

第 3 章 遺言執行者の復任権・辞任権

山 下 純 司

I 問題の所在

遺言執行者とは、相続財産の管理その他遺言の執行に必要な行為を行う者であり、そうした一切の行為をする権利義務を有し（民法1012条1項）、その行為の効果は相続人に帰属するため、相続人の代理人とみなされる（同1015条）。遺言執行者には委任の規定が準用されており（同1012条2項、同1020条）、受任者同様に善管注意義務（同644条）、事務処理状況の報告義務（同645条）、受取物引渡し義務（同646、647条）、任務終了時の事務処理引継義務（同654条）などが課されている。

遺言執行者は、遺言によって遺言者に直接指定されるか、又は遺言者がその指定を委託した第三者によって指定される（民法1006条1項）。この指定を受けた場合に、相続人その他の利害関係人からの催告を受けたにもかかわらず、就職を承諾するかどうかの確答を相当期間内にしないときは、就職を承諾したものとみなされる（同1008条）。遺言執行者がいないとき、又はなくなったときは、利害関係人の請求により、家庭裁判所により選任されることもある（同1010条）。この場合、家庭裁判所は遺言執行者となるべき者の意見を聴かなければならない（家事審判規則125条、同83条）。

このように遺言執行者は、ひとたび就職すると、遺言の執行に当たり重要な任務を負わされる。ところが、遺言執行者は、遺言者が遺言に反対の意思を表示していない限り、やむを得ない事由がなければ、第三者にその任務を行わせること（復任）ができない（民法1016条1項）。また、辞任には家庭裁判所の許可が必要である（同1019条2項）。

このため、遺言執行者が就職後に、自ら遺言執行を行うことが困難となった場合、どこまで第三者への委託が認められるか、どのような場合に辞任が認められるかを整理しておく必要がある。

また、平成27年3月31日に国会に提出された「民法の一部を改正する法律案」では、第三者への復任が認められた遺言執行者の責任に関する民法1016条2項、およびそこで準用される同105条は、削除されるという方向で提案されている。このため、この点についても議論を整理する必要がある。

Ⅱ 遺言執行者の復任権

1 遺言執行者の自己執行義務

(1) 復任権を制限する理由

遺言執行者による第三者の復任が、民法1016条1項によって制限されているのはなぜだろうか。この点を考えてみよう。

民法1015条によると、遺言執行者は相続人の代理人とみなされるから、一種の法定代理人である。民法106条によると、法定代理人は、自己の責任でいつでも復代理人を選任することができるのが民法の一般ルールであるから、遺言執行者について復任の権利が制限されているのは、この一般ルールに対する例外を定めていることになる。

このような例外ルールが定められた理由として、民法起草者の一人、梅謙次郎博士は、遺言執行者について、遺言者又は第三者がこれを指定する場合は、特にその人を信任して遺言執行を委ねているという点、遺言の執行については最も慎重な処理を必要とすることを理由として挙げている⁽¹⁾。

その後、我妻栄博士は、遺言執行者の職務内容が、法定代理人よりむしろ任意代理人に近いことを理由として、その復任権の扱いが任意代理人のそれに近いことと説明している⁽²⁾。また泉久雄教授の手による注釈民法の解説では、遺言執行者の職務内容は被相続人の意思によって決まっており、就職も被相続人との信頼関係に基づいて、あるいは家庭裁判所の判断によって決定されることから、その職務は、「すぐれて一身専属的」であることを理由に、遺言執行者の職務を第三者に委ねることは一般には許されないとする⁽³⁾。

(2) 他の法定代理との違い

このように、遺言執行者の復任権について、法定代理人一般のそれとは異なる扱いがされている理由を、民法106条が法定代理人の復任の自由を認めている趣旨の方から見ておこう。同条について、佐久間毅教授は、次のような説明をしている⁽⁴⁾。

「法定代理人の本人は、もともと代理人選任の自由を有しない。したがって、本人

(1) 梅・民法要義5（相続編）399-400頁。したがって遺言者が遺言で「反対の意思を表示したとき」（ただし書）、すなわち遺言執行者による復代理人の選任を認めた場合は、選任された復代理人が適任者であることについても遺言者の信任があるものとして、広く復任が認められる。

(2) 我妻栄『民法大意 下巻〔第2版〕』（岩波書店、昭和46年）751頁。

(3) 加藤永一・中川善之助編『新版注釈民法（28）〔補訂版〕』（有斐閣、平成14年）366頁〔泉久雄〕。

(4) 佐久間毅『民法の基礎1』（有斐閣、第3版）241頁。

の事務を実際に誰が処理するかを、法定代理人の判断に委ねることにしても支障はない。また、法定代理人には、代理権の範囲が極めて広く、かつ辞任の自由を有しない者もある（例：親権者、未成年者後見人、成年後見人）。このような代理人にとって、自己執行義務は過重な負担になる。そのため、自己執行義務を課すと、いい加減な代理行為によって本人の利益が害されたり、代理人のなり手をみつけることが困難になったりする恐れもある。」

ここでは、大きく2つの理由が挙げられていることがわかる。ところが、いずれの理由も、遺言執行者の場合にはストレートには当てはまらないように見える。

まず、佐久間教授は、法定代理人の復任の自由が認められる理由として、本人がもともと代理人選任の自由を有していないことに求めている。つまり、法定代理の場合、誰が代理事務を処理するかについて、本人の意思はもともと考慮されていないということである。

相続人の法定代理人である遺言執行者の場合にも、相続人には遺言執行者選任の自由はないので、一見するとこの説明が当てはまりそうではある。しかし、少なくとも、遺言により指名された遺言執行者については、遺言者の意思を考慮する必要があることは明らかであろう。すなわち、遺言の執行に当たって遺言者の意思をできるだけ尊重することが民法の原則ルールであることは言うまでもなく、したがって遺言者が指名した遺言執行者について、遺言者の意思に反する形で、第三者に遺言執行を委ねることは許されないということになる。この点で、遺言により指名された遺言執行者というのは、形の上では相続人の法定代理人とみなされているが、実質的には遺言者から委託を受けた任意代理人に近いともいえるわけである。

第二に、佐久間教授は、法定代理人は代理権の範囲が極めて広いのにも関わらず辞任の自由が制限されているため、復任権を認めなければ過重な負担になると説明している。この説明も、遺言執行者については完全には当てはまらない。たしかに、後で詳しく見るように、遺言執行者については辞任の自由が制限されている。しかし、代理権の範囲は、親権者や後見人など他の法定代理人と比較すると必ずしも「極めて広い」とは言えない。法定代理人の任務は、遺言の内容に従って、「相続財産の管理その他遺言の執行に必要な行為」に限定されているからである。

また判例も、たとえば「相続させる」旨の遺言の対象となる不動産については、所有権移転登記手続きをするのは不動産を取得した相続人であって遺言執行者ではないとするなど、遺言執行者の任務を「遺言の執行」が必要な場合に限定している⁽⁵⁾。したがって、本人の財産管理

(5) 最判平成7年1月24日判例時報1523号81頁。

全般について本人を代理する親権者や後見人に比べれば、期待される任務内容は広範とはいえないわけである。

(3) 問題点

以上のような説明は、遺言により遺言執行者が指名された場合で、かつ遺言の内容が、特定相続財産の承継にかかる内容に限定されているような場合にはよく当てはまるであろう。しかし、第三者あるいは家庭裁判所に遺言執行者が指名された場合についても、上記の説明が当てはまるのか、また遺産の種類が多岐にわたり遺言執行者の任務も多岐にわたるときに上記の説明が説得力を持つのか、さらには、遺言の内容が、例えば遺産の「全部を公共に寄与する」といった風に⁽⁶⁾、その内容があいまいで、遺言執行者の裁量の余地が広い場合などに、遺言執行者が専門家のアドバイスを求めるなど第三者の協力を仰ぐことは許されないのかなどは、別個検討する必要があるだろう。

2 自己執行義務の緩和

(1) 判例

遺言執行者について、第三者にその任務の一部を委託することは、民法1016条の禁ずる範囲の外であるという考え方がある。この点については大審院の判例がある⁽⁷⁾。それによると、遺言執行者の復任について民法が禁じているのは、「第三者をして己に代りて其の地位に就かしめ以て遺言執行の事務に当らしむること」、すなわち、遺言執行者の法的地位を他人に移転することであって、「万般の事皆自ら手を下して之を埋めざるべからずとの意味に非ざる」として、ある特定の行為、ある範囲の行為について第三者に代理権を授与することまでは妨げないとする。

この説示部分は、相続人による遺言執行者の解任申立てを認めた原審が、遺言執行地は金沢であるのに、遺言執行者が名古屋市在住であって、第三者に賃料債権の取立てを委任していたことを理由の一つとして挙げたことに対して、遠隔地に住んでいるというだけでは解任を否定する理由とはならないことを説明する中で現れたものであるが、民法1016条は、遺言執行者が第三者を用いることを全て禁じているわけではないという論旨を示したものとして重要である。

(6) 最判平成5年1月19日民集47巻1号1頁。

(7) 大決昭和2年9月17日民集6・501。

(2) 学説

学説においても、民法1016条は、遺言執行者による第三者への任務の委託を全面的に禁ずるものではないと解する立場が通説である。そこでは、同条が禁じるのは、遺言執行者が包括的な代理をする場合であり、個々の執行行為について第三者を自己の代理人として用いることまで同条は禁止していないとしている⁽⁸⁾。ここから、遺言執行者が自らの責任において履行補助者として使用することは遺言執行者の権限の範囲内であり、かえって特別の専門的知識を必要とする執行行為については、適当な専門家に委任してその行為を遂行することが遺言執行者の義務だとも主張される⁽⁹⁾。

こうした学説は、遺言執行者が遺言の執行に当たり第三者に任務を委託する場合を、民法1016条の適用がある場合と、ない場合に分けて理解する。同条にいう「第三者にその任務を行わせること」は、遺言執行の任務の全部を代行するような場合であり、それ以外の場合、すなわち個々の執行行為を個別に委託したり、履行補助者を用いたりすることには、同条は及ばないと理解するわけである。上記の判例と基本的に同じ立場といえる。

(3) 他制度との比較

このように、第三者に任務を委託する行為を2つに分けるという解釈は、実は他の制度のところでも行われている。

第一に、破産管財人の場合である。破産法77条によれば、破産管財人は、必要があるときは、裁判所の許可を得て、自己の責任で破産管財人代理を選任することができる。この破産管財人代理は、破産管財人が包括的な代理権を付与する場合を指し、特定事項について個別に代理人を選任する場合は同条の適用がなく、したがって裁判所の許可は不要であるというのが破産法における理解とされている。

第二に、信託の受託者の場合である。もっとも、これについては、平成18年以前の旧信託法と、平成18年に制定された新信託法の関係、さらに信託業法との関係について、多少込み入った議論がある。平成18年改正以前の旧信託法では、受託者は信託行為に別段の定めがある場合を除いて、やむを得ない場合に限って、「他人をして自己に代りて信託事務を処理せしむることを得」とされていた(旧信託法26条1項)。しかし、通説はここでの「他人」を、独立した所見を以って事務処理を行う「代人」の使用の禁止であると理解し、それ以外の第三者を自己の責任で用

(8) 青山道夫『家族法論2〔改訂版〕』(法律文化社、1971年)390頁。有泉亨『新版 親族法・相続法〔補正第2版〕』(弘文堂・1988)237頁。

(9) 中川善之助・泉久雄『相続法〔第4版〕』616頁注10(有斐閣、2000年)、新版注釈民法366頁〔泉〕。

いること、例えば、受託会社が職員を使うこと、受託者が他人の意見等を聴くこと、補助者として弁護士等を用いることは、同条の禁止の範囲外であり許容されるとしていた⁽¹⁰⁾。

しかし、平成18年に新たに制定された現行の信託法は、以下のような条文を採用した。

(信託事務の処理の第三者への委託)

第28条 受託者は、次に掲げる場合には、信託事務の処理を第三者に委託することができる。

- 一 信託行為に信託事務の処理を第三者に委託する旨又は委託することができる旨の定めがあるとき。
- 二 信託行為に信託事務の処理の第三者への委託に関する定めがない場合において、信託事務の処理を第三者に委託することが信託の目的に照らして相当であると認められるとき。
- 三 信託行為に信託事務の処理を第三者に委託してはならない旨の定めがある場合において、信託事務の処理を第三者に委託することにつき信託の目的に照らしてやむを得ない事由があると認められるとき。

この信託法28条について、同法の立法担当官は、同条は受託者が信託事務の処理を第三者に委託することができる場合を旧法に比べて実質的に拡大していることに鑑み、委託に係る「信託事務」の内容・性質に関わらず、委託を受けたものは原則として全て「第三者」に当たるという理解を示している。ただし、受託会社の従業員のような独立性がない狭義の履行補助者については、本条の「第三者」には含まれないものとしている⁽¹¹⁾。旧法26条に比べると、新法28条が規律する第三者委託の範囲が拡大しているということになる。

もっとも、新信託法28条を以上のように解した場合、今度は信託業法22条との関係が問題となる。信託業法22条1項は、信託会社が第三者委託をできる場合を、「信託業務の一部を委託すること及びその信託業務の委託先…が信託行為において明らかにされていること」と、「委託先が委託された信託業務を的確に遂行することができる者であること」の2つの要件のいずれも満たす場合に限定しているのであるが、このように厳格な要件を満たさなければ委託が認められない第三者というのは、やはり旧信託法26条における「代人」への委託を想定した条文と読むのが自然だからである。

また、その後の議論では、受託者が第三者委託をできる場合を現行の信託法28条で全て説明することを疑問視する見解が主張されている。例えば、信託銀行が土地信託の受託者となった場合に、信託銀行が自ら土地上に建物を建てることははじめから期待されておらず、適切な建

(10) 四宮和夫『信託法〔新版〕』(有斐閣、平成元年)237頁。

(11) 寺本昌広『逐条解説 新しい信託法(補訂版)』(商事法務、2008年)110頁注4。

築会社と建築請負契約と締結することが期待されているのだとすると、これは同条の想定するような第三者委託とは別の問題ではないかというわけである⁽¹²⁾。この指摘でも分かるように、信託行為の解釈によって、受託者が自ら行うべきことの範囲をまず確定しないと、自己執行義務の例外を定める同条の適用範囲は、定まらないという関係にある。

このように、現行の信託法における第三者委託の範囲については、旧信託法の当時の解釈論との関係もあって、やや錯綜しているものの、第三者委託の許容性は、広い意味での信託行為の解釈問題に帰着するという点には共通の理解が読み取れる。

3 復任の際の遺言執行者の責任

(1) 伝統的な理解

判例、通説とされる見解が、遺言執行者が遺言の執行に当たり第三者に任務を委託する場合には、民法1016条の適用がある場合と、ない場合があるという解釈を採用することは、第三者委託を行った遺言執行者の責任範囲にも影響していた。

まず、民法の規定を確認しておこう。民法1016条2項は、遺言執行者が同条1項ただし書の規定により第三者に任務を行わせる場合、相続人に対して、民法105条の責任を準用する。すなわち、選任及び監督についてのみ責任を負うのが原則であり(1項)、本人の指名に従って復代理人を選任したときは、復代理人が不適任、不誠実であることを知りながらその旨を本人に通知しなかった場合、又は復代理人を解任しなかった場合を除いて、責任を負わない(2項)。前述のように、民法起草者は遺言執行者を、任意代理人に近いものと理解しているから、任意代理人が復代理を選任した場合のルールを準用しているのである。

ただし、民法1016条2項には条文解釈上ややあいまいな部分がある。同条1項は、第三者委託を許容する場合として、やむを得ない事由がある場合と、遺言者が第三者委託を許容している場合の2つを規定しているが、同条2項は、後者の場合についてのみ遺言執行者の責任を規定しているからである。しかし、第三者委託にやむを得ない事由があつて復代理人を選任する場合には、法定代理人も選任及び監督についてのみ責任を負う(民法106条)。従って、民法1016条1項が第三者委託を許容する場合というのは、いずれにせよ遺言執行者は、第三者の選任及び監督についてのみ責任を負うのが原則ということになる。

これに対して、遺言執行者が、民法1016条1項の制限の範囲の外で許容される委託を行った場合には、同条2項の適用もないわけであるから、遺言執行者の責任範囲について、民法上規定がないことになる。そこで、このような理解を前提とする学説は、この場合の遺言執行者の

(12) 能見善久・道垣内弘人編『信託法セミナー2』(有斐閣、2014年)32頁以下の議論を参照。

責任は、債務者が履行補助者を用いた場合の一般ルールによって決まると理解する。すなわち、第三者の故意又は過失によって生じた責任の全てについて、遺言執行者が責任を負うものと解するわけである⁽¹³⁾。

(2) 民法改正法案

今般の民法改正により、民法1016条2項は削除される予定である。それは、遺言執行者が第三者に任務を委託した場合の責任範囲を、当該第三者の類型によって考えるという立場について、根本的な疑問が呈されてきたからである。

遺言執行者が第三者に任務を委託する場合を、民法1016条の適用がある場合と、ない場合にわけるといふ発想は、いわゆる「履行補助者の過失」論の影響によるものと考えられる。すなわち、債務者が自らの債務の履行に際して第三者を使用したところ、当該第三者が過失により不履行をした場合、債務者の帰責性が認められるかという問題である。伝統的通説によると、この場合、当該第三者は、真の意味の履行補助者と、履行代行者に大別され、真の意味の履行補助者については、債務者は自らの責任においていつでも使用できる（すなわち履行補助者の故意又は過失が債務者のそれと同視される）。これに対して履行代行者については、明文上使用が許される場合には、選任又は監督上の過失についてのみ責任を負う。

この理解は、民法1016条1項は遺言執行者が履行代行者を用いることのできる場合について定めたものであり、したがって遺言執行者は、このような第三者委託を行った場合には、選任又は監督上の責任しか負わないという同2項の規定と整合的である。これに対して、遺言執行者が履行補助者を用いた場合には、その履行補助者の故意又は過失は、遺言執行者のそれと同視されるということになる。

しかし、このような伝統的類型論の立場は、厳しい批判を受けている。まず、履行代行者の使用が許容される場合でも、債務者から独立した立場にいる「独立的補助者」と、債務者が使用者的な立場に立つ「被用者的補助者」とでは、債務者が負うべき責任の範囲は異なるのではないかという批判が示され⁽¹⁴⁾、さらに、独立的補助者の責任範囲についても、債務者が選任・監督上の責任のみを負うのか、それとも全責任を負うのかは、債権者と債務者の間の契約に基づき債務者が負う債務の内容によって決まらざるべきだという立場が近時では有力になっている⁽¹⁵⁾。

(13) 新版注釈民法(28) 367 - 368 [泉]。最近のものとして、梶村太市「数人の遺言執行者がある場合及び執行者の復任」判例タイムズ688号422頁。

(14) 落合誠一『運送責任の基礎理論』(弘文堂、1979年)。

(15) 潮見佳男『契約責任の体系』(有斐閣、2000年)第2部第3章。

こうした批判を受け、改正民法の法案では、復代理選任の場合の任意代理人の責任に関する105条は削除が提案されている。復代理人を選任した任意代理人が本人に対して責任を負うかどうかは、債務不履行の一般原則によるべきであり、同条の場合にのみ一律に責任を軽減することに合理的な理由がないというのがその理由である⁽¹⁶⁾。これに伴い、同条を準用する民法1016条2項も削除が提案されている。

したがって、民法改正法案による民法1016条2項の削除の提案は、伝統的通説が依拠してきた、遺言執行者が任務を委託する第三者に関する類型論に対する批判的な観点を含んだものといえる。

(3) 信託受託者の第三者委託

ところで、信託法では、第三者委託が許容される要件が信託法28条に規定されているが、第三者委託がなされた場合の受託者の責任については、同35条に規定されている。

信託法35条は、受託者は選任・監督上の責任しか負わないのを原則とする（1・2項）。ただし、信託行為により指名された第三者や信託行為により指名権を与えられた委託者や受益者が指名した第三者との関係では、その不適任・不誠実について悪意でありながら必要な処理を怠った場合のみ責任を負う（3項）。受託者の責任を選任・監督責任に原則としてとどめたのは、信託事務処理を第三者に委託できる場合が、同法28条によって信託の目的に照らして相当である場合に限定されていることや、信託においては、信託事務の処理を第三者に委託することによって事務処理の効率化や費用節減等の利益を受益者が享受するため、第三者の選任監督を適切に行うことを受託者の職務内容とすることが委託者・受託者・受益者の合理的な意思に合うといった観点から説明されている⁽¹⁷⁾。他方で、信託行為により第三者の指名がある場合などに受託者の責任が緩和されるのは、そのような場合には委託先の選定が受託者の裁量外であるから、選任監督責任を負わせる必要がないと説明されている⁽¹⁸⁾。

この立法担当官の説明から分かるのは、受託者が第三者に職務の一部を委託した場合における責任の範囲は、本来は当事者の意思によって決まるべき問題であり、信託法35条は当事者の合理的意思を推測した規定であるということ、そして、当該信託において受託者に与えられた裁量の範囲が、その責任範囲を決定づけるということである。ここでは、信託行為の解釈が重要になる。

(16) 法務省民法（債権法改正）中間試案（概要付き）11頁。

(17) 寺本（昌）141頁。

(18) 寺本（昌）142頁。

4 若干の考察

(1) 基本的なスタンス

遺言執行者の復任権について考える際には、どのような場合に復任が許されるかという問題と、復任が行われた場合の遺言執行者の責任範囲の問題は、区別して扱うべきである。このことは、すでに言及した、民法改正法案の方向性と整合的な解釈といえる。

民法改正提案では、ここまで検討してきた1016条2項及び105条について削除の方向性が示されているが、他方で、委任に関して、受任者の自己執行義務に関する規定を置くことを提案している。それによると、受任者は、委任者の許諾を得たとき、又はやむを得ない事由があるときでなければ、復受任者を選任することができないものとしている（改正民法644条の2第1項）。

これは、任意代理人の復代理選任の現在の104条の規定を存続させたいと、受任者の場合一般にその扱いを広げようとするものである。つまり、他人の事務の委託を受けた者について、どのような場合に第三者への再委託が許されるかという問題を、より一般的に規定しようとしているのである。

遺言執行者についても、民法1016条1項は残したまま、2項のみ削除が提案されているのは、どのような場合に復任が許されるかという問題については、従来の議論を維持しつつも、その際の遺言執行者の責任範囲については、近時の議論を踏まえ、より柔軟に判断することを意図しているのだと考えられる。

(2) 復任の範囲について

遺言執行者が遺言の執行に当たり第三者にその任務の一部を委託する場合について、民法1016条1項の適用がある場合と、ない場合が存在するという伝統的な立場については、一定の範囲で認める必要があるであろう。法人が遺言執行者となっている場合について、従業員に任務を行わせることは、民法1016条1項の規定とは無関係に許されるというべきである。また、遺言執行者がその任務を包括的に他人に委託することは、遺言者が遺言によりそれを許容している場合はともかく、原則としてはやむを得ない事由がある場合に限られるということも、民法1016条1項から導かれるであろう。遺言の執行という他の法定相続人に比べれば限定された任務について、特定の者が遺言執行者として指名あるいは選任された以上は、その任務を包括的に他人に委託することが原則として許されないことは明らかである。

問題は、その中間にある場合、すなわち、遺言の執行の中の個々の執行行為について第三者に委託すること、さらには弁護士や司法書士など専門家のアドバイスを求めるなどの行為が、どのような範囲で許されるのかという問題である。すでに紹介したように、判例あるいは通説

は、このような行為は民法1016条1項の適用外であり、したがって自己の責任でこれを行う限りは自由に許されるというのであるが、果たしてそのように言ってよいものだろうか。

このような場合に、民法1016条1項の適用があるかどうかはひとまず置くとして、なぜ同条が、遺言の執行について第三者に任務を行わせることを制限しているのかという趣旨からもう一度考えてみる必要がある。すでに検討したように、他の法定代理人と異なり、遺言執行者の場合に復任の自由がない理由は、任務の範囲が相対的に限定されていることのほかに、遺言者の意思を尊重する必要がある点に求められている。そうすると、少なくとも、遺言により指名された遺言執行者に関する限り、復任がまったく自由であるということはないように思われる。遺言者が当人を指名した趣旨が、その人自身の判断を重視するものであるような場合、第三者委託は許されない場合もあるのではないだろうか。たとえば、受遺者の選定を遺言執行者に委ねるような遺言の場合⁽¹⁹⁾、当該選定行為自体を第三者に委ねることが許されるとは思われにくい。この場合、遺言執行者本人の見識に委ねるのが、遺言者の指名の意図であると考えられるからである。ここで重要なのは遺言者の意思であり、遺言者が遺言執行者に何を期待しているのかを遺言の解釈によって確定する必要がある。

そうすると、個々の執行行為について第三者に委託することは、民法1016条1項の適用の範囲外であるとしても、だからといって、全く自由に委託が許されるという解釈には、やや疑問がある。遺言者により直接に遺言執行者が指名されたときは、遺言の解釈として、復任が許されない事項があると考えられるのではないか。

(3) 復任に際しての遺言執行者の責任

遺言執行者が復任をした場合における責任の範囲については、民法1016条2項が削除されることに伴い、根本から考え直す必要がある。ここでは、近時の履行補助者についての議論を踏まえた形で、解釈の方向性のみを示唆する。

遺言執行者について、その遺言の執行を第三者に委託することが許されるような場合に、当該第三者の行為について遺言執行者がどこまでの責任を負うのかを考えるに当たっては、遺言執行者が負う善良なる管理者としての注意義務から、遺言執行者にどこまでの行為義務が課されるかという問題に帰着する。

たとえば、本来遺言執行者が自ら全てを行うべき行為について、第三者にその任務を委託した場合には、当該第三者の行為については、遺言執行者が全ての責任を負うのが原則であろう。これに対して、適切な第三者を選任して委託することが遺言の執行として求められるという場

(19) 最判平成5年1月19日民集47巻1号1頁。

合も当然あり、そのような場合には、遺言執行者は選任及び監督の責任しか負わないのが原則であろう。

たとえば、通常一般人が遺言執行者として指名され、遺言の執行として登記申請が必要な場合に、当該遺言執行者に期待されるのは、適切な司法書士を選任してそれに登記申請を委託する行為であって、このときに遺言執行者が、選任・監督上の責任を超えて、司法書士の行為について全責任を負うという解釈は奇妙なように思われる。しかし、遺言執行者として司法書士Aが選任された場合に、やむを得ない事情によって登記申請行為を別の司法書士Bに委託したというようなときは、Bの行為の全責任をAが負うと考えるべきではないかと思われる。これは遺言執行者として司法書士Aが選任された時点で、Aが自ら登記申請行為をすることが期待されているといえるからである。

このように、復任権を行使した遺言執行者の責任は、伝統的な学説の立場のように、遺言執行者の任務の包括的な委託か、特定行為の委託かという区別によるのでも、委託される第三者が履行補助者であるか否かという区別によるのでもなく、当該遺言執行者に期待される遺言執行行為の内容によって決まると解するべきではないかと思われる。

Ⅲ 遺言執行者の辞任

1 問題の所在

(1) 遺言執行者の任務終了事由

次に、遺言執行者の辞任について検討しよう。まず、遺言執行者の任務がどのような場合に終了するかについて概観しておく。

遺言執行者の任務は、遺言の執行の終了の他、遺言執行者の死亡や、遺言執行者の解任あるいは辞任（民法1019条）によって終了する。その他に、民法1009条は、「未成年者及び破産者は遺言執行者となることができない」と規定しているから、遺言執行者の破産は任務終了事由と考えられる。

遺言執行者が後見開始の審判を受けるなど、行為能力を制限された場合については、当然には任務は終了しない⁽²⁰⁾。もっとも、遺言の実際の執行に支障がある場合には、解任事由に該当することになる。

(20) 平成11年の改正前は、行為能力の制限は欠格事由とされていたが、その社会的地位に配慮して規定が改められた（新版注釈民法（28）321頁〔泉〕）。

(2) 遺言の辞任についての制限

遺言執行者の辞任について詳しく見ていこう。遺言執行者は、正当な事由があるときは、家庭裁判所の許可を得て、辞任をすることができる（民法1019条2項）。辞任の審判は、家事事件手続法の別表第一審判事件であり、申立人は辞任を希望する遺言執行者自身に限られる。

遺言執行者に自由な辞任が認められないのは、遺言執行者の職務を一種の公的な意味を持った義務的なものと見たためであると理解されている⁽²¹⁾。また、辞任が認められるための「正当な事由」とは、遺言執行者として不適任な個人的事情、例えば疾病、長期の出張、多忙な職務への就職といった事情が典型的なものと説明されている。多少議論があるのは、執行意欲の喪失が正当事由になるかという点である。この点について、学説では、執行意欲の喪失をもって辞任事由とすることは、辞任を家庭裁判所の許可にかからしめた民法の趣旨に反するように見えるが、相続人間の継続的敵対関係に嫌気がさし、ひいては公正な遺言の実現が期待しにくいというような場合、とくに無償の指定遺言執行者には辞任を認めるべきとする見解がある⁽²²⁾。ただし、はっきりした根拠が示されているわけではない。

(3) 遺言執行者の解任との比較

民法1029条1項は、遺言執行者の解任について規定しており、家庭裁判所は、「正当な事由」がある場合に、遺言執行者の解任をすることができる⁽²³⁾とされている。そこで、解任についての先例を検討しておこう。遺言執行者の解任が問題となった場合として、以下のようなものがある（末尾別表参照）。

- ①背任型：遺言執行者が、自己の利益を図るために職権を濫用したケース（1）
- ②公平義務違反型：遺言執行者が、特定の相続人の利益を図ったのではないかが問題とされたケース（2、8、9、12）
- ③任務懈怠型：財産目録調整等遺言執行者としての義務を怠ったかが問題とされたケース（2、3、4、5、6、13）

これらの場合は、実際に解任が認められたか、こうした事情が認められれば解任が認められるという前提で審判がなされている。これに対して、遺言執行者が相続人らと疎遠であること⁽¹¹⁾や、遠隔地に住んでいること⁽¹⁴⁾は、それ自体では解任事由とはならないとされている。

これらの先例を見る限り、裁判所は、遺言執行者が相続人同士を公平に扱うことが期待できないと判断した場合や、遺言執行者が遺言執行事務を確実に行わないと判断した場合には、遺

(21) 新版注釈民法（28）376頁〔泉〕。

(22) 新版注釈民法（28）380頁〔泉〕。

言執行者として職務を継続することは相応しくないと判断してきたと考えられる。

遺言執行者が利益相反的な地位にある場合などに、公平な遺言の執行が期待できないとして解任が認められるケースがあることからすると、実際に不公平な執行をしたかどうかに関わらず、自らが利益相反的な地位にあることを理由とした辞任は認められる可能性が高いといえるだろう。

(4) 遺言執行者の復任権と辞任の関係

問題は、そのような解任相当とされるような事由がない場合に、遺言執行者の側からの辞任の申し出がどこまで認められるかという点である。この点を考える上で、Ⅱで検討した遺言執行者の復任の問題が関係してくる。

すでに検討したように、遺言執行者については、民法1016条1項は、遺言執行者の復任権を制限している。その解釈は必ずしも1つではないものの、少なくとも、遺言執行者が、その任務を包括的に第三者に委託することは、「やむを得ない事由」がなければ許されないと解される。

そうすると、遺言執行者が任務を継続しがたい事由はあるが、それが民法1016条1項の「やむを得ない事由」に該当しないと評価されると、遺言執行者としては、第三者に包括的にその任務を託することは許されず、任務遂行ができないことになる。これは、放っておけば任務の懈怠（同1019条1項参照）として解任事由になりうるだろうが、遺言執行者としては、そのような事態に至る前に辞任を申し出るのが普通であろう。

ここで、民法1019条2項の「正当な事由」が、限定的に解釈された場合には、遺言執行者は辞任ができないということになり、任務の懈怠により解任されるまで、遺言の執行は事実上停滞することになる。おそらく、現実には、裁判所はこのような辞任の申出がある場合には、辞任を緩やかに認めざるをえないことになる。

しかし、そもそも、そのような事態に陥るのであれば、むしろ裁判所は、遺言執行者による復任を緩やかに認め、遺言執行者が選任と監督に責任を負うことを条件に、遺言の執行を第三者に委託する余地を広く認めるべき場合があるようにも思われる。以下では、そうした観点から、遺言執行者の復任権と辞任の関係について検討を試みる。

2 他制度における辞任の可否と復任の自由

まず、他人の財産管理を行うという点で類似性のある諸制度における辞任の扱いを、復任の自由とも関連させながら簡単に見ておくことにする。

(1) 委任の受任者（任意代理人）

まず、委任契約の受任者の場合には、遺言執行者とは扱いが全く異なる。受任者には、辞任の自由が認められている（民法651条1項）。相手方に不利な時期に辞任した場合には、損害賠償責任が生じるが、やむを得ない辞任の場合はそうした責任も生じない（同651条2項）。

他方で、任意代理人は、本人の許諾を得たとき、又はやむを得ない事由があるときでなければ、復代理人を選任できない（同104条）。

(2) 法定後見人

民法上の法定後見の一つである後見人は、正当な事由があるとき、家庭裁判所の許可を得て辞任が認められる（民法844条）。後見人の辞任により新たに後見人を選任する必要性が生じたときは、後見人は遅滞なく新後見人の選任を家庭裁判所に請求する義務がある（同845条）。

他方で後見人は法定代理人であるから、いつでも復代理人の選任をすることができる（同106条）。

(3) 信託

信託の受託者は、信託行為に別段の定めがない限り、委託者及び受益者の同意を得なければ辞任することができないのが原則である（信託法57条1項）。ただし、やむを得ない事由がある時には、裁判所の許可を得て辞任することができる（同2項）。受託者について辞任の自由が認められない理由としては、受託者は（受任者と異なり）委託者からの一方向的な信頼を受けけるもので、信託目的達成のために信託財産の管理処分等を行うという重大な任務を負っているものであること、代わりの受託者の選任が必ずしも容易でなく、自由な辞任を認めると委託者及び受益者の利益を害しかねないこと、信託の変更には制限があるため、自由な辞任を認めなくても信託事務処理に支障となるような信託の変更がなされる恐れのないことなどが挙げられている⁽²³⁾。

他国ではどうか。信託受託者に辞任の自由を認めないのは、英米信託法の伝統的な立場でもある。しかし、アメリカの統一信託法典は、原則として辞任の自由を認めるという新たな立場を採用している。その理由としては、①受託者の辞任を認める信託条項が多く用いられている現実、②やる気を失って辞任を求めている受託者を無理に職に留めても意味が無いこと、③想定している受託者像が、信託関係に基づき受益者のためだけに働く受託者から、報酬を受け取っ

(23) 寺本（昌）199頁。

て一定の計算の下で働く受託者へと変化したことなどが挙げられている⁽²⁴⁾。

他方で、受託者の第三者委託については、信託法28条により一定の制限を受ける。その議論の詳細はⅡ 2 (3) で詳述したように、やや込み入った議論があるので、ここでは繰り返さないが、いずれにしても第三者委託の自由には制限がある。

(4) 破産管財人

破産管財人は正当な理由がある時は、裁判所の許可を得て辞任することができる（破産法規則23条5項）。正当な理由としては健康上の理由などが挙げられるが、意欲喪失による辞任も実務上はやむを得ないものとされている。

破産管財人は必要があるときは、裁判所の許可を得て破産管財人代理を選任できる（破産法77条）。

3 検討

(1) 他の制度との比較から

ここまでの検討から分かるように、民法の一般ルールとしては、任意代理人は辞任の自由が認められる反面、復任の自由が制限されており、法定代理人は、辞任の自由が制限されている反面、復任の自由が広いという関係が認められる。これに対して、信託の受託者は辞任の自由はなく、かつ第三者委託が制限されている。また破産管財人も、辞任の自由がなく、かつ破産管財人代理の選任には制限がある。遺言執行者は、復任について制限があり、かつ辞任について家庭裁判所の許可が必要とされているから、信託の受託者や、破産管財人などに近いともいえるだろう。

(2) 復任と辞任が共に制限される理由

もっとも、信託の受託者と破産管財人では、その辞任の制限の意味がやや性質が異なるとも言えそうである。

信託法57条が受託者の辞任を制限しているのは、委託者がその受託者を特に信頼して指名している点や、代替りの受託者を選任することが困難であるという点にあり、つまるところ、委託者が設定した信託目的の達成に適任であるとして指名した受託者について、安易な交代を認めないという趣旨である。これは、信託法28条が、受託者が第三者に信託事務処理を委託することを原則禁止しつつも、信託行為の定めや信託目的との関係で、第三者委託の例外を認めて

(24) 樋口・アメリカ信託法ノートⅠ（弘文堂、2000年）92 - 94頁。

いくというのと、基本的に同じ方向である。どちらも、委託者が指名した受託者に、できるだけ信託事務処理を行わせることが、委託者の意思にかなうという考え方によるものだからである。

これに対して、破産管財人は裁判所により選任される（破産法74条1項）ので、破産法規則23条5項は、破産者本人からの信頼を重視して辞任を制限しているわけではない。むしろ、破産手続きの円滑な遂行の観点から、辞任に制限を設けているのだと考えられるだろう。破産法77条が、破産管財人代理の選任について裁判所の許可を必要とするとしているのも、同じように説明できよう。

（3）遺言執行者の場合

遺言執行者の地位は信託の受託者のそれに近いという指摘がある⁽²⁵⁾。こうした視点からは、辞任の自由と、復任の自由を共に制限するという考え方もありうるのかもしれない。その場合、遺言執行者が遺言の執行をしないことは、受託者が信託事務処理を怠った場合と同様に処理することになろう。

信託の受託者の場合、任務の懈怠は受託者の善管注意義務（信託法29条2項）の違反であり、信託財産の損失でん補責任（信託法40条1項）を生じさせる。同じように、遺言執行者にも善管注意義務が課されており（民法1012条1項、同644条）、任務の懈怠は債務不履行責任（民法415条）を生じさせる。遺言執行者に辞任も復任も認めないという立場をとる場合、相続人らは、遺言執行者の任務懈怠の責任を問うことで、遺言の執行を強制的に実現するか、改めて解任を申し立てることになろう。

しかし、このような扱いが、遺言者や相続人、受遺者の利益にかなうとは思われず、このような扱いをするよりは、遺言執行者の辞任を広く認めるため民法1019条2項の「正当な事由」を緩やかに解するか、もしくは第三者に対して包括的に遺言執行の復任を認めるため同1016条1項の「やむを得ない事由」を緩やかに解する方が、適切な場合が多いであろう。

つまり、遺言執行者が自ら職務を継続しがたい事由が生じた場合、家庭裁判所は、遺言の円滑な執行のために、復任あるいは辞任を、ある程度緩やかに解するべきなのではないかと思われる。

（4）復任と辞任の関係

(25) 田中実「遺言執行者」家族法体系Ⅶ（有斐閣、昭和35年）234-235頁は、「解釈学上、遺言執行をめぐる生ずる疑問については、可能なかぎり、信託法の規定の類推を認めてよい」とする。

そうすると問題は、どちらを緩やかに解するのが適切かという点にある。Ⅱで述べたように、遺言者により指名された遺言執行者が、どこまで復任を認められるかは、遺言の解釈により、遺言者の意思を尊重して決定するべきである。そして、遺言者の通常の意味からすれば、遺言の執行を遺言執行者が本人自ら遂行できない場合には、遺言執行者が辞任するよりは、遺言執行者が選任・監督する第三者に遺言の執行をさせることを望むのではないかと思われる。そうすると、遺言者が遺言執行者を指名した場合には、遺言者の辞任を認めるよりも、遺言執行者の復任を緩やかに認める方が、遺言者の意思にかなうと言うべきだろう。

これに対して、遺言執行者が、第三者の指名、あるいは裁判所によって選任された場合には、遺言者の意思の尊重よりも、遺言の円滑な執行の要請が優越するように思われる。辞任を申し出ている遺言執行者を無理に引き止めることにメリットはなく、遺言執行者の辞任を緩やかに認め、新たな遺言執行者の選任を行うべきではないかと思われる。

別表

	解任	判決	事案	遺言執行者の属性
1	○	東京高裁平成23年9月8日 家裁月報64巻 6号136頁決定	遺言執行者が、株式についての遺産分割方法の指定を委託されている地位を利用して、当該会社の代表取締役である相続人に対し、自分の子を著しく高額の給与で雇用させた行為は、遺言執行者の解任事由に当たる。	弁護士 (遺言による指定)
2	○	東京高裁平成19年10月23日 判例タイムズ 1291号78頁決定	全ての財産を包括的に後妻に相続させるという内容の公正証書遺言が残されたケースで、相続人が遺留分減殺請求権を行使し、遺言執行者の解任を申し立てた事例。相続財産である預貯金等の管理方法等について相手方に報告ないし説明をしていないなどの任務懈怠、相手方が遺留分減殺請求権を行使したことを認識しながら、相手方の了解を得ることなく後妻のために預貯金の払戻しや名義変更の手続きを行ったり、相手方が使用貸借していた店舗の明渡を求める訴訟において後妻の代理人を務めるなどしたことから、遺言執行者の解任を認めた。	弁護士 (遺言による指定)
3	○	東京高裁平成17年11月9日 家裁月報58巻 7号51頁決定	相続財産目録の作成・交付及び、遺言執行状況等に関する書面による報告の求めに応じないばかりか、口頭による具体的報告すら行わず、また、相続人に分配すべき金員の原資となる予定の土地を遺言執行者自らが購入しておきながら、その経緯についても説明しないなどの点が、解任事由とされた事例。	相続人の一人の夫 (遺言による指定)
4	×	名古屋家裁平成7年10月3日 家裁月報48巻 11号78頁審判	「相続させる」旨の遺言の場合、執行は遺言執行者の就職を待つまでもなく実現可能であることから、遺言執行と関係のないことをしないからといって任務違背とはいえないとして、遺留分権利者が相続財産調整義務違反等を理由に行った遺言執行者の解任申立てが却下された事例。	遺言者の長男 (遺言による指定)

5	×	広島高裁松江支部平成3年4月9日決定	相続財産目録調整義務について、遺言者の妻や長男である原告人の協力を得られていないなどの事情がある場合に、任務懈怠とは言えないとした例。 相続人指定の受託者兼遺言執行者の地位にある者が共同相続人の一人の訴訟代理人となることは、可及的に回避すべきであったが、間もなく同代理人を辞任していることも考慮し、解任事由には当たらないとした例。	弁護士 (遺言による指定)
6	×	東京家裁昭和61年9月30日家裁月報39巻4号43頁、判例時報1267号91頁	相続人間で相続財産の範囲、遺言の効力等につき訴訟が継続しているなどの事情がある場合に、遺言執行者に財産目録の未調整等があったとしても、これのみを以て解任事由ということとはできない。 相続財産でないと言われる家屋からの賃料の保管の事実をもって職務懈怠や、信頼を害する行為とは言えない。	弁護士 (裁判所による選任)
7	○	東京高裁昭和60年3月15日決定家裁月報37巻8号46頁	受遺者が遺贈放棄をする調停が成立した後にその地位を保有すると主張して訴訟を提起している遺言執行者に対して遺言執行者解任の審判をすることができる。	私人で、受贈者も含めた相続人全員が解任を望んでいる。
8	○	福岡家裁昭和45年6月17日家裁月報23巻2号104頁	相続人の一部と意を通じて、その者の利益代表者のごとき振舞をし、受遺者全員の意思を無視し、かつその意思に反して事実上の利益保護の行為をせず、相続人間の紛争を激化させる言動をするなどの事情の下において、解任事由が認められる。	遺言者の二女の夫 (遺言による指定)
9	○	東京高裁昭和44年3月3日家裁月報21巻8号88頁	相続人の一部の者と緊密な関係にあり、相続人全員の信頼を得られないことが明瞭である以上、その遺言執行者は適任者でなく、解任について正当事由がある。	相続人間に争いのある中で、相続人の一人の推薦で遺言執行者に選任された者

10	△	長崎家裁昭和40年9月11日家裁月報18巻2号107頁	1019条の解任事由は、遺言者がいったんその就職を承諾しながらその義務に違反して任務を怠り、その他長期疾病、遠地移転等によりその任務に適しない事情が存するときをいう。遺言執行者が就任をはじめから拒否し続けている場合には、遺言執行者がいないときに当たる。	遺言により指定された私人が、就任を拒否している。
11	×	大阪高裁昭和38年12月25日判例時報363号28頁	遺言執行者が相続人ならびにその家族との連絡が疎遠であることは、紛争事件が存在するなどの事情があるとき、遺言執行者解任の事由にならない。遺言執行者が相続人に対する事務処理報告を直ちにしなかったとしても、やむを得ない事由があれば、解任の事由とならない。	弁護士 (指定を受けている)
12	○	名古屋高裁昭和32年6月1日判例時報117号10頁	遺言執行者が遺産の所有権を主張する訴訟進行中に相続人に迎合して受遺者に不利な内容の示談をして訴えを取り下げたことが解任事由に当たる。	裁判所の選任
13	○	大審院昭和3年2月28日大審院裁判例2巻民149頁	遺言執行者が遺言による家督相続人指定の届け出を遅延するのは、任務懈怠に当たる。	不明
14	×	大審院昭和2年9月17日	代理権授与は遺言失効の事務について有効になすことができ、遺言執行者の住居が遺言執行の地である金沢市になく名古屋市にあることは解任の相当な理由には足りない。遺言執行者が相続財産である家屋全部の賃料を自己に支払うことを通告することは管理権の行使であって、解任事由にはならない。遺言執行者が遺言無効確認の訴えを提起しても、解任事由とはならない。	