

判例研究

死亡危急時遺言において口授が認められた事例

落 合 福 司

最高裁平成11年9月14日第三小法廷判決（平9（才）第2060号，遺言無効確認等請求事件）－上告棄却－判夕1017号112頁，判時1693号68頁

〔事 実〕

遺言者A（明治41年11月6日生）は，昭和63年9月28日，糖尿病，慢性腎不全，高血圧症，両眼失明，難聴等の疾病に重症の腸閉塞，尿毒症を併発して総合病院に入院した。入院時の症状は相当に重篤状態であったが，人工透析の導入後は比較的良好な経過をたどり，意識は清明で理解力・判断力があつた。そして，本件危急時遺言作成後，同年11月11日，食事中に誤嚥して呼吸困難となり，急性心不全によって死亡した。

昭和63年10月23日，Aの先妻の長男であるX（原告・控訴人・上告人）から，Aの後妻であるY（被告・被控訴人・被上告人）に対して，Aに支払っている会社役員報酬の減額（月額170万円から月額7万円），Yに支払っている従業員給与（月額7万円）の打ち切りが告げられた。Yは病院代や自分たちの生活費のことを不安に思い，そのことをAに告げた。

AはXとYのやりとりを聞いていた様子で，AはYに対して「お前が安心して暮らせるようにしてやる。」，「弁護士さんに頼んで，家屋敷と家財や預金などはお前にやるよう遺言をつくってもらえ。」と遺言書の作成を指示した。翌日，Yは面識のある弁護士Bに相談し，Aの担当医師Cら医師3名を証人として本件危急時遺言書の作成手続きを執ることにして，遺言執行者はBの法律事務所弁護士Dにすることにした。

同年10月25日の遺言書作成当日，弁護士BがYから電話で聞いた遺言の内容に基づいて作成した遺言書の草案を示して，Cが「遺言をなさるそうですね。」と問いかけると，Aは「はい。」と返事をした。その後，Cが「読み上げますから，そのとおりであるかどうか聞いて下さい。」と述べて，草案を一項目ずつゆっくり読み上げたところ，AはCの読み上げた内容にその都度うなずきながら「はい。」と返答した。遺言執行者となるDの氏名が読み上げられた際には首をかしげる仕草をしたが，同席のYから相続手続をとってもらおう知合いの弁護士名である旨の説明を受けると，Aは「うん。」と答え，Cから「いいですか。」と問われて，Aは「はい。」と答えた。最後に，Cから「これで遺言書を作りますが，いいですね。」と確認され，Aは「よくわかりました。よろしくお願いします。」と答えた。

そして、Cら証人3人は医師室に戻り、草案内容を清書し、各自署名押印して、本件遺言書を作成した。その後、昭和63年11月12日、Yは静岡家庭裁判所に本件遺言の確認を請求し、同年12月14日確認審判がなされた。平成元年1月16日検認申立てがされ、Xら（Aの長男・二男）に検認期日が通知されたところから、Xらは本件遺言書の存在を知ることになった。

本件の原原審（静岡地判平成8年1月29日）は、「口授というためには、問い掛けに頷くというような挙動のみでは足りないものの、遺言書が特定の内容の遺言をなす意思を有することが外部的に確認できるだけの口述があれば足り、遺言の内容のすべてを遺言者が口述することまでの必要はないというべきである。そして、具体的に遺言者がどの程度の口述をすれば足りるかは、単に口述した言葉のみをもって判断すべきではなく、遺言者の心身の状態や証人との応答の様子と経過、内容なども勘案して総合的に判断されるべきものである。」と判示した。

原審（東京高判平成9年5月29日）も同様の判断であったために、Xらは上告した。上告理由は、本件遺言内容が証人に対して遺言者から直接的・能動的に表意されたものではないから、危急時遺言における口授要件を欠き、本件遺言は無効であるとするものである。

〔判 旨〕

「Aは、草案を読み上げた立会証人の一人であるC医師に対し、口頭で草案内容と同趣旨の遺言をする意思を表明し、遺言の趣旨を口授したものであるというべきであり、本件遺言は民法九七六条一項所定の要件を満たすものであることができる。したがって、これと同旨の原審の判断は正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない。」（裁判官全員一致）

一 本判決の意義

本件は死亡危急時遺言において、あらかじめ作成された遺言書の草案に基づいて、遺言者が「はい」などの返答とうなずきのみによって遺言内容を確認することが、遺言者による口授と認められるか否かについて争われた事案である。

本判決は口頭で遺言書草案内容と同趣旨の遺言をする意思が表明されており、遺言の口授があると判断した。すなわち、遺言書の草案がある場合、口頭によって遺言内容を確認する程度の受動的返答であっても、口授要件を満たすとするものである。公正証書遺言の口授については先例^①があるものの、死亡危急時遺言においては最高裁初の判断である。

口授の本来の姿は、遺言者が証人の一人に対して、遺言内容の趣旨を直接的・積極的に口述することであるから、本判決は口授要件を緩和した判例である。そして、口授の本来

の姿を起点として、死亡危急時遺言ではうなずくなどの動作のみによっても口授を認める家庭裁判所の審判例⁽²⁾があるところから、本判決は口授要件緩和の流れの中ほどに位置する判例である。

本件判決には賛成する。しかし、遺言者のうなずきという意思表示方法に言及していないことには疑問がある。また、口授および読み聞かせに代えて通訳人の通訳や閲覧を認める法改正があった（民976条1項、2項、3項）今日、口授の意味・内容を再考する余地がある。

二 判例の態度

死亡危急時遺言は臨終遺言ともいわれ、死亡の危急に迫られた者が、簡易な方法によって遺言をすることができる特別方式の遺言である。その特徴は、遺言者が証人に対して、遺言内容を口授するという口授型遺言に属することにある。死亡の危急に迫られた者は、一般に言語表現が不十分であり、また口述の内容が不明確になりがちであるから、口授の有無および口述の程度が問題の中心となる。そのため、口授は①口述すること、②言語手段を用いて口述すること、③直接証人に対して口述すること、④積極的または能動的に口述すること、⑤遺言内容の趣旨を口述することという要素を具備することが要請される。いずれの要素も口述が最低条件であり、口述がないと口授とはなりえない。しかしながら、裁判例は口授に関するこれらの要素を厳格には捉えていない。しかも、同じく口授型遺言である公正証書遺言の口授よりも緩和している。

死亡危急時遺言の口授について、裁判例は多いとはいえ、つぎのような事例が見出される。口授が否定されたものではなく、口述の程度が低いものに向って配列してある。

事例1（京都地判平成10年9月11日判タ1008号213頁）。遺言者（大正11年11月25日生）は肺癌、骨転移のため病状はきわめて危険な状態にあるが、遺言書作成当日の思考、判断等について異常は認められないという医師の診断書がある。判旨は「遺言書にある内容を立会い者らに聞こえる程度の声でしゃべり、これが多少囁れ声ではあったが被告らに十分聞き取ることができたものであること…遺言の内容も、相続人三名及び内妻であったBに財産を分与するなどのものであって、客観的な状況ともほぼ符号した首肯可能な範囲内のものと認められる。これらを要するに、亡Aはその当時事のは是非善悪を判断するに足る精神能力を保持していたものであり、遺言能力を有した上で自らの意思により、本件遺言内容を口授したと認められるのである。」。また「本件遺言は一部に客観的な事実と異なる認識を含む点があるものの、これが全体として論理的な構造を欠如するなどまでは認められず、無効ということとはできない。」とする。この事例は、遺言者が遺言内容について直接的・積極的に口述しており、囁れ声であっても聞き取ることができれば足り、また口述

内容は全体として論理的に構造的欠如がなければよいとするものである。そして、遺言内容の客観的妥当性が判断に影響を及ぼしている。

事例2（東京地判昭和59年7月30日判時1153号197頁）。遺言者は高齢（87歳）であり、遺言書の原稿が遺言者の意向を聞いて、証人の一人によりあらかじめ作成されている。遺言者が証人の質問に対して「はい」、何か口ごもったような言葉で「お松にやる」、「家」、「いや」とか「いいえ」と答えている事案である。判旨は「口授とは言語による意思表示すなわち口述を意味するものであって、単なる首肯などの動作はこれに含まれないことは明らかである」と定義した上で、「遺言の趣旨の口授があるといえるためには、第三者たる立会証人が、遺言者において真にある特定の内容の遺言をする意思があることを確かめるに足る程度の口述が必要であるが、遺言者の口述によってそれが明らかになる以上、遺言者の発する言葉自体の中に遺言の骨子がすべて含まれている必要はなく、立会証人と遺言者との口頭による問答から遺言者において特定の内容の遺言をする意思があることが明らかになれば、遺言の趣旨の口授があったものと解すべきである。」とする。この事例は、口授とは口述であると定義し、動作による意思表示を排除する。また、遺言者が遺言内容の骨子すべてを口述せず、いくつかの単語を述べるだけであっても、証人との問答から遺言内容が特定できれば足りるとする。

事例3（東京地判昭和61年8月25日判時1215号101頁）。遺言者は普通方式遺言の草案作成を証人に依頼し、証人は2度にわたって遺言の具体的内容を確認していた。そして、死亡危急時に証人があらかじめ作成してあった書面を読み上げ、遺言者は口頭で「それで結構です。」、「いいです。」等肯定の結論だけの極めて簡潔な発言をした事案である。判旨は「口授とは、言語を発することによってする意思表示と解される。」とした上で、「遺言書作成の一連の過程を全体的に考察し、遺言者の意思が外部的に明確で、かつ、遺言書が遺言者の真意に基づいて作成されていることが確実な状況にある場合には、例外的に、口授と筆記の順序が前後したり、また、予め書面が作成されていたため口授の内容が極めて簡潔なものとなった場合でも、右の口授と筆記の要件を充足するものと解する余地がある。」として方式違反はないとした。この事例は、口述の場面だけではなく、遺言書作成の一連の過程を全体的に考察することを肯定する。また、遺言者の真意に基づいた書面がある場合、遺言内容の積極的・能動的表意はなくとも、消極的・受動的口述で足りるとする。しかも、最後に肯定の一言であってもよいとするものである。

事例4（静岡地判平成8年1月29日判時1582号111頁）。本件の原原審判決である。この事例では、口授は挙動のみでは足りないが、特定内容の遺言をする意思が外部から確認できるだけの口述で足りるとする。また、口述は単に言葉だけではなく、遺言者の心身状態、証人との応答の様子と経過、内容などから総合的に判断すべきであるとする。そして、本

件事案の特徴は、遺言の証人としては欠格者である推定相続人（民974条2号）であって、かつ遺言によって利益を受ける妻が、電話を介して、証人でない者に伝えたことが遺言書草案の内容となっており、また遺言の口述の場面では、遺言内容の骨子についてさえ口頭の陳述はなく、証人への受動的返答とうなずきのみがあることである。遺言者自身による証人への積極的表意はみられないから、口授要件の大きな緩和であると評する見解⁽³⁾がある。しかしながら、遺言書草案の作成過程は本件が事例3より相当に簡便であるが、口述の場面では遺言者の意思を一項目ずつ確認しており、事例3より懇切丁寧である。遺言書草案の作成過程と遺言者の口述場面を総合すると、口授要件を大きく緩和したものとはいえない。むしろ、遺言書の草案を作成する際に、その内容を伝達する者および伝達手段、ならびに伝達する相手は、口授の有無判断に影響しないとする意味を汲み取ることができ

る。

事例5（大分家審昭和50年6月23日家月28巻7号57頁）。遺言者は肺化膿症で自宅療養中、秘密証書遺言として第一次案、第二次案を作成し、重ねて遺言者の意向などを聴取して最終遺言書案が作成されていた。しかし、容態が悪化し言語障害が現われ、急遽危急時遺言を作成することにした。遺言者は遺言時において遺言の趣旨を口授しておらず、すでに口授能力を喪失していたものと認定されている。判旨は「遺言者は、上記のような経過をへて作成された最終遺言書案に指をのせて大きくうなずき、申立人が同遺言書案を読み上げ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いるの、これらの行為をもって口授に代るものと解する余地が全くないわけではない。」とする。この事例は、遺言書草案が慎重な手続で作成されている場合、遺言者が口授能力を喪失して、全く口述がないときであっても、草案への同意承認とみられる表現行為が口授に代りうることを示すものである。積極的に遺言者の口授を不要としたものではないと評する見解⁽⁴⁾がある一方で、遺言書作成の経過全体の流れのなかに位置づけることで、適式と判断できる余地があることを示唆することが注目されるとする評価⁽⁵⁾がある。

事例6（東京家審平成11年8月27日家月52巻1号112頁）。遺言者は肝硬変合併肝癌で入院中であった。証人が遺言予定内容を下書きし、遺言者に読み聞かせたところ、遺言者は口中の脱脂綿のため「うー」とか「んー」などと声を発し、寝たまま頷き、手の指で丸い輪を作って了解したことを示す「OK」と思われる仕草をした事案である。判旨は「遺言において法の要求する遺言者の口授があったと言えるかどうか疑問がないわけではないが、本件の遺言内容がきわめて単純であること、記載した証人において以前からA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、Aは病状から出血に備えて口中に脱脂綿などを含んでいたものの意識及び遺言をしたいとの意欲や意思能力は備えていたこと、証人が遺言書作成の前後に記載内容をAに読み聞かせたうえA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うなずくなどの方法で明確にしていることを総合すると、口授がない不適法な遺言として本件申立を却下するのは相当ではない。」とする。この事例は、遺言者が発する「うー」などの語をもって、言語を用いた口頭陳述とすることには無理があるとする。また、遺言者の発語以外の諸事情を総合して判断することを肯定する。そして、遺言者の意思表示手段として、うなずきやOKサインを認めるものである。

死亡危急時遺言における口授の有無および口述の程度について、裁判例の態度は様様であるというより、一定の変遷が見られる。第一に、口授とは口頭による陳述すなわち口述であるとするところから、簡単な言語による意思表示（事例2，事例3）や外部的に遺言内容の特定が確認できる口述（事例4）を経て、大きなうなずきやOKサインが口授の代りまたは口授そのもの（事例5，事例6）と捉えられるようになっていく。

第二に、口授は言語手段を用いて口述することという口授の要素は、単語の発語（事例2）や返答のみでも足りる（事例3，事例4）とする段階から、うなずきやOKサインも言語的意思表示手段とみることができるとされる（事例5，事例6）。うなずき等は言語的ではなく別の意思表示手段であると認識し、それを認めていると理解することは口授という規定の制約を越えることになるから許されない。

第三に、直接証人に対して口述することという要素は、直接的に意思を表示しなければならないこと自体は維持されている（事例1から事例6）が、直接に遺言内容を伝えることまでは要求されていない（事例3から事例6）。

第四に、積極的または能動的口述の要素は、遺言書の草案が作成されている場合、消極的・受動的口述で足り（事例2から事例4）、さらに明確な発語さえ必要とされていない（事例5，事例6）。

第五に、遺言内容の趣旨の口述要素は、骨子のすべては不要である（事例2）という段階から、遺言内容の基本となる単語や承認の発語で足りるを経て（事例3，事例4）、諸事情の総合的考慮によっては一言の意味ある発語さえなくともよい（事例6）とされている。

裁判例の推移からみられる特徴は、形式的に口授の有無や口述の程度を判断するのではなく、遺言書作成の全体的諸事情を総合的に考慮して判断する態度である。また、考慮される諸事情には、遺言書草案の有無およびその作成過程の慎重性（事例2，事例5，事例6）、遺言内容の客観的妥当性および単純性（事例1，事例6）、遺言者の心身状態や証人との応答の様子と経過・内容（事例4，事例6）などがある。そして、総合考慮の下では、遺言者の口述や発語がなくとも、遺言者の動作による意思表示によって口授ありとするところまでに到っている。

ところで、公正証書遺言における口授については、公証人の質問に対して言語をもって

陳述することなく、単に肯定または否定の挙動を示したにすぎないときには、口授があったものとはいえない（最判昭和51年1月16日家月28巻7号25頁，大判大正7年3月9日刑録24巻197頁）としており，危急時遺言の口授とは差異がある（事例5，事例6との対比例）。反面，遺言者の聞き取れない位の応答は口授がないとする（大判昭和13年9月28日新聞4335号10頁，事例1との対応例）。また，遺言の趣旨は交付した書面のとおりでであるという陳述を口授と認める（大判昭和9年7月10日民集13巻16号1341頁，事例3の類似例）。そして，あらかじめ作成した書面に基づいて，遺言者がそのとおりでであると述べ，最後に大きくうなずいて承認したことに口授を認めている（最判昭和54年7月5日裁民集127号161頁，事例4の類似例）。これらは危急時遺言の口授と共通する態度である。

本判決は遺言書の草案が存在するケースであり，受動的ながら口述があり，しかも遺言者の遺言内容に関する意思確認が丁寧であって，最後に積極的ともいえる発言があることから，死亡危急時遺言においては，口授要件緩和の中ほどに位置する判例である。公正証書遺言の口授と比較するとき，口授を認める限界の一步手前に置かれるものであろう。

三 学説の動向

死亡危急時遺言の成立要件は，死亡の危急性，証人三人以上の立会い，遺言者が証人の一人に遺言の趣旨を口授すること，口授を受けた証人の筆記，遺言者と他の証人への読み聞かせ又は閲覧，証人の承認と署名押印である（民976条1項）。有効要件は，遺言の日から二十日以内に，証人の一人又は利害関係人の請求によって，家庭裁判所の確認を得ることである（同条4項）。死亡危急時遺言は口授型の特別方式遺言であって，遺言者にとって実行し易い簡略な方式であることを認めたものである⁽⁶⁾とされる。しかし，それは書面型あるいは普通方式との比較においていえることであり，死亡の危急に迫られた遺言者にとって，遺言の趣旨を明確な言語で論理的に整然と口述することは困難であり，口述の有無が決定的基準であるところでは，それほど簡易な遺言の方式であるとは言い切れないものがある。

通説によれば，口授とは言語をもって申述すること，すなわち口頭で述べること⁽⁷⁾，あるいは，口で言葉を話して相手方に伝え，その言葉通り記憶させること⁽⁸⁾であると定義される。口授は，いわゆる口述であり，①口を使って，②言語手段を用いて，③陳述することにより，④遺言の趣旨を伝達し，⑤証人に理解と記憶をさせることである。

そのため，記号，文字，動作，手真似によることは口授ではない⁽⁹⁾。不明瞭，不明確な言葉によることも口授ではない⁽¹⁰⁾。口授と言い得るためにはなんらかの発言は不可欠の条件であらう⁽¹¹⁾とする。また，口授は直接の対話によらなければならないから，通訳を介した口授，電話による口授は不適法である⁽¹²⁾とする。そして，遺言者が遺言の趣旨は交付し

た書面のとおりでであると述べただけでは、口授があったとは認めない⁽¹³⁾。しかしながら、書面をもって口授の一部に代えること、口授と筆記の順序の逆転は認容している⁽¹⁴⁾。

通説は、口授要件について頑なまでに厳格な態度を貫いているわけではない。遺言書は遺言者の真意が明確に表示されていることを要し、口述は不十分な表現や誤解が起こりがちであり、死亡危急時遺言は遺言する再度の機会が期待できないから、慎重を期するものである。しかし、口を使い、言語を用いて、陳述するという口述の要素を堅持するあまり、それがないときは口授はないと形式的に一線を引いてしまうのである。また、遺言書の草案がある場合であっても、遺言内容についての口述が必要であり、受動的承認の一言や動作だけでは口授がないとするのである。このような態度は、先にみてきた判例と背離するものである。また、通説は死亡危急時遺言と公正証書遺言における口授は同一または同様としている⁽¹⁵⁾が、判例上後者は動作による口授を認めないのに比べて、前者は諸事情の総合考慮の下では認めているから差異がある。

通説にしたがうと、先の事例3はこれで結構ですなどの肯定の結論だけを発言したものであるから、また事例5および事例6はうなずくなどの動作のみで口述がないから、ともに口授がないと判断されよう。事例1は唖れ声であっても聞き取れるほどの口述があるから、是認されよう。事例2は文章にはならないが遺言内容についての単語を述べているから、遺言趣旨の口述の程度をどの辺まで許容するかによって結論が分かれよう。さて、事例4すなわち本件事案については、遺言書の草案を確認する程度の受動的返答とうなずきのみであるから、論理的側面からは口授が認められないとされるのではなかろうか。

通説に対して疑問を提示する、いわば総合考慮説とでもいうべき有力説がある。加藤永一氏はつぎのように説く。通説のように口授とは口頭の言語による陳述と定義し、もっぱらその有無だけを遺言書作成の経過全体から切り離して、個別的に判断することに疑問を感じる。大体口授型遺言の方式は、遺言者の真意が筆記つまり遺言書に的確に表示されることを狙いとするものであり、口授はその一手段であるから、遺言者の真意が遺言書に的確に表示されているときには、口授の意義をできるだけ広く解して適式の遺言と認めるべきである。真意が遺言書に表示されているかどうかの実質的判断の際に考慮する要因は遺言作成の背景、いきさつ、関係人の態度など諸般の事情のほか、遺言内容が単純か複雑か、その程度であるとする⁽¹⁶⁾。

総合考慮説の特徴は、遺言書作成の経過全体から判断すること、口述の有無による形式的判断を排除すること、口授の手段化によって口授要件を広く解すること、遺言者の真意が遺言書に的確に表示されているか否かという判断基準を設定すること、その判断基準の考慮要因を提示することである。死亡危急時遺言の口授に関する判例の態度は、口授の有無が口述ばかりではなく、遺言書作成の経過などを総合的に考慮して判断されているから、

総合考慮説と基本的共通性を有している。

しかしながら、この説は新たに判断基準を設定するのに対して、判例は口授の有無自体をストレートに総合考慮によって判断しており、ここに差異がある。また、この説の考慮要素は一般的で広い範囲にわたるのに対して、判例は遺言書草案の作成過程、証人との応答の様子など具体的に限定してある。考慮事由の具体的限定は、総合考慮の考え方が陥りやすい裁判所への一任の態度を回避するために、重要なことである。

この説にしたがうと、加藤氏自身が書面のとおりの判決（前掲大判昭和9年7月10日）はもとより、挙動のみの判決（前掲最判昭和51年1月16日）も適式と解すべきであり、事例5は口授に含めても不当とはいえないとしている⁽¹⁷⁾から、本判決を含めて、先に紹介した事例1から事例6のすべてを肯定されるのではなからうか。ただし、死亡危急時遺言の判例と基本的共通性はあるものの、判例とは判断基準および考慮要素が全く同一というわけではないから、断定することはできない。

総合考慮説の範中において、明確に本件および事例6を肯定する見解がある。遺言者のはいといった口述や、挙動による意思表示のみで口授に代わることは確かに容易には認められないが、これを補強する他の諸事情がある場合には、口授があった、または口授に代わるものがあつたと認め、命旦夕に迫った者に遺言する可能性をより広く与えるべきではないかと考える⁽¹⁸⁾とする。この見解の特徴は、総合判断の中で諸事情を補強要因とみることである。補強する諸事情の具体的内容は提示されていないが、具体的事案ごとに個別的判断されるべきであるとするところから、遺言書作成に関する一切の事情を考慮するということであろう。

この見解によると、本件および事例6はともに、遺言者の発語自体から遺言内容を察知することはできないが、口授を遺言者の真意や遺言能力を判断する一手段とみたならば、事件の経過全体から勘案して、判断能力および真正な意思があるから妥当である⁽¹⁹⁾とする。

しかしながら、遺言者の受動的返答や動作によって口授を肯定する際に、口授そのものとするのか、口授の代替方法なのか、あるいは口述に準ずるものとして認容するのかは、解釈の理論構成上重要な論点であり、明確な区別を要する。また、本判決および事例6は、遺言者による遺言趣旨の積極的口述がないことは共通しているが、本件は口頭による受動的口述があるのに比べて、事例6は意味不明の発語と仕草があるのみであつて、判例の推移で前述したように両者を同列に置くことはできない。

四 口授要件の趣旨

死亡危急時遺言の立法時（民法編纂当時）、死に臨んだ者が枕元に親類を集めて遺言する我国古来の慣習を採用する法制化論と、死に瀕した者がする遺言は誤りが生じ易いから

認めないとする削除論が対立し、証人の数を普通方式の2人より多い3人とし、各証人の承認を必要とし、さらに短期間の内に裁判所に請求して確認を得ることにして、妥協が成立した⁽²⁰⁾。すなわち、死亡危急時遺言は遺言者の意思欠缺や瑕疵、遺言者意思の歪曲や捏造の危険があることを認識して、3人の証人による承認および裁判所の確認が規定されたのである。したがって、死亡危急時遺言における危険性・弊害は制度上一応予防・除去の策が講じられているとみることができる。

一般に、遺言は遺言者の真意確保と遺言の要式性緩和を、いかに調和させるかという問題設定がなされる。しかし、死亡危急時遺言では、家庭裁判所の確認によって、遺言が遺言者の真意に出たものであるかどうかを確定し、しかも確認が遺言の効力発生要件になっているのであるから、遺言書作成段階における真意確保の要求は普通方式遺言に比べて少なく、要式性の緩和に重点を置くことができる。また、死亡危急時遺言は緊急性が高いものであり、死亡の危急に迫られた遺言者に、明確な言語で整然と口述することを課すのは酷であって、遺言の自由に奉仕することに力点を置くことが許容される。したがって、死亡危急時遺言は、規定の趣旨に反しない限度で、もともと広く解釈することが要請されている⁽²¹⁾。そのため、要件緩和の許容範囲を設定すること、およびその理論構成が問題になる。

死亡危急時遺言における口授要件の趣旨は、遺言の内容について、①遺言者が意思を表示し、②伝達して、③証人らに理解させることによって、遺言者の意思が外部的に認識できるようにすることである。これによって遺言者の真意が確保される。これらの三要素を満たす、いわゆる意思表示方法としては、口述は勿論、それと同等の方法である筆談、手話、点字、口話法などがある⁽²²⁾。さらに、遺言者の意思に基づいた遺言書の草案などの書面がある場合、遺言内容について、首を左右に振ることは否定の意思表示、うなずくことは肯定の意思表示、指で作るOKサインはわが国では承諾の意思表示であると伝達され理解されるから、遺言者による遺言内容の意思表示がなされたとみることができる。

すなわち、口授とは口述およびそれに準ずるものであると定義される。口授の趣旨から導かれる口授概念の拡張である。口授の外に、口授それ自体の代替方法を創出することは、立法によってなしえることであり、解釈の域を越える。口授概念の内に、口授の典型である口述とともに、口述に匹敵する口述以外の意思表示方法を包含させることは、解釈によってもできるとする考え方である。口述は音声言語を想定しているが、動作による意思表示方法は身体言語（ボディ・ランゲージ）であり、言語的意思表示手段としての共通性がある。

口述に準ずるものは、先に述べた意思表示の三要素を満たすものでなければならない。そのため、たとえば手話などの方法のほかに、解釈上遺言書草案などの書面がある場合の

動作による意思表示方法が含まれる。また、筋萎縮症患者が電子機器によってする意思表示も、伝達および理解（外部的認識）が可能なきときには否定するいわれはない。反面、遺言者独特の意思表示方法、特定の人との間でしか伝達できない隠語や態度、通有性のない暗号などは排除される。また、遺言書草案などの書面がない場合、手話などの方法は口述と同等の意思表示手段であるから、口授と認めることに問題はない。しかし、書面がない場合の動作のみによる意思表示方法のときは、遺言者の遺言内容についての手掛りがないために、遺言者意思の確実性が危ぶまれ、また不正確な伝達や誤解を招きやすく、さらに質問者の誘導が困難ではないから、たとえ確認という一応の策が講じられているにしても、これらの事情が認められる限り口授は否定されよう。

ところで、最近遺言の方式に関して法改正があり、すでに施行されている（平成12年1月8日施行、民法改正附則1条）。死亡危急者遺言について、口がきけない者は通訳人の通訳により申述して、口授に代えなければならない（民976条2項）と規定する。また、死亡危急者は読み聞かせに代えて閲覧が認められ（同条1項）、耳が聞こえない者は読み聞かせに代えて通訳人の通訳によることができる（同条3項）と規定する⁽²³⁾。これらの改正は、言語機能障害者にとって手話通訳等は言語的意思表示方法であるから、口授の代替方式になるとする。また、読み聞かせは書面の閲覧いわば筆談、あるいは手話通訳等の方法によって代えることができるとするものである。すなわち、口頭による陳述と手話等の方法および筆談との垣根を取り除き、同等のものとしているのである。

このような改正法は、言語・聴覚機能障害者に限らず、死亡危急者全体に影響を及ぼさずにはおかない。障害のある者と死亡危急時のために言語障害の状態にある者や、聴覚障害の状態にある者を区別することはないからである。したがって、死亡危急者がそのような状態にある場合、手話等の方法および筆談は、口述と同等の口述に準ずるものとして、口授と認められよう。

さて、本件は遺言者の意思に基づく遺言書草案がある場合であり、遺言書草案を肯定する口頭による返答および動作による表現行為があるから、遺言の趣旨について口述に準ずる意思表示が認められ、口授要件が具備されるものと解する。

そのほかに、遺言当日の医師診断書、看護記録、ならびに証人との問答の様子から遺言能力があると認められる。また、遺言者と証人との遺言内容確認作業は丁寧であり、特に聞き覚えのない遺言執行者の名前に首をかしげる疑問の仕草をしたことは、遺言内容の個々の項目を十分理解している表現行為であり、最後の発言は積極的・能動的ともみられるものがある。そして、遺言の内容は比較的簡明であるとともに、遺言者死亡後の妻の生活安定をはかるという客観的妥当性がある。さらに、口述のほかに、口述に準ずる意思表示方法を認容するとき、証人の信頼性が問題となりうるが、それも利害関係のない医師三

人であって疑義はない。これらのそのほかのことは、口授の有無判断に直接関与することではないが、口授判断の背景としては重要な諸事情である。

このように、本判決は、死亡危急時遺言においては当然ともいうべき結論を下したに過ぎない。そのため、本判決の射程距離は短い。何らかの書面や口述がない場合、裁判所がどう判断するのは残された課題である。しかし、遺言書草案などの書面がある場合に、消極的・受動的な口述を肯定し、口述の手段化によって動作による意思表示方法を認容し、遺言者意思の表示から伝達・理解（外部的認識）へと重点を移す契機になる判例として評価する。

註

- (1) 大判昭和9年7月10日民集13巻16号1341頁，最判昭和54年7月5日判時942号44頁
- (2) 東京家審平成11年8月27日家月52巻1号112頁，大分家審昭和50年6月23日家月28巻7号57頁
- (3) 松尾知子「民法判例レビュー69」判夕1031号73頁
- (4) 清水節『民法X（相続）』（泉久雄・野田愛子編）516頁
- (5) 加藤永一『叢書民法総合判例研究⑦』37頁
- (6) 木村健助「危急時遺言」中川遷曆『家族法大系VII(2)』182頁
- (7) 中川淳『相続法逐条解説（下巻）』79頁
- (8) 木村・前掲（註6）185頁
- (9) 小山或男『註解相続法』（中川善之助監修）299頁
- (10) 中川善之助・泉久雄『相続法第四版』541頁参照
- (11) 松日榮正次『遺産分割・遺言215題』（野田愛子・泉久雄編）333頁
- (12) 木村・前掲（註6）186頁
- (13) 久貴忠彦『新版注釈民法(28)』（中川善之助・加藤永一編）103頁
- (14) 久貴・前註102頁
- (15) 唄孝一『判例コンメンタールⅧ相続法』（我妻榮編）262頁，小山・前掲（註9）316頁
- (16) 加藤永一『遺言の判例と法理』41頁，43頁，44頁。加藤・前掲（註5）37頁。加藤氏の見解について、民法は口授や承認という個別的手続を通して、遺言者の真意を判断するから、口授の要件も承認の要件も満たさなければならないという態度をとっているのではなかろうか（中川・泉・前掲註10の535頁）とする指摘がある。なお、声が出たか否かは紙一重の差である（倉田卓次・解説遺言判例140補訂版12頁）ともいわれている。
- (17) 加藤・前掲（註5）33頁，前註（遺言の判例と法理）41頁
- (18) 林貴美「本件判例評釈」判夕1031号77頁
- (19) 前註77頁
- (20) 法典調査会『民法議事速記録七』（日本近代立法資料叢書7）685頁
- (21) 木村・前掲（註6）193頁参照
- (22) 木村・前掲（註6）185頁から186頁にかけて、手話法や口話法は適式であると解している。
- (23) 小野秀誠「公正証書遺言と方式」民商121巻2号201頁では、今回の改正は手話通訳の採用によって口頭主義が維持されたことが特徴的であると同時に、遺言趣旨を自書する方法の部分的採用によって書面主義も採用された点が新しいとする。