

遺贈と心裡留保：特に包括遺贈を中心として(2・完)

村田, 彰

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

法学志林 / 法学志林

(巻 / Volume)

88

(号 / Number)

1

(開始ページ / Start Page)

127

(終了ページ / End Page)

189

(発行年 / Year)

1990-10-25

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00003544>

遺贈と心裡留保（二・完）

——特に包括遺贈を中心として——

村 田 彰

第一章 序 論

第二章 日本法

第一節 起草者の考え方

第二節 学 説

第三節 要 約（以上八七巻四号）

第三章 ドイツ法

第一節 起草者の考え方

第二節 学 説

第三節 要 約

第四章 結 論（以上本号）

第三章 ドイツ法

次に、「心裡留保（広義）」による遺言についてその法的効力を認めるべきか否かに関するドイツ法の考え方を概観することに⁽¹⁾する。その際、第一章で述べたごとく、B G Bにおいては、日本民法九三条に規定する「心裡留保（広義）」が「心裡留保（狭義）」（B G B 一一六条）と非真意表示（B G B 一一八条・一二二条）とに分けられ、しかも、

遺贈と心裡留保（二・完）（村田）

両者が要件・効果の両面において異なったものとされていることから、この問題を「心裡留保（狭義）」による場合と非真意表示による場合とに分けて概観することにする。以下、まず、BGBの起草者の考え方を探ることにするが（第一節）、その際、「心裡留保（狭義）」による遺言の効力のあり方いかんにつき連邦参議院（Bundesrat）の設置した第一委員会と第二委員会とはその結論が全く異なっているのので、〔第一委員会（一八七四～一八八九年）、〔第二委員会（一八九〇～一八九六年）、に分けてそこでの審議を主として紹介することにする。また、「心裡留保（狭義）」および非真意表示の両規定自体も第一章案と第二章案とで同一ではないことから、両草案中の「心裡留保（狭義）」規定および非真意表示規定そのものを本稿の問題意識に必要な限りで簡単に紹介することにする。次に、BGB施行後の学説（第一章で述べたことと第二次大戦後においては西ドイツの学説のみ）を概観することにする（第二節）。その際、この問題に対する学説の変遷が日本における程に顕著に見られないことから、「心裡留保（狭義）」による遺言については、これに関する学説を通説と少数説とに大別してそれぞれの論拠を紹介し、非真意表示による遺言については、これを無効視することに反対する学説が見当たらないので、無効説の論拠のみを紹介することにする。そして、最後に、「心裡留保（狭義）」による遺言および非真意表示による遺言のそれぞれの効力のあり方いかんに対するドイツ法の考え方を要約することにする（第三節）。

(1) なお、現行BGB下でなしうる遺言事項については差し当たり次の文献を参照されたい。Skibbe (Red.)-Leipold, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Hrsg. v. Rehmann/Säcker), Bd. 6, Erbrecht, 1982, § 1937 Rdn. 11ff., S. 208ff.; 太田武男・佐藤義彦編・注釈ドイツ相続法（三省堂・一九八九年「平成元年」）一〇一～一〇二頁（当該箇所の執筆担当者は赤松〔美〕）。

第一節 起草者の考え方⁽¹⁾

(一) 第一委員会

一八七四年七月二日、連邦参議院はBGBの第一草案の作成を任務となす第一委員会の委員二名を選出した。そうして、第一委員会は、準備委員会の意見書(Gutachten der Kommission vom 15. 4. 1874)に従い、BGBをパンデクテン体系に従って五編に分けて各編ごとに部分草案を作成すること、総則編についてはゲープハルト(Gehard)、相続編についてはフォン・シュミット(von Schmitt)にそれぞれ委託すること、また、重要な基本原理については委員会の決定によること、審議方法として、「まず第一読会で個々の部分草案を実定法に限りて確定し、その後主報告者が部分草案を内容、形式につき全体草案へと構成し、第二読会でその表現及び形式を最終的に確定すること」、確定した第二読会の草案を連邦参議院に提出すること、等々を決定した。その後、第一委員会は、一八八一年一〇月四日から一八八七年九月末までの約六年間にわたり部分草案の審議を行ない、更に、一八八七年九月三〇日から同年一二月一六日までの間に委員会草案の最終的な修正を第一読会において行なった。そうして、第一読会において確定された第一草案は、翌年一月連邦参議院に提出され、一八八八年一月三一日連邦参議院において五巻の『理由書』(Motive)と共に公表することが決定された。⁽²⁾

以下、主として右の『理由書』の説明によりつつ、まず、BGB第一草案の「心裡留保(狭義)」規定(同案九五条)および非真意表示規定(同案九七条)を一べつし、次いで、「心裡留保(狭義)」による遺言および非真意表示による遺言の効力のあり方いかんに対する第一委員会の立場(同案一七七九条に示されている)を見ることにする。

(1) 「心裡留保（狭義）」および非真意思表示

第一委員会においては、第一草案の第一編総則・第四章法律行為中の第五節「意思の瑕疵」“Willensmangel”（同案九五条ないし一〇四条）が起草されるに際して、「意思教説」“Willensdogma”——すなわち、「法律行為が法的効果を生ぜしめることを可能ならしめる決定的根拠は、表示によって外部化されたところの・そのような法的効果を欲する」という意欲 *Wollen* にほかならない」との法理⁽⁶⁾——が原則として前提とされつつも、個々の点においては右の「意思教説」が修正を施されている。そうして、そのようにして起草された「心裡留保（狭義）」規定（同案九五条）と非真意思表示規定（同案九七条）および両規定に対する第一委員会の立場は大略次のとおりである。

(1) 「心裡留保（狭義）」

第一草案九五条は次のとおりである。⁽⁸⁾

「意思表示の表意者が意思表示に際して実際の意思と表示された意思との不一致を知っているとき、その表意者がその不一致を隠蔽した場合に限り、その意思表示は有効である。しかし、表示受領者がその不一致を知っているとき、その意思表示は無効である。」

『理由書』によれば、右の九五条の適用を受ける主要な例は「心裡留保（狭義）」“Mentalreservation”であるが、その中にはいわゆる「悪質な冗談」“böser Scherz”も含まれる。そうして、かかる意思表示の効果は原則として有効である（同案九五条一文）。ただし、『心裡留保（狭義）』を無効視するのは一般の法意識にも秩序正しい取引にも合致しない⁽⁹⁾からだ、とされる。したがって、欺罔の意図を伴って意思表示をなした表意者は、それが冗談による（*spottweise*）場合でも、その表示を真に受けた者に対しては表示をなしたことにつき自ら責任を負わなければならない

い、ということになる。しかし、終意処分（遺言）については右の九五条の適用が同案一七七九条により例外的に排除されている。⁽¹⁰⁾

ところで、前述のごとく「心裡留保（狭義）」を有効視するのが第一草案の原則であるが、しかし、「表示受領者」“Empfänger der Willenserklärung”が実際の意思と表示された意思との不一致を知っている場合、第一草案においても右の原則は働かず、当該の意思表示は例外的に無効となる（同案九五条二文）。ただし、その場合には「相手方“der andere Theil”を欺罔あるいは侵害する可能性が存しない」⁽¹¹⁾からだ、とされる。したがって、「表示受領者」が右の不一致を通常の家父の注意義務を尽したなら知りえたであろう場合であっても、「心裡留保（狭義）」による意思表示は無効とならないことになる。そうして、同案九五条二文にいわゆる「表示受領者」とは、同案七四条から明らかのごとく、「利害関係人に対してなされることによって効力を生ずる意思表示」“Willenserklärungen, deren Wirksamkeit davon abhängig ist, daß sie gegenüber einem Beteiligten abgegeben werden”におけるその利害関係人のことである。⁽¹²⁾

以上、第一草案九五条およびそれに対する第一委員会の立場を概観したが、これを遺言と「心裡留保（狭義）」との関係いかんという視点から見ると、右の説明から、第一草案において終意処分たる遺言が「心裡留保（狭義）」規定の適用を受けえない、ということ自体は明らかであるものの、その理由を十分に窺い知ることはできない。そこで、これをより一層詳しく知るには第一草案一七七九条を次に見る必要があるが、その前に第一草案の非真意表示規定（同案九七条）およびそれに対する第一委員会の立場を簡単にしておくことにする。

(2) 非真意表示

第一草案九七条は次のとおりである。⁽¹³⁾

「意思表示に際して表意者が実際の意思と表示された意思との不一致を欺罔の意図なくして知ったとき、その意思表示は無効である。

しかし、表意者に重大なる過失があるとき、その意思表示は有効である。

表意者に重大ではない過失があるとき、その表意者は表示受領者に対して損害賠償責任を負う。しかし、その額は、いかなる場合においても、その意思表示の有効性を前提したならそれにより生じた債務の不履行に基づき表意者が賠償しなければならなかったであろう額を超えてはならない。

二項および三項の規定は、意思表示の受領者が実際の意思と表示された意思との不一致を知りまたは知りうべかりし場合にはこれを適用しない。」

『理由書』によれば、右の九七条により規律される非真意表示に包含されるのは、冗談であることが理解されるであろうと思つて意思表示をなした場合、大言壮語、教室設例等々であり、その他には、偽装行為（通謀虚偽表示）をなそうとした者がその者の偽装意図を相手方において知り且つ了解したものと誤つてこれを前提視した場合（いわゆる失敗した偽装行為の場合）もまたこの中に包含される。そうして、かかる意思表示に対する法的処理のあり方についての第一草案の立場は次のとおりである。すなわち、『理由書』によれば、まず、表意者が無過失——舞台上での演技あるいは教壇上での講義が常にそうなのだが——の場合、当該の意思表示は右の「意思教説」に従つて無効（同案九七条一項）、しかも、「表示受領者」が意思表示の有効性を信頼しそれに基づき新たに法律行為をなした場合に、これにより生ずる損害（いわゆる消極的利益）を表意者に負わせるのも不適切、とされる。次に、表意者に重過失あ

る場合には、表意者を表示に拘束することが正義と實際上の必要に合致するから、当該の意思表示は有効となる（同案同条二項）。ただし、不注意にも重過失により言葉を玩んだ者は危険を承知で敢えてなしたからだ、とされる。そうして、右に述べたことに對する批判——すなわち、右に述べたことは輕過失の場合にもいえることであり、特に重過失と輕過失との間に一線を画すことは非常に困難であるとの批判——に對して、『理由書』は、もし兩者を同一視するなら表意者のなした過失の程度を正當に評価したとはいえないであろう、ただし、法律効果の点からは重過失のみが故意すなわち「心裡留保（狭義）」（同案九五条）の場合と同一視せらるからである、と反論している。このことから、輕過失ある表意者は「表示受領者」に對して消極的利益の損害賠償責任を負うにすぎず、当該の意思表示それ自体は無効（同案九七条三項）、とされることになる。しかし、「表示受領者」が意思と表示の不一致を知りまたは知り得べかりし場合には、表意者は右の過失責任を負わず、当該の意思表示は無効を惹起するにすぎない（同案同条四項）。ただし、非真意表示の場合には、表意者に欺罔の意図がないのだから、「表示受領者」は当該の表示が非真意表示であることを單に知らないということだけでは保護されえないからだ、とされる。したがって、「表示受領者」が無過失の場合——すなわち、「表示受領者」が通常の家父の注意を尽くしたとしても当該の表示が實際の意思を告知したものとして認められるであろう場合——にのみ、表意者は同条二項および三項の責任を負わなければならないのである。

かくて、第一草案を起草した第一委員会によれば、非真意表示は、表意者が無過失の場合には無効を惹起するにすぎず、表意者に輕過失ある場合には無効を惹起するとともに「表示受領者」に對する表意者の信頼利益の賠償義務を生じさせ、表意者に重過失ある場合には有効となるが、しかし、「表示受領者」が悪意・有過失であれば、表意者の

過失の程度にかかわらず無効を惹起し、且つ、「表示受領者」に対する表意者の信頼利益の賠償義務をも生じさせない、ということになる。

ところで、右のような効果を生じる非真意表示と遺言との関係いかににつき、『理由書』は同案九七条の立法趣旨を述べるに際してこのことに何ら触れていない。したがって、第一委員会は、右の九七条の適用を排除する特別規定が遺言に関して他に存しない限り、そうして、遺言の法的性質がこれを許す限り、遺言も総則編中の非真意表示規定（同案九七条）の適用を当然に受ける、という立場を採っていた、と見るのが一応許されるであろう。

(2) 「心裡留保（狭義）」および非真意表示による遺言

以上、第一草案の「心裡留保（狭義）」規定と非真意表示規定および両規定に対する第一委員会の立場を見てきたが、第一草案は、被相続人の意思と表示された意思とが一致しない場合の終意処分（遺言）の効力のあり方いかんをその一七七九条において規定している。そこで、次に、第一草案一七七九条およびそれに対する第一委員会の立場を見ることにする。

まず、第一草案一七七九条は次のとおりである。⁽¹⁴⁾

「終意処分に際して被相続人の実際の意思が表示された意思と一致しないとき、その終意処分は無効である。

九五条、九七条二項ないし四項および九九条〔錯誤者に過失ある場合〕の規定は終意処分にはこれを適用しない。」

次に、同案一七七九条についての『理由書』の説明中、「心裡留保（狭義）」と非真意表示に関する部分は次のとおりである。⁽¹⁵⁾ まず、『理由書』は、「意思の瑕疵」に関する総則編中の諸規定（第一草案九五条以下）を起草するに際して

原則として前提視された「意思教説」が終意処分（遺言）については生前行為についてよりも一層徹底されねばならない、ということに疑いの余地は存しない、とする。すなわち、相続法においては、被相続人の意思どおりに効力がもたせられるべきであること、および、そもそも意思と表示が一致する場合にのみ当該の処分が有効視されるべきこと、が出发点とされねばならない、というのである。そうして、このことから、第一委員会によれば、「心裡留保（狭義）」による遺言および非真意表示による遺言の効力はそれぞれ次のとおりたるべきことになる。

(1) 「心裡留保（狭義）」による遺言

第一草案一七七九条によれば、「心裡留保（狭義）」による遺言は、同案九五条の適用を受けえず、むしろ「意思教説」の原則に従って無効視されることになる。そうして、このことについての『理由書』の説明は大略次のとおりである。

(1) 「心裡留保（狭義）」またはいわゆる悪質な冗談による遺言の事例が稀にしか起こらないから、当該の遺言に対して「心裡留保（狭義）」規定（同案九五条）をそのまま適用してこれを有効視しても不都合を生じさせることはないであろう、ということ以外には、遺言に対して同案九五条の適用を肯定する十分な論拠は存しない。

(2) 害意 (Arbist) の援用を許してはならず、したがってまた、害意ある表意者は制裁として (zur Strafe) 自己の表示に拘束されなければならない、との原則は、遺言の場合には是認されえない。ただし、もし害意の援用を許して当該の遺言を有効視するなら、この場合に不利益を被るのは、表意者たる被相続人ではなくて、被相続人の真意に従えば彼の相続財産を受けるはずの者、すなわち、通常の場合には法定相続人であり、相続人が指定されていた場合にはその指定相続人をも含む相続人だからである。実際、これらの者は、「心裡留保（狭義）」や悪質な冗談を理由と

して当該の遺言を無効視すべきことを主張しているときには、嘘 (Lie) や害意それ自体を援用しているのではなくて、むしろ、嘘や害意からの保護を求め、しかも、更に自己の権利に基づいて相続分を要求しているのである。

い もし嘘や害意からの保護が右の者に与えられないとするなら、被相続人の財産は、これを受けるはずのない者、場合によっては不正を行なうために被相続人と手を組んだ者に渡ることになるであろう。そうして、この場合、当該行為は、仮装行為 (通謀虚偽表示) に類似するにもかかわらず、仮装行為に関する規定 (同案九六条⁽¹⁷⁾) に反して有効となろう。更にまた、被相続人と手を組んで不正を企てようとした右の者は意思表示の受領者でないから、この場合に同案九五条二文を適用する余地も存せず、したがって、当該の遺言を有効視するのはなお一層疑わしいであろう。

(2) 非真意表示による遺言

次に、非真意表示による遺言の効力いかんについて見ると、第一草案一七七九条により遺言は同案九七条二項ないし四項の適用を受けえず、したがって、第一委員会によれば、非真意表示による遺言は同案九七条一項のみの適用を受けて常に且つ無制約に無効視されることになる。そうして、このように考える『理由書』の説明は次のとおりである。

(イ) 同案九七条一項は前述の「意思教説」に合致するものであり、したがって、この規定が遺言に対して適用されるべきことに疑問の余地は存しない。

(ロ) 他方、同案九七条三項および同案同条四項が遺言に対して適用されないのは、それらが受領者に対してなされる意思表示にのみ関する規定だからである。

(イ) 次に、「心裡留保（狭義）」による遺言を無効視する論拠は、重過失によりなした非真意表示を有効視すべきだと規定する同案九七条二項の適用を遺言について否定することの論拠にもなる。

(ニ) また、同案九七条二項は、その立法趣旨が取引、誠意 (*bona fides*)、契約締結上の過失 (*culpa in contrahendo*)、注意義務および信頼の裏切 (*Täuschung des Vertrauens*) といったものへの顧慮に特にあるのだから、非取引行為たる遺言に対しては適用されない。

(ホ) 被相続人が非真意表示による遺言を撤回せずに死亡した場合に、受遺者とされた者が当該の遺言を有効にさせたいと欲したとしても、このような受遺者が法律によって保護されるべきでないことは明らかであろう。

(1) BGBの起草過程を概観するに当たり参照した文献は主として次のとおりである。Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. I, Allgemeiner Theil, 4. Aufl., 1913, Einleitung, Auf Grund eines Manuskriptes von Dr. G. Planck bearbeitet von Professor Dr. P. Knake (Hrsg. v. Strohal); Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, 1966, S.3ff.; Jakobs/Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB—Einführung, Biographien, Materialien—(bearb. v. Schubert), 1978, S.27ff.; 石部雅亮「外国法の学び方——ドイツ法」11、12 法学セミナー二四〇号、二四二号（一九七五年〔昭和五〇年〕）、田中克志「ドイツ民法典における不動産担保法の形成過程」(1) (4・完) 富大経済論集二四卷三二、三三、二五卷一号、三号（一九七八—一九八〇年〔昭和五三—五五年〕）。

(2) 田中・前掲「ドイツ民法典における不動産担保法の形成過程」(1) 三一一頁。

(c) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Erste Lesung, Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrat beauftragte Kommission, Amtliche Ausgabe, 1888.

(4) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, 5 Bde, 1888.

(5) 日本民法典は、「心裡留保（広義）」(九三条)、虚偽表示(九四条)および錯誤(九五条)を包含するものをその一〇一条において

遺贈と心裡留保(二・完)(村田)

「意思ノ欠缺」として、また、詐欺、強迫（九六条）を包含するものをその二二〇条において「瑕疵アル意思表示」として、それぞれ用いているが、ここにいわゆる「Willensmängel」「意思の瑕疵」は右の「意思ノ欠缺」および「瑕疵アル意思表示」を包含するものであった、ということに注意されたい。

- (9) Motive, a. a. O., Bd. 1, S. 189 (Vgl. Mugdan [Hrsg. u. bearb.], Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, Neudruck der Ausgabe Berlin 1899, 1979, S. 457) 日本語訳は、川島武宜・民法総則（有斐閣・一九六五年〔昭和四〇年〕）一六六頁による。

- (7) Motive, a. a. O., Bd. 1, S. 191 (Vgl. Mugdan, a. a. O., Bd. 1, S. 457-458; Jakobs/Schubert [Hrsg.], Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der un veröffentlichten Quellen, Allgemeiner Teil, §§ 1-240 1. Teilband [bearb. v. Schubert], 1985, S. 588).

- (8) 第一草案（以下「E I」と略称する）九五条の原文は次のとおりである（出典は、Mugdan, a. a. O., Bd. 1）。

E I § 95: „Ist der Urheber einer Willenserklärung, bei welcher der wirkliche Wille mit dem erklärten Willen nicht übereinstimmt, des Mangels der Übereinstimmung sich bewußt, so ist die Willenserklärung gültig, sofern der Urheber den Mangel verhehlt hat.“
Die Willenserklärung ist jedoch nichtig, wenn der Empfänger derselben den Mangel gekannt hat.“

なお、ドイツ法上の「心裡留保（狭義）」を紹介した日本語文献をここに挙げておくなら、BGB第一草案にいたるまでの「心裡留保（狭義）」の沿革を簡潔に紹介したものととして、栗生武夫「意思欠缺の抗弁の制限——意思表示法の発達史——」法学論叢二二巻一五五頁以下（一九三〇年〔昭和五年〕）——同・法の變動（岩波書店・一九三七年〔昭和十二年〕）三八四頁以下所収、遠田・前掲「心裡留保及び虚偽表示と法律行為論（一）」Law School 二二巻二六六頁以下（同・前掲・代理と意思表示論）二二六頁以下所収、同・前掲・代理法理論の研究二三五頁以下、特にドイツ普通法学を紹介したものとして村上淳一「ドイツ普通法学の錯誤論」法学協会雑誌七六巻三三二頁以下（一九六〇年〔昭和三五五年〕）——同・ドイツの近代法学（東京大学出版会・一九六四年〔昭和三九年〕）三頁以下所収、なかでもサヴィニーの学説については新井誠「サヴィニーの意思表示、法律行為概念——特に心裡留保をめぐる——」民商法雑誌九六巻五号六三七頁以下（一九八七年〔昭和六二年〕）、また、BGB第一草案の意思表示諸規定およびそれに対する諸批判を詳細に紹介したものととして中田邦博「ドイツ民法典における意思表示法の形成過程——第一草案に対する諸批判を中心に——」（二）立命館法学一九四号五五九頁以下・一九五号六七〇頁以下・一九六号八三〇頁以下（一九八七年〔昭和六二年〕）、などがある。

(6) Motive, a. a. O., Bd. 1, S. 191 (Vgl. Mugdan, a. a. O., Bd. 1, S. 458).

(10) 遺言以外の死因処分と「心裡留保（狭義）」との関係いかんに対する第一草案の立場を、¹¹て見ておくなら、相続人指定契約（Erbeinsetzungsvertrag）は BGB 第一草案一九四七条および一九五七条四項により、また、相続放棄契約（Erbverzichtvertrag）は同案一〇一〇条により、同案九五条の適用をそれぞれ受けることになる。以下、第一草案一九四七条、一九五七条、一〇一〇条の原文を挙げよう（『国典』Mugdan [Hrsg. u. bearb.]）。Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 5, Erbrecht, Neudruck der Ausgabe Berlin 1899, 1979)°

E I § 1947: „Stimmt bei einem Erbeinsetzungsvertrage der wirkliche Wille des Erblassers mit dem erklärten Willen nicht überein, so finden die Vorschriften der §§ 95-99 in vollem Umfange Anwendung.“

E I § 1967: „Der Erbeinsetzungsvertrag kann nur durch einen zwischen den Personen, welche ihn geschlossen haben, zu schließenden Vertrag aufgehoben werden. Nach dem Tode einer dieser Personen kann der Erbeinsetzungsvertrag nicht mehr aufgehoben werden, unbeschadet der Vorschriften des § 2024.“

Der Vertrag, durch welchen der Erbeinsetzungsvertrag aufgehoben wird, kann von dem Erblasser nur durch persönliche Erklärung und, wenn der Erblasser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, auch ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters geschlossen werden.

Zu dem Vertrage ist in Ansehung des anderen Vertragsschließenden, wenn dieser unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erforderlich.

Auf den Vertrag finden die Vorschriften der §§ 1943, 1944, 1947 entsprechende Anwendung.“（なか、同案二二二条は「Mugdan, a. a. O., Bd. 5 には誤植なせむと認めざるべし」本草案節「の註（三）に挙げた文献から引用した」）。

E I § 2020: „Auf den Erbverzichtvertrag finden die Vorschriften der §§ 1943, 1944, 1947 sowie in Ansehung des Erblassers die Vorschriften der §§ 1911, 1912 und in Ansehung des anderen Vertragsschließenden die Vorschriften des § 1957 Abs. 3 entsprechende Anwendung.“

Die Vorschriften der §§ 1943, 1944, 1947 und in Ansehung des Erblassers die Vorschriften der §§ 1911, 1912 finden entsprechende Anwendung auch auf den Vertrag, durch welchen ein Erbverzicht aufgehoben wird.“

(11) Motive, a. a. O., Bd. 1, S. 192 (Vgl. Mugdan, a. a. O., Bd. 1, S. 458).

遺言と心裡留保（二・完）（村田）

- (12) 第一章註 (13) 参照。なお、第一章案七四条の原文は次のとおりである (出典は Mugdan, a. a. O., Bd. 1)°

E I § 74: „Ist die Wirksamkeit einer Willenserklärung davon abhängig, daß sie gegenüber einem Beteiligten abgegeben wird (Empfänger der Willenserklärung), und erfolgt die Willenserklärung in Abwesenheit desselben, so wird zur Wirksamkeit erfordert, daß die ausdrückliche Willenserklärung ihm zukommt, die stillschweigende Willenserklärung zu seiner Kenntniß gelangt.“

Die Willenserklärung gilt als nicht erfolgt, wenn eine den Widerruf enthaltende Willenserklärung nach den Vorschriften des 1. Abs. vorher oder gleichzeitig zur Wirksamkeit gelangt.

Auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ist es ohne Einfluß, wenn der Urheber stirbt oder geschäftsunfähig wird, nachdem er die ausdrückliche Erklärung behufs der Abwendung abgegeben oder bevor der Betheiligte von der stillschweigenden Erklärung Kenntniß erlangt hat.

Ist die Wirksamkeit einer Willenserklärung davon abhängig, daß sie gegenüber einer Behörde abgegeben wird, so finden die Vorschriften des 2. und 3. Abs. entsprechende Anwendung.“

- (13) 第一章案九〇条の原文は次のとおりである (出典は Mugdan, a. a. O., Bd. 1)°

E I § 97: „Hat bei einer Willenserklärung der Urheber, welcher des Mangels der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen sich bewußt war, zu täuschen nicht beabsichtigt, so ist die Willenserklärung nichtig.“

Die Willenserklärung ist jedoch gültig, wenn dem Urheber grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

Fällt dem Urheber eine Fahrlässigkeit zur Last, welche keine grobe ist, so haftet derselbe dem Empfänger für Schadensersatz, jedoch in keinem Falle über den Vertrag hinaus, welchen er bei Voraussetzung der Gültigkeit der Willenserklärung wegen Nichte Erfüllung der daraus entstandenen Verpflichtung zu ersetzen gehabt hätte.

Die Vorschriften des 2. und 3. Abs. finden keine Anwendung, wenn der Empfänger der Willenserklärung den Mangel der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen kannte oder kennen mußte.“

- (14) 第一章案一〇〇条の原文は次のとおりである (出典は Mugdan (Hrsg. u. bearb.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 5, Erbrecht, Neudruck der Ausgabe Berlin 1899, 1979.)°

E I § 1779: „Stimmt bei einer letztwilligen Verfügung der wirkliche Wille des Erblassers mit dem erklärten Willen nicht überein, so ist die letztwillige Verfügung nichtig. Die Vorschriften des § 95, des § 97 Abs. 2-4 und des § 99 finden keine Anwendung.“

- (15) 第一草案九六条の原文は次のとおりである（出典は Mugdan, a. a. O., Bd. 1）。

E I § 99: „Die nach den Vorschriften des § 98 für nichtig zu erachtende Willenserklärung ist gültig, wenn dem Urheber derselben grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.“

Fällt dem Urheber eine Fahrlässigkeit zur Last, welche keine grobe ist, so haftet derselbe dem Empfänger für Schadensersatz nach Maßgabe des § 97 Abs. 3.

Die Vorschriften des 1. und 2. Abs. finden keine Anwendung, wenn der Empfänger den Irrthum kannte oder kennen mußte.“

- (16) Motive, a. a. O., Bd. 5, S. 45~46 (Vgl. Mugdan, a. a. O., Bd. 5, S. 24~25).

- (17) 第一草案九六条の原文は次のとおりである（出典は Mugdan, a. a. O., Bd. 1）。

E I § 96: „Ein zum Scheine vorgenommenes Rechtsgeschäft ist nichtig.“

Wird bei Vornahme des Scheingeschäftes von den Parteien die Errichtung eines anderen Rechtsgeschäftes beabsichtigt, so bestimmt sich die Gültigkeit dieses anderen Rechtsgeschäftes nach den für dasselbe geltenden Vorschriften.“

これに対し B O B — 一七条一項は “Wird eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, mit dessen Einverständnis nur zum Schein abgegeben, so ist sie nichtig.” と規定する。このことから第一草案九六条一項は B O B — 一七条一項とは異なり、受領を要しない意思表示に対しても適用しうる余地を残している。と見ることが出来る。実際 Motive, a. a. O., Bd. 5, S. 45 (Vgl. Mugdan, a. a. O., Bd. 5, S. 24) は、第一草案九六条が終意処分（遺言）に対しても適用されうるか否かにつき、「第一草案」九六条はこの場合「被相続人が不正を行なうために遺言を受ける者と手を組んだ場合」に適用されなければならない。仮装行為が終意処分に際してどこまで生じうるかは決定されないであろう、と述べている。そうして、第一草案が遺言に対しても同案九六条の適用可能性を肯定するのは「意思教説」からの当然の帰結と考えたからであろう、と思われる。Vgl. Zielmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Zweiter Theil, 1890, S. 7ff.

【第二委員会】

一八九〇年二月四日、連邦参議院は、第一委員会において確定した第一草案を第二読会に付すこと、この目的の

ために二二名（後に二四名）の委員から成る第二委員会を設置すること、等々を決議した。そうして、第一草案は一八九一年四月一日から一八九五年三月二七日にかけて第二委員会において審議され、それまでの審議の成果は、編纂委員会 (Redaktionskommission) において編纂された後、第二草案⁽¹⁾として公表された。更にまた、この第二草案は、一八九五年五月六日から同年六月一九日の間に第二委員会において修正された後、編纂委員会において再度修正され、同年一〇月二二日第二委員会において最終的に確定された。そうして、最終的に確定されたいわゆる修正第二草案⁽²⁾は、同年一〇月二二日帝国宰相に上呈され、更に帝国宰相から連邦参議院に提出された。以下、主として第二委員会の議事録⁽³⁾によりつつ、この問題についての第二委員会の議論を見ることにする。

(1) 「心裡留保 (狭義)」および非真意表示

まず、総則編中の意思表示諸規定を起草するに際して、第二委員会は、前述の第一委員会におけると異なり、「意思教説 „Willensdogma“ もつれに反対する信頼原則 „Vertrauensmaxime (Erklärungstheorie)“ も重大な変容なしには貫徹されえない、また、このことから、右の二つの法理 „Theorie“ に対してそのいづれをも肯定的に評価しないで、問題となるケースをそれぞれ分けてこれを個別に考察の対象にすることが必要であろう⁽⁴⁾、⁽⁴⁾、ということに一致した。そうして次に、このことに基づき第二草案の意思表示諸規定が総則編中に起草されたのだが、このうちの「心裡留保 (狭義)」規定 (第二草案九一条) と非真意表示に関する規定 (同案九三条・九七条) およびそれらに対する第二委員会の立場は大略次のとおりである。

(1) 「心裡留保 (狭義)」

「心裡留保 (狭義)」に関する第二草案九一条は次のとおりである。⁽⁵⁾

「意思表示は、表意者が表示したことを欲しない旨を内心に留保したとしても、有効である。しかし、相手方ある意思表示は、相手方がその留保を知っているときには、無効である。」

第二委員会は第一草案九五条の内容を實質的には変更することなく採用することに決定した。すなわち、まず、右の九五条一文の規定については、これに対する異論は出されず、「なんびとも自己の害意 "dolus" を援用して当該の意思表示を失効させてはならない⁽⁶⁾」ということが考慮されている。そうして、第二委員会は、このことを明文化する必要がないのは原則として「信頼原則」の立場に立つことにした場合のみだから、前述のごとく意思表示の効力に關して「意思教説」にも「信頼原則」にも従わないことにした本委員会においてはこのことを明文化する必要があるとして、「心裡留保（狭義）」規定を明文化している。次に、第一草案九五条二文の規定についても、第二委員会は第一草案の『理由書』中で述べたところと實質的に同じに考えるから、第二草案九一条二文は受領を要する意思表示のみに關する規定と解されるべきことになる。そうして、このことはまた、第二委員会の議事録が仮装行為（虚偽表示）と「心裡留保（狭義）」との差異を説明して次のように述べていることから明らかである。すなわち、「仮装行為においては、受領を要する意思表示が当然に前提とされ、欺罔の意図が専ら第三者に対して向けられ、相手方 "der andere Teil" の仮装の認識が行為の本質をなし、かかる行為の無効が意思教説に従って生ずるのに対して、『心裡留保（狭義）』においては、それは受領を要する意思表示においても受領を要しない意思表示においても生じることがあり、それによりなされた意思表示は原則として有効であり、表示受領者 "der Empfänger der Erklärung" がその意思欠缺 "Willensmangel" を偶然に知ったときのみ例外的に無効となる⁽⁷⁾」と述べているのである。

(2) 非真意表示

次に、非真意表示に関係する第二草案九三条および同案九七条は次のとおりである。⁽⁸⁾

九三条「真意でない意思表示は、真意の欠缺が知られるであろうことを予期してなされたときは、無効である。」

九七条「意思表示が九三条により無効であるときまたは九四条「錯誤規定」および九五条「不真正な伝達に関する規定」により取消されたとき、表意者は、表示が相手方に対してなされた場合にはその者に対し、その他の場合にはすべての第三者に対し、これらの者が意思表示を有効と信じたことにより被った損害を賠償しなければならない。ただし、損害賠償は、意思表示が有効であるときに相手方または第三者が取得する利益の額を越えないものとする。」

前項の損害賠償義務は、被害者が無効または取消の原因を知りまたは過失により知らなかった（知りうべかりし）ときには生じない。九五条の場合、損害賠償義務は、伝達の不真正が不可抗力に基づくときにも排除される。」

第二委員会は、第一草案九七条一項の内容を是認し、第一草案九七条四項については第二草案九七条一項但書に一致する限りでこれを是認し、第一草案九七条二項および同案三項を否定した。そうして、以上のように考える第二委員会の議事録の説明は大略次のとおりである。すなわち、第二委員会は、まず、重過失によりなされた非真意表示を有効視すべきではないとし、その理由として、害意 (dolus) と重過失 (culpa lata) とは大きく異なり、害意ある表意者が言質を取られるのは当然の報いだが、表意者に欺罔の意図がない場合にはそのように解すべきではない、更にまた、重過失と軽過失とを区別することは非常に困難である、ということを挙げる。そうして、次に、非真意表示を

無効視すべきことから出発するなら、真意でないことにつき善意・無過失の第三者が意思表示の有効性を信頼して損害を被った場合には、法律行為を誘発した表意者に対してその過失のいかんにかかわらず損害賠償義務を負わすのが適当である、と述べる。したがって、この点において受領を要する意思表示における場合と受領を要しない意思表示における場合とを異なる法的処理に服さしめる十分な法的根拠が存しないから、非真意表示をなした表意者は、「表示受領者」(相手方)および第三者が善意・無過失である限り、その者に対して信頼利益の賠償義務を負うことになる。

(2) 「心裡留保(狭義)」および非真意表示による遺言

第二委員会(終意処分(遺言))においては生前行為におけるよりも「意思教説」が一層徹底されなければならぬ、との第一草案の原則自体に対しては、一般論としてではあるもののこれに異論もなく従うこととした。⁽⁹⁾ そうして続いて、第二委員会は遺言と総則編中の意思表示諸規定(第二草案九一条以下)との関係いかににつきそれぞれの場合を具体的に考察している。そこで、以下、「心裡留保(狭義)」による遺言および非真意表示による遺言のそれぞれの効力のあり方に対する第二委員会の立場を見ることにする。⁽¹⁰⁾

(1) 「心裡留保(狭義)」による遺言

「心裡留保(狭義)」による遺言の効力のあり方につき第二委員会においては、第一草案の立場に賛成してこれを無効視する立場は少数説となり、第一草案の立場に反対してこれを有効視する立場の方が多数説となったが、それぞれの論拠を一べつしておくなら次のとおりである。

(イ) 有効説の論拠。

a 問題となる事例は、無効説・有効説のいずれの立場も認めるように、極めて稀 (äußerst selten) である。しかも、「心裡留保 (狭義)」の証明は非常に困難で、このことは、裁判官の面前で遺言を作成する場合には (第一草案一九一四条・一九一五条↓第二草案二〇九九条↓BGB二三一条。ただし、現在では廃止されている)、被相続人がその作成のまさにその時点において (gerade zur Zeit der Errichtung) 表示に反する意思を有していたことを証明しなければならないのだから、特にそうであり、したがって、有効説を採っても特段の弊害は存しない。

b 遺言の自由があるからといって、「心裡留保 (狭義)」を顧慮しなければならないということにはならない。すなわち、被相続人には遺言を玩ぶような (mit leizwilligen Verfügungen gewissermaßen sein Spiel zu treiben) 権限は存しない。

c しかも、被相続人は「心裡留保 (狭義)」を援用しえなくとも不利益を被ることにならず、また、もし右援用を肯定するなら、このことは遺言における撤回の方式に関する諸規定に抵触することにもなる。

d 遺言を第二草案九一条一文の適用範囲から除外するのは望ましくないばかりか非常に疑わしい。けだし、もし除外すれば遺言の効力を否認 (Anfechtung) する機会が一層多くなるからである。

e 外形上瑕疵のない遺言であればかかる遺言により相続人に指定された者はそれだけで遺産の占有が認められるという規定⁽¹²⁾でもしあるのなら、かかる遺言の効力を否認する者が遺言の無効を証明しうるまで、右指定相続人は、被相続人の遺産を占有しうるのだから、その限りで保護を受けることになるのだが、しかし、本草案には右指定相続人のためのこのような一般的保護手段は存しない。

(四) 無効説の論拠。

a 第二草案九一条は「心裡留保（狭義）」による意思表示を有効視して「意思教説」からの帰結に対する例外を定めているが、このことは取引の安全への顧慮という特別の理由によるものだから、非取引行為たる遺言に「心裡留保（狭義）」規定（同案九一条）を適用して「心裡留保（狭義）」による遺言を有効視するのは適切でない。

b 「心裡留保（狭義）」による遺言が無効とされた場合に、もし当該の遺言の有効性を信頼して更に別の法律行為が締結されたなら、恐らく第一草案二〇九一条（相続人指定の取消に際して右取消以前に当該の指定相続人と取引関係に入った善意の第三者を保護するために右指定相続人は相続人とみなされる⁽¹³⁾）の規定がこの場合に準用され、その第三者は保護されてよからう。

c 贈与と遺言とが類似するとの指摘は、贈与に対して「心裡留保（狭義）」規定を適用して「心裡留保（狭義）」による贈与を有効視することが非常に疑わしいということを考慮の外に置いたとしても、是認されえない。

d 表意者に自己の害意を援用させるべきではないとの原則も、遺言においては顧慮されない。ただし、意思の欠缺を援用しているのは表意者たる被相続人ではなくしてその相続人またはその他の利害関係人であり、しかも、彼等は被相続人の権利ではなくして自己の権利を主張しているのだからである。したがって、遺言書に記載されたのとは反対の意思が被相続人に存したにもかかわらず、当該の遺言をその記載のとおり有効視するなら、表意者たる被相続人に対する制裁ではなく遺言書に記載されなかった者で被相続人の真意に従えば当該の相続財産を受けたであろう者に対する制裁となり、そのために、不当な結果を生ずることになる。

e 「心裡留保（狭義）」規定（第二草案九一条）の適用を受ける事例が非常に稀で、しかも、「心裡留保（狭義）」自体の証明も困難である、と有効説は主張するが、この主張は、「心裡留保（狭義）」による遺言を有効とすべきか否

かの問題を決定する際の決め手とならず、せいぜいのところこの問題につき何も規定しないで放置することの理由となるにすぎない。しかし、「心裡留保（狭義）」規定はともかくも通則的性格を有するのだから、ここでこの問題を放置しておくのは許されることではない。

f 第一草案の立場に従うなら「心裡留保（狭義）」による遺言の効力を否認（Anfechtung）する機会がより多くなる、と有効説は懸念するが、この懸念は理由のないものである。

g 第一草案が模範とした普通法学において、無効説に対する何らの異論も提出されていない。

以上のような審議を経た後に採決に入った第二委員会においては、有効説の方が多数を占めたので、第一委員会の立場（無効説）とは反対に「心裡留保（狭義）」による遺言を第二草案九一条一文により有効視することが決定され、第一草案一七七九条のごときも「心裡留保（狭義）」との関係では存置すべきでないものとして処理されることになった。

(2) 非真意表示による遺言

第二委員会は、非真意表示の効力いかににつき、表意者の過失の有無・程度および「表示受領者」（相手方）・第三者の信頼のいかんにかかわらず、これを無効となすことにした（第二草案九三条——ただし、同案九七条により、表意者は善意・無過失の「表示受領者」「相手方」・第三者に対して信頼利益の賠償義務を負う）。そうして、非真意表示による遺言の効力のあり方いかにについても、第二委員会は、「心裡留保（狭義）」におけるような激しい議論を行わず、これを無効となすことに意見の一致を見た。また、第二草案九七条を遺言に対して適用すべきか否かについても、第二委員会は、この規定が遺言に対して適合しない、ということを経由として、その適用を否定し、且つ、この点につき特

に明文の規定を要しない、との立場を採った。すなわち、第二委員会は、非真意表示との関係においても、第一草案一七七九条を存置すべきでないとして、非真意表示による遺言を第二草案九三条により端的に無効とし、且つ、表意者の信頼利益の賠償義務についても殊更にこの点につき規定するまでもなく当然のこととしてこれを否定することにしたのである。⁽¹⁴⁾

以上、「心裡留保（狭義）」および非真意表示による遺言のそれぞれの効力のあり方に対するBGBの起草者の立場について、連邦参議院により設置された第一委員会および第二委員会での審議を中心に概観してきた。その後、第二委員会で起草された第二草案は、前述のごとく、いわゆる修正第二草案⁽¹⁵⁾として確定された上で、連邦参議院に提出され、更に、司法委員会（Justizausschuss）での修正を受けた後、一八九六年一月一六日に連邦参議院において可決された。更にまた、この草案は、帝国司法省（Reichsjustizamt）において作成された覚書（Denkschrift）⁽¹⁶⁾と共にいわゆる第三草案⁽¹⁷⁾として同年一月一七日に帝国議会（Reichstag）に提出されたのだが、覚書においても、「心裡留保（狭義）」（第三草案一二二条）による遺言は有効、非真意表示（第三草案一四一条）は遺言をも含めておよそ無効、と解されていた。⁽¹⁸⁾そうして、この第三草案は、帝国議会を通過した後、同年七月一四日連邦参議院でも可決され、同年八月二四日に公布された後、一九〇〇年一月一日にBGBとして施行されたのである。

- (1) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für Das Deutsche Reich. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission. Zweite Lesung. Auf amtliche Veranlassung. 1894~1895.
- (2) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich—Zweite Lesung (1895; sog. EII rev.).
- (3) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichs = Justizamts bearbeitet von Dr. Achilles, Dr. Gebhard und Dr. Spahn, 6 Bde. und 1 Registerbd., 1897~1899.

- (4) Protokolle, a. a. O., Bd. 1, S. 94 (Vgl. Mugdan, a. a. O., Bd. 1, S. 710).
 (5) 第二草案 (以下'EIIと略称する) 九一条の原文は次のとおりである (出典は' Mugdan, a. a. O., Bd. 1)°

EII § 91: „Eine Willenserklärung ist gültig, auch wenn der Erklärende sich insgeheim vorbehalten hat, das Erklärte nicht zu wollen.

Die Erklärung ist jedoch nichtig, wenn sie einem Anderen gegenüber abzugeben war und dieser den Vorbehalt kannte.“

- (6) Protokolle, a. a. O., Bd. 1, S. 94 (Vgl. Mugdan, a. a. O., Bd. 1, S. 710).

- (7) Protokolle, a. a. O., Bd. 1, S. 97 (Vgl. Mugdan, a. a. O., Bd. 1, S. 711). 44' 本章本節の註(2) 参照。以下' 参考資料として、仮装行爲に関する第一草案九一条の原文を掲げよう (出典は' Mugdan, a. a. O., Bd. 1)°

EII § 92: „Eine gegenüber einem Anderen abzugebende Willenserklärung, die mit dessen Einverständnis nur zum Scheine abgegeben wird, ist nichtig.“

Wird durch das Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so bestimmt sich die Gültigkeit nach den für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften.“

- (8) 第二草案九三条および同案九七条の原文は次のとおりである (出典は' Mugdan, a. a. O., Bd. 1)°

EII § 93: „Eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht erkannt werden, ist nichtig.“

EII § 97: „Ist eine Willenserklärung nach § 93 nichtig oder auf Grund der §§ 94, 95 angefochten, so hat der Erklärende, wenn die Erklärung einem Anderen gegenüber abzugeben war, diesem, andernfalls jedem Dritten den Schaden zu ersetzen, welchen derselbe dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut hat, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches derselbe an der Gültigkeit der Erklärung hat.“

Die Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit kannte oder in Folge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen mußte). Im Falle des § 95 ist die Schadensersatzpflicht auch dann ausgeschlossen, wenn die Unrichtigkeit der Uebermittelung ihren Grund in höherer Gewalt hat.“

- (6) Protokolle, a. a. O., Bd. 5, S. 46 (Vgl. Mugdan, a. a. O., Bd. 5, S. 538).

- (10) Protokolle, a. a. O., Bd. 5, S. 46~48 (Vgl. Mugdan, a. a. O., Bd. 5, S. 538~539).

- (11) BGB 111 三一条は、裁判官または公証人の面前でなす普通方式の公の遺言を認めていたが、その後、一九三八年七月三十一日の

「遺言法」(Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen) 四条に移行し、更に、一九五三年三月五日の「民法の領域における法律の統一再建法」(Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzeszeichen auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts) により再び民法典に戻った。しかし、一九六九年八月二八日の証書作成法 (Beurkundungsgesetz) により、裁判官の面前でなす遺言は廃止され、また、公証人の面前でなす遺言は公証人の署名を必要とする自筆証書遺言となり、現在に至っている(以上の変更については、MünchKomm-Leipold, a. a. O., Bd. 6, Einleitung, Rdn. 27~42, S. 17~20 を参照した)。

(12) このような法制度が採用されていた時期および場所についての記述は第二委員会の Protokolle において特に見当たらないようである。しかし、ローマ法において市民法上の銅および衡による遺言 (testamentum per aes et libram) という厳格な形式を簡略化したものとして遺言書による遺産占有 (bonorum possessio secundum tabulas) の制度が存在したことがあり、そうして、このことにつき船田博士は次のように述べている。すなわち、「キケロのころすでに、法務官はその告示に、法定数の証人の追書がある遺言書によって相続人に指定された者のために、かかる遺言書の規定によって遺産の占有 (bonorum possessio secundum tabulas) を付与すべきことを規定し、のち、告示はかかる遺産占有付与の要件として、遺言の作成に立会った五人の証人と一人の家産購買者および秤持ちとに該当する七人の証人が封緘した遺言書 (testamentum septem viris signatum) の提出を規定した。すなわち、法務官は、現実には銅と秤の行為およびそれにつづく遺言人の言明という方法で遺言が作成されると否とを問わず、かかる手続によって作成された同一の遺言書を提出する者に一応遺産を占有させた。法務官のかかる規定の最初の目的は、遺言によって相続人に指定された者のために、遺言が適法に作成されたものであることの証明を容易にするにあり、かかる遺言書を提出する者を占有者として有利な立場をとらせ、これを争う相手方に右の遺言の無効をする証明する責任を負わせるためであった。したがって、例えば、相手方が市民法上の相続人として、遺言書による相続人であることを主張して遺産の占有を取得した者に対して、かかる遺言書が現実には銅と秤の行為をせず作成されたものであることを証明し……[た]ときは、遺産占有者の占有は剥奪されるに至るべく、かかる占有は実効を伴わぬ占有であった」(省略は引用者、と(同・ローマ法第四卷(改版)二八〇~二八一頁「岩波書店・一九七一年(昭和四十六年)」——初版は一九四四年(昭和十九年)」。このように、ローマ法上、遺言書による遺産占有の制度においては七人の証人が封印をなしていれば当該の遺言は一応有効なものとされていたことから、第二委員会はこの制度を念頭においていた、と推測することは一応考えられることであろう。遺言書による遺産占有については、その他にも、例えば、Maithead, Historical Introduction to the Private Law of Rome, 1886, pp. 290~291 を参照されたい。

(13) 第一草案二〇九一条の原文は次のとおりである(出典は、Mugdan, a. a. O., Bd. 5)。

遺贈と心裡留保 (二・完) (村田)

El § 2091: „Ist eine Erbseizung anfechtbar, so gilt der eingesezte Erbe, wenn die Anfechtung erfolgt ist, in Ansehung der im § 2077 bezeichneten, von ihm oder ihm gegenüber vor der Anfechtung vorgenommenen Rechtsgeschäfte zu Gunsten des Dritten als Erbe, es sei denn, dass der Dritte zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes die Anfechtbarkeit der Erbseizung gekannt hat.“

- (14) なお、第一草案一七七九条が錯誤による終意処分(遺言)の効力のあり方いかんをも規定していたので、これについて一言しておくなら、第二委員会は、詐欺・強迫による終意処分(遺言)を取消しうべきものとなす第一草案一七八〇条の規定と右の一七七九条中の錯誤に関する部分とを合併させる形で第二草案一九五一條を規定している。すなわち、第二委員会は、第一草案一七七九条については、錯誤に関する部分のみを存置することにしたのである。そうして、右の第二草案一九五一條はBGB二〇七八条に引き継がれて現在に至っている。以下に、この第二草案一九五一條の原文を挙げておく(出典は、Mugdan, a. a. O., Bd. 5)。

El § 1951: „Eine letztwillige Verfügung kann angefochten werden, soweit der Erblasser über den Inhalt seiner Erklärung im Irrthume war oder eine Erklärung dieses Inhaltes überhaupt nicht abgeben wollte und anzunehmen ist, daß er die Erklärung bei Kenntniß der Sachlage nicht abgegeben haben würde.“

Das Gleiche gilt, soweit der Erblasser zu der Verfügung durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintrittes oder Nicht-eintrittes eines Umstandes oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist.

Die Vorschriften des § 97 finden auf letztwillige Verfügungen keine Anwendung.“

なお、BGB二〇七八条は、右の第二草案一九五一條一項および二項の文言を幾つか修正し、且つ、右の一九五一條三項を、Die Vorschriften des § 122 finden keine Anwendung.“と修正した他は、右の一九五一條と同一である。

- (15) 修正第二草案の「心裡留保(狭義)」規定(同案一二二条)および非真意表示規定(同案一四條)は、BGBの「心裡留保(狭義)」規定(同一一六条)および非真意表示規定(同一一八条)と同一である(Vgl. Mugdan, a. a. O., Bd. 1)。
- (16) Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs nebst drei Anlagen, 1896.
- (17) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (1896, Reichesvorlagen oder 3. Entwurf; Reichsdrucksache Nr. 87 der Session 1895/1897). なお、第三草案の「心裡留保(狭義)」規定(同案一二二条)および非真意表示規定(同案一四條)もまた、BGBのそれと同一である(Vgl. Mugdan, a. a. O., Bd. 1)。
- (18) Denkschrift, a. a. O., S. 17~18 (Vgl. Mugdan, a. a. O., Bd. 1, S. 832~833).

第二節 学 説

〔一〕「心裡留保（狭義）」による遺言

まず、「心裡留保（狭義）」（BGB一一六条）による遺言の効力のあり方に関するBGB施行後の学説を見るなら、これについて学説は分かれている。そうして、それぞれの論拠は次のとおりである。

〔1〕 通説（有効説）

通説によれば、受領を要しない意思表示においては同一一一六条二文の適用を受ける余地が存しないから、「心裡留保（狭義）」による遺言は同条一文に従って常に有効視されることになる。そうして、通説がこの帰結を正当化するために挙げた論拠は、遺言が受領を要しない意思表示であるということの他には、第二委員会の多数説たる有効説の拠って立つ論拠と同じである。⁽¹⁾

〔2〕 少数説

〔1〕 一一六条二文適用ないし類推適用説（一部有効・一部無効説）

右の通説とは異なり、受領を要しない意思表示に対してもBGB一一六条二文を適用ないし類推適用すべき場合がある、と主張する学説が少数ながらも特に近時の有力説として登場している。すなわち、この学説は、右の一一六条二文につきBGBの起草者が考えたように、「表示受領者」（相手方）が「心裡留保（狭義）」について悪意である場合には「相手方を欺罔しあるいは侵害する可能性が存しない」ことを顧慮して、受領を要しない意思表示においても、

当該表示（例、懸賞広告）に基づいて権利を取得する者が「心裡留保（狭義）」について悪意である場合には、右の一一六条二文を適用ないし類推適用してこれを無効視すべきだ、というのである。⁽²⁾ もっとも、この学説が遺言、特に日本民法の包括遺贈にほぼ相当する相続人指定遺言に対しても右の一一六条二文を適用ないし類推適用させるべきだと考えているか否かは必ずしも直接には明らかでない。⁽³⁾ しかし、もしこの学説がこのことを肯定すべきだと解しているとしたなら、「心裡留保（狭義）」による相続人指定遺言は、相続人と指定されたその者が「心裡留保（狭義）」について善意であれば同一一六条一文により有効、反対に悪意であれば同条二文の適用ないし類推適用により無効、ということになる。

(2) 一一六条非適用説（無効説）

右の通説および同一一六条二文適用ないし類推適用説の両者は「心裡留保（狭義）」による遺言を有効視しうることを全面的にか部分的にか肯定する立場であるが、これに対して、かかる遺言を全面的に無効視する有力な少数説がBGB制定後比較的早くから登場していた。⁽⁴⁾ そうして、この学説の挙げる論拠——それは直接的・基本的には右の通説の方を念頭に置いて主張されたものであるが——を要約するなら次のとおりである。

(イ) 遺言が受領を要しない意思表示だというのなら、直接の受領者なる者の存在を認める余地は存せず、したがって、受遺者保護の必要性のごときものも存しないにもかかわらず、通説（有効説）は、「受領を要しないものであること」を強調して遺言につき同一一六条二文の適用を排除し、結果的に受遺者を保護しているのだから、この点で、首尾一貫した態度を採っているとはいえない。⁽⁵⁾

(ロ) 被相続人が、自己の相続財産を執拗に求める僭称相続人からの一時逃れの方便として、その者を単独相続人に

指定する旨の自筆証書遺言を作成して交付したが、その直前か直後かに、真実にはそのように意図せずに偕称相続人からの一時逃れの方便としてそうしたにすぎないと表示していたか表示する場合、通説によれば、当該の遺言は、同一六条二文の適用を受ける余地が存しないから、同条一文に従い有効となるはずである。しかし、この帰結は妥当でない。⁽⁶⁾

(イ) 同一六条は、取引の安全の要請に基づき表意者の意思よりも表示に対する信頼を保護する規定である。しかし、遺言においては、「表示受領者」(相手方)が存在せず、表意者(被相続人)の意思が決定的だから、同条は適用されない。⁽⁷⁾

(ニ) 被相続人(遺言者)による遺言の撤回可能性も「心裡留保(狭義)」による遺言を無効視しえないこと(理由)とはなりえない。⁽⁸⁾

(ホ) 同一六条二文「表示受領者」が「心裡留保(狭義)」を知っている場合の規定、同一七条(仮装行為規定)および同一八条(非真意表示規定)から、受遺者を原則として顧慮しないことにし、法的効果を欲する意思(Rechtswille)なしになされた遺言は効力を有しない(unwirksam)、との命題を導びき出すことの方がこれを有効視するよりも一層適切である。⁽⁹⁾

〔二〕 非真意表示による遺言

次に、非真意表示(BGB一一八条・一二三条)による遺言の効力のあり方いかに関するBGB施行後の学説を見るなら、かかる遺言を無効視すべきことに反対する学説は見当たらない。そうして、学説は、総則編の通則性がBG

B 上前提されていることという形式的な論拠の他には、特段の論拠を挙げていない。恐らく、BGBの起草者の挙げた論拠をその実質的な論拠としていたのであらう、と思われる。なお、学説は一般に、遺言においては保護すべき「表示受領者」(相手方)が存しないことに基づき、善意・無過失の「表示受領者」(相手方)および第三者に対する信賴利益の賠償義務を表意者に課することを定めたBGB一二二条を非真意表示による遺言について適用すべきでないとして、錯誤による遺言について同一二二条の適用を否定することを定めた同二〇七八条三項を非真意表示による遺言に対して類推適用させ、この点においても起草者の考え方を踏襲している。

- (一) 例えど、Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., Bd. 3, Das Erbrecht, 1900, S. 203; Feiser, Handbuch des Testamentsrechts, 1902, S. 346; Cretschmar, Das Bürgerliche Recht, 1902, S. 704; Kretzschmar, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1910, S. 92~93; Weger, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1921, S. 185, Anm. 3; Siber, Erbrecht, 1928, S. 32; Binder, Bürgerliches Recht, Erbrecht, 2. Aufl., 1930, S. 27; Loewenwarter, Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, Erbrecht, 1930, S. 62; Planck's Komm-Fiad, a. a. O., Bd. 5, S. 384; Leopold, Testamentrecht, 1939, S. 109; Dietz, Erbrecht, 1949, S. 72; v. Snauding-Seybold, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 5, Erbrecht, 1. Teil, 11. Aufl., 1954, Bem zu §§2078, 2079 Rdn. 3, S. 731; v. Thur, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2/1, 1957, S. 554, Anm. 5; BGB-RGRK-Johnsen, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes (hrg. v. Mitgliedern des Bundesgerichtshofes), 12. Aufl., Bd. 5, 1. Teil, 1974, §2078 Rdn. 1, S. 475; Kipp/Coing, Erbrecht, 13. Bearb., 1978, S. 181; Lange/Köhler, BGB, Allgemeiner Teil, 1980, S. 404; Ermann-Hense, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (hrg. v. H. P. Westermann), 7. Aufl., 1981, Bd. 2, Vor §2064 Rdn. 11, S. 1814; Soergel-Damrau, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (hrg. v. Siebert), 11. Aufl., Bd. 7, Erbrecht, 1982, Vor §2064 Rdn. 6, S. 495; MünchKomm-Leipold, a. a. O., Bd. 6, Vor §2064 Rdn. 2, S. 685~686; BGB-RGRK-Krüger-Neländ, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes (hrg. v. Mitgliedern des Bundesgerichtshofes), 12. Aufl., Bd. 1, 1982, §116 Rdn. 4~5, S. 172~173; Köhler, BGB, Allgemeiner

Teil. Ein Studienbuch (begr. v. Lange). 18. Aufl., 1983, S. 126. その他に、BGB施行前の学説であるが、第一委員会に従うものとす。Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 4, 1897, S. 141 以下。MünchKomm-Kramer, a. a. O., Bd. 1, 1. Aufl., § 116 Rdn. 14, S. 629, a. a. O., Bd. 1, 2. Aufl., § 116 Rdn. 10, S. 789 参照。

また、RGZ 104-322 号、傍論に於てであるが、BGB 一一六条二文・一一七条が受領を要する意思表示のみにについての規定だから終意処分には全く適用されないと説示している。

(2) 受領を要しない意思表示に対しては一定の場合には一一六条二文を適用しない類推適用すべきだとす学説中においても、いかなる場合にこれを肯定するかについては一致は見られない。しかし、学説を①受領を要しない意思表示においても、懸賞広告のつく表示から権利を取得する場合に一一六条二文を類推適用すべきだとす立場(例え、Erman-H. Westermann, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Hsg. v. H. P. Westermann), Bd. 1, 6. Aufl., 1975, § 116 Rdn. 3, S. 150; Soergel-Hefemehl, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 1978, § 116 Rdn. 7, S. 499; v. Staudinger-Dijcher, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Aufl., 1. Buch, Allgemeiner Teil, 1979, § 116 Rdn. 8, S. 237)と、②懸賞広告のつく(それに限定すべきか否かは必ずしも明らかではないが)一一六条二文を適用する類推適用すべきだとす立場(例え、v. Staudinger-Coing, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 1957, § 116 Rdn. 6, S. 604 以下、§ 116 Rdn. 10, S. 604 以下、Palandt-Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 42. Aufl., 1983, 留保(狭義)を理由とすは決して無効とはならぬ、Palandt-Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 42. Aufl., 1983, S. 79; Lange, BGB, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1961, S. 335; Bartholomeyczik, Erbrecht, 8. Aufl., 1968, S. 118; Bartholomeyczik-Schlüter, Erbrecht, 10. Aufl., 1975, S. 133; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., 1979, S. 404; Friedrich, Testament und Erbrecht, 13. Aufl., 1986, S. 42; Jauernig (Hsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Aufl., 1987, S. 53; Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, 1972, S. 477)とに大別する。以下に「応能」と思われる。

ちなみに、受領を要しない意思表示について詳論した Lange は、次のように述べている。すなわち「[BGB] 一一六条ないし一八条において法律は表意者と表示により不利益を受ける者との間の利害対立を解消しようとする。しかし、この利害対立は、受領を要しない意思表示においても存在する。ただし、受領を要しない意思表示もまた、法的生活へ入り込もうとして、受領を予定している(emplanzbestimmt)からである。したがって、問題は、当該の意思表示が受領を要するか否かではなくて、法律が受領を要しない意思表示の相手方を保護に値すると認めるか否か、また、これを認めるとしてもいかなる範囲においてこれを認めるかにある」と。

そうして、更に続いて、「公衆に向けた表示たる懸賞広告においては指定行為をなした者に対して特に顧慮を払う必要がある。したがって、懸賞広告については受領を要する意思表示における同じことが妥当しなければならぬ。更にまた、懸賞広告者は、「同」一八条を援用しても、権利濫用の抗弁をもってその援用を拒絶される。ただし、彼は、公衆に向けてなした自己の表示に拘束されなければならぬからだ」と適切に述べている (ders., a. a. O., BGB. Abg. Teil, S. 335)。

(c) Lange, a. a. O., BGB. Abg. Teil, S. 331 ff. の場合の「受領を要する」と (Empfangsbedürftigkeit) の概念が法技術的なものとして解されるか否か、また、もしそのように解されうとしても、その範囲がいかなるものか、について争いがある、と述べている。

そこで、意思表示を「受領を要する意思表示」と「受領を要しない意思表示」とに区別する通説に反対する学説として、Mangl. の所説を一へつするなら次のとおりである (以下の説明は、Mangl., Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907. からのものであり、以下において引用した頁数も同書のそれを指す)。すなわち、彼によれば、まず、意思表示とは、「人が法律行為の意思の報知を目的として利用する」ところの表出 (eine Äußerung, deren sich eine Person zum Zweck der Kundgebung eines Geschäftswillens bedient) (S. 180~191) と定義される。そうして、次に、意思表示の本質が右のごとく報知目的 (Kundgebungszweck) と解されることから、意思表示は報知受領者 (Kundgebungsempfänger) の存在なしには考えられず (S. 313) したがって、いわゆる「受領を要しない意思表示」もまた何等かの方法で利害関係人に到達されなければならない (S. 332, 334) と解されることになる。そこで、彼は、通説の右の区別に代えて、特定の受領者のある意思表示すなわち特定の者に宛てられた意思表示 (Willenserklärung mit bestimmtem Adressaten: bestimmt adressierte Willenserklärung) と不特定の受領者のある意思表示すなわち不特定の者に宛てられた意思表示 (Willenserklärung mit unbestimmtem Adressaten: Unbestimmt adressierte Willenserklärung) とに意思表示を区別すべきことを提唱するのである (S. 342)。前者は特定の私人または官庁に対してなされる意思表示で、後者は不特定の個人々々 (偶然の取得者) が多数の利害関係人ないし利害関係のあるグループ全体に向けられる意思表示で、多数の利害関係人に向けられた意思表示としては、遺言、懸賞広告などが挙げられている。

以上のことから、意思表示を受領を要する意思表示と受領を要しない意思表示とに区別する通説に反対する Mangl. によれば、例えば、B の報酬により A が自筆証書を B に交付したが、実際には B と通謀して B を相続人と指定したものであり、しかも、A がこの遺言を撤回することなく死亡した場合、遺言を「相手方に対してなされうべき」意思表示であるとの理由からのみ B を相続人と解するのは BGB 一一七条の Ratio に反する、とされることになる (S. 308)。そうして、彼によれば、このことは「心裡留保 (狭義)」について

も受遺するであろうから、「心裡留保(狭義)」による遺言は、受遺者が当該の遺言につき悪意であれば同一六条二文に従って無効、という点に恐らくは帰着すると思われる。しかし、意思表示を *Manick* のように区別すべきか否かは非常に困難な問題であるから、*Manick* ではその紹介だけに止めることにする。

なお、*Manick* の法律行為論ないし意思表示論を紹介した日本語文献として、中島(玉)・前掲「法律行為ノ觀念」京都法学会雑誌五卷六号七四頁以下、小橋一郎「マニックの意思表示論」民商法雑誌三九卷四・五・六号六九一頁以下(一九五九年[昭和三四年])、浜上則雄「意思実現」の代理——マニックの所説より——阪大法学三二号四〇頁以下(一九五九年[昭和三四年])、朝田良作「マニックの法律行為論——現代法律行為論の一手懸りとして——」法と政治三三卷三三六頁以下(一九八一年[昭和五十六年])、などがある。

- (4) Lange, Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers. In: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 1932, Bd. 82, S. 7; ders., Das Recht des Testamentes, 1937, S. 122; ders., a. a. O., BGB, Allg. Teil, S. 335~336; ders., Lehrbuch des Erbrechts, 1962, S. 370~371; Bleier, Erbrecht, 1949, S. 36; Model, Testamentrecht, 2. Aufl., 1964, S. 41; Bartholomeyczik, a. a. O., S. 118; v. Lübtow, Erbrecht, 1. Halbbd., 1971, S. 306; Bartholomeyczik-Schlüter, a. a. O., S. 133~134; Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 2. Aufl., 1978, S. 500; Brox, Erbrecht, 9. Aufl., 1984, Rdn. 252, S. 142; Schlüter, Erbrecht, Ein Studienbuch (begr. v. Bartholomeyczik), 12. Aufl., 1986, S. 138~139.
- (5) Lange, a. a. O., Lehrbuch des Erbrechts, S. 370; Lange/Kuchinke, a. a. O., S. 500.
- (6) Lange, a. a. O., Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers, S. 7, Anm. 2; ders., a. a. O., Lehrbuch des Erbrechts, S. 370; v. Lübtow, a. a. O., S. 306.
- (7) Lange, a. a. O., Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers, S. 7; ders., a. a. O., BGB, Allg. Teil, S. 335; Bartholomeyczik, a. a. O., S. 118; v. Lübtow, a. a. O., S. 306; Bartholomeyczik-Schlüter, a. a. O., S. 133~134; Brox, a. a. O., Erbrecht, Rdn. 252, S. 142; Schlüter, a. a. O., S. 139.
- (8) Lange, a. a. O., Lehrbuch des Erbrechts, S. 370; Lange/Kuchinke, a. a. O., S. 500.
- (9) Lange, a. a. O., Lehrbuch des Erbrechts, S. 370~371; Lange/Kuchinke, a. a. O., S. 500.

第三節 要 約

以上、「心裡留保（広義）」を「心裡留保（狭義）」と非真意思表示とに分け、「心裡留保（狭義）」そのもの（第一草案九五条↓第二草案九一条↓修正第二草案一二二条↓第三草案一二二条↓BGB一一六条）および非真意思表示そのもの（第一草案九七条↓第二草案九三条・九七条↓修正第二草案一二四条・一一八条↓第三草案一二四条・一一八条↓BGB一一八条・一二二条）に対するBGBの起草者の立場をも紹介した上で、BGBの起草者およびBGB施行後の学説が「心裡留保（狭義）」による遺言および非真意思表示による遺言の効力のあり方をそれぞれどのように解しているかを概観してきた。そこで、最後に、この問題に関するドイツ法の考え方をまとめるなら次のとおりである。

〔一〕「心裡留保（狭義）」による遺言

まず、「心裡留保（狭義）」による遺言の効力のあり方に関するBGBの起草者の考え方およびBGB施行後の学説を有効説、一部有効・一部無効説、無効説の順で要約し、そのそれぞれの論拠をここでまとめておくことにする。

〔1〕有効説

有効説の論拠は次のとおりである。

- 〔1〕「心裡留保（狭義）」によって遺言を作成する事例が非常に稀で、また、当該の遺言が「心裡留保（狭義）」によるものであることを証明することも非常に困難であるから、かかる遺言を有効視したとしても不都合は生じない（第二委員会の〔2〕の（1）のa——なお、第一委員会の〔2〕の（1）の（4）参照）。

(2) BGB 一一六条二文によれば受領を要する意思表示のみが無効となりうるのだから、受領を要しない意思表示の一類型である遺言が「心裡留保（狭義）」を理由として無効になる余地は全く存しない（学説の〔1〕の①）。

(3) 遺言者に遺言を玩ぶ権限は存しない（第二委員会の〔2〕の①の①のb）。

(4) 「心裡留保（狭義）」による遺言が有効視されても、被相続人たる遺言者は不利益を被ることにならず、もし「心裡留保（狭義）」による遺言が無効視されるなら、遺言者の撤回権の存在意義が失われることにもなる（第二委員会の〔2〕の①の①のc）。

(5) 外形上瑕疵のない遺言により指定された相続人は、かかる遺言が無効視されるまでは被相続人の遺産を占有しうる、という規定でももしあるのなら、その限りで保護されることになるが、かかる規定が存しない以上、「心裡留保（狭義）」による遺言を有効視すべきである（第二委員会の〔2〕の①の①のe）。

(6) もし「心裡留保（狭義）」による遺言を同一一六条一文により有効視しないならば、遺言の効力を否認する機会がより多くなる（第二委員会の〔2〕の①の①のd）。

(2) 一部有効・一部無効説

これは、BGB 施行後に登場した学説で、「表示受領者」（相手方）が「心裡留保（狭義）」について悪意である場合にはその「表示受領者」（相手方）を保護する必要がない、とBGB 一一六条二文についてBGBの起草者が考えたように、受領を要しない意思表示についても当該の表示に基づいて権利を取得する者が悪意の場合には同一一六条二文を適用ないし類推適用する立場である（学説の〔1〕の②の①）。もっとも、この立場を採る者が遺言に対してまでも同一一六条二文を適用ないし類推適用する余地を認めるべきだと考えているか否かまでは、必ずしも明らかではない。

しかし、もし遺言についてもこのことが肯定されるべきだとするなら、「心裡留保（狭義）」による遺言は、当該表示から権利を取得する者（例、相続人指定遺言なら当該の遺言によって相続人として指定された者）が「心裡留保（狭義）」について善意なら同一一六条一文により有効、反対に悪意なら同条二文の適用ないし類推適用により無効、と解されるべきことになる。

[3] 無効説

無効説の論拠は次のとおりである。

(1) 「心裡留保（狭義）」による遺言が稀にしか生じないということは当該の遺言を有効視すべきであることの決定的な論拠とはならない（第二委員会の[2]の(1)の(㉔)のe）。

(2) 「心裡留保（狭義）」規定の立法趣旨は取引の安全保障にあるのだから、非取引行為たる遺言に対しては同条を適用すべきではない（第二委員会の[2]の(1)の(㉔)のa、学説の[3]の[2]の(2)の(㉔)）。

(3) 遺言が受領を要しない意思表示だというのなら、受遺者に対する保護の必要性のごときものは存在しないにもかかわらず、通説（有効説）は、「受領を要しないこと」を強調して結果的に受遺者を保護しているのだから、首尾一貫していない（学説の[3]の[2]の(2)の(㉔)）。

(4) 被相続人による遺言の撤回可能性も「心裡留保（狭義）」による遺言を無効となしえないことの論拠にはならない（学説の[3]の[2]の(2)の(㉔)）。

(5) 「心裡留保（狭義）」による遺言を有効視するなら遺言の効力を否認する機会がより多くなるとの有効説の懸念はいわれのないものである（第二委員会の[2]の(1)の(㉔)のf）。

(6) 害意ある表意者は自己の表示に拘束されねばならない、との原則に従い、「心裡留保（狭義）」による遺言を当該遺言書の記載のとおり有効となすなら、これにより実際に不利益を被るのは既に死亡している被相続人ではなくしてその相続人その他の利害関係人であるから、不当な結果を生ずることになる（第一委員会の(2)の(1)の(4)、第二委員会の(2)の(1)の(4)のd)。

(7) もし「心裡留保（狭義）」による遺言を有効視するなら、場合によっては、被相続人と通謀した者の手に当該の財産が渡ることになってしまう。更にまた、遺言は法形式上受領を要しない法律行為であるから、右の場合においても第一草案九五条二文↓BGB一一六条二文を適用する余地がなく、したがって、不当な結果が生ずることになる（第一委員会の(2)の(1)の(4)、学説の(1)の(2)の(4)）。

(8) 「心裡留保（狭義）」による遺言を無効視するとして、表見的受遺者からの第三取得者の保護については別に法的保護の措置を講ずればよい（第二委員会の(2)の(1)の(4)のb)）。

(9) 贈与と遺言とが類似するとの指摘は、「心裡留保（狭義）」による贈与を有効視することが非常に疑わしいことを考慮の外に置いたとしても、是認されえない（第二委員会の(2)の(1)の(4)のc)）。

(10) 第一草案が模範とした普通法学において、無効説に対する何等の異論も提出されていない（第二委員会の(2)の(1)の(4)のg)）。

〔二〕 非真意表示による遺言の場合

次に、非真意表示による遺言が無効視されるべきことにつき、BGBの起草者およびBGB施行の後の学説におい

てこれに反対する立場は見られない。そうして、かかる遺言が無効視されることの論拠は次のとおりである。

(1) BGB 一一八条は原則としてすべての意思表示に適用される(学説の□)。

(2) 非真意表示による遺言が無効とされるのは「意思教説」に合致するからである。すなわち、遺言(終意処分)においては表意者の意思が生前行為におけるよりも一層尊重されるべきである(第一委員会の(2)の(1))。

(3) 遺言は、受領を要しない単独行為であるから、受領を要する意思表示に対してのみ適用される規定(第一草案九七条三項)の適用を受けえない(第一委員会の(2)の(2)の□)。

(4) 「心裡留保(狭義)」による遺言が無効視すべきだとの論拠は、重過失によりなした非真意表示を有効視すべきだとする規定(第一草案九七条二項)を遺言に対しては適用しないことの論拠にもなる(第一委員会の(2)の(2)の□)。

(5) 遺言は、取引行為ではないから、取引、誠意、契約締結上の過失、注意義務および信賴の裏切といったものを特に顧慮した非真意表示規定の適用を受けえない(第一委員会の(2)の(2)の□)。

(6) 被相続人が非真意表示による遺言を撤回せずに死亡した場合に、受遺者とされた者が当該の遺言を有効にさせたいと欲したとしても、このような受遺者が法律によって保護されるべきでないことは明らかであろう(第一委員会の(2)の(2)の□)。

第四章 結 論

以上、「心裡留保(広義)」による遺言の法的効力のあり方いかんに関する日本・ドイツ両法上の議論をそれぞれ概

観してきた。そこで、以下では、まず、日本・ドイツ両法上の議論中に現われたそれぞれの論拠を検討することにする(四)。次に、右の検討を通じて析出された遺言の諸特殊性を十分に踏まえた上で「心裡留保(広義)」による遺言の効力のあり方を決定することにする(五)。そうして最後に、「心裡留保(広義)」による包括遺贈を私見のごとく無効と解する場合に特に生ずる問題点についても一応の検討を加えておくことにする(六)。

(一) 日本法およびドイツ法上の議論の検討

(1) 日本法上の議論の検討

日本法においては、総則編の通則性を肯定すべきか否かの議論が「心裡留保(広義)」による遺言の効力のあり方いかんを決定するに当たって大きな影響を及ぼしてきたが、親族・相続両編に対する総則編の通則性を原理的に否定する学説が今日においてはほぼその姿を消していることから、以下では、総則編の通則性を否定することからこの問題の結論を演繹的に導き出す広浜・中川(旧)説を検討の対象外に置くことにし、そうして、その上で、「心裡留保(広義)」による遺言の効力のあり方に関する考え方を有効説、一部有効・一部無効説、無効説の順で検討することにする。なお、その際、日本民法はその九三条にいわゆる「心裡留保(広義)」を「心裡留保(狭義)」と非真意表示とに区別していないから、ここでも両者を殊更には区別せずに一括して日本法上の議論の検討を進めることにする。

(1) 有効説の論拠の検討

(イ) まず、総則編の通則性を肯定しつつ、日本民法九三条但書にいわゆる「相手方」とは相手方ある意思表示にお

けるその相手方に他ならないから、相手方のない意思表示に対して相手方ある意思表示のみについての規定たる同条但書を適用する余地は法形式上存在せず、したがって、心裡留保による遺言を同条本文により有効視すべきだ、と主張する立場がある。しかし、かかる形式論理でこの問題を決すべきではない、と思われる。すなわち、そもそも「相手方ある意思表示」と「相手方のない意思表示」とを区別する実益の主たるものは、当該の意思表示が隔地者間においてなされたときに相手方に到達することを要するか否かの点にあり、⁽¹⁾ そうして、「相手方のない」ということは、到達を要しないとされる限りにおいて、表意者の利益を保護する意義をもっているはずである。他方、同九三条但書は、相手方ある意思表示において表意者の利益を保護しうる場合のあることを規定した条項だから、表意者の利益保護という点においてはむしろ相手方のない意思表示において到達不要と解されることの方に親近性をもつはずのも、と見ることができる。したがって、遺言には相手方がないという形式的理由だけで心裡留保による遺言に対して同条但書の適用を排除する有効説は、意思表示の効力発生との関係で表意者の利益保護を意図する法理を用いつつ却て表意者の利益保護を意図する条項の適用を排除する結果へと導くものであり、その点で一種の自己矛盾を来たすもの、と思われるのである。そうして、右の批判は、「身分法」ないし「家族法」を主として親族法の意味に解して遺言に対する総則編の通則性を原則的に肯定しつつもおよそ遺言が相手方のない単独行為であることを論拠として心裡留保による遺言を有効視する立場についても同様に当てはまるもの、と思われる。

(四) 次に、有効説は、遺言（遺贈）を含む相手方のない意思表示が心裡留保によりなされた場合にこれを有効視する実質的な論拠として、不特定の者を対象とする意思表示を心裡留保によりなした者を保護する必要性が存しない、ということを挙げている。そこでこの論拠を検討するに、遺言の中でも特に遺贈が懸賞広告や所有権の放棄のごとく

不特定の者を対象とするものか否かの論議はこれを暫く措くとしても、遺言（遺贈）は、相手方のない意思表示の中でも懸賞広告や所有権の放棄のごとき生前行為とは異なり、行為者の死亡のときからその効力を生じる死因行為である。したがって、それが効力を生ずべきときには、行為者はもはや存在しないはずである。そうすると、死因行為においては、行為者自身に当該の行為から生ずべき義務を履行させることや心裡留保による行為をなしたことに對する不利益を負わせることがそもそも不可能であり（行為者の法定相続人に対して右の不利益を負わせるべきか否かについては後述する）、したがって、行為者自身を法的に保護すべきか否かのごときは初めから全く問題となりえないはずである。有効説の右の論拠を死因行為については認する余地は存しない、と思われる。

い 最後に、有効説中には、遺言を「財産法」的な事項を内容とする遺言と「身分法」的な事項を内容とする遺言とに分け、前者については総則編の通則性を肯定する立場に従って心裡留保による遺言を九三条本文により有効、後者については総則編の通則性を否定して「身分法」における「意思主義」の原則に従ってこれを無効、と解する立場がある。そうして、この立場に従えば、本稿で問題にしている遺贈は前者に属するから、心裡留保による遺贈は同条本文により有効視されるべきことになるのだが、そうすると、この立場に対しては、右(イ)——とりわけ(イ)——の批判が基本的には妥当するはずであり、したがって、この立場を採りえないことも明らかだ、と思われる。

(2) 一部有効・一部無効説の論拠の検討

(イ) この学説中には、九三条但書にいわゆる「相手方」の意味内容いかんを問題視してこれを「他人」すなわち利害関係人と解するもの、および、右の「相手方」を相手方ある意思表示におけるその相手方と一応は解しつつ、しかし、相手方のない意思表示に対しても同条但書を類推適用するもの、がそれぞれある。したがって、この立場によれ

ば、心裡留保による遺贈は、受遺者が善意・無過失なら九三条本文により有効、反対に受遺者が悪意・有過失なら同条但書により無効、と解されるべきことになる。そこで思うに、相手方のない意思表示の中でも懸賞広告や所有権の放棄のごときものにおいては、当該の行為（表示）の外形を信頼した者との関係では信頼を惹起すべき外形を作出した法的責任を行為者自身に負わすべき余地が十分に存するのに反して、遺言（遺贈）⁽²⁾においては、遺言者は、遺言を受ける者（受遺者）に知られることなくこれを作成することが可能であり、また、遺言を受ける者（受遺者）が仮に遺言の事実を知っていたとしても、遺言者はその遺言を任意に撤回しうるのだから（二〇三条）、受遺者の信頼保護のごときはそもそも問題となる余地が存せず、したがってまた、信頼を惹起すべき外形を作出したことに伴う法的責任のごときものが生じる余地も存しないはずである。行為（表示）の外形を信頼した者を保護すべきことに立脚するこの立場は遺言の有効・無効の問題との関係では採られるべきでない、と思われる。

(ロ) 次に、真意欠缺の客観的に明らかな遺言を当然に無効、真意欠缺の客観的に明らかな遺言については九三条本文によりこれを有効、と解する学説がある。しかし、この学説は、真意欠缺の客観的に明らかな遺言を有効視する特段の論拠を挙げていないのだから、九三条本文適用説に対する前述の批判が結局は当てはまることになる。

(3) 無効説の論拠の検討

(イ) まず、総則編の通則性を制限して遺言を「財産行為」上の事項と内容とするものと「身分行為」上の事項と内容とするものとに分けつつも、遺言が遺言者の真意を尊重する制度に変わりはないとして、右のいずれの場合においても心裡留保による遺言を無効、と解する立場がある。そこでこの立場を検討するに、まず、この立場によれば、結局は心裡留保による遺言はすべて無効視されるから、この点において遺言を右の二つに區別して考える実益は存しな

いことになる。また、この立場は、心裡留保による遺言を無効視する論拠として、遺言が遺言者の真意を尊重する制度であることを挙げているのだが、前述のごとく、遺言においては、遺言を受ける者（例、受遺者）に対して行為（表示）の外形に対する信頼の保護を認める必要性が存しないのだから、かかる意味での取引の安全保護の要請が存せず、そのようにして、遺言の有効性を信頼したことに基づく利益を受遺者に受けさせる特段の論拠が存しないとしたら、遺言者の最終意思の方が尊重されるべきことを妨げる特段の事情も在しないことになり、無効説の右の論拠はこの点で正当、と思われる。

(四) 次に、総則編の通則性を原則的に肯定しつつも、遺言を「財産行為」を内容とするものと「身分行為」を内容とするものとに分け、そうして、前者については、遺言が相手方なき単独行為であること、および、遺言が死因行為であること、に恐らくは基づき、九三条の適用を排除する立場がある（なお、この立場は、後者が心裡留保による場合には「身分行為」上の原則に従ってこれを無効視する）。そうして、この立場によれば、心裡留保による遺言は、前者に属するものとして九三条の適用を排除されて無効視されることになる。そこで思うに、既に述べたごとく、相手方ある意思表示と相手方のない意思表示とを区別する主要な実益は当該の意思表示が隔地者間でなされた場合に相手方に到達することを要するか否かの点にあり、しかも、相手方のない意思表示の中でも所有権の放棄や懸賞広告のごときものにおいては、当該の行為（表示）の外形を信頼した者を保護すべき必要はあるのだから、法形式上相手方のないということ自体がそれだけで無効説の積極的な論拠となるものではない、と思われる。しかし、次に、遺言が死因行為であることとの関係では、死因行為たる遺言においては、それが効力を生ずべきときに行為者は既に存在せず、したがって、遺言の効力を問題視するのは遺言者の側（例、法定相続人）と遺言を受ける者の側（例、受遺者）とであって、

心裡留保による遺言を有効視することが遺言を受ける者の側の利益を保護することに、反対に、かかる遺言を無効視することが遺言者側を保護することに、それぞれ帰着することに注意すべきである。そうして、死因行為においては、行為者とその法定相続人とは別人格だから、真意を伴っていない外形を作出したことに對する法的責任を右の法定相続人に負わせることが当然にはできず、他方、心裡留保をなした遺言者の地位を遺言者の法定相続人が相続法の一般原則に従ひ包括的に承継するとしても、前述のごとく、遺言においては任意の撤回が遺言者に認められているのだから、行為の外形を作出したこと自体の法的責任のごときものを遺言者自身がそもそも負わないはずであり、遺言者自身がそもそも負わなくてよい法的責任のごときものをその法定相続人に負わせることもまたできないはずである。かくて、無効説のこの論拠は一応の理由がある、と思われる。

い 最後に、総則編の通則性を原則的に肯定しつつも、遺言者の「真意」ないし最終意思を尊重すべきことを理由として心裡留保による遺言を無効視する立場がある。そうして、このことが心裡留保による遺言の効力のあり方いかんを決定する上で顧慮されて然るべきであることは既に述べたとおりであるから、この立場はこの点において正当である。

(1) 第一章註(13) 参照。なお、於保博士は、相手方ある意思表示(行為)と相手方ない意思表示(行為)とを区別する実益として、法律行為の効力発生時期の他にも、撤回、取消、解釈等々について法的処理のあり方が異なることを挙げている(同・前掲・民法総則講義一六三頁)。

(2) これについては、須永・前掲・民法総則要論一七七―一七八頁を参照されたい。

[2] ドイツ法上の議論の検討

次に、「心裡留保(広義)」による遺言の法的効力のあり方いかんに関するドイツ法上の議論を検討することにする。

その際、ドイツ法においては、BGBの起草の当初から今日に至るまで一貫して、総則編の通則性が前提とされ、且つ、「心裡留保（広義）」が「心裡留保（狭義）」と非真意表示とに殊更に区別されて議論されてもきていることから、以下では、総則編の通則性を前提とした上で、まず、「心裡留保（狭義）」による遺言の効力のあり方を有効説、一部有効・一部無効説、無効説の順で検討し、次いで、非真意表示による遺言の効力のあり方に対するドイツ法の立場を検討することにする。

(1) 「心裡留保（狭義）」による遺言

(i) 有効説の論拠の検討

a まず、有効説は、「心裡留保（狭義）」により遺言を作成するケースが非常に稀で、しかも、「心裡留保（狭義）」であることの証明も困難であるから、このケースが実務上殆ど問題とならず、したがって、かかる遺言を殊更に無効視することの必要性が存しない、と主張する。確かに、「心裡留保（狭義）」により遺言を作成するケースは非常に稀で、「心裡留保（狭義）」であることの証明も困難であり、しかも、このことは、現行BGB下で公証人によって作成される公の遺言（*Öffentliches Testament*——BGB二三二・二三三・二三三三条、証書作成法一条以下・六条以下・八条以下・二二条以下・二七条以下参照）について特に当てはまるように思われる。しかし、「心裡留保（狭義）」による遺言のケースが稀であって實際上殆ど問題にならないということは同時にかかる遺言を無効視することの論拠ともなりうるものであり、そうしてまた、起こりうべき問題について妥当な解決を予め用意しておくことは法律解釈学の重要な任務の一つでもあるのだから、右の論拠は特に重要視されるべきではないであろう。

b 次に、有効説によれば、遺言が受領を要しない単独行為だから、受領を要する意思表示のみにについての規定た

るBGB一一六条二文を遺言に適用する余地は存せず、したがって、「心裡留保（狭義）」による遺言は同条一文の適用を受けて常に有効、とされることになる。しかし、かかる形式論理でこの問題を決すべきではないことは日本法についての検討の当該箇所ですべて述べたとおりである。

c 更に、有効説は、遺言者には遺言の自由があるとはいえ、遺言を遊ぶ権限までは有しない、ということ論拠として、「心裡留保（狭義）」による遺言を有効視すべきだ、と主張する。しかし、これには次のような難点があるように思われる。すなわち、まず、遺言においては欺罔の意図を伴って当該行為をなしたこと自体の法的責任のときものを行為者自身に負わしめることがそもそも不可能であり、また、行為者の地位を包括的に承継した法定相続人に対して右の法的責任を帰せしむるか否かについても、行為者とは別の法的人格たるその法定相続人に右の法的責任のときものを当然に負わしめるべきではない、と考えることに一応の理由があるだけではなく、そもそも行為者自身が負わない法的責任のときものを行為者の法定相続人に負わしめるべきでない、ということは先にも指摘したとおりである。次に、そもそも法定相続人には相続を承認するか放棄するか自由があるのだから（BGB一九四二条以下——日本民法九一五条以下参照、法定相続人といえども被相続人たる遺言者の地位、したがってまた、「心裡留保（狭義）」を援用しえないという遺言者の法的地位を常に当然に承継するものではない、ということにも一応留意すべきであろう。そうして、最後に、本稿で特に問題視している包括遺贈にほぼ相当する制度として、BGBは遺言による相続人の指定（相続人指定遺言）を定めているが（同一九三七条）、「心裡留保（狭義）」による遺言により相続人と指定された者がこの遺言の有効性を主張するということは当該の遺言を有効視すべき理由（遺言者が遺言を弄んだこと）をも認容することに帰着するはずだから、そうすると、欺罔の意図を伴って行為をなしたことに基づく不利益を

承継すべき指定相続人が欺罔の意図ある遺言から利益を受けることとなり、これをいかに考えるべきか、という疑問にも有効説は直面しなければならないことになるであろう。

d また、有効説は、遺言者には既に任意の撤回権があるのだから、欺罔の意図を伴って遺言を作成した者に対して更に「心裡留保（狭義）」を理由とする無効の主張までも認める必要は全く存せず、しかも、もし「心裡留保（狭義）」の援用を許すなら遺言の撤回権の存在意義が失われることになる、と主張する。しかし、そもそも遺言の撤回は遺言者の最終意思に基づき作成された真正な遺言についての制度であるから、遺言者の最終意思に基づかないで作成された遺言は撤回をもちだすまでもなく効力を有しない、と考えることは十分可能であり、また、最終意思を伴っていない遺言をも遺言者は撤回しうるとの立場を採ったとしても、遺言者が撤回権を行使せずに当該の遺言を放置していたという事実から、当該の遺言が遺言者の最終意思に基づくものであるとまで直ちに推論することは無理であろう、と思われる。遺言の撤回権が「心裡留保（狭義）」による遺言を有効視する論拠にならないことは明らかである。

e 次に、有効説は、外形上瑕疵のない遺言であれば指定相続人がそれだけで遺産を占有しうるという規定でももしあるのなら、かかる遺言が無効視されるまでは右指定相続人が被相続人の遺産を占有しうるから、その限りで右指定相続人が保護されることになるのだが、かかる規定が存しない以上、「心裡留保（狭義）」による遺言は無効視すべきではない、と主張する。しかし、「心裡留保（狭義）」による遺言の効力のあり方を決するに際して正当な論拠が他に存するのなら、その論拠に基づいてこれを決すべきであり、したがって、有効説のこの論拠は決定的ではない、と思われる。

f 最後に、有効説は、無効説に従うなら遺言の効力を否認する機会がそれだけ増加し、その結果、表見的受遺者

からの第三取得者の保護の問題が重大化する、と懸念する。確かに、遺言を無効視する機会が多くなれば、問題の解決がそれだけ複雑・困難化することは疑いのないところである。しかし、「心裡留保（狭義）」による遺言を無効視したとしても、そのことにより生ずる表見的受遺者の保護およびその者からの第三取得者の保護の問題については、然るべき方策を別に講じることが可能ならそれで解決しうるはずであり、且つ、そのような方策は後述のごとく現行法において十分に備えられているから、有効説の右の懸念はこの問題を考えるに際して特に重要視されるべきものではない、と思われる。

(四) 一部有効・一部無効説

この学説は、B G B 一一六条二文の立法趣旨、すなわち、「心裡留保（狭義）」について悪意である「表示受領者」（相手方）に対する関係では当該の意思表示を無効としてもその「相手方を欺罔しあるいは侵害する可能性が存しない」、ということに基づき、「心裡留保（狭義）」による遺言を、利害関係人が悪意であれば無効、反対に善意であれば有効、と解する学説である。しかし、前述のごとく、遺言においては行為（表示）の外形を信頼した者を保護する必要性が存在しないから、この論拠が遺言について妥当しないことは明らかであろう。

(イ) 無効説の論拠の検討

a 無効説は、「心裡留保（狭義）」による遺言が稀にしか生じないことを認めつつも、だからといってこのことから遺言を有効視すべき決定的な理由となるものではない、と主張する。そうして、このことが正当な主張であることは既に述べたとおりである。

b 無効説は、B G B 一一六条の立法趣旨が取引の安全保障にあるのだから、非取引行為たる遺言に対して同条を

適用すべきでない、と主張する。そうして、既に何度も指摘したごとく、遺言においては、行為（表示）の外形を信頼した者を保護する必要性が存しないから、取引の安全の保護を図る規定を遺言に対して適用すべき余地も存しないこととなり、したがって、無効説の右の論拠はその限りで正当、と思われる。

c 無効説は、撤回権の存在が「心裡留保（狭義）」による遺言を有効視する論拠とはならないと主張するが、この主張が正当なものであることは既に述べたとおりである。

d 無効説は、「心裡留保（狭義）」による遺言を無効視するなら遺言の効力を否認する機会が多くなるとの有効説の懸念がいわれのないものである、と主張する。そうして、有効説のこの論拠が必ずしも説得的でないことは既に述べたとおりである。

e 無効説は、遺言が効力を生ずるときには表意者は既に存在しない、という死因行為としての遺言の特殊性を強調して、もし「心裡留保（狭義）」の援用は許されないと原則をそのまま遺言に対して適用するなら、この場合に不利益を被るのは既に死亡している遺言者本人ではなくして遺言者側（例、遺言者の法定相続人）の方であり、したがって、有効説は不当だ、と主張する。そうして、この主張が理由あることは日本法上の議論を検討する際に既に指摘したとおりだから、有効説に対する無効説のこの批判はその限りで正当、と思われる。

f 無効説は、「心裡留保（狭義）」による遺言を有効視するなら、場合によっては、被相続人と通謀した者の手にその遺産が渡ることになり、不当な結果が生ずることになる、と主張して、有効説を批判する。確かに、右の場合に当該の遺言を有効視する理由は存しないであろうが、右の結果を回避することのみを目的として「心裡留保（狭義）」による遺言をすべて無効視する必要はないであろうから、無効説のこの論拠は必ずしも説得力あるものとはい

えないであろう。

g 無効説は、「心裡留保（狭義）」による遺言を無効視するとして、表見的受遺者からの第三取得者の保護については別に相応の法的措置を講ずれば十分だ、と主張する。思うに、「心裡留保（狭義）」による遺言を無効視すべき正当な理由があるなら、そうすべきであり、そうして、そのように解した場合でも表見的受遺者およびそれからの第三取得者の保護の措置を予め別に考えておくことは可能だから、無効説のこの主張はその限りで正当であろう。

h 無効説は、「心裡留保（狭義）」による遺言の効力の問題を贈与と遺言とが類似するとの視点から考えるべきではない、と主張する。そこで、この論拠を考えるに、贈与と遺言とが類似する点があるとしても、ここでの問題は遺言それ自体の特殊性に基づいて考えられるべきであるから、無効説のこの主張にはその限りで理由がある、と思われる。

i 無効説は、第一草案が模範とした普通法学において、無効説に対して何等の異論を唱えられていない、ということとその論拠に置いている。しかし、このことが今日において無効説の積極的な論拠となるものではないことはいうまでもなからう。

(2) 非真意表示による遺言

非真意表示による遺言をBGB一一八条により無効視すべきことに反対する見解は、BGBの起草者およびBGB施行後の学説において見受けられない。そうして、かかる遺言を無効視すべき論拠として、BGBの起草者および右の学説が指摘している諸点については、次のことが考えられる。

a まず、BGBにおいては総則編の通則性が前提とされ、したがって、同一一一八条は原則としてすべての意思表

示に適用されるから、非真意表示による遺言もまた無効視されるべきことになる、と主張する立場がある。しかし、もし遺言に対する総則編の通則性を前提とするなら、「心裡留保（狭義）」による遺言は総則編中の同一一六条一文に従って有効視されざるをえないことにもなりそうであり、したがって、総則編の通則性から演繹的にこの問題を決するこの立場は必ずしも説得的でない、と思われる。

b 遺言（終意処分）においては表意者の意思が生前行為におけるよりも尊重されるべきである、という遺言の特殊性が非真意表示による遺言を無効視する論拠として挙げられているが、この論拠が正当であることは既に述べたとおりである。

c 無効説中には、受領を要しない単独行為たる遺言においては受領を要する意思表示に対してのみ適用される規定は適用されえない、ということ論拠に挙げるものがある。しかし、前述のごとく、受領を要する意思表示と受領を要しない意思表示とを区別する主要な実益は当該の意思表示が隔地者間においてなされたときに表示受領者（相手方）に到達を要するか否かにあるのだから、受領を要しないことが非真意表示による遺言を無効視する積極的な論拠とはならず、したがって、無効説のこの論拠は理由がない、と思われる。

d 「心裡留保（狭義）」による遺言を無効視すべきだとするなら重過失による非真意遺言も同様に無効視すべきだと解する立場がある。しかし、前述のごとく、遺言は死因行為であって、害意や重過失という表意者の主観的事情は当該の遺言の効力を一義的には決しえない、ということとを顧慮するとき、無効説のこの論拠には理由がない、と思われる。

e 無効説は、遺言が非取引行為であることを理由として、取引行為についての規定を遺言に対して適用すること

を否定する。そうして、前述のごとく、遺言においては、行為（表示）の外形を信頼した者を保護する必要性が存せず、したがって、かかる意味での取引の安全保護の要請が存しない以上、無効説のこの主張は正当である。

「無効説は、被相続人が非真意表示による遺言を撤回せずに死亡した場合に、受遺者とされた者が当該の遺言の有効を欲したとしても、かかる受遺者が法律によって保護されるべきでないことは明らかだ、と主張する。そうして、遺言において受遺者の信頼を保護すべき要請が存せず、むしろ、遺言者の意思の方が尊重されるべきであることは既に繰り返し指摘してきたとおりであるから、無効説の右の主張はその限りで理由がある、と思われる。」

〔二〕 心裡留保による遺言の効力のあり方

以上、「心裡留保（広義）」による遺言の効力のあり方に関する日本・ドイツ両法上の議論をそれぞれ検討してきた。そうして、これまでの検討の過程から、筆者がかかる遺言を無効視する立場の方に親近感を懷くに至っていることは確かである。しかし、以上の検討を通して、「心裡留保（広義）」による遺言の効力のあり方を決するに当たり特に重要な意義をもつと思われる・遺言の特殊性として、次の幾つかのものも自ら浮かび上がってきているように思われる。すなわち、遺言が死因行為であること、非取引行為として行為（表示）の外形を信頼した者を保護する必要性がそもそも存しないこと、遺言においてはとりわけ表意者の「真意」ないし最終意思こそが尊重されるべきであること等々、というのがそれである。そこで、以下では、煩を厭わず、法律行為としての遺言の持つこれらの特殊性という視点から「心裡留保（広義）」による遺言の効力のあり方を再度検討した上で、本稿の最終的な結論にしたい、と考える。

なお、前述（第二章第二節③の末尾）の加藤（永）教授が挙げる遺言の特殊性のうち、遺言の要式性の問題は本稿の問

題を考察するに際して避けては通ることのできない問題のように思われるから、これについてもここで検討を加えることにする。

[1] 遺言が死因行為であることとの関係

遺言は、原則として行為者の死亡のときからその効力を生ずる死因行為である。したがって、遺言においては、行為者自身に当該行為の効力を及ぼすことがそもそも不可能であって、当該行為に基づく義務の履行者ないし当該行為に対する責任を負う者が通常では行為者自身とは別の法的な人格者たるその法定相続人ということになる。そうして、このことから、行為者自身の主観的事情と当該行為の法的効果のあり方とを直接且つ一義的に結び付けることは些か困難、と思われる。すなわち、「心裡留保（狭義）」による遺言を有効視したとしても、このことが行為者自身に対する制裁とは決してなりえず、しかも、行為者の法定相続人は行為者自身でないのだから、これに伴う不利益を行為者の法定相続人に負担させるべしとしてかかる遺言を有効視することが当然には肯定されえず、そうしてまた、この点で死因行為においては「心裡留保（狭義）」と非真意表示とを殊更に区別する必然性のごときものも存しない、と一応思われるのである。

しかし、遺言が死因行為であることから導かれることはせいぜい右のことまでであって、死因行為たることのみから「心裡留保（広義）」による遺言を有効視すべきか無効視すべきかの問題までもが一義的に決せられるわけではない、と思われる（なお、本稿で問題としている包括遺贈においては、当該遺贈の有効性を主張することが相続人たる地位の引受けを意味することにもなることに基つき、真意を伴っていない外形を作出した地位を承継しつつ当該遺贈の有効性を主張する包括受遺者は当該遺贈の有効性を主張することについての正当な利益を有しないのではないか、

という疑問が生じることにも留意すべきではあるが)。ただし、死因行為たる遺言がその効力を生じるとき、同時にまた、相続法の一般原則により（日本民法八九六条、BGB一九二二条、真意を伴っていない外形を作出した行為者自身の地位（したがってまた、これに基づく法的責任ないし不利益の負担という）ときものを考える余地ありとするなら、それも）がその法定相続人に包括的に承継される、ということをも否定する特段の論拠を見出すこともまた困難だからである。

(2) 遺言が非取引行為であることとの関係

遺言は、非取引行為であって、受遺者その他の利害関係人に知られることなく作成されるのみならず、遺言者により任意に撤回されうる（日本民法一〇二二条以下、BGB二三三条以下）。したがって、遺言においては、遺言の存在ないし外形に対する利害関係人の信頼保護の要請は実定法上原理的に無視されているのであり、だからまた、利害関係人の信頼を惹起すべき外形を作出するに至った行為者の主観的事情やかかる外形を作出したこと自体に対する行為者の法的責任のごときものが当該行為の法的効果のあり方との関係で問題となる余地もそもそも存しない、ということになるはずである。⁽¹⁾そこで、このことから、まず、遺言においては、遺言者の欺罔の意図の有無に基づき「心裡留保（狭義）」と非真意表示とを当該行為の法的効果のあり方との関係で殊更に区別する必要性ないし実益は全くしないことになり、日本民法九三条が両者を一括しているのとおり、「心裡留保（広義）」の問題として一括してこれを考察することが適切且つ可能になる、と思われる。そうして、次に、「心裡留保（広義）」による遺言（遺贈）の有効・無効の問題が遺言者の側（法定相続人）と遺言を受ける者の側（受遺者）とのいずれの側を保護すべきかの問題に帰着する、ということは既に繰り返して述べてきたとおりだが、利害関係人の信頼を惹起すべき外形を作出したことに對

する行為者の法的責任のごときものが当該遺言の効果のあり方との関係においてはそもそも問題とならないとするなら、かかる法的責任のごときものが遺言者の側（法定相続人）に承継されるということもありえず、したがって、このことから、遺言を受ける者の側（受遺者）を殊更に保護すべき必然性も、遺言者の側（法定相続人）を殊更に不利益な地位に置く必然性も、共に存しない、ということになる、と思われる。⁽²⁾

[3] 遺言が最終意思を尊重する制度であることとの関係

前述のごとく、遺言は、死因行為であり、しかも、遺言者によるその任意の撤回すら認められているのだが、このことは遺言が遺言者の最終意思を最大限に尊重するための制度だからである。そうして、このことを妨げるべき特段の事情、すなわち、遺贈の場合であれば、行為の外形に対する受遺者の信頼を保護すべき要請や遺言者の法定相続人を殊更に不利益な地位に置くべき必然性のごときものが存しない以上、遺言者の最終意思に裏付けられていない遺言（遺贈）はその効力を認められるべきでない、という結論に到達することは自ずから明らかである。そうして、このように解することは遺言者の法定相続人の方を保護することに帰着するのだが、この帰結は相続（権）の根拠をどのように解しようとも現行法上は認しうるもの、と思われる。⁽³⁾

[4] 遺言が要式行為であることとの関係

行為者の最終意思に裏付けられていない遺言が原理的に無効視されるべきこと以上のとおりだとして、遺言が要式行為とされていることとの関係でなお一応検討されるべき問題が残されている。すなわち、それは、遺言に厳格な方式の要求されていることが遺言者の最終意思の存在と内容とを担保して遺言に関する法的紛争を予防するためのものだとしたら、当該の遺言が最終意思によって裏付けられていないことの立証もまた厳格な方式（具体的には遺言者自

身による撤回)に基づいてのみ可能、と解されるべきではないか、という問題である。

しかし、そのように解されるべきではない、と思われる。そうして、その理由は次のとおりである。すなわち、まず、ドイツ法を検討する際に既に指摘したとおり、そもそも遺言の撤回は遺言者の最終意思に基づき作成された遺言についての制度であるから、遺言者の最終意思に基づかないで作成された遺言は遺言者の撤回をもちだすまでもなく効力を有しない、と考えることには十分な理由があり、また、最終意思を伴っていない遺言をも遺言者は撤回しうる⁽¹⁾と解したとしても、遺言者が撤回権を行使しなかったというだけのことからそれが遺言者の最終意思に裏付けられている遺言であることを推論することは困難、と思われる。次に遺言に厳格な方式を要求したのが遺言者の最終意思の存在と内容を担保して遺言に関する法的紛争を予防するためにあるとするなら、遺言者の最終意思の尊重という目的と厳格な方式の要求という手段とを本末転倒することは許されないはずであり、そうだとすると、最終意思に裏付けられていないことの立証を一定の方式(遺言者自身による撤回)に限る必然性は全く存せず、むしろ、最終意思に裏付けられていない遺言が遺言書以外の外部的証拠に基づきその効力を否定されることは当然に許される、と思われる。そうして最後に、右のように解することは、遺言内容と遺言者最終の意思内容とは異なる場合の法的処理(具体的には遺言の解釈)のあり方に関する来栖博士の注目すべき次の指摘ともその基本的な発想において符号するように思われる。すなわち、来栖博士は、「遺言の解釈においては、遺贈の満足による消滅の場合のように、消極的に遺贈を消滅させる方向においては、遺言者の意思を自由に外部的証拠によって証明することが許容される場合がありうるけれども、積極的に遺言に効力を与える方向においては、遺言者の意思は遺言のことばから独立に自由に外部的証拠によって証明することは許容されないのである」、と説かれているのだが、遺言内容と遺言者最終の意思内容とが異

なる場合においても遺言内容が遺言者最終の意思によって裏付けられていないことに変わりはなく、その点で、遺言者最終意思の不存在が遺言書以外の外部的証拠によって自由に立証されうる、との立場を採ることの妥当性もまた右の来栖説によって実質的に正当化されうる、と思われるのである。

かくて、私見によれば、「心裡留保（狭義）」による遺言も非真意表示による遺言も殊更にこれを区別せずに一括して取扱うべきであり、そうして、両者を包含する意味での広義の心裡留保による遺言（本稿が念頭に置いてきたのは包括遺贈に関するのだが）は、右に指摘してきた・法律行為としてもつ遺言の特殊性そのものに基づき、一切の証拠資料を勘案して「心裡留保（広義）」の事実が立証される限り、無効と解されるべきことになる。総則編中の心裡留保規定（九三条）の適用可能性が包括遺贈に対して否定されるべきこともまた言うまでもない。

（１）ただし、例えば、遺言者が真意を伴わない遺言書を殊更に提示して受遺者とされた者から金員を詐取したとでもいう場合に、当該の遺言者が七〇九条に基づく損害賠償義務を負担させられる、という事態のごときものが生じるうることはいうまでもない。

（２）ただし、改めて指摘するまでもないこととは思われるが、例えば、老人介護の衝にあたっている者がその老人から遺贈を受けることを前提としてその老人に対して特別のサーヴィス等を提供したとでもいう場合、「心裡留保（広義）」による遺贈に基づくといふものの、黙示の準委任契約に基づく報酬支払義務や事務管理を理由とする費用償還義務のごときものが遺言者たるその老人に生じる余地はあり、そうして、遺言者に生じた右の義務はその法定相続人に承継される、ということに注意されたい。なお、この註（一）（二）で述べたような問題については、契約締結上の過失責任論や禁反言法理の適用ないし類推適用の可能性の有無等の問題をも含めて、今後更に研究を進めたいと考えている。

（３）相続（権）の根拠については、例えば、伊藤昌司「相続の根拠」星野英一代表編集・民法講座７親族相続（有斐閣・一九八四年「昭和五九年」）三四一頁以下参照。

（４）来栖三郎「遺言の解釈」民商法雑誌七八巻五号五九八頁（有斐閣・一九七八年「昭和五三年」）。

(三) 「心裡留保（広義）」による包括遺贈と表見的包括受遺者および第三取得者の保護

「心裡留保（広義）」による包括遺贈を無効と解すべきこと以上のとおりだとしても、最後に、BGBの起草者中の有効説の論者が懸念するように、取引の安全、特に表見的包括受遺者からの第三取得者をいかに保護すべきか、という問題が残されている。そうして、この問題について、BGB下では、土地登記簿の公信力（BGB八九二条、動産物権の善意取得（同九三二条―九三五条）、相続証書の公信力（同三六六条）の諸制度が用意されているのに対して、日本法下では、動産（民法一九二条）および有価証券（商法五一九条）については善意取得の制度があるものの、不動産登記簿については公信力が認められていないから、表見的包括受遺者から遺言者の所有であった不動産を取得した第三取得者の保護のあり方が日本法上の重要な問題として現われることになる。しかし、この問題を検討する前に、まず、表見的包括受遺者そのものの保護に関係する日本の判例・学説の立場を概観し⁽¹⁾、しかる後、第三取得者の保護の問題に言及することにする⁽²⁾。

(1) 表見的包括受遺者に対する判例・学説の立場

まず、表見的包括受遺者が相続回復請求権（八八四条）の被告たりえて同請求権の短期の消滅時効の適用による保護を受けうるか、という問題がある。しかし、この問題に関係する判例は見当らない。そこで、この問題に関する学説の状況を概観すると、相続回復請求権の被告適格者の範囲が自己の相続権を主張する者（*possessor pro herede*）に限られるのかそれとも更に自己の相続権を主張しない相続財産占有者（*possessor pro possessore*）までも含むのかにつき、学説は分かれている。⁽¹⁾ そうして、後者の学説は、「被告の單なる主張如何で、原告の權利を短い時効期間に

服せしめ得ることになつては（八八四條）不當な結果となる⁽²⁾、あるいは、「相統財産の包括的回復の目的からすれば、相續權を主張しなくとも相續財産を包括的に占有する者も回復の相手方とするのが便宜である⁽³⁾」、などの理由を挙げることに対して、前者の学説は、自己の相統權を主張しない相統財産占有者の場合には「通常の財産侵害であり、その者にまで短期消滅時効の援用を認める理由に乏しい。被告適格者が無限に拡がることも氣になることである。かかる場合の占有者は、相統とは何のかかわり合いもないのである。本来被相統人に帰属すべき請求權を相統人が行使するというにすぎない。相統法の平面で解決しなければならない特別の理由もなさそうである⁽⁴⁾」、との理由を挙げている。思うに、前者の学説が挙げる理由は、無効の売買によつて被相統人から相統財産を取得した者のことについては妥当するところがないとはいひ切れないのだが、表見的包括受遺者までも相統回復請求權の被告適格者から排除する理由とはなっていないように思われる。そこで、近時、この問題に直接言及した伊藤（昌）教授は、相統回復請求權を互いに包括承継人たる資格のみを争う特殊な訴權と考える立場から、法定相統人は表見的包括受遺者に対しては相統回復請求權を行使しうる⁽⁵⁾、と主張している。そうして、この帰結を否定する積極的な理由が存しない以上、表見的包括受遺者は八八四條の短期消滅時効の援用による保護を受けうる、と解しても特段の不都合は存しない、と思われる。

次に、表見的包括受遺者について八八四條の適用を肯定すべきだ、と解した上で、更に、取得時効の援用（二六二条以下）をも表見的包括受遺者について認めるべきか否か、という問題がある。そうして、ここでもこの問題に直接關係する判例は見当らない。しかし、表見相統人と取得時効とに關する判例（大判明治四四年七月一〇日民錄一七輯四六八頁、大判昭和七年二月九日民集一一卷三九一九二頁）がこの問題に關係するように思われるので、これを見ると、この

判例は、表見相続人と真正相続人との間においては、相続回復請求権（旧九六六条・九九三条→現行八八四条）に関する特別の時効があつてそれに従うべきであるから、取得時効の規定を適用すべきではない、と判示している。ところが、これに對して、学説では表見相続人と真正相続人との間においても時効取得を肯定すべきとなすのが通説だ、といわれている⁽⁶⁾。表見相続人の場合とその他の一般の場合とを區別すべき理由が見当たらない、というのが通説の主たる理由である⁽⁷⁾。そうして、肯定説のこの理由は全く正当であり、且つ、九九〇条が包括受遺者を相続人と「同一の権利義務を有する」ものと規定していることでもあるから、表見的包括受遺者は表見相続人と同じく取得時効を援用しうると解すべきことになる、と思われる。

〔2〕 表見的包括受遺者からの第三取得者の保護

表見的包括受遺者が相続回復請求権の被告適格を有し、かつ、取得時効をも援用しうる、として、次に、表見的包括受遺者からの第三取得者をいかに保護すべきか、という問題を考えることにする。

まず、表見的包括受遺者からの第三取得者もまた相続回復請求権の被告適格を有するか、との問題を考えて見ると、この問題に直接に関係する判例は未だ現われていないが、表見相続人からの第三取得者が相続回復請求権の被告適格を有するか否かにつき、旧法下の判例（大判大正五年二月八日民録二二輯八卷二六七頁、大判昭和四年四月二日民集八卷四号二三七頁）はこれを否定していた。しかし、新法下の殆どの学説は、この判例の態度に反対し、「第三取得者にたいする保護に薄い現状で、時効の点にまで不利益を課するのは不当を倍化するとか、あるいは、表見相続人には援用を許し善意の第三者に封じたのでは不均衡であるとかの利益衡量、善意者保護」を理由として、被告適格の拡大を図っている⁽⁸⁾。このように、表見相続人からの第三取得者が相続回復請求権行使の期間制限を——表見相続人とは別に固有の

相続回復請求権を援用しうるかは別として——行使することができるような努力が学説上払われているのだから、⁽⁹⁾表見的包括受遺者からの第三取得者もまた八八四条の短期消滅時効の援用による保護を受けうる、と解すべき余地は十分に存するに思われる。

次に、表見的包括受遺者からの第三取得者も時効取得をなしうるか、という問題がある。そうして、ここでもこの問題に直接関係する判例は存在しないが、表見相続人からの第三取得者が時効取得をなしうるか否かにつき、判例（大判昭和十三年四月一二日民集一七巻八号六七五頁）は、前述のごとく表見相続人からの第三取得者が相続回復請求権の被告適格を有しないことを前提しつつ、しかも、これに代わるものとして、右の第三取得者が時効取得を援用しうることを認めている。しかし、ここでも、表見的包括受遺者と取得時効との関係について述べたのと同じく、表見相続人からの第三取得者その他の一般の第三取得者とを区別すべき理由は見当たらず、また、表見相続人と表見的包括受遺者とは同視されうるのだから、表見的包括受遺者からの第三取得者は時効取得を援用しうる、と解すべきである。

ところで、表見相続人からの第三取得者の保護のあり方については、右に述べたものの他にも、次のような注目すべき学説が見受けられる。すなわち、まず、古くから、失綜宣告取消の効果に関する三二条一項但書を類推適用して善意の第三取得者を保護すべきだ、との学説が主張されていた。⁽¹⁰⁾そうして、この立場は、一部の学説を除き、⁽¹¹⁾一般には受け入れられなかったが、近時において再評価されていることに留意すべきである。すなわち、伊藤（昌）教授は、フランスの法格言「一般の誤信は権利を生ず」*error communis facit ius*を参考にして、表見相続人からの第三取得者が善意・無過失である場合、右の第三取得者は三二条一項但書の類推適用により真正相続人の帰責性のいかに問わず保護される、と主張するのである。⁽¹²⁾次に、同じく近時において、判例・学説において定着した九四条二項類推適

用説を表見相続人からの善意の第三取得者に対しても適用しようとなす考えも現われるに至っている。⁽¹³⁾そこで、これらの救済手段でもって表見的包括受遺者からの第三取得者が保護されうるか否かを考えてみると、表見相続人からの第三取得者と表見的包括受遺者からの第三取得者との保護のあり方を区別する理由は見出し難いから、右の救済手段は、表見相続人からの第三取得者に対して適用されうる以上、表見的包括受遺者からの第三取得者に対しても適用されるべきである、と思われる。

これを要するに、私見のごとく「心裡留保（広義）」による包括遺贈を無効と解したとしても、その際に問題となる取引の安全保護、特に第三取得者の保護のあり方について右のような救済手段が学説を中心として準備されているのだから、私見のごとく解することに特段の障害は存しない、と思われるのである。

- (1) 伊藤昌司「相続回復請求と受遺者」法律時報時五一卷一二号二七～二八頁（一九七九年「昭和五十四年」）参照。また、学説の動向については、副田隆重「相続回復請求権に関する一考察」〔法政論集七九号三五七頁（一九七九年「昭和五十四年」）参照。
- (2) 川島・前掲・民法③一五二頁。
- (3) 中川善之助編・注釈相続法（上）（有斐閣・一九五四年「昭和二十九年」）三八頁（当該箇所の執筆担当者は於保）。
- (4) 中川善之助編・注釈民法（24）（有斐閣・一九六七年「昭和四十二年」）一〇〇頁（当該箇所の執筆担当者は泉）。
- (5) 伊藤（昌）・前掲「相続回復請求権と受遺者」法律時報五一卷一二号二八頁。佐藤・伊藤（昌）・右近・前掲・民法V——親族・相続一九二頁（当該箇所の執筆担当者が伊藤（昌））。
- (6) この問題についての学説の動向については、副田隆重「相続回復請求権に関する一考察」〔法政論集八〇号三四頁（一九七九年「昭和五十四年」）〕、柳澤秀吉「相続回復請求権の消滅時効」〔名城法学二九卷四号一五頁（一九八〇年「昭和五十五年」）〕を参照されたい。
- (7) 例えば、鈴木（縁）・前掲・相続法講義六二～六三頁、中川（善）・泉・前掲・相続法（第三版）六七頁註（一八）。
- (8) 有地亨「相続回復請求」柚木肇他編・判例演習（親族・相続法）（増補版）（有斐閣・一九七三年「昭和四十八年」）一八五頁。
- (9) これについては、副田隆重「相続回復請求権」星野英一代表編集・民法講座7親族・相続（有斐閣・一九八四年「昭和五十九年」）

四四一頁、四五〇～四五二頁、四六七頁参照。

(10) 近藤英吉「相続回復請求権と表見相続人の地位」法学論叢三〇巻二号一九九頁（一九三四年「昭和九年」）、同・相続法論（上）（弘文堂書房・一九三六年「昭和十一年」）四七三頁、四七六～四七八頁、同・相続法（日本評論社・一九三七年「昭和十二年」）一二四～一二五頁。

(11) 福島四郎「相続回復請求権」法学教室（一期）三号一三三頁（一九六二年「昭和三十七年」）。また、於保博士は、「相続回復請求権の沿革からすれば、失踪宣告に關する規定を直ちに準用することは困難であろう。だが、相続回復と失踪宣告とは、形式的には横の相續人相互間の關係か縦の被相續人と相續人との關係かの差はあるにしても、一旦相續した効果を現狀に回復するという實質においては、同一の事情にあるのであるから、善意者保護の問題が立法的に解決するまでは（獨民の相續證書 *Erbzettel*、佛國の遺産占有の公信力制度 *error communis facti ius*）、右の規定の準用を認めるのが望ましい」と述べている（中川編・前掲・註釈相続法（上）四〇頁（当該箇所の執筆担当者が於保））。

(12) 伊藤昌司「表見相続人による譲渡行為と譲受人の保護」法学雑誌（大阪市立大）二六卷三二四号四四一頁以下（一九八〇年「昭和五五年」）——同・前掲・相続法の基礎的諸問題五四頁以下所収。これに反対する学説として、副田隆重「相続回復請求権の消滅時効とその適用範囲」法律時報五三卷六号一三七～一三八頁（一九八一年「昭和五六年」）。

(13) 九四条二項類推適用説についての判例・学説の動向については、差し当たり、幾代通「虚偽表示」奥田昌道他編・民法学一七三頁以下（有斐閣・一九七六年「昭和五一年」）、吉田眞澄「民法九四条二項の類推適用とその限界について」増刊ジュリスト・民法の争点（初版）（有斐閣・一九七八年「昭和五三年」）三六頁以下、（新版）（一九八五年「昭和六〇年」）四二頁以下を参照されたい。

(14) 例えば、鈴木操弥「相続回復請求制度の雲散——最近の最高裁判決にことよせて——」判例タイムズ三七八号一頁（一九七九年「昭和五十四年」）——同・親族法・相続法の研究（創文社・一九八九年「平成元年」）所収、高木多喜男「共同相続人の一人による相続権侵害に対する他の相続人の排除請求と民法八八四条」〈判例評釈〉判例タイムズ三九〇号一九二頁（一九七九年「昭和五十四年」）、篠原弘志「相続回復請求と時効」法律時報五一卷二二四頁（一九七九年「昭和五十四年」）、伊藤進「表見相続人の遺産処分と第三取得者」法律時報五一卷二二四頁以下（一九七九年「昭和五十四年」）、中川（高）・前掲・親族・相続法講義三二五頁。なお、石田喜久夫「相続回復請求権と遺産分割請求権」法律時報五一卷二二四頁（一九七九年「昭和五十四年」）参照。

〔完〕