

ドイツ民法典における 遺言錯誤規定の生成（3・完）

中 谷 崇*

目 次

- I. はじめに
 - 1. 終意処分における錯誤規定
 - (1) 顧慮される錯誤の種類
 - (2) 取消権者
 - II. ドイツ民法典における遺言錯誤規定の生成
 - 1. 第一委員会での議論（部分草案から第一草案まで）
 - (1) 2078条に関する規定
 - (2) 2079条に関する規定
 - (3) 2080条に関する規定 (以上, 383号)
 - 2. 第一草案及び立法理由
 - (1) 2078条に関する規定
 - (2) 2079条に関する規定
 - (3) 2080条に関する規定 (以上, 384号)
 - 3. 第二委員会での議論（第一草案から第二草案まで）
 - (1) 2078条に関する規定
 - (2) 2079条に関する規定
 - (3) 2080条に関する規定
 - III. 総 括
 - 1. ま と め
 - 2. 日本法への示唆 (以上, 本号)
3. 第二委員会での議論（第一草案から第二草案まで）

以上の第一草案は第二委員会での議論を経てこれまで以上に変容する。特に総則の錯誤規定が第二草案にかかる議論において大きく変容したことによる影響、そし

* なかや・たかし 立命館大学法学部准教授

て債務法において前提の欠如についての条文が不採用となったことの影響が看守される。以下、関係する条文について第二員会での議論を考察する。

(1) 2078条に関する規定

(i) 第一草案1779条及び1781条について¹⁸²⁾

終意処分における意思欠缺錯誤を扱う第一草案1779条¹⁸³⁾は、終意処分における動機錯誤を扱う同1781条¹⁸⁴⁾と結び付けられて議論された。

(a) 提 案¹⁸⁵⁾

提案①(ベルナー)

1779条を以下のように変更する。

〔(1)被相続人が終意処分の作成の際に当該内容に関して錯誤に陥っていたか、当該内容の処分をするつもりが全くなかった場合、第二草案94条〔錯誤取消¹⁸⁶⁾〕第1項の要件が存在していないとしても、当該処分は取り消すことができる。第二草案96条〔適時の取消¹⁸⁷⁾〕、97条〔錯誤者等の賠償義務¹⁸⁸⁾〕の規定は適用されない。〕

182) Mugdan, *Materialien*, Bd. 5, S. 537ff.

183) 第一草案1779条「終意処分において被相続人の現実の意思が表示された意思と一致しない場合、当該終意処分は無効である。95条、97条第2項から第4項及び99条の規定は適用されない。」

184) 第一草案1781条「(1)終意処分は、被相続人が過去もしくは現在に関係する錯誤によって処分をする気になっていた場合、または被相続人が将来の出来事もしくは法的な結果の発生もしくは不発生を前提として処分をする気になっており、かつこの前提が実現しなかった場合には、取り消すことができる。」

(2)処分は、当該錯誤が当該処分から読み取れる場合、または前提が終意処分て明示もしくは黙示に表示されている場合にのみ、取り消すことができる。」

185) 提案者の氏名は、Jakobs / Schubert, *Beratung, Erbrecht*, Bd. I S. 895fによる。

186) 第二草案94条「(1)意思表示をするにあたってその内容に関して錯誤に陥っていたか、または当該内容の表示を全くするつもりがなかった者は、その者が状況を知っており、且つその場合を思慮分別を以て評価したなら意思表示をしなかったであろうと認められるべき場合には、表示を取り消すことができる。」

(2)取引において本質的とみなされる人または物の性状に関する錯誤も表示の内容に関する錯誤とみなされる。」(Mugdan, *Materialien*, Bd. 1, S. LXXXIII.)。本条はBGB 119条〔錯誤に基づく取消可能性〕に関係する。

187) 第二草案96条「取消は、第94条〔錯誤取消〕、第95条〔誤伝達〕の場合には、取消権者が取消原因を知るに至った後、責任ある事情によって先延ばしにすることなく(遅滞な

（2）終意処分によって利益を受ける者または出捐の目的物の不正確な表記は、処分の有効性に影響を与えることはない。」

1781条を以下のように変更する。

「終意処分は、被相続人が錯誤によって当該処分をする気になっていた場合に取消することができる。」

提案②（シュトゥルクマン）

1779条及び1781条を以下の規定と替える。

1779条「（1）終意処分の際に、被相続人が表示内容を意欲していないことを内心で留保した限りで、当該終意処分は無効である。

（2）真剣に考えられていない終意処分が第二草案93条〔真意の欠如〕¹⁸⁹⁾に従って無効である場合、第二草案97条は適用されない。」

第一草案2091条¹⁹⁰⁾〔相続人の擬制〕をこれらの事例に拡大するかは留保する。

1779条 a 「被相続人が自らの表示の内容に関する錯誤によってもしくはその他の錯誤によって当該処分をする気になっていたか、または同人が当該内容の表示をするつもりが全くなく、かつ事情を知っていたらその表示をしなかったであろうと認め

↘く）行われなければならない。隔地者に対して行う取消は、取消の表示が遅滞なく発信されている場合には、適時になされたものとみなされる。」（Mugdan, Materialien, Bd. 1, S. L X X X V.）。本条は BGB 121条〔取消期間〕と関係する。

188) 第二草案97条〔(1)93条〔真意の欠如〕に従って意思表示が無効であるか、94条〔錯誤取消〕、95条〔誤伝達〕に基づいて取り消されている場合には、表意者は、表示が相手方に対してなされるべきであったときはこの者に、そうではない場合には、各第三者に、同人らが表示を信頼したことによって被った損害を賠償しなければならない。しかしながら、同人らが表示が有効であることについて有している利益の額を超えて賠償する必要はない。

(2) 損害を被った者が無効ないし取消可能性の原因を知っていたか、過失の結果において知らなかった（知らねばならなかった）場合には、損害賠償義務は生じない。95条の場合において、伝達が不正確であることが不可抗力にその原因がある場合にも、損害賠償義務は排除されている。」（Mugdan, Materialien, Bd. 1, S. L X X X III.）。本条は BGB 122条〔錯誤者の損害賠償義務〕に關係する。

189) 第二草案93条「真意で考えられたのではない意思表示は、真意でないことが誤解されないだろうと期待して行われた場合でも、無効である。」（Mugdan, Materialien, Bd. 1, S. L X X X III.）。本条は BGB 117条〔仮装行為〕に關係する。

190) この条文は第二委員会で削除された。前号脚注135参照。

られるべき限りにおいて、終意処分は取り消すことができる。第二草案97条の規定は適用されない。』

(終意処分による受益者または出捐の目的物の不正確な表記は、処分の有効性に影響を与えない。)

提案③ (フォン・マンドリ)

提案②の1779条第2項を以下のような文言にする。

「終意処分が真剣に考えられていなかった場合、たとえ真意でないことが見誤られないだろうと期待して当該処分が行われているとしても、当該処分は無効である。」

第一草案1781条第2項を以下のような文言とする。

「被相続人が、将来の出来事の発生または不発生を期待しておらず、かつこの期待が実現しないならば当該処分をなさなかったであろうことが認められるべき場合、第一項の規定が適用される。」

提案④ (ヤクベツキー)

1779条、1781条を以下のように結び付けて提案する。

「(1) 被相続人が終意処分作成に際して、その内容に関して錯誤に陥っていたか、この内容の処分をするつもりが全くなかった場合、当該処分は、被相続人が事情を知っていたらその処分をなさなかったであろうことが認められるべき場合には、取消可能である。前文の規定は、被相続人が処分作成の時点で存在する(または、過去もしくは現在に属する)事情に関する錯誤によって終意処分をする気になっていた場合に妥当する。

(2) 第二草案97条の規定は終意処分には適用されない。」

提案⑤ (リューガー)

1779条、1781条の代わりに以下の内容を提案する。

「(1) 被相続人が終意処分作成の際にその内容に関して錯誤に陥っていたか、この内容の処分をするつもりが全くなかった、または同人が動機において誤っていた場合、当該処分は、被相続人が事情を知っていたならばその処分をしなかったであろうことが明らかになる場合、取り消すことができる。

(2) 第二草案93条から97条の規定は終意処分には適用されない。」

提案⑥（ゾーム）

1779条から1781条までの規定を以下のようにまとめる。

「(1) 終意処分は、被相続人がその内容に関して錯誤に陥っていたか、この内容の処分を全くするつもりがなかった限りで、取消可能である。前文の規定は、被相続人が強迫または錯誤（注一おそらく動機錯誤のこと）によって当該終意処分をする気になっていた限りで妥当する。

(2) 終意処分による受益者または出捐の目的物の不正確な表記は、処分の有効性に影響を与えない。」

(b) 議論の経過¹⁹¹⁾

(ア) 意思ドグマと心裡留保¹⁹²⁾

第一草案1779条から1781条では、終意処分の際の意思の瑕疵の取り扱いに関する規定が置かれている。当該草案の指導的な考え方は、終意処分の場合には生きている者の間での法律行為よりも意思ドグマが一層完徹されなければならないという点にある。これには全く異論は見られなかった。

第一草案95条〔心裡留保〕は、実質的に第二草案91条〔心裡留保〕¹⁹³⁾に相当するが、同条第3文で、法律行為における心裡留保は顧慮されず、むしろ意思表示は心裡留保があっても有効であるという規定を設けている。この規定は、第一草案1779条によって終意処分には適用されえないと考えられている。第一草案95条第2文（第二草案91条第2文）が適用されないのは自明である。この規定は、意思表示の受け手がいることを前提としているからである。提案②と提案③は、第一草案1779条に倣って第二草案91条を排除するが、提案①、④、⑤、⑥は第二草案91条の適用を排除しないとされている。この草案の観点にとって主張されたのは、法律行為をなすにあたっては意思と表示が一致していなければならないこと、特定の法律行為を意図する本来の意思が存在せず、当該意思が存在しないにも関わらず行われた表示は無効であることが一般的

191) 議事録は基本的に Mugdan Matelerialien, Bd. 5 に収録されているものを参照している。ただし、Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I にのみ記載されている情報もあるため同書を補完的に用いている。

192) Mugdan, Materialien, Bd. 5, S. 538f.

193) 第二草案91条「意思表示は、たとえ表意者が表示した内容を意欲していないことを内心に留保したとしても、有効である。しかし、表示は、それが相手方に対してなされるべきであった場合、この者が当該留保を知っていたならば、無効である。」(Mugdan, Materialien, Bd. 1, S. L X X X II.)。本条は BGB 116条〔心裡留保〕に関係する。

な原則から導かれることである。第二草案91条はこの原理の例外を心裡留保の場合に設けたが、この例外を認める特別な根拠、つまり取引の安全の考慮は、終意処分では適切ではない。終意処分は取引行為（Verkehrsgeschäfte）ではないからである。しかし、終意処分の有効性を信頼して別の法律行為が行われている限りで、おそらく第一草案2091条〔相続人の擬制〕が準用できるとみなされるだろう¹⁹⁴⁾。指摘されている仮装行為の類推は、適切なものと認めることはできない。表意者に自らの悪意（Arglist）を援用することを認めてはならないという別の観点もここでは考慮されない。意思の欠如を援用するのは被相続人ではなく、相続人やほかの利害関係者であり、また彼らは相続人としての権利ではなく、自己の権利を主張するためである。反対の意思があるのに処分を有効だとみなすならば、これは表意者にとっての罰（Strafe）ではなく、意思表示に関係している他の者への罰である。提案①は、意思ドグマと一致せず第二草案92条〔仮装行為¹⁹⁵⁾〕の基礎となっている考えとも矛盾する。当該提案が受け入れられたら、意思ドグマの原理全てが誤りとなり放棄されるという帰結になることは容易に想像がつく。第一草案1779条をそのまま維持することが取消¹⁹⁶⁾の乱発を招くという懸念も根拠がない。当該草案が規定する内容が適法である普通法では、何も不合理が明らかになっていないからである。

しかし、これとは反対の見解が支持された。第二草案91条の例外を終意処分で作る需要はない。考慮に値する事例は極めてまれであり、特に、被相続人が遺言の作成の時点で裁判所などの面前で表示と対立する意思を有していなければならない点が顧慮される場合には、心裡留保の証明はほとんどできない。遺言自由があるからといって心裡留保の必然的顧慮を認めることもできない。被相続人には終意処分をもてあそぶ権限はなく、また当該終意処分を被相続人の有利なようにさせないからといって、被相続人は決して不当な扱いを受けない。心裡留保による終意処分無効が当該草案における撤回の方式に関する規定¹⁹⁷⁾と矛盾するならば、なおさら遺言

194) 第一草案2091条は第二委員会で削除されることになる（前号脚注135参照）。

195) 第二草案92条「(1)別の者に対してなされた意思表示が、相手方と同意して見せかけでのみなされる場合、その意思表示は無効である。

(2)仮装行為によって別の法律行為が隠匿される場合、その有効性は、隠匿された法律行為に対して妥当する規定に従って定められる。」(Mugdan, Materialien, Bd. I, S. LXXXIII.)。本条はBGB 117条〔仮装行為〕に関係する。

196) 第一草案1779条の効果は無効であるのに「取消」と表現されているのは、第二委員会で1779条の効果取消とされることが支持されたためだと思われる。

197) 撤回は方式化されているが、外部に現れた表示とは異なる内心の意思が存在することを理由に心裡留保による処分を無効にするなら、撤回と同じくこの内心の意思の方式化が

自由があるからと言ってそれを認めるわけにはいかない。また、第二草案91条第1文の排除は望まれていないだけでなく、非常に疑問である。これを排除することによって終意処分が取り消される事態が起こるからである。仮に、外見上欠点のない遺言に基づいて指定された相続人が相続財産の占有（Erbschaftsbesitz）を得るという規定があるならば、当該相続人は遺言取消の成り行きを見守ることができるので、同人に対する危険は相当少ない。しかし、第二草案には相続人に対するその種の一般的保護に関する規定はない。

当該委員会の多数派は、第一草案に反して主張された理由を優勢とみなして、それに応じて第一草案1779条を提案①、④、⑤、⑥の意味で修正する決議をした（終意処分によって心裡留保があれば処分は有効になる）。

(イ) 真意の欠如¹⁹⁸⁾

第二草案93条〔仮装行為〕（第一草案97条）については、当該規定が終意処分でも適用できるとする理解が明らかとなった。当該決議は、この点において草案と実質的に合致する。提案③と⑤は、この点で草案と乖離しているので、これらは取り下げられるべきであった。提案①、②¹⁹⁹⁾、④は、第二草案97条〔錯誤者等の賠償義務〕は依然として適用されないと規定している。この規定は終意処分には適さないもので、このことも了解された。

(ウ) 法律効果²⁰⁰⁾

終意処分における錯誤に対してどのような影響が認められるべきか、という問題が検討された。意思欠缺錯誤の場合には、第一草案1779条（同98条〔錯誤無効〕参照）によれば、被相続人が事情を知っていたならば当該処分をしなかったと認められるべき場合には、終意処分は無効となる。ところが、提案内容は、第二草案94条〔錯誤取消〕について行われた決議の経過から²⁰¹⁾、無効ではなく取消可能になるに

↘ 必要になるはず、という意味であろうか。

198) Mugdan, Materialien, Bd. 5, S. 539.

199) 原文は提案③を挙げているが、筆者の判断で提案②に変更している。

200) Mugdan, Materialien, Bd. 5, S. 539f.

201) 総則の錯誤規定で取消構成に変更された理由は、当時の多くの法が取消構成（プロイセン一般ラント法など）を採用していたこと、表意者に意思表示の効力の存否を委ねても同人は不利に扱われず、相手方が意思表示の有効性を信頼した場合に表意者が取消を主張しない場合には相手方が不利益を被らないこと、錯誤者が意思表示の維持を了解する場合

過ぎないとしている。確かに意思ドグマそれ自体からは、ある法律行為は意思欠缺錯誤の結果、無効にならなければならない。第二草案の錯誤規定では、取引の需要を考慮して、無効ではなく取消可能性が採用されたが、原則に立ち返って無効にするということも考えられる。無効構成にはメリットもあるが、極めて重要な実務的な理由に基づいて、終意処分においてもやはり取消可能性とする方がよいだろう。取消の場合は、有効性を争うのは通常は当事者に限定されるし、取消可能である期間も短いから、何年も経過してから無効であるかもしれないということは許されない。

当該委員会は全会一致で法律効果を取り消すことに賛成した。提案内容は第二草案94条の要件を1779条に転用する旨を主張するが、被相続人が事情を知っていたら処分をしなかったであろうかどうかを単に重視し、「その場合を思慮分別を持って評価する」ことに注目しないという点では第二草案94条とは異なっている。その他においては、第二草案94条の文言と提案内容の相違は、編集上の意味しかない。例えば、提案⑥はこれを超える変更を目的としているとして、その限りで、この提案は拒否された。

当該委員会は、上記の限定を無視すれば、第二草案94条の文言に従わなければならないという見解であった。そしてこの意味で決定した。

提案①、②、④は、この場合に第二草案97条〔錯誤者等の賠償義務〕の適用を排除しており、これに異議は見られなかった。

提案①、②、⑥で提示された「終意処分による受益者または出捐の目的物の不正確な表記は、処分の有効性に影響を与えない。」という文は、第二草案90条〔意思表示の解釈〕²⁰²⁾の一般的な意味を考慮して、自明のものとなされ、BGBへの採用は拒否された。

第二草案95条〔誤伝達〕²⁰³⁾は終意処分では考慮に値せず、また提案①に従って第

↘に無関係の者が効力を否定するのは妥当ではないことなどがその理由である（詳細は、中谷崇「双方錯誤の歴史的考察(3)」横国17巻3号(2009年)参照。)

202) 第二草案90条「意思表示を解釈するにあたっては、現実の意思が探求されねばならず、表現の文字通りの意味に拘泥してはならない」。本条はBGB 133条〔意思表示の解釈〕に関係する。

203) 第二草案95条「意思表示は、伝達のために用いられた人または設備によって誤って伝達されている場合には、94条〔錯誤取消〕と同一の要件のもとで錯誤によって行われた意思表示を取り消すことができる。」。本条はBGB120条〔誤伝達に基づく取消可能性〕に関係する。

二草案97条に加えて96条〔適時の取消〕も挙げるべきかどうかという問題は、本質的に編集上のものとして編集委員会に移譲された。

(エ) 動機錯誤²⁰⁴⁾

動機における錯誤に関して、第二草案では総則に規定はない²⁰⁵⁾。提案内容は、原則として、第一草案1781条の結論を維持している。変更はあるが些細な点についてである。当該草案との形式的な相違は、まず、提案内容が「前提」を採用することを回避している点である。当該委員会は、不当利得と和解の規定に関する協議において「前提」を法律上の概念として採用しないことを決議した²⁰⁶⁾。したがって、合目的的に「前提」は1781条でも削除されるべきであろう。既に第一委員会では、1781条において前提を特別に規定することに対する疑念が表明され、さらに前提概念には近時批判が頻出している。被相続人が前提のことを言うとき、条件が考えられていることが少なくない。それゆえに、BGBにおいて「前提」の脱落ないし不発生のときに1781条の取消だけが指示されているというのは実務では疑問であるという。ただし、「前提」を削除することで客観的な変更をする意図はない。当該委員会は異論なく前提の削除に賛同した。

提案④は、当該草案の客観的な変更を目的としている。これによれば、過去または現在に関する動機錯誤の場合には取消が許されるが、将来の出来事に関する錯誤の場合にはそうではない。他方で、提案①②⑤⑥はあらゆる動機錯誤に基づく取消を認めている。つまり、被相続人が将来の出来事への期待によって終意処分をする気になったとしても、取消が認められる。提案③は、提案④に反対するために、そして「将来の出来事の錯誤」を主題とすることが③の提案者（フォン・マンドリ）にとって重要であると思われることを理由に、この点を明確に強調している。1781条2項の制限規定（終意処分から錯誤が読み取れること、前提が表示されているこ

204) Mugdan, Materialien, Bd. 5, S. 540-542.

205) 動機の錯誤を顧慮しないという第一草案102条は、ライヒ司法庁準備委員会での審議で削除されることが適切だと見なされ、第二委員会で削除された (Jakobs / Schubert, Beratung, AT, Bd. I, S. 623; Mugdan, Materialien, Bd. 1, S. 721f)。詳細は、中谷・前掲脚注201参照。

206) 第一草案では742条において前提概念（もっともヴァイントシャイトの提唱したものとは異なり将来に関する前提のみ）が採用されていたが、取引安全の考慮、動機錯誤と前提との区別が難しいこと、前提の問題は信義誠実及び取引慣行に委ねられるべきことを理由に、第二委員会で削除された (Mugdan, Materialien, Bd. 2, S. 1174.)。

と)を削除することを諸提案は一致して主張したが、④の提案者(ヤクベツキー)は、取消が将来の出来事に関する錯誤に基づいて許されるとしても、第2項はこの将来の出来事に関する錯誤のために維持されなければならないと主張する。

ヤクベツキーは以下のように言う：被相続人が処分作成の時点で存在する事情に関する錯誤によって終意処分をする気になっていた場合、当該終意処分を取り消すことができるというのは理論内では(innerlich)正当化されているが、将来の出来事についても全く一般的に考慮しようとするならば、それは行き過ぎである。被相続人は、過去と現在を無視することができ、被相続人にとって本質的な事情についての積極的で決定的な観念を抱くことができる。他方で、将来は、被相続人にとって全く不明確である。もちろん、たとえば、娘の結婚、孫の誕生など将来の特定の出来事の発生に自身の意思決定をかからしめることはできるが、それは本来的には条件である。条件設定はそれ自体明確に示される必要はない。被相続人が自らの最後の意思においてそうした条件を設定するつもりがあることが証明されれば足りる。このことについて特別な規律は不要である。しかし、被相続人が来るべき出来事について全く一般的な観念しか抱いていない場合には、被相続人が期待していたのとは異なって事態が進行することを理由に、最終意思の取消を認めることは許されない。将来の出来事において、被相続人が条件を設定しなかった場合、同人の決定にとっての法的に顧慮されない一般的な決定根拠と同人の意思にとって法的に重要な決定的原因(causa efficiens)とを截然と区別することはできない。被相続人が何らかの出来事の発生を知っていたならば、異なった処分をする気になっていたと認められる場合にその出来事の発生が取消の原因をなすならば、それは極めて疑わしい結論になるだろう。しかも、30年もの間、取消可能な状態が続くかもしれず、そのように長い期間、終意処分の有効性を不確定にしておくことは許されないように思われる。被相続人が自らの意思を将来の出来事にかからしめようとする場合、同人はそれを条件として設定することができる(möge)。これを怠った場合、終意処分の作成後に生じた出来事は取り消すことができないだろう。1781条第2項はなくてもいいが、将来の出来事に関する錯誤を理由にしてさえも取消が認められる場合には、その将来の出来事が処分において決定的なものとして示されていることが少なくとも必要である。

他の面からは(von anderer Seiten)、第2項を一般に維持することが推奨された。遺言は、表示されていない意思を理由に補充することはできず、終意処分で見表現されていない意思は全く顧慮してはならないという。第2項を削除してしまうと、1781条は争いを頻発させ厄介な訴訟の元になってしまうという。

しかし、多数派は、以下の観点を採用した。被相続人が実際の事情または結果についての積極的かつ明確な観念によって終意処分をする気になっていた場合、当該終意処分は、事後にその観念が誤っていたことが明らかになったならば、取り消すことができる。それが過去及び現在である限り、このことはいかなる点からも疑いが無いだろう。しかし、特定の結果が将来に存在する場合でも、原理的に区別されるべきではない。特に被相続人からすれば、その限りで事情は同じである。反対説においては、たとえば被相続人が積極的に観念を抱き、積極的または消極的な方向で同人にとって決定的であった出来事のみが取消の原因となるのであり、被相続人にとって重要であるかもしれないいかなる出来事でも取消原因となるのではない、ということが等閑視されている。被相続人が条件を設定しないのに、そのような出来事の発生または不発生についての観念によって現実に自らの意思が決定されている事例はまれかもしれないが、そういう場合があることは疑いないし、あるならば、決定的な観念が誤った観念であった場合にのみ取消を許すのが正当かつ一貫している。もっとも、著しい濫用が懸念されるならば、提案④の制限（将来事情の錯誤の不顧慮）が必要になるだろう。しかし、普通法では、そうした制限がなくても不合理であるとは明らかにならなかった。そして将来の出来事に関する明言されていない観念が処分をなすのに被相続人にとって現実に決定的であったかを証明するのは難しいので、将来においても軽率に終意処分の取消が行われることはないだろう。

第2項の削除は疑念がないではない。ある事情を決定的なものとして終意処分そのもので示す要件が恣意的なものであることは第2項削除にとって重要である。被相続人が特定の事情（家族の事情など）を完全に自明なものとして前提とするがゆえに明確に挙げない、というのは全くまれなことではない。他方で、明言していない被相続人の意思さえも援用することを利害関係者に許す場合、濫用の蓋然性が高まることは紛れがない。しかし、あらゆる事情を考慮すれば、やはり当該規定の不利な点は圧倒的なものだと思わなければならない。従って、この規定を削除しなければならない。将来の出来事に関する錯誤の特別な場合のためだけに第2項を維持することは合目的的ではないと思われる。以上から、当該委員会は、終意処分は被相続人が現在、過去、将来の出来事の発生または不発生についての積極的な観念によって当該処分をする気になっていた場合で、かつこの観念が誤りだと明らかになる場合に取消されるものとし、第2項は削除すると決議した。

(ii) 第一草案1780条について²⁰⁷⁾

次いで、終意処分における詐欺・強迫に関する規定である第一草案1780条²⁰⁸⁾について議論された。

(a) 提 案

提案①(ベルナー)

「終意処分は、悪意の詐欺または強迫によってその処分をする気にさせられていた場合、取り消すことができる。」

提案②(リューガー)

「終意処分は、悪意の詐欺または強迫によってその処分をする気にさせられていた場合、取り消すことができる。」

(b) 議論の経過²⁰⁹⁾

両提案は否定された。提案内容はいずれも第一草案と一致しているが、「違法に」という文言を削除すると主張している。ある者が別の者を強迫して終意処分を無理やり作成させる権限がある事例は考えられないということがその根拠として挙げられた。「違法に」という文言をここに入れることは、総則における違法性概念をよくわからないものにする危険を生じさせる。しかし、多数派は、以下の点を考慮して「違法に」という文言を削除すること拒否した。本来、強迫による違法でない意思の影響の事例は考えられる。たとえば、父が強迫によって娘に有利な婚姻の申し出の承諾をする気にさせる場合である。こうした場合を考慮して、「違法に」という文言を第二草案98条1項²¹⁰⁾に加えることを決定したのだから、この文言を1780条でも加えることは一層正しい。詐欺による規定は、被相続人が錯誤によって行う

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

208) 第一草案1780条「終意処分は、被相続人が強迫または詐欺によって違法に当該処分をする気にさせられている場合には、取り消すことができる。」

209) Mugdan, Materialien, Bd. 5, S. 542.

210) 第二草案98条「(1)悪意の詐欺または強迫によって違法に意思表示をなす気にさせられている者は、当該表示を取り消すことができる。」

(2)第三者によって詐欺が行われている場合には、相手方に対して行われるべきであった表示は、当該相手方がこの詐欺を知っていた、または知らねばならなかった場合にのみ、取り消すことができる。」(Mugdan, Materialien, Bd. 1, S. L X X X IV.)。本条はBGB 123条「詐欺または強迫に基づく取消可能性」に係る。

気になっているいかなる処分も取消可能であるのだからもはや考慮に値しない。

以上の議論を経て第一草案1779条から1781条は1つにまとめられた。第一草案暫定集成原案で決議された規定1779条は以下のようなものである²¹¹⁾。

〔(1) 終意処分は、被相続人が自らの表示の内容に関して錯誤に陥っていたか、当該内容の表示を全くなすつもりがなかった場合で、かつ同人が事情を知っていたらその表示をしなかったであろうことが認められるべき限り、取り消すことができる。

(2) 第1項は、被相続人が、錯誤または違法に強迫によって、当該処分をすることを決定した限りで適用される。

(3) (96条 [適時の取消]) 97条 [錯誤者等の賠償義務] の規定は終意処分には適用されない。〕

その後、暫定集成委員会では1779条の規定は、BGB 2078条（第二草案1951条）と同じ文言となった²¹²⁾。

(iii) 小 括

意思表示理論については、意思ドグマが厳格に貫徹されなければならないという点は維持されているが、総則の心裡留保の規定も終意処分に適用されると改められた（つまり原則有効となる）。確かに、終意処分では取引の安全の考慮は必要ないし、心裡留保の規定は意思ドグマ原理とも相いれない。しかし、以下の理由から第二草案91条 [心裡留保] の例外を終意処分では認める需要はないとされた。そもそも遺言作成の時点で心裡留保があったことの証明ができる事案は極めて稀であること、また遺言の自由が認められるとしても、心裡留保による処分無効が撤回の方式性と矛盾するならば、心裡留保による処分無効を認めることはできないこと、無効を認めないとしても被相続人は死亡しているので同人の不利にはならないこと、第二草案では瑕疵ある遺言の外観に対する相続人の信頼を保護する規定もないこと、

211) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 898. 原文では項目に分かれていないが、筆者の判断で項目ごとに分けた。

212) 第一草案暫定集成原案の第2項の「錯誤……によって」がBGB 2078条（第二草案1951条）では「ある事情の発生または不発生を誤って想定もしくは期待することによって」に、変更され、第3項の「終意処分には」が削除されているが、なぜそう変わったのかはJakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I では詳らかにされていない。

である。併せて真意の欠如(第二草案93条)も終意処分には適用されることとなったが、錯誤者の信頼利益の賠償義務を定めた第二草案97条は、相手方がいないとの理由から第一草案のときと同様に終意処分には適用されないこととなった。

終意処分における意思欠缺錯誤を規定した第一草案1779条、動機錯誤を規定した同1781条、そして詐欺・強迫を規定した同1780条は、第二委員会での議論を経て1つの条文に統合された。

意思欠缺錯誤の法律効果は、取消に変更された。確かに意思ドグマからすれば無効とすべきだが、取消とすれば効力を争うのは当事者に限定されるし、何年も経過してから無効を争うことは妥当ではないためである。

錯誤の顧慮要件としては、意思欠缺錯誤も動機錯誤も併せて、第二草案94条〔錯誤取消〕に従うことで一致したが、被相続人の主観的な因果関係(真の事情を知っていたら処分をしなかったであろうこと)を重視し、客観的要件(その場合を思慮分別をもって評価すること)は不要とされた²¹³⁾。なお誤記(提案①②⑥)については意思表示の解釈の問題だとされ条文化されなかった。

第一草案1781条で規定されていた「前提」については、前提を定めた債務法の条文が第二委員会で削除されたこと、前提概念には近時批判が強いことを考慮して(たとえば、実務上では被相続人が前提というとき条件が考えられていることが少なくない)、条文から「前提」の表記は削除するが、その内容に客観的な変更はないとされた。つまり、過去・現在・将来のあらゆる動機錯誤が顧慮の対象となる。また、同条第2項の終意処分から錯誤が読み取れることあるいは前提が表示されていること(錯誤看取・前提表示要件)も不要とされた。これに対しては、以下のような反対論があった。すなわち、①将来事情に関する錯誤の顧慮については、被相続人が将来事情について一般的観念しか抱かないならその錯誤は顧慮すべきでないし、積極的な観念を抱いているとしたら条件との区別ができない。②仮に将来事情の錯誤を顧慮するとしても、終意処分将来事情が決定的なものとして表示されていることが必要であるし、第2項を削除すると訴訟が頻発することになりかねない。しかし、多数派は、以下の理由から錯誤看取・前提表示要件は不要だと考えた。すなわち、①現在・過去の事情について積極的かつ明確な観念を抱きそれが誤っていた場合には取り消すことができるのだから、原理的には将来の事情に関す

213) この部分の議事録から理由は明らかではないが、終意処分における動機錯誤顧慮にあたっては被相続人の真の意思の尊重(Ⅱ.1.(1)(iii)(a)㉗)、終意処分における相手方の不存在(Ⅱ.1.(1)(i)(a)㉗、Ⅱ.2.(1)(i)(a))という考え方が伏在していることから、客観的な基準は不要とされたのだと思われる。

る錯誤の場合と区別する理由がない。②条件を設定しないのに将来事情の発生・不発生によって意思決定がされているという事例は稀かもしれないが、それでも顧慮するのが正当かつ一貫している。もっともこの証明は難しいので軽々に取り消されることはないだろう。③錯誤看取・前提表示要件の削除は疑念がないではないが、この要件が恣意的であることは削除にあたり重要である。確かに、この要件がないことで取消の濫用の蓋然性が高まる懸念もあるが、他方で、被相続人は特定の事情を自明としているがゆえに遺言において表示しない、ということは稀ではない²¹⁴⁾。④将来の事情の錯誤という特別の事例のためだけに錯誤看取・前提表示要件を残しておくことも妥当ではない。

以上のようなことから将来事情の錯誤の顧慮が認められる一方、錯誤看取・前提表示要件は削除されることとなった。なお第一草案1780条は詐欺取消を規定しているが、あらゆる動機錯誤が顧慮される以上、詐欺取消については独自に規定を設ける必要はないとされた。

(2) 2079条に関する規定

(i) 第一草案1782条について

遺留分権利者の不顧慮に関する第一草案1782条²¹⁵⁾について以下のように議論された²¹⁶⁾。

(a) 提 案²¹⁷⁾

提案①（シュトゥルクマン）

214) 同様のことを第一草案についてF・モムゼンが指摘していた（前号脚注133参照）。

215) 第一草案1782条「(1)終意処分において、相続開始の時点で存在しているが、被相続人が終意処分作成時にその存在を知らなかった遺留分権利者、特に死亡していると想定した遺留分権利者、または終意処分作成後に初めて出生した遺留分権利者、もしくは遺留分権利者になった者が顧慮されなかった場合には、疑わしいときには、被相続人が、第一の事例では遺留分権利者の不存在に関する錯誤によって当該終意処分をする気になっていたことが、第二の事例では遺留分権利者が後に出生しないだろう、または後に遺留分権利者にならないだろうとの前提によって当該終意処分をする気になっていたと認められるべきである。

(2)当該処分は、第1項の事例においては、たとえ1781条第2項で規定されている要件が存在していないとしても、1781条に従って取消可能である。」

216) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S 905f.

217) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 905f.

1782条を以下のような文言にする。

「(1)終意処分は、被相続人が相続開始の時点で存在する遺留分権利者を被相続人が処分作成時にその存在を知らなかったために、または遺留分権利者が処分作成後に初めて出生した、もしくは遺留分権利者となったために、顧慮しなかった場合、取り消すことができる。

(2)取消は、被相続人が事情を知っていたとしても当該処分をなしたであろうことが認められるべき場合に限り、排除されている。」

提案② (リユージャー)

1782条を以下のような文言にする。

「(1)終意処分において相続開始の時点で存在した遺留分権利者が顧慮されていない場合、顧慮されなかった者の存在を被相続人が処分作成時に知らなかった場合、または顧慮されていない者が処分作成後に初めて出生したか、遺留分権利者となった場合、終意処分は取り消すことができる。

(2)取消は、被相続人が遺留分権利者の存在を知っていたか、遺留分権利者が出生するだろうこと、または遺留分権利者になるであろうことを前提としていたとしても、遺留分権利者を顧慮しなかったであろうことが明らかになる場合、排除されている。」

提案③ (ヤクベツキー)

1782条を以下のような文言にして1774条 a として設置する。

「終意処分において、遺留分権利者が、処分作成後に初めて出生した、または遺留分権利者になったために顧慮されていない場合でも、別段の規定がない限りで、遺留分権利者が相続人にならない場合には当該処分は有効であるとみなされるべきである。前文の規定は、処分作成の時点ですでに遺留分権が帰属していた遺留分権利者の存在を被相続人が知らなかった場合にも適用される。」

提案④ (バルナー)

1782条を以下のような文言にし、遺留分に関する規定に入れる。

「被相続人が遺留分権利者を、被相続人が死因処分作成の際にその存在を知らなかったためにまたは遺留分権利者が処分作成後に初めて出生した、もしくは遺留分権利者になったために、顧慮しなかった場合、被相続人がより少ない額を出捐したこと、特に処分で指示した遺贈または負担でもって持分に応じて遺留分権利者に遺

贈義務・負担義務を課していたであろうことが処分の内容に従って認められない限り、遺留分権利者は法定相続分全部の金銭的価値を遺留分請求権に適用される規定に従って相続人に請求することができる。」

提案⑤（ブランク）

1782条の導入を草案の文言あるいは提案の文言において以下のように以下のように変更する。

「相続人が指定されている終意処分において、……」

提案⑥（ヤクベツキー）

1782条を以下のような文言にする。

「終意処分の作成後に遺留分権利者が出生したか、または遺留分権利者になった場合において、疑わしいときには、遺留分権利者が相続人にはならない場合または遺留分権利者の地位で同人の卑属が相続人になる場合のみ当該処分が有効とされることが認められるべきである。前文の規定は（提案③におけるように）適用される。」

協議の過程でさらに別の提案が行われた。

提案⑦

- a. 主的に1782条を草案の文言において認める。
- b. 予備的に、1782条の事例では顧慮されなかった必然相続人（Notherbe）は遺留分請求権の主張のみが認められているという意味で1782条を削除する。

(b) 議論の経過²¹⁸⁾

第一草案1782条は、終意処分において相続開始の時点で存在する遺留分権利者を顧慮せず、その存在を被相続人が処分作成の際に知らなかった場合、または遺留分権利者が処分作成の時点でまだ生まれていなかった場合、または遺留分権限を有していなかった場合に、それがどのような効果を持つかという問いを判断するものである。当該草案は、実際の結果としては、通常の取消権を付与しているが、顧慮されなかった者に取消を許す旨を直接規定しているのではなく、疑わしいときには、遺留分権利者の不存在に関する錯誤によって、あるいは遺留分権利者が後に生まれ

218) Mugdan, Materialien, Bd. 5, S. 543-545.

ないとか遺留分権利者にならないという前提によって被相続人が考えた類の処分をするつもりになっていたことが認められるべきであるという解釈ルールを設定することで、こうした迂路を経て初めて顧慮されなかった者の取消を認めることとしている。提案①と②は、第一草案1782条において挙げられた事例を第一草案1781条で設定された規範の適用事例として構成することを避けて、顧慮されなかった者に直接の取消権を認めている。提案③と④は、第一草案とは異なる観点に立つ。提案③によれば、1782条では顧慮されなかった者の側での特別な取消は必要なく、むしろ疑わしいときは遺留分権利者が相続人ではない場合にのみ当該処分が有効であるものとするのが認められるべきである。提案④によれば、顧慮されなかった遺留分権利者は、その者の法定相続分すべての金銭的価値の債権上の賠償請求権を相続人に対して有する。この請求権には、遺留分請求権に適用される規律が適用されるべきである。当該請求権は、被相続人が顧慮されなかった遺留分権利者に遺留分より少ない額を出捐したこと、特に処分で指示した遺贈または負担によって持ち分に応じて同人に遺贈義務・負担義務を課したであろうことが当該処分の内容に照らして認められるべき場合、排除される。

提案③（遺留分権利者が相続人にならない場合の遺言の有効性）の根拠は以下のようなものである。第一に、遺留分権限を基礎づける関係が処分作成後に初めて生じる場合、それは考慮されるべきである。この場合の事情の変更はとても重要であるため、被相続人が後の遺留分権利者の出生を予見していたならば、被相続人が外部の者（Extraneus）の相続人指定を含む処分をしなかったという推論が正当化されるだろう。被相続人が外部の者（Extraneus）を相続人に指定する場合でも、これは、通常は、相続が次点の近親者（Angehörige）からはく奪されるという意図では行われぬ。にもかかわらず、後の事情からそのような帰結が生じる場合、被相続人の意思が全く表現されていなかったこと、または少なくとも不正確に表現されていたことを認めねばならない。従って、そのような最終意思を再び除去する可能性がなければならない。考えられるのは、顧慮されなかった遺留分権利者に取消権を付与する当該草案を手本として、この目的を達成することである。これは提案④を手本として、終意処分利益を与えられなかった遺留分権利者が相続人として現れるのではなく、法定相続が生じたならば同人に帰属したであろう遺留分の価値すべての賠償の債権的な請求権だけを相続人に対して取得すると規律することもできる。しかし、当該草案、それと一致している提案①と②、そして提案④の内容は、迂遠である。終意処分が被相続人の意思に合致しない場合、その内容を被相続人の最終意思とみなせないことはもちろんである。この見解の結果は、相続人指定

が無に帰し、法定相続が生じることである（*testamentum rumpitur*）。もっとも、終意処分によって利益を受けなかった遺留分権利者が相続人にならないと主張する場合には、相続人の指定は維持されなければならない。つまり、外部の者（*Extraneus*）の指定は、終意処分により利益を受け得ていない遺留分権利者が相続人になるという前提のもとで、被相続人の推定的な意思と矛盾するにすぎない。提案②が遺留分権限を基礎づける事情が処分作成後に初めて生じる場合に対して提示した規律は、第一草案1773条²¹⁹⁾の決議内容及び当該草案1811条²²⁰⁾、1875条²²¹⁾にも合致する。これらの条文における規範は、被相続人が自らの財産を家族近親者（*Familieangehörige*）からはく奪することを意図したのではなく、むしろ通常は、自らの財産を家族に得させた状態にするという希望が満たされていることを推定しなければならないという考え方を第一草案1782条と同じく基礎にしていた。もっとも、処分作成の時点で既に遺留分権限がある遺留分権利者の存在を被相続人が知らなかった場合、当該草案に倣って顧慮されなかった遺留分権利者に取消権を付与することが正しいのかという疑問が生じる。被相続人がそのような遺留分権利者を顧慮しない場合、第一草案1779条の第一カテゴリーにおけるのと同様の蓋然性、つまり被相続人が顧慮しなかった者が存在していると知っていたら、そのような遺言をしなかったであろうという蓋然性は認められるべきではないからである。ほとんどあり得ない例外を除けば、顧慮されなかった者が遺言作成より早い時点で存在していたという事実を被相続人は知っていたであろう。従って、慎重な遺言者は、いったん存在した遺留分権利者が存在し続ける可能性を考慮することを当然に思いつく

219) 第一草案1773条「終意処分において被相続人の卑属に利益を与えられている場合、疑わしいときは、同人の卑属が法定相続において同人に代わって相続の資格があると認められるならば、出捐によって予備任命（*Ersatzberufung*）という方法で利益が与えられていることが、また予備任命が有効になるならば、当該出捐は法定相続の規定に従って維持されるものとされていることが認められるべきである。」（*Mugdan, Materialien*, Bd. 5, S. IV.）。本条は BGB 2069条【被相続人の卑属】と関係する。

220) 第一草案1811条「被相続人が終意処分作成時に卑属を有していなかった卑属のためにその卑属の死亡の時点で備えて後位相続人を定めている場合には、当該後位相続人指定は先位相続人が卑属を残さない事例に限定されていると認められるべきである。」（*Mugdan, Materialien*, Bd. 5, S. XI.）。本条は BGB 2107条【子供を持たない先位相続人】と関係する。

221) 第一草案1875条「遺贈の不確定的無効は、予備任命（*Ersatzberufung*）及び持分の増加（*Anwachsung*）に関する規定があるにもかかわらず、遺贈義務者の利益になる。」（S. XX V.）。本条は BGB に採用されていない。

だろう。つまり、不顧慮は、認識してかつ意図して行われたものと言える。それにもかかわらず、多くの事例において、被相続人は、遺留分権利者の存在に関する錯誤によって自らの処分内容をする気になっており、その結果、これらの場合にも錯誤があると仮定することが正当化される。提案③の提案者ヤクベツキーは自らの提案の根拠をもって、提案⑥（主として文言の変更）を行っている。

提案④の提案者ベルナーは、自らの提案の基礎づけを以下のように説明した。当該草案は、第一草案1782条の事例において終意処分によって利益を与えられなかった遺留分権利者に取消権を付与するゆえに、被相続人の錯誤を考慮して取消が正当化されているという見解を出発点としている。この見解は、まず理論的な観点から懸念がある。つまり、被相続人の錯誤を重視する場合、処分作成の時点で被相続人が知らなかった遺留分権利者が存在したかどうかだけが重要であると言える。これに対して、それ以外の動機錯誤の事例では重要なのは被相続人の観念における瑕疵だけである。もちろんこの理論的な疑念は決定的に重視されるべきことではない。それにもかかわらず、当該草案の規律は、純粋に実務的な理由からも維持することはできないように思われる。第一草案1782条の場合において通常は終意処分で利益を与えられなかった遺留分権利者に当該草案が取消権を付与し、取消権が法定相続を生じさせるという効果を持つ場合、多くの場合に目的は達されない。被相続人が知らなかった必然相続人（Notherben）から法定相続分を剥奪するつもりがなかったことを認めることしかできない。それに対して、被相続人が遺留分権利者の存在を知っていたならば、外部の者（Extraneus）に終意処分によって利益を与えなかったであろうと認めることは純粋に恣意的である。それゆえに、顧慮されなかった遺留分権利者に相続人に対して法定相続分全ての金銭的価値の賠償の個人的請求権だけしか認めないことは取消を認めるよりも自然であると思われる。個々の場合に解釈によって顧慮されなかった遺留分権利者も割合に応じて遺贈を負担することが被相続人の推定上の意思に合致すると仮定されない場合には、指定された相続人が遺贈を負担しなければならない。これを除いても、指定相続人の個人的な請求権を法定相続分よりも少ない額に限定する解釈は、当該事情からそのような限定が被相続人の推定上の意思に合致することが明らかな場合には、許されている。

提案⑤の提案者ブランクは、以下の理由から、第一草案1782条が相続人が指定される終意処分に限定されることを明確な文言で明らかにしようとしている。すなわち、彼によれば、第一草案1782条の文言に照らすと、同条の意味での不顧慮が何を意味するのか疑わしいという。理由書によれば、不顧慮が問題になるのは、被相続人が相続人指定を行う場合のみであって、個々の財産目的物に関して最終意思による

処分をした場合ではない。しかし、第一草案1782条の文言からは直ちにこう理解することはできないので、この規定の意味を詳細に明らかにするのが望ましいという。

以上の協議を経て提案⑦が行われた。提案⑦主位的提案の理由としては、当該草案を基礎付ける理由と草案に反対する提案内容における規律を基礎付ける理由は均衡を保っていることが説明されたが、当該草案から乖離する説得的な理由がないならば、当該草案の規律を維持することが正しいとされた。予備的提案の理由としては、提案④の提案者ベルナーの問題提起を出立点とするならば、被相続人の真の意思に関する推定に手を出すのではなく、その文言に照らして当該処分を維持し、顧慮されなかった必然相続人に単に遺留分請求権を指示するだけの方が正しいという。

多数派は、提案③、④、⑥、⑦を拒否し、実質的に草案と合致している提案①と②を採用した（提案⑤は撤回された²²²⁾。

この結論に至るために、以下の点が考慮された²²³⁾。

第一草案1782条の事例においては顧慮されなかった遺留分権利者に単に遺留分請求権を指示するのでは不適切である。この結果は、圧倒的多数の事例において被相続人の意思に反するだろう。同様に、顧慮されなかった遺留分権利者に法定相続分すべての価値の賠償の個人的な請求権を認めることも許されない。まず、何と言っても、遺留分権を法定相続分すべての額で規範化すると決定することはある意味で変則（Anomalie）である。多くの場合に、実際の結果に照らせばそのような規律は被相続人の推定的な意思と矛盾するだろう。たとえば、被相続人が自らの息子Aと第三者Cを2/10ずつの割合で相続人に指定した場合、提案④²²⁴⁾の規律によれば、終意処分作成時点で失踪しており、もはや生きていないと被相続人が考えていた息子B（遺留分権限あり）が、相続開始後に名乗りでると、彼が遺産の5/10を取得してしまうのに、指定された相続人のうち、息子Aは4/10、外部の者Cは1/10しか取得できないことになってしまう。息子Bがまだ生きていることを被相続人が知っていたならば、この者に息子Aよりも多くを出捐したであろうとの想定は恣意的なものともみなさざるを得ない。提案④を基礎づけるにあたり、特に指定相続人が一人だけしか存在しない場合にも不当な結果になる。顧慮されなかった必然相続人が相続分全

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

223) Mugdan, Materialien, Bd. 5, S. 545.

224) Mugdan, Materialien, Bd. 5, S. 545 では「nach der Regelung des Antrags 2」となっているが、Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. V, Erbrecht, 1899, S. 57 では「nach der Regelung des Antrags 4」となっており、文脈上も後者の記載の方が正しいと思われるため、提案④と修正している。

てに対する遺留分請求権をもって指定相続人に相続財産を何一つ残さないあるいは主たる相続財産を残さないという方法で同人に支払いを迫る場合、当該指定相続人は、拡大された遺留分請求権が主張された時点で相続放棄の期間（Ausschlagungsfrist）がすでに経過していた限りで、同人に適した実体法における相続の利益を享受することなく、相続人を強制されるという状況になるかもしれない。これに対して、当該草案の規律が目的を外れるという異議は適切ではない。第一草案1782条は解釈ルールのみを設定している。当該ルールが被相続人の推定的な意思に反する場合にはこのルールは適用されない（greife sie nicht Platz）。提案③は、被相続人が自らの意思として表示した内容が被相続人が処分作成時に知らなかった事情が処分作成後に変更したことを考慮するとき同人の意思とはみなすべきではないことを出立点とすることで、被相続人の意思のみを強調する。これが正しいならば、1781条においても処分の無効を認めなければならなかった。1782条が1781条の規律から乖離することは、顧慮されなかった遺留分権利者の取消の必要性がなくなる場合に、任意の第三者が処分の不確定的無効を主張することができるだけに、一層疑わしい。

以上の議論を受けて、第一草案暫定集成原案1782条として以下のようにまとめられた²²⁵⁾。

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

これをもって、本条は、BGB 2079条と同一の文言（綴りの違いは除く）となり、その内容は、編集会議決議暫定集成1782条、第二草案1952条、第二草案修正2056条、第三草案2054条を経て、引き継がれている²²⁶⁾。

(ii) 小 括

遺留分権利者が顧慮されなかった場合に第一草案1781条適用の特則を定める同1782条についてはいくつかの提案が行われたが、終意処分で顧慮されなかった遺留分

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

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

権利者が保護されるべきという点はどの提案も同じであるものの、その方法をめぐって意見が分かれていた。結論としては、同条の実質的内容を維持しつつ遺留分権利者に直接の取消権を付与することでまとまった（提案①②の採用）。終意処分における動機錯誤の規定の解釈規定という扱いから直接取消権を認める規定に変更された理由は定かではないが、おそらく解釈規定とすることが迂遠であるとの考慮によるものだと思われる。

取消権を直接付与する提案のほかに、顧慮されなかった遺留分権利者が相続人にならない場合のみ終意処分を有効とすべきとする案（提案③⑥）や顧慮されなかった遺留分権利者がその者の法定相続分すべての債権的賠償請求権を相続人に対して有する案（提案④）があったがいずれも否定された。提案③の考え方を出発点とするならば、第一草案1781条でも終意処分の無効を認めなければならなかったし、任意の第三者による無効の主張ができてしまうため妥当ではないとされた。また、提案④の考え方に従って法定相続分すべての債権的賠償請求権を顧慮されなかった遺留分権利者に認めることは、被相続人の推定上の意思に合致しない場合があり、また指定相続人が一人しかいないときに同人が相続した分すべてがなくなる額の賠償請求をされたときに放棄の期間を過ぎていたら相続における利益を享受することなく相続を強制されてしまう、との理由から採用はされなかった。

(3) 2080条に関する規定

(i) 第一草案1784条について

取消権者を規定している第一草案1784条²²⁷⁾について以下のような議論がされた²²⁸⁾。

(a) 提 案²²⁹⁾

提案①（ベルナー）

227) 第一草案1784条「1780条から1783条の場合には、終意処分が作成されていなかったならば相続人もしくは受遺者として資格を有していたと認められる者または遺贈義務・負担義務から解放されていたと認められる者もしくはある権利を取得していたと認められる者に取消権限がある。1780条から1782条の場合には、詐欺、錯誤、実現しなかった前提が特定の人にのみ関係しており、この者が取消権限を有しているか、被相続人よりも長生きしたならば取消権限を有していたと認められる場合、その他の者には取消権限はない。」

228) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 912ff.

229) 提案内容は Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 912f. の整理に則る。な

1784条を以下のような文言にする。

- 〔(1)終意処分の破棄によって直接利益を有すると認められる者に取消権限がある。
(2)終意処分が錯誤に基づいて取消可能であり、当該錯誤が処分の破棄により直接利益を有すると認められる者に関係する場合は、この者にだけ取消権限がある。〕

予備的に第2項を以下のような文言にする。

- 〔(2)終意処分が錯誤に基づいて取消可能であり、当該錯誤が第1項に従って取消権限があると認められる者の一人に関係する場合、その他の者は取消権限がない。
(3)終意処分が遺留分権利者の不顧慮に基づいて取消可能である場合、この者にのみ取消権が帰属する。〕

提案② (リユージャー)

主位的提案①第2項の代わりに以下のものを提案する。

- 〔終意処分が詐欺または錯誤に基づいて取消可能であり、当該詐欺または錯誤が特定の人に関係する場合には、この者にのみ取消権限がある。〕

提案③ (シュトゥルクマン)

主位的提案①に第3項として以下のものを加える。

- 〔1782条の場合には、取消権は顧慮されなかった遺留分権利者にのみ帰属する。〕

提案④ (ヤクベツキー)

〔(1)終意処分の不確定的無効によって利益を得る者は、たとえ他の者が脱落する場合に初めて利益を得るとしても、取消の権限を有する。

(2)取消権が相続または遺贈についての権利者の主張を基礎にしている場合には、当該権利者が相続人または遺贈者になるときだけ、取消は有効である²³⁰⁾。

(3)被相続人が、1779条の場合には事情を知っていたとしても、1780条の場合には強迫による意思決定がなかったとしても、取消によって利益を得るだろう者に対して当該処分を有効にさせていたと認められる場合に限り、処分は取消されない。〕

↘お、Mugdan, Materialien, Bd. 5, S. 545f では、第一草案1786条についての提案も1784条の提案として整理されている。

230) なお第2項は Mugdan, Materialien, Bd. 5, S. 546 では「処分の取消は、その処分によって取消権者が相続財産または遺贈から廃除されている場合には、当該取消権者が相続人または受遺者になるときにだけ、有効である。」となっている。

(b) 議論の経過

(ア) 取消権者²³¹⁾

協議は第一草案1784条第1文に限定された。当該草案によれば、第一草案1780条から1783条においては、当該処分が行われなかったならば、相続人もしくは受遺者として資格があるであろう者、遺贈義務・負担義務から解放されるであろう者またはある権利を取得するであろう者に取消権がある。提案①第1項は主としてこれと一致しているが、短い文言を選択している。つまり、処分の取消によって直接に利益があると認められる者に取消の権限がある。同時に提案①の文言は、当該草案の文言によれば第一草案1784条には含まれないであろう事例、特に遺贈義務・負担義務としては把握されえない後見監督の指示が行われている事例をもカバーする。他方で、提案④によれば、当該草案とは異なり、他の取消権者が脱落するだけだとしても、当該処分の不確定的無効が利益になるあらゆる者に取消の権限がある。この根拠は以下のようなものである。普通法によれば、順位付けされた資格のあるすべての者に一度に相続財産取得能力 (Delation) があるのではなく、最初に資格のある者にだけ相続財産取得能力 (Delation) があるが、当該草案によれば、一般に資格のある相続人全てが相続開始でもって直ちに資格を有する。被相続人が遺言を作成したとしても、何らかの理由により遺言による相続に至らない場合には、法定相続人は直ちに資格を有する。順位が劣後する資格者 (ex post Berufene) の不利益になるように同人が取消原因を知った瞬間から取消期間が経過することが考慮されるべきである。より順位が早い資格がある者が相続しないことが確定したときに初めて順位が劣後する資格のある相続人 (ex post berufene Erbe) に取消権を付与する場合、順位が劣後する資格者が相続人になるうちに取消権は時の経過によってあっさり失われているだろう。しかし、取消権は終意処分によって不利益を被るあらゆる者が身を守ることを可能ならしめるためにこそ与えられているのである。

しかし、多数派は、以下の点を考慮して、提案④を拒否し、提案①第1項を採用した。すなわち、処分の不確定的無効によって利益を得るあらゆる者に取消権限があるという原則は、他の取消権者が脱落する場合にだけ直接的に利益があるとはいえ、あまりに広すぎる。この原則をとるならば、国庫にさえ取消権を認めねばならなくなるだろう。本来の損失者が受動的に行爲し、自らの取消権を失う場合に、取消の効果から偶然の利益を引き出すに過ぎない者に独立の取消権を与える必要性はない。取消権は、表意者の意思決定が他から影響を受けていなければ不利益を被っ

231) Mugdan, Materialien, Bd. 5, S. 546-547.

ていなかったであろう者だけを保護することを目的としているのである。

(イ) 取消の制限²³²⁾

第一草案1784条第2文の協議は未だ決着を見ていない。提案①第2項、提案②、提案③、提案④第1項第3項がこれに関係する。主位的提案①は編集上の問題でしかない。予備的提案①(提案③と一致する第3項を無視すれば)も同じである。提案②も当該草案と実質的に異なることを目的としていない。提案②は詐欺に基づく取消を主題にしているが、第一草案1780条の決議内容を考慮して、この点は落とされた。その他の点で、提案②の文言に異議が唱えられた。その文言からは錯誤が関係する者に第一草案1784条第1文に照らして必然的に取消権限が認められるとは明らかにならないからである。提案③における追加文は、第一草案1782条の決議内容による変更起因している。提案④は、当該草案と実質的に異なっているが、その基礎づけは以下のようなものである。すなわち、第一草案1784条は、取消権者決定の際に、——1787条〔一部無効〕を無視すれば——取消の効果は常に取り消された処分完全無効化であるということを出立点としているが、無効化を全範囲で常に生じさせることには十分な理由がなく、二つの制限が設定されるべきである。一つは、被相続人が取消権者よりも指定した相続人をとにかく優先したであろうことが確定される場合には取消権は排除されている必要がある(以下、「第一制限」とする)、もう一つは、他の取消権者によって行われた取消の効果は、被相続人が真の事情を知っていたとしても、または強迫によって意思決定をしなかったとしても、その取消権者よりも指定した相続人に終意処分利益を与えようとしたことが確実である場合にはその取消権者の利益になってはならない(以下、「第二制限」とする)。特に複数の同じレベルでの遺言によらない相続人(Intetameterbe)がいる場合、あるいはかつての遺言で受益している複数の者が存在している場合で、被相続人がこれらの者の一人を取り消された終意処分作成の際とにかく廃除するつもりであった場合に、このことは意義があるという。また、たとえば、被相続人が複数の者に遺贈義務を課す際に錯誤がなかったとしてもそれらの者の一人に遺贈をもって遺贈義務を負わせるつもりである場合には、相続人指定で妥当する内容は遺贈の指示においても適切であるという。この両方の制限において提案④は当該草案から区別される。もっとも、第一制限に関しては、錯誤が特定の人だけに関係する場合、第一草案1784条第2文でこの者にだけ取消権を付与する限りで、提案④は当

232) Mugdan, Materialien, Bd. 5, S. 547-549.

該草案に近づく²³³⁾。しかし、草案によれば、この者によって行われた取消の効果は、この者だけでなくあらゆる者、つまり被相続人が無条件に廃除しようとした者にも利益になっている。提案④が出発点としている考え方を正当だと認めるならば、錯誤の場合だけでなく強迫の場合にも、この考え方が認められなければならない。当該草案と提案④との違いはここにもある。

被相続人があらゆる事情のもとで廃除しようとした者に取消権は与えられないし、利益も得させてはならないという考え方は、次の段階に進む必要がある。つまり、被相続人が指示していた内容を、事情変更後の現在において被相続人が廃除する者を考慮しても、やはり指示していただろうと認められるべき場合、処分作成後に初めて生じた事情変更がなぜ考慮されないとされるのか理解することができない²³⁴⁾。しかし、他方で、事情変更後の現在において廃除されている者に、被相続人の錯誤がこの者に及んでいなかったことを理由に取消を認めないことは許されない。たとえば、被相続人が兄弟ABのうちAが死亡していると考え、Bを相続から廃除するつもりであったために、他人を相続人に指定した場合、実はAが生きておりこの処分作成後に子供Cを授かったが、なおも被相続人よりも先にAが死亡する場合、Cは当該草案によれば取消権限はない。なぜなら、被相続人の観念は、Cには及んでいないからである。しかしこの結果は正義に悖るだろう。

この説明に対しては以下のことが主張された。つまり提案④の判断において、この提案が一方では処分作成時点に照準を合わせていること、他方では後の出来事の影響を考慮していることを区別しなければならない。処分作成の時点に照準が合わせられていることに関しては、被相続人があらゆる事情のもとで廃除しようとした者または遺贈の場合に負担を負わせようとした者が自ら取消をなすことも他人の取消によって利益を受けることも許されないという点で提案④に賛同すべきことは疑いない。提案④の考え方は、処分作成時点に照準を合わせる方向性においては、第一草案1782条で決議された内容の拡大に過ぎないため正当化することが一貫してい

233) たとえば、被相続人が相続人A、B、CのうちAを相続から廃除したいと考えており、Bが自分に対して忘恩行為を働いたと誤想したために、Cを単独相続人に指定した場合、Aには取消権がないということになる。

234) この部分が何を言わんとしているのか筆者の力不足ゆえに正確に理解できないのだが、たとえば、被相続人が相続人A、B、Cのうち、Cに恩を受けたと誤想してCを単独相続人に指定した後に、Aに忘恩行為をされたのでAを相続から廃除しようと思ったが、Cを単独相続人に指定する処分はそのままにしていたという場合でも、Aは取消権を持ってしまう、ということだろうか。

る。もっともその他において提案④がここで主張していることは、既に第一草案1779条・1781条(提案②)でも申し立てられている。1779条で何度も出てくる「wenn(の場合／ならば)」を「soweit(の限りで)」に代えるという方法で変更することで提案④を考慮するのが最も簡単だろう²³⁵⁾。そうすると後の出来事の影響についていえば、第一草案1786条でそれに関して議論されていないので、同1784条と同1786条を結び付けて協議することが得策である。当該委員会は、1779条の「wenn」を「soweit」に変更し、その他においては同1786条と結び付けて協議することを決議した。

(ウ) 第一草案1786条²³⁶⁾について

(α) 提 案²³⁷⁾

提案①(ベルナー)は、本条を削除するというものであった。提案②(ヤクベツキー)は、主的に本条を削除し、予備的に以下の文言が提案された。

「被相続人が1779条、1781条の場合には事情を知っていても、1780条²³⁸⁾の場合には強迫によって意思表示をするよう仕向けられていなくても、被相続人が今生じている事情を知っていたならば、終意処分を有効にさせたであろうことが認められるべき限りで、取消は排除されている。」

提案③(不詳)

第一草案1786条を以下の文言にする。

「被相続人が死亡する時点で、暫定集成原案1779条第1項の場合には事情を知った後に、同1779条第2項の場合には錯誤の発覚後また強制状態の除去後に、同1782条の場合には遺留分権利者の存在を知った後に、終意処分を有効とさせたであろう

235) この「1779条」がどの1779条を指すのかは明確ではないが、第一草案1781条と併せて議論されることになった1779条のことを指していると思われる(Jakobs/Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 898.)。

236) 第一草案1786条「取消は、以下の場合に排除されている。つまり、強迫に基づく取消可能性の場合に強制状態の除去後に、その他の原因に基づく取消可能性の場合に被相続人が取消原因を知るに至った後に、同人が終意処分を破棄せず、かつ取消可能になった時点から被相続人の死亡までの間に1年が経過した場合である。当該期間の開始または進行は、被相続人が処分をと破棄することができない間は停止している。」

237) Jakobs/Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 913による。

238) Jakobs/Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, S. 913には「1789条」とあるが、筆者の判断で1780条に改めた。

ことが認められるべき限り、取消は排除されている。」

予備的に以下の文言を提案する。

「被相続人が、……を怠り、かつ処分を有効にさせるつもりであったことが認められるべき場合、取消は排除されている。」

主位的提案③について、以下のように下位提案する。

α) 「被相続人が死亡する時点で」を「被相続人が死亡するまでに」に代える。

β) 「被相続人が死亡する時点で」という語の後に、「または被相続人が回復の見込みのない行為無能力者になる時点で (oder seiner dauernden Geschäftsunfähigkeit)」を加える。

(β) 決議内容及び理由²³⁹⁾

当該委員会は、最終的に、第一草案1784条につき提案④（ヤクベツキー）を拒否し、同1784条第2文を、1784条の提案③（シュトゥルクマン）による追加文を入れることを承認した。もっとも、1784条の提案③は、遺留分権利者も直接に不利益を被ると思われる限りで、取消権限があるという意味で認められなければならない。1786条については提案①に従い、その他全ての提案を拒否して、1786条の削除が決議された。

第一草案1786条の提案③については以下のことが主張された。取消は、被相続人の真の意思を有効にさせることを目的としている。もともと被相続人の真の意思と合致していなかった終意処分が後に被相続人の真の意思と合致する場合、取消の目的も取消も意味を失う。これは、特に、被相続人が自らの処分の瑕疵を知るに至ったが、当該処分を存続させる場合である。しかし、被相続人が自らの処分を維持しようとすることは、同人がこれを明確に表示した場合だけでなく、諸事情からこの意図が導きだせる場合にも認められてよい。ゆえに、少なくとも予備的提案③は正当化される。しかし、諸事情によって根拠を与える場合、被相続人が自らの終意処分の瑕疵を知らなかったが、知っていたならば自らの処分を追認するであろうことが諸事情から認められるべきという事例を考慮しないことにも決定的な理由はない。主位的提案③がこのことを強調している。

提案②の提案者ヤクベツキーは以下のように言う。提案③の考え方に応じようとする場合、被相続人の死亡の時点に照準を合わせてはならず、本来の錯誤やそれ以外の理由によって処分が取消可能であるにもかかわらず、処分を有効にさせる気

239) Mugdan, Materialien, Bd. 5, S. 548-549.

させたであろう後の事情も考慮しなければならない。被相続人の死後の将来の事情の形成に関する錯誤に基づく取消を認めたのだから、取消の排除に関しても、死亡後の事情の状態を考慮しなければならない。

数名の委員は、被相続人が強制状態の除去後あるいは真の事情を知った後1年の間に可能であるのに取消をしない場合、この点で被相続人が取り消すつもりがないと証明されるが、被相続人が処分の維持をするつもりがない場合には、適時に破棄に必要な手段をとることを要求することが正当化されるとして、第一草案1786条の維持を推奨した。当該規定は実用的であるし、無用の訴訟の防止になるという。

他方で、多数派の見解は以下のものである。第一草案1786条の出立点は、被相続人が自らの瑕疵ある意思決定につき、その瑕疵を認識しているが、新たな処分作成のために破棄することを怠ったにもかかわらず、この意思の瑕疵を後になって主張することが被相続人の意図と矛盾することを認めなければならないというものである。提案が採用しているこの考え方が第一草案1786条で規律されているが、正当化することはできない。まず1786条で前提とされた事実から被相続人が取消可能な遺言を有効にさせる意図を持っていたと常にまたは一般に推測することが許されるというのは正しくない。たとえば、被相続人が取消可能な処分を取り消さなかった理由は、当該処分はどのみち効果不発生だから破棄する必要はないと被相続人が考えたということも大いにありうる。提案者がいうような推定は全く恣意的である。当該規定は、生きている者の間での法律行為の取消可能性の排除を指摘することで根拠づけることもできない。取消可能性の排除は、沈黙の結果ではなく、時間の経過の結果であり、取消の相手方と取引を考慮しなければならないという要請によるものである。それを除いても、当該草案の規律は、内容的にも矛盾している。処分が取消可能な場合にそれを取り消さないでおくつもりであるという単なる無方式の被相続人の表示は、同人が第一草案1786条所定の期限内に死亡すると、効果は生じない。それに対して、その期間を超えて被相続人が生存するが、当該処分を形式上は破棄しない場合、そこから被相続人の追認の意思を帰結するという意味がその行為に付与される。第一草案1933条〔撤回の方式〕の方式に即して行われていない明確な撤回の場合でも同じであるし、また被相続人が1年以内に新しい終意処分を行い、1年後に死亡する場合にも似たようなことになる。

従って、当該草案の規律に賛同することができず、当該草案の考え方が一般に維持されるかどうかが問題になる。提案②と提案③は草案を維持するべきだという。これらの提案が達成すると主張する内容は、被相続人が錯誤や強迫によって意思決定はしていなかったとの推論が正当化されているということから生じる。しかし、

これらの提案が前提とした事例はこの提案自体によって処理されないどころか上記のような想定外のことが起こりうる限りで、提案内容は不安定なものとなり、実務的に使えない推定になる。加えて、表示内容が被相続人の最終的な真の意思に合致すると証明するのは困難である。被相続人の意図が如何様にも変わることを考慮しなければならない。被相続人が自らの見解をいつでも変更することができるのだから、これは過小評価できない。それゆえに最終意思の方式化を要求するメリットは、とりもなおさず当該条文に不利になる。この実務的な疑念は、提案から帰結される利点（被相続人が終意処分を有効とさせようとする時点で同人の真の意思と合致する終意処分を維持するという利益）よりも勝っている。結局、終意処分の作成に必要な方式において表示されていないがために無効である何某かのことが提案内容に従って終意処分とみなされるということがなお考慮に値する。正しい方式で表示されている内容は、方式を観察する時点では被相続人の現実の意思ではなかったと言えるからである。しかし、本来瑕疵のある表示内容を被相続人の現在の意思に合致するものとして有効にせしめる内容が生じる時点または表示される時点からは、方式として有効な処分は存在していない。提案内容はこの問題に対して終意処分作成の時点及び本来の意思に立ち返ることが主張されており、その時点で方式が認められていたという。しかし、これは被相続人が自ら取消権限を持っていた場合にしか適切ではない。それ以外の場合にも第一草案1784条²⁴⁰⁾の提案④には対応できない。なぜなら同1786条の諸提案に対して詳細に論じた内容がこの提案にも当てはまるためである。それに対して第一草案1784条の提案③（1782条による取消の際に取消権者を遺留分権利者へ限定すること）は、遺留分権利者が直接に不利益を被ると思われる限りで遺留分権利者も取消権者であるという意味で認められなければならないだろう。

(γ) 第一草案暫定集成原案1784条と編集会議決議暫定集成1784条²⁴¹⁾

以上の結果、1786条は削除され、第一草案暫定集成原案1784条第1文及び第2文は以下ようになった。

「終意処分の破棄によって直接利益を有すると認められる者に取消権限がある。

240) Mugdan, Materialien, Bd. 5, S. 549 では「1783条」となっているが、筆者の判断で1784条に改めた。さらにここでは1784条についての提案④の第3項（錯誤発覚後にそれでも被相続人が取消者に利益を与えていただろうと認められる場合の取消排除）のことを問題にしていると思われる。

241) Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I, 914.

1779条において、錯誤が特定の者にのみ関係し、かつこの者に取消権限がある場合、またはこの者が被相続人よりも長く生きていたならばこの者に取消権限があったと認められる場合、他の者には取消権限はない。1782条においては、取消権は顧慮されなかった遺留分権利者にのみ帰属する。」

また、編集会議決議暫定集成1784条では当該規定は以下のような規定となった。

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

(2)1779条において、錯誤が特定の者にのみ関係し、かつこの者に取消権限がある場合、またはこの者が被相続人よりも長く生きていたならばこの者に取消権があったと認められる場合、他の者には取消権限はない。

(3)1782条においては、取消権は顧慮されなかった遺留分権利者のみに帰属する。」

この規定は第二草案1953条に内容が引き継がれている。その第2項では「被相続人よりも長く生きていた」は「相続開始の時点で生きていた」に替えられ、第3項では「顧慮されなかった」が脱落している。

当該条文は、第二修正草案2057条において、BGB 2080条（第3草案2055条）と同一の文言となった。

(ii) 小 括

取消権者については、提案①第1項が採用され、取消によって直接利益を有するとされる者が取消権者となった。第一草案1784条1文における取消権者に加えて家族法による義務（後見監督の指示など）から解放される場合も含まれることとなった。取消権者が取消によって直接に利益を得ると認められる者に限定された理由は、取消によって利益を受けるあらゆる者に取消権があるとすると取消権者の範囲はあまりに広がりすぎるし、取消権は、被相続人の意思決定が他から影響を受けていなければ不利益を受けていなかったはずの者だけを保護することを目的にしているからである。

取消権の限定については、まず第一草案1784条についての提案④は、① 処分作成時点で被相続人が取消権者よりも指定した相続人を優先させることが確実である場合には取消権が排除されるべきこと、② 錯誤や強迫による意思決定がなかったとしても実際に取消をなした者よりも指定した相続人に利益を与えていたことが確実である場合にもその取消権者に利益を与えてはならないことを出立点としてい

る。さらに、処分作成後に初めて生じる事情の変更も取消権付与及び排除のために考慮するべきであると考えていた。これを受けて、第二委員会では、処分作成時点での取消権の制限については、第一草案1782条での決議内容の拡大と考えられ、認められた。これにより1779条の文言が限定的なものに変更された。他方で、処分作成後の事情変更をどう考慮するかは第一草案1786条と併せて議論された。

第一草案1786条の提案③によれば、強制状態の除去後あるいは真の事情を知った後に、それでも被相続人が終意処分を有効にさせるつもりならば、取消は排除される。つまり、処分の瑕疵を知った後の被相続人の処分維持の意図が諸事情から導き出せる場合にも取消の排除が認められ、さらに処分の瑕疵を知るに至らなくても、知っていたならば処分を追認するだろうことが諸事情から認められるべき場合にも、取消は排除される。また将来事情の錯誤取消を認める以上、将来事情による取消の排除も認めなければならない。さらに、別の委員からは、処分の瑕疵発覚後に終意処分を維持するつもりがない場合は適時に破棄すべきであり、第一草案1786条は無用の訴訟の防止になるとして維持が主張された。しかし、多数派は以下の理由に基づいて、この規定を削除することで意見がまとまった。① 処分の瑕疵発覚後に1年しても取り消さない場合は被相続人が処分を維持する意思があるという1786条が基礎にしている推定は全く恣意的である。② 処分の瑕疵発覚後に被相続人が処分を維持する意図を有しているが1年以内に死亡する場合には処分は効果を失うのに、1年を超えて生きると追認されたことになってしまう。③ 1786条は、被相続人の意思決定が錯誤や強迫によるものではないとの推論を正しいと見ることに基づいているが、上記のような想定しない事態が起こりうるため当該提案は実務的に使えない推定であるし、被相続人は意思をいつでも自由に変えられるのだから、表示内容が同人の最終的な意思と合致しているとの証明も困難である。④ 被相続人の意思は方式として有効な時点では瑕疵があり、現在の意思によって瑕疵ある当初の意思を有効にせしめるとの表示がある、あるいはそういう事態が生じているとしても、その時点ではそれに対応する方式は存在していないし、終意処分の作成時点に遡って方式化されるとの見解は、被相続人に取消権がある場合にしか妥当しない。

Ⅲ. 総 括

1. ま と め

① BGB 2078条について

終意処分における意思欠缺錯誤と動機錯誤は、部分草案や第一草案ではそれぞれ

異なる要件・効果で別々に規律されていたが、第二草案では統一的な要件（錯誤と意思表示との主観的・決定的因果関係）・効果（取消可能）のもとで一元的に規律された。

意思欠缺錯誤については部分草案（22条、36条）・第一草案（1779条）を通じて意思ドグマが総則における錯誤よりも厳格に貫かれていた（Ⅱ.1.(1)(i)(a)ウ、Ⅱ.2.(1)(i)(a)）。心裡留保による意思表示の例外的有効性を認めないこと（心裡留保や真意の欠如の規定不適用）、錯誤の法律効果が無効であること、そして終意処分が相手方のいない単独行為であることから出立して（Ⅱ.1.(1)(i)(a)ウ、Ⅱ.2.(1)(i)(a)）、相手方の存在を前提とする錯誤者の軽過失による損害賠償義務や重過失²⁴²⁾による意思表示の有効性維持の規定を適用しないことなどからもそれは窺える。また意思欠缺錯誤は第一草案までは普通法（学説彙纂28巻5章第9法文序文）にならぬ無効だと規定されていたが、実務的な理由（主張者や期間の限定など）から第二委員会において取消に変更された（Ⅱ.3.(1)(i)(b)ウ）。

終意処分において動機錯誤が顧慮されることは部分草案（39条）の時点から認められていた。確かに第一草案102条で動機の錯誤が顧慮されない旨が規定されていたが、それは終意処分では当てはまらないということが第一委員会でも理由書でも確認された（Ⅱ.1.(1)(iii)(a)(i)、Ⅱ.2.(1)(iii)(a)）。ただし、いかなる動機錯誤でも顧慮されるわけではない。これは普通法でも「誤った動機は表示されても終意処分を害さない（*falsa causa adiecta non nocet*）の原則」（法学提要第2巻第20章第31法文参照）として認められていた。他方で、終意処分をする決定的原因となった動機の錯誤は顧慮されるべきである。考慮要素としては二点ある。すなわち、非債弁済（債務の存在についての動機錯誤と言える）の場合でさえ既履行給付の返還請求が可能であるのに（第一草案737条、第二草案737条²⁴³⁾、BGB 812条）、このような決定的動機の錯誤の場合に取り消せないというのは妥当ではない点、また普通法（ローマ

242) なお第二草案では、錯誤者の賠償義務は無過失責任となり、重過失規定は削除されている。詳細は、田中美智子「錯誤無効における錯誤者の責任」法政論究46号（2000年）参照。

243) 第二草案737条「(1) 他人の給付によって、またはその他の方法で他人の費用で何某かの物を法的な原因なく取得した者はその他人に対して返還する義務を負う。この義務は、とりわけ、法的な原因が後に脱落する場合または給付でもって法律行為の内容に照らして目的とされた効力が生じていない場合でも存在する。

(2) 債務関係の存在または不存在を契約によって承認することも給付とみなされる。」(Mugdan, Materialien, Bd. 2, S. C X X X II.)。本条はBGB 812 [返還請求権] に関する。

法源)でも「遺言者が他の方法では遺贈を行わなかったと証明される場合 (si probetur alias legaturus non fuisse) の原則 (= 動機—遺言密接関連性証明原則)」(学説彙纂第5巻第1章第72法文第6節)によってこのような動機錯誤が顧慮されていた点が重要である (II.2.(1)(iii)(a))。

この点で問題となったのは、被相続人の死亡後に初めてその発生または不発生が確定する将来事情の錯誤である。この種の錯誤が取消の対象となることは部分草案でも「前提の欠如」という形で認められていた。他方で、フォン・ヴェーバーがこれに異を唱えた (II.1.(1)(iii)(a)(ii))。つまり、被相続人の死亡後に初めて確定する前提の実現については暫定集成1738条の意味での意思の瑕疵は存在せず、被相続人がある前提を相続開始時点で実現しないであろうと分かっている処分をなす場合には解除条件として作用するか、不当利得による返還請求を基礎づけるかのいずれかであるという。もっとも、第一委員会はこの種の錯誤も暫定集成1738条の取消の対象となると結論づけた (II.1.(1)(iii)(a)(i))。被相続人の真の意思を可能な限り実現しなければならない点を考慮すると、被相続人の意思の瑕疵 (ある前提のもとで意思表示をしたがその前提が実現しない場合) が重要なのであって、この瑕疵が明らかになるのが相続の前か後かは区別できないという。つまり、ここでいう意思の瑕疵とは、ある前提が正しいことが明らかにならないとは思ってもいいことであって、もしある前提の不実現が起こりそうだと想定しこれを表現する場合には条件を設定すべきであるという²⁴⁴⁾。なお第三者保護は、不動産登記及び相続証書の公信力、また客観的起算点から30年での取消権の排除 (暫定集成1742条) によって担保されている。

文言上の大きな変更点として「前提」という用語は第二委員会で削除されることとなった (II.3.(1)(i)(b)(ii))。これは債務法においてすでに前提の条文が削除されていたことを理由とする。もっとも、第二委員会での説明によれば、終意処分においては用語を削除しただけで条文の実質的な変更を意図していないとしている²⁴⁵⁾。

244) こうした考え方は現在でも見られる。たとえば、ある事情について主観的に重大な固有の疑いを抱いているにもかかわらず処分をなし、万一の事態を予防する措置 (条件設定、後位相続人の指定など) を講じない場合は、被相続人によるこれに関するリスク引受が顧慮されるべきである旨の見解がある (MüKo/Leipold, § 2078, Rn. 27.)。

245) 終意処分における決定的動機の錯誤が顧慮されることは既に普通法 (学説彙纂第5巻第1章第72法文第6節) でも認められていたが、将来事情の錯誤が顧慮されることになった背景にはやはりヴィントシャイトの影響があるように思われる。前提論の創始者ヴィントシャイトは「(前提は) ドアからほうり投げられても、それは再び窓から入ってくる。」

また、将来事情に関する錯誤について一般的な観念まで顧慮されるのは妥当でないという懸念に対して、第二委員会は、顧慮される錯誤は、積極的かつ明確な観念によって終意処分をする気になっていた必要があるという見解を採用して制限をかけた(II.3.(1)(i)(b)(ii)²⁴⁶)。

部分草案(39条)、第一草案(1781条)と動機または前提が終意処分そのものから明らかになることが要件(錯誤看取・前提表示要件)とされていたが、第二委員会ではその要件は削除された。第一委員会の見解によれば、この要件はそもそも動機錯誤不顧慮の例外を認める以上、実務的に錯誤の顧慮範囲を限定する必要があるとして設けられたものである(II.1.(1)(iii)(a)(i)、II.2.(1)(iii)(a))。確かに、明らかになっていない被相続人の意思を援用することによって取消が濫用されるおそれはあるが、被相続人が終意処分で決定的動機を表示するかどうかは偶発的なものであり、むしろ「自明なものとして前提」にしているがゆえに表示しないということは全くまればではないという観点が重視され、削除された。

将来事情の錯誤が前提の欠如も意思の瑕疵(欠点)としてとらえた上で現在また

↘と予言し(Windscheid, Die Voraussetzung, AcP 78, 1892, S. 197.)。実際に債務法の領域では前提は内容の修正を伴い行為基礎論としてBGBという家の中に再び入ったが、終意処分においては投げられるどころか外装だけを変えて実質的に家の中に残ったということになる。なお、内容としては同じものを指しているが、第一委員会は「前提」の欠如を「意思の瑕疵」だととらえているのに対して、ヴァントシャイトは「前提」を「意思の自己制限」だととらえている点で両者には距離がある。

246) 積極的な観念とは、たとえば、受遺者に資金がない、受遺者がある試験に合格した、受遺者とは近親関係にある、といった特定の事情に関して考えを持っていることを意味する(MüKo/Leipold, § 2078, Rn. 28.)。消極的観念とは、ある事情(たとえば、被相続人の死後に残存配偶者が婚外子を養子にすること、精神病が発症すること)に考えが及んでいないことを言う(RGZ77, 165; RGZ86, 206など)。もともと、第二委員会では、ある事情を自明視しているがために表示しないことは稀ではないと認めていることからすると(II.3.(1)(i)(b)(ii))、消極的観念も錯誤取消の対象となりうると理解できる。たとえば、被相続人が受遺者に資金がないと思って遺贈する場合(積極的観念)を、受遺者に資金のないことを自明な前提にして遺贈する場合だと理解できるならば、受遺者に遺贈はするが資金が十分にあると知っていたら遺贈しなかったという場合(消極的観念)と実質的には同じことを意味する。こう考えると積極的観念と消極的観念の差は、被相続人の動機(誤観念)をどうとらえるかという解釈問題に達着する。もちろん錯誤が顧慮されるか否かは誤観念と終意処分との間に決定的因果関係があったかどうかによって左右されるが、実際には積極的観念の方が外部に現れやすく認定されやすいだろう。なお、現在のドイツの判例・学説においては、「消極的な観念」は自明の観念として顧慮されている(BGH NJW 1963, 246参照)。

は過去の事情に関する錯誤と区別できないという原理的理由から顧慮されるという考えが維持されていることに加え、終意処分における例外的な動機錯誤顧慮に対する実務的な配慮から設けられた要件であった錯誤看取・前提表示要件が、被相続人の自明の観念を考慮して撤廃されたことを考えると、第二草案の終意処分の錯誤法からは、被相続人の真の意思（真の事態を知っていたら表示をしなかったこと）をなるべく有効にしようとの発想が看取される（II.1.(1)(iii)(a)の²⁴⁷）。もっとも、真の意思の尊重という方向をさらに進めると、終意処分における錯誤の効果は被相続人の真の意思に照らした権利の再形成が望ましいということになる²⁴⁸）。

② BGB 2079条について

動機錯誤に基づく終意処分的取消の特別規定として遺留分権利者の不顧慮の規定が存在する。この規定は、部分草案から既に認められていた（部分草案相続法40条）。部分草案相続法38条では動機錯誤顧慮の要件として動機の表示が要求されていたが、遺留分権利者の不顧慮の場合には動機（前提）の表示を要せずに取消が認められた、つまり不適切な動機と終意処分との因果関係が証明される必要がない点に特色がある（II.1.(2)(i)(a)(1), II.1.(2)(i)(a)(1)(β)）。顧慮されなかった遺留分権利者の保護手段として部分草案では直接に取消権が定められていたが（部分草案相続法40条）、第一草案では動機錯誤顧慮規定（第一草案1781条）の解釈ルールとして設定され、第二委員会の議論ではそのような迂路を経ることなく再び直接に取消が認め

247) BGB 2078条の目的は、取消権者の保護であるという見解がある（MüKo/Leipold, § 2078, Rn. 1.）。確かに、取消権者は被相続人の意思表示の瑕疵から守られる必要がある（II.1.(3)(i)(a)(1), II.2.(3)(i)(a)(1)参照）、錯誤の顧慮範囲が広いほど取消権者は有利になるだろう。しかし、起草段階では取消権者の保護は前面には押し出されておらず、本文に述べたように、被相続人の真意の尊重という観点が重視されているように思われる。Frank/Helms, § 7, Rn. 28 は、遺言取消においては、被相続人の意思自由の保護と被相続人の瑕疵ある表示を引き受ける必要のない取消権者の保護が重要であるとする。

248) 第一委員会は被相続人がどのような再形成の意思をもっていたか表示されていないとの理由からこれを否定しているが（II.2.(3)(i)(a)(1)）、被相続人の「仮定的意思」を有効にするべきであるという見解は現在のドイツでは存在する。たとえば、解釈を取消に優先させることでその実現を図る見解（Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, 1960, S. 144ff.）や、取消の絶対的効力により被相続人の意思の瑕疵を絶対的に考慮し、その仮定的意思を全員に通用させるという見解がある（BGH NJW1985, 2025 傍論）。ドイツにおける遺言解釈と錯誤の関係について論じるものとして、浦野由紀子「遺言の補充的解釈（一）」民商115巻1号（1996年）31頁（特に45頁以下）参照。

られた(Ⅱ.3.(2)(i)(b))²⁴⁹⁾。この規定は、債権的な遺留分請求権²⁵⁰⁾によるよりも遺留分権利者の保護に厚くなる点が考慮され(Ⅱ.1.(2)(i)(a)(α)), Ⅱ.2.(2)(i)(a)(α)), 被相続人は近親の相続人から相続権をなく奪しないとの推測に裏打ちされている(Ⅱ.1.(2)(i)(a)(β)), Ⅱ.2.(2)(i)(a)(α)²⁵¹⁾。

③ BGB 2080条について

取消権者が誰であるかについては、被相続人は取消権者ではないという点が前提とされた(Ⅱ.1.(3)(i)(a)(α), Ⅱ.2.(3)(i)(a)(α)²⁵²⁾。また部分草案(43条)の段階から、取消によって処分が存在していないならば得られなかったであろう何某かの利益を取得するであろう者に取消権があるとされていた(暫定集成原案及び暫定集成1741条も同様)。もっとも、この定義では取消権者の範囲が広すぎるという疑念が第一委員会での議論で出されており(クルルバウムによる提案)、いったんは解釈に委ねられる決議がされたが、委員会草案1741条では制限がかけられ(Ⅱ.1.(3)(ii)(α)(α)), この方向性は第一草案、第二草案でも維持されている。すなわち、瑕疵ある終意処分の取消によって利益を得る者が複数いても錯誤が特定の者にものみ関係する場合にはこの者にだけ取消権がある。取消権の目的は表意者の意思決定に錯誤や強迫がなければ不利益を被らなかつたであろう者のみを保護することになるからである(Ⅱ.2.(3)(i)(a)(α), Ⅱ.3.(3)(i)(b)(α)²⁵³⁾。また、被相続人が処分作成時点で廃除

249) 第一草案1782条が解釈ルールに変更された理由は定かではないが、第一委員会の議論でフォン・ヴェーバーがそのような提案(部分草案相続法40条についての予備的提案: Ⅱ.1.(2)(i)(a)(α))をしていたため、その提案を容れたものだと推測が可能である。また第二委員会でも再び直接に取消権が定められた理由も明確には語られていない。

250) BGB 2303条「被相続人の卑属が死因処分によって相続から廃除されている場合、同人は相続人に遺留分を請求することができる。遺留分は法定相続分の価値の半分とする。
(2)被相続人の両親及び配偶者が終意処分によって相続から廃除されている場合には、同らに第1項所定の権利が帰属する。1371条[死亡の場合の剰余の調整]の規定は問題にならない。」

251) 遺留分権利者不顧慮による終意処分取消の目的は、遺留分権利者の法定相続権を瑕疵ある意思表示から保護することにある。つまり、被相続人の瑕疵ある意思表示を理由とするのではなく、瑕疵ある意思表示によって法によって保護されるべき法的地位(遺留分権利者の法定相続権)が侵害されていること理由に取消が認められるとする(Müko / Leipold § 2079, Rn. 2.)。

252) 現在の通説の見解でも被相続人は遺言をいつでも撤回できるのだから、取消権はないと理解されている(Müko / Leipold, § 2080, Rn. 2., Staudinger / Otte, § 2080, Rn. 1.)。

253) BGB 2080条所定の取消権の目的は、終意処分の関係者の法的地位の保護(Müko /

しようとしていた者には取消権も取消の利益を受けることも認められないことを明らかにするために、錯誤顧慮の条文の文言が限定的なものに変えられた（II.3.(3)(i)(b)(1)）。

また部分草案（44条2項）、第一草案（1786条）では、被相続人が取消原因を知った後に一定期間、何もしなかった場合に取消権の排除が規定されていたが、第二委員会では削除された。この規定は、被相続人が取消原因を知った後に取消の意思があるのに取り消さないという事態はまれであるという被相続人の意思の推定もしくはは経験則に裏打ちされていた（II.1.(3)(ii)(1), II.2.(3)(i)(a)(u)）。これに対して第二委員会ではこのような推定は恣意的であり（どうせ効果を失うから放っておこうと考える人もいる）、また被相続人が瑕疵発覚後に処分を維持する意図があっても1年以内に死亡すれば失効するのに、1年を超えて生きた場合には追認されたとみなすのは不合理である、方式に合致していない被相続人の意思の証明が困難である²⁵⁴⁾、との理由から最終的に削除された（II.3.(3)(i)(b)(u)(β)）。

2. 日本法への示唆

翻ってわが国の現行95条及び改正95条と遺言（終意処分）との関係はどう理解すべきだろうか。ここまでの考察をもとに今後の議論の方向性を暫定的に示しておきたい。明治民法の起草者によれば、明治民法の錯誤規定は相続法にも適用されることが予定されていた²⁵⁵⁾。しかし、単独行為、特に遺言における錯誤の特性（取引

↘Leipold, § 2080, Rn. 1.）、被相続人の瑕疵ある終意処分の有効性からの残された者の保護（Staudinger/Otte, § 2080, Rn. 1.）であると理解されている。

254) もっとも、終意処分作成後に被相続人が錯誤に気づいたが取消をしなかったという問題は錯誤と終意処分の因果関係の問題であると思われる。たとえば、BayObLG FamRZ2002, 915 は、被相続人が事実婚の相手方（この相手との子供を持ちたいと思っていた）が子供を宿すことが医学的に不可能であることについて誤信あるいは騙されていたとの原告の主張に対して、遺言作成後にそのことを知った被相続人が遺言を撤回等しなかったことをもって、その動機は重要ではない（つまり取消可能な錯誤はない）と判断している。

255) 明治民法の錯誤規定を起草した富井政章は「意思ヲ表示トカ或ハ第三者ヲシテ自分ノ意思ヲ代表セシムル事或ハ無効及ビ取消トカ或ハ期限並ニ条件ノ事トカ云フヤウナ事ハ皆ナ合意又ハ契約ノ特定ノ規則デナクシテ総テ法律上ノ効果ヲ生ズル所ノ行為ノ規則ト思ヒマス」「今ノ錯誤トカ暴行トカ云フ事ニ依テ無効ニナルトカ、取消ニナルトカ云フ事ハ大抵皆契約ノミニ関スル規則デナクシテ今ノ遺言トカ權利ノ放棄トカ云フ単意行為ニモ当嵌マル規則デアル」（旧字体は常用漢字に改めた。）と述べている（法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書12 法典調査会 民法総会議事速記』（商事法務、1988年）41頁及び42頁）。

の安全を考慮する必要がないので動機の錯誤であっても顧慮され得る、錯誤主張時に錯誤者自身が死亡している、など)まで考慮して総則の錯誤規定が規律された痕跡は見られない。もっとも、明治民法起草者は錯誤が顧慮される範囲を意思欠缺構成に従って極めて限定的にとらえていたし、錯誤の効果も絶対無効だと考えていたため²⁵⁶⁾、——この立法趣旨の理非はさておき——、遺言において動機の錯誤を顧慮すべきか否か、顧慮するとしてその要件の如何、顧慮される動機錯誤の対象(将来事情の錯誤まで含むのか)、無効の主張権者の限定の必要性(あるいは無効という効果の妥当性)、といった問題は考える必要がなかったとも言える²⁵⁷⁾。他方で、現行95条ただし書の重過失要件を「取引安全」のために規定している点²⁵⁸⁾、相手方が表意者の錯誤につき悪意の場合には重過失要件を排除すべきだったと起草者の一人が立法後に認めている点²⁵⁹⁾に鑑みると、起草者は同条の適用対象として契約を念頭においていたと考えられる側面もある。いずれにせよ適用範囲については細部まで詰めていなかったと言えそうである。

その後の学説を見ると、遺言による財産行為に現行95条が適用されることには異論は見られないが、身分行為については争いがある²⁶⁰⁾。しかし、遺言における錯誤そのものが実際にはあまり問題にならないととらえている見解も少なくない²⁶¹⁾。

256) 明治民法95条の成立過程及び起草趣旨については、中谷崇「わが国における錯誤法の生成」駿法25巻1号(2011年)参照。

257) もっとも、起草者においては明治民法95条を単独行為に適用する際に起こる問題を想定しきれていなかったという方が素直な理解かもしれない。

258) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書13 法典調査会民法主査会議事速記録』(商事法務研究会, 1988年)649頁(富井発言)。

259) 梅謙次郎『民法要義巻之一 [訂正補正]』(有斐閣, 1905年)227頁。

260) 遺言における身分行為については、大別して95条但書を排除するという形で制限的に適用を認める見解(我妻栄『新訂民法総則(民法講義I)』(岩波書店, 1965年)306頁, 川島武宜『民法総則』(有斐閣, 1965年)296頁, 幾代通『民法総則[第2版]』(青林書院, 1984年)277頁), 95条の適用を否定し別理由により無効を導く見解がある。後者は、①婚姻(742条)や養子縁組(802条)は人の取違ひの場合に無効になると言う見解(四宮和夫・能見善久『民法総則[第9版]』(弘文堂, 2018年)264頁), ②遺言者の意思欠缺の場合には無効になると言う見解(中川善之助・泉久雄『相続法[第4版]』(有斐閣, 2000年)560頁)がある。②が無効を導く根拠は意思主義そのものによると思われる(中川善之助「身分行為に於ける意思の欠缺」『身分法に於ける総則的課題』(岩波書店, 1941年)182頁参照)。

261) 我妻栄・有泉亨・遠藤浩・川井健『民法③親族法・相続法[第3版]』(勁草書房, 2013年)383-384頁, 中川善之助『相続法 法律学全集24』(有斐閣, 1964年)363頁、

遺言の錯誤が95条で処理された裁判例は、財産法の事例と比べれば確かに少ないが、複数存在する²⁶²⁾。しかしながら、それらの事例の中には、もっぱら契約法において形成されてきた「判例法理らしきもの」が無批判に援用されているものがあり、遺言の特殊性はあまり問題にされていないように思われる²⁶³⁾。

民法（債権法）改正においても、錯誤規定については単独行為を射程に入れた議論は全くなされなかった²⁶⁴⁾。改正95条3項1号2号は相手方の存在が前提になっている規定であるが、相手方のいない単独行為の場合の留保は一切ない。また、同条2項の表示要件は単独行為では何のためにそれが必要なかという点が不明確である²⁶⁵⁾。さらに、錯誤の効果を取消にしたことによって取消権者につき改正前の

↘中川・泉前掲脚注260) 560頁。高木多喜男『口述相続法』（成文堂、1988年）465頁以下は、表示錯誤の場合はもちろん、動機錯誤の場合にも遺言の解釈によって被相続人の真意をできるだけ生かすようにするべきだという。

262) 近時の判決として、さいたま地熊谷支判平成27年3月23日判時2284号87頁（錯誤無効肯定）がある。そこでは、遺言者の真意確定・遺言に錯誤があること・錯誤と遺言との主観的因果関係を基準に無効の可否が判断されている。なお本判決では、錯誤の性質決定はされていないが、講学上「法律効果の錯誤」と呼ばれるものであり、ドイツでは一定の事情のもとで内容の錯誤とみなされる（Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl., 2016, § 41, Rn. 87ff.）。現行法では錯誤の性質決定が行われなまま判決が下されることがままあるが、改正法の下では意思欠缺錯誤なのか動機（基礎事情）の錯誤なのか性質決定される必要がある。

263) たとえば、東京地判平成3年3月29日判時1404号96頁は、多くの裁判例にならい動機の表示を要求しているが、相手方のいない遺言においていったい何のためにこの要件が必要なのかは不明である。少なくとも取引安全や法律行為内容化による動機錯誤リスクの移転という視点からは説明がつかない。考えられる説明としては、動機が表示され意思表示の内容化することで意思欠缺錯誤と同視されるというものだが（富井政章『民法原論第一巻総論（訂正第八版）』（有斐閣、1909年）368-369頁が嚆矢）、この構成にも意思と表示の不一致が生じないという理論的欠点がある。

264) 法制審議会では、契約における錯誤を前提に動機錯誤顧慮の要件をどうするかの議論が大半を占めた。また、法制審議会民法（債権関係）部会の幹事であった論者による改正錯誤法の解説論文においても「法律行為のうち、もっぱら契約を素材として論じることとする。」として単独行為は射程外におかれている（潮見佳男「動機錯誤（行為基礎事情の錯誤）と表示」法教453号（2018年）71頁）。

265) 相手方のいない単独行為で表示要件を積極的にとらえるならば、次の3つの考え方がありうる。① 動機錯誤が顧慮されないという例外を認めるために実務的な意味で表示要件を加える（ドイツ民法第一草案1781条の立場）、② 動機と終意処分との決定的因果関係の証明のために表示要件を加える（MüKo/Leipold, § 2078, Rn. 38.）、③ 動機の表示により動機が意思表示の内容になり動機錯誤と意思欠缺錯誤と同視する（富井・前掲脚注263）、↗

下級審判決との整合性が取れなくなる恐れもある。すなわち、東京地判平成3年3月29日判時1404号96頁は、法定相続人ではない者(受遺者謙撤回された遺言で遺言執行者に指定された者)が錯誤無効を主張した事案であるが、改正法によって錯誤の取消権者が明記されたために取消権は相続構成によって相続人のみが取得することになり²⁶⁶⁾、基本的に受遺者には取消権が認められなくなるだろう²⁶⁷⁾。また、相続人が複数いる場合、無権代理における判決(最判平成5年1月21日民集47巻1号265頁参照)を参考にするならば、取消権は各相続人に不可分的に帰属することになり、取消権の行使には全員の同意が必要になるが(251条, 264条)、取消により不利益を被る相続人(=錯誤に基づく遺言で利益を受けている相続人)が同意することなどあり得ず、事実上取消権は行使できなくなってしまう。

もちろん、上記問題のうちのいくつかは現行の規定においても存在するが、規定が具体化されたことで問題がより明確に浮かび上がったと言える²⁶⁸⁾。顧慮されるべき錯誤の種類、要件、効果、取消権者、第三者保護の観点からわが国の事情を考慮した場合に、改正95条そのものが単独行為、特に遺言に適用可能であるのか、可能だとしても如何なる場合に適用する実際的な意味があるのかを改めて検討する必要がある²⁶⁹⁾。

ゝなどの見解が考えられる。①は動機の表示が必須であるのに対して、②は動機と終意処分との決定的因果関係が別の方法で証明されれば、表示がなくても動機錯誤が顧慮される。

③は①とも②とも並存するだろう。

266) 我が国の学説はこれを肯定する(中川善之助・加藤永一『新版・注釈民法(28)[補訂版]』(有斐閣, 2002年)389頁[山本正憲])。もっとも、瑕疵ある終意処分に基づく取消権が本当に相続で移転するのかが再検討の余地がある。BGB 2080条の成立過程の議論ではこの立場は否定されている(II.1.(3)(i)(a)(1), II.2.(3)(i)(a)(7))。

267) 現行95条の解釈論としては、ドイツ民法にならって取消によって直接利益を得るであろう者が取消権を有するとすることも可能であろう(たとえば、村田彰「判批」志林93巻4号(1996年))、改正法のもとでは少なくとも条文上はそのような解釈はできなくなる。また、受遺者(旧遺言で受遺者になっていたが、錯誤により新遺言で旧遺言が撤回された場合など)は取消によってはじめて利益を得るのだから、被保全債権そのものが存在せず、(改正)423条によることも難しいように思われる。

268) 千葉恵美子「錯誤、詐欺・強迫による遺言」法政論集227号(2008年)283頁は、遺言の錯誤無効や詐欺・強迫による取消につき、従来の学説や裁判例を検討し、遺言の意思表示としての特殊性を考慮して、現行制度の不備を指摘する。

269) 青竹美佳「判批」現代民事判例研究会編『民事判例13[2016年前期]』(日本評論社, 2016年)114-115頁, 同「判批」リマークス54号(2017年)77頁は、上記さいたま地熊谷支判平成27年3月23日判決につき、錯誤無効ではなく解釈による解決可能性を指摘する。

（終わり）

文献略語

- Frank / Helms : Frank / Helms, Erbrecht, 7. Aufl., 2017
- Jakobs / Schubert, Beratung, Erbrecht, Bd. I : Jakobs / Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs : in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Erbrecht §§ 1922-2385, Teibd. I, 2002
- Mugdan, Materialien, Bd. 1 : Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, 1979
- Mugdan, Materialien, Bd. 2 : Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, 1979
- Mugdan, Materialien, Bd. 5 : Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 5, Erbrecht, 1979
- MüKo / Leibold : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10, 7.Aufl., 2017
- Staudinger / Otte : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2013

【追記】 立命館法学383号に誤りがありましたので以下のように訂正します。

- 547頁上から2行目及び6行目「暫定集成原案1741条」
→暫定集成1741条
- 547頁上から3行目「暫定集成原案1743条」
→暫定集成1743条