

負担付死因贈与と遺贈に関する一考察

野澤正充

- 1 問題の所在
- 2 前提問題——遺留分の算定における遺贈と生前贈与の取扱い
- 3 死因贈与の位置づけ
- 4 遺言の撤回に関する規定の死因贈与への準用の可否
- 5 負担付死因贈与契約の撤回の可否
- 6 結語——具体的事例についての検討

1 問題の所在

(1) 死因贈与と遺贈の異同

死因贈与は、贈与者の死亡によって効力を生じる贈与である（民法 554 条。以下、条数のみを掲げる）。それゆえ、死因贈与も、一般の贈与と同じく、贈与者と受贈者との契約である（549 条参照）。これに対して、遺贈は、遺言者の遺言という単独行為によって行われる処分である（964 条）。それゆえ、契約である死因贈与と単独行為である遺贈とは、その法的性質を異にする。しかし、いずれも、贈与者の死亡によって効力が生じる点では共通する（554 条・985 条 1 項¹⁾）。そこで民法は、死因贈与については、「その性質に反しない限り、遺贈に関する規定を準用する」ものとした（554 条）。問題となるのは、その準用の範囲である。

1) このほか、死因贈与は、贈与者が自ら有する財産を減少させる一般の贈与と異なり、法定相続人が相続することを期待した財産を被相続人の意思によって減少させるものであるから、社会経済的には遺贈と共通する、と解されている（我妻栄『債権各論 中巻一』（岩波書店、1957 年）236 頁。なお、中田裕康『契約法』〔有斐閣、新版、2021 年〕284 頁）。

この問題につき、学説は、死因贈与には遺贈の効力に関する規定のみが準用され、方式に関する規定（960条、967条以下）は準用されないとする。なぜなら、死因贈与は契約であって、「遺贈が単独行為であることによる規定は準用すべきではないから」である²⁾。そして、判例も、死因贈与には、遺言の方式に関する規定は準用されないとする。

まず、大審院大正15年12月9日判決（民集5巻829頁）は、死因贈与が「自筆証書公正証書又ハ秘密証書ニ依リテ為サレタルモノ」ではないから、「法律上ノ方式」を欠く「無効ノモノ」である、との当事者の主張を斥け、次のように判示した。すなわち、「民法第五百五十四条ノ規定ハ、贈与者ノ死亡ニ因リテ効力ヲ生ズベキ贈与契約ノ効力ニ付テハ遺贈ニ関スル規定ニ従フベキコトヲ規定シタルニ止リ、其ノ契約ノ方式ニ付テモ遺言ノ方式ニ関スル規定ニ従フベキコトヲ定メタルモノニ非ズ」とした。そして、最高裁昭和32年5月21日判決（民集11巻5号732頁）も、この大審院大正15年判決を引用して、554条は、「贈与者の死亡によって効力を生ずべき贈与契約（いわゆる死因贈与契約）の効力については遺贈（単独行為）に関する規定に従うべきことを規定しただけで、その契約の方式についても遺言の方式に関する規定に従うべきことを定めたものではない」と判示した。

もっとも、判例および学説は、死因贈与が遺言の方式に従わない点では一致するものの、なお遺贈に関する規定の準用の範囲は明らかではない。とりわけ、遺言の撤回に関する規定（1022条以下）の死因贈与への準用の可否については、判例および学説の理解が一致しない。そこで、本稿では、具体的な事例の検討をとおして、この問題を明らかにする予定である。より具体的には、死因贈与の法的性質、遺言の撤回に関する規定の死因贈与への準用の可否、および、負担付死因贈与契約の撤回の可否について、順次検討することとする。

(2) 素材としての具体的事例

本稿が検討する具体的事例は、次のようなものである。

- 1 X（女）およびY（男）は、亡Aの子であり、亡Aには、XおよびYのほか
に子はなく、亡Aの相続人は、XとYのみである（XとYの法定相続分は、

2) 我妻・前掲注1) 237頁。

それぞれ2分の1である)。

- 2 亡Aは、大正10年(1921年)に生まれ、令和元年(2019年)に死亡した。その遺産は、不動産と預貯金を合わせて約10億円である。
- 3 平成18年(2006年)4月、Aは、Yとの間で、Aを贈与者とし、Yを受贈者とする「死因贈与契約書」と題する契約(以下、「本件死因贈与」という。)を締結した。本件死因贈与によれば、不動産および預貯金等の大半をYに贈与する(第3条)代わりに、「受贈者は、本件贈与を受ける負担として贈与者の生存中、その扶養と監護ならびに介護をしなければならない。」(第5条)とされていた。
- 4 その後、Yは、本件死因贈与に従い、Aが亡くなるまで、その負担を履行した。
- 5 平成30年(2018年)12月、Aは、新たに「遺言公正証書」を作成した。この遺言によれば、遺言者は、その全財産を長男(Y)に相続させるものとした(第1条)。
- 6 Aが翌令和元年12月に亡くなり、Xは、Yに対し、遺留分侵害額請求訴訟を提起した。

この訴訟においては、平成18年の「死因贈与契約書」による死因贈与契約(以下、「本件死因贈与」という。)の効力が争われた。すなわち、本件死因贈与が、1044条1項にいう「贈与」に該当するとすれば、本件死因贈与は、相続人であるYを受贈者とするものであるため、相続開始前の10年間(同3項)にしたものに限り、遺留分を算定するための財産の価額に算入される(同1項・1043条1項)。そうだとすれば、相続開始は令和元年12月であるため、本件死因贈与は、遺留分を算定するための財産の価額に算入されないこととなる。

これに対して、X側は、本件死因贈与締結後の平成30年に、被相続人の相続財産の全てをYへ相続させる旨の遺言が作成され、死因贈与には遺贈に関する規定が準用される(554条)から、1023条1項の準用により、本件死因贈与が平成30年の遺言によって撤回された旨を主張した。仮にこの主張が認められれば、Yに対する遺贈は、「被相続人が相続開始の時ににおいて有した財産」となり、遺留分を算定するための財産に算入されよう(1043条1項)。

（3）民法上の問題点

本稿が対象とする民法上の問題点は、第1に、本件死因贈与に、遺言の撤回に関する1023条1項が準用されるか否かである（後述4）。この問題については、最高裁昭和47年5月25日判決（民集26巻4号805頁）が存在するものの、後述のように、その理解は確定せず、なお流動的である。また、第2に、本件死因贈与は負担付死因贈与であるため、このような負担付死因贈与に、とりわけその負担を履行した受贈者の利益の観点から、遺贈に関する規定が準用されるか否かが、さらに問題となる（後述5）。そして、以上の2つの問題の前提として、遺留分を算定するための財産の価額における「遺贈」と「生前贈与」の取扱いを整理しておく必要がある（後述2）。なぜなら、一方では、死因贈与には遺贈に関する規定が準用される（554条）ため、遺留分の算定における遺贈の取扱いを確認するとともに、他方では、生前贈与についても、贈与契約時（行為時）とその効力発生時とが異なる場合があり、そのいずれを基準時とするかが問題となり得るからである。そうして、死因贈与が、「遺贈」と「生前贈与」のいずれに該当するのかを検討する（後述3）。その検討は、死因贈与が1044条1項にいう「贈与」に含まれるか否かに関わる。

以下では、まず、この前提問題（遺贈と生前贈与の取扱い）を確認し、そのうえで、結論的には、死因贈与が1044条1項の「贈与」に当たることを明らかにする。そして、死因贈与に遺言の撤回に関する1023条1項が準用されるか否か（第1の問題）を検討し、次いで、負担付死因贈与に関してはどうか、という第2の問題を検討することとする。

2 前提問題——遺留分の算定における遺贈と生前贈与の取扱い

（1）民法の規律——遺留分算定の基礎となる財産

1043条1項は、遺留分を算定するための財産の価額は、「被相続人が相続開始の時に有した財産の価額」に、その「贈与」した財産の価額を加えた額から債務の全額を控除した額とする旨を規定する。それゆえ、生前贈与が遺留分算定の基礎となる財産に算入されることは明らかである。しかし、過去の贈与を全て算入して遺留分侵害額請求権の対象とすることは、不当に受贈者に不利益を与え、取引の安全を害することになる。そこで、民法は、「相続開始前の1年間にした」贈与に限って、価額を算入することとした（1044条1項前

段)。ただし、「当事者双方が遺留分権利者に損害を加えることを知って贈与をしたときは」、このような受贈者を保護する必要はないから、「1年前の日より前にした」贈与についても、遺留分算定の基礎となる財産に算入することにした³⁾。

ところで、平成30年の相続法改正前は、本件事案におけるような共同相続人の1人に対する贈与は、原則として、無制限に過去にさかのぼって遺留分算定の基礎財産に算入されるものとされていた⁴⁾。しかし、共同相続人の1人であっても、相続開始よりもかなり前に贈与を受けた受贈者の地位の法的安定性を保護する必要がある⁵⁾。そこで、平成30年の相続法改正では、遺留分算定の基礎財産に算入することができる「相続人に対する贈与」は、相続開始前の10年間にされたものに限られるとされた(1044条3項)。そうだとすれば、「相続人に対する贈与」は「相続開始前の10年間にしたもの」に限る、という1044条1項および3項の規律は、被相続人から贈与された相続人である受贈者の地位の法的安定性を図る重要なものであると解される。そして、「今後は、10年より前のものは、遺留分権利者に損害を加えることを知ってされた贈与としての算入・請求の可能性があるのである」⁶⁾との指摘がなされている。

(2) 遺贈の取扱い

遺贈が遺留分侵害額請求権の対象となることは、民法(1046条・1047条)の文言からも明らかである。それゆえ、遺贈が「被相続人が相続開始の時ににおいて有した財産の価額」に算入されることには、学説上の異論はない。もっとも、遺贈のうち、債権的効力しかないものは、相続人が承継した積極財産(=遺留分算定の基礎財産)からその債務が履行されるべきものであるから、当然にその基礎財産に算入される。しかし、特定物(=不動産等)の遺贈は、物権的効力を有するため、相続開始と同時に所有権が受遺者に移転し⁷⁾、「相続開

3) 梅謙次郎『民法要義 卷之五 相続編』(有斐閣, 大正2年版復刻版, 1984年)432頁。

4) 最判平成10・3・24民集52巻2号433頁参照。

5) 潮見佳男『詳解相続法』(弘文堂, 第2版, 2022年)665頁。

6) 犬伏由子=石井美智子=常岡史子=松尾知子『親族・相続法』(弘文堂, 第3版, 2020年)416頁〔松尾知子執筆〕。

7) 大判大正5・11・8民録22輯2078頁参照。

始の時に有した財産」から離脱しているとも考えられる。そうだとすれば、論理的には、特定物の遺贈は、遺留分算定の基礎財産には算入されない、とも解される。しかし、学説は、「納得のいく理由を示すことなく」⁸⁾、結論的には、遺贈は、「物権的効果・債権的効果のいかんを問わず」に、「当然に相続開始時に現在する財産」であると解している⁹⁾。

ところで、沿革的には、日本の遺留分制度はフランス民法に基づくものであり、「被相続人が相続開始の時に有した財産の価額」は、フランス民法典 922 条の、相続開始の時に「贈与者または遺言者である被相続人に帰属していたあらゆる財産の総体」(une masse de tous les biens existant au décès du donateur ou testateur) に由来する、との指摘がなされている¹⁰⁾。そして、この文言は、フランス民法では、被相続人の「死亡のまさにその瞬間に、(被相続人の) 一般財産に属していた全てのもの」(tous ceux trouvés dans le patrimoine en moment précis de la morte.) を意味する、とされている¹¹⁾。

したがって、日本民法においても、遺贈は、物権的効力を有するか否かにかかわらず、相続開始の「まさにその瞬間に」被相続人が有した財産に含まれると解される。そして繰り返しとなるが、この結論(=遺贈が遺留分算定の基礎財産に算入されること)は、学説上も異論なく認められている。

(3) 生前贈与の取扱い

まず、原則として、生前贈与の対象である財産は、「相続開始の時に有した財産」ではないことは明らかである。しかし、「相続開始前の1年間にした」贈与(相続人に対する贈与は、相続開始前の10年間は、「相続開始の時に有した財産」に算入され、遺留分侵害額請求権の対象となる(1044条)。問題となるのは、債権的な贈与契約のみがなされ、相続開始の時まで物権的効力の生じない場合や、条件付贈与契約がなされたものの、未だ条件が成就していない場合には、対象財産が相続財産に存在しているとも解されるため、これらの場合に贈与が算入されるか否かである。換言すれば、1年(また

8) 潮見・前掲注5) 660頁。

9) 高木多喜男『総合判例研究叢書 民法(23)』(有斐閣, 1964年) 42-43頁。

10) 高木・前掲注9) 42頁。

11) 高木・前掲注9) 43頁。

は10年)の算定基準が、贈与契約の締結時(行為時)か、それとも贈与の効力発生時か、という問題である。そして、仮に契約締結時を基準とするならば、これらの場合は、「生前贈与のカテゴリーに含ませるべき」(=基礎財産に算入しない)であり、逆に、効力発生時を基準とするならば、「現存財産のカテゴリーに含ませてよい」(=基礎財産に算入する)ということになる¹²⁾。

この問題について、学説は、贈与契約の締結時を基準とすることで一致していると解される¹³⁾。その理由は、次の点にある。すなわち、生前贈与は、たとえその効力の発生が契約締結時より後らされているとしても、遺贈とは異なり、撤回が原則として自由ではない(民法550条参照)ため、実質上は、契約締結時に財産が逸出していると解すべきだからである¹⁴⁾。

また、停止条件付贈与契約は、条件の成就までは財産の逸出がなく、厳密には、上記の説明は妥当しない。しかし、下級審裁判例(仙台高秋田支判昭和36・9・25下民集12巻9号2373頁)は、契約締結時を基準とすることを明らかにした。すなわち、「民法第1030条〔現・1044条1項一筆者注〕にいわゆる相続開始前の1年前にした贈与にあたるかどうかは、停止条件付で贈与の意思表示がされた場合であると否とを問わず、贈与の意思表示がされた時を標準として判断すべく、その意思表示の時期が相続開始の時より1年前であるときは、相続開始前の1年前にした贈与であると解するのが相当である」とした。そして、学説も、この判決を承認している¹⁵⁾。

したがって、結論としては、生前贈与は、相続開始時に効力を生じていたか否かを問うことなく、贈与契約がその1年前(相続人に対する贈与は10年前)に締結されていれば、当事者に害意がない限り、「相続開始の時において有した財産」に算入されない。

(4) 小 括

以上を要約すると、遺贈は、「相続開始の時において有した財産」に算入さ

12) 高木・前掲注9) 44頁。

13) 加藤永一『遺留分』(一粒社、1980年)13頁、中川善之助=加藤永一編『新版注釈民法(28)』(有斐閣、補訂版、2002年)463頁〔中川淳執筆〕、高木・前掲注9) 44頁、潮見・前掲注5) 663頁など。

14) 高木・前掲注9) 44頁。

15) 高木・前掲注9) 46頁、中川・前掲注13) 463頁。

れるのに対して、生前贈与は、その契約が相続開始前の1年より前（相続人に対する贈与は、相続開始の10年より前）に締結されていれば、当事者に害意がない限り、「相続開始の時ににおいて有した財産」には算入されず、遺留分侵害額請求権の対象とはならないことになる。

そこで、次に問題となるのは、死因贈与、特に負担付死因贈与を、上記の遺贈と生前贈与のいずれのカテゴリとして位置づけるべきか、という点である。

3 死因贈与の位置づけ

(1) 問題の所在

解釈論上まず問題となるのは、死因贈与が「遺留分を算定するための財産」（1043条1項）に含まれるか否か、換言すれば、1044条1項および同3項にいう「贈与」に含まれるか否かである。そして、この問題は、遺留分法においては、①死因贈与（ないし負担付死因贈与）が遺留分侵害額請求権の対象となるか否か、という問題のみならず、②受遺者と受贈者が存在する場合における遺留分侵害額の負担の問題（1047条1項1号参照——平成30年の相続法改正前における「減殺」の順序の問題）にも関わるものである。

(2) 学説の動向

死因贈与を「遺贈として扱うか生前贈与として取り扱うか」については、「学説が分かれており、実務の傾向も固まっていない」¹⁶⁾とされる¹⁷⁾。しかし、現在の多数説および裁判例は、死因贈与が、遺留分の算定に関しては、遺

16) 梶村太市「遺留分および侵害額の算定と減殺の順序——実務上の問題点」久貫忠彦編『遺言と遺留分 第2巻』（日本評論社、2003年）21頁。なお、梶村・同前書〔第2版、2011年〕23頁は、死因贈与を遺贈として扱うか、生前贈与として扱うかについては、「高裁判例はあるが、実務の傾向は固まっていない。」と指摘し、後述する東京高裁平成12年3月8日判決を示唆した。そして、梶村・同前書〔第3版、2022年〕38頁は、遺留分侵害額請求訴訟における「死因贈与の取扱い」について、より明確に、東京高裁平成12年判決が、「遺贈→死因贈与→生前贈与の順で減殺の対象となるとした」ことを摘示し、最高裁の判例がないため、「当面は、前記東京高裁判決の考え方で実務を処理するほかない」とした。

17) なお、この問題は、平成30年の相続法改正においても、解釈に委ねられた（堂蘭幹一郎＝野口宣大編著『一問一答 新しい相続法』〔商事法務、第2版、2020年〕152頁参照）。

贈ではなく「贈与」であると解している。

まず、死因贈与を遺贈と解する見解(=遺贈説)は、554条が遺贈に関する規定を死因贈与に準用していることを形式的根拠とする。そして、実質的根拠としては、死因贈与が贈与者の死亡によってはじめて効力を生じるため、相続開始の時には目的物が相続財産から逸出していないことを挙げている¹⁸⁾。

これに対して、死因贈与を贈与と解する見解(=贈与説)は、①死因贈与が民法典上は贈与の箇所に規定されていることのほか、②死因贈与契約は、生前贈与と同じく、書面によってなされた場合には自由に撤回することができない(550条参照)ため、「行為時において、遺留分浸食行為がなされている(現実化するのは将来であるが)とみるべきである」ことを根拠とする¹⁹⁾。また、③上記のように、生前贈与については、「行為時を基準とすべき」であることは学説も一致しているのであるから、「死因贈与についてだけ、効力発生時を基準とし、遺贈と同一視することは筋が通らない」とも解されている²⁰⁾。

この両説のうち、「現在では」、死因贈与を贈与と解する見解が「多数説」であると解されている²¹⁾。そして、学説は、贈与説を前提として、死因贈与と生前贈与の遺留分侵害額の負担の順序については、死因贈与を「贈与」の中の最も新しいものであると解し、遺贈、死因贈与、生前贈与の順に遺留分侵害額請求権の対象とすべきである、との見解が「近時の多数説」であると指摘されている²²⁾。

(3) 裁判例の検討

(ア) 東京家裁昭和47年7月28日審判

裁判例はどうか。まず参考となるのは、東京家裁昭和47年7月28日の審判(判例時報676号55頁)である。同審判は、「遺言執行者の選任の規定が死因贈与に準用されるか」について、「死因贈与の契約当事者である受贈者は、物件の引渡、移転登記の実現等につき、贈与者ないしその相続人を相手として自ら

18) 広中俊雄「贈与」谷口知平=加藤一郎編『民法演習Ⅳ(債権各論)』(有斐閣, 1959年)67頁。

19) 高木・前掲注9)45頁。

20) 高木・前掲注9)45頁。

21) 中田裕康・家族法判例百選(第6版)196頁(2002年)。

22) 中川=加藤・前掲注13)493頁〔宮井忠夫=千葉洋三執筆〕。

その衝にあたるべき」であり、相続人の不存在ないし相続人の一部が行方不明である場合等においては、「それぞれ相続人不存在手続あるいは不在者の財産管理ないし失踪手続等を活用すべきであって、遺言執行者の選任を請求することによってそれにかえることはできない」とした。そして、東京家裁は、これに止まらず、括弧書きで「ついでに付言するならば」として、「死因贈与と遺言執行者制度の問題を以上の様に解したからと言って、遺留分減殺に際して死因贈与を生前処分として取り扱うことが必然となるわけでは必ずしもない」とした。というのも、「前者の問題が、しばしば相続人の利益と相反する遺言の執行を任務とする遺言執行者の制度が受遺者の利益の保護を多かれ少なかれ目的としているところにその問題発生の原因があるのに対し、後者の遺留分減殺との関係は、被相続人の意思によっても害することができない遺留分権利者の権利を保護する制度との関係の問題であるから、契約であるか否かという点よりは、いかなる形で遺留分権利者を害するかという点の方がまず問題となるからである」。そして、「例えば、民法 1033 条〔平成 30 年の相続法改正前の規定。現在の 1047 条 1 項 1 号に相当する一筆者注〕が『贈与』よりも『遺贈』を先に減殺すべきものとしたのも、遺贈が遺留分権利者を害すべき最後のもの——その遺言が何年前になされたものであろうと——であるという点において生前贈与と区別さるべきだと考えたからであり、この点で同条にいわゆる『贈与』が死因贈与をふくむと考えることは同条の規定の決定的な根拠を見失うことになろうし、また、実際的にも死因贈与を同条の『贈与』として取扱うことの不合理と不自然さは、遺言方式に違反した死後処分証書が存在し、しかも相手方が遺贈者に生前に承諾を与えた事実が存すれば、当該の遺贈は書面による死因贈与と解される余地があることを考えればきわめて著しいものであることがわかる」とする。そうして、「期限付贈与契約については期限利益喪失約款がついている場合の取扱い等問題がなお残るけれども、少なくとも死因贈与契約については民法 1033 条の適用においてこれを『贈与』として扱うことを必然とすべきではなく、前記遺言執行者の問題とは側面を異にする問題として、これを『遺贈』に準じて取扱う必要性があるといえるのである。」と締めている。

この東京家裁昭和 47 年の審判は、現在の少数説である遺贈説に立脚する。そして、この見解によれば、先の具体的事例も、平成 18 年の負担付死因贈与の対象財産は、554 条により、遺贈と同じく遺留分算定の基礎財産に算入されることとなろう。

しかし、このような理解は、死因贈与と遺贈とを全く同じに解するものであり、契約と単独行為という決定的な違いを無視するものである。そして、上記の東京家裁昭和47年の審判も、554条にいう「準用」の範囲について、「遺贈が単独行為であるのに対し死因贈与は契約であるから、遺贈の単独行為であることに基づく規定は契約たる死因贈与に準用すべきではない」ことを判断したに止まるものであり、旧1033条にいう「贈与」の解釈をした上記引用部分は、何らの法的拘束力をも有しない傍論にすぎない。しかも、「なぜそのように扱うのか」という具体的な根拠を示していないことが相まって、先例としての価値はないに等しい。」と評されている²³⁾。

(イ) 東京高裁平成12年3月8日判決

この問題については、最高裁判例は存在しないものの、現時点におけるリーディング・ケースとしては、東京高裁平成12年3月8日判決(高民集53巻1号93頁)が存在する。その事案は、先の具体的事例と同様に、相続人間での死因贈与の遺留分減殺をめぐるものであった。すなわち、被相続人が長女との間で死因贈与契約を締結し、また長男に対して遺贈をしたため、他の相続人が遺留分を主張して、長女と長男に対して遺留分減殺請求権を行使した。そこで、長女は、まずは長男に対する遺贈を減殺すべきであると主張し、長男は、遺贈と死因贈与とを同順位で減殺すべきであると主張した。第1審(横浜地判平成11・8・20判例時報1753号60頁)は、遺贈説に立脚し、「死因贈与は、贈与者の死亡によって効力を生ずるのであり、この点で遺贈と同じであり、また、民法554条は、死因贈与は『遺贈ニ関スル規定ニ従フ』と定めているのであるから、死因贈与も遺贈と同じ順序で減殺されるものと解するのが相当である。」と判示した。しかし、東京高裁は、この第1審判決を取り消して、次のように自判している。すなわち、「死因贈与も、生前贈与と同じく契約締結によって成立するものであるという点では、贈与としての性質を有していることは否定すべくもないのであるから、死因贈与は、遺贈と同様に取り扱うよりはむしろ贈与として取り扱うのが相当であり、ただ民法1033条及び1035条の趣旨にかんがみ、通常の生前贈与よりも遺贈に近い贈与として、遺贈に次いで、生前贈与より先に減殺の対象とすべきものと解するのが相当である」。

23) 千葉洋三「遺留分減殺の順序」久貴忠彦編『遺言と遺留分 第2巻』(日本評論社、第3版、2022年)140頁。

上記の東京高裁平成12年判決は、「近時の多数説を採用」したものであり、「死因贈与の契約性を重視」して、これを「贈与」に位置づけたものである²⁴⁾。そして、同判決は、学説によっても広く支持されている。例えば、中田裕康は、「死因贈与の契約性はやはり無視しえず、また減殺請求の順序づけにおける相手方保護の要素を考えると、贈与説に傾く」として、東京高裁判決を「支持しうる」と述べている²⁵⁾。

なお、上記の東京高裁平成12年判決は、「遺贈に次いで、生前贈与より先に」死因贈与を減殺の対象とすべきである旨を判示しているが、この部分は傍論に過ぎない²⁶⁾。判旨は、死因贈与ではなく、まず遺贈が「減殺の対象となるべきもの」であり、それによって「遺留分が回復されない場合に初めて、死因贈与が減殺の対象になる」ことを明らかにしたものである。換言すれば、死因贈与と遺贈とを明確に区別し、死因贈与を「遺贈と同様に取り扱うよりはむしろ贈与として取り扱うのが相当」であることを明らかにした判決であるといえよう。

(4) 小 括

遺留分の算定の基礎となる相続財産において、死因贈与が「遺贈」であるか、または「贈与」と解すべきかについては、かつては学説が激しく対立していた。しかし、近時は、死因贈与の契約としての性質を重視して、これを贈与と解する見解が多数説であると解される。そして、下級審裁判例も、近時の多数説を採用し、死因贈与が「贈与」であることを前提に、これを「遺贈」とは明確に区別している。その論拠としては、死因贈与が契約であり、「すでに権利義務関係が確定し拘束力を生じて」いて、「自由に撤回できないこと」²⁷⁾に加えて、契約の相手方の保護²⁸⁾という視点が重視されていることが挙げられよう。そして、相手方の保護という視点は、後述するように、負担付死因贈与においては、負担を履行した受贈者の利益を考慮すると、より強く要請される

24) 千葉・前掲注23) 140頁。

25) 中田・前掲注21) 197頁。このほか、千葉・前掲注23) 142-143頁、梶村・前掲注16) [第3版] 38頁も参照。

26) 中田・前掲注21) 196頁。

27) 千葉・前掲注23) 139頁。

28) 中田・前掲注21) 197頁。

と考える。

したがって、結論としては、近時の多数説および裁判例に従い、死因贈与契約は「贈与」であり、とりわけ、負担付死因贈与においては、受贈者の利益がより強く保護されるべきであると解される。そして、死因贈与が「遺贈」ではなく「贈与」であるとするれば、1044条の規定する1年（または10年）の算定基準も、死因贈与契約の締結時（行為時）となる。その結果、死因贈与契約が相続開始前の1年より前（相続人に対する贈与は、相続開始の10年より前）に締結されていれば、当事者に害意がない限り、死因贈与契約の対象財産は「相続開始の時に於いて有した財産」には算入されない。

4 遺言の撤回に関する規定の死因贈与への準用の可否

(1) 問題の所在

死因贈与が「贈与」であるとしたうえで、解釈論上最も問題となるのは、遺言の撤回に関する規定（1022条～1026条）の死因贈与への準用の可否である。というのも、死因贈与契約は、通常は、書面によって行われるため、解除することができない（550条本文参照）のに対し、遺言は、遺言者の最終意思を尊重するため、「いつでも」、遺言の方式に従って、撤回することができる（1022条）からである。

(2) 学説の対立

この問題について、かつての学説は、死因贈与にも遺言の撤回の規定の準用を認める見解（準用肯定説）と、その準用を否定する見解（準用否定説）とが対立していた。

まず、準用肯定説は、贈与者の最終意思を尊重すべきであるとの理由から、1022条は死因贈与に準用され、その結果、後になされた遺言によって死因贈与は撤回されるとした²⁹⁾。これに対して、準用否定説は、①遺贈が単独行為であるのに対して、死因贈与は契約であり、一方的な撤回の規定を準用する根

29) 末弘厳太郎「死因贈与ニ就テ」法学新報26巻4号39頁（1916年）、鳩山秀夫『日本債権法各論 上巻』（岩波書店、増訂版、1924年）277頁、来栖三郎『契約法』（有斐閣、1974年）228頁など。

抛を欠くこと³⁰⁾、および、②受贈者は、贈与者の死亡時に効力が発生するという一種の期待権を取得するのであって、この権利は保護されるべきであること³¹⁾を理由として、死因贈与は後の遺言等によって撤回されることはないとする。

なお、準用否定説の②の理由については、下級審裁判例ではあるが、次の判決（東京地判昭和44・1・25下民集20巻1＝2号24頁）が、より詳細にこれを敷衍している。すなわち、「死因贈与については遺贈に関する規定に従う（民法第554条）ものとされているが、その趣旨は『遺贈に関する規定を準用する』の意味であり、準用の範囲については単独行為である遺贈との差異に従って限定すべきものである。そこで遺言の取り消し（撤回）に関する民法第1022条以下の規定が死因贈与に準用されるか否かが問題であるが、そもそも遺言の取り消しは、何人もその死のときにおいて自由に遺言をすることができるとの遺言自由の原則と表裏をなすものであって、いったん遺贈をしてもこれを取り消しまたはこれに抵触する遺贈をするのに何の拘束もない。他方死因贈与は贈与者の死によって効力を生ずる点で遺贈に類似するけれども、贈与者の死を条件とする契約であって、契約がなされた以上は受贈者においてその期待権を有することになる。ことに死因贈与契約が負担付である場合には双務契約に関する規定が適用されることからみても、その場合の贈与約束には一層強い法的拘束力が与えられるべきである。以上彼比考え合わせると、少なくとも負担付死因贈与契約については遺言の取り消しに関する規定の準用はないものと解すべきである」。

（3）かつての判例の検討

かつての判例は、準用肯定説に立っていたと解されている。ただし、その理解は、事案との関連ではやや問題があり、今日では、後に述べるように、より新しい学説および判例によって修正されていると考えられる。

まず、大審院昭和16年11月15日判決（法学11巻616頁）は、負担を伴わない死因贈与について、1022条（旧1124条）が、方式に関する部分を除いて準用されるとした。すなわち、「民法第554条には、贈与者の死亡に因りて効

30) 我妻・前掲注1) 237頁、柚木馨＝高木多喜男『注釈民法（14）』（有斐閣、1966年）38頁。

31) 高木・前掲注9) 45頁。

力を生ずべき贈与は遺贈に関する規定に従ふと規定すれども、元来遺贈は要式の単独行為なるに反し、右の如き死因贈与は不要式の契約なるの性質上の差異あるを以て、死因贈与には遺贈に関する規定中要式の単独行為たることに基因するものは、之が準用なく、従て遺言の取消に関する民法第1124条の規定に付ても、遺言者は何時にても其遺言の全部又は一部を取消すことを得との部分は之を死因贈与に準用し得るも、其取消は遺言の方式に従ふべしと為す部分は之が準用なきものと解するを相当」とするとした(句読点は筆者)。

そして、最高裁昭和47年5月25日判決(民集26巻4号805頁)も、上記の大審院判決を踏襲し、「死因贈与については、遺言の取消に関する民法1022条がその方式に関する部分を除いて準用されると解すべきである」とした。なぜなら、「死因贈与は贈与者の死亡によって贈与の効力が生ずるものであるが、かかる贈与者の死後の財産に関する処分については、遺贈と同様、贈与者の最終意思を尊重し、これによって決するのを相当とするからである」。

ただし、この最高裁判決に付された最高裁判所調査官解説は、「最高裁が判旨のような結論をとるに至った過程においては」、次のような、本件の「事実関係が少なからず影響している」とした。すなわち、この事案は、67歳で45歳の女性と婚姻した夫が、その約2年後に妻に死因贈与をしたが、その後不和となり、妻は夫の病気看護を怠り、夫婦間の円満を欠く状態が続いて婚姻関係が破綻状態に陥り、別居するに至って死因贈与の撤回がなされたものである。そして、最高裁調査官は、このような事実関係については、「忘恩行為を理由とする贈与の撤回を許す理論」を適用して、「死因贈与の撤回を認めることも不可能ではない」とする。しかし、「民法に規定がなく、理論としても必ずしも確立しているとはいえない贈与一般についての右の理論の採否を問題とする前に、死因贈与については、民法1022条の準用を肯定して、忘恩行為を理由とする撤回の理論をとった場合と同じ結論に到達するのが解釈技術上妥当」である³²⁾、と述べている。そうだとすれば、最高裁は、死因贈与の撤回を認めることが妥当である事案につき、他に適切な理論がないため、死因贈与に遺言の撤回に関する1022条を準用して、その撤回を認めたものであると解される。

32) 柴田保幸『最高裁判所判例解説 民事篇 昭和47年度』98-99頁。

(4) 現在の学説および判例の状況

上記のような最高裁判例の理解を前提として、学説および判例には変化が見られた³³⁾。すなわち、一方では、死因贈与については1022条の準用を否定しつつ（準用否定説）、死因贈与の撤回は、無償契約の契約法理に基づき、当事者間の大幅な事情の変更や忘恩行為などの、撤回がやむを得ないような客観的事情が存在した場合に限って認めるべきであるとの見解³⁴⁾が主張されている。また、他方では、判例を支持する準用肯定説からも、撤回が正義衡平に反する場合や死因贈与の受贈者の期待が特に保護に値する場合には、1022条による撤回が否定されるとの主張（限定肯定説）がなされている³⁵⁾。

このような状況において、最高裁も、事案の特殊性に応じて、死因贈与の撤回を否定する判決を公にしている。すなわち、最高裁昭和58年1月24日判決（民集37巻1号21頁）は、「〔死因〕贈与に至る経過、それが裁判上の和解でされたという特殊な態様及び和解条項の内容等を総合すれば、本件の死因贈与」は、贈与者が「自由には取り消すことができないものと解するのが相当である。」と判示した。

この最高裁判決は、前掲最高裁昭和47年判決を前提とし、一般論としては、死因贈与に対する1022条の準用を認めている。しかし、①死因贈与が一定の行為と「対価関係にあると見られること」、②贈与者は、受贈者の利益を「覆すような一切の処分をしないことを確約していること」、および、③死因贈与が裁判上の和解の中で行われたこと等の「諸事情を総合」して、当該死因贈与の撤回を否定し、前掲最高裁昭和47年判決に対する「例外の場合があることを示したもの」である³⁶⁾といえよう。そして、この判決は、次に触れる負担付死因贈与に関する最高裁判決とともに、「実務上、重要な意義を有する」ものである³⁷⁾。

33) 以下については、鹿野菜穂子・民法判例百選Ⅲ（第3版）183頁（2023年）を参照。

34) 柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法（14）』（有斐閣、1993年）74頁〔柚木馨＝松川正毅執筆〕。

35) 川井健『民法概論（4）』（有斐閣、補訂版、2010年）121頁、山脇貞司・家族法判例百選（第3版）253頁（1980年）。

36) 太田豊『最高裁判所判例解説 民事篇 昭和58年度』20頁。

37) 太田・前掲注36) 20頁。

(5) 小 括

負担のない死因贈与については、かつての学説は、遺言の撤回の規定の準用を認める準用肯定説と、それを否定する準用否定説とに分かれ、判例は準用肯定説に立っていた。しかし、現在の判例および学説は、その中間的な解決を採用し、「最終的には、具体的な事情において贈与者の自由な撤回が正当化できるかによって撤回の可否が決められる」と解している³⁸⁾。

ところで、遺言の撤回に関する規定の死因贈与への準用の可否は、「最終的には」、上記のような「具体的な事情」の判断となるが、一般論としては、①贈与者の最終意思の尊重という要請と、②契約の相手方である受贈者の利益・期待の保護という要請の、いずれを重視するかによって決められよう。そして、近時は、個別の死因贈与において、①の贈与者の最終意思の尊重という要請が働かない場合には、②の契約の法理、すなわち、「(死因贈与の合意は、それが書面によるものである場合は、贈与者はそこから任意に離脱することはできない)との民法550条の法理を貫徹すべき」である、との主張³⁹⁾が注目される。

いずれにしても、負担のない死因贈与については、①贈与者の最終意思の尊重ないし贈与者の利益が優先される場合には、遺言の撤回の規定が準用されるが、②契約を締結した受贈者の利益・期待の保護が優先される場合には、その撤回は許されないこととなろう。

5 負担付死因贈与契約の撤回の可否

(1) 従来の裁判例の立場

では、負担付死因贈与には、遺言の撤回に関する規定が準用されるか。

まず、一般論としては、「負担付死因贈与においては、受贈者、殊に負担の履行を終えた受贈者の利益は一層強く保護されるべきである」⁴⁰⁾ことは明らかである。

もっとも、従来の下級審裁判例は、負担付死因贈与の撤回の可否について

38) 鹿野・前掲注33) 183頁。

39) 潮見佳男『新契約各論Ⅰ』(信山社、2021年)76頁。

40) 篠田省二『最高裁判所判例解説 民事篇 昭和57年度』435頁。

も、その判断が分かっていた。例えば、東京高裁昭和54年12月20日判決（判例タイムズ409号91頁）は、受贈者が負担を履行した後は、死因贈与の撤回ができない旨を判示していた。また、前掲東京地裁昭和44年判決は、負担付死因贈与契約の撤回が、そもそも認められないとした。その理由は、繰り返しになるが、次のようであった。すなわち、死因贈与契約は、「贈与者の死を条件とする契約であって、契約がなされた以上は受贈者においてその期待権を有することになる。ことに死因贈与契約が負担付である場合には双務契約に関する規定が適用されることからみても、その場合の贈与約束には一層強い法的拘束力が与えられるべきである」。

このような状況において公にされたのが、最高裁昭和57年4月30日判決（民集36巻4号763頁）である。

（2）最高裁昭和57年4月30日判決の理解

事案は、およそ次のようであった。X（原告・控訴人・上告人=Aの長男）は、遺言者Aとの間で、Xが会社で職中毎月3000円以上と年2回の定期賞与金の半額をAに贈与した場合には、Aはその遺産全部を死亡と同時にXに贈与する旨の負担付死因贈与契約を締結し、同負担を履行した。しかし、その後、Aがその所有財産の一部をYら（被告・被控訴人・被上告人=Aの次男および三女）に遺贈する旨の遺言をして死亡した。そこで、Xが、Yらに対し、本件遺言の無効確認を求めた。争点となったのは、AX間の負担付死因贈与契約が、その後のAの遺言によって撤回されたか否かである。

原審である名古屋高裁金沢支部昭和56年3月18日判決（民集36巻4号773頁）は、前掲最高裁昭和47年判決を引用して、「死因贈与については、民法554条により遺贈の規定が準用され、従って遺言の取消に関する民法1022条（その方式に関する部分を除く）、1023条が準用されると解すべきである」とした。そして、この理は、「負担付死因贈与についても同様であって、民法553条は適用されないと解されるから、受贈者がその負担の全部又は一部の履行を済せたとときと雖も、贈与者より右死因贈与と抵触する遺贈がなされた場合には、さきになされた死因贈与は取り消されたとみなされると解するのが相当である」と判示した。その理由は、「死因贈与は遺贈と同じく処分者の最終意思を尊重すべき」ことにある。

この原審判決は、遺言の撤回に関する規定の負担付死因贈与契約への準用を

肯定するものである。そして、その結論に従えば、負担を履行した受贈者の利益は、寄与分で考慮すれば足りるということになる⁴¹⁾。しかし、このような考え方では、「受贈者の保護に充分とはいえない」との指摘⁴²⁾がなされている。

そこで最高裁は、次のように判示して、遺言の撤回に関する規定の負担付死因贈与契約への準用を否定した。すなわち、「負担の履行期が贈与者の生前と定められた負担付死因贈与契約に基づいて受贈者が約旨に従い負担の全部又はそれに類する程度の履行をした場合においては、贈与者の最終意思を尊重するの余り受贈者の利益を犠牲にすることは相当でないから、右贈与契約締結の動機、負担の価値と贈与財産の価値との相関関係、右契約上の利害関係者間の身分関係その他の生活関係等に照らし右負担の履行状況にもかかわらず負担付死因贈与契約の全部又は一部の取消をすることがやむをえないと認められる特段の事情がない限り、遺言の取消に関する民法1022条、1023条の各規定を準用するのは相当でないと解すべきである」。

この最高裁判決は、最高裁判所調査官解説によれば、「『負担の履行期が贈与者の生前と定められた負担付死因贈与契約に基づいて受贈者が約旨に従い負担の全部又はそれに類する程度の履行をした場合』には、原則的に撤回を許さないものとし、特段の事情がある場合に限って撤回を認めることとしたものであり」、そう解することによって、「受贈者の保護を厚くしたものである」と説明されている⁴³⁾。

(3) 学説の評価

上記の最高裁昭和57年判決は、前掲最高裁昭和47年判決を引用して遺言の撤回に関する規定の死因贈与への準用を認めた原審判決を明確に否定した。そして、受贈者の保護を重視して、負担の履行された負担付死因贈与契約については、その撤回が認められないことを明らかにしたものであって、学説にも高く評価されている。

最高裁昭和57年判決を評価する学説の要点は、次の2点である⁴⁴⁾。

41) 山崎賢一「判批」判例タイムズ505号91頁参照。

42) 篠田・前掲注40)435頁。

43) 篠田・前掲注40)436頁。

第1に、負担付死因贈与契約には双務契約としての要素が認められ（553条参照）、この観点からすれば、最高裁昭和57年判決が、受贈者の利益を重視してその撤回を否定したことは「正当と評価」できる。すなわち、片務契約である負担付死因贈与契約は、「負担の部分については、反対給付に類した側面を有するのであり、特に受贈者がその負担を履行した場合には、その受贈者の利益の保護は強く要請」されなければならない。

第2に、負担のない死因贈与契約においても、受贈者の利益ないし期待の保護が重視され、判例⁴⁵⁾および学説は、1022条が準用されることを肯定しつつも、その撤回を制限している。この理は、負担付死因贈与契約においてはさらに徹底され、負担付死因贈与契約の場合には、「反対給付をした受贈者の利益を犠牲にして贈与者の自由な撤回を認めることはできない」と解される。

(4) 負担が未履行である場合

では、仮に負担付死因贈与契約において、その負担が未履行である場合には、贈与者は自由に撤回することができるか。

この問題については、仮に負担が未履行であったとしても、「常に自由な撤回が認められるというものではなく、諸事情に照らして撤回が否定される場合がありうる。」との指摘がなされている⁴⁶⁾。

具体的には、負担のない死因贈与の撤回を否定した前掲最高裁昭和58年判決の事実関係が参考となろう。すなわち、同判決は、繰り返しとなるが、①死因贈与が一定の行為と「対価関係にあると見られること」、②贈与者は、受贈者の利益を「覆すような一切の処分をしないことを確約していること」、および、③死因贈与が裁判上の和解の中で行われたこと等の諸事情を総合して、当該死因贈与の撤回を否定した。そして、これらの事情は、いずれも受贈者の期待を強める事実であり、その全てを充たす必要はなく、また、これらに類する事実があれば、仮に負担が未履行であっても、死因贈与契約を撤回することはできないと解される。

44) 鹿野・前掲注33) 183頁。

45) 前掲最高裁昭和58年1月24日判決参照。

46) 鹿野・前掲注33) 183頁。

6 結語——具体的事例についての検討

(1) はじめに

死因贈与には、遺贈に関する規定が準用される(554条)。しかし、その法的性質が「贈与」契約であることは、近時の多数説および前掲東京高裁平成12年判決が認めるところである。それゆえ、死因贈与も、1043条1項および1044条にいう「贈与」であると解される。とりわけ、負担付死因贈与は、負担の履行をした受贈者の利益ないし期待が強く保護されるべきであり、「贈与」であることは明らかである。そうだとすれば、先の具体的事例における平成18年4月付の負担付死因贈与契約は、相続開始前の10年間にされたものではないため、「遺留分を算定するための財産」には算入されない。

(2) 遺留分における死因贈与の算定基準時

上記のような理解に対しては、次のような反論が想定される。すなわち、「被相続人が相続開始の時において有した財産」(1043条1項)の解釈として、遺贈との均衡上、死因贈与契約の基準時が契約時(行為時)ではなく、効力発生時と解釈すべきである、との反論である。しかし、この反論については、次のように考えられる。

まず、「前提問題」において述べたように、遺贈が「被相続人が相続開始の時において有した財産の価額」に算入されることには異論がない。また、生前贈与については、条件が付されているか否かにかかわらず、贈与契約の締結時を基準とすることで見解が一致している。その理由は、繰り返しになるが、生前贈与は、たとえその効力の発生が契約締結時より後らされているとしても、遺贈とは異なり、撤回が原則として自由ではない(550条参照)ため、実質上は、契約締結時に財産が逸出していると解すべきだからである⁴⁷⁾。

そして、これも繰り返しとなるが、死因贈与契約については、生前贈与と同じく、書面によってなされた場合には自由に撤回することができない(550条参照)ため、「行為時において、遺留分浸食行為がなされている(現実化するのとは将来であるが)とみるべきである」との指摘がなされている⁴⁸⁾。また、

47) 高木・前掲注9) 44頁。

上記のように、生前贈与については、「行為時を基準とすべき」であることは学説も一致しているのであるから、「死因贈与についてだけ、効力発生時を基準とし、遺贈と同一視することは筋が通らない」とも解されている⁴⁹⁾。そうだとすれば、少なくとも、死因贈与契約の基準時をその効力発生時と解釈すべきであるとまでは、一義的にはいえない。そして、現在の多数説および下級審裁判例は、死因贈与が「贈与」であると解することでは、ほぼ一致しているといえよう。

(3) 負担付死因贈与契約の撤回

次に、先の具体的事例において実質的に問題となるのは、負担付死因贈与契約が締結され、その負担の全部またはそれに類する程度の履行がなされた後の遺言によって、負担付贈与契約の撤回が認められるか否かである。仮にこれが認められるとすれば、平成18年の負担付死因贈与契約が、平成30年の遺言によって撤回されたと解される余地があり、相続開始前の10年間にされた贈与として、遺留分算定の基礎財産に算入される可能性が生じる（1044条1項・3項）。そして、現在の判例は、①負担付死因贈与については、一般論としては、遺言の撤回に関する1022条の準用を認めつつ、②贈与契約を締結した受贈者の利益ないし期待を保護する観点から、「負担の履行期が贈与者の生前と定められた負担付死因贈与契約に基づいて受贈者が約旨に従い負担の全部又はそれに類する程度の履行をした場合」には、原則的に撤回を許さないものとし、特段の事情がある場合に限って、その撤回を認めている。

以上の検討からすると、先の具体的事例における負担付死因贈与契約については、受贈者であるYが、「約旨に従い負担の全部又はそれに類する程度の履行をした場合」には、その「利益を犠牲にすることは相当でない」から、撤回は認められないこととなる。また、仮にYの負担の履行が上記の程度にまで至っていない場合においても、撤回が自由に認められるわけではない。すなわち、前掲最高裁昭和58年判決の趣旨からすれば、①死因贈与が一定の行為と「対価関係にあると見られること」、②贈与者は、受贈者の利益を「覆すような一切の処分をしないことを確約していること」、および、③死因贈与が裁判上

48) 高木・前掲注9) 45頁。

49) 高木・前掲注9) 45頁。

の和解の中で行われたことなどの事情に限定されず、受贈者の期待が特に強まるような事情が認められれば、負担付死因贈与の撤回は認められないと解される。

【付 記】

本稿をまとめるにあたり、日本学術振興会科学研究費補助金（課題番号 23K01173）の助成を受けていることを付記します。