

遺言執行者がある場合の相続人の処分行為の効果

柳 勝 司

一 問題の設定

遺言の執行については、遺言執行者だけによる執行を予定した規定（例えば、民法八九三条二項・八九四条・戸籍法六四条など）もあるが、そのような規定でない場合には、相続人が遺言の執行を行うことも、遺言執行者が行うことも可能である¹⁾。だが、民法一〇一三条は、遺言執行者がある場合には、相続人は、相続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ができないと規定する。しかし、現実には、遺言執行者があるにも拘わらず、相続人による処分行為が行われることがある。このような場合、相続人の処分行為はどのような効力を持つことになるのかが問題となる。

- (注)
 (1) 中川善之助「泉久雄・相続法（第四版）・二〇〇〇年・六〇八頁、中川淳・相続法逐条解説（下巻）二七六頁。

二 絶対的無効説

このことについて、一〇二三条の規定自体は、遺言執行者がある場合の相続人の相続財産処分行為は無効であるとしているわけではないが、判例は、大審院（大審院昭和五年六月一六日民集九卷五五〇頁）においても、最高裁（最高裁昭和六二年四月二三日判決民集四一巻三号四七四頁など）においても、相続人が相続財産について行った処分行為は単に遺言執行者に対してだけでなく、すべての人に対して無効、いわゆる絶対的に無効であるとしている。これは、確定の判例であり、学説の大勢も現行法の解釈として止むを得ないとする方向にあるとされている。⁴ 学説が判決を支持するのは、相続開始後遺言の執行がなされる前に相続人が遺贈の目的物を処分した場合においても、遺言執行者を付してまで遺言の執行を願った遺言者の意思が尊重され、^{5,6} 受遺者が保護されることを重視することによる。⁷

しかし、遺言執行者がある場合の相続人の相続財産の処分行為を絶対的に無効であるとする、遺言及び遺言執行者の存在が公示されないので、相続財産について、特に相続不動産について相続人と取り引きした第三者は危険な立場に立たされることとなり、不測の損害を受けることになりかねない。⁸

そこで、無効の効果を少しでも限定しようとする試みが学説によって行われている。

(注)

- (2) 山木戸克己・註釈民法下巻・一六五頁、我妻「判例コンメンタール・二九七頁、柚木馨・判例相続法論・三七〇頁
 (3) 例えば、我妻栄「立石芳枝・親族法・相続法・六一六頁は、「取引の安全を害すること甚だしいものであるが、解釈論としてはやむをえないであろうか。」と述べている。
 (4) 泉久雄・新版注釈民法二八巻補訂版・二〇〇二年・三五二頁参照。
 (5) 判決は、遺言執行者がいない場合には、不動産の遺贈を受けた受遺者は、相続人から当該の不動産を譲り受けた第三者に対して一七七条の對抗関係に立ち（最判昭和三九年三月六日民集一八巻三三〇四三七頁）、登記なくしては権利取得を對抗できないが、遺言執行者がある場合には、受遺者は登記なくして遺贈目的物の権利取得を第三者に對抗できる（最高裁昭和六二年四月二三日判決民集四一巻三号四七四頁）としており、遺言執行者の付された遺言については受遺者の権利取得に保護が計られている。
 (6) もっとも、この説明では、遺言執行者が遺言者によって置かれなかったために利害関係人の請求により家庭裁判所が遺言執行者を選任した場合（一〇一〇条参照）はカバーされていないことになる。
 (7) 叶和夫「遺言執行者の権限」講座現代家族法六巻一五六頁参照。
 (8) 高野竹三郎・相続法・一九七五年・五〇二頁は、絶対的無効と解する以上、第三者は不測の損害を受ける結果となり、取引の安全を害することになるが、これは現行法上やむを得ないとする。柚木馨・前掲書・三七二頁も同旨を述べる。

三 相対的無効説

その一つの試みとして、「相続人の処分行為は、之を以て遺言執行者並びに遺言の執行に因ってその利益が擁護せられる受遺者等に対抗することを得ないだけで、その他の者に対する関係に就いては之を有効の行為と見るべき」とする相対的無効説がある。⁹ この説は、破産法五三三一条を例示して、ある処分行為（例えば、破産者が破産財団

に属する財産に関して為した法律行為）が一定の者（例えば、破産債権者）に対して対抗できないということがあることを示している。

この説については、相続人の処分行為と遺言執行者との関係を、破産者が破産財団に属する財産に関して為した法律行為と破産債権者との関係と類似したものとして見る事ができるかということが問題となるであろう。また、實際上、遺言執行者や受遺者によって無効が主張されれば、遺言執行者や受遺者との関係では相続人の行為は無効であるので、結局、相続人と取り引きした第三者の権利は否定されることに変わりはないのであり、このような構成を取る実益はないと解されている。¹⁰⁾

また、同じく、相対的無効説とされている学説は、「相続人のした一応無効の相続財産処分行為といえども、遺言の執行の終了までに、遺言執行者のした処分行為と抵触しなかったときは、相続人はその処分権を取得することになるから、その処分行為は遡及して有効となる。」と述べている。¹¹⁾ この説は、相続人のした処分行為が遺言執行者のした処分行為と抵触する場合には無効となり、抵触しない場合には有効となるというように、相続人のした処分行為の効力を相対的に考えている。しかし、処分権がないとされる相続人の行為が、遺言執行者の処分行為と抵触しなかったときにはなぜ有効となるのか、無効とされる相続人の行為がなぜ遺言執行者や受遺者以外の者との関係では有効となるのかについて説明がなされていない。

(注)

- (9) 近藤英吉・判例遺言法・二四七頁、同・民商法雑誌六卷四号二八頁
- (10) 柚木・前掲書・三七一頁、泉久雄・新版注釈民法二八巻補訂版三五二頁など参照。
- (11) 注解相続法（中川善之助監修）四〇三頁（小山或男担当）

四 不確定無効説

第二の試みは、相続人による処分行為を不確定的無効と構成し、相続人の処分行為は有効になる可能性のある、いわば浮動的な状態におかれているとする。この説によれば、遺言執行者による同意や追認によって相続人による処分行為は有効となり、さらには、遺言執行者が辞任・解任またはその他の事由によって任務を終了した場合には、相続人の管理処分権が回復し、特定遺贈の目的とされた特定不動産の処分以外の、相続人の処分行為は爾後完全に有効になるとする。この説に従ったと思われる下級審判決も存在する。¹²⁾

この説については、遺言執行者による同意や追認によって、無効のはずの相続人の処分行為が有効となるというように、行為の有効・無効を遺言執行者の意思に依存させることになる根拠が明かでないとする批判がある。¹³⁾ しかし、そもそも、相続人には処分権がなく無効であるとされている処分行為を有効とするためには、遺言執行者の同意や追認では足りず（同意や追認は取消すべき行為に対して行うものである）、¹⁴⁾ 遺言執行者による授権が必要のはずである。授権行為もなしに、相続人の処分行為が有効となる根拠は明かでない。仮に遺言執行者の同意や追認によって相続人の処分行為が有効となるにしても、遺言執行者は遺言者の意思によって許される範囲内において同意や追認ができるだけである。¹⁵⁾ こうして、不確定無効説による第三者の保護範囲は遺言者の意思もしくは辞任などの偶発的事由に左右され不確定であるということになる。そして、結局のところ、不確定無効説に従ったとしても、偶発的に発生する事由を除いては、遺言執行者がある場合の相続人の処分行為は無効であるので、相続人と取り引きした第三者の権利取得が否定されることには何の変わりもない。¹⁶⁾

そこで、不確定無効説に立ったとしても、第三者の保護については別途に方策を考えなければならないことにな

る。その方策として、第三者が動産を取得した場合には一九二条以下の即時取得の適用が、相続債務者による相続人に対する弁済については債権の準占有者に対する弁済（四七八条）の適用¹⁵が考えられるが、不動産の場合には九四条二項の類推適用や三二条一項但書の類推適用による保護が提案されている。

(注)

- (12) 加藤永一・叢書遺言民法総合判例研究五七巻・一九七八年・一〇〇頁、泉久雄・新版注釈民法二八巻補訂版三五三頁、広中俊雄・物権法・第二版増補・一九八七年・一四二頁、石田敏明「遺言の執行」別冊判例タイムズ八号・三九一頁、島津一郎編・民法（増補版）判例コンメンタール七・五九二頁（日野原昌）など。
- (13) 名古屋高判昭和五二年六月一三日判例タイムズ五九号二五六頁、東京地判昭和六三年五月三一日判例タイムズ六八三号一八一頁
- (14) 伊藤進「前田泰」遺言執行者の存在と第三者の保護」法律時報五七巻七号二一六頁
- (15) 佐久間毅「遺言執行者がある場合」の相続人の処分の効力」ジュリスト一一六号九〇頁
- (16) 伊藤「前田・前掲・同頁、上野雅和「判批」判例評論三四七号六三頁
- (17) 柚木・前掲書・三七一頁、阿部徹「遺言執行者の指定と相続人の処分行為」判例タイムズ六八八号・四三〇頁
- (18) 最判昭和四三年二月二〇日判時五四六号六六頁は、民法一〇一三条の規定が適用される場合においても、取引の安全をはかる見地から設けられた民法四七八条の規定が排除されるものでないとした。

五 民法九四条二項類推適用説

九四条二項の適用あるいは類推適用においては、相続人が権利を有するような外観を作出する際に、受遺者ある

いは遺言執行者が、遺言とは異なるその外観の作出に関与するか、少なくとも、遺言とは異なるその外観が作出されていることを容認するといふような行為をしているといふ、いわゆる帰責事由がなければならぬことはいうまでもない。

学説は、大審院昭和五年六月一六日判決民集九巻五五〇頁などの事例を引き合いに出して、遺言執行者のある場合に、遺言の目的である不動産について、相続人によって相続による所有権移転登記がなされ、さらに、その不動産について抵当権設定登記がなされたという事案においては、遺言執行者は所有権取得登記についてはその抹消登記手続を請求できる地位にあり、善管注意義務を負う遺言執行者は、その抹消登記手続や仮処分などをすべきであり、それらをしていない間に抵当権者が登場したような場合であれば、九四条二項の類推適用による保護が与えられ得るとする。¹⁶

確かに、相続人が法定相続分に基ついて相続登記を行つたり、偽造された遺産分割協議書や偽の遺言書などを用いて相続登記手続が行われたり、遺言執行者の存在が無視されて相続登記手続が実行されたりした後に、受遺者や遺言執行者が相続登記の抹消を請求できるにも拘わらずそれを怠っている間に、第三者が、その遺産分割の登記を信じて、分割を受けた相続人より権利を譲り受けた場合には、そのような第三者には保護が与えられ得る場合がある¹⁷。しかし、作出される外形は、受遺者の権利の存在を否定し、逆に、相続人が権利者であるかのようにするものである¹⁸ので、受遺者や遺言執行者が権利外形の作出に關与したり、容認したりすることは現実には極めて少ないと考えられる。したがって、九四条二項の適用や類推適用によって相続人との取引者が保護を受けることになるのはそれほど多くはないと思われる。¹⁹

(注)

(19) 広中俊雄・物権法・第二版増補・一九八七年・一四二頁、上野雅和・前掲・六四頁

(20) 例えば、最高裁判昭和五一年七月一九日判決民集三〇巻七号七〇六頁の事案に見られるように、特定遺贈のための遺言が存在していても、相続人は相続を原因とする所有権移転登記を受けることは可能である。このような場合において、受遺者が相続人による所有権移転登記の存在を知りつつ、それを容認していたということになれば、九四条二項の類推適用とすることはありうるであろう。

(21) 佐久間・前掲・八六頁は、遺言と異なる相続登記を抹消することを怠ったことにつき、受遺者にはまったく帰責性がなく、遺言執行者のみ帰責性があるという場合には、九四条二項の類推適用があるのか、あるとすればどのような理由か、ということの問題にしている。しかし、遺言執行者がある場合にも、受遺者は、「積極的に遺言執行者に対して働きかけを行わなければならないのであって、遺言執行者が動きださないのであれば、自らその権利の保全のために処分禁止の仮処分などを行うべきである。そのような努力がなされず、長期にわたって登記が放置されている場合には、そこには受益者自身の帰責性を見ることができ(松尾知子「遺言による遺言執行者」・遺言と遺留分第一巻三一九頁)。

(22) 仙台高判昭和六三年三月二日金融・商事判例七九五号一八頁は、九四条二項の類推適用も考慮したが、原告らには、虚偽の意思表示に類するような「事態の黙認」とか「放置」と目すべき何らの行為ないし事跡もないとして、同条項の類推適用を否定している。

六 民法三二条一項但書類推適用説

学説には、「第三者のための九四条二項類推適用の前提となる帰責事由は存しないが、相続人の行為は失踪宣告取消前の表見相続人の行為に類似したものとみられうるから、三二条一項但書類推適用による第三者の保護を肯定すべき」であるとする主張もある⁽²³⁾。

三二条一項但書の適用においては、失踪宣告により相続人となった者による有効な処分行為が存在しており、その有効な処分行為により、相続人からの権利取得者は有効に権利を取得するのであるが、失踪宣告の取消により権利取得の効力は失われることになる。しかし、相続人からの権利取得者が善意である場合には権利取得の効力は変化しないというものである。すなわち、三二条一項但書の適用においては、有効な処分行為によって有効に取得された権利が、失踪宣告の取消にもかかわらず、権利取得者の善意によって有効のまま維持されるということである。しかし、遺言執行者のある場合の相続人の処分行為は、絶対的無効説によれば、無効であるというのであり、第三者が権利を取得することもないのであるから、三二条一項但書類推適用できる状況は存在しないといえる。もし、遺言執行者のある場合の相続人の処分行為であっても有効であり、相続人の処分行為が遺言の執行を妨げるとして効力を否定されても、善意の第三者は保護されるというような説があれば、三二条一項但書類推適用も考えられるであろう。

(注)

(23) 広中・前掲書・同頁。

七 権利濫用法理説

また学説には、遺言の検認から相続人の財産処分まで十余年経過した後に遺言執行者の登記抹消請求がなされた事案⁽²⁴⁾を考慮にいれて、相続開始時から遺言執行まであまり期間がありすぎるような場合には、遺言執行者が相続人の行為を否定することに関して、権利濫用法理の適用も可能であるとする説もある⁽²⁵⁾。

しかし、絶対的無効説によれば、遺言執行者のある場合の相続人の処分行為は無効であり、相手方は権利を取得することはないのであり、このようなときに、受遺者や遺言執行者が、相手方は権利を取得していないことを主張することがなぜ権利濫用となるのか説明がつかないことになる。権利濫用だといってみても、相手方が権利を取得できないという事実には何の変化も生じない。このような場合には、権利濫用法理によるのではなく、相手方が取得時効や善意者保護の制度を主張することを認めるといふ方向で論議がなされるべきであると考えられる。

権利濫用法理説が意義を持つのは、遺言執行者のある場合の相続人の処分行為からでも第三者は有効に権利を取得するといふよう説がある場合においてである。例えば、期間が長く経った後に遺言執行者が遺言の執行を妨げるとして相続人の有効な処分行為を取り消すことは取消権の濫用となるといふように権利濫用論が適用されるのではないかと思われる。

(注)

(24) 東京地判昭和四七年五月一六日判例時報六八五号一〇九頁。

(25) 山口純夫・判例評釈・判例タイムズ六七四号六六頁。

(26) 遺言執行者が遺言の執行をせずに放置していたことにより、相続人の遺贈抵触処分がなされるに至った場合、登記のない受遺者は相続人の相手方に権利取得を對抗できないとする説(佐久間・前掲・九〇頁)も、権利濫用法理説に類似すると思われる。しかし、絶対的無効説の立場からは説明がつかない。

八 まとめ

以上より、判例は遺言執行者のある場合の相続人の処分行為は絶対的に無効と解していること、しかし、無効説に立つと、相続人の処分行為による権利取得者は殆ど保護されないことが確認された。そして、学説には、特に三二条一項類推適用説や権利濫用法理説において見られるように、遺言執行者のある場合の相続人の処分行為を有効とする説が待たれているようなところがあるようにも思われる。

九 有効説(對抗要件説)

そこで、遺言執行者のある場合の相続人の処分行為を有効とする説を見ることとする。この説は次のように述べる。「民法一〇一二条により遺言執行者は相続財産の管理処分権を有することになるが、それはあくまでも相続人の代理人としてであり(一〇一五条)、したがって相続人は本人としての処分権を当然に失うものではないからである。もちろん遺言執行者は、相続人の代理人ではあっても、遺言の執行のためには相続人と対立する立場で行動せざるをえない場合がある。それゆえに、民法一〇一三条は、遺言執行者が本人たる相続人の処分権を制限するための手段をとりうることを定めているのであり、遺言執行者はこの規定に基づいて相続人に対する動産等の引渡請求や処分禁止の仮処分請求をなし、不動産については自ら登記義務者として本登記や仮登記を申請することによって相続人の処分権を制限しうる。したがって、かかる制限を受けない間の相続人は、相続財産についての管理処分権を自ら行使することもできるし、遺言執行者を通じて行使することもできるのである。」¹⁷⁾「そして、第一〇一三

条に違反して相続人の処分行為がなおかつ有効だと解すれば、処分の目的が不動産である場合には、結局のところ譲受人と受遺者のいずれが先に登記するかによって勝敗が決せられることになる。」⁽²⁸⁾

この説によると、遺言執行者のある場合であっても相続人は処分権を有し、これに対し、遺言執行者は、相続人が遺言の執行を妨げる処分行為をしないように対処手段を取ることが可能であり、ただ、相続人が遺言の執行を妨げる処分行為をしてしまった場合には、遺言執行者も遺言執行行為をすることができるので、相続人の行為と遺言執行者の行為との優劣関係は、對抗問題となるといえるのである。この説は、今まで検討した学説とは異なり、遺言執行者がある場合でも相続人は処分権を有し、相続人の処分行為によって権利を譲り受けた者が登記を取得することにより保護されることを認める。

しかし、このような對抗要件説に対しては、次のような批判が出ると思われる。「この構成を全面的に認めるとなると、受遺者あるいは遺言執行者は相続財産について、処分禁止の仮処分などの方法によって、全面的に権利を保全しなければならず、しかも遺言書の存在が相続開始時に自動的に受遺者等に確知される方法がとられない限り、遺言による遺産処分を骨抜きにしかねない。問題を對抗要件の平面で処理することには、大きな無理がともなう。」この批判は、有効説を取り對抗問題で決着をつけるとすると、遺言者の意思や受遺者の権利が保護されなくなってしまうという懸念から出ている。⁽²⁹⁾ 実際、この對抗要件説によれば、相続が開始するや直ちに相続人が相続を原因とする登記を行い、第三者に処分し、登記も移転させるといふことをすれば、遺言は無視されてしまうことになり、それは、遺言制度の存続の根幹に関わる問題となるといふことになる。⁽³⁰⁾ 同じように、相続開始直後に相続人の債権者が相続人の法定相続分について代位して相続登記を行い強制執行をするため差押えをしたような事案⁽³¹⁾においても、對抗要件説においては、遺言による遺産処分が無視される事態が起こりうることになる。また、對抗要件説に対しては、「一〇一三条を根拠に遺言執行者が相続人の処分行為等を禁止する手段をとらなければなら

ないとする解釈が引き出せるかについては、疑問なしとしない。」⁽³²⁾という批判もある。

このように見てくると、この對抗要件説は、遺言執行者のある場合においても相続人は処分権を失うものではないとして相続人の行為を有効とすることにおいては注目をすべきであるが、受遺者と第三者との間の関係を對抗問題で決着をつけようとすることについては、第三者の保護ということにおいては十分であるが、受遺者の保護に欠けるという面があり、検討の余地があるように思える。⁽³⁴⁾

ここで、外国法に目を転じて見ることにしたい。実は、不確定無効説は、ドイツ民法を参考としているのであり、⁽³⁵⁾ 有効説は、フランス民法に依っていると思われるのである。そこで、ドイツ民法とフランス民法における議論を検討することとし、その検討を通して、私見を述べて行きたいと考える。

(注)

(27) 伊藤昌司「遺言執行者のある場合の相続人の処分行為の効力」法律時報五〇巻八号一四〇頁

(28) 伊藤昌司・相続法の基礎的諸問題・一六六頁。

(29) 泉・前掲書二五六頁。

(30) 對抗要件とすることに反対する説として、我妻栄・物権法七八頁、舟橋諱一・物権法一七五頁、鈴木祿弥・相続法講義二六頁。

(31) 阿部・前掲・四三〇頁は、對抗要件説は実質論として第三者保護に傾斜しすぎると評している。

(32) 最高裁昭和三十九年三月六日民集一八・三・四三七、最高裁平成一四年六月一〇日判決判例時報一一〇二・一五八などの事案を参照。

(33) 山口・前掲・六六頁。他に、阿部・前掲・四三〇頁、沖野・「判批」法協一〇五巻二二号一八三二頁も同様の批判をす

- (34) 阿部・前掲・四三〇頁、横山長・遺言法判例大系・四一八頁。ただし、鈴木祿弥・相続法講義改訂版・一四九頁参照。
- (35) 民法の起草者は、旧民法には存在しなかった規定である一〇一五条(現行一〇二三条)を、ドイツ民法草案の規定に倣って、設けたのであり(民法修正案理由書三六一頁)、明確ではないが、その条文の解釈においても、ドイツ民法に倣って、無効説を取っていたのであろう(沖野・前掲一八三三頁)。

十 ドイツ民法の検討

ドイツ民法は、我が国の判例と同じように、遺言執行者のある場合の相続人の処分行為を無効と解している。

(1) 遺言執行者の権限

遺言を執行するためには遺産を占有することが必要となるが、遺産の占有権は、ドイツ民法八五七条に従って、相続人に移転することになり、遺言執行者に移るわけではない。しかし、遺言執行者は遺産を管理しなければならず、遺産の占有を取得する権限がある(BGB § 2205)。そこで、遺言執行者は、物の占有者(Besitzer)あるいは所持者(Inhaber) に対して占有移転を求める請求権(ein Anspruch auf Besitzverschaffung)を有し、必要な場合には、訴えによって占有を取得することができる。遺言執行者が占有を取得した場合には、遺言執行者が直接占有者(unmittelbarer Besitzer)であり、相続人が間接占有者(mittelbarer Besitzer)であることになる³⁶⁾。

また、遺言執行者は、遺産目的物を処分(Verfügungen)する権限がある(BGB § 2205)。遺言執行者はどの遺産目的物についても処分をすることができ、それによって、相続人の同意なしに土地及び土地の権利をも有償で処分することができる(BGB § 2205 Satz 2)。

(2) 相続人の権限

これに対し、相続人は、遺言執行者の管理に服する遺産(Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendem Nachlassgegenstand)を処分できない(BGB § 2211)。すなわち、遺言執行者の執行により、相続人は遺言執行者の管理に服する遺産に関する処分権限を奪われることになり、遺言執行者の任務の及ぶ範囲で、相続人の処分権限の及ぶ範囲は制限を受けることになる³⁷⁾。そして、この制限は、相続の開始の時から遺言執行者の活動が終了するまで続くことになる³⁸⁾。遺言執行者の管理や処分に例外的に服さない遺産目的物についてのみ、相続人に処分権限があるだけである。

相続人がこの規定にも拘わらず処分行為をした場合には、その処分行為は誰に対しても効力を生じず、不確定無効(eine schwebende Unwirksamkeit)の状態となる。すなわち、遺言執行者が相続人の行った処分行為を追認すれ(genehmigen)ば、その処分は遡及的に治癒され有効となることはありうる。また、相続人の処分は、遺言執行者の権限が消滅した時から有効となる³⁹⁾。

(3) 第三者の保護

ドイツ民法二二二一条二項の規定によると、善意の権利取得者の利益において、無権限者からの権利取得の場合には、善意者保護の規定が準用される⁴⁰⁾。例えば、遺言執行者が存在するにもかかわらず、相続人が、遺産の中に含まれている動産を第三者に売却したような場合、その動産を取得した第三者が善意であるとき、すなわち、その動産は遺産に属してはいない、あるいは、遺言執行者は存在しない、あるいは、その動産は遺言執行者の管理に服していないという認識からその取引に入ったとき、第三者は善意者としてその動産の所有権を取得する⁴¹⁾。そして、善

意につき、動産の取得者が、重大な過失なく (ohne grobe Fahrlässigkeit)、相続人に無制限の所有権が存在すると信じてきた限りで保護を受けると解されている。権利取得者が遺言執行について何も知らされない場合には、権利取得者は相続人に対して相続証書 (Erbschein) の提示を求めべきであり、権利取得者が相続人に対して相続証書 (Erbschein) の提示を全く求めなかったという場合には、権利取得者に重大な過失 (eine grobe Fahrlässigkeit) があつたのではないかという検討がなされなければならない⁽⁴⁵⁾とされている。相続証書には、遺言執行者が存在する場合にはその記載がされている (BGB § 2364) はずであるからである。

なお、土地登記簿に遺言執行者の存在が登記されると、善意取得者が現れることをくい止めることになる (vgl. §§ 392f.)。したがって、土地及び土地の権利の処分に關しては、遺言執行者の存在の登記がまだ為されない間においてのみ、善意者保護が考慮されるだけである。

(4) 我が民法との関連

ドイツ民法においては、相続人は、遺言執行者の管理に服する遺産を処分する権限を有しない。従って、遺言執行者の管理に服していない遺産については、相続人は処分することができることになる。また、遺言執行者は、遺産が不動産の場合には登記をすることによって、その不動産が遺言執行者の管理に服していることを示すことができる。また、遺言執行者の管理に服する遺産を相続人より処分を受けた第三者は、重大な過失のない善意であるならば、保護される。そして、処分者が相続人であることを知った第三者は、相続証書の開示を求めべきである⁽⁴⁶⁾とされ、相続証書によって、第三者は、処分目的物が執行者の管理に服しているか否かの判断をすることができる。我が国の民法一〇一三条は、遺言執行者がある場合には、相続人は、相続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ができない旨を規定するが、この規定を相続人の処分権限を否定する趣旨であると理解する⁽⁴⁷⁾。

ドイツ法におけるとは異なり、相続人の処分権が否定される範囲が量的にも時間的にも非常に広いことになる。すなわち、前述のように、ドイツ民法においては、遺産が遺言執行者の管理に服した時から、遺言執行者の管理に服した財産の範囲で相続人の処分権が否定されるのに対して、我が民法においては、遺言執行者が在るだけで相続人の遺産についての処分権は否定される。我が民法においては、相続人の処分権が否定される範囲が不必要に広がりすぎているといえる⁽⁴⁸⁾。さらに、我が民法においては、ドイツ民法と異なり、第三者の保護規定が欠けている。我が民法においては相続人に処分権のないことについて善意の第三者を保護する規定は存在しない。

このように見ると、我が国の民法の規定はドイツ民法とは差異があるので、わが民法では、ドイツ民法のように相続人の処分権を否定するといつような解釈を取ると、すでに確認したように、保護されない第三者が多く現れることになり、無理が出てくるように思われる。

(注)

(36) Hans Brox, Erbrecht, 11. verbesserte Auflage, 1988, S. 217.; Heinrich Lange und Kurt Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 4., völlig neubearb. Aufl., 1995, § 31, 1, S. 657.

(37) 立法者は、相続人の処分権を剥奪する⁽⁴⁹⁾の規定がなければ、相続人は任意に遺言執行者の権限を無効としてしまうことが可能となる⁽⁵⁰⁾と述べている (Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutschen Reich, Bd. 1, S. 233)。

(38) Heinrich Lange und Kurt Kuchinke, a. a. O., S. 644.

(39) RGZ 87, 432 f.

(40) Hans Brox, a. a. O., S. 222.

(41) 取立権限のない相続人に弁済したときも、§ 2211 Abs. 2 は準用される (Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen

Gesetzbuch, 5. Buch, Reinmann, § 2211, 24.)

- (42) 従つて、その動産が、盗品や遺失物のように、遺言執行者のもとから逸失している場合には、ドイツ民法九三五条により、善意取得は認められない。
- (43) Hans Brox, a. a. O., S. 222.
- (44) Heinrich Lange und Kurt Kuchinke, a. a. O., § 31, 4, S. 644.
- (45) Hans Brox, a. a. O., S. 222.
- (46) この点については、我が国の学説には、解釈において、相続人の処分権が否定される範囲を制限しようとする試みがある。例えば、「相続人の処分制限の範囲について、特定物遺贈にあつてはその目的物についてだけ処分が制限されるにすぎないが、不特定物遺贈にあつては相続財産全部の処分が禁止されるとする説（中川善之助「泉久雄・相続法第四版・二〇〇〇年・六三三頁）」があるが、これに対して、「不特定物遺贈についても、履行に必要な財産を除いて相続人の自由な処分を認めるべきだとする主張（我妻「唄」判例コンメンタール・二九七頁、田中実「遺言執行者」家族法大系・一九六〇・二三九頁、叶和夫・前掲一四四頁参照など）」がなされている。しかし、この主張に対しては、実際には、「相続財産中の何が遺言執行者の管理に、何が相続人の管理に服するか、の具体的基準が明らかでない以上、かえつて混乱が生ずる」鈴木録弥・相続法講義・昭和四三年・二六頁」といふ指摘もある。したがつて、制限をしようとする説は、説得的といつわけではない。

十一 フランス民法の検討

次に、遺言執行者が存在しても相続人が処分行為をすることを認めるフランス民法について見ることにする。

(1) 相続人の権限

フランス民法七二四条は、「法によつて指定された相続人は死亡者の財産・権利及び訴権の占有権 (la saisine) を法律上当然に取得する。包括受遺・贈者は本篇一章に規定する条件に従つて占有権を取得する。旨を規定するこのちゆうな相続人は、占有付与の請求 (envoi en possession) あるいは遺贈の引渡 (délivrance de legs) とつたよつた形式が伴わなくとも、相続財産について占有権 (la saisine) を、当然に、取得するものである。占有権 (la saisine) の取得の効果として、相続人は、占有 (possession) を取得し、相続の負担 (charges de la succession) を全て弁済するといふ義務のもとで、相続財産を占有し、相続の資産を把握することとなる。相続の負担には、死者の負つていた債務 (dettes)、死者の意思によつて生じた遺贈 (legs)、その他、葬儀費用 (frais funéraires) ・相続税 (impôt des succession) ・財産目録作製費 (frais d'inventaire) ・清算費 (frais de liquidation) などがある。すなわち、相続財産について占有権 (la saisine) を取得し、それにより、占有 (possession) を取得する者 (= 相続人ら) が、遺言 (遺贈) を執行することになりつてゐる。

(2) 占有権を有さない遺言執行者 (l'exécuteur testamentaire non saisi) の権限

これに対して、遺言執行者は占有権 (la saisine) を有さないのが原則である。遺言執行者の職務は、民法の規定 (Art. 1031) によつて、(1) 相続人に未成年者又は不在者がいる場合に封印を貼付させること、(2) 推定相続人の立会いの下で又はその者を呼び出した上で、相続財産の目録を調製させること、(3) 特定遺贈を弁済するために十分な資金がない場合には動産の売却を行わせること、(4) 遺言が執行されるかについて監視をする (veiller) こと、(5) 遺言者が死亡した一年以内に管理の計算を行つこと、⁽⁴⁾である。

占有権を有さない遺言執行者 (l'exécuteur testamentaire non saisi) は、相続財産を受領したり (percevoir) 、『

把握したり (appréhender) / 管理したり (administrer) することができず、占有権を有さない遺言執行者 (l'exécuteur testamentaire non saisi) の役割は、相続人による遺言執行を監視 (surveillance) することである。結局、「遺言執行者の基本となる使命は遺言の執行を監視する (surveiller) ことであり、遺言執行者は財産の所有者となることはないのであるから、自身で遺贈の引渡を行ったり、債務の決済をしたりすることはできない。遺言執行者は、ただ、相続人を強制して遺贈を執行させるために裁判において行為したり、裁判において遺言者の最後の取決め有効性を防る権限があるだけである。」と語られている⁽⁸¹⁾。

このように、遺言執行者は、遺言執行の監視 (la surveillance de l'exécution) を行いつつ、その主な職務であり、遺贈や相続の負担の執行を監視し、遺言の有効性や執行に関連した争訟に際しては、訴追をしたり参加したりする⁽⁸²⁾。そして、遺言執行の監視として、遺言執行者は、全ての保存行為をすることができ、遺言執行に係るすべての行為に参加することができる⁽⁸³⁾。遺産について占有権を有さない遺言執行者 (l'exécuteur testamentaire dépourvu de la saisine) は、動産や不動産の売買によって遺言の処分行為をさせるために、遺言を執行しなければならぬ者 (相続人など) に対して訴えを起すことも可能である⁽⁸⁴⁾。しかし、遺産について占有権を有さない遺言執行者 (l'exécuteur testamentaire dépourvu de la saisine) は、自身で執行するつもりでなく⁽⁸⁵⁾。

(3) 占有権を有する遺言執行者 (l'exécuteur testamentaire saisi) の権限

遺言者は、その動産の全部又は一部について占有権 (la saisine) を遺言執行者に与えることができる (Art. 1026)。しかし、遺言者によって遺言執行者に与えられる占有権 (la saisine) は、相続人が有する占有権 (la saisine) とは異なっている⁽⁸⁶⁾。

まず、占有権 (la saisine) の存続する期間について、遺言執行者の占有権 (la saisine) は一時的であり、最長でも、遺言者の死亡の後一年と一日の期間の範囲で存続するだけであり、また、動産については占有権 (la saisine) が与えられるだけである (Art. 1026)。しかも、相続人は、遺言執行者に動産の遺贈 (legs mobilier) の支払に十分な金額を交付することを認め、遺言執行者の占有権 (la saisine) を終了させることが認められる (Art. 1027)。また、遺言執行者が占有権 (la saisine) を得たとしても、相続人の占有権 (la saisine de l'héritier) が存続するので、遺言執行者は、供託金の受託者 (un administrateur séquestre) にならなければならない⁽⁸⁷⁾。

占有権を有する遺言執行者 (l'exécuteur testamentaire saisi) は、相続債権の金額を受領する権限、動産売買の代金を保持する権限、動産の遺贈を履行する権限がある⁽⁸⁸⁾。しかし、遺言執行者の職務は限られた目的しか有さない⁽⁸⁹⁾。遺言執行者は故人の債務の弁済の負担を負わない⁽⁹⁰⁾。そして、占有権を有する遺言執行者 (l'exécuteur testamentaire saisi) は、占有権 (la saisine) が消滅する際には管理の計算を行わなければならない⁽⁹¹⁾ (Art. 1031, al. 5)。

(4) 判例による遺言執行者の権限強化

判例は、条文の他に、遺言執行者の権限を強化している。例えば、故人が占有権 (la saisine) を与えた遺言執行者が一年と一日の期間内に職務を終了させることができなかった時、裁判官は、相続財産価値の分割まで司法上の財産管理人 (administrateur judiciaire) の資格で管理し続けるために、その遺言執行者を指名することができる⁽⁹²⁾ (Req. 10 févr. 1903, D. 1904, I. 113)。

また、判例は、遺言者が遺言執行者に相続債務の弁済をすることを義務づけることを認めた (Civ. 23 janv. 1940, D.C. 1941, J. 104)。これによって、遺言執行者は、遺言者の受任者でもあることになる⁽⁹³⁾。または単に受遺者の受任者であるだけではないことになった、といわれている⁽⁹⁴⁾。

また、判例は、遺留分権者の不存在の場合に、遺言者は遺言執行者に不動産を売却する権限を付与できることを認めている⁽⁵⁷⁾。判例は、同様に、遺留分権者の不存在の場合に、売られた不動産の代金を受領し、かつ、受領した代金を権利者の全てに分配する職務を認めている (Req. 17 avril 1855, D. 1855. 1. 201, S. 1856. 1. 253)。このように、判例は、遺言執行者に遺産の一部又は全部を清算する権限を認めていることになる。

(5) 受遺者の権限

フランス民法においては、純粹かつ単純な特定遺贈 (tout legs pur et simple) では、遺言者の死亡の日から、受遺者には遺贈物についての権利が与えられたことになっており (Art. 1014)、受遺者は、遺贈物の引渡を、占有権 (la saisine) を有している相続人に対して主張することができ、さらには、そのような相続人から占有付与を受けた変則的相続人 (les successeurs irréguliers) がいる場合には、その変則的相続人に対しても主張できるとされている⁽⁵⁸⁾。むしろ、登記については、それぞれの遺贈は、個別に登録できる (être enregistré séparément) とされており (Art. 1016)、特定遺贈の受遺者は、登録税を自身で負担しつつ、個別に自身の受けた遺贈を登記させることができる⁽⁵⁹⁾とされている。このように、引渡についても登記についても、受遺者が自分で行うことができ、遺言執行者の手を煩わすことはないことになる。

(6) 我が民法との関連

フランス民法においては、遺産についての占有権は相続人にあり、遺産を相続人が占有し、相続人が遺贈を実行する。遺言執行者は、遺言執行者 (l'exécuteur testamentaire) といわれていても、相続人が遺言執行を正しく行うかを監視 (surveillance) する⁽⁶⁰⁾ことが主な役割である。例外的に、遺言執行者が遺言者によって遺産中の金銭

債権と動産について占有権を与えられる場合には、遺言執行者は、相続債権の金額を受領でき、占有する遺産(動産)について遺贈を実行することができる。なお、不動産が特定遺贈された場合には、受遺者が自身で登記を取得できるので、登記移転に関しては相続人や遺言執行者による遺言の実行ということは起こらない。こうしたことから、フランス民法においては、相続人には遺言を執行するために遺産を処分する権限が与えられており、遺言執行者は相続人によって為される処分を監視する⁽⁶¹⁾ということが原則的であるといえる。そして、相続人が遺言を執行しない場合には、遺言執行者は訴えによって相続人に対して遺贈を執行させることができる⁽⁶²⁾とされている。

フランス法の紹介が不釣り合いにやや詳細になったのは、遺言執行者の監視 (surveillance) の役割を示すためである。我が国の通説のよつに、遺言執行者がある場合には相続人には処分権がないとすると、相続人が遺言の執行として処分行為を行うのを遺言執行者が監視をする⁽⁶³⁾ということは考えられないことになるが、遺言執行者のある場合でも相続人には遺産について処分権がある⁽⁶⁴⁾という考え方に立つと、自らは執行行為を行うことを控えていた遺言執行者は、相続人が行う処分行為を監視する⁽⁶⁵⁾ということが生じてくる。私見は、次に述べるように、遺言執行者のある場合でも相続人には遺産について処分権がある⁽⁶⁶⁾と考えるので、相続人が処分行為をするときには、遺言執行者はそれを監視する⁽⁶⁷⁾ということを考えなければならず、そのために、フランス法における遺言執行者の監視の役割についてやや詳細に見たのである。

なお、フランス法においては、遺言者の監視にも拘わらず、相続人が遺贈を妨げる処分行為をしてしまった場合には、遺言執行者は相続人に対してどのような行為をすることができるかについては直接的な論述はない。おそらく、遺言執行者が監視をしている間に、受遺者が自身で受遺された不動産の明渡や登記を得ることになると思われる。なお、相続人からの譲受人と受遺者及び遺言執行者とのいずれが先に登記をするかによって勝敗が決せられるとする我が国の学説における対抗要件説は、フランス法に発想を得ているのではないかと思われる。しかし、我が

国においては、諸般の事情から、受遺者が遺言執行者の協力を得て相続開始後ただちに登記を取得するとは限らな
いので、フランスにおけると大きな差異があるように思われる。

これまでの学説の検討及びドイツ法・フランス法の検討に基づいて、次に、私見を述べることとした。

(注)

- (47) 占有権を有せたる遺言執行者 (l'exécuteur testamentaire non saisi) には、その放棄の意思表示なくして、計算をす
る必要はないのであるが、この規定は誤りであるといわれ、この (Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François
Chabas, Leçons de Droit civil, Tome , deuxi ème volume, Successions-Libérarités, 5e édition, par Laurent Leveneur
et Sabine Mazeaud-Leveneur, n. 1032, p. 350.)⁹⁴⁾
- (48) Jean Maury, Successions et libéralités, 3e édition, 2001, n. 309, p. 180.
- (49) Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, op. cit., n. 1032, p. 350.
- (50) Planiol et Ripert, n. 693, p. 867; Aubry et Rau, XI, par Esmein, §711, p. 324; Baudry-Lacantinerie et M. Colin,
n. 2673.
- (51) Cass. civ. 15 avril 1867, D. P. 1867, 1, 294; S. 1867, 1, 207.; Paris 7 fév. 1850, D. P. 1852, 2, 46.
- (52) Paris 26 juin 1878; D. P. 1879, 2, 100; S. 1880, 2, 245. この事業はなごじや、その自己の包括遺贈者がなごじやの
たじや社の株式を包括遺贈により取得したとて、その移転をこの会社に請求したが、この会社はもて一人の包括受遺者
との同意がない限りなごじやにないとした。その上、この自己は遺言執行者でもあるので、遺言執行者の資格になごじ
株式の包括移転を請求できる主張した。判決は、遺言により、この遺言執行者となごじやが、回復権 (la
saisine) になごじやのたじや、それ故、この株式の包括移転を受け得る資格を有したと見た。
- (53) Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, op. cit., n. 1033, p. 350.
- (54) Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, op. cit., n. 1033, p. 350.

- (55) Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, op. cit., n. 1033, p. 351.
- (56) Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, op. cit., n. 1034, p. 351.
- (57) Cass., 8 août 1848, D. 1848, 1, 188 ; Cass., 17 avr. 1855, S. 1856, 1, 253; Cass. 1er civ., 4 déc. 1990, Bull. civ. 1, n 274.;
Amiens 22 févr. 1955, D. 1956, somm. 34; Trib. civ. Mulhouse, 19 janv. 1950, JCP 1952. . 6845, note Delaume et Flatte.
(58) Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, 2 édition, Tome , Donation et Testaments, 1957, n. 644,
p. 807.
- (59) Juris-consulte, Legs particulier, Art. 1014-1017, 1961, n. 156.

十一 私見

絶対的無効説は、「遺言執行者がある場合には、相続人は、相続財産の処分その他遺言の執行を妨げるべき行為
をすることができない」とする民法一〇一三条の規定から、「遺言執行者がある場合には、相続人は、相続財産の
処分……をすることができない」と解釈し、相続人は相続財産について処分する権限を有しないと解釈する⁽⁹⁴⁾。

しかし、遺言執行者がある場合に相続財産全部について相続人は処分権を失うという解釈には無理がある。例え
ば、特定遺贈において、相続人が受遺者に遺言通りに処分をしたような場合には、それが遺言執行者を無視して行
われたとしても、相続人の処分行為は無効であるとはいえないであろう⁽⁹⁵⁾。不特定遺贈あるいは包括遺贈において、
遺贈の実行に全く支障を来さない範囲で相続人が相続財産を処分するということは認められてよいのである⁽⁹⁶⁾。すな
わち、相続人の処分権が否定されるのは、相続人の処分行為が遺贈の執行と抵触し遺言の執行を妨げる範囲におい
てのみであり、相続人の処分行為が遺贈の執行と抵触をせず妨害をしない限りは、相続人は処分権を有すると考え

られる。

また、条文の文言について言えば、前述のように、我が民法においては、ドイツ民法二二一条一項のような相続人の処分権を否定する明確な文言は存在しないので、我が国では、フランス法におけるように、遺言執行者がいる場合でも、相続人は処分権を有すると解釈することも可能であると考える。

私は、民法一〇一三条は相続人の処分権限について規定しているのではないと考える。一〇一三条については、「遺言執行者がある場合には、相続人は、遺言執行者による相続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ができない。」という意味に理解し、遺言執行者が相続財産を遺言に基づき処分したり、遺言の執行をしよつとする際に、相続人が遺言執行者のそのような執行行為を妨害するよつな行為をするときには、遺言執行者は、相続人のそのような妨害行為の効力を否定することができるという趣旨に理解すべきであると考える。遺言執行者は、一〇一三条により、相続財産の管理権や遺言執行権が与えられているが、相続人も遺言執行のために処分行為を行うことができ、相続人が遺言執行をするときには、遺言執行者は、相続人が相続財産について行う処分行為を監視することになる。そして、相続人の処分行為を監視していた遺言執行者は、一〇一三条により、相続人が妨害行為をするときにはその効力を否定することができる。遺言執行者が相続人の妨害行為を否定するとは、遺言執行者が有効な相続人の処分行為の効力を否定するのであるから、遺言執行者が相続人の処分行為を取消すということになると思われる。すなわち、一〇一三条は、遺言執行者に、一種の取消権を与えている規定であると解すべきであると考える。遺言執行者は相続人の行為が遺言の執行を妨げているということを経由して取り消す場合は、遺言執行者は相続人の代理人（一〇一五条参照）としてでなく、むしろ、遺言者の代理人として行為していることになるが、このような現象は、フランスの判例においても見られたところである。

相続人が、遺言執行者の相続財産の処分を妨げたり、その他遺言の執行を妨げる行為をする場合には、遺言執行者は、相続人の行為の効力を否定し、それを取り消すことができるとして、次に、その取消の効果が及ぶ範囲が問題となるが、取消の効果は、相続人の処分行為が遺言執行者の相続財産の処分や遺言の執行を妨げていることを知っている者あるいは知るべきであった者に対しては及ぶと考えられる。すなわち、悪意の第三者に対しては取消の効果が及び、相続人の処分行為より権利を取得したとする主張は否定される。したがって、善意・無過失の第三者に対しては、取消の効果は及ばず、権利取得が認められる⁶³⁾。

このような解釈を条文によって根拠づけるとすれば、三二条一項但書の類推適用説に助けを求めることになる。三二条一項但書は、失踪宣告によって相続人となった者の有効な処分行為によって取得された権利は、失踪宣告の取消にもかかわらず、権利取得者の善意によって有効のまま維持され、悪意の場合には権利取得の効果が否定されるというものである。三二条一項但書の類推適用により、遺言執行者のある場合の相続人の処分行為であっても有効であり、相続人の処分行為が遺言執行者による遺言の執行を妨げるとして効力を否定されても、善意の第三者は保護されるということになる。先に三二条一項但書の類推適用説について検討をした際に述べたように、私見のよつに、遺言執行者のある場合の相続人の処分行為であっても有効であり、相続人の処分行為が遺言の執行を妨げるとして取り消されても、善意の第三者は保護されるといふよつな説のもとにおいては、三二条一項但書の類推適用説は意義があると考えられる。

私見は、以前主張されたが現在は支持者がいないとされている取消説、すなわち、「相続人の第一一五条（現一〇一三条）違反行為は当然無効ではなく、相手方悪意の場合には遺言執行者において取消すことを得るものとす」という説に近いのではないかと考える。かつて主張された取消説については、当初から、明文の規定がない以上「禁止規定に違反した行為が一応は有効に成立したた取消し得るに止まると云ふ」解釈は無理であるという批判がなされていた⁶⁴⁾。しかし、明文の規定がないとする批判は、三二条一項但書類推適用説が現れたことにより回避さ

れていると考える。

(注)

(60) 阿部・前掲・四三二頁。

(61) 前述のように、相対的無効説は、相続人のした無効な処分行為でも遺言執行者のした処分行為と抵触しなかったときには遡及的に有効となると説明する(前注11)が、なぜ遡及的に有効となるかについては説明はできないはずである。そうであるならば、相続人には最初から処分権があるとせざるを得ないと考え。

(62) 伊藤昌司・相続法・二〇〇二年・一五八頁参照。

(63) 相続回復請求権の消滅時効によって保護される表見相続人からの譲受人よりも遺言執行者ある場合の相続人からの譲受人のほうが保護がないというのは均衡を失する(上野・前掲・六二頁)ので、その意味においても、相続人からの善意・無過失の譲受人を保護する制度が必要である。

(64) 中川善之助・岩波民法全書・三三三頁。和田千一・相続法・三五二頁参照。

(65) 穂積重遠・判民昭和五年度五六事件一九〇頁。阿部・前掲・四三〇頁参照。

十三 相続人の受遺者に対する損害賠償義務

なお、同じように、以前主張されたが現在は支持者がいないとされている説として、損害賠償説がある。この説は、遺言執行者のある場合に相続人が行った処分行為は無効でなく、相続人は受遺者に対して損害賠償の責を負えば足りるとする。遺言執行者のある場合に相続人が行った処分行為が有効であるとすれば、相続人と受遺者との関係においては、前者が後者に対して損害賠償義務を負うことになる。しかし、相続人が遺贈を妨げる処分行為をし

たことにより受遺者に損害を生じさせた場合には、相続人の処分行為は無効であるとする説に立つたとしても、相続人の受遺者に対する損害賠償義務は認められるはずである。

もっとも、損害賠償説が、相続人による相続財産処分に対して、受遺者は損害賠償請求しできないとすることについては、それでは遺言の公正な実現は期しがたいとして批判を受けることになる。⁽⁶⁷⁾この点、無効説においては、九四条二項の類推適用などが認められない限り、相続人の処分行為は無効であり、損害賠償請求とともに、原状回復請求も認められることになり、私見においては、相手方が善意・無過失でない限り、損害賠償請求とともに、原状回復請求も認められるということになる。

(注)

(66) 中川善之助・前掲書・三三三頁、和田千一・前掲書・三五三頁、魚住庸夫・最高裁判例解説民事昭和六二年度・二七一頁参照。

(67) 沖野・前掲・一八三二頁参照。

十四 第三者の善意

私見においては、遺言執行者のある場合においても相続人は処分権を有し、ただ、相続人の処分行為が遺言の執行を妨げる場合には、遺言執行者は相続人の処分行為の効力を否定できる、すなわち、取消すことができる、ただし、取消の効力は善意・無過失の第三者には及ばないということであるが、この場合の第三者の善意・無過失の内容を明らかにする必要がある。

三二条一項但書の適用においては、失踪宣告後に相続人から財産を譲り受けた第三者は、失踪者が生存していて帰来することもあり得ること、帰来者により失踪宣告が取り消され、譲渡人が悪意の場合には、譲受人は財産の返還を義務づけられることもあり得ることを考えていなければならない立場にあるが、譲受人には失踪者の生存の可能性についてまで調査する義務はないと考えられる。これに対して、相続によって取得された不動産の譲渡を受ける者は、遺産分割協議書が正當に作成されたものであるか、遺言はなかったのか、といったことを注意深く調査しなければならず、また、遺言によって取得された不動産の譲渡を受ける者は、遺言が有効であるか、遺言執行者が存在するか否かといったことを十分に調査しなければならない。そして、十分に調査したことは、権利の譲受人が証明しなければならない。譲受人がこのような調査を十分にした上で譲渡者が正當な権利者であると信じたのであるならば、譲受人は権利の取得につき保護されると考える。

(注)

(68) 大審院昭和一三年二月七日判決民集一七卷五九頁は、失踪宣告後相続人となった者が相続財産を処分した場合、その契約が宣告取消にもかかわらず効力を有するには、契約当事者双方が善意であったことを要するとする。

(69) 伊藤昌司・前掲書・二七四頁参照。

(70) 佐久間・前掲・九〇頁は、相続人の処分の相手方が、遺贈を知っているのに、それでもなお法定相続人と取引する場合には、遺言執行者の有無にかかわらず、これを無効とすべきである、とする。

むすび

最後に、繰り返しになるが、私見をまとめて結びとしたい。

遺言執行者のある場合、相続人には、相続財産について処分権があるか否かについては、肯定・否定のいずれの考え方も、一〇一三条の文言からは、可能であると思われる。

判例・通説は、遺言執行者のある場合の相続人の処分権を否定し、相続人が行った処分行為を無効と扱う。この場合、処分行為の相手方は権利を譲り受けることはないことになる。相手方が権利を取得したとして保護されるのは、一九二条や九四条二項の類推適用によることになる。

これに対して、私見のように、遺言執行者のある場合にも相続人に処分権のあることを肯定すると、相続人の処分行為は有効となり、相手方は権利を譲り受けることになる。ただ、一〇一三条により、相続人が、遺言執行者の行う相続財産の処分やその他遺言の執行を妨げる処分行為をした場合には、遺言執行者の執行行為を妨げる範囲で、相続人の処分行為は効力を持たなくなり、取り消されたことになる。そして、有効な行為が無効になることにより、行為の相手方は権利を失うことになるが、無効となる原因の存在を過失なく知らなかった相手方は権利取得が保護されてよいと考える。このような解釈は、三二条一項但書の類推適用に依るといってもよいと考える。