

# 裁判例における民法1023条2項の 「その他の法律行為」概念

谷 口 聡\*

A Study on the Concept of “Any Other Juristic Act” in § 1023(2)  
of Civil Code Japan on the Judicial Precedents

TANIGUCHI Satoshi

(Received 28 August, 2020 ; Accepted 16 September, 2020)

## Abstract

This paper aims to examine how the actual judicial precedents interpreted the phrase, “disposition inter vivos or any other juristic act” in section 1023(2) Civil Code Japan.

Even if once a will be made, the testator is admitted to be able to revoke it later during his/her life (section 1022 Civil Code Japan). And the section 1023(1) provide that, if the prior will inconsistent with the subsequent will, the prior will shall be revoked by the subsequent one in respect of in which they are inconsistent. More interestingly, the section 1023(2) provides that “The provisions of preceding paragraph shall apply with the necessary modifications in cases where a will is inconsistent with a disposition inter vivos or any other juristic act effected subsequently to the will”.

The will is a strict formal juristic act. So, it would be able to get wide understanding that the section is providing that the prior will could be revoked by the subsequent will. In turn, the section 1023(2) could be interpreted that, “a will” could be revoked by “any other juristic act” including contract, even though a will is such a strict juristic act.

By the reason of that, the author want to clarify the concept of “a disposition inter vivos or any other juristic act” in the section 1023(2) on the judicial precedents though the observation of eleven judicial precedents.

---

\* 高崎経済大学経済学部経営学科・教授

## I はじめに

本稿は、遺言の撤回に関する規定である民法1023条2項について、その文言である「生前処分その他の法律行為」という概念の内容について、判例・裁判例の検討を通じて考察するものである。

民法に規定されている遺言は、厳格な要式行為であり、またそのことをもって故人の生前の意思の実現を担保する私的自治の拡張という考えに支えられた行為である。この遺言は厳格な要式行為ではあるが、遺言作成者（被相続人）は生前であれば、その全部または一部の撤回をすることが認められている（民法1022条）。そして、さらには、ひとたび作成した遺言であっても、その後に遺言の作成が再度なされ、そして、その第二の遺言の内容が第一に作成された遺言の内容に抵触している場合には、その部分について、第二の遺言が第一の遺言を撤回したことが擬制されるとして、民法1023条1項に規定されている。この規定は、被相続人の意思について、できる限り死亡するに近い時期の意思を優先して実現すべきとする趣旨であり、その意味で理に適っているものと考えられる。

そして本稿で主題に据えるのは、民法1023条2項の規定である。同条同項は、「前項の規定は、遺言が遺言後の生前処分その他の法律行為と抵触する場合について準用する。」と規定している。本稿における筆者の観点からは、この民法1023条2項の規定は、非常に重要な問題を包含している。繰り返すが、遺言は厳格な要式行為である。その遺言（前遺言）が遺言（後遺言）によって撤回されうると規定する民法1023条1項の規定の趣旨について多くの説明は必要ないかもしれない。ところが、同条2項では、遺言が「生前処分その他の法律行為」によって撤回されうるものであることが規定されているのである。「生前処分その他の法律行為」を文字通り解釈すれば、売買契約、賃貸借契約などの「契約」であっても、それは「法律行為」なのであるから、遺言を撤回する効力があるということになる。この規定の広い解釈を文言上行えば、厳格な要式行為たる遺言であろうとも無方式の契約によってできても、それに劣後する場合があることになるのである。もちろん、死亡時期により近い被相続人の意思の優先という大義がその大前提であるのであるが、遺言が契約に劣後する場合があることを示すこの規定の意義を探ることは大きな意味があると臆見する。

本稿では、そのような研究の端緒として、第二次世界大戦後に大改正を受けた家族法の下における判例・裁判例を検討して、民法1023条2項における「生前処分その他の法律行為」の意義を考察するものである。

## II 問題の所在

上述の問題点に関する筆者の根底にある問題意識の原点は「死後事務委任契約」成否に関する議論である。筆者は細々とこの論点に取り組んできたが、昨年、専門誌にその研究のメルクマール<sup>1)</sup>とでも言うべき論稿を発表する機会に恵まれた。詳細は省くが、死後事務委任契約が理論上認められるためには、主に4つの問題を理論的に解決しなければならない。第一に、委任者死亡により委任契約が終了するとしている民法653条1号は強行規定なのかという問題、第

二に、相続人が委任者の地位を承継する場合にその委任者の地位に基づく委任契約の無理由解除（民法 651 条）は認められるのかという問題、第三に、死後事務委任契約は厳格な要式行為たる遺言制度の脱法行為ではないのかという問題、そして、第四に、死後事務委任の内容が相続人の利益を侵害するものである場合にそれはどの範囲で認められるべきかという問題である。そして、この第四の問題と関係して、遺言が作成された後に、死後事務委任契約が行われ、その両者が矛盾・対立ないし抵触している場合に、そのどちらを優先すべきかという問題が起こりうる。

そこで、前章で述べたように、民法 1023 条 2 項の法意を探求することは、そのような問題の解決に資するものであると考える次第である。より端的には、無方式の契約によってできても、遺言がその抵触部分につき撤回される可能性はあるのかどうかを探ることが目的である。

以下では、学説の一般的な見解を概観した上で、本稿の主題である関係する判例・裁判例の検討をそれぞれおこなうものである。

### Ⅲ 学説における一般的な見解の検討

本章では、ごく簡潔に、一般的な学説が民法 1023 条 2 項の「生前処分その他の法律行為」について、どのような一般論を提示し、具体的にはどのような法律行為を想定しているのかを概観することとする。

新版注釈民法において民法 1023 条の注釈を分担執筆した山本正憲博士は以下のように述べている。<sup>2)</sup>

「撤回の擬制がなされるためには、遺言と抵触する生前処分その他の法律行為のなされることが必要である。ここに生前処分とは、遺贈の目的である特定の権利または物についての生前行為たる処分行為、たとえば、所有物の譲渡、寄附行為、地上権の設定、特定債権の弁済をうけることなどをいう。その有償たると無償たるとを問わない。またその他の法律行為とは、遺贈目的物についての前記生前の処分行為でない法律行為および財産に関係のない一切の法律行為をいい、たとえば、売買・交換等の債権契約の締結、祭祀主宰者の指定その他身分行為、さらには死因贈与のような死後行為などをいうが、「生前処分その他の法律行為」とは、不必要な重ね言葉であるともいわれる」としている。

潮見佳男教授は、遺言が撤回されたと評価される場合として、遺言後の生前処分が抵触する場合ほか、身分行為（協議離婚）などが問題とされるとしている。<sup>3)</sup>

近江幸治教授は「すでにされた遺言が、遺言後の生前処分その他の法律行為と抵触する場合についても、その遺言を撤回したものとみなす」と端的に述べている。<sup>4)</sup>

内田貴教授は、「遺贈の目的物を贈与するなど、遺言内容と抵触する生前処分等がなされたときは、遺言は撤回されたものとみなされる」とし、「ある行為がこの抵触行為にあたるかどうかをめぐって、しばしば紛争となる」としており、この概念が学説・判例上未確定なものであるという認識を示している。<sup>5)</sup>

窪田充見教授は、「たとえば、前の遺言において、「不動産甲を A に相続させる」とか、「甲を A に遺贈する」と書いていたが、その遺言作成の後、甲を B に贈与したり、売却した場合が、

これに該当する」という具体的な場合の説明を施している<sup>6)</sup>。

松倉耕作教授もほぼ同様の説明をしており、「遺言と遺言後の生前処分その他の法律行為とが抵触する場合、たとえば遺言書で遺贈する旨が書かれている土地を、遺言者がのちに売却した場合も、上記の抵触遺言の場合と同様に扱われる」としている<sup>7)</sup>。

二宮周平教授は、「遺言と遺言後の生前処分その他の法律行為が抵触する場合、抵触する部分について、法律上、遺言は撤回されたものとみなされる。抵触とは、前の遺言を失効させなければ、後の遺言や生前行為の内容を実現することができない程度に、内容が抵触することである」という説明をしている<sup>8)</sup>。さらに、二宮教授は、松川正毅教授が編者となっている別の著書において、「撤回の効果が生じるためには、遺言者自身による生前処分・法律行為であることが必要である」との一般論を述べている<sup>9)</sup>。

#### IV 裁判例の検討

以下において、関係する11件の判例・裁判例を検討する。検討項目は【事実概要】、最高裁判決や高裁判決については【第一審判決の要旨】【第二審判決の要旨】、【本判決の要旨】に、【若干の検討】を加えることとする。

##### 〈事例①〉

###### 【事実概要】

原告Xは、訴外Aの次男である。訴外Aは、昭和31年1月31日に財団法人Pの設立を目的として寄付行為をなした上、その申立てを記載した公正証書遺言を作成した。同年12月25日付にて、訴外Aは、原告Xおよび被告Y1、Y2らの賛同を得て、その目的と設立趣旨を財団法人Pと同じくし、かつ、出捐財産をPの一部と同じくする財団法人Qの設立許可申請手続を、三重県教育委員会を通じて主務官庁である文部省に対して行った。訴外Aはその手続中である昭和33年4月22日に死亡した。

原告Xは、訴外Aは、遺言による寄付行為はAの生前行為による寄付行為と抵触し、遺言はこれにより取り消されたものと言わなければならないと主張して、被告をY1、Y2として、遺言執行者不存確認等請求の訴訟を提起した。

【第一審判決要旨】 津地判昭和38年1月24日（民集22巻13号3304頁）

「訴外Aの公正証書による遺言をもってなした寄付行為は無効である」とし、また、「被告らは、右遺言にもとづく財団法人P設立許可申請手続をしてはならない」と判示した。

【第二審判決要旨】 名古屋高判昭和40年3月31日（民集22巻13号3320頁）

「民法第一〇二三条第二項所定の「生前処分その他の法律行為」とは、それによって第三者が、物権、債権その他の権利を取得しあるいは義務を免れるもの、すなわち、その行為者がそれによって義務を負担し、あるいは権利を失う行為を指し、行為がなされても、それだけでは行為者が第三者に対する義務を負担するに至らない行為、第三者が権利を取得し、義務を免れるに至らない行為、たとえば契約の申込という法律行為などはこれに含まれないものと解される」。「第一〇二三条第二項の法意は、遺言者の意思尊重を基礎とすることはもちろんであるが、そ



れとともに、生前行為により権利を取得するに至った第三者（例えば、遺贈目的とされた財産を生前贈与を受けてその所有権を取得し、あるいは、その贈与契約により所有権移転を求めうる債権を取得した者）が現れるに至ったときは、そうした第三者の保護をも考慮し、これとの比較において遺言による受益者は譲るべきものとして遺言取消の効果を認め、遺言による受益者と生前行為による受益者との間におこりうべき紛争を防止しようとするものと考えられる。「以上のことは、申込も一の法律行為ではあるが、それがなされたというだけでは、その申込自体を以て、民法第一〇二三条第二項所定の処分または法律行為がなされたものとして遺言取消の効果を認めることが必ずしも適当でないことを示すものといえる」。「財団法人設立のための寄附行為は、それ自体一の法律行為ではあるが、主務官庁の許可あるまでは、法人設立の効果を持ちえないばかりでなく、第三者になんらかの権利を発生させるものでもない」。「とすれば、寄附行為という法律行為も、前述の第三者に権利を与え、あるいは行為者に義務を課するものではない行為の一に属するものというべく、生前寄附行為が遺言と抵触する如き内容を含んでいても、それだけでは遺言を取消す効果はないものというべきである」。

以上のように述べて第一審の判断を取消し、訴外Aの生前寄付行為が遺言を取り消すものではないと判示した。

【最高裁判決の要旨】 最判昭和43年12月24日（民集22巻13号3270頁）

民法1023条の「法意は、遺言者がした生前処分に表示された遺言者の最終意思を重んずるにあることはいうまでもないが、他面において、遺言の取消は、相続人、受遺者、遺言執行者などの法律上の地位に重大な影響を及ぼすものであることにかんがみれば、遺言と生前処分が抵触するかどうかは、慎重に決せられるべきで、単に生前処分によって遺言者の意思が表示されただけでは足りず、生前処分によって確定的に法律効果が生じていることを要するものと解するのが相当である。・・・これと同様に、その生前処分が停止条件付きのものであるときは、その停止条件が成就したことが確定されないかぎり、その生前処分は法律行為としての本来の効力をいまだ生じていないのであるから、それが内容においてすでになされた遺言と抵触するものであつても、いまだ遺言に抵触するものということとはできず、したがつて、遺言は取り消されたものとみなすことはできない。そして、このことは、右の停止条件がいわゆる法定条件にあたる場合であっても、法律効果が生じていない点からみれば、同様に解することができる」。

「したがつて、遺言による寄附行為に基づく財団法人の設立行為がされたあとで、遺言者の生前処分の寄附行為に基づく財団設立行為がされて、両者が競合する形式になつた場合において、右生前処分が遺言と抵触し、したがつて、その遺言が取り消されたものとみなされるためには、少なくとも、まず、右生前処分の寄附行為に基づく財団設立行為が主務官庁の許可によって、その財団が設立され、その効果の生じたことを必要とし、ただ単に生前処分の寄附行為に基づく財団設立手続がされたというだけでは、その法律効果は生じないから、遺言との抵触の問題は生ずる余地がないことは、前述したところから、明らかである」。

【若干の検討】

財団設立のための申請がなされて未だ主務官庁の許可が出されていない法律行為は民法1023条2項の「生前処分その他の法律行為」に該当しないと判例である。裏を返せば、主務官庁の設立許可が下りていれば1023条2項の適用事例となる可能性を示している判決とも

受け止められる。

なお、紙幅の関係で検討はできないが本最高裁判決に関しては若干の判例評釈がなされている<sup>10)</sup>。

## 〈事例②〉

### 【事実概要】

訴外Aは財産法人Pを設立する旨の公正証書遺言を作成した。その後、訴外Aは、財団法人Qを設立する申請をして主務官庁の許可を得る前に死亡した。財団法人Pは訴外A所有の被告会社Yの株式の寄附をAから受けることとなっていた。訴外Aの死亡後、訴外Aの相続人であり、被告会社の株主である原告Xは、財団法人P設立の遺言は、財団法人Q設立の主務官庁への許可申請という生前処分により取り消されたものであるなどの主張をして被告会社Yを相手取り提訴した。

### 【第一審判決の要旨】 津地判昭和40年4月1日（下民集16巻4号579頁）

主要な争点が民法1023条2項ではないため、本稿では割愛する。請求は棄却され、原告は控訴した。

### 【第二審判決要旨】 名古屋高判昭和40年11月30日（高等裁判所民事判例集18巻7号545頁、裁判所ウェブサイト掲載判例）

「財団法人の設立者の寄附行為は法人を設立しようとする効果意思と、一定の財産をこれに帰属させようとする効果意思とを内容とする相手方なき単独行為であつて、一定の財産の出捐と寄附行為書の作成によってなされるが、それだけでは、その法律効果を生ずるものではなく、主務官庁の許可をまって財団法人の設立という効果が発生するものであるから、右許可は寄附行為のいわば法定条件をなすものといえる。しかし、この場合、右のような停止条件附処分行為はたとえ遺言と抵触していても、そのままでは民法第一〇二三条二項の処分行為には当たらない一条件が成就してはじめて遺言失効の効果を生ずる一と解すべきである。本件について、これをみれば、生前処分たる亡Aのなした前記財団法人Q設立許可申請については主務官庁の許可がないことは弁論の全趣旨に徴し当事者間に争いのないところであるから、本件遺言は取消されたことにはならず、現在もなお有効に存続しているものというべきである」などとして控訴人の請求を棄却した。控訴人は上告した。

### 【最高裁判決の要旨】 最判昭和46年12月2日（集民104号541頁、裁判所ウェブサイト掲載判例）

「遺言による寄附行為に基づく財団法人の設立行為がされた後に、遺言者の生前処分の寄附行為に基づく財団設立行為がされて、両者が競合する形式になった場合において、右生前処分が遺言と抵触し、その遺言が取り消されたものとみなされるためには、少なくとも、まず、右生前処分の寄附行為に基づく財団設立行為が主務官庁の許可によつてその効果の生じたことを必要とし、単に生前処分の寄附行為に基づく財団設立手続がされたというだけでは、その法律効果は生ぜず、遺言との抵触の問題は生じえないとするのが、当裁判所の判例（当裁判所第三小法廷判決、昭和四〇年（オ）第七〇六号同四三年一月二四日言渡、民集二二巻一三号三二七〇頁、同第一小法廷判決、昭和四〇年（オ）第九〇七号同四四年六月二六日言渡、民集

二三巻七号一一七五頁）とするところである。原審の確定した事実関係に照らせば、生前処分にあたる財団法人杉野〇〇会設立の寄附行為はまだその効力を生じていないから、この生前処分が遺言による財団法人天野〇〇会設立の寄附行為に抵触するものとはいえない」として上告を棄却した。

#### 【若干の検討】

前掲〈事例①〉の最高裁判決を踏襲する内容となっている。未だ許可の下りていない財産法人の設立申請は生前処分には該当せず、民法 1023 条 2 項の適用を受ける事案ではないという判断である。

#### 〈事例③〉 広島地判昭和 49 年 2 月 20 日（判例時報 752 号 70 頁）

##### 【事実概要】

訴外 A（軍一）は、原告 X に以下のように認定される死因贈与をなした後死亡した。「軍一は、原告に対し「自分が死んだら本件（一）、（二）不動産は原告にやる。登記は、原告の名義にしておいてやる。」と申し向け、下田司法書士に登記手を依頼したところ、同人の勧めで便宜売買予約による所有権移転請求権保全仮登記をすることになり、軍一は、本件（一）、（二）不動産につき原告と売買の予約をした旨の昭和二九年九月一日付売渡予約証書を作成し、下田司法書士に依頼して右不動産につき前日付の売買予約を原因とする所有権移転請求権保全仮登記を申請する旨の登記申請書を作成し、同月二五日右不動産につき右売買予約による所有権移転請求権保全仮登記がなされた（右仮登記がなされたことは当事者間に争いがない）。軍一は、その頃右登記をしたことを原告に伝えた。…右認定の事実によれば、原告は、昭和二九年九月一日軍一より本件（一）、（二）不動産の死因贈与を受けたものと認めるのが相当であり、本件仮登記は、原告と軍一間の右死因贈与による所有権移転請求権を保全するためになされたものと認められる」というものであった。

しかしながら、訴外 A（軍一）はその後、以下のような本件不動産に抵当権設定契約を行った。「軍一は、昭和三年九月本件（一）、（二）不動産に抵当権を設定して銀行より措入れをする必要が生じたため、経理事務を担当していた妻の被告和子は、軍一に命ぜられて同人が所持していた原告の実印を使用して本件仮登記の抹消登記手続をしたこと、そして軍一は、昭和四〇年四月二八日本件（一）、（二）不動産につき被告会社と相互銀行取引契約の根抵当権設定契約（元本極度額二〇〇万円）を締結し、同日右設定登記をなした…ほか、訴外株式会社広島相互銀行、同商工組合中央金庫に対しても本件（一）、（二）不動産上に（根）抵当権を設定したことが認められる」というものである。

そこで、原告 X は相続人である Y 1 と Y 2 に対して、仮登記の抹消登記回復登記を請求して提訴した。

##### 【判決要旨】

「死因贈与については、遺贈に関する規定が準用され（民法五五四条）、…死因贈与と贈与後の生前処分その他の法律行為と抵触する場合抵触する範囲において死因贈与を取消したものとみなされる（同法一〇二三条二項）のである」として、死因贈与に遺贈に関する規定である民法 1023 条 2 項の準用がなされることを認定した上で本件について以下のように判示した。

「認定の事実によれば、軍一は本件死因贈与後に本件（一）、（二）不動産上に（根）抵当権を設定したのであるから、本件死因贈与は、これと抵触する範囲において取消されたものとみなされ、結局、本件死因贈与は、（根）抵当権付の不動産の死因贈与として有効ということになる」と判示して、原告の請求を一部認容、一部棄却とした。

#### 【若干の検討】

民法1023条2項が死因贈与にも準用されるとした判決である。また、死因贈与により不動産の所有権移転の仮登記を受けた場合、その後その不動産について抵当権が設定された場合には、抵当権付不動産の死因贈与として扱われるべきことを述べている。

#### 〈事例④〉

##### 【事実概要】

訴外AはBと婚姻して夫婦であった。Aは、原告Xらに対して、養子縁組をして扶養してもらおう代わりにA所有の不動産などの財産を遺贈する趣旨の申出をして原告Xらはこれを承諾した。遺贈については公正証書が作成された。その後、A夫婦はXらと同居していたが、Xらに不信の念を深くして、さらにその後協議離婚し、別居となり、扶養もなされなくなった。その後、AとBは相次いで死亡した。Xらは、Aの相続人Yらに対して、上記遺贈に基づく不動産の所有権移転登記請求の訴えを提起した。

##### 【第一審判決の要旨】 千葉地判昭和55年1月24日（民集35巻8号1258頁）

「原告らと別居して従前の共同生活を解消したうえで協議離婚し、以後原告らはA夫婦を扶養していないことが認められるのであり、この事実と原告らがA夫婦と同居し扶養した期間は僅か二年にもみたくないことも併わせ考えれば、右離婚によって、Aはもはや一四筆にも及ぶ本件不動産を含むその所有不動産を原告らに遺贈する意思を有しなくなったものと推測するのが相当である。このように右離婚に至るまでの事情等を観察すれば、離婚は本件遺言と両立せしめない趣旨でなされたものと認めるのが相当であるから、民法一〇二三条一項にいう遺言と抵触する法律行為にあたり、これにより、本件遺言は撤回されたものというべきである」と判示した。原告らの請求は棄却され、原告らは控訴した。

##### 【第二審判決の要旨】 東京高判昭和55年12月24日（民集35巻8号1269頁）

出典資料からは判旨が必ずしも明確ではないため、検討は割愛する。原告らの控訴は棄却され、原告らは上告した。

##### 【最高裁判所判決要旨】 最判昭和56年11月13日（民集35巻8号1251頁）

民法1023条2項「にいう抵触とは、単に、後の生前処分を実現しようとするときには前の遺言の執行が客観的に不能となるような場合にのみにとどまらず、諸般の事情より観察して後の生前処分が前の遺言と両立せしめない趣旨のもとにされたことが明らかである場合をも包含するものと解するのが相当である」。

「そして、…事実関係によれば、Aは、上告人らから終生扶養を受けることを前提として上告人らと養子縁組したうえでその所有する不動産の大半を上告人らに遺贈する旨の本件遺言をしたが、その後上告人らに対し不信の念を深くして上告人らとの間で協議離婚し、法律上も事実上も上告人らから扶養を受けないことにしたというのであるから、右協議離婚は前に本件遺言

によりされた遺贈と両立せしめない趣旨のもとにされたものというべきであり、したがって、本件遺贈は後の協議離縁と抵触するものとして前示民法の規定により取り消されたものとみなさざるをえない筋合いである」として、原告Xらの上告を棄却した。

【若干の検討】

直接的には、「協議離縁」という法律行為が、民法 1023 条 2 項規定の「その他の法律行為」概念に妥当するとした判断である。民法 1023 条 2 項「その他の法律行為」について、そのような内容の法律行為であっても遺言の取消しになるという結論は意義深い。

〈事例⑤〉 広島高判昭和 56 年 12 月 16 日（判時 1043 号 69 頁）

【事実概要】

上告人Xと亡Aは、昭和 43 年 11 月ころ、上告人X一家はAの戸籍に入籍し、A累代の墓守をする、A夫妻の死亡後太郎の遺産は上告人の所有とする等の内容を有する契約を締結し、同月Aと上告人夫婦が養子縁組の届出をして、昭和 45 年 5 月 23 日Aが上告人Xに対しAの財産の全部を包括遺贈する旨の公正証書による本件遺言をした。そして、同年 4 月ころからAと上告人一家は同居するようになったが、Aの酒癖の悪さその他の不品行が原因となって不和を来たし、昭和 46 年 3 月 11 日協議離縁をし、別居するに至った。本件訴訟では、右死因贈与が協議離縁により撤回されたかどうか争われた。

【判決要旨】

「Aとしては飽くまで養子縁組を遺贈の前提と考えていたものと解するのが相当である。してみると、前記協議離縁は本件遺言と両立せしめない趣旨の下になされた行為であることが明らかであるから、本件遺言は民法第一〇二三条二項により撤回されたものというべきである」とした。

【若干の検討】

本件は、遺産の死因贈与を伴う養子縁組が協議離縁となった場合に、その協議離縁が民法 1023 条 2 項の「その他の法律行為」に該当すると判断されたものと解される。前掲〈事例④〉の最高裁判決に沿った判断がなされている。

なお、本件については、若干の判例評釈がなされている。<sup>11)</sup>

〈事例⑥〉 東京地判平成 26 年 2 月 20 日（判例集未搭載判例・D1-Law判例 ID 29040020）

【事実概要】

AとBは、原告X1、X2、X3、および、被告Yの両親であった。Bは平成 8 年に死亡した。AはBからの財産相続を前提とした自筆証書遺言を平成 9 年に作成しAの遺産の全てをYに相続させるものとした。この後、平成 12 年にBの遺産分割調停が成立し、Aが原告X1、X2および被告Yにそれぞれ死因贈与する内容であった。Aは平成 20 年に死亡した。本件は、原告らが、被告Yが、Aの生前および死後にAの預貯金から無断で払戻しをしたとして、不法行為による損害賠償請求権に基づき、上記払戻額の原告らの各法定相続分など相当額の損害賠償などを請求したという事案である。本件では、本件死因贈与により、自筆証書遺言が撤回されたかなどが主要な争点として争われた。



**【判決要旨】**

「本件自筆証書遺言は、Aの遺産の全部を被告に相続させる内容のものであるところ、・・・Aの遺産としてはBから相続した本件各土地の取得分が主要なものとして認識されていたものと認めることができる。そして、B遺産分割調停における本件各死因贈与は、Aの主要な遺産である本件各土地の取得分を相続分に応じて原告X1及び原告X3に死因贈与するものであって、本件自筆証書遺言と抵触する内容のものというべきで、本件自筆証書遺言は、本件各死因贈与によりその全部が撤回されたものと認めるのが相当である」と判示し、本件における原告らの損害賠償請求を認容した。

**【若干の検討】**

先行する自筆証書遺言が後の死因贈与により撤回されたとする判決である。「死因贈与」については、その方式などは遺贈の規定を準用するとされているが、贈与契約に属する法律行為である。この「死因贈与」も、民法1023条2項の「生前処分その他の法律行為」として裁判実務上解釈されたことの意義は大きい。

〈事例⑦〉 東京地判平成26年6月25日（判例集未搭載判例・D1-Law判例 ID 29041560）

**【事実概要】**

訴外Aは、以下のような公正証書遺言を作成して死亡した。「第1条 被相続人の有する（住所略）所在、地番（省略）、地目宅地、地積480.09㎡の土地（以下「本件土地」という。）ほか7筆の不動産を、原被告に各2分の1の割合により相続させる」。「本件遺言の公正証書には、本件土地はできれば売却して原被告が等分に相続するようにして欲しいと思いとすとの「付言」（以下「本件付言」という。）が付記されている」。その後、被相続人は、平成23年2月17日、本件土地を売却し、その売却代金から仲介手数料等を控除した残金440万円を…預金口座に預け入れた原告Xおよび被告Yとともに訴外Aの子である。原告Xは被告Yに対して、右産金440万円の2分の1である220万円について、Xに帰属することを確認する預金債権確認の請求の訴えを提起した。

**【判決要旨】**

「被相続人による…本件土地の生前処分は、本件遺言第1条の本件土地を対象とする部分と抵触し、また、上記第1条部分の遺言が実現したことを前提とする本件付言とも抵触する。したがって、被相続人は、上記生前処分で、本件遺言第1条の本件土地を対象とする部分及び本件付言を撤回したものとみなされる（民法1023条2項）。よって、原告主張の被相続人の真意の根拠となる本件付言も、原告主張の適用規定である本件遺言第1条の本件土地を対象とする部分も、いずれも被相続人により撤回されているから、原告の上記主張は理由がない」などとして、原告Xの請求を棄却した。

**【若干の検討】**

土地不動産について公正証書遺言が作成された後に、その土地を被相続人が生前に売却したという事案である。民法1023条2項の適用により、その売却された土地については遺言が撤回されたと判断された。



**〈事例⑧〉** 東京地判平成 28 年 7 月 5 日（判例集未搭載判例・D1-Law判例 ID 29019460）**【事実概要】**

亡Aは、平成16年10月、被告Y（Aの妹）と亡Bとの間においてその所有する本件不動産に居住させることを目的として使用貸借契約〈1〉を締結した。そして、亡Aは平成17年4月に本件不動産を原告Xに遺贈する旨の公正証書遺言を作成した。Bは、被告Yと本件不動産に同居していたが平成25年2月に死亡した。Aは平成26年6月に死亡した。被告Yは本件不動産に居住し続けていたところ、原告Xは、遺贈により本件不動産の所有権を取得したとして、Yに対して建物明渡等を請求する訴訟を提起した。

これに対して、被告Yは、公正証書遺言の作成された後である平成25年2月に新たな使用貸借契約〈2〉がAとの間で締結されており、この使用貸借契約は民法1023条2項の「その他の法律行為」に該当し、遺言は撤回されたものであるし、また、Xの請求は権利の濫用であるなどと主張して争った。

**【判決要旨】**

「被告は、本件は対抗関係の問題ではなく、遺贈と抵触する法律行為の問題（民法1023条2項）であると主張する。しかしながら、本件においては、前記のとおり、亡Bの死亡時に改めて使用貸借の合意があったのではなく、当初の使用貸借が引き続いていたと見るのが相当であり、新たな法律行為があったということはできない」として、公正証書遺言作成後の使用貸借契約の存在を否定した。

本判決では、被告が別途主張した原告Xの権利の濫用であるとの主張が認められて、結論として原告の主張は棄却された。

**【若干の検討】**

使用貸借契約は「処分行為」ではないので、まさに民法1023条2項の「その他の法律行為」概念が問題となる事案であった。しかし、本判決では、その契約の存在自体が否定されたため、民法1023条2項の適否の問題は門前払いとなった。しかしながら、被告が、使用貸借契約が「その他の法律行為」に該当するものであってその範囲で遺言に抵触しているとの主張をなしたことは非常に興味深い。

**〈事例⑨〉** 東京地判平成30年10月9日（判例集未搭載判例・D1-Law判例 ID 29052030）**【事実概要】**

原告Xは、亡Aの二男であり、被告Y1は長男、被告Y2は三男である。亡Bは原告X、被告らの母である。Aは、平成11年3月、その所有する三菱地所株式会社の株式5000株および日本電信電話株式会社の株式2株を原告Xに相続させるとの公正証書遺言を作成した。原被告ら兄弟4人は、平成17年2月11日、D霊園でBの納骨法要を終えた後に、A宅に集まってBの遺産分割についての話し合いをし、その際、本件三菱地所株式を原被告ら兄弟4人及びAに1000株ずつ分配する旨の合意（本件合意）をした。

Aは平成19年2月に死亡した。原告Xは、被告Y1とY2に対し、原告がAから遺言による相続により株式を取得したが、現在、振替口座簿に被告らがそれぞれ所有者として記録等されているなどと主張して、所有権に基づき、各株式の振替手続を求めるなどの訴訟を提起した。

これに対して、被告らは、Aが本件合意に関与しており、これによりAから本件三菱株式について1000株ずつ贈与を受けていたというべきであり、民法1023条2項などにより原告に相続させるとの遺言は撤回されたなどと主張して争った。

【判決要旨】

「A（当時、97歳）は、原被告ら兄弟4人が話し合いをしていた部屋の隣室のベッド上におり、何ら発言をすることはなく、原被告ら兄弟4人がAに対して本件合意の内容を説明することも、Aの意思を確認することもなかった」などのことが認定された上、「以上のことからすれば、本件合意にAが関与していたとは認められず、原被告ら兄弟4人が本件合意によりAから本件三菱地所株式について生前贈与を受けたとは認められないし、民法1023条2項、同条1項により本件三菱地所株式を原告に相続させるとの遺言が撤回されたと認めることはできない」と判示して、被告らの主張を退けて、原告の請求を認容した。

〈事例⑩〉 東京地判平成30年11月27日（判例集未搭載判例・D1-Law判例ID 29052788）

【事実概要】

原告X、被告Y1、Y2、Y3、Y4、Y5は、いずれも被相続人である亡Aの相続人である。Aは、平成20年6月、本件土地の共有持分を原告Xに相続させるなどの公正証書遺言を作成した。平成24年にJは裁判所に被相続人の任意後見監督人の選任を申し立て、被相続人の後見人となった。Jは平成26年3月、本件土地などを売却した。被相続人は平成26年7月に死亡した。Xは、Aの遺言により本件土地にかかる共有持分を相続したとして、その確認をする訴訟を提起した。

これに対して、被告Y4は、Jの本件土地の売却が遺言に抵触するものであるなどと主張して争った。

【判決要旨】

「被告Y4は、被相続人が本件遺言を作成した後の本件売却行為等が、原告に分筆前230番1の土地の共有持分2分の1を相続させる旨の本件遺言第1条と抵触すると主張する。民法1023条2項による遺言の撤回が擬制されるのは、遺言者に先の遺言の撤回の意思があると推定し得るからであるから、抵触する生前処分は遺言者自身によってなされたものであることが必要であると解するのが相当であるところ、前記認定事実によると、被相続人の任意後見人であるJが、本件売却行為等を行ったことが認められることから、本件売却行為等は、民法1023条2項の「生前処分その他の法律行為」には該当しないというべきである」とした。結論において、原告の確認は認容された。

【若干の検討】

任意後見人による処分が、民法1023条2項に規定される「生前処分その他の法律行為」に該当するか否かが争点となった事案であるが、該当するものではないと判示された事案である。

〈事例⑪〉 東京地判平成31年3月28日（判例集未搭載判例・D1-Law判例ID 29054531）

【事実概要】

原告Xは、亡Aの長女であり、被告Y1およびY2は、それぞれ二女、三女である。また、亡BはAの妻である。A死亡当時の相続人は原告および被告ら3名のみであった。Aは、平成

17年6月、以下のような公正証書遺言を作成した。

「 第 2 条 遺言者は、F のマンション持分を被告 Y 2 に相続させる。

第 3 条 遺言者は、E の土地建物を被告 Y 1 に相続させる。

第 4 条 遺言者は、遺言者の所有する現金及び預貯金債権から、F のマンション持分及び E の建物の固定資産課税評価額に相当する金員並びに E の借地権の路線価による借地権価格に相当する金員を原告に相続させ、その残金について、2 分の 1 を B に、その余の 2 分の 1 を原告、被告 Y 1 及び被告 Y 2 に均等の割合で相続させる。

第 6 条 遺言者は、遺言者の死亡以前に B が死亡したときは、第 4 条で B に相続させるとした財産を原告、被告 Y 1 及び被告 Y 2 に均等の割合で相続させる。」

その後、A は、平成 19 年に Y 2 に対して 2200 万円を贈与し、平成 20 年 5 月には、F のマンション持分を、その余の持分を有する共有者であった被告 Y 2 とともに売却し、亡 A の持分に相当する売却代金 845 万 7279 円を取得した。

A は平成 22 年 10 月、B は同年 4 月に死亡した。原告 X は、被告らに対して、本件遺言第 4 条により原告が単独で相続するものとされた金員の額—F のマンション持分及び E の土地建物の価額算定時点及びその価額などを争点として、被告らに遺産の範囲を確認する訴訟を提起した。

これに対して、被告らは、以下のように主張して、争った。すなわち、「ア 遺言と抵触する生前処分がなされた場合には、その抵触する遺言は撤回されたものとみなされる（民法 1023 条 2 項）、これは物理的に全く執行不能となった場合に限られず、諸般の事情により観察して後の生前処分が前の遺言と両立せしめない趣旨のもとにされたことが明らかである場合も包含するものである」。

「イ 本件遺言は、被告らにそれぞれが居住していた不動産を相続させ、現状の居住状況を保護するべく作成されたものであり、その代わりに、原告にはそれらの固定資産課税評価額相当額の金員を取得させることで、不完全ながらも被告ら及び原告の間の公平を実現することを趣旨としていた」。「本件生前処分により被告 Y 2 が不動産を相続しないことになった以上、原告にこれに代わる金員を取得させたならば、本件遺言が実現しようとしたバランスは完全に崩壊することとなるから、本件生前処分が、F のマンション持分を被告 Y 2 に取得させる旨の本件遺言第 2 条を撤回するだけでなく、第 4 条のうち、F のマンション持分の固定資産課税評価額相当額の金員を原告に相続させる旨を指定した部分について、これと両立させない趣旨でなされたことは明白である」とするものであった。

#### 【判決要旨】

「被告らは、本件生前処分は、本件遺言の第 4 条のうち、F のマンション持分の固定資産課税評価額に相当する金員を原告に相続させる旨を指定した部分と抵触する行為であるとして、民法 1023 条 2 項により、本件指定部分は撤回されたものと解すべきであると主張する」。「ここで、同項にいう「抵触」とは、単に、後の生前処分を実現しようとするときには前の遺言の執行が客観的に不能となるような場合のみにとどまらず、諸般の事情より観察して後の生前処分が前の遺言と両立せしめない趣旨のもとにされたことが明らかである場合をも包含するものと解するのが相当であるから、以下、本件生前処分が、本件指定部分と両立せしめない趣旨のも

とにされたものであるかについて検討する」として、諸事情を検討等の上、「本件生前処分は、本件遺言第4条の本件指定部分と抵触するものとは解されない」との判断の結果を述べて、結論として、本件事案につき、一部却下、一部認容、一部棄却とした。

#### 【若干の検討】

生前処分が遺言に抵触するか否かという事実認定が主な争点の事案であったが、「抵触」とは、単に、後の生前処分を実現しようとするときには前の遺言の執行が客観的に不能となるような場合のみにとどまらず、諸般の事情より観察して後の生前処分が前の遺言と両立せしめない趣旨のもとにされたことが明らかである場合をも包含するものと解するのが相当である」との一般論の判示には注目すべき点もある。

### V 総合的検討 —結びに代えて—

本稿の最後に、学説および判例・裁判例の各々の検討結果を踏まえて、総合的な視点から整理して検討し、結論としたい。

IV章における11件の各々の【若干の検討】ですでに述べたことと重複する点もあるが、改めて整理すると次のようになると思われる。

民法1023条2項の「生前処分その他の法律行為」の概念の具体的内容について、裁判紛争としては、目的物の売却などがあり、それは「生前処分」であることは明らかでありながら、その法律行為がそれより前に作成されている遺言に「抵触するか否か」が争われるケースが多いように思われる。しかし、本稿では、そもそも「生前処分その他の法律行為」概念が具体的紛争でどのように解釈されているかを議論の対象としものである。

〈事例①〉および〈事例②〉では、「財団設立申請」が「生前処分その他の法律行為」に該当するのかが争われた。主務官庁の許可がない間はこれに該当しないとの結論であったが、裏を返せば、主務官庁の許可が下りていれば該当するという結論にもなりうる事が確認された。〈事例④〉と〈事例⑤〉で問題となった「協議離縁」については身分行為であるが「その他の法律行為」に該当すると判断された。そして、〈事例⑥〉は「死因贈与」であるが、学説においても支持されているように、「生前処分その他の法律行為」に該当すると判断がなされた。〈事例⑧〉は、使用貸借という無償行為でありかつ処分行為ではない法律行為が問題とされたが、「生前処分その他の法律行為」に該当するか否かの判断はなされずに、その存在が否定されたという事例であった。この判決は結論として使用貸借の存在を主張した被告が勝訴している。〈事例⑦〉は、財産の「生前処分」の典型事例であるが、1023条2項の適用を受けた。〈事例⑩〉では、「生前処分その他の法律行為」が遺言に「抵触」していないという判断であった。

さて、このように全体を振り返ると、「財団設立」、「協議離縁」、「死因贈与」、「使用貸借」、財産処分といったように、これまで戦後の判例・裁判例が民法1023条2項の「生前処分その他の法律行為」概念に該当すると判断した法律行為は、多岐にわたるものということができそうである。財産行為と身分行為、有償行為と無償行為、また、単独行為と双方行為などといった具合に、様々な事項が「生前処分その他の法律行為」として扱われ、また、扱われる可能性を示してきている。

最後に、Ⅱ章で掲げた筆者の問題意識に立ち返ると、「死後事務委任契約」は、民法1023条2項の適用を受けるのかということとなるが、本稿で採り上げた判例・裁判例には、「死後事務委任」の事例は存在しないので、本稿の結論としては留保せざるを得ない。しかしながら、上述のように「その他の法律行為」概念が非常に多岐にわたって広く解釈されているという本稿の分析結果から推し量るならば、死後事務委任契約がこれに該当すると解釈することが可能であるという素地は少なからず有ということが結論付けできそうである。

本稿では、民法1023条2項の「生前処分その他の法律行為」概念について、戦後の判例・裁判例の検討をしたにとどまるものである。同条同項のより広い視点からの解釈の議論は今後の課題とさせていただければ幸いである。

### 〔注〕

- 1) 谷口聡「死後事務をめぐる課題と展望」市民と法118号（2019）21頁以下。
- 2) 山本正憲「第1023条」中川善之助ほか編著『新版注釈民法（28）相続（3）〔補訂版〕』（有斐閣2014）405頁以下。
- 3) 潮見佳男『相続法〔第2版〕』（弘文堂2005）176頁以下。
- 4) 近江幸治『民法講義Ⅶ 親族法・相続法』（成文堂2010）331頁。
- 5) 内田貴『民法Ⅳ補訂版 親族・相続』（東京大学出版会2007）437頁。
- 6) 窪田充見『家族法』（有斐閣2011）447頁。
- 7) 松倉耕作『新・民法学5家族法』（副田隆重ほか共著）（成文堂2004）294頁。
- 8) 二宮周平『家族法 第3版』（新世社2010）393頁。
- 9) 二宮周平「第一〇二三条」松川正毅ほか編『基本法コンメンタール第四版 / 相続』（日本評論社2003）209頁。
- 10) 佐藤義彦「判批」民商法雑誌61巻6号（1970）99頁、依田精一「判批」家族法判例百選（新版）〔別冊ジュリスト40〕（1973）279頁以下、加藤永一「判批」判例評論126号（1969）27頁、奈良次郎「判批」法曹時報21巻8号（1969）133頁、森泉章「判批」家族法判例百選（第3版）〔別冊ジュリスト66〕（1980）250頁以下、米山隆「判批」経済理論112号（1969）101頁、松尾知子「判批」家事関係裁判例と実務245題（判例タイムズ臨時増刊1100）（2002）468頁以下。
- 11) 青山達「判批」東京公証人会会報（1990）2頁。