

研究

遺言執行者を被告とする訴訟における相続人の共同訴訟的補助参加

——最判昭和四三・五・三一民集二二卷五号一一三七頁を手がかりとして——

齋藤友美子

- I はじめに
 - II 遺言執行者の職務権限および法的地位
 - III 相続人の被告適格の存否
 - 1 最判昭和四三・五・三一民集二二卷五号一一三七頁
 - 2 学説
 - 3 私見
 - IV 相続人の共同訴訟的補助参加
 - 1 共同訴訟的補助参加の可否
 - 2 共同訴訟的補助参加人の法的地位
- 遺言執行者を被告とする訴訟における相続人の共同訴訟的補助参加（齋藤）

I はじめに

従来、共同訴訟的補助参加については、いかなる場合にこの参加に該当するかという範囲の画定に争いがあつたが、遺言執行者の訴訟に相続人が参加する場合、共同訴訟的補助参加になるということに対して、学説ではおおむね異論がみられなかつた。しかし、この場合の一例になると思われる最判昭和四三・五・三二民集二二巻五号一三三七頁（以下、「昭和四三年最判」という）の事案⁽¹⁾における相続人の訴訟法上の地位について、次のような二つの疑問がある。

第一に、なぜ相続人に被告適格が認められないのかという疑問である。昭和四三年最判は、「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として、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」として相続人の被告適格を否定した。しかし、受遺者としては現に登記を有している相続人を被告として訴えを提起するのが自然であるし、また学説では、受遺者は遺言執行者を相手に所有権移転登記請求訴訟を提起して勝訴しても、ただちに登記が受遺者に戻るわけではないため、紛争の直接的解決につながらないと批判されている⁽²⁾。果たしてこのような批判は正しいのだろうか。

第二に、仮に判例の立場に立って、相続人に被告適格がないと考えた場合、学説がいうように、相続人に共同訴訟的補助参加が認められるかという疑問である。共同訴訟的補助参加の要件の一つは、判決の効力が参加人に及ぶことであるが、昭和四三年最判の事案では遺言執行者と相続人は直接に利害が対立していることから、受遺者・遺言執行者間で訴訟が行われた場合、その判決の効力は相続人に対して及ばないとする見解が有力に主張されている⁽³⁾。

これらの疑問に関連する研究はすでにかなりの数に上っているが、本稿の問題関心は遺言執行者よりもむしろ相続人がいかなる

訴訟法上の地位を有するかという点にある。特に相続人に被告適格が認められない場合に、共同訴訟的補助参加をすることができるといふ参加の可否および参加が認められた場合における参加人の法的地位についてはこれまで明らかにされていなかった。

そこで、まずⅡでは、相続人の訴訟参加を検討する前提として、遺言執行者の当事者適格を基礎づけるとされている遺言執行者の職務権限に関する学説を概観する。Ⅲでは昭和四三年最判および学説を紹介し、相続人に被告適格が認められないことの理由を明らかにする。Ⅳでは、同判例を念頭に置いて、相続人の共同訴訟的補助参加の可否および参加人の法的地位について検討する。

Ⅱ 遺言執行者の職務権限および法的地位

遺言執行者制度は、遺言の内容を実現するために設けられた制度である。⁽⁴⁾ 遺言の内容を実現するためには、遺言によって行われた法律行為が実現されることが必要である場合があり（遺言の執行）、執行は原則として相続人によって行われるが、遺言の内容によっては相続人の利益に反するがゆえに、相続人にその執行をすることが期待されえない場合がある。かかる場合に特に設けられるのが遺言執行者である。⁽⁵⁾

このような遺言執行者の権利義務について、民法一〇一二条一項は、「遺言執行者は、相続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する」と規定しているが、具体的な権利義務の範囲については明らかではない。そこで、判例において蓄積されたものを参照しながら、問題となりうる具体的な権利義務ごとに検討する必要がある。

本稿の検討対象である特定不動産が遺贈された場合、その所有権自体は遺贈が効力を生ずると同時に、受遺者に移転するが、移転登記は遺言執行者がしなければならぬとされている。⁽⁶⁾

また、遺言執行者の法的地位について、民法一〇一五条は、「遺言執行者は相続人の代理人とみなす」と規定しているが、学説は、相続人代理説、遺言者代理説、職務説の三説に分かれている。⁽⁷⁾ 遺言執行者は遺贈義務の履行について、中立的な立場で職務を遂行

することが期待されていることから、職務説が多数説とみられ、訴訟法上は、訴訟担当とされている。⁽⁹⁾ 判例もまた、遺言執行者を法定代理人ではなく、訴訟担当者として解している。⁽¹⁰⁾

遺言執行者が行うべき行為には、相続人廃除の申立て（民八九三条）・相続人の遺産処分禁止の仮処分など、相続人の利益に反するものが少なくないこと、また遺言者はすでに死亡していることから、相続人代理説、遺言者代理説によれば説明に窮することとなる。⁽¹¹⁾ したがって、職務説が正しいと考えられる。

ところで、遺言執行者の職務権限を検討するにあたり、そもそも遺言執行者がいかなる機能や役割をもつべき存在なのか、という問題を考える必要がある。この点、筆者は実体法上の遺言執行者の職務権限は広く承認されるべきであり、それに伴って民事訴訟法上の当事者適格も遺言執行者になるべく認める方向が望ましいのではないかと考えている。その理由は次のようなものである。

第一に、遺言執行者制度の立法趣旨において、遺言執行者に広い職務権限が認められていたということが挙げられる。遺言執行者制度は民法制定当時から設けられている制度であるが、起草者は、遺言の対象財産は遺言者の全財産であるのが一般的であると想定し、遺言の執行を相続人に委ねるのは危険であるとの考えから、遺言執行者にこれを委ねることが適当と考えた。⁽¹²⁾ そして、その職務内容は、財産目録の作成、財産の保全、債務の支払、遺贈の履行、それらのために必要な財産の処分など広い範囲のものを想定していた。⁽¹³⁾ このような当時の立法趣旨は現在においても維持されており、⁽¹⁴⁾ したがって遺言執行者がある場合には、基本的に遺言の執行に関する職務を広く認めることが容認されることができるとみることができる。

第二に、遺言執行者に対する遺言者および利害関係人の期待の高まりから、遺言執行者の職務権限を広く認めることが社会的な傾向に合致するからである。遺言件数および遺言執行者の利用の概況を確認すると、近時、遺言書の作成件数が大きく増加しているとの調査結果が報告されている。⁽¹⁵⁾ たとえば、日本公証人連合統計による遺言公正証書の作成件数の推移は、平成元年には四万九四一件であったものが、二二年には倍の八万一九八四件、二六年には一〇万四四九〇件となり、二六年以降二九年まで連続

して一〇万件を超えている。さらに、公証役場で遺言公正証書を作成する場合には、遺言執行の余地のない場合を除いてはほ全件について遺言執行者の指定をしているので、遺言執行者の利用もこれに伴って増加していることがうかがえる。こうした遺言件数や遺言執行者の利用増加の理由として、遺産に関する紛争を防止するということへの期待があるのではないだろうか。⁽¹⁸⁾ そうであるとすれば、遺言執行者の職務を遺言の執行の余地があるかという基準によって判断する従来の学説・判例について、再検討し、遺言執行者の職務権限を広く認める方向で解釈する必要性があるように思われる。⁽¹⁹⁾

Ⅲ 相続人の被告適格の存否

1 最判昭和四三・五・三一民集二二巻五号一一三七頁⁽²⁰⁾

〔事案の概要〕

Aは昭和三八年八月一六日に死亡し、その直後の同年九月二日、Aの養子であるYが本件建物につき相続を原因とする所有権移転登記を単独で行った。しかし、Aは昭和三七年一月二七日に公正証書により、その妹であるXほか一名に、本件建物およびその敷地の賃借権各二分の一を遺贈する旨の遺言をしていた（本件遺贈。Bが遺言執行者に指定されている）。そこでXらはYを被告として本件遺贈を原因とする本件建物の各二分の一の共有部分権の移転登記を求めて訴えを提起した。Yは遺言者Aが意思無能力であつて遺言は無効であると主張している。第一審はXらの請求を認容した。第二審はYの遺留分減殺の主張を認め、その限りで第一審を変更した。Yの上告に対し、上告審は職権でYの当事者適格について次のように判示し、破棄差戻しとした。

〔判旨〕

「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（民法一〇一二条ないし一〇一四条）、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ざられるのであって、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。……前記のように、遺言執行者の存在することを窺うに足りる証拠が存在するのに拘らず、これを顧慮しないで本案の判断をした原判決には、職権によつて調査すべき当事者適格に関する事項に関し審理を尽さなかつた違法がある」

2 学 説

昭和四三年最判の事案における被告適格について、学説はほぼ次の三つの見解に分かれている。⁽²¹⁾ (1)遺言執行者のみに被告適格を認める見解、(2)相続人のみに被告適格を認める見解、(3)遺言執行者と相続人の双方に被告適格を認める見解である。

(1) 遺言執行者のみに被告適格を認める見解

この見解の根拠は、遺言執行者の職務権限に求められている。⁽²²⁾ すなわち、民法一〇一二条一項に基づいて、遺言執行者には相続財産などについての管理処分権が与えられており、その反面、同法一〇一三条によつて相続人はその管理処分権が奪われている。⁽²³⁾ 当事者適格が基本的には管理処分権の所在によつて決定されるものであれば、遺言の執行に関する訴訟においては、遺言執行者のみが当事者適格をもつと解するのである。

(2) 相続人のみに被告適格を認める見解

遺言執行者は、遺言の効力につき利害関係者間に争いがないか、遺言が有効であると思料する場合にのみ遺言を執行すべきであ

るとして、昭和四三年最判の事案において遺言執行者の被告適格を否定する見解がある。⁽²⁴⁾この見解によると、遺言の効力に争いがある場合には、その権利の帰属者間で遺言の効力を争わせ、その効力の有無の確定を待つて執行にかかるべきであるとする。⁽²⁵⁾なお、遺言執行者が被告となった場合、抗弁である遺言の無効を主張することは、遺言執行者にとって職務違背であり許されないとする。⁽²⁶⁾

(3) 遺言執行者と相続人の双方に被告適格を認める見解

この見解からは、相続人を被告として訴訟を提起させる方が紛争の直接的解決にとつて望ましいということ、他方で相続人のみを相手とする訴訟では遺言執行者がまったく訴訟に関与しないことになり「遺言執行者の頭越しに訴訟をすることは適当でない」と主張されている。⁽²⁷⁾高橋宏志教授は、「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ろう」としており、相続人の被告適格をも肯定する余地を認めている。⁽²⁸⁾

また、受遺者は遺言執行者に代位して相続人に対する相続登記抹消請求と、遺言執行者に対する所有権移転登記請求とを併合請求すると法律構成することにより、問題の処理を図る見解も主張されている。⁽²⁹⁾

3 私 見

私見は、昭和四三年最判の事案においては、遺言執行者に被告適格を認める見解を支持する。遺言執行者の職務について規定する民法一〇一二条一項・一〇一三条は、遺言者の意思を尊重し、遺言執行者による遺言の公正な実現を図るという目的に出たものであり、⁽³⁰⁾そうである以上、遺言執行者が存在する場合には、遺贈義務者は遺言執行者になり、相続人にはこの義務が認められないからである。⁽³¹⁾遺言者はあえて遺言執行者を指定している以上、その意思を実現する手段・過程を重視していると考えられる。

相続人にも被告適格を認める見解、遺言執行者と相続人の双方に被告適格を認める見解の各説に対する批判は次のとおりである。

遺言執行者を被告とする訴訟における相続人の共同訴訟的補助参加（齋藤）

る。

まず、相続人にのみ被告適格を認める見解に対しては、遺言執行者の関与しないところで、遺言の執行が行われるおそれがあり、遺言執行者の存在意義を没却するおそれがあると考えられる⁽³²⁾。

次に、遺言執行者と相続人の双方に被告適格を認める見解に対しては、両者の関係が類似必要的共同訴訟になるのかという問題がある⁽³³⁾。しかし、類似的必要的共同訴訟であれば、共同訴訟人の一人が受けた判決の効力が他の共同訴訟人に及ぶことになる。この場合、受遺者・遺言執行者間の判決の効力が相続人に拡張することについては仮に肯定されとしても、受遺者・相続人間の判決の効力が遺言執行者に及ぶのはなぜか、明らかでない。また、類似的必要的共同訴訟であれば、原告が仮に相続人だけを被告として訴えを提起した場合にも適法ということになり、この場合には遺言執行者が共同訴訟参加しない限り、相続人だけを被告とする場合と同様の問題が生ずるおそれがある。

したがって、遺言執行者が置かれている場合、相続人の被告適格を肯定することはできず、遺言執行者のみが被告となる。

しかし、前述したように、多数説によれば、相続人が相続登記を経由している場合、受遺者は、遺言執行者を被告として訴えを提起しても、ただちに登記を移転できるわけではないという批判がある。すなわち、昭和四三年最判の事案における訴訟物が、受遺者の遺言執行者に対する移転登記請求権だけであって、受遺者の相続人に対する抹消登記請求権が含まれていないとの理解を前提とすれば、受遺者は遺言執行者を相手に勝訴しても、遺言執行者と受遺者とが協力して相続人から直接受遺者へ遺贈による所有権移転登記をすることはできない⁽³⁴⁾。そのため、遺言執行者は相続人を被告として相続登記の抹消を求め、登記名義を被相続人たる遺言者に回復することを要することになる⁽³⁵⁾。

しかし、訴訟物を受遺者の相続人に対する直接の移転登記請求権（この場合の登記原因は「真正な登記名義の回復」となる）と構成すれば⁽³⁶⁾、前述した問題は生じないように思われる⁽³⁷⁾。この場合、相続を原因とする移転登記が残存するが、受遺者としては、自己の下に所有権移転登記がなされていれば、遺贈の目的は達成される。遺言執行者の役割は遺言内容の実現であるが、それは遺言

執行者が直接に申請者として登記移転に関与しなければならぬことまでを意味するものではないと考えられる。

したがって、受遺者は遺言執行者を被告として、相続人に対する所有権移転登記手続を求めて訴えを提起することができ、勝訴した場合には、受遺者は即時に自己の下に登記を備えることができる。

もつとも、その際、登記義務者が相続人であり、他方、訴訟追行の主体が遺言執行者であることとのずれをいかに調整するべきかが問題となる。⁽³⁹⁾

この点について、参考になる判例として、最判平成二六・二二七民集六八巻二号一九二頁が挙げられる。事案は、権利能力のない社団が、構成員全員に総会的に帰属する不動産について、その所有権の登記名義人に対し、当該社団の代表者個人名義に所有権移転登記手続をすることを求めたものであるが、同判決は、社団を当事者とする訴訟の判決の効力は構成員全員に及び、そのため代表者が確定判決によって、交替執行文の付与なしに自己の個人名義への所有権移転登記の申請をすることができるとした。⁽⁴⁰⁾ 学説においても、「訴訟担当者（例えば、破産管財人）が得た判決に基づいて、被担当者（例えば、破産手続廃止後の債務者本人）が登記申請することはおそらく認められてしかるべきであり、この解釈は、被担当者が確定判決（の本文）によって登記権利者とされ⁽⁴¹⁾ており、かつ、被担当者に相手方（登記義務者）との関係で判決効が及ぶことによって正当化されると考えられる」とされている。⁽⁴¹⁾

そこで、受遺者が遺言執行者を被告として、受遺者の相続人に対する移転登記請求権を行使する場合においても、前掲最判平成二六・二二七や訴訟担当のケースと同様に、考えることができる。⁽⁴²⁾ すなわち、判決本文に登記権利者と義務者が明らかになっており、かつ相続人に判決の効力が及んでいる場合、交替執行文の付与を必要とすることなく、受遺者は登記申請することができる⁽⁴³⁾と考えられる。したがって、遺言執行者を被告とした場合であっても、登記手続が迂遠になるおそれはない。

以上の検討から、被告適格は遺言執行者にのみ認めるべきである。またその場合に懸念される登記手続に関する問題についても生ずることはないと考えられる。

IV 相続人の共同訴訟的補助参加

相続人に被告適格が認められないとした場合、相続人は遺言執行者が敗訴すれば、その判決の効力により相続登記を失うおそれがあるため、共同訴訟的補助参加することが認められないか。

1 共同訴訟的補助参加の可否

共同訴訟的補助参加は、係属中の訴訟の判決の効力が及ぶが、当事者適格を有しないため、共同訴訟参加をすることができない⁽⁴⁴⁾ 第三者がする補助参加である。そこで、昭和四三年最判の事案で、遺言執行者が被告とされた場合、その判決の効力が相続人に拡張されるのが問題となる。冒頭で述べたように、遺言執行者を相続人の訴訟担当者と解するのであれば、遺言執行者に対する判決の効力は、一一五条一項二号により相続人に対しても効力をもつと考えられるが、学説においては昭和四三年最判の事案において遺言執行者が被告とされた場合、相続人に対する判決の効力の拡張を否定する説（以下、「否定説」という）が有力である。

- (1) 受遺者・遺言執行者間の判決の効力に関する学説
否定説として納谷教授および高橋教授の見解がある。

① 納谷教授の見解

納谷教授は、昭和四三年最判で遺言執行者が被告とされた場合を「第三者の訴訟担当」の場合と把握して、既判力・執行力を相続人まで拡大する方法では、「相続人の利益を十分に擁護できないのではないかと思われるし、この種の拮抗型の『第三者による訴訟担当』につき既判力・執行力を拡大しうるかが疑問である」とする⁽⁴⁵⁾。そして、「遺言執行者は遺贈を履行すべき義務を直接受

遺者に負っていることにもつき被告になっているのであって、第三者たる「相続人」に代わって当事者になっているのではないから、そもそも『第三者による訴訟担当』といえないのではないかと考える」としている。また、納谷教授は遺言執行者を相続人の「法定代理人」として把握する方法も前記と同様の疑問があるほか、さらにこの立場では遺言執行者の訴訟進行上の独自性につき問題が生ずることになり、妥当でないとする。⁽⁴⁶⁾

② 高橋教授の見解

高橋教授によれば、ここでの遺言執行者と相続人は直接に利害が対立する関係にあり、「遺言の執行の効果が相続人に帰属する通常の関係（たとえば、遺言執行者が遺産に属する財産を第三者から取り戻す訴訟では判決効は相続人に及ぶ）ではないと思われる」としており、受遺者・遺言執行者間の判決の効力が相続人に及ぶことを否定する。⁽⁴⁷⁾

これらの否定説に対して、小山教授は遺言執行者に宛てた判決は相続人を有利にも不利にも拘束するとして判決の効力が相続人に及ぶことを肯定しているが、その理由づけは明らかではない。⁽⁴⁸⁾

(2) 私 見

私見は、昭和四三年最判の事案で遺言執行者が被告とされた場合も、遺言執行者は訴訟担当者であり、遺言執行者が受けた判決の効力は相続人に及ぶと考える。それは、以下の理由によるものである。

遺言執行者に法定訴訟担当としての当事者適格が与えられていることの根拠は、前述したように、民法一〇二二条一項によって、遺言執行者に相続財産などについて管理処分権が与えられており、他方で同法一〇二三条によって相続人はその管理処分権が奪われているためであるが、昭和四三年最判の事案でも同様にこの根拠が当てはまる。

遺言執行者を被告とする訴訟における相続人の共同訴訟的補助参加（齋藤）

否定説は、遺言執行者と相続人の利害対立がある場合に、遺言執行者に訴訟追行を任せたのでは、相続人の利益が十分反映されないという点を懸念しているように思われる。すなわち、この場合相続人には判決効拡張の根拠となる手続保障が実質的に与えられていないと評価されるため、拡張を否定するのではないだろうか。しかし、私見によれば、後述するとおり、訴訟参加が認められると考えるため、手続保障は十分である⁽⁴⁹⁾。

また、否定説は、遺言執行者と相続人の利害対立を根拠として、昭和四三年最判の事案で遺言執行者が被告とされた場合に、遺言執行者が訴訟担当者であることを否定しているようである。しかし、法定訴訟担当は、法がさまざまな理由に基づいて第三者に訴訟追行権限を付与したものであり、法定訴訟担当とされるものの中には、代位債権者（民四二三条）や差押債権者（民執一五七条）など担当者と被担当者間の利害対立のある類型も含まれている。遺言執行者の場合、その管理処分権を基礎づける遺言は、相続人の利益と相反するものが含まれることが前提となっており、遺贈の場合にも相続人と利害が一致しないのが通常である⁽⁵⁰⁾。したがって、担当者と被担当者間の利害対立だけでは、法定訴訟担当を否定する理由としては不十分に思われる。

また、一部の学説には、同じく訴訟担当といっても、債権者代位訴訟などのように、担当者と被担当者の利害関係の対立が存在する対立型法定訴訟担当の場合には、被担当者に対して不利な判決の効力が及ばないという主張がなされている⁽⁵¹⁾。しかし仮に、相続人に対して判決の効力が拡張しなければ、受遺者は一挙に紛争を解決することができず、また後に相続人から移転登記請求されるなど紛争が蒸し返されるおそれがある。

さらに、否定説は、遺言執行者が訴訟担当者になるケースを認めていながら、昭和四三年最判の事案において遺言執行者が被告となった場合では、これを否定して、遺言執行者に固有の当事者資格を認めているようにも思われる。しかし、そのような理解を前提にすると、同じように遺言執行者が訴訟当事者になっているにもかかわらず、遺言執行者が訴訟担当者として訴訟追行するケースと固有の当事者として訴訟追行するケースとが生じることになり、遺言執行者の地位が訴訟類型によって変わること疑問がないというわけではない。

以上より、昭和四三年最判の事案で遺言執行者が被告とされた場合も、遺言執行者は訴訟担当者であり、その判決の効力は相続人に及ぶ。相続人は遺言執行者が敗訴すれば、判決の効力によって相続登記を失うおそれがあるため、共同訴訟的補助参加することが認められると考えられる。

2 共同訴訟的補助参加人の法的地位

(1) 通説

共同訴訟的補助参加人の法的地位は、通常の補助参加人より独立性が強化され、必要的共同訴訟人の地位に近いものとなる。具体的には、①被参加人の訴訟行為と抵触する場合でも、参加人の訴訟行為が被参加人に有利なものであるときには、その効力が認められ、②参加人の上訴期間が被参加人とは独立に計算されるといった特徴がある。⁽⁵²⁾ 問題となるのは、被参加人がした自白、訴えの取下げ、請求の放棄・認諾などである。通常はこれらの行為と抵触する訴訟行為を参加人がすると、その効力は否定されると理解されている。⁽⁵³⁾

(2) 有力説

これに対して近時の有力説は、被参加人の訴訟処分行為を参加人が阻止しうるかは、参加人に当事者適格が否定されていることの趣旨によって異なるとする。⁽⁵⁴⁾

① 林田教授の見解

林田教授によれば、⁽⁵⁵⁾ 判決の効力の拡張を受けるにもかかわらず当事者適格が否定される場合を、①「その第三者の実体的利益からすれば当事者適格を付与するにも値するが、そうした第三者をあらかじめ網羅的に拾い出すことが困難などの理由で（その者を

遺言執行者を被告とする訴訟における相続人の共同訴訟的補助参加（齋藤）

当事者としたのでは判決効の拡張が認められないという訴訟政策的理由もありうる）明確性の見地から法律上ないし判例上適格が否定されている場合」（たとえば、死後認知訴訟や取締役選任決議の取消訴訟）と、②「その第三者の実体上の地位からして当事者適格が否定される場合ないしその第三者が当事者適格を放棄した場合」（たとえば破産管財人の訴訟、選定当事者の訴訟）とに区別する。そして①の場合には、参加人は極力当事者に準じて扱われるため、被参加人の訴訟処分行為などを阻止することができず、②の場合には当事者適格が否定されることを重視し、被参加人の訴訟処分行為などを阻止できないとする。

② 松原教授の見解

松原教授は、当事者適格が否定される趣旨によって二つに場合分けし、さらに詐害性の有無を組み合わせて参加人の地位を二元的に規律すべきであるとする⁽⁵⁶⁾。すなわち、「破産管財人や遺言執行者は破産者や相続人の有する管理処分権の喪失ゆえに権利帰属主体（破産者や相続人）の当事者（適格）性を剥奪して彼らに訴訟担当者たる地位を付与したものである」とし、そうであるとすれば、破産管財人や遺言執行者が訴訟担当資格を有する場合における破産者や相続人の地位は原則として被参加人に対してな不明確な従属的地位を有するとする。ただし、「破産管財人や遺言執行者が詐害的訴訟追行をする場合には詐害防止参加の参加人（形式的当事者）にもなりうる点、また、二当事者対立構造における破産管財人や遺言執行者に代わって一方の極たる地位を有する点に鑑み、実質的当事者であると解して形式的当事者に準じる当事者権を保障すべきである」としている。これに対して、「死後認知訴訟（人事訴訟）における検察官や取締役選任決議取消訴訟（会社訴訟）における会社など被参加人たる当事者は、原告の訴訟提起の便宜といった訴訟政策的・公益の見地からの形式的当事者であるということができ、実質的な訴訟担当機能を有するのは共同訴訟的補助参加人たる相続人や被選任取締役である」ため、「検察官や会社が仮に詐害的な訴訟追行をしなくても、当事者権の観点から形式的当事者と同視できる「実質的当事者」として位置づけ、それにふさわしい手続保障上の地位を付与すべきである」とする。

(3) 私 見

共同訴訟的補助参加人の法的地位の問題は、当事者適格を欠く参加人に当事者に準じる地位をどの程度与えるかという問題であるから、当事者適格がないことの趣旨によって、当事者から乖離する幅が明らかかなものとなる。したがって、私見も当事者適格がないことの趣旨によって参加人の地位を分析する近時の有力説を支持したい。

もつとも、遺言執行者を被告とする訴訟（さしあたり、遺言の効力に関する争いを除く）に相続人が共同訴訟的補助参加する場合、同じ相続人の中でも利害関係が異なる場合があるように思われる。⁽⁵⁷⁾たとえば、遺言の効力が確定していない段階では、後述のとおり（遺言が有効であり）管理処分権が遺言執行者にあることに利益をもつ相続人と、管理処分権が遺言執行者でないことに利益をもつ相続人が想定され、これらの相続人の参加人としての地位を一律に解してよいかという疑問がある。⁽⁵⁸⁾なぜなら、後者の場合、相続人は通常であれば、遺言が無効ならば相続することができるといふ利益を有しており、そのために遺言の無効を主張して被告遺言執行者の側に参加するのであるが、前者の場合、つまり原告受遺者の側に参加する場合には、これとは異なり、別の何らかの利益のために遺言の有効を主張する必要があるからである。そうだとすれば、遺言執行者を被告とする訴訟に同じく相続人が参加する場合においても、従来、相続人に当事者適格がないとされた趣旨が必ずしもあてはまらない事案もありうるのであり、したがって参加人の法的地位もあらためて検討が必要ないように思われる。

3 検 討

以下では、思考の便宜のため、昭和四三年最判を少し変更した二つの事例を設定した上で、特に問題となりうる被参加人の請求の放棄・認諾を参加人が阻止できるのか、検討する。その際、相続人が遺言執行者の側に参加する場合と受遺者の側に参加する場合との比較を行い、相続人の利益状況によって生ずる参加人の法的地位の違いに着目して考察する。

【事例①】

被相続人Aは甲土地をXに遺贈する旨を含む遺言（遺言執行者をYに指定）をし、死亡した。A死亡直後、相続人Eは単独で相続を原因とする甲土地の所有権移転登記を備えた。そこでXはYを被告として、遺贈の目的物である甲土地につき（Eから）Xへの真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求めて訴えを提起した。Yは遺言が無効であると主張している。

EはYが敗訴すれば、Xに直接甲土地の所有権移転登記をされるため、Yに共同訴訟的補助参加することとした。当初、Yは遺言が無効であると考えていたが、その後有効であると考え、請求の認諾をした場合、Eはこれを阻止することができるか。

【事例②】

被相続人Aは甲土地をXに遺贈する旨を含む遺言（遺言執行者をYに指定）をし、死亡した。Xは甲土地の遺贈が有効であることを前提に、相続人Bに甲土地を売却したが、登記は依然としてA名義であった。そこでXはYを被告として、遺贈の目的物である甲土地につきその所有権移転登記手続を求めて訴えを提起した。Yは遺言が無効であると主張している。BはXが敗訴すれば、Xから甲土地の所有権移転登記を得ることができなくなるため、Xに共同訴訟的補助参加することとした（なお、相続人としてBのほかCがおり、BとしてはYが勝訴した場合、BCの共有名義での登記しか得られない）。当初、Xは遺言が有効であると考えていたが、その後無効であると考え、請求の放棄をした場合、Bはこれを阻止することができるか。

まず、EおよびBは各事例において、共同訴訟的補助参加することが認められるのか。⁽⁵⁹⁾ EおよびBは相続人であり、遺言執行者の被担当者であるため、受遺者・遺言執行者間訴訟の判決の効力を受けることになる。また、Eには当事者適格が認められないことはこれまでの検討で明らかであるが、他方でBについても、ここではXのAに対する甲土地の所有権移転登記請求権の主体になっ⁽⁶⁰⁾ていないため、原告適格は原則として認められない。ただし、BはXに対し、甲土地の売買契約に基づく所有権移転登記請求権を

有していることから、BがXのAに対する甲土地の所有権移転登記請求権を代位行使できる場合、同請求権についてBの原告適格が認められる可能性が残る。しかし、債権者代位権の行使には、債務者が権利を行使していないことが要件とされているが、【事例②】ではXがYに対して移転登記請求権をすでに行使しているため、不行使要件を満たさない。そのため、Bは代位権を行使することができず、やはりBには当事者適格が認められない。したがって、EおよびBは各事例において、共同訴訟的補助参加することが認められる。

それでは、【事例①】でEがYの請求の認諾を阻止できるか。⁽⁶²⁾

参加人に当事者適格が認められないことの趣旨をもとに分析すると次のとおりである。すなわち、Eに当事者適格がないのは、遺贈の目的物についての管理処分権が剥奪されているためである。そしてYが請求の認諾をする場合、Yは遺言が有効であることを前提に遺贈の目的物について管理処分権があると認めていることになる（参加人に当事者適格がないことの趣旨が請求の放棄の時にも妥当している）。そうであるとすれば、ここでのEの地位は依然としてYに従属的な地位にとどまる。⁽⁶³⁾そのため、EはYの請求の認諾を阻止することができない。

次に【事例②】のBがXの請求の放棄を阻止できるか。⁽⁶⁴⁾

Bに当事者適格がないのは、BがXのAに対する甲土地の所有権移転登記請求権の主体になっていないという理由のほか、XがYに対し移転登記請求訴訟を提起しているため、Bは債権者代位訴訟を提起するための要件を満たさないからである。⁽⁶⁵⁾ところで、【事例②】のようにXが遺言は無効であると考えて請求の放棄をしている場合、Xは遺贈の目的物について管理処分権がXおよびYにはないことを認めていることになる。他方で、Xによる請求の放棄をBの側から観察すれば、XがAに対する移転登記請求権の行使を実質的に断念したとみることができるのではないか。そうすると、Bは代位権を行使できないという制限がなくなるため、Xに代わって、XのAに対する移転登記請求権を行使できるという地位にある。そのため、BはXに対して、もはや従属する地位にはないこととなり、独立的な地位を有する。したがって、BはXの請求の放棄を阻止することができる。⁽⁶⁷⁾

このように、【事例①】のY側に参加するEはYの請求の認諾を阻止することができないが、【事例②】のX側に参加するBはXの請求の放棄を阻止することができる。なお、相続人による他の参加形態については、本稿では検討対象としていないが、Eは独立当事者参加により、遺言の効力を争うことができると考えられる。⁽⁶⁸⁾

V おわりに

本稿で述べた内容は以下の三点にまとめることができる。

① 昭和四三年最判の事案では、遺言執行者のみ被告適格が認められると考えられる。これは、民法一〇一二条一項により遺言執行者に相続財産などについての管理処分権が与えられており、他方で同法一〇一三条により相続人はその管理処分権が剥奪されているためである。また、遺言執行者を被告として所有権移転登記請求訴訟を提起して勝訴しても、ただちに登記が受遺者に移転するわけではないということから、学説では相続人の被告適格を肯定する見解が多くみられたが、受遺者の相続人に対する移転登記請求権を訴訟物と考えれば、前述した登記手続の規律による問題は生じないと考えられる。なお、前掲最判平成二六二・二七などの場合と同様に、受遺者は交替執行文の付与を必要とすることなく登記申請をすることができる。

② 相続人に被告適格が認められないとすれば、相続人は受遺者・遺言執行者間の判決の効力を不利に受けるため、共同訴訟的補助参加することができると考えられる。有力説は昭和四三年最判の事案で遺言執行者が被告になった場合について、遺言執行者と相続人の利害が対立することを理由に受遺者・遺言執行者間訴訟の判決の効力が相続人に及ぶことを否定するが、遺言執行者の管理処分権を基礎づける遺言は、相続人の利益と相反するものが含まれることがあり、遺贈の場合も通常相続人と利害が一致しない。また法定訴訟担当とされるものの中には、担当者と被担当者の利害対立のある類型もあり、担当者と被担当者の利害対立によって訴訟担当を否定することは妥当でない。

③ 相続人が遺言執行者を被告とする訴訟に共同訴訟的補助参加する場合、参加人は、必ずしも遺言執行者の側に参加するとは限らない。たとえば【事例②】のように、相続人が受遺者から遺贈の目的物を譲り受けているような場合には、相続人としての利益（遺言が無効であれば、相続することができるといふ利益）より優先すべき別の利益（受遺者が遺贈の目的物の登記を移転することができれば、遺贈の目的物の買受人としては、自らの下に所有権移転登記を得ることができるという利益）があるために、受遺者の側に参加することも考えられる。この場合には相続人が遺言執行者の側に参加する【事例①】とは利益状況が異なっている。そのため、利益状況により参加人の法的地位を分けて考察する必要がある。

今般の相続法改正では、遺言執行者の権利義務の明確化が図られることとなった。本稿との関係では、改正民法一〇一二条二項で「遺言執行者がある場合には、遺贈の履行は、遺言執行者のみが行うことができる」との規定が置かれたことが注目される。この文言を素直に解釈すれば、昭和四三年最判のようなケースでは、遺言執行者のみが被告適格を有するという見解が強くなるように思われる。そうだとすれば、今後課題となるのは、やはり相続人の手続保障である。本稿では、共同訴訟的補助参加を中心に検討したが、他の参加形態として独立当事者参加の可否や独立当事者参加人の法的地位のほか、訴訟参加の前提としてどのようにして相続人に訴訟が行われていることを知らせるのかという訴訟告知が問題となろう。さらに、十分な手続保障が与えられなかった相続人の事後的な救済方法として、第三者再審の可否などについても残された課題となっている。

付記

本稿は、升本学術育英会の平成三〇年度学術研究助成金による研究成果の一部である。

(1) Aは昭和三七年一月二七日付公正証書遺言により妹Xらに本件建物を遺贈していたが、その後Aの養子Yが昭和三八年九月二日に本件建物につき相続登記を経由したため、XらがYを相手に本件遺贈を原因とする本件建物の共有持分権の移転登記手続を請求した事案である。詳

遺言執行者を被告とする訴訟における相続人の共同訴訟的補助参加（齋藤）

細についてはⅢ-1を参照。

- (2) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)』〔第2版補訂版〕二七三頁(有斐閣、二〇一三)、山本弘「遺言執行者の当事者適格に関する一考察」谷口安平先生古稀祝賀『現代民事司法の諸相』二二頁(成文堂、二〇〇五)など。
- (3) 高橋・前掲注(2)二八〇頁注36、納谷廣美「遺言執行者の訴訟上の地位」法論五三卷三四合併号八八頁注(19)(一九八一)、山木戸克己「判批」民商七七卷六号八九頁(一九七八)など。八田卓也「遺言執行者の被告適格に関する一考察」法政七一巻三号五七七頁(二〇〇五)は「有力説が、相続人に判決効を及ぼすべきでないと考ええる理由は、遺言の無効を主張して、相続人が受遺者から目的不動産の登記を取り戻す機会を保障するべきであると考ええるからではなからうか」としている。
- (4) 改正民法(平成三〇法七二)一〇二条一項において「遺言の内容を実現するため」との文言で遺言執行者の目的が明らかにされている。
- (5) 鈴木祿弥『相続法講義(改訂版)』一四四頁(創文社、一九九六)。
- (6) 中川善之助『泉久雄』『相続法(第4版)』六二五頁(有斐閣、二〇〇〇)。
- (7) 鈴木・前掲注(5)一四九頁、中川『泉・前掲注(6)』六二一―六六頁、中川善之助『加藤永一編』『新版注釈民法(28) 相続(3)』〔補訂版〕三六三―三六五頁(泉久雄)〔有斐閣、二〇〇二〕ほか参照。
- (8) 中川『加藤・前掲注(7)』三六二頁(泉久雄)。
- (9) 現在の通説である。高橋・前掲注(2)二七二頁。判例(昭和四三年最判など)・通説は民法一〇二条一項の文言などを考慮してこれを職務上の当事者としている。伊藤眞『民事訴訟法(第5版)』一九〇頁注(46)(有斐閣、二〇一六)。なお、改正民法一〇一五条では「相続人の代理人とみなす」という文言は削除され、「遺言執行者がその権限内において遺言執行者であることを示した行為は、相続人に対して直接にその効力を生ずる」と規定されている。
- (10) 最判昭和三一・九・一八民集一〇巻九号一六〇頁、昭和四三年最判、最判昭和五一・七・一九民集三〇巻七号七〇六頁など。
- (11) 鈴木・前掲注(5)一四九頁参照。
- (12) 竹下史郎『遺言執行者の研究』五七頁(成文堂、二〇〇五)。
- (13) 竹下・前掲注(12)五七頁。
- (14) 法務省民事局参事官室「民法(相続関係)等の改正に関する中間試案の補足説明」46頁参照。<http://www.moj.go.jp/content/001198631.pdf>。二〇一八年八月二十九日最終閲覧)においても、ほぼ同様の趣旨が述べられている。
- (15) 遺言書の作成件数のおよその推計方法については公正証書遺言件数と自筆証書遺言検認件数を合計する方法がある。竹下・前掲注(12)三頁。
- (16) 日本公証人連合会「平成二九年の遺言公正証書作成件数について」

(http://www.koshonin.gr.jp/news/nikkoren/平成%e%bc%92%e%bc%99年の遺言公正証書作成件数について.html、二〇一八年八月二九日最終閲覧)、雨宮則夫「遺言執行者の職務権限について」判タ一三八〇号二九頁(二〇一一)など参照。

(17) 雨宮・前掲注(16) 二九頁。

(18) 遺言件数が増加していること背景には、家族制度の崩壊、個人資産の形成、権利意識の成熟、遺言が身近なものになったこと、配偶者の老後の不安、遺産分割の深刻化(「争族」防止)、「終活」ブームなどがあるといわれている。竹下・前掲注(12) 一二頁参照。

(19) 竹下・前掲注(12) 二六八頁以下参照。

(20) 本判決の評釈として、五十部豊久「判批」法教八六卷七号八三〇頁(一九六九)、船越隆司「判批」民商六〇卷二号一三〇頁(一九六九)、

吉井直昭「判解」最判解民事篇昭和四三年度(上)四〇五頁(一九六九)、風間鶴寿「判批」法時四一卷二号一九九頁(一九六九)、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)』二八三頁(有斐閣、一九七五)などがある。

本判決のほか、遺言執行者の被告適格となった主要な判例として、①前掲最判昭和三・九・一八(昭和三年最判)、②前掲最判昭和五・七・一九(昭和五年最判)、③最判平成一〇・二・二七民集五二卷一〇二九頁(平成一〇年最判)がある。①から③はいずれも(受益)相続人(ら)が、遺言執行者(を含む複数名)を被告として訴えを提起した事案であり、原告および被告が昭和四三年最判の事案とは異なる。また請求についても、①は不動産の共有持分権確認請求、②は遺言無効確認請求および仮登記抹消請求、③は土地の賃借権確認請求とした。以下では、①から③の各事案の概要と判旨について、簡単に紹介しておくこととする。

①昭和三年最判

【事案の概要】昭和二五年にA死亡後、その兄弟である相続人Xらとは妻Bとともに本件不動産を共同相続したと主張したが、Bが遺言により包括遺贈したと争ったため、Xらは遺言執行者Yを被告として本件不動産につき共有持分権を有することの確認を求めて訴えを提起した。Yは控訴審で遺言が無効であると判断されたことから、自らの被告適格を争った。

【判】「遺言につき遺言執行者がある場合には、遺言に係る財産については相続人は処分の権能を失い(民法一〇二三条)、独り遺言執行者のみが遺言に必要な一切の行為をする権利義務を有するのであって(同一一〇二二条)、遺言執行者はその資格において自己の名を以て他人のため訴訟の当事者となりうるものと云わなければならない。本件において、Xらは本件不動産は亡Aの所有であったが、その死亡により共有持分権を有するに至ったと主張し、遺言執行者たるYにその確認を求めるところ、Yは右不動産は遺言によりすべて訴外Bの所有に帰したと主張してXの権利を争うものである。従って本件がXの勝訴に確定すれば、所論の如く遺言は執行すべき内容を有せず、遺言執行者はその要なきに帰するけれども、若し敗訴すれば、本件不動産はすべて遺言によりBに帰属したものととして執行せられることとなるのである。かかる場合においては、Xらは遺言執行者たるYに対し本件不動産について共有持分権の確認を求めるとして執行せられることとなる

遺言執行者を被告とする訴訟における相続人の共同訴訟的補助参加(齋藤)

に及ぶものといわなければならない。」

②昭和五一年最判

〔**事実の概要**〕 Aは昭和三六年に死亡し、その所有する本件土地につきXへの相続による登記が昭和四二年になされた。しかしAの姪Bは、公正証書遺言による遺贈に基づき、昭和三七年に所有権移転仮登記を経由していた。そこでXは本件遺言がAの意思に基づかない無効なものであるとして、遺言執行者Yを被告として、遺言の無効確認および仮登記の抹消登記手続を求めて訴えを提起した。

〔**判旨**〕遺言執行者は、遺言の執行に必要な一切の行為をする権利義務を有し（民法一〇二二条）、遺贈の目的不動産につき相続人により相続登記が經由されている場合には、右相続人に対し右登記の抹消登記手続を求める訴を提起することができるのであり、また遺言執行者がある場合に、相続人は相続財産についての処分権を失い、右処分権は遺言執行者に帰属するので（民法一〇二三条、一〇二二条）、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（最判昭和四三・五・三一民集二巻五号一―三七頁―判決引用の表記方法を改めた。以下同様。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のである（最判昭和三一・九・一八民集一〇巻九号一―六〇頁）。右のように、遺言執行者は、遺言に関し、受遺者あるいは相続人のため、自己の名において、原告あるいは被告となるのであるが、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。ただし、かかる場合、遺言執行者においては、受遺者のため相続人の抹消登記手続請求を争い、その登記の保持に努めることは、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經由された後は、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。」

③平成一〇年最判

〔**事実の概要**〕亡Aは公正証書遺言によって、本件土地を長男Y₁および三男Xに二分の一ずつ相続させ、また、別の土地建物を次男Y₂に相続させる旨の遺言をし、Y₂を遺言執行者に指定していた。Xは生前Aから本件土地上に賃借権の設定を受けたと主張したが、Y₁らがこれを争ったので、XはY₁らを被告として本件土地の賃借権確認請求訴訟を提起した。

〔**判旨**〕「特定の不動産を特定の相続人に相続させる趣旨の遺言をした遺言者の意思は、右の相続人に相続開始と同時に遺産分割手続を経ることなく当該不動産の所有権を取得させることにあるから（最判平成三・四・一九民集四五巻四号四七七頁参照）、その占有、管理についても、右の相続人が相続開始時から所有権に基づき自らこれを行うことを期待しているのが通常であると考えられ、右の趣旨の遺言がされた場合においては、遺言執行者があるときでも遺言書に当該不動産の管理及び相続人への引渡しを遺言執行者の職務とする旨の記載があるなどの特徴

の事情のない限り、遺言執行者は、当該不動産を管理する義務や、これを相続人に引き渡す義務を負わないと解される。そうすると、遺言執行者があるときであっても、遺言によって特定の相続人に相続させるものとされた特定の不動産についての賃借権確認請求訴訟の被告適格を有する者は、右特段の事情のない限り、遺言執行者ではなく、右の相続人であるといふべきである。」

- (21) なお、以下では、昭和四三年最判の事案に直接言及している学説だけではなく、この事案が属するとみられる類型についての学説（遺言執行者がある場合に遺贈義務の履行を求める訴えの被告適格についての学説）も含んでいる。

- (22) 吉井・前掲注(20) 四〇八頁。

- (23) 伊藤・前掲注(9) 一四一頁参照。これらは通説・判例の認めるところである。

- (24) 丹野達「遺言執行者についてのある考察」曹時五五卷一〇号二五五六頁（二〇〇三）。この見解のほか、新堂教授もまた、相続人のみに被告適格を認める見解に立つとみられる。高橋・前掲注(2) 二七三頁参照。新堂幸司『新民事訴訟法（第5版）』二九六頁（弘文堂、二〇一〇）によれば、登記の取得を簡潔にすること、相続人にするに移転登記がなされていけば、遺言執行者の管理を離れた財産とみる余地があるということ、また遺言執行者を被告としたのでは紛争の直接的解決を得られないことなどから、相続人に被告適格を認めるべきであるとされている。

- (25) 丹野・前掲注(24) 二五五六頁。

- (26) 丹野・前掲注(24) 二五五七頁。大決昭和二九・一七民集六卷一〇号五〇一頁、大判昭和五・六・一六民集九卷八号五五〇頁は遺言執行者の遺言無効の主張を肯定する。また、大阪控判大正六・五・二四新聞一二八五号三三頁は遺言執行者の受遺者に対する遺言無効確認の訴えを適法とした。私見は遺言執行者も遺言の無効を主張できると考える。利害関係人のみで遺言の効力を確定させることにより、正当な遺言の執行に支障をきたすおそれが否定できないからである。

- (27) 高橋・前掲注(2) 二七三頁。

- (28) 高橋・前掲注(2) 二七三頁。

- (29) 野田愛子「遺贈の登記義務者」島津一郎ほか編『新版相続法の基礎』三〇〇頁（青林書院新社、一九八二）、納谷・前掲注(3) 七九頁、青山善充・法教一〇九号一七頁（一九八九）、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』一五五頁（弘文堂、一九八四）。

- (30) 最判昭和六二・四・二三民集四一巻三号四七四頁参照。

- (31) 相続財産に対する管理処分権を失うことによって、相続人の遺贈義務は「潜在化」してしまふと考えられる。中川〓加藤・前掲注(7) 三四一頁（泉久雄）。ただし、受遺者が相続人に対して不法な相続登記の抹消を請求することは可能であると考えられる。抹消登記請求は遺贈の履行を妨害する行為の排除であるからである。中川〓加藤・前掲注(7) 三四一―三四二頁（泉久雄）、福永有利「遺言執行者の訴訟追行

遺言執行者を被告とする訴訟における相続人の共同訴訟的補助参加（齋藤）

権「その根拠と範囲」北法三八卷五六合併号(下)一七七七頁(一九八八)など参照。もっとも、高橋・前掲注(2)二七九頁注(36)が指摘するように、通常は抹消登記に代えて移転登記を求めることが許されているため、両者で結論を分けることには若干の疑問がある。

- (32) 中川・加藤・前掲注(7)三四八頁(泉久雄)は、「もし相続財産に対する遺言執行者の管理処分権と併行して自由な処分を相続人に許すならば、相続人は、相続財産を処分することによって、遺言執行者の処分権を骨抜きにすることができ、遺言執行者の任務の遂行を挫かないし妨害することが可能となる」とする。高橋・前掲注(2)二八八頁注(38)は、「遺言執行者を優先させ相続人をその背後に置いた」とされる実定法の規律について、「被相続人のした処分相続人は従わざるを得ないことからこの規律は合理性があり、また、第三者からは遺言執行者が置かれたが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」と評価した上で、「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意思なのであり、訴訟法も原則的にはその意思を尊重すべきであろう」としている。

- (33) 高橋・前掲注(2)二八二頁注(37の3)参照。

- (34) 登記先例は、相続人全員甲・乙が共同相続登記をした後、被相続人からの乙への遺贈が判明した場合、遺言執行者と受遺者乙との共同申請による、遺贈を原因とする甲の持分移転登記申請においては、遺言執行者がその資格で甲に代理申請することは認められないという(昭和四四・一〇・三一民甲第三三三七号民事局長回答・登記先例追加編V一七二頁(一九七六))。中井一士「遺言執行者の職務権限と登記申請権限(上)」登情四七四号一九頁(二〇〇一)以下によれば、前記の登記の実質は、被相続人から相続人への相続登記の抹消登記を含むが、その場合、登記名義人たる相続人を登記義務者、被相続人を登記権利者とする共同申請による。登記権利者はすでに死亡しており、遺言執行者が登記申請代理人となれば、遺言執行者は登記義務者たる相続人の登記申請代理人とはなりえない。遺言執行者に相続人の登記申請代理権限を認めることは、登記権利者の単独申請と実質的に同様となり、登記の基本構造に反し、許されないとされる。平井宜雄「判批」法協九五巻四号七八六頁(一九七八)は、「遺言執行者のみが被告適格を有すると解したのだから、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論理が前提とされているとみなくてはならない」としている。

- (35) 吉井・前掲注(20)四〇九頁。

- (36) 蕪山巖ほか『遺言法体系Ⅰ(補訂版)』三八六頁、五九二頁(蕪山巖)(慈学社、二〇一五)は、次のように説明し、これを肯定している。大決大正三三・八・三民録二〇巻六四一頁は、すでに相続登記がなされているときは、遺贈を原因とする登記は、前記相続登記を抹消した上でなければすることができないと判断したが、その後、大判大正一五・四・三〇民集五巻三四四頁において、被相続人が生前贈与した未登記のまま死亡し、相続登記がなされた不動産につき、受贈者が相続人に対して贈与による移転登記を請求した事案で、権利の取得を公示する目的を達することにおいて、被相続人名義から移転登記を受けるのと相続人名義から移転登記を受けるとの間に何等の差異がないとして、受遺者の請求を認容し、改説した。したがって改説後の判例の下では、遺贈の場合においても、いったん相続登記がなされた後は、登記簿

面の権利者である相続人を登記義務者とする「相続人から受遺者へ」の移転登記も許されることとなるとする。

- (37) 最判平成一一・二・二六民集五三卷九号一八九頁は、特定の不動産を特定の相続人に「相続させる」旨の遺言がなされた場合において、他の相続人が相続開始後に当該不動産につき被相続人から自己へ相続を原因とする所有権移転登記を経由しているときは、遺言執行者は所有権移転登記の抹消登記手続のほか、受益相続人へ真正な登記名義回復を登記原因とする所有権移転登記手続を求めることができるとしていえる。遺贈についても、同様に解される。また、山野目章夫『不動産登記法（増補）』三〇三—三〇四頁（商事法務、二〇一四）によれば、真正な登記名義の回復を原因とする登記申請は、①これをすることがやむを得ないと認められる事情があり、かつ②そのような登記をしても関係者の利益を害さないことが登記原因証明情報において明らかにされるときに許容されるべきであるとする解釈が提示されており、これを昭和四三年最判の事案で遺言執行者のみが被告となる場合に当てはめると、特に②が問題となる。すなわち、前掲最判平成一一・二・二六の事案では登記義務者である相続人は被告として訴訟に關与しており、他方で原告ではない受遺者も移転登記の権利者であるため問題は少ないが、昭和四三年最判の事案で登記義務者である相続人が被告とならないとすれば、その利益を害さないかが問題となる可能性がある。

- (38) 鎌田泰輝ほか『改訂相続における登記と税金』二二—二頁以下（テイハン、一九八一）。

- (39) 判決による登記申請の場合、意思表示の擬制により狭義の強制執行は終了しているため、原則として執行文は不要である。幾代通（徳本伸一補訂）『不動産登記法（第4版）』一一—二頁（有斐閣、一九九四）。しかし、判決の確定により意思表示の擬制の効果が生ずるのは、判決の完結を考慮したものであり、仮にそのような効果が即時に生ずるのが妥当でない場合には、債務者に異議を述べるときの機会を与えるべく、執行文付与が要求されている。たとえば、民事執行法一七四条一項但書では反対給付を受ける債務者の利益保護を目的として執行文付与を要求している。このような考え方を類推すれば、昭和四三年最判の訴訟物を私見のようにとらえた場合、同様に手続保障の与えられていなかった債務者の利益保護を目的として執行文を付与する必要があるのかもしれない。後掲注(49) 参照。

- (40) 以下の議論は、前掲最判平成二六・二・二七が訴訟担当構成を採用しているということが前提となる。

- (41) 畑瑞穂「権利能力のない社団による不動産登記手続請求」最判平成二六・二・二七民集六八卷二号一九二頁「法教四二二号三二頁（二〇一五）」。原告側訴訟担当の場合とは異なり、被告側訴訟担当の場合は、特に請求認容の場合には登記義務者である被担当者（相続人）は登記申請にさえ関与しないため、その手続保障が重要な課題となるが、相続人には後述するとおり、共同訴訟的補助参加ないし独立当事者参加の道が与えられている。

- (43) 請求の趣旨は現時点では、「○○（相続人）は原告に対し、別紙物件目録記載の土地について、真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続をせよ」となると考えている。受遺者が登記申請を行う場合、判決において登記義務者である相続人が明らかになっている必要がある。

- (44) 松本博之「上野泰男『民事訴訟法（第8版）』七八一頁（弘文堂、二〇一五）」。

遺言執行者を被告とする訴訟における相続人の共同訴訟的補助参加（齋藤）

- (45) 納谷・前掲注(3) 八八頁注(19)。
- (46) 納谷・前掲注(3) 八八頁注(19)。
- (47) 高橋・前掲注(2) 二八〇頁注(36)。
- (48) 小山昇「遺言執行者の地位」中川善之助先生追悼『現代家族法体系5』三三七頁注(77) (有斐閣、一九七九)。
- (49) それでもなお、相続人に対する手続保障が不十分だとするならば、訴訟参加に加えて、さしあたり、次のような方法が考えられる。①(私見とは異なるが) 交替執行文の付与を要求し、意思表示の擬制時点を繰り延べることによって、相続人に対して、執行文付与に対する異議(民執三二条) または異議の訴え(民執三四条) などの救済を与える方法、②遺言執行者の任務開始の通知についての新规定を解釈することによって、遺言執行者に相続人に対する訴訟告知を義務づける方法、③第三者再審による方法である。①については、a. 債務者に対する執行文の送達の要否(通説は不要としている)、b. 執行文付与に対する異議(民執三二条) または異議の訴え(民執三四条) の可否について争いがある。a. 債務者に対する執行文送達を不要とし、b. 異議・異議の訴えを許さない説と、a. 送達を必要とし、b. 異議・異議の訴えを許容する説とに分かれている。山本和彦ほか編『新基本法コンメンタール民事執行法』四三五頁(大濱しのぶ)(日本評論社、二〇一四)。なお、本件のような場合、相続人による執行文付与に対する異議・異議の訴えの理由具備要件は交替執行文付与の要件である執行力擴張事由がないこと(実体的異議)となる。松本博之『民事執行保全法』二二二頁、二二三頁以下(弘文堂、二〇一一) 参照。②については、改正民法一〇〇七条二項において「遺言執行者は、その任務を開始したときは、遅滞なく、遺言の内容を相続人に通知しなければならない」とされている。遺言執行者の訴訟追行を通知の対象に含めて考えられるのであれば、遺言執行者が訴訟当事者となった場合、債権者代位訴訟の場合(改正民法四二三条の六)と同様に、相続人に対する訴訟告知を義務づけることができないだろうか。③については、前訴で遺言執行者による許害的な訴訟追行が行われていた場合、前訴判決の効力を受ける相続人としては、第三者再審の訴えを提起できる可能性があると思われる。以上の相続人の手続保障については、今後検討したい。
- (50) 中川・前掲注(6) 六一二頁参照。
- (51) 三ヶ月章「わが国の代位訴訟・取立訴訟の特異性とその判決の効力の主観的範囲」『民事訴訟法研究(6)』七頁以下(有斐閣、一九七二)、池田辰夫「債権者代位訴訟における代位の構造」判時九九九号一五頁以下(一九八一) など参照。
- (52) 伊藤・前掲注(9) 六六七―六六八頁。
- (53) 伊藤・前掲注(9) 六六七頁。なお、松本・上野・前掲注(44) 七八二頁は、訴えの取下げについては、被参加人の訴訟追行権を重視して、被参加人が単独で行うことを肯定する。
- (54) 林田学「共同訴訟的補助参加」三ヶ月章「青山善充編『民事訴訟法の争点(新版)』一四五頁(有斐閣、一九八八)、松原弘信「共同訴訟的補助参加の理論的基礎」伊藤眞先生古稀祝賀論文集『民事手続の現代的使命』五八九頁以下(有斐閣、二〇一五)、長谷部由起子「共同訴訟

的補助参加の課題」徳田和幸先生古稀祝賀論文集『民事手続法の現代的課題と理論的解明』九二頁（弘文堂、二〇一七）など。

(55) 林田・前掲注(54) 一四四頁。

(56) 松原・前掲注(54) 五八九頁以下。

(57) 有力説の中でも、遺言執行者の訴訟に相続人が参加する場合については、論者によって参加人の法的地位に関して若干の違いがみられる。松原・前掲注(54) 五九〇頁は、参加人（相続人）の地位は基本的には被参加人（遺言執行者）に従属する（破産管財人と同列に論じられているようである）としているようであるが、長谷部・前掲注(54) 九九頁によれば、遺言執行者と破産管財人の実体的利益などを比較した上で、「遺言執行者の訴訟追行を相続人が牽制する必要性は、管財人の場合よりも強いように思われる」とされている。

(58) 遺言執行者を被告とする訴訟に相続人が共同訴訟の補助参加する場合、相続人に管理処分権や当事者適格がないことが参加時点で確定しているとは限らない（たとえば、遺言の有効性に争いがある場合）という点で、他の共同訴訟の補助参加の事例と異なる。たとえば、破産管財人の訴訟では、破産開始決定により債務者の管理処分権が剥奪され、破産管財人にそれが移転するため、債務者には確定的に管理処分権が認められないし、取締役選任決議取消訴訟においては被告は会社であることが法定されているため（会社八三四条一七号）、被選任取締役に被告適格が認められない。

(59) 【事例②】は被担当者Bが担当者Yではなく、担当者の相手方Xに参加するという点で、従来、典型的に考えられてきた事例とは異なる特殊性をもつ。このように、被担当者が担当者の相手方へ共同訴訟の補助参加できるかという問題については、十分議論されていないため、さらなる検討を深めたい。

(60) 給付訴訟では、請求権の主体が原告適格をもつのが原則である。伊藤・前掲注(9) 一八七頁参照。

(61) 潮見佳男『新債権総論Ⅰ』六五二、六六二頁（信山社、二〇一七）。また、中間省略登記請求は例外的な場合にしか認められない。最判昭和四〇・九・二二民集一九卷六号一五六〇頁。

(62) 遺言執行者の請求の認諾については、請求の認諾の要件との関係で、①遺言執行者が訴訟物に対して処分権限を有するといえるか、②訴訟要件の具備（ここでは、たとえば遺言執行者が実体上無効な遺言を有効だと主張している場合の遺言執行者の当事者適格が問題となりうる）を必要とするかという二点が問題となる。まず①については、遺言の内容を実現することを目的として設けられているという遺言執行者制度の趣旨からして、また遺言執行者は遺贈の目的物について管理処分権が認められるから、請求の認諾は許されると考えられる。なお、遺言執行者による和解については、実務上は「遺言執行者は相続財産の管理・処分、その他遺言の執行に関し、相手方との間で紛争が発生している場合には、……紛争の相手方との間で和解によって、早期に解決することが、遺言の目的を実現するために『相当かつ適切な行為』と認められている場合……裁判上、又は裁判外を問わず遺言執行者は独自の権限で和解ができる」と解されている。第一東京弁護士会司法研究委員会編『新版遺言執行の法律と実務』二二七頁（ぎょうせい、二〇〇四）参照。次に②については、従来から請求の認諾の効果論と対応した議論

遺言執行者を被告とする訴訟における相続人の共同訴訟的補助参加（齋藤）

がなされている。通説は認諾調書が請求認容判決と同一の効力を生じ、それゆえ既判力を有するとし、請求の認諾をする要件として訴訟要件が具備されていることを要求する。兼子一原著／松浦馨ほか『条解民事訴訟法（第2版）』一四六八頁以下〔竹下守夫・上原敏夫〕（弘文堂、二〇一一）参照。

(63) 松原・前掲注(54) 五九〇頁参照。

(64) Xの請求の放棄については、その要件は特に問題とならないと考えられる。

(65) 【事例②】のBもなるほど相続人であり、この点を重視すれば、Bに当事者適格が与えられていないことの趣旨はEのそれと同様に考えることができるように思われる。ところが、他方でBはXから甲土地を買い受けたものであり、むしろ管理処分権がYにあることに利益を有している。そのため、ここではBの法的地位は相続人としての地位よりも売買契約の当事者としての地位を優先して判断される必要がある。参加人の利害関係を適切に訴訟に反映させるべきだからである。

(66) そのほかの理由として、【事例②】とは異なり、Xが遺贈の放棄（民九八六条一項）をしている場合も考えられるが、この場合も同様に遺贈の目的物についての管理処分権はXおよびYに認められない。

(67) BがXの請求の放棄を阻止した後、Bとしては債権者代位訴訟を提起することも可能であるように思われるが、この点については別途検討する必要がある。

(68) Eは通常、権利主張参加ができると考えられる。この場合、EはXに対して、遺言無効確認請求または甲土地の所有権確認請求を定立することになる。これに対して、Bには少なくとも権利主張参加は認められない。Bの請求は、Xに対してはBへの移転登記請求、Yに対してはBの甲土地の所有権確認請求または遺言無効確認請求を定立することになるように思われるが、これらの請求はいずれも本訴の請求であるXのAに対する移転登記請求と論理的に両立するからである。なお、詐害防止参加についても、請求の定立を必要とする考え方は、Bには詐害防止参加も認められないこととなる。

（本学大学院法学研究科博士課程後期課程在籍）