HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	雑報
Citation	北大法学論集, 55(6), 329-333
Issue Date	2005-03-18
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15345
Type	bulletin (other)
File Information	55(6)_p329-333_.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

雑　報

北海道大学法学会記事

○二〇〇三年一二月二七日　午後二時より（民法理論研究会と共催）

「法の理論から法の解釈へ――批判的社会理論の可能性」

報告者　棚瀬孝雄（京都大学大学院法学研究科教授）

出席者　三五名

わが国では、法解釈方法として、フォーマリズムへの回帰が見られる昨今において、暗黙知として語られがちな「リーガルマインド」においても、法実務の「死角」が潜んでいて、それを外的視点から可視化する必要があると指摘し、大勢に抗して、リアリズム法学の継承のもとに、法解釈を社会的コンテクストのもとに批判的に「文脈化」していく方向性を探る報告であった。

すなわち、一九世紀アメリカにおけるフォーマリズムの背景としては、ネーションとして未成熟の段階で、啓蒙の論理が強く打ち出されていたが、リアリズム法学期には、対応すべき社会的状況が前面化して、社会的機能の中で「法」は捉えられ、啓蒙的憲法原理の欺瞞性も暴露されるにいたった。しかしそれでもなお、一九五〇年代、六〇年代においては、自由主義的理念が単純にクローズアップされていたが、その後、多文化主義的状況認識が高まり、「人種」を巡る議論が沸騰している現状にある。こうした中で、「内的視点」とか「地平の融合」とか、わが国では比較的有力化している方向性では無理があり、前述の如き方向性が示された。

なお、契約法観についても、議論になり、地平の融合としての取引内の了解という見方に疑義が示され、少なくとも日米の契約観は異なることが、強調された。

いずれ、棚瀬教授自身が、本報告を活字化されるとのことであるので（北大法学論集に掲載予定）、詳細はそちらに譲りたい。年末の企画であったにもかかわらず、参加者は多く、議論も活発であったことは、教授の研究活動及びこうした解釈方法

論への多方面の方々の関心の高さを示しているのであろう。

（文責　吉田邦彦）

○二〇〇四年一〇月三〇日（土）午前一〇時より

「高齢化社会の下での相続法」

報告者　マクシミリアン・フックス（インゴルシュタット・アイヒシュタット・カトリック大学教授）

通訳　藤原正則

出席者　二一名

一．二〇〇四年一〇月にフックス教授は信託関係の財団の招待で東京で講演した後（筑波大学・新井誠教授が世話人）、札幌を訪問された。本講演の下敷きとなった原稿の翻訳は、信託法研究に掲載予定である。以下は、法学会での講演の要約である。

二．現在の高齢化社会の下で、ドイツの相続法がどのように変化したのかにつき、相続法上の制度、人口構成の変化、ドイツの相続法の反応と機能という順序で問題を取りあげたい。

三．一九〇〇年のドイツ民法典は、相続法を家族法から切り離し、所有権の自由と同様に個人財産の承継へと変化させた。その象徴が、遺言相続の法定相続への優先である。ただし、家族の結束も無視されたわけではなく、配偶者相続権の尊重（役権ではなく、相続分）と扶養の要素は遺留分に残された。加えて、第二次世界大戦後は、剰余共同制の夫婦財産制、および、四分の一相続分を増額することで、生存配偶者の生活を尊重している。かつ、以上の傾向は別産制でも変わらない。

四．次に、高齢化社会に適合的な三つの相続法上の制度（共同遺言、先位・後位相続、相続契約）について解説する。（a）夫婦間でだけ許される共同遺言を相関的に行えば、一方の無効は他方の無効をもたらし、かつ、拘束力を持つことになる。さらに、実務で多いのは、生存配偶者を単独相続人（先位相続人）とし、（共通の）子を後位相続人に指定するベルリン式遺言である。加えて、子の遺留分の主張を封じる条項が付加されるのが通常である。（b）先位相続人は完全な相続人だが、処分権は制限されており、その法的地位は役権者の地位に類似している。かつ、後位相続人は相続の見込みではなく、期待権を持ち、期待権は譲渡・担保設定が可能で、後位相続人の債権者は執行が可能である。つまり、先位相続によって遺産をできるだけ目減りさせず、後位相続人に承継させるのが、以上の制度の目的である。（c）相続契約は被相続人と相手方との契約で、相手方又は第三者を相続人指定するか、受遺者とする契約である。

相続法上の処分と契約という二重の性格を持っている。一方で、相続法上の処分ゆえ、方式は公正証書が要求される。他方で、契約ゆえ撤回不可能、かつ、相続契約に矛盾する先行後行の死因処分は無効とされるが、被相続人の生前処分は自由である。但し、受益者を害する意図での被相続人の贈与の受贈者は不当利得の規定による返還義務を負う（以上の規定をめぐって、判例・学説上は色々と争われたが、返還請求の要件は拡張された）。以上は高齢化社会に適合的な相続法上の手段だといえる。その理由が、以下で示す人口動態の変化である。

五、ドイツ民法典の立法時の一九〇〇年には、出生率は二・五人で人口維持の最低限二・一を大きく上回っていた。ところが、一九六〇年代の終わりから出生率は減少し続け、現在は一・四人である。反対に平均余命は、男子四四・八歳、女子四八・三歳から、一九七五年で六八・六、七五・二となっている。以上の傾向は、連邦統計局の予想でも継続し、二〇五〇年では八一・八、八六・六となる。その結果、相続時の年齢が高齢化し、相続の伝統的な機能が変化している。つまり、かつては、相続時に被相続人は六〇歳～六五歳、相続人は二五歳～三〇歳だったが、現在は七五歳～八〇歳、五五歳～六〇歳である。かつては被相続人は職業生活の引退以降の人生は短く、他方で、相続人は人生のスタート（職業生活、家庭生活）のために相続財産を必要としていた。ところが、現在は以上の相続人の生活保障（扶養）の機能が脱落し、被相続人にとっての相続財産の必要性が目立ってきている。

六、以上を前提に相続法の機能を考えると、先に見た相続上の制度の二段階の性格が、高齢化社会に適合しているのが分かる。つまり、まずは自己と配偶者の生活、次に、子の相続の確実性である。したがって、以上の三つの制度では相続契約が最も利用可能性が高く、被相続人は相続人指定、遺贈と引換に、介護などの世話を受益者と約し、反対に受益者は相続の確実な保証を得る。こういった形で、二段階の相続を確実とする措置を講じることが可能となる。つまり、相続は「売買」されて連鎖することになる。以上の意味で、ドイツ民法典は立法時から高齢社会のための法制度を全て持ち合わせており、現在はその機能が変化したといえる。但し、実は言うに足る財産を相続できる人間は限られており、必ずしも事態が楽観的なわけではないことも付言すべきであろう。

七、討論では、主に比較法的な視点から、財産承継のための各国の法制度に関する討論が行われ、ドイツ法のような相続法上の制度を禁止する国も、生前処分などの組み合わせで、結論

的には類似した結果に到達する可能性が議論された。さらに、遺留分の存在理由が議論され、扶養の方向に収斂する可能性（イギリス・モデル）が論じられた。（文責　藤原正則）

○二〇〇四年一一月四日（木）午後三時より

「司法審査の現状と将来」

報告者　棟居快行

出席者　三二名

当日は右のタイトルに「今日の雑感」という副題を付けた。未熟な感想を開陳する機会を与えていただき法学会に御礼申し上げたい。

まず司法が置かれた現状（この数年を指す）について、報告者はそれがいま極端に両義的な要請にさらされていると考える。すなわち、一方では過度の司法消極主義（いわば「小さすぎる司法」）である旨の指摘が憲法学者からばかりでなく憲法調査会において与党議員からもなされる事態があり（衆議院憲法調査会平成一二年五月二五日開催分における保岡興治委員の発言）、他方ではUFJ統合交渉を禁止した東京地裁の仮処分決定を取り消した東京高裁決定に対して住友側から投げかけられた「司法が判断する問題ではなく、経済活動への過剰介入だ」（日経新聞二〇〇四年八月一六日朝刊掲載の住友信託社長発言）といった批判（いわば「大きすぎる司法」）がある。また、別の観点からみても、司法改革の理念の一つとも言って裁判員制に象徴的にみられるような「司法の民主化」の要請があり、他方には知財高裁や専門委員制度の導入にみられるような「司法の専門化」の要請がある。こうした「より大きな司法」vs.「より小さな司法」、「より民主的な司法」vs.「より専門的な司法」という対立図式が司法を取り巻いている。

このような現象は、以下のような日本国憲法の「司法権」の理念に内在する両義性がここにきていっきょに噴出していることの結果であるともいいうる。すなわち第一に、「具体的事件の解決」vs.「憲法保障機能」という司法審査制の意義をめぐる対立図式は戦後初期から憲法学においては常識的であった。また第二に、刑事司法の急所ともいいうる「真実発見」vs.「適正手続」も、後者が理論的には勝者であるはずが、実務上は必ずしもそうなっていないと批判されてきたところであろう。

実はこれらの対立図式において、九〇年代までにすでに司法は一つのクリアな自画像に到達していたのではないかとも思われる。それは、個別事件ごとに事案の真実を証拠により発見し（すなわちあくまで「真実発見」のための「適正手続」）、事件

の適切な解決という意味で弱者救済を行う（すなわち「具体的事件の解決」が本義であり「憲法保障」はその結果である）というものであろう。このような司法像は、一言でいえば「小さな司法」である。それは象徴的にはハンセン病事件熊本地裁平成一三年五月一一日判決（判時一七四八号三〇頁）にみられたような、個別の弱者を判例の網をかいくぐってでも救済しようとするスタンスをとる。当該事件の弱者救済に特化したアプローチが、結果的には世論や政治を動かすいわば「アルキメデスの点」となりうることを同判決などは教えてくれる。

しかし、このまま「小さな司法」による個別救済の積み重ねでよいのか。必ずしもそうとは思われない。冒頭に述べたように、今日なお「大きな司法」（司法積極主義、民主化された司法。憲法保障機能ならびに適正手続の要請もまた、これら「大きな司法」の徴表であろうと考える）への期待はある。のみならず、理論的にも「小さな司法」には問題が残されている。まず第一に、「国家」と「社会」の二元論が「小さな司法」の前提にあり、司法は「社会のなかの正義」（財産権と人格権）を実現すればよいと考えられているのではないか。そうであれば、表現の自由の規制など政治過程のゆがみが正面から違憲とされないことにより、「国家」の領域における正義の実現がもっぱら国民に委ねられていることになる。これは期せずして直接民主制への動因ともなりうる。司法が過度に「国家」の領域を忌避することで、代表民主制の正当性への疑問を亢進させてしまうのである。第二に「小さな司法」は当事者や事件の姿を重視するから、憲法保障にとっては場当たり的であり偶然の要素が大きい。時間もかかる。現状のように市民団体や弁護士グループが弱者を支援し（そうでなければ真に弱者であるものが訴訟を提起するのは困難であろう）、それなりに絵になる訴訟を提起してくるのを待っているのでは、憲法裁判所導入論に歯止めはかからないであろう。第三に、「事件性」の希薄な事案では、やはり憲法判断を引き出しにくい。事件がないのだから弱者もいないといえばそれまでであるが、「大きな司法」が民主主義の欠陥やよどみを補うことが将来の具体的事件の予防になることはいうまでもない。冒頭に述べたような「大きな司法」を志向するベクトルが勢いを増している今、戦後司法の到達点ともいいうる「小さな司法」の善し悪しについて再考する必要があるだろう。憲法学者として外野から司法をながめつつ、日本国憲法の「司法権」の意義につき考察を続けたいと考えている。