

危急時遺言の確認における、真意に出たものであるとの心証の程度

【文献種別】 決定／東京高等裁判所

【裁判年月日】 令和2年6月26日

【事件番号】 令和2年（ラ）第560号

【事件名】 遺言確認申立却下審判に対する抗告事件

【裁判結果】 取消、認容（確定）

【参照法令】 民法976条、家事事件手続法209条・214条・別表第1の102の項

【掲載誌】 判時2477号46頁、判タ1485号109頁、家判31号51頁

◆ LEX/DB 文献番号 25569562

関西大学教授 松尾知子

事実の概要

本件は、深刻な病状で入院中の遺言者Cがした危急時遺言について、証人の1人Aが民法976条4項に基づき家庭裁判所による遺言の確認を求めた事案である。

1 Cの法定相続人は、夫、長女、長男B（抗告人）である。Cは、平成30年に入院して手術を受けた。入院前ほぼ寝たきりだったが、同居する夫と長女から十分な介護を受けられず、B夫婦の手配により上記入院に至り、退院後はEによる訪問看護を受けながらB宅に居住・療養していた。

2 その後、同年●月8日にG病院に入院した。同月1日E作成の診療情報提供書では、感染性心内膜炎（治療しないと致死率100%の重症疾患）の他、アルツハイマー型認知症と記載され、短期記憶障害があるようだが、会話はほぼ問題ない、とされている。だが入院当時には、重度の心不全となっており、また多臓器に障害が生じ、急激な病状悪化により日単位で命を落とす可能性があった。

3 G病院の医療記録やH主治医の陳述内容等によれば、同月9日には時間、場所の見当識障害はあるものの、会話が成立し、12日も概ね同様の状態であったが、15日には意識不鮮明となり、17日には血圧が低下し、敗血性ショックが疑われ、昇圧剤の投与等が行われた。その後18日には声掛けに頷く等の反応を示すようになり、本件遺言作成直前の19日10時45分頃には医師の質問に名前や生年月日を答えられる状態にあった。

4 同月3日にCの財産につきBから相談を受けたF弁護士は、6日の面談時に、C自身から、公正証書遺言作成への同意、「Bにすべて残す」

との遺言内容を確認した。その後手続に時間がかかる中で、18日にCの体調がよくないとの連絡を受け、念のため危急時遺言の手続を開始した。

5 行政書士A・I・Jの3人が証人となった。証人らが、19日11時過ぎにB・Fと共に病室を訪ね、Cに遺言作成につき大丈夫かと尋ねたところ、Cが頷いたため、B・Fは退席し証人らだけとなった。Cは、「誰に財産を相続させるか」との問いには「B」、「他の方はどうですか」との問いには「いない」又は「Bだけ」と答えた。すべての財産をBに相続させることでよいかとの確認、作成した遺言を見せた後の読み上げにも頷き、その後内容に問題はないかとの問いに「はい」と答えた。

6 本件申立を受け、同月23日家裁調査官がC本人と面談した。調査官訪問時に寝ていたCが起き、看護師退席後、遺言の手続をしたかと尋ねると「そう」と答えた。しかし、誰が立ち会ったか、どのような内容の遺言かとの問いにはきちんと答えられなかった。遺言内容を行政書士が聞き取ったのかと聞くと黙っており、違うのかという問いには頷いた。行政書士が作成し読み上げて確認したのか、聴き取りの場面だけ覚えていて遺言内容や立ち会った人は覚えていないのかと聞くと「はい」と言った。調査官が遺言を読み上げこれを作成したかと聞くと頷いた。遺言の作成につき誰か相談していたかと尋ねると、首を振り「寝てたからね」と言い、遺言者の財産をどうしたいかとの質問には「すべて終わればよい」と言った。

7 同日の神経内科医の診察によれば、簡単な質問は答えられるが判断が必要な課題には答えられないとのことであり、認知機能検査MMSEの結果では25点中4.5点の得点であった。

8 Cの死亡につき明確な日付はないが、「19日の●日後である●日には死亡」との記述がある。

9 原審は、「本件遺言の内容が単純であることを踏まえても、遺言作成時の遺言者の状態に照らし、遺言の趣旨や効果を理解したうえで、口授することができたというには、疑義が残るものであり、本件遺言が遺言者の真意に出たものとは認められない」として申立を却下した。19日のCの意思疎通に関する直接の消極的な言及もみられるが、23日の検査・面談の結果を踏まえ、「23日の遺言者の状態は、やや改善がみられるとしても、19日の遺言作成時の状態よりも悪化しているものとは考え難い」として、そこから19日の状態を消極的に評価している。原審申立人及び利害関係人であるBが即時抗告した。

決定の要旨

「家庭裁判所が危急時遺言の確認をするに当たっては、当該遺言が遺言者の真意に出たものであるとの心証を得る必要があるところ（民法976条5項）、この確認には既判力がなく、他方でこの確認を得なければ当該遺言は効力を生じないことに確定してしまうことからすると、遺言者の真意につき家庭裁判所が得るべき心証の程度については、確信の程度にまで及ぶ必要はなく、当該遺言が一応遺言者の真意に適合と判断される程度のもので足りると解するのが相当である」と一般論を述べた上で、認定事実に基づき総合的に検討する。概ね原審と同様の認定事実でありながら（事実の概要1と3は抗告審による補正後）、判断は異なる。証人とCのやりとりに関しては、証人の供述の信用性の高さ、自発的・的確な応答、再確認に対する肯定の意思の表示、CがFに遺言内容として述べたこととの一致を理由に、遺言の趣旨を理解した上で口授していることが窺われ、遺言は遺言者の真意に適合したものと考えられるという。他方、23日の検査結果に関しては、単純な遺言内容についてまでおよそ理解し得ない状態であったかは必ずしも明らかではない、また23日の面談結果に関しては、同日の状態がたまたま悪かったとも考えられ、遺言時に本件遺言の趣旨を理解し得る能力がなかったと決めつけることはできない、というべきだとし、遺言時19日の●日後には死亡しているのであるから、23日の検査・面談

結果をもって、19日の認知機能障害の程度を示すものとみることが相当でないとする。総合的検討の結果、「一応遺言者の真意に適合と判断される程度の心証は得ることができる」と結論付けた。

判例の解説

一 特別方式の遺言には、危急時遺言と隔絶地遺言があり、危急時遺言は、一般危急時遺言（民法976条）と船舶遭難者遺言（同979条）に分かれる。船舶遭難者遺言は、場面が限定されるため、件数は極少であろうが、一般危急時遺言は、死亡の危急に迫っていれば、公証人がいなくとも証人3人と共に、「口授」により遺言を作ることが可能である点で利用しやすく、実際、特別方式の中では件数の多い遺言となっている¹⁾。

二 1 起草者は、慣行であったこの種の遺言を法定の方式として旧法に採用するつもりはなかったが、日本には生前に遺言を作っておくという習慣がなく、死亡に際しこの種の遺言を採用しておかないと多くの遺言が無効になるとの懸念が法典調査会で示され、「遺言者の意思を確認する方法」に困難があるとして採用に反対する見解と、この困難を克服してでも採用すべきだとする見解が対立した。結果、採用となったが、遺言者の意思の確認方法についても議論が重ねられた。この点については、正半数に議長賛成により、遺言者の意思の確認を非訟事件手続として短期間に行うことにし、争いが生じた場合には訴訟事件になるという方向性をとることとなった²⁾。

その後、臨時法制審議会決議昭和2（1927）年12月1日の「民法相続編中改正ノ要綱」第16の2において、「特別方式ノ遺言ヲ為スコトヲ得ヘキ場合ヲ拡張シ且其効力ヲ認ムル条件ヲ緩和スル為メ民法ノ規定ニ相当ノ改正ヲ加フル」との提案もあったが³⁾、民法施行後、遺言者の真意の有無に関する紛争が絶えず、大審院の判例も少なくない事情等から、立法論として今一度慎重な考慮を払うべきであろうとの指摘もされている⁴⁾。

2 危急時遺言は、非訟事件である「確認」の手続を経る必要がある。一般危急時遺言なら、遺言の日から20日以内に、証人の1人又は利害関係人の請求により、家裁の確認の審判を受けなければならない（民法976条4項）。方式の緩和から

生じる弊害の除去のため、つまり、利害関係人により遺言者の真意が曲げられたり、真意でない遺言が作出されたりしないようにこの制度が設けられたのは、立法的経緯からも明らかである。

確認の審判は、遺言が遺言者の真意に出たものであるのかを判定するものである。裁判所は、その心証を得なければ、確認できない（同条5項）。起草者の1人梅委員も、その著書で、制度趣旨につき詳細に述べた上で、「裁判所ハ形式的ノ確認ニ非スシテ遺言カ遺言者ノ真意ニ出テタル心証ヲ得ルニ非サレハ之ヲ確認スルコトヲ得サルモノトセリ」「些少ニテモ遺言カ遺言者ノ真意ニ出テタルニ非サルノ嫌疑ヲ挾ムトキハ決シテ確認ヲ為スヘカラス」と真意の確保の重要性を説く⁵⁾。臨終時の口授遺言の採用を主張した尾崎委員は、法典調査会で、「遺言者ノ眞實ノ意思ニ出デタル心証ト云フコトハ是ハ裁判官ニドウシテ分ルカ分リ様ガナイ」と、現976条5項（旧1076条3項）の削除を求めたが、少数の賛成にとどまった⁶⁾。

三 確認の審判では、遺言が真意に出たものであるだけでなく、遺言に方式上・実質上の不備があるかも審理の対象となるのか。かつて大決大13・7・15（民集3巻317頁）は、証人が署名していないという方式不備がある事案につき、遺言が方式に適した場合に限り確認をすべきだとしたが、大決昭4・6・4（民集8巻578頁）が考え方を改め、証人の署名が自書であるかが争われた事案につき、方式不備の存否は審理の対象とはならないとした。戦後の下級審もこの立場をとるものが多い⁷⁾。だが、方式不備があっても確認し得ることを前提としながらも、方式不備が遺言書自体に表現されており、一見して遺言の無効が明白であるときは、確認をしても無意味であるから、申立を却下するのを相当とする東京高決昭42・4・19（家月19巻10号123頁）が登場し、この考え方が現在の判例・学説の多数のようである⁸⁾。もっとも、外形上明白な方式不備の場合に限らず、実質上重大な不備があり無効が明白な場合も、確認の申立を却下すべきだとする説もある⁹⁾。これによれば、15歳未満の者による遺言や内容が明白に公序良俗に反する遺言も含まれることになる。例示のものであれば、確かに「明白」である。

四 立法時の議論でも明らかのように、死亡の

危急に迫った遺言者の真意に出たものであるかの判断は極めて難しい。真意をめぐる判断では、意思能力の有無の問題として、遺言内容を理解して表示しているか、口授能力の有無の問題として、遺言者の真意を確かめ得たかが検討される。この点、遺言の際に理解能力・口授能力に欠け又は不十分であった場合には、真意に出たものであるかについて疑問が生じるのは当然であり、これらの存否につき審理を尽くす必要があるとして、確認をした原審判を取り消して差し戻した東京高決平3・11・20（家月44巻5号49頁）もある¹⁰⁾。本件でも、理解能力の程度が問題となっている。

ところで、確認の審判は遺言の有効性を確定するものではなく、最終的判断については既判力をもって効力を確定する判決手続に委ねることができるが、逆に確認の審判がされなければ、本来有効となるべき遺言も不成立となり、ゆえに効力を生じないという結果をもたらすことになる。危急時遺言の大部分はやり直しできないものである。そこで、確認の際の真意性の心証形成については、厳格な態度をとることは疑問であり、一応遺言者の真意に適うと判断される程度の緩和された心証で足りるとする見解が示されていたところ¹¹⁾、この見解に沿う事例が現れ¹²⁾、その後実務における多数派となっている。特に、東京高決平9・11・27（家月50巻5号69頁）と東京高決平20・12・26（家月61巻6号106頁）は、真意に出たものであるとの心証は「確信の程度」に及ぶ必要はないと明示的に述べ、申立を却下した原審判を取り消している¹³⁾。前記梅委員の立場を明確に否定するものである。本決定も、まさに同様の立場に立った上で、同程度の心証を得ることができるとした。ただし、原審も、『「一応本人の真意に適う」程度の心証で足りると指摘する点をも踏まえて検討しても」、判断を左右するものとはいえない、としていることに留意が必要である。原審と抗告審は概ね同様の認定事実でありながら判断は異なると先述したが、心証の程度につき同様の考え方を前提にしても、判断は異なるのである。まさに真意をめぐる事実の評価の難しさを物語る。

五 実際、本件の遺言時の理解能力の程度には疑問も感じられる。それでも確認をしておく方向に実務が流れるのは、やはり、最終的判断は訴訟に委ねるといった構造になっているからであろう。

確認の審判がされなければ、本来有効となるべき遺言も不成立となり効力を生じない、という重大な結果への懸念が大きいのではないだろうか¹⁴⁾。本件では、抗告審も理由とするように、①Bからの相談に端を発するものの、公正証書遺言作成を前提に事前にC本人が弁護士に遺言内容と同様の意思を表明していること¹⁵⁾、②証人は行政書士で、供述の信用性が高いことが判断に強く影響している他、明確にされていないが、③当時（確認手続の中で）他の相続人に争う姿勢がみられないことが、判断を決しているようにも思われる¹⁶⁾。抗告審の認定事実新たに新たに入れられた「同居する夫と長女から十分な介護を受けられなかった」との部分、遺言内容の合理性だけでなく、夫と長女が確認審判に無頓着であることも示唆する意図に思われるが、穿ち過ぎであろうか。現976条5項の削除を求めた尾崎委員が、法典調査会で、「妻ト子ガ甘ジテ是ナラバ遺言デゴザルト云フコトヲ甘ズレバ宜シイデハアリマセヌカ假リニ嘘ト見テモ誰レモ争ハ⁽²⁾ケレバ夫レデ宜シイデハアリマセヌカ」と述べていたことが想起されてよい¹⁷⁾。もっとも、東京高判平30・7・18（判時2397号24頁）のいうように、遺言者の筆跡と押印が残らない危急時遺言は、「法定相続人その他の利害関係人の全員が危急時遺言の場に立ち会うのでなければ、不正の温床となるリスクがあり、また確認の制度は、「利害関係人に対する手続関与の保障がな」く、「不正のリスクを排除する機能が不十分な制度である」ことは確かであり、制度のあり方に再検討を要すると思われる。

●—注

- 1) とはいえ、遺言の確認の新受件数は、戦後、各年ほぼ80～150件の範囲内で推移しているようである。司法統計「家事・令和2年度 2家事審判・調停事件の事件別新受件数 全家庭裁判所」<https://www.courts.go.jp/app/files/toukei/236/012236.pdf>(2021年9月11日閲覧)参照。制度として十分に定着しているとはいえない。
- 2) 法務大臣官房司法法制調査部『法典調査会民法議事速記録七』（商事法務研究会、1984年）639頁以下参照。
- 3) 前田達明編『史料民法典』（成文堂、2004年）1229頁参照。
- 4) 柚木馨『判例相續法論』（有斐閣、1953年）335頁。近時では、本山敦「家族法最新判例ノート第13回死亡危急遺言の問題」月報司法書士458号（2010年）53頁が、何らかの手立てを講じる必要がある、それとも、多くの国では採用されていない、せいぜい年100件の遺言など廃止してしまうかであるとする。
- 5) 梅謙次郎『民法要義卷之五』（有斐閣、1900年）302頁。
- 6) 前掲注2）『速記録七』694頁以下参照。裁判官にとって真に遺言者の意思であったことを確かめるのは難しいという指摘は他にもみられる。例えば686頁。
- 7) 仙台高決昭34・10・15家月12巻8号133頁、神戸家尼崎支審昭37・3・15家月14巻7号80頁等。学説では、木村健助「危急時遺言」中川善之助教授還暦記念『家族法大系VII』（有斐閣、1960年）191～192頁等。
- 8) 東京家審昭47・12・20家月25巻8号79頁、我妻榮＝唄孝一『相続法』（日本評論社、1966年）264頁、中川善之助＝泉久雄『相続法（第4版）』（有斐閣、2000年）544頁等。
- 9) 岡垣学『家事審判法講座第二巻』（判例タイムズ社、1967年）229頁以下、橘勝治「東京高決昭42・4・19判批」『家族法判例百選（第三版）（別ジュリ66号）』（有斐閣、1980年）244～245頁、松原正明『全訂判例先例相続法IV』（日本加除、2010年）279～280頁等。
- 10) 後掲注13）のように、この決定は、「確実な心証」を求めた結果、原審の確認の審判を取り消したが、加藤永一・民商107巻6号（1993年）138頁の分析では、明白な方式不備として処理する可能性も指摘される。方式不備が遺言書自体に表現されているとはし難いが、「実質上重大な不備があって遺言の無効が明白な場合」とはいえるかもしれない。「口授」を通して、方式上・実質上の不備の問題と真意性の問題は交錯しているようである。
- 11) 岡垣・前掲注9）233～234頁。
- 12) 大分家審昭50・6・23家月28巻7号57頁。
- 13) これより前の前掲東京高決平3・11・20では、逆に、「確実な心証」が求められ、確認の審判をした原審判が取り消されている。東京高決平9・11・27の原審、東京高決平20・12・26の原審と続く申立却下をみれば、実務はなお拮抗状態にあるといえるのかもしれない。
- 14) 近時の東京高判平30・7・18判時2397号24頁も同旨。そこから、確認の審判があったことを遺言の有効性を認める事情として重視するのは不相当であるとする。
- 15) 前掲東京高決平3・11・20では、「受遺者から」の依頼・資料に基づく、証人の問いかけに「頷くだけ」の作成過程等が問題となった。最判平11・9・14判時1693号68頁は、受益者の話だけをもとに作成した草案の読み聞かせに対する「はい」「よくわかりました、よろしく願います」との返答を口授と認めるが、遺言者自身による積極的表意のみられない遺言に効力を与えるのは疑問である（犬伏＝石井＝常岡＝松尾『親族・相続法（第3版）』（弘文堂、2020年）378頁〔松尾知子〕）。
- 16) 論理矛盾と思われるかもしれないが、訴訟として争われるような事案でも、さしあたり遺言として成立させておくために確認する方向となる。結局、実務は確認しておく方向に流れるようになっていようといえよう。ならば、確認制度の存在意義を問い、検認制度との関係において制度設計し直すべきではないか。
- 17) 前掲注2）『速記録七』644頁以下参照。