



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(4) : 高齢社会の下の遺留分の存在論
Author(s)	藤原, 正則; FUJIWARA, Masanori
Citation	北大法学論集, 55(6), 121-166
Issue Date	2005-03-18
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15333
Type	departmental bulletin paper
File Information	55(6)_p121-166.pdf



最近三〇年間の遺留分をめぐるドイツの法改正論議（四）

——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
- 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
- 四、一九八〇年代から、一九九〇年のDDRの統合までの議論

（2）（1）④まで、五五卷三号

五. 基本法と遺留分の関係を中心とする最近の改正論議

1. 最近一〇年間の変化

2. 基本権と遺留分に関する判例

3. 基本権と遺留分に関する学説

4. 遺留分に関する最近の法改正論議

(1) 従前からの改正提案と最近の改正提案

(2) シュルターの見解

(3) 連邦公証人会のフォーラム(二〇〇〇年)

(4) オツテの見解―遺留分の存在論―

5. 第六七回ドイツ法曹大会での議論

(1) はじめに

(2) マーティニーの鑑定意見

(1) 民事法上の家族連帯の意義、および、社会関係の変化(A.)

(2) 扶養法(B.)

(3) 血族相続と遺留分(C.)

(4) 結語とテーゼ

(3) ベンゲルの報告

(4) その他の鑑定意見と報告

(5) 討論の概要と決議

六. おわりに

(2. (1) ①まで、五五卷四号)

(以上、五五卷五号)

(以上、本号)

(3) 連邦公証人会のフォーラム(二〇〇〇年)

①ドイツの公証人会(Bundesnotarkammer)は、二〇〇〇年一月九日にベルリンで、相続法の法政策に関するフォーラム(Rechtspolitisches Forum Erbrecht)を開催している。そこでの報告と討論の対象は、遺留分と法定相続にまたがっており、ドイツでの最近の法改正提案の典型的な見解が明らかにされている。さらに、法定相続と遺留分は密接に関連し、かつ、後者は前者を基礎とした制度であるから、以下では両者を併せて紹介することとしたい。⁽⁴⁾

②法定相続と遺留分に関するヘンリッヒ(Dieter Henrich)の報告

(a) ヘンリッヒは、ヨーロッパ諸国との比較で、幾つかのトピックを選んで、ドイツの相続法と遺留分について検討を加えている(但し、以下では、論点を上げるに止まり、ヘンリッヒの紹介する各国の具体例は省略する)。

(b) まず、法定相続に関しては、以下の点が検討されている。(ア) 血族相続の課題とは、血族はどの範囲で相続に相応しいのかという評価の問題である。スコットランドの例外はあるが、ドイツのように血族相続を無制限に承認している国は、ヨーロッパには存在しない。但し、立法者が法改正を企てないのは、実際には血統の遠い血族が相続するのは稀だからである。(イ) 法定相続の中では、親から子への相続に代わって、配偶者相続の重要性が増大している。被相続人の多くは、遺産をまず配偶者に、その後子などの血族に相続させようと考えている。ヨーロッパ諸国の傾向も、同様である。配偶者の相続分も多くなり、特に、居住家屋の利用権は、配偶者に委ねられている。ところが、ドイツでは、婚姻生活で利用していた家具の所有権を、先取分(Vorzugs)として配偶者に保障しているに止まる。(ウ) ドイツのように剰余共有制を取っている国でも、まずは、剰余清算が、剰余が相続に服する。他の国も含めて、ドイツの配偶者相続は、配偶者に十分なものとはいえない。(エ) 他のヨーロッパ諸国では、夫婦間に子がいない場合の配偶者相続

権は、更に強化されている。(オ) 非婚のパートナーの相続権に関しては、どの国も消極的である。(カ) 配偶者の相続権を強化することの反面は、子や他の血族の相続権の制限である。普通の家庭なら、子は生存配偶者を相続するから問題は無い。しかし、前婚の子と配偶者、非嫡出子が競合する場合は、問題が生じる。したがって、例えば、(生存配偶者に対して、剰余清算に代わる相続分四分の一から、血族ではない子への教育扶養の義務を課す) 民法一三七一条四項のような補償措置がおかれるのが普通である。(キ) 配偶者相続権の強化と再婚の増大によって、従前は子に帰属すべきだった相続分が他の家系に流失する可能性が高まっている。若い継母の相続に、子は不満を持っている。子に承継させた企業、娘の嫁資が、孫のない場合に、他の家系に移転してしまう場合の、両親についても同じである。但し、そのような事態に対するヨーロッパ各国の反応は様々である⁽⁴⁴⁾。

(c) 遺留分については、(ク) 遺言自由と遺留分の関係は、各国で様々で、非常に幅がある。(ケ) 遺留分の制度目的を、家産の維持と考えるか、扶養の要請と理解するのかわという問題がある。仮に、後者を選択しても、遺留分の具体的な形式には、様々なヴァリエーションがある(例えば、旧DDR)。(コ) ドイツでも、遺留分は一定の割合であるが、その下でも、要扶養性と遺留分を連動させる例がある。様々な考え方があがるが、最も興味深いのが、スペインである。すなわち、子を持つ親の自由分は三分の一であるが、残余の三分の二の半分は、子の間でどの様に分配しても良い。したがって、(親の面倒をよく見た) 娘に三分の二、経済状態の良い息子に三分の一を相続させるのは自由である。さらに、以上のコンテキストで、ヘンリッヒは、アメリカの統一検認法典 (Uniform Probate Code) の例もあげている。第一は、相続から排除された配偶者は、相続時の自分と被相続人の財産を合算し、その半分の帰属を請求できる。すなわち、財産の少ない側だけが、遺留分を主張できることになる。さらに、配偶者が半分を要求できるのは、婚姻期間が長かった場合だけである。(サ) ドイツ法では被相続人が生前に出捐を行った場合、出捐が遺留分から控除されるのは、

被相続人が生前行為でその旨を定めた場合だけである (§2315 BGB)。しかし、比較法的には、当然に算入されるか、遺言でも指定可能、ないしは、算入が推定される。ドイツ法もこれに倣うべきである。(シ) 遺留分の剥奪に関しては、比較法的には多様である。⁽⁴⁵⁾

(d) 以上のような比較法的な観察に基づいて、ヘンリッヒは、ドイツ法でも再考すべき論点として、相続人の相続の必要性に対する被相続人の評価より公平を優先すべきか、親族連帯に報い、連帯の破綻に対して、相続のみならず、遺留分を剥奪する権利を与えるべきか、被相続人が出指時に指定しない場合でも、出指を遺留分から控除するかという問題をあげている。その上で、ドイツの相続法はヨーロッパ諸国の発展に遅れており、再考の契機があると結論している。⁽⁴⁶⁾

②-1. ヘンリッヒの遺留分の改正論

以上のヘンリッヒのフォーラムでの報告は、比較法に基づいて、ドイツの法定相続と遺留分制度の妥当性を相対化しようというものである。但し、遺留分に関しては、ヘンリッヒには、その改正をより明示的に説く論考がある。その大要を紹介すると、以下の通りである。

ヘンリッヒは、まず、連邦憲法裁判所が憲法判断を回避した、配偶者間で相互に単独相続人の指定をしたが、子が遺留分を主張した事例をあげる（先に紹介した、五. 2. (1) ④の事例。但し、ヘンリッヒの講演の時点では、未だ憲法裁判所の判断は示されていなかった）。ヘンリッヒは、同事例で、法律家にとっては、遺留分は自明の制度であるが、本当に遺留分は自明の制度なのかと疑問を呈する。その上で、明らかに遺留分が不都合と考えられる例を幾つか示す。例えば、夫婦が互いを共同相続人に指定した。ところが、医学教育と実習に、父親が五〇万マルクも支払い、経済状態の良い子が、母親が死亡した後遺留分を主張した。その際に、現在父親が居住している家屋以外には、遺産はほとんどないという事例である。子の遺留分の請求に応じるためには、父親は家屋を処分する他はない。⁽⁴⁷⁾⁽⁴⁸⁾

確かに、所有権と相続権は基本法一四条一項一文の保護を受けている。しかし、遺言自由が所有権の自由の延長であることに異論はない。さらに、所有権の「内容と限界は法律が定める」から、遺留分によって遺言自由を制限することも、立法者の自由である。しかし、反対に、近親の遺留分が基本法上の保護に与っているのか否かは問題だと、ヘンリッヒは問いかける。⁽⁴⁹⁾その上で、特に、遺留分を要扶養性に依存させる外国法を紹介して、遺産の一定割合を遺留分とするドイツ法に疑問を提起している。⁽⁵⁰⁾

さらに、ヘンリッヒは、遺留分を支持する論拠の一つ一つに反論している。まず、被相続人だけでなく、遺産には家族の寄与があるとされる。しかし、その典型例の農家相続ですら、遺留分によって経営を細分化させるのは不都合という批判がある。同じ理は、家族企業にも当てはまる。さらに、例えば、民法典の立法者は、遺産を一括して単独の後継者に伝えると、経済の集中が権力の集中につながると危惧した。しかし、現在では、経済権力は、個人ではなく大企業に帰属している。加えて、生産家族から消費家族に移行した現在では、少なくとも両親、子は、財産形成に寄与していない。その例外の配偶者は、夫婦財産制で手当てされており、かつ、配偶者といえども、婚姻期間が短かったときは、遺産の一定割合の遺留分は不当である。⁽⁵¹⁾

子の遺留分に関しては、扶養機能が説かれる。しかし、今日では、相続年齢は上昇しており、子の扶養の必要性はない場合が殆どである。要扶養なのは配偶者だが、社会保険の発展で、必ずしも遺留分は絶対には必要とはいえない。却つて、遺留分によって、被相続人が生前に子に出捐して、遺産の配分を行つても、出捐時に遺留分からの控除を指定しておかねば、子の遺留分の主張によって、適正な遺産の配分が損なわれる。⁽⁵²⁾

加えて、遺留分を正当化すべき親族間の連帯は、弛緩している。例えば、一九九二年のドイツ法曹大会は、未成熟子に対する親の扶養義務以外の血族扶養の削除を提案している。さらに、親子のコンタクトが全くない場合などを考える

と、現行の遺留分の剥奪事由は十分ではない。比較法的にも、子の遺留分を要扶養性に依存させる例が多い。要扶養性と関係しない子の遺留分には、特別な正当化が必要である。例えば、被相続人の生前に、子が介護を提供していたような場合である。但し、その場合は、寄与分の制度が救済を与えている。ところが、特別受益は被相続人が出捐時に指定しておかねば、遺留分から控除されず、不当である。実際に遺留分を主張するのは、子であり、両親ではない。⁽⁵³⁾ところが、両親が生前に被相続人から扶養されていても、被相続人に子がいれば、両親は遺留分を持たない。

最後に残るのが、配偶者の遺留分だが、例えば、被相続人が二回結婚して、前婚の子に遺産を与えた場合の生存配偶者の遺留分の主張は問題である。このような場合には、例えば、後婚の配偶者には十分に報いており、かつ、企業を子に承継させようなどという被相続人には、遺産の処置に関して十分な理由があることが多い。しかも、後婚の配偶者は婚姻期間が短く遺産形成に寄与していないこともある。だから、配偶者の遺留分の主張といえども、被相続人の遺言自由を不当に制限する場合もある。⁽⁵⁴⁾

したがって、遺留分の制限の論拠は、具体的に緊急のものだが、遺留分の擁護の論拠、例えば、「被相続人は近親を配慮すべきだというのは、抑圧できない人間的感情である」とか、「ドイツ国民は、近親を見過ごしにすることを許すべきではない」などは情緒的で不正確である。さらに、老人は影響されやすい（コーイング（先に紹介した第四九回ドイツ法曹大会のコーイングの鑑定意見を参照。三・二・（二））という危険も指摘されている。もちろん、遺留分の擁護は、家族が健全なら説得力がある。しかし、全ての家族が健全なわけではない。さらに、健全な家族でも、被相続人の特別な配慮の必要な構成員と、そうではない者が存在する。⁽⁵⁵⁾

以上のように論じた後で、ヘンリッヒは、遺留分の問題とは、自分が稼ぎ出した財産を、被相続人が自由に処分することを制限するのか。家族の具体的な必要性を考えて被相続人が遺産の処置を行った場合にも、立法者が平等の原理に

よつて干渉できるのか。被相続人が、家族連帯に報い、連帯に反した法定相続人を相続から排除できるのか。被相続人の遺言自由を制限せねば、婚姻と家族が危殆に瀕するのかと問題提起している。その結果、ヘンリッヒの具体的提案は、子の遺留分を要扶養性に係らしめること、及び、配偶者の遺留分を婚姻期間と連動させている。さらに優れたルールは、遺留分の剥奪事由を拡大するか、遺留分額を制限する権利を被相続人に与えることだとされている。⁽⁵⁶⁾

③法定相続に関するシュテルツ (Hans-Wolfgang Stürz) の報告

(a) 一九世紀と比しての、相続財産の増大、相続の扶養機能の減退、平均寿命の延び、婚姻と家族の変化、社会国家の発展という社会の変化に即応して、相続法は改正の時を迎えている。そういった観点から問題の整理を行うというのが、シュテルツの報告である。⁽⁵⁷⁾

(b) 配偶者相続権では、相続と夫婦財産制の関係は分かりにくく、両者を切り離すべきである。かつ、配偶者の相続分を、子との共同相続では、二分の一、他の血族では四分の三とすべきである。その理由は、夫婦財産制とは別に、配偶者は他方の財産形成に寄与しているが、他の相続人はそうではない。人的結合からも配偶者は最近親であり、法倫理的観点も配偶者の相続分の増加を支持する。ヨーロッパの傾向にも合致している。以上によつて、相続と夫婦財産制が切り離され、体系的な明瞭性が確保される。かつ、相続では剰余清算は不要となり、さらに、死亡に至るまでの配偶者の優遇は、基本法六条の婚姻の保護にも合致するからというのである。さらに、配偶者の先取分に居住家屋の利用権を加えるべきだと、シュテルツは提案している。⁽⁵⁸⁾

(c) 血族相続に関しては、子、両親、兄弟の相続権は、被相続人の推定的意思にも合致しており、現行法どおりである。祖父母も、孫との間には一定の人的結合があり、かつ、面接交渉権 (§1685 BGB) も認められており、現行法を支

持する。他方で、確かに叔父、叔母、甥、姪の相続権は疑問である。しかし、現行法でも被相続人に配偶者がいれば、相続から排除される。さらに、その際には、親族連帯を排除する必要はないから、現行法でよい。

但し、それ以外の血族の相続権は廃止すべきである。その理由は、それ以外の血族と被相続人は、多くの場合相互に全くその存在すら知らない。したがって、血統による相続は正当化できない。以上の人間にとっては、相続は全くの僥倖である。相続人を搜索する遺産裁判所の手間も大変であり、かつ、費用倒れでも、遺産が債務超過の場合でも搜索が行われている。相続人が不明の場合は、遺産の管理はできても、十分な利用はできない。したがって、際限のない血族相続は、国民経済的には無益だからである。さらに、仮に、相続権を廃止しない場合でも、搜索の手続を簡略化（範囲、期間を制限）すべきである。⁽⁵⁹⁾

(d) 非婚的パートナーの数は増大しており（過去三〇年で一〇倍）、その相続に関して遺言自由に委ねるのは、不都合である。婚姻関係にある場合と同様に、遺言を躊躇する者は多いからである。したがって、法定相続への関与を考慮すべきである。基本法六条は婚姻の保護を規定しているが、それは婚姻以外の共同生活を排除する趣旨ではない。最低の措置は、パートナーに先取分を与えることである。さらに、居住家屋の保障に関しては、現在でも民法五六九条 a、b の解釈により、婚姻関係と同様の保護が与えられている。非婚的パートナーにも、上記（b）の配偶者と同様の保護を考へるべきである。さらに、より非婚的パートナーに対して寛容な考へ方をとれば、相続権を承認することになる。但し、その前提は、被相続人が（もはや）婚姻関係にないことである。さらに、上記の配偶者の相続分の半分が相応しく、かつ、遺留分は必要ではない。非婚的パートナー関係の認定に関しては、判例法に委ねれば足る。以上は異性間のパートナーを前提としている。同性のパートナーを保護する法律が施行されれば、登録した異性のパートナーに⁽⁶⁰⁾ 関しても、婚姻と同様の保護が再考されるべきである。

他方で、被相続人の近親者ではない者に対する相続権の付与には、疑問である。確かに、それを承認すれば、例えば、無償の介護労働に報いることにはなる。しかし、反面で、世話の押しつけも増大する。そこで、仮に考慮するとしても、相続ではなく、法定遺贈の形式が相応しい。その際には、寄与分 (§207a BGB) の制度が、手がかりを与える。但し、法定相続人の相続分を脅かさない限度で、その額を定めるべきである⁽⁶¹⁾。

(e) 現在の社会国家は、市民の生活を様々に援助しており、かつての大家族と類似した機能を果たしている。その意味で、国家の相続権には正当性がある。具体的には、遺言が優先するのは当然だが、曾祖父母、甥、姪以外の血族よりも優先して国家相続権を認めるべきである。但し、例えば、地方自治体、福祉団体など、誰が国家相続権の主体となるのか、および、遺産の使途に関しては、一考の余地がある⁽⁶²⁾。

(f) 以上がシュテルツの報告の概要であるが、付言しておく、シュテルツには、ほぼ同内容の主張を盛り込んだ論考がある。そこでは、シュテルツは遺留分にも言及して、遺留分を遺産の一定割合ではなく、相続人の必要性に応じた柔軟なものとするべきこと、および、金銭請求ではなく、原物返還に代える余地を認めるべきことを説いている⁽⁶³⁾。

④ダウナー・リープ (Barbara Dauner-Jieb) の遺留分の廃止論

(a) 最近の学説で、最も遺留分の廃止を強く訴えているのは、ダウナー・リープである。かつ、公証人会のフォーラムでのダウナー・リープの報告は、家族法の雑誌に掲載された従来の主張を要約したものである。したがって、以下では、その従前の論考⁽⁶⁵⁾によって、リープの見解を紹介することとしよう。

(b) リープは、まず現行の遺留分の規定を概観して、様々な点が議論の対象となっていることを示す。さらに、遺留分制度の合理性に関しては、民法典の立法時から議論があり、これまでも何度か議論されており、問題を孕んでいる

と主張する。その上で、遺留分への反対論はあるが、余り知られておらず、さらに、通説は、遺言自由と家族相続の妥協だと説明しているが、通説の中にも小さな改正提案は多いと現状を整理する。その上で、現在の国民の意識に、遺留分は合致しておらず、改正が必要だという議論を展開している。⁽⁶⁶⁾

(c) まずは、実務の経験から見ると、被相続人の側から遺留分に対する不満が上がっている。実務から見て取れる遺産の処置の特徴は、家族以外の者に遺産を与える例は少なく、家族の構成員の一人に何も与えないという死因処分の存在である。家族以外の者への贈与が遺留分を越えることは稀であり、例外が美術品などを故郷に寄付するような場合にすぎない。最も重要な死因処分は、家族内での遺産の分配である。例えば、人的会社の相続では、特定の相続人を後継者とするため、特定後継者条項 (*qualifizierte Nachfolgeklauseln*) などが行われている。さらに、ベルリン式遺言の盛行からも分かるように、配偶者の相続が優先されているが、子の遺留分の主張を封じるために、ヤストロフ条項が付されたりしているなどと、リープは現在の相続慣行を例示する。しかし、以上のような相続慣行は、家族の危機ではない。却って、生物的・法的家族から、社会的・感情的家族への移行が生じているというのが、リープの観察である。⁽⁶⁷⁾ かつ、以上の背景から、新しい議論を提供できると、リープは主張している。

(d) その上で、リープは遺留分を支持する論拠を点検する。(ア) 遺留分は家族の扶養の機能を果たすと説明される。しかし、相続年齢は上昇しており、殆どの場合に遺留分は扶養とは無縁である。かつ、現在では、教育扶養が決定的に重要である。未亡人・幼児に関しても、通常は社会保障が生活を支えている。反対に、障害者遺言 (*Behinderter testament*) は、遺留分の回避に腐心している。つまり、扶養機能という側面からは、家族内ではなく、家族と社会保障との関係が問題の焦点である。(イ) 遺言自由の濫用の危険も、遺産が家族に拘束されているという前提がなければ成立しない論拠である。前婚の子が相続で不利益を被るという現象も、多くは前婚の子が親とのコンタクトを回避した結

果である。さらに、確かに、老人は周囲の人間の影響を受け易いが、家族関係が良好な場合は問題は生じない。加えて、良俗違反 (§138 BGB) の規定は十分に対処できよう。(ウ) 自分が相続したものを継承させるのが相続だと説明されることもある。しかし、どのような子にも遺留分を与えるべきことを、合理化する論拠にはならない。かつ、子は教育扶養を受けていれば、十分と考えるべきである。さらに、現在の財産は、遺産の承継ではなく、第二次世界大戦後の経済成長に由来する部分が多い。仮に、遺産承継の要請が当てはまるとしても、人生のスタートへの援助という観点からは、孫の世代に対してである。(エ) 遺留分は国民の伝統に立脚し、国民意識に合致していると民法典の立法時には説明された。しかし、被相続人の側からは、そのような意識は見取れない。却って、遺留分を廃止すると、社会的・感情的家族が実現され、かつ、そのための労が払われる。(オ) 以上を総括すると、遺留分を支持する論拠は、その一つ一つを取り上げても、全体としても十分な根拠を提供しない。しかも、そのことは遺留分を立法したフォン・シュミットの、自分で血族を作った責任が遺留分という説明からして同様である。今日では血統は十分な説得力を持たない。成果主義と機会の平等で特徴づけられ、かつ、各人が教育扶養の請求が可能な社会には、遺留分はそぐわない。⁽⁶⁸⁾

(e) 以上のように論じた後、リープは部分的な改正では十分でなく、遺留分は全廃すべきであると結論している。その上で、リープは、付加的に遺留分と基本法の関係などを検討している。(ア) 相続制度は憲法が前提とする法制度だから、遺留分は基本法一四一条一文の保護を受けるといふ通説の立場は、グスタフ・ペーマーに由来する。しかし、それでは伝統は社会的事情が変化しても変更できないことになり、不当である。しかも、そもそもペーマーはナチのイデオロギーの鼓吹者であったとおり、遺言自由の敵対者である。さらに、基本法六一条一項(婚姻と家族の保護)が、遺留分を保護しているのかも再検討されるべきである。(イ) 比較法的見地からは、決定的な評価は得られない。しかし、遺留分を保障していない、北欧とイギリス法の例もある。(ウ)(児童手当などの)子の養育と関連した公的な促進措置

や、相続税での近親相続の優遇が、法定相続、遺留分を支持しているという見解もある。しかし、補助金は大家族の負担を補うにすぎない。⁽⁷⁰⁾

(f) 以上のような検討に基づいて、リープは、遺留分は民法典の立法時から問題があったが、当時は伝統からの大幅な乖離を恐れて、廃止はされなかった。しかし、現在では遺留分の矛盾は顕在化している。その理由は、相続年齢が上昇して、扶養や人生のスタートとしての相続は意味を失い、教育扶養が相続より重要になっていくという事情である。さらに、家族の理解が、生物学的な結合から、感情的な結合へと変化している。かつ、子の相続よりも、配偶者の生活保障が重要になっている。その結果、一定割合の相続を機械的に保障する遺留分に対する被相続人の反感が高まっている。子の扶養を終了した後は、財産処分が認められてしかるべきである。したがって、根本的、留保なしの、かつ、イデオロギー的でない遺留分の検討が行われるべきだと、リープは主張している。⁽⁷¹⁾

結論として、リープの議論の骨格は、社会状況の変化で、遺留分を支持する根拠は失われており、却って、遺留分は、現在の相続慣行の桎梏となっている。しかし、遺留分が障害となる相続慣行は、家族の崩壊を意味せず、生物的・法的家族から、社会的・感情的家族への移行にすぎない。したがって、遺留分の廃止によって、家族の連帯は実質的に強化される。さらに、遺留分を廃止しても、家族関係が良好な場合は、妥当な遺産の配分が行われ、かつ、不当な場合にも、良俗違反による矯正手段で十分に対処できるということになる。

⑤ 遺留分に関するシュレöder (Rainer Schröder) の報告

(a) シュレöderは、報告の冒頭で二つの例を上げている。娘が、結婚もせず、職業にも就かず、献身的に両親を介護した。(例二) 両親の遺産は多額ではなく、娘が単独相続人に指定された。ところが、両親と全くコンタクトのなかつ

た兄弟が、遺留分を主張した。(例二) 同じ例で、父親が死亡した後、母親は外国に在住する、お気に入りのお息子を単独相続人に指定した。前者の例では、遺留分は不当である。しかし、後者では遺留分がなければ、娘は何も相続できない。だから、遺留分制度が、妥当な場合も、不当な場合もある。現実には、以上の二例のように単純ではない。遺留分には様々な存在理由があるが、それを大雑把に一括したルール (pauschalisierter Ausgleich) が現行の遺留分制度である。したがって、遺留分の不当性は、遺留分に特有のものではなく、例えば、(剰余共有制では) 配偶者相続権が二分の一となるように、常に概括的なルールに内在する難点であると、シュレーダーは、まずは遺留分を位置づけ、その上で遺留分の存在理由について考察している。⁽⁷²⁾

(b) まず、シュレーダーは、相続法を考えるに当たって、二つの問題を区別すべきであるとする。第一は、財産が後継世代に伝えられるとすれば、どの様な法的手段があるか。第二は、遺産を承継させる人的範囲を、どの様に決定するか。その際にも、(二つの極端な解決とその複合である) 幾つかの可能性が考えられる。(ア) 家族、相続人の関与なしで、被相続人が単独で決定する。(イ) 被相続人には決定権がなく、財産は完全に家族に拘束されている。(ウ) 家族の中から、被相続人が相続人を決定する。(エ) 家族に拘束されていない範囲の財産、つまり、遺産の一部について、被相続人は処分できる。

加えて、被相続人が遺産を処分する動機は、二つある。第一は、経済的には誰が最も相続人として相応しいかという経済的動機。第二が、純粹の利己主義と大きな打算の間に揺れる、(高度に) 人間的な感情である。相続と遺留分との関係は、以上が全てである。しかし、実際に立法に結実している、以上の考慮の組み合わせは、実に様々である。但し、そのことをめぐる議論での論点は、昔から殆ど同じであり、遺留分の改正を企てる現在の学説の論拠も、それ以上のものを提供しているというわけではない。もっとも、だから改正論議や学説を無視して良いというのではなく、逆にそれ

らは十分に論拠として通用するということである。⁽⁷³⁾

(c) 相続法の歴史を概観すれば、遺言自由という経済上の必要性と、遺産の分配への家族の期待との緊張関係が常に存在していたことが分かる。ローマ法では、遺言自由が強調された時代も、反対の時期もあった。以上の矛盾する原理を調整する可能性の一つが、遺留分である。そのことは、歴史を一瞥するだけでも、すぐに見て取れる。中世ヨーロッパでは、貴族の政治権力は、土地の所有と結びついていた。したがって、土地は家族に拘束され、将来の相続人は処分された土地を家族に回復することができた。中世後期には、相続した財産は処分できず、自分で稼いだ財産は処分可能となった。しかし、総じて、生前処分と死因処分は制限されていた。

遺言自由は、一面では、資本主義の産物であり、他面では、人格権の帰結である。商品交換経済はローマに始まり、後の商品交換経済の基礎となった。ローマ法の継受は、資本主義経済の勃興の結果である。したがって、近世初頭に経済的に成功した都市で、ローマ法の遺言自由が即座に継受された。遺言自由の機能は、企業を一体として、能力のある者に承継させることだった。

但し、中世の家族相続も、ローマ法の遺言自由も、その一方だけが展開することは、短い間はともかく、長くは続かなかった。ローマ法の遺言自由は、緊急相続権 (Noverbrecth) によって制限されたし、中世の家族相続でも、被相続人の自由分はどんどんと大きくなった。つまり、方向性は違っても、双方は互いに接近してきたのである。

したがって、近世初頭のドイツの遺言自由は、遺留分と家族相続によって制限されていた。以上の歴史的経験が教えるのは、極端な立場の調整、家族相続と遺言自由の調整が必要だという理である。⁽⁷⁴⁾

(d) それでは、最近の社会・経済的發展に鑑みれば、遺留分の改正が必要か。立法作業の基礎は経験的データであるが、その確実な調査は存在しない。但し、これまで常に遺留分の根拠として重要であった扶養機能は、この間で説得

力を失っている。まず、基本的な扶養機能は、社会保障（社会扶助）が引き受けている。さらに、高齢社会で相続年齢が上昇した結果、相続は子の人生の出発点での援助ではなく、実は、子の老後保障（Altersversorgung）となっている。

さらに、水平的な（国家が家族の負担調整のために与えた、育児金、住宅補助などの財政援助である）「家族負担調整（Familienlastenausgleich）」の補償が遺留分だと考えると、配偶者の遺留分に関しては、一定の説得力を持つ。しかし、垂直的な家族負担調整の水増しされた補償が遺留分だというなら、学業を終了した子に関しては、以上の論拠は説得力がない。

遺留分は家族をまとめる役割を果たしているという論拠に対しても、家族から遠ざかった子にも遺留分が帰属するいう批判が可能である。概括的な論拠は、何時も正しいとは限らない。つまり、この論拠も兩義的である。しかし、遺言自由に関しても、全く同様である。一九世紀には、家長の権威を裏付ける遺言自由によって家族をまとめることができると主張された。民法典の立法時にも、一方は、遺言自由が家族を促進すると主張し、他方は、遺産の平等な分配が家族の利益の適正な調整だと主張した。

加えて、非嫡出子に関する立法と、非婚姻の共同体によって、家族の神聖さは空洞化されている。つまり、家族に固有だったはずのものが、そうではなくなっている。問題の中心は、人的に結合する団体であり、「婚姻と家族」ではなくなっている。

以上をまとめると、遺産の家族への結合と被相続人の自由とは永遠の矛盾である。どちらも同等の正当性を持っており、矛盾の適正な調整はあり得ない。近年の経済的・社会的展開ゆえに、絶対に遺留分を廃止すべきだとはいえない。遺留分を廃止すれば、調整機能は失われ、非嫡出子の立場は、事前の相続の清算請求権がなければ確実に劣化するであろう。現在でもその回避措置はあるが、遺留分の廃止で、中小の企業の承継は楽になるであろう。但し、私見では、遺

留分の改正の必要性があるのは、せいぜい企業承継の分野だけである。人的な関係を理由とする遺留分の改正の前提は、遺留分は配偶者、子という家族の属性ではなく、被相続人と遺留分権者との人的関係だということである。しかし、両者の区別は困難で、問題を孕んでいる。⁽⁷⁵⁾

(e) もちろん、遺産の一定割合という硬直した遺留分ではなく、他国のように遺言自由と扶養とを組み合わせたルールを構想することも可能である。しかし、現行法でも、例えば、遺留分の剥奪事由を広く解釈することで、同様の結果はもたらしうる。しかし、要扶養性とか被相続人との近さを基準とするなら、間違いなく紛争が頻発することになる。そこで、それに代わり得る提案としては、(ア) (経験的データは存在しないが) 大抵の必要は、法定相続のルールで十分であると考えた上で、(イ) 遺留分の割合を二分の一から、四分の一か三分の一に引き下げる。(ウ) 全体の遺留分割合は変えないが、遺留分の範囲内では、被相続人の共同相続人間での配分の自由を認める。(エ) 要扶養性を遺留分で保障した上で、遺留分の剥奪の可能性を広げるなどが考えられる。

ところが、遺留分の廃止の代わりに以上のルールを導入しても、間違いなく新たな紛争が発生することは間違いなく、つまり、幾つかの国々のように遺留分を個別化すれば、その結果は、既に一九〇四年にマックス・ウエーバーが書き記し、かつ、消費者保護の実務の日常的経験であるように、私法の実質化は、私法を正義に適ったものとするが、他面で、非常な法的不安定を招来し、訴訟を頻発させ、新たな不正義をもたらしことになる。イギリスとスコットランドの制度が機能しているのは、間違いなく紛争に対する考え方がドイツとは異なっているからである。遺留分の個別化による法的不安定と訴訟の頻発を疑問視する者は、労働法、賃貸借、普通契約約款法を見ればよい。⁽⁷⁶⁾

(f) 今ひとつの問題が、近代的意味で機能している団体としての家族は、単に経済だけではなく、相続に与かるといふ心理的期待で成り立っていることである。したがって、相続からの完全な排除は、家族を解体する。したがって、遺

留分を改正するにしても、遺留分割合の減少と扶養の確保、または、遺留分の改正に代えて、血族相続の範囲を現実の家族内に制限する措置が望ましい。

最後に、私見では、遺留分を正当化するのには、不明確で経験的には確認しがたい、経済的根拠と不合理な根拠である。つまり、被相続人の財産は、相続によるか、自ら稼ぎ出したものである。前者の場合は、後者と比べて、感情的には被相続人の遺言自由の余地は狭まる。ちなみに、ザクセン・シュピーゲルの後、ザクセン選帝侯の法令（一五七二年）までは、ザクセンでは実際そうなっていた。相続した財産とそれ以外を区別しないなら、また、実際には区別できないなら、現行の遺留分に若干の変更を加えるに止めるべきことになる。⁽⁷⁷⁾

以上のように論じた後に、シュレーダーは、現行法が遺留分の完全廃止以外は、新たな不正義をもたらすが、それがどの程度かは、予測の域を出ないと結論している。⁽⁷⁸⁾要するに、シュレーダーの主張の骨格は、家族相続と遺言自由の永遠の相克という歴史的経験に鑑みて、遺留分の全面的廃止には反対し、かつ、（例えば、要扶養性、被相続人との人的関係などの）個別的考慮に依存した遺留分の法的不安定性を指摘して、法改正を行うにしても、部分的な改正を提案することであるといえる。

⑥ 討論の概要

(a) 以上のような報告の後に行われた討論では、法定相続に関しては、(ア) 現行法でも「両親と子は、互いに援助と配慮の義務を負う」と規定する民法一六一八条aによって、生存配偶者の居住家屋の利用権は保障されているという考え方（解釈の余地）が主張された。(イ) 被相続人の推定的意思を考慮すると、血族相続の範囲の制限（すなわち、国家相続権の承認）は疑問であるという強い批判があった。(ウ) 配偶者相続権を夫婦財産制と切り離すべき点では、

意見の一致が見られた。但し、相続で剰余清算を考慮するかについては、未定である。（エ）離婚の要件が備わっており、かつ、被相続人が離婚を申し立てるか、離婚に同意していた場合は、生存配偶者の先取分と相続は排除されるという、民法一九三三条の規定の改正も支持された。（オ）参加者の一人は、非婚的パートナーの相続を認めるにしても、どのようにパートナーの認定が行われるのかという問題を提起した。（カ）相続放棄の期間が六週間と短い点も批判された。特に、遺贈を受けたが相続から排除されたなど場合に、相続人が遺贈を放棄して遺留分を主張するか否かを決定する期間が、放棄の利害得失を考慮する期間としては短い点が批判された。⁽⁷⁹⁾

（b）（ア）遺留分に関しては、その完全な廃止には反対で、部分的な改正が支持された。完全な廃止は、国民の大部分の意識には全く合致しない。（遺留分の主張が障害となる企業承継でも）企業の価値の算定は、浮動的であり、その特別な計算方法を考えるのは困難である。仮に、遺留分の請求に期限の猶予を考へる場合でも、相続人は企業の減価に對して保護されるべきである。（イ）財産が小さい場合には、遺留分の主張が事態を困難にする。但し、それは遺留分の猶予によつて解決できる。例えば、生存配偶者の死亡まで、子の遺留分の請求は停止されるべきだとされた。（ウ）金銭賠償に代わつて、（遺産の処分が困難な場合もあるから）原物返還を認める可能性も提案された。（エ）両親の遺留分を廃止して、扶養請求に変える提案もなされた。（オ）（a）（エ）と同様に、民法一九三三条は批判の対象となった。（カ）不当な時期の遺留分の主張は、現行法下でも、民法一六一八条aによつて回避できると主張された。（キ）遺留分の剥奪に関する判例の制限的な解釈は、批判の対象となった。しかし、家族関係の破綻を一般的に剥奪の事由とすることは、（有責主義から破綻主義へと変化した）離婚法の経験からも疑問だとされた。（ク）被相続人からの生前の出捐を遺留分から控除するには、出捐時の被相続人の明示的な意思表示が必要だとする民法二三一五条は、控除を原則とするよう改正すべきとされた。⁽⁸⁰⁾

(c) 結果的に、確認されたのは、(ア) 法定相続の改正には、少なくとも確かな国民的なコンセンサスが必要であること。(イ) 改正が必要なのは、(i) 夫婦財産制と関係しない配偶者相続権、(ii) 生存配偶者の婚姻家屋への居住権、(iii) 遠い血族を排除する血族相続の範囲の制限、(iv) 市民に近い施設に国家相続権を与えるよう法改正することである。(ウ) さらに、現行の遺留分の廃止には反対だが、改正すべき点として合意があったのは、(i) 企業の評価方法の改正、(ii) 要扶養性を指向した遺留分は考慮に値すること、(iii) 両親の遺留分は疑問、(iv) 例えば、扶養の必要性を考慮しての、遺留分の範囲内での被相続人の自由な遺産の配分の可能性、(v) 遺留分請求の価額の上限も考慮に値することであつた。⁽⁸¹⁾

(d) 以上の討論の結果は、(特に、被相続人の側から相談を受けることが多い) 公証人の一部を除いた、現在のドイツの法律家の共通認識に近いといえる。つまり、法定相続に関しても、遺留分に関しても、大改正には反対で、個々の不都合な部分を除けば足るということである。但し、法改正の中心が、法定相続から遺留分に移ってきていること、および、遺留分に関しては、全面的な廃止、ないしは、要扶養性と連動させた個別的な遺留分の提案がある点は、見て取ることができよう。

(4) オットの见解—遺留分の存在論—

① オットは、比較的最近の論文で、憲法問題、法的事実、遺留分の目的を確認した上で、具体的な法改正の提案を検討している。⁽⁸²⁾ 但し、ここでのコンテキストで重要なのは、法的事実以下の部分である。その際に、オットは、配偶者と要扶養の子に関しては、遺留分は問題視されていないという。なぜなら、仮に、配偶者の遺留分を廃止しても、剰余清算は残るから、被相続人の遺言自由は実現しない。さらに、遺留分を認めないイギリス法でも、配偶者と子の扶養は相

統で考慮されているからである。したがって、遺留分の廃止は、要扶養性のない子と、両親に関してだけ検討すれば足るとしている。かつ、その際に改正提案の論拠となっているのは、DDRの相続法と、人口構成の変化、経済的な要因であると指摘している⁽⁸³⁾。

②（a）まず、オッテによれば、旧DDRの状況を前提としたBGBの遺留分の批判は、遺留分自体の欠陥ではなく、多くは移行措置の不十分のゆえである。社会主義国家のDDRでは、生産手段の承継はなく、自分の居住家屋の相続が問題の中心である。そうすると、自分の家屋を配偶者、同棲相手、あるいは、子の一人に伝えるのが、被相続人の最大の関心事であり、かつ、それにつきては、したがって、要扶養の子がいなければ、ほぼ完全な遺言の自由が存在した。ところが、BGBの施行で、話が変わり、遺留分権利者が増加した。他方で、再統一後、旧DDRでは土地は値上がりしたが、貨幣資産は不足しており、遺留分の請求に応えるのは困難だった。さらに、生前の出捐と遺留分からの控除、遺留分の生前放棄といった遺留分に対処する手段が、DDRには欠けていた。したがって、旧DDR地域での遺留分制度の変更による混乱からのBGBの遺留分の批判は、移行措置の不完全に由来しているにすぎない⁽⁸⁴⁾。

（b）人口構成に関しては、（ア）平均寿命が延びたこと、（イ）大家族から小家族への移行という変化が見て取れる。ところが、平均寿命が延びたから、三世大家族が可能となったのであって、かつては、三世大家族は多くはなかった。したがって、平均寿命が短いことと、大家族の存在は矛盾している（大家族の神話）。但し、それを措いても、二五歳からの平均余命という点からは、かつてと現在とで生存可能な年齢に大きな変化があるわけではない。かつ、BGBの立法時には、子の相続年齢も若かったが、就業年齢も同様で、遺留分は子の扶養のための制度だったというのは事実である。しかも、現在は学習期間も長くなっているから、経済年齢という観点からは、子の相続年齢はさほど上昇していない。子供が家産の形成に協力していない点でも、現在とBGBの立法時で変化はない。したがって、以上は、子の

遺留分の是非に関して、決定的な論拠にはならない。だから、以上の関係を、(先に(2)で紹介した)シユルターは誤解していると、オツテは指摘している。両親の遺留分も主に問題となるのは、非婚的パートナーとの関係でだから、その改廃には現在以上の十分な議論が必要である⁽⁸⁵⁾。

(c) 財産が個人企業から、貨幣財産や会社の持分に変化したことも、遺留分の改廃とは関係がない。資産の流動性が高まったから、却って、遺留分の請求に応じやすくなったともいえる。ところが、強調されるのは、財産の承継に代わって、教育扶養が重要となったから、遺留分は意味を失ったという論拠である。ところが、BGBの立法時にも、独立資金や教育は、遺留分に関して重要な役割を果たしていなかった。確かに、農家相続では話が違う。しかし、BGBからは農家相続や限嗣相続が除外されたように、農家相続をBGBは初めから取り上げていない。しかも、今日では農業は主要な産業ではない。BGBの立法時と状況が変わったのは、配偶者と教育の必要な子である。しかし、それらに関しては、遺留分の必要性を疑う者はいない⁽⁸⁶⁾。

(d) 被相続人の財産形成には、子の養育と関連した補助金が大いに寄与している。したがって、相続で子を除くのは不当である。例えば、二〇〇一年に結婚し、二〇〇二年、二〇〇四年に子を作った夫婦は、補助金、税控除を併せて、二〇二五年には四六八・一五四DMを取得している。したがって、このような家族政策の下で相続で子を排除するのは妥当とはいえない⁽⁸⁷⁾。

③以上の考察の後に、オツテは遺留分の存在論を展開している。

(a) まず、扶養の必要性からの遺留分の改正の提案がある。しかし、BGBの立法時から扶養は遺留分では大きな役割を果たしていなかった点は、先に示した(2)(b)。さらに、どの時点で要扶養性が考慮されるのが問題である。

相続時には収入があり、要扶養性がなく、後に要扶養となった者をどう考えるのか。反対に、後によい仕事を見つけて、

要扶養でなくなった者はどうかという問題が発生する。かつ、そのゆえに、遺留分の法改正論議のモデルとされたDDRの遺留分も批判されていた。また、仮に、要扶養の子と、そうではない子がいた場合、後者の遺留分が前者に加算されないなら、後者のゆえに前者の遺留分が減少することとなり、相続人が利得する結果となる。この点も、ZGBの遺留分制度の不十分さである。さらに、扶養の方法も問題となる。そうすると、離婚後の給付に当てられた、民法一五八六条bに倣って定期金支払も考え得る。しかし、離婚の場合は、初めから要扶養性が分かっているが、遺留分の場合は、後に要扶養となる可能性がある。さらに、扶養権利者が複数の場合は、どの様に扶養請求権を定めるのか、遺留分の割合によってかという問題が発生する。さらに、扶養の確保のために、担保提供が必要となる。以上のような問題ゆえに、旧DDRのZGBに倣った改正には賛成できない。⁽⁸⁸⁾

(b) 相続法の立法者のフォン・シュミットは、遺留分を個人の自己拘束、血族の結合で説明していた。以上の根拠は、今日では、そのまま通用するものではないが、それを責任 (Verantwortung) と連帯 (Solidarität) と言い替えれば現在でも十分な意味がある。かつ、それが教育扶養と成年で終了するというのは、いかにも説得力がない。例えば、前婚の子の相続は、遺留分がなければ危殆に瀕するであろう。さらに、非嫡出子も同様である。仮に、遺留分を廃止するというなら、そういった問題は無視して良いと考えることになる。ちなみに、遺留分に反対する論拠として、以下の三つがある。すなわち、(ア) 自分の稼いだものは、自分のもの。(イ) 財産形成に協力しなければ、遺留分の請求はできない。(ウ) 血統に権利はない、である。しかし、(ア) については、自分が相続したものに關しては、そうはいえない。(イ) も、財産形成には育児と関連した公的援助も多い。さらに、フォン・シュミットも相続を相互性では説明していなかった。(ウ) も、子を作ったのは自分なのだから、血統を簡単に無視はできない。以上の点に対する確たる解答がなければ、遺留分の廃止は家族の崩壊につながる可能性があり、遺留分を廃止するという法改正には賛成できない。したがっ

て、小さな法改正に止めるべきだというのが、オッテの結論である。⁽⁸⁹⁾

(c) その上で、オッテは、幾つかの改正案について、検討を加えている。(ア) スペイン法のモデルに倣って、従来の遺留分をその遺産の中の割合では認めるが、遺留分権利者の中でどの様に分配するかは、被相続人の自由に委ねるという提案がある。つまり、硬直した遺留分に代わって、被相続人は各相続人の必要性を考慮して遺産を分配できるといふのである。しかし、オッテは、以上の提案に反対である。理由は、まず被相続人が容易に遺留分権利者を排除できるからであり、しかも、遺留分権利者の負担で、遺言自由が拡大されているからである。したがって、以上の提案のモデルのスペイン法では、被相続人の自由分は半分ではなく、三分の一である。しかし、遺言自由の範囲を、半分から三分の一に切り下げるといふのは、ドイツでは賛意を得られないであろうとオッテは指摘している。⁽⁹⁰⁾

配偶者の先取分を居住家屋に拡大するという提案も、古くから説かれてきた。しかし、家屋の所有権自体を取得するというのでは、配偶者の居住の利益を保証しようという目的からは、過ぎたるものを与えたことになる。役権 (Nießbrauch) も、収益化することが可能だから同じである。そうすると、利用権を先取分とすることになるが、相応の賃料を課すのでは、配偶者の経済的負担が大きすぎる場合がある。したがって、従前の経済的負担で居住できるといふことになる。さらに、遺留分は先取分を含まないから、遺留分請求権の対象を拡大する必要があるとして、オッテは細かい立法案の検討を行っている。⁽⁹¹⁾

(d) 以上の提案と別に、遺留分の猶予 (§331a BGB) の拡大も考えて良い。但し、同条は、不適切な時期に遺留分の主張が行われたときの規定だが、実際には、これまで殆ど適用されていなかった。というのも、同条は、夫婦財産の剰余清算の猶予を定めた民法一三八二条に倣った条文だが、実は、両者の状況は異なっている。剰余清算の場合は、既に裁判所に事件は係属している。他方で、遺留分の猶予では、債務者は遺留分権利者に妥協案を提示すればよいのであ

って、裁判所に行く必要はない。かつ、遺留分の主張の危険は誇張されていて、被相続人の予防的な遺産承継上の措置によって、遺留分の主張のもたらす不都合は回避できている。したがって、民法二三三一条aの適用が問題となったケースは、実際にはほとんどないというのが、オットの観察である。但し、民法一三八二条a（不時（Unzeit）とは異なつて、民法二三三一条aがより厳格な要件（通常ではない過酷な（ungewöhnliche Härte）を要求している点は、再考されても良いとも、オットは指摘している。⁹²）（エ）生前の被相続人から相続人への出捐を遺留分から控除する民法二三三一条の要件は、出捐時に被相続人がその旨を指示することである。しかし、同条の存在は、一般には知られていない。譲渡に公証が必要な不動産譲渡の場合には、公証人からの助言があるが、それ以外では情報を得る機会すらない。その結果、遺言時に助言されても、既に手遅れという状況である。さらに、出捐時の控除の留保も、当然に知られていない。BGBの準備草案（Vorentwurf）では、遺言による控除も承認されていたが、第一次委員会では、それは遺贈と法的決定されて削除されたが、結論の妥当性を考慮したものではなかった。さらに、控除の留保なしで、生前に出捐を受けた遺留分権利者が、遺留分からの控除はないと信じたことが保護に値するとはいえない。したがって、第二次委員会の「立法者意思では、最近親には遺産の一部が保障されねばならない」という一文は、二一世紀にも通用し、かつ、遺産の一部は出捐によって既に相続人に対して保障されたと考えるべきであるとオットは指摘している。⁹³）

④以上のオットの見解は、遺留分自体の全廃には反対し、現行法により柔軟な解釈、および、部分的な改正が必要と考える学説の多数意見を代表するものだと見える。但し、他方で、公証人を中心とする実務家からの遺留分の批判、生前行為・死因処分による遺留分の回避措置を前提にして、先に見たように、遺留分に対する批判、また、改正案は多数提示されていた。そういった事情を背景に、二〇〇二年の第六四回ドイツ法曹大会が開催されることになった。

- (43) DNoZ 2001, S.434ff. に Christopher Keim (Tagesbericht: Rechtspolitisches Forum Erbrecht der Bundesnotarkammer am 9.11.2000 in Berlin) の報告の総括に始まるフォーラムの要約が掲載されている。連邦公証人会のフォーラムの全体のテーマは、法定相続の改正が必要か (Bedarf es einer Reform der gesetzlichen Erbfolge?)、及び、遺留分の改正は必要か (Bedarf es einer Reform des Pflichtteilsrechts?) である。
- (44) Dieter Henrich, Familienrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, DNoZ 2001, S.441ff., S.441ff. なお、以上のヘンリッヒの報告は、公証人会のフォーラムの三週間前にレーゲンスブルグで開催された、第五回ヨーロッパ家族法シンポジウムでの報告の要約である。その報告は、Henrich / Schwab (Hrsg.), Familienrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, Gieseking, 2001 として出版されている。
- (45) Henrich, aao, S.447ff.
- (46) Henrich, aao, S.451f.
- (47) Dieter Henrich, Testierfreiheit vs. Pflichtteilsrecht (Vortrag gehalten von der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg am 16. 11. 1999), Beck, 2000, S.5f.
- (48) ヘンリッヒは、以上の他にも、明らかに遺留分の主張が妥当でない例として、次の二つを上げている。(第二の例) 財産家の女と結婚した男が、共同遺言で相互に単独の相続人指定し、妻の弟を終わりの相続人とした。妻が死亡した後に、夫は再婚し、二年後に遺言を残さず死亡した。夫の遺産の大部分は、妻の遺産に由来する。ところが、再婚した妻は、遺留分を主張した。(第三の例) 被相続人は非嫡出子として生まれ、母親は父親に頼らず被相続人を養育した。父親は一度も被相続人と連絡を取ろうとすらしなかった。被相続人は、福祉財団を単独相続人に指定して死亡した。ところが、父親は福祉財団に対して遺留分を主張した。Henrich, aao, S.6.
- (49) Henrich, aao, S.7f.
- (50) Henrich, aao, S.8ff.
- (51) Henrich, aao, S.10ff.
- (52) Henrich, aao, S.12ff.
- (53) Henrich, aao, S.14ff.

- (54) Henrich, aO., S.17f.
 (55) Henrich, aO., S.19f.
 (56) Henrich, aO., S.20., S.18f.
 (57) Hans-Wolfgang Stätz, Reform der gesetzlichen Erbfolge, DNotZ 2001, S.452ff., S.452f.
 (58) Stätz, aO., S.453ff.
 (59) Stätz, aO., S.455ff.
 (60) Stätz, aO., S.457f.
 (61) Stätz, aO., S.458.
 (62) Stätz, aO., S.458ff.
 (63) Hans-Wolfgang Stätz, Rechtspolitische Gesichtspunkte des gesetzlichen Erbrechts und Pflichtteilsrechts nach 100 Jahren BGB, FamRZ 1998, S.1553ff., S.1565ff.
 (64) Barbara Dauner-Lieb, Bedarf es einer Reform des Pflichtteilsrechts?, DNotZ 2001, S.460ff.
 (65) Barbara Dauner-Lieb, Das Pflichtteilsrecht – Ketzlerische Fragen an ein ablehnwürdiges Institut –, FF, Sonderheft 2000, S.16ff.（前掲注（9））
 (66) Dauner-Lieb, aO., S.16ff.
 (67) Dauner-Lieb, aO., S.18ff. 加えて、ダウナー・リープが、フォーラムであげている、遺留分が桎梏となっている実務からの例は、（ア）夫婦が子を閔与させず、まずは財産の全部を相互に相続させようとする場合。（イ）子のない夫婦が、相続から親を排除しようと考えた場合。（ウ）両親の一方が死亡して、生存する親が、経済的に成功している子の負担で障害者の子を相続で優遇しようとする場合。（エ）企業を一人の後継者に譲りたいが、他の子が金銭を要求すれば、企業の売却を余儀なくされる。（オ）子が新興宗教に入れ込んでおり、孫に直接に相続させたい場合。（カ）子および孫と関係が断絶している被相続人が、面倒を見てくれる姪に財産を譲渡したい場合。以上のような、もっともな理由のある場合に、遺留分は被相続人の遺産の処分の障害となると、ダウナー・リープは指摘している。前掲注（64） Dauner-Lieb, aO., S.461.
 (68) Dauner-Lieb, aO., S.20ff.

(69) Dauner-Lieb, aaO., S.23で、ダウナー・リーブは、ペーマーの思想の偏向を示すために、「我々の家族意識を侮辱するのは、愛人・国家の敵、あるいは、異人種を相続人に指定する場合だけではなく、最近親(Sippengrossen)の相続からの排除も全く同様である」(Boehmer, ACP 144 (1938), 249f.)というペーマーのおどろおどろしい文句を引用している。但し、前掲四・注(32) Orte, aaO., S.319, Anm.8は、相続権の保護へのペーマーの寄与という実質的な業績との論争を、ペーマー個人の攻撃で代えることはできない点においても、容易にその人物を紹介する情報に接近できるにもかかわらず、政治的な疑念を表明するのは、決して良い議論のやりかたとはいえないと指摘している。

(70) Dauner-Lieb, aaO., S.22ff.

(71) Dauner-Lieb, aaO., S.24f.

(72) Rainer Schröder, Pflichtteilsrecht, DNotZ, 2001, S.465ff., S.465f.

(73) Schröder, aaO., S.466f. ちなみに、シュレーダーには、BGBの相続法の立法時を中心とした、相続法をめぐる立法過程のみならず、社会的・経済的・哲学的な背景を検討した大著がある。Rainer Schröder, Abschaffung oder Reform des Erbrechts, Die Begründung einer Entscheidung des BGB-Gesetzgebers im Kontext sozialer, ökonomischer und philosophischer Zeitstörungen, Rolf Gerner · Beselsbach, 1981. か、「そんなでもシュレーダーは、相続をめぐる論点(トポス)は変わらないにもかかわらず、時代によって異なつた政治的・社会的な問題が盛り込まれていると指摘している(S.507)。

(74) Schröder, aaO., S.467ff.

(75) Schröder, aaO., S.469f.

(76) Schröder, aaO., S.470f.

(77) Schröder, aaO., S.472.

(78) Schröder, aaO., S.472f.

(79) 前掲注(43) Keim, aaO., S.437.

(80) Keim, aaO., S.439f.

(81) Keim, aaO., S.440f. 討論の最後に、「同会のジャン・ブーモン(Notar Dr. Stefan Zimmermann)が行つた要約である。

(82) Gerhard Orte, Das Pflichtteilsrecht – Verfassungsrechtsprechung und Rechtspolitik, ACP 202, S.317ff.

- (83) Otte, aaO., S.330ff.
- (84) Otte, aaO., S.332ff.
- (85) Otte, aaO., S.335ff.
- (86) Otte, aaO., S.343ff.
- (87) Otte, aaO., S.345ff.
- (88) Otte, aaO., S.348ff.
- (89) Otte, aaO., S.351ff.
- (90) Otte, aaO., S.355f.
- (91) Otte, aaO., S.356ff.
- (92) Otte, aaO., S.359f.
- (93) Otte, aaO., S.360f.

5. 第六七回ドイツ法曹大会での議論

(1) はじめに

二〇〇二年九月一八日、一九日にベルリンで開催された、第六四回ドイツ法曹大会(der 64. Deutsche Juristentag)の私法部会(Abteilung Zivilrecht)は、「親族間の経済的連帯の法的秩序を、扶養法、遺留分、社会扶助法、および、社会保険法の分野で、新たに規律し直すのが望ましいか(Empfeht es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten in den Bereichen des Unterhaltsrechts, des Pflichtteilsrechts, des Sozialhilfsrechts und des Sozialversicherungsrechts neu zu regeln?)」というテーマを取り上げた。具体的には、扶養法と遺留分に関する鑑定意見(Unterhalts- und erbrechtliches Teilgutachten)をマーティニー(Dieter Marthiny)が、社会法に関する鑑定意見

(Sozialrechtliches Teilgutachten) をアイヘンホッフアー (Eberhard Eichenhofer) が提出している。さらに、社会学の立場からリュシヤー (Kurt Ruscher) が、公証人のベンゲル (Manfred Bengel) が扶養法と遺留分に関して、さらに、税法の観点からマインケ (Jens Peter Meinke) が報告 (Referat) を行っている。すなわち、家族構成員の経済的連帯に関する全ての法分野の総合的検討の試みが行われているといえる。以下では、マーティニーとベンゲルを中心として、他の鑑定意見と報告も紹介した上で、大会での討論、および、決議を概観することとしたい(以下の本文中に括弧で上げる数字は、鑑定意見の頁数である)。ちなみに、血族扶養に関しては、一九九二年に第五九回ドイツ法曹大会が、親子法の改正の一環として取り上げており、マーティニーの鑑定意見でもそこでの議論に個別的に言及されている。⁽⁹⁴⁾

(2) マーティニーの鑑定意見⁽⁹⁵⁾

① 民事法上の家族連帯の意義、および、社会関係の変化 (A.)

(a) マーティニーは、まず序言 (A.) で、民法法での家族連帯を整理し、社会関係の変化について触れる。つまり、民事法上の家族連帯の意義を確認した上で、それが社会環境の変化にどう対応すべきかという鑑定意見の基本的な方針の確認である。その上で、マーティニーは、血族扶養 (B) と遺留分 (C) を検討している。以下は、マーティニーの鑑定意見を基本的には要約する形で紹介したい。確かに、血族扶養は本稿のテーマではないが、血族扶養と遺留分を家族連帯の形態と捉え、一貫した検討を加えようというのが、法曹大会の基本的な方向性だからである。但し、序言と遺留分は比較的詳しく、扶養に関しては、遺留分と関連する限りで丁寧で紹介することとしたい。

(b) 家族間の連帯の意義

(i) 家族間の連帯 (Solidarität in der Familie) とは、一つにまごまごすること (Zusammenhalt) とか、互いに支え合うこと (Füreinander-Einstehen) と定義できる。但し、連帯は厳密な概念ではなく、一つの法制度が連帯を具現化してい

るわけでもない。給付の交換と配分が問題となつてゐる複数の法分野の交錯領域が、連帯を構成しているにすぎない。したがつて、連帯の具体的内容は、個別の連帯共同体の中で、キチンと定められねばならない。

社会科学でも連帯は両義的な概念で、一方では感情と、他方では給付と関連している。したがつて、経済的連帯とは、給付に他ならない。民事法では、連帯とは法的義務である。しかし、一方の世代から他方の世代への連帯がどの程度期待できるかは、当事者間の利害の対立と緊張の中で評価されねばならない。

しばしば、親族連帯は、血族扶養と遺留分の基礎であるといわれている。世代間の再配分に関する、一貫した実効性のあるモデルを提出すべき要請に法秩序は直面している。但し、他方で、血族扶養でも遺留分でも、個別具体的な解決という方法が、一定の固定的な割合的解決と対立している。

以上の問題の基礎となつてゐるのが、幾つかの改正を経てはいるが、一八九六年の民法典（BGB）である（A111-13）。

(ii) 扶養とは、金銭、監護による生活上の必要の充足である。夫婦間の扶養、および、血族間の直系卑属、尊属に対する扶養があるが、血族扶養で重要なものは、自己責任の原則に指示できない子と老人に対する扶養である。

(iii) 後継世代に対する遺産の承継の手段は、いずれも遺留分との関係が問題となる。遺留分は、夫婦財産制、死因処分、法定相続と関係しているが、その相互関係を鑑定意見で十分に検討することはできない。

(iv) 血族とは、発生を同じくする者であり、特に、親子関係が重要である。本鑑定では、夫婦間と非婚姻の共同体に關しては、必要な場合だけ言及する。血族間でも、扶養権利者、および、扶養義務者より狭い範囲で、遺留分権利者が定められている。重要なのは、家族内のどの範囲で、扶養、相続の保護が与えられるべきか、かつ（あるいは）、どの程度の事実的な家族的な関係が、その前提とされているかである。さらに、親族連帯はより広い社会連帯、つまり、社

会保険、および、租税と関係しており、以上との関係も検討されるべきである (A.12-A.15)。

(c) 社会関係の変化

(i) 親族法、相続法の妥当性の前提は、家族関係、財産関係、および、社会人口論的な評価の適正さである。ここでは、幾つかの重要な展開をスケッチするが、その一つが、「多様性への回帰 (Wiederkehr der Vielfalt)」であり、伝統的な家族以外の、独身者、非婚的共生 (nichteheliches Zusammenleben)、離婚家庭である。以上のような状況は、階層、収入、就業、性、年齢によって様々であろう。さらに、家族関係では、道徳的義務と法的義務との限界は流動的だという留保の下で、以下の記述は行われる。

一九世紀から二〇世紀にかけて、農業社会から産業社会への移行により、ドイツの家族は大きく変化した。大家族から小家族へ、さらに、小家族の崩壊へである。その結果、家族の機能は他の制度により取って代わられた。しかし、やはり家族は、その構成員にとって、物質的、精神的給付を与える連帯団体である。

さらに、核家族は増加したが、多世代間の連帯は現在も継続している。さらに、将来は複数世代家族の重要性が増大するという指摘もある。

出生率の減少と共に、子供二人の家族、単子家族が増えている。その結果、子供は両親から多くを期待でき、相続でも多くを得ることになる。他方で、老親の扶養、介護を引き受ける成年世代は減少している。したがって、自分で十分な老後の準備ができない場合は、社会保障の役割が将来は重要となる。

(ii) 現在でも婚姻家族は家族の中心だが、七〇年代の終わりから非婚的共同体も増加し、社会的認知を得るに至った。二二〇万の非婚的共同体が存在し (一九九九年)、その内の二九パーセントが子を持っており、非嫡出子が増大している。もちろん、後に両親は婚姻することが多いが、旧DDR地域では、四七パーセントが非嫡出子である (全ド

イツでは、一六パーセント）。その結果、嫡出子と非嫡出子の区別は古くさくなくなってしまい、立法者も同様に考えるに至った。但し、片親家庭は、経済的弱者であり、育児と就業の調整に腐心している。就業率の上昇と社会保障が家族なしで生きていくことを可能とし、独身者も増大している。確かに、距離を保った共生は、親族間の感情的結合、経済的給付、相互依存性を損なうわけではないが、濃密な空間社会的な親密さとは折り合わない。その結果、扶養義務の範囲、および、伝統的な相続法上の地位に対して疑念が呈されている。

(iii) 離婚率も高い水準で安定しており、低下する見通しはない。将来は、三組に一組が離婚、特に大都市では半分が離婚すると見込んでおくべきだろう。離婚は家庭の崩壊と子の貧困につながる。嫡出子の一九パーセントは、離婚による片親子である。連れ子は、両親の別居と離婚の結果である。両親の一方とだけ血族関係にある子も増えている。したがって、両親の一方が死亡した場合は、共同相続人は、生存配偶者と未成年子の困窮共同体ではなく、遠心力の潜在する偶然の共同体にすぎないということになる。相続に関しては、再婚のケースでは、最初の婚姻からの子にとっては、財産の保持という点でだけ関心がある。外国の調査によれば、再婚した場合は被相続人は、新しい配偶者と新しい婚姻からの（幼い）子を優遇し、前婚の子を相続から排除する傾向にある。その原因は、新しい婚姻の方が身近なだけでなく、財産が限られているからであろう。

(iv) 教育扶養が遺産承継に代わって、重要な意味を持つに至った。しかし、高等教育を受けるには、他人の力が必要である。成年は一八歳となったが、反対に教育期間は長期化しており、両親からの扶養と公的財源に頼っている。だから、成年子の教育扶養が、私的扶養になじむのが問題とされることになる。もともと、現実の成年子への教育扶養に関する法的紛争は、両親が離婚した場合がほとんどではあるが。

(v) 人口構成では、若年人口が減じ、高齢者の割合が増大している。但し、社会保障のゆえに、老親の扶養義務の現

実性は少なくなっている。しかし、場合によってであり、(独自の年金を受給できない)離婚した老婦人は困窮している。前世紀から今世紀にかけて、平均寿命は、男子七四歳、女子八〇・三歳と、二倍になった。老人は家族と住んで、家族から介護が提供されている場合も少なくはない。しかし、重度の要介護者は老人ホームで暮らしており、介護費用が嵩むことになる。ちなみに、ドイツで六五歳以上の要介護老人の数は、一二〇万人である。

介護危険は部分的には介護保険でカバーされるが、金額は填補されない。したがって、介護費用は成年子の両親に対する扶養義務に委ねられる。但し、親から子への訴求はなく、社会扶助主体からの求償として顕在化する。しかし、成年子は税金、社会保険などの負担、および(又は)、自らの子の扶養義務を負いたいいわゆるサンドウィッチ・ジェネレーションであり、私法上の負担の軽減を求めている。高齢社会の帰結は、両親の死を迎えるのは中年又はそれ以上の年齢でということでもある。

(vi) 家族関係は、相互的な配慮であり、可能な限り支配的關係であってはならない。しかし、個々人は独立したいが、独立できない場合に問題が生じる。家族関係は情緒の勝った世界ではあるが、他方で、長期的な、世代を越えた関係であり、緊張関係をはらんでおり、紛争につながりやすい。しかし、たとえ相互の關係は難しくとも、やはり血族であり、扶養と相続ではつながっている(A.15-A.20)。

② 扶養法 (B.)

(a) 現行の扶養法

一八九六年のBGBの扶養法のコンセプトは、相互に扶養義務を負う出生を同じくする上下の血族団体である (§1601 BGB)。両親の未成年子に対する扶養義務が最も重いが (§1603 II BGB を参照)、成年子も尊属に対して義務を負っており、世代横断的である。反対に、旧DDRの親族扶養は、二親等の直系血族に制限されていた。扶養に関する

最新の立法が、一九九八年の児童扶養法 (Kindesunterhaltsgesetz vom 1998)⁽⁹⁶⁾ だが、基本的にはB G Bの扶養の実体法の骨格は変化していない。現実に立法化はされなかったが、法曹大会でも一九九二年（第五九回法曹大会）では、大幅な血族扶養の制限が提案され、一九八八年（第五七回法曹大会）には非婚姻の共同体との関係で扶養法が取り上げられた⁽⁹⁷⁾（A.21 - A.23）。

(b) 現行法の準則の原理

(i) 扶養団体と相互性

幾つかの法改正はあったが、B G Bの扶養法の基本構造は変化していない。その理由は、扶養法の規定は、技術的で、かつ、柔軟だからである。普通法の血族扶養と配偶者の扶養を一括したのが、B G Bの扶養法の規定である。まずは、夫婦間の扶養の優先。血族扶養では、親族関係の近い者への扶養が優先。かつ、卑属は尊属に優先する。

以上の扶養の結合から、若年時に受けた扶養を年齢が上がってから返すという、時間の異なる連帯というネットワークができあがっている。さらに、扶養義務は、義務者の給付能力によりその限界が与えられ、権利者の要扶養性に依存している。

B G Bは、兄弟間の扶養義務を定めなかった。第五九回ドイツ法曹大会は、衡平による兄弟間の扶養義務の提案を退けた。兄弟間の扶養義務は、兄弟間の関係の実態からも、諸外国の傾向とも折り合わない。

当今では、小家族内への扶養義務の制限が唱えられているが、それに反対の論拠は、親族連帯の弱体化である（A.23 - A.25）。

(ii) 憲法上の与件

従来は、憲法は扶養義務に関しては、大きな役割を果たしていなかった。これまで議論されたのは、離婚後の扶養と

非嫡出子の扶養義務 (Art.6 V GG) だけである。憲法上の婚姻と家族の保護 (Art.6 I GG) が、扶養義務の存在を担保しているとは解されている。同条の「家族」が小家族か、それ以上の家族かに関しては争いがある。仮に、前者なら、小家族以外の血族に関しては、他の基本法上の規定が根拠にされなければならない。両親の未成年子の扶養義務の根拠は、両親の責任 (Art.6 II GG) によると解されている。反対に、加重な負担に対しては、義務者は憲法上の行動の自由 (Art.2 I GG) および、それに由来する最低の生活保障を対置できる。個別の扶養請求権の憲法上の基礎が、必ずしも同じである必要はない。扶養義務の制限が可能となるのは、社会関係が大きく変化し、かつ、社会法により扶養が充足された場合だけである (A.25-A.26)。

(iii) 要扶養性と給付能力

要扶養性に関しては、扶養権利者の自己の扶養の義務が前提となる。したがって、扶養請求権の廃止以前に、扶養請求権の範囲などを考え直すべきである。さらに、要扶養性に関しては、デュッセルドルフ表 (Düsseldorfer Tabelle) などの各種の基準⁽⁹⁸⁾があるが、その基準の不安定性と実態との乖離が問題である。

扶養義務の不履行の原因は、義務者の失業や不十分な収入のゆえのケースも多い。第五九回ドイツ法曹大会は、自己の扶養 (Selbstbehalt) を法令で確定するよう求めたが、実現していない。

複数の扶養義務者間の負担の分配に関しては、離婚子の母親の監護扶養と父親の金銭扶養の分配 (§1606 III BGB) の問題などが、マートイニーの問題の指摘の中心である (A.26-A.30)。

(iv) 扶養の合意

扶養に関する合意は、法規定の具体化、および、その変更である。但し、離婚後の扶養の場合とは異なり、夫婦間の扶養義務、別居夫婦の婚費分担、血族扶養を将来にわたって放棄する合意は、許されない。加えて、社会法からの制限

もある。扶養請求権の放棄によって社会扶助の必要な状態を作り出すことは、良俗違反である。加害の意図は不要で、客観的に社会扶助の必要な状態を作り出すだけで足る。

両親の離婚に際して、子の扶養義務を両親の一方から免除する合意を、連邦通常裁判所は有効と解した。しかし、放棄者の給付能力が不十分なら、結局は子の負担となるような合意を、連邦憲法裁判所は、妊婦が婚姻前に締結した夫婦財産契約に関する事例で、制限した。但し、以上のような合意の有効性の基準は実務に委ねるべきで、一定の公証の必要などを立法する必要はない（A.30-A.32）。

（v）社会法の影響

成年子の両親に対する扶養義務は、多くの部分が社会保険によって代替された。他方で、両親の子に対する扶養が、血族扶養の中心として残っている。しばしば、血族扶養と社会保障の調整の必要が説かれるが、様々な社会給付があり、一元的な解決はあり得ない。

第五九回ドイツ法曹大会は、血族扶養の大幅な制限を提唱した。その結果は、社会扶助が与えられても求償はないということになる。確かに、老親の扶養を除いて、血族扶養を根拠とする求償は制限される方向にある。但し、求償の実効性を高める措置はとられている。

求償の根拠は、法定の債権譲渡である。但し、通説は、求償が制限されても、扶養義務には影響しないと解している。その結果、扶養権利者には、扶養請求するか、社会給付を請求するかという選択権がある。

血族扶養の制限を唱える見解の前提は、社会法上の給付が十分なことである。しかし、社会給付も恒久的に与えられるかは不確かであり、社会保障を血族扶養の制限・削除の論拠とする場合には、十分な検討が必要である。

子の扶養は、依然として両親の扶養に依存している。それにも関わらず、社会給付の仮払い、求償のケースが増えて

説
論
いる。その原因は、経済的なものだけでなく、生活様式と家族関係の変化などである。いずれにせよ、求償を有効に実施するには、能力と意欲のある行政が前提である。さらに、問題を先延ばしにする仮払いより、将来は当事者間の合意が重要である。そのためには、両親の教育が重要である (A.32-A.37)。

(vi) 諸外国の親族扶養法

諸外国の扶養法は、核家族に制限する英米法と、広い範囲で扶養義務を認めるロマン法系で大きく隔たっており、比較は困難である。但し、未成年子に対する扶養を社会保障で代置しようという傾向は国際的には見て取れない (A.37-A.39)。

(c) 個別の扶養請求権

(i) 子の扶養

(ア) 現行法

未成年子に対する親の扶養義務は、生活保持義務である。血族扶養で最も重い義務であり、社会国家からの援助が必要な分野である。配偶者間の扶養義務は、未成年子の扶養義務と同順位とされているが (§1609 II BGB)、判例は子の扶養を優先させている。但し、以上の問題は、血族扶養の範囲を超えるからここで論じることはできない。

現行法では、成年子も扶養権利者である。但し、両親の自己の扶養の額は高く設定されている。扶養義務は、生活費の他に最初の職業教育の費用を含む (§1610 II BGB)。しかし、過重な教育扶養は制限されるべきであり、教育扶養は第一の職業教育に限られ、第二の教育扶養は例外的な場合以外は認められていない。

さらに、成年子の扶養は、失業のリスクも含んでいる。しかし、両親からの事実上の給付があることは別として、子の就労義務もあるから、裁判上の請求は成功していない。したがって、法改正の必要はない (A.39-A.41)。

（イ）外国法

未成年子の扶養の包括性に関しては、比較法的な一致がある。法改正の余地があるなら、その強化以外はあり得ない。成年子の扶養に関しては、様々である（A41.－A43.）。

（ウ）考え得る法改正

（a）成年子の教育扶養は家族負担調整（Familienlastenausgleich）に委ねて、両親の負担を減ずべきことである。最近も大学教育に関しては費用は国家が負担し、後に修了者から徴収する計画が挫折した。しかし、このような計画が怪しげなのは、私的扶養の可能な者も国家が面倒を見ることである。したがって、扶養義務の優先の下で、連邦教育促進法（Bundesausbildungsförderungsgesetz）が運営²⁰されている。

さらに、教育扶養も、二七歳までに制限すべきだと説かれている。第五九回法曹大会では、過酷条項をおいた上で、二七歳に制限する提案がされた。しかし、疾病などで修学が遅れたり、大学に定員がなかったりする場合もあり、単純な制限は問題である。したがって、現行法を制限的に解すれば足る。

（b）疾病・障害児の扶養に関しては、社会法上の措置があり、求償は制限又は免除されている。したがって、血族扶養に関して法改正の必要はない。

（c）継子とは血族関係がないから、扶養義務は発生しない。もちろん、継父母と同居する場合は、契約上、黙示的に扶養義務を觀念することはできる。しかし、その様な義務の存続期間、終了に関しては不明確な点が多い。諸外国でも方針は一致していない。未成年の継子に対する扶養義務は何度も提案されているが、第五九回法曹大会では拒否された。実父母からの継父母への請求という形で考慮するか、補充的だが直接の扶養請求を子に認めれば足るのではないか。ちなみに、継子の扶養請求に対する、最もわかりやすい反対の理由は、そのことで結婚をためらわせ、実際上は子の利

益に反すること。さらに、継父母の実子に対する給付能力を弱めることになる。しかも、実親に対する扶養請求に対して補充的で、かつ、離婚と共に消滅する。さらに、実親子関係と事実的な親子関係の抵触である。したがって、スイス法のような、間接の扶養義務が相応しい。

(d) 成年子に対する扶養方法の決定権

成年子に対して、金銭扶養ではなく、同居による現物扶養を指示するなど、両親は扶養方法を決定できる (§1612 II BGB)。廃止論は従前からあり、第五九回法曹大会は、削除を提案した。本来は子の生活様式への親の干渉が目的だったが、現在では親の経済的都合が主眼となっている。実際の紛争は、離婚後の親子紛争のケースで問題となっている。したがって、紛争を惹起し、従前の親権の立場に立った、国際的にも望ましくない規定は削除すべきである (A43-A.49)。

(ii) 両親の扶養

(ア) 現行法

現行法では、子は両親に対して扶養義務を負っている (§1601 BGB)。確かに、自分の子に対する扶養義務に劣後し、実際に請求されることは少ない。しかし、介護費用の不足による社会扶助主体からの求償が発生し、介護費用は予測可能性がなく、かつ、高額なため、多くの紛争が発生した。

扶養額に関する、高裁などの基準は存在しない。確かに、成年子に対する扶養より、自己の扶養は高額とされている。デュッセルドルフ表では、「最低」一一五〇ユーロである。さらに、社会扶助法に倣って、猶予財産 (Schonvermögen) を認めるべきだとも説かれている。

いずれにせよ、現行法では両親の扶養に関しては、社会連帯が必要だと考えられている。基本社会保障法 (Grund-

sicherungsgesetz) の創設は、二〇〇三年一月一日からは、六五歳以上か、完全に稼働能力がない者に社会扶助が与えられた場合は、求償は行われない。さらに、年額一〇万ユーロ以下の収入では、扶養義務者に対する求償は行われないと⁽⁶⁶⁾ せられ⁽⁶⁷⁾ ころ (A.49-A.51)。

(イ) 外国法

両親に対する扶養義務があるのは、ローマ法の伝統下の大陸法では一般的である。但し、その制限が議論されている。具体的には、基本的な社会保障か、求償の制限によってである。他方で、北欧では、扶養義務それ自体が存在しない。コモンローでも両親の扶養義務はないが、アメリカ合衆国の幾つかの州とカナダの一部では、社会法上の求償が行われ⁽⁶⁸⁾ ころ (A.51)。

(ウ) 法改正の可能性

介護保険と判例による求償の制限で、問題は緩和されている。しかし、サンドウィッチ・ジェネレーションの問題は残っており、両親の扶養義務を廃止せよという提案もある。両親に対する扶養義務の廃止が家族の解体につながるという議論は、一種の誇張である。しかし、廃止はドイツの扶養法の体系に抵触するし、社会保障費の増大につながる。

第五九回法曹大会は、特別に過酷な場合の衡平による扶養に制限するよう提案した。様々な提案があるが、現行法は、自己責任、社会保険、基本保障の混在という状況である (A.52-A.53)。

(iii) 両親と子以外の血族の扶養

(ア) 現行法

現行法では、祖父母と孫の間にも扶養義務が相互に認められている。曾祖父と曾孫の間でも同じである。但し、その当事者の間には直接の子がいるから、第一順位ではない。さらに、祖父母には要扶養性がなく、孫には給付能力がない

から、実際上は無意味である。反対に、孫からの扶養請求の場合は、祖父母の自己の扶養 (Selbstbehalt) は寛容に計算されている。加えて、社会扶助の求償は、認められていない (§9113 HS.1 Alt 2 BSHG)。それにも関わらず、廃止が提案されてくる (A.53-A.54)。

(イ) 外国法

ローマ法の伝統では、扶養義務は認められているが、実際上の意味はない。社会扶助の求償も制限されている。英米法では、扶養義務を認めていない。但し、未成年者が妊娠して社会の扶助を受けた場合、アメリカ法では孫からの扶養請求が新設された (A.54-A.55)。

(ウ) 法改正の可能性

以上の扶養義務は、経済的・社会的関係の変化と社会保障ゆえに、維持する必要はない。したがって、第五九回ドイツ法曹大会も、削除を提案した。もちろん、その削除は人的な関係の切断は意味しないし、自発的な援助が排除されるものではない。しかし、祖父母が孫の扶助をして、反対に自分の老後保障を委ねるのは不可能である。したがって、廃止が相応しい。但し、折衷策として、扶養請求権の要件を厳格にするという選択肢と、現行法どおり求償を制限するという余地もある (A.55-A.56)。

(iv) 監護扶養

(ア) 現行法

(a) 現行法では、離婚後の監護扶養と比べて、非嫡出子の監護扶養には制限がある (§16151 BGB)。しかし、子の福祉という観点からは、正当化できない。さらに、第五九回ドイツ法曹大会でも、差別の撤廃が説かれていた。

(b) 監護扶養を監護者の扶養請求権と性質決定するのも問題である。諸外国では、子供自身の権利だとされている。

ドイツ法では、離婚後の監護扶養は、婚姻中の扶養の延長線上に監護者の請求権とされ（§1570 BGB）、非嫡出子では子の独自の請求権とされている（§1615 I BGB）。しかし、同じく子の監護扶養であり、両者の区別は不当である。

さらに、双方に未成年子がいる場合、前婚の配偶者の扶養請求を後婚のそれに優先する現行法は（§§1582, 1609 II BGB）、子の福祉の観点からは、改正が必要である。

（イ）監護の平等化

（a a）離婚後の嫡出子の扶養と非嫡出子の監護扶養との不平等は、法改正すべきである。初婚と後婚の子に關しても同様である。

（b b）現行法では、非嫡出子の扶養請求は、配偶者の監護扶養請求に劣後する（§1615 I III BGB）。第五九回ドイツ法曹大会も提案しているように、法改正が必要である。結論としては、離婚でも同居でも非嫡出子でも扶養は同じと考えば、子の利益に合致し、現実に即応し、順位の複雑さも改まる（A.56—A.59）。

（v）パートナーに対する扶養義務

現行法は、同居のパートナー間の扶養義務を認めていない。同居は、扶養請求を認めるに足る特別な結合ではないからである。しばしば、扶養義務の提案がされるが、近い将来に実現の見込みはない。他方で、登録した人生パートナーシップ（eingetragene Lebenspartnerschaft）⁽¹⁰⁾の場合には、その存続中も解消後も扶養請求がある。かつ、婚姻に準じた調整がなされている（A.59—A.60）。

(94) 第五九回ドイツ法曹大会（Der 59. Deutsche Juristentag in Hannover 1992）は、家族法部会で親子法の改正をテーマとして取り上げている。つまり、今回の法曹大会との関係では、血族扶養を論じた部分で両者が交錯していることになる。但し、

当時は、介護保険法は未だ施行されておらず、特に介護費用を中心とする老親の扶養義務が、子の扶養以外に大きな問題となっていた。そのため、法曹大会では、未成年子に対する親の扶養義務を除いて、血族扶養の大幅な制限、廃止が決議されている。但し、以下でも見るように、今回の法曹大会では、もちろん、扶養義務を強化しようとする提案はないが、単純な制限とは相当にニュアンスが異なってきた。さらに、第五九回法曹大会の社会法部会では、現行の社会保障給付の体系整合性をテーマとして取り上げているが、やはり、老人の介護費用の負担が大きな問題となっており、社会法部会でも子の両親に対する扶養義務の制限を決議している。以上の親子法に関する部分については、岩志和一郎「親子関係と法―第五九回ドイツ法曹大会の議論から―」早法六九卷四号四一頁以下を、社会法部会も含めた血族扶養に関しては、藤原正則「ドイツ法における親族扶養 (Verwandennahhalt) と社会保障の協働―第五九回ドイツ法曹大会を中心として―」商討四六卷一―二〇七頁以下を参照されたい。

ちなみに、未成年子と両親の関係に関しては、第五九回ドイツ法曹大会での提案が、一九九七年からの一連の親子関係法の改正によって立法化されている。以上に関しては、例えば、岩志和一郎「ドイツの新親子法」鈴木重勝他編『民事訴訟制度の側面 (内田武吉先生古稀祝賀) (成文堂・一九九九年) 一八九頁以下、渡邊泰彦「ドイツ親子法改正の政府草案について (一) (二)」同法二五三号二八五頁以下、二五四号二六七頁以下を参照。さらに、ライナー・フランク「監護権の基本的諸問題」(藤原正則訳) 商討四七卷一―三三二頁以下も参照。

(95) Dieter Martiny, *Empfehlte es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten in den Bereichen des Unterhaltsrechts, des Pflichterbschaftsrechts, des Sozialhilferechts und des Sozialversicherungsrechts neu zu gestalten?*, *Unterhalts- und erbrechtliches Teilgutachten, Gutachten A, in Verhandlungen des vierundsechzigsten deutschen Juristentages, Bd. 1 (Gutachten)*, Beck, 2002, A.5ff. なお、鑑定意見を書いた「マーティニー」には、Dieter Martiny, *Unterhaltsleistung und-rückgriff*, Mohr, 2000 という業績がある (教授資格請求論文)。具体的には、血族扶養と公的給付からの求償のあり方を、ドイツ、オーストリア、スイス、フランス、イギリス、および、アメリカ合衆国について検討した論文である。

(96) 児童扶養法に関しては、前掲注 (94) 岩志「ドイツの新親子法」二一九頁以下を参照。改正の骨子は、離婚後の嫡出子の扶養の水準に、非嫡出子の扶養を等しくした点、および、非嫡出子の母親の父親に対する扶養請求権を子の出生後三年間与えたことである。

但し、以上の改正を経ても、非嫡出子の母親の監護扶養請求が、子の出生後三年間と期間を制限する点で、嫡出子と比べて不平等であり改正の必要があるというのが、法曹大会の要請である。後掲注(108)の法曹大会の決議を参照。

(97) 第五七回ドイツ法曹大会の私法部会は、非婚姻的共同体の法的規律のあり方を包括的に議論している。Manfred Lieb, *Empfehl es sich, die rechtlichen Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gesetzlich zu regeln?*, in *Verhandlungen des siebenund-fünfzigsten deutschen Juristentages*, Bd. I (Gütersloh), Beck, 1988, A.3ff. および *Bd. II (Sitzungsberichte)*, Beck, 1988, G.5ff. を参照。ただし、共同体のパートナーの間での扶養義務に関しては、マンフレート・リープの鑑定意見も、大会の決議も否定的である。

(98) 扶養義務に関して、ドイツでは各高等裁判所は各々独自の表 (Tabelle) を作成して、扶養義務者の自己の扶養、扶養権利者の必要額などを定めている。しかし、以上は統一されていない点で、従前から問題視されてきた。

さらに、社会扶助の求償では、独自の観点から、自己の扶養、扶養権利者の必要額などが定められている。加えて、社会扶助法では、扶養義務者に求償の対象とならない猶予財産 (Schonvermögen) が認められているが、民法上の扶養法ではそうではないなどの不整合があり、従来から問題となっていた。以上に関しては、例えば、藤原正則「成年子の老親に対する扶養義務—最近のドイツ法の動向を参照して—」『民法学と比較法学の諸相 (山島・五十嵐・藪古稀記念) III』(信山社・一九八八年) 三二—三頁以下、三二—五頁以下を参照。

(99) 基本保障に関する法律 (Gesetz über eine bedarfsorientierte Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (GSiG)) の該当部分を、以下に訳出しておく (BT-Drucks. 14/3781 v.5.7.2000 から、抜粋)。

二条 (1) 権利者が自己の収入、財産による自己の扶養が不可能なときは、保険料の納付を必要とせず、必要な基本保障を請求できる。別居していない配偶者、又は、婚姻類似のパートナーの収入と財産は、三条の必要と限界を超えるときは、権利者の収入及び財産として考慮される。権利者の子と両親の年収が、社会法典第四編一六条の意味で、一〇万ユーロ以下のときは、権利者の子と両親に対する扶養請求権は考慮されない。

(2) 一項三文による扶養義務者の収入は、同条の限界を超えていないものと推定される。以上の推定を覆すために、基本保障を管轄する主体は、権利者に対して一項三文の扶養義務者の収入を調査するための資料の提供を請求できる。一項三文という収入を越えている十分な手掛かりが得られた場合は、本法の施行が必要な限りで、権利者の子と両親は、基本

保障主体に自己の収入に関する情報を提供する義務がある。以上の情報義務は、基本保障主体の要請がある場合は、証拠書類を提示し、それを提出する義務を含む。連邦社会扶助法一六条三項が、準用される。

(3) 二項一文の推定が二項三文及び四文により覆われたときは、権利者は必要な基本保障の請求権を持たない。政治難民給付法一条による給付権利者、又は、過去一〇年間の間に要扶養性を故意又は過失により引き起こした者も、必要な基本給付の請求権を持たない。

三条(1) 必要な基本保障は、以下の給付を含む。

1. 連邦社会扶助法二章による、家計の基準率の一五パーセントを増額した、権利者の基準率の額
2. 生活費と暖房費への現実の適正な支出、施設入所者の場合は、四条の所轄の官庁の地域での独居家計の暖房費込み家賃の現実の適正な支出の額が、生活費と暖房費とされる。

3. 連邦社会扶助法一三条に準じた、疾病保険、介護保険の保険料の支払

4. 重度障害者法四条五項のG段階の証明がある場合は、該当する基準率一号の二〇パーセントの加算
5. 一項の目的が要請する労務の提供

(2) 権利者の収入と財産に関しては、連邦社会扶助法七六条乃至八八条、及び、該当する法令が準用される。

(100) 同性のパートナーに婚姻類似の効果を承認した「人生パートナーシップ法」に関しては、戸田典子「人生パートナーシップ法」同性愛の『結婚』を認めたドイツ」外国の立法、二二二号二〇頁以下の解説と条文の翻訳を参照。ちなみに異性間の婚姻との最も大きな違いは、養子が認められていないこと、および、税法上の優遇措置を欠くなどであろう。以上については、上記の紹介の他、前掲「注(95) Frank aAO, §2, Rn 44f.も参照。

※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〜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) および、平成一六年度甘粘記念信託研究助成の研究成果の一部である。