

ドイツ相続法における遺言執行者による遺産の
処分と自己取引の規制

小川 恵

目 次

- I. はじめに
- II. ドイツ相続法における遺言執行者の規律
- III. 遺言執行者と自己取引
- IV. 結びにかえて

I. はじめに

2018年7月6日、相続法に関する「民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律」が成立し、遺言執行者にかかる規定についても一部が改正されることとなった（以下「2018年相続法改正」という。なお、右改正前の条文には条文番号に「旧」を付し、改正後の条文には条文番号に「新」を付して表記する）。改正の対象は多岐にわたるが、とくに遺言執行者制度に関して注目される改正点の1つは、遺言執行者の法的地位が明確化されたことであろう。2018年相続法改正以前、民法旧1015条は、「遺言執行者は、相続人の代理人とみなす。」と定めていた。このような定めにつき、通説は、相続財産の帰属者という意味での相続人を代理すること、すなわち、遺言執行者の行為の効果が相続人に帰することを企図して相続人の代理人とした、と理解してきた⁽¹⁾。しかしながら、条文に「代理人」との文言があることで、遺言執行者は相続人の利益のために行動すべきものである、との誤った認識を招くことがあった⁽²⁾。周知のように、遺言執行者は常に相続人に利益をもたらすべき立場にあるのではなく、遺言執行者が相続人と対立して行動しなければならない場面も当然にありうる。また、そもそも遺言執行は被相続人の意思の実現を目的とするものの、そのための遺言執行者の行為の効果は相続人に帰属し、さらに利益面で見れば受遺者が遺言執行者の行為の主体となる⁽³⁾。このよ

(1) 中川善之助＝加藤永一編『新版注釈民法(28)〔補訂版〕』(有斐閣、2002年) 361頁〔泉久雄〕。

(2) 沖野眞巳＝堂園幹一郎「対談 相続法の改正をめぐって」ジュリ1526号(2018年) 25頁〔堂園幹一郎発言〕。

(3) 沖野＝堂園・前掲注(2) 25-26頁〔沖野眞巳発言〕。この点に関し、明治民法の審議においては、磯部が遺言執行者を代理人と位置付けるならば、受遺者の代理人とすべきと主張していた(法務大臣官房司法法制調査部『日本近代立法資料叢書7 法典調査会民法議事速記録七』(商事法務、1984年) 800-801頁〔磯部四郎発言〕)。

うな複雑な関係性があるにもかかわらず、遺言執行者を単に「相続人の代理人」と規定したことは不相当であって、民法旧1015条は従来から多くの批判を浴びてきた。こうした事情から、2018年相続法改正にかかる法制審議会は、民法旧1015条を「遺言執行者がその権限内において遺言執行者であることを示してした行為は、相続人に対して直接にその効力を生ずる。」との内容に改め、遺言執行者の行為の効果が相続人に帰属することのみを明記した。さらに、民法旧1012条も改正され、新たに同条において「遺言執行者は、遺言の内容を実現するため……」との文言が明記された。これにより、遺言執行者は、相続人の利益を実現する者ではなく、遺言内容を実現する者であることが明確になった。

しかし、改正によって「代理」が明文化されなくなったことで、代理の規定が遺言執行者に適用されるか否かという新たな疑問を生むことになる。この点に関し、明治民法の審議において富井政章や梅謙次郎は、遺言執行者を相続人の代理人とする規定は、自己契約および双方代理ないし追認といった場面のために欠かせない旨を述べていた⁽⁴⁾。また、2018年相続法改正にかかる法制審議会の部会資料によれば、民法旧1015条の見直しは、遺言執行者に代理の規定が用いられることを否定する趣旨はないという⁽⁵⁾。しかし、遺言執行者について代理に関する規定の適用関係を明確にすることは法制的に困難であり、学説の解釈にゆだねることとされたため⁽⁶⁾、今後の検討課題として残されている⁽⁷⁾。

(4) 法務大臣官房司法法制調査部・前掲注(3)800-802頁〔富井政章、梅謙次郎発言〕。

(5) 法制審議会・民法(相続関係)部会「部会資料20 積残しの論点について(1)」(平成29年4月25日)26-27頁。法制審議会・民法(相続関係)部会の資料や議事録については、法務省のサイト(https://www.moj.go.jp/shingil/housei02_00294.html)を参照。

(6) 法制審議会・民法(相続関係)部会・前掲注(5)「部会資料20 積残しの論点について(1)」(平成29年4月25日)26-27頁。

(7) 吉永一行「遺言執行者の地位と権限に関する2018年相続法改正——判例法理との関係および立法論・解釈論上の課題」民商155巻1号(2019年)108頁は、こうした代理の

わが国においては、民法108条⁽⁸⁾が自己契約および双方代理について規定する。すなわち、同条1項本文は「同一の法律行為について、相手方の代理人として、又は当事者双方の代理人としてした行為は、代理権を有しない者がした行為とみなす。」とし、同条2項は、1項に含まれない他の利益相反行為について1項にならうものとする。ただし、「債務の履行」と「本人があらかじめ許諾した行為」については、本人を害することがないために例外とされる（同条1項ただし書。なお2項ただし書は「本人があらかじめ許諾した行為」のみを例外とする）。民法108条の意義をどう捉えるかには見解の相違があるところであるが⁽⁹⁾、主に、生じうる利益衝突の状態を回避すること、本人の利益を保護すること、代理人の意思決定過程を適正化すること、代理人の義務（忠実義務）が全うされない危険を回避すること、が挙げられる⁽¹⁰⁾。

遺言執行においても遺言執行者のなす行為が自己契約ないし双方代理にあたりうることは、立法当初から意識されていた⁽¹¹⁾。とりわけ、遺言執行者が受遺者の代理人になることが双方代理にあたらないかという問題と、受遺者が遺言執行者になることが自己契約にあたらないかという問題が考えられる⁽¹²⁾。前者の問題については、遺言執行者が相続人と受遺者双方の利益を進行する立場にあることはすでに民法の予定するところであり、遺言執行者が受遺者

規定の適用について、「類推適用によって補っていくことが必要であろう」という。

(8) 民法108条は、2017年5月26日に成立した民法（債権関係）改正において改正されているが、本稿は改正前後を区別せず、改正後の規定を扱う。

(9) 民法108条の意義を詳細に検討するものとして、佐々木典子「自己契約・双方代理の判断基準について：民法108条の改正を契機として」同志社法学68巻7号（2017年）220頁以下がある。

(10) 佐々木・前掲注（9）220頁以下、四宮和夫＝能見善久『民法総則〔第9版〕』（弘文堂、2018年）354頁、佐久間毅『民法の基礎1 総則〔第5版〕』（有斐閣、2020年）247頁、我妻栄ほか『第7版 我妻・有泉コンメンタール民法—総則・物権・債権—』（日本評論社、2021年）236頁など。

(11) 法務大臣官房司法法制調査部・前掲注（3）800頁〔富井発言〕。

(12) 中川＝加藤・前掲注（1）362頁〔泉〕。

の代理人となることは初めから肯定されていると解される。⁽¹³⁾また、訴訟法上は、民法旧1015条の規定下においても、遺言執行者を相続人の代理人とせず、訴訟において遺言執行者は法定担当者として当事者になると解してきた⁽¹⁴⁾ため、遺言執行者が受遺者の代理人となっても双方代理にあたるとは考え難い。⁽¹⁵⁾一方、後者の問題については、執行行為はいわば履行行為に過ぎず、相続人に不利益をもたらす行為ではないから、受遺者自身が遺言執行者に指定されて行為することは、自己契約禁止の原則に反することにはならないとの見解が見られる。⁽¹⁶⁾民法108条は債務の履行について例外としており、執行行為をこの例外に位置付けるものである。相続人に不利益をもたらす行為（例えば、相続人の欲しない方法での遺産の換価）についても、「法（したがって遺言者）の予定するところ」として自己契約にあたらぬとする解釈もある。⁽¹⁷⁾これは、遺言執行者による執行行為を民法108条にいう「本人があらかじめ許諾した行為」と捉えているように思われる。

他方で、例えば不特定物遺贈の目的物を調達する必要があり、遺言執行者である受遺者が自分を買い手として相続財産を売却するような場合には、自己契約との評価がありうる。⁽¹⁸⁾相続人が遺言執行者となる場合にも同様に問題となる。

(13) 星野英一「判批」法協88巻5=6号（1971年）122頁、中川=加藤・前掲注（1）362-364頁〔泉〕。

(14) 納谷廣美「遺言執行者の訴訟上の地位」法律論叢（明大）53巻3・4号（1981年）72頁、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法上〔第2版補訂版〕』（有斐閣、2013年）272頁、新堂幸司『新民事訴訟法〔第6版〕』（弘文堂、2019年）296頁。

(15) 中川=加藤・前掲注（1）364頁〔泉〕。

(16) 中川=加藤・前掲注（1）364頁〔泉〕。また、大正9年5月4日民事1307号民事局長回答によれば、受遺者が遺言執行者でもある場合につき、登記申請を債務の履行に準ずべきものとして、両者の資格に基づいて申請することが認められている。

(17) 中川善之助=泉久雄『法律学全集24 相続法〔第4版〕』（有斐閣、2000年）616頁（注8）。

(18) 中川=加藤・前掲注（1）365頁〔泉〕。

このように、遺言執行者と民法108条をめぐっては、そもそも遺言執行の規定から「代理人」との文言が削除されたことで同条の適用がありうるか、という問題とともに、遺言執行者による執行行為が民法108条の「債務の履行」や「本人があらかじめ許諾した行為」と言いうるか、という問題もある。

本稿は、上記のような問題を検討する手がかりとして、ドイツ法の議論を分析するものである。わが国における遺言執行の規律も民法108条も、ドイツ民法（以下「BGB」という）を範としており、類似する点が多い。したがってドイツ法における議論を参照することはわが国における問題の検討にあたっても有用であろう。ドイツにおける遺言執行者制度をみるに、BGBの立法過程において遺言執行者の法的地位をめぐる激しい論争が見られた。その結果、遺言執行者の法的地位は明文化されず、解釈にゆだねられることとなった。現在のところ、判例および通説は、遺言執行者を“代理人”としては捉えていない。しかし他方で遺言執行者をめぐっては、わが国同様に、代理に関する自己契約ないし双方代理の規律が及ぶか否か、どのような場合に及びうるのか、をめぐる議論が見られる。以下では、ドイツ相続法における遺言執行者の規律を整理したうえで（Ⅱ）、遺言執行者と自己契約ないし双方代理の規律をめぐる学説や判例を参照し、議論を踏まえた現在の取扱いを分析する（Ⅲ）ことによって、わが国における遺言執行者制度の在り方を検討する端緒を探りたい。

Ⅱ. ドイツ相続法における遺言執行者の規律

(1) 遺言執行者の指名と欠格事由

ドイツにおいて遺言執行者は必置ではないが、被相続人は、遺言執行者を遺言（BGB2197条）あるいは相続契約（BGB2299条）によって定めることができる。具体的な人物の指名は、被相続人自身による場合だけでなく、第三者による場合や遺産裁判所による場合もある。すなわち、被相続人は、第

三者に遺言執行者を定める権限を付与したり（BGB2198条1項1文）、被相続人が指名した遺言執行者に共同遺言執行者や後任者を指名する権限を付与したり（BGB2199条）、遺産裁判所に遺言執行者の指名を請求すること（BGB2200条1項）ができる。わが国は、利害関係人の請求に基づく遺言執行者の選任制度（民法1010条）を設けているが、ドイツ民法ではそのような指名の形態は見られない。あくまで被相続人の意思を起点として遺言執行者が指名される。こうして指名された者は、職務を受諾するか拒絶するかを遺産裁判所に対して表明し、受諾したときから遺言執行者の職務が開始する（BGB2202条）。

もっとも、遺言執行者に指名されても、その指名された者が就任する時点で制限行為能力者であるか、自己の財産について世話人が付されている場合には、遺言執行者の指名は無効となる（BGB2201条）。他方、そうした欠格事由のほかには遺言執行者たる人物について制限はなく、自然人であっても法人であっても、さらには、共同相続人や受遺者であっても、遺言執行者への指名は可能である⁽¹⁹⁾。

(2) 遺言執行者の法的地位

遺言執行者の法的地位について、BGBは規定を有していない。もともとBGBの第一草案の段階では、遺言執行者は相続人の代理人と位置付けられていた。しかし、遺言執行者制度の歴史的発展においては、遺言執行者は相続人とは切り離された独立した地位にあることが意識されていたために、第一草案は強い反対の声を受けることとなった⁽²⁰⁾。そのため、最終的に第一草案

(19) ただし、単独相続人が遺言執行者となりうるかは議論がある（Dieter Leipold, *Erbrecht*, 22.Aufl., 2020, Rn.791）。

(20) こうしたBGBの歴史的展開に関しては、小山昇「遺言執行者の地位」中川善之助先生追悼現代家族法大系編集委員会編『現代家族法大系5（相続2）遺産分割・遺言等』（有斐閣、1979年）235頁以下に詳しい。

で示された相続人の代理人たる記述は削除され、BGBにおいて遺言執行者の法的地位に関する規定は設けられなかった。その後、判例や学説はこの問題に取り組み、現在、遺言執行者は「私的な職務の担い手 (der Träger eines privaten Amtes)」たる地位にあると解されている⁽²¹⁾。これは、遺言執行者を、被相続人により指示される職務に基づいて生じる権利を有し、自らの名で行動する地位にあると位置付けるものである⁽²²⁾。このような議論から伺えるように、ドイツにおいては遺言執行者を“代理人”と位置付けることは否定されており、むしろ、相続人との関係において遺言執行者が相続人に縛られない独立した地位にあることが強く意識されている⁽²³⁾。

(3) 遺言執行者の遺産にかかる管理処分権と管理義務

BGB2205条は、遺言執行者に遺産の管理権を与えるとともに (1文)、遺産を占有し処分する権限を与えている (2文)。さらにBGB2206条によれば、遺言執行者は、必要であれば、遺産について債務を負担することができる。したがって、遺言執行者は遺産の売却や遺産中の不動産の賃貸、遺産中の債権の行使など、遺産に関して様々な法律行為をすることができる。とはいえ、遺言執行者は遺産の管理処分にかかわるいかなる行為も自由にできるわけではない。被相続人によって遺言執行者の管理処分権が制限されることがある (BGB2208条) のみならず、遺言執行者による管理については、BGB2216条1項が「遺言執行者は、遺産の通常の管理 (ordnungsmäßige Verwaltung) の義務を負う」と規定しており⁽²⁴⁾、たとえ被相続人であっても右義務を免除す

(21) Münchener/Walter Zimmermann, BGB, 8. Aufl., 2020, Vorb. §§ 2197–2228, Rn.5; Knut Werner Lange, Erbrecht, 2.Aufl., 2017, § 63, Rn.40; BGHZ 25, 275.

(22) Lange, a.a.O. (Fn.21), § 63, Rn.40.

(23) BGHZ 25, 275.

(24) 「通常の管理」が具体的にどのような管理を指すのかは、遺言執行者にゆだねられた職務の内容等に左右されるため、必ずしも明らかではない。この点につき、拙稿「ドイツ相続法における遺言執行者の職務権限とその限界」同志社法学384号 (2015年) 134

ることはできない（BGB2220条）。また、遺言執行者には原則として遺産の無償処分をすることが禁じられており、その例外は、道徳的なあるいは儀礼に沿った処分に限られている（BGB2205条3文）。

上記のような制限に加え、さらに、自己契約ないし双方代理による制限（具体的にはBGB181条の規律）が遺言執行者に及ぶのかという問題がかねてより論じられてきた。

Ⅲ. 遺言執行者と自己取引

(1) BGB181条における自己取引の規制

BGB181条⁽²⁵⁾は、自己取引（*Insichgeschäft*）との見出しをもって、自己契約と双方代理の禁止を定めている。すなわち、代理人が、本人と代理人自身との間で法律行為を行うこと（自己契約）⁽²⁶⁾および、本人も第三者も代理した代理人として法律行為を行うこと（双方代理）について禁じている。自己取引の場合、本人と代理人との間で利害が衝突することになり、双方代理の場合、本人同士の利害が衝突することになる。そうした場合には当事者に損害が生じるおそれがあることから、BGBは自己取引を禁止している⁽²⁷⁾のである。自己取引の禁止は、あらゆる法律行為を対象としており、したがって、解除や取消しなどの単独行為はもちろん、催告のような準法律行為も含まれると

頁以下も参照されたい。

(25) BGB181条「代理人は、他のことが代理人に許されていない限り、本人の名で、自己の名において自己自身と、または、第三者の代理人として法律行為をすることができない。ただし、法律行為がもつばら義務の履行にあるときは、この限りでない。」

(26) ドイツ民法における「自己取引（*Insichgeschäft*）」は、日本民法にいう「自己契約」と「双方代理」の両方を含む概念であると解される（佐々木・前掲注（9）218頁。なお、同文献では*Insichgeschäft*に「自己行為」との訳をあてている）。

(27) Münchener/Claudia Schubert, BGB, 9.Aufl., 2021, § 181, Rn.2.

解されている⁽²⁸⁾。

もっとも、BGB181条によれば、わが国同様、代理人に自己取引が許容 (Gestattung) されたときおよび法律行為がもつばら義務 (Verbindlichkeit) の履行にあるときは、例外とされる。自己取引の禁止に反した行為は無効となる。ただしこの無効は、無権代理人によって契約が締結された場合 (BGB177条⁽²⁹⁾) に類し、不確定 (schwebend) 無効であると解されている⁽³⁰⁾。

上記のような利害衝突および損害発生のおそれは、遺言執行においても想定される。遺言執行者が遺産中の財産を自ら譲り受けることもありうるし、遺言執行者たる者が相続人や受遺者であるために、遺贈の履行や遺産分割の実行によって遺産中の財産を承継することもありうる。そのようなケースでは、BGB181条が危惧する利害衝突が生じることになる。もっとも、既に述べたように、ドイツの議論は遺言執行者を“代理人”とすることには否定的であり、職務の担い手として位置付けている。そのため、形式的に見れば、遺言執行者において自己取引の規制は及ばないことになる。しかし、上記の

(28) Manfred Bengel/Wolfgang Reimann/Bernhard Schaub, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 7.Aufl., 2020, § 4, Rn.161.

(29) BGB177条1項「ある者が代理権なく他人の名で契約を締結したときは、本人に対する契約の効力は、本人の追認による。」同2項「相手方が本人に追認をするように催告したときは、追認は相手方に対してのみすることができる；催告の前に代理人に対してされた追認又は追認拒絶は、効力を生じない。追認は、催告の受領から2週間を経過するまでの間に限ってすることができる；追認がされないときは、追認を拒絶したものとみなす。」

(30) Staudinger/Wolfgang Reimann, BGB, Bearb. 2016, § 2205, Rn.113; Lange, a.a.O. (Fn.21), § 65, Rn.143.

(31) Münchener/Zimmermann, a.a.O. (Fn.21), § 2205, Rn.86. また、未成年者が相続人に指名されている場合においてその親権者が遺言執行者に指名されたようなケースも考えられる。この未成年者に関するケースでは、遺言執行者たる地位と、相続人の法定代理人たる地位とが同一人物に帰属することになり、2つの職務をめぐって利害衝突が生じると考えられる。

ようにBGB181条が憂慮する利害衝突の関係は遺言執行者においても同様に生じるために、遺言執行にかかわる自己取引につきBGB181条の適用がありうるか否かが問題となる。

(2) かつての学説

後述するように、遺言執行者につきBGB181条が適用されうるかをめぐっては、連邦通常裁判所が一定の判断を下して以降の議論は落ち着いている。しかし、それ以前は学説において議論が見られた。⁽³²⁾

そもそも遺言執行者を代理人としてみるならば、BGB181条は当然、直接適用されることになる。⁽³³⁾ただしこの見解に対しては、遺言執行者が代理人としての地位にはないことから、批判も強い。他方、原則としてBGB181条は遺言執行者に直接適用されないとしつつ、重大な利害衝突があるか、あるいは、自己契約を禁止する被相続人の意思が明らかな場合にのみ、準用するとの見解が見られた。⁽³⁴⁾さらに、遺言執行者の行為が通常の管理の範囲内にあるか否かによって遺言執行者の自己取引の限界を判断し、BGB181条の準用ないし類推適用によって規制しようとする見解も主張された。⁽³⁵⁾これによれば、例えば、遺言執行者が遺産中の財産を定価より高く自身が買い受けるような場合には、利害衝突があっても、通常の管理の義務に反しているとは限らず、181条の準用ないし類推適用もされないことになる。もっとも、こうした行為の程度の差に着目することには、基準として明確さを欠くとの批判もされていた。⁽³⁶⁾

(32) 学説の議論を概観するものとして、Ulrich Lübtow, *Insichgeschäft des Testamentvollstreckers*, JZ 1960, S.153-154.

(33) Theodor Kipp, *Das Erbrecht*, 8. Bearbeitung, 1930, S.246.

(34) Erman/Aloys Böhle-Stamschräder, *BGB*, 2., neubearbeitete Aufl, 1958, § 2205.

(35) Horst Bartholomeyczik, *Erbrecht*, 3. Aufl., 1958, S.248; Theodor Kipp/Helmut Coing, *Erbrecht*, 9. Bearbeitung, 1953, S.494.

(36) Lübtow, a.a.O. (Fn.32), S.153-154.

(3) 連邦通常裁判所の判断

学説がさまざまに主張される一方で、遺言執行とBGB181条の適用をめぐる問題は、古くから裁判でも取り上げられてきた⁽³⁷⁾。しかし、後述の判決が指摘するように、必ずしも明確な解釈が示されてきたわけではなかった。この問題に言及した連邦通常裁判所の判断として、まず、連邦通常裁判所1954年4月29日判決⁽³⁸⁾（以下「1954年判決」という）があげられる。

【連邦通常裁判所1954年4月29日判決】

事案の概要：被相続人は、妻に対して遺産中の不動産の用益権を遺贈し、かつ、別の親族を相続人に指定していた。また、被相続人は、相続人のためにも受遺者のためにも、遺産の管理を遺言執行者に委ねていたところ、原告である妻が、遺言執行者に対し、当該不動産について用益権を登記することへの同意と占有移転を求めて訴えを提起した。その判断の前提として、裁判所は、遺言執行者にBGB181条が適用されるか否かという点に言及した。

判旨：「利害衝突を理由として、BGB181条により遺言執行は相続人のためだけではなく、同時に受遺者のためにも指示することはできない、という指摘は当たらない。……遺言執行者は、相続人の代理人でも受遺者の代理人でもなく、また、遺言執行者の権利は、相続人または受遺者からではなく、被相続人から導き出されている。それゆえ、せいぜい、BGB181条に含まれている法意を類推適用することが考えられる……。BGB181条は、しかし、その文言から明らかなように、同条の禁止については例外を認めている。原則として、被相続人の遺言がある場合は、そのような例外にあたる。」

上記1954年判決は、遺言執行者について、BGB181条の直接適用を否定し、他方で、同条の法意を類推適用する可能性を認めたものである。本件で問題

(37) RGZ 61, 139; KGJ 50, 162.

(38) BGH NJW 1954, 1036.

となったように、遺言執行者が相続人と受遺者の双方のために行動する職務を負うならば、遺贈義務者たる相続人と遺贈権利者たる受遺者の双方の立場で行動することになるために、利害衝突の危険が生じることになる。このような懸念について、1954年判決は、利害衝突がありうることは否定していない。しかし、そうだからといってBGB181条によって相続人と受遺者双方のための遺言執行が一概に排除されるわけではないとした。そのうえで、生じうる利害衝突については、遺言執行者にBGB181条の法意を類推適用する可能性があるとする。ここで同条を直接適用できないのは、遺言執行者の権利が被相続人に由来するものであって、相続人や受遺者とは代理の関係に立たないことを理由とする。さらに、BGB181条の類推適用があるとしても、同条には例外があることに言及しており、本件では被相続人の遺言を理由に、遺言執行が相続人と同時に受遺者のためにも指示されることを容認した。

こうして、判例においてBGB181条が直接適用されることは否定されたものの、他方で、同条が準用ないし類推適用（1954年判決によれば「法意を類推適用」）する可能性は残された。もっとも、1954年判決は、遺言執行者と自己取引をめぐる問題にわずかに言及したにすぎない。その後、議論に決着をつけたのが、連邦通常裁判所1959年4月29日判決⁽³⁹⁾（以下「1959年判決」という）である。右判決は、BGB181条の準用ないし類推適用の可否だけでなく、BGB181条の例外が認められるかとの問題に詳細に言及した点に意義がある。すなわち、BGB181条は、問題となる法律行為が義務の履行のみにかかわるものである場合や自己取引が許されている場合には適用されないと規定しており、とりわけ自己取引が許されているか否かの要件が、遺言執行においてどのように解されるかが問題とされた。こうした問題も含めて、以下、1959年判決の判断を詳述する。

(39) BGH NJW 1959, 1429 = BGHZ 30, 67.

【連邦通常裁判所1959年4月29日判決】

事案の概要：被相続人Aには、その相続人として子X、YおよびBの3人がおり、それぞれ3分の1ずつで相続分を有していた。相続人らのうち、Yは遺言執行者にも指名されていたために、その遺言執行者たる地位に基づいて、遺産中の家屋を、相続人としての自分自身に売却した。これに対して、Xがその売買契約の無効を確認すべく訴訟を提起した。原々審が申立てを棄却したのに対し、原審はXの請求を認めた。

判旨：「遺言執行者は職務の担い手たる地位にあるから、BGB181条の直接適用はおよそ否定される」。しかしそのうえで、同条が準用されるかどうかという問題は「一部では肯定され……、一部では未決であり……、一部では検討されず、あるいは、BGB181条の例外的ケースの問題、とりわけ自己契約も許されるかどうかという異なる問題と一緒に論じられて」おり、「判例および学説において、統一的に判断されていない」。

そもそも「利害衝突が遺言執行者の行為を無効にする可能性があること自体は一般的に肯定されている」けれども、いかなる利害衝突においても無効とされるのか、それとも利害衝突の程度が著しい場合に限り無効とされるのかには見解の相違がある。従来判例は「BGB181条に関わらず、……被相続人の意思のほか、遺言執行者の行為がなおBGB2216条の意味における遺産の通常の管理の範囲内にあるかどうかを考慮している」。

「当審は、遺言執行者の自己契約は原則として禁じられていないけれども、被相続人の意思と遺産の通常の管理において限界があるとの解釈を採る。」

「利害衝突の関係が生ずることには変わりはないから、遺言執行者へのBGB181条の準用は一他の私的な職務の担い手（遺産管理人、破産管財人）への準用と同様に、原則として肯定される。しかし、遺言執行者の場合には、事情に応じ、広い範囲において自己取引が許容され、この許容は、厳密に言えば、遺言執行者の職務の根拠となっている被相続人に由来するとの解釈は、正しいように思われる……。—黙示でも可能な（RGZ 121, 50）—被

相続人の許容がどの程度まで及ぶかは、個々のケースにおける終意処分解釈、とりわけ遺言執行の指示の問題である。その場合、共同相続人ではない（あるいは他に遺言で配慮されていない）遺言執行者につき、自己取引による遺産の目的物の取得は、遺産管理人や破産管財人と同様に、一般に許されないだろう……。しかしながら、遺言執行者が同時に共同相続人でもあるときは、異なる。そのような二重の地位を取得することも法的には許容されている……。共同相続人が特別な制限なく（BGB2208条）遺言執行者に指名され、したがって共同相続人間での遺産分割と遺産の管理が委ねられている（BGB2203条以下）とき、たしかに、通常は、当然に利害衝突がある；しかしながら、被相続人による指名は、それ自体、被相続人が、利害衝突がありうるにもかかわらず、指名した人物に広い範囲において自分自身との法律行為の締結も許しているとの推定（Annahme）を正当化する特別な信頼の証拠となる。すなわち、一般に何らかの利害衝突があるからといって、遺言執行者でありかつ共同相続人の自己契約が禁じられているわけではない。厳密に言えば、原則として、被相続人が、共同相続人を遺言執行者に指名する場合、遺産の通常の管理（BGB2216条）の範囲にある全ての法律行為を自分自身と行うことを許していたと考えることができるが、その際は通常性が厳格に問われなければならない。その限りで、BGB181条および2216条は、内容的に密接に関連しているといえる。他方で、遺産の通常の管理の規定（BGB2216条）に違反する（相続人または非相続人たる）遺言執行者の自己取引は、かりに例えば被相続人により許されているときでも、無効である；とりわけ、例えば先取遺贈がなされていない場合に、はるかに安い価格でされた自身の財産取得は無効である。通常性の規定の適用そのものを、被相続人が免除することはできないから（BGB2220条）、自己契約の許容は、その限りで無効であり、BGB181条が一般規定（Regelvorschrift）として再び（類推されて）適用される。BGB2216条違反が通常は法律行為の有効性に関わるのではなく、（損害賠償責任の発生という）債務法上の効果を生じ

させるにとどまることは、こうした解釈の妨げにならない；なぜなら、第一に、自己取引の場合、無効は、BGB181条の準用に基づいているからであり、第二に、BGB2216条に反する他人取引（Fremdgeschäft）についても、遺言執行者の権限の濫用が行為の相手方に認識可能であったときは、効力が認められないからである（RGZ 130, 131）。」

「BGB181条の規定に準拠すれば、遺言執行者の自分自身との法律行為は、それが許されない場合、はじめから無効なのではなく、BGB177条に相応して、不確定（schwebend）無効となるのであり、（他の）相続人の追認があれば、欠缺は治癒（Mangelheilung）される（RGZ 80, 416）。追認が拒絶されると無効となる。」

「立証責任については、次のようである：被相続人によって自己契約が許されているとの立証の義務は、遺言執行者にあり、訴訟の相手方ではない（BGB181条）。遺言執行者は、BGB2216条の意味における通常性を立証することによって、これを証明することができる；なぜなら、（自己契約が通常の管理に該当するものであるならば）これまで述べたことからすれば、原則として、許容されるからである；許容されている範囲が狭いという場合、それは相手方が立証しなければならない。遺言執行者は、しかし、問題とされた自己契約が許容されていることを直接的に立証することもできる；その場合には、相手方が、許容されているとしても、例えば遺産の通常の管理（BGB2216条）の範囲を超えていることについて立証する責任を負う。」

連邦通常裁判所は、以上のような解釈を用いて、本件につき、「原審は、Yが家屋を取得した価格は市場価格を著しく下回っていたと認定している。この認定は、BGB2216条の意味における法律行為の反通常性を根拠付けていた」としたものの、この原審の認定には、価格の査定に手続上の瑕疵があったとして、最終的に、本件は原審に差し戻されることになった。

1959年判決は、従来必ずしも明らかにされていなかった遺言執行者と

BGB181条の適用をめぐる議論に関して一定の判断を下した点に大きな意義を有している。事案そのものは、遺言執行者であり共同相続人でもあるYが、遺言執行者として、相続人たる自分自身に遺産の一部を売却したというものである。ここでは通常よりも安い価格で売却されており、自己契約にあたるかどうかが問われた。判決内容を区分すれば、①BGB181条の準用ないし類推適用の可否、②被相続人の許容（*Gestattung*）の範囲、③BGB2216条との関係、④相続人による治癒の可能性、⑤立証責任、が挙げられる。

①BGB181条の準用ないし類推適用の可否。1959年判決は、BGB181条の直接適用につき、従来の判例および学説同様、遺言執行者の法的地位が職務の担い手である（すなわち代理人ではない）ことをもって否定した。他方、同条の準用ないし類推適用については、それまでに判例や学説において統一的な判断がされていなかったと言及したうえで、原則として準用できることを示した。この判断をもつて従来の学説における議論は収束し、一般に準用ないし類推適用が肯定されている。⁽⁴⁰⁾

②被相続人の許容（*Gestattung*）の範囲。BGB181条によれば、本人が代理人に対して自己取引を許容していたときには、自己取引をすることも可能となる。これを遺言執行の場合にあてはめれば、被相続人が許容している場合には、遺言執行者は自己取引を行うことができる、といえよう。1959年判決はこのことを判示したうえで、被相続人による許容の範囲について言及している。被相続人による許容は明示でも黙示でもよいが、その範囲は、個々のケースにおける終意処分の解釈によることになる。ここで1959年判決は、遺言執行者が相続人であるか否かによって解釈に差異が生じるとする。すなわち、単に遺言執行者としての職務を負うだけであって、共同相続人でもないし、遺贈などの他の相続上の配慮もなされていない遺言執行者については、原則としてBGB181条による制限がかかる。そのため、そのような遺言

(40) Walter Zimmermann, *Die Testamentsvollstreckung*, 5. Aufl., 2020, Rn.464.

執行者が自己取引によって遺産中の財産を取得することは許されないとする。しかしその反面、遺言執行者が相続人でもある場合には、そのような指名それ自体が広範囲な自己取引の許容を裏付ける根拠となる、という。あえて被相続人がそのような指名をしたのであれば、その者への特別な信頼があるものと考えられる。言い換えれば、被相続人は、遺言執行者が自身の個人的な利益ではなく、遺産のために通常の管理の義務を適切に果たすだろうとの期待をもっており、こうした信頼のもとで遺言執行者の指名が行われていると考えられるのである。したがって、この場合には被相続人による許容があったとして、原則として遺言執行者は自己取引を行うことができるのであり、BGB181条の定める例外として扱われることになる。

③BGB2216条との関係。被相続人によって自己取引が許されるとしても、遺言執行者には、遺産の通常の管理の義務（BGB2216条）がある。1959年判決は、この管理の義務に反する場合には、たとえ自己取引について被相続人の許容があったとしても、遺言執行者による当該自己取引を無効とする。このように判断される理由としては、第一に、被相続人が相続人を遺言執行者に指名したことで、広く自己取引を許容する意思があると思われる場合でも、許容する意思の限界は通常の管理の範囲内にあると考えられることである。また第二に、被相続人は遺言執行者に対してBGB2216条の義務を免除することはできない（BGB2220条）ことである。結局のところ、遺言執行者による自己取引は、通常の管理の範囲内で行われなければならないが、この範囲外でなされた行為は、BGB181条により無効となる。もっとも、本来BGB2216条の通常の管理の義務に反する行為を行った場合、その法的効果は損害賠償責任を発生させるにとどまり、法律行為の有効性には影響しないはずである。⁽⁴¹⁾しかし、ここでは自己取引が問題となっているため、BGB181条の（類推）適用によって法律行為自体が無効となる。

(41) 遺言執行者が負うべき義務に違反した場合、相続人ないし受遺者による損害賠償請求がなされる（BGB2219条）。

④相続人による治癒の可能性。BGB181条からは明らかでないが、同条違反の効果は、不確定無効であるとされる。これは、無権代理人による契約締結に関するBGB177条に由来しており、同条は、本人が無効な行為を追認することによって、当該行為が有効となる旨を定めている。1959年判決によれば、遺言執行者によるBGB181条違反の場合、相続人（遺言執行者が相続人である場合はその者を除く）による追認によって、当該行為が有効となりうるとする。

⑤立証責任。被相続人によって許容されていることの立証責任は、遺言執行者にある。遺言執行者は直接的に許容されていることを立証することもできるが、1959年判決によれば、問題となる行為がBGB2216条の通常の管理の範囲内にあることを立証することによって、被相続人の許容を立証できる。なぜなら、同判決が論じてきたところによれば、遺言執行者が相続人である場合には、通常の管理の範囲内にある行為はおおよそ許されているものと考えられるからである。この原則を覆し、遺言執行者の自己取引を無効にするためには、相手方が被相続人の許容がないことを立証する必要がある。

(4) 近時の議論状況

1959年判決は、遺言執行者の自己取引をめぐる議論に大きな影響を及ぼした。同判決の判断は、その後の学説において広く受け入れられている。以下では、1959年判決では示されなかった点も含めて、近時の議論を整理する。

1959年判決以降、通説・判例はおおよそ次のような解釈で一致を見ている。まず、遺言執行者は“代理人”ではないと捉えられていることから、BGB181条の直接的な適用はされない⁽⁴²⁾。しかし、利害衝突とそれによって当事者に損害が生じる危険があることに変わりはないことから、BGB181条の準用ないし類推適用が、同条に規定される例外も含めて肯定されている⁽⁴³⁾。し

(42) Lange, a.a.O. (Fn.21), § 65, Rn.143.

(43) Karlheinz Muscheler, Testamentsvollstreckung und Vermächtnis, ZEV 2011,

たがって遺言執行者による行為が自己取引にあたるとして無効になることがありうるけれども、他方で、BGB181条の例外にあたり、かつ、BGB2216条という通常の管理の範囲内にあるときは、当該行為は有効となる。⁽⁴⁴⁾

遺言執行者の行為が自己取引にあたるか否かの判断は、遺言執行者が当該取引にどのように関与したかによって判断される。⁽⁴⁵⁾例えば、遺産が一部競売の方法（強制競売強制管理法（ZVG）180条以下）によって売却されたケースつき、当該遺産を遺言執行者が競り落としても、自己取引には当たらないとされる。⁽⁴⁶⁾ここではBGB181条の危惧する利害衝突がないためであろう。

BGB181条に規定される例外が遺言執行において適用されることにも異論は見られない。すなわち、本人（被相続人）が代理人（遺言執行者）に自己取引を許容しているとき、および法律行為がもつばら義務の履行にあるときは、自己取引も有効に行うことができる。

被相続人は、遺言執行者について自己取引を許容することができる。この許容に要式は無く、明示にも黙示にも可能とされ、許容の有無の認定にあたっては、遺言の内容を第一としつつ、さらにその時々⁽⁴⁷⁾の状況を考慮して判断される。⁽⁴⁸⁾

被相続人による許容につき、遺言執行における特徴ともいえるのが、遺言執行者が相続人でもある場合には原則として黙示の許容があると考えられて

S.230; Manfred Skibbe, Festschrift für Hans Erich Brandenr, 1996, S.775; Münchener/Zimmermann, a.a.O. (Fn.21), § 2205, Rn.85; Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn.28), Rn.160; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn.30), Rn.109.

(44) Zimmermann, a.a.O. (Fn.40), Rn.646; Münchener/Zimmermann, a.a.O. (Fn.21), § 2205, Rn.85-89; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn.30), Rn.108-117.

(45) Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn.28), Rn.162-163.

(46) BGH ZEV 2001, 358.

(47) 遺言執行の指示の際に、被相続人がBGB181条に関しても具体的な指示をすることが考えられる（Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn.28), Rn.160）。

(48) OLG Düsseldorf BeckRS 2011, 17668.

いる点である。これは、1959年判決で示されたように、被相続人があえてそのような遺言執行者の指名をしていることから、その者に寄せている信頼を尊重しようとする考え方に基づく⁽⁴⁹⁾。こうした考え方は、先位相続人が後位相続のための遺言執行者として指名された場合や相続人が受遺者のための遺言執行者として指名された場合にも用いられる⁽⁵⁰⁾。ただし、これはそうした遺言執行者の指名が被相続人の意思に基づいていることが前提とされるのであって、遺言執行者が第三者によって定められる場合（BGB2198条1項1文）や遺産裁判所による指名の場合（BGB2200条1項）においては、当然に許容が認められるわけではないことが指摘されている⁽⁵¹⁾。また、1959年判決の判示によれば、相続人や受遺者ではない遺言執行者には、原則として黙示に自己取引が許容されていないと考えられる⁽⁵²⁾。これに対して学説では、許容の有無よりも、例えば相続財産を遺言執行者自身が買い受ける際には適正価格で取引されているかどうかを重要ではないか、との指摘が見られる⁽⁵³⁾。適正な価格であれば、被相続人にとって買い手が誰であるかは問題とならないためである。こうした観点は、次に述べるBGB2216条の遺産の管理に関連するものと考えられる。

遺言執行者と自己取引に関しては、1959年判決が示したように、当該行為が通常の管理（BGB2216条）の範囲にあるか否かが考慮される。被相続人は自己取引を許容することはできるが、他方で、通常の管理の範囲外にある行為を許容することはできない（BGB2220条）。そのため、問題となる法律行為が通常の管理の範囲内にあることは、被相続人の許容と関連して、自己

(49) Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn.28), Rn.167; Skibbe, a.a.O. (Fn.43), S.775-776; BGHZ 51, 209.

(50) Skibbe, a.a.O. (Fn.43), S.775-776.

(51) Skibbe, a.a.O. (Fn.43), S.775-776.

(52) Münchener/Zimmermann, a.a.O. (Fn.21), § 2205, Rn.89.

(53) Zimmermann, a.a.O. (Fn.40), Rn.465.

取引を有効とするための前提となる。⁽⁵⁴⁾ 上記のように遺言執行者が遺産を適正価格よりも安く自分自身で買い受ける場合には、たとえ当該自己取引が被相続人によって許容されていたとしても、通常の管理の義務に反するがゆえに、BGB181条により無効となりうる。⁽⁵⁵⁾

共同相続人が遺言執行者に指名される場合、原則として遺産の通常の管理の範囲内にある行為であれば自己取引もすべて許容されていると解されているから、この場合はとくに通常の管理の範囲内にあるかどうか厳しく判断されなければならない。⁽⁵⁶⁾ このことは連邦通常裁判所でも認められている。すなわち連邦通常裁判所2016年2月24日判決⁽⁵⁷⁾は、遺言執行者による遺産の無償処分（BGB2205条3文）が問題となったケースにおいて、「BGB2205条3文の意味及び目的をも考慮すると、無償処分にあたるか否かという問題においては、厳しい基準が設けられなければならない。処分権限を持たない相続人の保護のため、遺産に等価値のものが与えられずに遺言執行者が遺産の目的物を手放すことは、阻まれなければならない。このことは、まさに遺言執行者が遺産の目的物を第三者に譲渡するのではなく、自己取引の範囲において自身が取得するときにもあてはまる。」と述べている。

自己取引の許容については、相続人が事前に許容（*Gestattung*）することが可能かという問題も提起されている。1959年判決は被相続人による許容を肯定したものの、相続人による許容については言及していない。この問題について学説では、遺言執行者は相続人の代理人とは位置付けられないことから相続人の許容は問題になりえないとする見解⁽⁵⁸⁾も、反対に、遺言執行者が

(54) Münchener/Zimmermann, a.a.O. (Fn.21), § 2205, Rn.88.

(55) Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn.28), Rn.167.ただし、自己取引が許されるのではなく、遺言執行者による安い価格での取得が遺贈と解されるのであれば、単に義務を履行しているものとして可能となる。

(56) Münchener/Zimmermann, a.a.O. (Fn.21), § 2205, Rn.89.

(57) BGH NJW-RR 2016, 457.

(58) Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn.30), Rn.111.

法規定によって職務の実行を制限されているような場合には相続人の処分権限は制限されないとし、相続人も許容をなすうとの見解⁽⁵⁹⁾も見られる。しかし、むしろこの問題は、1959年判決が示したように相続人による自己取引の追認が認められるのであれば、相続人による許容にはあまり意味が無いとも考えられよう⁽⁶⁰⁾。

学説によれば、相続人かあるいは共同遺言執行者がいればその追認を得て、無効な自己取引も有効になると解されている⁽⁶¹⁾。むしろ、その遺言執行者が相続人でもある場合においては、その者が追認するかどうかの決定に関与することはできない⁽⁶²⁾。

さらに、被相続人の意思に反して相続人が追認をすることができるか、という問題がある。これを肯定する見解⁽⁶³⁾も、否定する見解⁽⁶⁴⁾もみられる。遺言執行者は被相続人の意思を実現すべき職務を負うことからすれば、被相続人の意思に反する追認はなしえないと考えられるものの、他方で、ドイツでは遺言執行者と相続人が共同で遺産を処分することも場合によって認められているから⁽⁶⁵⁾、そうした判例や学説の傾向からすれば、被相続人の意思にかかわらず相続人が追認をすることができると考えられる。

(59) BGH NJW 1969, 841; Soergel/Jürgen Damrau, BGB, 13.Aufl., 2003, § 2205, Rn.70.

(60) Zimmermann, a.a.O. (Fn.40), Rn.567.

(61) Lange, a.a.O. (Fn.21), § 65, Rn.143; Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn.28), Rn.181.

(62) Zimmermann, a.a.O. (Fn.40), Rn.470; BGH WM 1973, 360=BB 1973, 499.

(63) Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn.28), Rn.181; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn.30), Rn.114.

(64) Karl Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 23. Aufl., 2020, Rn.220; Lübtow, a.a.O. (Fn.32), S.157.

(65) Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn.30), Rn.114; BGHZ 40, 115; BGHZ 56, 275. なお、こうした遺言執行者と相続人が共同で遺産を処分する場合につき、詳細は、拙稿・前掲注 (24) 127頁以下参照。

自己取引にあたる行為であっても、当該行為が単に義務の履行である場合は、BGB181条によって無効とされない。なお、ここでもBGB2216条の範囲内にあることを要する。⁽⁶⁶⁾ここにいう義務は、遺言執行者に対する被相続人の義務または被相続人に対する遺言執行者の義務を指すと解される。例えば、遺言執行者になされた遺贈は、有効な遺産債務であり、遺言執行者は自ら履行することができる。⁽⁶⁷⁾ただし、遺言執行者が例えば遺贈を予定されているよりも前に履行しようとするとき、BGB181条の例外規定はもはや適用されないと解される。⁽⁶⁸⁾そのほか、遺言執行者が被相続人に債権を有していたり、葬儀費用を立て替えたりしているために、遺産への債権を有する場合には、遺産から自分自身で弁済を受けることが可能である。⁽⁶⁹⁾遺言執行者が遺産から報酬を引き出すことも同様であろう。⁽⁷⁰⁾

現在の議論状況は、BGB181条の例外を（とりわけ遺言執行者が相続人や受遺者である場合に）広く認めることにより、遺言執行者の自己取引を可能とする方向性をとるように思われる。このような解釈は、およそ通説として広く受け入れられているが、異論がないわけではない。BGB181条の適用範囲について、相続人と受遺者のために遺言執行者が指名されている場合には、遺言執行者は特定の職務の担い手として活動することから、そもそも自己取引が問題とならないとする見解もある。⁽⁷¹⁾また、被相続人の意思に基づく許容の可能性については、結局のところ、個々のケースにおいてその範囲に差があることから、予防法学の観点からは、安定性を欠くとする批判も見ら

(66) Zimmermann, a.a.O. (Fn.40), Rn.468.

(67) BayObLG Rpfleger 1982, 344; OLG Düsseldorf NJW 2014, 322.

(68) Harro Kraiss, Testamentsvollstrecker und Vermächtnis, BWNNotZ 1986, S.12.

(69) Zimmermann, a.a.O. (Fn.40), Rn.468; BGH WM 1973, 360.

(70) Zimmermann, a.a.O. (Fn.40), Rn.468; BGH WM 1973, 360.

(71) Muscheler, a.a.O. (Fn.43), S.233. この見解によれば、遺言執行者が、私人としての自分自身と、もしくは第三者と、遺産に関して法律行為を行う場合のみ、BGB181条を遺言執行者に類推適用すべき、という。

⁽⁷²⁾れる。このことは、そもそも相続人と遺言執行者とを同一人物に指名することへの批判的見解⁽⁷³⁾にもつながっており、制度全体にかかわる懸念の1つとなっている。

IV. 結びにかえて

ドイツ相続法においては、遺言執行者は“代理人”ではないけれども、代理における場合と同様に利害衝突のおそれがあることから、BGB181条による自己取引の禁止の制約を受けることとされている。ただし、BGB181条の直接的な適用ではなく、準用ないし類推適用にとどまる。このことは、遺言執行者の法的地位をめぐる議論で遺言執行者の代理構成が激しく批判されたことからすれば当然の帰結であろう。

遺言執行への準用ないし類推適用において特徴的なのは、遺言執行者が相続人でもある場合に、原則として自己取引が許される、すなわちBGB181条に規定する例外として扱われることである。その背景には、そのような遺言執行者を信頼した被相続人の意思を尊重する、との考慮がある。しかし、他方でBGB2216条による「通常の管理」に反することはできず、遺言執行者がその裁量を濫用し、自らの利益を図ることを防いでいる。たしかにこのような構成をとることで、従来から意識されてきた遺言執行者の法的地位の解釈や、被相続人の意思の尊重といった遺言執行の大原則に矛盾することなく、遺言執行者の広い裁量とそのコントロールについて調整を図ることができるだろう。もっとも、「通常の管理」の概念や、BGB181条の例外としての被相続人による自己取引の許容の解釈は、ケースによって左右される不安定なものであるから、遺言執行者が義務違反により責任追及されるリスク、被相続人の意思が遺言執行に反映されないリスク、さらに、相続人や受遺者

(72) Skibbe, a.a.O. (Fn.43), S.776.

(73) Skibbe, a.a.O. (Fn.43), S.776.

にとって不利益な執行が行われるリスクはなおも残っている。

本稿は遺言執行者と自己取引（自己契約ないし双方代理）をめぐるドイツ法の議論の一端をみるに過ぎないが、翻ってわが国をみても、ドイツ法に類似する議論展開と問題があることが伺える。明治民法の起草時から自己契約や双方代理の規定が遺言執行者をも規律すべきことは意識されており、“代理人”との文言が明文から削られた2018年相続法改正も代理規定の適用を阻むことは意図されていない。加えて、遺言執行者はその性質上、相続人や受遺者との関係で利益が相反することが当然に想定されるから、民法108条との関係を整理しておくことは避けられないように思われる。

遺言執行者にかかる規定において“代理人”との文言が削除されたことにより、遺言執行者に民法108条が用いられるか否か、用いられるとしても各執行行為について例外（民法108条にいう「許諾」や「債務の履行」）がありうるか、また、民法108条に関連して無権代理行為の追認（民法116条）などの規定が用いられるか、といった問題が生じてくる。民法108条が遺言執行者にも及ぶとしても、遺言によって遺言執行者の行うべき事務がすでに確定されており、民法108条にいう債務の履行と同様に捉える⁽⁷⁴⁾こともありえよう。また、ドイツ法における議論のように、遺言執行者が相続人や受遺者である場合には、被相続人の意思を根拠として「許諾」を認める方向性もありうるように思われる。もっとも、民法108条を用いるとしても、遺言執行の場合は、代理における「本人」の位置付けが明らかでない。この点に関し、ドイツ法において、相続人による許容がありうるかとの観点から議論があり、また、判例は相続人による追認を認めていた。本稿における検討は十分ではないものの、こうした方向性も一考の余地がある。

他方、2018年相続法改正にかかる法制審議会においては、遺言執行者につ

(74) 法制審議会・民法（相続関係）部会・前掲注（5）「第6回会議 議事録」（平成27年10月20日）46頁〔堂蘭幹一郎幹事発言〕。

いて、信託法⁽⁷⁵⁾30条のような「忠実義務」を規定するべきではないかとの議論が交わされた。しかし、遺言執行者が誰のために何をしなければならないかという内容およびそれに応じた善管注意義務の内容は、民法新1012条や新1015条によってある程度明らかになっていることや、他の財産管理人について忠実義務に関する規定が置かれていないにもかかわらず、遺言執行者のところだけ規定を置いてよいのかという法制上の問題などを理由に、明文化は見送られた。しかし、こうした規定を設けることに賛成の声もある⁽⁷⁸⁾。

現行法において、遺言執行者の義務としては、善管注意義務（民法新1012条3項、644条）が規定されている。ドイツ法では、遺言執行者が相続人であるかどうかにかかわらず、「通常の管理」の義務（BGB2216条）を用いて遺言執行者に制限をかけている⁽⁷⁹⁾。わが国においても、善管注意義務を敷衍して遺言執行者の責任を明確化し、利益相反行為に対応することがありうるだろうか。わが国の委任における善管注意義務についての議論をみるに、委任は、人的な信頼関係に基づいて「受任者には裁量権限が与えられ、これによって複雑な事務処理が可能になる」との性質を有していることから、「委

(75) 信託法30条「受託者は、受益者のため忠実に信託事務の処理その他の行為をしなければならない。」

(76) 法制審議会・民法（相続関係）部会・前掲注（5）「第11回会議 議事録」（平成28年4月12日）45-46頁〔中田裕康委員発言〕、同「第12回会議 議事録」（平成28年5月27日）35-36頁〔中田委員、堂蘭幹一郎幹事発言〕、同「第20回会議 議事録」（平成29年4月25日）47-49頁〔中田委員、沖野眞巳委員発言〕。

(77) 法制審議会・民法（相続関係）部会・前掲注（5）「部会資料20 積残しの論点について（1）」（平成29年4月25日）49頁。

(78) 金子敬明「遺言執行者の権限の明確化等」論ジュリ20号（2017年）37頁。

(79) ドイツにおいても「通常の管理」の概念につき議論があるところ、判例（BGH WM 1967, 25）によれば、一般に「いかなる管理措置が要求されるかは、客観的な見地と、経済性の一般的な原則によって定まる」とされ、「遺言執行者は、自らの利害によらずに活動する管理者に要求される全てのことをなし、相続人または受遺者にとって不利益を生じる可能性がある全てのことをしてはならない」とされる。

任者の受任者に対する信頼の程度が低いと認められるタイプの委任契約においては、善管注意義務の程度は軽減される⁽⁸⁰⁾、との見解が見られる。すなわち、「複雑な事務の処理を委託するには、受任者にはば広い裁量権を認めなければならないが、それには受任者に対する高度の信頼が存在することが前提」となり、「この信頼を確保するためには義務の（程度・内容両面での広義の）高度化が必要となる」とされる⁽⁸¹⁾。このように信頼関係の程度によって善管注意義務が変わり得るとすれば、遺言執行者制度においても、場合により執行者の負う義務の範囲ないし求められる注意の程度が変わり得ると考えられる。遺言執行者にどの程度の裁量をゆだねるかという問題と合わせて検討されなければならない⁽⁸²⁾。

もう1点、検討すべきは、そもそも相続人や受遺者を遺言執行者としてよいか、という遺言執行者の欠格の問題である。2018年相続法改正にかかる法制審議会では、典型的に利益が相反する者（典型的には相続人と受遺者）については遺言執行者の欠格事由とすべき、との意見が出された⁽⁸³⁾。利益相反のおそれを避けるためには、第三者（とくに弁護士などの職業的な専門家や信託銀行など）に遺言執行をゆだねることが望ましい⁽⁸⁴⁾。とはいえ、遺言執行

(80) 大村敦志「現代における委任契約—『契約と制度』をめぐるとの断章—」中田裕康＝道垣内弘人『金融取引と民法法理』（有斐閣、2000年）103頁。

(81) 大村・前掲注（80）118頁。右見解を引用し、同旨の内容を述べるものとして、道垣内弘人「善管注意義務をめぐって」法教305号（2006年）42-44頁。

(82) なお、遺言執行者と同じく他人の財産を管理する成年後見人について、その善管注意義務（民法869条）や、本人の意思の尊重と身上配慮の義務（民法858条）を出発点として、成年後見人の行為基準を検討するものとして、赤沼康弘「成年後見人の権限と限界」判タ1406号（2015年）5頁以下がある。

(83) 法制審議会・民法（相続関係）部会・前掲注（5）「第11回会議 議事録」（平成28年4月12日）45-46頁〔増田勝久委員発言〕、同「第9回会議 議事録」（平成28年1月19日）50頁〔増田委員発言〕。

(84) 片岡雅「【特集】創造法改正と実務 銀行実務の視点から」ジュリ1526号（2018年）60頁によれば、2018年相続法改正後、「自らの意思を確実に迅速に実現するため、ある

者に相続人が指定されることも依然として多いとされ⁽⁸⁵⁾、また、遺言執行を専門家にゆだねるコストについても配慮する必要がある⁽⁸⁶⁾。

遺言執行者と自己契約ないし双方代理あるいは利益相反行為の問題をめぐっては、遺言執行者の欠格の問題や遺言執行者の義務の範囲に関する問題とも関連する。遺言執行者制度全体を俯瞰しつつ、さらに検討しなければならない。

〈付記〉本稿は、JSPS科研費・若手研究（19K13574）による研究成果の一部である。

いは資産の承継を円滑に行うために遺言と遺言執行者の制度を活用することが今まで以上に必要かつ有益」となり、「利益相反のおそれがなくかつ専門性がある確実な執行を期待することができる職業的な専門家」が遺言執行者に指定されることが増えるものと予想されている。

(85) 生駒俊英「遺贈・遺言執行（新998条・新1007条・新1012条～1016条）」金商1561号（2019年）85頁。

(86) 吉永・前掲注（7）106頁注49）は、「相続人と受遺者の関係が良好である場合も考えられるのであり、遺言執行者を置くことのコストを不必要に上げるべきではないから、相続人であるということを一律に遺言執行者の欠格事由とすることには賛成できない」という。