

# 死 因 贈 與

蔣 榮 吉

## 目 次

第一章 序論	第四章 日本的學說・判例
第二章 沿革	第五章 檢討
第三章 日本的立法例	第六章 結論

## 第一章 序論

因贈與人之死亡而生效力之贈與，謂之死因贈與（mortio causa donatio, donatio mortio causa）。我民法關於死因贈與雖無特別規定，但學說咸認其為有效，殆無疑義（註一）。

依日本民法第五五四條「因贈與人之死亡應發生效力之贈與，依關於遺贈之規定」·遺贈乃單獨行為；而贈與乃契約行為（註二）。如何贈與與死因贈與相當，如何範圍內應準用關於遺贈之規定，在日本為一疑難問題。日本最高裁判所關於死因贈與應否準用日本民法第一〇二二條（相當我民法第一二一九條）有關遺贈撤回的規定，有肯否兩種判斷（註三）。引起學說的論爭（註四）

死因贈與源自羅馬法，經德國普通法繼承，遞嬗迄今。因贈與人之死亡而生效力之贈與，其法律構成應有多種。為探討死因贈與的法律構成，追溯死因贈與的沿革，當有所助益（註五）。

本稿主要透過日本的判例・學說探討死因贈與應否準用遺贈撤回的規定，藉以究明

無償行為的法拘束性問題。即無償契約乃至無償行為應否給予法保護的問題。關於此問題，否定說的論據簡明，肯定說從各種角度論述其根據。

我民法關於死因贈與無特別規定，因此學說對死因贈與的構造尙少論述（註六）。藉日本的判例。學說探討前述問題，究明死因贈與的構造乃本稿的目的。

## 第二章 沿革

### 第一節 羅馬法

羅馬法把死因贈與解為贈與人先於受贈人死亡所設的贈與、或死因贈與的存續係基於受贈人較贈與人長壽而設的贈與、死因贈與通常預定贈與人先於受贈人死亡，或受贈人較贈與人長壽為前提而設。尤其是贈與人現在遭遇生命危險，如贈與人未能克服此危險時，贈與僅於此時發生效力。於此等情形，如受贈人先於贈與人死亡、或贈與人克服此生命危險時，贈與人均有請求返還贈與目的物的資格（註七）。死因贈與有二，亦即瀕於特定的生命危險而為死因贈與，或不以生命危險為前題，僅以想起必死（Gedenken

an Sterblichkeit) 而為死因贈與。

死因贈與有附停止條件及附解除條件等二種。附停止條件死因贈與，乃因贈與人瀕於重病或戰爭等死亡威脅時，以因此等特定危險而死亡為條件所為之贈與（註八）。附解除條件死因贈與乃瀕於死亡危險的贈與人使受贈人立即取得贈與目的物，贈與人避免該危險且較受贈人長壽時，贈與人得以預定目的不到達為理由，請求返還贈與目的物（註九）。

死因贈與雖解為附條件的贈與，但於古典法與通常的生前贈與相同，即死因贈與須受贈人的承諾，且關於方式，並不要求適用比通常的生前贈與較特別的方式（註一〇）。

古典期以降死因贈與漸接近遺贈（legatē），其理由乃死因贈與的目的近似遺贈、於優帝法幾乎與遺贈完全同化。

死因贈與於古典期承認可以撤回（Wideruf）。死因贈與於優帝法，異於普通的贈與，僅贈與人的意思得撤回。（註一一）亦即於羅馬法，死因贈與的條件未定之前，承認贈與人有撤回權。

## 第二節 德國普通法理論

德國繼受羅馬法的死因贈與。

死因贈與於普通法大致定義如下：因贈與人的意思，把契約的存續繫於贈與人不比受贈人長壽的贈與（註一二），或贈與人預期先於受贈人死亡而為贈與，因贈與人先於受贈人死亡而完成，如贈與人於受贈人死亡後尚生存時失其效力（註一三）。

由上述的定義可知死因贈與具有附條件贈與的性質，此際附條件贈與應解為附停止

條件或應解為包括附停止條件與附解除條件，見解未趨於一致。Arndts氏解為死因贈與因贈與人死亡而終於確定，以贈與人（先於受贈人）死亡為法律行為的停止條件，或以受贈人先於贈與人死亡為法律行為的解除條件（註一四）。Dernburg氏認為贈與目的物於下述的情形讓與。即受贈人起先僅取得持有，因贈與人死亡始取得法律上的占有及所有權。因此占有及所有權的取得繫於停止條件（註一五）。

普通法理論對於附條件贈與究竟以何者為條件亦有爭論。第一種見解認為須贈與人因特定的死亡危險始可。Windscheid氏主張死因贈與的特質係贈與人顧慮現在乃至將來的生命危險而為贈與，僅是贈與人較受贈人長壽尚不足，須贈與人避免該生命危險而延命時，該贈與始失效。此特定的死亡危險勿論是現在與否均可（註一六）。

第二種見解認為死因贈與有因贈與人的特定（急迫）死亡危險及贈與人對將來一般的死亡預期等二種。死因贈與的概念包括贈與人的死亡係因特定原因及不因特定原因。Keller氏更進一步認為人畢竟將（必）死的一般想法（Allgemeine Gedanke an den jedenfalls ein Mal eintretenden Tod）是死因贈與的基礎，死因贈與的特質存於該基礎（註一七）。

贈與人與受贈人同時死亡時，附停止條件贈與仍完全有效，贈與人的繼承人不得撤銷。

死因贈與即使附停止條件，贈與目的物的持有多於契約時移轉（註一八）

普通法理論認為死因贈與的贈與人有撤

回權。但贈與人的撤回權并非贈與人的本質要素，贈與人得放棄之。Dernburg氏表示贈與人預期自己的死亡而為贈與，并以通常的動機特別表示時，此種贈與與死因贈與的區別完全是契約解釋的問題。法院於贈與人保留撤回權時認為係死因贈與（註一九）。Windscheid氏表示死因贈與係以契約形式所為的終意處分(Letztwillige Verfuengung)，與以遺囑處分(testamentarische Verfuengung)相同，讓與人因其死亡已經不能保有讓與目的物時，具有把此目的物讓與的目的（註二〇）。

因此死因贈與於目的、效果之點類似遺贈(Legate)。

另一方面，因贈與使受贈人的財產增加者係贈與人本身而非從繼承財產，此點於本質上異於遺贈，乃死因贈與與通常贈與完全相同（註二一）。

從上述諸點，死因贈與位於生前贈與(doratio inter vivos)與遺贈(Legate)的中間。

死因贈與因具有生前贈與的性質，須具備下述要件。

- 一、死因贈與乃生存者之間，以契約訂定，須受贈人的承諾。
- 二、締結死因贈與要求與通常贈與相同的方式（註二二）。

因死因贈與類似遺贈，應用有關遺贈的理論。亦即關於遺贈的法律限制及特典於死因贈與亦有適用（註二三）。

### 第三節 德國 民法制定前

德國民法制定前，拜耶倫邦法(Bayrisches Landrecht)評死因贈與係以

遺囑的遺贈(testamentarisches Vermaechtniss)（註二四）。奧地利民法倣拜耶倫邦法，并附加規定：如不以撤回權的否定做為明示條件者。認係未附條件的生前贈與（註二五）。普魯士普通法把死因贈與視為附條件的生前贈與；明示保留撤回權時，把死因贈與視為以遺囑的遺贈予以處置（註二六）。薩克遜民法把贈與分為既已履行及僅為贈與約定等二種，前者為（附條件的）生前贈與；後者為指定繼承人契約或終意處分(letz willige Zuwendung)（註二七）。

普通法理論把死因贈與視為非生前贈與亦非遺贈的特殊法律制度，而此等邦法把死因贈與歸入生前贈與或遺贈或終意處分等既存制度予以處置。

### 第四節 德國民法

德國民法第二三〇一條、關於死因贈與設有規定。同條第一項規定「贈與之約定，附有受贈人比贈與人後死之條件者，適用關於死因處分之規定」。同條第二項規定：「贈與人給付其給與之標的物以履行贈與者，適用關於生前贈與之規定」（註二八）。

此規定的立法旨趣係為具有利害關係之人依其各別意圖(Willensmeinung)預留活動空間。以遺囑或契約為死亡原因的給與(Zuwendung von Todeswegen)者依贈與的規定已足，另一方面，把死因贈與視為特殊的法律制度而發展至今日仍不能解決的爭點，因不採用此制度對剷除（爭點）的要求不應否定（決）。因此否定採用特殊法制度的死因贈與，適用較鄰近的典型贈與。如僅為贈與約定，則適用繼承人指定契約或遺囑契約的規

定；如贈與已履行，則適用生前贈與的規定（註二九）。德國民法的規定乃沿襲薩克遜民法的體裁。

因此德國民法的死因贈與欠缺與德國普通法理論的銜接。於普通法理論採用特殊法制度的死因贈與於德國民法已不復見。

死因贈與喪失獨立性，僅於繼承契約（Erbvertrag）或生前贈與的範圍內予以理解，已如上述。因此死因贈與的贈與人有否任意的撤回權繫於繼承契約或生前贈與得否撤回。於生前贈與否定任意撤回。繼承契約源自日耳曼法，因契約否定遺囑人的任意撤回乃其特點（註三〇）。因此死因贈與的贈與人并無任意的撤回權。應注意者，此結論并非承認死因贈與性質的存在。已如上述。死因贈與本身已被否認（定）。

於德國民法死因贈與係附條件的契約。此契約勿論具有存命中的贈與性質抑或繼承契約的性質，均無差異。「受贈人較贈與人長壽」為條件的內容即已足，毋須贈與人因特定的生命危險而死亡為條件的內容（註三一）。又此條件得為停止條件及解除條件。即使附停止條件表示其贈與履行（Vollzug）係於條件成就與否不確定期間所為（註三二）。

### 第三章 日本的立法例

#### 第一節 現行民法以前之規定

本章依日本民法的立法過程考察有關死因贈與的規定。依學者研究，皇國民法假規則（明治五年）第三五八條（註三三）規定預約遺贈係羅馬法、德國普通法理論所謂的死因贈與（註三四）。依此條文的規定，雖

係立有書面，亦得撤回（註三五）。因此對贈與人的撤回權并無限制。贈與人於條件未成就前移轉贈與目的物與受贈人并未規定。

日本舊民法是否制定死因贈與尚有爭議。蓋學者對舊民法第三八九條的理解不同（註三六）。一說本條係附條件遺贈（似贈與之誤）——於贈與人死亡後與遺贈發生同一效力（註三七）。另說本條係附不確定期限贈與（註三八）。

學者對本條「其效力與遺贈相同」的效力規定，見解歧異：一說認為效力全部均適用有關遺贈的規定（註三九）。另說認為「贈與與遺贈有別，即於遺贈遺囑人得隨意罷廢；贈與乃合意而成立，不得罷廢」。「其效力與遺贈相同」之規定僅於特留分扣減時有其適用。有關遺囑人的任意撤回權對本條的贈與并無適用（註四〇）。如依後說，本條應解為：以贈與人的死亡為始期的贈與與遺贈相同，應為特留分扣減之標的。

據舊民法第三五〇條、三六一條、三六二條（註四一），學者認為舊民法承認解除條件贈與。因此以受贈人先於贈與人死亡為解除條件的死因贈與可以成立。舊民法未規定附停止條件贈與，學者的論著亦未敘及，因此推衍未意識附停止條件死因贈與的存在。

死因贈與契約論者據舊民法第三五〇條規定，否定贈與人的任意撤回權；主張死因贈與於法律上與生前贈與并無差異（註四二）。

#### 第二節 現行民法

日本民法第五五四條的起草人穗積氏於法典調查會答稱：當事人之一方將自己的財

產無償給與相對人謂之贈與——存命中所為贈與及因死亡而生效力之贈與當然包括在內。因死亡而生效力之贈與不能置於生存者之間所為贈與規定之內——因不知何時死亡，關於撤銷贈與要求特別方式——關於執行贈與之方法須經煩雜的各種手續，畢竟能與依遺囑而為之贈與適用相同規定，與生存者之間所為之贈與完全相異，是故從本章（贈與）把因死亡而生效力之贈與除外」（註四三）。

起草人完全否定「因死亡而生效力之贈與」適用第五四九條以下之贈與規定，應適用遺贈規定。於此意義，死因贈與失卻獨立存在之意義。淪落與拜耶倫邦法相同處境。

但另一民法起草人梅氏持相反見解，認為「這（死因贈與）不是純粹遺贈，仍是贈與」（註四四）。「新民法與舊民法相同，贈與乃契約，是故遺贈非贈與——其（死因贈與）性質近似遺贈，因此與其適用有關贈與規定，毋寧適用有關遺贈規定較為妥當」。「外國法律雖往往將此種（死因）贈與當做遺贈，然其性質乃純粹贈與而非遺贈，僅是其效力與遺贈相同較為妥當」（註四五）。梅氏反對如拜耶倫邦法將死因贈與視同遺贈，僅同意其效力準用遺贈規定。

民法起草人之間的意見雖有對立，但議論未臻詳盡，為往後學說的論爭提供議題。立法乃依穗積氏的見解。即「因死亡而生效力之贈與」不適用贈與的規定，完全適用有關遺贈的規定。

## 第四章 日本的學說・判例

學說以最高裁判所肯定撤回權的判決為基準，分為前期與後期・判例最初肯定撤回

，爾後連續採相反的見解，引起學說的爭議，已如上述。

### 第一節 前期學說

自現行民法典制定，前期學說分三期。第一期（明治廿九年至大正五年）延續民法典制定時起草人之間的爭議。第二期（大正五年至昭和三年）確立死因贈與係獨立制度。第三期（昭和四年至同四六年）承繼上期確立的成果，另添加撤回權的議題，展開日本獨特的議論。

#### 第一目 第一期學說

此時期的學說延續起草人之間的意見對立，已如上述。肯定說主張死因贈與應完全適用遺贈的規定。其論據：「從兩者的效力發生時期的同一性推測當事人的合理意思」（註四六）。就此論據推衍闡釋：「此種（死因）贈與於性質上不外乎附始期贈與，固非遺贈。蓋於任何情況贈與係契約；遺贈恆是單獨行為。然兩者於因贈與人或遺贈人死亡而生效力之點完全相同。民法著眼於此效力發生時期的相同，推測當事人的意思，此種贈與完全準用有關遺贈的規定」（註四七）。

反對說有二說。一說以遺贈方式不適用為前提，主張遺贈效力適用於死因贈與（註四八）。二說主張遺贈方式、效力適用於死因贈與（註四九）。一說的論據大致與肯定說相同，但未明示採此前提的理由。二說未言明所以限定遺贈方式，效力的理由，且二說限定的範圍異於一說。

肯定說主張死因贈與應完全適用遺贈的規定，因此使死因贈與喪失其獨立存在的意義。反對說雖站在維持死因贈與獨立存在的

立場，但未提出其理論構成。

肯定說將死因贈與解為「以贈與人的死亡為始期的贈與」。未明示其根據，料係解釋舊民法第三八九條而來（註五〇）。

### 第二目 第二期學說

此時期的學說確立死因贈與係獨立的制度。著名民法學者均著眼於兩者的法律性質的不同，區別有關遺贈規定。認定何者得準用；何者不得準用於死因贈與。其論據：「死因贈與與遺贈相同，因贈與人死亡而生效力，以其死後的財產處分為目的，兩者於經濟目的雖無任何差別，但於法律性質，一方係契約，相反的，他方係單獨行為。是故有關遺贈規定原封不動的適用於死因贈與，事實上到底不可能——為使死因贈與適用有關遺贈規定，有關遺贈諸規定，特別是因遺贈係單獨行為之故而存在的規定及非此之故而存在的規定予以區別，其中僅後者解為於死因贈與準用，前者不認其準用乃最正當」（註五一）。關於遺囑撤回的規定於死因贈與可否準用，特別引人注目。「此等（遺囑撤回）規定於死因贈與可否準用乃最有疑問。蓋死因贈與乃一契約，以贈與人一方的意思過分的允許任意的撤回，雖感到有違契約的一般原則，但已如上述，於羅馬法如無特別規定，承認贈與人得任意撤回又於普魯士民法不僅得以特約保留撤回權，關於贈與人的死後財產狀態的處分盡可能使贈與人依其接近死亡時期的意思予以決定乃適當。因此不必解為死因贈與純理上不能伴隨撤回權，是故民法不拘泥死因贈與係契約，寧可解釋允許贈與人任意撤回乃正當」（註五二）。

類似的主張認為「死因贈與於死後以處分財產為目的之點與遺贈有同一的經濟目的

。關於達成其經濟目的的手段，彼此之間有很大的差異，遺贈係單獨行為，相反的，死因贈與係契約——民法所以於死因贈與準用有關遺贈的規定，非因其性質類似，乃基於其目的及效果的類似」（註五三）。

至於法律構成有將死因贈與認為「贈與人先於受贈人死亡為條件的贈與，屬於附條件贈與的一種」（註五四）。亦有認為「死因贈與與遺贈相同，以贈與人死亡當時受贈人尚生存的法定條件」（註五五）。

### 第三目 第三期學說

死因贈與於上期學說已確立係非贈與非遺贈的獨立制度。此時期的學說於贈與人可否任意撤回產生對立。

否定贈與人的任意撤回，其論據如下：「基於單獨行為的規定及其意思表示不必（要）向相對人為之的規定於遺贈不準用，僅非此等規定有準用，基於贈與（似遺贈之意）係單獨行為，其意思表示不必（要）向相對人為之，解為不準用有關撤回的規定乃妥當。蓋滿十五歲以上者不僅皆有遺贈能力——遺贈的意思表示不要向受遺贈人表示，又如非遺贈人死亡後，通常受遺贈人不知遺贈事實，遺贈人於生前隨時得依遺囑方式撤回其遺贈乃相當，此即所以有撤回規定的理由——相反的，非成年人不僅無為死因贈與的能力，做為一契約受贈人因此（契約）取得於贈與人死亡當時自己（受贈人）尚存命為法定條件的一種財產權。此權利依日民法第一二九條的類推得為保存或擔保的標的。又特別作成契約証書為死因贈與時，如贈與人得自由撤回，可說無視信義原則，違反善良風俗，故如無特別的明文不得撤回乃穩當」（註五六）。

理論上此說從遺贈規定中析出基於單獨行為及意思表示不必向相對人表示的規定，此規定於死因贈與不準用。此說列舉十五歲以上未成年人得單獨為遺囑，遺囑係無相對人之單獨行為，相對人於遺囑發生效力前通常不知道遺贈等實質論據闡釋遺贈有別於死因贈與。

學說更有簡單的以死因贈與係契約為理由，否定贈與人的任意撤回（註五七）。

相反的，肯定說以撤回的規定并非因遺贈係單獨行為為理由，主張撤回規定於死因贈與亦可準用（註五八）。肯定說贊同死因贈與有別於遺贈。「遺贈與贈與的根本差異在於單獨行為之點，因此遺贈規定中因係單獨行為所為規定，解為於死因贈與不準用乃至當」。遺贈的撤回可否準用，肯定說的論據如下：「雖說適用有關遺囑撤回規定不無疑問，贈與人存命中不僅不生效力，逾接近最終時期逾有情事變更，順應自然發展允許撤回或變更贈與可說符合死因贈與的性質」（註五九）。此說列舉贈與人死亡前不生贈與效力及隨著贈與人死亡的接近，可能發生情事變更等實質理由肯定撤回規定於死因贈與有準用。此說與上期的見解相同，雖承認兩者的法律性質有異，但未必以基於單獨行為的規定與否為形式判斷的基準，另有獨特的見解。認為死因贈與的性質，與其解為於贈與人死亡時受贈人尚存命為條件的附條件生前契約，毋寧信其具有死後契約性質的繼承契約。關於可否準用撤回規定，此說認為遺贈係一方（單獨）行為，死因贈與係契約，贈與人不得任意撤回意思表示，此說將死因贈與解為德國法的繼承契約，從而推衍其結論。

此時期關於贈與撤回規定於死因贈與可否準用的爭論，以肯定說占多數（註六〇）。

前期將死因贈與解為（法定）停止條件贈與。本期雖同樣將死因贈與解為附停止條件贈與，但是以贈與人的死亡為停止條件。死因贈與係贈與人於生前締結契約，以贈與人死亡為（法定）條件而生效力的契約（註六一）。

## 第二節 後期學說

後期學說以最高裁判所肯定贈與人得撤回死因贈與為契機，引起爭論。議論的焦點集中於死因贈與可否撤回。否定說的論據雖簡明，但肯定說從各個角度說明其論據。

將死因贈與與遺贈同視，定位於尊重最終意思的制度。「對準用一〇二二條（相當我民法第一二一九條）受贈人因契約取得附條件權利會發生當事人一方受害的結果，批評準用說不當。但應注意的是取得的權利非一般的附條件權利而是死因贈與的附條件權利。準用撤回規定使死因贈與的契約性質，受贈人因死因贈與取得期待權（附條件）的性質，於贈與人存命中顯然是微不足道。我想毋寧這樣才是妥當」（註六二）。「一般人在處分死後財產時，直截了當做「死後財產的處分」。通常不在遺贈與死因贈與之間選擇。上述之事，與不應於遺贈與死因贈與之間就法處理的結果設置本質差異的解釋相關連」（註六三）。此說從一般人的法意識批評區別遺贈與死因贈與的法解釋的不當。此說亦從適用日民法第一〇三三條（註六四）的結果，論述於侵害特留分時，死因贈與扣減順序後於遺贈的不當（註六五）。

「贈與之特色在於具有非交易性格。於一般生活關係，贈與係以禮儀、社交、感情的行為為之。即使約定贈與，當事人間多不具有契約的法意識。從贈與的動機、或無償性而言，贈與的法保護的脆弱性乃制度上不得不使然。死因贈與於此點乃非例外。從實質觀之，死因贈與於贈與人的意思、經濟目的具有類似遺贈的性質，從形式觀之，民法既然規定應依遺贈效力規定，依其旨趣，於處分人能撤回處分行為之點，受同樣待遇乃妥當」（註六六）。

此說從贈與契約的法意識、動機、無償性推衍贈與的法保護的脆弱性。另從贈與人的意思、經濟目的探求遺贈與死因贈與的類似性。論述準用撤回規定的依據。

「死因贈與的情形異於遺贈，因於生前以保持贈與人與受贈人之間的情誼關係為目的。情誼關係發生破綻時，契約解除成為問題。因此死因贈與的脆弱性源自贈與的性質」、「死因贈與撤回時，通常係情誼關係也發生破綻的情形居多」（註六七）。因此原則上肯定準用撤回規定。

「贈與的內容係以當事人特別是贈與人的個別情事為背景而決定，乃不待言。即贈與人考慮成為背景的社會情事等，決定如何形式如何內容的財產處分。這樣的當事人特別是贈與人的意思必須尊重」。「於死因贈與，當事人特別是贈與人的個別事情及其意思應較生前贈與更受尊重」（註六八）。此說強調贈與人的意思必須尊重，準用撤回規定乃是必然的結論。

「尊重死因贈與人的最終意思是應該的，乃不特言。但這件事與死因贈與準用民法第一〇二二條有關遺囑撤回規定，未存有直

接關連。勿寧是死因贈與與遺贈相同，因贈與人死亡而生效力之點，其主要根據應求於此點。即不論遺贈或死因贈與，直到遺贈人、贈與人死亡前，法律行為尚不發生效力，依撤回自由原則，僅陳述隨時得自由撤回之旨而已」（註六九）。

此說主張遺贈與死因贈與的相同點存於遺贈人、贈與人死亡前，法律行為尚不發生效力。基於撤回自由原則，死因贈與準用遺囑撤回規定。

至於承認贈與人的撤回權是否違反死因贈與的契約性質，準用說認為如解為贈與人保留契約的撤回權即可（註七〇）。準用說例外的否認贈與人的撤回。贈與人的撤回如顯然違反正義、衡平的理念（註七一）。權利（撤回權）濫用（註七二）、違反誠實信用原則（註七三）等情形時，例外的限制撤回權的行使。撤回自由原則係基於即使阻止贈與效果之發生亦無害相對人乃至第三人的利益。如因撤回損害相對人等的利益時，依其情形可限制撤回自由原則（註七四）。

附負擔死因贈與解為因附負擔，放棄撤回的自由（註七五）。

對於上述的肯定說，否定說認為死因贈與既然是契約，不應承認贈與人一方意思表示的撤回（註七六）。

### 第三節 判例

死因贈與的判例如包括下級審為數不少。本節僅引用最高裁判所有關撤回的判決。

〔一〕最判昭47、5、25民集二六・四・八

〇五

事實：被告Y係被繼承人訴外A的繼室。Y對A死後的生活感到不安。A亦考慮到



此點，并防止死後爭產，於宴請其子之一人原告X<sub>1</sub>時，A表明將A Y同居使用的本案土地房屋全部以死因贈與與Y，并做成書面。爾後Y要求於A生存中為移轉登記，A主張係死因贈與，未允Y的要求，致夫妻感情欠佳，形成分居。A以出賣本案房地予第三者的意思，與買主談妥價錢，準備移轉登記，Y查知此事，取得假處分裁定，預告登記本案房地。與此相抗衡，A以夫妻間的契約撤銷權（日民法七五四條）為理由，以存証信函撤銷本案贈與契約。A Y互提離婚、夫妻同居及支付生活費的調解，A於此等案之調解中死亡。A之子X<sub>1</sub>等對Y提起確認贈與契約不存在、撤銷認可預告登記的裁定，塗銷預告登記等之訴。第一審X<sub>1</sub>等敗訴，第二審以夫妻關係破綻後不得據夫妻間的契約撤銷權撤銷死因贈與，但得準用遺贈規定撤銷死因贈與，認可X<sub>1</sub>等的請求，命為繼承登記。Y主張既不許夫妻間的契約撤銷，反而認可死因贈與的撤銷，論理上不合邏輯，理由不備，提起上訴。Y主張遺贈規定於死因贈與準用，限於有關遺贈的效力。

判旨：「蓋於撤銷遺囑，民法一〇二二條（相當我民法第一二一九條）除有關（遺囑）方式規定外，應解為對死因贈與亦準用。蓋死因贈與係因贈與人的死亡發生贈與效力，關於該贈與的死後財產處分，與遺贈相同，尊重贈與人的最終意思，理應由該最終意思決定。因此，贈與人的該死因贈與的撤銷權與對配偶贈與時贈與人所具有夫妻間的契約撤銷權係個別獨立的權利，即使否定此等權利中之一個撤銷權的行使，仍得認可其他的撤銷權的行使，乃不待言」。上訴駁回。

本判決蘊含的問題乃立有字據的死因贈與是否不需任何方式得撤銷之。本判決肯定遺贈的撤銷規定（日民法一〇二二條以下），除遺囑方式的規定外，對死因贈與亦準用，即認可以單純的意思表示撤銷死因贈與。戰前大審院判決（註七七）已認可準用遺囑撤回規定（日民法一〇二二條），至此判決可說確定（註七八）。

主張死因贈與係契約，不準用遺囑撤回規定者不許當事人一方（贈與人）以單純的意思表示撤銷死因贈與。本案係立有字據的贈與，贈與人僅能於日民法五五〇條（相當我民法第四〇八條）的範圍撤銷。即立有字據的死因贈與不得撤銷，法院不應侵害受贈人因契約取得的附條件權利（註七九）。

(二)最判昭五七、四、三〇民集三六、四、七六三事實：遺囑人A與其長男X<sub>1</sub>之間於昭和三五年締結死因贈與契約，其內容：(1)X<sub>1</sub>於某公司在職中，每月三千元及任職公司一年二次的定期賞金的半數寄送贈與A。(2)X<sub>1</sub>履行債務時，A將遺產全部於A死亡同時贈與X<sub>1</sub>。X<sub>1</sub>於昭和五三年三月退休為止，依照契約條款繼續送款。未久同年五月A死亡。

A雖與X<sub>1</sub>締結契約，但於昭和四九年及同五二年立有自書遺囑，將屬於遺產的不動產遺贈與次男Y<sub>1</sub>次女Y<sub>2</sub>。X<sub>1</sub>提起遺囑無效之訴。X<sub>1</sub>主張於附負擔死因贈與，其負擔之給付已於遺囑人生前履行完了，不準用遺囑撤回規定，如X<sub>1</sub>不解除，契約不失效。第一、二審X<sub>1</sub>敗訴。附負擔死因贈與關於方式規定除外，準用遺囑撤回規定。負擔的全部或一部已履行者亦同，視為被成立在後的遺囑撤回。X<sub>1</sub>上訴。

判旨：負擔的履行期訂於贈與人生前的附負擔死因贈與，受贈人依契約的本旨履行負擔的全部或類此程度時，尊重贈與人的最終意思之餘而犧牲受贈人的利益乃不合適，按照如右贈與契約的締結動機、負擔的價值與贈與財產的價值之間的相關關係、如右契約的利害關係人之間的身份關係其他的生活關係，盡管如右負擔的履行情況，認為不得已須撤銷附負擔死因贈與契約的全部或一部的特別情事如不存的話，準用關於遺囑撤回民法一〇二二條、一〇二三條的各規定，應解為不合適。

原審對X主張負擔債務有無履行及上述的特別情事是否存在未加審理，解為附負擔死因贈與準用有關遺贈撤銷民法一〇二二條、一〇二三條各規定，以本案附負擔死因贈與契約牴觸遺囑為理由，判決本案遺囑不因右述死因贈與契約的存在而無效乃法令解釋、適用有誤，發回更審。

本案第一、二審對成為具體背景各個事實關係未加考慮，一律準用有關遺囑的撤回規定，有時產生顯然不當的結果。關於附負擔死因贈與的撤銷，本案判旨是第一次指摘有此情形的判例，值得注意。於贈與人生前，受贈人已履行負擔時，原則上不準用遺囑撤回規定。如有特別情事，例外的予以保留。判斷特別情事的有無，應考慮的要因，判旨列舉諸如贈與契約締結的動機、負擔的價值與贈與價值的比較、利害關係人之間的身份關係及其他的生活關係等等。

死因贈與準用遺囑撤回的規定，判例上既已確定，已如上述，本案判旨係對此原則，第一次於最高裁判所指摘有不準用的情形。

(三)最判昭五八、一、二四民集三七、一、二一

事實：本案土地登記簿所有人A（兄）對占有耕作人B（弟）提起返還本案土地及損害賠償之訴。第一審以土地係B所有為理由，駁回A的請求。A上訴。於第二審和解成立。內容如下「(一)B承認本案土地係A所有。(二)A對B及其子孫賦與無償耕作本案土地的權利，及不得為使B及其子孫喪失上述權利的一切處分。(三)A死亡時將本案土地贈與B及其繼承人……」。B於昭和三八年，A於昭和四七年相繼死亡，B的繼承人X<sub>1</sub>等以A的死因贈與提起請求本案土地的移轉登記之訴。第一審X<sub>1</sub>等勝訴。A的繼承人Y<sub>1</sub>等上訴及A B的兄弟之一Z參加訴訟。請求塗銷預告登記及返還土地。其根據係Z主張於A生前向A購買本案土地，因此A對B及其繼承人的死因贈與已撤銷。

第二審從A B之間的和解、死因贈與成立的經緯、和解的內容等，認為本案死因贈與不許撤銷，駁回上訴及參加人Z的請求。Z上訴。Z主張本案的死因贈與得否撤銷的問題，與死因贈與及其後對Z的買賣之間的雙重讓與、即是否成為對抗問題（登記於日民法僅為對抗第三人并無絕對效力）。係各別的問題。

判旨：依右述事實，A主張如登記名義的所有權提起訴訟，第一審敗訴。於第二審成立訴訟上和解。第一審認定為所有權人B承認A如登記名義的所有權，與此相交換，A承認占有耕作的現狀，對B及其子孫賦與無償耕作本案土地的權利，同時約定不得為一切處分使右述B及其繼承人的權利喪失。并約定A死亡時將本案土地贈與B及其繼承

人。綜合右述贈與的經過，贈與係於訴訟上和解的特殊形態及和解條款的內容等，解為贈與人A不得任意撤銷本案的死因贈與乃合適，與此同旨的原審判決乃正當．．．

Z主張雙重讓與的對抗問題，最高裁判所認為有理由，為使原審關於A與Z之間有無買賣及其效力如何，予以審理，發回更審（此部分與本研究無關，從略）。

判例(一)確立死因贈與原則上準用遺囑撤回的規定，已如上述。但因情事而異，例外的不許撤銷死因贈與。附負擔死因贈與的判例(二)即其適例。

本案前半判旨與此同旨趣，可說明示一個例外的事例。判旨綜合死因贈與成立的經過，訴訟上和解所為的特殊形態、和解條款的內容，即考慮諸種情事，認定不許撤銷的例外的死因贈與。

本案的死因贈與係解決親屬間財產紛爭的一種方法，採訴訟上和解的方式。實質上乃雙方互讓，即以有償、對價的關係做背景，而採死因贈與的形式。另一方面，不許撤銷附負擔死因贈與，乃受贈人已履行負擔。於此情形，亦係以有償乃至對價的關係為背景。因此同樣的以有償乃至對價關係為背景時，可視為判例否定死因贈與的撤銷。

## 第五章 檢討

死因贈與的沿革·學說、判例的經緯，已如上述。以此為根據，檢討死因贈與與同樣是無償行為的生前贈與及遺贈之間如何定位的問題，本稿集中於如下諸點的檢討。

第一、死因贈與的法律構成。畢竟不確定死因贈與係何種贈與，則檢討的對象就不能決定。

第二、由上述確定的死因贈與應視為既存的制度（例如遺贈）、或既存制度的任何一種均不恰當，是獨立的制度等予以檢討。

第三、經由上述的檢討，如視死因贈與係獨立制度，則檢討應否肯定贈與人得任意撤回死因贈與。基於此撤回權的有無與無償契約的法拘束性有瓜葛，本稿的焦點集中於撤回權。

### 第一節 死因贈與的法律構成

日民法規定死因贈與係「因贈與人之死亡而生效力」之贈與（日民五五四條），依此定義，贈與人死亡前已生贈與效力之贈與，顯然已排除於死因贈與。因死亡而生效力之贈與，具有何種內容的贈與并未規定，起草人的見解亦未詳。

已如上述，學說分為三說：(1)以贈與人的死亡為始期的附不確定期限贈與。(2)以贈與人的死亡為停止條件、附停止條件贈與。(3)贈與人死亡時受贈人尚存命為停止條件、附停止條件贈與。

照字義解釋(2)說，難免產生矛盾。蓋凡人必死無疑，不能以死亡為條件。但此說肯定準用日民九九四條（相當我民法第一二〇一條），因此(2)說不應解為以贈與人的死亡為停止條件，而應解為贈與人死亡時受贈人尚存命為停止條件。如此(2)說就完整。其結果(2)說與(3)說相同。學說對立僅於(1)說與(3)說。

(1)說主張不準用日民法九九四條，此乃死因贈與與遺贈的區別所在。但(1)說未說明為何不準用同條規定的理由。將死因贈與解為如(1)說所述，係附不確定期限贈與契約的法律構成亦未嘗不可。僅於倘死亡為贈與的

贈與契約，於如何情況解為附期限贈與，於如何情況解為死因贈與，均應規定。如屬於附期限贈與或死因贈與并不明瞭時，應以何者為原則型等均須規定。但(1)說付諸闕如。

(3)說符合羅馬法、德國普通法理論的死因贈與。於沿革上可以肯定。從沿革上而言，如(3)說所述的贈與可視為死因贈與。關於此點，反對說稱：條文僅規定「因贈與人之死亡而生效力之」贈與，將此贈與區別解為附始期贈與或附停止條件贈與并無必要，兩者均得解為本條的贈與（註八〇）。

但是如解為附停止條件贈與，畢竟是否發生贈與效力尚未確定。另一方面，如解為附始期贈與，則贈與效力確定會發生，僅是其效力發生時期向後延而已。因此於兩契約，當事人對契約所產生效果的期待自有不同。換言之，於附停止條件贈與契約受贈人可否取得贈與目的物，於契約成立時期尚屬不確定。相反的，於附始期贈與受贈人確實能取得贈與目的物。

因死亡而生效力之贈與，并非僅承認(3)說的附停止條件贈與。依契約自由原則，當事人得自由決定契約內容。如當事人雙方同意締結以贈與人死亡為效力發生始期的贈與，自無不可，乃不待言。僅是此種贈與不適用日民法五五四條，即不準用遺贈規定的贈與而已。學說肯定此種贈與的存在，以其與死因贈與相區別。

## 第二節 死因贈與的定位

死因贈與與贈與等其他的無償行為有何關係。學說分為三說。即(1)視死因贈與為遺贈。(2)視死因贈與如同德國民法的繼承契約。(3)視死因贈與別於其他的無償行為，係獨

立制度。因有日民法五五四條之故，尚無學說視死因贈與為生前贈與（註八一）。

(1)說係現行民法起草人所採。民法制定後不久獲多數學說支持。第二期以降贊同(1)說的論著漸少。

(1)說的疑難點乃死因贈與係契約，而遺贈係單獨行為，兩者的差異應如何評價。死因贈與雖是契約，但適用遺贈規定。批評者認為經由合意締結契約，一方面對受贈人的意思表示給予評價。另一方面，依遺贈規定為現實的法處理，對受贈人的意思表示全部不予評價，豈非矛盾（註八二）。(1)說對此批評辯稱：於死因贈與契約成立時期并非問題（註八三）。蓋「因贈與人之死亡而生效力」之贈與於此時尚不生效力，遑論對受贈人的意思表示給予評價。依此推衍，死因贈與應視為遺贈。(1)說反對死因贈與係契約的法律構成。(1)說非但與實際不符（詳如附負擔贈與判例（二）），且有違反契約自由之嫌（註八四）。死因贈與規定於日民法贈與之章節，贈與乃契約，因此死因贈與仍應依當事人合意的契約予以評價。

(2)說主張視死因贈與如同繼承契約予以評價。繼承契約源自日耳曼習慣法，乃德國民法的固有制度（註八五）。現行民法起草過程未提及有關繼承契約的規定，推測起草人未積極採用德國的繼承契約。德國民法有關繼承契約規定甚詳，起草人如有意倣效，似不應僅訂日民法第五五四條而已。由起草過程的文獻及民法規定的體裁而言，死因贈與似非倣自德國民法的繼承契約。但兩者的法律性質類似，容於次節探討。

死因贈與有別於生前贈與及遺贈。死因贈與係獨立制度的(3)說較可採。即死因贈與

係契約，有關遺贈規定亦準用的契約。

### 第三節 死因贈與的撤回

死因贈與的贈與人可否任意撤回，甚有爭議，已如上述。本節檢討肯定說、否定說的論據。

學說對立於後期最盛。視死因贈與為遺贈的論著，認為社會的法認識對兩者未必予以區別。因此肯定撤回。反對說舉出家庭裁判所的遺產分割調停及確保農業後繼者的父子契約等案例，實務上頻繁利用死因贈與制度，反駁稱：於社會法意識兩者仍有區別。

關於法意識，上述二說均係片面說辭。即判例將欠缺遺囑方式的無效遺贈視為死因贈與予以救濟（註八六）。及依公証人實地調查（期間短暫，與實際相符否，尚存疑），於處分自己遺產之際，認識兩者可予選擇時，選擇死因贈與案例所在多有（註八七）。因此上述二種說辭均可理解。

從贈與的法保護較有償契約脆弱的觀點，推衍於死因贈與亦有適用。因此肯定贈與人的任意撤回。贈與的法保護確實較有償契約脆弱，吾人從民法規定未立字據之贈與得任意撤銷（民法第四〇八條），可獲首肯。但問題并非贈與與有償契約的法拘束的強弱比較，而是死因贈與應否比贈與的法拘束力較弱。贈與的法保護較弱難成為肯定死因贈與撤回的直接理由。立有字據的贈與，贈與人不得任意撤回。但立有字據并經預告登記的死因贈與（大判大正一五年一二月九日及判例（一）），法院仍允許撤回，學說認為係承認死因贈與的弊害，不贊同判例的態度（註八八）。

肯定說將死因贈與的撤回根據置於當事人情誼關係的破綻。死因贈與所以撤回，通常是當事人間的情誼關係發生破綻如判例（一）夫妻失和，即其適例。但僅贈與人一方的情事而為撤回者亦有之（註八九）。此說不足採。

肯定贈與人的任意撤回乃因法律行為的效力尚未發生，撤回自由原則仍適用。反對說批評稱：其他的附停止條件契約於條件成否未定前均得自由撤回。例如附停止條件買賣契約，於條件成否未定前，當事人通常不得依撤回自由原則任意撤回其意思表示。此批評涉及死因贈與契約與一般契約間的差異問題。即涉及死因贈與的法律性質問題。肯定說未進一步說明。

贈與人所以贈與，係以贈與人的個別情事為背景，因此贈與人的意思須尊重。立有字據的生前贈與原則上贈與人不得撤回。為何贈與人得撤回立有字據的死因贈與。肯定說僅稱與生前贈與相較，贈與人的個別情事及其意思應予尊重，為何比生前贈與更應受尊重，未詳述理由。

總之，肯定說的論據以兩者（遺贈與死因贈與）的法意識同一性，及前期學說所稱兩者的贈與人意思與經濟目的的類似性較具說服力。

死因贈與係死因處分同時也是契約，具有雙重性格。有關死因贈與的法問題性均源自於此亦不為過。

從論理上而言，死因贈與既係死因處分，贈與人死亡始生效力，於贈與人死亡前，原則上贈與人仍享有生前處分的自由。相反的，受贈人對贈與人并無任何享有法保護的請求權，僅給予受贈人事實上的期待地位。

其結果例如受贈人於贈與人死亡前，對贈與目的物并無應受法保護的任何期待權。即無以預告登記乃至假處分予以保全的「將來的請求權」（註九〇），僅有事實上的取得可能性。因此與一般契約應予承認的法保護相對照，不諱言的蘊含一定的矛盾乃至問題。前述對肯定撤回說的批評，甚多針對此雙重性格而言。

已如上述，沿革上死因贈與接近乃至融合於遺贈的傾向其強。因此對死因贈與的法律構成乃至法保護的不透明性、不完全性（片面性）給予不少的影響。

死因贈與的法律性質係無償的法律行為，且否定雙務契約性。

死因贈與的本質并不立即使贈與人負擔債法上的義務，因此不得不否定雙務契約性。因此有關契約不履行的抗辯、給付不能、給付遲延等於死因贈與均不適用。

贈與人原則上得任意撤回，乃顧慮贈與人的利益狀況。蓋自締結契約至贈與人死亡，通常須經長期間，顧慮情事變更的可能性。因此受贈人的法保護也就微不足道。

遺贈、死因贈與及繼承契約均係死因處分。繼承契約與死因贈與的功能雖未臻明瞭，但兩者的適用範圍類似。即不限於夫妻（判例（一））、父子（判例（二））、兄弟（判例（三））之間，其他諸如私人與各種設施（Anstalt）之間的扶養契約（註九一），確保農業後繼者的手段等，基於實際的

必要性乃至有用性，不限定適用範圍。

繼承契約不乏於經濟上與相對人的一定給付相結合，一般稱此給付并非法意義上的對價，僅是動因（Beweggrund）。此給付得為不當得利返還請求標的。但少數說主張於此情形對無償性予以否定。相同的，繼承契約的理論亦可適用於死因贈與。

基於實質的功能，理論上有必要且有可能為有償死因贈與的構成（註九二）。判例承認有償死因贈與（判例（二）、（三））。因此於判斷應否限制撤回自由而為契約解釋之際，有關贈與人應否受契約拘束，以贈與人是否有一定利益為基準（如有利益，限制撤回），依實質的有償性予以解決。

## 第六章 結論

無償的財產處分究竟是贈與，或死因贈與抑或遺贈，實際上甚難區別（註九三）。例如當事人主張係贈與，法院判定係死因贈與（註九四）。對死因贈與無認識，稱死因贈與為口頭遺贈（四八台上字第一一二九號），即其適例。於比較法制史上，英國承認無效的臨終遺囑轉換為死因贈與（註九五）。廣泛的承認死因贈與。

對法定繼承制而言，死因贈與類似遺囑，是保障、擴張有關繼承權利關係形成的私法自治的法技術，乃不待言。於此意義上，死因贈與是繼承法上私法自治諸問題之一環，尤其是與遺囑自由原則相關連。

## 註 解

- 註一 鄭玉波 民法債篇各論 一六九頁 史尚寬 債法各論 一三六頁 同 繼承法論 三六七頁。
- 註二 前註諸說咸認死因贈與乃契約。戴炎輝、戴東雄合著 中國繼承法 二九一頁亦同。
- 註三 詳見本稿第四章第三節判例。
- 註四 道垣內弘人 最高裁判所民事判例（民集三七卷一號二一頁）研究 法學協會雜誌 一九八四年八月 一六三頁以下。
- 註五 同旨。武尾和彥 死因贈與の系譜と構造 法律論叢 第六〇卷第四、五合併號 四八五頁以下。本稿第二章的論述獲自該論文的助益。
- 註六 註一・二所揭諸說均採契約說。對於死因贈與應否準用遺贈撤回之規定，註一諸說採否定說。於死因贈與侵害特留分之規定時，戴著前揭書主張得為扣減之標的，戴著似採肯定說。學說對死因贈與的法律構成并非不予論議，僅未於死因贈與應否準用遺贈撤回規定之議論中，意識此法律構成而予論述。
- 註七 Paul Joers: *Geschichts und System des Roemischen Privatrechts*, 1927 § 217.1, S 254. 武尾 前揭書 四八八頁。
- 註八 般田享二 *ローマ法、第四卷* 四三三頁。
- 註九 船田 前註八 四三四頁 Max Kaser: *Roemisches Privatrechts* 14 Aufl. 1986, § 79. I. 1, s 346 譯本詳見柴田光藏 *ローマ私法概說* 六〇七頁。
- 註十 武尾 前揭書 四八九頁。
- 註十一 船田 前註八 四三三頁。
- 註十二 Ludwig Arndts: *Lehrbuch der Pandekten*, 6 Aufl, 1868, § 589, S 862 武尾 前揭書 四九一頁。
- 註十三 Heinrich Dernburg: *Pandekten*, III, 5 Aufl, § 117, S 239 武尾 前揭書 四九一頁
- 註十四 Arndts: § 589; 武尾 前揭書 四九一頁。
- 註十五 Dernburg: § 117 S 241; 武尾 前揭書 四九一一二頁。
- 註十六 Windscheid=kipp *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, 1906 § 369 S 568-9 武尾 前揭書 四九二頁。
- 註十七 Keller=Friedberg: *Pandekten*, 1861, § 69, S 135 武尾 前揭書 四九二頁。
- 註十八 羅馬法對贈與目的物於條件成就前既已交付的附停止條件死因贈與，確定條件不成就時，得以對物訴訟請求返還。詳見武尾 前揭書 四八八頁。
- 註十九 Dernburg: § 117, S 240 武尾 前揭書 四九三頁。
- 註二十 Windscheid=kipp: § 369, S 567f 武尾 前揭書 四九三頁。

- 註三 Vgl Puchta=Rudorff Pandekten, 4 Aufl, 1848, § 72 S 105 武尾 前掲書 四九四頁。
- 註三 Dernburg: § 117, S 240 武尾 前掲書 四九四頁。
- 註三 Dernburg: § 118, S 242 武尾 前掲書 四九四頁。
- 註四 Roth: Bayrisches CivilrechtIII, 1875, § 307 武尾 前掲書 四九六頁。
- 註五 Rummel: Kommmentar zum Allgemeinen buergerlichen Gesetzbuch. I 1983, § 956. S 1161f 武尾 前掲書四九六頁。
- 註六 Dernburg: Lehrbuch des Preussischen privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs.III, 1880, § 154 武尾 前掲書 四九六頁。
- 註七 武尾 前掲書 四九六頁。
- 註八 德國民法譯文依據國立台灣大學法律學研究所編譯 德國民法。
- 註九 Motive: § 1963 S350f.武尾 前掲書 四九七頁。
- 註十 繼承契約與遺囑的最大區別乃後者具有「撤回自由性」(Widerruflichkeit); 而前者具有契約的拘束力。相反的, 如減弱此種契約的拘束力, 其結果是使繼承契約接近遺囑, 如此失卻繼承契約與遺囑併列為獨特的死因處分的制度意義。詳見 東海林邦彥 相續契約 現代家族法大系 4 一〇八—九頁。
- 註十一 Motive: § 1964, S 351 武尾 前掲書 四九八頁。
- 註十二 Dittmann-Reiman-Bengel: Testament und Erbvertrag, 2 Aufl, 1986 § 2301. I V.2.b S 520 武尾 前掲書 四九八頁。
- 註十三 皇國民法假規則第三五八條: 所謂預約遺贈係遺贈人存命中預期將來或預期死後, 將財產與人之謂, 但此證書他日得廢棄之。
- 註十四 武尾 前掲書 五〇〇頁。
- 註十五 日本民法規定贈與為不要式、諾成契約, 未立書面的贈與於尚未履行前得撤銷(回)。詳見 拙著 民法贈與問題研究 八八—九頁。
- 註十六 日本舊民法第三八九條: 對全部的贈與, 於贈與人死亡後應執行者, 其效力與遺贈相同。
- 註十七 磯部四郎 大日本新典 民法釋義 相續第一編 三三三頁。
- 註十八 井上正一 民法正義 財產取得編 卷之參三一四頁。
- 註十九 來栖三郎 契約法 二二七頁。
- 註二十 磯部前註三七 三三四頁 武尾 前掲書 五〇四頁。
- 註二十一 日本舊民法第三五〇條: 贈與有單純、有期或附條件, 非有法律承認之原因不得罷廢之。

日本舊民法第三六一條: 贈與人如非基於自己之利益, 不得締結受贈人比自己先死時其贈與得解除的附條件契約。



日本舊民法第三六二條：依前條一項規定有效締結之解除條件成就時，不問對受贈人之繼承人或第三人，與通常合意時締結之條件發生同一效力。

註四 武尾 前掲書 五〇七頁。

註四 法典調査會 民法議事速記録三 八五九頁。

註四 同前註四三。註四 梅謙次郎 民法要義 債權篇 四七二頁。

註四 岡松參太郎 注釋 民法理由下卷 五四二頁。

註四 村上恭一 債權各論 二八五頁。

註四 松波仁一等合著 民法正解 九四三頁。

註四 横田秀雄 債權各論 二五四頁。

註五 武尾 前掲書 五一三頁。

註五一 末弘嚴太郎 死因贈與二就予法學新報 二六卷四號 二九—三三頁。

註五二 末弘 前註五一 三三頁以下。

註五三 鳩山秀夫 日本債權法（各論上） 二八三—五頁。

註五四 末弘嚴太郎 債權各論 第一分冊 三四〇頁。

註五五 鳩山 前註五三 二八四頁。

註五六 岡村玄治 債權法各論 一九五頁以下。

註五七 我妻榮 債權各論 中卷一 二三七頁。

註五八 三瀨信三 民法 契約各論一四頁。

註五九 池田寅二郎 債權各論 上卷 二一三頁。

註六〇 武尾 前掲書 五一九頁。

註六一 前註五八 二三六頁。

註六二 廣中俊雄 死因贈與の取消 法學セミナー二一七號 六五頁。

註六三 廣中 同註六二。

註六四 日民法第一〇三三條「贈與，非於遺贈扣減後，不得扣減之」。我民法於侵害特留分時扣減之標的，僅限於遺贈（民一一八七、一二二五條），及應繼分之指定，而不及於生前贈與。詳見 戴著 前掲書三一九頁及三二二頁以下之註。

註六五 廣中俊雄 贈與 民法論集六三頁以下。

註六六 中川淳 死因贈與の取消と民法一〇二二條民商法雜誌六八卷二號 八二—三頁。

註六七 山脇貞司 死因贈與とその取消ジュリスト六六號 二五三頁。 臈

註六八 加藤永一 民法總合判例研究5811贈與八六頁。

註六九 佐藤義彦 負擔の履行期が贈與者の生前と定められた負擔付死因贈與の受贈者が負擔の全部またはこれに類する程度の履行をした場合と民法一〇二二條、一〇二三條の規定の準用の有無 民商八八卷六號 一〇四頁。

註七十 柴田保幸 死因贈與の取消と民法一〇二二條 法曹時報二四卷一二號一二八頁。

- 中川 前註六六。
- 註七一 中川淳 死因贈與の取消できないとされた事例 民商九〇卷三號 一〇三頁。
- 註七二 山脇 前註六七。
- 註七三 加藤永一 負擔付死因贈與と遺言撤回規定との關係ジュリスト七九二號七八頁。
- 註七四 佐藤 前註六九。
- 註七五 三宅正男 契約法 上卷 五六頁。註七六 阿部浩二・中川善之助 注釋民法26 一三八頁。
- 註七七 大判大15.12.9 民集五、八二九、法學一一、六一六、本判決事實，判旨詳見加藤贈與 七九一八〇頁。
- 註七八 加藤永一 遺言の判例と法理 三四六—七頁。
- 註七九 阿部 前註七六 我妻 前註五七 道垣内弘人 前註四・一六〇頁。
- 註八〇 武尾 前掲書 五三四頁 同五三五頁註六・七
- 註八一 武尾 前掲書 五三六頁
- 註八二 同前註八一
- 註八三 廣中 贈與 前掲書 六五頁
- 註八四 ボアソナード(Boissonade)氏批評法國於一七三一年否定死因贈與。民法典(Art 893) 排除死因贈與。氏稱廢除死因贈與違反契約自由原則。詳見 武尾 前掲書 五〇一頁
- 註八五 東海林邦彦 相續契約 現代家族法大系4 一〇五頁以下。
- 註八六 最判昭32、5、21、民集一卷五號七三二頁、判例的介紹詳見拙著前掲書 一九二頁以下。
- 註八七 伊尾宏 死因贈與の活用について—廣義の遺言の—の試み— 戶籍三五六號二 六頁以下
- 註八八 同旨 來栖 前掲書 二二九頁
- 註八九 例如廣島地判昭和四九年二月二〇日判例時報七五二號七〇頁。
- 註九〇 日本的登記實務，區別遺贈與死因贈與。後者准許預告登記；前者則否。如從死因處分性而言，登記實務是否妥當，尙非無疑問。大判大正一五年一月九日民集五、八二九及判例（一）對已爲預告登記的死因贈與准予撤回。
- 註九一 戰後日本由於社會福利政策的推廣，擁有經濟價值較大的不動產，但生活上孤苦無依的老人與自治團體（縣市政府）約定，自治團體於老人存命期間負責照顧生活起居，老人死後將不動產無償讓與自治團體。
- 註九二 同旨。由於當事人意思解釋，附有負擔之贈與得解爲雙務、有償契約。倉田彬士 負擔付贈與，混合贈與。報酬的贈與 契約法大系II 三九頁 註四。
- 註九三 廣中 贈與 民法論集 五七頁。

註九四 最判昭二六・二・二二民集五・二・一〇六。

註九五 石川利夫 死因贈與に遺贈の取消（撤回）に関する規定の準用が認められないとされた事例。判例時報一〇五二號。