

死後の事務における故人の意思の尊重と 相続法秩序

黒田 美亜紀

I はじめに

世界が未だ経験したことのない超高齢社会を迎えたわが国では、判断能力や身体能力が減退・喪失した後の生活、療養看護および財産管理、さらには自分が死亡した後の諸費用（死亡前後に要した医療費、施設費、公共料金、住居費などの未払い分）の清算や葬儀・埋葬の方法、財産の帰属先などについての関心が高まり、あらかじめこれらのことを自分の意思で決めておきたいと希望する人が増えている。その背景としては、少子化、核家族化の進展に伴い、高齢者自身とその家族のあり方が「個」を中心とする方向に変容する中で、判断能力減退後または死亡後においても、減退前または生前と同様に「自分のこと（後始末）は自分で決めておきたい」、あるいは「最後まで自分らしさを貫きたい」と考える傾向が強くなってきたことが挙げられよう。同時に、死亡前後の事務を家族・親族に任せられない人（身寄りがいない場合や任せるのにふさわしい身内がない場合など）や任せることを希望しない人（信頼する他人に任せたいと考える場合や家族の手を煩わせなくて済むように自分で算段をしておきたいと考える場合など）が増加していることも見逃せない。

それでは、これらの人のニーズを実現するための方法として、どのようなものが考えられるだろうか。第一に、判断能力減退後、本人が生存している間の

事務処理については、2000（平成12）年に施行された成年後見制度により対応が可能であろう。すなわち、判断能力があるうちに、自分の信頼する人に必要な事務処理を任せておきたいと考える人のためには、任意後見制度を利用し、あらかじめ将来の任意後見人との間で任意後見契約を締結しておく方法がある⁽¹⁾（任意後見契約に関する法律2条1号参照）。次に、既に判断能力が減退している人のためには、法定後見制度（成年後見・保佐・補助）の利用が考えられる。その場合、成年後見人等を選任するには本人の意見が考慮され（民法843条4項・876条の2第2項および876条の7第2項による843条4項の準用。以下、特に断りのない限り、民法については条文数のみで示すこととする）、また成年後見人等が事務を処理するにあたっては本人の意思を尊重することが求められることから（858条・876条の5第1項・876条の10第1項による876条の5第1項の準用）、本人の意思を実現するための方法が用意されているといえよう。第二に、死後、生前有していた意思を実現する方法としては、遺言がある。遺言者が最終意思の実現を自分の信頼する人に任せたいと考える場合には、遺言執行者を指定する方法がある（1012条1項参照）。しかし、成年後見制度にあっては、被保護者（本人）の死後の事項についてはこの制度は適用されず（本人死亡後は後見終了）、また遺言にあっては遺言事項は限定されていて、法定の遺言事項以外のものを内容とする遺言は原則として効力を生じない（大阪高判昭和44・11・17下民集20巻11＝12号824頁）など、限界がある。

そこで、成年後見制度や遺言でカバーされない事項を死後に実現する方法として、また生前に自分が信頼する人と死亡後の事務について取り決めておくための方法として、近時、「死後事務委任契約」を利用することが考えられるようになってきている。しかし、民法653条1号は、委任者の死亡を委任契約の終了事由として規定しており、法文上このようなニーズに必ずしも対応しているとはいえない。もっとも、判例・裁判例および学説は、同条同号を任意規定と解し、委任者が死亡しても委任契約が終了しない旨の特約がある場合など、

委任者の死亡後も存続する委任類型を一定の場合に認める⁽²⁾が、こうした委任契約については、委任の本質や委任者の地位の相続性との関係、さらには解除できない委任の承認可否など、そこでの法律関係が十分に解明されているようには思われない。また、もっぱら死後の事務を委託する委任契約（本人の死亡後にはじめて効力を生じる委任契約）が望まれているが、こうした委任契約類型は、民法典および従来の学説が想定していなかったものであり、それが現行法上の解釈として認められるか否かも定かでない。

そこで本稿は、このようなわが国の現状に直面して、死後の事務を処理するにあたっては故人の意思を尊重する必要があるとの問題意識のもと、これを広く認めているドイツ法を参酌し、そこから一定の示唆を得ることを目的とする。すなわち、ドイツでは、被相続人が自己の死亡後に生前有していた意思を実現するための方法、および故人の財産の取扱いにつき故人が生前有していた意思を死後に反映させるための方法が認められている。それゆえ、本稿では、こうしたドイツ法の諸制度を考察することにより、わが国においても、死後の事務処理に故人の意思を尊重することがどこまで許されるのかを明らかにしてみたい。

以下、次のような手順で叙述を進める。まず、ドイツにおいて財産承継の場面で故人の意思を尊重するための法制度を紹介する（Ⅱ）。次に、わが国におけるこれまでの議論を概観した上で（Ⅲ）、死後の事務として考えられる事項を取り上げ、具体的検討を行う（Ⅳ）。最後に、本稿をまとめるとともに、ドイツ法の考察から得られる日本法への示唆および今後の検討課題を示して、むすびとする（Ⅴ）。

II ドイツ法における死後の事務に関する法制度

1 委任（代理）法

(1) 本人の死亡後も存続する代理

BGB168 条 代理権の消滅は、その付与を基礎づける法律関係に従って定まる。代理権は、その法律関係から別の結果が生じない限り、法律関係の存続中でも撤回することができる。撤回の意思表示については、167 条 1 項の規定を準用する。

BGB672 条 1 文 委任は、疑わしい場合には委任者の死亡又は行為能力の喪失により消滅しない。

ドイツ民法は、委任者の死亡によっても終了しない委任を明文で許容しており（BGB〔ドイツ民法典。以下同様に表記する〕672 条）、死後事務の委託可能性を否定していない。さらに、代理権の存続はそれを基礎づける法律関係次第としている（BGB168 条 1 文）ことから、委任者の死亡後も委任が存続する場合には、代理権も同様に存続する。判例・通説も、委任者（本人）の死亡後も存続する委任（代理〔Vollmacht über den Tod hinaus または transmortale Vollmacht〕）を認めている。ここでは、受任者が死亡した場合に委任契約が終了すると規定していること（BGB673 条 1 文⁽³⁾）を考えあわせると、委任者が事務処理の委託をしてから死亡しても、委託した事務処理の内容が変化するわけではないから、生存している受任者により当該事務処理がなされることに大きな問題はないと考えられていることが窺われる。

代理権を授与した本人が死亡した場合、一般に、その代理権が消滅するかどうかは解釈により明らかにされる。そして、委任関係を基礎とする代理権については、疑わしい場合には委任および代理権は存続するとの解釈規定が存在する（BGB168 条 1 文、672 条 1 文）。

もともと、通説的見解⁽⁴⁾によると、委任者の死亡後も存続する委任の委任者が死亡した場合、相続人が委任者の地位を承継すると考えられている。したがって、本人の死亡後も存続する代理権を授与した本人が死亡すると、以降、代理人は相続人の名で、相続財産の範囲内で、相続人のために、かつ相続人に対して効力を生じる代理行為を行うことになる⁽⁵⁾。代理権授与者の死亡後すぐに、相続人のために行動しうる者がいることの利益は大きい。そのため、本人の死亡後も存続する代理権は相続人の利益に資するものと考えられている⁽⁶⁾。ただし、このとき、故人の指示と相続人の利益とが対立する可能性が生じ、委任者死亡後の受任者が相続人の意思を尊重しなくてはならないかが問題となる。これを尊重しなくてはならないと考えるのであれば、受任者は事務処理前に相続人の意向を確認しなくてはならないこととなる。この点に関しては、第一に、代理権が存続するとされているのは相続人の利益のためであるから、本人の死亡後、代理権は相続人のために当然に制限され、代理人は相続人の意思を尊重する必要があるとする見解がある。すなわち、代理人は、委任の事務処理その他の行為が相続人の意思にも合致するものであるかどうかについて相続人の指示を受けなくてはならず、そうすることにより相続人には委任を解除する機会が与えられると主張するものである⁽⁷⁾。第二に、相続人は（同時に代理人も）被相続人が生前に形成した法律関係に拘束されるのであり、代理の基礎となる事務処理の内容が被相続人により生前に形成されている以上、代理人が代理権の範囲内で行動する限り相続人の意思を確認する必要はないと主張する見解⁽⁸⁾がある。前者の見解は、相続人の意思に反する相続財産の処分は遺言で行うべきとの考えを背景に、相続人の意思を確認せずに代理人が代理行為を行った場合、代理権の濫用になるとする。この見解は、代理による死因処分の方式の潜脱を防止することを重視し、かつ相続人の意思に反する相続財産の処分が可能なのは遺言執行に限られることを前提としている。これに対し後者の見解は、委任による代理権の授与をその効力（特に拘束力）の点でほかの契約と区別して理

解する必要はなく、また被相続人の意思を尊重すべきとの考えを背景に、代理人による代理権濫用の危険は本人の生前においても存在し、本人の死亡後のみ特別に問題となるわけではないとする（ただし、信義則上代理権の行使が許されない場合があるとし、その判断にあたっては相続人・被相続人双方の利益を衡量すべきとする）。この点について判例は、相続人も（代理人もまた）被相続人によって形成された法律関係に拘束される、すなわち代理権の範囲内で行動する限りで代理人は相続人の同意を得る必要はないと解している⁽⁹⁾。なお、このとき、代理人は本人の地位を承継した相続人を代理するのであり、本人の地位を承継した相続人には撤回権が帰属している⁽¹⁰⁾。

加えて、本人の死亡後も存続する代理権については、代理権授与に方式の定めはないとされている⁽¹¹⁾。すなわち、代理人は被相続人が信頼して代理権を付与し、本人の生前に既に代理人として活動していた者である。したがって、ここでは本人が既に付与した代理権の継続が問題となるが、代理人に自分の死後その事務を行わせるという被相続人の意思は十分に明確であり、本人の死亡後も代理権を存続させることは被相続人の生前の生活関係に合致するから、相続法上の方式規定を満たさなくてもよいとされている⁽¹²⁾。

（２）死因代理

判例・通説はさらに、既に述べた委任者の死亡後も存続する代理権にとどまらず、委任者（本人）の生前に付与され、死亡時にはじめて発効する代理権（これを死因代理〔Vollmacht auf den Todesfall または postmortale Vollmacht〕という）も可能だとし⁽¹³⁾、死因代理が慣習法上承認されている⁽¹⁴⁾。そして、死因代理についても、代理権授与に方式の定めはなく、死因処分の方式は必要ないと解されている⁽¹⁵⁾。もっとも、古くは、死因代理は相続人の利益と抵触するとして、死因代理の有効性自体に疑義を唱える見解も存在した⁽¹⁶⁾。この見解は、死因代理の効力を相続財産の範囲に制限し、相続人の撤回を認めたとしても、相続人が

代理権の存在を知らなければ、実際に相続人を保護するのに役立たないとする。これにも関わらず現在の判例・学説の多くが、被相続人の生前に基礎づけられた義務の履行は相続法上の規定の回避にあたらぬとして死因代理を認めた背景には、実務からの要請（実務上の必要性）がある。すなわち、①相続開始から裁判所による相続証書（これがないと相続人の権利行使ができない）の発行までの期間への対応、②事前配慮代理権と組み合わせての利用（これにより法定の世話人の選任は不要となる）、③遺言執行者が無償行為を行えないことへの対応、④第三者に対する無償処分を行う、などのために第三者に代理権を与えることが必要とされ、遺言に比べて手軽かつ安価に行えることから一般に普及している⁽¹⁷⁾。なお、死因代理の対象は個々の財産に限定されており、また、本人が死亡した場合、本人の地位を承継した相続人や遺言執行者による代理権の撤回が可能とされていて、それにより死因贈与の効力を奪うことができる⁽¹⁸⁾。

（3）相続人との利益調整

本人の死亡後も存続する代理および死因代理のどちらについても、代理権授与に方式の定めはないとされているが⁽¹⁹⁾、代理権は相続財産の範囲内でしか行使できない⁽²⁰⁾。代理人が相続人の名で行為する際には、代理人はこの制限を厳格に遵守しなくてはならず、そうでない場合には権限踰越となる。そして、このような代理権を用いて死因贈与を履行することも可能であり、遺言に比べて簡便かつ迅速に行える、あるいは迷信から遺言を好まないというようなことを理由として、これが一般に行われている⁽²¹⁾。

もっとも、学説には、代理人が相続人の意思に関係なく当然に事務処理を行えることを問題視する見解がある⁽²²⁾。この見解は、委任者が死亡すると相続人が委任者の地位を承継する以上、受任者は相続人の意思を確認した上で事務処理を行うべきであり、そうすることにより相続人には委任を解除する機会が与えられる、とする。しかし、判例は、代理関係・委任関係を本人の死亡後も存

続させる合意は BGB672 条、BGB168 条のもとで有効であり、具体的事実のもとで権利濫用や良俗違反により当該代理権の効力が否定されない場合には、代理人が被相続人によって指定された代理権の期間・範囲の枠内で代理行為をする限り、代理人がいちいち相続人の同意を確認する必要はないとしている⁽²³⁾。これは、被相続人の意思を優先させるものといえよう。また、相続人が確定していないケースなどでの不都合も考慮されている。

なお、相続人の保護は BGB168 条 2 文の撤回権によってなされる。原則として、相続人はこれらの代理権を自由に撤回することが可能であり⁽²⁴⁾、相続人が撤回した場合には、当該代理権は消滅することとなる。遺言執行者もまた、その権限の範囲内でこれらの代理権を撤回することができる (BGB2208 条 1 項 1 文)。この点と関連して、遺贈は相続人がこれを撤回することはできないので、これらの代理権には遺贈を超える効力は認められていないといえよう。そして、このことがこれらの代理権を許容する根拠になっている⁽²⁵⁾。もっとも、本人の死亡後も存続する代理および死因代理のどちらについても、撤回不可能なものとしてこれらの代理権を授与することも可能である⁽²⁶⁾。ただし、包括的代理権で撤回不可能とされている場合には、相続人の権限を不当に害するものであり、遺言執行の規定に対する公序良俗違反の脱法となると解されている⁽²⁷⁾。ここでは、代理権の性質から相続人の撤回権を排除することはできない。そこで、このような事態に対応するものとして、相続法上の措置により撤回権を排除するための方法が考え出された。具体的には、①代理権を撤回したときは相続人の地位を失うと死因処分に解除条件を付しておくという方法があり、よく利用されているが補充相続人の存在が必要となる、②死因処分で遺贈し、代理権を撤回せず、代理行為と矛盾した行為を行わないという負担を遺贈に課しておく方法があり、遺言執行者を代理人とした場合、遺言執行者には負担の履行の請求が可能のため有効である⁽²⁸⁾。また、特定代理権で撤回不可能とされている場合でも、重大な事由があると考えられる際には、いつでも撤回は可能である⁽²⁹⁾。

2 相続法

(1) 死因贈与

- BGB518 条 (1) 贈与は公正証書によってなされなければならない。
(2) 方式の欠缺は、贈与の実行により治癒される。
- BGB2301 条 (1) 受贈者が贈与者よりも長生きすると条件の下で行われた贈与の約束には、死因処分に関する規定を適用する。
(2) 贈与者が出捐の目的物を給付して贈与を履行したときは、生前贈与に関する規定を適用する。

贈与者が自分の死の差し迫っていることを予期し、かつ受贈者が確実に自分より長生きすると判断して行われる贈与（死因贈与）には、BGB2301 条が適用される。死因贈与は無償行為であり、相続人からしてみると一方的に相続財産が減少することになるため、既に述べた委任・代理に比べ、相続人の利益に配慮する必要性が大きい。

BGB2301 条は、死因贈与には死因処分の規定を適用すると規定し（同条1項）、その贈与が生前に履行された場合には贈与の規定を適用する（同条2項）としている。ここでは、「履行」の要件を充足しているか、すなわち生前の履行があったかが問題となる。なぜなら、死因贈与には、死因処分の方式（通説³⁰⁾に従うと、公正証書によること）が要求される（方式に違背すると無効となる。死因処分の場合には、給付の実行により方式の欠缺が治癒されることはない）が、生前に履行されていれば BGB518 条2項により方式の欠缺が治癒され、生前贈与の規定が適用されるからである。方式を欠く贈与であっても生前贈与と認定されれば、贈与者の死後に贈与が実行されても贈与が有効となる可能性があるのに対し、死因贈与と認定されれば贈与者が生前に贈与を実行していない限り贈与が有効となる余地はない。そして判例・通説は、贈与者のそれ以上の給付行為を必要とせず、受贈者が権利取得の期待権を取得した場合は履行があったと解する。したがって、条件付であっても受贈者に贈与物が引き渡された場合には履行は完了

したことになる⁽³¹⁾。

(2) 死因処分

GG14条(1) 所有権および相続権は、保障される。その内容および制限は、法律によって定められる。

BGB138条(1) 良俗に反する法律行為は無効とする。

死因処分は、法律行為によって死後の財産処分について決定するときのその法律行為であり、相続法上の一定の方式にしたがってなされ、その効力が被相続人の死亡によってはじめて生じるものである。死因処分には、相続人の受領を要しない一方的死因処分(遺言、終意処分⁽³²⁾)と契約による死因処分(相続契約)がある。

被相続人は、死後の財産処分を自由に決定することができる(遺言自由の原則)。遺言自由は基本権(GG[ドイツ基本法]14条1項1文)の保護を受け、それが制限されるのは、原則として遺留分についてだけであり、良俗違反(BGB138条)は例外的な場合にだけ肯定される。つまり、明示的な立法者の評価と抵触する場合か、社会の一般的な考え方に背馳する場合だけである。死因処分によって代理権を授与することも可能である⁽³³⁾が、公正証書遺言の場合その開封まで代理権授与の有無すら明らかでなく、自筆証書遺言の場合遺言の検認が必要となる。これでは特に相続開始から裁判所による相続証書の発行(これがないと相続人の権利行使ができない)までの期間への対応を行うために代理権を利用しようとする場合に無意味であり、そのため死因処分による代理権の授与は一般的でない。

また、撤回し得ない死因処分である相続契約も一般に普及し⁽³⁴⁾、これにより相続人を指定し、遺贈及び負担を定めることができる(BGB1941条⁽³⁵⁾1項)。相続契約には、遺言と異なり拘束力があるため方式の定めがあるものの、相続人ではない者と相続契約を締結することも可能で、それによりその者は相続人の

資格を得ることとなる（BGB1941条2項）。特に有償の相続契約の締結による、被相続人からみる終身定期金などの確実な履行、相続人からみる相続財産の確保などが重要である。

相続契約のない場合には、遺言によって指定された相続人が相続する。なお、遺言が相続契約の前になされたかどうかに関係なく、遺言による相続人は相続契約による相続人に常に劣後する。なぜなら、遺言より先になされた相続契約については、一方的死因処分である遺言によっては撤回することができず、また相続契約より先になされた遺言については、後になされた相続契約により撤回されたと解されるからである。相続契約も、遺言もない場合には、法律の規定に従ってなされる法定相続が開始することになる。

3 具体的検討

ここで、死後事務として具体的に考えられるもののうち、わが国の裁判例において問題となったものを取り上げ、これらがドイツにおいてどのように処理されているのかをみていくこととする。

(1) 葬儀・法要

葬儀・法要については、火葬法（Gesetz über die Feuerbestattung）および各州の法律が規律している⁽³⁶⁾。

- | |
|--|
| <p>火葬法2条（1） 埋葬の方法は故人の意思に従う。</p> <p>（2） 埋葬の方法について故人の意思が示されていない場合、行為能力ある親族がこれを決定する。配偶者、直系卑属（血族・姻族）、直系尊属（血族・姻族）、兄弟姉妹およびその子、並びに婚約者を、この決定における親族とみなす。</p> <p>（3） 埋葬の方法について親族間で意見がまとまらない場合、配偶者の意思が血族の意思に、子またはその配偶者の意思がそれ以外の血族の意思に、より近い血族の意思がより遠い血族や婚約者の意思に優先する。</p> |
|--|

BGB1967条(1) 相続人は、遺産債務について責任を負う。

(2) 遺産債務には、被相続人の債務のほか、相続人として負担すべき債務、特に遺留分権、遺贈および負担に基づく債務が属する。

BGB1968条 相続人は、被相続人の埋葬の費用を負担する。

埋葬の方法は、故人が表明した意思、すなわち①故人による死因処分（火葬法4条1号）、②公印の執行に関する権限ある者が居合わせているときになされていることが公証されている口頭的意思表明（同条2号）、③場所と日時の記載がある署名入りの故人の自筆文書（同条3号）により証明された意思に従うものとされている（火葬法2条1項）。故人が意思を表明していない場合に、死者の埋葬方法について決定する権利義務を有する者（埋葬義務者）は、故人の最近親者（火葬法2条2項・3項参照）、すなわち故人の配偶者、子・親などの親族である。同一順位の埋葬義務者の間で意見がまとまらないときは、警察署が諸般の事情を考慮した上でその決定を行う（火葬法2条4項⁽³⁷⁾）。

埋葬義務者は、必ずしも相続人と一致するものでないが、負担した埋葬費用がある場合にはそれを相続人に請求することができる。なぜなら、埋葬費用はBGB1967条2項の「相続人として負担すべき債務」にあたると考えられており、相続人はその埋葬費用を負担しなくてはならない（BGB1968条）からである。ここでの相続人が負担すべき費用の範囲には、被相続人の生活状況を基準として、相当な葬儀及び埋葬に要する費用が含まれる。そしてこの判断にあたり、相続人の責任は遺産に限定されていることから（BGB1967条1項参照）、被相続人の生活状況のみが基準となり、相続人のそれは考慮されない。したがって、相続人は遺産から支払うことができる限度で埋葬費用を負担すればよく、近親者の決定にしたがって執り行われた埋葬費用のすべてについて相続人が負担すべき義務を負っているわけではない⁽³⁸⁾。なお、遺産が破産状態にある場合には、相続人は相続承認後であれば委任の規定、相続承認前であれば事務管理の規定に基づき請求することができる限度で遺産からの償還を請求することができる

にすぎない (BGB1978 条 3 項⁽³⁹⁾)。また、相続人が被相続人の生活状況に照らして不相当な埋葬費用を支出したときは、相続承認前であれば事務管理者としての義務、相続承認後であれば受任者の義務に違反したこととなり、遺産債権者に対して責任を負わなくてはならない (BGB1978 条 1 項⁽⁴⁰⁾参照)。

(2) 財産処分

まず、贈与者が第三者に本人の死亡後も存続する代理権又は死因代理権を授与し、第三者が贈与者の死亡後に死因贈与の履行を行うことは認められるであろうか。贈与者の生前には贈与契約が成立していない可能性があることから問題となる。この点につき、判例・通説は、意思表示が表意者の死亡による影響を受けないこと (BGB130 条 2 項⁽⁴¹⁾・153 条⁽⁴²⁾)、また代理権が本人の死亡後も消滅しないこと (BGB168 条・672 条) を根拠に、第三者が贈与者の死亡後に受贈者に申し込みを行って履行した場合にも、履行が完了したことを認めている⁽⁴³⁾。この場合には、贈与の対象となった財産は相続財産から外れることになる。

次に、相続財産の負担で無償行為 (たとえば贈与など) を行うための死因代理に関して、有力説は BGB2301 条を準用するとするが⁽⁴⁴⁾、この見解は判例とは異なり、支配的なものとはなっていない⁽⁴⁵⁾。判例においては、贈与の有効性は、BGB331 条、BGB518 条、BGB2301 条の相互関係に従って判断され⁽⁴⁶⁾、無方式で有効な死因代理権による贈与も、生前に基礎づけられた義務の履行であり、相続法上の規定回避とはならないのである⁽⁴⁷⁾。

それでは、死因贈与の生前の履行を、第三者のためにする契約で行うことは可能であろうか。この点につき、BGB331 条 1 項⁽⁴⁸⁾は、第三者のためにする契約により、死因贈与を履行することを認めている。第三者のためにする契約では、第三者 (受益者) には、要約者の死亡とともに、要約者の財産から直接に権利を取得する可能性が認められる⁽⁴⁹⁾。たとえば、被相続人が第三者の名前で預金口座を作ったり、第三者を生命保険の受取人に指定したりするケースが想

定される。これらのケースでは、要約者と第三者の間の対価関係に BGB2301 条 1 項が適用されるか否かが問題となるが、判例は、BGB331 条が相続法の規定ではないことを理由として、さらに BGB331 条を BGB2301 条の特別規定であると解して、BGB2301 条の適用を否定する⁽⁵⁰⁾。したがって、第三者は BGB331 条に基づき、要約者の死亡の時点で、相続法上の方式規定を遵守せずに、また相続順位範囲外で、債権法上の給付請求権を取得することとなる⁽⁵¹⁾。

なお、委任者の死亡が委任契約の存続や、契約の申込みの意思表示の有効性に影響しないことから、要約者の死亡後も諾約者・代理人が事務処理をすることは可能であると解されている。なぜなら、BGB331 条 1 項は、第三者への死後給付の約束をすると、約束をした要約者の死亡後に第三者が給付請求権を取得すると規定しており、要約者が死亡してから給付がなされる場合があることを認めていると考えられるからである。相続人としては、受益者が承諾の意思表示を行うまでは諾約者の代理権を撤回して申込みの意思表示の効力を奪うことが可能である⁽⁵²⁾が、代理人に相続人の意思を確認する義務がないとの判例・通説の立場に立つと、撤回権を行使することは困難であろう。結果として、現実には死因処分の方式を回避して死因贈与を行うことが可能となっている。

(3) 小括

ドイツ法は、葬儀・法要等につき、故人の意思が表明されている場合にはそれに従うものとし、故人の意思が表明されていない場合の決定権者とその順位付け、費用負担者、さらには相続人でない者が葬儀・法要等を執り行った場合の償還請求権、また費用負担者がどの範囲で費用を負担すべきかを法律で詳細に規定している。ここでは、故人の意思を、親族等の相続人の意思に優先させており、相続財産の範囲内で故人の意思を最大限尊重しようとする態度が看取できよう。そのための具体的規定を設けると同時に、故人の意思が表明されていない場合の決定権者の権限や範囲、費用負担者についても法律で明文

化してきめ細かく対応しようとしている点などは、わが国において同様の問題を検討するに際し、参考になるであろう。

他方、本稿が主たる検討課題としている死後事務委任契約との関係では、ドイツ法は、委任者（本人）の死亡後も存続する委任（代理）を認めている。このように委任者の死亡が委任契約の終了原因とされていないのに対し、受任者の死亡が委任契約の終了原因とされているのは、以下の理由によるものと考えられる⁽⁵³⁾。まず、委任関係は、当事者の信頼関係を基礎とするものである。したがって、いったん事務処理を委託した委任者の側がその後死亡しても、故人の意向に添った事務処理が生存している受任者によりなされるのであれば、委任の趣旨からしてそのことに問題はなく、この場合には敢えて委任契約を終了させる必要はない。しかし、事務処理を委託された受任者の側が事務処理完了前（委任契約継続中）に死亡した場合には、生存している委任者と受任者の地位を承継したことにより委託された事務処理を遂行しなくてはならなくなる相続人との間には、基本的に信頼関係はなく、この場合には委任契約は終了するとした方が当事者の意思に適合すると考えられたからである。このような考え方は、わが国において死後事務委任契約の承認可能性および委任者死亡後の法律関係を考える際の示唆を与えるものであるといえよう。

また、財産処分には故人の生前の意思を反映させるために、さまざまな法制度を駆使して、死因処分と同じ結果をもたらす行為をなるべく生前行為と位置づけ⁽⁵⁴⁾、相続財産から除外するための努力が行われている。しかも、ドイツ法は、このような工夫を一概に遺言の潜脱として拒絶する態度とはらず、故人の意思を最大限に尊重して委任者の死亡後も存続する委任・代理を認める一方で、それが相続人に及ぼす影響に配慮するために、相続人に広く撤回権を認めることで、バランスを保とうとしている。もっとも、一定の場合には、事実上相続人は撤回権を行使することが難しく、また委任者は相続人が撤回し得ない代理権を授与することも可能であることから、その意味では故人の意思を及ぼしうる

可能性が広く認められている点は、注目に値する。

Ⅲ わが国における死後事務

1 委任者の死亡後も存続する代理・委任

(1) 承認可能性

故人が生前に、自分が死亡した後の事務処理を、相続人ではない他人に頼んでいた場合、それを法的にはどのように評価することができるであろうか。まずは他人に事務処理を委託している点に着目して委任契約と捉えることが自然であると思われるが、わが国において、そもそも本人・委任者が死亡しても存続する代理・委任を認めることができるかどうかが問題となろう。

民法は、本人・委任者の死亡を代理権の消滅・委任の終了事由と規定している(111条1項1号・653条1号)。これは、本人と代理人、あるいは委任者と受任者の信頼関係は、当事者間の個人的な信頼関係を基礎とするものであることや相続人の利益に配慮したことによるものとされている⁽⁵⁵⁾。しかし、学説は、当初より、これらの規定は任意規定であり、委任者が死亡しても委任契約が終了しないとの特約が可能であると解してきた⁽⁵⁶⁾。つまり、民法111条1項1号および民法653条1号を当事者の意思を推定したものと捉え、当事者がこれと異なる合意をすることを認めている。したがって、わが国においても、ドイツ法と同じく、委任者の死亡後も存続する委任契約の可能性は否定されていない。ここには、委任契約の場合、契約成立後の委任者には、受任者からの費用の前払い・償還請求や特約その他に基づく報酬請求に応じる義務があるが、このような金銭債務の履行については当事者の個性は通常問題とならず、委任者の死亡が受任者に何らの損失も与えるものではないという考え方がその根底にあるように思われる。受任者が後見開始の審判を受けた場合には委任が終了すると

されている（653条3号）こととは対照的に、委任者についての後見開始の審判は委任の終了事由とされていないこともこれを裏付けるものといえよう。

そして学説はさらに、明示の特約がなくても、委任事務の内容や性質などから、委任者が死亡しても委任契約が存続するものとして例外的に取り扱うべき場合を広く認めている。たとえば、受任者が委任者の死亡を知らない場合（655条）、受任者や相続人の利益を保護する必要がある場合、さらには受任者の利益とは関係ないが他の契約の一部として委任があるために行為の性質からして委任者が拘束される場合などである⁽⁵⁷⁾。そして、学説には、これらの場合に解除権が制限される可能性があることを示唆するものが多い⁽⁵⁸⁾。判例は、委任者の解除権が制限されている場合（たとえば、株券記名者が白紙委任状を添付していたケース⁽⁵⁹⁾、委任者の義務である養育を委託したケース⁽⁶⁰⁾）や委任が委任者の相続人ないしは受任者と取引した相手方の利益のためである場合（たとえば、応召出征に際して出征者が不在中の自己の財産管理等後事一切を委託したケース⁽⁶¹⁾）に、委任者の死亡後も委任が終了しないことを認めている。ただし、学説がこれらを論じる際に前提とし、また従来裁判で争われていた事案は、もっぱら委任者の生前に事務処理がなされることを予定していたところ、その事務処理完了前に委任者が死亡してしまったケースであった。このようなケースでは、当該委任契約をどの程度の期間・範囲まで存続させるべきかを検討すればよく、相続人を拘束することが適切でないと考えられる事情の有無に応じて、委任を存続または終了させることで足りた。しかし、近年、自分の死亡前後の事務処理を相続人ではなく敢えて他人に委託したいと考える人、あるいは身寄りがいないために他人に委託せざるを得ない人が締結するところの、従来とは異なる、契約締結時から、もっぱら委任者の死亡後の事務処理を委託する委任契約（死後事務委任契約）が散見されるようになった。

(2) 死後事務委任契約

近時、超高齢社会・核家族化・少子化の進展、また相続や葬儀に対する人々の考え方の変化などを背景に、もっぱら委任者の死亡後の事務処理を委託する委任類型（死後事務委任契約）が登場し、これに対する社会的ニーズが高まっている。たとえば、葬儀についてみると、特定の宗教によることを望む人、逆に特定の宗教によらないことを望む人、あるいは葬儀を行わないことを望む人などが増加し、これらの人たちの希望を確実に実現するための方法が求められている。特に、近親者間で考え方に違いがあって後日の争いが予想されるような場合には、あらかじめ自分で取り決めておくことにより、自己の意思の確実な実現を確保しておきたいという要請が強い。これらに対応する方法として、死後事務委任契約が用いられている。

死後事務委任契約では、委任者が、委任者死亡後の事務処理に自己の意思を反映させるために、委任者の死亡によっても終了しない委任契約を利用した結果として、当該委任契約の主たる内容が委任者の死亡後の事務処理となっている。ここでは、相続法秩序との関係、すなわち委任者の死亡と同時に委任者の財産に属していた一切の権利義務が相続人に承継されることから（882条・896条）、委任者の死亡後の財産の取扱いに、既にその財産を承継した相続人の意思ではなく、かつてその財産を保有していた故人の生前の意思を反映させることを許容できるかが問題となる。特に、死後事務に要した費用を受任者が相続財産に求めようとするケースや死後事務として財産処分が委託されているようなケースでは、相続人の利益と抵触する可能性が大きいことから慎重な考慮が必要となろう。

学説では、死後の財産処分は遺言によってなされるべきとするのが民法の態度であるとして、このような死後事務の委任・委任者の死亡後も存続する代理権を無制限に認めることに対しては批判的な見解が多い⁽⁶²⁾。この点に関しては、いうまでもなく、相続法秩序との関係で、これを無制限に認めることはで

きないと考える。しかし、財産処分は、民法上遺言でしかできないと規定されている行為⁽⁶³⁾には該当せず、生前は自己の財産につき自由に行うことができた行為であることにも留意する必要があるであろう。

思うに、これまで、人が死亡した際の財産の取扱いを考える際に、被相続人（委任者）の意思を尊重するという視点がいささか欠落していたのではないだろうか。民法典が制定された当時には、今日のような核家族化や超高齢化を迎えることは想定されていなかった⁽⁶⁴⁾。しかし、時代の進展に伴い、家族形態が変容し、死後事務を家族や親族ではなく、信頼する第三者に委ねることを欲する、または委ねざるを得ない人が増加している。確かに、死後事務委任契約は、相続法秩序と衝突する場面が多いが、現行法のもとでも、社会のニーズを民法の解釈に取り込むことで、場合によっては相続法秩序を超克し、委任者の意思を尊重することが許されるべき局面⁽⁶⁵⁾もあるように思われる⁽⁶⁶⁾。そして、故人が生前に自己の財産の範囲内、すなわち相続財産の範囲内で、財産処分の意思を明確に表明していた場合には、敢えて相続人ではない他人に死亡後の事務処理を委託した故人の意思を尊重し、相続法秩序との関係で一定の限界を付した上で、その意思の実現を許容してもよい場合があると考えられよう。

まず、遺言事項のうち、遺言によってしかできないとされている事項については、死後事務委任契約により死亡後の事務処理を委託したり、贈与の負担としたりすることはできないと解するほかない。しかし、それ以外、すなわち民法上遺言でしかできないと規定されている行為に該当しない事務については、死後事務委任契約を締結して受任者に死亡後の事務処理を委託し、あるいは贈与契約を締結して当該事務を贈与者の死亡後に履行される受贈者の負担とすることも可能であると考えられよう。ただし、財産処分との関係では、相続人の遺留分を侵害することができないことは当然としても、どの範囲の財産処分までが許容されるのかが検討されなくてはならない。

なお、現行法のもとでは、人が死亡するとその人の権利能力は終了し、死者

に権利能力を認めることはできないことから、委任者の死亡後も存続する委任において、委任者が死亡した後の代理人・受任者は、死亡した被相続人（本人・委任者）の地位を承継した相続人の受任者となる（相続人が〔新たな〕受任者となる）と解される。したがって、受任者が委任者の死亡後に事務処理をする際には、相続人に対して善管注意義務を負うこととなる。

また、委任者の地位が相続人に承継されると考えることから、相続人は原則として当該委任契約を解除できる（651条⁽⁶⁷⁾）と解される。ただし、委任事務の内容や受任者の立場を考慮して、また相続人による自由な解除権行使を許すと委任者の死亡後も存続する委任契約を認めた意味が減殺されてしまうことから、一定の場合には相続人も解除できないとすることが可能であるかを検討する必要がある。ここでは、相続人の解除が制限されるのはどのような場合かが問題となる。この点については、故人の生（およびその必然的な結果としての死）そのものに直接に関係する一定の範囲内にある事務については、受任者も、また委任者の地位を承継した相続人も原則として解除できない死後事務委任契約の内容として委託することができるものとする（以下、このような委任契約を特に「死後事務専一目的委任〔契約〕」という）。一定の範囲内にあるといえるためには、委託された事務処理の内容が特定されていること、委託された事務処理を実現することが故人の生前の社会的地位や相続財産に照らして相当であること、当該事務処理が委任者の死亡後比較的短期間で終了するものであること、が必要である。さらに、受任者による事務処理の遂行が、相続人にとって過大な負担となったり、相続人の利益を不当に害したりすることがないことも必要であろう。そして、これらを満たす場合には、意図された事務処理の内容からして、まず、受任者が当該契約を解除することは許されないと解すべきである。同時に、受任者に委託された事務処理が上記のような範囲内にある場合には、受任者による故人の意思に添った事務処理が相続人の意思に反するものだとしても、相続人は正当な理由がない限りそれを甘受しなくてはならない、すなわ

ち当該委任契約を解除することはできないと考えられよう。

(3) 裁判例

裁判例においてもっぱら委任者（本人）死亡後の事務処理を委託する委任契約がはじめて問題となったのは、死期を悟った高齢の委任者が受任者に対し、委任者名義の預金通帳、印章、およびそこから引き出した金員を交付して、①入院中の諸費用の支払い、②葬式を含む法要の施行とその費用の支払い、③入院中に世話になった家政婦に対する応分の謝金の支払い、④入院中に世話になった友人に対する応分の謝金の支払いなどを依頼して死亡し、受任者が委任者の死亡後その依頼に添って行動したところ、相続人が委任者（被相続人）と受任者の間の契約の不存在を争ったという事案である。この事案に対して、最高裁は委任者死亡後の事務委任契約は当然に委任者の死亡によっても契約を終了させない旨の合意を包含する趣旨のものであり、民法 653 条の法意はかかる合意の効力を否定するものではないとの判断を示した（最判平成 4・9・22 金法 1358 号 55 頁⁽⁶⁸⁾。以下、「平成 4 年最判」とする）。平成 4 年最判の事案は、委任者が、委任者死亡後の事務処理に自己の意思を反映させるために、委任者の死亡によっても終了しない委任契約を利用したものである。ここでの委任契約は、委任者の死亡後の事務処理を契約の主たる内容としている点に特徴があり、従来想定されてきたケース（委任者の生前から委託された事務処理が遂行されているケース）にあてはまらないものといえよう。この平成 4 年最判の事案では、委任者が死亡しても委任契約が終了しない旨の明示の特約はなかったが、委任契約の内容や性質および契約締結時の諸事情からそのような当事者の意思（合意）を推認して黙示の特約を認定し、当該委任契約にはこのような合意が当然含まれるため委任が終了しないとした⁽⁶⁹⁾。ここでは、委任契約の内容や性質、さらには契約締結時の諸事情が、委任者の死亡後も存続する委任であるかの判断基準として作用していることが窺われる。ただし、死後事務委任契約においては、

委任者は自己の死亡後に契約内容に従って事務処理がなされることを当然の前提（葬儀や供養は死亡後でないといけない）として契約を締結しているのであるから、この場合に、委任者の死亡によっても契約を終了させない合意があることは明白であり、むしろ、その合意を尊重することに相続人の利益との関係で合理性があるかどうかが問われるべきであろう。この点に関し、平成4年最判の差戻し審（高松高判平成5・6・8〔判例集未登載〕）は、事案において問題となった委任契約には委任者の死亡によっても委任が終了しない旨の合意、したがってまた相続人の契約解除によっては同契約が終了しない旨の合意が含まれていると認めるのが相当であるので、委任者の死亡ないし相続人の契約解除によって委任契約が終了するものではない⁽⁷⁰⁾として相続人の解除権を否定している点が注目される。

この平成4年最判を嚆矢として、委任者の死亡後も終了しない委任契約の中に、もっぱら委任者の死亡後の事務処理を委託する新しいタイプの委任契約を承認するものが、その後の裁判例において散見されるようになった⁽⁷¹⁾。

東京高裁は、委任者が自己の死亡後における葬儀、永代供養も含めた一切の供養などを委託して死亡し、委任者の地位の承継者がその契約の終了ないしは解除を争った事案で、以下のような判断を示した（東京高判平成21・12・21判時2073号32頁⁽⁷²⁾。以下、「平成21年東京高判」とする）。すなわち、平成21年東京高判は、平成4年最判に依拠して、委任者の死亡後における事務処理を依頼する旨の委任契約は、委任者の死亡によっても当然に契約を終了させない旨の合意を包含する趣旨とする。その上で、契約の内容に不明確性や実現困難性があって履行負担が加重であるなど契約の履行が不合理と認められる特段の事情がない限り、委任者の遺言により指定された祭祀主宰者が当該委任契約を解除して終了させることを許さない合意をも包含するとして、当事者の合意を根拠に準委任契約の終了および委任者の地位の承継者からの解除を認めないとした。ここでの委任契約は、委任者の死後の事務処理だけをその目的としており、それ

までの裁判例とは異なった事案類型ということができよう。そして、この平成21年東京高判は、委任者の地位の承継者が民法651条1項に基づき準委任契約を解除したとする主張を仔細に検討し、契約締結時の諸事情、そこから推認される委任者の意思、契約内容の明確性・実現可能性、供養料が支払い済みで委任者の地位の承継者には特に履行すべき義務がないこと、委任者死亡後に受任者が事務処理をどのように遂行しているか等を総合的に勘案して解除権の放棄があったものと推定し、委任者の地位の承継者が契約を解除することを許さないとの判断を示した。この判決は、受任者による故人の意思に添った死亡後の事務処理を正当な権原に基づくものであると認め、もっぱら死亡後の事務処理を委託する委任契約の委任者の地位を承継した者であっても解除できないとしたものであり、故人の意思に相続人が拘束される場面を承認した点に新規性を見いだすことができよう。

IV 死後事務についての具体的検討

1 葬儀・法要

まず、葬儀を委任することは、遺言でしかできないとされている事項ではないため、死後事務専一目的委任契約により委託することが可能であると考えられる。死は、ある人が生きていたことの必然的な結果であるから、葬儀は被相続人の生に直接関連するものとして捉えられる。また、葬儀は、故人の人生の集大成でもあるから、自分の希望に添ったかたちでこれが行われるよう故人が生前に手配していた場合には、故人の意思が最大限尊重されるべきであろう。

ここで、葬儀費用は、被相続人の社会的地位及び遺産総額に照らして相応である限りで、相続財産の総体で負担すべき「相続財産に関する費用」(885条)になると解されよう⁽⁷³⁾⁽⁷⁴⁾。なぜなら、第一に、葬儀は被相続人の生に直接関

連するものであり、被相続人が自身のいわば後始末のために葬儀に関する意思を生前に表明していた場合には、その意思が尊重されるべきだからである。第二に、相当な額の葬式費用に関して一般先取特権が認められている（306条・309条）のは、葬儀費用が相続財産の負担となることを前提としていると解せられるからである。確かに、葬儀費用については、相続財産の管理や清算に必要な費用そのものとは位置づけがたい部分もあるが、葬儀は被相続人の生が終了したことに関連する社会的儀式であり、しかも被相続人が死亡してからでないと執り行えないものである。よって、被相続人の指示に従って葬儀が執り行われ、第三者がその費用を支払った場合には、相続財産全体でその費用を負担するものとするのが公平の観点からして望ましいと考えられよう（東京地判昭和59・7・12判時1150号205頁参照）。なお、葬儀費用は、基本的には葬儀を手配した実質的主宰者（喪主と同一人物でないこともある）が負担すべきものとする（東京高決昭和61・1・28家月39巻8号48頁参照）が、その者が相続人でない場合には、相続財産に関する費用となり、相続財産の負担になると解されよう。したがって、葬儀費用を支払った第三者は相続人にその費用を求償することができる。ただし、他の死後事務と比して、葬儀は比較的高額の出費を伴うことから、受任者が故人の意向に従って葬儀契約を締結し、故人から預かった金銭で葬儀費用を支払う場合、あるいは受任者が葬儀費用をいったん立て替えた上で支払った葬儀費用を相続人に求償しようとする場合⁽⁷⁵⁾には、相続人の利益との関係が問題となる。しかし、生前に自己の財産でまかなえる範囲内で計画された葬儀は、故人の生の幕引きの場であり、そこに故人の意思を及ぼせることを許容しても不当ではなからう。ここでは、葬儀費用が必要最小限のものでなくても、葬儀の規模や費用が故人の社会的地位や遺産総額に照らして相応である、すなわち相続人にとって過大な負担とならない限りで、故人の意思を優先すべきものとする。

次に、法要・供養についても、被相続人の生と直接に関係するものであり、

基本的に葬儀と同様に考えることができるであろう。しかし、法要・供養は、葬儀と異なり被相続人の死後比較的長期間継続するものであることから別段の考慮が必要となる。ここでは、受任者を不当に長期間拘束すべきではないことから、死亡に近接する合理的な期間に限って事務処理（および相続人への求償）が許されると考える⁽⁷⁶⁾。この期間を超えての事務処理には相続人の同意が必要であり、場合によっては相続人が当該委任契約を解除することもできよう。

ところで、相続人が相続財産の一部を処分した場合、相続人は単純承認したものとみなされる（921条1号）こととの関係で、最終的に葬儀費用等を相続財産から支出することが「処分」に該当するかが問題となる可能性があるであろう。この点に関しては、葬儀費用や法要のための費用の支出が衡平ないし信義上やむを得ない事情に由来するときには、ここでいう「処分」に該当しないことがあり得るとされており⁽⁷⁷⁾、葬儀費用の支払い信義上やむを得ない事情によるものと考えられる（東京控判昭和11・9・21新聞4059号13頁⁽⁷⁸⁾参照）。さらに、葬儀は、人生最後の儀式として執り行われるものであり、社会的儀式としてその必要性が高いものである。そして、葬儀についてはその性質上、正確な時期を予想することは困難であり、また葬儀を執り行うためには、必ず相当額の支出を伴うものである。これらの点からすれば、被相続人に相続財産があるときは、それをもって被相続人の葬儀費用に充当しても、社会的見地から不当なものとはいえない。また、相続財産があるにもかかわらず、これを使用することが許されず、相続人らに資力がないため被相続人の葬儀を執り行うことができないとすれば、むしろ非常識な結果といわざるを得ないであろう。したがって、葬儀費用等を相続財産から支出しても、それにより単純承認したことにはならないと解すべきものとする（大阪高決平成14・7・3家月55巻1号82頁参照）。

2 未払い債務の支払い

被相続人の生存中に発生した公共料金や光熱水道費、施設利用料、医療費、

家賃・地代などの未払債務は、相続財産の一部であり、それらの支払いを行うかどうかは原則として相続人に判断が委ねられるべきである。しかし、死後事務専一目的委任契約の内容として受任者にその支払いを委託することは可能であると考える⁽⁷⁹⁾。なぜなら、これらの債務は被相続人自身が生前に負担したものであり、既に述べた葬儀・法要以上に被相続人の生と密接に関係していること、また、これらの債務は通常、比較的少額の額が確定している債務であり、債務の性質からして速やかな支払いが求められるものであること、さらに、支払いが遅れた場合には遅延損害金が発生する可能性があることに鑑みれば、これらの債務の速やかな清算は相続人の利益に資するものであるといえるからである。受任者が事務処理のために故人から預かっていた金銭がある場合にはそこから出捐をなすことができ、また債務の支払いにあたり受任者が費用を立て替えた場合には相続人に求償することができ、公平の観点からこれを相続財産に関する費用として位置づけることが可能であろう。

なお、ここでも単純承認との関係が問題となるが、基本的に葬儀・法要について述べたことと同様に考える。すなわち、未払い債務の支払いは、衡平の観点からやむを得ない事情によるものと考えることができ、相続財産から支払われた場合でも「処分」には該当せず、単純承認したことにはならないと解されよう。

3 財産処分

(1) 死後事務専一目的委任の可能性

死後事務委任契約で委任者が自分の死亡後の財産処分を受任者に委託すること、あるいは委任者の死亡によっても終了しない委任の受任者が授与された代理権を行使して財産処分を行うことは可能であろうか。この点につき、委任者の死亡後も終了しない委任契約の受任者が、委任者の死亡後に委託された財産処分を行うこと⁽⁸⁰⁾は、人の死亡後の財産処分について厳格な方式を要求してい

る遺言制度を潜脱するものであって許されないとの議論がある⁽⁸¹⁾。もっとも、死後事務として受任者に財産処分⁽⁸²⁾を委託すること（死亡後の財産の処分に故人の生前の意思を反映させること）も、それが故人の生と直接関連する場合には、一定の範囲内で、許容することができると考えられよう。

たとえば、受任者に自分が世話になった者に対する「応分の」謝金を自分の死亡後に支払うよう委託する場合、委任者は、自分が生きているときになされた世話の対価として受任者が相当と判断する額の金銭の支払いを委託する意思であろう。このとき、応分の謝金の支払いは、被相続人の生に直接関係するものと考えることができ、財産を取得する者が被相続人の生前に行った世話と委託された財産処分の間には清算的な関係があると捉えることができよう。また、相続人であれば寄与分を生じるような特別の寄与をした者に対する対価としての謝礼は、被相続人が生前に負担したものと同視することもできるであろう（904条の2参照）。同時に、この種の死亡前後の世話に要する費用や期間については、委任者が受任者に事務処理を委託するときには、委任者が死亡する正確な時点や死亡時の状況を予測することはできないことから、事前にその額を確定することは不可能である⁽⁸³⁾以上、額が確定していないことをもって契約の内容が不明確であるとするのは妥当でないと考える。このような委任においては、委任者は受任者にその額をある程度の裁量をもって判断することも含めて委託するものであり、ここには、妥当な範囲で謝金を支払ってほしいという委任者の意思をみてとることができよう。したがって、このような委託を死後事務専一目的委任として許容し、相続人からの解除を許さないとするには合理性があるものと考えられる。

（2）死後事務専一目的委任によらない財産処分

それでは、死後事務専一目的委任で可能な範囲を超える財産処分を行う方法として、どのような構成が考えられるであろうか。ここでは、特に書面によら

ない場合に、委任者の意思の中にそのような財産処分に向けられた意思を読みとることができるか（当事者の意思解釈）が問題となる。ただし、当事者の意思から導き出される事務処理が実際に許容されるためには、遺言制度の潜脱とならないことが求められる。そこで、ドイツの学説で主張されているように、委任者（代理人）には相続人の意向を打診する必要がある、相続人は場合によっては委任関係（代理関係）を解除して終了させることができるとするので、相続法秩序に配慮することが考えられよう⁽⁸⁴⁾。ここでは、財産処分は遺言によってしかなし得ない行為ではないので、相続法秩序との関係で一律にこれを許容できないとする必要はないであろう。ただし、受任者は委任者の地位を承継した相続人に対して善管注意義務（644条）を負っていることから、受任者が死後事務専一目的委任で許容される限度を超える財産処分を行おうとする場合には、受任者には委任事務の遂行にあたり相続人の同意を得る必要があるものとする。ここでは、財産処分のための方法として、負担付贈与や死因贈与を用いることが考えられる。順にみていくことにする。

①負担付贈与

葬儀や法要といった死後事務を委託し、受任者に財産を贈与する構成や、第三者への財産処分を負担として、受贈者に財産を贈与する構成が考えられる。この場合、死後事務が贈与の付款となり、贈与が事務処理の費用・報酬となっている。負担の履行は贈与者の生前になされなくてはならないものではなく、またこの構成では贈与されたものの返還の問題が生じない。ただし、書面にせず、生前に履行していない負担付贈与については、贈与者の地位を承継した相続人が、これを撤回することができる（553条による550条の準用）。

負担付贈与で、贈与者の死亡後に履行されることが予定されていた負担を、受贈者が履行しない場合には、贈与が先履行で、しかも既に生前に履行されているケースでは贈与者自身も撤回できないことから問題が生じる。負担の内容

が未払い債務の支払いなどであれば、贈与者の地位を承継した相続人が負担の履行を強制できるとすることも可能であろう。しかし、法要や世話が負担となっているケースでは、履行を強制することは実際上困難であろうし、妥当な解決になるとは思われない。ただし、受贈者による負担の不履行が生ずるおそれは、当該負担の履行が生前か死後かの区別なく一般に存在するのであり、このことのみをもって負担付贈与と構成を否定する理由とはならないであろう。負担の不履行に対しては忘恩行為を理由とする贈与の解除、信義則に基づく返還請求が認められるべきと考える。

ここで、負担付贈与では負担は当然の前提として贈与の価値を下回らなければならないとされていることから⁽⁸⁵⁾、負担の内容によっては負担の価値が贈与の価値を上回ってしまう可能性があり、この場合をどう考えるかも問題となる。この点につき、負担の価値が無償処分の価値を超えないことは負担付贈与の当然の性質であると考えられる。したがって、受贈者による第三者（この場合の第三者としては贈与者が生前は自ら世話をしていた家族などが想定される）の世話が負担の内容となっているような場合には、贈与を履行してから被世話人の死亡までの時間が長くなると、費用・報酬に充てるべき財産がなくなってしまうが、受贈者は贈与の目的の価額を超えない限度で負担を履行すれば足りると解されよう⁽⁸⁶⁾。

さらに、負担付贈与で、書面にして、贈与の履行期を死亡時とすることも考えられ、この場合には相続人による撤回は原則として認められない（もっとも、原則として贈与者本人も撤回できない）。この構成では、贈与者は死亡時まで贈与対象物を自ら利用することが可能である。ただし、贈与者の死亡後に、相続人との間でトラブルが生じる可能性は否めない。

②死因贈与

委任者が世話になった者への謝礼としての財産処分を死因贈与の方式で行う

ことを受任者に委託する構成が考えられる。死因贈与は、贈与者と受贈者の合意に基づく契約であり、その効力が贈与者の死亡を条件として生ずるものである。したがって、民法 554 条は死因贈与につき、「遺贈に関する規定を準用する」と規定しているが、遺贈が単独行為であることに由来する規定は準用されないと解されている⁽⁸⁷⁾。そこで、死因贈与については、遺贈に関する厳格な方式は必要なく、ただ書面によらない死因贈与の場合には当事者がこれを取り消すことができるに過ぎないと考えられる。

死因贈与の場合には、遺贈とは異なり、贈与者が生きている契約成立の時点で、受贈者の条件付権利は既に確定して（財産は処分されて）いる状態であるといえる。もっとも、負担付死因贈与⁽⁸⁸⁾がなされて死因贈与の効力が発生したにもかかわらず、受贈者が負担を履行しない場合には、負担と死因贈与の間に相関関係が認められる限りで、民法 1027 条を準用して、死因贈与を取り消すことが可能であると解されよう⁽⁸⁹⁾。なお、死亡後の事務処理を負担として死因贈与を行う場合、死因贈与は契約であるため、一方的に放棄してその義務を免れることはできない⁽⁹⁰⁾。

ここで、負担付死因贈与を書面で行った場合に、その死因贈与を取り消せるか、すなわち死因贈与に遺贈の規定がどこまで準用されるかが問題となる。この点に関しては、死因贈与は贈与者の死亡によって贈与の効力が生ずるものであるが、かかる贈与者の死亡後の財産処分については、遺贈と同様、贈与者の最終意思を尊重し、これによって決するのが相当であると考えられる。よって、民法 1022 条がその方式に関する部分を除いて準用される（したがって書面によるものも原則として撤回可能⁽⁹¹⁾〔大判昭和 16・11・15 法学 11 巻 616 頁、最判昭和 47・5・25 民集 26 巻 4 号 805 頁など〕）と解することができよう。このように解すると死亡の時点までは死因贈与を撤回し、依頼内容を変更することが可能となる。ただし、負担付死因贈与で負担が先履行の場合には、通常の死因贈与でも発生している受贈者の期待権を保護する必要が特に高いことから、負担と対価的な意味

合いをもつ限度では撤回することができないと解すべきであろう。

なお、死因贈与の構成をとって財産処分を委託する場合には、厳格な方式を要求する遺言の潜脱となる可能性がある。しかし、ここでは、財産処分は遺言によらなければならない行為には該当しないことから、例外的に被相続人の意思を優先することが許容される場面もあると考えられる。すなわち、受任者による財産処分は、委任事務の内容が明確で、生前の世話等に対する相当な対価であると考えられる場合に限り許容されると解する。なぜなら、受任者が相続人であれば寄与分を生じさせるような行為をしていたときの、相当な対価としての謝礼は、被相続人自身が生前に負担していたものと同視することができるからである。そして、この生前行為の対価に相当すると位置づけられる範囲を超える財産処分については、受任者は相続人の同意を得る必要があるものとする。

4 残余金の帰属

故人が死亡後の事務処理のため生前に受任者に預金通帳と印鑑を交付するなど前払い金（預託金）がある場合には、事務処理ないし負担履行後の残余金が誰に帰属するのかが問題となる。これは結局、その点に関する当事者の意思解釈—すなわち残余金を受任者に帰属させる意思であったと認められるか否か—や前払い金の用途・目的などに鑑みて、これを判断せざるを得まい⁽⁹²⁾。ただし、委任と解しても、委任の前払い費用について事務処理後に残余金があり、それを（贈与もしくは委任の報酬として）受任者に帰属させるとの合意を認定することができれば、受任者の返還義務を否定できる可能性があるであろう。

この点に関連して平成4年最判の差戻し審は、当該事案での委任者の死亡後も存続する委任の前払い金が余ることは予定されていなかったと認められること、かつ契約が継続中で受任者には保管権限があることを理由に、相続人からの残余金の返還請求を認めなかった⁽⁹³⁾。ここでは、受任者の保管金がそれほど高額でなかった点も考慮要素として重視されたと思われる。他方、後掲の平成

22年高松高判は、委任者が自己名義の通帳および印鑑を交付して受任者に死後事務として自己の葬儀や病気の子の世話を委託し、その後受任者が当該預金の払戻しを受け葬儀代その他の名目で費消したところ、相続人が委任契約は終了しており受任者は無権限で払い戻しを受けたとして損害賠償等を請求した事案で、委任者の死亡後も委任されていたことが認められる事務処理費用および事務管理の成立する限度での事務費（葬儀費用、公租公課、病院関係費、家屋修理費用等）を控除した残額の返金を命じる判断を示した（高松高判平成22・8・30判時2106号52頁⁹⁴）。以下、「平成22年高松高判」とする）。すなわち、この判決は、受任者が死後事務委任契約の内容とされた病気の子の世話など、委託された事務処理を完了していた（子が死亡しその葬儀も終了した）ので、委任者の地位を承継した相続人による損害賠償請求につき、事務処理費用その他を控除した残額836万余円の返還を命じたものである。なお、本件では、受任者の保管金が、委任の事務処理費用やその報酬と通常考えられないほどに高額であったことも考慮されたとと思われる。

ところで、平成22年高松高判の原審（松山地判平成21・2・20判時2106号61頁）は、委任者が受任者に通帳を交付する際の経緯から委任者の合理的な意思を推認し、委任者は自分が死亡した後の一切の事務処理と委任者の子の世話を依頼し、その費用として委任者名義・子名義の預金を贈与したものと判断している（結論として相続人の損害賠償請求を否定した）。これに対し、平成22年高松高判は、受任者が主張し、原審が採用した負担付贈与構成を否定する根拠として、受任者よりも世話を受ける委任者が子が生きすぎる可能性が高かったことを挙げ、負担付贈与を受けたとの受任者の主張は採用できないとした。しかし、委任者の意思としては、受任者に、その可能な範囲で（受任者の生存中、受任者のできる範囲でという趣旨で）子の世話を委託したものと推認すべきであろう（もっとも、さらにこれを超えて、受任者の死後も子の生存に対応できるよう、受任者に子の世話を引き受ける新たな〔次の〕受任者を選任させることまで委任者が意図したかは判然とし

ないが)。

V むすび

1 本稿の要約

本稿をまとめておこう。日本法は、委任者の死亡後も存続する委任契約の可能性を認めている。学説・判例は、民法 653 条 1 号を任意規定と解し、明示の特約がなくても、委任事務の内容や性質などから、委任者が死亡しても委任契約が存続するものとして取り扱うべき場合を広く認めている。そしてこのような委任契約の委任者が死亡した場合、委任者の地位は相続人に承継されると解されることから、相続人が当該委任契約を解除できるのかが問題となり、相続人の解除権を制限するための議論が展開されてきた。多数見解は相続人が解除することができない場合があることを認めるが、そこで想定されていた委任は、もっぱら委任者生存中の事務処理を予定していたものであった。このような委任では、相続人を拘束することが適切でないと考えられる事情の有無を検討することで足りたが、近年、死亡前後の事務処理を他人に委託したい、あるいは委託せざるを得ない人が締結するところの、従来とは異なるもっぱら委任者の死亡後の事務処理を委託する委任契約（死後事務委任契約）に対するニーズが高まり、新たな考慮が必要になってきている。

こうした委任契約の効力につき、平成 4 年最判は、委任者の死亡によっても契約を終了させない旨の合意を認定し、それを根拠に委任契約が終了しないという判断を示した。平成 4 年最判の事案は、委任者の死亡後の事務処理が契約の主たる内容とされている点で、従来論じられてきた事案とは異なるものであり、この平成 4 年最判を嚆矢として、死後事務（または死後事務専一目的）委任契約を承認する裁判例が散見されるようになった（平成 21 年東京高判など）。そ

して、平成4年最判も、またその後の裁判例も、民法653条1号を任意規定と解し、これとは異なる当事者の合意に委任者の死亡後も委任契約が存続することの根拠を求めている。

これらの裁判例に対する学説の反応としては、結論の妥当性を強調するものが多いが、その論理構成は曖昧なように思われる。他方、実務においては、こうしたニーズの高まりに対応して死後事務委任契約の効力を認めるべきとする傾向が強いが、その理論的根拠は現段階では不明確であり、これを何らの限定も付さずに認めると、実際には相続人の利益を害しかねない事態も生ずるであろう。ここでの問題の核心は、故人の意思の尊重と相続人の利益とのバランスをいかにとるかであり、この点に関しては、ドイツ法の議論が有益な示唆を提供した。すなわちドイツ法では、故人の意思を尊重して本人の死亡後も存続する代理及び死因代理を認めるが、相続人の利益に配慮してその撤回権を広く認めることにより、両者の釣り合いをとろうとしている点が参考になった。

そこで、委任者の死亡後も存続し、かつ相続人を拘束する委任契約（死後事務専一目的委任契約）の可能性とその限界を検討することにより、委任者死亡後の事務処理に故人の意思を反映させるための方策を模索した。その結果、委託された事務処理が、故人の生（およびその結果としての死）と直接に関係すると同時に、一定の範囲内にある限りで、受任者も、また相続人も原則として解除することができない死後事務委任契約として承認することができるのではないかと考えるに至った。一定の範囲内にあるといえるためには、まず委託された事務処理の内容が特定されていること、その実現が故人の生前の社会的地位や相続財産に照らして相当であること、かつ当該事務処理が委任者の死亡後比較的短時間で終了するものであることなどが求められよう。次に、受任者による事務処理の遂行が相続人にとって過大な負担となったり相続人の利益を不当に害したりしないことが求められよう。具体的には、葬儀、法要・供養などは、死後事務専一目的委任契約の内容として、委託することが可能である。他方、

受任者に財産処分を行うよう委託することは、原則として許されない。ただし、委託された財産処分が被相続人の死と直接関係し、かつ委任事務の内容が明確で、生前の世話に対する相当な対価であると考えられるような場合には、それを死後事務専一目的委任として例外的に許容すべきであろう。なぜなら、相続人であれば寄与分を生じるような特別の寄与をした者に対する対価としての謝礼は、被相続人が生前に負担したものと同視できるからである。これに対して、許容される範囲を超えるこれ以外の財産処分にあつては、受任者は相続人の同意を得る必要がある。このように考えることで、相続法秩序、ひいては遺留分制度との調整も可能となり、相続人を不当に拘束することなく故人の意思を尊重することができよう。

なお、現在、委任の終了事由について、法制審議会民法（債権法）改正部会において、改正法案が検討されており、同部会の審議の動向が注目される⁽⁹⁵⁾。

2 残された課題

最後に、本稿の考察からは明らかにされなかった問題点を指摘しておこう。

本稿では、死後の事務についての委任があった場合に、それを委任（死後事務委任）として捉え、故人の意思を死後事務に反映させるための法律関係を検討してきた。この死後事務委任契約は、委任者と受任者の間の契約であり、その内容を委任者の希望に添って取り決めておくことができる。もっとも、委任契約は諾成契約であり、特別な方式は要求されていない。そのため、特に口頭で死後事務委任契約が締結された場合などでは、故人の意思を確かめることが困難であることもあり、相続人との間で争いが生じる可能性が大きい。しかも、死期の迫った高齢者が知人とのコミュニケーションの中で死後のことについて依頼したという場合に、そもそも死後の事務処理のみを委託したものであるのか、あるいは委任者の死亡後も存続する委任契約であるのかは、結局のところ当事者の意思解釈の問題に帰着する。さらに、委任者の地位が相続人に承継さ

れることから、相続法秩序との関係が問題となるなど、故人の意思を実現するためには何重もの障碍を乗り越えなくてはならない。ここでは、故人の意思が実現されない可能性を拭い去ることはできない。ここに死後事務委任契約の限界があるといえよう。そこで、死後事務専一目的委任により委任者の意思を実現することも可能であると考え、委任者の死亡後に相続人（委任契約の存在すら知らない可能性もある）との間で争いが生じた場合などでは、やはり委任者の死亡後にその意思が確実に実現されるとは言い難い面もあろう。また、事務処理のための費用をあらかじめ受任者に預けておいた（預託金）としても、受任者がそれを他に流用してしまったり、受任者の債権者がそこに強制執行をかけようとする場合にそれを妨げることにはできないというリスクもある。これらは、いずれも、死後事務（ないし専一目的）委任契約の実効性にとり問題となり得るものであるが、本稿では、検討をなし得なかった。

なお、最後に、本稿で採り上げた問題（死後の事務処理）に対して、委任によるアプローチとは別のアプローチの可能性についても、言及しておこう。すなわち、委任によるアプローチの問題点を克服すると共に、故人の意思を確実に実現するための手段として、死後事務につき信託制度の利用というアプローチもあり得よう。たとえば、委任者と受任者⁽⁹⁶⁾の間で信託契約を締結し、葬儀・法要等の「死後の事務を処理するための信託」を設定することなどが考えられる⁽⁹⁷⁾。また、本稿が問題としている故人の意思解釈との関係では、故人の依頼の中に信託の設定に向けられた意思を読みとることができるかが問題となるであろうが、この点に関しては、故人の死後事務を処理するための預託金がある場合に、当事者間に信託の設定に向けられた明示の意思表示がなくても、信託が成立する可能性があるようにも思われる（最判平成14・1・17民集56巻1号20頁〔公共工事の前払い金保証制度に関する事案〕、最判平成15・2・21民集57巻2号1頁〔損害保険代理店の保険料専用口座の帰属が争われた事案〕、最判平成15・6・12民集57巻6号1頁〔弁護士の前払い金口座の帰属が争われた事案〕などを参照）。

そして、仮に信託が成立するとすれば、信託の受託者には、信託の本旨に従って信託事務を処理する義務（信託法 29 条 1 項、信託業法 28 条 2 項。なお、この義務については、特約により、合理的な範囲でその程度を軽減することが許されている〔信託法 29 条 2 項〕）のほかに、善管注意義務、忠実義務、分別管理義務、報告義務・帳簿作成義務など（信託法 29 条 2 項、31 条、34 条、36 条、37 条・38 条）が課されることになるので、信託財産流用のリスクは大幅に減じられるであろう。また、信託財産は受託者の財産から隔離され⁽⁹⁸⁾、受託者の債権者がこれに強制執行することは禁止されるなどの倒産隔離機能もある（信託法 23 条 1 項）。さらに、信託終了に際しても、清算手続が行われ（信託法 175 条）、残余財産は、信託行為において指定された者がいる場合にはその者に（信託法 182 条 1 項）、指定がない場合には委託者の相続人に帰属することとなる（信託法 182 条 2 項）。こうした諸点からは、本稿で取り上げた問題について、信託制度の利用によって、これを解決する可能性があることも付言しておこう⁽⁹⁹⁾。

いずれにしても、委任アプローチによる問題の克服と共に、あわせて、信託アプローチによる可能性の模索を今後の検討課題とすることとして、ひとまず本稿を閉じることとする。

注

- (1) ただし、利用者の死亡によって任意後見契約は終了し、後見人の地位と権限は原則として消滅する（任意後見契約に本人の死亡後もなお任意後見契約が存続する旨の特約を付したとしても無効となる）ことから、利用者死亡後の事務を任意後見契約の内容とすることはできない。これらの問題については、拙稿「成年後見制度の現状と課題の検討－死後の事務委任契約の発展可能性を中心に」月刊登記情報 52 巻 1 号 9 頁（2012 年）を参照されたい。
- (2) 特に、委任者が死亡しても委任契約が終了しない旨の特約が可能であることは、立法当初から認められてきた（梅謙次郎『民法要義卷之三債権編〔復刻版〕』757 頁〔有斐閣、1984 年〕、我妻榮『債権各論 中巻二』694 頁以下〔岩波書店、1962 年〕、幾代通＝広中俊雄編『新版 注釈民法（16）』283 頁以下〔明石三郎〕〔有斐閣、1989 年〕、広中俊雄『債

死後の事務における故人の意思の尊重と相続法秩序

権各論講義〔第6版〕294頁以下〔有斐閣、1994年〕など。なお、後述Ⅲ1(1)も参照。

- (3) BGB673条1文 委任は、疑わしい場合には受任者の死亡によって終了する。
- (4) 代表的なものとして、Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1959/60, Tübingen, § 186 V 5; Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955, Tübingen, S. 318 f.; MünchKomm/Schramm, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl. 2012, München, § 168 Rn. 17; Staudinger/Eberhard Schilken, Staudingers Kommentar zum BGB und dem Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Aufl. 1995, Berlin, § 168 Rn. 31; Staudinger/Wittmann, Staudingers Kommentar zum BGB und dem Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Aufl. 1991, Berlin, § 672 Rn. 12, 21 などがある。
- (5) RGZ 88, 345; 106, 185; Staudinger/Schilken, a.a.O., § 168 Rn. 31
- (6) Staudinger/Schilken, a.a.O., § 168 Rn. 28 など。
- (7) 代表的なものとして、Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, Springer, Rn. § 51 5がある。なお、Flumeは、受任者が相続人の意思を確認しなかった場合、代理権の濫用になるとする。
- (8) 代表的なものとして、Soegel/Leptien, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl. 1987, § 168 Rn. 32がある。
- (9) BGH NJW1969, 1245
- (10) Staudinger/Schilken, a.a.O., § 168 Rn. 34
- (11) RGZ 114, 351; MünchKomm/Schramm, a.a.O., § 168 Rn. 23; Soegel/Leptien, a.a.O., § 168 Rn. 31; Staudinger/Dilcher, a.a.O., § 168 Rn. 29 など多数。なお、Müller-Freienfels, a.a.O. Rn. 320; Heldrich, a.a.O. は反対。
- (12) Müller-Freienfels, a.a.O., S. 321
- (13) RGZ 114, 351; BGH NJW 1962, 1718; Enneccerus/Nipperdey, a.a.O., § 186 V3; MünchKomm/Schramm, a.a.O., § 168 Rn. 32; Soegel/Leptien, a.a.O., § 168 Rn. 31; Staudinger/Wittmann, a.a.O., § 672 Rn. 6; Staudinger/Schilken, a.a.O., § 168 Rn. 29
- (14) 死後も存続する代理権と死因代理権の違いは、その始まるの時点(死亡時に既に発効しているか、死亡時にはじめて発効するか)にしかない。そのため、両者を特に区別せずに論じることが多い。
- (15) RG 114, 354; BGH NJW 962, 1718; 1969, 1245; 1987, 840; MünchKomm/Schramm, a.a.O., § 168 Rn. 23; Soegel/Leptien, a.a.O., § 168 Rn. 31; Staudinger/Schilken, a.a.O., § 168 Rn. 29 など。なお、Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955, S. 322 は反対。
- (16) Heldrich, Die Geltung der Vollmacht nach dem Tod des Vollmachtgebers, Jeh-

rings Jahrbücher, 79. Band(1828/29), 315ff. なお、Heldrich は、本人の死亡後も代理権が存続する場合を、基礎的法律関係と結合している有因代理権 (kausale Vollmacht) に限って例外的に認めている。

- (17) Müller-Freienfels, a.a.O., S. 318
- (18) MünchKomm/Schramm, a.a.O., § 168 Rn. 30; MünchKomm/Zimmermann, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl. 2010, München, Vor § 2197; Staudinger/Schilken, a.a.O., § 168 Rn. 34 など。
- (19) RGZ 114, 351; MünchKomm/Schramm, a.a.O., § 168 Rn. 23; Soegel/Leptien, a.a.O., § 168 Rn. 31; Staudinger/Dilcher, a.a.O., § 168 Rn. 29 など多数。なお、Müller-Freienfel, a.a.O., Rn. 320; Heldrich, a.a.O. は反対。
- (20) 被相続人は生前も自己の財産の範囲の範囲内でしか代理権を付与できなかったものであり、それが相続財産となるのだから、当然に相続財産の範囲に制限される。なお、相続人の固有財産については、有効な代理権を付与できるのは被相続人でなく、相続人だけである。
- (21) Müller-Freienfels, a.a.O., Rn. 318f.; Soegel/Leptien, a.a.O., § 168 S. 31
- (22) Flume, a.a.O., S. 876ff.
- (23) BGH NJW 1969, 1245. なお、Flume, a.a.O. は反対。
- (24) ただし、被相続人が特定の行為の代理権を授与していた場合には、撤回を禁じる趣旨であると解する学説が多い。代表的なものとして、Lorz, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 2002, S. 496 がある。
- (25) Staudinger/Schilken, a.a.O., 14. Aufl. 2009, § 168, Rn. 35
- (26) 撤回不可能な代理権は BGB168 条 2 文により例外であり、特別な合意が必要となる。
- (27) Jauernig/ Stürner, Bürgerliches Gesetzbuch, 13 Aufl. 2009, Müuchen, Vor § 2197 Rn. 2
- (28) Staudinger/Kanzleiter, a.a.O., § 2301 Rn. 44
- (29) BGH WM 1969,1009; 1985,647; Soegel/Leptien, a.a.O., § 168 Rn. 26, Staudinger/Dilcher, a.a.O., § 168 Rn. 35; Staudinger/Schilken, a.a.O., § 168 Rn. 14; Münch-Komm/Schramm, a.a.O. § 168 Rn. 33, 39 を参照。
- (30) Staudinger/Kanzleiter, a.a.O., § 2301 Rn. 3f;
- (31) Staudinger/Kanzleiter, a.a.O., § 2301 Rn. 23
- (32) 遺言と終意処分は BGB 上多くの箇所と同じ意味で用いられているが、遺言中の個々の定めを終意処分としている場合もある。
- (33) OLG Köln NJW 50, 702
- (34) 特に、相続契約による相続人指定又は遺贈と同時に合意された終身定期金など

死後の事務における故人の意思の尊重と相続法秩序

を伴う有償の相続契約が重要である。契約被相続人は、終身定期金などの確実な履行を確保でき、契約相続人・受遺者では現実に相続するときの相続財産を確保することができる。さらに、任意解約権を留保しておくことも可能である。

- (35) BGB1941条(1) 被相続人は、契約によって相続人を指定し、並びに遺贈および負担を定めることができる。
- (2) 契約の相手方又は第三者は、相続人(契約相続人)又は受遺者となることができる。
- (36) 火葬法は、連邦16州のうち、バーデン＝ヴェルテンベルグ州、バイエルン州、ベルリン州、ブレーメン州、ハンブルク州、メクレンブルク＝フォアポンメルン州、ノルトライン＝ヴェストファーレン州、ラインラント＝プファルツ州、ザクセン州では廃止されており、その場合には各州の州法による。埋葬義務者の範囲(孫や養子をも含むか、世話人を含むか)などにつき若干の違いはあるが、すべてにおいて埋葬義務者の順位付けが行われている。
- (37) 火葬法2条(4) 同じ位置づけの親族間で意見がまとまらない場合には、埋葬許可を出すべき警察署がその事案の諸事情を考慮して、その決定をしなくてはならない。
- (38) 太田武男＝佐藤義彦編『注釈ドイツ相続法』179頁〔松倉耕作〕(三省堂、1989年)
- (39) BGB1978条(1) 遺産管理が命じられ、又は遺産破産が開始したときは、相続人は、従前の遺産管理につき、相続の承認の時から受任者として遺産を管理する場合と同様に、遺産債権者に対して責任を負う。相続の承認前に相続人が処理した相続財産に関する事務については、事務管理に関する規定を準用する。
- (2) 第1項により遺産債権者が取得する請求権は、遺産に属するものとみなす。
- (3) 費用は、相続人が委任又は事務管理に関する規定に基づき請求することができる限度で、相続人に遺産から償還されなくてはならない。
- (40) 前掲注(39)参照。
- (41) BGB130条(2) 表意者が発信の後死亡した又は行為無能力となった場合でも、意思表示の有効性には影響はない。
- (42) BGB153条 契約の成立は、申込者の別の意思が受領されない限りは、申込者が承諾の前に死亡または行為無能力となったことにより妨げられない。
- (43) MünchKomm/Schramm, a.a.O., § 168 Rn. 32; Soegel/Leptien, a.a.O., § 168 Rn. 30; Staudinger/Schilken, a.a.O., § 168 Rn. 32など。これに反対するのが、Flume・前掲注(7)で、受任者の相続人に対する義務創設の時点の問題とし、被相続人の死後に受任者が行う贈与は、受任者が被相続人ではなく相続人を代理している以上、被相続人の贈与ではなく相続人の贈与となり、相続人の意思と合致するもの以外を行うことができない(同意なく行った場合は代理権の濫用となる)とする。

- (44) Medicus, Bürgerliches Recht, 20. Aufl. 2004, Rn. 399
- (45) BGH NJW 1962, 1718; 1969, 1245; BGHZ 87, 19 など。
- (46) Staudinger/Schilken, a.a.O., § 168 Rn.30
- (47) RGZ 114, 351; MünchKomm/Schramm, a.a.O., § 168 Rn. 32
- (48) BGB331 条 (1) 契約により第三者への死後給付を約束した場合、その第三者は疑わしいときには要約者の死亡の時点で給付請求権を取得する。
- (49) BGH NJW 1975, 383
- (50) BGHZ 41, 95; 46, 198; Kroiß-Ann-Mazer/Müßig, Nomos Kommentar BGB, 3. Aufl. 2010, Baden-Baden, § 2301 Rn.71; Jauernig/Stürner, a.a.O., § 2301 Rn. 5
- (51) MünchKomm/Musielak, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl. 2010, München, § 2301 Rn. 32; Staudinger/Kanzleiter, a.a.O., § 2301 Rn. 42
- (52) BGH NJW 1975, 382; MünchKomm/Musielak, a.a.O., § 2301 Rn. 32; NK-BGB/Müßig, a.a.O., § 2301 Rn. 76 など。
- (53) Müller-Freienfels, a.a.O., S. 321
- (54) MünchKomm/Musielak, a.a.O., § 2301 Rn. 1, 32; MünchKomm/Schramm, a.a.O., § 168 Rn. 32; Soegel/Leptien, a.a.O., § 168 Rn. 30 ; Staudinger/Schilken, a.a.O., § 168 Rn. 32 など。
- (55) 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 4 法典調査会民法議事速記録四』671 頁以下 (商事法務研究会、1984 年)。特に 671 頁上段からの富井発言および 672 頁下段からの梅発言を参照。
- (56) 梅・前掲注 (2) 757 頁、我妻・前掲注 (2) 694 頁以下、幾代通 = 広中編・前掲注 (2) 283 頁以下 [明石]、広中・前掲注 (2) 294 頁以下など。
- (57) 浅生重機「判批」金法 1394 号 63 頁、中田裕康「判批」金法 1384 号 6 頁 (以上 1994 年)、力丸祥子「判批」新報 101 卷 11 = 12 号 181 頁 (1995 年)、中田裕康『継続的取引の研究』349 頁 (有斐閣、2000 年)。
- (58) 我妻・前掲注 (2) 695 頁、幾代通編『注釈民法 (16)』212 頁以下 [明石三郎] (有斐閣、1967 年)、幾代 = 広中編・前掲注 (2) 294 頁 [中川高男]、広中俊雄『債権各論講義 [第 6 版]』286 頁以下 (有斐閣、1994 年)、山本敬三『民法講義Ⅳ - 1 契約』738 頁 (有斐閣、2005 年)、平野裕之『契約法 民法総合 5 [第 3 版]』648 頁 (信山社、2007 年)、能見善久 = 加藤新太郎編『論点体系 判例民法 6 契約Ⅱ』100 頁 [後藤巻則] (第一法規、2009 年)、内田貴『民法Ⅱ [第 3 版]』299 頁 (東京大学出版会、2011 年) など。
- (59) 大判明治 42・4・13 民録 15 輯 342 頁 (株券記名者が名義書換手続を委託する趣旨で白紙委任状を添付した株券が輾転流通した事案で、委任状記名者 [株券記名者] の死亡が輾転流通を妨げる事由とはならないことは一般の習慣であり、名義書換義務負担の意思表示

死後の事務における故人の意思の尊重と相続法秩序

が表意者の死亡によってその効力を失うことはないとした)

- (60) 大判昭和5・5・15新聞3127号13頁(父親が生後間もない婚外子の養育を受任者に委託し養育費を取り決めて支払っていたが、取り決め後の7ヶ月後に委任者が死亡した事案で、受任者が幼児を養育する限り委任者の死亡によっても委託関係が終了しないという特約があると認めるのが相当であり、委託関係は終了しないとした)
- (61) 最判昭和28・4・23民集7巻4号396頁(応召出征する際に後事一切を父に託した本人が戦死し、そのことが代理人の行為後に判明した事案で、本人死亡後の代理人の行為を有効と判断する前提として、111条1項1号は反対の合意の効力を否定する趣旨ではないとした)、最判昭和31・6・1民集10巻6号612頁(応召出征に際し後事一切を祖母と妻に託した本人が戦死し、そのことが代理人の行為後に判明した事案で、本人死亡後の代理人の行為を有効と判断する前提として、111条1項1号に反対の合意の効力を認めて代理権が消滅しないとした)など。
- (62) これらの見解は、委任者が死亡した後の財産については、その法律関係が相続法で規律されることを根拠としていえると考えられる(882条、896条参照)。
- (63) 未成年後見人または未成年後見監督人の指定(839条・848条)、相続分の指定または指定の委託(902条)、遺産分割方法の指定または指定の委託(908条)、遺産分割の禁止(908条)、相続人相互の担保責任の指定(914条)、遺言執行者の指定または指定の委託(1006条)、遺贈減殺方法の指定(1034条ただし書)。
- (64) 新井誠『財産管理制度と民法・信託法』116頁(有斐閣、1990年)。
- (65) ここでは、超高齢社会では、相続人の年齢も上がり、相続が有している扶養機能が弱まっていることにも注目すべきであると考えられる。
- (66) 金山直樹「判批」判タ852号68頁(1994年)参照。
- (67) 三宅正男『契約法(各論)下巻』1020頁(青林書院、1988年)。
- (68) この判決に関する主な評釈として、秦光昭「銀行取引における委任と取引の終了」手形研究485号6頁、石井真司=伊藤進=上野隆司「鼎談・自己の死後の事務を含めた法律行為の委任と委任者の死亡」手形研究485号34頁、西尾信一「判批」手形研究482号74頁、松本崇「判批」金法1366号4頁(以上1993年)、淺生・前掲注(57)60頁、岡孝「委任者死亡後の委任契約の効力」判タ831号36頁、金山・前掲注(66)66頁、河内宏「判批」リマークス9号58頁、円谷峻「判批」NBL539号53頁、中田・前掲注(57)判批6頁(以上1994年)、力丸・前掲注(57)181頁、後藤巻則「判批」別冊ジュリ137号148頁(1996年)、中田・前掲注(57)継続的取引342頁、後藤巻則「判批」別冊ジュリ160号146頁(2001年)、藤原正則「死後委任事務の判例と成年後見への応用の可能性」実践成年後見10号18頁(2004年)、後藤巻則「判批」『民法判例百選Ⅱ〔第5版〕』別冊ジュリ176号146頁(2005年)、石川美明「判批」大東ロージャーナル6号81頁(2010年)、松川正

死後の事務における故人の意思の尊重と相続法秩序

- 毅「判批」『成年後見における死後の事務』2頁（日本加除出版、2011年）がある。
- (69) 淺生・前掲注(57)63頁、中田・前掲注(57)金法9頁以下、力丸・前掲注(57)187頁以下、中田・前掲注(57)継続的取引349頁。
- (70) 力丸・前掲注(57)195頁参照。
- (71) 東京高判平成11・12・21判タ1037号175頁（被相続人が生前に、被相続人名義の預金を本人及び母親の生活費や療養費並びに家産の維持や祭祀のために使用することを条件として、その管理を母や姉妹に委託して死亡したところ、死亡した被相続人と交流がなかった相続人が、被相続人名義の預金を払い戻した姉妹に対して不法行為に基づく損害賠償を請求した事案で、当該委任は、死後も継続して同種の事務を処理するよう委託したものと認められるのが相当であると判断し、委任の趣旨に従った払戻し並びに費消は、何ら不法行為を構成するものではないとした）、東京高判平成21・12・21判時2073号32頁（本文後述の平成21年東京高判）など。
- (72) この判決に関する主な評釈として、冷水登紀代「死後事務委任契約における祭祀主宰者の解除権」月報司法書士465号60頁（2010年）、松川「判批」前掲注(68)7頁、吉政知広「死後の事務の委任契約と解除の可否」リマークス42号22頁（2011年）がある。
- (73) 伊藤昌司『相続法』210頁（有斐閣、2002年）、松川正毅「成年後見の終了一委任契約と法定代理」実践成年後見38号9頁（2011年）。
- (74) なお、葬儀費用については喪主の負担とみる考え方もあり、判例も分かれているが、相続財産に関する費用とみるのが多数説であるように思われる。中川善之助編『註釈 相続法(上)』42頁〔於保不二雄〕（有斐閣、1954年）、我妻榮＝喙孝一『相続法』21頁（日本評論社、1966年）、中川善之助＝泉久雄『新版注釈民法(26)』135頁以下〔泉久雄〕（有斐閣、1992年）など。
- (75) 伊藤・前掲注(73)209頁以下。ただし、中川＝泉・前掲注(74)135頁は葬儀費用を喪主の負担とする。また、能見善久＝加藤新太郎編『論点体系 判例民法10 相続』12頁以下〔本山敦〕（第一法規、2009年）は、喪主の負担を原則としながら、事案に即して葬儀費用を相続財産から支出する場合があってもよいとする。
- (76) 死亡に近接する合理的期間に限る必要は、事務処理が完了しないと最終的な相続財産が確定しない点からも生ずる。金山・前掲注(66)68頁参照。
- (77) 谷口知平＝久貴忠彦『新版 注釈民法(27)』481頁以下〔川井健〕（有斐閣、1989年）。
- (78) 遺族として当然営まなくてはならない葬式費用に相続財産を支出するのは道義上必然の所為にして民法921条1号の処分に該当しないとみる。
- (79) ただし、相続財産が債務超過である場合には、相続人による相続放棄の機会など特別な考慮を要するであろう。

死後の事務における故人の意思の尊重と相続法秩序

- (80) 委任契約は諾成無方式で成立するため、死後事務委任契約を口頭で行うことも可能であることに注意が必要である。
- (81) 浜上則雄「本人の死亡後における代理権の存続」阪法 27 号 1 頁(1958 年)〔17 頁〕、岡・前掲注 (68) 41 頁、松川・前掲注 (73) 5 頁。
- (82) 財産処分は被相続人の財産 (遺産) に限って認められ、遺産以上に相続人の負担となる代理権を授与することはできないと考える (浜上・前掲注〔81〕19 頁参照)。
- (83) したがって謝金の支払いを遺言で行うことは難しいといえよう。
- (84) 岡・前掲注 (68) 41 頁参照。なお、そこでの見解と異なり本稿のように死後事務専一目的委任として一定の範囲の財産処分は許容できると考える場合には、その範囲で委任法を相続法に優先させることとなろう。
- (85) 柚木馨 = 高木多喜男編『新版 注釈民法 (14)』61 頁〔柚木馨・松川正毅〕(有斐閣、1993 年)。
- (86) 本文後掲の平成 22 年高松高判は、委任者が病気の子の世話を委託した事案で、子が受任者より長生きする可能性があったことを理由の 1 つとして負担付贈与の構成を採用しなかったが、委任者の意思としては受任者が生きている範囲で可能な世話を委託したと考えるべきではないだろうか。
- (87) 我妻榮『債権各論 中巻一』237 頁 (岩波書店、1957 年)、柚木 = 高木編・前掲注 (85) 71 頁〔柚木・松川〕など。
- (88) ここでも、負担としての事務処理が付款となり、贈与が事務処理の費用・報酬になっていると解せられよう。
- (89) 中川善之助 = 加藤永一編『新版 注釈民法 (28)〔補訂版〕』430 頁〔上野雅和〕(有斐閣、2002 年)。
- (90) 負担付遺贈は、放棄される可能性があり、その点で不確かである。
- (91) ただし、負担の履行期が贈与者の生前と定められた負担付死因贈与の受贈者が負担の全部又はこれに類する程度の履行をした場合などでは、例外的に、契約の全部又は一部を取り消すことがやむをえないと認められる特段の事情がない限り、民法 1022 条、1023 条の各規定は準用されない (最判昭和 57・4・30 民集 36 巻 4 号 763 頁参照)。
- (92) ただし、一般には委任とするより、基本的に財産の返還が問題とならない贈与とした方が、事務処理を行った者にとっては有利であるといえよう。
- (93) 力丸・前掲注 (57) 199 頁。
- (94) この判決に関する主な評釈として、青竹美佳「判批」月報司法書士 478 号 84 頁、田中壯太「判批」NBL957 号 124 頁、常岡史子「判批」リマークス 44 号 34 頁 (以上、2011 年) がある。
- (95) 検討委員会の提案は、基本的に現民法 653 条を維持するものであるが、

【3.2.10.16】〈ア〉において、当事者が委任者の死亡によっても契約を終了させない旨の反対の合意を認める要件について、二案を併記している。このうち甲案は、死後の委任を無制約に認めることが相続財産に関する相続人の利益を不当に制約することを配慮して、「委任者又は受任者の死亡。ただし、特定の事務を目的とする委任であって、委任者の死亡によっても終了しない旨の合意があったときは、この限りでない。」とただし書を加えることによって、委任者の死亡によっても契約を終了させない旨の当事者の合意に関する規律を定めようとするものである。すなわち、一般的・包括的な権限を付与する委任は認められず、委託される事務の内容があらかじめ合理的な範囲に特定されていることを求めるものであり、一定の限界を付した上で委任者の死亡によっても終了しない委任契約を正面から認めているといえよう。なお、改正提案については、民法（債権法）改正検討委員会『詳解・債権法改正の基本方針V』128頁（商事法務、2010年）を参照されたい。

- (96) 信託業法との関係で、専門職は業務として受託者になることができないため、現行法制度上、受託者としては委託者が信頼する親族等の専門職でない個人が想定される。
- (97) 委託者の葬儀・法要等については、目的信託を設定することも可能であろう。これらの場合、受託者は信託の目的の達成のために忠実義務を負う（信託法261条1項）。ただし、目的信託においては、信託の存続期間は20年を超えることができない（信託法259条）。また、法要については、寺を受託者として永代供養信託を設定することも考えられよう（新井誠『信託法〔第3版〕』295頁〔有斐閣、2008年〕）。
- (98) 信託財産は受託者に帰属している財産であるので、委託者の死亡の影響は受けない。
- (99) いわゆる「親亡き後」への対応としても、信託の利用が注目されよう。たとえば、世話を必要としている子を受託者とし、受託者に子が生存中の世話を委託する信託が考えられる。このとき、受託者が死亡した場合に備えて承継受託者を指定しておくことも可能である（信託法62条1項。指定がない場合には裁判所が新たな受託者を選任する〔信託法62条4項〕）。このような信託では、子（受益者）の世話をするという信託目的に従って、受託者は行動すべきこととなる。ただし、受託者は信託財産に関する権限や義務しか有しておらず、受託者に身上監護権はなく、また身上配慮義務もない。したがって、信託だけでは不十分なことも多い。なお、このような信託では受益者自身が受託者を監督することが困難であろうことから、特に信託財産が多額である場合には、信託監督人を指定しておくことが望ましいであろう（監督人の指定がない場合でも裁判所は利害関係人の申立てにより信託監督人を選任することができる〔信託法131条4項〕）。この問題については別稿を予定している。