

Title	恵与と契約：一般法に対する例外
Sub Title	Les libéralités et les contrats : dérogations au droit commun
Author	Grimaldi, Michel(Hirano, Hiroyuki) 平野, 裕之
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2018
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.39 (2018. 2) ,p.59- 82
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	講義：2017年度大陸法財団寄付講座フランス法における無償行為
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20180207-0059

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

講義

2017 年度 大陸法財団寄付講座
フランス法における無償行為

恵与と契約

—— 一般法に対する例外 ——

ミッシェル・グリマルディ

平 野 裕 之／訳

はじめに

- 1°. 恵与の概念
- 2°. 恵与の分類
- 3°. 恵与についての法の傾向

I. 恵与の有効要件

A. 実体的要件

- 1°. 合意
- 2°. 能力 [可能性]
- 3°. 恵与の内容

B. 方式についての要件

II. 恵与の効果

A. 当事者間における [恵与の] 効果

- 1°. [恵与の] 当事者の権利・義務
- 2°. [恵与の] 裁判所による改定

B. [恵与の] 第三者に対する効力

- 1°. 譲渡人の債権者
- 2°. 譲渡人の相続人

はじめに

1. 契約について改正を図った 2016 年 2 月 10 日のオルドナンスによる新しい
民法典 1100-1 条は、次のように規定をしている。

「法律行為は、法的効果を発生させることを意図した意思表示である。法律行為は、合意によるものと単独行為によるものとが可能である。

法律行為は、その有効性また効果の根拠として、契約を規律する法準則に従うことを要する。」

恵与（liberalité）は、贈与のような契約、ならびに、遺言によってなされる遺贈と呼ばれる「単独の」法律行為である「〔恵与〕とは両者の上位概念であり、第2編第1部「相続」の次の第2部の正式な表題である」。

〔上記民法典〕1100-1条はすべての法律行為に適用されるものと規定をしているが、無償の法律行為の1つである恵与に、契約についての基本規定がどこまで適用されるのかは検討する必要がある〔これを検討するのがまさに本研究の課題である〕。

〔そのためには、〕まずは恵与の概念を明らかにし（⇒1°）、次いで、恵与の分類についての提案を行い（⇒2°）、〔そして〕恵与についての法の傾向を示す（⇒3°）、という「順序で検討をする」ことがよいであろう。

1°. 恵与の概念

2. 〔2016年の〕契約法の改正後は、無償契約——もっと広げると、無償の法律行為——は「当事者の一方が、他方に対して、対価を受けることも期待することもない給する」契約であると定義される（民法典1107条）。この定義は、無償行為が認められるための2つの必須の要素を婉曲に明らかにするものである。1つは、実質的、経済的な要素であり、他は、徳義的、主観的な要素である。

恵与は、無償の法律行為の1つの類型であり、実質的要素と徳義的要素とが結びついているという特徴を持っている。

◆〔恵与の実質的要素〕〔恵与の〕実質的要素は、〔譲渡人の〕財産の減少とそれに対応した譲受人の財産の増加である。一方の財産は減少し、他方の財産は増加する。当事者の一方が、他方に対して純粋に厚意（bienveillance）を約束す

る場合、財産の移転を含まない行為であれば、それは恵与にはならない¹⁾。

この実質的要素により、有償行為から恵与が区別されることになる。確かに、有償行為にも「対価との」均衡を失する場合があります（価値と代金との均衡を失する売買というものがある）。しかし、「有償行為では」不均衡は性質上当然のものではなく、他方、恵与では不均衡がその本質である。このことから、以下のような解決が導かれる。負担付きの「贈与」は恵与ではなく、また、負担が「単純な」謝礼を超えているならば、それは有償行為である²⁾。[夫婦財産契約により]夫婦別産とされている[夫婦の]夫が、妻名義の財産取得について資金援助をした場合に、取得された財産について妻の所有権を証明できなければ、それは贈与ではない³⁾。たとえ所有権が証明できるとしても、夫の行う事業の執行についての妻の貢献の報酬と認められたり⁴⁾、または、婚姻における夫婦の分担金の支出と認められるならば同様である[恵与とは認められない]⁵⁾。

この要素のおかげで、無償行為の中において恵与という特殊類型を識別することが可能になる。ある行為が無償行為となるためには、実質的観点からは、当事者の一方のみが利益を受けるというだけで十分である。[ところが]恵与になるために、さらにプラスアルファが必要なのである。利益享受が、財産増加、そしてその反面としても、財産の減少がなければならないのである。伝統的な考え方は以下のようなものである。

——無利息消費貸借も、無報酬の委任や寄託また労働も、いずれも恵与にはな

1) Cass. 1^{re} civ., 25 avr. 1967 (生存している尊属が死亡した場合に支払われるスライド制ではない清算金を卑属の1人に分け与える贈与分配の事例) : Defrénois 1968, art. 29025, note A. BRETON.

2) Cass. civ., 28 nov. 1938 (住居の贈与、受贈者が贈与者にその取得時にいくつかの債務を支払わなければならない負担付きの事例) : DH 1939, p. 17. — Cass. civ., 13 oct. 1982 (負担付きの贈与分配の事例), motifs : D. 1983, inf. rap. p. 348 : 贈与財産の価値と受益者の負担との間に均衡があるという証明がされず、恵与であることが認められた。

3) Cass. 1^{re} civ., 30 nov. 1976 : Bull. civ. I, n° 377.

4) Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 1978 : Bull. civ. I, n° 316 ; Defrénois 1979, art. 32038, obs. G. Champenois.

5) Cass. 1^{re} civ., 1^{re} avril 2015, n° 14-12938.

らない。なぜならば、（貸主、受任者、受寄者、また労働者が）報酬を得られないということは、財産の減少ではない、（借主、委託者、寄託者また雇主は）損失を避けただけであり、財産の増加はない。もっと広げていうと、役務の贈与というものはないのである。

——他人の債務についての無償の担保供与もまた恵与ではない。なぜならば、担保提供者は、債務者に対して求償ができ、その結果、終局的に何ら財産の減少も財産の増加もないからである。信用の贈与というものもないのである。

◆〔恵与の徳義的要素〕 〔恵与の〕徳義的な要素は、恵与する意思〔が必要である〕ということにある。即ち、贈与にはl'animus donandi（与える意思）が必要であり、遺贈にはl'animus testandi（遺言をする意思）が必要である。この要請については、判例は先例に事欠かない。その価値を下回る価格での財産の譲渡は、譲渡人が恵与の意思を有していたかにより、贈与と〔単なる対価の〕不均衡な売買とを区別することができる⁶⁾。相続放棄は、その行為者が恵与の意思によって行ったのであれば、それにより利益を受ける者に対する恵与になる。

ところが、恵与意思をめぐっては、〔以下の〕2つの見解が対立している。

〔① 客観説〕 まず〔恵与意思についての〕抽象的または客観的な考えによれば、恵与の意思は、他人に利益を与えて自己の財産を減少させようという〔客観的〕意識と意思である。それ故、財産の損失が意識されていない場合（売主が適切な価格と考えている場合）、または、意識しているが欲していない場合（売主はそれが異常に安いことを知っているが、それ以上に売れなかったので仕方なくその価格で売った場合）、恵与ではない。他方、この意識と意思が明らかであれば、恵与の意思が証明される。それ以上〔の証明〕は求められない。処分の動機は問わないし、どうして財産を減らそうと考えたのか理由は問わない。欲

6) Cass. req., 9 déc. 1913, préc.（売買、代金がないので無効）。— Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1959（贈与と認定され、レジオンを理由とした取消が否定された）；D. 1960, p. 185, note R. SAVATIER. — 6 janv. 1969（贈与と認められ、代金が低すぎるが故に無効とすることが否定された）；Bull. civ. I, n° 8. — 7 avr. 1976（贈与と認められ、まともな代金ではないことを理由とする無効が退けられた）；Bull. civ. I, n° 144. — Comp. Cass. 3^e civ., 20 févr. 1974；Bull. civ. III, n° 85.

せられているのが徳義的な満足なのか実質的な満足なのかも問わない。

〔② 主観説〕 2つ目の〔惠与意思についての〕具体的または主観的な考えによるならば、惠与の意思は、出費（sacrifice）が意識されまた欲せられただけでは足りず、更に、無欲であること、まったく利他的であること、〔即ち〕利己主義から全く無関係に同意されたものであることが必要となる。それ故、〔この考えでは〕惠与の意思が認定されるためには、処分者の動機が明らかにされなければならないことになる。〔この考えでは〕もし譲渡人が、実質的または徳義的に自己の利益を目的としている場合には、惠与ではないことになる。〔この結果、以下のような場合には惠与にはならない。〕

——実質的な利益。ある個人が、その周辺にその個人が保有している不動産の価値の上昇を狙って、土地をそこにスポーツ施設をつくるために市に贈与する、商人が、顧客を維持また増やすためにおまけをあげる、また、父親が、財産に対する課税を避けるためにその子供らに財産を分配するといった場合である。

——徳義的利益。ある個人が、自分の宗教的責務を満たすために、市に教会の建設用地として土地を贈与したり、父親が、子供らにそこに居住しそしてその間に「争いが起きないように」1つの共同住宅を贈与するといった場合である。

この惠与の意思についての〔主観的な〕考えは、重大な批判を受けている。それは、このように惠与の意思をここまで厳格に制限してしまうと、殆どの事例が〔惠与から〕排除されかねない恐れがあるということである。極限まで〔この考えを〕押し進めれば、譲渡人が、見栄、虚栄、他と歩調を合わせようという気持ち、相続への嫌悪を満たすため、更に言えば気前がいいだけであったことを証明すると、惠与の意思が否定されてしまうことになる。要するに、この主観的観念は、惠与にあって、実質的にも徳義的にも100%他人のためという個人の行為はありえないということと明らかに抵触する⁷⁾。

〔ところで、惠与の意思について、〕実定法はどうなっているのだろうか。判例は無数にあるが、必ずしも明確ではない。惠与の意思の認定については破毀

院が事実審裁判官の専権事項と認めているために、なおさら不明瞭さが際立っている。とはいえ、法律をみると、客観的、抽象的観念〔①説〕に有利な状況がみられる。例えば、商人または事業者によってなされた無償行為（代金の値引きや企業の設立）についての規定は、行為者が個人的、ここでは即物的な利益を狙っているとしても、それでもなお恵与と認められることを前提としている。商人または事業者が、〔営業上の〕結果の維持また増加といった宣伝的効果を考えていても、〔法律が〕恵与であると考えていることは明らかである。

恵与の概念についての説明の最後に、簡単に証明問題について言及しておこう。確立した判例によれば、恵与、より正確に言えばある行為が無償であること（*gratuite*）の証明は、それを主張する者に証明責任が負わされる。このことは、無償ということが例外であることを示すものである。更にいうと、恵与の意思の証明は、実質的な要素の証明とは別に要求されている。例えば、両親がマンションや一軒家を成人の子に長期にわたって住まわせる場合、恵与の意思とは認めず、また、実質的要素（即ち賃料が支払われていない）から恵与の意思を推論する事実審裁判官の判断を、常に覆している。証明責任の結果として、恵与の意思が疑われる場合には、有償行為に分類されるリスクがある。

2°. 恵与の分類

3. 恵与は、その内在的性格またはその外在的性格から導かれた3つの基準により〔以下のように〕分類することができる。

7) H. Vialleton, note sous Cass. civ., 24 janv. 1928 : S. 1929, I, p. 37 : « 完全かつ全面的な無私無欲、いかなるものであれよこしまな気持ちがなくしてなされたということは、人間の性質からしてその行動規範と両立しえない」。— J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, n° 44 : « 人が贈与をするのは、そこに何らかの徳義的な利益を見出すからである。そうでなければ、そんなことはしないであろう。その価値は、最低でも気前のよい行為をなすことにより肉心的満足を得ることにある——この悦びのことを道徳主義者はもっとも純粋なものという——。それは他人に贈与をするという喜びである」。この点については、Pascal, *Pensées*, Section X-663 を参照 « 慈善ほど金銭欲に似ているものではなく、また、慈善ほど金銭欲と異なるものもない」。

◆内在的性格による恵与の分類　民法典により予定され規律される恵与は、主に贈与と遺贈であり、贈与と遺贈とは以下の3つの基準により区別される。

〔①〕行為を行う意思の数についていうと、贈与は契約であり、他方で、遺贈は単独行為である。

〔②〕恵与の目的物についていうと、贈与は現存する物が目的物であり、期限がついているため直ちにではないにしても所有権が移転されることは確定しており、その結果、贈与者は、贈与した目的物を処分することはできない。これに対して、遺贈は、将来の物を目的物とする。遺贈者が死亡時に保有していればその保有している物を目的物とするのであり、それゆえ、〔死亡までは〕好きなようにこれを処分する権限を保持している。

〔③〕行為が確定的か暫定的かという性格において異なっている。贈与は他の契約と同様に撤回できないが、遺贈はその性質上撤回ができるものである。〔すなわち〕遺贈は最終意思によるべき行為であるため、遺贈者がその死亡まではなかったことにすることができる行為なのである⁸⁾。

贈与と遺贈とは別に、フランス法は、非常に例外的にはあるが、いくつかの要素が組み合わされた贈与、〔すなわち〕契約でありつつ将来の目的物についての贈与を認めている。〔しかし、〕これは原則として禁止されている。なぜならば、これは将来の相続についての合意になるからである。ところが、これは、例外的に、婚姻契約において、結婚前の夫婦の間で、または、第三者により結婚前の夫婦ないしその一方に対して、更には、婚姻中の夫婦の間で許され

8) コモンロー諸国の基本的制度であるトラストも、恵与の手段になりうる。人の動機、財産の国際化、租税上の最適地探しの結果として、フランスの裁判所はこのことを認めることを強いられる。しかし、フランス法の恵与の分類において、信託はその位置づけが明確にはなっていない。なぜならば、まず、信託に対応するものがフランス法には存在しないからである（少なくとも恵与信託（*fiducie-libéralité*）は認められていない）。また、信託にも無限の多様性があるからである。

裁判所がフランス法を信託に適用しなければならない場合に、争われている信託の性質及び適用される規定の根拠を考慮して選択をすることになる。規律されるべき利益を考慮して、それを贈与、遺贈または特殊な恵与と扱うべきであろうか。

ている。前の事例では、この合意は撤回ができない。後の「婚姻中の夫婦の」事例では、遺贈同様に自由に撤回が可能である。

◆外在的要素による恵与の分類　この「外在的要素という」観点からは3つのタイプの恵与に分けられる。

〔①〕通常の恵与。これだけについて以下の発展問題があてはまることになる。

〔②〕家族的性格の恵与が、家族の内部で、夫婦間、親子間、更には世代の異なる親族間で「祖父から孫に対してなど」なされる。これには、夫婦間恵与と遺産分割恵与（2006年6月23日の法律による相続法の改正前は、尊属による遺産分割と呼ばれていた）がある。この問題については、Helene Poivey-Leclercq 講師がこの講演では担当することになっている。

〔③〕社会的な恵与は、集团的利益または一般的利益そのものを満たすためになされるものである。特に基金や社団に対してなされる場合がこれに該当し、このテーマは、Arnaud Lizop によって解説がなされる。

3°. 恵与についての法の傾向

4. 恵与をめぐる法の態度は、2つの矛盾する感情に基づいている。

◆〔(1) 好意的な評価〕　一方で、恵与は好意的に迎えられている。

一方で、恵与の意図は無私無欲、利他主義に依拠している。これは施し、慈善の表明である。そのため、法は、こういった高潔な行為を推奨しなければならない⁹⁾。

他方で、「親から」子への贈与がなされた場合、それは家族的企業も含めて財産の次の代への事前の移転である。平均寿命がどんどん延びているこの時代においては、これは一般的な利益にも適合する。生存している間に租税負担を移転させるという動機により、「親子間の」多くの恵与は説明ができる。租税負担を最適化する「節税」ということが、ある者にとっては求められているのである。恵与の内容は、この租税最適の影響を大きく受けているのである。

9) 慈善は3つの対神徳（vertus théologiques）の1つである。

◆〔(2) 批判的な評価〕 しかし、他方で、恵与は、批判的にみられている。これにより多くの利益が損ねられるからである。

〔④〕 まず、恵与は、行為者自身にとって危険である。これは対価のない利益であるため、〔恵与の〕同意をする者にとっては、感情の表明であり、受ける側の者にとっては、物欲の対象である。このことから、行為者は感情に負けて熟慮せずに譲渡してしまう危険があり、また、その同意を得ようと考えている他人の策略の被害者になる危険がある。この場合には〔恵与者は〕保護の必要性がある。

この危険は遺贈よりも贈与のほうが性質上より大きい。なぜならば、贈与では、譲渡人は、生存している間に財産を失い奪われ生活に窮するようになる危険があり、また、〔その後〕その周囲の者への「愛情」が失われていく可能性がある。ロアゼル（16世紀の学者）の格言の1つに、死亡する前にその財産を与えてしまう者は、多くのことで苦しむことを覚悟しなければならない、というものがある。老人は自分の持っているものでしか生きていけないと、フランソア・モーリアック（20世紀の小説家）は警告している¹⁰⁾。

〔②また、〕恵与は、行為者の家族に対しても危険である。恵与により、遺言がなければ相続に割り当てられるはずの家族の財産が除外されてしまう。財産が家族の間を逃れて、それと異なる形で分配されることになる。相続が家族の結束のための道具として機能するためには、この回避は制限されるべきである。

〔③〕 より自明のことであるが、恵与は、その行為者の債権者を害することになる。より正確にいうと無担保債権者を害することになる。その財産は恵与により排除されることになるからである。恵与は責任財産を不当に制限することになる。人は、気前よくある前に自分の債務を弁済しなければならないはずである。債務を弁済することなく恵与をすることは許されないのである。

〔④〕 恵与は、ある意味では、その受益者をも害することになる。受益者は、程度はさまざまであるが、自由を失う可能性がある。対価のない利益を受ける

10) 毒蠅のからみあい (*Le nœud de vipères*)。

ことによりそそのかされて、その自由を制約する条件や負担を受け入れてしまう危険性がある。この者とは結婚をしない、ある宗教に奉じる、ある家に居住するといった負担である。

〔⑤〕さらに言えば、恵与は、社会に対して害をなすとさえ考えられる。社会団体は二重の危険の可能性がある。まず、恵与は、嫌悪すべき社会秩序（長子、男子の特権等）を維持または再建するための土台を育むことになるという懸念がある。次に、団体に利益を与える〔恵与の〕場合には、マンモルトの規則の下で重要な財産を構成することにならないかという懸念、また、国家と市民の中間に位置する強力な団体に財源を供給することにならないかという懸念がある。この懸念は、〔フランス〕革命直後には非常に切実なものであった。アンシャンレژیーム秩序へのノスタルジーが特定の者には宿っており、ギルド団体の権力そして富の記憶は依然鮮明であった。しかし、往年の市民秩序が再建されるという脅威は、19世紀には次第に薄れていった。集団、とりわけ宗教的またギルド的な論争がなされてきた団体を回避しようということは、現在では、団体活動に対する感覚が逆転した〔団体を好意的に評価する〕ことにより薄れている。共同財産という観点からは、恵与は既述の疑念が取り払われている。むしろ、社会的美德と考えられるようになっている。したがって、恵与が公法人に対してなされる場合には、文化的に高い価値の財産を持つ国家の資産を増加させるものと考えられる。

このように、譲渡人、その家族、その債権者さらには受益者の利益の保護のためということに、〔恵与を〕規制する立法措置は存在意義が認められるのである。

そこで、この法的規制を、恵与についてのその要件（⇒Ⅰ）、次いで、その効果（⇒Ⅱ）の順で検討をしていくことにする。

I. 惠与の有効要件

〔惠与の要件には〕実体的要件（A）と形式的要件（B）とがある。

A. 実体的要件

5. 改正前の民法典旧 1108 条が規定していた法律行為の 4 つの有効要件（合意、能力、目的及び原因）は、2016 年 2 月 10 日のオールドナンスによる新 1128 条では 3 つとなっている。それは、当事者の合意（⇒ 1°）、能力（⇒ 2°）及び適法かつ確実な内容（⇒ 3°）である。

1°. 合意

6. まず第 1 に合意の存在については、民法典 1129 条が、契約を有効に合意する真摯なものであることを要求している。民法典は、この規律については、惠与に特有の規定として 901 条に「惠与のためには、真摯な気持ちでなければならない」とそのまま書き写している。かつては、惠与の合意のためには、有償契約の合意をするよりもより熟慮された、また、より強い知性が必要であると考えられていた。しかし、このような分析は、判例の採用するところとはならなかった。他の法律行為であろうと惠与であろうと、譲渡人に意思能力がないと認められるほど重大な精神的障害に基づく精神的異常が必要と考えられている。そして、原則規定におけるのと同様に、精神的な障害が重大であることは、事実審裁判官によって専権的に判断されることになる。

しかし、惠与の特別の規律に注目する必要がある。原則として、法律行為の行為者が死亡すると、精神的障害の証明は、その行為そのものについての事情によってなされることになる（例えば、その行為に含まれている条項の異常性）。これに対して、惠与については、証明は自由である。即ち、〔精神的障害の〕証明は、証人や推定などいかなる方法を用いてもよい。この規律は、遺贈のときに意味が認められる。この場合には、行為の有効性が争われるのは、その行為者の死亡後になるからである。

7. 次に、合意の適切性については、恵与も他の法律行為と同様に、錯誤、詐欺及び強迫という合意の3つの瑕疵に該当すれば、取消しが可能になる。しかし、伝統的には、恵与では、合意の瑕疵は「有償の法律行為」より広く認められている。

錯誤についていうと、「恵与については」二重の拡大がみられる。一方で、恵与を受ける人についての錯誤が合意の瑕疵と認められている。民法典新 1134 条によると、契約当事者の事情についての錯誤は、例外的にその人を考慮して契約が締結された場合にのみ認められるが、正に恵与ではこれがあてはまるのである。他方で、同 1135 条によると、動機についての錯誤は、原則的には無効〔取消〕原因にはならず、合意の決定的な要因と明示的になされていた場合に限り例外〔的に取消原因〕とされているにすぎないが、恵与では、譲渡人の動機が合意について決定的であったならば瑕疵と認められる。その動機が、受益者側に知られていなくてもよい（例えば、ある者が、自分には子がいないものと誤解して、美術館にその蒐集した美術品を寄贈または遺贈した事例）。

詐欺についていうと、恵与においては、それが第三者によりなされたものであっても取消しが可能である（例えば、第三者が譲渡人に対して相続人に対して恨みを持たせるように勘違いをさせて、家族以外の第三者を受益者とする処分をさせた場合）。原則規定では、契約当事者により詐欺がなされるか、または、2016 年改正後は、「契約当事者と」通謀している第三者によって詐欺がなされることが必要である（民法典 1137 条及び 1138 条）。

2° 能力〔可能性〕

恵与について要求される能力〔可能性〕は、3つの特徴を備えた非常に独自の制度になっている。

8. 第1に、保護される一般的な「行為」能力について修正がなされている。譲渡人にとっては財産が減少し、恵与は有償行為よりも危険である。他方、恵与は、恩恵を受ける者にとっては財産が増加するだけであり、有償契約よりも危険は少ない。そのため、無償で財産を処分する側には能力を制限し、また、

財産を受ける側には、能力を緩和しようという「法の」傾向がみられる。

◆無償での処分をする能力は2つの考慮に基づいて定められている。

第1は、行為の重大性である。有償行為よりも一般的に重大な惠与の中でも、「とりわけ」贈与は、譲渡人がその生存中に財産を失ってしまうが故に遺贈よりも重大である。この考慮から、処分の能力について、有償での処分行為よりも無償での処分行為についての方がより制限的に決められることになり、また、遺贈よりもより制限的に贈与の能力については決められることになる。

第2は、遺贈の人的な「サポートの」関係に由来するものである。即ち、遺言書の作成においては、代理も補助も考えられないということである。すべての無能力が遺贈では排除される。過重なほどの禁止と危険性をはらむ自由を認めることとの選択が、立法者に任されることになる。

この2つの考慮から以下の規制が理解できるものと思われる。

——未成年者は、その有する財産を贈与する能力は認められない（「法定」代理人がその名で贈与することもできない）。しかし、16歳になると、その財産の半分までは遺贈することができるようになる（法はここまでの危険は受け入れる）。

——成年被後見人は（「法定」代理制度の下に置かれる）は、裁判所による個別の許可を得た場合を除き、贈与することも遺贈することもできない。裁判所は、その許可を与える際に、贈与につき補助をすることを後見人に義務づけ、また、後見人にその名で贈与することを許可することができる。しかし、被後見人に自由に補助もなしに遺贈をすることを許可することはできない（裁判所は危険を回避することになる）。

——保佐を受けている成年（保佐制度の下に置かれる）は、保佐人の補助なしに贈与することはできないが、その財産を自由に遺贈することはできる（法は危険を容認する）。

◆無償で財産を受ける能力については、以下の区別に従って規律されている。受益者は、法的には何らの義務を負うものではないため、特に惠与により不

利益を受けるものではない。何らの負担を伴わない贈与や特定人への遺贈はこのようなものである。この場合には、その無能力〔の規制〕は軽減される。未成年者に対してなされた贈与は、その法定代理人が受諾できるだけでなく、その卑属の誰でも受諾することができるのである（935条）^{訳者注1）}。

恵与が、受益者に法的な義務を負担させるものである場合には、受益者に危険が伴う。その例が、負担付き贈与や包括遺贈（この場合には受遺者が相続される債務について義務づけられる）である。この場合には、無能力についての制限を維持することが考えられ、更にはより厳しくすることさえ考えられる。例えば、包括遺贈については、未成年者は、後見判事の許可を得なければ法定代理人によって承諾を受けてもすることができないのである。

9. 第2に、公序による一般的な無能力〔主体についての要件〕の調整も認められている。将来の現存しない者また不確定の者についての無能力の問題が考えられる。原則として、未だ実在しない者または特定されない者の名でなされた法律行為は無効である。帰属主体のない権利は認められないという原則の単純な適用である。この原則は恵与にも妥当するが、判例及び法律は、重大な修正を加えている。

将来の者に対してなされた恵与、とりわけ遺贈者の死亡後に設立される法人に対する遺贈について、判例は、相続人に設立することそしてそれに財産を移転することを義務づけており、帰属主体のない権利を認めない原則を回避しようとしている。そして、法律は、自己の死亡後に創設される法人に対してなされる恵与を、国家により遺言執行者を選任しこの者に法人の設立を義務づけるという形で有効としている。こうして、フランス法においては、裁判所と立法者の共同の努力の賜物として、死後の〔法人の〕設立が可能になっている。

特定されていない者に対する恵与に関しては、裁判所は、遺贈者が考えてい

訳者注1）民法典935条1項「後見に服する未成年者または後見に服する成年者に対してなされた贈与は、……463条に従い後見人によって承諾がされなければならない」、同2項「ただし、後見に服する未成年者の父親及び母親、また、父親及び母親が存在していてもその存続は、後見人ではないとしても、未成年者のために承諾をすることができる」。

た者を「発見する」という「遺言」の解釈に依拠した解決をしている。「がん」にり患してなされた遺贈は、がんの研究団体にあてられたものと認められている。犬に対してなされた遺贈は、動物保護団体に対してなされたものと認められている。[いわば] 遺言の効力を維持するために、死者の意思を探究し、遺言書を実質的に書き換えているに等しいのである。

10. 第3に、疑惑がある場合の無能力「効力否定」という、恵与に特異な無能力「効力否定」がある。策略または教唆の法定の推定に基づく無能力「効力否定」である。この場合には、法律は、譲渡人の自由ではなかったという反証しえない推定を認めている。[法律は] 一般原理を述べることなく、以下のような扱いをしている。後見人は被後見未成年者から、医者や薬剤師は患者から、病気の間に補助を受けた者から牧師は、宿泊を提供した者から、庇護的な受入機関の所有者や受入先の者は、「恵与を」受けられない。

この疑念がある場合の無能力「効力否定」と関連したものとして、[政治] 浄化の観点からの無能力「禁止による効力否定」をあげることができる。例えば、一定の金額を超えて金銭を受け取る政治的な金銭がこれに該当する。圧力団体が議員または選挙の候補者を買収することを禁止するといった政治的行為の浄化が問題になっている。

以上の疑念がある場合の無能力「効力否定」及び浄化のための無能力「禁止による効力否定」については、2つのことを明らかにする必要がある。一方で、これらは厳格に解釈がなされねばならない「安易に拡大されてはいけない」ということである。破毀院は、事実審裁判所に対して、条文では明確に規定されていない者（例えば、譲渡人の死亡までの最後の生活を世話する家事の補助者）に「禁止規定を」類推により拡大をすることを禁止している。他方で、疑念がある場合の無能力「効力否定」及び浄化のための無能力「効力否定」のいずれについても、原則規定の例外則である差引残高「隠匿行為」の規則によって強化されている。恵与が外見上は有償行為として仮装されまたは隠されてなされたり（贈与なのに売買とした）、名義貸人に対してなされた場合（医師や政治団体の代表の妻に対してなされた贈与）、原則規定では虚偽表示は許されているが「隠匿

行為は有効）、恵与では虚偽表示を理由に〔隠匿された恵与まで〕無効とされる（民法典 911 条）^{訳者注 2)}。

この場合には、恵与は二重に無効である。即ち、無能力〔禁止による効力否定〕という理由及び虚偽表示という理由とによってである。この場合には、無能力〔効力否定による規律〕（政治的な金銭授受など）が部分的な場合に、無効が拡大されているのである〔隠匿行為である贈与まで無効になる〕。

3°. 恵与の内容

11. 民法典の新 1162 条は、契約は、その約定においても目的においても、公序に反することはできないことを規定している。ここでは、1804 年の民法典が宣言していたように、契約は、その目的においても原因においても公序に反することは許されないのである。この原則は〔2016 年改正後も〕依然として恵与に適用される。負担付きの恵与について、判例が、受益者の婚姻の自由、離婚の自由、信教の自由、良心の自由を侵害する条項を、改正前は公序良俗の名の下に、〔改正後の〕現在ではむしろ憲法を理由として無効としている。例えば、破毀院は最近、ヨーロッパ人権宣言を適用して、遺贈を受益者たる女性及びその子供らがユダヤ教を受け入れることに服せしめる条項¹¹⁾、また、いかなる原因であれ恵与に対して抵抗した子を相続人から排除する条項を無効としている¹²⁾。前者〔の条項〕においては、〔ヨーロッパ人権〕宣言 8 条及び 9 条により保障された、私的生活・家族生活の尊重、思想及び良心の自由を侵害するものであり、後者〔の条項〕においては、同宣言 6 条によって保護された訴えを提起する権利を侵害するものである。夫婦の間に離婚したならば執行すると

訳者注 2) 民法典 911 条 1 項「自然人また法人のいずれに対してかを問わず、無償での受け取りができないのに、これらの者に対してなされた恵与は、有償契約の形式で隠されて行われた場合、または、自然人であろうと法人であろうと、名義貸人の名でなされた場合には無効である」、同 2 項「〔恵与が〕許されない者の父親または母親、子または卑属、更には配偶者は、反証がされない限り、名義貸人と推定される」。

11) Cass. 1^{re} civ., 21 novembre 2012, n° 10-17365.

12) Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2016, n° 15-13.312.

約定された贈与の条項も疑いなく無効とされている¹³⁾。

[この点をめぐっては] 2つの特異点を指摘するにとどめる。

◆第1に、恵与における禁止条項かどうか見極めるためには、贈与における特別の要請、贈与についての特別の撤回可能性という原則を考慮する必要がある。この原則は、贈与者が、直接または間接に、既に与えたものを取り戻す権限をその行為の中で留保することを禁止するものである。換言すれば、すべての贈与は、贈与者につき随意条件——純粹随意条件でさえある——の下でなされれば、このような条件が法律によって認められているにもかかわらず、無効になる。また、贈与者が贈与物を他に処分する権限を留保する贈与、受贈者が贈与者の将来の負債を支払うことを義務づける贈与、また、贈与者の将来の財産、即ち贈与者が死亡するまで自由にできる将来の財産についての贈与も無効である。贈与者が後戻りを可能とする権利を留保することの禁止は、[実は]贈与者自身の保護という配慮によって正当化ができる。後戻りができない拘束力を負わすことにより、法律は贈与者に真剣な熟慮を促しているのである。

贈与者は、贈与において、あげた物を取り戻す撤回権を留保すること、少なくとも、場合によっては決定したところの権利移転の内容を改定する権利を保持しようとするため、この点は重要である。生存している間において無償での権利移転の変更可能性を考えるのは、2つの考慮が結びついたうえのことである。一方で、適時に権利を移転したいと考える税金関係の動機がある。他方で、人の平均寿命が延び、財産また立法において家族における不確実な要素が多いため、将来の予見が困難になっているという事情がある。

◆第2に、恵与についての違法条項の無効に関しては、以前から議論されている問題として、無効の範囲についての問題がある。即ち、異常な[違法な]条項のみが書かれざるものとみなされるだけなのか、それとも、恵与全体に無効が拡大されるのかという問題である。1804年の民法典は、無償行為か有償行為かを区別していた。有償行為については、無効は行為全体に及ぶが、無償

13) Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2012, n° 11-13791.

行為については、異常な「違法な」条項のみの無効に限られる。[しかし] ある有名な判決によってこの2つの行為の区別は否定された。それによると、違法な条項が合意の中で決定的なものであったか否かによって、[有償行為か無償行為かを区別せず] 無効が一部だけか全部に及ぶかが決められることになる。2016年の改正は、この判例を民法典新1184条に受け入れた。しかし、制度は一元化されたとはいえその通りにはいかない。[というのは] 恵与では、対価を支払う必要のない利益でおびき寄せておいて、恵与を受けた者の憲法上の権利の行使を奪うことを意図した驚くべき条項が見られるからである。[その場合] 違法な条項を無効とし恵与の効力を維持する一部無効という解決が、違法な条項を実現することを抑止する最善の方法であり、また、このような約定がなされるのを予防するためにも最善の方法である。

B. 方式についての要件

12. フランス法における「契約の」原則は諾成主義である。即ち、契約はただ合意を取り交わすだけで成立し、書面を作成したり、何らかの方式によることは必要ではない。この原則は、2016年のオルドナンスによる改正により、民法典1172条によって正式に宣言されている。ところが、恵与は、改正前後を問わず諾成主義の原則に服することはない。方式主義の法律行為である。

贈与は原則として公証人の面前でなされなければならない（民法典931条「[生存している間になされる一切の贈与は、契約の通常の形式により公証人の面前にて締結されなければならない。書面は原本でなければならず、そうでなければ無効である]」）。この要件はいくつかの理由に基づいている。1° / [第1に] 公証人の助言を受けることで贈与者の合意を保護することである。2° / [第2に] 贈与者やその相続人が贈与を否定する主張をするのに対して、受益の対象である恵与について確実な証拠を残すことで受贈者を保護することである。3° / [第3に] その存在や範囲を争う受贈者に対して、贈与者の相続人が遺留分のようなその固有の権利行使を可能として相続人を保護することである。

遺贈もまた方式が必要である。確かに遺贈はいろいろな方式で行うことがで

きるが、その原則は公証人によって作成された遺言書かまたは実筆証書（遺言者によってすべて日付が記され署名がなされる必要がある）によることである。これに対して、口頭の遺言は無効である。その理由は、口頭の遺言では、その存在また内容がそれを聞き取った証人による証明に依拠するが故に法的に不確実であるということに求められる。

しかし、この「要式行為という」点については、判例は緩和することを認めている。

〔①〕一方で、方式が適式ではない贈与でも効力が認められている。例えば、〔a〕現実贈与（贈与物を引き渡す、譲渡するという形でなされる物権契約である）、〔b〕隠匿された贈与（狭義の隠された贈与であり、売買に隠された贈与、仮装の債務を認める〔その支払をする〕ものである）、また、〔c〕間接的な贈与（その外観は中立的である行為の性質それ自体に隠された贈与であり、権利の放棄や価値より低い価格での売買である）がそれである。この3つの例外の中でも、最初のが、破産院が、譲渡は手渡しによるだけでなく、口座の振替でもよいと認めたことから最も重要である。このようにして、現実贈与は、一方で、預金通貨によってもよく、他方で、移動可能な価値（1981年の「支払手段の」非物質化以降）、したがって、有価証券証書や会社組織で経営されている企業の証書によっても行うことが認められる。

〔②〕他方で、判例は、口頭での遺言が、相続人に自然債務を負担させることを認めている。それ故、相続人が履行したならばその返還を求めることはできない（債務なき弁済ではないからであり、2016年以降は正当ではない弁済とはいえないからである）。また、相続人が「受贈者に」履行を約束したならば、その履行を義務づけられる（これにより自然債務が市民法上の債務に更改されたからである）。

II. 恵与の効果

「恵与の効果は」当事者間の効果（A）と第三者に対する効果（B）とに分けることができる。

A. 当事者間における〔恵与の〕効果

13. 恵与については、譲渡人に対して、その意思を尊重して特別の配慮が必要とされる点に特殊性がある。他方で、受益者は何らの対価なしに利益を受けるにすぎないので、それへの配慮は〔譲渡人よりも〕少なくてよい。

以下には2点を説明しておこう。それは、当事者の権利・義務について（⇒1°）、及び、法律行為の裁判所による改定である（⇒2°）。

1°. 〔恵与の〕当事者の権利・義務

14. 第1に、無償譲渡人の義務は、有償譲渡人のそれよりもはるかに軽減されたものである。例えば、贈与者は受贈者に対して軽減された担保責任しか負わない。売主とは異なり、贈与者は第三者による追奪担保責任を負うことはない。瑕疵担保責任を負うこともない。古い格言によれば、「馬の贈与を受けた場合に、その歯〔年齢〕は関知しない」（現代風にいえば、「自動車をもらった場合に、ボンネット〔中のエンジン〕は関知しない」と言い換えられる）。

15. 第2に、無償の受益者は、譲渡人に対して特殊な義務、感謝の義務（*devoir de reconnaissance*）を負う。例えば、贈与また遺贈のいずれにおいても、忘恩行為（*ingratitude*）を理由とした撤回が可能である。法律により規定されている忘恩行為がなされた場合とは、受益者はその恵与者に対する重大なフォートを犯した場合であり、遺贈の場合では、〔恵与者の〕追憶に対する重大なフォートを犯す場合である。生命を侵害したり、食事を提供しなかったり、重大な傷害を負わせたり不法行為をすることである（954条、1046条及び1047条）^{訳者注3)}。

訳者注3) 民法典953条「生存中になされた贈与は、条件の不履行、忘恩行為（*ingratitude*）、または、子供ができたことのいずれを理由とするのでなければ撤回できない」。

954条「条件の不履行を理由に〔贈与の〕撤回がされた場合、財産は贈与者に復帰し、受贈者の下での負担や抵当権から免れる。また、贈与者は、贈与された不動産の第三取得者たる第三者に対して、受贈者に対するのとまったく同じ権利が認められる」

955条「生存している間になされた贈与は、以下の場合に忘恩行為を理由に撤回をすることができる。1. 受贈者が贈与者を殺害しようとした場合、2. 受贈者が贈与者を虐待、不

法行為をなしたまたは重症を負わせ有罪とされた場合、3. 食事を与えなかった場合」。

956 条「条件の不履行または忘恩行為による撤回は当然にはその効力を生じることではない」。

957 条 1 項「忘恩行為を理由とした撤回請求は、受贈者の贈与者に対する不法行為時から、または、贈与者によって不法行為が知り得るようになった時から 1 年以内になされなければならない」。同 2 項「前項の撤回は、贈与者により受贈者の相続人に対して、また、贈与者の相続人により受贈者に対して求めることはできず、ただし、後者については、贈与者が〔死亡前に〕訴訟を提起していた場合、または、贈与者が不法行為により死亡した場合はこの限りではない」。

958 条 1 項「忘恩行為を原因とした撤回は、撤回請求がされていることを不動産登記により公示する前になされたものである限り、贈与の目的物に設定された抵当権その他の物的負担、また、受贈者がなした食事の提供を覆すことはない」。同 2 項「撤回が認められた場合、譲渡を受けた目的物の請求の時期における価値、また、請求後の果実を償還しなければならない」。

959 条「婚姻のための贈与は、忘恩行為を理由に撤回することはできない」。

960 条「現在も生存している子も卑属も贈与時に存在していなかった者により生存中に贈与がなされた場合には、その贈与の価値がどのようなものであれ、どのような名目でされたものであれ、また、相互的または報酬を伴うものであれ、相手とは異なる者により婚姻のためになされたものであれ、贈与証書によってそのことが予定されていたならば、その死亡後も含めて贈与者に子ができたことにより、または、……方式及び要件を満たして養子をとった場合には撤回が可能である」。

961 条「前条の撤回は、贈与者の子が贈与時に懐胎中であつたとしても認められる」。

962 条「〔子ができたことによる〕贈与の撤回は、受贈者が贈与を受けた財産を占有していても、また、贈与者によって子ができてからもそのままになっていたとしても、可能である。ただし、受贈者は受領した果実はその性質を問わず、子ができたまたは養子を採用したことを適式に通知をし、この通知後に贈与した財産の返還を求めたのではない限り、償還する必要はない」。

963 条「撤回された贈与の目的である財産及び権利は、受贈者の下での抵当権その他の負担を伴うことなく、贈与者の財産に復帰し、夫婦間の法定抵当権に補充的に服することもない。贈与が、受贈者の婚姻のためになされた場合また婚姻契約に挿入されていたとしても、同様である」。

964 条「〔撤回後の〕贈与者の子の死亡は、960 条の規定する贈与の撤回に何ら影響することはない」。

965 条「贈与者は、子ができたことによる撤回権をいつでも放棄することができる」。

966 条「〔子ができたことによる〕撤回訴権は、最後の子の出生または養子縁組から 5 年で時効にかかる。この撤回訴権は贈与者によってしか行使ができない〔代位行使はできない〕」。

2°．〔惠与の〕 裁判所による改定

16. 現在の状況が契約締結後に根本的に変わってしまった場合に、裁判所によってなされる契約の改定の問題は、古くからある問題である。この問題は不
予見の理論として議論されてきた。2016 年の改正は、1876 年の破毀院による
有名なクラボン運河判決以来認められてきたフランス契約法によって認められ
てきた解決を逆転した。民法典新 1195 条によると、契約の際に予見できな
かった事情の変更により、当事者の一方の履行が過度に費用のかかるものとな
った場合に、その者がそのリスクを引き受けていなかったならば、この者は
相手方に対して再交渉を求めることができ、相当期間内に合意が成立しなかつ
た場合には、裁判所に対して、契約の改定、その時点での契約の終了または条
件の付与を求めることができることになっている。

しかし、惠与に関しては、既に 1984 年 7 月 3 日の法律により、〔上記の改定
と〕同様の〔惠与者の〕負担の改定を認めていた。それはとりわけ惠与が法人
に対してなされた場合である（例えば、市に学校や技術館を維持するための惠与、
定期的に賞を授与することができるように教育機関に対してなされた惠与など）。こ
の惠与についての特別の改定制度は、一般法〔一般規定〕における契約につい
て認められている改定とは、その精神において異なっている。実際、ここでの
〔改定の〕特徴は、譲渡人、即ち贈与者または遺贈者の死後 10 年を過ぎると、
もはや裁判所に求めることはできなくなるという点にみられる。不
予見理論は、当事者の一方に自己の欲しない改定を強いることになるが、〔惠与の〕改定は
譲渡人の意思に反して得られてはならない。惠与に固有の改定のメカニズムは、
すべて譲渡人の推測される意思に基づいたものである。即ち、法律は、譲渡人
が生存中は、〔譲渡人が〕改定を欲するならば、その意思に基づいて負担を適
正化することを裁判所に求めるだろうと推測しているのである。〔ただし〕惠
与によって負わされる負担の改定のための特別の制度により、2016 年改正に
より改められた一般法〔一般規定〕の適用による負担の改定は排除されると考
える余地がある。

B. [惠与の] 第三者に対する効力

ここでは2つのタイプの第三者が特に注目される。1つは、譲渡人の債権者であり(⇒1°)、もう1つは「譲渡人の」相続人である(⇒2°)。

1°. 譲渡人の債権者

17. 一般論として、債権者は、債務者がその支払不能の下で自分に損害をもたらすフロード行為「詐害行為」に対して保護されなければならない。対抗不能の訴権である詐害行為取消訴権がそれである。即ち、債権者は、その権利を詐害するためにされた譲渡行為を、裁判所によって自分に対抗できないものと宣言してもらうことができ、この結果、第三取得者「受益者」が保有しているままで財産を差し押さえることができるようになる。

しかし、有償行為である場合には、詐害行為取消訴訟が認められるためには、第三取得者が詐害行為に加担していることが必要であり、即ち、行為者が不誠実な意図で行っているということを認識していたことが必要になる(民法典1341-2条「[債権者は、その債務者がなした債権者の権利を詐害する行為を、それが有償行為である場合には、第三者たる契約当事者が詐害性を認識していたことを証明して、その名において、自分に対抗できないと[裁判所に]宣言してもらうよう訴訟を提起することができる]」)。ところが、無償行為の場合には、第三者の加担は必要ではない。即ち「無償行為では」第三者は、行為者の詐害意思を知らなくても債権者の「詐害行為取消」訴訟を甘受しなければならない。この際は既に説明した。債権者は自分に支払われるべきものを獲得するために戦うのに対して、他方、受贈者は対価なしに取得した利益を保持するために戦うにすぎないのである。

[最後に] 惠与に対してなされる詐害行為取消訴訟がいかに多いのかを強調しておくべきであろう。

2°. 譲渡人の相続人

18. 「無償」譲渡人の相続人は、遺留されるべき相続人たる資格を有する場合

には、その相続への期待を奪うまたは減少させる恵与に対して保護されるべきである。しかし、問題とされているのは「譲渡人ではなくその」家族の保護である。

この点についての説明は Helene Poivey-Leclercq 講師によってなされる。