

ドイツにおける死因贈与（約束）について

岡 林 伸 幸

1. はじめに

(1) 問題の所在

私は我が国の死因贈与の撤回について、その理念型は「停止条件付き」死因贈与であることを提唱し、原則として任意の撤回を認めるべきであるが、他方で契約自由の原則から「不確定期限付き死因贈与契約」を締結することも可能であり、この場合には原則として撤回することができないことになる、という見解を表明した¹。その際の視点は、法律要件と法律効果の相関関係であり、そこから死因贈与契約の拘束力の強さを割り出し、受贈者の期待権が法的保護に値するか否かを検討した結果であった。

この私見を補強するために、ドイツにおいて我が国の死因贈与と同様の機能を果たしている相続契約に関してその要件・効果を検討した²。その結果、我が国の死因贈与契約と比べて、ドイツの相続契約は、その法律要件はかなり厳格なものではあるが、撤回、取消、解除が比較的広範に認められ、その拘束力はそれほど強いものではなかった。さらに相続契約は、その後に被相続人によってなされた死因処分については原則として優先するが、生前処分に関してはその拘束力が及ばないことも判明した。このことから、ドイツの相続契約以上の拘束力を我が国の死因贈与契約に与えることは、何か特別な根拠が無ければ正当化されないのであろうとの確信を抱くことができ、私見の補強となった。そこでそれに続いて、ドイツの死因贈与（約束）についても同じ手法を用いて検討することにした。

(2) 本稿の目的

本稿においてはドイツの死因贈与（約束）について、その法律要件と法律効果の相関関係を探り、私見を補強しようとするものである。相続契約においてさえ、原則として撤回できるとすべきものであるから、それより拘束力の劣る死因贈与（約束）においては、なお一層撤回の自由が認められることになるのは容易に推測できるところではあるが、それを実際に検討しようとするのが本稿の目的である。さらに、ドイツにおいては、第三者のためにする契約を利用して、死因贈与（約束）と同様の結果を達成しようとする事例がある。第三者のためにする契約は生前行為であり、その拘束力は死後行為である死因贈与よりも強いものとなる。そこで、死因贈与と第三者のためにする契約の区別が問題点として議論されている。両者を区別する手法は興味深いものがあるので、併せて検討することにする。

1 岡林伸幸「死因贈与の撤回」千葉30巻1・2号（2015年）159頁（以下、岡林①として引用する）。

2 岡林伸幸「ドイツにおける相続契約について（1）」千葉31巻2号（2016年）23頁（以下、岡林②として引用する）。同「ドイツにおける相続契約の失効について（1）」末川民事法研究2号（2018年）13頁以下、同「同（2・完）」同3号（同年）1頁以下。

2. ドイツの死因贈与（約束）

（1）総説

死因贈与は、贈与者（被相続人）の死亡によって初めてその効力を生じるが、法律要件は生前に作り出されている。そこで生前行為と死因処分の中に位置しているということが出来る。生前贈与と死因処分は、その出捐を通じて他者に無償で財産を取得させるという点において一致する³。それに対して生前行為と死因処分の差異は、被相続人に対する拘束力の点において現れる。即ち、被相続人は死因処分をしたとしても、原則としてその処分を撤回することができ、彼が死亡した後に初めて受益者は権利を取得するのである。それに対して、生前行為はその義務付け又は処分の効力を被相続人の生存中に発生させるので、被相続人はそれに拘束され、既に発生している請求権の履行が彼の死後に延期されているにすぎないのである⁴。

死因処分と生前行為の差異をもう少し具体的に紹介すると、まず遺産債権者及び遺留分権利者の権利状態に影響を与える。つまり、遺産債権者は原則として相続開始時点における被相続人の遺産についてしか権利を行使することができない。それ故、被相続人が生前行為を実行することによって失われた遺産の減少を甘受しなければならない⁵。ただし、契約相続人及び受遺者は、被相続人の生前行為から一定程度保護されている（独民2287条、2288条）⁶。遺留分権利者も、被相続人の生前行為により、その請求範囲を削減されることがある。遺留分請求権の範囲は、相続開始時点における遺産の価値に従って計算される（独民2311条）。それ故、被相続人が生前行為により遺産の対象となる個別的な財産を処分した場合には、結果として遺留分額が減少することになる⁷。このように、受益者は被相続人の死因処分に対して備えることはできるが、生前行為の受益者に対して自己の権利を主張できなくなることが多い。

他方で、死因処分には厳格な方式規定が制定されていることが多く（独民2231条以下、2247条、2276条）、さらに相続上の拘束力に関する規定があり（独民2271条第2項第1文、2289条第1項第2文）、これらは強行法規である。これらの規定を回避するために生前行為が濫用される危険性が存在する（脱法行為）⁸。そこでドイツ民法は、生前に成立した贈与契約の一部を特定の法律要件の元で死因処分に関する規定に服させることによりその効力を制限した（独民2301条）⁹。つまり、停止条件付き贈与の場合に死因処分に関する規定を適用するとし（同条第1項）、贈与者が生存中にその死因贈与を履行した場合には、生前贈与の規定を適用する（同条第2項）ことにしたのである。

ドイツにおいても締結された贈与契約が、停止条件付き贈与か、あるいは不確定期限付き贈与かが問題とされるが、独民2301条は前者を前提としている。被相続人が行った処分が生

3 Münchener: Bd. 9.6. Aufl., 2013. § 2301. Rn1. (Musielak). (以下、MKとして引用する)。

4 Lange, Knut Werner: Erbrecht, 2011. Rn. 178.

5 Lange, a.a. O., Rn. 180.

6 詳しくは、岡林②59頁以下参照。

7 Lange, a.a. O., Rn. 180. ただし、遺留分補充請求権により例外的に相続財産を取り戻すことができることがある（独民2325条、2329条）。

8 Bamberger/Roth: BGB. Bd. 3. 4. Aufl., 2017. § 2301. Rn. 1. (Litzenburger). (以下、B/Rとして引用する)。

9 B/R, a.a. O., Rn. 2., MK, a.a. O., Rn2.

前行為であるか又は死因処分であるかは解釈の問題である。疑わしい場合には、遺言の有効解釈の原則を定めた独民2084条を類推して、表示が有効でありかつ望ましい結果が得られる解釈の可能性を優先させることになる。それ故、疑わしい場合には死因処分と推定するというような、死因処分に有利な準則は存在しない¹⁰。他方で、死因処分による受益者の正当な利益が初めから否定されることがあってはならないから、独民2301条第1項は拡張的に解釈することはできず、他方で同条第2項は制限的に解釈することができない¹¹。

(2) 概念

贈与約束は、独民518条第1項第1文の概念規定に従うと、贈与契約を締結するための各自の一方的な拘束力のある申込である。通説は、独民2301条第1項の贈与約束の概念は、独民518条のような贈与契約の締結に向けての申込を示すだけでなく、約束受領者によるこの申込に対する承諾も含めて、契約上の約定の意味と理解している。したがって両者は別物であり、死因贈与約束を解釈する際に、独民518条を援用することはできなくなる。これに対して、独民2301条第1項の贈与約束の元でも、独民518条第1項と同様に、贈与契約の締結へと向けられた贈与者の一方的な受領を必要とする申込と解すべきであるとの見解も有力である¹²。この見解に立てば、死因贈与契約の申込が承諾されなかった場合には、無効行為の転換により(独民140条)、それが遺言の方式を充たしていれば、終意処分として扱うことができる。死後の贈与代理権が授与された場合には、独民2301条は適用されず、類推適用されることもないと解されている¹³。

無償性(独民1922条)及び生存条件(独民1923条)が死因処分の指標である。独民2301条第1項は、終意処分の方式及び内容に関する規定を回避するために死因贈与を悪用されないようにするために(脱法行為の禁止)、受贈者が贈与者よりも長く生きるという条件の付いた贈与約束(独民518条)に死因処分の規定を準用している¹⁴。

(3) 適用される規定の範囲

独民2301条第1項は、死因贈与約束に死因処分の規定を適用することを指示しているが、その適用の範囲について同条は規定しておらず、学説上争いがある。即ち、同条は相続契約に関する規定だけを考えているのか、又は遺言に関する規定も含めて考えているのか、という問題である。つまり、遺言法が原則として死因贈与約束に適用されるかどうかということである。通説は、今日において要式性の要求はかなり低下していることから、相続契約に関する規定だけでなく、遺言に関する規定も適用されるとする。したがって、死因贈与約束は、相続契約又は遺言の要式性を備えていれば有効とされるので¹⁵、贈与者本人又は被相続人本人が臨席して公証人による証明をしなかったとしても、これが自筆証書遺言の方式を備えていれば(独民2247条)、有効となる¹⁶。それ故、必ずしも公正証書による必要はない。そして

10 Lange, a.a. O., Rn. 182.

11 B/R, a.a. O. Rn. 1.

12 B/R, a.a. O., Rn. 3., MK, a.a. O., Rn. 5.

13 B/R, a.a. O., Rn. 3.

14 Lange, a.a. O., Rn. 183.

15 Lange, a.a. O., Rn. 183.

16 B/R, a.a. O., Rn. 7.

贈与は契約に適った法的構造を有しているので、まず相続契約における契約上の処分に関する規定の適用が検討され、その後で遺言の規定の適用が検討される。その際、契約両当事者が夫婦及びそれに準ずる関係である場合には、まず共同遺言に関する規定の適用が検討され、そうでない場合には単独遺言に関する規定の適用が考慮される¹⁷。

(4) 要件・効果

(a) 原則

前述のように、通説は独民2301条第1項の意味における贈与約束の概念は、単に贈与契約の締結に向けての申込を指すだけでなく（独民518条第1項）、承諾も含めた契約上の約定の意味において理解されなければならない、としている。したがって、死因贈与契約には独民518条第1項は適用されないことになる。しかしながら通説も、承諾されなかった死因贈与契約の申込みを、それが法定の方式を満たしている場合には、遺贈として有効とすることはできる（無効行為の転換：独民140条）、と解している。

贈与約束が直ちに完全に履行された場合には、独民518条第2項が規定する現実贈与となり、死因処分に関する規定は適用されないことになるから、独民2301条は適用されない¹⁸。同条は、あくまで贈与契約が締結されたが、今なお実行されていない場合のみ適用されることになる¹⁹。混合贈与の場合には、無償部分が有償部分を圧倒していなければ、贈与の規定は適用されない。一方当事者が共通の銀行口座を開設した場合、独民430条（連帯債権者の求償義務）に従った内部の求償義務が所有者の死亡後も存続するので、贈与とはならない²⁰。また、他人名義の口座を開設しただけでは、開設者の名義人に対する贈与とはならない²¹。

(b) 生存条件

死因贈与約束が有効であるためには、受贈者が贈与者よりも長生きするという停止条件が設定されなければならない。これを生存条件という。これが欠けている場合には、生前贈与に関する規定が適用される。解除条件の場合、贈与の法律効果が既に発生してしまっているので、死因処分の規定は適用されないことになる²²。

その条件は明示される必要はないが、被相続人又は贈与者のその他の表示及び個別的な事件の諸事情から推断できるものでなければならない。判例は、疑わしい場合には有効解釈の原則（独民2084条）が類推され、被相続人又は贈与者の意思が効力を有するような解釈を選択すべきであるとする。これに対して通説は、判例の見解に立つと重大な法的不安定性を招くとして反対する²³。

(c) 無償性

贈与者の財産から対価のない出捐が約束されていなければならない（無償性）。無償性の

17 Lange, a.a. O., Rn. 183.

18 MK, a.a. O., Rn. 8.

19 B/R, a.a. O., Rn. 3.

20 連帯債権者の求償義務について、椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』（日本評論社・1988年）409頁〔寺田正春〕以下参照。

21 B/R, a.a. O., Rn. 3.

22 B/R, a.a. O., Rn. 5.

23 MK, a.a. O., Rn. 9., B/R, a.a. O., Rn. 4.

概念は、贈与一般の無償性の概念と同義である。贈与者が死因贈与と理解して贈与契約の申込をなし、受贈者がその申込みを受領して契約を締結したことが必要である。無因の債務約束及び債務承認は贈与とみなされる²⁴。

債権者の死亡によって発生すべき債務免除が、抵当権によって担保された債権の解約を放棄するための補償として約定された場合は、無償性を欠く。それに対して、長年にわたる人生の伴侶に対する出捐の約束は、贈与約束と評価されるべきであるのが通常であり、労務に対する反対給付の約定と評価されてはならない²⁵。

(d) 法律効果

方式上有効な死因贈与約束は死因処分と等しく扱われる。その拘束力はどの方式が採用されたかによって決定される。したがって、相続契約の方式に従って締結された死因贈与契約だけが被相続人又は贈与者を拘束することができる。即ちそれ以後の死因処分の効力を妨げることができる。他方で、遺言の方式に従った場合は、遺言の効力に従うことになるので、何時でも撤回できることになる。

死因贈与約束の拘束力を免れるためには、相続契約に関する取消し（遡及効のない取消）、解除による必要があり、生前贈与に関する規定（独民516条以下）は適用されない。したがって、忘恩行為に基づく贈与の撤回（独民530条）は認められないが、動機の錯誤に基づく取消（独民2281条第1項）が認められることになる²⁶。

方式上有効な死因贈与約束が遺贈又は相続人指定として取り扱われるべきであるかどうかは、独民2087条に従った解釈の問題である。同条第1項は被相続人が包括的な出捐をした場合には、受益者はたとえ明示されていなかったとしても、相続人に指定されたものとみなすと規定し、同条第2項は被相続人が個別的な出捐をした場合には、たとえ相続人指定が明示されていたとしても、相続人とは認められないと規定している²⁷。死因贈与約束は個別的な財産が出捐の対象となるのが通常であるので、この場合には同条第2項が適用され、遺贈として扱われることになろう。その結果、出捐されるべき対象財産は遺産に属することになる。受贈者は遺産債権者として拘束力を有するが、相続人の遺留分を算定する際に遺産として顧慮されることになる²⁸。

生存条件は法定条件であり、民法総則における条件（独民158条以下）とは意味が異なる。受贈者が先に死亡した場合は条件が成就しないから、出捐受領者は、贈与者又は被相続人の死亡の前には、法的保護に値する期待権すら有しないことになる²⁹。その対象が土地に関するものである場合、結局、将来の所有権取得請求権を確保するために、土地登記簿に仮登記を記載することもできない³⁰。

24 Lange, a.a. O., Rn. 185.

25 MK, a.a. O., Rn. 7.

26 MK, a.a. O., Rn. 14.

27 神戸大学外国法研究会編『獨逸民法〔V〕相続法 復刻版』（有斐閣・1988年）181頁〔近藤英吉〕。

28 Lange, a.a. O., Rn. 184.

29 B/R, a.a. O., Rn. 8., MK, a.a. O., Rn. 10., Lange, a.a. O., Rn. 184.

30 B/R, a.a. O., Rn. 8.

(5) 例外

(a) 死亡について期限を附けられた贈与

贈与者の死亡について停止期限が附いている場合、つまり贈与の対象財産が受贈者の相続人にも帰属することになっている場合には、独民2301条は適用されない。むしろその場合、生前贈与に関する規定が適用されることになる。したがって、その贈与約束が、独民518条第1項に従った公正証書により行われていなかったとしても、同条第2項に従って、約束された給付の実現を通じてこの方式違反は治癒される。約束者が死亡した後でも、彼の相続人等が履行した場合には、この治癒は認められることがある。被相続人が死後代理権を授与していた場合、その代理人は相続人を代理することとなり、履行行為をすれば方式の瑕疵を治癒することになる。代理人が約束受領者であっても第三者であっても差し支えない。ただし、給付実現による方式違反の治癒は、給付の時点でその贈与約束に関する合意が存在していることが前提である。それ故、方式無効の贈与約束はその内容を実現するための拘束力を有していないので、約束者及び彼の相続人は、その給付内容を実行する前に、適時に撤回することによって、履行行為を通じた事後的な治癒を排除することができる³¹。

他方で死亡期限付き贈与が契約が公正証書により締結された場合、被相続人又は贈与者は自己の生存中に贈与目的物を自由に処分することはできない。なぜなら、彼がもし勝手に処分したならば、彼の相続人が受益者により独民280条、160条に従った請求権の行使を受けるからである。受益者又は受贈者が被相続人又は贈与者よりも前に逝去したならば、給付請求権は彼の相続人に移転する³²。

当該贈与が停止条件付きか不確定期限付きか、を判定することは非常に困難なことがある。それは解釈の問題であり、利害関係人の現実の意思を確定することから決定しなければならない(独民133条、157条)。判例は、独民2301条第1項第1文の文言及び社会通念から、当該贈与約束に生存条件が含まれていることによって、死因贈与約束の指標としている。したがって、それがなければ贈与約束の履行が贈与者の死亡後に行われるという期限を附けた贈与を約定したのものとして、生前贈与と同じ扱いにすべきであることになる。生存条件は明示的に表明される必要はなく、黙示で足りる。例えば、約束受領者本人しか給付を受け取ることができないという合意があれば、生存条件が意図されていることは明らかである。さらに贈与者が贈与約束をする動機が、約束受領者の人となりに依拠していることが明らかであれば、贈与者は約束受領者以外に給付をする意図がないことが推認される³³。

疑わしい場合には、死因処分との近似性から停止条件付き贈与と解すべきであるとの見解もあるが³⁴、判例は有効解釈の原則(独民2084条)を優先させるべきであるとしている。通説は、有効解釈の原則と独民2301条の規範目的とを一致させることは難しいとして反対する³⁵。

(b) 生存中に実行された死因贈与

生存条件付きの死因贈与約束は、贈与者が死亡するまで効力が生じないのであるから、生

31 Leipold, JZ 1987, 362, 363.

32 Lange, a.a. O., Rn. 188.

33 Leipold, JZ 1987, 362, 363.

34 Leipold, JZ 1987, 362, 364.

35 Lange, a.a. O., Rn. 189.

前に実行されることはないはずである。しかしながら、死因贈与約束が贈与者の死亡する前に受贈者に実行された場合、独民2301条第2項に従って生前贈与の規定を適用することになる。したがって、方式違反の死因贈与（例えば公正証書によらない死因贈与）も実行することで治癒することになる（独民518条第2項）。ただし、独民518条と異なり、贈与が実行されたといえるためには、贈与者（約束者）が自分自身で財産減少（財産犠牲）を既に来している必要がある³⁶。つまり、贈与者の生存中に贈与の実行が行われなければならない。したがって、贈与者（約束者・被相続人）自身が生存中に履行せず、彼の相続人又は死後代理人が財産的犠牲を払った場合には、独民2301条第2項は適用されない。他方で、被相続人（贈与者）が自分の死後の銀行口座に関する処分について代理権を授与したことは、贈与者の現在の財産犠牲が認められないから、贈与の実行とは認められない³⁷。相続の時点で給付結果が既に発生していれば問題は無いが、その時点で給付結果がなお生じていなかったとしても、必要な給付行為を実行していたならば、同条第2項は適用される³⁸。

（6）死後代理を手段として贈与者の死後の贈与の実行

被相続人は、自分の死後に自分が意図した贈与を、その対象を譲渡することにより実行することを、代理人に委託することができる。それによって結果として有効な贈与が成立するかどうかは、贈与約束が生前に（たとえ方式上無効であったとしても）存在したか、停止条件付きの死因贈与が存在しているか、によって決定される。前者の場合、生前の贈与約束は、たとえ方式上無効であったとしても、独民518条第2項に従って治癒される。後者の場合、独民2301条第2項は、被相続人自身が生存中にそれを実行することを要求しているので、瑕疵があった場合に治癒されない。生前贈与か死因贈与か、疑わしい場合には、判例はここでも生存条件付きの死因贈与と想定することを拒否し、被相続人の意思が成就するように解釈すべきであるとして、有効解釈の原則（独民2084条）を類推適用する³⁹。

代理権は、代理権授与者の死亡と共に消滅しないのが通常である（独民672条第1文→独民168条第1文）。通説に依れば、代理権授与者の死亡後の時点に対しても、代理権を直接授与することができる（死後代理権）。被相続人によって授与された代理権は、引き続き彼の相続人の代理権として継続するが、そのために代理人は自己の行為につき予め相続人に同意を得る必要はない⁴⁰。

相続人は、被相続人によって授与された代理権を撤回することができる（独民168条第2文）。それ故、これを適時に行行使することにより、相続人は代理人を通じた生前贈与約束の実行を阻止することができる。しかしながら、彼が代理権を撤回するためには、代理人に代理権が授与されていることを知らなければならない⁴¹。相続人が代理権者に遺産の対象物の所在について質問したとしても、彼が代理権について何も知らなかった場合、彼には表示意識が欠けるので、代理権を撤回したことにはならない⁴²。

36 Lange, a.a. O., Rn. 190.

37 Leipold: Erbrecht. 20., Aufl., 2014. Rn. 571.

38 B/R, a.a. O., Rn. 11., MK, a.a. O., Rn. 18.

39 Leipold: Erbrecht, Rn. 572.

40 Leipold: Erbrecht. Rn. 573.

41 Leipold: Erbrecht. Rn. 574.

42 BGH NJW 1995, 953.

(7) 使者又は代理人を媒介とした生前贈与

被相続人が、贈与された目的物を受領者に引き渡すことを使者に委託したが、使者が引き渡す前に死亡した場合であっても、彼の贈与の表示は、独民130条第2項に従って、彼の使者がそれを引き渡した時点で有効となり、そして受領者が承諾の表示をなし（独民153条）又は承諾の態度を採れば（独民151条）、それで贈与がなされたことになる。ただし、相続人がその意思表示をその到達前に又は同時に撤回した場合はこの限りではない（独民130条第1項第2文）。この場合、死因処分は問題とならないので、独民2301条は適用されない。被相続人が代理人に、自分の死去とは無関係に、贈与の実行を委託し、代理人がその委託を贈与者の死亡後に実行した場合も同様である⁴³。

それに対して、使者又は代理人が被相続人の意思に従って、彼の死後に贈与を実行すべきである場合には、独民2301条第1項を適用すべきである。それ故、この場合、被相続人の死亡後に実行された贈与は、方式の瑕疵を治癒することはできない⁴⁴。

3. 第三者のためにする死因契約

(1) 総説

契約により、当事者以外の第三者に権利を取得させることができる。これを第三者のためにする契約という。第三者のためにする契約は生前行為であるが、死亡時の無償の出捐をその内容にすることによって、死因贈与と同じ結果を導くことが可能である。つまり債権者（約束受領者：要約者）と債務者（約束者：諾約者）が債務法上の義務付けをする契約を締結し、第三者（恵与者：受益者）は債務者に対して給付請求権を保持することができる。

死因贈与に関しては相続契約（場合によっては遺言）の規定が準用されるが、第三者のためにする契約の場合には、債務法上の規定が適用される。そのため、特に要式性に関する規定を回避するために、脱法行為として利用される可能性が出てくる。

(2) 具体例

第三者のためにする死因契約の典型例は、生命保険契約と預金契約である。前者は、被保険者（約束受領者）が生存中に特定の保険料の支払いを義務付ける内容の保険契約を保険会社（約束者）と締結し、被保険者が死亡した場合、彼が指定した金額を第三者に支払わなければならない、という内容の契約である。この場合、第三者は保険金請求権を直接取得する（独民330条）⁴⁵。企業の老齢年金や災害保険の寡婦扶助も同様である。被相続人が銀行との間で、自分の預金請求権を死後に第三者に入手させるという約定を貯蓄契約（寄託契約）に附随して為した場合も第三者のためにする死因契約となる⁴⁶。同じことは、出捐者が預金通帳を受益者の名義で作成することによって実現することができる。つまり、彼が預金通帳を占有することによって、彼の生存中は受益者の請求権を行使させないことが通常は可能であ

43 Leipold: Erbrecht. Rn. 575.

44 Leipold: Erbrecht. Rn. 576.

45 Leipold: Erbrecht. Rn. 577.

46 Lange, a.a. O., Rn. 206.

る⁴⁷。

第三者のためにする死因契約の場合も解釈問題が生じる。恵与者が約束受領者よりも前に死亡した場合、恵与者に代わる者がいない限りで、給付請求権は約束受領者に帰属し、疑わしい場合には、約束受領者の遺産に入る。解釈問題は専ら独民133条、157条に則って判定され、終意処分に関する相続法上の解釈規定は適用されないし、類推適用もされない⁴⁸。

（3）利害関係人間の法律関係

第三者の法的地位の差異に基づいて、真正な第三者のためにする契約と不真正な第三者のためにする契約を区別しなければならない。前者の場合、単に第三者に給付することを義務内容とするだけでなく、当該第三者が給付請求権を直接取得することをその特質とするから⁴⁹、第三者は、約束受領者の死去と共に債務者に対する固有の請求権を本人が取得する。つまり、真正第三者のためにする契約の場合、第三者は、約束受領者の死去と共に債務者に対する固有の請求権を原始的に取得する（独民328条第1項）。そしてこの請求権は直接第三者本人に発生し、債権譲渡の場合のような経由的取得ではないので、即時に帰属することになる⁵⁰。

それに対して、後者の場合、約束者は約束受領者に対して第三者に給付すべき義務を負うにすぎず、第三者は権利を取得しないことになるから⁵¹、債権者しか給付請求権を有せず、第三者には固有の債権が帰属しない。即ち、債権者は債務者に対して第三者への給付を請求することができ、債務者は第三者に給付することにより債務を履行したことになる。この場合、第三者は債務者の給付を受領する権限を有するに過ぎない⁵²。

両者の区別は契約の解釈によるが、生命保険契約や終身年金契約のような扶助的性格を伴う契約の場合には、前者とすべきである（独民330条）。他方で、個々の事件における特殊事情も考慮に入れなければならない。判例は、「自分の死後特定の人に預金残高を支払う」という銀行顧客の銀行に対する指示は、常に真正な第三者のためにする契約というわけではないとする。直接第三者本人に債権が帰属するという法律効果は、独民328条第1項からだけでなく、約束者の契約意思からも導かれなければならないからである⁵³。

（4）相続法上の規定の適用

（a）総説

死亡時の贈与は真正第三者のためにする契約としても可能であることから、第三者のためにする死因契約に相続法上の規定の適用があるか、が問題とされている。前述のように、約束者と約束受領者の間の約定の方式に関して、厳格な要式性が要求されていないことから⁵⁴、脱法行為を防ぐ必要があるからである。

47 Leipold: Erbrecht, Rn. 577.

48 Lange, a.a. O., Rn. 207.

49 椿寿夫・右近健男編前掲231頁〔床谷文雄〕。

50 Lange, a.a. O., Rn. 208.

51 椿寿夫・右近健男編前掲231頁〔床谷文雄〕。

52 Lange, a.a. O., Rn. 208.

53 Lange, a.a. O., Rn. 209.

54 Lange, a.a. O., Rn. 209.

立法者は、第三者のためにする死因契約には相続法の規定は一切適用されないと考えており、判例も、第三者のためにする契約の領域内における出捐を生前行為とみなしており、立法者の意図に理解を示している⁵⁵。それ故、生命保険契約や預金契約は純粋な生前行為であり、独民2301条は適用されないことになる⁵⁶。

(b) 補償関係

第三者への給付を約束した当事者（約束者）と、その約束を受けた相手方当事者（約束受領者）の間に存する契約関係を補償関係という。約束者が約束受領者に対して負担する第三者への給付の補償がここにあるからである⁵⁷。補償関係の方式については、真正第三者のためにする契約を締結する際に遵守しなければならない方式に依ることになり、たとえ対価関係における法的根拠が贈与であったとしても、それを踏襲する必要はない⁵⁸。補償関係について、独民2301条は適用されず、債務法上の規定に服し、それが調達されるべき給付や第三者の権利関係を特徴付ける基本関係を決定する⁵⁹。補償関係は約束者に対する第三者の地位を決定しているに過ぎず、その契約は贈与約束を含んでいないからである⁶⁰。したがって、仮に対価関係に瑕疵があったとしても、補償関係には影響を及ぼさない⁶¹。

(c) 対価関係

約束受領者と第三者の間に存する法律関係は、約束者＝約束受領者間の第三者のためにする契約によって新たに発生するものではなく、別個の契約又は法律上の規定に基づくものはあるが、実質的に見れば、これは第三者への給付の原因をなすものと考えられているところから、対価関係という⁶²。対価関係が、約束受領者と第三者との間の関係付けについて、債務者の給付に対する法的根拠（債務法上の基本関係としての贈与など）を形成する⁶³。つまり、第三者が約束者にその給付を請求し又は取得した給付を保持したいならば、自らの権利取得に法的根拠があることによって、正当化しなければならない⁶⁴。もしもその法的根拠が欠けているならば、第三者に関する給付は原因なしに実行されたことになり、約束受領者の相続人により不当利得返還請求権を行使される可能性がある⁶⁵。

対価関係は方式上有効な贈与約束（公証人による公正証書の約束）を通じて（独民518条第1項）、贈与者の生存中に根拠付けることができる。他方で、対価関係の法的根拠は、後発的に脱落することがある。例えば配偶者に対する出捐を根拠付けたが、後に離婚した場合や、非婚姻的生活共同体の共同生活者が根拠付けたが、生活共同体が相続及び保険事故の前に終了してしまった場合、行為基礎の欠落に基づいて法的根拠は脱落する⁶⁶。

対価関係は、被相続人の生存中に成立していなかったとしても、それに必要な被相続人の意思表示が相続後に届くことにより（独民130条第2項）、被相続人の死亡後であっても法的

55 Lange, a.a. O., Rn. 211.

56 Leipold: Erbrecht, Rn. 577.

57 椿寿夫・右近健男編前掲232頁〔床谷文雄〕。

58 B/R, a.a. O., Rn. 17.

59 Lange, a.a. O., Rn. 204.

60 Leipold: Erbrecht, Rn. 578.

61 Lange, a.a. O., Rn. 210.

62 椿寿夫・右近健男編前掲232頁〔床谷文雄〕。

63 Leipold: Erbrecht, Rn. 578.

64 B/R, a.a. O., Rn. 18.

65 Lange, a.a. O., Rn. 204.

66 Leipold: Erbrecht, Rn. 579.

根拠を有することがある⁶⁷。

約束受領者と第三者の対価関係に相続法上の方式に関する規定が適用されるかどうかは問題である。独民2301条の文言からは演繹されないからである⁶⁸。判例は、第三者のためにする契約の範囲での出捐は生前行為であるとみなして、相続法の適用を全面的に否定した。したがって、相続法上の方式規定に違反していたとしても、対価関係の有効性に影響を与えない⁶⁹。

判例は、贈与約束の方式の遵守（独民518条第1項）も否定した。なぜなら、受益者は約束受領者が死亡すると共に、第三者のためにする死因契約に由来する請求権を取得するので、彼の死亡によって方式の瑕疵が治癒されるからである（同条第2項）⁷⁰。さらに判例は、「立法者は民法330条、331条を、終意処分に関する規定、特に民法2301条から、一義的に区切らなかつたので、判例はそのような契約を気前よく有効な終意処分と認め、特に利害関係人は一貫してこの承認を信頼しそしてそれ故終意処分の方式を遵守しなかつたのである」⁷¹として、自説を補強した。

被相続人が相続契約上の処分又は共同遺言の交換関係的処分を通じて遺言の自由が制約されている場合であっても、判例は、第三者のためにする契約を通じて、相続契約上の又は遺言上の受益者とは異なる者に、反対給付のない価値ある財産を与えることができるとした⁷²。その場合、相続契約の内容と抵触する死因処分を無効とした独民2289条第1項第2文は適用されない。そしてそれにより不利益を受けた相続人は、独民2287条の詐害贈与に基づく不当利得返還請求権を行使するしかない⁷³。同じ理由から判例は、代襲遺言の解釈原則を定めた独民2069条を適用することも拒否し、その結果、贈与を受けた直系卑属が欠けた場合、明示的な規律がなければ、その子孫が代わりを務めることはできない。対価関係を取り消す際にも、判例は死因処分に関する取消しの規定ではなく、独民119条以下の規定を適用する⁷⁴。

（5）対価関係における相続人と第三者

被相続人によって生存中に授与された委任を撤回する権利は、生前に被相続人に帰属していた権利は、相続の発生時点で全て相続人に移転する。そこで第三者が自分の利益を取得することができるかどうかは、相続人が委任撤回権を行使する前に、それを知っていたかどうかにかかっている。つまり、相続人は、契約締結のために行った贈与申込が第三者に到達する前に、銀行若しくは保険業者に関する委託を撤回することにより、又は銀行によって伝達された出捐の表示を受領者が受け取る前に、約束者に撤回の表示を到達させることにより、対価関係における有効な法的根拠（贈与の成立）が発生することを防ぐことができる。また銀行又は保険業者が支払を実行し、第三者がそれを受け取った場合、第三者は贈与を受諾したものと推断されるので、被相続人の贈与の申込が伝達されたものと推定される。保険給付請

67 Leipold: Erbrecht, Rn. 580.

68 Leipold: Erbrecht, Rn. 578.

69 Lange, a.a. O., Rn. 211.

70 Leipold: Erbrecht, Rn. 579.

71 BGHZ 66, 8, 12.

72 BGHZ 66, 8, 14.

73 B/R, a.a. O., Rn. 20.

74 Lange, a.a. O., Rn. 212., B/R, a.a. O., Rn. 20.

求権を援用した受益者に、保険業者がその請求権を審査するために証拠書類を呈示することを要求した場合、それだけでは被相続人の贈与の申込は到達したとはいえ、その結果、相続人は依然として撤回することができる。相続人が保険業者に対して受益者の受領資格を取り消す表示を行った場合、それは伝達委任の撤回も含んでいると解釈される。したがって、受益者は保険金給付請求権を失うことになる⁷⁵。

相続人の撤回が有効であれば、第三者はもはや銀行又は保険業者に対する給付請求権を有せず、場合によっては不当利得を返還しなければならないことになる(独民812条以下)⁷⁶。このように考えると、第三者のためにする死因契約の撤回可能性は、相続人が受取人としての第三者の指名を適時に知ったかどうか、という偶然に係ってしまうことになる。判例・通説は、これと結び付いた法的不安定性(要するに早い者勝ち)は甘受せざるを得ないことと考えている⁷⁷。

ライポルト教授は、「第三者のためにする契約に独民2301条は適用されない」という判例の準則を、法的安定性の理由から変更することはできないことは理解できる、としながらも、判例・通説の結論には殆ど満足できないとする。つまり、第三者のためにする契約による出捐を、約束受領者の生存中は対価関係を根拠付けることにならなかったとしても、相続開始と同時にこれが有効になると直ちに、法的根拠としても満足させることになるのは必然的であるとして、第三者のためにする死因契約を通じてなした出捐は、その出捐に対する法的根拠を内在する遺贈と等しく扱われるはずである⁷⁸、とする。この解決策に従うと、第三者が常に優先することになるが、この結果は被相続人の意思に合致し、それ故相続人との関係においても正当であると考えている⁷⁹。

マンフレート・ヴォルフ教授は、第三者との約定を通じた特別な対価関係を必要でないとみなし、そして出捐したものを保持するために必要な法的根拠を、約束者と約束受領者の関係から演繹する⁸⁰。法律の素人である約束受領者(被相続人)は対価関係の必要性を知ることはなく、特に自分の出捐を生存中に第三者に知らせる意志がなかった場合は、対価関係は約束受領者(被相続人)又は彼の相続人と第三者との間で贈与の形式で法的根拠としなければならないことを知ることはないはずである⁸¹。なぜなら彼は、第三者に財産的利益を帰属させるためには、第三者のためにする死因契約を締結すればそれでなし逃げられると考えているのが通常であるからである⁸²。

ヴォルフ教授は、第三者のためにする契約の際の多様な給付関係を、対価関係と補償関係で異なった取り扱いをすることに意味があるかどうかを疑問視する。独民330条に規定されている契約類型(生命保険契約・終身定期金契約)の場合、第三者は、約束者と約束受領者との間の契約関係において贈与を受け、そしてそこに自己の給付関係(固有の請求権)及びそれによる約束者と第三者との間の法的根拠が存立しているのである。このことは、独民

75 Leipold: Erbrecht, Rn. 580.

76 B/R, a.a. O., Rn. 19.

77 Lange, a.a. O., Rn. 213.

78 Leipold: Erbrecht, Rn. 580a.

79 Leipold: Erbrecht, Rn. 580a.

80 MK, a.a. O., Rn. 35.

81 Manfred Wolf, FamRZ 2002, 147.

82 Wolf, a.a. O., 148.

331条が規定する第三者のためにする死因契約の場合にも妥当する。第三者に関する約束者の給付は、単に第三者のためにする事実上の財産移転であるだけでなく、結果として、意識的及び目的適的な約束者に対する第三者の債権の履行でもある。この点に、第三者に給付を保持することが認められる法的根拠が存在する。この根拠は約束受領者及び彼の相続人に対しても基準となる⁸³。

被相続人は約束者が予定通りに給付を第三者に帰属させることを意図し、第三者が給付を受け取りそしてそれを保持することができると考えているはずである。彼の表象に従うと、それに加えて彼と第三者との間に直接的な対価関係の形式で何か法的根拠を附加することは必要ではない。このことは私的自治の原則にも合致する。約束受領者（被相続人）は、彼の相続人が彼の意思に反してぶち壊すことなく、独民331条に従った生前行為を通じて死亡時に第三者に確実に財産を帰属させることができるはずである。また不当利得法の観点から、確かに対価関係があれば利得を保持する法的根拠を基礎付けるが、債権がそれに対応する義務付け行為において完成されれば、それで十分なはずである⁸⁴。

以上のことから、被相続人が契約に由来する給付を独民331条に従って相続開始の時点で第三者に最終的に帰属させる意図を有していることが確定されたならば、それによって同時に第三者のための給付保持の法的原因が根拠付けられる。その法的根拠は、第三者に対する相続人の不当利得返還請求権を排除する。第三者との約定を通じた特別な対価関係は不要である⁸⁵。

ムジューラク教授は、対価関係を問題にしない見解に対して必ずしも納得できる根拠付けを呈示していないと批判し、約束者に対する委任の撤回権を約束受領者の相続人に認めるべきかどうかの問題と、第三者のためにする死因契約の法的処理の問題は、互いに独立した問題であると考えている。そして、被相続人が自分の死後、第三者にもはや取り去ることのできない権利を授与しようとして意図し、そしてその限りで自分の相続人による撤回を排除したいと思ったならば、その場合彼はそれに相応しい相続法上の手段、又は債務法上の解決策を使用すべきであるとする。したがって、被相続人が第三者と贈与を約定しなかった場合は、相続人による撤回を甘受しなければならないことがある⁸⁶、と考えている。

(6) 小活

第三者のためにする死因契約を生前贈与と構成することは、一方で被相続人の財産処分の可能性を広げるが、他方で相続法上の方式規定をないがしろにすることになり、脱法行為を助長することになる。他方で、被相続人は遺言で負担を命じることによって、相続人の撤回権を排除することができるが、さらに贈与の申出及び死後の伝達の委任を撤回できないように授与することができ、これによって相続人はもはや撤回できないことになる。このようにして、受益者の利益を確保することができる。

83 Wolf, a.a. O., 148.

84 Wolf, a.a. O., 148.

85 Wolf, a.a. O., 149.

86 MK, a.a. O., Rn. 38.

4. 終わりに

(1) 概観

ドイツの死因贈与(約束)は、相続契約よりもさらに拘束力が弱いものとなっている。このことは要件・効果の相関関係から根拠付けられる。それに対して我が国の死因贈与契約は、その要件が緩やかであるにもかかわらず、より強力な拘束力を有している。さらに学説の中には、死因贈与を原則として撤回できないものとする見解が有力である。

また、我が国では、死因贈与が贈与者の生存中に履行された場合について殆ど議論されていないが、これは有効であることが自明であり、ドイツのように方式の瑕疵の治癒が問題とならないからであろう(我が国の死因贈与契約は要式行為ではなく、公正証書を要求されていない)。

(2) 第三者のためにする死因契約の拘束力

第三者のためにする死因契約の拘束力もまた、我が国では殆ど議論されていない点である。この契約が実際に利用されることがないことからその議論が起らないのであろう。そこでドイツの議論を参考にしながら、我が国でこれが利用された場合、どのような法律関係になるか、検討してみることにする。

まずA(要約者・被相続人)がB銀行(諾約者)に対して「自分が死亡したら、口座から1,000万円をDに渡して欲しい。」と依頼し、B銀行が承諾したとする。その後、Aが死亡したが、Aには相続人Eがいた。B銀行の預金を巡って、D(受益者・第三者)とEの関係はどうなるか。

ドイツと違って我が国は、第三者が権利を取得するためには、諾約者に対して受益の意思表示をする必要がある(保険契約のように、それを不要とする例外もある。保険8条、42条、71条)。したがって、DがB銀行に1,000万円請求するためには、その利益を享受する意思表示をする必要がある(日民537条第3項)。他方でEはAの要約者としての地位を受け継ぐことになるから、その解除権を行使することができる(日民651条第1項)。そこで、Dの受益の意思表示とEの解除の意思表示のどちらが先にB銀行に到達したかにより優劣を決するということになるだろう。

それに加えて、ドイツと同様に対価関係の問題が残される。つまり、Dが利益を取得することを正当化する法的原因が何かを明らかにする必要がある。対価関係がないにもかかわらず、Dが利益を取得したならば、Eから不当利得返還請求権を行使される可能性がある⁸⁷。思うに、Dが受益の意思表示をすることにより、AD間に実質的に贈与契約が成立したとみることができるのではないだろうか。我が国の贈与契約は要式行為ではなく、公正証書も要求されていないので、成立要件としては意思の合致だけで十分である(日民549条)。そしてB銀行が給付を履行してDが1,000万円を受領したならば、書面によらない贈与も解除できないことになるから(日民550条但書)、Dは利益を保持することができ、Eはもはや不当利得返還請求をすることができなくなると解すべきであろう。

我が国で第三者のためにする死因契約が利用されないのは、死因贈与で十分間に合うから

87 中田裕康『契約法』(有斐閣・2017年)177頁。

であると思われる。つまり、我が国の死因贈与は、ドイツのような厳格な要式性を要求しておらず、他方で非常に強い拘束力を有しているので、わざわざ第三者のためにする死因契約を用いて受益者に利益を取得させる理由がないのである。

(3) 総括

ドイツの法制度を検討して、我が国の死因贈与の解釈として、その文理以上に拘束力を強める方向での解釈は不当である、との確信を抱くことができた。そして日民544条の「その性質に反しない限り」の解釈によって定まる遺言規定の準用範囲は、可能な限り広く捉えるべきものであると再確認することができた。我が国の死因贈与の解釈に関する私見は正当であるとの実証の一助となったということができよう。

参考条文

【328条】 第三者のためにする契約

第1項 契約を通じて、第三者が給付を請求する権利を直接に取得する効力を伴って、第三者に関する給付を定めることができる。

第2項 第三者が権利を取得するかどうかについて、第三者の権利が即時に又は一定の要件の下で発生するかどうかについて、別段の定めがないときは、諸般の事情から、特に契約の目的から見て取るものとする。

【330条】 生命保険契約・終身定期金契約

生命保険契約又は終身定期金契約において第三者に対する保険金又は終身定期金の支払を約束した場合において、疑わしい場合には、第三者は給付を請求する権利を直接取得するものとする。無償の出捐の場合において受贈者が第三者に対する給付を負担したとき、又は財産引受若しくは土地引受の場合において引受人が補償のために第三者に対する給付を約束したときも、同様である。

【331条】 死亡後の給付

第1項 約束受領者の死亡後に第三者に対する給付を行うべき場合において、疑わしい場合には、第三者は、約束受領者の死亡と共に給付請求権を取得する。

第2項 約束受領者が第三者の出生前に死亡した場合、第三者に対して給付すべき約束は、その権限を留保していたときに限り、廃棄又は変更することができる。

【518条】 贈与約束の方式

第1項 ある給付を贈与として約束した契約が有効であるためには、約束につき公正証書の作成を必要とする。第780条、781条に掲げる債務約束又は債務承認を贈与として行うときは、約束又は承認の意思表示について、同様である。

第2項 約束した給付の実現を通じて、方式の瑕疵は治癒される。

【2301条】 死因贈与約束

第1項 受贈者が贈与者より長生きすることを条件として為した贈与契約については、死後処分に関する規定を適用する。この条件を付けて、民法780条、781条において規定された種類の債務約束又は債務承認が為されたときも同様である。

第2項 贈与者が出捐した客体の給付を通じて贈与を履行したときは、生前贈与に関する規定を適用する。

(千葉大学教授)