

遺言執行者の当事者適格を巡る一局面

2012年4月入学

岡成玄太

I. 序

II. 判例の紹介

1 導入

2 最判昭和43年5月31日民集22巻5号1137頁

- (1) 事案
- (2) 判旨

3 最判昭和51年7月19日民集30巻7号706頁

- (1) 事案
- (2) 判旨

III. 両判決の問題点——学説の検討を通して

1 昭和43年判決について

- (1) 導入
- (2) 福永有利教授の見解
- (3) 高橋宏志教授の見解
- (4) 八田卓也教授の見解

2 昭和51年判決について

3 まとめと展望

- (1) 現れた対立軸
- (2) 八田説のイムパクト
- (3) 展望

IV. 遺言執行を巡る紛争の分析と遺言執行者制度の実体法的考察

1 遺言執行を巡る紛争の分析

- (1) 問題意識の提示
- (2) 事案の読解
- (3) 2つの要素

(4) 第一の要素 利害関係人の行動原理・篡奪

(5) 第二の要素 特権的解釈主体の不在・権原未確定状態の出現

(6) 両要素の関係

(7) 遺言執行を巡る紛争の特徴の定式化

2 遺言執行者制度の実体法的考察

(1) 金子敬明教授による問題提起

(2) 金子論文と本稿との距離「 α 」・「占有の次元」の再構成

(3) 遺言執行者が立つことの意味——本稿の立場

(4) 展望

V. 遺言執行者の当事者適格試論

1 導入

2 遺言執行者が当事者適格を持つことの意味

(1) 利害関係人全員の法定訴訟担当——遺言執行者の erga omnes 性

(2) 当事者適格の排他性——「篡奪」の観点

(3) 先決事項たる遺言解釈の共有——遺言執行者のフォーラム提供機能

3 昭和43年判決再考

(1) さしあたりの結論

(2) 紛争解決としての「迂遠」さ？—— erga omnes たることの意味

(3) 蒸し返しの危険？——訴訟告知の活用

4 昭和51年判決再考

VI. 結語

I. 序

遺言執行者の訴訟法上の地位、特に、いかなる法律関係・権利関係に関する訴訟について、遺言執行者が当事者適格を有するののかという問題は、既に広く論じられてきた。しかし、判例・学説¹⁾の豊富な蓄積にもかかわらず、当事者適格判定基準の複雑さ、不明確さと、それに由来する実際上の不都合が盛んに指摘されており、この問題を巡る理論的な見通しは頗る悪いと言わざるをえない。そこで本稿は、この難題のうち、特定遺贈の目的物たる不動産の登記を巡る紛争という極めて限定された局面のみを考察の対象として設定した上で、その紛争において遺言執行者が(実体的に、また、訴訟の当事者として)立つことの意味を基礎から問い直すという作業を試みてみたい。

本稿が考察対象としてこの局面を選択した理由は2つある。第一には、近時、この局面を巡って非常に目を引く問題提起が学説の側からなされているためである。また、第二に、遺言執行者の当事者適格というテーマについての先駆的・古典的判例がまさにこの局面に関係するものであるところ、その判例の分析をパラダイムとして設定することで、従来の議論と本稿との対話が可能になるであろうと考えられたためである。

以上のように、本稿の射程はただでさえ極めて限定されているのであるが、のみならず、「相続させる」旨の遺言を巡る判例の展開等、近時アクチュアリティを持って論じ

られている新しい問題には一切言及しない。主として筆者の能力の限界故であるが、それだけでなく、「それ以前」のところに真に見るべき問題があると考えためでもある。

かくして、その対象範囲を二重に限定された本稿の議論は、以下のように展開される。まずIIで本稿が対象とする局面での遺言執行者の被告適格に関する2つの基本的な判例を取り上げた上で、IIIでは両判例に関する近時の主要な学説の議論を参照しつつ、その問題点を指摘する。IVではその問題点を解決するために、遺言執行を巡る紛争そのものの特質について分析し、そこで得られた問題意識を、未だ訴訟法学の側では十分に取り上げられていない、相続財産に関する実体法学上の新しい議論²⁾との対話を通じて、具体化することが目指される。そしてVにおいて、IVでの視点を踏まえ、訴訟法上の議論の再構成を試みることにする。

II. 判例の紹介

1 導入

まず、遺言執行者の被告適格に係る2つの著名な判例を概観したい。そこで問題となるのは、遺言無効確認の訴えの被告適格と、遺贈目的不動産の登記を巡る遺言執行に係る訴えの被告適格であるが、以下では、Iで述べた本稿の関心から、さしあたり特に後者に焦点を合わせた検討が行われる³⁾。

1) この問題について論じる主要な訴訟法学の論文を列記しておく。同一の論者の論稿は、さしあたり最も近年のもの、ないし本稿の関心に最も適合的なもので代表させる。体系書、判例評釈、実体法学の論文等は、今後適宜紹介することにする。福永有利「遺言執行者の訴訟追行権——その根拠と範囲——」北大法学論集 38 巻 5・6 号(下) 1753 頁(1988) [同『民事訴訟当事者論』357 頁(有斐閣, 2004) 所収]、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法(上)(第2版)』267 頁(有斐閣, 2011)、八田卓也「遺言執行者の被告適格について」民訴雑誌 52 巻 133 頁(2006)、山本弘「遺言執行者の当事者適格に関する一考察」谷口安平古稀『現代民事司法の諸相』11 頁(成文堂, 2005)、丹野達「遺言執行者についてのある考察」曹時 55 巻 10 号 2541 頁(2003)、中野貞一郎「当事者適格の決まり方」『民事訴訟法の論点 I』93 頁(判例タイムズ社, 1994)、納谷廣美「遺言執行者の訴訟上の地位」明治大学法律論叢 53 巻 3・4 号 65 頁(1981)、奈良次郎「相続財産に関する訴訟と遺言執行者——主として被告適格と関連して——」司研 59 巻 36 頁(1977) 等。また、この問題も含め、遺言執行者についての包括的な検討を試みる注目すべき研究として、竹下史郎『遺言執行者の研究』(成文堂, 2005) がある。

2) 金子敬明「相続財産の重層性をめぐって(1)~(5)」法協 118 巻 11 号 1645 頁(2001)、119 巻 1 号 78 頁(2002)、120 巻 9 号 1756 頁、120 巻 11 号 2178 頁(2003)、121 巻 6 号 701 頁(2004)。

2 最判昭和43年5月31日民集22 巻5号1137頁

(1) 事案

遺贈義務の履行請求訴訟に関する最高裁判所におけるリーディングケースである最判昭和43年5月31日民集22巻5号1137頁（以下、昭和43年判決。なお、今後、初出でない判決については、「〇〇年判決」と略称することとする）は、大要以下のような事案である。

訴外Aは、昭和37年11月27日に、公正証書を以て、自らが所有する本件建物を、妹であるX₁、X₂に遺贈する旨の遺言を作成し、翌年8月16日に死亡した。ところが、同年9月2日、Aの相続人たる養子Yが、本件建物について相続を原因とする所有権移転登記を、単独で行った。これをうけ、XらがYに対して、各2分の1の共有持分移転登記請求訴訟を提起した。

Yの言い分はこうである。Aは晩年老人性認知症を抱えており、意思能力を殆ど有していなかったところ、Aを近くで看病していた受遺者Xらが、遺言の内容に大きな影響力を振るったに違いない。本件遺言は、Xらが私利私欲のためにAを翻弄し、養子であるYを締め出してその全財産を奪うために作られたものであるから、無効である。

しかし、この主張は第一審、原審の容れるところとはならなかったため、Yが上告した。なお、右遺言によって訴外Bが遺言執行者に指定されているが、当事者の主張及び証拠によれば、後にBは解任され、別の人物が遺言執行者に選任されたことが窺われる。

(2) 判旨

最高裁は、「遺言の執行について遺言執行者が指定されまたは選任された場合においては、遺言執行者が相続財産の、または遺言が特定財産に関するときはその特定財産の管理その他遺言の執行に必要な一切の行為をする

権利義務を有し、相続人は相続財産ないしは右特定財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はできないこととなるのであるから（民法1012条ないし1014条）、本訴のように、特定不動産の遺贈を受けた者がその遺言の執行として目的不動産の所有権移転登記を求める訴において、被告としての適格を有する者は遺言執行者にかぎられるのであつて、相続人はその適格を有しないものと解するのが相当である」との一般論を述べた上で、新たに遺言執行者に選任された者が存在する事実が窺われるにもかかわらず、原審はその点につき調査を怠ったとして、遺言の有効性等を判断することなく、原判決を破棄した。

3 最判昭和51年7月19日民集30 巻7号706頁

(1) 事案

本件土地は訴外Aの所有であったが、Aは、本件土地を訴外Bに遺贈すること、およびYと亡Cとを遺言執行者とする内容を内容とする遺言公正証書を作成し、死亡した。その後、本件土地について、同公正証書に基づき、YとCとを登記義務者、Bを登記権利者として所有権移転仮登記手続がなされた。ところでXは、相続開始とともに本件土地の占有を開始し、公租公課も自己の名で納付するなどしていた。かかる状況下で、Xは自己を権利者として、相続を原因とする所有権移転登記を行った。その上で、Xは①本件遺言の無効確認と、②本件土地のBを権利者とする所有権移転仮登記の抹消登記手続とを求め、Yを被告として訴えを提起した。

Xは、遺言の無効を論証するべく、以下のような主張を行っている。つまり、本件公正証書遺言が作成された昭和34年5月26日には、Aは自宅で寝ており、公証人役場には行かなかった。役場に行ったのは、受遺者たるBの父親D、Y及びCであった。Dは法律に

3) 両事案は事案として極めてシンプルであり、今後の議論のパラダイムとしてはうってつけである。しかし反面、そのシンプルさゆえに、後にIVで述べるような遺言執行を巡る紛争の特質が相対的に顕在化しにくい事案であるということも事実である。とはいえ、そのような事案においても本稿の提示する議論が意義を持ちうるのであれば、複雑な事案においてはなおさら（a fortiori）、本稿の議論は意義を持つということにもなる。

通じていないY及びCに対して、「お前たちには絶対に迷惑をかけないから、公証人役場へ行って保証人になってくれ」と申し向けた上、その承諾を得て遺言執行者として署名押印せしめ、自らはAの署名を偽書し、その名下に予め盗取したAの実印を押印したのである、と。しかし、この主張は原審の容れるところとならず、①・②請求のいずれもが棄却された。

(2) 判旨

最高裁は、昭和43年判決を先例として「受遺者が遺贈義務の履行を求めて訴を提起するときは遺言執行者を相続人の訴訟担当者として被告とすべきである」こと、更に、「相続人は遺言執行者を被告として、遺言の無効を主張し、相続財産について自己が持分権を有することの確認を求める訴を提起することができる」ことを確認した上で、「以上の各場合と異なり、遺贈の目的不動産につき遺言の執行としてすでに受遺者宛に遺贈による所有権移転登記あるいは所有権移転仮登記がされているときに相続人が右登記の抹消登記手続を求める場合においては、相続人は、遺言執行者ではなく、受遺者を被告として訴を提起すべきであると解するのが相当である。けだし、かかる場合、遺言執行者において、受遺者のため相続人の抹消登記手続請求を争い、その登記の保持につとめることは、遺言の執行に関係ないことではないが、それ自体遺言の執行ではないし、一旦遺言の執行として受遺者宛に登記が経由された後は、右登記についての権利義務はひとり受遺者に帰属し、遺言執行者が右登記について権利義務を有すると解することはできないからである」として、XのYに対する②の請求につき、訴えを却下した。そして①については、原審の認定

は正当であるとして、X側の主張を容れなかった。

Ⅲ. 兩判決の問題点——学説の検討を通して

1 昭和43年判決について

(1) 導入

昭和43年判決⁴⁾は、当時、「本判旨の説くところは、すでに通説、判例のともに確定したところと解して妨げなく、本判決もこれを確認した意味を有するに過ぎない⁵⁾」とも評された。すなわち、昭和43年判決の思考様式は、「民法1012条、1013条によって、遺言執行者は相続財産（または遺言執行の対象たる特定財産）に対して排他的な管理処分権（広義の管理権）を取得し、他方、相続人はその管理権を失うこととなるところ、訴訟における当事者は、訴訟物たる権利または法律関係について右の管理権を有するものでなければならぬ結果、遺言の執行に関する訴訟においては、いわゆる法定訴訟担当として、訴訟追行権（訴訟実施権）は遺言執行者に帰属し、相続人はこれを失い、したがって、遺言執行者のみが当事者適格をもつ⁶⁾」⁷⁾というものであったが、これは当時の通説的理解⁷⁾及び大審院判例⁸⁾に整合的であったと言える。

しかしその後、かかる思考様式に対しては、学説の側から多くの疑問が提起されるに至った。とりわけ近時、その思考様式に根本的な再検討を迫るような議論も登場してきている。そこで以下では、従来の議論の中で特に重要と思われる近時の有力学説を3つ紹介し、それを通して、本稿の問題意識を明確化

4) 昭和43年判決の評釈としては、五十部豊久「判批」法協86巻7号830頁(1969)、船越隆司「判批」民商60巻1号130頁(1969)、吉井直昭「判解」最判解民事篇昭和43年度(上)405頁(1969)、風間鶴寿「判批」法時41巻2号119頁(1969)、遠藤浩「判批」加藤一郎＝太田武男編『家族法判例百選(新版増補)』283頁(1975)。

5) 吉井・前掲注4)409頁。

6) 吉井・前掲注4)408頁。

7) 権本朗造「民事訴訟ニ於ケル『正当ナル当事者』ナル觀念及ヒ其訴訟法上ノ地位ヲ論ス(Die richtige Partei-Sachlegitimation u. Prozessführungsrecht)」『民事訴訟法の諸問題』31頁、42頁(有斐閣、1955)、三ヶ月章『法律学全集35 民事訴訟法』186頁(有斐閣、1959)等を参照。

8) 大判昭和15年2月13日大審院判決全集7輯16号4頁が、同様の事例において、遺言執行者がある場合に受遺者が遺言の執行を求める訴えは遺言執行者のみを被告とすべきであるとの立場を示していた。

することとする。

(2) 福永有利教授の見解

この問題については、当事者論の第一人者たる福永有利教授が早くから精密な議論を展開している⁹⁾。福永教授は、遺言執行者の地位を法定訴訟担当であるとしたうえで、ドイツ法を参考に、事案類型ごとの精緻な場合分けを行う。ここでは、昭和43年判決に対応する「遺産に対する請求権に関する訴訟」についての議論、とりわけ、受遺者が遺贈によって取得した物権に基づく物上請求権を行使する場合の議論を参照することとしたい。

まず福永教授によれば、「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1012条、1013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る¹⁰⁾。ここでは、ある具体的な訴訟の追行が「遺言の執行」である場合には、遺言執行者が当事者適格を有するはずであるとの一般論が述べられている。

しかし福永教授は、次のような論理で、昭和43年判決が対象としたのは、「遺言の執行」そのものではないとし、ただちには遺言執行者に当事者適格を認めることができないと論じる。すなわち、受遺者が遺贈により物権を取得した場合には、未だ登記を得ていない場合でも、遺言執行者や相続人に対してその物権を対抗できる。のみならず、民法1013条に反して相続人が第三者に当該物件を処分した場合にも、最高裁の採用する絶対的無効説¹¹⁾によれば、受遺者はその第三者に対して、登記なしで物権を対抗できる。そ

うだとすれば、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」をもとめるものではなく、遺贈によって取得した権利を行使しているものであると解される。物権的請求権の行使は遺言の執行を求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言えない。要するに「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¹²⁾」。

以上のように考察したうえで、昭和43年判決が向き合った問題（相続人が遺贈目的不動産の登記名義を有している場合に、受遺者が相続人に対して自己名義への移転登記請求をなすのかという問題）については、以下のように論じ、結論において判例を概ね支持される¹³⁾。①単なる抹消登記請求の場合には、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転されうることになり、遺言執行者が当該遺贈を無効と見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。②無論、この判決に遺言執行者が拘束されるいわれはなく、事後的に争えるが、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言えない。③しかも、遺言執行者と受遺者との間での後訴で、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もある。④もっとも、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、もっ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。⑤なお、相続

9) 福永・前掲注1)1753頁。

10) 福永・前掲注1)1774-1775頁。

11) 最判昭和62年4月23日民集41巻3号474頁は、遺言執行者がある場合に相続人が行った第三者への処分を絶対的無効であるとする。

12) 福永・前掲注1)1776頁。

13) 福永・前掲注1)1777-1778頁。

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受遺者が登記の移転や占有の引渡しを請求することを否定する理由はない。

以上の福永説をまとめれば次のようになる。「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」¹⁴⁾という理解から、「遺言の執行」そのものたる訴訟の当事者適格は、これを遺言執行者に与える。もっとも、ある訴訟の追行が「遺言の執行」ではないとしても、遺言執行者の管理権が侵害されることを防ぐべく、なお当該訴訟の追行権を遺言執行者に認めることもありうる。このような一般論のもと、昭和43年判決の事案については、問題の移転登記請求訴訟が「遺言の執行」であるとは言えないが、遺言執行者の管理権に配慮して、やはり遺言執行者に当事者適格を認めるべきであるとされる。

(3) 高橋宏志教授の見解

次に、高橋宏志教授の見解を参照したい¹⁵⁾。高橋教授は、遺言執行者は自己の名で当事者となる法定訴訟担当だとした上で、遺言執行者は「遺言の執行」というその職務権限の範囲内でのみ当事者となると考えられるが、職務権限の範囲がどこまでかが問題になる、という形で問題を設定する。昭和43年判決については、遺言執行者を被告として原告らが勝訴しても、その判決のみによっては登記を取り戻すことができないとの理解を前提に、遺言執行者を被告として本件訴訟をさせることは、紛争の解決にとって若干迂遠であるとする。他方、登記名義人たる相続人のみを相手に訴訟をさせたのでは、遺言執行者が訴訟に全く関与しないという事態が生ずるが、登記を原告らに移転させることは、ま

さに遺言執行者が行うべき「遺言の執行」であるから、遺言執行者の頭越しに訴訟をすることも適当でないとする。こうした「ディレンマ」を前にして、遺言執行者だけを被告とする訴訟で原告が満足しているのならそれでよいが、そうでないのであれば、登記名義人にも被告適格があるとする方向を考えるべきことになる、と言う¹⁶⁾¹⁷⁾。

以上の短い記述の中にも、高橋教授の議論を貫く思考を見出すことができる。すなわちそれは、遺言の執行に係る訴訟を「遺言執行者の頭越し」で行うことはおよそ不当である、という思考である。かかる思考は、高橋教授の遺言執行者制度に関する次のような理解¹⁸⁾に依拠するものであると思われる。つまり、遺言執行者は、遺言を執行すること、すなわち遺言者の意思（遺思）を実現することを任務とする。相続人が被相続人（遺言者）から信頼されていれば遺言執行者は選任されず相続人が遺言の執行を任されたであろうから、遺言執行者と相続人の間には潜在的に緊張又は利害対立があると言える。第三者と遺言ないし遺産を巡って紛争が生じた時、その第三者と、遺言執行者（被相続人の代弁者）と相続人とがそれぞれの立場で訴訟にかかわる三面訴訟と構成することも一法だが、実定法は遺言執行者を優先させ、相続人をその背後に置いた。被相続人のした処分に相続人は従わざるをえないから、この規律には合理性があり、第三者からは遺言執行者が置かれたために訴訟が複雑になること（両者を相手とする共同訴訟になること）が回避される利点がある。要するに、遺言執行者を置いたということは、自己の代弁者である遺言執行者の頭越しに相続人・受遺者との間で決着をつけてはいけないというのが遺言者の遺思なのであり、訴訟法も原則的にはその遺思を尊重す

14) 福永・前掲注1)1775頁。

15) 高橋・前掲注1)267頁。

16) 高橋・前掲注1)269頁。

17) 高橋・前掲注1)274頁注36は、特定不動産が遺贈された場合には遺言者の死亡と同時に所有権は受遺者に移転するので、遺言執行者がいる場合であっても、受遺者は所有権に基づく妨害排除として登記の抹消を求めることができるとする昭和62年判決前掲注11)を前提に、遺言執行者に対する移転登記請求訴訟と相続人に対する抹消登記請求訴訟とを併合提起することによって、昭和43年判決の事案を解決しようとする。

18) 高橋・前掲注1)283頁注38において展開されている。

べきである¹⁹⁾。したがって、福永説の言うように、最終的な権利義務帰属主体である相続人・受遺者と第三者との間で権利関係が決着すれば、遺言執行者はそれに異議を差し挟む必要がない(福永説の④)とは言えない、と言うのである(とはいえ、この相違は、移転登記請求訴訟を「遺言の執行」に含めるか否かの違いに由来する可能性もある)。

かくして、高橋説の特徴は以下のようにまとめられる。高橋説も(便宜福永教授の言葉を借りれば)「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」というテーゼを承認する。その上で、移転登記請求等の物権的請求は、「遺言の執行」の典型にあたるという理解する。「遺言執行者を置いたということは、自己の代弁者である遺言執行者の頭越しに相続人・受遺者との間で決着を付けてはいけないというのが遺言者の遺思なのであり、訴訟法も原則的にはその遺思を尊重すべき²⁰⁾であるという理念は徹底して貫かれ、最終的な権利義務帰属主体の間に権利関係が決着したとしても、遺言執行者の関与がない場合、それは遺言者の遺思に反する不当なものとして、訴訟法上もネガティブに評価される。

(4) 八田卓也教授の見解

以上の両見解をはじめとする従来の諸見解に対し、根底的な疑問を投げかける意味を持つ注目すべき議論として、八田卓也教授の見解を挙げる事ができる²¹⁾。八田教授は、

遺言執行者と遺言受益者との関係につき、「最終的な権利義務の帰属主体は遺言受益者であり、遺言執行者の有する権限は過渡的なものに過ぎず、遺言執行者は、訴訟の目的たる権利関係について何の管理権も有しないことに鑑みれば、特定型の遺言では、遺言執行者と遺言受益者との間では遺言受益者を前面に出す解釈論もありえてよい²²⁾とする。また、昭和43年判決の事案に関わる相続人と遺言執行者との関係については、少なくとも特定型の遺言につき、相続人の被告適格を常に肯定する方向性を模索し、そのような解釈論は、「被告適格者が明確であることに対する第三者等の原告側の利益に配慮できる」という点で優れているとする²³⁾。具体的には、「相続人の行為により、遺言の執行が不可能とならないまでもより困難になることは、当事者適格の判断に影響する遺言執行者の職務の侵害とはならない」(「命題c」)、「遺言執行者がなすべき処分を、相続人が行っても、遺言執行者の管理処分権を害することはない」(「命題d」)という2命題²⁴⁾の肯定を通して、昭和43年の事例においては、相続人と遺言執行者との双方に被告適格を肯定することが可能であり、かつ、遺言執行者の被告適格は、相続人の訴訟担当者としてのそれではなく、遺言に基づく固有の義務の主体としてのそれ(固有適格)である、とする。敷衍すると、受遺者が相続人を被告として訴訟を起こし、結果として遺言の内容通りの移転登記を(遺言執行者ではなく)相続人が行う

19) そこでは、泉久雄教授の見解が参照されている。泉教授は、登記を受遺者に移転させることはまさに遺言執行者が行うべき「遺言の執行」であるところ、そのような意味を持つ移転登記請求を受遺者が遺言執行者をさしおいて行ったのでは、民法が遺言執行者に付与した管理処分権、ひいては、遺言執行者制度が無意味になってしまうとして、昭和43年判決の結論に賛成している(中川善之助=加藤永一編『新版注釈民法(28)相続(3)(補訂版)』334頁、348頁〔泉久雄〕(有斐閣、2002)。なお、高橋教授が参照するのは補訂版ではなく、同書旧版である。旧版では、314頁が本注での議論に対応している)。

20) 高橋・前掲注1)284頁注38。

21) 八田・前掲注1)133頁。

22) 八田・前掲注1)142頁。

23) 八田・前掲注1)143頁。

24) 八田・前掲注1)138頁。八田説はこれらを含めて計4つの命題を肯定する。その内容は、(a)「遺言執行者の職務は、遺言受益者が単独で遺言内容を実現できない場合にのみ、発生する」、(b)「遺言執行者が、本来なすべき職務を果たせなくなっても、それが遺言受益者の行為に基づくものであれば、遺言執行者は文句を言う筋合いない」、(c)「相続人の行為により、遺言の執行が不可能とならないまでもより困難になることは、当事者適格の判断に影響する遺言執行者の職務の侵害とはならない」、(d)「遺言執行者がなすべき処分を、相続人が行っても、遺言執行者の管理処分権を害することはない」、というものである。これらの妥当性の検討は後に行う。

ことになったとしても、そのことを以て遺言執行者の管理処分権が侵害されたとは評価できない(命題d)。また、仮に当該遺言が無効であり、別に有効な遺言が存するような場合に、相続人が被告として訴訟進行し、敗訴したとする。その結果、受遺者に対して根拠のない移転登記がなされると、当該移転登記の抹消登記が必要となる分、遺言執行者が有効な遺言の執行をすることは困難になるが、だからといって、そのことが遺言執行者の職務の侵害になるとは言えない(命題c)と言うのである。

命題dは、高橋教授の議論に対する強烈なアンチテーゼをなしている。たった今見た通り、高橋教授は、「遺言執行者を置いたということは、自己の代弁者である遺言執行者の頭越しに相続人・受遺者との間で決着を付けてはいけないというのが遺言者の遺思なのであり、訴訟法も原則的にはその遺思を尊重すべき」であるとの理念を自説の根幹に据えていた。しかし八田教授によれば、「遺言者としては遺言内容が実現されればそれで良いはずであって、それが遺言執行者によって実現されなければならない必然性はない」²⁵⁾。そうだとすれば、遺言の執行に遺言執行者が関与しなかったとしても、遺言執行者制度の終局目的は何ら害されない。そのことを別の角度から見れば、遺言執行者がなすべき処分を相続人が代わって行うことで遺言内容が実現されるのであれば、そのことを「遺言執行者の管理処分権の侵害」であると否定的に評価する必要はない(=命題dの肯定)ということなのであろう(もっとも、八田教授自身はこの論理展開を明示的には示していない)²⁶⁾。つまりこれは、福永・高橋両教授が前提とする、ある訴訟の進行が「遺言の執行」にあたるのであれば、その訴訟の当事者適

格は遺言執行者に与えられるべきであるとの理解の相対化を意味しているのである。

他方、命題cは、福永教授が昭和43年判決を結論として支持する理由のうちの①、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見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、とする部分に対するアンチテーゼである。

八田教授の分析はこうである。第一に、相続人の行為により第三者に登記が移ったとしても、遺言執行者は遺言執行がより困難になるだけで、不可能になるわけではない。つまり、相続人の訴訟進行の結果、無効な遺言で指定された受遺者=第三者に登記が移ったとしても、遺言執行者はその登記をなお取り返すことができる。福永教授が判決効の矛盾抵触を問題とせざるをえない(上記③)のは、遺言執行者の当事者適格の性質を法定訴訟担当と解するからであり、それを固有適格と理解と解するのであれば、判決効の矛盾抵触の問題は生じない。第二に、遺言執行者の当事者適格は遺言の有効性に依存するから、遺言が無効である場合には相続人に当事者適格を認めざるをえない。そうすると、受遺者が相続人を被告として訴えた場合に、その訴訟の中で、遺言執行者の指定に係る遺言の無効が認定されれば、相続人の被告適格は承認されざるをえず、ひいては相続人が敗訴し、登記が受遺者に移ることがありうる(遺言執行者の指定と特定遺贈とは、たとえ同一の遺言内に記載されている場合でも別個独立の意思表示であるから、前者のみが無効とされる場合

25) 八田・前掲注1)140頁。

26) これは、更に角度を変えて見れば、民法1012条が遺言執行者に付与する管理処分権に固有の利益を認めないということでもある。判決効の主観的範囲に関する文脈ではあるが、山本・前掲注1)39頁注41が、「目的物の帰属に私的な利益を持たず、ただ遺言が有効(受遺者に所有権がある)なら遺贈を原因とする移転登記をなす義務を負う(遺言が無効ならその義務を負わない)という程度で目的物を管理しているに過ぎない遺言執行者は、あたかも、他人間に所有権の帰属に関する訴訟に係属中の物を保管する者と同視しうるから、受遺者との関係では、民法115条1項4号の請求の目的物の所持人に該当する(受遺者敗訴判決の既判力は遺言執行者に拡張される)といえる」とするもの、基本的には同様の問題意識に立脚するものであると評価できよう。

も論理的にはありうる)。この場合にも、この訴訟内での遺言無効の認定は、遺言執行者を拘束しないから、遺言執行者は結局登記を取り戻す訴えを提起せざるをえない。だとすると、命題cを否定したからといって、相続人が敗訴して第三者に登記が移り、その登記を遺言執行者が取り戻さなければならないという事態がなくなるわけではない。したがって、命題cを否定すべき理由はない。かくして、八田説のこの指摘は、遺言執行者が有する「管理権」が侵害されたと言えるのはいかなる場合か、という点につき、従来の理解を大きく相対化する意義を持っているものと評価できよう²⁷⁾。

2 昭和51年判決について

さて、以上のような学説の対立にもかかわらず、昭和43年判決の思考様式に肯定的なものも含めた学説の多くが、昭和51年判決の結論に(少なくとも部分的には)同調していることは、興味深い事実である²⁸⁾。例えば、既に述べたように「遺言執行者の頭越しに訴訟をすること」をネガティブに評価する高橋教授も、「この昭和51年最判の事案は仮登記であるが、既に本登記になっている場合で考えると、判旨の処理は妥当であろう。遺言執行者は遺言の執行としての登記移転を済ませているのであり、既に事件は遺言執行を離れたと見ることができるところからである」と論じている²⁹⁾。

しかし、「登記移転」が済むと「事件は遺言執行を離れたと見ることができるところ」は、論証を要しないほどに自明の事実であろうか。遺言者の意思が遺言内容の完全かつ円滑な実現を遺言執行者に託すことにあるとすれば、一度実現した登記の保持につとめることも遺言の執行の一環であるという解釈も、論理的に排斥されるわけではないと思われる。そしてそれが「仮登記」となれば、境界線はなおさら曖昧であり³⁰⁾、現に判旨も、「遺言の執行に関係ないことではない」という歯切れの悪さを見せている。

また、「遺言内容通りに受遺者宛に遺贈を原因とする移転登記を経由した後も、遺言の効力を争う相続人が現れれば訴訟当事者とならねばならないことになると、受遺者の許で遺贈目的物につき所有権の取得時効が完成するまでは、遺言執行者の任務は終了しないことになり、遺言執行者を不当に長くその任務に束縛する結果となる」ことを理由に(少なくとも本登記まで済んでいる場合について)この帰結を支持する見解もあるが³¹⁾、仮に「登記の保持」まで含めて「遺言の執行」の一環であると理解するのであれば、そのような訴訟が起こされる限り、遺言執行者がそれに対応しなければならないのは当然であるとの立場も成り立ちうる。また、遺言執行者には就職を拒む自由があるのだから(民法1007条参照)、自ら就職を承諾した以上は、長期に渡り職務に縛られることがあっても、それほど不当とは言えないと評価することも

27) 八田・前掲注1)140頁は、命題cを肯定する見解がかつて存在しなかったことを指摘し、それが「絶対的かどうかについて疑問を投げかけている。

28) 昭和51年判決の評釈として、田尾桃二「判解」最判解民事篇昭和51年度278頁(1979)、伊藤昌司「判批」判評223号(判時856号)25頁(1977)、山木戸克己「判批」民商77巻6号886頁(1978)、平井宜雄「判批」法協95巻4号781頁(1978)、坂原正夫「判批」新堂幸司＝青山善充編『民事訴訟法判例百選(第2版)』54頁(1982)、新田敏「判批」久貴忠彦＝米倉明編『家族法判例百選(第5版)』232頁(1995)、松下淳一「判批」新堂幸司ほか編『民事訴訟法判例百選I(新法対応補正版)』92頁(1998)、菱田雄郷「判批」伊藤眞ほか編『民事訴訟法判例百選(第3版)』36頁(2003)、笠井正俊「判批」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選(第4版)』28頁(2010)を挙げることができるが、このうち、判旨の結論に反対するのは、平井評釈のみである。もともと、松下評釈は「本件におけるように遺贈履行後ならば、遺言無効確認請求は遺言執行者を被告とし、抹消登記請求は受遺者本人を被告とすべきであるとすれば、遺言無効の主張にもとづく紛争において、受贈者と遺言執行者の両方を被告とするのは原告に負担ではないか」と指摘し(松下・同93頁)、全体的に慎重な姿勢を見せているようにも読める。重要な指摘であると思われる、後に改めて触れる。

29) 高橋・前掲注1)270頁。

30) 伊藤・前掲注28)27頁が指摘するところである。

31) 山本・前掲注1)16頁。

できよう。それにそもそも、まさに昭和51年判決の事案がそうであるように、遺言無効確認訴訟が併合提起された場合には、多数説によれば遺言無効確認訴訟の当事者適格は遺言執行者にあるから、いずれにしても遺言執行者は訴訟に引っ張り出されざるをえないということも指摘できる。

更に、「本件のような場合に遺言執行者の被告適格を認めると、受遺者が既に目的不動産の管理処分権を取得している場合にまで、遺言執行者が受けた判決の効力が受遺者に拡張されることになってしまう」のが不当であることを論拠とする学説も存在する³²⁾。しかし、仮登記を経由することのみで受遺者が「管理処分権」を得たと言えるのかどうかはそもそも曖昧であるし、「遺言の執行」については遺言執行者が責任を持つものであるとするならば、遺言執行者の受けた判決の効力が及ぶことが不当であるとアプリアリに言い切ることは難しいとも言えるだろう。また、受遺者等は遺言執行者に共同訴訟的補助参加をすることができると思われるから、手続保障に欠けるとも言えない³³⁾。

こうして見ると、学説の動向に反して、昭和51年判決の論理にもなお多く検討すべき点が残っているように思われる³⁴⁾。

3 まとめと展望

(1) 現れた対立軸

以上の検討により、学説が織り成すいくつかの対立軸が明らかとなった。まず、「遺言の執行」の外延をどう画するかについての対

立が存在する。つまり、福永説は遺贈目的物の移転登記すら「遺言の執行」であるとは見ないが、高橋説・八田説はこれを「遺言の執行」であると見るという点で対立がある。また昭和51年判決の事案のように、「仮登記」が済んだ場合にも「遺言の執行」が済んだと言えるのかについては、各学説とも明瞭な理論的解答を与えていない。

次に、仮にある事案において遺言執行者の当事者適格を認めた場合、遺言執行者は法定訴訟担当となるのか、それとも固有適格を有するのかについても、対立が生じている。実際の観点から見れば、これは遺言執行者が追行した訴訟の判決効について民事訴訟法115条1項2号を適用すべきかという問題でもある。

最後に、八田説は高橋説・福永説との関係において根底的な対立軸を設定した。すなわち、高橋説・福永説は、実体法の理解を足掛かりとして、「遺言の執行」に関する訴訟については原則として遺言執行者を当事者とすべしとするのが現行法の立場であるとの前提に立っていた。これに対して八田説は、ヨリ実質的な検討を通して、その前提を見事に相対化して見せた。また、福永説との関係においては、遺言執行者の「管理権」をいかに理解するかについても、理解が分裂する余地があることを明らかにした。

(2) 八田説のイムパクト

以上の対立のうち、遺言執行者の当事者適格という問題を考える上で最も重要な意味を持つと思われるのは、やはり八田説が果敢に設定する最後の対立軸である。要するに、八

32) 笠井・前掲注28)30頁。菱田・前掲注28)37頁も参照。

33) これらとは別に、判旨の「遺言執行者が右登記について権利義務を有すると解することはできない」とする部分に重きを置き、不動産登記法上、抹消登記義務者は登記簿上の権利者であることから、抹消登記手続請求の被告は登記簿上の権利者（本件では受遺者）であると解するのが素直だと論じる見解もある（松下・前掲注28)93頁、笠井・前掲注28)30頁）。しかし、そもそも自らが権利義務の主体ではないにもかかわらず訴訟当事者となる構成のことを「訴訟担当」と言うのであるから、遺言執行者が抹消登記義務者ではないことは、遺言執行者が訴訟担当者になることを否定する論拠にはなりえないと思われる。

34) なお、平井・前掲注28)95頁は、判旨の「以上の各場合と異なり」以下を、遺言執行者が被告適格を持つための一般的要件を示したものと読むようである。すなわち、(1)係争権利関係が遺言の執行であること、(2)それにつき遺言執行者が、権利義務を有していること、が、遺言執行者の被告適格を肯定するための要件になると言う。が、(この判旨がそれほどの射程を持つものかという問題は措くとしても)判旨は(1)・(2)双方の否定を通して本件における遺言執行者の被告適格を否定したのであるから、素直に読む限り、(1)又は(2)のいずれか一方が肯定されれば被告適格も肯定されることになりそうである。無論、(1)・(2)を重疊的に要求したうえで、確認的に双方を否定した、と読む可能性も排除されるわけではない。

田教授の見解は、従来、ともすれば漫然として前提とされてきた、遺言執行者をさしおいて遺言の執行に係る訴訟を行うことを許せば遺言執行者の管理処分権が侵害され、ひいては、遺言執行者制度が形骸化することになるから、これを許すべきではないとする理解に反省を迫る意義を持つものである。従来の学説としても、この鋭い問題提起を無視して、従来の見解を卒然と維持し続けることはできないように思われる。

では、八田説にどのような評価を与えるべきであろうか。まず、命題 d の妥当性を検証するためには、本当に「遺言者としては遺言内容が実現されればそれで良いはずであって、それが遺言執行者によって実現されなければならない必然性はない」と言えるのかどうかを、遺言執行者制度の趣旨に遡って検証する必要があるだろう。子の認知（民法 781 条 2 項、戸籍法 64 条）及び相続人の廃除・その取消し（民法 893 条、894 条）の場合には、明文で遺言執行者の選任が義務付けられているが、例えば特定遺贈の執行については、遺言執行者を置くことは不可欠でないといわれている³⁵⁾。それにもかかわらず、特定遺贈の執行についてもしばしば遺言執行者が置かれる³⁶⁾のは、遺贈義務の履行は相続人自身の利益に反することが多いため、相続人によるその執行が期待できないからであり³⁷⁾、また、遺言執行者を選任するときの遺言者の意思は、観念的な権利移転で足りるとせず、遺言内容の完全かつ円滑な実現を遺言執行者に期待するものであり、社会的にもそのようなものと理解されて遺言執行者制度は利用されているのだ³⁸⁾とされている。そうだとすれば、遺言執行者を置く遺言者の意思は、「遺言執行者の手で」遺言内容を実現させることにあるのではなく、「方法を問わず」遺言内

容を完全かつ円滑に実現させることに尽きると考える方が実態に適しているとも言えそうである。つまり、「遺言者としては遺言内容が実現されればそれで良いはずであって、それが遺言執行者によって実現されなければならない必然性はない」との見解は、従来の遺言執行者制度の理解に基づく限り、極めて自然で、十分に支持しうる見解であるようにも思われるのである。むしろ、遺言執行者が設置されていながらも遺言内容の円滑な実現が果たされていない昭和 43 年判決のような事案において、受遺者が遺贈義務履行請求を行うためのルートを厳格に制限し、迂遠な紛争解決方法を強いることは、遺言者の意思に反する不当な結果である、ということにさえなりかねない。だとすれば、従来の実体法理解を前提とする限りにおいて、遺言執行者を置くことで遺言内容の完全かつ円滑な実現が期待されるということと、遺言執行者に遺言の執行についての（排他的な）当事者適格を付与すべきであるということとは、直ちには結びつかないように思われてくる。

まとめれば、従来の議論を前提にする限り、八田説の主張する命題 d に対して適切な反論を行うことは困難であるように思われる。逆に言えば、遺言の執行に関する事項について、遺言執行者の頭越しに訴訟を行わせると、遺言執行者の管理処分権、ひいては、遺言執行者制度が形骸化することから妥当でないとする見解は、手続上の迂遠さ等々の不利益を甘受してまでも守るべき、遺言執行者制度の存在意義に関する実質的な見通しを欠いたまま主張されてきたという嫌いがある。更に言い換えれば、このことは、従来の訴訟法学説が前提としてきたであろう遺言執行者制度に関する実体法理解による限り、Ⅲ 1 (1) で述べたような昭和 43 年判決の思考様式も再検

35) 鈴木祿弥『相続法講義（改訂版）』145 頁（創文社、1996）、内田貴『民法Ⅳ 親族・相続（補訂版）』479 頁（東京大学出版会、2004）等多数。今日異論を見ない。

36) 叶和夫「遺言執行者の権限」川井健ほか編『講座・現代家族法 第 6 巻』141 頁、142 頁（日本評論社、1992）は、遺言の執行が問題として取り上げられるのは主に遺贈についてであり、「遺言の執行は遺贈の執行のためにあるといってもよい」とする。

37) 鈴木・前掲注 35) 144-145 頁。

38) 渡邊剛男「遺言執行者の職務権限に関する最高裁判平成 11 年 12 月 16 日判決について」公証法学 29 号 97 頁、110-111 頁（2000）。

討を迫られざるをえないということを意味する。だとすれば、昭和43年判決及び八田説の命題dの妥当性を検証するにつけては、改めて、遺言執行者制度に関する実体法的分析に立ち帰ってみる必要があると思われる。

管理権概念を巡る対立軸を形成した命題cをどう評価すべきかについても、以上のような実体法的分析を通して自ずから明らかになるとと思われる。また、「遺言の執行」の概念をどう理解するか（昭和51年判決をどう理解するか）、遺言執行者の当事者適格の性質をどう理解するか（民事訴訟法115条1項2号を働かせるか否か）という残された2つの問題も、結局は、以上のような実体法的な考察を抜きにして解決しうるものではないと思われる。

(3) 展望

かくして、近時の有力な3つの学説を検討することにより、八田説の批判を前にして昭和43年判決の思考様式をなお正当化しうるのか、また、昭和51年判決はどう理解され、説明されるべきなのか、更に、仮にそれぞれの事案において遺言執行者の当事者適格を肯定するとして、それは固有適格なのか、訴訟担当としての適格なのか、という訴訟法上の問題が浮かび上がってきた。そして、そのいずれを検討するにつけても、遺言執行者制度についての実体法的な考察を避けて通ることができないことも明らかとなった。そこで、IVでは、訴訟法の問題から少し離れ、遺言執行者制度そのものについての検討を展開する

ことにしたい。

遺言執行を巡る紛争の分析と IV. 遺言執行者制度の実体法的考察

1 遺言執行を巡る紛争の分析

(1) 問題意識の提示

IIIでは、現時点において昭和43年判決と昭和51年判決とを巡る訴訟法上の問題を再検討するにあたっては、その不可欠の前提として遺言執行者制度についての実体法的認識³⁹⁾を深める必要があるということが、一応示された。

では、従来の理解とは異なる、遺言執行者制度の理解というものがあろうのであろうか。このことを論じる更なる前提として、遺言執行を巡る紛争⁴⁰⁾が、他の紛争と比べていかなる特徴を持つのかということについて、認識を深めておくことにしたい。遺言執行者制度が、誤解を恐れず大雑把に言えば、遺言執行の紛争化を防止し、かつ、生じてしまった紛争を解決するための制度である以上、防止し、解決すべき紛争がいかなるものであるかの認識を抜きにして、遺言執行者制度を考察することは不可能だからである。そして、ここでは既に取り上げた昭和43年判決と昭和51年判決の事実経過の再吟味から、その手がかりを得ることを目指したい。分析の対象をこの両判決に限定することに積極的

39) なお、個別に言及することはしないが、遺言執行者制度の実体法的・実務的な分析として、別の箇所掲げる諸文献以外に、以下のものが有益である。於保不二雄「遺言執行者の法律上の性質」『財産管理権論序説』65頁（有信堂、1954）、小山昇「遺言執行者の地位」中川善之助追悼『現代家族法大系5（相続2）遺産分割・遺言等』320頁（有斐閣、1979）、山口純夫「遺言執行者の職務権限」奥田昌道還暦『民事法理論の諸問題 下巻』541頁（成文堂、1995）、竹下史郎『相続させる』旨の遺言の最高裁判決は遺言執行者の関与を排除したものか判タ823号28頁（1993）、生島燕子「遺言執行者の権限（遺産分割との関係）」判タ996号154頁（1999）、泉久雄「遺言執行者の管理処分権」『家族法論集』284頁（有斐閣、1989）、松尾知子「遺言執行者による遺言執行」久貴忠彦編集代表『遺言と遺留分 第1巻 遺言（第2版）』395頁（日本評論社、2011）。

40) 「紛争」概念については一定の議論の蓄積があるため、本稿がここで言う「紛争」の意義についても、若干の説明を加えておくべきであろう。民事訴訟法学において、最もオーソドックスには、「紛争」は訴訟物（の存否に関する主張の対立）という意味に理解されてきたが、訴訟物構成がなされる以前の、社会に存在する紛争の意味で「紛争」概念が用いられることも多いとされる（上野泰男「戦後日本の民事訴訟法学説における紛争解決の観念」民訴雑誌46号110頁、112頁（2000）を参照）。本稿がここで言う「紛争」は、後者の意味である。その中にも多様なヴァリエーションが存在しうるが、本稿の言う「紛争」概念に近いものとして、例えば、紛争とは当事者の一定の相互行為からなる「社会過程」であるとする、六本佳平『日本の法と社会』48頁（有斐閣、2004）の法社会学的な定義を挙げることができる。

な意味があるわけではないが、しかし、逆に言えば、両判決は遺言執行に関わる紛争に広く見られる特徴を例に漏れることなく具有しているから、それら2つを分析するだけでも、本稿の問題意識をそれなりの程度で伝えることができるであろうと考えるためである。

(2) 事案の読解

昭和43年判決の事案が紛争化したことの発端は、相続人が遺贈目的物について単独で自己名義の所有権移転登記を獲得してしまったことにある⁴¹⁾。そして、遺言の存在を認識していながら、相続人がそのような行動に出してしまうこと背景には、(その内容が自分に不利であればこそ)その遺言は無効だという信念を相続人が抱きがちであるという事態、またヨリ酷い場合には、遺言が有効であるとわかっていても、それを無効だと主張することが比較的容易にできてしまうという事態、が伏在しているように思われる。

昭和51年判決も似たような構造を持つ。こちらの事案では、恐らく被相続人と同居していたと思われる相続人＝原告が、被相続人の死亡後、あたかもそれが元より自分の財産であったかのように、遺贈目的不動産に対する事実上の支配を当然に確立してしまっている(ただし、占有開始時は遺言の存在について善意であるようである)。原告は被相続人死亡後、いずれかの時点で遺言の存在を認識したことが窺われるが、その後も事実上の支配が解かれることはなく、その遺言は偽造であるとして、有効性を徹底的に争う姿勢を見せているのである。これをうけ、受遺者はただちに仮登記を行い、原告の支配を牽制する

姿勢を示したのであった。

(3) 2つの要素

以上の観察からだけでも、他の紛争類型と比較した場合に、遺言執行を巡る紛争を特徴づけている2つの要素を抽出することができるだろう。第一の要素は、遺言者＝被相続人の死亡(＝物理的消失)に起因して作動する、利害関係人に特徴的な行動原理である。そして、第二の要素は、「遺言」という権原⁴²⁾の特殊性である。

(4) 第一の要素 利害関係人の行動原理・篡奪

第一の要素が意味するところを端的に例解するために、相続法に関する我が国における標準的な体系書⁴³⁾の一節を引用したい。

——被相続人の所有物について、相続人の間で形見分けをしたとする。亡父愛用の万年筆だとか、浴衣だとかいう類のものならば、親子情愛の発露として深く追及する要もないと思われるが、名前は形見分けでも、大きなダイヤの指環であるとか、高価な骨董品であるとかいうような物を分配することになれば、もはや単なる形見分けの範囲を逸脱(する)⁴⁴⁾。

このパッセージにおいて「形見分け」と称されている事態は、要するに、相続人らが被相続人の所有に服していた財産を、極めてクローズドな空間で恣意的に取得・分配してしまうプロセスに他ならない。このような事態の引き金となるのは、(真に当然のことではあるが)「形見分け」の対象となる財産の所有者＝被相続人の死亡である。「被相続人の

41) 現行法でも、不動産登記法63条2項は、「共同申請主義」の例外を定めている。「共同申請」が何を意味するか、翻ってその例外が何をもたらすのかは、本来、本稿の問題意識にも関係する重要な問題であると考えられるが、深く立ち入ることはしない。

42) 「遺言」が「権原」であるという物言いは、違和感を生ぜしめるであろう。「原因」たるのは例えば「遺贈」であり、「遺言」それ自体ではない。本稿は、そのことを認識した上で、あえて「遺言」が「権原」であるという記述を採用する。したがって、本稿の用いる「権原」というタームは一般的な用法とはややズレているということになる。正当性や権威性という観点からは切り離された、端的な事実状態としての「占有」との対抗において、「権原」とは、財貨帰属の正当性に関する公的な承認であり、権威付けである、と見ることができるところ、遺言は、そのような公的な承認・権威付けを生ぜしめる根拠となるテキストであると言える。本稿があえて遺言を「権原」であるとするのは、遺言が持つその性質を強調したいがためである。

43) 中川善之助＝泉久雄『相続法(第4版)』(有斐閣, 2000)。

44) 中川＝泉・前掲注43)385頁。

死亡」は、被相続人の財産を実効的に管理・占有する主体が物理的に消滅するという状況を顕現せしめる。管理・占有主体を失った財産は、あたかも「無主物」であるかのように取り残される。その空隙を衝き、相続人が実力で実効的な支配を勝ち取ってしまうのである（「無主物先占」の論理）。

なお、先ほど引用した一節は、かかる財産の取得が相続の法定単純承認事由（民法 921 条 1 号）に該当するかを検討する過程で登場する。つまり、論者は相続を承認する以前の段階で（つまり、いかなる意味でも「相続人」が「権原者」ではない段階で！）、このようなプロセスが進行することを念頭に置いて議論をしているのである。

では、かかる事態はどう評価されるべきなのであろうか。先ほど引用した学説は、金銭的価値の低い財産の取得については、「親子情愛の発露」としてあえて深く追及しなくてもよいと考えているようである。なるほど善良な社会通念も、そのような考えを支持するかもしれない。

しかし、仮に我々が法の立場に立つのであれば、やはり以下のような疑念を拭い去ることはできないだろう。つまり、いかにそれが被相続人との間の「情愛」に基づく行為であろうとも、またいかにその対象が金銭的価値に乏しいものであったとしても、法的な遺産処理手続が完了する以前の段階において、遺産に属する財産を実力で取得してしまうことは、相続財産に対する違法な「篡奪」に他ならないのではないかと、という疑念である。相続人が相続を承認する以前であれば勿論であるが、仮に、相続を承認した後であっても、同様のことは当てはまるはずである。こうし

た「篡奪」がエスカレートすれば、それが遺贈目的不動産の登記を巡る泥仕合にまで発展するのは見易い道理である。

(5) 第二の要素 特権的解釈主体の不在・権原未確定状態の出現

第二の要素は、遺言という権原の特殊性である。遺言は、定義上、常にテキストの形をとって現れる。そして、それがテキストである以上、遺言は必然的に解釈を要求する⁴⁵⁾⁴⁶⁾。ところで、これまた定義上、遺言が効力を生じる時点では、そのテキストの書き手であり、したがって特権的な解釈主体であるところの遺言者は既に不在である。この、特権的解釈主体の不在という事実は、利害関係人が遺言というテキストに対して各々の恣意的な解釈を施す可能性をもたらす。民法上、理念的には、遺言の効力は遺言者の死亡時において直ちに発生するとされている（民法 985 条 1 項）。しかし現実的には、利害関係人らによって遺言テキストの解釈が争われ続ける限り、その効力の内容は確定しない。また、解釈上の争いは、その意味内容を巡る争いとどまらず、当該遺言の権原たる資格それ自体に対する争い（＝遺言無効の主張）にまで発展しうる。すなわち、意思表示の主体である遺言者の不在という事態は、「当該遺言作成当時遺言者は意思能力を欠いていた」、「当該遺言は他人によって偽造されたものである」、等の主張⁴⁷⁾の出現を促すモメントともなるのである。

「遺言無効確認請求事件においては、最も重要な証拠方法と言える遺言者は既に死亡しているから、当該遺言が無効であるか否かについて判断するためには、遺言者の遺言時ににおける精神上的障害、内容、程度といった医

45) 来栖三郎「遺言の解釈」『来栖三郎著作集Ⅲ 家族法 家族法判例評釈（親族・相続）』（信山社、2004）337 頁は、遺言の解釈を巡る諸問題を、比較法的見地も踏まえて詳細に論じる有益な論文である。

46) なお、この点につき最判昭和 58 年 3 月 18 日集民 138 号 277 頁は、「遺言の解釈にあたっては、遺言書の文言を形式的に判断するだけでなく、遺言者の真意を探求すべきものであり、遺言書が多数の条項からなる場合にそのうちの特定の条項を解釈するにあたっては、単に遺言書の中から当該条項のみを他から切り離して抽出しその文言を形式的に解釈するだけでは十分ではなく、遺言書の全記載との関連、遺言書作成当時の事情及び遺言者の置かれていた状況などを考慮して遺言者の真意を探求し当該条項の趣旨を確定すべきものであると解するのが相当である」と判示している。

47) このような主張に理由があるとすれば、翻ってそれは受遺者による「篡奪」である。例えば、伊藤昌司『相続法』139 頁（有斐閣、2002）は、「偽造・変造あるいは撤回済みの遺言によって財産が所有者（相続人）から奪い取られる危険」があることを指摘している。

学上の評価から、遺言者の遺言時の年齢、遺言時及びその前後の状況、遺言をするに至る経緯、遺言の内容、遺言の効果等までを子細に検討する必要がある、裁判所は困難な事実認定をせまられる。しかも、当事者の関係は良好ではないことが多く、争点とは必ずしも関連しない事実をめぐって当事者が激しく対立する場面も見受けられる⁴⁸⁾、「一つの遺言について、一つの無効事由のみが主張されることはなく、多くの事件において、当事者から複数の無効事由が主張されるのが現状である。特に遺言書の作成経緯を全く知らない当事者からの訴訟の場合、網羅的な主張が併せてされることもある⁴⁹⁾とする実務家の証言は、以上の考察と符合するであろう。これらの証言から浮かび上がるのは、遺言の解釈を巡る利害関係人同士による際限のない泥仕合の光景である。

まとめれば、確かに遺言は遺言者の死亡とともにその効果を生じる権原であるとされるが、それが厳密な解釈を要求するテキストであり、かつ、その特権的解釈主体が定義上不在であるという性質を持つ。そのことが、遺言の内容及び資格についての理解を利害関係人の間で非一義的ならしめる。それを一義的に確定するためには、一定の解釈作業（したがって、一定の時間）が要求されざるをえない。したがって、この間、受遺者の権原は未確定的になるのである。更に、そのようなものとしての遺言が存在する場合には、「相続」という権原も、いわば反射的に同様の性質を持つことになる。なぜならば、相続財産のうち、どの財産がどれだけ遺贈の対象になっているのかが一義的に定まらない状況では、相続人の権原の内容も一義的に定まっているとは到底言えないからである。

(6) 両要素の関係

第一の要素は、その内容から明らかなように、遺言執行を巡る紛争のみならず、相続を巡る紛争一般に妥当するものであると言える。が、第二の要素が積み重なることにより、遺言執行を巡る紛争においては、それが

極大化された形で現れる。すなわち、遺言を前にした相続人は、その資格を争い、恣意的にこれを解釈し、はたまたそれを隠匿し、本来は遺贈の目的物となるべき財産に対して「篡奪」を仕掛けがちになるのである。

以下のような証言が、このことを端的に表している。ある実務家は自分が経験した事例として、以下のような例を挙げる。「遺言者が自筆証書遺言で、配偶者（妻）に遺産を包括遺贈していた事案であるが、家庭裁判所で選任された遺言執行者が、相続人（配偶者（＝妻）と母）に、財産目録を交付し、遺言の執行をする旨通知したところ、相続人たる母は、遺産である不動産の主要な物件につき、相続を原因として所有権移転登記手続をした」というのである⁵⁰⁾。母親にとっては、息子がそのような遺言を書くとは到底信じられなかった（信じたくなかった）のであろう。遺言の存在を現認したことが、この母親による「篡奪」の直接的な契機となっているのである。不動産を巡ってでさえこのような事態が生じるのであれば、遺贈目的物が動産の場合、ヨリ端的に実力で占有を奪ってしまうという事態が頻発するであろうことは、想像に難くない。

他方で、相続人がこのように行動しがちであるとするれば、受遺者としても、（遺贈義務の履行を得られない限り）早々に遺贈目的財産について実効的支配を及ぼすよう企図するはずであり、悪くすれば、遺贈目的動産を先制的に実力で奪取するなどの「篡奪」を試みかねない。

また、意思表示の主体の不在は、受遺者が自分の権原を認識できないという事態をも引き起こす。意思表示の主体が健在であれば、第三者がその意思表示の存在を隠し通すことなどはおよそなしえないと思われるが、遺言の場合には、相続人が自己に不利益な内容の遺言を隠匿してしまうことも十分に可能である。それどころか、相続人すらもその存在に気付かず、善意で「篡奪」を行っていたという場合すらありうるのである。

48) 石田明彦ほか「遺言無効確認請求事件の研究（上）」判タ 1194号 43頁、43-44頁（2006）。

49) 石田明彦ほか「遺言無効確認請求事件の研究（下）」判タ 1195号 81頁、87頁（2006）。

50) 岸本洋子「遺言の執行——遺言執行の実情調査の結果から」久貴編次・前掲注 39) 375頁、388頁。

(7) 遺言執行を巡る紛争の特徴の定式化

以上の検討が正しいとすれば、「遺言執行を巡る紛争とは、遺言という権原の特殊性によって増幅された、利害関係人による相続財産に対する『篡奪』のプロセスである」と定式化することが可能である。

この定式を前提にするならば、そのような性質を有する紛争を解決するためにいかなる方策をとるべきかについても、一定の見通しを得ることができる。すなわち、まずは「篡奪」が生じる元凶たる相続財産の管理・占有主体の不在という事態を解消することが必要である。そのためには、死亡した被相続人＝遺言者に代わって相続財産を管理・占有する主体を調達しなければならない。そしてその主体は、少なくとも解釈を通して権原たる遺言の資格・内容が利害関係人の中で一義的に確定・共有されるまで(それは反射的に、権原としての「相続」の意味内容の確定をも意味するのであるが)、相続財産を巡る「篡奪」のプロセスを徹底的に遮断し、相続財産の原型を保全する役割を一手に担うことが望ましい、ということが言えるであろう。

2 遺言執行者制度の実体法的考察

(1) 金子敬明教授による問題提起

さて、このような認識に基づいて従来の実体法上の議論を概観するとき、極めて注目に値するのが、金子敬明教授による一連の論攷⁵¹⁾である。本稿の問題意識をヨリ形あるものとして提示するための手がかりとして、以下でやや詳細に、同論攷の内容を紹介しておくことが有益である。

金子論文⁵²⁾は、相続に関する近時の5つの裁判例の分析を通して、相続という現象を巡る既存の法的イメージにはそもそも難点があることを浮き彫りにした上で、試論的な形で、相続を巡る新たな法的イメージを提示する。

まず、金子論文は、「相続の理想像」とし

て、以下のようなモデルを描き出す⁵³⁾。被相続人が死亡すると、その「身代わり」(これを同論文に倣って、以下「 α 」とする)が立つ。 α は暫定的に、被相続人が立っていた立場を埋め、被相続人に帰属していた権利義務も暫定的に α に帰属する。もっとも、 α はあくまでも暫定的な存在にすぎないから、右の権利義務をほしのままに処分するわけではない。しかし他方で、相続債権者からの請求を受けた場合には α はこれに応じる必要がある、そのために遺産中の個々の積極財産を処分することは許されるべきである。つまり、被相続人の死亡後一定の期間内は、 α を中心とした清算手続が行われるべきであり、しかもそれは常にそうである(例えば、遺言執行者が指定されているか否かを問わない)。そうだとすると、仮に遺言である者に対し特定の物件が処分されていたとしても、その物件が相続債権者への弁済の原資として α により処分される可能性を否定しえないから、少なくともその限度において、右処分の受益者は右物件に対する権利を当然に取得するとは言えなくなる。

続けて金子論文は、以上のモデル設定ではなお、以下の3つの論点が詰められていないとする⁵⁴⁾。すなわち、① α を中心とする相続財産の清算手続がどの時点まで認められるべきか(相続債務が完済されるまで清算手続は続行されねばならないのか、共同相続人たちの合意さえあればいつでも終了できるのか)。②個々の遺産がどのような経路をたどって移転されるべきか。③ α をどのように調達すべきか。このうち、①と②とから、 α に相続人とは別個独立の地位を保障し、 α を相続人の指図に従わねばならない存在ではないものとして理解するのか(これを α_1 とする)、それとも、 α を共同相続人全員による指図に従わねばならない存在、いいかえれば、外部関係において共同相続人の全員が当事者となることによる煩雑さを回避するため、のいわば便利屋として理解するのか(これを

51) 金子・前掲注2)。

52) 以下、単に金子論文と表記する際には、別段の断りがない限り、金子・前掲注2) (2) を指示するものとする。

53) 金子・前掲注2) (2) 115頁。

54) 金子・前掲注2) (2) 116-118頁。

α_2 とする)という問題が、更に浮かび上がる。そして、③についての答えも、その点に関する理解からある程度明らかになってくるとされる。

更に、金子論文は、最判平成8年12月17日民集50巻10号2778頁の分析を通して、以下のような新鮮な指摘を行う⁵⁵⁾。すなわち、「遺産分割手続が進行中の段階とは、いわば所有権という権原を争う訴訟が未決着の段階のことであり、それゆえにその段階では、権原によらずに占有の次元での独自の基準によって実力支配の正当性が判断されるべき」である、という指摘である(なお、ここで言う「占有」という言葉を現在の通説が理解する通りに理解することはできず、それとは別個の占有概念を用意することが必要不可欠である、とされる)。そして、以下のように付け加える。この思考を貫けば、遺産分割手続中における個々の遺産の実力支配の正当性争いにおいては、権原は一切持ち出せない

ことになる。そうだとすると、不当な実力支配がなされた場合に、例えば共同相続人が東になってもその実力支配を解消しえないことになるが、では一体誰ならばそのような問題に対処をすることができるのか、という問題は残されたままである⁵⁶⁾、と。

かくして、(i) α を介在させるという思考、(ii) 占有の次元を考察するという思考の2つが導入されたが、金子論文は、それらが持つ意味について、日本の社会構造にも踏み込んだ、更に詳細な検討を加える。

まず、(i)について、以下のような洞察が展開される⁵⁷⁾。例えば、被相続人をA、「相続させる」旨の遺言により特定の不動産の受益相続人となった者をBとすると、最高裁判例は(1) AからBへの直接の移転登記を認めており⁵⁸⁾、他方でこれとは別の考え方として、(2) Aから相続人を經由してBへ移転登記するというものと、(3) Aから α を經由してBへ移転登記するというものが

55) 金子・前掲注2) (2) 112-113頁。

56) 以上の点は、結論だけを唐突に示せば余りにも奇異の感に堪えないと思われるので、金子論文がこのような指摘をなすに至る経緯をごく簡単にでも紹介しておくべきであろう(金子・前掲注2) (2) 97-112頁)。

平成8年判決は、従前から被相続人と同居し、遺産たる本件住居を占有していた共同相続人の一部(Yら)に対して、他の共同相続人ら(Xら)が、共有持分権に基づき本件住居の明渡請求訴訟を提起したという事案である。判旨は、「使用貸借」のロジックを用いて訴えを棄却したが、金子論文の分析による限り、その論理構成が「十分な熟慮のもとに出されたものでないことはほとんど明らか」である。しかし、他方で、被相続人が所有していた家屋に居住している相続人は、少なくとも平成8年判決の事案のもとでは、遺産分割時まで法的に正当にそこに居住し続けることができる、という価値判断は、ほぼ異論なく支持を受けている。そこで、その価値判断を正当化する論理の構築が要請される。

第一に、Xらの「共有持分権」という権原に対抗すべく、Yらに「使用貸借権」というより強い権原を付与する判旨の理論構成がありうる。しかし、これは全く説得力を欠く。

次に、Yらが現在家屋に対して実効的な支配を確立しているがゆえに、そのような状態が保護されるべきなのだと理論構成がありうる。しかし、「被相続人が一人で暮らして死亡後空き家になっていた家屋に、相続人の一人がだれの了解も得ずに入居して占有を始めた」というケースを想定してみると、この場合でも、当該居住相続人は「家屋に対して実効的な支配を確立している」とは言えるものの、こうした居住相続人まで保護に値するとは思われない。

だとすれば、「居住という事実そのものではなく、むしろ居住の開始態様こそが、居住相続人の居住が法的に保護されるべきものかどうかの判断にあたって決定的に重要なのである」という考え方を採用せざるをえない。しかし、居住の開始態様によってその居住の法的保護の在り方を変えるという思考は、われわれが一般に知っている思考ではなく、少なくとも居住者の居住を「権原」によって基礎づけるという発想とはおよそ無縁のものである。したがって、このような思考が正しいとすれば、法的に正当な実力支配のメルクマールを権原以外のところに求める必要がある。すると、われわれはこの思考が「権原と占有との分離」という発想に根を持つものではないかとの着想へと導かれる。現にこの発想によれば、平成8年判決の事案において、居住相続人の居住の保護が遺産分割時までの一時的なものだとされることは容易に説明可能である。というのも、遺産分割によって所有権という権原の帰属が明確になりさえすれば、居住の開始態様に着目してその居住の法的正当性を基礎づけることなど、原則として必要でないはずだからである。

57) 金子・前掲注2) (2) 120-124頁。

58) 遺言執行者がいる場合にもこの結論は変わらない。最判平成7年1月24日集民174号67頁、最判平成11年12月16日民集53巻9号1989頁。

ありうる。このうち、(1)・(2)と(3)との間には線を引くことができる。すなわち、死者Aが所有し登記を有していた不動産につき、その登記を誰かに移転しようとする場合に、A自身を移転登記手続に関与させることは不可能であるから、Aの関与なしに権利の移転を受ける者が誰か一人は必ずいるはずであるところ、(1)・(2)は相続受益者に、(3)は相続財産の清算のために立つ存在に過ぎない α にその役割を担わせるという点で、大きく異なるのである。そして、(1)・(2)を正当とする考え方は、「相続受益者は、Aから権利の移転を受ける原因関係をもつ者であるから、かれが登記を有することになっても何ら問題はない」という観念を前提とする。しかし、金子論文は、不動産物権変動に関する日本法の母法であるとされるフランス法、更にはイングランド法を例に出して、「この両国においては、いかに正しい原因関係が存在しようとも、それによって直ちに権利が移転するものとは全く観念されておらず、却って、それに加えて明確な権利移転行為がなされない限り、権利移転は法的に実現されたとはいえない、と考えられている」ことを指摘し、先ほどの考え方に疑問を投げかける。その上で、 α を介在させる(3)の発想は、「原因関係(相続ないし遺贈)を備えた相続受益者Bを相手方とした、その原因関係とはあくまで別個の権利移転行為(移転登記)に、譲渡人たる被相続人の身代わりである α を関与させない限り、Bは正当に所有権を取得したことにはならない」という考え方に基づくものであり、そうだとすると、「 α に相続人とは別個で独立の地位を保障することが絶対に必要である」(先述の論点②)。かくして、(1)・(2)と(3)との間にある違いとは、「死者の財産は直ちに相続受益者((1)の場合にはB、(2)の場合には媒介となる相続人)のものであると考えるか、それともそうは考えないか、の違いであり、更に今一步パラフレーズするならば、それは、その権利主体が物理的に存在しなくなったことをとらえて、死者に帰属していた財産を誰かが取ってしまうこと

を、篡奪だと考えないか考えるか、という違いでもある」と結論する。そして、最後に、『被相続人が死亡した場合には、かれに帰属していた個々の遺産につき、それがかつて被相続人に帰属していたという状態がひとまず尊重されるべきであり、よって、いかなる者であろうとも、被相続人の代わりに立つ α_1 の手による権利の移転行為(裁判によりそれが強制される場合を含む)がなされない限り、その者は正当に権利の移転を受けたとはいえない』という観念構造が、現代日本においては成り立っていない」ことを指摘する。

次に(ii)については、「本権に関する判断の前に、それとは異なる判断枠組によって迅速に実力の問題に対処する必要がある、という問題意識は、学説の十分な反応を伴っているとは言えないものの、裁判実務上は比較的注目を集めている話題」だとしつつも、「そのような問題意識を実地に生かすための作業は、日本では必ずしもうまくいっていない」と指摘する。そして、それは「現代日本においては結局、『占有者が占有している財産については、いかなる者であろうとも、占有者による占有の移転行為(裁判によりそれが強制される場合を含む)を受けない限りは、かれの確立した実力支配は法的に正当視されない』という観念が成り立っていない、裏からいえば、本権をもっていそうな者であれば、『占有者による占有の移転行為(裁判によりそれが強制される場合を含む)』がなされていない場合であっても、『かれの確立した実力支配』は(少なくとも結論として)法的に正当視されることがある、のではないかということである」との診断を加えている⁵⁹⁾。

(2) 金子論文と本稿との距離 「 α 」・「占有の次元」の再構成

以上、やや長くなったが、金子論文の結論部分について、一応の要約が行われた。本稿は、金子論文の立場に全面的に賛成し、それを前提に訴訟法理論を組み立てることを目的とするものではない(そもそも、金子論文自体、具体的な解釈論的帰結を示しているわけではないので、そのような作業はなしえな

59) 金子・前掲注2) (2) 124-125頁。

い)。しかし、金子論文が提示する様々な問題意識は、IV 1 で提示した本稿の問題意識の精度を高め、法学的に有意義な形象を与えるための一助となり、ひいては、遺言執行者の当事者適格という本稿が取り組む課題に対して、新たな視角を導入する契機となりうるのではないかと考えている。そこで、以下、金子論文の問題意識と、本稿の問題意識との異同を識別しながら、遺言執行者制度の在り方についてのささやかな考察を試みてみたい。

まず、金子論文の提示する α を、現行民法典の解釈を通して導き出すことができるだろうか。しかし、これは少なくとも直ちにはなしえないのではないと思われる。つまり、金子論文が想定する「相続の理想像」は、「清算」と「承継」の二段階を厳密に区別するイングランド法的な建付けで描かれているが、日本の相続法はそもそもそのような構成をとっていない。また、そこにおいて α は、遺言執行者の指定の有無等の事情に関わらず、「常に」、かつ、「清算人」として立つことが要請されているのであるが、現行の日本法において、相続の局面で「常に」かつ「清算人」として現れる法主体はおよそ概念しえないと思われる。

では、金子論文が提起する問題が実際的な意味を持つのは、「清算」「承継」の二段階モデルを採用する法制度の下においてのみなのであろうか。しかし、このような理解もまた、逆の方向で短絡的である。すなわち、(i) α を介在させるという思考、(ii) 占有の次元を考察するという思考は、それ自体、「清算」と「承継」との二段階が分節された法制度を前提に要請されているわけでは必ずしもない。金子論文も、我が国の裁判例の分析を通じて、その必要性を認識していたのであった。逆に言えば、「清算」「承継」の二段階を分節しない我が国の相続法の下においても、これらの思考・問題意識自体は有意義であると言えるのである。

ここで、本稿がIV 1 で提示した問題意識に回帰したい。本稿は、遺言執行を巡る紛争の

特質を以下のように定式化したのであった。すなわち、「遺言執行を巡る紛争とは、遺言という権原の特殊性によって増幅された、利害関係人による相続財産に対する『篡奪』のプロセスである」。そして、「篡奪」を防止するためには被相続人に代わって相続財産を占有・管理する主体を立てることが必要である、と考えた。この発想は、金子論文の (i) α を介在させるという思考に強い親近性を持っていることが分かる。つまり、金子論文の言う α は、本稿の立場から、篡奪防止のために「被相続人の代わりに立つ主体」であるという限りにその意味内容を限定され、把握される。

次に、(ii) 占有の次元を考察するという思考も、本稿の問題意識からは、次のように再構成され、理解可能なものとなる。つまり、前述のように、遺言が特権的解釈主体を欠くテキストであることゆえに、相続に遺言が介在した場合、利害関係人間の権原分配は一時的な未確定状態に陥りうる。そうであるとすれば、受遺者・相続人に帰属する権原の内容が一義的に確定するまでの間は、「権原の次元」のみで思考することには限界があるのではないかと疑念が直ちに生じる。ではどのように思考すべきなのかと問われれば、「占有の次元」で思考することが、事態の真相を精確に把握する唯一の方法である、ということになるのではないだろうか。

(3) 遺言執行者が立つことの意味——本稿の立場

以上のような認識のもと、以下ではより具体的な解釈論を展開することとする。本稿は、遺言執行者を以下のような主体として把握するものである。

遺言執行者が立つことの第一次的な意義は、管理・占有主体を失った相続財産に対する「篡奪」を防止すべく、物理的に消滅してしまった被相続人に代わり、相続財産を暫定的に管理・占有する(実効的な支配を及ぼす)主体として、相続財産の原型を保全することである⁶⁰⁾。ここで「暫定的に」とは、「遺言

60) この立場からは、遺言執行者がある場合に相続人が行った第三者への処分を絶対的無効と解する昭和62年判決前掲注11)は強く支持される。

の解釈が一義的に、利害関係人全員に共有されるまで」を意味する。

遺言執行者は、自ら遺言を解釈し、それに従って遺言執行を行うことができる。その遺言解釈に全員が異議を唱えず、実現された遺言執行の正当性を承認するのであれば（すなわち、遺言が一義的に解釈され、それが利害関係人全員に共有されるのであれば）、遺言執行が紛争に発展することはない。しかし、遺言執行者が執行に着手する以前に相続人が「篡奪」（例えば移転登記）を試みた場合には、遺言執行者は、相続財産の原型を保全するためにその「取戻し」（例えば抹消登記）を担わなければならない。現行法の建付け上、遺言執行者が「取戻し」訴訟を提起した場合には、その訴訟が遺言解釈（その内容及び資格を争う）のフォーラムにもなる（例えば、抹消登記請求権が訴訟物であったとしても、その前提問題として、遺言の解釈が争われざるをえない）。紛争を効果的に解決するためには、このフォーラムでなされる（裁判所によって有権的に確定される）遺言の解釈が確定的であり（後の覆滅を許さない）、かつ利害関係人間の全員一致で一義的に共有される必要があると思われる。

ここで重要なことは、この際に、遺言執行者がある特定人（この利害状況で言えば、受遺者）に最終的に帰属すべき権原を実現するために行動しているものと考えべきではないということである。なぜならば、（遺言執行者自身の暫定的な解釈が存在しているとしても）この時点においては未だ遺言の解釈が

利害関係人間において一義的に共有されていないのであるから、最終的に権原を獲得すべき「ある特定人」をそもそも観念しがたいためである。そうではなく、遺言執行者は、利害関係人全員が一義的に権原関係を確定させ、円滑に遺産処理を進めるための大前提として、相続財産の暫定的な事実状態を保全するためにこそ、「取戻し」を行うのである⁶¹⁾。図式化して言えば、「一人のために権原を守る」のではなく、「全員のために占有を守る」のである（「占有の次元」）。この後者の性質を指示するために、以下本稿では“*erga omnes*”⁶²⁾というタームを用いることとする。

以上のことに加えて、金子論文の「被相続人が死亡した場合には、かれに帰属していた個々の遺産につき、それがかつて被相続人に帰属していたという状態がひとまず尊重されるべきであり、よって、いかなる者であろうとも、被相続人の代わりに立つ α_1 の手による権利の移転行為（裁判によりそれが強制される場合を含む）がなされない限り、その者は正当に権利の移転を受けたとはいえない」という指摘⁶³⁾から、以上のように観念された遺言執行者が担うべき更なる機能を導き出すことができる。すなわち、遺言の解釈の確定により、晴れて一義的な内容の権原を獲得した受遺者に対し、その権原に対応する財産の占有移転・移転登記⁶⁴⁾を行うという機能である。一般に、いかに権原者であろうと、前主の占有・管理に服している財産の占有・管理を自力で奪取しえないことはあまりにも

61) 本来、このような思考に基づく「取戻し」を支えるための根幹となる制度が、占有訴訟（民法197条以下）であると思われる。「権原」的思考を一切遮断し、簡易迅速に遺言執行者が相続財産の管理・占有を取り戻す、ということが可能であって然るべきである。無論、「本権に基づく反訴」など、到底認めるべきではない。しかしながら、我が国における占有訴訟制度の決定的な機能不全は周知の通りである。判例では最判昭和40年3月4日民集19巻2号197頁が画期となった。学説では、三ヶ月章「占有訴訟の現代的意義——民法202条1項の比較法的・系譜的考察——」『民事訴訟法研究 第3巻』1頁（有斐閣、1966）があまりにも精緻にこの方向性を決定づけてしまった。占有訴訟のような制度的バックアップを欠く以上、本稿の展開する解釈論のこの局面での実効性には一定の制限がかかってしまうことを認めざるをえない。とはいえ、近年では殆ど省みられない占有訴訟の不在という事態が「問題」であるということを示すことにも、積極的な意義があるものと考えている。

62) “*erga omnes*”というタームは、木庭頭『法存立の歴史的基盤』938頁IV(2.1.6)（東京大学出版会、2009）がローマ法における相続財産占有者（*bonorum possessor*）の性質を形容するために用いているのを参考にさせていただいたものである。この点を含め、本稿は同書及び木庭頭『ローマ法案内 現代の法律家のために』特に82-87頁（羽鳥書店、2010）、同『ローマ法案内』補遺——主として日本の民事法との関連で『現代日本法へのカタバシス』特に210-219頁（羽鳥書店、2011）の問題意識と共鳴する部分が多い。

63) 金子・前掲注2) (2) 123-124頁。

自明な事柄である（自力救済の禁止）。言い換えれば、ある者が遺贈目的物に対して及ぼす実力支配が、「篡奪」による違法なものか、それとも適法なものか、を識別する唯一メルクマールは、（その者に権原があるかないかではなく、）遺言内容の一義的な確定後に相続財産の適法な占有者から占有の移転を受けたか否かである。この占有移転を遺言執行者が担うということになる。

以上のことをまとめると、結局、本稿が遺言執行者に担わせるべきだと考える機能は次のようになる。

機能①：被相続人＝遺言者の死亡を契機として生じる、相続財産に対する「篡奪」を防止し、利害関係人全員のために（*erga omnes*）、被相続人＝遺言者に代わって、占有状態を保全する機能。

機能②：死亡した被相続人＝遺言者に代わって占有移転（移転登記）を一元的に実行し、対内的に予定された権利関係を対外的にも実現する機能。

機能③：①・②を通して、遺言の解釈を一義

的に確定する、又は、そのためのフォーラムを提供する基点となる機能。

このような結論は、一見して目新しい奇妙なものだと思われるかもしれない。しかし、必ずしもそうとは言えないであろう。つまり、先述のように、遺言執行者を指定する遺言者の意思＝遺言執行者制度の存在目的は「遺言内容の完全かつ円滑な実現」にあると理解されてきたが、ここで「完全」とは、権原たる遺言の内容を一義的に確定し、かつ、それに対応した占有移転・移転登記がなされることを意味している、また「円滑」とは、単に「迅速に」ということを超えて、目的財産に対する自力救済のプロセス＝「篡奪」が生じるのを防止しつつ、平穩裡に遺言内容を実現する、という意味を含むものである、という様に、その意味内容を従来よりも一段積極的に理解するのであれば、それはまさに、遺言執行者に機能①～③を期待することとほぼ同義であるように思われるのである⁶⁵⁾⁶⁶⁾。そして、このように解するときには、遺言執行者は、相続人の指図に従属するタイプの

64) 金子論文の問題意識は、特定の相続人や内縁の妻の地面の上の端的な占有（「居住」）を巡る問題に鋭く向けられているが、本稿では、あえてその側面には立ち入らない。むしろ、本稿の以下の論述において重大な 이슈となるのは、より「ヴァーチャル」な移転登記（これが占有移転と類比的に捉えられることはしばしばであるが）を巡る問題である。というのも、昭和43年判決、昭和51年判決がいずれもそうであるように、遺言執行を巡る紛争の核をなしているのは、不動産登記を巡る泥仕合だからである。

65) 利害関係人全員の合意があれば、遺言者の意思を無視して遺言執行者抜き訴訟を行うことが許されるのではないかという問題は、本稿が直面せざるをえない理論的な難題である。つまり、遺言執行者が「利害関係人全員のため」に立つのであれば、当の「利害関係人全員」が遺言執行者抜きの遺産処理を望む場合にまで、遺言執行者を関与させ続ける根拠はないのではないかという疑問が生じるのである。遺言執行が一般的に紛争化しやすい性質を有している中であって、遺言者があえて遺言執行者まで置くという場合には、何らかの具体的な紛争発生要因、本稿の言葉で言えば「篡奪」の萌芽、が自覚されているのが通常であろう。そして、そのような状況において篡奪が防止され、遺産処理が低コストで実現されるということは、客観的に見ても合理的である。遺言執行者は、遺言者の死亡後、その委任にもとづいて以上のような客観的価値を実現すべく自立的に存在しているのであり、利害関係人がこれを無視することは許されない、と説明することになる。しかしこのように論じると、遺言執行者が遺言者の意思とは必ずしも即応しない客観的な価値の実現までもを担われるかのようであり、それは従来の理解からすると実は大きな変容だということになるかもしれない。つまり、従来、原則として遺言者が望んだ時にだけ立つことができる（例外として、民法1010条）遺言執行者という主体に、客観的な価値をも担わせるという考えは、基本的に採られてこなかったと思われるのである（もともと、竹下・前掲注1)222頁は、遺言執行者には「遺言者から期待された役割や機能の他に、遺言執行の過程で遺産の管理が行われ、その結果として遺産共有という複雑な権利関係下において取引の円滑化が図れる」というような「社会的な機能」も期待され、更に、「このような期待や機能はいまや社会的に共通した認識になっており、更には社会的要請となってきているといってもよい」と論じており、興味深い）。結局のところ、本稿が遺言執行者に担わせたい機能は、実はあらゆる相続の局面において有益である。金子論文も、そのような見通しで組み立てられているのであろう。本稿は、我が国の相続法においてそうした機能を担う主体が欠けていることに着眼し、その機能の必要性が極大化する遺言執行の場面、それも、遺言者がその必要性を自覚しているほどの場面に限って、民法典が遺言執行者という主体を用意したのであると解することで、最低限のケアを可能にしようとする試みであるとも言える。

機関（金子論文で言えば、 α_2 ）ではなく、相続人からの独立性を有するタイプの機関（ α_1 ）⁶⁷⁾として構想されねばならないのは明らかであろう⁶⁸⁾⁶⁹⁾。

(4) 展望

さて、Vでは以上の認識のもとに訴訟法上の議論を展開することとなるが、その議論の見通しをよくするための下準備として、IIIで述べた八田説が突き付ける問題意識、及びそれによって生じている重大な対立について、本稿の立場から診断を下しておくこととしよう。

まず、命題dの妥当性については次のように評価することができるであろう。すなわち、「遺言者としては遺言内容が実現されればそれで良いはずであって、それが遺言執行者によって実現されなければならない必然性はない」とは言えない。なぜならば、遺言

執行者を指定した遺言者の意図は、遺言内容が最終的に実現するという「結果」のみに向けられたものではなく、その実現の「過程」にも向けられたものだからである。翻って、福永説・高橋説がとる前提は、結論として、本稿の立場から支持可能である。

また、命題cについても、以下のように言える。最終的に遺言内容を実現可能か否かが問題なのではなく、その過程で相続財産の占有状態が害されることこそがネガティブに評価されるべきなのであるから、八田説が挙げるような遺言執行を困難ならしめるような行為⁷⁰⁾は、遺言執行者の管理処分権に対する侵害そのものである、と⁷¹⁾⁷²⁾。

66) もっとも、③には本稿特有の問題意識が現れていることは確かである。これはいわば、訴訟法的な関心から出発して導いた機能であるからである。

67) 清算機能を担うか否かという点で大きな違いはあるが、破産管財人が一つのモデルとなろう。相続と破産とは、従来の財産帰属主体が消失し、その財産を多数人が取り合うプロセスであるという点で類似しているということが指摘できる。遺言執行者の法的地位を巡る議論と破産管財人の法的地位を巡る議論とが、驚くべき類似性を示しつつ展開してきているのも、偶然とは思われない。破産管財人の法的地位については、垣内秀介「破産管財人の地位と権限」山本克己ほか編『新破産法の理論と実務』139頁（判例タイムズ社、2008）を参照。

68) なお、中川＝加藤編・前掲注19)291-292頁〔泉久雄〕は、「わが民法における遺言執行者は、イギリス型の清算人でないことはもとより、ドイツ型の意味での清算人でもない。遺言事項として法定されている内容を遺言者の意思に従って忠実に実現するのが執行者の任務とされている」とする一方で、「遺言制度が合理的な遺産の分配に奉仕することを中心的目的としている以上、どうしても執行者の清算人的役割を否定するのは実際的ではない、不合理でもある」とし、「被相続人が執行者による清算を希望し、遺産債権者がそれを承認している場合についてまで執行者による弁済を否定」すべきでないと論じる。本稿も、このような解釈を支持するが、ここでは、あらゆる場合において遺言執行者に与えられるべき機能として、①～③を挙げているのである。

69) 以上の議論に対しては、我が国では、遺言執行者に相続受益者自身を含む非法律家が就任することも多く、このような機能を常に期待する解釈論は社会的現実を無視している、との反論がなされるかもしれない。確かに、例えば昭和51年判決の事案一つとっても、原告の主張によれば、遺言執行者に指定されたのは「受遺者の父親」をはじめとする法律に通じない者であったとされており、そのような者が本稿の期待する役割を全うできるとは考えがたい。しかし、遺言執行者につき「委任」の規定を準用し、善管注意義務を課す我が民法典は（民法1012条2項、644条）、そのような社会的現実をそもそも支持しないように思われる。また、近時ではそのような状況も改善傾向にあるとの実務家の証言も、しばしば耳にするところである。

70) なお、前述のように八田説は、受遺者が相続人を被告として訴え、その訴訟の中で遺言執行者の指定に係る遺言の無効が確認されれば、遺言執行を「困難」ならしめる事態が生じることは避けられないのだと論じている。しかし本稿は、そうした状況を避ける工夫こそが求められると考えたい。この点については後に検討する。

71) のみならず、以上の見通しからは、注24)で掲げた八田論文が肯定する4つの命題は全て否定されることになるだろう。

72) 八田説は、遺言の解釈（内容・資格）がアプリオリに、一義的に、確定している場面を念頭に組み立てられているように思われる。また、説明の便宜のために事案を単純化したことで（もちろん、その戦略に大きな意義があることは言うまでもないことであり、かくいう本稿もあえて単純な事案を検討の対象としているのであるが）、多数の相続人、受遺者、更には彼らの債権者といった多くの利害関係人が複雑に絡み合う泥仕合という遺言執行を巡る紛争の本質を視野の外に置いてしまっている嫌がないではない。本稿は、むしろそちらの現実を重視するものである。その現実を前にすれば、遺言執行者という存在が持つ意味合いは、容易には軽視しえない、非常に重要なものとして意識されるのではないか。

V. 遺言執行者の当事者適格試論

1 導入

IVでは、遺言執行を巡る紛争の性質の分析、及びそれを出発点とした遺言執行者についての新たな理解の可能性が示された。とはいえ、遺言執行者の訴訟法上の地位、特に、訴訟当事者適格についての考察を抜きにして、IVで描かれたイメージが現実的な意味を持つことはありえない。遺言執行を巡る紛争は、多くの場合、訴訟の形態をとって進行するからである。

本稿は、結論として、遺言執行者の訴訟当事者適格を広く、かつ、排他的なものとして認める立場を取る。そして、遺言執行者は、利害関係人（受遺者、相続人）全員の法定訴訟担当として、当事者適格を持つものと解する。このような結論は、IVで述べた遺言執行者の3つの機能から導かれるものである。以下ではまず、本稿の大まかな立場を抽象的に示した上で、昭和43年判決、昭和51年判決の事案に即しつつ、ヨリ具体的な規律を論ずることとする。

2 遺言執行者が当事者適格を持つということの意味

(1) 利害関係人全員の法定訴訟担当——遺言執行者の erga omnes 性

第一に、遺言執行者は被相続人に代わって相続財産を占有・管理する主体であるが、その職務は「最終的に権原者となるべき一人の

ために」、ではなく、「利害関係人全員のために (erga omnes)」行われるのであった（機能①）。だとすれば、遺言執行者が行った「取戻し」の訴訟や占有・登記の移転に係る訴訟の結果（既判力）は、民事訴訟法115条1項2号を通じ、利害関係人全員に共有されて然るべきである。したがって、遺言執行者は、利害関係人全員の訴訟担当者であると構成するのが、我が国の民事訴訟法の解釈としては穏当であると思われる⁷³⁾。

(2) 当事者適格の排他性——「篡奪」の観点

第二に、遺言執行者は遺贈目的物の占有引渡し・移転登記の役割を被相続人に代わって一元的に担い、それを通してこそ、受遺者による相続財産の取得が「篡奪」でないことが理念的に保障されるのであった（機能②）。だとすれば、例えば（自称）受遺者が提起する遺贈目的物の移転登記請求訴訟の被告適格者は、移転登記を一元的に行う主体であるところの遺言執行者でしか本来はありえないと言ふべきである。「篡奪」により当該遺贈目的物の登記を相続人が得ている場合に、自称受遺者が相続人を訴えて遺言執行者の頭越しに占有・登記をやりとりすることは、理念的に見れば、「篡奪」の拡大に他ならないように思われる⁷⁴⁾。

(3) 先決事項たる遺言解釈の共有——遺言執行者のフォーラム提供機能

第三に、遺言執行者は、遺言の解釈を一義的に確定するためのフォーラムを提供する基點としても期待される（機能③）。遺言執行を巡る紛争がかくも紛糾することの背景には、我が国の民事訴訟法の基本的な構造が伏

73) 民法1015条が「遺言執行者は、相続人の法定代理人とみなす」と規定していることとの平仄が直ちに問題とならざるをえない。しかし、遺言執行者の法的地位を巡っては伝統的に民法1015条の形式的な文言を超えた理論上の対立が存するところである。昭和43年判決も、遺言執行者を相続人の法定代理人とは見ず、法定訴訟担当者としており、昭和43年時点でそれが「通説」であったことには既に言及した。現在でも、例えば高橋・前掲注1)268頁は、「少なくとも訴訟法上は遺言執行者は自己の名で当事者となる訴訟担当だ」とする理解が「訴訟法上は、現在では通説だと言ってよい」としている。なお、岸本・前掲注50)393頁には、遺言執行者となった経験のある同僚の実務家に対して「遺言執行者の地位をどう思うか、感想で結構だと断って尋ねた」結果が記されている。約7割が遺言執行者は「遺言者の代理人」であるという意識を持っており、民法の規定通りに「相続人の代理人」であるという意識を持っていた者は僅かであったという。無論、理論的な見通しを欠いた「感想」にすぎないし、実情がそうであるならそう解するべきだ、というタイプの思考は最も拒絶すべきものと考えられるけれども、しかし、一つの興味深い参考資料ではあるだろう（とはいえ、サンプル自体少なく、信頼性には相当の留保が必要と思われる）。「代理」という法概念での説明が適切かどうかはなお十分に検討の余地があるが、遺言者の代わりに立つ主体である、という限りでは本稿の理解に整合する。

在しているように思われる。すなわち、あらゆる遺言執行に対する先決事項としての遺言の有効・無効、及びその内容に関する解釈を、利害関係人の全員一致で確定することを保障するシステムの不在が、遺言執行を巡る紛争を複雑化させる一因となっているのではないかと思われるのである。

ヨリ具体的に言えば、例えば本稿が取り上げているような事例では、遺言の解釈が遺贈目的物の移転登記請求訴訟といった個別具体的な遺言執行に係る訴訟の前提問題として(判決理由中の判断に過ぎないものとして)争われてしまう結果、せっかく裁判手続で遺言の解釈が確定されても、その判断には既判力が生じない。

無論、遺言無効確認訴訟の形式をとることによって、遺言の有効性についての判断を既判力に服せしめることは可能である。しかし、判例⁷⁵⁾によれば、(少なくとも相続分及び遺産分割の方法を指定したに過ぎない)

遺言の無効確認訴訟は固有必要的共同訴訟ではないから、全員一致での確定は保障されないのである。学説上も、従来はこの立場が圧倒的な多数説を形成していたと言えよう⁷⁶⁾。

その一方で、とりわけ後続の遺産分割手続を視野に入れる場合、遺言の解釈が相続人間で相対的にしか決せられないのは極めて不都合であるという認識は、学説・実務を問わず異論なく共有されてきたところである⁷⁷⁾。そして近時、遺産確認の訴えを固有必要的共同訴訟と解した最高裁判例⁷⁸⁾の出現等に触発されつつ⁷⁹⁾議論は一定の進展を見せ、遺言無効確認訴訟を固有必要的共同訴訟と解する見解⁸⁰⁾や、通常共同訴訟と解しつつも、別の手立てで判断の共有を図ろうとする(少なくともその道に通ずる)見解⁸¹⁾が現れてきているところである。

このように、訴訟物に関する相対的確定を大原則とする我が国の民事訴訟法⁸²⁾は、遺言執行を巡る紛争を含む遺産の処理手続を複

74) 金子論文も的確に指摘する通り、有効な引渡・移転登記には「裁判によりそれが強制される場合を含む」のであり、その意味で、遺言執行者に当事者適格を与えることが重要な意味を持つ。これに対しては、遺言執行者がいない通常の場合には「引渡し」もなしに実力支配が移転しているのではないかと、との批判がありえよう。しかし、そうした事態が恒常化していることはそうした事態が正当であることを意味しない。かえって、そこに従来の相続法が抱える問題点を見出すべきだというのが本稿の立場である。

75) 最判昭和56年9月11日民集35巻6号1013頁。なお、遺言執行者が複数存在する場合には、固有必要的共同訴訟になるとする古い裁判例が存在する(静岡地浜松支判昭和25年4月27日判時40号24頁)。

76) 淺生重機「判解」最判解民事篇昭和56年度500頁、508頁(1986)、栗原平八郎「遺言無効確認の訴えの被告」島津一郎ほか編『基礎法律学大系22 新版相続法の基礎』315頁、316頁(青林書院新社、1981)、石田ほか・前掲注49)47頁、高野芳久「遺言無効確認の訴えの適否等」判タ688号360頁、363頁(1989)等。なお、中村英郎「特別共同訴訟理論の再構成」中村宗雄古稀『民事訴訟の法理』187頁、197頁(敬文堂、1965)は、早い時期にこれを類似必要的共同訴訟と構成する例外的文献であるが、その問題意識は本稿が抱く問題意識とは大きく隔たったものである。

77) 例えば昭和56年判決の判例批評である高橋宏志=米倉明「判批」法協100巻1号187頁、198頁(1983)は、「遺言の有効無効を相続人全員の間で一律に定めることは遺産の分配を円滑迅速に進めるために極めて望ましい」と早くから指摘していた。実務家による指摘としては、例えば高野・前掲注76)363頁、また、近時では石田ほか・前掲注48)48頁注26等。

78) 最判平成元年3月28日民集43巻3号167頁。

79) この点につき、山本克己「遺産分割の前提問題の確認対象としての適格性——最一小判昭和61年3月13日民集40巻2号389頁」法教284号78頁、84頁(2004)は「遺言の有効・無効を遺産分割の前提問題として捉えた場合には、Ⅲ2で言及した平成元年判決との関係で、遺言無効確認の訴えの当事者適格(固有必要的共同訴訟かどうか)についても検討しておく必要がある。というのも、遺産分割審判の当事者間で遺産の範囲を既判力をもって確定しておくことの必要性を1つの論拠として、遺産確認の訴えが固有必要的共同訴訟であるとする平成元年判決の趣旨からすると、相続分を指定する遺言の無効確認についても同様のことが言えそうだからである。しかし、最一小判昭和56年9月11日民集35巻6号1013頁は、相続分と遺産分割の方法を指定した遺言の無効確認の訴えは、固有必要的共同訴訟ではないと判示した。したがって、昭和56年判決と平成元年判決の関係をどのように捉えるべきかが問題となる」と指摘する。また、最判平成16年7月6日民集58巻5号1319頁との平仄を指摘する越山和広「判批」高橋ほか編・前掲注28)216頁、217頁も参照。

80) 例えば、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(下)(第2版)』340頁注32(有斐閣、2012)は、「遺言無効確認は原則として固有必要的共同訴訟だとしてよいのではなかろうか」とする。

雑化させる契機を孕んでおり、そのことは、学説・実務によって強く認識されつつあると
言うことができよう。そうした現状認識のもと、
本稿は、遺言執行者の機能③に鑑み、遺
言執行者を遺言執行に関する訴訟に関与させ
ることを通して、遺言の解釈という先決問題
を利害関係人の全員一致で確定する、という
規律を常に実現させるべきであるとする。遺
言無効確認請求が訴訟物となっている場合
には、遺言執行者に法定訴訟担当者としての
排他的な当事者適格を付与し⁸³⁾、民事訴訟
法 115 条 1 項 2 号を通して既判力を利害関係
人全員に及ぼすことで、その理念は実現可能
であろう⁸⁴⁾。問題は、遺言の解釈が単に訴
訟の前提問題としてのみ争われた場合であ

り、その場合にいかにして裁判所の判断を全
員一致で共有するのかは、容易には解決しが
たい問題であると思われる⁸⁵⁾。この点につ
いては、後に改めて検討を加える。

3 昭和 43 年判決再考

(1) さしあたりの結論

以上が本稿の目指す大まかな理念である
が、これに基づいて、冒頭に紹介した 2 つの
判例の事案を考察してみることにしたい。

まず、昭和 43 年判決の事案について言え
ば、本稿の立場からは、被告適格を有すべき
は遺言執行者のみであり、相続人は被告適格
を有しない⁸⁶⁾。遺言執行者を被告としてこ

81) 遺産確認の訴えについてはあるが、訴訟告知活用論を説く山本克己「遺産確認の訴えに関する若干の問題——最（一小）判昭和 61 年 3 月 13 日を契機に——」判タ 652 号 20 頁，28 頁注 33（1988），及び、その遺言無効確認訴訟への転用可能性を示唆する山本和彦「遺産確認の訴えと固有必要的共同訴訟 最高裁判平成元年 3 月 28 日第三小法廷判決」ジュリ 946 号 49 頁，53 頁（1989）を参照。もっとも後者は、「立法論」にとどまるとする。この点については後に詳しく述べる。

82) もっとも、これが「我が国」に特有の事情であるのかについては、即断しがたいところがある。詳述は避けるが、例えば我が国がその民事訴訟法を継受したところのドイツでも、遺言無効確認訴訟は判例上必要的共同訴訟ではないと解されている（BGHZ 23, 73 [75], Urteil v. 9. 1. 1957）。しかも、興味深いことに、この結論は学説によって殆ど無批判に受容されているのである。上記 BGH 判決が出て間もない時期の作品である *Wolfram Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß*, 1961, S. 61 等はやや詳細に判旨を正当化するロジックを展開するものの、近時ではそのような論証さえ殆どなされず、結論のみが示される（例えば、標準的な体系書である *Leo Rosenberg/ Karl Heinz Swab/ Peter Gottwald, Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., 2010 §49 Rn. 30 の記述を参照）。判例に対する唯一の反対説と見るべき、*Eberhard Wieser, Notwendige Streitgenossenschaft*, NJW2000, S. 1163 も、本文で述べたような問題意識に裏付けられているわけではない。この温度差が一体何に由来するのか（訴訟法、ヨリ特定的には ZPO62 条の解釈論か、それとも遺産分割方法や、遺言の役割等の実体法の建付けに理由があるのか）という問題は、別途検討に値するものと思われる。

83) 遺言無効確認訴訟については、遺言執行者に当事者適格を認めるのが通説であると言って差し支えなからうが、山本・前掲注 1) は、遺言無効確認の訴えにおける遺言執行者の当事者適格を一般的に否定するという立場に立つ。

84) もっとも、遺言執行者の指定に係る遺言の有効無効が争われ、無効が確定した場合には、翻って遺言執行者は元より訴訟担当資格を有しなかったことになるから、民事訴訟法 115 条 1 項 2 号は厳密に言えば働かないように思われる。しかし、遺言執行者本人が争った結果である以上、後に他の利害関係人が遺言執行者の指定に係る遺言は有効であったことを前提として問題を蒸し返す（自らの訴訟当事者適格を否定する）という事態は認めべきでないし、その必要もないと思われる。とはいえ、それをどう理論的に基礎づけるかは大変に難しい問題である。さしあたり、少なくとも信義則上かかる主張が封じられるべきである、ということまでは言えようが、いかにも未成熟である。遺言執行者の訴訟担当資格と「遺言の有効性」とを切り離す理論が追及されて然るべきであると思われる。つまり、遺言執行者指定部分を含む遺言の解釈が問題になっている以上、（結果としてそれが有効とされるか無効とされるかにかかわらず、）遺言執行者は第一次的な当事者適格を有する、という構成が可能かどうかということである。とはいえ、これは訴訟担当制度全体にも関わる問題である。厳密な検討は他日を期す他ない。なお、この問題は、注 65) での議論とも深いところで連帯している。結局ここでも、遺言者の意思ということを超えて、（相続のあらゆる場面で）遺言執行者の如き主体が立つことには客観的な意義があるが、遺言執行者は原則として遺言者の意思に基礎を置く主体であるということの不調和が露呈しているのだと言えるからである。

85) 無論、学説では判決理由中の判断についての争点効理論が発達しているけれども、では、遺言の解釈についてあらゆる場合に争点効が生じると言えるのか、仮に言えるとして、それを利害関係人全員に拡張できるのか、はやはり難しい問題である。とはいえ、「紛争解決の一回性」という同理論の理念は（出発点となる問題意識は大きく異なっているものの）、存外、本稿の問題意識と共鳴しうるものであるように思われる。

そ、受遺者の実力支配は正当化しうるものになるのであるし、この時、遺言執行者は法定訴訟担当者である以上、遺言執行者が受けた判決の既判力は民事訴訟法 115 条 1 項 2 号を通して相続人にも及ぶから、争点となる遺言の解釈を利害関係人全員で共有できるというメリットも生じるためである。

もっとも、昭和 43 年判決の事案のように利害関係人が少なく、相対的に単純な事案においては、このような解釈の実際的な効用を強く意識しづらいかもしれない。しかし、仮に夥しい数の相続人や受遺者、相続債権者その他の第三者が複雑に絡み合う事案であったと想像されたい。相続人間で登記が転々される、不動産の譲受人たる第三者に登記が移ってしまった、原告の権原を基礎づけているのは別の遺言が存在する、等々の状況を考えると（そしてそのような混乱が生じやすいことこそが遺言執行を巡る紛争の特質である）、遺言執行者という「フォーラム」を中心に据えて、今後の遺産処理の前提となる先決問題（＝遺言の解釈）を全員一致で可能な限り確定し、かつ、具体的な遺言執行の是非に関する結論も全員で一義的に共有することが、極めて実際的な意味を持つと思われる。

(2) 紛争解決としての「迂遠」さ？ ——erga omnes たることの意味

そうだとすると、結論としては判例と等しいこのような規律に対しては、既に判例に対

してなされている以下のような批判が、同様になされるに違いない。まず、この事案のもとで遺言執行者を被告として勝訴判決を得ても、受遺者たる原告は直ちに登記を得ることができないから、紛争解決の観点から見て迂遠であるとの批判がなされるであろう⁸⁷⁾。しかし、本稿の立場からは、この批判はあたらぬと言いうことができる。なぜならば、遺言執行者に対する勝訴判決によって、相続人から移転登記を得ることができる、という規律をも、以下のような理由で承認することが可能であると考えられるからである。

この規律は、学説上頗る評判の悪い規律である⁸⁸⁾。その理由は、概ね以下の通りである。第一に、実質的に見て、この局面では相続人と遺言執行者との利害は正面から対立しているのであるから、そのような相続人を遺言執行者が訴訟担当しているというのは、不自然な構成である⁸⁹⁾。第二に、形式的な面からしても、このような効果を導き出す法律構成としては、遺言執行者を相続人の訴訟担当者と捉え、かつ、遺言執行者を被告とする訴訟において、相続人に対する抹消登記請求権が同時に訴訟物となっていると理解する他にないと思われるが、これでは遺言執行者が、自ら受遺者のために行使すべき請求権を訴訟物とする訴訟につき、相続人の訴訟担当者として被告になるといういかにも不自然な構図となる⁹⁰⁾。

86) もっとも、ここまでの議論から遺言執行者の当事者適格の「排他性」が導かれたとは言えない。つまり、相続人単独では当事者適格を有しえないとしても（これは以上の議論から導くことができる）、遺言執行者が当事者として訴訟に関与している場合には、それに加えて相続人も当事者となりうる（更に進めて、固有必要的共同訴訟とすべきである）という規律が排斥されたわけではない。類似する問題は、取締役選任決議取消訴訟及び同無効確認訴訟において、会社に加えて取締役が当事者になりうるかという有名な論点にあらわれている。少なくとも固有必要的共同訴訟としたのでは遺言執行者による迅速な「取戻し」が阻害されてしまうから妥当でない。相続人の手続保障は、共同訴訟的補助参加を認めることで図りうると思われるから、あえて当事者適格まで付与する必要はないと考えたい。

87) 高橋・前掲注 1)269 頁、山本・前掲注 1)21 頁等、この指摘は、立場を超えて幅広くなされている。昭和 43 年判決の立場を前提としつつ、この問題に対処するために、高橋説は、昭和 62 年判決前掲注 11) を根拠として受遺者から登記名義人への抹消登記請求訴訟の提起を認め、受遺者は、遺言執行者と登記名義人を共同被告とする共同訴訟を提起すべきだとする。これに対して、遺言執行者に対する移転登記請求訴訟を提起すると共に、受遺者は自己への移転登記請求権を被保全債権として遺言執行者の相続人に対する抹消登記請求を代位行使すべきであると見る見解も有力である（野田愛子「遺贈の登記義務者」島津ほか編・前掲注 76)297 頁、300 頁、小山・前掲注 39)336 頁注 74、梅本吉彦「代理と訴訟担当との交錯」新堂幸司編集代表『講座 民事訴訟 3 当事者』139 頁、155-156 頁（弘文堂、1984）、納谷・前掲注 1)79 頁、青山善充「演習」法教 109 号 116 頁、117 頁（1989））。

88) 僅かに平井・前掲注 28)786 頁がこれを肯定するのみであり、訴訟法学者による積極的な支持は、管見の及ぶ限りでは一つも見当たらない。

89) 高橋・前掲注 1)275 頁注 36。

しかし、ここで「不自然」だと指摘される形式的・実質的狀況は、本稿の立場からは全く「不自然」であるとは言えない。V 2(1)で述べたとおり、機能①から導かれる遺言執行者の *erga omnes* 性は、利害関係人全員のために遺言執行者が遺産処理を担うことを要請しているのである。そうだとすれば、具体的な遺言執行を巡る局面のみを表面的に観察するならば、確かに特定の相続人と遺言執行者との「利害が正面から対立」しているように感じられるとしても、ヨリ深く突き詰めていけば、両者の利害は一致しているのだと言える⁹¹⁾。要するに、あらゆる利害関係人と遺言執行者とは、根本的なところで利害を共通にしているのである。それが *erga omnes* たることの意味でもある。また、抹消登記請求権を自ら行使するか、被告としてその行使を受けるのかは、遺言執行者が第一次的に当該遺贈に係る遺言を有効と見るか無効と見るかによって決まると言うことができ、そもそもどちらが本来の形態であるかを決するものではないとも言える。そうだとすれば、相続人の訴訟担当として遺言執行者が抹消登記請求権の行使を受けるとしても、何ら不自然ではないのである。

(3) 蒸し返しの危険？——訴訟告知の活用

別の角度からの批判として、遺言執行者の被告適格は遺言の有効性を前提とするから、たとえ遺言執行者を名宛人とする判決が出て

も、相続人が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という問題点が指摘されることがある⁹²⁾。確かに、遺言無効確認請求が訴訟物となっておらず、遺言の有効性を前提として遺言執行に係る訴訟が行われた場合には、かかる事態が生じかねない。しかし、こうした事態が生じてしまうことを前提に遺言執行者の役割を過小評価するというのは、本稿の立場からすれば倒錯である。これは、機能③に絡めてV 2(3)で論じた問題に関わる。すなわち、本稿は、具体的な遺言執行に係る訴訟が終結した後に、利害関係人が先決問題たる遺言の有効性を争う(蒸し返す)ということ自体を極めてネガティブに評価するが、とりわけ、遺言執行者の地位の正当性は、絶対的な先決事項として確定されるべきであり、これを後に蒸し返すことができってしまうという事態は、病理的ですらあると考える⁹³⁾。むしろ、こうした事態をどう防止するか、を考えなければいけない。

ではどのように対処すべきか。民事訴訟法学説において訴訟担当資格の有無が切実な問題として意識されている領域と言え、債権者代位訴訟(民法423条)である⁹⁴⁾。ここでは、代位債権者が代位訴訟を提起するにあたって、被担当者たる債務者に対して訴訟告知をすることを義務付けるべきだとする解釈

90) 山本・前掲注1)35頁注9。

91) 竹下・前掲注1)131頁が「相続人間に反目がある場合には、遺言執行者は、實際上、あっせん者・調停者としての役割も期待されるのではないかと論じ、また、同259頁が、「訴訟の場面では対立構造をとるから、遺言執行者は原告または被告として当事者となるのは勿論のことであるが、遺言執行者が訴訟の場面に登場することによって、遺言執行者は紛争の実質的当事者である実体権者間の紛争を解決するための繋ぎ役・調整役として機能」すると論じるのは、本稿の指摘と通じるところがあると思われる。

92) 福永・前掲注1)1776頁、山本・前掲注1)39頁注42。

93) ローマにおける相続案件の特別審級であった *centumviri* の裁判所は、「本案」たる *hereditatis petitio* に先行して、遺産の暫定的な占有 (*hereditatis possessio, bonorum possessio*) を誰に付与するかを決するための *praeiudicium* (先決訴訟) として機能したという。それを前提にして、相続財産占有者 (*bonorum possessor*) が本案の被告になる。つまり、相続財産占有者はまず一義的に確定され、以後そこは動かない(蒸し返しをさせない)。現行日本法では、この特別審級、及び、先決訴訟・本案訴訟の厳密な二段階分節、が切り出されないために、本文で述べたような問題が生じるのではないかとも思われる。とはいえ、*centumviri* の裁判所についての解釈自体かなり割れているようであり、現時点において、この問題について有意味なことを論じる能力は筆者にない。将来の課題として、問題意識のみ記すにとどめる。さしあたり、参照した主要な文献として、以下のものを挙げることにする。木庭・前掲注62)1193頁、A. H. J. GREENIDGE, *THE LEGAL PROCEDURE OF CICERO'S TIME 182-185* (1901), Max Kaser, *Das Römische Zivilprozessrecht*, 1966, S. 37, (ローマの相続法一般に関する叙述も含め) Vincenzo Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 14 ed. 1960, p. 508 segg.

論が有力に展開されている⁹⁵⁾。ここでの訴訟告知は「53条以下の訴訟告知とは異なるもの、より強く被告知者の訴訟関与を促すもの、比喩的に言えば、被告に対する訴状にある程度近いもの」⁹⁶⁾であるとされ、それだけに「少なくとも条文上の根拠には弱いところがないではないが、これを条文なくして義務づけることも解釈論として十分に可能であろう」⁹⁷⁾とされる。現行実定法でも会社法849条3項が同様の趣旨を規定しており、現行法が全く与り知らないアイデアであるというわけでもない。

本稿は、ここでの議論を遺言執行者が当事者となる訴訟についても応用すべきであると解したい⁹⁸⁾。つまり、遺言執行者を当事者とする訴訟を遂行する前提として、利害関係人(相続人及び受遺者)全員⁹⁹⁾に対する訴訟告知がなされなければならないと解するのである(その意味については後述する)。訴訟告知を受けた利害関係人は、遺言執行者の

資格を認めて遺言執行者に共同訴訟的補助参加をするか、その資格を否定すべく独立当事者参加をするか、それとも参加しないかの選択肢を有するものと構成する。いずれにしても、訴訟告知の効果として、後訴で遺言執行者の訴訟担当資格を争うような主張をすることは封じられることとなる¹⁰⁰⁾。

訴訟告知の義務付けは当事者にとって負担になるが、そのような負担の根拠は、遺言執行者をあえて指定した遺言者の意思に求められることになる。また、遺言執行者が訴訟に関与することは、当該訴訟の当事者を含む利害関係人全員にとって、紛争の早期解決をもたらしうる点で大きな利益となるから、そうした利益の代償として、訴訟告知を要求することがあながち過剰な負担であるとは思われない。なお、遺産分割の前提問題に係る遺産確認の訴えにつき、訴訟告知を活用して蒸し返しを防止すべきだとする解釈論は、早くから山本克己教授が提案するところであっ

ところで、確認の利益を巡る伝統的なドグマとはやや乖離する形で遺言無効確認訴訟の適法性が早くから認められてきたという経緯、また、「遺産分割の前提問題」たる遺産確認訴訟、相続人の地位確認訴訟等の訴訟群について特徴的な議論が展開されてきたという経緯(そしてその目を覆うばかりの混迷)は、相続問題を取り扱う特別の審級が概念されない我が国における自然な成り行きであったとも評価できまいか。すなわち、私法は本来多層的・複層的な体系を有しているにもかかわらず、民事訴訟手続を平板的に構想していることの副作用が、「相続」という極めて特殊な局面において堪え切れずに顕在化してきているのではないか。翻って多層的・複層的な民事訴訟法体系を構築する必要性が予感される。もっとも、これはある意味で学説主流たる「新訴訟物理論」の逆を行く発想であり、また、私法(実体法)の捉え方にも大きく関わる問題であるから(私法の厳密な体系性自体、現在では必ずしも自明でない)、本稿の射程・現時点における筆者の能力を大きく超える。

94) この問題を巡る学説の概観として、高橋・前掲注1)247-262頁を参照。

95) 新堂幸司『新民事訴訟法(第5版)』293頁(弘文堂、2011)、高橋・前掲注1)252頁。もっとも、新堂教授のテキストは、多義的な解釈が成立する余地を残す。このことは、高橋・前掲注1)254頁注19も指摘するところである。本稿は、高橋教授と同じ読み方を採用する。

96) 高橋・前掲注1)258頁注23。

97) 高橋・前掲注1)252頁。

98) 「応用」の基礎について説明を加えるならば、債権者代位訴訟において訴訟告知活用論が言われるのは、一方で債務者に対して債権者による訴訟追行の既判力を有利不利を問わず拡張することにより被告第三債務者の応訴負担を軽減し、他方で、不利な既判力拡張に備えて債務者に手続保障を与えるという目的ゆえであるが、本稿にいう訴訟告知も、被告受遺者の応訴負担を軽減しつつ、相続人との関係でそのことの正当化を図るという意味を有するのであり、その点で議論を借用する基礎があるがあると言えよう。ただ、そうした意味にとどまらず、遺言執行を巡る紛争における中心的当事者を一義的に確定するという特殊な別の目的をも有する点では、端的な借用ではなく、「応用」的であると位置付けられる。

99) なお、ここで言う相続人及び受遺者とは、訴訟時現在で相続資格を持つものとされている相続人と、現在争われている遺言執行に関係する受遺者である。無論、この遺言執行後に、新たに相続資格を獲得する者が現れる可能性はありえ、そのような例外的場面では一回的解決は実現しないと言わざるをえない。もっとも、そうした場合に新たな相続人が起こす訴訟は、必ずしも「蒸し返し」とは評価しがたいであろう。

100) この拘束力の根拠を訴訟告知に基づく参加的効力に求めるならば、参加的効力の根拠を敗訴責任の分担に求める理解によると、例えば訴訟告知をした遺言執行者が受遺者を相手に勝訴した場合には、相続人に拘束力が及ばないことになる。しかし、そのような場合には、相続人側にはそもそも蒸し返しを行う必要がないのであるから、問題はないであろう。

た¹⁰¹⁾し、これを遺言無効確認訴訟にも応用する余地があるとの指摘もなされてきた¹⁰²⁾。合一確定を実現しつつも、中立を守りたい相続人を強制的に被告とすることで無用な軋轢を生むといったことが回避できる点で、固有の必要的共同訴訟と理解するよりもメリットがあるとされる。こうしたメリットは本稿の議論にも当てはまると思われ、そのことも訴訟告知負担を正当化する一つの論拠になるであろう。

ここで、「訴訟告知がなされなければならない」ということの意味を詰めて考えておく必要がある。つまり、この訴訟告知の負担を誰が負うのか、仮に訴訟告知がなされなかったとして、その効果は何かという問題である。前述の趣旨に照らせば、利害関係人全員に訴訟告知がなされたという結果のみが重要であり、遺言執行者・対立当事者（昭和43年判決の事案で言えば受遺者）のいずれが訴訟告知を行ったかということは、本質的な問題ではない。実態を考えれば、一方、対立当事者が遺言執行者を被告として訴訟を提起する場合には、通常、自ら率先して訴訟告知をするであろうと思われる。他方、遺言執行者は、自らが原告になる場合は無論として、被告となる場合にも、その *erga omnes* 性に基づき、率先して訴訟告知をするべき行為規範に服するものと言うべきである¹⁰³⁾。かくして、遺言執行者が原告となる場合には遺言執行者が、遺言執行者が被告となる場合には、原告たる対立当事者と遺言執行者が、訴訟告知の負担を負うことになる。とはいえ、評価規範としては、十分な訴訟告知がなされなかったことの負担は常に原告側に帰せしめられることになるのであろう（つまり、訴訟告知欠缺の場合には、一律に訴えを不合法却下すれば足りる）。

むしろ問題となるのは、八田説が命題 c 肯定の論拠として援用する、受遺者が遺言執行

者の指定に係る遺言の無効を前提に、相続人を被告とする訴訟を提起した場合の処理である。例えば相続人が遺言の無効について争わない場合に、遺言執行者抜きの訴訟が平然と行われてしまうとすればそれは不当である。

これに対しては、第一に、形成訴訟の利用という対処方法が考えられる。すなわち、遺言執行者を指定する旨の遺言が存在する場合には、形成判決を得ない限り、遺言執行者の指定に係る遺言の無効（すなわち、遺言執行者が遺言執行者たる地位を有しないこと）を主張することは許されないとするのである。しかし、形成訴訟は明文の規定がある場合にのみ特に認められるものとされているから¹⁰⁴⁾、立法論としてはともかく、現行法の解釈論としては難しい構成であると言わざるをえない。

そこで、遺言執行者の関与を保障すべく、裁判所が遺言執行者を選定する旨の遺言の存在を認める場合には、受遺者（原告）は当該遺言執行者を含む利害関係人に対する訴訟告知を行う義務があるものと構成することが考えられる。自らの地位を主張する遺言執行者は、遺言執行者たる地位の確認を求めつつ独立当事者参加をし、その請求についての判決効は、民事訴訟法 115 条 1 項 2 号を介して訴訟に参加していない利害関係人にも及ぶものと解したい。

なお、遺言執行者の存在が公示されない我が国においては、受遺者が遺言執行者の存在を知らずに相続人を訴えてしまった場合、時間と費用をかけて訴訟追行をした挙句に、訴えが却下されてしまうという事態が生じかねず不当である、よって、相続人にも被告適格を認めるべきであるとの主張がなされることがある¹⁰⁵⁾。問題意識はもっともであり、傾聴に値するが、だからといって、安易に相続人に被告適格を与えるという解決策を取るべきではないであろう。遺言執行者を当事者と

101) 山本克己・前掲注 81)28 頁注 33。

102) 山本和彦・前掲注 81)53 頁。とはいえ、「立法論」にとどまるとする。

103) 前述のように、遺言執行者は *erga omnes* 性を有する主体であるから、その訴訟における対立当事者である原告とさえ、利害を真つ向対立させているという訳ではないのである。こうした観点からも、遺言執行者には公平無私な法律家が立つことが是非とも望まれる。なお、注 91) も参照。

104) 兼子一『新修民事訴訟法体系（増訂版）』145 頁（酒井書店、1965）等。

することには以上に論証してきたようなより重要な価値が認められるためである。任意的当事者変更や、訴えの主観的追加的併合等、手続運営上の工夫を通して解決すべき問題である¹⁰⁶⁾。

4 昭和51年判決再考

次に、昭和51年判決について検討を加える。まずは、昭和51年判決と同様の事案で、仮に遺言執行者が既に移転本登記をなしていた場合の規律について考察する。

前提として、(ここまでそれを前提に議論を進めてきてしまったが,) 遺贈目的物の移転登記がなぜ「遺言の執行」であるのか(福永説と他説との対立)について言及しておこう。本稿の立場からすれば、少なくとも遺言執行者がいる場合、遺言の解釈が確定するまでの間は「占有の次元」で物事が規律されるのであるから、受遺者は所有権を持ち出すことはできない。遺言執行者の暫定的な占有(登記)の「引渡し」により、ようやく受遺者は所有権を獲得したものと評価される。だとすれば、受遺者の権原を完全なものとする意味を持つ移転登記行為は、「遺言の執行」の典型と評するべきである、ということになる。

かくして、遺言執行者の手によって遺贈目的不動産の所有権移転登記がなされた場合、それは遺言執行者が握取していた当該遺贈目的不動産の占有が受遺者に引き渡されたことを意味する。民法典に則して言えば、遺言執行者が当該遺贈目的不動産に対する管理処分権(民法1012条、1013条)を受遺者に移転したということである。だとすれば、最早当該遺贈目的物に対して管理処分権を有しない遺言執行者が、なお当該遺贈目的物に係る訴訟の当事者として登場する根拠は一見すると

ないとも言えそうであり、現に多くの学説はそう解してきた。

しかし、本当にそれでよいのか。ここで改めて注意を向けるべきは、「本件におけるように遺贈履行後ならば、遺言無効確認請求は遺言執行者を被告とし、抹消登記請求は受遺者本人を被告とすべきであるとすれば、遺言無効の主張にもとづく紛争において、受贈者と遺言執行者の両方を被告とするのは原告に負担ではないか¹⁰⁷⁾」という指摘である。執行済みの移転登記の抹消登記請求と、その移転登記の前提となった遺言無効確認請求とでは、実質的に同じことが争われるのであるから、被告適格者を別異に解することの合理性が問われよう。そこで、双方の被告適格を同一の主体に与えるという構成の可能性が模索される。まず、遺言無効確認請求の被告適格をも受遺者に与え、遺言執行者の被告適格を否定してしまうという可能性が論理的にはあるが、本稿の立場には整合しない(機能③)。そこで、本稿の立場から、遺言の執行=遺贈目的不動産の移転登記が済み、当該不動産が遺言執行者の占有・管理を離れた場合にもなお、遺贈目的不動産の抹消登記請求に関与すべきだとする結論を導きうるのかの問題である。

本稿は、遺言執行者を遺言解釈のフォーラム提供者としても把握し、遺言の解釈が訴訟物となっているのか、それとも「前提問題」とされているに過ぎないのかに関わらず、遺言執行者が常にその中心に立つことを通して、裁判所がなした有権的遺言解釈を利害関係人全員の間で共有することが重要であると論じてきた。その考え方からすると、遺言の執行が済んだか否かにかかわらず、遺言のある部分の解釈が初めて問題とされる場合には、それが遺言無効確認訴訟という形で争われようと、具体的な遺言執行訴訟の前提問題

105) 奈良・前掲注1)61頁以下による指摘を嚆矢とし、実務家による率直な問題提起として、現在でも重視されている。奈良判事は、受遺者の場合には遺言それ自体により利益を受けるのだから、遺言執行者の有無及びその人を自らの責任において探すべきであるとの考えもうなずけないわけではないが、相続人又は第三者、特に第三者の場合には話が別である、とする。

106) 奈良論文を含め、この点については様々な理論構成が学説から提示されている状況にある。具体的にいかなる構成を採用すべきかについては、今しばらく考えたい。

107) 松下・前掲注28)93頁。もっとも、結論としては判旨賛成の立場であると読める。

として争われようと、いずれにしても遺言執行者を関与させることが望ましいということになる¹⁰⁸⁾。だとすれば、昭和51年判決の事案で、仮に遺言執行者が既に「移転本登記」をなしていたとしても（その具体的な「物」についての管理処分権を失っていたとしても）、なお遺言執行者に被告適格を認めるという規律を承認することは十分に可能であると考えられる。そして、仮にそうであるとすれば、*a fortiori*に、仮登記しか済んでいない場合にも、遺言執行者は当事者適格を有するということになるであろう¹⁰⁹⁾。かくして本稿は判旨反対の立場に立つ。

VI. 結語

以上を以て、本稿の拙い考察を閉じることとする。初めに断った通り、本稿は遺言執行者の当事者適格という広大な問題群のうち、極めて限定された一局面を扱ったに過ぎない。ここでの議論を元に他の事案類型をどう解釈するのかは残された課題である¹¹⁰⁾。

金子論文に接したときの驚きと感嘆から、この問題意識を現行の民事手続法理論に活かさないものかと考えてスタートしたのが本稿である。それだけに、理念ばかりが先行し、伝統的な実体法学説や訴訟法学上の様々な議論との対話が不十分となってしまった上、細かいところも全く詰め切れていないと自覚している。また、金子教授のスケールの大きい法理論を、遺言執行の局面のみに適用可能な

小手先の解釈論に組み替えてしまったのではないかという懸念も拭えない。

今後、残された課題について検討を加えるとともに、基礎的な議論の精度をあげられるように努力したいと考えている。

* 謝辞

本稿は、筆者が2012年度に東京大学法科大学院に提出したリサーチペーパーに加筆・修正を施したものである。

指導教官をお引受けいただいた垣内秀介教授には、筆者の自主性を最大限に尊重していただきつつ、内容に関するご示唆は勿論のこと、テキストの扱い方を初めとする基本姿勢をも、辛抱強く、的確にご教授いただいた。

また、個別にお名前を出すことは差し控えるが、提出の前後に渡り、分野・大学の枠を超えた複数の先生方と、本稿に関わる議論をする貴重な機会を得、あまりにも多くのことを教わった。

更に、狭義の学友である宇野瑛人君、川島享祐君、土井翼君、東條明徳君、及び渡邊明希子さんからは、内容・形式に渡る忌憚のない意見を多数頂戴した。

このような恵まれた執筆環境にありながら、本稿に残された多くの未熟さ、拙さは、無論のこと全て筆者に帰責される。逆に、本稿に少しでも見るべきところがあるとすれば、それは全て以上の方々のご支援の賜物である。この場を借りて、心よりの感謝を申し上げる。

(おかなり・げんた)

108) 遺言解釈の中心となることが遺言執行者の職務に含まれ、遺言執行者はその職務権限に基づき訴訟担当資格を得るのである。との論理を採用すれば、遺言執行者が当事者適格を有する紛争の範囲は極めて広いものになる可能性がある。なおこの点につき、竹下・前掲注1)261頁は、遺言執行者には遺言を巡る争いが生じた場合には「訴えの利益」あるいは「訴えられる利益」があり、したがって広く当事者適格が認められるのであるとするが、なお従来の訴訟担当を巡る議論との整合性という観点から検討の余地を残している構成であるように思われる。

109) つまり本稿は、仮登記の経由によって「遺言の執行」が済んだと言えるのか否かを巡る学説の対立軸には乗らず、たとえ「遺言の執行」が済んでいたとしても、遺言執行者が被告適格を持つべき場合があるのだと考えるということである。

110) とはいえ、本稿の議論の射程が狭いものであるとは必ずしも言い切れない。本稿の言う *erga omnes* 性を有する法主体は、遺言執行者に限らず、私法上のいくつかの局面で概念されうるのではないかと思われ、そうした主体が訴訟当事者となる場合の規律をどう構想するか、といった一般的な問いも成り立ちうるのではないかと思われる。例えば、業務執行組合員、破産管財人、株主代表訴訟の代表株主等につき、そのように理解する余地があると思われる。一つ具体的な問題を挙げれば、例えば株主代表訴訟・住民訴訟において共同原告の一部が上訴した場合にも他の共同原告は当然には上訴人の地位につかないとする最判平成12年7月7日民集54巻6号1767頁、最判平成9年4月2日民集51巻4号1673頁をどう説明するのか、といった問題にも示唆を与えられと思われる。とはいえ、ここで詳論はしない。