

高齢者遺言の問題点と課題 —高齢社会に対応した遺言制度を構築 するために—

村田 彰*

【目次】

- 一、はじめに
- 二、遺言をするのに必要な精神能力
 - 1 意思表示を要素とする法律行為
 - 2 法律行為として有する遺言の特性
 - (1) 任意に撤回可能であること
 - (2) 死因行為であること
 - (3) 真意（最終意思）を尊重する制度
 - (4) 要式行為であること
- 三、高齢者遺言の問題点と課題
 - 1 遺言能力有無の判定
 - (1) 東京地判平成16年7月7日（判例タイムズ1185号291頁）
 - (2) さいたま地判平成21年5月15日（裁判所ウェブサイト）
 - 2 高齢者の精神機能
 - (1) 自筆証書遺言
 - (2) 公正証書遺言
- 四、おわりに

* 流通経済大学教授。

一、はじめに

日本では、総人口に占める 65 歳以上の人口の割合（高齢化率）が 2012 年において 24.2%であり、国際連合の定義によれば、既に超高齢社会（Super-Aged Society）に入っている。そうして、高齢化率は、今後も増加し、2020 年に 29.1%、2030 年に 31.6%、2040 年に 36.1%、2050 年に 38.8%、2060 年には 39.9%にもなる、と推計されている^{*1}。このように、2060 年には 2.5 人に 1 人が 65 歳以上の高齢者となることが予想されているので、高齢社会に対応した法的環境の整備に向けて早急に取り組む必要がある。特に日本では遺言を利用する者の殆どが高齢者であることから、現行の遺言制度の問題点を指摘して高齢者のための遺言制度を構築することは是非とも必要なことのように思われる。

そこで、本稿では、差し当たり、高齢者が遺言を利用する際の問題点を探し出して高齢社会に相応しい遺言制度にするための課題を幾つか指摘することにする。以下では、まず、遺言をするのに必要な精神能力のあり方を明らかにし、その上で、本稿の課題に取り組むことにする。その際、一般に用いられる遺言が自筆証書遺言および公正証書遺言であるから、検討の対象をこの二つの方式の遺言に絞ることにする。

二、遺言をするのに必要な精神能力

日本民法 963 条（以下、日本民法の条数を引用する際には、条数のみ引用する。）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

¹ 国立社会保障・人口問題研究所のホームページ（<http://www.ipss.go.jp/>）内にある「人口統計資料集（2014年版）」中の「Ⅱ. 年齢別人口」の「表 2-8 将来推計人口の年齢構造に関する指標：2010～60年」による。

らない」、と規定している。そうして、ここにいう「能力」とは、同条を 961 条・962 条・973 条 1 項の諸規定²と対比してみると、

² 961 条・962 条・973 条 1 項の規定は、次のとおりである。

961 条「十五歳に達した者は、遺言をすることができる。」

962 条「第五条、第九条、第十三条及び第十七条の規定は、遺言については、適用しない。」

973 条 1 項「成年被後見人が事理を弁識する能力を一時回復した時において遺言をするには、医師二人以上の立会いがなければならない。」

そうして、5 条、9 条、13 条および 17 条の規定は次のとおりである。

5 条「未成年者が法律行為をするには、その法定代理人の同意を得なければならない。ただし、単に権利を得、又は義務を免れる法律行為については、この限りでない。

2 前項の規定に反する法律行為は、取り消すことができる。

3 第一項の規定にかかわらず、法定代理人が目的を定めて処分を許した財産は、その目的の範囲内において、未成年者が自由に処分することができる。目的を定めなくて処分を許した財産を処分するときも、同様とする。」

9 条「成年被後見人の法律行為は、取り消すことができる。ただし、日用品の購入その他日常生活に関する行為については、この限りでない。」

13 条「被保佐人が次に掲げる行為をするには、その保佐人の同意を得なければならない。ただし、第九条ただし書に規定する行為については、この限りでない。

一 元本を領収し、又は利用すること。

二 借財又は保証をすること。

三 不動産その他重要な財産に関する権利の得喪を目的とする行為をすること。

四 訴訟行為をすること。

五 贈与、和解又は仲裁合意（仲裁法（平成十五年法律第百三十八号）第二条第一項に規定する仲裁合意をいう。）をすること。

六 相続の承認若しくは放棄又は遺産の分割をすること。

七 贈与の申込みを拒絶し、遺贈を放棄し、負担付贈与の申込みを承諾し、又は負担付遺贈を承認すること。

八 新築、改築、増築又は大修繕をすること。

九 第六百二条に定める期間を超える貸借借をすること。

2 家庭裁判所は、第十一条本文に規定する者又は保佐人若しくは保佐監督人の請求により、被保佐人が前項各号に掲げる行為以外の行為をする場合であってもその保佐人の同意を得なければならない旨の審判をすることができる。ただし、第九条ただし書に規定する行為については、この限りでない。

3 保佐人の同意を得なければならない行為について、保佐人が被保佐人の利益を害するおそれがないにもかかわらず同意をしないときは、家庭裁判所は、被保佐人の請求により、保佐人の同意に代わる許可を与えることができる。

4 保佐人の同意を得なければならない行為であって、その同意又はこれに代わる許可を得ないでしたものは、取り消すことができる。」

通常の財産行為（例、売買）について問題となる「行為能力」でなくして、遺言をするのに必要な「精神能力」（以下、「遺言能力」ということがある。）を意味する、とみることができる。そこで、遺言能力の内容・程度を明らかにするために遺言を他の行為類型と比較検討してみると³、遺言は、まず、行為者（遺言者）の真意（最終意思）に相応する法律効果の発生を認める制度であるから、意思表示を要素とする法律行為の一類型である。このことから、遺言能力は、意思表示との関係において考察される必要がある。次に、遺言は、法律行為の中でも売買のごとき取引行為と異なる特性を有している。そこで、法律行為として有する遺言の特性に着目して遺言能力のあり方を考えてみることにする。

1・意思表示を要素とする法律行為

前述したように、遺言は意思表示を要素とする法律行為の一類型である。そこで、まず、意思表示をするのに必要な精神能力（意思能

17 条「家庭裁判所は、第十五条第一項本文に規定する者又は補助人若しくは補助監督人の請求により、被補助人が特定の法律行為をするにはその補助人の同意を得なければならない旨の審判をすることができる。ただし、その審判によりその同意を得なければならないものとするすることができる行為は、第十三条第一項に規定する行為の一部に限る。

2 本人以外の者の請求により前項の審判をするには、本人の同意がなければならない。

3 補助人の同意を得なければならない行為について、補助人が被補助人の利益を害するおそれがないにもかかわらず同意をしないときは、家庭裁判所は、被補助人の請求により、補助人の同意に代わる許可を与えることができる。

4 補助人の同意を得なければならない行為であって、その同意又はこれに代わる許可を得ないでしたものは、取り消すことができる。」

³ 問題となってる法律行為に必要な精神能力の内容を行為類型との関係で捉えるべきことを強調するのは、須永醇「民事精神鑑定に関する 2～3 のメモ——民法学者の一人としての立場から」法と精神医療 14 号 68 頁（2000 年）（同『須永醇 民法論集』292～293 頁〔酒井書店、2010 年〕所収）である。

カ)のあり方を考えてみると⁴、法律行為の要素である意思表示のプロセスの各段階に要求される機能的能力⁵に着目する必要がある。すなわち、意思表示をする者(表意者)は、ある動機に基づいて一定の適切な効果を欲する意思(真意)を決定(形成)してこれを表示しなければならないから、その前提として、ある動機に基づいて真意を決定(形成)してこれを表示するのに必要な精神能力を有しなければならないはずである。そして、遺言が意思表示を要素とする法律行為である以上、遺言をする者(遺言者)もまた、ある動機に基づいて一定の適切な効果を欲する意思(真意)を決定(形成)してこれを表示するというプロセスを経なければならない、したがって、その前提として、この全プロセスのそれぞれに必要な精神能力を遺言時に有しなければならない、ということになる。

これに対して、民法(債権法)改正検討委員会は、『債権法改正の基本方針』(2009年)において、意思能力を「法律行為をすることの意味を弁識する能力⁶」と概念構成し、法制審議会民法(債権法関係)部会は、『民法(債権関係)の改正に関する中間試案』(2013年)において、意思能力について、「法律行為の当事者が、法律行為の時に、その法律行為をすることの意味を理解する能力を有していな

⁴ 意思能力に関する私見については、村田彰「意思能力と事理弁識能力」赤沼康弘編『成年後見制度をめぐる諸問題』28頁以下(新日本法規、2012年)、同「意思能力・日常生活行為」円谷峻編『民法改正案の検討 第2巻』260頁以下(成文堂、2013年)、同「任意後見契約と精神能力」実践成年後見45号29頁以下(2013年)、同「成年監護與意思能力」黄詩淳・陳自強編『高齢化社会法律之新挑戦：以財産管理为中心』281頁以下(新學林、2014年)、を参照されたい。

⁵ 「機能的能力」については、五十嵐慎人「意思能力・行為能力・事理弁識能力の判定について——精神医学の立場から」小林一俊・小林秀文・村田彰編『高齢社会における法的諸問題：須永醇先生傘寿記念論文集』141頁以下(酒井書店、2010年)を参照されたい。

⁶ 民法(債権法)改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』24頁(商事法務、2009年)、同編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅰ——序論・総則』79頁(商事法務、2009年)。「基本方針」中の意思能力の部分については、村田・前掲注(4)「意思能力・日常生活行為」262頁以下を参照されたい。

かったときは、その法律行為は、無効とするものとする⁷」、と提案している。また、意思能力を「事理弁識能力」とする意見も出されている。このように、意思能力を概念構成するにあたり、理解能力や(事理)弁識能力のみに着目している。しかし、前述したように、意思表示の全プロセスの各段階において要求される機能的能力に着目して意思能力を概念構成するときには、例えば、表示することのできる精神能力をも意思能力の機能的能力に含めるべきであるから⁸、理解能力とか(事理)弁識能力のみに着目すべきではない、と思われる。

また、『基本方針』および『中間試案』では、生物学的要素を顧慮することなく意思能力を概念構成している。しかし、生物学的要素を顧慮しなければ、以下のような問題が生ずることに留意すべきである。すなわち、① 意思無能力も錯誤も表示に対応する真意の不存在という点では同じであり、意思無能力のケースを公序良俗に関する規定(90条)で処理することも場合によっては可能である。しかし、錯誤規定も公序良俗規定も精神能力に支障のない者(通常人)を念頭においた規定であるから、意思能力を概念構成する場合には、特に錯誤との差異を明確にするために、生物学的要素を含める必要がある。しかも、錯誤の場合には取引の安全(=相手方・第三者の保護)という要請もあるので、善意(無過失)の相手方・第三者よりも意思無能力者の方を保護することを正当化するためには、生物学的要素を顧慮して意思能力を概念構成する必要がある。② 投資取引のよ

⁷ 法制審議会民法(債権関係)部会による『民法(債権関係)の改正に関する中間試案』については、<http://www.moj.go.jp/shingil/shingi04900184.html> 参照。

⁸ その他にも、例えば表示上の錯誤(例、言い誤り、書き損じ)のような行為支配の失敗が精神の障害により生じた場合も意思能力の問題として処理すべきであるから、制御能力も意思能力の機能的能力に含めるべきである。「制御能力」については、須永醇「権利能力、意思能力、行為能力、責任能力」法学教室 103号 53頁注(1)(1989年)を参照されたい。

うに複雑な契約の場合には、意思能力に生物学的要素を含めなければ、通常人でも意思無能力者として処理することが可能となる。しかし、①で述べたことから明らかなように、通常人を意思無能力者とすべきではないから、意思能力に生物学的要素を含めるべきである。③ ある者の精神能力の有無・程度が精神科医によって鑑定される場合に、生物学的要素は不可欠な要素であるように思われる。

以上のことから、生物学的要素をも含めて意思能力を概念構成すべきである。そうして、生物学的要素には年齢による精神の未熟と精神の障害とがあり、このうちの精神の障害については、継続的なものと一時的なものとを問わないが、精神の障害が心理学的要素に影響を及ぼしていることを明らかにすることができるなら、意思能力有無の判定において重要視される心理学的要素の立証が比較的容易になろうから、生物学的要素は意思無能力の立証に際しても有用である⁹、と思われる。そうして、このことは、意思表示を要素

⁹ 村田彰「意思能力有無の判定と保佐開始の審判——福岡高裁平成16年7月21日判決」実践成年後見44号111頁（2013年）。

なお、その後、法制審議会民法（債権関係）部会では、第82回会議（2014〔平成26〕年1月14日開催）において『民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台』のための審議がなされ、意思能力について、「理論的には、意思能力の判断に当たって、精神上の障害という生物学的要素と合理的に行為をする能力を欠くという心理学的要素の双方を考慮するか、心理学的要素のみを考慮するかという問題や、判断・弁識の能力だけでなく、自己の行為を支配するのに必要な制御能力を考慮するかどうかという問題について見解が分かれており、意思能力の具体的内容については、引き続き解釈に委ねるのが相当であると考えられる」（『民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（7）』（部会資料73A）26頁）として、意思能力を概念構成しないこととされた。なお、村田・前掲・注（4）「意思能力・日常生活行為」269頁もまた、「生物学的要素の要否および心理学的要素の内容いかなどにつき学説が未だ確定していないようであるから、……、意思能力を構成する要素の抽出などについては学説に委ねるべきであろう」、と述べたことがある。そうして、第90回会議（2014〔平成26〕年6月10日開催）において審議された『民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の原案（その1）』（部会資料79-1）では、「法律行為の当事者がその法律行為の時に意思能力を有しないときは、その法律行為は、無効とする」（1頁）と提案されたが、その法律行為は、無効とする」と提案されたが、第95回会議（2014〔平成26〕年8月5日開催）において審議された『民

とする法律行為の一類型である遺言についても当てはまるように思われる。

2・法律行為として有する遺言の特性

次に、法律行為として有する遺言の特性に着目して、遺言能力のあり方を考えることにする。そうして、この問題を考える上で重要視されるべき遺言の特性として、差し当たり、遺言者が遺言を任意に撤回しうること、遺言が死因行為であること、遺言が真意（最終意思）を尊重する制度であること、遺言が要式行為であること、を挙げてこの問題を考えてみることにする¹⁰。

法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の第二次案』（部会資料82-1）では、「法律行為の当事者が意思表示をした時に意思能力を有しないときは、その法律行為は、無効とする」（1頁）と改められ、この案が第96回会議（2014〔平成26〕年8月24日開催）において『民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案』として提案されるに至っている。

¹⁰ 遺言能力に関する私見については、村田彰「高齢者の遺言——遺言に必要な意思能力を中心として」新井誠・小笠原祐次・須永醇・高橋紘士編『高齢者の権利擁護システム』77頁以下（勁草書房、1998年）、同「遺言をするのに必要な精神能力」新井誠・西山詮編『成年後見と意思能力——法学と医学のインターフェース』94頁以下（日本評論社、2002年）、同「法律家からみた遺言能力」司法精神医学7巻1号118頁以下（2012年）を参照されたい。

なお、遺言は受領を要しない（＝相手方のない）意思表示であるといわれている。そうして、意思表示について受領を要する意思表示（empfangsbedürftige Willenserklärungen）と受領を要しない意思表示（nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen）とに区別すべきことをはじめて提唱したのはZitelmannである（Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erster Theil, 1889, S. 22ff.）。すなわち、隔地者間の意思表示を区別するものは相手方に対するか否かという「方向」（Richtung）とその意思表示がその相手方に到達したか否かという「受領」（Empfang）とであり、實際上重要なのはむしろ「受領」の方であるとして、受領を要する意思表示と受領を要しない意思表示とに意思表示を区別すべきである、と主張したのである。そうして、それ以後、Zitelmannのこの区別はドイツの学説上一般に承認されることとなっている（村田彰「遺贈と心裡留保——特に包括遺贈を中心として（1）」法学志林87巻4号120頁注（13）〔1990年〕参照）。

この通説に反対したのがManigkである（Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907, S. 313ff.）。すなわち、彼は、意思表示の本質が了知目的（Kundgebungszweck）

(1) 任意に撤回可能であること

売買のような取引行為においては、行為（表示）の存在ないし外形を信頼した相手方の保護が要請されるので、原則として相手方の信頼を保護する必要がある。そして、かかる信頼を惹起したことに対する法的責任を行為者（表意者）に負わせるには、その前提として、行為者（表意者）は、自己の利害得失を合理的に判断（計算）して行為（表示）の内容と効果を決定（形成）してこれを表示しうる通常人並みの精神能力を有しなければならない、と思われる。なぜなら、行為時にかかる精神能力を欠いている者（表意者）が取引関係に入った場合には、その者（表意者）が損失を被り、その相手方が不当な利益を受ける、ということが十分に予想されうるからである。このことから、取引行為においては、自己の受ける利害得失を合理的に判断（計算）して決定（形成）された意思を表示するのに必要な精神能力（意思能力）が行為者（表意者）に欠けているなら、その行為の効果を行為者（表意者）に帰属させないようにする法的手段（意思無能力の法理）、とか、行為者（表意者）の支援者ないし保護者に同意権・取消権・代理権を付与する制度（制限行為能力制度）を用意しておくことが要請されるこ

であるから、意思表示は了知受領者（Kundgebungsempfänger）の存在なしには考えられず、したがって、いわゆる「受領を要しない意思表示」もまた何らかの方法で利害関係人に到達しなければならない、というのである。確かに、遺言者が自己の作成した遺言書を海中深くに沈めたとすると、その遺言書は誰にも発見されないのであるから、遺言者が死亡しても、遺言書は効力を生じないであろう。そうすると、遺言書がその内容のとおり効力を生じるためには、遺言書は利害関係人に到達することが必要であろう。そこで、彼は、特定の意思表示すなわち特定の者に宛てられる意思表示と不特定の者に宛てられる意思表示とに意思表示を区別すべきことを提唱する。そうして、後者は不特定の個人か多数の利害関係人ないし利害関係のあるグループ全体に向けられる意思表示であり、このうちの多数の利害関係人に向けられる意思表示が遺言であるとされる（村田彰「遺贈と心裡留保——特に包括遺贈を中心として（2・完）」法学志林88巻1号158頁注（3）〔1990年〕参照）。

以上のとおり、Manigkのこの主張にはもっともな面があるので、受領を要しない（相手方のない）意思表示であることは遺言の特性として挙げていないのである。

とになる。

これに対して、遺言においては、行為者（遺言者）は遺言を任意に撤回することができる（1022条以下）。このことから、遺言においては、遺言の利害関係人（遺贈であれば受遺者）が遺言の存在ないし外形を信賴したとしても、撤回権の行使によって遺言そのものが消滅するから、かかる信賴を惹起したことに対する法的責任を遺言者本人に負わすことはできないことになる。そうすると、自己の受ける利害得失を合理的に判断（計算）して意思を決定（形成）しうる通常人並みの精神能力は遺言者に必ずしも要求されなくてもよい、と思われてくるのである。

しかし、遺言の撤回可能性から導かれるのはせいぜい前述したことまでである。なぜなら、遺言が効力を生じる時には、行為者（遺言者）は死亡しているからである。そこで次に、死因行為から遺言能力のあり方を考えることにする。

（2）死因行為であること

行為者（表意者）の意思能力の欠如を理由として法律行為を無効視することは、生前行為の場合であれば、精神能力の未発達・不完全な行為者（表意者）本人を保護することに帰着する。これに対して、遺言は、遺言者の死亡時に効力を生じる（985条）、という意味で死因行為である。したがって、遺言の有効無効の問題は、遺言者本人を保護するか否かでなくして、遺言を有効視することにより利益を受ける者（遺贈であれば受遺者）と遺言を無効視することにより利益を受ける者（例、遺言者の相続人）とのいずれを保護すべきかの問題に帰着することになる。

そうすると、まず、遺言においては、売買のごとき通常法律行為におけると異なり、行為の効果がそもそも遺言者本人に帰属しないから、遺言者本人の受ける利害得失を判断（計算）することは遺言

者に要求されえないはずであり、したがって、遺言者は、自己の受ける利害得失を判断（計算）して意思を形成（決定）しうる通常人並の精神能力を有することなしに遺言をすることができる、と思われる。この点において、遺言能力は、精神能力の未発達・不完全な行為者（表意者）本人を保護する意思能力とは明らかに異なる、ということになる。

次に、遺言の効力の問題が遺言により利益を受ける者と不利益を受ける者とのいずれを保護すべきかの問題に帰着することから、遺言者は遺言により受ける不利益を判断（計算）して遺言の内容を決定（形成）しなければならないか、を考えることにする。そうして、遺言により不利益を受ける者が通常は遺言者の相続人であることから、以下では、相続人が遺言により不利益を受ける場合を念頭におくことにする。まず、日本民法上、遺留分制度（1028条以下¹¹⁾）が用意されているので、遺留分を有する相続人（遺留分権利者）はこの制度によって相続人としての地位を一応保障されている。そうして、遺留分権利者に対しては廃除の制度（892条、893条）があるが、この廃除が認められるのは法定の原因ある場合にのみ限られているので、遺留分権利者は相続人としての地位を最小限保障されている、と解することが一般にできるように思われる。次に、遺留分を有しない兄弟姉妹が相続人の場合について考える。この場合、兄弟姉妹には遺留分が認められず、しかも、兄弟姉妹を相続人から廃除することもできないから（892条参照）、一見すると、被相続人たる遺言者は兄弟姉妹の受ける利害得失を考慮して遺言をしなければならないかのようなのである。しかし、遺留分制度を用意している日本民法の下に

¹¹ 1028条の規定は次のとおりである。「兄弟姉妹以外の相続人は、遺留分として、次の各号に掲げる区分に応じてそれぞれ当該各号に定める割合に相当する額を受ける。

- 一、直系尊属のみが相続人である場合 被相続人の財産の三分の一
- 二、前号に掲げる場合以外の場合 被相続人の財産の二分の一

においては、遺留分を有しないことは却って相続人としての最小限の保障すら受けないことを意味するようと思われる。また、遺留分を有しない相続人に対しては廃除の規定（892条）が適用されないから、兄弟姉妹が892条に定める廃除の要件を満たしていない場合でも、被相続人が全財産を兄弟姉妹以外の者に遺言で処分することは当然に認められる、と思われる。

かくて、遺留分制度を用意している日本民法の下では、被相続人たる遺言者は、相続人の受ける不利益を判断（計算）することなしに遺言の内容を決定（形成）することができるように思われる。そうすると、相続人の受ける不利益を判断（計算）して遺言の内容を決定（形成）するのに必要な精神能力は殊更には遺言者に要求されないことになる、と思われる。ただし、例えば、遺言の内容が遺留分を大きく侵害するものであったり、遺言者には遺留分を有する相続人がいない場合には、遺言者はいかなる動機に基づいて遺言の内容と効果を決定したか、が問題となることもあろうから、遺言の内容と効果の決定に関連する情報を収集し、収集した情報を理解する能力を遺言者は遺言時に有したか、が問題となることもあるように思われる。

（3）真意（最終意思）を尊重する制度

前述のとおり、遺言は、遺言者本人による任意の撤回が認められ、死因行為でもあるが、このことは、遺言が遺言者の真意（最終意思）を尊重する制度であるからである。すなわち、遺言においては、遺言の存在ないし外形を信頼した利害関係人を保護すべき要請や遺言者本人に対する効果帰属の可能性が存在せず、しかも、日本民法においては遺留分制度が用意されていることから、相続人の受ける不利益を判断（計算）することは殊更には行為者（遺言者）に要求されていない。このことから、遺言の内容と効果が遺言者の真意（最終意思）に裏付けられていればそれで十分であり、したがって、遺言

者は、相応の動機にもとづいて決定された当該の遺言の内容と効果（結果）とを一応なりとも理解してその実現を欲するのに必要な精神能力を遺言時に有すればそれで足りる、と思われるのである。そうして、このようにみると、問題となっている遺言の内容は遺言能力の程度と関係することになる。そこで、以下に2件の裁判例を紹介する。いずれも、遺言者には遺留分を有する相続人が存在せず、しかも、遺言書換えの事案である。

a 東京地判平成4年6月19日（家庭裁判月報45巻4号119頁）

遺言者Aは二つの公正証書遺言をし、第一遺言（昭和58年10月20日付 当時73歳）の内容は、X₃（原告。AのいとこX₁の姉の二女で、Aとは五親等血族の関係）に建物甲を、Y₁（被告。Aの同居人）に建物乙を、X₃とY₁に土地丙の2分の1の持分を、X₁（原告）にB株式会社の株式を、X₂（原告。Aのいとこ）にC銀行D支店の銀行預金を、それぞれ遺贈する、弁護士Eを遺言執行者に指定する、というものであった。次に、第二遺言（昭和62年3月23日付 当時77歳）の内容は、第一遺言を取り消す、Y₁に建物甲乙を相続させる、Y₁Y₂（被告。Y₁の配偶者）およびY_{3~4}（被告。Y₁Y₂間の子）に土地丙をそれぞれ持分4分の1の割合で相続させる、Y₁に株式、預金その他一切の動産を相続させる、弁護士Fを遺言執行者に指定する、というものであった。なお、Y₃については昭和61年11月6日に、Y₁Y₂については昭和62年1月30日に、それぞれAとの間の養子縁組届出がされている。A死亡後、X側は、第二遺言当時にAが意思無能力であったとY側に主張した。裁判所は、アルツハイマー型老年認知症の急速な進行により「Aは昭和63年3月20日ころには自分の意思をわきまえることが障害されている重度の痴呆〔認知症〕状態であったことが認められ、この認定事実に本件〔第二〕遺言が前記のとおり必ずしも単純な内容のものではなかったことを併せ考えると」（傍点は引用者）、Aは、本

件第二遺言当時に遺言能力を欠いていた、とした。

b 京都地判平成 13 年 10 月 10 日（裁判所ウェブサイト）

遺言者 A は、その所有する全財産を X（原告。A と遠縁の関係）に遺贈する旨の第一遺言（公正証書遺言〔平成 5 年 11 月 22 日付〕・当時 84 歳）をした後、全所有財産を Y（被告。A と遠縁の関係）に遺贈する旨の第二遺言（公正証書遺言〔平成 12 年 1 月 24 日付〕・当時 90 歳）をし、病院で脳梗塞により死亡（平成 12 年 5 月 14 日）した。第二遺言の効力について、裁判所は、「痴呆性〔認知症〕高齢者の遺言能力の有無を検討するに当たっては、遺言者の痴呆〔認知症〕の内容程度がいかなるものであったかという点のほか、遺言者が当該遺言をするに至った経緯、当該遺言作成時の状況を十分に考慮した上、当該遺言の内容が複雑なものであるか、それとも、単純なものであるかとの相関関係において慎重に判断されなければならない」、と説示した上で、「A は、第二遺言作成当時、痴呆〔認知症〕が相当高度に進行していたものの、いまだ、他者とのコミュニケーション能力や、自己の置かれた状況を把握する能力を相当程度保持しており、また、A が第二遺言を作成するよう思い立った経緯ないし動機には特に短慮の形跡は窺われず、さらに、第二遺言の内容は比較的単純のものであった上、甲公証人に対して示した意思も明確なものであったことが認められる」（傍点は引用者）として、A が第二遺言の作成に当たり遺言能力を有していた、とした。

以上のとおり、裁判所は、問題となっている遺言の内容の難易をも考慮に入れて遺言能力の有無を判定している。そこで、まず、意思能力に関する学説をみると、従来 of 学説は、意思能力有無の基準として満七歳程度の通常人の知能が具備されているか否かを想定

していた¹²。しかし、今日の通説は、満七歳程度の通常人の知能を有するか否かで意思能力の有無を判断すべきだとしつつも、問題となる法律行為（意思表示）の難易によってその行為に必要とされる意思能力の程度いかんも異なる——例えば、売買の申込と単純贈与の承諾とでは前者の方が相対的に高い精神能力を要求され、また、同じ売買でも目的物が玩具と不動産とでは後者の方が相対的に高い精神能力を要求される——として、意思能力の「相対性」を承認するに至っている¹³。これに対して、意思能力の画一的形式的基準をそもそも設定すべきでない、として意思能力の相対性を真正面に打ち出す学説¹⁴が古くからあり、今日においては、この立場に立つ学説¹⁵は相当に有力である。のみならず、遺言能力の程度についても当該の遺言の難易によって異なるべきである（遺言能力の「相対性」、ということが近時の学説¹⁶によって次第に承認されるようになり、

¹² 例えば、於保不二雄『民法総則講義』47頁（有信堂、1955年）。

¹³ 米倉明「行為能力（一）」法学教室20号79頁以下（1982年）（同『民法講義総則（1）』84頁以下〔有斐閣、1984年〕所収）、幾代通『民法総則〔第2版〕』51～52頁（青林書院新社、1984年）、四宮和夫『民法総則〔第4版補正版〕』44頁（弘文堂、1996年）、四宮和夫・能美善久『民法総則〔第8版〕』30頁（弘文堂、2010年）、内田貴『民法I総則・物権総論〔第3版〕』103頁（東大出版会、2005年）、山本敬三『民法講義I総則〔第3版〕』39頁（有斐閣、2011年）、など。

¹⁴ 岡松参太郎「意思能力論（二）」法学協会雑誌33巻11号76～83頁（1915年）。

¹⁵ 須永醇『新訂民法総則要論〔第2版〕』38～39頁（勁草書房、2005年）、新井誠『高齢社会の成年後見法〔改訂版〕』161～163頁（有斐閣、1999年）、河上正二『民法総則講義』37頁（日本評論社）、など。

¹⁶ 須永醇「精神分裂病者の遺言能力——公正証書遺言のケース」〈判例評釈〉私法判例リマックス4号91頁（1992年）（同・『意思能力と行為能力』425頁〔日本評論社、2010年〕所収）、右近健男「公正証書遺言判例研究」（下）判例時報1518号166頁（1995年）、鹿野菜穂子「高齢者の遺言能力」立命館法学249号170頁（1996年）、升田純「成年後見制度をめぐる裁判例（6）」判例時報1589号20頁（1997年）（同『高齢者を悩ませる法律問題』220頁〔判例時報社、1998年〕所収）、伊藤昌司「遺言自由の落とし穴——すぐそこにある危険」河野正輝・菊池高志編『高齢者の法』187頁（有斐閣、1997年）、同『相続法』44～45頁（有斐閣、2002年）、篠田省二「遺言能力について」公証120号11頁（1998年）、村田彰「高齢者の遺言——遺言に必要な意思能力を中心として」新井誠・小笠原祐次・須永醇・高橋紘士編『高齢者

前述した2件の裁判例においても遺言の内容の難易が遺言能力有無の判定に際して考慮されている。

(4) 要式行為であること

最後に、遺言は、厳格な方式が要求されている(960条)。したがって、遺言能力のあり方は、遺言の方式によっても異なるはずである。そこで、以下では、冒頭で述べたように、自筆証書遺言および公正証書遺言の方式という視点から遺言能力のあり方を考えてみることにする。

a 自筆証書遺言

自筆証書遺言は、遺言書の全文・日付・氏名を自書してこれに押印する、という方式の遺言である(968条1項)。このことから、自筆証書遺言をする者は、その真に意欲した遺言の内容・効果(本文)および日付・氏名を「自書」(自筆)するのに必要な精神能力を遺言時に有していなければならない、と解されるべきことになる。そうだとすると、この精神能力の中には、「文字を知り、かつ、これを筆記する能力」(識字能力)が含まれていなければならないはずである(最判昭和62年10月8日民集41巻7号1471頁参照)。

たとえば、最判平成6年10月13日(家庭裁判月報47巻9号52頁・判例時報1558号27頁・判例タイムズ901号117頁)の原審(高松高判平成2年12月26日金融・商事判例991号26頁)は、脳血管性認知症に罹患した遺言者A(当時76歳)のした自筆証書遺言の効力について、「本来『子供』と記載すべきところを『小供』と、『神懸』を『神縣』と、『病』を『★』

の権利擁護システム』77頁以下(勁草書房、1998年)、岩木宰「遺言能力」梶村太市・雨宮則夫編『現代裁判法大系12〔相続・遺言〕』201～202頁(新日本法規、1999年)、など。

と、『呉れた』を『★しくれた』と、『不動産』を『不動彦』と、『金銭』を『金★』と、『株券』を『株巻』と、『持って』を『★って』と、『ある』を『あるる』と、『及び』を『★ぶ』〔★は誤字〕と、各記載するなど誤字が見られ、又『金を使ったりのは私は（理解不能の字）たくした事はない。』と記載し、それが他の老人性痴呆〔認知〕症患者の書いた字と相似しており（当審鑑定の結果）、Aの脳機能の障害を示している」、と説示して本件遺言を無効とした。

また、東京地判平成10年6月12日（判例タイムズ989号238頁）¹⁷は、老人性認知症に罹った女性A（当時76歳）のした自筆証書遺言について、「本件遺言書自体、極めて乱れた字で書かれ、全体としての文書の体裁も整っておらず、唯一その内容を記載した部分も、漢字のほか、カタカナとひらがなが混在して使用され、かつ、語順も通常でなく、『いえ』がどの建物を示すのか、その敷地等も含むのかそうでないのかなど、遺言の重要部分の趣旨も明確であるとはいえない」として、Aが本件遺言作成当時に遺言能力を欠いていた、と判示した。

このように、自筆証書遺言の場合、字形、誤字・脱字・理解不能な字の有無、文字の配列などは、識字能力の有無を判断する上で参考となり、しかも、高齢者の場合、かつて獲得した識字能力は加齢や病気に伴って減退する、というのが通常であろうから、識字能力の減退は同時に遺言能力の減退をも示すことがあるように思われる。反対に、方式を具備し、内容が一義的かつ明確な自筆証書遺言は、公正証書遺言と比べて遺言能力を有することの高い蓋然性を推測させることになろう¹⁸。

¹⁷ 本件の評釈として、村田彰「自筆証書遺言に必要な精神能力」私法判例リマークス20号84頁（2000年）がある。

¹⁸ 須永・前掲注（16）「精神分裂病者の遺言能力」84頁（同・前掲注（16）『意思能力と行為能力』426頁所収）。

b 公正証書遺言

公正証書遺言は、二人以上の証人の立会いの下に、遺言者が遺言の趣旨を公証人に口授し（言語機能障害者の場合には、「口授」に代えて「通訳人の通訳（手話通訳など）による申述」または「自筆」（筆談）により遺言の趣旨を公証人に伝えることができる——969条の2第1項）、公証人がこれを筆記して遺言者および証人に読み聞かせ（遺言者が聴覚障害者の場合には、読み聞かせに代えて通訳人の通訳でもよい——969条の2第2項）か閲覧させ、遺言者および証人が筆記の正確なことを承認した後各自署名押印し（ただし、遺言者が署名することができない場合には、公証人がその事由を付記して署名に代えることができる）、この方式に従って作った証書である旨を公証人が付記して署名押印する、という方式の遺言である（969条）。このことから、公正証書遺言をする者は、その真に意欲した遺言の内容・効果を公証人に「口授」する（言語機能障害者の場合には、通訳人の通訳（手話通訳など）による申述または「自筆」（筆談）により遺言の趣旨を伝える）のに必要な精神能力を遺言時に有していなければならないはずである。

例えば、最判昭和51年1月16日（最高裁判所裁判集民事117号1頁・家庭裁判月報28巻7号25頁）は、公証人が病室にきた頃、遺言者Aは、「切迫昏睡の状態にあつて判断力はひどく低下しており、その応答——言葉による場合でも、うなずくという動作による場合でも——は信用をおけない状態であった。したがって、公証人の質問に対し、Aはうなずくという肯定の趣旨の反応を示したけれども、質問の趣旨を理解した上でうなずいたのかどうか甚だ疑わしいといわねばならない。もっとも、仮に質問の趣旨を理解した上でうなずいたとしても、うなずいただけで一言もいわなかったのであるから、遺言者の口述がないことに変わりはない」、と説示し、本件公正証書遺言を無効としている（上告棄却）。

以上のとおり、遺言においては、単なる黙示ではならず、遺言者

本人の真意の明確な表示（明示）でなければならず、明示の方法は、自筆証書遺言を用いる場合には「自書」（自筆）であり、公正証書遺言を用いる場合には公証人への口述（口授）である。そうして、自筆証書遺言にみられる誤字・脱字や公正証書遺言作成時において遺言者が単にうなづいただけで一言も発しないことは同時に遺言能力の減退をも示すことがあるように思われる。しかし、遺言が表示どおりに効力を生じるには、方式に合致するだけでは不十分であり、更に、遺言者の真意（最終意思）を伴った遺言でなければならない。このことから、遺言者は、遺言の方式に従って自己の真意を表示（明示）するのに必要な精神能力を有しなければならない、ということになる。

三、高齢者遺言の問題点と課題

遺言をするのに必要な精神能力がおよそ以上のようなものだとして、冒頭で述べたように、日本においては、遺言の利用者が一般に高齢者であり、しかも、今後ますます人口の高齢化率が上昇することが予測されているので、以下では、高齢者が遺言をする際の問題点と課題を幾つか挙げることにする。

1・遺言能力有無の判定

前述のとおり、遺言能力には心理学要素と生物学的要素とが含まれているが、遺言能力の有無の判定は最終的に法的判断に基づくものでなければならない。にもかかわらず、医学的所見に大きく依拠して遺言能力の有無を判定している裁判例が見受けられる、との指摘があることに留意すべきである。すなわち、精神医学者からは、「わが国の判例を見ると、『中等度的人格水準低下と痴呆〔認知症〕』、『意識障害』、『アルツハイマー老年痴呆〔認知症〕で判断能力は四、五歳程度』、『中等度以上の痴呆〔認知症〕状態』などの所見にもとづ

いて、遺言能力が否定された事例が挙げられている。いずれの判定方法も生物学的方法に強く偏奇していることが明らかである¹⁹、とか、「重症の医学的疾患に罹患していた場合には遺言能力が否定される傾向にある。特に中等度以上の痴呆〔認知症〕と認定された場合には多くの場合遺言能力が否定されている²⁰」、との指摘がある。また、法律家からは、「現実の問題となる高齢者の遺言、しかもその多くが入院を経験していることに鑑み、遺言書作成前後における遺言者の病状に関する医師の判断が重要な資料となっている²¹」、と指摘されている。更に、近時の判決例をみると、医学上の種々の測定法・基準が判決「理由」中に示されている。しかも、これらの評価結果が遺言能力有無の判断に多かれ少なかれ影響を及ぼしているものもあるように思われる²²。

¹⁹ 西山詮『民事精神鑑定の実際〔追補改訂版〕』51頁（振興医学出版社、1995年）。

²⁰ 白石弘巳「高齢者の遺言の尊重と遺言能力に関する研究」齋藤正彦代表『高齢社会における医療・保健・福祉制度と高齢者の人権』138頁（厚生科学研究費補助金総合研究報告書、2000年）。

²¹ 右近健男「遺言能力に関する諸問題」久貴忠彦代表編集『遺言と遺留分・第1巻遺言』58頁（日本評論社、2001年）。

²² 例えば、長谷川式精神知能検査・改訂長谷川式簡易知能評価スケール（HDS-R）（前掲東京地判平成4年6月19日、名古屋高判平成9年5月28日判例時報1632号38頁・判例タイムズ960号249頁、東京地判平成10年6月12日判例タイムズ989号238頁、東京高判平成12年3月16日判例時報1715号34頁・判例タイムズ1039号214頁、東京地判平成16年7月7日判例タイムズ1185号291頁、東京地判平成18年7月25日判例時報1958号109頁、横浜地判平成18年9月15日判例タイムズ1236号301頁、東京高判平成21年8月6日判例タイムズ1320号228頁、東京高判平成22年7月15日判例タイムズ1336号241頁、東京高判平成25年12月25日判例体系ID28220750）、脳のCT検査（名古屋地裁岡崎支部判平成5年5月27日家庭裁判月報46巻7号79頁・判例時報1474号128頁・判例タイムズ827号271頁、東京地判平成9年10月24日判例タイムズ979号202頁〔前掲名古屋高判平成9年5月28日の原判決〕、東京地判平成9年10月24日判例タイムズ979号202頁、東京高判平成10年2月18日判例タイムズ980号239頁）、数字・絵カードテスト（東京地判平成5年8月25日判例時報1503号114頁）、東京都老人総合研究所による「異常な知能衰退の臨床的判定基準」（名古屋高判平成5年6月29日家庭裁判月報46巻11号30頁・判例時報1473号62頁・判例タイムズ840号186頁）、アメリカ精神医学会が作成したDSMⅢやDSMⅣ、WHOが作成したICDなどの診

確かに、高齢者の遺言能力の有無を判定する場合、遺言をした高齢者は既に死亡しているので、医師の所見や医学上の種々の測定法・基準は重要な証拠資料となろう。しかし、意思能力の有無を判定するには、生物学的要素（病名・症状）から直ちに結論を下す生物学的方法によらず、生物学的要素を確認した上で、問題となっている行為に必要な精神能力を欠いているか否かという心理学的要素をも考慮に入れるべきである^{*23}。そうだとすると、遺言に必要な精神能力の有無を判定するに際しても、生物学的要素のみならず、遺言の内容と効果とを一応なりとも理解して適切に表示しえたか否かという心理学的要素もまた斟酌されなければならないはずである。例えば、前述したように、遺言の内容の難易や遺言の方式に合致しているか否かは、遺言能力有無の判定に際して参考となる。

更に、裁判所は遺言能力の有無を判定するのにその他にもどのようなものを参考としているのか、を知るために二件の裁判例をみることにする。

(1) 東京地判平成 16 年 7 月 7 日（判例タイムズ 1185 号 291 頁）

遺言者 A は二つの遺言をしている。まず、第一遺言（公正証書遺言〔平成 10 年 8 月 24 日付〕）の内容は、不動産、借地権、株式、有価証券、現金から 3500 万円を引いた残金その他一切の遺産を実子の X_{1,2} に各 2 分の 1 の割合で相続させる、2000 万円を Y（A の異母妹）に、1000 万円を K に、500 万円を L に、それぞれ遺贈する、遺言執行者に弁

断基準（前掲名古屋高判平成 9 年 5 月 28 日）、ミニ・メンタル・ステート法（MMSE）（前掲東京地判平成 16 年 7 月 7 日、前掲横浜地判平成 18 年 9 月 15 日、前掲東京高判平成 25 年 12 月 25 日）、柄沢式老人知能の臨床的判断基準（1989 年）、N 式老年者用精神状態尺度（NM スケール・1988 年）（前掲東京高判平成 12 年 3 月 16 日）、などがある。

²³ 西山・前掲注（19）『民事精神鑑定の実際』37 頁以下。

護士 X₃を指定する、というものであった。次に、第二遺言（自筆証書遺言〔平成12年8月22日付〕）の内容は、「遺産すべてをYにあげる」というものであった。遺言者Aの死亡後、X₁~₃はYを相手に第二遺言の無効を主張した。裁判所は、「遺言能力の有無は、遺言の内容、遺言者の年齢、病状を含む心身の状況及び健康状態とその推移、発病時と遺言時との時間的關係、遺言時と死亡時との時間的間隔、遺言時とその前後の言動及び精神状態、日頃の遺言についての意向、遺言者と受遺者との関係、前の遺言の有無、前の遺言を変更する動機・事情の有無等遺言者の状況を総合的に見て、遺言の時点で遺言事項（遺言の内容）を判断する能力があったか否かによって判定すべきである」、と説示し、本件について、第一遺言作成以後、「Aが実子であるX₁及びX₂に遺産をまったく相続させないことを決意する動機及び事情が生じたことは認められない」、「Aが、Yに対し、全財産を贈与する意思をもっていたとはきわめて考えがたいというべきである」と認定した上、医学的見地を踏まえた検討結果によれば、遺言者は、判断力・記憶力が低下して中程度の認知症に相当する精神状態にあったものであり、その原因は一時的なせん妄のみによるものではなくして脳血管性認知症によるものと考えられ、「これに前記認定事実、特にAが本件自筆証書遺言を作成した経緯を併せて考えれば、本件自筆証書遺言（第二遺言）当時、Aは、遺言の意味や内容を理解し、それが将来関係者にどのような影響を及ぼすかについて判断することができなかつたというべきである」（傍点は引用者）、と判示した。

(2) さいたま地判平成21年5月15日（裁判所ウェブサイト）

遺言者Aは二つの遺言をし、A死亡後、第二遺言の効力が争われた。裁判所は、第二遺言作成状況、第二遺言作成前後の事情に照らして、「Aが、第二遺言に署名したことが認められるとしても、自

らの意思に基づき第二遺言を作成したとは考え難いのであって、第二遺言がAの意思に基づいて作成されたこと、すなわち、その成立の真正を認めることはできない。また、上記各事情に加え、Aは、第二遺言作成当時、82歳の高齢であり、同敷地内で生活していた被告Y〔Aの子で、第一遺言の受益者〕から見ても痴呆〔認知症〕の症状が出ており、しばしば失禁する状態であったこと、自宅階段から落ちて頭部を負傷したことにより入院中であったこと〔……〕などの事情を考慮すると、Aが第二遺言を作成した当時、遺言の意味を理解して、その結果を弁識判断する能力が欠けていたと推認するのが相当であって、いずれにせよ、第二遺言は無効であり、その効力を有しないというべきである」(傍点は引用者)、とした。

遺言能力が遺言者本人の精神状態に関する問題であり、しかも、遺言が効力を有する時には、本人は死亡しているので、遺言能力の有無の判定は必ずしも容易でない。そこで、裁判所は、遺言書の他に遺言をする動機や事情などの遺言書以外の一切の外部的証拠を用いて遺言者の真意(最終意思)を伴っていない遺言であると判断し、しかも、医学的見地からみて本人の精神機能に問題があると認めるときは、遺言能力に関する963条を適用して当該の遺言を無効視しているように思われる。このようにみると、遺言能力の有無の判定は、遺言者の真意に裏付けられているか否かを判定するための機能をも有しているように思われる。そうして、裁判所がこのように処理するのは遺言者の真意に裏付けられていない遺言を無効とする明文の規定が民法にないからであろう。そうだとすると、遺言者の真意に裏付けられていない遺言を無効とする旨の規定を新たに設けることを検討することが今後の課題になるように思われる。

2・高齢者の精神機能

遺言を利用する者の殆どが高齢者であることから、遺言は高齢者

の精神機能の特性²⁴に適合していなければならない。そこで、高齢者の精神機能に関する精神医学の知見をみると、精神医学者である齋藤²⁵によれば、認知機能、注意・感覚機能の加齢変化は意思決定に大きな影響を及ぼし、これらの機能低下に加えて社会的接触機会の減少などが重なると、受容する情報の質の劣化、量の低下は一段と加速し、ワーキングメモリーの機能の低下は、一度に考慮できる情報の取捨選択における柔軟性を低下させる、その結果、高齢者は、重要な意思決定に際して、高い認知機能を要求される方法や精神的労力を要する面倒な方法を避ける傾向があり、これに連動して、権威ある人や世話になっている人の意見に同調しやすくなる、とされる。以下では、このことを参考にして、自筆証書遺言および公正証書遺言の問題点を探ることとする。

(1) 自筆証書遺言

a 東京地判平成 18 年 7 月 25 日 (判例時報 1958 号 109 頁)

本件は、認知症の症状がみられる遺言者 A (90 歳) の作成した「私のごいさんすべては F [三女] にそうぞくさせる」旨の内容の自筆証書遺言の効力が問題になった事案である。裁判所は、「A が、その有する資産の価値や推定相続人との関係を踏まえて本件遺言の意味内容、意義を理解し、自らの意思で本件遺言書を作成することとしたものとは認められず、F の求めるままに従い本件遺言書を作成したものと推認するのが相当であり、A には本件遺言の意味内容、意義を理解した上で遺言をする能力が失われていたものとする

²⁴ 高齢者の精神機能の特性を検討した最近の文献として、松田修・齋藤正彦「認知症高齢者の権利擁護と能力評価 — 知能検査および認知機能検査の成績と財産行為を含む生活行為の遂行状況との一致度の検討」老年精神医学雑誌 22 巻 6 号 723～733 頁 (2011 年) がある。

²⁵ 齋藤正彦「高齢者の精神機能、責任能力、意思能力」司法精神医学 6 巻 1 号 37 頁 (2011 年)。

のが合理的である」、と説示した。ここでは、自筆証書遺言作成に際して高齢である遺言者の意思に対するFの強い介入が考慮され、遺言の効力が否定されている。

その他にも、自筆証書遺言において他者の介入が考えられるケースとして添い手による遺言作成を挙げることができる。添い手については次の裁判例が参考になる。

b 東京地判平成 18 年 12 月 26 日（判例タイムズ 1225 号 307 頁）

平成 15 年 10 月 7 日付けの婚姻届出によって戸籍上 A（平成 16 年 4 月 25 日死亡）の妻となった Y は、東京家庭裁判所に対し、A の自筆証書遺言書であるとして、「15 年 10 月 7 日」、「A は妻 Y へじょうとする」、「保険 そんぽ 年金 預金 北越 BK 山梨中央 BK その他をする」などと手書きされ、A の姓の押印のある「ゆい言書」と題する本件遺言書の検認を申し立て、検認がされた。これに対し、A の兄弟姉妹である X らが、① A は、本件遺言書が作成されたとされる当時、右半身が麻痺しており、自らの意思で自書することはできなかつたのであるから、本件遺言書は A の自書によるものではない、② 本件遺言書には明確な日付及び署名の記載がない、③ 平成 14 年 10 月 16 日に多発性脳梗塞を起こして以来、A の意識障害は悪化しており、当時、A には遺言能力がなかつたとして、遺言無効の確認を求めた。これに対して、Y は、① A はリハビリとして字を書く練習をしていて、Y が手を添えてやり、時間をかければなんとか字を書くことができたのであり、本件遺言書も、Y が、字が曲がらないように手を添え、A が、自らの意思で作成したものである、② 本件遺言書には、A の認め印が押されているし、「15 年 10 月 7 日」は「平成 15 年 10 月 7 日」としか解することができない、③ 本件遺言書作成当時、A は、Y や近い人とは片言ながら会話による意思疎通をすることができたのであり、遺言能力

を有していた、としてこれを争った。

裁判所は、次のように説示して、本件遺言を無効視した。「Aは、もともと読み書きの能力に何ら問題はなかったが、平成14年10月16日、多発性脳梗塞を発症して右片麻痺、高次脳機能障害及び失見当識が生じ、同年12月24日には左脳出血、脳室穿破により右片麻痺及び高次脳機能障害は顕著に悪化し、その後若干の改善はみられたが、書字については、麻痺した右手で書く意思是認められるものの、字にならず（平成15年4月7日）、鉛筆をうまく握れず、なぐり書きをただけで、字のように見えても判読することができないものであり（同年5月21日）、筆圧が弱く、字を書くことができず（同月26日及び28日）、曲線を書きなぐるだけで、字にはならなかった（同年7月12日及び16日）のであり、B温泉病院に転院して以降、障害老人の日常生活自立度はC（1日中ベッド上で過ごし、排泄、食事、着替において介助を要する状態）であり、書字について「模写が可能であるが字形を保つのが困難である。」とされ（同年9月8日）、同月22日のMMSEの結果も4点であり、同年10月6日には、カレンダーを見ても当日の日付を答えることができず、漢字で書かれた自分の名前を複写するよう指示されても、字を書くことができず、音読するように指示されても、音読することができず、また、菜の花の塗り絵をするように指示され、軽く手を動かすものの、直ぐに止めてしまい、手を貸すと多少その動作を続けたが、持続しないという状態であった。

そして、C医療センターリハビリテーション科の医師であるD（…）らの意見書（…）によれば、本件遺言書に記載されている画数の多い字や小さな字を書くには、Brステージにおいてステージ6の機能が必要であるとされているところ、AのBrステージは、3ないし5程度であったことからすると、Aは、自力では発病前の筆跡を保持した文字を書くことはもちろん、他の者が判読することが

できる程度の文字すら書くことはできなかったものと認められる。

ところが、本件遺言書には歪んだ字がいくつか見られるが、「そんぽ」の「ぽ」の字の「°」は、円の始点と終点が一致し、きれいな円形を保っているし、「春野」の「春」の字の「日」は、書き始めから書き終わりまではみ出すことなく形が保たれて完結しているなど、おおむね整った字が書かれており、また、Yの供述によれば、本件遺言書は、練習なしに書き始めたというのであるが、前記認定のとおり、Aの右上肢の片麻痺及び高次脳機能障害の程度が相当程度悪化していたことを考えると、誤記、書き損じが全くないのは不自然であり、Yが単にAの手を支えるため背後からAの右手の甲を上から握っただけで、Aの望むままに運筆したのであれば、本件遺言書のような字を書くことはできなかったものと認められ、また、本件遺言書作成経過を再現した写真撮影報告書(…)に添付された「ゆい言書」に記載された字の筆跡は、本件遺言書に記載された字の筆跡と似ている。

以上のことからすると、Aが本件遺言書作成当時、自書能力を有していたとは断じ難い上、Yが本件遺言書作成の際にした添え手は、単に始筆、改行、字の間配りや行間を整えるためAの手を用紙の正しい位置に導くにとどまり、又はAの手の動きが望みに任せられ、Yから単に筆記を容易にするための支えを借りたにとどまるというものではなく、その筆跡上、Yの意思が介入した形跡のないことが判定できるようなものではない。」

最判昭和62年10月8日(最高裁判所民事判例集41巻7号1471頁・家庭裁判月報40巻2号164頁)は、添い手による遺言について、①遺言者が証書作成時に自書能力を有し、②他人の添え手が、単に始筆若しくは改行にあたり若しくは字の間配りや行間を整えるため遺言者の手を用紙の正しい位置に導くにとどまるか、または遺言者の手の動きが遺言者の望みにまかされており、遺言者は添え手をした他人

から単に筆記を容易にするための支えを借りただけであり、かつ、③ 添え手が右のような態様のものにとどまること、すなわち添え手をした他人の意思が介入した形跡のないことが、筆跡のうえで判定できる場合には、「自書」の要件を充たすとしている。本判決も、前掲最判昭 62 年 10 月 8 日を引用した上、A の自書能力が乏しいことを示し、これを前提として遺言書に記載された字を分析するなどして、上記要件①②③のいずれも欠くものと説示した。

思うに、重要な意思決定に際して、高い認知能力が要求される方法を敬遠し、精神的苦勞を要する面倒な方法を避ける傾向があり、これと連動して、権威のある人、あるいは世話になっている人の意見に同調しやすい、とされる高齢者の精神能力の特性を考慮に入れるとき、遺言の利害関係人に添い手による補助をさせるべきではないであろう。むしろ、このような高齢者が遺言を遺したいとすれば、公正証書遺言を推奨すべきであろう。ただし、高齢者が公正証書遺言を利用する場合には、例えば、次のような問題がある。

(2) 公正証書遺言

a 最判平成 13 年 3 月 27 日(家庭裁判月報 53 卷 10 号 98 頁・判例時報 1745 号 92 頁・判例タイムズ 1058 号 105 頁)

本件は、肝臓ガンで死亡する前日に遺言者 A が養父 B を受遺者とし A の妻 X (原告・控訴人・上告人) にはなにも相続させないという旨の公正証書遺言をする際に、974 条所定の欠格事由のない二名の証人の立会いの他に、B の長女が同席した、という事案である。そこで、X は、遺言執行者である Y (被告・被控訴人・被上告人) に対して本件公正証書遺言が無効であることの確認を求めた。第一審・第二審とも敗訴した X は上告。最高裁は、「遺言公正証書の作成に当たり、民法所定の証人が立ち会っている以上、たまたま当該遺言の証人となることができない者が同席していたとしても、この者によっ

て遺言の内容が左右されたり、遺言者が自己の真意に基づいて遺言をすることを妨げられたりするなど特段の事情のない限り、当該遺言公正証書の作成手続を違法ということはできず、同遺言が無効となるものではないと解するのが相当である」、とした。しかし、受遺者の直系卑属などの利害関係人の同席は、遺言者が高齢者であれば、遺言者への圧力になるおそれが強くなるであろうから、証人としての立ち会いでなくても避けるようにすべきである、と思われる。

b 東京高判平成 25 年 3 月 6 日(判例時報 2193 号 12 頁・判例タイムズ 1395 号 256 頁)

遺言者 A と妻 B との間に子はなく、A の父母も A の死亡前にそれぞれ死亡している。Y₁ (被告・控訴人) は A の弟であり、Y₂ (被告・控訴人) および X (原告・被控訴人) は A の妹であり、Y₃ (被告・控訴人) は、A の弟 C の妻である。A は、全財産を妻 B に相続させる旨の自筆遺言証書 (昭和 55 年 4 月 25 日付。以下、「旧遺言書」という。) を作成していた。その後、A は、横浜地方法務局所属の D 公証人の作成にかかる公正証書遺言 (平成 19 年 3 月 2 日付) をした。本件公正証書遺言の内容は、A の全財産を X に相続させる、X を祖先の祭祀を主宰する者及び遺言執行者とする、というものである。A が死亡したので、X は Y らに対して本件遺言が有効であることの確認を求めた。これに対して、Y らは、本件遺言当時、A が重度のうつ病、認知症であり、平成 19 年 2 月 22 日以降、高熱を出して不穏行動を繰り返し、重篤な肺炎に罹患し危機的状況にあったから、A には遺言能力はなく、B の生存中に妹である X に全財産を相続させるとの遺言をするはずがないなどと主張して、その有効性を争った。

第一審の横浜地方裁判所横須賀支部は、本件遺言当時、A に遺言能力がなかったと認めることはできず、A が B の病名、病状等から旧遺言の内容を変更しようとすることは十分あり得るなどとして、

Xの請求を認容した。Y控訴。

東京高等裁判所は、Aに遺言能力がなかったとして、原判決を取り消した。その際、「公証人が公正証書遺言を作成するに際しては、遺言により利益を得る者の遺言者に対する影響をできるだけ排除すべきであるところ、本件では、遺言者が依頼をしていないにもかかわらず、Xと公証人との間で遺言内容が打ち合わされ、その打ち合わせに携わったXが同席しており、公証人とAのやりとりに際し、Xの介入が全くなかったかは不明である」、とし、「本件においては、Aのセンペル〔逗子市所在の清光会センペル逗子クリニック〕への転院が本人の希望に反してXの一存で行われ、XがAに無断でAの住所をXの自宅住所に変更し、無断で印鑑登録まで行い、Aが新たに遺言をしたいとの話を聞いてはいないのに、XがAから全財産の相続を受ける内容の遺言を作成する手続を行っている上、D公証人の本件遺言書等の作成手続には本人（自宅住所）確認の不十分、受遺者を排除していない、署名の可否を試みていない、Aの視力障害に気づいていない、任意的後見契約をAが理解できたかなどの諸点に疑問がある」、と説示している。

前掲東京高判平成25年3月6日では、受益者が主導して公証人との間で遺言内容について打ち合わせがなされている。そうして、こうした「受益者主導型」の場合には、「遺留分侵害遺言になりやすく、遺言能力の判定や遺言者の真意確認について慎重な配慮が求められる²⁶」、との指摘があることに留意すべきである。また、前掲最判平成13年3月27日では受遺者の長女が、前掲東京高判平成25年3月6日では遺言の受益者本人が、公正証書遺言の作成手続に際してそれぞれ同席している。このようなケースを想定した上で高齢者の精神機能を考慮するなら、録音装置やビデオ装置を利用して公正証書遺言の作成手続を再現できるようにしておく必要があるように思われる。例えば、名古屋高判平成14年12月11日（裁判所

ウェブサイト)は、公正証書遺言作成前に録音されたテープについてはあるが、「テープの会話によれば、A〔遺言者〕は、人物誤認を含め失見当識があり、弁護士依頼の認識に欠け、記憶が曖昧で、財産の現状、分配対象者等の基礎事実を十分把握しておらず、注意力が極めて散漫で、思考が雑然としており、本人自らの意思の表現がなく、誘導されて殆ど受け身の状態にあったこと、また、入院前において預金引き出しの手続ができず、預金通帳の種別などを理解できなかったことからすれば、口頭による説明がされても、本件遺言の内容を理解する能力はなかったものと判断される」、と説示している。ここでは、公正証書遺言作成前に録音されたテープが証拠として採用され、しかも、遺言無能力を推認させるものとして利用されている。

以上のことから、公正証書遺言の作成に際して遺言者の声を録音したり遺言者の様子を録画しておくことは、遺言の受益者からの介入や遺言者の遺言能力の有無、遺言者の真意に裏付けされた遺言であるか否か等の問題を後で明らかにするのに有益な証拠となるように思われる。そうして、そうだとすると、公証役場に記録装置を設置することが今後の課題になる、と思われるのである。

四、おわりに

本稿では、これから本格的に到来する高齢社会に相応しい法的環境の整備に向けて早急に取り組む必要があるとの問題意識から、遺言をするのに必要な精神能力のあり方を明らかにした上で、高齢者が遺言をする際の問題点と課題を幾つか指摘したにすぎない。

台湾では、2017年に13.9%となって高齢社会(Aged Society)にほぼ入り、2026年には20.8%にも増加して超高齢社会を迎えるとのことで

ある²⁶。そうすると、台湾でも遅かれ早かれ日本と同様の状況になることは明らかである。台湾でも遺言の利用者の殆どが高齢者であり、しかも、現行の遺言制度が台湾の高齢者の方々に相応しいものに改善すべき余地を僅かでも残しているとした場合に、わたくしの報告がこの問題を検討しようとする方々にとって少しでも参考になれば、それは望外の喜びである。

²⁶ 行政院組織改革の一環として2014年1月22日に再編された国家發展委員会のホームページ (<http://www.ndc.gov.tw/>) にある行政院經濟建設委員會「中華民國2012年至2060年人口推計」(2012年8月)中の「表11-3 未來人口三階段年齡結構、扶養比及老化指數—中推計」による。