

遺贈と心裡留保：特に包括遺贈を中心として(1)

村田, 彰

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

法学志林 / 法学志林

(巻 / Volume)

87

(号 / Number)

4

(開始ページ / Start Page)

111

(終了ページ / End Page)

163

(発行年 / Year)

1990-03-20

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00003331>

遺贈と心裡留保（二）

——特に包括遺贈を中心として——

村 田 彰

第一章 序 論

第二章 日本法

第一節 起草者の考え方

第二節 学 説

第三節 要 約（以上本号）

第三章 ドイツ法

第一節 起草者の考え方

第二節 学 説

第三節 要 約

第四章 結 論

第一章 序 論

日本民法典の起草方針を具体的に示した「法典調査ノ方針」は、総則・物権・人権・親族・相続の五編からなるパ
ンデクテン体系を採ることを明らかにした上で（二条）、その三条において「民法總則ニ於テハ私権ノ主格目的得喪
及行使等ニ關スル通則ヲ掲ク」と定めていた。^{〔1〕}このことから、日本民法典の起草者は民法典全体に対する総則編の

遺贈と心裡留保（一）（村田）

通則性を前提としていた、と一応見ることが出来る。しかし、その後の学説は総則編の通則性を必ずしも前提としていたわけではなかった。すなわち、まず、民法典施行後大正末期に至るまで総則編の通則性は学説上ほとんど自明のこととされていたのだが、大正末期において、「民法総則編は單に財産關係に對する通則に過ぎないのであるから⁽³⁾、⁽²⁾」という問題提起が広浜教授から出され、これを契機として、総則編の通則性いかにが学説上次第に本格的に議論されるようになってきた。そうして、この問題をはじめて体系的に論じた中川（善）博士によれば、民法は財貨の生産・再生産のための経済生活を規律する「財産法」（総則編・物権編・債権編）と生殖・哺育のための保族生活を規律する「身分法」（親族編・相続編）とから構成され、したがって、総則編は「財産法」の通則として位置付けられるにすぎず、その結果、「身分法」に對する総則編の適用可能性は否定されることになる。⁽⁴⁾ そうして、この学説は、家・戸主・家督相続の諸制度をその基礎に置く旧法下の学説に對して圧倒的な影響を及ぼし、また、比較的近時に至るまで通説的地位を占めていた。しかし、新法下において、右の学説は山中、川島、沼、鈴木（禄）教授等によって次第に批判を受けるようになり、これに伴い総則編の通則性は部分的にせよ全面的にせよ次第に再び肯定されるようになってきた。そうして、最近、平井（直）教授は、これらの批判説の到達点を踏まえて、「親族法・相続法の兩者を含むところの『身分法』の概念は、少なくとも解釈論のレベルにおいては、単に用語が不適切というばかりでなく、法技術的意味を有しないという点において不要と考えるべきであろう。……親族編・相続編に特別の規定がないかぎり、そして解決が求められている親族法・相続法上の個々の法律問題の性質に反しないかぎり、総則編の規定が一般的に適用ないし類推適用される」⁽⁵⁾（省略は引用者）、と述べ、その上で、「かつての『身分法』すなわち親族法・相続法の特殊性は、解釈論のレベルで考えるかぎり紛争処理の手續に求められること。その特殊性は、法的決定

モデルと基本的に対立する目的手段決定モデルが用いられる点に求められるべきこと。かつての『財産法』対『身分法』の図式は『法的決定モデルが支配する分野』対『目的手段決定モデルが進出している分野』という図式におきかえられなければならない⁽⁶⁾、とまで主張するに至っている。以上のことから、学説は、民法典制定後これまで親族・相続兩編に対する総則編の通則性を一貫して肯定してきたわけではなかったのだが、今日では再び、総則編の通則性を多かれ少なかれ肯定する方向にあり、かかる方向に立脚しつつ、親族・相続兩編の特殊性を何か見出しうるのか、見出しうるとするならいかなる点にそれを見出しうるのか、を探求する段階にある、といいうるように思われる。

かくて、日本法下の今日の学説の到達点が右のようなものとすると、総則編の通則性に関する右の問題はより具体的に各個の対象領域ごとに検討されなければならない。そうして、この問題の中でも特に重要なのは総則編中の能力および意思表示に関する規定と親族・相続兩編との関係いかんと思われるのだが、能力との関係では婚姻（七三七条・七三八条）・協議離婚（七六四條）・養子縁組（七九九條）・協議離婚（八二二條）のほか遺言（九六一〜九六三條）についても明文の特別規定が存するのに対して、意思表示との関係では婚姻（七四二〜七四七條）・協議離婚（七六四條）・養子縁組（八〇二〜八〇八條）・協議離婚（八二二條）について明文の特別規定が存するだけで、遺言については明文の特別規定が存しない。しかも、遺言と総則編中の意思表示規定との関係いかんについては、総則編の通則性を否定する学説が前述のごとく長い間通説的地位を占めていた、ということに影響されて、学説はこれを未だ十分に検討していないように思われる。そこで、本稿は、遺言と総則編中の意思表示規定との関係いかんを明らかにすることを目指しつつ、しかし、この問題が広範で多岐にわたり、そのすべてをここで一挙に検討する余裕もないことから、差し当たり、遺言と心裡留保規定（九三三條）との関係いかん、すなわち、心裡留保による遺言を有効とすべきか無効とすべ

きか、を考察することにする。⁽⁷⁾ けだし、この問題は、日本民法上総則編の通則性を肯定するか否かによりその結論を異にしうるのみならず、総則編の全面的な非通則性を否定する今日の学説上でも結論の一致を見ていないからである。ただし、遺言でなしうる事項の中でも今日最も重要な現実的意義を有すると思われるのは遺贈だから、本稿は、心裡留保によりなされた遺贈の法的効力（拘束力）いかん、という問題に焦点を絞ることにする。

なお、心裡留保による遺贈の法的効力が問題となることは實際上殆ど稀であろうから、本稿の問題を採り上げる意義ないし実益が殆ど存しないであろう、との指摘は予め十分に予想されるところである。そうして、確かにこの問題が生ずることは殆ど稀ではあるが、このような問題が全く生じないとは決して断言しえないであろうし、また、遺言に関する法的諸問題が裁判所の実務上次第に増加しつつある今日、⁽⁸⁾ 遺言の解釈問題や遺言と総則編中の意思表示規定との関係いかん等々についての問題が今後一層その重要性を増大することは十分に予想されるところだから、これらの問題との関連でも上述の問題を採り上げることの意義は増大しこそすれ減少することはあるまい、と思われる。更にまた、日本の学説は、一方では、前述のごとく総則編の通則性をそれなりに前提した上で親族・相続両編の特殊性を改めて探求する時期に入っているのだが、他方では、北川教授の主張のごとく「日本が受け入れたパンデクテン体系を骨子とする近代的な民法体系論の見直し」⁽⁹⁾ をなす時期に入っている、と見ることもできるのであり、そうして、本稿において法律行為としての遺言の特殊性を一応明らかにしておくことはこれらの作業を進めるに際しても相応の手掛かりを与えてくれるように思われる。のみならず、「心裡留保についてはわが国では特に研究されたものがなく、法律行為乃至意思表示解釈上の盲点となっている」⁽¹⁰⁾、という指摘がなされていることをも顧慮するとき、本稿の問題意識は心裡留保そのものについての研究を通して法律行為論ないし意思表示論の全体を深化するにも役立つも

の、と思われるのである。

ところで、日本民法典の起草に際してその体系を決定づけたのみならず総則編中の意思表示規定の起草に際して特に大きな影響を及ぼしたドイツ民法典 (*Bürgerliches Gesetzbuch v. 1896* 以下、一般の慣例に従い BGB と略称する) において、その起草者はパンデクテン体系の論理的帰結を貫徹すべく心裡留保による遺言の効力いかんの問題を大いに議論し、そうして、BGB 施行後の学説もまた日本民法上の学説における以上にこれについての立ち入った議論を展開している。そこで、本稿では、この問題に対する BGB の起草者の考え方および BGB 施行後の学説 (第二次世界大戦後は西ドイツの学説のみ) を参考とすることにす。ただし、その際に生ずる問題点として、日独両民法において次のような制度上の差異があることに予め十分に留意しておくことにす。すなわち、

- (1) まず、BGB は、日本民法典上の心裡留保規定 (九三条) に相当する規定として、狭義の「心裡留保」 „*Mental-reservation od. Geheimer Vorbehalt*“ に関する BGB 一一六条、非真意表示 „*Nichtensliche Erklärung*“ (日本では「諧謔表示」と呼ばれることが多い) に関する BGB 一一八条および後者のみに関する BGB 一二二条を定め、日本民法とは立法上の建前を異にしている。⁽¹⁾そこで、BGB における狭義の「心裡留保」および非真意表示の要件・効果面における異同をここで見ておくなら次のとおりである。すなわち、まず、要件面については、狭義の「心裡留保」と非真意表示とは、表示が表意者によって真に意図されていない、との点では共通するが、後者においては、表意者は「真意の欠缺が知られることを予期して」 (BGB 一一八条) いるのだから、表意者からすると留保が必ずしも内心に秘められていず、したがって、表意者に欺罔の意図は存しないことになる。他方、前者においては、右の真意の欠缺が知られることの予期が表意者に存しないことから、結局、表意者は多かれ少なかれ欺罔の意図を伴って

ることになる。したがって、BGB上、悪質な冗談“böser Scherz”は狭義の「心裡留保」規定（BGB一一六条）の適用を受けるのに対して、軽い冗談“guter Scherz”は非真意表示規定（BGB一一八条）の適用を受けることになる。⁽¹²⁾次に、効果面を見ると、まず、狭義の「心裡留保」は原則として有効である（BGB一一六条一文）。しかし、受領を要する意思表示“empfangsbedürftige Willenserklärungen”⁽¹³⁾（日本では「相手方ある意思表示」と呼ばれていることが多い）において、表示受領者（相手方）が右の留保を知っている場合に限り、当該の表示は無効“nichtig”となるのであって（BGB一一六条二文）、日本民法九三条但書におけると異なり、表示受領者（相手方）が留保を知りうべかりしであったということだけでは無効を惹起しない、という点に留意すべきである。他方、非真意表示の効果は常に無効“nichtig”である（BGB一一八条）。そうして、この無効は、表意者の過失の有無・程度や表示受領者（相手方）および第三者の信頼のいかんに関係なく生ずるものである。しかし、BGB一二二条は、表意者に対して信頼利益の賠償義務を一定の場合に課している。すなわち、同条によれば、非真意表示をなした表意者は、表示受領者（相手方）・第三者が当該表示の無効原因について善意・無過失である限り、その表示受領者（相手方）・第三者に対して信頼利益の賠償義務を負うことになる。

以上のごとく、BGBは、狭義の「心裡留保」と非真意表示とを要件・効果の両面において異ならしめている。ところが、日本民法典は、BGBとは異なり、両者を殊更に区別せず全く同一のものとして規定している。しかし、要件・効果の両面をそれぞれ異にする・いわば本来の狭義の「心裡留保」と単なる非真意表示とを日本民法の下でも明確に区別して論ずることは適切かつ必要であるように思われるので、本稿においても、日本民法九三条に規定する広義の心裡留保を狭義の「心裡留保」と非真意表示とに分けて議論を進めることにする。⁽¹⁴⁾なお、以下では、狭義の

「心裡留保」を「心裡留保（狭義）」、両者を総称するものとして日本民法九三条に規定する広義の心裡留保を「心裡留保（広義）」あるいは単に心裡留保、とそれぞれ呼称することにする。

(2) 次に、日本民法が遺贈を特定遺贈と包括遺贈とに分けて規定しているのに対して（日本民法九六四条）、BGBは、日本民法上の特定遺贈に相当するものとして「遺贈」"Vermächtnis"（BGB一九三九条）を、日本民法上の包括遺贈（日本民法九六四条）に相当するものとして「遺言による相続人の指定」"Erbeinsetzung durch Testament"（BGB一九三七条・二〇八七条以下）を、それぞれ別個に規定している。⁽¹⁶⁾ そうして、BGBは日本民法上の特定遺贈に相当する「遺贈」につき債権的效果説の立場を採っているのに対して（BGB二二七四条以下）、日本民法上の判例・通説は特定遺贈につき物権的效果説の立場を採っている。⁽¹⁶⁾ したがって、BGBを参照しつつ日本民法上の特定遺贈につき本稿の問題を考えることにするとき、この点についての日・独両法上の差異が問題の解決を複雑かつ困難にするであろうことは十分に予想される。そこで、本稿では差し当たり、日独両法上の点につきその法的効果の点で基本的には差異がないものと解される包括遺贈の方を考察の対象とし、⁽¹⁷⁾ 特定遺贈については別に稿を改めて考察することにする。なお、日本民法九六四条は遺贈について包括遺贈と特定遺贈の区別を認めるのみで両者の違いを明らかにしていないことから、両者の差異をどこに見出すのかについて学説上争いがあり、⁽¹⁸⁾ また、遺産の全部または割合的一部に関する遺贈を通説のごとく包括遺贈と解したとしても、遺言による法定相続人に対する財産処分を包括遺贈と見るべきか遺言による相続分の指定（九〇二条）と見るべきかについても学説上争いがある。⁽¹⁹⁾ しかし、遺産の全部または割合の一部を法定相続人以外の者に対して遺言により処分した場合に、これを相続分の指定と解しえないことは明らかであるから、本稿では法定相続以外の者に対して遺産の全部または割合の一部を遺贈する事例を念頭に置いて議

論を進めることにする。

以下、まず、日本法の状況を概観する(第二章)。もつとも、日本法においてはこれについての判例は見当たらないようであるから、日本民法典の起草者の考え方および学説を概観することにする。そうしてまた、日本民法典の起草者および学説は包括遺贈に限定してこの問題を考へてはいないようだから、ここでも遺言一般の問題としてこの問題を概観することにする。次に、この問題に対するドイツ法上の議論を参照する(第三章)。その際、ドイツ法においてもこの問題に直接関係する判例は見当たらないようであるから、BGBの起草者の考え方およびBGB施行後の学説を紹介することにする。そうして最後に、結論を述べることにする(第四章)。

(1) 福島正夫編・明治民法の制定と總攷文書——「法典調査會秘藏陳重博士關係文書」の解説・目録および資料——(民法成立過程研究会・一九五六年〔昭和三十一年〕一二〇頁。星野通・明治民法編纂史研究(ダイヤモンド社・一九四三年〔昭和一八年〕)一七二頁にも所収。なお、現行日本民法典の編別方法に対する起草者の考え方については、有地亨「明治民法起草の方針などに関する若干の資料とその検討」法政研究三七卷一〜二合併号九五頁以下(一九七一年〔昭和四六年〕)参照。

(2) この時期において総則編の通則性を否定する学説としては、仁井田益太郎・親族法相統法論三頁〜四頁(一〇版)〈有斐閣・一九三八年〔大正一三年〕——初版は一九二九年〔大正四年〕〉を知るのみである。

(3) 広浜嘉雄「我が民法総則編の通則性」法学論叢一二卷二号一三〇頁(一九三八年〔大正一三年〕——同・私法学序説「改造社・一九二六年〔昭和元年〕」二二頁)。また、総則編の通則性を否定すべきことを一層詳細に論証したものとて、広浜嘉雄「民法総則編考——統「我が民法総則編の通則性」——」(二・完)法学七卷一〇号一三〇一頁以下、一一号一四八一頁以下(一九三八年〔昭和一三年〕——同・日本の私法制度論考「日本評論社・一九三九年〔昭和一四年〕」一頁以下)がある。

(4) 「身分法」概念および総則編の通則性についての中川(善)博士の立場を紹介・批判した文献中、ここでは最近のものとして、平井宜雄「いわゆる「身分法」および「身分行為」の概念に関する一考察」加藤一郎・水本浩編・四宮和夫先生古稀記念論文集・民法・信託法理論の展開(弘文堂・一九八六年〔昭和六一年〕)二五三頁以下を挙げておく。

(5) 平井(宜)・前掲「いわゆる「身分法」および「身分行為」の概念に関する一考察」二六八頁。

(6) 平井(直)・前掲・「いわゆる『身分法』および『身分行為』」の概念に関する一考察(二七三頁)。

(7) なお、「心裡留保による遺言」という場合、教室設例として作成された遺言や舞台上で作成された遺言のときものをもこれに含めて考えるべきか否か、ということが問題となりうる。けだし、かかるケースにおいては、意思表示としての表示価値が認められないことに基づき、心裡留保を理由とする有効・無効の問題を考える前にそもそもおおよそ意思表示として不成立と解されるべきではないか、との疑問も生じうるからである。しかし、この場合に「遺言」としての表示価値なしと認められるのは、真意(内心の効果意思)の欠缺が誰からも明らかだからというにすぎず(その点で表示内容が支離滅裂だとか遺言としての方式をそもそも具備していない)という場合とは異なる)、表示に対応する真意が欠缺するという点では他の心裡留保ケースと殊更には差異がない、と思われる(強いて差異を求めるなら、かかる「遺言」においては真意(内心)の効果意思の欠缺の立証が極めて容易である、というだけのことであろう)。そこで、本稿では、このケースをも視野の中に入れて論述を進めることにする。

(8) 例えば、東京地方裁判所判事による最近のものとして、谷口幸博「人事・遺産関係事件雑感」ジュリスト九四〇号(一九八九年「平成元年」)八八〇八九頁、弁護士による最近のものとして、天野耕一「まえがき」第一東京弁護士会司法研究会編・遺言執行の法律と実務(きょうせい)一九八七年「平成元年」)参照。また、野田愛子・泉久雄「はしがき」野田愛子・泉久雄責任編集・遺産分割・遺言215題(判例タイムズ社・一九八九年「平成元年」)三頁は、「近年際立った傾向として自筆証書あるいは公正証書による遺言書作成の事例が増加し、欧米同様の遺言慣行が広まりつつある。これに伴い遺言書の効力や遺言内容の解釈及び遺言の執行あるいは、遺留分減殺請求その他相続をめぐる紛争は、様々な問題を提起し、相続問題処理の実務において、新たな展開を見せるに至っている」と指摘した上で、「遺言慣行の広まりつつある社会的背景としては、地価の高騰、共同相続の定着及び高齢化社会の現象がある。新民法施行当時共同相続を経験した世代が、思いも懸けず高騰した自己の財産の相続をめくり、相続人らが争うのを避けたいという心情、これに老後の扶養問題をからませていることが、この問題の一因ではなからうか。このような傾向は一層増加が予測される」と述べている。その他にも、遺言制度の現状を報告したものととして、例えば、NHK取材班・NHK特集・遺言・家族にとって財産とは何か(日本放送出版協会・一九八七年「昭和六二年」)がある。

(9) 北川善太郎・民法の理論と体系(二刷)(一粒社・一九八八年「昭和六三年」)——一刷は一九八七年「昭和六二年」)五頁。

(10) 遠田新一「契約解釈の二元性——表見代理及び虚偽表示等における相手方保護要件を中心として——」遠藤浩・林良平・水本浩監修・現代契約法大系・第2巻現代契約の法理(2)(有斐閣・一九八四年「昭和五九年」)三六頁。同・代理法理論の研究(有斐閣・一九八四年「昭和五九年」)二三五頁も同様。

(11) BGB 一一六条、一一八条、一二二条の原文および日本語訳は次のとおりである（日本語訳は、法務大臣官房司法法制調査部司法制課・法務資料第四四五号・ドイツ民法典——総則——（一九八五年〔昭和六〇年〕による）。

§ 116: „Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen.“

Die Erklärung ist nichtig, wenn sie einem anderen gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt.“

§ 118: „Eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist nichtig.“

§ 122: „Ist eine Willenserklärung nach § 118 nichtig oder auf Grund der §§ 119, 120 angefochten, so hat der Erklärende, wenn die Erklärung einem anderen gegenüber abzugeben war, diesem, andernfalls jedem Dritten den Schaden zu ersetzen, den der andere oder der Dritte dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere oder der Dritte an der Gültigkeit der Erklärung hat.“

Die Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen mußte).“

一一六条〔狭義の「心裡留保」〕意思表示は、表意者が表示したことを欲しない旨を内心に留保したことによつて無効となることはない。相手方に対してした意思表示は、相手方が表意者の留保を知つたときは、無効とする。〕

一一八条〔非真意表示〕「真意でない意思表示は、真意の欠缺が知られることを予期してされたときは、無効とする。」

一二二条〔信頼利益の損害賠償義務〕「意思表示が第一一八条の規定によつて無効である場合又は第一一九条及び第二二〇条の規定によつて取り消された場合において、表意者は、意思表示が相手方に対してされるときは、その者に対し、その他のときは、すべての第三者に対し、相手方又は第三者が意思表示を有効と信じたことにより被つた損害を賠償しなければならない。ただし、損害賠償は、意思表示が有効であるときに相手方又は第三者が取得する利益の額を超えないものとする。

前項の損害賠償義務は、被害者が無効又は取消しの原因を知つていたとき、又は過失によつて知らなかった（知ることができた）ときには、生じない。」

(12) 通説による。Vgl. Pawlowski, Allg. Teil des BGB, 3. Aufl., 1987, S. 197~198.

(13) 意思表示を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) とを区別すべき要否をめぐりて提唱したのは Zielmann である (Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen

Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erster Theil, 1889, S. 22 ff.)。すなわち、彼は、利害関係人に対してなされることによつて効力を生ずる意思表示 (Willenserklärungen, deren Wirksamkeit davon abhängig ist, daß sie gegenüber einem Berechtigten abgehen werden) とそうでない意思表示とに區別する BGB 第一草案 (同案七四條・六六條・一〇三條一項・一二六條一項・一二七條一項など参照) について、これを大いに評価しつつも、他方でこれを次のように批判する。すなわち、第一草案の右の用語は、合目的ではなくして、前者が相手方に対して向けられなければならないということと區別のメルクマールとして認識させる以外の何ものでもない、また、隔地者間の意思表示を區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。そこで、彼は、非常に冗長で両者の差異を適確に表わしていない右の表現に代えて、より簡潔でしかも「受領」という實際上重要な有効要件を強調する別の表現を作り出す方がよい、として、意思表示を受領を要する意思表示と受領を要しない意思表示とに區別すべきことを新たに提唱したのである。そうして、それ以後、Zielmann のこの區別は學說上一般に承認されることとなつてゐる (Vgl. Säcker (Red.) - Kramer, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Hrsg. v. Rehmam/Säcker), Bd. 1, Allg. Teil, 1984, 2. Aufl., Vor § 116 Rdn. 19, S. 776; 1. Aufl., 1978, Vor § 116 Rdn. 21, S. 616-617.)。

(14) 心裡留保を狭義の「心裡留保」と非真意思表示とに區別し、九三条但書の適用を後者のケースに限り、前者については九四條一項を類推適用して悪意の相手方との關係でのみ当該の意思表示を無効、と解すべきことについては、須永醇・民法総則要論(勁草書房・一九八八年〔昭和六三年〕一七八頁を参照されたい。なお、近時の學說中、例えば山中教授は、心裡留保を狭義の「心裡留保」と非真意思表示(諸語表示)とに區別するが、「諸語意思表示は効果意思を欠き無効である」と主張するから(山中康雄・民法〔総論・総則・家族・相続〕〔四刷〕〔法律文化社・一九八四年〔昭和五九年〕〕一刷は一九七八年〔昭和五三年〕〕二五七頁)、非真意思表示に対して九三条の適用を肯定する私見とは異なる。

(15) BGB 一九三九條、一九三七條、二〇八七條の原文および日本語訳は次のとおりである(日本語訳は、神戸商業大学外国法研究会編・民法V相統法〈復刊版〉(有斐閣・一九五五年〔昭和三十一年〕)——初版は一九三九年〔昭和十四年〕〔当該箇所執筆担当者は近藤]による)。

§ 1939: „Der Erblasser kann durch Testament einem anderen, ohne ihn als Erben einzusetzen, einen Vermögensvorteil zuwenden (Vermächtnis).“

§ 1937: „Der Erblasser kann durch einseitige Verfügung von Todes wegen (Testament, letztwillige Verfügung) den Erben bestimmen.“

§ 2087: „Hat der Erblasser sein Vermögen oder einen Bruchteil seines Vermögens dem Bedachten zugewendet, so ist die Verfügung als Erbsetzung anzusehen, auch wenn der Bedachte nicht als Erbe bezeichnet ist.“

Sind dem Bedachten nur einzelne Gegenstände zugewendet, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß er Erbe sein soll, auch wenn er als Erbe bezeichnet ist.“

一九三九条「遺贈」 「被相続人ハ遺言ニ依リテ或者ヲ相續人ニ指定スルコトナク、單ニ財産上の利益ヲ與フルコトヲ得（遺贈）。」
一九三七条「相続人の指定」 「被相続人ハ一方的死後處分（遺言、終意處分）ニ依リテ相續人ヲ指定スルコトヲ得。」

二〇八七条「相続人の指定と遺贈との差異」 「被相続人が其ノ財産又ハ其ノ財産ノ分數的部分ヲ出捐シタルトキハ、假令其ノ出捐ヲ受ケタル者ガ相續人トシテ表示セラレザリシ場合ト雖モ、其ノ處分ヲ相續人ノ指定トシテ認ムルコトヲ要ス。

各個ノ財産ノミガ出捐セラレタルトキハ、疑ハシキ限り、假令出捐ヲ受ケタル者ガ相續人トシテ表示セラレタル場合ト雖モ、其ノ者ヲ相續人タルベキ者ト認ムルコトヲ得ズ。」

(16) これに関する日本の判例・学説については、鈴木祿弥「特定物遺贈における物權變動の時期」民事研修五一号一五頁以下（一九六一年〔昭和三十六年〕参照）。

(17) BGB上では、遺言により相続人に指定された者は相続資格取得者として被相続人の死亡とともに被相続人の財産を包括的に承継し（BGB一九二二条一項）、日本民法上の包括受遺者は、「相続人と同一の權利義務を有する」（日本民法九九〇条）から、「相続開始の時から、被相続人の財産に属した一切の權利義務を承継する」（日本民法八九六条本文）。したがって、法的効果の点でBGB上の遺言による相続人の指定と日本民法上の包括遺贈とでは基本的に異なることになる。

(18) 包括遺贈と特定遺贈とを区別する規程に関する学説上の議論については、山島正男「相続分の指定」家族法大系VI相続(1)（有斐閣・一九六〇年〔昭和三十五年〕二七五頁註(四)、伊藤昌司「包括遺贈について」法学雜誌二〇卷一頁（一九七三年〔昭和四八年〕）同・相続法の基礎的諸問題「有斐閣・一九八一年〔昭和五六年〕一〇六頁、また、判例については中川善之助「泉久雄」三版（有斐閣・一九八八年〔昭和六三年〕五三一頁註(四)参照）。

(19) 財産の全部または割合の一部を法定相続人に対して遺言により処分した場合を包括遺贈と見るべきか遺言による相続分の指定と見るべきか、に関する学説の状況については、山口純夫「遺言の解釈——遺贈か遺産分割方法の指定か」判例タイムズ六一三号（一九八六年〔昭和六一年〕一一三〜一四頁、中川（善）「泉・前掲・相続法」三版（二四二頁註(一)参照）。

第二章 日本法

まず、「心裡留保（広義）」により作成した遺言についてその法的効力を認めるべきか否かに関する日本法の考え方を概観することにする。その際、前述のごとく日本法においては親族・相続両編に対する総則編の通則性を肯定すべきか否かということ自体がこの問題の解決に影響を大きく及ぼしてきたことから、この点についても注意を払うことにする。しかも、そうすることは、この問題に関するドイツ法の考え方を後（第三章）に参考にすることも不可欠の前提になるか、と思われる。以下、まず、日本民法典の起草者の考え方を探ることにする（第一節）。そうして、その後の学説の変遷（第二節）については、これを三期に分け、〔一〕第一期としては旧通説が確立する一方で少数説も登場した民法典公布（前三編は一八九六年「明治二十九年」、後二編は一八九八年「明治三十一年」）直後から一九二三年（大正十二年）までの時期、〔二〕第二期としては旧通説に反対する学説が多彩に登場した一九二四年（大正十三年）から一九五〇年代前半（昭和二〇年代後半）頃までの時期、〔三〕第三期としては一九五〇年代前半（昭和二〇年代後半）頃から現在まで、に区分することにする。なお、このうちの第二期については、第二次大戦後の家族法の大改正に伴い遺言の許される範囲が改正後の新法（昭和二年法三三三号）における旧法におけると異なることから、この時期の学説を旧法下の学説と新法下の学説とに細分することにする。そうして、最後に、心裡留保による（包括）遺贈の効力いかに関する日本法の考え方を要約することにする（第三節）。

第一節 起草者の考え方

(一) 心裡留保規定の起草過程⁽¹⁾ (主査委員会↓委員総会↓整理会)

まず、日本民法典の起草者(起草分担者は富井起草委員)が主査委員会(第二一回・一八九四年「明治二十七年」三月二日)に提出した民法修正原案九一条は、「意思表示ハ表意者カ其眞意ニ非サルコトヲ知リテ之ヲ爲シタル爲メ其效力ヲ妨ケラルルコトナシ但相手方カ表意者ノ眞意ヲ知リタルトキハ其意思表示ハ無効トス」⁽²⁾となっていた。そうして、右九一条の起草に際しては、オーストリア民法八六九条、BGB第一草案九五条および同第二草案九一条が参照されていた。⁽³⁾次に、右原案九一条の立法理由を見ると、主査委員会の議事速記録はこのことを次のように述べている。すなわち、意思表示の効力に関しては、「意思主義」にも「表示主義」にも偏らず、「意思ト表示ト兩ナカラ相須チテ始メテ法律上ノ效力ヲ生スヘキヲ原則」⁽⁴⁾としつつ、「本條「民法修正原案九一条」ハ意思ヲ表示スル者カ其相手方ニ對シテ眞實ノ意思ヲ隠秘シタル場合ノ規定ナリ若シ此場合ニ於テ右ノ原則ヲ通用セハ其意思表示ハ表示アルモ意思ナキカ爲ニ當然無効ナラサルヘカラス既成法典ハ佛伊民法ニ倣ヒ特別ノ規定ヲ設ケサルヲ以テ一般ノ原則ニ依リ之ヲ無効トセルモノト解釋セサルコトヲ得ス是レ相手方カ表意者ノ眞意ヲ知リタル場合ニ於テハ然ラサルコトヲ得サル所ナリト雖モ相手方カ表意者ニ欺カレタル場合ニ於テハ若シ之ヲ有効トセサレハ取引ノ安全、鞏固終ニ得テ望ムヘカラサルニ至ラン是レ本條ノ規定ヲ必要トシタル所以ナリ」⁽⁵⁾、というのである。更にまた、右の主査委員会の席上において、富井起草委員が心裡留保を説明して、「詰リ表示シタ意思ト腹ニ思フテ居ル所ト符号シテ居ラヌ其符号シテ

居ラヌコトヲ知リツツ通常ハ相手方ヲ欺クノ目的デアリマスル即チ眞ニ欲スル所ハ腹ノ中ニ持テ居ツテ現ハサナイ自分ハ或事ヲシヤウト思フテ居ル併シ夫レヲ明白ニ云フテハ相手方カ承諾ヲスマイ夫故ニ外ノコトヲ云フ然ウシテ實際ハ其現ハシタノデナイコトヲ欲シテ居ル、デ然ウ云フ場合ニハ何處迄モ現ハシタ方ニ依テ效力ヲ決スル⁽⁶⁾、また、「此「心裡留保の」場合ハ相手方ヲ欺ク積リデ現ハシタ意思ト腹ニ持テ居ル意思ト違ウコトヲ知リツツ殊更ニ其眞意デナイ所ノ意思表示ヲ爲シタ場合デア⁽⁷⁾ル」、とも述べている。そうして、右原案は、右の主査委員会および次の委員総会(第一三回・一八九四年「明治二十七年」三月一六日)において活発に審議されたが、この段階では何らの修正を受けることなく原案のまま通過したのである。⁽⁸⁾

ところが、整理会(第六回・一八九五年「明治二十八年」一月二〇日)において、右原案の但書につき「又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシ」を新たに付加すべしとの修正案が起草者から提出された。そうして、このことについての起草者(富井起草委員)の説明は次のとおりである。すなわち、「是ハ少シ實質ガ變ハルノデアリマス之ヲ入レマシタ考ヘハ當事者ノ一方ガ例ヘバ笑談ニ意思表示ヲシタ眞面目デ見テハドウシテモ法律行爲ヲ爲ス意思ガアルト見エナイサウ云フ場合ニ本文ノ方ニ依テ效力ヲ生スルト云フコトニスルヨリモ斯ウ云フ場合ハ矢張り眞意ヲ知ツタ場合ト同ジコトニ無効トシタ方が宜カラウ意思表示シナケレバナラヌノガ原則デアリマスケレドモ何時モ矢張り先ツ意思ト云フモノガナクテハナラヌト云フコトガ原則デア⁽⁹⁾ル、サウ云フ唯ガ⁽⁹⁾見テモ直⁽⁹⁾面目ニ見テ法律行爲ヲ爲スベキ意思ヲ表ハシテ居ラナイ笑談ニシタト見ルベキ場合ハ矢張り但書ニ含メタ方が宜カラウト云フ考ヘデ斯ウ云フ風ニ改メタノデアリマス⁽⁹⁾」と。更にまた、右の整理会の席上にて、富井起草委員は、「但書ノ『又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシ』ト云フコトモ獨逸民法草案ニ倣ツタノデアリマス第二讀会ノ草案デ此意味ガ這ツタソレヲ採ツタノデアリマス⁽¹⁰⁾」、と答弁

している。そうして、この修正案は、右の整理会において審議されたが、実質的な議論のないまま最終的な確定案とされたのである。⁽¹¹⁾

ところで、日本民法典の起草者が現行民法九三条但書（修正案九一条但書）にいわゆる「相手方」の意味内容をもどのように解していたかについては、次の点が参考になるように思われる。すなわち、日本民法典の起草者は修正原案九一条を起草するに当たり、オーストリア民法八六九条、BGB第一草案九五条および同第二草案九一条を参照し、更に、同条の起草を分担した富井起草委員もまた整理会の席上で、「實ハ是「修正原案九一条」ハ獨逸民法草案カラ來タ簡條デアリマシテマア斯ウニフ風ニ本案ニモ書イタノデアリマス」⁽¹²⁾と答弁している。そこで、「心裡留保（狭義）」について定めたBGB第一草案九五条および同第二草案九一条を見ると、後述のごとく（第三章ドイツ法）、BGB第一草案九五条二文は「Die Willenserklärung ist jedoch nichtig, wenn der Empfänger derselben den Mangel gekannt hat.」また、同第二草案九一条二文は「Die Erklärung ist jedoch nichtig, wenn sie einem Anderen gegenüber abzugeben war und dieser den Vorbehalt kannte.」とそれぞれ規定していた。そうして、右の両規定が実質上同一の内容であり、しかも、「der Empfänger der Willenserklärung」（第一草案）と「ein Anderer」（第二草案）とが受領を要する意思表示（相手方ある意思表示）におけるその表示受領者（相手方）を意味することは、BGBの第二委員会の議事録から明らかである。⁽¹³⁾ 以上のことから、日本民法典の起草者が民法修正原案九一条但書にいわゆる「相手方」の意味内容をBGBの起草者に従って相手方ある意思表示におけるその相手方と解していた、ということはほぼ疑いのないところである、と思われる。⁽¹⁴⁾

〔二〕心裡留保規定の適用範囲——特に遺言との關係——

『未定稿本・民法修正案理由書』は総則編中の法律行為に関する諸規定について次のように述べている。

「既成法典ハ其財産編第二部ニ於テ合意ニ關スル規定ヲ設ケタリト雖モ總テノ法律行為ニ通用スヘキ規則ヲ設ケス是レ甚タ遺憾トスル所ナリ蓋シ私法上ノ行為ハ合意ノミニ非ス或ハ寄附行為ノ如キ何人ニモ對セサル單獨行為アリ或ハ催告又ハ追認ノ如キ一定ノ人ニ對スル單獨行為ニシテ契約ニ於ケル如ク相手方ノ承諾ヲ必要トセサルモノアリ既成法典ハ固ヨリ此等ノ行為ノ有效ナルコトヲ認メサルニハ非スト雖モ其通則ノ設ナキニ至リテハ一大缺點ト謂ハサルヲ得ス本案ニ於テハ特ニ總則編ヲ設ケ私權ノ得喪及ヒ行使ニ關スル通則ヲ掲クルコトトシタルニ因リ茲ニ一般ノ法律行為ニ通用スヘキ規定ヲ載スルハ當然ノ事ト信シタリ」(傍点は引用者、と。すなわち、日本民法典の起草者によれば、総則編中の法律行為規定は法律行為一般の通則であると解されているから、およそ法律行為でさえあるならば、総則編中の法律行為規定の適用を排除する・これに関する特別規定が存せず、且つ、当該の法律行為の法的性質が許す限り、総則編中の法律行為規定の適用を当然に受ける、と解されていたものようである。したがってまた、遺言に対して総則編中の心裡留保規定(九三条)を適用しうるか否かについても、遺言に関しては右規定の適用を排除する特別規定が存しないから、日本民法典の起草者としては遺言の法的性質が許す限りその適用を当然に肯定していた、と見ることができるようと思われる。

(三) 心裡留保による遺贈の効力

以上、心裡留保に関する日本民法典の起草者の考え方を概観したが、最後に、これを本稿の問題意識に沿ってまとめ、その上で、心裡留保による遺贈の効力のあり方につき日本民法典の起草者が意識的・無意識的に想定していた、と思われるところを要約しておくことにする。

(1) まず、日本民法典の起草者によれば、心裡留保規定(九三条)の立法理由は、第一に、「意思ヲ表示スル者カ其相手方ニ對シテ眞實ノ意思ヲ隠秘シタル場合」において、「取引ノ安全」の観点から「表意者ニ欺カレタル」相手方を保護するため、意思表示の効力に関する原則に反して当該の意思表示を本条本文において有効とし、本条但書において相手方保護の必要なき場合——ただし、当初においては相手方が悪意の場合のみであったのだが——意思表示の効力に関する原則に従ってこれを無効とするにあった。そうして、第二に、「笑談ニ意思表示ヲシタ」場合においては、「本文ノ方ニ依テ效力ヲ生スルト云フコトニスルヨリモ……眞意ヲ知ツタ場合ト同ジコトニ無効トナシタ方ガ宜カラフ」との法的価値判断の下に、但書に「又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシ」を付加することにより、悪意のみならず過失ある相手方に対する関係についてまでも当該表示の無効の認められる範囲を拡張する、ということにあった。しかし、日本民法典の起草者がかかる場合の法的処理のあり方を右のいわゆる「笑談」に限ると明示しなかったため、日本民法の心裡留保規定(九三条)は、法的処理のあり方に差異を生じさせてもおかしくない二つのケース——BG Bおよび本稿の用語例に従えば「心裡留保(狭義)」と非真意表示との両者——を含むこととならざるを得ないことになったのである。その結果、日本民法においては、「心裡留保(狭義)」は、これを悪意の相手方に対する関係での

み無効となすBGBにおけるとは異なり、悪意のみならず過失ある相手方に対する関係でも無効、他方、非真意表示は、これを常に無効となすBGB——ただし、BGB一二二条により、表意者は相手方または第三者が善意・無過失である限りその者に対して信頼利益の賠償義務を負うが——とは異なり、相手方ある意思表示においては、相手方が善意・無過失なら有効、相手方が悪意・有過失なら無効、相手方ない意思表示においては常に有効、ということになってしまっている。

(2) 次に、心裡留保規定の適用範囲については、日本民法典の起草者が本条の立法趣旨を主として財産的取引行為における取引の安全保護に置いていたのは疑いのないところであるが、日本民法典の起草者が総則編の通則性を前提視していたこともまた確かかのである。したがって、遺言に対して総則編中の心裡留保規定を適用しうるか否かについても、遺言に関しては右規定の適用を排除する特別規定が存しないから、日本民法典の起草者は、遺言の法的性質が許す限り、このことを肯定していた、と見ることができると思われる。

(3) そうして、日本民法典の起草者は、BGBの起草者に従って相手方ある意思表示(受領を要する意思表示)と相手方ない意思表示(受領を要しない意思表示)とを区別しつつ、しかも、九三条但書にいわゆる「相手方」を相手方ある意思表示(受領を要する意思表示)におけるその相手方(表示受領者)と解していたから、同条但書の適用範囲は、同条本文の適用を受ける意思表示のうちの相手方ある意思表示(受領を要しない意思表示)に限られることになった。

(4) かくて、本稿の主要テーマたる心裡留保による遺贈の効力いかなの問題につき、日本民法典の起草者が意識的・無意識的に想定していたと思われるところは次のようなことになるであろうか。すなわち、日本民法典の起草者

によれば、遺贈は、表意者本人に欺罔の意図があると否と、すなわち、「心裡留保（狭義）」による意思表示であると非真意表示であるとを問わず、「心裡留保（広義）」である限りは九三条の適用を当然に受けることになり、しかも、相手方のない単独行為であるとの理由から同条但書の適用を排除され、その結果として、同条本文により常に有効なもの、として処理されるべきことに恐らくはなるであろう、というのがそれである。

(1) 日本民法における心裡留保規定の立法趣旨および起草過程については、遠田新一「心裡留保及び虚偽表示と法律行為論（二）」*Law School* 一三号（立花書房・一九七九年〔昭和五四年〕）二八頁以下（同・代理と意思表示論「法律文化社・一九八五年〔昭和六〇年〕」一一五頁以下所収）、同・前掲「契約解釈の二元性——表見代理及び虚偽表示等における相手方保護要件を中心として——」現代契約法大系第二巻現代契約の法理②三六頁以下、同・前掲・代理法理論の研究③三八頁以下、米倉明「民法講義——総則」法学教室七七号二五頁以下（一九八七年〔昭和六二年〕）が詳しい。本稿も右の諸文献に大いによっている。

(2) 日本学術振興会・法典調査会民法学議事速記録六卷八五丁頁。

(3) 前掲・法典調査会民法学議事速記録六卷八五丁頁。BGB第一草案九五条および同第二草案九一条（いずれも「心裡留保（狭義）」に関する規定）の原文および日本語訳については、後述のドイツ法の箇所を参照されたい。また、オーストリア民法（*Allgemeines Gesetzbuch für die gesamten Erbländer der Österreichischen Monarchie von 1811*）八六九条の原文は次のとおりである（出典は Scheu (Hrsg.), *Das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, 3. Aufl. 1905 244e）。

§ 869: „Die Einwilligung in einen Vertrag muß frei, ernstlich, bestimmt und verständlich erklärt werden. Ist die Erklärung unverständlich, ganz unbestimmt, oder erfolgt die Annahme unter andern Bestimmungen, als unter welchen das Versprechen geschahen ist: so entsteht kein Vertrag. Wer sich, um einen andern zu bevorzugen undeutlicher Ausdrücke bedient, oder eine Scheinhandlung unternimmt, leistet Genugthuung.“

(4) 前掲・法典調査会民法学議事速記録六卷八六丁頁。未定稿本・民法修正案理由書自第一編至第三編・完（発行所・発行年いずれも不詳）八二頁も同旨。なお、日本民法典の起草者は、意思表示の効力に関する「意思主義」および「表示主義」を説明して、「意思主義ノ極ハ表示ナキ意思ト雖モ苟モ之カ立證ヲ得ハ以テ足レリトシ表示主義ノ極ハ意思ナキコト明確ナルモ偏ニ表示スル所ニ據リ以テ其效力ヲ定メント欲セリ」（前掲・法典調査会民法学議事速記録六卷八六丁頁。前掲・未定稿本・民法修正案理由書八二頁も同

旨、と述べている。

- (5) 前掲・法典調査会民法主査會議事速記録六卷八六丁裏。前掲・未定稿本・民法修正案理由書八二頁も同旨。
- (6) 前掲・法典調査会民法主査會議事速記録六卷八七丁裏。前掲・未定稿本・民法修正案理由書八二頁も同旨。
- (7) 前掲・法典調査会民法主査會議事速記録六卷九〇丁裏。
- (8) 主査委員会および委員總會における民法修正案九一条の議論の内容をここで簡単に見ておくなら次のとおりである。まず、本文については、「知りテ」を殊更に明示する必要なしとの理由から、「意思表示ハ表意者ノ眞意ニ非サルトキト雖モ有效トス」との高木委員からの修正案（贊同者は長谷川委員）が主査委員会において、同様に、「意思表示ハ表意者カ其眞意ニ非シテ之ヲ爲シタル爲メ……」との算作委員からの修正案（贊同者は高木委員）が委員總會においても、また、「意思表示ハ表意者カ其眞意ニ非シテ故ラニ之ヲ爲シタル爲メ……」との中村委員からの修正案（贊同者は横田委員）が委員總會において、それぞれ提出されている。更にまた、規定のない以上意思表示は有効となるのだから心裡留保に関する規定を明文化する必要がある、と主張する磯部委員からの削除案（贊同者は尾崎委員）も委員總會において提出されている。しかし、これらの提案は起草委員により次のような理由ですべて反対されている。すなわち、まず、修正案に対しては、この案が意思表示の効力につき「意思主義」にも「表示主義」にも従わないとなす委員会の立場とは異なつて強い「表示主義」に従うものであり、しかも、錯誤規定に抵触することにもなる、また、削除案に対しては、意思表示の効力に関する委員会の右の立場に従えば心裡留保による意思表示は無効とならざるをえず、したがって、削除案は取引安全の保護をもたらすものではない、と反論したのである。次に、但書については、一但相手方カ表意者ノ表示カ其眞意ニ非サルコトヲ知りタルトキハ其意思表示ハ無効トス」との修正案が委員總會において渋沢委員（贊同者は磯部委員）から出されている。これに対して、宮井起草委員は「表意者ノ眞意ヲ知りタルトキハ」ト言へハ何ウシテモ表意者ノ腹ノ中ニ思フテ居ルコトヲ知ツテ居ルコト云フ方ガ一番能ク分カラウト思ヒマス」（日本學術振興會・法典調査会民法總會議事速記録第五卷七二丁表）、と答弁し、また、總積（陳）起草委員は、「眞意ヲ知りテ」ト云フト例へハ賣ル積リテ貸スト云フタスウ云フ時ニハ相手方ガアレハ賣ル積リテ貸スト云フコトヲ知ルコト云フコトハ知ラナイイツハ嘘ヲ付イテ居ルト云コトヲ知ツタトキト云フコトヲ知リタルトキハ」ト云フト賣ル積リテアルト云フコトヲ表へ七二丁裏、と答弁して、両者の意味が異なることを強調している。そうして、右の修正案および削除案はすべて採決に付されたが、そのいずれもが主査委員会においても委員總會においても否決され、結局、右原案がそのまま維持されることになったのである。
- (9) 學術振興會・法典調査会民法整理會議事速記録第二卷一三三丁表。

(10) 前掲・法典調査会民法整理会議事速記録第二卷一三六丁表。もつとも、BGBの第二委員会が「又ハ之ヲ知ルコトヲ得ハカリシ」の文言を付加したのは、「心裡留保(狭義)」規定(第二章案九一条)についてではなくして非真意表示に關係する規定(第二章案九七条)についてであることに注意すべきである。すなわち、BGB第二章案九七条は、非真意表示を一律に無効とした上で表意者に対する相手方・第三者の信頼利益の賠償請求を認めつつ、非真意表示であることを「知り又は過失により知らなかった(知ることができた)」相手方・第三者に対しては右の賠償請求を否定したのである。その結果、日本民法の心裡留保規定(九三条)はBGB第二章案に規定された「心裡留保(狭義)」規定とも非真意表示規定とも異なるものとなつたのである。なお、遠田教授は、善意・無過失である相手方に対する關係で心裡留保による意思表示を無効視する日本民法九三条の規定を「立法上の明かなミス」と適切に述べている(同・前掲・代理法理論の研究三九頁、同・前掲「契約解釈の二元性——表見代理及び虚偽表示等における相手方保護要件を中心として——」三七頁)。

(11) 整理会での議論については、米倉・前掲「民法講義——総則」法学教室七七号二九頁以下参照。なお、最終案は「民法中修正案」として第九回帝國議會(一八九六年「明治二九年」一月三日)に提出され審議されたが、廣中俊雄編・第九回帝國議會の民法審議(有斐閣・一九八六年「昭和六一年」)を見る限り、衆議院民法中修正案委員会(第九回帝國議會衆議院民法中修正案委員會議事速記録第四號二九一三頁「廣中編・前掲書二一〇—二二三頁に掲載」)においても、また、貴族院の民法中修正案特別委員会(廣中編・前掲書七八頁以下参照)においても、この心裡留保規定(民法中修正案九三条)は質疑されていない。

(12) 前掲・法典調査会民法整理會議事速記録第二卷一三六丁表。

(13) 後述第三章第一節(二)参照。

(14) その他にも次の点が参考とならう。すなわち、まず、主査委員会(第二一回・一八九四年「明治二七年」三月二日)の席上にて富井起草委員が修正原案九四条二項(現行民法九六条二項)の立法理由を説明して、「例へば契約ノ場合契約ノ場合テ相手方デナシニ外ノ者ガ詐欺ヲ行ツテ、……シタ場合相手方ハ其事實ヲ知ツテ居ツタト云フ場合或人ガ詐欺ヲ行ツタト云フコトヲ知ツテ居ツタト云フ場合ハ相手方ニ對シテ其契約ノ取消ヲ許ス或人ニ對スル意思表示、或人ニ對セナイモノハ極ク少ナイノデアリマスケレドモ」(前掲・法典調査会民法主査會議事速記録六卷一二七丁表)、と述べている。このことから、まず、日本民法典の起草者が意思表示を「相手方ある意思表示」と「相手方のない意思表示」とに分けていたことは疑いのないところである、と思われる。次に、委員總會(第一四回・一八九四年「明治二七年」三月三日)の席上で、箕作委員が「此九十六條ノ二項デゴザイマスガ「或人ニ對スル意思表示」トアリマスガ此「或人ニ對スル」ト云フ語ハ私ハ無用ト思ヒマス体裁モ宜シクアリマセヌカラ削ツテ仕舞ツタ方ガ宜カラウト思ヒマス」

体「第三者」ト云フコトハ九十四條「現行民法九四條」ニ出テ居リマスルガ詰リ相手方ト云フ者ガ起ラナイノデゴザイマス此處ハ即チ相手方ノコトダラウト思ヒマスガ同ジ人間ニナルダラウト思イマスル相手方ト第三者ト意思表示ヲ爲ス人ト斯ウ言ヘハ分ツタ話デ此所ニ限ツテ特ニ「或人」ト云フコトヲ番クノハ無用ト思ヒマス詰リ是ハ誠ニ要ラヌコトト考ヘマスルカラ「或人ニ對スル」ト云フ六字ヲ削除アラシコトヲ望ミマス」(前掲・法典調査会民法総会議事速記録五卷九〇丁裏ノ九一丁表)、と修正案を提案(賛同者は高木委員)したので對して、梅起草委員が次のように答弁している。すなわち、「意思表示ニ付キ第三者ガ詐欺ヲ行ヒタル場合」ト云フヤウニ「意思表示」ト云フコトガ突出スルノハ餘程奇妙ナコトニナルト思ヒマスル加之ナラス「或人ニ對スル」ト云フノハ餘程考ヘテ用イタ文字デアリマス第一ニ此「第三者」ト云フモノガ出テ来ルニハ先ツ「第一者」「第二者」ト云フモノガ其處ニナクテハ往カヌ、所ガ意思表示ト云フモノハ必ズシモ第二者ノアルモノデアリマセ又意思表示ニモ公衆一般ニ對スル意思表示杯ハ相手方ハゴザイマセ又然ウ云ウ場合ニハ第三者ト云フモノモ出来マセ又夫レデアリマスカラ意思表示ノ中ニハ相手方ニ對スルモノ、併ナガラ未ダ相手方ガ極マラヌ中ハ相手方ト云フコトハ出来マセ又カラ「或人ニ對スル」ト云フノデアル始メニ「或人ニ對スル意思表示」ト言ヘハモウ相手方ト言ハレマスケレトモ始メニ意思表示ト云フモノガ出ナイ中カラ「相手方ニ對スル意思表示」ト言ハレマセヌカラ無據餘リ面白クゴザイマセヌケレトモ止ムヲ得ズ斯ウ云フ字ヲ使フ必要ヲ感ジタノデアリマス若シ之ヲ取リマスト甚ダ奇妙ナコトニナリハシナイカト云フ考ヘヲ持テ居リマス」(前掲・法典調査会民法総会議事速記録五卷九一裏ノ九二丁表、と。このことから、日本民法典の起草者が意思表示規定中の「相手方」を「相手方ある意思表示」におけるその相手方と解していた、といいうるように思われる。

(15) 前掲・未定稿本・民法修正案理由書七八頁。前掲・法典調査会民法主査會議事速記録六卷八四丁裏ノ八五丁表も同文。

第二節 学 說

(一) 第一期 旧通説が確立する一方で少数説も登場した時期(民法典成立直後から一九二三年[大正二年]まで)

この時期においては、心裡留保規定(九三条)についての起草者の基本的な考え方がそのまま通説として確立した。しかし他方、ともに総則編の通則性を前提としつつも、九三条但書にいわゆる「相手方」の意味内容を右の通説にお

けると同じには必ずしも解すべきでないとなす学説や、狭義の「心裡留保」と非真意思表示とを区別すべきだとなす注目すべき学説も、少数ながら登場していた。以下、この時期の通説を旧通説と呼称し、旧通説・少数説の順でこれを紹介する。

(1) 旧通説

旧通説は、九三条の立法趣旨を基本的には起草者におけると同じに考えつつ、それが特に「相手方ノ保護」にあるとの理由を次のように敷衍する。すなわち、意思表示の効力のあり方につきフランス民法および旧民法におけることく「意思主義」の原則に従って心裡留保による意思表示を無効視するなら、当該表示の有効性を信頼した相手方は不慮の損害を被らざるをえず、しかも、その相手方は損害賠償請求権（七〇九条）により確実に救済されるとは限らず、むしろ相手方の保護としてはかかる意思表示を有効視することの方がより確実だ、というのである。⁽²⁾更にその後、九三条本文がその適用範囲を相手方ある意思表示に限定してはいないことから、同条本文の立法理由として直接の相手方の保護のみならず一般第三者の保護をも明示する学説が旧通説中に現われるようになってきていた。⁽³⁾

次に、九三条の適用範囲についても、旧通説は、総則編の通則性を前提とする起草者と同じく、まず、同条本文については、婚姻の無効に関する旧七七八条（現行七四二条）や養子縁組の無効に関する旧八五一一条（現行八〇二条）のごとき特別規定がない限り、相手方ある意思表示であると相手方のない意思表示であるとを問わず、また、財産的規律行為を組成する意思表示であると否とを問わず、すべての意思表示に対して適用可能、次に、同条但書については同条本文の適用を受ける意思表示のうちの相手方ある意思表示に対してのみ適用可能、と考えた。⁽⁴⁾そうして、旧通説が同条但書の適用範囲を相手方ある意思表示に限定することの理由としては、当該但書において「相手方」と明示

されているという形式的な理由を挙げるのがほとんどのだが、その他にも、後述の少数反対説（特に中島（玉）説）に対抗するために次のような理由を挙げる学説も僅かながら存在した。すなわち、三瀧博士は、「本〔九三〕條本文ハ相手方アル意思表示タルト否トヲ區別セスト雖モ其但書ノ適用ヲ見ルハ法文上唯相手方アル意思表示ニ限ルモノト解スルノ外ナシトスル通説ヲ採ルヘシ」と主張し、そうして、その理由として、「斯ク解スルトキハ戲ニ作成シタル遺言書戲ニ爲シタル所有權ノ拋棄等モ皆常ニ有效ト爲ルノ不都合アルカ如シト雖モ……特定ノ相手方ナク從ツテ廣ク法律交通ニ影響ヲ與フヘキ行爲ニ付キ此種ノ行爲ヲ爲シタル者ヲ保護セサル法意ナリト解スヘシ」⁽⁵⁾（省略は引用者）、と述べて、不特定の者を対象とする意思表示を心裡留保によりなした者を保護する必要性が存しない、ということを挙げるのである。

更にまた、旧通説は、冗談（戲言）⁽⁷⁾のごときものが心裡留保の一態様として九三条の適用を受けうることを自明視しつつ、かかる表示の効力のあり方を次のように述べている。すなわち、まず、相手方ある意思表示の場合においては、そのほとんどの場合に冗談であることを相手方が知りまたは知りうべきであろうから、同条但書の規定に従い通常無効となり、したがって、その限りではかかる表示を常に無効と構成するBGB一一八条と同一の帰結をもたらすことになるが、⁽⁸⁾しかし、相手方ない意思表示の場合においては、前述のごとく九三条但書の適用を受ける余地がないから、同条本文に従い常に有効となる、というのである。その結果、「戲ニ作成シタル遺言書戲ニ爲シタル所有權ノ拋棄」のごときはBGBの立場とは異なりすべて有効となるが、この帰結について、旧通説は前述のごとく一般公衆の保護をその実質的な理由として挙げていたのである。

〔2〕 少数説

この時期の学説の基本的特徴は親族・相続両編に対する総則編の通則性を前提とすることにあつたのだが、この大枠の中に止まりながらも旧通説と異なる立場を採る次のような二類型の少数説が登場した。

(1) 中島(玉)説

中島(玉)博士は、相手方のない意思表示が心裡留保によりなされた場合の法的処理のあり方についての旧通説を批判して独自の学説を展開した日本で恐らくは最初の学者であろう。まず、同博士は、九三条但書にいわゆる「相手方」の意味内容を相手方ある意思表示におけるその相手方と解すなら、「例へハ戲ニ遺言書ヲ作り受遺者相続人等皆其戲ナルヲ知ル、又ハ一人アリ戲ニ其所有權ヲ抛棄ス隣人其戲ナルヲ知テ之レヲ占有ス」るとき場合でも、「九三」條但書ノ適用ナキカ故ニ遺言、所有權ノ抛棄皆有效タラサルヲ得」なくなるため、「極メテ不都合ナル結果」を生じることになる、と当時の通説(旧通説)を批判する⁽⁹⁾。そこで、遺言や所有權の放棄のごときものを相手方のない意思表示と解しつつも、「本」〔九三〕條相手方ノ意義ヲ廣義ニ例ヘハ『他人』ト云フカ如クニ解シ得トセハ其弊ヲ除クヲ得可シ⁽¹⁾、と主張する。すなわち、中島(玉)博士は、総則編の通則性、および、相手方ある意思表示と相手方のない意思表示との区別、を前提とする点では旧通説と立場を同じにするが、九三条但書にいわゆる「相手方」の意味内容については旧通説に反対して、右の「相手方」の意味内容を相手方ある意思表示におけるその相手方に限定せず広く利害關係人と把え直すことにより、相手方のない意思表示に対しても相手方ある意思表示における同一の法的処理をなしようとしたのである。以上のことから、この立場によれば、心裡留保によりなされた遺贈の効力は、利害關係人(例、受遺者)が心裡留保であることにつき善意・無過失であれば九三条本文により有効、反対に

悪意・有過失であれば同条但書により無効、ということになる。

(2) 穂積(重)説

穂積(重)博士の学説は、学説史上では一般に次の時期に位置づけられているようであるが、心裡留保による遺贈の効力のあり方いかんという本稿のテーマとの関係では、起草者の考え方に基本的に従った旧通説をこの時期の末に批判しているから、本稿では同説をこの時期の少数説として位置づけることにする。

まず、穂積(重)博士は、意思と表示が一致しない場合を「非真意表示」と呼称した上で、これを二分し、表意者とその不一致を知らない場合を「錯誤」、知っている場合を「虚偽表示」、とそれぞれ呼称する。そうして、このうちの「虚偽表示」を更に二分して、相手方と通謀している場合を「通謀虚偽表示」、相手方と通謀していない場合を「単独虚偽表示」、とそれぞれ呼称し、更にまた、「単独虚偽表示」を「相手方が之を真意の表示と思ふであらう」と云ふことが豫期される場合(狭義の「心裡留保」と「相手方も亦之を真意の表示とは思ふまいと豫期される場合」とに区別し、後者を特に「諧謔表示」(BGBおよび本稿にいわゆる非真意表示)と呼称する。そうして次に、「諧謔表示」が九三条の適用を受けるか否かについては次のように考える。すなわち、まず、「単独虚偽表示」と「諧謔表示」とを区別するBGBと両者を殊更には区別しない日本民法との両法を比較して、「例へば標本として作つた遺言書や戯れにした所有権の拋棄など」のごとく相手方のない意思表示について、九三条但書適用の余地を否定してこれを有効視する日本民法よりもこれを「諧謔表示」として無効視するBGBの方が日本民法よりも立法的に優れていると指摘する。しかし次に、日本民法の具体的な解釈としては、「単独虚偽表示」と「諧謔表示」とを区別するメルクマールを真意の欠缺が見過ごされないであろうとの表意者の期待に主観的標準に求めるBGBの立場には反対し、

「第九三條を眞意の表示でないことが客觀的には充分明白ではない場合の規定」としてこの場合には旧通説におけると同じく当該の遺言を有効視するが、⁽¹⁵⁾「眞意の表示でないことが客觀的に充分明白な意思表示は該條「九三條」に拘らず當然無効⁽¹⁶⁾」とすべし、と考えるのである。したがって、この立場によれば、教室設例のために作成された「遺贈」のごときものは当然に無効となり、眞意の表示でないことが客觀的には明らかでない遺贈は九三條により有効、⁽¹⁷⁾ということにならう。

ところで、旧通説の確立期であるこの時期においてこれに反対する右のような学説が少数ながらも登場した背景には次のような事情が主に存在していた、と思われる。すなわち、第一に、この時期において総則編の通則性が学説上一般に自明視されていたことから、学説は総則編中の意思表示規定と相続編中の遺言との關係を自由かつ活発に議論する機会に恵まれていたこと。第二に、明治末期になると学説はドイツ法（学）から圧倒的な影響を受けるようになるのだが、日本民法下では、「心裡留保（狭義）」と非眞意表示とが殊更に区別されず、したがって、相手方のない意思表示においてなされた非眞意表示が九三條本文に従って常に有効となり、その結果、右の帰結がBGBのそれと全く異なることになるので、日本法の下でBGBの帰結に近づけようとする努力も学説上なされたこと、というのがそれである。しかし、これらの少数説によって提起された問題点ないし方向性は、その後、次の第二期を支配した・総則編の通則性を否定する学説の大勢に圧倒されてか、十分に立ち入った検討を受けえないまま、現在に至ったのである。

(1) この当時、心裡留保は「意中ノ留保」あるいは「眞意ノ留保」とも呼称されていた（梅謙次郎・民法原理総則編卷之二「法政大
学・明法堂・一九〇四年〈明治三十七年〉」三五九頁、鳩山秀夫・法律行為乃至時効〈分冊第一・二版〉「三書樓出版・一九一一年〈明治

四四年)——初版は一九一〇年(明治四三年)九九頁参照)。

(2) 梅・前掲・民法原理三五九―三六〇頁、富井正章・民法原論第一卷総論(訂正七版)(有斐閣書房・一九〇八年[明治四一年]——初版は一九〇三年[明治三六年])一九一一年[明治三七年]三五〇頁、松波仁一郎・仁保龜松・仁井田益太郎・帝國民法正解第壹卷(訂正再版)(日本法律学校・一八九八年[明治三十一年]——初版は一八九六年[明治二十九年])五七―五七二頁、同旨、穂積重遠・民法総論・下巻(有斐閣書房・一九二二年[大正一〇年])五四頁、なお、梅博士は、上述の他に、心裡留保による意思表示を無効とするなら、「人言ヲ信シテ取引ヲ爲スコト能ハス爲メニ信用ノ發達ヲ害スルニ至ルヘキヲ以テ本條ニ於テハ特ニ相手方ヲ保護スル爲メ意思ト表示トノ合ハサルニ拘ハラズ表示ヲ以テ意思ニ合スルモノト見做シ之ヲシテ充分ノ效力ヲ生セシムルコトトシタルナリ」とも述べている(同・民法要義卷之一総則編(訂正増補二四版)(法政大学・中外出版社・有斐閣書房・一九〇五年(明治三八年)——初版は一八九六年(明治二十九年)二二頁)。

(3) 例えば、小山温・法律教科書・民法総則(東京専門学校出版部・一九〇一年[明治三四年])七七頁は、九三条本文の規定に反して心裡留保による意思表示を無効となすなら、「善意の人を害し取引の安全を保つこと能はざる」(同旨、同講述・民法総則完〔東京専門学校・発行年不詳〕一四一頁)、また、松岡義正・民法論・総則(清水書店・一九〇七年[明治四〇年])四五一頁は、本条本文の立法趣旨につき、「取引ノ安全ヲ保護シ相手方又ハ第三者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ルコトナカラシメンカ爲メ」とそれぞれ述べる(なお、松岡・前掲・民法論・総則四五二頁参照)。

(4) 例えば、富井・前掲・民法原論三五二―三五三頁、川名兼四郎講述・民法総論・全(改訂増補版)(金刺秀流堂・一九〇三年[明治三六年])三四二頁、同・日本民法総論(金刺秀流堂・一九一四年[大正三年])——初版は一九一二年[明治四五年]二〇九頁、平沼驥一郎・民法総論・全(日本大学・有斐閣書房・一九〇五年[明治三八年])四六二―四六三頁、松岡・前掲・民法論四五二―四五二頁、鳩山・前掲・法律行為乃至時効一〇六頁、三浦信三・民法総則提要・第三册(五版)(有斐閣・一九二五年[大正一四年])——初版は一九二二年[大正一〇年]三三六頁、同・民法総則提要・下巻(全訂九版)(有斐閣・一九三二年[昭和六年])——初版は一九二一年[大正一〇年]二九九頁、曄道文藝・日本民法要論・第一卷総論(三版)(弘文堂書房・一九二四年[大正一三年])——初版は一九二二年[大正一〇年]三二〇頁、三〇八頁。

(5) 例えば、富井・前掲・民法原論三五三頁、鳩山・前掲・法律行為乃至時効一〇六頁、長島毅・民法総則綱要(巖松堂書店・一九二三年[大正一二年])一七六頁、同・民法総論(全改訂五版)(巖松堂書店・一九二五年[大正一四年])——初版は一九二〇年[大正九年]三九六頁、遊佐慶夫・民法概論(総則篇)(全訂七版)(有斐閣・一九二五年[大正一四年])——初版は一九二〇年[大正九年]

二三五～二三六頁。

(6) 三浦・前掲・民法総則提要・第三冊三三六頁。同・前掲・民法総則提要・下巻三〇〇頁も同旨。

(7) 元談(戲言)の一例として、梅博士は、「表意者カ平生好ミテ戲言ヲ吐ク者ニシテ且相手方カ表意者ヨリ贈與ヲ受クヘキ理由ナキニ高價ナル物ヲ贈與スヘキ旨ヲ表示シタル場合」を挙げている(同・前掲・民法要義二二頁、同旨。同・前掲・民法原理三六三頁)。

(8) 例えば、鳩山・前掲・法律行為乃至時効一〇一頁。更に、鳩山博士は、「立法論トシテハ主觀的標準ニ依ル獨逸民法ノ主義ヨリモ客觀的標準ニ依ル我民法ノ主義カ取引ノ安全ト云フ點ヨリ見テ寧ロ當ヲ得タルモノト信ス」(同・前掲・法律行為乃至時効一〇一頁、とも述べている)。

なお、旧通説の中には、元談(戲言)が九三条但書により無効となる場合に、表意者は七〇九条に基づく損害賠償義務を負うことがある、と考ふる立場がある(例えば、梅・前掲・民法要義二二～二二二頁、富井・前掲・民法原論三五頁。もつとも、この立場は、元談(戲言)を真意なるものと誤信したことに過失のある相手方が表意者に対して損害賠償を請求しうるとするものだから、非真意表示をなした表意者が善意・無過失の相手方・第三者に対してのみ信頼利益の損害賠償義務を負うと構成するBGB一二二条の立場とは異なる、という点に留意すべきである)。反対に、表意者の損害賠償義務を否定する学説としては、例えば、岡松参太郎・注釈民法理由(訂正一二版)(有斐閣・一八九九年「明治三三年」)一八〇～一八一頁がある。そうして、岡松博士は、その著書である無過失損害賠償責任論(有斐閣・一九五三年「昭和二八年」)——ただし、初版は一九一六年「大正五年」)において、「諧謔表示ハ通常相手方カ其真意ニアラサルコトヲ知り得ヘカリシモノトシテ同「九三」條但書ニ依リ無効ナルヘシ、但我國法ニ於テハ賠償責任ナキヤ勿論ナリ」(同・前掲書三二六頁註(七六)。なお、同・前掲書三二九頁註(九三)参照)、と述べている。

(9) 中島玉吉・民法釈義・卷之二総則篇(訂正七版)(金刺芳流堂・一九一七年「大正六年」)——初版は一九一二年「明治四四年」)四八八～四八九頁。

(10) 中島玉吉「法律行為ノ觀念」京都法学会雜誌五卷六号七八頁以下(一九一〇年「明治四三年」)。同・前掲・民法釈義四八一～四八二頁も同旨。

(11) 中島(玉)・前掲・民法釈義四八九頁。なお、近時、米倉教授は、「中島説は「法律概念の相対性」……を、同「九三」条但書の「相手方」に適用したと評価されるべきである」(省略は引用者)、と述べている(同・「民法講義——総則」法学教室七八号二七頁(一九八七年「昭和六二年」))。

(12) 星野(英)教授によれば、日本民法の学説史は四期に区分され、穂積(重)説はドイツ民法学の全盛期とされる第二期(一九一〇

年〔明治四三年〕～一九二二年〔大正一〇年〕ではなくして民法学の転換期とされる次の第三期（一九二二年〔大正一〇年〕～一九四五年〔昭和二〇年〕）に位置付けられている（同「民法講義——総論」法学教室九号一四頁以下（一九八一年〔昭和五六年〕））。

(13) 穂積（重）・前掲・民法総論五三～五四頁。なお、時期的には異なるが、同・民法総論〈改訂版〉（有斐閣・一九三〇年〔昭和五年〕）三二八～三一九頁、同・民法総論（新法学会全集）（日本評論社・一九三六年〔昭和十一年〕）二八四～二八五頁も同旨。

(14) 穂積（重）・前掲・民法総論五六～五七頁。同・前掲・民法総論〈改訂版〉三二二～三三二頁、同・前掲・民法総論（新法学会全集）二八七頁も同旨。

(15) 穂積重遠・相統法大意（二刷）（岩波書店・一九二七年〔昭和二年〕）——一刷は一九二六年〔大正一五年〕一七六頁。なお、時期的には異なるが、同・相統法・第二分冊（岩波書店・一九四七年〔昭和三年〕）三九七頁も同旨。

(16) 本章本節〔註〕(14)参照。

(17) 意思表示一般に関して今日有力に主張されている立場からすると、意思表示の成立について表示価値が要求されているから、「標本として作つた遺言書」のごときものは、表示価値を有していないことに基つき「遺言」としては不存在・不成立と解され、したがって、かかる「遺言」の法的処理のあり方いかんは本稿の問題とはその次元が異なる、と一応いえなくもなさそうだが、本稿でかかる「遺言」をも視野に入れて考察することとその理由については既に説述したとおりである（第一章註（7）参照）。

〔二〕 第二期 学説多彩化の時期（一九二四年〔大正一三年〕から一九五〇年代前半〔昭和二〇年代後半〕頃まで）

前述のごとく旧通説を批判する学説が既に明治末期において少数ながら登場してはいたのだが、この旧通説を本格的に批判する学説が前期の少数説とは全く反対の方向からのものをも含めて大正末期以降多彩に登場した。⁽¹⁾ しかも、この旧通説を批判する学説中でも、当時の学説のみならずその後の学説に対しても圧倒的な影響を及ぼした・総則編の通則性を否定する学説がはじめて登場したのは一九二四年（大正一三年）であるから、この年をもって第二期の始期を画することとし、総則編の通則性を否定するこの学説が批判されるようになった一九五〇年代前半（昭和二〇

年代後半)頃をこの時期の終期とする。なお、この時期の学説を概観するに当たり、本章の冒頭で述べたこととく、遺言の許される範囲が旧法下におけると新法下におけるとで異なることから、この時期の学説を旧法下の学説と新法下の学説とに分けてそれぞれ順次紹介することとする。

(1) 旧法下の学説

旧法下のこの時期においては、第一期に確立した旧通説を継承する学説が一方においてなお引き続き存在したが、⁽²⁾その他にも総則編の通則性までも否定ないし制限する学説が登場して、圧倒的な勢力を誇示するに至った。また、旧通説におけると同じく総則編の通則性を前提としつつも九三条但書にいわゆる「相手方」の意味内容いかんを問題とする、そのような学説も引き続きなお主張され、第一期に比べて学説は大いに多彩化するに至った。⁽³⁾

(1) 広浜・中川(善)旧説(無効説)

この学説は、「民法總則編は單に財産關係に對する通則に過ぎないのでなからうか」、との広浜教授の問題提起に始まり、⁽⁴⁾その後、中川(善)博士などに受け継がれた学説で、⁽⁵⁾第二次大戦後の学説に対しても絶大な影響を与えたのみならず、その影響は今日にまで及んでいる。まず、広浜教授は、心裡留保による遺言を無効視すべきことを示唆して、相手方のない意思表示が心裡留保によりなされた場合にこれを有効視する理由を三瀧博士の主張することく「特定ノ相手方ナク廣ク法律交通ニ影響ヲ與フヘキ行爲ニ付キ此種ノ行爲ヲ爲シタル者ヲ保護セサル」ことにあるとするなら、「暗に身分上の行爲については心裡留保を認める必要は、一應はないものだといふ結論にも達しそうである。蓋し、『廣ク法律交通ニ影響ヲ與フヘキ行爲』は財産上の取引行爲たるを常とするからである」、⁽⁶⁾と述べている。

次に、広浜教授の右の問題提起を体系づけた中川(善)博士によれば、親族法と相続法とが一括して「身分法」と

呼称され、この「身分法」は物権法と債権法とを総称する「財産法」に対立するものとして把握され、この対立は「財産行為」と「身分行為」とについても及ぼされている。そうして、「財産行為」における意思が合理的、打算的、選別的（目的的意思）であるのに対して、「身分行為」における意思は非合理的、感情的、決定的（本質的意思）であり、このことから、「財産行為」が「表示主義」に親しむのに対して、「身分行為」は「意思主義」に親しみ、その結果、「身分行為」に關する意思主義は身分關係の本質上必然である⁷⁾、との命題が導き出されることになる。したがって、この学説によると、心裡留保によりなされた「身分行為」は、九三条の適用を排除され、むしろ「身分行為」における「意思主義」の原則に従い常に無効、と解されることになる。

ところで、「身分行為」について右に述べたことが遺言についてもそのまま適用するかは一個の問題である。なぜなら、遺言のうちでも遺贈のときは「財産行為」として見ることも十分に可能だからである。しかし、中川（善）博士は、遺言の「内容は非身分的たり得るにしろ、民法が之を身分法中に収め、また身分法的取扱ひをなし居るに鑑れば、遺言も一種の身分行為的行為と見るをよしとする如く思はれる」、と述べ、更に、家・戸主・家督相続の諸制度をその柱においた旧法の下では「遺言者は實に種々なる特權を有し、恰かも戸主といひ親といふ如き地位と形式的に近似した支配的地位」に立つこと、および、沿革的にみて遺言が家長の相続人指定行為として發展してきたこと、との二点を挙げ、遺言を「身分行為」の中でも「遺言者なる身分を設定する身分への行為」、と考えるのである⁸⁾。以上のことから、この学説によれば、遺言は「身分行為」と解されるから、心裡留保による遺贈もまた「身分行為」における「意思主義」の原則に従って常に無効とならざるをえないことにならう⁹⁾。

(2) 和田説(無効説)

この学説は、総則編の規定を遺言に対しても適用すべきか否かを問題とする点では前述の広浜¹¹中川(善)旧説と同じだが、しかし、遺言を財産上の法律行為を目的(内容)とする場合と身分上のそれを目的とする場合とに分けてこの問題をそれぞれ考えるべきであるとする。すなわち、「遺言が財産上の法律行為を目的とするものなるときは、他に遺言の特性によつて別段の結果を生ぜざる限りは、財産法たる民法總則の規定は當然、遺言に適用あるものと解すべく、遺言が身分上の法律行為を目的とする場合には、財産法たる民法總則の規定は、必ずしも當然には、適用ありとすることを得ない¹⁰⁾、とする。そうして次に、遺言と総則編中の意思表示規定との関係いかなを具体的に検討するが、そのうちの九三条については、「遺言が遺言者の眞意を尊重する特質上、財産上の遺言に於ても、身分上の遺言に於ても適用なきものと解するを正當とすべきである¹¹⁾、と結局は主張する。したがって、この学説によれば、心裡留保による遺言は遺贈を含めてすべて、遺言が遺言者の眞意を尊重する制度であるという遺言制度の特殊性によつて常に無効視されることになる¹²⁾。

(3) 川添、山下、近藤、田島説(一部有効・一部無効説)

ところで、前期の旧通説時代におけると同じく、総則編の通則性を前提としつつも九三条但書にいわゆる「相手方」の意味内容いかなを問題とする学説がこの時期においても引き続き一応は主張されている¹³⁾。すなわち、まず、川添説は、前期に登場した少数説の一つである中島(玉)説と同様に、九三条但書にいわゆる「相手方」の意味内容を当該の「意思表示ニ基キ直接(他人ノ権利ヲ介在セシメス)法律效果ヲ受クヘキ者」と広義に解し、「例へハ所有者カ眞意ニアラサル所有權拋棄ノ意思表示ヲナシタルトキノ眞意ヲ知り又ハ知り得ヘカリシ者カソノ目的物ヲ先占ス

ルモ第九十三條但書ニヨリ所有權ヲ取得スルコトナシ」として、相手方のない意思表示であっても一定の場合には本条但書を適用すべきだ、と主張する⁽¹⁴⁾。そうして次に、右の「相手方」の意味内容を相手方ある意思表示におけるその相手方とは解しつつ、しかし、相手方のない意思表示に対しても一定の場合には本条但書を類推適用すべきだ、と主張する学説（山下、近藤、田島）が登場している⁽¹⁵⁾。もっとも、右の諸学説は、いかなる場合につき本条但書を適用しない類推適用すべきかにつき必ずしもこれを明確に示さず、例えば、川添説は、「何人ニ對スル關係ニ於テモ效力ヲ一ニセサルヘカラサル身分上ノ意思表示又ハ法人ノ設立行爲、社員總會ノ決議等ノ團體法上ノ意思表示等ニツキテハソノママ之「九三条但書」ヲ適用スルコトヲ得ス」と主張し、また、山下説は、「何人に對しても一様に確定するを要する場合（例之私生子認知）には、效果意思缺乏の事實を知り又は知りうべかりし者と然らざる者につき、或は無効と爲し或は有効と爲すが如きは固より許されざるも、然らざる一般の場合⁽¹⁷⁾」において、更にまた、近藤説は、「懸賞廣告（又は遺言）の如く、之によつて、特定人が権利を取得し義務を負ふべき場合」において、それぞれ九三条但書を類推適用すべきだ⁽¹⁸⁾、と主張する。しかし、右の学説のいずれにおいても、遺贈が九三条但書の適用ないし類推適用を受ける余地ありとされることはほほ疑いのないところと思われるから、心裡留保による遺贈は、受贈者が善意・無過失であれば有効、反対に悪意・有過失であれば無効、と解されるべきことにならう。

〔2〕 新法下の学説

第二次世界大戦後、旧法上の家・戸主・家督相続の諸制度が廃止され、相続が純然たる財産相続に一本化されたほか、共同相続の原則および配偶者相続制度も新たに採用されることになった。そうして、このことに関連して遺言をなしうる範囲が当然に変更を受けることになり、その結果、旧法下で遺言によりなした事項のうち、

- ① 養子縁組（旧八四八条）
- ② 親族会員の選定（旧九四五条二項）
- ③ 推定家督相続人の排除およびその取消（旧九七六条、旧九七七条）
- ④ 家督相続人の指定およびその取消（旧九八一条）
といった重要事項が廃止され、
- ⑤ 認知（七八一条二項）
- ⑥ 後見人の指定（八三九条）
- ⑦ 後見監督人の指定（八四八条）
- ⑧ 推定相続人の排除およびその取消（八九三条、八九四條二項）
- ⑨ 相続分の指定またはその指定の委託（九〇二条）
- ⑩ 遺産分割方法の指定またはその指定の委託（九〇八条）
- ⑪ 遺産分割の禁止（九〇八条）
- ⑫ 共同相続人相互の担保責任の指定（九一四条）
- ⑬ 遺言執行者の指定または指定の委託（二〇〇六条一項）、遺言執行者の職務内容の指定（二〇二六条一項但書、一〇一七条一項但書）
- ⑭ 遺贈の減殺方法の指定（二〇三四条但書）
- ⑮ 遺贈（九六四条）

⑩ 財団法人設立のための寄附行為（四一条二項）

⑪ 信託法上の信託の設定（信託法二条）

等々の諸事項が新法下においてなされることになった。⁽¹⁹⁾したがって、このことから、新法下の遺言制度は家・戸主・家督相続の諸制度の廃止に伴い旧法下におけるよりも財産法的色彩を一層色濃く呈するようになった、ということができよう。

ところで、心裡留保による遺言の効力のあり方いかんに対する新法下の学説の変遷を見ると、第二次世界大戦後しばらくは、一方で、旧通説に従って心裡留保による遺言を常に有効視する学説が依然として存在した。⁽²⁰⁾また、他方で、親族法と相続法とを合わせて「身分法」ないし「家族法」と呼称し、これに対する総則編の適用可能性を否定する学説（広浜・中川（善）旧説）がなお支配的であったため、我妻博士のごとく、「身分法」ないし「家族法」の独自性を強調し、遺言を「身分行為」となした上で、これに対する総則編の適用可能性を否定する学説も依然として存在した。⁽²¹⁾しかし、前述のごとく新法下の遺言が財産的色彩を一層濃く呈するようになった、という事情に影響されて、右の中川（善）説自体すらも次のようにその装いを新たにして再登場するに至った。すなわち、それは、「財産法」に対する「身分法」の独自性を強調して「身分法」に対する総則編の適用可能性を否定する点では旧説と同じだが、遺言を「財産行為」上の事項を内容とする遺言と「身分行為」上のそれとに区別し、前者については、総則編の通則性を肯定しつつも相手方のない単独行為である遺言には九三条但書の適用される余地がないから、心裡留保による場合には同条本文に従い有効、また、後者については、総則編の通則性を否定して身分行為における「意思主義」の原則を適用すべきだから、心裡留保による場合には無効になる、というのである。⁽²³⁾そうして、この中川（善）新説によ

れば、家・戸主・家督相続の諸制度を廃止した新法の下で遺贈は前者に属することになるから、心裡留保による遺贈は九三条本文に従って有効視されることにならう。

(1) 学説以外には、臨時法制審議会(総裁・穂積陳重、副総裁・平沼騏一郎)において議決答申されていた「民法改正要綱」が一九二七年(昭和二年)二月二十八日に政府から発表され、このうちの「民法相續編中改正ノ要綱」中の「第十六ノ三」は「遺言ノ趣旨甚ク不當ニシテ遺言者ノ本旨ニ出デタルモノト認め難キ場合ニ於テハ、家事審判所ノ審判ヲ以テ救済ヲ爲シ得ルモノトスルコト」とされていた。そうして、穂積(重)博士はこのことにつき、「遺言に效力をもたせるのは、所謂最終意思を尊重せんとするのである。しかし例へば遺言書が遺言者の死亡よりも餘程以前に作られたもので、死亡當時の事情に十分適當せず、或は遺言者もさう言ふ遺言をしたことを忘れて居たのではないかと思はれる様なこともあり得る。又例へば死亡の直前に作られた遺言書だが其内容が非常識で、遺言者の最終意思の健全が疑はれる様なこともあり得る。或は又遺言者が思ひ違ひや書き違ひをしたのではあるまいかと思はれる場合もあらう。しかし所謂「死人に口なし」で、遺言者の眞意を確めることは出來ず、遺言書の文面通り執行すると不當の結果になるし、さりとて遺族其他が勝手に遺言を無視變更するを許すべきでない。それ故改正要綱は、其場合に家事審判所の審判を仰がせ、家事審判所は其遺言を取消し又は變更する等適當の救済を爲し得るものとすべしとした」と述べている(同「民法改正要綱解説——相続及び遺言——」(田穂積重遠・中川善之助責任編集・家族制度全集法律篇V相続「河出書房・一九三八年(昭和十三年)」三九六―三九七頁。同・相続法・第三分冊「岩波書店・一九四七年(昭和十二年)」五五九―五六〇頁も同旨)。このことから、右の「民法相續編中改正ノ要綱」によれば、心裡留保による遺言は「家事審判所ノ審判」でもって「取消」又はその内容を變更されうるものであった、と見ることは十分に可能である、と思われる。もっとも、右の「民法改正要綱」に基づく民法改正は周知のごとく実現されないうまままで終わっている。

(2) この時期において、九三条但書の適用範囲を相手方ある意思表示に限るべきだと解する学説としては、例えば、沼義雄・綜合日本民法論(5)(叢松堂書店・一九三六年(昭和十一年))七四頁、中島弘道・民法通論(清水書店・一九三五年(大正十四年))一三六頁、鳩山秀夫・日本民法総論(増訂改版)(岩波書店・一九三〇年(昭和五年))——初版は一九二七年(昭和二年))三五三頁、我妻榮・民法総則(岩波書店・一九三三年(昭和八年))三二三頁、石田次郎・現行民法総論(弘文堂書房・一九三五年(昭和十〇年))——初版は一九三〇年(昭和五年))三四九頁、などがある。なお、沼(義)・前掲・綜合日本民法論(5)七五頁註(一)は、この立場を当時の通説と見てゐる。

- (3) なお、本文で述べた他にも、例えば、石田(文)博士は、既にこの時期において、「民法が「知り得ベカリシトキ」と云ふ場合までも無効としたことは意思表示の理論から見て確に行きすぎた立法である。相手方の知つたときのみ無効とすることで充分であらう」と適切に述べていた(同・前掲「現行民法総論三四九頁」)。
- (4) 広浜・前掲「我が民法総則編の通則性」法学論叢二二巻二号一三〇頁(同・前掲「私法序説二二頁」)。
- (5) 「身分法」概念および総則編の総則性についての中川(善)博士の立場については、第一章註(4)に挙げた文献の他には、例えば、泉久雄「身分行為」星野英一代表編集・民法講座7親族・相続(一九八四年「昭和五四年」)一一頁以下参照。また、総則編の通則性に関するこの時期の学説については、広浜・前掲「民法総則編考(一)」——続「我が民法総則編の通則性」——法学七巻一〇号一三〇七頁以下(同・前掲「日本の私法制度論考一〇頁以下」)参照。
- (6) 広浜・前掲「我が民法総則編の通則性」法学論叢二二巻二号一三六頁(同・前掲「私法序説三二〇三三頁」)。
- (7) 中川善之助「身分行為に於ける意思の欠缺」法学八巻一号二頁以下(一九三九年「昭和十四年」)——同・身分法の総則的課題「岩波書店・一九四一年「昭和十六年」」一六九頁以下)。
- (8) 中川(善)・前掲「身分行為論——能力の問題を中心として——」法学創刊号七八頁(一九三二年「昭和七年」)——同・前掲「身分法の総則的課題一一九頁」。
- (9) もっとも、心裡留保による遺言の効力のあり方に対する中川(善)博士の所説は変遷している。すなわち、当初においては、「遺言は法律行為であるから民法総則の法律行為に関する規定も原則としては、適用がある」(傍点は原文、とした上で(同・相続法「合本三版」)「有斐閣・一九二五年「大正一四年」——初版は一九二二年「大正一一年」三三三頁)、遺言について「心裡留保の規定も亦適用がある」(傍点は原文、と解していたが(同・前掲書三八五頁)、しかし同時に、相手方ない単独行為であることを理由として遺言について九三条但書および九四条の適用を否定する通説を次のごとく批判してもいた。すなわち、「私は此點「通説」に付て多大の疑を抱いて居る。例へば遺言者が他の者と通謀して虚偽の相続人指定の遺言を作つたまゝ、死んだ様な場合に、その通謀した相手方が法理上遺言の目的に止つてその相手方でないといふ理由から九三條本文だけを適用して右の遺言を有効とする必要はない様に思はれる」と(同・前掲書三八六頁)。そこで、遺言は「身分行為ではない。従つてその效力に關して民法総則の法律行為に關する規定が原則として適用される」としつつも、しかし、「特別方式遺言のあるものにつき特に確認の手續を定めたること」「現行九七六條二項」より考ふれば遺言法は著しく意思主義的立場をとれること明らかなるが故に、心裡留保の規定(九三)は適用ない、と主張するようになった(同・略說身分法——親族相続法の社会法律学——「岩波書店・一九三〇年「昭和五年」」二八〇頁)。しかし、その後、本文で述べた

べたような立場を採るようになり、最終的には、新法の下で後述のような立場（本章第二節〔2〕参照）を採るに至った。

- (10) 和田子一・遺言法（精興社書店・一九三八年〔昭和十三年〕）一五―一六頁。
- (11) 和田・前掲・遺言法二二頁。
- (12) 和田・前掲・遺言法一七四頁。
- (13) なお、虚偽表示に關しては、遺言者カ受遺者ト相通シ虚偽ノ遺贈ヲ爲シタル場合ニ於テハ民法第九十四條第一項ノ精神ニ鑑ミ遺贈ハ無効ナリト解スルヲ相當トス、という法曹会決議（委員会第一科決議）が一九二七年〔昭和二年〕一月二十四日になされている（法曹会雜誌六卷一―二四頁〔一九二八年〔昭和三年〕〕—法曹会編纂・法曹会決議要録〔清水書店・一九三一年〔昭和六年〕〕四四―四頁）。
- (14) 川添清吉・民法講義（総則）（厳松堂・一九三四年〔昭和九年〕）九二頁。
- (15) 山下博章・民法講義・総則（有斐閣・一九二九年〔昭和四年〕）二六一頁、二六四頁以下、近藤英吉・注釈・日本民法（総則編）（厳松堂書店・一九三四年〔昭和九年〕—初版は一九三二年〔昭和七年〕）三二六頁、田島順・民法総則（弘文堂書房・一九三八年〔昭和十三年〕）三二〇頁。ただし、近藤教授は、「心裡留保に關する民法九三條……は、遺言の性質上適用の餘地なしと見るべきである」（省略は引用者）、と述べて、改説している（同・相統法〔日本評論社・一九三七年〔昭和二年〕〕二六〇頁）。
- (16) 川添・前掲・民法講義九三頁。
- (17) 山下・前掲・民法講義二六五頁。
- (18) 近藤・前掲・注釈・日本民法（総則編）三二六頁。田島・前掲・民法総則も同旨。
- (19) その他、遺言の「取消」（二〇二条以下）などの他にも、法文には明示されていないが、学説上、祭祀主宰者の指定（八九七条一項但書）、特別受益の持戻免除（九〇三条三項）、生命保険金受取人の指定・変更（商法六七五条）をも遺言事項と認める見解がある。
- (20) この時期において、九三条但書の適用範囲を相手方ある意思表示に限る学説として、例えば、勝本正兎・新民法総則（弘文堂・一九四八年〔昭和二十三年〕）一九九頁、永田菊四郎・新民法要義（第一巻総論）（帝國判例法規出版社・一九四九年〔昭和二十四年〕）一六六頁、於保不二雄・民法総則講義（有信堂・一九五一年〔昭和二十六年〕）一九一頁、柚木馨・判例民法総論・下巻（有斐閣・一九五二年〔昭和二十七年〕）一〇八頁、一一〇頁、などがある。そうして、宗宮博士は、「民法第九三條本文は相手方ある意思表示の場合に限らないから、相手方のない意思表示、例えば戲に所有權を拋棄し、非眞意に遺言書を作成する場合にも適用せられ、眞意でないことが一般的に認められない限りその意思表示通りの效力を生ずる」と述べて、心裡留保による遺言を有効視すべきことを明言している

(同) 改訂・民法総論〔有斐閣・一九四九年〔昭和二十四年〕一三五頁、同・新訂・民法総論〔有斐閣・一九五五年〔昭和三十一年〕一四三頁〕。なお、永田博士は、「心裡留保及び偽偽表示に因る無効の規定（九三條九四條）は、遺言に適用されない」と解しつつも（同・新民法要義（第五卷相統法）（帝國判例法規出版社・一九五〇年〔昭和二十五年〕二六二頁）、「遺言の如く表示上の效果意思を確定するための資料が比較的廣汎なるものについては、殆んど心裡留保の成立する餘地はない」と述べている（同・前掲・新民法要義一六六頁）。

(21) 我妻栄・改訂・民法大意・下巻（岩波書店・一九五三年〔昭和二十八年〕四三七頁。もっとも、我妻博士は、「相續編の規定には、財産法的色彩が甚しく濃厚である。家督相續は戸主権という身分上の地位の承繼だから、身分法的色彩が強いが、それが廢止された今日では、相續の効果は、財産の承繼だけである。遺言は、身分法的な行爲を内容とすることもあるが、實際上重要な作用をするのは遺贈である。そして、遺贈は、個人の意思に基づく財産處分の自由として、契約自由の原則とともに、近代法によつてその自由（遺言の自由）が強く主張され、遺留分制度によつて法定の相續との調整をはかれたものである。従つて、相續編の規定、ことに遺言の規定には、財産編の規定と對比して研究されなければならないものが多い」と指摘していたということにも注意すべきである（同・改訂・民法大意・上巻〔岩波書店・一九五二年〔昭和二十七年〕一八頁〕。

(22) 中川善之助・民法大要・上巻・総則・物權法（勸草書房・一九五五年〔昭和三十年〕九一〇頁）。

(23) 中川善之助・民法大要・親族法・相統法△版（勸草書房・一九五二年〔昭和二十七年〕一八五―二八六頁、△訂版）（一九五四年〔昭和二十九年〕二八二―二八三頁、東北大学民法研究会・註解相統法〔法文社・一九五一年〔昭和二十六年〕四一八頁（当該の執筆担当者は小山）。また、時期的には異なるが、中川善之助・民法大要・親族法・相統法△訂正増補版（勸草書房・一九六三年〔昭和三八年〕二九〇―二九一頁、△新版）（一九七五年〔昭和五〇年〕二七二―二七三頁、同・相統法△初版）（有斐閣・一九六四年〔昭和三九年〕三六三頁も同旨である。もっとも、中川（善）博士は、「財産行為」上の事項を内容とする遺言について、「ただ心裡留保とか錯誤とかいつても（九四條の偽偽表示に關する規定は、相手方のない單獨行爲である遺言には適用なきこととは言うまでもない）、遺言者の眞意を、その死亡後に立證するということが極めて困難であるため、適用される實際の場合には多くないと思われる」と述べている（同・前掲・民法大要・親族法・相統法二八六頁）。

なお、この時期、松坂博士は、遺言を身分法的名ものと財産法的名ものとに分け、「死亡の危急に迫つた者の遺言について確認を有效要件としたことからみて、眞意にあらざる遺言は無効」（同・新し民法——身分法——（高須書房・一九四八年〔昭和二十三年〕一六頁）、と解していたことがある（本章本節〔註7〕および本章本節〔註9〕参照）。

〔三〕 第三期 現在（一九五〇年代前半「昭和二〇年代後半」頃から現在まで）

この時期に入ると、旧法下において通説的地位を占めた中川（善）博士の旧説——親族編と相続編とを合わせて「身分法」ないし「家族法」と総称して「財産法」に対する「身分法」ないし「家族法」の独自性を強調する学説——に代わり、新法に適合すべき新たな家族法学説が提唱されるようになる。すなわち、まず、山中博士は、親族・相続両編を「純粹に親族的身分共同生活にかんする部分」と「それに付随して規定せられていることから、とくに財産法的部分」とに分け、前者に対する総則編の適用可能性を否定するが、後者についてはこれを総則編その他の財産法の論理に従って規律すべきだ、と主張する。⁽¹⁾次に、川島博士は、「近代社會の家族・親族關係は純粹に私法的な市民的な關係であり、したがつて、その親族關係を構成するものは、『權利・義務』という特殊な法的な範疇である」、⁽²⁾として、市民法的な家族關係を個人对个人の權利義務關係として構成すべきであるから、新法下の「家族法はもはや身分法とよばれるべきではない」、と主張する。⁽³⁾更に、沼教授は、親族法をその中核たる「私的保護法」と「親族的身分關係法」との複合法として財産法に對立したものとするが、相続法については、これを財産法原理と親族法原理とが交錯して支配するものとして位置付け、しかも、「人の死亡」を契機として實現を期する法律行為と財産の帰属關係が、この法域における規律の対象となるのであるから、そこに生前相互間ないしは生者がイニシヤティブをとつて死者の側に働きかける關係を規律する場たる財産法及び親族法におけると異なる色調に彩られることとなる」(傍点は原文)、と考える。⁽⁴⁾更にまた、鈴木（禄）教授は、まず、右の中川（善）博士のように考えることは比較法的に見て日本独自のものであることを指摘し、その理由として、第一に、親族・相続法がその起草の段階においてヨーロッパ

法を直接に継受しなかったこと、第二に、家制度を基調となす旧法下の親族法・相続法に近代性をもたせるために、身分法を財産法とは異なった解釈原理に基づかせる必要があったこと、第三に、旧法下の家督相続は少なくとも建前上では家長たる戸主の地位の承継として理解すべきであつたから、相続法が身分法の一部をなしていたことにも十分な客観的な理由が存したこと、を挙げている。そうして、同教授は更に、民法総則編の通則性を否定する従来の通説に対して、この考えは、親族編に対しては今日でもなお妥当するところがあるが、相続編に対しては、「原則として、財産法の思考方法がそのまま用いられるのであり、むしろ、相続法における諸問題は、民法前三編の諸理論の応用問題であることが多い」とし、その上で、遺贈はその要件・効果において財産法的である、と述べている。⁽³⁾

ところで、これらの新学説は心裡留保による遺言の効力いかなの問題に直接に触れるものではないが、右の諸学説の出現以後、総則編の通則性を全面的に否定する学説は次第に一般に批判されるようになってくる。⁽⁶⁾ そうして、学説のかかる一般的趨勢の中で次のような学説が登場するようになる。

(1) 九三条本文適用説(有効説)

まず、総則編の通則性をなお制限しつつも、遺贈に対して九三条を適用し、しかも、相手方のない単独行為に対しては同条但書を適用する余地がないとして、結果的には旧通説におけると同じく心裡留保による遺贈を有効視する学説が登場し、そうして、この立場はこの時期の多数説となった。そうして、この学説中には総則編の通則性を制限するあり方について次の二つの異なる類型の学説がある。

(1) 松坂、有泉、泉、石川(利)等説

この立場は、前期の後半(新法下)に登場した中川(善)新説に従って、遺言を「財産行為」上の事項を内容とす

る場合と「身分行為」上のそれとに區別し、前者に対しては総則編の通則性を原則的に肯定するが、後者に対しては総則編の通則性を否定して「身分行為」における「意思主義」の原則に従ってこれを処理するものである。したがって、この立場によれば、心裡留保による遺贈は、「財産行為」上の事項を内容とする遺言として総則編中の九三条が適用され、しかも、それが相手方のない単独行為であるとの理由でもって同条但書の適用を排除されるから、同条本文により有効とされることになる。

(2) 青山、金山、島津、中川（高）等説

これは、総則編の通則性に関する前述の山中説におけると同じく「身分法」ないし「家族法」を主として親族法の意味に解した上で、かかる意味での「身分法」ないし「家族法」に対する総則編の通則性そのものは否定、したがって、遺言に対しては総則編の通則性を原則的に肯定するが、しかし、およそ遺言が相手方のない単独行為であること⁽⁸⁾を理由として、心裡留保による遺言を九三条本文に従って有効視するものである。

(2) 九三条但書適用ないし類推適用説（一部有効・一部無効説）

次に、一九六五年（昭和四〇年）を過ぎると、心裡留保による遺言につきそれが相手方のない単独行為であるとの理由でもって九三条但書の適用の余地を否定して同条本文によりこれを常に有効視する旧通説やこの時期の多数説たる前述[1]の九三条本文適用説に反対して、総則編の通則性を原則として肯定した上で、遺贈や懸賞広告のごとく特定人が具体的な権利義務を取得すべき場合にはこれに対して九三条但書の適用（米倉など）ないし類推適用（今泉、幾代など）⁽⁹⁾を肯定する学説が再び登場するに至っている。したがって、この立場によれば、心裡留保による遺贈は、受遺者のごとく利害関係人が心裡留保であることについて善意・無過失であれば九三条本文により有効、反対に悪

意・有過失であれば同条但書の適用ないし類推適用により無効、と解されることになる。そうして、この立場は、少数ながらも現在における有力説をなしている、と見ることができよう。

(3) 九三条非適用説（無効説）

そうして更に、より最近では、同じく総則編の原則的通則性を肯定しつつも、遺言そのものの特殊性に着目して遺言について九三条の適用を否定する学説が少数ながら登場している。⁽¹⁰⁾

(1) 高野説

まず、高野教授は、「遺言制度は、遺言者の意思表示に法律効果が与えられるのであるから、この意思表示一般については、民法総則の適用が基本的にはあることになる。しかし意思表示が相手方なき単独行為であるという性質を有する法律行為であることと、遺言には身分関係の発生を内容とするものがあること、および遺言は遺言者の死亡後その効力が発生することから、民法総則全体が常に適用されることにはならない」として、遺言に対する総則編の原則的適用可能性を肯定しつつも遺言の特殊性に考慮を払うべきだ、と主張する。すなわち、「身分行為」を内容とする遺言については、民法九〇条以下の規定は適用されず、「身分行為」上の原則の適用を受けるから、および「遺言者に遺言の意思がなかった場合には、その遺言は無効」と解されるのに対して、遺贈や寄附行為のごとく「財産行為」を内容とする遺言については、民法総則の適用が一応肯定はされるものの、しかし、「九三条・九四条は遺言制度の趣旨、遺言の法律行為としての性質上、適用されない」と解するので、結局、心裡留保による遺言はすべて無効、と解されるべきことに恐らく帰着することになろう。

(2) 須永、磯村（保）説

遺贈と心裡留保（一）（村田）

次に、須永教授は、総則編の理論体系上の通則性を自明視しつつも、「遺言の拘束力の根拠は遺言者最終の意思そのものにあつて当該の遺言に対する利害関係人の信頼にあるのではない」ことを理由として、遺言に対して九三条の適用を否定すべきだと主張する⁽¹²⁾。そうして、磯村(保)教授もまた、「心裡留保による遺言も有効とする説には強い疑問を禁じえない」⁽¹³⁾、とする立場から、「遺言者は遺言を自由に撤回することができ(一〇二二条)、その生存中に心裡留保による無効を主張する必要はなく、また、遺言によって利益を受けるべき者がその利益の取得を期待したとしても、これは事実上のものであり、法的保護に値しない」、と述べた上、「私見は、遺言についてはむしろ遺言者の真意こそが尊重されるべきであるとの立場から、受遺者が現実⁽¹⁴⁾に遺贈された財産を取得した後においても、心裡留保であったことが証明されるかぎり、遺言は無効であり、受遺者は不当利得返還義務を負うと解する」、と主張して、無効説を展開している⁽¹⁴⁾。

なお、この時期になると、学説の右のような一般的状況の中にあつて次のような学説もまた登場している。すなわち、加藤(永)教授のごときは、遺言の特殊性に言及して、第一に、遺言者がいつでもこれを撤回できること、第二に、それが要式行為であること、第三に、遺言は幾つかの独立した意思表示を同時に包括できること、を挙げ、遺言のこれらの特殊性から遺言の効力のあり方を考えるべきだ、と指摘している⁽¹⁵⁾。そうして、かかる指摘がなされるに至ったのは、総則編の通則性が多かれ少なかれ肯定されるに至ったことに伴い、総則編中の意思表示規定と遺言との関係が殊更に問題視されなければならなくなったことによるものと考えられ、本稿の問題意識からは特に注目されるところである。

(1) 山中康雄・市民社会と親族身分法(日本評論社・一九四九年〔昭和二十四年〕)一〇頁以下。

- (2) 川島武宣・民法(三)——人・親族・相続・法人——(改訂増補版)〔有斐閣・一九五五年「昭和三〇年」——初版は一九五一年「昭和二六年」〕二二頁。
- (3) 川島・前掲・民法(三)三〇頁。
- (4) 沼正也「親族法の体系」——民法における親族法の地位——「法学新報六一卷二〇号一頁以下、特に三五頁(一九五四年「昭和二年」)——同・親族法の総論的構造「三和書房・一九五五年「昭和三〇年」一頁以下所収。なお、沼教授は、「心裡留保・虚偽表示の規定(九三条・九四条)は相手方ある意思表示を念頭において規定せられたものです、遺言者があらかじめ受遺者と通謀したうえで遺言書を書くというような場合も考えられるので、遺言が相手方なき単独行為であることを理由にしてその適用なしと断すべきでない」、と述べている(同・与える強制と奪う強制「新版増訂二刷」)「三和書房・一九八二年「昭和五七年」——初版は一九七三年「昭和四八年」、初出は同・理論相続法学「中央大学通信教育部・一九七二年「昭和四七年」一四八頁。同・家族法の基本構造「三和書房・一九八四年「昭和五九年」——初出は同「遺言制度の論評」民法基本問題一五〇講Ⅲ親族相続「一九八一年「昭和四六年」)二二三頁以下をも参照。
- (5) 鈴木祿弥・相続法講義(有斐閣・一九六八年「昭和四三年」)二二二頁以下。同・相続法講義(創文社・一九八六年「昭和六一一年」二九三頁以下)同旨。
- (6) 本稿のテーマに直接に関係するものではないが、総則編の通則性を全面的に否定することには反対する。この時期の論文として、本文中採り上げられた諸学説の後にも、例えば、「身分行為」に対しても九〇条を適用すべきだとす青山道夫「身分行為と民法第九十條——判例を中心として——」法政研究三二卷二一四合併号三三三頁以下(一九五五年「昭和三〇年」)——同・続近代家族法の研究「有斐閣・一九五八年「昭和三三年」)二二三頁以下所収、相続法上の事項に関する遺言に対して九〇条および九五条の適用があることを前提として公序良俗違反および錯誤による遺言の効力のあり方を問題にする泉久雄「遺言の無効」家庭裁判月報三(三〇)巻一〇号一頁以下(一九七八年「昭和五三年」)——同・家族法論集「有斐閣・一九八九年「平成元年」)二六一頁以下所収、などがある。
- (7) 松坂佐一・民法提要・親族法・相続法(有斐閣・一九六二年「昭和三七年」)一五頁・二〇七・二〇八頁、「新版」(一九七五年「昭和五〇年」)一五頁・二八一頁、「三版」(一九八一年「昭和五六年」)一五頁・二九五頁、有泉亨・親族法・相続法「新版」(弘文堂・一九七一年「昭和四六年」)——初版は一九五四年「昭和二九年」三頁以下・二三五頁、我妻栄「有泉亨・民法Ⅲ親族法・相続法」(二版三三刷)(一粒社・一九七六年「昭和五一年」)——初版は一九五六年「昭和三一年」一四頁以下・四一九頁、中川善之助「泉久雄・相続法」(新版)(有斐閣・一九七四年「昭和四九年」)四八六・四八七頁、同・前掲・相続法(三版)五二〇・五二二頁、泉久雄他・民法

辨義8相統(有斐閣・一九七八年「昭和五三年」)三二三頁(当該箇所執筆担当者が泉、石川利夫・家族法講義「下」相統法〈改訂二版〉(評論社・一九八一年「昭和五六年」)二八八頁。その他にも、例えば、中川善之助編・注釈民法論(六刷)(有斐閣・一九八〇年「昭和五五年」)——一刷は一九七三年「昭和四八年」二九七―二九八頁、〈新版〉注釈民法論相統(3)(一九八八年「昭和六三年」)三六三―三六五頁(当該箇所執筆担当者はいずれも山本「正」、小野幸二編・民法シリーズ(9)親族法・相統法(八千代出版株式会社・一九七九年「昭和五四年」)四六七頁(当該箇所執筆担当者は尾中)——なお、小野幸二編・民法シリーズ(9)親族法・相統法・一九七九年「昭和六三年」四八一頁では旧通説の立場(当該箇所執筆担当者は石田「雅」、青木博・家族法要論(文芸書房博文社・一九八五年「昭和六〇年」)一五頁、二九八頁、久保木康晴・最新家族法(青書房・一九八六年「昭和六一年」)三二三頁、林良平・右近健男・山口純夫編・親族・相統法(青林書院・一九八七年「昭和六二年」)——初版は一九八一年「昭和五六年」)三〇三頁(当該箇所執筆担当者は千藤)、村井衛平・親族・相統法〈改訂版〉(晃平書房・一九八八年「昭和六三年」)一頁、二三八―二九九頁、堀陽子・家族法(嵯峨野書院・一九八九年「平成元年」)二八四―二八五頁。なお、篠塚昭次・高木多喜男編・贈養親族法・相統法(青林書院新社・一九八一年「昭和五六年」)二六四頁(当該箇所執筆担当者は山口「純」、遠藤浩・水本浩編・民法(9)相統(三版)(有斐閣・一九八九年「平成元年」)——初版は一九七一年「昭和四六年」)二〇七頁(当該箇所執筆担当者は水本)、松川正毅「遺言の方式・効力」林良平・佐藤義彦編・民法Ⅲ「親族・相統」(有信堂・一九八九年「平成元年」)二五六頁もこの立場か。

(8) 青山道夫・身分法概論(法律文化社・一九五一年「昭和二六年」)五〇六頁・三四九頁、同・相統法(評論社・一九五六年「昭和三二年」)二二五頁、同・家族法論(法律文化社・一九五八年「昭和三三年」)五〇六頁・三五六頁、同・改訂・家族法論Ⅱ(法律文化社・一九七一年「昭和四六年」)三七二頁、金山正信・家族法(ミネルヴァ書房・一九五七年「昭和三年」)七頁以下・一一九頁、島津一郎・親族・相統法(日本評論社・一九八〇年「昭和五五年」)二二頁以下・二八四―二八五頁、中川高男・親族・相統法講義(ミネルヴァ書房・一九八九年「平成元年」)六頁・四二頁。その他にも、例えば、森達・親族法・相統法〈新版〉(文久書林・一九八三年「昭和五八年」)——初版は一九七九年「昭和五四年」一八頁以下・二三八―二九九頁。なお、甲斐道太郎他編・民法5親族・相統(三版)(蒼林社出版・一九八五年「昭和六〇年」)——初版は一九八一年「昭和五六年」三七九頁(当該箇所執筆担当者は山脇)もこの立場か。

(9) 遺言に対して九三条但書を直接適用すべきとなす学説として、薬師寺志光・日本民法総論新講〈改訂四刷〉(明玄書房・一九七五年「昭和五〇年」)——一刷は一九七〇年「昭和四五年」四四五頁、米倉明・民法講義——総則(法学教室七八号)二八頁(一九八七年「昭和六二年」)など。他方、九三条但書を類推適用すべきとなす学説として、今泉孝太郎・新民法総則〈改訂版二刷〉(泉文堂・一九

六六年〔昭和四一年〕——一刷は一九六三年〔昭和三八年〕二七四頁、幾代通・民法総則△二版（青林書院新社・一九八四年〔昭和五九年〕——初版は一九六九年〔昭和四四年〕二四三頁・二四五頁註（三）など、がそれぞれある。なお、谷口知平他・民法総則・物権法〈新版〉（有斐閣・一九八六年〔昭和六一年〕——初版は一九五六年〔昭和三一年〕一三〇頁（当該箇所の執筆担当者は谷口〔知〕は後者の立場であろうか。

(10) なお、本文で紹介する諸学説以外にも、例えば、阿部（徹）教授は、心裡留保による遺言の効力の問題に言及して、「遺言も身行為の一つなので、意思の欠缺に関する民法総則編の規定（九三―九五条）は、そのままの形では適用されない。ところで、心裡留保や錯誤による遺言の効力がどのようになるかについては特別の規定もなく、解釈も一致してはいないが、遺言における真意尊重（意思主義）の観点からみて、真意に即していない遺言はすべて無効になると解すべきであろう」と主張し（有地亨他・民法〔S〕親族・相続△三版）〔有斐閣・一九八九年〈平成元年〉——初版は一九七九年〈昭和五四年〉二七四頁〔当該箇所の執筆担当者が阿部（徹）〕。泉久雄・阿部徹・民法講義ノート（7）親族・相続〈増補版〉〔有斐閣・一九八九年〈平成元年〉——初版は一九八二年〈昭和五七年〉二一七頁〔当該箇所の執筆担当者が阿部（徹）も同旨〕。また、阿部徹「遺言の解釈と要式性の調和」加藤一郎・米倉明編・ジュリスト増刊・民法の争点〔有斐閣・一九七八年〈昭和五三年〉三九九頁、〈新版〉民法の争点Ⅰ〔一九八五年〈昭和六〇年〉二五一頁参照〕、そうして、伊藤（昌）教授もまた、「遺言は、相手方のない単独行為であり、かつ表意者の死後に効力を生ずるので、心裡留保・虚偽表示の規定は否定すべきである。意思主義の原則に忠実に、遺言者の真意でないならば、無効とされてよい」と主張して（佐藤義彦・伊藤昌司・右近健男・民法V親族・相続△四刷）〔有斐閣・一九八九年〈平成元年〉——一刷は一九八七年〈昭和六二年〉一八五頁〔当該箇所の執筆担当者が伊藤（昌）〕、ともに遺言の特殊性から真意欠缺を理由として端的に遺言が無効視されるべきことを指摘している。しかし、両教授においては、総則編の民法理論体系上の通則性をどのように解されているのかが必ずしも十分に明らかではないのである（なお、阿部〔徹〕教授においては、遺言に対して、九〇条・九一条の適用が肯定され、九五条・九六条の適用が否定されること、また、伊藤〔昌〕教授においては、九五条——但し、同条但書は適用されない——九六条の適用が肯定されることは、右のそれぞれの前掲書から明らかだが）、ここで両教授の立場を紹介するに止めることにする。両教授の御寛容をお願いする。

(11) 高野竹三郎・相続法（敬文堂・一九七五年〔昭和五〇年〕三七六頁。同・相続法要論△四刷）（成文堂・一九八七年〔昭和六二年〕——一刷は一九七二年〔昭和四七年〕二六四―二六五頁、田中実・山本進一編・親族法・相続法△改訂版）（法学書院・一九七六年〔昭和五一年〕——初版は一九七二年〔昭和四七年〕三三三―三三四頁（当該箇所の執筆担当者が高野）も同文。なお、高野教授は、「遺言それ自體は、たとえ形式的には身分法上の行為であるといつても、本質的には決してそうではなく、まして財産法上の行為とも

限らない。本質的には、遺言自體はいずれともいえない、いわば無色の法律行為であり、無色の容器である。この容器に盛られる内容の如何によつて、財産行為的な遺言ともなれば、身分行為的な遺言ともなる。このような點において、遺言はその法律行為としての基本的性質上、賣買・婚姻・養子縁組などの法律行為と異なる特色をもつている」、とも述べている(同、「遺言の解釈」早稲田法学二九卷二・三冊二九九頁(一九五三年「昭和二八年」))。

(12) 須永・前掲・民法総則要論一七八頁。なお、須永教授は、「総則編の規定が家族法に対して全面的に適用される余地なしとなす」とは所詮一つのドグマにすぎないのではないかと述べている(同「縁組意思の存否」加藤一郎・太田武男編・別冊・ジュリスト・家族法判例百選(第三版)(有斐閣・一九八〇年「昭和五五年」)一一三頁)。

(13) 石田喜久夫編・現代民法講義Ⅰ・民法総則(三刷)(法律文化社・一九八八年「昭和六三年」)——一刷は一九八五年「昭和六〇年」)一一二九頁(当該箇所の執筆担当者が磯村(保))。

(14) 磯村保「矛盾行為禁止の原則について」——信義則適用の一場面(法律時報六一卷二号九二頁(一九八九年「平成元年」))。なお、磯村(保)教授は、本文のように述べた後で、「かりに九三条の適用を一応認めるとしても、心裡留保であることを認識していたような受遺者に遺言の有効性を主張せしめる必要性は存しないのではなからうか。これらによれば、受遺者側の信頼があつてもなお、それは遺言者の真意に劣後すると解するか、もしくは現実には有効性を信頼した受遺者のみが保護されることになる。これに対し、通説によれば、受遺者側の信頼の有無をおよそ問題とすることなく、遺言者が心裡留保による意思表示をしたこと自体の効果として遺言の効力が発生することにならう」とも述べている(同・前掲論文九二頁)。

(15) 加藤永一「遺言の効力」家族法大系Ⅶ・相続(2)(有斐閣・一九六〇年「昭和三五年」)二〇二頁。

第三節 要 約

以上、日本民法典の起草者およびその後の学説が心裡留保による遺言の効力のあり方をどのように解しているかを概観し、そして、学説の変遷についてはこれを三期に分けて見てきた。そこで、最後に、心裡留保による遺贈の効力のあり方に対する日本法上の学説を効力の有無という視点からまとめておくことにする。

〔一〕 有効説

心裡留保による遺贈を常に有効視する立場で、日本民法典の起草者およびその考え方を継承した旧通説および第二次世界大戦後に登場した中川（善）新説等がこの立場を採り、現在における多数説でもある。まず、日本民法典の起草者および旧通説によれば、総則編の通則性、そうしてまた、遺言に対する九三条の適用可能性が前提とされた上で、九三条但書にいわゆる「相手方」とは相手方ある意思表示におけるその相手方に他ならない、という形式的理由から、遺贈を含む相手方のない単独行為が一般的に九三条但書の適用を否定されて同条本文により有効、と解されることとなる。そうして、この帰結の実質的理由として、不特定の者を対象とする意思表示を心裡留保によりなした者を保護する必要性が存しない、ということが挙げられている。次に、中川（善）新説およびこれを踏襲する学説（第三期の〔1〕の①）によれば、遺言は「財産法」的な事項を内容となす遺言と「身分法」的な事項を内容となす遺言とに分かれ、前者については旧通説におけると同じく、また、後者については総則編の通則性が否定されて「身分法」における「意思主義」の原則に従って、それぞれ処理されることになる。そうして、この立場によれば、遺贈は前者に位置付けられるから、心裡留保による遺贈は旧通説におけると同様に有効、と解されることになる。更に、「身分法」ないし「家族法」を主として親族法の意味に解して、遺言に対する総則編の原則的通則性を肯定するが、しかし、および遺言が相手方のない単独行為であることを理由として、心裡留保による遺言を九三条本文に従って有効視する学説（第三期の〔1〕の②）も登場している。

〔一〕 一部有効・一部無効説

これは、右の旧通説と同じく総則編の通則性を原則的に肯定しつつも、九三条但書にいわゆる「相手方」の意味内容いかんを問題として旧通説の右の帰結をいち早く批判した学説であったし、近時においても再び有力に主張されているものである。すなわち、この学説は、これをはじめて唱えた中島（玉）博士によると、旧通説のごとく解するならば、例えば「戲ニ遺言書ヲ作り受遺者相續人等皆戲ナルヲ知ル」場合でも、これをすべて有効とせざるをえなくなるから、同条但書にいわゆる「相手方」の意味内容を相手方ある意思表示におけるその相手方に限定せずに「他人」すなわち広く利害関係人と捉え直すことにより、心裡留保が相手方のない意思表示においてなされた場合にも同条但書を適用する余地を認めるべきだ、というのである。また、その後、右の「相手方」を相手方ある意思表示におけるその相手方と一応は解しつつ、しかし、相手方のない意思表示に対しても同条但書を類推適用する余地を認めるべきだ、となす学説（第二期の[1]の③および第三期の[2]）も現われている。以上のことから、この学説によれば、心裡留保による遺贈は、心裡留保であることについて受遺者が善意・無過失なら同条本文により有効、悪意・有過失なら同条但書の適用ないし類推適用によりこれを無効、と解されるべきことになる。

なお、その他にも、穂積（重）博士は、真意欠缺の客観的に明らかでない遺言を当然に無効、真意欠缺の客観的に明らかでない遺言については九三条本文によりこれを有効、と解していた。

〔三〕 無効説

この学説もまた旧通説の帰結を批判するのだが、心裡留保による遺贈を常に無効視する点で右の一部有効・一部無効説とは異なる。そうして、この無効説は更に以下の二学説に大別することができる。すなわち、その一つは、「身分法」に対する総則編の通則性を否定し、心裡留保による遺言の効力のあり方については、「身分行為」における「意思主義」の原則に従ってこれを無効にすべきだと解し、このことを遺贈についても全く同様に解する立場である（第二期の[1]の①）。次に、その二つは、法律行為としての遺言の特殊性に着目して遺言の効力のあり方を決する立場であるが、これは更に次の三学説に分けることができる。まず、総則編の通則性を制限して遺言を「財産行為」上の事項を内容とするものと「身分行為」上の事項を内容とするものに分け、前者については総則編の適用を一応肯定するが、しかし、遺言が遺言者の真意を尊重する制度であることに変わりはないとして、心裡留保による遺言を「財産行為」上の事項を内容とするものであれ「身分行為」上の事項を内容とするものであれ、すべて無効視する立場がある（第二期の[1]の②）。次に、総則編の通則性を原則的に肯定しつつ、遺言を「財産行為」上の事項を内容とするものと「身分行為」上のそれとに分けるが、しかし、遺贈のごとく「財産行為」上の事項を内容とする遺言についても遺言制度の趣旨、遺言の法律行為としての性質から九三条の適用を排除する立場がある（第三期の[3]の①）。最後に、同じく総則編の通則性を原則的に肯定しつつも、遺言の拘束力の根拠が遺言者の「真意」ないし最終意思にあることを理由として遺言に対して九三条の適用を排除する立場もある（第三期の[3]の②）。

〔未完〕