

ドイツにおける相続契約の失効について（1）

岡 林 伸 幸

1. 問題の所在

（1）はじめに

私は、我が国の「死因贈与の撤回」の問題に関して、死因贈与を停止条件付き贈与と定義付けした上で、原則として撤回を認め、限定的な例外的事情が存する場合と、契約解釈により解除条件付き贈与であることが認められる場合には、例外的に撤回を認めるべきでない、という解釈論を提唱した¹。その際根底に据えたのは、贈与者の最終意思を尊重することの要請と契約法原理の衝突の視点である。しかしながら、さらにより抽象的一般的な視点から根底に据えなければならないのは、法律要件・法律効果の相関関係から導き出される法律行為の拘束力の強弱であると考えている。そこで、我が国の死因贈与と同じような機能を果たしているドイツの相続契約を対象に、その要件・効果を紹介して比較法的検討を行いたいと思う。相続契約の概要については既に紹介しているので²、本稿では相続契約が終了する事由から紹介することにする。

（2）本稿の目的

以上のような問題意識から、本稿ではドイツにおける相続契約がその内容を実現することなく、その効力を失うのはどのような場合であることを紹介することにより、その要件・効果の相関関係からその拘束力の強弱を計り、我が国の死因贈与の撤回に関する私見の根拠を補足するものである。

2. 相続契約の終了

（1）総説

被相続人は、相続契約を締結することによって、死亡時の相続契約上の処分に拘束されることになる。したがって、遺言の場合のように、任意に且つ何時でも撤回してそれを解消することはできず、より厳格な要件の元でしかそれを解消することはできない。それ故事後の遺言も事後の相続契約も、契約上の受益者の法的地位が相続の時点で侵害されている限りで、無効である³。

しかしながら相続契約上の拘束力は完全に最終的であるというわけではない。被相続人が

1 岡林伸幸「死因贈与の撤回」千葉30巻1・2号（2015年）159頁以下。現行の相続契約法を紹介するものとして、白井豊「ドイツ法上の『相続契約』概説」同法388号Ⅱ（2017年）567頁以下がある。

2 岡林伸幸「ドイツにおける相続契約について（1）」千葉31巻2号（2016年）23頁以下。

3 Lange, Knut Werner: Erbrecht. 2011. § 34.Rn.61.

相続契約の拘束力をどのようにすれば取り除くことができるか、あるいは相続契約を締結したことによって制限された遺言の自由をどのようにすれば回復することができるか、に関して法律は、多様な可能性を用意している。例えば、帰属した相続財産の放棄、契約両当事者自身による相続契約の廃棄（独民2290条～2292条）、解除権の行使（独民2293条～2297条）、相続契約の取消（独民2281条～2285条）、官庁の寄託からの返還による相続契約の廃棄（独民2300条第2項）が挙げられる⁴。

さらに、契約両当事者は相続契約自体の中で、先死者の相続開始後に、相続契約の内容とは異なった処分を行うことができる権限を生存者に授与することができる。結局、受益者が先に死亡したことによって、相続契約が対象を失うことになってしまわないかどうか吟味しなければならないことになる。このことは、新たに死因処分をなしても契約上の受益者の権利をもちや侵害することはない場合に問題となる⁵。

（2）変更留保と終了の区別

相続契約を完全に廃棄すると相続契約は終了するが、これと単なる修正を区別しなければならない。契約締結者が相続契約を締結する際に、その内容の変更を原則として留保することができることは確かである。例えば被相続人は、事後的な終意処分を通じて一定の範囲内で契約上の受益者の権利を侵害し、遺贈の負担を掛ける権利を留保することができる。ただしその場合には、変更留保が正確且つ明白に相続契約に含まれていなければならない。さらに、変更留保は最大限どの範囲まで認められるか、という問題がある。特に、所謂全体留保は、契約上拘束力のある条項を有しないものであるから、契約の中心的な特性を排除することになり、そのような変更留保のついた相続契約はもはや契約とは呼べない代物となってしまふであろう。したがって、相続契約はその契約としての本質を排除することがないように、契約上の処分について変更することのできない部分が存在していなければならない⁶。

さらに変更留保は、解除権留保と区別しなければならない。変更留保の場合、相続契約の両当事者は、先死者の相続後に相続契約とは異なった死因処分を作成する権限を生存者に授与することができる。彼は当初の相続契約上の処分に相続法上拘束されず、その結果、要式に則った解除権を行使する必要のない限りで、任意に終意処分を行うことができる。解除権留保は、契約の相手方当事者に対する意思表示をしなければならない。それに対して変更留保は、遺言によっても相続契約とは異なった内容の処分を行うことができる権限を被相続人に授与する点で解除権留保とは異なる⁷。

3. 相続契約の廃棄

（1）総説

相続契約の両当事者が、自分達が締結した契約を、それと対抗する契約を締結することによって、廃棄することができるということは、契約法の一般原則からして当然のことであり、

4 Lange,a.a.O., § 34.Rn.62.

5 Lange,a.a.O., § 34.Rn.63.

6 Lange,a.a.O., § 34.Rn.64.

7 Lange,a.a.O., § 34.Rn.65.

独民2290条第1項第1文において明文で規定されている⁸。本質的に重要であるのは、独民2290条第1項第2文が、そのような契約を締結することができるのは当該相続契約を締結した者だけであり、彼の相続人は締結することができないということを明文で規定しているということである。この規定は、被相続人の相続人が被相続人の死後、他の契約締結者と契約を締結することによって、被相続人の指図を廃棄することを防止するために、特に設けられたものである。相続契約の締結自体が被相続人の一身専属的な法律行為であるとしたのと同じ理由から、廃棄契約を締結することができるのも被相続人にしか認められていないのである（独民2290条第2項第1文）。彼が制限行為能力者であったとしても、彼の法定代理人の同意は不要である（同条同項第2文）。なぜなら、彼が廃棄契約を締結したとしても、その法律効果は相続契約の拘束力からの解放に過ぎず、彼に不利益をもたらすことはないからである。さらに、被相続人が相続契約を廃止することを決定する際に、彼の法定相続人の影響を受けてはならないことが、その理由に加えられる。ただし、他の契約締結者が後見・親権又は世話に服している場合には、家庭裁判所又は世話裁判所の許可が必要であるとした（同条第3項）。そして廃棄契約は、相続契約と同じ方式で締結しなければならない（同条第4項）⁹。

(2) 廃棄契約（合意解除）

(a) 総説

廃棄契約（合意解除）とは、新たな解除契約によって既存の相続契約を解消して、その相続契約がなかったのと同じ状態を創るものである。廃棄契約は、同じ契約締結者の間で元の相続契約とは内容が矛盾する新たな相続契約を締結することによって、その中に推断的に含めて行うこともできる¹⁰。

廃棄契約の対象は、相続契約全体とすることもできるし、それに含まれている個別的な契約上の処分とすることもできる¹¹。被相続人は、遺贈又は負担を指図した契約上の処分を遺言によって廃棄することもできる（独民2291条第1項第1文）。彼は単独処分を一方的に廃棄することもできるし（独民2299条第2項第1文）、契約によって契約上の処分と共に廃棄することもできる（同条同項第2文）。配偶者間で締結された相続契約は、契約締結者の共同遺言によって廃棄することもできる（独民2292条）。特定の要件の下で、官庁又は公証役場に保管されている相続契約が返還されることによって、相続契約を廃棄することができる（独民2300条）。被相続人は相続契約を廃棄する権利を放棄することはできない（独民2302条）¹²。

相続契約に従って被相続人の子が獲得することになっている相続分を債権者から奪い取り、そしてこの相続分を子の卑属に得させることを目的として、相続契約を廃棄することは、浪費家の又は債務超過に陥っている卑属の遺留分を制限する独民2338条第1項の趣旨と一致

⁸ Lange, a.a.O., § 34.Rn.66.

⁹ Münchener Kommentar: Bd.9.Erbrecht, 6.Aufl., 2013. § 2290.Rn.1.(Musielak). 以下、MK と略する。

¹⁰ Lange, a.a.O., § 34.Rn.66.

¹¹ Lange, a.a.O., § 34.Rn.66.

¹² MK, § 2290.Rn.2.

しているので、良俗違反とならない¹³。

(b) 契約締結者

廃棄契約の契約締結者は、常に相続契約を締結した者に限定される（独民2290条第1項第1文）。多角的相続契約が締結された場合には、被相続人は他の全ての契約当事者に対して拘束されるのが原則であるので、その結果、全ての利害関係人の協力が得られて初めて有効な廃棄契約を締結することができる。一方の契約締結者が死亡した後は（特に先死者の相続人と）廃棄契約を締結することができないとする独民2290条第1項第1文の規定から、多角的相続契約の場合、契約当事者が1人でも死亡すれば、もはや廃棄契約を締結することができなくなるということになる。その場合、被相続人には取消又は解除によって相続契約による拘束から解放される可能性しか残っていない¹⁴。

(c) 第三者の権利

受益者が第三者である場合、彼の協力は必要ではない。相続契約において贈与されることになっている第三者は契約締結者ではないので、廃棄契約に関し協力する権利を有していない。第三者のために相続契約上行われた処分を廃棄するための契約も、彼は締結することはできないが、しかし第三者に出捐放棄契約を締結することを認めた独民2352条第2文に従うことは可能であろう。それに対して、被相続人の契約の相手方当事者が、相続契約上贈与されることになっている場合には、被相続人は彼と相続放棄契約を締結することができない¹⁵。なぜなら、法律はこのような場合に備えて廃棄契約を規定しているのであるから、相続放棄契約を締結することによってその目的を達成できるようにしてしまうと、廃棄契約の厳格な要式性が回避されてしまうことになるからである。他方で、第三者が相続契約の締結に関して協力した場合であっても、彼は独民2352条第2文の意味における第三者として相続放棄契約を締結することができる。例えば両親が自分達の子を生存配偶者の相続人に指定したならば（独民2280条）、彼等の相続人指定が問題となる限りで、彼は第三者である。それ故、たとえ彼が相続契約に連署していたとしても、生存配偶者は彼と相続放棄契約を締結することができる。独民2352条第3文によって独民2349条が準用されているので、相続放棄の効力は別段の定めのない限り放棄者の卑属に及ぶことになる¹⁶。しかしながら、だからといって放棄をするのに卑属の同意は必要ではない。

契約上の受益者の為に相続契約上行われた処分を変更又は廃棄するために、彼の無方式の同意では原則として十分ではない。しかしながら受益者たる第三者が、廃棄契約を締結することを詐欺により妨害された場合には、信義則に従い例外的にその契約は有効なものとして取り扱わなければならない¹⁷。

(d) 契約の締結

被相続人は本人が廃棄契約を締結しなければならない（独民2290条第2項第1文）。それ故、廃棄契約の締結を代理人や使者に任せることはできない。被相続人が制限行為能力者であっても、世話を受けていたとしても、法定代理人の同意は必要でない（同条同項第2文）。

13 MK, § 2290.Rn.3.

14 MK, § 2290.Rn.4.

15 神戸大学外国法研究会編『獨逸民法〔V〕相続法〔復刻版〕』（有斐閣・1988年）432頁〔近藤英吉〕。

16 MK, § 2290.Rn.5.

17 BR, § 2290.Rn.2, MK, § 2290.Rn.5.

それに対して、それぞれの契約当事者が被相続人として契約上の処分を行うと同時に、契約締結の相手方当事者として協力もすることが定められている「双面的相続契約」の場合には、独民2290条第3項の規定が常に適用されることになる¹⁸。被相続人が最初の相続契約締結後に行為無能力となった場合には、もはや廃棄契約を締結することができないことになる¹⁹。

他方で、被相続人でない相続契約の当事者は、つまり自分自身で契約上の死因処分を行わなかった当事者は、廃棄契約を締結する際に代理が必要であれば、代理をすることができる。その際、契約締結の相手方当事者が後見・親権又は世話に服している場合には、家庭裁判所又は世話裁判所の許可が必要である（独民2290条第3項第1文）。但し配偶者・共同生活者又は婚約者間で廃棄契約が締結されるときはこの限りでない（独民2290条第3項第2文）²⁰。たとえ被相続人の契約の相手方が相続契約において贈与されることになっていなかったとしても、つまり彼は相続契約を廃棄することによって何らの法的な不利益を被らなかつたとしても、彼が制限行為能力者であるか又は世話に服している場合には、法定代理人の同意又は家庭裁判所・世話裁判所の許可が必要とされている（独民2290条第3項）。一般的には、制限行為能力者及び被世話人は単に利益を得又は義務を免れる契約を法定代理人の同意・裁判所の許可なしに締結することができるのであるが、廃棄契約に関しては相続契約の締結の際と同様に、厳格な要件を課している。相手方の契約締結者が行為無能力である場合、彼の法定代理人は彼のために行動しなければならない。必要な同意なしに締結された廃棄契約は、相手方の契約締結者が未成年者であった場合には彼が成年に達した後又はそれ以前に行為能力者となった後、被世話人であった場合には同意留保の廃止後に、自分自身で追完することができ、それによって廃棄契約は有効となる（独民108条第3項、1829条第3項、1903条第1項第2文）²¹。これらの同意及び許可は、被相続人が生存している間に発効していなければならない。なぜなら、相続契約の効力に関しては相続開始時までには明らかにしておく必要があるからである²²。

契約締結者の1人が死亡した後は、相続契約を廃棄することができなくなる（同条第1項第2文）。彼の相続人は廃棄契約を締結することができない。

(e) 廃棄契約の方式

廃棄契約の手続は、相続契約と同じ方式を踏襲しなければならない（同条第4項）。したがって、全ての契約締結者が臨席して公証人による公正証書で締結しなければならない（独民2276条）。この場合も、申込の意思表示と承諾の意思表示を別々に公証することを認めている独民128条は適用されない²³。相続契約の廃棄は、独民127条aに従った裁判上の和解によって行うことができる。廃棄処分は新たな死因処分と結び付くことがある。既に相続契約が存立している場合、同じ契約締結者が従来の相続契約と矛盾する新たな相続契約を締結したならば、新契約は独民2290条の意味における廃棄契約として評価することになる²⁴。

18 MK, § 2290.Rn.6.

19 Lange,a.a.O., § 34.Rn.69.

20 Lange,a.a.O., § 34.Rn.69.

21 Lange,a.a.O., § 34.Rn.69.

22 MK, § 2290.Rn.6.

23 Range,a.a.O., § 34.Rn.70.

24 MK, § 2290.Rn.7.

(f) 廃棄契約の法律効果

相続契約全体が廃棄された場合、被相続人の別段の意思表示のない限り、相続契約に含まれている単独処分もまたそれによって効力を失う（独民2299条第3項）。廃棄契約を締結する際に、被相続人の契約上の処分だけを廃棄し、単独処分の効力を維持することもできる。さらに廃棄契約を締結することによって、個別的な契約上の処分だけを廃棄することもできる。この場合、独民2085条に従い²⁵他の契約上の処分や単独処分の効力は依然として有効である²⁶。相続契約が廃棄されると、その限りで相続契約上の拘束力がなくなるので、被相続人は再び自由に遺言書を作成し、死因処分をなすことができる²⁷。

(g) 廃棄契約の排除

廃棄契約は、契約を通じて再び廃棄することができる。そのような廃棄契約によって、当初の相続契約上の処分は再び効力を生じるので、相続契約の成立に関する独民2274条から2276条の規定がそれに適用されることになる。それに対して、廃棄契約に関する独民2290条は適用されない。廃棄契約の廃棄は、相続法上の拘束力を回復し、新たに権利義務関係が創設されるのと同じ法状態となるので、より簡易な方式で成立を認めることができないからである²⁸。

廃棄契約の取消について、法律行為の取消に関する一般的な規定（独民119条以下、142条以下）が適用されるのか、あるいは、死因処分の取消に関する特別な規定（独民2078条以下、2281条以下）が類推適用されるのか、という問題には争いがある。廃棄契約は「相続契約の対応物」を造り出すので、死因処分の取消しに関する特別な規定をそれに類推適用することができる。独民2281条、2285条、2080条の類推適用から取消権が生じない場合に初めて、独民119条以下に従った取消が顧慮される²⁹。

(3) 遺言による廃棄

(a) 総説

遺贈又は負担を内容とする相続契約上の処分は、被相続人において、契約の相手方当事者の同意を得て、遺言によって廃棄することができる（独民2291条）。同意の表示は、独民182条以下の類推適用により、廃棄遺言を作成する事前の同意でも、あるいは事後の追認であっても差し支えない³⁰。その同意は公正証書によらなければならない、被相続人に到達した後はもはや撤回することはできない（同条第2項）。契約の相手方当事者は同意を与える際に、どの契約上の処分が廃棄されるかを個別に認識していなければならない。同意の表示には条件を附したり期限を付けたりすることはできず、被相続人の個別的な処分を全体的に取り除くことを内容としていなければならない³¹。

相続人指定以外の個別的な契約上の処分を廃棄する場合には、廃棄契約と比べて要式性を緩和した方法で行うことが認められている。これらの処分はそれほど重要ではないので、そ

25 Lange, a.a.O., § 34.Rn.67.

26 MK, § 2290.Rn.8.

27 Lange, a.a.O., § 34.Rn.67.

28 Lange, a.a.O., § 34.Rn.68.

29 MK, § 2290.Rn.9.

30 MK, § 2291.Rn.4.

31 Lange, a.a.O., § 34.Rn.71.

れに相応しい簡易な方法で廃棄を可能にしたのである。このように要式性を緩和したとしても、契約上の相手方の同意が必要とされているので、彼の利益は保護されている。同意を表示する方式として公正証書が要求されているのは、彼の真意を確保すると同時に、証明手段として有用であるからである³²。

(b) 廃棄の本質

遺言による廃棄は、契約上の処分を対象としている。というのは、相続契約における単独処分は、契約の相手方当事者の同意がなくても、何時でも任意に撤回することができるからである（独民2299条第2項）。したがって、廃棄の対象は契約上の処分であるということになるが、それ故、相続契約の両当事者が廃棄に同意しなければならないことになり、独民2291条に従った遺言による廃棄は契約の性質を帯びることになるのである³³。

しかしながら、独民2290条の廃棄契約と対照的に、独民2291条は遺言を通じて即ち被相続人の一方的な指図を通じて個別的な処分を廃棄することを認めており、そして同条第1項第2文に従った同意はこの終意処分の効力に結び付いている、という事実から、この見解には疑念が提示されている。つまり、同意権者は法律行為上の規律の意味において契約上の処分を廃棄することに被相続人と共に協力しようと意図して同意したのではなく、被相続人が相続契約の拘束力と矛盾する終意処分を有効に行うことを了解しただけである。結果として、同意については、廃棄した遺言の効力を左右する、受領を必要とする一方的な意思表示であることが問題とされる³⁴。

この見解の相違は、単に理論的な意義を有するだけでは決してなく、例えば廃棄遺言を撤回する際に同意権者の協力が必要であるかどうかなど、実際上の問題に関する回答にも影響を与える³⁵。

(c) 廃棄遺言

独民2291条第1項の意味における廃棄遺言は、遺言法の全ての規定が適用される終意処分である。したがって、遺言に対して認められている全ての方式で作成することができる。つまり、その要件を充たしていれば、危急時遺言として（独民2249条）、又は海難遺言として（独民2251条）作成することも可能である。相続契約において単独処分を行うことによって、廃棄を行うことも認められている（独民2299条第2項）。契約上の処分を廃棄することは、廃棄遺言の中に直接表示することによって行うのが通常である。しかしながら、それとは矛盾する契約上の処分を廃棄遺言の中に含めることによって、間接的に表示することも認められている（独民2258条第1項）。廃棄遺言を作成するのに必要な被相続人の能力に関しては、独民2229条、2230条に従うことになる³⁶。

(d) 廃棄についての同意

契約上の処分を遺言で廃棄するためには、契約の相手方当事者の同意が必要であるが、受領を必要とする意思表示としての同意の法的性質から、被相続人の死後にはもはや同意を与えることはできないとされている。この同意は一身専属的な法律行為ではないので、契約の

32 MK, § 2291.Rn.1.

33 MK, § 2291.Rn.2.

34 MK, § 2291.Rn.2.

35 MK, § 2291.Rn.2.

36 MK, § 2291.Rn.3.

相手方当事者は代理をすることができる。彼が行為無能力者又は制限的行為能力者であった場合、法定代理人の協力が必要である。彼が被世話人である場合には、世話人の職務範囲の同意留保にその同意の表示が含まれているかどうかが問題となる。法定代理人の協力は、同意から不利な法律効果が発生することはないという理由で不必要になることはない。その限りで、未成年者に関し単に権利を得又は義務を免れる行為について法定代理人の同意を不要とした独民107条、及び被世話人に関し法的利益のみをもたらず意思表示について世話人の同意を不要とした独民1903条第3項第1文の規定は、廃棄契約に関する独民2290条第3項によって修正されており、そのことを独民2291条第1項第2文後段は明示している。どのような場合に家庭裁判所又は世話裁判所の許可が必要であるかは、独民2290条第3項から見て取ることができる。同意に関する権利は契約の相手方当事者の相続人に承継されない。つまり同意は同意権者の生存中でなければ表示することはできない。但し同意の表示が彼の死後に被相続人に到達した場合、その同意は有効である（独民130条第2項）。契約の相手方当事者が廃棄に同意した場合、被相続人は彼の死後も廃棄遺言を作成することができる³⁷。

相続契約中に既に表明されていた、独民2291条に従った遺言による廃棄についての契約の相手方当事者の同意が、その処分から契約上の性格を奪うかどうかの問題、そしてそれを単独処分とすることができるかの問題は、被相続人が相続契約上の処分全体をこの方法で処理した場合にだけ、実際上問題となる。なぜなら相続契約は少なくとも契約上の処分を含んでいなければならないからである（独民2278条）。この問題は、被相続人が相続契約上の全ての契約上の処分を事後的に単独で修正することを留保することができるか、という問題と類似している。被相続人が留保を通じて又は相続契約において授与された契約の相手方の同意を通じて、そのような自由裁量を確保することは、相続契約の本質と一致しないはずである。被相続人が、相続契約の拘束力から一方的に免れることができるのは、法律によって許容された解除権留保によるしかないはずである。独民2291条に従った廃棄遺言について予め同意が授与されていたとしても、それを解除権留保について必要な契約の相手方の了解とみることはできない。なぜなら解除に対しては、遺言による廃棄の場合よりも厳格な方式が定められているので、転換することができないからである³⁸。

(e) 廃棄遺言の撤回

契約の相手方当事者が同意を授与した後で、被相続人が廃棄遺言を撤回する際に、独民2253条に従って一方的に撤回することができるかどうか、又はこれに対して契約の相手方当事者の新たな同意が必要であるかどうか、という問題に関しては、見解が多く分かれている。いずれにせよ、この問題に関し実際上意味があるのは、廃棄遺言が撤回された後に、廃棄された相続契約上の処分が再び契約上有効になるという見解に立った場合だけである。なぜなら、廃棄遺言を撤回しても契約上の処分が復活しないなら撤回する意味がないし、復活した処分が遺言上の単独処分に過ぎないのであれば、被相続人は廃棄した処分を遺言によって取り換えたことになってしまうからである。通説に従うと、廃棄契約の撤回後、契約上の処分を再び廃棄することは肯定されている。この効力は、民法2279条第1号に従って相続契約に準用される独民2257条、2258条第2項から生じる（遺言を撤回した遺言を再び撤回した場合、

37 MK, § 2291.Rn.4.

38 MK, § 2291.Rn.5.

原則として最初の撤回遺言によって撤回された遺言上の処分は復活する)。廃棄遺言を撤回するために同意が必要であるかどうかに関する見解の相違は、まず第1に、廃棄の本質に関して価値判断が分かれていることから生じる。契約を廃棄したいと思う者は、この契約を廃棄するために契約の相手方当事者の協力を矛盾なく要求しなければならない。しかしながら、その同意を単独行為と把握した場合、なぜ廃棄遺言の撤回が契約の相手方当事者の同意に左右されなければならないかについて、納得できる理由は存在しない。ここで、契約上の処分の廃棄に関して契約の相手方当事者の利益を保護することは問題とならない³⁹。

(4) 共同遺言による廃棄

(a) 総説

配偶者間・共同生活者間に締結された相続契約は、相続契約よりも簡素な要件で成立する共同遺言によって廃棄することができる(独民2292条前段)⁴⁰。配偶者及び共同生活者は、自分達的意思を共同遺言で表明することができるので、廃棄契約を締結する代わりに、共同遺言でも彼等の相続契約上の処分の効力を失わせることができるようにしたのである。共同遺言の形式は、共同的意思を表明する通常の形式でも他方当事者の同意を伴う破棄遺言の形式(独民2291条)でも差し支えない⁴¹。彼等は共同遺言として許容された全ての方式を利用することができる。公証費用を節約するために、配偶者や共同生活者は私文書による共同遺言を利用して相続契約を廃棄することが多い⁴²。但し、独民2292条後段は、独民2290条第3項を適用することを指示しているので、その限りで遺言の作成は契約法特有の規定に服することになる⁴³。

(b) 共同遺言の作成権限者

相続契約を全部纏めて又は個別的な契約上の処分を廃棄することができる共同遺言を作成することができるのは、配偶者及び共同生活者だけに限られる。彼等は共同遺言によって自分達的意思を表明できるという理由から相続契約を廃棄することが認められているので、廃棄されるべき相続契約の作成時点においては婚姻又は共同生活関係に入っている必要はないと考えられている。しかし、両配偶者は相続契約の独占的な契約締結者でなければならない。一方の配偶者が第三者と相続契約を締結し、且つ、他方の配偶者がその契約における唯一の受益者であった場合は、その相続契約を共同遺言によって廃棄することはできない。なぜなら受益者は、契約上の処分を廃棄する際に、協力する必要はないからである⁴⁴。

(c) 共同遺言の方式及び有効要件

共同遺言は法律が認めている全ての方式で作成することができる。共同遺言に関して設定された要件を満たしていない、両配偶者又は両共同生活者の内容が一致した単独遺言では、共同遺言を作成しているという認識可能性に欠けているので、相続契約を廃棄することができる共同遺言とは認められない⁴⁵。

39 MK, § 2291.Rn.6.

40 Lange,a.a.O., § 34.Rn.70.

41 MK, § 2292.Rn.1.

42 Lange,a.a.O., § 34.Rn.70.

43 MK, § 2292.Rn.1.

44 MK, § 2292.Rn.2.

45 MK, § 2292.Rn.3.

相続契約の被相続人は、廃棄遺言を作成する時点で遺言能力を有していなければならない。彼が行為無能力者であった場合、彼はそのような遺言を作成することができない（独民2229条第3項及び第4項）。彼が制限行為能力者である場合、彼が未成年者であっても満16歳に達した後であれば（独民2299条第1項及び第2項）、法定代理人の同意がなくても遺言をすることができる。相続契約を廃棄する共同遺言に対しては独民2290条第3項が適用されるので（独民2292条後段）、相続契約において契約上の処分を行わなかった配偶者はそれに基づいて契約上の規定に服することになる。つまり、その配偶者が制限行為能力者である場合には法定代理人の同意が必要であり、後見に服している場合には家庭裁判所の許可が必要である⁴⁶。

被世話人に対しても、彼が廃棄すべき相続契約において契約上の処分を行ったかどうかは問題とされる。彼が契約上の処分を行っていたために、結局、遺言の作成に関する諸規定が適用されることになった場合には、彼が行為無能力者でない限り、世話裁判所の許可を条件として、廃棄遺言を有効に作成できることになる。それに対して、彼が自分自身で契約上の処分をせず、相続契約を締結した場合には、独民2290条第3項に従って、廃棄契約の場合と同じ規定が適用される⁴⁷。

配偶者が未成年の時に必要とされる法定代理人の同意なしに作成された遺言を、成年に達した後に追認することによって、その遺言を後から有効にすることができるかどうか、については争いがある。この問題を遺言法に従って判定しなければならないとすると、それは否定されるであろう。なぜなら、無効な遺言は要式を満たさない追認によって有効とすることはできないからである。しかしながら、相続契約において被相続人として処分をしていなかった配偶者の表示についての同意に対しては、独民2290条第3項に従って契約法の規定が適用されるので、独民108条第3項を準用することができ、成年に達した配偶者は追認してその表示を有効とすることができる。ただし、相手方配偶者が既に死亡していた場合、又は、自分の処分を既に撤回していた場合には、追認は無意味である⁴⁸。

独民2247条第4項に定められている方式に違反して、配偶者が自筆証書遺言を作成した場合もまた、追認は無意味である。なぜなら、そのような終意処分は治癒のできない無効であるからである。両方の配偶者が契約上の処分を行った双面的相続契約の場合には、両者は交換関係的に被相続人及び協力契約者であり、その結果、両者に契約法上の規定が適用される⁴⁹。

(d) 共同遺言の内容

廃棄遺言が相続契約全体を廃棄しなければならないわけではなく、個別的な契約上の処分だけを廃棄することもできる。また遺言の中に新たな処分を含めて行うこともできる。相続契約中の契約上の処分を廃棄することは、遺言の中に明示的に表示されている必要はない。つまり、新たな遺言上の処分によって契約上の処分を置き換えようとする配偶者の意思を十分明確に認識することができさえすれば、相続契約と矛盾した新たな処分を行うことによってそれを示していればよい。相続契約は、共同遺言を通じて、両者を一体として相続条項と

46 MK, § 2292.Rn.3.

47 MK, § 2292.Rn.3.

48 MK, § 2292.Rn.4.

49 MK, § 2292.Rn.4.

するという方法によって、補充することもできる。つまり、従来の契約上の処分と新たな遺言上の処分を交換関係的に発生させ、そしてその有効性を互いに依存させることができる⁵⁰。

(e) 廃棄遺言の撤回

独民2292条の意味における共同遺言は、あくまで遺言上の処分であって契約ではない。ただ、独民2290条第3項に従って、契約上の規定がそれを作成する際に適用されることになっているだけである。したがって、遺言の撤回に対しては、結局、本来の遺言法の規定である独民2253条以下が適用され、共同遺言に関してはその特別規定によって、特に交換関係にある処分の撤回に対する規定（独民2271条）によって補充される。廃棄遺言が被相続人によって有効に撤回された場合、独民2257条及び独民2258条第2項が準用され（独民2279条第1項）、それが相手方配偶者の協力を必要とせずして交換関係の処分にとって適切である限りで、廃棄された相続契約又は個別的な契約上の処分が再び効力を生じることになる⁵¹。

4. 相続契約の解除

(1) 総説

被相続人は、解除原因が存在している限りで、相続契約を解除することによってその拘束力をなくすことができる。法定解除権は例外的な場合しか認められていない（独民2294条、2295条）。他方で、彼は相続契約において全部又は一部の解除権を留保することができる。だからといって、解除権の留保は相続契約の法的性質に影響を与えることはなく、そのような留保は相続契約に遺言としての性格を与えることはない、とされている⁵²。

解除権は形成権であるから、それを行使すると同時に効果が発生するので、原則として事後に撤回することはできない。被相続人ではない契約の相手方締結者は、彼が解除権を留保している場合には、契約解除に関する一般的な規定に従って（独民346条以下）、相続契約を解除することに注意を払わなければならない。彼が解除の意思を表示した場合には、後述する独民2296条（代理、解除の方式）及び独民2297条（遺言による解除）は適用されない。契約の相手方が解除権を行使したからといって、自動的に被相続人の処分が無効となるわけではない。しかしながら、その場合、被相続人は独民2295条に従って解除権を行使できることになる⁵³。

(2) 解除権行使の方法

(a) 総説

被相続人は解除の意思表示を相手方に対して行うことにより、契約の拘束力から免れることができる。通常の解除権の場合とは異なり、相続契約の際に解除権を行使しその効果を生じさせるためには、以下のような方法を遵守しなければならない。

(b) 解除権の一身専属的行使

契約上の約定解除の場合も、法定解除の場合も、解除権者は被相続人に限定されており、

50 MK, § 2292.Rn.5.

51 MK, § 2292.Rn.6.

52 MK, § 2293.Rn.1.

53 Lange,a.a.O., § 34.Rn.72.

その意思表示は被相続人自らがしなければならず、代理人がそれをする事ができない（独民2296条第1項第1文）⁵⁴。意思における代理も表示における代理も排除される。被相続人の死後、解除権は彼の相続人に承継されない⁵⁵。

(c) 行為能力

被相続人が制限行為能力者であった場合、たとえ彼が相続契約を解除することにより彼にとって有利な他の法律行為が無効になるような場合であっても、それについて彼の法定代理人の同意は必要ではない（独民2296条条第1項第2文）。被相続人が行為無能力者であった場合には、相続契約を解除することができない。しかしながら、法定解除が問題となる場合には、取消権と競合することがしばしばあり、取消に関しては、行為無能力者の法定代理人もまた表示することができる（独民2282条第2項）⁵⁶。

契約の相手方当事者が行為無能力者であったとしても、相続契約の解除の表示をすることができる。ただしその場合、表示が有効であるためには、それが彼の法定代理人に到達しなければならない（独民131条）。契約の相手方当事者が行為無能力者であり、且つ、彼のために任命された世話人の職務範囲に財産管理が入っている場合、相続契約の解除の表示は、彼の世話人に対しても行うことができる。ただし、解除した配偶者が世話人である場合はこの限りでない。なぜなら、解除の表示の受領は単に法的利益を受けるだけであるとは限らないので、代理が排除されるからである。その場合、その受領に関して補充世話人が任命されることになる（独民1899条第4項）⁵⁷。

(d) 表示の到達

解除は受領を必要とする意思表示であり、契約の相手方当事者に到達して初めて効力を生じる。契約当事者が複数いる場合には、被相続人の解除の表示は全ての契約の相手方当事者に到達しなければ、その効力を生じない。執行官による送達（民事訴訟法191条以下）義務付けられていないが、証明可能性が高いという理由からそれを使用することが望ましい（独民132条第1項）。被相続人が解除の表示を発信したが、その到達前に死亡した場合であっても、解除の表示は原則として有効なままである（独民130条第2項）。しかしながら、共同遺言における交換関係にある処分を撤回する場合と同様に、被相続人が彼の死亡後に初めて契約の相手方当事者に到達するように解除の表示を故意且つ計画的に送達することは許されない。解除の表示は、独民130条第2項が適用されるような事例においても、被相続人の死後、契約の相手方当事者にもはや相続契約が解除されることはないであろうと信頼する程の長い期間経過後に送達することは許されない⁵⁸。

独民132条第1項に従うと、解除の表示が民事訴訟法の規定に従って執行官による伝達によって送達された場合であっても、それは到達したものとみなされる。被相続人が他の契約当事者の現住所を知らない場合には、解除の意思表示を公示送達によって行うことができる（民事訴訟法185条第1号）。ただし、被相続人が名宛人の現住所を知っているにもかかわらず、公示送達を利用した場合には、それは信義則に反し、その送達は権利濫用となるので、

54 Lange, a.a.O., § 34.Rn.73.

55 MK, § 2296.Rn.2.

56 MK, § 2296.Rn.3.

57 Lange, a.a.O., § 34.Rn.74.

58 MK, § 2296.Rn.4.

彼の解除の表示は有効とはならない⁵⁹。

(e) 公証人による公証

被相続人は相手方に対する意思表示によって解除しなければならないが、その意思表示は公正証書によらなければならない（独民2296条第2項第2文）、その際、解除表示の原本又は正本を契約の相手方に送付してそれが到達しなければならない。認証謄本の送達では不十分である。この場合、被相続人の死亡後の到達の瑕疵の治癒は排除される。それ故、公証人がまず始めに解除の表示の認証謄本しか送達せず、被相続人の死後に、正本を送達して明らかになった瑕疵を取り除こうと試みたとしても、解除は有効とはならない⁶⁰。

公証人による公正証書と異なった方式（例えば書留郵便による解除）を相続契約において有効に約定することはできない⁶¹。この方式は他の契約締結者の保護と解除の表示と結び付いた重大な結果を顧慮して確定されたものであるから、これと異なる方式を用いることは許許されない⁶²。したがって、この方式規定に違反すると、解除は無効となる（独民125条第1文）。相続契約が証書において生前行為（例えば夫婦財産契約など）と結び付いた上で、解除権が留保されている場合も、この方式が必要である⁶³。

解除の理由を申告することは、原則として必要ではない。しかしながら、被相続人の死亡後に生じる可能性のある法的紛争を未然に防止するために、理由を申告することによって解除の有効性を確保することが望ましいであろう。被相続人が方式上無効な契約廃棄の申入れを行った場合、それを解除の表示に転換することができるかどうか問われることになる。解除は形成権であるから、条件を付けることはできない⁶⁴。

(3) 解除権の消滅と遺言による解除

(a) 総説

被相続人が死亡すれば、解除は不能となり、相続人はもはや相続契約を解除することはできない。他方で、相続契約の相手方締結者が死亡した場合も、独民2296条の方式に従って解除権を行使することができなくなるので、相続契約は解除できなくなる⁶⁵。ただし、被相続人が解除権を有していた場合には、相手方締結者の死後に、被相続人は遺言によって相続契約の内容である契約上の処分を廃棄することができる（独民2297条第1文）。その場合、相続契約上の処分は、解除原因が示された上で、単純な撤回遺言によって又は内容的にそれと抵触する遺言によって、廃棄されることになる。被相続人は廃棄遺言を撤回することができるが、その場合、廃棄された契約上の処分は再び有効となる。遺言の形式で解除権を行使することが認められていることから、この解除の表示は受領を必要としない単独行為であるということになる⁶⁶。

59 MK, § 2296.Rn.5.

60 MK, § 2296.Rn.5.

61 Lange,a.a.O., § 34.Rn.73.

62 MK, § 2296.Rn.1.

63 Lange,a.a.O., § 34.Rn.73.

64 MK, § 2296.Rn.6.

65 MK, § 2297.Rn.1.

66 Lange,a.a.O., § 34.Rn.75.

(b) 要件

被相続人は、終意処分作成の時点で、約定解除又は法定解除を理由として、解除権を有していなければならない。この解除権が、他の契約当事者の生存中に生じていたかどうかは重要ではない。被相続人又は彼の契約の相手方当事者が死亡した場合には、独民2297条の方式によらなければ解除することができない。契約の相手方当事者が複数いて、その中に生存者がいる場合には、独民2297条の方式ではなく、独民2296条第2項の方式によって、解除の表示をしなければならない。この場合、解除の表示は死亡した者の相続人に向けて行われる。被相続人は遺言能力を有していなければならない⁶⁷。

(c) 終意処分の内容

被相続人は、契約上の処分を明示的に廃棄しなければならないわけではなく、内容的に矛盾する処分を新たに行うことによって、又は、彼が相続契約の中に含まれている規律を新たな遺言の中で反復しているが、しかし彼の意思にもはやそぐわない処分を黙殺することによって、間接的にそれを廃棄することもできる⁶⁸。

(d) 非行を理由とする解除の場合

解除権が受益者の非行を理由として生じた場合には、被相続人は独民2336条第2項及び第3項の規定を遵守しなければならない。つまり剥奪する理由が遺言の作成時に存在していなければならない。そしてそれを処分の中で告発しなければならないのである（独民2336条第2項第1文）。そしてその証明責任は被相続人が負い（独民2336条第3項）、受益者が正当化事由及び責任阻却事由を援用することができないことまで証明しなければならない。受益者が1年以上の自由刑が法定されている犯罪を故意に行ったことに関し、保護観察なしに有罪判決が確定し、且つ、彼が遺産に関し持分を有していることに被相続人が我慢できなくなった場合には、被相続人は解除権を有するが（独民2333条第1項第4号第1文）、この場合独民2336条第2項第2文が準用されるので、その犯罪行為が遺言書作成の時点で既に行われており、そして我慢できないその原因がこの時点において存在していなければならない。そしてその上で、両者は終意処分の中に示されていなければならない⁶⁹。

(e) 解除の除去

被相続人は、契約上の処分を廃棄する遺言を撤回することができる。独民2279条第1項に従って、独民2257条、2258条第2項が準用されるので、被相続人が廃棄遺言を撤回した場合、廃棄された処分は再び契約上の処分として有効となる。

それに対して、被相続人が事後的に宥恕した場合は、有効に表示された解除の効果は変わらない。なぜなら、独民2297条は、被相続人が剥奪を命じた処分は宥恕によりその剥奪の効力を失うことを規定した独民2337条第2文を準用していないからである。したがって、被相続人は解除の効力を除去するためには、廃棄遺言を撤回するか、又は新たな死因処分を行うか、をしなければならないことになる。しかしながら、被相続人が解除の意思表示をする前に受益者を宥恕した場合は、それ故彼はもはや相続契約を解除することができなくなる⁷⁰。

67 MK, § 2297.Rn.2.

68 MK, § 2297.Rn.3.

69 MK, § 2297.Rn.4.

70 MK, § 2297.Rn.5.

(4) 双面的相続契約及び多面的相続契約の場合の解除

(a) 総説

双面的相続契約又は多面的相続契約の場合、独民2298条第2項第2文の解釈規定に従うと、解除に関し例外を認めることになる。つまり、それに従うと、独民2293条の約定解除権は(独民2294条、2295条の法定解除権ではない)、当事者が反対の意思を表示しない限り、他方の契約当事者の死亡により消滅することになる。この場合において、生存配偶者は、解除権を留保したにもかかわらず、依然としてその契約上の処分に拘束されることになる。独民2298条第2項第2文は任意法なので、これと異なる約定があればその約定が優先することになる(独民2298条第3項)。但し、その約定が存在することの証明責任は、その約定を採用する者が負うことになる⁷¹。さらに、生存している契約の相手方当事者は、自分に出捐されたものを放棄することによって、自らの処分の自由を回復することができる(独民2298条第2項第3文)⁷²。

(b) 解除権の行使

独民2293条による約定解除権を行使すると、契約当事者に別段の意思が認められない場合には(独民2298条第3項)、相続契約全体、即ちその中に含まれている全ての契約上の処分が無効となる(独民2298条第2項第1文)。相続契約の中に取り込まれた単独行為に関しては、独民2299条第3項に従って、被相続人が特約を設定していない限りで、やはりその処分は無効となる。前述の通り、独民2298条第2項の規定は、独民2294条、2295条に従った被相続人の法定解除に関しては適用されないが、このような場合には、独民2279条第1項に従って、独民2085条が準用される。それに従うと、相続契約に含まれる複数の単独処分の中の1つが無効になったとしても、別段の定めがない限り、他の処分は無効とならないことになる⁷³。他方で、被相続人が個別的な契約上の処分しか解除権を留保していなかった場合、独民2298条第3項の制約から、契約の相手方当事者は残りの契約上の処分の効力を解除権留保した契約上の処分に依拠する意図はなかったことが帰結される。したがって、結果として、独民2298条第2項第1文は適用される余地はないことになる⁷⁴。

(c) 解除権の喪失

独民2298条第2項第1文と同様に、同条同項第2文の規定もまた、約定解除権(独民2293条)に関してしか適用されない。個別的な契約上の処分しか解除権が留保されていない場合にも、契約の相手方当事者の死によって解除権を喪失するかどうか、という問題に関しては争いがある。この問題は、同条同項第1文がこの場合に適用されないのと同様に、否定されるべきである⁷⁵。

(d) 出捐の放棄による処分の廃棄

生存者が契約によって自分に出捐されたものを放棄した場合、彼は、契約の相手方当事者が死亡した後も、遺言によって(独民2297条)自分の処分を廃棄することができる(独民2298条第2項第3文)。その際、彼はその処分と矛盾する新たな処分を行うことによって、

71 MK, § 2298.Rn.8.

72 Lange, a.a.O., § 34.Rn.76.

73 近藤前掲179~180頁。

74 MK, § 2298.Rn.4.

75 MK, § 2298.Rn.5.

間接的に廃棄することもできる（独民2258条第1項）。そのためには、相続契約における契約上の処分に基づく全ての出捐を放棄しなければならない⁷⁶。

単独処分に基づく出捐は、たとえこの処分が、独民2299条第1項に従って、他の契約当事者によって相続契約上行われた場合であっても、「契約を通じて」行われたものではない。確かに同条同項は、契約の各当事者は遺言上の全ての処分を相続契約においても行うことができることを規定しているが、このことは単独処分を契約上の処分とすることを意味するのではなく、相続契約の形式を借りて単独処分をすることができることを示したに過ぎないものである⁷⁷。それ故、同条第2項第1文は相続契約の中に受け容れられた単独処分にも遺言法の規定が適用されることを明示している⁷⁸。

生存者と並んで、第三者が相続契約上の利益を得る場合であっても、生存者たる契約当事者が自分の契約上の処分を廃棄する権利を維持するためには、自分に出捐されたものを放棄するだけで十分である。生存者には何も出捐されるものがなく、その結果彼が何も放棄することができない場合のみ、独民2298条第2項第3文は適用されない。その場合、受益者である第三者が、契約上予定された自分への出捐を放棄したとしても、生存者たる契約当事者は処分を廃棄する権利を取得することができない⁷⁹。

(e) 別段の意思が認められる場合

契約当事者が別段の意思を有していた場合、独民2298条の規定は適用されない（同条第3項）。条文上の文言には、出捐の放棄によって遺言による廃棄の可能性を認めた同条第2項第3文が欠けているが、これは立法上の過誤であり、それに対しても同条第3項は適用されると考えられている⁸⁰。

当事者意思は一般的な解釈準則に従って判定される。同条第3項に従って別段の意思が認定されないならば、同条第1項及び第2項が適用されることになるので、同条第1項及び第2項と異なった当事者意思を援用する者が、その証明責任を負うことになる⁸¹。

5. 相続契約の約定解除

(1) 総説

相続契約も、被相続人が当該相続契約において解除権を留保したときは、その相続契約を解除することができる（独民2293条）。その上彼は相続契約中の単独処分を何時でも撤回することができる（独民2299条第2項）⁸²。しかしながら、だからといって相続契約に遺言の性格が与えられるわけではない。解除権留保はあくまで契約上の約定であるからこそ、その効力が認められるわけであり、独民2293条の規定はこのことを明らかにしているのである⁸³。

76 MK, § 2298.Rn.6.

77 MK, § 2299.Rn.2.

78 MK, § 2299.Rn.4.

79 MK, § 2298.Rn.6.

80 MK, § 2298.Rn.7.

81 MK, § 2298.Rn.8.

82 Lange, a.a.O., § 34.Rn.77.

83 MK, § 2293.Rn.1.

(2) 要件

(a) 内容

解除とは、契約の相手方当事者の同意と無関係に、相続契約上の規律を一方的に廃棄することである。契約当事者がどのような内容の解除権を留保するかは、彼等の約定によって決定される。その留保は、契約全体の解除権を対象とすることもできるし、あるいは個別的な契約上の処分だけを対象とすることもできる。彼等は具体的な解除権留保の内容を自由に約定することができ、その留保は無制限でも、期限付きであっても又は条件付きであっても可能であるが、さらに特定の原因と結び付けることもできる⁸⁴。解除を正当化すべき特定の原因に解除権留保を制限した場合、解除の要件が満たされたかどうかを決定する権利を、被相続人は契約当事者全員により相続契約上授与されたことになり、彼の決定に関しては、裁判所は異議を唱えることができない⁸⁵。

解除権留保は、相続契約上必ずしも「解除する」という文言を使用しなければならないわけではなく、他の概念、例えば「撤回する」又は「廃棄する」という文言を使用しても差し支えない。要するに、契約両当事者が被相続人に解除権留保を授与したことが明らかであればそれで十分である。それに対して、解除権留保ではなく、被相続人が相続契約とは異なった内容の終意処分を行うことを留保した場合は問題である。つまり、被相続人は、独民2296条に規定されている方式を遵守して相続契約の解除の表示をしなくても、相続契約と抵触する終意処分を行うことができるかどうかの問題となる。確かに被相続人は解除権留保に基づいて変更留保の領域におけるのと同じ結論を引き出すことができるが、しかしながら、法律は両者の留保の間を区別して規定しているので、それを超えることは許されないであろう。したがって、相続契約の解除の意思表示をせずにそれと抵触する終意処分を行うことはできないであろう。解除条件及び、相続契約と結び付いた債務法上の契約を撤回する権限を与える債務法上の解除権留保もまた、独民2293条の解除権留保と区別しなければならない。他方で、配偶者間の相続契約における再婚条項（伯林式遺言において生存配偶者が再婚した場合には最終相続人に相続財産が帰属する旨の条項）は、黙示の解除権留保を含んでいるのが通常である⁸⁶。

(b) 契約上の留保

解除権留保は、被相続人が解除を「契約上」留保しなければならないと規定されているが（独民2293条）、それが相続契約上明示的に受容されている必要はなく、解釈を通じて黙示的に認められることもある⁸⁷。また、相続契約の両当事者が、補足契約において解除権留保に相当する約定を行うことによっても可能である。解除権留保だけを約定した補足契約は、独民2275条第1項の規定に反して、制限行為能力者である被相続人が彼の法定代理人の同意なしに締結したとしても、有効に成立すると解されている。契約による廃棄に関して制限行為能力者の法定代理人の同意を不要とする、独民2290条の類推適用から帰結されるからである⁸⁸。

84 Lange, a.a.O., § 34.Rn.77.

85 MK, § 2293.Rn.2.

86 MK, § 2293.Rn.3.

87 Lange, a.a.O., § 34.Rn.77.

88 MK, § 2293.Rn.4.

(c) 解除権者

解除権を有しそしてそれを行使することができるのは、被相続人だけであり（独民2293条）、契約の相手方締結者ですら解除権留保を利用することを許されていない⁸⁹。もっとも、これに対して納得のいく理由付けは必要ではない。というのは、契約の相手方締結者は相続契約においてその意に反して何かを義務付けられることはなく、そして彼は相続契約において受けた出捐を放棄することができるからである⁹⁰。

他の契約当事者が、被相続人が死亡するまで彼を扶養するといったような、相続契約と結合した債務法上の義務付けを引き受けた場合、この義務付けに関して当該契約当事者が自分に有利に被相続人と解除権留保を約定することがある。当該契約当事者がこの債務法上の義務付けを解除する場合には、債務法上の解除権の規定が適用される⁹¹。

(3) 解除権の行使及び法律効果

(a) 行使の方法

被相続人が、相続契約全体を解除する権利を留保した場合であっても、彼は相続全体を解除するだけでなく、部分的にだけ行使することもでき、その解除権の行使によって個別的な契約上の処分効力だけをなくすこともできる。被相続人が留保された解除権を行使するかどうかは、彼の裁量による。この権利が契約に従うと特定の原因に左右される場合のみ、彼はこの原因を摘示しそして緊急の場合には証明しなければならない⁹²。

被相続人が解除権を行使する前に、契約の相手方当事者に警告をしなければならないとする義務は原則として存立しない。特に特定の給付義務が明らかに履行されていない場合には問題とならない⁹³。しかしながら、契約相続人が被相続人の指図に従って食事の世話をすることが義務付けられていて、彼がそれを怠った場合に被相続人は解除権を行使することができるという約定で解除権が留保されていた場合、被相続人は契約相続人に対して義務を履行するように警告し、その警告にもかかわらず契約相続人が義務を履行しなかった場合に初めて、解除権を行使することができる。つまり被相続人は信義誠実の原則から、契約相続人の給付の瑕疵を具体的に示しそしてその瑕疵が治癒されない場合には彼の義務違反に基づいて解除権を行使することを彼に警告する義務が課せられるのである⁹⁴。この場合でも、被相続人が契約相続人の義務違反の態度を黙示に宥恕した場合、彼は解除権をもはや行使できないことになる⁹⁵。

(b) 方式及び期間

解除の方式及びその期間は、独民2296条及び2297条に従う。それ故、解除の表示には、独民2296条第2項に従って、公証人による公正証書が必要である。解除期間を法律は特に定めていないが、契約締結者はそれを相続契約上約定することができる。留保された解除権の行

89 Lange, a.a.O., § 34.Rn.77.

90 MK, § 2293.Rn.5.

91 MK, § 2293.Rn.5.

92 MK, § 2293.Rn.7.

93 Lange, a.a.O., § 34.Rn.78.

94 MK, § 2293.Rn.7.

95 MK, § 2293.Rn.7. Lange, a.a.O., § 34.Rn.78.

使は一身専属的権利であるので、彼の死亡と共に消滅する⁹⁶。双面的相続契約の場合、解除に関する権利については、契約の相手方締結者の死亡により消滅する（独民2298条第2項第2文）。片面的相続契約の場合、契約の相手方締結者の死後、解除権の代わりに、相続契約を遺言によって廃棄する可能性が発生する（独民2297条）⁹⁷。

(c) 法律効果

解除権を行使すると、解除の表示に係る契約上の処分の効力が失われることになる。したがって、全ての契約上の処分が解除によって廃棄された場合、相続契約に受容された単独処分もまた無効となるのが原則である⁹⁸。双面的相続契約の場合、契約上留保された解除権が行使されると、その他の全ての契約上の処分を廃棄する効果がある（独民2298条第2項第1文）。但し、契約当事者がそれと異なる意思を有していた場合はこの限りでない（独民2299条第3項）。個別的な契約上の処分だけを解除した場合、残りの処分の有効性は、独民2279条第1項に従って、独民2085条の規定が準用される⁹⁹。したがって、原則として有効とされる。夫婦財産契約のような他の契約と相続契約が結び付けられて統一した1つの契約となっている場合、相続契約が解除されたならば、他の契約の有効性は独民139条の規定に従って判定されることになる¹⁰⁰。したがって、相続契約を締結しなくても当該契約を締結していたはずであるといえる場合には有効であるが、そうでない場合はその契約も無効となる¹⁰¹。

(d) 解除の撤回

解除の表示は原則として撤回することができない。被相続人が、独民2297条に従って遺言を通じて契約上の処分を廃棄した場合のみ、彼は解除の表示を撤回することができる。その結果、当初の契約上の処分が再び効力を有するようになる¹⁰²。

6. 相続契約の法定解除

(1) 総説

契約上の解除権の他に、被相続人には2つの場合において法律上の解除権が帰属することがある。即ち、相続契約において相続人に指定された者（契約相続人）又は遺贈を受けるべき者（受遺者）が、被相続人、その配偶者又は他の直系卑属の生命に危害を加え、若しくは、被相続人に対して法律上負担する扶養義務を、悪意を以て怠るなど、遺留分剥奪の原因となるような非行をしたとき（独民2294条）、及び契約相続人又は受遺者が、法律行為によって被相続人の生存中定期的に一定の給付を為すべき義務、特に扶養を為すべき義務を負担し、それによってその者が契約相続人又は受遺者となった場合に、被相続人に死亡前に、何等かの原因に基づいてその義務を放棄したとき（独民2295条）に被相続人は相続契約を解除することができる。方式については約定解除に準ずる。

96 MK, § 2293.Rn.6.

97 Lange,a.a.O., § 34.Rn.79.MK, § 2293.Rn.8.

98 MK, § 2293.Rn.9.

99 Lange,a.a.O., § 34.Rn.80.

100 MK, § 2293.Rn.9.

101 神戸大学外国法研究会編『獨逸民法〔I〕民法總則〔復刻版〕』（有斐閣・1988年）220～222頁〔柚木馨・高木多喜男〕。

102 MK, § 2293.Rn.10.

相続契約の解除は、契約の相手方当事者が行為無能力であったとしても、表示することができる。但しその場合、彼の法定代理人に到達しなければならない(独民131条)。

(2) 受益者の非行に基づく解除権

(a) 総説

契約上の受益者が、被相続人に遺留分を剥奪する権限を与えるような過誤を有責的に為した場合には、被相続人は契約を解除することができる(独民2294条)。このような場合には、その相続契約に関して被相続人を拘束することを彼に要求することができないからである¹⁰³。

(b) 要件

契約上の受益者が遺留分権を剥奪されるような非行を犯したことが要件である。受益者が相続契約に関与していたかどうか、及び彼が相続契約を知っていたかどうかは重要ではない。受益者が契約の相手方当事者である場合だけでなく、第三者であっても差し支えない。受益者が遺留分権利者の範囲に入らない場合には、彼は被相続人の卑属として扱われる(独民2294条後段)¹⁰⁴。それに対して、相続契約上の利益を受けていない他の契約当事者が非行を犯した場合には、被相続人は解除権を有しない。解除権は非行を犯した者に対してしか行使することはできない。したがって、相続契約上の受益者が複数いる場合、そのうちの1人が非行を犯した場合、被相続人が解除できるのは彼に関する契約上の処分だけであり、他の受益者のためにする契約上の処分は依然として有効であり、解除の影響を受けないことになる¹⁰⁵。

解除を基礎付ける非行は、相続契約の締結後に行われたものでなければならない。遺言による解除を規定した独民2297条の場合とは異なり、遺留分剥奪原因を規定した独民2336条第2項から第4項までを準用していないからである¹⁰⁶。但し、独民2294条が規定する構成要件事実たる非行が契約締結前に行われた場合には、独民2078条に基づいて独民2281条に従って、被相続人は取消権を行使することができることがある。非行の事実が相続契約締結前後かを区別することは、第三者の取消権に関して意味がある(独民2285条)。解除権は、それを行使する時に解除原因が存在していなければならない。解除原因たる事実が生じたとしても、後にそれが治癒された場合には(受益者が態度を改善した場合、又は被相続人が宥恕した場合など)、解除権は行使することができなくなる。また、被相続人が受益者に彼の非行を誘発した場合にも、解除原因は脱落し、彼は解除権を行使することができない¹⁰⁷。

(c) 行使の方法

独民2294条に基づく法定解除権は、被相続人のみに専属的に帰属し、彼の相続人や契約の相手方当事者はそれを行使することができない。また彼は事前にこの法定解除権を放棄することができない。解除原因の存在に対する証明責任は、被相続人がこれを負うことになる¹⁰⁸。

103 MK, § 2294.Rn.1.

104 Lange,a.a.O., § 34.Rn.81.

105 MK, § 2294.Rn.2.

106 Lange,a.a.O., § 34.Rn.81.

107 MK, § 2294.Rn.3.

108 Lange,a.a.O., § 34.Rn.81.

解除原因が存在したとしても、被相続人は自分の解除権を行使するかどうか、及び、彼が解除権を全て行使するか、又は一部だけ行使して個別的な契約上の処分を残すかは、彼の自由裁量に任されている¹⁰⁹。

(d) 法律効果

解除の表示をすることによって、その解除の対象となった契約上の処分は効力を失う。一度解除の表示をすると、その解除は原則として撤回することができない。解除後に受益者が態度を改めたり、被相続人が宥恕したとしても、その解除が有効に表示された以上、その効果は何ら変更するものではない¹¹⁰。

(3) 反対給付の義務違反に基づく解除権

(a) 総説

契約の相手方当事者が被相続人に対して法律行為上の義務付けを含む契約と相続契約が結合して成立した場合であっても、両者が互いに提供し合う給付と反対給付が双務的な関係に立っていない場合には、契約上の出捐に関しては、独民320条以下が適用されないことになる。したがって、契約の相手方当事者が不完全履行又は履行遅滞に陥っている場合、独民323条は適用されないため、被相続人は解除権を有しないことになる¹¹¹。それに対して、被相続人が生存中に彼に定期的給付を提供し、特に扶養を保証することを受益者に義務付けられたことを顧慮して、相続契約上の処分が為されたが、被相続人が死亡する前にその義務付けを受益者が放棄した場合には、被相続人は契約上の処分を解除することができる（独民2295条）¹¹²。この場合、被相続人は自分の契約上の処分を行ったことを顧慮しないままで済ませるわけにはいかないからである。というのは、被相続人に他の契約当事者が定期的給付を、特に扶養契約において引き受けることを承知したはずであるからである。それ故法律は、同種の給付に関する義務付けを被相続人が死亡する前に破棄された場合には、被相続人に解除権を与えたのである¹¹³。但し、その適用範囲は狭く限定されている。その行使に対しては債権法上の解除に関する規定である独民346条以下は適用されない¹¹⁴。

いずれにせよ、契約当事者は、対抗関係にある附加的な義務を引き受けることがあり、その場合には双務的な関係に立つので、独民320条以下を適用すべきである。判例に従うと、被相続人が相続人指定を行うと共に、宅地を譲渡したり負担を課したりしないことを義務付け、その義務に違反した場合にはその宅地を無償で譲渡することを附加的に義務付けた事件においてそれを肯定した。この取り決めは、相続人指定と関係付けられた被相続人の財産を維持することを目的としており、それ故、世話給付とは双務的な関係にない被相続人の附加的な義務が問題になることが指摘されたのは正当である¹¹⁵。

109 MK, § 2294.Rn.4.

110 MK, § 2294.Rn.5.

111 Lange, a.a.O., § 34.Rn.82.

112 MK, § 2295.Rn.1.

113 MK, § 2295.Rn.1.

114 Leibold, Dieter: Erbrecht, 20., Aufl., 2014.Rn.514.

115 MK, § 2295.Rn.1.

(b) 要件

(i) 定期的給付

独民2295条が適用されるためには、相続契約上の受益者が、被相続人が死亡するまで調達しなければならない、継続的な法律行為上の回帰的給付を行うことを引き受けなければならない。この給付義務は法律行為から生じたものでなければならない。つまり法律上の義務、例えば法律上の扶養義務が存在するだけでは十分ではない。他方で、この給付義務は相続契約と同じ証書において引き受けられている必要はなく（相続契約と同じ証書で起草することはもちろん可能である）、また両方の契約が法的に一体となっていなければならないということもない（両者を分離して締結することも可能である）。受益者に法律行為上の義務付けが存在しているということが、相続契約の効力に対する条件に高められている場合には、この義務付けを放棄すれば、条件成就により相続契約は当然に無効となるのであるから（独民158条第2項）、この場合独民2295条の適用の余地はない¹¹⁶。

(ii) 出捐の目的（関連性）

被相続人の処分と受益者の債務法上の義務付けの間に関連性がなければならないが、それは被相続人が追求した出捐の目的に依拠している。つまり、受益者は独民2295条において記述された種類の法律行為上の義務付けを被相続人に対して行うことを引き受けたが故に、被相続人は相続契約における契約上の処分によって受益者に何かを与えたのである、ということがいえなければならないのである。このような被相続人の主観的な見地から、彼の契約上の処分と受益者の法律行為上の義務付けとの間に内部的な拘束力が造り出された場合に限って、彼は同条に基づく解除権を取得することができるのである。受益者もこの関連性を認識していなければならないが、明示的に賛成していることまでは必要ではなく、解釈により黙示に確認されていれば足りる¹¹⁷。例えば、相続契約とは異なる委託契約に含まれている受益者の扶養義務を顧慮して、被相続人が契約上の相続人指定を行った場合には、相続契約上の出捐の目的拘束性及び義務付けとの関連性を、解釈を通じて確認することができる。しかしながら、契約当事者が両方の契約を同じ日に締結したというだけでは、十分ではない¹¹⁸。

(iii) 義務付けの放棄

法的解除が認められるためには、受益者の法律行為上の義務付けが、被相続人の生存中に放棄されたか又は終了したことが必要である。どのような法的原因からその義務付けが排除されたかは問題とならない。例えば、解除権の行使、重大な事由に基づく解約告知権の行使、解除条件の成就、調達されるべき給付の後発的な不能によって、又はそのような取り決めをした被相続人との契約上の約定を通じて、受益者の義務付けは放棄されることがある。事後的にそれが欠落したことも考慮される¹¹⁹。

それに対して、存立している義務が終了していなければならないから、受益者による不完全履行、履行遅滞又は履行不能は、独民2295条に基づく解除権を被相続人に授与しない。それだけでは、その給付に関する義務付けは依然として相変わらず存立しているからであ

116 MK, § 2295.Rn.2.

117 MK, § 2295.Rn.3.

118 Lange, a.a.O., § 34.Rn.83.

119 Lange, a.a.O., § 34.Rn.84. MK, § 2295.Rn.4.

る¹²⁰。

(iv) 無効な法律行為

義務付けが存在していなければそれを放棄することができないから、その義務付けを基礎付けていた法律行為が無効であった場合又は取消によって遡及的に無効となった場合には、独民2295条は適用されない。しかしながら、法律行為の一部が無効である場合原則として全部が無効になるとする独民139条に従うと、他の法律行為が無効である場合には、被相続人の契約上の処分も無効となるのが通常である。なぜなら、少なくとも被相続人は統一的意思を有しているはずであり、そして他の契約当事者は、たとえ彼が受益者でなかったとしても、この意思を認識しそして承認しているはずであるからである¹²¹。

(c) 行使の方法

独民2295条に基づく解除権もまた、被相続人でなければ行使することができない。相続契約の廃棄を申し込んだが、それが方式に違反していたために無効となった場合に、その契約上の申込は、独民2295条に従った解除の意思表示に転換されることがある（独民140条）¹²²。

(d) 法律効果

独民2295条に基づく解除権は、被相続人が受益者の法律行為上の処分を顧慮して行った契約上の処分に限定される。相続契約がそれと並んで他の契約上の処分を含んでいた場合には、その効力は、独民2279条第1項によって準用される独民2085条に従って判定される。したがって、原則として有効として扱われる¹²³。

受益者が不当利得の規定に従って提供した給付を被相続人から返還請求することができることは、前提となった債務関係が無効であることの帰結であり、それ故独民2295条に基づく解除とは無関係である¹²⁴。

(千葉大学教授)

120 Lange, a.a.O., § 34.Rn.84. MK, § 2295.Rn.5.

121 MK, § 2295.Rn.6.

122 MK, § 2295.Rn.7.

123 MK, § 2295.Rn.8.

124 MK, § 2295.Rn.9.