

民法一〇二五条論

——最高裁平成九年判決を契機として——

大
島
俊
之

- 一 はじめに
- 二 立法例
- 三 わが民法一〇二五条の沿革
- 四 立法論的私見
- 五 解釈論的私見
- 六 わが国の判例
- 七 わが国の判決に対するコメント

一 はじめに

ある事例を想定してみよう。遺言者が、次のような遺言をした。

- ① 一九九八年一月一日の遺言（第一遺言）で、「全財産をAに遺贈する」と書いた。
 ② 一九九八年二月二日の遺言（第二遺言）で、「第一遺言を撤回する」と書いた。
 ③ 一九九八年三月三日の遺言（第三遺言）で、「第二遺言を撤回する」と書いた。
 ④ 遺言者は、一九九八年六月六日に死亡した。

この場合、第一遺言の効力は復活するか。

わが民法一〇二五条は、次のように規定している。「前三条の規定によって取り消された遺言は、その取消の行為が、取り消され、又は効力を生じなくなるに至ったときでも、その効力を回復しない。ただし、その行為が詐欺又は強迫による場合は、この限りでない」。この規定の文言からは、第一遺言の効力が復活しないことは明白である。

ところが、最近登場した最高裁判決（第一小法廷平成九年一月一三日判決民集五一卷一〇号四一四頁）は、第一遺言の復活を肯定したのである。「遺言（以下「原遺言」という。）を遺言の方式に従って撤回した遺言者が、更に右撤回遺言を遺言の方式に従って撤回した場合において、遺言書の記載に照らし、遺言者の意思が原遺言の復活を希望するものであることが明らかなきは、民法一〇二五条ただし書の法意にかんがみ、遺言者の真意を尊重して原遺言の復活を認めるのが相当と解される。これを本件について見ると、……亡Aは、乙遺言をもって甲遺言を撤回し、更に丙遺言をもって乙遺言を撤回したものであり、丙遺言書の記載によれば、亡Aが原遺言書である甲遺言を復活させることを希望していたことが明らかであるから、本件においては、甲遺言をもって有効な遺言と認めるのが相当である」。

なぜ、民法一〇二五条の文言に反するこのような判決が登場したのであろうか。この問題について検討するの

が、本稿の目的である。

二 立法例

1 各国の立法

(1) フランス法

フランス民法一〇三七条 「後の遺言の内でなされた撤回は、この新しい行為が、指定相続人又は受遺者の無能力によって、又は彼らの放棄によって執行されてない場合であっても、完全に効力を有する。」

意味がやや分かり難いが、非復活主義を規定している。ただ、わが国の文献によれば、フランスの判例・学説は、明示の撤回と法定撤回を区別し、明示の撤回が撤回された場合には、復活主義の立場をとっていることである。⁽¹⁾

(2) オーストリア法

オーストリア一般民法七二三条 「被相続人が後の処分を否定したときは、前の書面による処分は、影響を受けない。そして、前の書面による処分は、また復活する。しかし、前の口頭による処分は、復活しない。」

このように、原則として復活主義をとっている。

(3) イタリア法

(a) イタリア旧民法（一八六五年民法）

イタリア旧民法（一八六五年民法）九二一条 「後の遺言によってなされた撤回は、この新しい行為が、指定相続人又は受遺者が先に死亡したこと、無能力又は彼らの相続若しくは遺贈の放棄によって履行されない場合で

あつても、完全に効力を有する。」

立法理由について調査してみたが、手元にある資料には九二一条の立法理由の記載はなかった。⁽²⁾ この規定は、フランス民法一〇三七条とほぼ同じ規定である。したがって非復活主義を規定したものである。

(b) イタリア現行民法（一九四二年民法）

イタリア現行民法（一九四二年民法）六八一条 「遺言の全部又は一部の撤回を、さらに、前条の規定する方式に従つて、再度撤回することができる。この場合においては、撤回された処分が復活する。」

このように、イタリア現行民法は、明白に復活主義を採用した。イタリア旧民法の原則的立場を変更したわけである。

(4) ルイジアナ法

ルイジアナ民法一六九四条 「後の遺言によつてなされた撤回は、この新しい行為が、指定相続人又は受遺者の無能力によつて、またはその放棄によつて執行されていない場合であつても、方式に適しているときは、その効力を維持する。」

この規定は、フランス民法一〇三七条とほぼ規定である。したがって、非復活主義を規定したものである。

(5) ケベック法

(a) ケベック旧民法（一八六六年の下流カナダ民法）

下流カナダ民法（一八六六年）八九六条 「明示的な規定のない場合には、状況又は遺言者の意思の表示によつてのみ、他の遺言を撤回する遺言は、元の遺言を復活させる。」

このように、非復活主義を原則としつつも、原遺言が復活する場合を明示している。

(b) ケベック民法改正草案（一九七七年）

ケベック民法改正草案（一九七七年）相續編二八五条 「遺言を明示的または黙示的に撤回した行為の撤回は、元の遺言を復活させない。ただし、遺言者が反対の意思を表示したとき、又はそのような意思が状況から生じるときは、この限りでない。」

起草理由について調査してみたが、「本条は、下流カナダ民法八九六条に形式上の変更を加えただけである」と記しているだけである。⁽³⁾ たしかに、ケベック旧民法よりも、分かりやすい表現になっている。非復活主義を原則としつつも、原遺言が復活する場合を明示している。

(c) 現行ケベック民法（一九九四年）

現行ケベック民法（一九九四年）七七〇条 「明示又は黙示による前の撤回の撤回は、最初の処分を復活させない。ただし、遺言者が反対の意思を表示したとき、又はそのような意思が状況から生じるときは、この限りでない。」

これは、改正草案を採用したものである。

(6) ドイツ法

(a) ドイツ民法第一草案

ドイツ民法第一草案一九三三条 「①被相続人の意思表示による終意処分の撤回については、意思表示が取消についてだけ定めている場合でも（撤回）、終意処分に関する規定を適用する。

②撤回された終意処分は、その撤回が撤回されたことよって復活しない。」

このように、第一草案一九三三条の二項は、明確に非復活主義を採用している。

(b) ドイツ民法第二草案

ドイツ民法第二草案二二二四条 「遺言によって行われた終意処分が撤回された場合には、撤回がなされなかったものとして、処分は有効である。」

このように、第二草案は、明確に復活主義を採用している。

(c) ドイツ民法

ドイツ民法二二五八条 「①前の遺言は、後の遺言が前の遺言と抵触する範囲で、遺言の作成によって撤回されたものと推定する。」

②後の遺言が撤回された場合において、前の遺言が撤回されたかどうか疑わしいときは、前の遺言は有効と推定する。」

このように、ドイツ民法は、復活主義を採用しつつも、非復活の余地を残している。

(7) 立法例の要約

(a) 非復活主義

フランス民法一〇三七条、イタリア旧民法（一八六五年民法）九二一条およびルイジアナ民法一六九四条は、類似した規定で、非復活主義を規定したものである。

また、ドイツ民法第一草案一九三三条二項も、明確に非復活主義を採用している。

以上の規定の採用している非復活主義は、規定の明文上からは、復活の余地を認める旨を明示的には規定していない。

これに対して、下流カナダ民法（一八六六年）八九六条、ケベック民法改正草案（一九七七年）相統編二八五

条および現行ケベック民法（一九九四年）七七〇条は、非復活主義を原則としつつも、原遺言が復活する場合について明示的に規定している。

(b) 復活主義

オーストリア一般民法七二三条、ドイツ民法第二草案二二二四条およびイタリア現行民法（一九四二年民法）六八一一条は、明確に復活主義を採用している。

これに対して、ドイツ民法二二五八条は、復活主義を採用しつつも、「疑わしいときは、……と推定する」という規定であり、非復活の余地を残している。

イタリア法が、旧民法の非復活主義から、現行民法の復活主義に変わっている点が興味深い。これは、イタリア法におけるドイツ法の影響の顕著な例の一つであろう。比較立法学的に興味深い事例である。⁽⁴⁾

2 復活主義か非復活主義か（ドイツの起草者の議論）

現在筆者の手中にある資料で、イタリア旧民法、ケベック改正草案などの立法理由を調査してみたが、詳しい起草理由は明らかにならなかった。これに対して、ドイツ民法の第一草案および第二草案の起草理由については、詳しく知ることができたので、それらを紹介する。

(1) ドイツ民法第一草案（非復活主義）の起草理由

ドイツ民法第一草案一九三三条 「①被相続人の意思表示による終意処分⁽¹⁾の撤回については、意思表示が取消しただけ定めている場合でも（撤回）、終意処分に関する規定を適用する。

②撤回された終意処分は、その撤回が撤回されたことによって復活しない。」

このように、二項は、明確に非復活主義を採用している。その起草理由は、次の通りである。⁽⁵⁾

「撤回された処分は撤回の撤回によって復活しない、という本条二項の明確な規定は、撤回は厳格な意味における終意処分ではない、ということの帰結である。厳格な意味における終意処分は、処分者がそこに表示した自己の意思を死亡時まで変えなかった場合に限り、有効である。ところが、撤回は、そうではなくて、直ちに効力が生じる。したがって、撤回の撤回だけでは、当初の処分は、再び効力を取り戻すという結果にはならない。これに対して、撤回に関する規定ではなく、他の状況、たとえば表意者の意思の欠缺、あるいは表意者の行為能力等に関する規定で、他の考慮に基づいて処分の無効と当初の法状態の復活をもたらす規定は、適用される。撤回の撤回によって当初の処分の復活をもたらすような積極的な解釈は、すでに本草案の拒絶した秘密遺言 (testamentum mysticum) (S. 293, 294) を認める結果に繋がりがかねない。ところで、明確で完全な意思表示がない場合に、当初の処分の復活を認めるような規定を置いている例がある (ALLR. I 12 §§ 566, 567)。しかし、明確さを残すような例外規定を設けることは、妥当ではない。当初の処分の撤回を証明することができるような場合は、特にそうである。撤回の撤回のなかに、当初の処分を復活させるという処分者の意思が存在し、また当初の処分をしたときの状況が今も存続している場合 (自筆証書遺言であるか、証人の面前で作成された遺言であるか、また普通方式あるいは一九二五条の規定する方式に基づく公正証書遺言であるかといったことは無関係) に関する特則を規定することは、妥当ではない。ただし、このような場合には、異なる解釈が必要であろう。意思表示が撤回された場合には (一九三四条)、撤回された証書の内容は、知ることができなくなっている場合が多いであろうし、撤回が撤回されても、その効力は復活しない。普通法 (Windschid § 565 Anm. 7) およびヴェルテンベルグ法 (Stein § 91 Zusatz zu 3) は、本条とは異なる定めをしている。これに対して、プロイセン一般ラ

ント法 (ALRI 12 § 582) およびヘッセン草案は、實質上、本条と同趣旨の規定である。」

このように、原則的には非復活主義を採用しつつも、復活させるといふ遺言者の意思が明確に表示されている場合には、復活を認める解釈を容認している。ただ、そのような、例外を明定することは避けている。

(2) ドイツ民法第二草案（復活主義）の起草理由

ドイツ民法第二草案二二二四条 「遺言によって行われた終意処分⁽⁶⁾の撤回が撤回された場合には、撤回がなされなかつたものとして、処分は有効である」。このように、第二草案は、明確に復活主義を採用している。その起草理由は次の通りである。⁽⁶⁾

「以下のような提案がなされた。

提案第一 〔省略〕

提案第二 第一草案の一九三三条二項は、一九三六条の次に、次のような規定を挿入することによって、置き換えるべきである。

『終意処分が一九三三条または一九三六条の規定に基づいて後の処分によって取り消された場合において、その後の処分が一九三三条ないし一九三五条の規定に基づいて再度取り消されたときは、当初の処分は取り消されなかつたものとみなす』

または、『終意処分が、一九三三条の規定に基づいて撤回される場合、または一九三六条の規定に基づいて取り消された場合において、その撤回または取消が一九三三条ないし一九三五条の規定に基づいて撤回されたときは、当初の終意処分が復活する』

提案第三 第一草案の一九三三条二項は、次のように改めるべきである。

『遺言の撤回が撤回された場合には、撤回がなされなかったものとして、処分は有効である。』

提案第四 第一草案の一九三三条に、次のような規定を付け加えるべきである。

『ただし、撤回された当初の終意処分を含む証書が役場で保管されている場合には、撤回の撤回は、撤回された当初の処分を復活させる。ただし、被相続人が異なる意思を表示しているときは、この限りでない。』(中略)

第一草案の一九三三条二項によれば、撤回自体が撤回された場合にも、当初の処分は復活しないということになる。提案第四は、原理的には第一草案と同じ視点から出発するが、一定の変更を加えている。すなわち、撤回された当初の終意処分を含む証書が役場で保管されている場合には、被相続人が異なる意思を表示しない限り、撤回の撤回によって、撤回された当初の処分が復活するのである。これに対して、提案第一および提案第三は、第一草案とは異なる原則に依拠している。すなわち、終意処分の撤回が、一九三三条ないし一九三五条の規定に基づいて取り消された場合には、撤回は効力を持たないのである。

提案第四の根拠は、次のとおりである。第一草案の理由書二九八頁に記載されている起草理由は、一般的には適切である。ただし、実際上の必要性を考慮して、提案第四のような修正を加えることが必要である。すなわち、撤回された当初の終意処分を含む証書が役場で保管されている場合には、撤回の撤回によって、撤回された当初の処分を復活させることが必要である。通常の場合には、これが遺言者の意図に合致することになる。ただし、遺言者がそのような意思を有しない例外的な場合には、遺言者は、明確な方法で、その意思を表示しなければならない。

多数意見は、提案第二または提案第三(これら両者は、規定の体裁上の相違があるだけである)を支持した。その根拠は、次のとおりである。提案第四の主張する修正は妥当であるが、さらなる修正を加える必要がある。

提案第四は、当初の終意処分が役場に保管されている遺言書に含まれている場合だけを視野に置いている。しかし、当初の終意処分がその他の遺言形式でなされた場合、特に自筆証書遺言でなされた場合をも考慮すべきである。この場合において、撤回の撤回がなされたときに、当初の処分を復活させないことは不当なのではあるまいか。被相続人が遺言の撤回の撤回をしたことを証明することができるという理由で、自筆証書遺言を無効とするのは妥当ではない。また、撤回の取消の場合には当初の処分の効力を回復させ、撤回の撤回の場合にはそれを回復させないというのも妥当ではない。それゆえ、撤回の撤回によって、原則的に当初の処分を復活させるという提案第二および提案第三を支持すべきものと思われる。このような結果を避けるためには、遺言者が反対の明示的な意思表示をしているか、またはその旨を推定することができる状況がなければならない。一九三三二条ないし一九三五条の規定に基づいて撤回の撤回が行われた場合も、同様である。」

(1) 山本正憲・注釈民法(26)三三〇頁。

(2) Foschini, *I motivi del codice civile del regno d'Italia*, 1868 pag. 427.

(3) Office de Révision du Code Civil, *Rapport sur le code civil du Québec*, vol. 2, t. 1, 1997, p. 304. ケベック民法改正草案の概要については、大島俊之「ケベック民法の性格——大陸法の伝統と英米法の影響」比較法研究(比較法学会)四八号一九八頁以下(一九八六年)、大島俊之「比較法学的見地から見たケベック民法」日本カナダ学会編『カナダ研究の諸問題』五九頁以下(一九八七年)および「ケベックの信託法——歴史および信託本質論を中心として」信託法研究(信託法学会)一三三号(一九八九年)を参照。民法改正草案の一部を紹介したものとしては、大島俊之「ケベック養子法の改正」大阪府立大学経済研究三〇巻三号(一九八四年)、大島俊之「ケベックの信託法改正草案」大阪府立大学経済研究三二巻四号(一九八七年)、大島俊之「ケベックの時効法改正草案」大阪府立大学経済研究三四巻一

号（一九八八年）、大島俊之「ケベック法における氏・名・性別」大阪府立大学経済研究三五巻四号（一九八八年）、大島俊之「信託的継伝処分（後継遺贈）」大阪府立大学経済研究三六巻二号（一九九一年）などがある。

(4) イタリア民法におけるドイツ民法の影響について概観した最近の論文として、例えば、Cian, *Il BGB e La civilista italiana*, *Rivista di Diritto Civile*, 1996, pag. 675 ss がある。

(5) Motive, B. 5. S. 299 f.

(6) Protokolle, S. 7211 f.

三 わが民法一〇二五条の沿革

1 わが旧民法

旧民法財産取得編四〇二条 「廃罷ニ帰シタル遺言ハ前条ノ処分ノ無効ト為ルトキト雖モ有効ニ複セス」

（参考）旧民法財産取得編四〇一条 「①後ノ遺言ヲ以テ前ノ遺言ニ包含スル特定物ヲ処分シタルトキハ其物ニ付テハ前ノ遺言ヲ黙示ニテ廃罷シアルモノトス

②遺言者カ生存中遺言ニ包含スル特定物ヲ有償又ハ無償ニテ処分シタルトキ亦同シ」

2 法典調査会における議論⁽⁷⁾

(1) 原案

原案一〇三五条 「前三條ノ規定ニ依リテ取消サレタル遺言ハ其取消ノ行為カ取消サレ又ハ効力ヲ生セサルニ

至リタルトキト雖モ其効力ヲ回復セス」

現行民法一〇二五條には但書があるが、この原案には但書がない。

(2) 穂積陳重の説明

(a) 序論

「本條ハ取得篇四百二條ニ當リマス一旦取消サレタ遺言ト云フモノガ又取消行為ニ依テ取消サレタ時ニ其効力ガ回復スルヤ否ヤ固ヨリ遺言ハ死亡ノ時ニ効力ヲ生ズルモノナラバ必ズ生ズルベキ問題デアリマス」

(b) 立法例の紹介

「諸國ノ立法例ガ二ツノ主義ガアリマシテ復活スル主義ト復活シナイ主義トアリマス取得篇ハ固ヨリ本條ノ如ク復活シナイト云フ主義ヲ取ツテ居リマス佛蘭西初メ佛蘭西法系ノ國デハ殆ドサウ定マツタヤウニナツテ居リマスソレカラ澳太利杯ニ於キマシテモ矢張り前ノ遺言書ト云フモノガ尚ホ存スルトキハ後ノ遺言書ヲ毀滅又ハ取消シタトキハ前ノ遺言ト云フモノヲ回復スル様ナ規定ニナツテ居リマス獨逸民法ニ於キマシテハ第一讀會草案ニハ本條ノ如ク規定ニナツテ居リマスガ第二讀會草案ニハ後ノ遺言ノ取消シタ時ハ前ノ遺言ガ効力ヲ生ズルトナツテ居リマス蓋シ是ハ遺言ハ死亡ノ時ニ効力ヲ生ズルモノデアアル其効力ヲ確定シナイ前ノ行為デアルカラ二度取消シタトキハ前ノ遺言ト云フモノガ効力ヲ復スルト云フコトガ當然デアルト云フノデ〔第〕二讀會デハ復活ノ主義ヲ採用セラレタモノト考ヘマス」

(c) 非復活主義の理論的説明

「遺言ノ取消ト云フモノハ一ツノ獨立行為デアツテ直チニ効力ヲ生ズルモノデアアルカラ獨立行為ガ立派ニ効力ヲ消滅スレバ本案ノ原則カラ初メカラ成立シナイモノト看做スサウシテ又取消スト云フトキハ又ソレガ復活スル

ト云フコトハ理論ガ十分ニ貫徹シナイ事柄ト考ヘマス」

(d) 非復活主義の実際上の利点

「實際上カラ見マスレバ一旦取消サレタモノノ其證書杯ガ其保存シテ居リマス不注意カラシテ後ニ取消ス前ニ依然トシテ證書ガ存シテ居ルト云フヤウナ場合ニ於テ實際非常ナ疑ヒヲ引起ス恐レガアラウト考ヘマス斬ノ如ク致シテ置ケバ其時ニハ〔もう〕一度遺言ヲスレバ宣イ遺言ガモウ一遍手數ヲシマシタ方ガ間違ヲ避ケテ却テ其方ガ宣カラウト思ヒマシテ既成法典ノ如キ主義ヲ本案デハ取りマシタ」

(3) 法典調査会における討論の概要

(a) 岸本委員の反対論

岸本達雄君 「(前略)最初遺言シタガ其遺言證書ガ式ニ叶ツテ立派ニ成立シテ居ルソレヲ後ノ遺言デ取消シタ其効力ガ恰モ消滅シタカノ如クアリマシテモ其取消ノ遺言ガ式ニ叶ハヌカラ元カラ無効デアル即チ前ノ遺言ノ成立ヲ妨ゲナカッタモノト見ルサウスレバ元ノガ活キニナル其方ガ本法ノ法理ニ於ハ都合ガ宣イヤウニ思フ併シソレヲ法律ダカラ殊更ニ斯ウナサルト云フナラバ兎モ角本法ノ主義トシテハ反對ノ方ガ善クハアリマセヌカ」

これに対する穂積陳重の反論は、議事録に脱落が多く理解不可能である。

(b) 横田委員の上げた具体例とそれに対する起草委員の説明

横田國臣君 「例ヘバ私が公証人ノ所ヘ往ツテ遺言書ヲ書クアレハ悪ルカツタカラ變更シヤウト云ツテ自分テ書面ヲ書ク能ク考ヘテ見レバアノ通りデ宣イト思フテ揉消シテ仕舞ウ其時分モ矢張り公証人ノ所ニアル遺言書ト云フ者ノ或ル部分ト云フモノハ無効ニナツテ仕舞ウノデアリマスカ」

穂積陳重君 「公証人ノ所ニ往ツテ直ス行爲ナラバ有効ノ行爲デアリマス」

横田國臣君 「ソレハ公証人ノ所ニ往カヌデモ出来ル只私ハ是デ裁判ハキツパリト往クト思ヒマスガ事實ハ中々危ウイコトデアル」

梅兼次郎君 「今横田サンノ言ハレルヤウナコトハ裁判上明カニ證據立テラレルナラバ其假變更シナイノデア
ルカラアイツヲ活カシテヤラウト云フ考ヘデ紙ヲ揉ムカ知ラヌガイツモサウ意思^{ママ}デアルカドウカ分ラヌモノデア
リマスカラ餘程曖昧ダカラト云フノテ取ラヌコトニシタノデアル」

(c) 岡野委員の発言とそれに対する反論

岡野敬次郎君 「(前略)取消ノ行為ガ一タビ取消サレタト云フトキハ矢張り前ニ為シタ取消ノ行為ト云フモノ
ハ矢張りナイモノニナツテ元ノガ殘ルコトニナル理論上ハサウデアラウト思ヒマス」

穂積陳重君 「ソレハサウナリマセヌ取消ト云フ總則ノ百二十一條ニ『取消シタ行為ハ初メヨリ無効ナリシ者
ト看做ス』ト云フ斯ウ云フ總則ガアル取消ト云フ行為ハ一旦成立ツテ一番初メノモノヲ殺シテ仕舞ツタ其殺シタ
奴ヲ又殺スノダカラ皆ナクナルト云フノガ本則ダラウト思フ」

梅兼次郎君 「(前略)理論上ハ岡野君ノ言フノガ正シイト思フガソレハ實際ニ於テハ不都合デアル千百三十三
條千百三十四條ノ場合、千百三十四條ノ場合ハ目的物毀滅證書毀滅ノ場合デアリマスカラ多分疑ヒハアリマス
イガ千百三十三條ノ場合ガ最モ適用ガ多カラウ此場合ハ……一ツノ不動産ヲ重岡君ニ上ゲ様ト言ツタノヲ後ニ同
一ノ不動産ヲ高木君ニ上ゲ様ト言ツタ、所ガ高木君ニ上ゲ様ト云フ方ハ取消シタカラ無効ニナツタカラソレヲ重
岡君ニヤラウト云フコトモ無効ニナルト云フコトハ理論ニハ反スルガ實際サウデナイト不都合ト思ツテ之ニ賛成
シタ」

(d) 長谷川委員の発言とそれに対する反論

長谷川喬君 「(前略)遺言ニ依テ取消ス場合……其遺言ニ依テ取消シタル場合ト云フモノハイツ効ヲ生ズルカト言ヘバ矢張り死ンデカラ効力ヲ生ズルノデアルカラサウスレバ効力ヲ生セズシテ死ンデ仕舞ツタモノダカラ矢張り前ノ方ガ活キテ居ルト同様デハアリマセヌカ(中略)遺言ニ依テ取消シタナラバ遺言者ガ死ナナケレバ土臺効力ガナイモノデアルソレヲ矢張り役ニ立テ前ノ遺言ハナイモノニスルト云フコトハ理屈ニナラヌヤウデハアリマセヌカ」

穂積陳重君 「若シ其御議論デアルト遺言ニ依ル取消ノ方ノ議論ヲ根底カラ撃ツテ下サラヌト承伏スルコトガ出来ヌ前ニ遺贈シタ目的物ヲ後ニ外ニ遺贈シタト云フ場合ニ其跡ノ人ニ遺贈シタト云フ遺言行為ハ死ンデ後ニ初メテ効力ヲ生ズルト云フコトデアリマスガ前ノト低觸スル行為ヲシタカラ取消ハ直チニ其時カラ効力ヲ生ズルノデアリマスカラソレ故ニ其遺言ノ効力ヲ生ゼザル前ノ處分ト云フモノガ矢張り成立ツテ居ル取消行為ト云フモノヲ取消スト云フ遺言デシタ場合モアリ得ル」

3 明治民法

明治民法一一二七条 「前三条ノ規定ニ依リテ取消サレタル遺言ハ其取消ノ行為カ取消サレ又ハ効力ヲ生セサルニ至リタルトキト雖モ其効力ヲ回復セス但其行為カ詐欺又ハ強迫ニ因ル場合ハ此限ニ在ラス」

4 現行民法

現行民法一〇二五条 「前三条の規定によって取り消された遺言は、その取消の行為が、取り消され、又は効力を生じなくなるに至ったときでも、その効力を回復しない。但し、その行為が詐欺又は強迫による場合は、こ

の限りでない。」

(7) 以下の記述は、商事法務研究会版『法典調査会民法議事速記録』七卷八二九頁以下による。

四 立法論的私見

遺言者の意思が不明な場合に備えて、復活主義または非復活主義を原則的に採用しておくべきであろう。そして、わが民法は、すでに一〇〇年間にわたって、非復活主義の原則を採用してきている。このような伝統を覆してまで、復活主義を採用すべき理由はないように思われる。したがって、非復活主義を原則とする立場は維持すべきものと考ええる。

しかし、例外的に復活を認める場合について、条文上に明文の規定を置くべきであろう。その際、ケベック現行民法七七〇条が参考になると考える。「ただし、遺言者が反対の意思を表示したとき、又はそのような意思が状況から生じる場合は、この限りでない」。これは、翻訳調が抜け切らない表現であるが、このような趣旨の規定を、わが国の民法にも挿入すべきものと考ええる。

五 解釈論的私見

一〇二五条に関係する事例としては、次のようなものを想定することができる。このような事例に基づいて、これまでの学説についても論及しつつ、考察をすすめることにする。なお、山本正憲・注釈民法(26)三一―九頁以下に、筆者とは異なる類型化に基づいて、学説が要領よく整理・紹介されているので、それを参照していただく

ことにして、本稿では、学説の引用は省略する。

1 想定事例

(1) 撤回の撤回の場合

〔事例一ア〕

- ① 第一遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。
- ② 第二遺言 「第一遺言を撤回する」。
- ③ 第三遺言 「第二遺言を撤回する」。

〔事例一イ〕

- ① 第一遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。
- ② 第二遺言 「甲家屋をBに遺贈する」。
- ③ 第三遺言 「第二遺言を撤回する」。

〔事例一ウ〕

- ① 遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。
- ② 生前行為 「甲家屋をBに贈与する」。
- ③ 生前行為を撤回する。

(2) 撤回の取消の場合

〔事例二ア〕

① 第一遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。

② 第二遺言 「第一遺言を撤回する」。

③ 第二遺言を取り消す。

〔事例二イ〕

① 第一遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。

② 第二遺言 「甲家屋をBに遺贈する」。

③ 第二遺言を取り消す。

〔事例二ウ〕

① 遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。

② 生前行為 「甲家屋をBに贈与する」。

③ 生前行為を取り消す。

(3) 撤回が効力を生じなくなった場合

〔事例三ア〕

① 第一遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。

② 第二遺言 「第一遺言を撤回する」。

③ 第二遺言が効力を生じなくなる。

〔事例三イ〕

① 第一遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。

②第二遺言 「甲家屋をBに遺贈する」。

③第二遺言が効力を生じなくなる。

〔事例三ウ〕

①遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。

②生前行為 「甲家屋をBに贈与する」。

③生前行為が効力を生じなくなる。

(4) 遺言書を破棄した場合

〔事例四ア〕

①第一遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。

②第二遺言 「第一遺言を撤回する」。

③第二遺言書を破棄する。

〔事例四イ〕

①第一遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。

②第二遺言 「甲家屋をBに遺贈する」。

③第二遺言書を破棄する。

〔事例四ウ〕

①遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。

②生前行為 「甲家屋をBに贈与する」。

③ 贈与の書面を破棄する。

(5) 目的物を破棄した場合

〔事例五ア〕

① 第一遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。

② 第二遺言 「第一遺言を撤回する」。

③ 甲家屋を破棄する。

〔事例五イ〕

① 第一遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。

② 第二遺言 「甲家屋をBに遺贈する」。

③ 甲家屋を破棄する。

2 撤回の撤回の場合

(1) 事例一アについて

〔事例一ア〕

① 第一遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。

② 第二遺言 「第一遺言を撤回する」。

③ 第三遺言 「第二遺言を撤回する」。

学説においては、第一遺言が復活すると解する説と、復活しないと解する説が対立している。私見は、一〇二

五条本文の文理解釈上、原則として、復活しないと解すべきものと考える。ただ、例外的に復活を認めるべき場合もあると考える。復活させるといふ遺言者の意思が第三遺言の中に、明示されている場合がそれである。第三遺言の中の記載に着目して幾つかの場合に分けて考察してみよう。

(a) 第三遺言において、「第二遺言を撤回する」という記載の他に、「甲家屋をAに遺贈する」と記載したときこの場合には、「甲家屋をAに遺贈する」という記載が有効であることには、異論はあるまい。ただ、形式論理的には、この場合には、第一遺言が復活したのではなく、第三遺言の記載が効力を持つのであって、その内容が結果的に第一遺言と同一の内容であるだけである、と考えることも可能である。

(b) 第三遺言において、「第二遺言を撤回する」という記載の他に、「第一遺言を復活させる」と記載したときこれが、まさに最高裁判平成九年判決の事例である。第一遺言を復活させるといふ遺言者の意思が、遺言中に明確に表示されている。一〇二五条本文の文理解釈を重視する私見の立場からしても、このような場合に、第一遺言を復活させるべきではない、とまで批判することには躊躇を覚える。この最高裁の判決については、後に考察する。

(c) 第三遺言中に、「第二遺言を撤回する」という記載だけがあるとき

一〇二五条本文の文理解釈を重視する私見の立場からは、原則的には、第一遺言の復活を認めるべきではないと考える。

しかし、いかなる場合にも、絶対に第一遺言の復活を認めるべきではない、と断言するまでの自信はない。ここで、次のような事例を想定してみよう。第一遺言作成の時点では、妻Aと婚姻しており、「甲家屋をAに遺贈する」と書いた。その後、遺言者が、妻Aと離婚し、妻Bと再婚したとする。そして、法定相続人BおよびC（B

との間に生まれた子)に法定相続させる意図で、「第一遺言を撤回する」旨の第二遺言を書いたとする。さらに、その後、遺言者が、Bと離婚し、Aと再婚したとする。そして、Aに遺贈する趣旨で「第二遺言を撤回する」旨の第三遺言を書いたとする。法律の素人である遺言者は、民法一〇二五条について何も知らず、第二遺言を撤回することで、第一遺言が復活すると信じていたとする。この場合にも、第一遺言の復活を否定すべきか。

(2) 事例一イについて

〔事例一イ〕

- ① 第一遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。
- ② 第二遺言 「甲家屋をBに遺贈する」。
- ③ 第三遺言 「第二遺言を撤回する」。

学説においては、事例一アの場合とは異なり、第一遺言が復活しないと解するのが通説である。私見は、事例一アの場合と、ほぼ同じであるので、繰り返さない。

(3) 事例一ウについて

〔事例一ウ〕

- ① 遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。
- ② 生前行為 「甲家屋をBに贈与する」。
- ③ 生前行為を撤回する。

「甲家屋をBに贈与する」という贈与契約が書面によらず、まだ履行が終わっていないときは、それを取り消すことができる(五五〇条)。五五〇条では、「取消」という文言が使用されているが、この「取消」は「撤回」

の意味であると解する説がある。この説によれば、五五〇条による取消の事例は、ここで取り上げるべきことになる。しかし、本稿では、この問題については、次の「取消」のところで論じることにする。

3 撤回の取消について

(1) 事例二アについて

〔事例二ア〕

① 第一遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。

② 第二遺言 「第一遺言を撤回する」。

③ 第二遺言を取り消す。

詐欺・強迫を理由とする取消の場合には、一〇二五条但書の適用により、第一遺言が復活する。その他の理由で、第二遺言が取り消される場合は、想定することができない。

(2) 事例二イについて

〔事例二イ〕

① 第一遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。

② 第二遺言 「甲家屋をBに遺贈する」。

③ 第二遺言を取り消す。

詐欺・強迫を理由とする取消の場合には、一〇二五条但書の適用により、第一遺言が復活する。その他の理由で、第二遺言が取り消される場合は、想定することができない。

(3) 事例二ウについて

〔事例二ウ〕

- ① 遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。
- ② 生前行為 「甲家屋をBに贈与する」。
- ③ 生前行為を取り消す。

一〇二五条但書の適用により、第一遺言が復活する。

(b) 無能力を理由とする取消

遺言適齢は一五歳であるので（九五一条）、一五歳以上の者は、単独で完全に有効な遺言をすることができる。しかし、未成年者は、生前行為をする場合には、法定代理人の同意を得ることが必要であり、その同意がない場合には、その生前行為を取り消すことができる（四条）。したがって、例えば、一六歳の者が遺言で、「甲家屋をAに遺贈する」という遺言をし、その後、一七歳のときに、生前行為で「甲家屋をBに贈与」したとする。そして、この贈与契約に際して法定代理人の同意を得ていなかったため、この贈与が取り消されたとする。この場合は、第一遺言は復活しない。この点では、学説上、異論をみない。私見も、第一遺言は復活しないと解する。

(c) 書面によらない贈与の取消

書面によらない贈与は、履行の終わっていないときは、取り消すことができる（五五〇条）。そこで、「甲家屋をBに贈与する」契約が、五五〇条に基づき、取り消されたとする。学説においては、これまで、このような事例について論じられていない。しかし、この場合にも、第一遺言は復活しないと解する。

(d) 夫婦間の契約取消権の行使による取消

夫婦間の契約は、取り消すことができる（七五四条）。そこで、例えば、Bが遺言者の妻であり、「甲家屋をBに贈与する」契約が、七五四条に基づき、夫（遺言者）によって、取り消されたとする。学説においては、これまで、このような事例については論じられていない。私見は、この場合にも、第一遺言は復活しないと解する。⁽⁸⁾

4 撤回が効力を生じなくなった場合

(1) 事例三アについて

〔事例三ア〕

①第一遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。

②第二遺言 「第一遺言を撤回する」。

③第二遺言が効力を生じなくなる。

このような場合は、存在しないと考える。

(2) 事例三イについて

〔事例三イ〕

①第一遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。

②第二遺言 「甲家屋をBに遺贈する」。

③第二遺言が効力を生じなくなる。

例えば、遺言者の死亡より前に受遺者Bが死亡した場合が考えられる。この場合についても、学説上、第一遺

言は復活しないと解されている。私見も同様である。

(3) 事例三ウについて

〔事例三ウ〕

① 遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。

② 生前行為 「甲家屋をBに贈与する」。

③ 生前行為が効力を生じなくなる。

例えば、生前行為に遡及効を持つ解除条件が付けられており、その条件が成就した場合が考えられる。この場合であっても、遺言の効力は復活しない。この点についても、学説上、異論をみない。私見も同様である。

後に紹介する財団法人設立事件も、これと類似したものと考えることができよう。この問題については、後に改めて論じることにする。

5 遺言書を破棄した場合

(1) 事例四アについて

〔事例四ア〕

① 第一遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。

② 第二遺言 「第一遺言を撤回する」。

③ 第二遺言書を破棄する。

第一遺言書のみが現存することになり、實際上、第二遺言書の存在・内容およびその破棄の事実が明らかにな

らないことが多いと思われる。したがって、実際上は、第一遺言書の内容が実現されることが多いと思われる。学説においては、第二遺言書の存在・内容を証明することができる場合を想定して、議論されている。そして、そのような場合に、第一遺言の復活を認める見解が圧倒的な多数説である。そして、その理由づけとして、遺言者の意思に合致するということを挙げる見解がある。

しかし、私見は、多数説に疑問を持つ。実際上、第二遺言の存在と内容を証明しようとするのは、第一遺言の内容の実現を望まない者であろう。その者が、この困難な証明をすることができたとする。この場合であっても、多数説によれば、第一遺言の実現を望む者が、その第二遺言が破棄された事実を証明できさえすれば、それで第一遺言が復活するということになる。この破棄の事実の証明は、容易であろうと思われる。これでは、裁判実務上は、破棄された第二遺言の存在と内容を証明しようとする者は、現れないであろう。つまり、多数説の想定する前提は、机上の想定に過ぎないということになろう。

(2) 事例四イについて

〔事例四イ〕

- ① 第一遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。
- ② 第二遺言 「甲家屋をBに遺贈する」。
- ③ 第二遺言書を破棄する。

第一遺言書のみが現存することになり、実際上、第二遺言書の存在・内容およびその破棄の事実は明らかにならないことが多いと思われる。したがって、実際上は、第一遺言書の内容が実現されることが多いと思われる。学説においては、事例四イの場合とは異なり、第二遺言書の存在・内容を証明することができる場合を想定し

た議論はなされていらない。しかし、そのような場合を想定して、第一遺言の復活を認める見解の主張が予想されるので、考察しておこう。

實際上、第二遺言の存在と内容を証明しようとするのは、第一遺言の内容の実現を望まない者（第二遺言の実現を望む者）であろう。その者が、この困難な証明をすることができたとする。この場合であっても、予想される見解によれば、第一遺言の実現を望む者が、その第二遺言が破棄された事実を証明できさえすれば、それで第一遺言が復活するということになる。この破棄の事実の証明は、容易であろうと思われる。

もしも、第二遺言の存在と内容が証明された場合には、第一遺言の内容の実現を望む者に対して、第二遺言を破棄した遺言者の意図が第一遺言を復活させることにあった、ということの証明をさせるべきであると考ええる。

第二遺言を破棄した遺言者は、必ずしも第一遺言の復活を意図していたとは限らない（例えば、第一遺言が非常に古い時期に作成されたものであり、遺言者がその存在を失念しており、法定相続をさせようという意図で、第二遺言を破棄した場合も考えられる）。この証明ができない限り、第一遺言の復活を認めないというのが、一〇二五条の文理解釈にかなうと考える。

(3) 事例四ウについて

〔事例四ウ〕

① 遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。

② 生前行為 「甲家屋をBに贈与する」。

③ 贈与の書面を破棄する。

贈与の書面に関する判例によれば、贈与の書面はひとたび作成されれば、その後、その書面が消滅してもよ

いと解されている（大判昭和一六年九月二〇日判決全集八・二二——大島は未見）。したがって、この判例の態度を前提とする限り、書面を破棄しても、生前贈与を取り消すことができないことになる。⁽⁹⁾

6 目的物を破棄した場合

(1) 事例五アについて

〔事例五ア〕

①第一遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。

②第二遺言 「第一遺言を撤回する」。

③甲家屋を破棄する。

この場合に、第一遺言が復活しないと解する点では、学説上、異論を見ない。ただ、第一遺言が復活しない根拠として、一〇二五条本文を挙げる見解と、一〇二五条本文を挙げない見解とがある。私見は、前説を支持する。

(2) 事例五イについて

〔事例五イ〕

①第一遺言 「甲家屋をAに遺贈する」。

②第二遺言 「甲家屋をBに遺贈する」。

③甲家屋を破棄する。

この場合に、第一遺言が復活しないと解する点では、学説上、異論を見ない。ただ、第一遺言が復活しない根拠として、一〇二五条本文を挙げる見解と、民法一〇二四条後段を挙げる見解とがある。私見は、前説を支持す

る。

(8) 筆者は、夫婦間の契約取消権について根本的な疑問を持っている。この点については、大島俊之「親族財産法と取引法」『椿寿夫教授古稀記念・現代取引法の基礎的課題』(有斐閣) 近刊を参照。

(9) 贈与の書面に関する筆者の研究としては、大島俊之「贈与と書面」法律時報五八卷二二号(一九八六年)、大島俊之「贈与契約の要式性」大阪府立大学経済研究三二卷二二号(一九八七年)がある。

六 わが国の判例

1 遺言の撤回の撤回事件

これが、冒頭にも述べた最高裁第一小法廷平成九年一月一三日判決(民集五一卷一〇号四一四頁)の事件である。

(1) 事実の概要

訴外Aは、平成三年一月一五日に死亡した。法定相続人は、妻のB、長男Y(被告、控訴人、被上告人)、長女X₁(原告、被控訴人、上告人)、次女Cおよび三女X₂(原告、被控訴人、上告人)である。ところで、Aは、合計四通の遺言書を残していた。

(a) 第一遺言〔甲遺言〕 昭和六二年二月六日付。

弁護士DにAの自宅に来てもらい、その立会いの下で作成。その内容は、次の通りである〔原文にある国語表記上の誤りは訂正していない〕。

「一 長男Yは私（遺言者）の所有する預貯金及び現金うち後記合計金一五〇〇万円お除くすべての預金及び現金を相続させる但し管理人は妻Bにまかせる

二 長男Yには遺言者の後継者として先祖の祭祀をさせ次の物件を相続させるなお遺言者に負担する債務があれば全額長男Yが承継する

- (1) ……大開甲壱七七四番（登記名義……） 田 六〇八平方メートル
- (2) 同所甲壱七七五番式 宅地 壱七壱・九〇平方メートル
- (3) 同所甲壱七八四番式 宅地 七六参・四〇平方メートル
- (4) 同町字下津甲壱八〇〇番壱 宅地 式〇壱・六壱平方メートル（登記名義人……）
- (5) 同所甲壱八〇〇番六 宅地 参・参〇平方メートル（登記名義人 同上）
- (6) 同所甲壱八〇参番壱 田 四壱参平方メートル
- (7) 同所甲壱八壱壱番壱 田 五五式平方メートル
- (8) 同所甲壱九参式番壱 田 壱壱四平方メートル（登記名義人 同上）
- (9) 同所甲壱九参式番六 田 参八八平方メートル（登記名義人 同上）
- (10) 同町字下柳甲参〇壱五番壱 宅地 五壱・壱参平方メートル
- (11) 同所甲参〇式〇番式 宅地 壱六五・参六平方メートル
- (12) ……大開甲壱七八四番地式（家屋番号乙六式四番）

木造瓦葺二階建居宅

一階 六九・〇式平方メートル

- (13) 二階 六九・〇貳平方メートル
……下津甲壹八〇〇番地の四（家屋番号甲壹八〇〇番四）
木造瓦葺二階建店舗・居宅
一階 六八・六六平方メートル
二階 五〇・九四平方メートル
- (14) ……下柳甲参〇壹五番地壹（家屋番号甲壹五五番未登記）
木造瓦葺二階建店舗
一階 五九・五〇平方メートル
二階 五九・五〇平方メートル
附属建物符号1木造瓦葺平屋建
六・六壹平方メートル
- (15) 同所甲参〇二〇番地六（家屋番号甲壹五四番未登記）
木造瓦葺平屋建店舗
六三・四七平方メートル
- (16) 同所甲参〇二〇番地七、甲参〇貳〇番地八（家屋番号甲壹五参番未登記）
木造瓦葺二階建居宅
一階 五壹・貳参平方メートル
二階 五壹・貳参平方メートル

附属建物符号1木造瓦葺平屋建

六・六壱平方メートル

- (17) ……下柳甲参〇壱五番七 宅地 参九・式六平方メートル
- (18) 遺言者が居住する家屋内にある什器備品その他の動産一切
- 三 長女 X_1 にわ、婚姻の際、応分の資金を補助してあるので次の物件を相続させる
- (1) ……下津甲一八〇〇四番四 田(現況宅地) 壱式式平方メートル
- (2) 預貯金及び現金のうち金五百万円
- 四 次女Cには婚姻の際、応分資金を補助してあるので次の物件を相続させる。
- (1) ……下柳甲参〇壱五番二 宅地 七〇・壱四平方メートル
- (2) 預貯金及び現金のうち、金五百万円。
- 五 三女 X_2 には、学資及婚姻の際、応分の資金を補助してあるので、次の物件を相続させる。
- (1) 預貯金及び現金の内、金五百万円。
- 六 この遺言の遺言執行者にEを指定する。
- 七 子供らは、母を大切にし末長く仲良くつきあいをせよ。」
- (b) 第二遺言〔乙遺言〕 平成二年三月四日付。
- 自宅で、 X_1 とその夫Fの立会いの下で作成。その内容は次の通りである〔原文にある国語表記上の誤りは訂正していない。〕内は、筆者(大島)が補充した部分である〕。
- 「私(遺言者)の所有する

- 一 … 下津甲一八〇〇番地の一の土地〔第一遺言の二(4)に相当〕をBにぞうよする
 - 一 … 大開甲一七七四番地の土地〔第一遺言の二(1)に相当〕と家屋
 - … … 甲一七七五番地ノ土地〔第一遺言の二(2)に相当〕
 - … … 甲一七八四番地の2の土地〔第一遺言の二(3)に相当〕と家屋〔二(12)に相当〕
 - … … 下柳甲三〇一五番地の一の土地〔第一遺言の二(10)に相当〕
 - … … 甲三〇一五番地の七の土地〔第一遺言の二(17)に相当〕
 - … … 甲三〇二〇番地の二の土地〔第一遺言の二(11)に相当〕
 - … … 甲三〇二〇番地の二の土地〔第一遺言の二(11)に相当〕をYに贈与する
 - 一 … 下津甲一八〇〇番地の四の土地〔第一遺言の三(1)に相当〕と家屋
 - … … 甲一八〇〇番地の六の土地〔第一遺言の二(5)に相当〕を X_1 に贈与する
 - 一 … 下柳甲三〇一五番地の二の土地〔第一遺言の四(1)に相当〕をCに贈与する
 - 一 … 下津甲一九三二番地の一の土地〔第一遺言の二(8)に相当〕
 - … … 甲一九三二番地の六の土地〔第一遺言の二(9)に相当〕
 - … … 甲一八〇三番地の一の土地〔第一遺言の二(6)に相当〕
 - … … 甲一八一一番地の一の土地〔第一遺言の二(7)に相当〕を X_1 C X_2 に贈与する
 - 一 私(遺言者)の所有する定期預金はその全額を X_1 C X_2 に贈与する
 - 一 この遺言以前に作成した遺言書はその全部を取り消します
- (c) 第三遺言 平成二年五月九日付。

その内容は、次の通りである〔原文にある国語表記上の誤りは訂正していない〕。

前に記した内……ノ土地も一たーブルの後土地

……下柳甲三〇一五の二、〔第一遺言の四(1)に相当〕

……下柳甲三〇一五の一、〔第一遺言の二(10)に相当〕

……下柳甲三〇一五の七、〔第一遺言の二(17)に相当〕

……下柳甲三〇二〇の二、〔第一遺言の二(11)に相当〕

に關してわ妻Bにゆずる様に訂正する」

(d) 第四遺言〔丙遺言〕 〓平成二年一月八日付。

妻Bの立会いのもとで作成。その内容は、次の通りである。

「X₁に残した遺言状は全て無効としD弁護士のもとで作成したものを有効とする」

訴外Aは、平成三年一月一日に死亡した。そこで、Yは、第一遺言〔甲遺言〕に基づき、第一遺言〔甲遺言〕の二記載の各不動産について、相続を原因とする所有権移転登記を行った。これに対して、長女X₁と三女X₂が、第一遺言〔甲遺言〕の無効の確認、および法定相続に基づきX₁およびX₂の持分を八分の一とするように更生登記手続を求めたのが本件である。本件の争点は、遺言の撤回の撤回によって、第一遺言〔甲遺言〕が復活するか否かである。

(2) 第一審判決（高松地裁観音寺支部平成六年九月二十七日判決）

この判決は、第一遺言〔甲遺言〕は復活しないとした。その理由は次の通りである。

「民法一〇二五条本文で、遺言の撤回の撤回によっても遺言の効力を回復しないとした。これは、遺言の撤回

により撤回された遺言は、初めから成立しなかったことになるのであるから、撤回行為を撤回したとしても前の遺言の効力を復活させることはできないことであり、遺言者が前の遺言と同一内容の遺言をしたのであれば、さらに右同一内容の遺言書を作成することにより、その目的を達成することができる。

右に述べたところによると訴外Aに第一遺言と同一内容の遺言をしようという意思が存在したのであれば、第二遺言をした後、民法の規定する方式により、第一遺言と同一内容の遺言書を作成する必要があったところ、これを作成したことを認めるに足りる証拠はない。(中略)

右認定の事実を総合すると、訴外Aは、昭和六二年一月六日から平成三年五月二七日までの約三年半の間に少なくとも五回遺言書を作成し、または作成しようとしており、第一遺言だけを最終的な遺言書としてその効力を発生させようという意思まであったものといえることはできない。

そして、第四遺言以外の遺言(第一ないし第三遺言)では、訴外Aの遺産のそれぞれについて誰に取得させるかを個々に記載し、又は、個々の遺産を取得させるべき者を訂正しており、平成三年五月二七日付の遺言をしようとした際にも特定の遺産について取得させようとする者を記載している。これに対し、第四遺言だけが、個々の遺産についてこれを取得させるべき者の記載がなく前記……のとおりに記載があるにすぎない。

以上のような本件において、訴外Aにおいて第四遺言で第一遺言を復活させようとする意思が認められる(……)としても、第四遺言の「D弁護士のもとで作成したものを有効とする」との記載等から、民法一〇二五条但書を類推適用して第一遺言を復活させることは、同条本文の立法趣旨(遺言の撤回行為の撤回によっても原則として先の遺言の効力を復活させないこととするのが、他の遺言との矛盾を避け、遺言の内容をできるだけ明確にしておくことができる)から相当でないといわざるをえない。」

(3) 第二審判決（高松高裁平成七年六月二六日判決）

この判決は、第一遺言〔甲遺言〕は復活するとした。その理由は次の通りである。

「Aは、昭和六二年一月二六日、観音寺市内の自宅にD弁護士に来てもらい、その立会いの下に甲遺言書を作成し、その後、平成二年三月四日には、前記自宅において、被控訴人X₁およびその夫のFの両名に遺言を述べ、両名が作成した原稿を清書する方法で、乙遺言書を作成して被控訴人X₁に渡したが、その結果どういふことになるかを妻のBを介しD弁護士に相談したところ、後の遺言の方が有効になると聞き、同年一月八日、甲遺言書を復活させるためB立会いの下丙遺言書を作成した事実を認めることができる。

以上に認定した事実関係の下において、丙遺言によって、Aが甲遺言と同一内容の新たな遺言をしたものということはできないが、乙遺言を無効とし、甲遺言を復活させることを欲していたことは明らかである。ところで、このような遺言者の意思が明らかでない場合には、遺言自由の原則に照らし、できるだけ遺言者の意思を尊重するのが相当であるから、民法一〇二五条の規定にかかわらず、Aの意思に則し、甲遺言の復活を認めるべきである。」

(4) 最高裁第一小法廷平成九年一月一三日判決（民集五一巻一〇号四一四頁）

この判決も、第一遺言〔甲遺言〕は復活するとした。その理由は次の通りである。

〔一般論〕「遺言（以下「原遺言」という。）を遺言の方式に従って撤回した遺言者が、更に右撤回遺言を遺言の方式に従って撤回した場合において、遺言書の記載に照らし、遺言者の意思が原遺言の復活を希望するものであることが明らかなきは、民法一〇二五条ただし書の法意にかんがみ、遺言者の真意を尊重して原遺言の復活を認めるのが相当と解される。」

〔具体論〕「これを本件について見ると、……亡Aは、乙遺言をもって甲遺言を撤回し、更に丙遺言をもって乙遺言を撤回したものであり、丙遺言書の記載によれば、亡Aが原遺言書である甲遺言を復活させることを希望していたことが明らかであるから、本件においては、甲遺言をもって有効な遺言と認めるのが相当である」。

2 財団設立事件

この事件では津地裁を舞台に、次の三つの判決がある。

第一判決（津地裁昭和三十六年一月一八日判決下民集一二卷一一号二七六八頁）

第二判決（津地裁昭和三十八年一月二四日判決下民集一四卷一号六〇頁）

第三判決（津地裁昭和三十九年二月一日判決下民集一五卷二号一九七頁）

この事件では、遺言で財団法人の寄付行為をした者が、同趣旨の財団法人を生前行為で設立しようとした。この場合において、その生前行為が効力を持たなかったときは、遺言による寄付行為が復活するか。本稿の検討課題からすれば、これが核心的な問題がある。ただ、設立中の財団法人に民事訴訟法上の当事者能力があるか否かという問題があり、事態は紛糾している。

(1) 事実の概要

事案が複雑なので、当事者名をそのままにして紹介する。

清水千代二郎は、三桝紡績株式会社の創業者であり、この会社を経営していた。

昭和三十一年一月一三日、清水千代二郎は、三桝紡績株式会社の株式三〇万四七六五株を出捐して、財団法人清水育英会を設立する旨の公正証書遺言をした。

ところが、清水千代二郎は、生前の昭和三十一年一月二八日、三柵紡績株式会社の株式二〇万株その他を出捐して、財団法人三柵育英会を設立しようとした。昭和三十一年二月五日、清水千代二郎は、主務官庁である文部省にその設立許可申請手続をした。しかし、書類に不備な点があったため、設立の許可を得ることができず、昭和三十三年三月末、申請書類がいったん返還された。

昭和三十三年四月二二日に、清水千代二郎が急死した。法定相続人は、長男清水英一、次男清水清明、長女米倉静栄および次女溝口花子の四名である。

清水千代二郎は、三柵紡績株式会社の代表取締役のまま死亡したので、後任の代表取締役に、広瀬英利が選任された。

以後、新しい代表取締役の広瀬英利と、亡清水千代二郎の次男である清水清明との間で、紛争が生じる。広瀬英利（遺言執行者でもある）の方が、遺言に基づいて財団法人設立行為を行なおうとしたのに対して、清水清明の方は、生前行為による財団法人設立の手続を続行しようとしたのである。

広瀬英利は、三柵紡績株式会社の代表取締役、遺言執行者、「設立中の財団法人清水育英会」の代表者としての地位を持つことになった。広瀬英利は、清水千代二郎が生前有していた三柵紡績株式会社の株式三〇万四七六五株を支配し、財団法人清水育英会設立準備委員長広瀬英利名義に書き換え、三柵紡績株式会社に保管させている。これに対して、清水清明は、三柵紡績株式会社の取締役、亡清水千代二郎の法定相続人、「設立中の財団法人三柵育英会」の代表者としての地位を持つことになった。

(a) 第一次仮処分事件（津地方裁判所昭和三四年(三)第一三三三号事件）

この事件では、清水清明は、「設立中の財団法人三柵育英会」の代表者としての地位にもとづいて、「設立中の

財団法人清水育英会」および三榊紡績株式会社を被申請人として、その占有する株券について津地方裁判所の執行官に保管を命じる旨の仮処分を申請し、決定された（昭和三十四年五月二十八日）。しかし、名古屋高裁は、「設立中の財団法人三榊育英会」には、当事者能力（旧民事訴訟法四六条）がないとして、この仮処分決定を取り消した（昭和三十五年三月三日）。なお、「設立中の財団法人清水育英会」の方の当事者能力は認められた。

(b) 第二次仮処分事件（津地方裁判所昭和三十四年(三)第三四号事件）この事件では、清水清明が、その姉妹（米倉静栄、溝口花子）とともに、法定相続人としての地位にもとづいて、「設立中の財団法人清水育英会」および三榊紡績株式会社を被申請人として、その占有する株券について津地方裁判所の執行官に保管を命じる旨の仮処分を申請し、決定された（昭和三十四年六月十五日）。

(c) 第一判決（津地裁昭和三十六年一月一八日判決下民集一二卷一一号二七六八頁）清水清明らが、第二次仮処分決定の認可を求め、「設立中の財団法人清水育英会」および三榊紡績株式会社が、その取消を求めたのが本件である。この判決は、仮処分決定の主要な部分を認めた。つまり、清水勝訴、広瀬敗訴の判決である。

(d) 第二判決（津地裁昭和三十八年一月二四日判決下民集一四卷一号六〇頁）

清水清明らは、法定相続人として、「設立中の財団法人清水育英会」、三榊紡績株式会社および広瀬英利を被告として、株券の引渡等を求めたのが本件である。この判決は、株券の引渡を命じた。つまり、清水勝訴、広瀬敗訴の判決である。

(e) 第三判決（津地裁昭和三十九年二月一日判決下民集一五卷二号一九七頁）

清水清明が、当事者能力のない「設立中の財団法人三榊育英会」の代表者として第一次仮処分を申請し、そのために損害を被ったとして、三榊紡績株式会社（代表取締役広瀬英利）が、清水清明に対して、損害賠償を請求

したのが本件である。この判決は、この損害賠償請求を認めなかった。つまり、清水勝訴、広瀬敗訴の判決である。

(2) 遺言による寄付行為

一 目的 寄付行為者清水千代二郎は、寄付行為の財産を基金として財団法人清水育英会を設立し、教育に関する寄付を為す事を以て目的とする。

二 名称 財団法人清水育英会と称す。

三 事務所 三重県…… 三柵紡績株式会社内に置く。

四 資産に関する規定 寄付行為者の所有する三柵紡績株式会社株式額面五〇円全額払込済のもの三〇四、七六五株を基本資産としこの財産から生ずる株式配当金を以て寄付行為の目的達成に使用するものとする。

五 存続期間は予め定めないが、寄付行為者から寄付行為を受けた原始寄付財産は、事情の如何を問わず、之を処分することを得ないものとする。

六 理事及び監事の任命に関する規定

(1) 理事は左の三名とする。

三柵紡績株式会社代表取締役 一名

同 取締役 一名

清水千代二郎の相続人として清水千代二郎の系譜祭具墳墓の所有権を承継し、祖先の祭祀を主宰する

もの（清水英一、其死後は承継人） 一名

(2) 監事は左の二名とする。

三柵紡績株式会社監査役

一名

橋爪きん但し橋爪きんの没後は清水家より選出する。

(3) 生前行為による寄付行為

一 目的 學術優秀、品行方正でかつ身體強健でありながら、經濟的理由により上級學校に進學が困難な者に對して育英獎學を行い、修學を助け、もつて社會に有為な人材を育成することを目的とする。

二 名稱 財団法人三柵育英會と稱す。

三 事務所 三重県…… 三柵紡績株式會社内に置く。

四 資産に關する規定

(1)イ 寄付行為者清水千代二郎の所有する三柵紡績株式會社株式額面五〇円全額払込のもの二〇万株及び現金二〇万円

ロ 資産から生じる果實

ハ 事業に伴う收入

ニ 寄付金品

ホ その他の收入

(2) 資産を基本財産と運用財産の二種とし

イ 基本財産は、右三柵紡績株式會社株式二〇万株及び基本財産に編入される資産で構成し

ロ 運用財産は基本財産以外の資産とし

ハ 寄付金品で寄付者の指定のあるものはその指定に従う

(3) 基本財産のうち現金は理事会の議決によって確実な有価証券を購入するか、又は定期郵便貯金とし、若しくは確実な信託銀行に信託するか、あるいは定期預金として理事長が保管する。

(4) 基本財産は消費し、又は担保に供してはならない。但しこの法人の事業遂行上やむを得ない理由があるときは、理事会の議決を経、且つ文部大臣の承認を受けてその一部に限り処分し、又は担保に供することができる。

(5) この法人の事業遂行に要する費用は、資産から生ずる果実及び事業に伴う収入等運用財産をもって支弁する。

五 理事及び監事の任免に関する規定

- (1) 理事は五名以上八名以内（うち理事長一名） 監事は二名または三名
- (2) 理事及び監事は評議会でこれを選任し、理事は互選で理事長一名を定める。
- (3) 評議員一〇名以上一五名以内を置き、評議員は理事会でこれを選出し、理事長がこれを任命する。
- (4) 第一判決（津地裁昭和三六年一月一日判決下民集一二巻一〇二七六八頁）

〔一般論〕「同条（二〇二五条）の法意からすれば、生前処分が取り消され、又は効力を失うにいたったときの遺言者の意思が、客観的に争う余地がないほど明らかに遺言の復活を希望するものとみられる場合についてまでも、非復活主義を固執すべき理由はなく、遺言者の意思が遺言の復活にあることが客観的に争う余地がない程度に明白な場合には、本条但書を類推して遺言の復活を認めるのが相当であると解される。」

〔具体論〕「亡千代二郎が文部省からの生前寄付行為による財団設立許可申請の申請書類の返戻後、生前寄付行為による財団設立の意思を放棄し、以後は遺言寄付行為によって財団を設立しようとの意思をもったとは認めら

れないのみならず、生前寄付行為による財団設立が目的を達しえないときは遺言寄付行為によって財団の設立をはかる意思であったとも認めることができない。したがって、……遺言の復活の主張は、その余の点について判断するまでもなく、理由がないことに帰する。」

このように、この判決は、一般論としては、第一遺言〔甲遺言〕の復活が認められる場合があることを認めつつも、遺言者とその復活を意図していたとは認められずとして、結論的には、第一遺言〔甲遺言〕の遺言の復活を否定している。

(5) 第二判決（津地裁昭和三八年一月二四日判決下民集一四卷一六〇頁）

〔一般論〕「そ〔一〇二五條〕の法意からすれば、……生前処分が取り消され又は効力を生じなくなるに至ったときで、かつ遺言者の意思が客観的に争う余地のないほど明白に遺言の復活を希望しているとみられる場合についても、非復活主義を固執すべき理由はなく、かかる場合については、同条但書を類推して、遺言の復活を認めるのが相当であると解される。」

〔具体論〕「亡千代二郎は生前寄付行為による財団設立許可申請書が文部省から返戻された後、生前寄付行為による財団設立の意思を放棄し、以後は遺言寄付行為によって財団を設立しようと考えていたという事實は認めることはできないし、また、生前寄付行為による財団設立が目的を達しえないときは遺言寄付行為によって、財団設立をはかる意思であったとも認めることができないのである。右の事實を中核とする被告らの主張は、その余の点を判断するまでもなく理由がない。」

この判決は、第一判決とほぼ同様である。つまり、本判決も、一般論としては、第一遺言〔甲遺言〕の復活が認められる場合があることを認めつつも、遺言者とその復活を意図していたとは認められずとして、結論的に

は、第一遺言〔甲遺言〕の遺言の復活を否定している。

(6) 第三判決（津地裁昭和三十九年二月一日下民集一五卷二号一九七頁）

〔一般論〕「そ（二〇二五条）の法意からすれば、……遺言後にした生前処分が取り消され、又は効力を生じなくなるに至ったときで、かつ遺言者の意思が客観的に争う余地のないほど明白に遺言の復活を希望しているとみられる場合についても、非復活主義を固執すべき理由はなくかかる場合については、同条但書を類推して、遺言の復活を認めるのが相当であると解される。」

〔具体論〕「亡千代二郎は、生前寄付行為による財団設立許可申請書が、文部省から、返戻された後生前寄付行為による財団設立の意思を放棄し、以後は遺言寄付行為によって財団を設立しようと考えていたという事実も、また、生前寄付行為による財団設立が目的を達しえないときは、遺言寄付行為によって財団の設立をはかる意思であったとも認めることができるのである。したがって、亡千代二郎の遺言は同人の生前寄付行為によって取消され復活していないという他はなく、その点にかんする原告らの主張は、その余の点を判断するまでもなく理由がない。」

この判決は、第一判決・第二判決とほぼ同様である。つまり、本判決も、一般論としては、第一遺言〔甲遺言〕の復活が認められる場合があることを認めつつも、遺言者とその復活を意図していたとは認められないとして、結論的には、第一遺言〔甲遺言〕の遺言の復活を否定している。

七 わが国の判決に対するコメント

1 遺言の撤回の撤回事件

筆者は、基本的には、判旨（最高裁第一小法廷平成九年一月一三日判決民集五一卷一〇号四一四頁）に賛成する。

(1) 一般論部分について

〔一般論〕「遺言（以下「原遺言」という。）を遺言の方式に従って撤回した遺言者が、更に右撤回遺言を遺言の方式に従って撤回した場合において、遺言書の記載に照らし、遺言者の意思が原遺言の復活を希望するものであることが明らかなきは、民法一〇二五条ただし書の法意にかんがみ、遺言者の真意を尊重して原遺言の復活を認めるのが相当と解される。」

(a) 「遺言書の記載に照らし、遺言者の意思が原遺言の復活を希望するものであることが明らかなきは」という部分について、

証拠とすべきは「遺言書の記載」に限るというように読むことができる。原則的には賛成である。

しかし、いかなる場合でも、遺言書の記載以外の証拠によって、原遺言の復活を希望していたという遺言者の希望・意図を認定することは絶対に認められない、とまでは言えないのではあるまいか。たとえば、「客観的に争う余地のないほど明白に」に、原遺言を復活させたいという遺言者の希望・意図が表示されている場合にまで（後にみる財団法人設立事件の判決を参照）、復活を否定すべきではあるまい。

(b) 「民法一〇二五条ただし書の法意にかんがみ」の部分について

一〇二五条本文が非復活主義を採用しているにもかかわらず、例外的にしろ復活を認めるのは、端的に言って裁判官による法創造である。その際に、「民法一〇二五条ただし書の法意にかんがみ」という表現を付け加えることは、無駄ではないが、それほど説得力があるわけではない。

立法論的には、非復活主義に対する例外として、復活を認める場合を明示すべきものと考える。

(2) 具体論部分について

〔具体論〕「これを本件について見ると、……亡Aは、乙遺言をもって甲遺言を撤回し、更に丙遺言をもって乙遺言を撤回したものであり、丙遺言書の記載によれば、亡Aが原遺言書である甲遺言を復活させることを希望していたことが明らかであるから、本件においては、甲遺言をもって有効な遺言と認めるのが相当である」。

特にコメントすべき点はない。判旨は妥当であると考える。

2 財団法人設立事件

財団法人設立事件については、三つの判決があるが、その内容は、ほぼ同じであるので、第二判決（津地裁昭和三八年一月二四日判決下民集一四卷一六〇頁）のみを取り上げることにする。筆者は、基本的には、遺言の非復活に関する部分の判旨に賛成する。ただし、判旨には、やや明解さを欠く部分がある。

(1) 一般論部分について

〔一般論〕「そ〔一〇二五条〕の法意からすれば、……生前処分が取り消され又は効力を生じなくなるに至ったときで、かつ遺言者の意思が客観的に争う余地のないほど明白に遺言の復活を希望しているとみられる場合についても、非復活主義を固執すべき理由はなく、かかる場合については、同条但書を類推して、遺言の復活を認めるのが相当であると解される。」

(a) 「遺言者の意思が客観的に争う余地のないほど明白に遺言の復活を希望しているとみられる場合」について

本件は、生前行為によって、遺言が撤回されたとみなされる場合であるから（一〇二三条一項）、証拠を遺言の記載に限るということは問題とならない。一〇二五条本文が非復活主義を規定しているにもかかわらず、復活が認められるのは、復活させたいという遺言者の意図が「客観的に争う余地のないほど明白に」に表示されている場合に限るとした本判決の態度は、妥当なものであろう。

(b) 「同条但書を類推して」の部分について

一〇二五条本文が非復活主義を採用しているにもかかわらず、例外的にしる復活を認めるのは、端的に言って、裁判官による法創造である。その際に、「同条但書を類推して」という表現を付け加えることは、無駄ではないが、それほど説得力があるわけではない。

立法論的には、非復活主義に対する例外として、復活を認める場合を明示すべきものと考ええる。

(2) 具体論部分について

〔具体論〕「亡千代二郎は生前寄付行為による財団設立許可申請書が文部省から返戻された後、生前寄付行為による財団設立の意思を放棄し、以後は遺言寄付行為によって財団を設立しようと考えていた」という事実は認めることはできないし、また、生前寄付行為による財団設立が目的を達しえないときは遺言寄付行為によって、財団設立をはかる意思であったとも認めることができないのである。右の事実を中核とする被告らの主張は、その余の点を判断するまでもなく理由がない。」

(a) 遺言に抵触する生前行為があったのか

本件においては、民法一〇二五条の問題が生じるのは、遺言に抵触する生前行為を「した」後、その生前行為の「効力を生じなくなるに至ったとき」であるはずである。逆に言うと、生前行為を「しよう」として準備中で

あったが、途中で中断、放棄、断念等をした場合には、生前行為を「した」とは言えない。この場合には、遺言は有効なままである。これを本件に当てはめると、遺言寄付行為に抵触する生前寄付行為を「した」かどうかの問題である。ところで、財団法人の設立には主務官庁の許可を要する（民法三四条）。

本判決は、生前行為を「した」か否かの点について、次のように述べている。

「被告らは、寄付行為は、財産処分としては、主務官庁の許可があつてはじめて成立するものであつて、それまでは『生前処分』その他の法律行為たりえないと主張するが、寄付行為は一定の財産を出捐し法人の根本原則を定めて書面を作成するという単独行為たる法律行為であつて、そこにはすでに財産を出捐する意思と行為とが含まれており、主務官庁の許可以前であつても財産の処分行為として存在するものである。すなわち、遺言寄付行為をした後に、生前寄付行為をすれば、それだけで『生前処分』をしたことになるといわなければならぬ。……本件においては、亡千代二郎の生前寄付行為は、まだその目的を達成してはいないことは前述のとおりであるが、これがなされた以上は、そのなされたこと自体によって、これと抵触するその前の遺言寄付行為は取消されたものといわざるを得ない」。

この判旨では、生前行為を「した」時点が明確でないが、許可申請の時と解すべきであろうか。

(b) 文部省から申請書類が返戻された後、清水千代二郎は、遺言寄付行為を復活させる意思を有していたか
本判決は、この点について、次のように述べている。

「次に、亡千代二郎は生前寄付行為の財団設立許可申請の書類が文部省から返戻されたことによつて、生前寄付行為をする意思を放棄し、遺言寄付行為によつて財団を設立しようという意思になつたかについて検討する。

同人が生前寄付行為による財団設立許可申請書の返戻理由を知つていたものであることは……認められるとこ

ろである。これによれば、育英財団の設立には運用資産として少なくとも五〇万円以上が必要であることがわかっていたのであるから、その記載の全くない遺言寄付行為によって財団を設立することは極めて困難であると考えたことが容易に推認できるのである。そして、その返戻理由の内容としては、運用資産を二〇万円から五〇万円にすること並に会社役員との兼職理事を減員することであったのであり、このことは、当時の亡千代二郎の資産及び被告会社における地位から考えて、生前行為をとりやめるほど重要な問題であるとは考えられないところである。もつとも、右書類の返戻後、亡千代二郎が死亡するまで、何らの措置もとられていないことが弁論の全趣旨によって明白であるが、右の返戻から、同人の死亡までの期間は、同人が文部省に生前寄付行為による財団設立許可申請をしてから右書類が返戻されるまでの期間に比して極めて短い期間であり、……設立許可申請後、返戻までの期間における文部省との連絡回数が少なかったことを考え合わせると、右の期間に、何らの措置あるいは手続がとられていないということだけで、亡千代二郎が生前寄付行為による財団設立の意思を放棄したと考えるわけには行かない。

かえって、前記のとおり、同人は文部省からの書類の返戻によって、運用資産について全く記載のない遺言によつては、財団設立はおそらく出来ないであろうと考えたことが推認できるのであるから、もし同人が生前寄付行為をとりやめて、遺言のとおり財団を設立しようと考えていたのであるならば、新しい遺言書を作成する等の何らかの措置をとつたはずである。前記書類の返戻後、同人が死亡するまでの期間がきわめて短かつたため、何もできなかつたとするならば、もつと期間があれば何かしたのであろうと推認させるものがなくてはならないが、……これを認めるに足る証拠はない。」

要するに、亡千代二郎は、遺言による寄付行為の復活を希望する旨の意思を表示していなかったため、遺言に

よる寄付行為は復活しない、というのである。このような判断は、正当であろう。

〔付記〕 説稿後、最高裁判平成九年判決に対する次の二つの評釈に接した。すなわち、加藤永一「判批」判例時報一六三七号（判例評論四七三号）二〇六頁および伊藤昌司「判批」判例タイムズ九七三号八六頁がそれである。