

ドイツ法における遺言書中の遺言以外の 意思表示・法律行為の可能性

上 田 誠一郎

1 はじめに

遺言は法律行為の一つであり、行為者の意思に、その内容通りの法的効果を与えることを基本とする制度である。法律行為は私的自治の根幹をなす法制度であり、契約法の領域においては、強行規定や公序良俗などの制限を受けるほかは原則としてその内容を自由に形成することを許す契約の自由が妥当する。もっとも物権については、民法は明文の規定で物権法定主義を採用し（民法175条）、法律が定める類型以外の物権を創設することを禁じており、また各物権の内容についても法の定めと異なる合意の効力は認められないとされる。

これに対して、遺言については、民法典は、遺言は民法に定める方式によらなければならないと定めるのみで（民法960条）、その内容については、一定の事項について遺言によらなければならないという規定を置き、一定の事項について遺言によって行うことができると定めるのみであって、それ以外の事項について、遺言により決定することを禁じ、あるいはそのような決定に効力を与えないとする規定は存在しない。ところが遺言については、限定された法定の事項についてのみ遺言が可能であるという、遺言事項法定主義が妥当するというのが、今日の日本法における一般的な理解である。このことは、あたかも自明の原則であるかのように、特段の根拠を挙げることなく述べられることも多いが、民法典の制定過程における議論を見ると、

実は、起草者は、「遺言事項法定主義」を取らなかったこと、旧民法が遺言によることができる事項として明示していた、各種の物権の設定や連帯債務および連帯債権の発生についても、民法典に明示しないという決断に当たり、遺言によることを排除する意図は示されず、むしろ、とくに物権については、遺言による設定を認める趣旨の説明がなされていたことが明らかになる¹⁾。

民法典成立後、戦前期の学説においても、起草者であった梅・富井が、民法典の立法過程でとった立場を基本的に維持し、遺言事項について非制限的な立場をとったが、それを一般原則として打ち出すことはしなかったのに対し、その後、公序良俗に反しない事項で、単独で意思表示の可能なものはみな遺言の内容とすることができるという一般論を主張する見解（非制限説）、それを原則としつつ例外として遺言によることができない事項を個別的に挙げる見解と、法律が特に規定する行為についてのみ行うことができるとする見解（制限説）の対立が生じた²⁾。

このように、日本法におけるこれまでの展開だけを見ても、遺言事項法定主義が自明の原則であるということとはできない。また民法典の規定上も、遺贈の目的が相続財産に属さない場合、遺言者がそれにもかかわらず遺贈の目的としたと認められる場合には、遺贈の効力を認め、遺贈義務者にその権利を取得して受遺者に移転する義務を負わせる規定や（996条ただし書、997条1項）、遺言により「その財産の全部又は一部を処分すること」を認める規定（964条）など、現在一般的に遺言による可能であると認められているよりも広い範囲で、遺言者による死後の財産関係の形成を容認する手掛かりになりうる規定が存在し³⁾、現にそのような解釈論の萌芽が存在することを指摘することができる⁴⁾。

目をドイツ法に転じると、民法典自体には遺言事項法定主義を定める規定

-
- 1) 以上の点につき、詳しくは上田誠一郎「遺言事項法定主義再考」同志社法学72巻7号（417号）（2021年）70頁以下を参照。
 - 2) 上田誠一郎「遺言事項法定主義再考」同志社法学72巻7号（417号）（2021年）86頁以下。
 - 3) 上田誠一郎「遺言事項法定主義再考」同志社法学72巻7号（417号）（2021年）99頁以下参照。
 - 4) 抵当権を遺贈の目的とすることを認めるものとして、潮見佳男・詳解相続法（2018年）460頁。

が存在しないにもかかわらず、有力な反対説はあるものの、遺言事項法定主義が、学説上、広く認められている。このことから、一見すると、この問題についてのドイツの法状況は、日本のそれと非常に近似しているように見える。ところが遺言事項法定主義という一つの法原則の比較を超えて、被相続人が、いかなる範囲で自らの意思により自己の死後の法律関係を形成することができるかという、より機能主義的な問題の立て方をすれば、ドイツ法における状況は、日本におけるのとは大幅に異なっているように思われる⁵⁾。すなわち、遺言者は、遺言書の中で、遺言以外の法律行為を行うことが可能であるとされ、それらの法律行為の効力については遺言とは分けて判断すべきであるとされるからである⁶⁾。

本稿では、ドイツ法における、遺言書中の法定の遺言事項に当たらない遺言者の意思の表明について、遺言とは独立の意思表示・法律行為として扱うという広く認められてきた法律構成について、判例及び学説を分析することによって、その全体像を素描することを試みたい。

まずは判例・学説において、このような法律構成を認めた最上級審裁判所の判決として引用されるライヒスゲリヒトの判決から検討を始める。

2 ライヒ裁判所1943年2月8日判決⁷⁾

事実関係を簡略化して紹介すると、以下の通りである。

遺言者は、1941年1月22日の公正証書遺言によって、妻である被告のための終意処分を撤回し、4人のいとこたちを相続人に指定し、さまざまな遺贈を指示した。同時に、被告の非行 *Verfehlungen* を理由として、被告から遺留分を剥奪し、被告に対して行われたすべての贈与を、重大な忘恩を理由と

5) 遺言事項法定主義に関する現在のドイツ法の状況については、上田誠一郎「ドイツ法における遺言事項法定主義」同志社法学73巻6号(424号)(2021年)735頁以下参照。

6) ここではとりあえず *Münchener Kommentar zum BGB* (9.Aufl. 2022) §1937 (Leipold) Rn.43ff. のみを挙げる。

7) RG, Urteil vom 8. Februar 1943, RGZ 170, 380-384.

して撤回した。遺言執行者である原告が、被告に対して贈与された財産の価値が遺産に属することの確認を求めた。これに対して被告は、遺言によって撤回の意思表示をすることはできず、撤回は無効であるなどとして争った。

ブラウエン地方裁判所は、受贈者に対して表示されるべき撤回は、遺言中では法的に有効に表示され得ないことを理由に、贈与の撤回に基づく原告の請求には、根拠がないと判断した。原告の跳躍上告を受けたライヒ裁判所は以下の理由で、原審の判決を破棄し、差し戻した。

原審の判断は、ベルリン上級地方裁判所 (Kammergericht) 1928年1月19日決定を踏襲するものである。すなわち、生存当事者間の受領を要する意思表示を、受領を要しない意思表示であり被相続人の死後はじめて法的に効力を生じる遺言に取り入れても、相手方に対して意思表示を行なったことにはならない。被相続人の意思は、自己の死後にその意思表示を行うことに向けられた意思を越えるものではない。しかし、受領を要する意思表示は、表示者の生きている間に、受領者に対して行われなければならない。意思表示を行った後に、表示者が死亡したということが、意思表示の有効性に影響を及ぼさないだけであり、その意思表示の到達が、表示者の死後に起こることが許されているのに過ぎない。

しかしながら、この判断は、法的な吟味に耐えることができない。

贈与は、重大な忘恩行為を理由として、受贈者に対する意思表示によって撤回され得るが (ドイツ民法531条1項)、このような受領を要する意思表示が、隔地者に対してなされた場合、表意者によって表示がなされた時点と表示が相手方に到達した時点の2つが区別されなければならない。すなわち意思表示の効力発生の基準時は到達時点である。表意者が、意思表示を行った後で、その意思表示の到達の前に死亡した場合、そのことは意思表示の効力に影響を及ぼさない (ドイツ民法130条2項)。この意味で、意思表示が行われたと言うためには、意思表示を有効とするために表意者側である必要があることすべてを表意者が行ったことが必要である。この要件は、表意者が意思表示を相手方に発信したときに充たされるのはもちろん、表意者が、意思

表示を相手方に到達することを予期することができる形で法的なやり取りの場に乗せたときにも充たされる⁸⁾。

もちろん、撤回の意思表示を遺言書に組込むということ Aufnahmef からは、異なる事情がなければ、それが死亡の時にのみ効力を生じるという表意者の意思を見て取ることができる。しかし、そのことは、その意思表示が、被相続人の死後にはじめて行われるという結論を正当化するものではない。受領を要する意思表示をすることには、その到達とは異なり、表意者が自分の側で意思表示を有効にするためになすべきことをしたことで充分なのであるとすれば、ここでは、被相続人が、贈与の撤回を含む遺言を公証人の前で方式に従って生前に表示し、そしてその死までそれを撤回しなかったということで、すでに被相続人の生前に撤回の意思表示がなされているのである。

このことによって、被相続人が、遺言を、贈与の撤回が後に被告人に到達することを確実にする状況に置いたのであると言えるのは、遺言法20条、37条により、公証人は、その遺言を、管轄を有する裁判所の特別な公的な保管に委ねなければならず、それにより、遺言は、遺言法40条、42条⁹⁾に従い、被相続人の死後に区裁判所により開封され、被告を含む関係者に、知らしめられなければならないからである。このように、被相続人によって生前になされた撤回の意思表示が、被相続人の死後、はじめて被告に到達しうる、そしてそのことが予定されているという状況は、民法130条2項の適用を妨げない。この規定は、表意者がその表示が自己の生前に受領権者に到達することを欲しており、表意者の死が、その望みに反して、そして予期せずに、到達までの間に発生したということ为前提としていない。

さらに、贈与者によって、疑うことができない形で表示され、疑いの余地なく受贈者に到達した贈与の撤回の意思表示を、それが遺言中で行われ、それゆえ、贈与者の死亡後にはじめて、受贈者の知るところとなり得た、そし

8) 共同遺言の撤回について同様の立場を取ったライヒ裁判所の判決として、RGZ65, 270が引用されている。

9) 現行法では、家庭事件及び非訟事件の手續に関する法律 (FamFG) 348条に対応する規定である。より詳しくは、後述4参照。

てそのことが予定されていたという理由のみから、無効であると宣言するならば、それは今日の法観念及び健全な国民の感じ方と合致し得ないであろう。

民法532条が定める、1年の除籍期間ゆえに、表意者の死後そして遺言の開封後、初めて効力を生じ得る贈与の撤回がしばしば時期を失するであろうということは、基本的には本質的な意味を持たない問題である。

以上が、ライヒ裁判所が、遺言（書）中の撤回の意思表示を有効であるとした論理である。

ここでもう一点注意すべきなのは、ライヒ裁判所は、遺言（書）への撤回の意思表示の組込み Aufnahme について語るのみで、遺言事項法定主義をとる学説が採用する、遺言とは独立の意思表示・法律行為が遺言書中でなされているという法律構成を、少なくとも明示的には、採っていないことである。逆に、ライヒ裁判所は、この判決中で、遺言事項法定主義を取らないことを明示する¹⁰⁾。すなわち、終意処分によることが許される事項は法律の規定による制限しか受けず、ドイツ民法1937条以下の終意処分により行いうる事項の規定は、限定列举ではないのであるから、遺言（書）への撤回の意思表示の組入れに対する根本的な疑義を生じさせるものではないとする。その際、そのような遺言が、なお受領を要しない意思表示でありつづけるのか、効力を生じるためには不特定ではあってもなんらかの受領者に向けてなされる必要があるのかについては、判断が留保されている。これらの叙述からすると、確かにそのことを明示はしていないものの、贈与契約の撤回が、遺言とは独立の法律行為になるのではなく、遺言の内容となることを前提としているように見える。

10) ドイツの学説が、この判断を、控えめに言っても誤解を生むものと批判していることについては、上田誠一郎「ドイツ法における遺言事項法定主義」同志社法学73巻6号(424号)(2021年)740頁以下参照。

3 遺言の開封制度

ライヒ裁判所1943年2月8日判決の意思表示の到達に関する議論の背景となり、その後の判例・学説の議論の背景ともなっている、遺言の開封制度について概観する。

まず遺言の開封 *Eröffnung* に関する規定であるが、ライヒ裁判所が言及する、遺言法40条、42条は、元々ドイツ民法2260条、2262条であったが、1938年に遺言法 *Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen* の40条、42条になり、1953年に再度民法2260条、2262条に戻り、2008年の家庭事件及び非訟事件の手續に関する法律 *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (FamFG) の制定とともに、民法2260条が同法348条1項、2項に、2262条が同法348条3項になるという変遷をした¹¹⁾。規定の所在が、民法の規定から、遺言法に変わった際に、40条2項に期日に関係者が誰も参加しなかった場合の取り扱いが3文として加えられたほかは、再度民法に規定された段階まで制度の骨格は変わっていない。家庭事件及び非訟事件の手續に関する法律では、開封の対象が遺言から遺言を含む終意処分全般に拡張されたほか¹²⁾、従来は遺産裁判所が期日を定め、法定相続人及びその他の関係人を期日に呼び出すのが原則とされ、その場に居合わせなかった関係人などがいれば、その者に対して通知がなされることになっていたのを、実務の実際に合わせて、期日を指定するか、通知のみで済ませるかは裁量にゆだねられたこと¹³⁾、通知について書面によるべきことが明示されたこと¹⁴⁾が、主な変更である。現行規定に移行するにあたってのこれらの変更は、遺言中の生前行為^が、相

11) 改正年は、公布日を基準としている。

12) 従来 of 解釈を変更するものではない (Staudinger Kommentar zum BGB (1996), §2260 (Baumann) Rn.8参照)。

13) Münchener Kommentar zum FamFG (3. Aufl. 2019) §348 (Muscheler) Rn.2.

14) Münchener Kommentar zum FamFG (3. Aufl. 2019) §348 (Muscheler) Rn.28.

手方に到達する経路に大きな変更は生じさせるものではない。

ここでは、現行法である家庭事件及び非訟事件の手續に関する法律の348条¹⁵⁾に従って、遺言の開封手續を紹介する。

遺言についていえば、開封の対象となるのは、遺産裁判所が保管¹⁶⁾している遺言である(348条1項)。裁判所は、開封のための期日を定め、法定相続人及びその他の関係人を期日に呼び出すことができる。開封の期日に出席者には、遺言の内容が口頭で知らされ、また要求があれば遺言が閲覧に供される。遺言中の生前行為に関する意思表示の相手方が、開封期日に出席していれば、この過程で到達が生じることになる(348条2項)。

遺産裁判所は、期日に出席していなかった関係人に、その者に関係する遺言の内容を書面により知らせなければならないとされている(348条2項)。遺言中の生前行為に関する意思表示の相手方が、開封期日に出席していなかった場合には、この通知により到達が生じることになる。

15) 第348条 遺産裁判所による死因処分の開封

(1) 裁判所は、被相続人の死亡を知った場合には直ちに、その保管下にある遺言を開封しなければならない。開封については調書〔Niederschrift〕を作成しなければならない。死因処分が封印されていた〔verschlossen〕場合には、調書において、封印に損傷がなかったか否かを確認しなければならない。

(2) 裁判所は、死因処分の開封のために期日を定め、法定相続人及びその他の関係人を期日に呼び出すことができる。出席者には、死因処分の内容を口頭で知らせなければならない。死因処分は、出席者の閲覧に供することもできる；要求があった場合には、出席者の閲覧に供さなければならない。

(3) 裁判所は、関係人に対し、当該関係人に関する死因処分の内容を書面により知らせなければならない。但し、第2項の期日に出席した関係人についてはこの限りではない。(条文訳は、青木哲、浦野由紀子、八田卓也訳「家庭事件及び非訟事件の手續に関する法律」(第2編、第3編、第4編及び第7編)に拠る。)

16) 公正証書遺言の場合、遺言は公証人の手によって「特別の公的保管 besondere amtliche Verwahrung」に委ねられる(証書作成法 Beurkundungsgesetz (BeurkG) 34条1項)。自筆証書遺言の場合、遺言者の申請があれば、「特別の公的保管」がされる(ドイツ民法2248条)。「特別の公的保管」がされていない遺言については、遺言書を占有する者は、被相続人の死を知ったときから、それを遺産裁判所に提出する義務を負う(ドイツ民法2259条)。この義務の履行が、遺産裁判所による遺言の開封と関係人に対するその内容の通知の前提となる(Münchener Kommentar zum BGB (9. Aufl. 2022) § 2259 (Sticherling) Rn.1)。

4 戦後の判例の動向

連邦通常裁判所も、基本的にはライヒ裁判所1943年2月8日判決の立場を維持しているように思われる。ここでは、連邦通常裁判所を中心に、基本的には戦後の判例を紹介することで、主要な事案類型についての、判例の展開を紹介する。

(1) 撤回の意思表示

贈与契約の撤回ではなく、贈与契約の申込みの撤回に関してではあるが、連邦通常裁判所2018年1月30日判決¹⁷⁾は、公的に保管された遺言による、申し込みの撤回の法的効力を認めた。

この遺言は、贈与契約の申込みについて明示的に撤回の意思表示をしたものではないが、黙示の撤回の意思表示があったと判断された。すなわち被相続人が、いつでも一方的に意思表示を撤回できる場合、その意思表示と矛盾する包括的な財産処分が遺言でなされた場合、以前の意思表示の撤回があったと推認できるとされた。

判決は、この撤回が、贈与の申込みの到達前にその相手方に到達したことを認定したうえで、相手方のある意思表示が効力を生ずるためには、相手方への到達のほかに、その表示が、表意者の意思に基づいて流通に置かれ、そのことにより表意者が、意思表示が（かりに回り道をしてでも）相手方に届くことを期待できたことが必要であり、それで十分であるとする（この点につき、上述のライヒ裁判所1943年2月8日判決を参照する連邦通常裁判所1979年5月11日判決¹⁸⁾が引用されている）。

本件の場合、被相続人は、遺言を公的な管理に委ね、そのことにより遺言

17) BGH, Urteil vom 30. Januar 2018, WM 2018, 832, NJW-RR 2018, 518.

18) BGH, Urteil vom 11. Mai 1979, NJW 1979, 2032. この判決自体は遺言書中の法律行為に関するものではなく、通常の解除の意思表示に関する事案である。

の発見と関係者にそれが伝えられることが確実にされたのだから、この要件は充たされる。そのような遺言でされた意思表示は、それが向けられた者に対してなされたものと扱われる¹⁹⁾。公的に保管された遺言中の意思表示の相手方は、遺言中で明示的に言及されている者に限定されず、被告との関係から関係者となりうる人的範囲に属していればよく、遺言で遺贈を受けている必要はないというのである。

(2) 代理権授与

また遺言の中で代理権を授与することが可能であるという判断を示した判決も、下級審レベルではあるが、存在する²⁰⁾。

ケルン上級地方裁判所1950年5月3日決定²¹⁾は、土地所有権移転の物権行為についての代理権授与が相続契約中でなされたが、土地登記所が代理権授与の効力を認めず、登記申請を却下した事案について、意思表示がなされたというためには、意思表示の文書が完成されただけでは足りず、表意者が意思表示を有効にするために必要なすべてのことをしたことが必要であるが、そのためには意思表示を相手方に向けて発送する必要は必ずしもなく、相手方に到達することを見込みうる形で、法的なやり取りの中に置くことでよいとする。そのうえで、前述のライヒ裁判所1943年2月8日判決を、遺言事項法定主義を否定する文脈で援用しつつ、遺言か相続契約かを問わず、終意処分中で終意処分でない意思表示をすることにより、この要件を充たすことが可能であり、(土地登記所である)区裁判所は、相続契約中の代理権授与は無効であるという理由で登記申請を却下することはできないと判示した。

またケルン上級地方裁判所1992年2月10日決定²²⁾も、公正証書遺言で、

19) “gilt als „abgegeben“”. 後述のように、ドイツ民法130条2項は、意思表示が「なされた」後に表意者が死亡した場合に、意思表示の効力は影響を受けないと定める。

20) 後述の2判決のほかに、ジーゲン地方裁判所1949年10月18日決定 LG Siegen, Beschluss vom 18. Oktober 1949, NJW 1950, 226も公正証書遺言中で代理権が授与された事案について、その有効性を認めている。

21) OLG Köln, Beschluss vom 3. Mai, NJW 1950, 702.

22) OLG Köln, Beschluss vom 10. Februar 1992, NJW-RR1992, 1357.

土地が遺贈されるとともに、受贈者は民法181条（自己契約）の制限を受けることなく、遺贈された土地の所有権を自らに移転する物権行為と遺贈の実行に必要なすべての意思表示を相続人の名で行う代理権を与えると定められていた事案において、代理権授与の有効性を前提としている。

(3) 守秘義務からの解放

さらに遺言中の生前行為の例としてしばしば言及されるものに、証人に対する守秘義務の免除がある。

連邦懲戒裁判所1958年9月25日決定²³⁾は、S大尉が、婚姻外の関係を持ち、婚姻が破綻した結果、妻と子2人が自殺するに至ったことを理由に懲戒手続にかけられた事件で、妻の診療を行っていたF医師が、証人として尋問された際に、医師の守秘義務を理由に、部分的に証言を拒絶したことにより、500ドイツマルクの秩序罰を課されたことに対する不服申し立て事件である。

妻は、死の2日前に、S大尉の上官であるB将軍に宛てた手紙の中で、自ら死を決意するに至らせた夫の仕打ちについて記すとともに、自らの健康状態がここ数週間で急速に悪化したことを知る者としてF医師の名を挙げていた。

裁判所は、守秘義務が免除されたかは、法的評価の問題であり、妻の（意思）表示の解釈によらしたうえで、妻の手紙が、夫の連邦軍での地位を失わせることを目的としていることを理由に、妻よる守秘義務の免除が、明示的に言及された健康状態に関する情報にとどまらず、診察に際して知り得たすべてのことに及ぶと判断した。

手続の性格上、裁判所は、日常用語では自殺者が残した遺書とは呼びうるであろうこの手紙が、法的に遺言の要件を充たしているかについては判断し

23) BDH, Beschluss vom 25. September 1958, NJW 1960, 550. この決定は、ドイツの文献で、しばしば連邦通常裁判所 (BGH) の決定として引用されているが、実際には連邦懲戒裁判所 (BDH = Bundesdisziplinarhof) (1953-1967) の決定である。

ていない。しかし学説には、遺言中で証人の守秘義務を免除することを認めた例としてこの決定を挙げるものがある²⁴⁾。

(4) 第三者のためにする契約の受益者の変更 (生命保険)

これらの判決に対し、別の事例群については、民法130条2項の適用をより限定的に考えるように見える判決が存在する。

ドイツ民法332条は、第三者のためにする契約の要約者が、受益者を変更する権限を留保した場合、別段の定めがない限り、遺言によって受益者を変更することができることを明文で定めている。遺言により受益者を変更した場合、相手方のない法律行為という性質上、諾約者による受領を必要としないとされる。この規定は、契約により排除することができ、生命保険契約の場合、通常約款で、保険金受取人の指定・変更には、保険契約者から保険者への書面による通知が要求されている²⁵⁾。このような前提の下で、連邦通常裁判所は、遺言中で保険金受取人の指定が撤回された場合、保険契約者の死後に保険者にその遺言が提出されたとしても、書面による通知の要件を充たさず、保険金受取人の指定の撤回は効力を生じないとする²⁶⁾。

連邦通常裁判所1981年7月1日判決²⁷⁾は、以下のような事案に関するものである。生命保険の保険契約者が、撤回の可能性を留保しつつ被告を保険金受取人に指定し、保険者に通知した。その後、保険契約者は自筆証書遺言を作成し、原告が、一定の負担(愛犬エリサの世話)付きで、保険金の一部の支払いを受けるべきことを遺言した。保険者は、原告が終意処分を通知す

24) Barnbetger-Roth, BGB Kommentar (4.Aufl., 2020) §1937 Rn.11, Juris Praxis Kommentar BGB 5.Aufl. 2011 §1937 Rn.13. これに対して必ずしも遺言の方式による必要がないことを示すものとして、この判決を参照するのは Staudinger, Kommentar zum BGB (2017), Vorbemerkungen zu §§ 1937-1941 (Otte) Rn.25.

25) Reiner Schulze, BGB Handkommentar (7.Aufl. 2012) §332 Rn.1.

26) 日本の保険法44条は、遺言による保険金受取人の変更を認めるとともに、遺言が効力を生じた後に、相続人が保険金受取人の変更を保険者に通知しなければ、保険者に対抗することができないと定めている。ドイツの判例法理は、この形での保険金受取人の変更を認めないことになる。

27) BGH, Urteil vom 1. Juli 1981, BGHZ 81, 95-100.

る前に、被告に保険金を支払っていたので、原告は、被告に遺言で定められた額の支払いを請求した。

原審は原告の請求を認容したが、連邦通常裁判所は、次のような理由で原告の請求を棄却した。

保険契約者は、保険事故の発生までは、保険金受取人の指定を撤回できるが、それまでに保険契約者が撤回しないか、有効な撤回がなければ、保険金受取人に指定された第三者に保険金請求権が発生する。生命保険約款の定め²⁸⁾により、保険金請求権の譲渡・質入れ、保険金受取人の指定や指定の撤回は、保険者が通知を受けたときに初めて効力を生じる。保険者に通知されなかった遺言の中での撤回は、保険者との関係では効力を生じ得ない。本件ではそのような通知はなく、保険者は、旧来の保険金受取人である被告に義務を負い続け、新たに指定を受けた原告は保険者に対し何の権利も取得しない。民法816条2項の意味での権利を有する者は、従来の保険金受取人である被告であり、原告は被告に対する不当利得返還請求権を持たない。

次に、連邦通常裁判所1993年7月14日判決²⁹⁾は、以下のような事案に関するものである。原告の夫は、被告と生命保険契約を締結し、契約当時の妻であった女性を保険金受取人に指定した。被告の生命保険契約約款には、保険金請求権の譲渡・質入れ、保険金受取人の指定や指定の撤回は、保険者が通知を受けたときに初めて効力を生じるという条項が含まれていた。離婚前にして両者が締結した公正証書による契約の中で、各人の生命保険契約は、それぞれ各自に属するものとし、剰余清算の対象から外すことなどが合意された。原告の夫は、自筆証書遺言を作成し、生命保険契約を含むすべての財産について、原告を唯一の相続人に指定した。夫の死後、原告は上述の公正証書による契約と遺言それぞれの写しを被告に送付した。その後、被告は前妻に保険金を支払った。原審は、保険金受取人の指定は、遺言により有効に撤回されたとして、原告の被告に対する保険金支払い請求を認容した。

28) §13 Abs. 3 ALB 1957.

29) BGH, Urteil vom 14. Juli 1993, NJW 1993, 3133.

連邦通常裁判所は、以下のように判断した。

連邦通常裁判所1981年7月1日判決の示した、保険契約者が遺言によって保険金受取人の指定を撤回し、そのことが保険者に通知されなかったときは、撤回は有効ではないという判断を、この事案について変更する理由は存在しない。連邦通常裁判所1981年7月1日判決の事案との違いは、保険者が保険金支払い前に、遺言の内容を知ったことであるが、それは81年判決と異なる結論を導くものではない。

保険契約者の死亡前は、保険金受取人の変更は、被告である保険者に書面による表示が到達していないために、効力を生じない。保険契約者の死亡後、すなわち保険事故の発生後は、もはや保険金受取人の変更は、効力を生じ得ない。なぜならば、保険事故の発生によって、保険金受取人は、保険金に対する奪うことのできない権利を取得したのであり、その権利は、その後に保険金受取人変更の意思表示が到達しても、消滅し得ないからである。

表意者が意思表示後に死亡しても、そのことは意思表示の効力に影響を及ぼさないと規定する民法130条2項は、ここでは適用できない。この規定は、意思表示が、表意者の死亡時には、相手方のもとに達する途上にあり、到達がすぐにそれに続いて起こるという通常の場合を出発点としており、すでに意思表示の到達に備えているかもしれない相手方を保護するものである。表意者の死亡時に意思表示が相手方のもとに達する途上にない場合、相手方の保護という考慮は働かない。この事案は、この場合に当たる。というのも保険契約者は、終意処分によって、保険金受取人の変更を被告に知らせることを意図していなかったからである。

また保険受取人の指定に関する規律の意義は、保険者が誰に保険金を支払ってよいかを知り、法的疑問を解明する負担を負わないことにあるのであるから、保険者が遺言と債権譲渡契約を提示された後に、前妻に保険金を支払っても信義則に反したことはない。以上が、連邦通常裁判所1993年7月14日判決の判断である。

連邦通常裁判所1981年7月1日判決は、保険金受取人の指定の撤回につい

て保険者に対する通知がされなかったことが認定されている事例であり、保険金受取人の指定ないし指定の撤回は、保険者が通知を受けたときに初めて効力を生じるとする保険約款の条項の効力を認める以上、遺言中での撤回の意思表示を認める従来の判例法理と矛盾なく共存しうるものであるようにみえる。むしろ第三者のためにする契約の要約者が、受益者を変更する権限を留保した場合、要約者に遺言によって受益者を変更することを認め、その場合、性質上、諾約者への到達を必要としないとするドイツ民法332条とその解釈が、意思表示の効力発生に関する通常のルールに対する例外であると言える。

ところが、連邦通常裁判所1981年7月1日判決は、保険金受取人の指定の撤回（と新たな指定）を含む遺言書の写しが保険者に送付されている事案であり、生命保険約款が要求する保険者への通知の要件が充たされているように見えるにもかかわらず、表意者の死後に到達した意思表示の効力に関するドイツ民法130条2項を限定的に解釈することにより、その効力を否定している。

この判決は、遺言中で生前行為を行う可能性を極めて例外的な場合に限定する学説の手がかりとなったものであるが、これがライヒ裁判所以来の判例法理を変更するものであると評価できるかについては、慎重である必要があるように思われる³⁰⁾。というのも、遺言中の贈与の申込みの撤回に関する前出の連邦通常裁判所2018年1月30日判決は、時期的にこの判決よりも後の判決であるが、連邦通常裁判所1993年7月14日判決にみられるような民法130条2項の限定的な解釈を採用していないように見えるからである。むしろこの判決は、130条2項が想定する場合に、保険金受取人を変更する意思表示

30) 遺言中で生前行為を行う可能性を極めて例外的な場合に限定する立場をとる Janko, Matthias, Die bewusste Zugangsverzögerung auf den Todesfall (2000) も、この判決の事案については、被告保険会社は遺言開封手続における関係人ではなく、遺言の開封によっては到達が生じないし、被相続人がそれ以外に被告会社への到達を実現させる措置を講じていたと認められない事例であった以上、被相続人により相手方への到達が確実なものとされている場合には、遺言書中の受領を要する意思表示をすることは可能であるとする（判例・通説の見解と、調和しうるものであるとする（同書56頁）。

が到達して、効力が生じる時点が、保険事故の発生により保険金請求権が確定的に発生する時点より構造的に後になるという、被保険者が保険契約者である場合の生命保険契約の特殊性に規定されているように思われる。

(5) 相続放棄

生命保険金受取人の指定・指定の撤回の意思表示と並んで、判例が、遺言中の生前行為の意思表示が効力を生じうることを常に認めてきたわけではないことを示す例として挙げられることがあるのが、遺言中の相続放棄の意思表示である。ライヒ裁判所1943年2月8日判決以前の判決であるがここで挙げておく。

相続放棄は、遺産裁判所に対する意思表示によって行われ、遺産裁判所の調書への記載あるいは公の認証のある方式が要求されている（ドイツ民法1945条）。相続放棄は6週間の放棄期間内に行われなければならない（ドイツ民法1944条1項）。

ベルリン上級地方裁判所1919年7月23日判決³¹⁾は次のような事案に関するものであった。遺言者は、妻の死後、「妻の遺産を放棄する」という条項を含む公正証書遺言を作成したが、同日死亡した。封印された封筒に入ったこの遺言は、遺産裁判所に送付され、放棄期間内に開封された。この相続放棄の効力が争われた。

ベルリン上級地方裁判所は、この相続放棄を無効とした。判決は、意思表示がなされたと言うためには、意思表示を有効とするために、表意者側である必要があることすべてを表意者が行ったことが必要であるというライヒ裁判所1943年2月8日判決と同じ基準を示したうえで、封印された封筒に入った遺言が遺産裁判所に送付されても、遺言者が死亡するまでは、遺産裁判所がそれに含まれる放棄の意思表示を了知する可能性が法的になかったのであるから、この放棄の意思表示は生前に行われたものとはいえないと判断した。

31) Kammergericht, Urteil vom 23. Juli 1919, JW 1999, 998.

5 学 説

(1) 遺言中の生前行為

そもそも終意処分である遺言（書）³²⁾の中で、終意処分以外の意思表示・法律行為（生前行為とまとめて呼ばれることが多い）を行う可能性があるかについては、学説は広くこれを肯定しているといえることができる³³⁾。しかし少なくとも相手方のある、受領を要する意思表示については、後述の通り、死後に到達した意思表示の効力に関する民法130条2項の解釈の相違を分岐点として、比較的広くその効力の発生を肯定する通説と、極めて限定的にしか効力の発生を認めない説に分かれる。

遺言中に生前行為が組込まれた場合にも、その行為の法的な性質は変わらず、そのため方式も含めて各行為の有効要件は、別に充たされなければならない³⁴⁾。このように遺言書に組込まれた生前行為が遺言の内容となるのではなく、独立の意思表示・法律行為としての性格を維持するという法律構成を採ることにより、これらに法的効力を認めることと、通説が採用する遺言事

32) 明示的に「遺言書 Testamentsurkunde」と述べるものもあるが³⁾ (Staudinger, Kommentar zum BGB (2017), Vorbemerkungen zu §§ 1937–1941 (Otte) Rn.17)、多くはその点にこだわらず、単に遺言 Testament への生前行為の組込みと述べる。遺言に組込まれた生前行為の要件を遺言とは独立に要求し、遺言とは別の行為と見ていると思われるので、本来は遺言書中の生前行為という用語の方が、正確であろう。

33) Münchener Kommentar zum BGB (9.Aufl. 2022) § 1937 (Leipold) Rn.43ff., Staudinger, Kommentar zum BGB (2017), Vorbemerkungen zu §§ 1937–1941 (Otte) Rn.17, Bamberger-Roth, BGB Kommentar (4.Aufl. 2020) §1937 (Müller-Christman) Rn.11, Prütting-Wegen-Weinreich, BGB Kommentar (16. Aufl. 2021) §1937 (Zimmer) Rn.13, Hau, Juris Praxis Kommentar BGB (5.Aufl. 2011) §1937 (Schmidt) Rn.12, Soergel, BGB Kommentar (13. Aufl. 2001) §1937 (Stein) Rn.7, Grüneberg, BGB Kommentar (81. Aufl. 2022) §1937 (Weidlich) Rz.9.

34) Münchener Kommentar zum BGB (9.Aufl. 2022) § 1937 (Leipold) Rn.43, Staudinger, Kommentar zum BGB (2017), Vorbemerkungen zu §§ 1937–1941 (Otte) Rn.17, Bamberger-Roth, BGB Kommentar (4.Aufl. 2020) §1937 (Müller-Christman) Rn.11, Prütting-Wegen-Weinreich, BGB Kommentar (16. Aufl. 2021) §1937 (Zimmer) Rn.13.

項法定主義³⁵⁾とが相容れることになる。

実際にどのような意思表示・法律行為が遺言書の中に組込まれるかについては、判例に現れたものを列挙するにとどめるものが多いが³⁶⁾、契約の申込み³⁷⁾あるいは契約的意思表示 *vertragliche Erklärungen* (詳述はされないが申込み・承諾の意思表示が、まずは想定されていると思われる)³⁸⁾も、遺言中で行うとされる。

(2) 遺言書中の意思表示がドイツ民法130条2項の「意思表示をした」ことに当たることを出発点とする見解

遺言者が遺言のなかで、相手方のある意思表示を行った場合、その意思表示は、通常、相続開始後に相手方に到達することが想定される。意思表示が、表意者の死後に相手方に到達した場合の効力について、ドイツ民法は、130条2項に規定を置いている。それによれば、表意者が意思表示を行った後で、表意者が死亡しても、意思表示の効力には影響を及ぼさない。また契約の申込みについても、申込者がそれと異なる意思を有していたと認められない限り、同様である(ドイツ民法153条)³⁹⁾。相手方のある意思表示が効力を生じるのは、それが相手方に到達した時点である(ドイツ民法130条1項)から、遺言中の相手方のある意思表示が効力を生じるためには、その意思表示が生前になされたこと *Abgabe* と、それが相手方に到達したことの両方が必要となる。

ライヒ裁判所1943年2月8日判決は、既述の通り、意思表示がなされたと

35) 上田誠一郎「ドイツ法における遺言事項法定主義」同志社法学73巻6号(424号)(2021年)740頁以下参照。

36) たとえば *Bamberger-Roth, BGB Kommentar* (4.Aufl., 2020) §1937 (Müller-Christman) Rn.11, *Johannsen-Kregel, BGB Kommentar (RGRK)* (12.Aufl.1974) Vor §1937 (Kregel) Rn.7, *Hau, Juris Praxis Kommentar BGB* (5.Aufl. 2011) §1937 (Schmidt) Rn.13 ff.

37) *Soergel, BGB Kommentar* (13. Aufl. 2001) §1937 (Stein) Rn.8. ドイツ民法153条が参照されている。

38) *Münchener Kommentar zum BGB* (9.Aufl. 2022) § 1937 (Leipold) Rn.44.

39) この点でドイツ民法の規律は、申込者が死亡した場合の契約の申込みの効力についての日本民法526条の規律と異なる。

言うためには、意思表示を有効とするために、表意者側である必要があることすべてを表意者が行ったことが必要であるが、この要件は、表意者が、意思表示を相手方に到達することを予期することができる形で法的なやり取りの場に乗せたときにも充たされるとして、遺言者が撤回の意思表示を遺言書に組入れ、その遺言が公的に保管された場合、すでに被相続人の生前に撤回の意思表示がなされていると判示していた。

通説も、生前行為の意思表示・法律行為を遺言に組入れた場合、その時点で、すなわち表意者の生前に、意思表示がなされたと考える⁴⁰⁾。それが、遺言への組入れによって、被相続人が、少なくとも黙示的に、その表示を自己の死後に相手方に到達させる意思を表明したと考えられるからなのか⁴¹⁾、あるいは遺言への組み入れに加えて、その表示を自己の死後に相手方に到達させる意思があったことが要求されるのか⁴²⁾については、立場が分かれる。

連邦通常裁判所2018年1月30日判決は、より緩やかに、公的に保管された遺言中の意思表示は、その相手方が遺言中で明示的に言及されている場合に限定せず、被相続人との関係から関係者となりうる人的範囲に属していれば、その者に対してなされたとしてよいとするが、この点については、通説のうちでも後者の立場から、批判がされている⁴³⁾。

すでにみた通り、ライヒ裁判所1943年2月8日判決、連邦通常裁判所2018年1月30日判決とも、生前に意思表示をしたという要件を充たすためには、表意者が自分の側で意思表示を有効にするためになすべきことをしたことが必要であるとし、その判断の過程では、遺言が裁判所の特別な公的な保管に委ねられ、開封手続きを通じて相手方がその内容を知ることになることが強調されている。それに対して、ドイツ民法130条2項にもとづき、遺言書中の意思表示の効力を認める立場に立つ学説は、遺言が公的に保管されたもの

40) Münchener Kommentar zum BGB (9.Aufl. 2022) § 1937 (Leipold) Rn.44, Prütting-Wegen-Weinreich, BGB Kommentar (16. Aufl. 2021) §1937 (Zimmer) Rn.13.

41) Münchener Kommentar zum BGB (7.Aufl. 2017) § 1937 (Leipold) Rn.41.

42) Münchener Kommentar zum BGB (9.Aufl. 2022) § 1937 (Leipold) Rn.44f.

43) Münchener Kommentar zum BGB (9.Aufl. 2022) § 1937 (Leipold) Rn.45.

であることを要求しない⁴⁴⁾。

(3) 遺言書中の意思表示がドイツ民法130条2項の「意思表示をした」ことに当たることを否定する見解

通説が、ドイツ民法130条2項を拠り所に、遺言（書）に組込まれた、相手方のある意思表示の効力を認めるのに対し、130条2項の、意思表示が生前になされたことというが要件を充たすことを否定することにより、それらの意思表示の効力を極めて限定的にしか認めない見解が存在する。

これらの見解は、遺言中の生前行為の効力が問題となった判例では、代理権の授与と贈与の撤回については肯定され、相続放棄と第三者のためにする契約の受益者の変更について諾約者の約款により要約者による諾約者への通知が要件とされている場合の変更の通知については否定されるように（前出の生命保険の例）、事案類型ごとに結論が異なっていることを指摘したうえで⁴⁵⁾、130条2項には、そのような区別を正当化する契機が存在しないのであるから、130条2項の解釈を基礎においた統一的な扱いをするべきであると主張する⁴⁶⁾。

この見解は、遺言者が遺言中に、いわゆる生前行為を組入れたとしても、そのこと自体では、生前に意思表示がなされたことという、ドイツ民法130条2項の要件を充たさないと考え、その結果として、これまで問題とされて

44) 公的保管を要求しない学説は、明言しないものの、結果的に、ドイツ民法2259条が定める遺言保管者が負う遺言を遺産裁判所に提出する義務を介して、関係人としての相手方に到達が見込まれることで（注16参照）、生前に意思表示を行ったという要件を充たすと考えていることになるであろう。

これに対しては、後述の遺言中で意思表示をしただけではドイツ民法130条2項の「意思表示をした」という要件を充たさないとする立場からではあるが、公的保管がされていない遺言については、表意者が自分の側でなすべきことをすべてしたなどとはいえない。したがって、遺言中の受領を要する意思表示を有効と考える見解は、公的に保管されている遺言とそれ以外の遺言とを区別する必要があるはずだったのでそうしていないと批判される（Staudinger, Kommentar zum BGB (2017), Vorbemerkungen zu §§ 1937-1941 (Otte) Rn. 21)。

45) Janko, Matias, Die bewußte Zugangsverzögerung auf den Todesfall, S.49ff, 84ff.

46) Staudinger, Kommentar zum BGB (2017), Vorbemerkungen zu §§ 1937-1941 (Otte) Rn. 20.

きたすべての事案類型で、遺言中でなされた生前行為に関する意思表示は原則として効力を生じないという結論を導く。

判例・通説とされる考え方は、生前に意思表示がされたこと、という要件を、表示が相手方に到達するために、表意者が自分の側で通常なす必要があったことをすべてしたこととするが、遺言で生前行為に関する意思表示が行われた場合、表意者は表示を自己の支配領域から外に出しておらず、意思表示をしたことの客観的な要件を充たしていない⁴⁷⁾。また主観的にも、表意者は、自己の生存中に意思表示が相手方に了知されないようにするために通常必要なすべてのことをしているのであるから⁴⁸⁾、表意者の意思は、その意思表示が自己の死後に到達することに向けられており、これは意思表示そのものに表意者の死後という不確定な始期を付すものではなく、意思表示を行うこと Abgabe に始期を付すものであると考えるべきであり、それゆえドイツ民法130条2項の生前に意思表示をしたという要件を充たさない、というものである⁴⁹⁾。この結論は、表意者の意思に合致するだけでなく、相手方の信頼保護という民法130条2項の趣旨からも、正当化される。相手方が第三者あるいは遺産裁判所から、表意者が死亡しており生前には意思表示の内容を知らせるつもりがなかったことを合わせて知らされた場合にまで、生前に意思表示がなされたと考えて、相手方の信頼を保護する必要はないからである⁵⁰⁾。結果として、遺言中の生前行為の効力が認められるのは、遺言者が生前に遺言書あるいはその写しを相手方に送付した場合といった非常に限定された範囲でのみ認められるという結論になる。

47) Janko, Matias, Die bewußte Zugangsverzögerung auf den Todesfall, S.117ff., Staudinger, Kommentar zum BGB (2017), Vorbemerkungen zu §§ 1937-1941 (Otte) Rn.20 ff.

48) Staudinger, Kommentar zum BGB (2017), Vorbemerkungen zu §§ 1937-1941 (Otte) Rn.21.

49) Janko, Matias, Die bewußte Zugangsverzögerung auf den Todesfall, S.118f., この論証につき、Staudinger, Kommentar zum BGB (2017), Vorbemerkungen zu §§ 1937-1941 (Otte) Rn.21. は、説得力のあるものと評するが、始期付の Abgabe という構成を明示しているわけではない。これに対して、Lübtow, Ulrich v., Erbrecht, 1971, S.113は、生前に意思表示をしたことは肯定しつつ、それが表意者の死後はじめて到達しうること、そしてそれが意図されていたことを理由に、ドイツ民法130条2項の適用を否定する。

50) Staudinger, Kommentar zum BGB (2017), Vorbemerkungen zu §§ 1937-1941 (Otte) Rn.21.

またもう一つの論拠として、死後に到達することを意図した意思表示が、生前に意思表示をしたことという民法130条2項の要件を充足すると考えると、死後に伝達するように命じられていた使者が生前に伝達してしまった場合や、死後開封のことで上書きされた封筒入りの意思表示を相手方が表意者の生前に開封してしまった場合にも効力が発生し⁵¹⁾、相手方が、死後効力を生じることが意図されていたことを知っていた場合にも、その意思表示にもとづいて権利を行使することを否定できなくなり不当だという指摘もされる⁵²⁾。

これに対して、通説側からは、被相続人が生前の効力発生を望んでいないことを理由に一般的に効力発生を遮断することには説得力がなく、死後に初めて到達する形で意思表示をするか否かは表意者の私的自治に委ねられるべきである、という反論がされている⁵³⁾。

(4) 遺言の開封と到達

通説のように、生前行為の意思表示・法律行為を遺言に組み入れた場合に、広く表意者の生前に意思表示がなされたことを認める場合も、相手方のある意思表示については、その時期が表意者の死後であったとしても（ドイツ民法130条2項）相手方への到達が必要である（ドイツ民法130条1項）。

遺言に意思表示が組入れられた場合、その意思表示が相手方に到達するためには、遺言の開封（家庭事件及び非訟事件の手續に関する法律（FamFG）348条1項、2項）の際に受領者の了知が生じるか、遺産裁判所による通知（同法348条1項、3項1文）で十分であるとされる⁵⁴⁾。

51) ドイツ民法130条1項は、隔地者間で「意思表示をした」場合、到達時に効力が生じることを定める。

52) Janko, Matias, Die bewußte Zugangsverzögerung auf den Todesfall, S.119ff. Janko は、意図的に到達が表意者の死後に延ばされた意思表示の効力という、より一般的な問題の一部として、遺言書中の意思表示・法律行為の効力の問題を扱う。

53) Münchener Kommentar zum BGB (9.Aufl, 2022) § 1937 (Leipold) Rn.44.

54) Münchener Kommentar zum BGB (9.Aufl, 2022) § 1937 (Leipold) Rn.43, Bamberger-Roth, BGB Kommentar (4.Aufl., 2020) §1937 (Müller-Christman) Rn.11, Hau, Juris Praxis Kommentar BGB

(5) 相手方のない意思表示

相手方のない意思表示については、到達の問題は生じない。相手方のない意思表示も遺言中で行うことができるとされる⁵⁵⁾。ただ方式要求や特定の規定の意義や目的に反する場合は、効力が認められない⁵⁶⁾。

この関連で多く取り上げられるのが、父親による認知の意思表示である。認知の意思表示は、公正証書などにより公的な認証を受けたものでなければならず（ドイツ民法1597条1項）、また認証された写しが、（父親のほかに）母親と子および戸籍役場に送付されなければならないとされるので（ドイツ民法1597条2項）、遺言書の中で有効に認知を行いうる遺言の方式は限定される⁵⁷⁾。

6 おわりに

遺言書中での、生前行為に関する意思表示・法律行為の効力をめぐる、ドイツ法における判例学説の展開を検討すると、一般的抽象的には、遺言事項法定主義を原則とする点では共通するよう見える日本法とドイツ法が、個人が自己の死後の法律関係を自らの意思で規律する可能性という点で、実質的には相当異なることが明らかになる。

もちろん死因贈与契約が典型であるように、生前行為に不確定期限や条件を付すなどの工夫により、一定の範囲で死後の法律関係を形成することは可能であるが、いつでも撤回できる遺言と異なり、それらは行為時から法的な拘束力を持つことになる。遺言書中で、生前行為に関する独立の意思表示・法律行為がなされているという法律構成をとる場合、遺言とは異なり終意処分であるためにいつでも撤回できるという論理は働かないが、相手方への到

(5.Aufl. 2011) §1937 (Schmidt) Rn.12.

55) Hau, Juris Praxis Kommentar BGB (5.Aufl. 2011) §1937 (Schmidt) Rn.12.

56) Münchener Kommentar zum BGB (9.Aufl. 2022) § 1937 (Leipold) Rn.46.

57) Münchener Kommentar zum BGB (9.Aufl. 2022) § 1937 (Leipold) Rn.46.

達が原則として表意者の死後になるため、表意者はその意思表示をいつでも（対象となる意思表示の到達前に撤回の意思表示が到達しさえすれば）撤回できる点で、差異が生じる。

日本においても、相手方のない単独の法律行為である遺言の中で、相手方のある意思表示をすることができるかという問題は、戦前に非制限説・制限説が対立していた時代から意識されてきた困難な問題である。また、すでに1938年に、遺言事項に関する非制限説と制限説の対立を止揚するものとして、遺言書に含まれた、通常生存当事者間で行われる行為の効力を、遺言とは切り離して、独立の意思表示・法律行為ととらえ、評価の対象とするというドイツ法における議論とよく似た議論が展開されていた⁵⁸⁾。もっとも遺言の内容としてではあれ、遺言とは独立のものとしてではあれ、遺言書中の相手方のある意思表示の効力を認めるこれらの見解は、その効力発生を認める法律構成について立ち入った分析を行ったとはいいいがたい。

遺言の保管制度や開封と検認の手続き上の相違点、表意者の死後に到達した申込みの意思表示の効力に関する規律の違いなど検討すべき点は多いが、ドイツ法の議論は、日本法においても、かつて議論された問題について、より分析的な法的評価の対象とする際の手がかりとなりうるのと言えよう。

他方、遺言事項法定主義を認めるとしても、それが単に遺言という法制度のもつ限界を画するにとどまると考えるのか、あるいは、人が自己の死後の法律関係を自らの意思で規律することは、法が特に明示的に許した場合のみ認められると考えるべきであり、遺言書中で、自己の死後に効力を生ずることを予定した遺言以外の意思表示・法律行為を行うという法律構成が可能であったとしても、そのこと自体は結論に影響を及ぼさないと考えるべきか、というのは、また独立の問題として観念しうるであろう。

それでは、遺言（書）中での意思表示・法律行為が認められ得るとすれば、そのことに、実際上の意味があるであろうか。ドイツの判例で認められた撤回や代理権の授与のほかに、たとえば、予約完結権の行使、選択債権・債務

58) 近藤英吉・判例遺言法（1938年）100頁以下。

についての選択権の行使、継続的契約についての解約告知や解約申入れ、さらには取消し、解除など、一方的行為については、実際上も一定の意味を持ちうるように思われる。

それに対して遺贈（民法997条1項参照）、信託といった法律が認める限定的な経路をとる以外に、より一般的に、遺言（書）中で、契約の成立に向けた意思表示を行うことにより、死後の法律関係を規律することに意味があるかについては、それが申込であれば、当然のことながら相手方の承諾を前提とすることから、例外的な場合を除き、安定性を欠く方法であると言わざるを得ないであろう。

もっともこの問題は、実際には、死後の法律関係をいかに計画し、構築していくかという視点からではなく、ドイツで問題となった事案からも見て取れるように、むしろすでになされた遺言の解釈のレベルで、検討課題として浮上ってくる可能性の方が高いように思われる。

たとえば、遺言に、「甲土地をAに譲る」と記載されている場合、それが遺贈かは、遺言の解釈により定まる。生前に遺言者とAとの間で甲土地の売買の話が進んでおり、遺言者の意思がこの売却を進めるようにというものであると解される場合、遺言事項法定主義をとるならば、この遺言は法定された遺言事項に当たらないために法的な効力をもたないと評価されることになる。そこでは、民法526条を強行規定と考えるべきか（申込の場合）、遺言書中では価格が明示されていない「甲土地をAに譲る」という表示が当該事情のもとで十分な確定性を有するか、そもそもAに対する意思表示がなされたと評価しうるものかどうかなど、法律行為・契約法上の問題は問われることはない。それでは「甲土地をAに1000万円で譲る」と記載されていればどうか。仮に甲土地の市場価格が5000万円であるとすれば、これはAに対する負担付遺贈であると解釈することは十分に可能であろう。しかし甲土地の市場価格が1000万円かそれを下回る場合も、遺贈と解することができるだろうか。遺言の解釈は、遺言者の真意を探求して行うものとされるが、売買契約の場合、対価的均衡は、主観的なものであることも考えると、遺贈

の意思か売買契約の意思かを明確に判断することには困難が伴う場合があるように思われる。それにもかかわらず、遺言事項法定主義を前提とすると、Aが遺言されたことを受け入れる意思を表示した場合、前者の場合は遺贈の承認であるが、後者の場合は、申込みに対する承諾として評価することはできず、遺言者の意思は実現されないことになる。遺言事項法定主義が、このような画然とした差異をもたらすに足る実質を持つ原則なのか疑問が残ると言わざるを得ないように思われる。