慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	遺言の自由
Sub Title	La liberté testamentaire
Author	Grimaldi, Michel(Tsuzuki, Mitsuo) 都筑, 満雄
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2015
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.32 (2015. 7) ,p.219- 246
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	講義 : 2014年度大陸法財団寄付講座「「四苦」と民法 : 現代の生活と法」
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20150707-0219

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

講義
2014 年度大陸法財団寄付講座「「四苦」と民法――現代の生活と法」

遺言の自由

ミシェル・グリマルディ
都　筑　満　雄／訳

Ⅰ　遺言の自由の承認
Ⅱ　遺言の自由のコントロール

1　遺言の自由の定義　　遺言の自由とは人の最後の意思を表明する自由である。これを証書、すなわち遺言証書において表明するものであり、同証書は最終意思の証書といわれる。より正確には、遺言者の意思のうち二つの意味で最終的なものである。

一方でその履行という点では、死んで初めて実行される意思であるため、最期の意思である。
他方でその表明という点では、その〔死亡の〕時までは自由に取り消すことができる意思であるため、最後の意思である[1)]。

それゆえ、相続が開始されない間は、最後の意思は表意者にとって単なる計

1）破毀院は、2004 年 11 月 30 日の判決において、「遺言を取り消す自由は自由裁量の権利であり、いかなる責任訴権をも排除する」旨判示している（Cass. 1re civ., 30 novembre 2004 : Bull. I, n° 297）。同判決は、内縁の夫によって、17 年間の共同生活ののちに、遺言証書により受遺者に指定されたものの、公証人にこの遺言証書が付託されたその日にこれを取り消されたという内縁の妻への、30000 ユーロの支払いを命じた控訴院判決を破毀する。

画でしかなく、またこれに関わる者たちにとっては単なる期待あるいは単なる脅威である。この意思はその表意者の死去により初めて効力を生じ、かつ法的意味を有する。この意思にとって死は誕生である。

2　遺言の自由の普遍性　ところで、自身の死を待って初めて意思が明らかになるこの自由を法は退けることができるかもしれない。法は、生ける者のところにあり、決して死者の法に服さない生存者の権利を考慮して、これを排除することもできるかもしれない。私たちは死者に安らかに眠ることを願うとともに、その逆も、すなわち彼に生ける者を安らかに暮らさせることをも願うのかもしれない……。

しかし、今日各人にその最後の意思を表明する権利を認めない立法はほとんど存在しない。遺言の自由は多かれ少なかれ広く承認されており、いずこにおいてもこれは排除されない。その理由は相続財産、すなわち遺産の根拠それ自体に見出される。

3　遺言の自由と遺産の根拠　ここで何人も遺産を相続人の個人的な利益によっては正当化しなかったことを想起しよう。その利得が彼の労働にも才能にも負っていないゆえに、相続人はここから道徳的に疑わしい利得を得る。遺産の正当化根拠は他にある。それは家族的、経済的、かつ心理的なものである。

家族という正当化事由は二つに分けられる。一方で遺産は家族の統合の手段の一つとされる。父から子へ移転され、相続可能であるゆえに、財産は連続する世代の融合の場であり、家族の連続と永続性のしるしであり、象徴である[2)]。他方で遺産は家族の役割の一つ、すなわち両親が子供たちを物質的に援助する義務の履行の態様の一つとされる[3)]。この一つ目の正当化事由は遺言の自由という方向に向かうわけではない。むしろ相続財産の帰属について

2）このことは土地といった不動産についてのみ当てはまることではなく、美術工芸品や企業についても当てはまる。

3）1891 年の *Rerum Novarum* の回勅にあったように、カトリック教会の見解である。

それが家族を構成するように決定することを法に委ねるよう促す。

経済という正当化事由は、遺産が、企業が精神を有するため、また経済が発展するための一つの条件だということである。死によって移転しないという終身でしかない財産権は十分に活用されない。権利が本質的に終身である用益権者を思い浮かべればよい。ジャン・カルボニエが述べるように、「**投資に向かず、消費に貪欲な**」である[4)]。これに対し、権利が相続される所有者は期間という点では安心である。すなわち、それを管理することで彼の家族が潤うことが保障されているのであるから、見返りが他者の利益となる投資を企業において自身の生存期間を超えて検討し、実行するのである。またジャン・カルボニエが書いているように、「**所有権は相続されるからこそ、大きなものになりうるのである**」。

心理という正当化事由は人間というものの定めに関わる。遺産は死に際しての慰めであり、あの世への不安に対する気慰みである。設立した企業や愛した家や絵画のコレクションといった財産を受け取る者の思い出の中に生き続けることを、誰もが信じ、願うのである。

ところで後二者の正当化事由は、相続の帰趨の決定を法よりは被相続人に委ねるよう促す。これらから、遺言による相続は相続の原則となり、法定相続は遺言を残さなかった者の救済としての相続となる。これら正当化事由は遺言の自由の根拠となるのである。

一方で、相続により家産の積極的な管理が促進されることを望むのなら（経済という正当化）、相続人の選択は被相続人に委ねなければならない。彼よりも誰が彼の好みに合致する者を指名することができようか？　法が誤れば相続はその目的を失うことになろう。被相続人は財産が愛していない親族のものとなるであろうこと知ればこれを放置してしまうであろう[5)]。

4）[*Droit civil*] *Les biens*, PUF, [19e éd., 2000], §. 102.

他方で、相続が死に対する不安を和らげるものであるなら（心理という正当化）、被相続人はその付与を自由に決定できなければならない。こうして、その意思は彼の死後なお効力を有する。つまり、その意思は生ける者を支配することになる。彼は生者の間で存在することになるのである。まさしくカルボニエは、「はるか昔から遺言の中に含まれているこの不死の得難い幻想」を強調し[6]、「各人の心に潜在する完全に消えてしまいたくはないという願望、死への狂信的な恐れ、力強い人間には不可能はないとの確信、これらが遺言という制度を説明する」と解説していた[7][8]。

4　遺言の自由の危険性　しかしながら遺言者の彼の人間というものの定めに対する挑戦は困難を生じさせずにはおかない。遺言の自由は危険を伴うのである。これには少なくとも二つの理由がある。

▶まず遺言者の意思は自らの死を見つめながら着想され、表明される。しかしこの見通しは、特にそれが近づいている際には、その意思を乱し、惑わせる。ここで誤って作成され、混乱し、不明瞭で、骨を折ってその意味が理解されようとする、遺言が思い浮かぶ。さらに黙示の取消しを考慮に入れると、どの人あるいはどの人たちが履行を受けなければならないのか判然としない、次から

5）1804 年の民法典の起草者の一人であったビゴ・ドゥ・プレアヌムーはまさに次のように言っていた。「あるいは処分したいと望む財産の量について、あるいは彼の愛情の対象となる者について、あるいはその意思を表明する形式について、規律に従わせようと望むとき、その所有権の一部を奪われるわけではないことを、自らを彼の財産の絶対の支配者とみなすよう習慣づけられてきた者に、納得させることは簡単なことではない［…］。この完全な自由という気持ちこそが産業を飛躍させ、あらゆる危険を冒さしめているのである。その労働の産物が彼の愛情の対象であるとされる者のみに移転されることを保障されるとき、自らのためにのみ働くと信じ、片時もこれを享受しようとは思わないのである」（*Fenet, Travaux préparatoires*, t. XII, p. 509 et 530）。

6）Préf. à P. Catala, *La réforme des liquidations successorales*, Defrénois, 3e éd, 1982, p. 14.

7）[*Droit civil*]*Les personnes*, PUF, [21e] éd., 2000, § . 14.

8）さらに魂の休息（祈りとミサ）に関する規定、加えて啓示や祝福、破門制裁を参照せよ。これらには多くの遺言が見出される。

次へと出てくる遺言が思い浮かぶ……。そして問題が生じるまさにその時に、遺言者はこの世にはおらず、これら疑問を解きえないのである。

▶次に遺言者の意思（それが明確に表明されたものであるとして）は一方的な横暴な意思である。遺言者は生き残る者に自らの法を押し付ける。ところで、例えば子供たちの間の平等を破ることで家族に不和の種をもたらすとき、その意思は秩序を乱すものとなりうる。また相続権剝奪によって個人の自由の行使にサンクションを加える、あるいはその同じ自由を遺贈に付加された負担により妨げる場合には、その意思は専制的なもの、家庭の権限の濫用にさえなる。若い世代の自由――生き方の自由や意見の自由――はこうして先祖の経済的な権力にくじかれうる。歴史はこのことを証明している。1789 年のフランス革命の最中に、立法者が遺言の自由をあれほどに縮小させたのは、反動的な父親たちが新しい考え方の影響を受けやすい子供たちを相続廃除によって脅して導きたかったであろう、反革命の攻撃を中和するためであったのだ[9]。当然、こうした逸脱は、その専制が非難されうる日には遺言者は墓によって守られているゆえに、いっそう恐れなければならないのである……。

生ける者を死者の意思に従わせておくことの危険性を示すこうした理由から、遺言を警戒し、相続の帰結を決することを法に委ねることを勧める傾向の強さと不変性が理解される。ある人文主義者とある政治家の見解を聞いてみよう。

人文主義者のモンテーニュによれば（16 世紀の随想録）、「一般的に、死に際しての私たちの財産の最も平和的な分配は、その地の慣習に従ってこれを分けることであると思われる。これについては法が私たちよりもよく考えられている。そしてこれらの選択に従わせることの方が私たちを思い切って軽率にも自身の判断に従わせるよりもよいのである。［…］遺言をリンゴや竿の

9）E. VALLIER, [*Le fondement du droit successoral en droit français, Paris,* 1902,] § . 269 は、革命政権の立法者が両親から「彼らが認めない考え方を抱いていた子供たちを罰する」一つの手段を取り上げることを意図していたとする。

ように利用して、これに関心を寄せる者の行為をあるいは褒美を与えあるいは罰する者［がいる］。［…］私たちがこれほどしばしばだまされるこうした予言を信用しておかしな選択をすることは全くバカげたことだ」[10]。

また革命家のミラボーによれば（1791 年の革命期の諸議会での演説）、「まったく！　社会には生ける者の気まぐれや感情で十分ではないか？　私たちはその上もはやこの世にいない者の気まぐれや感情に従わなければならないのか？　大昔から今日まで遺言の横暴に由来するあらゆる結果について社会が今日においても責任を負うのはもう十分ではないか？　私たちはさらに、将来の遺言者が、非常にしばしばおかしくさらにはゆがんだ彼の最後の意思によって、悪行を加えることに常に心構えをする必要があるのか？　ある時は思い上がりが、またある時は復讐が、ここでは不正な嫌悪が、あそこでは無分別な予言が息づくところで、私たちはたくさんのこうした遺言を見てこなかったか？　［…］狂気が情熱と競うところで、または、遺言者が、その存命中に思い切ってこれを誰にも打ち明けなかったという彼の財産の処分を、もしくは、一言でいえば、あえて行うためには、彼の思い出を完全に断ち切り、墓とは嘲笑や非難からの避難所になると考えることが必要となるような処分を、行うところで、死者から生ける者に示される、一体いくつのこうした行為が行われていることか！」[11]。

5　承認とコントロール　　遺言の自由の強い正当性と現実の危険性から、多くの法体系において採用されている立場が説明される。ここでは二つの極端な解決が退けられる。一つは生ける者からその死に直面して遺言により与えられる救済を奪うことであり、もう一つは死者の法に生ける者を完全に委ねることであろう。ここではある中間的な解決が賛同される。すなわち遺言の自由を承認しながら、それをコントロールするのである。その難しさはこのコントロールの範囲と態様を決することにある。どこにカーソルを置くのか？　どこに均

10）*Essais*, livre II, Chapitre VIII.

11）Discours préc.

衡点を置くのか？

2001 年 12 月 3 日および 2006 年 6 月 23 日の法律によって大改正された、フランス相続法は、一つの均衡点を見出したように思える。すなわちここで遺言の自由は承認されるが、コントロールされる。まず遺言の自由の承認について（Ⅰ）、続いて遺言の自由のコントロールについて（Ⅱ）、順に検討しよう。

Ⅰ　遺言の自由の承認

6　遺言の自由の承認は、遺言の自由の原則（A）や遺言の自由の行使（B）を検討することで、確かめられる。

A　遺言の自由の原則

7　遺言の自由の原則は国内法においても（1°）ヨーロッパ法においても（2°）保護されている。

1° 国内法において

8　法律　　遺言の自由の原則は今日において法律により明示に承認されている。2001 年 12 月 3 日の法律は、民法典の相続法の指導原則の中に、ある条文すなわち第 721 条を挿入した。これは法定相続を遺言による相続との関係で予備的なものとしている。すなわち「相続財産は、死亡者が無償譲与によってその者の財産を処分しなかったとき、法律にしたがって移転する」（同条第 1 項）。

9　法律（続）――国内法および国際法上の公序　　遺言の自由を認める法律は公序である。そしてそれは二つの意味においてである。

一方で、遺言の自由は国内法上の公序に属する。このことからこれは譲渡不可能である。つまり、何人も合意により放棄することはできないのである。2001 年においても維持された、将来の相続に関する約定の禁止の原則は、契

約により、取消不能とすることで被相続人から彼の最後の意思に効力を与える可能性を奪い、その者の相続を意のままにすることを、禁ずるものである。

他方で、遺言の自由の原則はおそらく国際法上の公序にも属している。国際法上の公序についてのフランスの考え方は、通常管轄を有する（フランスの抵触準則によれば）、遺言を否定することになる外国法の適用に、反対することになろう。この問題はいまだ提起されたことがない。それはおそらくいかなる立法も遺言を禁じていないからである。

10　憲法　　憲法という次元に至るとき、遺言の自由は間違いなくここに保護を見出す。法律は、遺言を禁じることによって直接的にも、相続財産のほぼ全体を包摂するような遺留分を設けることで間接的にも、これをなくすことはできない[12]。確かに所有権は1789年の人および市民の権利の宣言により保障されており、憲法の前文はこれを引用している。ところで所有権の憲法的保障は処分する権利の保障を含んでおり、憲法院によれば、これはその基本的な特質とのことである[13]。そして遺言する権利は処分する権利の一側面であり、これは無償かつ死因の処分する権利なのである[14]。

2º ヨーロッパ法において

11　ヨーロッパ法　　ヨーロッパ法において、遺言の自由は人権および基本的自由の保護のための条約〔ヨーロッパ人権条約〕の保護を受けることは疑いのないことである。確かに、1979年6月13日の著名な *Marckx* 判決は、処分する権利は、条約についての第1議定書第1条によって保障される所有権の本質的な要素であると述べている。そして一般利益から立法者が無償譲与を「規

12）F. Luchaire, [*Les fondements constitutionnels du droit civil*, RTD civ. 1982,] p. 262によれば、「したがって憲法的価値を有する原則とは処分可能分の制限のもとで処分する自由である。立法者は処分可能分を全てなくすことはできないであろうが、その総額を変化させるのは彼である」。

13）Cons. const., 20 juill. 1983, 4 juill. 1989, 9 avr. 1996 et 29 juill. 1998.

制する」ことを認めるとしても、全くの禁止を規制と考えることはできないであろう[15)]。

B　遺言の自由の行使

12　法律や判例において、遺言する権利の行使は優遇を受けている。この遺言の優遇は形式においても（1°）、実質においても（2°）、確認される。

14）これには次のように反論することができるだろう。すなわち一方で、憲法の判例によれば、権利が憲法的価値を有するということは、これに対する侵害の大きさがその本質を損なわない限り、立法者がこれら特権を制限することを禁じるわけではない。他方で、遺言する権利は処分する権利の本質的な側面ではない。後者は主として生ける者の間で処分する権利と理解されよう。しかし、このことは、遺言と同じように、私的所有権もまた自身の死の神秘を前にした人間の不安に必要となる支えとして正当化されることを無視することであろう。したがって、遺言する権利を所有権から切り離すことは所有権をひどく損なうであろう。フランスの政治家であり作家であるジャック・アタリは所有権の歴史に関する著作を著しており、その中で次のように書いている。「数千年にわたって受け継がれ、ぶつかり合ってきた各人の所有権の観念の背後に、常に存在するサインのように、回避しえない強迫観念のようにと例えば私が要約するもの、すなわち所有権が隠しているもの、つまり死の恐怖が、存在していたのを私は発見したような気がした……。私は次のように言おう。一番の人間の願望、他の何よりも彼を導くものは、存在し、持続し、死を遅らせることである。そして持続する……その者の力であり生命である他人の財産を我が物とする、および特定の時代において死について行われる考え方に最も正確に対応する方法でそれら財産を用いるために……。本義と転義において有することと存在することはほとんど常に混ざり合う。本義において、生きるためには有しなければならないから……、転義において、もっとも原始的な言語においてまで、個人は……その所有権によって同一視されかつ区別されるから……、在ることとは有することである。最後に、有するものに服するゆえに、目的は主体を拘束し、定義し、および条件づける。それはそれが属する人よりも存続し、私達は有するものに属するのである。また有することと持続することは常に実際に結びついているのであるから……、最後に有することは……執行猶予を与えられることであるから」。自身の中に生き続ける権利である遺言をする権利を所有権から奪うことがどれほど所有権を変性することであるのかをこの上なく示している。

15）CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/Belgique*, série A, n° 31 :「第 1 議定書第 1 条は［……］要するに所有権を保障している。所有権の伝統的基本的な要素の一つが財産を処分する権利である。しかしながら［……］一定の場合には一般利益から立法者は無償譲与の領域において財産の使用を規制することができる」。

1° 形式

13　形式主義の法律行為　　遺言は諾成主義の法律行為ではなく、形式主義の法律行為である。最後の意思は、法律に予定されている一定の方式に従って表明されるのでなければ、有効でない。それゆえ、フランス法において、口頭の、タイプライターで打った、または撮影された遺言は無効である。

しかしながら、この形式主義は一見したほどには厳格なものではない。法律の優遇は複数の形式の中から選択できることに現れており(a)、また判例の優遇も形式に瑕疵がある場合にサンクションが和らげられることに現れている(b)。

a　複数の形式の中からの選択

14　国内法　　国内法については、法律により遺言者は四つの遺言の形式の中から選択できる。すなわち、公署証書による形式、自筆証書による形式、秘密証書による形式、国際的形式である。

公署証書による遺言とは公証人が作成した遺言である。二人の公証人または一人の公証人と二人の証人によって認められたものである。遺言者が公証人に口述し、公証人はその者の言葉が発せられるのに従ってこれを書き写す。次に公証人から遺言者に読み聞かされる。最後に全員（遺言者、二人の公証人または一人の公証人と二人の証人）が署名する。これには次の二つの利点がある。これは公署証書偽造の申立てにおいてもその作成者についての証拠となる（被相続人がその作成者ではないことを主張する者は公的文書の偽造の申立ての手続きを公証人に対して開始しなければならない）。またその保管は保障されている。しかしこれには次の二つの不都合がある。その内容は公証人場合によっては証人に開示されるため、秘密ではない。また公証人に謝礼を支払わなければならない。

自筆証書による遺言とは私署証書による遺言である。全て遺言者の手で、書かれ、日付が付され、署名されなければならない。これは、主として、単純であり、秘密であり、無償であるとの利点を有する。しかし、これは、その作成者についての証拠とならない（相続人は被相続人の署名を否定することができ、

そして被相続人がその作成者であるとの証拠は受遺者がこれを提出する)、またその保管は保障されない（これは紛失や相続人による破壊の危険にさらされる）との弱点を有する。いずれにせよ最も用いられる形式である。

秘密証書による遺言は秘密の遺言であるが、自筆証書による遺言よりも秘密ではない。これは、遺言者または第三者により手書きでまたは機械で書かれ、次に公証人に提出される。公証人は、この文書がまさに彼の遺言証書であることを認める遺言者の宣言を記載した証書を作成する。これが利用されることはごくまれである。その利点は、それが内密であり（自筆証書による遺言のように)、かつその保管が保障されていることである（公署証書による遺言のように)。

国際遺言は、フランスでは 1994 年 12 月 1 日に発効した、1973 年 10 月 28 日のワシントン条約に予定されている形式に従って認められる遺言である。国際的な遺言のために用意された形式のことではない。すなわち、**遺言の形式の統一法**をもたらす条約の目的は、一つの共通の遺言の形式を締結国の具体的な立法に導入することであり、これが締結国の既存の形式に加わるのである。この遺言は秘密証書による遺言を想起させる。確かに、その作成は二つの段階に分けられる。第一段階は起草であり、遺言者が一人で行うことでその者の最後の意思を秘密にすることができるように考えられている。次に一人の公証人と複数の証人に文書を提示するのが第二段階である。

このように、遺言者に提案される形式の幅から、法がどれほど各自の最後の意思の表明を容易にしようとしているのかが分かる[16)]。

15　国際私法　この同じ遺言の優遇は遺言の形式について適用される法律に関する国際私法の規律にも指針を与えている。国際商事契約原則の影響を受

16）こうした意図は、そのうえ、ワシントン条約の冒頭にある理由に明示的に述べられている。すなわち、「その採用により適用法律を探す必要性が減少するであろう、以後「国際遺言」と称される、この遺言の補助的な形式を設けることで、最後の意思による行為の尊重を最大限保障することを希望して……」と。

けた、1961 年 10 月 5 日のハーグ条約は、次の法律の一つに従って遺言がなされる場合に遺言は形式において有効であるとする。1º 作成された地の法律、2º 国籍を有する国の法律（あるいは遺言の日の、あるいは相続が開始した日の）、3º 遺言者の住所地または常居所地の法律（あるいは遺言の日の、あるいは相続が開始した日の）、4º 不動産については、それが所在する地の法律（この法律が相続不動産の帰属について適用される場合）。この連結の「一覧」[17] は形式を理由とする無効を可能な限り減らしたいという確かな意思によるものである。

b　形式上の瑕疵を理由とするサンクションの緩和

16　三つの例　　判例は形式に瑕疵がある遺言についてある程度の寛大さを示している。ここでは三つの例を挙げよう。

▶口頭での遺贈は無効である。しかしながら、これは相続人に遺言の諸条項を履行する自然債務を生じさせる [18]。これにより、自然債務の制度に従い、相続人が履行をすると、返還を求めることはできなくなる。非債弁済は存在しなかったからである。また履行をすることを約束すると、その義務を負うことになる。履行の約束は自然債務から法的債務への更改をもたらすからである。多くの場合、口頭での遺贈は、死の床で遺言者により行われる今わの際の遺贈である [19]。

▶日付の付していないまたは日付の不完全な自筆証書による遺言は無効である。

17）B. Audit, *Droit international privé*, Economica, 4e éd., 2006, n° 896.

18）Cass. req., 26 janv. 1826 : D. jur. gén., V° Disp. entre vifs, nº 1408 ; Cass. civ., 19 déc. 1860 : DP 1861.1.17 ; Cass. req., 20 nov. 1876: DP 1878.1.376 :「全く口頭の最後の意思の処分が当然に無効であるとしても、自然債務を構成するものとして、有効な法的債務の原因になりうる」; Cass. req., 10 janv. 1905 : DP 1905.1.47 ; Cass. com., 26 juin 1961 : Bull. civ. III, nº 286（営業財産を売却した対価の内縁の妻への遺贈）; Cass. 1re civ., 27 déc. 1963 : Bull. civ. I, nº 573 ; RTD civ. 1964, p. 591, obs. R. Savatier : 控訴院は「正当にも、全く口頭の遺贈は、それ自身は無効であるとしても、相続人または包括受遺者に有効な法的債務の原因となりうる自然債務を生じさせるとした」。

19）例えば、Cass. req., 20 nov. 1876, préc. ; Cass. req., 10 janv. 1905, préc. を参照。

確かに遺言の日付―年月日―は、遺言者の能力を確認するために、かつ、両立しない二つの遺言が存在する場合に、他方を取り消したうえで、履行されなければならない新しい方はいずれであるかを決するために、必要である。しかし判例はこの無効を少なからず緩和している。すなわち、日付の不完全な遺言または日付の全くない遺言でさえ、遺言の内容から引き出される内在的な要素から、場合によっては、遺言の原因についての諸事情から引き出される外在的な要素も併せて、完全な日付が再構成され、見出されうるのであれば、有効である。次の例がある。1º 作成場所の言及（内在的要素）から、遺言者がある年の間だけその場所にいたこと（外在的要素）が証明される以上は、千の数字が再現されうるため、日付に年が抜けている遺言も有効とされる[20]。2º 全く日付を附していないが、「さようなら、アルベール、私の物は全て君にあげる」と書かれてあり、その作成者が井戸に身を投げて自殺したという遺言は、その文章の差し迫った調子（内在的要素）から、医療鑑定により年月日が推定される自殺（外在的要素）の直前に作成されたものであることが分かる以上は、有効である[21]。

▶転換の方法によって、もともと選択された形式には合致していなくても、他の形式の要件を満たした遺言に相当するものとなる。すでに民法典とワシントン条約はこれを利用することを予定している。民法典第 979 条第 2 項は、形式に合致しない秘密証書による遺言が自筆証書による遺言として有効になり得ることを認め、ワシントン条約第 1 条 2 項は、国際遺言が、形式が守られていな

20）Cass. 1re civ., 24 juin 1952 : D. 1952. 613.

21）Cass. 1re civ., 11 oct. 1955 : D. 1956. 5. 加えて、同じ解決をしているものとして、T. civ. Seine, 24 nov. 1920 : Defrénois 1921, art. 19803 : 遺言は次の文章で終わっている。「私は井戸に身を投げます」; CA Paris, 12 mars 1968 : Gaz. Pal. 1969, 1, p. 131 ; RTD civ. 1969, p. 814, obs. R. SAVATIER : 遺言には次の言葉が含まれている。「愛しい人よ、私は臆病者だ、しかし仕方がないだろう、私は無力だ……すぐにあなたと別れる方がいい、しかしその前に、愛しい人よ、あなたをとても愛していることを知っておくれ……だから私は Grange-Justin にある私の物全てをあなたに遺贈する、だからあなたの思い出の中で私のことを思っておくれ。私は臆病者だ、さようなら！　……」。

くても、他の種類の遺言として維持されうると規定している（すなわち、実際には、自筆証書による遺言として）[22]。他方で判例はこの救済方法をより一般的に用いている。公署証書による遺言が、証人が口述の際にいなかった[23]、またはフランス国籍を有していないことにより[24]、それとしては無効であるが、国際遺言としては有効になり得ることを認めている。

2° 実体

17　実体については、遺言の優遇の三つの例が提示されうる。すなわち、無能力の緩和(a)、救済的解釈(b)、許される処分の拡大(c)である。

a　無能力の緩和

18　16 歳の未成年者と被保佐人　　これらの者が遺言できるようにするために、法律は一定の者をその全部または一部において無能力から解放している。原則として代理された、16 歳以上の未成年者は、その財産の半分を遺贈することができる（民法典第 904 条第 1 項）。また原則として保佐された、被保佐人は、全ての財産を自由に遺贈することができる（民法典第 470 条第 1 項）。

この保護の緩和は、遺言の自由の重要性（特に高齢者にとっての）と、その作成においてはあらゆる扶助を排除するという遺言の非常に人格主義的な性質とによって、説明される。これら遺言の二つの性質から、法律が無能力者に遺言する権利を与えるという危険を冒していることが説明される。

確かにこの危険は保佐人を附されている高齢者において特に大きい。こうした者は寿命が延びるに従いさらに増えている。しかし、合意の瑕疵についての民事サンクションや、遺言者の状態を利用して、遺言者からの好意をよいことに「巻き上げ」る、つまり遺贈をさせた者に課される、脆弱状態の濫用につい

22）これを救済しうる他の性質決定はないであろう。

23）Cass. 1re civ., 12 juin 2014, RTD civ. 2014, p. 92 obs. M. Grimaldi.

24）CA Bordeaux 16 juin 2011 : JCP N 2011, n° 1234, note J.-F. Hébert. この国籍の要件は 2006 年 6 月 23 日の法律第 728 号により削除された。

ての刑事サンクションも残されている[25]。

b　救済的解釈

19　死者に語らせるという方法　　遺言、特に自筆証書による遺言の解釈は、尽きせぬ紛争のもとである。ところで、判例には明らかな遺言の優遇の政策を見出すことができる。すなわち不適法に表明された最後の意思の無効を救済する強く一貫した傾向である。より正確には、破毀院は、事実審裁判官の権限を口実にして、遺言証書のまさに再作成に相当するような解釈を黙認しているのである。

以下の例が挙げられる。未確定の者、すなわち不特定の者、はっきりとは特定できない者への遺贈は、複数の者がその定義に当てはまりうるほどにあいまいな言葉でこの者が定義されているために、無効である。例えば、「いとこ」や「学会」、病人、不幸な人々などへの遺贈である。ところが、これらの処分があった場合に、事実審裁判官は救済的な、そのうえ驚くべき解釈を行ってしまう。これにより受遺者を「発見」するのである。例えば、「癌と心臓」への遺贈はフランス財団に対してなされたものと解釈されている[26]。

この創造的解釈は一部の者から次のように非難されている。一方で、これは時代遅れの心理分析を行うこと、死者への畏敬の念を抱くこと、幽霊、亡霊を恐れることではないか。いかにあいまいでも、それでも「何か」を意味しているはずの死者の言葉を否定してはならないとの神秘的な感情に影響されているのではないかという。他方で、これは用心と思慮深さを欠いているのではないか。死者に語らせるという方法にあたるゆえに、恣意的で占いのようなもので

25）こうした行為を抑止する必要性から、破毀院は、刑事法の厳格な解釈の原則を若干緩和してきた。脆弱状態の濫用をとがめる条文は弱者に損害を与える行為から得た利益を想定しているが、破毀院は遺言から利益を得る場合にもこれを適用している。この場合、これによって損害を被るのはこの弱者ではなくその相続人である。

26）CA Nancy, 28 avr. 1976 : JCP 1979, II, 19123, et 19158 bis, note A. Brimo ; Defrénois 1977, art. 31396, note H. Souleau.

あろう。被相続人が明らかに法律が示す道筋から外れていない以上は、相続をこれに従わせておくことの方がよいのではないか。

c　許される処分の拡大

20　順位付無償譲与と死後の財産管理の委任　2006 年 6 月 23 日の改正は遺言の自由に与えられている領域を拡張した。ここで相続法における公序は最後の意思を前にして後退している。その二つの例を取り上げよう。一方で順位付無償譲与の有効化により遺言者の意思は時間という点でその領域を広げることができている。他方で死後の財産管理の委任の創設により遺言者の意思は財産の帰属のみならずその管理についても及ぶことになっている。

1° 順位付無償譲与は継伝処分との名称で民法典に規定されている。厳格に枠づけられた例外を除いて、原則として禁止されていたが、その後有効になっている（民法典第 1048 条～第 1056 条）。

これは二つの点で緩められている無償譲与である。すなわち、処分者が一つまたは複数の財産を二人の受益者に遺贈し、これらの者は連続して、つまり第一の者の死により第二の者が、これを享受し、彼らはともに権利を直接に処分者から受け継ぐことになる。これは、第一の受益者に対して、財産を保存し、死亡の際にはこれを第二の受益者に移転するという二重の負担を設けている。すなわち、保存する義務は生存者間の処分を禁じ、また移転する義務は死因処分を禁じる。その結果、第二の受益者は第一の受益者の死後も生きている限り、これら財産を確実に受け取ることができる。

かつて民法典は、経済的な（財産が譲渡不能および差押不能となることで法的な取引のできないものとなることを避けるためとの）、また政治的な（各人にその財産の死後の帰属について一度だけしか決定することを許さないことで、死者の意思の力を時間的に制限するとの）理由から、こうした無償譲与を禁止していた。2006 年に行われた方向転換は、まず所有権に認められる全能性により説明される。これは、その者の財産を、思うままに、無償であっても、その死後にお

いても、一つの世代をまたいでも、処分する権利を含むものと理解される。この方向転換はまた弱者に適切に向けられた関心によって説明される。順位付無償譲与は、家産を特に税金の点で最良の条件で維持することを保障することで、両親が障害のある子供を扶養することを可能にする手段の一つである[27)]。

2° 死後の財産管理の委任とは、ある者が一人または複数の自然人または法人に彼の相続財産の一部または全部の管理を一人または複数の相続人の計算と利益のために委任するというものである（民法典第 812 条の 11）。

この委任は実体においても形式においても遺言ではない。被相続人と受任者との間で締結される契約である。また必ず公証人証書によって行われなければならない。それでもなおこれは遺言のように最後の意思の行為である。すなわち、被相続人が死んで初めて効力を生じ、被相続人は自由に取り消すことができる。したがってこれは遺言の自由が新しく獲得したものである。

この委任は強い独自性を有している。その存在意義は相続人から彼が相続する財産の管理権限を奪うことである。被相続人は相続人から権利を奪うのではなく（遺留分を尊重することを条件に、相続廃除によって被相続人が常になし得たことである。Ⅱ－Ａにおいて後述）、その行使をさせないのである。ところでこのような取り上げは私人の意思によって宣告されるある種の無能力のようにも

27）仮に、ある父親に二人の息子がいて、うち一人は重い障害を抱えており、子供を残すことができないとしよう。この父親はもちろん障害を抱えている子供を相続廃除したいとは思っていない。むしろ反対にこの子供を優遇したいと思っている。しかし彼はこの子供が相続する財産が不適当に管理され、さらには浪費されてしまうことを危惧するであろう。この子供の死により財産はもう一人の息子（あるいはその子供たち）に移転し、彼は 40％程度の租税を支払わなければならず、これがこうした傍系相続の大きな負担となることを、彼は認識している。まず障害のある子に次いでその兄弟（あるいは彼の子孫）に与えられる順位付包括遺贈の有用性は二重にある。すなわち、障害のある子供（またはその保護を任務としている者）による財産の浪費を防止すること、そして二番目の息子（あるいはその子供たち）への移転の税金の負担を大変軽くすることである。この息子は兄弟からではなく父親から財産を受け継ぎ、直系相続に課せられる税金のみを負うことになるのである。

見える。それゆえにこそ法は死後の財産管理の委任の締結および効果を厳格に枠づけているのである。すなわち、この委任は相続人その人または相続財産の性質に由来する正当かつ確かな利益によって正当化されなければならず、この利益は公証人証書に記載されなければならない。また期間は二年または五年に制限されている（しかしこの期間は延長されることができる）。

21　それゆえに今日において遺言する権利は、最も高次の法規範によって保護される原則たる権利であり、かつ形式においても実体においても古い拘束から解放されて行使される権利である。しかしこの遺言の自由を承認することはこれをコントロールすることを排除するわけではない。以下ではこの点を検討しよう。

Ⅱ　遺言の自由のコントロール

22　フランス法において遺言の自由のコントロールは伝統的に量と質の二つの点で行われてきた。量的なコントロールは民法典以来その性質を変えていない。これは、法律により、被相続人がその財産の一部しか処分しえず、また過剰な無償譲与の減殺が命じられることからなる。これが相続財産における遺留分の制度である（A）。他方で質的なコントロールは発展してきた。古典的な形態では、これはコーズの適法性や道徳性を通じたコントロールである。今日の形態では、これは人権や基本的な自由への適合性を通じたコントロールでもある。したがって今日において、このコントロールはコーズおよび基本権の観点から行われる（B）。

A　量的なコントロール―相続財産における遺留分

23　**定義と論争**　　遺留分は、法律によって強制的に割り当てられ、それゆえ被相続人が無償で処分することができない相続財産の部分と定義される。遺留分は当然遺言の自由を制限する。

遺留分は、これを知らないコモンローとこれを認める大陸法の伝統（これを放棄したケベックとルイジアナを除く）との間の相違点の一つとして知られている。この論争の諸相はよく知られている。

▶遺留分を支持する、次の三つの論拠が援用される。

1° 家族の保護[28] 一方で、遺留分は、家族内に財産を保存することを保障するという点で、また家族の連帯性や世代間の相互扶助義務を表す点で、家族の結合を強化する。他方で、おそらく特に重要なこととして、子供の間の最低限の平等を保障する点で、遺留分は家族の平和に資する。遺留分により、兄弟姉妹を危険にさらすことになるであろう、男の子や長男、嫡出子に全てを与えるということが禁じられる[29]。

2° 相続人の個人的自由の保護 子供の思想の自由や宗教の自由、生き方の自由は相続廃除の脅威によって妨げられうる。

3° 法的安全 家族の価値が同様に保護されている、遺留分の制度のない国々においては、この保護は裁判官の手中にあるその他の仕掛によってなされる。あるいは、裁判官は、同意の瑕疵および遺産の騙受〔詐術により無償譲与を行わせること〕の概念を広く解することにより、被相続人が行った処分を覆すことができる[30]。あるいは、裁判官は、相続財産の一部分を近親者や、配偶者、パートナー、被相続人が養っていたあらゆる者に帰属させる。これらは全て無償で処分する権利にもたらされる間接的かつ不確かな制限であ

28）1996 年にコロンビアの憲法裁判所が、遺留分が「家族を結成しようという意思の自然かつ明白な反映」であることを理由に、遺留分を憲法が家族に与える保護のもとに置いたことは、注目に値する。

29）いくつかの立法における遺留分の設け方を参照。例えば、イスラム法は相続人の一人だけに利益を与えることになるあらゆる遺贈を禁じている。

30）不当威圧の法理の適用については、Marie Goré, *Quelques aspects de l'anticipation successorale en droit américain*, in Le droit privé à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à Pierre Catala, LITEC, 2001, p. 382, n° 18 を参照。

る[31]。しかし、相続（または夫婦財産）に関する規律が裁判官の感覚に放擲されることやその帰結を十分に予見しえないことはフランス法の精神に沿うものではない。遺留分と処分可能分の制度は、その割合や計算が非常に明確に規定されており、家族に関する規律における法律と裁判官のそれぞれの役割についての一定の観念を、より一般的には法的安全を保障するとの配慮を表すものである。

▶遺留分に反対する、次の経済的な理由が強調される。遺留分は財産、とりわけ企業の移転を妨げると非難される。創業者は死んだときに企業を引き受けるのに最も適格な他人や子供にこれを移転することができないであろう。この批判は古典的なものではあるが、その妥当性は確かなものではない。すなわち、フランスでは遺留分が土地を細分化し、経営を損なってきたと言われてきたが、なお世界で第二位または第三位の農業大国である……。

また、2001 年および 2006 年の相続法改正も遺留分制度を維持した。民法典第 721 条第 2 項は、相続財産が、「**遺留分と相容れる範囲内において、死亡者の無償譲与によって移転することができる**」と規定している。より正確には、子供たちについては、遺留分の割合は変わらず維持されている。すなわち、二分の一（子供一人の場合）、三分の二（子供二人の場合）、四分の三（子供三人以上の場合）である。そして、2006 年の法律は、父系および母系でそれぞれ四分の一であった、直系尊属の遺留分を廃止したのに対して、2001 年 12 月 3 日の法律はすでに配偶者の遺留分を認めていた。これは四分の一であるが、子供がいないことを要件としていた。

遺留分は維持されているが、緩和もされている。

24　遺留分の緩和　　2006 年 6 月 23 日の法律は、遺留分の公序に例外をもたらす二つの改革を行っている。

31）M. Goré, *op. cit.*, [*note30*], n° 19.

▶一方で、行き過ぎた無償譲与のサンクションを和らげている。同法律により、受益者は、現物での減殺を免れ、価額減殺によることができる（民法典第924条）。このことは、受遺者が遺贈されたものを全て請求することができ、遺留分相続人に対し超過した部分に等しい金銭の支払義務を負うことを意味している。言い換えれば、遺贈は補償金と引き換えに履行されるのである。

この改正は重要であるが、その影響力はあまり強調されない。一方で、実務的な観点からは、受遺者は遺留分相続人に補償できなければならず、さもなければ現物での減殺を受けることになる。他方で、理論的な観点からは、価額減殺は受遺者への所有権の移転を妨げないとしても、その無償性を損なう。受遺者が遺贈された財産の価額について義務を負っている範囲内で、移転は有償でなされているのである。

▶他方で、2006年の法律により、遺留分相続人は相続開始前に遺留分減殺訴権を放棄することができることになっている。それ以前は、この事前放棄は将来の相続に関する約定の禁止の原則に反するものとして無効になっていた。

しかし法律は、被相続人の権威の濫用から放棄者を保護する意図で、放棄の有効性を厳格な実体上および形式上の要件に服させている。すなわち、放棄は、未成年者については、彼が解放〔未成年者に完全な行為能力を取得させる法律行為〕されているとしても禁止されている。放棄は、被相続人がなす約束、特に放棄者に無償譲与することと引き換えには、同意されえない。放棄は、特別な公証人証書によってなされなければならず、これは二人の公証人によって引き受けられ、このうちの一人は県の公証人組合の長によって指名される（このようにして法律は放棄者が被相続人の公証人の助言のみを受けることを回避しているのである）。

25　遺留分と国際的公序　この遺留分の緩和からはその国際私法上の効力の問題が生じる。すなわち、遺留分は国際的公序に属するのか？　フランスの裁判官は、通常は管轄を有するが、その適用により子供や配偶者を包括受遺者

から排除することになってしまう法律を回避しなければならないのか？

この問いは、2015 年 8 月 17 日からこれ以降に開始される相続に適用されることになる、2012 年 6 月 7 日のヨーロッパ規則の採択以来、さらにより緊急性を持っている。簡単に言うと、この規則は、動産と不動産のあらゆる区別をなくし、被相続人の最終居所の法律に管轄を与えているが、被相続人が国籍を有する国の法律を選択する自由も残している。しかし管轄を有するが、その適用が「**法廷地の公序に明らかに相容れない**」であろう法律を、裁判官は回避することができるとしている（第 35 条）。

支配的な見解は、遺留分は公序に属するとの抗弁によっては守られないと考えている。そして、2013 年 7 月 10 日に下されたパリ大審裁判所の最近の判決は、現行法を適用して、この考え方に沿う判断を行った。すなわち、同判決は、カルフォルニアに居住し死亡したフランス人男性の子供たちが、カルフォルニア法が適用されることで、彼らの父がアメリカ合衆国において後妻のために行ったトラスト（信託）により、その父の相続から完全に排除されることを認めたのである[32)]。しかしこれに反する見解を主張することもできる。すなわち、一方で、遺留分は民事秩序のある観念に、つまり家族的価値と経済的価値とのある連結に由来するものである（前述したところを参照せよ）。他方で、遺留分は、長い間議論されてきたのであり、また長い時間をかけて練り上げられてきた相続および無償譲与の法の改正を経ても維持されてきた以上は、これを脅かすことになる、外部から覆されることから保護することは、一貫しないことではないであろう[33)]。

32）Jugement n° 06/13502.

33）公序に属するとの抗弁は、当該国の基本的価値に反する外国法の内容を前にした裁判所のある種の「憤り」からだけでなく、論争のある制度を、これを知らない外国の法律を適用することで覆す効果から、裁判所の中では、保護することを意図する立法政策からも正当化されうる。B. Audit, *op. cit*., n° 312 et 313 参照。

B　質的なコントロール―コーズおよび基本権によるコントロール

26　コーズの不適法性あるいは非道徳性　伝統的に、裁判官は遺言の自由の行使をコーズを用いてコントロールしてきた。遺言に民法典第 1131 条が適用されるのである。同条によれば、コーズが不道徳または不法な法律行為は無効である。この古典的な判例によって、家族的価値および個人の自由が、遺言による意思の力あるいは専制から守られてきたのである。二つの有名な例がある。

長い間、内縁の妻に対してなされた遺贈は、遺言者がその解消を和らげ、詐害的誘惑によって生じた損害を回復し、さらに良心または認知の義務から解放されることを望んだ場合には、有効であった。これに対し、遺言者がこの性的な関係を形成し、継続し、再開し、またはこれに対する報酬とすることを目的としていた場合には、コーズの非道徳性ゆえにこれは無効になった[34)]。

遺贈を受遺者の婚姻の状況に依存させる婚姻条項が存在する場合には、古典的な判例は遺言者の動機を調査している。独身条項や寡居条項、婚姻選択条項（これらは、それぞれ受遺者をして、あるいは結婚しないよう、あるいは再婚しないよう、あるいは特に指定された人または［フランス人、アジア人、社会主義者あるいは王党派、カトリックあるいはユダヤ教徒というように］その帰属する階層によって定められた人と結婚しないよう、思いとどまらせることを意図するものである）は、受遺者や子供たち、家族の利益という、賞賛されるべき好意に動機づけられている場合には、有効であるが、死後の嫉妬や人種差別的な偏見という、非難されるべき動機に由来する場合には、無効である[35)]。

34）Cass. civ., 11 mars 1918 : DP 1918, 1, p. 100 :「思うに、有償の行為の形式に仮装された無償譲与を行う者が処分の受益者と不適法なさらには姦通の関係を維持しているという事実だけでは、この行為を無効とするには十分でない。この行為は、非道徳な関係を、あるいは形成し、維持し、再開し、あるいはこれに報酬を与えることを目的とした場合にのみ、無効となる」。

この古典的な判例は利点と不都合を有している。

コーズによるコントロールは柔軟性という利点を有している。これによって、訴訟の状況に応じ微妙な点が考慮に入れられた、かつ習俗の変化に対応して発展する、解決がもたらされる。かくして、習俗の自由化を承認したうえで、破毀院は、1999 年 2 月 3 日の判決以来、内縁の妻に向けられた遺贈が、たとえ姦通関係を維持することを意図したものであったとしても、コーズの不道徳性

35）Cass. civ., 22 déc. 1896 : D. 1898, 1, p. 537, concl. Desjardins ; Cass. req., 11 nov. 1912 : D. 1913, 1, p. 105, rapport Lardenois, note G. Ripert :「思うに、遺言者から受遺者に課せられ、民法典のいかなる規定によっても禁止されていない、結婚しないとの条件は、気まぐれや社会秩序を害するとの考えにより述べられたのではなく、あるいは受遺者の利益になるとの感情により、あるいは処分者の自身の家族への愛着により、動機づけられえたときに、「習俗に反する」ものとは確認されえず、よって 900 条の文言にある書かれなかったものとはみなされないであろう」（「遺言者が、自身の家族を婚姻が受遺者に与ええたものに優先させざるをえなかった、との事実、［また］、愛情のこもった配慮から、［受遺者の］年齢および他の諸状況から反対するに至った婚姻を思いとどまらせたいと思った、との事実から」、〔これは〕有効である）; Cass. civ., 16 déc. 1913 : DP 1915, 1, p. 28 :「思うに、生存配偶者に対し先に亡くなった配偶者の遺言によって課せられた、再婚してはならないとの絶対の条件は、法律の意向に反しよう、あるいは社会秩序を害そうとする願望によるのではなく、あるいは婚姻から生まれた子供たちの未来を保障するとの目的で、あるいは受遺者自身の利益のために、また脆弱性によりさらされうる誘惑から受遺者を保護するために、こういった遺言者の動機から設けられたと、諸状況から、裁判官が認めるときは、諸法律または道徳に反するものと確認されず、また、そのようなものとして、民法典第 900 条の文言にある書かれなかったものと評価されないことがありうる」; Cass. civ., 24 oct. 1939 : DH 1940, p. 2 :「思うに、それ自体法律のいかなる強行規定によっても禁止されていないにもかかわらず、夫から妻になされる遺贈に付随する寡居の条件は、この条件が、あるいはある公序に関する何らかの法規に反する、あるいは道徳の観点から非難されるべき、動機から設けられたようであるときは、民法典第 900 条の適用により、書かれなかったものとみなされなければならない」（「死後の嫉妬の感情のみに」由来する条項は無効である）; CA Paris, 1er avr. 1862 : DP 1862.2.77（「高齢の女性に相当の資産を遺贈する者が、この財産が、受遺者が何不自由なく暮らすためではなく、その不幸の元になり、これにより彼女が恥ずべき強欲に襲われることを恐れて、当然の用心をしているとの理由により、また受遺者を、訴訟に現れた例えば 40 歳以下の男と 73 歳の女の間のように、不釣り合いな婚姻から保護するために、遺言者が習俗を害するのではなく、反対にその尊厳と社会の誠実さを救っているとの理由により」、使用人に課せられた条項を有効とする）。

を理由に無効となりえないと判示しているのである[36)]。

このコントロールはこれを行う際に立証の困難に出会う点で不都合がある。処分者の動機の発見は、その時にはもうこの者はおらず、これを明らかにしえないのであるから、困難でありうる。また、透明性が推奨される今日、一部の者は、処分の正当性をコントロールするために、遺言者に、その理由を明らかにし、その動機を述べるよう義務づけることを提案している。この提案は死後の財産管理の委任の規律に反映されており、これをなす確かで正当な動機を証書が示していない場合には、この委任は形式を理由に無効である。しかし立法者は2001年と2006年の相続法改正においてそれ以上のことを行ったわけではない。まず、ある者を他の者に優先させる理由を告白することは家族内における争いの原因となりうるからである。ここではあらゆる真実を述べればいいというわけではない。次に、遺言者にとって処分の真の理由を偽ることは簡単であろう。最後により根本的には、本質的にある種の神秘性の光の輪で囲まれているという遺言の性質による。

27　基本権に対する侵害　今日においてコントロールはコーズの領域から基本権の領域に移っているように見える。もはや国内的な適法性のコントロール（フランス法の観点からの）だけではなく、条約適合性のコントロール（人権および基本的自由の保護のための条約〔ヨーロッパ人権条約〕の観点からの）もなされるのである。

今やすでにこのコントロールは判例上行われており、これは二つの場面に現れている。

▶第一に、これによって、条約が保障している権利および自由への侵害を理由

36）Cass. 1re civ., 3 févr. 1999 : Bull. civ. I, no 43. V. aussi Cass. A.P., 29 oct. 2004 : Bull. civ., A.P., n° 12 ; JCP éd. G 2005.II.10011, note F. Chabas :「民法典第900条、第1131条および第1133条に基づき、思うに、姦通関係において同意された無償譲与は、良俗に反するコーズを有するものとして、無効とはならない」。

に、無償譲与に加えられた負担を取り消すことができる。すなわち、第 8 条の保障する家族生活および住居の尊重を受ける権利や、第 9 条の保護する思想、良心および宗教の自由である。このコントロールはもはや主観的なものではなく、客観的なものである。というのも、もはや遺言者の精神状態は考慮されず、相続人や受遺者の地位が考慮されるからである。遺言者が息子を、彼の妻と子供たちがユダヤ教に改宗することを条件に、包括受遺者に指定したという事件について、2012 年 11 月 21 日の破毀院判決はこのような判断を行っている[37)]。破毀院は、このような条項がヨーロッパ人権条約の第 8 条および第 9 条の観点から公序を侵害するかを事実審裁判官が検討しなかったことを理由に、破毀している。この発展は、自由を侵害する最後の意思から生存者を保護する点で、歓迎されうる。

▶第二に、この同じコントロールにより、ヨーロッパ人権条約第 14 条が定める差別の禁止の原則に違反する処分がサンクションされうることとなる。例えば、二人の子供のうち、女の子よりも男の子を優先する、非嫡出子よりも嫡出子を優先する、イスラム教徒よりもカトリック教徒を優先する、社会主義者よりも保守主義者を優先する遺贈である。ヨーロッパ人権裁判所は、2004 年 7 月 13 日の判決において、この方向に歩みを進めた[38)]。遺言者の意思を解釈して、遺贈の享受は、養子を除いて、嫡出子のみがこれを求めることができると裁判官が判断したアンドラ公国を、同判決は非難する。確かに、ヨーロッパ人権裁判所は、差別的な遺贈ではなく、差別的な解釈を非難した。すなわち、裁判所は、遺言者の意思ではなく、裁判官の行った解釈を条約に反すると判示したのである。これらは同一のものではない。しかし、判決の評釈者たちは、この判決が差別の禁止の原則の観点からの遺言による処分への条約適合性のコントロールを強化しうることを必ず強調している。このような展開は危険でもある。まず、あらゆる遺贈はえり好みの表れであり、それゆえにその被害者はす

37）Cass. 1re civ., 21 novembre 2012, RTD civ. 2013, p. 162, obs. M. Grimaldi.

38）Pla et Puncernau c/ Andorre, RTD civ. [2004, p. 804,] obs. J.-P. Marguenaud.

ぐけしからぬ差別と非難することになるからである。次に、このコントロールが効果的であるためには、遺言者がすでに最後の意思を発していたことが前提になろうが、このことは遺言の性質に合致しないからである（前述したところを参照せよ）。最後に、少なくとも大陸法の伝統を有する国々では、遺言者が作り出しうる子供たちの間の不平等にとっての制限は遺留分で十分であるからである（子供たちはその間の差別が最も非難されるべき相続人である）。

28　この最後の考察から、結論として、コモンローの法文化と大陸法の法文化とを分かつものについて上記に述べたことが思い返される。コモンローの地において、遺言の自由はア・プリオリに絶対である。この自由は私的所有権に限界を見ない経済自由主義の一側面だからである。その行き過ぎや濫用をサンクションするために、裁判官は事後的に介入するのである。大陸法の地においては、遺言の自由は、特に家族のような経済以外の他の価値の名のもとに、遺留分によって事前に制限されている。その結果、ここでは裁判官の介入は限られている。これら二つの体系はそれぞれが利点を有している。しかし、経済自由主義の行き過ぎと裁判所の渋滞がとかく非難される今日においては、我々の法文化の切り札を過小評価しないでおこう。

【後注】

①本稿は、2014 年度大陸法財団寄付講座の一環として、2014 年 12 月 6・8 日の両日にわたり、慶應義塾大学において行われたミシェル・グリマルディ教授の講演の翻訳である。講演においては、グリマルディ教授がこのテクストに基づいた報告をされ、続いて金山直樹教授の通訳によって活発な質疑応答が行われた。講演にご参加くださった教員および学生の皆さんに、心から感謝申し上げる。また報告内容について丁寧なご教示をいただいたグリマルディ教授および、翻訳にあたりご助言をくださった金山教授に、この場を借りて、改めて御礼を申し上げたい。Je tiens à exprimer ma plus vive reconnaissance à Monsieur le Professeur Michel GRIMALDI pour ses précieux conseils.

②訳文中の〔　〕で括った部分は訳者の補足であり、「　」で括った部分は原文中ギュメで括られた記述である。また脚注について、[note**] と付記して前掲箇所を明示した。なお脚注の書誌情報が欠けている個所については、［　］を付して仏語を補った。

③フランス民法典の条文の翻訳にあたっては、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス

民法典―家族・相続関係』（法曹会、1983 年）を、特に 2001 年 12 月 3 日の法律第 1135 号により民法典に挿入された条文の翻訳については、幡野弘樹「フランス相続法改正翻訳」法時 75 巻 8 号 72 頁以下を参照した。また本講演の内容と重要な関連を有するフランス相続法の改正である 2001 年 12 月 3 日の法律第 1135 号と 2006 年 6 月 23 日の法律第 728 号について、その紹介として、前者については、幡野弘樹「フランス相続法改正紹介（一）（二・完）」民商 129 巻 1 号 141 頁以下、2 号 282 頁以下を、後者については、ミシェル・グリマルディ（北村一郎訳）「フランスにおける相続法改革（2006 年 6 月 23 日の法律）」ジュリ 1358 号 68 頁以下を参照した。

④本稿の翻訳にあたっては、平成 25 年度科学研究費補助金（若手研究（B））（課題番号 25780079）の助成を受けた。