

夫婦間の契約取消権について（九）完

竹中智香

夫婦間の契約取消権について（9）完（竹中）

第一章 序論

第二章 夫婦間の契約取消権の立法趣旨

第一節 夫婦間の契約取消権の沿革

第二節 夫婦間の契約取消権の立法趣旨に関する学説（以上二五八号）

第三章 夫婦間の契約取消権を制限する理論構成

第一節 判例の動向

第二節 学説における夫婦間の契約取消権を制限する理論構成

第三節 夫婦間の契約取消権の削除への動き（以上一五九号）

第四章 フランス法における夫婦間の贈与取消権

第一節 沿革

第二節 夫婦間の贈与取消権をめぐる議論

第一款 夫婦間の贈与取消権の性質（以上一六〇号）

第二款 夫婦間の贈与取消権が適用される夫婦間の贈与の範囲

第三款 夫婦間の贈与取消権者・取消の相手方（以上一六一号）

第四款 夫婦間の贈与取消権を行使できる期間

第五款 夫婦間の贈与を取り消す形式（方法）（以上一六二一号）

第六款 夫婦間の贈与を取り消した効果

第七款 小括

第五章 フランス法における夫婦間の間接贈与と偽装贈与・介在者贈与

第一節 処分任意分を超過した夫婦間の間接贈与

第一款 夫婦間の間接贈与の有効性

第二款 夫婦間の間接贈与の範囲

第二節 夫婦間の偽装贈与・介在者贈与

第一款 夫婦間の偽装贈与・介在者贈与を無効とする根拠

第二款 夫婦間の偽装贈与とされる場合

第三款 夫婦間の介在者贈与とされる場合

第四款 無効の効果（以上一六三号）

第六章 フランス法における贈与以外の夫婦間の契約

第一節 夫婦間の売買

第一款 夫婦間の売買の禁止

第二款 夫婦間の売買を禁止した根拠

第三款 夫婦間の売買禁止の三つの例外

第四款 夫婦間の売買が禁止された効果

第五款 一九八五年一二月二三日の法律による民法旧一五九五条の削除

第六款 民法旧一五九五条削除後の夫婦間の売買

第二節 夫婦間の交換

第一款 夫婦間の交換の禁止

第二款 夫婦間の交換が禁止された効果（以上一六六号）

第三節 贈与・売買・交換以外の夫婦間の契約

第一款 夫婦間の会社

第二款 夫婦間の委任

第三款 夫婦間の貸借

第四款 夫婦間の労働契約

第五款 夫婦間の保証（以上一六七号）

第六款 夫婦間の和解

第七章 結語（以上本号）

第六章 フランス法における贈与以外の夫婦間の契約

第三節 贈与・売買・交換以外の夫婦間の契約

第六款 夫婦間の和解

一般に和解契約は、争いを予防したり解決するために締結されるが、譲渡を伴つことが多く、その内容は実際には売買に類似している。夫婦間で和解契約が必要となるような場合として、夫婦関係の破綻を回避させるために和解をなす場合もあるであろうが、すでに夫婦関係が破綻しており夫婦関係を解消しようとしている夫婦間での、夫婦関係の解消にあたつての条件や、解消後の条件に関して和解をなす場合であることが多いと考えられる。さらに具体的にいえば、離婚を控えた夫婦間で、離婚後の扶養定期金に関してや、共通財産制を期限が到来する以前に清算することに関して、夫婦間の和解がなされることが多い。夫婦関係の解消にあたつての条件や、解消後の条件に関して和解をなす場合、それらについてなされた配偶者間の合意が、フランス民法典が用意した離婚の手続や離婚の諸効果に関する規定を侵害する危険性があるため、このような夫婦間の和解の有効性が問題とされてきた。

以下では、まず最初に、離婚制度と妻の無能力制度の変遷と夫婦間の和解を概観したうえで、離婚に至る過程において夫婦間で締結される離婚後の扶養定期金に関する合意と、夫婦財産制の期限到来以前の清算に関する合意を中心に検討する。

一 離婚制度・妻の無能力制度の変遷と夫婦間の和解⁽¹⁾

フランスで初めて離婚制度が確立したのは、フランス革命期の一七九二年九月二〇日の法律⁽²⁾（以下、「一七九二年の法律」と呼ぶ）によつてである。フランス革命の思想に強く影響された一七九二年の法律は、法定事由にもとづく離婚（有責離婚）の他、相互的同意による離婚（協議離婚）と、一方配偶者による「性格の不一致」を理由とする離婚（破綻離婚）を認め、さらに別居制度も認めた。その後、離婚制度の確立を強く望むナポレオンによつて一八〇四年に制定された民法典においては、一方配偶者による「性格の不一致」を理由とする離婚（破綻離婚）は廃止されたが、濫用を防止するために非常に厳格な手続を用意したうえで協議離婚は認められ、また、有責離婚は、離婚の法定事由を縮小して維持された。しかし、起草当初から離婚を認めることへの反感が強かつたうえに、厳格かつ煩雑な手続のために離婚制度を利用する者は極端に少なく、ナポレオンの失脚後、一八一六年五月八日の法律⁽³⁾によつて、離婚は廃止された。離婚が再び認められるようになるのは、一八八四年七月二七日の法律⁽⁴⁾によつてであり、有責主義的裁判離婚のみが可能となつた。離婚制度の大幅な改正は、一九七五年七月一日の「離婚の改革を定める法律」第六一七号（以下、「一九七五年の法律」と呼ぶ）によつてなされ、有責離婚（一方的有責離婚・双方的有責離婚）の他に、同意離婚（協議離婚・認諾離婚）と破綻離婚（狭義の破綻離婚・精神病離婚）も認められるようになつた。このように、一九七五年の法律によって協議離婚が認められるようになる以前において、フランス民法典において協議離婚が認められていたのは、一八〇四年から一八一六年までのみであつたが、フランス民法旧二七九条⁽⁵⁾は、相互的合意による離婚（協議離婚）における和解を認めていた。

一方、和解をなすには、和解の一般規定である民法二〇四五条一項⁽⁶⁾によつて、和解能力が必要とされる。一九三八年二月一八日の「妻の能力に関する民法典の法文の改正を定める法律」（以下、「一九三八年の法律」と呼ぶ）によつて妻の無能力が廃止されるまで、妻の和解能力は認められておらず、あらゆる財産制のもとで、夫の同意ないし裁判所の

承諾がない限り和解することはできなかつた。⁽⁷⁾ ただし、共通財産制を採る妻であつても、妻の留保財産に関する和解は可能であり、商人である妻は商売に必要な限りで和解することができたし、別居中の妻も同様であつた。⁽⁸⁾ また、嫁資制の妻は、譲渡が許されない嫁資財産に関しては和解ができず、別産制の妻も、不動産の和解に関しては夫の同意が必要であつた。⁽⁹⁾ すなわち、妻に和解能力が認められていなかつた時代には、妻の和解には原則として夫の同意が必要であつたことから、妻が夫と対等の立場で夫婦間の財産関係に関する和解をなすことは、事実上は不可能であつたといえる。なお、協議離婚が認められていたのは一八一六年までであつたことから、一八八四年の七月二七日の法律によつて排除された民法旧二七九条が、機能しえたのは一八一六年までであつた。

協議離婚が廃止された一八一六年から再び認められるようになつた一九七五年までの間、離婚はすべて裁判手続を通してなされていた。⁽¹⁰⁾ 裁判離婚手続が開始されるとまず離婚に関する勧解が試みられるが、これは裁判長の面前で行われることとなつてゐた。⁽¹¹⁾ さらに、離婚訴訟中の妻の財産的利益を保護するための仮処分が、第一審の民事裁判所長もしくは裁判所自体によつてなされるうえ、離婚が言い渡された場合、民法旧二五二条六項によつて、夫婦間の財産上の効力は離婚裁判提起日に遡及した。

一九七五年の法律が協議離婚を認めた結果、夫婦は扶養定期金を含む離婚のあらゆる結果に関する合意をすることが可能となつたが、この合意案は裁判官の承認を得なければならず、また合意案を認可したうえでなければ離婚判決は言い渡されない。⁽¹²⁾ つまり、協議離婚が認められるようになつたとはいへ、当事者間の合意がチエックされることなく離婚条件となり離婚が認められるわが国の協議離婚制度とは異なり、当事者の合意が裁判所によつて認可されなければ、離婚判決を得ることができないことから、フランスの協議離婚制度においては当事者間の合意にいわば安全弁が用意されているといえよう。したがつて、離婚の諸結果を定める合意によつて低額の離婚給付をなすことは、一方

配偶者の利益を十分に保持しないとして、認可されず離婚判決が言い渡されない。また、離婚給付的性質を有する贈与を協議離婚の条件としておきながら、離婚届を出す直前になつて贈与を取り消すといった、わが国で見られるような夫婦間の契約取消権を濫用するケースは、フランスにおいては、離婚給付的贈与に関する合意を認可して離婚を言い渡すであろうから、このような贈与の取消は離婚判決に反するものとして認められない。つまり、フランスの離婚制度のもとでは、わが国における夫婦間の契約取消権の濫用ケースは生じ得ない。

夫婦間の和解は、一九七五年の法律以前においては、必ず裁判官なし裁判所が関与する裁判離婚の手続において、離婚の際に問題となりうる点に関して夫婦間で和解をなすことができるか否かが問題となり、一九七五年の法律以後においては、当事者間の合意において事後の事情変更による離婚合意の変更を認めるか否かが問題となる。以下、離婚を控えた夫婦間で和解の対象とされることの多い、離婚後の扶養定期金に関する合意と、共通財産制を期限が到来する以前に清算することに関する合意に関して検討する。

二 離婚後の扶養定期金に関する合意

一九五〇年前後の学説は、夫婦間の和解の対象を扶養定期金に限ることなく、一般的に夫婦間の和解を認めていた。⁽¹⁵⁾これらの見解は、夫婦間の和解は当事者たちが以前にもつていた権利を確認させるだけの契約であると解したり、⁽¹⁶⁾和解の対象が処分不能でないことを条件として、不正が証明されないと解していた。

一方、判例は、夫婦間の和解の対象が離婚後の扶養定期金に関するものである場合に、民法旧三〇一条が規定する扶養定期金の性質をどのように解するかによつて、異なつた判決を出していた。⁽¹⁷⁾「裁判例56」である破毀院審理部一九〇三年七月二八日判決が、民法旧三〇一条によって課されているのは賠償金であると解して扶養定期金に関する夫

婦間の和解を認めたのに対し、「裁判例57」である破毀院一九四九年二月二八日判決は、民法旧三〇一条で規定された定期金は離婚後にも婚姻中と同様の生計を確保するために保証すべきものであることから、扶養債権に固有の規定に従うべきであると解して、このような夫婦間の和解は認められないとしている。

〔裁判例56〕破毀院審理部一九〇三年七月二八日判決⁽¹⁹⁾

Y男X女の別居請求に對して、ベルフォール裁判所一八九四年三月七日判決は、Yの有責にもとづく別居を言い渡すとともに、Yに対しても、Xに対する補償金として、月々八〇フランを支払うよう命じた。その判決を受けて、YX夫婦は、YがXに月々七五フランを支払い、Xはこの定期金に関して何が起ころうと増額請求をしない旨の合意を結んだ。この合意の三日後である一八九八年一二月一〇日に、別居が離婚に移行する旨の判決が言い渡された。Yの財産が増加したこと理由に、Xが定期金の額を月二〇〇フランに増額するよう請求したのが本件である。

控訴審判決は、以下の理由から、Xの請求を棄却した。一八九四年判決が命じた定期金は、補償金としての性質を有するものではなく婚姻から生じる義務として、夫婦間の扶助義務を定める民法二二二条⁽²⁰⁾にもとづいてXに認めたものであるが、この定期金に関して何が起ころうとXは増額請求をしないとしたうえで、YがXに月々七五フランを支払う合意を結んだことによつて、一八九四年判決は消滅したとみなされる。したがつて、Xは、この合意にもとづいて、何が起ころうと定期金の増額請求をしない義務を負うことから、二〇〇フランへの増額請求は認められないとした。

Xは、控訴審判決は民法三〇一条・二二二条の適用を誤つており、別居判決によつてXに支払われることになつた扶養定期金は、離婚後も支払われるべきものであることから、増額請求の余地もあるとして、上告した。

破毀院審理部一九〇三年七月二一八日判決は、以下の理由から、Xの上告を棄却した。離婚によつて婚姻関係が解消されたことから、婚姻から生じる義務は消滅する。したがつて、民法二二二条に従うと、一方配偶者が他方配偶者に離婚後に扶養定期金を支払う旨の合意は根拠がないことになるが、民法三〇一条に従つて、補償金を支払う旨の合意は有効になすことができる。Xは、一八九八年の合意によつて、月額七五フランの支払を受け、この合意によつて増額請求をなさない義務を負うことから、控訴審判決は民法三〇一条・二二二一条の適用を誤つてはおらず、正当である。

〔裁判例57〕破毀院一九四九年二月二一八日判決⁽²¹⁾

X男Y女夫婦は、Xの有責を理由に離婚が言い渡された。この離婚判決に対しXは控訴していたが、民法三〇一条一項にもとづいて裁判所が認めた扶養定期金をYが放棄した後、Xは控訴を取り下げた。アルジエ控訴院一九四六年一月七日判決は、Xの控訴取下げを無効とし、「自らの有責が理由で離婚を言い渡された夫の元妻に対する扶養義務は、放棄する対象とはなりえない」と判示した。これに対してXは、民法三〇一条が規定する扶養定期金は賠償金としての性質があることから、譲渡することもできるし、放棄・和解の対象となりうるとして上告した。

破毀院は以下のように判示して、Xの上告を棄却した。扶養定期金は、無責配偶者に對して、婚姻していたならば主張できたはずの扶養請求権を離婚によつて不當に喪失したことへの損害賠償ではあるが、無責配偶者の離婚後の生計を保証する点において、扶養義務と同様の道徳的・社会的目的をもつものである。不法行為にもとづく損害賠償金が増減の余地のないものであるのに対し、扶養定期金は、債権者の必要性と債務者の能力を考慮することで、金額の増加・減少・廃止の余地がある。したがつて、民法三〇一条一項にもとづく扶養定期金は、扶養義務に固有の方

式・目的をもつてことから、放棄・和解の対象にはなりえない。

協議離婚を含む三種類六態様の離婚を認める一方で、一九七五年の法律は、離婚によつて経済的に困窮する配偶者のためにさまざまな配慮をしている。⁽²²⁾ 扶養定期金を規定していた民法旧三〇一条は削除されて、扶養定期金は破綻離婚の場合にのみ認められようになり、⁽²³⁾ 破綻離婚以外の場合には、配偶者間の経済的不均衡を是正するために補償給付が認められることとなつた。⁽²⁴⁾ 以下においては、破綻離婚以外の場合に認められる補償給付を中心に検討する。なお、破綻離婚の場合に認められる扶養定期金については、後述する民法一四五一条二項に関する検討の際に触れる」ととする。

補償給付について協議離婚の際に夫婦間で合意がなされたとしても、その合意が配偶者の利益を十分に保護しないと家事事件裁判官が判断して認可しなければ、離婚判決は得られない。⁽²⁵⁾ したがつて、補償給付に関する夫婦間の合意で問題となるのは、補償給付の債権者である配偶者が再婚した場合、または公知に内縁関係にある場合に、補償給付を廃止するとの夫婦間の最終合意が適法か否かについてだけである。多くの控訴院判決は、最終合意には夫婦の契約の自由が存在しており、このような合意は再婚等による扶養定期金の終了を定める民法二八三条と法的に同様であるとして、その有効性を認めている。⁽²⁶⁾

さらに、夫婦が最終合意において補償給付の廃止に関する特別条項を定めていない場合に、補償給付の改定を定める民法二七三条を援用することができるか否かが大きな問題とされる。⁽²⁷⁾ 「裁判例58」において、控訴審判決は、民法二七三条は裁判官の定めた補償給付だけに関するものであり、したがつて夫婦間で取り決められた補償給付には適用されないとした。これに対して、破毀院判決は、民法二七三条は裁判上改定する最低限の権利を定めたもので、あらゆ

る補償給付に適用され、認可された合意から生じた補償給付にも適用されるとして、控訴審判決を変更した。⁽³⁰⁾

〔裁判例58〕破毀院一九八五年二月六日判決⁽³¹⁾

X男はY女と離婚する際に、補償給付の支払額に関する合意をなし、この合意が認可されたうえで離婚判決が言い渡された。その後、Xは合意した補償給付の支払額の減額を求めた。

オルレアン控訴院一九八三年五月二〇日判決は、いかなる定期金改定条項も合意には含まれておらず、その額を改定するためのいかなる合意も当事者間でなされていないことから、該合意は民法二七九条の要件を満たしていないと指摘したうえで、民法二七三条は裁判官によって定められた補償給付にのみ関するものであるから、当事者間で取り決めた補償給付には適用されないとして、Xの請求を棄却した。

Xの上告に対し、破毀院一九八五年二月六日判決は以下のように判示した。民法二七九条三項は、改定されないならば一方配偶者にとって例外的に重大な結果をまねく場合において、民法二七三条が両当事者に認めている補償給付の改定を裁判官に請求する可能性を、排除しているわけではない。したがって、この点に関するオルレアン控訴院一九八三年五月二〇日判決は民法二七三条・二七九条三項を侵害していることから、当事者間でオルレアン控訴院一九八三年五月二〇日判決を破棄・無効とし、事案をブルジエ控訴院へ移送する。

三 期限到来以前になされる共通財産制の清算に関する合意

一九六五年七月一三日の「夫婦財産制の改革を定める法律」第五七〇号(以下、「一九六五年の法律」と呼ぶ)によつて夫婦財産制不可変の原則が廃止されるまで、共通財産制の期限到来以前に清算を行うことは、消滅間近とはいえまだ

通用している夫婦財産上の合意を、実質的には変更させることになるとして、判例は、「裁判例59」でみるよう、無効と解していた。しかし、共通財産制の期限以前の清算には、離婚後の解決の難しさや緩慢さを回避できる利点があると指摘する学説もあり、また判例においても、このような清算を有効とするために離婚が言い渡された後にしか具体化しない単なる計画であると分析するものがあつた。³³⁾

一九七五年の法律による離婚法の改正以降、離婚後ないし別居後の夫婦財産の清算を目的とする夫婦間の合意は有効と解され、通用中の夫婦財産制を修正することが夫婦間の合意の目的である場合とは区別された。³⁴⁾立法的にも、一九七五年の法律を受けて規定された民法一四五〇条は、夫婦が離婚訴訟中に共通財産の清算・分割のためになすあらゆる合意を認めた。判例も、「裁判例60」のように、期限到来以前の夫婦財産制の清算に関する合意が無効であるとの意味において、清算の規定は強制力をもつとする。

さらに、夫婦がこのような合意をなす際に公証人の助言を得られるようにとの配慮から、このような合意は公証証書によってなされていなければならない。³⁵⁾また、民法一四五〇条に従えば、離婚訴訟の申立て以前になされた共通財産の清算・分配はすべて無効になる。³⁶⁾後述する「裁判例61」のように、夫婦財産制の変更の認可を得るための訴訟になされた共通財産の分配に関する合意や、夫婦財産制の通用中になされた償還の評価に関する合意も無効と解され、この理由からある種類の夫婦間売買は無効とされる。³⁷⁾一方、合意を無効とされる原因が一時的なものである場合には、共通財産制の解消後に元夫婦が自分たちの合意を更新するあるいは維持するならば、無効とされた合意も有効となる。³⁸⁾このように解した破毀院判決として、「裁判例62」がある。なお、こうして認められた合意が効力を有するのは、民法一四五一条によつて、離婚判決を得てからとされる。³⁹⁾

〔裁判例59〕破毀院一九二四年一一月三日判決⁽⁴³⁾

A男Y女は、一八九一年に後得財産共通制を採用した夫婦財産契約を締結し、当該夫婦財産契約の一二条によれば、将来の妻は持寄財産をなし借金すべてを免除し共通財産を負担することになつてゐた。

Yは、Aのなした取引を保証するため、一九〇六年にフランス国立手形割引銀行に對して、自分の固有財産である手形に抵当権設定契約を締結した。一九〇八年にはAY夫婦に對して財産分離が言い渡され、それにもとづいて一九〇九年に作成された清算報告書には、以下のような条項が含まれていた。すなわち、「夫婦は、上述した手形の大半にフランス国立手形割引銀行に對する抵当権が設定されていることを、遵守しなければならない。Yは、これらの手形を取り戻すとともに、抵当権が設定された財産が自分の財産であることを宣言する。したがつて、妻は、現在および将来の責任のすべてを夫に負わせないことを宣言するとともに、いかなる補償金も取り戻し財産または債権に付加しないことを宣言する」。AY夫婦は、Aの債権者であるX会社に對して抵当権が設定されていた不動産を売却したが、当該不動産に對して配当順位が決定されたため、X会社は配当順位に従つてYに請求した。これに對して、Yは、フランス国立手形割引銀行に合意した抵当権に參加したために夫に對して債権を取得しているとして、法定抵当権にもとづく順位決定を主張した。

アミアン控訴院一九一九年一二月三日判決が、一九〇九年の報告書は夫婦財産上の合意の不可変原則に反して無効であるとして、X会社の請求を棄却したため、X会社が上告した。破毀院一九二四年一一月三日判決は、以下の理由から、上告を棄却した。夫婦財産上の合意の不可変原則における例外である財産分離が、妻に對して共通財産の管理または妻の固有財産の収益権を返還したり、共通財産の期限到来以前の清算をもたらすとしても、このような財産分離は民法一四四一条・一四五九条によつて示された二つの効果以外の効果は生じない。とくに、共通財産の清算は、

共通財産の清算に関する夫婦財産契約の規定に従つてなされるべきであり、夫の不正な管理によつて損なわれた妻の権利を守るためになされた財産分離によつて、夫婦間でなされた補償を放棄する旨の合意を、法律的に有効に成立させることはできない。

〔裁判例60〕破毀院一九八四年一〇月二三日判決⁽⁴⁶⁾

Y男とA女は、一九六〇年五月一五日に、動産後得財産共通制を採用して婚姻した。婚姻中、Aは土地・家屋を相続し、これを家族の住居として提供した。一九七七年一一月一〇日付の私文書によつて、Aが離婚の申立てをなすとともに、Yは当該不動産のAによる売却と売却に関する権限・認可をAに付与する旨に合意した。Aは、一九七七年一一月一八日に、X会社と当該不動産を含む売買契約を締結したが、Yは、一九七七年一一月一九日付の裁判外文書によつて、X会社への譲渡がYの参加・同意なくなされたとして、Aに対し異議を申し立てた。Aは、この異議申立てを無視して、公証人が一九七八年三月二一日に受け取つた証書によつて、X会社への売買を実行した。これに対してYは、一九七八年一一月二日と一九七九年七月二三日付の証書によつて、Aと公証人ないしX会社に対して、婚姻中には共通財産の分配が禁止されていることを援用して当該売買が無効であると申し立てた。この間、Aが申し立てた離婚請求に対し、一九七九年四月一七日付の判決によつて離婚判決が言い渡されている。

Yの請求を認めたベルサイユ控訴院一九八三年五月三一日判決に対し、X会社は、第一に、一九七七年一一月一〇日の合意は妻の固有財産の売買に関する合意であるから、X会社への当該不動産売買は有効であり、これを無効とした控訴審判決は民法二一五条三項⁽⁴⁷⁾を侵害している、第二に、離婚訴訟中に夫婦間でなされた共通財産の期限到来以前の清算に関する合意は有効であり、民法一四五〇条によつて離婚判決までその効力が中断されるだけであることか

ら、本件における一九七七年一月一〇日の合意と一九七八年三月二一日の売買は、離婚判決が言い渡された一九七九年一月二九日に効力を有しており、控訴審判決は民法一四五一条を侵害している、として上告した。

これに対し破毀院は、以下の理由から、X会社の上告を棄却した。すなわち、第一に、控訴審判決は、一九七七年一月一〇日の証書における合意を、夫婦間で存在しうる財産上の問題をすべて解決するためのものとみなし、当該合意は共有財産の期限到来以前の清算に関する合意とみなしている。第二に、民法一四五〇条が共通財産に関するこのようないくつかの合意の原則的禁止に対する例外をもたらしているとすれば、このような合意が離婚訴訟中なされる場合は、公証証書によつてなされることが要件となる。控訴審判決は、本件において公証証書の要件が満たされていないと判断して一九七七年一月一〇日の合意を無効とし、したがつてAによる当該不動産の売買は民法一二五条三項によつて無効であるとした。以上の理由から、X会社の二つの上告理由はどちらも理由がない。

〔裁判例61〕破毀院一九八二年一月一九日判決⁴⁴⁸

Y男X女は、一九五四年一二月一三日に夫婦財産契約を締結せずに婚姻したが、一九七六年一二月八日付の私文書によると、YX夫婦は別産制を採用している。Xが申し立てた離婚請求、これに対するYの別居請求、さらにYが申し立てた共通財産分配請求を併合したのが本件である。

シヤンベリイ控訴院一九八〇年一〇月七日判決は、夫婦双方の有責にもとづく離婚を言い渡すとともに、一九七六年一二月二七日に離婚訴訟が開始された以前になされた一九七六年の合意は、公証証書によつて正式なものになる可能性はあるものの、このような正式化がなされない場合には民法一四五〇条により無効となると判示した。これに対して、Xは、二つの理由から上告した。第一に、和解による共通財産の分配はいかなる形式にも従わない。第二に、

判決が立脚している公証証書による正当化という停止条件は、職権によつてシャンベリイ控訴院が採用したものであつて、Yが援用していないうえにXも認容していない。

これに対して、破毀院は以下のような理由から、上告を棄却した。民法一四五〇条が、夫婦に対して、共通財産の清算・分配のための合意を、公証証書によつて離婚訴訟中に締結することを認めていることから、共通財産が解消されでない限り、このような合意は離婚訴訟中以外では禁止されている。したがつて、離婚訴訟の申立て、または夫婦財産制変更の裁判上の認可以前になされた和解による分配は無効である。

〔裁判例62〕破毀院一九七七年一月五日判決⁴⁹⁾

X男Y女は、和解によつて夫婦間の共通財産の分配をする合意を私文書によつてなし、その後、XYに対して別居判決が言い渡された。本件では当該合意の効力が争われたが、当該合意は別居後に追認されている。

ニーム控訴院一九七四年一月七日判決は、当該合意を有効としたため、Xが以下の理由から上告した。第一に、夫婦財産制の不可変原則は公序であることから、これに反した合意は絶対的無効であり、追認は認められない。第二に、当該合意には日付がないため、別居以後に追認されたことをYが証明しなくてはならないが、ニーム控訴院一九七四年一月七日判決は、証明責任を転換することなく、別居判決以後にも共通の意思を維持したと判示した。

破毀院は、以下の理由から、Xの上告を棄却した。絶対的無効とされる無効行為は遡及的に追認することはできなけれども、無効の原因が中断した場合には、当事者間において、合意を放棄したり、共通の意思を維持したりすることは許される。したがつて、夫婦間でなされた共通財産の分配を含む私文書による合意を有効とするために、証明責任を転換することなく、原因の証拠資料によつて、XY夫婦が別居判決以後にも共通の意思を維持しているとした

控訴審判決に対する上告は、棄却されるべきである。

民法一四五一条二項は、「一方配偶者は、離婚判決によつて定められた離婚の諸結果が清算または分割の基礎と抵触する場合には、離婚判決によつて合意を変更するよう請求することができる」と規定する。すなわち、協議離婚の場合において、共通財産の清算・分配に関する合意とは別に、離婚の諸結果について合意がなされて、この合意案が認可されて離婚判決が言い渡された場合、離婚判決の言渡しによつて共通財産の清算に関する当事者間の合意が効力を発生した後であつても、離婚判決によつて定められた離婚の諸結果が、当事者間で合意した清算または分割の基礎と抵触する場合には、このような合意の変更を請求することを認めているのである。

このような離婚判決後の変更に関する管轄権限を有するのは、民法⁽⁵¹⁾二四七条四項⁽⁵²⁾で明らかなように、家事事件裁判官に限られる。家事事件裁判官のこの権限は、公序であると解されており⁽⁵³⁾、いつたん認められた合意を失効させ、それを修正することを可能としている。家事事件裁判官にこのような権限を認めているのは、清算の問題を解決するために、再び訴訟になることを回避しようとしているからであり、法律が目指す迅速な解決に近づくためであると解されている。⁽⁵⁴⁾

家事事件裁判官が離婚判決後に変更できるのは、共通財産の数額確定および分割のための合意だけではなく、民法二四七条四項によつて、扶養定期金の変更の他、親権の行使の方式や子どもを第三者に預けることも認められている。さらに、新民事訴訟法一〇八四条二項⁽⁵⁵⁾によつて、補償給付の改定に関しても、家事事件裁判官が変更の権限を有するとされてい。

したがつて、共通財産の清算・分割に関する合意によつて、実質的に離婚給付を取り消したり、不當に低額な離婚

給付をなしたりしたとしても、こうした合意は離婚の諸結果と抵触するとして変更を請求できる。このように、フランスの離婚法においては、離婚の際に夫婦の財産関係に関する夫婦で合意をなすことを認めているものの、離婚判決を言い渡す折りにその合意内容をチエックするとともに、離婚判決が言い渡された後の変更も可能にしており、いわば二段構えで夫婦間の離婚後の財産関係の公平を図っているといえよう。

注

- (1) フランスの離婚制度の変遷に関しては、宮崎孝治郎「フランス婚姻法」宮崎孝治郎編『新比較婚姻法』3(勁草書房、一九六二年)七五八頁以下、山口俊夫『概説フランス法上』(東京大学出版会、一九七八年)四三〇頁～四三一頁、稻本洋之助『フランスの家族法』(東京大学出版会、一九八五年)三四頁以下を参照。
 - (2) 一七九二年九月二〇日の法律は、第一章で「離婚原因」、第二章で「離婚の方式」、第三章で「夫婦関係における離婚の効果」、第四章で「子どもに対する離婚の効果」について規定している。
 - (3) 第一章第一条 婚姻は、離婚によつて解消される。
 - (4)
 - 一条 離婚は廃止される。
 - 二条 法定原因にもとづくあらゆる離婚請求および離婚訴訟は、別居請求および別居訴訟に変換される。身分吏によつて離婚が宣告されていないために執行されないままの判決および(上級審の)判決は、民法典二二七条、二二六四条、二二六五条、および二二六六条に従つて、別居の効果に制限される。
- 一八八四年七月二七日の法律 一条
- 一項 一八一六年五月八日の法律は廃止される。

(10) (9) (8) (7) (6)

二〇項、の法律によつて廃止された民法典の規定は、相互的合意による離婚に関する規定を除いて、二二二〇条、二二二二条、二二二四条、二二二五条、二六一条、二六二三条、二九五条、二九六条、二九八条、二九九条、三〇六条、三〇九条、二二二〇条における以下のような改正とともに、復活される。(以下省略)
(5) 以下、本稿において民法とは、フランス民法のことを指す」ととする。なお、本稿における条文の訳は、法務大臣官房司法行政調査部編「フランス民法典—家族・相続関係」を参考しつつ、筆者が試訳したものである。
民法旧二七九条 相互的合意による離婚をなそつとしている夫婦は、あらかじめすべての動産財産と不動産財産に関する目録を作成したうえで評価をしなければならず、さらに、和解が自由にできた各々の権利について解決しなければならない。
民法旧二七九条は、一八八四年七月一七日の法律によつて削除され、一九七五年の法律によつて現行の民法二七九条が規定された。

民法二七九条(現行)

一項 認可された合意は、裁判所の裁判と同一の執行力を有する。

二項 合意は、同じように認可に服する夫婦間の新たな合意によつてでなければ、変更する」とができない。

三項 ただし、夫婦は、各々の配偶者が収入および必要において予見不可能な変化が生じた場合に、補償給付の改定を裁判官に請求できる旨を、その合意において定める権能を有する。

民法二一〇四五条

一項 和解をなすためには、和解に含まれる目的物を処分する能力を有しなければならない。

Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t.11.1932, n.1574.

PLANIOL et RIPERT, op.cit., t.11.1932, n.1574.; HÉMARD, *Les contrats é tiré onéreux entre époux*, Rev. trim. dr. civi. 1938, n.111.

宮崎・前掲注(1)七六五頁～七八一頁参照。

(11) 民法旧二三八条 裁判官は、調書のもとで、裁判官が指定した期日または時刻までに、両当事者が裁判官の面前に自ら出頭するよう命ずる。さらに、裁判官は、この目的のために、この命令の写しを離婚が請求されている当事者に送付するよう命ずる。

民法旧二三八条は、一八八六年四月一八日の法律・一九三八年二月一八日の法律・一九五三年一月一八日の法律第五三・一二八号・一九六五年一月二六日のデクレ第六五・一〇〇六号による改正を経て、一九七五年の法律による離婚法の全面改正によって、民法二三八条の内容は精神病離婚に関する現行規定となつた。

(12) 民法旧二五二条(一九五八年八月二三日のオルドナンス)

六項 確定した判決または(上級)判決は、その財産に関する夫婦間の効果について、訴訟提起日に遡求する。ただし、第二者に対する記載または登録の日以後しか効力を有しない。

(13) 民法二三〇条

一項 夫婦は、ともに離婚を請求するときには、その事由を審理させる必要はない。夫婦は、単に、離婚の諸結果を定める合意案を裁判官の承認に服させる義務を負う。

二項 この請求は、当事者の各々の弁護士によって、あるいは共同の合意によって選任された弁護士によって、提出される。

三項 相互の同意による離婚は、婚姻の最初の六ヶ月間は、請求することができない。

民法二三二条

一項 裁判官は、夫婦の各々の意思が真実であり、かつ夫婦の各々が自由にその同意を与えたとの心証を得た場合に、離婚を言い渡す。裁判官は、同一の裁判によつて、離婚の諸結果を定める合意を認可する。

二項 裁判官は、合意が子または一方配偶者の利益を保持するには不十分であると認定する場合には、認可を拒否し、離婚を言い渡さないことができる。

(14) (15) HÉMARD, op.cit., n.110.

Gérard CORNU, Le contrat entre époux, Rev.trim.dr.civ.1953, n°24.

(18) (17) (16)

RIPERT, note, D.1949.301, sous Cass.civ.28 février 1949, note.

民法田三〇一条 夫婦がいかなる利益もなしあわない場合、または約定された利益が離婚を獲得した配偶者の生計を保証するのに十分とはいえない場合、裁判所は、離婚を得た配偶者に、他方配偶者の収入の三分の一を超えない扶養定期金を、他方配偶者の財産上に認める」とがである。」の定期金は、必要がなくなった場合には、「取り消す」とがである。

民法田三〇一条には、一九四五年四月二一日の法律によつて「一項が追加された後に、一九七五年の法律によつて改正され、別居に関する現行の民法三〇一条になつてゐる。

Cass.req.28 juillet 1903, D.P.1904.37.

民法二二二一条 夫婦は、互いに、貞節、扶助、および協力の義務を負う。

Cass.civ.28 février 1949, D.1949.301.

山口・前掲注(1)四三七頁参照。

民法二八二条

一項 離婚が共同生活の破綻を理由に言い渡されるときには、最初に離婚請求をなした一方配偶者は、引き続いて扶助義務を負う。

二項 扶助義務は、二二二八条の場合において、罹病配偶者の治療に必要なすべてにわたる。

民法二八二条 扶助義務の履行は、扶養定期金の形式をとる。扶養定期金は、夫婦の各々の収入および必要に応じて、つねに改定することができない。

民法二八三条

一項 扶養定期金は、その債権者である配偶者が新たな婚姻を締結した場合には、法律上当然に、支払われなくなる。

二項 扶養定期金は、債権者が公知の内縁状態で生活している場合には、終了する。

- (24) 民法「七〇条 離婚は、共同生活の破綻を理由に言い渡されるときを除いて、民法典二二一一条に定める扶助義務を終了させる。ただし、一方配偶者は他方配偶者に対する、婚姻の解消が各自の生活条件において作り出す不均衡を、可能な限り償うための給付を支払う義務を負うことがある。
- (25) 家事事件裁判官は、一九九三年一月八日の法律第九三二・二二号および一九九四年一月一四日のデクレ第九四・四二号によつて、婚姻事件裁判官に代わつて設けられたものである。婚姻事件裁判官は、離婚事件、別居事件およびそれらの事件の事後措置に関する審判する単独の裁判官であり、その任務は、当事者の離婚意思の確認、和解の勧解、仮処分命令、準備手続および離婚簿の処分であつた。一九九三年の法律および一九九四年のデクレによつて、従来分散していた家事事件の管轄が家事事件裁判官に集中されるとともに、離婚事件における任務も従来の合議体から家事事件裁判官に移転された。山本和彦「フランスの司法」(有斐閣、一九九五年)一九三～一九六頁。Claude LIENHARD, *Le juge aux affaires familiales*, 2e éd., 1995, p.1 et s.
- (26) 民法「七八条
- (27) 一項 共同で(離婚を)請求する場合、夫婦は、裁判官の認可に服する合意において補償給付の額および態様を定める。
- (28) 二項 ただし、裁判官は、合意が夫婦の権利および義務を公平に定めていない場合には、その合意の認可を拒否する。
- Juris-classuers, Divorce, art.230 a 222, Fas.10, 1989-9, par Geneviève THOMAS-DEBNEST, n.135.
- (29) 民法「七三条 補償給付は、一括みなし的性格を有する。補償給付は、両当事者の収入または必要において予見不可能な変化が生じた場合であつても、改定することができない。ただし、改定がなされないと、一方配偶者にとって例外的に重大な結果をもたらす場合には、」の限りではない。
- Juris-classuers, Divorce, op.cit., n.186.
- (30) Juris-classuers, Divorce, op.cit., n.186.
- (31) Cass.civ.6 Février 1985, Bull.civ.2, n.31; D.S.1986-452.
- (32) 民法「七九条

夫婦間の契約取消権について(9)完 (竹中)

一項 認可された合意は、裁判所の判決と同一の執行力を有する。

二項 認可された合意は、同じように認可に服する当事者間の新しい合意によつてなければ、変更されな。

三項 ただし、夫婦は、夫婦の各々の収入または必要において予見不可能な変化が生じた場合に、夫婦の各々が裁判官に補償給付の改定を請求する」とがである旨を、合意において定める権能を有する。

CORNU, op.cit., n.25.

Bordeaux, 22 mai 1951. Rev.tr.drciv.1951. p.506.

CORNU, Les régimes matrimoniaux, 6e éd., 1992, p.35.

民法一四五〇条

一項 離婚訴訟中、夫婦は、共通財産の清算および分配のためのあらゆる合意をなす」とがでよい。

二項 りんらの合意は、公證証書によつてなされなければならぬ。ただし、共同で(離婚を)請求する場合は、りの限りやせな。

(37) Philippe MALAURIE et Laurent AYNÉS, Cours de droit civil, Les régimes matrimoniaux, 2e éd., 1991, n.604. ; COLOMER, Droit civil, Régimes matrimoniaux, 6e éd., 1994, n.866. りのやくは、Cass.civ.116 novembre 1983, J.C.P.1983, 4, 27. ; Cass.civ.2 mai 1984, J.C.P.1984.4.21.8. ; Cass.civ.18 novembre 1992, D.1993.som.219. やね。

MALAURIE et AYNÉS, op.cit., n.604.

MALAURIE et AYNÉS, op.cit., n.604. ; COLOMER, Droit civil, op.cit., n.865.

(38) MALAURIE et AYNÉS, op.cit., n.604.

民法一四五一条

一項 りのやくは、なされた合意は、その効果に関し、離婚の調停しまで中断されぬ。りんらの合意は、夫婦間の関係にねらひ、判決が既判力を生じたとめでなければ、執行する」ことがでぬな。

(45)

民法旧一四四九条

二項 一方配偶者は、離婚判決によつて定められたる離婚の諸効果が清算および分配の基礎と抵触する場合には、離婚判決によるものとしてその合意を変更するふた請求する」とがやむを得ない。

COLOMER, Droit civil, op.cit., n.868.

(43) Cass.civ.3 novembre 1924, D.1925.1.137. 同上の判決よりレ、Req.24 novembre 1931, D.1932.1.32.; Aix, 12 décembre 1945, J.C.P.1946.2.3107. より。

(44) 民法旧一四四一条 共通財産は、[以下の事由によつて]解消する。

一 自然死

二 民事死

三 離婚

四 別居

五 財産分離

民法一四四一条は、一九六五年の法律による改正、一九七七年の法律による改正を経て、以下の現行規定になつてゐる。
民法一四四一条 共通財産は、[以下の事由によつて]解消する。

一 一方配偶者の死亡

二 公然の生死不明

三 離婚

四 別居

五 財産分離

六 夫婦財産制の変更

夫婦間の契約取消権について(9)完（竹中）

一項 別居および財産が分離された妻、または財産のみが分離された妻は、財産を自由に管理する。

二項 妻は、自分の動産を処分および譲渡できる。

三項 妻は、夫の同意なしに、または夫の同意が得られない場合における裁判所の許可なしに、自分の不動産を譲渡する」とはできない。

民法一四四九条は、一九四一年九月二一日の法律・一九六五年の法律による改正、一九八五年の法律による一項の改正を経て、以下の現行規定になつてゐる。

民法一四四九条

一項 裁判で言い渡された財産の分離は、夫婦を、一五三六条以下の（財産）制のもとに置く効力を生じる。

二項 裁判所は、財産の分離を言い渡すことによつて、婚姻のあらゆる負担の規定に関する今後引き受けれるであろう他方配偶者に、「一方配偶者が分担金を支払う」とを命じる」ことができる。

Cass.civ.23 octobre 1984, Bull.civ.1.n.274.

民法一一五一条

三項 一方配偶者だけでは、家族の住宅を確保する権利も、住宅に備え付けられた家具も、処分することができない。その行為に同意しなかつた他方配偶者は、その無効を請求することができる。無効の訴えは、その者がその行為を知った日から一年間認められる。ただし、夫婦財産制が解消してから一年を超えた後は、提起することができない。

Cass.civ.19 janvier 1982, Bull.civ.1982.1.n.27.

(49) (48) Cass.civ.5 janvier 1977, Bull.civ.1977.1.n.14. 同様の判例として、Cass.civ.4 mai 1966, D.1966.553.; Cass.civ.1er décembre 1976, Bull civ.1, n.380. がある。

民法一一七一条

四項 同様に、家事事件裁判官だけが、離婚の言渡し後に、いかなる事由であつても、子を第三者に預けると裁判する管轄

権限を有するとともに、子の監護および扶養定期金の変更について裁判する管轄権限を有する。その場合には、家事事件裁判官は、方式なしで裁判し、利害関係当事者による単なる申立てを受理する」事ができる。

(54) (53) (52) (51)
Juris-classeur, civil, Art.247 à 252-3, Fasc.40, par Pierre JULIEN et Jean-François RENUCCI, n.18.

Juris-classeur, civil, Art.265 à 285-1, Fasc.1, par Alain BENABENT, n.66.

新民事訴訟法 一〇八四条

二項 民法典二七九条三項に規定された場合において、補償給付の改定が必要な場合には、離婚が既判力を取得した場合であっても、同様である。

第七章 結語

本稿では、第二章・第三章においてわが国の夫婦間の契約取消権について検討し、第四章から第六章においてフランス法の夫婦間の贈与取消権を中心につづく。以下において、今までの検討を簡単にまとめる」ととする。

第二章では、夫婦間の契約取消権の立法趣旨に関して検討した。明治民法の起草当初、夫婦間の契約取消権の立法趣旨は、ローマ法以来の伝統的な立法趣旨である、夫婦間の間柄は親密なものであるから契約をするといつても他人と契約をするほどの意思ではなく、一時の溺愛によつて、または夫が妻にあるいは妻が夫に強迫する」として、契約を締結する」とが多いため、他人間との契約と同一視する」とができない点に求められた。⁽²⁾さらに、第一の立法趣旨とし

て、「法律は家庭に入るべきではない」という点が、末広巣太郎博士によつて提唱され、川島武宜博士によつて受け継がれたが、このような観点はローマ法以来の伝統において見受けられず、わが国独自の立法趣旨であることを指摘した。⁽³⁾これらの立法趣旨の妥当性は立法当初から疑問視され、後の学説によつても批判された。⁽⁴⁾

第三章では、判例の動向と相まって深まつていった、夫婦間の契約取消権を制限する理論構成について検討した。夫婦間の契約取消権が問題となつた判例の多くには、第一に夫婦関係が破綻に瀕している夫婦間において、有責配偶者である夫から無責配偶者である妻に対して贈与がなされている点、第二に多くの事案において贈与の目的物が夫婦が居住していた不動産であり、第一の特徴と相まって贈与の内容が離婚の際の財産給付的性格を強めている点、第三に夫婦間の契約取消権を行使するのが離婚に関する有責配偶者として無責配偶者である妻に対して贈与を行つた夫であり、このために夫婦間の契約取消権が濫用されているとみなされるケースである点、といった共通した特徴が見られる。⁽⁵⁾このような濫用を防止するために、判例・学説とともに民法七五四条の適用を制限する方向で一致してきている。⁽⁶⁾しかし、民法七五四条の適用制限の最終的なリーディングケースとなつた最高裁昭和四二年二月一日判決(民集二二巻一号八八頁)⁽⁷⁾は、上記のような特徴をもつた事案ではなく、夫婦仲の維持のために贈与がなされたのであるが、受贈配偶者である妻の有責性が原因になつて婚姻関係が破綻したため、贈与配偶者である夫が取消権を行使したという事案であった。最高裁昭和四二年二月一日判決は、「婚姻中」の意義を一般的に概念規定することで夫婦間の契約取消権の適用を制限したが、このような事案においてこそ、夫婦間の契約取消権の行使を認める理由があることを指摘した。⁽⁸⁾

第四章・第五章では、フランス法における夫婦間の贈与について、贈与取消権を中心的に検討した。ここでの検討を通して、フランスの夫婦間の贈与が沿革的に夫婦間の相続を補うものであつたこと、夫婦間の贈与取消権によつて夫

婦間の贈与が遺贈と贈与の中間的な制度になつてゐること、夫婦間の贈与取消権に対する批判が多く見られるにもかかわらず、夫婦間の財産関係を改正した一九六五年・一九七五年・一九八五年の法律においても改正されず現在なお存続しており、夫婦間の贈与取消権をめぐる様々な議論がなされていることが明らかになつた。⁽⁹⁾

第六章では、贈与以外の夫婦間の契約に関して検討し、夫婦間で締結される様々な契約が、夫婦財産制の不可変原則を侵害するものとして警戒されているフランスの現状を明らかにした。⁽¹⁰⁾

以上の検討から、わが国の夫婦間の契約取消権を取り巻く現状と、フランス法の夫婦間の贈与取消権を取り巻く現状には、次のような相違点があるといえる。すなわち、第一に、夫婦間の贈与に関する理解がフランスとわが国ではかなり隔たつてゐる点であり、第二に、夫婦財産関係において夫婦間の契約をどのように意義付けるかに関する相違点であり、第三に、離婚の際ににおける離婚給付に関して、さらには離婚そのものに関して、フランス法とわが国の民法とでは大きく隔たつてゐる点である。以下においては、これら三つの相違点を検討した後に、今一度、夫婦間の契約取消権の立法趣旨に立ち戻つたうえで、夫婦間の契約取消権の是非について考察する。

一 夫婦間の贈与に対する理解の相違

わが国とフランスの相違点として、第一に、フランス法における夫婦間の贈与についての理解とわが国における理解とがかなり隔たつてゐる点があげられる。血族への確実な相続を目指すフランス法においては、伝統的には、配偶者の相続分は非常に少なかつたため、夫婦間の贈与によつて実質的に財産の前渡しをなすことでこれを補つてきた。こうした沿革的背景に加えて、民法典が夫婦間の贈与を後になつて取り消すことを認めたために、夫婦間の贈与のもつ死因贈与的性質ないし遺贈的性質はより強いものになり、夫婦間の贈与の性質をどう解釈するかで、フランスの学

説・判例は大いに揺れた。⁽¹²⁾一九世紀半ばまでは、ローマ法以来の伝統から死因贈与であると解する学説が支配的であつたが、それ以降は生前贈与であると解する学説が一般的となつた。⁽¹³⁾しかし、現代においても、取消権が存在することから、夫婦間の贈与が生前贈与とはいえ、通常の生前贈与とは性質を異にしていると指摘されている。

一方、わが国では、明治民法を起草する際に、夫婦間の贈与取消権を実際に用いているフランスにおいて夫婦間の贈与がどのように解されているか、すなわち夫婦間の贈与のもつ死因贈与的性質ないし遺贈的性質についての議論はされなかつた。これは、当時の起草者たちが夫婦間の贈与を生前贈与と解していいた点に、起因していると考えられる。⁽¹⁴⁾夫婦間の贈与を生前贈与と理解した場合、贈与だけを他の契約と区別する理由は後退するため、取消権の範囲を夫婦間の贈与から夫婦間の契約一般にまで拡大させ易かつたといえよう。⁽¹⁵⁾

さらに、一般的な贈与に対する理解が、わが国とフランスでは全く異なつてゐるといえる。フランスでは贈与は恩恵行為であり、通常の贈与であつても、条件の不履行・忘恩・子の事後出生を理由に取り消すことができるほか、贈与に関する規定が七四ヶ条も用意されている。これは、フランス法が贈与によって家産が流出することや、恩恵で財産を得ることが望ましくないと考えてきた結果であり、詳細な規定によつてできるだけ贈与を制限してきたのである。⁽¹⁶⁾これに対して、わが国には、一旦贈与したものを見になつて取り消すことは恥だという精神構造が古くから存在しており、贈与であつても相続と密接な関係にあることにあまり注意が向けてこなかつた。

フランス法においては夫婦間の贈与についてのみ認められる取消権が、わが国では夫婦間の契約一般に拡大して継承され、さらに夫婦間の契約取消権の行使できる期間を「婚姻中」に限つて取り消すことができると起草されたのは、以上のような理由によると思われる。

二　夫婦財産関係における観点の相違

わが国とフランスの第二の相違は、夫婦財産関係において夫婦間の契約をどのように意義付けるかに関する理解に見受けられる。

フランス法においては、一九六五年の法律によつて婚姻後の夫婦財産制の変更が認められるようになつたが、一九六五年の法律以前はもちろん、それ以降であつても、夫婦間で締結される契約の多くには、夫婦財産制を規定の方式によらずに変更させる可能性があると強く警戒されている。⁽¹⁸⁾ フランスでの議論で、あまり問題とされることなく有効性が認められている夫婦間の契約は、取り消すことができる委任契約や、夫婦財産制を変更させる恐れのない保証契約や貸借契約である。その他の夫婦間の契約は、夫婦財産制を変更しない範囲で許され、また夫婦間の贈与取消権や夫婦間の偽装贈与に対する禁止を侵害する場合には、無効となると解されている。

さらに、夫婦間の契約と夫婦財産制に関する議論において、夫婦間の贈与が前面にあまり出てこない点とともに、一九八五年の法律によつてなされた夫婦財産制における夫婦間の平等を達成させるための改正のなかで、夫婦間の売買の禁止に関する規定が削除されたのに対して、夫婦間の贈与取消権に関する規定がそのまま残された点は注目される。このことは、夫婦の財産関係において、夫婦間の贈与が果たしている機能と夫婦間の売買をはじめとするその他夫婦間の契約が果たしている機能とが異なつていることを示唆しているように考えられる。本稿において検討したように、当初、夫婦間の売買は、夫婦間の贈与を偽装することから回避するために禁止されていたが、その後この要請は徐々に影をひそめ、かわりに夫婦財産制を法的な方法によらずに変更する手段として注目されてきている。⁽¹⁹⁾ 夫婦間の売買は、夫婦間の債務・権利・権限を設定していく夫婦財産制において、原則として変更できない夫婦財産制を変更させ、夫婦間の財産・負債・権限の分配を変更させる手段とみなされているのに対しても、夫婦間の贈与は、夫

婦間の財産の分配を変更させると解されている。⁽²⁰⁾このことは、夫婦間の贈与が、贈与が一般的な契約の一種であるにもかかわらず、財産分配の機能、つまり相続的な機能を今なお営んでいることを示す一つの現れではなかろうか。また、伝統的にフランス法において、夫婦財産制が原則として不可変とされ、かつ夫婦がどのような夫婦財産制を採用するかを決定する夫婦財産契約を婚姻する前に締結しなければならないとされてきたことの意味を考える必要があると思われる。婚姻前の冷静な状態で夫婦財産契約を締結することで、夫婦の財産関係の外枠を決めることができ、このために、かりに夫婦の財産関係に第三者者が絡んだ場合においても、夫婦の財産として守ることが可能になる。さらに、婚姻になされた夫婦間の契約によって、一旦採用した夫婦財産制を変更できないとすることで、夫婦間の契約が婚姻中に非真意によつてなされることを未然に防ぐこともできる。ただ、夫婦間の贈与だけは、相続の前渡し的機能を果たしていることから必要性があり、しかし取消権を認めることによって、夫婦財産契約で取り決められた夫婦財産制を不当に壊すことではないとされたのであろう。

一方、わが国では、夫婦財産制の不可変原則の意義について、自覺的な議論はされなかつた。したがつて、夫婦間の契約が夫婦財産制においてどのような影響を与えるかについて、夫婦間の贈与取消権を継受する際にほとんど議論されておらず、その後の学説・判例においても問題とされてこなかつた。夫婦間の財産関係をあまり重視せずその保護を図つていなかつたが、わが国の態度は、フランス民法に見られるような夫婦財産制に関する詳細な規定がない点ばかりに見られるものではない。たとえば、「夫婦間の契約取消権を規定する民法七五四条の但書のように、「但し、第三者の権利を害することはできない」と規定して、夫婦の財産関係が第三者を巻き込んだときにつねに第三者の権利が優越することを認めていた点にも見ることができよう。⁽²¹⁾このような夫婦間の財産関係に対する配慮の無さが、内容や影響を慎重に吟味することなく夫婦間の契約をすべて認めるという前提のもとで、取消権の範囲を契約一般にまで拡大さ

せた要因の一つであるといえよう。

三 離婚制度・離婚給付制度における相違

わが国において、夫婦間の契約取消権が争われた裁判例のほとんどが、離婚の際の離婚給付的性質をもつた贈与に関する問題となってきた背景には、離婚制度ないし離婚給付制度の不備という要因があるが、この点がわが国とフランスの制度を大きく隔てる第三の相違点である。

フランス法においては、離婚給付に関して詳細な規定が用意されており、破綻離婚の場合の扶養定期金(民法二一八二二八三条)や破綻離婚以外の場合の補償給付(民法二七〇二一八〇二一条)などが定められているほか、「扶養定期金の公的取立に関する法律第六一八号」によつて、扶養定期金の取立を債権者に代わつて国庫の直接税徵收官が行うことができる。しかし、わが国の民法においては、民法七六八条において離婚の際の財産分与請求権の存在を定めるのみで、その内容の基準となりうる他の規定はなく、協議離婚の際には当事者間の協議に任されている。

さらに、フランス法では、離婚は裁判離婚が原則である。協議離婚も認められているが、その協議内容を裁判所が認可したうえで離婚判決が言い渡される。したがつて、離婚訴訟中に当事者間でなされた補償給付に関する合意や共通財産の期限到来以前の清算に関する合意に関しても、すべて裁判所がその内容を吟味したうえで認可することになる。^四離婚訴訟中のこのような合意について、厳格な制限が付けられていることは、すでに触れた。これに対し、わが国では協議離婚が一般的であるうえに、協議離婚が裁判所によって認可される必要もないことから、離婚の際の協議内容はすべて当事者間に任されてしまつていいばかりか、それをチエックする機関さえも用意されていないことになる。

離婚給付制度が不備であるために、離婚給付が贈与によってなされるという事態を生み、さらに協議離婚に対しても裁判所によるチェックが働くかという離婚制度であるために、離婚給付としてなされた贈与の内容を当事者以外が吟味することもなく、また贈与の履行も担保できないという、経済的弱者たる配偶者(おもに妻)にとつて酷な事態を生んだといえるであろう。

四 夫婦間の契約取消権の立法趣旨

ここで、夫婦間の契約取消権の存在意義について、今一度その立法趣旨に立ち返って考察する。

すでに本稿第二章で検討したように、わが国の民法の起草当初、夫婦間の契約取消権の立法趣旨は、ローマ法以来の伝統的な立法趣旨である、夫婦間の間柄は親密なものであるから契約をするとしても他人と契約をするほどの意思ではなく、一時の溺愛によって、または夫が妻にあるいは妻が夫に強迫することで、契約を締結することが多いため、他人間との契約と同一視することができない点に求められた。さらに、わが国独特の立法趣旨として、「法律は家庭に入るべきではない」という点が、学説によつて提唱された。これらの立法趣旨の妥当性は立法当初から疑問視され、後の学説によつても、とくに第二次大戦以後、夫婦の独立・平等を原則とする現行法になつてからは、夫婦間の契約が真意にもとづくものでないことを前提とするような立場は採るべきではないと解されてきた。こうした批判の中で、民法七五四条の削除を求める見解も多く見られ、一九九六年一月一六日の法制審議会民法部会の「民法の一部を改正する法律案要綱案」の第五においては、民法七五四条の削除が決定されている。

民法七五四条の削除を求める見解は、その根拠として、夫婦間の契約に特別に取消権を認めるのは、夫婦の独立・平等が確立されていなかつた時代の名残であり、夫婦の独立・平等を原則とする現行法に反する、と主張する。し

かし、夫婦間の契約に取消権を認める」とは、「時代遅れ」なことなのであろうか。

夫婦間の契約は、以下の二つの場合において問題となりうる。¹²³ 第一に、夫婦が夫婦であるゆえに明確な意思をもたないまま契約を締結する場合であり、第二に、夫婦が夫婦であるゆえに契約を明確に締結しない場合である。どちらの場合も、契約をめぐる夫婦間の意思をどのように解するかという問題に収斂される。

第二の場合、明確に契約を締結していないために、経済的弱者である配偶者がさらに苦境に立たされることがある。たとえば、家業を営んでいる夫婦において婚姻から生じる家事負担の範囲を超えて家業に従事した場合や、夫婦が共同で取得した不動産を便宜的に夫名義にしていた夫婦間で、妻がその不動産を居所としているのに離婚後夫から妻に対して明渡請求がなされた場合などが考えられる。経済的弱者である配偶者を救済するためには、前者の場合には、夫婦間で労働契約が存在していたとし、後者の場合には、夫婦間で名義について虚偽表示があつたとか賃貸借契約が存在していた等としなければならない。フランス法においては、前者の場合は労働契約が存在していたとみなされ給料にあたる分を不当利得請求できるとし、後者の場合は民法¹²⁴一八五条の一によつて賃貸借を設定している。

第一の場合が、夫婦間の契約取消権に関する問題となる。フランス法を検討してわかつたように、共同生活を送る中で、夫婦が締結している契約は多々あるうえに、契約の両当事者が婚姻関係にあるといふ特殊性から通常の契約と同一視できないことも少なからずあるといえる。たとえば、共同生活を送るうえで必要な日常の家事をなすために夫婦が互いに委任を与えあう場合などのように、契約の効果を慎重に自覚したうえで締結すべきであるのに夫婦がそれを認識しておらず、無自覚に夫婦間の契約を締結していることもあるであろうし、また他方配偶者の借金を担保しなければ共同生活の維持が難しいとして、一方配偶者が他方配偶者の保証人になるなど、共同生活を行う便宜から多少不本意であつても他方配偶者と契約を締結することもあるであろう。このような契約では婚姻関係という特殊な人的

つながりのある者が契約当事者なので、そこには夫婦の独立・平等といった原則だけでは解決しきれない問題が潜在している。夫婦であることを理由に確たる意思もなく契約を締結することが、他人間の契約の場合に比べて格段に多い婚姻生活において、こうした夫婦双方に対して、夫婦のもつ特殊性ゆえに契約の取消権を認めることは、時代遅れなのではなく、むしろ婚姻生活の根幹に根ざしているとも言えるのではないだろうか。

五　夫婦間の契約取消権の是非

夫婦間の契約取消権の是非について考察するにあたって、すでにその必要はなくなつたとして、夫婦間の贈与に関する特別な取扱いを廃止したドイツ法について、その変遷を紹介する日本語文献を参考にして簡単に紹介しておきたい。⁽²⁵⁾

ドイツにおける夫婦間の贈与に関する取扱いは、以下のように変遷してきた。プロイセン旧法典においては、相続財産に関する夫婦間の贈与は無効とされ、それ以外の財産に関する夫婦間の贈与は条件付きで有効とされた。⁽²⁶⁾ここで見られるようなローマ法を起源とした夫婦間の贈与を禁止し無効とする原則は、一七世紀から一八世紀に至る前期普通法学においても維持され、プロイセンのフリードリヒ法典草案(一七四九年)、バイエルンのマクシミリアン民法典(一七五六年)、オーストリアのテレジア法典草案(一七七一年)においても、夫婦間の贈与を禁止・無効とする原則を探っていた。ドイツにおけるこのような潮流が変化するのは、古代ローマの婚姻と当時の婚姻の性質が異なることを理由に、夫婦間の贈与を禁止・無効とする原則はもはや妥当ではないと結論付けたベーマーの登場以後である。ベーマーの理論を受けて起草されたオーストリアのヨーゼフ法典(一七八六年)は、夫婦間の贈与を他人間の贈与と同様に有効とした。しかし、婚姻の本質を法的に倫理的な性愛とみるサヴィニーは、夫婦間の贈与を禁止・無効とする原則

を維持し、サヴィニーのこうした考え方は一九世紀のパンデクテン法学へと受け継がれていく。このような対立の中で起草されたドイツ民法草案第一草案家族篇（一八八八年）は、ローマ以来の伝統を捨てて、夫婦間の贈与を有効とした。⁽²⁴⁾

以上のようなドイツにおける変遷について、野田龍一教授は、「夫婦間贈与禁止・無効の原則が、普通法上内包していた相続人や債権者保護機能、すなわち、こんにちでいえば、相続人の遺留分減殺請求権や破産債権者の否認権に照応する機能が分化され、その他の制度に吸収される過程であった」と結論付ける。⁽²⁵⁾ 野田教授の結論に従つてドイツ法とフランス法を比較すると、現在なおフランス法に存在する夫婦間の贈与取消権は、相続制度・離婚給付制度・夫婦財産制度という三つの制度が交差するところに存在する、いわばさまざまな機能を分離することなく合わせもつた古いままの制度であり、本来ならば、配偶者の相続分という形で相続制度において処理されるはずのものを、贈与という形でこうした相続制度の不備を補つてきたのが、フランス法における夫婦間の贈与であると言うことになる。しかし、フランスの現在の相続制度においてはこのような不備が整備されており、相続制度の中に夫婦間の贈与取消権が吸収されてもいいようなのに、今なお夫婦間の贈与が行われ取消権が行使されていることは、ドイツ法のようにその他の要素に吸収されない要素が、この取得権に含まれているからではなかろうか。

このような夫婦間の贈与取消権を、夫婦間の契約取消権に拡大して継受したわが国では、夫婦間の贈与がもつ性質に関する理解がフランスとは異なっていたこと、夫婦財産関係において夫婦間の契約をどう位置づけるかほとんど顧みられなかつたこと、離婚制度・離婚給付制度の不備から離婚給付が夫婦間の贈与に入り込んできたことなどの理由から、本来もつべき意義を發揮されることではなく、むしろ濫用ケースが多発して、削除の方向にひたすら向かっていったことは大変残念なことである。

夫婦間の贈与を相続の前渡し的性質をもつものと理解せず生前贈与と解するのであれば、贈与をその他の契約と区別する理由はなく、特別の取消権を夫婦間に認めることに疑問が生じるのは当然の流れであつたといえよう。⁽²⁹⁾ この制度を現在も維持しているフランスにおいても、同様の疑問が出されている。⁽³⁰⁾ しかし、夫婦間の贈与取消権がかつて果たしてきた機能をすでに終えたとしても、原則として変更できない夫婦財産制において今なお果たす機能は無視することはできない。さらに、取消権の対象を契約一般に拡大して考えた場合、契約を締結する夫婦の意思を、夫婦という特殊な人的関係の中でどのように扱うのが妥当かという観点から、夫婦間の契約に取消権を認めて、民法の一般規定によらずに、一方的な意思表示によって取り消すことができるとする可能性は十分残されていると思われる。

夫婦間の契約取消権の存在を認める立場に立つて、現に通用している民法七五四条に関しては、次のように解釈したい。わが国においては離婚制度・離婚給付制度に不備があるため、夫婦間の契約取消権が争われた多くの事案では、離婚給付にあたるものが夫婦間の贈与によつてなされている。つまり、本来ならば他の制度で解決されるべき問題が、夫婦間の契約取消権に入り込んでいるといえる。以上から、夫婦間でなされた契約の内容を判断したうえで、夫婦間の契約取消権の行使の認否を決めるのが、夫婦間の契約取消権の沿革や実際の利用のされ方に最も適合していると思われる。したがって、婚姻関係が破綻した際になされた離婚給付的内容をもつ夫婦間の贈与に対しては、夫婦間の契約取消権の行使を認めないとする。しかし、最高裁昭和四二年二月二日判決のように、婚姻関係が必ずしも破綻していない段階で夫婦仲の維持のために贈与がなされ、その後婚姻関係が破綻した場合には、夫婦間の取消権の行使を認める方が望ましい。したがって、同判決のように、「婚姻中」の意義を「形式的にも、実質的にもそれが継続しているもの」と解して夫婦間の契約取消権の行使を制限する見解には賛同できない。

六 結びにかえて

最後に、夫婦間の財産関係に関する規制において、日本法が克服すべき特徴をフランス法と比較して考察し、夫婦間の財産規制の全体像を探ることとする。

本稿が検討したフランス法における夫婦間の贈与取消権は、夫婦間の財産を対象とした規律、すなわち相続制度・離婚給付制度・夫婦財産制度における規律の接点となるものである。これらの制度において夫婦間の贈与取消権が果たす機能を検討することによって、夫婦間の財産的紛争に関する複雑な全体像が、おぼろげにではあるが、浮かび上がってきたようと思われる。そこには、私的な夫婦間の財産関係であつても国家が公序として介入すべきであり、夫婦間の財産関係の全体を見据えたうえで、明確な規定と基準によつて、公平に全体像を構築すべきものである、との前提が存在しているといえよう。公平で安定した規律が存在することによつて、夫婦の財産は相互に守られる。夫婦間の贈与取消権は、このように構築された夫婦財産関係に関する安定した規律の中で、例外的に柔軟性をもつ部分である。それ以外の部分が精緻に確固として確立されたものであるからこそ、夫婦間の贈与取消権の果たす柔軟性が必要となり活きてくるものであろうと思われる。

ひるがえつて日本法を考えると、夫婦間の財産関係に関する公平で安定した規定を欠き、当事者に私事として任せることによつて、すべてがあまりにも法的規律の枠外に追いやられてしまつてゐるという観をもたざるを得ない。こういう状況にあるからこそ、夫婦間の契約取消権の存在意義が理解されることもなかつたのではなかろうか。

フランスの夫婦財産法が、夫婦の平等という観点から批判される古い伝統をも内包するものであったことは否定できない。しかしそこで行われてきた是正の方向は、夫婦を他人間と同一の立場に据えるものでは決してなかつたし、また夫婦間の財産紛争を法的規律の枠外での自主的な解決に追いやるものでもなかつた。夫婦間の財産的独立を守る

と同時に、夫婦という特殊な生活共同体にふさわしい公平で安定的な解決を保障するためには、第三者の取引安全に対してもときには優先するような、精緻で確立した夫婦財産制によつて、夫婦の財産関係を規制することが必要であろう。筆者は、今後の目標として、わが国におけるこのような夫婦財産法の全体的な構築を目指したいと思う。本稿は、その目標への第一歩としての試みである。

注

- (1) フランス法に関する検討、とくに贈与・売買・交換以外の夫婦間の契約に関する部分は、第二章で述べた当初の予定を大幅に修正して行つた。

(2) 本稿第二章第一節第二款一「夫婦間の契約取消権の立法趣旨」(名古屋大学法政論集一五八号二三二五頁以下)参照。

(3) 本稿第二章第一節「夫婦間の契約取消権の立法趣旨に関する学説」(名古屋大学法政論集一五八号二四四頁以下)参照。
なお、棚村政行「アメリカにおける夫婦間契約(一)・(二)・(三)・完」(青山法学論集三四巻一号一頁以下(一九九一年)、三五巻三・四合併号八九頁以下(一九九四年三月)、三六号一号二五頁以下(一九九四年七月))は、夫婦間の契約を締結する自由や契約の内容の自由を、従来著しく制限してきたアメリカにおいて、夫婦間の契約を制限する根拠としてあげられているのは、夫婦間の契約にはパブリック・ポリシーである婚姻の内容や権利義務関係を変更する恐れがあり、またその履行強制に関しては「家族プライバシー論」から消極的であったという点であり、このような家族プライバシー論には、「夫婦で契約上の義務の履行をめぐつて訴訟が行われると家庭の平穏が破壊されるという懸念」があるとする。アメリカにおける現在の一般的な傾向として、夫婦間の契約に対する制限は減少傾向にあるが、夫婦間・家族間での契約紛争に関しては「訴訟の弊害を回避し自主的な紛争処理を促進すべく調停や仲裁、和解などの訴訟外の紛争解決手続(ADR)の活用が期待されている」と棚村教授は指摘する(棚村・前掲「アメリカにおける夫婦間契約(二)」(青山法学論集三六巻一号三六頁))。

夫婦間の契約取消権の立法趣旨として学説があげている「法律は家庭に入らず」との観点が、アメリカにおいても夫婦間の契約を制限する根拠となつてゐる点は注目できるが、アメリカでの動向をそのままわが国にとり入れることには注意が必要であると思われる。訴訟大国と言われるアメリカは、あらゆる紛争が訴訟によつて解決が図られるという意味において、わが国の対極に位置しているということができる。こうしたアメリカにおいて、夫婦間の契約紛争をできるだけADRによつて解決しようとする動向が生じてゐるのは、訴訟過多状況からのいわば振り返し的なものと思われ、もともと夫婦間の財産関係をはつきりさせてこなかつたわが国で主張されている「法律は家庭に入らず」との趣旨とは、自ずからその性質を異にすると考えられるのではなかろうか。

(4) 本稿第二章第一節第一款「夫婦間の契約取消権の立法趣旨に関する法典調査会での質疑」(名古屋大学法政論集一五八号二三二頁以下)参照。

(5) 本稿第二章第一節「夫婦間の契約取消権の立法趣旨に関する学説」(名古屋大学法政論集一五八号二四四頁以下)参照。

(6) 本稿第三章第一節第三款「小括」(名古屋大学法政論集一五九号三二二頁以下)参照。なお、わが国で、夫婦間の契約取消権の問題が実質的には離婚給付に関する問題であることは、学説のほぼ一致した認識となつてゐるようと思われる。このような指摘をする最近のものとして、松本克美「夫婦間の契約取消権の是非【ゼミナール婚姻法改正】」(日本評論社、一九九五年)一一六頁。

本稿第三章第二節「夫婦間の契約取消権を制限する学説の理論構成」(名古屋大学法政論集一五九号三一七頁以下)参照。

本稿第三章第一節第三款「小括」(名古屋大学法政論集一五九号三一六頁)三二七頁参照。

本稿第四章第一節第一款「夫婦間の贈与取消権の性質」(名古屋大学法政論集一六〇号一九〇頁以下)参照。

本稿第四章第一節第一款「第六款・第五章」(名古屋大学法政論集一六一号・一六二号・一六三号)参照。

本稿第六章(名古屋大学法政論集一六六号・一六七号・一六八号)参照。

本稿第四章第一節第一款「夫婦間の贈与取消権の性質」(名古屋大学法政論集一六〇号一八九頁)一九一頁)参照。

この間のフランスの学説について、野田龍一「ボアソナードの夫婦間贈与論—婚姻中における夫婦間贈与の取消をめぐって—」

(福岡大学法学論叢四〇巻二二四号(一九九六年三三二五頁以下)が詳細に検討している。

野田・前掲注(13)三六七頁。

野田・前掲注(13)三六七頁。

(16) (15) (14)
フランス民法九五三条 生存者間の贈与は、そのもとで贈与がなされ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、取り消すことができない。

(17) 鈴木ハツヨ「フランス法」『贈与の研究』(有斐閣、一九五八年)一四一～一六八頁、加藤佳子「忘恩行為による贈与の撤回」(五・完一フランス法を中心として)〔名古屋大学法政論集一二三号(一九八八年九月)三六六頁以下〕。

(18) 本稿第六章第三節「贈与・売買・交換以外の夫婦間の契約」(名古屋大学法政論集一六七号五一三～五一五頁)参照。

(19) 本稿第六章第一節第二款「夫婦間の売買を禁止した根拠」(名古屋大学法政論集一六六号五〇四頁)参照。

MALAURIE et AYNES, *op.cit.*, n.100.

(20) (21) 本稿第一章第一節第一款「旧民法における夫婦間の契約取消権」(名古屋大学法政論集一五八号二二一〇頁)参照。民法七五四条但

書の原型が初めて見られたのは、旧民法起草段階における元老院提出案四七九条においてである。第三者に対するこのような規定は、母法であるフランス民法典においては見受けられないだけでなく、夫婦間の贈与取消権が行使された場合には、受贈配偶者が贈与配偶者から贈与された物を第三者に譲渡していたとしても、その譲渡は無効となると解されている(本稿第五章第二節第四款「小括」(名古屋大学法政論集一六三号二八四頁)参照)。

(22) 本稿第六章第三節第六款「夫婦間の和解」参照。

(23) 棚村教授は、契約当事者が夫婦であるという特殊性として、夫婦という親密な関係での契約は、契約の趣旨や内容が曖昧であり、債権としての特定性や明確性を欠く点、契約成立の状況や経緯からみて、契約関係を設定する法的効果意思が存在しなかつたり、真意にもとづかないことがある点、交渉力に格差がある点、契約締結時と履行時とで予想外の事情が生じることが多い点などをあげる(棚村・前掲注(3)「アメリカにおける夫婦間契約」(青山法学論集三六六号一号五一頁～五六頁))。

(24) 民法二八五・一条

一項 裁判官は、家族の住居に用いられている建物が、一方配偶者に固有財産として、または個人的に属する場合には、「以下の場合に」他方配偶者に賃貸借を設定することができる。

一 一人または数人の子に対する親権が他方配偶者によつて行使される場合または親権を共同行使する場合で、一人または数人の子がこの住居を通常の居住地にしている場合

二 離婚が、共同生活の破綻を理由として所有者である一方配偶者の請求にもとづいて言い渡された場合

二項 先の一に定める場合において、裁判官は、賃貸借の期間を定め、かつ子のうちの最年少者が成年に達するまでそれを更新することができる。

三項 二に定める場合において、賃貸借は、九年を超える期間を予定して設定することはできない。但し、新たな裁判によつて延長することができる。賃貸借は、被設定者の再婚の場合に、法律上当然に終了する。賃貸借は、その者が公知の内

縁状態で生活している場合には、終了する。

四項 あらゆる場合において、裁判官は、新たな状況がそれを正当とする場合には、賃貸借を解除することができる。

(25)

野田龍一「近世ドイツにおける夫婦間贈与論—プロイセン一般ラント法と普通法学—」(法学雑誌四一巻四号(一九九五年)六〇頁以下)をおもに参考した。なお、現代ドイツにおける夫婦間の契約に関しては、まだ分析しておらず、今後の課題としたい。

(26)

この時代における裁判例を検討して、野田教授は、「夫婦間贈与の禁止・無効は、この当時のドイツでは、法定相続人の相続財産保護をねらいとして援用されたことがあった」と分析する(野田・前掲注(25)六七頁)。

(27)

ドイツ民法草案第一草案家族篇における説明については、来栖三郎「日本法『贈与の研究』(有斐閣、一九五八年)七頁以下、神

谷笑子「夫婦間の契約—契約法体系1(契約論)」(有斐閣、一九六二年)一〇九頁、一〇七頁が詳しい。

(28)

野田・前掲注(25)八七頁。フランス法の夫婦間の贈与取消権においては、その行使権利者が非常に厳格に贈与配偶者に限定されおり、贈与配偶者の債権者による行使は認められておらず、したがつて、夫婦間の贈与取消権が破産債権者の否認権として機

- 能したことはなかつたといえる。本稿第四章第一節第二款「夫婦間の贈与取消権者・取消の相手方」（名古屋大学法政論集一六一号四六九～四七〇頁）。
- (29) 野田・前掲注(13)四三頁。
- (30) 本稿第四章第二節第一款「夫婦間の贈与取消権の議論」（名古屋大学法政論集一六〇号一〇〇～一〇一頁）、本稿第四章第一節第七款「小括」（名古屋大学法政論集一六三号一八一～一八四頁）。