

講 演

家族法改正

中 田 裕 康

- はじめに——最近の家族法改正
- I 2018年相続法改正の背景と内容
 - II 今後の改正の見通し
 - III 家族法改正の力学
-
-

きょうは、家族法改正というテーマでお話をいたします⁽¹⁾。本日の話は、3部構成です。すなわち、「I 2018年相続法改正の背景と内容」、「II 今後の改正の見通し」、「III 家族法改正の力学」です。その前に、「はじめに」として、最近の家族法改正の概況を見ておきたいと思います。

はじめに——最近の家族法改正

近年、家族法に関する改正が多くあります。次の表をご覧ください。この2年ほどの間に①～⑤の改正がされました。また、法制審議会の部会では、現在、⑥と⑦の審議が行われています。

(1) 本稿は、2020年11月21日、早稲田大学法務リカレント講座で行ったオンライン講演の記録である。講演の後の動きについては、以下の脚注で示している。

- | | |
|------------|--|
| ①2018年 6月 | 成年年齢・婚姻開始年齢改正, 公布 (2022年 4月 1日施行予定) |
| ②2018年 7月 | 相続法改正 (民法・遺言書保管法), 公布 (~2020年 7月 10日施行) |
| ③2019年 5月 | 民事執行法・ハーグ条約実施法改正, 公布 (2020年 4月 1日施行) |
| ④2019年 5月 | 戸籍法改正, 公布 (2023年度中に施行予定) |
| ⑤2019年 6月 | 特別養子制度改正, 公布 (2020年 4月 1日施行) |
| ⑥2019年 3月~ | 法制審議会民法・不動産登記法部会 |
| ⑦2019年 9月~ | 法制審議会民法 (親子法制) 部会
(2001年 4月~ 法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会 [2003年 9月で中断]) |

最初に, ①~⑦について, 一言ずつですが, ご紹介します。

①は, 民法の定める成年年齢を20歳から18歳に引き下げ (民4条。以下, 民法については「民」を省略します), また, 女性の婚姻適齢を16歳から18歳に引き上げるものです (731条)。これに伴い, 婚姻による成年擬制 (753条) もなくなります。

②は, 後ほど詳しく説明します。

③は, 子の引渡しの強制執行に関するものです。これまで, 国際的な子の返還の強制執行については, ハーグ条約実施法がありました。この改正は, 国内における子の引渡しについて民事執行法に新たに規定を設けて規律を明確化するとともに (民執174条~176条), 国際的な子の返還の強制執行についてハーグ条約実施法の見直しをするものです (子奪取136条・138条・140条・141条)。

④は, 法務省で従来の戸籍副本データ管理を発展させる新たなシステムを構築し, マイナンバー制度のための情報提供ネットワークシステムと連携したり, 本籍地以外の市町村が情報を取得できるようにしたりするもの

です。この結果、マイナンバーを使って社会保障関係の手続をすることや、マイナンバーとは別のことですが、本籍地以外の市町村で戸籍の届出や戸籍謄本等の請求ができるようになります（戸籍118条・120条の2～121条の8・121条～121条の3など）。

⑤は、特別養子に関する改正です。特別養子候補者の上限年齢を、審判申立時に原則6歳未満だったのを原則15歳未満に引き上げること（817条の5）、また、特別養子縁組の成立を2段階の審判で行うこと（家事164条・164条の2）などを定めるものです。

⑥は、所有者不明土地問題について、相続等による所有者不明土地の発生を予防する仕組みや、所有者不明土地を円滑適正に利用する仕組みを整備するためのものです。その関連で、相続に関する新たな規律も検討されています。後ほど、お話しします。

⑦は、無戸籍者問題を解決するために嫡出推定制度の改正などを行うことと、また、子の虐待防止のために親権の規定を改正することを検討するものです。これも後ほど、お話しします。

法制審議会の部会としては、このほか、表の最後に（ ）をつけて示したものもあります。生殖補助医療に関する親子法制を検討する部会で、2003年7月に中間試案を取りまとめました。これは、厚生労働省で検討されていた生殖補助医療に関する行為規制が示されることを前提として、親子法制を提示しようとするものでした。しかし、行為規制の方向性が固まらない状態が続いたため、2003年9月の部会を最後として、その後、休会状態になっています。このテーマについては、今週〔2020年11月16日の週〕、議員立法の大きな動きがありました。後ほどご紹介します。

以上が、この2年ほどの間の動きと今後の概況です。それでは、本日のメインテーマである②の説明に入ります。

I 2018年相続法改正の背景と内容⁽²⁾

1 改正の背景と経緯

まず、相続法改正の背景と経緯についてお話しします。さきほどは、この2年ほどの動きを紹介しましたが、もう少し長いスパンで振り返ります。次の表をご覧ください。

1890 (明治23)	旧民法公布 (ボワソナード+日本人学者) ⇔ 「民法出て忠孝減ぶ」
1898 (明治31)	明治民法施行 (第4編が親族, 第5編が相続) : 「家」制度
1947 (昭和22)	親族法・相続法改正 (応急) : 日本国憲法→男女平等・均分相続
1980 (昭和55)	相続法改正 (配偶者の相続分の引上げなど)
1987 (昭和62)	親族法改正 (特別養子制度の新設)
1996 (平成8)	法制審議会「民法の一部を改正する法律案要綱」 ①婚姻適齢を18歳 ②再婚禁止期間を100日 ③選択的夫婦別姓 ④離婚の際の子の監護 ⑤嫡出でない子の相続分差別の廃止など
2011 (平成23)	児童虐待防止 → 親族法改正 親権制度+面会交流〔④〕
2013 (平成25)	最高裁: 嫡出でない子の相続分差別は違憲 (最大決平25・9・4) → 民法900条改正〔⑤〕

(2) 立案担当者による解説として、堂蘭幹一郎=野口宣大『一問一答新しい相続法〔第2版〕』(2020)、堂蘭幹一郎=神吉康二『概説改正相続法〔第2版〕』(2021)がある。また、潮見佳男編著『民法(相続関係)改正法の概要』、潮見佳男ほか編著『Before/After 相続法改正』、大村敦志=窪田充見編『解説民法(相続法)改正のポイント』(以上2019)、「特集相続法改正と実務」ジュリスト1526号(2018)などがある。

2014 (平成26)	婚姻の尊重・配偶者の保護の観点からの意見 →法務省にWT (少子高齢化に伴う高齢配偶者の保護の要請という視点に)
2015 (平成27)	最高裁：再婚禁止期間100日超は違憲 (最大判平27・12・16) → 民法733条改正〔②〕
2016 (平成28)	最高裁：相続預金の共同相続判例変更 (最大決平28・12・19)
2018 (平成30)	成年年齢引下げ・女性婚姻適齢引上げ〔①〕
同	相続法改正・遺言書保管法新設

日本で最初の民法は、1890年に公布されました。現在でいう旧民法です。これに対し、民法典論争が起り、「民法出て忠孝滅ぶ」といった批判が投げられました。現在の民法は、この旧民法を修正するという形で作成され、1898年に公布されました。今から120年以上前のことです。明治民法と呼んでおきます。このうち夫婦、親子、相続などに関する家族法の部分は、第2次大戦後、日本国憲法の制定に伴って、1947年に全面改正されました。しかし、これは応急措置的なものでした。その後、家族法の分野では、1980年に配偶者の法定相続分の引上げと寄与分制度の新設、1987年に特別養子制度の新設という部分的改正はありましたが、総合的な検討の必要性が指摘されていました。

そこで、1996年に、法務省に設置されている法制審議会が全体的な改正のための要綱を決定しました。「民法の一部を改正する法律案要綱」⁽³⁾です。この要綱には、婚姻の成立要件、つまり、婚姻適齢を18歳にすること、再婚禁止期間を100日にすること、選択的夫婦別姓、離婚の際の子どもの監護、嫡出でない子に対する相続分差別の廃止などの改正案が含まれていました（そのほかに、離婚後の財産分与、裁判離婚における離婚原因など

(3) 法務省HPのほか、ジュリスト1084号126頁にも掲載。小池信行「『民法の一部を改正する法律案要綱』の概要」法律のひろば49巻6号(1996)4頁参照。

に関する改正案もあります)。法制審議会で決定された要綱は、それに基づいて法案が作成され、閣議決定のうえ、内閣から国会に提出されるのが通例です。しかし、この要綱については、伝統的な家族観を重視する議員から異論が出て、閣議決定にもいたらず、法案が提出されないままとなりました。特に、③の夫婦別姓について強い反対がありました。しかし、その他の項目については、その後、徐々にですが、実現していきました。①婚姻できる年齢を男女とも18歳にすること、②離婚した女性が再婚できない期間を離婚後300日から100日に短縮すること、④離婚後の親子の面会や交流、⑤相続分差別の廃止などです⁽⁴⁾。

この⑤相続分差別の廃止が、今回の相続法改正と関係します。これは、最高裁の判断が契機となりました。すなわち、2013年9月に、嫡出でない子の相続分を嫡出子の相続分の半分とするという民法の規定は憲法違反であるという最高裁大法廷決定が出ました(最大決平25・9・4民集67巻6号1320頁)。この決定に伴い、その年の12月に民法900条が改正され、嫡出子と嫡出でない子の差別がなくなりました。この改正に対しては、歓迎する声が多かったのですが、正式の婚姻をしている家族関係を揺るがすものだという意見や、配偶者を保護するように対応すべきだという意見も出されました。

また、これとは別に、少子高齢化に伴う問題も現れています。高齢者が亡くなると、残された配偶者も高齢であることが多く、その生活を保護する必要が生じます。他方、子供の方はどうかというと、相続人である子供もかなりの年齢になっていることが多くなります。そのため、子どもは、既に自立しており、生活保障の必要は少なくなる一方、少子化のために1人当たりの相続分は多くなる傾向にあります。このようなことから、特に高齢の配偶者の保護の要請が相対的に高くなっているというわけです。

(4) その後、2020年12月9日、最高裁は、夫婦別姓の憲法適合性について大法廷で審理することを決定したが、最大決令3・6・23において、民法750条及び戸籍法74条1号は、憲法24条に違反しないと判断した。

こうした状況に対応するため、法務省内に相続法制を検討するワーキングチームが設けられ、2015年1月まで検討が続けられました。ここまでの、今回の改正の背景と経緯です。

2 審議経過

ワーキング・チームの検討が済んだ後、2015年（平成27年）2月に法務大臣が法制審議会に相続法改正の諮問をしました。これを受けて、同年4月にその審議をするための部会、すなわち、法制審議会民法（相続関係）部会が設置され、ここで3年近く、合計26回の審議がされました。この間、2度にわたって、パブリック・コメントの手続がとられました。通常は1回ですが、国民生活に直接かかわることなので、慎重にされたのだと思います。こうして、2018年1月に要綱案が取りまとめられ、法制審議会から法務大臣への答申を経て、内閣から国会に法案が提出され、衆参両院で賛成多数で可決されて改正法が成立した次第です。賛成多数というのは、一部について野党の反対があったからです。このため、衆参両院の法務委員会では、付帯決議が付されています。「家族の在り方の多様化等の社会情勢の変化に鑑み、本法律の施行状況を踏まえ、その保護の在り方について検討すること」などという内容です。反対論については、後ほど、関連する個所で触れることにします。

3 改正の内容

それでは、改正の内容をご説明します。改正の特徴は、3点あります。第1は、配偶者の保護です。第2は、被相続人の意思の尊重です。これに遺言制度の現代化が伴います。家族の在り方の多様化に伴い、法定相続の規律を適用すると実態に合わないこともあるため、遺言の重要性が高まっていることによるものです。第3は、相続人を含む利害関係者間の実質的公平の配慮です。この3つの特徴が具体的な制度のなかで現れています。以下、(1)から(6)まで、順にお話しします。

(1) 配偶者居住権・配偶者短期居住権

① 配偶者居住権 (1028条～1036条)

改正の第1は、配偶者の居住権を保護する新しい制度ができたことです。まず、1028条の配偶者居住権があります。たとえば、夫の所有する家に住んでいた妻は、夫が死亡した後、その建物について配偶者居住権を取得することができます。必ずしも夫と同居していたことは必要なく、夫が所有していた建物であれば可能です。夫が亡くなった後、長男が建物の所有権を取得し、妻が配偶者居住権を取得することになると、妻は死ぬまでその家に住み続けることができます。存続期間を定めることもできます(1030条)。妻が配偶者居住権を取得できるのは、相続人間の遺産分割によってそう決めた場合(1028条1項1号。審判の場合は1029条)や、夫が遺言等で妻に配偶者居住権を与えた場合(1028条1項2号〔遺贈〕・554条〔死因贈与〕)です。この権利は、妻が死ぬと消滅しますし、第三者に譲渡することもできません(1032条3項)。そのため、その価値は建物の所有権よりも低くなります。遺産分割の際、妻が建物の所有権を取得すると、それが高額であるため他には何も受け取れなくなる場合でも、配偶者居住権であれば取得額が抑えられますので、妻が預金など他の財産も取得できる可能性が生じます。その意味で、配偶者の保護に役立ちます。この権利は、賃借権と同様の強い権利で、登記をすれば建物の所有権を取得した第三者に対しても主張できます(1031条)。ただし、借地借家法31条の適用はなく、建物の引渡しは対抗要件にはなりません。もともと、妻はその建物に住んでいたわけですから、外観には変化はなく、引渡しは公示手段としては極めて不十分だからです。配偶者居住権においては、妻は毎月の賃料を払う必要はありません。その分、妻が相続によって受け取る分から差し引かれているからです。このほか、建物の使用収益・修繕等・費用負担・返還などについて規定があります(1032条～1036条)。たとえば、妻が介護施設に入ることになった場合は、建物所有者の承諾を得れば、第三者に貸して収入を得ることができます(1032条3項)。以上、妻が配偶者居住権を取得す

るという例で説明しましたが、夫が取得する場合でも、もちろん同じことです。

② 配偶者短期居住権（1037条～1041条）

もう1つ、1037条の配偶者短期居住権があります。これは、相続開始の時から、遺産分割が終わるまで、あるいは、遺産分割が早くされたときでも相続開始から6か月間は、配偶者が居住していた建物に無償で住んでいられるという権利です（1037条1項1号。同項2号・同条3項も参照）。無償で住んでいられるということで使用貸借と似た関係になります（1041条）。こちらは暫定的なものであり、配偶者居住権に比べると配偶者の権利はやや弱いものとなります（1038条）。

（2）遺産分割に関する改正

次に、遺産分割に関する改正があります。4つの制度が新設されました。

①持戻し免除の意思表示の推定（903条4項）

1つ目は、持戻し免除の意思表示の推定です。遺産分割の割合に関するのですが、まず従来の規律を思い出していただくため、具体例を申し上げます。遺産分割をする際、相続人のなかに被相続人から生前に既に財産をもらっていた人がいたとすると、その分も計算に入れないと不公平になります。たとえば、Aが死亡し、相続人はBとCの2人だけで、その法定相続分は2分の1ずつであり、相続財産は8000万円だつたとします。普通ですとこの相続財産をBとCで4000万円ずつ分けるのですが、2人のうちBだけが被相続人から生前に2000万円をもらっていたとすると、それも含めて計算の方が公平です。そこで、合計1億円として2で割り、Bは生前贈与の2000万円と相続による3000万円の合計5000万円を取得し、Cは相続による5000万円を取得することになります。この2000万円を計算に入れることを特別受益の持戻しといいます。903条1項であり、改正前からある規律です。今回の改正は、903条に4項を新設し、その例外を設けるものです。

すなわち、AとBが結婚して20年以上たった夫婦であったとして、AがBに居住用の不動産を贈与していた場合、贈与したAが死亡し、遺産分割がされる際、その不動産については持戻しをしないでよいとする制度です。そのために、持戻し免除の意思表示があったものと推定するという制度としています(903条4項。遺贈も同様)。その結果、配偶者Bは、遺産分割の際に、かつて贈与された居住用不動産の分を持ち戻すことなく、したがって、その分多く、分配を受けることができます。相続人が配偶者Bと子Cであったとし、居住用不動産が2000万円、Aの相続財産が8000万円だったとしますと、配偶者Bは生前贈与の2000万円と相続による4000万円の合計6000万円をを取得し、Cは相続による4000万円を取得することになります。婚姻生活20年以上の夫婦の間の居住用不動産の贈与については、既に贈与税の特例がありますが、同様の考え方によるものです。すなわち、相手方配偶者の老後の生活保障、財産形成についての相手方配偶者の貢献・寄与を考慮するものです。

② 遺産分割前の預貯金の払戻し(909条の2、家事200条3項)

遺産分割に関する改正の2つ目は、遺産分割前の預貯金の払戻しに関するものです。預貯金というのは銀行預金などと郵便貯金などのことですが、以下では、単に預金といいます。預金債権については、他の金銭債権同様、預金者が死亡すると、自動的に各相続人の相続分に応じて分割して承継される、というのがかつての判例でした(最判昭29・4・8民集8巻4号819頁、最判平16・4・20判時1859号61頁)。預金は、遺産分割の対象にならず、直ちに分割されたものとされていたわけです。しかし、2016年に最高裁が判例変更をし、預金も遺産分割の対象となるという決定を示しました(最大決平28・12・19民集70巻8号2121頁)。この決定自体は、より円滑で公平な遺産分割を可能にするものですが、1つ困ったことが生じます。以前は、相続人の1人が預金のうち自分の法定相続分の払戻しを請求すると、銀行はこれに応じることができたのですが、それができなくなりました。結果として、相続人は、遺産分割が済むまで、預金の払戻しを受けら

れなくなります。そのため、相続人は被相続人の預金を葬儀費用や被相続人の借金の返済や自分たちの生活費に充てることができず、困ったことになります。家庭裁判所で手続（仮分割の仮処分）をすれば、ある程度の対応はできるのですが、一定の要件があります（家事200条2項）。そこで、改正民法は一定の範囲で預金の払戻しができるようにしました。これが909条の2です。相続人は、預金口座ごとに、相続開始時の額の3分の1に法定相続分を掛けた金額の払戻しを受けることができます。ただし、同一の金融機関については法務省令で定める額が限度となります。現在は、150万円が上限額とされています。払戻しを受けた相続人は、遺産の一部分割によって取得したものとみなされます。更に、一定の要件を満たせば、家庭裁判所の判断により、それ以上の払戻しも認められます。この制度は、さきほど申しましたように、従来からありましたが、改正により、要件が緩和されました（家事200条3項）。

なお、銀行側でも、これらの法定の制度に加えて、葬儀費用の業者等に対する直接支払などについて約款による対応をすることも検討しているようですが、なかなか難しい問題もあるということです。

③ 遺産の一部分割（907条）

遺産分割に関する改正の3つ目として、遺産の一部分割の規定の新設があります。907条です。遺産のなかで争いのないものについて、まず先に分割することが有益な場合があります。たとえば、不動産の分割については意見が一致しないけれども、預金については法定相続分で先に分割することにしよう、という場合です。改正前民法のもとでも、これは可能であると考えられており、実務上も行われてきましたが、法文上の根拠は明確ではありませんでした。そこで、907条は、一部分割が可能であることを明記し、また、どのような場合にできるのか、その制限は何かを定めています（協議、審判のいずれも可能です）。

④ 遺産分割前の財産処分の取扱い（906条の2）

遺産分割に関する改正の最後は、分割前の財産処分に関する規律を設け

たことです。遺産分割の前に一部の相続人が相続財産を処分し、相続財産を減らした場合、処分した人が遺産分割において得をすることのないように計算するというものです。相続人間の公平を図る制度です。すなわち、共同相続人全員の同意により、処分された財産が遺産分割時に遺産として存在するものとみなすことができます(906条の2第1項)。全員の同意といましたが、処分した本人の同意は不要です(同条2項)。

相続財産の帰属については、共有説と合有説がありますが、戦後の民法改正で遺産分割前に第三者が現れうることを前提とする909条但書が設けられたことから、共有説が一般的になっています。このため、共同相続人は、自己の持分を処分することができます。たとえば、不動産の共有持分を第三者に譲渡したり、預金のうち自己の相続分に対応する部分の払戻しを(適法に又は違法に)受けるなどです。この場合の後始末の仕方としては、遺産分割の時に残っている財産を分割し、処分された財産については、それとは別に清算させるという方法も考えられます。しかし、そうすると、本来は、特別受益や寄与分を反映した具体的相続分に基づいて遺産の全体が分割されるべきところ、先に処分した分の清算については法定相続分によることになってしまう可能性があります。具体的相続分と法定相続分の差(適法な処分の場合)あるいは処分した財産(違法な処分の場合)について、不法行為や不当利得による処理をすることも考えられますが、具体的相続分に権利性がないとして、認められない可能性があるからです⁽⁵⁾。そうすると、たとえば特別受益のある人が法定相続分に応じた共有持分を処分した場合、その清算も法定相続分の範囲であればよいということだと、結果的に得をすることになります。そのような帰結を避けるため、遺産分割時にその財産が処分されなかったものとみなして、遺産全体について具体的相続分で分割することとし、相続人間の公平を図ることに

(5) 最判平12・2・24民集54巻2号523頁参照。私自身は、具体的相続分の「権利性」の否定から709条の「法律上保護される利益」の否定が当然に導かれるわけではないと考えている。

しようというのが、この制度です。

(3) 遺言制度

第3は、遺言制度の改正です。

① 自筆証書遺言の方式緩和(968条)

遺言には、全文を自筆で書く自筆証書遺言、公証人に作成してもらう公正証書遺言などがあります(他に、秘密証書遺言、特別の方式による遺言があります)。公正証書遺言は、確実ですが、内容が第三者に知られてしまいます。自筆証書遺言だと、その心配はないのですが、全文を手書きする必要がありますし、死亡した後、発見されなかったり、隠されたりする危険もあります。そこで、今回の改正で、自筆証書遺言がより使いやすいものとされました。まず、遺言書のうち、目録の部分は、自筆でなくてよいことになりました(968条2項)。不動産や銀行預金の目録は、ワープロでよいわけです。登記事項証明書や預金通帳の表紙のコピーでも構いません。ただ、目録には、毎葉、つまり1枚ずつに、遺言者の署名押印が必要となります(加除訂正の方法は同条3項によります)。遺言書と目録との関係は、一体性があることが必要ですが、両者が1つの文書として編綴され契印があるとか、1つの封筒に入れて封緘するなどの形式面での要件はありません。こういったことを必要としますと、要件不備のために効力が認められないという事態が生じうるからです。しかし、一体性を確保するための適切な方法が講じられているに越したことはありません。

② 自筆証書遺言保管制度の創設(遺言書保管法)

今回の改正で、新たに、自筆証書遺言の保管制度が設けられました。民法とは別に、遺言書保管法(法務局における遺言書の保管等に関する法律)が制定されました。これは、法務大臣の指定する法務局が遺言書保管所となり、自筆証書遺言を保管し、死亡後に相続人からの請求があれば、画像情報化された遺言書の証明書(遺言書情報証明書)を交付するというシステムです。

この制度を利用したい人は、封のない自筆証書遺言を遺言書保管所であ

る法務局に提出します。東京ですと、九段にある本局、板橋出張所、八王子、府中、西多摩の各支局です。遺言者は、遺言書、申請書、本人確認書類、手数料を揃えて、保管の申請をします。保管の申請の手数料は、1件3900円です。保管されると、保管証が発行されます。遺言者は、この保管証を家族に示して、遺言書を保管してもらっていると伝えることができます。もちろん、黙っていても構いません。遺言書保管官は原本を保管し、かつ、画像情報を管理します。遺言者は、その後も、遺言書の閲覧及び保管申請の撤回をすることができます。遺言者が死亡すると、相続人だけでなく、自分が受遺者や遺言執行者になっているかもしれないと思う人は、全国のどの遺言書保管所でも、遺言書の保管の有無を紹介することができます。その人に関して保管された遺言書がある場合、相続人、受遺者、遺言執行者などは、全国のどの遺言書保管所でも、遺言書の内容を記載した遺言書情報証明書の交付を受けることができます。また、遺言書の閲覧も可能です（モニター又は原本）。相続人の誰か1人に証明書を交付したとき、あるいは、遺言書を閲覧させたときは、遺言書保管所は他の相続人等に対し遺言書を保管していることを通知します。このようにして保管された遺言については、検認（1004条）の手続は不要です。遺言書保管官が厳重に保管していて、偽造変造の恐れもないし、保存が確実だからです。この制度は、今年〔2020年〕の7月から実施されています。公正証書遺言や信託銀行の自筆証書遺言保管サービスなど他の制度との間で、どのような役割分担をするのが今後の課題だという指摘もあります⁽⁶⁾。

③ 遺贈の担保責任の見直し（998条）

遺言制度の改正の3つ目は、やや細かいものです。債権法改正により、契約当事者の担保責任についての規定が変わりました。無償契約である贈与については、贈与者の引渡義務の内容の推定規定を置きました（551条1項）。これにそろえるようにして、遺贈義務者の担保責任について、引

(6) 特集・前掲注(2)23頁〔沖野眞巳〕。

渡義務の内容が規定されました。

④ 遺言執行者の権限の明確化（1007条2項・1012条～1016条）

遺言制度改正の最後として、遺言執行者の権限を明確にしたことがあります。改正前民法では、遺言執行者の権利義務については、一般的・抽象的な規定しかなく（旧1012条）、また「遺言執行者は、相続人の代理人とみなす。」という規定があり（旧1015条）、その地位がかえって不明瞭になっていました。そこで、遺言執行者が「遺言の内容を実現するため、相続財産の管理その他遺言の執行に必要な一切の行為をする権利義務を有する」という明確な規定（1012条1項）を置き、そのうえで、具体的な規律を明確化しました。すなわち、遺言執行者が任務を開始したとき、遅滞なく遺言の内容を相続人に通知すべきこと（1007条2項）、遺言執行者があるときは、遺贈の履行は遺言執行者のみができること（1012条2項）、相続人が遺言執行を妨げる行為をした場合の効果を明示したこと（1013条2項・3項）、遺言執行者は、特定財産承継遺言（改正前に「相続させる旨の遺言」と呼ばれていたものです）がある場合に、対抗要件具備行為ができること（1014条2項）、遺産に預貯金債権がある場合は、払戻しや解約ができること（1014条3項）などです。また、「相続人の代理人とみなす」という規定に代えて、遺言執行者が権限内でした行為は「相続人に対して直接にその効力を生ずる」という明確な規律に改めました（1015条）。

（4）遺留分制度の見直し（1042条～1049条）

第4は、遺留分制度の見直しです。遺留分制度の趣旨としては、戦前には、家督相続においては家の財産、家産の維持の発想があり、遺産相続においては、家族の生活保障の発想がありました。第2次大戦後、家督相続制度が廃止され、遺産相続のみとなり、均分相続の原則が採用されました。そこで、遺留分制度は、家督相続の温存を制限するものとしての機能が評価されるようになります。つまり、遺留分制度は、遺贈や生前贈与によって特定の人に財産を集中させようとするものを制限するものであり、法定相続分の最低限の保障だということになります。戦前は、長男だけが

家督相続する制度だったのに対し、戦後は、各相続人が相続分に応じて均等に法定相続するのが原則だと強調されたわけです。しかし、現実には、農家や中小企業の経営者などには、跡を継いでくれる人に財産を残したい、財産をばらばらにしたいくないという要請があります。このため、中小企業の事業承継について、2008年に特別法として、経営承継円滑化法（中小企業における経営の承継の円滑化に関する法律）が制定され、遺留分制度の特例が認められました。また、そもそも遺言者の意思をもっと尊重すべきだという意見も強くなってきました。

このようなことから、今回の改正では、遺留分制度が大きく変わりました。従来の制度では、たとえば、2人の子供が相続人であり、遺言で長女に全財産を相続させるとした場合、遺産に土地が含まれていたとすると、次女が遺留分減殺請求権を行使することにより、その土地のうち遺留分である4分の1が長女の取得分から削られて、次女に帰属することになります。つまり、その範囲で、遺言による財産処分が物権的に減殺され、長女と次女の共有になるわけです。しかし、そうすると権利関係が複雑になりますし、現実には、遺留分を主張する相続人は金銭を求めることが普通です。そこで、改正法では、遺留分権者が権利を行使すると金銭債権が発生するものとなりました。つまり、土地は長女が取得したままとし、遺留分権を行使した次女は金銭を請求できるだけになりました（1046条）。ただ、そうしますと、長女がお金を用意できないこともあります。この点については、裁判所が支払期限を遅らせることができるようにし、調整しました（1047条5項）。この改正に伴い、遺留分減殺請求権という言葉はなくなり、遺留分侵害額請求権という言葉になりました。また、遺留分及び侵害額の算定方法も明確化されました（1042条～1046条2項〔生前贈与の算入について、相続人以外の者に対する贈与と相続人に対する贈与を分けて規定〕）。遺留分制度については、法制審議会の部会では様々な意見があり、最後の最後になって決まったものです。これについては、後ほど、もう少しお話ししたいと思います。

(5) 相続の効力等に関する見直し (899条の2・902条の2)⁽⁷⁾

第5は、「相続の効力等に関する見直し」です。これは、相続法改正を紹介する週刊誌の特集などでは、飛ばされるところですが、法律に携わる皆様にとっては、これまでの知識を更新しなければならない重要な部分です。権利の承継と債務の承継に分けてお話しします。

① 権利の承継

権利の承継については、899条の2が規定します。

(a) 不動産等 (899条の2第1項)

まず、不動産のように登記等の対抗要件制度がある財産については、改正前民法のもとでの判例からの大きな変更があります。

その話に入る前に、1つ確認しておくべきことがあります。それは、法定相続分については、登記なくして第三者に対抗できるということは、改正前後を通じて変わっていないということです。たとえば、Aの相続人がBとCの2人の子であったとします。法定相続分は、2分の1ずつです。BとCの間で遺産分割がないのに、Bが遺産分割協議書を偽造して、相続財産である不動産をBの単独名義にしたうえ、Dに売ったとします。この場合、DはBの法定相続分である2分の1は取得しますが、Cの法定相続分である2分の1は取得しません。Cの分についてB名義の登記があっても、それは無権利の登記であり、登記に公信力がないので、DはCの分は取得しないということです(最判昭38・2・22民集17巻1号235頁)。このことは、改正民法でも変わりありません。

改正前民法のもとで、判例は、この考え方を相続分の指定や相続させる旨の遺言があった場合にも及ぼしていました。たとえば、Aの相続人がBとCの2人の子であったとします。法定相続分は2分の1ずつです。Aが遺言によって、Cの相続分を4分の3、Bの相続分を4分の1と指定したとすると、Cは4分の3を登記なくして対抗できました。つまり、Bの

(7) 「相続法改正における権利・義務の承継の規律」法時1149号(2020)56頁以下〔窪田充見・水津太郎・横山美夏の各教授の論稿から成る特集〕参照。

債権者であるDが、Bの法定相続分である2分の1について、代位登記をして差し押さえたとしても、Cは4分の3について自分のものだと主張できるということです（最判平5・7・19判時1525号61頁）。Bの登記（2分の1）は持分（4分の1）を超える部分については無権利の登記であり、登記に公信力がない結果、Dが取得した持分はBの持分（4分の1）にとどまるということです。

しかし、899条の2第1項は、これを改めました。すなわち、CはDに対し、法定相続分である2分の1については登記なく対抗できるけれども、それを超える4分の1については登記がなければ対抗できないとし、Dの差押えは、2分の1に及ぶとしました。

「相続させる」旨の遺言についても同様です。改正前民法のもとでの判例（最判平14・6・10判時1791号59頁）は、「相続させる」旨の遺言について、それによる権利の移転は、法定相続分又は指定相続分の相続の場合と本質において異なるところはなく、それらの場合と同様、相続による不動産の権利の取得については、登記なくしてその権利を第三者に対抗することができるとしていました。しかし、899条の2第1項は、特定財産承継遺言（1014条2項）についても、法定相続分を超える部分は、登記がないと対抗できないとしました。

遺産分割方法の指定についても、同様です。

なお、遺産分割と登記に関しては、従来と変わりません。

(b) 債権（899条の2第2項）

預貯金や売掛金などの債権の相続についても、法定相続分を超える部分について対抗要件主義がとられるのは同じです。ただ、債権の承継の対抗要件の備え方について特則があります（899条の2第2項）。

Aの相続人がBとCの2人の子であったとします。法定相続分は、2分の1ずつです。AはSに対し、債権を有しています。Aは、Cにこの債権全部を相続させるという特定財産承継遺言をしました。この場合、Cはその法定相続分2分の1を超える部分である2分の1の承継を債務者又は

第三者に対抗するためには、467条の対抗要件を備える必要があります。すなわち、譲渡人の債務者に対する通知か債務者の承諾です。

債務者が承諾すればいいのですが、そうでないと、譲渡人からの通知が必要になります。譲渡人に相当するのはAですが、Aは既に死亡しているので通知できません。そこで、Aの共同相続人全員、つまりBとCがSに通知することになります。しかし、Bが協力するとは限りません。遺言執行者がいれば、遺言執行者が通知すればいいのですが、いるとは限りませんし、いたとしてもその人を遺言執行者とする有効な指定があったかどうかは債務者Sにはよくわかりません。そこで、遺言によって利益を受ける相続人、すなわち受益相続人であるCが単独でSに対して承継の通知をすれば、共同相続人全員が通知したものとみなすことにしました。もっとも、これだけだと、受益相続人と称して虚偽の通知をするものが現れる危険もあります。そこで、これを防止するために、受益相続人Cは通知の際、その債権に係る遺言の内容を明らかにすることが必要であるとしました。遺言の内容を明らかにするには、債務者に遺言書の原本を提示するか、あるいは、原本の存在について疑義を生じさせない客観性のある書面である写しを提示するということです⁽⁸⁾。

以上は、Aの遺言によってCが単独で債権を取得する場合ですが、BとCの遺産分割によって、Cが単独で取得する場合も、同様です。この場合、Cは、遺産分割協議書等の原本か、又は、確かな写しを提示すべきこととなります。

このように、権利の承継については「相続による権利の承継」という概念が使われています。遺産分割だけでなく、相続分の指定や特定財産承継遺言も含め、法定相続分を変える意思が介在するときは、対抗要件主義がとられています。

その理由として考えられるのは、次の3点です。第1に、遺言や遺産分

(8) 堂蘭=野口・前掲注(2)169頁。

割という意思による変更は、第三者が知ることができないので、公示の要請があることです。第2に、不動産については、法定相続分以上の取得でも登記なくして対抗できるとすると、相続人が登記をするインセンティブが働かなくなることです。第3に、債権については、法定相続分と異なる割合に変更されている場合、被相続人の債権者が各相続人の法定相続分で差押えをしたり、債務者が法定相続分の割合で弁済したりすると、不利益を被ることがあることです⁽⁹⁾。

② 債務の承継（902条の2）

債務の承継については、改正前の民法もとの判例で、基本的な考え方を示したものがあります（最判平21・3・24民集63巻3号427頁）。改正法はこれを明文化しました（902条の2）。すなわち、遺言で相続分の指定があったときでも、債権者は各相続人に対し、法定相続分に応じた分を請求できます。ただし、債権者が共同相続人の誰か1人に対し、指定相続分に応じた債務の承継を承認したときは、それによることになり、その後は、指定相続分に応じた権利行使しかできなくなります。

（6）特別寄与料（1050条、家事216条の2～216条の5）

最後は、相続人以外の親族による「特別の寄与」の制度の新設です。これは、マスコミなどで注目されたものです。改正前の民法では、相続人のなかで、被相続人の財産の維持や増加について特別の寄与をした人がある場合、その人の寄与分として、遺産分割の際に考慮するという制度があります。たとえば、父親の事業に長女も参加し、その発展に貢献し、相続財産が増えた場合、あるいは、母親の介護を郷里に残った長男がし続けたという場合です。もっとも、寄与分が認められるのは相続人に限られています。母親の介護を長男とともに、その妻も一所懸命にしたとしても、長男の妻は姑の相続人ではありませんので、その貢献は考慮されません（904条の2）。今回の改正は、相続人以外の人でも特別の寄与をした人は、寄

(9) 第1点は、吉田克己教授のご教示による。第2点と第3点については、堂蘭＝野口・前掲注（2）160頁。

与に応じた金銭の支払を相続人に請求できるという制度を設けました(1050条)。これを特別寄与料といいます。請求できる人は、相続人以外の親族です。親族というのは、親子や兄弟など血族で6親等以内の人、長男の妻や夫の兄弟など姻族で3親等以内の人、そして配偶者です。配偶者と子供が相続人である場合、それ以外の親族になります。たとえば、被相続人の兄弟です。他方、1人暮らしの老人を、隣の家の方が親切に世話していたとしても、親族でなければ対象になりません。

この制度については、法制審議会の部会で意見が分かれました。後ほど、もう少しお話しいたします。

以上が2018年の改正相続法の概要です。改正法の施行は、2019年1月から2020年7月10日までに4段階に分けて行われました。現在では、すべて施行されています。

II 今後の改正の見通し

次に、現在、法制審議会の2つの部会で審議されている問題のうち、家族法に関係するものを紹介します。

1 法制審議会民法・不動産登記法部会

1つは、民法・不動産登記法部会です。この部会は、所有者不明土地問題に取り組むため、民法や不動産登記法などの改正を検討するために設置され、2019年3月から審議が続いています。検討課題の1つとして、「相続等による所有者不明土地の発生を予防するための仕組み」があげられています。この点に関しては、相続法にも密接に関連する多くの問題が検討されてきました。現時点では、次の4つが検討されています。

第1は、相続財産の管理・清算に関するものです。他の財産管理制度との関係も考慮しつつ、相続財産の管理及び清算に関する規律を整備します。また、相続放棄をした者による相続財産の管理(940条1項)の規律の

内容を明確化します。

第2は、遺産分割に関する見直しです。最も重要なのは、相続開始から10年経過した場合は、その後に行われる遺産分割では、特別受益及び寄与分の規定を適用しないこと、つまり具体的相続分ではなく法定相続分又は指定相続分によって分割すべきことです。この点は、特別受益及び寄与分の制度を時間的に制限することになりますので、慎重に検討されています。現段階では、10年経過前の6か月以内の間に遺産分割を請求できないやむをえない事由があったときは別だとする案が検討されています。

第3は、不動産の登記名義人が死亡した場合に相続人に登記申請を義務づけること及び相続等に関する登記手続を簡略化することです。登記申請義務を認めるとして、それに違反した場合の効果はどうするのか、また、その義務の実効性を確保する方策はどうするのかについては、なお意見が分かれています。ここでは、相続のほか、相続人に対する遺贈も対象とすることが考えられていますが、それ以上に広げることは考えられていません。

第4に、相続等を契機にして取得した土地の所有権を国に移転する仕組みの創設です。いわゆる土地所有権の放棄に代わるものです。ここでも、相続を契機とする取得として、相続のほか、相続人に対する遺贈も併せて取り扱う方向が示されています。

この部会では、既に中間試案についてのパブリック・コメントの手続も経ており、現在、要綱案の作成に向けて精力的に審議を進めているところです。法務省は、来年〔2021年〕の通常国会の早い時期に法案を提出することを目指しているということです⁽¹⁰⁾。

(10) 本部会は、2021年2月2日、「民法・不動産登記法（所有者不明土地関係）の改正等に関する要綱案」を決定し、同月10日に開催された法制審議会総会では、同じ内容の「要綱」を決定した。この要綱において、本文記載の内容は維持されている（相続登記等の申請義務違反の制裁は10万円以下の過料となった）。内閣は、同年3月、この要綱に基づく法案を国会に提出し、同年4月21日、国会で可決され、成立した（同月28日公布、令和3年法律第24号・25号）。

2 法制審議会民法（親子法制）部会

もう1つは、民法（親子法制）部会で、2019年9月から審議が続いています。この部会のテーマは2つあります。

1つは、無戸籍者問題を解消する観点から民法の嫡出推定制度の見直しを検討することです。たとえば、婚姻している女性が夫のDVを受け、家を出た後、別の男性と知り合って、妊娠し、出産したけれども、離婚が成立していないという場合、あるいは、出産したのが離婚から300日以内であったという場合、前夫の嫡出推定が及びます。ここで、前夫が協力してくれれば、生まれた子を生物学上の父の子にすることができるのですが（合意に相当する審判〔家事277条〕によります）、協力してくれないとか、連絡をとることさえ恐ろしいということもあります。このような場合、女性が出生届をせず、無戸籍者が発生することがあります。そこで、嫡出推定制度を見直し、また、嫡出否認の出訴権者を拡張したり出訴期間を長くしたりすることが検討されています。

嫡出の推定については、現行法では、婚姻から200日経過後、又は、離婚等から300日以内に生まれた子は、妻が婚姻中に懐胎したものと推定し、その子は夫の子であると推定すると規定されています（772条）。これを改正し、離婚等の後300日以内に生まれた子であっても、母が既に再婚していた場合は、再婚後の夫と推定することなどが検討されています。離婚等というのは、離婚のほか、死別や婚姻の取消しも検討しているのですが、再婚した夫の子としての推定を離婚以外の場合にまで及ぼすかは、両論があります（前夫の否認権についても検討されています）。

嫡出否認については、現行法では、父のみが否認権をもち、父が出生を知った時から1年間という出訴期間がありますが（774条・777条）、子にも否認権を付与すること、出訴期間を父と子のいずれも3年又は5年とする方向は、おおむねまとまっています。子自身とは別に、母にも固有の否認

施行は、原則として公布から2年以内〔相続登記義務化は3年以内、住所変更登記義務化は5年以内〕の政令で定める日。

権を認めるべきか、また、子が成人した後、一定期間、自らの判断で行使する否認権を認めるべきかどうかについて、検討しています。

このほか、認知制度の見直しや、「嫡出」という言葉の見直しについても、検討がされています。

この部会に与えられたもう1つのテーマは、児童虐待の問題に対処するため、民法の懲戒権に関する規定等の見直しを検討することです。民法822条は、親権者はその子を懲戒することができるものと規定しています。この規定については、2011年に、児童虐待防止の観点から親権制度が改正された際、削除論があったのですが、残置論も強くありました。そこで、親権の内容に関する民法820条を「親権を行う者は、子の利益のために子の監護及び教育を有する権利を有し、義務を負う」と改め、「子の利益のため」であることを明記するとともに、822条に、懲戒ができるのは820条による監護教育に必要な範囲内だという文言を追加することに留まりました。しかし、その後、2019年に児童虐待防止法が改正され、親権者による体罰の禁止が明文で定められました（同法14条1項）。その際、改正法施行後2年を目途として、民法822条のあり方について検討し、必要があれば措置を講ずることが附則で定められました（児福附則7条5項）。また、国際連合の児童の権利委員会から、日本の民法等では、体罰の許容性について不明確であるという指摘を受けています。このような状況のもと、822条の改正が検討されることになりました。現時点では、822条を単純に削除するという案と、同条を改正し、懲戒できるという言葉はなくしたうえで、体罰の禁止を規定するという案があります。後者については、「監護及び教育のために必要な指示及び指導」はできると書く案と、それも書かないという案があります。

こちらの方は、現在、中間試案のとりまとめに向けての議論が始まるどころです。来年〔2021年〕2月ないし3月頃、中間試案のとりまとめがされ、パブリック・コメントの手に付されることが見込まれます。おそらく、2022年早々には答申がされることになるのではないかと思います⁽¹¹⁾。

3 家族法研究会（公益社団法人商事法務研究会）

このほか、近い将来、法制審議会で審議される可能性のある問題について、2019年11月から公益社団法人商事法務研究会に家族法研究会が設けられています。ここでは、親権概念の整理、父母の離婚後の子の養育、未成年者養子制度、財産分与制度などが検討されているとのこと。特に、離婚後の子の養育については、共同親権の是非等に関し、様々な意見がありますので、慎重な検討がされることと思います。研究会の成果を踏まえて、法制審議会の部会が設けられる可能性があるのではないかと予想しています⁽¹²⁾。

4 生殖補助医療の提供等及びこれにより出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する法律案⁽¹³⁾

生殖補助医療により生まれた子の親子関係については、今週〔2020年11月16日の週〕、大きな動きがありました。2020年11月16日に与野党5会派の議員が共同で、生殖補助医療によって生まれた子の親子関係に関する民法特例法の法案を参議院に提出し、同月20日、参議院本会議で賛成多数で可決され、衆議院に送られました。今国会で成立する見込みだと報道されています。この法案は、基本理念や国や医療関係者の責務などを定めるとともに、親子関係に関する2つの条文案を置いています。第9条は、子を

(11) 本部会は、2021年2月9日、「民法（親子法制）等の改正に関する中間試案」を決定した。補足説明と共に公表され、パブリック・コメントの受付に付された。本部会は、2021年9月現在、その結果を考慮しつつ、調査審議を続けている。

(12) 法務大臣は、2021年2月10日、法制審議会に対し、「離婚及びこれに関連する家族法制の見直しに関する諮問第113号」を発した。同審議会は、「家族法制部会」を新設し、審議を付託した。同部会は、同年3月から調査審議を進めている。

(13) この法律案は、2020年12月4日、衆議院でも可決されて成立し、同月11日に公布された（令和2年法律第76号。第9条・第10条の施行は2021年12月11日）。行為規制及び子に関する情報の開示等の制度について、おおむね2年を目途として検討のうえ、法制上の措置などが講ぜられる旨の附則3条が定められた。

懐胎し、出産した女性を母とするという、いわゆる分娩者=母ルールを定めるものです。これは、法制審議会の生殖補助医療関連親子法制部会が2003年に提示した中間試案と同じ内容です。分娩者=母ルールは、代理出産の場合も含め、判例(最決平19・3・23民集61巻2号619頁)のとるところでもあります。第10条は、非配偶者間人工授精、いわゆるAID (artificial insemination by donor) の場合の規定です。夫の同意を得てAIDによって妻が懐胎した子については、夫は嫡出否認ができないという規定です。これも、2003年の中間試案とほぼ同じですが、効果をより明確にしています⁽¹⁴⁾。いずれも多くの賛同を得られるのではないかと思います。もちろん、残された問題はたくさんあります。たとえば、他人の卵子に由来する胚によって懐胎する行為の規制、AIDで夫の同意に錯誤があったり、同意を撤回したりした場合の規律、AIDの精子提供者の認知の禁止、生殖補助医療で生まれた子の出自を知る権利などの問題です。この法案に反対した議員は、親子法制と行為規制とは一体的にすべきこと、また、出自を知る権利についても規定すべきことを主張しています。他方、賛成した会派は、行為規制や出自を知る権利の重要性は認識しつつ、まずは基本的な規律をしようということだろうと思います。いずれにせよ、これで終わりということにはならないだろうと思います。

Ⅲ 家族法改正の力学

1 家族法改正のむずかしさと近年の活発な動き

最後に、少し違った観点から、家族法改正を考えてみたいと思います。家族法改正をもたらすものは何か、そこにはどのような力が働くのかということです。

(14) 中間試案は、「妻が、夫の同意を得て、夫以外の男性の精子(その精子に由来する胚を含む。以下同じ。)を用いた生殖補助医療により子を懐胎したときは、その夫を子の父とするものとする。」であった。

そもそも家族法の立法は、むずかしいものです。明治時代の民法典論争では、旧民法は醇風美俗に反するという反対論が強くあり、結局、施行されませんでした。第2次大戦後の大改正の時でも、応急措置としての性格から、多くの課題が先送りとされました。これにこたえようとする1996年（平成8年）の法制審議会の民法改正要綱についても、批判があり、棚上げとなりました。家族法は、私たち一人ひとりが自分の体験や信条に基づく意見をもちうる問題を取り扱いますし、それぞれの家族観にも関わることから、対立が生じやすい領域です。どのような改正に対しても、不満を抱く人たちが必ずいることとなります。このため、立法による改正が進みにくく、近頃では、むしろ最高裁が積極的な役割を果たしてきました。

これに対し、近年、個別的課題を起点とする改正という手法がとられています。その始まりは、2011年（平成23年）に、親権制度の見直しがされたあたりにあったように思います。この改正では、児童虐待の防止に向けた親権制度の見直しが課題でしたが、法制審議会の部会では、離婚後の面会交流も取り上げられ、それを反映する規定が置かれました。その結果、1996年の民法改正要綱の一部が実現したこととなります。その後も、社会的に問題となっているテーマに関する法制審議会の部会の審議に際して、関連する問題も検討することがあるように思います。おそらく、大きな理念を予め設定して大改正をするという方法がうまくいかないので、具体的な問題を取り上げ、併せて周辺の問題も解決するという、実践的な方法がとられているのではないかと思います。そのため、個別の立法のプロセスでどのような議論がされるのかが重要な問題となります。

2 改正のプロセス——法制審議会部会を中心に

法務省の所管する民事立法のうち重要なものは、通常、次のようなプロセスをたどります。まず、①法務大臣が法制審議会に諮問します。②これを受けた法制審議会では、部会が設置されます。部会では、諮問事項について調査審議をして、通常、中間試案を作成し、これをパブリック・コメン

トの手續に付します。その後、パブリック・コメントの結果も考慮しつつ調査審議を続け、要綱案を作成します。③要綱案が作成されますと、法制審議会総会でこれが要綱として決定され、法務大臣に答申されます。④この要綱に基づいて法務省が条文化して法案を作成し、⑤閣議決定のうえ、内閣がこれを国会に提出し、⑥国会で審議されます。当然のことながら、国会で修正されることもあります。

①に先立って、事前に研究会やワーキングチームが設けられ、そこで論点の検討をすることもあります。また、④の条文化作業は、②の部会審議の後半から始まっており、その際、内閣法制局の審査を受けることとなります。

ここでは、法制審議会についてだけ、もう少し説明します⁽¹⁵⁾。法制審議会というのは、1949年に設置された常設の審議会です。当初は、民法部会、刑事法部会、民事訴訟法部会などいくつかの部会があり、その下に小委員会がありました。特に、小委員会では、学者、弁護士、裁判官、法務省関係者により、自由な研究会的な雰囲気の中で審議がされたといわれています。法制審議会に対する諮問は、ごく概括的・抽象的なものであり、たとえば、民法については、「民法に改正を加える必要があるとすれば、その要綱を示されたい」というもの1つがあるだけでした。この概括的諮問に対し、法制審議会は、随時、立法提言をしていました。1996年の「民法の一部を改正する法律案要綱」もそのようなものでした。しかし、このような法制審議会の在り方に対し批判が投げられ、学者以外の委員を増やすなどの対応がされましたが、結局、2001年の中央省庁再編の際に改組されました。

その結果、法務大臣の諮問によって、都度、その諮問について調査審議するための部会が設置され、答申をすれば、部会は解散するという形にな

(15) 星野英一「法制審議会——この知られざる存在」同『民法論集第9巻』(1999)75頁〔初出1996〕。私自身は、改組直前の法制審議会(民法部会)に幹事として参加し、改組後のいくつかの部会に臨時委員として参加してきた。

りました。部会のメンバーも学者だけでなく広い範囲に及んでいます。たとえば、民法（相続関係）部会の委員・幹事合計30名の内訳は、民法学者7名、民事訴訟法学者3名、憲法、日本近代法史、社会学の学者がそれぞれ1名、裁判所5名、弁護士3名、税理士1名、労働組合、消費者団体、銀行業界がそれぞれ1名、法務省が4名、内閣法制局が1名でした。このほか、関係官として、法務省や裁判所の局付、関係省庁の方、調査員という資格の若手研究者などが参加することもあります。これが、法制審議会の部会の現状です。

3 改正の力学

(1) 民事立法のプロセスで作用する力

この民事立法のプロセスにおいて、様々の力が作用します。もちろん、決定的に大きいのは、政治の力です。単に法案を国会で審議するというだけでなく、それ以前から、大きな影響力をもちます。たとえば、最高裁の相続分差別違憲決定に対し、国会審議等で懸念の表明や問題提起があったことが、今回の相続法改正のきっかけとなりました。また、法制審議会の部会での検討と併行して、法務省の方々から国会議員に対する説明もされているようですし、法案作成段階から閣議決定にいたるまで、多くの政治プロセスがあるようです。他方、今回の生殖補助医療親子関係特別法の議員立法のように、まさに政治の力で一気に立法化されるということもあります。このような政治の力については、私は知識がなく、申し上げることができません。しかし、だからといって、法制審議会やその部会での議論が無価値だということは、まったくなく、現実にも大きな意味をもっていることは、今回の生殖補助医療親子関係特別法と2003年の中間試案との関係を見ても明らかであると思います。そこで、ここでは、政治の力を意識しつつも、それとは離れた観点から、民事立法にいたる過程で作用する力を検討したいと思います。4つのレベルで検討します。

第1は、大きな状況の変化、時代の流れです。社会状況や経済状況の変

化、科学技術の発達、人々の意識の変化、海外の動きなどです。これが改正の基底となります。たとえば、少子高齢化、女性の社会進出、選択的夫婦別姓についての意識の変化、生殖補助医療の発達、DNA鑑定の広がり、嫡出でない子についての外国法の改正、児童の権利に関する条約の批准などです。

第2に、これらの大きな変化が個別具体的な現象として表出することがあります。具体的な出来事、それに関する報道、関連する学界や論壇の議論、各種団体の活動、経済界の動きなどです。たとえば、外国で代理母に出産をしてもらった日本人夫婦のケース、児童虐待、DVに伴う無戸籍者の出現、所有者不明土地の増加などです。

第3に、これらを背景に、立法への起動力が生じることがあります。最高裁判例、関連する他の法律や条約の動向、世論、各種団体の活動などが立法を促すことがあります。また、以前の立法の際に、将来の追加措置を求める付帯決議や附則があった場合は、その後、強力な立法の契機となります。本日も紹介した最高裁の相続分差別違憲決定、児童虐待防止法改正などは、その例です。

第4に、立法過程に入ると、ここでも様々な力が働きます。これも、段階によって違いがあるように感じます。具体的な立法の準備は、法務省民事局が第1ないし第3の状況を見定めて、法制審議会の部会の立ち上げを検討するところから始まります。部会の前に研究会が組織され、そこで論点を整理したり、関係者からヒアリングをしたり、実態を調査したりします。ここでは、研究者の力が比較的大きな意味をもちます。その後、法制審議会の部会が立ちあげられ、さきほど申し上げたように、様々な立場の方がメンバーになります。ここでは、研究者だけでなく、弁護士会や関係団体の方々も活発に発言されます。その後、中間試案を作成し、パブリック・コメントの手续に付し、広く意見を求めます。もっとも、実際に回答を寄せるのは、関係する団体、研究者、裁判所、弁護士会などが中心です。その後、部会の審議は後半に入り、要綱案に向けて具体化してい

きます。この頃から、法務省の担当者は条文化の準備を始め、併行して内閣法制局の審査を受けることになります。内閣法制局の権限は大きく、部会で了解されたことが容れられないこともあります。債権法の改正のために大学を辞めて法務省に入られた内田貴教授は、今年、出版された『民法Ⅲ〔第4版〕』（東京大学出版会、2020年）という著書で、債権法改正の際、内閣法制局によって認められなかった具体例をいくつか示しています。この段階では、部会では最後まで残った問題について議論がされます。ここでは、様々な立場の主張の違いを乗り越えて、新たな規律を創造する作業が行われます。

以上の4段階をまとめますと、基底の変化とその表出という立法事実を背景に、立法の起動力が生じ、法制審議会部会で、議論と調査を経て創造がされる、それぞれのステージで様々な力が作用する、ということになります。

（2）具体例の検討

相続法改正について、2つの具体例をお示ししましょう。

① 遺留分制度の改正

1つは、遺留分制度の改正です。その基底として、遺留分制度が社会で果たす役割の変化があったように思います。第2次大戦後には、家督相続の実質的存続を防止するという観点から、均分相続の理念や相続人間の公平が強調されましたが、次第に、遺族の生活保障に重点が移り、さらに近年では、遺言を重視する傾向がでてきました。そこには、事業承継の要請が強まっているという社会的背景もありました。また、遺言自由を重視し、遺留分制度を制限的なものとする方向を示す研究も公表されました⁽¹⁶⁾。これらの表出として、2008年の経営承継円滑化法の制定がありました。また、遺留分減殺請求により出現する共有関係が不動産処分を困難にしたり事業承継に支障をもたらすという例も指摘されるようになりまし

(16) 西希代子「遺留分制度の再検討」法協123巻9号1頁～125巻6号130頁(2006～2008)。

た。相続法改正の起動自体は、さきほどお話したような経緯でしたが、そのなかで、被相続人の意思の尊重が説かれ、それに基底の変化とその表出が結合しました。

こうして、具体的な制度作りへと進んだのですが、現物返還の可能性を残すか、全面的に金銭的解決とするかについて議論があり、金銭の請求を受けた受遺者・受贈者が、金銭の支払に代えて、遺贈された目的財産を給付するという制度がいったんは部会の結論となりました。しかし、最終回の部会で、これが変更され、金銭請求のみとする制度とされ、これが改正法となりました。そこには、部会の外の力も作用したのかもしれませんが。私自身は、現物返還の可能性を残す方向の意見だったのですが、改正法ができた後、金銭請求のみとする制度に対する社会の反応が、案外、好意的だったので、これが時代の要請に合っていたのかとも思いました⁽¹⁷⁾。

② 「特別の寄与」の新設

もう1つ、「特別の寄与」の新設を取り上げたいと思います。これについては、法制審議会の部会における最終段階の議論だけをご紹介します。当初は、この制度の新設の当否について議論がありましたが、パブリック・コメントを経て、これを設ける方向となりました。そこで問題となったのが、相続人以外で、特別の寄与をした者とされる対象者の範囲です。まず、まったく無限定にすると、被相続人の生前に面倒をみてあげたとか、被相続人の事業が危ないときに資金を貸して救ってやったといった人たちが次々に出てくる可能性があります。また、被相続人の事業を手伝っていたとしても、きちんと給料が支払われていたとすると、それ以上、与える必要はありません。そこで、「被相続人に対して無償で療養看護その他の労務の提供をしたこと」、それによって、「被相続人の財産の維持又は増加について特別の寄与」があったといえることを要件としました。そのうえで、さらに絞ることについて意見が分かれました。

(17) 金銭債権化に伴い、遺留分権者が遺留分侵害者の他の債権者との関係での優先的地位を失ったという点については、特集・前掲注(2)31頁以下を参照。

一方で、「長男の嫁」を念頭において、狭い範囲の人を対象とすべきだという意見がありました。これに対しては、「長男の嫁」に舅や姑の介護をする役割を押し付ける制度だという誤ったメッセージとなるという批判がありました。他方で、事実婚など婚姻以外のカップルの間でも認めるべきだと考え、広い範囲の人を対象とすべきだという意見がありました。これに対しては、たとえば、近所の人で、被相続人の晩年、面倒をみていたという人などまで含まれるのではないかという疑問もありました。

そこで、「特別の寄与をした者」という無制限の案に対し、なんらかの制限をする案が次々に提示されました。すなわち、「二親等内の親族」（部会資料19-1）、「三親等内の親族」（同22-1）、「被相続人の直系血族及びその配偶者、被相続人の兄弟姉妹及びその配偶者並びに被相続人の兄弟姉妹の子及びその配偶者」（同24-1）です。そして、最終的に「親族」という範囲が示され（同25-1）、これが結論となりました。親族という概念を用いることについては、婚姻関係を尊重する考え方からは妥協できることとなりますが、非婚姻カップルまで広げるべきだという立場からは、事実婚や同性カップルは親族ではないから対象とならないが、それは不当だという批判が投げられます。この点が、国会での法案に対する賛否の分かれ目にもなりました。事実婚などを含めることについては、今回の改正のきっかけの1つとして、法律上の婚姻家族の尊重という意見があったことから、コンセンサスを得ることが難しく、将来に委ねられたものと理解しています。当面は、契約や遺言の活用で対応せざるをえないという状況です。私は、部会では、この制度の新設自体について慎重な立場でしたが、制度ができた以上、その適切かつ柔軟な運用がされることを願っています。

（3） 法務に携わる方々に対する期待

このように、民事立法、とりわけ家族法改正については、大きな流れと、拮抗する意見のなかで、広く納得の得られる案が探求されます。近年では、包括的な改正を目指したうえ、絞り込んでいくのではなく、ピンポイントの現実的課題を示したうえ、関連事項に拡張すること、また、一度

で決着をつけるのではなく、継続的な改正を視野に入れることが立法の特徴だと思えます。

つまり、かつては、学者を中心として、理論的に一貫した不磨の大典を作り上げるというイメージを持つ人もいたかもしれませんが、現在は、より現実に即した、また、時代の変化によってはさらに変わることもある、機動的な立法という傾向にあります。

ここにおいて、法曹など法務に携わる方々の役割が一層重要になってきます。実務家は、社会に存在する問題を鋭敏に取り上げ、場合によっては訴訟を提起するという形で、さきほど申し上げた基底の変化を表出させる役割を果たしてきました。これは、今後とも重要です。さらに、今日では、立法の段階でも大きな役割を果たしています。法制審議会の部会には、弁護士である委員・幹事が常に参加されています。弁護士会は、バックアップチームを作って、事前に掘り下げた検討をし、その成果を委員・幹事が部会で披露し、また、自らの考えに基づく発言もなさいます。これらは非常に有益なものです。部会において、研究者と弁護士以外の参加者は、それぞれの出身母体である団体の意見を表明されることが多いです。それは当然のことです。大企業、中小企業、銀行、労働組合、消費者団体などがそうですし、関係官庁もその立場からの発言をされます。裁判所も、裁判実務への影響という観点からの意見を表明されることが多くあります。他方、弁護士は、様々の立場の代理人となることがあります。その意味で、他の委員・幹事が代表しきれない人々の利益を提示することができるという立場にあります。

もちろん、研究者の役割がないわけではありません。外国法も含む基礎的な情報を有していて、それに基づく時代を先取りする考え方を提示することがあります。また、共通認識を形成するための視点を提供したり、考慮すべき他の価値を指摘したりすることもあります。

しかしなお、研究者の手の届かない部分は多くあります。やはり、立法における実務家の役割は、非常に大きいものです。それは、法制審議会の

なかだけでなく、たとえば、法務に携わる方々が雑誌等で論文を公表するという形で現れることもあります。

ただ、ここで1つだけお願いしたいことがあります。それは、「実務では」という言葉を使う際には、注意深くあってほしいということです。「実務では」というとき、ともすれば、理論と実務を異質なものと捉え、理論的なことはよくわからないし、わかる必要もないが、実務がこうだからこうあるべきだという、一種の思考停止に陥る危険があるように思われるということです。「ドイツでは」とか「フランスでは」とばかりいう研究者について、「出羽守」といつてからかうことがあります。『「実務では」の守』になっていないかということ意識してくださればと思います。

現在、研究者と実務家の共同作業の重要性はますます大きいですし、協力のレベルは確実に上がっています。本日参加された皆さまも、新しい立法の優れたユーザーでいられるとともに、ぜひ、作り手の立場でも参画され、よりよい法制度を構築してくださることを期待しています。

長時間にわたり、ご清聴いただき、ありがとうございました。