

〔民事判例研究〕

「親族間の情誼に基づいてなされた贈与において、
受贈者に情誼関係を破壊する行為があったとして
信義則により贈与の撤回が認められた事例」

後 藤 泰 一

〔大阪地裁昭和61（ワ）第3896号，貸金等請求事件，平成元年4月20日第11民事部判決，一部認容（確定） 判例タイムズ705号179頁，判例時報1326号139頁〕

【事実】X（原告）は，その娘（A）の夫Y（被告—なおAとYは昭和52年2月に結婚）がかねてより念願の歯科大学に合格し（昭和54年3月），Aと二人で新潟で生活をするようになったので，Yの大学在学中の学費および生活費等の一部を援助するためYに対して，大学入学時から卒業時までの六年間，継続的に月5万から10万円，計758万1000円を送金した。右金員の交付は，娘婿であるYに対する親族間の情誼関係に基づいてなされたもので，将来歯科医師になった後は娘のAを幸せにしてくれることを期待してなされたものであって，Yもそのことは承知し，Xの恩愛行為に対して感謝の意を表し将来恩に報いる旨述べていた。ところが，昭和59年5月頃から，Yは大学の同級生の女性と情交関係をもつようになり，歯科医師国家試験に合格した直後の昭和60年5月頃，Aに対して不貞の事実を告げ，相手の女性が妊娠したので離婚して欲しい旨申し入れ，一方的にAとの間の夫婦関係を破壊した。そのためXのYに対する前記期待は裏切られ，Yに対する親族関係に基づく情誼関係も破綻するに至った。そこでXは，Yに対して，交付した金員の返還を請求した。主位的請求原因として消費貸借契約に基づく貸金の返還請求を，予備的請求原因としてYの忘恩行為を理由とする贈与の撤回による不当利得返還請求を主張した。これに対して，Yは右金員の交付は贈与であり，それは既に「履行の終わりたる」ものであって，現行法上はその撤回を認める根拠を有しないとして争った。大阪地裁は，右金員の交付は贈与であって消費貸借契約に基づくものと認めることはできないとした上で，予備的請求についてつぎのように判示した。

【判決理由】「贈与が親族間の情誼関係に基づきなされたにもかかわらず，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則上不当と認められる場合には，贈与の撤回ができると解するのが相当である。これを本件についてみるに，前記贈与の基礎となっていた情誼関係が，Yの一方的な背信行為によって完全に破綻消滅し，しかも，大学在学中の6年間にわたり贈与を受けていたYは，歯科医師試験に合格し，Xの経済的援助が不要になるや否や，不貞の事実を明らかにしAに対し離婚を申し出て娘の幸福のためYの合格を待ち望んでいたXとの間の右情誼関係を破綻したものであることなど諸般の事情を考慮すれば，本件贈与の効力をそのまま存続せしめることは信義則上認めることができず，Xに贈与の撤回権を与えるべきである。それゆえ，Yは現存利益を不当に利得するものであって，本件で贈与された金員は

いずれも生活費ないし学費に消費されたものであるから、その金額が現存利益であると考えられるので、Yは、本件贈与を受けた758万1000円並びに撤回権行使の翌日である昭和63年10月28日から支払い済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金を支払う義務を負う。」

【研究】一．本件は、義父から娘婿に対してなされた生活費ないし学費の贈与につき、当事者間の情誼関係が破綻消滅したという場合に、贈与の撤回が認められるかどうか争われたものである。これにつき、本判決は、本件贈与が、「親族間の情誼関係」に基づいてなされたものであることを前提とし、①「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」、②「右贈与の効果をそのまま維持継続させることが諸般の事情からみて信義則上不当と認められる」という要件を満たした場合には、贈与を撤回することができる論理構成した上で、これを積極的に解したものであり、履行後の贈与につき、贈与契約以外の事後の原因を根拠にして贈与契約を撤回しうる一つの事例を加えたものとみることができる。なお、本件は、受贈者の非難されるべき行為が、直接に贈与者に対してでなく、贈与者の近い身内（娘）に対して向けられたものであり、そのことが情誼関係の破綻消滅を導いたとして贈与の撤回を認めるための実質的な判断材料になっている点においては、新しい事例であるといえよう。「贈与の撤回に関する限界事例の一つ」とする見方もある（上野雅和・本件評釈・判時1340号205頁）。結論的には賛成であるが、法的構成およびその要件については、いくつか問題点があるように思われる。

二．ところで、贈与の撤回に関して、諸外国では、いわゆる忘恩行為とか困窮を理由に撤回を認める立法例が多い。例えば、ドイツ民法は、贈与者が贈与の履行後自分自身に相応した生計が維持することができなくなった場合とか一定の者に対する法定扶養義務を履行することができなくなった場合における必需の抗弁（519条）・必需による返還請求（528条・529条）、および忘恩行為による撤回を認めている（530条）^(註1)。また、フランス民法は、贈与条件の不履行、忘恩および事後における子の出生によってのみ撤回できるとしている（953条～966条）^(註2)。スイス債務法も、受贈者が贈与者またはその近親者に対して重大な犯罪を犯し、またはこれらの者に対して負担する家族法上の義務に著しく違反し、または贈与と結びつく負担を不当に履行しない場合に、履行前の履行拒絶権、履行後の返還請求権を認め（249条・250条1項1号）、また贈与の約束があった場合にのみ、贈与者の財産状態の変化によって贈与の履行が贈与者にとって著しく過重な負担となったとき、および贈与者に家族法上の義務が発生・増大した場合に、履行拒絶権を認めている（250条1項2・3号）。さらに、イタリア民法も、忘恩と子の事後出生の場合に撤回を認めるが（800条）、忘恩については相続欠格・廃除事由・扶養の不当な拒絶に限っている。（801条）。

これに対して、わが民法550条は、贈与の取消（撤回）については、「書面ニ依ラサル贈与ハ各当事者之ヲ取消スコトヲ得但シ履行ノ終ハリタル部分ニ付テハ此限りニ在ラス」と規定しているだけであり、贈与の撤回原因としての受贈者の忘恩行為とか困窮を格別規定していない^(註3)。本条の趣旨は、書面による贈与および履行の終わった贈与は、有償契約と同様に特別の原因がなければ、贈与者が事後にその効力を否定することはできないというものである。その特別の原因としては、贈与が負担付の場合には、双務契約の規定が準用されることになるから（民553条）、その効力については、受贈者が負担を履行しないときは、贈与者は、履行前であれば同時履行の抗弁によって履行を拒否することができ（民533条）、また、履行

後であれば催告をした上で契約を解除し（541条）、贈与物の返還を請求することができる。あるいは、条件付贈与の場合であれば、条件の成就によって贈与が効力を失うことになる（民127条2項参照）。また、特約によって解除権が留保されている場合には、解除権の行使によって、贈与契約を解除することができる（民540条）。しかしながら、実際には、贈与の際に、負担や条件を明示的に契約内容とすることは少ないといわれている。それは、贈与というものが、特別な人間関係にある者の間（主に親族間）で行われることがほとんどであり、そのような人間関係のもとでは、条件とか負担についての明示の内容を契約に盛り込み、権利関係をあらかじめ明確にしておくことは、むしろ水臭いとか他人行儀なものとなり、わが国の伝統的な規範意識にそぐわないと意識されている面があるからであろう。そこで、贈与がなされた当時の人間関係とか贈与者の財産状態が、その後著しく変化してきた場合に、贈与契約の効力をどのように取り扱うかという問題が起きてくることになる。とりわけ、受贈者の責に帰すべき重大な過誤によって、贈与者との人間関係が破綻消滅したり、あるいは贈与者の期待が著しく裏切られた場合にもなお、受贈者の贈与による利益があくまで保護されるということであれば、一般的な法感情としてはかなり抵抗感があろうし、また道義的にも許されることではない（広中俊雄『民法論集』70頁、加藤一郎「忘恩行為と贈与の効力」法学教室16号70頁）。したがって、そのような場合には、贈与の効力を否定して、贈与物の返還請求を認めるのが公平だということになる。

この問題について、従来、学説では、贈与の履行前においては受贈者から贈与者に対する履行の請求が信義則に反するとか権利濫用に当たるような場合にはその請求を拒否しうるとか、契約成立後（贈与の履行前）に著しい事情の変更があれば、事情変更の原則によって契約の解除を認めるという考えがあった（石田文次郎『債権各論』63頁、柚木『債権各論』271頁、我妻『債権各論・中巻1』231頁、柚木＝高木『注釈民法（14）』24頁）。これに対して、履行後に贈与を撤回し贈与物を取り戻すことができるかどうかについては「殆どの学説は肯定するのをちゅうちょした」（来栖『契約法』242頁）とされ、ただ、具体的な事情により、悔返権の留保または解除条件の黙示の特約の認定ができる場合には、贈与物の取り戻しを肯定しうるとする学説があったにすぎなかった（於保「無償契約の特質」『契約法大系I』所収81頁）。そのようななかで、広中俊雄教授は、受遺欠格の規定の類推適用による贈与の撤回の可能性を示唆された（広中『民法論集』70頁、なお、鈴木禄弥『債権法講義』207頁も実質的にこれを支持されている）。これは無制限に撤回を認める危険性を排除し、限定的に撤回を認めようとするものである。この点について、来栖教授は負担または解除条件付贈与と認められない場合にも、なお贈与の撤回を認むべきだとすれば、故意に贈与者を殺害し、または殺害しようとして刑に処せられたとき（965条・891条1号）のほか、受贈者の有責によって離婚・離縁となり、あるいは贈与者が離婚・離縁の訴を提起して死亡したが受贈者に有責事由があるときであろう（来栖『契約法』243頁）とされ、撤回を認めうる場合をやや緩やかに解されている。また、加藤一郎教授は、さらに緩やかに、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（その趣旨を、重大なあるいは著しい忘恩行為、または背徳的忘恩行為、背信行為、信頼を裏切る行為などのように制限的に示される）があった場合には、撤回を認めてもよいだろうとされ、その法的な根拠づけとして、事情変更による解除のほかには、法の欠缺があるとして、忘恩行為による撤回（または解

除)を条理として正面から認めるほかはないであろうとの立場を示される(加藤一郎・前掲175頁参照)。加藤永一教授は、柔軟で妥当な結果を得るために信義則の適用を主張される(加藤永一「履行済みの贈与が撤回される場合があるか」ジュリスト・民法の争点2・107頁参照)。

このように、近時の学説は、履行後の贈与についても撤回を認めようとする傾向にあるといっていよい。そして、それらは、履行後の贈与の撤回を認めるとするならば、贈与をめぐる贈与者と受贈者との関係の評価において、撤回を認めうるだけの十分な事情があったかどうかという点に集約されると思われる。本件の争点もまさにこの点にかかわっているわけであるが、解釈論としては、そのための法的構成どうするかという点が重要な問題となる。

三、それでは、裁判所はこの問題をどのように処理しているのでしょうか。ここで、贈与の撤回ないし返還請求が争われたこれまでの裁判例を概観してみよう。

〔裁判例①〕最判昭和23年9月18日(民集2巻10号231頁)

帰郷して病臥中の実父を扶養し、祖先の祭祀を行うことを条件に、Xは、叔父であるYから土地・家屋の贈与を受けたが、Xはこれを履行せず、右贈与契約にもとづき移転登記を請求した事案につき、裁判所は、この贈与を停止条件付と認定し、条件の不成就としてXの請求を認めなかった〔贈与契約の効力→否定〕。

〔裁判例②〕札幌地判昭和34年8月24日(下民10巻8号1768頁)

養親Aが養子Xの励みになると思い、またXの実家に対しても義理が立つと考え、要約者A・諾約者B・受益者Xのいわゆる第三者のためにする売買契約を締結し、X名義の登記がなされたが、その後Xの不信行為により裁判上離縁となり、Aが当該不動産を自己名義に移転登記したため、XがAの死後、相続人Yを相手にして登記の抹消を請求した。これに対して、Yは、Xの不信行為によって裁判上離縁となったのにもかかわらず所有権の回復を求めるXの請求は著しく信義に反すると主張した。裁判所は、「民法550条ただし書は、履行を受けた受贈者からはいかなる場合においても受贈者としての保護を奪うことができない趣旨の規定であると解すべきでない。……いわゆる受遺欠格(民法第965条・第891条)に準ずる事由が存在する場合に限り、贈与者(殺害されたときは、その相続人)が贈与を取り消すことができる」と解するのが相当である」としながらも、当該事案ではそのような事由の存在や取消権の行使についてなら主張・立証がなく、Yの主張は理由がないとして、Xの抹消登記請求を認めた〔贈与契約の効力→維持〕。

〔裁判例③〕仙台高判昭和36年8月23日(下民12巻8号1953頁)

兄が弟に農地を贈与した後に、商売上のことから両者の間に感情的な対立が生じ、些細なことで弟が兄嫁に暴力を振るい、その左背部に全治2週間の打撲症を負わせたので、兄は背恩行為を理由に贈与の取消(撤回)を主張したが、裁判所は、「わが民法においては、ドイツ民法530条のような受贈者の背恩行為に基づく贈与者の取消権に関する規定がないから、右のような事実を捉えて、直ちに贈与の取消理由とはなし得ない。」とし、贈与の取消しを認めなかった〔贈与契約の効力→維持〕。

〔裁判例④〕大阪地判昭和45年5月9日(判時620号70頁)

夫は、約40年間生活を共にした子のない妻の生活を保証し、自己の死後に相続争いが生ずるのを防止するため、妻に土地・家屋を贈与したが、夫の死後、夫婦の養子が妻の忘恩行為

を理由に取消（撤回）を主張し、妻からの土地・家屋の移転登記請求を拒否したという事案につき、裁判所は、「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て、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拒否しえと解するのが相当である」としつつ、しかし、当該事案では妻にそのような背徳的事由はなかったとして、妻からの移転登記請求を認容した〔贈与契約の効力→維持〕。

〔裁判例⑤〕福岡地判昭和46年1月29日（判時643号79頁）

Aは養子Yがいるにもかかわらず、血統につらなるXを「家」の後継者として祖先の祭祀にあたらせなければならないとの思想を固持し、その地位にふさわしいだけの財産を授受する必要があるとの動機により、右動機をXとの贈与契約書上に表示した上で、本件土地・家屋をXに贈与した。しかし、実際には、Xは他所で生活し、YがAと同居し、農業に従事し、祭祀を取り行っていた。XはA夫婦の死後Yに対して家屋明渡を請求したが、裁判所は、つぎのように判示してこれを認めなかった。Xは「引続き他地で生活し現在も東京都内に居住しXが祖先祭祀にあたることは事実上不可能な状態にある」のみならず、Yは「本件贈与契約によって家業である農業を持続していくことが困難な状態に追い込まれるに至っている。……右認定に基づけば、前記Aが本件贈与契約を締結するに際し、Aにおいて祖先祭祀をXにさせることが正当でかつ必要でそれがためにはその地位にふさわしいだけの財産をXに授受する必要があるとした動機に錯誤があり、しかも右動機は前記のとおり本件贈与契約書上に表示されていて、Xにおいても十分にそれを承知しているものであることが認められ、したがって本件贈与契約は所謂動機の錯誤によって無効といわざるを得ない。」〔贈与契約の効力→否定〕。

〔裁判例⑥〕東京高判昭和46年2月26日（判時623号79頁）

内縁の夫Aは、寡婦Xを内縁の妻として迎えるにあたって、亡妻との間に生まれた子女の面倒をみてくれるならば土地を贈与すると申し出てこれを納得させ、挙式の上内縁関係に入り甲土地をXに贈与し、また、先妻との間に生まれた子Yの行状からみて自己の死後におけるXに対する処遇に不安を感じ、死亡直前にXのためを思って、さらに乙土地を贈与したが、Aの死後Yが甲・乙両土地について相続による所有権取得登記をしてしまったので、XからYに対して、両土地についての所有権の積極的確認と移転登記手続を訴求した。これに対して、Yは、書面によらない贈与の取消（撤回）を主張した。裁判所は、Y贈与の取消について、本件両土地の引渡は、おそくともA死亡時にはすでに終わっていたと認めた上で、「要するにAは、死亡時まで本件贈与を取消す意図はなかったことが明らかである。かような場合YがAの相続人たる故をもって取消の意思表示をすることは、Aの意に反することは疑がなく、Aの死後の特別の事情、たとえばXに著しい忘恩の所行があったとか、Aの生活が困窮するに至ったとか認められない本件においては、Yからする贈与の取消は信義に反し、その効果を生じないといわなければならない。」と判示した〔贈与契約の効力→維持〕。

〔裁判例⑦〕新潟地判昭和46年11月12日（下民22巻11＝12号1121頁）

養父Xが自分で埋め立てて利用可能な宅地に造成した土地を、A（Xの長兄）から贈与さ

れ、それを縁組以来同居したことの無い養女Y（Aの長男Bの娘）名義に中間省略の移転登記をした。その後、Yの結婚をめぐる喧嘩となり、それがX夫婦とY夫婦との間に心理的な溝を深め、Y夫婦がいつまでもB方に同居していられないということで、YはXとの同居、本件土地の使用を申し入れたが、Xはこれを拒否した。双方からの離縁の訴訟係属中（なお双方の離縁請求はいずれも認容されている）、Xが土地所有権の確認と所有権移転登記手続を求めた。裁判所は、「XがYに本件土地を贈与したのは……X・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ったと認められる。」とし、「思うに贈与が親族間の情誼関係に基き全く無償の恩愛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。」とした上で、本件の贈与は、「XがYとの縁組を契機に実質的な養親子関係が形成されることを期待してなした無償の恩愛行為であるところ、……X・Y間には嘗て一度もそのような実質が形成されたこともないまま破綻に至り現在双方が縁組の解消を希望し、然もその破綻について贈与者であるXの側に主たる有責の事実があるとは認められず、更に本件土地は……Xが昭和26年、当時誰も利用していなかった池沼の一部を自己の労力と費用で埋立て造成した宅地であり、爾来今日迄Xの生活の基盤として使用されているものであることなど諸般の事情を考慮すれば、本件土地贈与の効力をそのまま存続せしめることは信義衡平の原則上相当ではないから、Xの本訴における返還請求権の行使を認めるべきである。」と判示した〔贈与契約の効力→否定〕。

〔裁判例⑧〕東京地判昭和50年12月25日（判時819号54頁）

夫Aの弟Yは、幼い時分からAの妻Bより慈しみを受けA家の跡継ぎとして養育・教育を受け開業医となり、Aの亡き後、Bの養子となった。養母Bは、立派に成人して医師となったYの人柄を深く信頼し、老後をYに託し安らかな生活を送る願いを込めて、亡夫Aから相続した土地などほとんど全ての財産をYに贈与した。その後、Yは俄に態度を変えてBに辛く当たり、Bへの仕送りを中止したため、村一番の資産家であったBは生活保護をうける身となった。養母BはYの仕打ちに耐えかね離縁の訴を提起し、和解によって離縁が成立し、さらに贈与の撤回を主張した。訴訟係属中養母Bが死亡したため、その包括受遺者Xが訴訟を受け継いだ。裁判所は、つぎのように判示してXの撤回を認めた。「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に基づいてなされたに拘わらず、右情誼関係が、受遺者（受贈者？）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っ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と解するのが相当である。」とした上で、「……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Bは、たちまちのうちに生活危難に陥り、嘗ては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って、かかる場合には、A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ものと言うべきである。」〔贈与契約の効力→否定〕。

〔裁判例⑨〕東京地判昭和51年6月29日（判時853号74頁）

養父Xは、その内妻Aの縁者に当たるB夫婦と養子縁組を結び、養子夫婦BにXおよび内妻Aの老後の生活の世話および死後の墓守、法事等の供養をしてもらうというAの強い要望があったため、養子夫婦Bからその旨の約束を得て養子夫婦Bの娘であるYに対して本件建物贈与したが、その後、養子夫婦Bの約束違反を理由に贈与契約の解除を主張し、本件建物の所有権移転登記の抹消を請求した。これに対して、Yは、右約束は近親者間の情誼を基礎とした約定であるから、右約定は法律的効力を生ぜず、したがって右約定は本件贈与につき負担を定めたものとはいえないと主張した。裁判所は、「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って、贈与意思を形成するにあたっ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の法律的效果を認むべきものと考えられるのである。」とした上で、「……A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っては当然のことであって右の約定をもって直ちに贈与の負担と解することはできないが、養親子関係にあるとはいえ、前記認定のような本件におけるXと」養子夫婦B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効力を認めるのが相当である。」とし、負担の不履行があったものと認めて贈与契約の解除を認めた〔贈与契約の効力→否定〕。

〔裁判例⑩〕東京高判昭和52年7月13日（下民28巻5～8号826頁，⑧の控訴審判決）

⑧の判決を不服とした養子Y（受贈者）から控訴がなされたが、控訴審では、つぎのように判断された。「B（養母・贈与者）からの贈与分は、Bの財産のほとんど全部を占めるもので、Bの生活の場所及び経済的基盤を成すものであったから、その贈与は、BとYとの特別の情誼関係及び養親子の身分関係に基き、Bの爾後の生活に困難を生ぜしめないことを条件とするものであって、Yも右の趣旨は十分承知していたところであり、Yにおいて老齢に達したBを扶養し、円満な養親子関係を維持し、同人から受けた恩愛に背かないことを右贈与に伴うYの義務とする、いわゆる負担付贈与契約であると認めるのが相当である。」とし、「結局、本件負担付贈与は、Yの責に帰すべき義務不履行のため、Bの本件訴状をもってなした解除の意思表示により、失効したものといわなければならない。」〔贈与契約の効力→否定〕。

〔裁判例⑪〕最判昭和53年2月17日（判タ360号143頁，⑩の上告審判決）

⑩におけるYからの上告に対して、最高裁は、原審の認定判断を正当として是認することができるとし、これを棄却した〔贈与契約の効力→否定〕。

〔裁判例⑫〕東京高判昭和61年1月28日（判時1185号109頁）

妻Yは夫AやAの父との折り合いが悪くなり実家へ帰ってしまったので、Aが戻るように求めたところ、Yは婚家に戻る条件としてX所有の土地3筆を贈与するよう要求したため、Xはこれに応じて右土地をYに贈与し、所有権の移転登記もなされた。しかし、Yは、その後、様々な要求を出し、結局戻ろうとせず、Aを相手に離婚請求訴訟を提起し、請求認容の確定判決を得た。そこで、XがYに対して本件土地の贈与は負担付贈与であるとして贈与の

解除を主張し、所有権移転登記の抹消を求めた。裁判所は、つぎのように判示してXの請求を認め、Yの控訴を破棄した。「Xのした本件土地の贈与は、Yに対しAの妻としてA及びXらその家族と同居し協力すべき義務を誠実に履行することを条件とするものであり、右義務の具体的内容は個々の婚姻の具体的な状況や関係者の態度等に対応して様々に異なるべきもので一義的に明確であるとは限らないものであるから、単純な右義務の不履行を直ちに右贈与契約の解除事由とするものではないとしても、少なくとも右義務に著しく反する行為があった場合にはこれを理由とする解除権をXに保留する趣旨のものであったと解するのが相当である（Xは、右贈与は右同居協力の義務をYに負担させる負担付贈与であるとの前提の下に契約解除権の発生を主張するが、右同居協力義務は特に約束しなくてもYがAの配偶者として当然負担する義務をその主たる内容とするものであるから、右主張の趣旨とするところは右と同一に帰するものと解される。）ところ、Yは右贈与後右同居協力義務を殆ど全く履行しなかったものであり、かつ、右不履行につきYの責めに帰すべからざる事由が存したことを認めるに足る証拠はない……から、Xは右贈与を解除することができるものというべきである。」〔贈与契約の効力→否定〕。

四. 以上のように、裁判所において、贈与契約の効力が否定されたのは①⑤⑦⑧⑨⑩⑪⑫であったが、「大体において、履行後の贈与についても、贈与当時の状況とその後の事情とに著しく変動があった場合には、贈与者による贈与契約の効力の否定、目的物の取戻し等の主張が認められることがある」（加藤永一・前掲107頁）といってよい（なお、贈与の履行後の事情の変更とは、贈与者と受贈者との個人的人間関係の著しい変化、および贈与者の経済・財産状態の著しい変化ということになろう）。ただ、その法的構成は様々であるが、これらを大きく分ければ、(イ)贈与の動機・目的ないし贈与者の期待といった贈与の背後にある事情をそのまま契約内容のファクターとして取り込み、贈与の効力否定の原因を内在的に構成しようとするものと、(ロ)贈与契約以外の事後の原因・事情を根拠にして贈与契約の失効を認める構成とに分けることができる（加藤永一・前掲107頁、なお上野・前掲207頁参照）。前記裁判例において、(イ)に属するものとして、裁判例①は、長男が帰郷して実父の扶養および祖先の祭祀を行うことによって贈与の効力を生ずるという停止条件付贈与とし、裁判例⑤は、贈与契約書に表示された動機に錯誤があったとして、錯誤による無効として取り扱っている。裁判例⑨は、自己および内妻の老後の世話、死後の墓守・法事等の供養を贈与の負担とみているし、また裁判例⑩⑪は、養母の老後を扶養し、円満な養親子関係を維持し、養母から受けた恩愛に背かないことを贈与の負担とみている。裁判例⑫は、同居・協力の義務に著しく違反する行為があった場合にはこれを理由とする解除権を留保するという趣旨の贈与とみている。これらはすべて贈与の効力が否定されている。これらの解決方法は、法的構成の上では既存の概念にもとづいており、しかも一般条項によらないという点で、贈与の効力否定のための理由づけとして認め易いといえよう（加藤一郎・前掲74頁参照）。

これに対して、(ロ)の、贈与契約以外の事後の事情を根拠に贈与契約の失効を認めるという構成に属するものとして、裁判例②は、受遺欠格に準ずる事由が存する場合に限り撤回を認めうる（傍論として撤回可能性を示している）とし、裁判例④⑦は、どちらも信義則による撤回という構成を採るが、裁判例④の方は履行前の贈与についての履行拒否を信義則によって認める理論構成を論じ、その要件として贈与意思を基礎づける人間関係の解消が「受贈者

の責に帰すべき背徳的事由」によることを要求している（傍論として撤回可能性を示している）。それに対して、裁判例⑦の方は、履行後の贈与についての返還請求を信義則によって認めるというものであるが、その要件として情誼関係が「贈与者の責に帰すべき事由によらずして」破綻消滅したことを要求しているという点で、④との間には違いがある（この点については、さらに、六でみていくことにしたい）。裁判例⑧は、情誼関係が「受贈者の背徳的な忘恩行為」によって破綻消滅したことに加え、贈与者の生活困窮を要件とした上で、条理上の撤回という構成をとる。裁判例⑥は、受贈者の著しい忘恩行為とか贈与者の生活の困窮があった場合における撤回可能性を示唆し、裁判例③は、わが民法のもとでは撤回は認められないとの立場をとる。これらのなかで、贈与契約の効力が否定された（贈与の撤回ないし目的物の返還請求が認められた）のは、裁判例⑦および⑧であった。法的構成の上では、本判決は、裁判例⑦と同じ立場に立つものといえる。

五. それでは、まず、理由づけとして認め易く、また、既存の概念にもとづく構成、すなわち贈与契約の否定原因の内在的構成によって贈与者を救済しうるかどうか、その可能性を検討してみる必要があろう。

(1) まず、解除条件付贈与とする構成はどうであろうか。裁判例①は停止条件付贈与としているが、本件贈与を条件付とみるならば、贈与はすでに履行されているのだから、停止条件（民法127条1項）ではなく、条件が成就した時に贈与の効力が消滅する解除条件（民法127条2項）ということになるだろう。このような例としては結納がある。結納は婚姻の成立に際してなされる一種の贈与であるが、それは婚姻の成立を意図して授受されるものであるから、婚姻が不成立に終わったときには、その返還請求が認められるとされている。判例は、これを目的贈与と解し、目的不到達となって不当利得による返還請求を認めている（大判大正6年2月28日民録23輯292頁、なお太田武夫『親族法概説』207頁参照）が、学説では、結納を婚姻の不成立を解除条件とする贈与と解する考えが通説であるとされている（太田・前掲206頁。なお、中川善之助『新訂親族法』156頁、泉久雄『民法講義ノート(7)親族・相続〔増補版〕』16頁参照）。本件に関していえば、親族（義父と娘婿）の間の情誼関係に基づいて、娘を幸せにしてくれることを期待して贈与がなされたという事情を捉えて、これを幸せにしなかったならば（あるいは、当時者間における情誼関係の破綻を導いたならば）解除するという条件を黙示的に付したものとといえなくもない。しかし、これにはやや難しい問題がある。それは、条件の内容が具体的状況や当事者の態度（夫婦間あるいは親族間における当事者の立場・態度）に応じて異なり、一義的に明確なものとは限らないという点である（裁判例⑫参照）。したがって、いつその条件が成就したかを明確に判断することは困難になる。また、情誼関係の破綻消滅といった単に表面的に事象として現れた事実の有無のみによって、条件成就の有無を判断することになれば、「その基礎にある忘恩をはじめとする情誼関係の破綻についての責任原因が無視されることとなり、本来の問題点から遊離した構成になりはしまいか、という疑問が残る」（上野・前掲207頁、なお、平井・独協法学7号177頁・裁判例⑦の研究も参照）ことは否定できない。もっとも、贈与者にとって生活の基礎となる主要な財産を贈与し、その引き換えとして贈与者が老後の面倒を見てもらうということを期待してなされた贈与の場合には、親子共同体内部の交換的であり、この意味で実質的には有償・双務契約の意味をもち、これを法的に構成する場合には、「条件付贈与とみるのが、もっと

も実質に近いアプローチとなるように思われる」(島津一郎・金融商事判例331号4頁・裁判例⑦の批評)という見解があるが、本件の贈与の場合には、贈与者の老後の扶養という性質のものではなく、したがって、共同体内部の交換と考えることはできない。

なお、裁判例⑦および⑪のケースにみられる贈与について、これを贈与の目的不到達による不当利得返還請求として処理しようとする見解があるが(裁判例⑦については、平井・前掲177頁、裁判例⑪については、平井＝岸上「評釈」判タ363号81頁参照)、この立場に立てば、目的の到達・不到達の判断の困難な場合が問題となる。本件はそのようなケースであり、娘を幸せにしてくれること、あるいは親族間における情誼関係を維持・存続することを贈与の目的であるとするならば、「一時的な情誼関係の破綻と永続的な破綻をどのような基準で誰が判断するのか、問題である。」(上野・前掲209頁)ということになる。

(2) つぎに、負担付贈与という構成はどうか。これは、当事者間で社会的に期待される関係の維持・存続を義務とする負担付贈与ということになる。例えば、受贈者が贈与者に対して扶養義務を負担するという場合、「受贈者の負担の価値が、贈与者の与える財産の価値に等しいかまたはこれより大であるときは、それは負担付贈与ではなく」(柚木＝高木『注釈民法(14)』34頁、また、我妻『債権各論・中巻1』234頁参照)、「少なくとも主観的に贈与者の出捐よりも小さく、これと対価関係に立たないもの」(広中『債権各論講義・第5版』39頁)であれば、この構成も可能であろう。ただ、この構成の問題点は、負担の内容・給付内容の確定性が困難な場合があるということである。つまり、精神的な意味において、面倒をみてもらうとか、期待に応えるというようなものでは、負担・給付内容の確定性の判断は困難となる(中川淳「養子への負担付贈与の解除」昭和53年度重要判例解説71頁、上野・前掲207頁)。裁判例⑨では、負担の内容として、死後の墓守、法事等の供養とともに贈与者の老後の生活の世話といういわば経済的な負担という要素があり、また裁判例⑩⑪においても、負担の内容のとして、円満な養子関係を維持し、恩愛に背かないことともに、老齢に達した養母を扶養するといった経済的負担という要素が取り込まれている点に注意すべきである。それに対して、本件の場合には、経済的な意味での負担は存在せず、事実認定において、贈与者の困窮とか扶養といった財産的・経済的状況については一切問題とされていない(なお、Xは贈与によって困窮している旨の主張をしているが、認定されていないようである)。したがって、本件の認定事実を前提にして負担付贈与として構成するならば、娘を幸せにしてくれることへの期待とか、あるいは情誼関係の維持といった事情を負担とみる以外ない。しかしながら、そのような事情では、前述のように、負担とされる義務の内容を確定することは困難である(したがってまた、何をもって義務の不履行があったとみるかも困難である)。そもそも、娘婿に娘の幸せを託すということは、当事者の人間関係からいえば当然のことであり、これをとくに負担として構成することには、かなり違和感がある。さらに一般論として、負担の不履行による解除という処理でいくと、解除の効果についても民法545条が適用され、現状回復義務が生ずることとなり、「撤回時における現存利益の返還を認めることと、論理的に整合しないのではないか」(上野・前掲207頁)との疑問もある。

(3) 動機の錯誤による無効という構成はどうであろうか。判例および従来の通説によれば、動機の錯誤については、原則として民法95条の適用はなく、ただ、その動機が表示され相手方がこれを知っているときは、その範囲内における錯誤は、法律行為の内容の錯誤になると

されてきた（例えば、最判昭和29年11月26日民集2087頁、我妻『新訂・民法総則（民法講義1）』300頁など）。裁判例⑤は、そのような立場に立って処理されたケースである。このような立場に対しては、「動機の錯誤についても、他の類型の錯誤との間に差別待遇をすべきでなく、一般の要件にしたがって（要素の錯誤か、重過失があったかなど）95条の適用を認めるべきである、とする批判的な学説が近時有力に唱えられている。」（幾代『民法総則』〔第2版〕271頁、なお、川島『民法総則』293頁も参照）とされるが、しかし、本件事案に関する限りは、いずれの立場を採っても動機の錯誤による無効という構成は無理であろう。なぜなら、そもそも、Xの贈与しようという意思の決定が、事実と一致しないことを気づかずに誤った認識ないし判断にもとづいてなされた（幾代『民法総則』265頁267頁）とはいえないからである。つまり、本件事案について、もし動機の錯誤を問題にするならば、少なくともXがYに贈与し娘の幸せを願うについて（あるいは、贈与し情誼関係を維持存続するについて）Yを信頼したことに動機の錯誤があったということになるであろうが、認定事実によれば、Yと娘の夫婦関係を破壊した（あるいは情誼関係を破綻消滅させた）のは、昭和60年頃であり、贈与契約の当時、娘夫婦の関係が破綻していたわけではない（あるいは情誼関係が破綻消滅していたわけではない——YはXの恩愛行為に対し、感謝の意を表し、将来恩に報いる旨述べた、と認定されている）。したがって、贈与の意思決定をする際の動機について錯誤があったとみる余地はないであろう。

（4） それでは、解除権の留保という構成はどうであろうか。娘の幸せを願ってという事情について、かりに、これを贈与の条件とみるとしても、前述のように、その条件としての義務が一義的に明確とはいえないし、かりに一時的に、不幸せにした（情誼関係を傷つけた）というようなことがあった場合に、その不履行を直ちに解除事由とすることはできないであろう。そこで、裁判例⑫のように、本件贈与契約には、黙示的にY A夫婦間の婚姻の義務に著しく違反する行為があった場合には、これを理由とする解除権をXに留保するという趣旨を黙示的に含んでいるものであったと考えることも論理的には不可能ではない。しかし、本件事案を通して見て、この点を認定していくのはやや難しいであろう。ただ、贈与の背後にある事情・当事者の期待をそのまま契約内容に取り込んで、効力否定の原因を内在的に構成しようとするならば、この方が上記の3つの構成よりは本件贈与の実質に沿った解決方法になると思われる。

こうしてみると、本件事案の場合、贈与の背後にある事情を契約内容のファクターとして取り込み、それを贈与の効力否定の原因とするという構成は難しいように思われる。

六. そうすると、本件の場合、判決が示す通り贈与契約以外の事後の原因・事情を根拠にして贈与契約の失効を認めるという構成によって処理せざるを得ないように思われる。

ただ、受遺欠格に準じた事由があれば、撤回を認めるという構成では、本件の場合にはそれに該当しないことになり、撤回は認められないことになる（裁判例②、広中『民法論集』70頁）。この構成については、撤回事由をもっと広げて考える必要があるのではないのかという実質上の問題が残る（加藤一郎・前掲72頁参照）。

そこで、本判決が示した構成について検討してみよう。本件における贈与は、Yが将来歯科医師になった後は、娘を幸せにしてくれることを期待してなされたものであるが、Yは、国家試験に合格するや否や非難されるべき行為（不貞行為による夫婦関係の破壊）によって

その期待を著しく裏切ったというものである。Xが贈与の撤回を求めるに至った根本的な理由は、ここにあるのであり、事案全体からみても、それ以外、撤回の原因となりうるような事情はどれもなさそうである。そうであれば、この事情こそが、贈与の効力を否定しうるとかどうかの唯一の判断材料ということになる。これを、判決は裁判例⑦と同様に、親族間の情誼関係の破綻・消滅といった概念を援用し、贈与者の無責を要件として、信義則によって解決している。本件贈与の性質、贈与後の人間関係の変化といった点を考慮に入れるならば、このような構成・解決方法を採用する以外ないであろう（上野・前掲209頁）。

しかし、問題がないわけではない。それは、本判決が、情誼関係の破綻消滅につき、贈与者に責任がないことを要件としている点である。ところで、一般的には、情誼関係が破綻したという場合において、その責任が贈与者・受贈者のどちら側にあるのかについては、a. 贈与者が無責、受贈者が有責の場合、b. 贈与者・受贈者ともに無責の場合、c. 贈与者・受贈者ともに有責の場合、d. 贈与者が有責、受贈者が無責の場合に分かれるであろう。このなかでdの場合には撤回を認めうる余地はないと思われる。なお、cの場合には、さらに、(i)両者とも責任の度合いが拮抗している場合、(ii)主として（あるいは全体として）贈与者の責任が重い場合、(iii)主として（あるいは全体として）受贈者側の責任が重い場合のように何段階にも分かれる。もっとも、(ii)の場合はdに近くなるだろうし、(iii)の場合はaに近くなるであろう（撤回を認めうる余地がある）。

本判決の示した要件を前提にすれば、撤回が許されるのは、a（贈与者＝無責、受贈者＝有責）およびb（贈与者、受贈者ともに無責）の場合（右近健男・判タ367号126頁——裁判例⑩の解説）ということになろう（さらに、前述のようにcの(i)の場合にも撤回を認めうる余地はあると思われる）。これに対して、情誼関係の破綻が、「受贈者の責に帰すべき背徳的事由」（裁判例④）によるとか、あるいは「受贈者の背徳的な忘恩行為」（裁判例⑧）によって破綻消滅したということを要件とすれば、上記aの他に、cの(i)に該当する場合にも撤回を認めうる余地は残る（なお、cの(ii)の場合、すなわち贈与者・受贈者ともに有責でしかもその度合いが拮抗している場合には、どのように考えればよいのか問題が残る）。

そこで、本判決や裁判例⑦のように、情誼関係の破綻について、贈与者の無責を要件とするならば、「親族間の贈与をめぐる争いが生じた場合には、原則としてその撤回を許すことになろう」（島津・前掲4頁）という危惧がある。そうであっても、受贈者は情誼関係を維持するために（贈与による利益をまもるために）、贈与者に対して、必要以上に頭が上がりたということになりかねない。その意味では、本判決や裁判例⑦が示した要件ないし認容基準は「余りに粗すぎる」（島津・前掲4頁）し、また、それを「一般論として拡大することには問題がある」（中川淳・前掲判時679号126頁）との指摘は正しいと思われる（なお、加藤佳子・注(2)の文献348頁も同旨）。

また、本判決によれば、前述したように、情誼関係の破綻について贈与者・受贈者の双方に責任がない場合、例えば、自然的に破綻消滅したというような場合においても、（責任のない）受贈者から取り戻せるという理屈になるが、それでは行き過ぎになろう。もしそこまで認めざるを得ないとすれば、考えられるケースとしては、当事者の責任によらないで情誼関係が破綻消滅したという事情があり、それに加えて贈与者側に困窮とか扶養の必要性といった問題が生じている場合、すなわち、贈与者に経済的・財産的救済の必要性が生じている

という場合に限られてこよう。つまり、そのような場合に、贈与の効力をそのまま維持・存続させることは信義則上不当であるから、撤回を許し返還請求を認めうるということになる。そうであれば、本判決（あるいは裁判例⑦）の要件設定の仕方は、受贈者の責任問題から離れて（つまり、受贈者に責任はなくとも）、贈与者の経済・財産状態の悪化・困窮のために何らかの援助が必要になった場合をも、その射程内に置くものとみることができる（この点、前述のように、判決はXの困窮を問題にしていないのであるが、本件事案では、それを問題にしなくとも、「Yの一方的な背信行為」という事情だけで撤回を認めうる十分な理由になると判断されたのであろう）。しかしながら、そのような問題が生ずるのは、大体において、生活の基礎となる主要な財産を贈与した場合であろうし、そのような場合には、贈与契約に条件あるいは負担なりが付いているとの考えによって処理するのが贈与の実質に近いのではないと思われる（この種の贈与、例えば、裁判例⑦の事案における贈与について、島津・前掲4頁は停止条件ないし解除条件付贈与とみるし、中川淳・前掲判時679号128頁は解除条件の黙示の特約の存在を示唆される。また裁判例⑧の控訴審⑩・上告審⑪は、負担付贈与として処理している）。そもそも、情誼関係の破綻消滅という事情と贈与者の困窮（ないし扶養の必要性）という事情は、撤回原因としては、例えばドイツ民法のように、それぞれ別個の性質をもつものとして考えられるべきものではなかろうか。

七. このように考えてくると、本件事案も含めて、少なくとも親族間の情誼関係に基づいてなされた贈与において、情誼関係の破綻消滅を理由に撤回を認めようとするならば、その判断基準・要件は、まず、受贈者の有責の行為、すなわち、受贈者側の社会的あるいは論理的・道徳的に著しく非難に値する行動・行為・態度によって破綻消滅したのかどうかという点が強調されるべきであろう。われわれの社会的・理論的意識に従えば、この点にこそ、受贈者の贈与の利益を否定せざるを得ないとの価値判断を導く根本的な理由が存在すると考えられる。贈与の性質に深く根ざす問題の解決方法にとって、このことを率直に表現できるような法的構成および要件設定の仕方の方がより相応しいと考える。諸外国の忘恩行為による贈与の撤回は、このことを示している。もっとも、この点に関して、本判決も「Yの一方的な背信行為によって完全に破綻消滅した」として、その具体的な事実関係を説明しているように、Yに責められるべき非難されるべき行為（背信行為）があった——それにもかかわらず、贈与の効力をそのまま存続させることは信義則上許されない——点を重視していることは、実質的には、受贈者の有責行為による情誼関係の破綻を理由として撤回を認めるという処理の仕方に近い。

ところで、ドイツ民法は、忘恩行為による贈与の撤回について、つぎのような要件・基準を設けている。すなわち、忘恩行為による撤回を認める（530条）要件として、①著しい忘恩が存在すること、②それ（著しい忘恩）が受贈者の重大な過誤によるものであること、③その重大な過誤が贈与者またはその近親者に対して向けられたものであることが必要とされている（拙稿・注1の民商法雑誌91巻6号837頁参照）。そして、解釈上、受贈者の重大な過誤については、(a)主観的には、感謝の欠如を示す非難に値する心意を明らかにしていること、いいかえれば、感謝の欠如を認識し、非難に値する過ちある行動をとったことが明白であること、(b)そして、過誤が客観的にある一定の程度——重大さ——に達していること、が要件とされている。さらに、(b)の要件に関して、贈与者にも過誤がある場合、そのことによって

直ちに受贈者の過誤が正当化され撤回権が排斥されるわけではなく、ただ受贈者の過誤が軽減され、宥如されることはありうるとされる（拙稿・同前841～843頁参照）。また、感謝の気持ちの欠如がある（忘恩がある）というのは、贈与者がそのように感じることであるから、忘恩は贈与者に対するもの（いわば一身専属的な性質をもつ）であるが、重大な過誤は贈与者に対してだけでなく、その近親者に対してでもよいのであるから、贈与者の近親者に対する重大な過誤が問題となってくるのは、その中に贈与者自身に対する著しい忘恩を含んでいるかどうかである。したがって、近親者に対する非難されるべき行動・行為を贈与者が忘恩と受けとめるかどうかにかかってくる（拙稿・同前837頁・855頁以下参照——なお、裁判例③や本件事案は過誤が贈与者の近親者に対して向けられたケースであった）。そして、ドイツにおける判例・学説をまとめてみると、著しい忘恩となる重大な過誤とは、(イ)贈与者に対する殺害行為（または殺害しようとする行為）・暴行・虐待・脅迫・侮辱といった犯罪となりうるような（もしくはそれに類する）行為、(ロ)婚姻上の重大な過誤、(ハ)その他、一般に倫理・道徳に著しく反すると考えられるような行為、というように類型づけることができる（拙稿・同前856～857頁）。

このようなドイツ民法における忘恩行為による撤回も、本判決のような贈与者と受贈者との間の情誼関係（人間関係・信頼関係）の破綻・消滅——贈与の原因の消失——を理由とする撤回も、もはや受贈者に贈与の利益を保持させるには余りにも公平を欠くという場合の倫理的・道徳的評価を基礎にしているという点で、両者は実質的に同一基盤に立っているとみてよい。また、ドイツ民法において考えられている撤回基準——重大な過誤についての指標——は、そのまま日本においても妥当するもののように思われる。その意味で、ドイツ民法の贈与の撤回についての処理の仕方は、わが民法にとって恰好のモデルを提供してくれる。

ただ、わが民法のもとでは、民法550条の趣旨との対比の上で、撤回を認めるかどうかはきわめて慎重・厳格でなければならないであろう（中川淳・前掲判時679号128頁参照）。実際問題としても、撤回を安易に認めると、法的安定を害するというおそれがある。それを回避するためには、受贈者の非難されるべき行為（受贈者の有責となる行為）という要件を絞る必要がある。つまり、受贈者の非難されるべき行為は、ドイツ民法がいうような「重大な過誤」という程度が要求されるべきであろう。受贈者が、贈与者と口喧嘩をしたとか、贈与者を少々粗末に扱ったというようなことだけでは、撤回を認めるに足る理由にはならないであろう（鈴木禄弥『債権法講義』207頁参照）。まさに、受贈者の著しく非難されるべき行為が要求されよう。例えば、具体的には、受遺欠格事由に準じた行為（贈与者またはその近親者を死亡するに至らせ、または至らせようとしたために刑に処せられた場合）、相続人廃除事由に準じた行為（贈与者またはその近親者に対する虐待・侮辱・暴行、その他著しい非行）がある場合、また、受贈者の有責行為による離婚・離縁の場合（来栖『契約法』243頁参照）などがあげられるが、この他に認めるとすれば、社会的・倫理的に著しく非難に値する行為（著しい忘恩行為・背信行為、著しく信頼を裏切る行為）というような抽象的な表現で、その内容を制限するほかないであろう（加藤一郎・前掲75頁、拙稿「忘恩行為と贈与の撤回」信州大学教養部紀要第19号11頁参照）。

八、以上の点を踏まえて、本件の場合を考えてみよう。まず、本件の贈与は、娘を幸せにしてくれることを期待してなされたのであるが、その期待というのは、贈与者と受贈者との関

係において捉えるならば、結局、情誼関係の維持・存続の具体的な表れである（贈与者の期待について、娘の幸福という点だけを強調してしまうと、かりにYがXに対して直接に非難されるべき行為を行った場合には、贈与の際の期待を裏切ったとはいえなくなってしまう）。その期待が受贈者の著しく非難に値する行動によって大きく裏切られ、それがために情誼関係が破綻・消滅したかどうかが実質的な評価の対象になる。したがって、まず、贈与者Xの娘（近親者）に対して向けられた受贈者Yの行為が、著しく非難されるべき行為・重大な過誤（婚姻上の過誤——不貞行為）となりうるのかどうかの問題とされなければならない。そしてつぎに、それを贈与者自身が贈与の際に受贈者に対して抱いた期待（情誼関係の維持・存続）を大きく裏切るものと受け取ったかどうか判断されなければならない。本件の事実関係からすると、Xの経済的援助が不要となるや否や不貞の事実を明らかにし、Aに対して離婚を申し入れ、一方的にAとの夫婦関係を破壊したということは、婚姻上の重大な過誤・非難されるべき行為（身内の者に対する重大な過誤）として評価しうる。問題は、これをもって、撤回の理由となりうる程にXの期待が裏切られたといえるのか、もしくは情誼関係が破壊されたと評価しうるのかどうか、いいかえれば、Xがそのように受け止めたとしても無理のないことといえるのかどうかである。758万円余りの贈与によって表徴されるXの期待の度合は決して低くなく、われわれ一般の社会的・倫理的意識からすれば、これを非難する理由は乏しいであろう。この意味で、本件事案における本判決の結論は、妥当なものであったといってよい。もっとも、親族間における情誼関係の破綻消滅といっても、実際にどのような基準によって判断すればよいのかについては問題が残る。結局、親族間の情誼関係の破綻については、個別的に判断していくほかないであろう。

九. 最後に、本判決は、「……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則上不当と認められる場合には、贈与の撤回ができると解するのが相当である。」とか、また「……諸般の事情を考慮すれば、本件贈与の効力をそのまま存続せしめることは信義則上認めることができず、Xに贈与の撤回権を与えるべきである。」と述べているが、これは、理論的には、はたして撤回を認めるために信義則（民法1条2項）を直接に「適用」したものであろうか。これは、いわば信義則の機能論にかかわる問題であるがここでは、とりあえず以下のようにまとめておきたい。

まず、贈与の履行前であれば、受贈者から贈与者に対する履行の請求が信義則に反するという理由で、その請求を拒否することは論理的にも可能であるし、実際、裁判例④はそのような構成を論じている（また、前述のように、事情変更の原則による贈与契約の解除も可能であろう）。しかしながら、贈与の履行後に関しては問題がある。この点について、加藤一郎教授は、妥当な結論を導くために、信義則による柔軟な解決を求めるという立場（例えば、加藤永一・前掲107頁参照）に理解を示されながらも、他方、信義則は「新たな権利変動を押え、現状維持とするためには使えるが、積極的な返還請求をする根拠として使うことはむずかしいであろう」し、裁判例⑦のように「信義則によって贈与物の返還請求権が発生するというのも、理論的に難点があるように思われる」（加藤一郎・前掲71頁、73頁）とされた上で、「贈与の効力を失わせるためには、贈与の撤回または解除という法的構成をとることが必要ではないのかと思われる」（加藤一郎・同前74頁）と主張される。この点、本判決は、贈与の効力をそのまま維持存続させることが信義則上認めることができないから、Xに撤回

権を与えるべきであるとしている。つまり、贈与の効力を失わせるために信義則によって贈与の撤回を認めるという構成をとっている。ただ、これを機能的にみた場合、信義則を直接「適用」して撤回を認めたとは必ずしもいいきれないと思われる。

広中教授によれば、信義則の機能を大きく二つに分けられ、一つは信義則の適用による紛争処理であり、当該事案の具体的個性的な事情のゆえに信義則を適用して一般的基準の適用を回避するという場合の機能（本来的機能）、二つは信義則の利用による法形成であって、制定法の欠缺を補充する裁判基準の構成のために信義則を援用する、つまり信義則を利用して裁判基準を作る（それが個別事案に適用される）という場合の機能（欠缺補充機能）とであるとされる（広中『民法要綱 第一巻 総論上』120頁以下、同「民法第一条の機能」法学教室109号6頁以下、なお、好美清光「信義則の機能について」一橋論叢47巻2号73頁以下、石田穰「信義誠実の原則が民法で果たす機能について」法学教室〔第2期〕5号33頁以下も参照）。この分類に従えば、本件の贈与の撤回は、どちらかといえば、信義則を「適用」して認めたものというよりは、むしろ信義則を「利用ないし援用」して認めたもの、すなわち、法の欠缺があるとして、いわば条理によって撤回を認め、そのための説得効果として信義則を援用したものとみるべきではなからうか。もっとも、贈与の撤回に関する諸外国における立法例のような規定を、わが立法者は意識的に置かなかったという事情について、この場合を法の欠缺の場合に当たるかどうかにについては異論があるとの指摘もないわけではない（上野・前掲208頁参照）。しかし、立法当時から今日にいたるまでの社会の変化、あるいは社会的権利意識の高度化に伴って法的な規律が必要となったのに、そのための規定が実際に存在しないのであるから、その意味では法の欠缺とみることも可能であろう。この点、裁判例⑧は条理による撤回を認めている。

要するに、本判決は、贈与者の近親者に対する受贈者の著しく非難されるべき行為によって情誼関係が破綻消滅した場合には、贈与を撤回することができるという裁判基準を作り出すために、強いていえば条理による制定法の欠缺補充のために、信義則がその説得効果として援用されたものと理解できなくもない。このような理解が許されるならば、本判決は、信義則の利用によって、無償契約である贈与に特有な法理——諸外国における忘恩行為による贈与の撤回の法理と同じような——の一つを形成するものとして位置づけることができるといえるのではなからうか。

（注1） なお、ドイツ民法に関して、拙稿「忘恩行為にもとづく贈与の撤回——ドイツ法を通して——」民商法雑誌91巻6号831頁以下を参照。

（注2） フランス民法については、加藤佳子「忘恩行為による贈与の撤回——フランス法を中心に——」法政論集113・114・117・118・122号を参照。

（注3） この点については、『民法議事速記録9』法典調査会290頁参照、来栖三郎「日本の贈与法」比較法学会編『贈与の研究』所収45頁参照。

*本判決の評釈として、本文中で引用させていただいた上野雅和教授の判例時報1340号204頁（判例評論375号42頁）がある。

なお、校正の段階で、横田勝年裁判官（大阪家庭裁判所）の解説（平成元年度・主要民事判例解説・判例タイムズ735号84頁）に接した。（1990. 9.30 稿）