

## 遺留分を侵害する遺贈の執行と遺言執行者：ドイツ法の検討

篠森，大輔  
九州大学大学院法学府

<https://doi.org/10.15017/10949>

---

出版情報：九大法学. 85, pp.1-47, 2003-02-14. Kyudai Hogakkai  
バージョン：  
権利関係：

# 遺留分を侵害する遺贈の執行と遺言執行者

—ドイツ法の検討—

篠 森 大 輔

## 一 問題の所在

## 二 ドイツ法

- (1) ドイツ法による解決
  - (2) ドイツ民法二三〇六条一項の成立過程
    - ① ローマ法
    - ② 普通法における展開
    - ③ 領邦における法典編纂
    - ④ 現行ドイツ民法典
      - (a) シュミットによる相続法部分草案
      - (b) 第一草案
      - (c) 第二草案及び現行民法典
  - (3) ドイツ民法二三〇六条一項と「遺言執行者の指名」
  - (4) 検討
- 三 わが民法への示唆
- 四 まとめと展望

## 一 問題の所在

次のような事案を考えてみよう。

被相続人Aが、「Aが所有する不動産、動産等全部を友人Yに遺贈する。遺言執行者としてTを指定する」との趣旨の遺言を作成して死亡した。遺留分権利者でもある相続人Xは、この遺贈が遺留分を侵害しているので、遺留分減殺を請求しようと考えていたが、遺言執行者Tが、相続人に一言も告げることなく、独断で右遺贈を執行して、受遺者Yへの遺贈を登記原因とする所有権移転登記手続を完了した。そこで、XがYに対して遺留分減殺を求めて訴を提起した。<sup>①</sup>

このような遺贈は特定物遺贈と解される。特定遺贈の履行は遺言執行に含まれるので、遺言執行者は遺贈の履行をなし、遺贈目的物が不動産である場合には、受遺者の移転登記請求に協力する義務を負う(民法一〇一二条一項、同一〇一三条<sup>②</sup>)。以下本章では、民法の条文は番号のみで示す。判例・通説によれば、当該遺贈が遺留分を侵害するものであるとしても、遺贈自体は有効に成立しているものとされ、受遺者が遺留分権利者からの遺留分減殺請求に服するのとどまるので(九六四条但書<sup>③</sup>)、事案において遺言執行者が遺贈を執行することには、なにも問題がないようにもみえる。

しかしながら、このような結論には、次のような極めて素朴な疑問が湧いてくる。すなわち、遺言執行者は遅滞なく相続財産の目録を調整しなければならないので(一〇一二条)、ある遺贈が遺留分を侵害するものであるかどうかは、おおよそ把握できるものと思われる。特にわが国では、不動産の価額が遺産の大部分を占めることが多いの

で、不動産の特定遺贈の際には、遺留分侵害が真つ先に疑われなければならない。こうして、遺言執行者が、当該遺言が実際に遺留分を侵害するであろうとの判断に至った場合には、遺留分権利者にこのことを知らせて、遺贈執行前に遺留分減殺請求をなす機会を与えた後に、はじめて遺贈の執行に着手するべきではないのだろうか。何故なら、遺言執行者が、相続人に遺留分減殺請求の可能性を与えることなく、遺留分を侵害する遺贈を執行した場合に、遺留分権利者が受遺者に対して改めて遺留分減殺請求しなければならぬという、迂遠な結果になるからである。わが民法はこの問題を解決する明確な規定は用意していない。

さらに、右の結論に対しては、遺言執行者の役割論の観点からも疑問である。近時の学説や実務家からは、遺産承継や遺産管理の適正・迅速・円滑の要請から、遺言執行者の権限は拡大されるべきであり、また遺言執行者が相続人間の争いの調停者の役割をも担うことも期待される、という見解が提案されている。<sup>4</sup> この見解を前提とすれば、遺贈執行後の遺留分減殺請求という新たな紛争を防止するために、遺言執行者は、遺留分侵害の恐れのある遺贈を、そのまま直ちに履行するべきではないということになりそうである。

この点、ある学説は、遺言執行者の存在を基礎付ける遺言それ自体が無効となる可能性があること、遺言執行者は相続人全員の代理人であること（一〇一五条）を根拠にして、次のように述べる。すなわち、遺言執行者は、移転登記に際して、「遺留分を害されている可能性のある相続人との間で侵害の有無や額について話し合い、減殺請求の可能性を教え、減殺の意思があるかどうかを確かめてから、遺留分権を害しないように遺言を執行する義務があるはずである」と。<sup>5</sup> そして、就職後直ちに遺贈を執行しようとするわが国の遺言執行者（≡実務家<sup>6</sup>）を批判する。遺言執行者のこのような義務は、おそらく一〇一二条二項の準用する六四四条（受任者の善管注意義務）を根拠にして導かれたものと思われる。しかしながら、わが民法は、一〇一二条一項が遺言執行者の権限を包括的に定めている。

その結果、その権限の広狭や役割論について未だに議論が行われている。つまり、各論者の遺言執行者像如何によつて、遺言執行者の権利義務の具体的内容が定まってしまうというのが現状なのである。そこで、われわれは、右のような条文の操作によつて、遺留分権利者に配慮するべき遺言執行者の義務を導くことの可否を判断する前に、そもそも遺言執行者制度と遺留分制度が、相続法の体系のなかでどのように関係付けられるのかという問題を考察しておく必要がある。これを本稿の課題とする。検討の結果によつては、右の法律構成とは異なる解決も見出しうるかもしれない。

右に述べた問題を論じるのに先だつて、本稿で取扱う問題の範囲とその考察の方法について触れておこう。この研究は、右の具体的問題を、ドイツ法と比較させつつ論じるものである。ドイツ法と比較する理由としては、わが民法の遺言執行者の規定が全般的にドイツ民法の草案を参考にして立法されたという沿革上の理由の他に、わが遺言執行者制度が、遺言執行者がある場合に相続人による相続財産の処分を禁止する旨規定した一〇一二条(明らかにドイツ法を母法とする<sup>8)</sup>)を有している点で、ドイツ法上のそれと構造を同じくしていることを、挙げる事ができる。次章からの考察では、最初に、冒頭に示した事案のドイツ民法にしたがった解決を示して、それを手掛かりに規定の沿革を辿り、ドイツ民法における遺言執行者制度と義務分制度の関連付けの検討を試みる。ドイツ民法は、わが国とは異なつて、遺言自由の原則の下で相続人指定制度を有し、同時に、遺言自由からの近親者保護の方法(「義務分制度」も異にする<sup>9)</sup>)。したがつて、ドイツ法の検討の成果を直ちにわが民法の解釈論に反映させるのは困難であろう。しかしながら、右に述べたように、両国の遺言執行者制度には類似性があり、しかも、近親者保護のための制度を持つことも同じである。それ故、問題解決のための何らかの示唆を得ることは可能であるように思われる。その示唆を受けて、この問題について、わが民法における解釈論を展開させるためには、フランス相続法の検

討も行われなければならないが、これは将来の課題となるであろう。さらに、冒頭の具体的事案への考察を手掛かりに、遺言執行者制度の基本問題に関する問題提起をすることも目標としたい。

## 二 ドイツ法

### (1) ドイツ法による解決

本章で考察するのは、前章で示した問題をドイツ法がどのようにに解決しているのか、その解決はどのような理由に基づくのか、である。<sup>10)</sup> ドイツ民法によれば、被相続人は、例えば、相続人指定(ドイツ民法二〇八七条以下。なお、本章ではドイツ民法典の規定は条文番号のみで示す)、後位相続人の指定(二一〇〇条以下)、遺贈(二一四七条以下)、分割方法の指定(二〇四八条)など、わが民法に比べて実に多様な遺言上の財産処分をなすことができる。それ故、ドイツ民法が予定する義務分の侵害類型もまた多様にならざるをえない。本稿では、前章の問題についてわが民法との比較に供するために、遺贈によって義務分が侵害され、なおかつ遺言執行者が指定されている場合を念頭に、検討を進めていくことにする。

遺言自由の原則を採用したドイツ民法は、被相続人が、終意処分によって、相続開始当時に存命する(胎児を含む)者を(一九三三条)自由に相続人に指定すること、その相続分を自由に定めることを認めている(二〇八七条以下)。被相続人が第三者に遺贈をなした場合、その遺贈によって義務分を侵害された義務分権利者の保護は、被相続人が義務分権利者にどの程度の相続分を与えたのかによって、異なる。すなわち、被相続人が、(a)義務分権利者を廃除(一九三八条)する場合、(b)義務分権利者に、義務分と等しいか、これより少ない相続分を与える場合(後掲・説

例①、(c)義務分権利者に、義務分より大きい相続分を与える場合(後掲・設例②)である。そのうち、(a)は、義務分制度を考察する上で最も基本的な類型であるけれども、この場合、義務分権利者は、相続人ではないので遺贈義務を負わず、義務分請求権を有するが、単なる遺産債権者として相続に關与するにすぎない。義務分請求権は、法定相続分の価額の半額に相当する単なる金銭債権と構成されているからである(二三〇三条一項)。したがって、(a)についてはこれ以上立ち入らず、(b)と(c)を考察の対象とする。冒頭の事案と比較しやすいふたつの事案を設定して、検討してみよう。

**【設例①…指定相続分が義務分と等しい場合<sup>⑪</sup>】**

妻を既に失っている被相続人Aが、遺言によって、唯一の娘Xと自己の内縁の妻Tを、それぞれ二分の一ずつの相続人に指定した。Aは、友人Yのために一〇〇〇〇ユーロの遺贈をなし、Tを遺言執行者に指名した。<sup>⑫</sup>

XはAの直系卑属なので義務分権利者である(二三〇三条一項)。また、遺言によってXに与えられた二分の一の相続分は、Xの法定相続分の半分にあたり(一九二四条一項参照)、これはXの義務分に等しい。ところが、被相続人はXに遺贈義務を負わせているので、Xは被相続人の終意処分によってその義務分を侵害されることになる。この場合、ドイツ民法は次のような規定を有している。

**ドイツ民法二三〇六条<sup>⑬</sup>**

- ① 相続権を有する義務分権利者が後位相続人の指定、遺言執行者の指定若しくは分割方法の指定によって制限

(Beschränkung)を受け、または、遺贈若しくは負担(Auflage)によって義務を負担(Beschwerung)する場合において、その者に残された相続分がその法定相続分の半額を超えないときは、その制限または負担は定められなかったものと(als nicht angeordnet)みなす。残された相続分がこれより多額である場合において、その相続分を放棄したときは、義務分を請求することができる。放棄期間は義務分権利者が制限または負担を知るに至った時より進行する。

② 義務分権利者が後位相続人に指定されたときは、相続人の指定における制限とこれを同一に扱うものとする。

本条一項一文によれば、Xの義務分の負担となっている本件遺贈は定められなかったものとして(als nicht angeordnet)、無効となる。したがって、Xは本件遺贈義務を負わない。しかし、この規定によって被相続人の遺贈全体が絶対的に無効になるのではない。原則として、義務分権利者たる相続人Xの相続分についてのみ、遺贈が無効(unwirksam)となるのであり、<sup>14</sup>Tの相続分との関係でも遺贈が無効となるのかどうかは、遺言の解釈の問題である。例えば、当該遺贈が、XとTが半分ずつを負担しあう趣旨であれば、Tは五〇〇〇ユーロを支払わなければならない(二二四八条、四二〇条)<sup>15</sup>。XまたはTが本件遺贈全体を履行してしまった場合には、不当利得返還請求がなされる<sup>16</sup>。遺言執行者の指名も、Xの義務分に対する制限であるとされているので、定められなかったものとみなされる。この効果及ぶのは、遺贈の場合と同様に、Xの相続分の上にとどまり、Tの相続分との関係では遺言執行が存続する<sup>17</sup>。したがって、Xは遺言執行者Tに対して遺産分割を求めることができることになる(二二〇四条一項)<sup>18</sup>。

以上の帰結を確認するだけで、設例①では、遺言執行者が義務分を侵害している遺贈を相続人の意思に反して履行してしまうようなことは、ほぼ起こり得ないことがわかる。すなわち、遺言執行者が存在しない場合には、本件

遺贈は、義務分を侵害する範囲で、義務分権利者の意思に関係なく *ipso iure* に無効となるので、Xが遺贈の全額を支払っても、これに対して直ちに法律上の原因なきものとの法的評価がなされる。義務分は、被相続人による侵害から手厚く保護されていると言える。このことは、冒頭に述べたわが相続法と比べると極めて対照的である。また、遺言執行者が存在する場合であっても、遺贈それ自体が無効であることに加えて、Xの相続分には遺言執行は及ばないので、遺言執行者TはXの遺贈義務には関与することができない。遺言執行者TがXに対して義務分を請求するか否かを問う必要もないことになる。

次に、指定相続分が義務分よりも大きい場合、すなわち、二三〇六条一項二文の適用事例を考察しよう。

#### 【設例②】指定相続分が義務分よりも大きい場合<sup>20)</sup>

被相続人Aが唯一の子Xを遺言によって単独相続人に指定した。Aは、友人Yに対して六〇〇〇ユーロを遺贈し、Tを遺言執行者に指名した。遺産額は一〇〇〇〇ユーロ、義務分は五〇〇〇ユーロである。

義務分権利者たるXは、少なくとも五〇〇〇ユーロ相当の義務分を取得することができるにもかかわらず、六〇〇〇ユーロの遺贈によって義務分が侵害されており、しかも遺言執行の定めがなされている。この場合にも、設例①と同様に、義務分が侵害されている範囲で、定められなかったものとみなすことで、Xは十分保護されるようにもみえる。しかしながら、ドイツ民法は、二三〇六条一項二文によって、義務分権利者たる相続人に、相続を放棄した上で義務分権利者として義務分を請求する可能性を与えた。このことは、設例②の場合には、同一文の如き解決を採らないこと、そして、相続を放棄した場合にしか義務分の請求を許さないことを意味する<sup>21)</sup>。したがって、反

対に、義務分権利者たる相続人が相続を承認すれば、彼は義務分請求権を有さず、遺言執行者の指名や遺贈といった制限・負担をすべて引受けなければならぬ<sup>22</sup>。何故このような規定を設ける必要があったのかについては後で検討することにして、さしあたり、Xが相続を承認した場合と放棄した場合のそれぞれの帰結を追うことにする。

まず、Xが相続を承認した場合には、Xはすべての制限・負担を甘受しなければならない。したがって、Xは、六〇〇〇ユーロの遺贈義務を負担する。また、Xは遺言執行者の定めも引受けなければならないので、遺産は遺言執行者Tの管理に服する(二三〇五条)。したがって、遺言執行者が遺贈を履行する義務を負う(二二〇三条)。また、Xは遺産の目的を処分することができない(二二一条一項)。

しかしながら、この設例では、遺贈が義務分を明らかに侵害しているので、Xは相続を放棄(一九四二条一項)するのが通常であろう<sup>23</sup>。息子が相続放棄すると法定相続が開始して<sup>24</sup>、第二親系に属するB(例えば被相続人の弟)が法定相続人となる(一九二五条一項)。Bが相続を承認すれば、Bは相続人として義務分請求権の債務者となり、かつ、遺贈義務者にもなる(二二一条)。ところで、いま、義務分権利者Xに対する義務分債務の額は五〇〇〇ユーロ、友人Yに対する遺贈額は六〇〇〇ユーロなので、これらを全額支払うためには遺産が不足している状態にある。このような場合、義務分債務のために遺贈が減殺されることになるのだが、原則的には二三一条一項が適用されて、相続人と受遺者が按分的に義務分債務を負担し合う形で減殺される<sup>25</sup>。しかしながら、新しく相続人となったBは、被相続人Aがなにも与えなかったにもかかわらず、Xが相続放棄したために、相続人となったのにすぎない<sup>26</sup>。それ故、二三二二条が適用されて、Bは、自ら義務分の負担を履行するのに要する額を保留することができる限度においてのみ、遺贈を減殺することができることになる。結局、Bは、Xに義務分を支払うのに必要な五〇〇〇ユーロを手許に残して、残額の五〇〇〇ユーロを遺贈としてYに支払わなければならない。BがYに対して減殺しうるの

は一〇〇〇ユーロであり、自分自身はなにも取得することができない。なお、Bが相続人になってからの右のような処理も、遺産を管理する遺言執行者Tが行うことになる。<sup>(27)</sup>

右に述べた設例②に関する法律上の帰結から、次のことを指摘することができる。すなわち、義務分権利者たる相続人に対して、法律が選択権を与えているのだが、いずれを選択しようとも、義務分権利者の意に反した義務分侵害は生じないということである。義務分権利者たる相続人が相続を承認した場合には、確かに、遺贈が全額支払われる結果、最終的に取得する遺産が義務分額を下回ることになる。しかしながら、このような不利益は、義務分権利者たる相続人が自ら引受けたことなので、甘受しなければならないということができない。また、義務分権利者たる相続人が相続を放棄した場合には、彼は単なる遺産債権者として、義務分が確実に確保される。なお、義務分権利者たる相続人が義務分請求権を選択した場合には、非常に長期に渡る可能性のある遺言執行の拘束を回避することができるというメリットがある。<sup>(28)</sup> いわゆる管理執行(Verwaltungsvollstreckung)(二二〇九条)は、三〇年以上継続する場合があるからである(二二二〇条)<sup>(29)</sup>。

以上の考察をまとめると、次のようになる。設例①においては、義務分権利者には手厚くも二重の保護が施されている。すなわち、二三〇六条一項一文は、一方で、義務分の負担となる遺贈を無効にして、遺贈の根拠をそもそも失わせ、他方で、遺言執行者の指名も義務分に対する制限とみなして、これを無効にする。設例②の場合には、同二文が、義務分権利者たる相続人に、相続を承認して義務分に対するすべての制限・負担を引受けるか、相続を放棄してすべての制限・負担から免れつつ、金銭給付請求権としての義務分請求権を取得するか、という選択をさせる。この場合、義務分権利者がいずれを選択しようとも、少なくとも義務分権利者たる相続人の意に反した結果になることはない。

そこで、次に考察されなければならないのは、ドイツ民法がこのような方法で義務分権利者の保護を図ることができる理由である。ドイツ民法は、何故に義務分を侵害する遺贈や遺言執行の定めを無効と評価することができるのであろうか。また、二三〇六条一項一文と同二文を区別する標準が、義務分権利者たる相続人に与えられた相続分がその義務分よりも大きいか否か、であるのは、何故だろうか。しかも、同一文と同二文では、法律効果が大きく異なるようにみえるのだが、それはどのような合理性に基づくものであるのか。そして、「遺言執行者の指名」が義務分に対する制限とみられているが、ドイツ相続法上の体系的根拠はどのようなものなのか。以上のような諸問題を念頭に、次節では、まず、ドイツ民法二三〇六条一項の沿革を検討する。この作業によって、日本法から見るとかなり奇異に映るこの規定の意義が明らかにされるであろう。続いて、この規定において、「遺言執行者の指名」が義務分を制限する場合として挙げられた経緯、すなわち、義務分制度と遺言執行者制度は何を媒介にして連結されているのかが検討されることになる。

## （2）ドイツ民法二三〇六条一項の成立過程

ドイツの義務分制度はローマ法の実質的必然相続制度にその淵源を有している。ドイツ民法二三〇六条一項もそこから生まれた。しかし、この規定は、大きく分けて三度の変遷を経て現在に至っている。すなわち、不倫遺言の訴による処理を嚆矢として、①ユ帝の勅法における原則規定の確立、②普通法における被相続人の定めとしての*cautela Socini*（ソキヌスの遺言条項）の承認、そして、③近代以降におけるユ帝の原則の継受と*cautela Socini*の法典への受容である。<sup>30)</sup>

## ①ローマ法

ユ帝法以前のローマ法においては、被相続人が自由に作成した遺言に基づく財産の分配から近親者を保護するために、ふたつの原則が存在した。すなわち、いわゆる形式的必然相続(formelles Noterbrecht)の原則と実質的必然相続(materielles Noterbrecht)の原則である。形式的必然相続の原則とは、自権相続人(suus heres)<sup>31)</sup>は、相続人に指定されるか、あるいは廃除されるかを遺言中で考慮されなければならない、というものである<sup>32)</sup>。われわれが問題とする義務分制度の淵源は、実質的必然相続の原則にある。これを概観してみよう。古典期には、被相続人の一定の近親者(＝義務分権利者)は、遺言者の死亡に際して受けた額<sup>33)</sup>が、無遺言相続人であったならば受けたであろうところの額(無遺言相続分：pars legitima)の四分の一に達しないときには、このような愛情義務を欠く不倫遺言作成者には精神錯乱の色(color insaniae)があるものとして、指定相続人に対し不倫遺言の訴(querela inofficiosi testamenti)を提起することができた<sup>34)</sup>。義務分権利者が勝訴すれば、無遺言相続分の妨げになる限度で遺言は効力を失い(ipso iure rescissum)、義務分権利者は義務分のみならず完全な無遺言相続分を取得することができたのである<sup>35)</sup>。

義務分は、条件や期限、負担などの制限を付けることなく、全額が直ちに与えられなければならない。何故なら、義務分権利者は義務分を当然自分に与えられるべきものとして要求する必要があったので、被相続人が右の制限によつて恣意的に削減することができないと考えられたからである<sup>36)</sup>。したがって、ユ帝法以前においては、義務分権利者が無遺言相続分の四分の一(義務分)について相続人に指定され、義務分が条件、期限、負担などによつて制限を受けていた場合、義務分権利者は、この制限によつて義務分が削減されるので、唯一の法的対抗手段である不倫遺言の訴を提起することができた<sup>37)</sup>。

これにはひとつの例外がある。すなわち、ファルキデイウス法(lex Falcidia)(紀元前四〇年の平民会決議)の適用が

ある場合である。<sup>38</sup>この法律は、被相続人による過度の遺贈を制限するために制定された。これによって、遺産の四分の三を超える遺贈は *ipso iure* に無効となったので、<sup>39</sup>指定相続人は、少なくとも遺産の四分の一 (*quarta Falcidia*) を取得することができた。<sup>40</sup>例えば、被相続人がひとり息子を単独相続人に指定して、全財産を他人に遺贈した場合、この遺贈は、義務分への負担になっているのだけでも、ファルキディウス法によって指定相続人たる息子のもとに遺産の四分の一は留保されることになる。この留保された遺産は義務分に等しいので、義務分権利者は、不倫遺言の訴を提起することはできなかったのである。<sup>41</sup>

必然相続制度は、ユースティニアヌス帝の時代に入って近親者保護を強化する方向に大きな転回を遂げる。最大の変更は、紀元後五四二年の勅法 (Nov. 115, 3-5 pr.) によるものであった。<sup>42</sup>しかし、本稿で重要なのは、これ以前の紀元後五三〇年前後における一連の動きである。ユ帝は、以下に示す諸々の措置によって、不倫遺言の訴による遺言の取消をできるだけ回避して、遺言を維持しようと考えていたようである。<sup>43</sup>

まず、ユ帝は、不倫遺言の訴の提起を、義務分権利者に何も与えられなかった事案だけに限定した。すなわち、五二八年の勅法 (C. 3, 28, 30) によって、義務分権利者が義務分に満たないものを与えられたという場合には (以下、これを「義務分の量的不足」と称する)、義務分権利者は、指定相続人に義務分の補充のみを求めることができた (義務分補充の訴 (*actio ad supplendam legitimam*))。<sup>44</sup>この法文が、ドイツ民法二三〇五条の淵源である。

続いて、本稿の観点から重要なのは、翌五二九年のユ帝の勅法 (C. 3, 28, 32)<sup>45</sup>である。おそらくは、被相続人が義務分権利者に対して義務分より少ない出捐をなし、さらにこの出捐に「条件、終期、何らかの死因処分 (*aliqua dispositio*)、負担 (*modus*)、その他の負担 (*gravamen*)」が付されることによって、義務分が制限されている事案 (以下、「義務分の質的不足」と称する) について、ユ帝は次のような勅法を發布した。すなわち、義務分権利者の諸々の

権利が制限されたものとみられる場合には、「遅滞や何らかの負担を惹起するところの条件、終期、その他の処分は取り去られ、あたかも遺言にはそのようなものは何も付加されなかったかのようになり、物事が進展するのである」と。このような事案について、古典期においては、既に述べたように、義務分権利者がとりうる手段は不倫遺言の訴しかなく、この訴が認容されると場合によつては遺言全体が取消されていたのである。それに比べると、この勅法によれば、遺言全体の取消から生ずるすべての遺言処分の無効が回避されるので、ユ帝は、遺言を作成した被相続人の意思をより強く保護する意図を持っていたと考えることができる。なお、古典期との比較では、「何らかの死因処分」には遺贈も含まれるのかが問題であるが、肯定的に解されているようである。<sup>(47)</sup>

最後に問題となるのは、義務分権利者にその義務分よりも多い額が制限や負担付きで遺された場合にも、右のルールが適用されるのかどうかであった。これについて、五三二年のユ帝の勅法(C. 3, 28, 36, 1c(1)-1e)<sup>(48)</sup>が解答を与えた。事案は、被相続人が、家外の指定相続人(*heres extraneus*)に全遺産を包括的に信託遺贈して、この家外指定相続人の死亡の際に、あるいは一定の期間の後に、遺産をひとり息子に引渡すべきことを定めたところ、被相続人の死後、息子が家外指定相続人を相手に制限なき義務分を一度に引渡す旨求めている、というものである。これについて、ユ帝は、義務分である四分の一の部分は相続人の死亡や期間満了を待たずに直ちに息子に引渡されるべきであり、義務分を差引いた残部は、被相続人の定めた時に引渡せば足りる、と判断した。この場合にも、義務分は常に全部が直ちに与えられなければならないという原則が前提となっている。義務分への制限や負担は、義務分を侵害する範囲で、義務分の質的不足として、C. 3, 28, 32の法理が適用されて、付加されなかったものとみなされるのである。

右に述べた遺言維持のためのユ帝の諸々の措置から、次のような原則が明らかになる。すなわち、大前提として、

義務分は負担や制限なく直ちに全部が与えられなければならない。したがって、被相続人が義務分権利者に対して義務分と等しいかこれより少なく与え、しかもこれに条件、期限、遺贈、信託遺贈、負担などが付されている場合には、これらの制限や負担は書かれなかったものとみなされる。この場合、義務分が量的に不足すれば、義務分補充の訴を提起しうる。被相続人が義務分権利者に義務分よりも多く与えて、これに制限や負担が付されている場合には、義務分権利者は、相続人に対して直ちに義務分に相当する部分の引渡しを求めることができる。残余部分は、被相続人の定めた制限や負担が付着したまま、義務分権利者に帰属する。なお、以上の諸原則を、以下、「ユ帝の諸原則」と呼ぶことにする。

以上、ローマ法に関して若干詳しく叙述した。このことによつて、現行ドイツ民法二三〇六条一項一文の効果が制限や負担の無効(*als nicht angeordnet*)と規定されたことには、十分な歴史的根拠があることが明らかになった。ドイツ民法の立法者が、単なる歴史的根拠によらないで、ユ帝の諸原則を積極的に継受した理由については、後述べる。なお、二三〇六条一項に列挙されている諸々の制限や負担のすべてがいまの場所に規律されるのには、第一草案まで待たねばならない。ユ帝法では、義務分に対する制限としての「遺言執行者の指名」は、そもそも想定されていない。遺言執行者は、ゲルマン法上の *Salmann* にその起源を持つとされているからである。<sup>49)</sup>

## ② 普通法における展開

普通法の諸文献において義務分制度は詳しく論じられたようであるが、そのことはわれわれの問題にもあてはまる。<sup>50)</sup> 普通法時代にも、前項で示したユ帝の諸原則は維持された。しかし、一五世紀から一六世紀にかけての普通法の実務が右の原則に新たな展開をもたらした。すなわち、*cautela Socini* (ソキヌスの遺言条項)<sup>51)</sup> である。ユ帝の勅法

C. 3, 28, 36, 1c(1)-1eによれば、被相続人が義務分権利者義務分よりも多く与えて、これに制限や負担が課されていた場合、遺言の解釈によって、この制限や負担は義務分を超過している部分にのみ関係することになる。<sup>(52)</sup>したがって、義務分権利者は、相続人に対して直ちに義務分に相当する部分の引渡しを求めることができ、超過部分は、制限や負担が付着したまま義務分権利者に帰属することになる。cautela Sociniとは、被相続人による遺言上の指図であって、被相続人が、義務分権利者に義務分の額を超えた出捐をなしたが、遺言の解釈によって、出捐の全体に制限や負担を課したとみられる場合において(例えば、配偶者への用益権設定<sup>(53)</sup>)、義務分権利者が右の制限や負担を拒絶したときは、彼には義務分のみが帰属するべきことを定めるものである。<sup>(54)</sup>反対に、義務分権利者が右の出捐を承認すれば、彼は制限や負担を完全に遂行しなければならない。言い換えると、cautela Sociniは、義務分権利者が相続人に対して残余部分の引渡しを求める権利を失わせるような、被相続人の指図なのである。<sup>(55)</sup>このようにcautela Sociniが有効か否か、疑いを持つ法学者もいたようである。しかし、この問題に対しては、被相続人は義務分権利者に対して義務分上への制限や負担を要求することはできないけれども、義務分を超過する部分は、義務分権利者が義務分への負担を自発的に引受けることを停止条件として、義務分権利者に与えられるものである、と説明されているようである。<sup>(56)</sup>

このように考えてくると、普通法におけるcautela Sociniとドイツ民法二三〇六条一項二文は異なるところがないようにみえる。しかしながら、エルトマンが正しく指摘するように、確かに計算上の結論は両者で変わりがないけれども、普通法におけるcautela Sociniによれば、義務分権利者が義務分を選択した場合であっても、彼は、相続人として義務分に相当する相続分を得ることに注意しなければならない。<sup>(57)</sup>ちなみに、現行ドイツ民法においては、義務分請求権は単なる金銭給付請求権であると構成されているので、義務分権利者は義務分に相当する相続分を得る

ことができない。したがって、義務分を確保するためには指定相続のみならず法定相続もすべて放棄せざるを得ないことになる。

以上のように、普通法においては、ユ帝の諸原則を継受しつつも、*cautela Socini*を創造するという新たな展開がみられた。領邦における法典編纂の際には、これが法律の条文として規定されるに至る。次に、その過程をみてみよう。

### ③ 領邦における法典編纂

普通法の法状態は、啓蒙期以降の領邦における法典にどのような受容されていたのであろうか。ここでは、ドイツ民法立法過程検討の準備として、プロイセン一般ラント法（一七九四年施行）、オーストリア一般民法典（一八一一年公布）、ザクセン民法典（一八六三年公布）に一瞥を与えておこう。

まず、右の三つの法典は、義務分権利者に遺されたのが義務分と等しく、かつ、これに制限や負担が付着している場合について、制限や負担は、付加されなかったものとみなしている（プロイセン二・二・四三三三条など、オーストリア七七四条一項三文<sup>59</sup>、ザクセン二五八五条<sup>60</sup>）。いずれも、ユ帝のC. 3, 28, 32、を継受したものである。義務分を債権的に構成するか（プロイセン、オーストリア）、相続分として構成するか（ザクセン）の問題とは関係がないようである<sup>61</sup>。

しかし、義務分を超える出捐に負担が課されている場合については、法典によって異なる。オーストリア一般民法典七七四条一項四文は、普通法にしたがって、法律上の規定としてユ帝の勅法C. 3, 28, 36, 1c(1)-1eの準則を法律上の規定とし、被相続人による遺言上の定めとしての*cautela Socini*を許容した<sup>62</sup>。オーストリアではこれがいまなお現行法である。プロイセン一般ラント法は、*cautela Socini*が法律に取り込まれたのか、普通法と同様に、被相続人

による遺言上の定めにとどまるのか、争いがあったようである。<sup>63</sup>ザクセン民法典二五八七条は、明文によって *cautela Socii* を法律の規定とした。これは画期的なことであると思われる。何故なら、同法は、*cautela Socii* を、被相続人の遺言上の定めから法律上の規定にまで引き上げたからである。<sup>65</sup>これによって、これまで普通法の原則の例外として扱われてきた *cautela Socii* が、法律上の原則規定に高められた。後述のシュミット草案二五四条は、これにしたがうことになる。

#### ④ 現行ドイツ民法典

これまで述べてきた伝統を踏まえて、ドイツ民法二三〇六条一項の立法過程を考察する。ドイツ相続法の基本的諸原則は、ゴトフリード・フォン・シュミット (Gottfried von Schmitt) が一八七九年に作成した相続法部分草案において、ほぼ確定していたといわれる。したがって、シュミット草案の検討は重要である。その後、遺言の自由を徹底した第一草案を経て、第二草案において現行法が完成する。右の各草案及び現行法が、ユ帝以来の法伝統にどのような合理性を見出してこれを継受したのかを明らかにされなければならない。

##### (a) シュミットによる相続法部分草案

ゴトフリード・フォン・シュミットによって一八七九年に作成された相続法部分草案(以下、シュミット草案)及びその理由書は、普通法学及び諸領邦の法典編纂の成果の到達点と言うことができる。そして、遺言自由の原則などの相続法上の重要な諸概念及び諸制度に関する詳細な検討と方向付けをなしたことによって、現行ドイツ民法典に大きな影響を及ぼしている。さしあたり、問題となる諸規定を眺めることにしよう。

まず、シュミット草案二五三条一項<sup>66</sup>は、義務分権利者が義務分を超過しない出捐を受けたが、これに「負担とその他の諸制限」が課されていた場合について、義務分権利者は、負担や制限について「義務を負わない」ものと定めた（現行法二三〇六条一項一文に相当する）。本条にいわゆる「義務を負わない（nicht verpflichtet）」との文言は、理由書において、負担は「取り去られる（hinwegfallen）」という言葉によって置き換えられている<sup>67</sup>。この規定の効果がユ帝の諸原則を踏襲したものであることは、明らかである<sup>68</sup>。「負担とその他の諸制限」という文言の具体的内容が、特殊な場合（同二五五条<sup>69</sup>）を除いて、明確ではない。理由書が特に挙げているのは、停止条件、解除条件、始期、終期、信託遺贈、遺産分割の延期である<sup>70</sup>。遺贈は特に挙げられてはいないのだが、これも「負担とその他の諸制限」に含まれるのであろうか。シュミット草案では既にファルキデイウス法は放棄されているので、義務分権利者が、全相続財産について単独相続人に指定され、さらに全財産を遺贈する義務も課された場合であっても、古典期ローマ法におけるが如き遺贈の無効は生じ得ない。それ故、このような義務分権利者には、義務分法による救済が与えられなければならない。この点、同二五二条<sup>72</sup>は、最初から義務分に満たない額しか与えられていなかった場合など、遺言によって「直接に侵害された」場合に、義務分権利者に義務分の補充を求めることができる旨定めている<sup>73</sup>。これに対して、同二五三条及び二五四条は、遺言において既に与えられている相続分などが、右に掲げた制限や負担を通じて「間接に侵害された」場合において、義務分権利者に救済を与える規定である<sup>74</sup>。したがって、遺贈による義務分侵害は、後者によって制限されざるを得ないことになるであろう<sup>75</sup>。なお、われわれの観点からは、遺言執行者の指名が義務分の制限として挙げられていないことが重要である。このことは次節で検討する。

次に、義務分権利者が義務分額を超えて与えられたけれども、負担や制限が付着していた場合には、義務分権利者には選択権——義務分権利者が金銭請求権だけを取得するか（草案二五四条一項）、または、金銭請求権に代えて相

続を承認するか(同一項一文)——が与えられた。<sup>(76)</sup> シュミット草案でも、ザクセン民法典二五八七条などに倣って、*cautela Socini*を法律上の規定として採用したのである。本条一項にいわゆる「金銭請求権」とは義務分請求権であつて、<sup>(77)</sup>したがって、相続放棄が前提となつている。*cautela Socini*は、その起源においては単なる被相続人の遺言条項に過ぎなかつたのにもかかわらず、何故に法律上の規定として取り込むことができたのであろうか。シュミットは、「被相続人が*cautela Socini*を明示的に述べていない場合でも、彼がこれを望んでいたということは、おそらく承認されてよい。普通法の判断は、述べられていない遺言者の意思を、不当にも全く顧慮しないで放置している」と説明している。<sup>(78)</sup>しかし、そのように言いきることができる理由について、シュミットは明言はしていない。このことは、おそらく、シュミット草案が遺言自由の原則をどのように捉えたのかという問題と関連があるように思われる。シュミットは、一方で、草案の理由書において、誰が相続人になるのかの問題、すなわち、遺言自由の原則を採用するかどうかについて、歴史的思想的観点から説きおこし、法定相続主義を原則とすることを否定する。そして、最終的に遺言自由の原則を承認する。<sup>(79)</sup>他方で、義務分は、法定相続分の半分に相当する金銭の給付を求め、請求権として現れる旨定めた(同一五〇条)<sup>(80)</sup>。このことは、原則として、被相続人による終意処分の自由を認め、可能な限りこれを狭めないことを意味している。仮にユ帝の諸原則を採用したとすると、義務分の制限や負担となる被相続人の処分は無効になつてしまう。これは被相続人の終意処分の自由を制限したとみることができる。しかし、*cautela Socini*によれば、義務分権利者は、相続を放棄して単なる遺産債権者となるか、被相続人の処分をすべて承認して相続人となるか、を選択することになる。この場合、被相続人の処分は常に貫徹される。それ故「被相続人が*cautela Socini*を明示的に述べていない場合でも、彼がこれを望んでいたということは、おそらく承認されてよい」ことになるのであろう。しかしながら、シュミットがこれほどまでに遺言自由の原則を重視していたのであ

れば、直後に検討する第一草案のように、義務分権利者に与えられたものが義務分を超過しているか否かによる區別を放棄して、常に *cautela Socini* を妥当させる方法もあったのである。それにもかかわらず、何故にシユミットが草案二五三条一項を維持したのか、なお疑問が残る。これこそが、ローマ法の伝統の持つ力なのであるだろうか。

### (b) 第一草案<sup>81</sup>

ドイツ民法二三〇六条一項の規定成立史は、第一草案に至ってひとつの転機を迎えたと言つてよいと思われる。何故なら、第一草案が、義務分権利者に義務分を超える額が出捐されたか否かによる區別を排除して、およそ義務分が制限や負担によつて侵害されているすべての場合について、*cautela Socini* を採用したからである。これには、遺言自由の原則と義務分の関係に関する議論が影響を及ぼしている。

第一草案一九八一条<sup>82</sup>で注目するべき点のひとつは、義務分を侵害する制限や負担は無効であるという、ユ帝の勅法(C. 3, 28, 32)以来現行ドイツ民法二三〇六条一項一文に連なるローマ法の原則が完全に消滅したことである。第一委員会の理由付けは理論的に実に明快である。すなわち、第一委員会は、まず、遺言自由の原則を堅持しつつ(同一七五三条)、近親者保護のために遺言自由の原則を制限する原理としての義務分制度を認める(同一九七五条一項)という枠組みを承認した<sup>83</sup>。次いで、「義務分権は、相続人に対する金銭給付請求権を基礎付けるのみである」(同一九七六条二項)と規定した(いわゆる債権説)。債権説を採つたことで、第一草案は、遺言自由の制限を最小限にするような法形式を選択したといふことができる<sup>84</sup>。ここまでは、シユミット草案と同じである。しかし、そうすると、シユミット草案二五三条一項が採用した、義務分を侵害する制限や負担を無効にするというユ帝の原則は、義務分請求権は被相続人の死因処分を覆滅させてはならず、単に金銭債権としてのみ遺産の負担となるという第一草案の

原則と矛盾することになる。<sup>(86)</sup> 何故なら、ユ帝の原則によれば、義務分請求権が被相続人の死因処分を *ipso iure* に無効にしてしまうし、処分の無効から生ずる不利益が受遺者などの受益者のみに転嫁される結果になってしまうからである。<sup>(86)</sup> したがって、第一草案は、一方で、被相続人の処分の無効を招来するユ帝の諸原則を「義務分の目的を越えるものである<sup>(87)</sup>」とみなしてこれを排除し、他方で、被相続人の処分を有効とすることにした。そして、この方針を貫徹させるために、第一委員会は全面的に *cautela Socini* を採用した。すなわち、義務分権利者には、すべての負担と制限付きで相続を承認するか、相続を放棄した上で義務分請求権を取得するか、を選択する権利を与えられたのである(一九八一条一項)。*cautela Socini* が被相続人の通常の意味であるとして、これを法律上規定することの妥当性については、シュミット草案の箇所を検討したのと同じ理由付けがなされている。<sup>(88)</sup>

なお、本稿の観点から重要なのは、義務分を侵害する制限や負担となる事由が具体的に列挙され、その中に「遺言執行者の指名」が盛り込まれたことである。このことは、管見の及ぶ限りでは、第一草案が初めてであろう。このことについては次節で検討する。

### (c) 第二草案及び現行民法典

第二草案二一七二条一項において、ついに現行ドイツ民法二三〇六条一項とまったく同じ文言の条文が現れる。

第一草案では、既に述べたように、遺言自由の原則をできる限り徹底させる方針が採られ、この方針に適うような義務分制度の設計がなされた。その結果、前項で検討したように、第一草案一九八一条という特色ある規定となつて現れたのである。しかし、第二草案二一七二条一項一文において、義務分を超えない相続分が制限や負担付きで与えられた場合に、「その制限または負担は定められなかったものと(*als nicht angeordnet*)みなす」という、第一章

案で捨てられたシュミット草案二五三条一項の規定が復活する。<sup>89</sup> ユ帝の勅法C. 3, 28, 32が現行法に継受されたといふことができる。右に述べた修正は何故に加えられたのだろうか。

第二委員会では、義務分請求権を債権と構成するか相続分と構成するかについて、改めて論じられたようであるが、変更はされず、第一委員会の考え方が維持された。<sup>90</sup> しかし、第一草案一九八一条一項に関しては異議が唱えられている。第二委員会は、義務分を超えない相続分が制限や負担付きで与えられた場合に、ユ帝の原則にしたがって、「義務分権利者は受領された相続分を保持しつつ、課された制限を無効なものと取り扱ってよい」と解するのだが、「一般的な解釈」であると考えた。<sup>91</sup> 彼らには、この場合に、「より大きなもの〔＝義務分〕を得るために、受領された少ないもの〔＝相続分〕を放棄しなければならない」という、*cautela Socini*から生ずる第一草案の規定の仕方を理解することができなかつたのである。<sup>92</sup> さらに、第一草案一九八一条一項によれば、義務分を超えない相続分が制限や負担付きで与えられた場合に、相続放棄のための熟慮期間を怠った義務分権利者は、制限と負担付きでわずかな相続分に甘んじなければならぬ。<sup>93</sup> これでは、この義務分権利者は完全な廃除の場合よりも劣悪な立場に立たされてしまうことになる。<sup>94</sup> これは正当な批判であると思われる。こうして、第二委員会において現行法二二〇六条一項の規定が完成したのである。<sup>95</sup>

以上のようなドイツ民法二二〇六条一項の沿革の検討を通じて明らかになったのは、指定相続分が義務分を超過しているか否かによる基準で法的効果を異ならしめるといふ枠組み、及び、一方で被相続人の処分を無効にし、他方で*cautela Socini*を採用するといふ法律効果が、ユ帝法以来の義務分法の伝統に根ざしたものであること、そして、このことは現代においても、幾つかの批判はあるものの、一定の合理性を有していることである。本稿の観点からは、二二〇六条一項が、条件や期限、遺贈、信託遺贈、用益権設定などによって義務分が侵害されている場合を念

頭に論じられて、第一草案に至って初めて遺言執行者と関係付けられたことが重要である。次節で検討することにしよう。

### (3) ドイツ民法二三〇六条一項と「遺言執行者の指名」

前節の随所で示唆しておいたように、シュミット草案までは、ドイツ民法二三〇六条一項の前身となる諸規定は、未だ遺言執行者と明確には関係付けられていなかった<sup>96</sup>。ところが、第一草案一九八一条一項は、突如として、義務分に対する制限事由として「遺言執行者の指名」を提示した。このことは、第二草案に受け継がれ、現行法に結実する。問題は、第一草案において、「遺言執行者の指名」が、何故に義務分への制限であると考えられたのか、である。この問いに対する解答が、義務分制度と遺言執行者制度を媒介することになると思われる。

第一草案理由書は、「遺言執行者の指名」を条文に盛り込んだことについて、次のように述べる。「何故なら、遺言執行者が指名されている場合には、義務分権利者は、このような制限がなかったら有していたはずであるところの、相続人として遺産を自由に処分する権利も、「遺産の」価額支払いを求める確実な請求権も持たないからである。前者または後者が義務分権利者に与えられなければならないのにもかかわらず<sup>97</sup>」(「内は筆者による補足」と。遺言執行者が存在しないのであれば、義務分権利者たる相続人は自ら遺産分割を通じて直ちにその相続分に応じた遺産を取得することができるので、別段義務分は害されていない。しかし、遺言執行者が存在する場合には、相続人は、遺産の所有者として極めて基本的な遺産の自由な処分権を喪失している。それ故、義務分権利者たる相続人は、あたかも条件や期限付きで与えられたり、後位相続人として指定されたのと同様に、即時に完全な義務分を与えられていると言うことはできない。逆に、相続人が遺言執行者の存在と関係なく遺産の自由な処分権を有してい

るのなら、「遺言執行者の指名」は義務分への制限とはならず、したがって、義務分の保護を考える必要もないということになる。そこで、第一草案における遺言執行者の地位及び職務権限が問題となる。詳細は別稿に譲ることにして、草案の条文に則して概観を示すと次の通りである。

遺言執行者は被相続人の終意処分を実行する権利義務を負う（第一草案一八九七条一項）。複数の共同相続人がある場合において、被相続人が遺言執行者による遺産分割を指図したとき、または特に遺産分割に係る指図をしていたときには、遺言執行者は、共同相続人に遺産を分割する権利義務を負う（同一八九八条一項）。遺言執行者は、遺産に属する物を占有し、遺産を確定し、これを管理する権利義務を有し、遺産債権を取立て、遺産に属するすべての権利を裁判上主張し、遺贈または負担から生じたのではない遺産債務を履行する権利を有する（同一八九九条一項）。遺言執行者は、通常管理のため、または遺産債務の履行のための資金調達のために必要である場合に限り、遺産に属する目的を処分する権限を有する（同一九〇〇条一項）。そして、以上のような遺言執行者の職務遂行を担保するために、第一草案は、「相続人は、遺産に属する目的を、……遺言執行者の職務が存続する限り、有効に処分することができない」（同一九〇一条）旨、定めたのである。

遺言執行者の職務権限に関する諸規定を確認しただけではあるけれども、遺言執行者の権限は、第一草案において既に<sup>98</sup>、相続による財産の承継と分配全般にかかわっており、しかも相当強力であることがわかる。そして、本稿の観点からは、遺言執行者が存在する場合に、相続人から遺産目的の処分権が剥奪されることが重要である。第一草案がこのような規定を持っていたことが、草案一九八一条一項の義務分の制限に関する規定に影響を及ぼしたのであった。

第二草案及び現行ドイツ民法典でも、「遺言執行者の指名」は明文で規定されている。すなわち、第二草案二〇

八一条一項、現行法二二二一条一項は、「相続人は、遺言執行者の管理に服する遺産の目的を処分することができない」と定める。理由は、第一草案と同じであろう。現行法の注釈書も同じ理由付けをしている。<sup>99)</sup>

それでは、第一草案以前のシュミット草案ではどうだろうか。一八七九年のシュミット草案においては、遺言執行者が終意処分の実行や遺産分割(ただし被相続人の定めがある場合)をなす権限を有するにもかかわらず、相続人の遺産の処分を禁じる明確な規定は存在しなかったのである。ところが、シュミットによる一八八六年の草案の修正提案一五八条一項二文<sup>100)</sup>において、「相続人は、執行者の同意なくして遺産あるいは遺産目的を処分することができない」という規定が、突然挿入された。その理由は、「本来相続人が有している〔遺産あるいは遺産目的を〕把握して処分する権利を禁止しなければ、執行者の職務は画餅に帰することになってしまうであろう」<sup>101)</sup>〔内は筆者による補足〕と書かれているのみである。しかしながら、義務分の制限・負担に関する修正提案二五三条一項及び二五四条では、「負担とその他の諸制限」という包括的表現が維持されている。理由書も沈黙している。

いずれにせよ、義務分を制限する事由として「遺言執行者の指名」が盛り込まれるか否かは、遺言執行者が存在する場合に、相続人が遺言執行者の管理に服する遺産の目的を処分しうるかどうか、すなわち、遺産に対する管理処分権を有しているのか否かと関わっていることは、明らかになったと言つてよいであろう。<sup>102)</sup>

#### (4) 検討

前節まで、ドイツ民法二三〇六条一項のかなり複雑な沿革を辿ってきた。このことはなにを示しているのだろうか。

ローマ相続法は、相続人指定制度を根幹にした遺言相続を中心<sup>103)</sup>に発展してきた<sup>104)</sup>。相続人指定制度の下では、近親

者は、必ずしも相続人指定や遺贈などによって十分な出捐を受けられるわけではない。それ故、近親者（＝義務分権利者）と指定相続人の間の利害対立を調整する制度として、前々節で検討したような実質的必然相続制度（＝義務分制度）が創られざるを得なかった。また、ローマ法では、指定相続人が原則として遺言執行者の役割を果たしていたので、遺言執行者という独立の制度は発生しなかった。それ故、第三者たる遺言執行者と義務分権利者の利害の対立は発生するはずもなく、義務分権利者の保護は、必然相続制度だけで尽くされていたと言うことができる。そして、まさにその必然相続制度として、ユ帝の諸原則が表明されたのであった。

一方、ゲルマン法上の *Salmann* を起源とする遺言執行者は、中世初期において既にその痕跡が見出され、ローマの遺言制度流入以前から既に、被相続人の死因贈与などの終意処分を執行し、遺産を統制する極めて強力な権限を有する者として成長を遂げていたといわれている。<sup>(95)</sup> しかし、ローマ法が継受され、一二世紀にヨーロッパ全体に遺言制度が流入してからは、遺言執行者制度はイギリスの場合を除いて衰退の一途を辿っていく。<sup>(96)</sup> 遺言制度と共に相続人指定制度が侵入したことによって、遺言を執行する役割も担うべき指定相続人が登場した以上、遺言執行者の必要性は失われたようにも思える。しかし、それでもなお、遺言執行者制度が普通法において維持され続けた。このことは非常に重要である。<sup>(97)</sup> 何故なら、遺言執行者という独立の制度の必要性が示唆されているからである。<sup>(98)</sup>

このような流れを受けて成立した領邦における諸法典、及びドイツ民法典は、まず、ローマ法と普通法を経由した相続人指定制度、及びこれとコインの表裏の関係にある必然相続制度（＝義務分制度）を継受した。それ故、指定相続人と義務分権利者の利害関係は、その構成はローマとは大きく異なるけれども、同制度によって規律される。しかしながら、ドイツ民法典は、遺言執行者の制度も同時に受容したので、ここで問題が生じることになる。つまり、遺言執行者に関する諸規定は、遺言執行者と義務分権利者との関係を規律するものではなく、（指定）相続人と

の関係だけを規律するものである。そして、これによれば、遺言の執行と遺産管理は遺言執行者の職務であると考えられ、それを担保するために、遺言執行者がある場合には、相続人は遺産の目的を処分することができないものとされた。それ故、相続人は、遺産に対する管理処分権を剥奪されたものと解され、遺言執行や遺産管理に参与することができない。その結果、義務分権利者は、自らが相続人でもある場合に、相続人たる地位に基づいて遺産に参与することができないのみならず、同時に、遺言執行者の存在とは関係なく保護されるべき義務分権利者の義務分についても制約を受けることになってしまったのである。こうして、指定相続人・義務分権利者・遺言執行者という三面関係において、遺言執行者と義務分権利者の間で義務分をどのように確保するかという問題、別言すると、遺言執行者の遺産に対する排他的管理処分権限の射程を、どのようにして義務分の制限とならない範囲に限定するかという問題が生じるようになった。

この問題に対して、ドイツ民法は、義務分法の領域で対応しようとした。それは、その存在が相続人の相続財産の処分権を剥奪するような強力な遺言執行者の存在を義務分の制限とみなして、義務分の範囲では義務分権利者を徹底的に保護するというものであった。これが二三〇六条一項である。同一文(義務分権利者に遺された相続分が義務分を超えない場合)によれば、義務分権利者たる相続人との関係では、遺言執行者の指名は定められなかったものとされる。したがって、この場合、本章の最初に示した設例①によれば、義務分権利者は遺贈の負担からも遺言執行からも離脱することになるので、遺言執行者が義務分を侵害するような行動をとる恐れはない。また、同一文(義務分権利者に遺された相続分が義務分より多額である場合)によれば、義務分権利者は、相続を放棄して義務分請求権についての遺産債権者となるか、または、相続を承認して遺言執行に服するか、の選択をなすことができる。設例②において、前者を選択すれば、義務分権利者Xは、そもそも相続人の地位を捨ててしまうのであるから、遺贈

の負担からは当然に解放され、遺言執行者との関係もまた反古になる。後者を選択した場合が問題であるが、義務分権利者は、自らの意思で遺贈の負担と遺言執行に服することを承認したことになる<sup>④</sup>ので、特別の保護を与える必要はないと言うことができよう。遺言執行者が、適切でない遺言執行や遺産管理をなした場合には、義務分権利者は、例えば二二一九条一項など遺言執行者に関する規定によつて、相続人として救済を受けることができる。

### 三 わが民法への示唆

第一章でも述べたように、ドイツ相続法は、わが相続法との体系的相違が著しい。それにもかかわらず、これまで検討してきたようなドイツ法のシステムから、われわれが何かを学ぶことができる<sup>⑤</sup>とすれば、それはいいのだ。そのようなことであろうか。ここで、筆者は、相続法における法継受上の瑕疵、法の欠缺の可能性を指摘したい。

冒頭で挙げた事案は、遺言執行者Tが、遺留分を侵害している友人Yに対する遺贈を、遺留分権利者である相続人Xに対して遺留分減殺請求をなすかどうかを問うことなく、執行してしまった、というものであった。このような遺言執行をそのまま是認するわけにはいかないことは、既に述べた。それでは、何故にこのような問題が生じるのであろうか。これまでのドイツ法の検討を踏まえると、ポイントは相続人に、相続人たる地位と遺留分権利者たる地位が併存していることにあるように思われる。

この事案で、仮に遺言執行者Tが存在しないものとすれば、相続人Xは、遺留分減殺請求をなすかどうか、すなわち、遺贈全体を履行するのかどうかを、自分自身のイニシアティブによつて判断することができる。しかし、遺言執行者が存在する場合には、民法一〇一二条と同一〇一三条が相続人と遺言執行者の間を規律するので、相続人

は遺言執行に關係する範圍で(同一〇一四條)相続財産に対する管理処分権を喪失する。それ故、遺贈を執行する権限を有するのは、ひとり遺言執行者のみであることになる。また、相続人は、遺言執行者の遺言の執行を妨げるべき行為をすることができないので(同一〇一三條)、例えば、遺言執行者に対して、遺贈執行の前に当該執行について相続人の同意を得ておくべきことを要求することもできないということになるであろう。<sup>(註)</sup>それどころかむしろ、被相続人は、多くの場合、このような遺贈の実現を「妨害」する相続人の行為を排除するために、遺言執行者を指名しているのだということが出来る。

しかしながら、われわれは、この事案の相続人Xは、相続人の地位のみならず、遺留分権利者の地位も有していることに注意しなければならない。遺留分を侵害する遺贈もまた有効に成立していると解されているので、このような遺贈を履行することそれ自体は、履行の主体が相続人であれ遺言執行者であれ、違法ではない。しかし、遺留分減殺請求権は未履行の遺贈の履行拒絶権としても主張され得るので、遺留分権利者の遺贈履行の拒絶権は、遺言執行者が存在する場合であっても、保護に値するものと言わなければならない。このように、ある者に相続人の地位と遺留分権利者の地位が併存していれば、それぞれの地位に基づいて、相異なる法領域が妥当するので、その結果、異なるふたつの効果が導かれることになる。したがって、われわれは、事案のXとTの法律関係につき、遺言執行者Tと相続人Xの関係、及び遺言執行者Tと遺留分権利者Xの関係というふたつの法律関係を考察した上で、どのように遺留分権利者の保護をはかるかを検討しなければならないのである。この事案では、遺言執行者Tと相続人Xの関係を規律するのは、民法一〇一二條及び同一〇一三條である。これらの規定は、遺言執行と遺産管理に關して遺言執行者と相続人の関係を規律するものではあるけれども、遺言執行者と遺留分権利者を規律するものではないはずである。それにもかかわらず、相続人Xが遺留分権利者の地位も併せ持つために、右の諸規定は、Xの

相続人たる地位に基づく諸権利を制約するに留まらず、遺留分を侵害する遺贈の履行を拒絶するという遺留分権利者の地位に基づく権利までも制約してしまっている。これこそが、この事案の問題点なのである。

同じ問題に直面したドイツ法は、前章まで縷々検討してきたように、強力な遺言執行者の権限から、相続人である義務分権利者の利益を保護するための手当として、義務分法に属するドイツ民法二三〇六条一項を有している。それ故、ドイツでは冒頭の問題は生じない。一方、わが民法の遺言執行者制度は、既に述べたように、大体においてドイツ法を参考にして立法された。それ故、わが遺言執行者は、ドイツ法と同様に、強力な権限を有し、その存在が相続人の相続財産に対する管理処分権を剥奪する（民法一〇一三条。ドイツ民法第一草案一九〇一条、第二草案二〇八一条を参考にしている。現行ドイツ民法二二一条にあたる）。わが民法がこのような遺言執行者制度を持ったことが、相続人が遺留分権利者である場合に、前段で述べたような問題を発生させる素地をつくりだしている。それにもかかわらず、わが民法は、ドイツ民法二三〇六条一項の如き、遺留分権利者の利益を遺言執行者との関係で保護するための調整の規範を有していない。これは、法継受上の瑕疵であるといわなければならないであろう。何故なら、ドイツ流の強力な遺言執行者制度を継受するのであれば、相続人が遺留分権利者でもある場合の問題解決のための規範もまた、同時に継受するべきであったからである。この点、ドイツ民法二三〇六条一項が、わが民法の採用しなかった義務分法の一規定であることは、不継受の理由にはならない。何故なら、立法者が問題の存在を認識してさえいれば、フランス法を参考にしたといわれるわが相続法の体系<sup>④</sup>になじむような形で、ドイツ民法二三〇六条一項と同様の機能を営む規定をおくことは可能であったと思われるからである。そのような機能を持つ規定は、必ずしも遺留分制度の中に組み込まれる必要はないであろう。われわれがドイツ法から学ぶべきなのは、遺言執行と遺産管理に関する遺言執行者の排他的権限を遺留分権利者との関係で制限するという発想なのであって、その具

体的な現れ(一一三〇六条一項という条文そのもの)ではない。ドイツ法では、義務分法の沿革や義務分の性質に照らせば、偶々義務分法の領域で、「遺言執行者の指名」を定められなかったものとみなすという、適当な方法を採用することができたにすぎない。

それでは、わが民法の解釈として、右で検討してきた問題に対してどのような解決を与えるべきかが次の課題となる。具体的な検討は今後の課題とするが、幾つかの可能性を挙げることは可能である。例えば、ドイツ法に倣って、遺留分を侵害する遺贈がなされた場合に、遺言執行者の管理処分権を遺留分を侵害しない範囲に制限するような解釈論も、もちろん選択肢のひとつとして数えることができるであろう。この場合、民法一〇一四条との関係や、遺留分制度がこのような解釈論を許容するか、といった問題が論じられなければならない。また、別の解釈論的可能性として、第一章で紹介したように、遺言執行者が負担する善管注意義務(一〇一二条二項の準用する六六四条のひとつ)として、遺言執行者が遺留分を侵害する遺贈を執行する際には、遺留分権利者に対して遺留分減殺請求の可能性を伝えて、減殺の意思の有無を確認してから遺贈を執行する義務を考へることもできる。わかりやすい解決であると思われるが、遺言執行者と遺留分という制度間の摩擦の問題が、遺言執行者の善管注意義務という一般的義務に簡単に還元されてよいのかどうか、疑問が残る。

#### 四 まとめと展望

これまで、わが国において、遺言執行者が、遺留分を侵害する遺贈を、遺留分権利者に遺留分減殺請求権行使の意向を問うことなく、独断で遺言執行者が執行するという問題について、比較の対象としてドイツ法を検討しつつ

論じてきた。そして、ドイツではわが国と同じ問題は生じておらず、問題が生じないのは次のような立法的措置がなされていたからであることが明らかになった。すなわち、遺言執行者と相続人の関係を規律する遺言執行者法の中のドイツ民法二二二一条一項は、相続人から遺産に対する管理処分権を剥奪することによって相続人の相続人としての地位のみならず、その義務分権利者としての地位までも拘束してしまう性質の規定である。しかし、義務分は被相続人の遺言執行の定めとは関係なく保護されなければならない。この点ドイツ法は、二三〇六条一項によって、遺言執行者による拘束を相続人の地位の上のみに限定することに、成功していたのである。これを法定相続主義を採るわが国について見るに、相続人は多くの場合に遺留分権利者でもあり、しかも、わが民法は一〇一三条という相続人の遺産への管理処分権を奪う規定を有するので、遺留分権利者を保護するべき必要性はドイツ以上に高いはずである。それにもかかわらず、法継受の際の失敗から、遺留分権利者保護のための立法的措置がなにもなされていないことが明らかになった。このような問題認識から、何らかの解釈論的解決方法を提示しなければならないのであるが、これは、今後の課題とさせていただきます。

本稿は、筆者の遺言執行者研究の端緒である。本稿では、遺言執行者と遺留分権利者の間の利害調整に関する考察にとどまったが、さらに広く、遺言執行者と相続人の関係を根本的に再検討しなければならないと考える。遺言執行者は、遺言において示された被相続人の意思を実現する者として、民法上強大な権限を与えられている。その反面として、本稿でも触れたように、相続人の諸権利は大きく制限されている。遺言執行者に関する現在の議論は、被相続人の望む多様な処分をできるだけ実現させるべく、遺言執行者の権限を広く解する傾向にあると思われる。しかし、その限界は明確とは言えないし、そもそもこのような傾向が正当なのかどうか、遺言と法定相続という相続法上の根本問題との関連からも、問い直されなければならない。むしろ、重要なのは、遺言執行者による遺言執

行と遺産管理の適正を確保することによって得られる、相続人の保護の視点を確認することと、これを基礎に諸々の規定の射程を考察することではないだろうか。この問題を解決する前提となるのが、遺言執行者制度の比較法的研究(特にドイツ法とフランス法)、法制史的研究であろう。遺言執行者制度は、ゲルマン法に由来し、ローマ法との対立の中を生き延びた複雑な歴史を有する。また、遺言執行者制度は、遺言法上の一制度であるばかりでなく、他人による財産管理制度としての側面をも有するので、ローマ法の継受以降、理論的に委任や後見その他の諸制度の影響を受けている。さらに、この制度が、遺言相続主義のドイツ法と法定相続主義のフランス法の下で、極めて対照的な発展を辿ったことは、とりわけ十分に検討されなければならない。これらの事情が遺言執行者の問題を難解なものにしているのだが、わが民法は、それだけでなく、フランス型の相続法体系の上にドイツ型の遺言執行者を継受するという、いわば矛盾までも抱え込んでいる。そこで、遺言執行者制度の本質を明らかにするために、歴史と理論の両面からの基礎的考察が極めて重要となるのである。しかるに、わが国の遺言執行者研究は主に現行のドイツ法を中心に行われてきたのにすぎず、未だ論じ尽くされていない基本問題が多く残されている。例えば、相続人の相続財産に対する管理処分権を剥奪するわが民法一〇一三条は、ドイツ民法草案(現行法二二一条一項)に由来する。しかし、われわれは、この規定を所与のものとしてドイツの判例学説を参考にしてきたのにすぎず、その系譜を辿って歴史的に基礎付けて、理論的に民法の体系に組み込む作業を怠ってきた。本稿で論じた問題も、わが民法一〇一三条の規定の射程が不明確であるために生じた問題であるということができるのである。このような基礎的研究を経て、その成果を最終的にはわが民法の解釈に生かしていきたいと考えている。これらはすべて今後の課題となる。

- (1) この事案は、最判昭和五一年八月三〇日民集三〇卷七号七六八頁の前提となる事案を簡略化したものである。
- (2) 受遺者への移転登記は、遺言執行者と受遺者の共同申請によるものとされている（昭和四四年六月五日民事三発第二〇三号民事局第三課長回答・法務省民事局編『登記関係先例集 追加編V』（テイハン、一九七六年）一一八頁以下）。また、遺言執行者が存在する場合において、特定不動産の受遺者から遺贈に基づく所有権移転登記手続を求める訴の被告適格を有する者は、遺言執行者に限られる（最判昭和四三年五月三一日民集二二卷五号一一三七頁）。
- (3) 大判昭和五年六月一六日民集九卷五五〇頁、最判昭和三七年五月二九日民集一四卷一〇号一一二頁、我妻栄Ⅱ立石芳枝『親族法・相続法（法律学大系コンメンタール篇）』（日本評論新社、一九五二年）五五二頁、中川善之助Ⅱ泉久雄『相続法（第四版）』（有斐閣、二〇〇〇年）四九二頁以下、中川善之助編『註釈相続法（下）』（有斐閣、一九五五年）二五頁（山中康雄）など。
- (4) 竹下史郎「遺言執行者の受託者としての地位」信託法研究九号（一九八六年）一〇五頁以下、竹下論文が引用する、猪瀬慎一郎他「座談会・遺言の実体と課題」ジュリスト七一四号（一九八〇年）三二頁以下〔播本格一発言〕、松尾知子「遺言執行者の任務・権限と相続人の処分権」産大法学三〇卷一号（一九九六年）一〇四頁。これらの見解が遺言執行者の清算人的役割を強調することからすると、遺言執行者の清算的職務を指摘する有地亨「第三者による遺産の管理（一）」法政研究三五卷四号（一九六九年）四三二頁以下も、同じ方向性にあると言えよう。
- (5) 伊藤昌司『相続法』（有斐閣、二〇〇二年）一五九頁以下。
- (6) 遺言執行者がこのような行動をとる契機として、伊藤・前掲書一五七頁以下。
- (7) 立法資料の他に、原田慶吉『日本民法典の史的素描』（創文社、一九五四年）二九三頁以下。
- (8) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書七 法典調査会民法議事速記録七』（商事法務研究会、一九八四年）八一―三頁。
- (9) そのことは、立法者も強く認識していた（商事法務版『法典調査会民法議事速記録七』八五一頁以下）。
- (10) 本稿におけるドイツ法の検討は、わが民法との比較に供することを目的にしているので、わが民法上認められていない共同遺言や相続契約による終意処分は、考慮しないことにする。
- (11) 指定相続分が義務分よりも僅少である場合については、次の註を参照。
- (12) J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen (= Staudinger/Bearbeiter), 13.

Aufl., Berlin 1998, bearb. von Ulrich Haas, § 2306 Rdnr. 38の設例を、記号を変えて引用した。ところで、論理的には、指定相続分が義務分よりも少ない場合も、考察されなければならない。しかし、その帰結は次に示すように、指定相続分が義務分と等しい場合に類似するので、本文では新たに「設例③」を立てることはしない。指定相続分が義務分よりも少ない場合とは、例えば、設例①で、Aが、さらに友人Cを加えて、X、T、Cそれぞれ三分の一ずつの相続人にしていた場合である。この場合、遺贈や遺言執行者の指名は、Xの相続分に関しては定められなかったものとみなされる(二三〇六条一項一文)。しかし、これだけでは、Xには、未だ義務分に満たない遺産の三分の一が与えられているのにすぎず、未だ義務分は満たされていない。そこで、Xには、義務分と与えられた相続分の差額、つまり、遺産額の六分の一に相当する義務分請求権(金銭債権)が帰属することになる(二三〇五条)。

- (13) 近藤英吉(塙陽子補遺)『ドイツ民法V相続法(現代外国法典叢書5)』(有斐閣、一九八八年復刻版)を参考にした。
- (14) Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz (= Planck/Bearbeiter), Bd. 5, 4. Aufl., Berlin u. Leipzig 1930, bearb. von M. Greiff, § 2306 Anm. 3b; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 9, 3. Aufl., (= Münchener/Bearbeiter), München 1997, bearb. von Rainer Frank, § 2306 Rdnr. 13.
- (15) Ulrich Mayer, Erbteil oder Pflichtteil? Frist läuft, in: Deutsche Notar-Zeitung (= DNotZ) 1996, S. 424; Staudinger/Haas § 2306 Rdnr. 38.
- (16) Staudinger/Haas § 2306 Rdnr. 37.
- (17) Staudinger/Haas § 2306 Rdnr. 43; Staudinger/Reimann § 2205 Rdnr. 82.
- (18) Münchener/Brandner § 2204 Rdnr. 1.
- (19) Staudinger/Haas § 2306 Rdnr. 45.
- (20) Andreas von Tuhr, Zur Lehre vom Pflichtteil nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, in: Deutsche Juristen-Zeitung (= DJZ), 1901, S. 122 (設例をアレンジした)。
- (21) Mayer a.a.O. S. 424.
- (22) Staudinger/Haas § 2306 Rdnr. 53; Münchener/Frank § 2306 Rdnr. 14; Theodor Kipp/Helmut Coing, Erbrecht, 14. Aufl., Tübingen 1990, S. 73 usw.
- (23) 指定相続分が義務分より大きい場合を説明するためには、明らかに相続放棄をすむと思われるような設例②よりも、実は、

後述する沿革が示すとおり、後位相続人が指定されている場合を挙げる方が、理解が容易なのである。しかし、本稿冒頭の問題事案との関係で、設例①と条件を合わせる必要から、あえて遺贈の設例を挙げることにした。

(24) 指定相続人である息子が相続を放棄した場合には、放棄は、別段の事情のない限り、放棄の意思表示をなした当時相続人が知っていたすべての相続取得原因に及ぶので（一九四九条二項）、法定相続も放棄したことになるからである（*MünchenerLeipold § 1949 Rdnr. 9*）。

(25) 義務分は全遺産が等しい割合で負担するべきものであるからである（*Kipp/Coing, Erbrecht, S. 84*）。したがって、この場合、受遺者は相続人と共に四対六で義務分を負担することになる。その結果、相続人Xは、義務分債務五〇〇〇ユーロのうち三〇〇ユーロを減殺することができる（＝遺贈の履行を拒絶しうる）。

(26) *von Tuhr a.a.O. S. 123; Albrecht Dieckmann, Zeitschrift für das gesamte Familien- und Erbrecht (= FamRZ), 1983, S. 1016.*

(27) 遺言執行者Tが存在しない場合には、自ら遺産を管理しなければならないBも、Xと同様に、相続を放棄するに違いない。Bは、自ら遺産を管理して、債務を弁済したとしても、何も得るものがないからである。こうして第三親系以下の法定相続人も同様の理由で相続放棄を続けると、遺産は最終的には法定相続人としての国庫に帰属する（一九四二条二項）。国庫は本文に叙述した方法で、Xに義務分として五〇〇〇ユーロ、Yに遺贈として五〇〇〇ユーロを支払うことになる。

(28) *Vgl. Heinrich Lange, Die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers und ihre Grenzen, in: Juristische Schulung (= JusS) 1970, S. 107.*

(29) *Lange a.a.O. S. 102.*

(30) なお、これから叙述するのは、前節末尾に示した問題に対するローマ法から現行法に至るまでの法技術上の展開にすぎない。quellenmäßigな研究や法思想上の背景に言及した研究は今後の課題とする。

(31) 「自権相続人とは、従前家長の権力に服従し、家長の死亡によって一家を創設するものをいう」（原田慶吉『ローマ法（改訂）』（有斐閣、一九五五年）三三二頁以下）。

(32) 詳細は、原田『ローマ法』三四三頁以下、Max Kaser, *Das römische Privatrecht (= RPR), 1. Abs, 2. Aufl., München 1971, S. 703ff.; Heinrich Honsell/Theo Mayer-Maly/Walter Selb, Römisches Recht, aufgrund des Werks von Paul Jörs/Wolfgang Kunkel/Leopold Wenger bearb., 4. Aufl., Berlin 1987, S. 463ff.*を参照。

(33) 義務分は、相続分、遺贈、信託遺贈、死因贈与によって与えることができた（Kaser, RPR, 1. Abs., S. 711）。それ故、本稿で

「遺す(hinterlassen)」「出捐する(zuwenden)」「与える」という言葉を用いるのは、財産分配の方法が相続人指定に限らないことを示す。

- (34) 原田『ローマ法』三四五頁。
  - (35) Kaser a.a.O. S. 712; Kunkel/Honsell a.a.O. S. 467 原田『ローマ法』三四五頁。
  - (36) Wilhelm Francke, Das Recht der Nothenben und Pflichtteilsberechtigten, Göttingen 1831 (Nachdruck 1970), S. 245.
  - (37) Francke a.a.O. S. 245; Franz Schröder, Das Noterbenrecht, Heidelberg 1877, S. 367f.
  - (38) ファルキディウス法の規律する領域は、実質的必然相続法のそれとは全く次元が異なる。すなわち、後者は、既に述べたように、指定相続人と一定の近親者の間の利害関係を規律するものである。しかし、前者は、指定相続人と受遺者の関係を規律するもので、指定相続人が必然相続人であるかどうかとは関係がない。
  - (39) 原田『ローマ法』三七七頁。
  - (40) 原田『ローマ法』三七〇頁以下。
  - (41) Francke a.a.O. S. 245; Michael Hennig, Die lex Falcidia und das Erbrecht des BGB, Berlin 1999, S. 26. しかし、義務分権利者が義務分以下の割合についてしか相続人に指定されず、quarta Falcidiaが彼に完全な義務分を与えない場合には、彼にはもちろん不倫遺言の訴を自由に提起することができた(Francke a.a.O. S. 245)。
  - (42) ユ帝が目指したのは、形式的必然相続権と実質的必然相続権の融合だったようである(Kunkel/Honsell a.a.O. S. 468)。必然相続人は、相続人に指定されるべきこと、義務分を与えられるべきことを、以前より強く求めることができるようになった。すなわち、被相続人は、一定の範囲の尊属及び卑俗について、法定の廃除原因が存在し、名前を挙げていた場合を除いて、看過や廃除をしてはならない。必然相続人が理由なく看過や廃除をされた場合には、不倫遺言の訴によって無遺言相続分の請求をなすことができた。しかし、他の遺言中の処分は有効とされた。
  - (43) Kaser, RPR, 2. Abs., München 1975, S. 518f; Hennig a.a.O. S. 26f.
  - (44) 原田『ローマ法』三四五頁 原田/Kunkel/Honsell a.a.O. S. 467.
  - (45) C. 3, 28, 32 IDEM (IMP. IUSTINIANUS) A. MENAE PP
- Quoniam in prioribus sanctionibus illud statumus, ut, si quid minus legitima portione his derelictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso

testamento actionem mouere poterant, hoc repleatur nec occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur, hoc in praesenti addendum esse censemus, ut, si condicionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione moram vel modum vel aliud gravamen introducente eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, minuta esse videantur, ipsa condicio vel dilatio vel alia dispositio moram vel quodcumque onus introducens tollatur et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset. [a. 529]

## 【試訳】

勅法彙纂第三卷第二十八章第三二法文

同人(皇帝ユースティニアヌス)が近衛都督府長官メナへ。

以前の指令において、われわれは次のことを定めた。すなわち、古法によって不倫な遺言に関する訴権を行使することができた者に、義務分より少ないものが遺された場合には、これ(＝義務分より少ないものは補充されるのであって、量的に少ないが故に遺言が無効となるのではない、と。現在において付け加えられるべきなのは次のことであると、われわれは考える。すなわち、何らかの条件、終期、何らかの死因処分、負担(modus)、その他の負担(gravamen)がなされることによって、言及された訴権(＝義務分補充の訴)に召喚される者(＝義務分権利者)の諸々の権利が制限されたものとみられる場合には、遅滞や何らかの負担を惹起するところの条件、終期、その他の処分は取り去られ、あたかも遺言にはそのようなものは何も付加されなかったかのように、物事が進展するのである、と。(五二九年)

右試訳中、( )内は筆者による註、「」内は筆者による補足を示す。以下同じ。なお、ラテン語のテキストは、Paul Krüger (Hrsg.), *Codex Iustinianus*, Berlin 1877を参照した。

- (46) 本文は、少なくとも、被相続人が義務分権利者に義務分よりも多く与え、これに制限や負担が付着していた事案への判断ではない。このような事案は、後出のC. 3, 28, 36, 1c(1)-1eの問題となっているからである。本文では、前半部分で、C. 3, 28, 30ですでに認められている義務分補充の訴を確認して、その上で、制限や負担についての処理が語られている。それ故、被相続人からの出捐が義務分に達せず、しかもそれに制限や負担が付けられている場合についての判断であると思われる。また、義務分権利者に対して、相続人指定で遺されたのか、遺贈や信託遺贈で遺されたのかは、問題とならないようである(Hennig a.a.O. S. 27 Anm. 41)。

- (47) ローマ法における実質的必然相続の法とファルキデイウス法との関係をめぐっては議論があるようだが(z.B. Steinwenter, Art.

Lex Falcidia, in: Georg Wissowa (Hrsg.), Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, Bd. 12, Stuttgart 1925, S. 235 2). 詳細な検討は今後の検討課題とさせていただく。本稿では、遅くともC. 3, 28, 32までに、遺贈も義務分の負担として実質的必然相続の法の領域で規律されるようになったことを前提に議論を進める。なお、フアルキディオウス法は、普通法には継受されたが(Hennig a.a.O. S. 29ff.)、オーストリア一般民法典やプロイセン一般ラント法、ザクセン民法典では放棄されている(Hennig a.a.O. S. 51)。<sup>48)</sup>ドイツ民法もシュミット草案以来同様であるので(Hennig a.a.O. S. 51ff.)本稿の構成に影響はない。

(48) C. 3, 28, 36 IDEM (IMP. IUSTINIANUS) A. IOHANNI PP.

§. 1c(1): Cum autem quis extraneo herede instituto filio suo restituere eum hereditatem suam, cum moriatur, disposerit, uel in tempus certum restitutionem distulerit, quia nostra constitutio, quae antea posita est, omnem dilationem omnem moram censuit esse abstrahendam, ut quarta pars pura et mox filio restitatur, in huiusmodi specie quid faciendum sit, dubitabatur.

§. 1d: Sancimus itaque quartae quidem partis restitutionem iam nunc celebrari non expectata nec morte heredis nec temporis intervallo, reliquum autem, quod post legitimam portionem restat, tunc restitui, quando testator disposuit.

§. 1e: Sic etenim filius suam habeat portionem integram et qualem leges et nostra constitutio definiunt, et scriptus heres commodum quod ei testator dereliquit cum legitimo moderamine sentiet. [a. 531]

#### 【試訳】

同人(皇帝ユースティニアヌス)が近衛都督府長官ヨハンネスへ。

第一c項…さらに、次のような事案についてどのように取り扱われるべきかが疑われた。すなわち、ある者が、家外の者を相続人に指定して、「この家外相続人が」死亡すれば、彼(＝遺言者)の息子に彼(＝遺言者)の相続財産を引渡すべきことを定め、あるいは、引渡しを一定の期間猶予した場合。何故なら、以前発布されたわれわれの指令は、すべての猶予期間とすべての遅滞は取り去られるべきであると定めたからである。その結果、「義務分の」四分の一の部分は負担なくかつ直ちに息子に引渡されるべきである。

第一d項…したがって、われわれは次のことを定める。すなわち、「義務分の」四分の一の部分の引渡しは、相続人の死亡も期間も待たれることなく、すぐさま行われるべきである。しかし、義務分(を差引いた)後に残存しているものは、遺言者が定めた時に、引渡されるべきである、と。

第一e項…何故なら、息子は、諸々の法律とわれわれの指令が定めたように、自分の完全な義務分を持つべきであるし、指定された相続人は、遺言者が彼に遺した利益を法律上の制限の下で受け取るべきだからである。(五三二年)

(49) 於保不二雄「遺言執行者の法律上の性質」『財産管理権論序説』(有信堂、一九五四年)六八頁以下、原田『史的素描』二九四頁以下、など。

(50) Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht (=EPR)*, Bd. 1, *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985, S. 611ff.

(51) *cautela Socini*は、Sienaの法律家Marianus Socinus(一五五六年没)が、これを含む遺言に関する詳細な鑑定書を作成したことにちなんで名付けられたもので、彼自身の考案になるものではない。このような遺言条項は、Socinus以前から使用されていたとす。(Francke a.a.O. S. 247)。

(52) Coing, EPR, Bd. 1, S. 612.

(53) その他、義務分権利者に全遺産の信託遺贈を義務づける場合。Vgl. Francke a.a.O. S. 248; Schröder a.a.O. S. 378ff.

(54) Schröder a.a.O. S. 381.

(55) Francke a.a.O. S. 247.

(56) Francke a.a.O. S. 248; Schröder a.a.O. S. 377. ただし、本文に示した肯定説への疑問も提出されているようである(Vgl. Schröder a.a.O. S. 377 Anm. 2)。

(57) Paul Oertmann, *Die Cautela Socini unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, in: *Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat (=ZBIFG)*, Bd. 15, 1915, S. 358 Anm. 5. したがって、この場合、指定相続について相続放棄をなしたことになるのである。なお、普通法において義務分権利者が自由に利用することのできる法的手段(*Remedia*)については、Coing, EPR, Bd. 1, S. 614f.を参照。

(58) 例えば、プロイセン一般ラント法二・二・四三三条「裁判官が遺贈義務者に理由があると考えた場合には、義務分は、子に對して相続財産から引渡されまたは補充され、義務分に課された負担若しくは制限は、判決と法によって破棄されたものと宣言される」。

(59) オーストリア一般民法典七七四条「遺留分は、明示的に遺留分との名称を挙げなくとも、相続分または遺贈の形において〔も〕、これを遺すことができる。遺留分は必然相続人のもとに完全に自由に留保されなければならない。〔この自由を〕制限す

る条件や負担は無効とする。必然相続人に「法定よりも」より多い相続分が授与されたときは、その相続分は、その遺留分を超える部分までに限り、これを剥奪することができる」(一)は松倉教授による補足(松倉耕作訳『オーストリア家族法・相続法』(信山社、一九九三年)七三頁)。

(60) ザクセン民法典二五八五条「義務分権利者が義務分だけを保持している場合には、ときに付加される付款(Nebenbestimmungen)あるいは負担(Auflagen)は、付加されなかったものとみなされる」。

(61) Werner Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht (= Die Vorlagen), Teil 1, Berlin 1984, S. 780.

(62) Vgl. Schubert, Die Vorlagen, Teil 1, S. 780.

(63) Schubert, Die Vorlagen, Teil 1, S. 780f..

(64) ザクセン民法典二五八七条「被相続人が義務分権利者に義務分より多くを遺したが、このとき付款(Nebenbestimmungen)あるいは負担(Auflagen)によって彼に負担(beschweren)が課されていた場合には、義務分権利者には、彼に与えられたものを負担(Beschwerung)付きで求めることを望むのか、負担なしで義務分を求めることを望むのかについての選択(権)が帰属する」(一)内は筆者による補足)。

(65) もっともこのような規定を置いたのは、ザクセン民法典だけではない。例えば、ヘッセン草案一二七条など(Vgl. Schubert, Die Vorlagen, Teil 1, S. 780)。

(66) シュミット草案二五二条「負担(Auflagen)とその他の諸制限が、相続人に指名されまたはその他の方法で完全な義務分(ただしこれを超えない)を与えられた者に負担となっている場合には、同人は負担とその他の諸制限につき義務を負わない(二項略)」。

(67) Schubert, Die Vorlagen, Teil 1, S. 779.

(68) Schubert, Die Vorlagen, Teil 1, S. 779.

(69) シュミット草案二五五条「特に、義務分権利者の制限と見られるべきであるのは、同人に対して、義務分に代えて用益権や年金、これに類似する反復的收入が遺された場合である」。

(70) Schubert, Die Vorlagen, Teil 1, S. 779.

- (71) Schubert, Die Vorlagen, Teil 1, S. 428f.; Hennig a.a.O. S. 51f.
- (72) シュミット草案二五二条「義務分権利者が相続人に指定され、または、その他の方法で遺言若しくは相続契約による出捐を受けたが、義務分の完全なる金額に及ばない場合には、義務分権利者には、不足している金額の補充を求める請求権が帰属する」。
- (73) Schubert, Die Vorlagen, Teil 1, S. 778.
- (74) Schubert, Die Vorlagen, Teil 1, S. 779.
- (75) なお、一八七六年に発表されたフリードリッヒ・モムゼンによる相続法草案の同趣旨の規定(五〇三条)の立法理由は、遺贈による負担に適用があることが前提として書かれている(Friedrich Mommsen, Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven, Braunschweig 1876, S. 482)。モムゼン相続法草案は、シュミット草案に強い影響を与え(Hans-Georg Mertens, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichterbrecht, Berlin 1970, S. 12)、シュミット草案と同様にファルキデウス法を放棄しているので(Mommsen, a.a.O. S. 393f)、おそらくシュミット草案も同様に考えているものと考えられることができる。
- (76) シュミット草案二五四条「〔二項〕義務分権利者に負担その他の諸制限付きで遺されたもの自体が、義務分の完全な金額を超過する場合には、義務分権利者には金銭請求権のみが帰属する。〔二項〕しかし、義務分権利者は、金銭債権に代えて、彼に遺されたものを選択することができる。この選択権は、相続承認の表示による不利益を回避する際には、義務分権利者が相続人であれば彼について相続放棄のために進行する、第三〇五条、第三〇七条、第三一二条、第三一三条による法定期間内に行使されなければならない。この選択権は、他人が使用することはできないが、熟慮期間中に選択権者が死亡した場合には、その相続人に移転する」。
- (77) シュミット草案二五〇条は、義務分を、法定相続分の半分(負担や諸制限は付着していない)に相当する金銭的価値である旨定めて、義務分請求権を単なる金銭の請求権と構成することを明らかにした。
- (78) Schubert, Die Vorlagen, Teil 1, S. 781.
- (79) Schubert, Die Vorlagen, Teil 1, S. 155ff. シュミット草案一条「何人も、単独行為によって死亡を原因としてその財産を処分する権利を有する。最終意思」。同四六条「指定相続人は、指定が有効である限り、法定相続人に先んじて相続する」。同二二二

条一項「相続人指定が存在しない限り、法律に基づいて相続が開始する」。

- (80) このことは、第一委員会における一八七五年一〇月二五日の会合にて、既に決定されていたようである(Vgl. Mertens a.a.O. S. 92)。
- (81) 第一委員会以降の審議以降の立法過程を叙述するに際しては、Mertens a.a.O. S. 94ff.に多くの示唆を得た。
- (82) 第一草案一九八一条「(一項)義務分権利者が、先位相続人や後位相続人によって、若しくは、彼が補充相続人としてのみ指定されていることによって、若しくは、遺言執行者の指名によって、若しくは、遺産分割の方法の指定によって制限され、または、遺贈や負担によって義務を負い(Beschweren)、または、他の義務分権利者に対してその義務分請求権の故に義務を負う場合において、義務分権利者が相続を放棄したときには、義務分請求権を主張することができる。義務分権利者が相続を廃除された場合もまた同じ。しかし、右の制限、負担、義務分の負担(Pflichteinsatz)が相続放棄前に有効に消滅した場合には、これらは、はじめからなかったのと同様にみなされる(二項略)」。
- (83) 一八七八年のイエーナでの第一四回ドイツ法曹大会では、義務分廃止論も提出されたほどである。詳細は、五十嵐清「遺留分制度の比較法的研究」法学協会雑誌六九巻二号(一九五一年)一四三頁以下を参照。
- (84) Mertens a.a.O. S. 94. なお、債権説採用の経緯については、五十嵐・前掲論文・法協六九巻三号(一九五一年)二五八頁以下が詳しい。
- (85) Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Erbrecht, 2. Teilband, Berlin 2002, S. 1843; Mertens a.a.O. S. 94.
- (86) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 5, Berlin u. Leipzig 1888, S. 394.
- (87) Motive, Bd. 5, S. 394.
- (88) 「被相続人の意思は、あたかも、被相続人が義務分権利者に対して、普通法上の *cautela Socii* の要件の下で選択権——相続分を……負担と共に受け取るか、または、相続分を放棄した上で完全な義務分を求める金銭給付請求権を行使するか——を与えておいたかのよう、理解されるべきである」(Motive, Bd. 5, S. 398)。
- (89) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 5, Berlin 1899, S. 508.
- (90) Mertens a.a.O. S. 97ff..

- (91) Protokolle, Bd. 5, S. 507f.
- (92) Protokolle, Bd. 5, S. 507.
- (93) Protokolle, Bd. 5, S. 507f. このことは、第一草案公表後の批判の中で、しばしば指摘されたようである(Mertens a.a.O. S. 96)。  
例えば、ギールケは、「このやっかいな法律のわなに捕らえられないように、これからは、相続人も、抜け目ないビジネスマンの美德を持たなければならぬのだ!」(Otto von Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsches Recht, Leipzig 1889, S. 538)と痛烈に批判している。第二委員会はこの批判を受け入れたことになる。
- (94) Münchener/Frank § 2306 Rdnr. 11.
- (95) しかし、第二委員会における議論は不十分であるとの批判がある。例えば、Werner Schubert, Juristische Rundschau (= JR), 1981, S. 468; Staudinger/Haas § 2306 Rdnr. 48.
- (96) シュミット草案まで段階では、法律条文において、義務分の制限や負担となる事由が列挙されていない。各種立法資料や遺言執行者規定を詳細に検討することで、義務分制度と遺言執行者との関連が、シュミット草案以前に遡る可能性はあるが、今後の課題とする。
- (97) Moivre, Bd. 5, S. 394f.
- (98) 第一草案における遺言執行者の諸規定は、遺言執行者の法的地位に関する論争(於保・前掲書八四頁以下が詳しい)との関連で、いわゆる相続人代理説を採ったものとして(草案一九〇三条一項を参照)、大いに批判された(小山昇「遺言執行者の地位」『現代家族法体系五(相続二)遺産分割・遺言等』(有斐閣、一九七九年)三二五頁以下を参照)。その後、相続人代理説の根拠とされた文言は削除され、遺言執行者を相続人から切り離したいいわゆる職務説が有力になる。しかし、遺言執行者の法的地位に関する論争にもかかわらず、遺言執行者の職務権限に関しては、それほど大きな変化はないように思われる。詳細は別稿に譲る。
- (99) Münchener/Frank § 2306 Rdnr. 8.
- (100) Gottfried von Schmitt, Recht der Erbfolge, Aenderungsvorschläge des Referenten zu dem Entwürfe von 1879, Berlin 1886, in: Schubert, Die Vorlagen, Teil 2, S. 588.
- (101) Schubert, Die Vorlagen, Teil 2, S. 747.

- (102) さらに進んで、何故、遺言執行者が存在する場合に、相続人の遺産の自由な処分権が剥奪されなければならないのかは、大きな問題である(松尾・前掲論文・産大法学二九卷一一五頁以下には、第一草案と第二草案について、簡単な考察がある)。第一草案理由書によれば、「相続人を物権的に制限することによってしか、相続人から遺贈と負担を確保する道は開かれない」(Motive, Bd. 5, S. 233)からであるという。それはその通りであるけれども、遺産分割の実行や遺産管理など、遺言執行者の多岐に渡る職務に全く触れられていないのは気にかかるところであるし、それならば、一八七九年のシュミット草案でも当然にこの規定が盛り込まれてしかるべきであろう。また、諸領邦の法典や普通法時代ではどうだったのか、ゲヴェーレとの関連はどうか、遺言執行者を原則として遺言執行監視人と定める、法定相続主義のフランス法との対比をどのように捉えるべきか、など興味は尽きない。さらなる検討は別稿に譲らざるを得ない。
- (103) 相続人指定は、「遺言の頭と基礎(caput et fundamentum testamenti)」(Gai. Inst. 2, 229)であったので、これがなければ遺言は無効であった。
- (104) 実際、法定相続の開始はまれであったので、法定相続に関する規定が不備のままに置かれているという(原田『ローマ法』三二九頁)。
- (105) Schubert, Die Vorlagen, Teil 1, S. 446f.; 原田『史的素描』二九四以下、於保・前掲書六九頁。
- (106) 原田『史的素描』二九五頁以下、Robert Caillemier, Origines et Développement de L'exécution testamentaire, Lyon 1901, pp. 3-9; Schubert, Die Vorlagen, Teil 1, S. 447.
- (107) 原田『史的素描』一九九頁。
- (108) Caillemier, op. cit., pp. 5-6.
- (109) Schubert, Die Vorlagen, Teil 1, S. 447.
- (110) しかし、それでもなお、指定相続人と遺言執行者の両者が共に存立しているということに内在的な矛盾があることは、間違いない。これを捉えて、原田『史的素描』二九八頁以下は、次のように指摘する。「而して、ローマ法の継受後、遺言執行者の制度をして本来の面目を失わしめて変質せしめた最大の原因は、相続人とくに遺言相続人との関係を正しい軌道の上に置かなかつたことに胚胎する。遺言執行者制度の歴史の一面は、利害を異にするこの両者の職務権限争奪史ともいえよう」と。この「職務権限争奪史」を経て、現在の遺言執行者制度に到達した以上、われわれが遺言執行者制度の本質を明らかにするた

めには、歴史研究が不可欠である。このような意味で、ローマ法が遺言執行者に与えた具体的な影響についての研究は、今後の課題とする。

(111) ドイツ民法一九四三条によれば、相続人が相続承認または放棄の意思表示をしないまま、熟慮期間が徒過した場合には、相続を承認したものとみなされる。

(112) 相続人はそもそもこの同意を要求することすらできない場合もあるであろう。何故なら、遺言執行者は、相続人が法律家に相談するなどして自分に遺留分減殺請求権が帰属することを知らずに、遺贈を履行することも可能だからである。

(113) 伊藤・前掲書一六頁。なお、フランスの遺言執行者は、原則的に単なる遺言執行監視人として現れ（フランス民法一〇三一条四項一文）、被相続人の遺言上の定めがなければ、*saisine*を取得することができない（同一〇二六条）。それ故、遺贈を履行するのは、遺言執行者の存否に関わらず、原則として相続人である。わが国のような問題は生じない。さらに、受遺者は常に法定相続人の許諾を得てからでなければ、遺贈目的物を取得することができないという手当もなされているようである（伊藤昌司「遺言執行者の権限」法学教室二五四号（二〇〇一年）二六頁）。