白鷗大学法政策研究所年報　第13号（2020. 3 ）63-96

セミナー講演録

改正民法セミナー

共　催　白鷗大学法学部・法政策研究所
開催日　2019年11月27日

民法の債権法及び相続法が大きく改正された。そこで白鷗大学法学部・法政策研究所では、その改正作業に携わってこられた先生がたをお招きし、その趣旨や概要を本学の学生及び小山市民を中心とした地域の皆様に説明していただき、市民生活に大きな影響を与える改正法の理解を深めることとし、2019年11月27日（水）午後、白鷗国際ホールにて「改正民法セミナー」を開催した。

午後０時45分から開始したセミナーでは、栗田誠法政策研究所長による開会あいさつ、司会の益井公司教授による趣旨説明及び講師紹介を受けて、高須順一教授（法政大学）による「契約法について」の講演、水野紀子教授（東北大学）による「相続法改正について」の講演が行われた。次いで、石川信教授を質問者として、フロアからのものを含めて両教授に質問を投げかけ、お答えいただくという形で進行し、最後に、清水正義法学部長による閉会あいさつをもって、午後２時45分に終了した。

お忙しい中、本セミナーにお越しいただき、貴重なご講演をいただいた両先生に厚くお礼申し上げる。講演内容や質疑応答の模様については以下に掲載する記録をご覧いただくとして、両先生の講演の要点をまとめると、次のとおりである。

高須教授は、債権法改正のポイントとして、①消滅時効、②法定利率、③個人保証、④定型約款、⑤債権譲渡、⑥履行障害法が重要であるとする。①については、消滅時効期間を短くして、原則として権利を行使することを知った時から5年とし、短期消滅時効は廃止する。②については、現在の５パーセントを３パーセントとし、変動制を採用し３年ごとに見直す。③については、個人根保証においてはその極度額を定めなければ効力を生じないものとする。④については、定型約款につき、一定のプロセスを経れば有効な合意とすること及び不当条項、不意打ち条項については合意しなかったものとみなす。⑤については、時間の関係から講演では説明が省略されている。⑥については、契約（約束）の効力を強調し、給付障害法に関して、原始的不能、特定物ドグマが廃止されたことの重要性を述べる。なお、分かりやすい民法にするということが今回の改正の狙いの

一つとされるが、それは国民一般に分かりやすいという意味だけでなく、条文を見ても判例等を見なければ分からなくなっていたものを、条文を見るだけで分かるものにするという意味があると指摘する。

水野教授は、今回の相続法の改正内容を個別に説明するには時間がなく、今回の改正も根本的な問題を解決するものにはなっていないので、個々の改正の具体的内容は当日配布された法務省資料を見ていただくこととして、長年の研究成果を要約し、日本の家族法（相続法）の持つ根本的な問題点を指摘する形で講演を進める。主要な問題点とは、①条文を見て答えを出せなければならないのに、問題が生じたときにその解決を協議に委ねるのでは解決にならないし、社会が家族の中の弱者を保護する形になっていないこと、②家族法に関するインフラ（不在者の財産管理や死亡時の財産の清算のための制度等）が十分整備されていないこと、③ドイツやフランスのように、権利義務の主体の喪失を伴う相続において、その権利義務を安定的にしかるべき主体に帰属させて取引社会の安定的な運営を保証するという観点が欠けており、相続は個人が死亡した時の財産の清算であり、この清算が遺産分割であるから家族にすべて任せるというのではなく、日本法の母法であるフランスのように公証人の管轄にする等の改善が必要であること、④社会意識として江戸期の伝統が残っており、明治民法は家督相続（家産）を中心に考えたために、公証人が遺産の分割を全部するという肝心な部分が入っていないことから、戦後、家制度を廃止しても協議（家の自治）に委ねられているので徹底的な平等が図られていないこと等である。そして、こうした問題点があるにもかかわらず、何とか実務的に処理できてきたのは、我が国特有の戸籍制度と不動産登記制度によるが、遺言相続が増えてくるとそれだけでは十分な処理ができなくなることを指摘する。

益井公司　時間になりましたので、改正民法セミナーを開始いたします。司会は、本学法学部教授の益井が担当いたします。

まず、開会のあいさつとして、本学の法政策研究所長の栗田教授にごあいさつをお願いします。

栗田誠　皆さん、こんにちは。主催者側から一言開会のごあいさつを申し上げます。

本セミナーは、来年４月に施行されます債権法改正や既に段階的に施行されております相続法改正につきまして、改正の検討作業に携わってこられましたお二人の先生がたをお招きし、改正の経緯や内容について解説していただくものであります。

このセミナーは、本学の法学部と法政策研究所の共催により実施いたします。法政策研究所では、法学、政治学、政策学といった学問研究と教育の掛け橋となり、また、大学と地域との連携の場として活動を進めてきております。今年の５月には刑事法の分野から裁判員制度10周年の国際シンポジウムを開催いたしましたが、今回は民事法を採り上げております。2022年４月には、成人年齢の引き下げといった大変重要な改正も予定されております。また、地域にはさまざまな経済社会を巡り、法的あるいは政策的な課題が山積しております。法政策研究所では今後とも、時宜にかなったテーマを取り上げてまいりますので、研究所の活動に引き続きご支援をいただければ幸いです。

以上をもって開会のごあいさつとし、益井教授に司会をお願いいたします。

益井　本セミナーの趣旨でございますが、既に栗田所長から説明されておりますように、債権法は120年ぶりの改正でございますし、相続法は戦後の大改正後の大きな改正でございます。そういった債権法及び相続法の改正の内容につきまして、本学の学生及び小山市民を中心とした皆さまに、起草に携わってこられました両先生に説明していただき、その理解を深めていただきたいというのが本セミナーの趣旨です。

両先生の経歴を簡単にご紹介いたしますと、高須先生は法政大学卒業後、司法試験合格、その後、法政大学で教べんを執っておられ、現在法政大学教授でございます。水野紀子先生は東京大学を卒業後、助手、その後名古屋大学を経て現在東北大学教授でございます。両先生のお書きになっている著作に関しては、『ジュリスト』、『法学教室』で両先生ともたくさんのご論文をお書きになっているので、既に学生諸君も拝見していることがあると思います。

それでは早速、時間も迫っておりますので、まず高須先生から債権法の改正の概要等についてご説明していただきます。内容に関しましては、皆さまのお手元に資料が配布されておりますし、質問票もお配りしておりますので、時間内に質問票にご質問を書いていただければ、それを各先生にお渡して、お答えしてもらうようにしたいと思います。では、高須先生、よろしくお願いします。

講演　「契約法について」　高須順一
（法政大学大学院法務研究科教授・弁護士）

高須順一　今ご紹介いただきました高須でございます。本日は民法の改正ということで、まず私からはいわゆる財産法、とりわけその中でも債権法の改正につきまして、30分程度お話をさせていただいて、そのあと、水野先生に相続法の改正について、お話をいただこうということでございます。

その意味では、私は前座でございますが、何もないといけませんので、お手元に今、益井先生からお話がありましたように、レジュメのようなものを用意いたしました。５ページほどの短いものではございますけれども、それをご覧いただきながらお話を聞いていただければと思います。（92ページ以下に収録）

今回の改正は、いわゆる債権法、そしてその債権法の中でもいわゆる契約という部分について、21世紀の契約社会を見据えた改正を行おうというのが趣旨でした。そのようなことで「契約法について」というお話をさせていただこうという次第です。

本日、お越しの多くの方は、現役の学生さんであると伺いましたので、いまさらではありますけれども、いわゆる民法というものについての若干の復習をしておきましょうというのが、レジュメの最初の「契約法の改正の予備知識」と書かせていただいたところとなります。

民法はご承知のとおりで、財産と家族に関する法であります。日常生活を定める法律が民法である。民の法と書くわけでございますから、そういう意味では、われわれの日常生活そのものを規律する法律ということになります。幕末あるいは明治維新の頃に、津田真道とか箕作麟祥とかそんな方が出てくるのですが、オランダやフランスのいわゆる民法というものを日本語に翻訳しようというときに、民の法と訳したということになります。それ

が民法の始まりということになります。そういう意味では、財産と家族に関する法律であるといっても間違いはないのだろうと思います。家族に関する法のところは、水野先生にこれからお話をいただきますので、私のほうは財産に関する法をお話しさせていただこうということです。

１の⑵に、ちょっと四角のようなチャートを書きました。結局、財産関係ってなんだろうねというお話でございます。人間は結局自分が持っている財産を他人と交換することによって豊かになっていく。豊かになるといっても、ここは物質的な豊かさであって、精神的な意味で幸せになれるかどうかは別ですけれども、他人との間で自分が持っている物を交換することで利益を得ていくことになります。人と人との間で、人が自分の持っている物を交換する。こんな関係がうまくいくようにルールを定めるのが民法ですという説明になります。

そこで、法律は、その人が物を支配するという部分をいわゆる物権という形で説明して、民法に物権法という部分があるということになります。その物権のほうも今、実は改正の動きがございます。まだ準備段階、まだ検討段階でございますので、またいつか物権法の改正についても、皆さんがお話を聞かれる、あるいは勉強されるということがあるのだろうと思っています。

一方で、その持っている物、支配している物を他の人との間で交換します。これがいわゆる取引をするということです。これを契約と呼んでいて、その契約について民法にはいろんな条文が置かれております。千条以上の条文がありますが、今回の改正でも少し増えました。ともかく多くの条文がありまして、その中に契約に関する事柄がいっぱい書いてあるということになります。契約とか債権とかという言葉が書いてあって、そこがややこしいのですけれども、日本の民法は取引に関わる部分を契約という言葉でくくっている場面と、契約の中の一つのパーツである債権債務という言葉でくくっている場面がございますので、契約もしくは債権というような形でご理解をいただければよろしいと思います。

今回、債権法の改正と一応名付けておりますのは、その債権のほうに着目した用語ということにはなりますが、新聞なんかでは契約法の改正という表現を使いますように、主眼は契約のところにありましたということです。

１の⑶のところで、今申し上げたようなことを指摘した上で、2017年に改正されるまでの民法の歩みのようなものを書きました。今の民法が1896年にできた。1800年代ですから、19世紀の終わりにできたのが今の民法、これを2020年の４月１日から新しい民法、契約法のところでございますが、契約法あるいは債権法に関わるところは、新しい民法を使いましょうというのが、今の段階です。それから後ほどご説明が出てくると思いますが、相続法の部分も既に一部施行にはなっておりますが、残りの部分も来年の４月には多くの規定が施行になってきます。そういう意味で来年の４月というのは、1896年から数えますと、124年ぶりぐらいの大きな改正の節目となると思っているところです。今日はその変わっていく契約法あるいは債権法を、さわりだけでもご説明できたらなと思います。

レジュメ、２ページの最初に四角で囲んだところですが、法制審議会というところで法律の原案を作ります。これは120年も前からやっている作業ということになり、この法制審議会の始まりはどこにあったかとなると、実は今の民法を作るときに、伊藤博文とか何とかという歴史上の人が出てくるのですけれども、そういう人たちあるいは当時の法律家が集まって最初に作った法典調査会、この法典調査会が名前を変えながら、現在に至っているということです。

今回の新しい債権法の改正につきましても、

この法制審議会で2009年から５年ちょっとの間、審議させていただきました。私もそこの幹事ということで関わらせていただいたということで、きょうお呼びいただいたということになります。

法律を作るのは国会ですし、その国会に法律案を出すのは主に内閣であり、内閣から法律を出すわけですから、内閣から法制審議会にこんな法律を作りたいのでいろいろ知恵を出してくださいという諮問がなされる。これがいわゆる諮問事項です。この諮問事項がここの四角の中に書かせていただきましたが、今回の債権法、契約法の改正に関する諮問が88号と銘打っておりまして、アンダーラインを引いたところ、この二つのところに注意して知恵を出してくださいという注文が付いたということになります。

一つが「社会・経済の変化への対応」、その四角の下の矢印を見ていただきたいのですが、「社会・経済の変化への対応」というのがいわゆる民法の現代化。明治29年に今の民法を作ったときには、もちろんインターネットなんてないわけですから、あるいは、約款取引なんていうのもほぼない。そもそも、契約ってことを意識している人が何人いたのだろうみたいな、そういう時代でございますから、そういう時代に作った民法が、さすがにいろいろなところで時代が変わっていることに対応できてない、そのような部分を民法の現代化という観点から作り直そうね、とりわけ契約の部分は先ほどお示ししたように、人と人の取引の部分ですから、世の中のスピードに合わせて取引も変わってまいりますので、そのあたりを変えるための知恵を出してくださいね、これが最初のところのいわゆる民法の現代化の要請というものであったと思っております。

もう一つがよく言われるのですが、国民一般に分かりやすいものとする、分かりやすい民法、などといわれる問題です。新聞にもよく書かれました。よく書かれたという意味は、分かりやすい民法といっている割には分かりにくい、全然意味が分かんないと、よく新聞に書かれたのですが、この点は若干説明が必要になります。「国民一般に分かりやすいものとする」という意味は、そこの②と書かせていただきましたように、再法典化、つまり100年以上の間、民法の規定自体を変えなかったものだから、世の中の動き、時代の要請に合わせるために何をしたかというと、最高裁判所の判例でちょっと足りないところは補充しますよ、時には補充の限度を超えて作り直しているのではないかというぐらいルールを変えたりして、つまり判例法理というものでだいぶ今の民法を補ってきた、あるいは修正してきたといってもいいのかもしれません。

そうなると、六法全書を開いて民法だけを見ても分からない、本当のルールは最高裁の判例を見ないと分かんないよね、分かりにくいよねってという話になります。やはり成文法の国ですから、民法は民法という法律があって、そこにルールを定めているのだから、判例を見なければ分からないような部分は、きちんと条文に書き写しましょう、判例法理は条文に取り込みましょうと、こんなことを考えたのがいわゆる再法典化です。分かりやすい民法の「分かりやすい」という意味は、読んで分かるということではなくて、判例がなければ分からないといわれたところを改めていきますということです。やや自己弁明ではありますけれども、そんなことでございますので、改正された民法自体の日本語が分かりやすいかどうかという問題とは意味が異なる。いわゆる判例を見なくてもいいように、大事なことは条文に書きましたよということ、これが二つ目の要請であると理解していただければと思います。

ですから、法学部で勉強していただく皆さんには、まず条文を見ていただく。その条文を見て大体のことは書いてあるのだろうなと、

そういうふうに当たりをつけていただくというのが、今回の債権法の改正ということになります。

改正の前にある座談会をやったときに、著名な裁判官の方が、いや僕なんかは裁判やっていても六法は見ないからとおっしゃる。何をいっているかというと、結局条文だけ見ても、今、使われているルールは分からないから、判例法の積み重ねを理解していないと本当の意味で何がルールとされているかは分からないという例えだったと思うのです。そういう思いを今の若い人にさせたくない。そんなことで、今回、再法典化というのも、一つの要請というかコンセプトになりました。現代化の要請と再法典化の要請、これが今回の債権法改正のいわば狙いです。

⑵のところは、ちょっと量的なことも勉強しとこうかという趣旨です。「中間整理段階」、本来は「中間論点整理」というのがフルネームですけれど、省略しています。それから「中間試案段階」、「要綱段階」と書きましたが、最後の「要綱段階」というのが法制審議会での審議の結末であり、それがほぼそのまま改正法案になりました。当初、550項目ぐらい変えようかなと議論したのですが、最終的には250項目ぐらいの改正になりました。500あったのが、250で半分になりましたっていうと、あんまり変わらなかったねという評価も考えられるし、それからゼロのほうから数えていって、250も変わったのだという話になると、これはやっぱり平成の大改正だったのだという評価にもなります。ここは、今回の改正に関する期待の大きさとの兼ね合いで、思ったほどじゃなかったという方とだいぶん変わったねという方に分かれるところですが、客観的には250も変わりますと、１日１個ずつ勉強しても250日かかりますから、だいぶん大きな改正だったのだろうということは、この数字からは出てくるのかなと思います。

もう一つ、改正の経過で指摘された、「４大論点」を書かせていただきました。これは、結局何をどう変えたのですか、250もありますから、そう簡単には説明できないのですということになるのですが、大事なところだけ、なんとなくイメージでいいからとなると、四つぐらい大きな改正がありましたねというのが、法務省の一応のアナウンスということになります。

そこに書いてある「消滅時効」、「法定利率」、「個人保証」、「定型約款」、この四つは大きく変わったという説明がよくなされます。今日お手元に法務省の『民法（債権法）改正2020年４月１日から変わります』という資料が配布されていると思います。今法務省も一生懸命、広報活動に心掛けておられて、このような資料を人目に付くところにはったり、配ったりしています。この資料にも４大論点といわれるものが、書かれておりまして、めくっていただくと３ページと４ページに、いわゆる個人保証の問題が書かれていて、それから５ページ、６ページにいわゆる約款、今回定型約款という言葉を使いますが、定型約款について書かれている。７ページに法定利率、８ページ以下に消滅時効が書かれており、レジュメに書かせていただいた四つの論点のようなものが出てまいります。国民生活に身近な論点でありかつ重要なもの、あるいは今回の改正でそれなりに変わるものということで、法務省が盛んにアナウンスしたいという４大論点になります。

ですから、まずこの四つはしっかり勉強しましょうねというのが一つです。ただ本当に大事なのはこの四つだけなのかとなりますと、必ずしもそうではないと思います。この四つに絞ったのは、国民生活に密接に関わって重要であるからというのはもちろん疑いようはないのですが、それにもう一つプラスアルファがありまして、比較的分かりやすい議論、あまり勉強するのに難し過ぎない論点、これがこの四つだという指摘がございます。あま

り難しいことを正面から議論して皆さん意見が分かれているのですといった話になると、まだ十分に議論ができていないのではないかとか、法律を作るには時期尚早なのではないかとか、そういう議論が出て国会審議で紛糾してしまうかもしれない、そんなことを考えると、やはりある程度分かりやすい論点を前面に押し出して、まずはそこから分かっていただきましょうというのが、この４大論点だと思います。

この４大論点に加え、債権譲渡と履行障害法が重要論点として考えられます。これもまた同じく重要な規律なのですが、ちょっと難しく、意見が分かれるかもしれないので、この履行障害法と債権譲渡については、あまり目立つことがなかったのかもしれません。この点にも光を当てようと思えば、６大論点になります。私は、そういう意味でこういうところでお話をさせていただくときには、あるいは法政大学で学生と勉強するときには、４大論点とは言わないで、６大論点として勉強しようと説明しており、このあたりが改正の大どころと考えていただければと思います。

履行障害法なるものが、実は一番厄介です。今回の民法の現代化と直結する論点ですので、契約に関するイメージを変えてもらわなければなりません、みたいな話になります。

履行障害法という言葉自体がまたちょっとややこしいかもしれませんが、要は契約したにもかかわらず契約が守られないということです。約束をしたとおりのことをしてもらうのを法律上、履行と呼び、債務を履行するなどと説明するわけですが、その履行がなされない状態は、障害状態であるということで、履行障害、この履行障害に対して民法はどのような救済手段を与えているのか、損害賠償請求をするとか契約の解除をして縁を切るとか、あるいは担保責任を追及するとか、そういったものに関わる部分がこの履行障害法ということになります。

恐らくここが一番勉強のしがいのあるところになりますので、そんなふうに考えてここでは６大論点というようにご紹介したいと思っているところです。

もう一つだけ、ちょっと総論的な言い方で恐縮ですけれども、30分ぐらいの時間の中で大きなところだけでもご説明させていただこうと思いますと、一番厄介な履行障害法の議論の続きになってくるわけですが、今回の債権法あるいは契約法の改正の一番のメインは、ともかく契約の基本ルールを変えましょう、ということにあったというふうに通常いわれるわけです。今日の契約社会はこれまでの契約社会にあらずというのは、ちょっとあまり法律の話にはふさわしくないようなものの言い方になりますが、でもいわんとすることは、19世紀的な取引に対する理解から21世紀的な取引に関する理解へとだいぶん変わってきている、ということです。19世紀的な契約法とは何かというと、基本的には不動産が中心ということです。もちろん動産だって世の中にいっぱいあるのですが、動産取引なんてあまり保護の対象になっていないから、大事なのは不動産取引であり、不動産の所有権をＡさんからＢさんに移すための技術的手段、ツールが契約である、こんな発想が契約の出発点にあったと思います。もっと前の時代、封建社会とか中世とかいわれる時代には、権利の移転といった話は全く別な次元の話です。例えば、戦争で権利は移転する、よその国を侵略して戦争に勝ったら、その財産が全部手に入りますみたいな考え方もあれば、あるいは封建制だと、それこそ主従関係を結ぶことによって財産を取得すると、その代わりに奉公しなければならないとか、そんなような時代もあったわけです。しかし、近代に入ると、そういうことは一応否定され、対等な人間同士だから、その間で財産をＡさんからＢさんに移すならこれは契約しかないという考え方ができてきたという説明です。

大事なことは不動産を持っているということ、その持っている不動産を移すための技術的手段が契約であるというのが、出発点としての19世紀的な契約概念でした。「権限交換理論」とレジュメに書かせていただきましたけれども、権限というのは所有権を主に想定し、その所有権を交換するためのAさんからBさんに移すための契約、これを考えましょうということになります。

そうすると、むしろ物権を持っているほうが、主なのです、取引、契約は手段ですから。ないものは売れないとか、あるがままにしか売れないとか、そういうような考え方が、当然視される契約観ということになります。

原始的不能ドグマとか特定物ドグマとか、そんなものが今までの民法には書いてありました。あるいは書いてはないけど当然とされてきましたというのが、この昔風の契約理論です。かみ砕いていえば、ないものは売れない、あるがままにしか売れない、それでよしとしようという契約観ということになります。それが21世紀になってくると、そんな甘っちょろいことはいっていられませんという話になっていく。契約そのものが大事なのだという話です。今度は、大量生産社会が始まりますから、不動産ももちろん重要な取引の対象ではあるのですが、それよりさらに比重が高まってきたのが動産です。物をともかくたくさん作ってたくさん売れば、金持ちになれる。売ることが大事、売れば金持ちになれるからというような考え方が中心になってきて、それがわれわれの生きていくすべなのだ、まず契約をしよう、取引をしよう、そのための材料は何でもいいというような、契約そのものに価値を見いだしていく、こういう考え方が主流になってきます。そうすると、ないものは売れませんと目の前で言う人が出てくると、許せないわけで、何甘いこと言っているのか、今僕らは契約のために毎日しのぎを削っているのだから、ないものは売れないとか、あるがままにしか売れないなんて、そんな素人みたいなことを言わないでください、そんな人はもう市場から出ていってくださいということになる。契約そのものに価値を認める、そして契約をしたことに一定の責任を課す、契約をしたことをむしろ重視する、そういう社会が生まれてきているというのが、20世紀から21世紀にかけての今なのではないか、こんな理解で今回の改正は行われました。

そこが、３の⑴のように、契約そのものに富の源泉としての意義を認めて、そのような契約は守らなければならないという価値観を生むことになる。パクタ原則などという言葉で説明されます。ラテン語の言葉だそうですが、“Pacta Sunt Servanda”、契約は守らなければならない。小学生にも学校の先生は約束したら守ろうねって教えているわけだから、契約は守らなければならないという表面的な意味は、当たり前のことなのですが、その当たり前といわれてきた言葉の意味がとても重いものになってきています。そういうことを示す言葉としてパクタ原則という言葉が今回の改正では、一つのはやり言葉にされたということになります。そういう意味で契約をとても重視する。その裏返しに責任を非常に重く見る。こういうことが、今回の契約法改正の中で主流になっている。こんなところをご理解いただけたらと思います。

それが結局、⑵のところに書いてあるようなもろもろの改正を生むことになりました。これが、いかに今回の改正は履行障害法のところが中心だったかという説明につながるのですが、ともかく自己決定権とか当事者意思というものを尊重する。要するに、あなたが約束したのだから、その約束をした以上、守れよ、というふうにそこは容赦がない。実際には品物がなかったのだから仕方がないとか、あるいはあるがままにしか売れませんということは許さない。あなたが約束したとおりに売ってくださいということを重視するという

のが、このアのところであり、だから原始的不能ドグマは変わりますというのをイのところに書かせていただきました。

今回の民法には、契約のときに原始的に不能でも、つまり売るものが実際にはこの世の中になくても損害賠償責任は負わなければなりませんという、明文でそんな条文が入っています。そんなところが、いかに民法の考え方が変わってきたのかということをお示しする一つの材料になると思います。ウとかエも、その次のページのオとかカとかキも、一つ一つ説明すると、これは民法の授業になってしまうから省きますが、いずれも重要な事柄です。

最後のキのところだけちょっと説明します。特定物ドグマなるものを否定して、約束したら守れよ、これしかなかったのでこれで勘弁してくださいなんてことは許さない。言ったとおりの物は売ってくださいといっても、実際には世の中にはそういう物がないとき、約束したとおりの物を売れないときがありますから、そういうときには、この担保責任の規定で、一定の解決を図っていく。損害賠償とか追完請求（足らざる部分を補ってくださいという請求、例えば数量が足りていないときは、足りていない分だけ新たに持ってきてくださいという請求）とか、それから、代金減額請求権といったものも今回の民法に入ります。要するに、値引きを求める、当たり前のような気もするけれど、今までの民法には値引きの権利というのは、この売買契約における物の瑕疵の担保責任には入っていなかった。今までは損害賠償というのはあったけれど、値引きの請求という権利がなかったのですが、素朴に考えると日常よくやっている値引きの請求を、代金減額請求権という形で今回の民法では明文化しました。こんなことも入っていますという説明がこの担保責任のところで出てきます。

どこかだけ勉強しようと思ったら、この売買の担保責任のところを勉強してもらう、そうすると新しい民法の雰囲気というか、香りというか、そういったものはつかんでいただけるのかな、と思っているところです。

あと10分ぐらいで残りをご説明します。

本当に言いたいところは、ここまでなのです。要はまず、ここだけは覚えておいてくださいねということで、せっかくお越しいただいたのだから、まずこのようなところを理解していただいて、あとは民法の条文を見てもらい、解説書を読んでもらえばイメージは分かってくると思うのですが、残りの時間で、具体的なエピソードのようなことを、少しだけ説明したいと思います。

それが「４大論点の簡単解説」とレジュメに書かせていただいたところであり、四つだけに絞って説明をします。

まず消滅時効です。消滅時効で一つだけ覚えてといったら、時効期間が短くなりますということです。今までは、民法上は権利が行使できるときから10年ほっとくと時効です、10年の間に権利を行使しなさいという話だった。これではスピーディーな今の21世紀に合わない、10年もほっといて、まだ権利行使できるってどういうことみたいな議論です。そこで今回は、その時効期間を短くして、５年を原則とします。権利を行使することを知ったときから５年と、微妙な言い方になるのですが、難しいことはここでは省いて、要は5年が原則になります。これ第一点です。

エピソードとしては、実は今までの民法には10年という長い時効期間があったので、その分、逆に、一種の例外なのですが、短期消滅時効というのがあって、ある種の取引については、１年とか２年とか３年で時効になると規定していました。一方で時効が10年だったから、短い時効のタイプを置いたというのが現在の民法です。それに対して改正民法は、一律５年にします。一律５年にすると、実は商法上の商事消滅時効も今まで５年でし

たが、それも一緒になるから、民事も商事も合わせて５年ということで一本化します。そうすると１年、２年、３年のいわゆる短い短期消滅時効の規定はいらないかなということになります。もともと評判が悪かった規定です。なぜなら短期消滅時効の規定は、人の職業とかで一律に時効期間を定めていたから。大工さんだったら３年とか。なんで大工さんの債権が３年なのかというと、大工さんは帳簿なんか付けないから、３年もたったら大工さんも忘れてしまう、そういう説明だった。だけど、大工さんにもきちょうめんな人がいるし、ちゃんと帳簿を付けている大工さんもいるし、それから21世紀の時代にはゼネコンというのがあって大企業となります。ゼネコンも建築業です。そうすると普通の大企業は債権なら時効は５年となるので、ゼネコンの建築報酬金だけは３年で時効というのはおかしいという話になる。一定の職業とかでそれだけで頭ごなしに、大体何年という規定は、そもそも評判が悪かった。そこで、そういう制度は、もう必要ないから民法に書いてある短期消滅時効は廃止します、ということになります。

そこに３ページに書いたように、例えば今の民法の173条の３号にいわゆる学校の授業料は、２年間行使しないと消滅すると書いてありました。これが廃止になり、今度は５年間ということになります。皆さんは授業料を払わないで時効にしてしまおうなどとは思わないだろうから、単なる例え話ですけれど、身近なところでもそんなものが変わってきます。

ちょっと深刻な話になっているのが、実はサラリーマンの給料です。労働者の債権、これ今の民法では174条の１号に１年と定めていた。１年じゃあいくら何でも短過ぎるということで、現在は労働基準法という、労働者の保護のための法律があって、そこの115条に２年と定めています。民法が１年だったから、労働者の債権を保護する観点から２倍にしました、２年ですという法律なのです。ところが、今回民法が５年になりますから、この労働基準法を改正しませんと、民法だったら５年なのに、特別法があって労働基準法で２年に短縮されるという話になりかねない、民法が定めた権利を労働基準法が労働者の不利に短くするという話になってしまうから、この労働基準法115条は、早晩改正しなければならないはずです。予定ではもう変わっていたはずなのですが、いざ変えようと思うといろんな議論が起きて、まだ現在も厚生労働省の中で一生懸命議論している最中です。なんとか来年の４月１日の改正民法の施行までに、労働基準法115条の改正を実現しようということで、今、シビアな問題になっています。何らかの動きがあると思いますので、関心をもっていただきたいと思います。

次の法定利率は簡単です。今、5パーセントになっているのを３パーセントにしましょうというだけのことです。それから、変動制という、何年かごとに、例えば３年ごとに見直そうという話です。世の中の金利相場が上がったり下がったりするのに合わせましょうというのが変動制です。銀行ローンの変動金利とは違って、大きく変わったときだけ変えましょうというのが民法の規律ですから、そういうことはしばらくないだろうと考えると、当面法定利率は３パーセントです。５パーセントは今の金利相場からしたら、めちゃくちゃ高いのですが、世間相場に近づける努力がされましたということです。

今、ゼロ金利なのに、なんで３パーセントにしたのかと、よく叱られるのですが、法制審議会で議論したときはまだゼロ金利ではなかったのです。あれよあれよという間に、ゼロになってしまったから、そんなこと言われても、あのときは３パーセントでいいと思ったというのが正直なところです。

それからもう一つは、ちょっと真面目な話

をすると、遅延損害金、ペナルティーを法定利率で取るという話があるので、ペナルティーとなると、銀行の金利と一緒というわけにはいかない。やはりペナルティーだから、銀行の金利よりは高いと言わないとあまり意味はないから、そんなことも考えると、５パーセントを３パーセントにしたのだから許してもらえるだろうといったところです。ともかく、法定利率がこれから３パーセントになるから、それを基準に利息問題を考えていこうというのが、この改正ということになります。

保証のところでは、根保証というのがあるので、ちょっと注意しましょうと書かせてもらいました。根保証とは、不特定の債務、つまり額が決まっていないような債務について、保証をするものです。根っこのところで保証しているから、あとはそれがどれだけ育つかは分かりませんという意味で、根保証と呼びます。いろんなタイプがありますが、身近なものというと、建物の賃貸借契約の保証です。毎月いくらの賃料を何カ月ためちゃうかによって額が変わるし、それからあと原状回復費用とか、そういう話まで出てくると変わってくるから、そういう意味では、根保証です。その根保証については、極度額といって上限を決めましょう、さもないといくら損するか分かんないから、保証人がいくら不利益を受けるか分からないということで、今回の改正では、レジュメの４ページのところですが、個人根保証については、極度額を定めなければその効力が生じない、二重丸で465条の2の第2項と書いたところですが、そんな定めを設けています

根保証の危険なところは、上限が定まっていないことの他に、期限がないということです。何年先までの分も保証の対象になってしまうので、そこも少し制限しようということで、例えば建物賃貸借契約では、借り主が亡くなった後は、その後に生じるものについては、保証人は責任を負わなくていいという規定が入りました。だから、例えば友人の賃貸借契約の保証人になったときに、その友たちが亡くなってしまった場合に、亡くなるまでの未払いの家賃などはもちろん保証人だから、払わなければいけないけれど、亡くなった後のその未払いについては、責任は負わなくていいですよという規定にしました。ただ、亡くなった後の未払債務とは何かという問題があって、例えば原状回復費用とかは契約したときに約束している気もするので、亡くなる前の債務なのかどうかが問題となります。さらには、建物内で自殺したときに、建物の中で自殺したから家の価値が下がったといって大家さんが、損害賠償を請求することがあるのですが、それも保証責任が及ぶのか及ばないのかとか、そんなことが問題になってきます。

最後に約款取引のことを少しだけ説明して、終わりにさせていただきます。「約款取引への対応」というふうに書かせていただいたところですが、約款とは、要するに例えば携帯電話を買うときにいろんな約束事が紙に書いてあるけれども、よく見たことない、そんな約束事のことです。希薄な合意などというのですが、いろんなルールが定まっているけれども、よくも見ていないし説明もあまり聞いてはいないので詳しいことは知らない。そんな約束事が定まっている契約をしてしまうことが、日常取引ではいくらでもあります。現代社会では、むしろそのほうが多いぐらいです。そういうものについて、今回初めて、民法は規定を置きました。

どういう場合がその種の約款取引に当たるか、なかなかこれが難しい。書きぶりが難しいので、今回は、約款取引の中でも、これぞ約款だというようなメインのもの、コアなものだけを規律の対象にしよう、全部は決めきれないから、それぐらい難しい話だから、そこでコアな約款という意味で、定型約款、約款の中の約款のようなものについてだけの規

律を設けましょうとなりました。レジュメの⑷に書かせていただいたように、不特定多数性、画一的であることの双方合理性、それから契約化目的、きちんと説明をしないと分かりにくいのですが、この三つの要素があると、それを定型約款と呼びましょうとなります。定型約款については、一定のプロセスを経れば有効な合意になる。これをみなし合意と言います。つまり、具体的な約束内容を見てなくても、一応このプロセスがあれば、約束したことになってしまう。この約款取引は、既に実社会でそういうものとして受け入れられています。皆さんが携帯電話のようなものを買ったときに、そんなルールになっています、あんなルールになっていますなんていちいち説明を受けないで買っている。だけど、いざとなったら、そういう約束になっていますと言われてしまう。現実にそうなっているところを民法は改めて規律をして、そして、548条の２の第２項とレジュメの⑷の真ん中辺りに太い字で書いていますが、簡単に言うと、内容が不当というのは中身の問題、こんなあこぎな約束をしては駄目みたいなこと、それから不意打ちというのは内容の問題ではないが、説明が全くないままにこんなことが書いてあるとは思わなかったという問題です。例えば、何かあったときに日本では裁判をやりません、アメリカ合衆国の、それもニューヨークぐらいならまだしも、何とか郡の何とかっていう聞いたこともないようなところの裁判所で裁判をやりますとかと書いてあるといったものです。それも本当に合意したらそれでいいのかもしれないけれども、日本で携帯電話を買っているのに、いざとなったらアメリカで裁判をやるなんていう条項が入っているとは思いませんでしたといったことです。今のは例え話ですから、別に携帯電話がそうなっているわけじゃないけども、そういうことが不意打ち条項といわれるものです。まさかこんな条項が入っているとは夢にも思いませんでした。こういう不当条項とか不意打ち条項というのは、約束しなかったものとみなします、合意をしなかったものとみなしますという規律を今回設けました。これは今まで何の規律もなかったところに、初めてそういう規律を設けたわけですから、この意味は大きい。したがって、何か問題があれば、この不意打ち条項とか不当条項というものを使って、私は約束していないと主張する余地がある。こんな主張をする手がかりになります、というのが定型約款のところの一番大事なところでしょう。

４大論点について、それぞれ１つぐらいですけども、そんな説明をさせていただいた次第です。

大学の学則なんかも定型約款に当たるのではないか、いや当たらないのではないか、今すごくホットな議論をしているところで、ここでは答えは出せません。最高裁の判例でも出ないと、どうなのか分かりませんが、要するに、実は身近なところで約款取引というのをしていて、それについての規律が今回初めて入るということの意義を感じていただければと思います。

最後のまとめですけれども、今回の法制審議会でたたき台を作り、国会で成立した新しい契約法に対しては、いろんな批判もあります。人間が作るわけだから完璧なものは作れないから、批判はいっぱいあるのだけれども、ただ、今の約款のところでも分かってもらえたと思うのですが、総じて新しい時代に新しく必要とされているルールを盛り込むことができたと思います。ですから若い皆さんは、その新しい民法を学んで社会に出てもらって、新しい社会の担い手になってもらえれば、何よりだと思っている次第です。

ちょっと時間が延びてしまって申し訳ありませんでしたが、以上で一応私の説明とさせていただきます。ご静聴ありがとうございました。

益井　高須先生、ありがとうございました。続きまして、水野先生にご発表をお願いします。

講演　「相続法改正について」　水野紀子（東北大学大学院法学研究科教授）

水野紀子　ご紹介いただきました水野です。スライドを使いますので、座ってお話をさせていただきます。

相続法の改正についてお話いたしますが、30分という時間ですので、私は具体的な中身については、あまり詳しく触れないつもりです。

お手元の資料に法務省の作った相続法改正についてのパンフレットがありますので、詳しくはそちらをご参照ください。これを一つ一つ説明しますと、30分では足りず、かつ、つまらない話になると思いますので、違う仕方でお話させてください。

今回の相続法改正は、一言で言えば、複雑骨折に痛み止めの絆創膏を貼ったような改正だと思います。つまり日本相続法は根本的な構造的問題を抱えているのですけれども、それを解決することなく、取りあえず痛み止めの絆創膏を場当たり的に貼ったにすぎない改正、と考えています。

このところ、政治主導の家族法の改正が続いております。まず、平成11年に成年後見法が改正されたときに、相続法の改正が同時に一つ滑り込んでいます。これは公正証書遺言を手話通訳でできるようにしてほしいという聾唖者の方々の希望がきっかけでした。公正証書遺言を作成する手続には読み聞かせるという条項がありますので、聾唖者は利用できなかったのですが、それは聾唖者差別であるという運動を受けた政治家が主導して改正された結果、全部手話通訳でできることになりました。この改正は、問題をあまりに単純化した改正だったと思います。

法学部の学生の皆さん、複雑系という言葉をご存じでしょうか。人体は複雑系であるといわれます。人間の体は、あらゆる組織が相互に影響し合っていて、非常に複雑です。脳に血が詰まったというので、血液をサラサラにする薬を入れると、今度は脳出血が起きやすくなる。あるいは詰まってしまったけれども、脇にバイパスができて、そっちを血管が通用するようになってうまくいくこともあります。そういうふうに何かすると必ずその副作用がありますし、不具合を抑えるためには、またなにか他のものが活躍し始めるところが、人体にはあります。だからこそ、薬を作るためには大変な治験が必要なのです。

そして、人間の体と同じように、人間の社会も複雑系です。単純ではありません。だから何か一つこれはいいことだと思って変えようと思っても、そのことの副作用を考えなくてはなりません。ただ、ここのところ続いています政治主導の家族法改正は、話を単純化した発想が多いように思います。民法は、複雑な市民社会を動かすために、長年、副作用を最小限にする工夫を内包している法なのですが、政治家は民法学者ではありませんので、単純化した発想をし、それは問題をもたらしがちです。

この手話通訳でできるようにした改正も、後で遺言法の条文を確認して頂ければと思いますが、問題を抱えています。公正証書遺言は、手話通訳で作成しても、聾唖者の方も目で見ることは可能ですから、自分の言ったとおりじゃない、この遺言は間違っているとい

うことが分かります。でも、例えば難船危急時遺言では、問題です。クイーンエリザベス号が沈むぞというときに、そこに大富豪が乗っていて、大富豪の秘書に手話通訳者がいて、その手話通訳者が「今、この大富豪は全財産を私に遺す、と手話で言い遺されました」と言うと、それが実現するという条文になってしまっています。つまり、手話通訳者が嘘を言うという可能性を考えない改正です。この改正には、私は法制審の部会で反対しましたが、通ってしまいました。特別養子法の対象児童の年齢を上げる今度の改正にも、議事録を見ていただいたら、水野委員は徹頭徹尾反対です。ティーンエイジの被虐待児を素人の養親まかせにするのはおかしいと反対したのですが、法制審で提案しなくても議員立法されてしまうだけだからと、抵抗は抑えられて、むなしく通ってしまった改正なのですが、そういう単純化した発想の改正が続いていて、問題だと思っています。

そもそも家族法の改正はいくつもの困難を抱えていますが、まずはイデオロギー的な問題の対立が非常に強いという問題点を抱えています。

相続法の改正は多岐にわたるのですが、国会で一番議論になったのは、特別寄与料というテーマでした。これが家族のイデオロギーに強く触れるところだったからでした。特別寄与料は、あまり実質的な問題にならない金額の問題です。つまり、家族、親族で特に寄与していた者にお金をあげましょうという制度なのですけれども、これまでの寄与分と同じで、寄与分は手間賃を細かく計算した非常にわずかな金額だというのが実務ですから、争ってもあまりしょうがないところなのですが、これが最大の論点になりました。

法制審の中で議論されたのは、いわゆるアンチモダンとポストモダンの対立です。アンチモダンというのは、家族の中で介護をした嫁に報いたいという家制度的な発想ですね。また，プロトモダンというのは、もう家族の間で無償の介護義務を考えるのはやめて、介護保険も整備されたのですから、市場ベースでちゃんとやりましょうという立場で、近代派です。一方、ポストモダンというのは、近代法は婚姻制度ばかり大切にしてきたが、事実婚や同性婚を婚姻制度と平等にしないといけないという立場です。法制審では、アンチモダンとプロトモダンがこの特別寄与料を巡って議論をし、そして国会になりますと、突然ポストモダン学派が強く出てきて、事実婚や同性婚のパートナーがこの特別寄与料がもらえないのはよろしくない、そして家族の多様化への配慮を求めるという付帯決議が付いて、通るということになります。

一体、日本の家族は本当に多様化しているのでしょうか。私はそんなに多様化していないと思います。例えばフランス法は日本の民法の母法ですけれども、現在では非嫡出子の出生率のほうが嫡出子の出生率より高いです。でも日本の社会は相変わらず２パーセント内外の非嫡出子の出生率です。

民法はフランス法とドイツ法を参考にして作った法律です。民法は、本当は最も身近な法律であるはずです。私は、法学部の1年生に民事法入門を教えるときに、憲法と刑法と民法とどれが一番典型的な法だと思いますかという質問をするのです。そうすると憲法と刑法にだいたい半々に手が挙がります。民法には、ほとんど手が挙がりません。でもおそらくフランスの教室で同じ質問をすると、圧倒的多数は民法に手が挙がるはずです。民法が、一番身近な法だからです。でも日本人にとっては、民法は割合遠い存在です。

フランス法では、もともとはキリスト教社会ですので、婚姻外の性関係に対しては非常に冷たく、非嫡出子差別は厳しく、同性愛は社会的良識に対する罪とされていました。そういう社会だったのですが、でも同時にフランス民法の起草者であるPortalisが、「強き

性は弱き性を守る義務を負う」と言ったように、夫たちは強い扶養義務を課されていて、その扶養義務をさぼると刑事罰の制裁でした。ただ男女平等ではなくて、1972年まで、“Le mari est le chef de la famille”、夫は家長であるという条文を持っていました。近年はそれも平等化されてきましたけれども、問題は、平等化すると答えが出ない場面があるのです。お父さんとお母さんの共同親権にすると、意見が違うとき、多数決にできず、答えが出ないので、平等化は司法化を伴うといわれましたが、裁判所に決めてもらう、という条文が入りました。

一方日本では、フランス法よりずっと早く、戦後改正で徹底した平等化がなされています。それは最初から、協議に委ねるという手法をとったからです。日本の家族法はいきなり協議に委ねます。２人で決めなさい。どうしても決まらないときは、家裁の調停に行きなさい。それでも駄目なときには裁判所が決めます。これでは答えが出ないのです。答えが出ない条文というのは、実は民法の本旨に反します。人間間の紛争に、市民の間の争いに、答えが出なかったときに適用すると答えが出るのが民法の条文ですから。本当は、日本民法の協議に委ねる条文は、おかしいのです。民法典が日本の伝統と一番、異なっている点は、もともとの民法典は、家族に対して公的な介入があることです。公的な介入によって、社会が家族の中の弱者を守らないといけないというのが民法典の考え方ですが、日本の考え方は違いました。家族は、家族の自由にひたすら委ねられます。そして、明治民法の起草者は、それを民法に取り込み、「家」の私的自治に委ねる家族法を作りました。戦後の改正で、「家」の私的自治が「当事者」の私的自治に横滑りして、現在は当事者の自由に委ねることになっています。また日本社会は、母法の社会と異なり、同性愛者や非嫡出子に対する差別ももともとは非常に少ない社会でした。

イデオロギー的な対立の他に、もう一つ、家族法改正の困難は，インフラの不備という問題です。先ほど、高須先生がご説明くださいましたように、今の日本社会は一人一人が自分の責任財産を持って、責任財産を担保として債権債務を負う契約をして社会を動かしていますけれども、このような個人財産制に日本の社会が切り替わったのは、121年前、明治民法ができてからです。それ以前は、個人財産制の社会ではありませんでした。江戸時代を通じて家産制の社会だったのです。越前屋なら越前屋という家が、法的な主体として財産を持っていました。家は、一種の法人で、家族や雇い人はその従業員に過ぎず、当主はいわば代表取締役で、財産は家のものだったのです。そういう社会がいきなり個人財産制になりました。本当は個人財産制を動かすためには、いろんなインフラが必要です。例えば、意思決定能力を失ってきて契約をする能力を失ったというときには、その人の代わりに権限を付与する機能が必要です。それから不在者などの財産管理も、やはりそれは何らかの運営と監督の役割が必要になります。これらに対応する制度は日本民法にも一応は入っています。例えば成年後見とか、あるいは裁判所が不在者の管理人を定めるというような規定は、もらい物で入っているのですが、でもそれを動かすだけの裁判所の裁判官の数も足りないので、実際には日本では家族が事実上の代理人として行動しています。

そして相続は、法主体が消えることですから、そこで法主体の財産、つまり遺産の清算が必要です。会社の倒産とか会社の解散と同じです。そこで何が起きるかというと、借金を整理し、貸金を取り立て、必要なものを全部支払い、残ったものがあれば、残余財産を分配する。それが会社の清算ですね。それと同じことが、個人が死んだときにも本当は必要になるのです。死んだときにその人の財産

の清算をする、これが遺産分割です。

英米独は、このような個人が死んだときの清算を裁判所が行います。そして日本の相続法は、フランス民法に倣っていますが、フランスでは公証人が清算を管轄します。でも日本はそれを全部私人に、家族に任せることにしてしまっています。

社会福祉の問題もあります。社会が近代化したときに、それまで地域共同体や大家族が一人では生きていけない人を財とケアで支え合っていたわけですが、そのような支え合いが近代化によって崩壊したとき、近代国家はそれを社会福祉という形でサポートするわけですが、日本は、医療や年金などを除いて、この社会福祉がまだ十分ではありません。特にケアの社会福祉が足りません。とりわけ本人が嫌だと言ったときの強制的な社会福祉は、まだ構築されていません。児童虐待などで、親が確かに自分はついイラッとしていると手が出てしまうので助けてくださいと言うと、それは助けてあげられるのですが、親が自分の育て方でどこが悪いと言っているときには、支援できません。刑事罰の対象となることはもちろんあり得るわけですが、そういう育て方の下手な親に本当に必要なのは刑事罰ではなく、支援です。でもその支援は、ときには強制的な支援でなくてはならない。この強制的な支援は、行政が、本人の意思に反して介入するわけですから、近代法の常識では、それを監督する司法が必要です。でも、裁判官の数が足りないので、日本ではこの強制的な社会福祉が動かせません。

日本社会の法意識のルーツですが、これは江戸時代だと思います。151年前まで江戸時代のちょんまげの世界だったのです。そんなの大昔だと思うかもしれませんけれども、われわれの社会にまだまだ残っています。例を挙げましょうか、本の奥付をご存じですね。日本の本は、みんな奥付に出版社とか出版年とか責任者とか書いてありますね。ああいう奥付があるのは、日本の本だけです。あれは何がルーツだと思いますか。吉宗将軍の命令です。江戸時代に出版文化が花開いて、読本がいっぱい出始めたときに、必ずああいう奥付を作れと言ったのが吉宗将軍のお触れで、そのとき以来、日本の本は奥付が付いているのです。案外、江戸時代と地続きなのです。

江戸時代の日本法は、東洋法の伝統である律令つまり刑法と行政法、統治のための法です。刑法については、江戸幕府のお白州の裁きは、緻密な判例法ができ上がっていました。一方、民法はありません。民事紛争は、江戸時代でももちろん起きるのですが、民事紛争はどうやって解決するかというと、やはりお上のお世話にはなるのです。貸した金を返さないふらちな者があるので教え導いてほしいとお上に訴え出て、分かった、俺が見ていてやるから話し合え、俺が見ていてやるのに話し合わないのかと言われて、話し合って内済、和解で解決する、これが日本人の伝統的な民事紛争の解決の仕方です。これがまだまだわれわれの中に、文化的に遺伝子として残っています。家事調停なんて、この遺伝子をもろに感じます。

近世の日本社会は、権力と富が分立している社会でした。大抵の社会では、権力と富は同じ階層に帰属するのですが、これが別々の階層に帰属するという、珍しい社会でした。お金持ちは町人です。税金も取られません。武士は、年貢がちょろちょろ入ってくるだけなので、お金はないのですけれども、権力は握っていて、そして、汚職はしませんでした。もちろんごく例外的に、「お代官さまのお好きな山吹色のお菓子でございます」「越前屋、おぬしも悪よのう」という、あの落語に出てくるようなのがいないわけではありませんでしたが、例外的で、日本の武士たちは非常に潔癖です。その文化的遺伝子を、われわれはまだ引き継いでいます。お巡りさんに交通違反を見逃してもらおうと、わいろを差し出す

日本人はまずいません。これはアジアやアフリカ諸国では、非常に例外的です。

そして日本の江戸時代の社会は、みんなどこかの家に帰属して、武士は将軍家から足軽まで、町人は大店から棒手振りの商人まで、そして農民は庄屋さんから水飲み百姓まで、どこかの家に帰属して、その家がピラミッドを成している社会でした。日本人はどこかの家に帰属し、その家の職業を営んで生きていました。家が生存を支える集団でした。お隣の中国や韓国は、こういう社会とは違います。男系の血統集団である宗族、陳さんなら陳一族が一同で支え合っている社会です。例えば中国人にお父さんのまたいとこがどこで何しているかと聞いたら、みんな知っていると思います、いざとなると頼れるので。日本人はそういう血統集団ではなくて、越前屋なら越前屋のメンバーであることに生存がかかっていて、戸主は家のメンバーの生存を維持する責任を持っていた、そういう社会でした。

そして、その伝統の影響は、われわれの社会にまだ生きています。例えば、企業別の労働組合というのは、日本の労働法の特殊性です。企業の中で労働組合がそれぞれ別々にあって、労使で協調して企業の存続を図ります。また常勤労働者については、日本法の解雇規制も非常に厳しいのですけれども、それも比較法的には例外的です。それはやはり、どこかに家の伝統、江戸時代の社会の伝統が残っているからのような気がします。

日本社会が明治民法を入れる前、1868年にできたての明治政府が何をしたかということですけれども、まずこれまでと違って年貢が取れなくなりますから、大急ぎで税金が取れるように国民と不動産の登録制度を作ります。最初の戸籍は、物理的な一つの建物ごとに作られ、そこに住んでいる人間を全部列挙するものでした。雇い人もみんな入っていたのです。それが、最初の戸籍で、今の本籍地欄には、屋敷番号、文字通りその屋敷の番号が書かれていたのですが、家は建て替えられるので、やがて地番表示になります。そういう住民登録として、全国民の登録制度を作り、やがて雇い人が抜けて親族ごとになります。最初は子どもが、土地を出て、勉強しに都会へ行くことになると、そこに紙をはって、今この者はこっちへ行っていると書き、帰ってくるとはがしたりしていたのですが、戸籍は紙ですから傷みますので、取りあえず別立ての寄留簿というものを作ります。寄留簿に本当は戸籍地に住んでいるべき者なのだけれども、今取りあえずここに寄留していると書き、戸籍のほうには、ここに住んでいるべき者なのだけれども、取りあえずこっちに寄留しているという情報を、戸籍の附票に書きます。そして戸籍自体は、傷まないようにします。この寄留簿が現在の住民基本台帳です。そして印鑑登録という制度も始めます。これは日本人が契約を正式にするときに、印鑑を押すという習慣を持っていて、印影を、住民登録と結び付けるわけです。不動産については、土地台帳や家屋台帳を作ります。明治19年までの間に、この国民と財産の登録簿をあっという間に洗練させていきます。それは見事なものでした。

この作業には、江戸時代を通じて蓄積された官僚、武士は官僚でしたから、人口の6パーセントぐらいの官僚たちがずっとやってきた仕事の伝統が生きているような気がします。そうして、戸籍と登記という見事な登録簿ができ上がります。そういう登録簿が先にでき上がってから、1898年に明治民法が立法されました。戸籍制度は、国民登録と住民登録と親族登録を兼ね備えた、他国に類を見ない非常に完璧な身分登録簿です。この戸籍が民法より先にでき上がっていましたので、明治民法はそれを利用して、「家」という制度を作ります。1枚の戸籍に書かれた者を、「家」にするのです。江戸時代には、名字を持っている日本人は、基本的には武士階級だけでし

た。また夫婦は別氏であるのが東洋法の伝統で、日野富子にしろ北条政子にしろ、名字は変わらなかったわけですが、明治民法では同じ家にいる者は同じ家名を名乗るということにし、夫婦同氏を強制することにします。こうして明治民法によって技術的に作り上げられたのが「家」制度です。

明治民法の立法は1898年ですが、これは不平等条約を改正するためにやむなく立法したもので、明治民法を作るときには、法律用語がありませんから、翻訳する言葉を作るところからの作業でした。フランス語のdroitは、法と権利という二つの意味を持ちます。ドイツ語のRechtもやはり法と権利が一致しているのですが、それらの訳語として権利という言葉を作ります。今は子どもでも権利という言葉を知っていますけれども、この権利という言葉は、そのとき作られた言葉です。当時の日本人たちは、いろいろと候補を考えて、一番日本語で近いのは、一分だろうという説がありました。武士の一分という言葉はご存じですか、「これでは武士の一分がたたない」となると命をかけて戦う意思を示す言葉ですが、この一分という言葉が一番権利に近いというのです。正確な理解だと思いますが、この感覚が分かりますか。つまりこの一分をないがしろにされるようでは、正義の体系が壊れてしまうという言葉なのです。権利は、法が、正義の体系があなたに割り当てた持ち分です。だから、年寄りが「この頃の若いやつらは権利、権利、言いやがって」などと文句を言ったりしますが、それは本来成り立たない悪口です。権利というのは、自分のために主張するのではない。あなたが私の立場になっても、他の誰が私の立場になっても守られるのでないと、正義が壊れてしまう。それが権利という概念です。だから権利の「利」を福沢諭吉などはせめて理科の「理」にすべきだった、誤訳だったのではないかと言うのですが、「利」にしてしまった。たしかにこれは、間違いだったかなと思います。他にも問題な例として、自由という言葉と訳語としての自由の間には齟齬があります。自由は、もともと日本語にある自由という言葉を使って、libertyやfreedomの訳語として「自由」を用いたのですが、そこには違いがあるのです。本来の日本語の自由は、手が不自由とか足が不自由というときに使う言葉、つまり思うようになるという意味です。でもlibertyやfreedomの本義は、奴隷じゃないことです。だから自由のためには、命を懸けることになる。日本語では同じ言葉なので、ついちょっと自由の概念が日本人には歪んでしまうところがあるように思います。

さて、立法よりも困難なのは、司法インフラ、つまり裁判所や検察官や公証人を準備することです。もちろんなんとか作るのは作ったのですが、専門家を養成しなければいけませんから、母法国のような規模で作ることはできません。そして母法国になくて日本に存在した行政インフラ、戸籍や不動産登記や印鑑登録、こういうものが行政的な管理手段としてあって、そして民法を動かすときには、これらの行政インフラを駆使していくことになります。

明治民法の相続法は、家督相続制度がメインでした。つまり、従来の家産制を実質的に引き継ぐために、家産を戸主の個人財産にします。そして戸主の代替わりを家督相続にします。戸主は江戸時代には、代表取締役です。越前屋なら越前屋の代取で、戸主が生きているうちの交代は隠居です。戸主の死亡も、代取の交代にすぎないのですが、個人財産制にしなければいけないので、戸主の個人財産の相続として家督相続にします。戸主以外の相続は、遺産相続になります。この部分、これは戸主ではなくても、個人財産制にしないといけませんから、作りました。個人財産制では、戸主以外の家族もみんな財産を持っているという前提ですが、でも彼らは実際には財

産がないので、明治民法の起草者たちは、あまりきちんと考えずにフランスの相続法の条文を入れてしまいます。彼らに財産はないと思っていますから、あまり議論しませんでした。実際には問題にならないと思っていたので、乱暴に作ってしまったのです。遺産相続は、フランス法の条文をもらったのですが、肝心のところを輸入しそびれているのです。肝心というのは扇の要のようなところで、つまり公証人慣行、公証人が遺産分割をするという部分を取り入れ損ねています。

そして戦後の改正は、「家」制度を廃止し、徹底的に平等化しました。それは世界に先行した徹底的な平等化でした。それは先ほど言いましたように、協議に委ねる、答えは書かないという日本法独自の技法を使ったために、徹底的に平等化できているので、フランスやドイツよりも先に平等化したのですけれども、それで最先端の民主的な民法になったというのはイデオロギー的な観点から見たときの評価です。民法学者の目から見ると、戦後改正による現行民法は、明治民法の特徴をそのまま継続しています。つまり、家の私的自治に全部委ねていたのを、当事者の私的自治に横滑りさせただけの、極端に自由な家族法です。

届出だけで成立する協議離婚制度をフランス人に説明したら、みんなextraordinaire、信じられないとか、異常だとか、本当かとか言うのです。フランスでもこんな協議離婚制度は可能ですかと聞いたら、基本的人権が守れず、憲法違反になるから絶対に無理だ、それでは弱者保護ができないと彼らは言います。でも、日本では、協議離婚がどれほど変わった離婚制度なのかは自覚されていません。当事者にすべて任せてしまい、その結果、例えばDV被害者が離婚さえできればいいとすべての離婚条件を不利に譲っても、本人が判をついたのなら、まあいいかというのが日本の家族法です。戦後改正で、唯一の公的介入規定を設けたのは、未成年者の養子縁組です。それまで子どもの売買に用いられていたので、これだけは許可制を取り入れることになりました。

戦後の相続法改正は、理念以外の実質的な改正としては、一番大きな改革だったでしょう。なにしろ、家督相続を廃止しました。そして、よく考えずに立法された遺産相続の条文を、すべての相続に適用することになります。この段階でも公証人などによる清算手続を入れず、すべて相続人の話し合いに任せることにしました。しかし，この話し合いが難しいのです。そもそも共同相続人は、相互に利害対立している関係ですから。

フランスの「公証人の仕事」という絵本を見たことがあるのですが、「公証人は相続の場面では、法による正義を体現する役割を負う」と書かれていて、その挿絵は、すごくハンサムな公証人がテーブルの前にすっくと立っていて、そのテーブルで彼をとりかこむ、共同相続人たちは、みんなヒキガエルみたいに欲深な顔しているのです。そういうふうにして、公証人が、遺産分割を法に従って全部リードするのですね。

日本では、遺産分割を全部家族に丸投げする形にしてしまいます。同時に、戦後の改正で家庭裁判所を作ります。家庭裁判所は不思議な裁判所で、既判力がない裁判所です。これって概念矛盾だと思いませんか。裁判所が決めたことなのに決定力がないのです。公開対審の法廷ではないからという理由なのですが。ですから家裁の遺産分割で、遺産の範囲でもめると、取りあえず地裁に行って遺産の範囲を決めてきてくださいということになります。遺留分減殺請求権を行使すると、これも現行法では、遺産分割じゃなくて共有物分割になりましたから、地裁に行ってくださいということになる。地裁と家裁の間を往復して、争わなくてはなりません。相続法が複雑骨折していると言ったのは、基本は清算手続が組まれていないことですが、こういう裁判

管轄の混乱もあります。

戦後の相続の変化を概観すると、戦後しばらくは、なんとか話し合いで解決できたようです。というのは、「家」の意識が続いていましたし、まだ戦後の段階では農業人口のほうが多かったのです。年収200万の収益が上がる農家だけれど、お兄ちゃんは跡取りだからと大学教育も付けてもらえなかったし、おじいちゃん、おばあちゃんの面倒も見ているし、弟たちは大学教育も付けてもらったし、姉妹たちは、嫁入り支度をちゃんとしてもらったから、お兄ちゃんが相続するのでいいわと、他の兄弟たちは相続放棄して、家督相続を合意で実現していたのですが、高度成長になって話が変わってきます。長男も農協勤めで、農業はお嫁さんとおじいちゃん、おばあちゃんがしている。年収200万の収益が上がる農地と考えず、都市近郊の農地で売ったら数千万円ということになると、それならもらうものはもらおうかということになります。かくして遺産分割がすごくもめるようになります。

昭和55年の相続法の改正は、このような紛争に遺産分割で対応しようとしました。それまで配偶者相続分は３分の１だったのですけれども、お母さんに住み慣れた家を出ていってもらって、あの家売って、俺たちで山分けするとマンションの頭金が出るということになって、お母さんが家を追い出されるということになる。それはちょっと酷なので、せめて２分の１で拒絶権を与えようかと、配偶者の相続分を増やしました。そして跡取りが家業や老親介護で頑張ってきたのに均分では不公平だというので、寄与分という上乗せを立法しました。

でも、結局相変わらず、遺産分割紛争は続きます。もともと日本人は遺言を遺す習慣をもっていませんでしたが、自衛のために遺言を遺すようになります。そして、相続させる旨の遺言という、民法典に規定のない遺言が行われるようになり、最高裁は民法908条の遺言だと性質決定しました。詳しい解釈論をやっているときりがありませんが、この性質決定は、解釈論的には難しい問題をたくさんもたらします。また、第三者から相続人間の関係や遺言の有無はよく見えませんから、相続財産を取引しようとすると、非常に危ないということになります。

日本の相続法の基本的バグは、遺産分割を確実に第三者が関与して行わせる清算装置、つまり扇の要がなくて全部ばらばらになっていることです。フランス法では、早期に確実に遺産分割させるために相続税も利用していて、相続開始６カ月以内にちゃんと遺産分割をしないと高い税がかかり、公証人が遺産分割して相続人がそれぞれ取得した遺産に遺産取得税がかかります。日本は、戦前は遺産全体にかかる遺産税だったのですが、日本も終戦直後に遺産取得税を入れたことがあるのですけれど、誰がどれだけ遺産をもらったかなんてことは当人たちにも分からないので、結局すぐ元の事実上の遺産税、法定相続分にかける名ばかり遺産取得税に戻ってしまいました。

立法や判例は、相続財産の取引安全を図るために、基本的には法定相続分で対処するという方針をとってきました。法定相続人から法定相続分どおりを買った人は安心だけれど、法的相続分を超えた部分を買った人は、必ずしも守られません。もしかすると遺産分割の虚偽の登記がなされたのかもしれないからです。他の兄弟たちに、本当に土地はお兄さんのものですかと聞いて、確かに兄のものですよ、そう分けましたと言われると、安心して買えます。何しろ戸籍と登記は誰でもアクセスできるので、そういう前提で取引を回してきたのですが、遺言が増加してくると、この戸籍の相続人公示力に依存した取引安全が崩れてきてしまいます。

また債権と債務というのは、これはどうし

ても第三者、つまり債務者と債権者がいます。そういう第三者にご迷惑を掛けてはいけないというので、債権と債務は、はなから遺産分割の対象から除いてしまいます。相続分どおり頭割りで帰属するとするのです。これではもう被相続人という法主体消失の清算からかけ離れます。債権と債務が遺産分割の対象から除かれてしまうのですから。それはさすがに困るということで、改正前に最高裁は預貯金について判例を変更し、預貯金は遺産の中に入るという判例を下します。

今回の相続法改正ですが、これも政治家の判断がきっかけの改正でした。非嫡出子の相続分差別を違憲だと判断した最高裁判例が気に入らないので、配偶者の居住権を保護するような改正をするように、という政治的に降ってきた改正です。しかし今度の改正は、それを超えて、多くの点が対象になりました。レジュメに書いたように、場当たり的にリストアップした観があり、部会メンバーが思い付いて言ったらそれがするすると入ってしまった改正もあります。これには二つの理由があると思います。一つは民法学のうちで相続法学が比較的蓄積が手薄い分野だったということ、もう一つは、これまで話したような日本相続法が構造的なバグを抱えている、つまり遺産分割を安定的に行う制度的条件を欠いているということです。この構造的なバグ故に、相続法の運営には問題が山積しています。特に今度は遺言法を改正して利用者が利用しやすいようにしようとしたのですけれども、バグを抱えた相続法が安定的に運営できるか不安です。フランスでは遺言を預かるのは公証人ですし、生前贈与も公証人がやりますし、公証人がみんな分かっていてやるのですけども、日本ではそういう条件がありません。改正法の悪影響について、ちょっと私はどきどきしています。

さて最後の５分になって、ようやく改正法の中身に入ります。まず配偶者の居住権を保護するというのが、もともとの改正の目的でした。そして被相続人の奥さんが住み慣れた家屋とそれからわずかな年金だけしか遺産がないことになりますと、彼女がそこに住み続けることが配偶者相続分だけでは無理ですので、あきらめて出ていくほかない。特に共同相続人が嫡出子だったら、お母さんが死ぬまで待とうかということになるかもしれませんが、非嫡出子が相続人に入っていると、お父さんが死んだ段階でもらうものはもらおうかとなる。それだと彼女が住み続けることができなくなるので、居住権を新設し、不動産価値より安く住み続けることができるようにしました。まだ居住権がどのぐらいのお値段になるのかは分からないので、本当に彼女が安く住み続けられるかどうかは、保証の限りではなく、これからの実務で決まってくると思います。

配偶者の相続分そのものももっと増やそうとしたのですが、これは流れました。中間試案の段階では入れていたのですけども。ここで、夫婦財産制の話になるのですが、日本の夫婦財産制は母法と違って、別産制なのです。ほとんどの日本人は別産制で、まるで他人同士が同居しているような財産制で暮らしています。ドイツやフランスの法定財産制は、夫婦が親から受け継いだ相続財産などはその者の特有財産になりますが、夫婦でいるうちに稼いだ、例えば妻が専業主婦で夫が稼いだ財産は、それは２人で稼いだことなのだから離婚したり死別したりしたときには、その夫名義の夫の稼いだ財産は妻のところへ半分行くことが夫婦財産制の清算として行われます。夫がサラリーマンとして蓄積したものだけが財産という場合ですと、妻は夫婦財産制の清算で半分取れるのです。だから配偶者の相続分はそうして夫の持ち分になった部分から、さらに相続権があることになります。そのパターンでいうと、日本の配偶者は、夫婦財産制の清算でとれる分だけしかもらえませんか

ら、いわば相続分ゼロに等しいことになります。そこで、もうちょっと配偶者にとらせてあげる中間試案にしたのですが、反対が多くて流れました。つい先日結婚したばかりの後妻業の女でもいっぱいもらえることになるのはおかしいのではないか、夫がその親から相続した財産が妻のところへ行くのはおかしいのではないかという批判がありました。長い年月一緒だった夫婦に限って相続分を増やすことも提案したのですが、法定相続分を基準に取引社会が回っているのに、何年結婚していた夫婦か分からないと相続分が決まらないということでは取引社会は回らないという反対があって、結局流れてしまいます。

遺産分割に関する見直しで入ったのは、預貯金が遺産に入りましたから、取りあえず一部払い戻しできるとか、実務的に困る細かい点でした。遺産分割前の遺産共有状態で、自分の持ち分を処分してしまうことが日本では可能とされています。フランス法の条文は共有だったので、その条文をもらったがために、共有というのは自由に処分できるからと、文字通り自由に処分できるということにしてしまったのですが、フランス法は共有なのだけれど、遺産分割するまでは公証人の下でフリーズさせられていますから、実は処分権はないのです。でも日本は条文だけもらってきて、公証人の下でフリーズするという制度もないので、売り払うことが可能です。その後始末の条文を入れました。

遺言については、全銀協の委員が、もっと自筆遺言証書を利用しやすくしたいという提案をされて、高齢者などは全部自書にするのは大変だから、最初に１枚自書の表書きがあって、あとは全部プリントアウトでいいことにしようと言われたのです。それに対しては、民法学者が慌てて反対して、それでは、「以下のとおりとする」と書いた一枚に署名捺印があったら、あとはいかようにもなってしまいます、だからせめて全部に署名捺印を求めましょうと主張し、改正法はそうなりました。それから不明瞭だった遺言執行者の権限も、はっきりさせました。

遺留分が大きな改正だと思います。遺留分減殺請求権は、非常に強力な制度だったのです。遺留分を減殺すると言った途端に、物権的な効果が発生することになっていたのです。でもこの結果は、もめている共同相続人間で永続的に共有者としてもめ続けることになるだけです。しかも共有持ち分の計算は、ものすごく複雑です。私の知り合いの裁判官が、この間、遺留分の減殺請求権の結果、持ち分として京の桁が出た、億、兆を超えて京。どうやって計算しても京になるのだと言っていました。そんなすさまじい計算で京の持ち分を計算して、そして共有のままずっとけんかしていた兄弟が持ち続けるというのは、紛争の解決にならないので、お金で請求するだけの債権的請求権にしました。

それから相続の効力について、先ほど言いましたように、昭和の最高裁が法定相続分どおりの信頼を守る運営をして取引安全をまかなっていたのが遺言の増加で崩れてきてしまいましたので、法定相続分どおりを信用した第三者は救われる、法定相続分ではないと主張するときには登記をちゃんとしておきなさいという形で、立法的に昭和の判例を再構築しました。そして、相続人以外の者の貢献を考慮するための立法は、最初にお話しした特別寄与料です。

それからもう一つ別の領域で大規模な改正話が進んでいます。昨日の新聞にも大きな見出しで出ていましたけれども、所有者不明土地問題です。これは東日本大震災がきっかけで、震災の後始末で区画整理をしようとしましたら、所有者がはっきりしない、ずっと遺産分割しないでそのままの土地がたくさんあることが支障になり、それをなんとかしようという改正問題です。法制審の別の部会で改正の議論が進んでいます。そして、今のとこ

ろ提案されているのは、10年遺産分割をしないで放置していると、法定相続分どおりに帰属したことにしてしまうという中間試案ができつつあります。これは、ものすごく乱暴な解決だと、私は思うのですけれども、皆さんはいかがでしょうか。清算の可能性をここまで否定してしまうと、なんか個人財産制の基本を危うくしてしまうような気がします。やはり近づきやすい中立の法律家によって、遺産分割紛争が簡単に完結できるということにしないと、この問題は基本的には解決しないだろうと思います。

現状では、相続人間でもめるとものすごく大変なことになってしまいます。知り合いの家裁の判事が、遺産が一千万円あると兄弟仲が完全に壊れると言って嘆いておられました。それぞれ弁護士が付いて争うと、弁護士費用と紛争費用で遺産は全部消えてしまって、後には荒廃しきった兄弟関係だけが残る、ということになってしまうのだそうです。本当は中立の費用の安い法律家がさっと遺産分割に介入するというのが、本来のあり方なのでしょうけれども、われわれの社会はそういう意味では、まだちょっと遅れてきた法治国家社会なので、不備があるのです。これから皆さんが社会人になって活躍されていくときに、いろいろと考えてこの難題を解いていただければと思います。以上で終わります。ご静聴、どうもありがとうございました。

質疑応答

益井　水野先生、どうもありがとうございました。

これから質疑に入りたいと思います。質疑に関しましては、本学法学部の石川教授に取りまとめていただきます。フロアからの質問票をこれから集めますので、その間石川先生から基本的ないくつかの質問をしていただき、先生がたにそれにお答えいただくという形で進めていきたいと思います。石川先生、よろしくお願いいたします。

石川信　質疑応答担当の石川です。フロアから質問が届く間、私から全体的な質問と、いくらか個別的な質問をお二人の先生にさせていただきます。

まず高須先生、お願いします。総括的な質問です。高須先生は今回の債権法改正に関わった委員のお一人ですが、その先生の立場から見て、今回の債権法改正の成果をどのようにとらえておられますか。一言で結構ですが、総括評価をしていただけますでしょうか。それが一つです。

もう一つ、先ほどのお話のなかに、「分かりやすい民法」という諮問のことが紹介されました。それは、判例準則の成文法化とか、条文化のことだというご趣旨だったと思うのですが、条文文章の読みやすさというのも、やはり大事なのではないかと思うのです。その点、先生の立場から見て、今般の改正はどうでしょうか。まずその二つ、お答えいただければと思います。

高須　まず、今回の改正の成果、一言で言うと、５年有余の審議の経過の中で、私も出席をさせていただいた中で、一つあるとすれば、シンプルな民法になったことです。

これは特に、時効のところが一番はっきりしているのですが、いろんな分かりにくいルールがあるのを、極力シンプルにした。典型例が先ほどの時効期間です。何本もの時効期

間があったのが原則5年になります。このことに代表されるように、シンプルになる。売主の担保責任も今日はあまり説明しておりませんが、考え方としてはシンプルになりました。約束したのだから損害賠償を負う。これが当たり前のような民法になる。そういう意味でシンプルになったというのが、今回の民法の成果の一つだと思っています。

石川　「シンプルな民法になった」ということですね。フロアの皆さんも、今回の改正民法の特色、キーワードの一つとして、記憶にとどめておいてください。

高須　次に分かりやすい民法ですが、これは先生がおっしゃるとおりで、フランスでは民法を小学生に読ませる。つまり美しいフランス語の代表例だとして民法典を読ませる。どこまで皆がそうしているかはよく分かりませんが、そう言われることが現にある。しかし、日本では、日本の民法を国語の時間に読ませようとは、誰も思わないと思います。

今回の改正民法も決してそういう意味では、やはり読みやすくはなっていない。仕方がないと割り切るのではなくて、大事な法律ですから国が作った法律はやはり日本語としても大事だよねというような民法にすべきだと私も思います。そういう意味ではやはり読みやすいものにもっとすべきだったのではないかという先生のご指摘は、まさしくそのとおりだと思います。なぜできなかったのかということになると、結局それって一個人のといいますか、法制審議会のといいますか、そういうところの議論だけでできる問題ではない。

やっぱり日本の文化自体に関わる問題であり、法律ということを当たり前の言葉で、当たり前に話せるような、そういう文化が出てこないとなかなか実現しないのだろう。「勘違い」のことを法律では「錯誤」と呼ぶなどと、大学でこれからの時代を担う若い人に教えているうちは、なかなか分かりやすい文章で民法を作ることはできない。今日の水野先生のお話にも関わるのですが、現在の民法のルーツは江戸時代にもあるし、その前にもあった。どの国にもそういう法律はあったと思うのですが、結局、今形づくられている民法という法律は、明治時代に西洋から取り入れていますから、まだそのところが歴史的な部分での文化的成熟度の薄さといいますか、まだ熟成していない部分があるのだろう。そういう意味ではもっと時間をかけて、われわれが、われわれというのは法律家であっても法律家でなくてもなんですが、その法律ということに親しみを持てるような日本の文化が育っていかなければならないのだろうと、そういうふうに思っている次第です。

石川　もう一つ相続法とも関連することについて、高須先生にお答えいただければと思うのですが、先ほど来、改正要綱がほとんどそのまま国会を通ってしまったという趣旨のご説明がありました。私もそんなことを側聞して残念だなと思っていました。その点に関して、債権法の改正について、国会で特に審議された事柄、変更がなかったとしても、国会議員の皆さんが関心を持ったテーマはおよそ何だったのでしょうか。その点、一言でも、お知らせいただければと思います。

高須　きょうの説明では十分にはお話しできていないのですが、個人保証の保護という４大論点の一つの中に、実は事業用の貸金、つまり中小企業の社長さんが銀行からお金を借りるときに、友人に保証人になってもらいましょうというような場合に、今回の改正では公正証書で保証意思の確認をする、つまり保証人になる前に一度公証役場に行ってください、こういうルールを作ろうというのが一つ制度化されました。

その中に実は除外事由というのがあって、

一定の場合、例えば、会社の経営者が、自分の会社が銀行から借金する場合には、それを保証するのに公証人へ行く必要はないというルールがあります。この場合に作成する公正証書のことを保証意思宣明公正証書と呼ぶのですが、その保証意思宣明公正証書を作るべき場合と、除外事由に当たる場合との区別というのが、条文には抽象的な表現で書かれています。国会審議ではそこは非常に多くの時間が費やされて、こういう場合については除外事由に当たるのか当たらないのか、むしろ保証人の保護という観点からすれば、除外事由に当てはまるとしてはならない、公正証書を作らなければならないはずであると、ここはだいぶ厳しい国会審議がなされ、政府答弁なども質問があれば、せざるを得ないわけですから、結果的には今回の民法の改正の趣旨にのっとって、やっぱりこれは公正証書を作ってもらいましょうと、このような形で、ある意味でまさに国会が立法府であることを示したようなやりとりがなされ、それが資料として残って今の立法資料になっております。その保証意思のところの公正証書に関わる部分は、国会で随分充実した議論がなされたと思っております。

石川　どうもありがとうございました。個人保証に関する制度について、国会で議論があったということのようです。

水野先生にも総括的な質問を一つ二つさせてもらいます。時間があれば、いろいろお聞きしたいところですが、本当に一つ二つで恐縮ですがお願いします。

水野先生は今般の改正について、「複雑骨折している状態にぺたぺたと絆創膏を貼りつけたような状態」という、先生独特の表現で評価されています。40年前の昭和55年に、相続法の改正が行われましたが、そのときと比べてほとんど症状というか、対処の仕方は同じなのでしょうか、それとも質的には昭和55年と今回とでは少し違うのでしょうか。先生のお考えをお聞かせ願いたいと思います。

加えて、二つ目の質問です。これもまた先生独特の表現ですが、「扇の要を欠いたままで相続財産を処分している」という現状、「形ばかりの和合、合意に委ねている」現状とのことでした。悩ましいことだと思います。今後これをどう制度的に意識的に手直しをしていったらいいのかということを、先生の話を聞いていて、私自身悩みながら考えていたわけです。

その二つの点について、先生からお答えいただければと思います。

水野　鋭いご質問、ありがとうございます。まず、最初の昭和55年改正との対応なのですが、55年改正は、遺産分割がほとんどの相続の解決として行われていて、それに対して本当に機械的に平等に分割してしまうとそれまで自分は跡取りだからと思って頑張ってきた相続人が可哀想だし、高齢化して老後が長くなってきたのに、配偶者の老後の生活が守られないというのも気の毒だからという形の絆創膏の当て方だったのです。55年改正以降起きたことは、やはり相変わらずこの改正で相続紛争を解決はできなくて、皆さんが遺言を書くようになりました。遺言が書かれるようになると、さらにめちゃくちゃになってきたので、遺言が増えてきたことに対して、あれこれと絆創膏を当てたという気がいたします。ですから、本当に根本的なところは、遺言の実行も遺留分の実行も遺産分割の実行も、そしてそもそも債権、債務の清算も、きちんとした場で、被相続人が亡くなってから半年以内ぐらいに強制的にやらせてしまうという仕組みを作って、骨折を直せば問題は解決すると思うのです。でも、それをやれるだけの中立的な法律家をにわかに準備できない今の日本社会で、取りあえず痛みだしたところに絆創膏を貼りました。昭和55年改正は

遺産分割協議に絆創膏を貼ったら、それでは解決しないので、遺言が増え、遺言が増えたことによって痛みだしているところに、また絆創膏を貼ったという感じになっています。

石川　ありがとうございます。根本的な完治をしないうちに、また骨折してしまっている状態のようにも受けとめました。

関連してもう一つ、私個人の関心事かもしれませんが、私たちはどうしたらいいのかを考えながらの質問です。やはり家制度の意識、「イエの意識」というのが今日でも私たちに残っているのでしょうか。それがすぐに骨折してしまうっていうのかな、複雑骨折になってしまう原因かもしれないと考えました。そこでお聞きしたいのですが、私たちとしてはどのような心がけで、共同生活、家庭生活をしていくか、私たちの家族意識について先生のお考えをお聞かせ願えればと思います。

水野　家族は、私はとても大切だと思っています。そして、先ほど最初に、アンチモダン、プロトモダン、ポストモダンという家族観の対立があると言いましたけれども、私の立場は、一番近いのはプロトモダンだろうと思います。アンチモダンという家制度の社会には、もう戻れません。日本社会には近代がまだきちんと確立していないのではないかと思っておりまして、そして近代法は、人類にとっての財産であるように思います。もしわれわれの社会が500人規模の社会でしたら、そこでも必ずもめ事は起きるのですが、そのときには、村の長老が、みんなが認める大岡越前守のような、人格識見ともに立派な人が三方一両損というような紛争解決をすれば一番よかったわけです。ローマで民法が生まれたのは必然性があったと思います。社会の人数が増えても、まだ文化を共有しているとすれば、そのような文化を体現した大岡越前守のような長老が、その文化に沿った判決をすることができるかもしれませんが、ローマは大帝国でしたので、中に多様な文化を抱え込んでしまいます。そのとき初めて共存のためのルールを文字化する必要が生じます。それが民法のルーツです。蒸気機関はヨーロッパ近代が発明したものですが、人類全体にとっての道具になったように、民法はローマが発明したものですが、これは人類全体にとっての共存のための道具だと思います。そういう共存のルールをヨーロッパ近代がブラッシュアップし、日本民法も条約改正のためというので慌てて翻訳して入れたわけですけれども、日本社会を運営し共存のルールとして保っていくのにも役に立つ、人類の知恵の遺産だと思っております。

そういう民法が築き上げてきた婚姻制度は、家族を守り、そして次世代を育てる環境を保障します。社会を安定的に次の世代へ続けていく、次の世代を育んでいくために、さまざまな道具を内包している制度です。民法はそういう知恵の集積だと思うのですが、それをまだ日本人は十分に継受しきれていないところがあるように思います。私自身は価値観的には、プロトタイプの近代法をもう少しそのよさを日本社会は消化していく必要があると考えております。このようなお答えでよろしいでしょうか。

石川　貴重なお話をありがとうございました。私たちに何かを考えるネタを提供していただけたと思います。今後ともご指導よろしくお願いいたします。

さて、フロアから質問が届いておりますので、ご紹介します。私自身ご質問したいことがたくさんあります。例えば高須先生には、「家賃保証」とか「定型約款」の有効性について。水野先生に対しても、「配偶者居住権」それから「特別寄与」について、もう少しお話をお聞きしたいのですが、フロアからの貴重な質問を優先してご紹介します。

高須先生に一つ。「財産法について、時代に合わせてもっと改正を推進していくべきなのではないか」というご質問です。相続法でも40年ぶりと騒いでいると、120年ぶりとは何事かということでしょうか。手短ですが、これが一つです。

それから水野先生には、「配偶者の相続分について、従前３分の１から２分の１になったこと、それから、特別受益の持ち戻しですが、20年で贈与も認めたことについて、保護し過ぎなのではないか」というご質問です。この点、先生の提言では、配偶者の相続分をもっとアップする余地もあるのではないかというお話もありましたので、「配偶者の相続分」について一言お考えをお聞かせ願えればということです。まず高須先生いかがでしょう。

高須　時代に合わせていくというのは、たびたびということかもしれないし、繰り返しということなのだと思いますが、改正をしていくべきだ、そのとおりだと思っております。今回の法制審議会は５年間やりました。本会議だけで99回、分科会を含める117回やりました。それでその最後のときにこの部会を解散するにあたってみんなで申し合わせたのが、今後は120年ぶりなんてやめようね、もっと短い期間にやろうねと、私どもも肝に銘じたところですから、ご意見のとおりだと思っています。

石川　ご質問を届けてくれた学生の直感、提言、直言、当を得ているということですね。そういう視点で、今後私たちも勉強していきましょう。それでは、水野先生いかがでしょうか、配偶者相続分について。

水野　たくさん他にもすてきな質問票をいただいていて、すべてにお答えしたいところなのですが、来年度以降ゆっくりやりましょうということで、お許しください。配偶者の相続分ですが、これはもう相続の根拠から考えなければいけないと思います。一体なぜ相続権というものがあるのだろうというところから、考えなければいけないでしょう。

被相続人の自由と、それにときとして対立する、われわれの社会が家族を大切にしないといけないという要請、その二つの中間点にあるのが相続制度だというように思います。そして20世紀を通じて各国の相続法の大きな変わり方は、配偶者の相続分がどんどん強くなっていくことでした。長寿社会になり、昔はお父さんからもらった相続財産で若い子どもたちがこれからの人生を生きていくということだったのが、お父さんが死ぬ頃には子どものほうはリタイア年齢ということになっています。そうすると、その遺産を一番必要としているのは、子供たちより、残された余生を送る配偶者なのではないか。かくして、20世紀を通じて配偶者の取り分は増えてきました。ただ、夫婦財産制がきちんとしていれば、被相続人の財産で、いわば家産的に代々伝わってきた財産と、それから夫婦２人で作った財産との区別を夫婦財産制がつけることができるのですが、日本法はそれができない夫婦財産制です。その困難が全部相続制度に流れ込んできていますから、配偶者相続権に反発もあれば、これじゃまだ足りないという意見もある。そういう状態にあると思います。

石川　関連して「内縁配偶者の保護」とか、「女性の人権」ですね、妻とか嫁とかいうのではなくて、女性の法的立場に関する質問も届いています。最後に、「リース契約」に関する少し長い質問も届いているようです。高須先生、お願いします。

高須　リース契約について議論したのでしょうかというご質問をいただいています。リース契約について、今回の改正で条文を設けるかどうかを議論させていただきました。結論

的には、リース契約というものを明文化することは見送りました。その理由は三つほどあります。一つは、アパートとか自動車を対象として最近、何々リース契約というのが多いのですが、あれは賃貸借契約に還元できる。だから賃貸借契約の法理を持っておれば、ある程度はそれで処理できるということが一点。二点目は、悪質商法でリースを使っている場面が結構ある。あれはリースというのではなくて、要は悪質商法ですから、むしろ消費者契約法等で正面から消費者被害ということをとらえて、規律を設けるべきだろうという議論になりました。最後の三点目が、ビジネス間で利用されている現代的なリース契約、かなり難しいA社とB社の間のリース契約、ロケットなんかを飛ばすのにリース契約をするような、これらにつきましても実は税法の改正によって、あまりうまみがなくなったので、現在、だんだんと使わなくなっており、この時点で新たに民法に規定する実益が乏しい。法制審である民法の先生がおっしゃったのをよく覚えているのですけれど、絶滅しつつある恐竜のようなものですというご説明がありました。そうだとしたら、21世紀の民法で新たに作ることはないということになりました。そのような形で結果的には今の３点のような議論をして、リース契約の明文化は見送ったという経緯がございます。

石川　ご回答ありがとうございました。それからフロアからの積極的な質問もありがとうございました。他にも、「遺産分割のあり方」に関する質問も届いています。恐縮ですが、また別途に意見交換することにしましょう。時間の都合で、質問コーナーはこれで終わります。どうもありがとうございました。

益井　以上をもちまして質疑の時間を終わりたいと思います。学生からいくつかの質問が来ております。債権法改正に関しましては、私とか花立先生が具体的な質問についてお答えする用意がございますので、研究室を訪ねてきてください。

それでは最後に、閉会のあいさつを本学法学部長の清水先生にお願いいたします。

清水正義　閉会のあいさつを簡単に行います。

本日、法学部それから法政策研究所共催で行いました改正民法セミナー、こんなに多くの方にお集まりいただきまして、大変ありがとうございました。

それから、本日の報告をなさってくださった法政大学教授の高須順一先生、それから東北大学教授の水野紀子先生に改めまして厚くお礼を申し上げたいと思います。

本日は、民法を研究しておられる研究者の皆さん以外に多くの学生がここにいます。皆さんはいつも教室の中で法学の基本的な知識を学んでいるわけですけれども、日本の社会の中でこの法学が現実に息づいて、現在進行形で動いているということを今日の報告と討論の中で体得できたのではないでしょうか。そういう意味では、この種のシンポジウム、これは非常に大きな教育的な意義があるものと思っております。そういう意味で、本日担当してくださったお二方、それから質問をまとめてくださった石川先生、それから民法の先生をはじめとしてきょう、おぜん立てをしてくださったさまざまな先生がた、法政策研究所の委員の先生がたに、厚くお礼申し上げたいと思います。

本日の報告者のお一人、水野紀子先生は東北大学で教べんを執っておられますが、来年度より本学に赴任されることになっております。わが国の民法、家族法の研究に多大な貢献をされてきた水野先生を私ども白鷗大学法学部にお迎えすることができますことを私どもは、本当にうれしく喜んでおります。どうぞ先生、よろしくお願いいたします。

本日のゼミナールを開始点に、今後水野先

生を中心に複雑多岐にわたる民法改正問題につきましても、系統的な学習、研究活動を法学部、法政策研究所、それからいつもの授業の中で進めてまいりたいと考えております。本日のセミナーがその第一歩となったということを確信しております。

先生がた、どうもありがとうございました。皆さまがた、どうもご苦労さまでした。これで閉会のあいさつといたします。

［配布資料］ 高須順一

2019. 11. 27　改正民法セミナー

～契約法について～

法政大学教授・弁護士　高 須 順 一

1　契約法の改正の予備知識

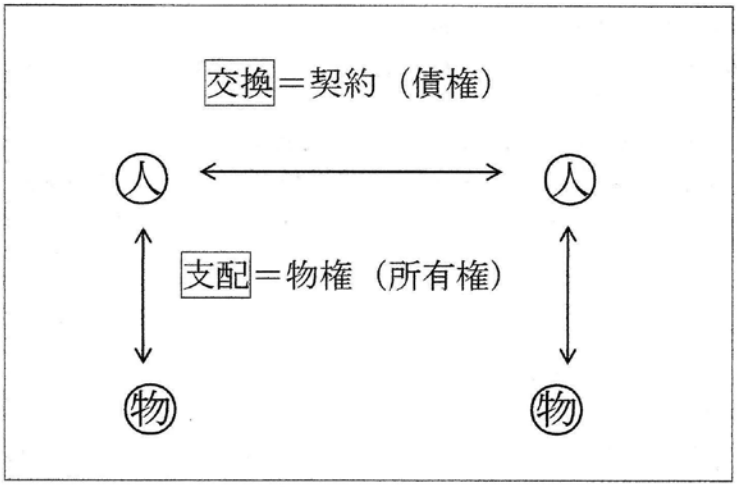
(1)　民法は財産と家族に関する法

・民法は私法の一般法である。

(2)　人は財産を支配し、支配する財産を他人と交換（取引）する。

・人は財産を支配する。支配に関するルールが物権であり、その典型が所有権である。

・人は支配する財産を他人と交換する。それが契約であり、そのルールが債権である。



(3)　交換（取引）に関するルールを定めるのが契約法であり、その契約のルールを１２０年ぶりに改めるのが２０１７年改正法（平成民法）です。

◎民法典の歴史と今回の改正の経過

・1896 年、現在の民法（財産法）成立（施行は 1898 年）

・1947 年、家族法が全面改正

・2009 年、法制審議会民法（債権関係）部会での審議開始

・2017 年、改正債権法成立（民法の一部を改正する法律・平成２９年法律第４４号）

・2020 年 4 月 1 日、改正債権法施行予定

2　平成民法を概観する

(1)　今回の債権法改正の基本姿勢

諮問第８８号（平成２１年１０月２８日法制審議会総会）
民事基本法典である民法のうち債権関係の規定について，同法制定以来の社会・経済の変化への対応を図り，国民一般に分かりやすいものとする等の観点から，国民の日常生活や経済活動にかかわりの深い契約に関する規定を中心に見直しを行う必要があると思われるので，その要綱を示されたい。

↓

①民法の現代化
・現代化の要請は、債務不履行・契約責任法の場面において顕著に現れている。
②再法典化（分かりやすい民法）
・明治民法制定以来の判例法理を民法典に明文化する。

(2)　改正された論点項目の数
・中間整理段階：大項目６３、小項目約５５０
・中間試案段階：大項目４６、小項目約２６０
・要綱段階　　：大項目４０、小項目約２５０→これが法案化、改正法となる

(3)　改正の過程で指摘された４大論点、さらに６大論点
・①消滅時効、②法定利率、③個人保証、④定型約款、これに、⑤債権譲渡、⑥履行障害法が加わる。一番、やっかいなのは、⑥履行障害法（現代化に関する理解の必要性）

3　平成民法の勘所

(1)　２１世紀の契約社会を見据えた改正
・今日の契約社会は、これまでの契約社会にあらず
・権限交換理論（契約の機能を特定物の権原［title］移転のための制度と考える理解）から契約そのものに価値（富の源泉）を認める契約観へ
・その結果、契約そのものに富の源泉としての意義を認め、そのような契約は守られなければならないとの価値観を生むことになる（いわゆるパクタ原則の一般化）

(2)　民法の現代化の内容
ア）自己決定権・当事者意思の尊重という方向性
イ）原始的不能の処理に関するルールの転換
ウ）債務不履行に対する救済手段としての損害賠償責任の要件面での転換
エ）債務不履行に対する救済手段としての解除の要件に関する発想の転換

オ）履行請求権（給付請求権）の位置づけの変化

カ）債務不履行の三分体系の見直し（債務不履行一元論）

キ）担保責任の見直し（契約責任説の優位・特定物ドグマの否定）

4　４大論点の簡単解説

⑴　消滅時効法制の改正

今回の改正により、一般的な債権の時効期間（権利を行使しうるときから１０年）が短縮される（権利を行使しうることを知った時から５年が原則）。

・これに伴い、評判の悪かった改正前民法第１７０条から第１７４条までの短期消滅時効の規定を削除することとされた。

◎ 改正前民法１７３条３号

次に掲げる債権は、２年間行使しないときは、消滅する。

３　学芸又は技能の教育を行う者が生徒の教育、衣食又は寄宿の代価について有する債権

◎改正前民法１７４条１号

次に掲げる債権は、１年間行使しないときは、消滅する。

１　月又はこれより短い時期によって定めた使用人の給料に係る債権

【たとえば、こんな話し・その１】

Ｑ：民法上の短期消滅時効が廃止されたと聞きました。残業代の未払いに関する債務の消滅時効期間は、現在、労働基準法１１５条により２年間とされていますが、改正民法施行後もこの点の変更はありませんか。

Ａ：……現時点では何とも答えようがありません。労基法の改正の動きが始まっていますが（賃金等請求権の消滅時効の在り方に関する検討会）、議論は難航しています。

⑵　法定利率

現在は、年率５％。改正法施行時に３％になる（改正民法４０４条）。改正法の下では、緩やかな変動性となる。

・現状ではそれほどの変動は予想されていない。

・交通事故被害における逸失利益などのように、将来において取得すべき利益の損害賠償に関する中間利息控除についても、法定利率を適用することとされた（改正民法４１７条の２）。

⑶　個人保証人の保護−根保証の規律の一部が賃貸借契約にも適用される

根保証は責任額が無期限・無限定になる危険があり、保証人の生活を崩壊させる危

険が大きいので、今回の改正で個人根保証人の保護の規定が拡充される。

・まず、個人根保証人が負担する責任の上限額を定める。民法はこれを極度額と表現している。これは個人根保証一般に適用される改正となっている。

◎改正民法４６５条の２・第２項

個人根保証契約（一定の範囲に属する不特定の債務を主たる債務とする保証契約［根保証契約）であって、保証人が法人でないもの）は、前項に規定する極度額を定めなければ、その効力を生じない。

【たとえば、こんな話し・その２】

Q：建物賃貸借契約の締結にあたり、連帯保証人を付けたいと思います。この場合、保証契約締結にあたり極度額を定める必要がありますか。賃貸借契約の締結が、①2020年４月１日より前の場合、②2020年４月１日以降の場合、③2018年４月１日に最初の契約が締結され、2020年４月１日に更新契約を改めて締結した場合のそれぞれについて、検討してください。

A：①は、法的には不要です。②は保証契約を有効とするために必要不可欠となります。③は難しい問題であり、ケースによると理解されます。

・次に、個人根保証人が負担する責任の期間的な制限が図られる。ここでは一定の事由が生じたら、その時点で保証責任を確定させるという確定事由の改正が図られる。

◎元本確定事由（改正法４６５条の４）

①保証人の財産に対する強制執行・担保権の実行

②保証人の破産手続開始

③主たる債務者又は保証人の死亡

【たとえば、こんな話し・その３】

Q：2020年４月１日、Aはその所有する甲建物をBに賃貸した。この契約締結にあたり、Bの友人であるCがBから依頼を受けて、Aとの間で連帯保証契約を締結した。Bは2021年８月１日、甲建物内で自殺した。とりあえず、Bの相続人は見つからないとして、Aは、以下の請求について、Cに保証責任を求めることができるか。

①死亡後に発生した未払い賃料及び明渡までの賃料相当損害金

②建物の原状回復費用

③自殺による減損価値分の損害賠償金

A：必ずしも定まった考え方があるわけではありませんが、①は賃借人死亡による元本確定後の債務として免責され、②及び③は賃借人死亡前の債務とし

て保証責任の対象となると理解される可能性が高いと思われます。

⑷　約款取引への対応（定型約款の規律）

希薄な合意である約款取引の一般化を踏まえ、希薄な合意による契約責任をいかに根拠づけるか、そして、いかに適正化するかが問題となる。改正法は、この規律を定型約款としてルール化した。

・定型約款とは、定型取引（ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なものをいう。）において契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体をいう（５４８条の２・第１項）。

・上記の規律から、定型約款であるための３要件が導き出されることになる。

→ア　不特定多数性

イ　画一的であることの双方合理性

ウ　契約化目的

→「不特定多数」は「不特定または多数」ではない。相手方として、個性に着目しない集団を想定している。よって、労働契約上の就業規則は、定型約款に該当しない。就業規則を除外するためにこの要件が定められた。

◎改正民法５４８条の２・第２項

２　前項の規定にかかわらず、同項の条項のうち、相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして第一条第二項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものについては、合意をしなかったものとみなす。

【たとえば、こんな話し・その４】

Ｑ：大学の学則は、定型約款に該当しますか。学生から学則の条項が不合理であるとして、新しい民法に照らせば無効であると主張されることはありませんか。

Ａ：最高裁判所の判例が待たれますが、学則が定型約款に該当する可能性を否定しきれない状況にあります。労働契約上の就業規則は定型約款に当たらないとされており、学則がそれと同様と考えるか否かがポイントなります。

仮に定型約款に該当するとなると、不当な条項、不意打ちとなる条項は効力を否定されることになります。

５　法制審議会の審議を体験して

・以上で終了となります。ありがとうございました。