



Title	遺言執行者の訴訟追行権 ーその根拠と範囲ー
Author(s)	福永, 有利; FUKUNAGA, Aritoshi
Citation	北大法学論集, 38(5-6下), 403-430
Issue Date	1988-07-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16614
Type	departmental bulletin paper
File Information	38(5-6)2_p403-430.pdf



遺言執行者の訴訟追行権

— その根拠と範囲 —

福 永 有 利

一 はじめに

遺言執行者の訴訟法上の地位については、大別して二つの問題がある。その一つは、遺言執行者が遺言の執行をなす上で訴訟を進行する必要がある場合、訴訟当事者たる地位においてなすのか、それとも代理人たる地位においてなすのかという問題（法的地位論）である。もう一つは、遺言執行者がその職務として、訴訟の進行をなしうるのは、どのような種類、内容の事件についてであるかという問題（職務範囲論）である。そして、わが国においても遺言執行者の訴訟法上の地位に関する研究は、すでにかかなりの数にのぼっているが、その多くは前者に関するものである。また、後者

についての数少ない研究のほとんどは、民法一〇一二条にいう「相続財産の管理その他遺言の執行に必要な一切の行為」というものに該当するか否かをカズイステイシユに論じたにとどまり、各個の場合を通じ、それらを基礎づける一般的な理論を構築するまでには至っていない。さらに、個々の類型的場合についての結論も一致しているわけではない。そこで、本稿では、法的地位の問題は除外し、もっぱら職務範囲の問題について検討を加えることにする。なお、前者の問題については、一応、通説、判例にしたがい、遺言執行者が自ら訴訟当事者となるものと解しておくことにする。

ところで、わが国の学説は、遺言執行者の法的地位を論ずるときには、ドイツ法を丹念に紹介、引用しつつ議論を展開するのを常とするが、その職務範囲を論ずる際には、あまりドイツ法に関心を示していないように思われる。たしかに、ドイツ法と日本法では、後述するように、遺言執行者の地位、性格についての考え方が根本的に異なり、それ故に、その職務範囲に関するドイツの議論をそのままわが国に導入することはできない。しかし、だからといってそれを研究する必要がないとはいえない。どのような事情・要件があれば当事者適格が認められるか、また遺言執行者がその職務との関係で受けた判決が、どのような場合に誰にその効力を及ぼすかといった理論については、共通するところが多いと考えられるからである。そして、事実、後述するようにドイツ法から有益な示唆が得られるように思われる。

なお、本稿のテーマについては、かつて山島正男先生から、ある本へ執筆する機会を与えていただいたことがある。ところが、その時には私の怠慢から、その好機を活すことができなかった。そこで、それ以来、先生の御退官の記念論文集には、このテーマで心がけてきた。今度は、どうか脱稿はしたが、その出来ばえについてはあまり自信がない。文字通りの拙稿ではあるが、山島先生が無事定年御退官されたことを祝し、今後益々の御健勝と御発展を念じつつ、慎しんで本稿を捧げさせていただきたい。

(1) 本稿を書くに際して、つぎに掲げる論文を参照した(以下では、頭部に付した番号で引用する)。なお、教科書類および判例批判、判例研究の中にも、大いに参考となるものがあるが、ここでの列挙は省略する。

- ① 近藤英吉「死者の権利について」、『相続法の研究』(昭七)所収。
 - ② 於保不二雄「遺言執行者の法律上の性質」(昭九)『財産管理権論序説』(昭二九)所収。
 - ③ 小野木常「第三者の訴訟追行権」訴訟法学会編『訴訟法学の諸問題』(昭一三)所収。
 - ④ 大塚勝美「遺言執行者の法律上の地位に関する一考察」(昭三五)北九州大学商学部紀要七号一頁。
 - ⑤ 拙稿「民事訴訟における「正当な当事者」に関する研究」(四)、『昭四三』関法一七卷六号六〇二頁。
 - ⑥ 有地享「第三者による遺産の管理」(一)、『昭四四』法研三五卷四号四二五頁。
 - ⑦ 鈴木重勝「代理と職務上の当事者」(昭四八)小山昇ほか編『演習民法(上)』所収(なお、同書の新版(昭六二)に補遺あり)。
 - ⑧ 中川善之助編・注釈民法(26)(昭四八)
 - ⑨ 泉久雄「遺言執行者の管理処分権」(昭四九)民研二〇二号三五頁。
 - ⑩ 木下明「遺言執行者の権限」(昭五一)奥田昌道ほか編『民法学?』所収。
 - ⑪ 奈良次郎「相続財産に関する訴訟と遺言執行者」(昭五二)司研論集五九号三六頁。
 - ⑫ 小山昇「遺言執行者の地位」(昭五四)中川追悼『現代家族法大系5』所収。
 - ⑬ 高野耕一「相続財産管理人、不在者財産管理人および遺言執行者の訴訟法上の地位」(昭五四)三ヶ月青山編『民法の争点』所収。
 - ⑭ 納谷廣美「遺言執行者の訴訟上の地位」(昭五六)法律論叢五三卷三・四号六五頁。
 - ⑮ 伊藤昌司・相続法の基礎的諸問題(昭五六)。
 - ⑯ 梅本吉彦「代理と訴訟担当との交錯」(昭五九)新堂幸司編集代表『講座民訴』第三卷所収。
 - ⑰ 竹下史郎「遺言執行者の受託者としての地位」(昭六〇)信託法研究九号九九頁。
- (2) もつとも、これについても問題がないというわけではない。たとえば、文獻②の主張する選択説とは異なる観点からの、いわゆる融通説(新堂幸司・民法訴訟一一五頁)や、わが民法典の遺言執行者がフランス法型のものであり、しかもドイツ法

にみられるような第三者を保護するための諸制度がないことを理由として、民法一〇一五条をもつと重視すべきことを説く見解(文献⑮一五九頁以下)があり、これらをどのように評価すべきかが問題となろう。

(3) 最判昭和三一・九・一八民集一〇巻九号一一六〇頁、同昭和四三・五・三一民集二巻五号一一三七頁、同昭和五一・七・一九民集三〇巻七号七〇六頁。なお、学説については、文献⑦や文献⑬など参照。

(4) 文献②はその典型である。

二 ドイツにおける遺言執行者の管理権と訴訟追行権

一 ドイツ法^①においては、遺言において別段の意思の表明がない限り、遺言執行者は、遺産債務の弁済と遺産分割を主たる任務とする清算人としての地位を有する。その点で、単に遺言条項の履行を任務として、その任務の遂行に必要な限りでのみ遺産の管理権を認められる日本法における遺言執行者とは異なり、どちらかといえば、英米法における人格代表者としての遺言執行者に近い存在といえる(文献⑧二三三頁、文献⑮一六〇頁以下参照)。このような遺言執行者の地位、性格の違いは、当然のことながら、遺産に対する権限やその職務範囲の違いとして現われてくる。すなわち、ドイツ法における遺言執行者は、被相続人が特に別段の意思を表明していない限り、全遺産につき包括的な管理処分権を有し、相続人に遺産を分配する権限を有する(下民二二〇四条～二二〇八条)。被相続人は遺言執行者に対して遺産の管理以外の他の任務を与えないで、遺産の管理のみを委託することもできる(同二二〇九条前段)。このように遺産につき包括的な管理処分権を有するときは、遺言執行者は遺産を占有し、また遺産に属する個々の財産を処分することができる。もつとも無償処分は徳義上の義務または儀礼的顧慮に適応する限度でのみこれをなしうる(同二二〇五条)。また遺言執行者は、通常の管理のために必要である限り、遺産のために債務を負担する権限があり、さらに被相

続人は、遺言執行者の債務負担についての制限をはずすこともできる(同二二〇六条、二二〇七条)。また、遺言執行者は、遺産債権者や受遺者に対して弁済をなす責務を負う。遺産の中に不動産があり、それが遺言執行者の管理に服すべきものであるときは、相続の登記の際に、遺言執行者の指名のあったことも職権で登記される(下不登法五二条)。

他方、相続人は、遺言執行者の管理に服する遺産については管理処分権を有しない(下民二二一条)。相続人は、遺言執行者に対して、その職務の執行をなすにつき明らかに必要でない遺産を自由処分のために引渡すべきことを請求することができ、この引渡しがあれば、その財産に限って遺言執行者の管理処分権が消滅する(同二二七条)。相続人の固有の債権者は、遺言執行者の管理に服する遺産に対してその権利を行使することができない(同二二四条)。なお、遺言執行者の管理処分権は、彼に与えられた任務の終了とともに消滅するのが原則であるが、被相続人がその任務の終了後もなお遺言執行者において管理を継続すべき旨を定めたときは、彼の管理処分権は一定の期間の間なお存続する(同二二〇九条後段、二二一〇条)。

二 つぎに、遺産に関する訴訟についての遺言執行者の訴訟追行権が、どのように規定されているかをみてみると、ドイツでは、法律自身も、また学説も、つぎの二つの場合に分けてこれを論じている。すなわち、遺産に属する権利で、遺言執行者の管理に服しているものを訴訟物とする訴訟(積極訴訟、Aktivprozess)と、遺産に向けられた請求権を主張する訴訟(消極訴訟、Passivprozess)とを分けて、それぞれにつき説明がなされている。

まず、ドイツ民法二二二条は、「遺言執行者ノ管理ニ属スル権利ハ遺言執行者ニ於テノミ裁判上之ヲ行使スルコトヲ得。」と規定しており、これは、遺言執行者に認められた排他的な管理処分権の効果として、積極訴訟につき彼に当事者適格を認めたものと解されている(M §2212 Ann. 3, S-S §2212 Ann. 1)。それ故、積極訴訟において遺言執行者が受けた判決は、相続人に対し有利・不利を問わず既判力を及ぼし(下民訴三二七条一項)、また執行力も及ぶ(同七二八条

説
論
二項)。遺言執行者は、遺産の管理上必要な場合には、自分への給付を請求しうる (M §2212 Ann. 12, S-S § 2212 Ann. 1, St §2212 Ann. 3)。訴訟物が、遺産に属し、かつ、遺言執行者の管理に服する権利であるときは、第三者によって提起された消極的確認訴訟についても、遺言執行者が被告適格を有する (S-S §2212 Ann. 6, S-J § 329 II 1)。遺言執行者は、相続回復請求権や遺言者自身の相続権を裁判上主張することもできる (S-S § 2212 Ann. 6, St § 2212 Ann. 5, S-J §327 II 1)。これに対し、相続人の相続権は、遺言執行者の管理に服する権利ではないから、これについての争いは、

相続人相互間で解決されるべきである。もっとも、遺言執行者によって追行されている訴訟において、相続権についての争いが、中間の争点として判断されることはありうる。しかし、そのような裁判は、真正の相続人に対して既判力を生じない (S-S § 2212 Ann. 6, St § 2212 Ann. 6)。また、遺言の有効性につき争いがある場合に、遺言執行者としてその遺言の執行をなす権利の確認を求める訴えや、遺言による指定 (Vetungung) の有効性の確認を求める訴えなどにつき、遺言執行者は当事者適格を有することがあるが、その受けた判決は、相続人に対して既判力を及ぼさない (S-J § 327 II 3, Kellier の見解⁽²⁾)。

II 3. Kellier の見解⁽²⁾。
遺産に属する権利につき、遺言執行者が管理処分権をもち、それ故に当事者適格を有するときは、相続人はその権利につき当事者適格をもたない⁽³⁾ (M § 2212 Ann. 3, S-S § 2212 Ann. 2, St § 2212 Ann. 2)。このことは、遺言執行者が必要な訴訟を提起しない場合でも同様である。相続人としては、遺言執行者の遺産管理義務 (Ziv. II 116 条) の履行 (訴訟の提起・追行) を求める訴えを提起して、強制をすることができる (M § 2212 Ann. 15, St § 2212 Ann. 2)。また、相続人は、ドイツ民法二二七条により、個々の遺産の解放を求めることができるし、遺言執行者の解任を求めることもできる (同二二七条)。他方、遺言執行者は相続人に対し訴訟追行のための授權をすることができ、この授權があれば、相続人は任意的訴訟担当者として遺産に属する権利につき訴訟の提起・追行をなしうる (M § 2212 Ann. 18,

S-S § 2212 Ann. 3, St § 2212 Ann. 3, S-J § 327 III 1)。なお、相続人は、遺言執行者の授権がなくても、ある遺産債務の不存在確認訴訟を提起することができる(S-S § 2212 Ann. 2)。これは、実質的にはつきに述べる消極訴訟であり、したがって、その受けた判決は、遺言執行者に不利にはその効力を及ぼさない。

つきに消極訴訟についてみると、ドイツ民法はこれについても規定を置いている(二二三条)。同条によると、まず、遺留分請求権(およびこれを確保するための報告請求権)は、常に相続人を被告としてこれを行使しうるにすぎない(一項三文)。遺留分請求権以外の、遺産に対する請求権(物権的請求権を含む。St § 2213 Ann. 1 u. 13)に関する訴訟については、遺言執行者の管理権の範囲に依じてつぎの三つの場合に分けて、その当事者適格者を検討しなければならない。まず第一は、遺言執行者が全遺産について管理処分権を有している場合であり、この場合には、遺産に対する請求権者は、相続人に対しても、また遺言執行者に対しても、さらに両者に対し同時にでも、給付訴訟を提起することができる(同条一項一文)。しかし、遺産への執行のためには、遺言執行者に対する給付判決が必要であり、かつ、それだけで十分である(下民訴七四八条一項)。それ故、相続人に対して給付判決を得ただけの場合は、遺産への執行をなすには、改めて遺言執行者に対して判決を得なければならない。その判決は執行忍容判決でもよいから、当初から、相続人には給付の訴えを、遺言執行者には執行忍容の訴えを併合提起してもよいこととなる(S-S § 2213 Ann. 3)。ところで、遺言による指定により、あるいは遺言執行者による遺産からの解放(下民二二七条)により、特定の個々の遺産については遺言執行者の管理処分権が及ばない場合でも、この第一の場合に属する⁽⁶⁾。また、遺言執行者がすでに遺産を占有しているか否かは問わない。したがって、遺言執行者が占有している特定の遺産の引渡請求権を相続人に対しても行使することができる(M § 2213 Ann. 8, S-S § 2213 Ann. 3a, St § 2213 Ann. 9)。遺産に対する請求権につき遺言執行者が受けた判決は、相続人に対し有利、不利を問わず既判力を生じる(下民訴三二七条二項)。ただし、執行忍容の訴えは、

遺産に対する請求権についての訴えでないから、相続人に判決の効力は及ばない (St § 2213 Ann. 12)。遺言執行者に対する訴訟で給付判決を得た請求権者は、相続人に対する執行文を得て (同七二八条二項)、相続人の固有財産にも執行することができる (S-S § 2213 Ann. 11)。もっとも、相続人は、その責任の制限を主張しうる (同七八〇条二項参照)。他方、相続人に対して下された判決は、遺言執行者の不利には既判力を生じない。遺言執行者に有利な判決 (相続人の勝訴判決) は、遺言執行者にも効力を生じる。さもないと、遺言執行者に対する後訴で、異なる内容の判決がなされる可能性があり、もし異なる判決が下されると相続人において既判力の抵触が生じることになるからである (S-J § 327 III 2, S-S § 2213 Ann. 12)。なお、相続人が訴えられた場合、遺言執行者の同意がない限り、遺産に属する反対債権で相殺をなすことはできない。

第二に、遺言執行者が、単に個々の遺産についてのみ管理処分権を有している場合については、遺産に対する請求権者は、相続人に対してのみ、この権利を行使しうる (下民二二三条一文)。遺言執行者に対する給付の訴えは、被告適格の欠缺により却下される (S-S § 2213 Ann. 4, St § 2213 Ann. 11)。請求権者が、遺言執行者の管理に服している特定の財産に執行しようとするときは、執行忍容判決 (または執行受諾の公正証書) を得なければならない (同条三項、下民訴七四八条二項、七九四条二項)。請求権者が、遺言執行者を相手方として給付の訴えを提起したときは、執行忍容判決が有意義である限り、執行忍容の訴えとして取扱うべきである (S-S § 2213 Ann. 4, St § 2123 Ann. 11)。第三に、遺言執行者が、遺産につき全く管理処分権を有しないときは、請求権者は、相続人に対してのみ訴求すべきであり、相続人に対する給付判決のみで遺産に対しても執行をなしうることももちろんである。

ところで、ここで注意すべきは、遺言執行者個人に対する (personlich) 訴えは、ドイツ民法二二三条、ドイツ民事訴訟法三二七条二項とは関係がないという点である。そのような個人的な訴えとしては、遺言執行者を被告として、彼

の職務権限が争われる場合、解任が求められている場合、彼の義務である遺産目録の交付や、義務違反による損害賠償が求められている場合などはもちろんのこと、遺言の無効確認の訴えをも含むと解されている (S-S § 2213 Ann. 6, St § 2213 Ann. 15, S-J § 327 II.3)。

三 なお、遺言執行者の職務範囲と直接関係があるわけではないが、つぎの諸制度にも留意すべきであろう。ドイツでは、遺言執行者と指定された者のなす就任の受諾ならびに拒絶は、遺産裁判所に対する意思表示によってなすものとされている(下民二二〇二条)。被相続人が遺言執行者の指定を第三者に委託した場合、その第三者がなす指定も、遺産裁判所に対する意思表示によってなすものとされ、しかも、その意思表示は公の認証ある方式によってなすことを要する(同二一九八条、二一九九条)。遺言執行者は、請求すれば、遺産裁判所からその指定に関する証明書の交付を受けることができ、この遺言執行者証明書 (Testamentsvollstrecker Zeugnis) には、遺言執行者の管理権が制限されているときや、無制限に遺産のために債務を負担しうるときは、その旨が記載される(同二三六八条)。そして、この証明書には公信力が認められる(同条三項、二三六六条)。そこで、遺言執行者の指定が、遺産裁判所に呈示された公文書中に包含されていないときは、可能なかぎり証明書の交付前にその指定の効力に関して相続人の意見を聴くべきものとされている(同二二六八条二項)。また、遺言執行者の就任の受託、拒絶、第三者の遺言執行者の指定の意思表示を閲覧するにつき法律上の利益を有する者は、その利益を疎明して請求すれば、閲覧が認められる(同二二二八条)。

四 さて、以上の概観からもわかるように、ドイツと日本とは、遺言執行者の地位、性格、その職務権限などの点で非常に大きな違いがある。しかし、それにもかかわらず、日本法における遺言執行者がいかなる訴訟につき当事者適格を有するかを考察する上で、ドイツ法はいろいろ参考になるように思われる。まず第一に、ドイツでは、遺言執行者は、原則として全遺産につき排他的な管理処分権を有し、かつ、遺産のために債務を負担する権限をも有しているが、

わが国ではそのような原則は存在しない。遺言執行者は破産管財人と並べて同様なものとして論じられることがあり、ドイツではそのような取扱いは正当と考えられるが、わが国でもそうだとはいえるかは検討を要する（文献⑮一六四頁参照）。

第二に、ドイツでは、遺産に関する訴訟を積極財産に関する訴訟と遺産に対する請求権に関する訴訟とに分けて、遺言執行者の当事者適格が論じられており、その際、遺言執行者の管理処分権がその基準とされている。これに対し、わが国では、そのような区別をしないで、また管理権とも必ずしも関係づけることなく、もっぱら『遺言執行上の必要性』という基準で処理しているようにみえる。⁽⁸⁾

第三に、ドイツでは、遺言の有効・無効の確認訴訟は、遺産に関する訴訟とは全く異なるものと取扱われているが、わが国では、その点がやや不明確であるように思われる。

第四に、遺言執行者が原則として全遺産につき包括的に管理処分権を有すること、また遺言執行者の存否、その権限の範囲を第三者が容易に、かつ、正確に知りうる方策が講じられているため、ドイツでは当事者適格者の判断を誤ることは少ないと思われるが、わが国では、そのような方策が全くといってよいほど施されていない。そのため、当事者適格の所在についての判断を誤るおそれが大である。そこで、そのような判断ミスが生じた場合、常に、当事者適格のないう者に対する訴えとして却下すればよいといえるかが問題となる。⁽⁹⁾ 何らかの救済策が必要と思われるが、遺言執行者に特有の問題とはいえないので、この点については別の機会に譲ることにする。

なお、わが国では、登記が対抗要件とされていることとの関係で、遺贈は原則として物権的效果を有するものとされており、⁽¹⁰⁾これが問題を複雑にしていることを指摘し、ドイツ法の概観を終ることにする。

- (1) ドイツ法については、つぎの文献をひんぱんに参照した。これらの文献の引用は、括弧内に示した記号を用いることにする。
- Lange-Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts 2 Aufl. (1978) (L.)
 Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VI Bd (Erbrecht) (1982) (M.)
 Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen 7 Bd (Erbrecht) 11 Aufl.(1983) (S-S)
 Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen 10/11 Aufl. (1960) V Bd. (Erbrecht) (St.)
 Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung 19 Aufl. (1969) (S-J)
- (2) KeBler, Der Testamentvollstrecker im Prozeß. DRiZ 1965 195 und DRiZ 1967 299
- (3) したがって、相続人は共同訴訟的補助参加をなすうだけということになる。もつとも、遺言執行者自身が遺産債務者であるときは、何びとも自分を訴えることはできないから、相続人が遺言執行者を訴えることができると解されている (St § 2212 Anm. 2)°
- (4) もつとも、遺留分権利者が、遺言執行者の管理に服している遺産に対して執行するには、相続人に対する判決のほかは、遺言執行者に対する執行忍容判決を必要とする(下民訴七四八条三項)。それ故、遺言執行者に対する執行忍容の訴えを提起しうる (St § 2213 Anm. 16)°
- (5) 相続回復請求権は含まれない。けだし、遺言執行者は、相続権を不当に主張して遺産を占有しているわけではないから、彼に対する相続回復請求権は主張できない (St § 2213 Anm. 9)°
- (6) もつとも、主張される請求権が、遺言執行者の管理権の及ばない個々の財産と特別な関係にあるものであるときは、遺言執行者に対して訴えることはできない (St § 2213 Anm. 7)°
- (7) たとえば、Stein-Jonas, ZPO 20 Aufl. (1978) vor §50 Anm. 26, Rosenberg-Schwab, Lehrbuch. 13 Aufl. (1981) § 40III
- (8) わが国でも、管理権に言及されることがあるが、遺言の執行上の必要ということを言い換えただけの場合が多く、当事者適格と管理権との関係が十分に考えられていないようにみえる。

(9) この点を強調し、その救済策を主張するものとして、文献⑩六〇頁以下がある。

(10) 通説・判例である。大判大正五・一一・八民録二二輯二〇七八頁、最判昭和三九・三・六民集一八卷三号四三七頁、同昭和六二・四・二三民集四一巻三号四七四頁など。

三 遺言の効力に関する確認訴訟

一 わが国においても、ある遺言書において遺言執行者と指名された者が、受遺者とされてゐる者を被告として、その遺言の無効確認を訴求する場合は、遺言執行者は訴訟担当者ではなく、彼固有の地位にもとづく訴えであると明言する判例もあるが、^①遺言の効力に関する訴訟を遺産に関する訴訟と同列におき、そこにおける遺言執行者の訴訟追行権を論じている学説も多い。^②もし訴訟担当でないとするれば、遺言執行者の受けた判決は相続人に及ばないことになり、他方、相続人に確認の利益が認められる限り、相続人も遺言の有効・無効確認訴訟の正当な当事者となりうることになる。これに反し、遺言執行者をここでも訴訟担当者であるとみると、本人たる相続人はどのように判決の効力を受け、また、遺言の効力に関する訴訟につき相続人自身は当事者適格を失うかが問題とならう。

ところで、これらの問題について考えていく場合、その効力につき争いのある遺言が、当該遺言執行者の地位をも基礎づけるものであるか、執行者の地位には関係しないものであるかを分けて論じるのが合理的であろう。^③後者に属する場合としては、遺言中のある特定の条項の解釈のみが問題であるときや、^④同一人が時期を異にして複数の遺言をなし、遺言執行者の指名を含む方の遺言については争いがなく、他方の遺言の効力が争われているときなどが考えられる。

二 便宜上、後者の場合からみていくと、遺言執行者が無効な遺言を執行したり、遺言の範囲を超えて執行したりすると、受託者としての義務に違反したものととして責任を負わねばならないことになるから、そのような危険を避ける必

要があり、そのために彼に当事者適格が認められると考えることも一理がないわけではない。しかし、遺言執行者の職務である「遺言の執行」とは、その効力に争いのない遺言条項の執行のみではなく、その効力についての争いを解決することを包含すると解すれば、この種の訴訟を進行することも彼の職務範囲の事項ということになる。受遺者が遺言執行者に対して遺贈義務の履行を求める訴訟の代わりに、遺言の有効確認訴訟を提起した場合（民訴二二五条参照）や、遺贈義務の履行請求訴訟において、遺言の有効・無効の中間確認が求められた場合、その判決の効力が相続人に及ばないというのでは、紛争は最終的に解決したとはいえないし、遺贈義務自体についての判決の効力との比較からも問題であろう。このように、当該の遺言条項が有効であれば直接利益を受ける者との間での遺言の効力、内容についての確認訴訟においては、遺言執行者は訴訟担当者として当事者となり、その受けた判決は相続人に及ぶと解するのが妥当であろう。これに対して、相続人が自分に不利な遺言の執行をなさせないために、遺言執行者に対して遺言の無効確認訴訟を提起したような場合には、当事者適格は認めてよいが、その判決の効力は、受遺者等には少なくともその不利には及ばないと解すべきである。問題は、遺言執行者が存在する場合に、相続人が受遺者等を相手方として遺言の無効確認訴訟を提起したり、また受遺者の側から相続人を被告として遺言の有効確認の訴えを提起したりできるかという点である。確認の利益は、原告の方からみて当該被告を相手方として確認判決を求める利益があれば足りるということを理由に、右の問題を肯定する見解もある（文献⑭八〇頁）が、やはり、遺言の執行に関する訴訟については、遺言執行者にのみ適格があるものと解すべきであろう。ただし、遺言執行者を訴訟担当者とする限り、彼の受けた判決は相続人に及ぶことになるから、もし相続人にも当事者適格を認め、かつ、相続人において既判力の抵触が生じないとするためには、相続人が受けた判決は遺言執行者に対しても効力を及ぼすと解さねばならないが、それは民法一〇一三条の解釈上認められないと思われるからである。

三 これに対し、その効力が争われている遺言自体によって、遺言執行者の地位が基礎づけられているという場合については、趣きを異にする。受遺者が遺言執行者を被告として遺言の有効確認訴訟を提起した場合、また逆に遺言執行者が受遺者を被告として遺言の無効確認訴訟を提起した場合、このいずれの場合にも本案についての判断の結果いかんにかかわらず、したがって遺言を無効と判断するに至ったときでも、遺言執行者は当事資格を有すると解すべきである。もつとも、これらの訴訟で、遺言が有効という本案判決がなされても、相続人は、遺言の無効を主張して、遺言執行者の訴訟担当資格を争い、その判決が自分に効力を及ぼさないことを主張できる。ただし、受遺者または遺言執行者から、相続人に当該訴訟についての通知がなされていたときは、相続人はもはや争えないと解する余地はあろう。

相続人が受遺者を被告として提起する遺言の無効確認訴訟も、本案についての判断の結果いかんにかかわらず、適法と解すべきである。⁶⁾そして、その訴訟で遺言を有効とする本案判決があつても、その判決の効力は当然には遺言執行者には及ばず、遺言執行者は受遺者に対して遺言の無効を主張できる。ただし、相続人ないし受遺者から遺言執行者にあらかじめ訴訟の通知がなされていたときは、既判力が拡張されると解する余地はあろう。

(1) 大阪控判大正六・五・二四新聞一二八五号二四頁。その原審判決である大阪地判大正六・三・六新聞一二八三号二七頁も同旨か。

(2) 文献⑥、文献⑭など。

(3) St. § 2197 Ann. 42 u. 43も同様な区別をしている。

(4) そのようなケースとして、東京地判大正三・三・六評論三卷民法一七六頁と、その控訴審判決である東京控判大正三・一・五新聞九九八号二二頁がある。

(5) その効力が争われている遺言自体によって遺言執行者の他位も基礎づけられている場合の判例であるが、相続人に当事者

適格を認めるものとして、横浜地判、裁判年月日不明、明四〇年(7)二九一号、新聞四九〇号六頁、東京地判昭和五九・四・二七判時一一四五号七五頁がある。

(6) 同じ結論を認めるものとして、前掲横浜地判、新聞四九〇号六頁、大阪地判、裁判年月日不明、明治四三年(7)九五号、新聞六四六号一六頁、高松高判昭和三一・七・五下民集七卷七号一七六四頁。なお、右高松高判は、遺言執行者、相続人、共同受遺者を被告とする遺言無効確認訴訟を類以必要的共同訴訟と解している。前掲東京地判昭和五九・四・二七は、遺言の執行として受遺者へ所有権移転登記がすでになされているような場合に限り、相続人に当事者適格を認めるようである。

四 遺産に属する積極財産に関する訴訟

一 つぎに、遺産に属する積極財産に関する訴訟について考察すると、遺言執行者が、特定の物ないし権利が遺産に属することを主張し、その旨の確認を求め、あるいは登記の抹消・移転手続や物の引渡しを求めるときは、そのような訴訟を進行することが、遺言の執行上必要である限り、彼に原告適格が認められるべきであり、このことには異論がないであろう。¹⁾ 問題は、第三者が、ある物ないし権利が自己に帰属し、遺産に属しないことを主張して、遺産でないことの確認を求め、あるいは積極的にその権利が自分に属することの確認を求める場合である。ドイツでは、第三者のなす消極の確認訴訟は、遺言執行者の提起する積極訴訟に対応するものとして、遺言執行者に被告適格が認められていることと前述のとおりである。第三者からの攻撃に対して遺産を防衛することも、保存ないし管理行為であるから、遺言執行者がその物ないし権利につき管理権を有するかぎり、被告適格も認められてよいように思われるが、²⁾ わが国では、この種の訴訟につき遺言執行者に被告適格を認めることを疑問とし、あるいは相続人や受遺者に被告適格を認めるべきであるとする学説が有力に主張されている。

その一つとして奈良次郎判事の見解がある。同判事によれば、相続人が、遺言の無効を主張して相続財産について自

分が持分権を有することの確認を求める場合^③のように、遺言と直接ないし密接に関連する場合や(文獻①四四頁)、原告が被相続人との生前の法律関係(たとえば契約締結によつて取得した権利)を主張して訴訟を提起する場合でも、その法律関係が所有権以外の権利(たとえば賃借権や抵当権)で、その権利が、遺産に属する目的物に関するものであり、かつ、その目的物が遺産に属することについては、原告においても争いが無い場合には(文獻①四九頁)、遺言執行者に被告適格を認めてよいが、原告が、被相続人との生前の交渉により所有権を取得したと主張し、所有権移転登記手続、目的物の引渡、所有権確認等を訴求する場合については、誰が正当な被告であるかを検討し直す必要がある。たとえば、被相続人から生前に当該土地を取得したと主張する原告が、遺言によつて被相続人の全遺産を遺贈されることになつてゐる者(共同相続人の一人)を被告として、所有権確認訴訟を提起したような場合、「原告側からみる限りにおいては、遺言執行者の被告適格の問題は生じない。被告側としても、遺言執行者の被告適格の問題を提出しなくてもよいはずである。というのは、原告勝訴のときには、遺言執行者が被告適格を有することの問題はないのであり、原告が実体上敗訴のときにはじめて被告の遺言執行者の被告適格の問題が生じるとどまり、本来、一審被告の争点となりえないもののように思われる。もし遺言執行者が相続人の訴訟遂行に不安を感じ、被相続人の遺言の誠実な履行を果たそうとし、被告側の勝訴を図るには、遺言執行者が被告に補助参加をするか、または、(当該)土地の管理権の存在を求めて独立当事者参加の申立をすれば相当程度防げるように思われる。」(文獻①五三頁)から、遺言執行者に被告適格を認めるべきではないと説かれる。そして、この奈良説を好意的に評価する見解も現われている(文獻⑬一〇一頁)。

また、納谷広美教授も、「確認の利益に関する判断は、遺言執行者の地位・権限とは無関係であり、原告の法的地位・権利又は法律関係)に法律上影響があり、かつその原因が相手方たる被告にあればよい」とする考え方から、前掲昭和四九年七月二六日の東京地判は不当な判決であると解されている(文獻⑭八〇頁)。

二では、これらの学説をどのように評価すべきであろうか。まず、管理権を問題とするときには、その目的たる物ないし権利がかりに遺産に属するとすれば、それにつき遺言執行者に管理権が認められるかどうかを問い、もし認められるとすれば、その権利を訴訟物とする訴訟につき遺言執行者が当事者適格を有すると解すべきであろう。本案について判断した結果、その権利は遺産に属するものではないということになると、遺言執行者がそれにつき管理権をもつはずがなく、したがって当事者適格を有することもなかったというのであれば、遺言執行者が原告となって給付訴訟や積極的確認訴訟を提起した場合についても、その権利が遺産に属しないという判断に達すると、原告適格が欠けるといわなければならなくなろう。また奈良判事によって、遺言執行者の被告適格が認められる場合、すなわち、原・被告がともに遺産であることを認めている目的物の上に、原告の賃借権や抵当権があるか否かが問題となつてゐる場合についても、請求を認容しようという判断に達すると、遺言執行者はその権利につき管理権を有しなかつたことになる。それにもかかわらず、遺言執行者が被告適格を失わないのは、当事者適格を基礎づける管理権の対象は、当該訴訟の結果いかに係つている実体的な利益とみるべきであり、その利益についての管理権の帰属は、通常、訴訟物たる権利が遺産に属したとすれば、誰がその権利について管理権を有するかという判断と一致するものであるからである。

そこで問題は、右のような意味における管理権を遺言執行者が有しているかである。遺言執行者が遺産全体につき管理権を有しているときは、その遺産に属すか否かが争われているすべての物ないし権利につき管理権を有すると解してよい。遺産全体につき管理権を有してない場合でも、特定の物や権利につき遺言執行者が管理権を有しているときは、その物ないし権利自体の帰属や、その物や権利の上に存する賃借権・抵当権等の存否に関する訴訟については、その遺言執行者が当事者適格を有すると解すべきである。このような見解からすれば、奈良判事が、遺言執行者の被告適格を否定される場合に、その遺言執行者が訴訟物たる権利につき管理権を有していたかが検討されるべきだということになる

う。同判事が前提としておられる遺言は、その帰属に争いのある係争土地あるいは全遺産を共同相続人の一人に遺贈するという内容のものであった(文献⑩五〇頁)。単純な包括遺贈の場合のもとより、特定遺贈の場合でもその目的物が遺産中に存在する限り、その所有権は当然に受遺者に物権的に帰属することになり、他方、当該目的物が遺産中に存在しなければ、遺言中に別段の意思表示がない限り、その特定遺贈は効力を失う(民九九六条)から、前記のような遺言の場合には、遺言執行者が当該目的物につき管理権を有していたとはいえないのではなからうか。特定遺贈の目的物につき、未だ登記の移転や引渡しがなされていないときは、なお遺言執行者が管理権を有すると説かれることがあるが、受遺者と遺言執行者との間では、受遺者が所有者であり、目的物の管理処分権も受遺者が有しているとみるべきであり、ただ、遺言執行者は、受遺者への登記の移転、目的物の引渡しをなさねばならない関係上、相続人との関係で、なお管理権を有するとみられるにすぎないと解すべきである。したがって、受遺者自身が被告とされているときは、受遺者に被告適格があるのは当然であり、これを否定するような排他的な管理権を遺言執行者が有するとはいえない。そこで相続人との関係でも、また受遺者との関係でも、遺言執行者が排他的な管理権を有することに争いのない場合——たとえば、清算型の包括遺贈の場合(文献⑧二六二頁など参照)——が問題となるが、この場合には、遺言執行者のみに当事者適格を認めるべきであり、おそらく奈良判事も遺言執行者に被告適格を承認されるのではないかと思われる。

ところで、奈良判事は、第三者が提起する所有権の積極的確認訴訟につき、原告側の勝訴が確定すれば、もちろん当該不動産が相続財産でないことが確定するが、逆に被告側が勝訴したからといって、そのことから直ちに当該不動産が相続財産であることが確定するわけではないことを、自説の論拠の一つとしている(文献⑩五二頁)。また納谷教授は、確認の利益は、原告にそのような利益があるかを問題とすれば足ると説いている。しかし、遺言執行者に排他的な管理権が帰属している場合を前提とすれば、かりに相続人または受遺者に被告適格が認められるとしても、その場合、少なく

とも被告敗訴の判決は遺言執行者にその効力を及ぼすことはできないであろう。他方、この訴訟とは別に、遺言執行者は右の訴訟の原告であつた第三者を被告として同一目的物の所有権が遺産（したがって相続人ないし包括受遺者）に属する旨の確認訴訟を適法に提起することができる。そしてこの訴訟で下された本案判決は、相続人ないし受遺者にその効力を及ぼすであろう（民訴二〇一条二項）。前訴では原告たる第三者の所有権が訴訟物であり、後訴では遺産に属する所有権が訴訟物であるから、両訴訟は訴訟物を異にするが、いずれの所有権も同一物を目的とするものであるから、いわゆる後訴請求が前訴判決と矛盾関係に立つ場合であり、遺言執行者の受けた判決の効力の拡張を受ける相続人ないし受遺者において既判力が抵触することがありうる⁶⁾ということになる。これを前訴の原告の立場からみれば、相続人等を被告とする訴訟で、かりに勝訴してみても、遺言執行者から実質的に同一とみられる訴訟を提起される可能性が残り、もしそのような後訴において敗訴すれば、前訴の判決の効力は実質的には失われる結果となる。他方、最初から遺言執行者を被告として訴訟をしておけば、相続人等にも判決の効力は及び、紛争を一挙に解決しうることになる。そうだとすれば、相続人等を被告とする確認訴訟につき、原告に正当な利益があるとはいえず、排他的な管理権を有する遺言執行者を被告としたときのみ、確認の利益が認められるべきであろう。

このように、遺言執行者が管理権を有するときは、彼に被告適格をも認めるべきであり、他方、遺言執行者の管理処分行為を承認しなければならぬ相続人等には被告適格も否定されるべきである。ただ、特定遺贈によつて目的物の所有権は直ちに受遺者に帰属し、登記や占有を移転する義務を履行するためにのみ、遺言執行者に管理権が残されているときには、原則として受遺者は独立に当事者適格を有すると解してよい。その受遺者と原告たる第三者との間で、当該目的物の帰属が決まれば、遺言執行者としてはその結果を争う必要がないのが通常であるから、受遺者の適格を否定すべき理由はないからである。ただ問題なのは、遺贈の第一次目的物を受遺者に取得させえないときは、それに代る目的物

論 説
を遺贈すべしとする遺言の場合である。第一次目的物が遺産中に存在すれば、受遺者は直ちに所有者となるから、それについては受遺者にも被告適格を認めてよいと考えるが、彼の受けた判決、とくに敗訴判決は遺言執行者を拘束しないと解さざるをえないから、この場合には、遺言執行者にも当事者適格を肯定すべきであろう。

- (1) 大判明治三六・二・二五民録九輯一九〇頁、大判昭和一五・一二・二〇民集一九卷二二八三頁、大阪高判昭和三七・四・三〇下民集一三卷四号九二八頁、東京地判昭和五一・五・二八判時八四一四号六四頁など。
- (2) 同旨、文献⑧二二八頁、東京地判昭和四九・七・二六判時七六五号八四頁など。
- (3) 最判昭和三一・九・一八民集一〇卷九号一一六〇頁の事案はこれに属する。
- (4) 詳しくは、拙稿「当事者適格理論の再構成」山本戸還曆記念『実体法と手続法の交錯上』（昭四九）五二頁以下参照。
- (5) 文献⑧二六二頁。なお、文献⑫三三二頁は、「受遺者に遺贈を原因とする移転登記がなされるまでは相続による相続人への権利変動が不完全ながら存する」とする。
- (6) 中野貞一郎ほか編・民訴法講義（補訂第二版）（吉村）（昭六一）四四五頁など参照。

五 遺産に対する請求権に関する訴訟

一 遺産に向けられた請求権に関する訴訟については、その訴訟物たる請求権が、遺言によって発生させられたものか、それ以外の、かつ、被相続人の生存中の法律原因によって発生したもの（これを既存請求権と呼ぶこととする）かで分け、さらに、人的請求権か物権的請求権かで、右の両場合をそれぞれ二分して考察していくのが合理的であるように思われる。

既存請求権で、かつ、債権的請求権であるときは、限定承認がなされていない限り、相続人を被告として給付訴訟（場

合によっては確認訴訟⁽²⁾を提起することができる。相続人に勝訴すれば、少なくとも彼の固有財産との関係で執行力、既判力が認められるからである。遺産との関係では、遺言執行者が管理権を有しているときは、その管理権の及んでい
る財産については、相続人に対する給付判決にもつき強制執行をなすことはできない。ドイツ法では、遺言執行者は
一種の清算人として遺産債務を弁済する権限があり、また遺産に対して義務を負担させることができる権限（義務負担
権能⁽³⁾）をも与えられているのが原則であり、全遺産につき管理権が与えられているこの原則的な場合については、遺言
執行者に対しても給付訴訟を提起しうるとされている。わが民法の下でも、清算型の包括遺贈を成立させる遺言がある
ような場合には、遺言執行者は遺産債務を弁済する権限をもつと解せられる（文献⑩一一九頁以下）から、ドイツ法と
同様に解してよいであろう。ところが、同じく、遺産全体につき管理権を有するとされる場合でも、特定遺贈の目的物
が遺産中に存在しない場合、他から求めて受遺者に贈与すべきものとする遺言の場合などでは、遺言執行者に一般的に
遺産債務を弁済する権限があるかは検討を要するところであるが、わが国の有力説は、遺産債権者に遺産への強制執行
を保証する必要性があることを根拠に、別段の制限を加えることなしに、遺言執行者の被告適格を肯定している。遺言
執行者が遺産全体につき包括的に管理権を有するときは、その管理権には義務負担権能も含まれていると解して、右の
有力説の結論を支持したい。これに対し、遺言執行者が遺産を構成する個々の財産についてのみ管理権を有する場合に
まで、遺言執行者に対して給付判決をすることはできないであろう。もつとも、この場合でも、遺言執行者の管理に服
すべき財産に対して一般の遺産債権者が強制執行をなしうるようにしなければならない。その際、相続人に対する債務
名義だけで足るとはいえないから、ドイツ法の執行忍容判決のようなものが必要となる。日本法の解釈としては、遺言
執行者の承諾を記載した公正証書（下民訴七九四条二項参照）、または遺言執行者に対する確認判決（遺産債務の存在を
認める旨の判決）が、相続人に対する給付判決のほか必要であると考えるべきであろう。

なお、限定承認がなされた場合には、既存債権者に対する弁済が受遺者に対する弁済に優先するから（民九三一条）、相続人または相続財産管理人（同九三六条一項）の管理清算が先行し、遺言執行者の管理処分権は、限定承認の清算手続が終了するまでは休止した状態に置かれる（文献⑧二二五頁）。しかし、遺言執行者が存在するときは、その管理処分権が休止中でも、相続人は遺産の処分権を失うことに变りはないと解されている（文献⑧二二五頁以下）。そこで、限定承認があつた場合に、既存債権者は誰れを被告として訴訟をなすべきかということがまた問題となる。遺言執行者が管理処分権をもつことに变りがないとすれば、その管理に服する財産から弁済を受けるためには、彼の同意ないしは彼に對する名義が必要であるように思われるが、この点についての見解は、将来の研究に留保したい。

二 受遺者の債権的請求権については、遺贈の履行を請求する場合と、遺贈によつて取得した債権を行使する場合とを分けて考察するのが合理的である。そして、後者の場合には、その債務の履行は、当該受遺者への遺贈の履行（遺言の執行）とはいえないから、遺贈によつて取得した債権は、その債務者自身に対して行使すべきであり、遺言執行者には請求できないのが原則である。それ故、たとえば、定期的に一定額の金銭を与える旨の遺言がなされた場合、その定期金債権の債務者は、他に特段の遺言等がない限り、相続人であると解されるから、各期の支分権の履行請求は相続人に対してなすべきである⁽⁵⁾。ただ、遺言執行者が、遺言の他の条項につき執行すべき事項が残っている関係上、遺産全体につき包括的な管理権をなお有しているときは、通常の遺産債務（既存請求権）の場合と同様に、遺言執行者に対してもその債務履行を請求することができ、彼を被告とする給付訴訟も提起しうると解すべきである⁽⁶⁾。

これに対し、受遺者が遺贈を理由にその履行を請求する場合は、遺言執行者を相手方として請求すべきであり、遺言執行者が存在する限り、相続人に対して請求することはできないと解すべきである⁽⁷⁾。相続人が遺贈義務者であると解せられるが、義務者だからといって当然にその者に対して請求しうるとは限らない。遺言執行者があるときは、遺言の執

行—遺贈義務の履行は全面的に遺言執行者に委ねられており、その反面として、相続人は、遺産の処分その他遺言の執行を妨げるべき行為をすることができず、もし、この禁止に違反した行為がなされても、それは無効と解されている(民一〇一二条、一〇一三条)。これらのことからみて、わが民法は、遺言執行者がある場合、遺贈義務は、もっぱら遺言執行者を通じて履行をなすものとする立場に立っていると解することができよう。なお、遺言執行者を遺贈義務者と解する立場では、彼に対して遺贈義務の履行を請求できることは当然であり、他方、相続財産につき処分権をもたない相続人に履行を請求することはできないと説明することになる(文獻⑧二三一頁)。判例においても、遺贈義務の履行請求は、遺言執行者に対してなすことができ、相続人に対して直接請求することはできないと解されている。⁽⁹⁾ 特定不動産を遺贈する旨の遺言があつたが、相続人が相続による所有権取得登記をしてしまつている場合でも、受遺者は遺言執行者に対して移転登記請求をなすべきであるというのが判例の立場である。⁽¹⁰⁾ 遺言執行者は、相続人や相続人から登記を得た第三者に対して、その登記の抹消を求めうることもちろんであるから、その抹消をえた上で、受遺者へ所有権移転登記をなすことができる。しかし、それだけでは、受遺者は勝訴しても、直接、移転登記を取得できるとは限らない。そこで、受遺者は、債権者代位権にもとづき遺言執行者に代位して、相続人等に対してその登記の抹消請求訴訟を提起することができるから、この代位訴訟を、遺言執行者に対する所有権移転登記請求訴訟に併合して提起すれば、一個の訴訟で一挙に紛争を全面的に解決できると説く学説がある(文獻⑩一五五頁)。しかし、債権者代位権が認められるためには、債務者が自己の権利の行使を怠つてゐることが必要であるが、遺言執行者がその権限の行使を常に怠つてゐるといえるかは疑問である。もつとも、判例によれば、後述するように、受遺者は遺贈により取得した物権にもとづき、相続人に対して所有権取得登記の抹消を訴求しうるから、遺言執行者に代位するまでもなく、相続人を共同被告とする抹消登記請求訴訟を併合しうることになる。しかし、このように共同訴訟によらねばならないというのは、煩雑であるし、そうか

といつて遺言執行者のみを被告としたのでは、中途半端である。そこで、登記が相続人のもとにある場合には、相続人を被告とし遺言執行者をその法定代理人として訴えることもできると解すべきであるという見解が主張されるに至つて^⑪いる。そして、相続人を被告とするということになると、本来なら抹消をした上で、移転登記をすべき場合に、抹消に代えて直接の移転登記を認める見解^⑫に立つと、この場合にも、相続人に対し直接、移転登記を求めうることになるのであろう。

三 つぎに、受遺者が遺贈によつて取得した物権にもとづく物上請求権を行使する場合についてみることにする。受遺者は、遺贈による物権の取得につき、いまだ対抗要件を具備していないときでも、遺言執行者や相続人に対してはその物権の取得を対抗しうることもちろんである。のみならず、民法一〇一三条に違反して相続人が、遺贈の目的物を第三者に処分しても、その処分は絶対的に無効であると解する通説・判例によるときは、相続人から当該目的物の譲渡を受け、登記を済ませた第三者が存在しても、受遺者はその第三者に対しても、物権の取得を対抗しうるものと解される(文献⑧二六七頁)。そして、受遺者が、このような物権的請求権を行使することは、遺贈義務の履行^{||}遺言の執行を求めるものではなく、遺贈によつて取得した権利を行使しているものと解せられる。遺言の執行は、遺言執行者がある限り、その遺言執行者の権限であると同時に義務であること前述のとおりであるが、物権的請求権の行使は遺言の執行を求めめるものではないから、常に遺言執行者を相手方とすべきであるとはいえない。物権を妨害する者があれば、それが誰であれ、その者に対して物権的請求権が認められるというのが、同請求権の本質である。そこで、相続人や第三者が、受遺者の物権を侵害しているときは、その者に対して直接、物権的請求権が発生し、かつ、行使しうるということになる。このように考えると、問題は、どのような場合に、どのような内容の物権的請求権が発生するかということに帰する。判例は、——主張されている受遺者の権利を物権的請求権とはつきり認定していないものもあるが——相続人が相

続による所有権取得登記をなし登記名義人となっている場合には、直接その相続人に対しその取得登記の抹消請求をな
 するが、受遺者自身への移転登記請求は認められないとし、また相続人から第三者へ登記が移ってしまっている場合
 には、その第三者に対して抹消登記の請求訴訟や、取得した抵当権にもとづく競売の不許を求める第三者異議訴訟⁽¹⁶⁾、
 目的物に対する仮処分訴訟⁽¹⁷⁾をなしうるとしている。

問題は、相続人が登記名義を有している場合に、受遺者は単なる抹消請求ではなく、自分名義への移転登記を請求し
 えないかという点である。相続人が遺贈の目的物を直接占有している場合に、受遺者への引渡しを請求しえないかとい
 うのも同種の問題である。思うに、抹消登記請求に代る移転登記請求というものが、そもそも認められるかという問題
 があるが、かりにその点は肯定説に立つとしても、受遺者に移転登記請求を認めることには疑問がある。すなわち、単
 なる抹消請求の場合には、その請求が認容されても、登記が被相続人の名義に戻るのみであり、遺言執行者の管理権を
 侵害することはないが、もし移転登記請求を認めるとすれば、登記名義が受遺者に直接移されることがありうることに
 なり、遺言執行者が当該遺贈を無効とみているような場合には、遺言執行者の管理権を侵害したことになる。もちろん、
 受遺者と相続人との間の訴訟における判決に、遺言執行者が拘束されるいわれはないから、その訴訟の結果を事後に争
 うことはできるが、だからといって、遺言執行者の管理権を何ら侵害するものではないとはいえない。したがって、相
 続人は移転登記請求訴訟につき被告適格を有しないと解すべきである。そしてこのことは、もし相続人による訴訟の被
 告適格を認めると、後に遺言執行者と受遺者との間で再度訴訟がなされ、前訴と異なる内容の判決が下されると、相続
 人において、既判力の抵触が生じるという不都合のあることから、支持されるであろう。もつとも、問題となってい
 る登記や占有についての遺言執行者の管理権が、もつぱら当該受遺者への遺贈義務の履行のためだけのものであるとき
 は、その受遺者と相続人全員との間でその帰属が決まれば、遺言執行者としてそれに異議をさしはさむ必要はないから、

この場合には、相続人に被告適格を肯定する余地がないわけではない。

なお、相続人から第三者が登記や占有を取得した場合、この第三者に対しては、受遺者は物権的請求権の行使として、登記の移転や占有の引渡しを請求しうると解すべきであろう。ただし、それを否定しなければならない特別な理由がないからである。

四 なお、遺言以外の事由を原因として、被相続人の生前から物権を取得していた既存請求権者が、その物権的請求権を行使する場合については、原則として、受遺者の物権的請求権について述べたところが、そのまま妥当すると考える。ただし、この場合には、問題の登記や占有につき遺言執行者が管理権をもつとは限らないことや、登記や占有を先に取得した者の方が對抗要件を先に具備した者として優先させられることになることが多い点などに留意すべきであろう。

以上で本稿を閉じることになるが、紙数の制約のため、叙述を圧縮し、また注を大巾に減らした。そのためもあって、難解な論稿になったのではないかとおそれている。不十分な点は、また機会をみて補訂したいと考えている。

(1) この二つの他に、遺産の保存、管理や遺言の執行等に要する費用など、被相続人死亡後の事由によって生じる債務もあるが、これについての検討は割愛する。

(2) 同旨、大判昭和一四・六・一三新聞四四五二号一二頁。なお、固有必要的共同訴訟の適用範囲を広く解する見解からは、遺言執行者が遺産につき管理権を有しているときは、相続人だけを相手方とする訴訟は許されず、遺言執行者との共同訴訟が要求されるかも知れない。しかし、本稿ではこの問題には立入らないことにする。

(3) 義務負担権能 (Verpflichtungsmacht) については、拙稿「特定物引渡請求訴訟の被告適格」関法一四卷二号一六七頁以下参照。

- (4) 中川善之助編・註釈相続法下巻(昭三〇)(山木戸)一五九頁、文献⑧二五六頁など参照。
- (5) 同旨、大判昭和一一・六・九民集一五卷一〇二九頁、同昭和一二・六・七判決全集四輯一一号一四頁。
- (6) 前掲昭和一年と同一二年の大判は、遺言の執行が終つてゐる以上、遺言執行者には、絶対に請求できないと解してゐるにみえるが——もちろんこれは傍論であるが——、本文に述べたような例外は認めるべきであらう。
- (7) 中川善之助・相続法(法律学全集)三九七頁。
- (8) 東京地判昭和八・七・一七新聞三五八九号一七頁、評論二二卷民法九〇三頁参照。
- (9) 不動産が遺贈された場合における受益者からの移転登記請求につき、最判昭和四三・五・三一民集二二卷五号一一三七頁、前掲東京地判昭和八・七・一七、大阪高判昭和三七・四・三〇下民集一三卷四号九二八頁、遺贈金の請求につき、東京控判明治三六・二・一四新聞一二九号一〇九頁。なお、大判昭和一一・二・一三判決全集七輯一六号四頁、評論二九卷民法六〇六頁は、受遺者からの所有権移転登記請求権を、遺贈により移転した不動産所有権にもとづく物上請求権と解しながら、遺言の執行を求める訴であるから、遺言執行者のみを被告として提起することができ、相続人を共同被告となすべきではないとした。しかも、この事件の場合には、すでに相続人が相続による所有権移転登記をしまつてゐたという事実がある。
- (10) 前注の四つの判決は、いずれも相続人が相続登記を了していた事案である。
- (11) 般越隆司「判批」民商六〇卷一号一三九頁。なお、遺言執行者が管理ないし占有している遺産の目的物についても、相続人が相続を承認している限り、相続人を被告として引渡請求訴訟などを提起できるとする見解がある(五十部豊久「判研」法協八六卷七号八三三頁)。この説では、被相続人名義で登記のあるときでも、相続人を被告として訴えうるといふことになるのであらうか。
- (12) 大判大正八・九・一民録二五輯一五五三頁、最判昭和三〇・七・五民集九卷九号一〇〇二頁、同昭和三四・二・一二民集一三卷二号九一頁など。ただし、学説では、物権変動の過程を如実に反映させねばならないことを理由に、かかる便宜的な取扱いを否定するものが多い(たとえば、我妻栄『有泉亭・新訂物権法一四四頁』)。
- (13) 千葉地判昭和三六・一一・二七判夕一三〇号一〇九頁。
- (14) 注(9)の四つの判例参照。
- (15) 大判昭和五・六・一六民集九卷五五〇頁、前掲大阪高判昭和三七・四・三〇。

(16) 最判昭和六二・四・二三民集四一卷三号四七四頁。

(17) 最判昭和三〇・五・一〇民集九卷六号六五七頁。もともと、この事件では、包括遺贈と相続人廃除とだけの内容とする遺言であったから、遺言執行者は遺産につき全く管理権を有さず、したがって、受遺者が自ら仮処分を申請する他ない事案であった。

Prozeßführungsbefugnis des Testaments- vollstreckers

Aritoshi FUKUNAGA*

- I Einleitung
- II Verwaltungs- und Prozeßführungsbefugnis des Testamentsvollstreckers im deutschen Recht.
- III Klage auf Feststellung der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Testaments.
- IV Prozeß, in dem ein zum Nachlaß gehöriges Recht den Streitgegenstand bildet.
- V Prozeß, durch den ein gegen den Nachlaß gerichteter Anspruch gemacht wird.

*Professor für Zivilprozessrecht an der juristischen Fakultät der Hokkaido-Universität