にわたらない限り、解除されうるという判決である。

⑬福岡高判昭和29年10月29日高等裁判所民事判例集7巻9号706頁；丹生義孝「判批」福岡大学法学論叢3巻3号(1958) 271頁

[事案]

昭和23年5月、AX夫婦(A79歳、X64歳)は、Aが老衰のため殆ど農業に従事することができず、Xのみでは農業経営を維持するのに困難を感じたため、娘夫婦YB一家の者をAX方に同居させ本件土地を耕作させ、AX夫婦の面倒をみさせることにし同居を開始した(娘BはXと先夫の間に出生した者で、XはB出生の4年余り後にAと婚姻同居した)。しかしYはXに対し、屢々暴言を発し、暴力を振るい、A名義の文書を偽造し借金をしたりしたため、AX夫婦とYB夫婦は折り合いが悪くなり、昭和25年3月頃AはYに対して、本件家屋からの退去および土地耕作禁止の訴訟を提起し、同年7月民事特別調停において(一)AX夫婦はYが本件家屋に同居して本件田畑を耕作することを認める、(二)YはAX夫婦の食料として収穫の一定量を引き渡し、小遣金として月400円を支払う、(三)双方は仲良く暮らして家庭の繁栄をはかるという趣旨の調停が成立した。しかしその後もXYの間柄は従前にもまして悪化の一路を辿り、互いに口頭暴言を吐いたり、YはXに罵詈雑言し、時に暴力行為に訴える等同居生活の継続を期待しがたい事態に立ち至り、昭和27年8月XはYの家屋退去および耕作禁止を求めて本件訴訟を提起した(同26年4月にAは死亡)。

[判旨]

裁判所は、前記調停による同居耕作とは単なる物の使用及び収益それ自体を目的とする使用貸借・賃貸借と異なり、他にその本質ないし目的を有するものであり、同居親族が扶け合う義務は、「道徳規範であると同時に、現行民法の下においては、法律的規範でもある(民法第七三〇条)」と述べ、「前記調停はこの規範を実現して、AX夫婦らと、YB夫婦ら一家の生活の安定を図るという高次の目的を達成するためになされ」、この目的達成手段として同居耕作が一連不可分の調停内容に取り入れられたとする。そして「同居耕作して親族の扶合を実現することを目ざす、調停契約」は、濫りに当事者の一方からこれを解除しえず、解除権行使は信義誠実の原則に違反、権利濫用であってはならないが、「解除権を行使される相手方に過責の存することは、必ずしも要件ではなく、社会の一般観念に照らし、契約の存続を期待しがたい重大な事由があるときは、たとえ、解除権者に過責の存する場合においても、それが信義に反せず権利の濫用にわたらない限り、これを解除しうるものと解するのを相当とする」として、Xの過責は軽くないも

ように、解除権者が有責であるとされる場合であっても、解除権行使が信義則違反、権利濫用に当たらない限り解除しうると判決される。

(c)これに関連して、負担不履行(による解除)が認容されない場合であっても、なお当事者間の人間関係が悪化するとき、贈与の効果維持を否定すべきかという問題も生じる。すなわち受贈者による負担不履行なくして当事者の「情誼関係の破綻」が生じる場合、どのように問題解決を図るか。

判例においては、前掲④新潟地判昭和46年11月12日のように情誼関係の破綻が両当事者の責に帰せられない場合であっても、信義則を用いることによって「贈与の基礎となっていた情誼関係が贈与者の忘恩行為によって破綻消滅」した結果として、贈与の効果維持が信義則上不当であると判決される。

しかしこのように「贈与の基礎となっていた情誼関係の破綻消滅」と、受贈者側の「忘恩行為」を関連させる判旨はやや混乱を招くようにも思われる。前掲⑦判決(および「老後扶養」が負担された事案ではないが⑭大阪地判平成元年4月20日⁵⁸⁾)は贈与者側の背信的行為により情誼関係が破綻したと言えるが、④判決は破綻につき当事者双方に責任がないとされる事案である⁵⁹⁾。当事者の情誼関係は、(i)受贈者の行為によって、(ii)または当事者双方に責のある事情によって、(iii)または当事者のどちらの責にも帰せられない事情によって、(iv)あるいは贈与者側のみが有責であるという事情によって破綻を来すことがありうるのであり、忘恩行為が認められる可能性があるのは、(i)、(ii)の場合のみである。「忘恩行為」は「情誼関係の破綻」の唯一の原因ではなく、「情誼関係の破綻」の要因の一つ、すなわち受贈者の行為の悪性が著しいようなごく特殊な場合が類型化されたもので

の、Yの有責はそれよりも重く、Xの調停解除は信義則違反、権利濫用とはならないと判示する。

58) ⑭大阪地判平成元年4月20日判時1326号139頁。贈与者Xは、娘Aと結婚したYに対して、Yが歯科医師となるための学費や生活費を経済的に援助したが、Yは大学を卒業して歯科医師試験に合格しXの経済的援助が不要となるや、他の女性との不貞の事実を明らかにし、Aとの離婚を申し出たという事案で、贈与の基礎となっていた情誼関係が、Aの一方的な背信行為によって完全に破綻消滅した諸般の事情を考慮すれば、贈与の効力を存続させることは信義則上認めることができないとして、Xに撤回権が認められた。

59) 加藤(永)・「判批(前掲④判決)」前掲注14)166頁。

あるとも言える⁶⁰⁾。換言すれば、忘恩行為による撤回を単に人間関係が破綻したような場合にまで括げて考えるならば、忘恩行為による撤回そのものの性質を見失うことになりうる⁶¹⁾。(i)から(iv)のすべての場合に(情誼関係の破綻を理由として)贈与効果の存続を事案上否定すべきであるとしても、少なくとも(iii)、(iv)は「忘恩行為による撤回」には該当しない。このような場合に、(通常の意味における)債務不履行なくして、かつ「忘恩行為」もなくして、「情誼関係の破綻」により端的に信義則に依拠して贈与の効力を否定すべきであるか。

(d)さらに 贈与者・遺贈者がすでに負担(利益)を先履行として受益する場合であっても、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)がされた場合には履行状況にかかわらず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。これは「老後扶養」負担の場合、第一に解決のバランスに欠けるのではないか、第二にどの程度履行したか(どの程度の不履行があるか)がいかに認定されるかという疑問を生じさせるように思われる。

負担付贈与であれば、約旨に従わない履行に基づく解除が請求されうる。しかし負担付死因贈与にあっては負担不履行の判断の前に、前掲⑨判決の言う「負担の全部またはそれに類する程度の履行」があったか否かという判断が介入することになる。判例においては、受贈者側の行った約5年間の同居・介護は「負担の全部またはそれに類する程度の履行」ではないとして贈与者による死因贈与の取消を認められる一方で(前掲⑫判決)、「請求次第看護に当たる」という負担の場

60) フランス民法典955条は、三つの忘恩による撤回事由を規定する：(一)受贈者が贈与者の生命を侵害した場合、(二)受贈者が受贈者が贈与者に対する虐待 *sérvices*、犯罪 *délits* および重大な侮辱 *injures graves* について有罪とされた場合、(三)受贈者が贈与者に扶養 *aliments* を拒否する場合。ローマ法においては五つの撤回事由が認められ、フランス古法においてはそれに相続欠格となる十四の事由が付加されたが、民法典はこの撤回権の濫用を制限する方向で規定するとされる(加藤佳子・前掲注49)「忘恩行為による贈与の撤回(二)」法政論集(名古屋大学)114号(1987)163頁)。ドイツ民法530条1項は、受贈者が贈与者またはその近親者に対する著しい過誤により重大な忘恩の責を負うときは、贈与撤回を認める。

61) 森山浩江「恵与における「目的」概念—コーズ理論を手掛かりに—」九大法学64号(1992)43頁。

合で約定後贈与者死亡までの約2年半のうち7ヶ月の同居看護の後に別居した事案につき（前掲②判決）、同じく約定後贈与者死亡までの約4年のうち6ヶ月の同居看護後に別居した事案につき（前掲⑧判決）、受贈者に債務不履行はなかったと認定されている。請求次第という事情の違いがあるにせよ、5年の負担履行は②、⑧判決の履行期間を凌駕する。

前掲⑨判決の枠組みが用いられるならば、「老後扶養」負担が問題とされる場合には、⑫判決のように数年間履行したとしても「負担の全部又はそれに類する程度の履行」と認定されず死因贈与取消が認められ、他方でそれより短い期間につき、不履行はなかったとして（死因贈与でなかったならば）負担付贈与の解除が認められないことにもなりうる。これは解決としてのバランスに欠けるのではないか。

さらにある者の老後を扶養するという負担は、その終身にわたる履行が予定されるために期間が不定である。特に「老後扶養」負担が金銭債務でない場合につき、負担が金銭債務であった⑨判決の言うところの「負担の全部又はそれに類する程度の履行」の枠組は、期間不定にして終身間にわたる「老後扶養」の履行において、そもそも理論上の認定不可能を生じさせるのではないか。

(e)最後に、日本における「老後扶養」は、第一に親族間の扶養義務が想定され、判例においても当事者の養親子関係が背景である事案（④、⑥、⑦）、血縁関係が背景である事案（①、②、③、⑤、⑧、⑨、⑪、⑫）が多い。特定不動産または家産をある者に移転し⁶²⁾、それに伴って生活費の支払や包括的な扶養等が約定される。

一般親族扶養における扶養は、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とされる「生活扶助義務⁶³⁾」

62) 特定不動産の譲渡が問題とされたのは①、②、③、④、⑤、⑥、⑩、⑫であり、生前贈与・相続放棄・遺贈等による家産の一体的移転が問題とされたのは⑦、⑧、⑨、⑪である。なお本稿に言う財産「譲渡」とは贈与・遺贈・売買を、財産「移転」とは贈与・遺贈のみではなく、相続放棄によって特定の者に集中して財産（家産）相続がなされるような場合をも包含する意味で用いている。

63) これは、夫婦間および親の未成熟子に対する扶養義務のような扶養義務者が扶養権利者の生活を自己と一体的に保持すべき「生活保持義務」と対置されるものである。

であるとされるが、前述のように実子・養子等の法定扶養義務者に対して財産が移転される場合⁶⁴⁾、扶養の期待は、法定扶養義務を確認するに過ぎないのか、あるいはそれを補強する「扶養する債務」が創出されたという趣旨であるのか⁶⁵⁾。

以上に関して、フランス法においては「老後扶養」が財産放棄・譲渡の反対給付、あるいは贈与の負担を構成しうる「終身扶養契約 *bail à nourriture*」という無名契約として認知され、フランス民法典が忘恩行為・負担不履行等による贈与の撤回に関する規定、さらに売買の負担不履行による解除の規定を有するのに加えて、フランス判例はさらに両当事者に責に帰せられない履行不可能の場合というさらなるカテゴリーを設けて問題解決を図る。以下では、この点に関するフランス判例・学説を参照する。

II フランス法

1 終身扶養契約 *bail à nourriture*

(1) 定義と訳語

一般に終身扶養契約 *bail à nourriture*⁶⁶⁾とは、ある者が、他の者の生計需要 *besoins vitaux*（食事、面倒見、居住⁶⁷⁾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る⁶⁸⁾。契約書においては、「X夫婦は、Y氏を自らの住居に受け入れ、居住、暖房、照明、共通の食卓での食事、面倒見、衣料、洗濯および健康なときも疾病のときも看護を提供すること、一言で言えば、Y氏にとって最良の看

64) 判例において問題とされる扶養対象は、贈与者自身（贈与者夫婦の場合を含む）である場合②、④、⑥、⑦、⑧、⑩、⑪、⑫と、それ以外の者である場合（①譲受人の父＝譲渡人の兄、⑤贈与者の父＝受贈者の父）が存在するが、特に養親子関係を背景とする事案では、養親＝扶養対象者であることが窺われる。

65) 一定の判決（④、⑥）においては、このような扶養の期待を「養子縁組をする以上当然のこと」であると述べられる。

66) *bail à nourriture* は、しばしば「養老契約」として訳出されるが（例えば我妻榮『債権各論 中巻二』（1962）861頁；来栖・前掲注7）685頁）、本稿においては「終身扶養契約」の訳語に統一している。

67) ただし「恒常的同居は、終身扶養契約の必須条件ではない」とする判決がだされている。買主が売主の住居から300メートルの近隣地に居住していた場合であっても、終身扶養契約は成立するとされた（Cass. civ. sect. soc. 9 février 1961, D.1961.255）。

68) P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, 2003, n° 1004.

護および最善の配慮であるところの、生計に必要なすべてのものをY氏に生涯のあいだ提供することを、Y氏に対して連帯的に負担する」というように公式化される⁶⁹⁾。

古法時代において、未成年者の最も近い親族がこの制度によって未成年者を扶養することも行われていたが⁷⁰⁾、フランス民法典起草者らはこの契約を典型契約に規定しなかったため、判例はこれを契約の一般規則に従わせる。このような「古風な外見 *apparence archaïque*⁷¹⁾」を呈する *bail à nourriture* は、伝統的に農村地域において多くおこなわれてきたが、経済状況の悪化や住居費用の増加に伴って、都市地域においても行われるようになってきたとされる。すなわち、終身扶養契約は、高齢者または身体障害を有する者が、あるいは収入が些少であるものの居住用不動産を有するような者が、生涯のあいだ居住、食事および面倒見を得ることを可能にするという機能を有することになる⁷²⁾。

そして終身扶養契約は、無償で契約され、または金銭支払または財産放棄の反対給付を構成し、あるいは贈与負担を構成しうるものとして観念され、実際にはしばしば不動産売買の反対給付として、または不動産贈与の負担として行われる

69) J.Hérial, *J. -Cl. Not.Form*, v° *Bail à nourriture*, 1995, p.1 による。《M. et M^{me} X s'oblige solidairement envers M. Y, qui accepte, à le recevoir dans leur maison, le loger, chauffer, éclair, nourrir à leur table avec eux et comme eux, l'entretenir, vêtir, blanchir et soigner tant en santé qu'en maladie, en un mot, lui fournir tout ce qui est nécessaire à l'existence, en ayant pour lui les meilleurs soins et de bons égards, sa vie durant.》以上が基本的債務であるが、補充的な債務（例えば相続税支払、適切な葬式および地下墓地建設等）を約定することも可能であるとされる（G.Vermelle, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Bail à nourriture*, 1998, n° 58）。

70) なお10世紀および11世紀前半において、領主・自由地農民と修道院との間の扶養契約、すなわち修道士に終身扶養されることを条件として（時に終身用益権を留保して）土地を寄進する契約が行われていたようである（関口武彦「コンプラン契約と扶養契約」山形大学紀要（社会科学）29巻2号（1999）175頁以下）。

71) Vermelle, *op. cit.*, n° 2.

72) なお、多数の修道会の解散を命じた1904年7月7日法律に伴って、修道士・修道女らによる寄進財産 *dots moniales* (*aumône dotale* と呼ばれる) の返還請求が問題とされ、これに伴い寄進財産をもって修道共同体に入会することは、「終身扶養契約」であるか、あるいは「宗教に入会する契約 *contrat d'entrée en religion*」という独自の契約として性質決定されるのかが争われ、複数の判決が下された（C.Gavaldà, *Un renouveau du bail à nourriture?*, *RTD civ.* 1953, p.638）。一般にこのような契約も一種の（特殊な）「*bail à nourriture*」として数えられるようであるが、本論文の趣旨において、これら契約については特に検討しない。

とされる⁷³⁾。

(2) 終身扶養契約と終身定期金

フランス法においては、「老後扶養」に関して、「終身定期金」と「終身扶養契約」が厳密に区分される。無名契約である終身扶養契約から生じる債務は、現物給付を行う⁷⁴⁾という為す債務であるのに対し、有名契約として規定される終身定期金契約から生じる債務は、債権者の終身につき一定金銭を支払うという与える債務である。従って、終身定期金契約が貨幣価値下落の影響を受けるのに対して(ただし法定スライドの規定が存在する)、終身扶養契約は貨幣価値下落に対して安定的であると言われる。

しかしながら終身扶養契約と終身定期金は、その親和性をも指摘される。双方ともに財産譲渡の反対給付としての元本回収不能譲渡 *aliénation à fonds perdu*⁷⁵⁾の一端を成し、債務の継続履行性かつ扶養性においてのみではなく、射倖性をも提示する(ゆえに射倖契約に分類される)からである。このような親和性から、終身定期金を規律する民法典1968条以下の規定が終身扶養契約の場合にも適用されるか否かが問題とされる。

もっとも終身定期金における射倖は、給付が不定期間(人間の寿命)であることにのみ存するのに対し、終身扶養契約における射倖とは、債権者の生計需要が(疾病や身体障害等により)加重されうるという意味で二重の射倖性を有すると言われる。さらに終身扶養契約は、人的考慮 *intuitus personae* が優越する契約

73) 不動産売買の場合、「買主が売主に居住、衣料、暖房、照明を、そして健康なときも疾病のときも看護を提供する」という買主の債務が約定される。

74) 日本において扶養の方法が論じられる場合、一般に金銭扶養・現物扶養および引取扶養に分けられる(鈴木禄弥=根孝一『人事法Ⅰ』(1980)222頁)。しかしフランスにおいて、特に *bail à nourriture* の現物給付と言われる場合には、単に現物(金銭でない品物)を給付するということではなく、同居して債権者の生活のための直接的な配慮を為すことまで含まれている。本稿で現物給付、現物履行と言う場合には、後者の意味で使用している。

75) 元本回収不能譲渡 *aliénation à fonds perdu* とは、譲渡代価が、通常のような金銭による代金支払ではなく、定期的給付(終身定期金・終身扶養契約)として為される譲渡を言う。「à fonds perdu」と呼ばれる所以は、譲渡人の死亡時にその相続人らが譲渡財産の償還請求権を(またはそれに代るいかなる金銭支払・定期金支払請求権等をも)有しないからであるとされる。なお民法典918条と元本回収不能譲渡に関して、破毀院民事部1952年5月13日判決(後掲注149)参照。

であると言われ、債務の個人性により、譲渡不能であり、かつ差押不能である⁷⁶⁾。

2 判例・学説の時系列分析

フランス法においては、前述のように金銭履行たる「終身定期金」と現物履行たる「終身扶養契約」が区分されるが、双方とも財産放棄または財産譲渡の反対給付を、あるいは贈与の負担を構成するものとして観念される。有償契約である売買の反対給付をも構成する点で、「老後扶養」が専ら贈与の範疇において議論される日本法の状況と異なっている。

すなわち「老後扶養」が、日本法においては贈与の平面において現れ、既履行部分の取消、民法554条から死因贈与・負担付死因贈与の取消、忘恩行為による撤回、さらに負担付贈与の解除の可否等をめぐって争われるのに比して、フランス法においてはそもそも「撤回しうる死因贈与」が存在しないため（後掲本稿Ⅲ 1 参照）、終身扶養契約を伴う不動産譲渡の履行に際しては、贈与の場合には忘恩行為による撤回（953条⁷⁷⁾・955条⁷⁸⁾）、負担不履行による解除（953条・954条⁷⁹⁾）、

76) ゆえに第三者は終身扶養契約の債務者に代わることができないのに対し、終身定期金の債務者は第三者によって引き受けられることが可能である。後掲[15] 破毀院第一民事部1959年1月21日判決参照。終身定期金は、無償で設定されたときのみ、差押不能であると約定されうる（民法典1981条）。

77) 第953条[撤回事由] 生存者間の贈与は、その下に贈与を行った条件の不履行を事由として、忘恩を事由として、および子の事後出生を事由としてでなければ、撤回することができない。

「条件の不履行による撤回」とは、「負担の不履行による解除」として読まれる（鈴木ハツヨ「フランス贈与法の特殊性について」『贈與の研究』（1958）162頁以下）。なお、以下本稿におけるフランス民法典の日本語訳は、法務資料433号『フランス民法典—家族・相続関係—』（1978）、同441号『フランス民法典—物権・債権関係—』（1982）に依拠する。

78) 第955条[撤回事由：忘恩の場合] 生存者間の贈与は、以下の場合でなければ、忘恩を事由として撤回することができない：

- 1 受贈者が贈与者の生命を侵害した場合；
- 2 受贈者が贈与者に対する虐待 sévices、犯罪 délits および重大な侮辱 injures graves について有罪とされた場合；
- 3 受贈者が贈与者に扶養 aliments を拒否する場合。

79) 第954条[撤回事由：条件不履行の場合] 条件の不履行を事由とする撤回の場合には、その財産は、受贈者の名におけるすべての負担および抵当権から自由なものとして、贈与者の手中に復帰する；そして贈与者は、贈与不動産の第三保持者に対して、受贈者自身に対して有するすべての権利を有する。

売買の場合には債務不履行解除(1184条⁸⁰⁾)が争われることになる⁸¹⁾。これらの撤回・解除に加えて、フランス判例は、「当事者の不和により現物履行が不可能 impossible となった」場合に⁸²⁾、約定終身扶養債務(現物給付)を終身定期金(金銭給付)へ転換 conversion する(これは更改ではなく単なる同一目的の金銭債務への履行方法の変換に過ぎないとされる)。

以下では関連する一連の判例・学説を、破毀院判決において見受けられる複数の分岐点をもとに検討する。まず(1)19世紀の判例、そして「転換」を確立させたとされる[11]破毀院民事部1950年11月27日判決までを20世紀第1期として、その後(2)「転換」による解決の方向性をいったん否定したように見える[19]破毀院第一民事部1963年7月15日判決までの時期を20世紀第2期として、さらに(3)破毀院が再び職権による転換を命じた[29]破毀院第一民事部1980年1月8日判決までを20世紀第3期として、最後に(4)同判決以後を20世紀第4期および21世紀として画定する。

(1) 19世紀および20世紀第1期

19世紀前半のフランス判例においては、負担付不動産売買に関して買主が破産等により債務を果たすことがもはや可能ではないような場合に契約解除が認容された判決が存在し([2]、[4])、他方で債務者のもとで食事、居住を提供されるという債務の債権者が、もはや同居に耐えることができない場合に、当該債務を定期金支払債務に転換することができる旨が判示されたものも既に存在していた([1]、[3]、[5])。「bail à nourriture」の解除・転換をめぐる問題は、その後約

80) 第1184条[双務契約の解除：裁判上の請求] 解除条件は、双務契約において、両当事者の一方がその約務 engagement をなんら満たさない場合について常に予定されている。[第2項および第3項は省略]

81) フランス法上の忘恩行為に関しては、加藤佳子「忘恩行為による贈与の撤回(一)～(五)」法政論集(名古屋大学)113号(1986)93頁～122号(1988)321頁参照。さらに売買の場合には成立上の問題としてレジオンによる取消の可否(1674条)、射倖の欠缺による無効(1975条)、偽装贈与の推定(918条)等が問題とされるが、本稿においては、このような成立上の問題に関しては扱わない。

82) 通常日本における債務不履行論で「履行不能」と言われる場合には債務者の有責を前提することに留意して(奥田昌道編『注釈民法(10)』(1987)333頁[北川善太郎])、本稿においては、当事者のいずれの責もなくして履行の実現・継続ができなくなったような場合を想定して「履行の不可能」との訳語を当てている。

100年を空けて⁸³⁾、第二次大戦前後の折からの貨幣価値下落と住宅危機に結びついて、判例において再び現れるに至ったとされる。

そして1936年に破毀院は、一方で [6] 負担付不動産売買に関する民事部判決において解除を認容し、他方で [7] 家産の大部分の負担付売買に関する審理部判決において逆に転換を認容する。その後、破毀院は [11] 破毀院民事部1950年11月27日判決において再び転換を是認する。

A. 19世紀の判例

[1] ブルジュ控訴院1814年8月17日判決⁸⁴⁾

[事案]

事案の詳細は不明⁸⁵⁾。買主のもとで居住および食事を供されるという条件の下で、元本回収不能譲渡として財産が売却されたが、当事者が不和 *mésintelligence* に陥ったようである。

[判旨]

ブルジュ控訴院は、「もはや当事者らが共に生活できない場合には、共同生活 *vie commune* を中止する条件が、この種の契約において暗黙裡に了解され、当事者がまさにそのような状態になった」と述べ、さらに当該売買は、売主に生計手段 *moyen d'exister* を得させる目的を有していた（すなわち買主は売主の生計需要を満足させる *pourvoir ses besoins* という条件においてのみ当該財産を取得する）のであり、従って合意目的は、金銭 *argent* においてまたは食料品 *denrées* において履行されることで満足されるとして、買主の債務を売主に定期金を支払う債務へと転換する *convertir* ことを命ずる。

[2] レンヌ控訴院1820年11月23日判決⁸⁶⁾

[事案]

83) しかしこの間、1900年にラルによるテーズ (H.Lalou, *Traité théorique & pratique du bail à nourriture*, thèse, Paris, 1900) が発表されている。また、修道会の解散を命じた1904年7月7日法律と「*bail à nourrir*」の関連については、前掲注72) 参照。

84) Bourges, 17 août 1814, *Jur. Gén.*, v° Société, n° 668.

85) 本判決注釈においては、「複数の者のあいだで融和と調和が不可欠の条件である生活共同体 *communauté de vie* を形成する合意」と表現される。

86) Rennes, 23 novembre 1820, *Jur. gén.*, v° Rente viagère, n° 116.

不動産売買契約において、売主の利益のための終身定期金が設定され、同時に買主夫妻が売主に対してその死亡にいたるまで居住、食事、疾病の際の買主の住居における看護を提供し、洗濯、衣服の管理をなすという買主夫婦の債務が包含されていた。買主夫婦は、契約時にはまずまずの生活状態にあったが、ほどなくして完全な破産状態に陥ったため、売主が解除を請求した。

[判旨]

レンヌ控訴院は、「この契約が、終身定期金の設定の性質と通常の大務契約の性質を同時に帯びるため、その履行の欠缺は解除を正当化する」とする。さらに破産状態に陥った買主夫婦は、もはや売主の生活を保証することができず、そしていかなる担保をもはや売主に提供しないとして、民法典1184条および1977条⁸⁷⁾による解除が認容される。

[3] 破産院審理部1831年3月8日判決⁸⁸⁾

[事案]

Yは、娘Aと結婚する女婿Xとのあいだで、XA夫婦がYと同居するのを適当であると評価する限りにおいて、XA夫婦（および誕生する子）ならびに使用人一人へ居住および食事を供するという婚姻契約 *contrat de mariage* を締結し、この負担は年600フランとして評価されていた。8年後に娘夫婦は、両親と居住することを中止し、さらにその4年後に娘Aが死亡した。女婿Xは、義父Yに対して(一)義父との共同生活中的の諸費用のうちの500フランの償還、(二)分離家計をなした以後の食事費用として6,000フランの補償金 *indemnité*（4年分の食事費用）を請求したのに対し、控訴院は、これらの請求を認容した。義父Yは、現物で日々提供されるべき扶養給付 *prestation alimentaire* が金銭支払債務により代替されるということは、それが著しい場合、当事者に予期せぬ大出費 *ruine* をもたらすこと、本件債務は共同生活の解消を解除条件とすること、さらにAの死亡による補償権の消滅等を理由として破産を申し立てた。

87) 第1977条 [終身定期金契約の解除] 代価 *prix* を支払って終身定期金の設定を受けた者は、設定者がその履行のために約定する担保を供さない場合には、契約の解除を請求することができる。

88) *Cass. req.*, 8 mars 1831, *Jur. Gén.*, v° *Mariage*, n° 724.

[判旨]

破毀院は、「…X およびその配偶者 A が生存する限り提供されなければならない終身扶養の費用の問題である」とし、分離家計の場合につき、「[控訴院は] 契約にも法律にも反することなくして、XA 夫婦の現実の状態および支出 dépenses に基づき、最も衡平 équitable であると思料される額の補償金 indemnité を評価できる」と述べた。

[3] 判決は、「老後扶養」の事案ではない。同評釈においては、年に一定の金銭として評価される居住および食事提供の債務が締結された場合には、当事者らが（たとえ娘夫婦の意思により）別家計をなすにいたったとしても、当該直系尊属は約定負担の等価物 équivalent を支払うことに拘束され続けるという意味で理解され、そしてこの等価物はたとえ姻戚関係を生じた者の死亡後であっても、解除条件に関する規定も、法定扶養義務に関する208⁸⁹⁾条および209条⁹⁰⁾も適用されないものと見なされるとの解説がなされている。

[4] ボルドー控訴院1834年8月1日判決⁹¹⁾

[事案]

未亡人 X は、年400フランが買主により支払われるという負担付で、複数の平屋 échoppes を買主 A に売却した。2年後に X は、当該終身定期金を Y へと譲渡し、Y は居住、食事、面倒見を X に提供し、かつ年40フランを X に支払うという約務を引き受けた。しかし1年後に80歳代の X は、こうむった悪い処遇の結果 Y の家を離れることを強いられ、近隣者の慈善に頼るという辛い状況に追いやられたと主張して、債務の不存在、共同生活が X にとって耐え難いものと

89) 第208条〔扶養の比例性〕 扶養 aliments は、それを主張する者の必要 besoin およびその義務を負う者の資産 fortune に応じてでなければ認められない。[第2項は省略]

90) 第209条〔扶養の免責・減額〕 扶養 aliments を供与する者またはそれを受領する者が、一方がもはやそれを与えることができず、または他方がその全部または一部をもはや必要としないような状態に移るときは、その免責または減額を請求することができる。

91) Bordeaux, 1^{er} août 1834, *Jur. gén.*, v^o Rente viagère, n^o 142.

なったことを理由として、契約の無効および解約を求めた。Yは、民法典1978条⁹²⁾を援用した。

[判旨]

ボルドー控訴院は、譲渡元本の差押がAに対してしか追及できないこと、いかなる支払能力 *solvabilité* も提示しないYは(XからYへの)終身定期金譲渡の代価を構成する約定債務を履行しなかったこと、解除条件は当事者の一方が約務を果たさなかった場合のために双務契約において暗黙裡に了承されていること等を述べ、民法典1978条は本事案に適用されないとして、Yの控訴を棄却する。

[5] 破毀院審理部1843年7月26日判決⁹³⁾

[事案]

YおよびA(共にXの父親の兄弟である)は、甥Xの婚姻に際して、「X夫婦をYAらの住居に受け入れ、食事を共にし、X夫婦およびその家族に居住および食事を提供する」という婚姻契約 *contrat de mariage* を締結した。その後Aは死亡し遺言によって、甥Xに財産の虚有権を、兄弟Yに同財産の用益権を遺贈したため、Yはこの処分に異議を申し立てた(この異議は最終的に棄却された)。この訴訟手続においてXは、Yと共に居住することが耐え難いものとなったと主張し、居住および食事を提供する債務が、年1,800フランの定期金 *pension* に転換されることを請求した。控訴院は、A死亡の際にYによってなされた異議がXにとってYと別居するための十分な動機であったのであり、YとXらの共同生活は大いなる不都合無くしては行われえない等と述べ、Yの現物履行債務は、年1,400フランで定められる定期金 *pension* によって履行されなければならないと判決した。Yは、当該為す債務を、不履行の場合にのみ支払われるべき一種の損害賠償である支払う債務 *obligation de payer* に転換したことについて民法典1131条⁹⁴⁾違

92) 第1978条[支分金不払の効果] 単なる定期金支分金の支払の欠缺は、定期金の設定を受けた者が元本の償還を請求し、またはその者が譲渡した資産を取り戻すことを、なんら可能としない。その者は、[定期金]債務者の財産を差し押さえてそれを売却させ、売却の収益 *produit* について支分金の給付に十分な金額の利用を命じさせ、または同意させる権利のみを有する。

93) *Cass. req.*, 26 juillet 1843, *S.* 1843.1.900 ; *Jur. Gen.*, v° Obligations, n° 710.

94) 第1131条[無効のコース] コーズなき債務または虚偽のコースもしくはは不法なコースに基づく債務は、いかなる効果も有しない。

背、かつ1142条⁹⁵⁾および1146条⁹⁶⁾の誤った適用を理由として破毀を申し立てた。

[判旨]

破毀院は、Yの所為によって同居 *cohabitation* が不可能 *impossible* となったこと、婚姻契約によって約定された債務は年次定期金 *pension annuelle* を求める権利によって代替されることを述べた控訴院の判断を是認した⁹⁷⁾。

以上の19世紀の5つの判例のうち転換が判決されたのは [1]、[3]、[5] であり、解除が認容されたのは [2]、[4] である。

事案は、[1]、[2] が終身扶養契約を伴う財産売買であるのに対し、[3]、[5] は婚姻契約として無償で終身扶養契約が締結されたものであるが、[5] はその後の遺贈を併せた事実上財産移転を伴う事案とも言う。[2] は買主破産⁹⁸⁾につき債権者により解除が請求され、[3] は債権者の側の所為に発する別居につき、債権者により補償金が請求され、[4] は終身定期金譲渡の反対給付として終身扶養契約が約定され債権者により解約が請求され、[5] は債務者側の所為（相続争い）に由来する不和につき債権者（甥）側により転換を請求されている。また [4] においては、終身定期金の支分金不払による解除を認めない1978条は終身扶

95) 第1142条〔作為・不作為〕 為す債務または為さない債務はすべて、債務者側の不履行の場合には、損害賠償に変わる。

96) 第1146条〔履行遅滞による損害賠償〕 損害賠償は、債務者がその債務を履行するについて遅滞にあるときでなければ、義務づけられない、ただし債務者が与える〔債務〕または為す債務を負ったところのものが、徒過された期間内においてでなければ与えるまたは為すことができないものであったときは、その限りでない。[1991年7月9日の法律第650号による第二文は省略]

97) [5] 判決に関連してラロンビエルは、少なくとも債務者がその所為により合意上の支払方法を不可能とした場合には、判事が扶養定期金 *pension alimentaire* により代替をさせることができると述べる (L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, art. 1142, 1997 (réimpression de l'édition de 1885), n° 6)。しかし他方で本判決匿名評釈においては、共同生活の継続の不可能を証明する重大な不都合 *inconveniences graves* につき裁判所の関知していないことが指摘され、*commensalité*（食事を共にすること）に関連する為す債務を、一般に現物で扶養を提供する債務よりもより重荷となる *onéreuse* ような扶養金銭支払債務 *obligation de payer une somme alimentaire* へと転換させるためには、より重大かつ決定的な理由が必要であったとの批判がなされている。

98) ただしヴェルメルは、[2] 判決の事案、つまり買主破産を債務者の責に帰せられる不和であると評価するようである (Vermelle, *op. cit.*, n° 68)。

養契約には適用されないことが判示されている。

B. 20世紀第1期の判例

[6] 破毀院民事部1936年7月8日判決⁹⁹⁾

[事案]

未亡人Aは、Y夫婦がAの終身につき食卓で食事を供し、譲渡家屋においてAに居住を供し、かつ一般的方法で売主の現在および将来の状態に応じたすべての需要 besoins を満足させるという買主Y夫婦の負担付で、一家屋と複数の財産をY夫婦へと譲渡した。その後Aは精神錯乱 *dérangement* を理由として禁治産が宣告され、精神病院へと収容されなければならなくなったため、Aの後見人Xが売買の解除を請求した。解除請求を認容した控訴院に対し、Y夫婦は民法典1142条および1144条¹⁰⁰⁾に基づく損害賠償支払による契約維持等を主張して破毀を申し立てた。

[判旨]

破毀院は、当該契約において「債務目的の修正がありうることに関する明示の合意に欠けているため、事実審判事がコースの諸要素を用いて、これに関する真の当事者の意図を引き出すことができる」と述べる。そして損害賠償による契約維持を主張する買主夫婦に対して、「債権者こそが、契約当事者によって引き受けられた約務の不履行の場合、解除訴権と補償金 *indemnité* 訴権のあいだでの選択をなすことができる」のであり、契約解除しか請求されていない本事案においては、裁判所は、損害賠償を命ずることができないとした上で、さらに契約履行の不可能 *impossibilité d'exécuter le contrat* 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本事案においては、たとえXが損害賠償を請求するとしても、損害賠償は認容されえないと述べる。

[7] 破毀院審理部1936年10月20日判決¹⁰¹⁾

[事案]

99) Cass. civ., 8 juillet 1936, *JCP* 1937. II. 13 ; *D.H.* 1936.554.

100) 第1144条【作為・不作為：不履行の場合】 債権者はまた、不履行の場合には、自らの債務者の費用で債務を履行させることの許可を受けることができる。[第2項は省略]

101) Cass. req., 20 octobre 1936, *D.H.* 1936. 555.

事案の詳細は不明。売主は、買主が居住、食事、そして健康なときも疾病のときもしかるべく面倒見を売主に提供する債務、および年500フランの終身定期金を売主に給する債務と引換えに、家産の大部分を買主夫婦へと売却したが、その後売主により解除請求がなされたようである。控訴院は、不可能となった現物給付提供債務が、売主の生計需要をまかなう *subvenir aux besoins* という同一目的を有する金銭債務（年2,400フランの終身定期金）により置換されるべきことを命じた。

[判旨]

破毀院は、控訴院判決が「ある債務を他の債務に代替することなくして、履行条件を状況に適合するように修正したに過ぎず、契約法に違背しない」旨を述べて、破毀申立を棄却する。

1936年民事部判決は、当事者の真の意思の探求し、売主の精神錯乱はフォートではないとして損害賠償の可能性を否定しつつ解除を認容するのに対し、同年審理部判決は、転換を認容する。

評釈においては⁽¹⁰²⁾、「現物給付の提供が金銭債務によってによって置換される」ことが「ある債務を他の債務により代替させる」ことではないというのは驚きを禁じえないとされつつも、両判決を統一的に理解する手段として、1156条⁽¹⁰³⁾の当事者の共通の意図の重視が提唱される。すなわち終身扶養契約の基本要素目的 *objet élément essentiel* は、「債権者の生計需要をまかなう」債務であり、金銭支払か、現物給付であるかは債務の履行方法の多様性に過ぎない。ゆえに債務者は、唯一の契約目的であるところの、債権者の生計需要を何らかの形式で満たす以上、契約債務を果たしていると解説される⁽¹⁰⁴⁾。

102) H. M., note sous Cass. civ. 8 juillet 1936 et Cass. req. 20 octobre 1936, *JCP* 1937. II. 54.

103) 第1156条〔共通の意図の探求〕 合意においては、その文言の字義に拘泥するよりもむしろ、契約当事者の共通の意図がどのようなであったかを探求しなければならない。

104) ただしガヴァルダは、このような理解を「不条理による」理由づけであるとして批判する（Gavalda, *op. cit.*, p. 654）。

この後、無償の終身扶養契約につき解除を認容する一つの民事裁判所判決（後掲 [8] 判決）と、転換を認容する二つの控訴院判決（後掲 [9]、[10] 判決）を経て、破毀院は [11] 1950年11月27日民事部判決にて再び転換を肯定する。

[8] ナント民事裁判所1942年6月2日判決¹⁰⁵⁾

[事案]

父親と娘夫婦のあいだで、娘夫婦が、父親を彼らの住居に受け入れ、その食卓で食事を供し、居住、衣料、洗濯、照明、修繕、かつ健康なときも疾病のときも看護を提供し、生計に必要なすべてのものを提供する債務を負うという終身扶養契約が締結された。さらにその代金は、一日25フランとして定められ、当事者のそれぞれが、負担および条件の不履行の場合に契約の効果を中止させることができる旨が約定されていた。契約締結の2年後に父親は、当該契約の解消、および20,000フラン損害賠償を求めて訴訟を提起した。なお本件訴訟提起以前に、娘夫婦は父親への傷害につきそれぞれ拘禁刑 *prison*（夫：15日、妻：8日）を判決されていた。

[判旨]

ナント民事裁判所は、終身扶養契約とは慈善 *bienfaisance* の考えにおいて締結される契約であり、「たとえ一部であってもこれら債務の不履行は、民法典第1184条の適用による契約の解消を正当化される」とし、父親への傷害において、娘夫婦の債務履行に重大なる懈怠が存したとして、解除を認容する。さらに父親がこの解除により蒙る損害として1,500フランの支払が娘夫婦へ命ぜられる。

[9] アジャン控訴院1945年3月13日判決¹⁰⁶⁾

[事案]

X女はY夫婦に不動産所有権を30,000フランで売却し、代金のうち18,000フランは、Y夫婦がX女に健康なときも疾病のときも居住、看護および食事を提供する債務へと変換された。5年の同居の後、X女は突然Y夫婦のもとを離れ（この別居はX女の個人的所為の結果として評価された）、またその後7年のあいだは

105) Trib. civ. Nantes, 2 juin 1942, *Gaz. Pal.* 1942.2.13.

106) Agen, 13 mars 1945, *Gaz. Pal.* 1945. 1. 159 ; *RTD civ.* 1945, p.283, obs. J. Carbonnier.

X女はY夫婦に何ら要求をしていなかった。別居の8年後にX女は、年10,000フラン定期金支払等を求めて訴訟を提起した。終身扶養債務の債権者であるX女は任意に彼女に給付されるべき現物債務を定期金により代替させる権利を有することを認めた第一審に対して、Y夫婦が控訴した。

[判旨]

アジャン控訴院は、私的嫌悪感 *répugnance intime* に反して当事者らを同居へ拘束することは、個人が自身を自由に処するという権利に反するのであり、この権利は「終身扶養契約によって定められた共同生活を終了させる意思を正当化する」と述べ、さらに契約慣習上の（別居および取戻 *reprise* に関する）条項を、明示されていないとしても、補わなければならないと述べて、終身扶養契約において、その履行が債権者側の所為にのみ起因する性格の不一致を原因として不可能となったことが明白である場合に、債権者への填補終身定期金 *rente compensatoire* の給付を認容する。

しかし他方で現物給付に代わる定期金は、「旧債務に代わる新たな債務ではなく、単に新たな履行方法である」から、これはいかなるフォートも犯さなかった債務者にとって加重された負担であってはならず、つまりY夫婦はX女に、支払われるべきであった給付の理論的費用 *dépense théorique* ではなく、現実的立替金 *débours effectif* に相当する終身定期金（年2,400フランの終身定期金）のみを支払えばよいことも判決された。

アジャン控訴院判決は、終身扶養契約に由来する債務を終身定期金の支払債務へと転換することで契約を維持し、これを単なる履行方法の変化に過ぎないと述べる点で、10年程前の前掲[7] 破毀院審理部判決を繰り返すものである。しかしこの判決はさらに、個人の自由の尊重および契約慣習 *usage* を援用し、たとえ履行の不可能が債権者の責に帰せられる場合、すなわち契約断絶のイニシアチヴが債権者側にある場合であっても、填補的終身定期金 *rente compensatoire* の承認によって共同生活を断絶する権利をそれぞれの当事者のために認め、かつ債務者は為すべきであった債務の「現実的費用」（現実に債権者と同居して終身扶養契約を履行する費用）に相当する定期金を支払わなければならないと結論された

点で特徴的であるとされる。

[10] リヨン控訴院1950年7月17日判決¹⁰⁷⁾

[事案]

Xおよびその妻Aは、Y夫婦がXA夫婦をその生残者の死亡にいたるまでY夫婦の住居へ受け入れ、食事、衣料、洗濯、看護を提供するするというY夫婦によって連带的に引き受けられた債務、一言で言えばXA夫婦の生計に必要なものを供給する債務と引換えに、土地家屋をY夫婦へと売却した。そしてXA夫婦はY夫婦のもとに移り住んだが、契約締結数日後にAは死亡し、約半年後当事者は不協和 *désaccord* となり、XはY夫婦のもとを離れた。Xは売買の無効および解除を求めて訴訟を提起したが、第一審裁判所はいずれの請求をも棄却した。さらにXはその訴訟手続中において予備的に、Y夫婦によって別居後から四半期ごとに支払われるべき年120,000フランの終身定期金の給付を求め、この点に関する判決の変更のみを対象として控訴した。

[判旨]

リヨン控訴院は、民法典1135条¹⁰⁸⁾を引用した上で、「終身扶養契約の履行は、同居さらにしかるべき個人的看護 *soins personnels* を要求し、必然的に当事者間の良好な調和を想定し、重大な性格の不一致が当事者間に出来て共同生活が不可能となる場合には、買主が…契約の解除を認められるようなフォートをいまだ犯さなかったとしても、もはや満たすことができない債務の反対給付として譲渡された財産の保持を主張できない」とする。そして「衡平は、契約が新たな方法により履行されることを要求し、その最も一般的方法とは、債務が現物で果たされたならば引き受けられるべき負担に加重されないものとして計算される終身定期金給付である」と述べる。そして本事案における当事者間の断絶 *rupture* は決定的であるとした上で、毎月2,500フランの終身定期金（毎年パン公定価格に基づいて改定される）の給付をY夫婦へ命ずる。

107) Lyon, 17 juillet 1950, *Gaz. Pal.* 1950. 2. 159.

108) 第1135条 [合意：義務の範囲] 合意は、そこに表明されることだけでなく、債務の性質に従って衡平 *équité*、慣習または法律がそれに与えるすべての結果についても、義務を負わせる。

本判決は、転換を認めその負担が当初の債務よりも加重されてはならないことを述べるという意味で前掲 [9] アジャン控訴院判決と同様であるが、1135条を引用した上で、当事者間に重大な性格の不一致が存在し、共同生活が不可能となる場合には、買主が契約解除を正当化するフォートをいまだ犯さなかったとしても債務者＝買主は譲渡財産の保持を主張できない旨も述べる。また新たに「衡平は、契約が新たな方法により履行されることを要求」すると明言され、生計費用の変動が加味される。

[11] 破毀院民事部1950年11月27日判決¹⁰⁹⁾

[事案]

未亡人 X から Y 夫婦に対してなされた家屋売買において、X は一部使用収益をその生涯につき留保し、その代金は扶養 *aliments*・看護等さまざまな債務に転換された。控訴院は、負担の不履行による解除を求めた X の請求を棄却し、Y 夫婦が衣料、食事および看護を X に提供する債務は、当事者間の不和 *meséantente* の結果不可能となったとして、契約上主として為す債務として定められていた債務を、扶養性填補終身定期金 *rente viagère compensatrice, à caractère alimentaire* により代替させることを判決したため、X は（事実審の段階においては援用していなかった）当然解除条項などを援用して破毀を申し立てた。

[判旨]

破毀院は、「いかなる解除条項も援用されなかったとき、当事者の一方による債務の一部不履行の場合には、事案の状況に基づき、この不履行が即座に解除が宣告されるべきものであるほど十分に重大であるか否か、あるいは不履行が損害賠償によって十分に賠償されないか否か」を評価する権限、および「契約上主として為す債務として定められていた債務を扶養性填補終身定期金の支払により代替させる」権限は、事実審判事の専権に属するものとして、控訴院の判断を是認した。

109) Cass. civ., 27 novembre 1950, *Gaz. Pal.* 1951.1.132 ; *RTD civ.* 1951, p.269, obs. J. Carbonnier.

本判決も、前掲 [9]、[10] 判決に引き続き転換を認める。控訴院は、不和が当事者のどちらの責に帰せられるかは明らかではないとして、解除請求を棄却し「扶養性填補終身定期金」と述べて転換を命じる。本事案の債務の一部不履行は、解除を正当化するために十分なほど重要ではなく、かつ損害賠償によって十分に賠償されるものとして解説される¹¹⁰⁾。

C. 判例のまとめ— [1] ブルジュ控訴院1814年8月17日判決から [11] 破毀院民事部1950年11月27日判決まで—

ここでこれまで採り上げた判決を振り返ると、解除請求が認容されたのは [2]、[4]、[6]、[8] であり、転換が認容されたのが [1]、[3]、[5]、[7]、[9]、[10]、[11] である。

解除が認容されたもののうち、[2] は契約後に買主が破産状態となった場合であり、[4] も債務者の支払能力 *solvabilité* の欠缺の場合、[6] は売主の精神錯乱（および精神病院への必要的入院）の事案で、債権者こそが解除と損害賠償の選択が可能であるとして、（債務者側による）損害賠償支払による契約維持の主張が排除され解除のみが認容され、[8] は娘夫婦による父親への傷害により終身扶養契約の解除、損害賠償の双方が認容される¹¹¹⁾。これに対して転換が認められた判決を見ると、単に「不可能となった現物給付提供債務」とのみ述べられる [7]、「当事者間の不和」による履行不可能が述べられる [1]、[11]、債務者側の原因（相続争い）が認定される [5] の場合のみならず、さらに債権者側のイニシアチヴによる別居の場合 [3]、[9]、[10] であっても、判例は終身定期金への転換を判決する。すなわち、債務者側に現物給付履行不可能の発端がある場合であっても、債権者に別居等による履行不可能のイニシアチヴがある場合であっても転換が認容され、解除が認容されるのは債務者の支払能力の欠如 [2]、[4]、債権者の健康状態悪化 [6]、債務者による債権者傷害の場合 [8] である。

ここまでの判例は、[6] の必要的入院につき「債務者の責に帰すべきすべての

110) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 7^e éd., 1999, n° 628.

111) ただし [8] は、父親と娘夫婦の間で（不動産移転を伴わない）無償の終身扶養契約が締結され、かつ「当事者双方が負担・条件の不履行の場合に契約効果を中止させることができる」旨が約定されていた事案である。

フォートから独立している」と述べつつ解除請求を認容し、さらに債権者側に明らかな悪性が見受けられる場合、および金銭債務への転換が（債務者の資力不足により）事実上意味のない場合にも解除による解決を選択する一方で、債権者・債務者のいずれかに広義において履行不可能の原因（またはイニシアチヴ）が存するもののそれをフォートとまでは言いえないような場合には、転換による解決を図っているように分析される。

ただし転換を理由付ける説明はさまざまである。[1] は（共同生活中止の）条件が暗黙裡に了解されている *sous-entendue* として当事者意思の推定に依拠するように見受けられ（併せて金銭債務において合意目的は満足される旨も述べられる）、[3] は衡平であると思料される補償金 *indemnité* を、[5] は扶養定期金 *pension* による代替を、[7] は同一目的の金銭債務への転換が「履行条件を状況に適合するように修正するに過ぎない」を述べ、[9] は個人の自由の尊重（対立する当事者を同居へ拘束できないこと）および契約慣習を援用して填補終身定期金 *rente viagère compensatoire* を、[10] は1135条の衡平を引用し「衡平は、契約が新たな方法により履行されることを要求」する旨を、[11] は扶養性填補終身定期金 *rente viagère compensatrice, à caractère alimentaire* と述べる。

なお職権により転換が認容されたのは、[7]、[11]（ただし [1] は職権による転換であるか否かは不明）である。

D. 学説

この時期の学説に目を転じると¹¹²⁾、ラロンビエルは¹¹³⁾、扶養債務 *obligation alimentaire* とは、法定であれ合意によるのであれ、（与える債務と為す債務の）混合性 *caractère mixte* を有し、裁判所は当事者の合意に諮ってそれらを代替することが可能であると述べる。また合意による扶養債務は、債務者の所為により合意上の支払方法が不可能となった場合には、判事は為す債務たる現物扶養給付を与える債務たる所定の金銭（または食料品提供）における扶養給付により代替させることができるが、他方債権者の所為により現物給付が行われなくなった

112) なお註釈学派においては一般に「*bail à nourritre*」の解釈があまり行われなかったようである（Gavalda, *op. cit.*, p.637）。

113) Larombière, *op.cit.*, art. 1142, n° 6.

場合は債務免除に相当し、債務者が解放されるとする。

しかしドゥモロンブは¹¹⁴⁾、混合性によるラロンビエルの説明に反対し、「債務者が居住、食事および衣料を債権者に提供するような合意に由来する」扶養債務につき「…債務者がこの為す債務を履行しないまたは不適切に履行する場合には、判事は、一定の金銭または一定量の食料品を債権者に与える債務によりそれを代替させることができる；しかしこの場合であっても、債務者は、債権者にとって履行されない債務の等価物 *équivalence* たるべき損害賠償を支払うように命ずる権限を有する…」のだから、一般法の適用であると述べる。

ラルは¹¹⁵⁾、そのテーズにおいて以下のように主張する。1184条の解除は、共同生活の不可能が債務者の所為に由来するときのみ適用され、債権者の所為による不可能の場合は債務免除であり債務者は解放される。さらに債務不履行を、それが債務者の責に帰せられる場合と、不可抗力（例えば債権者の重大な疾病または精神異常）による場合とに分類し、1148条¹¹⁶⁾、1184条の適用において、前者の場合にのみ解除が損害賠償を伴う。債務者の破産状態は、債務者の軽率 *imprudence* に帰せられ故意の不履行に一部につき同視されうが、債務者の善意は明白であるため損害賠償は生じない。債務者が正当な理由なくして債務を履行しない場合、債権者は、為す債務を強制することができないため、債務者の費用で居住、食事、面倒見を提供されるか（1144条）、あるいは損害賠償を請求するか（1142条）の選択を有する¹¹⁷⁾。

しかしラルもまた、為す債務から与える債務への転換を混合債務 *obligation mixte* という概念により説明するラロンビエルに対して、混合債務とするならば債務者が容易に第三者へ債務を譲渡できることになり終身扶養契約の人的考慮

114) C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t.1, 3^e éd., n° 509. [出版年代不明]

115) H. Lalou, *Traité théorique & pratique du bail à nourriture*, thèse, Paris, 1900, p. p.350 et s.

116) 第1148条 [不可抗力による免責] 債務者が不可抗力 *force majeure* または偶発事故 *cas fortuit* の結果として、債務として負ったものを与え、または為すことを妨げられたとき、あるいは禁じられたことを為したときは、いかなる損害賠償も生じない。

117) Lalou, *op. cit.*, p.p.359 et s.

intuitus personae が損なわれるとして反論し、ドゥモロンブによる記述を引用した上で、1142条の適用において判事が専権により損害賠償を評価すると説明する。このような損害賠償は、扶養定期金 *pension alimentaire* の形式においても、あるいは前掲 [3] 判決のように一度のみ支払われる補償金 *indemnité* の形式においても支給されうると述べる。

解除の効果に関しては、ラルは、終身扶養契約が所定期間における一定金銭の支払と引き換えになされる場合と、財産譲渡を伴ってすなわち元本回収不能譲渡として行われる場合とで、区分しなければならないと述べる¹¹⁸⁾。前者の終身扶養契約は「継続的契約 *contrats successifs*¹¹⁹⁾」に分類され、その解除条件は、(漸及的消滅ではなく) 中止 *cessation* の効果を生じるのみであり、債務者は債権者に給付を履行した期間に相当する金銭のみを要求しうる。後者の終身扶養契約においては、債権者は看護債務の費用を償還し、債務者は譲渡財産の収入を償還するという1183条の字義通りの適用による原状回復は、双方に過大な負担であるとして否定される。債務者が履行した看護給付は、譲渡財産の収入、および譲渡財産の所有者となるという債務者の機会 *chance* の代価を構成し、契約解除により債務者はもはやこの機会を有しないのだから、所有権を返還し、自らの債務から解放されるのが衡平であると説明される¹²⁰⁾。

カルボニエは¹²¹⁾、契約が(債権者のフォートによるのではなく)その個人的所為によって不可能となったような場合につき債務免除と解するラロンビエル、ラルに対して、債務者を解放するための債権者側のフォートがなく、債務免除はあ

118) Lalou, *op. cit.*, p.p.363 et s.

119) 中田裕康『継続的売買の解消』(1994) 123頁。

120) ラルは財産譲渡を伴う終身扶養契約の解除の効果を終身扶養債務者の財産所有権返還のみに限定(債権者による看護給付費用の償還・債務者による譲渡財産収入の償還なし)していることが注目される。他の学説でこの点に言及しているものは発見されない。終身扶養契約は継続的契約ではあるが、通常終身扶養契約、特に財産譲渡を伴う終身扶養契約の解除と言われる場合には、その効果は解約告知による契約の消滅(漸及効なし)ではなく、通常的双務契約における解除が(暗黙のうちに)想定されているものと考えられる。なおフランスにおける継続的契約一般と解除の不遡及に関する分析については、中田・前掲注119) 161頁以下参照。

121) Carbonnier, *obs. sous* Agen 13 mars 1945, *RTD civ.* 1945, p.283.

りそうもない恵与の意図を債権者側に擬制するものであると批判する。そしてカルボニエは、前掲 [9] アジャン控訴院1945年判決の立場に賛成しつつも、約定扶養・看護の理論的費用ではなく同一家屋で生活する者を受け入れるための現実的費用のみを承認する判旨については、不当利得理論の適用による債権者の転用物訴権 *action de in rem verso* が考慮されたものであろうと解説するが、むしろ契約法の観点において等価の原則 *principe d'équivalence*、双務契約におけるリスク理論に基づき、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、譲渡財産の比例的償還 *restitution proportionnelle* を債務者に命ずることができる旨を主張する¹²²⁾。カルボニエはさらに¹²³⁾、終身扶養契約の基本目的 *objet essentiel* は、ある者を「生活させる *faire vivre*」ことであり、現物給付によるのか、あるいは金銭給付によるのかは、支払方法 *modalité de paiement* に過ぎないと述べた上で、「扶養性」という文言の理解としては、民法典210条¹²⁴⁾ないし211条¹²⁵⁾の法定扶養義務との関係で¹²⁶⁾、定期金債権者のさまざまな需要 *besoins* を、特に生活費上昇による必要性の増大を考慮するための定期的改訂が必要があるとする¹²⁷⁾。

122) 危険負担と裁判上の解除については、フランス学説の多くは、不履行が不可抗力による場合と、債務者の責に帰すべきものである場合とで、それぞれの適用を区別することを主張するのに対し(山口俊夫『フランス債権法』(1986) 232頁)、フランス判例は、不履行がフォートであってもなくても、不可抗力があってもなくても解除を認める傾向にあり、裁判による解除の分野とリスク理論に留保されるべき分野の区分に欠けていると学説により批判される(例えば H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçon de droit civil*, t.2, 1^{re} vol., Obligations, 9^e éd., 1998, n° 1097)。

123) Carbonnier, obs. sous Cass. civ. 27 novembre 1950, *RTD civ.* 1951, p.269.

124) 第210条 [扶養定期金に代る面倒見] (1993年1月8日の法律第22号)《家族事件判事 *juge aux affaires familiales* は》[改正前：《裁判所は》]、扶養 *aliments* を供与すべき者が扶養定期金 *pension alimentaire* を支払うことができないことを証明する場合には、事案を審理して、その者が扶養を受けるべき者をその住居に受け入れること [およびそれらの者に] 哺育し *nourrira* および面倒を見る *entretien-dra* ことを命ずることができる。

125) 第211条 [同前：扶養定期金の免除] (1993年1月8日の法律第22号)《家族事件判事 *juge aux affaires familiales* は》[改正前：《裁判所は》]、同様に、扶養を受けるべき子をその住居に受け入れ、哺育し、面倒を見ることを申し出る父または母に対して、その場合に扶養定期金を支払うことを免除すべきか否かを宣言する。

126) なおカルボニエは、210条および211条には逆のように規定されているが、扶養 *aliments* とは最初に現物で履行される性格を有すると述べる。

ヴァンは¹²⁸⁾、解除は債務者にフォートある場合に認められ、また債権者の必要の入院のような不可抗力の場合にはリスク理論により解除が認められるとする。当事者間の性格の不一致に由来するような共同生活の不可能については、転換を認める判例を（偶発事故または不可抗力ではなく）終身扶養契約の維持を不可能にした（債務者のフォートではない）両当事者に共通の状況として説明する。しかし、金銭債務も売主の需要を満足させるという同一目的を有するのだから「ある債務を他の債務により代替させることなく、債務を状況により適合させるために履行条件を修正するに過ぎない」と説明する前掲 [7] 判決に対しては、終身扶養契約の二重の射倖性（本稿Ⅱ 1(2)参照）を指摘して、同一目的も、同一範囲も有しないとして批判する。なぜなら二つの債務（旧債務と新債務）に等価性が維持されるためには、債務者が面倒見債務の履行において引き受けていたすべての負担が保証され続けなければならないからであるとされ、ヴァンは扶養定期金 *pension alimentaire* が考えられるべきであると主張する。そしてその計算に関しては、扶養 *aliments* の理論的費用ではなく債権者を自らの住居に受け入れて面倒見を提供するという現実的費用¹²⁹⁾として定めた前掲 [9] アジャン控訴院 1945年判決を不当利得の原則を作用させたものとして評価し、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、履行不可能のイニシアチヴが債権者に由来するときは現実的費用によるという計算方法の区別を提示する。

（以下次号）

127) ただし譲渡不能な契約上の債務であるから、債務者のさまざまな能力は考慮しないとされる。

128) R.Vouin, *Le caractère aléatoire du contrat de bail à nourriture*, *Defrénois* 1946, art. 26431, p.p. 248 et s.

129) 一般に債権者を自らの住居に受け入れて現物扶養を提供する場合（現実的費用）と、債権者と別居して（別家計で）現物扶養を提供する場合（理論的費用）とを比較すると、前者の費用の方がより安価であることが想定される。