

## 《研究ノート》

## 高齢者・脆弱者関与専門家を受遺者とする 内容の遺言（「専門家影響遺言」）（1）

小 柳 春 一 郎

はじめに

本稿は、高齢者・脆弱者関与専門家を受遺者とする内容の遺言について論ずる。高齢者・脆弱者を支援すべき専門家が、当該高齢者・脆弱者に影響力を行使し、結果として、専門家の利益となる遺言が作成される場合についての法的対応が本稿の問題である。本稿は、これを専門家影響遺言と呼ぶ。

この問題を取り上げる理由は、高齢化社会の進展と専門家関与の深化である。一方では、高齢化社会では、専門家による脆弱者支援が強化される。専門家と脆弱者との関係は、専門家によるパターンリスティックな介入・保護を中心とするのは適当でなく、専門家は、高齢者・脆弱者の意思決定・自己決定を尊重、擁護する方向での高齢者等支援を行うべきものとされる<sup>1)</sup>。

他方では、この状況は、専門家の力量濫用の危険性ももたらす。高齢者・脆

---

1) 例えば、最高裁判所ホームページ掲載の、意思決定支援ワーキング・グループ「「意思決定支援を踏まえた後見事務のガイドライン」について（2020年（令和2年）10月30日）」（<https://www.courts.go.jp/vc-files/courts/2021/20201030guideline.pdf>）は、「後見人等を含め、本人に関わる支援者らが常に、「意思決定の中心に本人を置く」という本人中心主義を実現するためには、意思決定支援についての共通理解が必要である。」との理由で作成された（1頁）。吉田克己「多様な高齢者像と高齢者法のあり方：民法学からの接近（日本私法学会シンポジウム資料 高齢者と私法）」NBL1224号（2022年）7頁は、「代行的意思決定から意思決定支援へ」のパラダイム転換について論じているが、同時に、「自己決定権とは緊張関係を孕むパターンリズムに基づく介入が要請されることもあろう」と指摘する。

弱者と専門家の間には、専門知識・経験・精神的能力等で大きな差が存在する。専門家が自己の利益を得るために、その知識・権限を使って脆弱者に対する誘導等を行う、更には、脆弱者が、自らを「支援」する専門家に依存・迎合的傾向を持ち、そうした誘導を拒否できないなどの状況が生じうる。脆弱者が専門家を受遺者とする遺言を作成する例は、その結果である<sup>2)</sup>。

本稿が取り上げる例は、遺言と自己決定の問題にも関連する。遺言は、高齢者の財産処分における自己決定とも考えられるが<sup>3)</sup>、この点を承認するとしても、西希代子の「遺言の作成それ自体またはその内容が、事実上、高齢者の判断能力の低下につけ込んだ他者の意思に基づくものであれば、それはもはや自己決定ではない。」との指摘も重要である<sup>4)</sup>。この問題は、消費者契約法におけ

- 
- 2) 本稿の問題とすべき例としては、専門家以外に、高齢者関連組織(病院、老人ホーム、高齢者支援NPO、宗教法人等)があるが、本稿は、専門家についてのみ論ずる。組織については、令和4年成立の「法人等による寄附の不当な勧誘の防止等に関する法律」が、寄附(遺贈を含む)の勧誘を行うに当たって、①自由な意思を抑圧し、適切な判断をすることが困難な状況に陥ることがないようにする、②寄附者やその配偶者・親族の生活の維持を困難にすることがないようにする、③勧誘する法人等を明らかにし、寄附される財産の用途を誤認させるおそれがないようにする、等の規制を行った。令和4年消費者契約法改正が、宗教法人に関連して規制を強化したことも重要である。参照、消費者庁消費者政策課寄附勧誘対策室・消費者制度課「消費者契約法及び独立行政法人国民生活センター法の一部を改正する法律」及び「法人等による寄附の不当な勧誘の防止等に関する法律」の解説」ジュリスト1585号(2023年)34頁。また、参照、宮下修一「寄附の不当勧誘と民事的効力——民法理論の観点からの検討」同誌14頁、菅富美枝「「つけ込み」行為の制御と意思決定の自律性の確保」同誌21頁。
- 3) 例えば、「遺言のように本人死亡後に効力が生じる事案では、本人保護の要請が働かないことから、死者の最終意思の尊重という遺言制度の趣旨、認知症の高齢者でも自己決定は最大限尊重されるべきという近時の社会的要請にも鑑み、遺言者に高い意思能力を要求すべきではない。」(東京地判令和1年8月23日(平成30年(ワ)第4946号)LEXDB【文献番号】25581846がある。
- 4) 西希代子「高齢者と財産——財産の承継と管理(日本私法学会シンポジウム資料 高齢者と私法)」NBL1224号(2022年)。

る「つけ込み型勧誘」の問題に類似するものとも考えうる<sup>5)</sup>。

本稿は、専門家影響遺言を、家族(相続人)による影響下の遺言と区別された独自の存在として位置付けうると考える。一般につけ込み型遺言や影響下遺言が、尊重すべき自己決定ではないと評価できるとすると、専門家影響の場合は、家族影響の場合と比べて、一層強度に尊重すべき自己決定ではないと位置づけることが可能である。専門家は、一定の知識体系を有し、職業的関与によって脆弱者に対して強い影響力を行使できる。家族によるつけ込みや影響は、愛情の要素が関係し、状況が複雑であり、その有効性の判断については、個別の事情が重要となる。これに対し、専門家影響遺言については、専門家の職業倫理及び報酬受領という観点から、定型的に排除することも可能になり得る。

専門家影響遺言(及びそれと家族関係遺言との区別)については、日本民法にも関連する規定があり、この問題は、古くから議論されていた。民法966条は、被後見人による後見人を受遺者とする遺言を無効とする。これは、「後見人ト云フ者が被後見人ノ上ニ強イ勢力ヲ有シテ居ルト云フコト」を前提として、その「勢力ヲ濫用シテ直接間接ニ自己ノ利益ト爲ルベキ遺言ヲ爲サシメルト云フコト」を防止するために設けられた規定である<sup>6)</sup>。同条第2項が、遺言無効を定める第1項について、「直系血族、配偶者又は兄弟姉妹が後見人である場合には、適用しない」と規定しているように、民法966条は、専門家影響遺言の問題を念頭に置いていたし、後述するように、法典調査会では、医師や宗教家を受遺者とする遺言の問題も議論されていた。この例が示すように、脆弱者に対する家族による影響と専門家による影響は、異なるものとして評価でき、専門家を対象とする一定の規範を設けることが可能である。

専門家影響遺言の問題は、裁判例にも登場している。例えば、後述の京都地判平成25年4月11日判例時報2192号92頁及び控訴審大阪高判平成26年10月30日D1-Law.com判例体系〔28233104〕の例である。本稿は、これを京都弁護士受

5) 松本恒雄「高齢者と消費者保護：消費者法のユニバーサルデザイン（日本私法学会シンポジウム資料 高齢者と私法）」NBL1224号（2022年）41頁。

6) 『法典調査会民法議事速記録』7巻632頁（商事法務、1978年）。なお、学振版第62の86。

遺事件と呼ぶが、そこでは、認知症の高齢者による遺言（会社の発行済みの全株式を含む数億円の全財産を会社の一時期の顧問弁護士に遺贈する内容の遺言）があった。第一審の地裁判決は、遺言能力がないことを理由に遺言無効と判断し、控訴審の大阪高裁は、遺言能力を肯定しつつ、公序良俗違反を理由に遺言無効と判断した。この判決は、新聞報道されたことにより、弁護士の関心と呼んだ。

篠田大地弁護士は、ブログで、本件判決を紹介した後、「本件と似た事案として想定されうものとして、高齢者に職業的に関与する者（看護者、介護者などが考えられますが、これらに限りません）が自己を受遺者として遺言を作成することがあります。このような場合で、かつ、本件のように、認知能力が低下していた遺言者が職業的に関与する者を受遺者として遺言を作成した場合に、どこまでが公序良俗に反するといえるのか、弁護士だけが特別許されないのかどうなのかは、議論のあるところだと思います。」と指摘した<sup>7)</sup>。岡本政明弁護士のブログは、原審の京都地裁判決について、「お医者さんやその家族から「患者さんより、遺産全部をあなたに遺贈する遺言書を作ると言われているが」という相談は、枚挙にいとまがありません。羨ましい職業ですね（弁護士にはないです）。でも「面倒なことに巻き込まれることもありますよ」とアドバイスしております。」と述べる<sup>8)</sup>。

更に、死因贈与の例であるが、NPO法人が高齢者の身元保証サービス提供の条件として、高齢者・脆弱者からの死因贈与契約を締結した場合について、名古屋高等裁判所が、死因贈与契約は暴利行為であるとして公序良俗違反故に無効と判示した例もある<sup>9)</sup>。この判決について、丸山智史弁護士は、論文で、「高

---

7) 全財産を顧問弁護士に遺贈する内容の遺言の有効性に関する事例【大阪高判平成26年10月30日】- 相統弁護士 | 本橋総合法律事務所 (motolaw.gr.jp)。

8) <https://www.okamoto-law-office.com/modules/d3blog/details.php?bid=87&cid=19&offset=18>

9) 丸山智史「死因贈与契約との関係～身元保証契約と死因贈与契約をセットにした契約が、公序良俗に反し、無効となった判決（名古屋地方裁判所岡崎支部令和3年1月28日判決、名古屋高等裁判所令和4年3月22日判決）について <特集>死後事務

齢者が受託者との間で死因贈与契約を締結する理由としては、高齢者の純粋な受託者への感謝や応援する気持ちもあるが、受託者からの実質的な誘導や勧誘行為も後を絶たない(受託者である多くの団体は厳しい経営を迫られ、委託者からの寄付や遺贈が収益源になっているのも事実である)。と指摘している。これが、死因贈与でなくて、遺言であった場合が、考えられる。

また、東京都文京区の「文京区訪問介護サービス業務のガイドライン」は、「ホームヘルパーとサービス利用者との関係は、対等である。しかし、実際には必ずしも対等とは言えない。特に意思能力の十分でない高齢者の場合にはそうである。ホームヘルパーから何らかの働きかけがあった場合、本人の意に反して、それを受け入れざるを得ないこととなる。そこで、利用者を保護するため次の行為を行ってはならない。」と述べた後に、「(1) 訪問先で知り得た秘密を他の利用者等で話すこと。(2) 金品の贈与・遺贈を受けること。(3) 金品の貸し借りをを行うこと。(4) 宗教への入信等の勧誘を行うこと。(5) 物品の購入及びサービス等の勧誘を行うこと。」等を禁止している<sup>10)</sup>。

以上の例に見える問題状況は、専門家が脆弱者に影響力を及ぼしうること、高齢者・脆弱者がそれに迎合的に応ずる危険があり、これに基づく遺贈等がありうるが、それは適切でないことである。専門家の影響力濫用事例は、今後の増加が予想される。

前述の裁判例や民法規定が示すように、専門家受遺者遺言の問題について、

---

委任の基本と実務——増加する需要に応えるために」LIBRA(東京弁護士会)23巻1・2号15頁(2023年)は、「本判決の内容自体は十分に理解できるものであるものの、その一方で契約内容に対する個々の高齢者の理解力は様々であり、受託者から委託者への説明に対し、果たして理解されたかどうかを測ることは困難であって、実際の現場で受託者側が委託者の理解状況に合わせてどこまで具体的にかつ分かりやすく説明すべきかという点は非常に難しい問題である」としている。また、山本亮「身元保証サービス事業者であるNPO法人に対する死因贈与契約が公序良俗に反するとして無効とされた事例——名古屋高裁令和4年3月22日判決——」実践成年後見(2022年)101号78頁。

10) <https://www.city.bunkyo.lg.jp/var/rev0/0086/1290/houmonnkaigo-guideline.pdf>

2つのアプローチがある。第一は、一般条項的救済であり、意思能力無効（遺言能力欠缺）及び公序良俗違反、錯誤などの救済である。これは、従来活用されてきた方策であるが、裁判による救済は予測可能ではない。第二は、特定の関係者間においては、遺言が定型的に無効となるという日本民法966条のような関係的・相対的遺言無効の法理である。これは、特別規定に基づくものであり、定型的に無効とするため、公正証書遺言の場合には、公証人によるチェックも期待可能である。フランス法では、医師、看護師等への遺言無効規定が存在する。医師が担当する終末期担当患者に対し自己の利益となる遺言を書かせる場合については、フランス民法典909条が遺言無効として規定している<sup>11)</sup>。

本稿の筆者は、例えば、患者⇒医師、宗教家、介護関係者の遺言は、専門家影響遺言としてできる限り無効とするのが適切と考える。その理由は、患者等の保護（脆弱者が影響下で遺言するのは不適切であり、尊重すべき自己決定とは言えない）、職業倫理違反（遺贈利益目的等で、職業活動が歪む。一種の利益相反とも位置づけうる）である。本稿は、解釈論として、専門家影響遺言について公序良俗違反のアプローチが適切と考え、その判断の際、966条の被後見人による後見人の利益となる遺言を無効とする法理からの類推・読込みを提案したい。また、立法論として将来的には医師等宛個別立法（どこまでの範囲とすべきかは問題だが）が必要と考える。

従来の研究との関連では、フランス民法909条等のフランスの法理について

---

11) フランス恵与 (libéralité、生前贈与と遺贈) 法について、山口俊夫『概説フランス法上』（東大出版会、1978年）516-520頁（2006年改正前の姿を要領よく解明）、ミッシェル グリマルディ（平野裕之訳）「恵与と契約：一般法に対する例外（2017年度大陸法財団寄付講座 フランス法における無償行為）」慶應法学39巻2号（2018年）59-82頁（2006年相続法・恵与法改正後のあり方を詳述する。909条については、73頁）。更に、Michel Grimaldi（北村一郎訳）「フランスにおける相続法改革（2006年6月23日の法律）」ジュリスト1358号（2008年）68頁以下。個別的に、909条の詳細かつ優れた検討として、大久保悠貴「フランス民法典909条における権利無能力概念：権利無能力となる者の範囲を拡大した2007年改正を中心に」洗足論叢46号（2018年）125頁以下、同「フランス民法における後見等の保護下にある者の財産保護：特定職業人による騙取の防止」法政論叢57巻1・2号（2021年）117頁以下。

は、大久保悠貴による優れた研究があるが、本稿は、①日本の問題について裁判例を元に遺言意思、公序良俗等の遺言無効の法理、②日本の966条の相対的遺言法理、③フランスの遺言意思、コース等の一般的遺言効力論を幅広く検討する。

以下、本稿は、日本法及びフランス法について、以上の一般法理及び関係的特別法理の2つの観点から、専門家影響遺言の問題について論ずる。まず、日本における問題状況として、一般法理と特別法理による対応を検討し(⇒1)、その後、フランス民法典を中心としたフランス法の状況を検討する(⇒2)。

## 1 日本法における問題状況

日本において、遺言無効を導くための法理としては、遺言能力、公序良俗、錯誤等の一般法理と特定の遺贈者・受遺者にのみ限定的に適用される特別法理とがある。前者(一般法理)は、多くの点で、契約などの通常法律行為と基礎を共通にするものであるが、非定型的で結果の予測可能性が低く、また、実際は、ある程度抑制的に運用されている(⇒(1))。後者(特別法理)は、民法966条の被後見人の後見人に対する遺言のみ規定されており、これに該当する場合には定型的に遺言無効を導くことができる。これは、適用場面が極めて限定されているが、制定時の議論として、医師や宗教家による影響下遺言の問題が議論されていた(⇒(2))。全体として、日本法は、専門家影響遺言について、一般法理及び関係的特別法理の双方において、十分な対応をしていない。

### (1) 遺言無効の一般法理による対応

遺言無効の主な原因としては、①方式違背(960条)及び②遺言書の偽造又は自筆遺言証書の自筆性を別にする、③遺言無能力(961条から963条)、④公序良俗違反(90条)などの法律行為の有効要件の欠如、⑤錯誤・詐欺・強迫取消し(95条、96条)があるとされる<sup>12)</sup>。

---

12) 高山稔ほか「遺言無効確認請求事件を巡る諸問題」判例タイムズ1380号(2012年)



③、④、⑤の中でも、遺言の効力の争われる理由の第一が③の能力で、次が方式違背であるとされるから<sup>13)</sup>、能力の問題は重要である。また、④の公序良俗違反については、伝統的には、愛人への遺言が問題にされてきたが、近時は、それと異なる場面での適用がみられるようになっている（後述の京都弁護士受遺事件の大阪高裁判決）。⑤の錯誤、詐欺、強迫という意思表示の瑕疵については、法律行為の主体である遺言者が死亡しているため、証拠方法が限定されていること、このため、「周辺事情を踏まえた場合には遺言内容があまりに不自然・不合理であるとして、錯誤や詐欺又は強迫の存在を推認させるほかなくその立証には一定の困難が伴う」との指摘があること、裁判官執筆の文献において取消権は相続人全員の共同行使が必要とされるために、取消権行使自体に困難が伴いうること<sup>14)</sup> などがある。

以下では、専門家影響遺言について、遺言能力法理によるコントロールの例として、京都地判平成25年4月11日判例時報2192号92頁を中心に引き上げ（⇒ア.）、公序良俗法理によるコントロールとして、同事案の控訴審判決（大阪高判平成26年10月30日D1-Law.com判例体系〔28233104〕遺言能力自体は肯定）（⇒イ.）、錯誤法理によるコントロールとして、さいたま地裁熊谷支部判決平成27年3月23日判決を論ずる（⇒ウ.）。

---

8頁。

- 13) 梶村太市＝岩志和一郎＝大塚正之＝榊原富士子＝棚村政行『家族法実務講義』（有斐閣、2017年）470頁。
- 14) 前掲・高山稔ほか「遺言無効確認請求事件を巡る諸問題」判例タイムズ1380号（2012年）8頁。内田貴『民法Ⅳ 親族・相続法〔補訂版〕』（東京大学出版会、2004年）405頁は、「契約の当事者としての地位は、債権・債務のほか形成権等も含むが、一身専属性がない限り相続の対象となり（⇒366頁）、共同相続人に準共有という形で帰属する。たとえば、不動産賃借権は賃貸借契約上の地位として共同相続人の準共有となる。そして、法律行為の取消権、追認権、解除権は、共同相続人全員に不可分の帰属するので、全員で共同して行使することになる。」と述べる。もっとも、共同行使ではないという見解も存在する（千葉恵美子「錯誤、詐欺・強迫による遺言-その効力と無効・取消を主張できる者の範囲（民法解釈学上の諸問題）」名古屋大学法政論集227号（2008年）288頁。



### ア. 遺言能力法理によるコントロール

民法963条は、「遺言者は、遺言をする時においてその能力を有しなければならない」と定める。遺言能力とは、遺言者が遺言事項を具体的に決定し、その法律効果を弁識するに必要な判断能力、すなわち意思能力のことをいうとされる<sup>15)</sup>。一般に遺言無効については、遺言意思・遺言能力の法理が問題にされることが多いが、京都弁護士受遺事件では、地裁と高裁で遺言能力についての判断が分かれた点が特徴である。地裁判決は、「ごく常識的な判断力」を要求した(⇒(ア))。遺言能力について最近の学説・裁判例は、遺言能力の有無を判断するに当たって、種々の要素を取り込むことになっているが、定型的解決が困難である(⇒(イ))。また、公正証書遺言では、公証人による脆弱性・意思能力チェックが十分でない恐れがある(⇒(ウ))。

#### (ア) 京都弁護士受遺事件地裁判決

京都弁護士受遺事件(京都地判平成25年4月11日判例時報2192号92頁)は、「亡Aの相続人であると主張する原告が、亡Aから弁護士である被告に現金だけで3億円を超える多額の遺産を遺贈することを内容とする本件遺言について、無効であることの確認を求めた事案」である。

この事案では、この種の事件を扱う場合に、遺言能力アプローチと公序良俗アプローチがあることを示している。というのも、第1審の京都地方裁判所判決は、本件遺言について、遺言者が遺言能力を欠いていたとの理由で、遺言無効と判示した。これに対して、控訴審は、遺言能力はあったとしつつ、公序良俗違反との理由で遺言無効と判断した。

#### a. 事実の概要

本件は、原告が、竹子(大正3年生まれであり、平成21年2月18日に死亡)の相続人(竹子の姪(竹子の姉の養子であり、姉の代襲相続人となる))として、本件遺言が無効であると主張して本件訴訟を提起した事件である。被告は、京

---

15) 蕪山巖他著『遺言法体系〔補訂版〕』(滋学社、2015年)14頁。遺言能力には、2つの意義(961条(15歳)の定める遺言行為能力と、遺言という法律行為をするための意思能力)があるとされるが(潮見佳男『詳解 相続法第2版』(商事法務、2022年)474頁)、本稿は、後者の意義に注目する。

都弁護士会所属の弁護士（高齢かつ人権活動等で著名）であり、竹子は被告の依頼者であった。本件遺言により被告に遺贈された竹子の遺産は、預金だけで3億円を超える多額のものであった。

事件の推移は、次のとおりである<sup>16)</sup>。

- 
- 16) 竹子は、姉とともに祇園で舞妓・芸妓をしていたが、東京都銀座の呉服商の五代目社長と結婚した。竹子は、夫とともに会社を設立し、昭和51年に夫が死亡した後、当該会社の唯一の株主兼代表取締役として訴外会社の業務を取り仕切っていた。

被告は、昭和5年生まれで、昭和34年に京都弁護士会に弁護士登録を行った弁護士であり、昭和40年ころ、竹子から相隣関係に関する紛争の相談を受けたことなどがあり、昭和60年と平成8年にも、それぞれ竹子から民事上の法律問題について相談を受けたことがあった。被告は、平成15年5月12日、竹子から公正証書遺言作成の委任状を受領し、竹子は、平成15年12月11日、自宅で本件遺言書を作成した。被告は、作成された本件遺言書を預かり、以後、これを秘密証書とする手続まで保管していた。また、同年7月25日には、訴外会社と法律顧問契約書を交わし、訴外会社の顧問弁護士となった（報酬月額5万円）。更に、竹子は、平成16年11月22日に、委任状を作成し、被告に対し、竹子個人及び訴外会社双方の実印と銀行印を預け、平成18年3月3日には、本件包括委任契約書を作成し、被告に対し、自分の財産に関するすべての代理権を付与した。被告は、平成17年から平成21年までで合わせて1億7,250万円の払い戻しを行った。実際の払い戻しは、Am（竹子の身の回り世話係として雇われた者）が行った。

公証人が、平成17年10月3日に、竹子の自宅を訪れ、被告によって保存されていた本件遺言書につき、秘密遺言証書封紙を作成する手続をとった。この手続の際、証人としてAm及び参加人が立ち会った。

このとき、竹子は既に認知症が進行していたが、秘密遺言証書封紙には自筆で署名し、本件遺言書が自己の遺言書である旨並びに自己の氏名及び住所を述べることはした。

なお、二宮周平「全財産の包括遺贈の解釈と遺言能力〈注目裁判例研究2013年後期／家族2〉」民事判例8号（日本評論社、2014年）114頁は、本判決について、専門家影響遺言の観点からは検討していない。

表 1 本件の推移

大正3年(1914年)	被相続人竹子生まれる
昭和5年(1930年)	一審被告生まれる
昭和34年(1959年)	被告は、弁護士登録 原告(竹子の遠縁)は、被相続人の姉夫婦と養子縁組(被相続人の姪となる)
昭和37年(1962年)	竹子は、祇園で舞妓・芸妓をしていたが、東京都銀座呉服商の五代目社長と結婚。夫は祇園で呉服商経営することにし、竹子は、夫とともに会社設立
昭和38年(1963年)	竹子は、京都に自宅不動産を購入(竹子名義)
昭和40年(1965年)	被告は、相隣関係事件で竹子から相談を受ける
昭和51年(1976年)	竹子の夫死亡。竹子は、会社の唯一の株主兼代表取締役として会社の業務担う。なお、親戚の古参社員が活躍
昭和60年(1985年)	竹子は、被告に相続相談
平成8年(1996年)	竹子は、被告に相続相談
平成12年(2000年)	原告が会社に入社、後に、祇園店店長
平成13年(2001年) 12月	竹子はめまいで自宅階段から転落(当時85歳)、以後、平成14年まで京都第一赤十字病院に入院、その後、低酸素血症として、竹中医院に通院
平成15年(2003年) 7月25日	被告は会社との法律顧問契約(月5万円)
11月	京都市職員による訪問調査で「痴ほう性老人の日常生活自立度」は「〈2〉b」(日常生活に支障をきたすような症状・行動が意思疎通の困難さが家庭内・家庭外を問わず見られるが、誰かが注意していれば自立できる程度。服薬管理や電話の応対、訪問者との対応、一人での留守番などではない)。
12月11日	竹子(当時87歳)は自筆遺言証書作成(受遺者被告、遺言執行者は別の弁護士)、被告は遺言を預かる(秘密証書遺言まで)。
平成16年(2004年) 11月22日	竹子は、被告に委任状、会社と個人の銀行印を預ける。以後被告は、平成21年2月まで合わせて1億7,250万円払い戻し
平成17年(2005年)	公証人が竹子の自宅で秘密証書遺言作成(証人は、遺言執行者で

10月3日	ある弁護士と竹子の同居人Am)
12月26日から平成18年1月19日まで	京都第一赤十字病院に入院（抑制帯による行動制限）
平成18年（2006年） 1月19日から 5月9日	なぎ辻病院入院、不潔行為等（4月17日付け看護記録は「認知症、中等度orそれ以上かも」と記載）
平成21年（2009年） 2月18日	竹子死亡、死亡時の遺産額は預金残高3億円以上、その他、不動産、株式等をあわせて5億円
3月24日	参加人（遺言執行者）は、京都家庭裁判所で本件遺言証書検認手続立会、遺言執行着手
3月27日	被告は、遺言執行者の求めに応じ、預貯金通帳9通、不動産権利証を交付し、預かっていた現金1,579万4,757円を開示した。遺言執行者は、現金についてはその場で被告に引き渡し、預貯金については解約手続等のため預かった。
4月23日	遺言執行者は、被告に対し、遺贈原因として自宅不動産所有権移転登記手続完了
9月28日	被告は、訴外会社の100パーセントの株主として株主総会に出席した。G（被相続人の遠縁で昭和41年に入社した古参社員）を訴外会社の代表取締役役に選任した。
11月25日	竹子名義の預金を解約し、一旦遺言執行者の口座に入金した後に被告の口座に振り込んだ。
12月4日	遺言執行報酬として600万円が遺言執行者に支払われた。
12月14日	被告は、遺産合計5億9,585万0,270円の遺贈を受けたとして相続税の申告を行い、相続税6,309万9,720円を支払った。
平成23年（2011年） 1月18日	原告は、本件訴訟を提起した。
平成25年（2013年） 4月11日	京都地裁は、遺言無効の判決（遺言能力なし）
平成26年（2014年） 10月30日	大阪高裁（控訴審）は、遺言無効の判決（遺言能力はあるが、公序良俗違反）。その後最高裁が上告不受理（確定）

本件の遺言は、次のとおりであった。

「ゆい言書  
私の いさんは 後のことをすべて  
おかせしている弁護士、B f  
たろうにいぞうします  
ゆいごんしっこうしゃは  
C Cまつおにおねがい  
します 平成十五ねん十二月十一日  
D F 竹子」

本件遺言書は、当初、民法968条所定の自筆証書であったが、後に、民法970条所定の秘密遺言証書封紙が作成され、秘密証書遺言ともなった。

#### b.地裁判決の遺言能力論の特徴

京都地裁判決の遺言能力論には、二つの特徴がある。第一に、抽象論として、意思能力・遺言能力の相対性を明言した。筆者は、LEXDB裁判例で検索したが、このように明確に、「意思能力の相対性」の文言を判決で使った唯一の例が本件地裁判決であった。裁判例は、多くの場合、遺言能力について種々の要素を考慮に入れて判断しているのであるから、「意思能力の相対性」に実質的に配慮しているようであるが、これを明言している例は本件判決だけである。

第二に、上記「意思能力の相対性」との関わりで、複雑あるいは重大な権利変動をもたらす意思表示について、「小学校高学年程度の精神能力しかない者が行った場合、意思能力の欠如を理由に意思表示が無効とされることが多い」と論じ、この結果、本件について、遺言能力として、「ごく常識的な判断力」を要求した。これは、後述の《意思能力水準は7歳程度からであり、遺言能力の水準は、通常的意思能力の水準よりも低くても問題ない》という伝統的「通説」のみならず、他の裁判例の考え方とも相当に異なるものである。地裁判決は、「痴ほう性老人の日常生活自立度」は「〈2〉b」、「日常生活に支障をきたすような症状・行動が意思疎通の困難さが家庭内・家庭外を問わず見られるが、誰かが注意していれば自立できる程度」で遺言能力がないとした。遺言に受遺者である弁護士からの働きかけがあったと想像されるにせよ、他の裁判例

と比較すると異例とも考えられる。

京都地裁判決は、次の遺言能力一般論を提示した。

意思表示を有効に行うための精神能力は「意思能力」と呼ばれ、遺言を行うのに要求される精神能力は特に「遺言能力」とも呼ばれる。

意思表示が、どの程度の精神能力がある者によってされなければならないかは、当然のことながら、画一的に決めることはできず、意思表示の種類や内容によって異ならざるをえない（意思能力の相対性）。

単純な権利変動しかもたらさない意思表示の場合（日常の買い物など）、小学校高学年程度の精神能力がある者が行えば有効であろうが、複雑あるいは重大な権利変動をもたらす意思表示の場合、当該意思表示がもたらす利害得失を理解するのにもう少し高度な精神能力が要求されるから、小学校高学年程度の精神能力しかない者が行った場合、意思能力の欠如を理由に意思表示が無効とされることが多いものと思われる。

### c. 本件遺言の効力

#### (a) 秘密証書遺言（平成17年10月3日）の効力

京都地裁は、具体の遺言の効力を検討する場合に、後に作成された秘密証書遺言としての効力を検討し、次のように述べる。

「医学的知見を総合すれば、本件遺言書が自己の遺言書である旨をE A公証人に申述した平成一七年一〇月三日の時点までに、竹子には、認知症の中核的な症状が非常に顕著に現れていたことが明らかである。

医療従事者や在宅介護従事者によって観察された竹子の認知症の症状に照らせば、竹子には、小学校高学年の児童程度の精神能力があったとも到底考えられない。

したがって、仮に、秘密遺言証書封紙に自署し、本件遺言書が自己の遺言書である旨並びに自己の氏名及び住所を述べることができたとしても、平成17年10月3日当時、竹子に遺言能力がなかったものと認めるのが相当であり、本件遺言書は、秘密証書遺言としては無効である。」

#### (b) 自筆遺言証書（平成15年12月11日）の効力

次に、平成15年当時の自筆遺言証書としての効力を問題にする。

「竹子は、本件遺言書作成の当時、既に、低酸素血症又はラクナ梗塞を原因とする血管性認知症あるいはアルツハイマー型認知症を発症しており、初期認知症の段階に

あったと認めるのが相当である。……初期認知症の状態にある者の遺言能力は直ちに否定されないものと思われる。……しかしながら、本件遺言は文面こそ単純ではあるが、数億円の財産を無償で他人に移転させるというものであり、本件遺言がもたらす結果が重大であることからすれば、本件遺言のような遺言を有効に行うためには、ある程度高度の(重大な結果に見合う程度)の精神能力を要するものと解される。……小学校高学年レベルの精神能力がありさえすれば、本件遺言に関する遺言能力が肯定されるとすべきではない。そうでなければ、私的自治の理念に適った行動ができない者の思慮不足な行動を、私的自治の名の下に放置してしまう危険が大きいと思われる。本件遺言に関する遺言能力は、もう少し高い精神能力—ここでは仮に「ごく常識的な判断力」と表現する—が必要というべきである。」(下線は小柳)

以下、京都地裁判決は、「ごく常識的な判断力」があるかを検討する。そして、以下の３点を理由に、竹子は、「ごく常識的な判断力」を有していなかったとする。その理由は、第一に、別に後継者として意中の人物がいたのに、それと矛盾する遺言を作成したことである。(「竹子は、C fを後継者にするには不都合な遺言をしているのに、全く心配をしていない(心配をしたなら、被告やE O税理士に本件遺言に関する相談をもちかけたはずなのにその形跡が全くうかがえないのである。))。したがって、竹子は、本件遺言をした場合の利害得失を「ごく常識的な判断力」のレベルでさえ、全く理解していなかった」)。

第二に、被告弁護士を経営者にすることは家族経営の会社にそぐわず、奇異な内容の遺言になる。(「訴外会社は、…同族的色合いが濃い会社であるのに、なぜ、縁のある親戚に対しては、本件株式はおろか、会社経営の基盤となり得る預金さえも全く遺そうとはせず、赤の他人の被告に本件株式を含む全遺産を遺贈しようというのは、竹子の生活歴からすれば、いかにも奇異なこと」)。

第三に、親族に財産を全く残さないのは不自然である(「四郎や原告のように、長らく親しくしていた親戚に何も財産を遺そうとしなかったというのも、やはり、かなり奇異なこと」)。

以上から、京都地裁判決は、遺言能力不存在を指摘する。「上記(3)ないし(8)の事柄に加え、竹子が、平成一五年一二月当時、既に、低酸素血症又はラクナ梗塞を原因とする血管性認知症又はアルツハイマー型認知症を発症し



ていたことをあわせ考えるならば、本件遺言書作成当時、竹子は、本件遺言がもたらす結果を理解する精神能力に欠けていたものと認めるのが相当である。したがって、本件遺言書は、平成一五年一二月一日作成の自筆証書遺言としても無効である。」

### (イ) 遺言能力の「通説」と裁判例

以上の京都弁護士受遺事件についての遺言意思能力論を、裁判例との関係で検討する。

#### a. 遺言能力の伝統的「通説」

遺言能力には、「通説」とされた考え方が存在した。例えば、土井文美判事は、「従来、遺言能力については、財産行為において必要とされる行為能力までは必要はなく、ただ、法律行為である以上、一般的抽象的な意味での意思能力は必要であり、かつそれで「十分である」<sup>17)</sup>と説かれ、こうして「遺言能力＝意思能力ないし事理弁識能力」との見解が一般的となった」と指摘している<sup>18)</sup>。

もっとも、遺言能力の伝統的「通説」について、これに対する批判的立場から、「初期の学説は、遺言能力を意思能力又は弁識能力のことであると述べ、そこで要求される精神能力の程度は行為能力の水準に達することを要しないという意味で用いた。……その後の学説も、遺言能力について、意思能力とほぼ同義であり、行為能力において要求される精神能力に達することを要しないとの説明を繰り返し、通説を形成していった」とも指摘されている<sup>19)</sup>。

---

17) 中川善之助＝泉久雄『相続法（第4版）』（有斐閣、2000年）488頁。

18) 土井文美「遺言能力（遺言能力の理論的検討及びその判断・審理方法）」判例タイムズ1423号（2016年）17頁。

19) 伊藤昌司『相続法』（有斐閣、2002年）37頁注2は、「驚くことには、額田洋一「弁護士活動と高齢者の財産管理」150頁には、意思能力有無の基準は7歳程度の子の精神能力であるとの「通説」を前提に、「近時は、意思能力の有無は一律に判断されるべきではなく、問題になる行為の難易に応じて相対的に判断すべきであるとの考え方が有力になりつつあるが、自己の財産の管理を他人に任せるということは（代理人の人となりを見抜く力とは区別されなければならない）、それほど高度の判断力を要するものではないので、通説的見解にしたがって問題ないと思われる」とさえ述べられている」と論ずる。

以上のように、「通説」は、2つの要素からなる。それは、第一に、遺言に必要な意思能力の程度は、売買等の通常法律行為の場合と比べて、低くてかまわないこと<sup>20)</sup>、第二に、売買契約等の通常法律行為での意思表示に要求される意思能力は、7歳程度の精神能力を目安とすることである<sup>21)</sup>。この二つを組み合わせれば、遺言に必要な精神的な能力は、7歳程度の精神的な能力という相対的に低いもので構わないことになりかねない。

#### b. 裁判例と遺言能力コントロールの限界

これに対して、近時の裁判例は、伝統的「通説」に従っているわけではないとの指摘がある。例えば、浦野由紀子は、次のように述べている。「通説によれば、一般的な意思能力ないし事理弁識能力があれば遺言能力があるとされる。しかし、多くの裁判例では、一般的な意思能力を超えて、その遺言の内容を理解する能力が問題とされ、遺言作成の経緯や他人による不当な干渉の有無のほ

---

20) 第一について、須永醇は、次のように述べる。

「まず、遺言に必要な精神的な能力の程度だが、前掲二学説(瀬戸・中戸)が示唆しないし指摘するとおり、通常財産行為における意思能力よりも低めないし緩やかに遺言能力は認定されてよい、と思われる。というのも、遺言においてはその法的効果を受けるのが遺言者自身ではないから、通常法律行為において精神能力の不十分な者が当該行為者に不利な法律効果を帰属させられないよう保護される必要性があることと同じには考えられないし、また、このことに加うるに、遺言は遺言者最終の意思を尊重する制度だから、一応の精神的な能力に裏打ちされた意思でさえあるならば、できるだけ広くこれを認めて尊重することが妥当と思われるからである。」

(須永醇「統合失調症患者の遺言能力」同『意思能力と行為能力』(日本評論社、2002年) 427頁)。

21) 意思能力7歳基準説は、例えば、債権法改正の法制審議会資料も、「意思能力は、一般的に、法律行為の法的な結果や意味を弁識する能力であるとされる。……意思能力の有無の判断に当たって法律行為の性質、難易が考慮されるとしても、意思能力の程度は一般に7歳から10歳程度の理解力を意味するとされており、取引の仕組みなどを理解した上で、その取引した結果について自己の利害得失を認識して経済合理性に則った判断をする能力までは不要であると考えられる。」と述べている(民法(債権関係)部会資料53民法(債権関係)の改正に関する中間試案のたたき台(1)(概要付き) 5頁。 <https://www.moj.go.jp/content/000107444.pdf>)。

か、当該遺言の具体的内容（内容の複雑さ・重大性、遺産が高額であるなど）との相関関係で、遺言能力の存否が判断されている。」<sup>22)</sup>。

裁判例は、比較的早い段階から、遺言能力については、総合判断を行うものが多い。最近でも、例えば、東京地判令和4年1月28日LEXDB25603142は、「遺言能力は、遺言の内容及び当該遺言に基づく法的結果を弁識・判断するに足りる能力のことをいうところ、遺言能力の存否の判断は、遺言者の遺言当時の精神障害の有無・内容・程度等と、遺言の内容の複雑性・遺言をめぐる諸事情とを総合して判断すべきである。」と述べている<sup>23)</sup>。こうした裁判例の傾向（総合考慮説）は、学説によって支持されている<sup>24)</sup>。

---

22) 前田陽一=本山敦=浦野由紀子『リーガルクエスト 民法Ⅵ 親族・相続 第6版』（有斐閣、2022年）398頁。また、潮見・前掲注（15）474頁は、「意思能力を私的自治における人の一般的能力としての事理弁識能力（自分がこれから何をしようとしているかについて認識することのできる能力）として捉える立場からは、小学校入学時ないし小学生低学年（7から10歳）程度の知的成熟度をもって、ここでの意思能力ととらえるのが適切であるということになる。そして、問題になる行為が遺言であろうが、契約であろうが、ある者について行為時に意思能力があるか否かは、一律に決まるということになる。……これに対して、意思能力とは、私的自治・自己決定のために必要な能力であるとする見方もある。…そこで要求される能力は、問題となる私的自治・自己決定との関連で相対的に判断されるべきものである。…後者の立場からは、遺言者が遺言作成時に意思能力を有していたか否かは、当該遺言の内容に即してみたときに、遺言者がその内容を理解し、遺言するとの判断（自己決定）をすることのできる知的・精神的状態にあったか否かにより判断されることになる。」と指摘している。

23) また、「遺言能力の有無の判断については、一般的な事理弁識能力があることについての医学的判断を前提にしながら、それとは区別されるところの法的判断として、当該遺言内容について遺言者が理解していたか否かを検討するのが相当であり、主として〔1〕遺言時における遺言者の精神上の障害の存否、内容及び程度、〔2〕遺言内容それ自体の複雑性、〔3〕遺言の動機・理由、遺言者と相続人又は受遺者との人的関係・交際状況、遺言に至る経緯等の諸事情を総合考慮することになる。」（広島高判令和2年9月30日LEXDB25591151）もある。

24) 窪田充見『家族法—民法を学ぶ』（有斐閣、2019年（第4版））451頁は、「遺言の

比較的最近の土井文美判事の論文は、裁判例の傾向を次のように述べている<sup>25)</sup>。

「(ア) 医学的に見た能力がかなり低くても遺言を有効としている場合は、例えば面倒をみている者に多く遺贈する内容(とりわけ同居中の不動産を遺贈する場合)や、法定相続人が害されているわけではない等、内容の合理性が考慮されている。

(イ) 能力が比較的高いのに無効となっている場合は、その遺言作成過程に受通者側からの何らかの不当な関与力が窺われる場合が多い。不当な関与をして利益を得た者が結果的に利得する結果とならないよう配慮されているものと考えられる。

(ウ) 最近の傾向としては、HDS-Rの点数を重症度を推認する材料としてはあまり重視せず、点数が相当低い事案でも、遺言内容にそれなりの動機がうかがわれ、不当な関与もない場合には自己決定権を尊重し、遺言能力を肯定する傾向があるようにみえる。ただし、[公正証書遺言の場合の有効要件である]口授の要件は、むしろ近時は厳格に判断している傾向があり、要式違背によって無効とするケースも比較的多いようにも思われる。」

このようにみると、遺言能力については、次のような図式ができるようであり、裁判例は、意思能力の相対性又は遺言能力の相対性を意識して運用していると評価できる。

前提となる意思能力は、当然に、財産上の法律行為について必要とされる意思能力より低いもので足りるわけではなく、財産の処分に関する遺言の場合は、通常の財産上の法律行為と同様の水準の意思能力が必要であるとされている。…ある人について一律に遺言能力の有無が判断されるわけではなく、「当該遺言に示された内容との関連で意思能力が認められるのか」という観点から判断されるべきだということになる。」と述べる。また、二宮周平『家族法』(新世社、2019年(第5版))426頁は、「私見」として、①遺言内容理解・法的效果認識、②自己の財産状態の認識、③遺言による相続人間等の不公平の認識、④「遺言者が正常な精神状態であれば行わなかったような遺言ではないことであり、遺言者が周囲の影響から独立して、自発的に遺言を作成したこと、⑤遺言者の真意性」などを遺言能力判定基準とすべきであると。更に、同「認知症高齢者の遺言能力」中川淳先生傘寿記念論集『家族法の理論と実務』(日本加除出版、2011年)785頁。

25) 土井・前掲注(18)42頁。

表2 裁判例の遺言能力論

	医学的能力高い	医学的能力低い
内容非合理的または不当な 関与	無効	無効
内容合理的	有効	有効

しかし、京都弁護士受遺事件は、遺言能力によるコントロールの限界を明らかにしている。というのも、地裁判決は、内容について不当な関与があると評価できる遺言について、遺言無能力によると判断するために、「意思能力の相対性」を明言するのみならず、具体的判断として、遺言能力として、「ごく常識的な判断力」を要求したからである。これでは、他の裁判例との関係でいえば行き過ぎになりかねない。この点で、後述の大阪高裁の判決は、他の裁判例との関連で妥当と考えられる。

#### (ウ) 公証実務と遺言能力

なお、公正証書遺言については、公証人による遺言能力のチェックが可能であろうか<sup>26)</sup>？

一方で、公証人は、最終的には裁判所が判断するところであるから、公証人は嘱託に応ずべきであるとの考え（一種の裁判所任せ）で行動し、他方で、裁判所は、公証人が公正証書作成に応じたから、それは、遺言能力があることの一つの評価要素になると判断する（一種の公証人任せ）。いわば、公証人と裁判所が相互にもたれあって遺言能力を肯定している場合すらありうる。

---

26) この点について、常岡史子『家族法』（新世社、2020年）480頁は、「公正証書遺言作成における公証人の職務は民法969条3号から5号までの方式を履践することであり、遺言者の意思能力の有無を積極的に確認する義務を負っているとは言えない」と述べる。もっとも、中村昌美「裁判例研究 公正証書遺言作成後に後見開始審判を受けるも、遺言能力の存在が肯定された事例：東京地裁平成28年2月24日判決」実践民事後見92号（2021年）101頁は、平成12年通達が発出されてから久しいことで、「無効となる案件が事前にはねられている」と指摘する。公正証書遺言が裁判所により無効とされる例が減少していると指摘する。

公正証書遺言の場合には、公証人による遺言能力のチェックを期待することが理屈上は可能であるが、実務的には、限界事例では期待しがたい<sup>27)</sup>。というのも、公証人経験者が次のように述べている。

「公証人は、遺言者の遺言能力が存在しないことが明らかな場合は、公証人法第3条の嘱託拒絶の正当理由があるとして、遺言書作成を拒絶することができるが、遺言能力限界者については難しい判断を強いられる。この点について、常識的にみて、意思能力が疑われ、事と次第によっては将来の裁判紛争にまで発展するかもしれないということが懸念される状況である場合には、上記同様、遺言書の作成を拒絶できるのではないかとの見解もあるが(蕪山巖「公正証書遺言に関する一報告」判タ716号25頁)、遺言者の遺言能力についての最終判断権者は裁判所にあることを理由として、嘱託に応じて作成すべきとの見解が多数である(篠田省二「遺言能力について」公証120号36頁、渡邊剛男「日本公証人連合会から全国銀行協会宛の『公正証書遺言に基づく預金の払戻し等についての要望』について」と題する論文について」判タ1181号106頁等、佐藤勝「公正証書遺言の動向と当面する二、三の問題について」公証法学35号30頁、植村秀三「日本公証人論」140頁)。公証人は短期間の内に、遺言書を作成しなければならないことを考えると、限界事例においては、できる限り、公正証書遺言の作成に応じ、遺言者の意思を残すべきと考える。」

これに関連して、裁判例の中で公証実務を語るものがある。東京地判平成28年8月25日判例時報2328号62頁は、公正証書遺言作成を担当した公証人が次のように述べている。

---

27) 加藤洋美「公正証書遺言の効力が争われた事例について」学習院法務研究第7号(2013年)94頁。同論文は、「遺言能力の存否については、遺言の内容は、遺言者の保有する財産の量、種類、受遺者との関係、財産の配分の内容等の事情によって多様であるため、個々の事案ごとに、遺言者の遺言当時における判断能力の程度、年齢、病状、前後の言動、日頃の遺言に対する意向、遺言者と受遺者との関係等の事情を考慮し、遺言の有効・無効によって利害関係を受ける者の間の利害の調整を図りながら判断される(升田純「高齢者を悩ませる法律問題」220頁)。したがって、遺言能力の存否の判断につき、一義的かつ明確な基準を設定することは困難である。」と指摘している。

「一般に、公証実務では、アルツハイマーを含めた認知症者について、前期・中期・後期に分け、原則として、前期であれば遺言能力があり、後期であれば遺言能力がなく、中期であればケースバイケースという考えで処理しており、HDS-R（長谷川式簡易知能評価スケールのこと……小柳注）の場合は評点が二一以上であれば前期、一から二〇までは中期、一〇以下の場合は後期という目安になるので、花子の九点は、これだけなら遺言公正証書作成をやめるように勧める評点である。しかし、本件診断書中の、花子が「物忘れを自覚しており、物忘れのエピソードを自ら語ることができた」との記載は、かなり高度な認識能力がなければできないと思うし、「自己の相続人の名前を想起でき、不完全ながら自己の資産の概略を想起することができた」や「自己の資産、相続に関する基本的な事柄は想起することができ、『甲野家の資産を守るために養子夫妻にまとめて相続させたい』という意思を明示していた」との記載も、遺言能力があるのではないかと思わせるものである。また、本件診断書中の、「COGNISTAT施行中には、不機嫌になり、途中で検査の遂行が不可能となった」とか、「検査中、返答に窮すると防衛的になり、多弁になった」等の記述からは、検査当日に体調が悪いとか精神状態が不安定になっているとか検査担当者と相性が合わないとかの事情で、実態以上に評点が低くなったことも考えられるので、いい雰囲気の中で話を聞けば違った結果が出るかもしれないと考えた。

自分は、遺言者に認知症の疑いがある遺言公正証書作成案件を取り扱う際には、遺言能力の存否を判断するため、〔1〕家族関係を理解しているか、〔2〕財産関係を理解しているか及び〔3〕誰に相続をさせたいかがはっきりしているかの三点を慎重に確認することとしているが、花子は上記三点のいずれかに引っかかる可能性があると考えたので、遺言内容の読み聞かせ手続の当日に花子と面談して上記三点を確認し、少しでも遺言能力に疑義があると判断した場合には読み聞かせ作業を中止し、遺言公正証書の作成を拒否する方針であった。しかし、平成二一年五月一九日、花子と面談したところ、花子は、上記三点についてははっきりした口調でさほど間を置かずに回答し、自分の生年月日や年齢についてもはっきりと回答していたので、自分は、花子の遺言能力に問題はないと判断し、読み聞かせの手続を進めることとした。読み聞かせ中、花子は真剣な顔つきで原本を黙読し、うなずき、自分の問いに答えており、理解している様子であった。これらを法律的観点から判断して、本件遺言当時、花子は遺言能力を有していたと考える。」

以上のように、公証人は、公正証書遺言作成に当たっては、できる限り、作成に応じようとする姿勢である。

逆に、裁判例の中には、公証人が公正証書遺言作成に応じたことを以て、遺



言能力を肯定するものがある。例えば、広島高等裁判所令和2年9月30日判決LEXDB25591151は、「福井公証人が本件遺言公正証書を作成した当時、Aの判断能力に問題があるとは思わなかった旨を供述していることや本件遺言公正証書のAの署名が平成9年遺言公正証書のAの署名と同じ筆跡であることはもちろんのこと、意識が清明の状態で書かれたことを窺わせるほどしっかりしたものであったことを併せ考慮すれば、Aには本件遺言をする遺言能力はなかったものとは認められない。」と述べている<sup>28)</sup>。

## イ. 公序良俗法理

### (ア) 大阪高裁判決

#### a.大阪高判平成26年10月30日D1-Law.com判例体系〔28233104〕の遺言能力論

本件控訴審である大阪高判平成26年10月30日D1-Law.com判例体系〔28233104〕は、遺言能力を肯定した(後述のように、本件遺言は、公序良俗に反するものであり、無効であるとした)。

#### (a) 遺言能力一般論

控訴審判決は、遺言能力一般について次のように述べた。

遺言能力は、民法上15歳以上であれば認められ、成年被後見人であっても本心に服しているときは遺言ができるとされていることからすると(民法961条ないし963条、973条1項)、取引における行為能力までは必要とされているとはいえないものの、当該遺言の内容及びその効果を理解する意思能力を有していることが必要であり、それは当該遺言の内容及び遺言時の遺言者の心身の状況等から個別具体的に判断すべきものである。

28) 遺言能力限界者の遺言書作成につき、平成12年3月13日付法務省民事局長通達は、「本人の事理を弁識する能力に疑義があるときは、遺言の有効性が訴訟や遺産分割審判で争われた場合の証拠の保全のために、診断書等の提出を求めて証書を原本とともに保存し、又は本人の状況等の要領を録取した書面を証書の原本とともに保存するものとする。」とし、「遺言者から依頼を受け、公正証書遺言作成に関わる専門家においても、後日の紛争防止のために、遺言者の診断書、カルテ、看護記録等の保存や、公正証書遺言作成状況の録画及び録音等をして、できる限り証拠収集をしておくべきである。」と述べる。

控訴審判決は、京都地裁判決と比べて次の特徴がある。第一に、京都地判と異なり、「意思能力の相対性」の言葉を使わない。第二に、遺言能力について、売買等の取引の場合に比べて低いこと（15歳）、成年被後見人でも、本心に復している時においては、成年被後見人の支援・援助なく遺言が可能である旨の民法の規定から、遺言能力は取引の場合の行為能力は必要とされていない、とする。第三に、意思能力については、「当該遺言の内容及びその効果を理解する意思能力」が必要であるとしつつ、個別具体的に総合判断すべきであるとして、当該遺言の内容や遺言時の遺言者の心身の状況等の検討の必要性を指摘する。

#### (b) 本件遺言の効力と認知症

高裁判決は、「B（地裁判決の「竹子」のこと……小柳注）には平成14年頃から物忘れ等、認知症の初期症状が始まっていたことは認められる。」と述べつつ、「本件遺言書作成時及び本件秘密遺言証書の作成時のいずれにおいてもBの遺言能力が欠如していたとまでは認められず、このことを根拠に本件遺言の効力を否定する被控訴人の主張は理由がない。」として、具体的に検討する。

高裁判決は、自筆証書遺言（平成15年12月11日）の効力について、「平成15年頃のBの物忘れ等の症状はその後の数年間にさらに悪化し、遅くとも平成19年5月にはアルツハイマー病との診断を受けていることなどを考慮すれば、Bは平成15年当時既にアルツハイマー病の初期症状を発症していたものと推認されるが、日常は、ほぼ正常な判断能力を備えていたものと認められ、本件遺言書作成時においても、本件遺言書の具体的な意味内容が分からない程度まで判断力が低下していたとまでは認め難い。」と述べる。

その理由は、①遺言書作成直前の介護認定での生活自立度が、「Ⅱb」であり、「短期記憶に問題が生じていること以外は、見当識障害はなく、日常の意思決定もほぼ可能」であったこと、②日常生活の状態として、「平成15年2月には友人とデパートに買物に行ったりし、本判決前記第3の2（1）アのとおり控訴人と委任契約を締結し」、また、「本件遺言書を作成する前後にも参加人や控訴人と会食をし、通常の会話を楽しめていること」、③本件遺言の内容は、「控訴人にすべてを遺贈するという一義的かつ単純なもの」であること、④遺言の内容の合理性についても、「身寄りがなかったり、判断力や体力が減退したり

している高齢者には、特に重大な判断能力の障害がなくともあり得ること」であった<sup>29)</sup>。

高裁判決は、秘密証書(平成17年10月3日)の作成時の遺言能力も肯定する。確かに、この時点では、被相続人の判断力等は低下していたが、高度のアルツハイマー病ではないという理由である(「これらの状況からみれば、平成17年10月3日の本件秘密遺言証書作成当時、Bのアルツハイマー病は、平成15年当時の初期段階からさらに進行した状態にあり、短期記憶の欠如といった中核症状のみならず、しばしばせん妄等の周辺症状を発症する状況にあったと認められるが、未だ、高度のアルツハイマー病に罹患していたとまでは認められない。』)。さらに、秘密遺言作成時の会話等が「普通に」なされたことである<sup>30)</sup>。

29) このうち、③及び④については、疑問も残る。とりわけ、③については、地裁判決は、文言の単純性よりも事態の重大性が大きな意味を持ち、一層高い判断能力が必要であるとしていたが、高裁判決は、《全部遺贈は簡単な内容であるから、判断能力が低下していても尊重すべきである》とした。後者は、裁判所がしばしば採用する考え方である。もっとも、東京地判令和4年8月5日LEXDB25606462は、「ア 別紙遺産目録記載1の土地(以下「小金井土地」という。)は、原告に2分の1、Fに4分の1、被告に4分の1の持分で相続させる。イ 別紙遺産目録記載2ア及びイの区分所有建物(以下、併せて「小金井区分所有建物」という。)を原告に相続させる。ウ 別紙遺産目録記載2ウの建物(以下「小金井建物」という。)を、Fに2分の1、被告に2分の1の持分で相続させる。エ 別紙遺産目録2エ及びオの建物並びに同目録3の借地権(以下、併せて「西が丘借地権付き建物」という。)を被告に相続させる。オ 別紙遺産目録記載4の現金・預貯金(Dの葬儀等の費用、未払の医療費等の一切の債務並びに本件遺言の執行に要する費用の支払に当てた残額)並びに動産その他一切の財産を被告に相続させる。」という遺言について、当時の利用状況に合致していることを理由に、「判断は自然であるし、複雑なものでもない。」として、遺言能力を認めた。簡単か複雑かという問題も、相当に解釈の余地があるようである。

30) 「本件秘密遺言証書の作成時においては、Bは、公証人や遺言執行者に対し普通に応対し、公証人が、証人2人の立会いの下、その職務として実施した本人確認や本人の遺言能力及び遺言意思の確認において特に問題を認めなかったことや、本件秘密証書遺言の内容が、控訴人1人への単純な包括遺贈であり、かつ、2年前にBの

### (c) 遺言能力によるコントロールの限界

本件判決の高裁判決は、専門家影響遺言について、遺言能力によるコントロールにも限界があることを示している。たしかに、遺言能力の有無の判断に際しては、かつての「通説」のような単純な考え方ではなく、総合考慮がおこなわれ、その際には、誘導、勧誘、つけ込み等の要素も判断材料になっている。とはいえ、遺言能力の基礎は、事理弁識についての医学的判断であり、その上に、種々の法的考慮がなされている。本件事案のように、遺言者が認知症であっても、初期段階の場合には、その遺言能力を否定することは容易でない。また、遺言能力コントロールは、そもそも、遺言者が認知症でない場合には、働きにくい。誘導、勧誘、つけ込みがあった場合、その行為事態を直接に対象として、問題とすべきである。それが、後述の公序良俗法理や錯誤等の法理によるコントロールになる。

### b. 公序良俗法理

公序良俗法理は、遺言能力法理によるコントロールと重なる点があるが、専門家の影響力行使を端的に問題にできる点で明確である。遺贈と公序良俗について、伝統的に著名なのは、「遺贈と公序良俗の関係が問題になるのは、婚姻外性関係にある者に対する遺贈、特に夫が不倫な関係にある女性に対して行った遺贈に関してである。<sup>31)</sup>」との指摘もある最判昭和61年11月20日民集40巻7号1167頁の事例<sup>32)</sup>であるが、近時は、それ以外の場面でも問題になる。今回の

---

意思に基づいて作成した本件遺言書の内容をそのまま確認するものであったことに照らすと、本件秘密遺言証書の作成当時、Bが本件遺言の内容とその効果を弁識する能力まで欠く状態にあったとは認めるに足りないというべきである。」

31) 『論点体系 判例民法11 相続 第3版』(第一法規、2019年) 316頁〔犬伏由子〕。

32) 「妻子のある男性がいわば半同棲の関係にある女性に対し遺産の三分の一を包括遺贈した場合であつても、右遺贈が、妻との婚姻の実体がある程度失つた状態のもとで右の関係が約六年間継続したのちに、不倫な関係の維持継続を目的とせず、専ら同女の生活を保全するためにされたものであり、当該遺言において相続人である妻子も遺産の各三分の一を取得するものとされており、右遺贈により相続人の生活の基盤が脅かされるものとはいえないなど判示の事情があるときは、右遺贈は公序良俗に反するものとはいえない。」事例である。

京都弁護士受遺事件は、その例である。

控訴審判決は、本遺言について、遺言能力を肯定した後、本遺言が公序良俗違反故に無効であるとして、「控訴人の行為は、弁護士が社会正義の実現を使命とし、誠実義務及び高い品性の保持が強く求められている（弁護士法1条、2条）にもかかわらず、高齢及びアルツハイマー病のため判断能力が低下するなどしていたBの信頼を利用して、合理性を欠く不当な利益を得るという私益を図ったというほかないのであるから、全体として公序良俗違反として民法90条により無効といわざるを得ない。」と述べた。

より詳細には、その理由は、次の通りである。

第一に、被相続人の認知症による迎合的傾向と専門家によるその状況の認識である。「認知症の患者が目の前の人の言うことが全てという考えに陥りやすく、他者に迎合しやすい傾向が一般に認められる」。「そのような状況の中、弁護士資格を有し、種々の相談に乗ることができた控訴人が現れたのであるから、Bは控訴人の影響を非常に受けやすい状態にあったといえる。本件遺言書の作成までの間、控訴人と十数回面談し、FともBを交えない面談を数回行っていた控訴人が、Bのこのような状態を知らなかったとは考え難い。」

第二に、専門家が職業倫理に反する形で影響力を行使し、依頼者の利益を蔑ろにし、自己の利益を図ったのであり、それは、社会正義に反する。「弁護士には、年齢的、身体的、精神的な理由等により意思の表示が十分にできない依頼者の真意の把握には特に慎重な対応が要請されているところ（弁護士職務基本規程22条）」、これに反して、「本件遺言書作成に至るまでの控訴人の行動は、Bの判断能力や思考力、体力の衰えや同人の孤独感などを利用して、依頼者の真意の確認よりも自己の利益を優先し、弁護士としてなすべき適切な説明や助言・指導などの措置をとらず、かえって誘導ともいえる積極的な行為に及んだといえるもので、著しく社会正義に反するものと認められる」

第三に、専門家が不当な利益を得たことである。「前認定のとおり控訴人の不適切な関与により作成された本件遺言により、控訴人がBから遺贈を受けた金額は5億円以上にのぼる。これは、控訴人とBとの関係が単なる依頼者と弁護士の関係にすぎず、しかも遺言書作成の相談ないし受任から本件遺言書の作

成までの期間はわずか9か月間、本件秘密遺言証書の作成までの期間は3年未満であること、その間に控訴人が行ったのは前認定のような遺言書作成についてのアドバイスやJ寺への納骨の承諾の取り付け程度であり、明らかに合理性を欠く不当な利益を得るものというほかない。」

### (イ) 暴利行為論との類似性

高裁判決の論理は、暴利行為論に類似している。暴利行為とは、民法90条の公序良俗違反の類型の一つである。

民法債権法改正における試案としては、暴利行為を独立の規律対象とする提案があった。それは、現行90条に次の第2項を付加するものであった。

「相手方の困窮、経験の不足、知識の不足その他の相手方が法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情があることを利用して、著しく過大な利益を得、又は相手方に著しく過大な不利益を与える法律行為は、無効とするものとする。」

これに関連して、山本敬三は、次のように指摘している。暴利行為公序良俗違反に関する古い大審院の判決である大判昭和9年5月1日民集13巻875頁は、「他人ノ窮迫輕卒若ハ無経験ヲ利用シ著シク過当ナル利益ノ獲得ヲ目的トスル法律行為ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスルモノニシテ無効ナリト謂ハサルヘカラス」としたが、これを現代風に直すと、「相手方の窮迫、輕率又は無経験に乗じて著しく過当な利益を獲得する法律行為は無効とする」となる。

しかし、現在の裁判例の傾向は、この定式に収まりきらないものがある。確かに、従来の裁判例をみるかぎり、「窮迫」「輕率」「無経験」に乗じたケースが数多くみられる。しかし、それ以外にも、以下の3つの要素も考慮されている。「第一は、従属状態である。契約関係において優越的地位が濫用される場合が、その典型例である。…第二は、抑圧状態である。一方当事者が心理的な圧迫状態にあることが利用される場合が、その典型例である。…第三は、判断力の低下である。認知症やうつ病等により判断力が低下している状態が利用される場合がその典型例であり、最近はこの種の要素を重視したと考えられる裁判例が増えている。<sup>33)</sup>」

以上の指摘を見れば、第一に、従属状態、第二に、判断力低下において本判

決の暴利行為論との類似性を指摘できる。

33) 山本敬三「法律行為通則に関する改正の現況と課題」法律時報86巻1号(2014年)15頁。本件と同様の観点から、暴利行為論を採用した裁判例(但し、死因贈与の例であり、また、受贈者は専門家(個人)でなく、NPO法人)がある。高齢者身元保証サービス提供NPO法人が、サービス提供の条件として高齢者との間で死因贈与契約を締結したところ、この契約について公序良俗違反とした名古屋地裁岡崎支判令和3年1月28日判決(裁判所ウェブサイト及びLEXDB25571472)及び同判決の控訴審である名古屋高判令和4年3月22日判決(LEXDB25592408)である。高裁判決は、「本件死因贈与契約の内容及びその締結の経緯に照らすと、本件死因贈与契約は、いわば社会的弱者とされる高齢者に身元保証を提供する代わりに合理的な理由もないままその死亡時の不動産を除く全財産を無償で譲渡させることにより控訴人が利益を得るものであって、暴利行為と評し得るものであり、その効力をそのまま承認することは社会正義にもとる結果となるから、公序良俗に反し無効というべきである。」と述べた。その際の重要な理由は、対価的均衡の欠如と不正確で誤解を招く説明であった。高裁判決の山本亮(弁護士かつ本件を担当)評釈は、京都弁護士受遺事件高裁判決を引用しつつ、「同判決は、社会的弱者の立場にある高齢者に対し、優位にある立場を利用して合理性を欠く不当な利益を得ることは認められない、という基本的発想に立つものと思われ、本件判決〔死因贈与事件判決のこと〕も同様の発想に立つものと考えられる。」と指摘している(山本・前掲注(9)85頁)。根岸謙「裁判例研究 身元保証等高齢者サポート事業者との間で締結された死因贈与契約の公序良俗性：名古屋高裁令和4年3月22日判決」実践成年後見103号(2023年)は、「死因贈与契約をビジネスの一環としてとらえているような場合にまで、その法人に法の助力を与えるべきではない」と論じている(114頁)。

同事件の地裁判決について、熊田均「身元保証サービス事業者であるNPO法人に対する死因贈与契約が公序良俗に反するとして無効とされた事例：名古屋地方裁判所岡崎支部令和3年1月28日判決」実践成年後見92号(2021年)70頁、根岸謙「裁判例研究 高齢身元保証契約と一体化した死因贈与契約についての公序良俗性：公序良俗違反の判断構造を中心に：名古屋地裁岡崎支部令和3年1月28日判決」実践成年後見94号(2021年)89頁。また、久須本かおり「〈判例研究〉身寄りのない高齢者が身元保証等高齢者サポートサービス事業者に対して行った死因贈与の有効性——名古屋地方裁判所岡崎支部令和3年1月28日判決平成30年ワ第624号預金返還請求事件、令和2年ワ第282号預金債権名義変更手続請求事件——」愛知大学法学部法経論集



## ウ. 錯誤法理

### (ア) さいたま養護盲老人ホーム遺贈事件

錯誤法理により、専門家影響遺言について無効とした裁判例としては、以下の、さいたま地熊谷支判判例時報2284号87頁（「さいたま養護盲老人ホーム受遺事件」）がある。

同事件は、養護盲老人ホームに入所していた遺言者による、遺言者が被告に葬儀費用等を除いた財産全部を包括遺贈する旨の公正証書遺言について、遺言者長女である原告が、被告に対し、同公正証書遺言の無効確認を求めるとともに、不当利得に基づき、同公正証書遺言により被告が利得した2093万円などの支払を求めた事案である。なお、同事件の原告は、生来の重度障がいがあり、提訴時点では、成年後見に付されており、司法書士が成年後見人であった。

遺言者は、平成12年12月19日付けの遺言公正証書により、「遺言者は、遺言者の葬儀費用並びに i 寺への納骨埋葬費用を除いた残りの遺言者所有の遺産全部を包括して、h 園（盲養護老人ホーム）に遺贈する。」、「遺言者は、遺言執行者を h 園と指定する。」等の内容の遺贈を行った。なお、本遺言には、付言事項があり、それは、「長女（原告。知的障害者援護施設入所中）長男（病院入院中）が、施設の生活や入院生活等でお金を必要とする場合及び両人が死亡した際の葬儀並びに i 寺への納骨埋葬費用を、私の寄付金から支出して頂くよう h 園長にお願いいたします。」というものであった。

遺言者は、平成22年8月に死亡し、その後、同年12月に長男も死亡した結果、長女が遺言者の相続財産の唯一の相続人となった。

長女は、原告として、本件遺言の無効を主張した。その理由は、方式違背（口授がない等）もあるが、錯誤もあった。錯誤と主張する理由は、遺言者が、精神障害を有する原告等の療養及び将来の生活を非常に気にかけしており、自分の遺産が原告等の生活のために使うことを強く希望していたこと、遺言者の遺産に関する真意は、遺産を原告及び亡 k に2分の1ずつ相続させ、h 園長が亡 f の預貯金等の財産を管理することにあったが、全盲であり、かつ遺言の作成方

---

230号（2022年）59頁以下は、身元保証サービスについて詳細に論じている。

法やその効力等の法律に無知であったため、全財産を被告に遺贈し、付言事項として原告及び亡kの生活費等を被告に負担させることを記載した本件遺言をしたこと、遺言者は、「付言事項が法的拘束力を有しないことについて全く知らず、自分の遺産は全て原告及び亡kの生活のために使用されるものと誤認していた。」ことであった。

裁判所は、遺言における錯誤の一般論として、「遺言は、遺言者の最終的な意思表示であり、しかも死後においては自らその内容、動機等を説明することができないのであるから、錯誤の認定は慎重になされることが必要であるところ、錯誤により遺言が無効とされる場合とは、当該遺言における遺言者の真意が確定された上で、それについて遺言者に錯誤が存するとともに、遺言者が遺言の内容となった事実についての真実を知っていたならば、かかる遺言をしなかったといえることが必要である。」と述べたうえで、次のように判示した。

「本件遺言の内容は、被告が原告や亡kの生活費や入院生活費を支払うことが法的義務ではないという点や、亡fのみならず原告や亡kが死亡し、葬儀費用等を執り行い、亡f所有の金員に残額がある場合に、被告に亡fの有する財産を遺贈するものではないという点において、本件遺言時における亡fの前記〔1〕〔2〕を実現する意思とは内容が異なっている。そして、亡fの前記アの意思に照らせば、原告や亡kに生活費等が確実に支払われることが亡fにとって極めて重要であって、少なくとも被告が、原告と亡kに対し生活費等を支払う法的義務を負わない（原告や亡kは、被告が支払を拒んだ場合、生活費が必要であっても支払を強制して求めることができず、任意の履行を期待できるにすぎない。）と認識していれば、本件遺言をしなかったと認められる。亡fが全盲であったことや、当時七九歳と高齢であったこと、法的知識を十分に有していたと認められないことにも照らせば、亡fが、本件遺言時、亡fの死亡後、被告が、確実に原告や亡kに生活費等を支払ってくれるものとの誤信して本件遺言をしたものと推認できる。本件遺言について、被告が原告や亡kに生活費等を支払う法的義務を負っていないという点について亡fに錯誤があると認められる。」

### (イ) 本件判決評釈

本件判決には、評釈がある。青竹美佳の本件評釈は、本件について、専門家遺言の問題性という観点からではなく、遺言と錯誤の問題から接近している。

①遺言無効が錯誤で問題になる場合があり、裁判例では、遺言にも錯誤規定

(95条)が適用可能なことは当然とされている。

②「錯誤無効の判断基準は一般に厳格である。」。裁判例の錯誤判断基準の厳格さは、主に2点の理由がある。第一は、動機の錯誤は表示されなければ要素の錯誤ではないという理由で遺言の錯誤無効を否定する裁判例があることである。第二には、遺言における錯誤認定の困難さである。これは、遺言の錯誤無効が問題になるのは、遺言者の死亡後であるためである。

③学説も、遺言に錯誤規定が適用可能であるとしつつ、さらに、契約などの場合は相手方の信頼保護が問題になるが、遺言は単独行為であるから、もっぱら遺言者の真意を追求すればよいとする。

④遺言は、要式行為であり、遺言者の真意追求といっても、無制限にメモ、日記等の考慮は許されないと指摘されている。本判決中の「遺言は、遺言者の最終的な意思表示であり、しかも死後においては自らその内容、動機等を説明することができないのであるから、錯誤の認定は慎重になされることが必要である」との判示は、以上の傾向に対応する。

⑤遺言でも受遺者の利益を考慮する必要性は否定されず、本件では、遺言無効とされたことで、包括受遺者は、財産取得ができないことになるが、「このような結論は、遺言者の意思に必ずしも合致しないのではないかという疑問が残る。」

⑥「本件においては、例えば、包括受遺者をYとし、YにはXの生活費等を負担させるという負担付遺贈とする解釈が考えうる」。もっとも、この点は、付言事項の記載を根拠とするものであり、遺言の要式性との間で検討が必要である<sup>34)</sup>。

## (2) 日本民法における専門家影響遺言無効法理 (966条)

日本法には、専門家影響遺言無効法理として、民法966条(昭和22年民法改

---

34) 青竹美佳「公正証書遺言を錯誤により無効とした事例(さいたま地熊谷支判平27・3・23)」私法判例リマックス54(2017年)74頁。また、同「公正証書遺言を錯誤により無効とした事例(さいたま地熊谷支判平27・3・23)」民事判例XⅡ 2015後期(2016年)112頁。

正前の民法旧規定1066条)の被後見人による後見人を受遺者とする内容の遺言の無効規定が存在する。966条は、後見人の影響力濫用に対する警戒が立法理由であり、専門家への遺贈問題の解決の手がかりとなる。同条起草時には、フランス法に影響されて、医師や宗教家の影響力濫用についても議論があった(⇒ア.)。同条について、不要の規定とする有力説もあるが、筆者は、専門家影響遺言の問題性を明らかにする点で、極めて限定された適用領域しかないにせよ、意義がある規定と考える(⇒イ.)。

#### ア. 民法966条の成立

##### (ア) 民法966条の源流(明治31年民法1066条)

##### a. 民法966条

民法966条は、後見人の受遺能力を制限している。同条第1項は、「被後見人が、後見の計算の終了前に、後見人又はその配偶者若しくは直系卑属の利益となるべき遺言をしたときは、その遺言は、無効とする。」、第2項は、「前項の規定は、直系血族、配偶者又は兄弟姉妹が後見人である場合には、適用しない。」と定める。同条は、(身内ではない)職務としての後見人を受遺能力制限対象としている。そのことは、第2項が身内の後見人に受遺能力を認めていることから、明らかである。

民法966条は、明治31年民法第1066条の文言現代化により成立した。法典調査会の明治31年民法第1066条の原案は、次の通りであり、実質的に公布された条文と同じであった。

(法典調査会に提出された原案)

1066条(甲案) 被後見人カ後見人又ハ其配偶者若クハ直系卑属ノ利益ト為ルヘキ遺言ヲ為シタルトキハ其遺言ハ無効トス但後見ノ計算ノ終ハリタル後ハ此限ニ在ラス

2 前項ノ規定ハ直系ノ血族<sup>35)</sup>、配偶者又ハ兄弟姉妹カ後見人タル場合ニハ之ヲ適用セス

(公布条文)<sup>36)</sup>

35) 穂積陳重自身、「直系ノ血族」の文言を「直系血族」と修正することを提案し、審議会で同意を得た。

36) この条文は、決議案では、そのまま維持されたが、後に、帝国議会提出案で公布

1066条 被後見人カ後見ノ計算終了前ニ後見人又ハ其配偶者若クハ直系卑属ノ利益ト為ルヘキ遺言ヲ為シタルトキハ其遺言ハ無効トス

2 前項ノ規定ハ直系血族、配偶者又ハ兄弟姉妹カ後見人タル場合ニハ之ヲ適用セス

#### b.起草委員の1066条（現966条）起草理由

法案審議の際に、穂積陳重は、次のように述べた<sup>37)</sup>。

本條は之も一つ單獨な規定で如斯基遺言は弊害を生ずるから「爲すことを得ず」と云ふ規定でありますから餘儀なく之を總則の中に置きましたのであります固より後見人と云ふ者が被後見人の上に強い勢力を有して居ると云ふことは言ふまでもない話して夫れが爲めに種々の規定が後見の所其他の所にありますのであります後見人の同意を要することは要りませぬけれども乍併其勢力を濫用して直接間接に自己の利益と爲るべき遺言を爲さしめると云ふことはまだ経験も少ない者とか云ふ者に對してはあり得ることありますから外に斯う云ふことが餘防してありますものの標準に倣つて直接に自分に利益を爲さしめるやうなことをすることは出来ぬ又縱令ひ後見人が勢力を濫用致しませぬとしました所が如斯遺言と云ふものは無効である如何となれば濫用をしたかしないかと云ふこと夫れ自身が非常に證明し惡くい事柄でありますから如斯規定を置いたのであります諸國には或は醫者であるとか受持の主治の醫者であるとか或は僧侶とか或は學術の教師とか又事に依りますと看病人とか種々の受けることの出来ない者ら挙げてある所がありますが如斯細かい事まで挙げますと殆んど底止する所を知らないのであつて随分外の場合でも自由の判断を妨げ勢力を濫用するやうな場合もあり得ることあります後見人と云ふものは兎に角多く有りますことありますしまた外の場合に於いても後見人の勢力濫用を防ぐ箇条もあります夫れで後見人丈け此処に置きました第二項の例外は之は斯如き近い關係の者が後見人たる場合が縷縷ありませうが夫れにも遺贈をすることが出来ないと云ふことにしては又人情に背きますやうな場合もありますから是丈けの例外を置いたのであります諸國の規定にも悉く斯う云ふやうな例外があります其例外の範圍に付ては多少廣狹がある丈けのことあります（以下、原文のカタカナをひらがなに直して引用する。）

条文の書きぶりになった（この点、名古屋大学法律情報基盤、<https://law-platform.jp/table/129089d/5>）。

37) 『法典調査会民法議事速記録』7巻632頁（学振版第62の86）。

穂積が、本条を提案した理由は、第一に、後見人の被後見人に対する強い影響力である。第二に、後見人の影響力濫用による遺言強制の可能性である。第三に、勢力濫用を証明して遺言無効とすることの困難性、それ故の特則の必要性であった(「仮令ひ後見人が勢力を濫用致しました所が如斯証書と云ふものは無効である如何となれば濫用をしたかしないかと云ふこと夫れ自身か非常に証明し悪くい事柄でありますから如斯規定を置いた」)。

本規定が規定対象を後見に限定する理由として、勢力濫用の可能性がある場合は、他にも考えられるが、すべて列挙するときがないけれども、後見人は濫用の危険が大きく、また、他にも後見人の権限制限についての規定があることであった。

#### c.委員会での審議(医師、宗教家、保佐人への拡張問題)

本規定には、後見人以外の他の場合にも適用すべきであるとの意見があった。第一は、医師、看護師、宗教家への拡張説である。

尾崎三良委員は、「今御話しのあつた医者とか看護婦とか云ふやうな者、看護師はどうか知りませぬが医者等は先づ医者の利益に為るやうな遺言は無効と云ふやうな事が余所の国にあるやうてありますが、之は矢張り日本でも必要はありますまいか」と医師・看護師等の受遺能力を疑問視する意見を提出した。これに対して、起草委員である穂積陳重が、(外国の受遺能力制限の例として)「遺言に関係をしますが坊子もある日本では夫れ程関係はありますまい」と応じ、外国では、(医師だけでなく)宗教指導者(「坊子」)の受遺能力制限の例があると情報を提供しつつ、日本では、「夫れ程関係はありますまい」と述べた。この趣旨は明らかではないが、おそらくは、実際に起こらないであろうとの趣旨と考えられる。

第二は、保佐人への拡張説である。これについては、議長(箕作麟祥)が「保佐人はどうですか先きから御論がありますが」と問いかけたが、梅は、保佐人には、財産管理権はなく、同意権があるだけであるとして、保佐人への拡張に反対した。なお、梅は、本条について、渋々同意したと述べている<sup>38)</sup>。

---

38) 「私は夫れは餘り望みませぬ後見人も財産管理して居るのならば要らぬがさうで

## d. 削除説

井上正一は、次のように、本条文削除説を提出した。

「夫れは暗々裏に勢力を及ぼすと云ふことは餘程ある事でありませうが乍併夫れが爲めに後見人が制限をしたと云ふことが分らぬ以上は矢張り後見人も其遺言を受けることが出来るとしても善くはないかと思ひます今も色々御話しのある通りに宗教家ならば非常に勢力を得て夫れが爲めに遺言をすると云ふこともございませうが夫れは矢張り實際問題に爲らうと思ひます、さうすると後見人と被後見人との間にのみ法律が推定するよりも實際問題に任せた方が宜しいと思ひます今御話しのありました通りに保佐人でも場合に依ると大變勢力を及ぼして夫れが爲めに遺言をすると云ふやうなことも實際あるかも知れぬ色々な遺言がございませうが夫れは總て實際問題にして置いた方が宜からうと思ひます私は後見人丈けに法律上の推定を爲すと云ふことは——斯う云ふ風に必ず利益を受けるものであるから何時も利益を受けることは出来ぬと云ふことは甚だ宜しくないと思ひますから削除案を提出致します」

井上の削除説の理由は、後見人に対しての遺贈をすべて禁止するのは行き過ぎであり、実際に勢力を及ぼした場合があれば、それは、「實際問題に爲らう」から、それで十分であり、特別の規定不要というものであった。これは、明確ではないが、勢力の濫用があった場合、意思表示の規定に従い、取消し等が可能であるという趣旨であろう。

土方寧は、井上の意見に親近感を示し、この場合には、相続人が強迫として取消し可能であると述べた（「遺言をしたけれどもどうも自由の意思の判断があつたものと見ることが出来ぬと云ふやうな場合一種の強迫です自由の意思の發動がなかつたと云ふやうな事跡があつた場合本人は死んだから取消しやうはありませんが承継人、相続人から証明をすれば出来ると思ひます」）。

これに対して、梅は、強迫等の規定では、後見人からの害悪の告知がない程

ないから是でも無いよりか宜しいと思つて澁々賛成をしたのでありますが併し保佐人の方は唯だ財産丈けで夫れも財産を管理して居るのではない或る行爲をしようと思へば同意を得なければならぬと云ふ丈けの者でありますから後見人とは餘程違う後見人の方は親に代つて懲戒までする者でありますから是が勢力を濫用しようと思へば幾らでも出来ると思ふのであります夫れですから是よりか廣められるのなら寧ろ削除の方が宜しいと思ひます」。



度の勢力濫用の場合には、救済にならないと論ずる(「強迫と云ふものは若し之を呉れないと殺すとかお前の子供を虐めるとか云ふやうなことを言つたならば無論強迫であります、さうではないお前はどうぞ死ぬのだから遺つた財産を己れに呉れても宜いではないかと云ふやうなことを言つた所が夫れは強迫があつたと云ふ譯には爲らない夫れはさう云ふ事に爲りませぬから夫れで御削りに爲るならば後見人が幾ら勧めても有効と云ふことに爲るから夫れだけは御覺悟なければ往かぬ」)。

これに対して、土方は、①本条は、削る、②そのうえで総則編に強迫に加えて、少し緩やかな「不当の勢力」の行使による取消しを認める、という提案を行う。もっとも、これは、賛成を十分に得られなかった。

以上の議論があるが、結局、原案が維持され、それが現行法の966条につながった。この結果、本条そのものは、極めて限定的な場面での適用しかない。

#### (イ) 民法要義の説明

梅は、民法要義において、本条について、次のように説明している。

後見人はその被後見人に対する地位を利用して被後見人をして自己に利益ある行為を為さしめんと謀ること往々にしてこれあり。故に第840条においては後見人は被後見人を養子と為すことを得ざるものとしました第939条においては未成年者の後見に関し後見人またはその相続人と被後見人との間に為したる契約を取消すことを得るものとせり。殊に被後見人がまさに死せんとするに当りては既に世欲を離るること多きをもつてこの時に乗じて後見人が自己の利益を謀らんと欲することはけだし稀なりとせざるべし。故に本条においては被後見人が後見の計算終了前に後見人またはその配偶者もしくは直系卑属の利益となるべき遺言を為したるときはその遺言は無効なるものとせり。けだし後見の計算終了前に在りては被後見人は自己の財産の実況を詳にせず。従つてその遺言が自己もしくはその相続人にいかなる不利益を与え後見人にいかなる利益を与ふかを熟知せざること多ければなり。

……

右の規定は直系血族、配偶者または兄弟姉妹が後見人たる場合にはこれを適用せざるものとせり。けだしこの場合においては一方に在りてはこれらの者は被後見人に対し愛情に富める者なるべきをもつてその死亡に際し自己の利益を謀るが如きことは稀なるべくほかの一方に在りてはこれらの者は遺言者がその遺言によりて利益を与ふべ

き正当の関係にある者なるに会々その後見人たるが為め（しかしてこれらの者が後見人たること最も多かるべし）竟に遺言の利益を受くること能わずとせば遺言者の意思にも反した法律が遺言の自由を認めたる趣意にも反すること多かるべし。故に本条第2項においてこれを除外せり。

### イ．民法966条批判とその問題性

民法966条については、否定的な評価がある。中川善之助・加藤永一は、注釈民法で、次のように不要の規定と述べるが、後述のように、適当な見解と考えにくい。

（未成年後見の場合について……小柳注）「民法を弁護する者はいくつかかもしれない——、後見人が善人ばかりならば問題はないが、民法は実際にしばしば現れる不心得な後見人の魔手から幼い被後見人を護ろうというのである、と。

それに違いはなかろう。しかし、15歳に達した者には遺言を自由にさせるという根本の精神はどうなるのであろうか。悪い後見人に欺かれようが、人の死せんとするやその声や善しとみてやるべきではなかろうか。<sup>39)</sup>」

（成年後見の場合について……小柳注）「禁治産後見についても、民法は医師2名以上の立会があり、当人が本心に復してさえおれば、完全な遺言をなしうると一方ではいつておきながら（973）、他方では、後見人に騙されて不当な遺言をするかもしれないということを恐れている（本条）。遺言能力を15歳にまで下げた根本の精神が忘れられているともいえよう。」

（外国の立法例について……小柳注）「本条と同趣旨の外国立法例を探しても、古いフランス民法以外にはほとんど見当たらない。やはり現代の法としては、誰しもが双手を挙げて賛成するというような法条ではないからでなかろうか。……

39) 『注釈民法（28）相続3 遺言・遺留分』（有斐閣、2002年）72頁。なお、「鳥の将に死なんとする、その鳴くや哀し。人の将に死なんとする、その言ふや善し。」「《論語》泰伯から》とは、《鳥の死にぎわの悲鳴には、人の胸をえぐるような悲痛さがこもっている。人が死を前にして言うことばには、利害・かけひきがなく真実がこもっている。》の意味である『精選版日本国語大辞典』（小学館、2006年）。

そもそも、遺言作成時は「死ぬ直前」ではないことも多く、本条の適用とあまり関係がない。また、論語の述べていることは、騙されている場合でも死に間際の言葉を尊重するべきとは相当に距離がある。

〔本条全体の評価として……小柳注〕本条の規定全体をむしろ不要の規定といってよいと思う。したがって、ここにあまり細かいせんさくはやめておく。〕

以上の指摘には、疑問がある。第一に、この指摘は、《騙された場合でも遺言を尊重せよ》といわんばかりであり、あまりにも遺言者の保護に欠ける。第二に、フランス民法典には、本条の前身条文(907条2項)のみならず、医師等への遺言を禁ずる規定(909条)があり、その関係的(相対的)遺言無効法理は、専門家が脆弱者・高齢者に対する影響力を有することを背景に、専門家に有利な遺言が登場することへの警戒感を示している。この法理は、その後の立法でも相当に発展している(例えば、医師のみならず、看護師への適用等)。第三に、日本民法966条は、専門家の影響力下での遺言についての警戒感を具体化したものであり、類似状況への類推適用(影響下の遺言の効力を否定する法理)の出発点になりうる。

(続く)