

ドイツ法における遺言事項法定主義

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が、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できる契約と異なり、遺言については、一定の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。遺言事項法定主義については、議論も少なく、あたかも自明の原理であるかのように、特段の根拠を挙げることなく述べられることも多い¹⁾。

しかし民法典は、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。この点は、物権編がその冒頭に、法定のもの以外の物権の創設を明示的に禁止する規定(民法175条)を置いているのと対照的である。民法典の制定過程における議論を見ても、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

1) 本山敦「遺言事項とは何か?」判タ1284号(2009年)88頁は、遺言事項が取り上げられることの少ない論点であることを指摘する。

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たことが明らかになる²⁾。

民法典成立後、戦前期の学説を見ると、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、遺言事項に付いて非制限的な立場をとりつつ、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、単独の意思表示が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³⁾。

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り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⁴⁾、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⁵⁾。

ドイツ法においても、日本と同様に、制定法上の根拠は必ずしも明確ではないが、遺言事項法定主義が、学説上ある程度広く認められている。内容的には、日本で説かれているものと非常に近いが、その根拠をどう理解するかについては、日本法におけるのと相当に異なった議論がされている。また近時、遺言事項法定主義を否定する有力な見解も登場しており、日本法におけ

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）70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）86頁以下。

4) 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。

5) 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。

る遺言事項法定主義を再検討するにあたり、参考になりうるであろう。さらに遺言事項法定主義という、1つの原則の比較を超えて、被相続人が、自己の死後の法律関係を、いかなる範囲で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、日本法におけるのとは大幅に異なっている。本稿では、このような視点から、ドイツ法の現在の状況を検討する。

2 ドイツ法における遺言の自由とその制限

(1) 遺言の自由の保護

ドイツ法においても、遺言自由の原則は異論なく認められており、包括承継原則⁶⁾、家族相続権と並んで、ドイツ相続法の在り方を規定する基本原則であると考えられている⁷⁾。また遺言自由は、憲法上の保護を受ける自由権であると考えられている。具体的には、基本法14条1項（財産権・相続権の保障）によって保護されるとされることが多いが⁸⁾、私的自治の一環として基本法2条1項（人格の自由な発展を求める権利）による保護⁹⁾も説かれて

- 6) Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl., 2015 (Reimann) S.22. 【以下 Reimann, Testament und Erbvertrag と略】。包括承継原則に代えて、私的相続権を挙げるものもある。たとえば, Münchener Kommentar zum BGB Bd10 Erbrecht, 7. Aufl 2017, Einleitung (Leipold), Rn. 8. 【以下 Münchener Kommentar Bd10 Erbrecht, Einleitung (Leipold) と略】包括承継原則を重要であるが、特殊性を帯びる原則とする。
- 7) 注6) に掲げたもののほかに、Staudingers Kommentar zum BGB (2017) Einleitung zum Erbrecht (Otte) 【以下 Staudinger/Otte (2017), Einleitung zum Erbrecht と略】 Rn60a, Kipp/Coing, Erbrecht (14.Bearbeitung, 1990) S.2, Brox, Erbrecht (18.Aufl.,2000) S.15ff. など参照。
- 8) 連邦通常裁判所 (BGH) は、主として基本法14条によるとされる (Reimann, Testament und Erbvertrag, S.21)。この立場からは、基本法14条1項1文の相続権の保障は、制度としての相続や相続人の相続権のみならず、被相続人の遺言自由も保障するものとされる。Staudinger/Otte (2017) Einleitung zum Erbrecht, Rn60a, Kipp/Coing, Erbrecht (14.Bearbeitung, 1990) S.2, Brox, Erbrecht (18.Aufl.,2000) S.15ff.
- 9) Reimann, Testament und Erbvertrag, S.21, Münchener Kommentar Bd10 Erbrecht, Einleitung (Leipold), S.16, Lange/Kuchinke Erbrecht (5.Aufl., 2001), S.26, Leipold, Erbrecht (17.Aufl.,2009) S.24.

いる。

(2) 遺言の自由の制限

自由一般について言えることであるが、遺言の自由についても、その限界が問題となる¹⁰⁾。

遺言の自由に対する制限として、法律による禁止、良俗違反、遺留分、遺言事項法定主義などが挙げられる。遺言自由は憲法上の自由権の一つと位置付けられることから、その制限に付いても、憲法上正当なものとされるかが問題とされる¹¹⁾。遺言事項法定主義については、基本法14条1項2文が、相続権の内容の確定と制限を法律に委ねていることから、憲法上も疑義がないものとされる¹²⁾。遺言事項法定主義の機能する環境を明らかにするために、前三者についても概観する。

a) 法律による禁止

例えば、一子相続権 *Anerbenrecht*¹³⁾、老人介護施設立法による無効¹⁴⁾等がしばしばあげられる例である¹⁵⁾。

b) 良俗への違反

遺言も法律行為である以上、良俗に違反する遺言は、無効とされる（ドイツ民法138条）。この観点は、2004年に連邦憲法裁判所が、憲法の基本権規定

10) とりわけ遺言の自由の制約となる基本権規程として挙げられるのが、家族と婚姻の保護を定める基本法6条である。Reimann, *Testament und Erbvertrag*, Syst. A Rn58.

11) Reimann, *Testament und Erbvertrag*, S22.

12) Standing/Otte (2017) *Einleitung zum Erbrecht*, Rn 73. 基本法2条1項は、法律による制限を直接には規定してはいないが、遺言自由の根拠を同項に求める見解も、同等あるいは優越する利益が、遺言自由の制限を正当化する場合、立法者はその制限を許されるとする (Lange/Kuchinke, *Erbrecht* (5.Aufl., 2001), S.26)。

13) Reimann, *Testament und Erbvertrag*, Syst. A Rn61, 71.

14) Reimann, *Testament und Erbvertrag*, Syst. A Rn61, 70.

15) 遺留分規定、公序良俗規定、遺言事項法定主義も法律による禁止として扱う整理もある。Reimann, *Testament und Erbvertrag*, Syst. A Rn61.

は、憲法上の基本決定としてすべての法領域に妥当する客観的価値秩序が体现されており、とりわけ私法的一般条項の解釈の基準としての意義が与えられるべきである¹⁶⁾として以来、遺言自由の制約要因としての憲法がより強く考慮されるようになったと指摘される¹⁷⁾。またEU法の準則も、ドイツ民法138条経由で、遺言の自由を制限しうる¹⁸⁾。

c) 遺留分

日本におけるのと同様、遺留分は、もっとも明確な遺言の自由の制限である。

3 ドイツ法における遺言事項法定主義

(1) 遺言事項法定主義の内容

多くの文献が、遺言の自由の制限として、遺言事項法定主義を挙げている¹⁹⁾。遺言事項法定主義 *erbrechtlicher Typenzwang*²⁰⁾ とは、遺言の自由が認

16) BVerfG, Beschluß vom 22.3. 2004, NJW 2004, 2008, 2009ff.

17) Reimann, Testament und Erbvertrag, Syst. A Rn58.

18) Reimann, Testament und Erbvertrag, Syst. A Rn59.

19) Lübtow, Erbrecht (1971), S.110f. Reimann, Testament und Erbvertrag, S23, Münchener Kommentar zum BGB Bd10 Erbrecht, 7.Aufl 2017, §1937 (Leipold) 【以下 Münchener Kommentar Bd10 Erbrecht, §1937 (Leipold) と略】 S.200, Staudingers Kommentar zum BGB (2017) Vorbemerkungen zu §§ 1937-1941 (Otte) 【以下 Staudinger/Otte (2017), Vorbemerkungen zu §§ 1937-1941 と略】 Rn14, Kipp/Coing, Erbrecht (14.Bearbeitung, 1990) S.134ff., Leipold, Erbrecht (17.Aufl.2009) S.129ff., Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB-Kommentar Bd. 5 (4.Aufl., 2020) § 1937 Rn.5, Strothmann, Privatautonome Gestaltungsfreiheit im Recht der Verfügung, von Todes wegen, Jura 1982, S. 350 【以下 Strothmann, Privatautonomie Gestaltungsfreiheit, Jura 1982と略】], Windel, Über die Modi der Nachfolge in das Vermögen einer natürlichen Person beim Todesfall, 1997 【以下 Windel, Modi der Nachfolge (1997) と略】 教科書、注釈書には、遺言事項法定主義に触れないものも見受けられる。例えば、Lange/Kuchinke, Erbrecht (5.Aufl., 2001), S.815ff., Burandt/ Rojahn, Erbrecht (Beck'sche Kurz-Kommentar) §1937, Alternativkommentar zum BGB Bd. 6 Erbrecht (1990), S.10ff., 28, 132ff., Juris Praxis Kommentar BGB Bd.5 Erbrecht (5.Aufl., 2011) S.99ff. 参照。

められるからといって、遺言者は、意のままに、どのような内容の処分や、指示でも、遺言の内容とすることができるわけではなく、法律が明示的に遺言によることを許容しているか、法律の解釈あるいは類推適用によってその許容性が導き出され得る事項についてのみ遺言が認められるというものである²¹⁾。その結果、遺言の自由は、遺言者に、法律が認める遺言事項を選択し、組み合わせることを認めるものであることになる²²⁾。このことは、しばしば、物権法定主義に類似するものとして描写され、債権法における契約内容の自由の原則と対置される²³⁾。

遺言者が、法律に定めのない新たな遺言事項を遺言したときは、それ自体は無効であるが、通常、遺言者の意思を生かすように遺言を解釈することは可能であり、またそれが要請されるとされる²⁴⁾。

遺言事項法定主義について、判例がどのような立場をとっているかについては、ライヒスゲリヒトの判決が、終意処分の内容は法律による制限以外の

20) 本論文では (erbrechtlicher Typenzwang) という概念を遺言事項法定主義と訳した。これは、遺言だけでなく、相続契約も含む死因処分 Verdüfung von Todes wegen によって行うことができる事項を法定のものに限定するものである。ここで、遺言事項法定主義という訳語を用いるのは、一方でドイツ法自体において、遺言の自由 Testierfreiheit の概念について、遺言と相続契約も含む死因処分の自由であり、実際よりも狭い表現になっていることが意識されつつも、「遺言」の自由と呼ばれていること (たとえば Lange/Kuchinke, Erbrecht (5. Aufl. 2001) S. 327 参照)、民法典が相続契約という法制度を規定していない日本の読者を対象とすること考慮したものである。以下特に断らない場合は、ドイツ法については、このような意味での総称として、論じられていることをお断りしておく。

21) 具体的な事項については、太田武男・佐藤義彦編「注釈ドイツ相続法」(1989年)101頁以下(赤松美登里)参照。

22) Münchener Kommentar Bd10 Erbrecht, 7. Aufl 2017, §1937 (Leipold) Rn 11, Lübtow, Erbrecht (1971) S.115. その際、たとえば相続人の指定はされなければならないという限定はなく、自由に選択できるとされる。経済的目的に着目する限り、種類の組合せにより可能になる被相続人の自由が広範囲に及びうることを指摘するものとして、Staudinger/Otte (2017), Vorbemerkungen zu §§ 1937-1941 Rn16.

23) Reimann, Testament und Erbvertrag, S.23, Münchener Kommentar Bd10 Erbrecht, § 1937 (Leipold) S.200f., Kipp/Coing, Erbrecht (14.Bearbeitung, 1990) S.7f., Strothmann, Privatautonome Gestaltungsfreiheit, Jura 1982, S.351f.

24) Reimann, Testament und Erbvertrag, S.23, Lübtow, Erbrecht (1971) S.110, Strothmann, Privatautonome Gestaltungsfreiheit, Jura 1982, S.357f. は、これを無効行為の転換ととらえる。

制限を受けないと判示しており²⁵⁾、遺言事項法定主義を主張する見解は、この判例を、控えめに言っても誤解を生むものであると批判をしている²⁶⁾。しかし、遺言事項法定主義を主張する見解は、それを裏付ける連邦通常裁判所の判決を引用することができていない。

(2) 遺言事項法定主義の根拠

遺言事項法定主義を唱える見解は、大きく分けて2つの根拠を挙げる。

その1つは、民法相続編の1937条から1940条が遺言の内容について規定するほかに、民法親族編を始めとする各所に、遺言によってなしうることを定めた規定が散在していることを指摘して、まさにこのような規定の仕方そのものが、遺言によってなし得る事項が個別に列挙されたものに限定されていることを示しているというものである²⁷⁾。

第2の根拠として挙げられるのが、契約の場合に、単に当事者間に債権法的権利義務が生じるのに対して、遺言を始めとする死因処分の場合には、第三者に対して直接的な効果を伴う法律状態が形成されるから、そのためには法律が特にそれを許す必要があるのだというものである（このことはまた取引の保護という側面から説明されることもある²⁸⁾）。そしてこの点に絶対効をもつ物権との共通性を見出し、物権法において物権法定主義が基本原則であるのと同様に、相続法においても遺言事項法定主義が妥当するのだという主張が展開される²⁹⁾。遺言が第三者に直接影響を与えることの例として挙げ

25) RGZ100, 76ff., 77, RGZ 170, 380ff., 383.

26) Münchener Kommentar Bd10 Erbrecht, §1937 (Leipold) S.200.

27) Münchener Kommentar Bd10 Erbrecht, § 1937 (Leipold) S.200, Leipold, Erbrecht (17. Aufl.2009) S.129. これを説得力をもたないと批判するものとして、Strothmann, Privatautonome Gestaltungsfreiheit, Jura 1982, S.350f.

28) Reimann, Testament und Erbvertrag, S.23., Staudinger/Otte (2017) Einleitung zum Erbrecht, Rn55, Kipp/Coing, Erbrecht (14.Bearbeitung, 1990) S.134, Lübtow, Erbrecht (1971) S.111.

29) この論理を明確な形で展開するものに、Strothmann, Privatautonome Gestaltungsfreiheit, Jura 1982, S.352がある。ドイツ民法典が日本民法175条のような物権法定主義を直接的に明文で定める改定を欠き、絶対効をもつ物権の性質からこの原則が導き出されるという法状況がこのような類比をより容易にしている面があるように思われる。

られるのは、例えば、遺言者が、相続人を指定した場合、それによって、遺産中の財産の帰属を決定するのみならず、誰が相続債務について責任を負うかという決定を伴う。さらにまた遺言執行者の指定は、執行者に処分権限と特別の義務を課すことになる³⁰⁾ などである。

(3) 遺言事項法定主義に反する遺言

遺言によってできない事項としてはどのようなものが想定されているのであろうか。教科書や注釈書に、遺言事項が比較的網羅的に列挙されることはあるが、遺言によってすることが許されない事項の例示は多くない。ほぼ共通して挙げられる例が、遺産中の財産を死因処分によって受遺者に物権的効力をもって移転させる遺言である³¹⁾。このような遺言は、遺産が包括的に相続人に移転し、受遺者は相続人に対する債権的請求権を得るにすぎないという原則に反するからと説明される。また法律が許す範囲を越えて、相続人の責任を制限することも許されないとされる³²⁾。

これらの例は、遺言事項法定主義の根拠のうち、第三者に直接的な影響を及ぼす法律行為を自由に認めるべきではないという根拠に対応するもので当該事例を越えて、法定されていない遺言事項を内容とする遺言の効力の一般的排除を説得力をもって示し得ているかについては、疑問の余地があるよう

30) もっともこの理由付けは、民法が相続人の指定を可能であると定めていることによって第三者の利益が影響を受けるということが正当化されることを説明するものではあっても、それ以外の事項は遺言によって行うことができないという根拠としては弱いように思われる。Kipp/Coing, *Erbrecht* (14.Bearbeitung, 1990) S.135, Lübtow, *Erbrecht* (1971) S.111.

31) Lübtow, *Erbrecht* (1971) S.111. Reimann, *Testament und Erbvertrag*, S.23, *Münchener Kommentar Bd10 Erbrecht*, §1937 (Leipold) S. 201, Staudinger / Otte (2017) *Vorbemerkungen zu §§ 1937–1941*, Rn15, Leipold, *Erbrecht*, 17. Aufl. 2009, S.129, Kipp/Coing, *Erbrecht* (14. Bearbeitung, 1990) S.135.

32) Lübtow, *Erbrecht* (1971) S.111, Reimann, *Testament und Erbvertrag*, S.23, Staudinger/Otte (2017), *Vorbemerkungen zu §§ 1937–1941* Rn14., Kipp/Coing, *Erbrecht* (14.Bearbeitung, 1990) S.135f. ほかに挙げられるものとして、遺言執行者への指示により、相続人に遺産の使用をさせないこと (Staudinger/Otte (2017), *Vorbemerkungen zu §§ 1937–1941* Rn14.)、遺贈あるいは負担 Auflage により、相続人から、物権的効力をもって、遺産を構成する客体への処分権限を奪うこと (Staudinger/Otte (2017), *Vorbemerkungen zu §§ 1937–1941* Rn14.) などがある。

に思われる。

(4) 遺言事項法定主義に対する批判

単に遺言事項法定主義に言及しないだけでなく、積極的にそれを否定するものとして、クロッペンベルクの見解がある³³⁾。遺言事項法定主義に対するその批判は以下のようなものである。それはまず、遺言事項法定主義が、相続法固有の論理から導かれるのではなく、物権法定主義になぞらえて論じられてきたことに向けられる³⁴⁾。ドイツ民法の物権法における権利の取得の構造が、債権的な原因行為と物権行為の分離と物権行為の無因性を特色とするのに対し、相続法上の権利取得はそのような構造を採らない³⁵⁾。また物権法定主義の実質的な機能が、取引安全の保護にあるのに対し、相続法においては取引の保護の要請は存在しない³⁶⁾。曖昧に第三者の利益の保護と呼ぶにせよ、歴史的には、物権行為の抽象化と並んで、類型から自由な債権法に対する物権法の独自性を強化することを目的とする法律行為類型の拘束を、相続法に導入することは、相続法における私的自治の担い手としての遺言をはじめとする死因処分の本来の課題を、あまりにも背後に追いやることになる³⁷⁾。

さらには遺言事項法定主義の対極にあるものとして導き出される債権法上の絶対的な法律行為の内容形成の自由も、実は、その制限との対比で想定される理念型にすぎず、実際に存在するものではない。両者の差は、社会経済の変化に対する感度の差や任意規定の密度からくる指導形象機能の強度の差に還元しうる³⁸⁾。

遺言事項法定主義については、物権法定主義との類比によるのではなく、

33) Kroppenber, Privatautonomie von Todes wegen (2008), 118ff., 122f., 250ff., 257ff., 354f.

34) Kroppenber, S.118ff., 248ff.

35) Kroppenber, S.120ff.

36) Kroppenber, S.251f.

37) Kroppenber, S.249.

38) Kroppenber, S.244ff.

相続法独自の問題として検討され、その必要性が基礎付けられなければならない³⁹⁾。

ドイツ民法典の規定の構造からも遺言事項法定主義を導き出すことはできない。1937条から1941条における相続法上の行為類型の列举には、債権各論における契約類型の列举と同様、限定列举と読む必然性はない。また相続契約の対象を限定したドイツ民法2278条2項についても、その対極として、原則として制限のない相続法上の法律行為の内容形成の自由が措定されていることを暗示している⁴⁰⁾。

また遺言事項法定主義は、実際上も有用な機能を果たしうるわけではない。まず遺言が第三者である承継人に一方的に負担を負わせる側面（遺言者の意思の独裁）に着目し、そのコントロールを試みるとしても、そのためには、そのような法律行為自体を禁止しなければならない、行為類型を限定するだけでは、その目的を達成できない⁴¹⁾。

また遺言事項法定主義が、被相続人の死後にその意思を探求するという課題の達成を容易にする機能を持ちうるかについても、遺言者の意思の再構成は遺言相続法の中心的な関心事であるが、それは主として、相続法上の法律行為に方式を課すことにより実現されている。また被相続人の意思の確定は、特定の行為類型へのあてはめに先行する。したがって遺言事項法定主義は、遺言者の意思の再構成を容易にする効果をほとんどもたない⁴²⁾。

契約において自由な類型が創造できるの対比した遺言における制約は、唯一、包括承継原則に反する処分は許されないという制限であるとされる⁴³⁾。その結果、遺言においても遺言者の必要に応じた法発展が可能と考えられ、その具体的事例として、障害者遺言が挙げられる⁴⁴⁾。

39) Kroppenber, S.120ff.

40) Kroppenber, S.250.

41) Kroppenber, S.251ff.

42) Kroppenber, S.254f.

43) Kroppenber, S.255ff.

44) Kroppenber, S.260ff.

4 遺言書内での遺言以外の法律行為の可能性

以上のように、有力な批判はあるものの、ドイツ法においても遺言事項法定主義が広く認められている。具体的にどのような事項が許容されるものとして法定されているか、日独相続法の規律の差異によって、遺言事項法定主義の具体的内容は当然異なってくるものの、全般的な法状態は日本とドイツで共通しているようにもみえる。しかし、被相続人が、自己の死後の法律行為法律関係を、いかなる範囲で形成することができるか、という、より一般的、機能的な問題の立て方をすると、ドイツにおける法状態は、日本において、遺言事項法定主義を前提に一般に考えられているものとは大きく異なりうるように思われる。なぜならば、遺言書の中で、遺言以外の法律行為を行うことは可能であり⁴⁵⁾、遺言ではない以上、遺言事項法定主義の適用はないとされるからである⁴⁶⁾。

遺言書のなかで、遺言以外の法律行為がされた場合も、そのことによりその行為の法的性質や方式を含む有効要件に変化は生じない⁴⁷⁾。問題は、相手方のある受領を要する意思表示の場合、表意者が意思表示をした後に死亡した場合、意思表示の有効性に影響を及ぼさないというドイツ民法130条2項との関係で、遺言書中の意思表示がなされたのが、生前といえるかであるが、生前の意思表示が存在しないとする見解、限定的に認めるという見解もあるものの、表意者に意思表示を自己の死後に相手方に到達する形で行うことも私的自治の範囲内で認められるという見解が一般的であるとされる⁴⁸⁾。

このような立場に立つと、遺言書の中で、行うことのできる意思表示には、

45) Münchener Kommentar Bd10 Erbrecht, §1937 (Leipold), Rn40ff, Strothmann, Privatautonome Gestaltungsfreiheit, Jura 1982, S.354, Staudinger/Otte, Vorbem. zu§§1937-1941 Rn17.

46) Reimann, Testament und Erbvertrag, Syst.A Rn Staudinger/Otte (2017), Vorbemerkungen zu §§ 1937-1941 Rn17ff.

47) Münchener Kommentar Bd10 Erbrecht, §1937 (Leipold) Rn40.

48) Münchener Kommentar Bd10 Erbrecht, §1937 (Leipold) Rn41.

契約の申込や承諾の意思表示、代理権の授与など様々なものが含まれる。

これは、日本において、かつて近藤英吉によって主張された見解⁴⁹⁾と共通する立場であり、近藤が指摘するように、このような立場に立てば、実質的にはかつて無制限説が主張していたのとほぼ同様の効果が、遺言事項として法定されている否かという形式的基準による判断を経ることなく実現されることになりそうである。

5 終わりに

以上の検討から、明らかになったように、ドイツ法は、日本法と非常に類似した形で、遺言事項法定主義を認めている。もっともその根拠については、日本法では指摘されていない視点からの検討が行われており、遺言事項法定主義を一般原則として支持するか否かにかかわらず、遺言によってすることができる処分の範囲を決定するにあたって、考慮すべき点であると言えよう。他方、自己の死後の財産関係の形成の可能性というより広い観点からは、ドイツ法と日本法の法状況が大きく異なっていることが明らかになった。

本論文は、ドイツ法の現在の議論状況を概観したものに過ぎない。ドイツ法において、現在の形の遺言事項法定主義が、どのような歴史的経緯をたどって発展してきたのか、また戦後日本において戦前の議論状況とは異なり、以後自己法定主義がほぼ異論なく認められるようになったのに当たって、ドイツ法の影響がどの程度あったのか、ほぼ同じ遺言事項法定主義のもとで、その遺言事項を定める相続法の規定の違いにより、日本法とドイツ法とで遺言者の私的自治の範囲がどのように異なるのか、といった問題は検討することができなかった。また、遺言書が、遺言以外の法律行為を含む可能性が認められることによって、理論上、實際上どのような機能が実現されているのかということも重要であり、今後検討が必要である。

49) 近藤英吉・判例遺言法(1938年)100頁以下。