

ドイツ相続法における遺言執行者の職務権限とその限界

小川 惠

目次

- 第一章 はじめに
- 第二章 ドイツ遺言執行者制度の概要
 - 第一節 緒言
 - 第二節 遺言執行者制度の形成と展開
 - 第三節 法的地位をめぐる論争
 - 第四節 現行民法典（BGB）の規定
 - 第五節 小括
- 第三章 遺言執行者の職務権限の限界
 - 第一節 遺言の解釈

- 1 問題の所在
 - 2 遺言の解釈権限
 - 3 遺言の解釈と遺言執行
- 第二節 相続人との取決め
- 1 問題の所在
 - 2 相続人との取決めの許容性
- 第三節 遺産の処分禁止の指示
- 1 問題の所在
 - 2 遺産の処分禁止の指示に反する処分の有効性
- 第四節 遺産の管理
- 1 問題の所在
 - 2 遺産の管理における遺言執行者の権限と裁量
 - 3 遺産の投資
- 第四章 おわりに

第一章 はじめに

日本民法は、その制定当初から、遺言内容を実現する手段として遺言執行者制度を設けていたが、従来、遺言執行者の利用は少なく、問題点の指摘はあるものの、その議論がそれほど高まらないまま運用されてきた。しかし、近年の遺言の増加に伴って遺言執行者の利用も増え、遺言執行者制度にかかわる判例・裁判例がしばしば公表されるようになった。

てきた。こうした状況を踏まえると、遺言執行者への期待も高まりつつあると言われる中、遺言執行者制度の解釈や運用について整理・検討しておく必要が大きくなってきたように思われる。⁽³⁾

わが国の相続法は、遺言執行者の選任から執行の終了まで一通りの規定を有している。しかし、そのほとんどは簡潔かつ概括的に規定されているために、詳細は解釈に委ねられている部分が多い。最も古くから問題となってきたのは、遺言執行者の法的地位である。⁽⁴⁾民法は、「遺言執行者は、相続人の代理人とみなす」と規定する(民法一〇一五条)。しかし、大審院明治三六年二月二五日判決・民録九輯一九〇頁は、遺言執行者は常に相続人の代理人としてその権利のみを行使するのではなく、民法に規定されている通り、相続財産の管理その他遺言の執行に必要な一切の行為をなす権利義務を有するのであるから、相続人に対して訴訟を提起することも可能であるとの判断を示した。すなわち、判例は、民法一〇一五条に配慮しつつも、その規定内容を超える法的地位を遺言執行者に認めている。⁽⁵⁾

他方、このような法的地位の解釈からは、遺言執行者にいかなる職務や権利義務が認められるかは必ずしも明らかにならない。また、民法も「遺言執行者は、相続財産の管理その他遺言の執行に必要な一切の行為をする権利義務を有する」と規定するのみであり(民法一〇一二条)、具体的な職務や権利義務の範囲については明らかでない。この点、通説は次のように解している。まず、遺言執行者の職務は被相続人によって指示された遺言内容を実現することであるとして、遺言執行者の職務を、被相続人が遺言によってなすことのできる行為、いわゆる法定遺言事項に限定する。その上で、各遺言事項についても、執行の余地の有無という観点から、遺言執行者の職務対象事項を限定する。すなわち、遺言事項は、一般に、①執行が必要であり、遺言執行者のみが執行できる事項、②執行が必要であるが、遺言執行者でも相続人でも執行できる事項、③遺言の効力発生と同時に内容が実現されるから、執行の余地がないとされる事項に分類される。遺言執行者の職務対象は、これらのうち、①②の事項であると解されている。

このような解釈に対して、近年の学説では、遺言執行者の職務対象事項を広く解する見解が多く見られるようになってきた。⁶⁾これは、遺言者たる被相続人が、自らの意思に沿った財産処分の実現のために、また、円滑な相続手続きの実施のために、遺言執行者の幅広い活動に期待し、これまで以上の遺言執行者の権限の拡大を望むという傾向に添えようとするものである。例えば、遺産の売却や債権の取立て、債務の弁済といった清算事務は、法定遺言事項でないため、執行の対象とならないと考えられるが、これについても執行の対象とすることが主張される。⁸⁾また、前述の②と③の區別基準が曖昧なことから、各遺言事項をいずれに分類するか、各分類の中でも各遺言事項について遺言執行者はどのような範囲で職務を行うべきか、議論が見られる。⁹⁾このような議論は、遺言執行者の役割を、目的財産の権利を帰属させるという抽象的なレベルにおくか、あるいは、実際に目的財産を移転させるという具体的なレベルにおくか、という視点の差異から生ずるものであると考えられる。¹⁰⁾すなわち、法解釈上は遺言の内容が遺言の効力発生と同時に実現されると解されるとしても、さらに遺言執行者に遺産の管理機能や分配機能、遺産承継事務の実施機能などを、遺言執行者の役割として認めるか否かである。しかし現在のところ、遺言執行者の職務や権限は、明文の規定が包括的であるために広くも狭くも解釈する余地があると言え、この点についての議論はなお揺れ動いている。したがって、遺言執行者の職務や権限を検討するにあたっては、そもそも遺言執行者とはいかなる役割を担うべき存在なのか、という点を意識しつつ、適切な職務および権限の範囲を探らなければならない。

この問題を検討するにあたり、ドイツの遺言執行者制度が参考になると思われる。その理由としては、まず、日本の遺言執行者制度が主としてドイツの遺言執行者制度を参考にして作られたために、構造上の類似点が多いことが挙げられる。¹¹⁾他方で、ドイツでは極めて詳細な規定を設けており、遺言執行者に認められている職務や権限の範囲が広いという特徴も見られる。この点、日本の遺言執行者制度が被相続人の意思の実現と円滑な相続の実行を目指し、今後の発展

が期待される昨今、ドイツ相続法における遺言執行者制度の在り方は、日本の遺言執行者制度の在り方を探る一つの指標となると考えられる。むしろ、ドイツの相続法と日本の相続法は、そもそも、制度設計として各相続財産の承継態様から登記関係に至るまで、相違点が多々見られる。そのため、遺言執行者に関するドイツ相続法上の規定や解釈、運用が、日本においてそのまま反映されるとは考え難い。しかし、ドイツにおける基本的な遺言執行者の役割や位置づけ、あるいはその職務や権限についての解釈から何らかの示唆を得ることが期待できる。

そこで本稿では、ドイツにおける遺言執行者制度の形成過程や現在のドイツ相続法の規定を概観した上で、遺言執行者の職務権限について争われてきたいくつかの問題について判例を中心に分析し、ドイツにおける遺言執行者の基本的な位置づけと、その職務権限の限界について検討する。

第二章 ドイツ遺言執行者制度の概要

第一節 緒言

元来、遺言執行者制度とは、相続人に代わり、遺言執行者が遺産について法律上および事実上の支配権を有することとを認める制度である。他方でドイツ相続法は、相続開始と同時に遺産が相続人に帰属するという包括承継を基礎としており、遺言執行者制度は、この包括承継とは相容れないものと言える。この点を指して、遺言執行者制度はドイツ相続法における「異物」とも表現される。¹²⁾しかし、その反面、実務における遺言執行者制度の果たす役割は極めて大きい。¹³⁾すなわち、遺言執行者によって、被相続人が死後も自らの意思に沿った財産処理を実現することができ、また、円滑に相続が行われるようになるのである。このような実務上の意義から、ドイツにおいて遺言執行者制度は不可欠のものである

るとの評価を受ける。⁽¹⁴⁾

それだけに、実際に遺言執行および遺言執行者について規定し、運用するにあたっては、それらの法的な性質や位置づけを検討しないわけにはいかない。遺言執行者とはどのような地位にあり、どのような職務や権限が認められるかという問題は、遺言執行者制度の根幹をなす。この点について、「遺言執行者がいかなる権利義務を有し、いかなる行為をなしまたはなしえないかは、利害関係の対立する遺言執行者と相続人との間で常に争われてきた問題であつて、立法はその妥協である⁽¹⁵⁾」と言われるように、遺言執行者の職務権限は、その国の歴史や法制度を基盤として、最も妥当な形を採求した結果である。そこで、まずはドイツ遺言執行者制度の沿革について確認しておきたい。

第二節 遺言執行者制度の形成と展開

遺言執行者の前身となつたのは、ゲルマン法におけるサルマン (Salmann) であるといわれている。⁽¹⁶⁾サルマンとは、所有者から財産の移転を受け、これを所有者の指示に従つて処分することを委ねられた仲介的受託者であり、中世において、とりわけ教会がサルマンを積極的に活用し、教会の法的実務によつてその取扱いが発展した。⁽¹⁷⁾その後、ドイツで遺言を用いることが認められた一二世紀以降は、サルマン制度の発展として、遺言の内容を履行する者、すなわち遺言執行者が任命されるようになった。⁽¹⁸⁾

このような遺言執行者の制度は、普通法においては明示されていなかったものの、さらなる実務上の発展を遂げていくことになる。まず、その法的地位については、遺言の内容により決定されると解され、それに応じて公証人役場による実務上の取扱いが発展した。⁽²⁰⁾さらに、遺言執行者に関して諸々の学説が主張され、これにより、委任や後見の制度を踏まえつつ、詳細な制度が形成されていった。⁽²¹⁾

この發展の結果として、普通法上の遺言執行者は、以下のような特徴を有するようになった。第一に、遺言執行者は官庁によって指名されるのではなく被相続人によって指名され、第二に、遺言執行者は、通常、遺産について独自の管理権および処分権を有し、さらに第三に、遺言執行者はその執行において相続人から独立した地位にある、とされた。⁽²²⁾

このように普通法時代の遺言執行者制度は主として実務において發展を遂げた反面、明文で詳細な規定を置かれることなく用いられていた。⁽²³⁾そのため、ドイツ民法典(BGB)の立法過程において、遺言執行者制度の規定にあたり立法者もつとも意識したのは、普通法における三つの特徴を受け継ぎつつ、「曖昧な制度に明確さをもたらす」⁽²⁴⁾ことであつた。⁽²⁵⁾その結果、現在のBGBは、詳細な規定を有するに至っている。

第三節 法的地位をめぐる論争

遺言執行者の法的地位は古くから激しく議論され、「議論の蜂の巣」と表現されるほどに数々の説が唱えられた。⁽²⁶⁾これは、BGBの立法過程でも大きな問題となつた。第一草案は、遺言執行者を相続人の代理人と定めていたところ、これには強い批判が加えられた。すなわち、相続人代理説は、遺言執行者を相続人から切り離して両者の依存関係を極力避けてきたという遺言執行者制度の歴史的使命を忘れている、と批判された。⁽²⁷⁾このような批判を受け、第二草案以後、「相続人の法律上の代理人として」との文言は削除されるに至つた。⁽²⁸⁾

したがつて、現在のBGBは、遺言執行者の法的地位について明文の規定を欠いている。現在でもこの問題をめぐる議論は存在するが、判例および通説は、遺言執行者を「私的な職務の担い手 (der Träger eines privaten Amts)」と解しており、ほぼ統一されたものと考えられる。⁽²⁹⁾この見解は、遺言執行者は被相続人により指示される職務に基づいて生じる権利を有し、自らの名で行動する地位にある、という。⁽³¹⁾このように解することは、他人の財産を管理処分するとい

う遺言執行の性質や相続人の意思からの独立性を強調することになり、遺言執行者制度の歴史的経過にも沿うものであると考えられる⁽³²⁾。もつとも、遺言執行者が私的な職務の担い手であろうと、相続人の代理人であろうと、実務上の意義にはほとんど影響しないとの指摘も見られる⁽³³⁾。

第四節 現行民法典(BGB)の規定

次に、以上のような展開や議論を踏まえて制定されたBGBにおける遺言執行者制度を概観しておきたい。

(1) 遺言執行者の選任

BGBにおける遺言執行者は、被相続人による遺言または相続契約によって指名される(BGB二二九七条、二二九九条一項)⁽³⁴⁾。被相続人は、第三者に遺言執行者を指名する権利を付与したり(BGB二二九八条一項一文)、遺産裁判所に遺言執行者の指定を請求すること(BGB二二〇〇条一項)もできるが、いずれにせよ被相続人の意思によって遺言執行者の選任が行われる。この点、前述の普通法における遺言執行者の特徴の一つが反映されている⁽³⁵⁾。

(2) 遺言執行の型式

(1) 清算執行 BGBは、遺言執行の原則的な型式を設け、それに対して被相続人が一定の変更を加えることができる、との枠組みを採用した。ここでは、原則的かつ典型的な遺言執行の型式として、清算執行(Abwicklungsvollstreckung)が想定されている⁽³⁶⁾。清算執行では、遺言執行者は、終意処分の実行(BGB二二〇三条)⁽³⁷⁾および遺産分割の実行(BGB二二〇四条)を職務とする。

終意処分の実行とは、被相続人の指示に従って、遺贈や負担(Auflage)⁽³⁸⁾などを実現することである。

また、清算執行では、遺言執行者は、相続人が複数存在する場合に、遺産分割計画 (Auseinandersetzungsplán) を作成し、遺産分割を執行しなければならない。被相続人が終意処分によって遺産分割に関する定めをしていた場合、遺言執行者は、その被相続人の指示あるいは推定される考えに沿って遺産分割をしなければならない。³⁹⁾ また、被相続人は、遺言執行者につき、遺産分割の権限を剥奪したり、遺産分割の対象となる財産を限定したり (BGB 二二〇八、二二〇九条)、あるいは、遺産分割自体を禁止する旨を遺言で指示することもできる (BGB 二二〇四四条)。他方、遺産分割において相続人の意思は全く顧慮されないわけではなく、遺言執行者は、遺産分割計画の実行の前に相続人の意見を聞き (BGB 二二〇四二条二項)、希望や懸念を表明する機会を相続人に与えなければならないと解されている。⁴⁰⁾ しかし、相続人の意思に従う必要はないため、⁴¹⁾ 相続人の意思は、遺言執行者による遺産分割の場面では、必ずしも反映されるわけではない。遺言執行者が遺産分割を行う場合、相続人が遺言執行者を無視して遺産分割を進めることは許されない。

(2) その他の執行型式 法律上、清算執行の他にも、いくつかの執行型式が認められている。これらの型式では、清算執行と同様に被相続人の指示に基づいて遺言執行者の職務権限が定められるが、遺言執行者は、必ずしも終意処分の実現や遺産分割の実行を職務とするのではなく、特定の職務を委ねられる。

① 継続的な執行 (Dauervollstreckung) BGB 二二〇九条 は、遺言執行者に対し、長期にわたって遺産の管理を委ねるといふ執行型式である。例えば、遺言執行者が遺産の一部である貸家についてのみ、その賃貸借が終了するまで管理するような場合が考えられる。⁴²⁾ なお、執行の開始から遺産の管理のみを委ねられることも、その他の職務が終了した後に遺産の管理のみを引き続き長期に委ねられることもある。その点で、遺産の管理に重点を置くものの、清算執行に近い型式であり、後者のケースでは終意処分の実現や遺産分割の実行も職務に含まれることがある。

② 管理執行 (Verwaltungsvollstreckung) BGB 二二〇八条二項 は、遺言執行者が自ら遺言内容を実現するのでは

なく、相続人に遺言内容を実現させるために、相続人の監督および相続人や受遺者に対する遺言内容の履行請求のみを遺言執行者の職務とする執行型式である。

③後位相続人のための執行 (Nachbenvollstreckung、BGB 二二二条) は、後位相続人の権利と義務の遂行を遺言執行者の職務とする。この執行型式では、遺言執行者の主たる職務は先位相続人を監督することであり、後位相続人の利益のために活動することが求められる⁽⁴³⁾。具体的には、遺産目録の交付請求権 (BGB 二二二条) や遺産の状況についての報告請求権 (BGB 二二七条) などの先位相続人に対する後位相続人の権利を行使し、他方で先位相続人による遺産の処分に対する同意義務 (BGB 二一〇条) などの後位相続人の義務を負う。

④受遺者のための執行 (Vernachlässigung、BGB 二二三条) は、受遺者に課された転遺贈 (BGB 二一八六条)⁽⁴⁴⁾ や負担などの義務を受遺者に実行させることを遺言執行者の職務とする型式である。

(3) 遺言執行者の職務権限

遺言執行者の職務や権限は、被相続人の指示によって定まる。遺言執行者に対する被相続人の指示はもっぱら遺言においてなされるところ、被相続人が遺言において指示することのできる事項は、法律で明示されているもの、または、規定の解釈や類推によって許されるであろうものに限られている⁽⁴⁵⁾。したがって、遺言執行者の職務の範囲もそれに応じて制限を受けることになる。例えば、各共同相続人の持分は各共同相続人のみが処分することができる⁽⁴⁶⁾と規定されているため (BGB 二〇三三条)、被相続人が遺言において相続人の持分の処分について指示することはできず、遺言執行者の職務にもなりえない。

他方で、被相続人が指示することのできる遺言事項であるものの、遺言執行者の職務とならないものも存在する。そ

もそも遺言執行は、相続法上の制度として存在するため、その内容および範囲は相続法の範囲に縛られる。すなわち、相続法は、被相続人の財産の法的関係を規定し、原則として財産権の承継のみを扱っていること⁽⁴⁷⁾から、遺言執行の内容は、財産権に関する職務に限定されると解されている⁽⁴⁸⁾。したがって、遺言執行を指示する際、被相続人は、原則として親族法上の職務を委ねることはできないことになる⁽⁴⁹⁾。同様に、葬式の仕方や方法、改葬、死体発掘、死後の臓器摘出、氏名や名譽の保護などの死者の人格権に関する事項についても、本来、遺言執行者の職務とはなり得ないと解される⁽⁵⁰⁾。

また、被相続人は、遺産に関連しない財産について遺言執行者の権限を及ぼすよう指示することはできないと考えられている⁽⁵¹⁾。例えば、生命保険金請求権がこれにあたる。生命保険金請求権は、相続開始によって特定の者に帰属するもの、その者の固有の権利であるから、遺言執行者の権限は及ばないと解される。したがって、保険金の受取人が相続人であっても、遺言執行者ではなく当該相続人が手続きを行うことになる⁽⁵²⁾。

このように、法律上の制限があるものの、法律が許容する範囲内であれば、被相続人は、遺言執行者の職務や権限を自由に定めることができる。したがって、被相続人は、清算執行における職務や権限を一部排除することや、遺言執行者の執行対象を特定の業務や目的物に制限することもできる（BGB二二〇七、二二〇八条）。

被相続人によって指示された事項については、遺言執行者は、あらゆる事務を行う義務を負う。具体的には、相続証書の付与の申請、遺贈や負担の実行、相続人への遺産の目的物の移転登記や引渡し、遺留分請求や遺産債務の処理⁽⁵⁴⁾などである。このような職務を実現するために、遺産の管理事務として、遺産の確認、確保、維持、利用、処分などを行わなければならない⁽⁵⁵⁾。遺言執行者は、遺言執行の開始によって、遺産について管理処分権を取得する（BGB二二〇五条）。その反面、相続人は遺産についての処分権を失う（BGB二二二一条一項）。ただし、この場合の権利関係は、遺産の法的な権利を相続人が有し、遺言執行者は法律上認められた事実上の遺産の支配権を有すると理解されている⁽⁵⁶⁾。遺言執

行者が遺産の包括的な支配権を有するために、その行為如何によつては、遺産が大幅に増加することも著しく減少することもありうる。とりわけ、継続的な執行の型式（BGB二二〇九条）においては、比較的長期にわたつて遺産を管理する必要があるので、管理をいかに行うかが一層重要になる。

以上に見られるように、ドイツにおける遺言執行者は、被相続人の意思と法律の規定に基づいて、幅広い職務と権限を有する。

(4) 遺言執行者の義務

遺言執行者には、遺産目録の作成（BGB二二二五条）や遺産の管理（BGB二二二六条）の義務のほか、委任の規定の準用（BGB二二二八条）によつて、報告義務（BGB六六六条）や職務終了後の遺産の引渡し義務（BGB六六七条）などの義務が課されている。これらの義務は、被相続人の指示によつて免除することはできないと規定されている（BGB二二〇〇条）。また、遺言執行者がその義務を遵守するよう促すものとして、一定の利害関係人に、解任請求（BGB二二二七条）や損害賠償請求（BGB二二二九条）をすることが認められている。⁽⁵⁷⁾

第五節 小括

ドイツにおける遺言執行者制度は、①被相続人による指名、②遺産に対する独自の管理権および処分権、③相続人から独立した地位、という三つの特徴を有する制度として形成され、これらの特徴はBGBが規定する現行制度にも明確に反映されている。これにより、現在、ドイツにおける遺言執行者は、「私的な職務の担い手」たる地位にあるとの解釈の下に、幅広い職務と遺産についての包括的な権利を有している。とくにドイツでは、遺言執行者が長期間にわたつ

て遺産に関与する継続的な執行の型式を認めており、この点は他のヨーロッパ諸国と比べても大きな特徴と言える。⁽⁵⁸⁾

日本の遺言執行者制度と比較すると、遺言執行者に認められている職務や権限についてドイツでは極めて詳細な規定を設けており、しかも、その範囲が広い点が、差異の一つとして挙げられる。また、ドイツでは、清算執行を中心にいくつかの型式を認め、各型式の内容について詳細に規定している。他方、日本では、遺言執行者は「相続財産の管理その他遺言の執行に必要な一切の行為」を行う者と規定される（民法一〇一二条）が、その具体的内容は不明確である。

さらに、ドイツでは、被相続人が指示できるあるいは指示できない範囲についても、特にBGB二二〇七条、二二〇八条および二二〇〇条によって明確に規定されている。この点についても、日本では必ずしも明らかにされていない。

このように、BGBは遺言執行者について詳細な規定を有するが、立法当初から、制度運用の実際においては、判例や学説に解釈が委ねられてきた点もあった。⁽⁵⁹⁾とくに、遺言執行者をいかなるものと捉えるか、遺言執行者はいかなる職務や権限を有するかについては、具体的な事案を通して議論が展開されてきていることから、次章では、日本との差異を念頭におきつつ、ドイツにおける遺言執行者制度の沿革やBGBの規定を踏まえ、ドイツ遺言執行者制度のより詳細な分析を試みる。

なお、本稿での分析は、遺言執行者と被相続人または相続人との関係にかかわる場面に注目することにした。その理由は、遺言執行者制度がそもそも被相続人の意思の実現のために存在すること、他方、相続人が遺言執行の影響を最も受けうることから、遺言執行者制度の特質を理解するためには、まずもって被相続人および相続人との関係をどのよう捉えるかが不可欠となるためである。

遺言執行者と被相続人または相続人との関係にかかわって、遺言執行者の職務権限が問題となる場面はいくつか存在する。本稿では、遺言の解釈、遺言執行者がした相続人との取決め効力、遺産の処分および遺産の管理における遺言

執行者の権限を取り上げる。これらの場面においては、ドイツにおける遺言執行者の職務執行の実際において、その権限と限界が問われてきたからである。

第三章 遺言執行者の職務権限の限界

第一節 遺言の解釈

1 問題の所在

遺言執行者は、そもそも被相続人の意思の実現のために存在する。そのため、被相続人は遺言執行者を指名したりその職務を定めることができ、遺言執行者はこれに応じて行動することになる。すなわち、職務の執行にあたって遺言執行者は、被相続人の指示に沿って執行内容と執行方法を決定して活動する⁽⁶¹⁾。しかし、そもそも被相続人の指示の意味内容が不明確であったり、複数の意味に解釈可能なケースは少なくない⁽⁶²⁾。そのような場合には、遺言執行者が、行うべき職務の内容を自ら確定する必要がある。

職務の内容を確定する際、遺言執行者があらゆる利害関係人に対して拘束力をもって被相続人の指示を解釈する権限を有するかが問題となる。この問題は、被相続人がこのような遺言解釈の権限を遺言執行者に付与することができるかという問題とも関連して議論される。

以下では、この問題に関する判例と学説を参照し、遺言の解釈における遺言執行者の権限について検討する。なお、あらゆる利害関係人に対して拘束力をもって遺言の解釈を行う権限を、決定的な解釈権限 (Befugnis zur authentischen Interpretation) と呼ぶ⁽⁶³⁾とする。

2 遺言の解釈権限

(1) ライヒ裁判所の判断

遺言執行者の決定的な解釈権限につき、古くは、ライヒ裁判所の二つの判決が注目される。まず、【1】一九〇七年四月二九日判決⁽⁶²⁾が対象とした事案では、被相続人が遺言において、遺言の内容や意味が明らかでなかったり疑わしいと思われる場合については遺言執行者にその解釈を委ねる旨を定めていた。そこで、遺言執行者がその文言に基づいて、遺贈の指示は無いと判断したところ、受遺者が遺言執行者に対して遺贈の履行を求めた。また、【2】一九二〇年九月二七日判決⁽⁶³⁾の事案では、被相続人が遺言において、遺言執行に関して生じた争いについては遺言執行者に判断を委ねる旨の定めをしていたところ、遺産分割の際に不動産の価格をめぐって相続人間に争いが生じ、この争いを解決する前提として、遺言執行者が争いの仲裁人となりうるかが問われた。

いずれの判決においても、遺言執行者が遺言について決定的な解釈権限を有するか否かが問題となったところ、ライヒ裁判所は、遺言の一身専属的性質を強調し、遺言執行者自身に遺言を決定的に解釈する権限は認められないと判示した。すなわち、遺言の一身専属性について規定するBGB二〇六四条および二〇六五条⁽⁶⁴⁾からすると、被相続人が遺言に基づいて相続を調整する場合には、被相続人はその処分について自ら責任を負うべきであるから、遺言執行者自身は決定的な解釈権限を有さない、と判断した。

(2) 連邦通常裁判所の判断

戦後になると、この問題に関連する連邦通常裁判所の初の判断として、一九六四年一月二二日判決⁽⁶⁶⁾が注目される。

【3】連邦通常裁判所 一九六四年一月二二日判決

事案の概要…本件は、遺言執行者が、相続人に対し、執行に要した費用を請求したものである。前提問題として、そもそも遺言執行者の職務が継続しているか否かが争われたところ、被相続人が遺言において「遺言の解釈について発生した全ての疑問点の判断については、排他的に遺言執行者に決定権限がある」と定めていたために、右定め効力との関係で、遺言執行者が、自ら、その職務が継続していると判断してよいか問題となった。

判旨…「控訴審裁判所は、被相続人によって遺言執行者に割り当てられた職務がすでに全て履行されているとの認定をしている。このような認定は、『遺言の解釈について発生した全ての疑問点の判断については、排他的に遺言執行者に決定権限がある』という遺言の定めと矛盾するものではない。被相続人の意思による定めが、遺言執行者にその職務が継続しているかどうかの決定を割り当てるつもりであったかは、必ずしも確定される必要はない。なぜなら、被相続人は、遺言執行者にそのような決定を法的に有効に付与することができないからである。遺言執行者に対する遺言の解釈の付与がおよそ許されないかどうかは疑わしい(B.G.B.二〇六五条を参照。また、一方ではRGZ 66, 103, 105; 6があり、他方ではRGZ 100, 76, 77; 9がある)。しかし、たとえこれが全く許されないと評価されない場合でも、何人も自己のかわる事件について裁判官たりえないのであるから、遺言の定めから、遺言執行者にそのような職務の継続自体にかかわるような決定権が付与されているとの解釈をすることはできない。(RGZ 100, 76, 79を参照)」。]

ライヒ裁判所は、遺言執行者自身に遺言についての決定的な解釈権限はないものと解していた。しかし、被相続人が遺言執行者にそのような決定的な解釈権限を付与することができるか否かについては、必ずしも明らかではなかった。

これは、前述のライヒ裁判所による【1】判決がそのような権限の付与を否定する一方で、【2】判決は、被相続人が

遺言執行者を遺言に関する争いについての仲裁人に指名することは可能であると判断したためである。

そのような中で、本判決は、遺言執行者に対する遺言の決定的な解釈権限の付与が許されるとしても、遺言執行者によるその職務の継続自体にかかわるような決定権を付与することはできないとして、遺言の解釈における遺言執行者の権限の限界を示した。ライヒ裁判所の見解を前提として、それを補充する判断であると言える。⁽⁶⁷⁾

しかし、ここでは、遺言執行者に職務の継続についての決定的な解釈権限はないとされただけであって、被相続人が遺言執行者に対して遺言の決定的な解釈権限を付与することが全面的に許されないのかという点は、必ずしも明らかとはされていない。本判決はこの点を「疑わしい」と述べたのみであって、判断は今後の議論に委ねられた。

(3) 学説

遺言執行者の決定的な解釈権限につき、学説においては、より一般的な議論として、以下のような見解が見られる。まず、通説は、BGB二〇六四条および二〇六五条により被相続人がなすべき意思決定を第三者に委ねることは禁止されているとして、遺言執行者自身に決定的な解釈権限はなく、被相続人が遺言執行者に右権限を付与することもできないとする。⁽⁶⁸⁾ また、結論に差異はないが、遺言執行者の権限はBGB二二〇三条から二二一〇条の法律上の範囲を超えて拡大されえないことを根拠に、遺言執行者自身に決定的な解釈権限は認められず、また被相続人が付与することもできない、とする見解がある。⁽⁶⁹⁾

これに対して、相続法上、処分の内容が不明確な場合、決定的な解釈権限は当然に遺言執行者に与えられるものであるとし、遺言執行者の決定的な解釈権限を全面的に肯定する見解も見られる。⁽⁷⁰⁾

これらの中間的な見解として、被相続人は遺言の意味内容について解釈の相違が生じた場合に決定するという職務を

遺言執行者に与えることができる、と解し、一定の場合に限って遺言執行者に決定的な解釈権限を認める見解がある。⁽⁷⁾しかし、この見解も、遺言執行者に付与することができるのは、不明瞭な指示の解釈についての権限にとどまるのであって、終意処分が有効かどうかについてまでも決定する権限を与えることはできないとして、遺言執行者に与えることができる権限を制限的に解している。

(4) 分析

判例および学説を概観すると、遺言執行者自身が遺言について決定的な解釈権限を有さないことは、判例および通説の見解として現在では確立されたものと考えられる。他方で、被相続人が遺言執行者に対して決定的な解釈権限を付与することができるかという点は、判例によって明らかにされた範囲は限られており、未だ議論の余地がある。すなわち、明らかにされたのは、遺言執行者にその職務の継続自体にかかわるような解釈の決定権を付与することはできない、という点にとどまるのであって、それ以上判示されているわけではない。⁽⁸⁾【3】判決以降、下級審裁判例では、【3】判決を引用するものが見られるが、いずれも遺言執行者に付与することのできる解釈権限の範囲は明らかではない。⁽⁹⁾

この問題にいかにか答えるかは、遺言の一身専属性をどのように解するかによって左右されると考えられる。すなわち、遺言の内容は被相続人のみが定めることができることを強調すれば、通説のように、一般的に遺言執行者には決定的な解釈権限は一切認められないと解されるであろう。しかし、BGBに定められた遺言の一身専属性の及ぶ範囲は限られていると考えれば、その他の範囲で遺言執行者に決定的な解釈権限を認めることも可能といえる。さらに、より積極的に被相続人が遺言の解釈を遺言執行者に委ねるとの定めも有効と解し、遺言執行者に広く解釈権限を認めることも不可能ではないだろう。

3 遺言の解釈と遺言執行

(1) 遺言執行者による遺言の解釈

前述のように未だ議論の余地を広く残しているが、原則として遺言執行者自身に遺言についての決定的な解釈権限は認めない、という点では、ほぼ異論はない。遺言の決定的な解釈は、最終的には、訴訟において裁判所が行うことになる。

もともと、遺言の執行にあたり、遺言執行者はいかなる職務をどのように行うべきかを判断し、行動しなければならず、一般的に遺言執行者は、自ら被相続人の指示の有効性を判断し、適切な処置を行う義務を負うと解されている⁽⁷³⁾。このため、例えば遺贈の指示がなされていても、それが明らかに無効であると認められる場合には、遺贈を履行してはならず⁽⁷⁴⁾、被相続人の指示の内容が不明確な場合には、それ以外の根拠から推定される意思を斟酌することも求められる⁽⁷⁵⁾。ただし、遺言執行者の判断が誤っていたために損害が発生すると、BGB二二一九条により賠償責任が問われることもある⁽⁷⁶⁾。それゆえ、遺言執行者がどのように遺言内容を解釈し、具体的な執行についていかなる判断を下すかは、被相続人や相続人だけでなく遺言執行者自身にとっても重要な問題となる。

(2) 連邦通常裁判所の判断

上記の問題に関連する連邦通常裁判所の判断として、一九九二年三月一日判決⁽⁷⁷⁾が注目される。

【4】連邦通常裁判所 一九九二年三月二一日判決

事案の概要…被相続人は、一九六九年に作成した公正証書遺言において、遺産中の土地を用いて貧しい人のための施

設を建設するとの負担付きで当該土地をAに遺贈すること、右負担が履行される場合には、遺言執行者の判断で三〇万ドイツマルクまでをAに提供すること、右負担が履行されない場合には、当該土地および三〇万ドイツマルクまでを別の福祉団体に提供すること、および、遺言執行者の判断で遺産中の他の土地や現金および建物からの収益を援助の必要人に与えるべきことが定められていた。しかしその後、一九七〇年に作成した別の公正証書遺言において、被相続人は、Aまたは他の福祉団体に施設の建設のために三〇万ドイツマルクまでを提供する旨の定めを撤回した。

一九七三年に被相続人が死亡した後、Aは、施設の建設に関して八万ドイツマルク余りを当時の遺言執行者Yに請求し、Yはこれを支払った。しかし、最終的にAによる施設の建設計画は挫折し、右八万ドイツマルク余りの出捐をめぐって、YにBGB二一九条に基づく損害賠償責任が問われた。原告は、Yの後に遺言執行者となったXであり、Xは、一九七〇年の遺言によってAへの建設費用の提供は撤回されたのであるから、Aへの出捐は許されないと主張した。これに対し、被告であるYは、遺言執行者の判断で援助の必要な人に遺産を与えることができるとする一九六九年の遺言内容により、Aへの出捐は正当であると主張した。

判旨…連邦通常裁判所は、本件における二つの遺言につき、「その文言の意味は明白ではなく、Yが主張する解釈の余地がある」とした上で、「Yが、遺言の解釈につき、全ての認識可能な重要な事情を、相当な注意をもって考慮することにより、すくなくとも是認することのできる解釈に達したときは、Yが、裁判所が最終的に優先した遺言の解釈から場合によって逸脱していることは、Yの過失とならない」として、Yの義務違反を否定した。

本判決は、複数の意味に解釈可能な遺言がなされていたケースにおいて、遺言執行者につき、義務違反が問われたものである。結果的に本判決では、Yによる遺言の解釈もその妥当性は否定できないとして、その過失は否定され、義務

違反とならなかった。

本判決は、主文において、「遺言執行者が、全ての認識可能な重要な事情を、相当な注意をもって考慮することにより、すくなくとも是認することのできる終意処分の解釈に達し、それに基づいて遺産の財源から問題となつてゐる処分を行つた場合、遺言執行者の有責な義務違反は存在しない」と判示している。要するに、遺言執行者には「相当な注意をもつて」解釈に当たることが求められるが、その結果として「是認することのできる解釈」と評価される範囲にとどまり、義務違反が問われることはなく、それが遺言執行者の裁量の及ぶ範囲といえる。本判決の判断は、その後の判例にも受け継がれており、遺言執行者の義務違反が問われる場面で一般的基準となつた。

第二節 相続人との取決め

1 問題の所在

古くから、遺言執行者の職務権限の範囲は、相続人の利害をいかに考慮するかという局面でも問題となつてきた。遺言執行者の法的地位の論争において見られるように、遺言執行者と相続人とは切り離されるべきであり、したがつて、遺言執行者は相続人の意思に縛られてはならないと考えられてきた。しかし他方で、被相続人の死後に遺言執行の影響を最も受けるのは、通常、相続人であることからすると、相続人の意思を全く考慮せずに執行がなされることにも疑問が残る。

BGBの規定では、遺言執行者と相続人の間における権限の調整として、遺言執行者が遺産の管理処分権を有する限り、相続人は処分権を失うとされる(BGB二二二一条)。また、BGB二二二八条は、委任の規定の一部を準用することによつて遺言執行者に相続人への報告義務を課す(BGB六六六条)など、相続人の保護を図る。しかしその反面、

同条は、委任者に認められる指図権、すなわち、委任事務の執行の具体的内容および受任者の活動を指図する権利の規定（BGB六六五条）を準用していない。それゆえ、相続人間で何らかの取決めや合意がなされても、遺言執行者はこれに従う義務は無く、被相続人の意思と法律の規定に従って遺言を執行すべきものと考えられている。⁽⁷⁹⁾

このようにBGBの規定において、相続人に対する遺言執行者の独立性が保たれているところ、遺言執行者が、遺言の執行に関連して、相続人と取決めや合意をすることができるといふ点がしばしば争われてきた。

2 相続人との取決めの許容性

(1) ライヒ裁判所の判断

古くは、ライヒ裁判所による一九三七年一月二八日判決⁽⁸⁰⁾が注目される。

【5】ライヒ裁判所 一九三七年一月二八日判決

事案の概要…被相続人Aは、一九三〇年七月三二日に死亡した。Aの遺産は、その有する財産の他に、Aの母の遺産についての持分およびAの兄の遺産についての持分（以下、合わせて「本件持分」という）があった。Aは、遺言により、①妻B、子X₁およびX₂を相続人とする事、②Yを遺言執行者に指名すること、③Aの死後にAの母および兄の遺産が分割される場合には、遺言執行者はAの相続人の権利を守らなければならないこと、④一九三七年一月一日以降、遺言執行者は、もしX₁のうち一人でも希望し、Bがこれに同意するならば、本件持分の管理に関して、その職務を辞さなければならぬことを定めていた。

一九三四年九月二八日の契約（以下、「本件契約」という）によって、Bは、Aの遺産に対する持分をX₁に譲渡し、

その代わりに遺産中の土地および五〇〇〇ライヒスマルクを単独で取得した。

その後、Xらは、Aの遺言に基づき、Yが、本件持分の管理に関する限りで、一九三七年一月二日には遺言執行者としての職務を辞することの確認を求めて訴訟を提起した。Yは、第一審であるベルリン地方裁判所においてこの確認の申立てを認諾した。そこでベルリン地方裁判所は、一九三六年一月一九日に認諾に基づく判決を下した。

しかし、Yは、一九三六年一月および一二月に、錯誤を理由として右認諾を取り消した。さらに、Yは、遺言執行者の職務の辞任に関する日付について、被相続人の本来の意思は「一九四〇年一月一日以降」であったところ、書き間違いによって「一九三七年一月一日以降」としたと主張し、被相続人の錯誤を理由として、遺産裁判所に取消しの意思表示をすることによって、その遺言の定めを取り消した（BGB二〇七八、二〇八一一条）。これらの取消しに基づき、Yは、ベルリン地方裁判所が認諾に基づく判決を下したことに對して控訴した。しかし、控訴が棄却されたため、Yはさらに上告した。

Yは、本件において、遺産裁判所のみが、遺言から遺言執行者の職務の終了について判断することができるのであり、当事者は、被相続人の意思が「一九四〇年一月一日以降」にあるのであれば、これに変更を加えることはできず、すなわち、当事者の意思によって、遺言執行者の職務が遺言で予定された時期より前に終了すると定めることはできない、と主張した。

判旨…「遺言執行者の職務の辞任、とりわけその辞任の時点が、当事者の取決めに縛られることはないとの上告の見解は、適切ではない。……遺言執行者は、遺言に定められた期間の満了前に、いつでも、みずからその職務を辞任することができる（BGB二二二六条）。それゆえ、相続人と取決めをし、それによって、遺言執行者が、遺言で予定された期日以前に、特定の時点でその職務を辞任するという義務を負うことは、遺言執行者に禁じられていない。」

ライヒ裁判所は、遺言執行者が、相続人との取決めに基ついて辞任することを認めたものである。これにより、遺言執行者は、その遺言執行において相続人と取決めや合意をすることも可能であると考えられた。

(2) 連邦通常裁判所の判断

戦後、連邦通常裁判所は、一九五七年一〇月二日判決⁵¹⁾において、興味深い判決を下している。

【6】連邦通常裁判所 一九五七年一〇月二日判決

事案の概要…被相続人Aは、遺言によって遺言執行者としてBを指名し、遺産分割までの遺産の管理および遺産分割をその職務と定めた。しかし、Bが遺言執行者としての職務を辞したために、遺産裁判所によってXが遺言執行者に選任された。その選任の前にあたる一九五一年一〇月二五日、Xは、Aの共同相続人らとの間で、次のような取決めをした。すなわち、「Xは、Aの四人の共同相続人との間で、Xが遺言執行者に就任しても、その目的は対外的に正当に遺産を代理するという点に限られることを合意する。したがって、Xは、内部関係において、以下のような義務を負う。一、事前に全ての共同相続人の同意を得ていないことについて、何らの行為も行わず、何らの意思表示も行わない。二、共同相続人の一人が求める場合には、即座に遺言執行者としての職務を辞する」。以上のような取決めの下で、Xは遺言執行を開始した。

ところで、Aの遺産には貸家があり、共同相続人の一人であるY（持分四〇分の七）は、一九五二年以来この貸家に居住してきた。そこでXは、Yに対し、貸家の使用利益および暖房設備費用の負担分を求めて訴訟を提起した。Xの請求に対し、Xと共同相続人間における右取決めの効力が問題となった。

判旨…一九五二年一〇月二五日における取決めは、法的に無効である。遺産を管理し、共同相続人間での遺産分割を行わなければならない遺言執行者は、相続人と取決めをしたとしても、事前に共同相続人が同意していない何らの行為も行わず、何らの意思表示も行わないという義務を負うことはない。また、遺言執行者は、いつでも共同相続人の一人からの請求があれば、その職務を辞するという義務を法律上有効に負うこともない。そのような取決めは、共同相続人との関係で、遺言執行者を、その職務の性質と相容れない立場に置くものであり、法的に無効である。

遺言執行者の職務は、被相続人の意思を実行することにある。そのため、遺言執行者は、被相続人が遺言執行を定めた目的に従って、最も効果的に被相続人の意思を実現するように努力しなければならない。このような職務を遂行するために、法律は、BGB二〇五、二二〇六条において遺言執行者に広範囲な権限を認め、それに対して一方では、BGB二二一、二二二条において、相続人の権利はそれに相応して制限される。職務の受託者および担い手としての遺言執行者の権限は、被相続人の意思に基づくために…被相続人のみが、終意処分型式で、遺言執行者によるその職務の実行についての指示を与えることができる。法律または被相続人自身が、遺言執行者に制限を課していない限りで、遺言執行者が就いている職務の本質 (Wesen) と性質 (Natur) は、その職務の執行において遺言執行者が独立していることを必要とする。すなわち、遺言執行の本質的な特徴の一つは、まさに、遺言執行者が相続人に対して自由な立場 (Stellung) にあることである……。被相続人が遺言執行を、その指名した相続人の利益と幸福のために指示した場合も、当該相続人は、原則としてその職務執行に影響を及ぼすことはできない。なぜなら、どのような管理措置が相続人の利益に資するかという問題は、相続人の主観的な意見ではなく、もっぱら客観的な観点から判断されるからである。このことを認識し、客観的な観点によって管理を遂行することは、遺言執行者の職務である。

むしろ、遺言執行者が、第三者および相続人に対しても、個々のもしくは複数の行為を行いまたは行わないという義

務を負いうることは、疑いが無い。このような義務は、遺言執行者の責任である職務を履行するために個々のケースにおいてそれが役立つかどうか、ということには関係がない。しかし、遺言執行者がその自主性および独立性を相続人に対して完全に放棄し、それによりその職務の履行が不可能になる程の義務は無効である」。

このような解釈の下、本件で具体的問題となった前記一および二の取決めの内容は、それぞれ無効であるとされた。すなわち、前記一については、「全ての共同相続人の同意の得られていない管理が遺言執行者におよそ不可能になるために、遺言執行者は、遺産を全体として管理するときもなお、共同相続人の言いなりになってしまう。それによって、被相続人がその終意処分において指示した遺言執行は害され、本件において共同相続人により意図されたように、遺言執行が実体の無い形式としてのみ行われることになり、その本質において空洞化する」とされた。また、前記二の義務については、この義務にしたがった場合、「遺言執行者は、個々の共同相続人につき、その職務の性質と相容れない依存関係に陥るだろう。遺言執行者が要求によりその職務をいつでも辞することを遵守する場合、遺言執行者がその決断をする際に、内心的にもはや自由ではなく、個々の共同相続人の希望と個人的な利害に従うことになり、それによって……被相続人により遺言執行の指示をもって追求された目的が危険にさらされ、または、挫折させられる、という極めて危険な状態になる」と判示した。

本判決は、相続人に対する遺言執行者の自由な地位は遺言執行の本質的な特徴の一つであることを明示し、したがって、遺言執行者が相続人に対する独立性および自主性を完全に放棄し、それによって職務の実現を不可能にするような取決めは無効であると判断した。遺言執行者の相続人に対する独立性は、かねてより強調されてきた点であるが、連邦通常裁判所においてもこの原則が確認され、具体的な事例に基づく判断がされた点に意義がある⁽⁸³⁾。本判決で遺言執行者

の強固な独立性が示されたことにより、遺言執行者と相続人間で争いとなる多くのケースが解決されると評価されている。⁽⁸⁴⁾

ヘルムート・コーイング (Helmut Coing) は、「本判決は、遺言執行の範囲において強制的な法律の規定と当事者の自由な処分との関係が明らかにされたという点で、重要な意義を有する」と評価している。⁽⁸⁵⁾ コーイングによれば、相続法上、遺言執行者となった者は遺言執行の規定に縛られることになり、相続人はこのような規定から自由に遺言執行者を解放する権限は有していないのであるから、相続人および遺言執行者は、共同で契約することによって、遺産の管理に関する原則を変更することも、遺言執行それ自体を終了することも、あるいは、遺言執行者の相続人に対する独立性を法的に有効に放棄することもできない、という。⁽⁸⁶⁾ コーイングは、このような観点から、【5】判決を批判している。

(3) 分析

【5】判決が相続人との取決めに基ついて遺言執行者が辞任することを認めたのに対し、【6】判決は遺言執行者の独立性を強調し、遺言執行者と相続人との取決めは無効と判断した。そのため、両判決は矛盾するようみえる。この点につき、【6】判決は、【5】判決との関係性を次のように判示した。すなわち、【5】判決で問題となったような、遺言により予定された時点より前に、特定の期日に遺言執行者が職務を辞任するという取決めは、「遺言執行者が相続人に対し、特定の期日に職務を辞任するという義務を負うこと」によって、遺言執行者はただ、与えられている法律上の権限を特定の期日に行使する義務を負うだけである。それは、職務活動の態様に直接に影響を及ぼさないため、この取決めは、職務の執行の際の独立性を脅かさない」。これに対して、【6】判決で扱われた取決めは、「執行行為が共同相続人の意思に沿わないときに、各共同相続人に各自が思うままの時点で遺言執行者をその職務から取り除くという可能性

を与えている点で、「被相続人によりなされた指定の範囲で職務の性質に基づいて遺言執行者が有していなければならぬ独立性を間接的に侵すものである」。それゆえに、【6】判決が扱った取決めと【5】判決が扱った取決めとは、本質的な相違がある、というのである。

コーイングも同様に、遺言執行者は常に職務を辞任することができるものの、遺言執行者の独立性が害されてはならず、相続人と遺言執行者との契約は、相続人に対する遺言執行者の職務執行の独立性が影響を受けない限りで許されるというように制限されなければならない、と指摘する⁽⁸⁷⁾。

【6】判決における取決めのように、相続人がいつでも遺言執行者を排除する権限を有することになれば、相続人は、その意思に沿わない執行がなされる場合には遺言執行者を排除すればよく、結局、相続人の意思に適う執行のみがなされる恐れがある。これに対し、【5】判決の事案では、遺言執行者は取り決められた時点に辞任する義務を負うのみであつて、遺言執行者の活動につき相続人の意思は直接には影響しないのであるから、遺言執行者の独立性は害されないと見ることができる。この点で、二つの事案は本質的に異なると評価される。

要するに、遺言執行者は、遺言執行の本質である相続人に対する独立性が影響を受けない限りのみ、相続人と取決めや合意をすることができる。また、遺言執行者の独立性が脅かされるとの評価は、遺言執行者の権限が相続人によって制限されるか否かにかかっていると見ることができるだろう。この点は、具体的には個々のケースに応じて判断されるものであるが、【5】判決と【6】判決は、いずれも重要な先例判断と言える。

第三節 遺産の処分禁止の指示

1 問題の所在

被相続人は、遺産分割の禁止（BGB二〇四四条）を指示したり、遺言執行者の処分権限を制限することによって、遺産の処分を禁止することができる。遺言執行者は、被相続人の意思に従わなければならないから、このような場合、遺産を処分することはできないと解される。しかし、判例上、遺言執行者が相続人と協同することにより、被相続人の意思から外れて、遺産を処分するケースが見られる。

2 遺産の処分禁止の指示に反する処分の有効性

(1) 遺産分割の禁止の指示に反する処分

被相続人が遺産分割の禁止を指示していたケースとして、連邦通常裁判所一九六三年九月二五日判決⁸⁸⁾が注目される。

【7】連邦通常裁判所 一九六三年九月二五日判決

事実の概要・被相続人Aには、子BおよびCがいた。BはAに対して債務を負っており、Bとその妻Dは持分二分の1ずつで共有していた土地に、その債務の担保として抵当権を設定した。

Aは、Bを先位相続人、Cを後位相続人、Cの子Xを補充後位相続人とし、さらに遺言執行者としてEを指名する旨の遺言を残して死亡した。Eは、Aの遺産の一部について、相続人らの同意の下に遺産分割を行い、その際、BはAに對して負っている債務と自身の遺産の持分とを相殺した。ドイツ法上、被担保債権が消滅した抵当権は、土地債務（Grundschuld）に変じて土地所有者に移転すると解されるところ、本件では、Bの相殺によって、土地債務が、先位

相続人としてのBに帰属した(すなわち先位相続財産となった)のか、それとも、B自身に帰属した(すなわちBの固有財産となった)のかが争われた。最終的に、土地債務は、前者の場合には補充後位相続人Xのものとなり、後者の場合には、Bが死亡した後はその単独相続人となったDとの売買によって当該土地を取得したYのものとなる。

この検討にあたり、そもそも被相続人Aがその遺言において遺産分割の禁止を指示していたことから、遺言執行者と相続人らによってなされた遺産の一部の分割が有効となるか否かが問題となった。

判旨「被相続人による遺産分割の禁止(BGB二〇四四条)は、二つの意味を有する。一つは、ある共同相続人の、他の共同相続人に対する遺産分割の請求権(BGB二〇四二条一項)を排除するというものである。この場合、全ての共同相続人が合意して遺産分割を行う場合、これは、被相続人の意思に全く反しないので、法律上有効である。もう一つには、遺産分割の禁止の指示は、全ての共同相続人が合意している場合でも被相続人が遺産分割を望まないというより広い意味を有することもある。この場合、全ての共同相続人が合意してした遺産分割は、被相続人の意思と相容れない。しかし、被相続人による遺産分割の禁止の指示がある場合、……法律行為上の禁止の問題であるために、BGB一三七条により処分権限が物権的に制限されるのではなく(同条一文)、相続人の債務法上の不作為義務を発生させるにとどまり(同条二文)、その違反は、処分行為の物権的有効性には影響しない……」。そして、「被相続人による遺産分割の禁止に対するBGB一三七条の制限は、遺言執行が指示されているときも通用するものでなければならぬ」。したがって、本件のようなケースにおいても、「相続人と遺言執行者は共同で遺産の目的物について物権的に処分することができることになる。そうでなければ、遺産の目的物の処分は……全く不可能であり、BGB一三七条一項に反することになる」。

以上の判断を示した上で、本件では、全ての共同相続人と遺言執行者との間に明確な合意があるため、それによって

被相続人による遺産分割の禁止の指示に反する処分も可能である、とした。

被相続人が遺産分割の禁止を指示していた場合、遺言執行者は遺産分割を行ってはならないと解される。しかしながら、本判決は、このような場合でも遺言執行者と相続人全員の合意があれば、遺産分割を行うことができ、それによつてなされた遺産の処分は少なくとも物権的には有効であると判断した。本判決はまず、被相続人による遺産分割禁止の指示の目的を分析し、その目的に実質的に反さない場合には、遺言執行者と相続人の間の合意を有効とする判断をしている。また、被相続人の目的に実質的に反する場合であっても、BGB一三七条の規定により、そのような合意に基づく処分は有効であるとした。

BGB一三七条は、処分権限は法律行為によつて排除または制限されないこと、また、処分権限は物権的に制限されるのではなく（同条一文）、債権法上の不作為義務を創設すること（同条二文）を規定する。⁽⁸⁹⁾ 同条一文は、権利が譲渡できる場合、その性質は法律行為によつて排除されてはならないとする。この規定は、権利者によつても第三者によつても目的物を全く処分することのできない状態に置くこととする法律行為を禁止するものである。すなわち、目的物が物権的に法的取引の対象外に置かれることを禁止し、それによつて取引の硬直を防ぐことを目的とする。したがつて、処分の可能性を排除する旨の法律行為の意思表示に反して処分がなされた場合には、単に意思表示に反したことへの損害賠償請求の根拠となるのみであつて、処分の物権的な効力は妨げられないと解されている。⁽⁹⁰⁾

このことは、遺言執行の場面でも適用される。被相続人が遺産の処分を禁止する場合、その遺産は遺言執行者によつても相続人によつても処分され得ないことになり、BGB一三七条に反することになる。したがつて、処分の可能性を排除する被相続人の指示に反して遺産の処分が行われたとしても、処分の物権的な有効性には影響がなく、結果として

処分は有効となる。このような解釈の下で、本件において連邦通常裁判所は、被相続人により遺産分割の禁止が指示されていても、遺言執行者と全ての相続人が共同で遺産分割を行った場合、その処分は有効であると判示した。

右のような遺産分割の禁止の意味とそれに反する処分の有効性の見解は、本判決以前に多くの学説において主張されており、⁽⁹¹⁾ 本判決はこれを肯定した上で、遺言執行者が存在する場合における取扱いを明らかにしたものである。なお、本件のように遺言執行者が全ての相続人の合意によって遺産分割の禁止に反した場合は、相続人らは遺言執行者が被相続人の指示に反したことについて責任を問うことができないと解される。⁽⁹²⁾

(2) 遺言執行者の処分権限を制限する指示に反する処分

その後、関連する連邦通常裁判所の判決として、一九七一年六月一八日決定⁽⁹³⁾が登場した。【7】判決は、遺産分割の禁止に反する処分につき、BGB一三七条を用いて当該処分を有効と解する道を開いた。これに対して、本判決は、被相続人によって遺言執行者の処分権限が制限されたにもかかわらず、権限を越えてなされた処分が問題となったケースである。

【8】連邦通常裁判所 一九七一年六月一八日決定

事案の概要…被相続人Aは、一九六八年に死亡した。Aは、一九六五年八月三日の公正証書遺言において、Aの子であるBおよびCを先位相続人に指名し、Aの孫であるDおよびEを後位相続人に指名し、同時に、遺言執行を指示した。執行の内容は、①BおよびCの生計を確保するために、遺産中の土地を保持すること、②遺言執行者が全ての権利を有するが、遺産中の土地については処分できないこと、③先位相続人の一人が死亡するまで遺言執行を継続すべきこと、

であった。

遺言執行者に選任されたFは、BとEとともに一九六九年三月二七日に公正証書を作成し、その内容には、遺産中の土地につき、先位相続人間の共同相続関係から、先位相続人間で持分二分の一ずつの共有に変更することが含まれていた。すなわち、遺産の一部について先位相続人の間で遺産分割が行われることになった。その後、右公正証書を公証したGは、登記所として登記事務を取り扱う区裁判所に対し、右公正証書に基づく不動産登記の実行を申請した。しかし、区裁判所が登記の申請をすべて却下したために、FおよびGが抗告した。地方裁判所は、相続人と遺言執行者は遺産中の土地に関して処分権限を有しておらず、そのために共同相続関係を共有へ転換することは法的に無効であるとして、抗告を却下した。これに対し、FおよびGはさらに抗告を行った。抗告を受理した上級地方裁判所は、本件の検討にあたり、連邦通常裁判所の判断を求めた。

判旨…本件は、「遺言執行が指示され、しかし被相続人の指示（BGB二二〇八条）によって遺言執行者から遺産の目的物の処分権が除かれている場合、遺言執行者と相続人が遺産の目的物を共同で処分することができるかどうか、という問題にかかわる……」。

「BGB一三七条一文によれば、譲渡することのできる権利の処分権限は、法律行為によっては物権的な効力をもって排除または制限されえない」。

「もっぱら処分に関係する相続人と遺言執行者の間のここでの合意は、対立する被相続人の指示に優先する旨を、当裁判所は、BGHZ 40, 115, 118 (= WM 1963, 1211) において遺産分割の禁止（BGB二〇四四条）のケースについて明らかにした……。その法的見解によれば、被相続人が遺言執行の指示の際に、個々の遺産の目的物について誰によっても処分できないという範囲を形成することができるかどうかという問題について……否定されなければならない

る」。

「遺言執行における遺産の目的物の自由処分性に関しては、すでにBGB二二一条の文言が、法律は処分権限を有する人物を決定するだけであり、処分の可能性を総じて排除しようとするのではない、との趣旨を明らかにしている」。

ここでは、「遺言執行者と相続人によって共同でなされた処分について判断されるべきである。……遺言執行者の処分権限の制限が被相続人の指示に基づく（BGB二二〇八条）という本件について、すくなくとも、法律上の規定において……BGB二二七条の原則に反して……被相続人が遺産の目的物の処分を全く不可能にすることができるとまでいう根拠はないことは、明らかである。さらに、むしろ法律により強調される……被相続人の意思への遺言執行者の拘束は、ここでは、BGB二二七条の規定に優先するものではない」。

以上により、結局、本件については、「実体法上の観点から、遺言執行者の処分権限に被相続人による譲渡禁止……がかけられている場合でも、相続人が共同で処分をし、または、それに同意することによって、かかる禁止は排除される」から、土地について両先位相続人の共同相続関係を共有へ変更するという登記の申請について、地方裁判所の判断は否定されるべきである、とした。

本判決は、【7】判決を踏襲し、補充したものと位置づけられる。かつての判例は、被相続人が遺言執行者の処分権を制限することによって、相続人も遺言執行者も遺産の処分権を有さないことになる、との見解に立っていたようであるが、本判決はこれを「説得力のあるものではない」として否定した。本判決によれば、処分の可能性の一切の排除はBGB二二七条に反しており、また、法律上そのような排除が認められる根拠もないという。さらに、遺言執行者は被相続人の意思に拘束されるという原則も法律の規定を超えて優先されるものではないとして、【7】判決を補充する判

断を示した。

(3) 分析

【7】判決および【8】決定から、被相続人が遺産の処分を禁止している場合でも、遺言執行者と相続人全員の同意があれば、法律上有効に遺産を処分できることが明らかになった。これらは、被相続人の意思が法律によって制限されることを示し、さらに、遺言執行者の権限という観点からすると、本来被相続人の意思に従うべき遺言執行者であっても、相続人と協同することで、被相続人の意思に反する処分を行うことができるとした。遺言執行者が相続人との取決めや合意をなすか否かを決定し、法律上有効に遺産の処分を行うことができるという意味では、結果として、遺言執行者の権限は、被相続人の意思をも上回るものとなっている。むしろ、このような遺言執行者の権限は、被相続人が遺産の処分可能性を一切排除しているためにBGB一三七条に反するというケースに限定されるが、被相続人の意思に拘束されない場合があるという点は、遺言執行の中でも特異な点として注目に値する。

このような遺言執行者の権限についての判断は、その後の判例や下級審裁判例においても引き継がれている。また、学説においても、この判断は一般に肯定されており、原則として遺言執行者は被相続人の指示に反しえないものの、BGB一三七条により、全ての相続人の同意の下でのみ、遺産を処分することができる⁽⁹⁶⁾と解されている。

なお、このように被相続人が遺産の処分を禁止するケースに対し、遺産分割が指示されているにもかかわらず、相続人が遺産分割を望まず、遺産共有の状態を継続しようとするケースも考えられる。遺言執行者は、BGB二二〇四条により、BGB二〇四二条にしたがって遺産分割を実行しなければならぬところ、BGB二〇四二条二項では、BGB七四九条二項が準用されている。BGB七四九条二項は、共有関係の解消は取決めに よって排除することができる

する。したがって、遺産共有状態にある相続人全員が、遺産分割を行わないという取決めをした場合、遺言執行者もその取決め拘束されると解されている⁽⁹⁷⁾。すなわち、ここでは、遺言執行者は被相続人の意思よりも相続人の意思に拘束されることになる。

第四節 遺産の管理

1 問題の所在

遺言執行者は、遺産の管理処分権を有し（BGB二二〇五条）、遺産について「通常の管理（ordnungsmäßige Verwaltung）」を行わなければならないとされている（BGB二二二六条）。この「通常の管理」の基準は、まず、遺言執行者にどのような職務が委ねられているかによって定められる⁽⁹⁸⁾。例えば、継続的な執行によって相続人の扶養を長期間保障すべき場合は、遺言執行者は安定した収益を目指して管理措置を行わなければならない。遺産の財産が最終的に後位相続人に与えられるべき場合は、可能な限り資産の価値を高めるような管理措置が求められる。遺産分割までの遺産の維持が主たる職務である場合は、遺産の維持に必要な管理措置がなされればよい。しかし、「通常の管理」という場合、具体的に求められる管理の内容は必ずしも明らかではない。そのため、相続人が、遺言執行者の管理が適切ではないとして、遺言執行者に対する損害賠償請求（BGB二二一九条）あるいは解任請求（BGB二二二七条）を申し立てることがある。

このような争いにおいては、相続人の保護を図ることはもちろんのこと、その一方で、遺言執行者の責任追及あるいは解任を可能とする規定の目的を超えて、遺言執行者の行動を極端に制限しすぎないように、厳格な解釈が求められるべき⁽⁹⁹⁾との指摘があり、遺言執行者は、遺産の管理においてどのような義務を負うのが問題となる。これは、遺言執行

者はどこまでの管理行為をすることができるか、という権限の問題にも関連することになる。

2 遺産の管理における遺言執行者の権限と裁量

遺産の管理につき、遺言執行者の立場とその権限および裁量を最も端的に示す連邦通常裁判所の判決として、一九六六年一月七日判決⁽¹⁰⁾が挙げられる。

【9】連邦通常裁判所 一九六六年一月七日判決

事案の概要…一九四七年七月に死亡したAと一九四九年七月に死亡したBは夫婦であり、生前に共同遺言を作成していた。この共同遺言に基づき、Yは、AおよびBの遺言執行者となった。

一九五〇年四月六日、裁判所は、Yの転居により遺言の執行が困難になったとして、Yを遺言執行者から解任した（以下、「本件解任決定」という）。しかし、本件解任決定に反し、Yは、一九五〇年六月、E銀行に対し、遺産に含まれる有価証券の清算を依頼した。また、一九五三年二月、Yは、「Aの遺産」の名義でE銀行に口座の作成と有価証券の保管を依頼した。

その後、本件解任決定を知ったE銀行は、有価証券の清算にあたり、Yの処分権を確認するため、Yに遺言執行者証明書の提示を求めたが、Yはこれに応じなかった。そのため、E銀行は、遺言執行者証明書を得ないまま、有価証券の清算に取りかかった。他方で、Yに対し、遺言執行者証明書などによってその資格を証明するよう求め続けていた。しかし、Yがいつこうに資格を証明しないため、E銀行は、一九五六年一月二七日、AおよびBの相続につき、遺産保護の開始を申請した。その後、遺産保護とYの資格をめぐる訴訟の中で、本件解任決定は破棄され、遺産保護も廃止され

た。Yには、遺言執行者の地位が認められ、遺言執行者証明書が付与された。

こうした争訟の係属中、一九五五年七月から一九五六年八月の間に、E銀行は、Yの依頼に反し、遺産に属していた新株引受権を行使するのではなく、新株引受権を売却し、その収益を「Aの遺産」の口座に入れていた。そのため、Yは、E銀行がYの依頼に応じなかったことにつき、損害賠償を請求した。しかしYは敗訴し、遺産がこの訴訟費用を負担した。

以上の事実関係において、AおよびBの遺産につき八分の一の共同相続人であったCは、Yが遺言執行者としての義務に違反したとして、損害賠償請求訴訟を提起した。係争中にCが死亡したため、Cの相続人であるX₁およびX₂が本件訴訟を引き継いでいる。

X₁らは、Yに対し、次の二点について損害賠償を請求している。

一点目は、Yの遺言執行者証明書の取得の懈怠により被った損害である。すなわち、Yが速やかに遺言執行者証明書を得ていれば、E銀行は新株引受権を行使するという依頼を実行し、それによって価値の高い新株が遺産に含まれることになり、結果的にその八分の一がX₁らに分配されるはずであった。しかし、Yが遺言執行者証明書の取得を怠ったために、E銀行が依頼を実行せず、遺産に重大な損失が生じた。したがって、X₁らは、その相続分に相当する損失を被った。

二点目は、YのE銀行に対する損害賠償請求訴訟にかかった費用である。この訴訟は、はじめから勝訴の見込みがなかったにもかかわらず、Yは軽率にも訴訟を提起してしまった。そのため、訴訟費用分の損害が遺産に生じ、X₁らにそのうちの八分の一の負担がかかった。

このようなX₁らの請求につき、第一審は認容したもの、第二審は、X₁らの請求のうち、二点目の訴訟費用の損害を

認めなかった。そこで、Xら、Yの双方から上告がなされた。

判旨…連邦通常裁判所は、一点目の請求につき、Xらの請求を認容し、Yの上告を棄却した。「遺言執行者は、遺産の通常の管理の義務を負う（BGB二二一六条）。これによれば、個々のケースにおいていかなる管理措置が要求されるかは、まず客観的な見地（BGHZ 25, 275, 280…）」と、経済性の一般的な原則…によって定まる。すなわち、遺言執行者は、自らの利害によらずに活動する管理者に要求される全てのことをなし、相続人または受遺者にとって不利益を生じる可能性がある全てのことをしてはならない……。遺言執行者は、原則として、遺産のために利益を得る機会を利用しなければならない。しかしながら、法律は、よりよい成果の上げられる機会があり、遺言執行者が才覚と知識によってその機会を認識し、実現するすべも心得ている場合、措置が経済的に要求されるか否かの判断を広範囲に遺言執行者の裁量に任せており（BGHZ 25, 275, 283…）」、義務に忠実な遺言執行者は通常想定されるような成果（*maßige Erfolg*）を満足してはならなことが点で、主観的な要素を顧慮することを許している（OGHZ 3, 242, 247）」。

「Yは、遺言執行者として、その裁量において判断を下し、E銀行に適当な仕事を与えた。したがって、Yはその仕事の合目的性を認識し、その機会を利用するつもりであった。しかし、その際、通常の管理の原則により、Yは、その仕事を継続的にかつ適切に行い、可能な範囲で協力し、例えば実行を妨げる障害を取り除くという義務を負っていた。これらの義務は、E銀行に対してだけでなく、Yがその利害において通常どおり遺産を管理しなければならぬ相続人に対しても存在した」。本件において、E銀行による遺言執行者証明書の要求は、正当なものであったため、E銀行が遺産の管理事務を履行するかどうかは、Yが証明書の提出を行うか否かにかかっていた。このことは当然にYも認識すべきことであり、Yは、自身で適切と判断した措置を履行するために、「Yにとって可能な全てのことを行わなければならないかった」。それにもかかわらず、Yは、証明書の提出を拒絶し、証明書の申請もしなかった。すなわち、Y

自身が実行すべき事務を妨げたのであり、この点で、Yは客観的にその管理の義務に違反していると言える。

次に、連邦通常裁判所は、二点目のXの請求についても認容した。すなわち、遺言執行者は、その職務に基づいて、遺産に含まれる請求権を行使しなければならず、そのための費用は、たとえ訴訟に敗訴した場合でも、「通常の管理の原則に従ってその訴訟の実行が正当とみなされるべき場合、および、その限りで、遺産が負担する」。「しかしながら、遺言執行者は……明らかに不必要な、軽率な、または、自らの個人的な利害関係により影響される訴訟追行によって引き起こした損害について、責任を負わなければならない」。本件では、「Yは、求められる注意力をもってすると、E銀行は賠償義務を負わず、E銀行に対する訴訟は根拠がなく失敗に終わるに違いないことを、その立場から認識しなければならなかった。……それゆえ、Yは、遺産に対し、その費用を限度として損害賠償の責任を負っている」と判断された。

本判決は、遺産の管理における遺言執行者の立場や権限の範囲について、従来の判例の判断を踏まえ、簡潔に判示したものである。ここでは、遺言執行者の義務違反を原因とする相続人の損害賠償請求が争われた。

かつてライヒ裁判所は、BGB二二一六条および二二一九条により、遺言執行者には特別な誠実さと注意力が求められていると解し、連邦通常裁判所もこの見解を引き継いできた。遺言執行者には、他人の財産である遺産の管理のために、常に厳しい注意力が求められているのである。すなわち、本判決で示されたように、遺言執行者は他者のために活動する財産の管理者として、相続人や受遺者の利益を追求しなければならず、原則として遺産のために利益を得る機会を利用しなければならぬ、とされたのである。より具体的には、連邦通常裁判所は、「遺言執行者は、その遺産を維持し、保護し、損失を防ぎ、さらに収益を保証しなければならない」と述べている。⁽¹⁰⁾ その後の判例や下級審裁判例もこ

これらの表現を引用し、遺言執行者の基本的な立場として確立されている。⁽⁸⁶⁾

他方で、遺言執行者は実際の執行において、客観的な観点と経済的な観点から、いかなる管理を行うかを自らの裁量で決定する権限を有する。この点、前述の【6】判決⁽⁸⁷⁾は、遺産に属する債権の行使も遺言執行者の管理権限に含まれるところ、「遺言執行者は、自らの裁量により、債権の行使が経済的に望ましいかどうか、または、さしあたり債権の行使を見合わせるかどうかを判断しなければならない。遺言執行者は、認められている裁量の範囲を超えたときのみ、遺産の通常の管理に反したことになる。これは例えば、遺産を害するような措置が実行された場合に当てはまる」との判断を示した。このように、連邦通常裁判所は遺産の管理につき遺言執行者の幅広い裁量を認めている。もつとも、【9】判決は、遺言執行者は通常想定されるような成果で満足してはならず、よりよい成果を目指さなければならないという判断⁽⁸⁸⁾も是認している点に注意しなければならない。

判例において形成されてきたこれらの解釈は、いまや一般的基準となつている。⁽⁸⁹⁾この基準の下では、遺言執行者に求められている注意力と執行行為のレベルは決して低くなく、むしろ、被相続人や相続人および受遺者のために、遺言執行者は重大な責務を負っているように思われる。他方で、具体的な管理方法や実行は、遺言執行者の広い裁量に委ねられ、その範囲内であらゆる行為を行う権限を有している。

【9】判決は、二点目の争点に関して、以上のような解釈の下で、裁量を超えるものとして遺言執行者の義務違反を肯定した一例である。遺産中の請求権の行使につき、その請求訴訟が明らかに不必要な、軽率な、あるいは、自己の個人的な利害関係に影響するものであり、かつ、遺言執行者が要求される注意力の下でこのことを認識すべき場合、遺言執行者は遺産に損害をもたらす訴訟を進行してはならない、とされた。

このような遺言執行者の義務違反については、多くの判例や下級審裁判例の蓄積が見られる。例えば、巨額の金銭が

無利子で放置されていた場合⁽¹⁰⁷⁾や、遺言執行者があまりに廉価で遺産中の不動産の売却を許可した場合⁽¹⁰⁸⁾、財産の管理を委託された第三者の監督を遺言執行者が怠った場合⁽¹⁰⁹⁾、適切な時期を逃して遺産中の権利を主張した場合などにおいて、遺言執行者はその裁量を逸脱していると判断された。また、遺言執行者が法律の専門家でない場合に、法的問題の判断が必要になった際には、その遺言執行者は法的助言を求めなければならぬとの判断も下されている⁽¹¹⁾。もつとも、反対に、遺言執行者につき、いずれの銀行がより高い利息を支払うかを自発的に調査する義務はないとの判例も見られる⁽¹²⁾。このように、遺言執行者がなすべき管理の範囲は、客観的な見地および経済的な観点から決定される。しかし、遺言執行者にどのような義務が認められ、どの程度の裁量を与えられているのかは、個別的なケースの事情によっても左右されるため、さらに一般的な基準を導き出すことは困難と思われる。

3 遺産の投資

「遺産の管理」には、単に遺産の価値を維持する管理行為だけでなく、場合によっては、よりよい利益を得ることを目的として遺産を投資することも含まれる。

前述のように、遺産の管理における遺言執行者の権限および裁量に関して一般的な基準を導き出すことは困難であるが、遺言執行者による遺産の投資の場面では、連邦通常裁判所による一九八六年一月三日判決⁽¹³⁾が興味深い判断を下している。

【10】連邦通常裁判所 一九八六年一月三日判決

事案の概要…被相続人Aは、一九七二年七月一二日に死亡した。Aの遺言に基づいて、Xらが相続人となり、Yが遺

言執行者となった。遺産のほとんどはすでに分割され、Yは、わずかな株式を管理するのみであった。Yは、遺産から遺言執行の報酬として約一二万ドイツマルクを受け取った。Xはこの額を高すぎると評価し、Yに対し、約七万ドイツマルクおよび利息の返還を求めて提訴した。さらに、Xは、Yが一九七三年五月に遺産の管理の一環として株式を約五万ドイツマルクの価格で購入したが、利益が出ず、一九七四年および一九七九年に損害を伴ってこの株式を売却したことによって、遺産に損害をもたらしたとして、Yに対し、損害賠償を請求した。

第一審は、株式の売買にかかる損害賠償請求については棄却したが、Yに対し、報酬の一部の返還を命じた。第二審は、株式の売買にかかる損害賠償請求を認め、さらにYに対し、報酬の一部の返還を命じた。そこで、Yが上告した。

判旨：「従来の当裁判所の判断において何度も、遺産の通常の管理（BGB二二六条一項）は、遺言執行者に、特別な誠実さおよび注意力をもってすることを促していることが強調されている（RGZ 130, 131, 135）。遺言執行者は、委ねられた財産を維持し、保全し、損失を防ぎ、利益を保証しなければならない。その際、管理の通常性が常に厳しく要求される（例えば、BGH……NJW 1959, 1820；WM 1967, 25 [27]）。他方、判例は、遺言執行者が遺産の管理の際に広く自らの裁量により決定することを認めている。遺言執行者は、認められた裁量の限度を超えた場合にのみ、遺産の通常の管理の義務に反することになる（BGHZ 25, 275 [283f.]」。

「むしろ、遺言執行者は……その職務の通常想定されるような成果で満足してはならず、よりよい成果の機会を利用しなければならぬ」（OGHZ 3, 242 [247]）。このことは、重大な遺産を管理する遺言執行者が、投資の決定の際に、相続人が望むようないわゆる『確実な方法（sicherste Weg）』に拘束されることを排除する」。

投資の場面において、例えば、後見（被後見人の財産の運用、BGB一八〇七条以下）および物権（利益権の付された利息付債権の取立元本の投資、BGB一〇七九条）では、法律は『確実性（Sicherheit）』という観点を重視している。

「相続法においてもこのような投資の規定（BGB 二一九条参照）は通用しているが、しかしながら遺言執行者についてはそうではない。遺言執行者は一人物としておよび組織として一人被相続人の特別な信頼を受けている。したがって、前述のように、遺言執行者には大きく裁量が認められてくる（BGHZ 25, 275 [283f]）。……遺言執行者は、被相続人と同様の、さらに巨額の財産がある場合には経営者と同様の状態にある。このような観点は、通常の管理の限界をいわゆる『確実な方法』に限ることを禁止している」。「遺言執行者は自らの責任において独立して、場合によっては全ての相続人の意思に反しても」、いかなる方法を探るのかを「決定しなければならぬ。したがって、当然に、一般的な経済性の観点（例えば BGH WM 1967, 25 [27]）に適合させられる。しかし、経済性の原則は、投資の決定の際、常に慎重な『確実な方法』を強く勧めているわけではなく、それに従うとすれば、遺言執行者の自発性はあまりに制限される。むしろ、リスクとチャンスを考量し、行動するあるいは行動しないという、慎重で堅実な、しかし『活動的な（dynamisch）』事務管理者のイメージが強調される」。それゆえ、遺言執行者は原則として自由な立場にあり、個々のケースにおいて、『経済的な財産の管理の原則に反する』投資のみ」が批判の対象となる。

経済的に誤った措置につき遺言執行者が責任を負うべき範囲は、従来の判決では詳細に触れられず、学説においても本判決以前にこの問題を扱ったものは見られず、遺言執行におけるグレーゾーンとされていた。¹⁰⁾【9】判決の解釈によれば、遺言執行者は、自らの裁量の下で、通常想定されるような成果で満足してはならず、よりよい成果を求めなければならぬとされている。この点、遺産の投資において、遺言執行者は、相続人のためにリスクも成果も少ない投資方法を取るべきか、よりよい成果のためにリスクの大きい投資方法も選択することができるのかが不明確であった。

遺言執行者と同じく他人の財産を管理する者として、後見人が挙げられる。BGBによれば、後見人は金銭の運用を

することが求められている（BGB一八〇六条）が、その運用の方法は安全性の高いものに限られている（BGB一八〇七条）。これに対して、【10】判決は、遺言執行者による遺産の運用につき、「確実な方法」に縛られず、リスクのある投機的な投資も可能であるという基準を明らかにした。遺言執行者の権限および裁量をより明確に示したものと⁽¹⁶⁾して意義を有する。

投機的な投資も許される根拠として、【10】判決は、遺言執行者による投資を制限する規定がBGBにみられないこと、また、遺言執行者はよりよい成果を目指すべきであること、また、遺言執行者が「被相続人の特別な信頼」を受けた人物であることを挙げている。したがって、投資の場面において、遺言執行者は被相続人の信頼の下に広い裁量を有しており、経済性の原則に沿う限りで、投機的な投資も許されることになる。このとき、遺言執行者は、事務管理者として⁽¹⁶⁾活発に活動することが求められている。

このように、遺産の管理において、投機的な投資も遺言執行者の権限の範囲内とされたことで、遺言執行者が遺産の管理において担う役割はますます重要なものとなっている。

【10】判決の判断は、一般的に学説においても受け入れられているが、次のような指摘が見られる。すなわち、先代相続財産につき安全で確実な投資を求めるBGB二一九条の規定を⁽¹⁷⁾顧慮する必要はないのか、という点である。相続人の利害において金銭を投資するという遺言執行者の職務からすると、⁽¹⁸⁾確実性が重視されてもよいのではないかという指摘である。また、投機的な投資が可能であるとすれば、遺言執行者がそのような投資に失敗した場合に、遺産は多大な損害を被ることになる。このことから、大きなリスクの下で高い価値を得ようとする純粋な投機的投資に、全ての遺産または遺産の大部分をつぎ込むことは認めるべきでない、との指摘がある。⁽¹⁹⁾

第四章 おわりに

本稿では、ドイツにおける遺言執行者の職務権限を探ることを目的として、遺言内容の実現過程において、遺言執行者の職務権限の限界が問われる場面を取り上げた。遺言執行者は、法律に定められた枠内において、被相続人の意思を実現する者である。したがって、遺言執行者は、被相続人の意思や指示に応じて執行し、いわば被相続人の代理人たる役割を果たすことになる。このような原則は、遺言執行においては場面を問わず適用されるものであるが、遺言執行者の法的地位は「私的な職務の担い手」と考えられており、純粹に被相続人の代理人たる地位にはない。しかし、他方では、相続人の代理人たる地位にあるわけでもない。本稿で取り上げた各場面では、そのような遺言執行者の位置づけと職務権限が、より具体的に示されている。ここでは、各場面における遺言執行者の位置づけや役割を意識しつつ、その職務権限の限界について改めて整理しておきたい。

第一に取り上げたのは、遺言の解釈に関する遺言執行者の権限の問題である。ここではまず、遺言については被相続人自身が責任を負うべきことが強調され、その意味での遺言の一身専属性を理由として、遺言について決定的な解釈権限は遺言執行者自身にはないことが判例によって示された。他方で、被相続人が遺言執行者に決定的な解釈権限を付与することができるかという問題は、解決されていない。連邦通常裁判所は、遺言執行者が遺言からその職務の継続自体についての決定的な解釈権限を導くことはできないとして、被相続人による解釈権限の付与を一定の範囲で封じているが、その理由は遺言の一身専属性によるのではなく、「何人も自己のかかわる事件について裁判官たりえない」ことである。したがって、遺言の一身専属性という観点からは、少なくともBGB二〇六五条に規定されるように、終意処分の有効性、出捐を受けるべき者および出捐の目的物について決定する権限を遺言執行者に委ねることはできないと解さ

れるとしても、その他の遺言における事項について、決定的な解釈権限を遺言執行者に付与できるか否かは明らかではない。これにいかにか解答するかは、遺言の一身専属性をどこまで強調すべきかという問題でもある。

遺言執行者には決定的な解釈権限が認められないとしても、遺言執行者は遺言を解釈した上で執行に当たらなければならない、このときは、当然、被相続人の意思に従った解釈をしなければならぬ。判例は、遺言執行者は被相続人の意思を実現させるために相当な注意を払って遺言を解釈しなければならぬとする反面、遺言執行者が是認することのできる解釈に達していれば義務違反が問われることはない。厳しく責任を追及することで遺言執行者に過度の負担をかけることのないよう、配慮がなされているものといえる。

第二に取り上げたのは、遺言執行者と相続人との取決めの問題である。ここでは、遺言執行者の相続人に対する独立性が強調されていた。遺言執行者はその執行において、相続人の意思に縛られてはならず、したがって、遺言執行者の権限が制限され、相続人の意思が遺言執行者を拘束するような取決めや合意をすることは禁じられている。しかし、【5】判決および【6】判決を検討すると、独立性を脅かさない範囲、すなわち遺言執行者の執行に必要な権限が制限されない範囲では、遺言執行者と相続人間の取決めや合意も可能と解される。この点で、遺言執行者は相続人の求めに応じて柔軟に執行内容を決定する権限を有しているといえる。

第三に、被相続人の指示で遺言執行者による遺産の処分が禁止されている場合に、遺言執行者が相続人と協同で遺産を処分することができるかという問題を取り上げた。ここでは、被相続人による指示も法律上の制限を受けること、すなわち BGB 一三七条の適用によって結果的に被相続人の意思に沿わない執行が有効となることが示された。また、これに加えて、遺言執行者が相続人と協同することによって被相続人の意思に反する執行をすることもできることが明らかになった。【8】決定はこれを「もっぱら処分に直接に關係する相続人と遺言執行者の間の」この合意は、対立す

る被相続人の指示に優先する」と表現している。ただし、相続人全員の合意が必要であるとして一定の制限がなされている。原則として遺言執行者は被相続人の意思に拘束されるのに対して、ここでは、処分が被相続人によって禁止されていても、遺言執行者は相続人全員の同意があれば遺産の処分ができるとされている点で注目に値する。また、第二の点と同様に、相続人の求めに応じて執行内容を変更する権限が、遺言執行者に与えられていることになる。

第四に、遺産の管理における遺言執行者の権限の問題を取り上げた。遺産の管理については、遺言執行者の義務違反が問われることが多々あり、そのような争いの中で、遺言執行者の位置づけとその権限の範囲が明らかになってきた。判例で形成されたところによれば、遺言執行者は、相続人または受遺者のため、および遺産にとって利益になるように行動し、よりよい成果を目指すべき管理者と位置づけられる。そのような遺言執行者のなすべき管理措置は、客観的な見地と経済性の一般的な原則によって定まるところ、具体的な措置が実際に必要か否かは、遺言執行者に判断する権限がある。また、客観的な見地と経済性の一般的な原則に沿うものであれば、遺言執行者は、遺産を投資することができ、より多くの利益を得るために、リスクのある方法で投資することまでも可能であるとされている。このように、遺産の管理における遺言執行者の権限は、客観的な見地と経済性の一般的な原則に沿う範囲内に限られるが、およそ自由に管理内容を決定できるといえよう。

以上を要するに、遺言執行者は原則として被相続人の意思に従うべきであるが、遺言執行の内容についての判断は、およそ遺言執行者に委ねられる範囲が大きく、遺言執行者の権限や裁量は、被相続人や相続人との関係において、高度の注意力や独立性の維持あるいは相続人との合意を条件としつつ、判例上、広く認められてきたといえるだろう。

ドイツにおいて遺言執行者の独立性および強い権限が認められる根拠には、ドイツ遺言執行者制度の形成過程において確立された三つの特徴である①被相続人による指名、②遺産に対する独自の管理権および処分権、③相続人から独立

した地位の理念があると考えられる。相続人からの独立性は、被相続人の意思を相続人に依存することなく実現しようとする遺言執行者制度の本質であり、この本質の維持のためにも、独自の強い権限をもって執行にあたる必要がある。その反面、判例においては遺言執行者に高度の注意力をもって執行にあたることが求められており、これによって遺言執行者の適切な執行が期待される。また、被相続人が自ら遺言執行者を指名するという点では、被相続人はその死後においても自らの財産の処理を自らの望む形で行うために、信頼のおける人物を終意処分によって指名するのであり、被相続人の信頼を受けた遺言執行者には、被相続人の意思に沿って適切に執行を行うことが期待できる。それゆえに、遺言執行者は広い権限と裁量を付与され、原則として他の関係人の介入を受けず、独立した地位の下に執行を行うことが許されている、と考えられる。すなわち、被相続人から遺言執行者に向けられた特別な信頼も、遺言執行者の権限の根底にあるといえよう。⁽¹⁰⁾

しかし、遺言執行者に幅広い職務と権限を認めるとすれば、次のような問題も考えられる。すなわち、遺言執行者に対する適切な執行への期待は、必ずしも実現されるわけではなく、遺言執行者が被相続人の信頼に反する行動を取る危険も存在する。そのため、適切な執行をどのように担保するか、言い換えれば、遺言執行者をどのように適切な執行へと導くかが問題となる。

この遺言執行者のコントロールという問題は、ドイツにおいても遺言執行者制度の大きな課題としてしばしば指摘される。⁽¹¹⁾ 義務違反の際に損害賠償責任を負うとしても、あるいは、解任されることがあるとしても、それはあくまで事後的な処理であり、遺言執行者を間接的潜在的にコントロールしているに過ぎない。そのため、争いや問題が生じる前に、いかに遺言執行者をコントロールし、適切な執行を担保するかという課題が残されている。⁽¹²⁾ この点、例えば数人の遺言執行者を指名することによって適切な遺言執行を実現することが考えられている。⁽¹³⁾ しかし、遺言執行者の包括的な権限

に対応するコントロールは現段階では十分ではないとして、法改正の必要もすでに指摘されている。¹²⁾

こうした問題意識は、遺言執行者を相続人の代理人と位置づける日本には見られないものである。しかし、ますます遺言が活用され、それとともに遺言執行者の職務執行に期待が寄せられるわが国においても、ドイツ法の今後の動向には、注目していく必要があるように思われる。

- (1) わが国の相続法制においては、正確な遺言件数を知ることはできない。しかし、司法統計「二家事審判・調停事件の事件別新受件数 全家庭裁判所」平成二五年度 <http://www.courts.go.jp/app/files/out/ka/231/007231.pdf> (最終アクセス：平成二七年一月二日) によれば、遺言に関する事件(遺言の確認、遺言書の検認など)の新受件数は増加していることがうかがえる。例えば、遺言書の検認は、昭和六〇年の三三〇一件から平成二五年の一万六七〇八件へと約五倍になっている。
- (2) 平成二五年度の司法統計・前掲注(1)によれば、遺言執行者に関する事件(遺言執行者の選任、遺言執行者に対する報酬の付与、遺言執行者の解任および辞任など)の新受件数も、未だ件数自体はわずかであるものの、増加している。例えば、遺言執行者の選任は、昭和六〇年の八八七件から平成二五年の二五〇九件へと約二倍になっている。
- (3) 松尾知子「遺言執行者による遺言執行」久貴忠彦編「遺言と遺留分第一巻 遺言」[第二版] (日本評論社、二〇一一年) 三九七頁。
- (4) 学説では、民法一〇一五条に従って相続人の代理人であるとする説(相続人代理人説、我妻榮Ⅱ咽孝一編『判例コンメンタールⅧ 相続法』(日本評論社、一九六六年) 二九九頁、柳勝司「遺言執行者の法的性質」名城法学五九巻一号(二〇〇九年) 七九頁)のほかにも、遺言者の代理人であるとする説(遺言者代理人説、近藤英吉「相続法の研究」(弘文堂書房、一九三二年) 一八〇頁、遺産の代理人であるとする説(遺産代理人説、兼子一『民事訴訟法体系』(酒井書店、一九六六年) 二二七頁、代理による構成ではなく固有の職務を負っているとする説(職務説または任務説、高梨公之「遺言執行者」法学セミナー三六号(一九九一年) 三二頁)などの見解がある。他方で、遺言執行者は法の規定に従って遺言執行のために必要な一定の権限を与えられ、その行為は法の規定に従って一定の効果をもたらすのであるから、遺言執行者の法的地位をめぐる議論には実益がないとする見解も主張されている(鈴木祿弥「相続法講義」[改訂版] (創文社、一九九六年) 一五〇頁)。
- (5) 柚木馨「判例相続法論」(有斐閣、一九五三年) 三六二頁は、大審院明治三六年二月二五日判決・民録九輯一九〇頁を根拠として、民法一〇一五条は「便宜上の擬制以外に実質的な根拠をもつものではない」という。戦後、最高裁昭和三二年九月一八日判決・民集一〇巻九号一一六〇頁は、遺

言執行者がある場合、民法一〇二二条および一〇二三条により、「遺言執行者はその資格において自己の名を以て他人のため訴訟の当事者となりうるものと云わなければならない」として、遺言執行者による訴訟担当を法定訴訟担当と捉えている。この判決からも、最高裁は職務説に立つものと考えられる。

- (6) 竹下史郎『遺言執行者の研究』(成文堂、二〇〇五年)二六八頁。
- (7) 大審院大正六年七月五日判決・民録三三輯一二七六頁。
- (8) 我妻Ⅱ唄・前掲注(4)二九四頁、中川善之助Ⅱ加藤永一編『新版注釈民法(28) 相続(3)』[補訂版]Ⅱ有斐閣、二〇〇二年(泉久雄)二九一頁。
- (9) 特に議論の対象とされてきたのは、相続分の指定(民法九〇二条)、遺産分割方法の指定(民法九〇八条)、相続させる旨の遺言、包括遺贈(民法九六四条)、遺産分割の禁止(民法九〇八条)についてである。
- (10) 伊藤昌司『相続法』(有斐閣、二〇〇二年)一五四頁。
- (11) 原田慶吉『日本民法典の史的素描』(創文社、一九五四年)二九九―三三三頁。
- (12) *Kiwi Werner Lange, Erbrecht, 2011, Rdnr.2; MünchenerWalker Zimmermann, Erbrecht, 5. Aufl, 2010, vor § 2197, Rdnr.1.*
- (13) *Lange, aa.O. (Fn.12), Rdnr.3-8.*
- (14) *MünchenerZimmermann, aa.O. (Fn.12), vor § 2197, Rdnr.2.*
- (15) 原田・前掲注(11)三〇三頁。
- (16) 原田・前掲注(11)二九五―二九六頁、*Staudinger/Wolgong Reimann, Erbrecht, 15. Aufl, 2012, vor § 2197, Rdnr.2.*
- (17) 小山昇「遺言執行者の地位」中川善之助先生追悼現代家族法大系編集委員会編『現代家族法大系5(相続2) 遺産分割・遺言等』(有斐閣、一九七九年)三二一頁、原田・前掲注(11)二九六頁。
- (18) *Theodor Kipp/Helmuth Coing, Erbrecht, 1990, § 66 I.*
- (19) *Kipp/Coing, aa.O. (Fn.18), § 66 I, Reinhard Kapp, Die rechtliche Stellung des Testamentvollstreckers zum Erben, BB 1981 S.113.*
- (20) *Kipp/Coing, aa.O. (Fn.18), § 66 I.*
- (21) 例えは *Bartholus* は「遺言執行者は無償譲渡の権利を有さない」という原則を發展させた (*Kipp/Coing, aa.O. (Fn.18), § 66 I.*)。
- (22) *Kipp/Coing, aa.O. (Fn.18), § 66 I.*

- (23) Staudinger/*Reinmann*, a.a.O. (Fn.16), vor § 2197, Rdnr.2
- (24) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. V Erbrecht, S.236.
- (25) Staudinger/*Reinmann*, a.a.O. (Fn.16), vor § 2197, Rdnr.2; *Kipp/Coing*, a.a.O. (Fn.18), § 66 I.
- (26) この点は、小山・前掲注(17) 三三三―三三四頁に詳し。
- (27) 小山・前掲注(17) 三三五頁。
- (28) 原田・前掲注(11) 三〇六頁。
- (29) *Dieter Leibold*, Erbrecht, 19.Aufl. 2012, Rdnr.799; *MünchenerZimmermann*, a.a.O. (Fn.12), vor § 2197, Rdnr.5; *Lange*, a.a.O. (Fn.12), Rdnr.40; BGHZ 25, 275.
- (30) その他、第一草案のように相続人の代理人であるとする説、遺産の代理人であるとする説、信託における受託者として捉える説など、様々な見解が主張されてきた(*Kipp/Coing*, a.a.O. (Fn.18), § 66III)。
- (31) *Lange*, a.a.O. (Fn.12), Rdnr.40.
- (32) *Kipp/Coing*, a.a.O. (Fn.18), § 66III.
- (33) *Hans Brox/Wolff-Dietrich Walker*, Erbrecht, 25.Aufl. 2012, Rdnr.393; *MünchenerZimmermann*, a.a.O. (Fn.12), vor § 2197, Rdnr.5.
- (34) なお、相続契約においては、相手方の承諾を得ずに一方的に指名することがある。
- (35) 遺言執行者は官庁によって指名されるのではなく被相続人によって指名されるという特徴である(第二章第二節参照)。
- (36) *MünchenerZimmermann*, a.a.O. (Fn.12), vor § 2197, Rdnr.4.
- (37) BGB 二二〇三条における「終意処分」は、「死因処分(Vertilgung von Todes wegen)」を意味すると解されている(*Staudinger/Reinmann*, a.a.O. (Fn.16), § 2203, Rdnr.3)。死因処分とは、被相続人が死後の処理について決定する法律行為のことであり、承諾を必要とせず一方的に指不することのできる終意処分(遺言)と、契約によってなされる相続契約(Erbvertrag)に分けられる。したがって、遺言執行者は、終意処分(遺言)の内容だけでなく、相続契約の内容も実現しなければならない。
- (38) 負担とは、BGB 一九四〇条および二一九二条以下に規定される制度であり、相続人または受遺者に作為または不作為義務を課すことを内容とする終意処分である。負担とされる行為が財産的価値を有する必要はなく、例えば、墓の手入れやペットの世話を負担として指定することができる(太田武男『佐藤義彦編『注釈ドイツ相続法』(三)重訂、一九八九年)〔久保宏之〕一〇八頁)。

すなわち、負担として、相続人に葬式の方法などを指示したり、相続人に遺言執行者による財産の管理を許容することによって、遺言執行者が終意処分としての負担を履行するという形で、本来遺言執行者の職務ではない事項についても、職務に組み込むことが可能となる(Staudinger/Reinmann, a.a.O. (Fn.16), § 2203, Rdnr.10)。

- (54) 遺産が債務超過または支払不能の状態である場合に、遺言執行者に破産申立義務があるか否かについては争いがある。
- (55) Münchener/Zimmermann, a.a.O. (Fn.12), § 2203, Rdnr.9-10.
- (56) Lange, a.a.O. (Fn.12), Rdnr.86.
- (57) Ludwig Kroiss/Christoph Anu/Jörg Mayer/Dieter Weidlich, Ehrrecht, 3. Aufl. 2010, § 2219, Rdnr.1. なお、相続人は、被相続人の指示に従ってその職務を執行する、遺言執行者に対して請求するべきものを解される(Lange, a.a.O. (Fn.12), Rdnr.85,109, Münchener/Zimmermann, a.a.O. (Fn.12), § 2205, Rdnr.1)。
- (58) Kartheinz Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentvollstreckung, 1994 S.78-79. 同様の制度は、オランダやスイスに存在するが、これらの国では、執行につき、遺言執行者が裁判所や官庁などの公的な監督下におかれる点で、ドイツの継続的な執行の制度とは異なっている(Wolfgang Reinmann, Die Kontrolle des Testamentvollstreckers, FamRZ 1995 S.589)。
- (59) Staudinger/Reinmann, a.a.O. (Fn.16), vor § 2197, Rdnr.2b.
- (60) Staudinger/Reinmann, a.a.O. (Fn.16), vor § 2197, Rdnr.6; BGH NJW 2011, 1736.
- (61) かつては、BGBが、終意処分の内容が多様に解釈できることを前提として、その解釈について補充的に規定している(BGB二〇八四条)ことから首肯すべきであろう。
- (62) RGZ 66,103.
- (63) RGZ 100,76.
- (64) BGB二〇六四条「遺言は、被相続人自身に限り、することができぬ。」
- (65) BGB二〇六五条一項「被相続人は、終意処分が効力を有するか否かを他人が決定する必要のある方法で、終意処分をすることはできない。」同条二項「被相続人は、出捐を受けるべき者の決定及び出捐の目的となるものの決定を他人に委ねることはできない。」
- (66) BGHZ 41, 23.
- (67) 本判決後の連邦通常裁判所の判決として、一九六五年七月一日判決(公刊物未掲載)も、【一】判決の判断を肯定する判断を下している。

- (68) Münchener/Zimmermann, a.a.O. (Fn.12), § 2203, Rdnr.18; *Karl Winkler*, Der Testamentvollstrecker, 20.Aufl, 2010, Rdnr.126.
- (69) *Thomas Storz*, Befugnis des Testamentvollstreckers zur authentischen Interpretation unklar erbrechtlicher Verfügungen, ZEV 2009 S.267-268, 270.
- (70) *Jacob Boehm*, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2.Aufl, 1900, § 61 II.
- (71) *Planck/Friedrich Flad*, Erbrecht, 4 und 5.Aufl, 2000, § 2203, S.635.
- (72) BayObLG NJW 1976,1692; OLG Koblenz FamRZ 2014,1665.
- (73) *Lange*, a.a.O. (Fn.12), Rdnr.87.
- (74) *Kroiß/AnnMayer/Wedlich*, a.a.O. (Fn.57), § 2216, Rdnr.5.
- (75) *Heinrich Lange/Kurt Kuchinke*, Erbrecht, 5.Aufl, 2001, § 31 V I, Münchener/Zimmermann, a.a.O. (Fn.12), § 2203, Rdnr.4; *Kroiß/AnnMayer/Wedlich*, a.a.O. (Fn.57), § 2219, Rdnr.2.
- (76) *Storz*, a.a.O. (Fn.69), S.266.
- (77) BGH NJW-RR 1992, 775.
- (78) BGH FamRZ 2003, 92. 534', 公刊物未掲載であるが、連邦通常裁判所二〇〇一年五月二三日判決も同旨である。
- (79) Münchener/Zimmermann, a.a.O. (Fn.12), § 2203, Rdnr.14, § 2204, Rdnr.2; *Staudinger/Reinann*, a.a.O. (Fn.16), § 2203, Rdnr.8.
- (80) RGZ 156,70.
- (81) BGHZ 25,275.
- (82) 遺言執行者の独立性は、歴史上も古くから意識されてきた点である(第三章参照)。
- (83) 本判決以前の連邦通常裁判所一九五四年四月二九日判決においても、遺言執行者は、相続人の代理人ではなく、被相続人の終意処分に応じて職務を執行する者であり、相続人の意思に左右されない旨が述べられていた(BGHZ 13, 203)。本判決は、このような遺言執行者の地位をさらに「本質的な特徴の二つ」と述べ、独立性を強調した。本判決の示した遺言執行者の強固な独立性の判断は、現在でも引き継がれており、例えば近年では、連邦通常裁判所二〇一四年五月二三日判決が本判決を引用し、遺言執行者は相続人の利益を顧慮する必要はないことを述べている(BGHZ 201, 216)。
- (84) *Kapp*, a.a.O. (Fn.19), S.114.

- (85) *Helmut Coting*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 2.10.1957, JZ 1958 S. 169.
- (86) *Coting*, a.a.O. (Fn.85), S.169-170.
- (87) *Coting*, a.a.O. (Fn.85), S.170.
- (88) BGHZ 40, 115.
- (89) BGB 一三七条「譲渡される権利に関する処分権限は、法律行為によつては排除または制限されえない。そのような権利を処分しないとの債務の有効性は、本規定によつては影響を受けない。」なお、右邦訳については、ディーター・ライポルト(岡谷峻訳)『ドイツ民法総論—設例・設問を通じて学ぶ—』(成文堂、二〇〇八年)四五五頁より引用した。
- (90) ライポルト・前掲注(89)二六三—二六四頁。
- (91) 太田＝佐藤編・前掲注(38)(増田則子)三八四—三八七頁。
- (92) *Münchener/Zimmermann*, a.a.O. (Fn.12), § 2219, Rdnr. 3.
- (93) BGH WM 1971, 1126.
- (94) KG HRR 1933, Nr.19.
- (95) AG Starberg Rpfleger 1985, 57; BGH FamRZ 1984, 780; BayObLG FamRZ 1992, 604; OLG Zweibrücken DNotZ 2001, 399; BfH FamRZ 2008, 1848.
- (96) *Kapp*, a.a.O. (Fn.19), S.114; *Karl Winkler*, Anmerkung zum Urteil des OLG Zweibrücken vom 15.11.2000, DNotZ 2001 S.404f.
Winklerによれば、「このような解釈に対し、遺言執行者と相続人との共同の処分権は法が想定していないものである」との批判が考えられるが、遺言執行者にも相続人にも完全な処分権を認めるわけにはいかないため、共同の処分権を許容すべきとされる。
- (97) *Staudinger/Reinmann*, a.a.O. (Fn.16), § 2204, Rdnr.6. なお、「この見解に対しては、取決めに必ずしも自体は可能であるが、その効果は遺言執行者にはならず」との反対意見がある(Münchener/Dieter Leipold, Ehrbrecht, 6.Aufl. 2013, § 2042, Rdnr.10)°。
- (98) *Münchener/Zimmermann*, a.a.O. (Fn.12), § 2216, Rdnr.2; Kroiss/Ann/Mayer/Weidlich, a.a.O. (Fn.57), § 2216, Rdnr.2.
- (99) *Staudinger/Reinmann*, a.a.O. (Fn.16), § 2203, Rdnr.1; Bengel/Reinmann/Wolgang Reinmann, a.a.O. (Fn.48), 7.Kapitel, Rdnr.5.
- (100) BGH WM 1967, 25.
- (101) RGZ 130, 131.

- (20) BGH NJW 1959, 1820.
- (21) BayObLGZ 1972, 379; BGH ZEV 1996, 35; KG Berlin ZEV 2008, 528; OLG Hamm ZEV 2013, 140.
- (22) 第三章第三節参照。
- (23) OGHZ 3, 242.
- (24) MünchKZBZimmernann, a.a.O. (Fn.12), § 2216, Rdnr.2; Kroiss/Ann/Mayer/Weidlich, a.a.O. (Fn.57), § 2216, Rdnr.2-4.
- (25) LG Bremen Rpfleger 1993, 338.
- (26) OLG Saarbrücken JZ 1953, 509.
- (27) BGH NJW-RR 1999, 574.
- (28) BGH DNotZ 1980, 164.
- (29) BGH NJW 2005, 969.
- (30) BGH NJW-RR 1995, 577.
- (31) BGH NJW 1987, 1070.
- (32) Michael Pickel, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 3.12.1986, VersR 1987 S.1013.
- (33) Pickel, a.a.O. (Fn.114), S.1013.
- (34) 【O】判決の判断は、その後の判例・下級審裁判例におおむね引き継がれている (BayObLG FamRZ 1990, 1279; BGH ZEV 1995, 110; BayObLG FamRZ 1998, 987; LG München WM 2006, 1073)。
- (35) BGB一一九条は「通常の経済の原則に従い、継続して投資すべき金銭については、先位相続人は、被後見人の金銭の投資に適用される規定に従つてのみ、投資することができると定めている。これにより、先位相続人が遺産の投資を行う場合、後見人と同様に、投資の「確実性」が求められる。
- (36) Pickel, a.a.O. (Fn.114), S.1013.
- (37) Wolfgang Reinmann, Kurzkommentar zum Urteil des BGH vom 3.12.1986, EWR 1987 S.596; Bengel/Reinmann/Müller, a.a.O. (Fn.48), 12. Kapitel, Rdnr.112.
- (38) Kapp, a.a.O. (Fn.19), S.113.

- (11) *Reinmann, aa.O.* (Fn.58), S.589-593; *Staudinger/Reinmann, aa.O.* (Fn.16), vor § 2197, Rdnr.43-52.
- (12) *Staudinger/Reinmann, aa.O.* (Fn.16), vor § 2197, Rdnr.45.
- (13) *Reinmann, aa.O.* (Fn.58), S.589. 実際に Akademie für Deutsches Rechtにおいて、職務の監督の強化と継続的な執行の制限に重点が置かれた法改正案が出されていた。