

ドイツ相続法における遺言の継続執行と 遺産の管理の指示 ——障害者遺言に関する判例を中心として

小 川 恵

- I. はじめに
- II. ドイツ相続法における遺言執行者制度の概要
 - 1. 原則としての清算執行とその他の類型
 - 2. 継続執行と管理執行
- III. 継続執行と遺言執行者による収益の引渡し
 - 1. 連邦通常裁判所2019年7月24日決定
 - 2. 2019年決定の意義と近時の議論
- IV. 結びにかえて

I. はじめに

わが国では、遺言執行の期間については定めがない。しかし、遺言執行者の職務には、認知（民法781条）や相続人の廃除（民法893条）、遺贈の履行（民法1012条2項）などが挙げられ、これらは被相続人の死後、長期にわたることは考え難い。むしろ、遺言執行は、被相続人から相続人や受遺者への財産承継を滞りなく行うための手段として活用することが想定される⁽¹⁾。加えて、そもそもわが国では相続による財産承継はなるべく早

(1) 小林徹「第18章 福祉型信託」新井誠＝神田秀樹＝木南敦編『信託法制の展望』（日本評論社、2011年）419頁以下。

く終了することが望ましいと考えられる傾向にあるから⁽²⁾、長期にわたって遺言執行を活用することは現実的ではないだろう。

しかしながら、自らの死後も長期にわたって相続人のために遺産を活用したいとの需要も存在する。たとえば、障害のある子の親が自らの死後にも子が安定して生活できるようにするために、子に多くの遺産を残すよう望むことがあろう。もっとも、相続人たる子本人が遺産を管理し活用していくことは困難である。このような、いわゆる親亡き後問題では、被相続人の死後において相続人が他者の手を借りて遺産を管理したり活用したりすることが望まれる。

近時、財産管理や財産承継に関連して、信託が注目を集めている⁽³⁾。信託においては、単に財産処分が行われるのではなく、財産処分の過程や配分方法において処分者の細かな意思に沿った処分が可能であり、自己の利益を図るだけでなく他者の利益を図ることもできるから、高齢者や障害者の扶養あるいは中小企業の事業承継に有用と考えられてきた⁽⁴⁾。さらに、信託は、従来、委任・後見・相続というように民法上の別個の制度によって分断的に処理されていた財産管理や承継を連続的に1つにまとめることができるという点でも、有用な制度といえよう。すなわち、信託は、民法上の制度を超えて、親亡き後問題への対応をはじめとした多様な財産管理や財産承継を可能にする制度となっている。もっとも、信託については、公的な監督制度のないことや身上保護への対応が困難であることなど、

(2) たとえば、いわゆる所有者不明土地の問題を契機とする令和3年の民法・不動産登記法の改正では、相続開始から10年を経過した後になされる遺産分割について、特別受益や寄与分の規定を適用しない旨の規定が新設された(民法904条の3)。この規定は、相続開始時から10年以内に遺産分割が行われるよう、間接的に促すものといえる(松尾弘『所有者不明土地の発生予防・利用管理・解消促進からみる改正民法・不動産登記法』(ぎょうせい, 2021年) 36頁)。

(3) 西希代子「高齢者と財産—財産の承継と管理」NBL1224号(2022年) 30頁。

(4) 天野佳洋「遺言信託」ジュリスト1164号(1999年) 93, 97頁。

留意すべき点も指摘されている⁽⁵⁾。ますます高齢社会が進行するわが国において、どのような方法でどのような財産承継を認めるべきかは、改めて整理・検討すべき課題として顕在化しているように思われる。

上記のような課題を検討するにあたり、ドイツにおける遺言執行の一類型である継続執行 (Dauervollstreckung) の仕組みに着目したい⁽⁶⁾。ドイツにおいても、遺言執行は円滑な財産の承継を目的の1つとしており⁽⁷⁾、遺言執行者の典型的な職務は被相続人の遺言内容の実現と遺産分割の実行にあると位置付けられている。しかし、ドイツではこうした一般的な財産承継の実現に限られず、異なる目的を達するための遺言執行の型式が用意されている。とりわけ、被相続人の死後、長期にわたって遺言執行を指示することのできる継続執行は、他国ではほとんど見られず、国際的にも珍しいものと評される⁽⁸⁾。こうした継続執行は、とくに、障害のある子の親が、親の死後における子の生活に配慮するための方法として活用されている。すなわち、障害のある子のために親の遺産を管理・運用することを遺言執行者の職務とし、長期にわたって遺言執行を継続させるのである。このような遺言および遺言執行の在り方は、実務上有用なものとして活用されてきた。

(5) 木原恵子「民事信託の積極的な活用への手引き 活用事例(2)～(4): 遺言信託、親亡き後の問題、後継ぎ遺贈型受益者連続信託」自由と正義71巻3号(2020年)19頁。

(6) ドイツにおける継続執行の制度を紹介する文献として、藤原正則「第6章 ドイツにおける生前処分と死因処分の傾向」新井誠編『高齢社会における信託と遺産承継』(日本評論社、2006年)228-231頁、同「第5章 遺産承継と信託的譲渡」新井ほか編・前掲注(1)197-199頁、吉永一行「ドイツにおける『遺言執行』——継続執行の果たす役割と課題——」道垣内弘人ほか『各国における遺言執行の理論と実態』(トラスト未来フォーラム、2020年)79-95頁。

(7) Knut Werner Lange, *Erbrecht*, 3.Aufl., 2022, §62, Rn.6.

(8) Staudinger/Wolfgang Reimann, *BGB*, 2016, Vorbemerkungen zu §§ 2197 ff., Rn.153; Karlheinz Muscheler, *Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung*, 1994, S.78-79.

本稿では、わが国における財産承継の在り方を検討する一助として、ドイツにおける継続執行に着目し、その概要とともに、近時公表された連邦通常裁判所2019年7月24日決定⁽⁹⁾を取り上げ、紹介する。この決定は、障害者のためになされた遺言の有効性を判断するとともに、遺言執行者の権限の一端を明らかにしたものとしても注目される。これらのドイツにおける運用や議論は、そもそも相続法の体系や遺言執行者制度の在り方を異にするわが国の議論に対し、直接に引用できるものではない。しかし、わが国の遺言執行者制度は随所に検討課題を残しており⁽¹⁰⁾、その意味では発展途上にあるといえる。それゆえ、今後の多様な財産承継の在り方とそこでの問題対応を検討するにあたって、ドイツ法における遺言の継続執行の特徴と問題を明らかにし、さらにその問題への対応を紹介・検討することは有益であろう。

II. ドイツ相続法における遺言執行者制度の概要

1. 原則としての清算執行とその他の類型

ドイツの遺言執行者は、ゲルマン法におけるサルマン (Salmann) を起源にする⁽¹¹⁾。サルマンは、所有者から財産の移転を受け、これを所有者の指示に従って処分することを委ねられた仲介的受託者であった⁽¹²⁾。サ

(9) BGH NJW 2020,58 = ZEV 2020,41 = FamRZ 2020,128.

(10) とりわけ平成30年民法改正後につき、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」民商法雑誌155巻1号(2019年)103-108頁、橋本昌純「相続法改正における公証実務上の留意点」家庭の法と裁判19号(2019年)7頁以下、生駒俊英「遺贈・遺言執行(新998条・新1007条・新1012条~1016条)」金融商事判例1561号(2019年)79頁以下。

(11) 原田慶吉『日本民法典の史的素描』(創文社, 1954年)295-296頁, Staudinger/Anatol Dutta, BGB, 2021, Vorbemerkungen zu §§ 2197 ff., Rn.2.

(12) 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)321頁, 原田・

ルマンは、後に受託者 (Treuhänder) へと発展を遂げるとともに⁽¹³⁾、ドイツで遺言を用いることが認められた12世紀以降は、遺言の内容を履行する者、すなわち遺言執行者へと発展を遂げた⁽¹⁴⁾。その後、ドイツ民法典 (BGB) の制定にあたり、詳細に制度が明文化されるに至った⁽¹⁵⁾。

元来、遺言執行者制度とは、相続人に代わり、遺言執行者が遺産について法律上および事実上の支配権を有することを認める制度である⁽¹⁶⁾。他方でドイツ相続法は、相続開始と同時に遺産が相続人に帰属するという包括承継を基礎としており (BGB1922条)、遺言執行者制度は、この包括承継とは相容れないものと言える。この点を指して、遺言執行者制度はドイツ相続法における「異物」とも表現される⁽¹⁷⁾。しかし、その反面、実務における遺言執行者制度の果たす役割は、被相続人が死後も自らの意思に沿った財産処理を実現することができ、また、円滑に相続が行われるようになるという点で、極めて大きい⁽¹⁸⁾。このような実務上の意義から、ドイツにおいて遺言執行者制度は不可欠のものであるとの評価を受ける⁽¹⁹⁾。

BGB は、遺言執行の原則的な型式を設け、それに対して被相続人が一定の変更を加えることができる、との枠組みを採用した。ここでは、原則

前掲注 (11) 296頁。

(13) 四宮和夫「信託行為と信託 (2)」法学協会雑誌59巻2号 (1941年) 209頁以下、於保不二雄『財産管理権論序説 (復刻版)』(有信堂高文社、1995年) 66頁。

(14) Theodor Kipp/Helmut Coing, Erbrecht, 1990, §66 I, Reinhard Kapp, Die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers zum Erben, BB 1981,113.

(15) こうした発展の経緯は、わが国において遺言執行者の地位を信託法上の受託者の地位に近づけて検討する見解の裏付けとなりうる (田中実「遺言執行者」中川善之助教授還暦記念家族法大系刊行委員会編『家族法大系 VII (相続 (2))』(有斐閣、1960年) 234-235頁)。

(16) Lange, a.a.O. (Fn.7), §62, Rn.2.

(17) Lange, a.a.O. (Fn.7), §62, Rn.2; Münchener/Walter Zimmermann, BGB, 2022, Vorbemerkung (Vor § 2197), Rn.1.

(18) 詳細には、Lange, a.a.O. (Fn.7), §62, Rn.3-8.

(19) Münchener/Zimmermann, a.a.O. (Fn.17), Vorbemerkung (Vor § 2197), Rn.2.

的かつ典型的な遺言執行の型式として、清算執行 (Abwicklungsvollstreckung) が想定されている⁽²⁰⁾。清算執行では、遺言執行者は、終意処分の実行 (BGB2203条)⁽²¹⁾および遺産分割の実行 (BGB2204条)を職務とする。これらは、たとえ被相続人が指示していなくとも、他に異なる指示が無ければ、遺言執行者がなすべき職務となる⁽²²⁾。他方で、被相続人は遺言執行者の権限を制限することができ (BGB2208条1項1文)、あるいはその権限を特定の遺産に限定することも可能である (同条1項2文)。

法律上、清算執行の他にも、いくつかの執行型式が認められている。一般的に整理されるところでは、①継続執行と管理執行、②後位相続人のための執行、③遺贈にかかる執行の3つの型式があり、さらに、④相続人を監督するための執行が指示されることもある。これらの型式では、清算執行と同様に被相続人の指示に基づいて遺言執行者の職務権限が定められるが、下記のように、特定の目的をもった特別な職務が委ねられる。

①BGB2209条に基づく継続執行 (Dauervollstreckung) と管理執行 (Verwaltungsvollstreckung) は、遺言執行者に対し、長期にわたって遺産の管理を委ねるという執行型式である。これらの執行型式について詳細は後述する。

②BGB2222条に基づく後位相続人のための執行 (Nacherbenvollstreckung) は、後位相続人の権利と義務の遂行を遺言執行者の職務とする。ドイツでは、相続の一形態として、先位相続および後位相続という制度が設けられている⁽²³⁾。被相続人は、先に相続人となる者 (先位相続

(20) Münchener/Zimmermann, a.a.O. (Fn.17), Vorbemerkung (Vor § 2197), Rn.4.

(21) BGB2203条における「終意処分」は、「死因処分 (Verfügung von Todes wegen)」を意味すると解されている (Staudinger/Dutta, a.a.O. (Fn.11), §2203, Rn.3)。死因処分は、終意処分 (遺言) と相続契約を含むから、遺言執行者は、終意処分 (遺言) の内容だけでなく、相続契約の内容も実現しなければならない。

(22) Thomas Storz, Miterbenvereinbarungen und ihre Auswirkungen auf die Auseinandersetzungsvollstreckung, ZEV 2011,18.

人)と、その後に相続人となる者(後位相続人)とを指定することができる。この場合、相続財産はまず先位相続人に帰属し、後位相続開始事由によってはじめて相続財産が後位相続人に移転する。もっとも、後位相続人の権利は、先位相続人からではなく、被相続人から直接相続する。先位相続人は後位相続が開始するまで遺産の使用収益について権利を有し、一定の制限の下で遺産の処分も可能である(BGB2112条以下)。こうした先位・後位相続を指示している場合において、被相続人はさらに後位相続人のために遺言執行を指示することができる。この執行型式では、遺言執行者の主たる職務は先位相続人を監督することであり、後位相続人の利益のために活動することが求められる⁽²⁴⁾。具体的には、遺言執行者は、遺産目録の交付請求権(BGB2121条)や遺産の状況についての報告請求権(BGB2127条)などの先位相続人に対する後位相続人の権利を行使ことができ、他方で、遺産の通常管理のために必要な先位相続人の行為に対する後位相続人の同意義務(BGB2120条)などの後位相続人の義務を負う。

③BGB2223条に基づく遺贈にかかる執行(Vermächtnisvollstreckung)は、受遺者に課された転遺贈(BGB2186条)⁽²⁵⁾や負担などの義務を受遺者に実行させることを遺言執行者の職務とする型式である。

(23) 先位相続および後位相続については、法務省が公表している「各国の相続法制に関する調査研究業務報告書」(2014年)のうち浦野由紀子「第1部 ドイツ法」2-3頁(https://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00163.html)のほか、ドイツ相続法研究会「遺言(5)~(8)」民商法雑誌104巻3号417頁以下、同巻4号536頁以下、同巻5号683頁以下、同巻6号825頁以下(いずれも1991年)、床谷文雄「ドイツの先位・後位相続制度について」信託研究奨励金論集12号(1991年)43頁以下参照。

(24) Lange, a.a.O.(Fn.7), §62, Rn.17-22a. したがって、後位相続人のための執行においては、原則として、先位相続人に対して後位相続人の権利を行使または義務を履行する場合に執行が開始し、後位相続の開始によって執行が終了する。

(25) 転遺贈とは、被相続人から遺贈を受けた受遺者がさらに別の者に遺贈を行う義務を負うことを指す。たとえば、被相続人Aが、受遺者Bに対し、BからCに金銭を遺贈する義務を課した上で、Bに不動産の遺贈を行う場合である。

④最後に、BGB2208条2項によれば、被相続人は、遺言執行者が自ら遺言内容を実現するのではなく、相続人に遺言内容を実現させるために、相続人の監督を遺言執行者の職務とすることができる⁽²⁶⁾。相続人の履行状況によっては、遺言執行者は相続人に対して遺言内容を実現するよう請求することができる⁽²⁷⁾。

2. 継続執行と管理執行

(1) 概論

BGB2209条1文前段によれば⁽²⁸⁾、被相続人は、遺言執行者に対し、遺産の全部あるいは一部について遺産の管理のみを指示し、それ以外の職務を委ねないという指示をすることができる。さらに同条1文後段によれば、被相続人は、遺言執行者に管理以外の職務を委ね、かつ、その職務の実行後になお継続して遺産の管理を委ねることができる。これら遺産の管理にかかる執行について、厳密には、前者は管理執行 (Verwaltungsvollstreckung)、後者は継続執行 (Dauervollstreckung) と呼ばれる⁽²⁹⁾。もっとも、これらの表現は同義語として用いられることもあり⁽³⁰⁾、BGB2209条の見出しは“Dauervollstreckung”との表記のみである (以下では、管理執行と継続執行をあわせて長期間の管理を委ねる遺言執行を「継続執

(26) こうした遺言執行は、“die beaufsichtigte Testamentsvollstreckung”や“die bloß beaufsichtigende Testamentsvollstreckung”などと表現される。

(27) Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, *Erbrecht*, 29.Aufl., 2021, §26, Rn.14; Lutz Michalski/Jessica Schmidt, *BGB-Erbrecht*, 5.Aufl., 2019, §19, Rn.834.

(28) BGB2209条 (継続執行) 「被相続人は、遺言執行者に遺産の管理を委ね、管理以外の職務を割り当てないことができる;被相続人は、遺言執行者が他に割り当てられた職務の処理の後に管理を継続すべきことを指示することもできる。疑わしい場合には、遺言執行者に第2207条に規定する権能が与えられたものとする。」

(29) 区別しているものとして Lange, a.a.O. (Fn.7), §62, Rn.15; Jörg Mayer/Michael Bonefeld/Manuel Tanck, *Testamentsvollstreckung*, 5.Aufl., 2022, §47, Rn.98.

(30) Staudinger/Dutta, a.a.O. (Fn.11), §2209, Rn.1.

行」と表記する。管理執行と継続執行を区別する場合には、継続執行を「狭義の継続執行」と表記する)。

遺言執行者に管理のみを委ねる管理執行は、まさに遺産の管理そのものが執行の目的であり、それ以外の職務は委ねられない。したがって、通常の執行形態である清算執行と比べると、遺言執行者の権限が制限されているように見える。しかし、清算執行では遺言執行者に委ねられた職務が実行されることで執行が終了するのに対し、管理執行では原則として30年という長期にわたって遺言執行が可能である⁽³¹⁾。執行が継続する間は、相続人は遺産の処分権を剥奪され (BGB2211条1項)、相続人の債権者は遺産に介入することができない (BGB2214条)⁽³²⁾。その意味では、管理執行が長期にわたれば、遺産に対する遺言執行者の権限はむしろ強まるものと評される⁽³³⁾。

他方、管理以外の職務も委ねられる狭義の継続執行は、清算執行と管理執行が連続的につながるような執行形態であり、清算執行と同様の職務を実行した後もなお遺産の管理のために遺言執行が継続するという点で、遺言執行者の権限が拡大されたものといえる⁽³⁴⁾。

加えて、清算執行における遺産の管理は、あくまで遺産を清算し、終意処分を実行し、共同相続人間で遺産を分割するために必要な範囲に限られ

(31) 清算執行には期間制限の規定がなく、遺言執行者に委ねられた職務が履行されれば遺言執行が終了する。たしかに、事情によっては相続財産の調査や受遺者の捜索、遺産分割などに相当な時間を要することもありうるが、そのような場合には訴訟によって早期に解決することが望ましく、また、遺言執行者が故意に執行を遅らせているような場合には遺言執行者の解任請求をすることが考えられる (Walter Zimmermann, *Die Testamentsvollstreckung*, 5.Aufl., 2020, Rn.21)。

(32) 加えて、管理執行がすべての相続人に関係する場合には、執行期間中は遺産分割も排除されることになる (Lange, a.a.O. (Fn.7), §62, Rn.15)。

(33) Münchener/Zimmermann, a.a.O. (Fn.17), §2209, Rn.1; Staudinger/Dutta, a.a.O. (Fn.11), §2209, Rn.2.

(34) Lange, a.a.O. (Fn.7), §62, Rn.16.

る。これに対して、継続執行は、管理される財産を維持するにとどまらず、遺産を活用し収益を獲得することも目的とされる⁽³⁵⁾。

このように継続執行では、通常の清算執行を超える遺言執行者の権限の拡大が見られるために、実務上は、遺言執行者が相続人にとっての後見人たる地位に近しくなると言われている⁽³⁶⁾。さらには、遺言執行者は長期にわたり遺産の管理処分権を有し、いわば遺産の処遇の決定権を有することになるために、財産にかかる“家長 (Familienoberhaupt)”の地位を与えられることにもなりうると評されている⁽³⁷⁾。

長期にわたる遺言執行は、遺言執行者の権限を拡大する一方で、相続人の権限を制限することになるため、BGBの立法過程からそもそもそのような制度を設けるべきかが議論されてきた。しかし、相続人を遺産の管理から排除することが被相続人にとって望ましいことがあるなどと主張され、最終的には規定されるに至った⁽³⁸⁾。同様の制度は、オランダやスイスにも存在するものの、これらの国では、遺言執行者が裁判所や官庁などの公的な監督下におかれる点でドイツの継続執行の制度とは異なっており⁽³⁹⁾、右制度はドイツ遺言執行者制度の特徴の1つといえる。

(2) 期間制限

BGB2210条は継続執行の期間制限について定めている⁽⁴⁰⁾。継続執行の指示は、原則として相続開始時から30年が経過すると効力を失う(同条1

(35) Manfred Bengel/Wolfgang Reimann/Florian Dietz, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 7.Aufl., 2021, §1, Rn.145.

(36) Münchener/Zimmermann, a.a.O. (Fn.17), §2209, Rn.1; Staudinger/Dutta, a.a.O. (Fn.11), §2209, Rn.6.

(37) Münchener/Zimmermann, a.a.O. (Fn.17), §2209, Rn.4; Staudinger/Dutta, a.a.O. (Fn.11), §2209, Rn.9.

(38) こうした規定の経緯につき, Muscheler, a.a.O. (Fn.8), S.45ff.

(39) Wolfgang Reimann, Die Kontrolle des Testamentsvollstreckers, FamRZ 1995,588.

(40) BGB2210条(継続執行のための30年の期間)「第2209条に定める指示は、相続開

文)。この期間が経過すれば、遺言執行者の辞任や裁判所による手続きなどを必要とせず、遺言執行は当然に終了するものと解されている⁽⁴¹⁾。

しかし例外として、被相続人は、相続人や遺言執行者の死亡または他の事情の発生まで執行を継続するよう指示することができる（同条2文）。他の事情としては、たとえば相続人が成年などの一定の年齢に達すること、相続人が婚姻したり、試験に合格することなどがある⁽⁴²⁾。こうした場合には、執行が30年より短い期間で終了することも⁽⁴³⁾、30年を超えることもありうる⁽⁴⁴⁾。

もっとも、たとえば、被相続人が執行の終了事由を遺言執行者の死亡としつつ、他方で遺言執行者に後任者を選任する権限を付与していた（BGB 2199条2項）場合、遺言執行者が死亡前に後任者を選任すると、永続的に執行が継続するとの懸念が指摘されていた⁽⁴⁵⁾。この問題に対し、判例⁽⁴⁶⁾は、相続開始後30年が経過し、かつ被相続人の指示により執行が遺言執行

始の時から30年を経過したときは、効力を失う。被相続人は、相続人若しくは遺言執行者の死亡のときまで、又はその一方若しくは他方につきその他の事情が生じるときまで、管理を継続すべき旨を指示することができる。第2163条第2項の規定を準用する。」

(41) Münchener/Zimmermann, a.a.O. (Fn.17), §2210, Rn.4.

(42) Eberhard Rott/Michael Stephan Kornau/Rainer Zimmermann, Praxishandbuch Testamentsvollstreckung, 3.Aufl., 2022, §4, Rn.6.

(43) Staudinger/Dutta, a.a.O. (Fn.11), §2210, Rn.40 によれば、執行期間が30年以下に引き下げられうるかという問題はこれまでほとんど扱われてこなかったという。もっとも、被相続人の指示によっては30年以内に遺言執行が終了することも考えられ、また、たとえば被相続人が10年などの一定の期間を執行の期間として指定することも想定されている（Zimmermann, a.a.O. (Fn.31), Rn.22）。そのため、30年以内に終了することも肯定されるだろう。

(44) なお、法人が遺言執行者に指名された場合には、執行は相続開始後30年を経過すれば効力を失う（BGB2210条3文によるBGB2163条2項の準用）。

(45) Münchener/Zimmermann, a.a.O. (Fn.17), §2210, Rn.6. この問題については、吉永・前掲注（6）91-92頁にて言及されている。

(46) BGHZ 174, 346.

者の死亡まで継続すべきとされている場合は、相続開始後30年以内にその職務に任命された最後の遺言執行者の死亡をもって、継続執行の指示の効力が失われる旨の判断を下している。したがって、30年以上に及ぶ執行がありうるとしても、永続することまでは許されていない。

(3) 継続執行が活用される場面

遺言執行者制度の特徴は、まず、遺言執行者が遺産の管理処分権を取得する(BGB2205条)反面、相続人は遺産についての処分権を失うことにある(BGB2211条1項)。さらに、相続人の債権者による遺産への介入は妨げられる(BGB2214条)。こうした特徴のゆえに、遺言執行は、相続人の経済的な問題に対処する手段として有用である⁽⁴⁷⁾。とりわけ継続執行は長期的に上記のような遺言執行の効果が維持されるため、相続人に遺産の管理や処分を委ねられない(あるいは委ねたくない)事情のある様々な場面で活用される。典型的には以下のような場面が挙げられる⁽⁴⁸⁾。

第一に、相続人の財産管理の能力に問題がある場面である。たとえば被相続人による遺留分の制限に関して、BGB2338条1項は遺言執行の指示を想定している。すなわち、同条によれば、被相続人は、卑属が浪費的な性向にある場合や債務超過にある場合に、当該卑属の生存中は遺留分の管理を遺言執行者に委ね、その間、卑属は毎年の純益の請求権を有する旨を指示することができる。こうした遺留分の制限は好意的(in guter Absicht)遺留分の制限と呼ばれ⁽⁴⁹⁾、遺言執行により相続人の債権者から遺産(遺留分)を守ることができる⁽⁵⁰⁾。このように、条文において継続執

(47) Thekla Schleifenbaum, Wann sollte ich Testamentsvollstreckung anordnen?, ErbR 2015, 170.

(48) 以下の各場面については、Schleifenbaum, a.a.O.(Fn.47), ErbR 2015,170ff.; Staudinger/Dutta, a.a.O.(Fn.11), §2209, Rn.6-10および日本語文献として藤原「第5章 遺産承継と信託的譲渡」・前掲注(6)197-199頁によるところが大きい。

行が想定されているほか、債務超過にある相続人がいる場合には継続執行を指示することで長期にわたり相続人の債権者の遺産への介入を防ぐことができるため、有用であるとされる⁽⁵¹⁾。

第二に、相続人が未成年者である場合において、その法定代理人を遺産の管理から排除したいという場面である。法定代理人の財産管理能力に不安が残る場合には、たとえば未成年者が成年に達するまで継続執行を指示することによって、未成年者が取得する遺産の管理を遺言執行者に委ねることができる。こうした遺言執行の指示は、親権者や未成年後見人の管理権限を制限する手続に比してもさほど困難ではないとされる⁽⁵²⁾。

第三に、事業承継の手段とする場合である。被相続人は、継続執行によって巨額の財産や事業を長期にわたって散逸させることなく維持していくことができる⁽⁵³⁾。また、かりに相続人が誰も事業の承継を希望しない場合においても、遺産の不都合な売却や分割を防ぐために、信頼のおける遺言執行者を指名し、その者に事業を委ねることが可能となる⁽⁵⁴⁾。

第四に、相続人が障害者である場合に、その障害者の生活を被相続人の死後も保障したいという場面である。社会扶助について規定するドイツ社会法典第12編（SGBXII）2条によれば、自らの所得や財産、家族などからの給付が得られる者は、社会扶助を受けることができない（後順位原則、Nachranggrundsatz）。また、居住する宅地などのいわゆる保護財産（Schonvermögen）にあたる場合を除き、換価可能な財産はすべて活用しなけれ

(49) 日本語文献として、藤原「第5章 遺産承継と信託的譲渡」・前掲注（6）197頁、青竹美佳「相続法における権利の弾力性について（二・完）」香川法学26巻3・4号（2007年）163頁。

(50) Staudinger/Dutta, a.a.O. (Fn.11), §2209, Rn.7; Schleifenbaum, a.a.O. (Fn.47), ErbR 2015,173.

(51) Schleifenbaum, a.a.O. (Fn.47), ErbR 2015,175.

(52) Staudinger/Dutta, a.a.O. (Fn.11), §2209, Rn.8.

(53) Staudinger/Dutta, a.a.O. (Fn.11), §2209, Rn.10.

(54) Lange, a.a.O. (Fn.7), §62, Rn.7.

ばならない (SGB XII 90条)。したがって、障害者が遺産を相続した場合、まずその遺産によって生計を立てなければならない⁽⁵⁵⁾。そして当該障害者が死亡した場合には、その遺産は支出された社会扶助費用の求償を受けることになる (SGB XII 102条)。このように、障害者が遺産を相続した場合には、当該遺産は障害者の生活費や介護費用として消費され、あるいは求償の対象となる。しかし従来から、障害のある子をもつ親は、子の生活が社会扶助により安定して営まれ、かつ、社会扶助運営主体 (Sozialleistungsträger) の遺産への介入を防ぐことを望んでいた。そこで用いられたのが、継続執行と先位相続および後位相続とを組み合わせた終意処分であり、障害者遺言 (Behindertentestament) と呼ばれている⁽⁵⁶⁾。すなわち、親は、障害のある子を先位相続人に指定し、他の子などを後位相続人に指定するとともに、継続執行を指示する⁽⁵⁷⁾。遺言執行者には、障害のある子のために遺産を管理し、遺産から子の生計のために一定の額を引き渡すように指示する。このような終意処分をすることによって、障害のある子は遺産から利益を得ることができ、他方で、社会扶助運営主体の遺産への介入を防ぐことができる⁽⁵⁸⁾。もっとも、こうした障害者遺言は、社会扶助の費用を負担する社会扶助運営主体にとっては好ましくないものである。そのため、しばしば良俗違反 (BGB 138条) が主張され、遺言が無効になるか否かが争われてきた。しかし、現在確立されている判例⁽⁵⁹⁾の見解によれば、障害者遺言の反良俗性は原則として否定されている。その理由と

(55) さらに、障害者が持つ請求権も活用されなければならない (SGB XII 93条)、たとえば障害者が遺留分権を行使しない場合には、遺留分請求権が社会扶助運営主体に移転する。この点に関して、竹治ふみ香「ドイツ法における遺留分権利者の決定の自由と生活保障」同志社法学394号 (2017年) 292頁以下を参照。

(56) Dietmar Weidlich, Neuere Entwicklungen beim Behindertentestament, ZEV 2020,136.

(57) Rott/Kornau/Zimmermann, a.a.O. (Fn.42), §16, Rn.40.

(58) Münchener/Dieter Leipold, a.a.O. (Fn.17), Vorbemerkung (Vor § 2064), Rn.23; Weidlich, a.a.O. (Fn.56), ZEV 2020,136.

して、第一に、後順位原則は絶対的な原則ではないことが挙げられる。すなわち、後順位原則は、社会扶助の受給権者（障害のある子）に関わるものであって、他の者（親）に対して社会扶助運営主体が介入できるように遺産の分配を考慮する義務を負わせるものではないとされる⁽⁶⁰⁾。また第二に、障害のある子に配慮する利益（Fürsorgeinteresse）が親に認められるべきであって、障害者遺言は良俗的に認められるべき子への配慮の表れであることが挙げられる⁽⁶¹⁾。

（４）継続執行の指示と遺言執行者の権利義務

すでに述べたように、継続執行は、遺産の長期的な管理を主たる職務とし、遺産の維持や活用のために、被相続人によって指示される。もっとも、相続人やその債権者について遺産への介入を長期にわたり制限するものであるから、被相続人の意思は厳格に解釈されなければならない⁽⁶²⁾。継続執行の指示が確認されえない場合には、清算執行の指示があったものとして扱われる⁽⁶³⁾。

執行の目的は異なるものの、継続執行においても、遺言執行者は、原則として清算執行と同様の権利義務を有する。したがって、遺言執行者はBGB2205条により遺産の管理権を有し、被相続人の指示に従って執行を進めていくことになる。また、継続執行においては、被相続人の異なる指示がない限りで、債務（Verbindlichkeit）の負担に限定されない義務負担

(59) BGHZ 111, 36 = FamRZ 1990, 730; BGHZ 123, 368 = FamRZ 1994, 162; BGHZ 188, 96 = FamRZ 2011, 472.

(60) Dieter Leipold, *Erbrecht*, 23.Aufl., 2022, Rn.263.

(61) Thomas Kornexl, *Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 24.7.2019*, FamRZ 2020,130; *juris PraxisKommentar SGB XII/Doris Armbruster*, 2020, §93, Rn.74.

(62) *Münchener/Zimmermann, a.a.O. (Fn.17)*, §2209, Rn.7; *Staudinger/Dutta, a.a.O. (Fn.11)*, §2209, Rn.11.

(63) *Münchener/Zimmermann, a.a.O. (Fn.17)*, §2209, Rn.7.

権限（拡大された義務負担権限）を有する（BGB2209条2文，BGB2207条）。これは、遺産の管理にあたっては必要な法律行為を実現するために必然的に権限を拡大する必要があるからと解されている⁽⁶⁴⁾。

他方、遺言執行者の義務に関しては、清算執行と同様にBGB2215条から2218条に規定される義務を負う。すなわち、まず、遺産目録を作成し、相続人に対して交付する義務がある（BGB2215条）。また、遺言執行者による遺産の管理には「通常の管理（ordnungsmäßige Verwaltung）」⁽⁶⁵⁾が求められている（BGB2216条）。この「通常の管理」の基準は、まず被相続人の指示による。したがって遺言執行者の職務内容によって異なり⁽⁶⁶⁾、たとえば継続執行によって相続人の扶養を長期間保障すべき場合は、遺言執行者は安定した収益獲得を目指して遺産を管理しなければならない。加えて、遺言執行者は、相続人の請求に基づいて毎年の計算報告の義務を負う（BGB2218条2項，BGB2220条）。

問題となるのは、BGB2217条による遺産の引渡義務である。遺言執行者の義務の履行のために必要でない遺産については、相続人がその遺産の引渡しを請求することができ、請求を受けた遺言執行者は当該遺産を引き渡さなければならない（BGB2217条1項）。引き渡された遺産には、遺言執行者の管理権が及ばなくなる。しかし継続執行の場合、遺産の管理そのものを目的としているため、遺言執行者の義務の履行のためには、およそ全ての遺産を必要とすると考えられる⁽⁶⁷⁾。したがって、継続執行におい

(64) Münchener/Zimmermann, a.a.O.(Fn.17), §2209, Rn.11.

(65) 「通常の管理」との訳語については、ドイツ相続法研究会「遺言（15）—ドイツ相続法注解2—」民商法雑誌115巻2号（1996年）343-345頁〔床谷文雄〕におけるBGB2216条の訳出を参照した。

(66) Münchener/Zimmermann, a.a.O.(Fn.17), §2216, Rn.2; NomosKommentar/Ludwig Kroiß, BGB, 2018, §2216, Rn.2.

(67) Wolfgang Reimann, Die Nachlassauseinandersetzung durch Testamentsvollstrecker bei Erbteilungsverbot und Dauervollstreckung, DNotZ 2016,778.

では、管理の職務が継続する限り BGB2217条は適用されないと解されている⁽⁶⁸⁾。

さらに、しばしば問題となってきたのは、継続執行の間に遺産から生じた収益について遺言執行者が引渡しの義務を負うか否かである。この問題については、従来、遺産から生じる収益が遺言執行者の管理に服することを前提に、引渡しが被相続人の意思に沿う場合または通常管理の原則 (BGB2216条) に沿う場合には、相続人に対する引渡義務があると解されてきた⁽⁶⁹⁾。加えて、従来の裁判例および学説によれば、相続にかかわる税金の支払いおよび相続人やその卑属の扶養を賄うために必要な費用については、遺産から生じる収益も引渡しの対象となると解されている⁽⁷⁰⁾。

以上のように、継続執行はドイツ遺言執行者制度における特異な制度でありながらも、長期の管理を可能にする BGB 上の制度として確立され、さまざまな場面で活用されてきた。

Ⅲ. 継続執行と遺言執行者による収益の引渡し

1. 連邦通常裁判所2019年7月24日決定

継続執行では、遺産の所有権はあくまで相続人にある反面、遺産の管理を長期にわたって遺言執行者に委ねるものであるから、遺言執行者がいか

(68) Staudinger/Dutta, a.a.O.(Fn.11), §2209, Rn.16; Staudinger/Dutta, a.a.O.(Fn.11), §2217, Rn.10; Bengel/Reimann/Rudolf Pauli, a.a.O.(Fn.35), §6, Rn.170; BGHZ 56, 275.

(69) Staudinger/Dutta, a.a.O.(Fn.11), §2209, Rn.24; Mayer/Bonefeld/Tanck, a.a.O.(Fn.29), §47, Rn.100; Bengel/Reimann/Dietz, a.a.O.(Fn.35), §1, Rn.150; Münchener/Zimmermann, a.a.O.(Fn.17), §2209, Rn.12.

(70) OLG Frankfurt ZEV 2016, 329; Münchener/Zimmermann, a.a.O.(Fn.17), §2209, Rn.10,12; Stephan Schmidl, Entscheidungshoheit und Ermessen (-einschränkung) des Dauertestamentsvollstreckers bei der Nachlassverwaltung (Teil 1), ZErB 2020,153.

に遺産を管理すべきかが問題となる。とりわけ障害者遺言は、障害のある子のために遺言執行を指示するものであり、その子のためにどのような財産をどのように運用し、支出していくかは重要な問題となる。この点、遺産の管理はまず被相続人の指示に従って行われることから、なるべく管理の指示を具体的かつ一義的に明示することが推奨されてきた⁽⁷¹⁾。

こうした障害者遺言における遺産の管理に関連し、近時公表された連邦通常裁判所2019年7月24日決定（以下、「2019年決定」という）が注目される。これは、障害者遺言として継続執行が指示されたものの、遺産の管理にかかる具体的な指示が欠けていたために、遺言の有効性が問われることとなり、それに関連して遺言執行者の管理権限に言及したものである。

（1）事案の概要

被相続人Aは、2014年10月30日に死亡した。Aの子Bは精神疾患のために1998年以降、職業世話人⁽⁷²⁾が付されており、また、別の子Cも障害を有している。そこでAは、2010年6月23日付の遺言において、BおよびCをそれぞれ18%の持分で先位相続人に指定し、別の子Dを後位相続人に指定するとともに、Dを残りの64%の持分についての相続人に指定した。さらに、Aは、BおよびCにつき、それぞれが死亡するまでの継続執行を指示した。遺言執行者の職務としては、先位相続に関する管理権の行使であり、他方で、相続分それ自体の処分は遺言執行者に認められていなかった。また、遺言執行者には、遺産から毎年2.500ユーロまでをBの生活の質を向上させるために支出することが許されていた。なお、Bの相続分の価値は、遺言執行者によれば、およそ32.456ユーロである。

上記のような事情の下で、本件は、Bの職業世話人の報酬が国庫から支

(71) Bengel/Reimann/Dietz, a.a.O.(Fn.35), §1, Rn.146; Maximilian Zimmer, Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 24.7.2019, ZEV 2020,43.

(72) ドイツの世話人 (Betreuer) は、わが国でいう後見人に相当する。

払われてたために、その償還が問題となった。職業世話人の報酬は、原則として被世話人が負担するものの、被世話人が無資力である場合には国庫が負担する⁽⁷³⁾。本件ではAの相続が開始したことを受けて、区裁判所は、Bが3.432ユーロを国庫に償還しなければならないと判断した。これに対してBが抗告したところ、地方裁判所はBの抗告を退けた。

(2) 原審の判断

2019年決定の原審となった地方裁判所の判断は、次のようなものである⁽⁷⁴⁾。

一定の価値のある遺産が「Bの財産の一部となっており、遺言執行者による報酬の支払いが可能となっているから、Bは無資力とは言えない。たしかに、障害者遺言によって先位相続財産について継続執行が指示された場合には、原則としてBGB2211条により相続人の処分権限は制限される。それゆえ、遺産債権者に属さない債権者は、遺言執行者の管理に服する遺産をあてにすることはできない。また、世話人に報酬を支払うために遺産を換価することも許されない。しかし、本件においては、被相続人が社会扶助の給付機関を遺産の持分に関与させず、かつ、障害のある2人の子を良俗に反して不利に扱っており、本件における遺言は良俗に関するBGB 138条に反するものである。また、右遺言において、どのような範囲で、かつどのような目的のためにBが遺産から利益を得ることができるかが必ずしも明らかにされておらず、遺言執行者への具体的な管理の指示が欠けている。遺言の内容を考慮しても、Bが遺産から何らかの利益を得べきとの意味には解されない。したがって、遺言は、良俗に合致すると評価されるべき被相続人の死後の子の福祉への配慮の表れではなく、単に、障害のない子Dが有利になるようにDを一方的に優遇してすべての遺産を

(73) 吉永一行「2019年ドイツ世話法改正」東北法学83巻4号(2020年)136-137頁。

(74) 2019年決定より抜粋したものである。

保障するものであるとともに、障害のある子BおよびCの相続分への社会扶助運営主体や他の公的給付機関の介入を妨げることにつながるものである。また、障害のある子BおよびCに与えられた相続分は遺留分の額をわずかに超えるのみであり、同様に障害のあるAの妻に単に遺贈のみが与えられたことも上記の判断の根拠となる」。加えて、「遺言執行者には、遺産から毎年2.500ユーロまでをBの生活の質を向上させるために支出することが許されているとしても、遺言の反良俗性に影響しない」。したがって、結論として、Bの相続分は「保護財産 (Schonvermögen) の範囲を超えており、一定の金額を国庫に償還しなければならない」。

以上のような地方裁判所の判断に対し、Bが抗告した。

(3) 判旨

「職業世話人の報酬債務者は、被世話人が無資力である場合、国庫であり……、また、換価できる財産がある場合、被世話人である……。国庫が世話人の報酬を給付する限りで、BGB1836e 条1項1文に関連する BGB 1908i 条1項により、世話人の被世話人に対する請求権は、国庫に移転する。国庫がその請求権によって被世話人に対して実際に請求できるかどうか、およびどの範囲で請求できるかは、被世話人の給付能力により定まる。これについては、BGB1836c 条により活用が制限される被世話人の所得および財産が基準となる……。活用されるべき被世話人の財産は、BGB1836c 条2号により、SGB XII 90条に従って定められる。その際、SGB XII 90条1項は、SGB XII 90条2項に挙げられている保護財産 (Schonvermögen) に含まれない限りで、すべての換価可能な財産が世話人の報酬のために活用されなければならないことを前提とする。その他の点では、SGB XII 90条3項により、その活用や換価が関係人にとって苛酷となるであろう財産は世話人の報酬のために活用されない……。」

「上記によれば、換価しえない財産については本人が自由に活用するこ

とができる。Bは、その相続分も、そこから得られる収益も、世話人の報酬のために活用する必要は無い。指示された遺言執行は、BGB2211条によれば、Bの処分権限を制限する；それゆえ、遺産債権者ではない相続人の債権者は、BGB2214条により、遺言執行者の管理に服する遺産をあてにすることはできない……。その結果、世話人に報酬を支払うために遺産を活用することは原則として許されない。地方裁判所の見解に反して、2010年6月23日の遺言は、BGB138条1項における良俗に反しない。」

「いわゆる障害者遺言に関して確立されたBGHの判例によれば、障害のある子の両親によりなされる終意処分、すなわち先位相続および後位相続ならびに具体的な管理の指示を伴う継続執行の指示により、子は確かに相続財産から利益を得るけれども、社会扶助運営主体が相続財産に介入することはできないとする終意処分は、原則として良俗に反するものではなく、むしろ、両親の死後におよぶ子の福祉への配慮であって、良俗に適うものである（Senatsbeschl. v. 10.5.2017 – XII ZB 614/16, FamRZ 2017,1259 Rn.12; 1.2.2017 – XII ZB 299/15, FamRZ 2017,758 Rn.15 u. v. 27.3.2013 – XII ZB 679/11, FamRZ 2013,874 Rn.20; BGHZ 188,96 = FamRZ 2011,472 Rn.12 mwN)。」

「本件における遺言が良俗に反するという見解の根拠を、地方裁判所は、とりわけ、どのような範囲で、かつどのような目的のためにBが遺産から利益を得るかが明らかとされるべき遺言執行者への具体的な管理の指示が終意処分に含まれていないことに見出していた。このような本件における遺言と“典型的で (klassischen)”良俗に反しない障害者遺言との差異から、地方裁判所は、本件において、先位相続および後位相続の指示がもたら障害のある子らの相続分への社会扶助運営主体の介入を妨げることにつながり、そのことが遺言の反良俗性を導くとの結論に至った。このことには賛成できない。」

「基本法14条1項により原則として保護されている遺言の自由に基づい

て、終意処分は、ごく限られた例外的な場合においてのみ、有効性が否定されうる……。もっとも、そのような場合において、法律行為が有効であることの根拠を常に具体的に挙げる必要は無い。したがって、原則として相続法において設けられているすべての制度は、各制度を組み合わせることも含めて、自由に利用することが許されている。(vgl. BGHZ 188,96 = FamRZ 2011,472 Rn.18 und BGHZ 123,368 = FamRZ 1994,162 (164f.))。]

「こうした理解を踏まえると、BGB138条1項の適用による遺言の自由の制限は、明確な立法者の評価または一般的な法学的見解によってのみ判断されるべきである (BGHZ 123,368 = FamRZ 1994,162 (164f.)) 地方裁判所は、本件においていずれについても確認しなかった。遺言の作成により全遺産を障害のない子の有利になるように確保し、かつ、2人の障害のある子の相続分への社会扶助運営主体および他の公的給付機関の介入を妨げようとしたという、単に地方裁判所によって認められた被相続人の意図だけでは、良俗違反というには不十分であろう (vgl. BGHZ 188,96 = FamRZ 2011,471 Rn.23; BGHZ 123,368 = FamRZ 1994,162 (164f.) und BGHZ 111,36 = FamRZ 1990,730 (732)……)。さらに、Bに先位相続財産から何らの利益も与えられないという地方裁判所の認定は的確でない。」

「先位相続人は原則として真正の相続人であり、かつ、遺産に属する財産の所有者である……。むろん、先位相続人がBGB……の制限および義務負担から解放されない限りで、先位相続人は、遺産を処分することはできない。しかし、後位相続人との関係では、先位相続財産の用益権 (Nutzung) (BGB100条) は先位相続人に帰属し、他方で、後位相続人のために遺産の元本を維持しなければならない (BGH Urt. v. 4.11.1987 – IV a ZR 118/86, FamRZ 1988,279 (280) mwN)。継続執行が指示されている場合には、先位相続財産の運用によって獲得された収益も執行の対象に含まれる……。遺言執行者が先位相続人に収益を支払わなければならないかどうか、および、どの範囲で支払わなければならないかは、まずもって被

相続人の終意処分における管理の指示により定められる。本件のように相当な定めが見当たらないときは、BGB2216条1項により定められる……。同条に従って、遺言執行者は……原則として収益を蓄える権限を有している。しかしながら、相続人の相当な扶養を賄うため、および、期限の到来した未納税金の支払いのために必要である限りで、収益は相続人に引き渡されなければならない (OLG Frankfurt FamRZ 2016,1496 (1497); Staudinger/Reimann BGB (2016) §2216 Rn.17; Palandt/Weidlich BGB 78.Aufl. §2209 Rn.4; MuKoBGB/Zimmermann 7.Aufl. §2209 Rn.12; BeckOGK BGB/Suttman [Stand: 1.5.2018] §2209 Rn.37.1)。」

「被相続人は、本件において、遺言執行者につき、他の方法によっても管理の指示を与えておらず、とりわけ、相続財産から獲得された収益を蓄えるように指示しているわけでもない。この場合、Bが通常管理 (BGB 2216条1項) の範囲で、遺言執行者に、その扶養のために獲得された収益の支払いを請求することができ、それゆえ後位相続の発生まで先位相続財産からの利益がBに与えられることは、もともと否定されているわけではない。したがって、BGB138条1項の意味における遺言の無効は認められない。」

2. 2019年決定の意義と近時の議論

(1) 2019年決定の意義

従来、被相続人の具体的な管理の指示は、障害者遺言の“核心 (Herzstück)” であると表現されてきた⁽⁷⁵⁾。具体的に指示することによって、障害のある子にとって有利な相続が期待できるのであり、障害者遺言は“両親の死後における子の福祉のための、良俗に適う配慮である”と評価されてきたのである⁽⁷⁶⁾。

(75) Zimmer, a.a.O. (Fn.71), ZEV 2020,43.

(76) BGHZ 188, 96 = FamRZ 2011, 472.

しかし、2019年決定の事案では、障害のある子のための具体的な管理の指示がされていなかった。それゆえに、原審たる地方裁判所は、本件における遺言は社会扶助運営主体の介入を妨げることに伴い、障害のある子の福祉を考慮したものではないとして、遺言を良俗違反と判断した。このような原審の判断をBGHは明確に否定した。BGHは、具体的な管理の指示がないとしても、そのことのみでは遺言を良俗違反としえないという。とくに具体的な管理の指示がない場合についてBGHは、先位相続人となった障害のある子は、相続人として遺言執行者に収益を請求することができ、遺言執行者はBGB2216条1項に基づいて通常の管理の一環として引渡しの義務を負うことを認めている。すなわち、先位相続が継続する間は、子は遺産から扶養のための費用を請求することができるのであるから、ここでは、子への配慮という障害者遺言の側面がなお存在する。言い換えれば、遺言執行の指示があることそのものが、子に配慮したものと評価しうる⁽⁷⁷⁾。そのように考えれば、本件における遺言の反良俗性は問題にならないといえるだろう。

このように2019年決定によって、具体的な管理の指示がなくとも、それだけで障害者遺言は無効とはならないことが明らかにされた。もっとも、具体的な指示をしないことは、実務的には推奨されていない⁽⁷⁸⁾。具体的な指示は、障害者の保護のためになるだけでなく、遺言執行者にとってもその職務の履行を容易にする点で有益である。被相続人は、収益を相続人に渡さずに遺言執行者が蓄えておくよう指示することも可能であるし⁽⁷⁹⁾、その収益を投資するよう指示することもありうる⁽⁸⁰⁾。こうした被相続人

(77) Zimmer, a.a.O. (Fn.71), ZEV 2020,43.

(78) Kornexl, a.a.O. (Fn.61), FamRZ 2020, 130 ; Mayer/Bonefeld/Tanck, a.a.O. (Fn.29), §47, Rn.100 ; Zimmer, a.a.O. (Fn.71), ZEV 2020,43は、2019年決定の射程に関して、遺産の額などの事情によっては、遺言が無効になりうるのではないかという旨を指摘する。

(79) Weidlich, a.a.O. (Fn.56), ZEV 2020,136.

の指示は、2019年決定によればBGBの規定に優先するという。ただし、遺産から相続人への支払いを完全に排除することはできず、相続にかかわる税金の支払いおよび相続人やその卑属の扶養を賄うために必要な費用については、遺産から生じる収益も引渡しの対象となる⁽⁸¹⁾。2019年決定は、こうした遺言執行者が収益を蓄える権限とその限界についても、従来の見解を肯定し、BGHとして判断を示したものと評価できる。

(2) 収益にかかる遺言執行者の引渡義務

2019年決定は、具体的な管理の指示がない場合でも、先位相続人となった障害者はBGB2216条に基づいて遺産の収益を自らの扶養のために請求できることを理由に、遺言の反良俗性を否定している。このことは、遺言執行者には収益を引き渡す義務があることを意味する。

そもそも障害者遺言は、先位相続および後位相続と、継続執行とを組み合わせて形成されるものである。BGB2111条によれば、先位相続の期間中の収益は先位相続人に帰属する。そして、その先位相続人のために遺言執行者が付されている場合には、収益も遺言執行に委ねられた財産として(いったんは)遺言執行者が管理することになる⁽⁸²⁾。もっとも、遺言執行者がその収益について先位相続人に引渡義務を負うか否か、そしてどのような範囲で義務を負うかが問題とされてきた。一般に、被相続人の指示がある場合にはその指示が優先されるが、他方で指示がない場合には、通説的な見解⁽⁸³⁾によるとBGB2216条1項の通常の管理として引渡義務が生じるものと解されてきた。また、根拠条文を異にする見解として、BGB2217

(80) Zimmer, a.a.O. (Fn.71), ZEV 2020,44.

(81) OLG Frankfurt ZEV 2016, 329; Münchener/Zimmermann, a.a.O. (Fn.17), §2209, Rn.10,12; Schmidl, a.a.O. (Fn.70), ZErB 2020,153.

(82) BGH FamRZ 1988, 279.

(83) Münchener/Zimmermann, a.a.O. (Fn.17), §2209, Rn.12.

条1項に基づき、遺言執行者の義務の履行に要しない遺産の引渡義務によると解するものもある⁽⁸⁴⁾。近時、これらの見解に対して、Falk Mylichは新たな見解を提示した⁽⁸⁵⁾。Mylichは、従来の見解に対して、BGB2216条1項は、遺言執行者が遺産の維持という目的のために通常の管理の義務を負うことのみを規定するとし、BGB2217条は遺産の内容(Nachlasssubstanz)について規定するものであって、収益を対象としていないとし、これらの規定は収益引渡しの根拠にならないと主張する。他方で、遺言執行者は、BGB2218条1項によって準用されるBGB667条により、収益を毎年引き渡す義務を負うという。すなわち、委任に関するBGB667条によれば、受任者は職務の実行のために与えられたものおよび職務の処理によって取得したものをすべて引き渡す義務を負っている。そしてこの義務は、通常、委任関係の終了時に生じるけれども、委任関係が継続する場合には毎年の支払いが認められている。このようなBGB667条を準用するBGB2218条は遺言執行において強行規定とされているから(BGB2220条)、遺言執行者は収益について毎年引き渡す義務があるというのである。

しかし、Mylichの見解に対しては批判もある。1つには、そもそもBGB667条について異なる取決めが可能とされており、同条を準用するからといって必ずしも強制的な引渡義務を導くことはできないとの指摘がある⁽⁸⁶⁾。また、BGB2216条の意義は単なる遺産の維持にとどまらないとする見解もある⁽⁸⁷⁾。すなわち、BGB2216条は遺言執行者の遺産の管理権を規定す

(84) Fritz Baur, Nutzungen eines Unternehmens“ bei Anordnung von Vorerbschaft und Testamentsvollstreckung, JZ 1958,465.

(85) 以下のMylichの見解につき、Falk Mylich, Die Herausgabe von Nachlassserträgen, insbesondere Unternehmenserträgen, durch den Testamentsvollstrecker an den Begünstigten, ZEV 2019,246.

(86) Weidlich, a.a.O.(Fn.56), ZEV 2020,136; ders, Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 24.7.2019, MittBayNot 2020,261.

(87) 以下の見解につき、Stephan Schmidl, Herausgabe oder Thesaurierung von Nachlassserträgen bei der Dauerverwaltungsvollstreckung?, ZEV 2019,387.

る BGB2205条と関連して遺産そのものを適切に管理することを意図した規定であって、遺産の管理についての基準であるとともに、具体的な管理措置が問題となる場合には具体的な義務の根拠となると理解される。BGB 2216条はそのような包括的な意味を有するため、収益の引渡義務も BGB 2216条による具体的な義務の1つであると位置付けられる。加えて、従来の判例⁽⁸⁸⁾によれば、遺言執行者はいわば遺産にかかる受託者として、客観的・経済的な観点に適する場合には遺産の管理について広い裁量と決定権限が認められてきた⁽⁸⁹⁾。かりに毎年の収益の引渡義務が強制されるならば、こうした条文の意義や判例に矛盾することになる。

このような議論に関して、2019年決定は、遺言執行者の収益の引渡義務は BGB2216条から生じることを明らかにした。従来の通説的見解に沿うものであり、その点では、2019年決定は、遺言執行者の管理権限について明らかにしてきた従来の判例に新たな事例を加えたものといえよう。

IV. 結びにかえて

本稿では、継続執行に着目し、とくに障害者遺言に関する BGH2019年決定と関連する議論について検討してきた。ここで改めて右決定の内容を整理しておきたい。2019年決定では、継続執行を活用した障害者遺言の有効性が問われた。そもそも継続執行自体が、遺産について遺言執行者の“長期にわたる独裁状態 (Dauerdiktatur)”⁽⁹⁰⁾を認めることになるとして批判されてきたものの、結局は有用なものとして受け入れられ、被相続人の意思に沿う財産承継を可能にする一手段として活用されている。典型的な

(88) BGH WM 1967,25 ; BGH NJW 1987,1070 ; BayObLG ZEV 1998,348.

(89) 遺言執行者の管理権に関しては、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67巻1号(2015年)134頁以下も参照されたい。

(90) Heinrich Lange/Kurt Kuchinke, Erbrecht, 5.Aufl., 2001, §31 V 2.

活用例の1つとなっているのが、障害者遺言である。障害者遺言は社会扶助運営主体による遺産への介入を避けることができる点で利点がある。しかし従来より、そうした介入の排除を試みる遺言それ自体が良俗に反するとして争われてきた。たしかに社会扶助運営主体の立場からすると、受給権者に相続で得た財産があるならば、そこから受給権者自身の生活費は支弁されるべきであろうし、さらに、すでに社会扶助を給付していた場合は、その求償をすべきことになる。しかし、BGHは、障害者遺言の目的は子の生活保障であることを強調し、良俗に反しないとの判断を確立してきた。もとよりその根底には、遺産がもともと被相続人に帰属していた以上、その遺言の自由が重視され⁽⁹¹⁾、遺産をどのように処分するかは被相続人の意思に委ねられるべきとの思考がある。もっとも、障害者遺言は、遺言の自由に基づきつつも、その良俗性の判断においては子への配慮という良俗的に認められるべき理由の有無が審理されなければならない⁽⁹²⁾。

このような流れの中で登場した2019年決定の事案は、遺産の管理について被相続人による具体的な指示がないという特徴をもっている。たしかに具体的な指示が欠けている場合には、障害のある子に配慮した細やかな財産管理を実現することが困難となり、その意味では、障害者遺言における“障害のある子のために”という目的を実現することができず、障害者遺言としての根幹を欠いているとも考えられる。2019年決定の原審はまさにそのような評価によって遺言を無効とする判断をした。しかし、2019年決定では、具体的な管理の指示が欠けているというだけでは良俗に反するといえず、具体的な管理の指示がなくともBGB2216条に基づいて遺言執行者は先位相続人（障害のある子）に対して遺産の収益を引き渡す義務を負っているから、障害のある子への配慮はなお存在するとして、遺言を有

(91) 藤原「第6章 ドイツにおける生前処分と死因処分の傾向」・前掲注(6) 221-222頁、藤原「第5章 遺産承継と信託的譲渡」・前掲注(6) 199頁。

(92) BGHZ 188, 96 = FamRZ 2011, 472.

効とした。こうした判断は、従来の判例から一歩進んで障害者遺言が有効となる範囲を認めたものであって、相続人の生活保障を図ろうとする被相続人の意思がいっそう重視されたといえる。加えて、遺言執行の意義という点からみれば、本決定は、遺言執行者に収益を蓄える権限があることをBGB2216条に基づいて肯定しつつも、その限界として扶養のために収益を引き渡す義務を認めている。このような解釈により、障害者遺言において遺言執行者を置くことの重要性が改めて鮮明にされたといえよう。

上記のようなドイツ相続法における継続執行や障害者遺言の展開に対し、翻ってわが国における財産承継として、長期にわたって相続財産を他者に委ね、障害者の福祉に適う遺産の管理と分配をおこなうことはありうるだろうか。

そもそも、相続において遺言執行者に長期にわたって遺産の管理を委ねることは考え難い。わが国では、被相続人が遺言によってなすことができる事項は、いわゆる法定遺言事項として限定されており、遺言執行者は遺言内容の実現をする者であることから、遺言執行者の職務はおのずと法定遺言事項に限られる⁽⁹³⁾。すなわち、認知や遺贈、場合によっては遺産分

(93) そのうえで、通説は、各遺言事項についても、執行の余地の有無という観点から、遺言執行者の職務対象となる事項を限定する（犬伏由子ほか『親族・相続法〔第3版〕』（弘文堂、2020年）399頁）。すなわち、遺言事項は、一般に、①執行が必要であり、遺言執行者のみが執行できる事項（相続人の廃除、認知など）、②執行が必要であるが、遺言執行者でも相続人でも執行できる事項（特定財産承継遺言、信託の設定など）、③遺言の効力発生と同時に内容が実現されるから、執行の余地がないとされる事項（未成年後見人の指定、相続分の指定など）に分類される。遺言執行者の職務対象は、これらのうち、①②の事項であると解されている。なお、近年、遺言事項の拡大の動き（松尾知子「七 遺言執行からみた遺言の解釈」野村豊弘＝床谷文雄編著『遺言自由の原則と遺言の解釈』（商事法務、2008年）82頁（注16）、日本司法書士会連合会編『遺言執行者の実務〔第3版〕』（民事法研究会、2022年）191頁、松尾知子「遺言執行者による遺言執行」久貴忠彦編『遺言と遺留分 第1巻 遺言〔第3版〕』（日本評論社、2020年）445頁参照）や、遺言執行者の職務対象を広く捉えようとする見解（我妻榮＝唄孝一編『判例コンメンタールⅧ 相続

割などが遺言執行者の職務となり、その職務の遂行のために遺言執行者が遺産の管理権を有するとしても（民法1012条1項）、遺産の管理そのものを遺言執行者の職務とすることはこれまで意識されてこなかったように思われる。そうであるとすれば、遺言執行者が障害のある相続人のために直接的に遺産を管理することは考え難く、あくまで遺贈などの遺言事項の実現に伴って遺言執行者が管理権を行使するにとどまることになろう⁽⁹⁴⁾。

他方、わが国において、相続人の生活保障を目的として活用できる制度としては、信託、とりわけ受益者連続信託が考えられる。信託法91条によれば、受益者の死亡によって他の者が新たな受益権を取得する旨の定めをすることが認められている⁽⁹⁵⁾。こうした受益者が連続する承継については、相続法における後継ぎ遺贈の問題⁽⁹⁶⁾として扱われてきたが、信託法

法』（日本評論社、1966年）294頁，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）291頁〔泉久雄〕も見られる。

(94) なお、遺産分割禁止の遺言がある場合、その禁止期間内は共同相続人が遺産分割を行うことができないことから、相続財産の保全・管理に関する行為を遺言執行者がなしうるものと解すべきとする見解がある（平田厚『遺言執行と条項例の法律実務』（青林書院、2022年）129頁）。

(95) もっとも、信託の設定いかんによっては、信託の期間が極めて長期間続いていることも考えられるため、信託法91条は、「当該信託がされた時から30年を経過した時以後に現に存する受益者が当該定めにより受益権を取得した場合であって当該受益者が死亡するまで又は当該受益権が消滅するまでの間、その効力を有する」として限界づける。

(96) 後継ぎ遺贈は、受遺者甲の受ける遺贈利益が、ある条件が成就し、または期限が到来した時から乙に移転するという内容の遺贈である（中川＝加藤編・前掲注（93）190頁〔阿部浩〕）。後継ぎ遺贈については、従来、民法において規定がないことや条件成就や期限到来までの期間が長期にわたる場合には、その間、受遺財産をめぐる法律関係について第一次受遺者を拘束することになること、第一次受遺者による受遺財産の処分の場合の法律関係が明らかでないことなどから、無効と解する説が通説とされてきた（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）569、577-578頁，中川＝加藤編・前掲注（93）190頁〔阿部〕）。他方で、無効説には決定的な理由がないとして有効に解する見解もあり（稲垣明博『いわゆる『後継ぎ遺贈』の効力』判タ662号（1988年）40頁以下，同『『後継ぎ遺贈』

はそうした議論を超えて、明文で受益者が連続する承継を認めており、後継ぎ遺贈を望む被相続人はむしろ信託を用いることが有用であると考えられる⁽⁹⁷⁾。

もっとも、相続人の生活保障を図るという目的で、負担付遺贈（または負担付「相続させる」旨の遺言）が用いられる事例も散見される。たとえば、仙台高裁令和2年6月11日決定・判タ1492号106頁（以下、「令和2年決定」という）がある⁽⁹⁸⁾。令和2年決定は、長男に対し、一切の財産を相続させる代わりに精神障害のある二男の“生活を援助する”旨の負担が遺言において定められていたものの、遺言者の死後、長男による負担の履行がされないことを理由に、二男が民法1027条に基づく遺言の取消しを求めた事件の抗告審である。原審は、二男の存命中における少なくとも月額3万円の経済的な援助をする義務が負担の内容であるとし、負担が履行さ

と遺言の解釈」白鷗法学8号（1997年）369頁以下、米倉明「後継ぎ遺贈の効力について」同『家族法の研究』（新青出版、1999年）323頁以下）、近時、有力説とされている（潮見佳男『詳解 相続法〔第2版〕』（弘文堂、2022年）595頁）。もっとも、その法律構成をめぐる議論のあるところである（川淳一「受益者死亡を理由とする受益連続型遺贈」野村=床谷編著・前掲注（93）141頁以下、床谷文雄「後継ぎ遺贈なるもの」久貴編・前掲注（93）305頁以下参照）。

(97) もっとも、信託の活用に関しては、たとえば受益者連続信託と遺留分との関係はかねてより議論されるどころであり、加えて、そもそも信託法と相続法の関係をどのように理解するかは、根本的なテーマとしてなお強く意識されている。到底本稿において論じることではできないテーマであるが、参考文献としては、水野紀子「信託と相続法の相克—とくに遺留分を中心にして」東北信託法研究会編『変革期における信託法』（トラス60、2006年）103頁以下、西希代子「民法の空洞化？：財産承継方法としての信託と相続法」信託法研究36号（2011年）91頁以下、水野紀子「日本における民法の意義」信託法研究36号（2011年）107頁以下、沖野真巳「信託法と相続法—同時存在の原則、遺言事項、遺留分」水野紀子編著『相続法の立法的課題』（有斐閣、2016年）24頁以下、潮見・前掲注（96）15-16頁、西・前掲注（3）33頁などが挙げられる。

(98) 本件の評釈として、本山敦「判批」月報司法書士605号（2022年）90頁以下、冷水登紀代「判批」民事判例24号（2022年）114頁以下参照。

れていないために遺言を取り消す判断をした。これに対して、仙台高裁は、原審同様に負担の内容を具体的に認定したものの、直ちに本件における遺言を取り消すことは遺言者の意思にかなうものとは認められないとして、遺言の取消しについては否定した⁽⁹⁹⁾。こうした令和2年決定の判断をみるに、現実的には、ドイツにおける障害者遺言のような長期にわたる財産承継が、わが国においては負担付遺贈によって可能となっているようにみえる。

しかし、わが国における負担付遺贈の活用に関しては、その実効性に危うさが残っているように思われる。まず、負担の履行請求権者や負担不履行の場合における遺言の取消請求権者は相続人とされており（民法1027条）、負担の受益者が含まれていない。この点、学説では、受益者がこれらの請求権者となるか否かをめぐる議論がある⁽¹⁰⁰⁾。しかし、受益者が履行請求権や取消請求権を有さないならば、負担の実効性が保障されない点で問題がある⁽¹⁰¹⁾。かりに負担が履行されないときは、遺言執行者を選任して履行請求を行うものとされる⁽¹⁰²⁾。もっとも、令和2年決定のように

(99) 仙台高裁は、「生活を援助する」という負担の内容は必ずしも十分に明らかとはいえないとしたうえで、長男は負担の内容が具体的に示されれば履行する意思があることや負担についての遺言者の意思解釈が必ずしも容易ではないことを踏まえると、負担を履行していないことについては長男の責めに帰することができないやむを得ない事情があることに言及している。

(100) 受益者の履行請求権をめぐっては否定する見解が通説であり、受益者は反射的利益を得るにとどまり、債権を取得するものではないと解されている（柚木馨『判例相続法論』（有斐閣、1953年）400頁、我妻＝唄編・前掲注（93）286頁、松原正明『全訂 判例先例 相続法Ⅳ』（日本加除出版、2010年）433頁）。しかし、受益者に履行請求権を認めなければ実質的に負担付遺贈の意味が無くなってしまうと考えられ、負担付贈与と同様に利益享受の意思表示をすることで履行請求権を有するとする反対説も有力に主張されている（中川＝加藤編・前掲注（93）281-282頁〔上野雅和〕）。

(101) 松尾知子「負担付遺贈」判タ1100号（2002年）473頁。

(102) 片岡武『遺言執行者の職務と遺言執行の要否』（日本加除出版、2021年）155

“生活を援助する”という抽象的な内容のみが定められた場合には、遺言執行者がその遺言内容を解釈して負担の履行の有無を判断しうるのかという問題も付随的に生じるように思われる⁽¹⁰³⁾。また、民法1002条により受遺者は「遺贈の目的の価額を超えない限度」で負担の義務を負うとされるが、負担の内容が明らかではない場合、受遺者が負担をいつまで負うことになるのかは必ずしも明確でない⁽¹⁰⁴⁾。

このように、わが国における負担付遺贈にはなお議論すべき課題があり、そこでの遺言執行者の活用についてもまた検討の余地を残している。近時、負担付遺贈（または負担付「相続させる」旨の遺言）をめぐる裁判例が散見されることからすれば⁽¹⁰⁵⁾、障害者の保護の観点を考慮しつつ、安定的な運用や制度の構築にむけた検討の加速が望まれる。こうした検討においては、先位相続および後位相続そして継続執行を組み合わせるうえで、BGBの規定に基づき、障害者の生活を保障するというドイツ相続法の制度の在り方や運用が手掛かりのひとつとなるだろう。

頁、燕山殿ほか『遺言法体系Ⅰ 補訂版』（慈学社、2015年）432頁、中川＝加藤編・前掲注（93）433頁〔上野〕。

(103) 遺言執行者による遺言の解釈という問題について、松尾「七 遺言執行からみた遺言の解釈」・前掲注（93）80頁以下。

(104) 冷水・前掲注（98）117頁。

(105) たとえば、東京地裁平成30年1月18日判決・判タ1463号201頁、東京家裁立川支部平成30年1月19日審判・家判23号115頁、大阪地裁令和3年9月29日判決・判タ1499号195頁。