

## 公正証書遺言において証人が署名押印に立ち会うことの要否

(最高裁平九(オ)二一八号、平成一〇年三月一三日第二小法廷判決、判例時報一六三二六号四四頁)

緒 方 直 人

- 一 公正証書遺言において証人が遺言者の署名押印に立ち会うことの要否
- 二 遺言者の押印の際に二人の証人のうち一人の立会なく作成された遺言公正証書につきその作成の方式に瑕疵があるがその効力を否定するほかないとまではいえないとされた事例

【判決要旨】 公正証書の作成にあたり、証人は、遺言者による署名押印に立ち会うことを要する。

【事実】 病院に入院中のAが甲と乙を証人として財産全部をYに遺贈する旨の公正証書遺言をなしたケースである。

Aは平成三年七月一日に入院し、同月一八日本件遺言公正証書を作成する手続をとった。同日午後六時ころ、入院先の病室において、公証人Bに対し本件遺言公正証書作成を委嘱した。公証人Bは、午後六時三〇分ころまでの間に、Yの妹である甲と遺言執行者となることが予定されていた弁護士Cの法律事務所の事務員である乙とを証人として立ち会わせて公正証書遺言の手続に入った。

Aは財産全部をYに遺贈し、遺言執行者として弁護士Cを指定する旨の遺言の趣旨を口授し、公証人Bはこれを筆記した上で、遺言の内容を読み聞かせAがこれを承認して署名したが、押印しようとして印章を所持していない事が判明し、

手続はいったん中断された。約一時間後にYが自宅から印章を持参し、手続が再開され、Aは公証人Bから再度遺言の内容を読み聞かされた上、本件遺言公正証書に押印したが、この際、証人としては甲のみが立ち会い、乙は病院の待合室に待機していた。公証人Bは、Aの押印を得た直後ころに、完成した本件遺言公正証書を乙に示した。

Aは本件遺言公正証書が作成された一〇日後の同月二八日に死亡したが、Aの子であるXら四人が、Aの死後まもなく本件遺言公正証書の作成の事実を知り、本件遺言公正証書の無効確認の訴えを提起した。

第一審（仙台地判平成七・四・二四）はXらの請求を斥けたので、Xらは、公正証書遺言の作成には証人二名以上が手続中終始そろって立ち会っていることが必要であり、本件遺言の手続はYがAの印章を取りに戻った時点でいったん終了し、Yが印章を持って戻った後に、遺言の内容の読み聞かせと署名押印という手続が行われたものであると見るべきであり、その際、証人乙は押印に立ち会っておらず、本件遺言公正証書の作成過程においては証人二名の立ち会いという最も重要な要件が欠けており、本件遺言は民法九六九条一号に違反して無効であると主張して控訴した。

原審の判断（仙台高判平八・一〇・七、判時一六〇一号一一五頁）

「被控訴人がAの印章を持参して戻ってからなされた再度の読み聞けと押印については、証人の一人である乙は立ち会っていないかった。しかし、Aが公証人に対し遺言内容を口授し、公証人が遺言内容を筆記し、これを遺言者及び証人に読み聞かせ、遺言者が筆記の正確なことを承認し、署名する段階までは二名の証人が立ち会っていたものであり、再度の読み聞けは、遺言の内容が変更されたことなどによって、あらたに読み聞けをする必要があつてなされたものではなく、手続が中断されたため、確認の意味でなされたにすぎないものと認められるのであつて、Aが署名するまでの手続と、被控訴人がAの印章を持参して来て再開された手続とは連続した一連の手続であるといふべきであり、再度の読み聞けとAが本件遺言公正証書に押印する際に、証人のうち一人が立ち会っていないかつたとしても、右のような事実関係のもとでは、遺言者の真意が確保され、証人も遺言の趣旨が正確に記載されていることが確認できたものと言うことができ、右遺言の

方式は遺言者の真意を確保し、その正確性を期するため遺言の方式を定めた法意に反するものではないといふべきであるから、本件遺言が民法九六九条一号に定める公正証書による遺言の方式に違反するものといふことはできないといふべきである。」

**上告理由の第七** 原判決は民法九六九条の解釈適用を誤つた違法がある。Xらの上告代理人の上告理由の趣旨を以下に要約する。

(一) 原判決は、証人二名以上の立ち会ひの趣旨をみれば、再度の読み聞けと遺言者が本件公正証書に押印する際に、証人の一人が立ち会つていなかったとしても、民法九六九条一号の法意には反しないと解しているが、それは法の解釈を誤るものである。その根拠を次のように述べる。

①原判決の立場は、公正証書の作成に対し、証人二人の立ち会ひを不要とするか、公正証書遺言に遺言者の印鑑を不要とするかの解釈に帰着するものであり、明らかに条文は証人二名以上が揃つて手続の最初から最後まで全ての過程に立ち会ふことを要求している以上、それを無視するのはもはや解釈論を越えた立法論である。

②証人立ち会ひの趣旨は、遺言者に人違いがないこと、精神状態の確かなこと、作られた遺言が真実に成立したものであることを証明すると共に、他面、公証人の職権濫用を防止することを目的とするから、公正証書遺言が完成して初めて遺言者が承認したことになるのであり、証人立会の趣旨を全うするためには遺言終了時までの証人の立会が必要となる。原判決の立場は、押印の前に既に遺言が完成していることを前提として、押印についての立会は不要であるとの理解に基づくが、署名のみならず、押印して初めて書類が完成するというのが国民意識に合致する。遺言者が最後の押印の際に遺言内容を変更することも遺言実務の中ではかなりの数に及ぶ。遺言者の署名押印は、遺言者の真意を確認するために要求されるものであり、遺言者の真意とは遺言完成時の真意のことであるから、証人は遺言者の真意の確認及び公証人の職権濫用を防止するために遺言者の署名押印まで見届ける必要がある。原判決はこの遺言者の署名押印への証人の立会の意味

について全く無視した解釈を行っている。

(二) 再度の読み聞けと押印の際に、証人のうち一人が立ち会っていないかたとしても、遺言者の真意が確保され、証人も遺言の趣旨が正確に記載されていることが確認できた場合には、遺言の方式を定めた法意に反するものではないという解釈が許されるとしても、本件の事実関係はその場合に当たらない。その根拠を次のように述べる。

① 本件の場合、印章を持参するまで約一時間、公正証書遺言作成手続が中断しており、公証人も先行手続との間に連続性が認められないと判断したことから、遺言者に対し押印の前に遺言内容の新たな読み聞かせを行ったのである。

② 仮に一連の手続としても、本件のように公正証書遺言作成手続の途中で証人が離脱した場合は、証人が途中で手続に参加した場合は質的に全く異なり、遺言者の真意が遺言終了時の意思として担保されないため、公証人の職権濫用防止の観点からも問題がある。

**【判決理由】 上告棄却** 「民法九六九条に従い公正証書による遺言がされる場合において、証人は、遺言者が同条四号所定の署名及び押印をするに際しても、これに立ち会うことを要するものと解すべきである。ただし、同条一号が公正証書による遺言につき二人以上の証人の立ち会いを必要とした趣旨は、遺言者の真意を確保し、遺言をめぐる後日の紛争を未然に防止しようとするところにあるところ、同条四号所定の遺言者による署名及び押印は、遺言者が、その口授に基づき公証人が筆記したところを読み聞かされて、遺言の趣旨に照らし右筆記が正確なことを承認した旨を明らかにし、当該筆記をもって自らの遺言の内容とすることを確定する行為であり、右遺言者による署名及び押印について、これが前記立会いの対象から除外されると解すべき根拠は存在しないからである。……右Aの押印の際、乙は、これに立ち会わず、病院の待合室で待機していたが、待合室に戻ってきたB公証人から、Aの押印を得て完成した本件遺言公正証書を示されたというのである。

右のとおり、証人のうちの一人である乙は、Aが本件遺言公正証書に押印する際に立ち会っていないから、

本件遺言公正証書の作成の方式には瑕疵があったといふべきである。しかし、Aは、いったん証人二人の立ち会いの下に筆記を読み聞かされた上で署名をし、比較的短時間の後に甲立会いの下に再度筆記を読み聞かされて押印を行い、乙はその直後ころ右押印の事実を確認したものであって、この間にAが従前の考えを翻し、又は本件遺言公正証書がAの意思に反して完成されたなどの事情は全くうかがわれない本件においては、本件遺言公正証書につき、あえて、その効力を否定するほかはないとまで解することは相当でない。してみると、上告人らの本件遺言無効確認等請求を棄却すべきものとした原審の判断は、結論においては是認することができる。論旨は、結局、原判決の結論に影響しない事項についての違法をいうものに帰し、採用することができない。

その余の上告理由について

所論の点に関する原審の事実認定は、原判決挙示の証拠関係に照らして首肯するに足り、右事実関係の下においては、上告人らの本件請求を棄却すべきものとした原審の判断は、是認できないものではない。論旨は採用することができない。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。」(裁判長裁判官 根岸重治、裁判官 大西勝也・河合伸一・

福田 博)

《参照条文》民法九六九条

【研究】 判旨中、証人一名が押印に立ち会っていなかった場合、遺言公正証書の作成の方式には瑕疵があるとすることは賛成であるが、無効とするには及ばないとする部分には無条件では賛成しがたい。

## 一 本件の論点

本研究でとり上げる論点は、民法九六九条一項の証人の意義と同条四号の遺言者による署名・押印の意義、さらにその証人は遺言者が同条四号所定の署名・押印をなす際にもこれに立ち会うことを要するかという点である。なお本件は原審において、Aの遺言能力、民法九六九条四号の押印は印鑑登録された印章（実印）と同じ印章によらねばならないか、公証人法二八条二項の嘱託人確認の方法としての「官公署の作成した印鑑証明書の提出に準ずべき確実な方法」としての証人については一人でも足りるかが問題となった。本研究は検討の対象を前記の論点に絞り、これらの論点は割愛した。

## 二 先例・学説

本件のように押印時（又は署名押印時）に証人の立ち会いを欠いたという先例は存在しない。そこで本研究では、「証人の意義」、「署名・押印の意義」、「証人の立ち会いの意義」に関する先例と学説を検討する中で、本判決の位置づけを試みることにしたい。

### （一）証人の意義

判例は、公正証書遺言に於いて証人の必要とされる理由を次のように述べる。当判例は、盲人が公正証書遺言の証人となりうるかをめぐって争われた事件である。

「公正証書による遺言について証人の立会を必要とすると定められている所以のものは、右証人をして遺言者に人違いがないこと及び遺言者が正常な精神状態のもとで自己の意思に基づき遺言の趣旨を公証人に口授するものであることの確認をさせるほか、公証人が民法九六九条三号に掲げられている方式を履践するため筆記した遺言者の口述を読み聞かせるのを聞いて筆記の正確なことの確認をさせたうえこれを承認させることによつて遺言者の真意を確保し、遺言をめぐる後日の紛争を未然に防止しようとするところにある。」（最一小判昭五五・二二・四、判時九八九・三）

判例は、証人の必要とされる理由について述べるものであるが、このような役割を期待されて遺言公正証書作成に立ち会う者を「証人」として間接的に定義するものと解される。学説は、さらに進んで「証人」と「立会人」を峻別し、次のように定義するのが通説とされている。

「証人というのは、いうまでもなく、遺言の証人であるから、作られた遺言が真実に成立したこと、即ち遺言者の真意に出たものであることを証明する人である。従って遺言の内容を関知している者である。

これに反して、立会人というのは、遺言作成の場に居合わせる者というだけの意味で、遺言の内容には関係をもたず、ただ遺言の作成を目撃したというだけの者である。例えば……九七八条の「船長又は事務員」はいずれも立会人であるが、これは遺言が真実であろうとなかろうと関係したことなく、ただ遺言者と証人二人とで遺言書を作ったときに居合わせておればよいのである。<sup>01)</sup>峻別説が通説とされているが、反対説も有力に主張されている。久貴忠彦教授は、この峻別説は中川善之助教授に始まるとされ、中川説に先行する牧野(菊之助)説では、証人と立会人との法的性格の差をそれほど強調するものではなかったと指摘されている。<sup>02)</sup>さらに、遺言における証人と立会人に関する立法系譜を詳細に分析することによって、証人も立会人もともに遺言者が何者の不当干渉・介入もなしに自由な意思にもとづいて遺言をする状況(場)を確保すべき任務を負って立ち会う者であると結論する。ただ、証人は遺言者からの要請にもとづいて立ち会う者であり、立会人は自らの職務(警察官、船長、事務員、医師)にもとづいて立ち会う者であるという点に違いがあるに過ぎないとされる。<sup>03)</sup>思うに、伝染病隔離者遺言(民九七七条)や在船者遺言(民九七八条)における立会人としての「警察官」や「船長又は事務員」は、「ただ遺言の作成を目撃したというだけの者」ではなく、「公証人に代わる役割を果たすべき者」として重大な任務を期待された者とする久貴教授の指摘が適切ではないかと思われるが、本研究ではこれ以上この問題には立ち入らない。

以上の検討から、遺言公正証書の証人は、先の昭和五五年最高裁判決の指摘する役割を期待されかつその役割を演ずる者といえるが、要は、その証人がどのような形で遺言公正証書作成過程に立ち会えば、久貴教授が指摘するような「遺言

者が何者の不当な干渉・介入もなしに自由な意思にもとづいて遺言をする状況（場）を確保すべき任務<sup>54</sup>を果たしたと言えるかである。さらに、学説は一般に「公証人の職権濫用の防止」をも、証人立ち会いの目的に加えている<sup>55</sup>。本件判例の上告理由が強調するところでもある。この点については後で触れる。

## （二）署名・押印

遺言者および証人は、公証人の「読み聞かせ」の後、その筆記の正確なことを承認した上で、各自署名し、押印しなければならぬ（民九六九条四号）。遺言者が署名することができない場合は、公証人がその事由を附記して署名に代えることができる（同号但書）。本件では遺言者が署名しており、「署名することができない」場合とは、どのような状況かという問題には立ち入らないが、この場合、押印よりも署名の方が重要な要件とみられるから、ここで署名の省略が許されるのは押印の省略をも許す趣旨とみてよいと解するのが通説である<sup>56</sup>。しかし、このように解したとしても、公正証書遺言において、署名・押印が重要性を持たないという訳ではない。

右のように署名の省略が許されるのは、遺言者に署名できない特別の事情が存する場合であり、当該事情の存在は証人の立ち会いによって確認され、「遺言者が署名できない事由の存在する旨の附記」がなされるからである。遺言者の最終的意思はこの附記の中に体现されていると見ることができ、この場合に、あえて押印を要求する意義は低いと解されるのである。

通常の場合には、遺言者は、公証人の筆記の正確性を承認するとともに、当該遺言書の内容を自己の遺言とするという最終的意思を、当該遺言書に署名・押印することによって確定的に表示するのである。したがって、署名・押印を欠く遺言はもとより無効とされるのであり、逆に、公正証書による遺言作成の手續中に遺言者が死亡したような場合、遺言者が遺言の内容を口授しその筆記を承認し署名・押印した以上は、後に証人、公証人に要求される手續が残っていてもその手續を履行することによって有効となると解することができるのである<sup>57</sup>。



押印に関しては、自筆証書遺言のケースで、押印を欠く遺言を有効とした下級審判例（熊本地八代支判昭三四・一二・八）<sup>7)</sup>と最高裁判例（最三小判昭四九・一二・二四）<sup>8)</sup>が存する。前者は、遺言者がその全文、日付および氏名を自署し、さらに証拠によつて遺言者の真意に相違ない事情が判明する限り、押印がないという一事によつて遺言が遺言者の真意でないとして解するのは相当でないとするものであり、後者の判例は、片言の日本語を話すに過ぎず、押印の習慣を有さない帰化白系ロシア人の自筆証書遺言に関するものである。自筆証書に関して、学説上では署名に加えて押印を必要とするか否かに議論されてきた。周知のように、臨時法制審議会の決議「民法相続編中改正ノ要綱」（昭和二年）は、自筆証書遺言の要件に関して「日附ノ自署及ヒ捺印並ニ民法第六十八條第二項ノ要件ハ之ヲ欠クモ裁判所ノ認定又ハ家事審判所ノ審判ニ依リテソノ効力ヲ認め得ルモノトスルコト」としていた。<sup>9)</sup>また、早くから「捺印なき遺言書と雖も、自筆証書なる限り、遺言として有効である」と解する近藤英吉説があり、戦後も、青山道夫教授は自筆証書遺言に関する押印の要件には立法的疑問を呈し、右の改正要綱の方向で改正すべきであったと主張したし、<sup>10)</sup>久貴教授も、最近のわが国社会生活における署名のみの通用性（日常の銀行取引やクレジット・カードの使用）からみても、押印に強くこだわるのは逆行であろうとする。ただ久貴教授も、右にあげた判例は特別の事情の存する事例であり、解釈論としては、一般的に押印を不要とはなしえないと解する。<sup>11)</sup>また、これらの押印に関する疑問が呈されているのは、自署された遺言の全文、日附、遺言者の氏名の中に遺言者の真意が体现される自筆証書遺言の場合であり、公正証書遺言の要件としての押印ではないことにも注意する必要がある。公正証書遺言の場合、遺言者は、公証人の筆記の正確性を承認するとともに、当該遺言書の内容を自己の遺言とするという最終的意思を、当該遺言書に署名・押印することによつて確定的に表示するのである。この場合の押印の要件を、自筆証書遺言の押印の要件と同一視することは許されない。

### （三）証人の立会

#### （一）証人の立会に関する先例

前述したように、学説は、証人の立会をして、遺言者に人違いのないこと、精神状態の確かなこと、作られた遺言が真実に成立したものであることを証明するとともに、他面では公証人の職権濫用を防止する目的にでるものとする<sup>13</sup>。この前段は、前掲昭和五五年最高裁判例の立場であり、本件判決の原審の立場でもある。後段の公証人の職権濫用防止については、本件判決の上告理由の強調するところである<sup>14</sup>。さらに学説は、証人は、公正証書作成の手續中、最初から最後まで揃って立ち会っていることが必要であると解する点に於いて一致している<sup>15</sup>。

この点に関連する判例をあげると次のケースが存する。ただ、本件のように、最後の押印の段階において証人のうち一名の立ち会いが欠けたというような事例は存在しない。したがって、ここでの先例とは、公正証書作成の過程の中で、なんらかの形で「証人の立ち会い」の意義を問題にしている判例を意味している。加藤永一教授は、民法九六九条の規定する、証人の立会・遺言者の遺言の趣旨の口授・公証人の筆記と読み聞かせ・遺言者と証人の承認と署名押印・公証人の附記という要件は、それぞれの要件が独立に問題になるといよりは、そのからまりあいのなかで意味を持ちうるとされる<sup>16</sup>。

その意味で、一つの判例の同一の事実が、「口授」の要件に関わる事実であると同時に、「証人の立ち会い」の要件に関連する事実でもあり得るのである。

### 【最高裁判例】

①最（三小）判昭五二年六月一四日（家裁月報三〇・一・六九）

### 「事実」

本件に関連する重要な最高裁判例であるが、事実関係は、判決理由に述べられている証人の一人が遺言内容の筆記が終了段階から立ち会ったということ及び遺言が公証人の遺言内容の読み聞かせに対してただうなずくのみであったという事実以外は明らかでない。

〔判旨〕

「原審が適法に確定した事実関係によれば、訴外Aが本件公正証書による遺言をするについて、立会証人である訴外Bは、すでに遺言内容の筆記が終った段階から立会ったものであり、その後公証人が右筆記内容を読み聞かせたのに対し、右遺言者はただうなづくのみであつて、口授があつたとはいえず、右立会証人は右遺言者の真意を十分に確認することができなかったといふのであるから、本件公正証書による遺言を民法九六九条所定の方式に反し無効であるとした原審の判断は、正当として是認することができる。」

〔下級審判例〕

②大阪高判昭四三年二月一日（民集二六・四・七五六、判時五六〇・五二）

〔事実〕

訴外Aから相続人の一人Y（被控訴人）に対して不動産を遺贈する旨の公正証書遺言がなされた。ところが公証人が遺言者の供述を録取する際に、遺言者Aのみを別室に招き入れ、証人二名を現場に立ち会わせないで遺言公正証書を作成した。そこで、やはり相続人の一人であるXが、当該公正証書作成にあたり、証人が立ち会っていないかつたという手続上の瑕疵その他を主張して当該遺言の無効等を訴えた事案である。なお本ケースでは証人のうちの一人が推定相続人の配偶者であることを理由とする遺言の無効も主張されている。

〔判旨〕

「みぎ公正証書の作成には訴外Bおよび同Cが証人として立会したことが認められる。いわゆる遺言公正証書作成についての証人の立会は、公正証書作成の際に証人が作成場所に出頭して公正証書に署名捺印すること、ならびに、証人らがみぎ公正証書が公証人によって遺言者の意思どおりのものに作成されていることを確認した上で署名捺印することを要するのであるが、証人らがみぎ公正証書作成時に作成場所で公正証書の読み聞け等によってみぎ事項を確認した上で公正証書

に署名捺印した以上、公証人が遺言者の供述を録取する現場に証人らが立ち会っていないとしても、必ずしもみぎ公正証書が証人の立会なしで作成されたものであると云うことはできない。甲第二号証と原審証人Bおよび同Cの各証言によれば本件公正証書の作成に当っては、訴外B外一名の証人が公証役場に出頭してみぎ公正証書に署名捺印した以上、みぎ証人として確認すべき事項を確認した上で署名捺印したものと認めるのが相当であつて、たまたま公証人が遺言者の供述を録取する現場にみぎ証人らが在席していなくても同証人らがみぎ確認をした上でその現場で公正証書に署名捺印すれば、みぎ公正証書の作成に証人らの立会がなかったということはできない。

(証人の欠格事由について)

みぎ公正証書の作成に証人として立会した証人の一人である訴外Bは遺言者訴外亡Aの長女Dの夫であることは当事者間に争いがないから、民法九七四条三号所定の証人欠格事由のある者に該当することは明白であつて、このような証人欠格事由のある者を証人として立会させて作成された遺言公正証書は遺言としての効力を持ち得ない。

③東京高判昭五一年一月二〇日(判時八四五・五九)

〔事実〕

前記最高裁判決①の原審である。

〔判旨〕

「しかして右認定したところによれば、本件公正証書による遺言の立会証人Bは、遺言者である亡Aが遺言の趣旨を公証人に口授する際に立会っていなかったものである。同証人は、公証人が筆記した内容を亡A等に読み聞かせた際には立会っているが、そのときは亡Aはただうなづくのみで、口授すなわち言語を発することによつてする遺言内容の伝達をしていないから、B証人は、遺言者の真意を十分に把握確認することができなかったわけで、証人立会の実を上げていないことになる。従つて、本件遺言公正証書の作成手続は、民法九六九条に定める方式に違背し無効であるといわねばならない。」

④東京地判昭五五年三月二四日（判時九八〇・九二）

「事実」

原告Xは訴外Aから本件建物を遺贈する旨の公正証書遺言を受けたが、訴外B（相続人）のために、次いで被告Yのため、それぞれ各所有権移転登記が經由されたので、Xが本件建物の所有権に基づき、訴外B及び被告Yに対して、それぞれ各所有権移転登記の抹消登記手続きを求め、被告に対し本件建物につき、真正なる登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続きをなすことを求めたものである。公証人Cが訴外弁護士D方において、証人の一人であるEが同弁護士夫人と歓談している間に、訴外Fを証人として立ち会わせただけで、訴外Aから本件遺言の趣旨の口授を受け、これを筆記したうえで、遺言者および証人に読み聞かせる段になつてはじめてEを列席させ、右遺言者の口授の筆記を読み聞かせ、各自に署名捺印させたが、この読み聞かせに際し、訴外Aから格別の発言はなされなかつた事実が認定されている。

「判旨」

「右認定事実によれば、本件遺言公正証書の立会証人の一人である訴外Eは、遺言者である訴外Aが遺言の趣旨を公証人に口授する際に立会わなかつたものであり、遺言者が正常な精神状態で遺言の趣旨を口授し、公証人がこれを正確に筆記したか否かを確認し、もつて遺言者の真意を確保することができなかつたことになるから、本件遺言公正証書の作成手続は、民法九六九条に定める方式に違背し無効であるといわなければならない。」

⑤東京地判昭五六年一月二八日（判時一〇〇八・一六七）

「事実」

訴外Aは、昭和五〇年五月に死亡したが、同年四月に被告Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>に本件土地を遺贈する旨の公正証書遺言をなした。Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>は登記手続きも完了している。訴外Aの相続人は、原告X外八名の合計九名である。Xは本件公正証書遺言が民法九六

九条に定める方式に違背して無効であることを理由として、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>に本件登記の抹消手続きを求めた。次の事実が認定されている。訴外Bが訴外Cに呼ばれて、亡Aの病室に行った時には、Y<sub>1</sub>が亡Aの顔にかぶさるように近づけて泣いており、亡Aが「泣かなくてもいいじゃないか。」というし、Y<sub>1</sub>が「だっておじいちゃんが早くY<sub>1</sub>にやるっていわないんですもの。」といった意味のことを言っていた。それから、訴外公証人が「まあこれで決まった。」と言い、訴外Bは同公証人から署名押印を求められたが、印章を持ち合わせていなかったため、訴外Bが勤務する事務室の前のカウンターで本件公正証書の原本に署名押印した。訴外Bは病室に呼ばれるについてその趣旨を知らされていなかったし、上記の会話以外に公証人と亡Aとの会話を聞いていない。訴外Bが病室に滞在したのは五分くらいであった。

#### 〔判旨〕

「右認定事実によれば、亡Aが本件遺言をするについて、立会証人である訴外Bは、亡Aと訴外公証人との会話を一切聞いておらず、公証人による筆記内容の読み聞かせも聞いていないのであるから、証人として遺言者の真意を確認することができなかつたものというべきであり、証人立会の実を上げていないことになる。したがって、本件遺言の作成手続は民法九九九条所定の方式に反し無効であるといわねばならない。」

⑥横浜地判昭五六年五月二五日（判時一〇一八・一〇九、判夕四五六・一一六）

#### 〔事実〕

被告YはF家庭裁判所の調停委員であつたところに、同僚のB（本件遺言公正証書の立会証人）等から、同被告が亡Aの後妻であり、先妻の子であるX<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>、X<sub>3</sub>（本件原告）がいたことから、財産について亡Aに遺言して貰つた方がよいと助言されていた。公証人甲は、その妻が被告Yと高女時代の同窓であつたため、この事実を聞かされ被告Yの存在を知つた。被告Yは昭和四六年八月ころ甲公証人役場を訪れて、遺言作成の相談をしたところ、甲公証人より、遺留分のこともあるから原告らのことも考えおくこと、遺言公正証書を作るなら、事前にメモか下書を用意し、登記簿謄本、戸籍謄本、印鑑

証明書等を準備するよう指示を受けた。

被告Yは、亡Aと相談の上、Yが受けるべき財産とX<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>、X<sub>3</sub>がうけるべき財産を記載したメモと先に準備するように指示された書類を事前に甲に送付した上で、本件遺言当日にBと被告Yの友人Cを立会証人に依頼して甲公証人役場に赴いた。

公証人甲は、証人BおよびCが証人適格者であることを確認したのち、BおよびCを同役場事務室の公証人席から5メートルくらい離れた事務室入口付近の待合席に待たせ、亡Aと被告Yの二人だけを前にしてAからYの助言・説明を受けながら、先に受け取ったメモを示して遺言内容の口授を受け、本件公正証書と同一内容の遺言を原稿にしたため事務員に命じてこれを公正証書に筆記させ、文面ができあがったところで、証人BおよびCを公証人席に呼び寄せ、今度はYを前記待合席に退席させた上、亡Aと証人二名の面前で亡Aにはメモを見せながら、本件遺言の文面を読み聞かせ、Aに間違いがないかを確かめた後、証人二名には亡Aの言うとおり作成したと告げて、亡Aと証人二名にそれぞれ署名押印させ、本件遺言公正証書を完成した。

〔判旨〕

「民法九六九条によると、公正証書遺言をするには、立会が必要とされる二人以上の証人が遺言の最初から終りまで立会うことを要し、かつ、その遺言の趣旨が公証人により正確に筆記されたことを確認するのを要するのであるが、右事実によると、本件遺言に当り、証人B、同Cは、公証人甲が遺言者亡Aから遺言の口授を受け、かつ、これを公正証書に筆記するまでの間、これに立会っていないことが明らかであるから、本件遺言公正証書の作成手続は同法条に定める方式に違背し無効といわねばならない。」

⑦広島地呉支判平成元年八月三十一日（家月四二・五・九七、判時一三四九・一〇）

〔事実〕

訴外遺言者Aは、昭和三年、本件原告X<sub>1</sub>(妻)と別居したところから、本件被告Yと情交関係をもち、昭和四一年六月頃から同棲し、Aの死亡する昭和五年一月まで継続した。この間離婚訴訟も提起されたが、第一審から上告審まですべて棄却判決であった。Aは昭和四八年に、遺産のすべてをYに遺贈する旨の公正証書遺言(第一次公正証書遺言)をなしたが、昭和五三年一月二六日に至り、その一部を取り消し、「Aの遺産のうち有限会社Kビルの出資金の各三分の一ずつを原告である相続人X<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>(長女)、X<sub>3</sub>(次女)に相続させるが、その余はすべて被告Yに遺贈する」という公正証書遺言(本件遺言)をなしたが、原告らは、本件遺言の作成に際して、立会証人が立会っていないことを理由として、遺言の無効を主張した。

#### 〔判旨〕

「本件遺言の両立会人は、口授が始まってから公証人役場に着き、しかも、Aが公証人に口授しているのを、約7メートル離れたところで、十分聞取れないまま傍観者の耳にしていただけであって、Aのする口授の内容を具体的に正確に確認し得ていないと認めざるをえない。あるいは、少なくとも、遺言公正証書が方式に従って作成されたことについての立証責任は、その有効成立を主張する者の側にあるところ、右のとおり口授の内容を具体的正確に確認し得ていないとの疑いが極めて大である。

そして、民法九六九条一号が証人の立会を遺言公正証書作成の一要件としたのは、証人に遺言者の口授を耳で聴かせ、その後公証人による公正証書の読上げを聴かせ、この両者の比較によって証書の記載が口授のとおりであるかを確認させることによって、遺言書作成の適性を担保するためであるところ、右の状況では、BとCは、口授と証書の内容が一致するか否かを確認するに由なく、同法条の定める証人立会の要件を実質的に欠くといわざるをえない。従って、本件公正証書は、その作成の方式に違背して無効であり、従ってまた、本件遺言も無効である。」

#### (2) 遺言公正証書作成の実務



前記先例の分析をおこなう前に、現実の公証実務の中で、遺言公正証書がどのようなプロセスで作成されているのかを検討してみたい。前述のように、公正証書遺言の成立要件は、独立に問題になるといふより、それぞれのからまりあいのなかで意味を持ちうるのであり、そのからまりあいによつてはそれぞれの要件の持つ意味が違っていると指摘されている。<sup>17)</sup> 「証人の立ち会い」の意義も、現実の遺言公正証書作成の過程の中で位置づける必要がある。ここでは、蕪山巖公証人の報告等<sup>18)</sup>を参考に公証実務の現状を垣間みることにする。

蕪山報告によると、遺言公正証書作成数は、昭和五二年当時の二六、六二九件から、一〇年後の昭和六二年には約五〇、六六三件へと一・九倍の飛躍的增加を示している(統計数値は、日本公証人連合会編『公証制度百年史』によるとされる)。昭和六二年の「遺言の検認事件」数が、四、一一八件であるから、自筆証書遺言等その他の遺言に比較して、公正証書遺言が約一二・三倍の数値を示すことが判明する。この傾向は、京大人文科学研究所家族問題研究会の調査によつても、昭和五〇年時点で公正証書遺言は自筆証書遺言の約一三倍の数値を示しており、傾向として一貫している。<sup>20)</sup>

ところで、最近の遺言公正証書作成件数について日本公証人連合会に問い合わせたところ、平成八年度は四九、四三八件であり、平成九年度は五二、四三三件であった。昭和六二年と比較すると、平成八年が若干の減少(二・四ポイント減)、平成九年は若干の増加(三・五ポイント増)であり、ほぼ横這いである。他方、平成八年の遺言検認数は八、一七五件に上昇しており、<sup>21)</sup>九年度に約二倍に増加しているところから、公正証書遺言件数の自筆証書遺言等その他の遺言件数に対する割合は約六倍となり、昭和六二年当時と比較すれば半減している。遺言総数の上昇にもかかわらず、公正証書遺言件数が増加しない原因が何処にあるかは検討の余地があるが、遺言制度の中で公正証書遺言が極めて重要な位置を占めていることには変わりがない。その理由として、蕪山報告は、遺言証書作成の真正性の保証・遺言能力が事後的に問題とされる可能性が極めて少ないこと・遺言内容の明確性という三点に求める。<sup>22)</sup>この指摘は、京大人文研調査によつても裏付けられている。同調査によると、「公正証書による遺言作成の囑託動機」の第一位は「後日の心配がない」(四〇%)であり、

第二位が「正確を期すため」(三五%)となっており、「豊富な法律知識と高邁な人格者である公証人の意見ないし判断を誤りのないものとして尊重する一般国民の感情の存在、それに立脚する公証人制度への信頼、そして公正証書による遺言が最も安全、確実な方式であるということの現れとみられる。」と分析を加えている。<sup>(23)</sup>

次に、公証実務に於いて遺言公正証書が実際に作成されるプロセスがいかなるものかを、蕪山報告によつて概観する。<sup>(24)</sup> 全国全ての公証人役場において一律の事務が行われているとは考えられないが、公証実務はおおむね同様な様相を呈するものではないかと推察される。蕪山公証人は、遺言公正証書の作成を、嘱託の受理に始まり、一般に三日を要する過程として捉えられる。

第一日目は、依頼人が遺言公正証書作成を嘱託する意向があるのか、単なる相談かを確認することに始まり、嘱託の意向が明示された場合は、どういう遺言をするのかを聴取する。その際、たとえば、「全財産を妻に相続させる。それ以外に何も言い残すことはない」ということを言われた場合には、それは公証人に対する遺言の趣旨の口授であるので、この段階で遺言の趣旨の口授を受けてしまうという事例もあるが(この場合も、最終の期日に証人の立会いの下に復習する)、通常はその骨子を聴取するにとどめ、民法の要求する「口授」は第三日目の最後の期日における手続として行われる。

相続人や弁護士等が、遺言者が作成した遺言内容を記載した書面(あるいは弁護士等が遺言者から伝達された遺言内容を記載した書面)を持参して公証人役場に出頭する場合は、最後の第三日目の期日における遺言者本人による遺言の趣旨の口授が改めて必要になるけれども、この段階で事件そのものは受理する。

この第一日目に、手続の必要書類、身分・財産関係に関する資料、および証人二人を用意すること等の指示をする。

第二日目に、依頼人が前記指示書類を持ってくる。この段階で第三日目の期日指定を行い、その当日に本人が証人を伴うように指示する。弁護士等からの依頼であれば、この手続は第一日目に済んでいることもあるし、郵送等によつて済まされることもあるので、必ず第二日目の期日が存するとは限らないようである。

第三日目に現実に公正証書を作成するが、この日までに公証人は、遺言者本人あるいは関係者から聴取した遺言内容を遺言者の意思に即して法律的に整え、組み立てる作業を行う。遺言公正証書作成に当たる公証人の事務の中心をなすのは、この遺言内容の構成と期日における手続の厳格な履践であるが、前者は第三日目を迎えるまでの間の心血を注ぐプロセスであるとしている。

当日は、公証人が法律的に構成を済ませた遺言内容をあらかじめ証書に浄書して、遺言者と証人の署名捺印を得れば足りるという状態までにしておき、その上で、出頭した遺言者に「口授」を受ける。第一日目に遺言者から直接に遺言内容の口授を受けた場合にも、証人の確認を受けるために復習をする。第一日目に骨子を聞くにとどめた場合や第三日目に遺言者本人が初めて出頭した場合は、改めて本人から直接遺言内容を口述させそれを聞く。

遺言者から遺言内容の口授を受けた上、今度は帯同してきた証人二人について、証書の記載に基づいて人定質問と遺言者との関係を聴取し、民法九七四条に規定する証人の欠格事由がないことを確認した上で、公証人が自ら遺言者および証人に対して証書の「読み聞かせ」と証書の記載の正確なことの承認を求め、遺言者および証人に署名捺印させる。最後に公証人が署名捺印して公正証書を完成させる。

以上、このような公証人の真摯な努力によって、遺言公正証書が作成されているのである。ただ同時に、右のプロセスを全面的に一般化することはできないものの、この手続の中に本稿における判例分析上の論点と一定程度リンクする問題点が存することも指摘できる。

問題点の第一は、第一日目に遺言者本人から遺言の趣旨の口授を受けるとされる問題である。形式的にいかにも完全な遺言内容の「口述」が遺言者本人によってなされたとしても、証人の立会なしになされた「口述」は、あくまでも遺言公正証書作成のための準備過程にすぎず、民法九六九条二号にいう「口授」ではないのかという点である。ここでは最終期日における「復習」が実は「口授」であるという認識が若干弱いように見えるのである。問題点の第二は、

遺言者の口授を受けた上で、その後には証人の人定質問と遺言者との関係の聴取を行うとしている点である。つねにそのような順序で行われるのではないかもしれない。しかし、ある実態調査は、多くの公証人は、この点に関し、「遺言者または証人に親族関係の有無を尋ねること、および遺言者に法定欠格事由を説明し、欠格事由のない者を証人とするよう予め告げておく」と回答しているが、「とくに欠格事由の存在を疑わせる事由がない限り、この点に関して質問しない」と答えた公証人も僅かではあるが、いるという事実を示している。<sup>26)</sup> 証人が欠格者であれば遺言は無効なのだから、そのような証人の立ち会いでなされた口授は無意味である。「証人の人定質問と遺言者との関係の聴取」をまず最初に行う必要がある。この形式的順序が守られれば、回避できた紛争も少なくないように思われるのである。

### (3) 先例の分析

以下、先例に対して分析・検討を加える。

〔判例①〕(判例③の上告審であり、判例③も一緒に検討する。)

本件は、証人二人が遺言手続の読み聞かせ・承認の時点で立ち会っていれば、民法九六九条一号の「証人立ち会い」の要件を充足するか、また、公証人の読み聞かせに対し遺言者がうなずいたことよって、二号の口授の要件を充足するかを問題とし、両要件の充足を否定したものである。学説は一般にこれを支持している。<sup>26)</sup>

ところで、民法九六九条の口授(二号)と公証人の筆記・読み聞かせ(三号)の順序に関しては、判例は、公証人が予め他人から聴取した内容を筆記し、公正証書用紙に清書した上、当該遺言の内容を読み聞かせたところ、遺言者が同趣旨を口授し、これを承認して署名押印したという事案で、「右遺言の方式は、民法九六九条二号の口授と同条三号の筆記および読み聞かせることが前後したに止まるのであって、遺言者の真意を確保し、その正確を期するため遺言の方式を定めた法意に反するものではないから、同条に定める公正証書による遺言の方式に違反するものではない」としており、口授と読み聞かせ・承認を截然とは区別しがたい状況が生じる。その意味で、公正証書遺言の成立要件はそれからあまりあ

のなかで意味を持ちうるとする加藤永一教授は、原審（判例③）の事実関係が、口授・筆記・読み聞かせ承認の順序で行われ、その最後の段階だけに証人が立ち会ったというのであれば原審の結論は具体的に妥当であるとしながら、疑問を呈示されている。それは、つぎのような理由による。判例は、子の認知に関する公正証書遺言において、公証人の質問に対し、言語をもって陳述することなく、単にうなずいただけという場合に、民法九六九条二号にいう口授があったとは言えないとしたが、<sup>(28)</sup>「遺言ノ趣旨ハ囊ニ交付シ置キタル書面ノ通りナリトノ陳述」は口授として認めている。<sup>(29)</sup>加藤教授は、この両者はきわめて近い判例であり、前者が公証人の問いに一言も発言せず首肯したにとどまったのに対し、後者は、遺言の趣旨は先の筆記の通りかという公証人の問いに、「遺言ノ趣旨ハ囊ニ交付シ置キタル書面ノ通りナリ」と答えた点が相違するのだから、前者もうなずくだけでなく一言「そうだ」と言っておれば同じ扱いを受けたかもしれないと評されており、ここに疑問の根拠があるようである。<sup>(30)</sup>しかし、多くの学説は、後者の判例を批判する。<sup>(31)</sup>近藤英吉教授は、批判の根拠を、「他人の強制によって遺言をなす者は、容易に、遺言の内容は、その文書の通りであるとの一言を発するの虞あるも、一々遺言の内容を口授するに当たっては、強制された遺言者と雖も、一応慎重の考慮をなす余裕を有するのが普通の事例に属する」という点に求める。<sup>(32)</sup>さらに加えて、判例①が「右遺言者はただうなづくのみであつて、口授があつたとはいえず、右立会証人は右遺言者の真意を十分に確認することができなかった」という点に無効の基礎を置いていることに注意する必要がある。ここでは、立会証人に遺言者の真意を確認できたか否かがポイントであり、公証人の読み聞かせに対し、ただうなづくのみであった場合はもちろん、遺言の趣旨はさきに交付した書面のおりと述べた場合も、判例①の基準に従えば、証人は遺言者の真意を十分に確認できないのであり、この基準をクリアしていないと言わざるを得ない。この基準は、遺言の趣旨が公証人に対して、明瞭に「口述」された場合であっても、その「口述」が、証人立ち会い前に行われた場合は、同様にクリアされる必要がある。先に、遺言公正証書作成実務において、「最終期日における『復習』が実は『口授』であるという認識が若干弱いように見える」と指摘したが、それはこの基準を念頭に置いていたのである。

〔判例②〕

「証人らがみぎ公正証書作成時に作成場所で公正証書の読み聞かせ等によってみぎ事項を確認した上で公正証書に署名捺印した以上」と述べているところから、遺言者は読み聞かせの際に、明確な意思の表示をなしたのかもしれないが、その間の事情は明らかでない。前述公証実務における遺言公正証書作成の手續の持つ問題性が現れている。証人をなるべく煩わせたくないという公証人の実務上の配慮は理解できるが、証人が出頭しているにも関わらず、手續の冒頭には証人を関与させないというのは不必要な配慮であろう。前述のように、公証人は、証人立会の下で、正規の手續が開始するのだという認識を強くする必要がある。右近教授は、本件では遺言者が読み聞かせの際に明確に返事ができて、証人として筆記の正確なことが確認できたのかもしれないが、そうだととしてもそれは遺言者が承認したことを証するに過ぎず、証人としての固有の職責を果たしたことにはならず、問題性を含むとする。<sup>33)</sup>

本判決は、その後段で、「証人が公証役場に出頭してみぎ公正証書に署名捺印した以上、みぎ証人として確認すべき事項を確認した上で署名捺印したものと認めるのが相当」であって、「同証人らがみぎ確認をした上でその現場で公正証書に署名捺印すれば、みぎ公正証書の作成に証人らの立会がなかったということはできない。」と結論するが、論理飛躍の感がある。

〔判例④〕

本件は、証人の一人が口授に全く立ち会っておらず、遺言公正証書の無効については議論の余地がない。右近教授は「完全に公証人の不注意によって生じたものであるといわざるを得ない」とされる。<sup>34)</sup>このような極端な不注意の中に、本件公証人の証人軽視の傾向が窺われる。

〔判例⑤〕

本件遺言公正証書の無効についても、議論の余地がない。本件遺言がなされた時点では、公正証書遺言をなしうる時期

を過ぎていたのかもしれないという感がある。事実関係からは遺言が遺言者の真意に出たものか大いに疑問視されるような状況が窺われるにも関わらず、公証人が公正証書遺言の作成手続を押し進めたようにも見え、判例④以上に公証人の職権濫用が疑われる事件である。原島公証人は、この事例は救いがないとされ、数のうちには、このような公証人がいても不思議ではないし、例外的な存在は、どこにもあることで何も公証人に限った問題ではないと匙を投じている<sup>35</sup>。しかし、もし公証人の中にいくぶんでも証人立会要件に対する軽視傾向が見られ、そしてそのような傾向がこのような極端な濫用的事件の素地となっているとしたら問題であろう。

〔判例⑥〕〔判例⑦〕

両事案は類似した事実関係を持ち、事実関係が判決に引用されている通りであれば、証人の立ち会いの要件を充足していないことが明瞭な事件である。したがって、公証人の間では事実関係に関して疑問が出されている。瀬戸正二公証人は、証拠の採否は裁判官の心証の問題であるとしつつも、甲証言は口授の間7メートル離れた控室にいたとし、乙証言は、口授の間はAの側に立っていたが、遺言内容を清書する段階で控室に引き下がったとしており、このように証言が相反する場合、「普通の公証人ならば、遺言者の口授の間に、折角出てきている証人を、ことさら口授の間こえない控所に待機させることは考えられないし、乙証言に合理性もある（清書の間に控所にさがった）のであるから、乙証言を採用して欲しかったと思う。」と批評している。しかし、瀬戸公証人も、判例⑦の事実認定を前提にする限り、本件公正証書遺言が方式違背で無効であることは論ずるまでのこともないという<sup>36</sup>。しかし、判例②や判例④そして本件最高裁判例の事実関係を見るべき、公証人が証人を公正証書作成過程において、一時別室に待機させることがないとは断言できない。

判例⑥の事実認定に関しては、当該遺言公正証書を作成し、かつその効力が争われた法廷に出廷して証人として証言した公証人の反論がある<sup>37</sup>。本件公証人は、本件遺言公正証書作成にあたり、その口授に証人二名を立ち会わせたとしており、その事実が認定されなかった原因を、裁判官と弁護士との遺言公正証書作成実務に対する知識の貧困、とくに「メモ口授」

に関する無知に求めている。同公証人は、「遺言の趣旨を書いたメモを遺言者から先に提出させ、公証人が遺言者に対して『あなたから遺言の趣旨を書いたメモが出ていますが、このメモを書いてある通り遺言されるのですか』と尋ね、遺言者から『その通りです』という意味の答を述べたとき、この答は遺言者の口授である（以下『メモ口授』又は『メモ口述』という）。従って証人二名がメモ口授に立会っている以上法定の口授に立会ったもの」であるとす<sup>38</sup>。加藤教授も、学説は世間で公正証書遺言を作成するやり方を十分に考慮していないと批判する<sup>39</sup>。これらの指摘から、前述昭和九年大審院判決「(三) 先例の分析七九頁参照」に則り、「提出した書面記載のとおり」とする陳述をもって口授に代える公証実務上の扱いがあった事実が窺われるが、原島公証人の指摘に依れば、判例⑥の影響で、現在ではそのような扱いをする公証人はいなくなつたとい<sup>40</sup>う。

判例⑥のように、証人二名を役場事務室の公証人席から五メートルくらい離れた事務室入口付近の待合席に待たせて行われた本件遺言公正証書作成の過程に於いて、「亡Aと被告Yの二人だけを前にしてAからYの助言・説明を受けながら、先に受け取ったメモを示して遺言内容の口授を受けて」行われた文面作成過程に立ち会っていない以上、証人がメモ口授に立ち会ったとしても、前述証人の責務（遺言者が何者の不当な干渉・介入もなしに自由な意思にもとずいて遺言をする状況（場）を確保すべき任務）を果たしたとは言えない。

### 三 本件最高裁判決の検討

#### (一) 本件事実関係の特徴

病院に入院中、死期の迫った患者が遺言をしたという点では、後日紛争となつた多くの公正証書遺言と共通している。本件の事実関係の特徴点は、手続が再開され、遺言者が公証人から再度遺言の内容を読み聞かされた上、本件遺言公正証



書に押印した際に、証人としてはYの妹である甲のみが立ち会い、もう一名の証人乙は病院の待合室に待機していたということがある。

一見すると、最終手続のしかも最後の押印の段階でちよつとしたミスがあったに過ぎず、検討してきた先例と比較すると、ほとんど手続的に瑕疵は見られないように思われる。しかも、公証人は、遺言者の押印を得た直後ころに、完成した本件遺言公正証書を乙に示している。しいて言えば些細な瑕疵があったが、とりたてて問題にする必要はなさそうに見えるところに、本件事実関係の特徴がある。これと同一のケースは見られない。

## (二) 原審判決の検討

原審は、まず、再度の読み聞けに対して判断を行い、これは遺言の内容が変更されたことなどによって、あらたに読み聞けをする必要があつてなされたものではなく、手続が中断されたため、確認の意味でなされたにすぎないものとする。ゆえに、Aが署名するまでの手続と被控訴人がAの印章を持参して来て再開された手続とは連続した一連の手続であるという。したがつて、再度の読み聞けとAが本件遺言公正証書に押印する際に、証人のうち一人が立ち会っていないかつたとしても、本件遺言手続においては遺言者の真意が確保され、証人も遺言の趣旨が正確に記載されていることが確認できたとして、本件遺言は、民法九六九条一号に定める公正証書による遺言の方式に違反しないとされた。

辻朗教授は、原審判決を批評して、つぎのように判決の結論を妥当としている。<sup>41</sup>

「公証人の職権濫用を監視することは必要ではあるが、公証人は信頼すべき法律専門家である。そこで、証人が果たすべき任務のなかでは、特に『承認』が重要であるといえることになる。

それでは、本事実での証人B（本稿では乙）がした『承認』には、遺言者の真意の確保が危ぶまれるほどの問題があるのであるうか。なるほど、Bは、遺言書の押印の際には別室にいたのであるから、形式的には手続の全過程に立ち会っていたとはいえないかもしれない。しかし、実質的には『承認』による遺言者の真意の確保という点において、手続の全過程に立ち会っていたと同

じ任務をはたしているといえるのではなからうか。……約1時間という時間的間隔があるものの、手続過程としては一連のものとして解しうることは本判決の説くとおりである。ここで重要なのは、完成した遺言書がBに示されていることである。遺言者の押印前の遺言書と押印後の遺言書とが異なる場合もあり得ようが、遺言者の押印前の遺言書にはすでに証人の署名及び押印がなされているはずなので（民九六九条四号）、Bは、遺言者の押印がなされた完成した遺言書を示された際に、その異同を確認できたはずだからである。」

このように、中斷前の手続と再開後の手続とを「一連の手続」と見ることが許されるとしても、そのことによつて直ちに不要とされるものは、すでに済まされた「読み聞かせと承認」に対する「証人の立ち会い」であつて、「押印」に対するそれではない。そこで、判決は、押印に対しては証人の立ち会いは不要であると、正面から押印不要論を展開するといふような解釈論の陥穽を避けて、本件のような事実関係の下では、遺言者の真意が確保され、証人も遺言の趣旨が正確に記載されていることが確認できたという点を根拠にしたものと思われる。

### （三）本件最高裁判決の検討

最高裁はXらの上告理由の一部を容れた。すなわち、九六九条四号所定の遺言者による署名及び押印を、「遺言者が、その口授に基づき公証人が筆記したところを読み聞かされて、遺言の趣旨に照らし右筆記が正確なことを承認した旨を明らかにし、当該筆記をもつて自らの遺言の内容とすることを確定する行為」であると明瞭に意義づける。したがつて、遺言者による署名及び押印について、これが立会いの対象から除外されると解すべき根拠は存在しないのである。そこで、証人のうちの一人である乙は、Aが本件遺言公正証書に押印する際に立ち会つていなかったから、本件遺言公正証書の作成の方式には瑕疵があつたと判示する。この点、押印の際に証人の一人が立ち会つていなかったとしても、本件遺言手続には瑕疵は無いとした原審とは、その判断を異にする。正当な判断として評価できる。この場合、署名と押印に要件としての比重の差が認められるか。少なくとも、署名があれば、押印が欠けても遺言の効力に影響を与えないと

いう解釈は、前述したように不可能であろう。押印の要件の緩和は、自筆証書遺言における動きであり、その場合でさえも一般的に押印を要件から省くことは解釈論としては成り立たないとされている（本稿六七頁参照）。さらに自筆証書遺言における押印の意義と公正証書遺言における押印の意義を混同することは許されない。そこで、一般論としては、署名後押印までの間に一定の時間的間隔がある場合、押印が済むまでは遺言者の遺言の意思は確定されない。換言すれば、遺言者は筆記の内容を承認せず、遺言の内容を変更する自由を有する。したがって、証人は、遺言者が何者の不当な干渉・介入もなしに自由な意思にもとづいて遺言をする状況を確保すべき任務を果たすべき者である以上、証人は、押印という遺言公正証書作成手続の最終段階まで立ち会わなければならないとされるのである。原審とは異なり、最高裁が、この論理を正面から承認した意義は大きい。

そこで、つぎに本件遺言は無効とはしないという結論部分の評価に移る。その理由は、遺言者の署名から押印までの間に、遺言者が従前の考えを翻し、又は本件遺言公正証書が遺言者の意思に反して完成されたなどの事情が全くうかがわれないから、本件遺言公正証書につき、あえて、その効力を否定するほかはないとまで解することは相当でないというところにある。しかし、遺言者が手続の中断中に翻意したり、遺言公正証書が遺言者の意思に反して完成されたという事実の不存在の証明は、証人の職務に属する事柄であり、証人の一人がこの間に立ち会っていないことから、証人としてこの証明は不能となる。証人として病室において押印に立ち会ったのは、受遺者たるYの妹甲である。死亡危急時遺言のケースで受遺者の実姉を実質上の欠格者とした審判例があり、受遺者の妹に関して、証人適格に疑問符が付く可能性も皆無とは言いがたい。私は、受遺者の妹は公正証書遺言に於ける実質上の証人欠格者であると必ずしも思わないが、<sup>48</sup>このような証人が立ち会っていたからといって、証明不能という右の問題の本質が変わるわけではないことだけは言える。

重要なことは、押印直後ころに、公証人が完成した遺言公正証書を証人乙に示したという事実である。辻教授は、前述

のように、この事実を根拠に、本件事案における遺言書のすり替えがなかったことを指摘されているが、これは無用の配慮であろう。公証人は辻教授自身指摘されるように信頼すべき法律専門家であり、かつ実質的意味での公務員である。<sup>(45)</sup>したがって証人が公証人の職権濫用防止の役割を担うとしても、それは公証人の不正行為を予想して、そのような職権濫用を防止することが役割とされるものではなからう。それより懸念される事柄は、約一時間の中断の間に、遺言者の翻意や遺言者の遺言能力に疑問が生じるような状況が発生しなかつたかである。前述の燕山報告は、公正証書遺言が選択される理由の一つとして、遺言能力が事後的に問題にされる可能性が極めて少ないことをあげていた（本稿七五頁）。公正証書遺言の全般をみた場合は、そのように言えるであろうが、本研究でとり上げた先例の中にも臨床遺言の例が見られるのであり、<sup>(46)</sup>このようなケースは、遺言能力の問題と隣接している。通常は公証人が遺言能力に疑問を感じた場合、公正証書の作成を拒絶するものと考えられるが、<sup>(47)</sup>何らかの事情で、遺言者が翻意の徴候を示していたり、遺言能力に疑問を感じるような状況を呈していることに、公証人が気づかずしに手続を進行するような場合にこそ、立ち会い証人の監視の意義があると見えよう。

遺言公正証書作成を囑託するような者は、一時間といった短時間には意思を変更しないといった経験則でもあればともかく、上告理由が述べるように、「(遺言者が) 押印を拒否し、内容の変更を要求することも遺言実務の中ではかなりの数に及ぶ」というのが現実であろう。したがって、押印直後ころに、公証人が完成した遺言公正証書を証人乙に示したとき、それがどのような状況下でなされたかがポイントだと言えそうである。遺言者が自由な意思で押印したという状態を推認させるような状況があったか(示された場所が病室であったとか、示された直後に証人が病室を訪れた等々)である。このような状況があったとすれば、押印時に一名の証人が立ち会っていないかつた事実のみをもって本件遺言を無効とするにはおよばないという本件判決の結論を支持するが、待合室に待機中の証人が公証人から押印された遺言公正証書を見せられただけという場合には、本件遺言は無効と言わざるをえない。

厳格に過ぎるという批判が容易に予想されるが、公正証書遺言に対する社会的信頼（前述七五・七六頁参照）を維持・発展させ、遺言制度の中でその地位を確固たるものにするからこそ公正証書遺言の辿るべき道だと確信する。

註

- (1) 中川善之助『民法大要』二六四頁。
- (2) 久貴忠彦「遺言における証人と立会人」（太田武男編『現代の遺言問題』有斐閣、昭五四年）一四四頁。
- (3) 久貴・同右一八六頁。
- (4) 中川善之助・加藤永一編『新版注釈民法<sup>28</sup>』「久貴」（有斐閣、昭六三）九八頁。
- (5) 同書「久貴」一〇三一―〇四頁。
- (6) 中川善之助責任編集『注釈相続法下』「青山道夫」（有斐閣、昭三〇）四八―四九頁。
- (7) 下級民集一〇卷一―二号二五七―六頁。
- (8) 民集二八卷一〇号二一五―二頁。
- (9) 臨時法制審議会『民法相続編中改正ノ要綱』（昭和二年）第一六ノ一。
- (10) 近藤英吉『相続法の研究』（弘文堂、昭和七）二九〇頁。
- (11) 青山道夫『改訂・家族法概論Ⅱ』（法律文化社、昭四六）三五八頁。
- (12) 『新版注釈民法<sup>28</sup>』「久貴」九三―九四頁。
- (13) 同書「久貴」九八頁。
- (14) 判時一六三六号四八頁。
- (15) 青山・前掲四四頁、久貴・前掲九九頁、我妻栄・唄孝一『判例コンメンタールⅧ・相続法』「唄」（日本評論社、昭四一）二五四頁。
- (16) 加藤永一『叢書民法総合判例研究<sup>57</sup>・遺言』（二粒社、昭五三）二二頁。

- (17) 加藤・同書二一頁。
- (18) 蕪山巖「公正証書遺言に関する一報告」判例タイムズ七一六号一七頁以下。
- (19) 最高裁事務総局編『司法統計年報3・家事編』(昭六二)第一五一二表。
- (20) 京大人文科学研究所家族問題研究会「最近における公正証書遺言の実態―その作成過程を通じてみたる―」公証第五六号(昭和五五年)二二頁。
- (21) 『司法統計年報3・家事編』(平八)第一五一二表。
- (22) 蕪山・前掲二〇頁。
- (23) 京大人文研・前掲二二頁。
- (24) 蕪山・前掲二三―二四頁。
- (25) 五十部豊久・上原敏夫・春日偉知郎「近時の公正証書に関する裁判例―公証制度の実態と機能に関連させて―」一八八頁。
- (26) 右近健男「公正証書遺言判例研究(上)」判例評論四三三三三三三頁、稲田龍樹・山本博「遺言の方式違背とその効力(2)―公正証書遺言―最高裁昭和五二年六月一日第三小法廷判決」判例タイムズ三六七号(昭和五二年度民事主要判例解説)五三一五四頁、加藤永一・前掲三〇頁。
- (27) 最二小判昭四三・一一・二〇、家裁月報二一・五・五一。
- (28) 最二小判昭五一・一一・一六、家裁月報二八・七・二五。
- (29) 大判昭九・七・一〇、民集二三・一三四一。
- (30) 加藤・前掲三〇頁。
- (31) 近藤英吉「遺言の口授ありと認むべき場合―公正証書遺言に依る遺言の無効と法律行為の転換―」法学論叢三三卷一号一四三頁、青山・前掲四六頁、広中俊雄「公正証書遺言の方式と公証人の役割」『現代家族法体系5』(有斐閣、昭五四)二五三頁、『新版注釈民法(28)「久貴」一〇三頁、原島克己「遺言の趣旨の口授」公証九五号(平二)一六一一七頁。
- (32) 近藤・同右一四三頁。
- (33) 右近・前掲一八〇頁。
- (34) 右近・同右一八一頁。
- (35) 原島・前掲二七頁。

- (36) 瀬戸正二「判例評釈・遺言公正証書作成の際証人の立会いがなかったとされた事例」公証九五号一五二頁。倉田卓治『解説・遺言判例一四〇』(判例タイムズ社、平五) 九八―九九頁も同趣旨である。
- (37) 吉岡述直「公正証書作成者としての証人」公証五八号(昭五六年) 二二頁以下、同「公正証書作成者としての証人(続)」公証六〇号(昭五六年) 六頁以下。
- (38) 吉岡・同右(続) 六頁。
- (39) 加藤・前掲三二頁。
- (40) 原島・前掲一六一―一七頁。
- (41) 辻明「一 公証人法二八条二項の『官公署ノ作成シタル印鑑証明書ノ提出其ノ他之ニ準スヘキ確實ナル方法』としての証人は一人でも足りる 二 公正証書遺言について、証人二人以上の立会いという方式に違反しないとされた事例」判例評論四六六号二―二頁。
- (42) 神戸家裁尼崎支部審昭三七・三・一五、家月一四・七・八〇。
- (43) 加藤永一教授は、判例が、遺言内容に実質的影響を与えるような地位にある者を欠格者とすれば、裁判所の判断により、思わぬ場合に遺言無効を来すと批判している(加藤、前掲五一頁)。  
実質上の欠格者をあまり拡張すると、遺言者が証人を求めることが困難となり、遺言の利用自体が困難となる可能性が増大することもある。本文のようなケースを、欠格者とするには慎重な配慮が必要であろう。
- (44) 遺言公正証書の無効が公証人の過失による場合には、国家賠償が認められる(東高決平五・三・三〇、家月四六・三・六六)。
- (45) 久貴忠彦「公正証書遺言と視覚障害者の証人適格」法律時報五三卷六号一六二頁、有地亨「公正証書遺言における盲人の証人適格」民商法雑誌八五卷二号三一八頁。
- (46) 京大人文研報告は、一五〇件の公正証書遺言のうち、九件の臨床遺言の存在を特徴的な事柄であると評している(京大人文研、前掲二六頁)。
- (47) 実態調査によると、遺言者に口述能力がないと認め遺言公正証書の作成を拒絶した経験のある公証人は、回答者の約五〇パーセントに及ぶとされている(五十部・上原・春日、前掲一九六頁)。