

# 1. 法学入門みたいなもの

民法のことを説明する前に、法律について少しお話ししておいたほうがよいかもしれない。医療訴訟の裁判あたりをみていると、とにかくむちゃくちゃな裁判が多い。トンデモ判決というわけだが、一応、裁判官が証拠に基づいて事実を認定し、法律の条文を当てはめて結論を出しているらしい。

むちゃくちゃと言っても、独裁者が気まぐれで判断するのは、たとえ独裁者が学会専門医で、教科書も書いている、手術成功件数が自慢の外科医でもいやだろう。特に、医師以外や、外科医でない先生方は御免被りたいと思うはず。

法治国家というのは、法律に則って裁判官、すなわち、法律の解釈や適用、事実認定という万国共通と考えられているお作法（フィクションの側面も大きい）に則って判断をし、これが国民も、国家権力も拘束するというスキームである。そして、法律の制定は議会が行い、その執行（裁判所が死刑だと判決をして、実際に首を絞めるということ）は行政が行う三権分立が、現在の国際社会ではよいことだとされている。

三権分立がなぜよいこととされているかという、歴史的に国家権力はいつも悪いことをするという考えに法学はよっているからである。

これなどは、医師のみなさんというより法学部卒業生以外は目からうろこみたいな話だが（本当は中学や高校の教科書にも書いているが、あまり本気で勉強しない）、国民の自由を守るために、国家権力に制約を課するというのが法律学の基本的なスタンスである。特に、アメリカの考え方はそれが強く、イギリスという議会制民主主義のパイオニアみたいな国（15世紀には、人口の数%ではあるが大地主 *gentry* による下院議員選挙が行われている）と戦争して独立し、さらに合衆国連邦として *unity* を求める一派と、各州の独立を主張する一派が抗争を続けていた国なので、自分達以外の権力者に対して、枠をはめるというスタンスの自由主義が強調され

ている。

しかし、現在の日本は、天皇こそいるが、民主権ということになっているので、自分達＝権力者・支配者という構造である。そこで、主権者たる国民の意向を尊重せよという民主主義の要請があり、自由主義と民主主義のバランスをどうとるかが憲法などの解釈では重要になっている。

また、刑法や各種行政法（医師法もその一つ）などの、国家と国民の関係を規律する法律も、取り締まりの必要性（国民がしっかり取り締まってくれと望んでいる。いわば民主主義の要請）と、好きなようにやらせろよという自由主義の要請のバランスが解釈基準となっている。

これに対して、本書で解説する民法は、私法に属し、国民相互間のトラブル解決のための法律である。したがって、お互い国民なので、対立利益は民主主義と自由主義ではない。また、解釈論で縷々述べるが、静的安全（本当の権利者が保護される）と動的安全（取引を円滑に）が対立利益となることが多い。例えば、保険証を持ってきた自称Aなる患者、実は偽物で、本当はBであった。こんなときに、Aの保険証ではBの診療費は払えないから駄目というのが静的安全重視の対応で、そんなことを言ったら、医療機関が本人確認が大変で、円滑な診療ができないので、保険証を持ってきたら、持参者が本人と信じて診療をした治療費などは、Aの診療をしたとして払いうるというのが動的安全である。

この設例は、支払基金という公的な機関がかかわるので民法の話というには必ずしも適切ではないかもしれないが、イメージはつかめるのではないだろうか。

なお私法の中には、民法のほか、商法、会社法などがある。これらは民法の「特別法」という位置付けである。民法が「一般法」、会社法などが「特別法」というわけであるが、ある事柄に法律を適用する場合、その順序というものが決まっている。

新しい法律と古い法律があれば、新しい法律が適用されることはわかりやすいであろう。ただ、刑事罰などは、行為当時の法律が適用されるという決まり（刑事不遡及原則）がある。

そして、一般法と特別法の関係があれば、まずは特別法を適用する。そ

ではなく、怖いお兄さんが取り立てにきてはじめて支払うべき額が明らかになる。「死んだ親父から、保証人の判子だけはつくなど言われている」といってお断りする例があるが、それは賢明な言いつけである。また、企業などの場合、保証債務は財務諸表に挙がらないことが多い。だから、「簿外債務」などと言われたりする。非常に財務状況がよく、優良企業だと思ってM&Aをしたら、保証債務が顕在化して赤字に転落などというのは、もちろん事前の調査（デューデリジェンス）不足なのだが、帳簿ではわからない怖さがある。

さて、保証契約については、上記のような点が問題になるのであるが、保証人が、突然の債権者からの取り立てによって困窮することが一番の問題であった。このため、保証人保護の方策の拡充がここ数年で行われてきており、今回の民法改正でも採用されている。

まず、平成16年民法改正では、保証契約に書面要件が付され、貸金などの根保証契約に関する規制が追加された。根保証というのは、具体的な借金の返済を保証するのではなく、例えば賃貸借契約から発生する一切の債務とかいったものに保証をする契約である。息子さんの賃料5万円のアパートでも、「自分探しに行く」と休学して南米に行ったあげく半年滞納して催告、解除通知がきて、そのうちぼやを出して内装修繕費500万円がかかった分も、連帯保証人たるお父さんの債務である。

この点は、根保証の極度額明示義務という形で、今回の改正で手当てされた。

平成18年3月には「信用保証協会における第三者保証人徴求の原則禁止について」という通達が中小企業庁金融課から出された。金融機関が中小企業に融資を行う際に、この企業の経営に直接関係のない第三者を保証人として求める商慣行があるが、事業に関与していない第三者が、個人的関係などにより、やむを得ず保証人となり、その後の借り手企業の経営状況の悪化により、事業に関与していない第三者が、社会的にも経済的にも重い負担を強いられる場合が少なからず存在することが、上記のように、大きな問題とされている。このため、中小企業庁では、信用保証協会が行う保証制度について、平成18年度に入ってから保証協会に対して保証申

込みを行った案件については、経営者本人以外の第三者を保証人として求めることを原則禁止とした。例外は経営に関与している者と、かなり無理な融資で、保証人が積極的に融資を依頼してきたような場合とされている。同様の規制が平成 25 年 12 月には「経営者保証ガイドライン」として、金融庁から主要銀行向けの総合的な監督指針と出されていたが、これを破ったからといって保証が無効になるわけではない。

今回の民法改正は、法律の改正であるから、ガイドラインと異なり法的な効果を直接生ずるものであり、一段と保証人の保護が厚くなっている。

以下、具体的に条文をみていこう。

#### <改正後民法>

##### (保証人の負担と主たる債務の目的又は態様) 第 448 条

- 1 項 保証人の負担が債務の目的又は態様において主たる債務より重いとときは、これを主たる債務の限度に減縮する。
- 2 項 主たる債務の目的又は態様が保証契約の締結後に加重されたときであっても、保証人の負担は加重されない。

これは保証契約の附従性と言われる法理を 2 項を追加することでさらに明文化したもので、特に新しく規範が創設されたものではない。

#### <改正後民法>

##### (主たる債務者について生じた事由の効力) 第 457 条

- 1 項 主たる債務者に対する履行の請求その他の事由による時効の完成猶予及び更新は、保証人に対しても、その効力を生ずる。
- 2 項 保証人は、主たる債務者が主張することができる抗弁をもって債権者に対抗することができる。
- 3 項 主たる債務者が債権者に対して相殺権、取消権又は解除権を有するときは、これらの権利の行使によって主たる債務者がその債務を免れるべき限度において、保証人は、債権者に対して債務の履行を拒むことができる。

## 5. 債務引受け

債権譲渡という言葉は、診療報酬を担保とする方法として、資金繰りに困った医療機関などには知られるようになったが、一方で債務引受けという言葉はどうだろう。例えば、ご子息の出来が悪くて、変な投資話に手を出して、数千万の借金ができたでしょう（こんな話は縁起が悪いが）。

定期預金や遊休不動産を売却して一括弁済できればそうするかもしれないが、私が息子に代わってきちんと払うから、裁判とか、破産申立て（これが一番怖い。信用情報がブラックになりクレジットカードなどが作れなくなる可能性があり、現代のキャッシュレスサービス時代には、何かと不便である）はやめてくれないかと債権者と交渉することになろう。

保証人になるからということでも、先生の資産と現在のクリニックの隆盛ぶりからはOKを出すかも知れないが、保証人はたとえ連帯保証人であっても「代わりに借金を払う」立場ではない。あくまで息子さんに請求がいて、払えないときに請求がくるのが原則である（ただし連帯保証人の場合は、お父さんに直接請求もできることにはなっている）。

本項で説明する債務引受けというのは、お父さんが、お金を直接債権者に支払う立場になるというもので、今回の民法改正で条文中新設された。従来から、裁判例では、このような形式の契約も有効とされていたが、契約書に書いていない事項なども、条文ができたことで補充され、裁判所も事案ごとでない対応をすることになる。

債務引受け規定の概要であるが、併存的、免責的の二つの類型が定められている。

併存的債務引受けというのは、お父さんと息子さんが、両方とも支払う義務を負うことになる規定である。債権者としたら、払ってくれる人が増えて、しかも、それぞれに全額の請求ができるので、とても便宜な形である。この点、連帯保証人と似ている。全く債権者に損はないので、債権者（金融機関やちょっと怖い人）、債務者（息子さん）および引受人（お父さ

んつまり先生のことです)の三者契約で結ぶことはもちろん、債権者と引受人との間の契約も可能である。また、「お父さん、代わりに払ってくれるよね」とご子息が泣きついてきて「いいよ」とおっしゃったところ、お父さんが債権者に報告して債権者が「よかろう、先生のところに取り立てに行けばいいんだな」といった、債務者-引受人間の契約に債権者が承諾した場合でも有効とされる。

### ＜改正後民法＞

#### (併存的債務引受の要件及び効果) 第 470 条

- 1 項 併存的債務引受の引受人は、債務者と連帯して、債務者が債権者に対して負担する債務と同一の内容の債務を負担する。
- 2 項 併存的債務引受は、債権者と引受人となる者との契約によってすることができる。
- 3 項 併存的債務引受は、債務者と引受人となる者との契約によってもすることができる。この場合において、併存的債務引受は、債権者が引受人となる者に対して承諾をした時に、その効力を生ずる。
- 4 項 前項の規定によってする併存的債務引受は、第三者のためにする契約に関する規定に従う。

この条文で注意しないといけないのは1項の「連帯して」の文言である。性質上当然に適用されないもの(改正前民法433条、改正後民法437条など)を除き、連帯債務の規定が適用されるということである。連帯債務の規定は、今回の改正法で変更されているので、改正前後両方確認して欲しい。

2項が想定しているのは、息子さんが「俺が責任もって払うから、親父は口出すな」と言っても、肩代わりできるということである。息子が破産したとか言うとう自分の信用にもかかわるし、奥さんが「あなた! なんとかして!!!」と黙ってないだろう。3項および4項は、いわば第三者のためにする契約であることから、債権者の引受人に対する承諾(受益の意思表示)により効力を生じることとされている。例えば、先生が、ガソリンスタンドに息子さんのランクルも止まっていたのをみて、せがれのも洗っ

## 9. 定型約款

パソコンなどを買ったとき、機器類のリースの際に薄い紙にいろいろ印刷したものにサインする、ウェブで注文するときにスクロールしてクリックさせられる、ホテルの宿泊の際に部屋に置いているサービスハンドブックの後ろに「ホテル約款」としてあれこれ規定が書いてある。電車に乗るときに、払い戻しなどのルールについては「約款による」と言って、クレームを付けても駅員はとり合わない。

しかし、先生方はそんな文書を隅々まで目を通すことはまずあり得ないであろう。そんな文書が約款と呼ばれるものである。

その一方で、患者に対しては、「肝臓もしらべておきますね」「それじゃ頭のCTをとっておきましょうか」と聞くことはあっても、費用を示して同意をとることはあまりないであろう。健康保険診療は法令に基づいているという特殊性があるが、法令に基づかない自由診療である健診の契約などは、約款によることが多いのではないか。

現在の社会は契約で成り立っている。いま挙げたような行為は、私たちの日常生活で常に出てくる「取引」であるが、個々の条項について両者が協議して決めていくようなことはまずなされない。そんなことをしてはビジネスが成り立たないからである。サービスも含めて大量消費社会においては、画一的な処理の必要性は高く、診療行為のように最高に個性が重視される契約ですら、健康保険法は一種の約款に基づく契約になっているのである。

このような約款については民法では規定がなかった。しかし、実際には上に示したような約款が、B to B (Business to Business, 事業者同士) B to C (Business to Consumer, 事業者と消費者) のいずれの関係でも頻用されている。約款をめぐる紛争に関しては裁判例がいくつかあるが、それぞれの事案ごとに、当事者間の合意の存否・範囲の認定や信義則の適用、公序良俗違反などの一般条項を用いて修正を加え、さらに消費者契約