

# 贈与と信託的構成

小 賀 野 晶 一

- 一 はじめに
- 二 規範定立のためのアプローチの視点
- 三 贈与の拘束力
- 四 判 例
- 五 学説——代表的な理論
- 六 贈与の信託的構成——規範定立の基礎的課題
- 七 おわりに

## 一 はじめに

贈与は、A（贈与者）とB（受贈者）との間で、贈与と受贈のそれぞれの意思（その基本的内容）が合致することによって成立する（五四九条）。贈与は契約の一つであり、契約の効果として一定の拘束力が認められるが、無償性を理

由に弱いものになっている。贈与は無償契約の代表とされ、無償契約といえば贈与が登場する。財産の法としての民法の考え方が、有償と無償の違いをもたらしている。俗に「ただであげた・ただでもらった」ということが贈与法の規律の基本になってきたといえる。

贈与の目的は、相手方の利益を図るもの、公益を図るものなど、様々であり、なかには公序良俗違反で無効になるような贈与もある。そのなかで、負担付贈与では効果において負担の履行状況などが考慮されており、贈与の契約としての拘束力に特徴がみられ、贈与の一つの類型を形成している。贈与の目的・機能、負担付贈与の構成などを重視すると、贈与のすべてを無償性のもとに同一に扱うことはできないのではないか。判例及び学説の状況は贈与法のあり方として以上のことを示唆している。

本稿は以上の問題意識のもとに、贈与法のあり方について、贈与の拘束力を中心に譲渡法（物権法）と契約法（債権法）の双方から総合的に検討する。<sup>(1)</sup>以下、贈与の対象となる財産については、典型例である物（動産又は不動産）の所有権を対象とし、また贈与の目的物となり得る金銭や金銭に特有の問題については割愛する。

## 二 規範定立のためのアプローチの視点

### 1 贈与の構造

#### (1) 民法における贈与の位置

意思の合致（合意）によって契約が成立すると当事者は債権・債務の関係に立ち（双務契約と片務契約がある）、契約

の拘束力に服する。契約の拘束力は、当事者の合意を根拠にする。<sup>(2)</sup>すなわち、合意が維持される限り契約の解除は困難であり、逆に合意が崩れている場合には契約の解除が可能になるというものである。契約は債務の履行（弁済、相殺等）その他一定の事由（解除や取消等）によつて解消し、当事者は契約の拘束力から解放される。

贈与は売買と同様、契約が成立するとその効果として贈与者から受贈者に財産が移転する（五四九条参照）。贈与は民法の典型契約の一つであり、契約の様態は売買と同様、権利移転型に属する。なお、後述するように、これとは異なる視点を提示するものがある。私法上の取引において、契約の目的を達成するためにAの所有権がBに移転する場合に、AとBとの関係をどのように捉え、どのように規律すべきか。この問題は、民法・財産法において債権・契約法理と物権・譲渡法理が交錯する問題である。

民法の贈与法の研究は従来、契約としての贈与の無償性が強調されてきた。贈与は契約に位置づけられているが、贈与契約の効果として財産がAからBに移転することに注目すると、贈与法は契約法とともに譲渡法からもアプローチすることができる。また、贈与は民法が導入する制度であり、贈与を契約とともに制度として考慮することが有益であろう。贈与における契約及び制度としての規範を明らかにしなければならない。

## （2）贈与と所有権

贈与に関する紛争処理においては契約法と物権法の双方が関与し、財産に対する権利、すなわち財産権、そのなかでも所有権をどのように位置づけるかが要点となる。

一般的に、A B間のある契約について、その契約の効果として形式的にAからBに所有権が移転すると、通常は取

消・解除等がない限りBは所有権の利益を確定的に享受する。ここでは形式のみならず実質的にも所有権は移転している。これは契約の締結を伝統的論理（所有権の論理、契約の論理）のもとで捉え、「あるかないか」の基準で規律するものである。しかし、契約のなかにはそのような結論が妥当性を欠く場合がある。判例にみられる負担付贈与の実態はこのことを示唆している。

伝統的な所有権論では、人間尊厳の原則に基づく所有権の社会性・公共性は必ずしも十分には考慮されていない。現代的所有権論では、私権としての所有権の保障を前提に、所有権のあり方を明らかにしなければならぬ<sup>(3)</sup>。民法及び環境法から示唆されることは、所有権は現世代とともに将来世代の人々の社会生活の基礎となる。このような考え方を環境民法論として育てることが望まれる<sup>(4)</sup>。ここでは所有権は、例えば将来世代への贈与の思想を実現することに寄与している。

以上のような考え方は信託法理の考え方を想起させる。ここに信託法理とは何かであるが、信託法理の典型は日本法制では実定信託法が対象とする信託である。契約当事者の一方が契約目的を超過する権利を取得する場合に、これを契約目的に縮減するものである。比較法的には信託はイギリスのユースやトラストに起源を有する。信託の思想を追求し、信託法理を実定信託法や民法に応用することが考えられる。

## 2 贈与と社会生活における自助、共助、公助

民法は私たちの生活及び生活関係を規律する。契約は人と人が法的関係をもつための法的方法である。贈与もこのなかにある。今日、生活及び生活関係は広がり複雑化しており、契約当事者の意思決定や意思決定支援をどのように

規律するかは契約法における要点となる。ここでは地域社会における生活のあり方として共助に注目したい。

共助は自助と公助の間にあつて、地域社会に寛容と潤いをもたらす潤滑油の役割を果たすことが期待されるところ、ここでの基本思想は贈与法に求めることができる。贈与は種々の機能を有するが、共助を目的とする贈与、個人間であつても共助に繋がる贈与など一定類型の贈与については、贈与者の意思を法的に支えることが必要ではない<sup>(5)</sup>。贈与は地域経済を支える公共サービスとしての側面もある。贈与の私的、公的要素を考慮すると、信頼関係の確保が極めて重要な法理として自覚されなければならないであろう。いくつか具体的に述べる。

贈与と類似あるいは同一の制度として寄付がある。二〇〇八年に導入された「ふるさと納税制度」は、「今は都会に住んでいても、自分を育ててくれた「ふるさと」に、自分の意思で、いくらかでも納税できる制度があつても良いのではないか」との問題提起から始まった納税制度であり、実際には都道府県、市区町村への寄付である(総務省ウエブサイト)。これは地方財政の改善・活性化、都市と地方の税収格差の是正のほか、被災地支援など新たな活用も企図されている。過剰な返礼品など運用上の混乱が一部にみられたが、推進されることが望まれる。

以上は社会貢献など法の周辺問題にも及んでおり、従来の贈与法ではあまり関心が示されなかったものである。しかし、贈与はこれを広義に捉え、あるいは贈与の周辺分野に範囲を広げると、社会生活における自助、共助、公助と密接に関連していることが明らかである。負担付贈与の法的構成に関する考え方はこれらの事例にも応用することができる。

### 三 贈与の拘束力

民法は贈与について、「贈与は当事者の一方が自己の財産を無償で相手方に与える意思を表示し、相手方が受諾をなすことによつてその効力を生ずる」旨を規定する（五四九条）。

贈与は、贈与者が受贈者に債務を負う片務契約であり、無償契約である。贈与の拘束力はこのような特徴のもとで捉えられてきた。贈与に関する民法の規定をみると、贈与の履行前は、各当事者は書面によらない贈与は取り消すことができ（五五〇条）、書面による贈与は取り消すことができない（五五〇条本文の反対解釈）。また、履行後は、たとえ書面によらない贈与であっても、贈与契約の履行が終了した部分については取り消すことができない（五五〇条ただし書）。ここに取消とは、意思表示の効果を将来に向かって消滅させること、すなわち、講字上の撤回をいう。

負担付贈与も贈与であるが、実質的には双務契約の性質を有する場合があり、双務契約に関する規定が準用される（五五三条）。受贈者が負担を履行しないときは贈与者は契約を解除することができる（五四一条、五四二条の準用）、受贈者の不履行の意思が明らか場合は即時に解除することができる<sup>(6)</sup>と解されている。また、負担付贈与の無償性については、有償性を認める学説も有力であり、この点については同条の「準用する」を根拠に柔軟な解釈論がみられる<sup>(7)</sup>。負担付贈与では負担を伴うことにより贈与の無償性が希薄になっているということもできる。受贈者は負担の履行義務を負い、売主と同様の担保責任を負う（五五一条二項）。書面によらない負担付贈与も贈与であるから、履行の終わった部分については解除をすることができないと解されている（五五〇条参照）。

贈与の拘束力に関する民法の解釈論について、以下、判例、学説の主要な考え方を概観する。ここから贈与法の本

質を明らかにし、実務の発展に資する理論（実務理論）の形成に努めなければならない。

#### 四 判 例

裁判所はそれぞれの事案の紛争処理をめざしている。ここでは、当該事案について具体的妥当性を有する解決に全力が注がれる。もちろん、様々な利益衡量がなされるなかで法的安定性への配慮も行われる。民法の解釈論では一般的確実性と具体的妥当性の調和がめざされている。<sup>(8)</sup> これを実現するためには、的確な利益衡量とこれを可能にする適切な論理が必要であろう。

贈与契約の拘束力に関する判例は、当事者間の贈与意思形成過程を踏まえ、当事者間の信頼関係（人間関係）を重視している。紛争処理の要素は、契約締結に至る動機、信義則、忘恩行為などの概念が用いられる。以下、裁判例をいくつか概観する（引用判決の傍線は小賀野）。

#### 信義則（責に帰すべき背徳的事由）

① 大阪地判昭四五・五・九判時六二〇号七〇頁

本判決は責に帰すべき背徳的事由を重視した（本件事案については消極）。

Xは、その夫から書面により土地・家屋の贈与を受けたが、所有権移転登記がなされないまま夫が死亡し、相続を原因としてYらが各自に九分の二の割合の持分移転登記がなされた。そこで、Xが贈与を原因として九分の二の持分

について持分移転登記手続を求めた。Yらは抗弁として、忘恩行為を理由に本件土地・建物に対する贈与の撤回を主張した。

本判決はまず、本件問題の所在を一般論として述べた。すなわち、当事者間に贈与契約が成立した後、受贈者が贈与者を虐待し、強迫し、侮辱し、傷害を加え、あるいは殺害したという場合に、受贈者が順与者ないしその相続人に対して贈与契約の履行として贈与物の引渡や所有権移転登記を請求してきたのに対し、これを認容し受贈者に法的保護を与えることは、受贈者のなした行為の動機、態様、結果などを考慮したときには場合によっては感情的かつ本能的に抵抗を感じることもあるが、このような感情を反映した法制度がドイツ（独民五三〇条～五三二条）、フランス（仏民九五五条ないし九五九条）等では忘恩行為による贈与の撤回として明定されているのに、わが民法には規定がないので、かかる感情を保護するため受贈者の履行請求を許否し得るか否かが問題となる、とした。

本判決は次に、「贈与は贈与者に対して無償で財産権を移転することを約するものであり、その動機には利他的な場合ばかりでなく、利己的な場合も多いのであるが、その基礎にはいずれの場合にも贈与者が贈与意思を形成するに当っては、贈与者と受贈者との間に存する特別の人間関係が影響を与えている場合が多いであろう。そして、特別の人間関係が影響して贈与意思が形成され、その実行として贈与がなされたような場合には、贈与者の意思としてはその人間関係を維持、発展させる一環として贈与意思を形成したのであるから、その人間関係がその履行前に受贈者の責に帰すべき背徳的事由によって解消された際には、いったん形成された贈与意思もそれに伴い解消され、贈与者において受贈者の履行請求に応じる気持になれないのも無理のないところである。そこで、このような贈与者の意思を考慮し、贈与者が贈与意思を形成するに至った動機とその後受贈者がなした行為の動機、態様、結果などを総合的

に判断し、贈与意思を形成する基礎となった人間関係が受贈者の責に帰すべき背徳的事由によって解消されたと認められる場合には、そのような受贈者において贈与の履行を求めることが信義則に反するものとして、贈与者ないしその相続人において履行の請求を許しえると解するのが相当であり、Yらのなした忘恩行為による贈与の撤回の主張のなかにはこの趣旨が含まれていると思料される。」と述べた。

本判決は結論として、Xが贈与意思を形成する基礎となったXと夫の夫婦としての人間関係をその責に帰すべき背徳的事由によって解消したとはいえないと認めた。

## ②新潟地判昭四六・一一・一二判時六六四号七〇頁

本判決は信義衡平の原則を重視し、履行後の解除を認めた。

養親子間で、実質的に養親子関係が形成されることを期待し、自己の労力と費用で造成し、自己の生活の基盤として使用している宅地の贈与がなされた。X及びYは昭和三一年四月一日縁組届出をした養親子でありながら今日迄嘗て一度も同居したことはなく、昭和四一年以降本件土地の使用や所有をめぐる争い、昭和四二年以降互いに離縁を求め訴訟を提起し養親子関係の解消を希望していた。縁組当時Yは一一歳で、諸事情からYがもう少し成長するまで同居しないこととし、同居するきっかけがないまま、養親子関係が破綻してしまったので、Xが贈与を撤回、解除し、Yに土地の返還を請求した。

本判決は、解除の認容基準として、「親族間の情誼関係の破綻」を掲げ、贈与物返還請求を認めた。

土地の贈与の撤回については、贈与に基づく本件土地の所有権移転登記がなされた事実を認定し、「この事実によ

れば右贈与の申込は既に受諾されたことになる」とし、贈与の解除について。本件贈与が負担付贈与かどうかに関しては、「XがYに本件土地を贈与したのはX主張のとおりX及びYが終生にわたって養親子関係を維持し、Yが養子としてXの老後の扶養をしてくれることを期待してのことであつたと認められる。然し右のような期待は養子縁組をする以上は当然のことで、養親が右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、右の期待が贈与の負担となることはない。従つて本件土地の贈与が負担付であることを前提とする解除の主張は理由がない。」と述べた。本判決はその上で、「贈与が親族間の情誼関係に基づき全く無償の恩愛行為としてなされたにも拘わらず、右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、右贈与の効果をそのまま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、諸外国の立法例における如く、贈与者の贈与物返還請求を認めるのが相当である。」と判断した。

忘恩行為（背徳的な忘恩行為、非情極まりなき忘恩行為）

③東京地判昭五〇・一二・二五判時八一九号五四頁、判タ三三五号二八八頁

本判決は受遺者の忘恩行為に注目し履行後の撤回を認めた。

Yに対する本来の相続分以外の所有権の移転が、MとY間の特別の情誼関係に基づいて、Y以外の他の全部の相続人からYに対し、相続放棄の形式をとつて各相続分の贈与がなされた場合において、Mの包括受遺者であるXからYに対し土地所有権持分移転登記等が請求された。

本判決は一般論として、「贈与が、親族関係ないしはそれに類する継続的な特別の情誼関係が、受遺者の背徳的な

忘恩行為によって破綻消滅し、ために贈与者が、右贈与なかりせば遭遇しなかつたであろう生活困窮等の窮状に陥り、右贈与の効果を維持することが諸般の事情に照らし条理上不当と解されるような場合には、贈与の撤回ができるのである。」と述べた。そして、本件について、「前記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、ために老後をYに託しその全財産を贈与して生活基盤を失っていたMは、たちまちのうちに生活危難に陥り、一村一番の資産家の未亡人の身から転じて生活保護を受けざるを得ない立場に陥ったものであつて、かかる場合には、Mに、前記贈与の撤回権が発生し、贈与の目的物の取戻ないし撤回権行使の時点における価格の返還請求ができる」と判断した。

#### 贈与意思の形成

##### ④東京地判昭五一・六・二九判時八五三号七四頁

本判決は贈与意思の形成過程を重視し、履行後の解除を認めた。

Xは、自己及び内妻（A子）の老後の生活の世話及び亡き後の墓守、法事等の供養を引き受ける旨の約定を養子夫婦から得て所有建物を同夫婦らの娘Yに贈与したが、夫婦の約束違反を理由に贈与の解除を主張し、建物所有権移転登記の抹消を請求した。

本判決は一般論として、「贈与は無償で財産権を移転することを約するものではあるがその動機は利他的に出るものばかりとは限らないのであつて、贈与意思を形成するにあつてはその背景にある人間関係が重要な影響を与える場合が多く、その人間関係を形成・維持していくことを目的として贈与意思の形成が行われうるのである。そうして

贈与をする際の贈与意思形成にあたって重要な要素となった関係が存し、それについて合意がなされた場合にあっては特段の事情がない限りこの合意について法律的效果を認むべきものと考えられるのである。」と述べた。そして、本件について、「約定のA子の生活の世話及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效果を認めるのが相当であり、又Xの生活の世話及び死後の墓守については通常の養親子間にあつては当然のことであつて右の約定をもつ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へ、前記認定のような本件におけるXと次郎及び花子の関係のもとにおいては、贈与の負担として前記約定に法律的效果を認めるのが相当である。」と判断した。

## 死因贈与

### ⑤東京地判昭六三・六・二七判時一三〇六号五六頁

本判決は死因贈与と捉えその撤回を認めた。

X<sub>1</sub>は亡きAの後妻であり、X<sub>2</sub>及びYの義母であるが、老後の扶養を依頼するために自己の死亡を条件としてX<sub>1</sub>所有の建物の共有持分権をX<sub>2</sub>、Yに各二分の一贈与した。しかし、Yが扶養義務を尽くさず、背信行為を繰り返したとして、右負担付死因贈与契約を解除又は取り消す、などと主張した。

本判決は、本件贈与が死因贈与であつたとし、ただしXが主張する負担付死因贈与とは明確に認められないとしたうえで、「Xは、負担付死因贈与を解除したと主張するが、死因贈与については、遺贈の規定に従うものとされてお

り（民法五五四条）、双務契約に関する民法の規定は適用されない。そして準用される遺贈の規定の中には、遺言の取

消に関する民法一〇二二条（その方式に関する部分を除く。）の規定にも含まれると解される。」と判断し、本件について死因贈与の取消の意思表示があったと認めた。

### 信託関係の破壊

#### ⑥ 東京地判平五・五・七判時一四九〇号九七頁

本判決は、負担付死因贈与契約の効力について、Yが負担を履行していたことを理由に「XとYとの間には本件負担付死因贈与契約を締結、維持するための信託関係が培われていた」とし、Xは同契約を取り消すことができないと認めた。

X（女・八八歳）は夫の死亡後、妹（竹子）と一緒に自宅で暮らしていたが、建物が古く老人二人には広すぎるため、Y（姪の夫）に対し、その土地のうち譲渡所得税がかからない範囲で売却した。Yはその上に自己の退職金で建物を新築しXらに住んでもらい、Xが死亡するまでの間、土地代金等として毎月三〇万円（土地代金毎月五〇万円から建物賃料毎月二〇万円を控除した額）を支払い、売買代金支払完了後もXが健在である限り三〇万円の支払を継続すること（負担の内容）、及び、残りの土地はXからYに死因贈与することにした。しかしその後、Xは、本件売買契約及び死因贈与契約は自己の判断力のなさに乗じて僅かな代償で取得したものであるとして無効であると主張した。

「本件負担付死因贈与契約がなされたのは、もともと快適な住まいで老後を送りたいと願うX及び竹子の要望に基づくものであり、右契約締結の動機においてXにその必要がなかったということとはできないこと、のみならず本件負担の内容は、X及び竹子が死亡するまでXらが本件建物に居住でき、しかも、毎月三〇万円の現金がXらに支払われ

るといふもので、この内容はXにとつても利益と認められること、これに加えて前記認定のとおり本件負担付死因贈与契約締結当時における本件乙土地の前記評価額とYが現実に弁済した金額とを比較しても、なお本件負担の価値とXの贈与財産の価値の相関関係は右贈与財産の方が圧倒的に大きいとまではいい得ないばかりか、前記(略)認定のとおり、Yは、Xの夫太郎の姪春子の夫であるという関係にあり、Y夫婦が、太郎の死亡に際し相続税の申告等の手助けをしたり、家事手伝の人の世話等、Xや竹子の日常生活等につき物心両面において世話をしてきたこと、YがXの依頼に基づき丙田との関係についても処理していること等の事実を徴すると、Xらが何かとY夫婦を頼りにして来だものといわなければならず、かかる事実を併せ考えると、XとYの間には本件負担付死因贈与契約を締結、維持するための信頼関係が培われていたものといふべきであり、Yの本件負担の前記履行状況にもかかわらず、本件負担付死因贈与契約を取り消すことがやむを得ないと認められる特段の事情があるといふことはできない。」

### 負担付贈与、義務ないし負担の不履行

#### ⑦最判昭五三・二・一七判タ三六〇号一四三頁

本判決は負担付贈与と捉え履行後の解除を認めた。

養親(一番の途中で死亡)からその財産のほぼ全部の贈与を受けたが、養親に忘恩的態度をとり貧窮に陥れた養子Yに対し、養親の包括受遺者で訴訟を承継した者Xが贈与契約の解除に基づく受贈財産の返還を請求した(養親子関係は訴提起後に解消)。負担の内容は、Yは養親の扶養、平穩な老後の保障、及び円満な養親子関係の維持を図り、養親から受けた恩愛に背かないというものであった。

本判決はYが忘恩的態度をとりXを貧窮に陥らせたことを理由に、Xの請求を認容した。

「負担付贈与において、受贈者が、その負担である義務の履行を怠るときは、民法五四一条、五四二条の規定を用い、贈与者は贈与契約の解除をなしうるものと解すべきである。そして、贈与者が受贈者に対し負担の履行を催告したとしても、受贈者がこれに応じないことが明らかな事情がある場合には、贈与者は、事前の催告をすることなく、直ちに贈与契約を解除することができるものと解すべきである。」と判断し、本件について贈与の解除を認めた。

⑧東京高判平六・七・一九判タ八七〇号一八九頁

本判決は負担付贈与と捉え、解除の効力につき贈与物が負担の履行に利用されるべき範囲に限定した。

父親Xが長男Kに農地を負担付贈与したが、その後Kが死亡し、その相続人である妻及び娘（Yら）が贈与の負担を履行しなかったため、Xが贈与を解除し、所有権移転登記抹消登記手続を請求した。負担の内容は、X夫婦と同居して農業を助け、X夫婦を扶養し困窮に至らせまいというものであった。

本判決は、Yにおける負担の不履行を理由に、Xの請求を一部認容した。すなわち、本件贈与はKの家族による長年にわたる家業への貢献に対する報償の趣旨が含まれており、また、Kへの贈与とはいえ、Kの家族の生活を維持することを目的としており、Kの急死によってそのような家族の生活維持の必要は増大しており、かかる贈与の趣旨一目的を考慮すると、贈与の負担が履行されない原因がYらのみの責任に帰すべきでない場合には、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く、解除の効力が生じるのは、贈与物が負担の履行に利用されるべき範囲を限度として、双方の今後の生活を考慮にいれて決定すべきものと考えられると述べ、贈与の解除の効力は一部につ

いてのみ生じたと認めた。

## 五 学説——代表的な理論

裁判所が個々の事案の紛争処理について認定事実を基礎にして帰納的に行うのに対して、学説は紛争処理の法的構成に関心がある。学説は贈与の拘束力について、贈与の目的の不到達、解除条件付贈与、負担付贈与、受遺欠格の規定の類推適用など、事案に応じて対応する。また、受贈者の背信的行為、忘恩行為などを考慮し、事情変更の原則、信義衡平の考え方を参考にする<sup>(12)</sup>。

贈与契約の解除（撤回）について、以下①のように民法の個別規定を重視するものと、②のように一般条項を重視するものがある。

### ① 受遺欠格の規定の類推適用説——厳格な捉え方

民法の受遺欠格の規定（九六五条、八九一条（相続欠格事由）を類推適用すべきであるとする<sup>(13)</sup>。八九一条は相続人となることができなない者として、五つの場合を掲げている。それらは、条理上はもちろん法的にも、相続人、受遺者となるべきでない極めて悪質な例といえることができる。類推適用説は、贈与の撤回が認められる場合と受遺欠格の場合とを同レベルに捉えるものである。

この説によると、受遺欠格に相当する場合にのみ撤回が認められることになる。このため、受遺欠格の類推適用で

は狭すぎるとし、受贈者の有責による離婚・離縁なども含めるべきであるとする批判がある。<sup>(14)</sup>

## ② 忘恩行為論

贈与の態様によっては、当事者間に高度の信頼関係が認められ、それを保護する必要がある。忘恩行為論は、かかる信頼関係が破壊された場合を忘恩という視点から法的に評価しようとするものである。<sup>(16)</sup> 忘恩行為論に基づく裁判例はこのように捉えることができる。忘恩行為論は信義則（二条二項）の内容を構成するものと考えるが、独立の概念を形成するものと捉える見解もある。<sup>(17)</sup> 信義則と忘恩行為とで基本的内容に違いはないように思われるが、説得力をもつように実務理論として位置づけることが必要であろう。実務理論とは判例その他の実務のなかから形成され、実務の発展に資する理論をいう（実務理論を示す判例を筆者は典型判例といい独自の評価を与えたいと考えている）。ひとくちに法理論といっても、実務と関連の深いものから、ひとまず実務と切り離して理論を追求するものまで、いろいろな段階が考えられる。学界の議論のなかには実務とは切り離されたと思われるものも少なくない。

贈与の拘束力は、贈与者の意思をどこまで貫徹するか、解除を認めることができるかの二点と密接に関連する。忘恩行為論は、紛争処理の具体的妥当性を図るものであるが、忘恩の内容が必ずしも明確でない、忘恩行為では撤回が認められる範囲が逆に広すぎるなどの評価がある。加藤はこれらの評価に應えるために、「履行の拒否または贈与物の返還を認めるに足りるだけの忘恩行為があったかどうか」という基準を示し、その要件に一定の実質的しほりをかけている。<sup>(18)</sup> 裁判例（前掲東京地判昭五〇・一二・二五）も忘恩行為論の考え方を適用するにあたり、「背德的」「非常極まりなき」という限定をしている。

贈与の性質、態様は各国それぞれに特徴があり、また忘恩行為論の考え方は比較法的にも興味深い（関係規定として独民五三〇条、五三二条など、仏民九五五条、九五九条）。近時の研究にはドイツ法を参考に、忘恩を理由とする贈与の撤回を認めるべきであるとするとする立法論がある。<sup>(20)</sup>

## 六 贈与の信託的構成——規範定立の基礎的課題

### 1 信託的譲渡と信託的構成

贈与の拘束力を中心に主要な判例及び学説を概観した。判例は前述のように、契約締結に至る動機、信義則、忘恩行為などそれぞれの根拠を用いて紛争を解決した。負担付贈与の効果については贈与の目的、負担の履行状況などが考慮され、贈与における一つの類型（制度）が形成されている。贈与は、制度上、運用上、確定的に完全に所有権が移転することを前提にしているが、負担付贈与のいくつかはこのような前提を修正すべきことを示唆している。贈与契約の効果として所有権が相手方に移転することに注目すると、贈与は、法制上、運用上、確定的に完全に所有権が移転することを前提にしているが、負担付贈与のいくつかはこのような論理を修正している。ここに注目し判例法の本質を明らかにすることが必要である。

判例法の底流に存在する規範を信託法理に求め、贈与の信託的構成を試みるとどうか。信託的構成（信託構成）の意味については、次のように考える。すなわち、契約に基づき所有権など財産権の移転が生じる場合、それぞれの契約の性質、態様等を考慮し、契約の締結、契約の履行、契約の終了等において当事者間の信頼関係を基礎にしている

と認められる場合には、かかる信託関係を保護する法理として信託法理を捉え、信託法理に基づく法的構成を信託的構成と捉えるのである。したがって、ここでの議論は、贈与一般、契約一般に妥当するものではなく、それぞれの契約の特徴を考慮し帰納的に類型化することが必要である。

信託的構成論では信託的構成と信託的譲渡との関係を明らかにしなければならない。信託的譲渡は譲渡担保において議論され、譲渡担保の法的構成について所有権的構成の典型として説明されてきた。譲渡担保論では、学説における「所有権的構成から担保的構成へ」において信託的譲渡説は過去の学説として扱われることがあるが、このような捉え方は再考しなければならない。本稿では信託的譲渡とは信託法理が支配し、信託法理に基づく解決を期待することができると捉える。そして、一定類型の贈与については、その実質を法の効果の上に貫徹するために、信託的譲渡及び信託的行為の趣旨を明確にすることが望まれる<sup>21)</sup>。また、信託的構成は信託的譲渡における利益衡量を的確に行うことを可能にする<sup>22)</sup>。より根底にある共通の法理として信託的構成を捉えると、契約の無償性は、契約の性質決定と紛争処理における利益衡量の要素として位置づけられることになる。この結果、判例、学説における種々の法的構成論を統一的に捉え、判断の透明性を確保することができるであろう。

信託法理は実定信託法や判例信託法に浸透しているが、その他の法分野にも存在している。贈与について補足すると、第一に、贈与には、信託してその相手方に財産を託すという意味が含まれることがある。このことは従来、必ずしも明示的に述べられることはなかったが、贈与法のあり方として自覚しなければならない要点であろう。そして、そこでは契約の締結（準備段階を含む）から履行までのプロセスのそれぞれの要所で権利保障の確保が求められる。契約目的を実現するために、契約当事者の信義則（二条二項）に基づく協働義務を確認することも必要であろう。信託

的構成は、贈与の類型を考慮し、負担付贈与やこれと同様に扱うべき贈与について可能である。負担付贈与の本質を譲渡法から求めると所有権移転に伴う信賴關係であり、契約法から求めると契約のプロセスと契約当事者を規律する協働義務を確認することができる。信託的構成はここに注目する。

第二に、信託的構成は契約の有償性、無償性などのような関係に立つか。無償契約は有償契約と比べて契約の拘束力が弱いものとされている。無償契約の典型である贈与について、たとえそのなかの一定類型のものに限定されているとしても、信託法理を導入して契約の拘束力を高めることは、無償契約の理論として統一性を欠くのではないかという問題がある。確かに、伝統的な無償契約論からみると、信託的構成は契約の拘束力を高める役割を果たすことになり、有償・無償を区別する民法と相容れないところがある。しかし、無償契約といえ法律上の契約であり、有償か無償かの違いで直ちに契約の拘束力を左右してよいかは法規範のあり方として問われるべきであろう。

以上述べたように、信託法理及び信託的構成の研究は、民法の一般条項である信義則（二条二項）の議論に新たな視点を付加することになる。そして、信託法理・信賴關係を基礎にした贈与法の規範定立論は民法学の方法としても有用ではないだろうか。

## 2 「合理人・合理的行動の原則」から「人間尊嚴の原則」へ

近代法としての民法は、抽象人という概念を設定し、合理人・合理的行動の原則（合理原則）の規範を確立した。すなわち、私たちは原則として皆元気で、ものごとを合理的に考え合理的に行動することができることを前提にした。しかし、高齢社会の今日、認知症者の増加に象徴されるように、地域における社会生活の状況を考慮すると、規

律のあり方としては伝統的な規範を修正することが課題となる。このことについては、さらなる説明と議論を必要とするが、成年後見実務の展開や、成年後見法のあり方に関する研究（本稿では割愛）から示唆を得ると、「合理人・合理的行動の原則」から「人間尊厳の原則」へ、民法の規範を修正しなければならないと考える。民法の分野によってはひきつづき合理原則が維持される分野も考えられるが、その場合でも人間尊厳の考慮が必要であろう。

二〇一七年民法（債権関係）改正法は、債務不履行責任に契約適合・不適合の考え方を導入することによって、瑕疵担保責任の法的性質及び解釈論に関する学界の議論に「瑕疵の基準となるのは合意の内容である」として決着をつけた。贈与法も修正された（五五一条一項参照）。この結果、契約当事者の契約時における合意が一層重視されることとなった。ここに合意とは何かが問われなければならないが、近代法の意思絶対主義のもとにおける合意論をそのまま用いることは問題がある。合理人を起点に論を展開する考え方は近代法の考え方であり近時の民法学に影響を及ぼしている。しかし、合意の性質や内容を吟味し合意の支援という視点が必要であろう。<sup>23)</sup>

贈与法に典型的にみられるように、財産の法としての民法は契約における有償性と無償性を区別するが、これは合理原則のもとで意味をもつ。また、贈与における所有権の帰属を「あるかないか」の基準で判断することは、合理原則のもとでは自然の帰結ともいえる。しかし、人間尊厳の原則のもとでは、公平と弱者保護を実現するために修正が必要ではないかと考える。

(1) 贈与意思の形成過程

贈与に関する事案について、贈与の撤回に関する民法の規定(五五〇条)をそのまま適用すると、撤回が認められるべき場合であるにもかかわらず認められず、不合理な結果が生じる場合がある。判例は、このような場合に右に概観したように妥当な解決をめざして解釈上の工夫をし、一定要件のもとに撤回を肯定し、あるいは逆に、撤回を否定した。ここでの解釈論上の論点は、どのような場合に撤回を認めるかであり、その基準を明らかにすることである。ここで働いているのが民法の一般条項である。

贈与の判例をみると、当事者の意思、契約締結過程、履行過程などが考慮されている。すなわち、上記裁判例において贈与者からの撤回が認められたものの多くは、事実関係において受贈者側の背徳、忘恩の程度が著しく、契約関係をそのまま維持することが信義則に反するような場合であった。かかる異常状況の場合に、信義則、条理、忘恩行為などを理由に撤回を認めることは具体的妥当性を実現することとなり、ここに判例法の意義を認めることができる。

一般条項の適用は柔軟な紛争処理を図るものとして機能している。一般条項ゆえの曖昧性については、あるべき規範を明確にすることが要請される(規範定立)。他方、受遺欠格の規定の類推適用は一般条項と比べると明確といえるが、受遺欠格と贈与の性質は同一でなく類推適用の根拠がやや弱い。忘恩行為論を採用し、贈与を恩と捉えることについては抵抗もあり、忘恩(行為)という概念は法的にはなじまないとの見解もあり得る。<sup>(24)</sup><sup>(25)</sup>

一般条項が適用された事案をみると、判例法を動かしたものは当該贈与の背景にある当事者の信託関係であり、それが破壊されたという異常な状況が考慮された。こうした考え方の根底に信託法理を認めることができる。

## (2) 負担付贈与論

負担付贈与の根本に求めるべき法理は、前述の信託的構成に親しむものである。

贈与が負担付贈与の性質を有する場合には、契約を締結することにより目的物の所有権は形式的には完全に移転しており、通常はその返還を予定しないという意味において実質的にも受贈者に完結的に移転されたといえることができる。しかし、贈与が受贈者からの負担の履行を条件に行われた場合など当事者間に信託関係を認めることができる場合のなかには、その所有権移転は実質的には完結的でない、と捉えることができるのではないだろうか。特に、贈与そのものや、そこに付された負担が公益的性質を有し、あるいは、社会的弱者保護などの政策的配慮が求められる場合には、そこにおける信託関係はより高度かつ一般的に保護される必要がある（これは政策的判断でもあり、そこでの所有権移転を完結的なものとして処理することが妥当でない場合が考えられる。以上を譲渡法理からまとめると、一定の客観的状況が認められる場合には、そこにおける所有権移転は完結的譲渡ではなく、信託的譲渡と捉えることができる。

以上は理論的には、民法における債権（契約）と物権との関係を問うものである。信託的構成を用いることによって、債権と物権の双方を柔軟に捉えることができるであろう。

## (3) 寄付論、「第三者のためにする契約」論

民法典上に寄付の概念は存在しない。学説は、寄付とは「公益ないしは公共のためになされる無償の出捐」とい<sup>(26)</sup>う。寄付といわれるものには、次の二つのタイプが考えられる。すなわち、寄付者、受寄者（募集者、発起人、主催者）、受益者の三当事者が存在する場合（狭義の寄付類型）と、寄付者と受益者とが一致する場合（広義の寄付類型）である。<sup>(27)</sup>大判大一一・五・一八刑集二卷四一九頁は、「通常寄附金ト称スルハ公共的性質ヲ有スル一定ノ事業ニ付其ノ創設維持等ニ要スル資金ヲ弁スルカ為ニ不特定多数ノ人力無償的ニ出捐スル金錢」といい、限定的に捉えていた。

寄付の目的や形式は同じでない。日常的には公益の有無を厳密に考えずに、無償の出捐であれば「寄付」と称することもある（金銭の場合は「募金」あるいは「義援金」などとも呼ばれる）。寄付は日常用語としても用いられてきた。寄付を独立した契約類型としては認めないとする考え方もあり得る。<sup>(28)</sup>寄付の法的性質は、贈与又は負担付贈与と捉えることができる。相手方に利益を与えるために特定の人が出捐する場合において、我妻説は、例えば一定の宗教団体・学校・学会・慈善施設などに個人がする寄付は贈与と捉え、寄付者が特に使用目的を指定した場合には負担付贈与となり、受贈者は寄付をその目的に使用する義務を負うと指摘する。学説には、無償の信託契約説、受益者保護のために「第三者のためにする契約」の成立を認めるべきであるとする見解もある。<sup>(30)</sup>なお、非公益（私益も含まれる）であっても寄付に含め<sup>(31)</sup>、また、寄贈は寄付又は贈与と同義に解してよいだろう。

一定の類型の贈与における法律関係を、「第三者のためにする契約」と捉えることができるか。例えば、Cの受益のためにAからBに贈与がなされる場合に、「第三者のためにする契約」（五三七条）の成立を認めることは、受益者Cが直接債務者Bに対して給付を請求する権利を取得することから、Cの保護に貢献する。我妻説は「寄付の利益を

受けるものが発起人に対して直接に請求する権利を取得するかどうかは、寄付が第三者のためにする契約を含むかどうかで定まる」と述べ、その根拠として、寄付者自身が権利を行使することは極めて困難だから発起人の責任を重くすることが至当であろうと指摘する。契約当事者の意思を外部の事情から客観的に判断することもできるであろう。「第三者のためにする契約」の適用範囲を拡大させても、受益者に特に不利益を及ぼすことはない。贈与の一定の類型を「第三者のためにする契約」として認めることができるとした場合、第三者は受益の意思表示をせずに当然に権利を取得する、とすることは可能か。民法五三七条が受益の意思表示を求めた理由としては、「人情卜實際ノ便宜」、「受益者として指定された者の保護」（利益といえども意思に反して強制されないこと）、などが指摘される。<sup>(32)</sup>

この問題について、我妻説は「利益といえども意思に反して強いられない」とし、「結局、保険、郵便年金、信託、供託などのように、当然に権利を取得する旨など法律に別段の規定がある場合を除いては、当事者の契約で第三者は当然に権利を取得させることは許されないと解する判例・少数説が妥当であると思う（但し、債務免除のように受益者の意思を顧慮しないものは例外とすべきであろう）。ドイツ民法は、一方、第三者の権利は当然に生ずるものとし、他方、第三者の拒絶によって、遡及的に権利は消滅するものと定める。立法として妥当なものであるが、わが民法の解釈で同様の趣旨を認めることはできないであろう」と指摘する。<sup>(33)</sup> また、表現を若干異にし、「当該契約の性質によっては、特に、当事者の明示の意思表示がなくとも、第三者が当然に権利を取得するものと解すべき場合があり得る」と指摘し、その例として、当座口振込における被振込人、電信送金の送金受取人など（立法において明示した例として、商法六四八、六七五、簡保一〇、郵年七、信託七）を掲げるものがある。<sup>(34)</sup> そこに挙げられた有効例は通説の挙げるものと変わらない。しかし、「当該の契約の性質によっては、特に、当事者の明示の意思表示がなくとも」と述べる部分を重視し、

一定類型の寄付については「受益の意思表示を要しない」（信託法七条）ということができれば、信託的構成に一歩近づくものであると考えることができる<sup>(35)</sup>。我妻説はまた、ある特定の公共的目的のために数名の発起人が多数の人から寄付を集めるような場合には、発起人はそれによって利益を受けるのではないから、贈与とみるのは不適當で、むしろ募集の目的に使用すべき義務を伴う信託的譲渡と解するのが適當であると指摘し、また、「各寄付者は発起人に対して募集の目的に使用すべき旨を請求する債権を有することは疑いない」とし、「信託的譲渡と解しても、寄付者が無償の出捐をする点では贈与と同じだから」五五〇条・五五一条を準用することができるとする<sup>(36)</sup>。星野説も、第三者が発起人となつて一定の目的のために寄付を募集する場合は、発起人に対する贈与でなく、通常はその目的に使用すべき義務を伴う所有権移転（信託的譲渡）と解されると述べ、ほぼ同様の見方をするが、加えて、特に特定の者に寄付することが予めはつきりしている場合にはその者のためにする発起人に対する寄付と解されると指摘する<sup>(37)</sup>。

我妻説は以上のように信託的譲渡の性質を明らかにし、贈与法における債権的拘束と物権的拘束の違いについて示唆している。贈与はその類型によつては、当事者の一方である贈与者を実質的に受益者と捉え、より厚く保護すべき場合があり得る。そのために、受贈者が受益者に対して負うべき「所有権をその目的以外には行使しないという義務」を、単なる債権的拘束にとどめず物権的拘束に高めることが必要であろう。

以上のように、寄付論及び「第三者のためにする契約」論は信託の思想に親しむものである。

#### （4）所有権及び所有権移転論

所有権は物権のなかでも最強であり、物権の強行法規性が顕著に現れているが、同時に以下にみるように、所有権

の柔軟性を認める考え方もある。信託的構成を試みる本稿において示唆されるところが大きい。

### ① 信託的譲渡

贈与における所有権移転は通常、完結的な譲渡と認められる。しかし、当事者間に高度の信託関係が存在するものの中には、一定の目的のために信託的譲渡がなされたものと認められるものがある。ここに信託的譲渡とは、高度の信託関係のもとになされるAからBへの所有権移転をいい、所有権は完全にBに移転するが、BはAに対して所有権をその目的以外には行使しない義務を負う。この義務に違反すれば所有権はBからAに復帰する、というものである。

信託的譲渡に関する伝統的な理解によると、上記の場合に第三者との関係ではBは完全な所有者となるから、Bが目的物をCに処分した場合、原則としてCは有効にその所有権を取得することができ、他方、AはCに追及することができない。しかし、信託的譲渡の概念を固定化するべきではない。贈与の信託的構成のもとにおいて、A B間の実質を考慮し、Cの権利取得が制限されると解することは不可能ではない。

### ② 我妻説——所有権の価値的分属

譲渡担保に関する我妻の分析は所有権を柔軟に捉えており、贈与法にも参考になる。

我妻は「担保権者は、目的物の所有権を取得しているけれども、実質的に把握しているのは被担保債権の額だけである」として、譲渡担保の担保性を指摘したうえで、「目的物の所有権は担保権者に帰属し、設定者の許ではゼロに

なっているが、その目的物の有する価値は、担保権者と設定者とに分属しているといわなければならない。いわば、所有権の価値的分属である」と分析する。そして、「近時の学者の関心はさらに、譲渡担保における目的物の価値的分属を物権的に（第三者に対する関係でも）認めようとすることである。すなわち、この点に関する前記の判例理論は、物権と債権を区別するが法制の下では、伝統的な理論というべきであるが、これを何らかの新しい理論によって克服しようとするのが近時の学者の関心事である。いろいろの提案がみられ、小異を無視して大綱をみると、（一）譲渡担保では、目的物の有する価値が担保権者と設定者とに分属するという状態が制度の本質であり、しかもその状態はある程度の期間にわたって継続し、それに基づいて当事者間になお多くの実質的な関係を生じ、一つの定型化された制度となっている。そうだとすると、例えば物を贈与する際に他人に売らないという債務を負担させる場合のような、物権に対する、一時的・外面的・偶発的な債権者拘束と同視して、物権と債権とを峻別する伝統的な理論を無批判に適用すべきでない」と指摘する。<sup>(38)</sup>

### ③ 鈴木説

物権変動に関する鈴木説は、所有権移転について柔軟な考え方を示している。<sup>(39)</sup>

「上に述べたように、物権変動に関しては、各種の学説が、華やかに対立しているが、いずれの学説をとるとしても、実際の結果には、あまり差異がない。

（イ）物権行為独自性説も、売買契約と同時に物権行為が行われる場合があるばかりでなく、一つの行為のうちには債権行為たる売買契約と物権行為たる所有権移転の合意とが含まれている場合のあり得ることも、否定するわけでは

ない。逆に、意思主義説も、当事者が、合意で、所有権移転の効果をのちに生ずべき事項（代金支払い、登記など）にかからしめ、又は、のちにあらためてなされる所有権移転の合意によりはじめて所有権が移転する旨を特約することは禁じられている、とするわけではない。それゆえ、いずれの説に従っても、具体的な各ケースについて、裁判官は、適宜の内容の合意が存在すると認定することにより、所有権移転が生じたと解するのが妥当だと自分で思う時点で所有権移転が生じた、と結論づけることは、可能なのである。

（ロ）意思主義説ないし折衷説によると、例えば、売買契約が無効又は取消された場合、所有権移転も効力を失うから、登記に公信力が与えられていない関係で、第三者（例えば、買主からの転得者）の取引の安全が害され、この点で、物権行為の独自性を前提とする無因主義説が、すぐれているように見える。しかし、債権行為に無効・取消しの理由があるときは、物権行為にも同じ瑕疵がある場合が多いから、無因主義を採用したとしても、物権行為自体に存在する瑕疵のゆえに、物権行為は効力を失う結果となることが少なくない。また、意思主義説ないし折衷説をとつても、不可能ではない。それゆえ、学説の対立は、この点でも、あまり大きな意味は、もちえない。」

#### ④大村説の捉え方

学説のなかには、贈与を権利移転型契約の類型からひとまず外し、非移転型の好意型契約と位置づけるける学説もある。<sup>(40)</sup>このような捉え方は贈与の無償性を考慮するとともに、贈与の特徴と実態を踏まえ、贈与の権利移転構成に含まれる問題点を実質的に考慮しようとするものとみることがもできる。

## (1) 信託法理に基づく信託的構成について

ドイツ法を参考にした忘恩行為に基づく贈与の撤回可能性に関する研究については前述したが、この研究は以下に概観するように、英米における信託法の基礎的研究を背景にしている。すなわち、コモン・ローにおける信託設定行為を分析し、英米の信託制度が財産継承制度や財産管理制度として利用されていることに注目し、その法的構造を明らかにする。<sup>(41)</sup>そして、英国信託は委託者・受益者間の信託設定行為を「委託者から受益者に対する Equity 上の贈与」と捉え、米国信託は「委託者から受益者に対する Equity 上の条件付贈与」と捉えているとし、両者の違いを明確にした上で、英国信託・米国信託のいずれにおいても「委託者・受益者間の信託設定行為の法的性質は贈与（無償の財産権移転）」であると分析している。そして、日本の信託法のあり方としても、信託設定行為の法的性質を委託者から受益者への無償の財産権移転（単独行為、条件付贈与）と捉えるべきであると指摘し、ここに受益者意思を信託目的によつて拘束することの妥当性を求めている。なお、信託設定行為の法的性質については従来、主として受益権の法的性質論として議論を重ねてきており、かかる議論との関係をどのように捉えるかは今後の研究課題となり得るが、同研究が示唆するところは大きい。

譲渡法の本質を求めるとき、大陸法と英米法の違いを強調するだけではやや一面的である。なかでも信託法理はその一つではないだろうか。Trust law は、イギリスのコモン・ロー（狭義のコモン・ローとエクイティ）において形成された人類の智慧（人智）<sup>(42)</sup>である。このような考え方・仕組みが信託法として日本に導入されたのである。少し前の研

究では、制度としての信託は育たなかったともいわれる。<sup>(43)</sup>しかし、日本にも信託の素地が存在することが明らかにされており、<sup>(44)</sup>人類の智慧を信託法学及び民法学において発展させることが望まれる。<sup>(45)</sup>そして、イギリス法の原理、及び先学における比較法研究の成果を、日本の民法学の成果を踏まえ今日の社会生活における法規範として位置づけることが課題となる。信託法理に基づく信託的構成は、法学における世界標準の原理になり得るものと考ええる。

## (2) 公共信託論について

日本において長年にわたって保全されてきた社寺林は世界に誇る自然であり、宗教を信じる人・信じない人等を問わず、また信じる人も宗派を問わず、私たちの自然を愛する気持ちが生徒に対する税制の優遇を支え、賽銭の行為等に具現された貴重な果実となっている。ここではアメリカ合衆国において展開している公共信託論が参考になる。アメリカ法で発達する公共信託論は「公共信託論では、国民には受益者としての権利があり、請求の相手方は受託者である国又は政府である。この権利は、土地、水域等の使用が制限されているような場合において、具体的、個々のに発生し、「誰にも属しない権利」である。公共信託論では自然の属性を考え、それを保護する。アメリカの場合は、自然そのものが、環境そのものが権利を有する。他方、環境権論では、環境権は支配権としての排他性をもつ各人の権利であり、「誰ももがもっている権利」である。自然の属性はほとんど考えられず、むしろ、人身の保護を考える。人間と環境との結びつきを非常に重視する」(木宮)<sup>(46)</sup>。

私有財産制のもとにおいて財産の公共性を追求することは、意思決定の基本となるべき民法の原則である(二条一項参照)。公共信託の考え方を日本民法や環境法の規範として位置づけることは、社会生活の維持及び発展に有益で

あろう。民法、信託法、環境法に関する課題である。

## 七 おわりに

日本の民法は物権と債権を峻別し、民法研究も物権・債権の峻別化とそれぞれの細分化が進められている。しかし、贈与契約の効果として所有権が相手方に移転することに注目すると、贈与法を理解するためには譲渡法（物権法）と契約法（債権法）の双方を総合的に考慮することが必要である。信託法理を基礎にする信託的構成という捉え方は考え方の総合的な評価軸として機能し、信託の真髄である当事者間の公平と弱者保護のあり方を追求しようとするものである。

今日、生活及び生活関係について規律する民法は様々な展開し、私的規範の大宇宙を形成している。人々の価値観が多様化し利害が複雑に絡み合う現代社会においては、実用法学としての民法の機能を自覚的に発揮させることが必要である。本稿で試みた物権・債権等の総合的アプローチと信託法理を基礎にする規範定立論は、民法学の方法として民法各分野に応用することができるのではないかと考える。

(1) 本稿は小賀野晶一「信託における信託的譲渡の特徴」『実定信託法研究ノート』（トラスト60研究叢書 二二頁以下（助トラスト60、一九九六年）、同「贈与の信託的構成―譲渡法理からの考察」『信託法と民法の交錯』（トラスト60研究叢書）六七頁以下（助トラスト60、一九九八年）を引用、整理し、贈与法について再論するものである。

(2) 道垣内弘人『リーガルベシス 民法入門（三版）』七〇頁（日本経済新聞社、二〇一九年）。

- (3) 川島武宜・川井健編『新版注釈民法(7)物権②』三二四頁以下(野村好弘・小賀野晶一)(有斐閣、二〇〇七年)、小賀野晶一「不動産所有権のあり方について」日本不動産学会誌七〇号三五頁以下(二〇〇五年) 参照。
- (4) 小賀野晶一「基本講義 環境問題・環境法(二版)」二五五頁―二七四頁(成文堂、二〇一九年)。
- (5) 贈ることの意味を探究する湯浅博雄『贈与の系譜学』(講談社、二〇二〇年) 参照。
- (6) 加藤永一「寄付―一つの覚書」『契約法大系Ⅱ』一〇頁(有斐閣、一九六二年)。
- (7) 中田裕康『契約法』二七八頁(有斐閣、二〇一七年)。
- (8) 我妻榮『民法大意(二版) 上巻』三〇頁―三一頁(岩波書店、一九七一年)。
- (9) 新潟地判昭四六・一一・一二を中心し平井一雄「贈与物の返還請求が認められた事例」独協法学六号一七一頁(一九七五年)。
- (10) 加藤一郎「忘恩行為と贈与の効力」法学教室一六号七二頁、七四頁(一九八二年)。ただし、その問題点を指摘する。
- (11) 柚木馨・高木多喜男編『新版注釈民法(一四)』三六頁(柚木馨・松川正毅)(有斐閣、一九九三年)。
- (12) 『民法学五(契約の重要問題)』七八頁(大村須賀男)(有斐閣、一九七六年)。
- (13) 広中俊雄『民法論集』五六頁以下(東京大学出版会、一九七二年)。「贈与」民法演習Ⅳ(有斐閣、一九五九年) 初出。
- (14) 加藤(一)・前掲注(10) 七五頁、後藤泰一「忘恩行為に基づく贈与の撤回―ドイツ法を通して」民商法雑誌九一巻六号一頁(一九八五年)、後藤泰一「忘恩行為と贈与の撤回」信州大学教養部紀要一九号一頁(一九八五年)、岡本詔治「無償契約という観念を今日論ずることには、どういう意義があるか」椿寿夫編集『現代契約と現代債権の展望』(日本評論社、一九九〇年)。
- (15) 来栖三郎『契約法』二四三頁(有斐閣、一九七四年)。加藤(一)・前掲注(10) 七五頁も同旨。
- (16) 加藤(一)・前掲注(10) 六九頁。
- (17) 後藤・前掲「忘恩行為と贈与の撤回」三頁は、信義則よりも忘恩行為による方が要件・効果がより明確であることを示唆する。
- (18) 加藤(一)・前掲注(10) 七五頁。
- (19) 比較法学会編『贈与の研究』(有斐閣、一九五八年)。

- (20) 福田智子「忘恩行為に基づく贈与撤回規定導入の検討―行為基礎 (Geschäftsgrundlage) と信義則 (Treu und Glauben)」中央大学大学院年報四八号法学研究科篇一二三頁以下(二〇一九年)。
- (21) 小賀野晶一「譲渡担保と法的構成―信託法理の応用可能性を求めて」信託法研究九号四五頁以下(一九八五年)は譲渡担保と信託法理について検討した。
- (22) 利益衡量論につき加藤一郎『民法における論理と利益衡量』二七頁(『市民法の現代的意義』(有斐閣、一九七四年)参照)。
- (23) 星野英一『民法のすすめ』二二二頁以下(岩波新書)(岩波書店、一九九八年)、米倉明「高齢者問題と法―現代法の根本原則」タートンヌマン四号一頁以下(二〇〇〇年)、同『信託法・成年後見の研究』三七一頁以下、四〇七頁以下(新青出版、一九九八年)のほか、内田貴『民法Ⅰ総則・物権総論(四版)』一二八頁(東京大学出版会、二〇〇八年)(財産のある人を対象)、佐久間毅『民法の基礎Ⅰ総則(五版)』一九七頁(有斐閣、二〇二〇年)(経済的合理人を対象)など参照。
- (24) 中川淳『最新判例批評(七五)』判時六七九号二二八頁(判例評論一六五号二〇頁)(一九七二年)参照。
- (25) 加藤(一)・前掲注(10)七五頁参照。
- (26) 我妻栄『債権各論中巻二』二三七頁(岩波書店、一九五七年)。
- (27) 加藤(永)・前掲注(6)二頁、来栖・前掲注(15)二三四頁、柚木・高木編・前掲注(11)一四頁(柚木・松川)。
- (28) 加藤(永)・前掲注(6)九頁―一〇頁参照。
- (29) 我妻・前掲注(26)二二七頁―二三八頁。
- (30) 加藤(永)・前掲注(6)九頁―一〇頁。
- (31) 日本における寄付・贈与の特色については、加藤永一「贈与および遺言の研究(1)(2)―日本における無償行為法の現実的機能について」法学三四卷一号一頁以下、二号一頁(一九七〇年)、加藤(永)・前掲注(6)一頁以下が参考になる。
- (32) 四宮和夫「信託法(新版)」一〇二頁(有斐閣、一九八九年(初版一九五八年))。
- (33) 我妻栄『債権各論上』一二二頁(岩波書店、一九五四年)。
- (34) 『注釈民法(一三二)』三四二頁(有斐閣、一九六六年)(中馬義直)。我妻・前掲注(33)一二二頁は鳩山、末川の各学説を引用する。

- (35) 木下毅「受益者の準物権的権利——第三者のためにする契約と信託との関係」信託研究二二七号七頁以下（一九八一年）参照。引用の信託法七条は現行信託法八八条。
- (36) 我妻・前掲注(26) 一三二八頁。
- (37) 星野英一『民法概論Ⅳ（契約）』一〇九頁（良書普及協会、一九八六年）。
- (38) 我妻榮『新訂担保物権法（民法講義Ⅲ）』五五九頁―六〇〇頁、六〇五頁―六〇六頁（岩波書店、一九六八年）。
- (39) 鈴木禄弥『物権法講義（四訂版）』一〇〇頁―一〇一頁（創文社、一九九四年）。
- (40) 大村敦志『基本民法Ⅱ（二版）』一六一頁以下（有斐閣、二〇〇五年）、同『新基本民法契約編（二版）』一八五頁以下（有斐閣、二〇一〇年）。
- (41) 福田智子「信託設定行為の法的性質―信託目的による受益者意思拘束の正当性」（二〇一九年度中央大学博士（法学）学位請求論文）。新井誠編『高齢社会とエステイト・プランニング』（日本評論社、二〇〇〇年）参照。
- (42) メイトランド著（トラスト60・エクイティ研究会訳）『エクイティ』（有斐閣、一九九一年）、末広巖太郎著・戒能通孝改訂『民法講話下巻』七〇九頁以下（岩波書店、一九五四年）参照。
- (43) 田中實『信託法入門』二二頁（有斐閣、一九九二年）。
- (44) 米倉明『信託法・成年後見の研究（民法研究第三卷）』三頁以下（新青出版、一九九八年）（信託法のわが国における素地（四・完）信託一六四号二三頁以下（一九九〇年）を所収）参照。
- (45) 新井誠教授の民法学及び信託法学における一連の研究（本誌「著作目録」参照）は法学におけるこうした本質的な課題に對して挑んだ大きな成果であると評価することができる。
- (46) 木宮高彦・高柳信一・徳本鎮・野村好弘・ジョン・G・ギスバーグ・西原道雄「座談会・公共信託論と環境権哈との交錯——国際環境保全科学者会議における討議を踏まえて」環境法研究八号二頁以下（有斐閣、一九七七年）。

（本学法学部教授）