

# 要式行為における多文化主義的配慮のあり方に 関する序論的考察

—自筆証書遺言の押印要件に関する検討を通じて—

角本 和理

## The Significance and Limitations of Multicultural Interpretation and Operation of the Seal Requirement for Valid Will

Kazumasa KAKUMOTO

### Abstract

This paper examines the significance and limitations of multicultural interpretation and operation of the seal requirement for valid will. While the rules of making a will vary from country to country, holographic will must be written by the testator with the date of the will and the name of the testator and must have his or her seal on it in Japan. Among these requirements, seal requirement is peculiar to the Japanese Law.

According to the supreme court of Japan, one of the grounds of this requirement is that the national practice or the legal sense to require the seal to guarantee the completion of the document. However, such national practice is not strictly applied in everyday life: some put their thumbprints on the will instead of their seals, and others write their signatures “to guarantee the completion of the document”. It is often the case that they simply follow their local [or foreign] customs.

In short, Seal requirement for valid will in Japan is rather monocultural. Accordingly, flexible interpretation and operation of this requirement is demanded. To operate the will more flexibly and practicably, we need to reconsider the seal requirement.

### 1. はじめに

いわゆる要式行為とは、私法上の法律行為のうち、意思表示が一定の方式に従ってなされなければ有効に成立しないものを指す<sup>1</sup>。民法に規定のあるものとしては、例えば、保証、遺言、婚姻等が要式行為に当てはまる。これらの行為については——本来であれば法律行為は当事者の意思（の合致）のみによって成立するものであるところ——、一定の政策的な理由から国家による要件の加重がなされている<sup>2</sup>。

この点、日本（民）法上の要式行為の規定を俯瞰して

みると、西洋と比較した場合の日本法独自の要件として、「押印」が要求される場合があることに気づく。その代表例として、自筆証書遺言では、西洋においては（その他の要件に加えて）当事者の意思の確認のために署名のみが要求される場面において、日本法では、これに加えて、「押印」が要求されているのである。そして、この「押印」要件の解釈——必ずしも“押印”とはいえない行為が押印の代わりになされていた場合に、全体として有効な法律行為とみるかどうか——が多く争われてきたのが、他にもない自筆証書遺言の場面である。

日本における押印文化は、直接的には中国文化に由来

する<sup>3</sup>。中国から伝来した印章は、上代においては主として公的な書類の真贋を明らかにするために用いられていた。それが時代を下るにしたがって私的な文書にも広く用いられるようになり、やがてこれが公認され、むしろ要式行為として求められるに至ったのである。この点、印章の模造技術が究極的に発達している今日においては、押印の本来の意義はもはや薄れ、慣行的な色彩が非常に強いものとなっており、後述するように、このような要件をなくすべきだとの立法論も夙に主張されているところである。

そのようななかで、今日の判例法理によると、自筆証書遺言による押印要件には、日本の全国的慣行ないし法意識に根差すところの、文書の完成を担保するとの機能があると理解されている。しかし、このような、何らかの慣行に根差す事実行為の履踐を要式行為に求めることは、当該要式行為を、ある種の単一文化主義的な制度となさしめる可能性があるように思われ、現に、自筆証書遺言における押印要件はこのような機能を果たしてきたと評価することができる。ただ一方で、押印要件の立法過程や判例による運用には、ある種の政策的な妥協がみられることも事実である。例えば、判例は、外国人による署名の事案や、女性による指印の事案について、その文化的背景ないし実際の事情に着目したうえで、例外的に押印要件該当性を肯定してきており、ある種の多文化主義的配慮がなされていると評価することも可能である<sup>4</sup>。

このような、印章による押印に代えてなされた行為の押印要件該当性に関する近時の最高裁判決では、全国的な慣習の有無を重視する判例の準則と、必ずしも全国的なものとはいえない人々の慣行<sup>5</sup>の間での衝突が鮮明化することとなった。その結果、要式行為たる遺言という法律行為における、多文化主義的配慮の限界が示されるに至ったと評価できる。

本稿は、以上のような観点から、自筆証書遺言の押印要件に関する立法過程・判例の展開・学説の主張の検討をおこなうことで、ひいては要式行為一般において定められる要件のうち、ある種の単一文化主義的要素の色濃いものは、一方で多文化主義的な配慮からその要件適用の緩和がなされるべきであり、他方で要件緩和の行き過ぎを防ぐために、慣行の存在につき実証的な検証がなされるべきであるとの仮説を提示するのである。

## 2. 民法 968 条 1 項の押印要件に関する判例と学説の展開

### 2.1. 民法 968 条 1 項の押印要件

民法 968 条 1 項に定められている自筆証書遺言の要件は、①遺言書の全文の自書、②日付、③氏名の自書、④押印であり、このうちの押印要件が本稿の主たる検討対象である。

ここでは、この要件に関する従来の判例・学説の展開を見ることで、その意義について確認する（この点、そもそも、968 条 1 項の押印要件については、古くからその意義に対する批判が主張され、これを不要とする立法論も展開されてきたところである<sup>6</sup>。しかしこれに対し、押印要件の緩和に否定的な見解も根強く主張されてきた<sup>7</sup>。そのため、法制審議会民法（相続関係）部会において押印要件の不要案が出された<sup>8</sup>ものの、結局は押印を一律に不要とする考え方は採用されなかった<sup>9</sup>。このように、立法的な解決がさしあたりなされない以上、「押印」要件の内実に関する解釈論には今後も意義があることとなる点について、ここで触れておくことは無駄ではないだろう）。

### 2.2. 押印要件に関する最高裁判例

まず、押印要件に関する最高裁判決の展開を概説する。

自筆証書遺言の作成の際に、印章による押印に代えてなされた行為の押印要件該当性が最高裁で争われたものとしては、次の三類型が挙げられる。第一に、印章による押印がなされず、署名しかなされていなかった事案、第二に、印章による押印に代えて指印（拇印）がなされていた事案、第三に、印章による押印に代えて花押<sup>10</sup>がなされていた事案である。これらの事案における最高裁の判示について、以下順に検討していく。

まず、署名が押印に当たるかが争われた最判昭和 49 年 12 月 24 日民集 28 卷 10 号 2152 頁で、最高裁は、印章による押印という我が国一般の慣行に遺言者が従わなかったことにつき首肯すべき理由があるかを問うたうえで、遺言としての有効性の判断を行った。すなわち、日本に帰化したばかりの白系ロシア人が「本件遺言書に押印しなかったのは、サインに無上の確実性を認める欧米人の一般常識に従ったものとみるのが至当であるから、押印という我が国一般の慣行に従わなかったことにつき、首肯すべき理由がある」（傍点引用者、以下同じ）

として、署名の押印要件該当性を肯定したのである。

次に、指印が「押印」に当たるかについて、最判平成元年2月16日民集43巻2号45頁は、次のような一般論を展開し、これを積極に解した<sup>11</sup>。すなわち、押印要件には、「遺言の全文等の自書とあいまって遺言者の同一性及び真意を確保するとともに、重要な文書については作成者が署名した上その名下に押印することによって文書の作成を完結させるという我が国の慣行ないし法意識に照らして文書の完成を担保する」意義がある。この点、「必要以上に遺言の方式を厳格に解するときは、かえって遺言者の真意の実現を阻害するおそれがあるものというべき」であることに留意する必要がある。

そこで具体的に事案について検討し、「押印について指印をもつて足りると解したとしても、遺言者が遺言の全文、日附、氏名を自書する自筆証書遺言において遺言者の真意の確保に欠けるとはいえない」うえ、「いわゆる実印による押印が要件とされていない文書については、通常、文書作成者の指印があれば印章による押印があるのと同等の意義を認めている我が国の慣行ないし法意識に照らすと、文書の完成を担保する機能においても欠けるところがない」。そこで、平成元年判決は、指印は押印に当たるということができるとした<sup>12</sup>。

最後に、花押を書くことが押印にあたるかどうかに関する最判平成28年6月3日民集70巻5号1263頁で、最高裁は、「花押を書くことは、印章による押印とは異なるから、民法968条1項の押印の要件を満たすものであると直ちにいうことはできない」としつつ、平成元年判決を引用したうえで、「我が国において、印章による押印に代えて花押を書くことによって文書を完成させるという慣行ないし法意識が存するものとは認め難い」とし、花押を書くことは民法968条1項の押印の要件を満たさないと結論付けた。本判決は、遺言の様式をめぐってそれまでの判例が展開してきた、「遺言者の真意が確認できれば幅広く要式行為として是認する」という流れに一定の歯止めをかけたのである。

以上の判例の理論枠組みを整理すると、次のようにいえる。

自筆証書遺言において、押印要件は、遺言者の真意を確保する機能を有し、同時に氏名の自署に加えて印章による押印をすることによって文書の完成を担保する我が国の慣行ないし法意識への配慮を果たしている。ただし、必要以上に遺言の方式を厳格に解するときは、かえって

遺言者の真意の実現を阻害するおそれがあるため、場合によっては押印という我が国一般の慣行に従わなかったことに首肯すべき理由があるかを考慮する必要があり、要式性については比較的柔軟に解釈している。

この点、平成28年判決は「花押」が「押印」にあたらないという結論を導くに当たって、平成元年判決の展開した準則のうち、「文書の完成を担保する全国的慣行ないし法意識の有無」を重要なメルクマールとしている。そのため、結果として、必ずしも全国的なものとはいえない人々の慣行であるとされる花押は、押印に該当しないと判断されたのである。

### 2.3. 拇印や花押の「押印」への該当性に関する学説

次に、学説の検討を行う。

押印要件について、学説の間では、そこで用いられる印鑑は実印であることを要せず、認印でも有効であるとすることについては争いがないが、印鑑を用いない拇印や花押が押印に当たるかについては、説が分かれる。

これらを共に否定するものは、条文の文言の「捺印」は「印影の押捺を必要とする」と解するべきであり、拇印や花押はこれに当たらないとする<sup>13</sup>。また、拇印は肯定しつつも花押は否定するものもある<sup>14</sup>。

これらに対し、近時の学説における有力説は、双方ともに有効とみるものである。

その論拠としては、まず、筆者の同一性を確認するために、花押は三文判・認印等よりもはるかに本人の個性を示しうるため、除外するのは合理的ではないとするものがある<sup>15</sup>。また、各種身分届出等、今日の法的分野において要件緩和の要請があること、我が国社会生活において署名のみの通用性がすでにかなり一般化していること、我が国古来の慣行上、これらが印鑑と同様の役割を果たしてきたことを挙げるものがある<sup>16</sup>。

このように、近時の学説の間では、判例とは対照的に、花押を押印とみなす傾向が強かったといえる。

### 2.4. 小括

以上、自筆証書遺言の作成における押印要件の意義をまとめると、①遺言者の真意を確保する機能、②文書の完成を担保する我が国の慣行に配慮する機能があるといえ、それぞれ、時代の変化に伴い、コピー技術等の発展に対する応答、我が国の慣行・法意識の変化に対する考慮が必要であるということになる。

このうち、①については、花押は三文判よりは遥かに个性的であり、そのコピーも現状、簡単ではない。そのため、学説では花押は「押印」に該当すると有力に主張されてきた。また、②については、古くは戦国武将等が使用しており、我が国ならではの慣行であるといえることに加え、近時は（花押と同様書くものである）署名の通用性が高まっている。そのことから、学説では花押は「押印」に該当すると有力に主張されてきた。

しかしこれに対して、判例法理は、花押が文書の完成を担保する全国的な慣行・法意識はないとして、その押印該当性を否定したのである。しかし、花押という慣習がなぜ全国的なものといえないのかについて、判例は必ずしも明らかにしていない。そのため、この点については、検討の余地がある。そこで、項を改めてこの点を確認したうえで、判例法理を再定位することとする。

### 3. 判例法理の再定位－押印要件の立法過程の検討を通じて－

#### 3.1. 印判に関する我が国の慣行と押印要件の立法過程

今日では一般的になっている「印章による押印」という慣行自体も、歴史を紐解くと、必ずしも一般的な慣行ではなかったことがわかる。

かつて奈良時代の頃は、原則として官印（官庁または官吏が職務上使う印）だけが用いられ、私印は例外的に許可されていたものの、それも結局は貴族の半公務的な性質を有する家の事務に用いられていたものであり、一般私人の慣習というわけではなかった<sup>17</sup>。その後、時代がずっと下って江戸時代頃になると、やっと庶民も様々な書類に印章を用いるようになったという<sup>18</sup>。そこで明治維新の際、各種証書の様式に関する法律を定めるにあたって、そのような一般に広まっている印章を用いる慣習と、印章を用いず署名を重視する西洋式の慣習ないし法律規定との調整を図る必要が生じたのである<sup>19</sup>。

この点につき、明治10年太政官布告第50号（7月7日）では、「諸證書ノ姓名ハ必ス本人自ラ書シテ實印ヲ押スヘシ（以下略）」と、署名と押印をともに重視する形でこれを定めた。司法省によるその趣旨は、以下のとおりであるという<sup>20</sup>。まず、実印に重きを置くと偽造又は盗用の危険がある。これと比べて、真偽の鑑定では花押は印形よりも模造が困難であるが、そもそも氏名を自署させることにすればこれを模造することは甚だ困難で

ある。よって、取引の安全を保護し、権利を安全ならしめるためには、自署法が一番である。しかし、人民は自署法に慣れていないから、実印押捺を併用した方が良い。

このような動向を踏まえてのことか、現行の968条1項の前身にあたる旧民法財産編取得編369条では、自筆証書遺言につき、母法であるフランス法にはない押印（原文では捺印）要件を付加するに至った<sup>21</sup>。

この点、上記太政官布告では、真偽の鑑定では花押は印形よりも模造が困難であるとし、押印要件に関して判例が重視する「真意の確保」の要素を満たしていることが示されている。にもかかわらず判例法理において「花押」が押印として認められないのは、やはり、「慣行の有無」の要素がより重視されているからであろう。そこで、花押の文化的背景を探ることが必要となる。

この点について略述ながら検討すると、花押の起源ないし萌芽期は10世紀の半ば頃であるとされる<sup>22</sup>。その後、中世の士族階級においては、むしろ印章よりも花押の使用が一般的となり<sup>23</sup>、花押は元服によってはじめて持つものであって、個人の人格の表徴として重視され、印章よりもはるかに重く考えられるようになった<sup>24</sup>。そして、戦国武将等の資料から明らかになっているところでは、花押の代用として印を押すことはやむをえない場合の他は容易になすべきではなく、極力これを避けるほどであったという<sup>25</sup>。

そのような花押も、江戸時代に入ると、その煩雑性からか士族の間にあっても徐々に一般的ではなくなり、やがては印章にその役割をとってかわられた。また、上述のように、庶民の間にも花押が広がることはなく、むしろ印章が使われるようになっていった。以上を要するに、花押はそもそも特定の時代・特定の階級に普及した慣行にすぎなかったのである。

この点、注意すべきなのが、江戸時代において庶民に印章を用いる慣習が普及していたといっても、実際にこれを用いていたのは主に男性であって、女性はこれをあまり用いていなかったようであり<sup>26</sup>、特に相続の場面において女性が印章を使用することが一般的になったのは、明治時代における証書への実印の押捺の義務付け及び戦後の家族法改正を経て後のことであるということである<sup>27</sup>。

### 3.2. 押印要件の単一文化主義的機能と判例による多文化主義的配慮

このことから、968条1項に定められた「押印」要件には、遺言の場面において、④かかる慣習を身分や性差を超えて一般に普及させる機能、及び⑤その普及を（署名を重視する立法趣旨からは消極的な理由ながら）維持する機能があると評価することができる。しかしこのような規定には付随的なものとして、遺言の場面における⑥印章による押印以外の地域的・身分的な慣習を廃れさせる単一文化主義的機能を必然的に有していることに留意すべきであるということになる<sup>28</sup>。

このような押印要件の解釈に関する判例法理の意義は、平成元年判決と平成28年判決とを比較すると、より明確になる。平成元年判決では、指印の押印該当性について、（本稿注11にて既述の通り）同時期にいくつかの訴訟が起こっていたことや、指印による文書の完成が歴史的に見て古くから庶民の間で行われていたものであることもあってか、例外的にこれを押印として認めたものであると評価できる。その意味で、平成元年判決では、押印要件に関する上記⑥の機能は前面には出ていなかった。そこで一般論として展開された「全国的な慣習の有無」という要件は、必ずしもナショナルなものとはいえないかもしれない指印という慣行を、擬制的にナショナルなものとして措定して救済するための、いわば十分条件的要件であった。これはある意味で、多文化主義的な配慮を行ったものと評価できる。

しかしこの要件が、平成28年判決では、花押の押印要件該当性につき、むしろ必要条件的に働くことになった。すなわち、花押がかつて貴族や武将の間で流行したものの、江戸時代以降一般的ではなくなり、今日に至っては一部の愛好家・好事家の趣味ともいえる状況となったことから、判例の準則はその慣習の保護に消極的に働くことになったのである。つまり、平成28年判決は、花押を968条1項という押印と認めないことで、これまで伏在していた押印要件に関する判例法理の⑥の機能を改めて確認したのである。しかしこのような、花押を押印とは認めないという結果それ自体は、花押を認めるのであれば自署法で充分であるとする上記太政官布告が制定された当時から予想されていたことであるともいえる。

この点、既述のように花押がかつて個人の人格の表徴として重視され、印章よりもはるかに重く考えられていたことに鑑みると、平成28年判決の遺言者がその慣習

を脈々と受け継いでいたのであれば、彼にとってはその自己決定が顧みられなかったことになることは注記されてよい。しかし同時に、要式行為はその性質上、個人の自由を無制限に認めることのできるものではないことにも留意しなければならない。判例の準則はその間のバランスをとるために、一定程度の慣行がある場合はこれを有効なものとして認めるとしているのである。そのため、平成28年判決は、判例の準則にみられた多文化主義的配慮の限界を示したものであるといえる。

### 3.3. 判例法理の射程

3.2.にて言及した、押印要件に関する④⑤⑥の機能との関連で、このような単一文化主義的な法制度には、今日では、⑦少数民族・先住民族等マイノリティへの配慮の必要性、⑧立法当時想定されていなかった（あるいは想定はされていたが今後の課題とされていた）文化の流入・波及に対応する必要性があるといえる。そのため、判例法理の射程はこの観点から、なるべく制限的に解されるべきではないだろうか。本項では、この点について、第一に、移民等、文化圏の外部から流入してくる者たちの場合、第二に、すでに文化的にとり込まれている（ないしとり込まれつつある）少数民族等の場合、第三に、特に花押と同様に「書く」ものであるサインについて、検討していく。

#### 3.3.1. 移民等の場合

外国人の場合は、基本的にはまず国際私法上の問題となる（法適用通則法36条、37条、38条等参照）。特に遺言の方式については、「遺言の方式に関する法律の抵触に関するハーグ条約」の批准に伴って、「遺言の方式の準拠法に関する法律」（昭和39年法律第100号）が制定され、これにより規律されることになった。その詳細な検討は省略するが、同法では広範な選択的連結が採用され、建付けとしては外国の（ナショナルな）法・文化に配慮しているといえる。

それでは、法適用通則法ないし遺言方式準拠法の適用の結果、日本法が準拠法となった場合において、彼らが独自の慣習を重視した場合、例えば、日本に帰化したばかりの（元）外国人が（元）自国の要式に則った場合等はどうなるか。

この点については、昭和49年判決が遺言の有効性を認めている。よってこの問題には判例法理（の日本にお

ける「全国的ではない慣習」に対する否定的な側面)の射程は及ばないといえる。この点、署名以外に本争点に関連する慣行が現実に存するか否かについては詳らかではないが、しかし、現実に世界の多くの地域から日本へと人々が移り住んでくる以上、この点について本判決の射程を制限的に解しておく必要があることは論を俟たないだろう。

### 3.3.2. すでに文化的にとり込まれている(ないしとり込まれつつある)少数民族等の場合

この点が問題になったのは、花押の押印要件該当性が争われた平成28年判決である。本件の遺言者は琉球民族の末裔であるため、彼の花押を書くという行為は琉球民族という少数民族の文化が問題となっていると性質決定することも不可能ではない。しかし、花押それ自体は既述のように、琉球ならではの文化では必ずしもなく、日本ではむしろ公卿や武家の文書に起源を有し、そのあと上級士族の階層にひろく普及した歴史を有する文化である。それが琉球に広まったのは、1609年、薩摩島津軍の征服後、外交文書に強制されることになってからであるという<sup>29</sup>。そのため、本件がある種複合的な事案であることは否定しえないものの、しかし、花押の押印該当性について論じている判例法理の射程は、その他の地域における花押に関する事案については及びうる一方で、琉球におけるその他の文化に及ぶとは考えられない。そのため、本件の問題の本質は少数民族ならではの文化の否定という点にはないように思われる。

また、日本におけるマイノリティ政策の喫緊の課題となっているアイヌ民族については、そもそも近代法的な相続の観念を有しないようである<sup>30</sup>。

以上より、本争点を具体的に検討する喫緊の必要性は我が国にはあまりないかもしれないが、日本の先住民族は必ずしもアイヌのみに限られるわけでもなく、琉球民族ならではの遺言に関する慣習がないとも限らないため<sup>31</sup>、判例法理の射程が少数民族等の慣習について及ばないとさしあたり理解することに意義はある。

### 3.3.3. 特に花押と同様に「書く」ものであるサインについて

この点につき、仮に「書く」という行為性に着目するならば、花押と同様に書くものである署名(サイン)についても、判例法理の射程が及びうることになる。しか

し、現行の規定の起源のひとつである明治10年太政官布告第50号(7月7日)は、既述の通り、証書の完成に当たって氏名の自署をすることが望ましいと考えてはいたものの、当時はむしろその機能を押印が果たしていたことから、消極的ながら押印を要件と定めたのであった。そのため、この規定を起源のひとつとすると解される自筆証書遺言の押印要件は、文書の完成を示す行為の候補として氏名の自署を否定することには必ずしもならず、むしろそれを推奨するものであると評価することも可能である。

よって、署名には判例法理の射程は及ばないと解されるべきである。しかしそうはいっても、現状、署名によって当然に遺言の完成が担保されるということにもならない。現状の日本においては、サインが普及しているのは基本的にはクレジットカードを利用した消費者契約等の場面であり、これは必ずしも「文書の完成」をあまり担保するものではないように思われる。そのため、より多くの局面において署名が文書の完成を担保することが一般的になることと相まって、改めてサインの押印要件該当性が争われた暁には、仮に「押印」要件が現状のまま条文に残っていたとしても、遺言を有効なものとする余地があるのではないだろうか。

## 4. 重要な文書の完成を担保するための慣行・法意識の類型化、実証分析の必要性

判例法理は、既述の通り、印章による押印に代えて花押を書くことによって文書を完成させるという慣行ないし法意識が我が国に存するものとは認め難いとして、花押による自筆証書遺言の完成を認めないことを明らかにしている。

これは、判例法理のうち、②の「文書の完成を担保する我が国の慣行に配慮する機能」との関係で、「押印」要件該当性の具体化を図ったものであると評価することができる。

この②の機能については、本来であれば、問題となった慣習がどのような領域のものであるかという類型化が不可欠であるはずのところ、これまでの議論は主として押印に関する判例法理のうち、①の「遺言者の真意を確保する機能」いかに集中しており、文書完成の担保機能に目配せする見解も、争点となっている慣習・文化の類型化の必要性に関する認識は不十分であった<sup>32</sup>。

この点、平成28年判決は、以上のように看過されてきた争点を、花押についてはこれを消極に解するという形で具体化した点に、意義がある。

しかし同時に、平成28年判決が、全国的な慣行の有無を重要な基準として、ある具体的な慣行が押印に当たらないという判断をしてしまったことによって、新たな問題が沸き起こったように思われる。それは、訴訟においてこのような主張立証を当事者に積極的に求めることで、ある種の“慣行の捏造・偽造”<sup>33</sup>が行われることにつながり、かかる主張の妥当性を裁判官が判断することそれ自体にも、“創られた慣行の法認”となる危険性が内在しているのではないか、という問題である。

例えば、平成元年判決は、指印について、「実印による押印が要件とされていない文書については、通常、文書作成者の指印があれば印章による押印があるのと同等の意義を認め」る慣行ないし法意識がわが国にあると判示し、それが確定した判例法理の一部として語られ続けている。しかし、今日においてなお、そのような全国的な慣行や法意識が我々の間に存しているかどうかは、必ずしも明らかではないのではないだろうか。そのような慣行はもはや存しないと切り切つては毛頭ないが、何らかの裏付け調査はやはり必要なのではないだろうか。

逆に、平成28年判決についてみれば、この判旨を、単に花押という慣行が全国的なものではないことのみを判断したものとして理解するのではなく、本事案においてそのような主張立証が充分になされなかったことを示唆しうるに過ぎないと読む余地があるようにも思われる。判決文に表れている限りでは、原告は遺言者の家系が古い歴史を有することについては主張しているようだが、花押というものが現在の程度日本ないし沖縄において普及しているかを積極的かつ実証的に立証しているようには思われぬ。その意味で、本判決は、不相当な形で行われかねなかった“慣行の創出”を未然に防いだものとして、積極的な評価ができる面もあるように思われる。

このように、押印に関する慣行の実態に即さない形で判例の結論を墨守することは、まさに法律家による“慣行の創出”につながりかねない。このような“慣行の創出”によって、埋もれていたものの確かに存した文化の再認識がなされる場合もあれば、全く存しなかった文化がさも歴史的意義を有するものであったかのように擬制

されることもありうる。そのため、押印に関する慣行・法意識については、定期的な実証的な検証を行うことが求められるといえよう。

## 5. おわりに

以上、本稿では、自筆証書遺言における押印要件の解釈・運用につき、判例法理を中心として検討してきた。そこで得られた仮の結論は、次のようなものである。

第一に、968条1項に定められた「押印」要件には、遺言の場面において、①「印章による押印」という慣習を身分や性差を超えて一般に普及させる機能、及び②その普及を（署名を重視する立法趣旨からは消極的な理由ながら）維持する機能があると評価することができる。しかしこのような規定には付随的なものとして、遺言の場面における③印章による押印以外の地域的・身分的な慣習を廃れさせる単一文化主義的な機能を必然的に有していることになる。そのため、このような法制度には、今日では、④少数民族・先住民族等マイノリティへの配慮の必要性、⑤立法当時想定されていなかった（あるいは想定はされていたが今後の課題とされていた）文化の流入・波及に対応する必要性があることとなる。

第二に、判例法理が全国的な慣行の有無を基準として、ある具体的な慣行が押印要件を満たすかどうかを判断する準則を確立してしまったことによって、訴訟の主張立証の場面において当事者にとって都合の良い形で“慣行の創出”が行われる可能性が生じ、かかる主張の妥当性を裁判官が判断することそれ自体も“慣行の創出”に繋がりがねない危険性がでてしまった。このような事態を防ぐためには、判決の結論を金科玉条のように墨守するのではなく、弛まぬ実証研究により、文書の完成を担保する慣行・法意識の裏付け検証ないし定期的精査を行う必要性があるということになるだろう。

以上のような検討はあくまで、要式行為のうちの自筆証書遺言という限られた領域についてのそれに留まるものである。しかし、ここで検討してきた多文化主義的配慮に基づく要件の設定・解釈の必要性という視点は、よりひろい、要式行為一般の問題として捉える可能性をもったものではないだろうか。しかし、繰り返すように、ここでの検討はごくごく限られた領域に留まるものであるため、この点については問題提起に留めざるをえない。そのために、本稿の題目を序論的考察とした次第である。

自筆証書遺言以外の要式行為に関する検討は、今後の課題としたい。

#### 付記：

本論文は、北海道大学民事法研究会（2016年11月25日開催）での報告（の一部）に加筆・修正を施したものである。本稿をこのような形で公表することができたのは、上記研究会における諸先生方のご意見・ご指摘に負うところが大きい。記してお礼申し上げる。

#### 注

- <sup>1</sup> 要式行為の定義については、川島武宜・平井宜雄（編）『新版注釈民法（3）総則（3）法律行為 I』（有斐閣、2003）52頁〔平井〕等。
- <sup>2</sup> このように、法律行為に書面等一定の方式が求められる理由としては、いくつか挙げることができる。第一に、民法上定められるものの多くの根拠としては、表意者の意思をより正確に把握するため、というものが挙げられる。第二に、近年では、各種特別法によって、事業者・消費者間の情報力格差の是正のために、契約内容の開示等が求められる傾向にある。
- <sup>3</sup> 本稿で検討する指印や花押を含む印章全般に関する日本の歴史について、史料の紹介を交えつつ論ずるものとして、石井良助『印判の歴史』（明石書店、1991）〔改題前：『はん』（学生社、1964）〕、荻野三七彦『印章』（吉川弘文館、1966）、吉本文平『印章綜説』（技報堂、1971）等がある。
- <sup>4</sup> 北米における多文化主義の特徴と課題について要領よくまとめたものとして、アンドレア・センブリーニ（著）、三浦信孝、長谷川秀樹（訳）『多文化主義とは何か』（白水社、2003）。
- <sup>5</sup> 注（3）にあげた文献によれば、印判に関する文化としては、印章による押印や、本件で争われている花押の他、手印・拇印・爪印・筆印、略押等の種類があり、拇印（指印）については後述の通り訴訟にも表れている。また、龍や虎等のシンボルをあしらったものや、ローマ字を利用するもの等が重要な公文書に使用されており、現在一般的な名字を漢字で刻印するものに限られないデザインの多様性がみられるようである。
- <sup>6</sup> 押印要件を緩和する立場としては、氏名の自書があれば押印を絶対の要件とする必要はないという、署名の機能を重視するもの（柚木馨『判例相続法論』（有斐閣、1953）323-324頁）や、押印は遺言者の意思に基づかず他人によって容易になされうること指摘するもの（近藤英吉『判例遺言法』（有斐閣、1938）48-49頁）、遺言制度の本旨は遺言者の意思をできるだけ達成させることにあるとするもの（谷口知平「判批」民商73巻3号（1975）109頁）、わが国社会生活上における署名のみの通用性からみて押印に拘ることは逆行であるとするもの（中川善之助（編）『注釈民法（26）』（有斐閣、1973）72頁〔久貴忠彦〕）、押印は意思表示自体の構成要素ではなく、いわば外在的な補強要素に過ぎないとするもの（伊藤昌司「判批」判タ667号（1988）68頁）等が主張されてきた。
- <sup>7</sup> 押印要件の緩和に否定的な立場としては、今日でも押印を重視する法意識が強い傾向にあるとするもの（加藤永一『叢書民法総合判例研究（57）遺言』（一粒社、1987）16頁）、遺言者の最終意思を確保するために厳格な要式性が法文上定められている以上、目的論的にその要式性を緩和することには問題があるとするもの（和田于一『遺言法』（精興社書店、1938）66頁、滝沢聿代「判批」法協93巻5号（1976）211頁、中川善之助・泉久雄『相続法〔第四版〕法律学全集24』（有斐閣、2000）520頁、野村豊弘「判批」セレクト1989（法教113号別冊付録）26頁等）、要式を遵守していない遺言を



真意によるものと立証して有効にできることになると、真意の証明手段が無限に拡大され、決着のつかない不毛な争いに陥る可能性があるとするもの（水野紀子「判批」法教109号（1989）105頁）、遺言の解釈においては、遺言の要式性によって遺言者の意思の内容に関する真正が担保されている点こそが第一義的な要素であるとするもの（潮見佳男『相続法〔第五版〕』（弘文堂、2014）219頁）がある。

<sup>8</sup> 法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料5」5頁。この案は、署名のみで行われる取引の増加や、押印要件を緩和する解釈が最近の判例でもとられていることを根拠としていた。

<sup>9</sup> 法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料9」8頁。ここでは、自筆証書遺言の要件緩和の方向に対する懸念が示されたことや、押印が遺言書の下書きと完成品を区別するうえで重要な機能を果たしているとの意見（「法制審議会民法（相続関係）部会第5回会議議事録」26頁〔増田委員発言〕）が出されたこともあり、押印を一律に不要とする考え方は採用されなかった。この点、増田発言の内容については、最判昭和37年5月24日家月14巻10号108頁の引用等により、各種文献において夙に指摘されてきたことに留意。

<sup>10</sup> 花押は、古くは藤原行成等の公卿が文書の末尾に記した他、源頼朝や足利義満等の武家やその後の戦国武将も使用していた史料が残っている、印判の一種である。近時では、第二次世界大戦後の政治家らの重要文書にも用いられ、現在でも首相や大臣等が使用する慣例があるが、一般的には一部の好事家が使用するものとなっている。この花押については特に、石井・前掲書注（3）72頁以下、荻野・前掲書注（3）340頁以下、吉木・前掲書注（3）128頁以下に解説がある。

<sup>11</sup> 本判決が出る以前、下級審では、指印の押印要件該当性についての判断が分かれていた。これを肯定したものとしては、①浦和地判昭和58年8月29日判タ510号139頁、②新潟地長岡支判昭和61年7月17日判時1207号110頁、③名古屋地判昭和62年7月20日判時1259号77頁がある。一方で、これを否定したものとしては、④東京高判昭和62年5月27日高民集40巻1号38頁（②の控訴審）、⑤名古屋高判昭和63年4月28日判時1294号41頁（③の控訴審）がある。本判決は、これらを統一したものである。

<sup>12</sup> 最高裁では、本判決以後、同趣旨の判決が二件出されている。最判平成元年6月20日（上記④判決の上告審）及び最判平成元年6月23日（上記⑤判決の上告審）がそれである。

<sup>13</sup> 牧野菊之助『日本相続法論〔五版〕』（法政大学、1915）428頁、柳川勝二『日本相続法註釈（下）』（巖松堂、1920）328頁。

<sup>14</sup> 中川善之助（監修）『註解相続法』（法文社、1951）295頁〔小山彥男〕、佐藤隆夫「遺言の方式」中川善之助教授還暦記念家族法体系刊行委員会（編）『家族法体系Ⅶ 相続（2）』（有斐閣、1960）167頁。ただし小山は、押印の要求について「実印でも、三文判でもよいとすれば、その実効がどれ程のものであるか疑わしい」（同上）ともいう。

<sup>15</sup> 中川善之助（編）『註釈相続法（下）』（有斐閣、1955）41頁〔青山道夫〕、中川善之助、泉久雄『相続法〔第四版〕 法律学全集24』（有斐閣、2000）520頁。

<sup>16</sup> 中川善之助、加藤永一（編）『新版 注釈民法（28）相続（3）補訂版』（有斐閣、2002）101-103頁〔久貴忠彦〕。これに同調する近時のテキスト類として、内田貴『民法Ⅳ 親族・相続〔補訂版〕』（東京大学出版会、2004）465頁、半田吉信、鹿野菜穂子、佐藤啓子、青竹美佳『ハイブリッド民法5 家族法』（法律文化社、2006）295頁〔青竹〕、近江幸治『民法講義Ⅶ 親族法・相続法』（成文堂、2010）312頁、窪田充見『家族法』（有斐閣、2011）456頁、犬伏由子、石井美智子、常岡史子、松尾知子『親族法・相続法（弘文堂NOMIKA）』（弘文堂、2012）334頁〔松尾〕、前田陽一、本山敦、浦野由紀子『リーガルクエスト民法Ⅳ 親族・相続〔第三版〕』（有斐閣、2015）362頁〔本山〕等。

<sup>17</sup> 律令制における印章の利用について、石井・前掲書注（3）36頁以下。

<sup>18</sup> 石井・前掲書注（3）174頁以下。特に近世の百姓が使用する印および捺印行為の諸様相を検討するものとして、千葉真由美『近世百姓の印と村社会』（岩田書院、2012）等。

<sup>19</sup> 周知のとおり、旧民法の相続に関連する部分の制定にあたっては、ボアソナードではなく日本の法律家が起草を担当し、日本の各地の大規模な慣習調査（その成果は、1877年5月刊『民事慣例類集』、1890年7月刊『全国民事慣例類集』に結実）を参考資料としている。この点、旧民法相続関連部分の立法を実際に担当したひとりであると目される当の磯部四郎は、自らフランスに留学し、先進的かつ普遍的な法のあり方に触れていたためか、司法卿大木喬任によるこの方針と実際の調査結果に否定的だった。

磯部は後の講演において、以下のように述べている。

「大木伯就任ノ始メ即チ明治六年ノ終リノ頃カラシテ誠ニ立法事業ノ為メニハ一大支障カ起ツテキマシタ」、「或ハ曰ク仏蘭西ノ五法ヲ其俛採用シテ仕舞フトイフ事柄ハ飛ンテモナイ話テアツテ兎ニ角其以前ニ日本ノ慣習並ニ風俗ハ宜シク之ヲ斟酌取捨セサル可ラカス或ハ曰ク相続及ヒ親族ノ関係ノ如キ人事ノ問題ハ篤ト之レヲ調査シテ我帝国ノ比類ナキ国風ヲ毀損セサル様ニ按ヲ草シテ後チ仏蘭西法律ノ長所ヲ採用スルニカメサル可カラス然ルニ仏蘭西トイフ文字ヲ日本ト云フ語ニ更ムレハ他ニ修正ヲ要セス扨トハ以テノ外ナリ或ハ右或ハ左リ議論百出殆ント止マル所ヲ知ラサリシナリ是レ司法省内部ヨリ立法作業ノ進行ニ起リシ支障ナリ」（磯部四郎「民法編纂ノ由来ニ関スル記憶談」村上博（編）『磯部四郎論文選集』（信山社、2005〔初出1913〕）393頁）。

「生来大木伯ハ前陳ノ如ク深慮熟考諸事細密ニ分析シテ後チ事ニ当ル方テアルカ故ニ民法立案ニ関シテモ其性格ヲ表白セラレマシタ、即チ民法編纂局ニ種々ナル分課ヲ置カレ先ツ第一ニ相続並ニ人事ニ関スル事項ハ必ス日本人ノ法律家ニ依ツテ編成サレナクテハナラナイシ、殊ニ此事項ニ付テハ風俗慣

習等ヲ充分ニ取調ヘナケレハナラヌト云フ問題カ起リマシタ」、また、その任にあつた「生田精君カ此慣習取調ノ為メ地方巡回ニ出掛ケマシタ」「ケレトモ全ク見当違ヒノモノヲ取調ヘテ帰ラレマシテ殆ト其ノ取調ヘトイフモノハ何ノ効モナカツタノデアリマス」、「法律上ノ慣習トイフモノハチツトモ調ヘテ来ナカツタ」(同上、396-397頁)。

これに対し、生田精による慣行の調査については、以下のような(全面的ではないものの一定の)肯定的な評価もある。「現在の学問的水準より観察すれば、十年版は勿論、十三年版の『慣例集』といえども、その慣例聞取りの方法について、種々の手落ちが存することは言を俟たない。村落内部の紛争解決のための慣例」「と、村落相互間の紛争解決のための慣例とが、分析せられず、異次元の慣習が雑然として列挙せられていること等は、その大なるものである。」「しかし、とにかく、編者によつて、慣例と道理とが分別されていることは、明治初年の水準としては、賞揚に値いするといふべきであろう」(手塚豊・利光三津夫(編著)『民事慣例集 附 畿道巡回日記(抄)』(慶應義塾大学法学研究会、1969) 64頁[利光])

<sup>20</sup> 石井・前掲書注(3) 229頁の記述に負う。

<sup>21</sup> 当時参照されたフランス民法典では、970条において、「遺囑者自筆ノ遺贈ノ證書ハ其者其全文年月並ニ自己ノ姓名ヲ手記シタルニ非レハ其効ナカル可シ」と規定され、押印は要件とはなっていない(本翻訳は前田達明(編)『史料民法典』(成文堂、2004) 93頁を参照している)。

<sup>22</sup> 荻野・前掲書注(3) 342頁。

<sup>23</sup> 石井・前掲書注(3) 72頁によれば、中世においては、「はん」といえば普通、花押ないしそれを簡略化した略押等、書くものをさしていたという。

<sup>24</sup> 荻野・前掲書注(3) 343頁。

<sup>25</sup> 同上。その他、特に武田信玄にまつわるエピソードにつき、石井・前掲書注(3) 107頁。

<sup>26</sup> 女性はそれまで、主に指印や爪印を用いていた。特に、現代でいうところの相続にかかわる事案において女性が書面に拇印を押した1126年の事例(資料付き)につき、荻野・前掲書注(3) 348頁。また、実印の登録が義務付けられていた江戸時代において、これを持てるのは戸主(主として男性)であつて女性は持てず、彼女たちは基本的には爪印を押していたとの点につき、石井・前掲書注(3) 183頁。

<sup>27</sup> 江戸時代においても、例外的ではあるが女戸主というものは存在し、彼女たちは亡き夫の印章を用いていたようではある。石井・同上。

<sup>28</sup> 本条項の担当者は穂積陳重であるが、彼は法典調査会において、「本條一項ハ舊法典ノ第三百六十九條ト其主義ニ於イテ少シモ變ラヌノデアリマス」と発言している(法務大臣官房司法法制調査部『法典調査会民法議事速記録7 日本近代立法資料叢書7』(商事法務、1984) 651頁)。そこで旧民法の該当条項の立法担当者と思われる磯部四郎の見解を見ると、この条項につき少なくとも日本各地の慣習を調査し、それに

則つた法律を作成することにつき否定的であつたことは、本稿注(19)にて既述のとおりである。

<sup>29</sup> 島津氏が平安時代末期から明治時代初期までの約700年間代々伝えてきた文書であるいわゆる「島津家文書」に、琉球王国第二尚氏王統第7代目の国王尚寧王等の花押が残されている。この点、琉球は中国の朝貢国ということもあり、文書に印を押す文化が発達していたが、薩摩島津軍の征服後、外交文書にヤマト風の花押を強制されることとなつたことにつき、上里隆史「尚寧王の花押」<http://okinawa-rekishicocolog-nifty.com/tora/2014/10/post-b8b3.html> (最終アクセス2017年1月28日)。

<sup>30</sup> アイヌ民族の歴史について論じるものとして、例えば、榎森進『アイヌ民族の歴史』(草風館、2007年)等。また、民法学の観点からアイヌ民族の問題について検討したものとして、例えば、吉田邦彦「アイヌ民族と所有権・環境保護・多文化主義(上)(下)——旭川近文と平取二風谷を中心として」ジュリスト1163号(1999)122頁以下、1165号(1999)96頁以下、同「アイヌ民族の民法問題(上)(下)——所有権の問題を中心として」ジュリスト1302号(2005)62頁以下、1303号(2005)48頁以下[いずれも、同『多文化時代と所有・居住福祉・補償問題』(有斐閣、2006)第7章に所収]、同「アイヌ民族の補償問題——民法学からの近時の有識者懇談会報告書の批判的考察」ノモス28号(2011)19頁以下[同『東アジア民法学と災害・居住・民族補償(前編)総論、アイヌ民族補償、臨床法学教育』(信山社、2015)第6章に所収]等。

<sup>31</sup> 『民事慣例類集』・『全国民事慣例類集』においても、琉球の慣習は調査されておらず、本問題に関する当地の慣習は必ずしも明らかではない。この点につき、調査官であつた生田精は今後の課題としていたようだが、結局果たされることはなかった。

<sup>32</sup> 例えば、久貴・前掲注(6) 73-74頁は花押を我が国古来の慣習というが、それが封建時代の慣習であり、今日の我が国の社会生活に普及しつつある署名文化とは性質の違いがある点には触れない。これに対し、例えば野村・前掲注(7) 26頁は、クレジットカード払いにおける署名と遺言における指印、それぞれにおける慣行の性質が異なるものであることを指摘するが、その類型の精緻化の必要性を提起するには至っていない。

<sup>33</sup> E・ホブズボウム、T・レンジャー(編)、前川啓治、梶原景昭ほか(訳)『創られた伝統』(紀伊国屋書店、1992)参照。