九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

第三者による遺産の管理（一）：相続における清算的要素の導入の景気としての遺言執行者の権限の検討

有地，享
九州大学法学部教授

https://doi.org/10.15017/1580

出版情報：法政研究. 35 (4), pp.41-90, 1969-02-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

第三者による遺産の管理(一)

――相続における清算的要素の導入の契機としての遺言執行者の権限の検討――

有地　亨

第一　問題の所在

第二　遺言執行者の権限に関する判例の分析

一　受遺者と相続人間の争い

(一)　受遺者から相続人に対する場合

(a)　遺贈の目的たる不動産の登記抹消請求(一)―(二)

(b)　遺贈の目的たる不動産の所有権移転登記請求(三)―(四)

(c)　金銭債権の遺贈の場合の受遺者による給付請求(五)―(七)

(二)　相続人から受遺者に対する場合(八)

二　遺言執行者と相続人間の争い

(一)　遺言執行者から相続人に対する場合

(a)　遺言執行者から相続人に対する遺贈の目的たる不動産の登記抹消請求(九)―(一)

(b)　遺言執行者から相続人に対する遺贈の目的たる家屋に関する明け渡し請求(二)

(二)　相続人から遺言執行者に対する場合

(a) 遺言無効確認の訴㈢—㈥
(b) 遺留分権利者の包括遺贈減殺の意思表示㈦㈧（以上本号掲載）
三　遺言執行者と受遺者間の争い
㈠　遺言執行者から受遺者に対する場合㈤
㈡　受遺者から遺言執行者に対する場合
(a) 受遺者から遺言執者に対する所有権移転登記手続の請求㈢
(b) 受遺者から遺言執行者に対する遺贈義務の履行の請求㈢
四　遺言執行者と第三者間の争い
遺言執行者から第三者に対する場合
(a) 遺贈の目的不動産につき相続による所有権取得登記手続を経た相続人から譲渡を受け、所有権移転登記を了した第三者に対する登記抹消請求㈢—㈥
(b) 遺贈の目的たる債権に関する債権証書につき受寄者たる第三者に対する引渡の請求㈦
(c) 訴訟に係属中の特定債権が遺贈された場合の被告適格㈧—㈩
五　受遺者と第三者間の争い
(a) 債権の遺贈につき、受遺者から債務者に対する弁済請求㈢㈢
(b) 遺贈の家屋の譲渡を受けこれを占有する第三者に対する仮処分の申し立て㈢
六　相続人と第三者間の争い㈣
七　総括
第三　西欧中世の遺言執行者の権限の比較法的考察
一　一三世紀頃の遺言執行者のセージーヌの態様
二　遺言執行者の権限と相続人の権限との競合
三　遺言執行者のセージーヌの設定の方式
四　遺言執行者のセージーヌの性格

五　遺言執行者のセージーヌの移転性
六　遺言執行者のセージーヌの対象
七　死者の債権・債務の帰属
八　総　括
第四　家事審判規則第一〇六条一項による遺産管理人の職務権限
第五　遺産管理の問題点
第六　結　び

第一　問題の所在

わが相続法における遺産の承継は相続開始と同時に被相続人から相続人の手に直接包括的に承継され、その間に第三者によって相続財産を清算する過程の介入することは予定されていない。しかしながら、遺産はこの当然包括的承継主義に基づいて被相続人から相続人に無媒介に移転されるとしても、それはあくまでも抽象的、観念的領域の問題にとどまり、相続の現実においては、遺産が被相続人の死亡＝相続開始から分割手続を経て、それぞれの相続人に分割帰属するという過程を無視するわけにはいかない。しかも、共同相続、相続開始時から分割終了時までの遺産からの果実・収益の産出、遺産の管理に要する費用の増大、また遺産の滅失毀損から生ずる代償財産の出現、さらには、相続財産の構成の複雑化という事態に規定された分割手続の実態によって相続開始から遺産分割するまでの過程で、相続財産が相対的に独立性をもつようになることに対応して、遺産分割をば相続とは別個の独自の過程で捉えようとする試みがなされ、(二) そこになんらかの意味での清算的要素が内存することを認めざるをえないことが示唆されてい

る。と同時に、被相続人の死亡から分割開始までの時間的間隔があればあるほど、当該遺産の管理の問題を解決する必要に迫られ、遺産管理の問題がきわめて重要な意義をもつようになってきたことも否定できない。

かような事情のもとにおいては、遺産分割の過程で共同相続人の手による複雑な共同管理に委ねるよりは遺産管理人を選任し、その者に全面的に、遺産の管理、清算を委ねる方が簡便でもあるし、また、利害関係人に対して損害を与えるおそれも少いことは否定できないし、また、そのことを考える余地も十分に与えられている。

わたくしはかって「共同相続関係の法的構造」と題する論稿(二)で、遺産分割の過程で相続財産が分割過程に規定されてそれ自体として相対的に独立性をもつことを明らかにしたことがある。本稿はそれに継続する研究の一つとして、更に一歩すすめ、清算主義を採用していないわが相続法制下で、遺産分割過程において清算的要素を解釈論的にどのような形で、どの程度採用できるか、という問題を考究しようとするものである。

従来、民法、家事審判法、家事審判規則は、相続が開始してから遺産分割の終了にいたるまでの期間における相続財産の管理・清算という目的を達するために、それぞれの具体的な相続の態様に応じて各種の相続財産管理人を設け、それらの管理人の権限を規定している。もっとも、これらの相続財産管理人についての諸法の規定は立法的解決が強くのぞまれているほど(三)不統一のものである。それはともかくとして、これらの規定に従って相続開始後遺産分割終了までの遺産の管理に関して、どのように処理されるかをみると、相続が開始して相続人が相続の放棄ないしは承認をなしうる期間中の相続財産を保全するために、相続人に対しその固有財産におけると同一の注意義務を課し、さらに、相続人に管理させるのが適当でないとおもわれる場合には、相続財産管理人を選任して、これに管理させる方法が用意されている(九一八条)。　このようにして選任された管理人は相続人によって承認または放棄がなされたときには、当然にその任務は終了すると解されている。他方、遺産分割の調停・審判の申立があれば、家事審判規則第

一〇六条、第一三三条に従って家庭裁判所は相続財産の管理人を選任することができる。したがって、両者の間の期間中の遺産の管理、すなわち共同相続人が単純承認したのちに、遺産分割の申立がなされるまでの期間の遺産の管理については、共同相続人による共同管理がなされ、それが不適当で、管理人の設置を必要とすれば、共同相続人全員の協議によって管理人をおくことができるが、協議が調わなければ、わずかに九一八条を類推適用して管理人を選任して管理させることが許されるにすぎない。[四] とにかく、これらのいずれの管理人についても、その権限の内容については十分には明らかにされていない。

それでは、清算主義を採用していない現行相続法のもとで、第三者が相続財産管理人に選任された場合に、その相続財産管理人の権限の内容はどのようなものであろうか。

一般に、現行相続法下の相続財産管理人の権限を考える場合に、それらの権限の内容は当該相続財産管理人による遺産管理の目的に応じてつぎの二つのグループに分けて考察すべきことが説かれている。[五] 第一は、相続人廃除審判確定前の管理人（八九五条一項）、相続の承認・放棄前の管理人（九一八条二項）、相続の放棄後の管理人（九四〇条二項）のごとく、相続人が未確定であるために、相続人が確定するにいたるまで、相続財産の保存を目的として管理人を設置する場合であり、第二は、限定承認後の管理人（九二六条二項、九三六条）、財産分離請求後の管理人（九四三条二項、九四四条九五〇条）、相続人不存在の場合の管理人（九五二条、九五三条）のごとく、相続債権者などに対する債務弁済の必要上相続財産を保存するとともに、それを処分して清算を行う場合である。

ところで、わが相続法は一般には清算主義を採用していないため相続財産の清算が実行されるのは、前述の第二の範疇の特殊な相続の型の場合にかぎられるわけだが、わが相続法で対蹠的なのは、周知のように英国相続法である。[六]

英国相続法は死者と受益者（受遺者と法定相続人）間に仲介人として人格代表者（personal representative）を

介入させ、この人格代表者が裁判所の監督のもとに死者の債務の弁済、遺産の分配などの死者の財産関係の清算を行う。このように英国相続法では、遺産は包括的に人格代表者に承継されて、清算されるという遺産管理制度が法定された。これに対して、フランス民法は英国相続法のごとき人格代表者制度をおかず、死者を代表するのは相続人や包括受遺者であって、これらの者はセージーヌ（saisine）の理論構成によって死者の人格を承継し、相続債務は分割されて相続人や包括受遺者が個別的にその弁済の責任を負うことになる。そこには、遺産管理制度や相続債務の弁済などの管理清算制度は存在しない。この点で、フランス民法の構成はわが相続法に酷似している。ブラウン（L. Neville Brown）は、英法とフランス民法の遺産の清算問題を論じ、フランス民法でも、英法の人格代表者のような仲介者制度を導入する必要性を説きつつも、フランス民法で、人格代表者に相応するものが遺言執行者であるとしてつぎのように述べている。(七)

≪イギリスの人格代表者のような仲介者の必要はそれでもなお感じられる。遺言執行者（exécuteur testamentaire）の制度がこれを示している。もっとも、彼の主要な義務は遺言が攻撃される場合には、その効力を保存し、また、遺言条項が履行されることを監視することにあるので、遺言執行者はイギリスの執行者に比すれば名ばかりのものにすぎない。彼は執行者の包括的権限を欠き、また、遺産の所有権は彼には付与されない。そのかわりに、彼は範囲と存続期間で制限されたセージーヌを与えられる。実務では、相続財産の清算人や管理者としての人格代表者の役割はその清算を委託される公証人によって果される。公証人の職務（notariat）はしばしば実務家自身をして彼の書記（clercs）の一人になって事実上執行者または管理者として行為せしめることによってフランス民法典によって残されたギャップを埋めた。実際、遺産を集積し、債務を弁済し、残余財産を分配するのが公証人である。もっとも、法的には、公証人は必要な証書の作成に際して助言の資格をもつにすぎない。相続人または包括受遺者が死者を代表するものとして訴え、また、訴えられなければならない≫。フランス民法においても、英国相

続法とは体系的にはまったく異りながら、遺産分割でなんらかの形の清算手続が導入され、それが遺言執行者や公証人によって果されているのである。

更に、一九五八年八月四―九日ブラッセルで開催された第五回比較法国際会議でラインスタイン（Max Rheinstein）がベルギー、エジプト、イギリス、フランス、ドイツ、ポーランド、ルーマニア、スペイン、アメリカ合衆国ユーゴスラヴィアの諸法学者の報告を受けて遺言、無遺言相続における清算手続にどの程度政府機関が関与しているか、また、そのような関与はどのような態様で、いかなる方法でなされるのが合理的であるかについて比較検討し、その結果が、「死者の財産の清算に対する司法上、行政上の統制」と題して報告されている。(八) そのなかで、英法体系と大陸法体系とを対照し、《英法体系のもとで、管理者は通常遺言法のもとでの重要な取得者でもある同一の人物であり、しかも、執行者の指定が大陸法のもとでまさに英法のもとにおけるとまったく同じように遺言者に可能であると考えられるならば、差異ある出発点にもかかわらず、英法は、財産が通常私的個人によって清算され、しかも、裁判による管理あるいは裁判上の分割が比較的頻発しない異例の状態に対処するために立案された例外を構成する、かの大陸法と基本的には異らないことが認識されるであろう。このようなことは、ソビエト、ルーマニア、ユーゴスラヴィアの法体系についてさえ妥当するようにおもわれる》(九)と述べている。

近時遺産分割に際して、相続財産を管理する必要がある場合に、共同相続人による共同管理が困難ないしは不可能という事態に対処するために、家事審判規則第一〇六条に基づき遺産分割前の仮りの処分として（家審九条一項乙類一〇号）、家庭裁判所が職権で遺産管理人を選任し、その者によって遺産管理がなさしめられている審判例が数多く報告されている。その全国新受件件数は昭和三一年は三一七件にすぎなかったのが、昭和四一年には実に三倍強の一〇二〇件にも達している。(一〇) もっとも、これら遺産管理人の権限は前述の範疇では第一のものに含まれる管理人とされ

ているが[一一]、一般には、遺言執行者はそれら二つの範疇の相続財産管理人のいずれとも異るものとして位置づけられている[一二]。事実、本文で分析するごとく、遺言執行者は民法第一〇一三条、第一〇一五条によってその職務権限が法定されているにもかかわらず、すくなくとも判例のうえでは、単なる不在者の財産管理人ではなく、そうかといって清算人として徹しているわけでもなく、特殊な職務権限をもたしめられている。

そこで、われわれは遺産管理人を遺言執行者と同一視するのではないが、ただ現行相続法のもとで、相続管理人が設置された場合に、その職務権限は遺言執行者のそれとのアナロジーで捉えることができるのはないかと考え、本稿は遺言執行者の職務権限の分析を試みるものである。

遺言執行者の職務権限を歴史的に考察する場合に、後述本文のごとく、遺言執行者は西欧の一三世紀にあっても二つの職務をもっていた。一つは、遺言者の意思を忠実に実現して遺言の遵守を確保することであって、彼は defensor testamenti の地位を占めることから要請される職務であり、もう一つのものは、相続債務の弁済のために、積極相続財産の処分あるいは相続債権の取り立てなどの相続財産の清算などを行い、かつ、残余の遺産があればそれを共同相続人間に分配する職務であった[一三]。これら遺言執行者制度の二つの職務は、遺言制度の歴史的な目的ないしは内容が変化する場合に、それらに対応しておのずから異ってくるとみることができよう[一四]。すなわち、遺言が財産＝家産を家族内にとどめるがことを主たる目的とする場合には、遺言執行者は家産を保存する死者の意思を忠実に実現することをその役割とするが、遺言が合理的な遺産分配を目的とする場合には、遺言執行者はどうしても清算人としての役割を果さざるをえない。わが国の遺言制度史においても、このことは妥当するのであって、遺言制度と相関関係にたつ法定相続制度の態様に応じ、家督相続が行われる場合の遺言執行者制度はまさに家督相続を補強するものとして遺言者の意思を忠実に実現することに重点があったが、均分相続がなされる場合の遺言執行者は清算的職務をもって

その主たる任務とする。事実、このことは近時の遺言執行者の職務権限の内容にも現われている。(二五)

もともと、民法の相続法の構成としては、遺言相続を第一にし、法定相続は遺言がない場合に、死者の意思を推測して順位と相続分を定めているとみるならば、遺言相続における遺言執行者に該当するものは、法定相続においては相続財産管理人になるであろう。

これらの理由のために、本稿においては、現行の相続法の枠内において清算的要素の導入の契機として相続財産管理人の権限を明らかにするために、それと共通の性格をもつ遺言執行者の権限を分析し、相続法の構成を明らかにしようとするものである。

本稿では、まず最初に、判例法上で認められた執行者の権限の内容を具体的に浮彫りにし、ついで、西欧において遺言執行者にかなり強大な権限が認められたイギリス、フランス、ドイツなどの西欧中世の遺言執行者の権限の内容を分析する。とくに、西欧中世の遺言執行者をとりあげたのはつぎのような事情に基づくものである。

遺言執行者制度は八世紀に西欧全域に出現し、その後一五世紀にいたるまで、ほぼ統一された形態を示していた。そして、この時期の遺言執行者は死者の人格の一時的承継者として相続債権・債務を承継する者として登場している。西欧の地に遺言制度が復活し、一二世紀には遺言執行者の指定の要件の多少の変更をみたし、一三世紀には、それまでの慣習法に基づく遺言執行者に対する監督に教会法による統制も加わって、監督は更に強化された。そして、中世の末期には、遺言執行者制度はローマ法の復活と慣習法へのローマ法の浸透により危機に逢着する。相続人の指定制度が導入され、一四世紀から、南部フランスでは、相続人の指定が遺言相続でかなりのウェイトをもって発展し、この相続人指定制度の展開により遺言執行者制度は急速に衰退の途をたどる。遺言執行者はもはや財産移転の仲介者としての地位を失い、遺産に対する一切の物権をも喪失し、それは指定相続人の単なる監督者にすぎなくなっ

た。これに対して、北部フランスでは、中世全体を通じて遺言執行者のセージーヌは相続人の一切のセージーヌを排してそのまま維持され、一六世紀にいたるまで、遺言執行者は死者の人格の承継者たる地位を占めた。もっとも、一三世紀から、執行者制度の退潮は現われている。たとえば、相続人は一定の条件のもとに相続財産に対するセージーヌから遺言執行者を排除することもできるし、遺言執行者のセージーヌの範囲や対象に対する制限が増大するなどの現象がみられるが、遺言執行者制度そのものは慣習法の編纂の以後の、とくに、一七、一八世紀にローマ法の発展と包括遺贈の展開によって衰退したにすぎない。

ドイツでは、ローマ法の継受後に、遺言執行者制度は衰退に導かれることになったが、それまでは、なお原初的性格を保持していた。

英国では、ヨーロッパ大陸とはまったく異った様相を呈した。すなわち、イギリスでは逆に執行者の権限の強化になって現われ、遺言執行者は英国の遺言法上では遺言執行の目的によってはなんらの規制をも受けない牢固たる地位を占めた。一三、一四世紀には、英国の遺言執行者は制約された権利しかもたず、強力な監督のもとにおかれていたが、一六世紀になると、彼は人的財産の承継についてはなんらの制約をも受けなかっただけでなく、他の債権者に優先して弁済を受け、彼の死者に対する債務は消滅し、彼は遺産中の残余財産を取得した。遺言執行者が指定相続人の地位を占めるようになったのである。近代相続法になって、漸く、遺言執行者は残余財産を取得する権利を喪失し、現行法のごとき遺言執行者として制約された権限を付与されるにいたったものである。

カイユメル（R.Caillemer）は西欧中世の慣習法上の遺言執行者制度の発展を克明に跡づけた後に、《これこそ中世の慣習がセージーヌのきわめて柔軟な概念を用い、しかも、遺言執行者に所有権を付与して、実現しようと努めた法的特徴である。……われわれの実務家は民法典によって構成されているように、遺言執行者がセージーヌをも

たないときには、意味のない委任に、また、セージーヌをもつときでさえ、遺言者によって追求された目的に十分に応えない委任に遺言執行者をおとしてしまった。かようにして、遺言の執行はきわめて明確に決定された二つの型、すなわち一方では遺言者の指定、他方では委任の間を発展する。遺言執行者にあまりにも広い権限が与えられるならば、彼は真の相続人と混同する。その権限が限定されるならば、彼は無意味な受託者でしかなくなる。イギリスのコモン・ローは理由もなく執行者の権限を拡大してきた。フランスの民法典はそれらを極端に減縮してきた。中世の法は種々の方向でこれらの行き過ぎを回避することができたし、また、遺言執行に対しその充足すべき願望にもっとも適した形体を与えた≫と述べている。(一六) したがって、本稿では、中世西欧の遺言執行者の権限の原初形態を明らかにし、それをわが判例法上認められた権限と比較対照して近代法の遺言執行者の権限の内容はいかにあるべきかを明確にし、最後に、家事審判規則第一〇六条に基づいて選任された遺産管理人の権限を含めて、遺産管理の現況と問題点を明らかにしようとするものである。

本稿の作成に当っては、鹿児島大学西井龍生教授から適切な助言を得た。ここに記して謝意を表する次第である。

（一） 庵前重和「相続開始後の遺産の増減と遺産分割」司法記念論文集一巻民事編一、我妻＝唄・相続法（判例コンメンタール）一二〇頁以下、岡垣学・家事審判法講座第二巻（相続関係）九〇頁以下、谷口知平「遺産の分割」（新民法演習）など参照。

（二） 民商法雑誌五〇巻六号、五一巻一号。

（三） たとえば、野田＝沼辺＝唄＝岡垣＝新堂「家族法における実体規定と手続規定との相関性」判タ二二六号二〇―二一頁の座談会参照。

（四） 昭和三六年度（昭和三六年七月一一日）身分法研究会議事録家裁月報一四巻一号二二一頁、ただし、反対説もある。

（五） 於保不二雄「共同相続における遺産の管理」家族法大系Ⅶ九五、一〇〇頁以下、野田愛子「家事審判規則第一〇六条一項に基づく遺産管理人の選任、その地位及び職務権限について」(二)東京家裁身分法研究（四〇）ジュリスト三六四号一

○五頁以下。

（六）英国相続法に関しては、内田力蔵「イギリスにおける遺言と相続」（法学理論篇）、高柳賢三「英国相続法綱要」（家族制度全集史論篇Ⅴ）、立石芳枝「イギリスの無遺言者遺産の管理」（末延還暦記念「英米私法論集」）、浦本寛雄「英国遺産管理制に関する一考察」鹿大法文学部法学論集三号。

（七）L. Neville Brown, Winding up Decedent's Estates in French and English Law, Tulane Law Review, vol. XXXⅢ (1958—1959), P.632.

（八）Max Rheinstein, Judical and Administrative Contol of the Liquidation of Decendent's Estates, Rapports généranx au Vᵉ Congrès international de droit comparè, Bruxelles, 4—9 Aout 1958, t.Ⅰ, 1960, PP. 229—240.

（九）Ibid., PP.233—234.

（一〇）最高裁家庭局「家庭裁判所事件の概況—家事事件」家裁月報一九巻九号七頁。

（一一）野田前掲論文ジュリスト三六四号一〇六頁。

（一二）同論文一〇五頁。

（一三）J.F.Pondret, La succession testamentaire dans le pays de Vaud à l'époque savoyarde (XⅢᵉ—XⅥᵉ siècle) .1955, PP. 320—323.

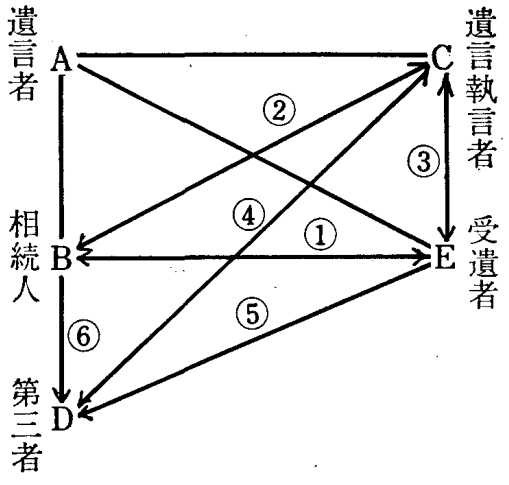
（一四）遺言の目的ないしは内容に歴史的にみて二つの型があることを指摘されるのは、島津「遺言制度」（「家族問題と家族法」Ⅵ相続）三四二頁以下参照。

（一五）後述本文のごとく、筆者が岡山の一公証人役場で調査した昭和三八～三九年の公正証書遺言および昭和三〇—四〇年の福岡家庭裁判所に係属した遺言事件で、遺言執行者が選任されている事件がこれを示している。

（一六）R.Caillemer, Origines et delveoppement de l'exécution testamentaires (époque franque et móyen age), 1901, PP. 685—686,

第二　遺言執行者の権限に関する判例の分析

遺言執行者の権限については、従来からしばしば民法第一〇一五条の不明瞭さないしは立法技術の拙劣さが指摘され、とくに、「遺言執行者の二つ権能――それ自体としてもつ権能と相続人の代理人とみなされることからくる権能――の区別と関係とを明瞭ならしめる法的技術（立法ないし解釈）」の必要が要請されている（我妻＝唄・相続法（判例コンメンタール）三〇〇頁）。判例法上も遺言執行者の権限に関する判旨が明確さを欠くため、遺言執行者がおかれた場合に、遺言執行者、相続人、受遺者、第三者の四者の関係の基本型を想定し、これらの対立当事者間で、遺言執行者の権限はいかなる範囲で認められ、かつ、問題にされているかを検討する必要がある。そこで、典型的な型としては、遺言者A、その相続人B、相続人Bから遺贈の目的物の譲渡その他の処分をうけた第三者D、遺言執行者C、受遺者Eを一応想定することができる。ただ、金銭債権が遺贈された場合には、第三者Dは当該遺贈債権の債務者とみても差しつかえなく、この意味で、第三者Dは、B、C、E以外の者を汎く指すことになろう。そうすると、これらの当事者間では、遺言執行者の権限と相続人の権限の分配はつぎの五つの型で問題になろう。(1)受遺者Eと相続人B間、(2)遺言執行者Cと相続人B間、(3)遺言執行者Cと受遺者E間、(4)遺言執行者Cと第三者D間、(5)受遺者Eと第三者D間、(6)相続人Bと第三者D間である。これら(1)―(6)のそれぞれの対立当事者間で問題になるのはつぎのような諸点である。



(1)　E、B間では、遺贈の目的たる不動産につきBが相続登記した場合に、EはBに対して登記の抹消を請求しうるか、また、移転登記を請求しうるか、この場合

に、Cの果す役割はなにか、金銭債権が遺贈された場合には、EはCまたはBいずれに対し給付請求をなしうるか。

(2) C、B間では、遺贈の目的たる不動産につきBが相続登記をしている場合に、CはBに対し、登記の抹消または登記の移転を請求できるか、BからCに対する遺言の無効確認の訴で、Cは当事者適格をもつか、また、CはBの遺留分減殺請求の相手方になりうるか、更に、Cは遺留分減殺請求の意思表示を受領できるか。

(3) C、E間では、CはEに対し遺言の執行をなすべき義務なき旨の確認の請求をなしうるか、また、Bが遺贈の目的たる不動産につき相続による所有権取得登記を了している場合に、EはBを共同被告にすることなく、Cだけに対しBの取得登記の抹消を請求できるか、EがCに対し遺贈義務の履行を請求した場合、Cは遺言執行者としていかなる範囲の権限をもつか。

(4) C、D間では、Cは遺贈不動産につきBから譲渡を受けて所有権移転登記を経由したDに対し移転登記の抹消を請求できるか、この場合に、Dは第一七七条の第三者に該当するかどうか、また、それは遺言執行者の選任の時期といかなる関係にあるのか、更に、Cは受寄者Dに対して遺贈債権に関する債権証書の引渡しの請求をなしうるか、金銭債権が遺贈された場合に、Cは該債権に基づく履行の請求をする権限をもつか、あるいは相続財産に属する家屋の賃料を受領する権限をもつか。

(5) E、D間では、債権が遺贈された場合に、Eは債務者Dに対し弁済請求をなしうるか、遺言執行者Cがいる場合に、債務者DがBに弁済したときにはどうなるか、また、Eは遺贈の目的たる家屋の譲渡を受けて、これを占有する第三者Dに対して仮処分の申し立てをなしうるか。

(6) B、D間では、Cが相続債務弁済のために相続不動産を売却した場合に、Bはこれを買受けたDに対し所有権移転登記の抹消の請求をなしうるか。

以下、まずこれらの諸点に関する判例を分析することにする。

一　受遺者と相続人間の争い

(一)　受遺者から相続人に対する場合

(a)　遺贈の目的たる不動産の登記抹消請求

〔一〕大判昭五・六・一六民集九巻五五〇頁

Aは「第一条　拙者所有不動産総財産ヲ売却シ、其売却代金ノ内ヨリ負債諸税ヲ控除シタル残額ニシテ三〇万円ニ満ツル迄ヲ折半シ、一半ヲ長男Y_1ニ贈与シ、一半ヲX_1外六名ニ分配贈与ス…」という秘密証書遺言書を作成するとともに、Bを遺言執行者に指定した。その後、一ケ月余りして、Aが死亡し、その後六年間ほどBが遺言の執行に着手せず、その間に、Y_1がBの承諾もないまま遺贈の目的である不動産につき、家督相続による所有権取得登記をした。ついで、Y_1はY_2銀行から金員を借入するに際し、その不動産に抵当権設定登記をした。X_1ほか六名はY_1 Y_2に対し右の抵当権設定契約とその登記は一一一五条（現一〇一三条）に違反し、無効なる旨の確認と登記抹消を請求した。

一、二審ともX_1らが勝訴。Y_2は、Y_1の処分行為は当然無効ではなく、取り消しうべきものにすぎず、その取消権は遺言執行者が有するものであるから、X_1らの請求は失当として上告。

「民法一一一四条第一項（現一〇一二条）ニハ遺言執行者ハ相続財産の管理其ノ他遺言執行ニ必要ナル一切の行為ヲ為ス権利義務ヲ有スト規定シ、遺言執行者ハ遺言ヲ執行スル範囲ニ於テ総テ相続財産ヲ管理処分スルノ権利義務ヲ

有シ相続人ト雖之ヲ管理処分スルコトヲ得ザル旨ヲ明ニスルト同時ニ、元来遺言執行者ヲ設クルハ遺言ガ適正ニ執行セラルルコトヲ目的トシ、主トシテ受遺者ノ利益ヲ保護スルノ趣旨ニ出デタルモノナルヲ以テ、相続人ヲシテ遺言ノ執行ヲ妨グベキ行為ヲ為スコトヲ得ザルモノト為スニ非ザレバ、此ノ目的ヲ達スルコト能ハザルニ至ルベシ。是ハ法第一一一五条（現一〇一三条）ニ於テ遺言執行者アル場合ニ於テハ相続人ハ相続財産ヲ処分シ其ノ他遺言ノ執行ヲ妨グベキ行為ヲ為スコトヲ得ズト規定シタル所以ニシテ、右両条ノ規定ヲ総合考覈スレバ第一一一五条（現一〇一三条）ノ規定ニ違反シテ相続人ガ相続財産ニ付為シタル処分行為ハ絶対ニ無効トナルト同時ニ、斯ル行為ニ対シテハ遺言執行者ハ勿論包括受遺者ノ如キ其ノ財産ニ付共有権ヲ有スル者モ亦自己ノ利益ヲ保護スル為之ガ無効ヲ主張スルコトヲ得ベク、又現行ノ法制ニ於テハ相続不動産ニ付キ遺言アリタル場合ニ遺言及遺言執行者ノ存在ニ付登記手続を規定スル所ナキニヨリ右ノ無効ハ何人ニ対シテモ主張シ得ベク、縦令第三者ガ相続人ヨリ該不動産ヲ譲受ケ又ハ抵当権ノ設定ヲ受ケ之ガ登記ヲ為シタリトスルモ、斯ル第三者ハ民法第一七七条ニ所謂第三者中ニ包含セザルモノト解スルヲ相当トス。然ラバ本件ニ於テ原院ガX_1等ハ遺言者Aノ遺贈ニ因リ包括受遺者トシテ本件不動産ニ対シテ共有権ヲ有スルコトヲ認メ、而シテ相続人Y_1が該不動産ニ付為シタル抵当権設定行為ヲ以テ絶対ニ無効ナリトシ、X_1等ノ本訴請求ヲ認容シタルハ相当ナリ。」

「遺言執行者アルトキハ遺贈ノ目的タル財産ヲ管理処分スルノ権利ハ総テ遺言執行者ニ属シ、縦令包括受遺者ト雖自己ノ利益ヲ保護スルコトノ外ハ之ヲ処分スル権利ナキモノト解スルヲ相当トス。然ラバ原院ガ訴外Y_1ニ於テX_2等ト共ニ本件不動産ニ付共有権ヲ有スルコトヲ認メナガラ、同人ガY_2ニ対シテ為シタル抵当権設定行為ヲ全部無効ト為シX_1等ノ請求ヲ認容シタルハ相当ナリ。」

〔一〕の判例は、遺言執行者に遺産中の積極財産の処分をもって負債を弁済させ、残余財産を相続人や一定の者の間に一定の割合で分配させる包括遺贈（負債を含む相続財産全部の割合的な遺贈と同一に帰するから、包括遺贈となる（我妻＝唄・相続法二四五頁））になるので、遺言執行者は相続財産全部の管理・処分権をもつことになるが、相続人は相続財産全部に対する処分権を失うから、その処分は絶対に無効であり、したがって、相続人が相続財産たる不動産につきなしたる抵当権設定行為も無効であって、包括受遺者はその登記の抹消を請求できるとする。更に、判旨の要点を詳述すれば、(a) 全相続財産を売却し、その売却代金の中から負債を支払った残額が三〇万円に達しない場合には、それらにつき家督相続人に二分の一、残りの二分の一をX_1ほか六名に遺贈するのは包括遺贈になる、したがって、相続財産は家督相続人と包括受遺者の共有になる、(b) 遺言の適正な執行と受遺者の私益保護のために、遺言執行者は遺言執行の範囲内で全相続財産を管理処分する権限をもつ反面、相続人は全相続財産を処分する権限を失うから、相続人が相続財産を処分すれば、処分行為は絶対に無効になる、(c) 相続人が相続財産を処分した場合には、遺言執行者は勿論包括受遺者のような、その財産を共有する者も処分行為の無効を主張できる、(d) 相続人から当該財産を譲り受けたり、また抵当権の設定を受けて、その登記をした第三者は一七七条の「第三者」の中に含まれない、(e) 遺言執行者が相続財産の管理処分権をもち、包括受遺者といえども、自己の利益を保護すること以外には処分権をもたない、というのである。

この〔一〕について、つぎの二点が問題になる。まず第一は、包括受遺者の地位について注目すべき判断を示しており、包括受遺者は受遺者としての立場で、相続人に対して遺言執行者と同様に、その処分の無効を主張できるが、他方、相続人としての立場では、遺言執行者があるときには自己の利益を保護することのほかは、遺産を管理処分する権利を有しないとして、一人の包遺受遺者が同一の場面で二面性をもつことを指摘している（我妻＝唄前掲書二九八頁、泉・家族法判例百選ジュリスト別冊一二号二〇五頁）。

第二には、〔一〕は、相続人が民法一〇一三条の規定に違反して相続財産を処分した場合の処分行為の効力に関して、そのような処分行為はなにびとに対しても無効を主張しうる絶対的無効とする。この点についての学説には、絶対的無効とする判例を支持する説も多いが（仁井田・親族法相続法論六五七頁、柳川・相続法註釈（下）五一三頁、穂積・判例民事法大正一〇年度五六事件一九一頁）、このように、相続人の遺産処分を無効とした場合、取引の安全を害する危険に対しては、遺言執行中である旨の登記制度の導入などが立法論として主張されている（穂積前掲判批一九一頁）。しかし、遺言執行者に特殊な効力を認めると遺言執行者のいない場合と均衡を失するとして（高津・判批法協八三巻九・一〇合併号一四二二頁）、遺言執行者がいる場合の相続人は遺産の所有権を有しているが、その処分権を一時的に剝奪されるだけであるから、その処分行為は非権利者の処分行為と同一視しえないという理由で、遺言執行者と破産管財人との類似性に注目し、破産法五三条の類推適用を主張して、相続人の処分行為は、遺言執行者ならびに遺言の執行によって利益を受ける者に対する関係においてのみ一応無効であって、その他の者に対する関係においては有効であるとする説（相対的無効）（近藤「遺言執行者ある場合における相続人の処分行為」民商六巻四号二八頁、同判例遺言法二四七頁）もある。

いずれにしても、〔一〕では、相続人は遺言執行中には相続財産に対する管理処分権を失い、その管理処分権はすべて遺言執行者に帰属し、包括受遺者といえども自己の利益保護以外にはそれらの処分権をもたないとされているのである。しかしながら、〔一〕では、相続人の権限と遺言執行者の権限との分配に関して、相続財産に対する管理処分権そのものが遺言執行者に全面的に移転するのか、あるいは執行の必要上、遺言執行者の管理処分権によって相続人の管理処分権は一時的に潜在化され、実質的にその管理処分権の停止の事態が生ずるのかは明らかではない。

つぎの〔二〕は特定物を目的とする特定遺贈の場合、受遺者は相続人に対して遺贈の目的たる不動産につき相続登記の抹消を請求することはできるとする。

〔二〕千葉地判昭三六・一二・二七判タ一三〇号一〇九頁

夫に先立たれたAが胆石症のため、昭和三五年六月六日入院し、同年七月一〇日頃から重態に陥り、翌一一日に手術を受けることになったが、手術の結果いかんでは万一の場合を考えざるをえなくなった。A夫婦には実子がなく、養子としてYと訴外Bがいたが、Yは他家に嫁しているうえに、Aとの間に感情上の対立があったため親子としての往来を欠き、また、Bは身持が悪く、所在をくらますこともあったので、Aは祖先の祭祀と死後を弔うことを託するために、実弟Cの子Xにその所有にかかる本件土地、建物を贈与しようと決意し、その旨の遺言書を作成した。Aは七月一七日に死亡し、本件土地、建物につき、YとBがそれぞれの名義人として相続による各所有権（持分各二分の一）の取得登記がなされた。

「九、前記遺言によると、その遺言の主たる趣旨は、別紙目録記載の土地及び建物は、これをXに贈与するというのにあるのであるから、右土地及び建物の所有権は、孰れも、右遺言が効力を生じた日にXに移転しているものであり、従って、それ等は、同日を以て、全部、Xの所有に帰しているものといわざるをえないものである。

一〇、而して、前記遺言書について、その検認手続がなされ、更に、遺言の執行者が選任されたことは、（証拠）によって、これを認定することが出来るので、前記遺言は、右遺言執行者によって、その執行が為さるべきものである。

一一、而して、その執行は、結局、前記土地及び建物について、Xの為めに、その各所有権移転の登記手続をなすべきことにあるのであって、而も、この場合に於ける登記手続は、相続による所有権移転の登記手続を為すことなく、遺言執行者が登記義務者として、直接に、受遺者のために、遺贈による所有権移転登記手続を為すべきものであるところ、右土地及び建物については、前記の通り、Y及び訴外Bの両名を共同名義人とする相続による各所有権（持

分各二分の一）取得の登記が為されているのであるから、右遺言執行者は、先づ、その各登記の抹消登記手続を為さなければならないものである。然るに拘らず、それが為されていないことは、成立に争のない甲第四号証の一内至三によって明白なところである。而して、斯る場合に於ては、受遺者に於ても、その抹消登記手続を求め得るものと解するのが相当である。何となれば、受遺者は、遺贈によって、遺言が効力を生じた時から遺贈の目的物の所有権を取得するものであって、相続人は、それについては、何等の権利をも取得し得ないものであるから、それに対し、相続人によって為された相続による所有権取得の登記は、登記原因を欠く無効のそれであり、而して斯る登記の存在することは、所有権の行使の妨害となるものであって、所有権者は、その所有権に基いて、その登記の抹消を求め得るものであるから、受遺者は、遺贈の目的物の所有権者として、その所有権に基いて、右登記の抹消を求め得るものと解し得られるからである。」

〔二〕は、土地、建物を目的にする特定遺贈では、遺言執行者が登記義務者として受遺者のために遺贈による所有権移転登記手続をなすべきであるが、当該土地、建物につき相続人によって相続による所有権移転登記がなされている場合には、遺言執行人がその登記抹消手続をなしうるばかりでなく、特定受遺者もなしうるとするものである。その理由は、特定遺贈の目的物の所有権は遺言者死亡と同時に受遺者に移転するという、いわゆる特定物遺贈の物権的効力に求められている。

判例は、特定物の遺贈に関しては、遺贈の目的物の所有権が遺言者の死亡と同時に受遺者に移転するとしているし（大判大五・二・八民録二二輯二〇七八頁、大判大一二・一・二六民集二巻二四頁、大判昭一三・二・二三民集一七巻二五九頁）、また、通説もそのように解してきた（中川・相続法三七四頁、我妻＝立石・親族法相続法五八二頁、柚木・判例相続法論三八八頁、舟橋・中川編注釈相続法（下）八四頁、反対、近藤・判例遺言法一八二頁）。もっとも、受遺者は、対抗要件を具備することが必要とさ

れるから（我妻・物権法七一頁参照）、遺言執行の事務として対抗要件履践の手続がのこるとされる（〔五〕の判決の傍論、中川・相続法三九七頁）。しかしながら、〔一〕によれば、特定物の遺贈の場合に、当該遺贈の目的物について、相続人の処分権の喪失という事態が生ずるのは遺言執行の必要上、遺言執行者による相続財産の管理権行使の妨害となるからであって、受遺者に当該目的物の所有権が帰属するからではなかった。民法第一〇一三条に即して解釈すると、遺言執行者の権限によって、相続人の処分権が制限されるということをば相続人の取得した物権そのものの性質の問題に還元すると、とにかく相続人に目的物の所有権が帰属して、それが制限される、つまり、なんらかの形で相続人に目的物が一たん帰属することが前提され、すくなくとも、従来判例がとってきたように、特定遺贈の効力に関して遺贈の効力の発生と同時に特定物が直截に受遺者に物権的に帰属し、相続人に一度も帰属しなかったという構成は破綻を来すことになろう。このことは遺言執行者が選任されていない場合に関する後述の判例〔二五〕によって更に明確になる。

つぎの〔三〕は〔一〕〔二〕と同様に、受遺者から相続人に対する請求ではあるが、受遺者が相続人に対して所有権移転登記を請求することを認めない。

(b) 遺贈の目的たる不動産の所有権移転登記請求

〔三〕最判昭四三・五・三一判タ二二三号一五四頁

X_1 X_2らは昭和三七年一一月二七日公正証書遺言によって亡Aからその所有にかかる本件建物の持分の二分の一ずつの割合の遺贈を受けた。Aは昭和三八年八月一六日死亡したので、Aの相続人であるYは昭和三八年九月二日本件建

物につき相続による所有権移転登記を経ている。そこで、X_1 X_2はYに対し右遺贈を原因とする共有持分二分の一ずつの所有権移転登記手続を請求した。なお、Aの遺言には遺言執行者としてBが指定されたが、A死亡後、Bは昭和四〇年一月一三日名古屋家裁で遺言執行者の地位を解任され、Cが遺言執行者として選任されている。

一、二審ともYの被告適格には触れないで、本案につき判断をし、一審X_1ら勝訴。二審はYの遺留分減殺請求の抗弁を採用して、一部認容した。Y上告（事実関係は吉井解説法曹時報二〇巻九号から引用）。

「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ぎられるのであって、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（大審院昭和一四年（オ）第一〇九三号、同一五年二月一三日判決、大審院判決全集七輯一六号四頁参照）。……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、職権によっ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った違法がある……」

〔三〕では、遺贈の目的たる特定不動産につき、受遺者が所有権移転登記手続を請求するには、遺言執行者を被告とすべきであって、相続人は相続財産に関して管理権、処分権をもたないから、相続人には被告適格がないとする。

〔一〕〔二〕〔三〕によれば、受遺者と相続人間の争いで、遺言執行者が介入した場合に、これら三者の権限の範囲

が明確ならしめられる。受遺者は包括名義あるいは特定名義をとわず、相続人に対して登記抹消を請求できるが、登記の移転を請求することはできない。相続人はその所有権の取得の取消に関する手続をなすべき義務を負担するにとどまり、そのうえに受遺者に移転する手続をなすべき義務を負担していないからである（判例〔九〕参照）。これにたいして、相続人は遺言執行者が存在するかぎり、遺贈の目的たる相続財産に関する管理処分権を失うので、たとい相続してもその登記は原因を欠く無効の登記となろう。遺贈の目的たる不動産の登記移転について、遺言執行者は受遺者のために遺贈による所有権移転登記手続をなすべき登記義務者であって、受遺者による遺贈義務の履行を求める訴の被告適格をもつと同時に、相続人が相続による所有権の取得登記手続を済している場合には、相続人に対し登記抹消を請求する原告適格をもつことになる。つまり、遺言執行者は原告適格と被告適格の両者を帯有することになる。これらの関係を簡単に図式化して、受遺者をA、遺言執行者をB、相続人をCとした場合に、遺贈の目的たる不動産につき相続人Cが相続登記をしたと仮定しよう。この場合に、AはCに対して登記抹消を請求できるが、BはAに対してはCの登記を抹消して登記を移転すべき義務があると同時に、Cに対しては登記の抹消を請求しうる権限をもつから、AはBの媒介なくしては登記の移転を受けえないという関係が生じていることを確認しておかなければならない。

つぎの〔四〕は特定不動産の受遺者の一人を遺言執行者に指定したものであって、このように遺言者が遺言執行者を定めている場合に、受遺者が遺言執行者としてではなく、相続人に対し直接に遺贈の目的たる不動産の所有権移転の登記手続を請求したものである。

〔四〕東京地判昭八・七・一七新聞三五八九号一七頁

Yの家族たるAは昭和五年七月四日公正証書によって甲地をX_1に、乙地をX_2にそれぞれ遺贈する旨の遺言をなし、

また、その遺贈義務者としてAの家督相続人Y、遺言執行者としてX_2を指定した。Aは昭和六年一月二五日に死亡した。甲地、乙地はAの遺言をなしたときは勿論、Aの死亡したときには相続財産ではなくYの所有に層していたが、該遺贈は民法一〇九八条但書（現九九六条但書）によって有効であるにもかかわらず、Yは昭和五年八月七日に甲地、乙地につき家督相続による所有権取得の登記をしていたので、$X_1$$X_2$はYに所有権移転の登記手続を請求した。

「前示遺贈ハ民法第一〇九八条但書（現九九六条但書）ニ依リ有効ナリ、然ルニYハ既ニ昭和五年八月七日右土地ニ付家督相続ニ因ル所有権移転登記ヲ経由シ居ルヲ以テ$X_1$$X_2$等ハ孰レモ受遺者トシテ（$X_2$ハ遺言執行者トシテ請求スルニ非ス）同法第一〇九九条（現九九七条）ニ依リ遺贈義務ノ履行トシテ右土地ノ所有権移転及之カ登記手続ヲ求ムルト謂フニ在リ、然レトモ遺言者カ遺言ヲ以テ遺言執行者ヲ指定シタル場合ニ於テハ遺言執行者ハ相続財産ノ管理其他遺言執行ニ必要ナル一切ノ行為ヲ為ス権利義務ヲ有シ相続人ハ相続財産ヲ処分シ其他遺言ノ執行ヲ妨クヘキ行為ヲ為スコトヲ得サルコト民法第一一一四条第一一一五条（現一〇一二条、一〇一三条）ニ依リ明カナルヲ以テ遺言ノ執行ニ属スル事務ニ付テハ遺言執行者ハ管理権ヲ有シ従テ訴訟上ニ於テモ訴訟管理権ヲ有シ職権的当事者トナルモノトス。尤モ民法第一一一七条（現一〇一五条）ニハ遺言執行者ハ之ヲ相続人ノ代理人ト看做ストアレトモ此ハ遺言執行者ノ為シタル行為ハ相続人に効力ヲ及ホスノ意ニシテ之カ為メ遺言執行者カ職権的当事者タルノ性質ヲ害スルモノニ非ス、サレハ遺言執行ニ付テ遺言執行者ト定アルトキハ遺言執行者ノミ之ヲ為シ得ルヲ以テ受遺者ハ遺言執行者ニ対シテ其履行ヲ請求シ得ヘク又遺贈義務者カ遺贈執行者ニ対シ遺贈義務ノ履行ヲ為ササルトキハ遺言執行者ハ遺贈義務者ノ請求ヲ為シ得サルモノトス、蓋シ若シ然ラストセハ特ニ遺言執行者ヲ設ケタル必要ナケレハナリ、従テ本件ニ於テ$X_1$$X_2$ハ受遺者タル$X_1$$X_2$等カ遺贈義務者タルYニ対シ直接遺贈ノ履行ヲ請求スルモノナリト主張スル本訴請求ハ既ニ此点ニ於テ失当タルヲ以テ余ノ判断ヲ俟ツ迄モナク$X_1$$X_2$等ノ本訴請求ハ失当ナリ」

〔四〕は下級審の判決ではあるが、受遺者、遺言執行者、遺贈義務者三者の関係を克明に判示している。遺贈義務者が遺贈の履行をしない場合には、遺言執行者があるときは、受遺者は遺言執行者に対してのみその履行の請求をなすべきであり、また、遺言執行者は遺贈義務者に対して履行の請求をなすべきであって、受遺者が遺言執行者をさしおいて直接に遺贈義務者に対し履行の請求をなしえないとする。すなわち、遺言執行者が遺言執行に属する事務については一切の管理権をもち、訴訟上も職権的当事者とならなければ、遺言執行者制度を設けた意味がなくなるとして、遺贈義務者は遺言執行者に対して遺贈の履行を為すべきであり、また、受遺者は遺言執行者に対してその履行の請求をなすべきであって、遺言執行者を媒介せずして受遺者が遺贈義務者に対して直接履行の請求をすることはできない、として、執行事務に関する遺言執行者の権限の重要性を認めるものである。

(c) 金銭債権の遺贈の場合の受遺者による給付請求

〔五〕大判昭一一・六・九民集一五巻一〇二九頁

養父Aは遺言によって養子Yをして養母Xに対し生活扶助のため小遣として毎月末日五円を給与すべしとの遺贈をするとともに、遺言執行者を指定した。大正五年二月、Aは死亡、Yによって同年三月から昭和七年六月まで、その義務は履行されたが、同年七月から二年四ケ月間履行されないので、XがYにその履行の請求をした。

第一審、第二審ともにX勝訴。第二審は遺言執行者は遺贈義務者Yをしてその義務の履行をなさしむべき諸般の手続を完了し、遺言の執行を終ったのだから、XはYに対し直接義務の履行を請求できるとする。Yは上告。

上告理由は、(1) 遺言者が遺言執行者を指定した場合、遺言執行者に執行に関する一切の権利義務があるため、受遺者は遺言執行者に対してのみ遺贈義務を負うもので、受遺者が直接遺贈義務者に請求するのは不当である、(2) 原審は、遺言執行者が「遺言ノ執行ヲ終ハリタル場合ニ於テハ受遺者ハ遺言執行者ヲ俟タス直接遺贈義務者ニタイシテ遺贈義務ノ請求スルコトヲ得」とするが、執行を終りたる場合であるならば、もはや履行すべき遺贈義務が残存するはずはないというにある。

「所論ハ如何ナル遺言モ必ス其執行ヲ要スト前提セルモノニ似タリ、而モ遺言自体ノ効力発生ニ依リ其内容カ当然実現セラルル場合ニ於テハ其執行ヲ認ムルノ余地無シト云フヨリモ執行ヲ行フコト自体カ不要ニシテ且不能ナリ、例〳〵ハ遺言者ノ所有ニ係ル特定物カ遺贈ノ対象タルトキハ遺言者ノ死亡ト同時ニ該所有権ハ当然受遺者ニ移転スルカ故ニ此点ニ関シテハ執行ハ問題タラサルモ対抗要件ノ履践ハ別ニ其手続ヲ経サルヘカラス、此関係ニ於テ執行ハ必要ナリ、蓋遺言者ノ意思ハ固ヨリ受遺者ヲ以テ完全ナル所有者ノ位置ニ置クニアルカ故ニ対抗要件ニシテ之ヲ具備スルニ非サレハ遺言ノ内容ハ未タ之ヲ実現シ得タリト云フヘカラサレハナリ、反之或金銭債権ヲ受遺者ノ為メニ創設スル場合ハ遺言ノ効力発生ニ因リ受遺者ハ一般承継人タル相続人ニ対シ当該債権ヲ取得スルト共ニ遺言者ノ意思ハ即チ茲ニ残ル限ナク遂行セラレタルナリ、此事自体ヲ目シテ執行ト為ササル限リ又何ノ執行カアラムヤ、其弁済期ニ至リ金円ノ支払ハルルハ遺言ニ因リ発生シタル相続人自身ノ債務ノ履行ニシテ遺言ノ執行ニアラス、受遺者ノ提起スル当該履行請求ノ訴ニ於テ被告タル者ハ即チ相続人ヲ外ニシテ之ヲ誰レトカ為ス……受遺者タルXニシテ一旦当該遺贈ヲ承認スル以上遺言ノ効力ハ茲ニ確定シ爾後Yニ対シ特定ノ債権ヲ取得シ其ノ履行ヲ請求スルヲ得ルヤ多言ヲ俟ツヘカラス。若シ之ヲ然ラストシ毎回ノ給付ヲ為スコト自体モ亦遺言ノ執行ナリトセムカ受遺者ノ死亡ニ因リ相続人ノ前記義務カ消滅セサル限リ遺言執行ノ事務ハ長ヘニ存続シ、相続人ニ於テ相続財産ノ処分ヲ為シ得ル時期ハ荏苒トシテ到来

セサルニ至ラムナリ」

終身定期金債権の遺贈に関して、原審では、本件は、遺言執行者が相続人をして「其の義務の履行を為さしむべき諸般の手続を完了し、遺言の執行は終った」と認定したのにたいして、〔五〕は、遺言の内容が遺言自体の効力発生により実現され、受遺者の遺贈承認により遺言の効力は確定してしまい、受遺者は相続人に対して債権を取得し、執行を行うことが不要にして不能であり、したがって、毎回の給付は相続人が自らの債務として履行すべきであるから、受遺者は相続人に対し終身定期金債務の履行を請求することができる、とする。なお、この判決は傍論で特定物を目的とする特定遺贈では、受遺者をして完全にその物の所有者の地位におく必要上、遺言執行者は対抗要件を履践する手続をしなければならないとしている。

〔五〕に対して、唄評釈は「遺言執行者と相続人との権限の分配に関し興味あり、かつおおむね妥当だが、判決としては遺言執行者の権限を否定するよりも相続人を被告とした訴を擁護することにそのねらいがあったのだろう」（我妻＝唄前掲書二九五頁注(5)）とされる。事実、〔五〕のケースは、毎回の給付をすることをもって遺言の執行とするならば、受遺者が生存するかぎり、遺言執行の事務が永久に存続し、相続人が遺産を処分する時期が到来しないという不合理性を強く指摘している。そこで、〔五〕のような終身定期金の遺贈の場合は、遺言者の意思がとくに相続人に対しそれを実現すべき債務を負担せしめるにあるとみられ、遺言執行の余地はないとされる（有泉・判例民事法昭和一一年度六九事件二六一―二六二頁）。しかしながら、この遺言の内容からは、遺言者が相続人に対して終身定期債務を負担せしめようとする意思があったか否かは詳かにしえないのであって、そのような意思の存在を認めるのは単なる擬制にすぎない。また、終身定期金債権の遺贈には遺言執行が不要にして不能であるともいい難い。遺言者の意思が受遺者に定期に確実に金銭の支払われることを期待し

ていることにあるとするならば、受遺者が現実に債権の給付を受けてはじめて遺言の内容が実現されることとなり、定期に現実に受遺者に給付することまでが遺言執行の範囲に含ましめられる余地も出てくる（舟橋・判批民商法雑誌四巻六号一〇七頁）。このような遺言者の意思解釈に問題があるのではないことは、つぎの〔六〕の同一事件の昭和九年一一月分から昭和一一年六月分まで（〔五〕は昭和七年七月分から三年四ケ月分まで）の定期金債権の遺贈の判決がこれを示している。

〔六〕大判昭一二・六・七判決全集四輯一一号一一四頁

Xは、遺言者Aにより遺言書第一条第三項でXに小遣として月五円昭和九年一一月分より昭和一一年六月分を遺贈する旨の遺言に基づき相続人たるYに対し、その遺贈義務の履行を請求し、原審はXの請求を認容した。なお、同遺言書には、遺言執行者にBCを指定している。Yが上告。

上告理由としては、受遺者Xは遺言執行者BCに対し遺贈義務の履行を請求すべきであって、直接遺贈義務者に対して請求はできないし、また、不特定財産、殊に金銭を遺贈の目的物とする場合には、受遺者は遺言者Xの死亡により当然債権を取得し、もはや遺言執行の必要なしとはいえないし、更に、遺言者の意思からみても受遺者が形式的に債権を取得しただけではいまだ遺言の内容、即ち遺言者の意思が実現したものとはいえず、受遺者が実質的に債権の給付の満足を得てはじめて遺言内容の実現を見るものといわなければならない、とする。

「然レトモ原判決ノ確定シタル所ニ依レハ、本件遺言ニ於テハXニ対シ毎月小遣トシテ金五円宛テ給付スヘキ旨ヲ定メタルモ、支出ノ基本ト為ルヘキ財産ニ付何等ノ定メヲ為ササリシモノトス、斯カル遺言ノ趣旨ハ相続人タルYヲシテXニ対スル右定期給付ノ債務ヲ負担セシムルニ在リ其個々ノ給付ニ付テハYハ各其時期ニ於ケル自己ノ全資力ヲ以テ其責ニ任スヘク、必スシモ相続財産ノ全部又ハ一部ヲ以テ之カ支出ノ基本ト為スノ必要ナキモノトス、然レハ右

遺言ノ執行者ハ相続財産ノ全部又ハ一部ヲ管理シ之ヲ基本トシテ自ラXニ対シ個々ノ給付ヲ為スノ権利義務ヲ有スルモノニ非ス、従テXニ於テ其給付ヲ請求スル訴ノ被告ハ相続人タルYニシテ遺言執行者ニ非サルモノトス」

〔六〕では、遺言が相続人は受遺者に毎月小遣として金五円を給付すべき旨を定めるだけで、「支出ノ基本ト為ルベキ財産ニ付何等ノ定メヲ為サザリシモノ」である場合には、遺産全部が遺言執行者の管理に付され、相続人は遺産全部について処分が禁止され、しかも、そのような状態が受遺者の死亡までという長期間続くのは到底忍びえないという点にある。したがって、これらの不都合を回避するために、定期金債権の受遺者がその支払の請求をなすには、遺言執行者ではなく、相続人を被告とすべきものとしたのである。

つぎの〔七〕はきわめて古い下級審の判例ではあるが、金銭債権の遺贈の場合にでも、受遺者は遺言執行者を相手にして履行請求をなすべし、として原則的な立場を示しているのは注目される。

〔七〕東京控判明三六・二・一四新聞一二八号九頁

Xは遺贈された二〇〇円につき、遺言者の相続人Yを相手どって遺贈金請求の訴を提起した。なお、本件遺言には遺言執行者が指定されていた。原審は不詳であるが、Xは控訴し、Yは「本件において遺言執行者があるにもかかわらず、ただちに自分に請求するのは不当」と主張した。

「遺言ノ執行ニ干シ遺言執行者アル場合ニ在テハ、其遺言ノ執行ハ総テ遺言執行者ニ於テ相続人ヲ代表シ、之ヲ執行スヘキモノナルコトハ民法第千百十四条、第千百十五条、第千百十七条ノ規定ニ照シテ之ヲ推知シ得可キヲ以テ、遺言執行者アル場合ニ於テハ相続人ハ其遺言ノ執行ニ干スル行為ニ付テハ全ク無能力ナリト謂ハサルヘカラス、本件遺

言ノ執行ニ干シ特ニ撰任ノ遺言執行者アルコトハ当事者ノ認メテ争ハサル処ナリ、然ルニ原審ハ其遺言執行者ヲシテ相続人タルYヲ代表セシメズシテ訴訟手続ヲ進行シ其儘判決シタコトハ本件記録ニ徴シ明白ナルニ付、Yハ原審ノ訴訟手続ニ於テ法律ノ規定ニ従ヒ代表セラレザリシモノナレバ、則チ原審ハ重要ナル訴訟手続ニ違背シテ判決ヲ為シタルモノト謂ハサルヘカラス」

(二)　相続人から受遺者に対する場合

〔八〕は遺言執行者が存するにもかかわらず、相続人が受遺者に対して遺言の無効確認を請求するとともに、遺贈の目的不動産についてなされた所有権移転の仮登記の抹消を請求したものである。

〔八〕大阪地判明四三年(ワ)第九五号裁判年月日不明新聞六四六号一六頁

Aは明治四二年六月二二日公正証書遺言にて、本件不動産の所有権ならびに永小作権をY_1 Y_2に遺贈する旨の遺言をしたので、Y_1 Y_2は本件不動産につき遺贈による所有権移転と永小作権移転の仮登記をした。Aの相続人Xは、本件遺言につきAは身体衰弱が甚しく精神薄弱で到底証書に記載されたような遺言をなしえなかったとして、遺言の無効確認ならびに該遺言に基づく所有権、永小作権移転の仮登記抹消を請求。

Y_1 Y_2は、明治四三年一月一八日Y_1の申請によりBが遺言執行者に選定されているが、該執行者は相続人の代理人とみなさるべきものなるをもって、本件訴は遺言執行者Bによって提起されるべき筋合であるにもかかわらず、それを

しないで提起されたXの請求は不適法である、と主張した。

「Y_1 Y_2の代理人は遺言執行者は遺言者の相続人の代理人と看做さるべきを以て該遺言執行者の存在する以上は、本件は同執行者に於て提起せらるべき筋合なるに措置此処に出でざるXの本訴は不適法なりと主張するけれども、民法第一一七条（現一〇一五条）は遺言執行者は相続人の代理人と看做と雖、同執行者の資格を定めたる規定に止り尚同執行者は相続財産の管理其他遺言執行に必要なる行為を為す権利義務を有するに過ぎざるを以て該執行に関係なき該遺言の効力を争う本訴は不適法なりと言うことを得ず」

〔八〕の理由づけは、必ずしも妥当ではなく、不必要のそしりを免れないが、遺言の無効確認の訴の当事者適格は相続人にもあるとするのは、遺言による法律関係の全部または一部の存否について争う無効確認の訴は執行とは関係がなく、遺言が無効と確定されることによって、相続人の権利に現存する不安を即時に除去しうるにたる法律上の利益を有する点にあるのであって、相続人もそれらの者のなかに含まれるとみるのは当然であろう。

二　遺言執行者と相続人間の争い

(一)　遺言執行者から相続人に対する場合

(a)　遺言執行者から相続人に対する遺贈の目的たる不動産の登記抹消請求

〔九〕大判明三六・二・二五民録九輯四巻一九〇頁

Aは明治三三年一一月二一日Bに対し本件不動産を遺贈する旨の遺言を作成したが、同年同月二〇日から二三日の間に本件不動産につき、Aの相続人たるY名義に登記がなされ、Aは翌年四月二六日に死亡した。Xは遺言執行者としてYの登記抹消を請求した。原審はX勝訴。

Yの上告理由はつぎの二点である。(1)　Xが遺言執行者の資格で右遺贈にかかる不動産の登記抹消を請求しているけれども、本件不動産は遺言の効力発生前にYの所有名義に登記されているから、遺言は効力がない。また、遺言執行者は相続人の代理人として遺言の執行に関する相続人の権利を行使すべき者であるから、遺言執行者としてYに対して本訴を提起することはできず、受遺者たるBより相続人または遺言執行者に対し本訴を提起すべきものである。しかるに、Xが遺言執行者としてYに対しYがすでに遺言者死亡以前に所有権を取得したる登記の無効取消の請求を容れた原判決は不当。(2)　かりに遺言執行者が相続人に対し受遺者のために本訴を提起することができるとしても、それは本件不動産の登記を取消してこれを受遺者Bの名義に登記すべしという請求であれば遺言の執行ということができるが、本件のようにYの取得したる所有権取得登記の取消を請求するのは遺言の執行とはいえない。けだし、かような登記取消の原因理由は全く遺言と関係がないからである。

「遺言執行者ハ民法第千百十七条（現一〇一五条）ニ於テ単ニ相続人ノ代理人ト看做サレタルニ止マリ常ニ其代理人トシテ相続人ノ権利ノミヲ行使スルモノニ非ス、其任務ハ民法第千百十四条（現一〇一三条）ニ規定スル通リ、相続財産ノ管理其他遺言ノ執行ニ必要ナル一切ノ行為ヲ為ス権利義務ヲ有スル故ニ、本件ノ如ク遺贈ノ目的ヲ相続人タルYカ其名義ニ移シタル場合ニ於テ遺言ノ執行ヲ為ス為メ相続人ニ対シ訴訟ヲ提起スルカ如キハ右規定ノ適用上当然ナリ。若シ上告論旨ノ如ク遺言執行者ハ相続人ノ代理人ニシテ常ニ其権利ノ行使ノミヲ為ス可キモノナランニハ法律カ民法第九百七十五条（現削除）及ヒ第千条（現八九五条）ニ於テ遺言執行者ヲシテ相続人ニ対シ之カ廃除ノ請求ヲ

為サシム可キ理アラサルナリ。

依テ審按スルニ、遺贈ノ目的カ第三者又ハ相続人ニ移転セル場合ニ於テ遺言執行者カ其目的ニ付キ遺言ノ執行ヲ為スニ当リ、第三者又ハ相続人ハ其所有権ノ取得ノ取消ニ関スル手続ヲ為ス可キ義務ヲ有スルニ止マリ、尚ホ其上受遺者ニ其名義ヲ移転スルコトノ手続ヲ為ス義務ナシ、而シテ第三者又ハ相続人ノ取得名義取消サルルトキハ、遺言執行者ハ遺贈ノ目的ノ所有名義ヲ遺贈者ヨリ直チニ受遺者ニ変更スルコトヲ得可ケレハ本件請求ノ如キハ純然タル遺言執行ノ行為ナリトス、而シテXハ本件ノ目的物ハ遺言者AカBニ遺贈シタルモノナルニYカ恣ニ自己ノ名義ニ変更シタルヲ以テ其登記ノ取消ヲ請求スルニ在リテ遺言ノ執行ノ為ニハ此ノ如キ請求ハ必要ニシテ且ツ法律上当然許サル可キモノナレハ、Xカ本件ノ請求ヲ為シタルハ正当ナリトス」

〔九〕は、遺言執行者が相続人に対して登記抹消を請求した事案であるが、この関係では遺言執行の権限と相続人の限の分配が対立的に浮彫りにされる。そのことは、民法第一〇一二条が遺言執行者は相続人の代理人とみなしている以上、遺言執行者は遺言の執行に関する相続人の権利を行使すべきにとどまるか否かが具体的に問題になる。

〔九〕はつぎの二点を判示している。第一に、遺言執行者は相続人の代理人とみなされるだけで、それ以上に常に代理人として相続人の権利のみを行使するものではないとし、遺言執行者の遺産の管理その他遺言の執行に必要な一切の行為をなす任務の中には、遺言の執行をなすために相続人に対して訴を提起することも含まれる。第二には、遺言執行の義務の範囲に関しては、遺贈の目的たる不動産につき、相続登記をした相続人または第三者は「所有権ノ取得ノ取消ニ関スル手続ヲ為ス可キ義務ヲ有スルニ止マリ」、そのうえに、「受遺者ニ其名義ヲ移転スルコトノ手続ヲ為ス義務」はないとする。相続人の取得登記が抹消されれば、執行者は当該不動産の所有名義をただちに受遺者に変更す

ることができるからである。勿論、遺贈による所有権移転の登記を申請する場合には、遺贈者の名義の登記済証を「登記済証」として提出することを要するが、被相続人が生前に不動産を売却し、その所有権移転登記の未了のままで死亡したときに、相続人がその所有権移転を申請できると同じように、遺言執行者は遺贈者＝登記義務者の代理人として遺贈による所有権移転登記を申請できるとされるし、また、この「登記済証」が提出できないときは、遺言執行者について保証書を提出されるべきだとされている（桜井「登記義務者の権利に関する『登記済証』について」民研五五号七二頁参照）。

つぎの〔一〇〕は、家督相続人Y_1（亡長男の妻）が遺贈物件である家屋について、相続による保存登記をして、その夫Y_2に贈与し、所有権移転登記を了した事案で、遺言執行者Xが家督相続人Y_1に対し、本件家屋につき受贈者Bに遺贈を原因とする登記名義の移転を求め、予備的請求として、その登記手続不能の場合には損害賠償をなすべきことを請求したものである。

〔一〇〕大阪高判昭三七・四・三〇下級民集一三巻四号九二八頁（〔二四〕の判決）

「しかしながら遺言者Aの家督相続人たるY_1に対して遺贈の目的でありかつ被相続人Aの相続財産に属する本件家屋につき受贈者たるBに登記名義を移転すべきことを請求するのは遺贈義務の履行を求めるに外ならないものであり、遺贈義務の履行は遺言執行者の選任せられている場合は受贈者より遺言執行者に対して訴求すべきものであって、この訴につき被告適格を有するのは当該遺言執行者に限られるものと解せられ、また右訴につき遺言執行者が原告適格を有しないことは民法第一〇一五条においても明白である。そうだとすれば、遺言執行者たる資格に基き職務上の当事者としてXが前記遺言に基き相続人たるY_1に対し受贈者たるBに遺贈の目的とせられた本件家屋の所有権移転登記手続をすべきことを求める第一次請求並びに右登記手続不能の場合に損害賠償をなすべきことを予備的に請求する

ことについては、XにおいてもY_1においてもともに当事者適格を有しないものと認められ、Y_1に対する本訴は不適法として却下すべきものである」

〔一〇〕は受遺者から遺言執行者に対し請求すべきで、遺言執行者は原告適格をもたず、被告適格をもつだけだとするが、このような理解には疑問が提出されている（我妻＝唄前掲書二九五頁注(七)）。しかしながら、遺贈の目的物件について、相続人が所有権取得の登記をなした場合には、前述のように、その取得名義が抹消されたならば、遺言執行者はその物件の所有名義をただちに受遺者に移転することができるのであり、また、遺言執行の職務として移転する義務を負っているのであって、相続人に所有権の移転登記手続をなすべき義務まで負担せしめる必要はない。遺言執行者が、移転登記が可能であるにもかかわらず、それをしない場合には、受遺者から遺言執行者に対し登記名義移転の請求をなしうるのであって、このときは、遺言執行者は被告適格をもつことになる。ただ、〔一〇〕は第一〇一五条を引き合いにだして、かような訴では、遺言執行者は原告適格を有しないとまで述べたのは、遺言執行者は相続人にたいして登記抹消請求を含む一切の裁判上の請求をなしえないとの趣旨にも解されるおそれがないではないが、結論的には、〔九〕の判旨を敷衍したものとみることができる。

つぎの〔一一〕も、遺贈の目的につき相続人が相続による所有権取得の登記をし、抵当権設定ならびに売買のような処分をした場合に、遺言執行者は相続人の所有権取得登記、抵当権設定登記、売買による所有権移転登記の抹消を請求した事案である。

〔一一〕東京控判昭六・三・三〇新聞三二七一号一一頁

Aは昭和二年頃から病をえてその後病勢がすすみ、昭和三年一月頃から気管支炎、肺気腫をも併発し、重態に陥ったので、二月一日に訴外者に所有財産の分配に関する遺言書を作成のための筆記をさせ、同月一二日に公証人を自宅に呼び、訴外BとXを立ち会わせ、その所有不動産を長男Y（遺留分として）、訴外妻C、五男D、訴外Eのそれぞれに遺贈し、遺言執行者としてXを指定する旨の公正証書遺言を作成した。Aは同月一七日に死亡したが、Yは本件遺贈の目的たる不動産につき家督相続による所有権取得登記をし、また、更に、抵当権設定登記あるいは売買による所有権移転登記をした。XからYに抵当権設定登記、所有権保存・移転登記の抹消の請求をした事案。

「本件ノ如ク遺言ニ付遺言執行者ノ定アル場合ニ於テハ相続人ハ相続財産ヲ処分シ其ノ他遺言ノ執行ヲ妨クヘキ行為ヲ為スコトヲ得サルハ民法一一一五条(現一〇一三条)ニ規定スルトコロナルヲ以テ、前記Aノ相続人タルYノ為シタル前記各登記ハ孰レモ右規定ニ違反スル無効ノ登記ナリト謂フヘシ、Y等ハ遺贈ハ債権的効力ヲ生スルニ過キスシテ相続人タルYハ遺贈義務者トシテ前記訴外人等ニ対シ遺贈ノ目的ニ付キ権利移転ヲ為ス義務ヲ負フニ止マルヲ以テ遺贈ノ目的ノ処分並ニ之ニ関スル登記ハ孰レモ不当ナラス、従ツテ遺言執行者ト雖モ本件ノ如キ物権的請求ヲ為ス権利ナシト抗争スレトモ、遺贈ハ特定遺贈ト雖モ物権的効力ヲ生スルモノト解スルヲ相当トスヘク、遺言執行者アル場合ニ於テ相続人ハ相続財産ノ処分其他遺言執行ヲ妨クヘキ行為ヲ為シ得サルコト前釈ノ如ク、遺言執行者ハ遺言ノ執行ニ必要ナル範囲ニ於テハ裁判上タルト裁判外タルトヲ問ハス一切ノ行為ヲ為ス権利義務ヲ有スルコト民法第一一一四条（現一〇一二条）ニ規定スルトコロニシテ、遺贈ノ目的ニ付キ本件ノ如キ処分ヲ付シタル場合ニ於テ、之ニ対シ物権的請求ヲ為スモ亦遺言ノ執行ニ必要ナル行為タルヤ勿論ナルヲ以テ本抗弁モ之ノ理由ナシ、然レトモ登記抹消ノ場合ニ於テ登記義務者ノ地位ニ立ツモノハ抹消セントスル登記ノ登記権利者タリシ者ニ限リ其登記義務者タリシ者ニ非ラサルコト敢テ証明ヲ要セサルトコロナルヘシ、果シテ然ラハXノ本訴請求中Yニ対スル本件抵当権設定登記及売

買ニヨル所有権移転登記ノ抹消登記手続ヲ求メル部分ハ失当トシテ之ヲ棄却スヘキモノトス」

この判旨は、(a) 遺贈は特定遺贈といえども物権的効力をもつ、(b) 遺言執行者ある場合には、相続人は相続財産の処分権を喪失する、(c) 遺言執行者は遺言の執行に必要な範囲で職権的当事者となりうる、(d) 相続人が遺贈目的につき処分をしたときには、遺言執行者は遺言の執行に必要なる行為として物権的請求をなしうる、とする。しかし、この判決では、遺言執行者は物権的請求権を行使しうるといっても、その根拠は明らかにされていない。むしろ、判旨の示すところによれば、受遺者に特定遺贈が物権的に帰属するとみるのであるから、遺言執行者は受遺者を代行することになるのであろうか。

(b) 遺産執行者から相続人に対し遺贈の目的たる家屋に関する明け渡し請求

〔一二〕東京地判昭四二・九・一六判タ二一五号一六五頁

Aは本件家屋とその敷地の借地権を他に売却し、その売却代金をもってYほか四名の相続人間において法定相続分に応じて相続する旨と遺言執行者としてXを指定する旨の自筆証書遺言を作成し、三女Bが保管していた。Aの死後、Xが遺言を執行するに際し、本件家屋に居住するYに対し明け渡しを請求した。Yは本件家屋にはその妻子とともに、Aの遺言書作成以前よりAと同居しているとして、本件家屋につき居住を目的とする使用貸借上の権利を主張

した。

「Yの本件家屋の居住関係はA夫婦との同居関係があったとはいえ、それは長男たるの立場より、他の子女と異り、親と居をともにしてきたに止まるのであるから、その実質は右Bらと同じ居住を目的とする使用貸借の範疇に属するものと解するのが相当である。とすれば、Yは既得権として本件家屋につき使用貸借上の権利を有するものというべきであるから、その承諾のない限り、遺言によってもこの既得権を故なく侵害することはできない。なるほど、Xのいうように、Y居住のままでは本件家屋を他に高価に売却処分することはできず、従って、かくては相続人らに対する配分額も寡少となることを免れないが、さればといって、それだけの理由のみで、遺言執行者たるXが本件遺言の執行にあたり、その既得権たる使用貸借権を無視して、Yに対して本件家屋の明渡を求めることは許されない。もっとも、その本件家屋の占有使用関係が使用貸借関係に止まり、しかも期間の定めのない限り、遺言執行者たるXにおいて、その管理処分権に基づき、Yに対し右使用貸借の解約告知をなしうる権限を有することは否定できないが、本件の場合XはYに対し右使用貸借の解約告知をしていないのみならず、仮に解約告知をするとしても、前記Bらとの均衡上、Yの本件家屋使用借権はなお相当期間存続を許さるべき性質のものと解するのを至当とするから、いずれにしてもXのYに対する本件家屋の明渡請求は許されないことに帰する。」

相続人の居住する家屋とその借地権を売却し、売却代金を相続人間に法定相続分に応じて分配することを依頼された遺言執行者が、その相続人に対し遺言執行のための家屋の明け渡しを請求した事案であるが、〔一二〕は、当該相続人が既得権として家屋使用貸借上の権利を有することを認め、家屋の明け渡し請求を認めない。このような結論は、相続人の居住権の保護という観点からなされたとおもわれるが、遺言執行者の権限と相続人の権限の分配に関するか

ぎり、遺言執行者がその管理処分権に基づいて遺贈の目的たる家屋に関する使用貸借契約の解約告知する権限を有することを認めている。注目すべきは、遺言執行者が相続財産を換価処分する権限をもつことを否定しているわけではない点である。

(二) 相続人から遺言執行者に対する場合

(a) 遺言の無効確認の訴

〔一三〕横浜地判明四〇年(ワ)二九一号裁判年月日不明新聞四九〇号六頁

Aの叔父で、戸主のXが尊属も卑属もないAの遺産相続人としてA所有の本件不動産を相続し、その移転登記をすませた。ところが、Y_1が本件不動産は自分に遺贈されたものであったとし、Aの自筆遺言書を示し、その検認をうけて、Y_2を遺言執行者としてXの所有権移転登記の抹消を請求して別訴を提起し、目下係属中である。XはY_1 Y_2に対し、その提示にかかる遺言書は方式を欠き無効であるとして、その無効確認を請求した。それに対して、Y_1 Y_2は、Y_2は遺言執行者にすぎず、本件遺言になんらの利益をもつものでないにもかかわらず、Y_2を被告に加えて訴えたのは違法とする抗弁をした。

「Y_2ハ本件遺言ニ依リ実体法上権利ヲ得、義務ヲ免レル等直接ノ関係ナシト雖モ、右遺言ノ執行者ナレハ、之ヲ執行スルニ付、法定ノ権限ヲ有スルモノナルニヨリ同人ニ対シ遺言ノ無効ナルコトヲ裁判上確定セシムルハ甚大ノ利益アルモノト云フヘク、且ツ同人ヲ共同訴訟トシタ本訴ハ民事訴訟法第四八条ノ規定ニ違背スル処ナキカ故ニ何レノ点

ヨリスルモ不当ニ非ス」

〔一三〕は相続人が遺言の無効確認を求めて、受遺者と遺言執行者を共同被告として訴を提起したものであるが、前者との関係についてはケース〔八〕と同じであって、相続人が受遺者に対して遺言の無効確認を求める利益をもつことはいうまでもない。問題は後者である。〔一三〕は遺言執行者の権限について、(a) 遺言によって実体法上の権利を得たり、義務を免れたりすることとは無関係である、(b) とはいえ、執行するにつき法定の権限をもつ、(c) 遺言の無効の裁判上の確定につき利益がある、として、遺言執行者は被告適格をもつとする。この判旨では、遺言執行者に遺贈の目的物件の所有権が移転することを明確に否定しながら、遺言執行者はその執行職務の法定権限として無効確認の利益をもつから、当事者適格を有するというのである。

〔一四〕も同様に、相続人が遺言執行者に対し相続財産に関する争いある法律関係の確定を訴求したものであるが、遺言執行者の抗弁にかかわらず、判旨は遺言執行者の被告適格を認める。

〔一四〕東京地判大三・三・六新聞九五〇号二三頁

Xは亡Aの家督相続人で、Yは遺言執行者。

「Xノ為ス本訴請求ハ亡Aノ受遺者ニ対スル各遺贈分配ノ額ニ係ハルモノナレハ、各受遺者ニ対シテ為スハ格別Xノ法定代理人タル遺言執行者ニ対シ訴求シ得可キモノニアラサル旨ノY等ノ抗弁ニ付キ按スルニ、民法第一一一七条（現一〇一五条）ハ遺言執行者ハ之ヲ相続人ノ代理人ト看做スト規定シ、遺言執行者ハ相続財産ニ関シ恰モ常ニ相続人ノ代理人タルカ如シト雖モ、同法第一一一四条（現一〇一三条）ニヨレハ、遺言執行者ハ相続財産ノ管理其他遺言

ノ執行ニ必要ナル一切ノ行為ヲ為ス権利義務ヲ有スル旨規定スルトコロナレハ、相続財産ノ管理又ハ遺言ノ執行ニ必要ナル行為ノ妨害タルヘキ作為又ハ不作為アルトキハ、遺言執行者ハ相続人ニ対シテモ亦タ之カ排除ヲ請求シ得ヘキハ勿論、必要ナル場合ニ於テハ訴訟ヲ以テ之レヲ強制スルコトヲ得可ク、此ト同時ニ遺言執行者ノ訴求カ相続財産ニ関スル不当ノ主張其他処分等ニ基因スルニ於テハ、相続人ハ之レニ対シ異議ヲ述ヘテ以テ遺言執行者ノ不当ノ訴求ヲ排斥シ得ルモノナルコト洵ニ明瞭ナリ、果シテ然ラハ前示ノ如ク法律ノ規定ニヨリ相続財産ノ管理其他遺言ノ執行ニ必要ナル一切ノ行為ヲ為ス権利義務ヲ有スルカ如キ特別ノ地位ニアル遺言執行者ニ対シ其遺言ノ執行ニ付重大ナル利害関係ヲ有スル相続人ハ若シ相続財産ニ関シ争ノ存スルアランカ、遺言執行者ノ訴求ヲ俟タス自ラ進ンテ遺言執行者ノ不当ノ主張ニヨル不正ノ管理其他処分等ヲ予メ防止センカ為メ相続財産ニ関スル争アル法律関係ノ確定ヲ訴求シ得ヘキモノナリト為スハ蓋シ当然ノ筋合ニシテ、又如斯ハ民法カ遺言執行者ナル制度ヲ設ケ正当ニ遺言執行ノ行ハル可キヲ期待スルノ趣旨ニ一致スルトコロナレハ、相続人ト遺言執行者トノ間ニ於ケル以上ノ如キ場合ヲ民法第一一七条（現一〇一五条）ハ除外スルモノト為ササルヘカラス、然ル以上ハ本抗弁ノ採用スルニ足ラサルコト自ラ明ナリ」

〔一四〕の判旨は、(a) 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る一切の行為をなす権利義務を有するから、遺言の執行に必要な行為の妨害があるときには、裁判上、裁判外をとわず、その排除を請求できる、(b) 相続人が妨害をした場合でも例外ではない、(c) 相続人は遺言執行者の不当な請求に対しては異議を述べてこれを排斥しうる、(d) さらにすすんで、相続人は遺言執行者の請求がなくても、遺言執行者の不当な主張による不正の管理、その他の処分を予め防止するために相続財産に関する争いある法律関係の確定を請求しうる、とする。

〔一五〕は遺言執行者のなすべき遺贈処分に関して争いが生じ、相続人が遺言執行者に対してその法律関係の確定を

請求したものである。

〔一五〕東京控判六三・一一・五新聞九九八号二一頁

Aは訴外子B、C、D、E四名に対し、一定金額の遺贈をなす旨の遺言をして死亡した。遺言執行者Yが、家督相続人であり、遺産相続人であったXの相続した財産に対して遺贈処分をしようとしたが、遺贈分配額に関して、XY間に争いが生じ、Xは遺言の趣旨を確定し、右遺贈金額を決定するため、Yに対し本訴を提起した事案である。

「本訴は訴外人たるB外三名の受遺者に対する各遺贈分配額の確定に関するものなるが故に、各受遺者に対して之れを提起すべく、Xの法定代理人たる遺言執行者を相手方として提起すべきものにあらずとのY等の抗弁に付き案ずるに、本訴はY等が亡Aの遺言執行者としてXの相続財産中より受遺者B外三名に対しX主張の如き割合の遺贈処分を為すべきものなることの法律関係の確定を求むるに在るが故に、固より各受遺者に対し其権利を争うものにあらざるが故に、本訴は勿論各受遺者に対し提起すべきものにあらず、而して遺言執行者の為すべき遺贈処分に関し争ある場合に於て、相続人が遺言執行者に対し訴を以て其法律関係の確定を求め得ること後段説明の如くなるを以て本抗弁は之れを採らず、而して遺言執行者が相続人の代理人として遺言の執行に必要なる一切の行為を為すの権利を有するは法の規定に徹し明かなるが故に、其執行すべき遺言の趣旨に付き疑義の生じたる場合に於ては、遺言執行者は其疑義を確定し之れが正当なる執行を為すの権利を有すると同時に、亦其義務を負ふものと認むべく其正当なる執行を為すの義務は代理関係の下に立つものと看做されたる相続人に対し負担するものと解すべきを以て、相続人と遺言執行者との間に本件の如く遺言の趣旨に付き争を生じたる場合に於ては、相続人が遺言執行者に対し其疑義の確定を訴求し得べきは勿論なりと云ふべし、蓋し遺言執行上の争に関する訴として争ある法律関係の確定を求むる訴訟に外なら

ざるものと認むべければなり、従って本訴は法律上固より許容せらるるところなりと謂ふべく其当然の結果にして遺言の疑義に関する解釈は独り遺言執行者の意見に従ふべく判決も尚ほ之を拘束左右することを得ずとのY等の抗弁は全く其理なきものと認む、遺言執行者の行為が不当若くは不法なる場合に於ては、只遺言執行者の解任を請求する一方法あるのみ、現に遺言に関するY等の解釈が不当なりとせば右解任の方法に出づるの外途なしとのX等の抗弁に付き考ふるに、遺言執行者の解任を請求し得ることは民法第一一三条（現一〇一九条）の規定するところにして相続人と遺言執行者間に遺言の趣旨に付き解釈を異にするの事実が同条の解任を請求し得るべき場合に該当すとせば、XはY等の解任を請求し得ること勿論なりと雖も、其れを解任することなく疑義ある遺言の趣旨を確定し遺言執行者をして其執行に当しむることを妨げざること同条の律意に徹し明かなるを以て本抗弁も亦之れを採用せず」

〔一五〕の判旨は、(a) 遺言執行者は相続人の代理人として遺言の執行に必要なる一切の行為をなす権利を有する、(b) 遺言執行者の正当なる執行をなす義務は代理関係の下にたつとみなされる相続人にたいして負担する、(c) 相続人と遺言執行者との間に遺言の趣旨につき争いが生じた場合には、相続人は遺言執行者に対しその疑義の確定を請求しうる、(d) 相続人と遺言執行者との間に遺言の趣旨につき解釈を異にする事実が遺言執行者の解任を請求できる場合に該当するならば、相続人は遺言執行者を解任してもよいが、解任せずに疑義ある遺言の趣旨を確定し、遺言執行者をしてその執行に当らせることも自由である、とする。

〔一四〕は相続人と遺言執行者との代理関係を捨象してもっぱら、遺言執行者は執行に必要な行為に対する相続人による妨害を排除する権利をもつことの反面として、相続人が不当な執行に異議を述べる権利をもつとして遺言執行者の被告適格を論理づけるのにたいして、〔一五〕は両者の代理関係に注目し、遺言執行者は正当な執行をなす義務を

相続人にたいして負うから、相続人は疑義ある遺言の趣旨を確定するために、遺言執行者を訴求できるとする。これらのことは、遺言執行者の被告適格を理由づけるためには、必ずしも遺言執行者は相続人の代理人とする構成（一〇一五条）に依拠する必要はなく〔一四〕のごとき構成をもとりうることを示している。

つぎの〔一六〕の最高裁判決は、共同相続人が遺言の無効を主張し、遺言執行者を相手にして相続財産につき共有持分を有することの確認を求めたものである。

〔一六〕最判昭三一・九・一八民集一〇巻九号一一六〇頁

Aは妻Bとの間に子がなかったため、昭和一五年公正証書でBを家督相続人に指定するとともに、X_1ら弟妹に所有不動産の一部（合計五分の一）を遺贈する旨の遺言書を作成したが、昭和一六年遺言取消公正証書によりX_1らへの右遺贈を取消した。Aは昭和二五年死亡したが、その妻Bが亡夫の全遺産を単独相続したので、弟妹X_1—X_5五名（弟妹は六名だが一名不参加）は遺言の無効を主張し、Aの遺産中Bの相続分（三分の二）を除いた部分につき、共有持分権としてそれぞれ$\frac{1}{18}$の相続権があるとして、共有持分確認の訴を提起した。なお、本訴訟で、被告は当初Bであったが、遺言執行者Yが選任され、Bの訴訟代理人となったことから、Yになり、Bは訴外者となった。

第一審（仙台地判昭二八・七・二七下級民集四巻七号一〇三五頁）、第二審ともに、X_1らが勝訴。Yから上告。その理由は、原審判決のように遺言が無効であるならば、執行すべき内容が存在しないことになるし、また、X_1らは自己の相続権を主張して、その相続分の確定を求めていて、遺言の執行を求めているのではないから、いずれにしても遺言執行者を被告とするのは不適法、不法である、とする。

「遺言につき遺言執行者がある場合には、遺言に関係ある財産については相続人は処分の権能を失い（民法一〇一

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（同一〇一二条）、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言わなければならない。本件において、X_1等は本件不動産は亡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ものであるところ、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_1等の権利を争うものである。従って本件がX_1等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に帰属したものとして執行せられることとなる。かかる場合においては、X_1等は遺言執行者たる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利益があり、その効果はBに及ぶものといわなければならない。」

〔一六〕の判旨の前段には問題はない。遺言につき遺言執行者がある場合には、相続人は相続財産の処分権を失い、遺言執行者のみが相続財産の管理その他遺言に必要な一切の行為をする権利をもつので、このかぎりで遺言執行者は遺言ならびにその関連する事項につき訴訟当事者たる資格をもつことはいうまでもない。後段は、相続人X_1らが相続財産につき共有持分をもつことの確認を請求する相手方は遺言執行者であるかいなかに関して判示しており、その判旨は遺言執行者を相手方とするにつき、Y_1らは確認の利益をもつとする。その理由は、遺言が無効であるならば、遺言は執行すべき内容をもたず、遺言執行者は必要ではないが、有効であれば、本件不動産全部は受遺者Bに帰属したものとして執行されるべきことになる点を挙げる。確認の訴では、即時確定の利益と当事者適格が表裏一体の関係にあり、原告がその者に対し訴を提起するにつき即時確定の利益をもつ者が被告としての適格を有すると解するかぎり（この点について、宮崎「当事者適格」民訴講座第一巻一一五頁参照）、判旨は正当としなければならない。傍論として、判旨は本件判決の効果はBにも及ぶとす

るが、本件のごとく遺言の執行に関しない訴訟にあっては、民法一〇一五条、民訴法二〇一条二項によるべきではなく、既判力はBには及ぶとはいえないとの疑問が呈せられている（三渕・解説法曹時報八巻二号七五頁）。

(b)　遺留分権利者の包括遺贈減殺の意思表示

〔一七〕大判昭和一三・二・二六民集一七巻三号二七五頁

Aの法定推定家督相続人であったY_1は身持が悪かったので、Aは三女Bに遺産を全部相続させる旨の自筆証書による遺言をした。その後、Aが死亡し、Y_1が家督相続をしたが、本件不動産につき相続による移転登記をなして、Y_2に売却し、所有権移転登記をした。その後に、遺言書の検認がなされ、遺言執行者Xが選任された。XはY_1 Y_2に対し、本件不動産はAの包括遺贈によりBの所有となっていることを理由に、AよりY_1 Y_2への所有権移転ならびに所有権取得登記の抹消を請求したものである。

第一審X敗訴。第二審で、Xは遺言の正式に成立したことを主張し、Y_1 Y_2は遺言の偽造を主張し、また、訴訟中Xに対し遺贈減殺請求の意思表示をなし、遺留分たる二分の一だけはY_1、したがって、Y_2に帰属するから、二分の一の共有登記にしか応じられないと主張した。第二審はXの一部勝訴の判決をし、Y_1 Y_2の予備的申立のみを認容し、二分の一の共有関係を確認するとともに、その登記手続をなすべきことを命じた。Xは上告。その上告理由の一つとして、減殺請求の意思表示は受遺者またはその相続人に対してこれをなすべきであって遺言執行者はこれを受領する権利を有しない、というのである。

「然レドモ特定遺贈ノ場合ニ於テハ遺留分権利者ガ遺贈ノ減殺請求ヲ為スニハ受遺者又ハ其ノ相続人ニ対シテ之ヲ為スベキモノニシテ遺言執行者ニ対シテ之ヲ為スヲ得ザルコト所論ノ如シト雖モ、本件遺贈ハAガ其ノ遺産全部ヲ包括的ニ其ノ三女Bニ遺贈シタル包括遺贈ナルコト原審ノ確定スル所ニシテ包括受遺者ハ民法第一〇九二条（現九九〇条）ニ依リ遺産相続人ト同一ノ権利義務ヲ有スルモノナレバ遺言執行者ガ包括受遺者タル右Bノ代理人ト看做サルベキモノト謂ハザルベカラズ、然ラバ本訴ニ於テ家督相続人タル被告人Y_1ガ遺留分権利者トシテ遺言執行者タルXニ対シテ為シタル遺贈減殺請求ハ正当ニシテ之ヲ認容シタル原判決ニ所論ノ如キ違法アルモノト謂フヲ得ズ」

〔一七〕は遺贈減殺の意思表示の相手方は原則として受贈者、受遺者ではあるけれども、包括遺贈の場合には遺言執行者に対してもなしうるとするものである。学説もこの結論には賛成している（中川・親族相続判例総評第三巻七号一七六頁・近藤・判批法学論叢三九巻二号三五二頁、岩田・判批法学新報四八巻七号一七六頁）。

ただ、本判決は理論構成として包括受遺者の地位の二面性に注目し、包括受遺者は相続人と同一の権利義務をもつこと（九九〇条）と遺言執行者は相続人の代理人であること（一〇一五条）の二つの前提から、遺言執行者は包括受遺者の代理人となりうると結論する。しかし、このような包括受遺者の地位の二面性に注目しての技巧的な解釈については、はやくから批判され、包括遺贈と特定遺贈とを区別し、後者の場合にかぎって、遺言執行者に対する減殺請求の意思表示を無効にするのは不均衡だとされ（前掲本判決の諸評釈、柚木・判例相続法論四二四頁、高木・遺留分（総合判例研究叢書民法二三）一三五―一三六頁）、むしろ、特定遺贈、包括遺贈をとわず、遺言執行者は実質的には財産管理人に比せられるべき地位を占めるから、遺贈の減殺のような遺産の管理に関係する事項についてはその受領の権限をもつと解されている（川島・判例民事法昭和一三年度一八事件七一頁）。

つぎの〔一八〕判決は、遺言者が受遺者と遺贈額の決定を第三者に委託するとともに、遺言執行者を指定していた

のであるが、家督相続人が受遺者と遺贈額の決定を委託された第三者と遺言執行者に対して本件遺言の無効確認を求めたものである。〔一八〕では、遺言執行者を被告にして提起されているが、判旨は遺言執行者の被告適格に関しては問題にせず、当然に当事者適格をもつものとして立論している。

〔一八〕大判昭和一四・一〇・一三民集一八巻一一三七頁

Xは訴外Aとその妻Bとが無子であったため、ABと養子縁組をしたが、養母Bは死亡し、養父Aも病気になり死期が近づいたので、公正証書遺言を作成した。それは、Y_1 Y_2に全財産の処置、即ち遺言者の財産たる現金ほか総資産を当時の相当代金をもって売却し、その売却代金総額の中から相続人の適法の相続財産を除き、その他はY_1 Y_2において相当と認める方法で遺贈分配、その他寄附行為等一切の処分をすることを委任する趣旨のものであり、また、遺言執行者としてY_3 Y_4を指定していた。Xは、本件遺言は遺贈すべき財産の範囲を確定したにとどまり、受遺者の選定ならびにこれにたいする遺贈額の割当はすべて第三者たるY_1 Y_2の裁定に一任したもので、かかる遺言は無効と主張してY_1—Y_4に訴を提起した。

第一審X敗訴。第二審は、本件のような遺言を有効とすることは、遺言者の意思表示が独立して法律上の効果を生ずることを要する遺言の本質に背反するだけでなく、受託者の意思による補充を認める点で実質上遺言の代理を是認するにひとしく、代理による遺言を認めない民法の精神に反するとして、X勝訴。

Y_1らは本件のような遺言を有効とすることは実際上必要であり、法律事項は可能なかぎり有効なように解釈すべきである、として上告。

「遺言モ亦法律行為ニ外ナラサルヲ以テ其ノ有効ニ成立スルニハ内容ノ確定セルカ又ハ確定シ得ヘキモノナラサル

ヘカラサルハ言ヲ俟タス、今本件遺言書第三条ヲ観ルニ同条ニハ上告人Y_1 Y_2ノ両名に対シ遺言者タルAノ全財産ヲ当時ノ相当額ニテ売却シ、其ノ売上代金総額ノ内ヨリ相続人タルXノ遺留分ヲ控除シ其ノ余ノ売得金ヲ両名ノ相当ト認ムル方法ニ依リ遺贈分配其ノ他寄附行為等一切ノ処分ヲ為スヘキコトヲ委任ストノ記載アリテ右事実ハ当事者ノ間ニ争ナキ旨原判決ノ確定スルトコロナリ、而シテ右遺言ハ遺贈スヘキ財産範囲ヲ確定シタルニ止マリ、受遺者ノ選定及之ニ対スル遺贈額ノ割当ハ総テ右両名ノ裁定ニ一任シタルモノト解スヘキモノナルコト原判示ノ如シ、然レトモ受遺者ノ選定及之ニ対スル遺贈額ノ割当ハ如何ナル標準ニ依拠シテ之ヲ定ムヘキヤ、遺言書ニハ右両名ノ相当ト認ムル方法ト云フノミナレハ、受託ノ範囲甚シク広汎ニ過クル結果其ノ実現極メテ困難ニシテ受託者ノ行為ハ多ク遺言者ノ意思ニ乖離スルノ処ナキヲ保セス、又遺言書中寄附行為ト云フハ財団法人設立ノ為ニスルモノナリヤ、或ハ公共団体等ニ寄贈スル場合ヲ云フモノナリヤ否ハ姑ク措クモ、如何ナル事業ノ資ニ供スヘキヤ其ノ目的ヲモ定ムルトコロナク、殊ニ受託者両名ノ意見相反スル場合ニ於テ、之ヲ如何ニ為スヘキヤハ遺言書ノ解釈ニ当リテハ其ノ文字ノミニ拘泥スルトコロナク、其ノ趣旨ノ存スルトコロヲ探究シ遺言者ノ意思ニ副ハンコトヲ期セサルヘカラサルハ勿論ナリト雖モ、前示遺言中遺贈ニ関スル部分ハ竟ニ其ノ内容ヲ確定スヘキ術ナキニ帰シ、該部分ヲ主要部分トスル遺言第三条ハ法律上当然無効ナリト云フノ外ナシ」

〔一八〕では受遺者と遺贈額の決定を第三者Y_1 Y_2に委託しているが、これをY_2 Y_3に委託したとみても結果は変らない。したがって、遺言執行者に委託されたものとしても、かような委託の遺言は有効か否かを考える必要があろう。

〔一八〕では本件のような遺言中の遺贈に関する部分はその内容を確定すべき方法がないことに帰するから、無効としているが、本件の遺贈すべき財産の範囲は遺産総額から「相続人ノ適法ノ相続財産」額を控除した残余であるので

必ずしも確定しえないものではない。そうであるならば、これらの処分の補充として、受遺者の選定ならびに遺贈額の割当を第三者に委託する遺言をもって無効とみるべきかであるが、〔一八〕は受託の範囲が広汎で、その実現がきわめて困難であることを指摘するが、かような広汎性のゆえをもって受託者の行為が遺受者の意思と乖離する結果になるとは必ずしもいいえない。また、遺言代理禁止の趣旨を受遺者や受贈額の決定にまで及ばさなければならない必然性もないだけでなく、受遺者や受贈額の決定も遺産全部について無制約になされるのではなく、一定の範囲内で第三者に委ねるというのであるから、無効とする理由に乏しいといわなければならない（来栖・判例民事法昭和一四年度七二事件二七八頁、中川・判批民商法雑誌一一巻二号一五〇頁以下参照）。

（未完）