

2012年9月4日

無因と無名

部会幹事

山野目 章夫

1 この意見書の趣旨 この意見書は、部会資料44「第1」「2」「イ」の検討事項について、まず、贈与の定義規定が、贈与者の恵与の意思を明瞭に表現するものであることが望まれる、という意見を述べようとするものである。

また、部会資料の同所の補足説明において、無因の法律行為の問題について検討が求められているところ、合意による無因の債務負担行為が認められることを明確にする規律を設けることには賛成することができない、という意見を併せて申し述べることにする。

2 贈与の定義規定に関する意見 贈与を定義する法文は、たとえ「無償で」という形容を添える場合であっても「所有権を移転する」というような無因の印象をもたらしかねない表現を避けるべきであり、恵与の意思が要素となることを明瞭に表現するものが望まれる。現行規定(549条のほか、829条)の「与える」という言葉は、この観点から依然として適切である。贈与者の恵与の意思が契約において明瞭に示されてこそ初めて、その契約に基づく債務負担行為が社会的に諒解可能なものとなり、債務負担の成立契機の説明が調うと考えられる。

3 債務負担行為の有因性の要請 債権の発生など権利変動は、その成立契機に関する社会的な諒解の上に認められるべきものである。これが〈無因〉の問題にはかならない。すなわち、成立契機が的確に説明されて、それについての社会的な諒解が確保されている、という経過が観察されない場合において、その権利変動は、無因であるとされる。

4 有因性と有名性との混同がもたらす論議の混乱 このことと区別されなければならない問題として、その成立契機に民法などの実定法が名称を賦与し概念を用意しているかどうか、という問題がある。これが、〈無名〉の問題である。すなわち、民法などが制度上の名称概念を用意していない行為は、無名の行為であるとされる。

二つの問題が区別されなければならない、ということが的確に論議を進めるうえで強い要請として確認されなければならない理由は、つぎの点にある。つまり、無因の権利変動は是認されてならない、ということが確認されなければならないと共に、無名であるからといって無因を意味するものではなく、無名の行為であっても、十分に有因であることの説明は可能である。

実際の論議は、権利変動を説明する原因が提示されなければならない、という問題(無因の問題)と、その原因について民法典に規定があり、名称が与えられているかどうか、

という問題（無名の問題）とが混然として区別されずに論じられることが、まみられる。しかし、それは、生産的な成果を恵まないであろう。

5 有因性の要請と従来の法律運用 債権の発生など権利変動は、有因的に説明されなければならない。従来の民事訴訟実務や不動産登記実務は、この考え方に拠って営まれてきた。

(1) 訴訟における攻撃防御の考え方の理解という観点 民事訴訟の実務について言うならば、「被告が原告に対し100万円を支払うことを約束した」という原告の陳述を被告が争わない態度をとったとしても、だから100万円を支払え、という判決が出されることはないであろう。裁判所は、いわば社会的諒解を欲する世人を代表して、当事者に対し、なぜ100万円を支払うことになったか、を問うにちがいない。売買をしたから代金を支払ってもらえる、とか、貸したお金であるから返して欲しい、という説明がされるならば、やがて裁判所の納得を得ることがかなう。そして、ここに描写したことは、〈無因〉でないことの説明が求められている、という次元の問題である。けっして、〈無名〉の問題が扱われているのではない。たまたま叙上の思考枠組に対しては、講学上“冒頭規定説”というよびかたが定着しているが、それは、有名契約の場合の扱いを象徴的・印象的に表現するものにほかならない。当事者が、「ファイナンス・リース契約が成立したものですから、リース料として100万円の支払を求めているのです」という説明をするのに対し、裁判所が、「ファイナンス・リースなどという契約は民法に規定がありませんから、それは認められません」などと説諭することはありえない。

(2) 企業法務などの方面からの批判 無因の法律行為は認められない、という論議に対し、しばしば反発がきかれるのは、企業法務の分野方面からである。その反発は、現代の企業取引の精緻な発展と取引上の諸需要は、さまざまの無因の法的スキームを案出して発展させているものであり、無因の法律行為が認められないとすることは、経済取引に混乱を招く、という主旨のものであると付度される。

ここには、誤解が潜んでいる。何よりも、いうところの新しい取引は、多くの場合において合理的な経済的実質の説明が可能であり、したがって、有因の法律行為として十分に観察可能である。それらは、民法など実定法が名称概念を用意していないとするならば、たしかに無名であることであろう。しかし、無名であるからといって無因であるのではない。この二つの問題を混交させているところに誤解がある。

(3) 登記実務における問題処理の一端 くわえて、民法などが概念を用意していない取引は、なにも現代的な企業取引の専売物ではない。現代を待たずとも、また企業取引を待たずとも、民法が想定しないが市民生活に不可欠な法形式は、ながくヨーロッパの法律

実務家が、つまり弁護士や公証人、そして、法継受後の日本にあって司法代書人、のちの司法書士などが市民の傍らにあって育ててきた。

たとえば市民生活において避けて通ることができない問題として、近親者の相続がある。被相続人が山林と株式を遺し、甲・乙の二人の相続人がいるとき、甲が山林を取得し、乙が株式を取得する遺産分割が成立するならば、山林については、ただちに甲を単独の所有権登記名義人とする被相続人からの所有権の移転の登記をすることができる（原因は「相続」である）。では、山林も株式も甲に帰属させることとし、乙に対しては、甲の所有する宅地を与える、という遺産分割の協議が成立したとするならば、どうか。司法書士は、ふるくからこの実務処理をしてきたし、法務行政の登記実務も、この場合の宅地の甲から乙への所有権の移転の登記を是認してきた。当然のことであろう。この宅地の所有権の移転は、無因のものではなく、したがって、社会的に是認されてよいから。もともと、無因でないとしても、いったい、これは何であるか。この点について、ながく法務行政は、これを贈与とみることに固執してきた。登記原因証明情報において贈与という表現をせず「遺産分割による代償譲渡」という説明でも支障はない、という解釈を最高裁判所が提示した後であっても、登記行政当局は、ひきつづき「遺産分割による贈与」という登記原因の表示で扱うべきであるという態度を示している（最判平成 20 年 12 月 11 日家庭裁判月報 61 卷 4 号 82 頁の後であっても、それまでの民事局長回答昭和 40 年 12 月 17 日民甲 3433 号・先例集追IV639 頁の取扱いを変更しないとする方針を打ち出す民事第二課長回答平成 21 年 3 月 13 日民二 645 号・登記研究 738 号 137 頁参照）。

硬直ともみえる方針維持であり、ここには何かしら、「贈与」という言葉は民法に登場するが「代償譲渡」という概念は見当たらないという問題（無名の問題）が、「代償譲渡」では登記原因を説明したことにならない、という結論（無因の問題）を引き出す一つの背景になってしまっているような香りがしないでない。

が、登記実務を難ずることは、控えよう。登記原因や登記原因証明情報の問題は、本来は実体の問題であるにもかかわらず、ながく不動産登記法の本格的な学術研究はなされず、法務行政は、民法実体法学の支援を得ることなく孤軍奮闘して日々の登記事案に立ち向かってきたものである。

そのような状況を打開するうえからも、今般の部会審議において法律行為の原因の問題について論議が深められることは良いことであると考えます。