

遺言の滅失とその効力

道 山 治 延*

1. はじめに
2. ドイツ民法における遺言撤回
3. 日本における第三者により破棄された遺言の効力
4. 結びに代えて

1. はじめに

人は自ら所有する財産について自由に使用・収益・処分をすることができる。この理は自らの死後における財産の帰属・処分についても同様であり、所有者は自由に決めることができる。そして、その手段として、民法は、死因贈与などと共に遺言制度を置く。遺言制度は、死後の財産帰属・処分の自由を保証する仕組みの一つであり、遺言自由の原則として定められる。しかしながら、遺言は遺言者の生前に作成されながら、死後に効力を生ずる法律行為であるから、当事者による合意内容の事後的な確認が可能な契約と異なり、遺言作成者の死後における意思・内容を事後的に確認することができない。民法は、そのために厳格な様式を要求する⁽¹⁾。民法967条が、特別方式による場合を除き、「自筆証書、公正証書又は秘密証書によって」作成され

*福岡大学法学部准教授

ることを求めるのは、遺言が要式行為であることに由来する。自筆証書遺言について言えば、民法968条の規定により作成されなければならない、遺言者が「その全文、日付及び氏名を自書し、これに印を押」すことによって作成される。そして、遺言は、厳格な要式行為として、証書の作成という形式を通じて遺言の存在、遺言の内容が客観的に確定されることが予定されているというべきである。では、一旦、有効に成立した遺言が、遺言書という紙以外の方法によってその存在・内容は証明され得るのであるだろうか。例えば、遺言証書の原本が破棄され、紙としての遺言書そのものが残っていない場合、遺言書の呈示以外の方法で遺言の存在・遺言の内容を証明することが可能なのであるだろうか。この点に関して、ひとつの興味深い判決（東京高判平成9年12月15日判タ987号227頁）がある。この事件は、遺言者が作成した遺言を、相続人の一人が隠匿・破棄したのであるが、作成に弁護士が関与し、草案を含め、多くの証拠が残っており、遺言書の作成に複数の相続人が立ち会っていた。相続人の一人が遺言が有効であることを前提に登記の移転を求めたものである。原審（水戸地判8年3月28日判タ987号230頁）は、「遺言書が存在すること及び本件遺言書が被告Y2によって破棄又は隠匿されたことは認めることができるものの、本件遺言書が有効であるとまで認めることはできない」として請求を棄却した。これに対して、東京高裁は、「遺言書作成の動機、経緯、方式及び完成した遺言書の同一性を確認できる証拠の存在を考慮すると、本件遺言書は、民法の要求する適式な遺言書であったと推認するのが相当である」と述べて、請求を容認した。この二つの判断は、いずれもそれなりに理由があるように思う。どのように考えればよいのであろうか。

この点に関して、スイス民法は明文の規定⁽²⁾をおき、ドイツ民法は多くの判例の蓄積を持つ。本稿においては、ドイツの裁判例を参考にしつつ、遺言の要件・効果を確認することを通じて、第三者による遺言の破棄の効果、遺言が成立したはずの紙以外の方法による証明を認めてもよいものであるか、

考えてみたい。

なお、日本法を検討するにあたっては、自筆証書遺言を中心に取り上げた。

(1) 「註釋相續法（下）」（註釋民法全書（4））有斐閣12頁。但し、遺言の要式性は遺言に論理必然的に内在する性質はいえない。新版注釈民法（28）相続（3）2頁。民法施行前の遺言には一定の方式は求められていなかったために、遺言者の意思が親族その他の者に明らかに表示されている場合には、遺言として効力があるとされた。（大判昭和17年5月7日民集21巻513頁）

(2) スイス民法510条は、「被相続人は、証書を破棄することによって自らの終意処分を撤回することができる。

証書が、事故又は他の者の過失によって破棄されたときは、証書の内容が詳細にかつ完全に genau und vollstaendig 確定されない限りに於いて、損害賠償請求の留保の下に、処分はその有効性を失う」と規定する。Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch III Band Erbrecht, S. 424は、この条項について「原則として被相続人の最終の意思表示は形式と結びついており、正式に作成された証書が破棄されたときは、厳密に言えば、その証書はもはや有効ではあり得ない」と説明する。

2. ドイツ民法における遺言撤回

(1) 破棄による遺言の撤回

ドイツ民法第2353条は、「被相続人は、遺言又は遺言に含まれる個々の処分をいつでも撤回することができる」と定め、さらに第2254条において、「[遺言の] 撤回は、遺言によってなされる」と規定する。これらの規定により、遺言の効力を否定する撤回は遺言の形式を要求する⁽¹⁾⁽²⁾こととした。このことは、遺言は要式の法律行為として成立するのであり、法律行為としての遺言の効力を否定するには、新たな法律行為である遺言を通じて行うことが原則であることを示したものと言える。そこでは、遺言能力を有する遺言者が、遺言の意思をもって以前に作成した遺言を撤回する内容を有する遺言を作成することが求められる。

この原則に対して、第2255条は、「遺言は、被相続人が遺言を廃棄する意図で遺言証書を破棄し、又は書面に依る意思表示を廃棄する意思が明示されている変更を遺言証書に加えることによっても撤回することができる」と規定し、第2353条に定めた原則をやや緩めることとなった。遺言者による遺言証書への破棄という事実行為によって撤回の効果を認める。立法過程では、遺言書の破棄という事実行為に遺言撤回の効果を認めるための要件として、「被相続人によって」「遺言を撤回するとの意図でもって」⁽³⁾なされる必要があるとされた。この要件は、遺言の撤回を法律行為としての遺言によることを原則にしたこととの関係で、単なる事実行為としての遺言の破棄に遺言の撤回の効果をもたせるために求められたと考えられる。しかし、遺言者が遺言書を破棄した場合に、遺言者に撤回する意図があったとの立証は、「およそ困難である」⁽⁴⁾とされた。そこで、第2項において、「遺言者が遺言の廃棄を意図した」ことを推定する規定が設けられた。このような立法過程における議論から、ドイツ民法が被相続人自身による遺言証書の廃棄について被相続人＝遺言者の廃棄の意思を重要視していることが伺える⁽⁵⁾。少なくとも、単なる事実行為によって法律行為である遺言が撤回されるとは考えられてはいない。

第2255条により遺言の撤回が認められるための要件を整理すると以下の通りである。

(i) 被相続人による遺言証書の破棄

遺言を破棄するとは、遺言証書を引き裂く（破り捨てる）、燃やす、斜線を引く、消しゴムで消す、などの行為をすることである⁽⁶⁾。被相続人が自ら遺言証書を引き裂き、文字を抹消するなどの方法でなされる。そして、被相続人自らによるこのような行為は、終意処分である⁽⁷⁾。従って、有効に撤回するには遺言能力が求められ、遺言書の破棄による撤回であって

も同様である⁽⁸⁾。

(ii) 被相続人による遺言証書の破棄は、撤回の意図をもってなされなければならない⁽⁹⁾。

被相続人自身の過失による破棄は、遺言の効力に影響を及ぼさない⁽¹⁰⁾。火事によって遺言証書が失われても、終意処分としての効力は失わない⁽¹¹⁾。破棄する意図をもって遺言者自身が破棄したのであるが、遺言が効力を失うとまで考えていなかったというような場合にも、遺言が有効であると主張する者は、証拠を引用してこれを争うことができる⁽¹²⁾。また、第三者が被相続人をだまして、遺言を証書を破棄させたときは、遺言は有効であり続ける⁽¹³⁾。

(iii) 破棄された遺言証書は、被相続人によってなされたという推定はない⁽¹⁴⁾。また、原本は見いだされないが、コピーとして存在する遺言書についても、被相続人によって破棄されたという推定もなりたちえない⁽¹⁵⁾。被相続人が自ら遺言証書を破棄したことが明確である場合には、遺言の撤回の意図を推定することが許される⁽¹⁶⁾。この場合、遺言が有効であることを主張する者は、撤回の意思がなかった。誤って破いてしまったという証拠を提出することができる⁽¹⁷⁾。裁判官は、民事訴訟の原則に基づき自由心証に従って裁判をすることになる。

(2) 第三者による遺言証書の破棄と遺言の効力

ドイツ民法第2255条は、被相続人が、撤回する意図で遺言を破棄又は変更したときは、遺言は撤回される旨規定する。その反対解釈として、第三者による遺言証書の破棄は、遺言の効力に何らの影響をも及ぼすことはない。もちろん、被相続人が、第三者を道具として遺言の破棄に用いることはあり得る。看護婦が、被相続人の指示の下に遺言を破棄した事例では撤回の意図があるものとされた⁽¹⁸⁾。この場合には、第三者による固有の判断の自由に基づ

くものではないからである。委任による遺言証書の破棄も問題にならない⁽¹⁹⁾。第三者の故意又は過失による破棄は、撤回の効果をもたらすものではない⁽²⁰⁾。

ドイツ民法は、遺言の有効性を判定する手続として、相続証書手続と訴訟手続を予定している。前者の手続においては非訟事件として取り扱われ、当事者は、遺言の有効性を自ら判定することを求められない。これに対して、後者の訴訟手続においては民事訴訟の原則に従って当事者は立証することが求められる。

(i) 相続証書手続

ドイツ民法は、遺産裁判所の職権による相続人の相続権に関する調査／証明の制度＝相続証書 Erbschein を有している⁽²¹⁾。この手続において、申請人は、ドイツ民法2354条1項に定める事項を証明しなければならない。しかし、それ以外の事項については、「事実は職権で調査されなければならない」⁽²²⁾。しかし、「調査が被相続人による遺言証書の破棄を証明しないときは、遺言の存続という結果にならなければならない。このような場合に、被相続人による遺言の破棄を例外要件 Ausnahmetatbestand と主張する者に、確定の負担 Feststellungslast がある⁽²³⁾。

(ii) 訴訟手続

コピーは残っているが、遺言の原本が失われている事件において、ドイツの裁判例⁽²⁴⁾は、「見出し得ない遺言書原本は被相続人自身によって破棄されたという法律上の推定は存在しない」と述べたうえで、民事訴訟において、「もはや存在しない遺言に基礎をおく相続要求者は、遺言の形式的成立を立証しなければならない」、といい、逆に「遺言の撤回を支持する者は、撤回または被相続人の撤回とされる行為を証明しなければならない」とする。このような場合に、もはや存在しない遺言に基づいて権利を主張する者は、「形式的に有効な成立を、確実に許された証拠方法(コピー、

抄本や謄本、証人、物証）でもって証明し得るし、証明しなければならぬ」⁽²⁵⁾。そして、厳格な証明が要求される⁽²⁶⁾。判決をするためには、遺言内容が正確に確定される必要があり、通常、形式的な証明手続が優先されることになる⁽²⁷⁾。しかしながら、遺言を破棄することによって遺言内容の証明を困難・不可能にした者は、形式的に有効な遺言が作成されたのか否かについての立証が求められる⁽²⁸⁾。

- (1) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band V Erbrecht S.299.
- (2) また、遺言の撤回も法律行為であるから、意思表示として取り消しうる。
- (3) 立法過程では、被相続人による故意の破棄では不十分とされた。被相続人による故意による破棄に「取消意思が必然的に含まれている訳ではないからである」。最終的に、第二草案では、「故意」の要件は削除された。参照 Motive aa.O. S.300.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gestsbuchs Band V Erbrecht S.353は、基本的に原案に賛成であり、これを字句の変更をしたのみである旨説明する。
- (4) Motive aa.O. S.302.
- (5) 第2項によって「行為した被相続人は故意に振る舞ったのであり、故意に振る舞いをした被相続人は取消の意思をもって振る舞った」という二つの推定が成り立つとされた。第1項の求める事実の証明は「非常に困難」であり、実際的な必要性からこのような規定がされた。
- (6) Lange/Kuchinke, Erbrecht Ein Lehrbuch 5 Aufl. S.410.
- (7) Schlüter, Erbrecht Ein Studienbuch 14 Aufl. S.77.
- (8) Lange/Kuchinke, aa.O. S.413; Schlüter, aa.O. S.77.
NJW 1951, 559は、「遺言の撤回は、法律行為に基づく行為である」という。
- (9) NJW 1959, 2113.
- (10) BayObLG FamRZ 1990, 1162, 1163.
- (11) Bay ObLG FamRZ 1986, 1043, 1044.
- (12) 例えば、新たに遺言を書き直す趣旨で破棄したような場合である。BayOLG FamRZ 1998, 258.
- (13) KG JW 1937, 476 (477)
- (14) Motive aa.O. S.302; RG JW 1912, 798; Lange/Kuchinke, aa.O. S.412; Schlüter, aa.O. S.78.

- (15) OLG Hamm NJW 1974, 1827.
- (16) BayOLG FamRZ 1996, 1110; Lange/Kuchinke, a.a.O. S.413
- (17) 例えば、被相続人が遺言を作り替える趣旨で破り捨てたという場合。被相続人は破棄するという行為が撤回を意味することを知らなかった、と主張することができる。BayObLG FamRZ 1998, 258 (259); Lange/Kuchinke, a.a.O. S.413.
- (18) Motive a.a.O. S.30; Kipp/Coing, Erbrecht §31 II 2; Lange/Kuchinke, a.a.O. S.411; Muenchner Kommentar §2255 RdNr.13.
- (19) Schülter, a.a.O. S.78
- (20) RG JW 1912, 798; BayObLG FamRZ 1985, 194.
- (21) 拙稿「ドイツ民法における相続証書について」；
- (22) 調査義務の種類と範囲については、裁判官の義務的裁量によって決められる。Lange/Kuchinke, a.a.O. S.412.
- (23) OLG Hamm NJW 1974, 1827
- (24) OLG Hamm NJW 1974, 1827
- (25) Plandt Bürgerliches Gesetzbuch (Beck'sche Kurz Kommentare bd 7) §2255 4)
- (26) BayObLG FamRZ 90, 1162.
- (27) BayObLG, FamRZ 86, 1043.
- (28) Plandt a.a.O.

3. 日本民法における第三者により破棄された遺言の効力

(1) 遺言の有効な成立と遺言者による破棄

自筆証書遺言が遺言として有効に成立するために、民法は、遺言能力のある遺言者が、遺言意思をもって民法所定の要件を満たした遺言証書を作成することを求めている。民法968条の求める自筆証書遺言の要件は、(i) 遺言者の全文の自書、(ii) 日付、(iii) 氏名の自書、(iv) 押印であるが、加えて、これら遺言要件を満たした遺言は紙⁽¹⁾として成立することが必要であり、遺言が有効であると主張する者は、これらの要件を備えていることを証明しなければならない⁽²⁾。そして、これらの要件は、原則として、紙としての遺言証書の提示によって明らかにされるべきことが予定されている。民法の求

める遺言の要式性は、遺言者の死亡後におけるその最終意思の確認の困難さの故に求められ、その意思を確認するに容易で、かつ確実な方法として、遺言者が紙という物の上に文字として書き残し、残された者は紙としての遺言証書の文字を通じて、遺言者の意思＝遺言の内容を明らかにされることが期待されていると見るべきであるからである。しかしながら、様式行為としての遺言が、自筆証書遺言の成立にあたって紙の存在、紙としての遺言証書の成立を必要とするとしても、いったん有効に成立した法律行為としての遺言について紙＝遺言証書の存続までも求めうるか、紙以外の証拠方法を許さないということまで求められているのかについては、疑問なしとしない。

一方、民法は遺言撤回の自由を定める。民法1022条は撤回を「遺言の形式に従って」行うことを定め、法律行為としての遺言によって遺言を撤回することを原則とした。遺言の撤回が遺言の方式を要する理由については「要式行為ハ少クトモ其存立ト同一ノ方式ニ依ルニ非サレハ其存立ヲ否認スルハ不条理」⁽³⁾だからである。この点は、ドイツ民法と同様に考えられていた。単独の法律行為である遺言を撤回するには、単独の法律行為をもってすべきなのである。その一方で、民法1024条は、「遺言者が故意に遺言書を破棄したときは、その破棄した部分については、遺言を撤回されたものとみなす」と規定する。民法修正案理由書は、民法1126条〔現行1024条〕の説明において、遺言について「遺言者死亡後ニ其効力ヲ生スルモノナレハ殊ニ其証拠ニ重キヲ置キ遺言ト遺言書トハ殆ント同一ニシテ則チ遺言書ハ遺言ヲ証明スル唯一ノ証拠」と述べ、遺言者自身による遺言書の破棄を取消とみなす理由について「遺言書無キ遺言ヲ認ムルノ結果ヲ生シ實際ニ頗ル穩当ナラサル」ことを挙げる⁽⁴⁾。法典調査会においても、穂積は、「自ら毀損スル或ハ自ら變更スルト云フヤウナ場合ハ即チ前ノ遺言ヲ取り消シタト看做シマスノカー一番相当ノコトデアラウト思イマス。若シ之ニ反シテ本條ヲ設ケタ趣意ニ反シテ自分ガ毀滅シタ之ヲ變更シタ。併シ乍ラ取消シタモノデナイト云フコトニナ

リマスト少ナクモ毀滅ノ場合ニハ丸デ遺言ノ場合ニ頼リマス根本ノ證據ト云フモノハナクナツテ即チ遺言書ナキ遺言ト云フモノガ出来テ来マス。實際上甚ダ不都合デアリマス。・・・遺言ト云フモノガ完全ニ成立ツテ居ル以上ハ何カ外ノ法律ノ明文ガナケレバ是ガナクナラス。・・・何モ明文ガナイト既ニ完全ニ成立ツタ行為ガ自ラ消ヘルト云フコトハ出来ナイ」と説明する⁽⁵⁾。ここに言う遺言書の破棄は単なる事実行為ではない。しかし、ドイツ民法における議論とは異なり、遺言能力を有する遺言者自身による故意の破棄でなければならない、とまでは意識されてはおらず、法律行為として成立している遺言が破棄によって効力を失わせるためには根拠となる条文が必要と認識しているに過ぎない。遺言書なき遺言は不都合という説明のみがみられる。ドイツにおけるように遺言者自身による破棄があるからといって、撤回の意思があるとは限らないとの懸念は共有されていない。

故意によらない遺言者自身による破棄については、「故意デナイ場合ハドウ云フコトニナルカト云フト遺言書ガナケレバ遺言ハ効ヲ生ジナイト云フコトガ書イテナイモノデアリマスカラ立派ナ証明ガアレバ宜イト思フ。其証明ガ六ケシイト思フ」⁽⁶⁾と述べており、故意による破棄のみが遺言の効力を失わせると考えており、故意によらない破棄は遺言の効力に影響を与えるものでないとの立場を採る。

立法者も、ドイツ民法と同様に、遺言者による意図的な遺言の破棄のみがその効力を失わせるのであり、遺言者自身の過失や事故による遺言書の滅失によっては、遺言は撤回されたものとして取り扱われず、遺言はその効力を失うものではない、と考えていた。しかし、ドイツ民法において遺言者自身による破棄のうちに撤回の意図を推定する規定の故に遺言者自身による破棄を立証すれば故意が推定されるのに対して、日本民法はこのような推定規定を置いていない。遺言者が自ら破棄した場合に、遺言の効力を争う者は、遺言者自身による破棄だけではなく、「故意」を、そして「撤回の意思」立証

しなければならない、ことになる⁽⁷⁾。

(2) 第三者による破棄

民法は、第三者による遺言の破棄について規定をおいていない。民法1024条が定めるのは、撤回の意思を有する遺言者自身による意図的な遺言書の破棄についてのみである⁽⁸⁾。反対解釈することが可能であれば、遺言者以外の者が破棄した場合には、遺言の効力は失われないことになる。

学説は分かれる。

(a)有効説 第三者による遺言書の破棄は、遺言の効力に何等の影響を与えないとする。近藤英吉は「第三者の行為又は不可抗力に因り、遺言書の毀滅を来した場合も亦同様に解すべきである〔遺言書の内容を立証して遺言の有効を主張し得る〕⁽⁹⁾とする。

(b)条件付き有効説 この説によれば、法律行為としての遺言は、行為者の意思によらずして破棄されたのでなければ、その効力は失われることはないとしつつも、遺言内容の確認の困難さの故に、遺言の執行可能性に疑問を呈する。「遺言者の過失、第三者の行為、不可抗力によって遺言書が破棄された場合は、撤回の効力は生じないが、そのため遺言の全部または一部が識別不能となったときは、この部分については遺言は効力を生ぜず、結局破棄があったと同様となる」⁽¹⁰⁾。「遺言書の破棄を遺言者が認容したと認ずべきでない場合には、遺言取消擬制を生じないから、利害関係人は、遺言者が、破棄を認容したものでないこと、及び、遺言の内容を立証することによって、遺言の効果を主張することができるわけであるが、事実上に於いては、遺言の内容を立証することは、困難である」⁽¹¹⁾。この立場によれば、原則として、第三者の破棄により遺言の効力に影響を来すことはないが、遺言の存在・有効性・内容についての証明に関して、原則として遺言書以外の証拠方法を制限的に考えているように思われる。

(c)失効説 遺言者でない者による遺言の破棄によって、遺言が失効する旨説く学説は見当たらないようである。

第三者による遺言書の破棄について、言及する学説が多くないものの、遺言としてその効力が失われると考える学説はないと言ってよい⁽¹²⁾。

遺言は法律行為であり、行為者である遺言者の意思に基づき行為がなされた場合、遺言書作成時に法律行為として完結し、有効に遺言は成立する。遺言が要式行為であり、要件として紙の成立が要求されたとしても、作成時に要求された紙が成立すれば十分なのであり、その後の遺言の成立を表象する紙の滅失は、たとえ第三者によるものであったとしても法律行為としての遺言の効力に影響を与えるものではないというべきであろう。とはいえ、遺言の成立・内容を紙としての遺言書によらないで証明することが許されるべきか、仮に許されるとして、どの程度の証明がなされるべきかは、別途考察を要する問題である⁽¹³⁾。少なくとも、遺言執行が可能な程度に遺言の内容・目的が明確でなければならない。

民法は、遺言に関して、証拠方法、証拠法則について何らの規定をおいていない。少なくとも遺言証書は法定証拠とはいえない。従って、民事訴訟の原則により裁判官の自由な心証形成が許される⁽¹⁴⁾。この点に関して、水戸地判は、遺言の有効性及び内容について遺言が有効であると主張する側において主張・立証すべき「証明の程度は、当該遺言書が現存し、かつ、家庭裁判所における検認手続をしたものと同程度の証明が必要になるというべきである」と判示した。このような判断基準は、遺言書が破棄され、断片として残っているような場合に、セロハンテープで修復する等して遺言書原本が現存しており、検認可能なケースが想定されているように思われる。制度的には破棄されることがあり得ない公正証書制度をも民法が用意しているにもかかわらず、あえて危険性がある自筆証書遺言を選択している以上、第三者に

よる破棄についてどの程度の保護を与えるべきかも考慮すべきであり、裁判官の得るべき心証についても何らの制約もないというべきか疑わしい。水戸地判の判断基準はそれなりの合理性が窺える。

これに対して、東京高裁は、水戸地裁の基準を採用せず、「弁護士に依頼して原稿を作成してもらい、自らもこれを書き写す形で遺言書の原稿を作成し、弁護士の添削等具体的な指示を受けた上、本件遺言書を完成するに至ったこと」を提出された甲号証（「遺言書の草稿及び封書の見本」）によって認定し、一部の相続人が「右訂正の場に立ち会い訂正の正確性を確認したこと」を認めた上で、「遺言書作成の動機、経緯、方法及び完成した遺言書の同一性を確認できる証拠の存在を考慮すると、本件遺言書は、民法の要求する適式な遺言書であったと推認するのが相当である」旨判示した⁽¹⁵⁾。東京高裁は自由心証の原則に従って、主張・立証すべき証明の程度について基準を示すことなく、「適式の遺言書」の有効な成立を「推認」した。併せて、「遺言書の同一性を確認できる証拠の存在」をも認めている。

この事件において、いずれの裁判所も、遺言書は被相続人によって「破棄又は隠匿されたこと」を認定している。そして、訴訟当事者は遺言の成立について争っておらず、「遺言書が存在しない以上遺贈の事実が認められるはずがない」というにとどまる。したがって、水戸地裁が「弁護士から遺言書の訂正方法を教えられたが、実際そのとおりの方法で遺言書を訂正したのか明らかではないし、本件遺言書に他の誤記を生ぜしめた可能性も否定できない。」とまで述べる必要があったのかは疑問ではある。また、本件訴訟は、遺言が有効であることを前提に「移転登記手続」を求める事件に過ぎず、東京高裁は「遺言書の同一性を確認できる」と述べながら、検認可能な遺言書・執行可能な遺言書の確認をしているわけではない。東京高裁が、遺言者以外のもことによって破棄又は隠匿され、現存しない遺言の有効性を認め、遺言が有効であることを前提に登記請求を認容した判決に何ら問題はないとも言え

る。

現存しない遺言書の有効性が争われる場合、遺言が有効であると争う者は、遺言の有効な成立を証明しなければならない。民法968条所定の要件を満たす紙としての遺言書の成立を証明しなければならないのである。そして、遺言者自身が故意に破棄しない限り、遺言書が現存しないことをもって、遺言はその効力を否定される必要はないというべきである。ドイツ民法のように相続証書手続⁽¹⁶⁾を有しない我国の法制の下においては、遺言が有効であると主張する者において、遺言書の有効な成立、そして、遺言内容を具体的・客観的に示すために厳格な証明が求められることは明らかであろう。遺言制度、遺言による権利の証明制度や民事訴訟、民事執行の法制を考慮しつつ、訴訟当事者の負担を定める必要があるように思われる。

- (1) 明文の規定があるわけではないが、自書などの要件から間接的に読み取ることができる。但し、紙である必然性はなく、遺言要件としての全文、日付、氏名の自書と押印が可能な媒体であれば、紙に限る理由はない。布・板・石板などが考えられるが、裁判例は少ない。参照注釈民法(28)83頁。
- (2) 判例(最判昭和68年10月8日民集41巻7号1471頁)は、「自筆証書遺言の無効確認を求める訴訟においては、当該遺言証書の成立要件すなわちそれが民法968条の定める方式に則って作成されたものであることを、遺言が有効であると主張する側において主張・立証する責任があると解するのが相当である。」とする。
- (3) 「民法修正案理由書 第四編親族 第五編相続」(日本立法資料全集別巻32) 信山社367頁
- (4) 前掲「民法修正案理由書 第四編親族 第五編相続」369頁
- (5) 法務大臣官房司法法制調査部監修「法典調査会 民法議事速記記録七」(日本近代立法資料叢書7) 昭和62年商事法務研究会825頁
- (6) 前掲「法典調査会 民法議事速記記録七」827頁
- (7) 遺言者が事故又は過失により遺言書の滅失・毀損を知りながら、新たな遺言を作成しない場合、或いは、毀損した遺言を補正しない場合には、遺言者が、遺言の効力の維持を望んでいるとまで言えるのかは、疑問となるケースもあり得るのではないだろうか。「新版注釈民法(28)相続(3)」有斐閣391頁

- (8) 第三者自身の意思が介在せず、第三者の行為は遺言者の道具として行われたに過ぎないと評価することが可能であれば、遺言者自身による破棄と評価しうる。
- 平成19年の東京地裁判決（東京地判平成19年7月12日判時1996号51頁）は、第三者が遺言者の面前で遺言書を破棄した事件である。相続人の一人が「同遺言の「平成十四年八月二十五日」の日付を線を引いて抹消し、「訂正」と書いたうえ」で、遺言者自身が「実印でこれに押印し、新たな日付を自署した」ものである。第三者が線を引いて文字を抹消し、訂正と書いたのであるが、遺言者の面前で行われ、その後に遺言者自身によって押印されている。全体として遺言者による破棄と評価しうるものと思われる。
- (9) 近藤英吉「判例相続法」259頁
- (10) 前掲「新版注釈民法(28)相続(3)」390頁
- (11) 「註釋相續法（下）」（註釋民法全書(4)）有斐閣188頁
- (12) 佐藤義彦「相続人の一人により破棄又は隠匿されたため裁判手続に提出されなかった自筆証書遺言の効力が認められなかった事例」判タ1002号80頁
- (13) 立法者は、「遺言書ハ遺言ヲ証明スル唯一ノ証拠」と意識しており、他の方法で証明可能との認識には乏しいように思われる。前掲民法修正案理由書369頁
- (14) また、現行法は民事訴訟以外の遺言についての証明制度を有してはいない。
- (15) 本件事件は、遺言の効力を否定した原審裁判所も「本件遺言書が存在すること及び本件遺言書が被告Y2によって破棄又は隠匿されたことは認めることができる」ことを認めている。また、訴訟当事者も「本件遺言は破り捨てた」、「遺言書は母の生存中に返還した」と述べ、遺言書の成立について争っていない。この点で、遺言の成立を争うことが許されない事情があったと言えなくない。
- (16) ドイツ民法の相続証書手続においては、職権で証拠が収集され、検認時には遺言書原本だけでなく、遺言の草案を含めた資料の提出が求められる。また、検認手続は職権で開始され、当事者に法的判断をすることは求められていない。

4. 結びに代えて

本稿は、第三者による遺言書が破棄された場合における遺言書の有効性の帰趨と遺言書の内容の証明が可能であるかに絞って、考察した。そして、本稿で取り扱った事件は、遺言書は現存していないが、被告において遺言の有効な成立を争わなかった事件であり、遺言の成立過程において弁護士が関与し、推敲の過程までもが書証として残されているという点で稀な事件でも

あった。従って、遺言の成立が争われていた場合、成立過程における詳細な証拠が残されていなかった場合には、同様の判断となったか疑問も残る。スイス民法のいうように「[[遺言] 証書の内容が詳細かつ完全に genau und vollstaendig 確定] されなければならないとすれば、遺言の効力は否定されるべきかもしれない。立法者は遺言書を「遺言ヲ証明スル唯一ノ証拠」といい、遺言書以外の証拠による遺言内容の証明を想定していない。しかし、第三者による遺言破棄によって遺言は効力を失わないというのであれば、証明の程度をどのように設定すべきであるのか、検討する必要があるだろう。今後の裁判例の蓄積を待ちつつ、取り組んでいきたいと思う。