HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	最近三〇年間の遺留分をめぐるドイツの法改正論議(1) : 高齢社会の下の遺留分の存在論
Author(s)	藤原, 正則
Citation	北大法学論集, 55(3), 73-124
Issue Date	2004-09-15
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15303
Type	bulletin (article)
File Information	55(3)_p73-124.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

最近三〇年間の遺留分をめぐるドイツの法改正論議（一）

――高齢社会の下の遺留分の存在論――

藤原正則

目次

一．はじめに
二．ドイツにおける生前処分・死因処分の傾向
1．生前処分・死因処分の盛行の背景
2．生前処分・死因処分の傾向と遺留分との関係

（1）生前処分の傾向
（2）死因処分の傾向
三．第四九回ドイツ法曹大会（一九七二年）と、その前後の議論
1．議論の発端
（1）非嫡出子の相続権の承認と配偶者相続権の見直し
（2）法定相続と遺留分の法改正の提案
2．第四九回ドイツ法曹大会での議論
（1）コーイングの鑑定意見
①鑑定意見の方針
②相続法の基礎（第一部）
③他国の状況
④現行法の総括
⑤法改正の課題（第二部）
（2）ディエックマンの報告
（3）討論の概要と決議の内容
四．一九八〇年代から、一九九〇年のＤＤＲの統合までの議論
五．基本法と遺留分の関係を中心とする最近の改正論議
六．おわりに

（以上、本号）

一．はじめに

わが国と同様、ドイツ法でも、遺留分は遺言の自由（Testierfreiheit）と血族相続の原則（Verwandtenerbrecht）、つま

り、血統を同じくする家族内に相続財産を止めることとの妥協の産物であると説明されている。[1] さらに、ローマ法の継受から、民法典（BGB）の立法、および、第二次世界大戦の終了までのドイツの遺留分に関して詳細に紹介・検討した五十嵐論文は、一九五一年の時点で、ドイツでは遺留分制度の存在理由・遺留分権利者の範囲が根本的に問題とされたことはないと指摘している。[2] ところが、その後、特に最近になって、ドイツでは、（公証実務を中心とする予防法学的措置などの）生前処分・死因処分の盛行により、特に、公証人から、遺留分が遺産承継・遺言自由の桎梏であるという批判がしばしば行われている。しかも、以上のような生前処分・死因処分と遺留分の衝突が強く意識されるのは、いわゆる高齢社会と家族関係の弛緩が背景となっている。すなわち、他の先進諸国と同様ドイツでも、第二次世界大戦後の経済成長により、国民の多くの階層で相続財産が大きな意味を持つに至った。さらに、社会保険などの発展で、高齢者は自分の財産だけが老後の生活の原資ではなくなっている。加えて、相続年齢も上昇し、少なくとも子に関しては、相続の扶養機能は従前の意味を失っている。その結果、被相続人には、生前処分・死因処分によって相続財産を操作しようという傾向が顕著になっている。他方で、核家族以上の世代を越えた家族間の連帯は、少なくとも従前と同じ役割は果たせなくなっている。したがって、家族間の財産の承継という相続の機能も、当然に疑問に曝されることになる。すなわち、血族相続を基礎とする法定相続、および、法定相続に基礎を持つ遺留分制度への疑問である。そういった事情を背景として、遺言自由の優先が説かれ、遺留分制度の存在意義が改めて問われているというのが、ドイツ法の現状であろう。ところが、他方で、判例は遺留分を比較的強く保護しており、生前処分の盛行を「非常に問題のある事態の展開（schwerwiegende Fehlentwicklungen）」と評しているものもある。[3] さらに、学説には、遺留分の性急な改廃には反対する見解も多い。その結果、ドイツでは、その存在意義自体も含めて、遺留分に関して活発な議論が行われている。[4]

他方で、わが国でも、遺留分は個人主義的な遺言自由を制限する保守的な制度であるという見解と、反対に、遺留分

は相続人の平等を保障し、被相続人死亡後の財産関係の個人主義化、ひいては平等主義・個人主義を保障する望ましい制度であるという見解[5]とで、その評価は分かれている[6]。ただし、最近では、明示的に態度表明している限りでは、遺留分に対して批判的な学説が目立つようである。例えば、高齢社会を前提に、高齢者の生活保障の手段として遺言を利用しようという観点から、遺留分を批判するものもある[7]。ところが、ドイツと同様に、わが国でも、判例は遺留分を比較的保護しようとする傾向にあるといえる。例えば、特別受益者への贈与を遺留分の計算に加える判例（最判平成一〇年三月二四日民集五〇巻二号四三三頁）、遺留分減殺請求の時効は、単に事実を知っただけでなく、減殺しうることを知った時から進行するという判例（最判昭和五七年一一月一二日民集三六巻一一号二一九三頁）などである。

確かに、ドイツ法とわが国とでは、遺留分制度自体を含めて、遺言などの死因処分に関しても、相続をめぐる法制度は相当に異なっている[8]。例えば、ドイツ法では、先位・後位相続、共同遺言、相続契約などの、わが国には存在しない様々な死因処分の余地が認められている。さらに、生前処分に関しても、様々な予防法学的な措置が発達している。しかも、贈与・相続税の税制度からも、わが国と比べて、ドイツでは生前処分は非常に容易である。つまり、わが国と比べて、遺産承継についてのマニピュレーションの余地がある。しかし、高齢社会を背景に、被相続人の遺言の自由が強調され、他方で、これも高齢化した相続人の相続を通じての生活保障の機能の減退ゆえに、遺留分に対する疑問が提起されていること。反対に、判例は一定の遺留分の保護を図っている点では、両者には近似性があるともいえる。したがって、両者の違いを前提として、遺留分に関するドイツの議論を紹介することは、決して無駄な作業とはいえないと考える。しかも、ドイツでは一九七〇年代から何度か遺留分に関する法改正が議論されており、現在その議論は頂点に達しているともいえ、遺留分の存在論に関する論点は豊富に用意されているからである。以下では、まず、ドイツでの生前処分・死因処分を含めた相続財産に関する処置の現状を簡単に紹介する（二）。それによって、わが国とドイツ法の違

い、および、現在のドイツでの遺留分に関する議論の背景が明らかになると考える。そのうえで、法定相続・遺留分に関して、ドイツで法改正が問題とされた三つの時期に分けて、年代順にドイツの議論を紹介する。第一が、非嫡出子の相続権を承認した相続法の改正を契機として、法定相続・遺留分が議論された一九七〇年代初め（三）。第二が、配偶者相続権の強化を目的とした相続法の改正の動きとの関係での遺留分をめぐる議論（その一環として、配偶者相続権を血族相続に優先する旧東ドイツ（DDR）の民法典（ZBG）も参照された）（四）。最後が、遺留分が基本法に基礎をおいているのかを中心とする最近の改正論議である（その延長線上で、「扶養・遺留分・社会扶助・社会保険の法分野で、親族間の経済的連帯の法的秩序付けを新たに規律するのが妥当か」というテーマを取り上げた、二〇〇二年のドイツ法曹大会での議論も行われている）（五）。その過程で、各時期毎に、どの様な社会的背景の下で、どの様な角度から、遺留分が問題とされたのかが明らかになると考える。最後に、そこでの議論に若干のコメントを加えるという形で（六）、遺留分をめぐるドイツ法の最近の動きを紹介することとしたい。

（1）わが国では、例えば、中川善之助・泉久雄『相続法（第四版）』（有斐閣・二〇〇〇年）六四六頁。ドイツでは、例えば、Ulrich Haas, Staudinger-Komm, 13.Aufl., Vorbem zu §§2302ff., Rn.1; Lange / Kuchinke, Lehrbuch des Schuldrechts, Beck, 3.Aufl., 1989, S.685; Kipp / Coing, Erbrecht, Mohr, 14.Aufl., 1990, S.51; Hans Klingelhöffer, Pflichtteilsrecht, Beck, 1996, S.1.

（2）五十嵐清「遺留分制度の比較法的研究（一）（二）（三）」法協六八巻五号四五二頁以下、六九巻二号一二六頁以下、六九巻三号二五八頁以下（一九五〇年～一九五一年）。五十嵐論文は、ローマ法とゲルマン法を概観した後、フランス法とドイツ法の遺留分の成立、現行法の立法過程に至る過程を丁寧に跡づけたものである。ドイツ法に関しては、遺留分の成立に関する過程から、ナチ期までの動向を整理している。

五十嵐論文によると、フランス法と異なり、ドイツでは、遺留分に関して国民経済的な見地から議論されることはなく、ローマ法の全面的影響の下に、近代生活への適合が図られたに過ぎない。加えて、ドイツ法では、世襲財産（Fideikommiße）

や単子相続制（Anerbrecht）によって、例えば、農地の細分化などの問題は、実質的に防止されていた。さらに、ドイツ法での遺留分の法的性質に関して債権説がとられたのも、ドイツ法がローマ法の遺言自由の延長線上にあったからであり、法定相続を原則とするフランス法が相続分説に収束したのと対照的であると、ドイツ法の遺留分を位置づけている。ドイツでは民法典の立法前にも、第一四回ドイツ法曹大会（一八七八年）では、遺留分の存否に関して議論され、（主に、自営業者の経営の存続を理由として）遺留分に反対の意見も出されたが、多数の賛成を得られなかった。民法典の立法過程では、遺留分の法的構成に関して、債権説と相続分説が議論されたが、法技術的観点から前者が妥当という方向で収束した。その後、遺留分は特に問題視されることはなかったが、民法典の成立から三〇年を経過したナチ期に、遺言自由に立脚する遺留分制度に批判が加えられ、血族相続を重視して、相続分構成を取ることが提案されたが、やはり改正には至らなかった。以上のように、ドイツ法の遺留分を紹介した後、五十嵐論文は、（ア）ドイツは自国の封建制の中から、独自の遺留分制度を作り出すことができず、ローマ法を継受するに止まった。（イ）ローマ法の継受の間にも、法技術的な議論に終始し、遺留分の存在理由・範囲に関する議論は殆どされなかった。（ウ）結論として、ドイツの遺留分法は、国民生活との結びつきが少なく、学者の概念的議論が中心で、フランス法が民衆法だったのと対比すると、法曹法だったと総括している。その上で、イギリス法の動向なども参照して、遺留分制度は扶養のための制度だと指摘している。

五十嵐清「遺留分制度」同『比較民法学の諸問題』（一粒社・一九七六年）二八三頁以下も参照。ちなみに、その二八九頁の注（一）で、一九七二年のドイツ法曹大会が、ドイツ法の最近の動向として言及されている。但し、法曹大会での議論も、遺留分に関しては、基本的に現行法が支持され、若干の技術的問題が指摘されたにすぎないとコメントされている。以上の五十嵐論文が最後に言及した、一九七二年のドイツ法曹大会から現在までのドイツ法の動きをトレースしようというのが、本稿の主な執筆動機の一環でもある。

（3）BGH, NJW 1987,122 (123). この判例については、本稿の後述、五・2・（2）①の紹介を参照。

（4）典型的には、中川善之助・泉久雄『相続法（第四版）』（有斐閣・二〇〇〇年）の法定相続と自由相続に関する、前者から後者への移行を説く記述（一五頁）、および、遺留分に関する家族主義の敗退を説く記述（六四七頁）を参照。

（5）最もハッキリしているのが、伊藤昌司「遺留分」森泉章他編『民法基本論集Ⅶ（家族法）』（法学書院・一九九三年）二九三頁以下、伊藤昌司『相続法』（有斐閣・二〇〇二年）三頁以下、三六三頁以下。

（6）犬伏由子「各章のテーマの位置づけと問題点」久貴忠彦編集代表『遺言と遺留分・第二巻（遺留分）』（日評・二〇〇三年）一頁以下、特に、二頁以下を参照。すなわち、第二次世界大戦前の家督相続下では、遺留分は家産を守る制度であった。ところが、戦後の民法改正時から、保守派からは、遺留分は均分相続のための制度だという角度から、進歩派からは、遺留分は家産の維持のための制度だと批判された。ところが、単独相続を守ろうとする前者の立場が駆逐された後には、遺留分は個人主義の処分自由に反する家族主義的制約だという現在の通説の立場が固まったと指摘している。

（7）例えば、佐藤隆夫「高齢化社会と相続法の基本問題」新井誠編『高齢社会の親子法』（頸草書房・一九九七年）二八五頁以下、三〇三頁以下は、高齢化社会を前提として、配偶者以外の遺留分、特に、子の遺留分を問題視し、さらに、（例えば、介護施設などの）第三者に遺贈があった場合にも、子の遺留分に関しては懐疑的である。水野紀子「『相続させる』遺言の功罪」久貴忠彦編集代表『遺言と遺留分・第一巻（遺言）』（日評・二〇〇一年）一五九頁以下、一七〇頁以下は、相続させる遺言を契機に、家庭内でのシャドウワークの評価に言及し、均分相続の意義を問題にする。その上で、配偶者と扶養の必要な子以外に遺留分は必要なのかという形で問題提起を行っている。

（8）最も大きな違いが、ドイツでは、法定相続人を相続から除いたり、相続人指定して第三者を相続人とすることができること。さらに、遺留分請求は、金銭債権だということであろう。なお、わが国とドイツの遺留分制度の違いに関しては、松尾知子「ドイツ／フランスの遺留分」日本〈家族と法〉学会『家族〈社会と法〉』一九巻（日本加除式出版・二〇〇三年）五七頁以下の記述が、簡にして要を得ており、かつ、七四頁以下の図表が遺留分の請求権と遺留分補充請求権の行使を具体的に明らかにしている。なお、BGBの遺留分の条文でしばしば改正論議の対象となっているものに関しては、後掲五．注（38）に、ラウシャー（Rauscher）の法改正案と併せて訳出してある。

さらに、大陸法でのローマ型（ドイツ法）とゲルマン型（フランス法、スイス法、日本法）遺留分の対比に関しては、高木多喜男『遺留分制度の研究』（成文堂・一九八一年）、特に、七三頁以下を参照。

二・ドイツにおける生前処分・死因処分の傾向

1・生前処分・死因処分の盛行の背景

先にも指摘したように、ドイツでの遺留分の存在意義が問題視されるに至った理由は、（将来の）被相続人による生前処分・死因処分の盛行である。さらに、生前処分・死因処分が盛んに行われるようになった背景の一つは、かつてない程に相続財産が増大しているからである。すなわち、第二次世界大戦後続いた順調な経済成長と平和のゆえに、ドイツでは一九九一年の終わりには、（即座に換金しにくい不動産などを除いた）現金・預金などの貨幣性資産（Geldvermögen）だけでも、およそ三・四兆マルクに達していた。専門家の試算によれば、同じ時期の私有財産の総額は八兆マルクである。また、一九九二年には、控えめに見積もっても、一九五〇年から二〇〇〇年の間（二世代の間）に、相続財産は約九倍に増大するだろうと予測されている。つまり、ドイツの市民は歴史上最も裕福であり、多くの相続財産を残せる地位にある。[1] 特に、土地・家屋を始めとする資産は、価値が増大し、かつ、国民の多くの階層に行き渡っている。したがって、相続が重要な意味を持つのは、いわゆる富裕層だけだとはいえない状況である。旧西ドイツ地域では、将来は五人に一人が、旧東ドイツ地域では、二〇人に一人が、五万ユーロ以上の財産を相続するだろうというのが、一九九九年の予測である。[2] 結果として、相続の対象となる財産が増加し、かつ、富裕層のみならず国民の各階層の相続財産が増大したことが、様々な（将来の）相続財産の処分の原因となっている。

加えて、今ひとつの背景が、いわゆる高齢社会である。平均的な被相続人は、高齢化とともに、まずは自己の老後の生活保障を、次に、生存配偶者の生活を考えて、予め財産を処置する傾向にある。生存配偶者の次が、両配偶者の共通の子である。[3] したがって、生存配偶者の相続が、子の相続に優先するというのが死因処分の傾向であり、この点で、死

因処分が子の遺留分と抵触する可能性が生じる。また、節税をも大きな動機の一環として、特に企業承継でだが、居住用の家屋などの財産も相続の前倒しとして、多くは子の一人に対して譲渡される傾向がある。しかも、年金などの社会保険のおかげで、必ずしも財産の総てを自己の老後の生活に充てる必要がなくなればなおさらのことである。[4] その際は、生前処分から除かれた子からの、遺留分の主張が問題となる。

つまり、以上のような生前処分・死因処分の傾向のゆえに、遺留分が様々な局面で被相続人の財産処分・遺言自由の桎梏と感じられるようになっている。そこで、遺留分に関する議論を紹介する前に、ドイツでの最近の財産承継の傾向と遺留分との関係を一瞥しておくこととしよう。

2．生前処分・死因処分の傾向と遺留分との関係

財産承継の予防法学の分野で多数の業績のあるランゲンフェルド（Gerrit Langenfeld）は、一九九六年の「財産承継の変遷（Wandlung der Vermögensnachfolge）という論文で、生前処分・死因処分に際して（公証人による）予防法学がどのような注意を払うべきかという観点から、最近の財産承継の傾向を、財産承継、企業承継、および、夫婦間の遺言に分けて整理している。[5] ランゲンフェルドがあげる、生前処分・死因処分は、一九七〇年代から次第に話題に上り、その後も経済成長による資産の増加とともに、かつ、富裕層から国民の各階層に及び、その数も増加してきたようであり、[6] それらは最近の遺産承継の傾向を象徴しているといえる。以下では、主にランゲンフェルドの論文に依拠しながら、最近の財産承継と遺留分の関係について見ていくこととしよう。

（1）生前処分の傾向

①先取りした相続

生前処分で最も多い例が、いわゆる「先取りした相続（vorweggenommene Erbfolge）」ないしは、「前倒し相続（anti-

zipierte Erbfolge)」である。先取りした相続とは、将来の相続を考慮しての、将来の被相続人からの将来の相続人に対する生前行為としての財産の譲渡契約である。主な譲渡対象は、居住用家屋（家族用住宅・集合住宅）と人的会社の社員の地位である。したがって、後者は企業承継の手段であり、後述の後継者条項とあわせて説明する方がわかりやすいであろう。

居住用家屋の先取りした相続では、将来の被相続人（譲渡人）が自分が居住している家屋を、譲渡人の役権（Nießbrauch）と解除権（Rückforderungsrecht）を留保して、将来の相続人の一人に譲渡する。同時に、譲受人から譲渡人への年金給付が合意されるのが普通である。加えて、譲受人以外の相続人（これを譲歩相続人（abweichende Erben）という）に対して、譲渡人または譲受人からの補償支払（Abfindung）が約される。さらに、役権に関する民法の規定とは別に、不動産の負担（修繕費・税金）は所有者たる譲受人が引き受けるのが普通である。

先取りした相続は、いわゆる農家相続の分野では、農場譲渡契約という形で古くから行われており、これを規律する各ラントの特別法がある。他方で、家屋などの不動産の先取りした相続は、公証実務の生み出した予防法学的措置の集合である。(7)(8)

以上のような譲渡契約を締結するに際して、最も重要な問題が、譲歩相続人からの遺留分の主張への処置である。但し、ドイツ法では、生前処分から一〇年が経過すれば、遺留分補充請求権は消滅する（§2325 III HS.1 BGB）。しかし、判例では、譲渡人が譲渡契約から一〇年以上生存しても、譲渡人が完全に役権を留保した場合は、贈与は完了しておらず、譲受人以外の相続人の遺留分補充請求権の時効は進行しないと評価される可能性がある。(9) したがって、譲渡が贈与、混合贈与と認定された場合は、譲渡の無償部分が遺留分の請求に曝されることになる。その結果、譲歩相続人の遺留分権を封じる最も確実な方法は、当然ながら、通常は譲歩相続人に対する補償支払（Abfindung）を約しての、遺留分の

放棄契約（§2346 II BGB）である。しかし、譲渡対象の財産が、遺産の主要部分を構成する場合は、補償の支払いは必ずしも容易ではない。

ランゲンフェルドも、先取りした相続での重要な契約上の措置は、以上の補償と遺留分の放棄であり、さらに、取るべき予防法学上の措置が、譲受人が譲渡人より早く死亡した場合、譲渡人の許可なしに譲受人が譲渡家屋を売却・担保設定した場合、譲受人の財産状態の悪化による債権者からの執行の危険への対処、具体的には、留保した解除権を登記しておくことであるとしている。さらに、子が住宅を建てたり、住宅を改装するのが目的で譲渡が行われた場合は、譲受人の支出した費用の償還と引換で解除権を留保するのが望ましいとも指摘している。[10]

ちなみに、先取りした相続は、適正な遺産承継の手段というよりも、しばしば、相続税回避の目的で用いられてきた。というのは、ドイツの贈与・相続税法では、一〇年の期間をおくと、相続人の税控除が新たに利用できる。さらに、親等の近い相続人に対する税控除額が大きいのがドイツ法の特徴であるから、控除分の利用と累進の率を低下させるために、先取りした相続がしばしば行われているというのが、ドイツの現実である。[11]

②配偶者間の出捐

配偶者間の出捐（Ehegattenzuwendung）とは、例えば、夫婦間での不動産の出捐（財産移転）である。当初は無名の（unbenannt）出捐とネーミングされていたが、現在は婚姻に関係した出捐（ehebezogene Zuwendung）と呼ばれることが多い。その目的は、剰余共有制の夫婦財産の清算の前倒し、別産制での任意の剰余の清算、財産の主要部分への債権者の執行を免れるための措置、他方の配偶者の生活保障のための措置などである。[12] したがって、配偶者間の出捐は、遺産承継のための独自の契約類型という性質を持っている。判例は、離婚に際して有責でない配偶者が、他方の配偶者に譲渡した不動産を、忘恩行為による贈与の撤回（§530 BGB）によって回復しようとしたのを退けて、配偶者間の出捐

を贈与ではなく、家族法上の独自の有償行為だと見なした。[13] ところが、遺留分との関係では、判例は夫婦間の出捐を贈与と法性決定している。[14] しかも、夫婦間の贈与では、遺留分補充請求権の時効期間は、婚姻解消時から進行する（§2325 III HS.2 BGB）。したがって、夫婦間の出捐は、常に遺留分補充請求権の危険をはらんでいることになる。

以上の配偶者間の財産移転との関係で、ランゲンフェルドは、いわゆる「離婚条項（Scheidungsklauseln）」について次のように指摘している。離婚条項とは、離婚の際に不動産、不動産の共有持分の返還、又は、不動産の先買権が定められ、返還請求権、取得権が仮登記されている場合である。確かに、このような条項は、経営に携わっている配偶者の債権者からの執行に対処するための、夫婦財産契約の不可欠の要素である。しかし、先取りした相続、および、剰余財産の事前清算の場合には、その価値への補償と引換での不動産、共有持分を返還する条件付の場合だけ、離婚条項は妥当である。さらに、配偶者の老後保障の目的で先取りした相続が行われた場合は、配偶者が若い場合だけ、離婚条項は合理性がある。[15]

③独立資金

ランゲンフェルドによると、先取りした相続と異なって、特に、譲渡人の財産状態が良好な場合に、しばしば利用されるのが独立資金（Ausstattung）である。すなわち、更地、家屋付きの土地、区分所有権などが、子供の人生のスタートへの援助、婚姻の基礎として、親から子に譲渡される。独立資金に関する予防法学的措置として、ランゲンフェルドは、以下のような指摘を行っている。先取りした相続と異なり、子の財産的自立の助けのための独立資金では、譲渡人は譲渡家屋への役権の設定は行わない。しかし、譲受人が譲渡人より先に死亡した場合に備えて、解除権を留保し仮登記しておく。さらに、譲受人が離婚した場合に備えて、譲渡財産を剰余共有制から物権的に除いておく必要がある。そのために、その旨を定めた夫婦財産契約が締結される必要がある。[16]

④家族プール

被相続人が多数の不動産を所有し、かつ、子の数が多く、しかも、複数の子の内の一人を優遇しようと考えない場合に、遺産承継の措置としてランゲンフェルドが推薦しているのが、家族プール（Familienpool）である。家族プールでは、家産の不動産を管理するために民法上の組合を設立する。譲渡人（両親）は子を組合員とし、全ての不動産の登記簿には、組合員である両親、子が所有者として登記される。組合契約では、業務執行権と収益権の全部又は多くの部分が、両親、および、生存した両親の一方に帰属するよう定められる。後継者の資格は、譲渡人の子孫に限られ、子を残さずに組合員が死亡した場合は、その持分は他の組合員に帰属する。両親が死亡した場合は、長男が業務執行を受け継ぎ、収益権・負担は持分割合で各組合員に帰属する。以上のような遺産承継の方法は、財産が多く、家族の教育水準が高い場合は、長期の遺産承継の手段として有力であるというのが、ランゲンフェルドの評価である。[17]

（2）死因処分の傾向

①後継者条項

中小企業の形態として、ドイツではしばしば人的会社（合名会社・合資会社）が選好されている。その理由は、税制度上の利点のようである。但し、人的会社の社員の地位は本来相続できない。そこで、被相続人たる社員が死亡しても、子が地位を承継できるよう措置する必要がある。さらに、その際にも、会社の指揮の一元化のために、子の一人に企業を承継させねばならない。すなわち、会社契約での「特定後継者条項（qualifizierte Nachfolgeklauseln）」の定めである。ところが、後継者条項をおいても、会社持分が遺産の中で大きな部分を占める場合は、他の相続人から遺留分を主張される可能性がある。[18]

さらに、ランゲンフェルドによれば、企業承継に関しては、経営者の生前に後継者を決定して持分を与えておくべき

であり、死後の手当では間に合わない。[19] 人的会社の持分は、無限責任と労働を要求するから、子に社員の地位を与えても、原則として贈与とは解されない。しかし、例えば、労務の提供が免除されている場合には、贈与と評価される可能性もある。[20] したがって、早期に譲渡して、一〇年の経過を待つか、譲歩相続人に対して一定の補償を与えて、遺留分の生前放棄を取り付けておくのが安全だということになる。

②先位・後位相続とベルリン式遺言

被相続人の血統の家族から相続財産が離脱するのを防ぎながら、生存配偶者の生活を保障しようとする場合に、ドイツ法で利用可能な死因処分が、先位・後位相続（Vor- und Nacherbschaft）という法制度である。すなわち、配偶者を相続財産の処分権を持たず収益権だけが与えられる先位相続人（Vorerbe）とし（§2112 BGB）、子を後位相続人（Nacherbe）とする死因処分である。先位相続人は、財産を使用・収益できるが、処分権を持たない。したがって、被相続人の遺産は消耗せず、後位相続人に相続されることになる。さらに、子を相続人指定して、配偶者に役権だけを与えるという措置によっても同様の効果がもたらされる。[21]

但し、先位・後位相続や役権だけを配偶者に与えるような死因処分に代わって、大分以前から増加しているのが、ベルリン式遺言（Berliner Testament）である。ベルリン地方の慣行だったことから、その様なネーミングがされたベルリン式遺言とは、共同遺言（gemeinschaftliches Testament）の一種である。共同遺言とは、夫婦間だけで許されている遺言の形態で、夫婦が共同で、しかし、各人が一方的に行う二つの死因処分である（§§2265ff. BGB）。ベルリン式遺言では、共同遺言者の内の生存した配偶者がまずは完全な相続人（Vollerbe）となり、その後に（多くは、共同遺言した夫婦の共通の）子が終わりの相続人（Schlußerbe）となって、残った財産を相続する。[22]

ランゲンフェルドによると、特に、被相続人の財産が十分ではない場合には、子の相続権は後退して生存配偶者の生

活保障が遺言の中心的な関心事となる。高齢社会を迎えて、生存配偶者の余命が延びたことが、以上のような遺言慣行の変化の原因であり、かつ、子が教育を終了し、独立資金をもらった後は、配偶者の生活が優先されるべきだと、被相続人が考えているという事情が見て取れるとされている。さらに、ランゲンフェルドが指摘しているのが、共同遺言に付される予防法学上の措置である、再婚した生存配偶者は相続人の地位を失うという条項、いわゆる再婚条項（Wiederverheiratungsklauseln）は、減少しているという事情である。つまり、配偶者の再婚に関して、遺言者は寛容になってきており、終わりの相続人が指定されていても、（生存配偶者の処分権を制限する条項は付されず）生存配偶者の処分権の自由が認められる傾向にある。但し、老化した生存配偶者が、簡単に遺言を変更した結果、しばしば紛争が発生する。したがって、一般の遺言とは異なり、撤回が不可能な、拘束力を持った共同遺言・相続契約によって、遺言の変更に対する予防策が講じられるべきであろう。さらに、その際に、相当の年齢になって遺言を行う場合は、拘束力が優先されてしかるべきで、例えば、終わりの相続人である子の相続割合の変更を禁じる措置が望ましいというのが、ランゲンフェルドの所見でもある。(23)

以上のベルリン式遺言で最も重要なのが、最初の相続で子が遺留分を主張した場合に備えて、解除条件付で終わりの相続人を指定しておくという予防法学上の措置である。すなわち、被相続人が死亡して、第一の相続で、終わりの相続人の一人である子（A）がその遺留分を主張すれば、生存配偶者が死亡した第二の相続では、Aは遺留分だけを取得するという解除条件が遺言に付される。いわゆる「処罰条項（Strafklauseln）」、ないしは、「遺留分条項（Pflichtteilsklauseln）」である。さらに、以上に止まらず、第一の相続でAが遺留分を主張することを条件として、第二の相続を履行期とする他の終わりの相続人、つまり、遺留分を主張しなかった子（B）への最初の相続での遺贈を組み合わせた遺言を行う場合もある。その際に、Bへの遺贈はAの遺留分以外の相続分に及ぶから、第一の相続で遺留分を主張したAが

相続できるのは、最初の相続での遺留分に止まる。したがって、第一の相続での子の遺留分の主張を抑止する効果があり、生存配偶者の相続権は強く保障されることになる。後者の条項は、その創始者の名前にちなんで、ヤストロフ条項（Jastrow'sche Klauseln）と呼ばれている。[24]

③障害者遺言

今ひとつ、最近の遺言の傾向を象徴しているのが、いわゆる「障害者遺言（Behinderten-testament）」である。障害者遺言とは、障害者を子に持つ親が、一方では（わが国の生活保護に当たる）社会扶助の給付以外の給付を子に与えながら、社会扶助による相続財産の減少を防ごうとする措置である。例えば、被相続人たる両親の一方が死亡して、障害者が相続人となった場合は、障害者に対する社会扶助の給付は遺産が消耗されるまでは給付されない（§2 I BSHG（Bundessozialhilfegesetz））。しかも、社会扶助主体が社会扶助を給付した場合は、給付を受けた受給者の第三者に対する請求権は、（受給者の死後も）社会扶助主体に移転する。さらに、障害者である子を相続人から除いた場合も、障害者が遺留分を主張すれば、遺留分権は社会扶助主体に移転する（§§90 ff. BSHG）。いずれにせよ障害者の相続した財産は、社会扶助主体に移転せざるを得ないはずである。それゆえ、そういった事態を回避するために、しばしば選好されるのが、障害者を先位相続人とし、継続的遺言執行（Dauertestamentsvollstreckung）を付すという措置である。以上の措置が、被相続人の予定するとおりの効果をもたらすなら、遺言執行によって、三〇年間又は相続人の死亡までは、相続人の債権者は遺産に執行できない（§§2209, 2210, 2214 BGB）。さらに、障害者は先位相続人であるから、障害者の死亡後も、先位相続人ではなく、被相続人を相続する後位相続人の相続した遺産には、社会扶助主体は執行できないことになる。こういった社会扶助の犠牲によって障害者を優遇しようとする障害者遺言が良俗違反となる可能性は十分にあり得るようにも思われるが、判例はその有効性を一応は承認している。[25]

ちなみに、障害者遺言とは反対に、先取りした相続によって、両親が社会扶助の給付を受けるようになった場合は、社会扶助主体は貧困による贈与の取消権（§528 BGB）によって、（無償と評価された）譲渡行為を取り消して、請求権を移転させることが可能である。[26] 以上のような現象は、親族間の連帯が保たれている限り、公共の負担によってでも相続財産を親族団体の中で保持しようという相続慣行の存在を感知させることになる。

以上から結論として指摘できることは、（将来の）被相続人が、遺言自由をその限界まで行使して、（将来の）相続財産の生前処分・死因処分を行っていることであり、かつ、その際の最大の障害が遺留分の主張だということである。したがって、遺産承継のための措置と遺留分とが衝突し、遺留分の廃止ないしは制限が説かれるというのが、現在のドイツ法の動向であるといえる。以上の状況を念頭において、遺留分に関する第二次世界大戦後の議論を、時間を追って見ていくこととしよう。

（1）Carsten Thomas Ebenroth, Erbrecht, Beck, 1992, Rn.1ff. さらに、エーベンロートは、様々な統計に依拠して、相続財産がますます増大し（例えば、ドイツ銀行協会の予測では、不動産の相続額は、一九九一年から二〇〇年までに、一九八〇年から一九八九年の二五パーセント増）、しかも、一部の富裕層だけではない、多くの階層で相続が重要な意味を持っていることを指摘している。例えば、相続税の対象の遺産の五〇パーセントから六〇パーセントは、二〇万マルク以下だが、相続人の二五パーセントの相続財産は、二〇万マルクから四〇万マルクであるなどである。

（2）Dieter Martiny, "Empfehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten in den Bereichen des Unterhaltsrechts, des Pflichteilsrechts, des Sozialversicherungsrechts neu zu ordnen ?", in Verhandlungen des vierundsechzigsten deutschen Juristentages, Bd. I (Gutachten), Beck, 2002, A 5ff., A66.

（3）Martiny, aaO., A 66.

（4）以上のような事情に関しては、例えば、Gottfried Schiemann, Die Renaissance des Erbrechts, ZEV (= Zeitschrift für Erbrecht

und Vermögensnachfolge) 1995, S.197ff. を参照。シーマンは、高齢社会を迎えて、相続人たる子は自己の独立のために相続財産を必要とせず、生存配偶者の扶養だけが問題となるという事情を前提に、相続の意味がかつてとは異なってきており、その結果、生前処分・死因処分が盛んに行われているという現状を、相続法のルネッサンスと呼んでいる。さらに、以上のような処分が遺留分と緊張関係にある状況が概観されている。なお、シーマンの論文は、新井誠「ドイツにおける相続法の再生」『新世紀に向かう家族法（中川淳先生古稀祝賀論集）』（日本加除式出版・一九九八年）四〇一頁以下に紹介されている。

（5）Gerrit Langenfeld, Zur Aufgabe der Veretragsgestaltung in der Praxis und Ausbildung, NJW 1996, S.2601ff. さらに、遺留分の主張を回避する予防法学上の措置に関しては、まとまった記述のある、Sandra Werkmüller, Rechtspolitische und rechtsvergleichende Aspekte des geltenden Pflichtteilsrechts, Peter Lang, 2002, S.25ff.、及び、公証人の立場から予防法学上の措置の妥当性を検討する、Rolf Dieter Zawar, Notarielle Rechtsgestaltung : Das Erbrecht im sozialen Wandel, DNotZ 1989, Sonderheft, S.116ff., S.130ff. を参照した。

（6）Wolfgang Däubler, Entwickungstendenzen im Erbrecht, ZRP 1975, S.136ff. は、一九七五年の時点で、ドイツの相続法の法改正、相続慣行について、その傾向を概観した論文である。その中で、ドイプラーは、先取りした相続が富裕層にだけ普及しているのか、国民の各階層にも広がっているのかにつき経験的調査が必要だと指摘している。したがって、推測するに、この時期には、先取りした相続は現在ほどの広がりを見せていなかったのであろう。但し、ドイプラーは、生前処分による相続法秩序の空洞化に警鐘を鳴らしている。以上については、特に、S.144ff. を参照。

（7）先取りした相続に関しては、とりあえず、藤原正則「ドイツにおける遺産承継―『信託的』譲渡を中心に―」新井誠編『高齢社会とエステイト・プランニング』（日評・二〇〇〇年）一八五頁以下、二一四頁以下を参照。

（8）以下に、先取りした相続の模範契約書を訳出しておく。出所は、Gerrit Langenfeld, Grundstückszuwendung im Zivil-und Steuerrecht, 4. Aufl., Otto Schmitt, 1999, Rn.674ff.

先取りした相続契約（役権を留保した家屋の譲渡）の模範契約書

○○において、公証人○○の面前で、○年○月○日に、公証人○○の面前で交渉を行った、

1．夫婦A（譲渡人）

2．Aの息子、SA氏（譲受人）は、公証のために以下の通り意思表示した。

先取りした相続契約

第一条　契約目的・負担

譲渡人は、○○の登記簿に、以下の契約目的物の各々半分の持分の所有者として登記されている（登記簿の宅地の表示）。契約目的物は、○○銀行のための○○マルクの土地債務の負担が登記簿に登記されており、現在でも○○マルクの限度で残債務がある。○○銀行は譲受人による債務引受に同意を与えると約した。

第二条　先取りした相続契約

譲渡人は、契約目的物を受領する譲受人に対して、契約目的物を相続の先取りとして譲渡する。

第三条　所有権の移転

本契約の当事者は、上記の所有権移転を合意し、登記の移転を申請する。

第四条　引渡・担保責任

以下で合意された出捐者の権利を留保した上で、収益権、負担、危険負担と共に、本契約書の日付の次月の最初の日に、引渡がなされるものとする。

物及び権利の瑕疵に関する担保責任は、総て排除される。

第五条　費用・租税

契約及び履行の費用、並びに、それが課される場合は、贈与税は、譲受人が負担する。

第六条　債務引受

免責的債務引き受けにより、譲受人は単独で、第一条に表示された土地債務の元本・利息の弁済を○年○月○日より負担する。債務引受に対する同意は、譲受人が自身で取り付ける。本契約により、譲受人は○○銀行に対して、年利○○パーセントの○○マルクの返済義務を負担し、以上の債務は土地への執行と無関係に譲受人が負担するものとする。○○銀行の申立により、何時でも、本契約書に基づく強制執行正本が交付される。債務引受の同意の時に、本契約により、第一条

に表示した土地債務に関して、譲渡人は譲受人に所有者としての権利の代理権を授与する。

第七条　役権の留保

譲渡人は双方とも民法四二八条の連帯債権者として、契約目的物に対して、生涯にわたる無償の役権を留保する。譲渡人の一方が死亡した場合も、役権の内容は変わらないものとする。役権者の死亡の証明によって抹消される旨を付記して、上記の役権の登記の申請が行われる。

法規定による負担の分配とは別に、本契約書の定めがなければ所有者が負担すべきだった、不動産に関する負担の総ては、特に、特別な改良・改装の費用も含めて、役権の存続中は役権者が負担する。以上の内容を持った役権の登記が申請された。

以上の二人の連帯債権者の使用を、同時であろうと、交代でであろうと、かつ、生存者の一人が単独で目的物の総てを使用することを、所有者は受忍する義務がある。連帯債権者の一人は、他方の関与なしで、役権を廃棄、変更、あるいは、処分することはできない。

譲渡人は、消費貸借が不動産に使用され、返還の目的がその消費貸借への弁済に限られ、返還請求権が譲渡人に譲渡され、かつ、譲渡人のために抹消の仮登記が不動産登記簿に登記された場合は、譲受人によって設定された抵当権に役権は順位を譲る義務を負う。

本契約書によって、代理人によって定められた時期から、譲渡人は譲受人に、抵当権に対して役権を後順位とする代理権を授与する。但し、債務が〇〇マルク、年利又は一時払いの金利と、費用を含めて、二五パーセントの金利までの条件でである。代理権が行使できるのは、同時に譲渡人のために抹消の仮登記が申請され、不動産登記簿に登記された場合に限られる。それ以外の上記の順位の制限を、登記所は尊重する必要はない。

譲渡人の双方、譲渡人の内で長く生存した者は単独で、役権に代わって、終身定期金又は継続的負担として年金を支払うよう請求できる。年金の年額は、前年の不動産の収益額によって決定される。その際に、まず基準となるのは、不動産所在地の一般的な賃料の年額とする。年金は月毎に月初めに分割して前払いされる。将来の年間収益の調整、その他の物価調整は可能である。不動産所有者は、不動産の不可欠の改装、保存を行うことができ、かつ、そのために借り入れた借入金の、元本ではなく利息を、不動産の収益から控除することができる。年金権への転換が請求された場合は、役権の抹

消と引換で、土地負担が登記される。

§8．返還請求権

以下の場合に、§428 BGB の連帯債権者として、譲渡人は、譲渡目的物の所有権を回復する権利を留保する。

－譲受人が譲渡人の承諾なしで、譲渡目的物の全部又は一部を、処分又は担保に供した場合。あるいは、

－譲渡目的物に強制執行が開始され、かつ、四週間以内に執行手続きが停止されなかった場合。あるいは、

－譲受人が譲渡人より先に死亡した場合。

返還請求権の行使に関しては、譲渡人の生前は譲渡人の共同でだけ解除権が行使できる旨、合意された。但し、返還請求権の行使の結果、譲渡人の合有とするか、譲渡人の選択する持分割合での共有とするか、単独所有とするかは、譲渡人の自由である。譲渡人の一人が死亡した後は、返還請求権は生存する譲渡人が単独で行使できる。

返還請求権の保全の目的で、§428 BGB の連帯債権者たる譲渡人のために、一方の死亡後は生存する譲渡人のために、譲渡目的物に所有権回復の請求権の仮登記が申請される。

返還請求の意思表示は、公正証書により、かつ、返還請求権者が返還請求の原因の発生を知った時から六週間以内に、公正証書の正本又は認証された抄本の形で、返還義務者に通知されねばならない。

譲受人が譲渡人より先に死亡した場合は、§181 BGB の制限を付されない、かつ、譲受人の死後は撤回できない、所有権の回復に必要な総ての意思表示の表意と受領に代理権を、本契約によって、譲渡人の各自が取得する。

譲受人が譲渡人より先に死亡した場合は、譲渡人は譲受人の相続人に対して、増価が現存する限りで、有益費と引換給付で返還請求権を行使しなければならない。譲渡人は、償還額と相殺で、譲受人が償還すべき費用を借り受けるために受けた、消費貸借とその担保のために設定した抵当権を、債務の残額で、引き受ける義務を負う。償還額の争いがある場合は、地域の商工会議所の派遣する仲裁鑑定人によって償還額が定められる。鑑定の費用は、当事者が折半で負担する。

本契約の定めは、以上とする。

(9) 例えば、Wolfgang Edenhofer, §2325 BGB, Rn.22., Palandt, 61.Aufl., Beck を参照。

(10) 前掲、注（5）Langenfeld, aaO., S.2602.

(11) 相続時から一〇年以内の被相続人からの相続人への贈与は、相続税の計算に算入される（§14 ErbStG）。したがって、相

続より一〇年より以前に贈与しておけば、累進税率を低く押さえられる上に（§19 ErbStG）、贈与・相続税に共通の基礎控除額（Freibetrag）を二回利用できる（§16 ErbStG）。但し、相続では、贈与と異なり、特別な控除が利用できる（§17 ErbStG）点で、控除の点では相続が有利である。

（12）前掲、注（5）Langenfeld, aaO., S.2603.

（13）例えば、BGH NJW 1983, 1611 は、離婚だけでは忠恩行為による撤回の要件を満たさないとしている。配偶者間の出捐の法的性質に関しては、例えば、Zur Dogmatik der sogenannten „ehebezogenen Zuwendungen", FamRZ 2000, S.453ff. を参照。

（14）例えば、BGHZ 82,227.

（15）前掲、注（5）Langenfeld, aaO., S.2603.

（16）前掲、注（5）Langenfeld, aaO., S.2602.

以下に、独立資金と配偶者間の出捐の模範契約書を訳出しておく。出所は、前掲注（8）Langenfeld, Rn.626.

〇〇において、〇年〇月〇日に、公証人〇〇の面前で交渉を行った、

1．カール・A氏、商人

2．A氏の娘、アニタ・B氏（婚姻前の姓は、A）

3．アニタ・Bの夫、フリッツ・B氏

は、以下の通り意思表示した。

独立資金と配偶者間の出捐

A．独立資金

第一条　契約目的物

A氏は、賃借人の立ち退いた後は空き家の、登記簿によれば負担のない、一家族用住宅の所有者である（登記簿の不動産の表示）。

第二条　独立資金

A氏は、その結婚を考慮して、アニタ・B氏（婚姻前の姓は、A）に、独立資金として、契約目的物を譲渡する。両者

は所有権移転に合意し、登記移転を申請する。

第三条　返還請求権

（1）娘のアニタ・B氏が離婚した場合は、A氏は契約目的物の返還を請求できる。A氏は、アニタ・B氏の請求によって、それが証明された限りで、アニタ・B氏又はアニタ・B氏の夫が契約目的物に支出した費用の償還、および、費用支出のために受けた借入金を単独で負担する義務を負う。

（2）返還請求権の担保のために仮登記は行わない。

第四条　引渡、担保責任

引渡は、即日行われる。権利および物の瑕疵に関する担保責任は、総て排除される。

B．配偶者間の出捐

第一条　出捐

予定されている契約目的物の補修のために、アニタ・B氏は、夫フリッツ・B氏に婚姻を条件として、契約目的物の二分の一の共有持分を譲渡する。所有権の移転は合意され、登記の申請が行われる。

第二条　返還請求権

（1）出捐した配偶者は、婚姻が解消された場合は、本契約によって譲渡された共有持分の返還を請求する権利を持つ。

（2）出捐の受領者が、婚姻前の財産、婚姻中に相続、遺贈、贈与、又は、独立資金によって取得した財産により、不動産に費用を支出した場合は、返還請求と引換で費用の償還が行われなければならない。

（3）出捐者は、返還請求と引換で、不動産に支出した抵当債務を単独で、かつ、出捐の受領者を債権者から解放する形で引き受けねばならない。

（4）本条二項の定める受領者に対する償還を控除した上で、出捐者の剰余が少なくとも婚姻中の不動産の価値上昇と同額以上の場合に限って、返還請求が可能である。

（5）上記の約定に従って、返還請求と費用の償還請求の後の財産状態を基礎として、返還請求と引換給付で、法定の剰余清算が行われる。

(6) 返還請求権の保全のために、アニタ・B氏の所有権の回復の請求権は仮登記される。仮登記は合意され、申請された。

第三条　引渡、担保責任

(1) 引渡は、即日行われる。フリッツ・B氏はその妻の共有持分の回復請求権の仮登記に同意し、登記申請がなされた。

(2) 権利および物の瑕疵に関する、総ての担保責任は排除される。

C．費用、租税

第一条　費用

本契約とその履行の費用は、B夫婦が折半して負担する。

第二条　租税

本契約に関する租税は、各自の取得する部分について両当事者が負担する。公証人は贈与税に関して説明を行った。

本契約の定めは、以上とする。署名

(17) 前掲注 (5) Langenfeld, aaO., S.2602ff.

以下に、家族プールの模範契約書を訳出しておく。出所は、前掲注 (8) Langenfeld, Rn.614.

○○において、○年○月○日に、公証人○○の面前で交渉を行った、

1．A夫婦

2．その子BおよびC

は、公証のために以下の通り意思表示した。

民法上の家族組合の設立

A夫婦は、各自二分の一の持分で、不動産登記簿○○に○○所在の不動産の所有者として登記されている。本契約によるA夫婦の目的は、以上の賃貸中の集合住宅が建築された不動産を、役権を留保して、A夫婦の子B及びCと共に、民法上の組合の財産とし、子等に先取りした相続によって出資を与えることである。

本契約によって、A夫婦は、§428 BGB の連帯債権者として、及び、生存配偶者は単独の権利者として、上記の不動産に

生涯の役権を設定する。法定の負担の分配と異なり、本契約書の定めがなければ所有者が負担すべきであった不動産の負担、特に、特別な改装・改良の費用も含めて、役権者が負担する。役権は、以上の内容で、かつ、役権者の死亡の証明によって役権の抹消が可能となるという措置と共に、登記される。

A夫婦は、本契約によって同時に設立される、A夫婦とその子B及びCを組合員とする民法上の組合に、上記の不動産を出資する。上記の不動産の所有権が、A夫婦から組合員のA夫婦とB・Cに移転することが合意された。所有権移転登記が合意され、登記申請された。

同時に設立された民法上の組合契約の内容は、以下の通りである。

第一条　法形式、名称

本組合は、民法上の組合である。本組合の名称は、庭園通五丁目ABC有限責任不動産管理組合と称する。

第二条　目的

本組合は、庭園通五丁目〇〇所在の不動産の所有と管理を目的とする。

第三条　組合員、持分、利益の配当、回復請求権

（1）本組合の組合員は、A夫婦、及び、その子B・Cとする。

（2）組合員の持分、および、利益と損失の負担、解散の清算金の分配は、平等である。

（3）A夫婦、及び、その一方の生存者は、本契約により、以下の場合に、無償で出捐した組合の持分の回復請求権を留保する。すなわち、A夫婦の子孫が子孫を残さず死亡した場合、又は、子孫の財産状態が破綻した場合、又は、本契約第一二条二項に規定する議決権の代理権の授与に同意しないか、代理権の授与を撤回した場合。

返還請求の相手方の組合財産への出捐が証明された場合は、返還請求の相手方、又は、その子孫の請求により、償還される。

第四条　出資

全組合員の出資は、A夫婦による上記の不動産によって払い込まれ、上記の割合で記帳される。

第五条　会計年度

会計年度は、暦年とする。

第六条　剰余の計算

（1）各会計年度の終了後二ヶ月以内に、組合の業務執行組合員は、剰余計算として、前会計年度の結果に関する計算書を提出する義務を負う。

（2）上記の会計報告に関する合意が得られない場合は、当該の商工会議所の仲裁鑑定人の一人によって会計報告が作成される。以上の会計報告は、組合の費用で行われ、組合員に対して拘束力を持つ。

第七条　管理

（1）前会計年度の会計報告の結果に基づいて、次会計年度の経済計画が作成される。その際に、区分所有権法二一条五項の規定が準用される。

（2）特に、前会計年度の剰余の最低一〇パーセント以上の、適正な修繕積立金が用意されるべきである。

第八条　剰余の分配、控除、先取

（1）先取控除、及び、修繕積立金を差し引いた後、確定された会計年度の剰余の残余は、組合員に分配することができる。

（2）剰余は、組合持分の割合で分配される。

（3）組合員は剰余の先取控除の月額を、前会計年度の会計報告を基礎として定めることができる。

第九条　組合契約の解約

（1）A夫婦の生存者が死亡して五年が経過する年の終わりからは、各会計年度の終了六ヶ月前までは、理由のいかんを問わず、各組合員は組合契約を解約できる。法定の解約事由は、以上の解約権によって影響を受けない。

（2）解約の通知は、書留郵便で他の組合員に郵送されなければならない。解約が期間を遵守しているか否かは、郵便物の消印によって判断される。

（3）解約の効果は、組合の解散ではなく、解約した組合員の脱退に止まる。組合は残余の組合員によって継続される。組合員が一人となった場合は、組合員は組合財産を包括的に承継する。

（4）§725 BGB により債権者が組合契約を解約した場合、組合員の財産に破産手続が開始された場合、§737 BGB により組合員が除名された場合も、同様に組合員は組合から脱退する。以上の場合も、一人となった組合員の組合の譲受権は、

同様である。

第一〇条　脱退した組合員への補償

（1）脱退した組合員への補償は、§§738ff. BGB の規定によって決定される。

（2）具体的な補償は、当該の商工会議所の任命した公的な不動産鑑定士によって作成され、関係者を拘束する。以上の費用は、組合が負担する。

第一一条　業務執行と代理

（1）上記の不動産の売却、担保設定は、共同の決定によってだけ決議される。

（2）前項の場合以外の業務執行と代理は、その時々の最年長の組合員だけが遂行できる。但し、執行組合員は、組合員に個人責任を負担させる権原はない。その限りで、責任は組合財産の範囲に限られる。業務執行組合員は、以上の責任制限を、代理権を行使する際に、一般的に、及び、その都度、必要とされる方法で明らかにしなければならない。

第一二条　組合の議決

（1）組合員の議決は、全員の一致による。

（2）A夫婦及びA夫婦の生存者以外の組合員は、その要請により、A夫婦及び生存者に、議決の代理権を授与し、自己の議決権の不行使の義務を負う。

第一三条　組合持分の相続

（1）A夫婦の一方が死亡した後は、相続人が生存配偶者及びA夫婦の共通の子孫である限りで、組合は相続人によって継続される。A夫婦の生存者が死亡した後は、相続人がA夫婦の婚姻から誕生した子孫である限りで、組合は生存者の相続人によって継続される。その他の組合員が死亡した場合は、それが死亡組合員の相続人である限りで、死亡組合員の子孫によって継続される。それ以外の相続人は、組合員とはならない。

（2）死亡組合員の持分は、相続分又は被相続人の指定によって、複数の相続人間で分割される。

（3）組合員が組合員となりうる相続人を残さずに死亡した場合は、組合は他の組合員によって継続される。以上の場合には、死亡組合員の相続人は補償を受けない。但し、以上の場合に、死亡組合員の配偶者は、上記の不動産に関して、死亡組合員の持分割合に応じた負担を伴って、割合的な生涯役権を取得する。配偶者が再婚した場合は、役権は消滅する。

第一四条　書式

以上の契約の変更又は補充は、書面による必要がある。書面の要請を放棄する場合も、同様である。以上の場合以外の法定の方式は、以上の規定の影響を受けない。

第一五条　最終規定

（1）以上の契約上の規定の一部が無効であっても、他の規定は有効とする。

（2）無効な規定は、無効とされた規定の目的を最大限満足させ得る規定によって代替できる。

（3）組合員は相互に、信義則により、組合の利益が要請し、かつ、組合員の予見しうる内容の、組合契約の変更、補充の義務を負う。

本契約の定めは、以上とする。署名

（18）以上に関しては、例えば、Hans-Armin Weirich, Erben und Vererben, 4.Aufl., Neue Wirtschafts-Briefe, 1998, Rn.932, Rn.1215 などを参照。但し、（限定された）後継者条項について簡単に説明しておくと、以下の通りである。ドイツでは、組合、人的会社の割合が比較的多い。ところが、人的会社は無限責任社員の死亡と共に清算される。そこで、まず継続条項（Fortsetzungsklauseln）を会社契約に入れて、他の社員により事業が継続されるか、死亡した社員の相続人によって社員の地位が相続されるよう措置を講じる。その上で、（ア）第三者に会社に加入する権利を与える条項（Eintrittsklauseln）をおく。但し、その条項は、第三者のためにする契約だから、第三者の受諾の意思表示が必要である。（イ）普通に行われるのは、後継者条項、しかも、限定された後継者条項（qualifizierte Nachfolgeklauseln）を会社契約におくことである。その結果は、後継者とされた者が、無限責任社員と同様の割合で会社の持分を取得し、共同相続人間の相続割合は遺産分割でだけ意味を持つことになる。つまり、結果的には、社員の地位を包括相続から脱落させ、特定相続（Sondererbfolge）に服させる措置である。

以下に、合資会社（Kommanditgesellschaft）の特定後継者条項を訳出しておく。出所は、Martin Heidenhain, Buckhardt W. Meister (Hrsg.), Münchener Vertragshandbuch, Bd. I. Gsellschaftsrecht, S.235f., (Bodo Riegger).

第一四条（社員の死亡）

（1）社員の一人の死亡によって会社は解散することなく、社員の社員権割合を考慮して、後継者たり得る相続人、又は、

受遺者、又は、以上の者が存在しない場合は、他の社員によって継続される。死亡した社員の相続人から受遺者への会社の社員権の譲渡には、本契約一三条の要求する他の社員の同意を必要としない。

（2）後継者たり得るのは、他の社員、又は、社員の子孫に限る。無限責任を負う社員の社員権の後継者は、本条三項で異なった定めのない限りは、有限責任社員となる。

（3）死亡まで無限責任社員であった者は、死因処分によって、自己の社員権の後継者を無限責任社員とする権利を持つ。但し、その者が満二八歳以上で、業務執行に必要な教育と資質を持つ場合に限る。

（4）従来は社員でなかった、複数の相続人又は受遺者が有限責任社員となった場合は、以上の者は共通の代理人によってだけ、議決権を行使できる。但し、会社契約の変更又は補充に関する決議については、この限りではない。共通の代理人たり得るのは、社員又は法律、経済、税務の職業に就く法定の守秘義務を負う者に限られる。有限責任社員の団体は、単純多数決によって、特に、共通の代理人の選任、解任の決定、及び、代理人への指図の決定を行う。本契約八条四項から六項の規定が、準用される。共通の代理人が任命されない限り、共通の代理人によって行われるべき事項に関しては、有限責任社員の議決権は休止する。

（19）前掲、注（5）Langenfeld, aaO., S.2603.

（20）例えば、前掲、注（9）Edenhofer, aaO., Rn.11ff. を参照。

（21）先位・後位相続に関しては、とりあえず、前掲注（7）藤原、一九六頁以下を参照。さらに、ドイツ相続法研究会（代表）佐藤義彦「遺言（五）（六）（七）（八）―ドイツ相続法注解2―」民商一〇四巻三号四一七頁以下、一〇四巻四号五三六頁以下、一〇四巻五号六三八頁以下、一〇四巻六号八二五頁以下に詳細な解説と検討がある。

（22）共同遺言、ベルリン式遺言に関しても、とりあえず、前掲、注（7）藤原二〇五頁以下を参照。

（23）前掲、注（5）Langenfeld, aaO., S.2604.

（24）以上のベルリン式遺言と遺言条項については、前掲、注（1）Ebenroth, Rn.234, Rn.490ff. を参照。さらに、ヤストロフ条項の実効性に関しては、Jörg Mayer, "Ja zu, Jastrow, ? - Pflichtteilsklauseln auf dem Prüfstand", ZEV 1995, S.136ff. が詳細である。以下に、ベルリン式遺言、遺留分条項、ヤストロフ条項を訳出しておく。出所は、Ottmar Dittmann, Wolfgang Reimann, Manfred Bengel, Testament und Erbvertrag (Kommentar), 2.Aufl., Schweitzer, 1986, S.681f.

（相互的な相続人指定）

我々は相互に他方を単独相続人に指定する。生存配偶者の死亡後に関しては、現在のところは定めを置かない。

（変更権を留保した上での終わりの相続人への子の指定）

我々の内の生存配偶者が死亡した後の終わりの相続人、及び、我々の双方が同時に死亡した場合の相続人は、法定相続に従った、法定相続の順序での、我々の共通の子孫とする。

終わりの相続人は、先に死亡した配偶者の補充相続人とする。

但し、生存配偶者は、共通の子孫を選択する限りは、終わりの相続人の指定を単独で変更又は補充する権利を有する。他の表現を与えるなら、生存配偶者は、子孫の間の相続分を変更し、共通の子孫に遺贈を与え、他の子孫を遺留分に制限し、その要件が具備されたときは、遺留分を剥奪できる。但し、生存配偶者は、子孫以外の者に対する死因処分を行うことはできない。

終わりの相続人の指定は、相続契約によって行うこともできる。

（遺留分条項）

我々の一方が死亡した際に、子の一人、ないしは、その子孫が、遺留分を主張した場合は、子、ないしは、その子孫は、我々の第二の死亡の際も、遺留分だけを受ける。

（ヤストロフ条項）

我々の一方が死亡した際に、子の一人、ないしは、その子孫が、遺留分を主張した場合は、以下の規定が適用される。

遺留分を主張しなかった子孫は、第一の相続で法定相続分相当額の、但し、履行期は第二の相続開始時とされた、遺贈を与えられる。第一の相続で遺留分を主張した子孫は、我々の内の後の死亡者の相続においても、相続から排除される。

(25) BGHZ 111,36. さらに、前掲、注（4）Schiemann, aaO., S.207 を参照。以上は最も有効と考えられている障害者遺言の例だが、例えば、ライナー・フランクによると、障害者遺言の方法には、三つの可能性がある。（ア）遺留分をわずかに越える相続分を障害者に与える。（イ）障害者の相続分に関して、継続的遺言執行者を指定する。そうすると、障害者もその後見人も障害者の財産を処分できない。遺産への社会扶助主体からの求償も排除される。社会扶助の猶予財産（Schonvermögen）となる支出（小遣、誕生日のお祝い、休暇の旅行費など）は、遺言執行者から障害者に与えられる。この場合は、障

害者は相続を放棄して遺留分を主張できるが（§2306 I S.2 BGB）、遺留分は社会扶助主体の求償の対象となるだけだから、実際は遺留分は主張しない。（ウ）本文に紹介した、障害者を先位相続人とし、遺言執行者を付ける方法がある。したがって、（ア）では、障害者の相続した財産への求償は排除できず、（イ）では、障害者の死亡後は求償が生じる。したがって、（ウ）の方法だけが、社会扶助主体からの求償を回避して、公共の負担で家族内に財産を維持するという目的が達成される。したがって、特に遺産の額が大きい場合は、障害者の死後に求償が行われるべきだという学説もある。しかし、多数の学説は、（ウ）を良俗違反だとは解していない。理由は、先位・後位相続は、遺産を長期に渡って家族内に保存する正当な措置。障害者が相続するはずだった財産にまで求償を実現させようという社会の一般的な意識も存在しないからである。但し、社会扶助の補充性（Subsidiarität）からは、問題がないわけではない。しかし、社会扶助の補充性は、第三者が社会扶助受給者に対して扶養義務を負っている場合、あるいは、社会扶助受給者が求償可能な財産を自ら処分した場合の原則だから、抵触しないと考えるからである。Rainer Frank, Erbrecht, 2.Aufl., Beck, 2003, §3. Rn.14ff.

(26) 以上の問題に関しては、Dirk Zeranski, Der Rückforderungsanspruch des verarmten Schenkers, Duncker & Humblot, 1998 が詳細な検討を行っている。

三．第四九回ドイツ法曹大会（一九七二年）と、その前後の議論

1．議論の発端

（1）非嫡出子の相続権の承認と配偶者相続権の見直し

第一次世界大戦中の戦費調達を目的とする国家相続権のための相続法の改正論議、および、ナチ期の遺留分の改正論議を除けば、その改正が議論されることのなかった、法定相続・遺留分に関する改正の議論が、民法典の制定以来初めて持ち上がったきっかけは、配偶者相続権の改正であり、かつ、配偶者相続権の改正をもたらしたのは、非嫡出子の相

続権の承認である。すなわち、一九六九年に非嫡出子法（Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder—NEG）により、従来は相続権のなかった非嫡出子に相続分相当額の金銭賠償に限ってではあるが、嫡出子と同様の相続権が認められた。[2] その際の副産物として、例えば、被相続人と生活を共にしない非嫡出子と、生活を共にして被相続人の財産形成に協力した嫡出子との相続の実質的な平等を図るために、寄与分の規定（§2057 a BGB）が民法典に導入された。さらに、同様の理由、および、突然に非嫡出子から相続権を主張される配偶者の期待（驚愕）を考慮して、配偶者の相続権も引き上げられることとなった。なぜなら、第一順位の相続人である子と共同相続するときは、配偶者の法定相続分は四分の一だからである。もっとも、剰余共有制の場合は、四分の一の相続分プラス剰余清算の請求の可能性の他に、剰余清算に代わって四分の一だけ相続権を増額するという選択肢がある。[3] ところが、（剰余共有制での）剰余の清算も、（共有制での）共有持分の清算もできない別産制では、非嫡出子の相続分よりも配偶者が少なくなるという、配偶者にとって過酷な事態が生じる可能性がある。特に、念頭におかれたのが、（剰余共有制では、営業を行っている配偶者の債権者からの夫婦の財産への執行の危険があるから、）しばしば別産制が合意されている、家業経営を行っている夫婦のケースであった。そこで、せめて配偶者の相続分を子の相続分以上にすべきであると考えられた。それゆえ、夫婦別産制での配偶者の相続分は、子が一人又は二人の場合は、子と等しくなると法改正が行われた（§1931 IV BGB）。[4] ところが、その結果、夫婦別産制をとる方が、却って、剰余共有制を取るよりも相続に関して有利になる可能性がでてくる。例えば、子が一人の場合、別産制での配偶者の相続分は、二分の一となり、剰余共有制では、法定相続分が四分の一、剰余清算に代わる相続分が四分の一で、合計二分の一となるが、別産制では、初めから自己の財産は別産として区別されているからである（もっとも、子が二人の場合は、配偶者の相続分は三分の一、子が三人以上なら、四分の一であるが）。[5]

そこで、以上のような不均衡を是正するために、一九六九年五月一四日の連邦議会で、非嫡出子法の制定を議決する際に、「次回の会期に民法典の相続法、特に、配偶者と子の相続権の改正を提出する。その際に、本日決議した法律に含まれる相続法上の規定も併わせて再検討されるべきであろう」という決議が行われた。[6] もちろん、夫婦財産制による相続分の不均衡だけが問題ではなく、一九世紀に起草された民法典が前提とする農業社会から産業社会への移行、それに伴った血族相続（Verwandtenerbrecht）[7] の見直しなども、改正論議の背景であることは間違いはないのだが。[8] しかし、結局のところ、議会で法改正が取り上げられることはなかった。但し、以上の決議を契機として、法定相続・遺留分のあり方について、さまざまな議論が引き起こされた。

（2）法定相続と遺留分の法改正の提案

以上のような連邦議会の決議を受けて、一九七二年にはドイツ法曹大会が法定相続と遺留分の改正をテーマとして取り上げている。しかし、法曹大会に先立って、かつ、大会での議論を意識して、幾つかの提案が行われている。以下では、まず、そういった改正提案を見ておくこととしよう。

①シュテッカー（Stöcker）の提案

連邦政府の上級行政官（Regierungsdirektor）のシュテッカーは、法定相続と遺留分に関する幾つかの論文により、具体的な法改正の提案を行っている。

シュテッカーの主張の骨子は、相続は私法上の制度であり、そこに社会政策的な考慮を直接に持ち込むのは適当ではない。私人の財産承継という観点から見るなら、家業・家産の承継から、生活共同体の継続へと、相続の目的は変わってきている。共通の子が家庭を去っても、婚姻は継続するから、婚姻関係が共同生活の中心である。したがって、生活共同体としての婚姻の完全性が、一方の配偶者の死亡後も保障される必要がある。生前には夫婦はお互いを代表したよ

うに、死後も生存配偶者は他方の地位に取って代わらねばならない。それによって始めて、一方配偶者の死亡後も、婚姻の完全性が損なわれないで継続することになる。事実として、夫婦を相互に単独相続人と指定するベルリン式遺言の慣行が、この理を表現しているというのである。(9)

そこから帰結されるのは、第一順位の相続人とされる配偶者の単独相続権と、相続人となりうる血族の範囲の制限である。但し、子の相続の利益のために、夫婦の共通の子とそれ以外（前妻の子、非嫡出子）では、その局面は異なるが、子には相続代償請求権（Erbersatzanspruch）が与えられることとなる。相続代償請求権とは、一九六九年の法改正で相続権自体は承認された後にも、嫡出子とは異なり遺産分割に参加できなかった非嫡出子に与えられた、法定相続分に代わる金銭請求である（但し、現在では非嫡出子の相続権は嫡出子と同様とされ、相続代償請求権は廃止されている。(10)）。具体的には、夫婦の共通の子の場合は、相続時には相続代償請求権は与えられない。なぜなら、子が未成年の場合は、生存配偶者に対して扶養請求権を持ち、成年子でも教育扶養の請求が可能だからである。さらに、生存配偶者を相続するのは、共通の子だからである。但し、生存配偶者が再婚した場合には、相続代償請求権が子に帰属する。なぜなら、再婚によって（前）婚姻の完全性が損なわれ、かつ、死亡配偶者に由来する相続財産が血統を異にする家系に承継されることになるからである。生存配偶者が親権・遺留分を剥奪される事由がある場合も同様である。このような配偶者には、単独相続人となる、つまり、完全性をもって婚姻を継続する資格はないからである。他方で、子が夫婦の共通の子ではない場合には、一定の猶予期間が与えられる場合は別として、生存配偶者の相続人でない子には、相続時に相続代償請求権が発生する。相続代償請求権の範囲は遺産の全額だが、婚姻期間に応じて生存配偶者には一定部分の遺産が帰属する。但し、婚姻期間が短い場合は、一〇分の一、ないしは、二〇分の一である。

シュテッカーは、以上の提案を、現行法との対比で、例えば、被相続人が若年の配偶者と再婚した場合、現行法では、

剰余共有制では、配偶者の法定相続では二分の一が、被相続人が遺言で配偶者を単独相続人とすれば、子が遺留分を主張しても、再婚した若い配偶者に遺産の四分の三が帰属するのに対して、この提案では、法定相続分は前述の通り僅少、遺言があっても、二分の一に止まる点で、優れているとしている。[11] さらに、付言すると、シュテッカーは、配偶者相続権の強化を、世論調査の結果によって補強している。[12]

②フィルシング（Firsching）の提案

家産の承継から、単なる個人の財産承継へと変化した、現在の相続制度の機能からは、遺留分の範囲内では、被相続人の遺言自由が最大限優先されるべきだというのがフィルシングの基本的な立場である。したがって、法定相続でも、被相続人の意思の推定が基準とされるべきだと、フィルシングは結論する。その上で、フィルシングは比較法的な概観を行った上で、特に英米法の傾向が以上の観察と合致すると指摘する。以上を基礎として、フィルシングは、相続人の範囲の限定、生存配偶者の相続権の強化、遺留分の三つについてコメントしている。

すなわち、相続人の範囲を限定しようというのは、時代の声である。しかし、被相続人の推定的意思からは（遠い血族を相続人から除いた結果、相続財産が帰属することになる）国家相続権は容易には基礎付けられない。確かに、社会保障を通じての国家の私人の生活保障への関与は大きいが、仮に、法定相続人を第三順位以内の血族に限定しても、国家に帰属する相続財産は極めて少ない。したがって、今回の改正の重点とはならないというのが、フィルシングの見解である。

他方で、連邦議会の呼びかけにも見られるように、配偶者相続権の強化は焦眉の課題であるとフィルシングは考える。それゆえ、フィルシングは、二種類の具体的な立法提案を行っている。第一の提案では、生存配偶者は先位相続人に、子は後位相続人となる。後位相続が開始するのは、生存配偶者が再婚、又は、死亡した時である。再婚の場合は、生存

配偶者は遺産の半分を、子は残余を相続する。未成年の子は、後位相続の前にも相続財産から控除される扶養請求権を行使できる。被相続人の子が存在しない場合は、被相続人の両親は、相続財産の範囲内に限って生存配偶者に対する扶養請求権を持つ。第二の立法提案では、イギリス法、アメリカ法の統一検認法に倣って、生存配偶者は、遺産が僅少か中規模の場合は、遺産の大部分を相続し、残余を子が相続する。未成年子が共通の子ではない場合は、以上のルールを若干モディファイして、相続に代わる扶養請求権を持つことになる。

遺留分に関しては、フィルシングは、現行法と同様に金銭請求に止めるべきだとだけ指摘した上で、配偶者相続権に新たなルールを与えた上で、再考すべきであるとしている。(13)

③キューネ（Kühne）の提案

キューネは、比較法的に見て配偶者相続権は強化の方向に向かっているが、過去のドイツでの法改正の提案（例えば、一九三五年から一九四一年のドイツアカデミーの提案）は、（例えば、配偶者の再婚による）他の家系への家産の流失を防止するために、配偶者に対して子の相続権を優先するものだったと指摘する。その上で、大家族から小家族への移行、かつてと異なって、相続時には子は独自の経済生活を築き上げていることを理由に、シュテッカーの提案を支持している。さらに、相続利益の補償として子に与えられる相続代償請求権は、その内容と時期の柔軟性という利点があり、かつ、非嫡出子と嫡出子の平等にもつながり、妥当であると評している。(14)

以上の非嫡出子の相続権の承認を契機として始まった、法定相続の見直しの方向性を要約すると、次のようにまとめることができよう。つまり、農家相続・企業承継などの家産承継が問題となる場合以外では、家産・血統よりも家族の共同生活が相続において重要な意味を認められるようになってきた。この理を顕在化させる契機となったのが、婚姻による共同生活を共にしない非嫡出子の相続権の承認であった。共同生活の継続という見地からは、非嫡出子に対して、

配偶者相続権は優先されるべきだからである。さらに、副次的には、広い範囲での血族相続も当然に見直されることになる。しかも、それはかつて二〇世紀初頭に企てられた国家財政の赤字の補充という目的とは別にである。加えて、子の相続年齢が上昇したことが、ますます配偶者相続権の強化を説得力あらしめている。かつ、事実として、（配偶者間の出捐は、主に一九八〇年代に判例で問題となっているが）ベルリン式遺言は相当に普及し、先取りした相続も注目を引く形で行われていたようである。以上のような背景の下で、一九七二年に第四九回ドイツ法曹大会が開催されることになった。

2．第四九回ドイツ法曹大会での議論

先に述べたように、法曹大会で法定相続と遺留分が取り上げられたきっかけは、連邦議会の委託によるものだった。ところが、ところが、大会が開催された一九七二年九月一九日の時点では、夫婦財産制と法定相続の調整という課題の困難さゆえに、次回の会期に法改正が行われる現実的な見通しは全くなくなっていた。しかし、却って、課題の困難さゆえにこそ、法曹大会で議論される意味があると、開会に際して指摘されている。(15)

大会では、「法定相続と遺留分に新たな規律を与えるべきか（Empfehlt es sich, das gesetzliche Erbrecht und das Pflichtteilsrecht neu zu regeln ?）」というテーマで、コーイング（Coing）の鑑定意見とファシリデス（Facilides）とディエックマン（Dieckmann）の報告の後に、討論が行われている。但し、ファシリデスの報告は、コーイングを比較法的に補完し、法改正の際に考慮すべき観点を示す、補助的な性格を持っている。(16) 他方で、コーイングの鑑定は、ＢＧＢの立法時から現在に至るドイツの相続法の骨格を包括的に整理しており、非常に示唆に富んでいる。それゆえ、以下では、コーイングの鑑定を要約する形で詳細に紹介した上で、ディエックマンの報告を見た後に、討論の概要を整理することとしよう。

（1）コーイングの鑑定意見

①鑑定意見の方針

法定相続、および、遺留分の法改正を企てるには、三つのモメントが重要であると、コーイングはまず指摘している。すなわち、第一が、現行法が制定された際の基準となった事情と目的、さらに、立法時から現在までにどの様に事情が変化し、国民の間に相続に関する異なったイメージが形成されてきたかである。第二のモメントが、諸外国の動向、つまり、比較法的な見地である。第三に、法改正には、現行法の特に法技術的な視点が重要だというのである。その結果、鑑定意見は、以上の三つのモメントを検討する第一部と、具体的な法改正の可能性を探る第二部に分かたれている（A.II. 以下同様に、鑑定意見のページ数を引用する。[17] さらに、以下の小見出しの殆どは、筆者が要約のために付したタイトルである）。

②相続法の基礎（第一部）

（a）BGBの立法の基礎となった事情の変化

BGBの立法作業は、一八七四年から一八九六年の間に行われているが、当時は農業社会で、工業などの産業はようやく勃興期にあった。したがって、中小企業は存在はしたが、主要な財産とは土地のことであった。貯蓄の中心は、国債と貯金で、株式ではなかった。老後保障では、公的年金は重要な役割を果たさず、公的教育制度も十分ではなかった。その結果、相続は、後継世代への財産承継としてだけでなく、個人の自立と教育の基礎として重要な意味を持っていた。特に、平均寿命と相続年齢からは、相続は人生の出発点で大きな意味があった。

ところが、現在は産業社会となり、かつ、大土地所有は後退している。農地よりも、却って、自宅・自家用車・家具などの財産が、相続財産として意味を持っている。さらに、老後保障では、公的年金の比重が増大している。公教育が

発展し、親の社会状況よりも個人の能力が重要となっている。その結果は、人的資源の重要性が増大したことである。平均寿命も延びて、相続年齢も大体四〇歳代に至っている。

ただし、そうはいっても、後継世代への財産の引渡として、やはり相続は重要な意味を持っている。具体的には、預金・生命保険・有価証券・家屋（持ち家率は、四四・三パーセント）などの財産である。ヴィルゲロット（Willgerodt）によると、相続財産の平均額は一七・八〇〇マルクに及び、決して少ない額ではない。しかも、相続の社会的意味は、従前よりは減少しているとはいっても、やはり重要な意味を持っている。例えば、生命保険金の給付や同居人や配偶者などへの賃貸借の特定相続（§569 a BGB）を見ても、その理が確認できる。しかも、遺言が必ず行われるわけではないから、法定相続にはやはり重要な意味がある（A.12－A.17）。

（b）ＢＧＢの立法者の相続のイメージ

ＢＧＢの立法時に、私的所有と相続の私性に関して争いがなかったわけではない。自由主義経済の楽観的世界観は、フランスの社会主義とマルクスによって動揺させられていた。相続法の編纂者のフォン・シュミット（von. Schmitt）も、以上の批判とやり合っている。起草者は私的所有と私的相続が社会の基礎だと考えていたが、少数者への財産集中の危険、土地財産の集中と長期の拘束の危険といった相続の社会問題性も意識していた。

加えて、相続法が政治的意味を持っていることも、ＢＧＢの起草者は十分に自覚していた。つまり、ヨーロッパの貴族制は、限嗣相続（Fideikommiße）、レーン財産（Lehnsgüter）、家産（Stammgüter）といった相続法上の特別な制度にも基礎を持っていたことである。以上のような制度を、フランス革命は廃止したが、ドイツは妥協し、限嗣相続などを相続法から外して、ラント法に委ねた。かつ、以上の態度は、ドイツの分裂した法の統一を目指しはしたが、改革を行おうとはしなかった、ＢＧＢの立法者の態度と符節が合っている。ただ、従来の法が法統一と矛盾する限りで、両者の

一貫性が考え抜かれており、そこに現在につながる相続法の法原則を見て取ることができる（A.17－A.19）。

（c）現行法につながる相続法の指導原理

BGBの相続に関する大原則は、血族相続だった。しかし、どの範囲の血族までが相続権を持ち、かつ、それをどう根拠づけるのかは判然とせず、幾つかの視点で揺れ動いていた。但し、その中心となったのは、共同帰属の意識と血のつながりであった。法定相続では、血のつながりが決定的だが、遺留分では共同帰属の意識が重視された。

血族相続では、家政・経済共同体としての家族が、まだある程度は意味を持っていた。例えば、配偶者相続権を強化しようとするギールケの批判に対しては、経済発展に反すると反論された。しかし、血族相続の範囲内では、子の平等待遇が指導原理であり、配偶者相続権に関しても、純粋の家産相続は退けられ、配偶者には役権ではなく、完全な相続権と遺留分が与えられた。

遺留分での起草者のイメージは、遺留分を持つのは共同生活を共にする者であり、親子・配偶者に権利者を制限した。さらに、遺留分の効果として遺産自体の返還を許すフランス式ではなく、金銭賠償に限るローマ方式に従ったが、これは家族はもはや経済共同体ではないという見解と一致している。

相続の社会的な機能に関しては、起草者は経済的観点から、長期の遺産の拘束には反対した。配偶者に対する役権の付与も、同様の理由で退けられた。特定相続を排除したのも、同様の根拠による。したがって、単子相続・限嗣相続は消えゆく制度と考え、ラント法に委ねた。他方で、その必要が現在では説かれている企業承継には、起草者は注意を払っていなかった。さらに、遺産の分割には好意的で、却って、富の集中が危険だと考えていた。したがって、子の相続の平等と遺留分の拡張が帰結され、かつ、子の相続は自立と教育の基礎だと考えていた（A.19－A.21）。

（d）現状の評価

相続の現状に関する、確実な経験的調査は欠如している。したがって、確実なことは言えないが、一応以下のように考えることができる。今日でも、私的相続の是非に関して、議論がないわけではない。しかし、国民の多くは、私有財産制と相続の私性を支持している。さらに、相続の基礎として、血族としての家族よりも、友愛団体、つまり、夫婦・親子の小家族に意味があると考えている。アメリカ・カナダの社会学の成果からは、核家族以外の親族間の結合には大きな意味があるとされているが、ドイツでも同様か否かは、よく分からない。但し、ドイツでも、少なくとも祖父母と核家族との間には、一定の連帯が見て取れる。以上の事情は、相続に関しても見逃せない事実であり、法定相続の大きな改正は疑問である。

以上に鑑みると、BGBの起草者のイメージより、その妥当範囲は狭くなっていても、やはり今日でも家族は相続の基礎となっている。したがって、若い世代への財産承継としての子の相続の平等、および、配偶者相続権の強化という、BGBの立法以来の方針は今日でも妥当している。さらに、遺留分に関しても、BGBの起草者の方針は正しい。但し、例えば、限嗣相続がワイマール期に廃止されたように、当時の問題が古くなっている点もあるが、反対に、企業承継に関しては特定相続を考えてみる必要もある（A.21－A.25）。

③他国の状況

外国法の動向に関しては、コーイングは、特に近年の法改正に注目している。その上で、相続人の範囲に関しては、国によって広狭がある。しかし、相続人の範囲を狭くするなら、扶養義務が相続権の欠如を補完している。夫婦財産制にもヴァリエーションがあるが、配偶者相続権を強化する方向にある。以上の法制度と、遺留分も連動していると指摘している（A.25－A.32）。

④現行法の総括

（a）ＢＧＢの草案全体が批判されていた時期にも、相続法の草案は、その基本的な原理・法技術が歓迎されていた。例外が、相続法上の効果を伴った生前処分に関する法制度である。しかし、以上の問題は、鑑定意見の範囲を超えてしまう。したがって、可能な範囲でコメントすると、

（b）ＢＧＢの起草者は、夫婦財産制と相続をハッキリと分離した。ところが、男女同権法（一九五七年）により、剰余共有制がとられ、かつ、（剰余共有制下の配偶者の法定相続で、剰余の多寡に関わらず、四分の一だけ法定相続分を加えるという）相続法的解決（§1371 I BGB）が導入された。さらに、相続した配偶者に、自分とは血族関係にない死亡配偶者の子に対する教育扶養を、相続法的解決によって相続した四分の一の相続分から履行するよう、§1371 IV BGB は規定している。しかし、以上のような親族法と相続法の混合の妥当性は疑問である。

（c）ＢＧＢは、その法技術的な難点ゆえに、特定相続を厳しく拒絶し、包括相続原則を採用した。しかし、人的会社の相続では、会社法と相続法の準則が調整されておらず、問題が生じており、この分野で特定相続（Sondererbfolge）を真剣に考えてみるべきである。

（d）ＢＧＢの法定相続は、家業協力した共同相続人の相続分には配慮しなかった。その結果、連邦通常裁判所は黙示の相続契約という法律構成を考え出したが、一般には支持されていない。さらに、寄与分（§2057 a BGB）の制度が導入されたが、これが外国法に見るように、相続と遺留分の個人化につながるのか否かも検討されるべきである。

（e）遺留分はＢＧＢの立法過程から、一方で制度自体に対して、他方で、遺留分が金銭請求にすぎない点で、しばしば根本的な批判にさらされてきた。以上の批判が今日でも妥当するかが、検討されるべきであろう。加えて、ＢＧＢの遺留分に対しては、法技術的な批判がある。例えば、遺産の計算の際に、特に現在のインフレを考慮するか、また、遺留分権利者の報告請求権、遺贈などを受けた遺留分権利者の法的地位に関しても同様であり、改正の機会に検討してみ

るべきであろう（A.33－A.34）。

（1）相続人の範囲を狭めて、国家相続権を拡張しようという、一九〇八年と一九一三年の、議会によって退けられた相続法の改正に関しては、例えば、Gustav Boehmer, Staudinger-Komm, Einl. vor §1922, §7 Rn. 5-24 を参照。ナチ期の遺留分に関する議論、特に、ベーマーの所説に関しては、前掲、一・注（2）五十嵐、法協六九巻三号六九頁以下を参照。

（2）以上の非嫡出子法の立法に関しては、佐藤義彦「西ドイツ非嫡出子法の改正について－政府草案の発表を契機として－（一）（二）」同法二〇巻一号五〇頁以下、二〇巻三号六九頁以下（一九六八年～一九六九年）、山口純夫「西ドイツ非嫡出子相続法」甲法一二巻三・四号一七九頁以下を参照。

（3）剰余共有制の場合には、法定相続分が四分の一（§1931 I BGB）、さらに、相続の際は、剰余の清算の代わりに追加的相続分四分の一（§1371 I BGB）を加えて、合計二分の一となる（いわゆる「相続法的解決」）。さらに、相続を放棄して、剰余清算と割り増しされない法定相続分を基準とする遺留分（小遺留分）を主張することもできる（§1931 II BGB）。共有制では、一般的な共有の解消の規定による（§1482 BGB）。ところが、別産制では、第一順位の相続人の子の相続とでは、配偶者の法定相続分四分の一に過ぎないからである。

（4）始めに提出された政府案は、単純に非嫡出子にも嫡出子と同様の相続権を与える内容だった。ところが、審議の過程で、相続は単に血縁によるのではなく、家族としての帰属意識、遺産形成への寄与が重要であるという異議が出され、まず、同居・家業協力を行った嫡出子を想定して、寄与分（§2057 a BGB）が規定された。更に、同様に、配偶者に関しても、以上の子の寄与分とのバランスから、相続分を増加させる提案が受け入れられた。Verhandlungen des Deutschen Bundestages, Drücksache V / 4179, S.5f. を参照。さらに、以上の経緯について、Felix Odersky, Nichtehelichen-Gesetz, Handkommentar, 3. Aufl., Gieseking, 1973, S.455ff. 及び、前掲、注（2）山口、一八一頁以下、一九五頁以下を参照。

（5）例えば、Hans A. Stöcker, Grenzen des Erbrechtsreform, WM 1970, S.774ff. を参照（但し、同論文の主要な論旨に関しては、後掲注（9）を参照）。以上の、§1931 IV BGB を批判するものは多数あるが、特に、S. Braga, Das Ehegattenerbrecht nach §1931 Abs.IV BGB, FamRZ 1972, S.105ff. を参照。ブラガは、同条に関して、議会での審議なしで唐突に提案された立法の経

緯、立法上の欠陥を包括的に検討している。例えば、夫婦別産制で、共通の子を持つ夫婦の、夫と妻に各々非嫡出子が一人ずついたとする。夫が先に死亡すれば、妻と嫡出子は二分の一ずつ相続し、非嫡出子は相続代償請求権を持つ。妻が先に死亡すれば、夫は、嫡出子と妻の非嫡出子と共に、三分の一ずつ相続する。その結果、妻の非嫡出子よりも、夫の嫡出子は不利な扱いを受け、さらに、夫は妻より相続上の地位が不利な点で不当だというのである。aaO., S.108 を参照。

(6) Verhandlungen des Deutschen Bundestages-5. Wahlperiode-Stenographische Berichte, S.13108, S.13025 を参照。全会派の一致した意見で、キリスト教民主党／キリスト教民主同盟の議員シュバルツハウプトの提案に基づく動議が決議されている。

(7) 血族相続（Verwandtenerbrecht）にいう血族とは、法定相続人たりうる「血族（Bluverwandten）」のことであり、かつ、例えば、親族扶養（Verwandtenunterhalt）という場合の親族も、ドイツ法では血族以外は扶養義務を負わないから、血族のことである。しかし、わが国では、親族扶養と言っても、血族扶養という言葉は使われない。そういった事情も考慮して、以下ではコンテクストによって、「親族」と「血族」という言葉を使い分けておく。

(8) 例えば、前掲、注（5）Stöcker, S.774 を参照。

(9) Hans A. Stöcker, Der Ausbau des Ehegattenerbrechts, FamRZ 1970, S.444ff., S.444ff. さらに、前掲、注（5）の論文を参照。同論文で、シュテッカーは、BGBの立法以来の法定相続の改正の試み、および、法定相続の批判の論拠（国家財政の改善のための改正、社会改革のための改正、家産の保護、青少年政策の道具など）を取り上げ、その一つ一つに反論している。その上で、一定範囲の血族への遺産分配秩序である私法上のルール以上の相続法の改正の試みは間違っていると結論づけている。

(10) 一九九八年から、一連の親子法関連の法改正と同時に、相続代償請求権を定めた、§§1934a BGB ff. の規定（同条によって、非嫡出子は、相続時には、法定相続分に代えて金銭請求を、さらに、二一歳以上で二七歳未満の非嫡出子は、相続に代えて事前の相続の清算を請求できた（Erbausgeleich））は、「相続権平等化法（ErbgleichG vom 16. 12. 97.）」によって削除された。以上の親子法の改正に関しては、岩志和一郎「ドイツの新親子法」『民事訴訟制度の一側面（内田武吉先生古稀祝賀）』（成文堂・一九九九年）一八九頁以下が詳しい紹介と検討を行っている。相続代償請求権の削除に関しては、同論文の二二八頁以下を参照。

(11) 前掲注（9）Stöcker, aaO., S.449ff. ちなみに、シュテッカーは、配偶者の単独相続は現行法に比して、（i）共同相続より

単独相続の方が、相続後の法取引にとっては、話が簡単。（ii）生活のスタートへの援助、後継世代への財産の承継は、相続の目的ではない。扶養と相続とは完全に切り離せる。（iii）血族相続という視点は後退し、血族相続の範囲をどこで区切るかという問題を考える必要がなくなる。（iv）夫婦財産制と相続とを切り離せる。（v）§1371 II BGB をめぐる問題、配偶者が相続人とされず、遺贈も受けなかった場合に、配偶者が剰余清算の主張を行わなければ、配偶者は（相続法的解決によって増額された、二分の一の相続分を基準とした）大遺留分を主張できるのか、（法定相続による）小遺留分に止まるのかという論争も回避できると、法政策的な優位性を主張している。aaO., S.449f.

(12) Hans A. Stöcker, Die Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge im Spiegel des mutmaßlichen Erblasserwillens, FamRZ 1971, S.609ff.

同論文で、シュテッカーが、自己の立論の基礎としている、連邦司法省の委託によるアンケート調査を、シュテッカーの紹介を通して、その大要を以下で紹介しておく。

1．アンケート調査の契機は、法定相続、特に、配偶者と子の相続分について見直すべきだという、一九六九年の連邦議会の議決であり、これを受けて連邦司法省が、相続に関する国民の意識調査を二回にわたって実施した（一九七〇年五月、一九七一年五月）。但し、調査は地域的に限られており、かつ、包括的な項目に関して行われたわけではない。しかし、信頼できる調査機関が実施し、かつ、調査対象も約二〇〇〇人で十分な数であるとされている。第一回の調査の内容は、夫婦に共通の子との関係での配偶者相続、遺言慣行、ベルリン式遺言の評価であり、第二回のそれは、配偶者相続と兄弟の相続権、さらに、（a）相続は親からの相続か、親等によって頭割りか、（b）両親と兄弟の相続の競合、（c）独立資金の請求権、（d）半血兄弟の相続権、（e）被相続人と近い関係にあった第三者の相続権、（f）遺留分の剥奪の事由の拡大である。但し、論文のタイトルにも見るとおり、「被相続人の推定的意思（mutmaßlicher Erblasserswille）」と関係のない項目を、シュテッカーは省いている。

2．法定相続の意味

（1）既に死因処分した者二〇％（遺言一六％、相続契約四％）

（2）死因処分した者の職業の内訳、（農業）労働者一〇％、ホワイトカラー・役人一五％、自営業三二％、農業三一％で、かつ、年金生活者の三九％は死因処分を行っている。

（3）未だ死因処分をしていない者の内、予定していると答えた者二一％、興味がある者一七％、関心がない者四二％

したがって、相続の三分の二は、法定相続だと考えられる。以上の解釈として、国民は死因処分を物怖じしているとは評価できる。しかし、アンケート調査の他の結果からは、死因処分しない者が、必ずしも法定相続による結果を望んでるとはいえないというのが、シュテッカーの評価である。

3．法定相続は被相続人の推定的意思か？

（1）法定相続は家産の維持のための制度（A）か、被相続人の推定的意思による近親への遺産の分配（B）か。Aと答えた者五七％、B三八％、棄権五％

（2）六五歳以上の回答者は、A四七％、B四八％

（3）農業従事者では、A七〇％、B二九％

以上の結果を、農家相続の場合でも、被相続人の推定的意思の妥当性が受け入れられていると、シュテッカーは解釈している。

4．配偶者相続権

（1）ベルリン式遺言を行ったか？行おうと考えるか？さらに、ベルリン式遺言の妥当性は？

既にベルリン式遺言を行った者一五％、ベルリン式遺言を考慮に入れている者二七％、およそベルリン式遺言は考えていない者五九％

ベルリン式遺言は妥当五九％、不当一〇％、興味がない者二二％、意見なし一八％

実際に死因処分を行った者が二〇パーセントだから、ベルリン式遺言の普及の程が分かる。ベルリン式遺言は考えていない者も、それ自体（すなわち、配偶者の単独相続権）には反対していないというのが、シュテッカーの観察と解釈である。

（2）被相続人はその妻と共通の複数の子を残した。寡婦と子は共同相続し、何時でも遺産分割を請求できるのが妥当か（A）、再婚しない限り、寡婦が単独相続して、寡婦から子が相続するのが妥当か（B）。

Aを支持した者三六％、Bを支持四八％、棄権一六％

以上の解答の内訳は、六五歳以上では、A五七％、B二八％。五〇歳以上六五歳未満では、A五七％、B三二％。義務教育修了者では、A五〇％、B三四％。男子は、A四八％、B三八％。女子は、A四七％、B三七％。三〇歳以上五〇歳

未満では、A四八％、B三八％。

配偶者単独相続に反対した者の内訳は、二一歳以上三〇歳未満の者の四二％（賛成四〇％）、中程度の教育を受けた者の四五％（賛成四二％）、高等教育を受けた者の四八％（賛成四二％）、一六歳以上一八歳未満の者四五％（賛成二七％）、一八歳以上二〇歳未満の者四三％（賛成二三％）

教育水準の高い者の意識は、平均的な国民意識と乖離している。年齢が上がり、婚姻関係に入ると、配偶者単独相続に賛成するようになると、シュテッカーは解説している。

（3）被相続人が死亡して、その妻と子（息子と娘）が二人残された。子は結婚して別居している。寡婦の居住する一家族用家屋は、相続財産の殆ど総てだが、法定相続の規定の可能性として以下の二つだけが考え得るとする。

（A）寡婦と子は、家屋を共同相続し、相続分は同等

（B）再婚しない限り、寡婦は単独相続し、子は寡婦を相続する。以上の何れが妥当か？

B（寡婦の単独相続権）を支持した者五五％（A支持は、四二％）で、その内訳は、女子の五七％（三九％）、男子五一％（四五％）、六五歳以上の者六三％（三三％）、五〇歳以上六五歳未満五九％（三八％）、三〇歳以上五〇歳未満五五％（四一％）、一一歳以上三〇歳未満四七％（四九％）、一八歳以上二一歳未満四二％（五二％）、一六歳以上一八歳未満四八％（四六％）

（4）被相続人は妻と、兄弟一人と姉妹一人を残した。兄弟姉妹とは、生前に被相続人は殆どコンタクトがなかった。遺産は、寡婦の居住している一家族用家屋である。以下のどちらが妥当か？

（A）寡婦は被相続人と最も近い関係にあるから、単独相続人となる。

（B）遺産の、例えば四分の一は、兄弟が相続する。なぜなら、被相続人の夫が稼いだものの総てが、他の家系に帰属するのは不当だからである。

Aに賛成六九％、Bに賛成二七％。

Aに賛成した者の内訳、若年層五四％（Bに賛成三七％）、高齢者七八％（Bに賛成一八％）

5．血族相続

（1）両親と祖父母

配偶者も子もいない若い男が、死亡した。遺産は、わずかな持ち物と二〇〇〇マルクの預金だけである。遺族は、両親と兄弟姉妹である。以下のどの結果が妥当か？

（A）両親が総て相続する。彼を育て上げたのは両親であり、被相続人に最も近い関係にあるから。

（B）両親と兄弟姉妹が同じ割合で相続する。なぜなら、現代の家族では、両親も兄弟も関係の近さは普通同じ程度だからである。

（C）兄弟姉妹だけが相続する。なぜなら、相続は被相続人と同じ世代のためのものだから。

A四四％、B四五％、C六％、棄権五％。年齢が高くなれば、Aを、若年になればなるほどBを支持の傾向。

（2）傍系血族

男が死亡し、生存している二人の係累は全血兄弟と半血兄弟だけである。相続の可能性として以下の三つが考えられる。

（A）全血兄弟だけが相続する。半血兄弟は完全な血族ではないから。

（B）全血兄弟も半血兄弟も、平等に相続する。両者に血族としての、親疎はないから。

（C）半血兄弟の相続分は、全血兄弟の半分（つまり、遺産の三分の一）。なぜなら、半血兄弟とは半分の血族だから。

Aを支持した者一一％、B五三％、C二七％。その内訳は、年齢が上がれば、Bの支持者が減少する。半血兄弟の相続分が半分という現行法は国民に支持されておらず、小家族内の人間的関係が重要だというのが、シュテッカーの解釈である。

（3）直系卑族

男が死亡したが、妻も子も既に死亡しており、係累は六人の孫だけである。孫の内で、五人は娘の子、一人は息子の子である。相続の可能性は二つである。

（A）息子の孫が半分を、他の五人の孫が半分を相続する。なぜなら、息子と娘が生存していれば、それぞれ半分を相続し、息子の子は半分を、娘の子は、半分を五人で共同相続するはずだったから。

（B）孫は平等に相続する。なぜなら、孫と祖父との血族関係は全く同じであり、かつ、（A）のルールは子の多い家族に不利だから。

Aを支持する者二〇％、B七四％、棄権六％。職業、年齢、所得階層で大きな差はない。したがって、しばしば相続の

根拠として説かれる、家産の継承という考え方は、大農家の相続などを除いて、現在では説得力がないと、シュテッカーは指摘している。

6．相続への第三者の関与

ある男が、配偶者と別居して、長年愛人と生活を共にしていた。婚姻は破綻していたが、配偶者は経済的理由で離婚に同意しなかった。男は病に冒され、死に至るまで愛人の献身的介護を受けた。子および、その他の相続権者は存在しない。男の遺言は方式違背で無効だったため、配偶者が単独の相続人となった。その際に、どの様な規定をおくのが妥当と考えるか？

（A）愛人との長年の同居は良俗違反だから、配偶者が単独相続するのが良い。

（B）配偶者と愛人は、平等に共同相続するのが妥当。なぜなら、双方ともに、一方は法的に、他方は人間的関係で、被相続人に近い関係にあるから。

（C）配偶者は単独相続するが、愛人に介護の補償として四分の一の法定遺贈の義務を負うべき。

Aを支持三三％、B二八％、C三二％、棄権八％。その内訳は、男子は、A二八％、B又はC六五％。女子は、A三六％、B又はC五六％。年齢が高くなればなるほど、Aを支持する者が多い。

婚姻は空虚なものではなく、生き生きとした幸福を目指す共同体であるというイメージが確認されると、シュテッカーはコメントしている。

7．被相続人の意思の限界

以上に加えて、シュテッカーは、遺留分に関して次のように論じている。例えば、BGBの立法者のように遺留分を財産の独占を防ぐための制度だと考えるなら、被相続人の意思は無視できる。しかし、個人の権利を離れて、私法上の制度である相続の説明はできないし、かつ、相続法を個人の利益を越えた社会的目的のために利用するのは妥当ではない。したがって、遺留分は遺言自由と家族の結合の妥協と考えるべきである。現在的な視点からは、家族の結合とは、婚姻関係を結び、家庭を築いた被相続人の意思による自己拘束であり、矛盾する行為は許されないという法原則の一環である。したがって、例えば、大家族の遺産である両親の遺留分は、以上の観点から法改正に際しては再考されてもよい。

8．以上の他に、フランス法での遺言の少なさを紹介し、最後に一層の調査を要請しているのが、以上のシュテッカー

の論文である。さらに、シュテッカーの法曹大会後の論文については、後掲注（28）を参照。

（13）Karl Firsching, Zur Reform des deuschen Erbrechts, JZ 1972, S.609ff.

（14）Gunther Kühne, Zur Reform des gesetzlichen Erb-und Pflichteilsrechts, JR 1972, S.221ff.

（15）Verhandlungen des neunundvierzigsten deutschen Juristentages, Bd. II, (Sitzungsbericht), Beck, 1972, K7. 以下では、Sitzungsbericht で引用する。なぜ連邦議会の決議にも関わらず配偶者相続権の強化を課題とする法改正が実現に至らなかったのかは、ドイツ公証人大会での、Walter Roland, DNotZ, 1989, Sonderheft, S.144ff. の発言が的確な指摘を行っている。すなわち、子の数の減少は配偶者相続権の強化を支持する。しかし、それだけでは、どの程度の配偶者の遺産への関与が妥当かは分からない。生存配偶者は社会保障、子に対する扶養請求などで生活が保障されている。したがって、遺産への関与が絶対に必要だとはいえない。確かに、子の相続年齢は上昇している。しかし、子は自分の子の教育扶養の負担を負っている。配偶者相続権の強化は、この現象とは折り合わない。さらに、配偶者相続権の強化は婚姻の不安定とは両立しない。離婚の増加によって、複数の婚姻からの子が発生する。こういった後継世代への遺産承継の要請と、配偶者相続権は矛盾する。つまり、配偶者相続権の強化の論拠があれば、それに反対する論拠も十分に存在するからである。

（16）Fritz Reichert-Facilides, Rechtsvergleichende Überblick, in Verhandlungen des neunundvierzigsten deutschen Juristentages, Bd. I, (Gutachten), Beck, 1972, A.57ff. 以下では、Gutachten で引用する。ファシリデスの報告の基礎となっているのは、一九六九年九月二六日にレーゲンスブルグで開催された比較法学会での各国の相続法に関する報告である（Rheinstein / Knapp / Sundberg / Bromley / Rieg / Reichert-Facilides, Das Erbrecht von Familienangehörigen in positivrechtlichr und rechtspolitischer Sicht, Alfred Metzner, 1971 として、出版されている）。ファシリデスの報告を要約しておくと、以下のようになる。

血族相続の原則は各国共通で、仮に、私的相続が存在するなら、無遺言の場合に血族以外に相続人を観念することはできない。しかし、なぜ私的相続が正当化されるかという点では、実は確実な答えがない。社会主義国では、相続は労働に基づかない財貨取得のはずだが、血族相続が採用されている。但し、私的相続の根拠の説明は、家族相続の保護と被相続人の意思の推定とで分かれている（A.58－A.60）。

親等の遠い血族相続の制限に関しては、限界のない血族相続は、ドイツとアメリカ合衆国でとられているが、比較法的には特異である。さらに、遠い血族は「笑う相続人」であり、相続を正当化する実質的な関係が欠けている点では、国際

的な共通認識がある。しかし、どこで制限するかに関しては、基準がハッキリしない。比較法的には、様々だが、最も狭い範囲で制限するのが社会主義国である。血族相続の制限の基礎となる考え方は、かつての大家族の役割を、現在では公共が果たしているという理である。但し、国家相続を認めても、財政的にはさして国家財政に寄与するわけではない。だから制限の根拠は、理念的な考慮である。仮に、公共団体の相続を認めるなら、福祉・文化事業に向けられた財団に相続財産を帰属させる北欧法のアイデアが参考となる（A.60－A.62）。

配偶者相続権に関しては、配偶者の相続と子（子孫）の相続とは矛盾している。なぜなら、後者は、家産の後継世代への継承だが、前者は、配偶者が再婚した場合に、血統の違う家系への家産の流失の可能性があるからである。但し、配偶者相続の優先が最近の傾向で、その根拠は、剰余共有制に見られるような、夫婦の財産の両配偶者への共同帰属（男女平等）、あるいは、相続の扶養機能、高齢社会では配偶者の扶養が子のそれより必要性が高いという事情である。但し、現実の各国法は、両者の考慮の妥協の産物である。仮に、最大公約数を見つけるなら、配偶者には従前の生活保障、残余は子孫が相続するというものである（A.62－A.64）。

配偶者相続と血族相続の関係よりも、さらに複雑なのが、配偶者の相続上の地位の具体化である。各国法は、実に多様である。したがって、三点を指摘するに止める。第一は、具体的な配偶者の相続上の地位は、配偶者相続権と夫婦財産制を併せ見なければ実際の状況は分からない。第二が、社会保険、保険法などの相続財産以外の給付は、決してマージナルな問題ではなく、配偶者の相続上の地位の重要な要素である。第三が、生前処分などに関する相続を回避する予防法学上の措置を考慮すべきである。具体的には、遺留分のないアメリカ合衆国の法状況がその好個の具体例である（A.64－A.65）。

非嫡出子の地位の改善は、当今では最もよく議論された課題である。実際に、イギリス、スウェーデン、西ドイツが、法改正を行って、非嫡出子の相続権を承認した。但し、非嫡出子の相続権は、家族の保護と矛盾しており、かつ、その点をおいても、同様に近年の潮流である配偶者相続権の強化とも対立する。但し、非嫡出子と嫡出子の平等は、人道的、思想的理由で不可逆的に進行している（A.66）。

遺留分に関しては、各国法は様々である。但し、イギリス法は、遺留分ではなく裁判官による遺産分割によってだが、具体的な扶養の必要性を柔軟に審査している。他方で、ドイツ法は、相続人たる子が、健常者か障害者か、豊かか貧困かなどの具体的事情は、遺留分と全く関係しない。さらに、遺留分自体は認めても、北欧、社会主義国のように、扶養の必

要性を考慮して遺留分の内容を決している法秩序も存在する。但し、扶養の要請を遺留分に反映するか否かは、扶養の必要な者に保護を与えるのは、国家か私人かという考え方の対立に帰する。相続人の要扶養性を遺留分に反映させるという考え方は、ドイツ法には異質に映る。要扶養性を考慮することは、結局は、相続財産の分配を通じての、兄弟間の扶養義務に結びつくことになる。さらに、要扶養性を相続で考慮する方法には、様々な可能性が考え得る。例えば、法定遺贈を要扶養者に与えるなどの方法である。以上の問題を十分考え抜いてみることは、法改正に当たっては、不可欠の課題であろう（A.66―A.70）。

さらに、フランスの相続法上の制度である、農家相続のみならず、生産体である中小企業の単子への特定相続のルールは、参照に値する（A.70）。

以上のような比較法的な成果に立脚して、従来ドイツ法になかった問題視角を考慮の上で、改正作業が進められるべきだというのが、ファシリデスの主張である（A.71）。

(17) Hermut Coing, Empfehlt es sich, das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht neu zu regeln?, in Gutachten, A.11ff.

※本稿は、平成一三年度～平成一六年度文部科学省科学研究補助金（基盤研究（B）（2）研究代表者：松久三四彦）、平成一五年度～平成一七年度文部科学省科学研究補助金（基盤研究（C）（2）研究代表者：大塚龍児）、および、平成一六年度～平成一八年度文部科学省科学研究補助金（基盤研究（C）（2）研究代表者：藤原正則）の研究成果の一部である。