

遺産分割の審判を本案とする審判前の保全処分における被保全権利の疎明

【文献種別】 決定／東京高等裁判所

【裁判年月日】 令和3年4月15日

【事件番号】 令和3年（ラ）第646号

【事件名】 審判前の保全処分（遺産分割）申立却下審判に対する抗告事件

【裁判結果】 棄却

【参照法令】 家事事件手続法 105条・115条、民事保全法 23条

【掲載誌】 判時 2539号 36頁、判タ 1502号 96頁

◆ LEX/DB 文献番号 25594011

日本大学准教授 吉田純平

事実の概要

X（申立人・抗告人）はY（相手方）に対して、損害賠償請求を認容した確定判決に基づく金銭債権を有しているが、これを被保全権利として、Yが相続人となる被相続人Aの遺産について、債権者代位による遺産分割調停を申し立て、これを本案とする審判前の保全処分として、遺産である特定の土地（以下、「本件不動産」という。）につき、処分禁止の仮処分を求めた。

原審は、Xが金銭債権者であることから、本件不動産について係争物に関する仮処分（処分禁止の仮処分）の被保全権利を有しているとは認められないとして、本件申立てを却下した。これに対してXが抗告。

決定の要旨

抗告棄却。

「遺産分割の審判を本案とする審判前の保全処分は、同保全処分が本案の係属を要し、本案と密接に関連しているという、民事保全と異なる面を持つ特殊な保全処分であることから、その被保全権利（すなわち、Xの債権者代位の対象となっているY〔債権者代位権の被保全権利である金銭債権の債務者〕の有する権利）は、既存の権利ではなく、本案の終局審判で形成される具体的権利となる。したがって、審判前の保全処分においては、本案の終局審判で形成される具体的権利が認められる蓋然性、すなわち本案認容の蓋然性及び保全の必要性を要し、この本案認容の蓋然性は、保全処分の対象である権利関係が、本案手続において

具体的に形成される見込みがあることと解される。

そして、係争物に関する仮処分としての処分禁止の仮処分は、係争物についての給付請求権を保全するために発せられる仮処分であるから（家事事件手続法 115条、民事保全法 23条）、遺産分割審判前の保全処分としての、特定の遺産の処分禁止の仮処分の場合には、本案認容の蓋然性として、本案となる遺産分割の終局審判において、当該遺産（本件では本件不動産）につき同保全処分の申立人への給付が命ぜられる一応の見込みがあることの疎明を要するというべきである。

しかしながら、本件の申立書によれば、Xは、前記遺産分割調停における換価分割により、XがYに対して有する金銭債権を回収することを企図していることが認められ、同調停不成立後の審判手続移行後の終局審判で、本件不動産につき相手方への給付を命ずることとなる見込みについては何ら主張・疎明しておらず、むしろ、上記申立書の記載内容からは、同給付を命ずる内容の終局審判を全く想定していないことが窺える。

この点につき、Xは、Xが債権者代位権を行使して前記遺産分割調停を申し立てたことを根拠に、Xが本件不動産につき、遺産分割請求権や管理処分権を有していることをもって、被保全権利の疎明がある旨を主張するが、これでは前記3で説示した終局審判において相手方への給付が命ぜられる見込みがあることの疎明になっていないから、上記主張によっては、被保全権利の疎明があるものとはいえない。また、一件記録を精査しても、他に終局審判で上記給付が命ぜられる見込みを裏付ける事情は見当たらないから、本件におい

ては、本案認容の蓋然性についての疎明があるとはいえない。」

判例の解説

一 遺産分割請求権の代位行使の可否

本件で、Xは、Yを代位して遺産分割調停の申立てをしているが、このように相続人債権者が相続人が有する遺産分割請求権を代位行使することができるかは議論されてきた¹⁾。

代位権行使を否定する見解²⁾は、①債権者は、分割前でも相続財産に執行することができること³⁾、②債権者を分割協議に参加させることが不適切であること、③遺産分割の遅延により、相続財産は減少しないので代位行使の必要がないこと、債権者は相続財産を当てにして信用を与えていないこと、④家庭裁判所が債権の存在などの前提問題を判断することが不適切であること、⑤家事審判の特性から、債務者の意思を無視して代位行使できないことなどを根拠として挙げる。

これに対して、代位権行使を肯定する見解⁴⁾は、①代位権行使が債権保全のための唯一の手段である必要はないこと、②財産の減少は代位権行使に必要なこと、③家庭裁判所も遺産分割の前提問題について判断できる（最大決昭41・3・2民集20巻3号360頁）こと、④分割請求は審判手続を発動させるのみであるが、債権者がこれに参加して手続を進捗させる意義があることを挙げる。

当問題に関して公表されている裁判例は少ないが、たとえば名古屋高決昭43・1・30（家月20巻8号47頁）では、相続人の元妻が、同相続人の取得分の2分の1の分与を受ける旨の贈与契約上の債権を保全するために、当該相続人に代位して遺産分割の申立てをなすことを認めた。これによれば、「債権者代位権は債権保全のために債権者に認められた権利であって債務者の一身専属権とはみられない遺産分割請求権につき債権者の代位権行使は許されるべきものと解されるからである」⁵⁾。

二 遺産分割請求権の代位行使の方法

遺産分割請求権の代位行使が認められるとして、その行使として代位債権者は何をすることができるか。本件では、Xは、遺産分割調停の申立てを行って、このような手続の申立ては可能

であろうが、手続に当事者として主体的に関与して、交渉し、判断することが適切といえるかは疑問がある。たしかに、分割の対象は純然たる財産ではあるが、協議や調停での話し合いという観点では、遺産分割全体には関心がない代位債権者を手続に参加させることは手続の進捗の停滞や充実した話し合いを妨げるものであるから、基本的には手続への主体的な関与を代位権行使の対象とするべきではない⁶⁾。

なお、代位債務者は、代位権行使によっても代位された権利を行使することができる（民423条の5）ので、代位債権者がどのような形で権利行使をしようとも、自らは遺産分割のための手続において当事者となることができる。このことから、相続人自身が当事者として手続に関与する意思がある場合についても、代位債権者が手続の主体となることとはいえないであろう。相続人が主体的に行動しない場合には代位債権者が手続に関与する余地があるが、これは関与しようとする手続の種類によるところがある。

まず、遺産分割協議であるが、これは、相続人間の私的な話し合いであり、代位債権者が関与することが適切といえない。また、遺産分割は、民法906条によれば、遺産に属する物又は権利の種類及び性質、各相続人の年齢、職業、心身の状態及び生活の状況その他一切の事情を考慮してすることになるが、代位債権者がこれらの事情に通じていない場合には、なお代位債権者の関与は不適切といえる⁷⁾。

次に、遺産分割調停について、代位債権者は、申立てを行うことができるが、遺産分割の内容について代位債権者が決定する権限を有すること、他の相続人らと遺産分割について話し合うことには疑問が生ずる。ただし、代位債権者がこれをしていない場合には、相続人が調停における話し合いに応じたり、調停案に合意する可能性が低く、調停が不成立となり代位債権者の目的を達することができないことになる。

そして、遺産分割審判について、代位債権者は、申立てをすることができることはもちろん、当事者として主張立証活動をすることができるといえる。代位債務者である相続人が審判の結果を引き受けなければならないことは、上述の通り、その意思があれば自身が手続の主体となることができることによって正当化される。

三 審判前の保全処分

家事事件手続法 157 条によれば、法定された特定の種類の事件において審判前の保全処分をなしうる（家事 157 条 1 項乃至 4 号、175 条 1 項、187 条 1 号・2 号、200 条 1 項）。遺産分割の調停・審判に基づく強制執行を保全するため、仮差押え、仮処分その他の必要な保全処分を命ずることができる（家事 200 条 2 項）。それぞれの処分については民事保全法が準用される（家事 115 条、民保 23 条）。

審判前の保全処分は、家事審判又は家事調停事件が係属している場合に申し立てることができる（係属要件・家事 105 条）。

審判前の保全処分の発令要件としては、①本案認容、すなわち一定の具体的な権利義務の形成がなされることの蓋然性、と②保全の必要性がある⁸⁾。遺産分割審判事件でいえば、①保全処分の内容に符合する遺産分割が行われる蓋然性が高いこと、②強制執行の保全や事件の関係人の急迫な危険の防止のために認められる⁹⁾。

四 民事保全手続における当事者適格

審判前の保全処分についても、本案である手続が観念され、これに付随する処分である。本件では、代位権行使によって遺産分割調停を申し立て、これを本案とする審判前の保全処分として、遺産である不動産について係争物に関する仮処分を申し立てたものである。保全処分の当事者という観点からみると、保全されるべき権利、本件では本件不動産の登記請求権の主体ではない者による保全の申立てがなされているようにみえる。そこで、保全手続における当事者適格について概観し、本案手続の主体と保全手続の主体の関係について確認する。

保全命令手続においても、当事者には、当事者能力、訴訟能力のほか、具体的な事件について当事者適格を持たなければならない。では、保全手続における当事者適格の判断をどうするか。従来は、保全訴訟の訴訟物という概念を立て、これを構成する被保全権利と保全の必要性という 2 つの観点から当事者適格を考えるとされていた¹⁰⁾。これに対して、基本的には被保全権利との関連で当事者適格を考えればよい、すなわち、被保全権利との関係で適切な当事者が定まるのであり、その当事者について保全の必要性があるか否かが実

体的な審理の過程で明らかにされれば足りるとする見解もある¹¹⁾。これによれば、保全命令手続の正当な当事者は、原則として本案手続の正当な当事者と一致する。そして、保全執行手続の正当な当事者は、保全命令の執行力が及ぶ者である。

五 本案手続の当事者以外の者による保全手続

本案手続の当事者が、原則として保全手続において当事者適格を有するところ、本案手続の当事者以外の者が保全手続において当事者適格を有しうるか。民事保全は、本案手続と緊密な関係（付従性など）があるので、本案手続の当事者以外の者が保全手続で当事者適格を有することは原則としてないといえる。

1 本案手続の当事者以外の者による保全命令の申立ての可否

強制執行を保全するための民事保全（仮差押え、係争物に関する仮処分）については、強制執行の債権者とならない者が、それを保全するための民事保全を申し立てることに必要性が認められないので、否定されるのが当然といえる。ただし、自らが、被保全権利について強制執行をすることができる地位にある者は、本案手続の原告ではなくとも保全命令の申立てをすることができる。たとえばサービサーによる保全命令の申立てがある。訴訟担当が認められる場合にこれが一般的に認められるわけではなく、あくまで強制執行を保全する場合には、自らが強制執行をすることができる場合でなければならない。

2 本案手続の当事者以外の者に対する保全命令の申立ての可否

本案手続の当事者以外の者に対する保全命令の申立ては、基本的には認められない。なぜなら、保全債務者は、保全処分により所有財産の処分について拘束を受けるなどの不利益を被るが、本案手続を通してこれを除去することになる（たとえば債権者が本案を提起しない場合には、起訴命令の申立てをすることができる。民保 37 条 1 項、2 項）ところ、本案被告以外の者を債務者とする保全命令を認めると、自らはその努力をすることができず、他人（本案被告）の訴訟追行の結果によって不測の損害を被る可能性があるからである。これに対して、本案の裁判の効力の拡張を受ける者は、保全債務者となりうる余地がある。たとえば、株主が会社を被告とする取締役の選任決議取消しの

訴えを本案として、当該取締役の職務執行停止の仮処分を申し立て、また、相続人が受遺者を被告とする遺言無効確認訴訟のために遺言執行者を債務者とする職務執行停止の仮処分を申し立てることがありうる。

3 本案手続の当事者の保全手続の当事者からの排除の可否

以上のように本案手続以外の者が保全手続の当事者となることを認めると、本案手続の当事者を保全手続の当事者から排除することになるが、民事保全の本案への付従性から、本案の当事者が保全の当事者とならないことは、可能な限り避けられるべきである。本件のような遺産分割請求権の代位行使に際しては、やはり保全手続においても相続人が手続から排除されることは適切ではない¹²⁾。

六 本決定の保全処分の構造と判示事項

1 代位権行使の構造

代位債権者であるXの債務者Yに対する金銭債権が(代位の)被保全権利として、Yが相続人となる被相続人Aの遺産について有する遺産分割請求権を被代位債権とする。Aの特定の遺産についての給付請求権は、遺産分割請求権に含まれる権利で、実質的にはこれが被代位債権となる。

2 審判前の保全処分(処分禁止の仮処分)の構造

本案は、Xが申し立てる遺産分割調停として、被保全権利をYが遺産である不動産について有する登記請求権とする。なお、本件の一審は、原告人が金銭債権者であることから上記土地について係争物に関する仮処分(処分禁止の仮処分)の被保全権利を有しているとは認められないことを理由に、本件申立てを却下した。これは、Xの申立てのようにXがYに対して有する金銭債権を被保全権利としているが、本決定はこれを正しく改めたものである。

そのうえで、本決定は、本案認容の蓋然性として、本案となる遺産分割の終局審判において、当該遺産につき同保全処分の申立人(本件では、相手方であるY)への給付が命じられる一応の見込みがあることの疎明を要求する。Xのような代位債権者にとってこの疎明は困難な場合もあるといえるから、代位債権者による保全の申立てを困難にするかもしれない。

3 保全処分の当事者

本決定は触れていないが、本件は、本来は債務者たる相続人が申し立てる保全処分を代位債権者が保全の申立てをしている点で、上記の保全の当事者適格の問題があるといえる。ただし、審判前の保全処分には係属要件があるために、すでに本案たる調停の申立てが代位債権者によってなされており、本案の申立人と保全処分の申立人が同一であるため外見上この問題は生じていないようにみえるのみである。

●—注

- 1) 久保宏之「遺産分割請求と債権者代位権」『高木多喜男先生古稀記念論文集 現代民法学の理論と実務の交錯』(成文堂、2001年)329頁以下の整理による。
- 2) 高木多喜男『遺産分割の法理』(有斐閣、1992年)205頁など。
- 3) 強制執行ができるにもかかわらず債権者代位権行使の方法をとることについては、手続に関与して許害的な財産分与を阻止することや、具体的相続分が法定相続分が多いために債務者たる相続人により多くの財産を相続させる目的などが考えられる。
- 4) 井上哲夫「債権者代位による遺産分割申立ての可否」判タ688号123頁以下など。
- 5) そのほかに、名古屋高決昭47・6・29家月25巻5号37頁は、代位行使を認めず、贈与契約の履行は訴訟事項であって審判事項ではないことから、いったん相続人に分与してから、その贈与契約の履行として相続人から債権者に対して贈与させべきとした。
- 6) 篠清「遺産分割の手続」小山昇ほか編『遺産分割の研究』(判例タイムズ社、1973年)473頁。
- 7) 上述の昭和43年名古屋高決の事案では、代位権を行使したのは相続人の元妻であり、相続人の状況について比較的よく知っているといえ、このような場合には手続への関与が正当化される。
- 8) 岡部喜代子「審判前の保全処分を巡る諸問題」判タ1100号572頁。
- 9) たとえば、遺産の分割の対象となる不動産を相続人の1人が自己の単独名義に登記を移転したうえで第三者に売却しようとしている場合である。金子修編著『逐条解説家事事件手続法(第2版)』(商事法務、2023年)342頁。
- 10) 西山俊彦『新版保全処分概論』(一粒社、1985年)25頁。
- 11) 瀬木比呂志『民事保全法〔新訂版〕』(日本評論社、2014年)70頁以下。
- 12) 本件で、すべての相続人が保全手続の当事者となることが要求されるわけではないが、すくなくともYは当事者となるべきであろう。