

ドイツ民法典における 遺言錯誤規定の生成（1）

中 谷 崇*

目 次

- I. はじめに
- 1. 終意処分における錯誤規定
 - (1) 顧慮される錯誤の種類
 - (2) 取消権者
- II. ドイツ民法典における遺言錯誤規定の生成
 - 1. 第一委員会での議論（部分草案から第一草案まで）
 - (1) 2078条に関する規定
 - (2) 2079条に関する規定
 - (3) 2080条に関する規定 (以上, 本号)
 - 2. 第一草案及び立法理由
 - (1) 2078条に関する規定
 - (2) 2079条に関する規定
 - (3) 2080条に関する規定
 - 3. 第二委員会での議論（第一草案から第二草案まで）
 - (1) 2078条に関する規定
 - (2) 2079条に関する規定
 - (3) 2080条に関する規定
- III. 総 括

I. はじめに

本研究ノートは、ドイツ民法典における遺言錯誤規定について、その成立過程を検討し、もって当該条文の意義を明らかにするための示唆を得ることを目的とする。

* なかや・たかし 立命館大学法学部准教授

1. 終意処分における錯誤規定

(1) 顧慮される錯誤の種類

ドイツ民法典では、どのような錯誤が遺言で顧慮されるかに関して、BGB 2078条及び2079条で規律されている。BGB 2078条によれば¹⁾、終意処分をする際に、被相続人(表意者・遺言者も意味するが、以下「被相続人」で統一する)が内容の錯誤または表示錯誤に陥っていた場合に、当該処分を取り消すことができ(第1項)、被相続人が、過去、現在、将来の事情に関する動機錯誤に陥っている場合も、同様に取り消すことができる(第2項)。また違法な強迫によって処分をした場合も同様である²⁾。これらの取消が行われる場合に、取消者に信頼利益の賠償義務はない(第3項)。次に、BGB 2079条は動機錯誤の特別事例を規定している³⁾。即ち、終意処分を行う時点で、被相続人がその存在を知らなかったために、または終意処分後に出生したためにもしくは遺留分権利者となったために、被相続人がこの者を顧慮して終意処分を行わなかった場合、その処分は取り消すことができる(第1文。遺留分権利者の不顧慮に基づく取消)。ただし、被相続人が遺留分権利者がいることを知っていたとしても、同じように処分したと認められるべきときは、取消はできない(第2文)。

錯誤がなかったならば当該終意処分をしなかったと言える主観的因果関係があればよく、客観的な重要性は必要とされていない⁴⁾。遺言における錯誤がこのように

1) BGB 2078条「錯誤または強迫に基づく取消」

「(1)終意処分は、被相続人が表示の内容につき錯誤に陥っていたか、当該内容の表示を全くなすつもりがなかった場合で、かつ同人が事態を知っていたならば当該表示をなさなかったであろうと認められ得る場合に限り、取り消すことができる。

(2)第1項は、被相続人が、ある事情の発生または不発生を誤って想定もしくは期待することによって、または違法な強迫によって、当該処分をすることを決定した場合にも適用される。

(3)122条「取消者の損害賠償義務」の規定は適用されない。」

2) 詐欺による取消については明文の規定はないが、詐欺によって意思表示をさせられた場合は動機錯誤に含まれると理解されている(Brox / Walker, Rn. 233.)。

3) BGB 2079条「遺留分権利者の不顧慮に基づく取消」

「終意処分は、相続開始の時点で存在しているが、処分の作成の際に被相続人がその存在を知らなかった遺留分権利者、または作成後に初めて出生した遺留分権利者もしくは遺留分権利者になった者を被相続人が顧慮しなかった場合には、取り消すことができる。取消は、被相続人が事情を知っていたとしても処分をなしたであろうと認められるべき場合に限り、排除されている。」

4) 一般の錯誤では主観的因果関係だけでなく、客観的な重要性も要求されている(BGB /

広く考慮される理由としては、遺言の場合には取引の安全を考える必要がなく、かつ保護に値する「相手方」がないためだとされる⁵⁾。

（２）取消権者

では、どのような者に錯誤取消の権利があるのか。通説によれば、被相続人には取消権限はない⁶⁾。BGB 2080条によれば⁷⁾、(a) 終意処分の取消によって直接利益を有すると認められる者（第１項）、錯誤が第１項所定の取消権者のうち特定の者に関係する場合は、この者だけにのみ（第２項）、BGB 2079条の取消の場合には遺留分権利者にのみ、取消権限が認められている。

Ⅱ．ドイツ民法典における遺言錯誤規定の生成

本章では、主として BGB 2078条、2079条、2080条に関して部分草案相続法から BGB として成立するまでの議論の流れを整理する。図表①は関連する条文の対応関係を示したものである⁸⁾。

図表①

部分草案相続法	暫定集成	委員会草案	第一草案	第二草案	BGB
22条、36条 38条 39条	1736条 1737条 1738条	同左	1779条 1780条 1781条	1951条	2078条
40条、41条	1739条	同左	1782条	1952条	2079条
43条	1741条	同左	1784条	1953条	2080条

↘119条〔錯誤に基づく取消可能性〕参照)。

5) Brox / Walker, Rn. 230, 233. 遺言における受益者も保護には値しない。なぜなら遺言はいつでも撤回 (BGB 2253条〔遺言の撤回〕) できるからである (MüKo / Leipold, § 2078, Rn. 6.)。

6) 被相続人は終意処分に拘束されておらず、いつでもこれを撤回できるというのがその理由である (Staudinger / Otte, § 2078, Rn. 1.)。

7) BGB 2080条〔取消権者〕

「(1) 終意処分の破棄によって直接利益を有すると認められる者に取消権限がある。

(2) 2078条において、錯誤が特定の人に関係し、この者が取消権を有している場合、または相続開始の時に生きていたならば取消権を有していたであろう場合、その他の者には取消権はない。

(3) 2079条においては、取消権は、遺留分権者のみにある。」

8) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. II, S. 2244 参照。

簡単に結論を述べておこう。いずれの規定も第二草案の条文の内容が現在の BGB となっている。部分草案から第二草案へと議論が進むにしたがって規定は収斂されていった。意思欠缺錯誤と動機の錯誤（詐欺・強迫含む）の顧慮条文が第二委員会の議論を経て一つにまとめられた。部分草案及び第一草案では前提の欠如（将来事情の錯誤）による取消が規定されていたが、第二委員会で前提概念自体が否定された。もっとも、将来事情に関する錯誤は顧慮されるものとされた。

遺留分権利者の不顧慮錯誤については、真の事態を知っていたら遺留分権利者から権利をはく奪しなかったとの推定のもと、動機錯誤顧慮規定に優先する特別規定だと考えられていた。他方で、第一委員会で取消の効果として相続分や遺贈の量的減少は否定された。

取消権者については、被相続人自身に取消権があるという構成は第一委員会で否定され、取り消されたら利益を得るであろう者が取消権者となり、さらに錯誤が関係した者だけに取消権があるとの限定がかけられた。

1. 第一委員会での議論（部分草案から第一草案まで）

(1) 2078条に関する規定

(i) 部分草案相続法22条及び36条

部分草案では、終意処分における錯誤につき、以下のように規定されていた。
部分草案相続法22条⁹⁾

「最終意思による表示は、被相続人の現実の意思と一致しない場合は、無効である。本規定の例外は存在しない。」

部分草案相続法36条¹⁰⁾

「(1) 被相続人が誤って終意処分で利益を与えるつもりがない者を終意処分による受益者として指定した場合、被相続人が出捐するつもりであった目的物ではなく、別の目的物を指定した場合、その指示は無効である。

(2) 意思と表示との一致の欠如が出捐の額にのみ関係する場合、当該処分は、意思と表示が一致する額にとっては有効となる。」

9) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S.883. 草案の翻訳は全て筆者による仮訳である。

10) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S.883. なお、() 及び () 内の数字は筆者による。以下同様とする。

（a）議論の経過

1886年6月9日に始まる第一委員会において、部分草案相続法36条が同22条と関連して、以下の提案がなされ、議論された¹¹⁾。

（ア）提 案¹²⁾

提案①（フォン・ヴェーパー）

部分草案相続法22条を「終意処分の場合に、処分者の現実の意思が表示された意思と一致しない場合、当該意思表示（当該処分）は無効である。」と変更し、同36条と合わせて維持することが提案された。

提案②（フォン・マンドリ）

部分草案相続法22条を「（委員会草案）94条〔心裡留保¹³⁾〕¹⁴⁾、96条〔真意の欠如〕第2項から第4項¹⁵⁾、98条〔錯誤における過失〕¹⁶⁾は、終意処分では、現実の

11) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 883ff.

12) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 883f.

13) 原文には条文の見出しはないが、便宜上、条文の内容を表す見出しを筆者の判断で適宜付した。以下同様とする。

14) 委員会草案94条「意思表示の作成者が、現実の意思と表示された意思が一致していなかった場合に、この意思と表示の一致の欠如を意識しているならば、表意者が一致の欠如を隠匿している限り、当該意思表示は有効である。しかし、当該意思表示は、意思表示の受け手が意思と表示の一致の欠如を知っていた場合には、無効である。」(Jakobs / Schubert, Beratung, AT, Bd. I, S. 608.)。本条はBGB 116条〔心裡留保〕と関係する。

15) 委員会草案96条「(1) 意思表示にあたり、表意者が現実の意思と表示された意思との不一致を意識していたが、欺く意図がなかった場合、当該意思表示は無効である。

(2) しかし、当該意思表示は、表意者に重大な過失がある場合には、有効である。

(3) 表意者に過失はあるが重大な過失ではない場合、同人は表示の受け手に対して損害賠償の責任を負うが、意思表示の有効性を前提とすればそこから生じる債務の不履行に基づいて賠償しなければならなかったと認められる額を決して超えない。

(4) 第2項及び第3項の規定は、意思表示の受け手が現実の意思と表示された意思との一致の欠如を知っていたか、知らねばならなかった場合には、適用されない。」(Jakobs / Schubert, Beratung, AT, Bd. I, S. 609f.)。本条BGB 118条〔真意の欠如〕と関係する。

16) 委員会草案98条「(1) 委員会草案97条の規定に従って錯誤に基づいて無効だとみなされるべき意思表示は、表意者に重大な過失がある場合には有効である。

(2) 表意者に過失はあるが、それが重大な過失ではない場合、同人は表示の受け手に対して委員会草案96条第3項に従って損害賠償賠償の責任を負う。

(3) 第1項及び第2項の規定は、意思表示の受け手が当該錯誤を知っていたか、知らねばならなかった場合には、適用されない。」(Jakobs / Schubert, Beratung, AT, Bd. I, S. 611.)。本条はBGB 119条〔錯誤に基づく取消可能性〕及び122条〔取消者の損害賠償〕

意思が表示された意思と一致しない場合でも、適用されない。」と変更し、同36条を削除することが提案された。

提案③（ゲーブハルト）

部分草案相続法22条を「終意処分において処分者の現実の意思が表示された意思と一致しない場合、（注：委員会草案）94条〔心裡留保〕第1文、96条〔真意の欠如〕第1項、97条〔錯誤無効〕¹⁷⁾、99条〔一部無効〕¹⁸⁾の規定が適用される。」と改め、不真正錯誤の場合もこの条文で処理することを目的とすることが提案された¹⁹⁾。さらに、委員会草案96条第1項及び97条が適用可能だと規定することで、同96条第2項と同98条〔錯誤における過失〕第1項が表示の受け手がない意思表示一般に関係するかどうかという疑問を肯定的に判断することを回避する意図である。

提案④（フォン・シュミット）

部分草案相続法36条を削除して同22条を以下のような文言にすることが提案された。

第1項「最終意思による表示は、被相続人が現実の意思と表示された意思との不

義務〕と関係する。

- 17) 委員会草案97条「現実の意思と表示された意思との一致の欠如が表意者の錯誤を基礎にしている場合、表意者が事情を知っていたならば当該意思表示をなさなかったであろうと認められるべきならば、当該意思表示は無効である。それが認められない場合には、当該意思表示は有効である。別の種類の法律行為、法律行為の別の対象への関係づけ、または別の者との法律行為の有効性が意図されていた場合、疑わしいときは当該意思表示がなされていなかったであろうことが認められるべきである。」(Jakobs / Schubert, Beratung, AT, Bd. I, S. 610.)。本条は BGB 119条〔錯誤に基づく取消可能性〕に関係する。
- 18) 委員会草案99条「無効をもたらし錯誤が意思表示の一部にのみ関係する場合、その部分がなくても当該意思表示がなされたであろうことが明らかにならない限りは、意思表示全体が無効である。」(Jakobs / Schubert, Beratung, AT, Bd. I, S. 766.)。本条は BGB 139条〔一部無効〕に関係する。
- 19) 不真正錯誤 (Unechter Irrthum) とは、簡単に言えば意思欠缺のことである。サヴィニーによれば、「錯誤が生じる場合が、既にそれ自体自身で、法律事実の必要条件を欠くように形作られている場合、法律事実の効果を妨害するのは、錯誤ではない。」とし、このような錯誤は不真正錯誤と特徴付けられるとする (System III, S. 440f.)。「法律事実 (juristische Tatsache)」とは、意思、意思の表示、意思と表示の一致という三つの要素からなる (Savigny, System III, S. 99.)。不真正錯誤とは、これらの要素が欠けることである。反対に法律事実の效果に影響を与える錯誤 (いわゆる動機の錯誤) は真正錯誤と呼ばれる (Savigny, System III, S. 328ff.)。

一致を知らなかった場合、無効である。処分者が欺罔の意図を持っていたか否かは問題にならない。」

第２項「〔委員会草案〕97条〔錯誤無効〕の規定は、被相続人に重大な過失があっても適用される」。予備的に以下のものをつけ加える。第３項「〔予備的に：被相続人及びその相続人〕処分者の相続人の賠償義務は、現実の意思と表示された意思の不一致に基づく無効な処分のことを被相続人が知っていた場合、または不知につき（何らか）過失がある場合には、排除されている。」

（イ） 結 論²⁰⁾

終意処分は現実の意思と表示された意思が一致する場合にのみ原則として有効であること、委員会草案96条〔真意の欠如〕第２項から第４項及び98条〔錯誤における過失〕の規定は終意処分に適用されてはならないことは了解された。多数決によって確定されたのは、委員会草案94条〔心裡留保〕が終意処分へ拡張されないこと、それに対して委員会草案97条〔錯誤無効〕は終意処分に関して適用されねばならず、それに従って草案36条は削除されるべきことである。

（ウ） 理 由²¹⁾

総則の審議の際に意思ドグマが原理的に出立点とされているが、終意処分を考慮すれば、委員会草案94条〔心裡留保〕から98条〔錯誤における過失〕におけるよりも、意思ドグマは厳格に貫徹されなければならない。最も高位のルールは遺言者の意思が有効になることである。表意者の重過失についての委員会草案96条〔真意の欠如〕第２項と98条第１項の規定は終意処分の場合には適切ではない。また、委員会草案96条第３項と98条第２項は軽過失ある表意者に消極的利益の賠償義務を負わせているが、終意処分にはそれ自体適用されない。これらの規定は、意思表示の相手方がいる場合にのみ関係していることは疑いないが、終意処分では当然ながら意思表示の受け手は存在しないからである。心裡留保や質の悪い冗談（委員会草案94条）を考慮して終意処分に意思ドグマを貫徹しないことは、十分な根拠がない。心裡留保や質の悪い冗談（böser Scherz²²⁾）の場合には嘘や悪意（Lüge und Arglist）を援用することが許されておらず、表意者は罰として当該意思表示に拘束されねば

20) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. 1, S. 884.

21) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. 1, S. 885f.

22) 当該意思表示が真剣に行われたのだと相手が受け取ることを予期して行われた意思表示。

ならないと考えられているが、この考え方は生きている者の間での法律行為では正しいが、終意処分ではそうではない。

不利益を被る者は、被相続人の真の意思に照らして相続財産ないしその関係する部分を有するとされる者、つまり通常は遺言によらない相続人、遺贈に関しては指定相続人であり、被相続人ではない。しかし、指定相続人や遺言によらない相続人は、心裡留保や質の悪い冗談を主張して、嘘や悪意に対する保護を要求するだろうし、もっと言えば遺言によらない相続人は自己の権利に基づいて嘘や悪意に対する保護を要求するだろう。被相続人の財産は、上記の者にその保護が認められなかった場合、本来得べきでない者、この方法で不当な目的を達するために被相続人と結びついた者のものになってしまう²³⁾。それに対して、委員会草案97条〔錯誤無効〕の転用は問題がない。同条が意思ドグマの弱体化を含んではいるが²⁴⁾、それは少なくとも重要なものではない。部分草案相続法36条の射程及び同条と同22条との関係は到底認識できない。同36条は、意思を排除する錯誤を考慮して同22条の個々の帰結を導くが、その際に、この意思を排除する錯誤を考慮して、同22条から明らかになる別の帰結も認めるのか、それとも排除することになるのか、不分明である。同36条第2項が客観的に委員会草案99条〔一部無効〕から乖離しているというのは到底根拠がない。委員会草案97条第2文における推定が終意処分では重要ではないというのは、終意処分に対して本質的構成要素に関する錯誤と非本質的構成要素に関する錯誤の区別を否定するのと同じく、極端である²⁵⁾。他の法律行為が意図されている事例を含める場合、たとえば、遺言者が相続人指定のために「遺贈」と、あるいは遺贈のために「相続人指定」と表記したことで、遺言者が単に表現に

23) 仮想行為類似の振る舞いは、委員会草案95条（仮想行為を無効と規定している）とは反対に、法的に有効になるとされる。なぜなら第三者は意思表示の受け手ではないので委員会草案94条第2文が適用できないからである。

24) 意思ドグマの弱体化とはこうである。つまり、意思と表示が一致していなければ、意思表示は無効となるはずだが、意思表示の非本質的な部分について当該不一致があっても意思表示は無効とすることは結果において妥当ではなく、法律行為はなるべく維持されるべきとの取引利益とも調和しないため、意思表示の非本質的な部分についての錯誤があっても有効とされる（Mugdan I, S. 460ff (Motive, S. 196ff).）。

25) Wesentlicher Irrthum とは、サヴィニーにおいては意思を排除する錯誤の意味で用いられるが、ドイツ民法典の起草過程では意思表示の本質的な部分に関する錯誤という意味で用いられている（Mugdan I, S. 460ff (Motive, S. 196ff).）。海老原明夫「ドイツ法学継受史余滴 本質的錯誤と要素の錯誤その一」ジュリスト938号（1989年）12頁以下も参照されたい。

において間違っただけに過ぎないその処分を無効として処理できることを理由に、その推定に異議が唱えられるとしても、この異議は重要視できない。この問題は部分草案相続法26条²⁶⁾を認めることで処理されるだろう。しかし、これを度外視しても、そのような場合に推定が用いられることが懸念されるべきではない。なぜなら、遺言者の反対の意思が認識できないからである。他方で、たとえば、遺言者が、ある者を後見人に任命しようと意図していたが、実際には過失によって相続人に指定した場合、当該推定をする余地がなく、この理由を見落としてはならない。

（エ）決議された文言²⁷⁾

先に総則について行われた決定を考慮して、以下のような文言にする。

「終意処分の際に、処分者の現実の意思が表示された意思と一致していない場合、当該処分は無効である。委員会草案94条〔心裡留保〕、96条〔真意の欠如〕第2項から第4項及び98条〔錯誤における過失〕は適用されない。」

この文言が採用された理由は、決議内容を正しく再現（委員会草案97条〔錯誤無効〕が終意処分にも適用される）していること、そして委員会草案94条、96条第2項から第4項及び98条が終意処分には適用されないと強調することで、他の受け手がいない単独行為には、これらの規定が適用されねばならないことを認識させ、それが上記(ウ)の箇所での決議内容を間接的に表現しているというものである。

部分草案相続法22条、36条及び上記提案は、当該決定によって否定されていない範囲で処理されたものとみなされた。

（ii）部分草案相続法38条

次に部分草案相続法38条について議論がされた（1886年6月21日第564回会議。書記リーベ）。

26) 部分草案相続法26条「(1)最終意思による指示の法定な性質は、被相続人の認識可能な意図に照らして判断される。

(2)ある出捐が挙げられたメルクマールに照らして相続人指定、遺贈、予備任命、後位任命、とみなされるべきならば、これについての表現の選択は重要ではない。

(3)被相続人の所有する動産及び不動産全て、もしくは遺産となる個々の目的物全て、または金銭で見積もられた全財産の価値全部に対してもつばら指定されている者は、相続人に指名されたものとみなされる。」(Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. 1, S. 928.)

27) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. 1, S. 886.

部分草案相続法38条²⁸⁾

「終意処分は、被相続人が強迫または詐欺によって違法に当該処分をする気になっていた場合、取り消すことができる。」

(a) 議論の経過²⁹⁾

まず以下の提案がなされた。

(ア) 提 案³⁰⁾

提案 (フォン・マンドリ)

この条項の削除,あるいは予備的に、この条項を削除して、「違法な強迫または詐欺を理由とすることに加えて、……も理由にして、……取り消すことができる。」という条項に委員会草案103条「詐欺または強迫に基づく取消可能性」³¹⁾への指示を採用することが提案された。

(イ) 結論および理由³²⁾

削除の提案は撤回された。

当該草案は強迫と詐欺の場合に、委員会草案103条の取消可能性を維持し、たとえば瑕疵ある処分の無効を規定しないことを認めた³³⁾。

28) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 886.

29) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 886ff.

30) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 886.

31) 委員会草案103条「(1)ある者が相手方による違法な強迫または詐欺によって意思表示をする気になっていた場合、同人は当該意思表示を取り消すことができる。

(2)ある意思表示において、当該意思表示が当事者に対してなされているかどうかはその有効性が影響を受けるならば、第三者によって詐欺が行われている場合、当該意思表示は、意思表示の受け手が当該詐欺を知っていたか知らねばならなかった場合にのみ、取消可能である。」(Jakobs / Schubert, Beratung, AT, Bd. I, S. 613.)。本条は BGB 123条「詐欺または強迫に基づく取消可能性」に関係する。

32) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 886f.

33) 部分草案の理由書によれば、詐欺・強迫の遺言の法律効果が取消可能か無効かで争いがあり、当時は無効とする立法や見解の方が多かったが、起草者は取消理論を採用した。理論的な理由としては、ローマ法の「強迫によって意欲したといえども意欲した (coactus voluit, sed voluit)」という考えは遺言でも適切であるし、畏怖や錯誤などがあっても処分の意思が存在することが挙げられる。また実務的に見れば、無効理論により処分行為の治癒可能性が否定されることは硬直的かつ非合目的であるし、相続法の領域でも取引 (Verkehr) の客観的な事情に基づいて認識できない瑕疵に対する保護が必要であり、取消

たとえ何も言及がないとしても、委員会草案103条が適用可能であれば同じ結論になるだろうことを理由に、当該草案38条で挙げられている内容の規定を採用することが不要であるかどうかという問題に対して、規定をなしですまずべきではないという合意に至った。

何も言及がないとしたら、詐欺または強迫に基づく終意処分が取り消すことができるか疑われてしまう恐れがある。委員会草案103条は意思表示をなした者だけに取消権を与えているが、当該表意者は終意処分の作成によって拘束されないから、当該終意処分の撤回権があるために取消権の余地がなくなる。むしろ終意処分の場合には、特別かつ独特な取消権が認められる。それに加えて、取消可能性の事例を増やすべきだし、増やした事例に対して取消権者及び取消期間に関して特別な規定が必要である。提案に倣って、委員会草案103条を指示するのでは不十分であるのは明らかである。

（iii）部分草案相続法39条

次いで部分草案相続法39条の議論に移った。

部分草案相続法39条³⁴⁾

「終意処分は、被相続人が真の事情または前提の欠如を知っていたならば当該処分をなさなかったであろう場合で、かつこのことが当該処分において表示されているか、または意思表示の内容全体から明らかになる場合に、取り消すことができる。」

（a）議論の経過³⁵⁾

（ア）提 案³⁶⁾

部分草案相続法39条については以下のような提案がなされた。

提案①（クルルバウム）

部分草案相続法39条を以下のような文言にする。

「終意処分は、被相続人が当該処分作成の際に、ある事実を誤って前提とし、か

↘理論を採用すれば、相続の関係者や第三者に対しても当該瑕疵に実質的な効果を付与することができる（von Schmitt, Begründung in: Schubert, Vorlagen, S. 254f.）

34) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 887.

35) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 887ff.

36) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 887.

つ事情を知っていたならば当該処分を作成しなかったであろうと認められるべき場合には、取消可能である。」

提案②（フォン・マンドリ）

39条を以下のような文言にする。

「(1) 動機における錯誤に基づく終意処分は、被相続人が事情を知っていたならば当該処分を作成しなかったであろうと認められるべき場合には、取り消すことができる。

(2) 第 1 項の内容は、終意処分が、将来の事情の発生または不発生について明示または黙示に表示された前提のもとで作成されており、かつ当該前提が実現しない場合にも適用される³⁷⁾。」

提案③（提案者不明）

さらに協議の過程で「かつこのことが当該処分において表示されているか、または意思表示の内容全体から明らかになる場合」を削除することが提案された。

(イ) 結論および理由³⁸⁾

当該委員会は、当該部分草案を採用したが、文言については検討の余地を残した。たとえば、過去ないし現在の事実に関する錯誤を、将来の事実（将来の事実の発生ないし不発生）に関する前提及び法的な結果に関する前提の事例から特別なテーゼによって分離することが得策であるかどうかがなお検討されるべきであろう。

規定の採用にあたり以下の点が考慮された。

表意者が自らの意思の動機づけに欠点があることの帰結と危険を負担しなければならないという、委員会草案102条「動機の全著説の不顧慮」³⁹⁾から導出されるべきルールが生きている者の間での法律行為では必然的に妥当するとしても、この原則

37) 「第 1 項の内容は（中略）適用される」とは、被相続人が、動機錯誤に陥っており、かつ事情を知っていたら当該処分を作成しなかったであろうと認められるべき場合に、当該終意処分を取り消すことができるという意味だとされる。

38) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S.887f.

39) 委員会草案102条「動機における錯誤は、法律に別段の定めがない限り、法律行為の有効性に影響を与えない。」(Jakobs / Schubert, Beratung, AT, Bd I, S. 613.)。本条は第二委員会にて削除され、BGB には採用されていない。

を終意処分でも貫徹することは正当化されない⁴⁰⁾。この原則と不当利得に関する法規範が到底調和しないことからすればなおさらである。

考慮されるべき被相続人の意思の欠点は、被相続人が遺言作成時に現在ないし過去の事実に関する錯誤の影響下にあり、かつその錯誤によって終意処分を作成する気になっている点だけでなく、被相続人が将来の出来事ないし法的な結果の発生ないし不発生を前提としてその前提が実現する場合にのみ終意処分をしようとしたが、その際に自らの処分にそれにふさわしい条件をつけるか制限することを逸したという点にもその本質がある。前提の不実現という最終意思の欠点も、提案①の提案内容とは異なって、採用された規定で同時に考慮すべきである。その理由は、一方では、その前提を条件として転換することはここでは過去ないし現在の事実に関する前提の場合と同じく許されないと思われるし、またそうした転換は他方では適切ではない法律効果（不確定的無効）を導いてしまうだろう点にある。

そうはいても、提案③のように不正確な観念と終意処分そのものの内容との因果関係の証拠によって何の制限もなく最終意思の取消を認めるまでに至ってはならない。そんな規定を作れば、うまくいくかもしれないという見込みで終意処分の有効性に異議を唱える事例が計り知れない数になってしまう。なぜなら、遺言者が不正確なものの見方をしており、かつその不正確なものの見方が遺言者の処分の内容に影響を与えていたと認められるかは、たいていの場合には疑わしいので争うことができるからである。それゆえに、遺言者が自らの処分の決定的動機に関して表示を加えていたのであれ、処分の特別な理由が遺言内容から明らかになったのであれば、不適切な観念に基づいている具体的な意思の動機づけが遺言の内容から明らかにならねばならない。この制限は、将来に関する不正確な前提の場合（提案②第２項で規定）だけでなく、過去ないし現在の事実に関する遺言者を支配する不正確な観念の場合にも当てはまらなければならない。それに対して、錯誤に陥って自らの

40) 部分草案の理由書では大略以下のように説明されている。被相続人が遺言で自らの処分の動機を示し、それが不正確であると明らかになっても、取消を認めることはとてできない。（誤った原因は付加されても終意処分の効果を害することはない（*falsa causa adiecta non nocet*））。実際に重要なのは、誤った想定を基礎にしている誤った動機であり、当該動機がなければ処分がなされていなかった場合にのみ、この動機は重要である。たとえば、被相続人に恩恵を与えてくれた人が死亡したと誤想した場合、被相続人と終意処分による受益者との間に親族関係があると誤想した場合である。そして、当該動機が意思決定にとって決定的であったことの証明は最終意思そのものから見出されるもの（被相続人が処分の前提として示した動機や、意思表示その他の内容から明らかになる動機）に限定される（von Schmitt, Begründung in: Schubert, Vorlagen, S. 257f.）。

観念の正しさを疑わない遺言者は、自らの処分の原因を明らかにし、それによって批判にさらされる機会がない旨の異論を述べることはできない。なぜなら、これは、意思表示が行われ、この表示という行為によって動機づけから切り離され独立の存在になった意思における動機なるものは全く重要ではないというルールの例外だからである。この例外は、具体的な意思の動機づけが意思表示から明らかになる場合に実務的な性質の理由に基づいて認められるに過ぎない。

取消可能性の通常の効力が維持されなければならないかどうか、取消可能性の効力が軽減されるべきかどうかという問題は（委員会草案112条〔取消の効果〕参照）、後に論じられるべきである。

(ウ) 暫定集成⁴¹⁾

第598回会議（1886年11月10日：書記ベルナー）において、相続法草案の協議は継続され、特に暫定集成1738条〔終意処分における動機錯誤〕の協議を再び取り上げ、ここに1738条 a として以下のフォン・ヴェーバーの案を挿入する提案が検討された。

暫定集成1738条⁴²⁾

「(1) 終意処分は、被相続人が過去もしくは現在に関係する錯誤によって当該終意処分をする気になっている場合、または被相続人が将来の出来事もしくは法的な結果の発生もしくは不発生についての前提によって当該処分をする気になっており、かつ当該前提が実現しなかった場合には、取り消すことができる。

(2) ただし、取消が認められるのは、錯誤が当該終意処分から読み取ることができる場合、または前提が終意処分で明示もしくは黙示に表示されている場合のみである。」

(エ) 提 案⁴³⁾

フォン・ヴェーバーの主提案

暫定集成1738条 a

「(1) 相続人の指定⁴⁴⁾が、1738条に従って相続開始後に初めて実現するものとされ

41) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd I, S. 889ff.

42) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. II, S. 1255f.

43) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd I, S. 889.

44) 遺言で相続人（法定相続人でなくてもよい）を指定することが可能である（BGB 1937条）。

ている前提のもとで行われた場合、当該前提が実現しないならば、取消は当該相続人の指定を考慮して解除条件の効力を有するが、解除条件が暫定集成1766条〔後位相続の不確定提起無効化〕⁴⁵⁾、1765条〔後位相続の一回性〕⁴⁶⁾の規定に従って不確定的無効であったならば、取消は排除されている。前文の場合につき疑わしいときは、取消の結果として生じる後位相続人⁴⁷⁾の権利が相続財産の後位相続の際になお残っているであろうものに制限されているとすることは被相続人が意欲したものとみなされるべきである。

（２）第１項で挙げられた種類の前提のもとで遺贈が作成された場合、当該前提が実現しない場合、取消は、受遺者には給付されたものを委員会草案738条〔前提の不実現〕⁴⁸⁾の規定に従って（場合によっては委員会草案731条〔非償弁済〕第３

45) 暫定集成1766条「後位相続人の指定は、先位相続人の死亡の場合に備えて指定されていないならば、後位相続の開始が生じるより前に先位相続人が死亡したかつ相続開始から30年の期間が経過している場合には、不確定的無効になる。」(Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. II, S. 1035.)。本条は BGB 2109条〔後位相続の不確定的無効化〕に関係する。

46) 暫定集成1765条「後位相続は１度しか生じない。別の後位相続人の指定は、最初の後位相続の発生をもって不確定的無効になる。」(Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. II, S. 1035.)。本条は BGB には採用されていない。

47) 後位相続人とは、先位の相続人の後に始めて相続人になる者である (BGB2100条〔後位相続人〕)。たとえば、被相続人が遺言によってまず妻（先位相続人）を相続人に指定し、妻が死亡した場合に、息子（後位相続人）をその相続人に指定する場合である（２回権利承継が行われる）。類似の制度として予備相続人というものがあるが、こちらは相続開始の前後に相続人が脱落する場合に備えて被相続人が指定した相続人のことである (BGB 2096条〔予備相続人〕)。つまり、最初の資格者が相続人ではなくなるという条件のもとで相続が生じる (Brox / Walker, Rn.335ff und 343ff.)。

48) 委員会草案738条「既履行給付の返還についての受け手の債務には、731条第２項及び733条、734条が適用され、加えて、給付の受領の際に受け手において前提が実現し得ないこと及び与え手が前提不実現の情報を得ていないことを知っている場合には、735条第１項の規定が準用され、または受け手が受領後になって初めて当該前提が実現し得ないことを知るに至ったか、当該前提が実現しなかったことの情報を得ていない場合には、735条第２項が準用される。」(Jakobs / Schubert, Beratung, RdS III, S. 811.)。

委員会草案735条「(1)受け手が給付の受領にあたり、履行がなされていた債務が存在しなかったこと及び給付者が債務不存在の情報を与えられていなかったことを知っていた場合には、受け手は不法行為に基づく損害賠償の規定に従って給付者に損害賠償の義務を負う。

(2)受け手が第１項で挙げられたことを給付の受領後に初めて知るに至った場合には、訴訟係属の開始の時点ではなく知るに至った時点を基準とする方法で733条が適用され、

項⁴⁹⁾や733条〔利得請求権の範囲⁵⁰⁾〕、734条〔利得請求権の範囲⁵¹⁾〕に従って)、遺贈義務者・負担義務者 (Beschwerte) に返還する義務があるという効力を持つ。』

フォン・ヴェーバーの予備的提案①

予備的に暫定集成1738条第1項の後段を以下のように変更することが提案された。
「または被相続人が将来の出来事もしくは法的な結果が相続開始の発生までに

ゝる。そのような場合にはこの時点から使用利益の返還または補償、出捐の賠償及び物の保存及び保管の責任を理由として、242条に照らして訴訟係属の開始の事例に適用される規定が適用される。」(Jakobs / Schubert, Beratung, RdS III, S. 798.)。委員会草案738条および本条は BGB 819条〔受領者が悪意の場合および法律違反または良俗違反の場合における強化された責任〕と関係する。

委員会草案242条「債務者が債権者に特定物を引き渡さなければならない場合、使用利益の支払い、費用償還及び保存・寄託に対する責任に基づく訴訟提起の時点(訴訟係属の時点)から、債務関係または債務者の遅滞から別の者が債権者のために現れるのでない限り、所有者が善意占有者に提起した所有権の訴えに適用される規定が準用される。」(Jakobs / Schubert, Beratung, RdS I, S. 328f.)。本条は BGB 292条〔返還義務における責任〕に関係する。

- 49) 委員会草案731条「(1) 債務を履行する目的で給付を行った者は、債務が存在していなかった場合には、受け手に既履行給付の返還を請求できる。
(2) 返還請求は、当該給付が占有の移転においてのみ存在する場合にも行われる。
(3) 給付者が給付の時点で債務が存在しないことを知っていた場合には、返還請求は排除されている。」(Jakobs / Schubert, Beratung, RdS III, S. 771.)。本条は BGB 812〔返還請求権〕、813条〔抗弁がある場合の履行〕に関係する。
- 50) 委員会草案733条「(1) 返還請求が既履行給付の状態によって排除されているか、受け手が返還請求の訴訟係属の開始にあたり既履行給付の返還請求をすることができない場合には、受け手は既履行給付の価値の補償をしなければならない。
(2) さらに、返還請求または価値補償の債務は、受け手が当該請求権の訴訟係属の開始にあたり既履行給付によってもはや利得していない限りで脱落する。」(Jakobs / Schubert, Beratung, RdS III, S. 789 und 817.)。本条は BGB 818条〔不当利得請求権の範囲〕に関係する。
- 51) 委員会草案734条「(1) 返還請求または価値補償の債務は、受け手が既履行給付から取得した内容にも拡張する。
(2) 受け手が所有権を取得した物を返還請求しなければならない場合、使用利益の返還または補償の債務は誠実な占有者の所有者に対する債務に関する規定に従って定まる。
(3) 受け手は、訴訟係属の開始前にその物に対してなされた出捐全ての補償に対してのみ物の返還の義務を負うが、同人が出捐の補償を求める権利を有するのは、受け手が残存する使用利益によって利得を得ていない場合に限られる。」(Jakobs / Schubert, Beratung, RdS III, S. 789.)。本条は BGB 818条〔不当利得請求権の範囲〕に関係する。

（「被相続人の死亡までに」）生じる、もしくは生じないという前提によって当該処分をする気になっていたが、その前提が実現しなかった場合、」

フォン・ヴェーバーの予備的提案②

1796条aとして以下のものを挟むべき旨が提案された。

「相続人指定の際に、将来の出来事または法的な結果が相続開始の発生後に（「被相続人の死亡の後に」）（初めて）生じるであろう、または生じないであろうという被相続人が明示または黙示した前提によって同人が当該指定をする気になっていたことが明らかになる場合、当該前提が実現しないことは、終意処分による受益者によってそれが是認（vertreten）されるべき事情の結果として生じる限り、相続人指定に対する解除条件として設定されているものと認められるべきである。前文の場合につき疑わしいときは、前提が実現しないことの結果として生じた後位相続人の権利が相続財産の後位相続の開始の際になお残っているであろうものに制限されているものとする旨を被相続人が意欲したものとみなされるべきである。」

フォン・ヴェーバーの予備的提案③

遺贈の章の適切な箇所（第10節）に規定を採用するべき旨が提案された。

「遺贈の際に、将来の出来事または法的な結果が相続開始の後に初めて生じるであろう、または生じないであろうという被相続人が明示または黙示した前提によって同人が遺贈の指示をする気になっていたということが明らかになる場合、当該前提が受遺者が是認すべき事情の結果として実現しないならば、遺贈は不確定的無効になるだろうし、受遺者には給付されたものを委員会草案738条〔前提の不実現〕の規定に従って（場合によっては委員会草案731条〔非償弁済〕第3項、733条〔利得請求権の範囲〕、734条〔利得請求権の範囲〕）遺贈義務者・負担義務者（Beschwerter）に返還する義務がある。」

フォン・ヴェーバーによれば、上記提案の理由は以下のようなものである。

暫定集成1738条の文言は極めて一般的ではあるが、部分草案相続法39条についての議論での理由から、そこにおいてその実現が被相続人の死亡までに必然的に決定し、その不実現の場合には被相続人がその処分を全くするつもりがなかったという前提のことを考えていたことを読み取ることが許されよう。被相続人が自らの処分を、その実現が被相続人の死後に初めて決定可能で、かつ決定されるものとされた前提と結びつけていた場合には事態は異なっている。ここには暫定集成1738条の意

味で取消を導くことができる意思の瑕疵は存在しない。被相続人は相続開始時点でまだ実現していないであろうことを知っていたにも関わらず、実際に処分をなしかつ出捐をなすつもりであったのだから、この場合、問題になるのは、その前提が解除条件 (Resolutivbedingung) として作用するか、不当利得法に従った個人的な返還請求権を根拠づけるに過ぎないかである⁵²⁾。前提は解除条件より強力な効果を持つことはない。相続人指定の際には単なる不当利得法では不十分であると思料するため、条件としての取り扱いが推奨される。しかし、実現しない前提は、解除条件のように後位相続人の発生を導くにすぎず、かつ相続人の指定の際の解除条件の効果に対して挙げられた理由に従って、後位相続の効果や許可の制限も必然的に生じる。残余に限定された後位相続財産としての構成は、いずれ可能な限り維持されるべき不当利得の原則に合致するといつてよい。そのような前提のもとで行われた遺贈においては、不当利得の原則が完全な範囲で認められるように思われる。

プランク案 ①⁵³⁾

フォン・ヴェーバーが提案した1738条 a 第 1 項を以下のようにすることが提案された。

「相続人指定が1738条に従って、その不実現が相続開始後に初めて決まる前提のもとで行われる場合、取消が行われるとき、遺贈は、相続人の指定が前提の不発生という解除条件のもとで行われていたかのごとく判断されるべきである。このような場合に疑わしいならば、(以下フォン・ヴェーバーの主提案と同様とする)」

この提案が採用された場合には、暫定集成1741条⁵⁴⁾に以下の内容を加える。

52) フォン・ヴェーバーは詳しく述べていないが、この説明はヴィントシャイトの前提論の影響によるものだと思う。すなわち、ヴィントシャイトによれば、前提の不実現の場合でも法律行為の効力は存立するが、表意者は未履行債務については悪意の抗弁権を有し、既履行債務については意思表示を破棄したうえで不当利得として返還請求ができると考えている (Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.I, 3. Aufl, § 97; ders., Die Voraussetzung, AcP 78, 1892, S. 1-12.)。

53) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd I, S. 890f.

54) 暫定集成1741条「1737条から1740条の事例においては、終意処分が作成されていたならば相続人もしくは受遺者として資格を有していたと認められる当事者、または遺贈義務・負担義務から解放されると認められる当事者、またはある権利を取得したと認められる当事者に取消の権限がある。」(Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. II, S. 1370.)。本条は BGB 2080条「取消権者」と関係する。

「1738条 a の場合には取消が認められるのは、取消の場合に後位相続人として指定されている者である。」

1738条 a 第 2 項に以下の文を加える。

「前提が不確定的無効になることを考慮して、暫定集成原案1819条 a⁵⁵⁾の規定が準用される。」

プランク案②

予備的に暫定集成1738条に以下の内容を加えることが提案された。

「前提の不実現が相続開始後に初めて分かる場合、前提の不確定的無効化を考慮して、後位相続人の指定及び遺贈の無効化に関する1765条、1766条、1819条 a の規定（おそらくいずれも暫定集成原案）が準用される。」

クルルバウム案⁵⁶⁾

① フォン・ヴェーバーが提案した1738条 a について、第 1 項を以下の文言とすることが提案された。

「相続人指定が前提が実現しないために取消可能であり、その不実現が相続開始後に初めて判断された場合、取消が行われたならば、遺贈は、相続人の指定が取消の解除条件のもとで行われかつ生じた後位相続人の権利が遺産の後位相続が開始する場合に残っているであろうものに制限されているであろうかのようにみなされるべきである。」

（予備的に以下のもの加える。

「しかし、先位相続人がすでに取消前にその前提が実現しなかったことを知っていた場合、先位相続人がそのことを知るに至った時点の後に、先位相続人の後位相続人に対する存在する目的物の返還義務及び存在していない目的物の賠償義務が定まる。」

55) 暫定集成原案1819条 a 「相続開始の発生後に初めて帰属する遺贈は、遺贈が帰属するより前に、受遺者及び負担義務者（Beschwerte）が出生しており、かつ相続開始から30年が経過している場合には、不確定的無効になる。相続開始の時点でまだ受領していない者が遺贈をもって利益を受けている場合には、財産帰属の前に遺贈義務者（Beschwerte）が出生しており、かつ30年が経過しているときは、遺贈の不確定的無効が生じる。」（Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. II, S. 1038.）。本条は BGB 2162条〔停止時条件付き遺贈に対する30年の期間〕に關係する。

56) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd I, S. 891.

⑥ 第2項を削除し、予備的に委員会草案739条「利得請求権の範囲」⁵⁷⁾第2項において第1文の後ろに以下の内容を追加することが提案された。

「法的原因が取消の結果として脱落した場合、取消可能性を知っていることは、法的原因の脱落を知っていることの代わりになる。」

暫定集成1738条の協議を再度行うことが決定され、まずその不実現が相続開始の後になって初めて判断される前提のもとで相続人の指定が行われた事例が詳細に検討された。

(オ) 結論および理由⁵⁸⁾

協議の結果、上記の事例に対して1738条とは異なる提案内容の方向で規定を置くことは拒否されたが、暫定集成1742条「取消期間」第3項⁵⁹⁾として「取消は、終意処分の開封(Eröffnung)から30年が経過すると、排除される。」という規定を挿入することが協議の過程で提案され、決議された。

当該規定に割り当てられた位置は、単に1738条だけでなく、暫定集成1737条から1740条の取消の事例全部(終意処分における詐欺・強迫、錯誤、遺留分権利者の不顧慮、婚姻または婚約の破棄による終意処分の取り消し)に適用するものであること、1742条「完全な行為能力を持たない者に対する消滅時効」の従来の第3項(165条⁶⁰⁾の準用)、上記条項が挿入されたことで今では第4項がこれに同じように

57) 委員会草案739条「(1)ある法的原因に基づいて給付をなした者は、後にその原因が脱落した倍に、給付した物の受け手に返還を請求できる。

(2)給付された物の受け手の返還義務には731条第2項及び733条、734条の規定が準用され、並びに、同人が当該法的原因の脱落を知った時点から735条が準用される。不法行為に基づく損害賠償義務は問題にならない。」(Jakobs / Schubert, Beratung, RdS III, S. 817.)。

58) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd I, S. 891f.

59) 暫定集成1742条「(1)取消は1年以内に行われなければならない。

(2)当該期間は、取消権者が相続開始の発生並びに処分が取消可能なこと及び取消可能性の原因を知るに至った時点から進行する。

(3)165条の規定は準用される。」(Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. II, S. 1259.)。この条文はBGB 2082条「取消期間」に関係する。

60) 委員会草案165条「(1)未成年者及び行為能力を考慮して未成年者と同視される者、さらに精神患者並びに法人に対して、たとえこれらの者に法定代理人がいなくても、消滅時効は開始・進行する。

(2)しかし、法定代理の原因が脱落した時点または法定代理の欠如が終了した時点以後

適用されねばならないことを十分に示している。

提案を拒否する決議の結果として、問題となっている種類の前提のもとで遺贈が行われている事例をその提案内容の領域に含める限りで、提案内容に応じる必要はないことがはっきりした。むしろ、応じない限りで、1738条を維持しなければならない。第1項第2文のもとでなされた予備的な提案は、決議されたこの規定によって処理される。

この結論を導くにあたり以下の内容が考慮された⁶¹⁾。

委員会草案1738条は、決議内容に即している。前提とされた将来の出来事ないし法的結果の発生または不発生が相続開始前に判明するか、開始後に判明するかは協議においては重視されていなかった。当該規定にとって決定的であった基本的考え方においてもこの区別は重要ではありえない。明示または黙示の前提のもとで終意処分が行われ、その前提が実現しない場合、被相続人の意思には欠点があったという点、またその欠点がそれ自体一般に顧慮されない動機における錯誤においてのみ（委員会草案102条）存在するとしても、やはり被相続人の真の意思が可能な限り有効にならなければならない点を考慮して、顧慮される意思の欠点として扱われるべきことが出立点とされた。この欠点を顧慮するにおいて、当該欠点が相続開始の前に明らかとなるのか、後に明らかになるのかを区別することはできない。1738条の提案者は、被相続人が意欲した法的な効力の存在または存立が前提が実現しないことによって妨げられないという前提の法的性質を強調したが、提案内容によれば前提のこの法的性質は決して際立っていないだろう。むしろ、それらによれば1738条において前提にとって決定的な原則によって形成されている動機錯誤不顧慮に対する統一的な例外ではなく、二つの例外が生じるに過ぎない。つまり、相続開始前に前提が実現しないことが分かる場合、1738条の取消可能性は維持されるが、前提の不実現が相続開始後に分かる場合には、その前提は解除条件に転換される、ということである。実際のところ、相続開始前に（つまり終意処分が一般に有効になる時点以前に）ある前提の不実現が分からない場合には1738条の取消可能性はもちろん

↘ 6 か月より以前に消滅時効が満了することはない。消滅時効期間が6 か月より短い場合には、消滅時効期間は6 か月となる。

(3) 第1項で挙げた者が訴訟能力を有する限り、第2項の規定は適用されない。」(Jakobs / Schubert, Beratung, AT, Bd. II, S. 1064.)。本条は改正前 BGB 206条「完全な行為能力を持たない者に対する進行停止」に関係する。

61) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd I, S. 892f.

適切であり疑念はないという考えによって提案は行われているが、他方でこの取消をもって生じる物的遡及効（委員会草案112条〔取消の効果〕⁶²⁾）を理由として前提が相続開始後に初めて欠如する場合には取消可能性は取引安全を脅かすことは明らかであり、被相続人がある前提のもとで終意処分をしても少なくとも解除条件付き処分の場合以上の効果を目的とはできないことは維持しなければならない。前提と条件との同化についていえば、両者にとって重要なのは法律行為で設定された意思の自己制限であり、つまり、ある前提のもとでなされた相続人の指定は、その前提が実現しない場合には、被相続人において当該相続人の指定は前提が実現しないときは効力を失うものと意欲し、かつ表示したのだから、存立しないとの考え方を基礎にしている。しかし、既に(イ)で強調したように、この観点は、1738条の規定の基礎にはなっていない。むしろ、1738条が出立点としているのは、それ自体相続人の指定を無に帰せしめる意思の瑕疵が問題であるということである。この見解は実際の関係にも合致する。なぜならある前提のもとで処分をする被相続人には、前提が正しいことが明らかにならないとは思えないが、被相続人がある前提の不発生を起こりうることで、あるいはなくはないと明確に想定し、これを表現する場合には通常は条件を加えることが認められるべきであるからである。しかし、1738条の意味での前提が条件と同化することを否定しなければならないならば、そこから導かれる帰結も処理されるだろう。取引安全から導かれる疑念に関しても重要ではない。取消は、一度も相続人になっていなかったものとして相続人が扱われる結果になるが、取消までに相続人と取引関係に入った第三者は、通常は、登記内容と相続証書⁶³⁾の内容に対する善意あるいは信頼保護の制度によって、十分保護されるだ

62) 委員会草案112条「取消可能な法律行為は、取り消された場合には、当該法律行為が生じていなかったかの如くみなされるが、法律によって取消の相対的な効果（geringere Wirkung）が定められている場合は別である。」（Jakobs / Schubert, Beratung, AT, Bd. I, S. 764.）。本条は BGB 142条〔取消の効果〕と関係する。

63) 相続証書とは、遺産裁判所に申請して付与される相続権に関する証書であり（BGB 2353条〔遺産裁判所の管轄、申請〕）、遺産裁判所が職権による調査手続きに基づいて発行し、相続人が誰か、相続権の範囲、遺言執行者または後位相続の指示を記載する。相続証書には公信力がある（BGB 2366条〔相続証書の公信力〕）。たとえば、相続証書によって不法に相続人として証明されている S（表見相続人）が被相続人の遺産である絵画を善意の B に譲渡した場合、B は絵画を BGB 932条〔無権利者からの善意取得〕に基づいて善意取得できない。なぜなら、被相続人の単独相続人 A（真の相続人）は自由意思によらずに BGB 857条〔相続可能性〕における相続人の占有を喪失したので、BGB 935条〔占有離脱物の善意取得の不成立〕1 項 1 文の意味での占有離脱が問題になるからである（占

ろう⁶⁴⁾。他方で、終意処分の取消可能性のその他の事例及び終意処分が無効であるが、上記の規定を超える特別な配慮は必要とはみなされなかった事例に対しても、取引安全から導かれる同じ疑念がわく。ある観点においてのみ取引利益における取消可能性の制限は認められると思われる。事情によっては、相続人の指定に加えられた前提が、その実現ないし不実現が、不相当に長期間（50年あるいは100年）が経過して初めて判明することもある。同じように、前提の実現ないし不実現が直ちに分かったとしても、取消者がその事態を知らなかったために、暫定集成1742条の除斥期間が同人に対して進行し得なかったために、長期間経過後に初めて取消権者が現れることは排除されていないように思われる。不相当に長い期間が経過した後に、終意処分（特に相続人の指定）の取消を認めるのは、結果として極めて堪え難いものであることは明白である。しかし、これは、1738条に基づく取消だけでなく、暫定集成1737条、1739条⁶⁵⁾、1740条⁶⁶⁾に従った取消にも当てはまる。他方で、

「有離脱の場合には BGB 932条の善意取得はできない。しかしこの場合でも、BGB 2366条に基づいて善意のBは、真の相続人から当該絵画を取得したかのごとく扱われる。これにより、BはBGB 929条〔物権的合意と引き渡し〕1文に基づいて絵画を真の相続人から有効に取得する（Frank / Helms, § 16, Rn. 1f und 9.）。

64) 登記には公信力が認められる。BGB 892条〔登記簿の公信力〕によれば、善意で不動産を取得した者は、登記簿の内容が正しいということを基礎にできる。たとえば、物権的合意（BGB 873条〔物権的合意と登記による取得〕、925条〔不動産譲渡の合意〕）が無効のために登記簿と権利関係が一致せず、登記簿に権利者として登記されている無権利者から善意で不動産を取得した者は、当該不動産を取得できる。

65) 暫定集成1739条「(1)終意処分において被相続人がその存在を知らなかった遺留分権利者、特に死亡していると想定した遺留分権利者、または終意処分後に初めて出生した遺留分権利者もしくは遺留分権利者になった者が被相続人によって顧慮されなかった場合には、疑わしいときには、被相続人が、第一の事例では遺留分権利者の不存在に関する錯誤によって当該終意処分をする気になっていたことが、第二の場合には遺留分権利者が後になって出生しない、または後に遺留分権利者にならないとの前提によって当該終意処分をする気になっていたことが認められるべきである。

(2)当該終意処分は、第1項の事例においては、たとえ1738条2項で規定されている要件が存在しないとしても、1738条に従って取り消される。」(Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. II, S. 1759.)。本条はBGB 2079条〔遺留分権利者の不顧慮に基づく取消〕に関係する。

66) 暫定集成1740条「(1)終意処分は、配偶者が相手方配偶者に終意処分によって利益を与えたならば、当該婚姻が無効である場合、当該婚姻が取消可能であり実際に取り消されている場合、または当該婚姻が離婚によって解消されている場合、取り消すことができる。

(2)終意処分は、婚約者が相手方婚約者に終意処分で利益を与えたならば、当該婚約が

終意処分が無効である場合、無効の場合に障害なく生じる請求権の30年の消滅時効がおのずから適切な制限を提供するため、そのこと自体を基礎にできる。それゆえに、暫定集成1742条の除斥期間に別の除斥期間を、つまり、知・不知にかかわらず、単に終意処分の開封（Eröffnung）を起算点とする30年の通常の消滅時効期間や暫定集成1766条⁶⁷⁾、暫定集成原案1819条 a⁶⁸⁾の期間に合致した別の除斥期間をつけてやるのが得策である。終意処分の開封（Eröffnung）ではなく、相続開始を基準とみなすことは疑わしい。なぜなら、自身がかわっていることを知ることができるようにならないうちはその期間が取消権者にとって進行し得えないのは当然の理だからである。

(カ) 暫定集成についての決議内容⁶⁹⁾

意思欠缺錯誤、詐欺・強迫、動機錯誤及び前提欠如に関する相続法の暫定集成原案と暫定集成において以下の内容が決議された。

暫定集成原案1724条／暫定集成1736条

「終意処分の場合において被相続人の現実の意思が表示された意思と一致しない場合、終意処分は無効である。（筆者一委員会草案）94条〔心裡留保〕、96条〔真意の欠如〕第2項から第4項、98条〔錯誤における過失〕の規定は準用されない。」

注意点として、以下の点が挙げられている。委員会草案94条以下の意思ドグマを

「被相続人の死亡前に解消されている場合には、取り消すことができる。」

(3) 終意処分が当該事例〔暫定集成原案では「上記の諸事例」〕でも有効とさせるつもりである旨が被相続人の意思から明らかである場合、取消は排除されている。」(Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 879f.)。本条は BGB 2077条〔婚姻または婚約の解消場合における終意処分の不確定的無効〕に関係する。

67) 暫定集成1766条「後位相続人の指定は、先位相続人の死亡に備えて指示されている場合には、後位相続の開始が生じている前に先位相続人が死亡しており、相続開始から30年の期間が経過している場合には、不確定的無効である。」(Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. II, S. 1035.)。本条は BGB 2109条〔後位相続の不確定的無効〕に関係する。

68) 暫定集成原案1819条 a 「相続開始後に初めて帰属する遺贈は、受遺者及び負担義務者 (Beschwerte) が死亡しており、かつ遺贈が帰属するより前に相続開始から30年が経過している場合には、不確定的無効になる。相続開始の時点でまだ受領していない者が遺贈によって利益を与えられている場合、遺贈義務者が財産帰属の前に死亡しており、かつ30年が経過している場合には、遺贈の不確定的無効が生じる。」(Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. II, S. 1038.)。

69) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd I, S. 893f.

修正する規定は委員会草案73条〔意思表示の到達〕⁷⁰⁾の意味での受領者のいない法律行為にも適用されるが、委員会草案94条以下の規定が終意処分には適用されないことを暫定集成原案1724条が明らかにしている。同時に、不真正錯誤を精緻化する97条〔錯誤無効〕が終意処分にも適用されることが明らかになる。

暫定集成原案／暫定集成1737条

「終意処分は、被相続人が強迫または詐欺によって違法に当該処分をする気にさせられていた場合には、取り消すことができる。」

暫定集成原案／暫定集成1738条

「(1) 終意処分は、被相続人が過去もしくは現在に関係する錯誤によって〔暫定集成原案：または将来の出来事もしくは法的結果の発生もしくは不発生についての前提が実現されないことによって当該処分をする気になっていた場合には〕、〔暫定集成：当該処分をする気になっていた場合、または被相続人が将来の出来事もしくは法的な結果の発生または不発生についての前提によって当該処分をする気になっており、かつこの前提が実現しなかった場合には〕、取り消すことができる。

(2) ただし、取消が認められるのは、当該錯誤が終意処分から読み取れる場合、または当該前提が終意処分で明示にもしくは黙示に表示されている場合のみである。」

注意点として以下の点が挙げられている。

① 協議の際に出立点とされたのは、将来の出来事ないし法的な結果の前提が問題になる場合、錯誤を認めることは正しくないというものである。

② 「する気になっていた」という文言は、錯誤または前提がなければ明らかに処分をしなかったであろうことを明らかにするのに十分である（与因：causam

70) 委員会草案73条「(1) 明示の意思表示の有効性が当該意思表示が関係者に対してなされていることに左右され、かつ意思表示が隔地者に対して行われる場合には、当該意思表示は当該関係者に到達することで有効となる。

(2) 到達の時点以前にまたは表示と同時に意思表示の撤回が関係者に到達する場合には、当該表示は行われていないとみなされる。

(3) 表意者が表示を送る目的で表示を行った後に、同人が死亡するか行為無能力になる場合でも、意思表示の有効性に影響はない。」(Jakobs / Schubert, Beratung, AT, Bd. I, S. 693.)

dans)。この文言は、委員会草案103条〔終意処分における詐欺〕とも調和する。

③ 独立の規定の定式化によって第2項を削除することは以下の条項に基づいて得策である。

④ 委員会草案736条〔前提⁷¹⁾〕をなお参照すること。

委員会草案の編集の際には、ゲーブハルトが暫定集成1738条第2項について、委員会草案103条、1231条〔婚姻の取消⁷²⁾〕を考慮して、「取消が認められるのは以下の場合のみである」を「当該処分は以下の場合にのみ取消可能である」に替える旨の提案をし、採用され、同時に「終意」という文言は削除された⁷³⁾。

71) 委員会草案736条「将来の出来事または法的な結果の発生または不発生について明示または黙示に表示された前提のもとである給付をなす者は、当該前提が実現しない場合には、既履行給付の受け手にその返還を請求することができる。」(Jakobs / Schubert, Beratung, RdS III, S. 806, 799.)。この条文は第二委員会では削除され BGB には採用されていない。

72) 委員会草案1231条「婚姻は、以下の場合にのみ取り消すことができる。

1. 婚姻締結者の一方が相手方によって強迫または詐欺によって違法に婚姻を締結する気になっている場合；当該詐欺が婚姻締結の相手方によって行われたのではない場合、当該婚姻は、婚姻締結の相手方が当該詐欺を婚姻締結の際に知っていたか知らねばならなかった場合にのみ、取消可能である。；婚姻の目的を思慮分別をもって評価したならば婚姻締結を思いとどまるに違いない自らの人的性状や事情を相手方当事者が婚姻締結者のもう一方に隠す場合でかつ相手方当事者が同時にこれらの人的性状や事情をもう一方が知っていたならば婚姻締結を思いとどまったであろうことを予見すべきであった場合、特に婚姻締結者の一方が相手方当事者によって違法に婚姻締結する気になった詐欺だとみなされるべきである。

2. 婚姻締結の一方が婚姻そのものを締結をする意思または婚姻を当該相手方当事者とする意思を婚姻締結の際に有しておらず、かつ両方の場合において現実の意思と表示された意思との一致の欠如が錯誤を基礎にしていた場合、

3. 婚姻締結時に婚姻締結の一方が婚姻年齢に達していなかった場合、

4. 婚姻締結時に婚姻締結の一方において、または1223条の事例においては追認の時点で追認者において行為能力が制限されており、かつ法定相続人が婚姻締結についての同意や追認についての同意を付与していなかった場合」(Jakobs / Schubert, Beratung, Familienrecht, Bd. I, S. 234f.)

委員会草案1223条「(1) 婚姻締結の一方の行為無能力に基づいて無効な婚姻は、1231条4号に従って認められる取消を留保して、当該行為無能力者が行為無能力ではなくなった後に、かつ当該婚姻が解消される前または効果不発生だとみなされる前に、婚姻締結を相手方当事者に対して追認する場合には、有効となる。

(2) 追認は婚姻が締結された時点で遡及して効力を有する。」(Jakobs / Schubert, Beratung, Familienrecht, Bd. I, S. 224.)

73) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. 1, S. 894f. ゲーブハルトおよびクルルバウメ

以上の変更はあっても、これらの規定は、委員会草案1736条、1737条、1738条及び第一草案1779条、1780条、1781条に内容が引き継がれている。

（iv）小 括

意思と表示の不一致に関する部分草案相続法22条及び36条に関して、意思ドグマが貫かれることが確認され、その結果、心裡留保の規定、非真意表示者及び錯誤者に関する過失規定（重過失の場合は意思表示有効、軽過失の場合は賠償義務）は終意処分には用いられないことが確定した。

心裡留保の場合に意思表示が有効になるのは、自らの嘘（意思と表示の自覚的不一致）を主張することが許されない、というもののだが、これは終意処分には当てはまらない。意思と表示の自覚的不一致で終意処分が無効になるとしたら不利益を被る者は被相続人ではなく、指定相続人や法定相続人である。同人らは心裡留保（あるいは自己の相続権）を主張して意思と表示の自覚的不一致に対する保護を要求するだろう。この保護が認められなければ、被相続人の財産は虚偽表示類似の行為によって不当な目的を達するために被相続人と結託した者の手に落ちてしまう。非真意表示者や錯誤者の過失の規定が終意処分の場合に適用されないのは、終意処分では意思表示の受け手が存在しないためである。

他方で総則の錯誤規定が終意処分にも適用されるものとされ、部分草案相続法36条は削除されることとなった。同36条の射程と22条との関係が全く明確ではないからである。

次に詐欺・強迫に関する部分草案相続法38条については、総則における詐欺・強迫規定である委員会草案103条があることを理由に削除案も出された。しかし、終意処分でも詐欺・強迫による被相続人の撤回権とは別に取消が認められるべきとして、詐欺・強迫規定が採用・整備されることとなった。

最後に前提の欠如（いわゆる動機の錯誤を含む）に関する部分草案相続法39条については、同条を採用すること自体は決議されたが、前提欠如と終意処分不作成との間の因果関係の表示の有無、または終意処分から錯誤または前提欠如が明らかになることが必要か、将来の事情や法的な結果に関する前提の欠如の場合もこの条文で処理されるべきかにつき議論が集中した。

動機の誤りから生じるリスクは表意者が負担しなければならないというルール（委員会草案102条）は終意処分では妥当しないため、終意処分では動機の錯誤も顧

ㄨによる他の提案もあったがいずれも拒否されている。

慮される。さらに、現在または過去の事情に関する動機錯誤（前提とした事実の発生または不発生）だけでなく、将来の出来事や法的な結果も問題となる。後者は条件としてではなく、前提として考慮すべきである。条件とするなら、現在または過去の事情に関する動機錯誤も条件としなければならないし、また法律効果（不確定的無効）が適切ではないからである。ただし、無制限に前提の顧慮を認めると紛争が頻発するので、将来の事情だけでなく、現在または過去に関する事情についても、遺言者の処分についての決定的動機が遺言内容から明らかになる必要がある。たとえ、本人が自らの観念を全く疑っていないとしても、実務的な観点から、決定的な動機が遺言内容から明らかになる必要がある。

こうして成立した暫定集成1738条は明確に将来の事情や法的な結果についての前提も顧慮すること及び動機の錯誤が遺言から読み取れる場合または前提が表示（明示または黙示）されていることが、動機錯誤顧慮という例外を認める以上必要であるとして規定された。これに対しては、特に相続開始後（被相続人の死後）に初めて実現または不実現が分かる前提の扱いが問題となった。すなわち、被相続人の死亡後に初めて実現・不実現が判明するような前提のもとで行われた処分は、1738条が想定する意思の瑕疵とは言えず、解除条件とみるべきであるとの見解である（ヴェーバー案）。協議では、1738条が将来の出来事ないし法的な結果の発生・不発生についての前提の実現・不実現が相続開始の前または後に判明することは重視されていなかったことが確認された。生きている者の間での動機錯誤（委員会草案102条）と異なり、被相続人の真の意思の尊重という観点から終意処分においてはこの手の動機錯誤も意思の瑕疵として顧慮されるべきである。そして、これは前提や条件のような意思の自己制限（ある前提が実現しなかったのならば処分は効力を失うと意欲しかつ表示すること）ではなく、意思の瑕疵（前提とした事態が起こらないなど思いもよらないこと）である⁷⁴⁾。取引の安全は登記内容および相続証書に対する善意または信頼保護制度によって保護される。他方で、前提の不実現が相続開始後不当に長い期間（50年や100年）経過して初めて判明する場合に備えて、客観的起算点（終意処分の開封）から進行する30年の除斥期間を設定している（暫定集成1742条3項の挿入）⁷⁵⁾。

74) 前提も意思の瑕疵だととらえているという意味で、第一委員会での「前提 (Voraussetzung)」とは、ヴィントシャイトの提唱する「前提 (Voraussetzung)」(条件と同じような意思の自己制限)とは異なっている。

75) 被相続人の死後の事情に関する錯誤の顧慮については、現在でも争いがあるところである（さしあたり青竹美佳「遺言における錯誤無効について」公証法学37号（2007年）をメ

（２） 2079条に関する規定

（ｉ） 部分草案相続法40条

部分草案では、終意処分において遺留分権利者を顧慮しなかった場合につき以下のように規定されていた。

部分草案相続法40条⁷⁶⁾

「(1) 終意処分は、遺留分権利者その人を顧慮していないときは、被相続人が遺言作成時に権利者の存在を知らなかったか、権利者が死亡していると誤って想定していた場合、または権利者が遺言作成後に初めて出生したか遺留分権利者になった場合には、取り消すことができる。

(2) 取消によって、法定相続分に対して顧慮されなかった者の法定相続分全体において相続の拘束力がなくなり、それに応じて顧慮されなかった者以外の相続分が減少する範囲で、当該処分は破棄されるが、共同相続人の遺留分にはかわりがない。

(3) 顧慮されなかった者の相続分または相続分の額でもって特定の他の者が終意処分で利益を与えられている場合、取消はこの出捐に限定され、第2項の規定が準用される。

(4) 顧慮されなかった者は、その遺留分にも関わらず、被相続人が遺贈及びその他の負担によって同人に遺贈義務・負担義務を課していたであろうことが事情に従って認められるべきならば、遺贈及びその他の負担を負わなければならない。」

（a） 議論の経過⁷⁷⁾

1886年6月21日から始まる第564回会議において、部分草案相続法40条については以下のような提案がなされ、議論が行われた。

（ア） 提 案⁷⁸⁾

提案①（クルルバウム）

部分草案相続法40条を遺留分権と関係させて議論すること、予備的に同40条を以下の規定にすることが提案された。

「(1) 終意処分は、それにより被相続人が遺産全てに対して相続人を指定したと

↘参照)。第一委員会では、この問題を終意処分から30年という除斥期間を設定することで解決しようと試みている。

76) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 898f.

77) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 898ff.

78) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 899-901.

き、当該処分作成後に遺留分権利者が出生したか、遺留分権者になった場合、または被相続人が当該処分作成の際に遺留分権利者の存在を知らなかったか、同人がすでに死亡していることを前提とした場合には、取消可能である。

(2) 取消は、遺留分権利者が同人に帰すべき法定の（法定相続人として帰すべき）相続分を取得する限りでのみ、認められる。

(3) 相続人の指定が複数の連続する終意処分において行われている場合、より前に作成された処分は、より後に作成された処分の取消によって遺留分権利者が同人に帰すべき法定相続分を取得することにならない限りでのみ、取消可能である。

(4) 遺留分権利者の死亡を前提とした場合に遺留分権利者に帰すべき法定相続分に対して特定の他の者が相続人として指定されている場合、この指定だけが取消可能である。

(5) 相続人の指定がないために法定相続人の相続人になると認められる者が、自らに帰すべき法定相続分に対して指定されている限り、取消は行われない。

(6) 取消は、遺留分権利者が（法定相続人として）（より少ない）相続分を、または遺贈を与えられているか、相続から廃除されている場合には、排除されている。

(7) 遺贈及びその他の負担は、第 1 項（から第 4 項）の場合においても 38 条、39 条に従ってのみ取消可能である。」

提案②（プランク）

40 条を削除して 39 条に以下の文を加えることが提案された⁷⁹⁾。

「その不発生が前提とされた出来事が、遺留分権利者が出生するという点またはある者が遺留分権利者になるだろうという点にその本質がある場合、この前提の明示または黙示はもはや必要ではない。」

提案③（プランク）

提案①に対して、この提案において第 3 項及び第 7 項を削除し、それに代えて以下の規定を 40 条 a として付け加えることが提案された。

「終意処分は、それが 40 条第 1 項で挙げられた内容とは異なる内容を持つ場合、そこで挙げられた要件のもとで、被相続人が遺留分権利者が後に出生することもし

79) ただし、部分草案相続法 39 条が草案の文言で認められる場合に対して、この付加文は、処分の基礎になっている錯誤が遺留分権利者の生存または死亡に関係する場合、当該錯誤が終意処分の内容自体から明らかになることは必要ないということまで拡大して提案される（Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. 1, S. 899.）。

くは遺留分権限の発生を予見していたか、または遺留分権利者の存在もしくは生存を知っていたならば、終意処分を行わなかったであろうことが認められるべきならば、取消可能である。」

提案④（フォン・ヴェーパー）

④ 草案の文言で条項を認めるが以下の文を追加することが提案された。

「相続分は、被相続人の法定相続人ではない相続人、または自らの法定相続分よりも多く財産が帰属している相続人についてのみ減少するが、後者は、自らの法定相続分を超過した分を取得すると認められる限りでのみ減少する。」

（提案①第５項参照）

④ 第５項に以下のものを加えることが提案された。

「取消は、終意処分の内容から他の（対立する）被相続人の意思（Willensmeinung）が明らかになる場合には、排除されている。遺留分請求権に関する規定は、問題にならない。」

④ 予備的に40条を削除し、提案②に従って同条に係する39条を採用し、39条が同条についての提案③に従って理解される場合⁸⁰⁾、前述の提案の意味に従って、39条への付加文を以下のようなものにすることが、提案④⑥の意味で提案された。

「終意処分で遺留分権利者が顧慮されず、被相続人が作成の際に遺留分権利者の出生を知らなかった場合、死亡していたと誤って想定した場合、または顧慮されなかった者が作成後に初めて出生したか、もしくは遺留分権利者になった場合、疑わしいときは、最初の二つの事例では、被相続人が真の事情を知っていたら処分をしなかったであろうことが、三つ目の事例では被相続人が遺留分権利者が被相続人の死亡時に存在していないだろうとの前提のものとでのみ処分をしたことが認められるべきである。」

提案⑤（提案者不詳）

40条を「終意処分作成の時点で存在した遺留分権利者の不存在を被相続人が想定したという点に錯誤による前提の本質がある場合、この前提の明示または黙示はもはや必要ない。」とすることが提案された。

80) 真の事情または前提の欠如を知っていたら処分をしなかったであろうことを処分において表示する必要または意思表示から読み取れる必要がある旨を削除するという内容。

削除案（フォン・マンドリ）

40条の削除を提案した。

(イ) 結論及び理由⁸¹⁾

部分草案相続法40条の実質的な性質について以下の決議がなされた。

① 部分草案相続法40条は、同39条について決議された規定に優先する適用事例として扱われるものとする。

② この適用事例には以下の特殊性が見られる。

②a 被相続人が遺留分権利者の存在を遺言作成時点で知っていたならば、または被相続人が遺留分権利者が相続開始の発生より前に出生するだろうと、または遺留分権利者になるであろうと予見していたならば、当該遺留分権利者を法定相続から廃除する処分を行わなかったであろうことが推定される。

②b 遺留分権利者の存在ないしその後の出生を考慮して、不正確な前提は表示されている必要はない、または表示がされていないとしても遺言の内容から明らかになる必要もない。

③ 部分草案相続法40条の特別規定が関係する取消の効果に関する特殊性は、規定されるべきではない。

採用されるべき規定の文言と位置は、編集の検討に依然として委ねられたが、上記①－③について以下のように検討された。

(α) ①について

40条を単に削除するならば、遺留分権利者の存在や後の出生に関する被相続人の不正確な前提は、39条の要件全てが満たされている場合には、同条について決議された規定の効果を有するだろう。39条で決議された規定の適用が可能であれば、遺留分権に関する規定が適用される事例の数は減るだろう。遺留分権を侵害する処分が除去されるからである。従って39条について決議された規定の原理だけしか用意しない場合には、それは必然相続権の性質の規定ではないので、物権的な効力を持つ特別な遺留分ではなく、遺留分権を侵害する瑕疵ある意思表示の除去だけしか生じない。この方法で、遺留分権利者に債務法上の遺留分請求権よりも広い範囲で保護が与えられるので、遺留分権利者はより有利に保護されるかもしれない。単に39条が適用できるだけでは、当該委員会が目的とした遺留分権利者の保護は実務的にはたいして意味がないだろう。それゆえに、40条の修正は遺留分権利者のために規

81) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. 1, S.900-902.

定されるべきである。

（β）②について

提案③、④⑤、⑤は、40条を39条の適用事例として取り扱うことを極めて明確に認識させるが、規定されるべき修正を考慮して、それぞれ区別される。これらの提案内容を結合すれば、不適切な前提の因果関係が証明される必要がないという結論、不適切な前提が遺言作成時点での遺留分権利者の不存在だけでなく遺留分権利者が相続開始の後ではなく前に現れるという点にも関係するという結論、そして最後に、最終意思が遺言者の不適切な前提に依存することが遺留分権限を考慮すれば遺言から明らかになる必要は特別ないという結論になる。これらが全部そろって初めて、その結論は適切なもので、いかなる遺言者も遺留分権を持つ自らの近親の相続人から相続権をはく奪しない意図を有するとの推定にも合致する。

（γ）③について

取消によって、たとえば、取消が例外的に債務法的な効力しか有さないのではなく、物権的に作用する限り、瑕疵ある終意処分のみが無効化され、それでもって法定相続が生じる。取消によって終意処分がどの程度除去され、その後に相続人と遺産受取人（Lagatar）の権利がどのように形成されるのかという問題は、40条においても39条の場合と同じである。この問題を判断する際に、この協議のはじめで決議された終意処分の一部不確定的無効に関する規定が考慮されるべきである。この問題に関する特別規定は、41条の規定を留保して、存在しておらず、41条も40条の事例に限定されたそこまで特別ではない規定である。それゆえに、当該草案や提案①、④④で存在する規定及び特別に必然相続権の特性を認める規定は、取消の効果の特殊性を規定すべきではない旨の示唆に照らして、減らすべきである。

（ii）部分草案相続法41条

部分草案相続法41条⁸²⁾

「取消に基づいて相続分が減少する限りにおいて、当該減少に関係している相続人は自らに課せられた遺贈を、取消権者がその遺贈を負担すべきではないとしても、遺留分請求権の保証（Gewährung）と同じ方法で減殺することができる（270条⁸³⁾。）」

82) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 902.

83) 部分草案相続法270条「(1) 遺留分請求権は、相続人全体または自分以外の相続人に対しては、その相続分に応じて、245条の場合には国庫に対して、存在する。

(2) 被相続人は、相続人の相続割合のために、相続人自らが遺留分負担を別の方法で分

(a) 議論の経過⁸⁴⁾

(ア) 提 案⁸⁵⁾

相続法草案の協議は継続され、第565回会議1886年6月23日(書記リーベ)において、部分草案相続法41条について以下のような提案がされた。

提案①(プランク)

42条の後ろに41条を置き、以下のような文言とすることが提案された。

「遺贈及びその他の負担は、個々の終意処分による受益者に特に課されていない場合、相続人指定の取消によって影響を受けない(berührt)。終意処分利益を受ける個々の者(einzeln Bedachte)に課されている遺贈及び負担を考慮して、当該受益者になされた出捐が取消の結果、脱落または無効化する場合、270条第2項及び第3項の規定が準用される。」

ただし後にこの提案は取り下げられ、プランクは削除案を提案した。

提案②(クルルバウム)

41条を以下のような文言にすることが提案された。

「取消の結果、出捐が無効化する場合、終意処分による受益者に遺贈義務・負担義務が課せられている遺贈及びその他の負担を考慮して、当該受益者のために270条第2項第3項の規定が準用される。これに従って、遺贈義務者・負担義務者(Beschwerte)の義務が破棄される限り、取消者は、負担を取り消す権利があるにもかかわらず、当該負担の履行のために相続人として義務を負う。」

(イ) 結論及び理由⁸⁶⁾

委員会は41条の削除を決議し、その際に以下のことが検討された。

取消可能性の原因と関係する相続人の指定が取消の結果として完全に無になるので

ゝ配する旨を指示することができる。

(3) 相続人は、被相続人が異なった処分をしなかった限りで、遺留分の負担が相続人及び受遺者に相応に分配される形で相続人に課された遺贈を減殺する権限を有する。遺贈は、被相続人がそれを優先的に実行することを指定した場合でも、その他の遺贈が減殺される額に満たないならば、減殺される。

(4) 部分草案相続法75条で後位相続人に関してなされている規定は、減殺に服する受遺者に準用される。」(Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. II, S. 1921.)

84) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 902ff.

85) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 902.

86) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 902f.

はなく、相続割合の減少だけが惹起されるということが一体どんな方法で行われるのか極めて疑わしいと思われる。提案②が取消の効果に含めた、遺贈及びその他の負担で遺贈義務・負担義務として課されたその他の出捐の減少の可能性を考慮すれば、やはり同じように疑わしい。部分的な不確定的無効は、委員会草案114条〔一部無効〕に従って、前の会議で45条aとして決議された規定（相続法草案127条参照）と結びついているが⁸⁷⁾、それは個々の最終意思による指示に限定されている。特に、部分的な不確定的無効は出捐が遺贈義務・負担義務として課されている遺贈（Lagat）と負担を存立させるが、この方法で出捐の対象——相続分または遺贈された対象——が量的にどのように減少するのかは、おそらく理解されえない。40条における審議で拒否された部分によれば、事態はもちろん異なっていた。なぜなら同条の規定によれば、遺言内容は単に部分的になかったことになるだけではなく、事情によっては積極的な他の方法での規律に替えられるとされる。この方法で発生した出捐の対象の量的減少の可能性は、当該委員会によって40条について行われた決議で取り除かれている。

これによれば、こうした減少の可能性が一般に排除されているかどうかは未解決のままと言える。少なくとも、そのような疑わしい稀有な事例にとって、もちろんその他の効果不発生の場合にとってではなく、取消可能性の場合にとってのみ、特別な規定がなされるのは適切ではないように思われる。

別の問題は、遺贈及び負担で遺贈義務・負担義務として課された出捐が効果不発生の場合に、当該遺贈及び負担の有効性を疑問視する問題である（撤回された提案①で言及されている）。この問題に関してはこの個所で規定される必要はない。なぜなら、この問題には、部分的な効果不発生に関する上記の規定に従って解答が与えられるからである。

ウ) 暫定集成原案

暫定集成原案で決議された規定は以下のものである⁸⁸⁾。

87) 564回会議（1886年6月21日）。部分草案相続法45条a（フォン・ヴェーバーによる提案）は以下のような規定である。「終意処分の不確定的無効の原因が遺言において含まれた個々の処分に関係する場合、当該部分のみが不確定的無効となる。」（Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 923.）。なお委員会草案114条は以下のような規定である。「効果不発生の原因が法律行為の一部に関係する場合には、その効果が発生しない定めがなかったとしても当該法律行為が意欲されていたであろうことが明らかにならない限り、当該法律行為全体が効果不発生である。」（Jakobs / Schubert, Beratung, AT, Bd. I, S. 766.）

88) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 903.

暫定集成原案1739条

「(1) 終意処分において被相続人がその存在を知らなかった遺留分権利者、(特に死亡していると想定した遺留分権利者)、または終意処分後に初めて出生した遺留分権利者もしくは遺留分権利者になった者が被相続人によって顧慮されなかった場合には、疑わしいときには、被相続人が、第一の事例では遺留分権利者の不存在に関する錯誤によって当該終意処分をする気になっていたことが、第二の場合には遺留分権利者が後になって出生しない、または後に遺留分権利者にならないとの前提によって当該終意処分をする気になっていたことが認められるべきである。

(2) 当該終意処分は、第 1 項の事例においては、たとえ1738条 2 項で規定されている要件が存在しないとしても、1738条⁸⁹⁾に従って取り消される。」

1739条については以下の点に注意すべきである。

① 動機における錯誤と将来の出来事ないし法的な結果に関する満たされなかった前提との区別は貫徹されるので、迂遠な文言は避けることができない。

② 第 2 項は不要なものとは到底言えない。第 1 項は終意処分の原因となる (causam dans) 錯誤や前提があったという要件を示しているに過ぎない。つまり1738条第 2 項で定められたもう一つの要件 (錯誤が遺言から読み取れること、または前提の終意処分における明示または黙示) を排除しないならば、必然的に要件として加わってしまうだろう。1739条は2つの方向で影響を及ぼさねばならない。その結果、同条は、まず第一の要件を考慮して、推定を提示することで分かりやすくし、かつ第二の要件を必然的に除去することで1738条の適用の余地を生じさせる。

委員会草案の編集では以下のことが提案された⁹⁰⁾。

提案 ① (クルルバウム)

「(1) 終意処分において、その存在を被相続人が処分作成の際に知らなかった遺留分権利者、被相続人がその遺留分権利者が死亡している、もしくはもはや遺留分権限がないと想定した遺留分権利者、処分作成後に初めて出生する遺留分権利者、ま

89) 暫定集成原案1738条と暫定集成1738条はほとんど同じ条文である。暫定集成原案では、将来の出来事の発生・不発生についての前提が実現されないことと処分との間の因果関係を要求するが、暫定意見集成では、将来の出来事の発生・不発生についての前提と処分との因果関係要件とその前提の不実現を別の要件としている (Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. 1, S. 894. 参照)。

90) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 904f.

たは遺留分権を基礎付ける被相続人との関係に入った遺留分権利者が顧慮されていない場合、疑わしいときには、被相続人において遺留分権利者がそれ自身相続開始の時に存在しないだろうという前提によって終意処分をする気になっていたことが認められるべきである。

（２）第１項の場合、終意処分の取消は、当該前提が当該処分から読み取ることができるかどうかには左右されない。」

提案された1739条の文言変更は承認されなかったが、1739条１項の文言の以下の変更は必要だとみなされた。

「終意処分において、相続開始の時点で存在したが、その存在を被相続人が処分作成時に知らなかった遺留分権利者、被相続人において死亡していると特に想定した遺留分権利者が顧慮されていない場合、（以下暫定集成と同じ）」

このような文言に変更したことについては以下のようなことが考慮された。

1739条は、以下のように解釈されるべきである。つまり、遺留分権利者の存在に関して遺言作成の時に陥っていた被相続人の錯誤は、当該錯誤によってかの遺留分権利者が遺言でまさしく顧慮されていないが故に、たとえば遺言者より前に死亡している故にといった他の理由によってではなく、相続する状態になっていないことが導かれた場合にのみ影響があるものとする。それゆえにかの遺留分権利者が少なくとも、相続開始の発生の際にまだ生きていなければならない。決議された文言変更によって、1739条の正しい理解が容易になり、相続開始の発生前に脱落している、理論（thesi）でのみ遺留分権利者になっている者の錯誤による不顧慮が、1739条で規定された影響を有するという意見は排除される。

提案②（ゲープハルト）

1739条１項について。

④「終意処分の後に」を「終意処分の作成後に」に替える。

⑤「……場合には、疑わしいときには、……、認められるべきである」を以下のように替える。

「……場合には、疑わしいときには、第一の事例では、被相続人が遺留分権利者の不存在に関する錯誤によって当該処分をする気になっていることが、第二の事例では、被相続人が遺留分権利者が後に出生しないだろう、または後に遺留分権利者にならないだろうとの前提のもとで当該処分を行ったことが、認められるべきであ

る。」

①の提案は採用され、②の提案は、1738条第1項についてなされた決議を考慮して撤回された。

1739条第2項について。

「処分は、第1項の事例では1738条に従って、云々の場合にも取消可能である。」

この提案は、「場合にも取消可能である (auch dann anfechtbar, wenn)」の替わりに「場合にも取消可能である (anfechtbar, auch wenn)」が設定されるものとされたという条件つきで採用された。

こうした変更でもって、当該規定は、委員会草案 (1739条) と第一草案 (1782条) に内容が引き継がれた。

(iii) 小 括

部分草案相続法40条について、遺留分権利者を顧慮しなかった場合、被相続人が遺留分権利者を知らなかった場合、死亡していると誤想した場合、終意処分の作成後に遺留分権利者が出生するまたは遺留分権利者になる者が現れた場合、この終意処分の効力はどうなるのかが議論されている。

規定の性質として、① 遺留分権利者の不顧慮の規定は動機の錯誤の顧慮規定に優先する、② 被相続人は遺留分権利者の存在を知っていたら当該遺留分権利者を排除する処分をしなかったことが推定され、このことを終意処分に表示する必要も終意処分から読み取れる必要もない、③ 効果として減殺を認めることは疑わしい、という点が協議で認められている。

議論を通じて遺留分権利者が終意処分作成時に存在していたがそれを顧慮しなかった場合と後の遺留分権利者の存在（たとえば、出生や婚姻を原因とする）を顧慮しなかった場合が明確に規定されることとなった。また、部分草案相続法41条は40条における遺留分権利者の不顧慮がある場合に、遺贈の減少を認める規定であったが、これは削除された。40条による取消の結果、たとえば相続人の指定が無効になるのではなく、相続分の減少（量的な減少）が生じるとする場合、一般にどのような方法でこれが行われるのか疑わしいためである。

暫定修正原案1739条は、（おそらくヴェーバーの提案を容れて）1738条の取消が認められるための解釈規定となった。そして減殺は取消の効果として定められず、また遺留分権利者の不顧慮につき、錯誤が遺言から読み取れる必要も、前提が終意処分で明示または黙示されている必要もないことが明確に規定された。

（３） 2080条に関する規定

（ｉ） 部分草案相続法43条

終意処分における錯誤，前提の欠如，遺留分権利者の不顧慮がある場合に誰が取り消せるのかについては以下のような条文が構想されていた。

部分草案相続法43条⁹¹⁾

「(1) 取消権限がある者は，取消可能な処分がなされなかったならば相続人としてもしくは受遺者としての資格があると認められる者，または同人に設定された遺贈義務・負担義務から解放されると認められる者である。

(2) 取消可能な処分に基づいて行われた財産帰属（Anfall）は効力を失う。取消権者に対して生じる財産帰属（Anfall）は，より順位の早い資格者（Naeherberufenen）の相続放棄に基づいてその財産帰属が必然的に発生したであろう場合のように判断されるべきである。」

（a） 議論の経過⁹²⁾

取消権者については以下のような提案がなされ，議論が行われた。

（ア） 提 案⁹³⁾

提案①（フォン・ヴェーパー）

同条第2項第1文を以下の文言とする。

「取消可能な処分に基づいて行われた財産帰属は，その取消によって当該処分が破棄される限り，生じていないものとみなされるべきである。」

提案②（クルルバウム）

43条1項を以下のような文言にする。

「(1) 取消権限のある者は，取消可能な処分がなされなかったならば相続人としてもしくは受遺者としての資格があると認められる者，または同人に設定された遺贈義務・負担義務から解放されると認められる者たちである。39条（暫定集成原案1738条）の場合において被相続人の錯誤または実現しなかった前提が，上記の者の一人または個々人に関係する場合，この者のみに取消権限がある。

(2) 各取消権者は，取消の権利を単独で行使できる。権利者のうちの一人による

91) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 907.

92) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 906ff.

93) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 907.

権利の行使は、残りの者のために作用しない。」

提案③（ブランク）

同条1項において「解放されると認められる者」の後に「もしくは権利を取得した者」を入れ込むこと。これに加えて、同条第2項の削除と少なくとも第2項第1文の削除がクルルバウムとフォン・マンドリ（von anderer Seite）によって提案された。

(イ) 結論及び理由⁹⁴⁾

以下のことが決議された。

① 部分草案相続法43条1項は、提案②の第1項第2文で提案された追加文を拒否して、実質的に認められた。文言については、提案②の第1項第1文が考慮されるべき文言である場合、さらなる検討が編集に留保された。

上記の結論を導くにあたり以下のことが検討された。

終意処分が取消可能な場合、ある種の意思の自由の影響下で処分をなした者が、処分の効果が発生するであろう時点でいなくなった結果、取消権限を有することはあり得ないという特性がある。権利承継というやり方での取消権の移転は、つまり、取消権が処分者にまず与えられ、それが同人の撤回権において相対的に弱い効力を持つ権利（das Mindere）としてともに含まれているとみなすとしても、これは問題となっている種の事例では、考えられない。なぜなら、取消可能性によってその権利承継そのものが疑問視されるからである。それゆえに、現実の権利承継者を取消権者と呼ぶことはできず、むしろ取消によって権利承継者になるであろう者（die eventuellen Rechtsnachfolger）を取消権者と呼ぶほかない。つまり、取消可能な処分が不確定的無効である場合に相続人としてであれ、受遺者としてであれ、取消可能な処分が存続していたならば得られなかったであろう何某かのものを遺産から取得するであろう者である。提案②第1項第2文は、第1文の規律によって、それ以上の修正がなくてもあらゆる場合に至当であるのか疑わしい。

遺言者がその意思に対して与えられた影響によって、この影響が強迫や詐欺に根拠を持つのであれ、不知や予見に根拠を持つのであれ、特定の者、たとえば後に出生した遺留分権利者や遺言者が死亡したとあるいは不適格だと誤想していた者の

94) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 907-909.

ために処分をすることが妨げられている事例が考慮に値するだろう。意思の瑕疵が特定の者だけの不利益になったとしても、やはり取消の効果は、特定の者が不利益である場合に限定されていないことが多く、むしろ瑕疵ある処分の無効化から別の者であっても利益を引き出すことができるだろう。なぜなら、この処分は絶対的かつ完全に不確定的無効になるからである。そのような偶然の利益が生じることは不可避である。なぜなら、遺言者がいかなる瑕疵ある影響も受けずに抱いていたであろう意思なるものは表示されておらず、それゆえに遺言内容を積極的に再形成して効力を持たせることはできないだろうからである。しかし、本来の損失者が受動的に行為する、または終意処分を全部追認する場合に、取消の結果から偶然の利益を引き出す者が独立して取り消すことができるものとするのは妥当ではないと思われる。そのように拡大した取消権限は、一般的な法原則に従って既に争われている。法律が取消可能性を規定する場合、表意者の意思決定が影響を受けていなかったならば害を被る必要がなかったであろう者のみを保護しようとしている。それゆえに、表示を存続させるか脱落させるかの判断がこの者にだけ委ねられているものとされることが法律の意図だとみなされるべきである。それでも、この法的な考え方に合致する取消権限の制限は、おそらく定められないだろう。なぜなら、結局は、個別の事例を形成することになるし、またそれを定型化することは非常に困難となるからである。それゆえに法律においては沈黙し、学説と実務のさらなる判断にゆだねる方がよい。提案②の内容はあらゆる方向で完全ではない。同じ批判は、法定相続人を顧慮しない場合に錯誤あるいは不適切な前提の結果としてこの顧慮されなかった者にだけ取消権限があるものとする別の提案にも当てはまる。

② 「もしくは権利を取得した（であろう）」という言葉を加えた提案③が認められた。

この補充によって、相続法ではなく、家族法の規定に従って生じた権利取得、たとえば、婚姻または両親の収益（Nutznießung）、法律上の指名に基づく後見の権利などに終意処分が対立する事例を的確にとらえようとした。なぜなら、そうしなければ、取消権限の規定はこれらの場合には認められなくなってしまうからである。もっとも、この補充は、特に最終意思による指示が親族会の指定に関係する場合、または親族会の構成員を指名する場合に、どうしてもカバー仕切れない事例がある。だからと言って、特別規定を採用するきっかけとはならない。なぜなら、親族会の指定は遺贈義務・負担義務として課されるとは思われなし、親族会の構成員として不適切な人の任命にその本質がある障害は後見裁判所によって除去される

からである。

③ 部分草案相続法43条第2項は削除され、提案①は処理された。

この種の規定を採用することは、一貫性を維持し続けなければならない委員会草案112条〔取消の効果〕を考慮して不要だとみなされた。

④ 提案②第2項は拒否された。第1文で含まれた規定は自明であり不要だとみなされた。

第2文に含まれた規定を考慮して、この規定は取消における無効化効果と調和せず、同提案が規定しようとしている取消の相対的な効果 (geringere Wirkung) が不明のままであるという批判にさらされることが想定された。

(ii) 部分草案相続法44条第2項⁹⁵⁾

部分草案相続法43条と関連して、44条2項について以下の提案がなされ、議論された。

(ア) 提 案⁹⁶⁾

提案① (フォン・ヴェーバー)

第2項を削除する。予備的に第2項を以下のような文言にする。

「取消は、被相続人が強迫に基づく取消においては強制状況が除去された後に、その他の取消原因においてはその取消原因を知るに至った後に、その処分の変更が可能であったにもかかわらずそれをしなかった場合及び上記の時点から被相続人の死亡時まで少なくとも一年が経過している場合には、排除されている。」

提案② (クルルバウム)

第2項を以下の文言とする。

「取消可能な処分の被相続人による追認は、終意処分によってのみ行うことができる。」

95) 部分草案相続法44条第2項「処分は、被相続人が当該処分の取消の原因について知るに至った後に、処分の変更が可能であるのにそれをしなかった場合は、取消可能にはならない。」(Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 909.)

96) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S.909.

（イ）結論及び理由⁹⁷⁾

部分草案相続法44条第２項は補充され、提案①の予備的な文言で認められたが、さらなる検討が編集に留保された。

上記の結論を導くにあたり以下のことが検討された。

部分草案相続法44条第２項の規定は、その要件が予備的提案①の導入文に従って拡張されるべきであり、かつより正確に規定されるべきであるが、同条第２項は、当該規定が遺言者の推定上の意思を有効にする根拠をその規定そのものに有する。終意処分の撤回には方式が必要だから、撤回を具体化する被相続人の取消、そして取消可能な処分の遺言者による追認（処分の新たな作成）は無方式ではない旨の異論をと唱えることもできない。取消可能な行為の取消と追認は、それらが方式を必要とする法律行為に関係するとしても、それ自体は無方式であることが出立点とされるべきである。従って、積極的な規定によって遺言者の一定の受動的な行為に黙示の追認の効果を付加することには何も問題はない⁹⁸⁾。

（ウ）暫定集成原案

暫定集成原案として以下の規定が決議された。

暫定集成原案1741条

「1731条から1740条の事例において、終意処分が作成されていなかったならば、相続人もしくは受遺者として資格を有していたと認められる当事者、遺贈義務・負担義務から解放されると認められる当事者、またはある権利を取得したと認められる当事者に取消の権限がある。」

注意点として以下の２点が挙げられている。

①「当事者」なる語は、積極的な指示に基づく一定の当事者の保護のみを目的とする取消権が、その保護目的とされていない人には認められえないという見解を明

97) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 909f.

98) 部分草案45条（「被相続人が最終意思において自らの処分によって公序良俗に反する動機を挙げた場合、当該動機が関係する指示は、その原因が真実であれ誤りであれ、無効である」）は委員会草案106条によって同じ結論を導けるとの理由で削除された。

委員会草案106条「法律行為は、その内容が良俗または公の秩序に反する場合には、無効である。」(Jakobs / Schubert, Beratung, AT, Bd I, S. 718.)。本条はBGB 138条「良俗違反の法律行為；暴利行為」に関係する。

らかにしている。たとえば、ある終意処分が、被相続人が近い血族 (Angehörige) が死亡したと詐欺によって思われていることによって惹起されているとしても、その場合、法定相続の資格がある別の被相続人の近親者 (Verwandte) には取消権はない。

② この条文の帰結は様々な家族法における指示に関係する。

暫定集成原案1743条

「取消は、被相続人が終意処分を強迫に基づく取消可能性においては強制状況の除去後に、その他の原因に基づく取消可能性においてはその原因を知るに至った後に、撤回 (または変更) が可能であったにもかかわらずこれを怠った場合及び撤回 (または変更) ができた時点から 1 年が経過した場合には、排除されている。」

注意点として以下の 3 点が挙げられている。

① 委員会草案104条 [取消期間]⁹⁹⁾、1236条 [取消期間]¹⁰⁰⁾を参照すること。

② 1743条の規定は、1742条 [取消期間] (1 (1)(iii)(a)(i)参照) とは全く別の考えを基礎にしているため、必然的に特別規定である。

③ 1743条は、問題となる沈黙が追認の観点から明らかになっているにもかかわらず、後発的な追認を問題にしていな。これは追認を考慮することが実務的な障害になりそうだという考えを基礎にしている。

(六) 暫定集成及び委員会草案

以上の暫定集成原案につき、1741条において、「1731条から1740条」を指摘している点は、暫定集成と委員会草案では「1737条から1740条」に変更されている。

1743条では、「撤回 (あるいは変更)」なる語は、「破棄」に替えられた。くわえ

99) 委員会草案104条「(1) 取消 (103条) は、1 年以内に行われなければならない。当該期間は、強制状態が終了した時点または詐欺が発覚した時点から進行する。

(2) 165条の規定は準用される。」(Jakobs / Schubert, Beratung, AT, Bd I, S. 614.)

100) 委員会草案1236条「(1) 取消は 6 か月以内に行われなければならない。当該期間は1231条 1 号から 3 号の場合には強制状態が終了した時点、詐欺もしくは錯誤が発覚した時点または取消権限のある配偶者が婚姻適齢になった時点から進行し、1231条 4 号の場合には取消権限のある配偶者が制限のない行為能力を取得した時点から進行する。

(1) 165条の規定は準用される。」(Jakobs / Schubert, Beratung, Familienrecht, Bd I, S. 241.)

て、「可能性」の後ろに「被相続人の死亡までに」なる語が加えられている。

委員会草案の修正までにクルルバウムによって、暫定集成原案1741条に対して提案①、暫定集成原案1743条に対して提案②③がなされた。

（α） 暫定集成原案1741条

提案①（クルルバウム）

暫定集成原案1741条を以下のような文言にする。

「……事例においては、……と認められる者に取消権限がある。ただし、同様に取消権限がある者、または被相続人よりも長く生きていたならば、取消権限を有していたであろう者に取消原因が関係する場合、何人も取消原因を主張できない。」

これに対して決議されたのは以下の文言である。

「……事例においては、……と認められる者に取消権限がある。1737条から1739条の事例においては、詐欺、錯誤または実現しなかった前提が特定の者にのみ関係し、かつこの者に取消権限がある場合、または被相続人よりも長く生きていたらこの者に取消権限があったであろう場合には、他の者には取消の権限はない。」

決議された規定は取消権限の制限を含んでいる。取消権限の制限はすでに過去の協議において、正しいものであり、必要だと認識されていたが、暫定集成原案1741条の従来の文言では取消の権利が当事者にのみ認められ、たとえば、実行された取消の効果に基づいて利益を有するであろう者に認められるのではないことが単に示されているに過ぎなかった。当該決議はさらなる明確化を追求した。まず強迫の場合には、1741条で挙げられた将来もしかすると利益のある者の範囲に含まれるあらゆる者に取消権が認められねばならない。なぜなら、強迫の効果の特定の者への関係は依然として不明確だからである。それに対して、不正確な見解または実現しない前提の特定の人への関係は事情によっては明確である。たとえば、被相続人がある者が死亡していると誤想するが、その他においては事実関係を完全に正しく理解して処分する場合である。この場合、不利益に扱われることが錯誤などと因果関係がある者にのみ取消権限を認めるのがふさわしく、現実にかつ単独で不利益を被る者が納得する場合には、終意処分を有効にしなければならない。

（β） 暫定集成原案1743条

提案②（クルルバウム）

1743条を削除し、以下のような文言にする。

「取消は、強迫に基づく取消可能性においては強制状態の除去から、その他の場

合には被相続人が取消可能性の原因を知るに至った時点から、被相続人が死亡するまで1年が経過していた場合には、排除されている。」

しかし、この提案は拒否された。1743条の規定を採用することに決定的であった理由（上記イ）について反論されていなかったためである。それゆえ、この規定の削除案には理解が示されなかった。

また提案③として、クルルパウムは、1743条に「165条の規定を準用する」を加える旨を提案した。

「撤回（または変更）が可能であったにもかかわらず」という文言から1743条の締めを以下のようにすることが決議された。

「その時点から被相続人の死亡前に1年が経過している場合……その期間の開始時点は、被相続人が処分を破棄することができない間は停止している。」

165条〔完全な行為能力を持たない者に対する消滅時効〕の引用は適切ではないように思われる。なぜなら除斥期間経過が問題になっているのではないからである。それに対して、被相続人がわずかな期間でその処分を破棄することが可能であったとしても十分ではなく、むしろこの状態が1年を満たすことが必要である旨を明確化することは不可欠であると思われる。この明確化は、提案にきっかけを与えた要求を考慮している。

この変更でもってこの規定は1784条、1786条として第一草案に内容が引き継がれている¹⁰¹⁾。

(iii) 小 括

終意処分における意思の瑕疵や遺留分権利者の不顧慮がある場合に、誰がその処分を取り消すことができるのかについて、部分草案相続法43条の出立点となっているのは、被相続人自身は取消権者ではないということである。第一委員会では、取消権者を取消可能な処分が存続していたならば得られなかったであろう何某かのものを遺産から取得するであろう者だと考えている。取消による無効は絶対的な効力

101) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. 1, S. 912.

を生じるので、取消により偶然に利益を得る者もいる。本来損失を被る者が取り消さなかった場合にも、偶然に利益を得る者が独立して処分取り消せるというのは妥当ではない。第一委員会によれば、表意者の意思決定が影響を受けていない場合に害を被る必要がなかったであろう者のみが保護されるべきである。しかし、このことを規定することは困難であるので、取消権限の制限は、実務・学説の判断にゆだねる決議がされた。

また暫定修正原案1741条では取消可能な処分がなければ何らかの権利を取得したはずの者にも取消権が認められた。これにより家族法における権利の得喪についても取消権が認められることとなった。

次に、被相続人が処分の取消可能性に気付いた後、対処可能であるのに何もなかった場合に、取消ができなくなる旨の規定（部分草案相続法44条2項）は、被相続人の意思の推定を根拠に承認された。もっとも、44条2項では黙示の追認として構成されていたが、実務的な問題を考慮して、暫定集成原案1743条では、取消権の排除へと構成が変更された。

（つづく）

文献略語

- Brox / Walker : Brox / Walker, Erbrecht, 28. Aufl., 2018
- Frank / Helms : Frank / Helms, Erbrecht, 7. Aufl., 2017
- Jakobs / Schubert, Beratung, AT, Bd. I : Jakobs / Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs : in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Allgemeiner Teil §§ 1-240, Teibd. I, 1985
- Jakobs / Schubert, Beratung, AT, Bd. II : Jakobs / Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs : in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Allgemeiner Teil §§ 1-240, Teibd. II, 1985
- Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I : Jakobs / Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs : in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Erbrecht §§ 1922-2385, Teibd. I, 2002
- Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. II : Jakobs / Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs : in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Erbrecht §§ 1922-2385, Teilbd. II, 2002
- Jakobs / Schubert, Beratung, Familienrecht, Bd I : Jakobs / Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs : in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Familienrecht §§ 1297-1563, Bd. I, 1987
- Jakobs / Schubert, Beratung, Familienrecht, Bd II : Jakobs / Schubert, Die

- Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs: in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Familienrecht §§ 1564-1921, Bd. II, 1989
- Jakobs / Schubert, Beratung, RdS III: Jakobs / Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs: in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse §§ 652-853, Bd. III, 1983
 - Mugdan I: Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd., I, 1979
 - MüKo / Leipold, § 2078: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7.Aufl., 2017
 - Staudinger / Otte, § 2078: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2013
 - System III: Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. III, 1840
 - von Schmitt, Begründung in: Schubert, Vorlagen,; von Schmitt, Begründung des Entwurfes eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich und Entwurfes eines Einführungsgesetzes, 1879, in: Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht. T. 1, 1984