

## 第2 死因贈与の活用法

### 1 死因贈与を使う具体例

- (1) 遺産を渡すに当たって、受遺者や相続人にその事実を予め知らせておきたい場合

死因贈与では、受贈者の承諾が成立要件となっているため、受贈者は必ず契約時点で、贈与の内容を知ることになる。

ケースにもよるが、事前に死後の財産処分行為を受遺者や相続人に知らせておくことは、相続開始後にトラブルを減らすことに役立つ。例えば、被相続人が相続人に何も知らせずに遺言を遺した場合、相続人としては、期待していた遺産を取得できなかったり、逆に望んでいない遺産を取得するといったことがあり得る。このようなことを避けるためには、被相続人としては、相続人と相談するなどして、事前に死後の財産処分を決めておくことが望ましい。

遺言の場合も、受遺者や相続人に対して、生前から遺言内容を公開したり、知らせたりすることは可能であるが、死因贈与の方が「承諾」が必要であるため、受贈者としてはっきりとした自覚を持ちやすいといえる。

このような場合に利用する死因贈与契約書としては、後記第3の1・2が考えられる。

- (2) 遺産を渡す条件を付けたい場合（生前に世話等をしてほしい場合）

死因贈与では、死後に財産を贈与するに当たって、条件や負担を定めることが可能である。

例えば、贈与者の生前中は、受贈者に同居をしてほしい、世話をしてほしい、などが考えられる。

遺言の場合にも、条件や負担を定めることができるが、贈与者の生前に負担等を履行してほしい場合には適していないことがある。すなわち、遺言の場合には、その内容を受遺者や相続人が知らない可能性があり、遺言の内容を知らされていない受遺者や相続人が生前の条件や負担を履行することは難しい。

死因贈与の場合には、受贈者が贈与や条件、負担の内容を知ることができ、その内容に承諾することが必要であるので、受贈者が負担内容を履行する可能性が高いといえる。

また、生前に受贈者が負担を履行しない場合には、死因贈与を撤回することも可能であるから、なおさら受贈者による履行が期待できるといえる。

このような場合に利用する死因贈与契約書としては、後記第3の4・5が考えられる。

### (3) 不動産である遺産について、生前に仮登記をしておきたい場合

死因贈与では、不動産について、死因贈与契約時に仮登記を設定することが可能である。仮登記を設定しておくことにより、贈与者の死後の本登記がスムーズになるとともに、贈与者としても、安易に撤回することを防止する効果がある。

仮登記を設定しても、死因贈与契約を撤回することは可能であるが、贈与者は仮登記の抹消を単独で行うことはできない。

このような場合に利用する死因贈与契約書としては、後記第3の3が考えられる。

### (4) 夫婦がお互いに遺産を渡したい場合（同性婚の場合も含む）

夫婦がお互いに自分の財産を配偶者に遺したい場合に、死因贈与契約を締結することが考えられる。

## 5 負担付死因贈与契約（相続人である子の配偶者に介護を依頼する）の場合

### 負担付死因贈与契約書

贈与者〇〇〇〇（以下「甲」という。）と受贈者〇〇〇〇（以下「乙」という。）とは、次のとおり死因贈与契約を締結した。

#### 第1条（贈与の合意）

甲は、乙に対し、甲の死亡を始期として、別紙記載の財産を贈与することを約し、乙はこれを受諾した。

#### 第2条（乙の負担）

乙は、前条の贈与を受けるために、本契約成立後、甲が死亡するまで、同人と同居し、介護することを承諾する。

#### 第3条（解除）

乙が前条の負担を履行しないときは、甲は本契約を解除することができる。

#### 第4条（死因贈与執行者）

1 甲は、以下の者を死因贈与執行者に指定する。

住 所 〇〇県〇〇市〇〇町〇丁目〇番地

氏 名 〇 〇 〇 〇

生年月日 昭和〇年〇月〇日

2 前項の死因贈与執行者に対する報酬は、金〇円とする。

#### 第5条（死因贈与執行者の権限等）

1 甲は、死因贈与執行者に本死因贈与の執行を依頼し、そのため必要な登記手続等一切の権限を付与する。

- 2 甲は、死因贈与執行者に、本死因贈与執行のため名義変更、解約及び換金等一切の処分を行う権限を付与する。また、甲名義の貸金庫・保護預り契約がある場合は、甲は死因贈与執行者に、これを開扉し、内容物を収受し、またこの貸金庫・保護預り契約を解除する権限を付与する。
- 3 甲の印鑑、株式・債券等の有価証券、不動産の権利証・登記識別情報、預貯金・信託の証書・通帳類を保管する者は本死因贈与執行のため、これらを死因贈与執行者に引き渡すものとする。
- 4 死因贈与執行者は、甲の財産につき必要に応じて適宜換金又は引き出しの上、①甲が生前負担していた一切の残存債務及び甲の葬儀費用、②本死因贈与執行に要する費用、③死因贈与執行報酬を支払うものとする。

以上のとおり、本契約が成立したので、本書を2通作成し、各自署名押印の上、各1通を保有する。

平成〇年〇月〇日

甲 〇〇県〇〇市〇〇町〇丁目〇番地  
〇 〇 〇 〇 印  
乙 〇〇県〇〇市〇〇町〇丁目〇番地  
〇 〇 〇 〇 印

別紙 〔省略〕

### 【ポイント】

相続人である子の配偶者に介護を依頼する場合を想定した死因贈与契約書の例である。

介護を、相続人である子だけではなく、その配偶者が担うことも多いと思われる。

### <解説>

遺言執行者に関する規定が死因贈与に準用される結果、死因贈与執行者は遺言執行者と同様、死因贈与の執行に必要な一切の行為をする権利義務を有することになる。

遺言執行者は、特定の不動産を特定の相続人に相続させる旨の遺言がされた場合、相続人への真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求めることができると解されているところ（最判平11・12・16民集53・9・1989）、死因贈与の執行者も、同最高裁判決の結論を準用して、執行行為の妨害排除として、真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を請求することができることを明らかにしたものである。

なお、この判例は、死因贈与の書面中で執行者と指定された者を、遺言執行者の規定が準用される執行者と認めたという点で、公刊された判例としてはおそらく初めてのものとされている（川淳一・判例評論592号15頁（判時1999号177頁）（2008））。

## 2 死因贈与と遺産分割との関係

### (1) 概説

死因贈与の効力が生ずると、死因贈与の目的物は、贈与者＝被相続人の相続財産、すなわち遺産分割の対象財産から除外されることとなる。

死因贈与の受贈者が贈与者の相続人である場合、当該死因贈与の目的物は、遺産分割の対象とはならない。したがって、一人の相続人に対して、全ての財産についての包括的死因贈与がなされた場合、もはや遺産分割の余地は存しない。

他方、死因贈与の目的物以外に、贈与者＝被相続人に財産が残存する場合には、相続人により遺産分割が行われることとなる。

## (2) 特別受益該当性

相続人に対して死因贈与がなされた場合、原則として、特別受益（民903）に該当する。

したがって、死因贈与の目的物以外に遺産が残存しており、遺産分割が行われる場合、死因贈与の目的物については、みなし相続財産として加算する必要が存する。

相続人以外の者に対して死因贈与がなされた場合には、相続人以外の者に対して遺贈ないし生前贈与がなされた場合と同様、特別受益の問題は生じない。

## (3) 死因贈与の無効・失効後の対象財産の帰趨

死因贈与が事後に無効とされ、あるいは取り消されて効力を失った場合、当該死因贈与の目的物については、相続人に帰属することとなる（民995の準用）。

この場合に、もし他に遺言等がなく、当該財産の取得者が定まらない場合は、相続人の遺産分割協議により取得者を定めることとなる。

## (4) 相続放棄との関係

相続人が被相続人から死因贈与を受けた場合に、被相続人の死亡後に相続人が相続を放棄すると、死因贈与の効力に影響が生ずるかという問題がある。

ア 具体例1：贈与者兼被相続人が多額の債務を抱えていて、贈与者の相続人が配偶者と子一人であるというケースで、被相続人の生前に配偶者との間で特定の積極財産（例えば自宅の土地建物）についてのみ死因贈与する旨の契約を締結した場合に、被相続人の死亡後に、配偶者と子が共に相続の放棄（民938以下）をする一方で、死因贈与を受けた配偶者（相続人兼死因贈与受贈者）が死因贈与により相続債務を

た受贈者と相続開始後に相続財産であった同土地につき差押えをした相続債権者との法律関係について、限定承認がされた場合であって、しかも限定承認者と受贈者が同一人で、その限定承認者により相続開始後に仮登記が本登記にされたという特殊な事案に関するものである。判決が述べる限定承認者兼受贈者と相続債権者との公平の理が、相続放棄者兼受贈者と相続債権者との関係でも同様に及ぶと考えるならば、上記具体例1のケースの場合、死因贈与によって特定の積極財産を贈与してもらう一方で、相続放棄により都合良く借金だけを免れるということは、信義則上許されないという結論となることもあり得ると思われる。

#### (5) 遺留分との関係

死因贈与について、遺留分との関係で、その算定の基礎財産(民1029)に死因贈与を遺贈として扱うことについては、異論はないとされている(田中ほか・前掲449頁)。

死因贈与が遺贈と贈与のいずれに準じた順位で減殺されるかについては(民1033)、学説上、争いが存し、死因贈与を遺贈と同順位で減殺すべきとする説(遺贈説(広中俊雄「贈与」谷口知平=加藤一郎編『民法演習Ⅳ』68頁(有斐閣、1959)、和田宇一『遺言法』436頁(精興社、1938)、東北大学民法研究会編『註解相続法』461頁〔島津一郎〕(法文社、1952)、我妻栄=立石芳枝『親族法・相続法』635頁(日本評論新社、1952)、柚木馨『判例相続法論』427頁(有斐閣、1953)))と、死因贈与を贈与の範疇に属するものと理解して、先に遺贈を減殺した後に死因贈与を減殺すべきとする説(贈与説(柳川勝二『日本相続法注釈(下)』633頁(巖松堂書店、1918)、高木多喜男「遺留分」小野清一郎ほか編『総合判例研究叢書[第2]第23』45頁(有斐閣、1964)、鈴木祿弘『相続法講義』148頁(有斐閣、1968)、加藤永一「遺留分」民法総合判例研究刊行会編『叢書民法総合判例研究(58)』142頁(一粒社、改訂版、1985)、中川善之助=加藤永一編『新版注釈民法(28)』462頁〔宮井忠夫・千藤洋三〕(有斐閣、2002)、中川

善之助＝泉久雄『相続法』621頁（有斐閣、第3版、1988）、中川淳『相続法逐条解説（下）』442頁（日本加除出版、1995）、松原正明『全訂 判例先例相続法V』422頁（日本加除出版、2012））が対立している。

遺贈説は、その根拠として、民法554条が「遺贈ニ関スル規定ニ従フ」（現代語化前のもの）と規定していることを挙げるほか、民法1033条が贈与よりも遺贈を先に減殺すべきとしたのは、遺贈が行為者の死亡によって初めて効力を生ずる行為（死因行為ないし死後行為）であるという点で生前贈与と区別されるべきだと考えられたからであり、同じく処分者の死亡によって効力を生ずる死因贈与も遺贈と同様に取り扱わなければ、こうした規定の決定的な根拠を見失うと説いている。

他方、贈与説は、その根拠として、旧民法が死因贈与規定を財産取得編第14章贈与及ヒ遺贈第4節遺贈の箇所に置いていたのに比して、明治民法が債権編第2章契約第2節贈与の箇所に置いていること、死因贈与は契約によって成立し、既に契約上の拘束性が生じており、自由に撤回できないこと、死因贈与については贈与者による所有権移転の仮登記が認められることを挙げ、遺贈とは異なる取扱いが必要と説いている。とくに撤回可能性に関連して、贈与説の立場からは、遺贈が先に減殺されるのは、遺贈がいつでも撤回でき、従って効力発生時（遺言者死亡時）に初めて確定的に遺留分侵害行為となるからであるが、死因贈与は、生前贈与と同じく原則として自由に撤回できないので、死因贈与の場合、契約時に遺留分侵害行為があった（それが現実化するものが将来であるにすぎない）とみるべきであると説かれる。

遺贈説が古くからの通説であるのに対し、贈与説は徐々に有力となってきた見解で、現時点ではむしろ多数説となっている。なお、贈与説に立つと、死因贈与のほかに生前贈与がある場合の減殺の順位が問題となる。

遺留分減殺の順序についての判例は、①遺贈、②死因贈与、③生前贈与の順で行うとしたものが存する（後記東京高判平12・3・8判時1753・57）。



## ○東京高裁平成12年3月8日判決（判時1753・57）

## ＜事案の概要＞

被相続人Aが死亡し、長男B、長女Y、二女X<sub>1</sub>、三女X<sub>2</sub>、孫Dら（Aの養子である亡C（Yの夫）の代襲相続人）が相続した。Aの相続財産は、甲物件（土地と建物。時価約6700万円）、乙物件（借地権と建物。時価約2400万円）、預貯金（約900万円）だった（合計約1億円）。Aは、死亡の約4年前である平成3年5月19日、Yとの間で、乙物件をYに死因贈与する契約を締結し、そのころ、Yのための所有権移転仮登記を経た。また、Aは、同月28日付けで遺言をした。その内容は、Bに甲物件を相続させる、X<sub>1</sub>・X<sub>2</sub>には預貯金を等分で相続させる、などであった。Aの死亡後、X<sub>1</sub>・X<sub>2</sub>がBとYに対し、遺留分減殺請求をし、提訴した。

一審の横浜地方裁判所は、遺留分減殺の順序について、Bに対する遺贈とYに対する死因贈与とを同順位として減殺すべきとして、X<sub>1</sub>・X<sub>2</sub>それぞれに対し、B及びYに相当分の減殺を命じた。Bは控訴せずYのみが控訴した。

## ＜判 旨＞

減殺の順序について、一審判決のように解する余地もないわけではないが、他方、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条の趣旨に鑑み、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。そして、特定の遺産を特定の相続人に相続させる遺言（以下「相続させる遺言」という。）による相続は、右の関係では遺贈と同様に解するのが相当であるから、本件においては、まずBに対する相続させる遺言による相続が減殺の対象となるべきものであり、それによってXらの遺留分が回復されない場合に初めて、Yに対する死因贈与が減殺の対象になる、と判示し、結論として、相続させる遺言により遺留分全額が回復することができるとして、原判決を取り消し、Yに対する請求を棄却した。

### <解説>

この問題に関する公刊された先例は見当たらず、本判決が最初のものようである。ただし、前記1(1)の東京家裁昭和47年7月28日審判が、傍論ではあるが、「民法1033条が「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——である点において生前贈与と区別されるべき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」と説示し、遺贈説に立つことを示していた。

本判決の一審判決は、遺贈説に立つものであったが、本判決は、贈与説に立った上で、死因贈与を「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」と判示した。先例のない問題についての高裁段階での判例であり、重要な意義を有するものである。

## 3 死因贈与と預金の譲渡禁止特約との関係

預金債権については、譲渡禁止特約が付せられているのが一般的であり、譲渡が制限されている。

預金債権を目的物として死因贈与がなされた場合において、贈与者の死亡後、受贈者が銀行に対し、自己への払戻しを請求したときに、銀行は譲渡禁止特約の効力を主張して、支払を拒否することができるかどうかの問題になる。

この問題に関して、銀行は、信義則上、譲渡禁止特約を主張できないとした判例が存する。

○東京高裁平成9年10月30日判決（金法1535・68）

### <事案の概要>

AはX（Xの妻の母とAが親戚関係にあった。）に対し、全財産を死因贈与する契約を締結した。AはY銀行に3口の預金債権（本件預金債権）