

公証実務をめぐる2, 3の問題について

宗 宮 英 俊

1 はじめに

筆者は、西野教授とは札幌地裁とともに勤務して以来40年近くご厚誼をいただいているが、平成21年6月に東京高等裁判所部総括判事を最後に退官し現在公証人として公証業務に携わっている者である。私の元来の関心事は民事裁判の高裁における審理の在り方、有り様にあるのであるが、退官後数年を経過し、高裁審理の現状に対する資料も十分でないので、今回は歴史が古い割には認知度の高くない公証制度の若干の紹介と公証実務上の諸問題についての小文を呈することにする^(注1)。

(注1) 筆者は、西野教授が名古屋地裁判事から大学教授に華麗なる転身を遂げられた後も裁判官を続け、計7年間の法務省勤務以外は裁判官として勤務し、平成21年6月東京高裁判事を最後に退官した。その間、平成9年4月に東京地裁から東京高裁に異動して3年間勤務し、その後最高裁書記官研修所に4年、新潟地方裁判所に1年半弱勤務した後、平成17年9月、再び東京高裁に勤務することになったが、実務の第1戦から離れていたその約5年半の間に、東京高裁の民事裁判は、その在り方はともかく有り様（具体的審理方法）には大きな変化があった。私の関心事は、そのような変貌を遂げつつある高裁民事裁判の審理の在り方、有り様にあるのであるが、裁判官を退官し、数年が経過し些か時機を失した感もあり、また、高裁審理の現状に対する資料が不足しているので、今回は現在たずさわっている公証実務について、公証制度の若干の紹介と公証実務上の2, 3の問題点についてとりまとめてみることにした。西野教授の退職記念号の掲載論稿としてはそぐわないものであるがご容赦いただきたいと願うものである。

2 若干の沿革

公証人法は、明治41年4月14日成立し（法律第53号）、明治42年8月16日に施行されたが、この公証人法はプロイセン法の影響を受けたものとされている。この公証人法に先立ち、明治19年8月11日、公証人規則（法律第2号）が、同年8月30日公証人規則施行条例（司法省令甲第2号）が制定交付され、この規則等はフランス公証人法の影響を受けているとされているが、公証人の地位を弁護士制度から独立させた点に特徴がある。翌明治20年2月に最初の公証人登用試験が実施され、明治22年に公証人112名の任命と研修が行われた。このような公証制度は、11, 12世紀ころのイタリアの都市国家において、契約書を専門に作成する職業集団の発生にその萌芽があるものとされ、フランス、スペインなどに広がり展開された^(注2)。これらの国々の公証人（Notary）は「法律関係文書」を作成する専門家である点に特色があり、これをラテン系公証制度という。これに対し、英米系の公証人（Notary Public）は、専ら「署名」の認証などの事実行為を職務としている点に特色がある。日本の公証人は、法務大臣によって任命される実質的意義での公務員であり、法律行為その他私権に関する事実についての公正証書の作成、私署証書や会社法30条やその準用規定による定款の認証、確定日付の付与などの権限をもっており（公証人法1条）、日本公証人連合会はこのラテン系公証人の世界組織である公証人国際連合（UINL・L'Union Internationale du Notariat < The International Union of Notaries >）に1977年に加盟している。このUINLの組織は、現在5大陸にまたがる86国の国々から構成され、アジアでは、日本のほかインドネシア、中国、韓国、モンゴル及びベトナムの計6カ国が加盟している。

(注2) 17世紀に書かれたセルバンテスの「ドンキホーテ」には、ドンキホーテが遺言をして死を迎える場面で終わるが、その際公証人が登場する（岩波文庫牛島信明訳（3）405以下）。「学士は公証人を呼びに行き、しばらく

して公証人のほかサンチョ・パンサも連れて帰ってきた。……さて、皆と
いっしょに部屋に入った公証人は、早速遺言状の作成の取りかかり、まず
その前文を書いた。それからドン・キホーテが、そうした場合に必要とさ
れる諸々のキリスト教的な形式を踏まえてその魂を神に委ねると、いよいよ
遺贈の項目に移り、次のように言った。…」

又、16世紀に書かれたシェイクスピアの「ベニスの商人」では肉1ポ
ンドを求める場面が有名であるが、「肉1ポンドの担保」の契約は公正証書と
して書かれたものであるとされている。

3 公正証書による強制執行

- (1) 契約は、当事者の合意によって成立し、書面を作成する必要はないが、
今日においては、契約内容を明らかにし、後日の証拠とするために契約
書が作成されるのが通例である。私人間の契約書はその成立、作成年月
日等について後日争いが起きることも少なくないのに比して公正証書は
公証人が法定の手続きに従い、囑託人である当事者の本人確認、代理人
による場合は代理人本人の確認、代理人が本人から正当な代理権の授与
を受けているかを確認し、当事者の陳述する合意内容を検討し、これが
適法有効であるかについて一定の審査をした上、これを録取して作成す
るものであるから証拠保全としてはより適格である（公証人法28条、
31条、32条、26条、同法施行規則13条）。公正証書は公文書として真
正に成立したものと推定され（形式的証拠力）、出頭した当事者に公正
証書の記載内容を読み聞かせ、間違いのないことを確認した上で、出席
者及び公証人が署名押印するものであるから、当事者が記載内容どおり
の事項を陳述したことについても強い実質的証拠力を有するといえる。
もとより、公正証書に記載された当事者の陳述内容の真否については、
最終的には、その認定は裁判官の自由心証に委ねられることになるが、
公証人は、「法令に違反したる事項、無効の法律行為及び行為能力の制
限によりて取消すことを得べき法律行為」については証書を作成するこ

とができず(公証人法26条)、「その法律行為が有効であるかどうか、当事者が相当の考慮をしたかどうか又はその法律行為をする能力があるかどうかについて疑いがあるときは、関係人に注意をし、且つ、その者に必要な説明をさせなければならない」(同法施行規則13条1項)との規定に従って、当事者が一致してする陳述の内容を検討し、それが適法であることについて一応の検査をした上、法定の手続きに従って公正証書を作成しているから、反証がない限り、公正証書の記載内容が真実であることについても事実上の推定が働くといえよう。ちなみに東京高判昭和55.6.26(判例時報971.61)は、「公正証書は公証人法28条、31条、32条に則り、法定の方法による嘱託人の確認(代理人による場合にはさらに法定の方法による代理権限の確認)を経た上で作成されるものであるから、その内容が関係当事者の意思に合致することは一般制度的に保障されているものというべく、したがって特段の具体的な反対事情について主張立証のない限り、公正証書に記載された当事者の意思表示は、当該本人の意思に基づくものと推定される」(金銭消費貸借契約公正証書の事案)とし、東京地判平成24.6.27(判例時報2178.36)は、登記嘱託人の意思能力が争われた事案において司法書士の過失を判断するに際し、同登記申請は公証人施行規則13条の規定を遵守して作成された公正証書に基づくものであることを、過失否定の重要な要素としている。もとより、これらは現実の公証実務が公証人法26条、同法施行規則13条を遵守して行われていることへの信頼に基づくものであるから、公証人においてはこれからも一層誠実に職務を遂行すべきことは当然のことである。

- (2) このような手続等を履踐して作成される公正証書のうち、金銭の一定の額の支払を目的とする請求について、これを履行しないときは直ちに強制執行に服する旨の陳述が記載されているものを執行証書といい、これに執行文付与を受けることにより強制執行することができる(民事執行法22条5号)。なお、金銭債権のほか「その他の代替物若しくは有価

証券の一定の数量の給付」も執行証書の対象になるが、筆書はこれらを対象とする執行証書作成の経験はなく、おそらくほとんど作成されていないものと思われる。そこで、金銭の一定額の支払いを目的とする執行証書のうち「金銭の一定額」をめぐる事前求償権の問題と、民事執行法151条の2第1項の「定期金債権」との関連で養育費支払いをめぐる問題について簡単に触れることにする。

ア ローン支払いと事前求償権

① 協議離婚に伴い合意されることの多い離婚給付等（養育費、慰謝料、財産分与、面会交流など）について公正証書を作成する際に問題となるものとして、ローン付き不動産の財産分与がある。婚姻中に夫を債務者とする銀行ローンを組み、抵当権を設定して夫名義で取得した不動産（マンションなど）を離婚に当たり、妻子の居住用として財産分与として譲渡する場合に、妻には資力が乏しいのでローンの残額を夫がそのまま支払っていくことを約束することが多く見られる（以下、ローン債務者であり残産分与をする当事者を「甲」といい、財産分与を受ける側を「乙」という。）。甲が約定通りローンの支払いを継続しないと、乙は自らの負担でローンの支払いをせざるをえない羽目に陥る（そうしないと居住用の資産を失う危険性が高い。）。このような乙側の不安を取り除くために公正証書を利用する場合には、甲の不払いにより乙が支払を余儀なくされた場合の事前求償権あるいは事後求償権に関する条項を定めることが多い^(注3)。この事前求償権を行使できるとすることは、契約自由の原則により可能であると解される。乙（妻）が甲（夫）から財産分与として抵当権の負担のある不動産を取得するに当たり、当事者間の合意に基づき第三取得者である乙が甲に対して、一定の要件の下に事前求償権を行使できるとしても、公序良俗に違反するとは解しがたいからである（銀行ローンは債権者の承諾を得ない当該不動産の譲渡を期限の利益喪失事由としていることが多く、財産分与であっても名義変更すると期限の利益喪失事由に該当す

ることになる。銀行側の承諾が得られて所有権が乙名義に変更できても抵当権の負担があるので、甲がローンの支払いを怠れば抵当権が実行され当該不動産の所有権を失うおそれがあることになる。そして、物上保証人については、委託を受けた保証人の事前求償権の規定（民法460条）の類推適用はない（最判平成2.12.18民集44.9.1689）から、物上保証方式による事前求償権によることはできない。）。

（注3）平均的な条項の記載例は次のようなものである（新版証書の作成と文例（全訂家事関係編）51頁・日本公証人連合会編・立花書房）。

「第〇条（求償権）甲は上記不動産の購入資金として金〇〇万円を丙銀行から後記債務の表示欄記載の約定で借り受け、上記不動産について上記債務を被担保債権とする抵当権を設定したところ、現在その残債務が金〇〇万円あり、上記不動産が乙の居住用であるので、甲がローンの支払いを怠ったときは、乙が代わって支払わざるをえなくなる。そこで、乙が上記債務を代わって支払う場合の、事前及び事後の求償権について、平成〇年〇月〇日、甲乙間で以下のとおりの契約をする。

第〇条（事前求償権）乙は、丙銀行に対する甲の債務が弁済期にあるとき及び次条各号の一つに該当し、期限の利益を失い残存債務の全部を弁済すべきときは、後記甲の債務に相当する金額につき、直ちに甲に対し事前の求償権を行使することができ、甲は直ちに乙に対し上記求償金額を支払う。ただし、甲が既に上記債務の一部を丙に弁済しているときは、その弁済額を求償金額から控除するものとする。

第〇条（事後求償）甲が次の各号の一つに該当するときは、期限の利益を失うものとし、乙は、債務の全部又は一部を甲に代わって弁済し、直ちに甲に対し事後の求償権の行使をすることができ、この場合甲は乙に対し、直ちに求償金額を支払う。

(1) 丙銀行に対する分割支払の履行を怠り、その遅滞額が2回分に達したとき

(2) 以下略」

その他、乙が甲の丙銀行に対するローン債務をその弁済期に甲に代わって支払うこととし、一方、甲は乙に対してその弁済資金を弁済期限に合わせて支払う旨の合意（履行引受と第三者弁済による事前求償の合意）をする場合もある。この場合は、甲が乙に支払ったのに乙が丙銀行への支払を怠ったときには、甲は二重払いの危険を負うことになるし、また甲として

は乙に支払うということ自体に心理的抵抗感を抱く場合も多いと思われる。いずれにしても、公正証書は当事者間に合意が成立しないと作成できない。

- ② 前述したように公正証書が執行証書となるためには「金銭の一定の額」の支払いを目的とする請求権についての公正証書であることが必要である。甲がローンの支払いを怠ったために、将来乙が甲の残債務を弁済した場合の求償権について、乙としては甲に対して公正証書により強制執行ができるようにしておきたいのである。執行証書の要件である金額の一定性の要件は、公正証書上金額が明記されているか、公正証書自体から金額が計算できることが必要であると解されているところ、乙の事後求償権は、乙が将来、甲（債務者）の残債務を弁済したことによって発生するもので、その数額は、弁済したときの主債務の元本、利息、損害金の合計額と遅延損害金の額ということになるから、乙が将来いくら弁済するか不明であることに帰し、金額の一定性の要件を充足しないというのが多くの裁判所の執行実務の見解であると思われる。条件成就執行文では事実到来に関する証明がなされるだけであって、給付内容の特定を補完する機能は認められないとするものであろう。これに対しては、この場合の求償債権額の上限は合意時点のローン残額であり、上限は画されており（したがって、執行債務者に予想外の債権額が執行されるおそれはないこと）、求償債権の発生根拠は公正証書上明確であること、事後求償については当初から金額が確定しているものとして公正証書作成の方法がないことに加え条件成就執行文付与の段階で乙が支払ったローン残額等を証明させて、執行文の記載と合わせて給付内容を特定できるとする趣旨の下級審裁判例もあり^(注4)、学説においても金額の最大限が公正証書上明確であれば足り、一定額自体がつねに執行債権額を確定的に表示している必要性はないとする見解が有力である（中野・民事執行法上187等）。要するに、求償額の最大限が公正証書上明確に定められていることは

最低限必要であるが、公正証書の記載自体からは一定額が確定できないとしても、条件成就執行文付与の段階で債務名義成立後の実体関係の変動に応じた内容を補充する具体的事情を補完することを執行文に担わせることができると解し得るか否かということになろう（民事執行法27条1項を類推し、承継執行文として扱う見解もある。学説判例については、堀野出・執行証書（2）（別冊ジュリスト208号・民事執行判例百選2版10頁及び上原敏夫・執行証書（2）（別冊ジュリスト127・民事執行判例百選18頁）を参照されたい。）。公証人としてもこれらの有力学説同様にこれを積極的に解したいところであるが、少なくとも東京地裁の執行実務は消極説である（東京地裁民事執行センターは、一貫して条件成就執行文では事実到来に関する証明がされるだけであり、給付内容の特定を補完する機能は認められないとの見解を維持している。）から、これに対処した対応が必要である。

これに対して、一般に、保証人の事前求償権は、主たる債務の弁済期の経過によりその時点で発生するとされ、主たる債務の金額から主債務者によってすでに弁済された金額を控除した金額について事前求償権が発生する（民法460条2号本文。我妻栄・新訂債権総論492頁）。そして、主債務者が主たる債務を弁済した事実及びその数額の立証責任は債務者にあるとされるから、金額の一定性の要件を具備するものとされ、金額の一定性の問題は生じない。

したがって、公証実務では、財産分与条項においても、事後求償権のほかに事前求償権の約定を記載しておくことになるが、実際上は甲が支払いを怠り、乙が丙に支払った場合に事前求償権行使の条項に基づき強制執行の申立をすることになる。

(注4) 保証人の事後求償権につき神戸地裁姫路支部昭和60.4.19判例タイムズ560.196、大阪高裁昭和60.8.30判例タイムズ569.84（主債務の元利金額を一定金額として記載し、具体的金額の支払いが明記されていれば、保証人の

弁済額の証明は民事執行法27条の類推適用により保証人がその事実を証明する文書を提出したときに限り執行文を付与する扱いにより処理できる。)、福岡高裁平成24.26判例時報1394.90(同旨。ただし傍論としての記載である。)、仙台高裁昭和35.11.17下民11.2471(買主の割賦金支払い遅滞の時に売主が売却車両を回収しその評価額と既払金とを差し引いた残額につき執行できるとする公正証書につき債務最高額の記載があれば金額の一定性の要件を満たすとする)。

イ 養育費の支払いについて

月々支払われる養育費は、子の監護に要する費用として民事執行法151条の2第1項の定期金債権に該当する。したがって、養育費の不払いがあれば、確定期限未到来の債務についても債権執行を開始できる。そこで、この事前執行の関係で成年に達した後にも養育費を認めることができるかが問題となる。

- ① 養育費は、子の監護に関する費用の分担(民法766条1項)として、非監護親から監護親に支払われる未成熟子の養育に要する費用である。未成熟子とは、「経済的に自ら独立してみずからの生活費を獲得することを期待することが適当でない状態にあつて、未だ社会的に独立人として期待されていない年齢」というべきものであれば、形式的な年齢を基準とした概念ではなく、より実質的な概念であるということができ(新版注釈民法(22)152頁)、高学歴時代を迎えて、大学進学が一般的になってきた家庭環境下では、少なくとも大学在学中の生活費(学費)を養育費として認めることは可能である。他方、成年に達した後の子の扶養については子の親に対する扶養請求(民法877条)によるべきであるとする見解も依然として有力である。もっとも、未成熟子(民法766条1項の「子」)とは未成年者を指すとしても、上記の実態に照らせば、民法766条1項の類推適用により養育費と認めることができよう(この場合にも、民事執行法151条の2第1項との関係では、同項の要件を満たさないと同項の適用ないし類推適用はできないとする考え方もあり得る)。いずれにしても大学の入学

金や授業料も養育費として認めることは家裁調停実務では定着していると思われる(秋武憲一ほか編「リーガルプロGRESSシリーズ⑦離婚調停・離婚訴訟」p158以下)。

- ② 公証実務において、離婚給付等公正証書における養育費支払い条項として「甲は乙に対し、両者間の未成年の子Aについて、養育費として平成〇年〇月から同人が大学を卒業するまで、1か月〇万円を毎月末日限り乙方に持参方は送金して支払う」との定めがなされることがあったところ(これは、公証人サイドでは、今日の社会では大学進学の高確率は高いことから、大学不進学を解除条件とするものであるとの理解に基づく記載であるとしているものであるが)、裁判所の執行実務は、「子が大学を卒業するまで」との約定の合理的解釈としては、「少なくとも子が20歳に達するときまでは養育費を支払う。」と理解した上で、子が大学に入学した場合の20歳に達した後の養育費の請求はこの大学進学という事実にかかる条件成就執行文が必要であるとの立場から、子が20歳に達する月を請求権の終期とする申立てをするよう窓口指導をし、子が20歳に達した月を請求権の終期として差押命令を発令してきた。これは、民事執行法151条の2の扶養義務等の特例が例外として期限到来前の差押えを許容したものであることから、「養育費」の同条第1項の定期金債権該当性については、疑義のない範囲での執行を認めるとの運用によるものであろう。

そこで、最近では、公証実務において、養育費の支払いの終期を、一般的な大学卒業時である「子が22歳に達した年の3月」とか「子が22歳に達した年の翌年3月」とする養育費支払条項を記載するようになった。これについても、成年に達した子に養育費を認めうるかとの議論は残るが、家裁の調停実務においても当事者間で合意ができれば、民法766条の類推適用の基礎があるとして、そのまま調停を成立させるとの運用が行われているところ、公正証書も当事者間の合意に基づくものであることに代わりはなく、これを別異に扱う理由はない

と思われる。裁判所の執行実務(東京地裁の実務)も、上記条項記載の終期までであれば「養育費」としての執行を認めるに至った。

さらに大学院卒業時を終期とするなど上記期限を越えて養育費支払いの合意がされた場合についての民事執行法151条1項の適用の有無は残された問題であるが、大学院進学者について養育費に該当する場合があることは認め得るとしても、大学院進学率の程度、その年齢での社会的非独立性など養育費該当性の一般的確率の程度などからすると、現在のところ執行実務がこれを肯定する可能性は乏しいと思われる。

4 遺言公正証書について

遺産紛争が増加し、かつ、複雑化・先鋭化していると指摘されているが、その社会的背景として、少子高齢化とそれに伴う核家族化による世帯の縮小、認知症高齢者の増加、不動産や金融資産の高齢者への偏在、家族観や家族規範の多様化による家庭内の葛藤の高まり、家庭や地域の紛争解決能力の低下等が上げられている(最高裁判所平成25年7月12日「裁判の迅速化に係る検証についての検証結果」(第5回報告書)133頁以下)。このような、近時の著しい高齢化傾向等に伴ってか公正証書遺言の作成件数は毎年増加し、平成22年度では約8万2000件、平成24年度は約8万8000件に及んでいる。そして、遺言が遺産紛争の予防や複雑化の防止に有益であり、特に公証人により作成されている公正証書遺言は、遺言の有効性が争われることが少なく、その有用性が評価されていると思われる。ところで、公証人は、正当の理由がない限り、嘱託を拒むことはできず(公証人法3条)、公正証書の「公証」としての性質に対応して、公証人には資料収集の権限はなく、法律行為の有効性等について具体的に疑義のある場合に嘱託人らに説明を求める権限が認められているにすぎず(これ以上の調

査権限を付与する規定はない)、相手方はこれに応答すべき義務はないものである(公証人法26条、同法施行規則13条参照。日本公証人連合会編「新訂公証人法」20頁以下。なお、最判平成9.9.4(民集51.8.3718)は、公証人は、法律行為についての公正証書を作成するにあたり、聴取した陳述により知り得た事実など自ら実際に経験した事実を資料として審査をすれば足り、その結果、法律行為の法令違反、無効及び無能力による取消し等の事由が存在することについて具体的な疑いが生じた場合に限り、嘱託人などに対して必要な説明を促すなどの積極的な調査をすべき義務を負う旨判示している。)。公証人としては、このような資料収集方法、調査権限の限界のある中で最善を尽くして遺言公正証書を作成しているのであるが、遺言の作成状況、利害関係人の利害対立の程度、その性格などは多種多様であり、利害関係人の数も多数に上ることもあることから公正証書遺言の効力をめぐって紛争が生ずることを全て回避できると考えることは非現実的である。

ア 遺言公正証書が争われる理由は、一つは方式違反であり、それ以外で最も多いのが遺言能力の有無である。

- ① 方式違反として争われるものを概観する。遺言公正証書は、民法969条にその方式が定められている。まず、証人2人以上の立ち会いが必要である(同条1号。3人以上の証人が立ち会う事例はほとんどない)。この証人は、公正証書作成手続中最初から最後まで立ち会うことを要するとされている(新版注釈民法(28)108頁)。証人が作成途中で離席するという事態が生ずることは考えがたいが、特殊な事例として最判平成10年3月13日判決(判例タイムズ972.132)がある。なお、判例(最判平成13.3.27・判例タイムズ1058.105)では、遺言公正証書作成手続に証人適格を欠く人物が同席していた場合について、欠格事由(民法974条)を有する人物によって遺言の内容が左右されたり、あるいは、遺言者が自己の真意に基づき遺言することが妨げられたなどの特段の事情がない限り、作成手続を違法とすることはでき

ないと判断されているが、推定相続人等証人適格を欠く者の同席(立ち会い)は避けるべきものとして扱われている。次に、口授(同条2号)の方式は実務上も例外的にはあるがこの要件が問題になることがあり、これをめぐる裁判例も少なくない。これらの事例は簡潔に要約することは難しいので、本項では割愛することとするが、口授の有無は、遺言書の作成過程を全体的に観察して、遺言者の真意を確保するに足りるだけの遺言者の関与が認められるかどうかによって判断されるのであり、ごく概略的には、単に「うなずく」ということのみでは口授があったとはいえないが、事前に遺言内容の打ち合わせが十分できており、遺言者がその内容を理解し承認していたような場合は、遺言書作成時には病状等が悪化し、遺言内容の確認に対して、「はい」というような簡潔な応答しかなされなかったとしても口授があったと認められるということになる(東京地判平成11.9.16・判例時報1718.73、最判52.6.14・家裁月報30.1.68、最判平成11.9.14・判例タイムズ1017.111。岡崎彰夫「公正証書における口授の程度」(公証法学第35号117頁)。なお、最近の事例として東京地判平成20.11.13・判例時報2032.97、宇都宮地判平成22.3.1金融法務事情1904.136、いずれも口授要件充足を否定している。)。また、ときに遺言者の署名が問題となることがある。民法969条4号は、遺言者が筆記の正確なことを承認した後これに署名し、印を押すこと、ただし、遺言者が署名することができない場合は、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と規定している(公証人法39条4項によれば、その場合は、公証人がその旨を付記して職印を押すことになるが、公証実務では先例(明治42.8.20民刑事局長回答)に従い上記付記の措置のほかに公証人が遺言者の氏名を代書している。)。遺言者が当該遺言内容の正確性を承認している以上、単に主観的に署名したくないというだけでは足りないが、何らかの理由があって署名できないとの意思表示がある場合は比較的緩やかにその該当性を肯定してよいように思われる(否

定した比較的最近の裁判例として東京高判平成12.6.27・判例時報1739号67頁)。署名についてのもう一つの問題として、どのような記載であれば署名と認められるかということがある。署名については、戸籍の記載と同一である必要はなく、通称、雅号、ペンネーム、芸名、屋号などもそれによって本人との同一性が示し得るならば有効であるとされている(新版注釈民法(28)100頁等)。そして、公正証書遺言は自筆証書遺言とは異なり、証人2名以上が立ち会い、遺言者の口授の趣旨に従いこれを筆記した後、これを遺言者及び証人に読み聞かせ、又は閲覧させた上で、遺言者及び証人がその筆記の正確であることを承認した後に署名するものであり(民法969条4号)、その段階で内容に誤りがあったり、意思に沿わない点があればその時点で内容が修正されたり、作成が中断、中止することになるのであるから、公正証書遺言で求められる署名は本人の同一性確認の要素も否定できないとしても、専ら遺言の内容が記載内容と相違がなく、遺言者の真意に出でたることを確認することにある(公正証書遺言の承認と自署について犬伏由子・判例評論513号26頁。署名の文書完成の機能について渡辺恭彦・速報判例解説7号109頁。)。署名が判読困難なものであっても自署と認めうるとした裁判例として大阪高判平成21年6月9日(判例時報2060.77・同判例解説として拙著別冊判例タイムズ32「平成22年度主要民事判例解説」196頁)がある。

イ 裁判例において公正証書遺言の無効事由としては遺言能力の有無を争点とする例が多い。もっとも、前述したとおり公正証書遺言の作成件数は毎年増加し、平成24年度は約8万8000件に及んでいることからすると、その内で遺言能力の有無が争われるのはまれな事象であるといつてよい。遺言公正証書は遺書ではないから、死の間際ではなく、判断能力のしっかりしている間に作成しなさいということになるが(筆者の所属する公証役場ではその趣旨を記載したパンフレットを備えている)、しかし現実には死期を意識しだしてから作成したいとする例が多く、しか

も、核家族化が進行し家庭内紛争の市民紛争化がいわれて久しい中で、法定相続とは異なる相続をさせようとする遺言者の意向は今後も強まるものと推測されることからすると(なお、非嫡出子の法定相続分の法律改正もなされ、平成23年9月5日以降の相続に適用される。)、今後も利害関係が緊張している事案では遺言能力の有無等が問題とされる可能性は常に内在しているといえよう。

① 遺言は15歳以上に達すればできるが(民法961条)、遺言も意思表示であり、遺言能力とは、遺言事項を具体的に決定し、その法律効果を弁識するのに必要な判断能力であるとされている(能美善久・加藤新太郎編・論点体系判例民法(10)268頁)。それは、精神上的の障害の有無、遺言者の認識・理解・判断・表現力、遺言書作成前後の言動や状況、遺言の内容等を総合して判断されることになるが(意思能力に関する判例を検討したものとして、高村浩編著「民事意思能力と裁判判断の基準」、澤井知子「意思能力をめぐる裁判例と問題点」判例タイムズ1146.87等)、医学的疾患がある場合には、まず精神医学的な疾患の有無、程度を確認し、次にその精神的疾患により問題となった個別の法律行為がどのような影響を受けるかを検討することになるから、このような場合で意思能力に疑義があれば、公証人としては医者の診断書を取るよう促し、その提示を求めるのが相当であるし、実務上もそのように処理されているところである。

② 遺言能力が問題となった最近の裁判例として、妻に全財産を相続させる旨に自筆証書遺言をしていた81歳の男性(A)が妻の生存中にした実妹に全財産を相続させる旨の公正証書遺言が遺言能力を欠き無効であるとした東京高判平成25年3月6日(判例時報2193.12)がある。本件判決の原審は、Aに遺言能力がなかったとはいえ、妻の病名、病状等から旧遺言の内容を変更することは十分にあり得るとして、遺言有効確認請求を認容したのに対し、本判決は、実際に看護や治療に携わった医療機関の診察内容や判断を重要な根拠として本件公

正証書遺言作成時点でAは認知症であり、その病気の影響や複数の薬剤による影響により、判断能力が減退しており、遺言事項を具体的に決定し、その法律効果を弁識するのに必要な正常な判断能力、すなわち意思能力を備えていたと認めるのは困難であるとし、これを疑わしめる間接事実もないとしたものである。原審と判断を異にしたのは事実認定の差異によるものであり、本判決の事実認定を前提にすれば遺言能力が否定されてもやむを得ないと思われる。そして、客観的に遺言能力がなかったということであれば、遺言書作成時の公証人のAの病状等意思能力に関する事項についての主観的認識がどのようなものであったとして結論をも左右するものではない。公証人としては、本項の冒頭で述べた調査権限の範囲内で遺言能力の有無を判断するほかなく、限界事例において、公証人の遺言能力ありとの判断と裁判所の判断に相違が生ずることは制度上やむを得ないといわざるを得ない。そのほか、遺言能力を否定したものとして、大阪高判平成19年4月26日(判例時報1997・75)、東京地判平成20年11月13日(判例時報2032・87)、東京高判平成22年7月15日(判例タイムズ1336・2419)、高知地判平成24年3月29日8判例タイムズ1385.225)などがあり、遺言能力を認めたものとして大阪高判平成21年6月9日(判例時報2060・77)がある(なお、認知症について意思無能力を認めなかったものとして、東京地判平成22年7月13日(判例時報2103・50)、大分地判平成23年10月27日(裁判所ウェブサイト)。

ウ 今後も公正証書遺言の需要は高まり、作成件数も増えていくことが予想される。公証人が嘱託を受ける事案の内、意思能力が問題とされる事案はごく限られるものと推測されるが、遺言者が遺言の作成を希望している以上できるだけその嘱託に応じ(公証人法3条参照)、しかも通例は作成を急がなければならぬ状況下で遺言者の遺言能力を的確に判断するということが求められることになる。そのような遺言においては遺言能力をめぐる紛争が生ずる余地があるが、その紛争は本来回避できるも

のである。前述したように高齢化社会となり、合わせて核家族化がすすみ、家族観も多様化する中で、遺言は、遺言者自身の老後の生活設計を明確にし、任意な自由意思による遺産処分をいわば透明化しておくことで事後の紛争予防にも役立てようとするものであるから、遺言書は、遺言者が自己の判断能力が十分な内に作成しておくべきものであり又それが望まれる（なお、この段階で遺言をしても、遺言の内容はいつでも変更できるものであり、現に、遺言の撤回、一部変更の事例は少なからずある。）。