



Wave

ウェーブ

No.8

発行：全国司法書士女性会

事務局：司法書士法人
東大阪前川滝川事務所 内

〒579-8036

大阪府東大阪市鷹殿町 1-7

TEL：072-981-5281

FAX：072-987-3460

全国司法書士女性会 お問い合わせ先 e-mail: joseikai@aoitakigawa.com

全国司法書士女性会 ホームページ <http://shihosyoshi-joseikai.com>

私達の声は、大きな波となり、願いが叶う日がきっと来る！

【第13回総会・第16回女性の集い】

2012年10月13日(土)～14日(日)京都でお会いしましょう！

2010年10月23日(土)岡山にて、第11回全国司法書士女性会総会と第14回全国司法書士女性の集いが行われ、2011年10月15日(土)東京の司法書士会館にて、第12回全国司法書士女性会総会と第15回全国司法書士女性の集いを開催いたしました。

2011年総会には、韓国法務士・朴恵真氏をお迎えすることができ、充実した研修会となりました。加えて、朴さんご自身を含め韓国の女性たちの活躍振りを伺い、多に啓発されました。

2011年3月11日に、三陸沖を震源とするマグニチュード9の大地震と、それに起因する大津波によって、東北地方の太平洋沿岸は大きな被害を蒙りました。さらに、東京電力福島第一原子力発電所の「過酷事故」(シビア アクシデント)によって、多くの人が家や土地を奪われてしまいました。被害に遭われた方々に心よりお見舞い申し上げますとともに、原発を許している現状を深く憂慮し、反省致します。

ウェーブ第8号を発行するにあたり、現役法務大臣滝実氏より投稿を戴いたことは「女性会」身に余る光栄とするところです。

また、法務大臣在任中の江田五月氏から投稿を頂戴しておりようやく掲載させていただくことができました。有難うございます。

研修会でご講義いただいた九州大学・赤松秀岳先生のご了解をいただき、レジュメ並びに参考判例の掲載が実現いたしました。同志社大学・川嶋四郎先生のレジュメは文書形式上掲載できないことになりましたので、お申し出下されば、個別に対応させていただきます。

さらに、当「女性会」黒一点役員渡辺理事のオンブズサポート記事も掲載いたします、ご期待下さい。

さて、私達全国司法書士女性会は、選択的夫婦別姓制度の実現に向けて活動を続けておりますが、今後も精力的に活動を継続する覚悟です。

国連勧告に従わず夫婦別姓制度の実現をみない現状である国の不作為を違憲として国家賠償訴訟が係属中ですが、FAX通信などを活用して現状報告をさせていただく予定です。

婚姻後、夫婦同氏を強制する現行民法(750条)は、氏の選択権を否定するもので基本的人権を認めない明らかな憲法違反であると考えております。

原発事故への政府・行政機関の対応は、この国の人権意識の希薄さを露呈しましたが、「女性の自立に基づく意思決定権」獲得は、この国の前近代的な人権状況を改善する一助になると確信しております。

しかし、また、選択的夫婦別姓制度の実現には世論の賛同が不可欠であることも認識しております。

価値多様を求める声・別姓を必要とする人たち・夫婦別姓を望む人たちが法律婚をできるよう、選択的な夫婦別姓制度の実現を目指し活動を進めます。

賢明な皆様方のより一層のご理解とご支援を期待して、巻頭のご挨拶と致します。

今後ともどうぞ宜しくお願い申し上げます。

会長 大城 節子

身体髪膚 これを父母より受く 敢えて毀傷せざるは 孝の始めなり
身を立て道を行い 名を後世に挙げ 父母を表すは 孝の終わりなり

この文言は、孔子と弟子たちとの問答の中から曾子の部分を抜き出して「孝経」としてまとめた言行録の巻頭にある言葉です。

身体、頭髮、皮膚のいずれも両親から受け継いだものです。それなのに皮膚に入れ墨などをするのはもってのほか。怪我をしたり、入れ墨をしたりして親に心配を掛けないことが親孝行の第一歩です。

そのうえで、一人前に自立する人間として、あの人は良い人だといわれるような人になり、さすがはあの人の子だといわれて親の名が人の口に出るようになるのが究極の親孝行だということです。ですから、親孝行を重んじる儒教の国では男の子も女の子も父母を表すために父親の名を称しているようです。

1300年もの昔、光明皇后が「楽毅論」を臨書されて「藤三娘」と署名しています。藤原氏の3番目の娘でいらっしやることを表しています。また、奈良国立博物館所蔵の「阿闍世王経巻下」には「皇后藤原氏光明子奉為」とあります。写経の趣旨が天平12年5月1日「藤原氏の光明子」が亡き父母のために発願したこと、光明子は藤原氏であることを示しています。

このように日本においても夫婦別氏とされた時代があり、明治9年に戸籍を所管する内務省からの伺いに対して、太政官指令は、原則として妻は生家の氏を用いるべきとしています。

その後に立案された明治23年の旧民法では、「戸主及ヒ家族ハ其ノ家ノ氏」を用いることとされ、夫婦同氏を採用しました。この民法は延期論が起り実施されませんでした。夫婦同氏は明治31年の民法に継承されました。

当時、欧米諸国の多くは夫婦同氏としていましたが、ドイツ民法は1993年に改正されて夫婦別氏を選択できるようになるなど、夫婦別氏の制度の広がりには歴史の流れというべきでしょう。



2012年 6月14日 法務大臣室にて

滝 実氏から格調高いご投稿を頂戴いたしました、有難うございます。

難しい言葉・史実、文献をあたり以下にまとめさせていただきました。ご参考になさってください。

文責 大城節子

1. 身体髪膚（しんたいはっふ）

からだのすべて。「身体」は、からだ。「髪膚」は、髪の毛やはだ。「身体髪膚を父母に受く」という形で、親から与えられた身体を傷つけるべきではないということをいう時に用いられることが多い。

2. 孝経（こうきょう）

孔子がその門人曾参（そうしん）に孝道を述べたものを、曾参の門人が記録したものと言われる。儒学の経典である経書（けいしょ）の一つ。

3. 楽毅（がっき）

中国戦国時代（前403～前221）の武将

4. 楽毅論（がっきろん）

魏の夏侯玄の著。習字の手本として、王羲之の楷書の模本が著名。

5. 阿闍世王（あじゃせおう）

父王を殺し即位したが、のち釈尊の教化によって懺悔し、仏教の保護者となった。仏教興起時の中インド、マガダ国の王。

6. 太政官指令

●明治8年11月9日内務省伺

「凡テ婦女他家ニ婚家後ハ終身婦女実家ノ苗字ヲ称スヘキヤ又ハ……中略……夫家ノ苗字ヲ終身称サセ候哉」

●明治9年3月17日太政官指令（上記内務省伺に対する返答）

伺之趣、婦女人ニ嫁スルモ仍ホ所生ノ氏ヲ用ユヘキ事 但夫ノ家ヲ相続シタル上ハ夫家の氏ヲ称スヘキ事

※明治8年の内務省伺に対し、太政官は「入嫁シタ妻ノ氏」について、妻は夫の家を相続しないかぎり「所生の氏」を称すべきと指令した。

7. ドイツ民法1993年改正

1990年10月、ドイツ統一後、1991年3月連邦共和国憲法裁判所の違憲判決に基づき、93年11月に別姓を選択できる法律を可決。

夫婦別姓の強制と夫の姓優位の原則は改められた。

私は政治家になったら特に成し遂げたいことが2つありました。1つは幼保一元化、2つ目は選択的夫婦別姓です。幼保一元化は若い働く母として、幼稚園に通わせ、終わった後に保育園は、保護者にとっての負担だけでなく、児童にとっても決して良好な環境とは言えず、必ず一元化したいと願いました。

しかし、文部科学委員に15年属し、副大臣をし、保育所と幼稚園の壁の厚さに愕然とし、とても一挙に取り外すことは現場を無視した乱暴なことであることを認識しました。両者の長い歴史に培われた文化、意識、日々の児童との接し方、給与体系等々、余りにも異なることに、一元化するには長い時間がかかることを知りました。

5年前に段階的一步として認定こども園を発足させました。今回、消費税増税で7千億の子育て支援のお金を捻出し、さらなる前進をしていきたいと目標も見え、大きな光が見えてきました。

2つ目の選択的夫婦別姓。今まで国会内で大集会が開かれ、今にもドアが開かれそうになりながら、またしっかりと堅固にドアが閉ざされ、この数年が過ぎていることを残念に思っています。

その間、別姓を願っていた国会議員も結婚し、夫に妥協してもらい、妻の姓になった人も数名います。だれかが熱意をもって、がむしゃらに頑張らなくては、法律はなかなか成立させられません。私はこの目標に向かってエネルギーのすべてをかける程の原動力にならなければと決意しているところです。

私事ですが、池坊は今年550年を迎えます。ただあるものを伝承してきて今日を迎えたものではありません。要らないものを捨て去り、良きものを取り入れ、その時々にした人々と共に変化を遂げてきたからこそ、550年の歴史があるのです。文化もそうであるなら当然、私たちの生活を支える法律はそうあるべきです。

娘が生まれた時、周りの人は男の子の出産を望みました。今まで長い歴史の中で女性の家元は存在しなかったからです。しかし私は、性別の違いで、職業が限定されるのはおかしいと思っていました。それは性別ではなく個人の問題です。資質、努力等々の問題なのです。

古い京都の体質の中で、幼い頃から娘は、「由紀ちゃんには恋愛も自由にできないわね。御養子さんをもらわなくては」と前時代的なことを言われてきました。私は、毅然と「大丈夫。あなたが結婚する時は夫婦別姓になっているわよ」と力強く言い続けてきました。にもかかわらず、それを待てず彼女は結婚し、夫が妻の姓を名乗りました。夫の両親には迷惑もかけ、私も申し訳ない思いが残りました。「どちらの姓を名乗っても良いのだから」と説得し、娘の方の姓を名乗ってくれたことに感謝しています。しかし、別姓が認められたら、精神的負担も少なくて済んだという思いが今もあります。選択肢の多い社会の方が

成熟した社会と私は信じています。選択制なのですから、どちらを選ぶかはその個人の問題なのです。

我が家だけでなく、世間には名前を変えると大変不便が生じる人も大勢いるのです。別姓で家族が崩壊するのなら、本質的にその家族は形骸化している家族だと思います。私の場合は、娘も池坊の名前を捨てることは仕事上、困難と言わざるを得ません。

次女は結婚して12年。夫婦別姓が認められる社会になることを信じ、今も別姓のまま仕事を続け、真に相手を必要とし、支え合う家庭を築いています。次世代のために私は真に自由な、個人が尊重され、互いに敬愛される社会の実現に向け、力を注いでいきたいと願っています。



2012年 6月 衆議院 議員会館にて



2012年 6月15日 公明党に対して要望書を提出
日本弁護士連合会・全国女性税理士連盟の方々と

児童虐待による子どもの死亡が67人(2008年度)にのぼり、児童相談所における児童虐待に関する相談件数も全国で4万4千件を超えて(2009年度)過去最多となるなど、近年、児童虐待が深刻な社会問題となっています。

児童虐待に対しては、平成12年に児童虐待の防止等に関する法律(児童虐待防止法)が制定され、さらに、児童虐待防止法や児童福祉法の数度にわたる改正により、色々な手立てが講じられてきました。しかしながら、私が親権者であるから、あるいは、私の子どもだから世間の者は口を出すなといった親権の不適当な行使により子の利益が害される事例が後を絶ちません。そこで、親権は、子の利益のために行われるべきものであって、親の勝手ではいけないのだということを何とか法律の形にしたいということで皆さんの英知を集めて、本年3月に、児童虐待の防止を図り、児童の権利利益を擁護するという観点から民法や児童福祉法等を改正する法案を国会に提出しました。そして、この法案は、本年4月に衆議院で、また、5月には参議院で審議され、いずれも委員会も本会議も全会一致で可決され、5月27日に成立しました。

全ての政策決定というのは、子の利益のために行わなければならないというチルドレン・ファーストという大原則があります。今回の民法改正では、親権というのは、あくまで子の利益のために行われるべきものなのだということを明示する一方で、父母がそれを踏み外して子の利益を害した場合には、その父母の親権を制限するということも明確にしました。現在の民法には、親権を制限するものとして、親権喪失という制度があるのですが、喪失ではやはり効果が大きすぎて使い勝手が悪く、鶏を割くに牛刀をもってするというようなところがありました。そこで、一定の期間を決めて、親権を停止して、その間に、児童福祉関係の専門の皆さんに活動しやすいようにしてもらうことが、子の福祉に資するのではないかとということで、改正法では、家庭裁判所の審判により、2年以内の期間に限って親権を行うことができないようにする親権停止の制度を創

設しました。また、父母の親権が喪失又は停止された結果、親権を行使する人がいなくなったような場合には、未成年後見が始まり、子やその親族等の請求によって家庭裁判所が未成年後見人を選ぶことになります。これまで、未成年後見人は一人に限られ、しかも個人(自然人)しかないとされていましたが、未成年後見人となる人の負担感を軽減し、未成年後見人を少しでも引き受けやすくしてもらうという趣旨から、改正法では、家庭裁判所が、複数の未成年後見人を選んだり、法人の未成年後見人を選んだりすることもできるようにしました。このほか、改正法では、離婚をするにあたって面会交流や養育費の分担について取り決めることを促すために、これらを離婚をする際に定めるべき事項の例示として明示するとともに、この取決めにあたっては子の利益を最も優先して考慮しなければならないという理念も明らかにしました。

今回の改正法の成立によって、直ちに児童虐待が少なくなるというほど現実には甘くはなく、やはり、いろいろな関係の皆さんがこうした制度を使いこなして、子の福祉のために頑張る必要があると思っております。また、虐待を予防していくには、やはり社会一般の虐待はいけないという理解、そしてみんなで虐待をなくしていこうという認識、これをどこまで深めていくかということが重要であり、今後、親の子育て意識の涵養に役立てるように、改正法の施行に向けて、いろいろな準備をしていきたいと思っております。

このほかにも、家族法の分野においては、平成8年に法制審議会から答申された選択的夫婦別氏制度の導入等の課題があります。私は、これらはやはり必要なことだと思っておりますので、さまざまな御意見があることを踏まえながら、引き続き検討してまいりたいと思っております。

今後とも、皆様のご支援をどうぞよろしくお願い申し上げます。

復興支援、法務・税務講演会 2011年7月23日仙台

復興に向けて
身近な法律及び税務問題への対処について

震災後の状況へ対処するために必要とされている法務・税務についての後援会を開催いたしました。
講師、NHK生活笑百科出演でお馴染みの弁護士 林 一弘先生によるご講演の模様をホームページ上で動画配信しております。
是非ご活用下さいませ。

URL <http://shihosyosi-joseikai.com>



弁護士 林 一弘 先生

2010年10月23日(土)午後7時から、岡山グランビアホテルにて第11回全国司法書士女性会総会と第14回全国司法書士女性の集いが行われ、それに先立ち、同日の9時から18時まで、岡山コンベンションホールにて、研修会が開催された。

研修会は、9時から13時が九州大学法科大学院の赤松秀岳教授による民法の講義、『比較的最近の民法第177条をめぐる判例から』『過払い金返還請求をめぐる判例の新たな展開』『相続をめぐるひとつの事例』を、細やかな判例の解説と検討をしていただいた。

また、『比較的最近の民法第177条をめぐる判例から』『相続をめぐるひとつの事例』では設例に基づき、グループで検討するという、まさにインプットとアウトプット(聴講した内容を、よく咀嚼し、自分の考えをまとめて発信する)の効果的な研修方法であった。

日常業務では、時間に追われて、じっくりと六法や判例を読むことを怠っている私にとっては、久々に遠き日の学生時代に戻ったような感覚で、懐かしく新鮮なひと時であった。

『過払い金返還請求をめぐる判例の新たな展開』では、最近の判例の流れや考え方を教えていただき、次々と出る判例をすっきりと整理して教えていただいた。

続いて、14時から18時まで、同志社大学法科大学院の川嶋四郎教授による民事訴訟法の講義で『民事訴訟審理の改善』『当事者』『訴え』『証拠法の諸問題』『既判力の諸問題』という内容で、民事訴訟の基礎から、最近の問題点までを、判例の解説をしながら、とても熱く教えていただき、又、裁判所での司法書士の活動の現状や、不便に感じていることについて、参加者から活発な意見交換もでき、時間が過ぎるのが早く感じた。

その後全員が、岡山グランビアホテルに移動し、総会と懇親会を行った。総会は、スムーズに議事が進行しすべて原案通り可決承認された。

懇親会では地元出身の参議院議員の江田五月氏をはじめ、参議院の姫井由美子氏、衆議院議員の高井たかし氏ほか秘書の方々も多く出席していただき、特に選択的別姓問題について、活動しているグループや女性会会員の意見を聞いていただく貴重な時間が持てた。

市民オンブズマン山形県会議 設立 15 周年記念集会並びに講演会が開催されました (2011年) 代表 渡辺 寛

市民オンブズマン山形県会議は、昨年(平成22年)11月、設立(平成7年11月)から15周年の記念すべき年を迎えました。サポートの皆様方の暖かい全面的なご支援に支えられて今日に至ったわけですが、設立当初から関与させていただきました者としまして感慨も一入のものがあります。

さて、本年(平成23年)1月29日(土)、山形市の遊学館におきまして標記の記念集会 並びに記念講演会が約40名の市民の参加を得て開催されましたのでその概要を報告します。記念集会は、県会議事務局長である佐藤欣哉弁護士の下、第1部特別報告『市民オンブズマン山形県会議15年の歩み』として県会議代表である高橋敬一弁護士から、平成18年1月開催された10周年記念集会での『10年の歩み』の続編としまして主に平成18年1月から平成23年1月までの5年間の歩みの詳細な報告がありました。主なものとしましては東京高検での刑事記録の謄写から意外な展開を見せ勝訴した県発注橋梁談合の監査請求と住民訴訟、山形県議の費用弁償(前泊、議長の旅費日当)の監査請求と住民訴訟、山形市議の政務調査費を巡る数次に渡る情報開示請求と住民訴訟が結果として和解と制度改善に結びついたこと、平成19年9月には、「ほだな使い方でいいんだが? 政務調査費」をメインテーマとするオンブズマン全国大会を山形に招致し開催したこと、その運動の成果もあってか、平成20年3月には山形県議会で政務調査費の領収書添付義務化と用途基準を定める条例改正がなされたこと、平成21年2月、焼却炉談合について西村山、置賜両行政組合に対しての談合による損害賠償を行う用意はあるかとの公

開質問に予想に反しての肯定回答があったこと、行政特別職の報酬の監査請求が全国的な動きもあってか制度改善につながったこと等、この5年間の歩みは、報告者の個人的な印象で言わせてもらえば当初の10年間の試行錯誤の種蒔きの期間を経て漸く収穫の秋を迎えたのではないかとこの事象が垣間見えて嬉しい限りであることと情報化時代に対応して年2回開催される北海道・東北オンブズマンネットワークの例会への参加が情報の伝達と共有化に大変効果があることの再認識でした。

第2部記念講演としましては、フリージャーナリストの北沢栄先生をお迎えして『特別会計の闇〜日本をおかしくする官僚利権〜』をテーマに2時間以上の時間をかけてお話をしていただきました。先生は、この分野にかけての権威で分かり易く解説した数冊の本『官僚利権一国民には知らされない霞が関の裏帳簿』『亡国予算一闇に消えた「特別会計」』『公益法人一隠された官の聖域』等を著されておられます。本講演は現民主党政権による3度に渡る事業仕分けが実行された直後で時宜を得た内容ではありましたが、鳴り物入りの事業仕分けが結果として財務省主導のものへと変節させられる過程は、先生としては大変不本意なもので断腸の思いをしておられるのではと推し量られました。

日本国の債務は1,000兆に迫るものがあり日本国債の格付けは続落して現在ではユーロ圏にあって財政が厳しい国々を称して『PIIGS(ピーグズ)』とその頭文字を連ねて表現されますが、その最後のスペインの下まで下

がったと言われています。国債価格付けの統落に密接に関連するものとして日本国独特の会計2元制度(一般会計と特別会計)があると先生は指摘されました。一般会計とは国の基本的な経費(社会保障、国債、地方交付税交付金、教育、防衛、公共事業等)を賄うためのものです。それに対して、特別会計とは、国の行なう道路や空港の整備、年金管理、財政投融资等の特定の事務・事業を経理したり特定の資金を運用するため一般会計とは別に設けられている会計で、その前身は明治2年の戊辰戦争時に遡るものだそうです。問題なのはその特別会計が超肥大化した状態(一般会計の約4~5倍)となり、現状で仕組みが複雑かつ極めて不透明なことです。実態としては財務省を筆頭とする霞が関官僚の天下り先である特別行政法人や公益法人等にその相当の部分が流れ込む構造がビルト・インされていることです。それは正に平成15年の

衆議院財務金融委員会で塩川正十郎財務大臣(当時)がいみじくも「親が母屋(一般会計)でおかゆ食っているのに離れ座敷(特別会計)で子供がすぎ焼き食っておる」と表現したように《省益あって国益なし》状態で、かつその実態が国民に殆ど知らされないまま大変深刻な事態となっていることに先生は警鐘を鳴らされました。先生は、国民は危機感をもってこの事態を監視しこの特別会計という制度自体の改廃(一般会計との統合による透明性の高い公的会計の確立)を政府に迫らなくてはならないと訴えられました。

日常的なオンブズマン活動の範囲を多分に逸脱する内容ではありましたが大本の国の情報公開も時代の趨勢として求めていく時代になりつつあります。その傾向と対策を考えるうえで大いに参考となる貴重な機会ではありました。

第13回各士業女性合同研修会 報告

理事 福井 朝子

2011年11月19日(土)、日本公認会計士協会近畿会研修室にて「第13回各士業女性合同研修会」が開催されました。

今回のテーマは「セーフな会社分割・アウトな会社分割」で、基調講演では、大阪大学大学院法学研究科教授の山下眞弘先生に、会社分割に関する債権者保護・労働者保護についての問題点、その現行法制度による解決方法、そこに限界があることなどお話いただき、パネルディスカッションでは、弁護士、公認会計士、税理士、司法書士から、会社分割に関して法務・税務面から又、最近の判例について発表がありました。

近年会社分割に関する判例も多数出てきており、債権者を害する会社分割について民法の詐害行為取消権の適用が認められた事例の解説などがあり、又、会社法規定の不十分な債権者保護手続について改正の動きがあることのお話もありました。アウトな会社分割を行ってしまうことのないよう、司法書士も他士業と協力しながら商業登記業務を行っていく必要性を感じました。



山下眞弘先生を囲んで

九州大学・赤松秀岳先生に、研修会でご講義いただいたレジュメを掲載させていただきます。

1. 比較的最近の177条をめぐる判例から

【設例1】

A所有地にBが通行地役権を取得したが登記をしておかなかった。その後、Bは通路部分をきれいに舗装し、10年以上に渡って歩行と自動車を通行させてきた。通行地役権をBが取得してから12年目で、AからCへこの土地が譲渡され、登記された。Cは、Bに対して舗装の撤去と通行の禁止を求めてきた。Bはどのように反論することが考えられるか。

【1】最判平成10年2月13日民集52巻1号65頁

【判旨】

「通行地役権(通行を目的とする地役権)の承役地が譲渡された場合において、譲渡の時に、右承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らなかったとしても、特段の事情がない限り、地役権設定登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当たらないと解するのが相当である」とした。これは、背信的悪意者排除ではなく、善意有過失者排除の枠組である。つまり、譲受人に調査義務を負わせている。その理由について、判決は、「不動産登記法4条又は5条〔＝現5条1項2項〕に規定する事由のある場合のほか、登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められる事由がある場合には、当該第三者は、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらない」と述べ、信義則の観点を前面に出す。

この判例によれば、未登記の通行地役権の設定されている土地を購入する譲受人が、「継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったとき」は、通行地役権の登記欠缺を主張することが信義に反するとされている点が注目される。

通常通行地役権は登記をすることは少ないが、他方で購入する土地の状況をから通常はその存在は客観的に明らかである場合が多いであろう。

【2】最判平成18年1月17日民集60巻1号27頁

【事案】

民法177条についての判例であるが、占有者Yが長期占有してきた結果、取得時効が完成しているAの不動産をAから譲り受けたXが、Yに対して所有権確認等を求めた事案。

【判旨】

「Yが時効取得した不動産について、その取得時効完成後にXが当該不動産の譲渡を受けて所有権移転登記を了した場合において、Xが、当該不動産の譲渡を受けた時点において、Yが多年にわたり当該不動産を占有している事実を認識しており、Yの登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情が存するときは、Xは背信的悪意者に当たるものというべきである。取得時効の成否については、その要件の充足の有無が容易に認識・判断することができないものであることにかんがみると、Xにおいて、Yが取得時効の成立要件を充足していることをすべて具体的に認識していなくても、背信的悪意者と認められる場合があるというべきであるが、その場合であっても、少なくとも、XがYによる多年にわたる占有継続の事実を認識している必要があると解すべきであるからである」とした。ここでは、悪意の内容を時効取得の要件全部、つまり時効による所有権取得そのものは知らなくても、多年にわたる占有の継続を知っており、それにかかわらず、買い受けた者には、背信性があるとされている。したがって、ここでも、登記の欠缺を主張することが信義に反する背信的悪意者であることの認定が緩やかになされている。

【設例2】

Aの所有する土地をB市が購入し、市道として整備し市民の通行に提供しているが、AからBへの移転登記がなされないままであった。この事情を熟知していたCはAからこの土地を安価で購入して市道の撤廃を求めようという意図で、Aからこの土地を買い受け、自己名義に移転登記をした。その後、この土地は、さらにCからDへ売却され、D名義に移転登記がなされた。BはDに対して所有権を取得していることを対抗できるか。

【3】最判平成8年10月29日民集50巻9号2506頁

「所有者甲から乙が不動産を買い受け、その登記が未了の間に、丙が当該不動産を甲から2重に買い受け、更に丙から転得者丁が買い受けて登記を完了した場合に、たとい丙が背信的悪意者に当たるとしても、丁は、乙に対する関係で丁自身が背信的悪意者と評価されるのでない限り、当該不動産の所有権取得をもって乙に対抗することができるものと解するのが相当である」とした。理由として、「背信的悪意者が正当な利益を有する第三者に当たらないとして民法177条の「第三者」から排除される所以は、第1譲受人の売買等に遅れて不動産を取得し登記を経由した者が登記を経していない第1譲受人に対してその登記の欠缺を主張することがその取得の経緯などに照らし信義則に反して許されないということにあるのであって、登記を経由した者がこの法理によって「第三者」から排除されるかどうかは、その者と第1譲受人との間で相対的に判断されるべき事柄であるから

である」と述べる。

2. 過払金返還請求をめぐる判例の新たな展開

【4】最判平成18年1月13日民集60巻1号1頁

【判旨】

「法43条1項にいう「債務者が利息として任意に支払った」とは、債務者が利息の契約に基づく利息の支払に充当されることを認識した上、自己の自由な意思によってこれを支払ったことをいい、債務者において、その支払った金銭の額が利息の制限額を超えていることあるいは当該超過部分の契約が無効であることまで認識していることを要しないと解される(最判平成2年1月22日民集44巻1号332頁引用)けれども、債務者が、事実上にせよ強制を受けて利息の制限額を超える額の金銭の支払をした場合には、制限超過部分を自己の自由な意思によって支払ったものということはできず、法43条1項の規定の適用要件を欠くというべきである。

…本件期限の利益喪失特約のうち、上告人Y1が支払期日に制限超過部分の支払を怠った場合に期限の利益を喪失するとする部分は、同項の趣旨に反して無効であり、上告人Y1は、支払期日に約定の元本及び利息の制限額を支払いさえすれば、制限超過部分の支払を怠ったとしても、期限の利益を喪失することとはなく、支払期日に約定の元本又は利息の制限額の支払を怠った場合に限り、期限の利益を喪失するものと解するのが相当である。

そして、本件期限の利益喪失特約は、法律上は、上記のように一部無効であって、制限超過部分の支払を怠ったとしても期限の利益を喪失することはないけれども、この特約の存在は、通常、債務者に対し、支払期日に約定の元本と共に制限超過部分を含む約定利息を支払わない限り、期限の利益を喪失し、残元本全額を直ちに一括して支払い、これに対する遅延損害金を支払うべき義務を負うことになるとの誤解を与え、その結果、このような不利益を回避するために、制限超過部分を支払うことを債務者に事実上強制することになるものというべきである。

したがって、本件期限の利益喪失特約の下で、債務者が、利息として、利息の制限額を超える額の金銭を支払った場合には、上記のような誤解が生じなかったといえるような特段の事情のない限り、債務者が自己の自由な意思によって制限超過部分を支払ったものということはできないと解するのが相当である。」

【5】最判平成18年1月24日民集60巻1号319頁は、【4】と同旨のほか、「日賦貸金業者について貸金業法43条1項の規定が適用されるためには、契約締結時の契約内容において出資法附則9項所定の各要件が充足されている必要があることはもとより、実際の貸付けにおいても上記各要件が現実充足されている必要があると解するのが相当である。」と述べる。

【6】最判平成18年1月24日判時1926号36頁も、【5】と同旨。

【7】最(三)判平成19年2月13日民集61巻1号182頁 二月判決

【事案】

Xは、Yから2回にわたり、まず300万円、次いで100万円を貸し付けを受けた。いずれについても弁済を繰り返した。第1貸付けにつき平成8年10月以降過払金が発生。また、第2貸付けは平成10年8月。XとYとの間に、継続的に貸付けを繰り返す基本契約は締結されていない。2回の貸し付けの債務の弁済金を制限利息に引き直して計算すると元本に充当され、過払金416万が発生しているとして、Xは、Yに対して不当利得返還請求訴訟を提起。またYは、反訴を提起し、みなし弁済を主張して残存元本の支払いなどを請求した。

原審は、Xの請求を認容とした。Y上告受理申し立て。

【判旨】

原判決破棄。

「貸主と借主との間で基本契約が締結されていない場合において、第1の貸付けに係る債務の各弁済金のうち利息の制限額を超えて利息として支払われた部分を元本に充当すると過払金が発生し(以下、この過払金を「第1貸付け過払金」という。)、その後、同一の貸主と借主の間に第2の貸付けに係る債務が発生したときには、その貸主と借主との間で、基本契約が締結されているのと同様の貸付けが繰り返されており、第1の貸付けの際にも第2の貸付けが想定されていたとか、その貸主と借主との間に第1の貸付けの際にも第2の貸付けが想定されていたとか、その貸主と借主との間に第1貸付け過払金の充当に関する特約が存在するなどの特段の事情のない限り、第1貸付け過払金は、第1の貸付けに係る債務の各弁済が第2の貸付けの前にされたものであるか否かにかかわらず、第2の貸付けにかかる債務には充当されないと解するのが相当である。」

【7】は、当事者の合意等特段の事情のない限り、基本契約がない複数の貸し付けの場合に、過払い金が後発債務に充当されないものとした。

【8】最(一)判平成19年6月7日民集61巻4号1537頁 六月判決

【事案】

Xは、Yとの間で2つの基本契約に基づき(Oカード、Aカード)、利息制限法超過の利息により、継続的に金銭を借り入れ、返済してきた。その期間は12年に及ぶ。いずれの基本契約によっても、Xは1万円単位で借り入れができ、返済は毎月一定日に借主の指定口座からの口座振替により、毎月の返済額は前月の借入残高を基準とする一定額(残高スライドリボルビング)による、利息は前月の元本残高につきその支払日から翌月に支払日までの期間に応じて計算するなどの条件であった。Xは、過払金を不当利得として返還請求する本訴を提起し、一つの借入金債務について過払金

が発生した時点で他の借入金債務が存在しない場合に、その後発生した借入金債務にその過払金を充当する計算をした計算書を提出した。原審は、「各個別貸し付けは、それぞれのカード基本契約ごとに束ねられた全体としての一つの取引の一部を構成するとみるのが取引の実態に沿う」として、Xの主張する計算方法を認めた。Y上告受理申し立て。

【判旨】

一部上告棄却、一部上告却下。

「同一の貸主と借主との間で基本契約に基づき継続的に貸付けが繰り返される金銭消費貸借取引において、借主がそのうち一つの借入金債務につき利息制限法所定の制限を超える利息を任意に支払い、この制限超過部分を元本に充当してもなお過払金が発生する場合、この過払金は、当事者間に充当に関する特約が存在するなど特段の事情のない限り、弁済当時存在する他の借入金債務に充当されると解するのが相当である〔最(二)判平成15年7月18日民集57巻7号895頁、最(一)判平成15年9月11日裁判集民事210号617頁引用〕。これに対して、弁済によって過払金が発生しても、その当時他の借入金債務が存在しなかった場合には、上記過払金は、その後発生した新たな借入金債務に当然に充当されるものということとはできない。しかし、この場合においても、少なくとも、当事者間に上記過払金を新たな借入金債務に充当する旨の合意が存在するときは、その合意に従った充当がされるものというべきである。」

…本件各基本契約は、同契約に基づく各借入金債務に対する各弁済金のうち制限超過部分を元本に充当した結果、過払金が発生した場合には、上記過払金を、弁済当時存在する他の借入金債務に充当することはもとより、弁済当時他の借入金債務が存在しない時でもその後発生する新たな借入金債務に充当する旨の合意を含んでいるものと解するのが相当である。」

【9】最(三)判平成19年2月13日民集61巻1号182頁

【判旨】

「商行為である貸付けに係る債務の弁済金のうち利息の制限額を超えて利息として支払われた部分を元本に充当することにより発生する過払金を不当利得として返還する場合において、悪意の受益者が付すべき民法704条前段所定の利息の利率は、民法所定の年5分と解するのが相当である。」

【10】最判平成19年7月13日民集61巻5号1980頁

【判旨】

「…貸金業者が制限超過部分を利息の債務の弁済として受領したが、その受領につき貸金業法43条1項の適用が認められない場合には、当該貸金業者は、同項の適用があるとの認識を有しており、かつ、そのような認識を有するに至ったことについてやむを得ないといえる特段の事情があるときでない限り、法律上の原因がないことを知りながら過払金を取得した者、すなわち民法704条の「悪意の受益者」とであると推定されるものというべきである。」

【11】最判平成20年1月18日民集62巻1号28頁

【判旨】

「同一の貸主と借主との間で継続的に貸付とその弁済が繰り返されることを予定した基本契約が締結され、この基本契約に基づく取引に係る債務の各弁済金のうち制限超過部分が元本に充当すると過払金が発生するに至ったが、過払金が発生することとなった弁済がされた時点においては両者の間に他の債務が存在せず、その後、両者の間に改めて金銭消費貸借に係る基本契約が締結され、この基本契約に基づく取引に係る債務が発生した場合には、第1の基本契約に基づく取引により発生した過払金を新たな借入金債務に充当する旨の合意が存在するなど特段の事情がない限り、第1の基本契約に基づく取引に係る過払金は、第2の基本契約に基づく取引に係る債務には充当されないと解するのが相当である〔【7】最判平成19年2月13日民集61巻1号182頁、【8】最判平成19年6月7日民集61巻4号1537頁引用〕。そして、第1の基本契約に基づく貸付け及び弁済が反復継続して行われた期間や長さやこれに基づく最終の弁済から第2の基本契約に基づく最初の貸付けまでの期間、第1の基本契約についての契約書の返還の有無、借入れに際し使用されるカードが発行されている場合にはその失効手続きの有無、第1の基本契約に基づく最終の弁済から第2の基本契約が締結されるまでの間における貸主と借主との接触の状況、第2の基本契約が締結されるに至る経緯、第1と第2の各基本契約における利率等の契約条件の異同等の事情を考慮して、第1の基本契約に基づく取引と第2の基本契約に基づく取引とが事実上1個の連続した貸付取引である評価することができる場合には、上記合意が存在するものと解するのが相当である。」

【12】最判平成20年6月10日民集62巻6号1488頁

【事案】

Yは、著しく高利の貸し付けにより多大の利益を得ることを企図して、ヤミ金融の組織を構築し、その統括者として、支配下にある店舗の店長・店員をしてヤミ金融に従事させてきた。Xらは、上記各店舗に弁済として金銭を交付したが、その利率は、年利数百パーセントから数千パーセントであった。Xらは、Yに対して、民法709条、710条、715条、719条1項前段に基づき損害賠償を求めた。また、原告は、すでに1審において、「Xらが被った財産的損害の算出に当たっては、Xらが受領した元本相当額を控除すべきではないし、損益相殺もすべきではない。仮に、元本相当額を損害額から控除したり、損益相殺したりするならば、それは犯罪者のための元本を保証することになる。元本といっても、個々の貸し付けの場面で表面的にそう見えるだけである。Yらは、犯罪収益を元手に年率1000パーセントを超える高利で運用してきた。元本とされた金銭も、その内実は膨張された犯罪収益であり、これを控除の対象したり損益相殺したりしてはならない。」と主張していた。しかし、1審(松山地方裁判所)は、「Xらの損害を算定するに当たっては、損益相殺の考え方により、Xが被った損害から、

Xが借入れによって得た利益を控除するのが相当である」とした。原審(高松高等裁判所)も「上記貸付金が不法原因給付として返還を求め得ない結果、Xらは、その反射的利益として上記貸付金を確定的に取得することになるから、上記貸借取引を(不法行為)を原因として、上記貸付金額と同額の利益を得たものと評価することができる。そうだとすると、上記貸借取引によりXらの被った財産的損害額を認定するに当たっては、…交付額から…貸付金額を損益相殺の法理によって控除するのが相当である。」とした。X上告。

【判旨】

原判決破棄差し戻し「反倫理的行為に該当する不法行為の被害者が、これによって損害を被るとともに、当該反倫理的行為に係る給付を受けて利益を得た場合には、同利益については、加害者からの不当利得返還請求が許されないだけでなく、被害者からの不法行為に基づく損害賠償請求において損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象として被害者の損害額から控除することも、上記のような民法708条の趣旨に反するものとして許されないものというべきである。」

「前記事実関係によれば、著しく高利の貸付けという形をとってXらから元利金等の名目で違法に金員を取得し、多大の利益を得るという反倫理的行為に該当する不法行為の手段として、本件各店舗からXらに対して貸付けとしての金員が交付されたというのであるから、上記の金員の交付によってXらが得た利益は、不法原因給付によって生じたものというべきであり、同利益を損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象としてXらの損害額から控除することは許されない。」

【13】最判平成21年7月16日民集63巻6号1170頁

【判旨】

「…平成18年判決〔【4】最判平成18年1月13日民集60巻1号1頁〕が言い渡されるまでは、平成18年判決が示した期限の利益喪失特約の下での制限超過部分の支払い(以下「期限の利益喪失特約下の支払」という。)は原則として貸金業法43条1項にいう「債務者が利息として任意に支払った」ものということではできないとの見解を採用した最高裁判所の判例はなく、下級審の裁判例や学説においては、このような見解を採用するものは少数であり、大多数が、期限の利益喪失特約下の支払というだけではその支払の任意性を否定することはできないとの見解に立つて、同項の規定の適用要件の解釈を行なっていたことは、公知の事実である。平成18年判決と同旨の判断を示した〔【6】最判平成18年1月24日集民219号243頁〕においても、上記大多数の見解と同旨の個別意見が付されている。

そうすると、上記事情の下では、平成18年判決が言い渡されるまでは、貸金業者において、期限の利益喪失特約下の支払であることから直ちに同項の適用が否定される

ものではないとの認識を有していたことについては、平成19年判決〔【10】最判平成19年7月13日民集61巻5号1980頁〕の判示する特段の事情があると認めるのが相当である。したがって、平成18年判決言渡し日以前の期限の利益喪失特約下の支払いについては、これを受領したことのみを理由として当該貸金業者を悪意の受益者であると推定することはできない。」

【14】最判平成21年1月22日民集63巻1号247頁

【判旨】

「上記基本契約は、基本契約に基づく借入金債務につき利息制限法1条1項所定の利息の制限額を超える利息の弁済により過払金が発生した場合には、弁済当時他の借入金債務が存在しなければ上記過払金をその後に発生する新たな借入金債務に充当する旨の合意(以下「過払金充当合意」という。)を含むものであった。

このような過払金充当合意においては、新たな借入金債務の発生が見込まれる限り、過払金を同債務に充当することとし、借主が過払金に係る不当利得返還請求権(以下「過払金返還請求権」という。)を行使することは通常想定されていないものというべきである。したがって、一般に、過払金充当合意には、借主は基本契約に基づく新たな借入金債務の発生が見込まれなくなった時点、すなわち、基本契約に基づく継続的な金銭消費貸借取引が終了した時点で過払金が存在していればその返還請求権を行使することとし、それまでは過払金が発生してもその都度その返還を請求することはせず、これをそのままその後に発生する新たな借入金債務への充当のように供するという趣旨が含まれているものと解するのが相当である。そうすると、過払金充当合意を含む基本契約に基づく継続的な金銭消費貸借取引においては、同取引継続中は過払金充当合意が法律上の障害となるというべきであり、過払金返還請求権の行使を妨げるものと解するのが相当である。

借主は、基本契約に基づく借入れを継続する義務を負うものではないので、一方的に基本契約に基づく継続的な金銭消費貸借取引を終了させ、その時点において存在する過払金の返還を請求することができるが、それをもって過払金発生時からその返還請求権の消滅時効が進行すると解することは、借主に対し、過払金が発生すればその返還請求権の消滅時効期間経過前に貸主との間の継続的な金銭消費貸借取引を終了させることを求めるに等しく、過払金充当合意を含む基本契約の趣旨に反することとなるから、そのように解することはできない(最判平成19年4月24日民集61巻3号1073頁、【8】最判平成19年6月7日民集224号479頁)。

したがって、過払金充当合意を含む基本契約に基づく継続的な金銭消費貸借取引においては、同取引により発生した過払金返還請求権の消滅時効は、過払金返還請求権の行使について上記内容と異なる合意が存在するなど特段の事情がない限り、同取引が終了した時点から進行するものと解するのが相当である。」

【事案】

Xは、貸金業者であるYとの間の継続的な金銭消費貸借取引に係る弁済金のうち、利息制限法1条1項所定の制限利率を超えて利息として支払った部分を元金に充当すると過払金が発生しており、それにもかかわらず、Yが残元金の存在を前提とする支払いの請求をし、過払金の受領を続けた行為によりXが精神的苦痛を被ったとして、過払金合計1068万4265万円と、民法704条後段に基づき、弁護士費用の相当額の損害賠償および慰謝料合計213万円を請求した。

第1審(札幌地裁)は、過払い金と弁護士費用の賠償は認めしたが、慰謝料は認めなかった。

原審(札幌高裁)も一審判断を支持した。Yが上告受理申立て。

【判旨】

「不当利得制度は、ある人の財産的利得が法律上の原因ないし正当な理由を欠く場合に、法律が公平の観念に基づいて受益者にその利得の返還義務を負担させるものであり(最判昭和49年9月26日民集28巻6号1243頁引用)、不法行為に基づく損害賠償制度が、被害者に生じた現実の損害を金銭的に評価し、加害者にこれを賠償させることにより、被害者が被った不利益を補てんし、不法行為がなかったときの状態に回復させることを目的とするものである(最判平成5年3月24日民集47巻4号3039頁引用)のとは、その趣旨を異にする。不当利得制度の下において受益者の受けた利益を超えて損失者の被った損害まで賠償させることは同制度の趣旨とするところとは解し難い。したがって、民法704条後段の規定は、悪意の受益者が不法行為の要件を充足する限りにおいて、不法行為責任を負うことを注意的に規定したものにとすぎず、悪意の受益者に対して不法行為責任とは異なる特別の責任を負わせたものではないと解するのが相当である。」

【16】最判平成22年4月20日判時2084号6頁

【事案】

Xは貸金業者であるYとの間で、基本契約に基づき、借入れと弁済を繰り返してきたが、本件では、取引当初20万円の借入れから始まり、その後、借入れと弁済が繰り返されることにより残高に増減が生じていたところ、Xは、約定利率に基づき計算した残元本額が100万円以上になった時点以降最後まで年15パーセントの制限利率を適用し、過払金の返還を請求した。1審(那覇地裁)は、Xの主張を採用したが、原審(福岡高裁那覇支部)は、逆にYの主張を採用し、制限利率により計算した残元本額と新たな貸付け額との合計が100万円未満で推移している間、年18パーセントの制限利率を、その額が10万円未満となった時点以降については、年20パーセントの制限利率を適用して過払金を計算した。Xから上告受理申し立て。

【判旨】

破棄差し戻し「継続的な金銭消費貸借取引に関する基本契約に基づいて金銭の借入れと弁済が繰り返され、同契約に基づく債務の弁済がその借入金全体に対して行われる場合には、各借入れの時点における従前の借入金残元本と新たな借入金との合計額が利息制限法1条1項にいう『元本』の額に当たると解するのが相当であり、同契約における利息の約定は、その利息が上記の『元本』の額に依りて定まる同項所定の制限を超えるときは、その超過部分が無効となる。この場合、従前の借入金残元本の額は、有効に存在する利息の約定を前提に算定すべきことは明らかであって、弁済金のうち制限超過部分があるときは、これを上記基本契約に基づく借入金債務の元本に充当して計算することになる。

そして、上記取引の過程で、ある借入れがされたことによって従前の借入金残元本と新たな借入金との合計額が利息制限法1条1項所定の各区分における上限額を超えることになったとき、すなわち、上記の合計額が10万円未満から10万円以上に、あるいは100万円未満から100万円以上に増加したときは、上記取引に適用される制限利率が変更され、新たな制限を超える利息の約定が無効となるが、ある借入れの時点で上記の合計額が同項所定の各区分における下限額を下回るに至ったとしても、いったん無効となった利息の約定が有効になることはなく、上記取引に適用される制限利率が変更されることはない。」

3. 相続をめぐる一つの事例(討論のテーマ)

次の【設例】をよく読んで【設問】に解答しなさい。

【設例】

(1) Mには、妻Fとの間に、子X(長女)、Y[ラージY](長男)がいる。Mは、福岡市中央区平尾に土地を所有していた(以下では本件土地)。この土地は長く更地のままであったが、Mは、平成18(2006)年2月頃A不動産建設株式会社の提案するプランに従って、Z[ゼット]銀行から約4億5000万円の融資を受けて、この土地上に、鉄筋コンクリート造り地上13階(1階は店舗・事務所、2階以上は賃貸マンション)の建物を建築した(以下では本件建物)。本件建物と土地を合わせると時価は約4億円超であった。

(2) Mの上記のZ銀行からの借入れについては、YおよびYの子y[スモールy]が連帯保証人となり、また、本件土地・建物については、上記借入金4億5000万円を被担保債権とする一番抵当権がZのために設定され、いずれも抵当権設定登記が完了された。

(3) Mは、A不動産を通じてテナント・入居者を募集し、所有する本件建物を賃貸した。本件建物は立地もよく、1階部分には優良なテナントが長期で契約を締結し、また、賃貸マンションの部分については、2年契約であるが、ほとんど100パーセントの入居率である。その賃貸料収

入は、年によって多少の変動はあっても、本件建物全体で年額約2500万円ほどであった。Mは、固定資産税として福岡市に毎年約120万円を支払う。また、Mは、上記の借入金については、毎月100万円を返済する約定であった。しかし、それでも差し引きすると、Mの収益は1000万円を下らなかった。

(4) 平成19(2007)年10月31日、Fが突然脳出血で死亡した。妻が突然死したMは、自分の死期もそれほど先のことではない、と思うようになった。そして、その時に備えて、遺言書を作成しておくことを考えるようになった。

(5) 平成20(2007)年2月23日、次のような公正証書遺言を作成した(以下では、公正証書遺言の有効性に問題ないものとする)。

～略～

本公証人は、遺言者Mの囑託により、証人×××、証人△△△の立会をもって、次のとおり遺言の趣旨の口授を筆記し、この証書を作成する。

遺言者Mは遺言者の有する財産全部を遺言者の長男Yに相続させる。

記

1 土地
福岡市中央区平尾○丁目○番
宅地 466.1平方メートル

2 建物
福岡市中央区平尾○丁目○番地1所在
家屋番号 1番1号
鉄筋コンクリート造陸屋根13階建て
床面積 一階 149.67平方メートル
二階ないし三階 144.20平方メートル

～略～

福岡市○△区○△町○○番○号
福岡法務局所属

公証人 公証 太郎 印

(6) 平成20年(2008)6月14日Mが心筋梗塞で死亡した。Mの死亡時の相続財産は、積極財産は合計4億3231万7003円であるが、そのうち本件土地・建物がほとんど唯一のものであった(価額は4億2700万0000円)。また、消極財産(債務)の合計は、4億2483万2503円であるが、Z銀行からの長期借入金がそのほとんどであった(4億0523万8713円)。

(7) Yは、上記遺言に基づき、遺産全部についての権利がMの死亡による相続開始時に直ちにYに承継されたとして、平成20(2008)年6月14日、本件土地・建物について、相続を原因として、MからのYへ所有権移転登記を完了した。

(8) Mの約4億円のZに対する残債務については、Z、YおよびXとの間で、債務の全部をYが今後は引き受け、Xは免責されるという免責的債務引き受けの三者契約を締結することを目的として、何度か話し合いがなされた。しかし、債務全部を引き受けらるにつぎYには全く異存はなかったのだが、Xはどうしても承諾しなかった。Yは、「今後のZからの借入金の返済は、自分が全部引き受けらるからXには利益し

かないではないか」と、Xを何度も説得しようとしたが、Xはどうしても首を縦に振らなかった。そして、Z銀行としても、Mとは長い付き合いなのでMのことは信用してきたが、Mの長男Yがどの程度信頼できる人物かは未知であり、そのためYひとりに債務をまとめてしまうことに何となく不安を感じていたこと、何よりYとXとの間で合意がまとまらない以上、Z銀行としても承諾するわけにはいかないことを理由に、最終的にはXのみならず、Zも承諾を留保したので、免責的債務引き受けの三者契約はついに成立しなかった。

(10) Xは、Mの上記遺言について不服であった。Mは、XYが小さいころから、どちらかというとYばかり可愛がる傾向があったことだけではなく、本件土地・建物は毎年1000万円程度の収益を上げてきたのであるが、それをXが独り占めするような遺言について、Xはとても不満で仕方なかった。そこで、XはYに対して、平成20(2008)年11月4日遺留分減殺請求権を行使する旨の意思表示をした。

(11) その後、Xは、Yに対して、平成21(2009)年6月22日、本件土地・建物のそれぞれについて、持分4億3231万7003分の2億1428万1125の所有権移転登記手続きを求めて本訴を提起した。これに対して、Yは、平成22(2010)年9月22日、上記(10)の遺留分減殺請求について、Xに対し民法1041条に基づく価格弁償の意思表示をして現在に至っている。

【設問1】

【設例】を離れて一般的に)相続財産中に金銭債務のような可分債務が存する場合、被相続人が死亡して、法定共同相続人が複数いる場合、その債務はどのように取り扱われるかについて、そのような取扱いがなされる理由にも言及して、論じなさい。

【設問2】

【設例】(5)の遺言は、遺贈なのか。遺贈でないとすると、それは、どのような法的性質のものと解されるか。

【設問3】

【設例】において、MがZに対して負担していた債務は、Mの死亡後、どのようなになるか。

【設問4】

【(一般的に)たとえば、Aの相続人としてBとCの2人の子がいる。Aが死亡する6か月前にBに300万円贈与し、死亡時にはAの債務100万円だけが残されたとする。この場合、Cの遺留分の侵害額は、どのように算出されるか。
また、Aの債務が200万円である場合、あるいは、300万円である場合はどうか。

【設問5】

【設例】を前提に、次の①および②について論じなさい。

- ① XのYに対する持分権移転登記手続請求において、Xはどのように主張することが考えられるか。
- ② Xの①の主張に対し、Yはどのように反論することが考えられるか。

参考判例

【17】最判平成21年3月24日民集63巻3号427頁

【判旨】

原判決一部破棄「…相続人のうちの1人に対して財産全部を相続させる旨の遺言により相続分の全部が当該相続人に指定された場合、遺言の趣旨等から相続債務については当該相続人にすべてを相続させる意思のないことが明らかであるなどの特段の事情のない限り、当該相続人に相続債務もすべて相続させる旨の意思が表示されたものと解すべきであり、これにより、相続人間においては、当該相続人が指定相続分の割合に応じて相続債務をすべて承継することになると解するのが相当である。もっとも、上記遺言による相続債務についての相続分の指定は、相続債務の債権者（以下「相続債権者」という。）の関与なくされたものであるから、相続債権者に対してはその効力が及ばないものと解するのが相当であり、各相続人は、相続債権者から法定相続分に従った相続債務の履行を求められたときには、これに応じなければならない、指定相続分に応じて相続債務を承継したことを主張することはできないが、相続債権者の方から相続債務についての相続分の指定の効力を承認し、各相続人

に対し、指定相続分に応じた相続債務の履行を請求することは妨げられないというべきである。

そして、遺留分の侵害額は、確定された遺留分算定の基礎となる財産額に民法1028条所定の遺留分の割合を乗じるなどして算定された遺留分の額から、遺留分権利者が相続によって得た財産の額を控除し、同人が負担すべき相続債務の額を加算して算定すべきものであり（最高裁平成5年（オ）第947号同8年11月26日第三小法廷判決・民集50巻10号2747頁参照）、その算定は、相続人間において、遺留分権利者の手元に最終的に取り戻すべき遺産の数額を算出するものというべきである。したがって、相続人のうちの1人に対して財産全部を相続させる旨の遺言がされ、当該相続人が相続債務もすべて承継したと解される場合、遺留分の侵害額の算定においては、遺留分権利者の法定相続分に応じた相続債務の額を遺留分の額に加算することは許されないものと解するのが相当である。遺留分権利者が相続債権者から相続債務について法定相続分に応じた履行を求められ、これに応じた場合も、履行した相続債務の額を遺留分の額に加算することはできず、相続債務をすべて承継した相続人に対して求償し得るにとどまるものというべきである。

（2）これを本件についてみると、本件遺言の趣旨等からAの負っていた相続債務については被上告人にすべてを相続させる意思のないことが明らかであるなどの特段の事情はうかがわれなから、本件遺言により、上告人と被上告人との間では、上記相続債務は指定相続分に応じてすべて被上告人に承継され、上告人はこれを承継していないというべきである。そうすると、上告人の遺留分の侵害額の算定において、遺留分の額に加算すべき相続債務の額は存在しないことになる。」

女性の人生が変わるソウル 2012年7月1日

韓国法務士、朴恵真氏よりソウルで開催されたイベント情報を頂戴いたしました。

26の女性団体が参加して盛大な行事になったそうです。

韓国の法務士女性の組織である全国女性法務士会は、「一緒に生きていく人生」というテーマで「生活法律無料相談」をされたそうです。写真をお送り下さいましたので、掲載させていただきます。



2011年全国司法書士女性の集いにてご講演下さった韓国法務士・朴恵真氏より講演内容をまとめて投稿を頂戴いたしました。ここに掲載いたします。

1. 民法上廃止されたもの

- 1) 再婚禁止期間の廃止(2005)
- 2) 戸籍法の廃止(民法で戸主という言葉がなくなる)

2. 民法上変更されたもの

- 1) 同姓であれば結婚できなかったのが近親婚などの禁止に変更された。
- 2) 特有財産:夫婦のいずれに属するか明らかでない財産は、夫の特有財産と推定する。⇒ 夫婦の共有と変更された。
- 3) 財産分割請求権が1990年に新設されてこれを基に詐害行為取消権が2007年に新設され、財産の隠匿行為ができなくなる。
- 4) 嫡出の否認の訴えの当事者が夫だけだったのが夫婦の一方に変更され妻の方も自分が産んだ子どもが夫の子どもでないのを訴えることになる。
- 5) 戸籍がなくなり結婚する前に夫婦が協議して母の性と本に従うことができる。

3. 相続法上変更されたもの

- 1) 相続分
 - (1) 妻の相続分は直系卑属と共同の時は男の2分の1
直系尊属と共同の時は男と同一
⇒ 直系卑属と直系尊属がいるときは共同相続、いないときは単独相続
⇒ 妻が配偶者に変更され、配偶者は直系卑属及び直系尊属と共同相続するときは1.5倍
 - (2) 女性の相続分
男の2分の1、同一戸籍内にいない女性は男の4分の1
⇒ 男女問わずに共同相続人は均分

4. 家事訴訟法上新設されたもの

養育費を支給する義務あるものがこれを履行しないとき直接支給命令を申し立てることができる養育費直接支給命令が2009年11月に新設される。この支給命令(以下"養育費直接支給命令"とする)は「民事執行法」により押留命令と轉付命令を同時に命じたのと同様な効力がある。又、この直接支給命令の決定を貫いても履行しないものには当事者の申し込みによって一定な期間の内にその義務を履行することを命じる移行命令ができるし、それでも履行しなければ、30日の範囲でその義務を履行する

までに義務者に対する監置を命じることができるようになり養育費に対しては強力な執行が可能になった。関連条門は下記にある。

第63条の2(養育費直接支給命令)

- ① 家庭法院は養育費を定期的に支払う義務ある者(以下"養育費債務者"とする)が正当な理由なしに2回以上養育費を支給しない場合は、定期金養育費債権に関する執行権原をもつ債権者(以下"養育費債権者"とする)の申し込みにより養育費債務者に対して定期的給與債務を負担する所得税源泉徴収義務者(以下"所得税源泉徴収義務者"とする)に養育費債務者の給料から定期的に養育費を控除して養育費債権者に直接支給するよう命じることができる。
- ② 第1項による支給命令(以下"養育費直接支給命令"とする)は「民事執行法」により押留命令と轉付命令を同時に命じるとの同一な効力があり、この支給命令に関しては押留命令と轉付命令に関した「民事執行法」を準用する。但し、「民事執行法」第40条第1項に関わらず当養育費債権の中で期限が到来していない養育費に対しても直接支給命令を命じることができる。
- ③ 家庭法院は養育費直接支給命令の目的が達成できないようなことがあると認められるような事情があるときには養育費債権者の申し込みにより養育費直接支給命令を取り消すことができる。この場合は養育費直接支給命令は将来に向かってその効力を失う。
- ④ 家庭法院は第1項と第3項の命令を養育費債務者および所得税源泉徴収義務者に送達しなければいけない。
- ⑤ 第1項と第3項の申請に関する裁判に対しては即時抗告ができる。
- ⑥ 所得税源泉徴収義務者は養育費債務者の職場の變更など主な所得原の變更事由が発生した場合にはその理由が発生した日から1週間以内に家庭法院に變更事實を通知しなければならない。

[本条新設 2009.5.8] [施行 2009.11.9]

第63条の3(擔保提供命令など)

- ① 家庭法院は養育費を定期金として支給するように命じた場合にはその履行を確保するために養育費債務者に相當な擔保を 提供するよう命じることができる。
- ② 家庭法院は養育費債務者が正当な事由なしでその命令を履行しない場合には養育費債権者の申し込みによって養育費債務者に相當な擔保の提供を命じることができる。
- ③ 第2項の決定については即時抗告をすることができる。
- ④ 第1項或は第2項によって養育費債務者が擔保を提供しなければならない期間内に擔保を提供しない場合には家庭法院は養育費債権者の申し込みにより養育費の全部あるいは一部を一時金として支給するよう

命じることができる。

- ⑤ 第2項及び第4項の命令に関しては第64条第2項を準用する。
- ⑥ 第1項及び第2項の擔保に関してはその性質に反しない範囲で「民事訴訟法」第120条第1項、第122条、第123条、第125条及び第126条を準用する。

[全文改訂 2010.3.31]

第64条(履行命令)

- ① 家庭法院は判決、審判、調停調書、調停と同じ効力を持つ決定、或は養育費負擔調書により次の各号のいずれに該當する義務を履行しなければならない者が正當な理由なしに、その義務を履行しない場合には當事者の申し込みによって一定な期間の内にその義務を履行することを命じることができる。
1. 金銭の支給など、財産上の義務
 2. 幼児の引渡義務
 3. 子女との面接交渉許容義務
- ② 第1項の命令を命じるときには特別な事情がなければあらかじめ當事者を審問してその義務を履行するよう勧告するべき、第67条第1項及び第68条に規定されている制裁を告知しなければならない。

[全文改訂 2010.3.31]

第68条(特別な義務の不履行に対する制裁)

- ① 第63条の3第4項或は第64条の命令を受けた者が次の各号のいずれに該當するときは家庭法院は權利者の申し込みにより決定で30日の範囲でその義務を履行するまでに義務者に対する監置を命じることができる。
1. 金銭の定期的支給の命令を受けた者が正當な理由なしに3期以上その義務を履行しない場合
 2. 幼児の引渡を命令された者が第67条第1項による制

裁を受けたにも関わらず30日以内に正當な理由なしにその義務を履行しない場合

3. 養育費の一時金支給命令を受けた者が30日以内に正當な理由なしにその義務を履行しない場合
- ② 第1項の決定に対しては即時抗告をすることができる。
- [全文改訂 2010.3.31]



韓国法務士 朴 恵真 氏 司法書士 鄭 英模 氏



2011年 10月15日 全国司法書士女性の集い 懇親会

女性会役員退任にあたって

理事 浦志 雅代

平成24年3月、36年余にわたる司法書士業務を廃止し、女性会の理事も退任することになりました。

私が女性会とかかわることになったのは、前女性会会長の長谷川歌子先生のお誘いを受け、名古屋で行われた「第3回全国司法書士女性会総会および第6回女性の集い」のお手伝いをしたことによります。その後理事を引き受け、約10年がたちました。その間、女性会の手伝いをして感じたことは、理事をはじめとして参加者の熱意とバイタリティは、すごいものがあり、総会、研修、懇親会等に参加された方は、皆さんパワーをもらい、元気になって帰っていくことです。研修も内容が充実しており、講師、受講者とも非常に熱心で、大変有意義なものとなっています。

日々業務に追われている会員にとって、全国の同業の人々との懇談は、気分転換にもなり、新たな気持ちで仕事に取り組むことができます。とくに若い女性司法書士の方々にとっては、長年この職業に取り組んできた方々の仕事への取り組み方や経験を聞くことができ、これから業務をしていくうえで、大いに参考になるものがあると思います。また、女性会は、夫婦別姓制度の実現、司法書士の懲戒制度の改革等にとりくんでいます。任意の団体であるからこそ、自由に発言や、行動できることがあります。一度、入会してみてください。新たな世界が開けると思います。

最後に、女性会にお誘いくださった長谷川歌子先生、理事の皆さんに感謝し、女性会の今後ますますの発展をお祈りいたします。



第12回全国司法書士女性会総会・第15回全国司法書士女性の集い

2011年 10月15日(土) 東京 司法書士会館

編集後記

副会長 鷗川 智子

滝法務大臣と初めてお会いしたのは、京都での集いの席上でした。そして、長谷川歌子先生とも、全国司法書士会設立前の京都の集いで、初めてお会いしました。

人との出会いは、自分の人生にとって、かけがえのないものとして残っていきます。そして、女性会での出会いがあればこそ、今回のウェブも、みなさまに寄稿していただけたと、心から感謝しています。

10月13日、14日には、京都で「全国女性の集い」として研修会(日本司法書士連合会の単位認定がうけられます)が開催されます。まだ、女性会の集いにご参加されていない司法書士の皆様の一人でも多くの方が、研修にご参加いただけることを願っています。

京都は、季節ごとに様々な風がふきます。冬の寒い雪の降った朝は、吐く息が白く、ピンとした空気です。春、桜を待つ日々には、小鳥の声は嬉しそうで、ほんわかとした空気がたどよみます。今は、祇園祭の熱気でいっぱい。そして、皆様とお会いする秋の京都は、どのような風が迎えてくれるのでしょうか。楽しみです。

【今後の予定をお知らせします】

■2012年10月13日(土)～14日(日) メルパルク京都(京都駅前)

全国司法書士女性会総会・全国司法書士女性の集い

【研修講師】 13日(土)… 梅田公証役場 公証人 本多英明先生 14日(日)…税理士 北秋勝己先生(TKC近畿大阪会 副会長)

■2012年11月24日(土) 大阪弁護士会館にて

各士業女性合同研修会 基調講演 法政大学 キャリアデザイン学部 武石恵美子教授

■2013年3月中(予定) 京都にて

研修会(民法) 九州大学 法科大学院 院長 赤松秀岳先生