

遺言の撤回再論

— 判例批評に見られた学説の比較をかねて —

右 近 潤 一

一 はじめに

民法制定後近年に至るまで、「撤回」とは講学上の概念であった。ところが、平成一六年（二〇〇四年）の民法改正の際に民法典の中にも登場するに至った。¹

民法典には様々な取消しが規定されているところ、その中でも「撤回」として分類できるものがあると旧来から指摘され、「撤回」概念は、講学上古くから用いられていた。しかし、書面によらない贈与の取消し、無権代理行為の相手方の取消しや夫婦間契約の取消しなどが撤回かどうか必ずしも一致した見解があつたわけではなかつた。総則編の取消しとは違うと言われているが、取消しには様々なものがあり、撤回を分離したところで、民法中の取消しが、取消しに関する総則規定の適用がある取消しに純化されるわけではない。さらに、撤回の効果についても、後述の通り、

不明確なままである。

そのような状況の下で、撤回概念が明定されたということは、単に総則編に規定された取消しではない、という消極的な意味だけではなく、平成の立法者により、より積極的に一群としての、つまり一つ概念としての役割が与えられたと見ることができる。

本稿は、その撤回概念を探る一過程であって、遺言の撤回について、その効果の側面に注目するものである。考察の対象とする遺言の撤回も、従来は取消しと規定され、講学上「撤回」に分類されていたところ、このたび条文中も撤回と規定されるに至ったものの一つである。本稿では、起草者の意図を探りながら、撤回の効果についてその一部を明らかにし、その視点から遺言の撤回の撤回について考察しようと試みるものである。

撤回の撤回に関する議論は、民法改正前の平成九年の最高裁判決により巻き起こったものである。右判決は、甲遺言を乙遺言において撤回し、さらに丙遺言で乙遺言を撤回したことによる、甲遺言の復活の可否が問題となった事件に関するものである。民法が一〇二五条において非復活説を採るところ、解釈によって復活を認めることができるか、が論点である。判決から約一〇年が経過し、学会においても賛否両論が唱えられている。

なお、遺言の撤回には、遺言の方式でする撤回の外、原遺言と抵触する遺言又は生前行為による撤回及び遺言書又は遺贈の目的物の破棄による撤回があるが、本稿では、遺言の方式でする撤回のみを扱う。能力の問題もさることながら、民法の定める撤回を探ることとし、遺言の方式でする撤回以外の撤回は、法律上撤回とみなされているだけで、民法の考える原形ではないはずだ、ということから出発したい。

二 遺言の撤回それ自体に対する考察

1 起草者の考えていた遺言の取消し

まず、民法制定時に一〇二二条の遺言の取消しがどのようなものとして捉えられていたのかを探ることとする。法典調査会に出された草案一一三二条の文案は、現在のものとあまり変わららず、「遺言者ハ遺言ノ方式ニ従ヒ何時ニテモ其遺言ノ全部又ハ一部ヲ取消スコトヲ得」というものであった。^③

(1) 遺言取消しの独立性と要式性

起草担当の穂積陳重博士は、法典調査会において、同条の解説に当たり、冒頭、「遺言ノ取消ハ第一ニ独立ノ法律行為デアリマシテ遺言デハナイノデアリマス」と明言している。そして、その取消しを要式行為とするのが本条の目的であるとする。要式行為とする理由は、取消しが効果を生じるだけの証明がなければ、前の法律行為の取消しを認めるのは不適當だからだという。^④

この要式性について、梅博士は、遺言という鄭重な方式による行為が全く方式によらない行為によって効力を喪失するのはおかしいこと、また遺言者を取り消したのかどうかについて争いを生じさせないために、同じ目的から要式行為とした遺言自体の方式を用いることとしたと記している。^⑤

要式性に関する穂積博士の法典調査会での説明は、梅博士の后者の理由とあわせて読むとわかりやすい。遺言者が前遺言を取り消したかどうかについて、争いが生じた場合に、文面には出てこないが、その争いは遺言者の死後に生じる

ため、遺言者の意思表示の証拠として、遺言という方式に従い、意思表示を書面に化体したものが存在することにより、その争いを解決することができるように、ということであろう。

(2) 遺言取消しの効果

遺言取消しの効果については、草案一一三二条の説明からは全く分らないが、草案一一三五条の説明でいくらかは明らかとなる。同条は、「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」と規定し、いわゆる非復活主義を採用している。なお、この時点では、詐欺・強迫に関する但書はなかった。

穂積陳重博士は、各国の立法例には復活主義もあることを説明しながら、復活主義は不都合であるとして、次のような理由を挙げている。すなわち、「遺言ノ取消ト云フモノハ一ツノ独立行為デアツテ直チニ効力ヲ生ズルモノデアルカラ独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ソウシテ又取消スト云フトキハ又ソレガ復活スト云フトコトハ理論ガ十分ニ貫徹シナイ」と。^⑥^⑦

ここから二つの性質が読み取れる。まずは、効力発生時期であり、取消しの効果は取消し意思表示により「直ちに」生じると考えている。^⑧この考え方は、取消しが遺言ではないという要式性についてされた説明とも整合的である。もう一つは、取消しの遡及効である。しかし、説明では、「本案の原則」が根拠とされている。その意味は、その後明らかとなる。同条に関する質疑の中で、取消しを取り消したら原遺言が復活するのがスジではないか、という質問に対し、穂積博士は、「総則ノ百二十一条ニ『取消シタ行為ハ初メヨリ無効ナリシ者ト看做ス』ト云フ斯ウ云フ総則ガアル。取消シ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ノ殺シタ奴ヲ又殺スノダカラ皆無クナルト云フノガ

本則「アウトオブ」と答えているのである。^⑧

遺言でないために取消しの効力は、遺言者の死を待たずに意思表示の時点で直ちに生じ、その効果として、民法総則の取消しに関する規定が適用され、取り消された遺言が^⑨遡及的に消滅すると考えられていたのである。

2 取消しから撤回へ

(1) 初期の学説

民法典制定より間もなく、遺言の取消しは、総則で定められる詐欺・強迫による意思表示の取消しなどという本来の「取消し」ではなく、「撤回」とでもいつてそれとは区別すべきであることが指摘されるようになる。^⑩

穂積重遠博士によれば、法律行為の取消しには、既に一旦有効に発生した法律行為の効力を消滅させるものと、将来において効力を生ずべき法律行為について、その効力の発生を妨げるものがあり、後者を撤回として区別すべき旨を説く。そして、遺言取消しは撤回であるとし、その特徴として次の三点を挙げる。^⑪

1. 取消原因が不要であり、また原因の提示を要しないこと。
2. 遺言者自身のみが取消権を行使できること。
3. 一部の取消しが可能であること。

そして、「取消ノ無制限絶対的ナル可能ガ遺言其モノノ要素デアル」としている。^⑫ 通常^⑬の取消しでは、取消権が時効にかかったり、取消権の放棄が追認の形で可能であること、撤回と言われている申込みや懸賞広告の取消しでも、期間

制限があり、取消権を放棄し得ることから、取消しが行為そのものの要素ではない、としている。

この理解を前提として、その後も遺言の取消しは、総則編の取消しとは異なるとの理解に基づき、平成一六年の民法改正に至るまで、「遺言の撤回」が語られた。¹³⁾

(2) 民法中の「撤回」規定理由

前述の通り、平成一六年の民法改正により、取消しと定められていたもののうちいくつか「撤回」と変更され、民法の条文中に撤回が登場することになった。遺言の撤回に特化した解説はないが、撤回に関する全体的な説明では、「法律行為の効力がいまだ発生していないものにつき、行為者自身がそれを欲しないことを理由として、その法律行為がなかったものとする行為」について取消しと定めていたものを「撤回」に改めた¹⁴⁾とか、法律効果の発生していない行為をやめる場合は「撤回」を用いるのが正しく、取消しは、本来、既に発生した法律効果を取り消す意味である、¹⁵⁾などとされている。

両説明では、撤回可能な期間について、説明の仕方が法律行為の「効力」未発生の間か、「効果」未発生の間か、という点で異なっている。ただし、法律行為の効力が発生した結果効果が生じると考えれば違いはないといえよう。

しかし、前者の説明では、行為者自身が「欲しなかった」ことが挙げられており、おそらくはここには穂積重遠博士の挙げる、撤回に理由が要らないこと、すなわち行為者の単なる翻意で撤回が可能であることが含意されているが、後者にはない。さらに、撤回の効力については、「法律行為がなかったものとする」「行為をやめる」というのが一体どういうことなのか、前者は特に遡及効を感じなくもないが、おそらくは通常あまり問題ではないためであろうが、明らかではない。

いずれの説明も、撤回が法律行為の効力が未だ発生していない場合に行使するものであるという点では一致をし、少なくとも穂積重遠博士の考えを承継していることができる。民法上の撤回も、法律行為の効力が生じた後の取消し、すなわち、制限行為能力や詐欺・強迫を原因とする民法総則に定められた取消しと区別するために登場した概念だということになる。

(3) 撤回の遡及効

起草者は、遺言の取消しについて、民法総則の取消しの効果に関する二二一条の規定の適用があると考えていた訳であるが、以上のように、総則の取消しと撤回とを区別した結果、二二一条の取消しの効果が撤回には及ばなくなってしまう。

学説は、撤回の効果をその後一体どのように理解しているのであろうか。平成の改正にかかる解説では、十分な叙述はなかった。撤回の撤回による遺言の復活を考えるに際し、撤回という側面から見るときは、遺言の効力がどのように奪われるのかは、抑えておくべきであろう。

穂積重遠博士は、「遺言者が死亡シテモ其遺言ヲシテ効力ヲ生ゼシメヌノデアル。即チ既ニ生ジタ法律行為ノ効果ヲ消滅セシメルノデハナクシテ、法律行為ノ効力ノ発生ヲ未発ニ妨止スルノデアル。」と述べている。¹⁶⁾ 遡及効については、明言されていないが、法律行為の効力発生を妨げるといふことは、遡及的消滅を考えていないということではないだろうか。法律行為としての効力が生じていない以上、遡及的消滅は考える必要がないということかもしれない。

これに対して、撤回は将来に向かって効力を生じる、と明確に撤回の遡及効を否定する見解がある。¹⁷⁾ この見解に従うならば、撤回されるまでは遺言が存在し、遺言者が死亡すれば効力を生じるという潜在的効力をその遺言が有していた

ことは、撤回後も変わらない。

他方、遺言取消（撤回）の効力は、前遺言の効力の発生を阻止するための行為であるから、遺言が取り消（撤回）されたときは、その遺言は初めから存在しないものと同一になる、として、法律行為の存在にまで言及するものもある。¹⁸⁾

確かに、撤回により遺言が効力を生じない以上は、遺言が存在しないのと同じだといえそうではあるが、わざわざ「初めから」とする点で、遡及的消滅が念頭にあるように読める。

近時、違った視点からの指摘がある。現行の民法典が長らく「取消し」として定めていたものは、旧民法では銷除と廢罷とに区別され、遺言の取消しは、廢罷として定められていた。その廢罷の効果は、解除条件成就の効果として旧民法財産編四〇九条二項が「当事者ヲシテ合意前ノ各自ノ地位ニ復セシム」と定める、まさにそれである、と。この効果こそが廢罷の効果であつて、「『解除』の原状回復義務とは似て非なるもの」だ¹⁹⁾という。

原状回復義務ではないとすれば、廢罷による法律行為の遡及的消滅と不当利得の返還だと構成することにならうか。遺言の撤回で、まだ効力が生じていない遺言の効力がその後発生しなくなることに争いはない。問題は、撤回の効果の遡及効である。遡及的消滅が法的世界における擬制であつて、遡及的消滅を定める二二一条の適用がない以上、たとい撤回の効力の本質が解除条件と同じだったとしても、簡単に遡及的消滅を語ることはできない。

ではいかに考えるべきか。遡及効のある制限行為能力や詐欺・強迫に基づく取消しの場合には、取消しの対象となる行為を法律上全く意味のないものとし、保護すべき本人の利益がある。また、将来効しか持たない、例えば婚姻の取消しの場合には、取り消されるまでは共同生活が営まれていることが想定され、遡及的消滅を認めれば、子の嫡出性の問題など、様々な問題が生じうることが考慮されている。遺言の撤回の場合には、遺言は効力をいまだ発生させておらず、利害関係人でさえも期待権すら持たないとされ、守るべき他人の利益はない。しかし、また逆に、効力未発生状態で

あれば、遺言を遡及的に消滅させて保護する本人の利益もなく、ただ将来効力を生じなければよいということである。これは、一定期間法律関係が存在している解除条件の場合とも異なる状況である。⁽²¹⁾

少なくとも、遺言の撤回の効果については、遡及効が法律上定められていないために、主張しづらいというだけでなく、遡及効によって守るべき利益もない、といえそうである。遺言が効力を生じなければ、撤回は、その目的を達成するのであり、わざわざ擬制的に遡及させる必要はないはずである。

(4) 撤回の効力発生時期

ところで、撤回の効力が発生する時期は、起草者は撤回の時としていたが、その後もその理解に変化はないのだろうか。

「取消の効果は、取消の時から発生し、その行為の時に、遺言が、取り消され、消滅する。遺言者死亡の時に、撤回遺言作成の時に遡って、取消の効力を生ずるものではない」⁽²²⁾とか、遺言の取消しが、遺言の形式でなされる関係上、その取消しの遺言も、一般の遺言と同様、遺言者の死亡の時に効力を生じ、従って遺言者が死亡するまでは、取消しの効力を生じないのではないかとという疑問がないでもないとしつつも、抵触行為など法定の撤回と統一的に理解すれば、ただちにその効力を生ずるものと解するのが相当だとする見解もある。⁽²³⁾

これに対して、遺言の撤回はやはり遺言である、と考える立場からは、撤回も九八五条一項を根拠に遺言者死亡の時に効力を生ずるものだという批判がある。⁽²⁴⁾この見解は、さらに、一〇二五条が撤回遺言の撤回に言及していることも論拠とする。

撤回が遺言かどうかについては、どちらとも考えられよう。通常遺言を一つの単独行為として説明するが、遺言だと

言っただけでは、何の法律効果も生じ得ない。つまり、遺言とは、「遺言者がその死亡とともに効力を発生さす目的をもつて一定の方式に従つてなす相手方のない単独行為の総称である」とされる所以である。⁽²⁵⁾したがって、撤回も遺言の中で行われる単独行為で遺言者が死亡したときに効力が生じるものと考えられることは十分に可能である。

しかし、ある遺言を撤回する場合に、その撤回を遺言の方式ですると、遺言としての効力が生じるまで撤回されない⁽²⁶⁾と考えるより、後から問題とならないように遺言の方式を用いるのであって、効力はそのとき生ずるという考えの方がわかりやすく素直である。

また確かに、一〇二五条は撤回の撤回について言及しているが、効力を回復しない、としているのであり、逆の論理にも用いることができる。つまり、撤回があたかも遺言であり、したがって、遺言者死亡のときまで効力を生じず、撤回遺言を撤回すれば、元遺言がそのまま有効となるように考えることもできそうであるが、それを封じるための注意喚起として「効力を回復しない」と明示したのである、と。

さらに言えば、「効力を回復しない」というその語感からすれば、撤回によつて遺言は一旦効力を喪失してなければならぬようにさえ思われる。

(5) 小括

撤回そのものについて明らかとなつた点をまとめておきたい。

まず、遺言の撤回は、遺言の方式を要するが、遺言とは区別され、したがって、撤回が表示された時点で効力を生じると考えるべきである。撤回も同じく遺言であり、遺言者死亡まで効力を生じないとする見解もあるが、起草者の説明通り、遺言の方式を要するのは、後の紛争を起ささないためであり、撤回の効力は、意思表示の時点で生じると考える

方がなじみやすいのではないだろうか。

撤回の効力は、起草当初、撤回と取消しとが区別されていなかったために、民法一二〇条の適用を受け、遡及的に行為を無効とすると考えられていたが、撤回が区別された結果、撤回による遺言の効力剥奪の仕方が不明となった。学説には、遡及的消滅を指摘する興味深い見解もあるが、遺言の撤回に関する限り、法的擬制である遡及効を肯定する当事者の利益も法的根拠も思い当たらない。そこで、現状では将来効でたるという結論に至る。

そうすると、遺言が撤回された後も、撤回されるまでは遺言が存在し、遺言者が死亡すれば効力を生じるといふ潜在的効力をその遺言が有していたことは、変わらない。

遺言撤回の遡及効を否定すると、理論上遺言の復活はあり得ないといふ起草者の当初の説明をそのまま受け入れるわけにはいかなくなる。撤回の効力が将来効であるとすれば、前述の通り、法的世界から遺言が抹殺されてしまうわけではなく、復活の契機とならないとも限らない。

次に、以上の撤回制度を踏まえた上で、具体的事案を見てみることにする。

三 撤回の効果と原遺言の復活の可否

民法は、一〇二五条において、一旦撤回された遺言は、撤回行為が撤回されても復活しないことを定めている。この点についても、古くより、分類して復活すべき場合のあることが指摘されてきた。⁽²⁶⁾ 最高裁判平成九年一月一三日判決が⁽²⁷⁾ 原遺言の復活を認め、その議論がより具体的に行われるようになっていく。⁽²⁸⁾

ここでは、判例や学説が遺言の復活について、どのように理論構成しているのかを見てみることにする。前述の撤回

制度からしても、民法が非復活を定めていることからしても、原遺言の復活を説くならば、少なくとも理論上は、乙遺言による甲遺言撤回の効果に触れざるを得ないはずだからである。

まず判例の態度を確認しておきたい。ただ、遺言の撤回の撤回に関する裁判例は、ほとんどなく、次ぎに見る事件での一連の判断が初めてのものようである。事実の概要は次の通りである。

1 事実の概要

平成三年一月一日に死亡したAの法定相続人は、妻B並びに子である上告人(原告、被控訴人)X₁及びX₂、被告(被告、控訴人)Y及びCの合計五名である。

Aは、昭和六二年二月六日、自宅においてT弁護士立ち会いの下、自筆証書によって、その遺産の大半をYに相続させる内容の遺言(以下「甲遺言」という。)をした。その後、平成二年三月四日、同自宅においてX₁およびその夫Dに遺言を述べ、両名が作成した原稿を清書する方法で、自筆証書による遺言(以下「乙遺言」という。)をし、X₁に手渡した。乙遺言は、Yに相続させる遺産を減らし、甲遺言の内容より多くの遺産をY以外の者に相続させる内容であった。また、乙遺言の末尾には、「この遺言書以前に作成した遺言書はその全部を取り消します」との記載がある。そして、平成二年五月九日、乙遺言を修正する内容の自筆証書遺言をした。さらに、乙遺言作成の結果がいかなるものであるかをBを介してT弁護士に尋ね、乙遺言が有効となることを知り、今度はB立ち会いの下、平成二年一月八日、自筆証書によって、「X₁に渡した遺言状は全て無効としT弁護士のもとで作成したものを有効とする」と記載された遺言(以下「丙遺言」という。)をした。丙遺言にいう「X₁に渡した遺言状」とは乙遺言書を指し、「T弁護士のもとで作成したものと」とは甲遺言書を指している。地裁の事実認定によれば、平成三年五月二七日頃にも遺言を作成しようとしていた

という。

Yは、平成四年九月一四日、甲遺言に基づき、複数の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。

そこでXらが、乙遺言により甲遺言が失効したとして、甲遺言の無効確認を求めるとともに、右各不動産について法定相続分に従った共有登記への更正登記手続きを求め、本件訴訟を提起した。

2 各審級の考え方

第一審の高松地方裁判所は、甲遺言の復活を否定し、Xらの請求を認容した。⁽²⁰⁾すなわち、「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復活しないとされた。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ということであり、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」というのである。

これは、起草者の考え方をそのまま支持した判断である。しかし、すでに見たとおり、その考え方は撤回という概念を導入した時点で修正を迫られるものであって、撤回により遺言が初めから無効となるものではない。また、撤回により遺言の効力を奪うのであって、遺言の成立の問題ではないといえよう。したがって、本稿の考察からすれば、結論はさておき、復活を否定する論拠は、成り立たない。遺言者の意思という視点からすれば、一番の判決文全体から受ける印象として、遺言者が何度も遺言を書き換えていること、それも言われるままに書き換えていたということから、遺言者の意思は不明であるという心証が形成され、裁判官は、一〇二五条を積極的に乗り越えてまで、復活を認めるべし、とは思えなかったであろう。

これに対し、第二審の高松高等裁判所は請求を棄却した。⁽³⁰⁾ その根拠は、「丙遺言によって、Aが、甲遺言と同一の内容の新たな遺言をしたものということはできないが、乙遺言を無効として、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、遺言者の意思に求められている。そして「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の意思に即し、甲遺言の復活を認むべきである」と判示している。

第一審とは異なり、原審ではむしろ、X₁の書いた文書を「清書」した、という表現がされているところから、第二遺言が原告のいうままに書かれたという点が、遺言者の復活意思尊重へと導いたのではないだろうか。詐欺や強迫がなされたとは認定されていないので、但書を用いることは難しく、本文を無視するより仕方がなかったという印象である。

そして最高裁も、立法趣旨にも反するというX₁らの上告を棄却し、遺言の復活を認めている。「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効力の復活を認めるのが相当」だと判断したのである。⁽³¹⁾

第二審と最高裁は、復活を認める法的構成は異なるが、結局のところいずれも「遺言者の意思」を重視している。その結果、撤回がどのような制度で、遺言に対していかに働きかけるのか、といったことは、全く触れずにおかれてしまった。

最高裁判決を分析し、最高裁の解釈によれば、一〇二五条は、遺言者の意思不明の場合の非復活を定めた規定で、任意規定である、と指摘されている。⁽³²⁾

3 遺言の復活に関する学説の考え方

判例の事例に従い、遺言（甲遺言）の遺言の方式による撤回（乙遺言³⁵）をさらに遺言の方式で撤回（丙遺言）する場合を特に取り上げ、遺言の復活を学説がどのように捉えているのかを探る。

(1) 復活ないし遺言内容実現肯定説（復活説）

a まず、復活説の先鞭をつけた穂積重遠博士によれば、乙遺言は、甲遺言を取り消す（撤回する）消極的作用を有するのみであり、その乙遺言の取消し（撤回）は、消極的作用を消滅させることを意味するため、甲遺言の効力が回復するのは理の当然であって、遺言者の意思にもそう、としている³⁵。また、全称否定の全称否定として、甲遺言を肯定しても構わないのではないか、とする見解もあり、以上の両見解を受けて、いずれにせよ復活するとすべきであると述べるものもある³⁷。

以上の学説は、甲遺言がそのまま有効となる、効力を失った遺言がまさに復活すると考える点が共通している。遺言年月日も甲遺言そのまま、ということであろう。穂積博士の説明で、撤回の「消極的作用」とは、おそらく、「撤回する」というだけで、新たに誰かに財産を与えるという積極的な処分がないということであろう。

撤回の構成としては、「甲遺言の効力回復」という視点からすれば、甲遺言を檻の中にでも閉じ込め遺言者死亡によっても効力を生じ得なくしてしまった乙遺言を、丙遺言で取り払うことにより、甲遺言を封じていた檻がなくなり、再び効力を持った甲遺言がこの世に登場するということであろうか。そうすると、甲遺言も乙遺言も効力を持ち続けている、すなわち、撤回というのは、意思表示により効力を生じるが、甲遺言の効力剥奪をして役目を終えるのではなく、甲遺言の効力発生防止という効力を持ち続けていることになる。丙遺言もまた同様の効力を持っており、丙遺言が撤回

されれば、乙遺言が復活する、ということが繰り返されることになる。あるいはまた、あたかも、甲遺言は撤回されることにより停止条件付法律行為に変身したかのようなのである。

撤回の構成に加え、さらに考慮すべきことは、一〇二五条が復活を否定するにもかかわらず、甲遺言の復活を認めるためにはさらなる理由付けが必要である。いずれの見解も、遺言者意思の尊重を掲げる。前記の全称否定を説く見解は、その根拠を同条但書が認められた根拠に求める³⁸⁾。

この但書は、詐欺強迫を理由に抵触遺言等が取り消された場合の原遺言の復活を規定しているが、法典調査会に提出された草案には規定されていなかった。それがその後の制定過程で規定されるに至ったのは、「遺言者には前の遺言を取り消す意思がなかったものと見ざるを得ない。」と考えられたからだ³⁹⁾。右の学説はこれを、遺言者に撤回の意思がなかったことは明らかなのに、原遺言の効力の復活を認めないのは不当であり、非復活原則の例外として、その適用から除外することにしたのだ、と評価する。

但書の趣旨について、取り消された生前処分は存在しなくなるにもかかわらず、制限行為能力に基づく生前処分の取消しの場合には、原遺言が復活せず、詐欺・強迫に基づく場合に復活するのは、後者の場合には、原遺言に戻る意思があることが明白であると考えられるとの分析がある⁴⁰⁾。

b 先の判例に対する見解の中では、遺言者の復活意思が明らかであるにもかかわらず原遺言の復活を認めないとするのは、いささか硬直的にすぎるとする見解のほか、遺言者の最終意思を尊重しようとする遺言制度の趣旨を尊重するものがあり、最高裁と同様、遺言者の意思に根拠をおき、遺言の撤回と復活の関係を単に意思解釈の問題として扱う傾向にある。

穂積重遠博士の右の叙述を意識しつつ、撤回の効力に着目する見解は、復活という点に関し次のように述べる。すな

わち、「遺言の撤回は遺言が存在しなかったことにするという積極的意味を有するのであり、撤回遺言は原遺言を不
在とし、二重撤回遺言は撤回遺言を不存在にするから、単なる消極作用の消滅にとどまらない。仮に消極作用の消滅だ
とすれば、原遺言は不存在とならずに存続していたことになり、復活が問題とはならない」と。⁽⁴³⁾ここで「復活」とは一
旦なくなつたものの効力が甦ること、撤回されなかつたことになるのとは違うということである。

したがって、遺言の「復活」を認めるこの見解は、撤回により甲遺言は不存在になる、と考えている。そして撤回遺
言をさらに撤回するのであるから、穂積陳重博士が法典調査会で述べたように、撤回遺言（乙遺言）すらなくなるが、
そもそも甲遺言は既に不存在なのである。しかし、この見解は、それを遺言者の意思を理由に復活させるのである。こ
の見解によれば、丙遺言により甲遺言が元のまま息を吹き返すことになる。

一〇二五条との関係では、その立法趣旨が、遺言者の意思が必ずしも明確ではないから、復活を望む場合には、新遺
言をすべし、ということであれば、⁽⁴⁴⁾明らかに復活を望む場合には、復活を認めてもよい、とするのである。⁽⁴⁵⁾

これに加え、一〇二五条の前身である旧民法財産取得編四〇二条は、第三遺言による第二遺言の撤回を扱うものでは
なく、抵触遺言ないし抵触生前処分をした場合の規定である。それが撤回の撤回の議論にすり替わつたのは、明治民法
の起草者に誤解があつたからではないかとの指摘もある。⁽⁴⁶⁾

c 甲遺言内容の実現を図りながらも以上の見解とは異なり、甲遺言の復活は、実は甲遺言の復活ではなくて、丙遺言
の解釈から生ずる効果だと説く学説がある。⁽⁴⁷⁾根拠として、遺言者の真意確保を中心として解さねばならない遺言の性質
が引き合いに出される。⁽⁴⁸⁾

加えて、日時の経過を理由とし、原則として非復活説を採りつつも、遺言に甲遺言の復活を希望する意思が明示され
ている場合には、「第三の丙遺言は、乙遺言の撤回と同時に、新たな遺言をしたと構成することができる」として甲

遺言の内容の実現を認める見解がある。⁽⁴⁹⁾ この論者は、復活説の説明に際し、「撤回の撤回は、いわゆる二重否定にあたり、第二の乙遺言を撤回する第三の丙遺言は、第一の甲遺言（原遺言）と同一内容の遺言と実質的に同様」と説明する。

「丙遺言で新たな遺言」という考え方は、前説の説く「丙遺言の解釈」により甲遺言を実現する考え方と同様、甲遺言は、撤回と同時に効力を失ったものと理解されていることを意味し、丙遺言の解釈の中で、甲遺言の内容が実現されていくことになる。このように考えれば、一応一〇二五条との抵触は避けられる。この見解によれば、撤回の機能との関係で、上手く説明できるようなと思う。

(2) 復活否定説

これに対して、非復活を是とする学説もある。原遺言の復活指示が明記されているにもかかわらず、非復活主義を貫くことが遺言者の最終意思の尊重という観点からして果たして妥当かという疑問は、依然として残るとしつつも、類型化による煩雑さを避けるために、復活を認めず、新たな遺言をすべしと説く。⁽⁵⁰⁾

また、甲遺言の復活を認めることは、乙遺言によって「いったん失効した意思表示の流用を認めること」であると表現し、「流用」の弊害は、相続開始時の状況にそぐわない遺言が効力を持つに至る可能性があることであるとするとする。⁽⁵¹⁾ して、新たな処分をするのであるから、遺言の要式性から考えても、新たな遺言をすることが必要だという。

この見解に対して、日時の経過により相続開始時の状況にそぐわない遺言が効力を持つに至る可能性は、復活の要件を「復活意思が明らかである場合に絞り込むことでおおむね排除できる」とする反論がある。⁽⁵²⁾ 私もかつて、この見解に対し、相続開始時点の状況にそぐわない可能性は、遺言制度そのものに内在する問題であると指摘した。⁽⁵³⁾

同見解は、遺言者が受遺者のみならず様々な人を思い浮かべながら健全な処分意思により遺言しなければならぬと

いうイギリスの法状況を用いながら、説明されることからすれば、元の遺言を有効とする、などという方法で、遺言を書き直すのではなく、まさにその遺言の時点において、どう分配するのが適切なのか、ということを考えるべきである旨説かれているのであって、先の批判は当たらないであろう。つまり、いったん書き直したということは、そこで遺言者を取り巻く環境が変化したためであるはずで、その後さらに元に戻すということは、発想があまりに安易である。遺言が自由であるというのは、めっちゃくちゃでもよいのではなく、状況ごとに書き換えればよいということであり、前遺言を修正するならば、再度そこでじっくりと現状にあった遺言を書くべし、ということであろう。

4 起草者が非復活主義を採用した理由

復活説では、遺言者の意思を尊重することを旨とし、一〇二五条に関する立法者の見解は、その考え方と矛盾しないとしている。そこで、若干既述したところと重複するが、起草者が非復活の主義を採用した理由をここでもう一度確認しておく。

まず理論的理由は、撤回としての取消しは遺言ではなく、独立の行為であり、直ちに効力を生じるものと考えていたことに加え、この「取消し」にも総則のルールが当てはまり、取り消された行為が初めから成立しなかったこと⁽⁵⁴⁾になる。遡及効があるものと考えていたことにある。そして、最初の取消しが効力を生じ、そのため初めから成立しなかったこと⁽⁵⁵⁾になった遺言が、取消しを取り消されたためにもとの遺言が復活するのでは、理論が貫徹しないと考えていたのである。

法典調査会では、単に理論的にのみ説明されたわけではない。二度目の取消前になお原遺言が存在している場合には、非常な疑いが生じるため、復活を望む場合には、同じ遺言を再度すべし、と説明されている⁽⁵⁶⁾。非常な疑いとは、遺言者

がその取消しにより原遺言の復活を望むかが必ずしも明らかではないという趣旨であろう。梅博士もその著書で、前提として、遺言を復活させるかどうかは、意思解釈の問題であることを承認しつつ、多くの場合には、復活を望むものとみなすことは困難で、復活を望んでいるかどうかその意思は不明であるため、復活を望むときは同一の遺言をさせるのが正確であるとしている⁽⁸⁷⁾。多くの場合というのは、法典調査会での梅博士の説明によれば、抵触遺言の撤回を想定しているようである⁽⁸⁸⁾。

遺言者意思を中心に考えるなら、類型化による復活も十分に考えられるはずである。しかし、実際には、類型化されなかつたのである。

梅博士によれば、後に穂積重遠博士により指摘されたように、撤回の事例を分類することで原遺言を撤回する遺言をさらに明示に撤回する場合には、原遺言の復活を認めるとすることもできるが、他の場合との論理一貫性がないということ⁽⁸⁹⁾で、採用されなかつたのである。むしろ不明確さを排除するためにも、復活を望む遺言者は、そもそも遺言者はいつでも好きな遺言ができるのであるから、再度同内容の遺言をすべし、と考えられたのである⁽⁹⁰⁾。

確かに復活説の指摘するとおり、起草者は、意思解釈による原遺言の復活を全く認めていないわけではなさそうである。特に、非復活にしたのは、抵触遺言による原遺言の撤回をさらに撤回する場合を主に念頭に置いていたようである。しかし、また、撤回の撤回により、復活を希望しているかもしれない場合があることも認識されていたのである。

注意すべきことは、起草者はそれでもなお、非復活説を採用したのだ、ということではないだろうか⁽⁹¹⁾。遺言とは、そもそも遺言者の死後に効力を生じ、その時点で解釈することが必要となるため、民法は様々な方式を厳格に定め、確実に遺言者の最終の意思であることを確定できるようにしている。撤回と同様であり、それ故遺言の方式ですることが

求められているのは、既述のとおりである。遺言内容も同様に明確であることが望ましい。起草者は、一〇二五条により、内容の明確性も要求していると考えられることができる。

5 小括

まず、甲遺言を撤回する乙遺言の撤回というときには、そもそも撤回と取消しとの相違を解消の対象が効力を発生させているかどうかであるとする当初の説明からすれば、効力のすでに生じた撤回をさらに撤回できるのかという疑問がある。従来より、撤回行為は直ちに効力を生ずるとする以上、法律行為の効力の発生前にその効力の発生を阻止する「撤回」は遺言撤回については生じ得ない、と指摘されているとおりである。撤回を遺言の効力発生を妨げ続けるものと考えられるのも、その継続する点に違和感を感じる。同じく、乙遺言を撤回する丙遺言は、同時に丙遺言自身が撤回されることを甲遺言の停止条件とする、などというのも技巧的に過ぎよう。復活説はこのあたりの事柄を、遺言の解釈の問題と位置づけ、遺言者の意思を理由に乗り越えようとする。

次に撤回の撤回に関する疑念を乗り越えても、復活を認める場合には、非復活を定める一〇二五条との関係をどう説明するのかという問題がある。この問題をクリアするために、遺言者の意思が必ずしも明確ではないから、復活を望む場合には新遺言をすべしとしたという同条の立法趣旨を強調し、または、同条但書が、詐欺や強迫により遺言を撤回し、あるいは抵触遺言を書いた場合には、遺言者には前の遺言を取り消す意思がなかったものと見ざるを得ないという考えの下、取消しによる原遺言の復活を認めたことを強調する。いずれにしても、遺言者が望んでいるのだから認めてやればよいし、法律もそれを否定するものではない、と考えている。

撤回の効果及び一〇二五条との抵触を避ける場合にも、遺言者の意思を理由に丙遺言における意思解釈として甲遺言

の実現をめざす。

判例も、遺言の解釈の問題として扱い、遺言者が復活を希望しているかどうか、が問題となるのである。

これに対して、非復活説からは、遺言自由の意味が問いかげられ、そもそも復活自体が否定的にとらえられているようである。

起草者は、確かに、抵触遺言の撤回の場合を想定し、遺言者の意思が不明確な場合が多いため、非復活主義を採用したと説明をするが、復活する場合のあることもあることを認識しており、それでも非復活主義で統一したのである。その理由は、理論的な統一であるという。そうすると、復活説の唱える、遺言者意思の尊重が一〇二五条の趣旨に添うのかどうかは、疑わしいといわざるを得ない。

四 終わりに

1 一〇二五条の趣旨

遺言の撤回について、これまで一般的に叙述されているところを整理し、その効力について確認し、遺言の復活に関する議論を参照した。

遺言の撤回は、遺言の方式で行われるが、遺言ではなく、意思表示の時点で直ちに効力を生じる。その効力は、将来効で、遺言者が死亡しても遺言が効力を生じなくしてしまう。したがって、遺言の撤回が遺言ではないため、さらに撤回することは理論的には不可能である。

ところが、遺言の撤回の撤回に関する議論では、多くの学説は、原遺言の復活を認めようとする。その根拠は、遺言

制度上は遺言者の意思は最大限尊重すべしとして、遺言者の意思に求められ、一〇二五条との関係では、その本文や但書の制定経緯から、同条は遺言者の意思が明らかの場合にまで、原遺言の復活を否定するものではない、と主張される。

しかし、起草者は、確かに遺言者が復活を希望する場合を認識しながらも、非復活説を採用したことが明らかとなった。起草者は、論理の一貫性も考慮して、類型化による復活の可能性は明確に否定したのである。この点を見過ごしてはならないのではないだろうか。理論的に統一することにより、当事者にとつても見通しがよくなる。面倒でも書き直せばよいのである。本件のように二〇項目を超える財産目録を作成するのは、時間も手間もかかるであろう。反対に言えば、度々修正をしないで済むように、しっかりと考えて書くことも同時に要求される。

したがって、一〇二五条の起草趣旨は、遺言者が遺言を撤回する場合に、それ以前の遺言が復活するかどうかについて、解釈することに限界があることから、遺言内容の明確性を求めたものであるということができないだろうか。これは、遺言が要式行為であることも通じる。遺言の要式性は、遺言者の真意を確定するためであると説明される。遺言が解釈されるのは遺言者の死後であり、たとえば、自筆証書遺言であれば、九六八条で本当に遺言者が書いたのか（全文、日付及び氏名の自書）、複数の遺言の優劣はどうか、遺言時点の遺言能力の有無（遺言年月日の記載）が事後的に判断できるようにされ、そして遺言が重要な行為であることを遺言者に意識づけること（押印）もされている。そしてこれら要件は、遺言内容の解釈から、あるいは事後的な立証により、その欠缺を補充することは許されないであろう。同様に一〇二五条も強行法規として理解すべきではないだろうか。解釈の必要性はなくなりますが、最低限、処分は有効な遺言書の中になければならず、参照指示ではいけない、と。

2 遺言者意思の尊重と問題点

遺言者の意思の特徴として、多様性・浮動性・非確実性がある⁽⁶⁵⁾というのであれば、安易に復活を認めることはできない。むしろ確実な意思として、再度自らの考える遺言としての処分を、参照指示としてではなく、明示すべきではないだろうか。遺言制度としては、できるだけ確実な意思を実現すべきであるし、確実になるよう制度設計すべきであろう。

従来から、撤回が繰り返されると、それがどのような効力を持つのか決定しかねる場合があり、撤回の撤回、撤回の撤回の撤回など数次にわたる撤回を承認することが民法一〇二五条本文の立法趣旨と合致するか否か、また、それが妥当な解決策であるかは極めて疑問であると指摘されている⁽⁶⁶⁾。判例も、復活説も、遺言者の意思が明らかである限り復活を認めるべしとするが、では、明らかである限り、無限の撤回を認めるのだろうか。遺言者の意思が変化し続けているのであれば、新しい遺言を書くべきである、との指摘の方がより説得力を持つているように思われる⁽⁶⁶⁾。

判例の事案では、乙遺言と丙遺言との間に、評釈等では第三遺言と呼ばれる遺言がある。第二遺言の文言は、「前に記した……中略（地番の列挙）……に関してわ妻Bにゆずる様に訂正する」というもので、丙遺言を修正し、Bに対して与える財産を増やしている。その扱いに関する最高裁の態度は、必ずしも明らかではない⁽⁶⁷⁾。

乙遺言と同様第三遺言もX₁に渡されていたものであれば、丙遺言の撤回の対象となつていたのであろう⁽⁶⁷⁾。しかし、もしX₁に渡されていないければ、この遺言と甲遺言との優劣も当然問題となる。甲遺言を復活させるというのは、それ以降の遺言を撤回する意味だと見れば、第三遺言も撤回されていることになる⁽⁶⁸⁾。しかし、甲遺言では、大半の財産を長男であるYに相続させ、妻であるBには財産の管理をさせるのみであることからすれば、妻が相続すべき財産を改めて指定することはあり得る話である。遺言者の意思を尊重するという場合には、どちらも考えられる。第三遺言が丙遺言により撤回されていないとすれば、乙遺言だけが撤回され、第三遺言は甲遺言に抵触するため、その限りで甲遺言は一部

撤回されている、ということになる。復活の順序だけで説明するなら、甲遺言が元の日付のまま復活する場合には、この第三遺言は、甲遺言に優先する。甲遺言が丙遺言の内容として復活する、ないしは、丙遺言の日付で復活するといふと、甲遺言の内容が優先する⁽⁶⁹⁾。復活を認める場合には、こういう優劣の問題も生じうる。

遺言者の意思は、確かに大変重要である。しかし、前述の遺言の撤回に関する解釈の問題もさることながら、遺言という制度は、民法が相続人の平等を旨として定めた相続分、そして特別受益の持戻しや寄与分という制度まで準備した具体的相続分の算定方法を修正するものであることからすれば、その作成及び解釈は厳格に行われるべきではないだろうか。遺留分という制度が用意されていることは、この考え方に反するものではない。

3 本稿における結論と課題

私はかつて、抜け殻ともいえる書面自体は残存しているとして、遺言者が復活を希望する遺言（甲遺言）に方式の瑕疵がない場合には、遺言者の意思をできる限り尊重し、復活を希望する遺言（甲遺言）を復活の希望を表示した遺言（丙遺言）の内容とすることで、その実現を図ることができる⁽⁷⁰⁾と考え、判例の結論に賛成した。

しかし、以上のことから、旧稿とは異なり、撤回の撤回による原遺言の復活は否定すべきではないか、と考えるに至っている。そうすることで、撤回に関する理論としてもすっきりとする⁽⁷¹⁾。

最終的に結論を出すには、まだ課題が残されている。

遺言内容の明確性や熟考の必要性を強調したものの、九六八条二項により、日付のみを修正することは認められるであろうし、撤回の撤回による原遺言の復活を認めないことにどれだけの意味があるのか、という反論が十分考えられる。また、一〇二五条の但書をどのように理解するかについては全く言及していないため不十分さは否めない。本稿での

検討結果からすれば、但書は、取消しによる遡及的消滅を定めるものであり、撤回の撤回はあり得ないが、撤回の取消しはあり得るといふことだと考えている。遺言の方式による撤回を制限行為能力を理由に取り消すことは考えられないが、その他のいわゆる法定撤回の場合には、なぜ制限行為能力の場合が復活を定める但書から排除されているのかという点の説明が必要となることは認識している。あるいは、取消しの遡及効による原遺言の復活もそこでは考えなければならぬかもしれない。これについては、制限行為能力制度との関係もあり、改めて検討する必要がある。

遺言の撤回に関する多くの論考において、比較法的考察がされているが、本稿では扱えなかった。ドイツ民法では、二二五七条において、撤回の撤回により原遺言が復活するとさだめている。これは、本稿での考察とは異なり、撤回も遺言によって行われる(同法二五四四条)ことと関係がありそうである。

以上の通り、様々な問題点が山積みであるが、今後の課題としたい。

- (1) ただし、私法上では、クーリングオフが「申込みの撤回または契約の解除」という形で割賦販売法に導入された一九七二年にすでに登場していた。
- (2) 佐藤義彦先生は、すでに「遺言の撤回に関する一試論(太田武男編『現代の遺言問題』(有斐閣、一九七九)二一五頁)にて、遺言の方式とする撤回の他、抵触遺言等によるいわゆる法定撤回の場合も含め、遺言の撤回を統一的に理解することに努め、遺言の加除変更等の中にも撤回というものが存在することを指摘しておられる。
- (3) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録七』(商事法務研究会、一九八四)八一六頁。
- (4) 議事速記録前掲(注3)八一七頁。
- (5) 梅謙次郎『初版民法要義巻の五』(信山社、一九〇〇年版復刻版、一九九二)四一四頁。
- (6) 議事速記録前掲(注3)八二九頁。
- (7) 「独立行為」とは、耳慣れない言葉である。本文でも触れたように、法典調査会での穂積陳重博士の説明では、「遺言ノ取消ハ第一ニ独立

ノ法律行為デアリマシテ遺言デハナイノデアリマス」としていて、遺言とは独立したという説明がある。ここでも、文脈上、遺言ではないから直ちに効力が生じるということで、遺言の中で行われる遺贈や認知などは異なり、「遺言からは独立した別の」という意味で理解することができる。

(8) このことは同様に、穂積発言・議事速記録前掲(注3) 八三一頁からも明らかである。

(9) 議事速記録前掲(注3) 八三〇頁。

(10) 穂積重遠「遺言ノ取消」志林二〇巻九号二六頁(一九一八)。原典に当たることができなかったが、同論文では、すでに当時撤回に関する叙述が見られたことが示されている。

(11) 穂積重遠前掲(注10) 三三三頁。

(12) 穂積重遠前掲(注10) 三七頁。

(13) 泉久雄「遺言の取消」中川善之助教授還暦記念『家族法大系Ⅳ(有斐閣、一九六〇) 二四一頁、来栖三郎「遺言の取消」中川善之助先生追悼『現代家族法大系Ⅴ(有斐閣、一九七九) 二九七頁、阿部徹「遺言の取消し(撤回)」川井健ほか編『講座現代家族法第六卷(日本評論社、一九九二)、佐藤前掲(注2) 二二五頁。

(14) 吉田徹編著『改正民法ハンドブック(ぎょうせい、二〇〇五) 三六頁。

(15) 池田真朗編『新しい民法―現代語化の経緯と解説(本山敦(有斐閣、二〇〇五) 一〇六頁。

(16) 穂積重遠前掲(注10) 三三三頁。

(17) 梶村太一「登記実務家のための相続法読本(二一九) 登記研究七〇二号一三三三頁。

(18) 中川善之助監修「註解相続法(小山彥男(法文社、一九五二) 四一八頁。

(19) 平成の起草者も同様に「存在」を語るが、撤回されたとしても、遺言書自体は存在するのであり、また、いったん成立したものを後から効力を生じないようにするための手段として撤回が語られているのであり、「存在」が成立の問題として語られているわけではない。したがって正確には、ここでは、遺言の効力の問題としてとらえて良いと思う。民法も一〇二五条で「その効力を回復しない」としており、実際に行われた遺言の意思表示を法律上如何に扱うかという問題として、「効力」が問題となっている。中川善之助責任編集『注釈相続法(下)』(葉師寺志光(有斐閣、一九五五) 一八〇頁は、「遺言者が、遺言を取り消すときは、遺言はその効力を失う。従って遺言は、遺言者が死亡した時にその効力を発生するものとする力を排除されてしまふ。」とし、床谷文雄「遺言の解釈と事情変更・撤回」野村豊弘(床谷文雄編著『遺

言自由の原則と遺言の解釈(商事法務、二〇〇八) 六二頁は「遺言の意思表示は撤回によって効力を失う。」とし、効力の問題として扱っている。

(20) 伊藤昌司『相続法』(有斐閣、二〇〇二) 七五頁注三。

(21) ただし、ここでは遺言の撤回のみに焦点を当て、検討をしているだけであり、廃罷という制度からの指摘は、大変貴重である。

(22) 小山前掲(注18) 四二〇頁。

(23) 葉師寺前掲(注19) 一八〇頁。佐藤義彦教授は、前掲(注2) 二二四頁で、抵触遺言による撤回時期について、次のように説明される。すなわち、抵触遺言による前遺言の撤回は、撤回の意思を法律要件とするのではなく、抵触という事実が要件となるとし、その抵触が明らかになった時に撤回されるという解釈も成り立つ。そして、この抵触は、意思表示の内容中における抵触に過ぎず、二つの意思表示が完全に重なった時点で既に抵触の有無を判断することは可能である、と。

(24) 中川善之助『泉久雄』(相続法) (有斐閣、第四版、二〇〇〇) 六三七頁。

(25) 佐藤前掲(注2) 二二二頁注一。

(26) 穂積重遠前掲(注10) 四五頁。

(27) 民集五一巻一〇号四一四四頁、判タ九五八号一〇五頁、判時一六一二号九二頁、金判一〇三七号四一頁、金法一五〇六号五三頁。

(28) 加藤永一「判批」判評四七三三二〇九頁は、これまでの議論では、復活の意思が明らかかどうかを判断しなければならないような場合は、想定しておらず、その場合の取扱いを議論していないと指摘している。

(29) 高松地方裁判所平成六年九月二七日判決(金判一〇三七号四七頁)。

(30) 高松高等裁判所平成七年六月二六日判決(金判一〇三七号四六頁)。

(31) 具体的には、「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。」と判示している。

(32) 沖野眞巳「判批」ジュリ一三三五号(平九重判) 九〇頁(一九九八)。

(33) すでに検討したとおり、遺言の方式による撤回は、遺言ではないため、乙遺言というのは正確には間違いであるが、便宜的にこの表現を用いることとする。

- (34) 阿部徹「判批」リマークス一九九九(上)八〇頁及び門広乃里子「遺言の撤回と復活」野田愛子・梶村太一総編集『新家族法大系四』新日本法規、二〇〇八年)一七四頁は、「遺言の取消」が復活説のきっかけであるとする。
- (35) 穂積重遠前掲(注10)五一頁。
- (36) 中川善之助責任編集『注釈相続法(下)』(加藤永二)(有斐閣、一九五五)一九五頁。
- (37) 中川善之助・加藤永二編『新版注釈民法(二八)』(山本正憲)(有斐閣、二〇〇二)三九七頁。
- (38) 加藤前掲(注36)一九二、加藤前掲(注28)二〇八頁。
- (39) 梅前掲(注5)四二二頁。
- (40) 柳勝司「判批」名城四八巻四号二〇四頁(一九九九)。
- (41) 阿部前掲(注34)八〇頁。
- (42) 安藤清美「判批」青森中央学院大学研究紀要創刊号三一〇頁(一九九九)。なお、但書は例示列挙であると解して、但書の類推適用を主張されるが、取消しは、取り消されるべき意思表示の時点まで遡って、意思表示の効力を奪うのであり、それと撤回と同列に扱うことができるのか、疑問がある。
- (43) 落合福司「判批」新潟経営大学紀要一五号二二八頁(一九九九)。
- (44) 右近健男「判批」教室二二二号一二三頁(一九九八)は、法典調査会での議論から、「遺言者が第一遺言の復活を明確に意図している場合における復活まで阻止するものではないこと、その意味において同条は強行規定ではないことを知ることができる。」としている。
- (45) 落合前掲(注43)二二八頁。
- (46) 松川正毅「判批」民商二二〇巻四・五号八六四頁(一九九九)。
- (47) 小山前掲(注18)四三二頁。同旨、拙稿「判批」同法五〇巻三号三七七頁(一九九九)。
- (48) 小山前掲(注18)四三二頁。
- (49) 中川淳「撤回遺言の撤回と原遺言の復活——最判平成九・一一・一三を中心として」戸籍時報六一〇号六〇頁(二〇〇七)。
- (50) 門広前掲(注34)一七三頁。
- (51) 川井健ほか編『民法コンメンタル(二四)』相続二一七五頁(伊藤昌司)(ぎょうせい、一九八七)、伊藤昌司「判批」判タ九七三号八六頁(一九九八年)。

- (52) 阿部前掲(注34) 八〇頁。
- (53) 拙稿前掲(注47) 三七八頁。
- (54) 条文中は「無効」であるが、起草者は説明の中で、「成立」という用語を用いている。
- (55) 議事速記録前掲(注3) 八二九頁。「取消シ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ノ殺シタ奴ヲ又殺スノダカラ皆無クナルト云フノガ本則ダラウト思フ」というのは、二度目の取消しの効果を三度目の取消しによって奪うことができないことを意味することは明らかである。
- (56) 議事速記録前掲(注3) 八二九頁。
- (57) 梅前掲(注5) 四一九頁。
- (58) 梅発言・議事速記録前掲(注3) 八三二頁。
- (59) 梅前掲(注5) 四一九頁。
- (60) 同旨、床谷文雄「遺言の撤回に関する補論：撤回遺言の撤回の効力について」野村豊弘Ⅱ床谷文雄編著『遺言自由の原則と遺言の解釈』(商事法務、二〇〇八) 一一三三頁。
- (61) 薬師寺前掲(注19) 一八一頁。
- (62) 日本に帰化した白系ロシア人である遺言者の署名が存するが押印を欠く場合について遺言を有効と解した最判昭和四九年二月二四日民集二八巻一〇号二二五二頁といった例外はあるが、最判昭和五四年五月三二日民集三三巻四号四四五頁は、「昭和四拾壹年七月吉日」では、不十分であるとして遺言を無効だとしている。
- (63) 落合前掲(注43) 二二八頁。
- (64) 薬師寺前掲(注19) 一九二頁。
- (65) 佐藤前掲(注2) 二二二頁。
- (66) 床谷前掲(注19) 六三三頁。
- (67) 遺言者が第三遺言の存在を忘れていなかったということを前提として、丙遺言を参照すれば、X₁に渡した「全ての」遺言を撤回する旨記載されていること及び高裁も最高裁もこの遺言に触れないことから、第三遺言もX₁に渡されていた可能性が高いように思われる。さもなくば、我々の知らない遺言がまだ存在するのかもしれない。

(68) 阿部前掲(注34) 八三頁は、丙遺言の撤回には、この第三遺言を撤回する趣旨も含むと見る。

(69) 床谷前掲(注60) 一三二頁。

(70) 拙稿前掲(注47) 三七七頁。

(71) 一律に非復活とする硬直性に問題があるとか(落合前掲(注43) 二三〇頁)、明らかに遺言者が復活を希望すると見られる場合にも、その復活には新たな遺言を作成させるとなれば、それは行き過ぎといえるのではあるまいか(加藤前掲(注36) 一九二頁) という批判はすでにあるが、単に撤回の構成のみを重視して非復活を唱えるのではない。

(72) 伊藤前掲判批(注51) 八六頁、松川前掲(注46) 八六四頁、松川正毅「遺言の撤回」久貴忠彦編『遺言と遺留分 第一卷』(日本評論社、一九九二) 二三九頁、西村真理子「判批」学習院大学大学院法学研究科法学論集九・一〇号二四一頁(二〇〇三)、門広前掲(注34) 一七二頁、床谷前掲(注60) 一二二頁。