

# ドイツにおける相続分の調整

且 井 佑 佳

## 目 次

- 第一章 緒論
- 第二章 ドイツ寄与分規定の生成
  - 第一節 二〇五七条a立法経緯と根本思想
    - (Ⅰ) 非嫡出子法成立
    - (Ⅱ) 二〇五七条a制定以前の状況
    - (Ⅲ) 二〇五七条aの導入
- 第三章 ドイツ寄与分規定の機能
  - 第一節 概説

第二節 相続人の決定方法

第三節 寄与分調整の要件

(I) 調整当事者

(II) 調整の対象

(i) 共働

(ii) 金銭給付

(iii) 介護給付

(iv) その他の給付

(v) 両親の世帯に属する子による給付

(III) 消極的要因

(i) 適切な報酬・その他の法律原因に基づく請求権

(ii) 立証の不成功・時効・放棄・失権

第四節 調整額の範囲

第五節 調整の実行

第六節 遺留分への算入

第七節 小括

第四章 ドイツ寄与分規定の改正

第一節 二〇〇九年相続法改正の経緯

第一款 連邦憲法裁判所二〇〇五年四月一九日決定

第二款 家族的連帯による給付の正当な評価及び調整の強化

第二節 介護給付に関する連邦政府提案

### 第三節 政府草案への反応

#### (I) 調整当事者の拡張範囲

(i) プファイファーの見解

(ii) オッテの見解

(iii) ヴィンデルの見解

(II) 算定基準の定め

(III) 遺留分請求権への影響

### 第四節 立法

### 第五章 終論

#### 第一節 ドイツ寄与分規定の特徴

#### 第二節 今後の課題

## 第一章 緒論

相続人が複数存在する場合、相続開始から相続財産の帰属先が確定的に定まるまでの間に、「誰が何を取得するか」の前提として、「誰がどの程度の相続分を有するか」という問題がある。共同相続人のうち、特定の者が被相続人から  
の出捐により恩恵を受け、またはその反対に被相続人のためにした活動が被相続人の財産の増加や維持に影響する場合  
でも、なお均分相続を徹底するとすれば、その他の共同相続人が不利益を被り、あるいは利益を受けることになる。す  
なわち、どのような状況下でも画一的に法定相続分を割当てることが、かえって相続人間の実質的公平を損ないかねな

い。そのために、法定相続分を修正する必要性が生じる。

日本法では、法定相続分を修正する手段の一つとして、「被相続人の事業に関する労務の提供又は財産上の給付、被相続人の療養看護その他の方法により被相続人の財産の維持又は増加について特別の寄与」があった場合には、特別受益制度と正反対に作用する寄与分制度<sup>①</sup>を設けている。特別受益制度が現行民法施行当時から存在していたのに対し、寄与分制度は昭和五五年の「民法の一部を改正する法律」（五月一七日法律五一号）により配偶者相続分改定等と共に新設され、昭和五六年一月一日に施行された制度である。

寄与分規定制定前の家庭裁判所における遺産分割事件処理の実務では、早くから寄与評価の必要性が認識されていたにもかかわらず、寄与を理由として相続分を修正することに消極的な取扱いが為されていた。しかし、寄与者の貢献を相続上評価しようとの審判・決定例は昭和四〇年代中頃から次第に数を増し、昭和五〇年頃にはその傾向が定着していたようである。もともと、寄与評価のための理論構成は、必ずしも統一的に考えられていたのではなく、審判・決定例によって次のように様々な構成が見られた。すなわち、民法九〇六条の「一切の事情を考慮する」により、または特別受益規定を裏返して準用ないし類推適用する相続分変更説、寄与部分につき相続人の不当利得返還請求権を認めるといふ不当利得説（債権的構成説）、遺産を寄与者と被相続人との共有とみて寄与部分を遺産範囲から除外する共有説（物権的構成説）、あるいは、相続人と寄与相続人の間に実質的な雇用関係を認め、遅延給料の支払いとして清算する報酬説等<sup>③</sup>である。もともと被相続人と相続人の間には明確な権利関係が存在していないことが多いために、一般の債権や物権による請求が困難であることから相続上何らかの形式で寄与を評価しようとの流れが定着していたといえ、このように寄与分の理論的根拠や要件等に種々の議論があったため、立法による明確な規定が求められたのである。

しかし、こうした経緯を辿り立法化された公平実現の手段としての寄与分は、立法されたことによって、理論構成、

実体的要件、手続きに関する基本的な問題は明確になったものの<sup>④</sup>、その問題点を整然と解決したわけではなかった。むしろ既に立法直後から寄与分は一筋縄ではないか微妙な特質を持つと評され<sup>⑤</sup>、通常は立法により解決されるはずの見解の対立が立法によりかえって多く生み出される結果となつてしまつて<sup>⑥</sup>いる。今日までに論じられている寄与分に関する問題が、その性質論を始めとして、例えば寄与分の主体や行為態様、算定基準、相続法上のその他の制度との関係（遺贈や遺留分等が挙げられる）等々といった個別の論点に至るまで多岐に渡つてゐることは周知の通りである。寄与分に関する問題を扱う論稿は数多く存在するが、とりわけ個別的な論点を説くものの中には、理論的な不都合性を認識しながらも、「寄与分制度の趣旨に沿う」<sup>⑦</sup>、つまり、「実質的公平に適う」<sup>⑧</sup>ことを理由として解決しようとの傾向が少なからず見られる。

他方、諸外国に目を向けると、他国においても被相続人への寄与を何らかの形式で評価するための制度が設けられている。たとえばフランスでは、一般的に寄与を認める規定ではなく、農業経営資産の遺産承継の際、農業経営への卑属及び配偶者の協力を契約の擬制を用いて相続債権的に扱う延払賃金契約制度が存在し<sup>⑦</sup>、スイスでは世帯を共にする成年の子または孫が、両親または祖父母への労力等の提供に対する補償を請求できるとする一般的な寄与分制度が存在しており、一定の場合には被相続人の生前にも請求することができる<sup>⑧</sup>とされている。同様に、ドイツにおいても、被相続人への直系卑属による寄与が純粹に相続法上のみで評価される寄与分制度が存在している。これら諸制度においてもそれぞれに問題点を内包していることは言うまでもない。

本稿は、諸外国との制度比較を行うことで日本法における寄与分制度を改めて理解し直すことによりそれを基点とした個別的な論点の解決を図り、さらに今後の寄与分の在り方を検討する上での参考とするため、諸外国の制度の運用及びその理解、そこでの種々の問題に対する解釈ないし処理の仕方を知ることが主眼とするものである。とりわけ家族法

及び相続法分野はその国の文化等に強く影響され、それ故にその国独特の特徴を有するため、そうした特徴を持つ他国の制度との比較検討を行うことにより、日本法のみからでは知りえない寄与分制度の特徴を浮き彫りにすることが可能であると思われる。これと同時に、寄与分が機能することによって得られる公平とは、日本法においてそもそもどのように把握されるべきかということもまた意識されなければならない。

こうした目的を達成するために、本稿では先に挙げた諸制度のうち、最も日本法における寄与分制度と類似しているといえるドイツ法における寄与分制度、すなわち、ドイツ民法典二〇五七条aに定められる調整規定を考察の対象とする。ドイツでは、二〇〇五年の連邦憲法裁判所決定をきっかけとした相続法改正の動きがあり、その一環として二〇〇七条aもまた若干の修正を施されることとなった。ドイツにおいては、現行法上の制度を通して(二〇五七条a修正箇所に関しては旧法下での運用において)、どのように被相続人への生前給付の清算を行っているのかを検討し、二〇五七条aの成立から今回の修正までの一連の流れを追うことで、ドイツにおける寄与分制度の特徴を、またその変遷及び修正の必要点を知ることができるだろう。その際、日本法にも関連すると思われる二〇五七条aの個別的な論点をも意識することで、寄与分に関する種々の論点を考察する材料となり得ると考える。それらを元に日本法とドイツ法との共通点ないし相違点を検討することにより、日本における寄与分制度の理解、個別論点の解決及び寄与分制度の在り方の考察を試みるための手がかりとしたい。

本稿の叙述は以下の順序により行なう。まず、ドイツ民法典に二〇五七条aが導入された経緯の過程を概観し、立法当初の問題意識に触れる(第二章)。続いて、日本法との比較のための資料として現行規定(及び修正前の規定)の内容を個別的な論点を含めて検討し(第三章)、二〇〇九年相続法改正について、二〇五七条aに関する政府草案の内容を中心に検討を行う(第四章)。それらを踏まえて、ドイツ法の特徴及び日本法との共通点ないし相違点の分析と若干

の考察を加え（第五章第一節）、今後の課題を明らかにして（同章第二節）、本稿を閉じることにする。

## 第二章 ドイツ寄与分規定の生成

### 第一節 二〇五七条 a 立法経緯と根本思想

#### （I）非嫡出子法成立

寄与分規定としてドイツ民法典二〇五七条 a（以降は、単に条文のみを示す場合、ドイツ民法典を指すものとする。）が立法された経緯は少し特殊である。当該規定は、いわゆる非嫡出子法が成立した際にドイツ民法典に導入されたものであるが、その根本思想を知るために、以下では導入までの経緯を概観しておきたい。

過去のドイツ民法典は、非嫡出子は母及び母方の血族との関係でのみ嫡出子の地位を有するとし（旧一七〇五条）、その一方で、父及び父方の血族との関係においては、相互に血族関係を否定していた（旧一五八九条二項）。このため、相続の場面では、非嫡出子に父及び父方の血族の遺産への関与が認められず、一定の場合に限り非嫡出子の血縁上の父に対する扶養請求権が父の死亡後その相続人に承継されるに過ぎなかつたのである（旧一七一二条一項）。

こうした相続関係にも見て取れる非嫡出子の差別的取扱いについては、立法化には至らなかつたものの、民法典制定当初からその法的地位の改善に向けた議論がなされてきた。<sup>9)</sup><sup>10)</sup>戦後においてもこの姿勢は変わらず、特に基本法六条五項との関係で、非嫡出子の法的地位についての改正が試みられてきた。法改正の提案数は、概観することが困難な程の数に上り、<sup>11)</sup>そうした努力が民法分野でようやく結実したのは、基本法制定から二〇年後のことである。すなわち、それが、一九六九年八月一九日公布、翌一九七〇年七月一日施行の非嫡出子の法的地位に関する法律（Gesetz über rechtliche

Stellung der nichtehelichen Kinder)<sup>(17)</sup> (以下、「非嫡出子法」という。)である。同法は、非嫡出子の身分関係や扶養の権利義務等を新たに規定したものであり(その結果、相続関係も修正されることとなった)、これにより、旧一五八九条二項及び一七一二条は削除された。

非嫡出子法の原型は、一九六六年五月に詳細な理由書と共に公表された「私生子の法的身分に関する法律の担当官草案 (Referententwurf eines Gesetzes über die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder)<sup>(18)</sup>」(以下、「非嫡出子法担当官草案」という。)であり、その後、非嫡出子法担当官草案に対して示された諸々の見解を勘案してこれに部分的な修正を加えた「私生子の法的身分に関する法律の政府草案 (Regierungsentwurf eines Gesetzes über die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder)<sup>(19)</sup>」(以下、「非嫡出子法政府草案」という。)が一九六七年九月に連邦議会に提出された。

立法の出発点は、やはり基本法六条五項の要請、すなわち、「非嫡出子に対しては、立法によって、肉体的及び精神的発達、並びに社会におけるその地位について、嫡出子と同様の条件が与えられなければならない<sup>(15)</sup>」との要請に置かれていた。従前の見解では、基本法の文言上、非嫡出子は嫡出子と「同様な条件 (gleichen Bedingung)」が与えられるべきであるに過ぎず、法律上の「同様な地位 (Gleichstellung)」までも要求するものではないとされていた。また、本規定の解釈を行なった連邦憲法裁判所の一九六九年一月二九日判決においても、一般的な平等原則を特別に具現化した基本権が問題となるとした上で、先例を引用しつつ「非嫡出子のために嫡出子に見られるのと、同様な条件」を与えるべきであり、つまり、<sup>16</sup>「家族法において、<sup>17</sup>非嫡出子の法的状況は、その肉体的及び精神的発達、並びに社会におけるその地位のために重要である限り、嫡出子の法的状況と可能な限り対等に形成されなければならない<sup>18</sup>」としていた。

非嫡出子法担当官草案・政府草案においても、このような意識に加え、非嫡出子の劣位は第一に事実上のもの(劣悪



な発育環境)によるのであり、同様な法的地位を付与することはかえって非嫡出子に対する効果的な保護や援助(官庁による後見、母の監護権の優位、扶養における父の給付能力欠如の抗弁の否定)を失わせる結果となると考えられていた。そのため、非嫡出子法は、一方では非嫡出子と嫡出子とで異なる規定を設けることをできるだけ避けつつも、なおその法的地位は部分的に嫡出子とは一線を画する内容となった。そうであっても、非嫡出子法を成立させたことにより、立法者は民法分野において基本法六条五項に基づく委任を果たしたと評価されている<sup>18)</sup>。

ところで、非嫡出子法を成立させるにあたり、特に困難であるとされていたのは、非嫡出子に父及び父方の血族の遺産への関与をどのような方法で、またどの程度認めるかという点にあった。なぜなら、先に述べた相続における法的状況が基本法六条五項にも当時の社会通念にも合致していないことは十分に認識されていたものの、非嫡出子の遺産関与を認めることは、父の家族の遺産関与との均衡をどのように調整するか(基本法六条一項<sup>19)</sup>による婚姻及び家族の保護の要請)という問題を浮上させるからである。

この点につき、非嫡出子法担当官草案では、第一相続順位群(婚内の直系卑属)が存在する場合には非嫡出子の相続資格を認めず、第二相続順位群(被相続人の父母・兄弟姉妹・その卑属)が相続人となる場合に初めて、それと同じ割合の遺産関与を認めるに過ぎなかった。

これに対し、非嫡出子法政府草案では、第一相続順位群が存在する場合でも、それと同じ割合の金銭での相続代償請求権(Erbsatzanspruch)(旧一九三四条a)<sup>20)</sup>を非嫡出子に与えることで遺産関与を認めた。こうした両草案の立場の他にも、実際上の生活関係を考慮して、そもそも非嫡出子には異なる相続規定を置くべきであるとの考えを基盤とした様々な見解があり、<sup>21)</sup>最後まで、すなわち、連邦議会及び連邦参議院の審議においてまでその解決方法をめぐっては極めて激しい議論があった。<sup>22)</sup>結局、法律委員会での修正を受けた後、基本的に非嫡出子法政府草案に沿う形で立法化される

に至っている。

非嫡出子法政府草案の修正の他、法律委員会は、その審議により、新たにドイツ民法典相続法分野について、妻の相続分の改善に関する定め（一九三二条四項）、非嫡出子の事前の相続清算（vorzeitiger Erbsausgleich）に関する定め（旧一九三四条d、一九三四条e）<sup>(23)</sup>、被相続人の直系卑属がした特別給付の調整（Ausgleichung）に関する定め（二〇五七条a）を追加した。また、非嫡出子法によって、非嫡出子の法的地位がそれ以前の法的地位から根本的に変更したことに伴い、法律委員会は、用語の持つ過小評価の外観を排除するため、両草案が非嫡出子の表記を旧法下と同じく「unehehlich」としていたのを改め、「nichtehelich」とする<sup>(24)</sup>とも提案し、容れられた。<sup>(25)(26)</sup>

## （Ⅱ）二〇五七条a制定前の状況<sup>(27)</sup>

ドイツ民法典は、既にその成立当初から、生存中の被相続人がその直系卑属に出捐した生活の資本（Ausstattung）等の特別受益を遺産分割の際に調整させる旨の規定を設けていた（二〇五〇条以下）。そこでは、特別受益を受けた直系卑属を調整義務者、その他の直系卑属を調整請求権者として、これら共同相続人間での調整が認められており、その実行は、遺産分割時に、実際に受けた物の返還によるのではなく、受けた物の価値を計算上持ち戻すことによって為される（観念的持戻し（Idealkollation）ないし価値的調整）。

こうした特別受益の相続清算時の評価とは反対に、直系卑属が生存中の被相続人にした貢献を相続法上評価する規定は長い間設けられてこなかった。もっとも、こうした状況下においても、被相続人に対する直系卑属の貢献が全く評価されてこなかったわけではない。子が被相続人の病床生活中に看護をし、被相続人の経済上の援助をし、あるいは、とりわけ農業分野や小規模産業分野において、被相続人の事業について報酬を受取ることなく共働（Mitarbeit）したにも

かわらず、被相続人がそうした貢献に対する措置を何等講じなかったために、その補償がされないという場面が決して珍しくないことを、判例及び学説は十分に意識していたのである。

そうした場面では、特別な状況を完全には評価していないにしても、労働法上及び組合法上の契約構造の助けを借り、あるいは不当利得や事務管理によって、また、場合によっては黙示の相続契約の締結を認めることにより、共働した家族の救済が試みられてきていた。例えば、通常連邦裁判所の一九六五年二月二三日判決は、被相続人の事業で共働していた子がその報酬を求めた事案において、旧一六一七条<sup>28)</sup>に基づく法律上の義務であっても、明示または黙示の合意により、契約上の職務義務に転化され得るとして、雇傭契約に基づく報酬請求権の存在を認めている。

しかしながら、こうした解決方法についての法的根拠は必ずしも明確なものではなく、救済を求める家族にとっては証明困難であることが多いこと、また、六一一条、六一二条（雇傭契約）及び八一二条以下（不当利得）に基づく請求権は、旧一九六条一項八号及び九号による二年の短期消滅時効に服するという欠点が指摘されていた。実際、上記連邦通常裁判所の判決においても、報酬請求権の成立自体は肯定されたが、二年の時効により当該報酬請求権は消滅しているとして子の請求は退けられている。

明確な報酬の合意が為されていない家族による共働という問題は、当時最も議論されていたが、最も難しい問題とされていたのである。

### （Ⅲ）二〇五七条 a の導入

非嫡出子法の目指すところは、基本法六条五項による要請の実現である。これに対して、同条一項では婚姻及び家族の保護が謳われており、これらに加えて、前述したような家族の共働を相続時どのように評価すべきかについても考

慮されなければならない。こうした葛藤の末に辿り着いたのが、まさに二〇五七条 a の導入なのである。

相続法において基本法六条五項による要請の実現、つまり、非嫡出子の相続権の問題をどのように解決すべきかについて激しく議論されていたことは既に触れたところであるが、より詳細には最後まで次の二つの見解が対立していた。<sup>30)</sup>

その一つは、基本法六条五項の文言に形式的に依拠するものであり、非嫡出子に完全な相続法上の同等地位を与えようとする。この見解からの具体的な提案によれば、非嫡出子も他の相続人と同様に相続共同体の中に含めるといふ方法、<sup>31)</sup> または小家族（配偶者及び婚内の直系卑属）が存在する場合には嫡出子の相続分の価額の範囲での相続代償請求権で満足せるといふ方法、<sup>32)</sup> あるいは、非嫡出子は実際上の相続分配を受けるが、小家族に同価値の金銭代償請求権と結びつける継承権（Übernahmehrecht）を与えるといふ方法が挙げられている。この見解が主張するところは、確かに基本法六条五項は形式的な「同様な取扱い」ではなく、「同様な条件」を非嫡出子に要求しているものであるが、相続法においての「同様な条件」は、同価値的な解決によつてのみ達成され得るといふことを導くものである。<sup>34)</sup> その実現方法は分かれるにせよ、何れの提案も社会的な非嫡出子の地位の向上には、こうした表面的に見て事実上の同等地位が必要であるとの観念に基礎を置いていた。

この見解に立つ非嫡出子法政府草案では、「非嫡出子の相続法上の広範な地位改善は、その他の憲法規範、とりわけ、国家秩序の特別な保護のもとにある婚姻及び家族といった基本法六条一項と矛盾しない。非嫡出子に嫡出子と実質的に同様の法的地位を与える場合、それは結果として父の婚内の直系卑属または生存配偶者の負担となる。しかし、このことは基本法六条一項に反するものではない。基本法六条一項及び基本法六条五項は同一の地位に並存している。非嫡出子の加入によつて父の婚内の家族構成員が被る相続法上の損害は、基本法六条五項に基づき、彼らによつて甘受されるべきである」とされており、また、相続人が被相続人にした貢献を相続法上調整する旨の規定を新たに置くことも予定

していいなかった。なぜならば、非嫡出子法政府草案においても、嫡出子による被相続人との共働または被相続人の療養看護は、結果的に被相続人の財産の増加に実際上貢献しているというのは正当であると認識されていたものの、そのことをもって、非嫡出子による被相続人の財産への関与を排除または制限することを正当化することはできないと考えられていたためである。非嫡出子法政府草案は、そのような嫡出子の貢献については、従来どおり「被相続人は、数名の子のうちの一人名によって為された特別給付に報いようとする場合、彼は——子を遺言上、優遇する可能性を度外視すると——労働契約または組合契約上の根拠に基づきこれを達成することができる。その他では、報酬支払請求権の承認によつて妥当な調整をすることは、判例に委ねておくことができる」としていた。

他の一つは、非嫡出子の相続法上の状況を改善する必要性は認めるが、實際上、非嫡出子が父とは異なる生活関係に基盤を置いていること、また、基本法六条一項で命じられている婚姻及び家族の保護との関係で、非嫡出子には異なる相続法上の規定が必要であるとの見解である。具体的な提案は分かれるが、共通する基盤は次のようなものである。すなわち、歴史的に見て、ドイツの相続権はその血族関係のみならず、今日ではなお小家族にのみ見受けられる現に生活する家族共同体からも導かれること、また、こうした小家族は実際上その労働、家族の意義 (Familieninn) 並びに精神的援助 (seelische Unterstützung) によつて、夫または父の財産形成に寄与していることである。それ故に、通常は生活基盤が異なるために父の財産形成に寄与することのない非嫡出子に対して、その寄与の調整のためにある種の相続法上の優遇がされるべきであり、翻せば、非嫡出子の相続権を排除ないし制限すべきであると主張していた。

当然、価値に関して平等な遺産関与を認める非嫡出子法政府草案に対しては、後者の見解から、あまりに婚姻及び家族を侵害している<sup>(37)</sup>という批判や、父の家庭や事業で共働することも稀ではない嫡出子には、非嫡出子よりも遺産関与をより多く認めるべきである<sup>(38)</sup>という批判が挙げられた。その上、嫡出子ないし生存配偶者のした寄与の妥当な調整を判例に

委ねることについても、疑問や批判が加えられた。たとえば、ボッシュ (Bosch) は、「実際に被相続人の死後、婚内の直系卑属ないし生存配偶者は妥当な解決を得るために、報酬支払請求権を裁判上請求しなければならないのか」との疑問を呈していた。また、クヌール (Knuur) は、家族の共働による報酬請求権は、旧一六一七条により明らかである範囲を越える場合に限り発生するところ、その範囲を超える共働の場合、立証が困難であることを見落としてはならないとし、さらに、「立法者は、連邦地域における就業者の約八％が共働する家族の一員であることを見落とすべきではない。このパーセンテージが高いほど、立法者は、非嫡出子の父の相続人である家族による共働を考慮することを判例に任せてはならない」と批判していた。<sup>40)</sup>

こうした二つの見解の対立を背景として、連邦議会は、法律委員会からの立法提案を受け、確かにそれまでと同様に、非嫡出子に完全な相続法上の同等地位を与えようとする前者の見解を根底に置く形ではあるが、しかし、非嫡出子法政府草案の考えにそのまま従うことはせず、非嫡出子には異なる相続法上の規定が必要であるとされる後者の見解をも考慮して、直系卑属間の調整義務を認める二〇五七条 a を導入した。二〇五七条 a 導入以前の状況に加え、非嫡出子法によって嫡出子と非嫡出子とを相続法上平等に取扱うことは、立法者に家族による共働を評価する根拠を法律上与えることが必要であるとして一層強く感じさせたのである。

立法者はその立法動機について、次のように述べている。「とりわけ農業及び小規模産業分野の状況では、子の一人が他の子に比べて遥かに多く、私利私欲のためでなく、被相続人の財産の維持または増加に貢献し、もしくは、職業上の所得を放棄して長期間被相続人を療養看護することが稀ではないということについて考慮することが重要である。被相続人による終意処分がなく、法定相続となる場合、給付をした子は現行法によれば、その寄与を調整することができない。特に、今後は非嫡出子もその父の遺産の配分に預かるのだから、このことは、現在の社会的状況において、取り

除かれるべき不利益であるように思われる」<sup>(41)</sup>。あるいはまた、「被相続人のライフワークによってその遺産が築かれ、それが相当な部分について、その婚内の家族、妻、子らにより共に働いて手に入れられたものである場合に、婚外の子が数十年後に相続人に加わり、相続代償請求権を主張できるということは時として不当に作用する」と<sup>(42)</sup>。

以上のようにして、二〇五七条 a は、債務法上の規定を拠り所とした作爲的な解釈に代わる手段を創設するために、さらにまた、明らかに非嫡出子の遺産関与による嫡出子の不利益を回避することを意識して導入されたものである。もっとも、被相続人の財産の増加や維持についての直系卑属の寄与は婚内の直系卑属においても、個々の事案に応じて立証されなければならないこと、その上、被相続人の財産維持または増加についての寄与は、婚内の直系卑属においても様々であることから、二〇五七条 a の規定自体は、相続する直系卑属の血統が婚内であると婚外であるとを問わずに一般的に規定されている。

### 第三章 ドイツ寄与分規定の機能

#### 第一節 概説

以上のような経緯を経て成立した二〇五七条 a は、スイス民法典旧六三三条を模範として作成され、被相続人の直系卑属を平等に扱うことを目的とする二〇五〇条以下の調整の定めに続く形で導入された。すなわち、二〇五〇条以下の規定が生前の被相続人による個々の直系卑属への出捐を計算上遺産の価額に算入し、それによって出捐を受けた直系卑属が優遇されるのを回避するように定めているのに対して、二〇五七条 a では直系卑属による被相続人への特別給付を考慮して遺産分割における給付者の不利益を回避することを意図するのであるが、このこともまた、まさに被相続人の

推定される意思（直系卑属を平等に扱おうとする意思）に合致するというのである。従って、被相続人が生前にその意思を表明している場合は、二〇五七条 a は機能しない。被相続人が遺言を残している場合がこれに当たり、被相続人は、遺言の自由によって調整義務を免除し、あるいは修正すること、すなわち、他の方法で直系卑属の貢献を評価し、または全く評価しないということもまた許容されているのである。<sup>(44)</sup> 被相続人に寄与していないその他の共同相続人は、こうして調整義務から解放されることによって優遇を受けることになり、その結果、被相続人の意思表示は通常、遺贈と解されることになる。<sup>(45)</sup>

こうした規定の任意性から、共同相続人間でもまた、遺産分割時に調整をしないとの合意をすることが可能である。同様に、二〇五七条 a 適用の要件を欠く場合でも、直系卑属の給付に対して一定金額を支払うとの合意をすることもできる。さらに、直系卑属は被相続人に給付する際に調整を放棄することができる。<sup>(46)</sup>

二〇五七条 a に定められる調整請求権は独立の請求権ではなく、あくまで遺産分割（二〇四二条）の枠内で主張されるに過ぎない。従って、調整請求権を相続分と切り離すことはできないが、相続分と共に相続し、あるいは譲渡することは可能である（二三七二条、二三七六条）。また、調整請求権は、一九六七条の意味での遺産債務を構成するものではない。

先述したように、立法者は農業あるいは小規模産業分野における直系卑属の貢献を想定していたのであるが、その他の分野であっても二〇五七条 a は適用され、また、非嫡出子が存在しない場合であっても当然に適用される。規定は、一九七〇年七月一日以降に生じた相続に適用されるが、それ以前に為された特別給付も調整の対象となり得る。なお、一九四九年七月一日以前に出生した非嫡出子は父との関係で相続権が帰属しないため、適用は除外されている。<sup>(48)</sup>

以下では二〇五七条 a の定める調整規定が機能するための要件及びその機能を検討していくが、その前提として日本



法との枠組みの違いを理解するために、ドイツ相続法における相続人の決定方法について簡単に言及しておくことにする。なお、二〇五七条 a の条文は以下の通りであるが、本章で扱うのは後述する二〇〇九年改正前の条文であることを断っておく。<sup>49)</sup>

【二〇五七条 a】（直系卑属の特別給付における調整義務）

(1) 長期にわたり被相続人の家政、職業若しくは事業における共働、多額の金銭給付又はその他の方法により、被相続人の財産の維持又は増加に特に寄与した直系卑属は、分割の際、法定相続人として相続を受ける直系卑属間において調整を請求することができる。二〇五二条を準用する。職業収入を放棄して長期にわたり被相続人を介護した直系卑属も同様とする。

(2) 給付に対し適切な報酬を受け又は合意がされた場合、若しくは、その給付のために直系卑属にその他の法律原因に基づく請求権が帰属する限りで、調整を請求することができない。一六一九条、一六二〇条に基づく給付が為された場合でも、調整義務には影響しない。

(3) 調整額は、給付の期間及び程度、遺産の価額を考慮して公平であるよう算出されなければならない。

(4) 分割において、調整額は調整請求権者である共同相続人の相続分に加算される。調整額の合計は、調整のもと共同相続人に与えられる限りで、遺産の価額から控除される。

第二節 相続人の決定方法<sup>50)</sup>

被相続人の死亡と同時に相続財産は、相続開始時に生存する一人または複数の相続人に移転するが（一九二二条）、

ドイツ相続形態には、相続人の指定、遺贈、負担 (Aufgabe) に関する定めを内容とする相続契約 (Erbvertrag) 及び遺言による任意相続 (gewillkürte Erbfolge) と法定相続 (gesetzliche Erbfolge) とが存在し、被相続人は死因処分 (Verfügung von Todes wegen)<sup>(15)</sup> によって自由に相続人を定めることが可能である。相続人は、第一に相続契約 (一九四一条)、次いで遺言 (一九三七条) の内容によって決定し、それがない場合に法定の相続順位に従い決定することとされている。

法定相続人は相続順位群 (Ordnung) に分けられ、第一順位群は被相続人の直系卑属、第二順位群は被相続人の両親及びその直系卑属 (兄弟姉妹とその直系卑属)、第三順位群は被相続人の祖父母及びその直系卑属 (伯叔父母、従兄弟姉妹、その直系卑属) というように、被相続人の尊属を遡り、当該尊属とその直系卑属が順位群を構成することになる。上位の相続順位群に相続人が存在する限り、下位の順位群に含まれる者は相続人とはならず、同一の順位群のなかでも、被相続人により親等の近い者が相続人となる。もともと、相続開始の前後に直系卑属がその相続権を喪失する場合には、当該直系卑属を通じて被相続人と血縁関係にある直系卑属がその者を代襲する旨が定められている (一九二四条三項)。代襲相続は、被代襲者から代襲相続人への権利移転ではなく、代襲相続人固有の相続権に基づくものと解されているため、代襲相続人は被代襲者の相続人であることを要しないとされる。従って、たとえ、被代襲者について相続欠格事由に該当する代襲相続人であったとしても、被相続人を相続することは可能である。

以上に対して、生存配偶者は相続順位群の構成員ではない。生存配偶者の相続分は、第一順位群の相続人と共に相続する場合は遺産の四分の一、第二順位群の相続人または祖父母と共に相続する場合は遺産の二分の一を相続し、それ以外の場合は遺産の全てを相続することになる (一九三二条)。また、生存配偶者は選択する夫婦財産制の形態により、財産制の清算として相続分が増加する。例えば、夫婦が法定財産制 (剰余共同制) を選択している場合は、さらに四分

の一を受け取ることとなり、従って、合計で遺産の二分の一を相続することになる（一三七一条、一九三一条三項）<sup>53</sup>。

### 第三節 寄与分調整の要件

#### （Ⅰ）調整当事者

二〇五七条 a は相続人間の相続分の調整を目的とするものであるから、当然に相続人でない者は調整当事者の範囲から除外される。しかし、相続人といえども、どの場合のどの相続人もが調整の当事者となり得るのではない。調整は、二〇五〇条以下の調整と同様に全ての共同相続人間で行なわれるのではなく、被相続人の直系卑属間でのみ為されるに過ぎない。より厳密には、法定相続を受ける直系卑属または法定相続人として取得すべきものを指定され、あるいはその相続分相互を法定相続分と同一の割合で指定された直系卑属である（一項、二〇五二条）<sup>54</sup>。たとえば、被相続人に妻及び三人の子が居り、各法定相続割合は妻二分の一、子六分の一であるとする。このとき、被相続人が、妻に二分の一、三人の子にそれぞれ六分の一ずつの割合で相続人指定をしている場合や妻及び三人の子にそれぞれ四分の一ずつの割合で相続人指定をしている場合は、二〇五二条により二〇五七条 a の適用範囲内となる。これに対し、妻から相続権を剥奪し、三人の子のうち一人には八分の一、もう一人には八分の五、残りの一人には四分の一につき相続人指定をしている場合、子の法定相続分割合（各六分の一）が二〇五二条に反して修正されるため、二〇五七条 a の適用範囲外である<sup>55</sup>。調整が行われるためには、相続時に複数の直系卑属が存在していなければならないが、直系卑属自身ではなくても、調整請求権を有する直系卑属の相続人及びその相続分の譲受人も調整を請求することができる<sup>56</sup>。これには、一九二四条における直系卑属の代襲相続人（孫、曾孫）も含まれるが、代襲相続人が固有の相続権に基づき相続することとの関係で、次の二つの問題が挙げられている。

一つは、二〇五〇条以下の調整義務を負っていた被代襲者が相続権を失った場合、代襲相続人がその調整義務を負う旨を定めた二〇五一一条が、（義務と権利を置換えて）二〇五七条aにも妥当するか、という問題である。一部には二〇五一一条の準用に懐疑的な見解を示すものが見られるが、支配的な見解は、二〇五一一条の準用を認めており、代襲相続人が被代襲者のした特別給付について調整できるとしている<sup>(50)(60)</sup>。

もう一つは、未だ代襲原因の発生していない時点での代襲相続人による特別給付が、調整され得るか否かという問題である。換言すれば、被代襲者の相続権存在時に代襲相続人が受けた被相続人による生前贈与について、代襲相続人の調整義務を免除する二〇五三条の準用がされるか否か、ということである。これについても議論が分かれているようであるが、この場合にも特別給付をした直系卑属の調整請求権を承認する（二〇五三条の準用を否認する）という見解が多数であるようである<sup>(62)(64)</sup>。

調整の義務を負うのは、法定相続ないし二〇五二条における任意相続をする直系卑属のうち、二〇五七条aの意味での給付をしていない者である。もともと、被相続人は、直系卑属の利益となるように、死因処分によって配偶者及びその他の共同相続人に調整義務を課すことが可能である<sup>(65)</sup>。また、調整義務は相続分の譲渡人が調整の負担を負う場合、その譲受人が負担し、さらに、調整義務者である共同相続人の相続人も負担することになる。

法律上、調整当事者となり得るのは以上の通り被相続人の直系卑属のみであって、ここに配偶者及びその他の共同相続人は含まれない。とりわけ配偶者は、既に法定財産制においては増加額の清算（一三七一条、一九三一条三項）によって、別産制においては一人または二人の直系卑属の相続分と同等にすることによって（一九三二条四項）、被相続人への給付が一律に清算されていると考えられているためである。しかし、夫婦が別産制を選択しており、かつ、三人以上の直系卑属が存在する場合、配偶者による特別給付への支払いは法律上予定されていない<sup>(66)</sup>。配偶者及び直系卑属では

ないその他の共同相続人は調整請求権を有しない反面、調整の義務を負わないため、調整による影響を受けることもない。

## (II) 調整の対象

直系卑属のした給付のすべてが調整の対象とされるわけではない。二〇五七条aの調整は、直系卑属のうちの一人または数名がした被相続人財産の維持または増加に特別に寄与した給付を前提としているからである。直系卑属によってなされた特別給付が考慮されるに過ぎず、それとは逆に、その時々との関係に基づいた通常の給付では調整の対象とはされない<sup>67)</sup>。給付は、被相続人の財産状況に積極的に作用している必要がある、これは、たとえば被相続人のためにその債務を履行し、結果的に積極財産が維持される、というのでもよい<sup>68)</sup>。

直系卑属全員がそれぞれ二〇五七条aの意味での特別給付をした場合、その全てが考慮されるわけではない。被相続人の財産のために、給付の期間や貢献度に基づいて、他の給付に比べ価値的に明らかに優っているもののみが調整の対象とされる。なぜなら、二〇五七条aは、全ての直系卑属を平等に取扱うという考え方に基礎を置いているため、調整は他の者より際立って多く給付した者にのみ為されるべきということが導かれるからである<sup>69)</sup>。

原則的に、請求権者が自身に有利な、つまり、請求を根拠付ける事実の存在について立証責任を負う。従って、二〇五七条aの調整においては、特別給付を為した直系卑属が給付のあったことを説明し、必要ならば立証しなければならぬ<sup>70)</sup>。ここで、当該給付が被相続人の財産の維持または増加に寄与したことまでも立証しなければならぬかについては見解が分かれている。立証を不要とする見解は、二〇五七条aで詳細に規定されている要件を満たす給付は通常被相続人の財産維持または増加に貢献していることが一応前提とされているとする<sup>71)</sup>。他方で、これを必要とする見解は、規

定が、特に (in besonderem Maße) としていることから、その時々<sup>72</sup>の給付の因果関係について、直系卑属が個別に説明し、場合によっては、どの程度その給付が財産増加に至ったかを証明しなければならないとする。

調整の対象となる給付は、具体的には以下のものを指す。

(i) 共働

長期にわたって被相続人の家政 (Haushalt)、職業 (Beruf) または事業 (Geschäft) において共働した直系卑属は、遺産分割時に調整を請求することができる (一項)。共働の内容は、両親の世帯に属し、両親により教育され、あるいは扶養されている子の役務提供義務を定める六一九条の役務提供の内容と同様と理解されており、それにはあらゆる身体的及び精神的活動が含まれるとされる。共働は、本業として為されるものでも、副業として為されるものでもよい。家政における共働には、被相続人の住居や居所 (賃貸アパート、分譲住宅、持ち家) に関係するもので、家庭的な生活が可能とするあらゆる活動がここに含まれる。従って、たとえば、日常的な掃除、洗濯、食事の用意、住居の修繕等が考慮の対象となり、また、被相続人の子が幼いうちは、その監督及び一般的な子の世話もまた考慮されることになる。<sup>73</sup>

被相続人の職業は、たとえば医者、弁護士、サラリーマンというように、独立であると非独立であるとを問わない。なぜなら、いずれの場合であっても、直系卑属は被相続人の職業の執行を容易にし、あるいは可能とし、またはその経費節減に作用することができるからである。さらに、共働は職業自体における労働を前提とはしていない。そのため、たとえば被相続人を職場に送っていく等、間接的に被相続人の職業を援助する場合でも十分と解されている。

最後に、事業にはあらゆる企業 (Unternehmen) が含まれる。農業や小規模産業でなくてもよい。さらに、被相続人が単独所有している必要はなく、共同所有者 (共同出資者) である場合でもよい。そのような場合でも、共働によつ

て事業持分を保障し、価値に関して増大させることは可能だからである。<sup>(75)</sup>

共働は長期間に及ぶものでなければならぬとされるが、どの程度の期間をもって長期間とするかについて、確定的な基準を設けることは困難である。共働が数年にわたっている場合は、確実にこの要件を満たすといつてよいが、最低ラインを設けることはできない。<sup>(76)</sup> また、ある共働が長期間の要件を満たすかどうかの判断は、給付の性質や価値によつても判断されなければならない。従つて、共働には絶対的な期間が必要なのではなく、より価値のある共働をした場合には、通常は比較的短い期間であつても要件を満たすということになる。<sup>(77)</sup> 共働は継続的であることを要しないが、一時的なパートタイマーからは区別されなければならない。

共働には様々な方法が想定されるが、調整請求権者である直系卑属本人がすることはもとより、その委託により家族や家族以外の第三者によつて為されるという方法でも要件を満たす。従つて、夫が妻に、あるいは父が子に、被相続人のために共働することを指示し、それぞれどこか、直系卑属によつて賃金を支払われる補助員 (Hilfskraft) の活動も共働の要件を満たすとされる。<sup>(78)</sup> しかし、たとえば直系卑属の指示がなく、直系卑属の子が自身のイニシアティブから祖父 (被相続人) のために共働した場合には、当該直系卑属において調整請求権は生じない。<sup>(79)</sup>

#### (ii) 金銭給付

多額の金銭給付 (erhebliche Geldleistung) もまた、既に述べたような共働と同様に調整の対象となる。どの程度の金銭給付が多額であるかについて、ヴォルフ (Wolf) は、客観的・一般的な基準が設けられなければならないとし、「その金銭給付が、通常、財産形成の際に看過することができないのならば、多額である。その点で、金銭給付が多額であるかは、被相続人の財産状況を基準にすべきではなく、むしろ、保護されるべき直系卑属の利益が確認されることが重

要なのであり、そのために、客観的・一般的な多額性を基準にすべきである<sup>(80)</sup>とする。被相続人の財産状況は、当該金銭給付による財産への影響を評価する際にはじめて問題になると考えるのである。これに対して、ヘルドリツヒ (Helldritsch) は、「多額の金銭給付は、共働と同様に扱われる。金銭給付がどのような場合に多額であるといえるかは、被相続人の状況に基づく具体的状況において、利益に応じて決定されなければならないのであり、いずれにせよ、認識可能で客観的・一般的な基準によるのではない。金銭給付は少なくともある程度にまで達しており、その結果、被相続人の財産状況に影響を及ぼし得るものでなければならぬ<sup>(81)</sup>」としている。

支配的な見解によれば、法定される扶養義務（一六〇一条以下）の範囲内での金銭給付は調整の対象とならないとされる。なぜなら、法定の扶養義務の存在は、扶養請求権者の無資力状態を前提としており（一六〇二条一項）、扶養義務の履行としての金銭給付は扶養請求権者（被相続人）の財産の維持または増加に貢献し得ないからである<sup>(82)</sup>。もつとも、被相続人が自身の扶養能力を有している状態で、直系卑属により任意に扶養としての金銭給付がされた場合は別である。その金銭給付が被相続人の財産状態を保持するのならば、調整の対象とされ得る<sup>(83)</sup>。

どのような目的で金銭給付が為されたかは問題ではない。同様に、被相続人に直接金銭給付をする必要もなく、第三者、たとえば被相続人の債権者に金銭を支払う場合でもよい。

### (iii) 介護給付

被相続人のためにした介護給付 (Pflegeleistung) もまた調整の対象となることが明らかにされている（一項二文）。家政における共働が定められている関係上、ここでの介護の意味には、一般に病人の看護や老人の介護が含まれると解されている。介護ないし看護は被相続人本人にされる必要がある。被相続人の家族にした場合は、次に述べるその他の



給付で考慮され得るに過ぎない。

扶助が必要な被相続人の介護活動は、長期間にわたっていないなければならない。ここでもまた、普遍的に長期間という概念を明確化することは不可能である。家政等における共働で触れたように、給付の内容や程度も考慮されなければならない。それゆえに、たとえば、直系卑属が介護活動をしなければ、被相続人は一人、場合によっては複数のヘルパーを雇い、彼らに対して報酬を支払わなければならないというときには、介護期間が一ヶ月であっても調整請求権の発生条件を満たし得る。勿論、共働または金銭給付の場合と同様に、常に当該介護活動が特別な給付であったかどうかは問題となる。

従前の二〇五七条aは、通常給付との区別をより明確化するために、被相続人への介護給付が直系卑属の職業収入の放棄と結びついている場合にのみ調整の請求をし得るに過ぎないことを定めていた。これに関しては、職業収入の全てを放棄していなければならないのではなく、被相続人の介護活動のために直系卑属の収入のうち、少なからぬ部分を受取ることができなかった、というので十分であるとされていた。また、介護活動のために直系卑属が昇進及びそれに伴う収入の増加を逃したというのでもよいとされていた。<sup>(85)</sup>しかし、もとより職業に従事していない直系卑属は、職業収入を放棄することができないのだから、被相続人のために介護したとしても調整請求権者とはなり得ない。<sup>(87)</sup>たとえば、家事手伝いの娘や専業主婦による介護の場合がこれに該当していた。

直系卑属は、一人で被相続人の介護を引き受ける必要は無く、家族や報酬を支払って雇う補助員を含め他の者と共同して行うのでもよい。<sup>(88)</sup>もともと、専ら報酬を支払われる補助員によつてのみ介護が為される場合は、介護給付ではなくむしろ一項一文の意味での金銭給付に該当するとされる。<sup>(89)</sup>

(iv) その他の給付

以上のように具体的に条文で列挙されている給付と並び、その他の給付 (Leistung in anderer Weise) もまた同様に調整の対象とされ得る。ここには、たとえば次のようなものが該当する。すなわち、現物給付、土地などの使用貸借、保証の引受け、被相続人の仕事の引受け、あるいは、被相続人以外の家族への療養看護といったものである。これらは共働ではない限りで、その他の給付として把握される。この場合の給付もまた、法で明確にされている給付と同様に、ある程度の重要性 (Erblichkeitsgrad) を達成していなければならない。

(v) 両親の世帯に属する子による給付

被相続人のためにされた給付が、いわゆる家庭内子 (Hauskind) により、その役務提供義務 (一六一九条) の履行として為された場合、あるいは、一六二〇条<sup>(9)</sup>の意味における成人家庭内子の財産からの家政費用支払いに関する支出または譲渡である場合、その給付は生存者間では清算されないが、二〇五七条 a における調整の対象となる (二項二文)。たとえば、成人家庭内子が父に家政費用の支払のために多額の金銭を給付し、その補償を受ける意図がない場合、父の死亡後に成人家庭内子が他の直系卑属と並んで共同相続人となるのならば、調整義務の発生についての要件を満たすことになる。<sup>(9)</sup>

(iii) 消極的要因

調整請求権の積極的要因が充足されたとしても、調整請求権の発生が確定的であるとはいえない。二〇五七条 a の目的は、特別給付の調整により全ての直系卑属を平等に取扱うことに置かれているが、これはまさに、直系卑属が被相続

人から適切な報酬を受けることなく給付をした場合に調整請求権は正当化される。すなわち、直系卑属が被相続人の財産から既に対価を得ていた、あるいは、直系卑属に遺産を引当てとする債権が帰属する場合、調整請求権は発生しない。ここから、調整請求権はその他の請求権に対して補充的であることが導かれる。従って、二〇五七条aの調整請求権の発生を認めるためには、適切な報酬を受けていたか等に加えて、たとえば雇傭契約上、労働法上もしくは組合法上の請求権といった、その他の債権が存在しないことも確認されなければならないのである。

特別給付をした直系卑属が調整を請求する場合は逆に、調整請求権の排除にかかわる主張及び立証負担は、特別給付をしていないその他の直系卑属に帰せられる<sup>②</sup>。従って、調整請求権の排除を主張する直系卑属は、当該給付には適切な報酬が与えられ、またはその合意がされていること、もしくは、当該給付により、その他の法律原因に基づく請求権が給付者に帰属していることを説明し、必要ならば証明しなければならない。この点に関し、その他の法律原因に基づく請求権の存在の立証責任を、特別給付をしていないその他の直系卑属に負わせることはあまりに形式的であるとの批判が見られる。特別給付をしていないその他の直系卑属が他の請求権の存在を立証すれば、たとえ調整請求権を排除したとしてもその他の法律原因に基づく請求権が特別給付をした直系卑属に帰属することになり、特別給付をした直系卑属の利益ともなつて、一見して奇妙な結果となるからである<sup>③</sup>。

(一) 適切な報酬・その他の法律原因に基づく請求権

直系卑属が被相続人から報酬を受けている場合、調整請求権は生じない。被相続人から既に報酬を受取っている必要は無く、被相続人との合意(例えば雇傭関係や労働関係に基づく合意等)によって、直系卑属に報酬請求権が帰属するという場合も同様である(二項一文前段)。従って、調整請求権発生の要件として、給付は無償で為されなければならない

ない。もつとも、調整請求権を排除する報酬は、給付の価値に相当するものであることを要する。このため、与えられた報酬が僅かに小遣い程度に過ぎない場合には、調整請求権が発生し得る。血縁関係を理由に、合意された報酬が明らかに給付の価値を下回る場合、部分的に無償の給付であると評価される。この場合は、無償の部分についてのみ、調整が考慮され得る。しかし、無償部分が僅かである場合には、調整は考慮されない。こうした場合には、被相続人の財産の維持または増加に特別に貢献したとは言えないからである。<sup>94</sup>

さらに、契約上の報酬の合意が為されていないかつたとしても、直系卑属にその給付についてその他の法律原因に基づく請求権が帰属している場合、調整請求権は排除される(二項一文後段)。これには、既に述べたように事務管理による請求権(六七七条以下)や、いわゆる目的不到達による不当利得返還請求権(八一二条以下)等が考慮される。

上記の被相続人に対する契約上または法定の請求権は、被相続人の死後に遺産債務として存続する。遺産債務は、遺産の全体を対象とするため、その影響は給付者自身を含めた直系卑属のみならず、他の共同相続人にも及ぶことになる。

(ii) 立証の不成功・時効・放棄・失権

調整請求権は補充的に機能しなければならないが、たとえば雇傭契約に基づく給付に対する報酬等について、直接的な請求権の要件を立証できない場合は別であるとされる。この場合は、反対給付の実現可能性が無いため、給付の無償性が肯定されてよいとされる。<sup>95</sup>

直系卑属に与えられた請求権が、既に消滅時効にかかっているととしても、二〇五七条aによる調整は肯定されるという見解が多数である。この見解によれば、この場合においても、直系卑属の給付に対して被相続人の財産からの反対給付は為されず、その結果、被相続人の財産は増加し、あるいは少なくともその状態で維持されると理由付けられている。

しかし、フィルシング (*Fürsichung*) は、請求権を持つ直系卑属はその請求権を自由に行使できたはずであることを挙げ、時効による消滅の場合に調整を認める見解には説得力が無いと批判する。<sup>(96)</sup> もっとも、調整を肯定する見解においても、調整請求権とその他の請求権との法律効果が異なること、つまり、後者は遺産全体の負担であるのに対して、前者は給付をしていない他の直系卑属のみの負担であるということに対する懸念が示されている。<sup>(97)</sup> 直系卑属がその請求権を時効により消滅させた為に、その他の直系卑属の負担が増すということは避けられなければならないからである。それゆえに、多くの見解は、直系卑属が時宜に応じて権利を行使していたならば受取つていただろう部分についてまでの調整請求が許されるにすぎず、残りの損害は、調整請求権者である直系卑属自身が負担しなければならないとしている。<sup>(98)</sup>

これとは反対に、直系卑属がその請求権を放棄 (*Verzicht*) のゆえに失ったのならば、二〇五七条 a の調整請求権は考慮されない。こうした行為は、通常、矛盾行為の禁止 (*Verbot widersprüchlichen Verhaltens*) に反するからである。<sup>(99)</sup> また、失権 (*Verwirkung*) の場合は、放棄と同様に調整を請求できないとする見解と、時効と同様に調整を請求できるとする見解に分かれている。<sup>(100)</sup>

#### 第四節 調整額の範囲

立法者は、直系卑属による個々の給付及びその価額を厳密に検算することを意識的に回避している。なぜなら、いずれにせよ細目の全てを検算することは不可能に近く、被相続人とその直系卑属間の血縁関係を適切に評価していないとするためである。<sup>(101)</sup> その代わりとして、次の二つの基盤をもとに公平性に照らして調整額が算出されることになる(三項)。一つ目の算定基盤は、直系卑属によりされた給付に置かれる。これについては、どの程度の範囲及びどの程度の期間にわたり直系卑属は給付をしていたか、どの程度の費用を要したか、並びにどの程度看護活動における所得の損失(直

系卑属の財産損失)を生じたかということが考慮されなければならない。<sup>(10)</sup>これは細目の検算ではなく、常識及び公平性に適う額を算出するとの目的をもって、大まかに広く全体を一覧すべきである。<sup>(11)</sup>

二つ目に、被相続人の遺産の価額、つまり、全ての遺産債務が控除された後、どの程度遺産として相続人に分配されるかということも算出基盤とされる。金銭で評価される遺産価額は、直系卑属の給付によってどの程度、遺産全体の維持または増加を実現したかを明らかにするのに適しているからである。遺産が少なければ少ないほど、請求権は少なくとも見積もられることになり、その逆も同様である。<sup>(12)</sup>

被相続人の財産が専ら直系卑属の給付活動によって維持されたという場合があり得るが、この場合に、調整によって被相続人財産を使い果たすことが許されるか否かについては争いがある。見解の大勢は、遺産価額が算定基盤となっていることからこれを否定している。<sup>(13)</sup>なお、超過受益返還義務の不存在を定める二〇五六条が適用されないことに異論はない。<sup>(14)</sup>

被相続人がその終意処分において、直系卑属の給付を特別に考慮しなかったという事実が、調整額を減じる方向で作用してはならない。なぜなら、二〇五七条aの調整規定は、そもそも被相続人の終意処分を欠き、あるいは、調整額を考慮しない法定相続の定めをしていることを前提としているからである。<sup>(15)</sup>

調整に関する直系卑属が調整額について意見の一致に至らない場合は、相続財産の裁判籍にあたる訴訟裁判所が調整額の範囲を定めることになる(民事訴訟法二七条<sup>(16)</sup>)。訴訟物の価額は、直系卑属により主張される調整額に従う。既に遺産裁判所に係属している分割手続きは、調整額について直系卑属の意見の一致が見られず、または被相続人による定めがない場合、訴訟の終結まで停止されなければならない(家事・非訟事件手続法三七〇条)。

裁判所に金額算定における裁量の余地が認められているため、調整請求権者の立証義務は軽減されている。<sup>(17)</sup>しかし、

給付を子細に検討しないということが、給付の期間及び範囲、遺産の価額に関する紛争の場面で、全く証拠の申立てがなされないことを意味するのではない。確かに、これらは個々の事細かな確認を要求されているわけではないが、裁判所により公平性を決するのに必要な根拠が求められる場合、証拠が申立てられなければならない<sup>11)</sup>。証拠の評価は、民事訴訟法二八七条二項に基づき個別の状況を考慮して行われる。そのため、調整請求権者は調整請求権の根拠及び価額の算定を可能とするのに十分な、具体的に確定可能な事実を申述しなければならない<sup>12)</sup>。

## 第五節 調整の実行

同順位の相続人が複数存在する場合、相続開始と共に相続人共同関係 (Erbengemeinschaft) が生じ、遺産の帰属先が確定するまでの間、遺産は共同相続人の合有に属し、共同相続人により管理される (二〇三八条一項一文)。相続人の一人が遺産を全て相続するか、あるいは、遺産の分割により、最後の目的物の帰属先が確定すると相続人の共同関係は終了することになる。

遺産分割は、まず遺産債務を支払い (二〇四六条)、次いで共同相続人間の合意に基づき残余分の分割を行う。直系卑属による特別給付の調整もまた、二〇五〇条以下の調整と並んで遺産分割において行われる。二〇五七条 a の調整は、同条三項で算出された調整額を調整請求権者の相続分に加算し、同時に、調整に関与する共同相続人に帰属する遺産から調整額を控除することによって達成される (同条四項)。

調整手続きは次のような段階を経て完了する。差当たり、遺産全体の価額 (純資産) から調整に関与しない共同相続人の相続分の価額が控除される。たとえば、被相続人の妻 (法定財産制を選択している) 及び三人の子 A、B 及び C が法定相続人となる場合に、遺産全体の価額 (100) から配偶者である妻の相続分の価額 ( $100 \times \frac{1}{2} = 50$ ) が控除されること

になる(一三七一条一項、一九三二条一項)。次に、二〇五〇条以下の調整額がある場合は残余遺産に加算し、二〇五七条aの調整額がある場合は残余遺産から減算する。被相続人から子Aへの調整義務のある生前贈与(10)及び子Bによる調整義務のある特別給付(15)があった場合、 $45(50 + 10 - 15)$ のいわゆる調整遺産(Ausgleichsnahe)が生じることになる。ここから、三人の子はそれぞれ法定相続分の割合、従って各自 $15(45 \times \frac{1}{3})$ ずつを受け取る。そして最後に、二〇五〇条以下の調整義務のある額は調整義務者の持分から控除され、二〇五七条aの調整義務のある額は調整請求者の持分に加算されなければならない。最終的には、子Aは $5(15 - 10)$ 、子Bは $30(15 + 15)$ 、子Cは $15$ をそれぞれ受け取ることになる。

## 第六節 遺留分への算入

相続契約または遺言によって法定相続から排除された被相続人の直系卑属、両親及び配偶者は相続人に対して遺留分権を有する(二三〇三条)<sup>14)</sup>。遺留分は、法定相続分の二分の一であるが、二三一六条<sup>15)</sup>により、二〇五七条aの調整義務が遺留分の算定の際にも存続するため、遺留分額に影響することになる。二〇五〇条以下及び二〇五七条aの規定がそうであるように、二三一六条に基づく遺留分算定もまた、調整当事者、すなわち直系卑属間でのみ問題となるに過ぎない。それに加えて、法定相続の際に直系卑属に帰属していたらう遺産部分に制限される。遺留分請求は金銭給付により実現される。

遺留分の算定は、法定相続だったならば得られた相続分をその基準とするため、二〇五七条aに定められる性質の給付があった場合には、まず二〇五七条a四項に基づいた調整相続分を算出しなければならない。たとえば、被相続人に単独相続人として指定した妻(法定財産制を選択している)及び二人の子A、Bが居る場合、まず遺産全体の価額



(100) から妻の相続分の価額  $(100 \times \frac{1}{2} = 50)$  が控除される(一三七一条一項、一九三一条一項)。Aは調整義務のある生前贈与として20を受取り、Bは調整義務のある特別給付(10)をしていたとすると、残余財産につき各自の調整義務を考慮した二人の子の調整相続分は、それぞれ子Aにつき  $10 \left( (50 + 20 - 10) \times \frac{1}{2} = 20 \right)$ 、子Bにつき  $40 \left( (50 + 20 - 10) \times \frac{1}{2} + 10 \right)$  である。遺留分はこうして算定された調整相続分の半額であるので、結局子Aの調整遺留分は5、子Bの調整遺留分は20となり、それぞれ妻に金銭請求することができる。

この例で、単独相続人に指定されたのが特別給付をした子Bである場合でも、子Aからの遺留分請求に対して、給付の調整をすることが可能であるとされている。<sup>⑩</sup>

## 第七節 小括

以上の通り二〇〇九年相続法改正以前における二〇五七条aの制度内容を概観してきたが、ドイツ法における寄与分規定はまさに、家族によって為された共働等を、被相続人の死亡後、純粋に相続の枠内で公平性に照らし清算することを目指している。制度の要点を挙げれば、次のようになる。すなわち、給付の調整は一定の場合に直系卑属間でのみ為されること、調整の対象となる給付は、特別給付でなければならず、その評価は相対的であること、給付に対する適切な報酬を受け、または、合意が為されてはならず、調整請求権はその他の請求権に対して補充的に機能すること、調整額の算定は、給付の期間及び範囲並びに遺産の価額を考慮して、公平であるように算定されなければならず、給付の細目の検算は排除されていること、調整の実行は、二〇五〇条以下の調整と同様に遺産分割時になされること、二〇五七条aは任意規定であり、当事者の合意により変更または排除することも可能であること及び遺留分の算定の基礎として考慮されることである。

相続法において直系卑属の特別給付に対する補償の解決方法をこうして新たに設置したことにより、労働法や組合法上の法律構成を用いて共働に対する適切な補償をするという従前の努力は、調整請求権の補充性ゆえに完全に不要となったわけではないが、大きくその必要性を失ったと言われている<sup>107</sup>。また、それらの法律構成は、債務法上の交換関係のもとに為されるわけではない家族給付の実情に適しておらず、相続法上の調整という反対給付は必ずしも実際上期待されているわけではないことから、「立法者が、家族の連帯による給付物を少なくとも受領者の死後に正当に評価するために、独自の相続法上の制度を創設したことは正当である<sup>108</sup>」とも評されている。

もつとも、二〇五七条aは手放しで受け入れられているのではない。その理由として、規定の曖昧さが挙げられている。このことは、二〇五七条aの成立当初から既に指摘されており、ただでさえ紛争の契機となりやすい相続分配の場面で、こうした曖昧な公平規定は、紛争を一層増大させるだろうと予想されていた<sup>109</sup>。なぜなら、二〇五七条aにおける個々の構成要件要素は、極めて柔軟であり、確固たる手掛かりとなるものではないからである。たとえば、「特別給付」の評価についても、何をもって「長期間」や「多額」と言えるのか、どの視点(被相続人か直系卑属か)から見て「多額」なのか、どのような場合に被相続人財産の維持または増加に「特別に」寄与したと言えるのか等の要素が、規定の文言自体において極めて不鮮明である<sup>110</sup>。その結果、規定の解釈運用は不安定にならざるを得ず、その適否は、最終的には裁判所の評価に委ねなければならないのである。

しかしながら、実際に公表された裁判例で、二〇五七条aに関するものはそれほど多くはない。一般に二〇五七条aの実質的要件に関しては、オルデンブルク上級地方裁判所(OLG Oldenburg)の一九九八年二月一日判決が引用され、二〇五七条aに基づく給付について二三一六条の判断の要件として連邦通常裁判所の一九九九年一月九日判決が引用されるにすぎない<sup>111</sup>。これについては、裁判所の評価に規定の解釈を委ねなければならないことに加えて、調整請求権が

その他の法律原因に対して補充的であること、さらに、少なくとも二人の直系卑属が存在してはならないことが、適用範囲を狭めていると指摘されている。<sup>14)</sup>

批判の矛先は、配偶者が二〇五七条aの調整当事者でないことにもまた向けられている。非嫡出子法により、二〇五七条aと同様の理由、すなわち、非嫡出子が相続に参与することにより受ける不当性から、一九三一条四項が新たに創設され、これによつて別産制を選択する配偶者も他方配偶者の死亡時に、子と同じ持分を相続するという包括的な調整の恩恵を受けることとなった。<sup>15)</sup>しかし、直系卑属の給付とは異なり、包括的な規定としたことについて、立法者は詳細な理由を示すことなく、単に「共働の価額の算定は不可能なものとして排除されなければならない」と述べていたに過ぎない。なにゆえに配偶者が二〇五七条aの関与者から除外され、共働の価額の算定が実現不可能であるとされるのが明確にされてはいなかったのである。これについて、ブラーガ(Bragga)は、「立法者の意思によれば、二つの規定(一九三一条四項と二〇五七条a)は、同様の構成要件及び同様の法律効果を示す、ほとんど同様の機能(「無償共働」の補償)を果たさなければならない。……しかし、なにゆえに生存配偶者による共働及び……その他の給付の評価が、直系卑属による場合よりも、比較の対象となり得ず困難であるのかを理解することはできない。生存配偶者の共働は、そうでなくても、個々の関与者の寄与の範囲及び価額を画定するために考慮されなければならない」とし、二〇五七条aの調整当事者に生存配偶者を含めるべきである旨を主張する。さらに、シューマン(Schiemann)は、「どのようにして通常存する連帯による給付の無償性が直系卑属相互間の関係でのみ修正されることを正当化できるかという問題は、一層緊迫している。この問題は、……これまでの裁判例が少ないことによつて退けられるものではない。なぜなら、二〇五七条a、二三一六条では、調整、とりわけ介護給付を理由とする調整について、なお利用されていない可能性があるからである。とりわけ痴呆症患者である高齢者の要介護性が一層広がっているため、調整の必要性は絶え間なく増加し

ている。家族の連帯による給付によって介護の需要を満たすことが、多くの事案で不可欠である<sup>(129)</sup>とし、介護給付に対する調整の必要性を併せて指摘している。

ここ数年、法政策上の議論の的であった相続法は、次章で記述する二〇〇九年改正法により、とりわけ、遺留分法において修正を施された。その際、二〇五七条aに関して、家族による給付もまた新たに見直された。すなわち、連邦議会による立法手続過程では前述のような欠点も十分に意識されており、二〇五七条aから介護給付規定を独立させ、新たに二〇五七条bを定めることが提案されていた。結局、法律委員会からの回答を受け、成立した改正法は、二〇五七条aの若干の修正にとどめるといふ結果に終わったが、審議過程の議論を概観することには、日本法における寄与分の役割範囲を検討する上でなお一定の意義があると思われる。従って、次章では今回の相続法改正について二〇五七条aに関連する議論を中心に見ていく。

## 第四章 ドイツ寄与分規定の改正

### 第一節 二〇〇九年相続法改正の経緯

#### 第一款 連邦憲法裁判所二〇〇五年四月一九日決定

二〇〇八年一月三〇日、ドイツ連邦政府は、「相続法及び時効法の修正に関する法律草案 (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts)」(以下では「政府草案」という。)を公表した。この政府草案に沿って改正法が成立し、二〇一〇年一月一日をもって施行されている。政府草案の目的、理由及びその内容を紹介・検討する前提として、今回の相続法改正の契機となり、政府草案において判断枠組みを考慮された二〇〇五年四月一九日連邦憲

法裁判所決定<sup>(8)</sup>について簡単に触れておきたい。当該決定は、二つの憲法異議に対して判断を下したものであり、前提となる事実<sup>(9)</sup>は以下のようなものである。

一つ目の事案は、被相続人である母親の子A（原告人）が、遺言により相続から廃除された子B（被告原告人）の遺留分請求によりその支払いを命じた民事裁判所の判決に対して異議を申立てた事件である。<sup>(10)</sup>被相続人は、生前、精神疾患を持つBと同居していたが、Bにより暴行・虐待を受けていた。それを根拠として、被相続人はその遺言において、Aを単独相続人とする旨を定めていたが、再度Bにより暴行を受けたことから、Aの相続人指定の確認及びBの相続分を剥奪する旨の遺言を作成した。その後、Bは精神病棟への収容命令に対する不安と怒りから、被相続人を殺害し、その遺体を山林に遺棄した。Bは、その精神状態から刑事罰を問い得ないとされ、精神病院に措置入院されている。Bは世話を通じてAに遺留分請求をしたところ、地方裁判所及び上級地方裁判所はこれを認めた。上級地方裁判所は、Bは殺害時及び被相続人の生前における暴行・虐待時も責任無能力の状態であったことから、遺留分剥奪事由（旧二三三三一条一・二号）にも遺留分欠格事由（二三三九条一項、二三四五条二項）にも該当しないと判示した。このため、Aは、基本法一四条一項及び六条一項に基づく基本権の侵害を主張した。<sup>(11)</sup>

二つ目の事案は、被相続人の妻C（原告人）が、被相続人の息子D（被告原告人）への遺産に関する情報開示を命じた民事裁判所の判決に対して異議を申立てた事件である。<sup>(12)</sup>被相続人は、肺病及び不整脈を患っており、一時的に入院して治療していた。被相続人はDの子との面会交流や文通を希望していたが、被相続人の退院後にDはこれを拒絶し、被相続人からDの子宛への手紙を返送するなどした。これをきっかけに、被相続人は遺言において、Cを先位相続人に指定し、Dの遺留分を剥奪する旨を記した。被相続人の死亡後、Dは遺留分請求権を主張し、段階の訴えを申立て、遺産に関する情報を要求した。これに対し、Cは有効な遺留分剥奪があることを主張した。地方裁判所は、Cに遺産に関する



責任が憲法上の保護を享受する。相続法において、子の強制的な遺産持分は、被相続人と子の原則的に解消することができず、権利のみならず義務をも負う家族的連帯の顕れである。また、家族財産の取得や維持は、精神的及び経済的な被相続人の寄与にも子の寄与にも基づいており、家族財産の使用は、被相続人と子が共同してこれを行う。この点において、遺留分権は財産所有者の死亡後にも財産及び家族の精神的、あるいは経済的な繋がりの維持を可能とする。さらに、まさに被相続人と子との間が疎遠であり、あるいはその関係が破綻している場合に、遺留分権は、被相続人の財産処分決定の自由を制限する一方で、家族の保護機能を果たすとした。

これらのことを根拠として、連邦憲法裁判所は遺留分の合憲性及び子の最低限の持分が憲法上保障されていることを確認し、その結果として、二つの事案における基本権侵害主張は退けられた。<sup>(15)</sup> 政府草案では、当該決定で示された根拠のうち、とりわけ家族的連帯と遺留分の家族保護機能とを十分に考慮しなければならぬと述べられており、遺留分の合憲性と憲法上の保障を前提として改正内容が検討されたのである。

## 第二款 家族的連帯による給付の正当な評価及び調整の強化

ドイツ相続法は、その成立以来一〇〇年以上にわたり、大幅な改正をされることなく基本的な枠組みを維持してきた。第二次世界大戦以降、相続法は確かにいくつかの点で修正を施されているが、先に触れた非嫡出子法導入時の改正のように、そのほとんどは家族法の改正の結果として実現されたものである。<sup>(16)</sup> しかし、近年「社会的展開及び変化した価値観念、とりわけ、個々の人格権をより顧慮するために、並びに従来には存在しなかったライフスタイルの受容により」<sup>(17)</sup> 相続法、とりわけ遺留分法の改正の必要性が生じているということを理由として、相続法の改正が提案されたのである。政府草案によれば、今回の改正は、前款で触れた二〇〇五年連邦憲法裁判所決定の枠組みを考慮して個々の点を修正す

ることにより、今日の生活関係に相続法を適合させようとするものである。

そうした目的を達成するために、政府草案は相続法改正について次の四つの基本指針を示した。すなわちそれは、自己決定権及びそれに伴う被相続人の遺言自由の拡張、遺留分権者に対する相続人の権利の強化、簡素化及び現代化の実行と家族法上及び相続法上の三〇年の特別時効について可能な範囲での三年の通常時効への適合、並びに本款以降で中心的に取り扱う家族的連帯による給付の正当な評価と調整の強化である。<sup>138</sup>

政府草案によれば、家族的連帯による給付の正当な評価と調整の強化に関して、平均寿命の上昇及びその結果、全体人口に対する要介護者の割合の上昇という社会状況が意識されている。すなわち、ドイツでは一九九三年から一九九五年において平均寿命が男性約七三歳、女性約七九歳であったのに対し、二〇〇三年から二〇〇五年においては既に男性約七六歳、女性約八二歳であったこと、また、既に約二〇〇万人の要介護者がドイツに存在し、そのうちの三分の二が介護施設ではなく自宅で介護されているという状況である。<sup>139</sup> こうした状況において、家族による介護給付は、社会全体にとってもまた重要な役割を果たしているという。

しかしながら、家族による介護給付は、家族の結合に基づいて行われるために、介護に参与する当事者が實際上、たとえば介護給付に対する適切な報酬支払いといった本来必要な金銭的調整に関する定めをしていないことが多い。また、被相続人は、様々な理由から被相続人に給付される介護保険金を介護した家族に渡さない<sup>140</sup>。その上、被介護者である被相続人が遺言や相続契約といった死因処分によって介護者の活動に対して配慮していない場合、実際の介護の価値は相続清算時においても考慮されないうままであり、介護者は介護給付に対して何も貰えないことが多い。なぜなら、従前の二〇五七条a一項二文では、介護によって職業収入を放棄した場合に限り、直系卑属の介護給付を調整することができるに過ぎないからである。さらに、被相続人が職業に従事している子によって介護され、調整が考慮されることと



なつても、裁判実務は算定基準について法的な拠り所を欠くために、適切な報酬を算定することが極めて困難であるといふ。<sup>(14)</sup>結局、被相続人の生前時にも死亡後にも、介護給付をした家族には何ら補償が為されないままなのである。

以上のような状況及び従前の規定が抱えていた難点を考慮して、家族によってなされた介護給付を正当に評価し、相続清算時における調整をより積極的に行うために、二〇五七条 a を修正する提案が為された。提案の具体的内容については、次節で扱う。

## 第二節 介護給付に関する連邦政府草案

家族的連帯による給付の正当な評価及び調整の強化の達成のために、政府草案は、二〇五七条 a からその一項二文「職業収入を放棄して長期にわたり被相続人を介護した直系卑属も同様とする」を独立させ、二〇五七条 a に続いて新たに二〇五七条 b として挿入することを提案していた（それに伴い、当然に二〇五七条 a 一項二文は削除されることが予定されていた<sup>(15)</sup>）。政府草案で示されたドイツ民法典草案二〇五七条 b は次のような規定である。

### 【二〇五七条 b】（法定相続人の介護給付における調整義務）

- (1) 被相続人を長期にわたり介護した法定相続人は、分割の際、給付の調整を請求することができる。二〇五二条及び二〇五七条 a 二項並びに四項を準用する。
- (2) 調整額の範囲は、原則として相続開始の時点で社会法典第一一編三六条三項に定められる金額に基づき決定する。

草案二〇五七条bの要点の一つは、従前の二〇五七条aが調整当事者を直系卑属にのみ限定しているのに対し、調整当事者の範囲を法定相続人に拡張していることであつた。政府草案によれば、従前の二〇五七条aが把握する調整当事者の範囲が狭すぎるために、介護者が共同相続人ではあるものの直系卑属ではない場合、介護者の相続分は義務を超えて為された介護を反映しないことになるため、直系卑属のみならず法定相続人に調整請求権を認めることを提案した<sup>(43)</sup>というのである。その上でさらに、調整義務が直系卑属にのみ認められなければならないという必然的な理由はないとする。確かに、二〇五〇条以下及び二〇五七条aは全ての直系卑属が同等に扱われることのみを規定しているが、原則的にそれらの規定が予定する直系卑属への出捐(たとえば二〇五〇条一項における生計の資本や二項の教育準備費用)及び被相続人への給付(たとえば二〇五七条a一項一文の被相続人の家政、職業及び事業における共働)というのは、典型的に両親と子との間で為される出捐及び給付ではあるものの、まさに介護給付においてはこのような通常の状況は当てはまらないというのである。大抵は子が両親の介護を引き受けているが、ドイツでは生涯子を持たない夫婦が増加しているという現状を考えると、子を持たない被相続人の介護を、たとえばその兄弟姉妹が引き受けた場合に、相続権を有するその他の兄弟姉妹との関係で考慮されない根拠はないと説明している<sup>(44)</sup>。

職業収入の放棄という要件を削除したこともまた、調整当事者の範囲の拡張と同様に規定が把握する範囲が狭すぎるとの理由によるものであり、草案二〇五七条bの要点の一つである。まさに、職業収入の放棄という要件は極めて多くの事例において調整を排除していた。自身の子供の世話や教育をしながら、その両親を介護する主婦は、そもそも職業に従事していないために、職業収入を放棄していない。従つて、調整の要件を満たさず、遺産分割の際に介護給付のための調整を請求することはできなかったのである。政府草案は、職業収入の放棄という要件が為された介護の価値を正当に評価しておらず、現実に即していないこと、たとえ介護のために職業収入を放棄していない者でも、正当に評価さ

れるべき重要な職責を果たしていること、それだけでなく、通常他に任せると費用が高張る介護を家族が行うことにより被相続人の財産を減少させないことに寄与していることを考慮して、当該要件を削除するとしていた。<sup>15)</sup>

なお、草案二〇五七条b一項は、二〇五七条a二項を準用するため、介護給付について適切な報酬が与えられていない、あるいはそれについて合意されていない場合に限り調整を請求することができるとしていた。また、被介護者が介護保険により受け取り、介護者に交付した支払金は、それに相当する範囲で調整請求権を減じるとしていた。<sup>16)</sup>

さらに、政府草案は、原則的な調整額の算定基準として、社会法典第一一編三六条三項に定められる金額を提案していた。二〇五七条a三項は、調整額を公平性に基づき遺産価値並びに給付の期間及び範囲を総合考慮して算出する旨を定めているが、裁判実務が容易に算定でき、当事者にとっても明瞭な根拠を与えるものでもないことを考慮して、算定基準についての参照規定（二〇五七条b二項）が設定されたのである。<sup>17)</sup> 社会法典第一一編三六条三項によれば、二〇〇八年七月一日以降、介護保険の額の上限を介護等級一では四二〇ユーロまで、介護等級二では九八〇ユーロまで、介護等級三では一四七〇ユーロまでと定められている。もともと、これは他人による職業上の介護がされる場合を定めたものであり、家族により介護される場合はそれより低い額（約半額）が定められている（社会法典第一一編三七条一項参照）。しかし、政府草案は相続人による介護を他人による給付としての介護定額と結びつけることで、介護給付が適切に評価されるとした。その結果、相続法と社会法典第一一編とでは、同一人の介護であっても異なる評価を受けることになるが、相続法では私法上遺産分割が問題になるのに対して、介護保険としての給付の際には公的給付が問題となるため、矛盾はないと説明されている。<sup>18)</sup>

草案二〇五七条b二項における社会法典第一一編三六条三項の参照は、原則的な基準として設定されているに過ぎない。従って、具体的事案において介護保険と異なる額を定めることも正当化されるとしていた。結局のところ、紛争の

場面で裁判所は申し述べられた状況に基づいて、調整の算定の際、どの程度金額と介護定額を結びつけるかを判断しなければならぬことになる。<sup>(15)</sup>

以上から明らかであるように、任意相続の場合の調整可能性はなお排除されたままであった。これは、二〇五〇条以下及び二〇五七条aと並び、草案二〇五七条bもまた、被相続人が法定相続及びそれに準じるような状況において調整を意図していたという推定に基づいているところ、被相続人が死因処分によってその意思を表明し、法定相続と異なる遺産分配をしているのならば、こうした推定の余地はないとされたためである。<sup>(16)</sup>

また、草案二〇五七条bでは、例えば被相続人の介護を子の配偶者が行うなど、実際上度々生じるケースを把握できないことも自覚されていた。この場合、被相続人が死因処分ないし生前贈与で配慮していなければ、被相続人を介護した子の配偶者は何も貰えないことになる。政府草案では、こうしたケースは法定遺贈 (gesetzliche Vermächtnis) による解決が考えられるとするものの、結論としてはこれに否定的であった。なぜなら、法定遺贈は、たとえ被相続人が明確に第三者に対する遺産分配を望んでいる場合であっても、あるいは、意識的に介護給付を評価しない (介護を無償で受けようとする) 場合であっても、介護者への財産の流失を意味することになり、結果として、草案がまさに強化しようとしている被相続人の遺言の自由に対して憲法上憂慮すべき制限となってしまうからである。もつとも、政府草案ではこうしたケースに対しても提案した草案二〇五七条bの規定が積極的な効果を与えると考えられていた。つまり、法律の改正により介護の重要性と社会的評価を明確に示すことで、被相続人が生存中の金銭的調整や死因処分によってその財産を分配することが期待されていたのである。

なお、二〇五七条a修正及び草案二〇五七条b挿入に伴い、二二〇四条及び二三一六条の修正も併せて予定されていた。

従前の法律状況では、被相続人が死因処分において遺言執行者の定めをしていない場合、遺言執行者は共同相続人間の遺産分割において、二〇五〇条以下の調整を考慮して、被相続人の処分に応じて遺産を分割することが定められていた。しかし、二二〇四条が、二〇五七条aの参照規定を欠いているために、そのような生前給付があった場合には、遺言執行者が当該遺産分割の全てを行うことができなかった。政府草案は、介護給付の調整強化に伴い、遺言執行者に係るそのような問題の増加を懸念し、二二〇四条における参照規定を二〇五七条a及び挿入予定の草案二〇五七条bにまで拡張することを定めていた。<sup>135)</sup>

また、被相続人への生前給付の遺留分算入を定める規定についても、政府草案は、草案二〇五七条bの挿入の影響を当然に二二一六条に及ぼし、二二一六条一項三文として「一項及び二項は、二〇五七条bに基づく介護給付の調整において、遺留分権者のために準用する」との文言を挿入するとしていた。<sup>136)</sup>

### 第三節 政府草案への反応

家族による介護給付及びその補償の重要性は、改正提案以前から既に指摘されていた<sup>137)</sup>。被相続人の近親者による介護給付の紛争は、結局のところ、介護給付の補償問題に帰着する。被介護者である被相続人の家族が介護給付を為すケースでは、直接に被相続人にその補償を求めることは稀であり、多くの場合、被相続人の死後に相続法上の遺産分割において補償に係る紛争が顕在化する。そのような紛争に至ると、既に第三章で述べたように、まず二〇五七条aによる調整請求権もしくはその他の法律原因に基づく請求権が介護給付者に帰属するか否かが問題となり、それが肯定されると、補償の程度が問題となる。しかし、とりわけ調整請求権に着目すれば、何れの問題に關しても二〇五七条aに規定される法的概念が不明確であり、判例及び学説も一定程度の解釈を展開しているものの、実務上はなお種々の難点が存在

在している。<sup>(15)</sup>

それゆえに、連邦政府が公表した改正草案に対しては、家族による介護給付を相続法上より積極的に評価するとの目的設定自体は、概ね好意的に受け入れられていた。<sup>(16)</sup> もっとも、政府草案の提示した細目の要件の全てが受入れられたわけではない。批判なく受け入れられていたのは、政府草案の示した要点のうち、介護者の職業収入放棄の要件を削除することである。<sup>(17)</sup> それとは反対に、最も批判を受け、かつ議論の中心とされたのは調整当事者の拡張範囲である。また、算定基準として社会法典第一一編三六条三項を参照することについてもいくつかの批判が見られる。さらに、草案二〇五七条b及びそれに伴う二三一六条の修正による遺留分請求権への影響が指摘されている。これらの批判ないし指摘については、以下で言及する。その他の点では、草案二〇五七条bが二〇五二条を準用するため、法定相続の割合で任意に相続人指定した場合にも当然に規定の範囲が及ぶが、二〇五二条の解釈が確定的ではないことから、そのような死因処分の際に介護給付の考慮をすべきか否かの明確な規定が用意されるべきであるとの指摘が見られた。<sup>(18)</sup>

### (I) 調整当事者の拡張範囲

政府草案が調整当事者の範囲を法定相続人にまで拡張したことに関しては、拡張そのものは歓迎されているものの、なお十分な拡張とはいえない、あるいは、欠点であるとすら批判された。政府草案においても自覚されていたように、調整当事者を法定相続人とするならば、實際上被相続人を介護することの多い被相続人の子の配偶者は、相続制度上法定相続人とはなり得ないために調整当事者から除外されることになる。こうしたケースでは、従来のように法定相続人である夫の介護給付に組入れることで評価され得るが、被相続人の死亡前に夫が死亡し、夫婦の子が居ないために兄弟姉妹の相続分が増加する場合は評価の手段が絶たれる。政府草案を受けた連邦参議院はまさにこの点を危惧し、その態

度表明の中で「現在調整請求権を与えられた集団に属しない第三者もまた、介護給付について調整を受けることができるとすべきである。そうした方法のみが、増加する介護需要に実質的に適う<sup>(10)</sup>」との理由付けのもと、調整当事者の拡張が草案二〇五七条bにおいて可能であるか否か及びどの程度可能であるかの検討を求めていた。これに対し、連邦政府は調査を承諾したものの、同時に次のように述べている。すなわち、相続人間で調整可能であるとしても、法定相続以外の第三者を救う結果とはならないことが多いのである。なぜなら、調整は相続人間でのみ為されるが、被相続人が生前に（遺言能力のあるうちに）介護給付をした第三者を相続人に指定する旨の処分をしなければ、規定の及ぶところではないからである<sup>(11)</sup>。

このように、介護給付の評価を相続法上の調整の枠内で解決しようとする政府草案に対して、介護給付の補償のために法定遺贈<sup>(12)</sup>を創設することにより解決を図る提案がなされた。政府草案はまさに改正案の中で強化しようとしている被相続人の遺言の自由との抵触を主張してこれを拒否しているが、法定遺贈による解決を挙げるプファイファー (Pfeiffer) 及びオッテ (Otte) からはそれぞれ反論が為されている。また法定遺贈による解決を否定し、遺産債務による解決を提案するヴィンデル (Windel) の見解がある。

(i) プファイファーの見解

法定遺贈を提案する見解の一つは、プファイファーによるものであり、被相続人の遺言の自由との抵触が問題となるのは、任意ではない（剥奪不可能な）法定遺贈のみであって、被相続人が自由に法定遺贈を否定することができるのならば問題とはならないと指摘する<sup>(13)</sup>。プファイファーは、その根拠として、原則的に草案二〇五七条bにより増加される相続分にも任意性が認められること、当事者が被相続人の生前にも死亡後にもそれ以上の調整をしないことに関する意

見の一致が排除されるべきでないこと、及び、被相続人の定める報酬を専ら相続人としての指定の形式で与えようとするものが排除されるべきでないことを挙げる<sup>(16)</sup>。しかし、およそ一般的に法定遺贈が認められるとするのではなく、法定遺贈は被相続人と血族関係または姻戚関係、もしくは家庭的な共同体 (häuslicher Gemeinschaft) で生活する者に制限されるべきとし、その他のケースでは、当事者が介護給付の補償問題を生前に定めていたことを前提とすべきであって、それ以上の法律上の必要性は存在しないとの考えを示している<sup>(16)</sup>。

もつともプファイファーは、調整当事者を任意相続人にまで拡張すること自体を否定しているのではない。政府草案が調整当事者の範囲を制限する理由として相続共同体の拡張及び遺言自由への抵触を挙げていることに対して、それぞれ任意相続人への拡張とは結びつかないとする。何れにせよ、任意相続人の選定は被相続人によるものだからである。また、任意相続人へ拡張する場合には、その相続指定自体が介護給付に対する報酬である可能性も考慮しなければならぬことを指摘している。

その上で、草案二〇五七条bに関して、「法定」のメルクマールを削除し、三項として「介護給付が既に相続人指定によりなされるべきことが終意処分から明らかではない限りで、終意処分により相続人指定をされた相続人に一項及び二項を準用する」という規定を挿入することを提案し、他方で二〇四七条以下 (例えば二〇五〇条aとして) において、生存中に補償されなかった血縁関係または姻戚関係、もしくは家庭的な共同体で生活する者による介護給付のために任意の法定遺贈を創設することを提案している<sup>(16)</sup>。

(ii) オツテの見解

法定遺贈を提案するもう一つの見解は、オツテによるものである。政府草案が被相続人により意識的に介護を評価さ



れなかつた場合にそうした被相続人の意思を保護する必要があると考えているのに対し、オツテは、それを容認するのならば、他者の負担により生活しようとする被相続人の意思決定が正当化されてしまつて、遺言の自由に抵触するとの政府草案の理由付けを批判する。<sup>(107)</sup>その上で、適切な報酬を受け取らずに被相続人を介護した者は遺産の存立に寄与しているのであるから、被介護者の相続財産に関与させることが妥当であり、相続に左右されない解決が必要であるとされている。また、オツテの見解ではその適用範囲を制限していない。<sup>(108)</sup>

さらにオツテは、次のことを理由として、体系に適した、法定相続人を越える調整当事者範囲の拡張は不可能であることを指摘する。すなわち、介護者が法定相続人に属さない場合、法定相続に応じた平等取扱いの基準は適用することができないが、この基準は調整義務者の優位によつて妨害される平等性の回復に他ならない調整の最重要事項であるといふことである。その上で、草案二〇五七条bに替えて、調整の枠外での解決として、遺産債務に関する規定（一九六七条以下）に続く形で以下のような法律案を提示している。<sup>(109)</sup>なお、調整額の算定基準につき、オツテは政府草案の提示する社会法典第一一編三六条三項ではなく、同三七条一項を提示しているが、これについては後述する。

#### 【二九六八条a】（介護給付）

- (1) 長期にわたり被相続人を介護した者は、介護給付に相当する金額に基づく請求権を有する。
- (2) 請求権の範囲は、原則として、相続開始時に社会法典第一一編三七条一項に定められる金額に基づき決定する。
- (3) 給付が家族法上の義務の履行において為された場合、請求権に影響しない。
- (4) 請求権は、介護者がその給付について報酬を受け、又は、その他の法律原因に基づき帰属する限りで、存在しない。介護者がその法定相続分の価額を越えて遺産分割に基づき、又は、自由な処分に関する遺贈として受けた

ものは、請求権に算入する。

(5) 遺贈に関する規定を準用する。

このような法律案につき、オッテは次のような解説を加えている。すなわち、一項により、あらゆる調整当事者の制限を排除し、二項により後述する理由から社会法典第一一編三七条一項を参照する旨を定めている。三項では、一六一八条及び一六一九条以外の家族法上の規定が被相続人への給付提供の原因となり得る、二〇五七条 a 創設後に成立した一三三三条一項二文（配偶者相互の責任）及び一六一八条 a（親子関係における配慮義務）、そして扶養義務を考慮し、包括的な文言を置いていとす。四項では、遺贈請求権の補充的に過ぎない性質を明らかにしており、とりわけ、遺贈請求権は相続法上、その法定相続分より多く請求できる者に帰属しないことを明確にしている。最後に、五項は一三三二条二項及び一三三九条二項と同様であるとしている。<sup>10)</sup>

### (iii) ヴインデルの見解

二つの見解とは異なり、ヴインデルは、介護給付の補償問題につき、相続法上の分配秩序内での解決ではなく、責任秩序内で処理することが妥当であるとして遺産債務の形式による解決を提案する。

ヴインデルはまず、政府草案の調整当事者の拡張範囲につき、その拡張範囲が十分でないことを指摘する。すなわち、従来論じられてきたケースにおいて、草案二〇五七条 b の適用外である非相続人による介護給付の評価を被相続人の死因処分に委ねる旨を示したことに對し、特に介護の開始後に実際上の障害が影響するため、現実的ではないとする。<sup>11)</sup> 同様に、任意相続人を当事者範囲に含めることもまた、介護者が相続人指定を受けるということが確定的ではないため、

解決とはならないとする。<sup>17)</sup>

次に、法定遺贈による解決の提案に対しても否定的である。遺言の自由は被相続人にその死亡時に存在する財産を分配することを保障しており、その限りでのみ推測される被相続人の意思が重要である。しかし、それに対して、介護給付の正当評価については、被相続人が生存時に享受した金銭価値の在る給付を補償することが重要であるのであり、これは、被相続人の意思に左右されてはならない介護者の適切な権利であるとする。その上で、その補償請求権は、受遺者及び遺留分権者の請求権より先に考慮されなければならないとしている<sup>18)</sup>。従って、法定遺贈での解決では、遺留分権者の請求権は減損されないが、それこそが重大な欠点なのであって、その意味で、遺贈による解決は利点にはならないとする。

以上の理由から、金銭価値のある給付と完全に等価である遺産債務の是認が重要であるとする<sup>19)</sup>。遺産債務による解決について、ヴェインデルは次のような法律案を提示している。なお、オツテと同様にヴェインデルもまた政府草案の社会法典第一一編三六条三項の参照に批判的である。

【二九六九条 a】（介護給付）

- (1) 被相続人を長期にわたり介護した者は、特段の定めのない限り、介護給付の価額の補償に基づく請求権を有する。
- (2) 請求権の範囲は、原則として、相続開始時に社会法典第一一編三七条一項に定められる金額に基づき決定する。
- (3) 介護給付が家族法上の義務の履行において為されたことは、請求権に影響しない。六八五条二項、一三六〇条 b 及び一六二〇条は適用しない。

- (4) 介護者が介護給付に対する報酬、又は、価額補償として与えられた又は与えられるものは、請求権に算入しなければならぬ。介護者が死因処分によってその者に帰属する法定相続分を越えて与えられた場合、給付され又は期待された介護給付を考慮して指定された限りで、算入する。

ヴェインデルもまた、一項において特段の定めのない限り、調整当事者の範囲が制限されないことを定め、二項において社会法典第一一編三七条一項の参照を定めている。三項においては、介護給付の法律原因の区別は最早意味を成さなくなるとし、<sup>(15)</sup> 包括的な文言と共に、六八五条二項(贈与の意思)・一三六〇条b(過剰給付)・一六二〇条による給付が請求権に影響しないとす。さらに、四項において、介護給付を考慮して為された相続人または受贈者としての指定との関係を明らかにしている。要するに、こうした被相続人の出捐は、通常介護を理由に為されるのであるから、介護者が法定相続分を超えて受けたものを請求権に算入するとす。もつとも、こうした出捐が介護のために為されているかは確定的ではないため、介護給付に関連することが明らかである場合に限定される<sup>(16)</sup>としている。

## (II) 算定基準の定め

政府草案の三つ目の要点であった調整額の範囲について、介護保険において支払われる介護定額(Pflegesatz)に依拠すること自体は有意義であると評価されている<sup>(17)</sup>。しかし、草案二〇五七条b二項の文言が「原則として」としていることから、算定基準の社会法典第一一編三六条三項との関係付けは、介護給付の評価につき一般的根拠を意味するに過ぎず、結局は、相続共同体で紛争が起る多くの立証問題及び評価問題は残されたままである<sup>(18)</sup>。さらに、相続開始時に既に被相続人の介護等級付けが決定している場合には問題ないが、そうでない場合、事後的に相続人が民事訴訟におい

て被相続人の介護等級付けを明らかにしなければならないことが要求されること、及び既に現在、介護した家族と医療サービスとの間で、適切な介護等級に関する見解が乖離していることが指摘されている。<sup>(87)</sup>

また、その基準を職業上活動する介護給付に対して支払われるべき介護定額を定める社会法典第一一編三六条に結びつけることにも批判が見られる。この点につき、オッテは、政府草案の根拠付けが「適切な個人による介護活動への補償は……、介護者が社会法典第一一編三六条の定額の範囲で、それも手取りで受け取る場合によりやく達成されるとうことを明らかに認している」とし、社会法典第一一編三七条に基づく定額と家族により行われる介護給付に対して支払われるべき介護定額を定める同三六条に基づく定額の差異は、無償介護によって遺産に存在する価額ではないため、その他の相続人の遺産関与を調整の枠内で削減することを正当化しない等として、社会法典第一一編三七条一項に依拠すべきことを主張する。<sup>(88)</sup> ヴィンデルもまた同じく、政府草案に批判的である。確かに介護を高く評価するほど家庭での介護を強化する目的はより容易に達成することができるが、政策上の目的が躊躇なく私的財産から出資されてはならないことから、こうした論拠は適切でないこと等を指摘し、結局、社会法典第一一編三七条を前提とした上で事情に応じて増額を認めることが正当であるとしている。<sup>(89)</sup>

### (III) 遺留分請求権への影響

以上の他に、遺留分請求権への影響もまた指摘されている。<sup>(90)</sup> 従来の法律状況では、二〇五七条a三項が遺産の価額を考慮しなければならぬ旨を規定しているため、調整によつて遺産を消尽してはならないという見解が有力であり、そのような見解によれば介護をしていない相続人からその遺留分が完全に剥奪されてはならないとされている。<sup>(91)</sup> しかし、今後は介護給付の評価をより強化するという法律上の意思が働くこと、及び、草案二〇五七条bでは二〇五七条a三項

の参照がされていないことから、介護をした遺留分権者である相続人が調整により遺産を消尽し、介護をしていない相続人の遺留分が喪失するという可能性があるというのである。もつとも、これを指摘する見解の一つは、草案二〇五七条b二項が「原則として」の評価範囲を規定しているに過ぎず、この規定の解釈は、基本法六条一項及び同一四条一項の相続権の保障によって保障される、遺産について遺留分権者の原則的に奪うことができず必要性とは無関係な経済上の最低限の持分を考慮して、介護をしていない相続人の遺留分権を完全に失わせてはならないという結果にならなければならない<sup>(186)</sup>としている。

#### 第四節 立法

政府草案について、二〇〇八年三月一四日に連邦参議院からの態度表明 (Stellungnahme des Bundesrates) を受けた連邦政府は、基本的に草案二〇五七条bの方針を変えないまま同年四月に反対見解 (Gegenäußerung der Bundesregierung) を連邦議会に提出していた。しかし、その後連邦議会は、二〇〇九年七月二日に政府草案に修正を施した法律委員会の決議推薦 (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses) に従って法律草案を採択<sup>(187)</sup>し、それは、同年九月一八日に連邦参議院においても採択されるに至った<sup>(188)</sup>。同法案は、「相続法及び消滅時効法に関する法律 (Das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts)」として二〇〇九年九月二九日に公布され、二〇一〇年一月一日をもって発効している。

法律委員会により提案された法案の内容は、連邦参議院の態度表明、連邦政府の反対見解、専門家公聴会 (二〇〇八年一〇月開催) 及び法律委員会での審議を踏まえた上で、結局、政府草案における二〇五七条bを削除し、二〇五七条aの介護給付箇所における職業放棄要件を削除するという修正にとどまるものであった。従って、法律委員会の提案に

よる新二〇五七条 a は、当該一項二文の文言を「長期にわたり被相続人を介護した直系卑属も同様とする」とするものである。<sup>19)</sup>なお、草案二〇五七条 b を削除した結果、二二〇四条一項の参照規定の拡張は、二〇五七条 a のみに修正され、二二一六条の修正案も削除されている。

新二〇五七条 a 提案の理由として、法律委員会は次のように述べている。すなわち、「介護給付につき、直系卑属間での調整の枠組みでのみ考慮され得るという従前の法律状況は維持されるべきである。調整請求権者の範囲を拡張することは、後に多くの問題を多く生じさせることとなり、拡張範囲の境界付けもまた困難である。職業収入を放棄してという構成要件により、従前の法律状況はまさにその職業活動に加えて両親や祖父母の介護を受け、それによって二重に負担を負っていた直系卑属を冷遇していた。それゆえに、このような請求権の要件は削除されるべきである」と。そしてまた、草案二〇五七条 b に関しては、新二〇五七条 a の提案理由で述べたのと同様の理由で削除されるべきであるとしている。<sup>19)</sup><sup>19)</sup>

新二〇五七条 a は、二〇一〇年一月一日以降の相続開始に適用される（ドイツ民法典施行法二二九項二一条四項）。従って、二〇〇九年二月三十一日より後に相続が開始すれば、専業主婦のように職業活動をしていない者が介護給付を為した場合でも、職業活動と並んで介護給付を為した場合でも、職業収入放棄要件及びそれに係る問題に左右されず二〇五七条 a の調整対象となり得る。当該給付が二〇一〇年一月一日以前に為されたとしても問題ではない。

## 第五章 終論

## 第一節 ドイツ寄与分規定の特徴

ドイツ寄与分規定は、導入以前の状況に加え、もともと非嫡出子に嫡出子と同等の相続権を与えることに対する批判との調和を図るために導入されたものであった。批判の中心には、被相続人の財産形成に家族が寄与しているとの考えが置かれており、そのため当時父との関係で家族の外に置かれていた非嫡出子が、家族が形成に寄与した相続財産の分配に与ることを不当であるとしていたのである。結果的に成立した二〇五七条aは、嫡出子であると非嫡出子であるとを問わずに規定されているが、ここでは明らかに被相続人の家族（嫡出子）を優遇することを意図して、家族の連帯に基づく給付を相続において評価するとの解決手法が採られていた。その後、社会的変遷や親子法改正により嫡出子と非嫡出子の区別は無くなったこと等から、そのような意識はほとんど残されていないように思われる。代わりに、二〇五七条aには、法や社会によって強制されてはならない家族の給付を助成するという役割への期待が強くなっているようである。<sup>(94)</sup>二〇〇九年相続法改正ではまさに家族の連帯に基づく給付の一類型である介護給付の助成を目的としている。もつとも、二〇〇九年相続法改正に関しては、介護保険による社会保障のみではカバーしきれない介護が、家族により為されることについての政策的考慮が多分に作用していることに留意しなければならない。

日本法における寄与分規定が、家族的連帯ないし家族による給付を助成するために機能すべきかどうかはともかくとして、寄与分規定の対象が家族給付であるとの意識は、日本法においても十分に考慮されるべき要素の一つであろう。勿論、その際には前提として、日本における現況の家族形態や相続の在り方が十分に検討される必要がある。

日本法の規定内容を意識してドイツ寄与分規定の特徴を考察すると、まず、調整当事者が直系卑属に限られること、



直系卑属の中でも法定相続人及びそれに準じた任意相続人に限られることが注目される。

調整当事者が直系卑属に限られることは、日本法での寄与分よりも二〇五七条aにおける調整が機能する範囲が客観的により狭いものであることを表している。とりわけ配偶者が調整当事者の範囲から外れるのは、相続法上で夫婦財産制に関する規定が準用されているためである。このような扱いは包括的に配偶者の共働等を評価する趣旨とされている。従って、配偶者の寄与は全く評価されないのではなく、既にその相続分に被相続人への寄与に対する清算分を内包しているのである。調整当事者の範囲から配偶者を除外することに異論があることは既に述べたとおりであり、勿論留意すべきものである。しかし、配偶者を調整当事者の範囲から除外することが配偶者相続権から導かれるのならば、このことは日本法において寄与分を請求する配偶者の寄与の評価を考察する上で重要な手がかりとなり得る。<sup>195</sup> 調整当事者から外される配偶者は共同相続人の寄与によりその相続分が左右されることはないが、このことが一概にメリットと言い得るかどうかは、被相続人への配偶者の寄与の態様や程度によるだろう。

調整当事者が法定相続人及びそれに準じる任意相続人に限られることもまた、調整が機能する範囲を狭めている。調整当事者の限定は、ドイツ寄与分規定がその根拠を推定される被相続人の意思、すなわち、生前の被相続人に対して為された特別給付を考慮して遺産分割における給付者の不利益を回避することにより、直系卑属を平等に扱おうとする意思に置くことからの帰結である。なぜなら、このような被相続人の意思の推定は、被相続人が法定相続もしくはそれに準じる任意相続とは異なる死因処分をしている場合に覆されるために、二〇五七条aは機能しないからである。<sup>196</sup> これに対して、日本法では、そのような被相続人の意思というのはあまり意識されていないようである。<sup>197</sup> 日本の寄与分規定は相続人間の実質的公平を図ることを目的設定としている。<sup>198</sup> そのため、たとえ被相続人により法定相続分とは異なる相続分の指定があったとしても、相続人である以上は寄与分主張が可能なのである。

もつとも、次の場合には、結果的に日本法との差異はほとんど見られない。すなわち、寄与者に法定相続分以上の相続分の指定が為されている場合である。日本法では、指定相続分を修正することができる<sup>19)</sup>とされているが、法定相続分以上の相続分は、寄与に対する報酬であると理解されることが多いであろうことが推測される。その結果、日本法においても寄与は原則的に無償でなければならないと解されているため、この場合に改めて寄与分を主張することはできないからである。とはいえ、法定相続分以上の相続分指定が、寄与の評価よりも低いとされる場合には、なお不足分について寄与分請求をすることは可能である。

両法の相違が明確に現れるのは、寄与者以外の相続人に法定相続分以上の相続分指定がされている場合である。ドイツ法では二〇五七条aの適用を排除する被相続人の意思表示であると解されるため、寄与相続人は調整を請求することができない。他方で、日本法では寄与分を主張することが理論上可能である。しかし、日本の寄与分規定の運用においても、被相続人が敢えてそのような相続分の指定を行ったことを考慮する必要があるのではないだろうか。ドイツ法の考え方は、寄与分に被相続人の意思をどこまで通用させるかを考察するのに有用である<sup>20)</sup>。

また、被相続人の意思との関係で、調整規定の任意性もまたドイツ法での特徴として挙げるができる。相続人相互の合意が重要であることは、日本法においても同様である。しかし、被相続人の側が寄与を評価しない<sup>21)</sup>とすることは、日本法においても認められ得るのだろうか。なお、寄与分額を定めた遺言については、寄与分に関する事項は遺言事項ではないことや実質的に見ても拘束力を認めることに疑問があることから寄与分として機能する効力を否定するが、当該遺言は何ら効力を生じないのでなくその額の遺贈があったものと解すべき場合が多いだろうとする見解が見られる<sup>22)</sup>。

次に、当事者の範囲において、ドイツ法と日本法で共通した問題と言えるのは、代襲相続人による寄与の主張が可能である範囲及び非相続人による寄与の考慮である。

前者の問題に関しては、ドイツ法と日本法とでは代襲相続の捉え方が異なっているが、被代襲者の寄与の主張及び代襲原因発生前の代襲相続人の寄与の主張という問題に関して、両国の法でこれらを認めるとする見解が多数もしくは支配的である<sup>(20)</sup>。両者の相違は代襲原因が寄与分主張の可否に作用するかどうかという点に現れる。すなわち、ドイツ法は直接被相続人から代襲相続人が相続を受けると考えられるために、被相続人と被代襲者の関係が影響することはない。他方で、日本法では代襲相続人が被代襲者の地位に就くことから、まさに被相続人と被代襲者との関係が代襲相続人の寄与主張に影響する可能性があるのである<sup>(21)</sup>。

後者の問題に関しては、ドイツ法でも日本法でも類似の解決を図っている。すなわち、非相続人といえども、被相続人に対して寄与した者を寄与分主張が可能である相続人の寄与とみて、非相続人の行為を評価するという手法である。日本法においては履行補助者論等により非相続人の寄与の取込みを正当化しようと試みられているが、相続人の配偶者のみにこれを認めれば、配偶者以外の者との間に著しい不公平が生じ、そうでなければ相続人の履行補助者の行為と認める範囲の合理的基準を見出し難いとの批判を受けている。一方でドイツ法では行為者の範囲を制限することなく、相続人である直系卑属のイニシアティブが認められる限りで、非相続人の寄与の取込みを認めており、そのような手法自体への批判は見当たらない。このように解すれば、日本法における批判は一応クリアされる。しかしながら、こうした理解が妥当であるか否か、それ以前にそもそも非相続人の寄与を取込むことの可否を考慮すれば、安易にこれを肯定することはできない。結局のところ、非相続人の寄与が相続人の寄与分額を増加させたとしても、非相続人自身が寄与の対価を受けるわけではないからである。この問題に関しては、寄与分制定前の議論を含めた財産法構成によるアプローチを見直す必要があるだろう<sup>(22)</sup>。

また、寄与分規定の機能範囲という意味では、相続人が相続から排除されている場合、調整額を遺留分算出の際に考

慮することが二三一六条において明確に定められているため、ドイツ法でのそれがより広いと評価でき、制度設計として大きな特徴である。日本法では、寄与分制定当時、遺留分規定を操作することなく規定が導入されており、一般に遺留分算定の際に寄与分は考慮されないと解されている<sup>20)</sup>。しかし、寄与分を考慮した相続分に基づき遺留分の算定をするという解釈も可能であるとの指摘も為されており、この点については二〇五七条aと二三一六条の理解を含めてなお検討の余地があると言える<sup>21)</sup>。

さらに、条文の文言に関する相違が特徴として挙げられる。すなわち、ドイツ法では各寄与行為について「長期」ないし「多額」という条件が付加されている。とはいえ、第二章で述べた通り「長期」ないし「多額」であるか否かは客観的基準ではなく行為の性質及び態様を総合的に考慮して判定される。また、日本法においても特別の寄与があつたと認定されるための判定基準は、期間や金額といったものも含めて相対的であることは同様である。従って、この点の相違はそれ程大きいものではない。これについては、何が特別給付にあたるかを考察するための材料となり得るだろう。

その他にも、ドイツ法では家政等における共働、金銭給付及びその他の給付と介護給付とが区別して規定されている。日本法のように同一文に列挙しなかつた理由の一つは、今回の相続法改正までは介護給付につき職業収入放棄要件を付加していたためであろうが、当該要件を削除した改正後もその形式は修正されずに維持されている。こうした規定形式は立法理由からは明らかではないが、このことを共働等による給付と介護給付との調整に性質的な差異を見ているためであるとも言える。すなわち、介護給付においては「被相続人の財産維持又は増加」要件がかからないと読むことも可能である。実際にこのように解している見解も見られるが、そのような見解においても職業収入放棄要件削除の結果、「被相続人の財産増加又は維持」に合わせられると理解されている<sup>22)</sup>。

他方で、両者に共通しているのは、規定が全体として極めて曖昧であることである。なかでも寄与行為の金銭評価に

ついては、両法とも確固たる手がかりはない。ドイツ法においては調整額算定の基準は直系卑属の給付の期間及び範囲と遺産の価額であるが、このとき、直系卑属の給付を事細かに検算する必要は無く、公平性を目指して算出されることが定められているのみである。この点については、介護給付に關してのみであり、かつ、立法化はされなかつたものの、相続法改正の政府草案の段階では調整額の範囲を条文中介護保険に關する規定を基準とする旨を定めていたことが注目される。立法論ではあるが、算定基準を条文中明確しようとの試みは今後の寄与分制度を考える上で示唆に富んでいると言える。

最後に、調整請求権の補充性もまたドイツ法独自のものである。ドイツ法では直系卑属のみを調整当事者としていることから、配偶者と並んで相続する場合に、補充性を満たすか否かは配偶者にも直系卑属にも重要な問題である。二〇五七条aが機能しない場合、特別給付をした直系卑属に帰属する請求権は遺産債務を構成するために、遺産分割に先立って弁済を受ける。このため、実質的には配偶者もその相続分に特別給付分の調整義務を負うことになるが、反対に直系卑属は自身の調整義務が軽減されるのである。

こうした問題は日本法では生じ得ない。この点が参考になり得るのは、寄与者が一般法理による請求権を明確に有している場合でも、なお寄与分主張が可能か否かという問題と給付の清算が寄与分制度内で行われるべきかという問題である。前者については、日本法では明確な排除規定が無いのだから、この場合に寄与分主張することは一応可能であると理解できる。けれども、寄与分は遺産の範囲を含めた一切の事情を考慮するのだから、相続法上で処理する場合は一般法理による請求権の価額で評価されない可能性も考えられる。その場合は、一般の請求権を行使できることも併せて考慮することになるのだろうか。もつとも、遺産分割外で一般の請求権を行使したならば、少なくとも当該請求者の法定相続分の債務は控除されるだろうから、寄与分額が一般の請求権の価額より低く算定されたとしても債務控除分に相

当する部分までは妥当であるといえる。後者については、既に述べた非相続人の寄与考慮に通じる問題である。

## 第二節 今後の課題

本稿では日本法における寄与分制度の理解、個別的論点の解決及び寄与分制度の在り方の考察をする上での参考とするために、ドイツ法における寄与分制度の大枠を知ること主たる目的とした。そこで、その成立から二〇〇九年相続法改正に至るまで及び現行法上の運用を概観し、制度概要から内包する個別の問題点までの網羅的な検討を試みたが、それが細目に渡るまで行き届いているとは言い難い。また、日本法との関係で、ドイツ寄与分規定の特徴及び共通点ないし相違点を指摘したにとどまっておらず、本稿に挙げた以外のものも含め比較検討すべき点は多く残されている。

本稿で検討したもののうち、とりわけ関心が寄せられるのは、介護給付の補償問題である。二〇〇九年ドイツ相続法改正に際して、政府草案は、社会的展開や価値観の変化等を理由に挙げ、主として遺留分法の改正を目指していた。とくに、先に出された連邦憲法裁判所の決定枠組みに留意しつつも、被相続人の遺言の自由の拡張を図ろうとしたのである。遺留分権者に対する相続人の権利の強化という目的もまた、これに沿うものと評価できる。なぜなら、被相続人が指定した相続人の権利の強化は、結局、被相続人の意思（遺言の自由）を尊重することだからである。これに対し、家族的連帯による給付の正当な評価と調整の強化という目的はこれに矛盾する方向で働く可能性がある。調整請求権者が遺留分権者である場合、被相続人の遺言の自由がその範囲で制限されるだろうからである。そうであっても二〇五七条 a 修正による家族給付の評価の強化を図り、介護者に調整請求につきより強い権利性を与えようとしたことは、やはり高齢化社会に伴う介護給付の重要性を物語っているのだと言えよう。最終的に調整当事者範囲の拡張や介護保険規定の参照による算定基準の設定は見送られ、ごく狭い範囲での修正にとどまってしまったとはいえ、今回の改正の意図（家

族による介護の社会的評価と促進という観点からの介護給付の積極的な評価)がどの程度実務に影響するかが注目されるところである。

寄与態様のなかでも介護給付の評価がどのように扱われるべきかという問題は、ドイツ以上に高齢化が進んでいる日本にとつてより深刻であると言える。日本においてもドイツ法を参考とした介護保険が導入されているとはいえ、在宅介護サービスを受ける場合等には介護保険のカバー範囲は限られている。そのため、その範囲を超える場合の寄与行為がなお相続法において問題となり得るのである。今回のドイツ相続法改正における議論は、日本法における介護給付の補償問題を考察する上で極めて有益であろう。その際、次の二つのことに注目される。一つは、政府草案が明確な算定基準を条文中設けていたことである。日本での裁判例においては、一貫した算出基準を採用しているわけではなく、そこに掲げられる算出方法もまた一貫していない。介護保険規定を参照することの当否も含めて検討されるべきである。もう一つは、とりわけ介護者へ法定の遺贈を認めるという提案や介護給付については遺産分割における調整請求権ではなく、遺産債務を構成するという提案についてである。これらは、法定遺贈の概念がなく、遺産分割システムが異なる日本法にそのまま持ち込まれるべきか否かの検討課題を多く含んでいる。しかし、それらの見解を踏まえて、被相続人に対する介護活動を寄与分制度内で評価すべきか、その他の相続法上の制度で処理すべきか、あるいは相続法ではなく社会保障法で扱うべきなのかについて再考を迫られているのではないかと思われる。

また、非相続人の寄与行為の評価も問題である。非相続人の寄与行為の評価方法は、今後相続の増加に伴い寄与分に関する紛争も増加するだろうことが容易に予想される両国で極めて重要な問題であるといえるだろう。ドイツ相続法改正議論のなかでも調整当事者の範囲をどこまで広げるかという問題が多く、とりわけ、政府草案のままでは実際上に介護給付を為すことの多い被相続人の子の配偶者が救済されないことが批判の対象となっていた。日本法に

における寄与分制度も、ドイツ法と同様に相続人であることを前提とするためにこの問題はそのままではまらることになる。この問題に関しては、従来から相続人の寄与に非相続人の寄与を取り込むことによる解決を図っているが、非相続人自身が利益を享受するわけではなく、根本的な解決とはなっていない。非相続人による寄与行為の評価については、立法により解決されるのが望ましいが、立法的解決が為されていない以上、寄与分制度の外で処理するのが妥当であると考ええる。これについては、日本法における寄与分制度の制定前の議論と併せて、二〇五七条a制定前の議論及び二〇五七条aの補充性故に今なお考慮されなければならない「その他の法律原因に基づく請求権」に関する議論が参考になる。その際、相続法上考慮されるべき寄与は、家族が家族に対して行う給付なのであり、必ずしも財産法におけるような交換関係ないし対価関係において為されるものではないことに留意すべきである。さらに、財産法構成によるアプローチでの非相続人の保護が実体法上可能であるとしても、手続法上、非相続人の遺産分割への介入が問題となる。従って、非相続人の遺産分割に係る手続き保障を念頭に、立証問題や名宛人の問題を含めた実体法及び手続法の両側面につきドイツにおける遺産分割システムを考察する必要がある。

ドイツ相続法における寄与分規定の改正は、寄与分制度の役割、その可能性ないし限界を問う作業であったように思われる。改正法は、これに一つの解答を出したが、これを契機として、相続における実質的公平がいかに関与されるのか、今後さらに注目されるところである。

以上

(1) 単純な計算レベルでの表現であることを附言しておく。従って、寄与分と特別受益が完全に同列に扱われるということを図したものはない。なお、寄与分と特別受益の関係を詳細に検討したものとしては、上野雅和「寄与分と特別受益」中川淳先生還暦祝賀論集『現代社会と家族法』(日本評論社・一九八七年)四一六頁等がある。



- (2) 栗原平八郎「寄与分制度創設の経緯」太田武男ほか編『寄与分——その制度と課題——』(一粒社・一九九八年) 四頁。
- (3) 説の分類は、岩井俊「寄与分の判例と算定基準」別冊判タ八号(家族法の理論と実務)(一九八〇年)二〇三頁、稲本洋之助「いわゆる『寄与分』について」中川善之助先生追悼『現代家族法体系』(一九八〇年・有斐閣)三八五頁、加藤一郎「相続法の改正(下)」ジュリ七三三号(一九八〇年)一一〇頁等を参考にした。
- (4) 辻朗「判例にあらわれた寄与分の法的性質と要件」判タ六六三三号(一九八八年)五頁。
- (5) 鈴木椽彌「寄与相続人の権利の性質」別冊判タ八号(家族法の理論と実務)(一九八〇年)三一八頁。
- (6) 山島正男「法定相続の不公平——相続法改正批判」法セ三二三号(一九八一年)八頁。
- (7) フランスにおける寄与分制度に関しては、松倉耕作「相続財産の形成・維持に対する相続人の寄与——スイス、フランス、日本における——」(二)民商六八巻四号(一九七三年)一七頁以下、千藤洋三「フランスのいわゆる寄与分制度について」関西大学法学部百周年記念論文集(下巻)(一九八八年)一二三頁、同「諸外国の立法に現れた寄与分の問題——フランスの場合」太田・前掲(2)二四六頁以下等に紹介されている。
- (8) スイスにおける寄与分制度に関しては、松倉耕作「相続財産の形成・維持に対する相続人の寄与——スイス、フランス、日本における——」(一)民商六八巻三号(一九七三年)六二頁以下、同「寄与分について」ジュリ五九六号(一九七五年)五五頁以下に紹介されている。
- (9) その一例として、一九二五年五月二二日にライヒ参議院に提出された「非嫡出子と養子縁組に関する法律の政府草案(Regierungsentwurf eines Gesetzes über die unehelichen Kinder und die Annahme an Kindes Statt)』(Nr.108 der Reichsratsdrucksachen 1925)が挙げられる。これは、修正を受けた後に「非嫡出子と養子縁組に関する法律案(Entwurf eines Gesetzes über die unehelichen Kinder und die Annahme an Kindes Statt)』(Nr.733 der Reichstagsdrucksachen 1928/29)として、一九二九年一月一日に帝国議会へと提出されたが、結局法律となるには至らなかった(BT-Drucks. V/2370, S.18)。「非嫡出子と養子縁組に関する法律案」については穂積重遠「独逸私生児法改正案について」山田教授還暦祝賀論文集(有斐閣・一九三〇年)一六九頁以下で紹介されている。また、私生子制度への批判及び改正主張については、同・一七三頁—一七六頁に詳しく。
- (10) 民法分野での改正が滞っていた一方で、公法の領域ではワイマール憲法二二一条(基本法六条五項は同条を受け継ぎ、さらに「社会における地位」を付加したものである)の委任の実行として、一九二〇年に帝国賃金法、帝国恩給法、一九二二年に帝国少年福祉法、一九二三年に帝国鉱夫組合法、一九二〇年及び一九二四年に帝国戸籍法改正法といった立法措置を取っている(佐藤義彦「西ドイツ非嫡出子法の改

- 正について—政府草案の発表を機縁として—(二)同志社法学二〇巻一号(一九六八年)五四―五五頁)。
- (11) BT-Drucks. V/2370, S.16. また一九六六年の非嫡出子法担当官草案までに提案された法改正の簡単なリストが Marcus Lutter, Das Erbrecht des nichtehelichen Kindes, 2.Aufl., 1972, S.13, Fn.1に掲げられている。
- (12) BGBI. IS.1243.
- (13) Herausgegeben von Bundesjustizministerium, Bielefeld 1966. 非嫡出子法担当官草案の紹介は、佐藤義彦「西ドイツの非嫡出子法報告者草案について」同志社法学一九巻一号(一九六八年)七三頁、森達「非嫡出子の法的地位に関する専門家試案(二)」比較法六号(一九六八年)六七頁、同「非嫡出子の法的地位に関する専門家試案(二)」比較法七号(一九六八年)八九頁以下でされている。
- (14) BT-Drucks. V/2370.
- (15) 基本法六条五項の訳出は、高橋和之編『世界憲法集』(岩波文庫・二〇〇七年)一六九頁(石川健治執筆部分)を参考にした。
- (16) BVerfGE 25, S.167 = NJW 1969, S.697 = FamRZ 1969, S.196. 父の生前に父子関係の承認がされ、月々の扶養料を支払う旨を約した公文書を作成した非嫡出子が、父の死亡後に当該扶養料を上回る額の遺児年金を受取った場合に、配偶者及び単独相続人たる嫡出子は非嫡出子からの扶養料支払請求を拒否できるか、すなわち、一七二条に基づく扶養料から遺児年金を控除することの可否が争われた事案である。
- (17) BVerfGE 8, S.210 = FamRZ 1958, S.451.
- (18) Staudinger/Olaf Werner, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Neubearb., 2000, Vorben zu §§1924–1936, RdNr.36.
- (19) 基本法六条一項「婚姻及び家族は、国家的秩序により特別な保護を受ける。」訳出は、高橋・注(15)一六八頁(石川健治執筆部分)に拠った。
- (20) 現実の相続権に替えて与えられる金銭請求権であり、遺産債務を構成する。従って、相続代償請求権を得た非嫡出子は、他の共同相続人と共に相続共同体に属することはなく。
- (21) 詳細は後述する。なお、山口純夫「西ドイツ非嫡出子相続法」甲南法学二二巻三・四号(一九七二年)五五頁―五六頁参照。
- (22) Lutter, aa.O., S.15; Dieter Brüggemann, Das neue Erbrecht, DVorm 1969, S.221, 222.
- (23) 満二歳から二七歳未満である非嫡出子が、父に対して相続開始前に金銭をもって相続清算を請求できる権利。相続代償請求権及び事前の相続清算については山口・前掲注(21)六三頁以下で紹介されている。
- (24) BT-Drucks. V/479, S.2; Felix Odersky, Kommentar zum Nichtehelichen Gesetz, 4. Aufl., 1978, S.1.

(25) 既に非嫡出子法担当草案の段階で、「unehelich」と表記することには反対意見が示されていた。それによれば、「un」には否定を表現するのみならず、意味の変化を伴うことがあり、その結果「mehetich」もまた価値評価の下落を意味するというのである。Marcus Lutten, Das Erbrecht des nichtehelichen Kindes, FamRZ 1967, S.67, Fn.21.これに加え、新たな表記（nichtehelich）にすることにより、「それまでの非嫡出子に対するマイナスイメージを払拭する狙いがあったことが推測される。

こうした表記の変更を評価する見解として、Lutten, a.a.O., S.16 がある。また、Alexander Knorr, Familienrechtliche und erbrechtliche Probleme des Gesetzes über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder, FamRZ 1970, S. 269, Fn.1が、表記の変更は正当であることについても、子が不当な子（illegitimes Kind）であり、不当な子のままであることに変わりはないとしていた。

(26) なお、同様に基本法六条五項の要請に応えることを目的とした親子法改正の一環として（親子法改正法（Kindefarereformgesetz）により、旧一七〇五条は廃止されている）、一九九七年十二月一日交付、翌一九九八年四月一日施行のいわゆる相続権平等取扱法（Erbrechtsgleichstellungsgesetz）（非嫡出子平等取扱法（Gesetz zur Gleichstellung nichtehelicher Kinder）BGBl. IS 2968）が導入された。同法の目的は、相続法上に残された嫡出子と非嫡出子の区別を廃止することに置かれており、これにより、旧一九三四条a―一九三四条eは削除された。親子法改正法及び相続権平等取扱法については、ライナー・フランク（著）・海老原明夫（訳）「ドイツ家族法・相続法の発展一九九八年―二〇〇〇年」日独法学二〇巻（二〇〇二年）七二頁以下で紹介されている。

また、一九九八年七月一日以降は、嫡出子・非嫡出子という文言さえも法律上の表現としてはドイツ民法典から姿を消している。現在では「結婚した両親の子（Kind miteinander verheirateter Eltern）」、「結婚していない両親の子（Kind nicht miteinander verheirateter Eltern）」との表現が用いられている（村上淳一ほか『ドイツ法入門』（有斐閣・二〇〇八年）一五〇頁）。

(27) 以下の記述は、専ら次の文献を参照した。Lutten, a.a.O., S.100f.; Friedrich Wilhelm Bosch, Erbrechtliche Probleme des “Nichtehelichengesetzes”, FamRZ 1972, S.169,173; Soergel (Manfred Worf), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearb., 2002, RdNr. 1ff.; Staudinger/Olaf Werner, 13. Aufl., 2002, RdNr. 1ff.; MünchKommBZ, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, RdNr. 1ff.; Gottfried Schlemmer, Erbrechtliche Folgen Familiärer Leistungen, in Festschrift für Dieter Schwab, 2005, S.556.

(28) NJW 1965, S.1224. 直接には、当該請求権の消滅時効の帰趨を争った事案である。

(29) 現一六一九条であり、両親の世帯に属する子の役務提供義務を定める。詳細は後述する。

(30) 以下の記述は、専らKarl Firsching, Gesetz über rechtliche Stellung der nicht-ehelichen Kinder vom 19.8.1969, Rpfleger, 1970, S.48f.の記述

ドイツにおける相続分の調整

同志社法学 六二巻四号 二二四 (一一五二)

を参考とした。

- (31) 各ラントの提案。
- (32) 非嫡出子法政府草案の立場。
- (33) *Marcus Lutter*, Zum Erbrecht der nichtehelichen Kinder, NJW 1968, S.1801. なお、非嫡出子法担当官草案では、婚内の直系卑属が存しないとしても、配偶者が非嫡出子と共同相続人となる場合、配偶者には非嫡出子に対する継承権（金銭補償により遺産の継承を請求する権利）が与えられるとしていた。
- (34) 同価値的な解決を前提としても、それまで相続共同体の構成員となることのなかった非嫡出子が、相続持分の実現のために遺産分割を推し進めることは小家族を不当な危険に晒すという配慮から、非嫡出子法政府草案では相続代償請求権を与えるという中間的な解決を提案した。Firsching, aa.O., S.48.
- (35) BT-Drucks. V/2370, S.90.
- (36) BT-Drucks. V/2370, S.91.
- (37) *Friedrich Wilhelm Bosch*, Reform des Unehelichenrechts? FamRZ 1968, S.621, S.628.
- (38) *Vgl. Jürgen Dammann*, Erbesatzanspruch und Erhausgleich, FamRZ 1969, S.579, 580, Fn.11.
- (39) *Bosch*, aa.O., S.628, Fn.85. ボッシュによれば、婚内の直系卑属ないし生存配偶者の共働による被相続人への貢献の問題は、「一三八一条を類推して非嫡出子の相続代償請求権の一部失効 (Teilwegfall) により解決するのが妥当であるとする。当該規定は、夫婦が法定財産制 (剰余共同制) を選択している場合の増加額の清算 (Zugewinnausgleich) に関する公平条項であり、その一項で「債務者は、増加額の清算が事案の状況に応じて著しく不当である限り、調整請求権の履行を拒絶することができ」と定めている。
- (40) *Alexander Knur*, Die Auswirkungen der Reform des Unehelichenrechts auf den Unternehmensbereich, DB 1969, S.207.
- (41) BT-Drucks. V/4179, S.6. Zu Nr. 83a.
- (42) *Brüggenmann*, aa.O., S.208.
- (43) スイス民法典旧六三三條「その両親に共通の家政において、労働または収入を与えた成人の子は、適切な報酬を明確に放棄していない場合、これのために両親の相続財産の分配時に公平な調整を請求することができる。」スイス民法典旧六三三條を模範としていることから、当該規定の学説及び判例は二〇五七条 a の解釈・適用に関して参考にされ得るとされる。Dammann, aa.O., S.580, Fn.10.; *Alexander Knur*,

Familienrechtliche und erbrechtliche Probleme des Gesetzes über die rechtliche Stellung der mehrheitlichen Kinder (Teil II), DB 1970, S.1113, S.1115, 549. 一九七二年の改正により当該規定は削除され、現在では三三四条、三三四条の二となっている。

(44) *Lutter*, a.a.O., S.109; *Odesky*, a.a.O., S.579; *Staudinger/Werner*, a.a.O., RdNr.4.

(45) *Damrau*, a.a.O., S.581; *Bosch*, a.a.O., S.174; *Witt/Weimar*, *Der Ausgleichsanspruch eines Abkömmlings bei besonderer Mitarbeit und Pflege* (§207aBGB), MDR 1973, S.23; S.25; *Odesky*, a.a.O., S.579; *Erman/Wilfried Schüller*, BGB, 11. Aufl., 2004, RdNr.8.

(46) *MünchenerHerlich*, a.a.O., RdNr.13.

(47) *Nehelg* 二二章一〇条一項。

(48) *Nehelg* 二二章一〇条二項。この点については、相続平等取扱法によっても変更されなかった。Vgl. *MünchenerHerlich*, a.a.O., S.718.

(49) 訳出にあたっては、太田武男・佐藤義彦編『注釈ドイツ相続法』(三省堂・一九八九年) 四二四頁〔本沢口代子執筆部分〕を参考とした。

(50) 本節の記述は、山田晟『ドイツ法概論Ⅱ(第3版)』(有斐閣・一九八七年)、太田・佐藤・前掲注(49)、山口純夫「西ドイツ相続法」比較法研究三三号(一九七一年)五三頁以下、*Dieter Leopold*, *Erbrecht*, 17. Aufl., 2009; *Rainer Frank*, *Erbrecht*, 4. Aufl., 2007 等を参考とした。

(51) 相続契約及び遺言は、被相続人の死後に効力を生じるため、併せて死因処分といわれる。

(52) 例えば相続開始前の死亡(一九三三条)、廃除(Enterbung)(一九三八条)、相続放棄(一九五三条)、相続欠格(三三四条)等がこれに当たると。

(53) 一三七一条一項「配偶者の死亡により財産制が終了した場合、剰余の清算は、生存配偶者の法定相続分に相続財産の四分の一を増加することにより実現される。このとき、配偶者が個別の事案で剰余を得たかどうかは重要ではない。」

(54) 二〇五二条「被相続人が、直系卑属が法定相続人として取得すべきものにつき直系卑属を相続人に指定した場合、又は被相続人が、直系卑属の相続分相互が法定相続分と同一の関係にあるように直系卑属の相続分を指定した場合において、疑わしいときは、直系卑属は、第二〇五〇条及び第二〇五一条に従って調整の義務を負うものとする。」訳出は、太田・佐藤・前掲注(49) 四〇二―四〇三頁〔床谷文雄執筆部分〕に拠った。

(55) 直系卑属のうち、一部が相続権を剥奪されている場合や一部についてのみ法定相続割合と同様の割合で相続人指定されている場合は、当該法定相続割合の関係に立つ直系卑属間で調整がなされる(*Christoph Arn*, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5. Aufl. 2010, §2052, RdNr. 2)。

(56) なお、ドイツでは夫婦による共同遺言が許されているが(いわゆるベルリン遺言(二二六九条)、その場合、後に死亡する者と並んで先に死亡する者もまた被相続人とみなされるべきであり、直系卑属が二〇五七条aに基づく給付を先に死亡する者にして死亡した場合にも、後に死亡する者の相続時にその給付の調整を請求する<sup>67)</sup>)とが<sup>68)</sup>で<sup>69)</sup>とされてる(Kunz, a.a.O., S.1115; Odersky, a.a.O., S.579; Staudinger/Werner, a.a.O., RdNr.20; MünchKerBRR, a.a.O., RdNr.7)。

参考として、二二六九条一項「夫婦が、相互に相手方を相続人に指定している共同遺言で生存者の死亡後に双方の遺産が第三者に帰属すべき旨を定めている場合において、疑わしいときは、その第三者は、全遺産について後に死亡する配偶者の相続人に指定されたものとする。」(二〇五一条一項「相続人として調整の義務を負うべき直系卑属の一人が相続開始前又は相続開始後の相続権を失ったときは、その者に代わる直系卑属は、その者になされた出捐につき調整する義務を負う。」)訳出は、太田・佐藤・前掲注(49)四〇一頁(床谷文雄執筆部分)に拠った。

(58) ルター(Luther)は「一方で、なにゆえに二〇五七条aが一身専属的な性質(hochpersönliche Charakter)を有し、かつ、一族全体の利益とはならないかという適切な理由は明らかに存在しない。しかし、他方で、二〇五一条を参照してよいかどうかは明らかではなく、二〇五七条aについての基盤として推測される被相続人の意思にその点で絶対的に見合うものでもない。——被相続人から見ても——その母が祖父(被相続人)の家政を取り仕切っていることを理由に、常に孫はより多くを受取るべきなのであるか?」(Luther, a.a.O., S.106)として、二〇五一条の準用に懐疑的な見解を示す。また、クヌールは明確に二〇五一条の準用を否定しており、被相続人の直系卑属のもとで生じた調整請求権が、彼を代襲した相続人に帰属しないということに対して、「(二〇五一条)に、法の欠陥が顕れている。もしかすると、判例の職責はこの穴を埋めることかもしれない。」(Kunz, a.a.O., S.1115)と指摘している。

(59) Damrau, a.a.O., S.580; Odersky, a.a.O., S.579; Soergel/Wolf, a.a.O., RdNr.10; MünchKerBRR, a.a.O., RdNr.7; Palandt/Wolfgang Eidenhofer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 66.Aufl., 2007, RdNr.3.

(60) 準用を認める根拠について、例えば、ダムラウ(Damrau)は「二〇五一条は、相続開始の前後に、相続権を喪失した直系卑属の利益となった調整義務のある生前贈与(Vorwegang)は、その卑属に代わる直系卑属により調整されるべきであり、調整義務者の負担でその他の直系卑属の利益となることを保障している。従って、二〇五〇条以下による調整義務に基づき、ある直系卑属は他の全ての直系卑属のために調整請求権が援用される一方で、二〇五七条aは、他の全ての直系卑属が援用されることによりある直系卑属を優遇する。それゆえに、その意義及び目的によれば、調整の二つの性質は合致しているということが恐らく言われてよいだろう」とし、被相続人の生存中にした子

の善行 (Wohlthat) について、被相続人は相続開始時にその子が相続権を喪失したとしても、その子の子ら (孫) に報いる意図があり、そうした目的は二〇五一条の準用により達成されるとする (Dammann, a.O., S.580)。

(61) 二〇五三条一項「相続順位において優先する近い親等の直系卑属が被相続人から受けた出捐、又は直系卑属の補充相続人となる直系卑属が被相続人から受けた出捐は、調整する必要が無い、ただし、被相続人がその出捐の際に調整を定めたときは、この限りではない。」二項「直系卑属が直系卑属としての法律上の地位を取得する前に被相続人から出捐を受けたときも、同様である。」訳出は、太田＝佐藤・前掲注(49)四〇四頁(辻博明執筆部分)に拠った。

(62) 二〇五三条の準用を肯定する、従って、被代襲者の存在によって相続から排除されている時点での特別給付は調整されないとする見解として、ダムラウは二〇五一条の準用を肯定する考え方がそのまま二〇五三条の準用を正当化するとし(前掲注(60)参照)、次のように言う。すなわち、「二〇五三条では、被相続人は直系卑属に、未だその他の直系卑属が当該直系卑属を相続から排除していた時点で生存贈与を与えている。被相続人は当該直系卑属を、その相続分について生前贈与を調整させる直接の相続人として想定していたのではない。それゆえに、より親等の遠い直系卑属が法定相続人となる場合も、調整義務を負わないのである。つまり、彼は生前贈与を受けた利益を保持しておくべきなのである。逆のケースで、たとえば未だ父が生存している時に、孫が被相続人(祖父)を長年看護し、祖父について相続が開始した時点で既に父が死亡していた場合、二〇五三条によって、ここでも死因処分によって別段の定めをしなかったという被相続人の意思は、その他の直系卑属を優遇する点にあるところ」が想定され得る(「Rudolf Dressel, Die Ausgleichspflicht im Höferecht bei besonderer Mitarbeit oder Pflegefähigkeit eines Abkommungs (§2057a BGB), RdL 1970, S.580f.」)。Palandt/Eidenhofer, a.O., RdNr.3 以下に二〇五三条の準用を否定してこる。

(63) Lutter, a.O., S.107; Odersky, a.O., S.579; Soergel/Wolf, a.O., RdNr.10; Staudinger/Werner a.O., RdNr.21; Eрман/Wilfried Schüler, BGB, RdNr.4, usw.

(64) 例えば、ヘルドリッヒ (Heldrich) は、「二〇五七条 a については、直系卑属の負担による被相続人の財産の増加または維持が重要なのであり、給付の時点は重要ではない。同様に、事後の調整を期待して給付がなされるということもまた必要ではない。」(MünchenerHeidrich, a.O., RdNr.7) 以下に引く。

(65) Soergel/Wolf, a.O., RdNr.11; MünchenerHeidrich, a.O., RdNr.15.

(66) MünchenerHeidrich, a.O., RdNr.10.

- (67) OLG Oldenburg, Urteil v. 1.12.1998, FamRZ 1999, S.1466.
- (68) 一〇五七条<sup>a</sup>に掲げられている種々の給付のうち直系卑属がその幾つかを実行した場合、異なる給付の性質は重疊的に存在する (Soergel/Wolf, a.O., RdNr.3)。その場合、それらは調整において併せて考慮されることになる。なお、この調整請求権は契約上の請求権の範囲外で認められるものであるため、給付の時点で給付者に行為能力が欠けていても問題はない (Dressel, a.O., S.146)。
- (69) *Odersky, a.O.*, S.583; *Staudinger/Werner, a.O.*, RdNr.18; *MünchenerHeilrich, a.O.*, RdNr.16.
- (70) *Jens Petersen, Die Beweislast bei der Ausgleichspflicht unter Miterben nach §2057a BGB, ZEV 2000, S.432.*
- (71) *Odersky, a.O.*, S.580; *MünchenerHeilrich, a.O.*, RdNr.16.
- (72) *Petersen, a.O.*, S.423; *Soergel/Wolf, a.O.*, RdNr.9; *Staudinger/Werner, a.O.*, RdNr.14。これはたゞせば、被相続人が直系卑属の協力なしには他に労働力を雇入れ、その者に報酬を支払わねばならなかった、とさうので足りるとされている (Dressel, a.O., S.146)。
- (73) 一六一九条「子は、両親の世帯に属し、両親により教育されまたは扶養されている間、その労働力及び生活レベルに相当する方法でその世帯及び営業所において両親に役務を提供しなければならない。」Vgl. *Münchener/Kart August, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2002, §1619, RdNr.16; BGH, Urt. v. 7.12.1971, NJW 1972, S.429.*
- (74) *Weinart, a.O.*, S.23.
- (75) *Odersky, a.O.*, S.579f.; *Weinart, a.O.*, S.23.
- (76) *Palandt/Eidenhofer, a.O.*, RdNr.5.
- (77) *Soergel/Wolf, a.O.*, RdNr.4; *MünchenerHeilrich, a.O.*, RdNr.18.
- (78) *Damrau, a.O.*, S.580, Fn.10; *Kuur, a.O.*, S.277; *Bosch, a.O.*, S.173, Fn.36; *Lutter, a.O.*, S.107; *Odersky, a.O.*, S.582; *Palandt/Eidenhofer, a.O.*, RdNr.5.
- (79) *MünchenerHeilrich, a.O.*, RdNr.20.
- (80) *Soergel/Wolf, a.O.* RdNr.5. #47. *Palandt/Eidenhofer, a.O.*, RdNr.6。も同様の見解を示す。
- (81) *MünchenerHeilrich, a.O.*, RdNr.22. *Langen/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, neubearb. Auf., 1995, S.313, Fn.59*。も同様の見解を示す。クルドリッヒの見解に対して、「客観的に一般的な基準は認識可能ではない。関与者の利益もまた正当に評価してこないだろう。」と述べている<sup>549</sup>。



- (82) *Odersky*, a.a.O., S.581; *Soelgel/Wolff*, a.a.O., RdNr.5; *MünchenerHeidrich*, a.a.O., RdNr.22.
- (83) *Odersky*, a.a.O., S.581.
- (84) 連邦通常裁判所二〇〇六年三月八日判決もまた、当該介護給付が長期であるかを客観的に定めることは不可能であり、給付の集中性にもまた左右される旨を判示している (BGH, Urt. v.8.3.2006, IV ZR 263/04, ZVE 2006, S.265, 267)。
- (85) 二〇五七条 a の規定は、被相続人の家政・職業・事業における共働、金銭給付及びその他の給付を一項一文で定め、介護給付を一項二文で定めており、一項二文では別途職業収入放棄要件が課せられていたことから、一項一文で定められる財産増加または維持要件が介護給付にも及ぶか否かについて、解釈が分かれていた。*Odersky*, a.a.O., S.581は、職業収入放棄要件が通常給付との区別であるとし、介護給付についても被相続人の財産増加または維持を要する旨を明記している。*Staudinger/Werner*, a.a.O., RdNr.17, 18も同様である。構成上、そのように読めるも「とて」*MünchenerHeidrich*, a.a.O., RdNr.16, 23ff; *Soenger/Wolff*, a.a.O., RdNr.7, 8; *Palandt/Eidenhofer*, a.a.O., RdNr.4, 7等がある。これらとは異なり、二〇五七条 a 一項一文の共働等と二項二文の介護給付を区別して、前者については被相続人の財産増加または維持を後者については職業収入放棄を要する行為と位置付けることが明確であるものと「*Dressel*, a.a.O., S.146f.; *Gerhard Otte*, *Bessere Honorierung von Pflegeleistungen-Plädoyer für eine Vernachlässigung*, ZVE 2008, S.260.
- (86) *Soenger/Wolff*, a.a.O., RdNr.7.
- (87) *Odersky*, a.a.O., S.581; *Staudinger/Werner*, a.a.O., 17.
- (88) *Weinmar*, a.a.O., S.23f; *Palandt/Eidenhofer*, a.a.O., RdNr.7.
- (89) *MünchenerHeidrich*, a.a.O., RdNr.25.
- (90) 一六二〇条「両親の世帯に属する成人の子が、家政費用の支払に関してその財産から支出した場合、又は、その目的で両親にその財産から幾らかを譲り渡した場合、疑わしいときは、補償を請求する意図を欠くものと推定される。」
- (91) *Palandt/Eidenhofer*, a.a.O., RdNr.8.
- (92) *Petersen*, a.a.O., S.423.
- (93) *Petersen*, a.a.O., S.423.
- (94) *Staudinger/Werner*, a.a.O., RdNr.24.
- (95) *Demrau*, a.a.O., S.581; *Odersky*, a.a.O., S.580; *Palandt/Eidenhofer*, a.a.O., RdNr.2.

- (96) *Fischer*, a.a.O., S.53.
- (97) *Langenkuchinke*, a.a.O., S.312.
- (98) *Damrau*, a.a.O., S.580; *Lutter*, a.a.O., S.105; *Seogel/Wolf*, a.a.O., Rdnr.15; *MünchenerHeidrich*, a.a.O., Rdnr.31.
- (99) *Lutter*, a.a.O., S.105.
- (100) 権利または請求権の失効は、ドイツ民法典には明確な規定は存在しておらず、二四二条(信義誠実に従った給付)にその根拠を置く理論である。時間の経過及び特別な事情により、請求権の相手方が権利者の行為態様を理由として、その請求権を最早行使されないだろうと推測することが許される場合、その請求権は失効するとされる(データー・ライポルト/円谷 峻(訳)『ドイツ民法総論』(成文堂・二〇〇八年)四一七頁以下)。
- (101) 前者の見解と比べ、*Lutter*, a.a.O., S.105; *MünchenerHeidrich*, a.a.O., Rdnr.31があり、後者の見解と比べ、*Seogel/Wolf*, a.a.O., Rdnr.15が優る。
- (102) BT-Durchs V/4179, S.6.
- (103) *Staudinger/Werner*, a.a.O., Rdnr. 27.
- (104) *Staudinger/Werner*, a.a.O., Rdnr.28.
- (105) *Odersky*, a.a.O., S.582. また、クヌールは、スイスの判例にならない、調整請求権の算定を子の貯蓄可能性に合わせるべきであると述べている (*Knurr*, a.a.O., S.277)。
- (106) *Lutter*, a.a.O., S.105f.
- (107) *Damrau*, a.a.O., S.580; *Werner*, a.a.O., S.24; *Staudinger/Werner*, a.a.O., Rdnr.29; *Erman/Schüler*, a.a.O., Rdnr.10; *Parandt/Edenhofner*, a.a.O., Rdnr. 12, usw.; 遺産の消滅を肯定するのと同じく、*Seogel/Wolf*, a.a.O., Rdnr.17. なお、連邦通常裁判所一九九三年一月九日判決は、当該事案(おごっけ)の問題を未解決のままにしておける旨が述べられており (BGH, Urt.v.9.12.1992-IV ZR 82/92, NJW 1993,S.1197.)。
- (108) *Erman/Schüler*, a.a.O., Rdnr.10; *MünchenerHeidrich*, a.a.O., Rdnr.35; *Seogel/Wolf*, a.a.O., Rdnr.17, usw.
- (109) *Staudinger/Werner*, a.a.O., Rdnr. 29. しかし、被相続人の遺言の自由を考慮して、なぜ遺言を残さなかったかということも問題となるとの見解がある (*Odersky*, a.a.O., S.583.)。
- (110) *Odersky*, a.a.O., S.583.

- (11) *Langenkuchinke*, aa.O., S.313.
- (12) *Odersky*, aa.O., S.583.
- (13) OLG Oldenburg, FamRZ 1999, S.1466.
- (14) 被相続人が遺留分権者から遺留分を剥奪するためには、遺留分権者が遺留分剥奪事由に該当していることを要する。二〇〇九年の相続法改正では、遺留分剥奪事由の見直しも図られた。従前は直系卑属・両親・配偶者に分けて遺留分剥奪事由を規定していたが(旧二二三三条、旧二二三四条・旧二二三五条)、相続法改正により新法では旧二二三四条及び旧二二三五条が削除され、遺留分剥奪事由として新二二三三条に属性に関係なく統一されて規定されている。
- (15) 二二三六条一項「直系卑属の遺留分は、複数の直系卑属が存在し、法定相続であったならば彼らの間で被相続人の出捐または二〇五七条aで指定される性質の給付が調整されなければならない場合、分配の際、調整義務を考慮した法定相続分により受け取っていたらうものに基づき決定しなければならない。相続放棄により法定相続から排除された直系卑属は、算定において考慮されない。」  
二二三六条は従来、二〇五〇条以下の調整義務が遺留分算定の際に影響することを定めていたが、二〇五七条aの導入により被相続人への直系卑属の特別給付の調整もまた併せて考慮されることとなった。
- (16) BGH, NJW 1993, 1197. 被相続人に特別給付をした直系卑属が、単独相続人に指定された遺留分権者である場合であっても、他の直系卑属の遺留分請求権に対し、当該給付の調整をすることができるとされた。
- (17) *Langenkuchinke*, aa.O., S.312.
- (18) *Schiemann*, aa.O., S.556.
- (19) *Demrau*, aa.O., S.580; *Friedrich Wilhelm Bosch*, Einführung in das neue „Nichtehelichen-recht“, FamRZ 1969, S.506; *Kurt Johannsen*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts-hofs auf dem Gebiete des Erbrechts-6Teil: Die Erbengemeinschaft. (2. Abschnitt), WM 1970, 743.
- (20) *Lutter*, aa.O., S.105f.
- (21) FamRZ 1999, S.1466.
- (22) NJW 1993, S.1197.
- (23) *Schiemann*, aa.O., S.555.
- (24) *Schiemann*, aa.O., S.555.

- (125) 一九三二条四項「相続開始時に別産制が存続し、生存配偶者と並んで被相続人の一人又は二人の子が法定相続人となる場合、生存配偶者及び子は同じ割合で相続する。一九二四条三項はその場合も適用する。」
- (126) 従前は、夫婦が財産共同制(一四一六条)及び法定財産制(一三六二条)を選択している場合には、一九三二条一項の相続分とは別に、配偶者の遺産関与が認められていたのに対し、別産制(一四二六条)を選択している配偶者は、子が居る場合、一律四分の一の相続分を有するに過ぎなかつた。
- (127) BT-Drucks. V/4179, S.5.
- (128) S.Brugga, Das Ehegüterrecht nach §1934 Abs. IV BGB, FamRZ 1972, S.112.
- (129) Schiemann, a.a.O., S.556.
- (130) BT-Drucks.16/8954. 政府草案については、川並美砂「ドイツ相続法の改正問題——政府草案における遺留分法の新規定を中心に——」比較法雑誌四二巻四号一一頁以下で紹介が為されている。
- (131) ByVerfGE 112, S.332. 本決定の論評を含む邦語の論稿として、*Mirin Schoppin* (青竹美佳訳)「遺留分法の憲法適合性と遺留分剥奪」香川法学二六巻一・二号一六九頁、ライター・ライポルト「現行ドイツ遺留分法とその今後(川並美砂・野沢紀雅訳) 比較法雑誌四二巻四号一四八頁がある。
- (132) Verfahren 1 BvR 1644/00.
- (133) なお、Aは、間接的に八二九条、二三〇三条、旧三三三三条一号及び二号、二三三七条、二三三九条一項一号、二三四三条、二三四五条二項を非難している。
- (134) Verfahren 1 BvR 188/03.
- (135) 基本侵害主張は退けられたが、一つ目の事案では、連邦憲法裁判所は、旧三三三三条一号における遺留分剥奪事由に刑法の意味での有責性までは要しないとして、遺留分剥奪に理由があつたか否かにつき再度審理させるため、上級地方裁判所に差戻している。
- (136) ライポルト・前掲注(131) 一四四頁。
- (137) BT-Drucks. 16/8954, S.1.
- (138) BT-Drucks. 16/13543, S.1.
- (139) BT-Drucks. 16/13543, S.8.

- (140) 介護保険金は要介護者である被相続人に帰属するのであって、介護者は介護保険に対して直接の請求権を有しないため（社会法典三七条）、介護者は介護保険によっては何も得られないことがあり得る。
- (141) BT-Drucks. 16/13543, S.9
- (142) BT-Drucks. 16/8954, S.5f. 二〇〇七年三月一六日公表の担当官草案の提案内容を修正せずに、そのまま引き継いだものである。<sup>29</sup>
- (143) BT-Drucks. 16/8954, S.17.
- (144) BT-Drucks. 16/8954, S.17. 政府草案によれば、ある世代の夫婦の約三分の一が生涯子供を持たないままであるという。
- (145) BT-Drucks. 16/8954, S.17.
- (146) BT-Drucks. 16/8954, S.17.
- (147) 社会法典第一一編三六条三項「家庭の介護援助に基づく請求権は、毎月次の介護定額となる。
- 1 介護等級一の要介護者には次の介護定額が上限となる。
    - a) 二〇〇八年七月以降四二〇ユーロ
    - b) 二〇一〇年一月以降四四〇ユーロ
    - c) 二〇一二年一月以降四五〇ユーロ
  - 2 介護等級二の要介護者には次の介護定額が上限となる。
    - a) 二〇〇八年七月以降九八〇ユーロ
    - b) 二〇一〇年一月以降一〇四〇ユーロ
    - c) 二〇一二年一月以降一〇〇〇ユーロ
  - 3 介護等級三の要介護者には次の介護定額が上限となる。
    - a) 二〇〇八年七月以降一四七〇ユーロ
    - b) 二〇一〇年一月以降一五一〇ユーロ
    - c) 二〇一二年一月以降一五五〇ユーロ
- (148) BT-Drucks. 16/8954, S.18.

(149) 社会法典第一一編三七条一項「要介護者は、家庭の介護援助の代わりに介護金を申請することができる。請求権は、要介護者が必要とする基礎介護及び家政に関する世話に相当する範囲の介護金によって、適切な方法で自身に確保することを前提とする。介護金は毎月次の額である。

1 介護等級一の要介護者

- a) 二〇〇八年七月以降二二五ユーロ
- b) 二〇一〇年一月以降二二五ユーロ
- c) 二〇一二年一月以降二三五ユーロ

2 介護等級二の要介護者

- a) 二〇〇八年七月以降四二〇ユーロ
- b) 二〇一〇年一月以降四三〇ユーロ
- c) 二〇一二年一月以降四四〇ユーロ

3 介護等級三の要介護者

- a) 二〇〇八年七月以降六七五ユーロ
- b) 二〇一〇年一月以降六八五ユーロ
- c) 二〇一二年一月以降七〇〇ユーロ」

- (150) BT-Drucks. 16/8954, S.18.
- (151) BT-Drucks. 16/8954, S.18.
- (152) BT-Drucks. 16/8954, S.18.
- (153) BT-Drucks. 16/8954, S.18f.
- (154) BT-Drucks. 16/8954, S.6.
- (155) *Berrud Kues*, Die Pflegevergütung naher Angehöriger, ZEV 2000, S.434; *Schiemann*, a.a.O., S.556.
- (156) *Kues*, a.a.O., S.437.
- (157) BT-Drucks. 16/8954, S.31 (Stellungnahme des Bundesrates); *Thomas Pfeiffer*, Kurz-Stellungnahme zum Entwurf der Bundesregierung für

ein Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts – Bundestagsdrucksache 16/8954, [http://www.bundestag.de/ausschuesse/ab06/anhoeerungen/39\\_Erb-\\_und\\_Verj\\_hrungrecht/04\\_Stellungnahme\\_Pfeifer.pdf](http://www.bundestag.de/ausschuesse/ab06/anhoeerungen/39_Erb-_und_Verj_hrungrecht/04_Stellungnahme_Pfeifer.pdf) (最終確認二〇一〇年一月一日日); *Gerhard Otte*, aa.O., S.260; *Peter A. Windel*, Wie ist die häusliche Pflege aus dem Nachlass zu honorieren?, ZEV 2008, S.305; *Oswald van de Loo*, Bessere Berücksichtigung von Pflegeleistungen beim Erbschaft, PPR 2008, S.551. 担当官草案に対する見解は「*de*」か、*Deutschen Notarvereins*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts-Stellungnahme des Deutschen Notarvereins, notar 2007, S.148; *Wolfgang Reinmann*, Durchsicht der geplanten Änderungen des Erb- und Verjährungs-rechts, FamRZ 2007, S.1597 も同様に好意的である。

- (158) 職業収入放棄要件のレベルを前掲注(85)の區別、すなわち、通常給付と特別給付との区別の明確化と捉えるか、二〇五七条 a 一項一文との対比で財産増加または維持の要件は不要であり、それとは別の要件と捉えるかによって、職業収入放棄要件削除の影響は異なる可能性があった。前者とするならば、依然として財産増加または維持要件が必要であることは当然である。しかし、後者とする場合、介護給付は(特別給付であることを満たせば)手放して調整可能となるのだろうか。

この点、*Otte (One)* は「従前の法律が、二〇五七条 a 一項一文に基づく調整の場合のように被相続人が財産の支出を免れたことではなく、相続人が財産を損失したことに照準を合わせていたために、体系に反していた」(*Otte*, aa.O., S.260)と指摘し、さらに、後述するように政府草案が調整額の基準を社会法典第一一編三六条に依拠したことに対する批判の中で、「社会法典第一一編三七条に基づく定額と同三六条に基づく定額との相違は、無償介護により遺産に存在する価額ではなく……」(*Otte*, aa.O., S.260)と述べていることから、二〇五七条 a 一項一文の特別給付と同様に(体系に適合して)財産増加または維持が必要であるとの考えであろう。

なお、政府草案では明言されていないが、二〇五七条 b に「特に」という文言が欠けており、特別給付である必要性が考慮されていないとの指摘も為されていた。もっとも、これを指摘する見解によれば、介護給付評価の基準を社会法典第一一編三六条に求める結果、為された給付は少なくとも介護等級一に相当するものでなければならぬと考えられてる (*Loo*, aa.O., S.551)。

- (159) *Loo*, aa.O., S.551; *Christopher Keim*, Die Reform des Erb- und Verjährungsrechts und ihrer Auswirkungen auf die Gestaltungspraxis, ZEV 2008, S.166.
- (160) BT-Drucks. 16/8954, S.31.なお、法律委員会から出された提案の一つが、法定遺贈による解決の査定を勧めている。Vgl.BR-Drucks. 96/0108, S.10f.
- (161) BT-Drucks. 16/8954, S.35.

(162) 法定相続人である配偶者に認められる先取分 (Vorzugs) を定める一九三二条及び相続人に対して、被相続人死亡時にその世帯に属し扶養を受けていた家族について、相続開始から三〇日間の被相続人によるのと同程度の扶養義務等を定める一九六九条はそれぞれ二項において遺贈の規定を準用する旨を定めているため、先取分やいわゆる三〇日権は法定遺贈といわれる (Leipold, aa.O., Rdnr.197f.)。後述するオットの提案から、ここでいう法定遺贈もまた一九三二条及び一九六九条と同様の性質のものであると考えられる。

(163) Pfeiffer, aa.O., S.6.

(164) Pfeiffer, aa.O., S.6.

(165) Pfeiffer, aa.O., S.6f.

(166) Pfeiffer, aa.O., S.6f

(167) Otte, aa.O., S.261. なお、ドイツ公証人連盟もまた、担当官草案に対する態度表明のなかで以下のような法定遺贈に関する法案を提示して 34 (Deutschen Notarvereins, aa.O., S.152.)。

【二九一条 a】(介護給付における法定遺贈)

(1) 法定相続において、長期にわたり被相続人を介護した者は、法定遺贈として介護給付に相当する金額を受け取る。

(2) 金額の範囲は、介護給付の期間及び範囲並びに遺産の価額を考慮して、公平であるように、原則として、相続開始時に社会法典第一編三六三条三項において定められる金額に基づき算定されなければならない。

(3) 請求権は、介護給付のために適切な報酬を受けまたは合意がされた限りで、あるいは、介護者に給付のためにその他の法律原因に基づき請求権が帰属する限りで存在しない。家族法上の義務の履行における給付が為された場合、請求権に影響しない。

(168) Otte, aa.O., S.261.

(169) Otte, aa.O., S.262.

(170) Otte, aa.O., S.262.

(171) Windel, aa.O., S.305.

(172) Windel, aa.O., S.305.

(173) Windel, aa.O., S.306.

(174) Windel, aa.O., S.307f.



- (175) *Windel*, aa.O., S.306.
- (176) *Windel*, aa.O., S.306f.
- (177) *Kartheinz Muscheler*, Die geplanten Änderungen im Erbrecht, Verjährungsrecht und Nachlassverfahrensrecht, ZEV 2008, S.105, S.108; *Otte*, aa.O., S.260; *Windel*, aa.O., S.307.
- (178) *Felix Odersky*, Reformüberlegungen im Erbrecht, MittBayNot 2008, S.6.
- (179) *Muscheler*, a. a. O., S.108.
- (180) *Loo*, aa.O., S.552.
- (181) *Otte*, aa.O., S.260.
- (182) *Otte*, aa.O., S.260f.
- (183) *Windel*, aa.O., S.307.
- (184) *Kern*, aa.O., S.16f; *Loo*, aa.O., S.552.
- (185) *Staudinger/Ulrich Haas*, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, §2316, Nuebearb.2006, RdNr.46.
- (186) *Loo*, aa.O., S.552. 々の点べロー (*Loo*) は法定遺贈による解決を支持する。遺贈は遺留分権を侵害してはならず (三三〇六条一項二文、三三二八条) ため、受贈者よりも遺留分権者が優位に立つからである (ders., aa.O., S.553)。
- (187) BT-Drucks. 16/13543.
- (188) BR-Drucks. 693/09 (B).
- (189) BGBl. 2009, Teil 1 Nr. 63, S. 3142.
- (190) BT-Drucks. 16/13543, S.7.
- (191) BT-Drucks. 16/13543, S.20.
- (192) BT-Drucks. 16/13543, S.20.
- (193) 議論の中心となった調整当事者範囲の拡張及び社会法上の介護定額に関しては、法律委員会においても様々な意見が提示され、結局、法政策上のコンセンサスを得られなかった。二〇五七条 a の修正が極めて狭い範囲に終わったことについては、今後増加する介護の必要性や子の減少傾向と結びつく問題に適切に対応する機会を浪費したと批判する (の (*Christoph Ann*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,

5. Aufl. 2010, §2057a, RdNr. 24.) や、このような解決は介護給付の補償問題に暫定的な終止符を打つに過ぎず、今後も方政策上の議論が継続されることを期待するところである (Stephanie Herzog/Richard Lindner, Die Erbrechtsreform 2010, RdNr. 224.) が見られる。

(194) Schiemann, a.a.O., S.557f.

(195) 日本法における配偶者の寄与の評価の際、通常の寄与は配偶者相続権に既に含まれていると考えられるため、他の相続人との扱いを異にすべきであることや、特別な寄与といえるためには扶養義務の範囲（この範囲にとどまる寄与は、被相続人との関係で通常の寄与であるとされるため）を超えていなければならないとの理解を前提として、相続人間の扶養義務範囲の差異から他の相続人と比べて配偶者の寄与は認められにくいだろうことが指摘されている。猪瀬慎一郎「寄与分に関する解釈運用上の諸問題」家月三三巻一〇号（一九八一年）一二頁、谷口知平「相続法改正と、とくに寄与分条文の若干の解釈私見」龍谷法学一四巻三三号（一九八二年）一三頁。

(196) こうした被相続人の意思という根拠が調整に関する制度全体と一貫して整合性を保つかどうか疑問がないわけではない。

例えば、二〇五〇条以下及び二〇五七条 a の規定が被相続人の意思（のみ）では説明できないことは、既にシーマンが指摘している。シーマンは、二〇五〇条が二三一六条との関係で被相続人の意思を根拠とすることは、遺留分権者自身が調整義務を負っている場合に、生存者間での被相続人の自由裁量が死因処分では決して引き起こせない遺留分への侵食をもたらすという根拠付けのジレンマに陥ることを指摘する。その上で、二〇五〇条の基本的な思想は、被相続人の意思ではなく生前にもたらされた不平等の相続法上の調整と捉えるべきであると主張されている。このように、被相続人の意思という根拠付けが二〇五〇条を説明できないのであれば、二〇五七条 a を説明することもいずれにせよ不適当であるとするが、二〇五〇条と二〇五七条 a とでは目的設定が異なるため二〇五〇条と同様の根拠により説明されるのではなく、直系卑属の給付について遺産価額でなお残存しているものを再度給付者に与えることが適切な根本思想であるとする。もともと、このように二〇五七条 a を理解するとしても、二三一六条との関係で不合理的な帰結をもたらすということにも言及されている。すなわち、二〇五〇条・二三一六条の場合では生前の受益の半分を保持したままであるのに対し、二〇五七条 a・二三一六条の場合では法定相続分の剥奪に追加して調整する権利の半分の価額を損失するからである (Schiemann, a.a.O., S.554ff.)。

非嫡出子法立法当初、二〇五七条 a が二三一六条に挿入され得るかどうかの議論は見られず、当然のように二〇五七条 a の挿入に付随して二三一六条は改正されている。そのため、こうした点を含めて二〇五七条 a と二三一六条の関係を検討する必要があると思われる。

(197) 被相続人の財産処分の意思を尊重するという意味では、被相続人の意思は日本法においても考慮されている。すなわち、民法九〇四条の二第三項により、寄与分は相続財産の価額から遺贈の価額を控除した範囲で請求することが可能である点である。

(198) 実質的公平の取り込み方により、寄与分の法的性質の理解に差異が生じている(辻・前掲注(4) 八頁)。いわゆる(身分的)財産権説と調整説の対立である。

(199) 加藤・前掲注(3) 一一六頁。

(200) これについて、加藤一郎教授は「寄与分は、そもそも被相続人が遺言で適切な処分をしなかったような場合に、公平のために相続分を調整・修正しようとする補充的な制度と見るべきだと思われるので、被相続人の意思が寄与分に優先するものとしてよいであろう。そうすると、……被相続人が遺言で寄与分を与えないとするのも有効と見るべきであろう」としている(加藤・前掲注(3) 一一六頁)。

(201) 橋勝治「相続に関する民法の一部改正について」曹時三四卷三号(一九八二年) 八八頁。

(202) ドイツ法では、代襲相続を代襲相続人固有の相続権と捉えるのに対し、日本法では代襲相続制度の存在理由を再転相続であれば得られたはずの利益をたまたま被代襲者が相続権を喪失したために得られないことが公平に反するとの考えを前提にしていることから、被代襲者の代わりに代襲相続人が相続していると捉えられる。学説の中には、代襲相続人は固有の権利で直接相続すると解するものもあるが、この見解によっても、代襲相続人の取得する相続分は被代襲者の取得したはずの相続分であると解しているため、被代襲者の寄与分を主張することは可能である(谷口知平『久貴忠彦編』新版注釈民法(27) 相続(2)(有斐閣・一九八九年) 二六六頁「有地亭執筆部分」)。

(203) 被代襲者の寄与につき、太田武男「相続法の改正と寄与分の問題——解釈法上の諸問題を中心として——」同『現代家族法研究』(有斐閣・一九八三年) 三七二頁、猪瀬・前掲注(195) 一一頁等。代襲原因発生以前の代襲相続人の寄与につき、栗原平八郎「寄与分についての覚書」太田武男還暦記念『現代家族法の課題と展望』(有斐閣・一九八三年) 一三六頁、橋・前掲注(201) 七八頁等。

(204) 代襲相続人が被代襲者の寄与分を主張する場合には問題が顕在化する。代襲原因が死亡であれば、問題はない。しかし、欠格または廃除が代襲原因である場合には、「欠格・廃除という点に重点を置き、これらの事由によってそもそも相続権自体を失わしめているのに、相続権の範囲を修正する付随的要素である寄与分を認めるのは自己矛盾であり、死亡による代襲とは本質的に異なる」との理解に立てば消極説が帰結される(岩井俊「遺産分割と寄与分」沼辺愛一ほか編『家事審判事件の研究(2)』(一粒社・一九八八年) 九三頁)として、被代襲者の寄与分主張に消極的な見解がある。同様に消極的な見解を示すものとして、太田武男「寄与分と代襲相続の問題——東京高裁平成元年二月二八日の決定を機縁として——」民商一〇五卷二号(一九九一年) 二七頁以下、泉久雄「寄与分の主体」太田・前掲(2) 八七頁以下等がある。

(205) 猪瀬・前掲注(195) 一二頁、橋勝治「相続に関する民法改正の概要」金法九二六号(一九八〇年) 七頁、加藤・前掲注(3) 一一八頁等。

(206) 佐藤義彦「寄与分について」法時五二卷七号(一九八〇年) 二二頁。

(207) 太田・前掲注(203) 三七一頁。

(208) 窪田充見教授も、寄与分制度外に位置する非相続人の寄与の清算問題は、寄与分との関わりを考えざるを得ないものであることを指摘し、「現行の制度として創設された寄与分制度に対応した、あるいは、現行の寄与分制度とのバランスを確保した問題処理が必要とされていると考えられ(一)……寄与分制度の創設が寄与分制度外での解決(一般法理による解決)に影響を与えないかどうかというごく基本的な点についても、再検討すべきなのではないだろうか」としている(窪田充見「寄与分——制度理解と解釈論についての覚書——」神戸法学雑誌四九巻三号(二〇〇〇年)二四一頁)。その上で、非相続人の寄与を農業・自営業型と介護・扶養型に分け、前者については組合契約に基づく残余財産分配請求権ないし雇用契約に基づく報酬請求権、共有物分割による処理を、後者については事務管理による費用償還請求権として構成することが最も無理がないとする(同・二七二頁)。二宮周平教授もまた、寄与分制度の限界を指摘した上で、立法者自身が財産権的アプローチを否定するものではないとしていることから、婚姻中に獲得した財産の共有持分を認め、労務の提供や介護では賃金相当分との差額の不当利得返還請求をそれぞれ認める場合があることを述べている(二宮周平『家族法(第三版)』(新世社・二〇〇九年)三五五頁)。

(209) 橘・前掲注(205) 九頁、佐藤・前掲注(206) 二六頁等。

(210) 谷口・前掲注(195) 一五頁。

(211) 前掲注(196) 参照。

(212) 前掲注(158) 参照。改正前のコメントや論稿の中には「被相続人の財産維持または増加に特に寄与した長期間の共働等」と「職業収入を放棄した長期間の介護給付」を区別して説明しているものも見られ、これらの立場が改正後の介護給付においても「財産維持または増加」要件が掛からないと理解するのかがどうかは調査が必要である。なお、前掲注(85)も参照。