

限定承認による責任制限の手續上の主張

石渡 哲

もくじ

I はじめに

II 判決手續において、および確定判決に基づく強制執行において生じる問題

- 1 判決手續で限定承認が主張され、認められた場合
- 2 判決手續で限定承認が主張されたが、認められなかった場合
- 3 判決手續で限定承認が主張されなかった場合
- 4 相続債権者（原告）がみずから限定承認を認め、「相続財産の限度で」の支払を請求した場合
- 5 既判力の基準時後に限定承認がなされた場合

III 債務名義が確定判決以外のものである場合

- 1 確定判決と同一の効力を有する債務名義
- 2 執行証書

〔前注〕 古い判例、裁判例および学説を引用するさい以下のような変更を加えた。①縦書きの場合数字は漢数字であるが、算用数字に変更した。②旧字体は新字体に変更した。ただし、人名の文字は変更していない。③読みやすくするために、適宜句読点を付けた。

I はじめに

限定承認がなされたのに相続人の固有財産に対して強制執行が行われた場合、相続人が執りうる救済方法、言い換えれば限定承認による責任制限の主張方法は何かが、実務においても学説においても長きにわたって問題とされている。また、相続債務の履行を訴求された相続人が限定承認の効果を主張し、裁判所がこれを認めた場合、裁判所はこのことを判決主文にどのように反映させるべきかも、問題とされている。さらに、限定承認を認める確定判決がある場合に、相続債権者が法定単純承認（同 921 条 1 項 1 号・3 号）による限定承認の無効を主張して、責任に制限のない給付判決を求めることができるかということが、争われた判例もある（限定承認の取消し〈民 919 条 2 項〉が主張されることも考えられる）。最初の問題は執行手続で生じる問題であり、後の二つの問題は、受訴裁判所がどのように判断すべきかという意味で、判決手続上の問題であると、一応いうことができるが、これらは限定承認によって生じる手続上の問題と一括することができる。本稿で筆者はこれらの問題を検討する。

なお、執行手続上の問題が生じるケースは、以下の二つの基準によって分類される。一つは債務名義が何であるかという基準である。具体的には、確定判決、確定判決と同一の効果をもつもの（和解調書等）、執行証書のいずれかということである。もう一つは、限定承認がなされた時期と債務名義が作成された時期——債務名義が確定判決の場合は、厳密に言えば、既判力の基準時——のいずれが先かという基準である。二つの基準を組み合わせると、いろいろなケースが考えられるが、実際に判例・裁判例で問題になったのは、いずれも債務名義が確定判決のケースであった。そのため本稿で筆者は、確定判決が作成される過程である判決手続において、および確定判決に基づく強制執行が行われた場合において生じる問題に重点を置いて検討し、確定判決以外の債務名義に基づいて強制執行が行われるケースについては、その後に補足的に論じることにする。

II 判決手続において、および確定判決に基づく強制執行において生じる問題

1 判決手続で限定承認が主張され、認められた場合

(1) 判決主文

債権者が債務の履行を請求する訴えを提起し、訴訟係属中に被告（債務者）が死亡し、相続人が訴訟を承継した場合、または、訴え提起前に債務者が死亡し、債権者が相続人に対して相続債務の履行を請求する訴えを提起した場合のいずれであっても、相続人が限定承認をしたことを主張し、裁判所が原告の請求には理由があるが、限定承認がなされたことも認めたときの、判決主文のあり方が問題になる。この点、現在では、給付を命じるにあたって主文中に「相続財産の限度で支払え」という留保を付けるか否かが、まず論じられる。しかし、古い判例においては、その前に解決すべきもう一つの争点があった。

i 認容額

かつては、このような場合に裁判所は、債権全額の支払いを命じるべきではなく、まず債権者・原告が相続財産の限度で支払が可能な額¹⁾を主張立証し、裁判所はこの額の支払を命じるべきとの主張が、相続人・被告からなされることがあった。しかし、大判大正13年5月19日民集3巻215頁、大判昭和7年6月2日民集11巻1099頁、大判昭和11年3月20日新聞3968号18頁はこのような主張を退け、限定承認がなされた場合であっても、債務全額を認容するものとしており、現在ではこの処理が定着しているといえよう。限定承認は、相続人の責任を限定するものであって、債務額を減額するものではないから、実務に定着しているこの扱いが正当である。

1) 本文で次に紹介する大判昭和11年3月20日は、判決文中でこの額での弁済を「配当弁済」と称し、「相続財産ヲ積極ト消極トニ分チ其ノ価格ヲ計算シテ其ノ割合ニ応スル弁済」であるとしている。

ii 留保

そこで次に、判決主文に「相続財産の限度で」という留保を付けるか否かを検討する（以下本稿で単に「留保」というのはこのような留保である。また、留保の付いた判決を「留保付判決」、留保を付けるべきであるし付けることができるとの見解を「肯定説」、付けるべきでないとの見解を「否定説」という）。

否定説は、少数説であるが、責任と債務は別であり、したがって債務の存否について審判する判決手続において、責任について判断することはないということ、その根拠とする²⁾。

このような見解とは別に、限定承認がなされると相続財産が法主体になるという考え方がある³⁾。この考え方を前提にすれば、相続債務の債務者は法主体である相続財産であり、責任の範囲は債務者すなわち相続財産のすべての財産に及び、かつこれを超えることはないことになる。したがって判決に留保を付ける必要がない、あるいは付ける意味がないということになるはずである⁴⁾。

しかし、前掲大判昭和 7 年 6 月 2 日は留保を付けており、当時の判例批評等

-
- 2) 長山暉根「相続の限定承認に於ける給付判決の主文と強制執行との関係——判例に対する若干の疑問——」司法協会雑誌 22 巻 10 号 409 頁以下、とくに 415 頁以下、420-421 頁、422 頁 (1943 年)。
 - 3) 磯村哲「債務と責任」谷口知平=加藤一郎編『民法演習Ⅲ (債権総論)』9 頁以下 (有斐閣、1958 年)。山木戸克己「判批」判タ 294 号 92 頁 (1973 年) は、相続財産は独立した包括的な特別財産すなわち財団をなしているとみている。
 - 4) しかし、前注に引用された山木戸教授の判例批評では判決主文の留保に言及されていない (判例批評の対象になった判例ではこの点が問題になっていない)。また磯村教授は、判決に保留を付けるべきか否かについては、態度を明確にしておられない (磯村・前掲注 (3) 9-10 頁)、文脈からして、留保を付ける扱いを是認していると思われる。ただし、稲田龍樹「限定承認を認めた留保付判決の効力——最高裁昭和 49 年 4 月 26 日判決をめぐって——」判タ 391 号 26 頁注 (1) (1979 年) は、磯村教授、山木戸教授は留保の必要を否定していると述べている。

において多くの支持を得ている⁵⁾。そして、実務家の手による文献によれば、現在は留保を付ける実務が定着しているとのことである⁶⁾。

留保を付けるべきか否かは、限定承認の効果もしくは性質をどのように解するかという相続法上の基本問題、または債務と責任の関係をどのように解するかという民法法全体の基本問題に関わっている。これらは非常に重要で難しい問題であり、筆者は未だ必ずしも十分に検討しているわけではないが、ここでは筆者の現在の見解を示す。

まず、限定承認がなされた場合、相続財産が法主体になるという見解について考える。たしかに、相続人が不存在のとき相続財産が法人となることが、明文規定で定められている（民951条）。そして、限定承認がなされた場合も、相続財産の清算がなされるのであるから、現実には限定承認の場合に行われる処理と相続人不在の場合に行われる処理には共通するものがある。しかし、限定承認の場合は相続人が存在しているのであるから、責任の範囲に限定が付けられているとはいえ、相続人が相続財産を承継することになっているのであ

-
- 5) 穂積重遠「判批」判例民事法昭和7年度285頁、多田威美「判批」日法5巻3号62頁（1939年）、喜頭兵一「相続の限定承認と給付判決——大審院の一判例に付て——」司法協会雑誌13巻1号20-21頁、23頁（1934年）。別の判例の判例批評であるが、菊井維大「判批」『判例民事手続法』139頁（弘文堂、1951年。初出『判例民事法昭和15年度』）（以下では「菊井・前掲判批注（5）」と表記する）。戦後の文献としては、兼子一『増補強制執行法』51頁（酒井書店、1955年）、三ヶ月章『民事訴訟法（法律学全集）』155頁（有斐閣、1959年）、菊井維大『強制執行法（総論）』34頁、180頁（有斐閣、1976年）（以下では「菊井・前掲書注（5）」と表記する）。最近の文献も留保を付けるものとしている。たとえば、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法』588頁（弘文堂、第8版、2015年）588頁、中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義』471-472頁〔松本博之〕（有斐閣、第3版、2018年）、伊藤眞『民事訴訟法』222頁注（99）（有斐閣、第6版、2018年）。
- 6) 田尾桃二「相続の限定承認と給付判決に関する若干の考察・最高裁第二小法廷昭和49年4月26日判決を契機として」司研1974-II 23-24頁（以下では「田尾・前掲論文注（6）」と表記する）、同「判批」判解民昭和49年303頁（以下では「田尾・前掲注調査官解説注（6）」と表記する）、稲田・前掲注（4）25頁。

て、相続財産自体が法主体になっているわけではないと解することができる。

次に、債務と責任の関係である⁷⁾。責任の範囲は、その債権の実現可能性（攝取力）の限界であるから、債権の実体上の属性の一つであり、したがってそれは訴訟物であるということが出来る⁸⁾。そして、そうであれば、裁判所は、責任が制限を受けていると判断したうえで、給付を命じる判決をする場合、責任制限による留保を主文中でしておかなければならない。このことから筆者は肯定説を支持する⁹⁾。

なお、このように限定承認による責任制限が債権の実現可能性の限界を確定するものであれば、相続債務の履行を訴求された相続人が限定承認をしたことを主張するのは、抗弁である¹⁰⁾。

なお、限定承認がなされていても、相続債務の履行を請求する訴訟が相続財産管理人によって追行されているときは、留保は不要だと主張する学説があるが、このことは、留保が付かない判決による強制執行のさいに問題になること

-
- 7) 債務と責任一般については、たとえば、奥田昌道『債権総論』94 頁以下（悠々社、増補版、1992 年）参照。そのほか、兼子・前掲注 (5) 50 頁以下、磯村・前掲注 (3) 1 頁以下も参照。
- 8) 伊藤利夫「相続の限定承認に関する給付判決と強制執行——長山判事の所説を中心として——」司法協会雑誌 23 巻 2 号 55-56 頁（1944 年）、中野貞一郎＝下村正明『民事執行法』237 頁注 (2)（青林書院、2016 年）。兼子・前掲注 (5) 50 頁も、責任を債務の属性とみるが、そこから相続人の救済に関して引き出される結論は筆者の結論と異なる。
- 9) ただし、このような見解が全面的に支持されているわけではない。先に、長山暲根氏が債務と責任は別個であるとの見解を表明されたと述べたが、そのほかに、田尾・前掲論文注 (6) 23-24 頁が、限定承認は訴訟物でないとして述べ、小山昇「判批」判タ 314 号 114 頁、115 頁が、訴訟物は債権の存在と範囲と述べている。また、稲田・前掲注 (4) 29 頁は責任が債務の属性であっても、当然に訴訟物の構成範囲に入るわけではないと述べている。
- 10) 中野＝下村・前掲注 (8) 169 頁、237 頁注 (2)。田尾・前掲論文注 (6) 28 頁は、限定承認の主張は執行上の異議を事前に述べるものであって、本来の抗弁ではないという。また、稲田・前掲注 (4) 29 頁は、限定承認の主張は本来抗弁に準じるものというのが正確だと考えている。

なので、それを扱う3④で取り上げることにする。

(2) 留保付判決は全部認容判決か一部認容一部棄却判決か

相続債権者が、限定承認がなされたことを自認したうえで、相続債務の履行を留保付きで訴求した場合（実際にそのような場合もあり、4でその場合の問題を検討する）は別だが、留保を付けずに訴求し、相続人・被告の限定承認の抗弁が容れられて、留保付判決がなされたとき、請求額が全額認容されるとしても、原告である相続債権者が訴えをもって実現しようとしたことの全部が実現したとはいえない。このような判決が全部認容判決なのか一部認容一部棄却判決なのかについては、議論がある（認容額自体が請求額の一部であるときは、留保が付いていようがいまいが、一部認容一部棄却判決になることは当然である）。これが一部認容一部棄却判決であれば、本来主文中に「その余の請求を棄却する」との項目が付けられるはずだともいえそうである。しかし、留保付判決がなされた前掲大判昭和7年6月2日においては主文中にこの項目は付けられていない。これに対して、かような項目を付けるべきとする学説もある¹¹⁾。

この問題は、上訴の利益にも関連がある。すなわち、請求額全額の支払いが命じられても、下されたのが留保付判決であれば、相続債権者・原告は判決に不服を持つであろうし、それゆえ彼のために上訴の道が開かれていなければならない。なされた判決が一部認容一部棄却判決であるならば、債権者・原告に上訴の利益を認めることになんの障害もない。それに対して、この判決が請求の全部認容判決であるなら、債権者・原告に上訴の利益を認めることは、生硬な形式的不服説を前提にすると、難しい。ただし、これを全部認容判決とみても、留保付判決には債権者・原告に実質的に不利益な面があるので、上訴の利

11) 伊藤(利)・前掲注(8)63頁、多田・前掲注(5)62頁。なお、霜島甲一「判批」『民事訴訟法判例百選』(別冊ジュリストNo.5)138頁以下(有斐閣、1965年)もこの問題を提起している。

益を肯定するための理論構成は可能であろう¹²⁾。それゆえ、上訴の利益と留保付判決を全部認容判決とみるか一部認容一部棄却判決とみるかの問題の間に論理必然的な関係はない。しかし、一部認容一部棄却判決とみたほうが、簡明に上訴の利益を肯定できるということではできる。

さて、筆者のように、責任を債務の属性の一つとみる考え方に立てば、留保付判決は債権者の請求を全面的に認容したものではない。したがって、留保付判決は一部認容一部棄却の判決である¹³⁾。

ただし、一部認容一部棄却の判決の主文には通常「その余の請求を棄却する」という項目が付け加えられるが、実務では留保付判決にはこれを付けていないとのことである¹⁴⁾。たしかに留保付判決にかような項目を付け加えることには、違和感が感じられるかもしれない。なぜなら、「その余」とは通常請求中の認容された部分以外の部分（たとえば、請求額が 1000 万円で認容額が 700 万円の場合の、認容されなかった 300 万円）を指すが、留保付き判決においては債権者・原告の請求は数量的には請求のすべてが認容されているからである。しかし、無留保の請求は——相続債権者が明確に認識しているか否かにかかわらず——相続財産と相続人の固有財産の双方を責任財産として行われており、留保付判決は請求中の前者を責任財産とする部分を認容し、後者を

12) 上訴の利益については、個別的にこれを取り上げた文献もあるが、さしあたり、松本＝上野・前掲注 (5) 828-829 頁、中野ほか編・前掲注 (5) 637-638 頁〔上野泰男、伊藤（眞）・前掲注 (5) 720 頁以下を挙げておく。

13) 私見と異なり田尾・前掲論文注 (6) は、無留保の請求に対する留保付判決は一部棄却ではないとする。これは、田尾氏が、責任を債務の属性で、訴訟物を構成するものとは考えておられないからである。また、松本＝上野・前掲注 (5) 588 頁は、限定承認は債務を消滅させないから、「その余の請求を棄却する」という判断はできないと述べている。

14) 霜島・前掲注 (11) 139 頁、菊井・前掲書注 (5) 180 頁。稲田・前掲注 (4) 28 頁は、一部棄却の項目を付けることは定着した実務の取り扱いと衝突すると述べている。この論述から実務の扱いは分かるが、それが理論的に正しいかどうかを検証するのが、学説の任務の一つであろう。

責任財産とする部分を棄却するものである。そこで、この棄却の部分をも判決主文中に明記することができれば、判決主文が判決内容を明確に表示しているといえるであろう。しかし、無留保の請求が上に述べたように観念的には二つの部分から成っているとすれば、留保付判決はそのうち的一方だけを認容しているのであるから、とくに主文中に明記されなくても、他の部分を棄却していることは、論理必然的に明らかである。すなわち、留保付判決は当然に「その余の請求」を棄却しているのである¹⁵⁾。

なお、前掲大判昭和7年6月2日の事案は、家督相続人・被告から限定承認の抗弁が提出されたにもかかわらず、第一審、原審は無留保の給付判決を出し、相続人が上告し、上告審である大審院が原判決を破棄し、留保付判決を自判したというものであるが、大審院は「訴訟費用ハ各審級ヲ通シテ上告人〇（原文では実名——筆者）ノ負担トス」としている。訴訟費用は原則として敗訴者が負担するので（この事件の当時、旧民訴89条。現行民訴61条）、負担のさせ方から、大審院は相続人を全面的に敗訴、相続債権者を全面的に勝訴させた、すなわち判決は全部認容判決であったと解する余地もある。しかし、一部敗訴の場合でも事情によっては当事者の一方に全部を負担させることができるので（旧民訴92条但書。現行民訴64条但書）、訴訟費用の負担のさせ方から、大審院が留保付き判決を全部認容判決と一部認容一部棄却判決のいずれとみていたのかは、判断できない。

(3) 留保付判決にもかかわらず固有財産に執行がなされたときの救済

① 第三者異議の訴え 債務名義が留保付判決であるにもかかわらず相続人

15) 新堂幸司「責任限定を明示した給付判決の効力——『既判力に準ずる効力』と『既判力類似の効力（いわゆる争点効）』との関係を中心として——」『訴訟物と争点効（下）』16頁（有斐閣、1991年。初出『私法学の新たな展開』我妻栄先生追悼論文集（1975年）はおそらく筆者と同じことを述べているのであろう。

の固有財産に対する強制執行が行われたなら、それは執行債務者である相続人の責任外の財産に対する執行である。責任外の財産に対して行われた執行に対する救済方法は第三者異議の訴えであるから、相続人はこれを提起して執行を排除することができる¹⁶⁾。

第三者異議の訴えを認めることに対しては、相続人は執行手続上は執行債務者であって第三者ではないという理由で、これを否定する見解がある¹⁷⁾。たしかに、第三者異議の訴えを規定する民執法 38 条 1 項には「第三者」という言葉があり、また訴えの名称も「第三者異議の訴え」である。しかしそれは、債務者の責任外の財産への執行は通常第三者の財産に対する執行だからであり、債務者に帰属する財産でありながら当該債務について責任外の財産に強制執行が行われるという、例外的といえる場合に、債務者がこの訴えを利用する

16) 通説といえよう。たとえば、喜頭・前掲注 (5) 22-23 頁、伊藤 (利)・前掲注 (8) 59 頁、多田・前掲注 (5) 63 頁、小野木常「判批」論叢 42 巻 6 号 192-193 頁 (1940 年)、河本喜興之「判批」民商 12 巻 1 号 100 頁 (1940 年)、伊東乾「第三者異議の訴」中田淳一＝三ヶ月章編『民事訴訟法演習Ⅱ』143-144 頁 (有斐閣、1964 年)、中川善之助＝兼子一監修『実務法律体系 (7) 強制執行・競売』116-117 頁 [石川明]、(青林書院新社、1974 年)、石川明『強制執行法 (総論) 概論』174 頁 (鳳舎、1967 年)、西川佳代「紛争過程からみた提出責任——不執行の合意をめぐる二つの判例を契機として」名法 223 号 273 頁 (2008 年)、中野＝下村・前掲注 (8) 237 頁注 (2)、277 頁。

17) 法曹会決議大正 7 年 3 月 23 日法曹記事 28 巻 10 号 35 頁は、固有財産に対する強制執行に対する相続人の救済方法が第三者異議の訴えか方法異議 (旧民事訴訟法下の制度。現在の執行異議 (民執 11 条) にあたる) かという質問に、第三者異議の訴えについては本文で述べられた理由によって否定し、方法異議については、強制執行の方法が不法なわけではないとの理由で否定したうえで、この場合の救済方法は請求異議の訴えであるとした。また、既判力の基準時後に限定承認がなされた事例であるが、大判昭和 15 年 9 月 28 日評論 30 巻民法 25 頁、広島地姫路支判昭和 10 年 4 月 16 日評論 24 巻民法 763 頁も、相続人の救済方法は本文で言われているのと同様の理由により第三者異議の訴えではなく、請求異議の訴えだとした。ただしこれらの判例、裁判例については 5 を参照されたい。

ことをことさら排除するもの、すなわち債務者の原告適格を否定するものと考えべきではない¹⁸⁾。

②請求異議の訴え 限定承認による責任の制限が相続債務の実体法上の属性であるとの筆者の見解を前提にすれば、相続人の固有財産に対する執行は実体法上不当な執行であり、それがなされたときの相続人は「債務名義に係る請求権の存在又は内容について異議のある債務者」(民執35条1項)である。したがって、請求異議の訴えによってかかる執行を排除することも考えられる¹⁹⁾。

ただし、請求異議の訴えを認めることに対しては、以下の二点が問題になる。第一に、請求異議の訴えについては、周知のように、個別の執行行為に対する請求異議の訴えが許容されるか否かについて、判例上も学説上も見解が対立している(以下では、個々の執行行為に対する請求異議の訴えを許す見解を「許容説」、許さない見解を「非許容説」という)。この問題について従来学説上は非許容説が多数説であったが、最近は許容説が有力になっており、また、まさに限定承認による責任制限を視野に入れた折衷の見解も現れている²⁰⁾。自己の固有財産に対して強制執行を受けた相続人が提起する請求異議の訴えは、当該財産に対する強制執行(差押え)という個々の執行行為の排除を求めるものであると考えられなくもない。そうであるとしても、許容説を前提にすれば、それが許容されることに問題はないが、非許容説を前提にすると許容されないという結論になる。第二に、既に救済方法として第三者異議の訴えが認められ

18) 伊東・前掲注(16)143-144頁、中野=下村・前掲注(8)298頁。

19) 伊藤(利)・前掲注(8)58頁。

20) 中野貞一郎「請求異議訴訟の異形」『民事訴訟法の論点Ⅱ』225頁以下(判例タイムズ社、2001年。初出、判タ904号(1996年))はこの問題に関する重要な文献であり、それまでの判例・学説もこれに引用されている。本文で述べた折衷の見解も、中野教授がこの論文で主張している。

ているので、重ねて請求異議の訴えを認める必要はないということである²¹⁾。

第一点は、上述のように、許容説によれば、問題にならない。しかし非許容説によると、相続人が提起する請求異議の訴えは許されないであろうか。たしかに、留保付確定判決には執行力が完全に無いのではなく、したがってこれに基づく強制執行のすべてが不当執行であるわけではなく、ただ固有財産に対する強制執行だけが不当執行なのである。そうすると、相続人が提起する請求異議の訴えは当該財産に対する強制執行の排除を求めるものだという考えは、成り立つ余地がある。しかし、責任が制限された場合に、債務者が責任の範囲外の財産に対する強制執行全般の排除を求めて請求異議の訴えを提起することも——多くは、実際に個々の強制執行を受けたことが提起の動機になるのである——考えられないことではない。そのような請求異議の訴えであれば、非許容説の立場からも許されるものである²²⁾。

第二点について筆者は以下のように考える。たしかに、法が同じ目的のために複数の手段を設けると、法規制の内容が複雑でわかりにくくなる虞があることは、否定できない。このことから、一つの目的のためには一つの手段が設けられることが望ましいということも、一面の真理ではある²³⁾。しかし一方で、

21) 石川・前掲注 (16) 174 頁がこのことを請求異議の訴えによることを否定する理由の一つとしているようである。

22) 中野・前掲注 (20) 225 頁以下、とくに 232 頁以下、中野=下村前掲注 (8) 218 頁、219 頁* 3 は、基本的に非許容説に立ちながら、限定承認された場合の相続債務のような物的有限責任の場合の責任の範囲外の財産に対する強制執行を排除するための請求異議の訴えは許されると主張する (筆者が「折衷的見解」といったのも、それゆえである)。ただし中野教授が、請求異議の訴えが可能であると主張されるのは、債務名義に留保がない場合を念頭に置いてのことである。同教授は、留保のある債務名義に基づく強制執行に対する救済は第三者異議の訴えであると述べておられる。

23) ただし、簡易迅速な手続による救済と慎重な手続による救済、あるいは暫定的な救済と確定的な救済というように、目的は同じでも異なる特性を持つ方法を設けることは合理的である。しかし請求異議の訴えと第三者異議の訴えでは、本文でも次に述べるように、実際の手続にほとんど違いがない。

立法機関が、権利を侵害された者が疎漏のない万全の救済を得られる体制を整えようとした結果、救済のために複数の道が設けられることが絶対にあってはならないというわけではない。その結果複数の救済手段が設けられた場合、一つの救済手段があることが、他の救済手段を執ることの障害になってはならない。

以上により、筆者は相続人の救済として請求異議の訴えも認められると考える。ただし、請求異議訴訟と第三者異議訴訟とで審理の仕方に違いはないが(どちらも通常民事訴訟である)、この場合の第三者異議の訴えが、実際に行われた固有財産に対する強制執行の排除という、個々の執行行為の排除を目的としているのに対して、請求異議の訴えは——許容説の立場に立てば、必ずしも常にそうであるわけではないが——留保付判決に基づいて固有財産に対して行われる強制執行全般の排除を目的としている点で、両者は異なる。また両者は管轄も異なり、専属管轄である(民執35条3項・33条2項1号・38条3項・19条)。管轄に関していえば、相続人には、これらの裁判所のうち自分に都合のいい裁判所に訴えを提起することとも、結果として可能である。

2 判決手續で限定承認が主張されたが、認められなかった場合

この場合、請求自体に理由があれば、当然無留保の給付判決が出される。相続債権者がこの給付判決に基づいて相続人の固有財産に強制執行し、相続人が救済を求めたという事例は、管見の及ぶかぎり存在しないが、仮にそのような事案があったなら、相続人が執行を排除できないという結論に、異論はないであろう。

この結論は、筆者のように、責任を債務の属性であり、責任の範囲は訴訟物を構成すると解するならば、無留保の判決の既判力の作用として、責任制限の主張が遮断されるからである、と理由付けることができる。責任は債務の属性ではないとの立場に立つと、既判力による遮断が生じるとする説明は成り立たない。判決手續において限定承認の効力についての審理が行われ、かつそれが

否定されたのであるから、その主張の蒸し返しは信義則により遮断されると説明されることになろう。

3 判決手続で限定承認が主張されなかった場合

この場合、請求に理由があれば、当然無留保の給付判決が出される。この判決に基づき固有財産に対して執行がなされたとき、相続人は限定承認を理由として執行を排除できるか否かが、問題になる。排除のための手段としては請求異議の訴え、第三者異議の訴えが考えられ、それ以外に執行文付与手続での主張が可能であるとする学説もある。以下、これらにつき順次検討する。

①請求異議の訴え 大判昭和 15 年 2 月 3 日民集 19 卷 110 頁は判決理由中で、この場合請求異議の訴えが可能であると述べた。ただし、以下のような事情があるので、この判決により請求異議の訴えを認めることが判例になったということではできないと筆者は考える。

まず、この訴訟は請求異議訴訟ではなく損害賠償請求訴訟だった²⁴⁾。事案は以下のものである。この訴訟の前に相続債権者が相続人に対して被相続人に対する貸金返還請求の訴えを提起した(以下「前訴」という)。相続人は限定承認をしていたのであるが、前訴において相続人の訴訟代理人は限定承認の抗弁を提出せず、そのため無留保の給付判決が出された。この判決に基づき相続人の固有財産に対する強制執行が行われ、それが終了し、相続人は固有財産の所有権を失った。そこで、相続人が相続債権者に対して損害賠償請求の訴えを提起した。これが本件である。第一審および原審は、相続債権者は限定承認の事実を知ってはいたが、無留保の判決正本に基づいて執行するのは不当でないとして、損害賠償請求を認めなかった。相続人は上告し、上告理由中で、限定承認の公告がなされ(民旧 1029 条、民現行 927 条参照)、相続債権者も債権の配

24) 小野木・前掲注 (16) 191 頁、河本・前掲注 (16) 100 頁がこのことを指摘している。

当申し込みまでしていながら、固有財産に対する強制執行をしたことを非難し、「上告人ハ限定承認ヲナシタルコトヲ理由トシテ本訴強制執行異議ヲ唱ヘタルモノ」（民集 19 卷 114 頁。傍点筆者）だと主張した。本件は、前述のように、損害賠償請求訴訟であるからこの主張は誤りである。しかし大審院も、これに引きずられて、本件を「強制執行異議事件」としたうえで（判例集に記載された事件名もそうになっている）、「民事訴訟法第 545 条（現民法 35 条——筆者）カ異議ノ訴ヲ認メタルハ、不当ナル強制執行ノ行ハレサランコトヲ期スルモノニ外ナラサルヲ以テ、判決ニヨリ確定シタル請求カ判決ニ接着セル口頭弁論終結後ニ変更消滅シタル場合ノミナラス、判決ヲ執行スルコト自体カ不法行為ナル場合ニアリテモ、亦異議ノ訴ヲ許容スルモノト解スルヲ正当ナリトス。蓋シ此ノ場合ニ於ケル不法ハ、当事者カ判決ニヨリ強制執行ニ着手スルニ因リ、外部ニ顕ハレ始メテ異議ノ訴ノ原因トナルモノト解シ得ヘキヲ以テナリ」（民集 19 卷 115 頁）と判示して、破棄差し戻した。

要するに、前掲大判昭和 15 年 2 月 3 日は損害賠償請求訴訟事件であるから、判決理由中の請求異議の訴えを認めている点は、判決の結論を出すために必要不可欠であったわけではないので、傍論であり、そこに判例としての拘束力はない（民訴 318 条 1 項参照）。しかし、そうであるとしても大審院が、既判力基準時前になされ、前訴で主張されなかった限定承認に基づく請求異議の訴えを認める旨を表明したことに違いはない。この判決に対する判例批評をはじめ学説はこぞって、このことは既判力ないし当時の民事訴訟法 545 条 2 項（現民法 35 条 2 項）に反すると批判した²⁵⁾。筆者もこの批判は正しいと考える²⁶⁾。

ただし、この判決に対する判例批評の中には、相続債権者が、限定承認がな

25) 菊井・前掲判批注 (5) 139 頁、小野木・前掲注 (16) 191-192 頁、河本・前掲注 (16) 101-102 頁、薬師寺志光「判批」志林 42 卷 7 号 90 頁以下 (1940 年)。

26) 前注に引用の判例批評のほか、たとえば、菊井・前掲書注 (5) 231 頁、中野＝下村・前掲注 (8) 233 頁。しかし、遮断を認めない学説もある。山木戸克己「請求異議の訴」末川博編集代表『民事法学辞典下巻』1086 頁（有斐閣、増補版、1964 年）、三ヶ月章『民事執行法』102 頁（弘文堂、1981 年）。

されたことを知りながら、前訴で無留保の給付判決を求め、さらに相続人の固有財産に対して強制執行をしたことについては、消極的に評価し、大審院が相続人の損害賠償請求を認めなかった原判決を破棄し、差し戻したことは、結果において正しかったと述べるものもある²⁷⁾。

しかし、相続債権者の行動は不法行為といわれるほどに法的小および道義的に責められることであろうか。たしかに、債権者は相続人が限定承認をしたことを知っていたし、相続人側の主張によれば、配当申し込みもしていた。しかし、訴訟は権利・法律関係をめぐる当事者間の紛争の場である。また、相続人の権利・利益は本来相続人自身が限定承認の効果を主張して守るべきであり、かつそうすることは可能であった。さらに、限定承認は、いったんなされても取り消されたり (民 919 条 2 項)、法定単純承認となること、すなわち無効になることがあり得る (同 921 条 1 号・3 号)。これらのことを考慮すると、前訴において相続人が持ち出さなかった限定承認²⁸⁾を相続債権者がみずから持ち出さずに、無留保の給付判決を獲得したことも、相続人の固有財産に強制執行をしたことも、法的にも道義的にも問題ないと筆者は考える。また、相続債権者が一方で配当申し込みもしていたという、相続人の主張が真実であるとしても、限定承認は上述のように無効になることもあり得るので、相続債権者が併行して相続人の固有財産にも執行しておくことは、自己の権利・利益を守るための行動であり、とくに非難されるべきことではない。要するに、この事件における相続債権者の行動は、大審院がいうように、不法行為といえるものではない。

前掲大判昭和 15 年 2 月 3 日に関して、さらに筆者は、前訴が訴訟代理人によって行われていたこと (民集 19 卷 111 頁、114 頁) にも注目すべきと考える。この訴訟代理人が限定承認の抗弁を提出しなかったことは、私見によれば弁護

27) 小野木・前掲注 (16) 192 頁、河本・前掲注 (16) 103-104 頁。

28) 菊井・前掲判批注 (5) 139 頁が、相続人の懈怠もあると述べているのは、このことである。

過誤である。筆者は、相続人が相続債権者ではなく訴訟代理人に損害賠償を請求すれば、認容される可能性があったのではないかと考える²⁹⁾。

②**第三者異議の訴え** 留保付判決の場合は、限定承認をした相続人のための救済手段として第三者異議の訴えが可能である（1（3）①）。しかし留保の付かない給付判決が確定した後は、先行する訴訟の既判力の基準時前に行われた限定承認による責任制限に基づく第三者異議の訴えの提起を認めることは、妥当でない。

ただし、第三者異議の訴えについては、請求異議の訴えの異議事由の時的限界を定める民執法35条2項（旧民訴545条2項）に相当する規定がないため（民執38条、旧民訴549条参照）、この場合に責任制限の主張を遮断できるか否かが、問題になる。しかし、かような規定がないのは、第三者異議の訴えを提起するのは通常執行当事者でない文字どおり第三者であり、その者は債務名義が確定判決である場合、判決手續でも当事者になっていないので、前訴に関与しておらず、また前訴の判決の効力（既判力）を受けないからである。限定承認による責任制限のように、異議事由を主張する者が先行する訴訟の当事者になっている場合には、既判力の基準時前に生じていたことは、訴訟で主張できたはずである。それを判決確定後に主張して執行を排除しようとすることは、信義則上認められないという理由で、この主張を遮断することは可能であろう。しかしまた、先行する訴訟の判決手續で相続人が限定承認の事実を主張することが可能であったという事情は、請求異議訴訟に先行する訴訟で債務者が異議事由を主張することができたという事情と類似している。この類似性のゆえに、第三者異議訴訟における限定承認による責任制限の主張には民執法35条2項が類推適用されるという理由で、これを遮断することも可能である。そして、

29) 薬師寺・前掲注(25)97-98頁は、相続人はまず固有財産から弁済した分を相続財産から求償することができ、相続財産から求償できないとき、訴訟代理人から賠償を取ることができる可能性があるとして述べている。

筆者は、信義則のような一般条項に頼るのは、ほかに適用できる成文規定がない場合に限るべきであると考え。それゆえ、ここでは民執法 35 条 2 項の類推適用を理由付けに採用すべきである。

③執行文付与の手續での主張 学説の中には、責任が債権（請求権）の属性であることを認めながら、その存在、数額の確定に関係なく、執行の段階ではじめて問題になることを理由として、責任制限は判決手續で必ずしも主張する必要はなく、執行文付与手續で主張することができるとするものがある³⁰⁾。

たしかに、責任の範囲をめぐる問題が執行の段階ではじめて顕在化するというのは、そのとおりであるが、責任が債務の属性であるいじょう、無留保の給付判決が確定すれば、責任限定の主張は遮断されると解すべきである。

④相続財産管理人が相続債務の履行を請求する訴訟の被告となっている場合は、留保が必要ないとする見解 この見解の主張者の一人である伊藤利夫氏は、理由として、相続財産管理人が被告として訴訟を進行していることから、有限責任であることが明白であるということを挙げておられる³¹⁾。また、他の主張者である上野泰男教授は、この結論を次のように理由付けられる。すなわち、ドイツ法上は、日本の限定承認に相当する遺産管理（Nachlassverwaltung ドイツ民法〈BGB〉1975 条）による責任制限は、原則として、判決中に留保がなければ主張できないとされる一方（ドイツ民事訴訟法〈ZPO〉780 条 1 項）、この原則に対する例外として、相続財産管理人（Nachlassverwalter）等に対する判決においては、このような留保を必要としないと規定されていること（同条 2 項）が理由とされているのである³²⁾。

たしかに、相続財産管理人が被告として給付判決を受けるのは、限定承認

30) 兼子・前掲注 (5) 52 頁、伊東・前掲注 (16) 144 頁、石川・前掲注 (16) 174 頁。

31) 伊藤 (利)・前掲注 (8) 59 頁。

32) 上野泰男「判批」法雑 21 巻 3 号 110 頁以下 (1975 年)。

がなされた場合か相続人不在の場合であるから（民 936 条 1 項・952 条 1 項）、相続債務の責任が制限されていることが明白である。しかし、これまで繰り返し述べてきたように、責任制限は債務の実体法上の属性であるから、相続人自身が訴訟を進行している場合（実際には、相続人が一人の場合である）であれ、相続財産管理人が訴訟を進行している場合であれ（民 936 条 1 項）、相続人側が抗弁として主張しないかぎり、責任制限は手續に反映されない。現実には、相続財産管理人でありながら、限定承認による責任の制限を主張しないまま弁論を終結させるということはほとんどないであろうが、絶対にないとはいえない。その場合、ドイツ民事訴訟法 780 条 2 項のような規定を欠く日本法の解釈としては、相続財産管理人が留保のない判決を受けたときに、責任制限の主張が可能であるということとはできないと、筆者は考える。

4 相続債権者(原告)がみずから限定承認を認め、「相続財産の限度で」の支払を請求した場合

この場合、訴求債権の存在自体が認められれば、留保付判決が出される。それが確定した後、相続債権者が既判力の基準時に存在した法定単純承認事由（民 921 条 1 号・3 号）または限定承認の取消し（同 919 条 2 項）を主張し、あらためて留保のない給付判決を求めて訴えを提起することができるかが、問題になる。この点が争われたのが最判昭和 49 年 4 月 26 日民集 28 卷 3 号 503 頁である（この事件では法定単純承認事由が主張された）。よく知られている判例ではあるが、以下に事案の概要を示す³³⁾。

建物の所有権が代物弁済として A から B に移転し、さらに C が B からこれを譲り受けた。その後 A が破産宣告（当時）を受け、破産管財人 X が A から B への所有権移転を否認したが、C が善意の譲受人であったため、建物返還に代わ

33) 以下の概要の作成にあたり、民集に収録の第一審以来の判決書のほか調査官解説（田尾・前掲調査官解説注（6））も参照した。

る償還金請求として B に対して金銭の支払を訴求した (以下「前訴」という)。請求額と認容額については遅延損害金の計算が絡む複雑な問題が存在するが、以下では、限定承認の無効の主張が遮断がされるかという問題の検討のために必要でない事項は省略して紹介する。前訴の係属中 B が死亡し、相続人 Y_{1-4} は限定承認をし、 Y_1 が相続財産管理人になった。 Y_1 は訴訟を承継して、限定承認の抗弁を提出した。第一審は請求の一部を認めるとともに、限定承認の主張を容れ、留保付判決をした。X は金額の点で控訴するとともに、控訴審でみずから相続財産の限度で支払を求めるとの留保を請求に付した。控訴審は留保付判決をし、X、 Y_1 双方の上告、上告棄却を経て控訴審判決が確定した。ところが、前訴が上告審に係属中に X は Y_{1-4} を相手取り無留保の金銭の支払いを請求する訴えを提起した。それが本件である (以下「本訴」という)。再度の訴え提起の理由として X は、 Y_1 らが限定承認申述のとき相続財産の一部を隠匿し、悪意で財産目録に記載しなかったので、単純承認とみなされる (民 921 条 3 号) と主張した。本訴第一審は、「前訴の判決は B の相続人たる本訴の被告らに対しその効力を有する」ので、「前訴における確定給付判決が存在し、したがって特別の必要がないかぎり、再訴の利益はない」としたうえで、限定承認の無効の主張については、「前訴第二審口頭弁論終結時まで存在したはずの限定承認無効を主張しても、これを審理して前訴判決と異なる判断をすることは、前訴判決の既判力により許されないところである。……してみると、本訴請求中上記の確定判決の存する部分は訴えの利益を欠くから不合法として却下すべきである」と判示した。控訴審は第一審判決を引用して控訴を棄却した。X が上告したが、最高裁は以下のように判示して上告を棄却した。留保付判決確定後に、既判力の基準時前に生じていた法定単純承認事由を主張して、新たに訴えを提起することはできない。「けだし、前訴の訴訟物は、直接には、給付請求即ち債権 (相続債権) の存在及びその範囲であるが、限定承認の存在及び効力も、これに準ずるものとして審理判断されるのみならず、限定承認が認められたときは前述のように主文においてそのことが明示されるので

あるから、限定承認の存在及び効力についての前訴の判断に関しては、既判力に準ずる効力があると考えるべきであるし、また民法545条2項（現民訴法35条2項——筆者）によると、確定判決に対する請求異議の訴は、異議を主張することを要する口頭弁論の終結後に生じた原因に基づいてのみ提起することができることとされているが、その法意は権利関係の安定、訴訟経済及び訴訟上の信義則等の観点から、判決の基礎となる口頭弁論において主張することのできた事由に基づいて判決の効力をその確定後に左右することは許されないとするにあると解すべきであり、右趣旨に照らすと、債権者が前訴において主張することのできた前述のごとき事実を主張して、前訴の確定判決が認めた限定承認の存在及び効力を争うことも同様に許されないものと考えられるからである。」

この判決は、判決の効力の客観的範囲についての問題を提起するものとして、多数の判例批評および多くの文献で論じられている³⁴⁾。従来論じられている問題は大きく分けて二つある。一つは、本判決が限定承認の無効の主張を排除した真のないし正確な根拠は何かということである。より詳細に言えば、判決理由は、「限定承認の存在及び効力も、これ（訴訟物のこと——筆者）に準ずるものとして審理判断され」（傍点筆者）、「限定承認の存在及び効力につい

34) 判例批評として、池田彗男「判批」北園10巻2号191頁以下（1975年）、上野・前掲注（32）104頁以下、柏木邦良「判批」『民事訴訟法判例百選 [第2版]』（別冊ジュリストNo.76）238頁以下（有斐閣、1982年）、小山・前掲注（9）113頁以下、白井久明「判批」法研48巻7号119頁以下（1975年）、谷口安平「判批」判評193号32頁以下（1975年）、東松文雄「判批」『民事訴訟法判例百選Ⅱ [新法対応補正版]』（別冊ジュリストNo.146）328頁以下（有斐閣、1998年）、早川登「判批」名城25巻1号63頁以下（1975年）、水谷暢「判批」ジュリ590号（昭和49年度重要判例解説）113頁以下（1975年）、吉村徳重「判批」民商72巻4号97頁以下（1975年）がある。調査官解説として田尾・前掲調査官解説注（6）298頁以下、同・ジュリ570号77頁（1974年）がある。この判例を契機として公刊された論文には、田尾・前掲論文注（6）22頁以下、新堂・前掲注（15）1頁以下、稲田・前掲注（4）25頁以下がある。西川・前掲注（16）257頁以下もこの判例を考察の対象の一つとしている。

ての前訴の判断に関しては、既判力に準ずる効力があると考えらるべきである」(傍点筆者)という部分(以下「前段」という)と「民法 545 条 2 項によると……その法意は権利関係の安定、訴訟経済及び訴訟上の信義則等の観点から……許されないとするにあると解すべきであり」という部分(以下「後段」という)から構成されているが、前段の「これに準ずる」および「既判力に準ずる効力」というときの「準ずる」とはどのような意味か、ならびに、前段と後段はどのように関連しているのかということである。もう一つは、本判決が法定単純承認の主張を排除した結果に具体的妥当性があったかということである。

まず前者の限定承認の主張排除の根拠であるが、たしかに判決理由は不明瞭であり、わかりにくい³⁵⁾。しかしそれは、判旨がその根本において、責任は債務の属性でなく、それゆえ責任の範囲は訴訟物でなく、それについての判断に既判力が生じないと考えているからである。すなわちそのように考えているにもかかわらず、前訴での留保付判決に限定承認の無効の主張を遮断する効力を認めようとするから、その理論的正当性を説明するのが難しくなり、限定承認の存在、効力が訴訟物ではないがそれに準ずるものであり、それに関する判断について既判力は生じないがそれに準ずる効力が生じると説明しなければなくなるのである。しかし「準ずる」という言葉を使うと、説得力が弱まる虞があるので、判旨はさらに説得力を強化するために、後段で権利関係の安定、訴訟経済、信義則の力を借りたのであろう³⁶⁾。筆者のように、責任は債務の属

35) 稲田・前掲注 (4) 30 頁は、判決理由が「理論的には歯切れが悪い」と述べている。また、調査官解説自体が、判決理由には「明確さを欠く点がある」と認めている(田尾・前掲調査官解説注 (6) 306 頁)。

36) 調査官解説は、「私見によると本判決理由中第二点(本文中「後段」といわれている部分——筆者)が重視されるべきでないかと考えられる」(傍点筆者)と述べている(田尾・前掲調査官解説注 (6) 306 頁)。また、同じ調査官が執筆した論文では、既判力と失権的・排除的効力の相互の関係について「相互排除的な関係にあるのではなく、……相互に補完的な作用を営むことを認めたものと見うるのである」と述べている(田尾・前掲論文注 (6) 35 頁)。

性であるとの立場に立つならば、責任の範囲は訴訟物を構成し、裁判所のその点に関する判断である判決主文中の留保部分にも既判力そのものが生じることになる（準ずるのではない）。そしてそれによって限定承認無効の主張が明確に遮断されることになる³⁷⁾。

次に結果の具体的妥当性であるが、この判決の判例批評やこの判決を論じる論文の多くが結果の具体的妥当性を否定ないし疑問視している³⁸⁾。しかし筆者は、限定承認の無効主張の遮断は、当事者間の衡平を考慮すれば、妥当であったと考える。その理由を以下に説明する。

結果の妥当性を否定する理由としてまず挙げられるのは、相続財産の隠匿、悪意の財産目録不記載等の法定単純承認事由は相続人の生活領域内の事象なので、相続債権者には知られにくいということである。既判力の基準時に既に存在した事項でも、このように当事者がそれを知ることが困難な事項の主張を遮断するのは、妥当でないというのである。

しかし筆者はこの点次のように考える。法定単純承認事由が相続人の生活領域内の事象であるということは、たしかにそのとおりである。しかしながら、まずいえることは、当事者が証明しなければならない事実が相手方の生活領域内に存在するということが、必ずしも稀なことではない。そして訴訟が権利・法律関係をめぐる紛争の場であることを考えれば、相続債務をめぐる紛争の最中に相続人が限定承認をした場合、法定単純承認事由があるかを疑い、それに関する調査をすることを、相手方である相続債権者側に期待するのは、無理な

37) 責任を債務の属性とみる中野＝下村・前掲注(8)240頁注(8)は、主文中の留保部分に既判力が生じ、それによって限定承認無効の主張が明解に遮断されるとのべている。また、中田淳一「確定判決の失権効」『訴と判決の法理』29-30頁(有斐閣、1972年。初出『民事法の諸問題』末川先生還暦記念〈1953年〉)も、限定承認などによる責任態様の変更の主張は判決が確定すれば、遮断されると述べている。

38) たとえば、稲田・前掲注(4)31頁以下、小山・前掲注(34)113頁、谷口・前掲注(34)151頁、水谷・前掲注(34)117頁、吉村・前掲注(34)109頁以下、西川・前掲注(16)274頁。

ことではない。このように考えるのは、当事者に相手方に対する猜疑心を持つというに等しい。常に猜疑心を抱いて人に接することは、通常の世界生活における人間の生き方としては望ましくないかもしれない。しかし、紛争の場である訴訟は通常の世界生活とは異なる。そして、実際に前掲最判昭和 49 年 4 月 26 日の事案においても、最後には相続債権者側が相続人の悪意の財産目録不記載の事実を知ったのである。もし相続債権者側が早い段階で調査をしていれば、前訴の既判力の基準時にこの事実を知るに至った可能性は十分あった。

ただし、この調査のために、審理に負担がかかる可能性は否定できない³⁹⁾。しかし、ここで法定単純承認事由の存否を審理しておけば、後訴は提起されずに済み、結果的にはその方が効率的に紛争の適切な解決をもたらした可能性が大きい。さらに、当事者間の衡平の観点からすれば、限定承認の抗弁を提出した相続人は、抗弁への相続債権者側の対応によって審理が長引くという不利益を甘受しなければならない。これを一般論としていえば、当事者が、自分が提出した抗弁に対する相手方の合理的な対応によって審理に負担がかかり、訴訟が長期化することに不満を持つとすれば、それは身勝手だということである。

なお、前掲最判昭和 49 年 4 月 26 日の時期には規定がなかったが、現行民法が当事者照会の制度を設ける (民訴 163 条) などして、相手方の生活圏内の事象の解明をやりやすくしようとしていることも、現行法下でこの問題を検討するさいには考慮すべきである。また、立法論であるが、相続人が限定承認をしたときに、相続債権者が相続財産の状況について調査をしやすくするような制度、すなわち相続財産の開示制度を設けることも、検討されているのではないだろうか。

結果の妥当性を否定する理由としては、また、法定単純承認事由がありながら限定承認を主張した相続人の利益よりも相続債権者の利益を尊重すべきであ

39) 稲田・前掲注 (4) 36 頁はこのことを述べているのであろう。

るということも考えられる。相続人は真実義務に違反しているという指摘さえある⁴⁰⁾。その主旨は、嘘をついた相続人よりもその嘘を信じてしまった相続債権者の利益が保護されるべきだということであろう。しかし、相続人が相続財産の隠匿、悪意の財産目録不記載等を犯したということは、その点の審理が終わるまでは、断定できないはずである。法定単純承認事由があったという相続債権者側の主張のほうが虚偽ないし誤解に基づくものであった可能性もある。一方の当事者の主張だけに基づいていずれの当事者の利益を保護ないし重視するかを決めることは、公平でない。ちなみに、前掲最判昭和49年4月26日の事案ではこの点の審理がなされず、法定単純承認事由の有無は結局解明されずに紛争が終結した。しかし、それは前訴での審理が可能であったのに、相続債権者側が前訴手続にそのことを持ち出さなかったためである。

以上を要するに、筆者は、法定単純承認事由があったとの相続債権者側の主張を遮断する結果が具体的妥当性を欠いているとは、考えない。

ところで、前掲最判昭和49年4月26日の前訴は否認権の行使として破産管財人によって追行されたものである（後訴である本件もそうである）。破産管財人は、前訴で限定承認の抗弁が提出されると、おそらく法定単純承認事由の存否を調査するなどこれに対応をすることなく、みずから請求に留保を付けてしまったものと思われる。これは、破産管財人の注意義務違反となり、それによって財団の充実が害されたなら、すなわち、調査をしていれば、前訴で法定単純承認事由の存在を立証でき、かつ、相続財産の限度では債権額満額の弁済を受けられなかったときは、破産管財人は賠償義務を負うことになる（破85条1項・2項）と筆者は考える。

40) 稲田・前掲注(4)32頁。

5 既判力の基準時後に限定承認がなされた場合

この場合としては、債務の履行を請求する訴訟の係属中で、既判力の基準時後に被告（債務者・被相続人）が死亡した場合と、同人が訴訟係属の終了後に死亡した場合が考えられる。

いずれの場合でも、限定承認による責任制限の主張は既判力によって遮断されないで、固有財産に対して強制執行がなされたとき、相続人は救済として執行を排除することができる。その方法が問題になった事案は、管見の及びかぎり、大審院時代の判例が 2 件、下級審裁判例が 1 件ある。

大審院判例中の 1 件は大判昭和 10 年 10 月 14 日新聞 3909 号 7 頁で、相続人の救済は第三者異議の訴えによるとしている。

他の 1 件は大判昭和 15 年 9 月 28 日評論民法 30 卷 25 頁で、この判決にはいささか問題がある。事案は、相続人が第三者異議の訴えを提起し、第一審、原審はこれを認め、相続債権者が大審院に上告したというものである。上告審たる大審院は、この場合は本来「民事訴訟法 545 条（現行民執法 35 条——筆者）ニ依リ之カ排除ヲ訴求シ得ヘキコト、多言ヲ俟タサル所ナリ」（傍点筆者）とし、相続人が提起したのが第三者異議の訴えであることについては、相続人が「之（差押えのこと——筆者）カ排除ヲ求ムル本訴ニ及フト云フニ在ル事明白ナルカ故ニ、被告人（「被上告人」の誤植——筆者）ノ示シタル法律上ノ見解如何ニ拘ラズ、本訴ノ適法ナルヤ勿論ニシテ、原審カ……本訴不適法ナリトノ上告人ノ抗弁ヲ排斥シタルハ、其ノ措辞並法律上ノ見解共ニ当ヲ得サルモ……結局正当ニシテ之カ為原判決ヲ破棄スル要」はないとした。すなわち、この判決は、なんの理由も示さずに（「多言ヲ俟タサル所ナリ」）、正しい救済方法は請求異議の訴えであるとし、そのうえで、相続人は執行の排除を求めて第三者異議の訴えを提起しているのだから、同人が訴えに付けた名称や、その見解に誤りがあっても、請求異議の訴えとして認めることができるとしたのである。しかし、請求異議の訴えと第三者異議の訴えでは、たしかにどちらも通常訴訟であり、審理の仕方には変わりがないが、訴えとしては別であるから（両者の違いは 1

(3) ②で示した)、正しい救済方法が後者でなく前者であるという立場に立つならば、後者の訴えが提起されたときに、これを許容すべきでない。

1 件の下級審裁判例は広島地姫路支判昭和 10 年 4 月 16 日評論 24 卷民法 763 頁である。この判決はまず、限定承認により責任、すなわち強制執行の範囲が相続財産に限定されたのに、固有財産に強制執行が行われた相続人は「恰モ第三者ノ如キ地位ニ在ルヲ以テ」第三者異議の訴えを規定する民事訴訟法 549 条（現行民法 38 条に相当）を適用すべき観があるとしながら、第三者異議の訴えを認めなかった。その理由は、一つは、相続人は第三者でないということである。また、第三者異議の訴えであれば限定承認の事実が口頭弁論終結の前後を問わず認められるが、それでは請求異議の訴えの場合との権衡を失する。そこで判決は「請求権自体ニ付実体上ノ排斥の事由ヲ生シタル場合ニ準シ、同法第 545 条ヲ準用シ強制執行ノ排除ヲ求メ得ヘキモノト解スルヲ妥当トス」（傍点筆者）と判示した。

この場合も、固有財産に対する執行は責任財産への執行であり、かつ実体法上不当な執行であることは、既判力の基準時前に限定承認が行われ、留保付き判決が出された場合と同じである。したがって筆者は、相続人が執り得る救済方法は第三者異議の訴えと請求異議の訴えであると考ええる。

なお、執行開始後に債務者が死亡し、限定承認をした相続人は、限定承認申述受理証明書を民事執行法 39 条 1 項 8 号の弁済受領ないし猶予文書に準じる文書として執行機関に提出して、執行停止を得ることができる⁴¹⁾。

41) 西川・前掲注 (16) 277 頁。

Ⅲ 債務名義が確定判決以外のものである場合

1 確定判決と同一の効力を有する債務名義

確定判決同一の効力を有する債務名義には、和解調書、認諾調書、調停調書がある。和解と調停は当事者の互譲と合意によって成立するのに対して、認諾は被告が一方的に原告の訴訟上の請求である権利主張を認めることによって成立する。限定承認に関連して生じる問題の検討にあたっては、この違いによって異なる考慮が必要になる点があるので、以下ではまず和解調書、調停調書が債務名義である場合について検討し、次に認諾調書の場合について検討する。これらの検討は、考えられる事例ごとに順次行う（以下の①、②……の番号とⅡの 1、2……の番号は対応するものではない）。

①和解・調停調書に、相続人が「相続財産の限度で」給付をなすとの留保付きの給付義務が記載されたが、相続人の固有財産に強制執行がなされた場合

この場合、相続人には救済方法として請求異議の訴えと第三者異議の訴えが認められる。その理由は、留保付き確定判決の場合に同様の結論に至る理由（Ⅱ 1 (3) ①②）と同じである。

②和解・調停調書に、無留保で相続人の給付義務が記載され、相続人の固有財産に強制執行がなされた場合 この場合、相続人が、実は調書作成前に限定承認がなされていたと主張して、執行の排除を求めることができるかについては、否定する結論に異論はないであろうが、その理由付けは和解・調停に既判力を認めるか否かによって異なる。既判力肯定説に立てば、この場合の限定承認による責任制限の主張が遮断されるのは、相続人に無留保で給付を命じる確定判決がある場合に、同様の主張が遮断されるのと同じく、既判力の効力による（Ⅱ 3 ①②）。既判力否定説に立てば、既判力による遮断は考えられない。しかし、相続人が、和解ないし調停における交渉の過程で限定承認による責任制限を持ち出さず、強制執行の段階になってこれを主張することは、信義則上許されないとの理由で、この主張を排斥することができる。

③和解・調停調書に、相続人が「相続財産の限度で」給付をなすとの留保付きの給付義務が記載されたが、その後相続債権者が限定承認の無効（たとえば、法定単純承認事由の存在）を主張して、無留保の債務名義を得ようとする場合

和解・調停について既判力肯定説に立ち、かつ、留保付確定判決における責任制限に既判力が生じるとの立場に立てば、この場合の相続債権者の主張は既判力によって遮断される。

他方、和解・調停については既判力肯定説に立っても、留保付確定判決における責任制限には既判力が生じないとの立場に立つなら、相続債権者の主張が既判力によって遮断されることはない。和解・調停について既判力否定説に立っても、この点は同様である。しかし、既判力による遮断はないとしても、和解・調停の過程で限定承認を認めて、無留保の和解・調停（調書）を成立させた相続債権者が、限定承認の効力を否定しようとすることは、手続の安定を害し、また相続人側の和解・調停成立に対する信頼を裏切ることにもなる。したがって、信義則によって前述の主張は遮断される。

ただし、前掲最判昭和49年4月26日が、債務名義が確定判決である場合に、相続債権者の同様の主張を遮断したのに対して、学説の多くが具体的妥当性の観点から批判的であったことを考えると、和解・調停調書の場合にも相続債権者の主張を遮断することに対して同様の批判が提起される可能性がある。しかし筆者自身は、既に述べたように（Ⅱ4）、前掲最判昭和49年4月26日に具体的妥当性の点で問題があるとは考えておらず、債務名義が和解・調停調書であっても、この点は同じである。

④無留保の和解・調停調書の作成後に限定承認が行われたが、固有財産に対して強制執行が行われた場合　和解・調停調書作成後の限定承認とは、調書作成に関わった債務者が死亡し、相続人が限定承認をすることである（理論的には、相続開始後、相続人と相続債権者の間で和解・調停調書が作成され、作成後に相続人が限定承認をするということもあり得るが、相続人が限定承認することができる原則3ヶ月〈民915条1項〉の間にこれらのことがなされると

いう事態は現実にはほとんどないであろう)。この限定承認後に固有財産に対して強制執行が行われたなら、相続人が執行を排除できるのは当然である。排除の方法であるが、この執行は債務者の責任外の財産に対する執行であるから、第三者異議の訴えが、また実体法上不当な執行であるから、請求異議の訴えが、並列的に認められる。

⑤無留保の請求に対して限定承認をした相続人が請求自体は争わないが、留保付きの認諾をすることの可否　認諾は被告の一方的意思によって訴訟を終了させる行為であるから、条件を付けるなど、中間的で不明確な認諾は許されない。しかし、請求金額の一部につき行う認諾のように、請求の量的一部に対する認諾は可能であると解されている⁴²⁾。請求に物的責任制限を付けて認諾するのも、数量的な一部を認諾するのも、請求を部分的に認諾するという点で共通しているようにみえなくもない。しかし、数量的な一部の認諾においては認諾された部分とされていない部分が明白に分けられるのに対して、留保付認諾においてはそうではない。このことから筆者は、無留保の請求に対して留保付認諾をすることは認められないと考える。

⑥留保付請求に対して相続人・被告が請求を認諾したところ、固有財産に対して強制執行が行われた場合　この場合には、相続人に強制執行の排除が認められるべきであり、そのためには第三者異議の訴えと請求異議の訴えが並列的に認められる。

⑦留保付き請求に対して相続人・被告が請求を認諾した後、相続債権者が限定承認の無効を主張して、無留保の債務名義を得ようとする場合　この場合は、③の留保付きの和解・調停調書が作成された場合と同様であり、筆者は相続債権者は無留保の債務名義を得ることはできないと考える。

42) 中野ほか編・前掲注 (5) 428 頁〔河野正憲〕。

2 執行書証

執行証書を債務名義として行われる強制執行についても、考えられる事例ごとに順次検討する。

①相続開始後に相続債務について作成された執行証書の執行受諾約款中に「相続財産の限度」での受諾が明記されていたにもかかわらず、相続人の固有財産に強制執行がなされた場合 この場合には相続人に救済方法として第三者異議の訴えと請求異議の訴えが認められる。その理由は債務名義が留保付き確定判決である場合、および確定判決と同一の効力を有するものである場合と同様である（Ⅱ 1 (3)、Ⅲ①）。

②執行証書に無留保の執行受諾約款が記載され、相続人の固有財産に強制執行がなされた場合 この場合、相続人が、実は執行証書作成前に限定承認がなされていたと主張して、執行の排除を求めることができるかが、問題になる。執行証書には当然既判力がないので、相続人の主張が既判力によって遮断されることはない。しかし、限定承認をしていながら、執行証書作成時にこれを持ち出さず、固有財産に対する執行が行われてからこれを主張するのは、具体的事情にもよるが、信義則に反する可能性が高く、したがってこのような主張は信義則上排斥されるであろう。ただし、相続人がこのような主張をすることが信義則に反しない特段の事情があるときは、執行の排除を求めることができる。この場合に相続人に認められる救済方法は第三者異議の訴えと請求異議の訴えである。

③執行証書の執行受諾約款中に「相続財産の限度」での受諾が記載されたが、その後相続債権者が限定承認の無効を主張して、無留保の債務名義を得ようとする場合 債務名義が確定判決または確定判決と同一の効力を持つのであれば、前述のように、筆者は、このような場合、相続債権者の主張は遮断されるところと考えている（Ⅱ 4、3③⑦）。しかし、執行証書の場合は確定判決等の場合と同様には考えられない。なぜなら、判決手續においては慎重な審理がなされ、和解・調停手續においても、個々の事件によって差はあろうが、和解であ

れば裁判所の、調停であれば調停委員会の関与のもとで、相続債権者と相続人間の交渉がなされているはずである。それゆえ、筆者は、当事者がそこで行わなかった主張はその後遮断されると考える——ただし、学説上は遮断に懐疑的な見解が有力である——。それに対して、執行証書の作成にあたっては、公証人の関与は形式的なもので、債権者、債務者間の権利・法律関係の実質的な審査は行われず、またこれらの者の間で十分な交渉がなされたという保障はない。これらのことを考慮すると、執行証書作成後に、相続債権者に限定承認の無効、とくに法定単純承認事由の存在を主張して、留保のない債務名義を得る道を遮断するのは適切でない。

具体的には、このようなケースでは、相続債権者としては無留保の給付を請求する訴えを提起することになるであろう。この訴えは、既に債務名義が存在していても、それが留保付きなので、訴えの利益を欠くものとはいえない（前掲最判昭和 49 年 4 月 26 日の一審判決は、留保付き判決があるのに無留保の給付判決を求めて提起した訴えにつき、訴えの利益を欠くとした）。ただし、相続債権者の主張が認められて無留保の給付判決が出されると、相続債権者は重複して債務名義を有することになる。相続債権者がそれを奇貨として二重の強制執行をしようとしたなら、相続人は請求異議の訴えによってかかる二重の執行を排除できる。

④執行証書作成後に債務者が死亡し、相続人が限定承認をしたが、債権者が相続人の固有財産に対して強制執行をした場合　この場合の相続人が執りうる救済方法は第三者異議の訴えおよび請求異議の訴えである。