

判例研究

死亡危急者遺言の確認

早 野 俊 明

（東京高裁平成20年12月26日決定〔平20（ラ）1677号、遺言
確認申立却下審判に対する抗告事件－原審判取消・認容（確
定）原審：静岡家熱海出 平成20年9月12日審判〕家庭裁判
月報61巻6号106頁）

1 事実の概要

本件は、平成20年×月×日に死亡した遺言者Bの危急時遺言（本件遺言）について、証人となったA（本件申立人）から遺言の確認を求めた事案である。すなわち、Bは、長期入院をしていたが、平成20年初め頃に退院し、最後の住所地に所在する本件居室に住むようになり、Bの義姉であるDの世話になりながら静養を続けていた。Dは、本件居室を管理する〇〇の管理ディレクターAから紹介を受けたC弁護士にBの遺言書の作成について相談をしていた。同年×月×日頃、Bの容態が悪化したため、DはAに危急時遺言の作成を依頼し、AはC弁護士に相談し、遺言書の内容について聞いたうえで下書きを作成した。Aは、〇〇の職員であるEおよびFに遺言書の立会いを依頼し、同月×日午後、3人でBの居室に赴き、Bから遺言の内容の聴き取りを行った。

原審（静岡家審熱海出平成20年9月12日）は、さらに、次のような事

実を認定した。すなわち、AがBにDから依頼されて遺言書の作成に來たと伝えたところ、Bが「お願いします。」と答え、Aが「遺言書の内容を言ってください。書き取ります。」と言うと、「私の財産は、全部姉のDに贈りたい。もう一人の姉にはあげたくない。」などと答えたので、遺言の内容をメモした旨陳述し、また、Fは、Bが、身内がいらないからDに財産をあげたいと遺言の内容を言い、Aがそれを書き取って、Bに読み聞かせたところ、Bが頷いたが、その間、Bははっきり話をしていた旨陳述するが、他方、Eは、AがBに書面を読み聞かせたところ、Bは頷いたが、Bはあまり話せなかった旨陳述しており、各陳述の内容は一致しない。また、AがBからの上記聴き取りに際し、事前に作成した上記下書きをどのように利用したのかも不明である。Aは、Bからの上記聴き取りを終了した後、C弁護士に電話をかけ、遺言書の頭書の記載方法や立会人が証人として署名押印することを聞き、Aの部屋で遺言書を清書した。その際、Bからの上記聴き取りでは、Bが述べていなかった、C弁護士を遺言執行者に指定する旨の内容を遺言書に書き加えた。その後、A、E、Fは、Aが清書した上記遺言書に□□□の事務所で署名押印した。

以上のように認定し、「BがAにした遺言の口授の状況が明らかでなく、これに立ち会った証人E及びFによる本件遺言書の記載の正確性に対する承認に信頼できない点があること等、本件遺言書の作成経過に照らし、本件遺言書に係る遺言者の遺言が、遺言者の真意に基づいてされたものと認めるのは困難といわざるを得ない（なお、Aは本件遺言書を作成した後、その日のうちに一人でBの居室を訪ね、Bに本件遺言書を読み聞かせたところ、Bは、「よろしく。結構です。」と答えた旨陳述するが、遺言者の真意に基づく遺言を確保するために厳格な方式を定めた危急時遺言に関する規定の趣旨に照らせば、Aの上記陳述から直ちに、本件遺言書に係るBの遺言がその真意に基づいてされたものと認めることはできないといふべきである。）」として、本件確認の申立てを却下した。これを不服と

してAが抗告の申立てをしたのが本件である。

抗告審は、本件遺言の証人であるAおよびFは、Bが本件遺言の内容を話し、これをAが書き取り、書き取った内容を読み上げてBの確認を得た旨を述べ、EはBは話をしなかったと述べているものの、Aが遺言の内容を記載した書面を読み聞かせ、Bがこれに頷いたと述べていること、証人らの供述には微妙な違いがあるものの、証人となった3名がBとの間に特別の利害を有していることを示す証拠がないことから、「A及び〇〇の社員であるE、Fは、同月×日本件居室に赴き、BにDから依頼されて遺言書を作成しにきたと伝えたところ、Bは、その財産をすべてDに贈りたいと述べたので、Aは、これをメモとして書き取った上、このメモをBに読み聞かせ、Bの了解を得た。その後、Aは、本件居室から出てC弁護士に電話をし、遺言書の作成方法を聞いた上で、本件遺言書を作成し、A、E及びFは、本件遺言書の筆記が正確なことを承認し、証人として署名した。」と認定した。

2 決定要旨

「家庭裁判所は、危急時遺言が遺言者の真意に出たものであるとの心証を得なければこれを確認することはできないが、この確認には既判力がなく、他方でこの確認を経なければ遺言は効力を生じないことに確定するから、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ものと解される。」と説示し、本件遺言のうち、遺言執行者の指定に関する部分を除けば、これがBの真意に出たものであると認めるのが相当であるとして、原審判を取り消し、Bが本件遺言（ただし、遺言執行者としてC弁護士を指定した部分を除く）をしたことを確認すると判示した。

3 研 究

【1】周知のように、わが民法は、遺言者の遺言の真意を確保するため、

要式主義を採用し(民960条)、普通方式として、自筆証書遺言(民968条)、公正証書遺言(民969条)、秘密証書遺言(民970条)、特別方式として、危急時遺言(死亡危急者遺言[民976条]と船舶遭難者遺言[民979条])と隔絶地遺言(伝染病隔離者遺言[民977条]と在船者遺言[民978条])の7種の遺言制度を採用している。そして、自筆証書遺言・公正証書遺言・秘密証書遺言と隔絶地遺言については、遺言書それ自体のなかに遺言者の筆跡と署名押印、または筆跡あるいは署名押印を要求し、これに他の要件を加味することによって、その遺言が遺言者の真意に出たことの直截の証明手段としている⁽¹⁾。これに対し、危急時遺言については、死亡の危急に迫った者に厳格な方式の履践が期待できないため方式を緩和し、遺言者の口頭遺言を認め、遺言者の署名・押印を不要として、遺言書自体に上記証明手段を残していないため、家庭裁判所による遺言者の意思の確認という制度を設け、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なければ、これを家庭裁判所は確認できないものとした(民976条4項5項、979条3項4項)。方式緩和により、利害関係人が共謀し、遺言者の真意に反する遺言書を作成したり、あるいは遺言者の真意を誤聞曲解するなどの弊害を伴う危険があることから、この弊害の可能性を極力除去するためである⁽²⁾。本件は、公表判例が少ない⁽³⁾、死亡危急者遺言をめぐる事例である。

【2】本決定は、遺言者の真意に出たものであるとの心証の程度につき、「確信の程度に及ぶ必要はない」と明言した、東京高裁平成9年11月27日決定⁽⁴⁾(以下、「平成9年決定」とする)に続く、高裁として2例目の公

(1) 藤原昇治「遺言の確認の性質」『家族法の理論と実務』別冊判タ8号(1980年)379頁。

(2) 岡垣学「危急時遺言の確認」判タ150号(1963年)25頁。

(3) TKC 法律情報データベース『LEX / DB インターネット』判例データベース〔総合判例検索〕によれば、法条に「民法976条」と入力すると44件ヒットするにすぎない。そのうち、福岡高裁昭和46年8月30日決定と大分家裁昭和46年6月22日審判は同事案であるから、事件件数としては43件となる。

(4) 家月50巻5号69頁、判タ984号232頁。判例解説として、東條宏=小川理佳「危急時遺言が遺言者の真意に出たものであるとするには、一応遺言者の真意に適う程度の緩和された心証で足りるとされた事例」『平成10年度 主要民事判例解説』判タ1055号(1999年)168頁、小林崇「危急時遺言と確認手続」『家事関係裁判例と実務245題』判タ1100号(2002年)461頁がある。

表事例であり⁽⁵⁾、「確信の程度に及ぶ必要はない」遺言者の真意に出たものであると判断される具体的事実（遺言確認審判の審理対象〔範囲〕）を検討するに際し、参考となる、新たな一事例を加えるものである。また、本決定は、本件遺言のうち、遺言者が口述していない遺言執行者の指定に関する部分を除いて確認をしており、一部確認を認めた最初の公表判例でもある。

原審判は、遺言者が筆記者にした遺言の口授の状況が明らかでないこと、証人による本件遺言書の記載の正確性に対する承認に信頼できない点があること等、本件遺言書の作成経過に照らし、本件遺言書に係る遺言者の遺言が、遺言者の真意に基づいてされたものと認めるのは困難として、本件確認の申立を却下したのに対し、本決定は、証人らの供述には微妙な違いがあるものの、筆記者が遺言の内容を記載した書面を読み聞かせ、遺言者がこれに頷いたという点では証人らの供述が一致していること、証人となった3名と遺言者には特別な利害関係を有していないことから、遺言者の口授、証人の承認を含めて民法976条1項に従って遺言書が作成されたものであり、遺言者の真意に出たものであると認めるのが相当であるとして、原審判を取り消し、本件遺言を確認した。

本件では、遺言確認審判の審理対象とくに方式違反のある遺言が審理の対象となるのか、遺言者の真意に出たものであるとの家庭裁判所の心証の程度、そして、一部確認の可否が争点となる。

【3】本件の事実関係については、裁判書には詳述されておらず、必ずしも明らかでない点もあるが、とくに、原審判においては遺言書の作成経過

(5) 「遺言の内容が一応遺言者の真意であると認められるならば、遺言の確認を行うべきである」（大分家審昭和50年6月23日家月28巻7号57頁）、「遺言の確認は遺言が遺言者の真意に出たものであることを一応認定するに過ぎない」（福岡高決昭和46年8月30日家月24巻7号59頁、判時649号37頁。大判大正14年3月27日民集4巻126頁、大阪高決昭和31年2月23日下民7巻2号411頁、家月8巻4号41頁、仙台高決昭和34年10月15日家月12巻8号133頁、仙台高決昭和35年6月13日家月13巻6号147頁、東京高決昭和42年4月19日家月19巻10号123頁、判時487号43頁も同旨）とする判例も同趣旨と考えられるが、「心証の程度」として「確信の程度に及ぶ必要はない」とまでは明言していない。

に、本決定では遺言書の作成経過のほか、証人と遺言者との関係にも注目し、遺言確認の適否を判断した。一般に、家庭裁判所が遺言確認の適否を判断するためには、遺言書の作成経過、遺言者の遺言当時の病状・精神状態等、立会証人と遺言者との関係、遺産を取得する者と遺言者の身分関係・生活関係、遺言内容の合理性を基礎づける事情、遺言者の平素の行動や言動、家族の状況、資産の状態等の周辺事情について、家庭裁判所調査官による事実の調査を実施し、さらに必要があれば審判官が直接、立会証人、医師、看護師、親族等を審問し、あるいは証人尋問をして事実関係を明らかにするとされる⁽⁶⁾。これらの事実から、危急時遺言が遺言者の真意に出たものとの心証を得れば、確認の審判を行うこととなる。本件では、とくに遺言作成経過とくに遺言の方式に係る事実認定あるいはその評価が、原審判と本決定の判断を分けたように思われる。そうであれば、まず第1に、遺言確認審判において方式の適否が審理対象となるかが問題となる。そこで、遺言が遺言者の真意に基づくか否かが審理対象となることは明らかであるとしても、それ以外に、遺言の方式上あるいは実質上の適法性が審判の対象として審理の範囲に含まれるのか、すなわち、遺言に方式あるいは実質上の瑕疵がある場合にも遺言の確認をしなければならないかという点である。従前から議論されてきた古典的争点であるが、最高裁判所による判例は現在のところ存在しない。この点については、(A) 遺言が方式に適合しているときに限り、確認すべきであるとする説⁽⁷⁾、(B) 遺言が遺言者の真意によるものと認められる以上、方式上の瑕疵を理由とし

(6) 小林崇「遺言の確認」梶村太市＝雨宮則夫編『現代裁判法大系⑫〔相続・遺言〕』（新日本法規出版、1999年）229頁。

(7) 大決大正13年7月15日民集3巻317頁、大決大正14年3月4日民集4巻102頁。

て確認を拒否することはできないとする説⁽⁸⁾、(C) 外見上一見して無効であることが明白な場合には申立を却下できるが、そうでないときは確認の審判をすべきであるとする説、これはさらに (a) 外観上明白な方式上の瑕疵がある場合にも確認を拒絶すべきであるとする説⁽⁹⁾、(b) 実質上重大な瑕疵がある場合にも確認を拒否すべきであるとする説⁽¹⁰⁾に分かれ、(C) (a) 説が現在の判例・学説の支配的見解とされている⁽¹¹⁾。昭和50年以降の、遺言の方式上あるいは実質上の適法性が争点となった、公表された遺言確認審判に着目すれば、①遺言に際し、遺言者がすでに口授能力を喪失していたものと認められる事案につき、遺言者は、事前にその意向を受けて作成され署名押印もある遺言書案に指をのせて大きく頷き、さらに、右遺言書案の読み聞けを受けた後においても大きくうなずいてこれに同意の意思を表明しており、これらの行為をもって、口授に代わるものと解する余地がないわけではなく、遺言の有効、無効の最終的判断が訴訟手続きによってなされるべきであることを考えると、遺言の内容が一応遺言

-
- (8) 東控院決明治34年12月11日新聞67号8頁、大決昭和4年6月4日民集8巻578頁、大決昭和4年6月22日新聞3028号13頁、大阪高決昭和31年2月23日下民7巻2号411頁、家月8巻4号41頁、仙台高決昭和34年10月15日家月12巻8号133頁、仙台高決昭和35年6月13日家月13巻6号147頁、神戸家尼崎支審昭和37年3月15日家月14巻7号80頁、福岡高決昭和46年8月30日家月24巻7号59頁、判時649号37頁、東京家審昭和47年12月20日家月25巻8号79頁、大分家審昭和50年6月23日家月28巻7号57頁、東京家審平成11年8月27日家月52巻1号112頁、木村健助「危急時遺言」『家族法大系VII相続(2)』(有斐閣、1960年)192頁、加藤永一「遺言の判例と法理」(一粒社、1990年)53頁、中川淳「相続法逐条解説〔下巻〕」(日本加除出版、1995年)138頁、中川善之助=加藤永一編『新版 注釈民法(28) 相続(3) 遺言・遺留分〔補訂版〕』[宮井忠夫=國府剛](有斐閣、2002年)164頁など。
- (9) 大判大正14年3月27日民集14巻126頁、東京高決昭和42年4月19日家月19巻10号123頁、判時487号43頁、東京家審昭和47年12月10日家月25巻8号79頁、我妻栄=立石芳枝『親族法・相続法』(日本評論新社、1952年)572頁、我妻栄=根孝一『判例コンメンタル相続法』(日本評論新社、1966年)264頁、太田武男「危急時遺言の確認と遺言者の理解能力及び口授能力」リマークス1993(下)86頁、野田愛子=泉久雄編『注解 法律学全集19民法X〔相続〕』[清水節](青林書院、1995年)525頁、中川善之助=泉久雄『相続法〔第4版〕』(有斐閣、2000年)544頁など。
- (10) 加藤令造編『家事審判法講座 第二巻 相続関係』[岡垣学](判例タイムズ社、1965年)233頁、東京家庭裁判所身分法研究会編『家事事件の研究(1)』[綿引末男](有斐閣、1970年)345頁、橘勝治「遺言の確認と性質」『家族法判例百選〔第三版〕』(有斐閣、1980年)245頁、斎藤秀夫=菊地信男編『注解 家事審判法』[松原正明](青林書院、1987年)294頁、小林・前掲注(6)234頁など。
- (11) 加藤・前掲注(8)52頁。

者の真意であると認められるならば、遺言の確認を行うべきであるとした事例（大分家審昭和50年6月23日）⁽¹²⁾、②遺言が遺言者の真意に出たものであるかどうかは、心身ともに健全な人間の客観的、合理的判断力を基準として判断すべきではなく、遺言者が精神的・肉体的に能力の低下した状況にあっても、その自由な意思の表示である限りは当該遺言を遺言者の真意に出たものと認めるべきであるとした事例（大阪家審昭和51年7月9日）⁽¹³⁾、③遺言者の病状が極めて重篤で、遺言の趣旨を口授する能力を有していたか甚だしく疑問であるうえ、遺言書が遺言者の死亡時から約1週間後に作成されたものであることから、遺言者の死亡当時遺言自体が存在しなかったものとして、確認の申立を却下した事例（長崎家審昭和56年5月28日）⁽¹⁴⁾、④遺言の際における、遺言者の、遺言の趣旨を理解する能力およびその趣旨を口授する能力の存否につき、さらに審理を尽くす必要があるとして、遺言の確認をした原審判を取り消して差し戻した事例（東京高決平成3年11月20日）⁽¹⁵⁾、⑤遺言に際し、遺言者が止血のための脱脂綿を口中に含んでいて、発声が困難であった事案につき、遺言内容が極めて単純であること、遺言内容を記載した証人が以前から遺言者の遺言したい内容を承知していてその作成方法の助言などもしていたこと、遺言者は意識および遺言をしたいとの意欲や意思能力を備えていたこと、証人が遺言書作成の前後に記載内容を遺言者に読み聞かせたうえ遺言者が遺言をすることも含めその内容を理解して了解したことを手指や頷くなどの方法で明確にしていることから、口授がない不適法な遺言として申立を却下するのは相当ではないとして遺言を確認した事例（東京家審平成11年8月27日）⁽¹⁶⁾など、口授の存否、口授能力、遺言能力が問題となった事案において、これらの問題が、遺言が遺言者の真意に出たことを疑わせる場合があ

(12) 家月28巻7号57頁。

(13) 家月29巻1号98頁。

(14) 家月34巻10号93頁。

(15) 家月44巻5号49頁。

(16) 家月52巻1号112頁。

ることから、真意確認の判断の一事由として考慮されているにすぎない。基本的には、方式上の瑕疵を理由として確認を拒否することはできないと考えるべきである。

本件は、裁判書記載の事実を前提とする限り、外見上一見して無効であることが明白な場合に該当せず、遺言の方式たる遺言者の口授の存否が、遺言者の真意に出たことを疑わせることからこれを真意確認の判断の一事由として考慮しており、口授をめぐる証人らの供述には一致していない点があるとはいえ、遺言の内容を記載した書面を読み聞かせ、遺言者がこれに頷いたという点では一致しているところからすれば、証人3名全員の署名・押印の存在とあいまって、本件遺言につき遺言者の真意に出たものとして遺言の確認をした本決定の判断は妥当と考える。もっとも、本決定は、証人と遺言者との間に特別な利害関係が存在しないことをも遺言者の真意判断の一考慮事由としているが、これを考慮事由とすれば、かえって、証人らの供述が齟齬していることからすれば、真意に疑いを挟む余地も出てこよう。原審も同様の疑いを持ったものと思われる。なお、本件では、読み聞かせ・承認がなされた場所とは異なる場所において、証人らの署名・押印がなされているが、署名・押印は、遺言が遺言者の真意に基づき、筆記が正確であることを承認するためのものであるから、遺言者自身とは直接関係のないものであり、必ずしも遺言者の面前でなされる必要はないだろう⁽¹⁷⁾。

【4】第2の問題は、危急時遺言が遺言者の真意に出たものとの心証の程度である。この点、これを厳格にすべきであり、多少でも疑問があるときは確認すべきではないとする説（厳格説）もあるが⁽¹⁸⁾、確認の審判を経た

(17) 中川＝加藤編〔宮井忠夫＝國府剛〕・前掲注（8）157頁。なお、最判昭和47年3月17日民集26巻2号249頁、家月24巻9号146頁、判時663号59頁参照。

(18) 梅謙次郎『民法要義 巻之五 相続編』〔大正2年版復刻版〕（有斐閣、1984年）302頁、舟橋諄一「判民大正十四年度一六事件」法協44巻3号577頁。中川・前掲注（8）139頁は、「いっさいの事情を考慮し、積極的に心証が得られないときは、確認請求を却下することになる」とされる。厳格説と緩和説の折衷といえようか。

遺言であっても、その有効性が確定されるものではなく、これを訴訟で争うことが許される一方、確認の審判を得ることができなければ、危急時遺言は絶対的に無効となり、訴訟でその有効性を争う余地がなくなるとして、訴権保障の見地から、実務上は、真意であることの確信に達する必要はなく、一応真意らしいということで足りるとされている(緩和説)⁽¹⁹⁾。上記平成9年決定は、「遺言の確認は、危急時遺言に遺言としての効力を付与する必須の要件をなすものであるが、もとより、遺言の有効性自体を確定させるものではなく、その最終的判断については、既判力をもってこれを確定する効力を有する判決手続の結果に委ねるべき途が確保されていなければならないことを考慮すると、危急時遺言の確認に当たり、遺言者の真意につき家庭裁判所が得るべき心証の程度は、いわゆる確信の程度に及ぶ必要はなく、当該遺言が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ものと解するのが相当である。」⁽²⁰⁾と判示し、本決定も、「確認には既判力がなく、他方でこの確認を経なければ遺言は効力を生じないことに確定するから」、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して、緩和説に従った。

もっとも、緩和説に立っても、遺言者の真意に出た遺言かどうか極めて疑わしい遺言(例えば、証人欠格者ではないが、遺言によって利益を受ける受遺者の親族や使用人等の受遺者側の関係者のみを証人・立会人として作成された遺言、遺言者の病状に照らして遺言者の意思の表明があったものとは考えにくい遺言、遺言内容が不合理であり遺言者が真意に合致しているとは思えない遺言等)についても、一応遺言者の真意に出た遺言であるとして取りあえず確認をし、その効力を争う者が遺言無効確認訴訟等を提起して遺言の効力の実体的確定を図ればよいとするのが「実務のすう

(19) 最高裁判所事務総局編『改訂 家事執務資料集(上巻の一)』(1982年)488頁。また、前掲注(5)の判例も参照。

(20) 家月50巻5号70頁、判タ984号233頁。

勢」であるとの指摘にも見られるように⁽²¹⁾、あるいは、確認申立時生存していた遺言者に家庭裁判所調査官が面接したところ、遺言者が遺言内容の一部について口授の事実を否定したという事案⁽²²⁾において、原審判と平成9年決定の判断が分かれたように⁽²³⁾、遺言者の真意に出たものであるとの心証の緩和の程度は必ずしも一様とはいいがたい。本件もそのことを如実に示している。

【5】本決定では、遺言執行者を指定した部分を除いて、本件遺言を確認している。遺言の一部の事項だけを確認することができるのか、第3の間

(21) 小林・前掲注(6)230頁。

(22) 家月50巻5号69頁、判タ984号232頁。

(23) 原審判が、「遺言者は、本件遺言書の内容を読み聞かせてもらっておらず、その内容を正確に認識していなかった可能性があるうえ、本件遺言書の内容についても、自分の意思に沿わない記載部分があり、書き直したい気持ちであると述べているのであるから、遺言者の本件遺言書は、その真意に基づいて作成されたものであると認めることはできないものというべきである。」として、本件確認の申立を却下したのに対して、平成9年決定は、「遺言者の意思は、その後の精神状態の変化、周囲への感情等により、刻々変化しがちなものであるから、前記のような言動は、遺言をした後に遺言者の心境に変化を生じたことを認めるべき事情として評価するのが相当であり、本件遺言の当時において、その真意に沿わない遺言が作成されたことを窺うべき事情と判断することは適切ではないものというべきである。」として、原審判を取り消し、本件遺言を確認した。この平成9年決定に対しては、「多くの生存遺言者が調査官面接に際して、遺言意思を認めるという現状に照らすと、遺言者の意思が刻々変化するというようなことは通常考え難いことであり、面接時に口授の事実を否定したことは、遺言が真意に出たものでないことの有力な事情と考えられること、いったん危急時遺言が作成されてしまうと後日生存遺言者が遺言作成の事実を否認したとしても確認は認められるという不都合な結果となること、遺言者が生存している場合に家庭裁判所調査官が遺言者のもとに赴きその真意を確かめるという現行の確認事件の審理方法を無益な手続と化してしまうおそれがあること等を考慮すると」、決定理由には疑問が残るとするもの(小林・前掲(6)231頁)や、「本当に臨終に際して遺言を作成したいと思って、証人および筆記者が本人の意向に沿わず、本人の意思と異なる遺言書を作成したときは、この危急時遺言の確認手続きが唯一の防御の砦である。一般に遺言とは、死者の最終意思の尊重であると考えられ、遺言において前後2つの遺言があった場合、抵触として後の遺言が優先することになっている。本件のように遺言者本人がまだ生存している場合、本人の意思を直接聴取してその真意を確認する手続きを行って、本人の意思を聞いている場合に、本人の意思で作成されたものであつたか不明である遺言書について、その遺言者の聴取した意思に反してまで、いわゆる『真意の確認』を行う必要はないと思われる。」「本人が存命中の場合、本人が真意でないとやっているにもかかわらず、本人の気が変わったのだらうとして、その遺言の真意であったという必要性はどこから生ずるのだろうか。」として、本決定に批判的な見解もある(國府剛「死亡危急時遺言の確認について」右近健男=小田八重子=辻朗編『家事事件の現況と課題』(判例タイムズ社、2006年)326頁)。遺言が遺言者の真意に出たものではないとする顕著な理由がない限り確認するというのは、先に「確認」がありきとのそしりは免れず、遺言者の遺言の真意確保という制度趣旨を損なうおそれがある。

題点である。この点、遺言の内容は相互に関連し合うことが多いであろうから、多少の疑問を残しながら、筆記内容の一部についてでも真意を確認できる以上、全体として確認の審判をして、遺言の有効・無効の判断の裁判に委ねるのが妥当であるとする見解もあるが⁽²⁴⁾、遺言者が一部の事項について口授を明確に否定したような事案においては、遺言事項相互の間に密接な関連性の認められない場合には、遺言事項の一部を確認し、そのあまりの事項は却下するという審判も可能であるとする見解もある⁽²⁵⁾。本件遺言では、遺言執行者の指定に関する部分は遺言者が口述していないもので、その真意に出たものでないことは明らかであり、また、本件遺言内容は詳らかではないが、義姉に全財産を贈与する旨の遺言事項だけとすれば、遺言執行者としてC弁護士を指定する遺言事項との間に密接な関連性は認められないと考えられるから、遺言の一部を確認するとの本決定の判断は妥当であろう。なお、原審判においても、遺言者からの聴き取りでは遺言者が述べていなかった遺言執行者の指定について、遺言書に書き加えた事実を認定しており、この事実をも含めて、本件遺言が遺言者の真意に基づいてされたものと認めるのは困難と判断したものと思われる。

【6】遺言確認の審判は、非訟事件の裁判であって、本決定が判示するように、一般の家事審判と同様に既判力を有するものではない。したがって、確認の審判が行われても、遺言無効確認訴訟などの一般の民事訴訟手続きにおいて、遺言の効力を争うことが可能であり、その際の争点は、遺言の方式上・実質上の瑕疵のほか、遺言者の真意に出たものであるか否かを含めて争うことが許されるとされる⁽²⁶⁾。他方、確認の審判が得られなければ、遺言は絶対的に無効となって訴訟でその有効性を主張する余地がなくなる⁽²⁷⁾。本決定を含めて多くの遺言確認審判が、心証の程度を、遺言

(24) 中川＝泉・前掲注(9)550頁。

(25) 加藤編「岡垣学」・前掲注(10)234頁、岡垣学＝川井健編『逐条民法 特別法講座 ⑩親族・相続』[山崎賢一](ぎょうせい、1988年)612頁、中川＝加藤編「宮井忠夫＝國府剛」・前掲注(8)166頁など。

(26) 野田＝泉「清水節」・前掲注(9)526頁。

(27) 前注525頁以下。

内容が一応遺言者の真意であると認められる程度とする所以である⁽²⁸⁾。また一方で、確認の審判があると、それを前提として遺言執行者の選任、遺言執行者による執行行為など遺言の執行が行われ、それを争うためには訴訟などの手続きに訴えなければならず、それが本来無効なものであれば、無用の混乱を引き起こすことになる。無効なことが明白で将来異なる判断の生ずる余地のないものについても確認の審判をしてこのような無用の混乱を招くことは、確認制度の趣旨にも家庭裁判所の後見的機能にも反するとの見解もある⁽²⁹⁾。それゆえに、遺言確認審判の審理対象を、遺言が遺言者の真意に出たか否かにとどまらず、将来他の手続きで争われることになっても異なる判断の生ずる余地のない程度に明白な方式違背その他の無効原因の有無も含むとする見解（上記（C）（b）説）には十分理由があるが⁽³⁰⁾、「将来他の手続きで争われることになっても異なる判断の生ずる余地のない程度」の心証もまた、具体的事案との関係で必ずしも明確な基準とはなり得ない。上述のように、遺言者の真意に出たものかどうか疑わしいものが遺言確認事件のなかに相当件数あり、その場合にも一応遺言者の真意に出た遺言であるとして取りあえず確認をするのが実務の趨勢であるならば⁽³¹⁾、遺言確認制度の趣旨があらためて問われなければならない⁽³²⁾、「公正証書遺言や自筆証書遺言が普及した現在において、危急時遺言制度を現行のまま維持することの必要性やその実用性についても問題がないわけではない。」⁽³³⁾とする指摘に、耳を傾ける必要があろう。

（本学法学部・法科大学院教授）

(28) 前掲注（5）の判例を参照。

(29) 岡垣・前掲注（2）31頁、小林・前掲注（6）233頁以下。

(30) 前掲注（10）参照。

(31) 小林・前掲注（6）224頁、230頁。

(32) 東京家庭裁判所身分法研究会編『綿引末男』・前掲注（10）345頁は、「この制度（遺言確認制度－筆者注）は、真意にでたものを拾い上げる制度ではなく、真意にでたことに疑いのあるものをふるい落とす制度といつてよいであろう。」とされる。

(33) 小林・前掲注（6）224頁。