

遺言の解釈と上告審裁判所の役割

上 田 誠 一 郎

1 はじめに

遺言と契約はいずれも法律行為として、行為者が意図したところに法が効力を与える制度であり、いかなる法的な効力が発生するかを確定するために、その解釈を必要とする点で共通しているが、その法的な構造と性質の違いから、解釈に当たってまったく異なる規律に服するものと考えられている。それに伴って手続的にも諸種の相違が生じてくると思われるが、本稿では法律審であり、事実問題を扱うことができない上告審裁判所が、遺言の解釈においてどのような役割を果たすことができるかを、主として契約の解釈と対比しつつ検討したい。

現在、契約の解釈に関しては、一般的に次のような考え方がとられているように思われる。^① たつてある条項の意味が問題になった場合、まずその条項が何を意図して置かれたものであるのか、各当事者の主観的

な意思が探求され、その一致が存在する場合には、たとえそれが当該契約条項の客観的にみた意味とは異なる意味をその条項に付与するものであったとしても、当事者が意図した意味が妥当するというのが一般的な見解である（いわゆる「誤表は害さず」の原則²⁾）。

これに対して、両当事者の主観的な意図が食い違っていた場合には、いわゆる規範的解釈が行われることになる³⁾。規範的解釈においては、意思表示者がどのような意味でその意思表示を行うべきであったか、受領者は相手方当事者の表示をどのように理解すべきであったかという規範的な評価にもとづいて、表示者、受領者それぞれに帰責されるべき意味が探究され、両当事者に帰責しうる意味が存在すればそれが意思表示の内容となり、意思表示はそのような意味で両当事者に対し法的拘束力を持つことになる。逆に意思表示全体あるいはその一部分について、表示者と受領者に帰責しうる意味が違っていたり、どちらかの当事者に帰責しうる意味が存在しない場合には、両当事者を共通して拘束する意味がないために、意思表示のその部分は効力を生じず、したがって契約も、その構成はともかく、少なくともその部分については効力を生じないとされる⁴⁾。そしてこのような表示者、受領者に帰すべき意味は、当該契約の具体的事情のもので、当事者がある意味を意思表示に付与したことに正当理由があるかによって、あるいは受領者の信頼の正当性と表示者への帰責可能性ないし過失を基準として決定されるべきであるとされ、またより具体的には「各々がお互いの意思疎通のために義務を尽くしたか、誤った意味の結合をしたのはどちらか」を究明し、あるいは表示者が付与した意味が「相手方によって了解されることが当然期待され得」たか、表示者が受領者の理解を「予見することが当然予見され得る状況」かを考慮して、「当事者の理解の合致が期待され得る客観的蓋然性」のある意味を探究するべきである⁵⁾、あるいは意思表示の表示者には、受領者が自己の表示をそう理解するであろうと認識すべきであった意味が帰責され、受領者には表示者がその表示に与えたと認識すべき意味が帰責されると考えるべきであり、このような帰責の判断にあつ

ては、それが相手方当事者に認識可能であることがその当事者に認識すべきであった諸般の事情が考慮されるべきであり、相手方の理解可能性も同じ枠内で考慮されるべきであるとされている。⁹⁾

また相手方のある単独行為についても、たとえば代理において、本人の相手方に対する代理権授与表示は、上述の契約の場合と同様の方法により解釈されるべきであり、そのことにより表見代理の成立範囲が決定されるといふ有力な見解が存在する。¹⁰⁾

当事者が内心において何を意図していたか。これを直接的な形で証明することはできず、外部的・客観的な証拠により認定せざるをえないとはいえ、それ自体は事実問題であるといえよう。これに対して規範的解釈においては、上で見たとおり、その中核をなすのが当事者の言動の規範的評価であつて、単なる事実の存否の枠内では語りえず、法律問題と言わなければならないように思われる。このことを前提として、古くから契約の解釈が証明責任の対象ではないことが説かれてきた。¹¹⁾ また近時においても、表示行為の意味を確定するいわゆる「狭義の解釈」も少なくとも一定の場合には規範的判断の要素を含み、そのかぎりで「法律問題」であること、また意思表示の解釈自体が争点になり得、意思表示の解釈は判決の正当化の一要素であることを指摘し、表示行為により表白された言語表現や身体の動静などが、そのまま「要件事実」として扱われるべきであることを主張する見解が存在する。¹²⁾

これらに対して、詳しくは以下で検討するが、相手方のない単独行為である遺言の場合、遺言書の意味を確定する狭義の解釈においては（しばしば補充的解釈など他の作業との区別が自覚されずに論じられてはいるが）、¹³⁾ 相手方の信頼の保護や取引の安全を考慮する必要がなく、もっぱら遺言者の真意を探求して解釈するべきであるとされる。¹⁴⁾

このように契約の解釈は、両当事者の主観的意思の一致が証明されない限り、法律問題となるため、比較的広い範囲において上告審裁判所の審理対象となり、契約解釈の素材として十分な事実が事実審で明らかにされてさえいれば、控

訴審に差戻すことなく上告審裁判所自身が裁判できるように思われる。これに対して遺言の解釈に当っては、もっぱら遺言者の真意を探求すべきであるとされることから、もしこの真意の探求が事実問題としての遺言者の内心の意思の解明のみを意味するとすれば、遺言の解釈における上告審の役割は契約の解釈における場合と比較して大幅に限定されようであるが、具体的には何が上告審裁判所の役割として残されるのか。また逆に、たとえば最高裁判所などが遺言の解釈について実際に行っている判断はどのような性格を持つものなのであろうか。本稿においては、遺言の解釈における上告審裁判所の役割を、主として契約の解釈におけるそれと対比しつつ検討したい。このような検討は、もちろん実務的な意味を持ちうるであろうが、それだけではなく翻って遺言の解釈という枠内でなされていることの性質を理論的に整理するためのひとつの視角ないし手がかりとなり得ればと願うものである。

2 狭義の解釈

遺言の解釈として語られる、遺言がどのような内容を持ち、どのような法的効果を与えられるかを確定する過程は、遺言書に書かれたことの意味を確定する狭義の解釈のほかに、遺言の補充的解釈や、もはや解釈とは言い難いとも思われる任意法規による遺言の補充（任意法規の適用）や遺言の修正など、法的性質を異にする多様な作業を含みうる。ここではまず、遺言者が遺言の内容として何を定めたかを解明する作業である狭義の解釈について検討したい。

(1) 真意の探求

遺言の場合、相手方がないことから「相手方の信頼を保護し取引の安全を図るといような考慮がまったく不要であ

り、解釈は常に、遺言者の真意探求にある。従つてどこまでも意思主義的であつて、表示主義的ではありえない¹⁵⁾といふことが、少なくとも基本原則としては一般に受け入れられてきたといえよう。判例も同様の立場に立ち、遺言の解釈にあつては遺言書の文言を形式的に判断するだけでなく、遺言所の全記載との関連、遺言書作成当時の事情および遺言者の置かれていた状況などの諸事情を考慮して、遺言者の真意を探求すべきであるとしている。すでに古くは大判昭和五年四月一四日¹⁶⁾や大判昭和八年一〇月三〇日¹⁷⁾もこのことを承認しているが、最高裁になつてからのものとしては、最判昭和五八年三月一八日¹⁸⁾、最判平成五年一月一九日¹⁹⁾を挙げることができるであらう。

最判昭和五八年三月一八日の事案は、次のようなものであつた。被相続人の自筆証書遺言は、特定の不動産を妻Yに遺贈するという条項とYの死亡を停止条件としてXらに当該不動産の一定割合の共有持分を遺贈するという条項を含んでいた。ところが相続の開始後Yは、被相続人から単純遺贈を受けたものとして、本件不動産につき遺贈を原因とする自己単独名義の所有権移転登記を経由したため、Xらが被相続人から遺贈を受けたことの確認とこの移転登記の抹消登記手続を求めるとともに、予備的請求原因として、遺言のうち本件不動産の遺贈に関する部分は、内容が不明確であつて、遺言者太郎の真意を把握することができないから無効であると主張して、遺言当該部分が無効であることの確認を求めた。原審は、本件遺贈は、一般に「後継ぎ遺贈」といわれる、第一次受遺者の遺贈利益が、第二次受遺者の生存中に第一次受遺者が死亡することを停止条件として第二次受遺者に移転するという特殊な遺贈であるとした上で、この種の遺贈の關係者相互間の法律關係を律する明文の規定を設けていない現行法のもとにおいては、第二次受遺者の遺贈利益については法的保護が与えられていないものと解すべきである、したがつて、Xらに対する第二次遺贈の条項は、被相続人の希望を述べたにすぎないものといふべきであり、またYに対する第一次遺贈の条項はこれとは別個独立の通常の遺贈として有効であると判示した。

これに対して最高裁は、「遺言の解釈にあたっては、遺言書の文言を形式的に判断するだけではなく、遺言者の真意を探究すべきものであり、遺言書が多数の条項からなる場合にそのうち特定の条項を解釈するにあたっては、単に遺言書の中から当該条項のみを他から切り離して抽出しその文言を形式的に解釈するだけでは十分ではなく、遺言書全体の記載との関連、遺言書作成当時の事情及び遺言者の置かれていた状況などを考慮して遺言者の真意を探究し当該条項の趣旨を確定すべきものであると解するのが相当である。」と判示した上で、原審判決について、次のように述べる。原審は、本件遺言書の中から第一次遺贈及び第二次遺贈の各条項のみを抽出して、「後継ぎ遺贈」という類型にあてはめ、本件遺贈の趣旨を前記のとおり解釈するにすぎない。ところが本件遺言書には、(1)第一次遺贈の条項の前に、被相続人が経営してきた会社の相続開始後の経営に関する条項、Yの生活保障に関する条項及びXら等に対する本件不動産以外の財産の遺贈に関する条項などが記載され、(2)第一次遺贈の条項に続いて、本件不動産は右会社の経営中は置場として必要であるから一応そのままにして、と記載されたうえ、第二次遺贈の条項が記載されていること、(3)続いて本件不動産は換金でき難いため、右会社に賃貸しその収入を第二次遺贈の条項記載の割合でXらその他が取得するものとする旨記載されていること、(4)更に、形見分けのことなどが記載されたあとに、Yが一括して遺贈を受けたことにした方が租税の負担が著しく軽くなるときには、Yが全部（又は一部）を相続したことにし、その後前記の割合で分割するといふことにしても差し支えない旨記載されている。右遺言書の記載によれば、被相続人の「真意とするところは、第一次遺贈の条項は被上告人に対する単純遺贈であつて、第二次遺贈の条項は太郎の単なる希望を述べたにすぎないと解する余地もないではないが、本件遺言書による被上告人に対する遺贈につき遺贈の目的の一部である本件不動産の所有権を上告人らに対して移転すべき債務を被上告人に負担させた負担付遺贈であると解するか、また、上告人らに対しては、被上告人死亡時に本件不動産の所有権が被上告人に存するときには、その時点において本件不動産の所有権が上告人ら

に移転するとの趣旨の遺贈であると解するか、更には、被上告人は遺贈された本件不動産の処分を禁止され実質上は本件不動産に対する使用収益権を付与されたにすぎず、上告人らに対する被上告人の死亡を不確定期限とする遺贈であると解するか、の各余地も十分にありうるのである。原審としては、本件遺言書の全記載、本件遺言書作成当時の事情などを考慮して、本件遺贈の趣旨を明らかにすべきであつたといわなければならない。」それゆえ原判決には、遺贈に関する法令の解釈適用を誤つた違法があるか、又は審理不尽の違法があるものといわざるをえず、右違法が原判決の結論に影響を及ぼすことは明らかであるとして、原判決を破棄し、上述の点について更に審理を尽くすべく、本件を原審に差し戻した。

次に最判平成五年一月一九日は、被相続人Aが、Yに遺言の執行を委嘱する旨の自筆による遺言証書を作成した後、被相続人の求めに応じて来訪したYの面前で、「一、発喪不要。二、遺産は一切の相續を排除し、三、全部を公共に寄與する。」という文言記載のある自筆遺言証書により遺言をした上、これを被上告人に託した場合において、Aと長らく絶縁状態にあつた法定相続人が遺言の有効性を争つた事案である。最高裁は次のように判断した。「遺言の解釈に当たつては、遺言書に表明されている遺言者の意思を尊重して合理的にその趣旨を解釈すべきであるが、可能な限りこれを有効となるように解釈することが右意思に沿うゆえんであり、そのためには、遺言書の文言を前提にしながらも、遺言者が遺言書作成に至つた経緯及びその置かれた状況等を考慮することも許されるものといふべきである。このような見地から考えると、本件遺言書の文言全体の趣旨及び同遺言書作成時のAの置かれた状況からすると、同人としては、自らの遺産を上告人ら法定相続人に取得させず、これをすべて公益目的のために役立てたいという意思を有していたことが明らかである。そして、本件遺言書において、あえて遺産を「公共に寄與する」として、遺産の帰属すべき主体を明示することなく、遺産が公共のために利用されるべき旨の文言を用いていることからすると、本件遺言は、右目的を

達成することのできる団体等（原判決の挙げる国・地方公共団体をその典型とし、民法三四条に基づく公益法人あるいは特別法に基づく学校法人、社会福祉法人等をも含む。）にその遺産の全部を包括遺贈する趣旨であると解するのが相当である。また、本件遺言に先立ち、本件遺言執行者指定の遺言書を作成してこれを被告人に託した上、本件遺言のために被告人に再度の来宅を求めたという前示の経緯をも併せ考慮すると、本件遺言執行者指定の遺言及びこれを前提にした本件遺言は、遺言執行者に指定した被告人に右団体等の中から受遺者として特定のを選定することをゆだねる趣旨を含むものと解するのが相当である。このように解すれば、遺言者であるAの意思に沿うことになり、受遺者の特定にも欠けることはない。

そして、前示の趣旨の本件遺言は、本件遺言執行者指定の遺言と併せれば、遺言者自身が具体的な受遺者を指定せず、その選定を遺言執行者に委託する内容を含むことになるが、遺言者にとって、このような遺言をする必要性のあることは否定できないところ、本件においては、遺産の利用目的が公益目的に限定されている上、被選定者の範囲も前記の団体等に限定され、そのいずれが受遺者として選定されても遺言者の意思と離れることはなく、したがって、選定者における選定権濫用の危険も認められないのであるから、本件遺言は、その効力を否定するいわれはないものというべきである。」そしてこれと同旨の理解に立つて遺言を有効した原審の判断を正当とし、上告を棄却した。

このように遺言の解釈に当たっては、遺言者の真意を追及するのが原則とされており、これが心理的な意味で遺言者が遺言に当たって有していた現実の意思の探求を意味する限りでは、この解釈作業はある特定の事実の確定として事実問題であることに疑いはないであろう。しかしながら遺言者の真意を探索して遺言を解釈するという点にも、遺言者の現実の意思を探索するという枠内では統一的に把握しきれない要素が含まれていることは広く指摘されてきたところである。そのうちまず区別されなければならないのは、遺言の補充的解釈の問題で、ここでは、たとえば遺言の際に前提

とされた事情が変化したが遺言者が新たな遺言や遺言の撤回をすることなく死亡した場合に、遺言者が遺言時に現実に有していた真意ではなく、仮にその事実を知れば何を欲したかという仮定的な意思が探求されることになる。補充的遺言は、問題となつてゐる事項が遺言書では規律されていない（遺言書の欠缺）ことが、遺言の狭義の解釈により確定されてはじめて問題となるから、遺言の狭義の解釈とは明確に区別され性質を異にする解釈作業であり別に扱ふことにするが、狭義の解釈とされている中にも、現実に存在した遺言者の真意の確定とは異なる要素が含まれていないか検討する必要がある。狭義の解釈の枠内でも、遺言の解釈においては、解釈にあつて一切の事情が考慮されるべきであるとされ、強行法規・公序良俗に反しない限り当事者の形成した契約内容に効力が与えられる契約の場合と違つた考慮が要求される。そのような考慮を要するものとして、つぎに方式主義からくる制約と遺言事項法定主義からくる制約について見ることにしたい。

(2) 方式主義の制約

遺言を解釈するに当たり、遺言書の文言にとらわれず、さまざまな事情を考慮して遺言者の真意を探求すべきことは学説において広く承認され、最高裁も「遺言書作成当時の事情及び遺言者の置かれていた状況などを考慮して遺言者の真意を探究し当該条項の趣旨を確定すべき」²⁰⁾であるとしていることは前述のとおりである。ただ遺言書外の資料による遺言者の真意の探求には、遺言の方式性から来る一定の制約があることが指摘されてきた。²¹⁾これは遺言書外の事情を無制限に考慮して遺言者の真意を説明することを許し、その結果に遺言としての効力を認めると、結局遺言の方式を満たしていない被相続人の相続関係に関する意思に遺言としての効果を与え、さらには解釈の名のもとに、遺言の文言とはおよそ相容れない内容を当該遺言に付与する遺言の実質的修正を裁判官に認めることにつながりかねないからであ

るとされる。

最高裁も前出の最判平成五年一月一九日で、「遺言書の文言を前提にしながらも、遺言者が遺言書作成に至った経緯及びその置かれた状況等を考慮することも許される」とし、あくまでも遺言書の文言を前提とすることが必要であると説いていたが、最判平成一三年三月一三日²³⁾において、遺言書の記載自体から遺言者の意思が合理的に解釈し得る場合には、遺言書に表れていない事情をもって、遺言の意思解釈の根拠とすることは許されないという判断を示し、このことを明確にした。

最判平成一三年三月一三日の事案は次のようなものであった。遺言により被相続人Aの有していた土地建物の共有持分の遺贈を受けたと主張する相続人X(次男)が、当該土地建物の共有者であるYら(長男の妻および子三人。長男は相続開始時点で死亡していた。)に対し、共有物分割を請求して本件訴えを提起した。Aの遺言の本文には、A所有の不動産である東京都荒川区西尾久七丁目六〇番四号を上告人に遺贈する旨の記載があった。原審は①本件遺言書作成当時、本件土地建物は、Aの自宅として用いられると共に、Yらの同族会社の事業所としても用いられ、会社の借入金を担保するために金融機関の抵当権が設定されており、本件土地建物なしに会社の経営が成り立たなかったこと、そして当該会社の実権を有するYとXの間に会社をめぐって確執があったという事情から、Aが本件土地の共有持分をXに遺贈する真意を有していたと解することはできないこと、②本件遺言書に記載された「西尾久七丁目六〇番四号」は、住居表示であり、文字どおりに解するならば、同所所在の建物と解すべきことになることを総合して、Aは本件建物の共有持分のみを遺贈したと本件遺言を解釈し、本件土地についてのXの共有物分割請求を却下した。これに対して最高裁は次のように判断した。

「遺言の意思解釈に当たっては、遺言書の記載に照らし、遺言者の真意を合理的に探究すべきところ、本件遺言書には遺贈の目的について単に「不動産」と記載されているだけであって、本件土地を遺贈の目的から明示的に排除した記載とはなっていない。一方、本件遺言書に記載された「荒川区西尾久七丁目六〇番四号」は、Aの住所であって、同人が永年居住していた自宅の所在場所を表示する住居表示である。そして、本件土地の登記簿上の所在は「荒川区西尾久七丁目」、地番は「一五八番六」であり、本件建物の登記簿上の所在は「荒川区西尾久七丁目一五八番地六」、家屋番号は「一五八番六の一」であって、いずれも本件遺言書の記載とは一致しない。以上のことは記録上明らかである。

そうすると、本件遺言書の記載は、Aの住所地にある本件土地及び本件建物を一体として、その各共有持分をXに遺贈する旨の意思を表示していたものと解するのが相当であり、これを本件建物の共有持分のみの遺贈と限定して解するのは当を得ない。原審は、上述①のように「本件遺言書作成当時の事情を判示し、これを遺言の意思解釈の根拠としているが、以上に説示したように遺言書の記載自体から遺言者の意思が合理的に解釈し得る本件においては、遺言書に表われていない」①「のような事情をもって、遺言の意思解釈の根拠とすることは許されないとわなければならない。」

本判決は、従来の最高裁や通説の立場と比較して、遺言解釈の際の遺言書外の事実の考慮に対してより厳格な立場をとったと読むことも可能ではあるが、基本的には従来学説から危惧が表明されてきた、解釈の名の下で実質的に遺言の修正が行われる危険に対し、歯止めをかけたものと解するべきであろう。

方式主義の要請からくるこのような遺言解釈の制約について本稿の主題との関係で言えば、このような限定つきの遺言者の「真意」の探求が、どのような法的性格を持つものなのかの説明が必要である。判例がこの点についてどのような法的構成をとるのかは明示されていないが、理論的には二つの理解の可能性⁽²⁶⁾があることが指摘されている。すなわち

一つは、遺言解釈そのものは、自由かつ無制限に遺言書外の事情も考慮して、遺言者の真意を探求することを認め、この自由な解釈によつて導き出された解釈結果について、方式要件を満たしているかを問題にする立場である。²⁷⁾ 二つ目は、解釈方法そのものが要式性の観点から限界付けるといふ立場である。遺言者の真意を尊重しつつ、遺言の解釈としての正当性の枠を踏み越えないためにはどのようにすべきかをめぐつて議論されてきた問題であるが、²⁸⁾ ここでは遺言解釈における上告審裁判所の役割との関係に限定して検討しよう。まず第一の立場に立ち、遺言の解釈と方式具備の要求に反しないかどうかの判断を切り離して行うといふ立場に立てば、遺言の解釈は遺言者の真意の探求に純化され、方式具備の要求に沿うかどうかといふ法的判断は解釈の枠外に括りだされることになろう。その限りで遺言の解釈は事実問題であることになろう。これに対して解釈方法そのものを要式性の観点から限界付けるといふ第二の構成をとる場合はどうであろうか。この立場に立つ見解が、遺言の要式性といふ要素を具体的にどのように遺言解釈の方法の中に組み込むかは必ずしも明確ではないが、²⁹⁾ いずれにせよ方式具備の要求に反しないかどうかといふ法的判断が遺言解釈の中に含まれることになりそうである。この判断は、原審の遺言解釈の方法の適否といふ法律問題の一環をなし、上告審においても審理の対象となりうるものといえよう。

(3) 遺言事項法定主義の制約

遺言はどのような事項についても自由に行うことができ、その効力が認められるものではなく、限定された法定あるいは解釈論上の遺言事項についてのみ法的効力を持ちうる通説である。³⁰⁾ その結果、この立場に立てば、遺言が解釈された法的な効力を生じるまでのどこかで特定の遺言事項への当てはめの問題が生じることになる。それがどこに位置づけられるかについては見解の分かれうるところであるが、その結果は遺言解釈の性質理解に影響を与えること

になろう。遺言を含む法律行為の狭義の解釈の位置づけから考えて最も整合的なのは、遺言者の意思を探索して遺言書の内容を確定したうえで、確定された内容が遺言として効力が認められる遺言事項のどれに該当するのか（法的な性質決定）、ないし遺言として法的な効力を与えることのできる内容であるかを判断するということであろう。後者の作業が広い意味で遺言の解釈に含まれると考えるか否かは解釈の定義によつて異なるであろうが、このように考える場合には、前者は事実問題、後者は法律問題と明確に切り分けられることになる。しかし現実にはそれだけでなく、遺言事項の枠組みが、解釈の中で思考枠組みとしても機能しているように見え、異なる性質の問題が十分意識されることなく混在する契機となっているようにも思われる。このことが最も典型的に現れるのが「相続させる」遺言をどう解釈するかという問題であるが、これについては別項で扱うことにしたい。

(4) 上告審裁判所の役割

上告審裁判所は、法律審であり、原審までで確定された事実に基づき裁判する（民訴三三二条）。したがって、事実問題に関しては、限られた職権調査事項を除き、自ら審理し判断することができない。

それゆえ、遺言の解釈を遺言者の真意の探求という事実問題であると考えるならば、遺言をするに当たつての遺言者の真意は何であつたかという遺言解釈の本体的部分については、上告審裁判所は判断できないことになる。前出の最高裁の昭和五八年三月一八日判決が、当該遺言には原審が行つた解釈とは異なるいくつかの解釈可能性があること指摘しつつ、原審の遺言解釈に方法上の誤りないし審理不尽の違法があるとし、さらに審理を尽くさせるべく原審に差戻したのは、この原則に忠実な判決であるといえよう。

それでは遺言の狭義の解釈に当たつて上告審には何ができるのであるか。仮に遺言者の真意の確定自体は事実問題

であり、事実審の専権に属するとしても遺言はどのような方法により解釈されるべきか、原審のつた遺言解釈の方法は正しいものなのかという判断は、まさしく法規範の内容をめぐる問題であり、法律問題として上告審における審理に適するものといえよう。遺言書の記載自体から遺言者の意思が合理的に解釈し得る場合には、遺言書に表れていない事情をもって、遺言の意思解釈の根拠とすることは許されないとする前出の最判平成一三年三月一三日は、このような遺言解釈の方法をめぐる判断を下した適例であろう。

しかしながら一見明確に見えるこの点についても、仔細に検討すると疑問が残らないわけではない。再度最判昭和五八年三月一八日を検討してみよう。この判決において最高裁は、多数の条項からなる遺言のうちの特定の条項を解釈するに当っては、単に遺言書の中から当該条項のみを他から切り離して抽出しその文言を形式的に解釈するだけでは十分ではなく、遺言書の全記載との関連、遺言書作成当時の事情及び遺言者の置かれていた状況などを考慮して遺言者の真意を探究し当該条項の趣旨を確定すべきものであると解するのが相当であるにもかかわらず、原審は、本件遺言書の中から第一次遺贈及び第二次遺贈の各条項のみを抽出して、「後継ぎ遺贈」という類型にあてはめ、本件遺贈の趣旨を前記のとおり解釈するにすぎないと、原審の遺言解釈の方法上の誤りを指摘する。そしてこの遺言解釈の方法の誤り（ないし審理不尽）の存在とそれが判決に影響を及ぼすことが明らかであることを示すために、原審の解釈とは異なる解釈可能性が複数存在することを摘示する。それではこれらの遺言の解釈可能性は、どのような判断過程を経て導き出されたのであろうか。遺言の解釈が原則として遺言者の真意を探求する作業であるとすると、遺言の解釈としてどのような可能性があるかを示すことも、最終的な結論にまでは達さないにしても、その作業の内実において真意の探求という性格を持たざるを得ないのではないか。さらに言うと、本件遺言書の中から第一次遺贈及び第二次遺贈の各条項のみを抽出して「後継ぎ遺贈」という類型にあてはめているという、原審の遺言解釈の方法の誤りの認定自体についても、

実是一種の論点の先取りがあり、単に原審が二つの遺言条項をからある解釈を導き出す際に他の遺言条項が論証過程に現れていないということだけでなく、他の遺言条項も考慮に入れることにより導き出される正しい遺言の解釈の存在(41)あるいは少なくとも他の解釈の可能性の存在が前提とされているように思われる。このことは原審の解釈が「正しい」ものであれば、たとえそれが遺言中の二条項にのみ基くものであっても、上告審により誤った解釈方法によるものとはされないであろうことから導けよう。

次に目を最判平成五年一月一九日に転じると、本稿のテーマとの関係では、この判決は大いに問題をはらんでいるように思われる。この判決は「以上と同旨の理解に立ち、本件遺言を有効であるとした原審の判断は、正当として是認することができ、原判決に所論の違法は認められない」として上告を棄却し原審判決を維持したものであるが、判決理由中で自ら遺言の解釈を行い原審の解釈を検証しているからである。

さらに最判平成一三年三月一三日は、すでに見た通り、遺言解釈の方法の誤りを指摘して原審判決を破棄し差戻しているが、その差戻しは遺言解釈に関してではなく、このような遺言解釈の誤りゆえに「原判決中上告人の本件土地の共有物分割請求を却下した部分は破棄を免れない。そして、本件土地の分割方法につき審理を尽くさせる必要があるから、同部分を原審に差し戻す」というものである。そして遺言の解釈については、遺言書の記載、本件建物の住居表示、土地の登記簿上の所在、建物の登記簿上の所在、家屋番号といった訴訟記録上明らかな資料に照らして、「本件遺言書の記載は、Aの住所地にある本件土地及び本件建物を一体として、その各共有持分をXに遺贈する旨の意思を表示している」と解するのが相当であり、これを本件建物の共有持分のみを遺贈と限定して解するのは当を得ない。」と自判している。

仮に遺言者の「真意」の探求が事実問題であったとして、原審までの訴訟記録から遺言の解釈のために考慮すること

が必要な事実が明らかであれば、上告審裁判所は法律審であるにもかかわらず、自ら遺言者の「真意」を説明して遺言の解釈をすることができるのであろうか。このような場合、上告審手続が証拠調べをはじめとする事実確定の手段を欠いていることから来る制約はないかもしれない³²⁾。しかし民事訴訟法三二一条一項は「原判決において適法に確定した事実は、上告裁判所を拘束する」と定め、上告審が法律審であることを宣言している。「原判決において適法に確定されなかつた事実」には、上告審は拘束されないが、それは原審判決を破棄できるに留まり、自ら事実問題について判断することを許すものではないと思われる。

それではこれらの判決で、最高裁は何を行っているのであろうか、そして最高裁判所が行った遺言の内容の確定のうちどの部分が法律問題といえるのであろうか。最高裁は、「遺言者の真意を合理的に探究すべき」(平成一三年判決)あるいは「遺言書に表明されている遺言者の意思を尊重して合理的にその趣旨を解釈すべき」(平成五年判決)であるとす。「遺言者の真意」が遺言者の現実の意思をさすのならば、「合理的に」探求するとは合理的な判断基準に従って真意を説明すべきことをさすと考えられ、法律問題にはならないものと思われる。ただ最判平成一三年三月一三日は、遺言の補充的解釈の事例であり、補充的解釈をどのような法的性格を持つものと理解すべきかについては別途検討が必要である。最高裁判所が遺言の解釈と契約の解釈の違いを自覚せず、遺言の解釈を行ったという可能性もあるが、「合理的に」という言葉の内実も含めいっそう検討が必要であるように思われる。

さらに法律問題であっても、それが上告審裁判所で判断されるためには、上告が認められることが必要となる。上告審は法律審であるから上告理由は法令違反に限られるが、高等裁判所が上告裁判所である場合には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違背が一般的上告理由となるのに対し(民訴三二二条三項)、最高裁判所への上告の場合、一定の事由が絶対的上告理由となる(民訴三二二条二項)(形式的な手続違反が多いが、契約・遺言の解釈に関しては六号

の理由不備・理由齟齬が重要であろう)のほかは、一般的上告理由は憲法解釈の誤りその他の憲法違反に限定され(民訴三一二条一項)、それ以外の法令違背の場合には上告受理申立権のみが認められる。その場合、判例違背その他法令の解釈に関する重要な事項を含むと認められ、最高裁による受理決定があつて初めて上告審での審理が行われることになる(民訴三一八条)。もつとも上告理由および上告理由とみなされる上告受理申立理由(民訴三一八条四項)とされなかつた事項についても、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違背があることが分かつた場合には、原審の判決を破棄し、自判あるいは差戻しなどすることができるとされている(いわゆる特別破棄)(民訴三三五条二項)。

したがつて遺言の解釈のうち事実問題である部分については、上告審裁判所で審理される余地はなく、法律問題である部分については、その不適法性が上告理由(民訴三一八条四項によりそうみなされるものも含む)とされた場合のほか、他の上告理由による上告審の裁判の中で、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違背があることが明らかになつた場合に、審理の対象とされることにならう。

なお事実問題と法律問題の区別の意義については、証拠による証明が可能なし必要な命題の範囲を確定するという側面においては、存在と当為の区別に対応するものであり、その性質上いわば法外的に決定されるのに対して、具体的事件における特定の争点が上告理由となりうる資格(上告適格性)としての側面においては、「法律」ないし「憲法」という民事訴訟法の規定の文言の解釈の問題であり、事実問題と法律問題の区別から直接当然に帰結が導かれるわけではなく、基本的には上告制度をいかに構築すべきかという観点から、法内在的に決せられるべき問題であるという指摘がなされている。⁽³³⁾そして、この見解はさらに、契約の解釈についてであるが、解釈による契約の法律効果の確定は、一般的な法規範への包摂という思考形式をとらないため、上告制度の目的を法の解釈ないし判例の統一のみに求めるときには、契約解釈の上告適格性を否定するのが一貫していると指摘する。⁽³⁴⁾上告制度の存在意義については、見解の分かれ

るところであるが、平成一〇年施行の新民事訴訟法による裁量上告制度の導入で、法の解釈ないし判例の統一のための制度としての性格を強めたことは否めないであろう。しかし同時に導入された特別破棄制度（民訴三二五条二項）は、法の解釈ないし判例の統一という観点からは上告理由として認める必要がないと判断された法律問題についても、上告審の誤判発見による権利保護という目的を追求しようとするものであり、たとえこのような厳格な立場に立ったとしてもこの枠内においてはなお遺言の解釈が（そして契約の解釈もまた）、それが法律問題である限りにおいて、上告審での審理の対象となりうることになろう。そしてすでに見たように遺言の解釈に関する法律問題の典型は遺言解釈の方法の問題であるが、争われているのが解釈の方法それ自体であるような事例では、まさに法の解釈ないし判例の統一が問題となっているのであり、上告制度の意義・守備範囲を厳格に限定する立場に立つ場合にもその射程に入るであろうことに注意が必要であろう。⁽³⁶⁾

3 「相続させる」遺言

特定の遺産を特定の相続人に相続させるなどと定めた遺言（いわゆる「相続させる」旨の遺言）は、公証人実務から始まって今日では自筆証書遺言を含め広く使われるようになって⁽³⁷⁾いるが、その性質をめぐる活発な議論がされてきたところであり、遺言者の意思の尊重の要請と遺言事項法定主義との緊張関係が最も先鋭に現れている。学説は、遺産分割方法指定説、遺贈説、遺産分割処分説、遺産分割効果説などに分けるとされる⁽³⁸⁾が、後二者の関心は主としてある相続人に相続させるものとされた財産を遺産分割協議を経ることなくその者に帰属させるための理論構成にあるため、ここでは、「相続させる」遺言は原則として遺産分割方法指定であるとする説、遺贈であるとする説を検討する。

本来ある法律行為が、たとえば売買であり贈与であるといった法的性質決定の問題は、法律行為の解釈により、契約であれば当事者の合意内容が確定された後で、当事者が定めを置かなかつた問題に付いてどの任意法規を適用すべきか、またある強行法規により当事者の合意などが廃除されるかを明らかにするために行われるものであり、典型的な法律問題である。それでは「相続させる」遺言の場合はどうか。

いわゆる遺産分割方法指定説は、遺言者の真意を探索して遺言者が実現しようとしている結果が何かを探索すべきであるとする。そして相続すべきとされた財産の価値が法定相続分に達しないが他の財産もあわせて法定相続分だけの相続をさせる趣旨である場合には遺産分割方法の指定であり、相続すべきとされた財産の価値が法定相続分を超える場合と法定相続分に達しないがそれで満足せよという趣旨の場合には、遺産分割方法の指定と相続分の指定の両方があったと見るべきであるとする。⁽³⁹⁾ このように遺産分割方法指定説の場合、「相続させる」遺言が遺産分割方法の指定であるという評価は、遺言者の真意の探求による遺言解釈の結果として抽出された遺言による相続規範の法的性質決定という性格をもっている。

これに対して、いわゆる遺贈説は、民法典の条文構造といくつかの解釈上の長所を根拠に、民法は遺言による財産処分を遺贈として扱うという立場をとるものと考え、遺言の定めは法律が認める遺言事項のいずれかに該当しなければ効力がない以上、遺言の文面に「相続させる」と書かれていても、遺言による財産処分の意思表示と解釈できれば、遺贈としてのみ効力を認めるべきであるとする。この説の論者は、遺言の解釈基準としては何よりも実定法規とりわけ民法の準則が尊重されるべきであるという立場をとることもこのような帰結につながる⁽⁴⁰⁾。このように実定法規を尊重した解釈が主張されるとき、実定法規との調和や遺言事項該当性の判断が遺言解釈の中に組み込まれているように思われるが、本稿の問題関心からは、その内実・法的性格は何かが問題となろう。

最高裁は平成三年四月一九日判決^①で、「相続させる」遺言について判断し、以下のように判示した。「被相続人の遺産の承継関係に関する遺言については、遺言書において表明されている遺言者の意思を尊重して合理的にその趣旨を解釈すべきものであるところ、遺言者は、各相続人との関係にあつては、その者と各相続人との身分関係及び生活関係、各相続人の現在及び将来の生活状況及び資力その他の経済関係、特定の不動産その他の遺産についての特定の相続人のかわりあいの関係等各般の事情を配慮して遺言をするのであるから、遺言書において特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」趣旨の遺言者の意思が表明されている場合、当該相続人も当該遺産を他の共同相続人と共にではあるが当然相続する地位にあることにかんがみれば、遺言者の意思は、右の各般の事情を配慮して、当該遺産を当該相続人をして、他の共同相続人と共にではなくして、単独で相続させようとする趣旨のものと解するのが当然の合理的な意思解釈といふべきであり、遺言書の記載から、その趣旨が遺贈であることが明らかであるか又は遺贈と解すべき特段の事情がない限り、遺贈と解すべきではない。そして、右の「相続させる」趣旨の遺言、すなわち、特定の遺産を特定の相続人に単独で相続により承継させようとする遺言は、前記の各般の事情を配慮しての被相続人の意思として当然あり得る合理的な遺産の分割の方法を定めるものであつて、民法九〇八条において被相続人が遺言で遺産の分割の方法を定めることができるとしているのも、遺産の分割の方法として、このような特定の遺産を特定の相続人に単独で相続により承継させることをも遺言で定めることを可能にするために外ならない。したがつて、右の「相続させる」趣旨の遺言は、正に同条にいう遺産の分割の方法を定めた遺言であり、他の共同相続人も右の遺言に拘束され、これと異なる遺産分割の協議、さらには審判もなし得ないのであるから、このような遺言にあつては、遺言者の意思に合致するものとして、遺産の一部である当該遺産を当該相続人に帰属させる遺産の一部の分割がなされたのと同様の遺産の承継関係を生ぜしめる」原審の適法に確定した事実関係の下では前記特段の事情はないといふべきであり、被上告人が前記各土地の所有権ないし

共有持分を相続により取得したとした原判決の判断は、結論において正当として是認することができる。」

この判決を見ると、遺言者の意思は、当該遺産を単独で相続させようとする趣旨のものとして解するのが当然の合理的な意思解釈といふべきであり、遺言書の記載から、その趣旨が遺贈であることが明らかであるか又は遺贈と解すべき特段の事情がない限り、遺贈と解すべきではないとした上で、原審の適法に確定した事実関係の下では前記特段の事情はないからこれと同様の解釈をした原審の判断は正当であるとする判断構造をとっている。すなわち最高裁は、本判決では、直接遺言者の意思を探求するのではなく、一種の経験則ないし意思の推定ルールを示して、原審の遺言解釈のそれへの適合性を判断するという構造を取っているように思われる。これは「相続させる」遺言という、定型ではあるが個別の遺言の文言について、一種の解釈方法を示したものと言え、法律審裁判所が遺言の解釈について事実問題に踏み込むことなく示すことのできる法的判断の限界をなすものであるように思える。⁴²

4 おわりに

本稿を終わるにあたり、ここまでの考察を繰り返すことはしない。ただ事実問題と法律問題の境界においては、両者を明確に切り離し、峻別し得ない場合があるにせよ、遺言解釈における両者の関係を説明することは実務的にも必要であるように思われるだけでなく、解釈の過程における規範的な判断の存在が露わになっている契約の解釈と比較して、解釈の過程を遺言者の真意というべールに覆われた遺言の解釈においてはとりわけ、解釈の実践においてであれ、解釈の方法に関する理論的な提言においてであれ、そこで何が行われ、あるいは主張されているかを、再度検討し、理論的に位置づける仕事が残されているのではないかと感じたことを述べておきたい。

本稿は、最高裁判所平成一三年三月一三日判決に触発されたものであるが、不慣れな領域を手探りしながら論じたものであり、思わぬ過誤も多いと思う。また疑問を抱き、問題を提起するだけにとどまり、解決を示していない点も多い。読者のご指摘とご海容を願う次第である。

- (1) 契約の解釈について、かつては客観説が通説であった。すなわち意思表示は個々の事例の具体的な事情に即してその表示がどのような客観の意味を有するかを基準として解釈されるべきである、すなわち表示が当該具体的事情の下で有していた社会的意味が基準となり、意思表示者やその受領者の現実の認識や意思は考慮されないという意味で客観的に解釈されるべきであるとされたのである。代表的なものとして、我妻栄・新訂民法総則二四九頁以下、川島武宣・民法総則（昭和四〇年）二四九頁以下。
- (2) この原則については、たとえば鹿野菜穂子「契約の解釈における当事者の意思の探究——当事者の合致した意思——」（昭和六三年）九大法学五六号一三六頁以下が詳しく論じている。ただしこの原則を一般的な形で承認することに反対する見解も存在する。滝沢昌彦「表示の意味の帰責について——意思表示の解釈方法に関する一考察——」（平成元年）一橋大学法学研究一九卷三〇五頁以下は、この命題は諸般の事情から両当事者が相手方の真意を認識すべき場合にかぎって認められるとする。
- (3) 内池慶四郎「無意識的不合意と錯誤との関係について——意思表示の解釈の原理をめぐり——」（昭和四〇年）法学研究（慶大）三八巻一号三〇頁、磯村・「ドイツにおける法律行為解釈論について——信頼責任論への序章的考察——」（四・完）神戸法学二八巻四号七三〇頁以下、曾田厚「現代契約理論における意思主義」現代契約法大系二巻八頁以下、須田晟雄「意思表示の解釈と錯誤との関係について」法学研究（北海学園）一九卷三号三八六頁、滝沢・前掲論文二八六頁など。
- (4) 磯村・前掲論文（四・完）七一九頁、内池・前掲論文二九頁、石田穰・前掲書一五八頁。
- (5) 石田・前掲書一五九頁。
- (6) 磯村・前掲論文七〇六頁、須田・前掲論文三九八頁。
- (7) 中松・前掲論文三〇頁。
- (8) 曾田・前掲論文一二頁。

- (9) 滝沢・前掲論文二九三頁以下。
- (10) 佐久間毅・代理取引の保護法理(平成一三年)一一〇頁以下。
- (11) 唾道文藝「法律行為の解釈(民法第九十二条)」京都法学会雑誌一〇卷大札記念号九頁以下。
- (12) 山本克巳「契約の審理における事実問題と法律問題の区別についての一考察」民訴雑誌四一号(平成七年)二五頁以下。山本論文は、わが国の裁判実務において、たとえば「承諾する旨の意思表示をした」といったすでに一定の評価を経た命題が、当事者が主張すべき事実であり、また判決において事実欄に摘示されるべき事実である「要件事実」として扱われ、さらに「一定の構成要件に該当するか否か」という典型的法律問題である契約典型該当性の判断についても、たとえば「売買契約が締結されたこと」があたかも事実問題であるかのごとく判決中に事実として摘示され、「要件事実」として扱われることを疑問とする。
- (13) このことの問題性を指摘し、遺言の補充的解釈を理論的に分析したものととして、浦野由紀子「遺言の補充的解釈——ドイツにおける遺言完成後の事情変更と遺言の効力をめぐる議論を中心として——(一・二・完)」民商法雑誌一一五卷一—二頁以下、一三〇五〇頁以下がある。
- (14) たとえば中川善之助・加藤永一・新版注釈民法(28)補訂版平成(四年)§360Ⅱ(加藤永一)五〇頁は、抽象的にはこの点に関して異論を挟む余地はなく、古くから判例によって認められ、学説にも異論がないとする。また最近の論考としては、野村豊弘「遺言意思の解釈」野村豊弘・床谷文雄編・遺言自由の原則と遺言の解釈所収(平成二〇年)一四頁以下も参照。もともと野村は遺言の解釈の特殊性を強調するよりは、その特殊性に着目しながらも、法律行為の解釈に関する議論が遺言にも妥当するとする。
- (15) 中川善之助・泉久雄・相続法(第四版・平成二二年)四八三頁。
- (16) 法律学説判例評論全集一九卷民六七二頁。大審院は、「証書ノ解釈ヲ為スニハ之ニ使用セラレタル文字ニ拘泥セスシテ其ノ作成ニ関与シタル者ノ真意ヲ探求シテ之ヲ為スヘキモノナルコトハ解釈上ノ原則ニシテ特ニ遺言書ハ遺言者ニ於テ近キ将来ニ於ケル死亡ヲ予想シ若シタハ死期ノ且タニ迫レルニ際シテ之ヲ為スモノニシテ普通ノ証書ト異ナル所アルヲ以テ最モ此ノ点ニ留意シテ解釈スヘキモノトス」と判示している。
- (17) 法律新報三四六号一四頁。
- (18) 家月三六卷三号一四三頁、判時一〇七五号一一五頁、判タ四九六号八〇頁。
- (19) 民集四七卷一—一頁。
- (20) 最判昭和五八年三月一八日家月三六卷三号一四三頁。

- (21) たとえば中川善之助・泉久雄・前掲書四八三頁は、「解釈は常に、遺言者の真意探求にある。従ってどこまでも意思主義的であって、表示主義的ではありえない。」としつつ「ただ方式厳守の要請には勝てないものといわねばならない」とする。このことをおそらく最も強く強調するのは、伊藤昌司・相統法(平成一四年)八五頁以下で、遺言書の文字が何を意味するのかは、遺言者の生前の生活状況に照らして解釈する必要のあることを認めつつも、解釈の作業はあくまでも文面を補足するものであることを強調し、「解釈の対象は、もはや法主体ではない死者の意思なのであり、厳密には、民法の定める方式に即して表示された確定可能な意思のみが生者の世界で尊重されるに値する。そうでないものは、生者の世界をいたずらに乱さないように、死者とともに埋められても仕方がない」とする。
- (22) この点を指摘するのは、浦野由紀子「遺言の解釈」久貴忠彦編・遺言と遺留分・第一巻遺言(平成一三年)二二四頁。
- (23) 判時一七四五号八八頁。
- (24) 遺言の解釈は、遺言書の枠内でのみなされるのが原則であり、遺言書外の事情の考慮は、遺言書からはいかなる合理的な意味も導き出せない場合に例外的に認められるに過ぎないと解せば、従来の判例・通説と比較して相当制限的な立場をとった判決であることになろうが、裁判所自身のこの判決の取り扱い(裁判集民事搭載)からもそこまでのことを言うものではないといえようか。なお検討を要する点である。
- (25) 最判平成一三年三月一三日以前のものであるが、下級審を含む裁判例を分析した、浦野・前掲論文二二五頁以下は、裁判においてどのような理論構造がとられているのかは不明瞭であり、判断しかねるとしつつ、意識的にかどうかはともかく、後述する解釈過程と方式要件の充足の判断を切り離す立場をとるものが多いのではないかとしている。
- (26) 浦野由紀子「遺言の解釈」久貴忠彦編・遺言と遺留分・第一巻遺言(平成一三年)二二四頁。
- (27) この方式要件の充足の基準を、浦野論文は「解釈結果の手がかりが遺言中に存在するといえるか」に求める。浦野・前掲論文二二九頁。
- (28) 議論の状況については、中川・加藤編・新版注釈民法(28)(平成六年)五一頁以下、浦野・前掲論文二二八頁以下を参照。
- (29) 浦野・前掲論文二二〇頁以下。
- (30) 中川・泉・前掲書四九一頁以下、中川・加藤編・新版注釈民法(28)(平成六年)四七頁以下、加藤永一・遺言の判例と法理(平成二年)一四一頁以下、伊藤・前掲書八一頁以下など。
- (31) ここでいう「正しい遺言解釈」が、正しい遺言解釈の方法による解釈に純化できるのか、あるいはより実質的な評価を含まざるを得ないものなのか、後者であるとするところで行われる作業の法的性質はどのようなものであるのかは、興味深い問題であり、今後の説明を要する。
- (32) しかし原審までの訴訟記録から遺言の解釈のために考慮することが必要な事実がすべて明らかになっていることを、法律審が訴訟記録か

らのみ明らかにできるかは大いに疑問であらう。

(33) 山本克巳「契約の審理における事実問題と法律問題の区別についての一考察」民訴雑誌四一号（平成七年）二六頁以下。正当な指摘であると思う。なおここで前提されているのは、旧民事訴訟法の三九四条であることに注意が必要である。

(34) 山本・前掲論文・二七頁以下。

(35) そもそも当事者により上告理由・上告受理理由として挙げられなかった事項については、特別破棄は法令解釈の統一という目的をも追求することになる。

(36) 山本・前掲論文・三〇頁以下もこの点を留保する。

(37) 伊藤昌司・相統法（平成一四年）一一九頁。

(38) 北野俊光「相統させる」旨の遺言」久貴忠彦編・遺言と遺留分・第一巻遺言（平成一三年）一三五頁以下。

(39) 中川善之助・泉久雄・相統法（第四版・平成一二年）二五三頁、加藤永一・遺言の判例と法理（平成二年）一四四頁以下。ただし「相統させる」遺言を遺贈と見る可能性にを、原則的に不当であるとするか（中川・泉）、遺言者の意思解釈の結果認められうるとするか（加藤・一四五頁）の点では見解が異なる。

(40) 伊藤・前掲書八五頁。

(41) 民集四五卷四号四七七頁、判時一三八四号二四頁、判タ七五六号一〇七頁。

(42) もっとも遺言者の現実の意思の確定や遺言者の現実の意思のあり方に関する経験則などが、「相統させる」旨の遺言をめぐる議論の中心的な関心事ではなかったことは周知の通りである。そこで論じられてきたことは、遺言の解釈とは遺言者の真意の探求であるという前提を維持するならば、遺言者の真意の確定を前提として、被相続人の意思をそのまま認めてもよいか、認めるとしてその実現はどのような相統法上の枠組みによるか、遺言者の意図するところが相統法上認め得ない場合どう処理すべきかの問題であると位置づけられるべき様に思われる（このことは常に意識的に議論されてきたわけではないが、近時の論考でこの観点を明示するものとして、吉田克巳「相統させる」旨の遺言再考」野村豊弘・床谷文雄編・遺言自由の原則と遺言の解釈所収（平成二〇年）三五頁参照）。これらは明らかに法律問題に属し、上告審裁判所の判断の対象となりうることは言うをまたない。なお、最高裁の判断が、実質的にも経験則ないし意思推定によるものであるか否か、そうであるとして、その経験則自体が妥当なものであるかは、大きな問題であるが、本稿では考察の対象としない。