

離婚後の配偶者の生存利益と離婚前の贈与の公序良俗違反性

中山 洋 志

- 一 はじめに
 - 1 財産分与の立法過程
 - 2 財産分与を巡る学説の概要
 - 3 問題の所在と研究方法
- 二 不倫関係の相手方への遺贈と公序良俗違反
 - 1 判 例
 - 2 学 説
 - 3 判例及び学説への評価
 - 4 私 見
- 三 遺贈における公序良俗違反の判断基準の贈与事例への適用
 - 1 遺贈と贈与の相違点
 - 2 贈与目的に基づく公序良俗違反
 - 3 困窮を理由とする贈与の取消とドイツ法
 - 4 両要素の総合考慮

離婚後の配偶者の生存利益と離婚前の贈与の公序良俗違反性（中山）

四 終わりに

一 はじめに

婚姻の解消にあたって、婚姻時に配偶者の一方が家事を専業しており、離婚後にその一方の配偶者が稼働能力を持たない場合、一方の配偶者は自身の生計を維持するには生活原資を得る必要がある。その原資として考えられるのが、離婚時の財産分与によって得られる分与財産であるが、そもそも、財産分与の内容というのは不明確な点が多い。これに関して、財産分与の立法過程及び学説は次のようになっていいる。

1 財産分与の立法過程

(1) 明治民法における財産分与

財産分与に関する規定は、戦後の家族法改正（昭和二十二年）において新たに導入されたものであり、明治民法には規定が無かった。原案の段階では以下のような規定があったが、審議に際して削除されたのである。

〔第八百二十九条

夫婦ノ一方ノ過失ニ因リテ離婚ノ判決アリタルトキハ其一方ハ他ノ一方カ自活スルコト能ハサル場合ニ於テ之ヲ扶養スル義務ヲ負フ

第八百二十三条第六号ノ場合ニ於テハ離婚ノ訴ヲ提起シタル者ヨリ其配偶者ヲ扶養スルコトヲ要ス

前二項ニ定メタル義務ハ夫婦ノ一方カ死亡シ又ハ扶養ヲ受クル権利ヲ有スル者カ再婚シタトキハ消滅ス⁽¹⁾

この規定の趣旨は富井政章委員によると、離婚をしたくとも、離婚後に生計手段を持たず自身だけでは生きて行けないがゆえに、離婚できない妻を救済するための規定であるとい⁽²⁾う。これにより、離婚する権利の実効性が担保されるのである。これに対しては、長谷川喬委員から、そもそも離婚後に生活に困窮するのであれば離婚すべきではなく、離婚後の扶養を前の配偶者に頼るはおかしいとの指摘が、そして横田国臣委員からは、わざわざ扶養請求権という形ではなく、損害賠償という形で請求すれば良いとの指摘がそれぞれなされたが、賛成多数で一旦は可決された⁽³⁾。しかしながら、後の九五七条の審議を通じて、八二九条に対する起草者三名の見解の相違が明らかになり、結局は削除されるに至⁽⁴⁾っている。

(2) 現行民法における財産分与

明治民法では、起草過程において削除された財産分与規定であるが、戦後に改正された現行民法（昭和二二年）において、改め規定されることとなる。もともと、第一次草案から最終的な現行の規定に至るまでに、その制度趣旨及び文言に変化が見られる。第一次草案においては、財産分与は八一二条の三で規定されており、その内容は以下ようになっていた。

「第八百十二条の三

協議上ノ離婚ヲ為シタル者ノ一方ハ相手方ニ対シ相当ノ生計ヲ維持スルニ足ルヘキ財産ノ分与ヲ請求スルコトヲ得ル

前項ノ規定ニ依ル財産ノ分与ニ付キ当事者間ニ協議調ハサルトキハ当事者ハ家事裁判所ニ対シ協議ニ代ハル処分ヲ請求スルコトヲ得但離婚ノ時ヨリ二年ヲ経過シタルトキハ此限ニ在ラズ

前項ノ場合ニ於テ家事裁判所ハ当事者双方ノ資力其他一切ノ事情ヲ斟酌シテ分与ヲ為サシムヘキヤ否ヤ並ニ分与ノ額及ヒ方法ヲ定ム⁽⁵⁾

現行民法七六八条との違いは、一項の「相当ノ生計ヲ維持スルニ足ルヘキ財産」という部分が無くなり、三項の「当事者双方ノ資力其他一切ノ事情ヲ斟酌シテ」という部分が「当事者双方がその協力によって得た財産の額その他一切の事情を考慮して」となっていることである。⁽⁶⁾

文言が変更された理由については、分与額がいくらなのかという標準が不明確なこと、及び不明確部分について裁判所による裁量に任せることについて、GHQが疑念を持ちそれが反映されたからであるとされる。⁽⁷⁾ すなわち、分与額が著しく少なく計算されるのではないかという疑念である。また、それに加えて婦人議員から、婚姻中に取得した財産は共有にしてほしいとの要望があったことから、「婚姻中財産を共有にすることは不便でありその必要もないが、離婚の際の財産分与請求には、その点を考慮」とされる。⁽⁸⁾ なお、夫婦の財産の共有を鑑みた規定となったことで「離婚後の扶養義務を否定する意味をもったのではないことはもちろんで、むしろそれを含みつつ、それ以上にゆく、つまり、相当の生計を維持しようときにもみとめうることにした」とされる。⁽⁹⁾

かくして、初めは扶養的要素として規定されていた財産分与の規定は、「幹事案から改正要綱案を経て第一次、第二次案に至り、そして第三次案で清算的要素を取入れながら、なお基調だけは変わらずにそのまま第六次案に至ったこの制度の、その性格を標識する扶養的要素は、「その他に一切の事情」のなかに送り込まれ、もはや制度の中心たる根拠を失ったのに対し、第三次案で導入された清算的要素が、この制度の標識として明記され、その中核に坐ったのである」とされる。⁽¹⁰⁾

2 財産分与を巡る学説の概要

その後の学説では財産分与の内容・意義とは何かということを巡って議論が行なわれた。改正直後は、財産分与の性質を巡って、①清算とする説⁽¹¹⁾、②扶養とする説⁽¹²⁾、③清算と扶養であるとする説⁽¹³⁾、④清算と扶養に加えて慰謝料を含むとする説⁽¹⁴⁾があった。もつとも、①清算とする説及び②扶養とする説は、立法趣旨と合致しないなどの批判があり、その後学説の対立は③説と④説の対立

に収束していった。通説となったのは、財産分与は清算的要素を中核として①清算的要素、②扶養的要素、③慰謝料的要素の三つの要素から成るといふ考え方であり、清算的財産分与と慰謝料的財産分与を行なってもなお他方配偶者が離婚後の生活に困窮するときには扶養的財産分与を認めるというものであり、⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾ ただいずれにしても、財産分与の性質として、清算と扶養が含まれるという点においては共通しているようである。

しかしながら、この通説に対しては、本来であれば、清算的要素はこれを強調することによって、妻が得られる分与財産が増加する方向に作用するはずであったのが、むしろ額を画的（基本的には二分の一）に決定することで、離婚後に妻が生計を維持するのに必要とする額の財産を得られない場合があることが指摘をされている。⁽¹⁸⁾ また、扶養の内容に関して、通説を採用した裁判所の実際の運用においては、①離婚時の給付の基準が不明確であり、②給付額が低額であり、③有责性に依存していることから、その内容が必ずしも妥当ではないという批判もなされている。⁽¹⁹⁾

これらの批判から、近年では扶養ではなく新たに「補償」という考えを主張する見解がある。この「補償」という考え方は、複数の研究者によつて仏・独・英米それぞれの法制度との比較を通じて提唱されているものである。⁽²⁰⁾ これらの研究者の主張は細部において違いはあるものの、一方の配偶者が給与を稼いで、他方配偶者が家事労働に従事するという分業によつて婚姻中に他方配偶者が失った稼働能力を、回復・補償して、以て離婚によつて生じた配偶者間の不公平を是正するという点において共通している。これまでは、清算的要素及び慰謝料的要素によつて分与額を計算した後、その額では離婚後の他方配偶者の生計が維持できないときに、扶養的要素による補充的な分与が認められてきたが、⁽²¹⁾ こゝでの扶養とはまさしく生計の維持に必要な額のみを指している。そのため、離婚後の他方配偶者が継続的に生活基盤を築くために必要不可欠であるはずの稼働能力の回復に必要な費用は、必ずしも「扶養」には含まれない。これに対して、「補償」という考え方は、生活の保障という意味での「扶養」ではなく、稼働能力の回復を主張している点において、これまでの扶養とは異なるものであると言える。もつとも、通説を維持しながら稼働能力の回復を扶養の内容とする見解もあり、⁽²¹⁾ 補償という概念が無ければ稼働能力の回復に必要な額が財産分与として認められないわけ

はなさそうである。しかしながら、補償概念の登場によって、稼働能力という観点が大きく着目されたのは事実であり、これまでの認識を変化させるという意味において意味があると思われる。いずれにせよ、生計というのは一時的に維持できれば良いわけではなく、離婚後の他方配偶者が死亡するまで永続的に維持されなければならないものであり、離婚後の他方配偶者が高齢や病気で働けないなどの場合を除いて、離婚後の他方配偶者が稼働能力を回復し、自身の力で自身の生活に必要な資金を稼ぐことができるようになることこそが本当の意味での生計の維持といえるだろう。そうであるならば、補償概念をはじめとする稼働能力の回復という視点は、一面において離婚後の他方配偶者の生計の維持を前進させるものであると評価できる。

3 問題の所在と研究手法

補償という新たな概念によって、離婚後の生活に必要な財産分与の額を増やすという方向性がある一方で、現実には手にする財産が増えるかという話は異なる。財産を分与するには、その原資である財産そのものあるいは分与義務者が財産の分与をできるだけの稼働能力があることが前提となる。裏を返すと、分与義務者にそもそも財産が無く、また稼働能力も十分ではない場合には、そもそも分与を受けることはできないのである。ただし、稼働能力が十分ではなく、それに加えて財産が無いと一言にいつても、財産が無い状態に至った経緯についてはいくつかの場面が考えられる。もともと給与が少なく日々の生活を維持するのに精一杯で蓄財できなかったという場合もあれば、蓄財できていたものの一方配偶者が不倫をしてその相手に貢いでいた結果、離婚時には分与するだけの財産が残っていないかったというような場合もあるだろう。前者は、一貫して財産が無かったのであるからどうしようもないが、後者に関しては、かつては蓄財されていたものが不倫相手への贈与によって無くなってしまったものであり、同列には考えられないだろう。特に、後者は、贈与が無ければ一括して纏まった額の分与が得られた場合であることから、この贈与行為を無効とすることができれば、分与対象となる財産を回復することができ、これによって離婚後の他方配偶者が離婚後の生活に必要な財産を得ることが可能となる。そこで、婚姻中に行なわれた贈与（特に不倫相手への贈与）について、離婚後の配偶者の生計の

維持のために、公序良俗違反によって無効とすることができるだろうか。これが本稿における問題点である。

なお、離婚後の配偶者の生計の維持のために、婚姻中に行なった不倫相手への贈与を無効とした裁判例及びこれについての研究というのは、現在のところ見当たらないようであり、直接的な研究の手がかりはないようである。もともと、不倫関係の相手方に対して行なった遺贈については、相続人の生計の維持を根拠の一つとしてこの遺贈を無効とした裁判例及びこれについての研究が見受けられる。遺贈という無償行為であり、またその相手方が不倫相手である点において不倫相手への贈与と共通性を有しており、また、遺贈無効の根拠の一つは相続人の生計の維持であるということから、不倫相手への遺贈の公序良俗違反の検討を通じて、離婚後の配偶者の生計の維持のために婚姻中に行なった不倫相手への贈与を無効とすることができるかという問題に対して一定の示唆を与えることができると考えられる。

しかしながら、贈与と遺贈では、処分行為の時期（法律行為の効力の発生時期）と法律行為の無効主張の時期との時間的隔たりについて差異があり、何らの検討もせずに両者を同列に扱うことはできないだろう。すなわち、遺贈では、処分行為の時期は死亡時であり、それと同時に無効主張もほぼ同時期になされることが殆どであるのに対して、贈与では、処分行為の時期は基本的に契約の時であり、無効主張はその直後ではなくてしばらく時間が経った後であることも多い。そのため、後者の場合には一度生じた処分行為の効力を後に否定してよいのかという指摘がありうる。これに関しては、不倫相手への遺贈の事案において無効の根拠及びその基準がいかなるものであるかを明らかにしたうえで、その根拠ないし基準が遺贈と贈与との差異を考慮してもなお、婚姻中の贈与の事案にも当てはまるのかということが、別途検討されるべきであろう。

そこで本稿では、まず二章で、不倫関係の相手方に行なった遺贈の公序良俗違反による無効の事案を判例及び学説の分析をすることを通じて、いかなる根拠いかなる基準に基づいて不倫相手への遺贈は公序良俗に反するのかということを明らかにし、その上で、遺贈と贈与の違いを考慮してもなお、遺贈の基準等は贈与においても当てはまるのかということを一章で検討してみたいと思う。

二 不倫関係の相手方への遺贈と公序良俗違反

1 判 例

(1) 判例の変遷

一方配偶者が行なった不倫関係の相手方への遺贈が公序良俗に反するか否かが争われた裁判例は、大審院／最高裁判所／下級裁判所それぞれにおいて見受けられる。特に重要なものとしては、①大審院昭和一八年三月一九日・大民集三二卷一八五頁、②福岡地裁小倉支部昭和五六年四月二三日・判夕四六四号一六四頁、③最判昭和六一年一月二〇日・民集四〇卷七号一六七頁が挙げられる。

不倫相手への遺贈の無効を巡って争われた事案で、確認できる中で最も古いのは①大審院昭和一八年判決である。この事案では、妻に先立たれた男が後に後妻（妾）を迎え、婚姻はせずと同棲関係を結んでいる中で、男が自身の死亡に至るまで後妻が妾として共同生活続ける代わりに金一万円を遺贈するという遺言書を作成したというものである。男の死後にその子供が遺言無効確認請求を裁判所に提起したのに対して、大審院は「本件遺言ハ妾関係ノ継続維持ヲ条件トスルモノニシテ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスルモノナルコト疑ヲ容ルルノ余地ナシ。」として、遺言の無効を認めた。すなわち、昭和一八年判決は、遺贈目的が風俗に反するというを以て公序良俗違反を根拠付けており、その後の裁判例でも引継がれている。⁽²²⁾

遺贈目的によって公序良俗違反性を判断するという根拠及び基準であるが、その後、遺言によって相続人が被る不利益にも着目する裁判例が登場した。②福岡地裁昭和五六年判決である。福岡地裁昭和五六年判決は、不倫関係にある相手方への遺贈に対して妻が遺言の無効を主張した事案であるが、裁判所は「不倫な関係に由来する情誼に基づきそれを維持継続することを前提としてされる相手方への財産的利益の供与は、それが両当事者の関係の態様、倫理的非難の程度・両当事者間の資力、利益供与者側の配偶

者等法定相続人たるべき者の立場等の諸般の事情に照らし、社会通念上相当なものとして許容されるという場合を除いて、公序良俗に反し無効であるといわなければならない。」とする規範を述べた後に、本件では遺言者と不倫関係の相手方の関係は極めて不自然で倫理的に強く非難されるべき関係であり、また、相続人のその後の生活に多大な影響を与えるものであるため、遺贈目的が不倫関係の相手方への謝罪や感謝の気持ちがあるとしても遺言は無効であるとしたのである。すなわち、それまでは遺贈目的のみを以て公序良俗違反を判断してきたものが、遺贈によって被る相続人の不利益も判断要素として加えるようになったのである。

不倫相手への遺贈が公序良俗に反するか否かの判断において、相続人が被る不利益にも着目することは、その後③昭和六一年にはじめて最高裁で言及された。事案は、婚姻関係にある男が不倫相手に財産の三分の一を遺贈するという遺言を残したのに対して、妻が遺言の無効を争ったというものであるが、一審が、遺贈は相続人の「生活の基盤を脅かすものであるとはいえず」、「その主目的は被告の将来の生活が困らないようにとの配慮に出たものであることが認められ、被告に対する財産的利益の供与も必ずしもこれが社会通念上著しく相当性を欠くものともいえない」として遺言を有効とし、二審では「その遺贈が不倫な関係の継続を強要することを目的としてなされたときは、右遺言が公序良俗に違反し無効であると解すべきことは当然であるが、不倫な関係を継続するためではなく、他方の生活を保全するために遺贈がなされたにとどまるときは、財産供与の範囲が著しく不当でない限り」遺言は無効とはならないとして、遺言を有効とした。そして最高裁は「本件遺言は不倫な関係の維持継続を目的とするものではなく、もっぱら生計を訴外Aに頼っていたYの生活を保全するためにされたものというべきであり、また、右遺言の内容が相続人の生活の基盤を脅かすものとはいえない」として遺言を有効であるとしている。後の東京地裁昭和六三年一月一日・判時一三八号七八頁及び仙台高裁平成四年九月一日判決・判タ八一三号二五七頁でも、遺贈目的と並んで相続人の生活基盤への影響を判断要素の一つとして、公序良俗違反の判断をしている。

他方で学説は、様々な見解が唱えられており、主に以下の七説が挙げられる。

第一説は、不倫な関係の継続を強要する範囲において契約が無効である事は勿論であるが（例えば、私通関係の継続する間は返還する必要はなく、断絶すれば直ちに返還すべきという内容の消費貸借契約）、妾の生存を維持し、子の成長を保障すべき範囲における契約の効力は有効であるとす⁽²³⁾。

第二説は、遺言者の意思を尊重して不倫関係にある者への財産の供与も認めつつ、配偶者の保護は遺留分によるべきであるとするというものである⁽²⁴⁾。この説では、不倫関係にある者への利益供与であっても、それが真実に死者の愛情の証であったとするならば、裁判所がこれを奪い取ることは許されるべきではないとする。もともと、真に死者の意思があつたか否かの判断には裁判所は介入すべきであり、その評価は単に遺言状の書面にある情報からだけでなく遺言状の作成時期における当事者間の関係や状況・動機・内容に照らして判断されるべきであるとする。

第三説は、遺言者に配偶者または子がある場合とない場合を分け、配偶者または子がある場合については、不倫相手へ遺贈したときには、それは配偶者の「（財産）法的地位」を侵害するもので、一般的には反公序良俗性を有するものであるとして、原則的に公序良俗違反を認めつつも、その目的によってさらに細分化する。すなわち、①遺贈が性関係の開始または継続を目的としていた場合には、法の一般原則である婚姻上の貞操義務を破るものであり、遺贈が反公序良俗とされる典型である一方で、②遺贈が不倫相手に対する報酬を意味する場合には、それは長年にわたる身上の世話に対するものであり、不倫相手との間に子がいる場合にはその子の保護に報いるためのものであり、または不倫相手が職業を放棄しあるいは婚期を喪失するといったときにはその経済的損失の救済のために遺贈がなされるのであるから、そのような場合には不倫相手の犠牲を無視して遺贈者との性関係のみを強調するのは妥当ではなく、遺言を無効とする必要はないとする（特に、遺贈者の家庭が既に崩壊している場合には、この事が当てはま

る)。

他方で、遺贈者に配偶者や子がいない場合には、原則的に遺贈は反公序良俗にはならないが、遺贈の目的が性的関係の開始であるときまたは性交自体に対する反対給付として遺贈がなされるときには、公序良俗に反することとなる。

第四説⁽²⁷⁾は、受遺者と遺贈者との「関係」、遺贈を行なった「目的」、「遺贈の金額及び当事者を取巻く事情」を以て公序良俗に反するか否かを判断する。ここでの「関係」とは不倫関係をさすが、婚姻関係にある者が不倫相手と情交を結ぶことを以て不倫関係であるとは一概に判断されず、「関係」には重婚の關係から対価的情交關係まで様々な関係があることから、不倫相手との「関係」と遺贈の「目的」を相互的に判断して、遺贈の有効性を導く。例えば、遺贈の目的が情交關係の維持継続であったとしても、關係が対価的でない場合には、遺贈も有効である場合もある。この「関係」と「目的」が最も重要であるが、これに加えて、遺贈の金額等が相続人等の生活基盤を脅かすものであるか否かが判断される。遺贈の金額は、純粋に考えれば遺留分において問題となるものであるが、日本では夫婦の財産の帰属が不明瞭であり、また、相続は財産の清算的要素も含んでいることを鑑みて、「関係」と「目的」を判断するための材料となる。また、遺留分に関しても、価格弁償の可能性がある以上、例えば、配偶者の生活方法が全く変わってしまう可能性もありうるのであり、相続にあたって、なるべく生活に大きな変動がないように配慮する必要もあるとする。「遺言者の意思は絶対的なものではなくて制限、補充すべき場合があり得る」のであり、遺族を保護するために遺言内容をチェックできる手段を理論的に探るものであるといえる⁽²⁸⁾。

第五説⁽²⁹⁾は、夫婦関係、遺言の時期、相続人への影響を総合考慮的ではなく、並列的に判断する。すなわち、まず、配偶者の有無によって場合わけをし、配偶者がいない場合には遺贈は当然に有効となる(この点において、第三説と異なる)。他方、配偶者がいる場合には、まずは夫婦関係が破綻しているか、不倫相手との關係が重婚的か否かということをして不倫關係の態様について判断する。仮に、夫婦關係が破綻していたり、不倫相手との關係が重婚的である場合には、反良俗性は後退するとする。ここで、反良俗性が認められたとしても、次に、遺言の時期等を元に遺贈目的及び相続人への影響に基づいて遺贈の有効・無効が判断される。

第六説は、⁽³⁰⁾①性関係の強要になる場合（財産的利益供与により関係が継続するとの期待は強要には当たらず、相手の性的自由を不当に拘束するのではない限り、この期待は許容限度内である）、②遺贈を認めては他方配偶者の生命維持が危ぶまれる場合（他方配偶者にとって苛酷となる）、③遺贈に錯誤がある場合の三つの場合には、遺言は無効となるといふものである。

この説では、①に関して、判例や他の学説と異なり性関係継続目的と反倫理性を直結させてはいない。すなわち、反倫理的であると認められるのは強制や強要によって性関係の継続がなされた場合であり、その様な強制がない場合においては、日本社会においては不倫相手に対する遺贈等の財産供与は不道德とまでは意識されておらず、強制的色彩のない場面での利益供与を「反社会的」とまでは評価できないとする。⁽³¹⁾②では、生命維持の範囲は非常に狭く解している。すなわち、遺贈を認めては、残された他方配偶者の生命すら維持できないし難しいという場合であるとして、その例として、入院中であるが予定する手術も不可能となる場合を挙げている。しかし、その様な場面は極めて稀であるとする。⁽³²⁾

第七説は第六説に類似している。すなわち、不倫関係の維持に関しては、それが受遺者の自由を拘束する程度のものに限られ、それ以外の場合には、原則として財産供与に不倫関係を維持する機能は認めがたく、また、遺贈目的についても受遺者側の利益を否定することにはつながらず、加えて、具体的事案においては、動機等を単純に割切つて認定することはできないため、これらは遺贈を無効とする要素にはならず、財産の処分自由及び倫理観に左右されやすい問題については法の介入は謙抑的であるべきことを鑑みると、遺贈は原則的に有効であるとする。そうすると、遺贈が無効となるのは、受遺者に対して自由拘束の効果のある約定と性関係とが対価関係にあることが明白な場合と、残された相続財産あるいは遺留分減殺請求をすることによって得られる財産を以てしてもなお遺族の生活の維持が危ぶまれ（その範囲は非常に狭く、例えば幼子を抱えるような場合であり、基本的には一般事項を以てしてまで遺留分以上の保護を与える必要はないとする）、かつ遺贈を無効にしても受遺者の生活に影響が生じない場合に限られるとする。

3 判例及び学説への評価

判例及び学説を分類するならば、まずは①相続人への不利益を考慮するか、次に②不倫関係の維持継続という遺贈目的のみを考慮するか、それとも目的が不倫関係の維持継続であるということに加えて不倫関係が強制されたものであるか否かを考慮するかという二段階での分類ができようか。

まず、①相続人への不利益を考慮するものとしては、判例及び第三―七説であり、考慮しないのは第一説及び第二説である。なお、考慮しないとすると二つの説は、第一説がそもそも相続人への利害については言及していないのに対して、第二説は相続人への利害については遺留分によって評価されるべきであるとしている点において違いがあるようである。また、考慮する説においても、相続人への不利益の内容については統一的ではなく、相違点がある。

これらの相違点については、後に改めて言及するとして、差当り相続人への不利益を考慮すべきか否かということについては、考慮すべきであると考ええる。なぜなら、不倫相手に遺贈することによって、相続人が得られる相続財産が減少することは厳然たる事実であり、とりわけ相続人の生計に影響が生じるような場合には、その影響は看過しえないほど重大なものに他ならないからである。

この点、第一説はそもそも言及していないため、相続人への影響をどの様に考えているのか不明であるが、少なくとも言及がない以上は、重要視はしていないと思われる。他方で第二説では、一応相続人への影響を鑑みているものの、遺留分制度を以て対処すれば十分であるとしているのは、相続人への影響の評価が形式的過ぎると思われる。確かに、遺留分制度は相続人の相続権を保護するための制度であり、配偶者においては配偶者相続権が保護されるもので、配偶者相続権の要素は主に配偶者の潜在的持分の清算及び配偶者の生活保障の二つであり、扶養が要素の一つとして入っていることから配偶者の生計の維持は遺留分の保障によって図れるとも思える。しかしながら、配偶者の生計の維持にはどれ程の資金が必要であるかは、形式的な遺留分割合によって判断

することは難しく、実際の事案ごとに見極めなければならない。例えば、生計の維持に一〇〇万円が必要であった場合には、相続財産が一億円であれば、その二分の一である五〇〇〇万円配偶者の生計の維持もできようが、相続財産が一〇〇〇万円であれば、その二分の一は五〇〇万円であり、これだけで生計を維持することは必ずしも容易いものではないだろう。事案ごとに生計の維持に必要な額には違いがある以上、遺留分を以て十分であるとは言いつれないのではないだろうか。他方で、そもそも相続財産を全て配偶者に渡したとしても生計の維持に必要な額に満たない場合には、配偶者は社会保障に頼ることになることから、不倫相手への遺贈がなされたことによって配偶者の生計の維持が難しくなったとは言いつれない。すなわち、生計の維持に一五〇〇万円が必要であるのに対して相続財産が一〇〇〇万円である場合には、仮に不倫相手への遺贈によって配偶者に五〇〇万円しか残らなかったとしても、配偶者は結局は社会保障に頼るのであり、その額が五〇〇万円なのか一〇〇〇万円なのかという違いは生じることが、社会保障に頼る額が五〇〇万円から一〇〇〇万円に変わったところで生計の維持が困難になるわけではなく、配偶者にとっては生計維持の資金源が変化しすぎない。配偶者には遺贈の影響は生じないといえる。もともと、遺贈の影響が全くないかといえばそうではなく、確かに配偶者には影響は生じないが社会保障の負担者には影響が生じる。社会保障負担者からすると、不倫相手が遺贈によって利益を得た分を、社会保障負担者が配偶者を介して負担していることとなり、負担額が五〇〇万円か一〇〇〇万円かでは大きな違いがある。これは、配偶者の扶養を家族がすべきか国がすべきか、という問題とも関係するものであり、議論があるが、社会保障のための財源は無尽蔵でないことを考えれば、遺贈者による遺言自由を制限してでも遺贈者による第一次的な配偶者の扶養を認めるべきであり、社会保障に頼るのは遺贈者による扶養では十分ではない場合に限られるであろう。以上のことから、相続人への不利益を考慮しないとする説は妥当であるとはいえないと思われる。

相続人への不利益を考慮すべきであるとして、考慮すべきであるとする説は、さらに遺贈目的をも考慮すべきであるとする説とそれに加えて受遺者への強制性も考慮すべきとする説に分かれる。遺贈目的を考慮すべきであるとするのは、判例及び第三・四・五説であり、加えて強制性も考慮するのは第六・七説である。第六・七説は、遺贈目的に対する考え方は共通しており、不倫相手

への遺贈は不倫関係を継続させる効果を有していないこと、あるいは、一般的に不倫相手への遺贈は日本社会においては反道徳的であるとはみなされていないことを理由として、遺贈目的のみでの公序良俗違反を認めない。第六・七説はそれだけでなく、性的自由への拘束（性的関係の強要）を考慮すべきであるとしている。しかしながら、遺贈が不倫関係の継続に効果がないというのは、首肯がたい。すなわち、自身の好意を示すのに贈り物をするというのは一般的に見られる光景であるが、単に言葉でのみ好意を示すのではなく贈り物という行為をあわせて行なうのは、相手からの好意を得るのに一定の効果を有するからに他ならないだろう。そのため、確かに、贈り物がされることによって確実に不倫関係が継続できるとは限らないが、逆を言えば不倫関係を継続する効果が全くないとも言いが切れない。贈与と遺贈では効力の発生時期に違いがあるため、不倫関係の継続について贈与と全く同じ効力が遺贈にもあるとは言えないだろうが、それは程度の差にすぎず、多少なりとも遺贈が不倫関係の継続に効力を持つことは否定されないと考えられる。また、一般的に不倫相手への遺贈は日本社会においては反道徳的であるとはみなされていないという点についても、遺贈が不倫関係の一環としてなされている以上は遺贈の肯定は不倫関係を少なからず肯定することにもつながり、延いては法律婚による一夫一婦制を採る日本においては法律婚への懐疑をもたらしうることから、反道徳的であるとはみなされないと言いが切れないと思われる。

他方で、倫理観に左右されやすい問題については法の介入は謙抑的であるべきとの批判に関しては、一見して一理あるとも思える。なぜなら、倫理観の変動は短期間に起こりうる⁽³⁵⁾のであり、さらに、具体的な明文に基づかず公序良俗にその反倫理性を取り込むことは、市民にとって依拠すべき規範が不明確になるからである。もともと、不倫が反倫理的であるか否かは、婚姻が法律上の様に保護されるのかという点に関わるのであり、法律婚による一夫一婦制が変化しない以上は、不倫関係の維持・継続を目的とした遺贈に対する倫理観が大きく揺らぐこともなく、依拠すべき規範が不明確になるということもないだろう。

なお翻つて、遺贈目的の代わりに挙げられている性関係の強要については、それを以て公序良俗違反を根拠づけることは難しいと思われる。性関係の強要を公序良俗違反とすることで保護しようとしているのは、受遺者の性的自由であり、すなわち、遺贈が

あることよって受遺者の意思に反して性関係が強要されることから受遺者を守るために、公序良俗違反を用いて強要の原因である遺贈を無効にするわけである。その前提となるのは、遺贈が性関係を強要するだけの効力を有することであるが、遺贈にそれだけの効力は認められないと思われる。そもそも、遺贈は単独行為であり、原則的には受遺者に何らかの義務が生じることはない。ありうるとすれば、負担付遺贈がされた場合であるが、遺贈の条件となっている負担を負うか否かは受遺者の自由であり、負担を負いたくないと考えるのであれば負担をしなければ良いだけである。その場合は、遺贈は受けられないであろうが、少なくとも自己の意思に反して性関係が強要されるという事態は生じないはずである。

もともと、強要を経済的な動機を背景とした場合にまで広げたとき、すなわち、貧困で日々の生活や将来の生活が十分にできないことから、遺贈を受けるために望まない性関係を結ぶという場合には、多少事情が異なる。受遺者は形式的には性関係を結ぶことを拒絶することは可能であるが、拒絶すると生活ができなくなるため、実質的には性関係を結ばざるを得ないという点において遺贈が性関係を強要する効力を持ちうる。このような強要から受遺者を保護するために遺贈を無効とすることは妥当であろうか。これについてはまず、受遺者からは無効主張されることはないということに留意する必要がある。受贈者は、遺贈を受けられないことを受入れれば、性関係をいつでも拒絶することができるのであり、その際にわざわざ遺贈の無効を持ち出す必要はない。遺贈の無効を主張するのはあくまでも、第三者である。第三者が受遺者を慮って、遺贈の無効を主張することとなるわけである。しかしながら、そもそも受遺者自身の意思決定に第三者が介入する正当な理由にはならないと思われる。さらに、これまでの裁判例を見ると、訴訟が起こるのは遺贈者が死亡した後であり、性関係の強要がされてしまった後であることが殆どであるが、ここに至っては性関係の強要から受遺者を守るという建前すら無く、遺贈が無効となればむしろ受遺者は性的に搾取された上にその対価すらも得られず二重の不利を受けることとなる。不当な結論であろう。

以上のことから、遺贈目的だけでなく受遺者への強制性を考慮する見解は妥当ではないと考えられる。

①相続人への不利益を考慮するか否か、②遺贈目的を考慮するのか、それともそれだけでなく受遺者への強制性も考慮するのか

という二段階で分類した結果、その中でも妥当であるのは相続人への不利益と遺贈目的を考慮するという見解（判例及び第三・四・五説）である。もつとも、これらの見解は、相続人への不利益に関して、相続人以外の利害関係も踏まえているか、踏まえているとして利害関係人は誰か、関係者間で調整される利害はどのようなものか、そしてどのような基準によってその利害が調整されるのかという点で、まだ不明確な点を残していると思われる。すなわち、判例においては、受遺者が遺贈者に生計を頼っており、遺贈は受遺者の生活を保障するためになされたことが言及されているものの、その点が公序良俗違反を判断する際にどの様に関わってくるのか不明である。第三説では、相続人と受遺者らの利益を考慮しているようであるが、相続人の利益を単に経済的側面からのみ捉えており、相続人の利益を単純化しすぎているように思う。もう少し利益の内容を分けて、それらに優劣をつけなければ、十分な利益調整はできないのではないかと思われる。第四説・第五説では、相続人の利益を単なる経済的利益という側面からのみではなく、生活基盤という生存的利益の側面からも捉えており、また、相続人だけでなく受遺者の利益も鑑みていることから相続人と受遺者らの利益を調整する際の対象や調整の基準が詳しい。しかしながら、受遺者の利益の内容にはどのようなものがあるか十分には区別されておらず、当事者の利益を適切に調整するにはまだ不十分であるように思える。相続人への不利益というのは、結局は相続財産を誰にどれだけ分配すべきかという衡量問題であり、これらは比較衡量を通じてより明確にする必要があると思われる。

ところで、比較衡量に関しては、公序良俗違反に対する近時の学説において言及がされている。すなわち、近時の学説は、いかなる場合に公序良俗違反となるかという観点からではなく、いかなる理由で公序良俗違反となるかという観点から、公序良俗を捉えるものであり、そこでは、裁判所は立法を尊重しなければならないとの前提のもと、公序良俗規範を適用する形式的根拠を①法令型公序良俗と②裁判型公序良俗に分ける。①法令型公序良俗とは、法令という形式的な理由が存在する場合に、裁判所はその法令の目的をよりよく実現するために契約の自由を制限するというものであり、他方、②裁判型公序良俗とは、特別な法令がない場合に、裁判所は独自に契約自由を制限するというものであり、その根拠は憲法秩序に求められる。それぞれはさらに、制限の実質

的理由を基本権の保護に求めるのか、それとも特定の政策的考慮に求めるのかでさらに分かれ、前者を理由とする場合を「基本権保護型公序良俗」と呼び、後者の場合を「政策実現型公序良俗」と呼ぶ。これらの形式面及び実質面はそれぞれ次元を異にするもので相互に組合せることが可能であり、裁判型―政策実現型公序良俗、裁判型―基本権保護型公序良俗、法令型―政策実現型公序良俗、法令型―基本権保護型公序良俗の四つに分かれるとする。

法令型においては、立法が既に法制定の形で契約自由の制限を行なっていることを前提として、特に政策実現型においては、①立法の基本決定が個別の法令によって行なわれるか、それとも一定の法領域における諸法令によって総合的に行なわれているか、②違反した契約を無効にするという決定を明文によって行なっているか、それとも不文の形で行なっているか、③立法の基本決定が私法に属する法令のなかで行なわれるか、公法に属する法令のなかで行なわれるかという三つの視点のそれぞれの組合せによって分類可能であり、分類に応じて裁判所によって無効の判断がなされる⁽³⁷⁾。その際に、裁判所によって制限される契約自由も憲法上の基本権であることから、二つの問題点がある。一つは、前提となる法令が違憲でないかということであり、もう一つは法令自体は合憲であるとしてもこの法令の目的を実現するためにさらに法令違反契約を無効とすることが、契約自由を過度に制限することにならないかということである⁽³⁸⁾。この分類及び問題点を踏まえた、法令型―政策実現型の公序良俗違反の審査構造は次のようになるとされる。まず、第一に政策目的の抽出をし、第二にその政策目的を実現するために契約を無効とすることまで求められるか、そして、無効とすることが契約自由を過度に制限することにならないかという二段階で審査される⁽³⁹⁾。

他方で裁判型の公序良俗違反、特に基本権保護型公序良俗に該当するときは、次の場合に契約自由（ないし遺言の自由）⁽⁴⁰⁾が制限される。すなわち、契約自由が制限されるか否かは基本権（契約自由と契約自由によって侵害される権利）の衡量問題であり、第一に、契約を締結することによって生じる基本権侵害という帰結が過少保護の禁止に反するか否かを判断する。そこでは、契約を有効なものとして強制的に実現するならば、被害者の基本権に最低限の保護すら与えられないことになるかどうか判断される。第二に、公序良俗規範を用いて契約を無効にすることが、侵害者への過剰介入の禁止に反するか否か、すなわち、侵害者の基

本権への過度の介入になるか否かが判断される。

この二つの点については、侵害者と被侵害者の基本権の内容を明らかにし、それらを衡量することで判断される。このときに衡量されるのは、より詳細には、①契約が有効となった場合に被侵害者の基本権の実現が阻止される程度がどの程度のものなのか、そしてその基本権はどれほど重要なのかということと、②契約が無効となった場合に侵害者が被る不利益はどの程度か、そして侵害者の基本権の重要性はどれほどのものなのかということである。

過剰介入の禁止に関する判断枠組みにおいては、比例原則が用いられる⁽⁴¹⁾。比例原則は、目的と手段が適合しているか（適合性原則）、目的達成のために必要不可欠な手段であるか（必要性の原則）、目的と手段の均衡がとれているか（均衡性の原則）の三つの原則から成り立っており、判断に際してはこれらの検討が必要となる。

法令型―政策実現型と裁判型―基本権保護型は併存することもあり、それぞれ単独では契約の無効を基礎付けることができないときには、それぞれの枠内で他方の要因が意味を持つ限りでもう一方の考慮のなかに取り込むという選元的手法により、他方を考慮に入れて契約の無効を導き出すことが許されうる。⁽⁴²⁾

4 私 見

以上の判例及び学説への評価を踏まえて、不倫関係の相手方への遺贈の公序良俗違反についての筆者の考え方をまとめると、まず、公序良俗違反は、①遺贈目的と②相続人への不利益という二つの要素によって判断される。これら二つの要素は、それぞれ単独で公序良俗違反を根拠づける場合もあれば、両要素を総合衡量して公序良俗違反を根拠づける場合もある。その際に、②相続人への不利益については、ただ、相続人が受ける不利益の内容だけを以て判断するのではなく、遺贈を無効とすることによって受遺者が被る不利益とが比較衡量される。これらを詳述すると以下の通りである。

(一) 遺贈目的という要素

遺贈目的に関しては、それが不倫関係の維持・継続ないし開始である場合には、従来から判例や学説において主張されてきたように、婚姻秩序を乱すものとして公序良俗違反を根拠づけると考える。これに対しては、遺贈が不倫関係の継続に効果がない、一般的に不倫相手への遺贈は日本社会においては反道徳的であるとはみなされていない、倫理観に左右されやすい問題については法の介入は謙抑的であるべきとの批判があるが、それぞれ、遺贈には全ての場合とは限らずとも不倫関係を継続する効果がある、法律婚による一夫一婦制を採用している日本においては、不倫相手への遺贈は日本社会においては反道徳的であるとみなされていないとまでは言えず、また不倫相手への遺贈に対する倫理観は容易に変わるものではなくそれに基づいて法の介入を許しても市民生活に大きな支障を生じないという反論が可能であろう。

不倫関係の維持・継続を目的とした遺贈が婚姻秩序を乱すものであるとした場合、前述の近時の公序良俗論に当てはめるならば、不倫関係の維持・継続を目的とした遺贈を無効とすることは、婚姻秩序の維持に基づくもので、民法上の法律婚主義及び一夫一婦制に求められるものであり、法令型―政策実現型に該当すると思われる。民法が婚姻制度を法定していることを以て私通関係の抑止まで法定していることには飛躍があるとする指摘もあるが、日本法は法律婚を定めているだけでなく、重婚を禁止して一夫一婦制を採用していることを鑑みれば、私通関係及びそれを目的とした遺贈は妻の地位を無視し、法律婚への懐疑を生じさせることから、民法はこれを禁止しているとみることも可能であると思われる。法令型―政策実現型に該当するとした上で、検討すると、①政策目的は婚姻秩序の維持であり、②法はこれを実現するために契約を無効とすることまで求めており（無効としなければ法律婚への懐疑を生じさせ、延いては法律婚が崩壊する）、そして、無効とすることは必ずしも契約自由（遺贈の場合は遺言自由）を過度に制限するものではないことから、不倫関係の維持・継続を目的とした遺贈は無効となると考えられる。もともと、これは遺贈目的が「専ら」不倫関係の維持・継続であった場合であり、受贈者への感謝のためである場合や受贈者の生活保障のためである場合など、不倫関係の維持・継続以外の目的も含まれている場合には、契約自由への過度の介入になりうると思われる。

(2) 相続人への不利益と遺贈者及び受遺者の利害の比較衡量

他方で、相続人への不利益という要素を考慮することについても、判例及び一部学説を支持する。相続人への不利益とは、相続人が将来において得ることを期待した利益が得られなくなったことであり、より具体的には、遺贈者が死亡した場合に本来であれば遺贈の対象となっている財産も得られたはずであるのに、遺留分を除いた部分が不倫相手に渡ってしまったことである。すなわち、遺贈という法律行為によって財産が不倫相手に渡った反射的効力として、相続人が将来において得られたであろう財産を得られなくなったという不利益を被ったことを、法的にどの様に評価するかという問題である。もともと、侵害者も元来は契約自由や遺言自由といった、正当な権利を有していることを考えれば、それぞれの利害関係者はいずれも尊重されるべき利益を有していることから、単に相続人への不利益のみを鑑みるのではなく、相続人以外の利害関係者の利害をも鑑みた上で、利害関係のある当事者それぞれの利益を図ることが可能であれば、両利益を図るように利害調整されるべきであろう。

再び前述の近時の公序良俗論を参考として比較衡量すれば次のようになるだろうか。すなわち、まず侵害者は遺贈者であり、遺贈者の有する基本権は遺言自由（財産権）である。他方で、被侵害者は相続人である。そして、相続人の基本権については、単なる財産的権利では遺贈者の有する財産権と等価であるため、遺贈者の基本権を制限してまで相続人の基本権を保護する要請は働きにくいと考えられることから、保護の要請が働くのは、不利益の内容が遺贈によって相続人の生計の維持が困難になること、すなわち相続人が有する基本権が生存的権利である場合であるといえようか。次に、これらを前提に適合性原則・必要性の原則・均衡性の原則を検討すると、第一に①適合性の原則に関しては、遺贈が無効となることで相続人が得る相続財産が増加し、相続人の生計が維持できるようになることから、目的と手段の適合性が認められると考えられる。第二に、②必要性の原則に関しては、相続人が生計手段を有している場合には、相続財産が無くとも生計は維持できるのであるから生存が脅かされるものではなく、遺贈を無効とする必要性は認められないが、そうではない場合、すなわち、相続人が専業主婦であった場合などは生計手段を持たないことから、遺贈者の死後は自身の生計は相続財産に頼らなければならず、遺贈を無効にする必要性が認められると考えられる。最後

に、③均衡性の原則に関しては、生計の維持に必要な具体的額の問題であり、遺贈を無効にすることによって得られる額が、生計の維持に必要な額を上回るような場合には、必要性を満たさなくなる。もつとも、遺贈の無効に関しては全部無効か有効かといった二者択一の関係ではなく、一部無効とする見解も主張されている。⁽⁴⁴⁾全部無効にするのではなく、一部無効とするのであれば均衡性の原則も満たされると思われる。

比例原則に単純に照らした検討では以上のようになるが、ここで、さらに考えなければならぬことがある。それは、遺贈の相手方である受遺者の利益である。なぜなら、遺贈の無効を巡る議論というのは、形式的には遺贈者の遺言自由と相続人の生存に關する権利の対立であるが、遺贈が無効になることで受遺者は財産を得られなくなるという点において、遺贈の有効・無効について受遺者は利害関係を有していることから、実質的には財産を受遺者に与えるべきか、それとも相続人に与えるべきかという問題であり、利害調整の要請も受遺者と相続人の間にあるからである。もつとも、受遺者と相続人とは権利侵害者と被侵害者という関係にはないため、両者の間での直接的な利害調整というよりも、受遺者の利害を遺贈者の権利の正当化要素として考慮することにより間接的に受遺者と相続人との間の利害が調整されることになろうか。

それでは、受遺者の利害はどの様にして検討されるべきであろうか。受遺者の利害についてはまず、受遺者の稼働能力から現有資産まで含めた受遺者の財産状況が検討されるべきである。受遺者の財産状況が良ければ、遺贈された財産は受遺者にとっては総財産の増加という意味合いしかないため、受遺者の利害は純粋に財産上のものに留まる。権利という点から見ると、遺贈が無効とされることによって影響を受けるのは財産上の権利ということになろうか。これに対して、受遺者の財産状況が悪ければ、遺贈された財産は受遺者にとっては自身の生計を維持するために用いられるのであり、受遺者の利害は単なる財産上の利害ではなく、生存についての利害という事になる。権利という点から見ると、影響を受けるのはとりわけ生存についての権利ということになろうか。(同時に財産上の権利を有することもあろうか)。両利益の優劣に関しては、財産上の利益よりも生存に關する利益の方が要保護性は高く、遺贈によって相続人の生計の維持が危ぶまれているのに対して受遺者は潤沢に財産がある場合と、受遺者も遺贈が無けれ

ば相続人同様に生計の維持が危ぶまれる場合では、前者の方がより遺贈が無効となりやすいと考えられる。

次に、遺贈者と受遺者の関係について検討されるべきである。その理由は以下の通りである。相続人への不利益を評価する際に、おいて重要となるのは、遺贈がなされることによって相続人の相続分が減少し、相続人が生計を維持することが困難になるという不利益を被るということであり、この不利益は遺贈の相手⁽⁴⁵⁾が誰であるかを問わず生じるものである。そのため例えば、つい最近知り合いになった友人に対して遺贈する場合であっても、それにより相続人が不利益を受ける場合には、公序良俗違反となりうる⁽⁴⁵⁾と考えられる。もつとも、全ての受遺者が同一に扱われるべきであるかといえば、そうとも言えないだろう。すなわち、遺贈が受遺者の生活保障のためになされた場合を想定したときに、受遺者が、数日前から不倫関係にある者や知人である場合と、長年に亘つてもはや夫婦のような関係にある相手（重婚的内縁関係の相手）である場合では、前者は単なる遺贈者の自由な行為としてなされるのに対して、後者は自由な行為であることに加えてそれが果たすべき扶養義務でもあるという点において異なり、遺贈がされることの正当性が強くなると思われる（事実上の養子関係にある者への遺贈も同様に正当性が強くなるか）。そのため、学説の一部が指摘するように、遺贈者と受遺者の関係性、特に重婚関係にあるか否かが検討されるべきである⁽⁴⁶⁾。

（3） 遺贈目的と相続人への不利益との総合考慮

遺贈目的と相続人への不利益という二つの要素であるが、これらはそれぞれ独立して公序良俗違反を根拠づけるのだろうか、それとも総合考慮によって根拠づけるのだろうか。これについては、両要素の総合考慮によって公序良俗違反が根拠づけられると考えられる。理由は次の通りである。すなわち、遺贈目的も相続人への不利益もそれぞれ程度に幅があり、例えば①遺贈目的が主として不倫相手への日々の感謝からなされたものであり、ただ同時に多少は不倫関係の維持・継続という目的も含まれていた場合や、②遺贈がなされたことで相続人が必要な限度の生活を営むのに必要な額を確保することまでは否定されないが、十分な生活を営むには不十分な額しか残らないという場合も考えられる。このときに、前者の場合には遺贈が専ら不倫関係の維持・継続のた

めになされたものではないことから、他方で後者の場合には生計の維持が全くできなくなったとは言えないことから、それぞれが独立では公序良俗に反しないと考えられる。それぞれが独立して生じた時には、この帰結は妥当であると思われるが、それでは、③主として不倫相手への日々の感謝のためではあるが多少なりとも不倫関係の維持・継続を目的とした遺贈によって、相続人には今後必要な生活を営むには足りるが、十分な生活を営むには足りない額の相続財産しか残らなかったという場合にはどうだろうか。遺贈目的と相続人への不利益という二つの要素を、別個独立して公序良俗違反を根拠づけると考えた場合には、①②同様に公序良俗には反しないこととなる。しかしながら、③の場合を①②と同列に考えることが果たして妥当であろうか。むしろ、両要素を総合的に評価して公序良俗に反する方が妥当であると思われる。総合衡量に際しては、相続人への不利益の検討において、遺贈者の基本権保護の程度（単なる遺贈と不倫関係の維持・継続を目的とした遺贈では、後者の方が遺贈者の権利保護の程度が低くなる）として遺贈目的という要素を包含することで両者が総合的に評価されることになると考えられる。

三 遺贈における公序良俗違反の判断基準の贈与事例への適用

1 遺贈と贈与の相違点

不倫関係にある者への遺贈が公序良俗違反となるか否かは、遺贈目的と相続人への不利益との総合考慮によって判断されるというのが筆者の見解であるが、この総合考慮は婚姻中に行なわれた不倫相手への贈与にも当てはまるだろうか。確かに、遺贈においては、遺贈によって受遺者が財産を受けると、相続人が得られるはずであった相続額が減少することは表裏関係にあることから、遺贈は相続財産の減少を通じて反射的に相続人への不利益へと繋がる。これに対して、一方配偶者が行なった不倫相手への贈与においては、不倫相手が贈与によって得た財産というのは、贈与が行なわれなければ必ず他方配偶者が得られるはずであったというわけではないため、不倫相手への贈与によって他方配偶者が反射的に不利益を受ける関係には無く、不倫相手への遺贈と不倫

相手への贈与は利害状況が異なるといえる。しかしながら、不倫相手への贈与に財産分与と一方配偶者の贈与後の資力という観点加わると状況は変わってくる。すなわち、一方配偶者に贈与後も潤沢に財産がある場合にはともかく、そうではない場合には、贈与がなされたことにより離婚後に他方配偶者が受ける財産分与の額が変わってくるのであり、特に、他方配偶者が家事を専業しており、離婚後にすぐさま職に就いて稼働能力を得ることが難しい場合には、財産分与によって得た財産が離婚後の生活を支えるのであることから、贈与によって他方配偶者は重大な反射的不利益を被りうる。この点において、両者は類似しているといえるだろう。また、遺贈と贈与はともに遺贈者・贈与者の遺言自由及び契約自由であり、本来はいずれも法的に有効であるという点で両者は共通することから、遺贈の検討によつて導き出された総合衡量を贈与の場面においても適用可能であるといえそうである。しかしながら、両者には看過し得ない違いがある。それは、遺贈では処分行為時が遺贈者の死亡時であるのに対して、贈与の場合は多くの場合が贈与契約時であることから生じる、処分行為から無効主張までの時間的な開きの違いである。すなわち、遺贈の場合には、遺贈者の死亡による受遺者の権利の発生と相続人などからの遺言無効の主張との間に時間的な開きはあまりないのに対し、贈与の場合には、贈与契約による受贈者の権利の発生から期間が大きく経過した後に贈与契約の無効主張がなされることが多くあると思われる。一度行なわれた処分行為をしばらく経過後に無効とすることのハードルは大きく、この点において遺贈と贈与を同一に扱うことを当然のものとして考えることはできない。そこで、遺贈の場合と異なり贈与の場合には、既になされた処分行為が無効を主張されるのが処分後しばらく経過後からであることも多いという点を踏まえてなお、遺贈における公序良俗違反の規範が、贈与の場合にも通用するのか検討されるべきである。

なお、不倫相手への遺贈における公序良俗違反は、①遺贈目的及び②相続人への不利益の二つの要素の総合考慮によつて判断されることから、検討に際してはこの二つの要素それぞれについて、既になされた処分行為を処分後しばらく経過後でも無効とすることができるのか否かが検討されるべきであろう。なぜなら、両要素がともに、既になされた処分行為を処分後しばらく経過後も無効とすることができるのであれば、両要素を総合考慮した場合であってもそれが妥当するのに対して、要素の一方のみだけが

既になされた処分行為を処分後しばらく経った後でも無効にできる場合には、他方の要素が無効の根拠を有しないことを総合考慮によって補うことができるのかを検討する必要があるからである。これらについて以下で詳しく検討したいと思う。

2 贈与目的に基づく公序良俗違反

まず、遺贈目的が不倫関係の維持・継続である場合には、それが婚姻秩序を乱すということに基づいて、公序良俗違反となる。そのため、後述の配偶者への不利益の場合と異なり、不倫関係の維持・継続を目的とした遺贈は処分行為の時点でそもそも無効であり、いつの時点で無効主張されるのかは問題にはならないと考えられる。このことは贈与の場合にも当てはまるのであり、法律行為が遺贈かそれとも贈与かということによって区別はされないだろう。判例及び裁判例においても、不倫関係の維持・継続を目的とする贈与は無効であるとされたものが複数あるが、いずれも、処分行為と無効主張の時期の時間的な開きを問題とはしていない。それゆえ、贈与においては処分行為と無効主張の間に時間的な開きが多々あることを踏まえてもなお、遺贈目的が不倫関係の維持・継続か否かという要素は、贈与の場合にも妥当すると考えられる（すなわち、贈与目的が不倫関係の維持・継続である場合には公序良俗違反となる）。

3 困窮を理由とする贈与の取消とドイツ法

他方で相続人への不利益による無効については、その根拠は遺贈によって相続人が生計の維持ができないという不利益を被っているということであり、贈与の場合に当てはめると不倫相手に贈与がされたことで分与財産が無くなり離婚後の他方配偶者が生計の維持に必要な財産の分与を得られなくなるということであるが、それだけでは既になされた処分行為をしばらく後にも無効とするには不十分であるようにも思える。この点につきドイツ法に目を転じてみると、ドイツ法には贈与契約について次のような規定が存在する⁽⁴⁸⁾。

「第五一九条 「困窮の抗弁」

- (1) 贈与者は、その他の義務を考慮すると、自己の相当な生計又は法律によって自ら負担する扶養義務の履行が贈与約束の履行によって危うくなる限り、約束の履行を拒絶することができる。
- (2) 数人の受贈者の請求権が競合するときは、先に生じた請求権が優先する。」

「第五二八条 「贈与者困窮による返還」

- (1) 贈与者が贈与の実行後、自己の相当な生計を賄い、血族、配偶者又は前配偶者に対して法律によって自己に課された扶養義務を履行することができない限度において、贈与者は、不当利得返還に関する規定によって受贈者に贈与物の返還を請求することができる。受贈者は、扶養に必要な金額を支払うことによって、返還を免れることができる。受贈者の義務に関しては、第七六〇条の規定及び親族扶養に関する第一六一三条の規定を、贈与者の死亡の場合には、第一六一五条の規定を準用する。
- (2) 多数の受贈者の間では、先の受贈者は、後の受贈者が義務を負わない限度でのみ、責めを負う。」

「第五二九条 「返還請求権の排除」

- (1) 贈与物返還請求権は、贈与者がその困窮を故意又は重過失によって生じさせたとき、又は困窮発生時に贈与されたもの給付から一〇年が経過しているときは、行使することができない。
- (2) 受贈者が、その他の義務を考慮すると、贈与物の返還によって、自己の身分相当な生計又は法律によって自己に課された扶養義務の履行を危うくなる限度において、同様である。」

五一九条及び五二八条とともに贈与契約後に生じた生活の困窮を理由に贈与契約の効力を否定する規定であり、両者の違いは履行の有無である。すなわち、五一九条は、契約は締結されたが履行は未だなされていないときに、履行を拒絶するための規定であるのに対して、五二八条は履行がされた後に契約の効力を否定する場合であり、五一九条の場合と異なり目的物の返還を要する。

もつとも、返還は無制限にできるわけではなく五二九条において制限が設けられている。困窮の対象は、主として贈与者本人を念頭にした規定であるが、本人以外にも血族や配偶者、そして前配偶者の困窮も、贈与者がそれらの者に対して扶養義務を負う場合にはそれらの者の困窮も効力を否定する理由となるようである。

困窮を理由とする贈与契約の否定は、プロイセン一般ラント法において既に規定が存在しており、第一編一章一一二三条において、「贈与者は、自身が困窮に陥ったときには、贈与した額の合計、又は贈与した物の価格の一〇〇分の六を権利として、毎年受贈者に請求することができる」としていた。後に、ドイツ民法を作成する際に、同様の規定である五二八条が規定されるに至っている。それでは、現在の条文はどのような趣旨で規定されたのであろうか。これに関して、五一九条及び五二八条は、生活資保留の利益・資力限度の利益 (beneficium competentiae) に基づく自己保存権 (Selbsterhaltungssatz) を明示したものであるとされる。⁽⁴⁹⁾ すなわち、契約上の義務であるからといって、自身の生活あるいは扶養すべき者の生活を犠牲にしてまで、贈与義務の履行をする必要はないということである。そしてこれらの規定は、法体系上は、三一三条において規定されている行為基礎の欠落の特則であるとされる。また、近時では、全く異なる観点からも五一九条及び五二八条の規定を捉えられている。すなわち、贈与者ないし扶養すべき者の困窮は、延いては社会保障への負担となるという観点である。⁽⁵⁰⁾ 贈与者ないし贈与者が扶養すべき者の困窮は、贈与契約の履行拒絶ないし返還請求ができれば解消されるが、そうでなければ依然として困窮状態というのは続くわけである。もつとも、困窮状態が継続してそこで事態は収束するわけではなく、生活できない贈与者ないし贈与者が扶養すべき者は最終的には社会保障に頼るようになる。⁽⁵¹⁾ これは、一面においては受贈者の利益のために社会保障負担者が負担を課されるということであり、不当であるとされる。確かに、社会保障費は無限ではなく財源に限りがある事を考えると、贈与者が生活保護を受けることにより他の生活保護者あるいはこれから保護を申請しようとしている者への影響も出てくるかもしれない。資源の適正分配という意味においても、受贈者が利益を受けることの裏返しとして、社会保障が圧迫されるのは、贈与者の財産処分を以てしても、肯しがたいのではないかと思われる。特に、五二八条の返還請求権は、贈与者自身が行使しなくとも、贈与者がその後生活保護を

受給している場合には、社会保障負担者に返還請求権が移転するとされており、ドイツにおいては財産処分自由よりも社会保障費の圧迫を避けることに重きが置かれているようである。

もつとも、五二八条の贈与物の返還請求には五二九条によって制限が加えられており、制限には三つの場合があるが、特に一項二文において、贈与契約の履行が完了してから一〇年経過したときには、もはや贈与物を返還請求することはできないと規定されている。五二九条それ自体が、衡平な考慮から規定されたものであり、特に信義則を明記したものであり、既に贈与物の給付を受けて贈与物の取得が法律上有効であると信頼している者は、未だ何らの給付も受けていない者よりも保護に値することがその趣旨である。⁽⁵⁴⁾ 一項二文は、一〇年という期間が経過すれば、もはや贈与が後に覆されることはない⁽⁵⁵⁾と信頼するものも当然であるという考えに基づいている。

以上をまとめると、ドイツにおいては贈与者の困窮または贈与者の扶養義務の履行ができないときには、かつて締結した贈与契約に対して、給付が未履行の場合には履行拒絶の抗弁（五一九条）を、既履行の場合には給付物の返還請求（五二八条）ができる。これは、生活費保留の利益・資力限度の利益に基づく自己保存権を根拠としており、近年では贈与者困窮の際には結局は社会保障に頼ることになることから、社会保障費の圧迫も根拠となっている。もつとも、既履行の場合には受贈者の信頼（贈与が法的に有効であること）を保護するために、給付物の返還請求にはいくつかの制限が設けられており、その中でも給付の履行から一〇年が経過すればもはや返還請求はできないと規定されている。この制限は、給付が未履行の場合には適用がないため、贈与契約から一〇年が経過していても、給付がされていない限り五一九条によって履行拒絶ができる。

このようにドイツでは、贈与後に贈与者が困窮に陥った場合や贈与者がなすべき扶養義務が果たせない場合についての規定が設けられているのに対して、日本においてはその様な規定は設けられていない。これについて、解釈によって同様の帰結を導き出すこととする見解がある。⁽⁵⁶⁾ 主として事情変更の原則によって契約解除できるといふものである。これに対して、取消や撤回を認めない見解もあり、贈与者の困窮や贈与者がなすべき扶養義務が果たせない場合の贈与契約の取消や撤回についての明文の規定がないこ

とから、立法によって取消や撤回を明記するならばともかく、解釈によってこれを認めることはできないとする。⁽⁵⁷⁾しかしながら、五五〇条の解釈としてはともかく、事情変更（一条二項）や公序良俗（九〇条）の解釈として展開することまでは否定されないだろう。また、取消や撤回を認めない見解には、「贈与者の財産状態が悪化した場合には、契約により履行を引き受けた以上、契約締結後の財産状態について見通しを誤ったことのリスクは贈与者が負担すべきである」として、贈与契約の履行の有無を問わず民法五五〇条以外の撤回を認めるべきではないという見解もある。⁽⁵⁸⁾確かに、財産状況が悪化したからといって贈与の撤回を容易に認めていては、贈与契約によって発生した権利は安定性を欠くことになりかねず、自らの意思でリスクを負った者よりも受贈者の保護を優先すべきであると言える。もつとも、このことが本稿で問題としている財産分与の場面においても妥当するかと言えば疑問の余地があると考えられる。なぜなら、財産分与の場面では、贈与は贈与者の資金を減少させ、それによって財産分与が果たせなくなるという結果に繋がるのであり、すなわち、贈与契約は直接的に贈与契約の第三者である元配偶者の権利・義務を変動させることはないが、贈与者の資産状態を通じて反射的に元配偶者に不利益をもたらすことになるからである。そして、贈与によって生じたリスクは贈与者自身の負担として贈与者の下に留まることなく、第三者である元配偶者に転嫁されることとなる。そのため、自らが履行を引受けた以上はそのリスクを負うべく撤回は許されないとする指摘は、少なくとも、財産分与の場面のように、第三者への反射的な不利益をもたらす場合には当てはまらないと考えられる。なお、贈与後に贈与者が生活保護に頼るほど困窮した場合も、贈与のリスクは贈与者ではなく社会保障を通じて国や自治体を負うこととなるため、同じことが言えるだろう。

日本の状況を鑑みると、ドイツ法の規定及びその趣旨の背景にある事情というのは、必ずしもドイツ特有のものではないといえるようか。すなわち、日本においても、贈与者自身の困窮や贈与者が他に扶養すべき者がいるのであれば、契約であるからといって自身の困窮を甘受し、あるいは扶養すべき者を放り捨ててまで契約を存続すべきであるとは言えないという考えは必ずしも否定されるものではなく、ドイツ民法五一九条及び五二八条の元々の立法趣旨は、日本においても受け入れられるのではないだろうか。さらに、贈与によって生じる不利益が贈与者自身で完結するならばまだしも、そうではなく、専ら扶養すべき者や延いては社会保

障負担者への不利益となるようであれば、財産処分を制限するというドイツ民法五一九条及び五二八条に対する近時の新たな観点についても、現在の日本における国あるいは地方自治体の財政状況を鑑みれば必ずしも受け入れられないわけではないと思われる。遺贈における相続人への不利益による公序良俗違反の根拠である相続人の生計の維持に加えて、ドイツ民法五一九条及び五二八条の趣旨である生活資保留の利益・資力限度の利益に基づく自己保存権及び社会保障の圧迫という観点が加味されるなら、既になされた処分行為を無効とすることも根拠づけられようか。また、五二九条で規定されている一〇年という期間制限についても、処分行為だけでなく既に贈与の給付まで済んでいる場合においては、受贈者は給付物に対して自身が権利を取得したと信頼するのも当然であり、給付から長期間が経過しているときには受贈者の信頼を保護すべき要請は強いものであると考えられる。このことは、日本においても妥当すると思われることから、ドイツ民法五二九条同様に期間制限の必要があり、無制限に無効主張することはできないと解される。

なお、付言すると、筆者は贈与後の贈与契約を否定することについて肯定するが、これまでの日本における肯定説の理論構成と見解を異にする。これまでの肯定説は、主に事情変更の法理を根拠に贈与契約の解除や変更を認めてきたわけであるが、これはあくまでも契約当事者間の利害調整を主軸としたものである。これに対して、筆者は契約当事者、特に贈与者の利害ではなく、贈与が行なわれることによって反射的な不利益を受ける第三者の利害を根拠として贈与契約を否定するものである。⁵⁹そのため、根拠となる法理は事情変更ではなく、公序良俗違反であり、また、無効を主張し、そして給付物の返還を請求する者も契約当事者ではなく第三者になると考える。契約当事者ではなく、第三者の保護がその目的だからである。

しかしながら、それでは依拠するドイツ法とは異なるとの指摘があるだろう。すなわち、ドイツ法では、贈与契約の履行を拒絶しあるいは既に行なった給付物の返還を請求する権利を有するのは贈与者である。贈与契約の当事者ではない第三者は返還請求権を有しないことから、仮にドイツの規定に示唆を受けて日本法の解釈をしても、第三者は独自の返還請求権を持たず、贈与者の返還請求権を代位行使できるにすぎない。そのため、贈与者本人及び贈与者が扶養義務を果たすべき第三者が権利行使（返還

請求権の代位行使」をすることは認められるが、贈与者本人を排して第三者のみが権利行使するということまでは認められないと考えられる。もつとも、贈与者本人が第三者の扶養を理由として贈与契約を否定して給付物の返還を受けることを肯定してしまうと、贈与者が取戻した給付物を実際に第三者の扶養のために用いれば問題はないが、自己のために消費してしまつて、さらに資力も残っていないという場合も考えられ、そのときには、第三者は受贈者に対しては何らの請求もできず（受贈者は既に贈与者に給付物を返還しているため）、贈与者に対する扶養請求も贈与者の無資力によつて実現できない可能性もありうる。そのため、少なくとも贈与者による給付物の返還請求は認めるべきではないだろう。そこで、理論を再構成するに、公序良俗違反を理由に贈与者及び第三者ともに無効主張は可能であるが、給付物の返還請求は第三者にのみ認められると解されようか。第三者にのみ給付物の返還請求が認められることの根拠については、七〇八条（不法原因給付）の適用範囲の問題として別稿にて詳しく論じたいと思う。

4 両要素の総合考慮

以上のことから、贈与目的という要素及び他方配偶者への不利益という要素は、それぞれにおいて公序良俗違反による無効を判断する際に、処分行為と無効主張の間の長期的な時間の開きは無効判断の妨げとはならないことがわかった。そのため、不倫相手への遺贈と不倫相手への贈与はともに同一の基準を以て判断することが可能であると言える。ただし、他方配偶者への不利益という要素に基づいて公序良俗違反を判断する際には、贈与契約の給付が既履行の場合には期間による制限がなされる。このことを踏まえて、不倫相手への遺贈における規範を不倫相手への贈与に当てはめると以下のようになる。

不倫相手への贈与においては、贈与目的と離婚後の他方配偶者への不利益が総合考慮される。その際に、贈与目的も他方配偶者への不利益もその程度に幅がありうることから、それぞれを程度に応じて分ける必要がある。すなわち、離婚後の他方配偶者への不利益では、他方配偶者の離婚後の生計の維持を脅かすか否かが公序良俗違反の判断要素となるが、生計の維持の内容は財産分与

の性質を踏まえると、最低限度の生活を維持することからそれに加えて稼働能力を回復することまで幅がある。相続人への不利益においては、相続人が高齢であることが多く、そもそも就業できない場合が殆どであり、生計の維持の内容は言葉通り最低限日々の生活を営むことであると考えていればよかつたのとは異なり、離婚後配偶者への不利益においては、配偶者は離婚後に就業できる場合も多いことから、生計の維持の内容としては、最低限度の生活から、それを超えた稼働能力の回復まで幅を持たせて考える必要がある。他方配偶者への不利益を、不利益の程度によって分けるとおおよそ次のようになるだろう。すなわち、①配偶者には稼働能力や資産が十分にあり、贈与がされたことによる不利益は単なる財産上の不利益に留まり、他方配偶者は生計の維持までは脅かされない場合、②他方配偶者の稼働能力や資産が十分ではなく、贈与によって最低限度の日々の生活を営むだけの分与財産すら得られないわけではないが、稼働能力の回復に必要な資金は得られなくなる場合（最低限の生活費はあるが職業訓練費などの稼働能力に必要な資金が無い場合）、③贈与によって他方配偶者は最低限の生活をするのに必要な資金すら得られなくなる場合の三つに分けられようか。他方で、贈与目的にも幅があることから、a 贈与目的が専ら不倫関係の維持・継続である場合、b 贈与目的は不倫関係の維持・継続であるものの、同時に不倫相手への感謝のためあるいは不倫相手の生活保障の目的も含まれる場合、c 贈与目的に不倫関係の維持・継続という目的が一切含まれない場合の三つに分けられよう。これらは遺贈の場合と同じく、贈与目的や離婚後配偶者への不利益の程度が大きければ一方の要素のみによって公序良俗違反となりうるし（例えば、配偶者への不利益が③に該当する場合には、贈与目的がa b cのいずれであっても公序良俗違反になり、贈与目的がaである場合には、配偶者への不利益が①②③のいずれであっても公序良俗違反となるなど）、程度が大きくなくとも、総合的に判断して公序良俗違反となる場合もある（配偶者への不利益が②で贈与目的がbの場合）。

なお、離婚後配偶者への不利益という要素のみで公序良俗違反となる場合で贈与の履行が既になされるときには、贈与が法的に有効になされたという受贈者の信頼保護のために無効主張の期間を制限する必要が生じるが、これは、贈与目的との総合考慮によって公序良俗違反となる場合でも妥当するだろうか。これについては、専ら不倫関係の維持・継続が目的というわけではなく

とも、少なからずその目的が含まれている以上は、法的に有効な贈与であるとの信頼は揺るぐであろうことから、その信頼は保護に値せず、無効主張の期間は制限されないと考える。

四 終わりに

本稿では、離婚後の他方配偶者の生計の維持のための分与財産の確保という観点から、特に、婚姻中に一方配偶者が不倫相手へ贈与したことによって分与財産が無くなったという場面を念頭に、贈与を無効として分与財産を回復できるかということを検討した。検討の内容は以下の通りである。はじめに、財産分与の性質とは何かということが検討された。その内容は、財産分与の法的性質には変遷があるものの、その傾向として生計の維持という側面が徐々に強調されてきているという事が挙げられる。もっとも、生計の維持の内容には若干の違いがあり、近時の見解に従うならば、稼働能力を回復するのに必要な額を以て生計の維持と評価できる。

もっとも、稼働能力に必要な額の分与のためには、そもそも分与財産が無ければならない。最初から財産がない場合にはともかくとして、婚姻中に贈与した結果財産が無くなった場合には、その贈与を否定して分与財産を回復することが考えられる。そのための手がかりとして、二章では、不倫相手への遺贈の公序良俗性について論じた。その帰結は、不倫相手への遺贈は、①遺贈目的及び②残された相続人へ不利益（生活基盤の破壊）という二つの要素の総合考慮によって、公序良俗違反となる場合があるというものである。

三章では、遺贈の事案によって導き出された規範を、婚姻中の贈与の事案に転用できるか検討をした。検討に際して中心となったのは、遺贈と贈与における、処分時期の違いから生じる問題である。すなわち、遺贈においては処分時期と公序良俗違反の主張の時期が殆ど同じ時期になされるが、贈与の場合は、両者の間に時間的な開きがあり、財産処分の自由の点から容易に贈与の効力

を否定できないのではないかという問題である。これに関しては、①贈与目的と②配偶者への不利益という二つの要素に分けた上で、①贈与目的については、公序良俗違反の根拠が婚姻秩序を乱すことであり、処分行為の時点でそもそも無効であり、いつの時点で無効主張されるのかは問題にはならないと考えられ、そして判例においても期間を問題としていないことから、②配偶者への不利益については、主にドイツの贈与法の、離婚後の他方配偶者の扶養義務が果たせない場合には、その扶養のために贈与の効力を否定できるという規定を参考に、日本においても他方配偶者の利益が生計の維持である場合には、遺贈の事案における規範を以て後に契約の効力を否定することも可能であるという帰結を導き出している。もつとも、贈与が既履行の場合には、贈与が法的に有効であるとの受贈者の信頼を保護するために、無効主張の期間に制限が加えられる。そして、この二つの要素の総合衡量によつて、公序良俗違反が認められる。

なお、贈与においては、履行がまだなされていない場合もあれば、履行がなされている場合も当然にある。後者の場合には、更なる問題として、給付物の返還請求権を誰が行使できるのかというものがあつた。これは、不法原因給付（七〇八条）の適用範囲の問題でもあるため、別稿にて詳細に論じたいと思ふ。

- (1) 商事法務研究会『日本近代立法資料叢書六 法典調査会民法典議事速記録六』（商事法務、一九八四年）四〇五頁以下。
- (2) 議事速記録・前掲注(1)四〇五頁「本条ノ規定ハ既成法典ニハナイノデス。夫故ニ無論解釈ハ反対ニナル。外国ノ法律ニハ大抵皆アリマス。デ是ハ何ウシテモナクテハナラヌ規定デアラオウト思ヒマス。八百二十三条ニ列記シテアル離婚ノ原因ガ明カニ存シテ居ツテモ、即チ毎日酷ヒ目ニ遇ツテ居ルト云フ場合デモ、離婚ニナツタナラバ喰ヘナイト云フノデ、苦ミヲ忍ンデ涙ヲ吞ンデ矢張り附テ居ラネバナラス、離婚ノ訴ヲ起スコトガ出来ヌト云フコトニナツテハ、実ニ不都合デアラウト思ヒマス。然ウ云フ場合ニハ過チノアル者ノ方カラ養ハナケレバナラス。最モ養ハンナラヌト云フコトハ、扶養ノ義務ノ所デモ極マリマセウガ、自分ニ財産ヲ持テ居レバ取ルコトハ出来ナイ。夫レデ其財産ガナクテモ自分ノ腕デ喰ウコトガ出来レバ、矢張り請求ハ出来ヌ。夫レデ「資力ナキ」トハ書カナイ。「自活スルコト能ハサル」ト書イタ。財産モノナイ、腕モノナイト云フヤウナ場合ニハ、過失者カラ養ツテヤルト云フコトガ必要デアル。別シテ我邦ニ於テハ最モ必要デアラウト考ヘマス。今日離婚ノ請求ノ出来ル場合デアツテモ、みすみす後トデ喰ヘナクナル。実家ニ帰ツテモ実家が貧乏デアルト云フヤウナコトデ、辛抱シ

テ居ル。夫レハ屢々アルコトデアアラウト思ヒマス。夫レデ此規定ハ何ウモナクテハナラスト考ヘマシタ。」としている。

- (3) 議事速記録・前掲注(1)四〇五頁以下。
- (4) 高野耕一『財産分与・家事調停の道』(日本評論社、一九八九年)一五頁以下。
- (5) 我妻栄編『戦後における民法改正の経過』(日本評論新社、一九五六年)三〇四頁。なお、第一次案のもとになった「民法改正要綱案 B 班案(婚姻)」は、堀内信之助が原案を作成し、これを来栖三郎が精査して作られたものであるが、このときに参考としたのは大正の臨時法制審議会の改正要綱、及び改正要綱に基づいて作成された人事法案である(二七頁以下)。
- (6) なお、最終案に至るまでには、若干の変遷が見られ、途中段階での第六次案では、
- 「八百十二条の四

協議上ノ離婚ヲ為シタル者ノ一方ハ相手方ニ対シ相当ノ財産ノ分与ヲ請求スルコトヲ得ル

前項ノ規定ニ依ル財産ノ分与ニ付キ当事者間ニ協議調ハサルトキハ当事者ハ家事裁判所ニ対シ協議ニ代ハル処分ヲ請求スルコトヲ得但離婚ノ時ヨリ三年ヲ経過シタルトキハ此限ニ在ラズ

前項ノ場合ニ於テ家事裁判所ハ当事者双方ノ資力其他一切ノ事情ヲ斟酌シテ分与ヲ為サシムヘキヤ否ヤ並二分与ノ額及ヒ方法ヲ定ム」とされてきた。我妻・戦後前掲注(5)三〇四頁

- (7) 我妻・戦後前掲注(5)一三八頁以下。
- (8) 我妻・戦後前掲注(5)一四三頁。
- (9) 我妻・戦後前掲注(5)一四三頁。
- (10) 高野・前掲注(4)六六頁。
- (11) 我妻栄『改正親族相続法解説』(日本評論社、一九四九年)七一頁、柚木馨『親族法』(有斐閣、一九五〇年)一四七頁以下。
- (12) 青山道夫『身分法概論』(法律文化社、一九五一年)一三五頁、外岡茂十郎『親族法』(評論社、一九五〇年)一八三頁。
- (13) 末川博『新版民法(下ノ二)』(千倉書房、一九八二年)一四頁以下、中川善之助『民法大要(下巻)親族法・相続法』(勁草書房、一九六三年)八五頁、中川善之助編『註釈親族法』(福島正夫)(有斐閣、一九五〇年)二六二頁。
- (14) 我妻栄『親族法』(有斐閣、一九六二年)一五四頁以下。
- (15) 坂木郁郎『離婚の際の財産分与の性質について』立命四・五号七四頁以下。
- (16) 我妻栄・前掲注(14)一五〇頁。来栖三郎『判批』法協四七巻二号七四頁以下。
- (17) このうち、①清算的要素及び②扶養的要素については、これらが財産分与の内容として含まれていることに異論はないものの、③慰謝料的要素に関しては見解が分かれている。本沢巳代子『離婚給付の研究』(一粒社、一九九八)五九頁。
- (18) 水野紀子『離婚給付の系譜的考察(2)』法協一〇〇巻二二号五六頁。

- (19) 鈴木真次『離婚給付の決定基準』（弘文堂、一九九二年）一頁以下。
- (20) 「補償」という考えを唱えるものとして、水野・前掲注(18)、鈴木・前掲注(19)のほか、本沢・前掲注(17)。
- (21) 稲田龍樹「離婚給付の現状」自由と正義二六号一九頁以下。
- (22) その他、大阪地裁昭和四三年八月一日・判時五五七号二五七頁、東京地裁昭和五八年七月二〇日・判時一一〇一五九頁、東京地裁昭和六三年一月四日・判時一三一八七号七八頁、仙台高裁平成四年九月一日・判タ八一三三二五七頁が上げられる。
- (23) 我妻栄「新訂 民法総則（民法講義Ⅰ）」（岩波書店、一九六五年）二七二頁以下。
- (24) 伊藤昌司「批評」判タ二一八頁以下。
- (25) 泉久雄「遺言の無効」家月三〇巻一〇号一四・一五頁以下。
- (26) このとき、配偶者は既に離別等によっておらず、子のみが存在する場合には、経済的不利益を受けるのは子であるから貞操義務違反は生じないが、婚姻外の性関係が制度としての婚姻制度を破壊する性質をもつ以上は、そのような性関係の継続を目的とする遺贈も、反公序良俗であるとする（泉前掲注(25)一四頁）。
- (27) 松川正毅「批評」家族法判例百選（第四版）二三四頁以下、同（第七版）一七六頁以下。
- (28) 西垣道夫「批評」ジュリ八一四号七九頁。
- (29) 中川淳「批評」判時三四二二二二二頁以下。
- (30) 松倉耕作「批評」判タ五八一四頁。
- (31) 松倉・前掲注(30)一一六頁。
- (32) 松倉・前掲注(30)一一六頁。
- (33) 西垣・前掲注(28)七八頁以下。
- (34) 中川善之助・泉久雄編『新版注釈民法(26)相続(1)』（中川良延）（有斐閣、一九九二年）二七六頁以下。
- (35) 例えば、二章Ⅰで言及した昭和一八年大審院判決と昭和六一年最高裁判決を見る限りにおいて、反倫理的な行為の対象が、婚姻関係にない者との間で情交関係を維持・継続するためになされた遺贈から、配偶者がいるにもかかわらず婚姻関係にない者との間で情交関係を維持・継続するためになされた遺贈へと縮小されている。昭和一八年判決は厳密には「遺言ハ妾関係ノ継続維持ヲ条件トスルモノニシテ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル」場合には無効であることを判示しており一見して昭和六一年判決と同旨であるようにも思えるが、ここでいう「妾」は現代いう妾とは意味合いが異なり、単に婚姻関係にはないものの情交関係にある者を指している。つまり、結婚もしていない男女が情交を結ぶことは、夫婦になつてから情交を結ぶべしとするその当時の倫理に反していると評価したと考えられる。これに対して、昭和六一年判決では、まさしく配偶者がいるにもかかわらず婚姻関係にない者との間で情交関係を維持・継続するためになされた遺贈を反倫理的であると評価している。前者は婚姻関係にない男女の情交関係を広く一般的に対象としているのに対して、後者は配偶者がいるにもかかわらず婚姻関係に

ない者との間での情交関係に限定していることから、後者のほうが対象を縮小しているといえるだろう。昭和十八年と昭和六一年では、男女交際のあり方にも変化が見られ、昭和六一年当時には婚姻関係のない男女が情交を結ぶことはかつてと比べて必ずしも倫理に反するものではなく、情交関係を維持・継続する目的でなされる遺贈もまた必ずしも倫理に反するものではなかったと思われる。それを踏まえれば、わずかに四〇年ほどで倫理観が大きく変化しており、具体的な明文なしにその様な変化しやすい倫理観に依拠して公序良俗違反性を判断するのは、市民生活を混乱させる可能性があることを否定はできない。

- (36) 山本敬三『公序良俗論の再構成』(二〇〇〇年、有斐閣) 四六頁以下。
- (37) 山本・前掲注(36) 七六頁以下。
- (38) 山本・前掲注(36) 七七頁以下。
- (39) 山本・前掲注(36) 七九頁以下。
- (40) 山本・前掲注(36) 二〇九頁以下。
- (41) 山本・前掲注(36) 二一八頁以下。
- (42) 山本・前掲注(36) 八七頁以下。なお、山本は具体例として「たとえば、競争禁止特約の例では、裁判型―基本権保護型の枠内で、Aの営業の自由の侵害に保護を与えることがBの営業の自由に対する過大な侵害にならないかどうかを判断する際に、Bが営業の許可を受けていないという事情を考慮することが考えられる。また、詐欺的・強要的取引の例では、法令型―政策実現型の枠内で、当該営業について許可制を導入した法令の政策目的に照らして、このような悪質な取引をしたBに保護を与えるべきかどうかを問題とすることが考えられる。」としている。
- (43) 山本・前掲注(36) 九二頁注(7)。
- (44) 益井公司「遺言と公序良俗―いわゆる愛人遺言における一部無効論を中心として―」日法五八卷四号九一頁以下。
- (45) なお、不倫関係にはない者への遺贈や、宗教団体への遺贈の場面においても公序良俗違反による無効が主張できるかという問題提起とするものとして、原田昌和「判批」『民法判例百選1 総則・物権(第七版)』二六頁以下。
- (46) 中川・前掲注(29) 二〇二頁以下、森田悦史「批評」専法二号一五三頁以下。贈与に関する事案であるが、重婚の内縁関係の相手への贈与を公序良俗に反しないとしたものとして東京地裁昭和四四年一月四日・判時五八五号五九頁。
- (47) 東京地裁昭和三二年二月九日・家月一〇卷二号八二頁、東京地裁昭和三九年五月二六日・下民一五卷五号一一七〇頁、東京地裁昭和四〇年五月一〇日・判時四二四号四一頁、東京地裁昭和四〇年一月三〇日・判タ一八七号一七七頁、最高裁昭和四五年一〇月二二日・民集二四卷一―号一五六頁。
- (48) 条文の訳は、右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂、一九九五年) 一三八頁以下に基づくものである。
- (49) Staudinger Kommentar. (2013) Tziana J. Chiusi, §519, Rn1. Kohhammer Kommentar (1997), Otto Muhl, §528, Rn1.

- (50) Chiusi (Fn.49), §519, RnI. ff. §528, Rn. If. Mühl (Fn.49), §519, RnI. ff. §528, Rn. If.
- (51) Chiusi (Fn.49), §519, RnI.
- (52) Chiusi (Fn.49), §528, Rn.27.
- (53) Staudinger Kommentar (2005), Susanne Wimmer-Leonhardt, §529, RnI.
- (54) Münchener Kommentar (2016), Jens Koch, §529, RnI.
- (55) Koch (Fn.54) §529, RnI.
- (56) 石田文次郎『債権各論講義』(弘文堂、一九三七年)二二頁、石田穰『現代法律学講座13 民法V(契約法)』(青林書院、一九八二年)一〇頁、加藤雅信『新民法体系IV 契約法』(有斐閣、二〇〇七年)一九四頁、平井一雄『民法IV(債権各論)』(青林書院、二〇〇二年)七五頁、平野裕之『民法総合5契約法(第三版)』(信山社、二〇〇七年)二四六頁、三宅正男『現代法律学全集9 契約法(各論)上巻』(青林書院、一九八三年)三五頁、柚木馨・高木多喜男編『新版注釈民法(14)債権(5)贈与・売買・交換』(柚木馨・松川正毅)(有斐閣、一九九三年)三四頁以下。なお、石田文次郎及び柚木馨・松川正毅は、履行後の取消・撤回についてはこれを明確に否定している。
- (57) 山中康雄『契約総論』(弘文堂、一九四九年)二五七頁。
- (58) 潮見佳男『契約各論I—総論・財産権移転型契約・信用供与型契約—』(信山社、二〇〇二年)四八頁以下。
- (59) 契約等の法律行為が第三者に反射的な不利益を及ぼす場合について、拙稿「法律行為の不利益的反射効の法的評価に関する一考察」新報一三卷八号二七五頁以下。

(本学大学院法学研究科博士課程後期課程在籍)