

2021年4月3日

担当：高橋 洋（法務支援センター教授：憲法学）

1 法治国家と法曹

1) 法治国家とは？

人類の知恵としての法治・・・あらかじめ法を定め、その法にしたがって、人の行動を規律する。法が定められていることによって、人は、自分がどのような行動をしたらいけないか、あるいはどのような行動をとらなければならないか、あるいは、他者からの不当な要求にさらされずにすむにはどうすればいいか、ということを知ることができる。つまり、不意打ちを食らわずに、安心して市民生活を楽しむことができる。

そのような法を大雑把に分けると、次のような分類が可能。

- ① 民事法・・・市民同士の契約をめぐる紛争や損害賠償をめぐる紛争等の解決の基準を定めるもの。
- ② 刑事法・・・市民生活においてやってはならないことを定め、それに反した場合の罰則を定めておくもの。
- ③ 行政法・・・公権力（国家、地方公共団体）が、市民生活の安全や秩序を保つために、市民の行動を規制したり、市民生活をより良くするために、施設やサービスを提供するための規則を定めたもの。

2) 現代日本社会における「法」とは？——実質的法治国家

① 法の形式

憲法—法律—政令—省令・規則—条例・規則

法律は国会が、政令は内閣が、省令は各省大臣が、規則は庁、委員会が、条例は、地方議会が、（地方公共団体の）規則は、知事や各種委員会が作る。

その他に、条約、慣習、など。

② 法の内容

法治国家のこれらの法は、ただ手続を踏んで、権限機関が作れば良い、というものではない。法は、正義を実現するためにあるから、正義に反する法は排除されなければならない。その正義の一つの基準が憲法である。日本国憲法は、形式的にもそれに反する法律以下の法を排除するが、内容的にも、国民主権原則、基本的人権、平和主義を基本原則として、それに反する法を排除する（違憲審査）。

3) 法を創る者——立法者

国会、内閣、省庁、地方議会、地方行政機関

この中で、特に国会が「国の唯一の立法機関」として、憲法によってその権限を与えられている。しかし、法律の立案をしているのは、内閣+各省庁であることが多い。

4) 法を実現する者(1)——行政機関

内閣、省・庁・委員会、地方行政機関

5) 法を実現する者(2)——裁判所(裁判官+検察官、弁護士)

① 憲法上の存在としての裁判官、検察官、弁護士

裁判官・憲法6条2項をはじめ、64条1項、76条3項、78条、79条1項、2項、3項、5項、6項、80条1項、2項、82条2項、99条、103条

検察官・憲法77条2項

弁護士・憲法77条1項

つまり、日本国憲法ある限り、裁判官、検察官、弁護士は存在し続けなければならない、ということ。これらの職にある人を法曹という。

② 裁判と法曹

権力としての司法権(裁判権)を行使するのは裁判官であるが、そのためには、裁判を行わなければならない、裁判には、当事者(原告、被告(人))以外に、検察官や弁護士が関与するのが、普通。民事裁判では、弁護士を頼まずに、自分だけで訴訟をやることも少なくない。これを本人訴訟というが、これに弁護士以外の者がお金をもらって弁護士の仕事をすると罰せられる。(弁護士法72条)また、少額訴訟ならともかく、勝とうと思えば弁護士(代理人)に依頼した方がよい。

刑事事件では、検察官が被告人を起訴するのが原則。ただし例外がある。(検察審査会による二度の起訴相当の議決があったときの、指定弁護士による公訴、特別公務員暴行陵虐罪等についての付審判請求に基づく準起訴手続)

また、刑事事件では、「死刑又は無期若しくは長期三年を超える懲役若しくは禁錮にあたる事件を審理する場合には」(刑事訴訟法289条)、かならず弁護士(弁護人)がついていることが必要。それ以外でも、刑事被告人は、弁護人を依頼することができる。

行政事件では、行政側は必ず代理人(検事あるいは弁護士)をつけてくるから、弁護士をつけずに勝訴するのは至難の技。

③ 国民の権利としての公正な裁判

憲法32条「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。」

憲法37条1項「すべて刑事事件においては、被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を有する。」

同3項「刑事被告人は、いかなる場合にも、資格を有する弁護人を依頼することができる。被告人が自らこれを依頼することができないときは、国でこれを附する。」

憲法76条3項「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される。」

このように、国民は、公正・公平な裁判を受ける権利を保障されている。その要となるのが、「法曹」である。

2 法曹の資格とその養成

1) 法曹となる資格を有する者とは

裁判官、検察官、弁護士という法曹三者は、基本的に同じ共通の資格を有しており、それらはその資格でこの三者のどれかにつくことができる。裁判官が検察官、弁護士になつ

たり、その逆もある。共通の資格の基礎をなすのが、司法試験—司法修習—最終試験というコースである。これは、戦後、日本国憲法の下で作られた法曹養成制度の根幹をなすもので、このコースを終了した後、裁判官、検察官、弁護士に分かれる。

2) 司法試験の受験資格

① 法科大学院を修了すること

発足時、74 法科大学院、現在学生募集をしているのは、36（国公立 17、私立 19）校のみ。

② 司法試験予備試験に合格すること

3) 司法試験で問われる能力

① 憲法、法律の条文、判例、学説等、法に関する知識。これは、主に短答式試験という、マークシート形式の試験による。

短答式試験の試験科目は、現在は、憲法（配点 50 点）、民法（配点 75 点）、刑法（配点 50 点）の 3 科目（計 175 点）。

② 一定の事案に対して、法律、判例、学説の知識をもとに、適切な解答を文書として纏める能力。これは、論文式試験で問われる。

論文式試験の試験科目は、公法系科目（憲法、行政法）、民事系科目（民法、商法、民事訴訟法）、刑事系科目（刑法、刑事訴訟法）、そして選択科目（倒産法、租税法、経済法、知的財産法、労働法、環境法、国際関係法（公法系）、国際関係法（私法系）の中から 1 科目）、計 8 科目で行われる。配点は、各科目 100 点で、計 800 点。

これらの試験は、5 月半ばに 4 日間かけて行われるが、まず短答式のみ採点され、その合格者が発表される。論文式試験は受験者全員が解答するが、採点されるのは、短答式の合格者の答案のみ。

合否を決めるのは、主に論文式試験。短答式試験との合計で決まるが、計算式は、短答式試験の得点+論文式試験の得点×1400/800 ということになっている。

法曹の仕事の多くは、文書を作ること。そのためには、単に法的な知識だけではなく、論理的な文章を書く能力を身につけておかないといけない。

4) 司法修習

① 司法修習生の身分

司法修習生は、裁判所法によって、「司法試験に合格した者の中から最高裁判所がこれを命ずる」（第 66 条第 1 項）とされ、修習期間は「少なくとも 1 年間」（第 67 条第 1 項）とされている。その後「試験に合格したときは、司法修習生の修習を終える」（同）が、その「修習期間中、最高裁判所の定めるところにより、その修習に専念しなければならない」（第 67 条第 2 項）。また「最高裁判所は、司法修習生の行状がその品位を辱めるものと認めるときその他司法修習生について最高裁判所の定める事由があると認めるときは、その司法修習生を罷免することができる」（第 68 条）。つまり、最高裁の管轄下で司法修習生として修習にあたることを義務づけられた存在である。ただし、国家公務員ではなく、また学校教育法等の適用もなく、学生でもない。

② 修習の内容

今年の修習は、新型コロナ・ウィルス感染症の影響で、例年より約4ヶ月遅れ、3月31日からとされた。初めに「導入修習」が約3週間行われる。これは本来司法研修所（埼玉県和光市にある）で行われるが、今年はオンライン方式で、とのこと。

その後、修習生は全国に別れ、「分野別実務修習」（民事裁判，刑事裁判，検察，弁護の4分野を、それぞれ2ヶ月ずつ）が行われる。さらに修習生の希望に合わせて、「選択型実務修習」があり、最後に司法研修所に集まったの「集合修習」が約2ヶ月間実施される。最後に司法修習生考試（通称二回試験）があり、これに合格すると晴れて法曹資格を取得することになる。

3 法曹養成略史

1) 戦前の制度

戦前は、裁判官、検察官と弁護士とは、別々の選抜、養成過程を経てきた。

① 裁判官、検察官

1890年の裁判所構成法により制度整備が行われ、判検事登用試験（1891～1922）、高等試験司法科試験（1923～1943）に合格すると、司法官試補となり、1年6ヶ月の試補期間を経て、第二回試験に合格すると、判検事に任命された。また、1922年までは、帝国大学法科大学の卒業生は、無試験で司法官試補になることができた。この特権は、裁判所構成法上は1923年に廃止。司法官試補は、奏任官の待遇とされ、俸給を支給された。

② 弁護士

1893年施行の弁護士法により、弁護士試験が判検事登用試験とは別個に行われてきたが、1923年に、弁護士も高等試験司法科試験に合格することが要件とされるようになった。1936年には弁護士試補制度も導入され、各弁護士会に所属して、1年半の修習を受けるようになったが、この間無給であった。

2) 戦後の制度改正

戦後は、高等試験司法科試験は廃され、司法試験となり、合格すると、裁判官、検察官への任官志望者も、弁護士志望者も同じ司法修習を受けることとなった。そして司法修習生考試に合格して初めて、裁判官、検察官に分かれることとなった。この間、司法修習生には、給与支給規定によって給与が支給されてきた。また、国家公務員共済組合への加入が認められてきた。

3) 司法制度改革以後の制度改正

1999年に、司法制度改革審議会を設置し、その中で法曹養成についても議論。

① 改革の趣旨・・・「社会の複雑・多様化、国際化等がより一層進展する中で、行政改革を始めとする社会経済の構造改革を進め、明確なルールと自己責任原則に貫かれた事後監視・救済型社会への転換を図り、自由かつ公正な社会を実現していくためには、その基礎となる司法の基本的制度が新しい時代にふさわしく、国民にとって身近なものとなるよう、国民の視点から、これを抜本的に見直し、司法の機能を充実強化することが不可欠である。」（司法制度改革推進計画：平成14年3月19日閣議決定より）

背景としての、司法試験受験予備校の隆盛。

② 改革の柱としての法曹養成制度の改変

司法試験一本主義から、法科大学院（Law School）という専門職大学院を設置し、そこでの過程を通じての法曹養成。司法試験合格者 3000 人体制、様々な経歴、専門性を持った法曹の養成、弁護士過疎地域の解消（弁護士アクセスの改善）、裁判官の増員による迅速な裁判、等々。

その反面としての、司法修習生の無給化。2011 年合格の 65 期司法修習生から、2016 年合格の 70 期司法修習生までが、全くの無給。それまでの月 20 万円支給から 0 に。

③ さらなる制度改正

- ・司法試験予備試験の実施（2011 年から）
- ・司法修習生への給与制の一部復活（2017 年合格の 71 期修習生から）

4) 司法制度改革をどう評価するか

① 法科大学院

・アメリカからの輸入品であるが、法学部のある日本に移植することに多少の無理がある。2 年制の既修者コースと 3 年制の未修者コースという、言ってみればいびつさの残る制度設計。

・さらに、論文式試験が中心の司法試験の存在は変わらず、それとうまく接合していない。たとえば、従来司法修習で行われていた実務修習の一部を法科大学院の課程に取り込んだが、司法試験を控えた学生がそれに集中するには、無理がある。アメリカは、各州による司法試験であるが、短答式のみで、その対策は、法科大学院修了後 3 ヶ月で十分と言われる。

・法科大学院への飛び級制度の導入、予備試験の導入などで、当初の、多様な学部から、あるいは経歴豊富な人材を集め、じっくりとした教育課程を経ての法曹養成という理念は吹っ飛びつつある。法学部—法科大学院主流の養成課程と若年齢化、予備試験による法科大学をスルーしての、知識・答案技術優先の詰め込み型学習。

② 司法試験

旧司法試験への回帰傾向

4 本学法科大学院の若干の振り返り

- ・2005 年開校、2017 年閉校。この間、21 名の司法試験合格者。
- ・累積合格者数と合格率

第1 裁判員裁判はどんな制度か

1 裁判員の選ばれ方

(1) 抽選

- c f 参審制的 有識者
調停委員 司法委員 労働審判における労働審判員
- c f 陪審制的 抽選
検察審査会

(2) 具体的には

- ア 裁判員候補者名簿をつくる (秋)
地方裁判所ごとに、管内の市町村の選挙管理委員会がくじで選んで作成した名簿
- イ 調査票とともに候補者に通知
裁判員候補者名簿に登録されたことを通知 (11月頃)
※来年1年間裁判員候補として呼ばれる可能性がある
辞退事由が認められる人は呼ばれない。
- ウ 事件毎に名簿の中からくじで候補者が選ばれる
- エ 選任手続期日のお知らせが送られる
- オ 選任手続期日
裁判員候補者のうち、辞退を希望しなかったり、質問票の記載のみからでは辞退が認められなかった方は、選任手続期日の当日、裁判所へいく。
裁判長は候補者に対し、「不公平な裁判をするおそれの有無、辞退希望の有無・理由」などについて質問。
- カ 裁判員の選任 抽選

一口メモ

★どんな場合に辞退できるか？

- ① 70歳以上、学生または生徒、過去5年以内における裁判員経験者など)
- ② 重い疾病または傷害により裁判所に出頭することが困難である。
介護または養育が行われなければ日常生活を営むのに支障がある同居の親族がいる。
仕事における重要な用務があつて、自らがこれを処理しなければ著しい損害が生じるおそれがある。

他の期日に行うことができない社会生活上の重要な用務がある。

重大な災害で被害を受け、生活再建のための用務がある。

妊娠中または出産の日から8週間を経過していない。

同居していない親族または親族以外の同居人を介護・養育する必要がある。

親族または同居人が重い病気・けがの治療を受けるための入通院等に付き添う必要がある。

妻・娘が出産する場合の入退院への付添い、出産への立会いの必要がある。

住所・居所が裁判所の管轄区域外の遠隔地にあり、裁判所に行くことが困難である。

その他、裁判員の職務を行うこと等により、本人又は第三者に身体上、精神上または経済上の重大な不利益が生ずる

★「質問」の実情

個別質問は限られた人しかしない。

(辞退事由の有無の確認するだけ。思想、信条のようなものは確認されない。)

★検察官、弁護士は、裁判員を選べるか？

理由なし不選任ができる。

理由なし不選任は本人には分からない。

★補充裁判員（予備の方も決める）

2人以上

裁判は最後まで立ち会う

裁判員が来られなくなったときには交替する

表決権はない

2 裁判員対象となる事件は？

刑事事件のうち、死刑又は無期の懲役もしくは禁固に当たる罪にかかる事件（たとえば、殺人、強盗致傷等）、法定合議事件であって、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪に係る事件（たとえば、傷害致死、危険運転致死等。死刑、無期等の場合を除く）の裁判

3 裁判員裁判は何人

裁判官3人 裁判員6人 補充裁判員（事件の長さによる 通常2人から4人程度が多い）

4 1年間に裁判員に選ばれる確率は（令和2年）

(1) 全国で

- ア 候補者名簿記載者数 232,800人
- イ 裁判員候補者数 104,205人
- ウ 裁判所に出頭を求められた人 35,582人
- エ 選任された裁判員 5221人
- オ 選任された補充裁判員 1761人
- カ 令和元年の選挙人名簿登録者数 105,888,081人

以上から計算すると・・・。

裁判所から手紙が来る確率は 0.21% 454人に1人

裁判員になる確率は 0.004931%

補充裁判員と会わせても 0.006594%

→ 15,000人に1人

5 裁判員はなにをするか

- (1) 公判への立ち会い
- (2) 評議、評決
- (3) 判決宣告に立会

一口メモ

★ある裁判員裁判のスケジュール

水曜日 選任手続（午前中）

翌週

月曜日 審理（9時45分から17時）

火曜日 審理 //

水曜日 休み

木曜日 審理 //

金曜日 審理（9時45分から12時）

翌々週

月曜日 午前中 審理 午後評議

火曜日 評議

水曜日 評議

木曜日 評議

金曜日 休み

月曜日 午後3時から判決宣告

6 裁判員候補者であることを公にすることは法律上禁止

（趣旨）接触や働きかけを防ぎ、裁判員候補者自身のプライバシーや生活の平穏を保護するため

※休暇を取ったり、相談をしたりするために会社の上司や同僚、家族に話をし、書類を見せることは問題なし

- 7 裁判員や補充裁判員であることを公にすることは法律上禁止
(趣旨) 接触や働きかけを防ぎ、裁判員等自身のプライバシーや生活の平穩を保護するため

※裁判員等としての任務を終えた後に、裁判員等であったことを公にすることは問題ない。例 判決宣告後に記者会見

8 裁判員の守秘義務

(1) 趣旨

評議で裁判員や裁判官が自由な意見を言えるようにするため

(2) 範囲

評議の秘密 被害者等の事件関係者のプライバシー 裁判員の名前

(3) 話してもいいこと

法廷で見聞きしたこと 判決の内容

裁判員として職務を行った感想

9 裁判員候補者、裁判員の日当

裁判員候補者・選任予定裁判員については1日当たり8,050円以内

裁判員・補充裁判員については1日当たり1万50円以内

(裁判員の参加する刑事裁判に関する規則7条)。

裁判員候補者の方については、選任手続が午前中だけで終わり、裁判員に選任されなかった場合は、最高額の半額程度。

第2 なぜ裁判員裁判が導入されたか

1 国民の司法参加の要請

- (1) 司法の原則 他の機関から独立してその権能を行使する
立法、行政 から独立

問題点 官僚化 国民主権との関係で問題

(2) その対策

国民の司法参加 陪審 参審 →裁判員裁判へ

法曹一元(弁護士から裁判官になる) →機能していない

2 司法改革の要請

(1) 弁護士会から

司法の機能低下 官僚司法 1990年 司法改革宣言

(2) 財界から

使いにくい 時間がかかる

(3) 外国から

使いにくい 時間がかかる

→目的は異なるが司法改革の機運

3 司法制度改革審議会(平成11年7月から平成13年6月)

論点 国民の司法参加の必要があるのか
陪審か、参審か

2001年（平成13年）6月12日 司法改革審議会意見書

「刑事訴訟手続において、広く一般の国民が、裁判官とともに責任を分担しつつ協働し、裁判内容の決定に主体的、実質的に関与することができる新たな制度を導入すべきである。」

一口メモ

★司法改革

1 国民の期待に応える司法制度の構築

民事司法改革

知財事件の対応（→知財裁判所）

労働事件の対応（→労働審判制度）

家庭裁判所・簡易裁判所の充実

（→人事訴訟制度の家庭裁判所）

民事扶助の拡充（→法テラス）

裁判外の紛争解決手段の拡充・活性化

刑事司法改革

準備手続（→公判前整理手続）

被疑者段階の公的弁護制度（→被疑者国選）

少年の公費による付添人制度（→国選付添人）

2 司法を支える法曹の在り方

法曹人口の拡大

法科大学院制度

司法試験

司法修習

裁判官の給源の多様化

3 国民的基盤の確立（国民の司法参加）

4 制度設計の議論

司法制度改革推進本部 裁判員制度・刑事検討会

論点 ・手続上の問題も関与するのか

・裁判体の構成 評決の方法

・選任の方法

・対象事件

・手続きの在り方

・上訴審

裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（2004年成立、2009年5月21日施行）

第1条 この法律は、国民の中から選任された裁判員が裁判官と共に刑事訴訟手続に関与することが司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資することにかんがみ、裁判員の参加する刑事裁判に関し、裁判所法（昭和二十二年法律第五十九号）及び刑事訴訟法（昭和二十三年法律第百三十一号）の特則その他の必要な事項を定めるものとする。

第3 裁判員裁判によって変わったこと

1 刑事手続の変化

(1) 法律

ア 証拠開示制度の充実

内容 類型証拠開示 主張関連証拠開示
趣旨 集中した証拠調べを実現する

(2) 運用

ア 証人調べの重視

Cf 調書裁判

イ 法廷機械

モニター

書画カメラ

判例検索システム（事件に関係する当事者しか見られない）

ウ 手錠、腰縄の扱い

エ 被告人の着席位置

オ 被告人の服装 ネクタイ 靴

カ 刺激証拠の取り扱い

2 えん罪防止となったか

刑事裁判の本来の目的はえん罪防止

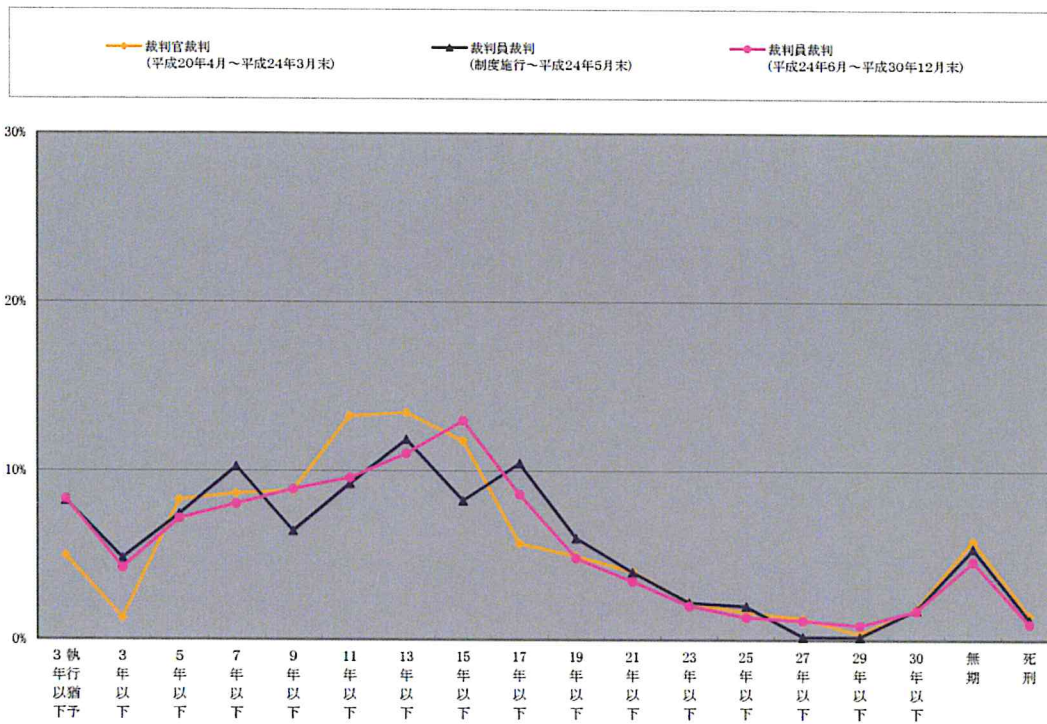
裁判員裁判はえん罪防止になるのか

両説あり

私見

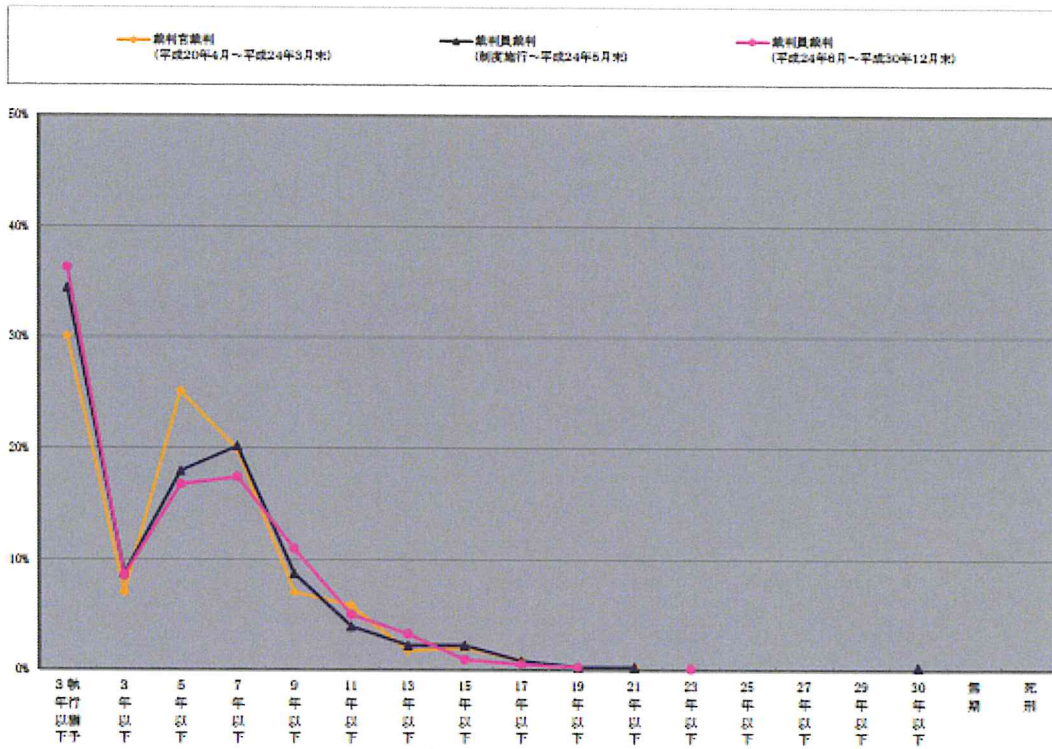
3 量刑

図表23-1 量刑分布の比較（殺人既遂）

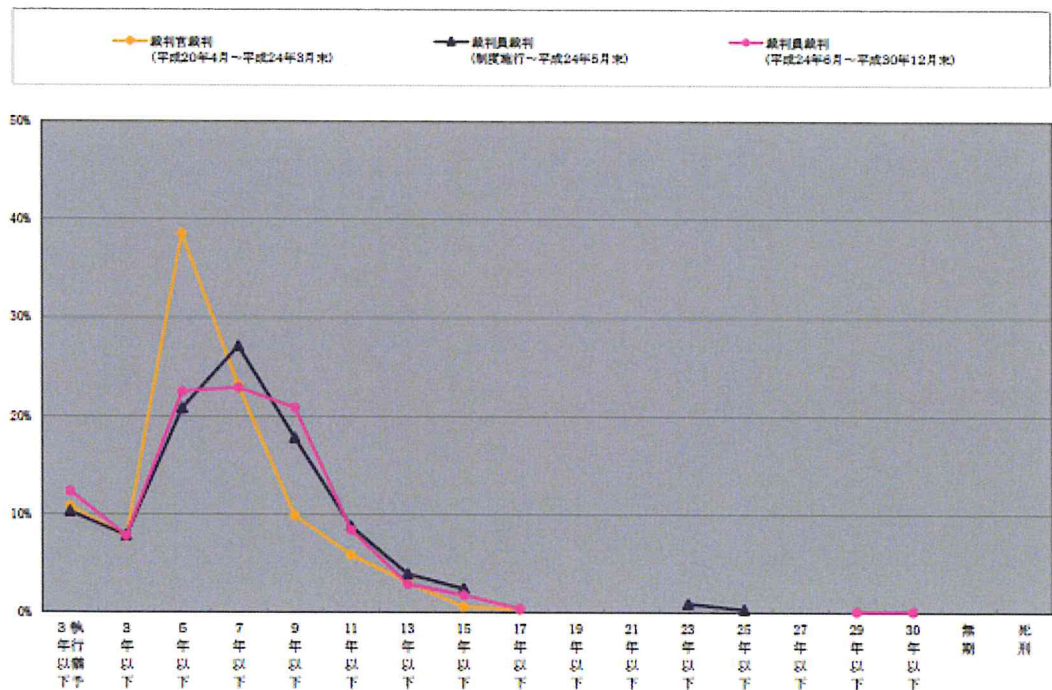


重い方に移動している。
 執行猶予付や軽い量刑も増えている。
 死刑、無期はほとんどかわらない。
 裁判員裁判で死刑→無期が7件あったと報道されている。
 市民の感覚無視といえるか。

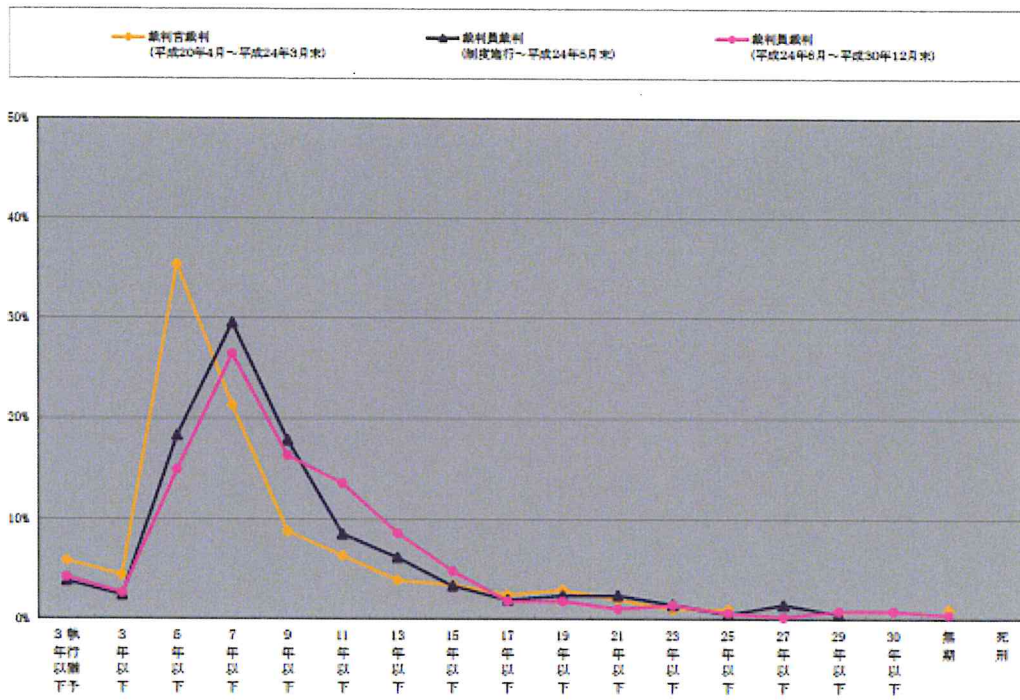
図表23-2 量刑分布の比較（殺人未遂）



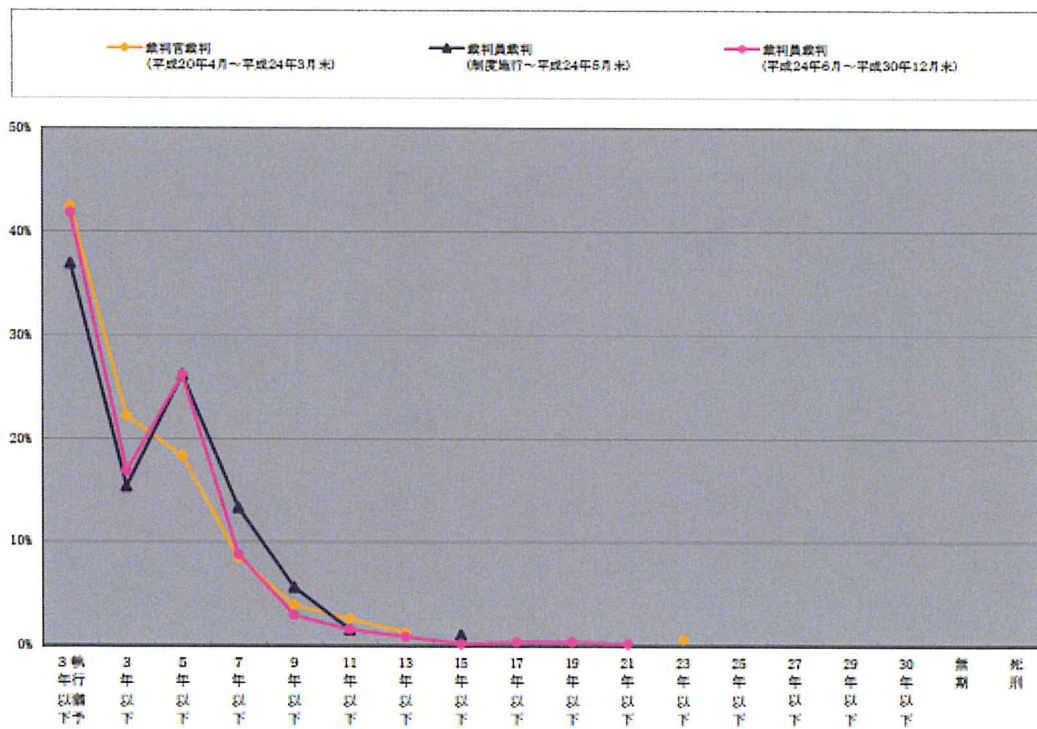
図表23-3 量刑分布の比較（傷害致死）



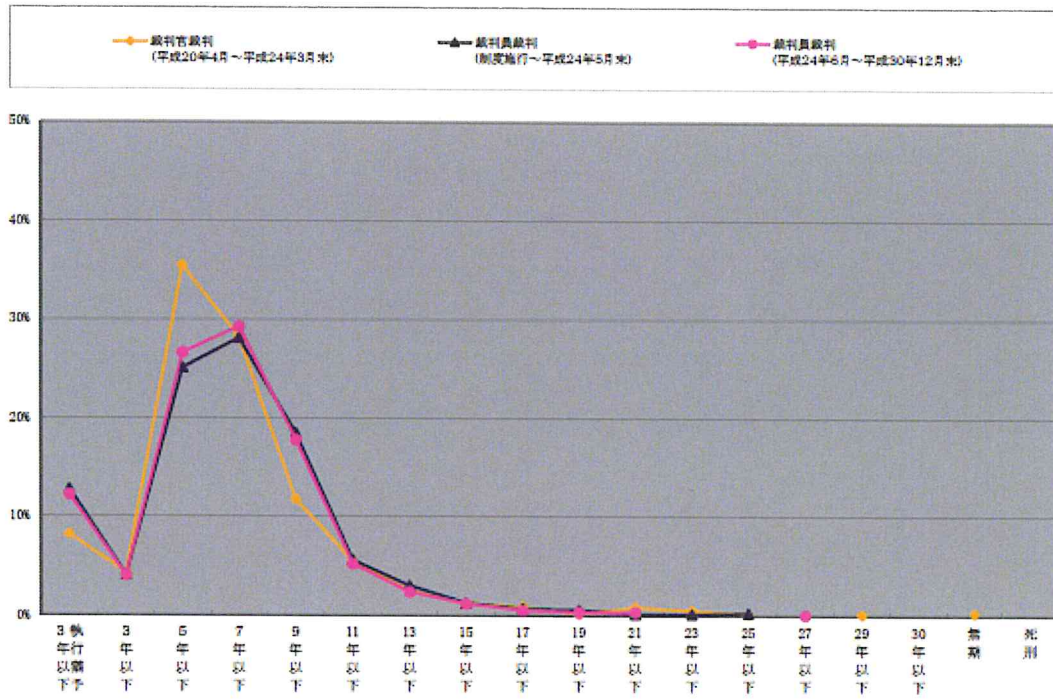
図表23-4 量刑分布の比較 ((準)強姦致死傷・(準)強制性交等致死傷)



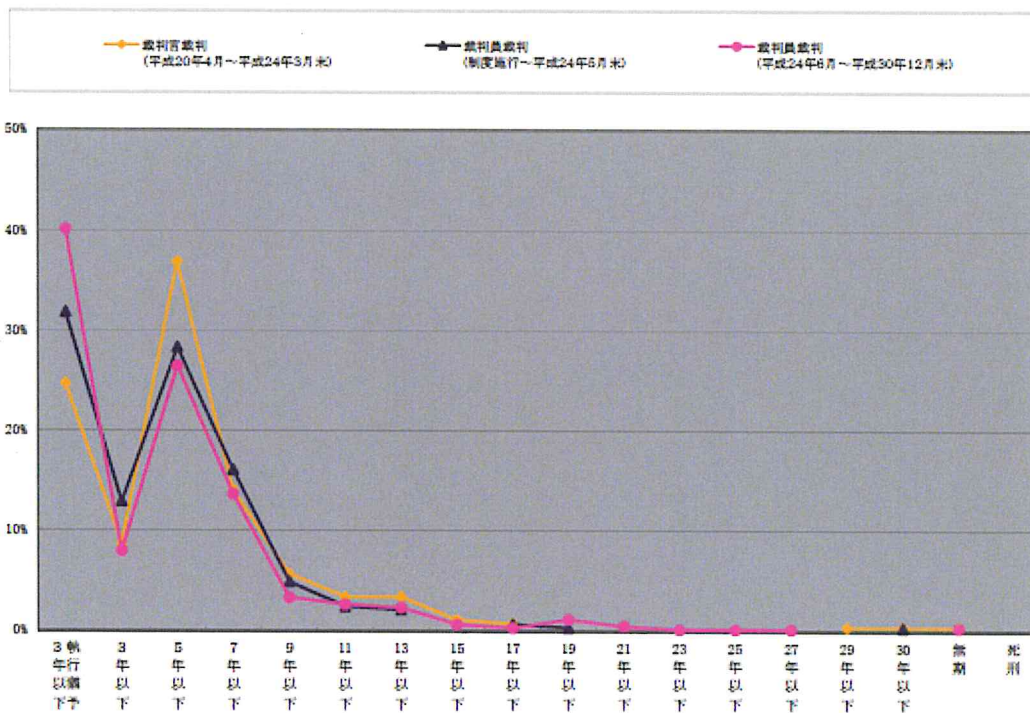
図表23-5 量刑分布の比較 ((準)強制わいせつ致死傷)



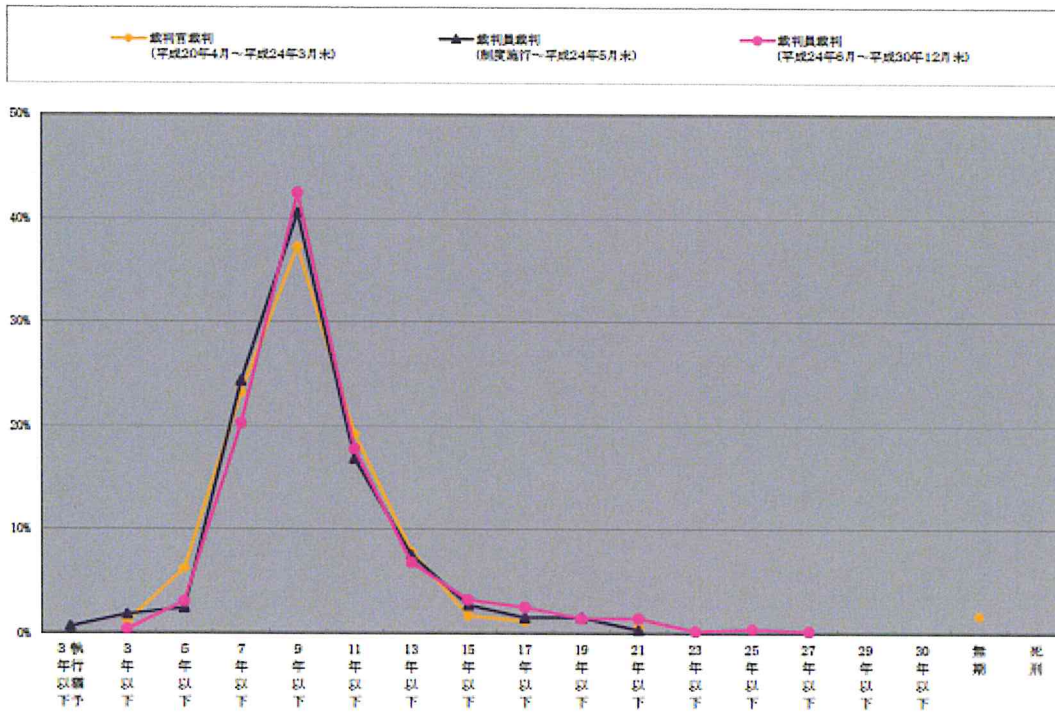
図表23-6 量刑分布の比較（強盗致傷）



図表23-7 量刑分布の比較（現住建造物等放火既遂）

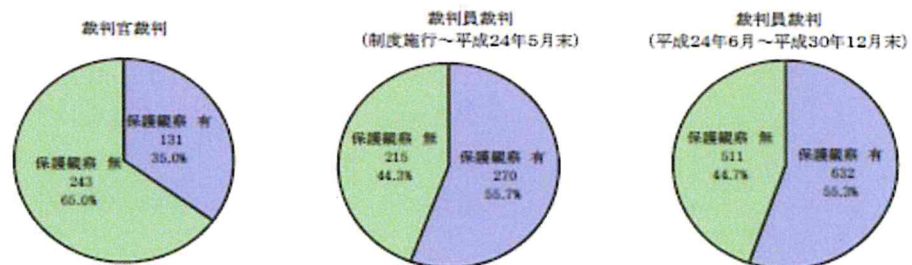


図表23-8 量刑分布の比較（覚せい剤取締法違反）



図表24 保護観察に付された割合の比較

	執行猶予 言渡人員 (A)	うち 保護観察 言渡人員 (B)	割合 (B/A) (%)
裁判官裁判 (平成20年4月～平成24年3月末)	374	131	35.0
裁判員裁判 (制度施行～平成24年5月末)	485	270	55.7
裁判員裁判 (平成24年6月～平成30年12月末)	1,143	632	55.3



(注) 1 上記数値は、処断罪名が図表23に掲げた8つの罪名に係るものである。
 2 刑事通常第一審事件系による実人員であり、速報値である。
 3 執行猶予言渡人員には、刑の一部執行猶予が言い渡された人員を含まない。

(コメント)

殺人既遂、傷害致死などは重くなっている。

性犯罪も重くなっている。

殺人の軽い量刑、現住建造物の軽い量刑が見られる。

考慮すべき事情があるときには軽くしている。

→裁判員裁判のほうが事案に応じて柔軟な判断をしているのでは。

4 公判の外的変化

(1) 起訴、不起訴の変化

起訴 → 不起訴

殺人未遂 → 傷害

強盗殺人 → 殺人 窃盗

になる場合があった。起訴がより慎重になった。

(2) 取調べの録音録画 自白の判断

自白偏重

今も残るが、より慎重になった

(3) 保釈の運用

身体拘束の必要性も厳密に判断

(4) 控訴審の運用

控訴審は事後審であるという控訴審本来の趣旨を運用上より徹底

控訴審における事実の取調べは、従来より制限的に運用

第4 刑事裁判の変化

1 被害者への配慮

被害者参加制度

記録を閲覧

裁判の傍聴（当事者席で）

意見陳述（情状の証拠）

被害者論告（情状の意見）

2 プライバシーへの配慮 証人への配慮

遮蔽措置

法廷で名前を呼ばない

Cf 反対尋問権 裁判の公開

一口メモ

★大型モニター

裁判員法廷で設置された大型モニター

最近はほとんど使われない。



裁判員法廷の様子（裁判所ホームページより）

第5 裁判員制度の問題点といわれていることについて

1 守秘義務

厳しすぎる 法律改正の必要性

評議の感想も、裁判官、裁判員が特定できない形でなら内容にわたって話してよいのではないか。

2 辞退率の増加

(1)平均の職務従事日数（※）が増加傾向にあること

(2) 人手不足など雇用をめぐる社会情勢の変化

（仕事を理由に辞退する人 28.7%（平成27年全国））

(3) 国民の裁判員制度に対する関心の低下

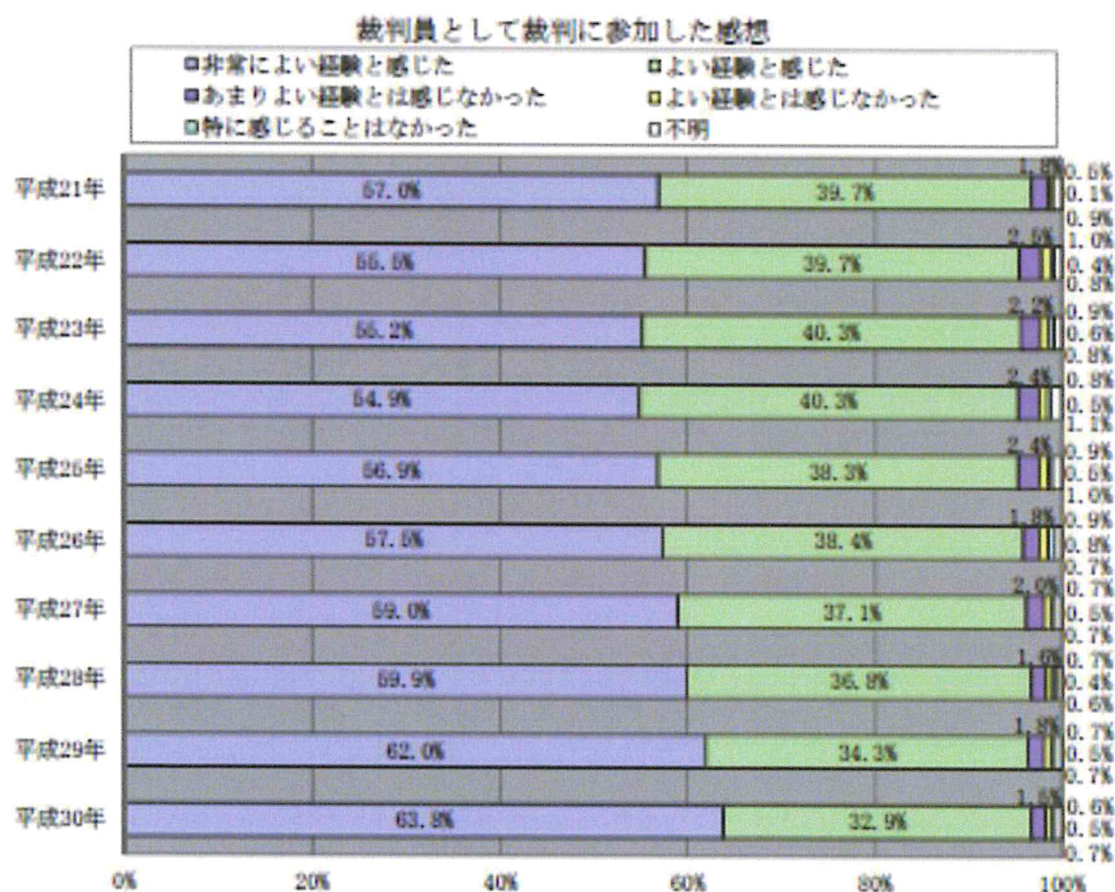
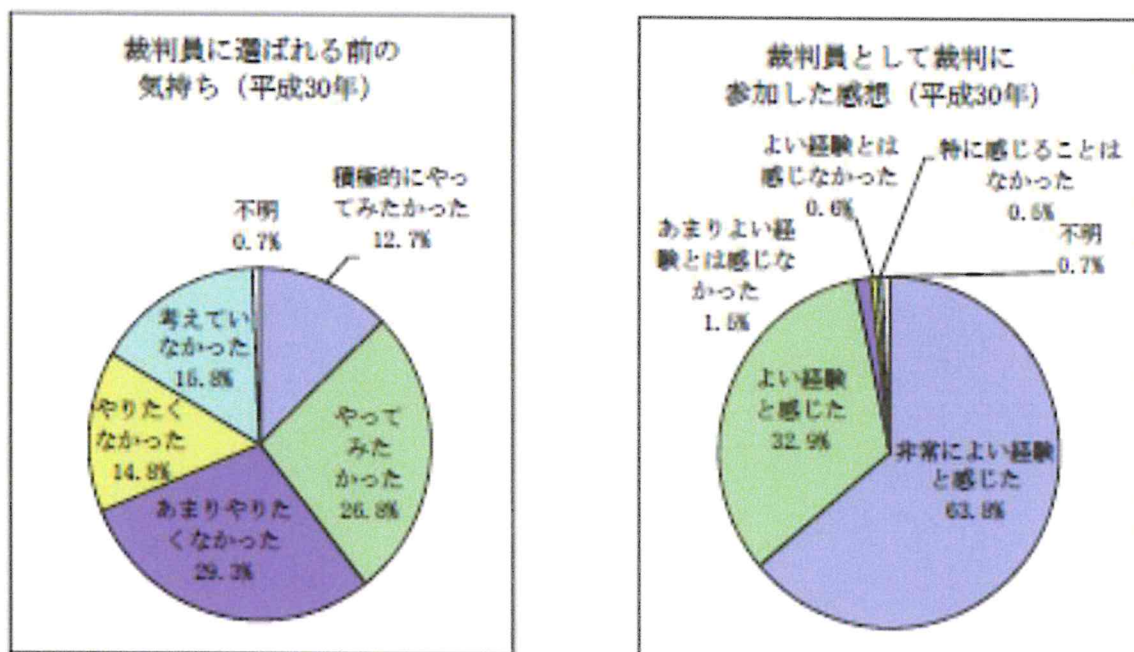
3 市民の負担

(1) 証拠内容の整理（公判前整理手続における
必要性・代替性の議論，白黒化やイラスト化の
工夫）

(2) 選任手続での事前告知

→ 精神的負担を理由とする辞退希望の申出

図表1 裁判員に選ばれる前の気持ちと裁判員として裁判に参加した感想



(注) 1 裁判員等経験者へのアンケートに対する有効回答に基づく数値である。
 2 裁判員のみを集計（補充裁判員を含まない。）
 3 「裁判員として裁判に参加した感想」のグラフのうち、欄外の数値の上段は「よい経験とは感じなかった」、中段は「特に感じることはなかった」、下段は「不明」の数値である。

第6 裁判員裁判への期待

- 1 国民の司法参加 司法の民主的コントロール
裁判 独立が必要 (権力の監視)
行き過ぎると「官僚裁判」
← 国民主権の要請と矛盾
→ 国民のコントロールをするために
 - ① 最高裁の裁判官の国民審査
 - ② 陪審制 参審制
 - ③ 弁護士任官 (法曹一元)①、③はそれほど機能していない。
- 2 適正手続へ
 - (1) 刑事裁判の問題点
取調べに弁護人の立会権がない
逮捕段階の国選弁護制度がない
全面的な証拠開示がなされない
取り調べの期間が長い。合計23日
全面的な録音録画がなされていない
自白調書の証拠能力が広く認められる
警察で作成された証人の調書の証拠能力が認められる場合がある
国選弁護の費用が適切に支払われていない
 - (2) 裁判員裁判への期待
市民が裁判に参加することで裁判の問題点を隠せなくなる
- 3 その他の手続きへ
刑事裁判のほかの類型も
民事裁判にも
Cf 労働審判制度

葬送の法律問題

愛知学院大学客員教授 原田保

I 序言

墓地、埋葬等に関する法律——埋葬（土葬）・火葬の方法等（「墓地埋葬法」「墓理法」）

船員法——水葬に関する船長の権限・方法等

行旅病人及行旅死亡人取扱法——身元不明死体等に関する市町村の埋葬火葬義務等

* 通常の死体については、権利義務規定一切不存在 → 奪い合い・押し付け合いの例

刑法 190 条——死体等に対する損壊・遺棄・領得 → 懲役 3 年～1 月

軽犯罪法 1 条 18 号——自己占有場所の死体等に関する不申告 → 拘留または科料

II 火葬場残留骨（残骨灰）

全部取骨でも微細な粒子・粉末は收拾困難、一部取骨なら骨の大部分は残留

大刑判明 43・10・4 刑録 16 輯 19 卷 1608 頁（高山火葬場事件）：遺骨ではない。

大三刑判昭 14・3・7 刑集 18 卷 3 号 93 頁：火葬場管理者の所有する財物である。

残留骨は、火葬場で保存

その後、売却または料金支払による処理委託 入札金額 1 円や 0 円の例

遺骨仏に使用した例（昭和 3 年建立・平成元年解体撤去の別府大仏）

III 新たな葬法

現行の葬送法規が想定しない死体処理

従前からの墓や儀式等に対する拒絶（環境問題、後継者問題、宗教者への不信）

ビジネス・チャンスとして安価簡便な葬送商品の開発

需要と供給とが合致して、従前と異なる葬送の増加

略式葬（直葬）

取骨拒絶

完全焼却

1 樹木葬

同じ名称でも、内容は多様

死者毎の場所特定の有無

墓地として指定された土地での埋蔵なら、適法

墓地以外での埋蔵は、墓地外埋葬罪（墓地埋葬法違反）

森林での撒布は「撒骨」（後述）

2 手元供養

元々は商品名だが、考案者が普及を期待して商標登録せず、期待通り概ね普通名詞化

- ① 人骨収納装飾品・実用品（カロート・ペンダント、遺骨封入ペーパー・ウェイト、等々）
- ② 人骨成形オブジェ（遺骨仏、エターナル・プレート、等々）
- ③ 人骨内物質抽出製品（メモリアル・ストーン、遺骨ダイヤモンド、等々）

3 撒骨（散骨）

場所は多様（海洋・陸上、公共場所・私有地）

賛否両論

* 適法性主張の根拠：① 法務省による許容（平成3年10月の法務官僚発言）

② 古代天皇の例や外国の例

③ 人骨撒布と気付かれなければ禁止理由不存在

④ 火葬で一部取骨後の残余放棄が適法だから、人骨撒布も適法

* 上記主張の問題点：① 権限外、省内の合意も承認も不存在、見解表明否定発言も存在

② 現在の日本の法秩序と無関係

③ 被害の「発生」と「発覚」との混同

④ 遺骨概念からの排除は、遺骨撒布の評価と無関係

IV 検討方法

1 死体等に対する罪の保護法益

かつては「国民の宗教感情」→ 現在は「死者に対する公衆の敬虔感情」

いずれにしても、個人法益ではなく、社会法益 = 大多数の人々の感情

人の死体は、「廃棄」ではなく、「葬送」を要する、という社会通念

葬送であるか否かが、死体等に対する罪の構成要件該当性判断基準

2 葬送概念

現行法には定義規定がなく、法解釈の問題

従前から、「追慕」「拒絶」の二面性の指摘（墓地なら、追慕か拒絶かの行動選択が可能）

今日でも必須なら、どちらかを侵害する死体等取扱は、葬送と認め得ず、犯罪構成要件該当

* 手元供養の場合：遂行者の私的領域内の人骨に対する接近が困難 ← 追慕に対する侵害？

遂行者が携帯する人骨に接近する可能性 ←——— 拒絶に対する侵害？

* 撒骨の場合：追慕対象たる人骨の滅失 ←————— 追慕に対する侵害？

飛散流散し、誰かが人骨に接近接触する可能性 ←—— 拒絶に対する侵害？

V 結語

立法の必要性

I 序

公開会社・監査役会設置会社・委員会型会社 → 取締役会必置 § 327①

上記以外の会社 → 定款の定めにより取締役会設置を選択可 § 326②

取締役会設置は登記事項 § 911③15号

II 取締役会の職務

(1) 業務執行の決定 § 362①1号

特定の取締役に決定を委任可

法定決議事項 § 362④1号～17号

1号 重要財産の処分・譲受け

2号 多額の借財

3号 支配人・重要な使用人の選任・解任

4号 支店・重要な組織の設置・変更・廃止

5号 社債募集事項の決定

6号 内部統制システムの整備

7号 役員等の責任の免除

その他 重要な業務執行の決定 § 362④柱書

1号 何が「重要」財産に該当するのか？

当該財産の価額 とか 総資産中に占める割合、保有目的、処分行為の態様、
従来の取扱い e t c を総合的に考慮して判断する

(最判平6. 1. 20民集48. 1. 1【総資産額の1. 6%に当たる「他社株式」の譲渡を重要財産の処分に該当するとした】)。

(2) 取締役の職務執行の監督 § 362②2号

代取・業執取・使用人に報告・資料提供を求め、その適否を審議し、不適切と判断すれば、是正を命じる。

業務の適法性プラス妥当性にまで及ぶ

c f 監査役は適法性監査が中心

(3) 代表取締役の選定及び解職 § 362②3号

業務執行取締役の選定及び解職も § 362②2号

III 取締役会の招集

(1) 招集権者 原則 各取締役 § 366①

定款又は取締役会で特定の取締役Aを招集権者と定めるならば、Aのみ § 366

①但書 → 取締役Bは議題を明示して、Aに招集を請求する → 一定期間内にAの招集なければ、→ Bが自ら招集する § 366②③

株主による招集

取締役Cが目的外行為・法令定款違反行為 → 株主Sが取締役Aに招集を請求 § 367①② → 一定期間内にAの招集なし → 株主Sが自ら招集 § 367③ § 366③

IV 議事

持ち回り決議は不可 (最判昭44. 11. 27民集23. 11. 2301)

TV電話による開催は可 相互に協議意見交換できるから

(1) 決議要件 § 369①

議決に加われる取締役の過半数出席+その過半数賛成
定款で要件加重可 軽減は不可

(2) 特別利害関係人は議決に加われない § 369②

競業取引・利益相反取引の承認 § 365① § 356

責任の一部免除 § 426

代取の解職 (最判昭44. 3. 28民集23. 3. 645)

(3) 決議の省略

取締役Aが議題を提案 → 取締役全員が書面・電磁的記録で同意し、監査役も異議を述べず → 可決する決議ありとみなされる § 370

報告事項

取締役全員 プラス 監査役全員に対し報告事項を通知
→ 取締役会への報告不要

但し、業務執行取締役の職務状況報告書 § 363②

については、省略不可 § 392②

(4) 議事録の作成

出席取締役監査役全員の署名・記名押印 § 369③

電磁的記録による作成ならば電子署名 § 369④則 § 225①6号

異議をとどめない → 決議に賛成したと推定 § 369⑤

10年間 本店に備え置く § 371①

株主・債権者・親会社社員の閲覧・謄写請求 § 371②~⑥

V 瑕疵ある決議の効力

当該瑕疵が決議結果に影響を及ぼさないと認められるならば、決議は有効。

たとえば、特別利害関係取締役が決議に参加して成立した決議 (§ 369②違反) については、当該取締役の票を除外しても、なお決議の成立に必要な多数の賛成が得られているならば、決議は有効 (最判平28. 1. 22金判1490. 20)

しかし当該取締役の会議参加により、他の取締役の判断に影響を受けるから (当該取締役に

遠慮)、安易に決議を有効と見ることには疑問の余地あり → 瑕疵が重大であるならば、決議結果への影響の如何にかかわらず、決議は無効と解すべき。

また、取締役会内部で、AグループとBグループとの対立がある状況下でBグループの取締役数名に対し、ことさらに招集通知せず → 東京高判昭60.10.30判時1173.140 決議結果への影響なしを理由に決議を有効とする。 → しかし反対派Bグループの取締役を排除するために敢えて招集通知しないということは重大な瑕疵 → 決議結果への影響とは関係なく決議は無効と解すべきなのでは？

VI ケース

Y社 取締役 X代取社長 B副社長 C D E F G (BG2名はA銀行の出身)

定款「取締役会の招集通知は書面により行う」「招集通知には目的事項(議題)を記載する」
業績不振で経営悪化

BはXに助言「A銀行から緊急融資を受けるべき」

Xが取締役会招集通知

開催日 9月9日 議題「A銀行からの緊急融資」

9月9日 取締役会開催 Cのみ病欠欠席

融資案件は承認(可決)される

終了直前Gが緊急動議「代取Xの解任を求める。議長はBに」

X動議賛成者の挙手を求める → BCD3名挙手

Bは「Xの代取解職議案」を採決にふみきる → BDG賛成 EF反対

XはY社に対し、自己Xの代取たる地位の確認を請求

予想されるXの主張

招集通知に「代取解職議題の記載なし」

出席6名中3名の賛成だから、X解職議案は否決

名古屋高判平12.1.14 金判1087号18

取締役は、会議目的事項によって取締役会に出席するか否かを決する自由を有していないから、常に取締役会に出席すべき。仮に定款で招集通知に議題を明記する旨が定められているとしても、右規定は事前準備の便宜を与えるにとどまり、それ以上に、取締役会における議題を拘束する効力を有するものではない。取締役会における代表取締役等の業務執行に関する監督権の行使は、予め提案された議案とは関係なく、有効適切に監督権を行使することが期待される。招集通知に明記されていない事項が取締役会で議決されたとしても、これにより、当該決議が違法となるものとは言えない。定款違反を理由とするXの「本件取締役会決議無効」の主張は採用することができない。

採決 議決に加わることのできる取締役(BDEFG)5名の過半数を定足数(3名)とし、
出席取締役の過半数の賛成を以て承認 §369①

出席6名 XBDEFGの過半数 → 4名の賛成必要

BDG 3名の賛成では否決？

しかし、議決権を行使できる出席取締役はB D E F G 5名

5名の過半数は3名だから

BDG 3名の賛成で出席取締役の過半数の賛成といえる

→ 本件 可決承認あり

人間の生と死と法律

—安楽死問題から生きる意味を考える—

2021 年度前期市民公開講座レジュメ：2021 年 5 月 8 日(土)

梅田 豊 (愛知学院大学教授)

1. 安楽死

- ① 純粹安楽死：単純に苦痛を取除きかつ死期を早めない場合 (鎮痛剤など)
- ② 消極的安楽死：延命治療が苦痛のためその治療をしない(延ばせる死期を早める)場合
- ③ 間接的安楽死：苦痛を取除く措置が死期を早める場合 (モルヒネなど)
- ④ 積極的安楽死 (直接的安楽死)：苦痛を取除くために殺害行為をする場合

2. 安楽死と犯罪

殺人罪：人を殺した者は、死刑又は無期若しくは 5 年以上の懲役に処する。(刑法 199 条)

自殺関与・同意殺人罪：人を教唆し若しくは幫助して自殺させ、又は人をその囑託を受け若しくはその承諾を得て殺した者は、6 月以上 7 年以下の懲役又は禁錮に処する。(同 202 条)

* 自殺は犯罪か？ 自殺の手助けは？

3. 積極的安楽死の適法性が問題になった事例

1) 1962 年 12 月 22 日名古屋高裁判決の 6 要件

- ① 不治の病で死が目前 ② 激しい苦痛 ③ もっぱら死苦の緩和が目的
- ④ 本人の同意 ⑤ 原則医師による ⑥ 倫理的に妥当な方法

2) 1995 年 3 月 28 日横浜地裁判決の 4 要件

- ① 耐え難い苦痛 ② 死が避けられない ③ 苦痛の除去・緩和のため他の代替手段なし
- ④ 本人の明示の意思表示

4. 安楽死立法化の世界の動向

スイス (1942 年)

アメリカ合衆国：オレゴン州(1994 年) ワシントン州(2009 年) モンタナ州(2009 年)

バーモント州(2013 年) ニューメキシコ州(2014 年)

カリフォルニア州(2015 年)

オランダ(2002 年)

ベルギー(2002 年)

ルクセンブルク(2008 年)

カナダ(2016 年)

オーストラリア：ビクトリア州(2017 年)

スペイン(2021年6月施行予定)

ニュージーランド(2021年11月施行予定)

* スイス以外は基本的に自国民のみ

- ・ スイス：外国人も自殺ほう助機関に登録可能（不治の病の末期）
費用は7000ドル（約80万円） 現在60カ国5500人登録（2017年）
- ・ 北欧やベネルクス3国などリベラルな社会
「個人の自由を最大限尊重し、人生は自己決定に委ねられるべきだ」という常識
→ 売春 ドラッグ（大麻）合法化

5. 「先進国」オランダでの安楽死概念の拡張

- ・ 1994年に自殺未遂を繰り返していた50歳の女性を安楽死させた精神科医のケース
このケースの判決によって肉体的に健康な人が「平穏に自殺する権利」認められる
- ・ 2002年法「患者が意思を表明できる状態になくても、判断力が残っているうちに安楽死希望を記していた場合、医師は患者の希望をかなえられる」と規定
- ・ 認知症と診断された71歳の患者のケース
→ 「高齢者が自殺する権利」めぐる議論
- ・ 「自殺の権利」の背景：オランダでは患者に自分の治療を決定する権利あり
←1995年医療契約法 = 医師は患者が拒否する治療を強制できない
- ・ 83歳のアネットさんのケース
「安楽死できないなら絶食死する」→ 絶食開始から約5週間後絶命
自発的安楽死協会「絶食ガイドブック」
- ・ 終末期患者の苦しみ緩和の安楽死ではなく「人生を離脱する権利」
→ 「自殺薬を常備する権利」法制化に向けての運動

6. 彼女は安楽死を選んだ（NHKスペシャル：2019年6月2日放送）

- ・ 宮下洋一氏レポート
- ・ 小島ミナさん（当時50歳）：多系統萎縮症
= 小脳などの変性によって徐々に身体機能が奪われていく病気
現状で根治療法なし
- ・ スイス自殺幫助団体「ライフサークル」
2011年設立：年間約80人の自殺幫助
会員は世界中1660人 日本人17人（2019年4月時点）それまで例なし
「医師の診断書」「自殺幫助を希望する動機書」の要審査
審査基準：1. 耐えがたい苦痛がある 2. 回復の見込みがない
3. 代替治療がない 4. 本人の明確な意思がある
- ・ 2018年11月28日安楽死実施

7. 京都 ALS 患者囑託殺人事件

・ 事件の概要

2019年11月30日京都市内の筋萎縮性側索硬化症(ALS)の女性(当時51歳)死亡
京都府警2020年7月医師2人を囑託殺人の疑いで逮捕・起訴
死因：急性薬物中毒＝遺体からは市販されていない鎮痛薬検出
女性は2人の医師のうちの1人とSNSを通じて知り合う＝主治医ではない

8. 「死ぬ権利」と「滑り坂」の実態

- ・ 滑り坂＝生命倫理学で使われる比喻：1つの方向に足を一步踏み出したら足元が滑りやすい坂道になっていて1回足を滑らせたなら最後までどこまでも歯止めなく坂を転げ落ちていく→何かを容認するとなし崩し的に対象が広がっていく現象
- ・ オランダで当初安楽死法制化に尽力・推進してきた医師の一部に警告を発する人たち
→ 他の国は同じ轍を踏まないように
- ・ 認知症の患者、精神障害者、知的障害者や発達障害者にも拡大
- ・ オランダ議会：2016年と2020年に75歳以上の高齢者に安楽死を認める法案提出
- ・ 救命できない人ではなくてQOL（生活の質）が低い人へと拡大
「生きるに値しない命」の線引き社会に共有
→ 「医療コストに値する命」と「値しない命」の線引きへと横滑り
- ・ 臓器移植医療と安楽死の関係
→ 安楽死後臓器提供がオランダ、ベルギー、カナダでは現実に
- ・ 介護家族による「自殺ほう助」の問題

9. 「死にたい」と「生きたい」はコインの裏表

- ・ 第三者の短絡的な決めつけ←暴力？
- ・ 安楽死による苦痛から解放は問題の解決ではなく「問題そのものの消去」
- ・ 「生きたい」からこそ「死にたい」と思う
- ・ 2019年人工呼吸器ALS患者船後靖彦氏が参議院議員に当選
- ・ 世論調査「70%安楽死に賛成」の問題点

10. 「津久井やまゆり園事件」について（生きづらさの原因）

- ・ 2016年7月事件発生：入所者19人刺殺 入所者・職員計26人重軽傷
- ・ 2020年3月横浜地方裁判所（裁判員裁判）で死刑判決
→ 自ら控訴を取り下げ＝死刑確定
- ・ 「私が殺したのは心失者です」
- ・ 「生きづらさ」の原因＝「社会の役に立たない人間」に生きる価値はない？

11. 本能地と理知

- ・「安楽死容認論」「自己責任論」の背景
- ・本能地＝生命活動の土台（すべての生物）
- ・人間はそれに加えて理知を使う
- ・理知＝論理的認識・論理的思考によって個体（個人）毎の世界を創り上げる知恵
→ 必要な「決めごと」としての「言葉」と「ルール」
- ・ただし理知は非常に視野の狭い知恵＝利己的・自己中になりやすい
- ・それでも独自個性的な生命活動には必要

12. まとめ

- ・すべての生物は他の生物と一緒に生きるために生まれてくる
- ・人間も同様
- ・他者と一緒に生きてかなければならないことの自覚＝愛・慈悲・仁
→ その法的表現＝人権と民主主義（人類はまだ過渡期）
- ・「社会の役に立つ必要はない」

2021年5月15日

2021年度前期市民公開講座（愛知学院大学 法務支援センター）

相続，遺言等円満な承継のために

愛知学院大学 法務支援センター 教授
弁護士

浅 賀 哲

1 円満な承継－遺言

○ 遺言の例

遺言者 愛知太郎は次の通り遺言する。

1、妻 愛知花子（昭和〇年〇月〇日生）には以下の財産を相続させる。

(1) 土地

所在 津島市〇〇

地番 〇番〇

地目 宅地

地積 〇平方メートル

★登記情報を調べて記載をする必要がある

(2) 建物

所在 津島市〇〇

家屋番号 〇番〇

種類 居宅

構造 木造スレート葺2階建て

床面積 1階 〇平方メートル

2階 〇平方メートル

(3) 預金

①三菱UFJ銀行の遺言者名義の普通預金 口座番号 123456

②ゆうちょ銀行の遺言者名義の定期預金 口座番号 777777

・・・

○ 財産目録は，作成しておくのが良い。

2 遺言の種類

- 遺言は、手書きで良いのですか？
- 自筆証書遺言は、相続法の改正で一部がワープロで作成をしても良いと改正となったというのですが、本当ですか？
- 公正証書遺言って何ですか？ [資料](#) [日本公証人連合会](#) [ホームページ](#)

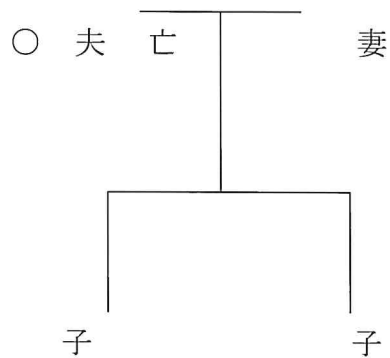
3 遺言を変更することは、できますか

4 遺言の失敗例

5 遺言を打ち破る遺留分って何ですか？この点でもめませんか？

6 遺言がない場合には、遺産分割をする必要があると聞きましたが、これは何ですか？
この協議はもめるという話を聞いたのですが、本当ですか？どんな場合がもめますか？
それを防ぐ方法がありますか？

7 遺産を取得できる法定相続人は、誰ですか？



8 「法定相続分」という言葉を聞いたことがあるのですが、これは何ですか？

○ 法定相続分は、上の例ではどうなりますか？

9 遺産分割協議が成立しないときは、どうするのですか

10 相続税は、どうするのですか？

- 相続税の申告手続 資料 国税庁ホームページ
- 基礎控除 3000万円に減額
600万円×法定相続人の人数
- 生前より、税理士に相談をするべき

⇒ 税理士に相談をしよう。

11 財産より借金の方が多いたときは、どうなりますか？

12 相続法改正の概要は、どのようなものですか

- 配偶者短期居住権

- 配偶者居住権

○ 自筆証書遺言の方式の緩和

○ 遺留分権の金銭化

○ 相続人以外の者による貢献

資料

- 1 日本公証人連合会 ホームページ
- 2 国税庁 ホームページ

以上

国際機関による国内人権保障の監視

5月22日 14:00～15:30

初川 満

1、国際人権保障基準について

～例としての、コロナと移動の自由

(1) 移動の自由について

日本国憲法及び自由権規約を例に

(2) 移動の自由の制限について

①要件 法律に基づき、正当な目的のため、民主的社会において必要な

②解釈

(3) コロナ下における移動の自由

2、主な国連機関による人権の監視

(1) 総会

(2) 経済社会理事会

(3) 人権委員会と人権理事会

(4) 国連人権高等弁務官と国連難民高等弁務官

(5) その他

3、主な地域機関による人権の監視

(1) ヨーロッパ

欧州評議会 — ex.ヨーロッパ人権条約

(2) 米州

米州機構 — ex.米州人権条約

(3) アフリカ

アフリカ統一機構 — ex.バンジュール憲章

(4) その他の地域

旧ソ連邦諸国

アラブ地域

アジア・太平洋地域

資料：

① 憲法 22条

② 自由権規約 12条

③ 国連機関図

④ 国連憲章機関及び地域機関

係を設定する意思はあったと認めうる場合であっても、それが、単に他の目的を達成するための便法として仮託されたものに過ぎないものであって、婚姻の効果意思を欠くときは、婚姻の効力を生じないとして、婚姻を無効とした

iii 婚約意思 婚姻意思とは異なる 将来婚姻関係を形成しようとする意思

iv 婚姻意思の存在時期 婚姻は要式行為 届出時に意思を有していることが必要

婚姻の実体（752条、753条、754条、750条：権利・義務を履行することを前提）実質的に判断

最一小判昭和44年 4月 3日民集23巻4号709頁

X（親）
A 内縁 Y
昏睡状態前記載、友人に婚姻届提出依頼、役所受理時昏睡

亡A（大韓民国籍）の遺産相続権者である被上告X人らが、亡Aと上告人Yとの婚姻が無効であることの確認を求めて提訴した事案の上告審において、韓国民法においては婚姻成立時に各当事者に意思能力があることを必要とすると解されるころ、亡Aは届出書が受理された時点で昏睡状態に陥り意思能力を失っているから本件婚姻は無効であるとした原判決を破棄し、婚姻届けが亡Aの意思に基づき作成され、作成当時婚姻意思を有しており、同人と上告人との間に夫婦共同生活関係が存在していたとすれば、届書が受理されるまでの間に亡Aが昏睡状態に陥り意識を失ったとしても、受理前に死亡した場合と異なり、受理以前に翻意したなど特段の事情がない限り、受理によって本件婚姻は有効に成立したと解すべきである

2. 婚姻の予約 「婚約」の成立

1) 将来夫婦としての権利を行使し、義務を履行することを予約

①婚約の意思 「将来婚姻しよう」 確実に婚姻しようという意思→婚姻する義務を発生
意思表示後は、一方的な破棄は許されない →債務不履行に基づく損害賠償

② 一定の事実状態の存在 夫婦と同じ実態の存在（同居、協力、扶助）

2) 結納 婚約が成立した証

①婚約の効果

- ・婚姻義務の発生 履行義務
- ・損害賠償責任 合理的理由なく破棄できない 損害賠償義務（415、709条）
- ・結納金の法的性質

3. 内縁と同棲

内縁 婚姻届けのない実質的夫婦

内縁の法的保護 婚姻に準じた保護＝準婚理論

内縁の法的保護 最判昭和33年4月11日民集12巻5号789頁

同居協力扶助義務？

男 --- 女

事実上夫婦実態あり

内縁関係

大審院は、いわゆる内縁を「将来ニ於テ適法ナル婚姻ヲ為スベキコトヲ目的トスル契約」すなわち婚姻の予約であるとし、当事者の一方が正当の理由なく、約に違反して婚姻をすることを拒絶した場合には、其の一方は相手方に対し、婚姻予約不履行による損害賠償の義務を負う旨判示し（大審院大正二年（オ）第六二一号、同四年一月二六日民事連合部判決、民事判

決録四九頁）、爾来裁判所は、内縁を不当に破棄した者の責任を婚姻予約不履行の理論によって処理し来り、当裁判所においても、この理論を踏襲した判例の存することは、論旨の指摘するとおりである。

ところで、いわゆる内縁は、婚姻の届出を欠くがゆえに、法律上の婚姻ということはできないが、男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合であるという点においては、婚姻関係と異なるものではなく、これを婚姻に準ずる関係というを妨げない。そして民法七〇九条にいう「権利」は、厳密な意味で権利と云えなくても、法律上保護せらるべき利益があれば足りるとされるのであり（大審院大正一四年（オ）第六二五号、同年一月二八日判決、民事判例集四卷六七〇頁、昭和六年（オ）第二七七一号、同七年一月六日判決、民事判例集一一卷二〇二三頁参照）、内縁も保護せられるべき生活関係に外ならないのであるから、内縁が正当の理由なく破棄された場合には、故意又は過失により権利が侵害されたものとして、不法行為の責任を肯定することができるのである。されば、内縁を不当に破棄された者は、相手方に対し婚姻予約の不履行を理由として損害賠償を求めるとともに、不法行為を理由として損害賠償を求めるともできるものといわなければならない。・・・件当事者間の内縁関係は昭和二八年三月二日上告人の一方的意思によって破棄されたこと、被上告人は上告人と別居するにいたつた昭和二七年六月二日から昭和二八年三月三十一日までの間に、自己の医療費として合計二一四、一三〇円を支出したことは、いずれも原審の確定したところである。そして、内縁が法律上の婚姻に準ずる関係と認むべきであること前記説明の如くである以上、民法七六〇条の規定は、内縁に準用されるものと解すべきであり、従つて、前記被上告人の支出した医療費は、別居中に生じたものであるけれども、なお、婚姻から生ずる費用に準じ、同条の趣旨に従い、上告人においてこれを分担すべきものといわなければならない。そして、原判文の全趣旨に照らすと、原審は、本件当事者間における一切の事情を考慮した上、本件内縁関係が破棄せられるまでの間に、被上告人の支出した医療費のうち金二〇〇、〇〇〇円を上告人において分担すべきものと判断したことを肯認することができる。→婚姻費用分担 協力扶助義務違反

内縁の成立要件 夫婦関係成立の意思（○）、共同生活（○）、婚姻不適齢（×）、父母の同意違反（×）、再婚禁止期間内の関係（×）、重婚（×）、近親婚（×）

内縁の効果 ①同居・協力・扶助義務（752条）、②貞操義務（770条1項1号、離婚原因）、③契約取消権（754条）、④婚姻費用分担業務（760条）、⑤日常家事債務の連帯責任、⑥夫婦財産の帰属（762条）、⑦第三者に対する損害賠償権（711条）

内縁という法律関係から生じる効果

- ①不当破棄に基づく損害賠償請求権
- ②財産分与請求 768条類推、特別縁故者（958条の3 1項）
- ③借家権の承継（借借法36条1項本文）

④遺族年金（厚生年金保険法3条2項）

★ 同棲には婚姻の意思がない←準婚理論による保護がない 実態が内縁であれば内縁の問題として解決

4. 婚姻の効力（1） 同居・協力・扶助義務、夫婦財産制（1）について

1. 婚姻の効力

1) 夫婦同氏の原則（750条）←選択制夫婦別姓制度について改正の議論あり

2) 同居・協力扶助義務（752条）

同居義務

合理的理由なく同居を拒むことは原則できない。しかし、裁判所が同居命令等の強制力を行使することになじまない権利・義務

協力・扶助義務

互いの役割について合意を形成し、その合意に応じて協力・扶助し合う

877条 親族間の扶養義務

760条 婚姻費用の分担義務

3) 貞操義務（770条1項1号で離婚原因とされている点）

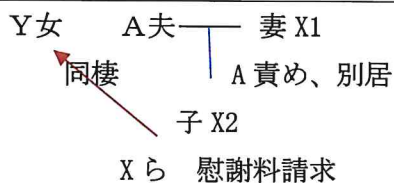
・貞操義務違反に対する損害賠償責任

・第三者に対する損害賠償 セクハラ、強姦等貞操利益侵害として請求可能

合意による不貞行為の相手に対し他方配偶者の精神的損害

与えた場合慰謝料請求可能な場合もある

●最判昭和54年3月30日民集33巻2号303頁



訴外AのX1妻及び子X2が、Aと情交関係を結び、同人と同棲を継続しているYに対し、妻として夫の貞操を要求する権利を、子として父の保護を求める権利をそれぞれ奪われたなどとして、慰謝料の支払を請求した事案の上告審で、妻及び未成年の子のある男性と肉体関係を持った女性が妻子のもとを去った右男性と同棲するに至った結果、その子が日常生活において父親から愛情を注がれ、その監護、教育を受けることができなくなったとしても、その女性が害意をもって父親の子に対する監護等を積極的に阻止するなどの特段の事情のない限り、右女性Yの行為は未成年の子に対して不法行為を構成するものではないとした（補足意見及び反対意見あり）

反対意見

未成年の子を持つ男性と肉体関係を持ち、その者の子供を出産し、妻子のもとを去った右男性と同棲するに至った女性がたとえ、自らその同棲を望んだものでもなく、同棲後も、男性が妻子のもとに戻ることに敢えて反対しないのであっても、同棲の結果、男性がその未成年の子に対して全く、監護、教育を行わなくなったのであれば、それによって被る子の不利益は、その女性の男性との同棲という行為によって生じたものというべきであり、その間には相当因果関係があるとするのが相当であるとする。

●最判平成 8 年 3 月 26 日民集 50 卷 4 号 993 頁

Y 女 A 夫 ——— 妻 X
 性的関係 破綻
 「妻とは離婚する」

X の配偶者 A と第三者 Y が肉体関係を持った場合において、X と A との婚姻関係がその当時既に破綻していたときは、特段の事情のない限り、Y は、X に対して不法行為責任を負わないものと解するのが相当である。ただし、Y が A と肉体関係を持つこ

とが X に対する不法行為となるのは、それが X の婚姻共同生活の平和の維持という権利又は法的保護に値する利益を侵害する行為ということができるからであって、X と A との婚姻関係が既に破綻していた場合には、原則として、A にこのような権利又は法的保護に値する利益があるとはいえないからである。そうすると、前記一の事実関係の下において、A が Y と肉体関係を持った当時、X と夫との婚姻関係が既に破綻しており、Y が X の権利を違法に侵害したとはいえない。所論引用の判例（最高裁昭和五一年（オ）第三二八号同五四年三月三〇日第二小法廷判決・民集三三卷二号三〇三頁）は、婚姻関係破綻前のものであって事案を異にし、本件に適切でない。論旨は採用することができない。

- 4) 成年擬制（753 条） 婚姻は一つの社会的経済単位として独立 社会的責任を負わせる婚姻解消後も成年擬制は覆滅しないと解する（制度趣旨から）
 婚姻の取り消し（前回）の場合は、不適齢婚の場合は子の保護を優先するが、その他の取り消し事由の場合も効力は覆滅しない
- 5) 夫婦間の契約取消権（754 条） 将来に向かって効力を無くす（いわゆる撤回）
 婚姻関係が破綻しているときには適用しない←改正案では削除が提案

●最判昭和 33 年 3 月 6 日民集 12 卷 3 号 414 頁

A 女 不貞 夫 Y ——— 妻 X
 贈与するから離婚して
 離婚後、「あれは、婚姻中の契約だったから、贈与取消す」

本件建物の贈与は（単純贈与か条件付または負担附贈与か？）Y との間に離婚問題を生じ、離婚届を Y に交付すると同時になされたものであると主張しているのであつて、したがって、原審が証拠に基き右贈与当時当事者間に不和が生じ、夫婦関係がすでに破綻に瀕していたと認定してもこれをもって当事者の申し立てない事実を認定したということとはできない。そして右のように夫婦関係が破綻に瀕しているような場合に

なされた夫婦間の贈与はこれを取消しえないと解すべき←妻の生活困窮・権利の濫用にも該当

●最判昭和 42 年 2 月 2 日民集 21 卷 1 号 88 頁

夫 Y ——— 妻 X
 お詫びに山を贈与する
 夫から「取り消す！」

悪化した夫婦関係を回復するために夫が妻に山林を贈与する、との合意をしたところ、結果として、離婚に至った場合に、贈与契約を一方的に取り消すことができるか。この点について Y が、X が Y に山林原野を贈与したとして、贈与による所有権移転の登記手続を求めたのに

対し、X が、民法 754 条による贈与の取消しを主張した事案の上告審で、民法 754 条にいう「婚姻中」とは、単に形式的に婚姻が継続していることではなく、形式的にも、実質的にもそれが継続していることをいうものと解すべきであるから、婚姻が実質的に破綻している場合には、それが形式的に継続している

としても、同条の規定により、夫婦間の契約を取り消すことは許されないとした。

6) 夫婦一方の死亡 (751 条)

婚姻前の氏に復すること

祭祀権利承継者の決定 (897 条、751 条、769 条) 実態、生前の意思等を考慮

2. 夫婦の財産関係～概要

1) 婚姻の届出前に契約によって決めることができる (755 条)

取り決めがなされなければ法定の財産関係の規律にしたがう

2) 婚姻費用は分担 (760 条)

3) 日常家事債務は連帯責任 (761 条)

3. 夫婦財産契約

- ・契約自由の原則 ただし、婚姻届前までに締結
- ・第三者に権利主張するには対抗要件としての「登記」が必要 (756 条)
- ・婚姻届後は、変更することができない (758 条 1 項)
- ・財産管理者の変更について (758 条)
- ・共有財産の分割請求 (758 条、759 条)

4. 法定財産制～夫婦別産制

- ・婚姻前の財産、婚姻中自己の名で得た財産→特有財産
- ・帰属不明財産→共有推定 (762 条 2 項)

5. 婚姻費用の分担 (760 条)

- ・婚姻費用→婚姻生活を営む上で必要な費用
- ・「分担」→収入が多い配偶者から少ない配偶者へ 家事をもって婚姻費用相当分を分担
- ・別居者からの分担→法律上は婚姻 分担請求可能 ただし正当な理由なく別居している場合は請求不可 (二重に負担するのを回避)、離婚によって分担請求権消滅 婚姻中に負担した費用を財産分与として算定すること可能

6. 日常家事債務の連帯責任

- ・日常家事の連帯 (761 条 1 項) 共同生活を営む上で通常必要な法律行為 (取引契約)
- ・家の改装、自動車購入、子供の塾、教材代金等

最大判昭和 36 年 9 月 6 日民集 15 卷 8 号 2047 頁

国Y 夫X 妻
税負担も半分
762 条 1 項
憲法 24 条違反だ！

夫の収入に対する妻の協力の度合いが半額程度の評価をなしうる場合であっても、事業所得が夫名義で取得された本件においては、すべて夫の所得とみなされ、夫婦の各自に二分して帰属するものではないとして課税されるのは憲法 24 条 (両性の平等) に反するとして訴えたところ、「民法 762 条 1 項の規定をみると、夫婦の一方が婚姻中自己の名で得た財産はその特有財

産とすると定められ、この規定は夫と妻の双方に平等に適用されるものであるばかりでなく、所論のいうように夫婦は一心同体であり一の協力体であつて、配偶者の一方の財産取得に対しては他方が常に協力、寄与するものであるとしても、民法には、別に財産分与請求権、相続権ないし扶養請求権等の権利が規定されており、右夫婦相互の協力、寄与に対しては、これらの権利を行使することにより、結局において夫婦間に実質上の不平等が生じないよう立法上の配慮がなされているといふことができる。しからば、民法 762 条 I 項の規定は、前記のような憲法二四条の法意に照らし、憲法の右条項に違反するものといふことができない。」

最判昭和 44 年 12 月 18 日民集 23 卷 12 号 2476 頁 (762 条について)

夫 A 妻 X
土地建物 X 名義
Y 商店
A の借金を返せ！

上告人の元夫である被上告人が、上告人に対し、登記簿上上告人が所有名義人となっている本件土地について、本件土地の売買代金は被上告人の経営する旅館業の収益金から出捐したものであり、本件土地は被上告人の所有であるとして、本件土地の所有権移転登記手続を求めた事案の上告審において、民法 762 条 1 項の規定は、わが民法がいわゆる夫婦別産制を原則とすることを明らかにするため、夫婦のいずれか一方の財産であることの明らかな物は、その者の特有財産とする旨を定めたのにとどまり、夫婦がその一方の財産を合意の上で他方の所有名義とした場合にまで、これをその所有名義人の特有財産とする趣旨であるとはとうてい解せられない←妻固有の財産ではないぞ

5. 離婚制度と財産分与請求権 (769 条)

財産分与の機能 (最判昭和 46 年 7 月 23 日民集 25 卷 5 号 805 頁)

i 清算的機能

姑 関係悪
Y 夫 ← X 妻
子
離婚時にタンスと食器棚のみ受け取る
離婚理由は、Y の虐待 → 別途慰謝料請求！

「離婚における財産分与の制度は、夫婦が婚姻中に有していた実質上共同の財産を清算分配し、かつ、離婚後における一方の当事者の生計の維持をはかることを目的とするものであつて、分与を請求するにあたりその相手方たる当事者が離婚につき有責の者であることを必要とはしないから、財産分与の請求権は、相手方の有毒な行為によって離婚をやむなくされ精神的苦痛を被ったことに対する慰藉料の請求権とは、その性質を必ずしも同じくするものではない。したがつて、すでに財産分与がなされたからといつて、その後不法行為を理由として別途慰藉料の請求をすることは妨げられないといふべきである・・・産分与として、右のように損害賠償の要素をも含めて給付がなされた場合には、さらに請求者が相手方の不法行為を理由に離婚そのものによる慰藉料の支払を請求したときに、その額を定めるにあつては、右の趣旨において財産分与がなされている事情をも斟酌しなければならないのであり、このような財産分与によって請求者の精神的苦痛がすべて慰藉されたものと認められるときには、もはや重ねて慰藉料の請求を認容することはできない・・・財産分与がなされても、それが損害賠償の要素を含めた趣旨とは解せられないか、そうでないとしても、その額および方法において、請求者の精神的苦痛を慰藉するには足りないと認められるものであるときには、すでに財産分与を得たという一事によつて慰藉料請求権がすべて消滅するものではなく、別個に不法行為を理由として離婚による慰藉料を請求することを妨げられないものと解するのが相当である。として、財産分与として、タンスと食器棚のみを受け取ったに過ぎない本件では、慰謝料分が考慮されていないとして、15 万円をみとめた

ii 扶養的機能

離婚後における一方の当事者の生計の維持をはかることが目的

iii 慰謝料的機能（710条との関係については、前掲最判昭和46年参照）

1) 分与の対象

- i 退職金
- ii 年金（離婚時年金分割制度） 半分の請求可能

2) 裁判上の離婚

- 1) 調停、審判でも決まらない場合、裁判によって強制的な離婚の解消も可能
- 2) 離婚原因を作った配偶者からも離婚請求できるか—有責配偶者からの離婚請求
離婚原因（770条）
 - 1号 不貞行為 姦通行為限定か貞操義務違反でも離婚原因となるか
 - 2号 悪意の遺棄 正当な理由なく同居、協力、扶助義務を履行しない
 - 3号 3年以上の生死不明 最後の音信から3年
 - 4号 強度の精神病 回復の見込みがない場合 今後の生活の方途決定が必要

最判昭和33年7月25日民集12巻12号1823頁

事実婚妻 X夫（医者） Y妻（精神的病氣）
子 入院
経済的に支援
離婚訴訟 対応できない
★ 離婚を成立させることが可能か

民法770条は、あらたに「配偶者が強度の精神病にかかり回復の見込みがないとき」を裁判上離婚請求の一事由としたけれども、同条二項は、右の事由があるときでも裁判所は一切の事情を考慮して婚姻の継続を相当と認めるときは離婚の請求を棄却することができる旨を規定しているのであつて、民法は単に夫婦の一方が不治の精神病にかかった一事をもつて直ちに離婚の訴訟を理由ありとするものと解すべきでなく、た

とえかかる場合においても、諸般の事情を考慮し、病者の今後の療養、生活等についてできるかぎりの具体的方途を講じ、ある程度において、前途に、その方途の見込みのついた上でなければ、ただちに婚姻関係を廃絶することは不相当と認めて、離婚の請求は許さない法意であると解すべき

最判昭和45年11月24日民集24巻12号1943頁

夫X 妻A 婚姻当時より異常行動
子 その後精神的病氣
回復困難
離婚申出、慰謝料+扶養料

民法770条一項四号と同条二項は、単に夫婦の一方が不治の精神病にかかった一事をもつて直ちに離婚の請求を理由ありとするものと解すべきでなく、たとえかかる場合においても、諸般の事情を考慮し、病者の今後の療養、生活等についてできるかぎりの

具体的方途を講じ、ある程度において、前途に、その方途の見込みのついた上でなければ、ただちに婚姻関係を廃絶することは不相当と認めて、離婚の請求は許さない法意であると解すべきであることは、当裁判所の判例とするところである（最高裁判所昭和二八年（オ）第一三八九号、同三三年七月

二五日第二小法廷判決、民集一二卷一八二一頁（一八二三頁）。ところで、Aは、婚姻当初から性格が変わって異常の行動をし、人嫌いで近所の人ともつきあわず、被上告人の店の従業員とも打ちとけず、店の仕事に無関心で全く協力しなかつたのであり、そして、昭和三二年一月二日頃から上告人である実家の許に別居し、そこから入院したが、Aの実家は、被上告人が支出をしなければAの療養費に事欠くような資産状態ではなく、他方、被上告人は、Aのため十分な療養費を支出できる程に生活に余裕はないにもかかわらず、Aの過去の療養費については、昭和四〇年四月五日上告人との間で、Aが発病した昭和三三年四月六日以降の入院料、治療費および雑費として金三〇万円を上告人に分割して支払う旨の示談をし、即日一五万円を支払い、残額をも昭和四一年一月末日までの間に約定どおり全額支払い、上告人においても異議なくこれを受領しており、その将来の療養費については、本訴が第二審に係属してから後裁判所の試みた和解において、自己の資力で可能な範囲の支払をなす意思のあることを表明しており、被上告人とAの間の長女Bは被上告人が出生当時から引き続き養育している等諸般の事情その他原審の認定した一切の事情を斟酌考慮しても、前示Aの病状にかかわらず、被上告人とAの婚姻の継続を相当と認める場合にはあたらな^い←扶養等を前提に離婚認める、近時の認知症配偶者の事例も同様の立場

5号 その他婚姻を継続しがたい事由 有責配偶者からの離婚請求を認めるか

最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁

A女	夫X（会社役員）	妻Y
事実婚		離婚拒絶
	A女の前婚の子	
	養女に	
別居40年	有責配偶者夫から離婚請求	

夫の不貞行為から不和となり40年近くの間別居状態にある夫婦について、夫である上告人が妻である被上告人に対し、婚姻関係は戸籍上のみの婚姻で全く実態のないものであり、婚姻を継続しがたい重大な事由があるとして民法770条1項5号に基づき離婚を請求した事案の上告審で、有責配偶者からされた離婚請求であっても、夫婦の別居が両当事者の年齢及び同居期間との対比において相当の長期間に及び、その間

に未成熟子が存在しない場合には、相手方配偶者が離婚により精神的・社会的・経済的に極めて過酷な状態におかれる等離婚請求を認容することが著しく社会正義に反するといえるような特段の事情の認められない限り、当該請求は、有責配偶者からの請求であるとの一事をもって許されないとすることはできないとして、請求を棄却した原判決を破棄し、本件を原審に差し戻した事例

「婚姻の本質は、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあるから、夫婦の一方又は双方が既に右の意思を確定的に喪失するとともに、夫婦としての共同生活の実体を欠くようになり、その回復の見込みが全くない状態に至った場合には、当該婚姻は、もはや社会生活上の実質的基礎を失っているものというべきであり、かかる状態においてなお戸籍上だけの婚姻を存続させることは、かえって不自然であるといえることができよう。しかしながら、離婚は社会的・法的秩序としての婚姻を廃絶するものであるから、離婚請求は、正義・公平の観念、社会的倫理観に反するものであってはならないことは当然であって、この意味で離婚請求は、身分法をも包含する民法全体の指導理念たる信義誠実の原則に照らしても容認されうるものであることを要するものといわなければならない。

3 そこで、五号所定の事由による離婚請求がその事由につき専ら責任のある一方の当事者（以下「有責配偶者」という。）からされた場合において、当該請求が信義誠実の原則に照らして許されるものであるかどうかを判断するに当たっては、有責配偶者の責任の態様・程度を考慮すべきであるが、相手方配偶者の婚姻継続についての意思及び請求者

に対する感情、離婚を認めた場合における相手方配偶者の精神的・社会的・経済的状态及び夫婦間の子、殊に未成熟の子の監護・教育・福祉の状況、別居後に形成された生活関係、たとえば夫婦の一方又は双方が既に内縁関係を形成している場合にはその相手方や子らの状況等が斟酌されなければならない、更には、時の経過とともに、これらの諸事情がそれ自体あるいは相互に影響し合って変容し、また、これらの諸事情のもつ社会的意味ないしは社会的評価も変化することを免れないから、時の経過がこれらの諸事情に与える影響も考慮されなければならないのである・・・有責配偶者からされた離婚請求であっても、夫婦の別居が両当事者の年齢及び同居期間との対比において相当の長期間に及び、その間に未成熟の子が存在しない場合には、相手方配偶者が離婚により精神的・社会的・経済的に極めて苛酷な状態におかれる等離婚請求を認容することが著しく社会正義に反するといえるような特段の事情の認められない限り、当該請求は、有責配偶者からの請求であるとの一事をもって許されないとすることはできないものと解するのが相当である。けだし、右のような場合には、もはや五号所定の事由に係る責任、相手方配偶者の離婚による精神的・社会的状態等は殊更に重視されるべきものでなく、また、相手方配偶者が離婚により被る経済的不利益は、本来、離婚と同時に又は離婚後において請求することが認められている財産分与又は慰料により解決されるべきものであるからである。

4 以上説示するところに従い、最高裁昭和二十四年（オ）第一八七号同二七年二月一九日第三小法廷判決・民集六卷二号一一〇頁、昭和二十九年（オ）第一一六号同年十一月五日第二小法廷判決・民集八卷一十一号二〇二三頁、昭和二十七年（オ）第一九六号同二九年一月四日第三小法廷判決・民集八卷一十二号二一四三頁その他上記見解と異なる当裁判所の判例は、いずれも変更すべきものである。

死後の手続き
～身近な人が逝ってしまったときに貴方は何をすべきか～

令和3年6月5日

愛知学院大学特別教授
弁護士 國田武二郎

第1 はじめに

1 人はだれでも等しく死を迎えます。死んだ後のことまで俺は知らない。後は、家族が始末してくれるだろうと思うかもしれませんが、それでは、残された家族は大変です。何で親爺は生前きちんと財産を整理してくれなかったのかと思わず愚痴を言いたくなります。そこで、生前何をしておくべきか、また、身近な人が逝ってしまった場合、どういう対応をすべきかについて順次解説します。

2 まず、残された人は、例えば親が死ぬと以下の手続きを慌ただしく行います。

ア 親の死→①**7日以内**：死亡診断書の受取り（10枚くらいコピーしておくこと）・死亡届、埋火葬許可申請書の提出、埋葬許可証、②**14日以内**：世帯主変更届の提出（怠ると住民基本台帳法違反で5万円以下の過料）→国民健康保険の資格喪失の手続き→年金受給停止の手続き（怠ると不正受給で詐欺罪に問われる可能性あり）・厚生年金は10日以内→未支給年金の申請、③**3か月以内**：公共料金などの名義変更・解約→相続の放棄・限定承認（財産や負債を把握）、④**10カ月以内**：遺産分割協議→預貯金の解約・名義変更→相続税の申告等

※法定相続情報証明制度

被相続人や相続人の戸籍謄本、除籍謄本、住民票など何度も必要になるので、複数枚用意しなければならず、戸籍謄本などの束を各種窓口にも何度も出し直す手間を省くために、平成29年5月29日から、「法定相続情報証明制度」が導入されています。これは、被相続人と相続人の戸籍謄本や住民票などのデータをまとめて、被相続人と相続人の関係を家系図のような形にした「法定相続情報一覧図」（資料1）を作成し、あらかじめ法務局に記録しても

らう仕組み。一覧図の写しは法務局に無料で交付してもらえ、戸籍謄本などの代わりに使えます（資料1、資料2参照）。

※ 相続登記の義務化

不動産の所有者について相続があったときは、相続により不動産の所有権を取得した者は、相続の開始及び所有権を取得したことを知った日から3年以内に不動産の名義変更登記をしなければならないということで義務化し、違反者には10万円以下の過料、2024年施行予定で法制化を準備。

イ 残された遺族は、上記の手続きをすること大変なことです。少しでも遺族の面倒を省くために、まず、自分の財産について、出来る限りシンプルにまとめておくことが重要です。最近、本屋などにエンディングノート類の本（資料3）がありますが、それらを活用して、財産の整理しておくことで後で家族は大変助かります。

第2 生前の仕事

- 1 死後において一番面倒なのは、「**名義変更**」です。①銀行口座の名義変更、②不動産の名義変更、③自動車の名義変更などいくつかの名義変更を家族はしなければなりません。その対策として、名義変更には、戸籍謄本が必要ですから、自分の戸籍謄本をすべて取得しておくか、今までの本籍地の所在地がわかるようにしておくことが必要です。役場の窓口で「相続で必要になったときのため」という理由を述べれば、事前に取得することができます。実際の相続時に、有効期限が切れていても、家族は、その情報をもとに再取得できるので、スムーズに手続きに移行できます。
- 2 次に、銀行口座の簡素化です。使っていない口座はどんどん解約して多くとも**3つ以内に減らす**ことです。口座を多数持っている、遺族が遺産分割協議を終えてから、知らない通帳が出てきてまた協議することにもなりかねません。
- 3 さらに、家族の立場から確認したい事項は**生命保険の存在**です。親が保険に入っていたことを知らず放置しておく、**3年で時効になり受け取れなくなります**。ですから、**生命保険証の保管場所**を明確にし、受取人がすぐに保険金の給付請求の手続きができるようにしておくべきです。手続きから概ね1週間から2週間でお金が振込まれるため、凍結された銀行口座から引き出すことに比べればはるかに早くお金を手にして、使えることができます。

- 4 また、**健康保険証の保管場所**もきちんとしておくことです。亡くなった場合、健康保険証を返納しなければなりません。あわせて葬儀代金の領収書などを提出すると、**故人が後期高齢者医療制度**に加入していれば**3万～7万程度葬儀費用**が支給されます。また、亡くなる直前まで病院通いで高額な医療費を支払っていたならば、**高額医療費の請求も**、相続人によっては可能です。但し、**2年以内に手続きをしないと時効で受け取れなくなります**。
- 5 遺言書の作成
- ア これは、本当に重要であり、できれば生前書いておいた方が良いでしょう。遺言には、一般的に自筆証書遺言と公正証書遺言の二つがありますが、改正相続法で、自筆証書遺言の作成がより手軽になったので、これを活用するといいかと思います。すなわち、今までの、自筆証書遺言は、①全文を自筆で書く、②家庭裁判所の検認が必要で、このため、相続手続きに時間がかかる。③自宅などにこっそり保管するので、紛失や忘れる可能性がある。④形式や内容に間違いがあると無効になる。⑤第三者に内容を改ざんされる恐れがある等の問題ありました。しかし、平成31年1月からは、①の点ですが、不動産、預貯金、株式、国債などの有価証券、借入金などの**財産目録をパソコンで作成することが可能になり**、自筆で書く負担が大きく軽減されました。また、パソコンなどで財産目録の一覧を作れない場合は、**不動産登記事項証明書や通帳などのコピーの添付によるリストの作成でも構いません**。但し、「自筆証書遺言書」の本体と「財産目録」とに割り印をして、一体性のあるものにする事や、財産目録の全ページには署名・押印をすることが必要です。
- イ さらに、法務局に自筆証書遺言を法務局に預けることが可能となりました（費用は、数百円の印紙代のみですので、費用は安く済みます）。この結果、紛失や第三者に内容を改ざんされる恐れがなくなりました。また、保管に際して、法務局の事務官が遺言書を審査し、署名捺印や日付など形式に不備があれば指摘してくれます。このため、家庭裁判所の「検認手続き」（相続人などの立会いの下、遺言書を開封し内容を確認すること。これを怠れば5万円以下の過料に処せられます）が不要となり、すぐに相続手続きを始めることができます（法務局に預けない場合は、これまで通り検認手続きが必要です）。そして、残された家族は、相続開始後に遺言書の検索ができ、写しの請求、

閲覧もできます。相続人の一人が写しの交付を受け、閲覧した場合は、他の相続人に対し法務局から「遺言書が保管されている」旨の通知が届きます。この法務局による保管制度は、「**法務局における遺言書の保管等に関する法律**」により規律され、2020年7月から施行されています。このように、自筆証書遺言が手軽にかつ便利になりました。若干の手続きは下記のとおりです。

- ウ ①遺言書本人が遺言書を作成し、管轄の法務局に申請の予約をした上で、**直接本人が出向き（本人以外は申請できません）**、その上で1通につき3900円の収入印紙を手数料として添えて申請します。これに対し、②法務局は、i 本人確認（運転免許証など顔写真付きの証明証を持参）、ii 遺言書の形式の適合性（署名、押印、日付の有無等）を確認した上で、申請を受付け、保管番号などを記載した「**保管証**」を本人に渡します（保管証は、後の手続きのために必要ですから大切に保管する必要があります。なお、保管期間は本人死後50年です。）。なお、法務局では、**遺言の内容についての質問や・相談は一切受け付けませんので注意して下さい**。保管後、本人は、手数料を支払って保管した遺言書をモニターで見たり、原本を直接閲覧することができます。さらに、預けた遺言書の返却や、氏名や住所等に変更がある場合、「変更事項」を届けることもできます。本人が死亡後、相続人は、遺言書が預けられているかどうか確認するために「**遺言書保管事実証明書**」の交付を請求することができます。また、相続人は、遺言書の内容の証明書、すなわち「**遺言書情報証明書**」の交付を取得することができます。その証明書には、遺言書の画像情報（遺言書のコピーのようなもの）や遺言書に記載されている作成の年月日等が記載されているので、その証明書を使って、遺産の名義変更など各種手続きに利用することができます。**この場合「検認」は不要です**。なお、法務局は、この証明書の交付を受けた相続人以外の他の相続人に対し遺言書を保管している旨を通知し、他の相続人の権利が侵害されないような措置をとっています。また、本人の死亡後であれば、相続人は、遺言書の閲覧も可能です。

これから自筆遺言を作成しようと思っている人は、是非、この制度を活用してください。但し、保管の対象となる遺言書は、用紙の大きさがA4であるなど所定の方式があるので、詳しくは法務局に問い合わせして下さい（資料4）。

※遺言書を書くことは、自分の資産状況を丸裸にすることであり、抵抗があるかもしれません。子供から「遺言書を書いて」と言われるとどんな気持ちでしようか。「親に長生きしてくれとじゃなくて、死ぬ準備をしろというのか。お前たちにやるために貯金してきたわけではない」と言う気持ちになるかもしれません。このため親子関係がまずくなかった例もあるので子から言われずに作成するのではなく、自分の意思で作成した方が良いでしょう。

第3 年金関係

1 例えば、父親が85歳で亡くなりました。相続人は、同居していた母親（81歳）と長男と長女（他家に嫁ぐ）です。年金関係はどうなるかです。

2 老後の年金は死亡した月の分まで受給でき、遺族が請求できます。ただし、父親の死後、速やかに年金受給中止の手続きを行って下さい。これを怠ると**①未支給年金**や**②遺族年金**を受け取ることが出来なくなります。①の点ですが、年金は偶数月の15日に直前の2か月分が支払われます。例えば、4月10日に亡くなった場合、遺族は、4月に振込まれる2月・3月分と、6月に振込まれるべき4月分を未支給年金として受け取る権利があります。つまり、故人の年金の最大3か月分を受取ることができます（したがって、数十万円という金額になることもあります）。もっとも、**未支給年金を受け取ることができるのは、生計を同一にしていた遺族です**。そして、配偶者がいる場合は、子より優先されるので、子が代わりに手続きする場合は委任状が必要です。請求手続きは最寄りの年金事務所に故人の年金手帳、通帳、身分関係確認書類として戸籍謄本、生計同一の確認書類として住民票が必要です。

説例では、母親が全額受け取ることができます。つまり、遺産分割の対象にはなりません。上記の説例で、父親が一人暮らしをされていて長男らは生計を同一にしていない場合、長男らは、「生計同一関係に関する申立書」を年金事務所に提出する必要があります。つまり申立書に「父親に経済的な援助をしたり、定期的に会っていたりしていた事実」等を書いて申立てをすれば、請求が認められます。

3 次に、②の点ですが、「**遺族基礎年金**」は国民年金や厚生年金の加入者が亡くなった場合に、対象は、子供のいる配偶者、もしくは子供に支給されます。対象は「18歳になってから最初の3月31日を迎えていない子供」か「20歳未満で障害年金の傷害等級1級か2級の子供」がいる場合に限られ

ます。

「遺族厚生年金」は、厚生年金に加入している人が亡くなった場合、遺族基礎年金とは別に支給されます。対象は、「死亡した人によって生計を維持されていた人」に限られます。退職して厚生年金の被保険者を外れていても受給できます。その他、「中高齢寡婦加算」、「寡婦年金」、「死亡一時金」などの制度もあるので、詳細は、最寄りの年金事務所や年金相談センター等で聞くといいでしょう。

なお、上記①、②は、**故人が死亡してから5年以内に申請をしないと時効で消滅する**ので注意してください。

第4 墓じまい

- 1 子供は都会に住んでおり、実家のある田舎に戻るつもりはなく、田舎にも馴染みがないので、今住んでいる住居の近くにある寺（あるいは公営墓地）に墓を建てました。このため、実家のお寺にある両親や先祖の墓も「墓じまい」したいと思うのですが、どうすれば良いのでしょうか。
- 2 上記の問題は、生前の貴方がすべきことかもしれません。

墓を守る人がいなくなれば墓は荒れ、いつか撤去されます。公営墓地では、予告期限をもうけ期日までに縁者の遺骨の引取りなどがない場合は「無縁仏」と改葬され場合もあります。近時、「墓じまい」の増加に伴い、「墓じまい」代行サービスの会社まであります。説例の場合、両親等の遺骨の引っ越し先を自宅近くの寺の墓地と決めているならば、その管理者から「**受け入れ証明書**」をもらう必要があります。続いて、両親の墓のある自治体から「**改葬許可申請書**」を取り寄せ、死亡者の氏名・本籍。火葬・埋葬場所など必要事項を記入します。複数の遺骨があり分からない場合は、「不詳あるいは先祖代々」と記入し、そして、両親の遺骨のある寺の管理者（住職等）に申請書に**署名・押印**をもらいます。そして、「**改装許可申請書**」と「**受け入れ証明書**」を今の墓のある寺（あるいは自治体）に出すと「**改葬許可証**」が交付されます。この許可証があれば、両親らの遺骨を取り出すことができます。ここで、注意することは、両親及びこれまでの先祖の墓を管理してきた寺院から高額な「**離檀料**」(りだんりょう)を請求されることがあるということです。利檀料とは、長年世話になった寺院の檀家をやめる際に、寺院側に渡す金銭のことで、お布施と同じです。これまで墓を守っていただいたお礼や、お世話になったこ

とへの感謝の気持ちとして包むものです。**法的には寺院側に離檀料請求権という権利があるわけではないので、請求されても支払う義務はありません。**しかし、中には数百万という高額な離檀料を請求され、断ると、「墓の移転に必要な書類を出せない。署名、押印しない」等と言われるケースもあるようです。こうした背景には、近年、少なくなった檀家を手放したくないという寺側の経済的事情もあると思います。地域性やお寺とのこれまでのつながりの深さなど「離檀料」も違ってきますが、一般的には、3万～15万円で、法要1回分のお布施として収める程度の金額が目安といわれています。「墓じまい」の際に魂抜き（閉眼供養）の法要も含めると20万円ほどではないでしょうか。菩提寺と「離檀料」のことで揉めると、後味の悪い「墓じまい」になるので、住職などとよく話し合ってください。それでも関係がこじれた場合には、墓の改葬などを扱っている石材店、檀家総代、寺院の宗派の本山、寺の役員等に相談して見ると良いと思います。

第5 空き家対策

- 1 父親が亡くなり、母親が一人実家に住んでいましたが、その母親も亡くなり、実家は空き家となりました。長男である私も弟も都会に出て実家に戻るつもりはありません。とりあえず、私が、相続人を代表して、年間10万円の固定資産税を支払っています。また、万一を考えて火災保険も払い続けていますが、このまま支払いを続けるのが苦痛です。どうしたらよいでしょうか。これも、生前の貴方の処理すべき問題だと思います。
- 2 実家を空き家にして犬や猫などの動物が住み着くなどして衛生上、有害となるおそれがある状態、倒壊、保安上危険となるおそれのある状態等になると自治体は「空き家対策特別措置法」により「**特定空き家**」に指定します。分かりやすく言うならば、**周辺に迷惑をかける空き家は、「特定空き家」になる可能性がある**ということです。こうなると**固定資産税は通常の3倍（土地200㎡以上）～6倍（200㎡以下）に跳ね上がります**。不動産業者に売却を依頼しても、都会ならともかく、地方では買い手がつかないか、ついても、安く買い叩かれます。そこで放置しておく、自治体から「**特定空き家**」に指定したので危険だから建物を壊すように勧告を受け、その勧告を無視すると50万円以下の過料に処せられた上に、自治体が強制的に解体し、解体費用（通常、200万円～300万円前後）も相続人に請求がいきます。こ

のように実家は「塩漬け負債」の状態になります。それを回避するためには、まずは思い切って親の生前に売却してしまうことが考えられます（勿論、その場合親を引き取るか、施設に入れることにはなりますが・・・）。自宅の売却なら、「居住用財産の特別控除」により3000万円までは税額控除が受けられます。田舎の実家では、多くの場合、税額控除を受けられて売却した現金をもとに、施設に入るか、あるいは面倒見てもらう子に生前贈与するといったかと思えます。

- 3 説例のように母親が亡くなって実家を相続する場合は、なるべく早く売却すべきです。なぜなら、死後3年までなら、「**空き家譲渡の特例**」が使えて、3000万円までは譲渡所得が非課税になるからです（但し、この特例は1981年5月末日までに建てられた家屋で、耐震リフォームを行ったか、更地にした不動産にしか利用できません）。不動産に価値がない場合は、最後の奥の手として「**相続放棄**」という選択もあります。ただし、その場合、裁判所で相続財産管理人の選任が必要で、その費用が50万円前後かかります。また、市町村に「**寄付**」したり、相続税の「**物納**」という手もありますが、いずれもハードルが高く、簡単ではありません。実家を「塩漬け負債」にしないためには、安くても売却を目指すか、賃貸して借りてもらうなど、とにかく「**空き家**」にならない方法を考えるべきです。

以 上

第6 家族信託について（その1）

- 1 母は93歳で、実家で1人暮らしです。父は、10年前に他界しています。母は、最近、物忘れがひどく、認知症の病状が出始めていると感じています。そこで、近い将来、母には施設に入所してもらうことを考えています。そうになると、実家（母名義）は空き家になりますが、長男の私も長女の妹も既に別途家を持っており、実家に住むつもりはありません。そのため、将来、実家を売却しようと思いますが、売却時点で、母が、認知症になって判断能力がなくなると実家は売却できなくなると聞きました。どうすれば、よいでしょうか。貴方自身も生前、行うべき手続きかもしれません。
- 2 母親が、認知症などで判断能力が無くなれば、仮に、母親名義で不動産売買契約をしても、当該契約は無効です。また、子供が代筆で、母親のサインをして、母親の印鑑を押す場合もありますが、母親の意思が確認できなければ、やはり、契約は無効となります（司法書士は、登記手続きの際に必ず本

人の意思を確認するので、確認できなければ登記手続きもできません)。それでは、母親に成年後見人をつけて、成年後見人に売却してもらえるかというと、母親の通帳からお金を引き出す場合等と違って、スムーズには進められません。この場合、成年後見人は、母親の自宅を売却する場合、家庭裁判所の許可が必要で、自宅を売却しなければならない理由が必要であり、単に、誰も住まなくなったから固定資産税がもたない等の理由だけでは裁判所も許可を簡単に出しません。そこで、母親が、まだ、判断能力があるうちに、すなわち、元気なうちに、母親の意思を確認し、「自分が施設に入って、誰も住まないのならば、家を売却してもよい」ということであれば、母親が、長男に実家を託す「家族信託」の契約を締結します。つまり、**母親が（委託者）が、長男（受託者）との間に自宅の処分を託す家族信託の契約（信託契約）を結ぶのです**。内容は、「自宅が空き家になったら売ってください」というものです。信託契約の結果、実家の所有権は、長男に移転しますが、母親が、施設に入居して実家が空き家になった時点で、実家の売却は長男が一人で行うことができます。勿論、裁判所の許可も不要です。そして、売却した代金は、母親の収入となり、家族信託の契約でこのお金も長男に管理してもらうことができます。そうすれば、母親の施設の費用や入院費なども、売却代金から長男は支払うことができます。銀行口座からお金をおろすために、成年後見人をつける必要もありません。これらは、母親が元気な（判断能力がある）うちに、母親の思いを「家族信託」という形にしたことから実現ができた結果です。

以 上

第7 家族信託について（その2）

- 1 私は、40代の主婦で、中学2年生の長男と小学校6年生の長女がいます。私の父は、二人の孫を大変可愛がっており、孫が大学に行くならば、学資を援助すると言ってくれています。しかし、子供が大学に行く頃は、父も90歳を過ぎています。最近の父は物忘れもひどく、このままでは、認知症になるのではないかと心配しています。父のお金を使って、二人の子供を東京の大学に行かせたいと思っていますが良い方法はありますか。なお、私には独身の弟がいます。
- 2 お子さんが大学に行かれる年齢になった時に、父親が認知症になった場合、父親の口座から勝手にお金を引き出すことはできず、通常、成年後見人を立

てる必要があります。しかし、成年後見人は、「**本人を保護・支援**」するための制度です。つまり、父親の入院費、施設利用の費用等の父親のためにお金を引き出す場合のための制度であって、本人の家族を保護、支援する制度ではありません。ですから、孫の大学の費用のために成年後見人制度を利用してお金を出すことは無理です（この点で成年後見の制度は、融通がきかない場合があります）。もっとも、父親が亡くなり相談者が父親の資産を相続すれば費用は捻出されるでしょうが、それも不確定なことです。

そこで、父親が元気で判断能力があるうちに、父親のお金（例えば、1000万円）について相談者に「信託」すれば、孫が大学に行くときに、父親が認知症になっても、信託されたお金から孫の学資を出すことができます。父親が亡くなっても、お金は相続財産にならないので、弟から文句を言われることもなく、学資として相談者は使うことが可能です。また、仮に、成年後見人がついていても、お金は信託を受けた相談者が管理しているので、学資に出すことはできます。このように、家族信託をすることにより、父親がどのような状態になっても、父親の希望を叶えてあげることができます。問題は、父親から孫への贈与と見られて、贈与税がかからないかという点です。この点について、国税庁は「**扶養義務者（父母や祖父母）相互間において生活費や教育費に充てるために贈与を受けた財産のうち、「通常必要と認められるもの」**については、**贈与税の課税に対象にならないと通告しています**。つまり、学資（義務教育に限定されません）は通常「必要費」なので贈与税もかかりません。ですから安心して下さい。もっとも、通学のために孫に車を購入したとかマンション購入などになると通常必要費ではなく、贈与税はかかるので注意して下さい。

以 上