

「福祉国家」プロジェクトセミナー 2001年11月6日

報告者 原田純孝氏

家族内財貨移転システムの日仏比較（覚書その1）

高齢社会で期待される諸課題（と家庭内無償労働の問題）を意識して

0 - 1 はじめに

（1）報告の趣旨

本日は、なかば自己紹介をかねたお話というつもりで報告をさせていただきます。私は民法を中心としたいろいろな問題の法社会学的な研究をしております。農業・農村と都市についての論文は最近も書いておりますが、家族の関係ではまだあまり書いていません。むしろこれから書いていこうということで勉強しているところです。今日の報告は、おそらくこのプロジェクトとの関係では家族の問題、そして家族との関係での社会保障の問題が一定の意味を持つ主題になりそうなので、最近私が行っていることを素材に、こういうテーマでまとめてみようと考えたものです。準備の時間がほとんど取れなかったため、十分に練れていないままに、いろいろなことがらをレジュメに書いております。その中には膨大な問題が含まれており、法制度論上での日仏の比較の他に、それぞれの部分の解釈上の問題、また実態上の問題があります。そういった事柄の全部を概括的に、しかも全体を同じようにバランスをとって話すということは無理なので、非常に概略的なところと、多少詳しくお話できるところと両方あります。そういった意味で「覚書その1」としてします。皆様にお渡しした資料は、私のメモ書きとして作ったものをそのままお配りしたものです。民法上の細かい論点への深入りは避けてお話ししたいと思います。

（2）テーマの位置づけ

1）プロジェクトの課題との関係

グローバル化による世界的な市場への連結を強いられる今日の国家と経済社会の中で、それへの対抗の要素がいくつかあり、その鍵の一つとして、家族、社会保障、あるいは労働のあり方がある。それらの点が日本ではどうなっているかということが、これまでこのプロジェクトのなかで議論されてきたように思う。これからの日本の家族とその役割がどうなっていくのかということも、そこに絡んでいこう。

2）幾つかの論点ないし着目点

いろいろなタイプのライフスタイルがあるとしても、一般的には「家族」が「個人の」自助の前提になっている。「自助（ないし共助）の単位としての」家族・世帯の意味は、まだ当分は変わらないだろうと私は思っている。したがって、その制度的な仕組みや前提がどうなっているのか、そして当事者が意思的な行為によってそうした制度にどのように対

応することが出来るのか、あるいはその限界がどこにあるのか、といったことを押さえた上で、今後の福祉国家における家族の位置、役割を考えていく必要があるのではないか。

夫婦間の関係も、これはジェンダーにかかわる問題でもあるが、同時にそこには必ず財産関係が非常に重要な要素として伴ってくる。子育てについては、夫婦がうまくいっている間は財産移転ということは出てこないように見えるが、離婚して母子家庭になった場合、夫に扶養能力があれば、扶養義務の履行をどうするかという問題が出てくる。高齢期に入ると、夫婦の片方が死んだ場合、生存配偶者の生活保障の問題が出てくる。

社会保障給付の仕組みは、制度的、また社会的な前提のあり方として、現在は日本でも出来るだけ個人化していくべきであるという議論になってきている。また家族自体についても「個人化」ということが説かれているのだが、実態的には家族という場が受け皿であることに変わりはなく、その点で家計の問題も、そういう面での単位として捉えられるところがあるのだろうと思う。

もう一つ、財貨移転ということに関しては、税制が非常に大きな意味を持つ。家族は税制の問題を意識しながら財産的な行動をとっている。その税制のあり方が、日本とフランスとで大きく異なっている。これも比較の面で一つの示唆を与えているので考慮に入れてみたい。社会保障がらみの国民の公的負担と給付の受給あり方の問題も、家計単位で見て、さらに世代の違いを入れて見ると、年齢階層ごとにみた負担の度合いと受け取る受益のバランスの度合いが、日本とフランスで相当違うようだ。この点は社会保障制度の機能のあり方との関係でも、かなり意味のあることではないかと思っている。これはまた、世代間の扶養を、公的な制度を通じて行うのか、あるいは私的な関係を通じて、たとえば家族内の相続による財貨移転を通じて行うのかという問題（近代経済学の一部では結局は同じだという議論もあるが）にも関連してくる。ジェンダー論に関しては、（少し言いすぎの感もあるが）夫婦別姓の問題にも財産の問題が絡んでくる。

フランスと比較すると、日本では一般に、家族内財貨移転の法的処理が死後相続の場に集中して現象する仕組みになっている。生前贈与と 903 条によるその持戻しに関する制度はあるものの、少なくとも現状では、意思的な処理よりも、死後相続の場における遺産分割で全体を決済するという感覚が日本ではまだかなり強いと思う。これに対してフランスでは、それより先、つまり生前に何らか事務的な相続の処理をしている。そのことが、相続実態、あるいは相続慣行の違いをもたらしている。これは 20 年近く前のフランス農家相続実態調査から得た実感である。

次に、福祉国家類型論との関係であるが、家族のあり方はフランスとイタリアでも、あるいは北欧とドイツでもかなり違う、アジアとの間にはさらに違いがある。また、東南アジア、東アジア、東北アジアでも違いがあるし、韓国と日本でも違いうだろう。伝聞だが、だからこそ最近のエスピン・アンデルセンの議論などでも、家族の問題を入れた類型論を考えないと本当には解けない、政治的な要因だけでは不十分だということが出てきているのだろうと思う。

私は日仏の比較をずっとやってきたので、その比較の視点を入れながら、日本固有の特殊性なり特徴なりの検証をできればと思っている。

0 - 2 日仏の制度システムの基本的構造の違い（その概要）

（１）日本：夫婦別産制

日本では婚姻すると別産制をとるのが原則である。別産制以外をとることもできるが、それは本当のレアケースである。婚姻継続中には、民法が定める夫婦間相互の扶助協力の義務が生じ、夫婦の各人は、独立の人間として、自由に財貨移転行為をしてよい。また、婚姻後も双方がそれぞれの親から無償取得する財貨もありうる。

日本の場合、女性が重要な財産を取得するケースは今でも少ない。特に農村部ではそうである。また夫婦間で重要な財貨の移転、売買や贈与を行うということは、若いうちはあまりない。そのため逆に、日本では、「内助の功」や「シャドウ・ワーク」が注目されてきたのではないかと思う。

相続とは、人が死んで残った財産を、その相続人が承継するということであるが、法律上の概念では、相続という言葉の意味も、相続財産という言葉の意味も、この言葉を聞いた時に皆さんの感じる感じとは少し違うだろうと思う。法律的には、相続は、人が死ぬと観念上直ちに生じ、後は遺産の分割があるだけ、ということになる。しかし、実際の意識の上では、財産分けをして、それが自分のものになることが決まったときに、相続したという意識が生まれる。

次に、英米法との重要な違いであるが、英米法では、相続財産があたかも一つの独立した法人であるかのように、一旦宙に浮く。そこで債権債務の処理を済ませてから、残った財産が相続人に渡っていく。しかしフランス法を引き継いだ日本法では、死ぬと同時に被相続人の権利義務は、法律上当然に、相続人に移転する。その後は遺産共有状態で、だれがどれを取得するかは決まっておらず、遺産分割手続きでそれを決める、という構造になっている。

法定相続人や法定相続分の話は必要ないと思うが、とくに生存配偶者の法定法定相続分と遺留分が1980年の改正で大きく引き上げられた。同時に、同じ改正で寄与分制度が設けられて、家業に寄与した場合、あるいは被相続人の療養看護に寄与した場合に、特別の相続分の上乗せを与えることになった。この点、これが相続分だという点に注意しておいてほしい。

他方、遺言等による修正の可能性がある。ただし、一定の法定相続人には最終的な遺留分が認められており、遺留分を害する生前贈与や遺言による財産処分があれば、遺留分権者たる生存配偶者や子どもは遺留分を主張して、最低限の相続分を取得できることになっている。これは日本では通常、伝統的に、生存配偶者と残された卑属の生活保障のためと、ごく一般的に言われてきたが、ここには非常に大きな問題がある。法律学の世界でも最近そのことによりやく本格的に気がついて、いろいろな議論が始まりつつあるところだと思

う。

離婚の場合、基本的には他方配偶者と未成熟子の扱いの問題ということになる。

(2) フランスの場合 基本的な相違点

婚姻継続中の夫婦間相互の義務は、基本的には日本と同じであると考えて良い。しかし、税制がかなり違う。フランスには税制の単位としての世帯 *menage fiscale* という概念がある。簡単に言えば二分二乗方式であり、夫婦の所得を合算して、それを2で割ったものを課税対象とする。日本では、片方だけが働いているという場合には、所得税の課税は個人の所得にかかる。これが昭和30年代に憲法違反だということで裁判になり、最高裁まで争ったが、昭和36年の判決でこの課税制度は合憲となった。また同時に夫婦別産制も合憲ということになった。この判決は、別産制が夫婦の平等を害するものではないということの制度的な根拠になる判決の一つとして引かれることとなる。このように日本では、税制上は個人主義であり、それは別産制により裏打ちされていて、それが実質的な不平等をもたらしていてもそれ自体は憲法違反ではない、と考えられてきた。

日本の別産制に対して、フランスでは法定財産制として後得財産共通制をとっている。共通財産制というのは、夫婦それぞれの固有の財産の範囲が法律上決められている一方で、婚姻後に夫婦のいずれかが取得した財産は一定の法的枠組みの範囲内で二人の共通財産（日本でいう共有とは違う）ということになり、夫婦それぞれが二分の一ずつの権利を持つ。このような三種の財産体がある。また、夫婦財産契約を締結して、日本のような別産制をとることも可能である。フランスでは、夫婦財産制の位置付けは、民法典の中の「所有権取得の諸態様」の編に入っている。婚姻と共通財産については、「生活の共同」と「財産の共同」という言葉でならび称される関係にある。夫婦の共通財産制は、60年代以降、頻りに改正され、基本的には共通財産の範囲を縮減してきた。そして、共通財産の部分については夫婦の全く平等な管理権を認めるということにしてきた。離婚の場合には、所得参与制（あるいは参加制とも訳される）を加味した清算方法をとるようになった。これは夫婦の共通財産に加えて、所得の差をとり、一方の剰余の二分の一を他方に加えるというものである。この方法は、婚姻中の夫婦それぞれの独立した地位を保障する一方で、離婚や死別の場合には共通財産の部分を広げるという発想に基づくものである。

夫婦財産契約は基本的には契約であるが、婚姻前に登記する必要がある、その後は動かせないというのがもともとの考え方であった。しかし、婚姻期間中の変更を認める方向に動いてきた。

相続に関しては、フランスでは、相続財産が財産体として、日本よりも独自性をもって観念されている。たとえば「遺産」の負担となる扶養義務という観念や、既払いの社会保障給付等の遺産からの回収という制度があるのは、それゆえであると思う。日本の場合は被相続人の債務は、法定相続人によって法定相続分通りに直ちに承継され、分割可能な場合は分割承継されるということになっている。従って、遺産の段階で一旦処理をするとい

うことは出来ないという解釈がとられてきた。

厚生白書などで、リバース・モーゲージとしてフランスの usufruit (ユジュフリュイ) = 用益権が引かれることがあるが、これは間違いだと思う。usufruit は、ローマ法以来ある制度であり、リバース・モーゲージと多少似たような機能を果たすことはあるが、リバース・モーゲージのための制度ではない。

法定相続人としての生存配偶者の地位は非常に弱い。1804年のフランス民法典では、配偶者は相互に相続人とはならないというのが原則であった。それが、生存配偶者である妻の生活保障の問題が主張され始めた19世紀末から20世紀初頭以降、徐々に妻の相続人たる地位が強化されてきたのである。現在では一応「相続人」と呼ばれるようになっているが、基本的には用益権 = usufruit のみを取得し、所有権は取得させなくてよいということになっている。つまり、生きている限り保障されればよいのであり、所有権は血のつながったこどもに行き、血のつながりのない妻に行くことはない、という発想が今でも尾を引いている。ただし、実際の相続では、妻が非常に重要な役割を果たす。

生存配偶者の法定相続分のベースは、先に夫が死んで、こどもがいる場合、夫の遺産の四分の一についての用益権である。用益権は物の使用収益に対する権利で、死亡すればその時点で消え、完全な所有権がこどもに移る。配偶者は遺留分権者ではない。従って、夫は妻を全く自分の遺産相続から排除することができる。先ほど述べたように、19世紀末以降、妻を念頭においた生存配偶者の相続権は次第に強められてきた。とくに1972年の改正でかなり強められ、それが現行法になっている。それでもなお、相続人としての地位はこどもよりも弱い。そこで、90年代に入ってから繰り返し、生存配偶者の地位の強化をめざした相続法の改正案が出ているのだが、未だに通らない。今、唯一通りそうな相続法の改正案が、現在上院の第二読会まで行っているので、場合によっては今年中に通るかもしれない。もしそうなれば大改正である。その中身は(レジュメ6ページの5以下)日本で考える生存配偶者の相続人としての地位、あるいはその相続権の強化ということからは非常に大きく異なった内容を含んでいる。

他方で、夫婦間の意思的行為(贈与、遺言等)による修正の可能性は非常に広く認められている。そして、実際にそれが頻繁に使われている。もともと1804年以来、夫婦間贈与契約が普通の贈与契約とは別類型の贈与として特別に用意されており、いわば夫婦の共同遺言的な機能も持つようになっている。これにはいろいろな方法があるが、夫婦間贈与契約という贈与契約の概念が特別の規定で定められていて、大きくは三つのパターンが民法の中に書かれている。相互に贈与しあうという契約では、片方が先に死んだ場合、もう片方にその財産が贈与される。しかし、すべての財産を贈与し合うという契約は、こどもの遺留分との関係で問題があるので、一応の基本パターンとしては三つのパターンを民法で定めているのである。日本では共同遺言は禁止されている。ただ、すべての財産を相手に贈与することも認められている。また、たとえば死亡直前に、夫婦財産契約をやり直して、包括共通性に移行することが許されている。これは、どちらかが先に死んでも財産上の問

題がないように、また生存配偶者に相続をめぐっての不安が生じないようにするためである。これには税金もかからない。包括共通性だけでなく、夫婦間贈与契約に関しても、税金は一般の贈与とは違った、むしろ相続に準じる安い税金が用意されている。これは "famille fiscal" すなわち課税上の家族を特別に扱う発想があるということである。

次に離婚の場合であるが、離婚給付の考え方が異なる。日本の財産分与の方がある意味では特殊であると思う。相続の場合も離婚の場合も基本的には事柄は同じであり、従来の婚姻が解消するということである。フランスでは、離婚の場合、夫の固有財産がこれだけ、妻の固有財産がこれだけと区分し、そのあと必ず共通財産の清算の手続きがある。現在では所得参与があり、たくさんもうけていた方が一定部分を相手に払うということも要求される。片方が死んだ場合にも、これと同じ手続きが行われる。夫の先死亡なら、夫の遺産と夫に帰属した共通財産が相続の対象となる。共通財産の半分はもともと妻の分なので、これは相続とは別のものである。離婚給付は、日本では財産分与という形で考えられるが、フランスでは財産分けという発想にはならない。かつては有責離婚の場合、扶養義務の延長上で残る義務という考え方がベースであったが、今ではその発想は捨てて、むしろ「補償給付」が考え方のベースになっている。補償給付(*prestation compensatoire*)というのは、離婚によって片方に経済的な生活条件に大きな変動が生じる場合、他方がさしあたり数年間についてそれを補い、その間に独立した生計を立てるべく努力することを求めるという発想である。これに対して、こどもの養育義務は、婚姻生活の共同性の延長上で残り続ける。その分つまり子供のための手当ては強く求められる。そもそも離婚の制度が異なっており、離婚手続きの際にこどもの養育費についての定めをし、それでOKとする裁判官の判決がなければ離婚できないことになっている。この養育費等の支払い義務は通常の裁判手続きで強制執行できるのだが、そういう方法では足りない場合には、さまざまな特別の強制履行の制度が70年代に整えられている。日本では議論されながら、なかなか進まない問題である。その根拠となる考え方は何かということであるが、こどもの扶養義務をある種の公序として捉える思想や、母子家庭に対して行った家族給付を代位弁済の形で国が請求し取立てるという発想から、強制履行手続きが生産化された。このような論理の構築が日本ではなかなか進まないようである。

以上が大雑把な概要の説明である。以下、このような違いを念頭に置きながら、それぞれの制度をもう少し細かく見ていきたい。

1 婚姻と夫婦財産制

(1) 基本的構造

イ 共同生活の把握の仕方 婚姻費用の分担(共同) こどもの養育義務

ロ 別産制と夫婦財産制

レジュメのイとロについては既に話した。

ハ 共通ないし「共有」財産の把握の仕方

日本は別産制をとりながら、婚姻後に取得した財産については、一定の共有が認められても良いという議論が長い間行われてきた。その根拠として、家事労働や内助の功といったいわゆるシャドーワーク論があった。一方、ヨーロッパの共通財産制はそのような議論によって根拠付けられているのではない。たとえばフランスのそれは、アンシャン・レジーム以来の伝統的な制度として存在していたものを、近代法を作る際に受け継いだものである。その根拠は明確には言えないが、一つはゲルマンの慣習法の伝統もあった。しかし、基本的には、婚姻とは神が結びつけた秘蹟であって別れられないものという、日本で言う夫婦の一体感とは別の、夫婦の一体性の原則のような考え方と結びついていたのではないかと思う。ただ、1960年代以降、これはいろいろ変わってきた。

もう一つ夫婦間の財産関係にかかわる重要な点として、離婚や別居などで夫婦が争う場合、住宅が特に大きな問題となる。フランスでは、家族の住宅に関しては特別な配慮が比較的早くからなされている。借家の場合は、婚姻した後は夫婦の双方が二人とも賃借人の名義を取得する。日本では、名義人である片方が解約して出て行けば、片方は居場所がなくなるが、フランスではそうさせないために、法律上当然に借家の名義は両方に属するとみなすのである。持家の場合でも、たとえば、婚姻前から取得している夫の持家に、結婚して妻が入居しており、その後離婚となったという時で、こどもの監護権は妻にあるという場合には、こどもの養育に必要であると裁判官が認めれば、夫の特有財産たるその持家のうえに妻の借家権を強制的に設定することもできる。

日本の場合は戦前から別産制である。戦前には家督相続の制度があり、主要な財産は戸主が所有していた。したがって、もともと女性に財産が行くケースは非常に少なかった。しかし、戸主でない夫婦の場合、つまり戸主でない男性が結婚している場合も想定されており、その場合の財産関係は別産制と決められていた。戦後の別産制は、明治民法に既に入っていた別産制から家督相続や戸主の権利の部分を取り払ったもので、戦後にも基本的な議論をあまりしないで受け継がれた。これがその後、解釈論上のいろいろな問題を残してきた原因である。ただ唯一、その時、内助の功を根拠とした妻の側の財産権を認めるものとして、離婚の時には財産分与を認めるという規定が入った。したがって、一定の共有財産があるとしてもその範囲はおのずから狭められる。無償労働論だけで妻の財産権を主張していくと、ヨーロッパの共通財産制とは全然違う発想の議論になっていくわけで、落とし穴があるのではないかと私は思っている。96年に新しい民法改正要綱が作られて（まだ実現していないが）離婚の財産分与のところで、いわゆる「共有＝持分二分の一」とみなすというルールが導入されると言われているが、条文をみると二重の制約がかかっており、離婚の時には半分の財産がもらえるという規定ではけっしてない。

次に、(レジュメの)現在の肯定的見方というところの「三つの財布」論というのは、私自身が時々言っていることなのだが、要するに、本当の共稼ぎを前提とすればそれぞれの所得は別産であってかまわない、しかし生活の共同という相互の扶助協力義務があり、婚姻費用の共同分担の責任があることはフランスでも日本でも変わらない。その共同分担の

部分を相互に出し合えば、つまり三つめの財布があれば、それが生活婚姻の物質的な根拠になる。その部分に関してのみ共通と考えるか、それ以外の財産や所得にも共通の範囲が及ぶと考えるか、ということが問題になってくると思う。現在までの通説（中川理論）では、老親と成熟したこども世帯の間での扶養義務関係と、夫婦間および未成熟子の間での扶養義務関係を、生活扶助義務と生活保持義務として区別している。夫婦と未成熟子の核家族の間での扶養義務は、乏しきものも分け合って、皆同じ者を食べて、同じ生活をするというものである。これに対して、老親に対する扶養義務は、生活に余裕があれば、必要な範囲で扶養するというものである。しかし、生活保持義務のあり方が、乏しきものも分け合って、ではなく、生活に余裕があれば、という方向に変わってきており、今後少し変わった議論が出てくる可能性もあるかと思う。住宅問題などの個別問題の処理はまだ基本的になされていない。

レジュメである次の（二）考え方のベースの問題、（ホ）家事連帯責任と「相互の代理権」の問題はとばします。

（２）事実婚とカップル間の財産制（フランスを中心として 日本では？）

夫婦間の問題を考えるうえで興味深いのは、日本ではまだ例外的であるが、ヨーロッパでは事実婚のカップルがたくさんいて、こどもも生んでいるということである。こうしたカップルの地位を巡ってさまざまな議論が展開され、北欧やオランダ、フランス等では、90年代以降、婚姻とは違うカップルに一定の法的な地位を与えるようになってきている。これをフランスではPACS＝民事連帯協約として、最近制度化した。そうすると、三段階の結びつきが想定できる。つまり、事実婚で特別の法的な関係のない男女とこどもの関係、PACSによって一定の法的地位を取得して、こどもをつくり、共同の財産を形成している関係、そして正規の婚姻関係である。

さて、こうしたそれぞれの場合の、当事者間の財産関係がどうなるかということが、問題となってくる。純然たる事実婚の場合は、特別な法的な絆がないのだから、別産が当然ということになる。ただし当事者間での合意に基づいて適当な処理をすることは可能である。日本の内縁はこれよりは強い関係であると思う。次に、PACSであるが、これは届出のみででき、届出のみで別れることができる。日本の協議離婚と似ているが、一方の意思だけで別れられる点が重要である。この場合の財産関係は、合意や特段の意思表示がない場合は、婚姻後に取得した財産は「不分割」、すなわち共有（共通財産とは違う）とみなす。ただし財産の取得の時に別の意思を示せば共有とならない。つまり例外と原則を逆転させた制度になっている。日本の夫婦の場合、共有財産やその他法的な拘束が弱いということを見ると、むしろPACSレベルでの結合体として捉えられているのかもしれない。だから、PACSとの間で意外に面白い比較ができるのかもしれない。例えば日本についても、婚姻していて、別産制の下でそれぞれの財産所有者としての立場で、二人が所有財産を相互に共有とするという契約をすることは自由なはずである。夫婦財産契約ではないので、第三

者に対する対抗力は持たないが、離婚の時の財産分けの基準にはなる。しかし、このようなことは日本では実際にはあまり行われていない。その理由として、夫婦間の契約はいつでも取り消せるという規定が民法にあるのがけしからぬということがある。今度の民法改正要綱ではそれを削除しようという議論になっている。しかしこの規定の問題は、解釈論・制度論的に見れば、もともとフランスにあった規定を、全然違う解釈で日本に受け入れたことに由来する問題である。

レジュメの(3)延長上で生じる問題は省略します。

2 離婚に伴う財貨移転面の法的処理

夫婦財産関係の清算と離婚給付の位置についてお話したい。フランスについては共通財産の清算があることを先ほど述べたが、日本の場合はどうだろうか。極端な場合には、婚姻後の取得財産がすべて夫名義で妻には何もないという状況が考えられる。そこで財産分与の制度により何らがしかの財産を妻の側が受けるのだが、この財産分与とは何なのか。例えば、潜在的な持分の清算なのか。持分があるというときに、妻が主婦であった場合、家事労働が根拠として持ち出されるが、本当に根拠になるかどうかという問題がある。これに対して夫からの財産の分与であるとすれば、その根拠は何か。何も根拠がなければ贈与ということになり、贈与税がかかる。そこで、扶養義務ないし生活保障義務の延長ないし転化という議論がどうしても残り続ける。92年か93年にこの問題を取り上げて東大で博士論文を書いた若い人がいたが、最終的には扶養義務で根拠づけた。ただし、その中身は、かつての扶養の考え方、すなわち離婚後の妻が生活に困るから生活保障のために扶養義務が存続するという発想とは少し違った発想の扶養義務である。ともあれ日本の場合には、財産分与の中身が何なのかは未だにわからない。潜在的な持分を受け取るのか、扶養義務の延長なのか、あるいは慰謝料か。しかし、判決によっては、慰謝料は財産分与とは分けて書くこともあるので、別と解した方がよいと思う。

フランスの場合は清算した上で、すなわち共通財産を二分のずつに分けた上で、その後の離婚給付が問題になる。かつては有責離婚の場合は、責任のある側に責任をとらせるという意味で、扶養義務が存続し、さらに損害賠償義務が課された。しかし、70年代以降の改正で、破綻主義を積極的に認めていく方向になった。そうすると離婚給付の中身も、当座の生活の格差を補填するための補償給付的なものになってくる。これはできるだけ元本で一括して払い、それが出来ない場合は定期金で払う。その他の個別なものについては、離婚の時の事情に応じて変わってくる。共同生活の破綻による離婚の場合、精神病離婚がその典型なのだが、離婚する自由を一定の要件のもとで認める。そのかわり一生面倒をみるという負担を課す。有責離婚では、片方だけが悪い場合は負担が重く、両方が悪い場合は負担の仕方が変わってくる。いずれにしても、扶養義務が将来にわたって一生続くという発想は、今日ではとられていない。同じ70年代のイギリスで、クリーン・ブレイクということが言われたが、別れるときにはそこで一切を決済してきれいに分かれよう

という発想に変わってきている。

問題は、離婚給付のなかのこどもの養育・扶養義務とその履行強制の問題である。これについてはむしろ厳格化する方向がとられている。妻の夫に対する扶養義務は考えないとしても、こどもの養育費は残るし、これはきちんと履行させるという発想になっている。私的扶養と公的扶養との関係であるが、フランスの場合は、前夫が扶養しないで放っているので、公的な社会保障が対応するが、その分については国が前夫＝父親に対して代位弁済を主張できるという手続きがまず始められ、その後には代位弁済する前に国が強制的に介入して直接支払わせることができるということも含めて、いろいろな手当てがなされている。日本では、もともとある私的扶養優先の原則の上に、児童扶養手当の改正では父親の扶養義務を優先させる趣旨の規定が入ったが、そもそも父親の扶養義務を確認し、その負担すべき額を確定する手続きがないので、未だに施行されないままになっている。最近改正の動きがあるが、この点がどうなるかという問題が残りそうだ。

現在フランスでは、離婚は自由だという発想で、離婚の完全な「自由化」を企図する法案が出てきている。この発想自体はフランスでは決して新しいものではない。革命初期の1792年に初めて離婚法ができたが、これは徹底した破綻主義であった。また、一方が相手が気に入らない場合にも別れることができることになっていた。民法典の父と呼ばれている法学者の一人であるカムバセレスが書いたその法律の前文には、「人は自らの判断でそこから身を振りほどくことのできない合意・契約をすることはできない」という趣旨の言葉がある。これが離婚の自由の基本的な発想であり、今回の法案も基本的には同じ発想である。ただし、子どもへの手当て、他方配偶者、多くは妻への手当ては事情に応じてきちんとさせる、という形になっている。

扶養義務に関しては何点かだけ注意しておきたい。日本では民法上の基本的な原則に関しては、核家族で捉えられるものと、拡大世帯で捉えられるものとの二重のグループがある、というのが定着した考え方である。これはフランスでも同じである。しかし、それを定める規定のあり方を見ると、夫婦、未成熟子、老親のそれぞれについての規定の仕方が、日本とフランスで微妙に違っている。例えば、それにかかわる規定がどこに置かれているか、婚姻の効果の章におかれているか、扶養の章におかれているかが、微妙に違う。フランスでは婚姻の効果の中に包摂されている部分が広く、日本では扶養という別の章を設けてそこに書き込まれている部分が多い。また、扶養に関して注意をしなければならない点であるが、民法上の扶養義務は無償であり、強行的に存在するものである。具体的な扶養の程度、方法等は当事者が協議で決めるが、協議が成立しない場合は裁判所が決める。ところが、日本で通常、扶養といわれているものは、その意味ではなく、当事者が任意に行う、あるいは合意によって行う扶養である。この場合には、扶養は有償でありうると私は思っている。この二つの概念を区分けしないと、意思的な財貨移転の処理はうまくできない。

扶養の考え方として、公序としての扶養義務という観念がフランスにはある。これに対

して日本では、公的扶養と私的扶養という考え方の中で、民法上の扶養は私的扶養であるという考え方からなかなか出られなくなっているのではない。そのため、それが社会的な扶養にどうつながるかという法的な論理の連関を構想する作業がやりにくい。

次に、扶養と相続の対価的把握論である。80年代に介護問題が浮上して、療養看護に寄与したものは相続分の上乗せという形で寄与分を受けるべきだという考え方が出てきて、それが制度化された。そのこととも絡んで、老親扶養をしたものはその対価としてたくさん相続財産をもらってよいという議論である。これは日本では一見受け入れられやすく、常識的には支持を受けやすいが、私はこれは非常に大きな問題を抱えていると思う。この問題を整理するには、民法上の扶養義務と、それを超える意思的・任意的な扶養との区別が必要であろう。日本の場合は、それを、寄与分が典型的であるが、相続分の上乗せとして民法の中で処理している。フランスでは寄与分に相当するものを、遺産に対する債権的構成で処理している。療養看護に対する寄与に関する債権構成はまだ制度にはなっていないが、発想が異なるということを押さえておきたい。

公的扶養と私的扶養の優劣関係については、「相続財産の負担すべき債務」ないし、生前の社会保障給付の一部の「遺産からの回収」という発想がフランスにはあるということだけ押さえておきたい。

老親扶養と家族介護に伴う問題は、日本だけでなくフランスでもあるようだ。ただ、なかなかその実態が知られない。それがなぜかわからなくて、その点を今調べているのだが、家族が看ているということに伴う問題の処理が、フランスでは日本より遅れて社会問題化されてきたように見える。ただ、相続（贈与・遺贈等を含む）の生前の意思的な処理の慣行はフランスでも以前からあり、日本よりはずっと一般化している。日本とは法律上の処理の仕方は異なるが、家族による介護の問題は同様に出てきている。

4 相続 広義：その1：フランスの場合 生存配偶者を中心にして

(1) の生存配偶者の状況と(2)の現状は既に話した。

(3) 実際の状況

実際にはいろいろな補正・緩和措置がある。税制上では、妻が相続する場合がもっとも軽減される。転換年金も認められる。さらに民事法上でも、夫婦財産制に関して、共通財産などの措置がある。フランスでは、相続にかかる税は、生存配偶者が相続する際にもっとも安くなる。他の場合は、親等が遠くなるに従って、税金が高くなるという配慮がある。こうした配慮はあるが、生存配偶者の相続人としての地位は低い。生存配偶者＝妻を念頭においた相続法の改正案が出てきているが、日本における生存配偶者の相続権の強化とは非常に違った発想で、かつ非常にきめ細かい手当てが行われている。つまり、血のつながった縦系列に沿って、こどもに財産が行くという相続の原則を崩さないで、なおかつ生存配偶者の生活保障をできるような仕組みをどうするか、ということが考えられている。この点は、高齢者の再婚の問題を考えると、そうしたきめこまかい制度がないと困るとい

うことにも対応している。日本の制度で高齢者が再婚すれば、たとえば 35 年つれそった妻が死んで、再婚して 3 年で夫が死んだ場合でも、再婚の妻が多額の財産をもらうということになる。前妻の子などからみて、こういうことが許されるのか。きめ細かな手当てをしなければ、高齢社会における高齢者の遺産相続をめぐる紛争は増大するばかりであろう。

5 相続 広義 : その 2 : 日本について

幾つかのデータを見ていただきたい。資料の(6)(7)ページを見ていただくと、どのような紛争が増えているかということがわかると思う。寄与分を定める処分に関する紛争や、遺産分割に関する紛争がだんだん増えていることがわかる。ただし、遺産分割に関しては、おそらくバブルの影響がかなりあったので、家族関係が変わったからとのみは言えない。他方、扶養に関するものは減ってきている。資料の(2)ページから(5)ページには、遺言の利用状況に関するデータをまとめておいた。(2)ページの遺言の検認数の推移をみると、近年だんだん増えてきていることがわかる。遺言の受益者や内容を見ていてわかるのは、遺言というものは、決してよいもの、ないし積極的に評価できるだけでなく、判断力が弱った高齢者を取り込んで、自分に都合のよい遺言を書かせるということも常套手段になっている。極端な場合は、病床上で意識のはっきりしない状態で、代筆遺言で公証人手続きをしたが、結局裁判で無効になるということもある。また、扶養介護をしていた妻に財産を残す場合に、遺留分制度が邪魔になるという議論がよくあるが、一方で配偶者を相続から除く遺言も多い。このように、遺言の多用は、日本にかつてはなかったような問題を伴いつつある。

フランスの場合、遺言分割はだんだん使われなくなって、生前の財産分けとしては、贈与分割、つまり生きているうちの贈与契約で、死後の財産分割の内容を決めてしまうという方法がベースである。日本では、介護に努めた娘がその親に今遺言を書いてもらっても、いつ取り消されるかわからない。遺言というのは決して安全な意思的財産処理行為ではない。しかし日本では今、一生懸命遺言を推奨しているわけだ。もちろんそれなりの適正な内容をもった公証人慣行ができあがってくればよいのであるが、なかなかそうはなっていないのが実態である。

興味深く、またある意味で恐ろしい問題の例として、「相続させる趣旨の」遺言というものがあり、昭和 40 年代以来、ある財産をある人に「相続させる」という言葉を使った遺言が使われるようになった。これが一体どういう法律行為なのか、遺贈なのか遺贈でないのかが、大論争になった。ここには税制が関与しており、遺贈では相続の 6 倍の登録税・登記手数料を払わなければならない。そこで、「相続させる」遺言というものが出てきて、結局最高裁がそれを相続による財産移転だと認めた。このことの効果として、基本的には遺贈と同じことでも、遺贈ではなく相続による財産の即時移転とされることとなった。その根拠は、被相続人の意思を尊重するということ、相続する、あるいは相続させるという通常の日本での意識に合うということなどがあった。たとえば、農家の父親が、自分の農地

をすべて長男に相続させるといったら、それはもはや遺産分割の対象にならないのであり、非常に強力な効果がある。これは自営業でも同じである。

このような財産帰属のあり方は、民法は予定していなかった。判例が新しい財産帰属のあり方を作り出したのである。こうなると、最後に残る問題が遺留分である。遺言が増え始めた 1990 年代に入ってから、遺留分をめぐる紛争が増え始め、最高裁の判決が相次いで出た。その過程で、遺留分制度というものがそれまで日本ではあまり理解されないうてきたということがわかってきた。いろいろな問題があるが、たとえば農地を長男に全部相続させると遺言した場合、他の財産がなければ、他のきょうだいや妻は遺留分を主張できる。その時に、土地で遺留分をよこせといえるかどうかの問題になってくる。これに関しては 2000 年に最高裁判決がでて、一定の限定つきではあるが、土地を返すかどうかは遺贈を受けた側が決める、土地はそのままにして価格賠償でもよい、ということになった。この判決と「相続させる」遺言とが結びつけば、最低限の遺留分だけ評価額で残せば、後の財産は誰か一人に譲ってしまうということが簡単に可能になる。最高裁は、そういう意図であったのではないにしても、ある意味で、遺留分を唯一の例外とした一子相続制が被相続人の意思次第で可能になるということになったのである。こうした方向への展開が進んでいるように思う。

相続に関するその他の最近の動きとして挙げられるのは、一つは相続税軽減論である。これは不況と中小企業の経営難に伴って政治家によって進められている。もう一つは遺留分の廃止論である。これは一方では女性からの要求があるのだが、他方では先ほど述べたように一子相続的に自分の作った財産を自分の思う者に自由に相続させたいという立場から要求されてきた。

こうしたさまざまな流れのなかで、家族の中での財貨移転が家族の自助とどのように絡んでいくことになるのかをこれから考えていきたいというのが私の問題意識です。