



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(5・完) : 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, 56(2), 51-102
Issue Date	2005-07-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15365
Type	departmental bulletin paper
File Information	56(2)_p51-102.pdf



最近三〇年間の遺留分をめぐるドイツの法改正論議（五・完）

——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
 - (1) 生前処分の傾向

- (2) 死因処分の傾向
- 2. 生前処分・死因処分の傾向と遺留分の関係
- 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
 - (2) デイエックマンの報告
 - (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
 - 1. 一九七〇年代初頭の議論と一九九〇年までの動き
 - 2. ドイプラーの論考
 - 3. ライポルトの論考
 - 4. DDRの統合を契機とする遺留分に関する議論
- 五、基本法と遺留分の関係を中心とする最近の改正論議
 - 1. 最近一〇年間の変化
 - 2. 基本権と遺留分に関する判例
 - (1) 連邦憲法裁判所の判例
 - (2) 連邦通常裁判所の判例
 - 3. 基本権と遺留分に関する学説
 - (1) 遺留分は基本法に反するという学説
 - (2) 基本法は遺留分に対して中立的であるという学説

(4)まで、五五卷三三号)

(1)まで、五五卷四号)

(3) 遺留分は基本法上の保護を受けているという学説
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

(以上、五五卷五号)

(3) 連邦公証人会のフォーラム

(4) オッテの見解―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

(③まで、五五卷六号)

(2) マーティニの鑑定意見

(3) ベンゲルの報告

(4) その他の鑑定意見と報告

六. おわりに

(以上、本号)

③ 血族相続と遺留分

(a) 現行法の血族扶養と遺留分

民法典の立法から、現行法の遺留分制度は、重要な部分では変更されていない。ドイツ法曹大会は、そのテーマとして何度か遺留分を取り上げてきた。第一四回ドイツ法曹大会（一八七八年）では、遺言自由の制限の妥当性が問題とされ、報告者の一人は遺留分の部分的な削除を提案したが、受け入れられなかった。第四九回ドイツ法曹大会（一九七二年）では法定相続と遺留分が取り上げられたが、当時の印象は、そこでの「遺留分には新しいものはない」という報告

者のデイエックマンの発言に象徴されている。ところが、現在では、遺言自由との緊張関係はまた増大している。もっとも、遺留分の関係するのは、相続法の問題の一部にすぎない。すでに、非嫡出子に関する法改正を行った第五会期の連邦議会は、配偶者と子の相続上の地位の改正を提案し、当時からしばしば「一〇〇年の課題 (Jahrhundertaufgabe)」と称されたが、この課題は新世紀を迎えても達成されていない (A.61-A.63)。

(b) 遺留分のコンセプト

(i) 遺留分権利者と遺留分請求権

遺留分は被相続人の財産処分を制限する。遺留分は法定相続を基礎としているから、遺言による相続に対する秩序づけの機能を含んだ「堅い核 (harter Kern)」が遺留分である。問題は、増大傾向にある相続財産の処分と法定相続とのバランスである。但し、法定相続の基礎は血族関係だが、遺留分権利者は血族の一部である。したがって、特に近い血族であることと、その一体感が、遺留分を正当化していることになる。

さらに、遺留分と血族相続との間には関連性がある点も、考慮しなければならない。しかし、この問題を考えるには、相続は所有権秩序の延長か、家族財産の承継かという、本鑑定の範囲を超える問題を考えねばならない。但し、遺言自由の支配する法秩序では、一般的に血族扶養の義務者の範囲は狭い。他方で、ドイツ法では、遺留分権利者は、同時に扶養義務者でもある。だから、成年子が親の扶養義務を負っているにも関わらず、相続で何も得られないというのは理解に苦しむ。反対に、子供から全く援助を受けられない両親が死亡しても、子に遺留分が帰属するのも理解できない。したがって、扶養義務と遺留分の法改正は、符節を合わせたものでなければならない (A.63-A.65)。

(ii) 遺留分請求権の機能と意味

(ア) 現行の遺留分には、伝統的な考え方が引き継がれている。ゲルマン法では、財産は血族と結合していた (一)財産

は血液と同様の循環をする（das Gut rñmt wie das Blut.）」。初めは被相続人に遺言自由はなく、後に、教会に対する寄進としてだけ自由分が認められた。反対に、ローマ法では遺言自由だったが、相続人には一定割合、遺産の四分の一が義務分として与えられた。被相続人が無制限に遺言自由を行使すれば、正気ではないとみなされた。後古典期の帝法は、遺留分を知っており、そこから、細部の差異はあるが、ドイツの地方法に継受された。その結果が、一八九六年のB G Bに受け継がれ、現在まで重要な部分に変更されていない。

ところが、最近になって遺留分をめぐる議論が燃え上がってきた。遺留分の反対者への同調は広まっている。しかも、第二次世界大戦後に形成された相続財産は、大きな額に上っている。私有財産、特に不動産は、多くの国民階層に広がっている。具体的には、社会科学的な調査によれば、旧西ドイツの五人に一人が、旧東ドイツでは二〇人に一人が、最低五万ユーロの財産を将来は相続することになる。

死因処分を行う被相続人は、約三分の一である。遺言が面倒という事情もあるが、子孫に財産を継承させるという法定相続は、国民に受け入れられている。被相続人が既婚者の場合は、まずは配偶者に財産を承継させたがる傾向がある。高齢化と共に、まずは、財産は自分の老後保障、介護費用に、生存配偶者の死亡後に、夫婦の共通の子に与えることになる。ところが、例えば、企業の承継に際して、特別な措置を講じようとすると、遺留分が障害となる。したがって、家族関係が疎遠になれば、なぜ互いに結合していかないと感じている者が、被相続人の意思に反してまで、相続によって利益を受けるのが問題とされることになる（A 65—A 66）。

（イ）遺留分の法政策的基礎をめぐる議論の論点は、なにかんずく、家族の結合、遺留分の扶養機能、財産の分配、遺言自由の濫用、および、家族財産の保持である。しかし、相続と家族の形態は多様であり、以上の論点の最大公約数を求めることはできない。

確かに、被相続人が扶養義務者だったら、扶養・財産の分配機能は説得力を持っている。しかし、相続人が未成年者の場合を除けば、扶養機能は根拠を欠くと考えられている。相続年齢が上がっており、自活して生活の基礎を作っている権利者に遺留分は必要かは疑わしい。しかも、遺留分の重要性は、被相続人から与えられた教育扶養に比べて重要性を失っている。生存保障は、相続法より親族法で考慮すべきだという体系的な疑問もある。

但し、以上の論拠だけでは問題は片づかない。扶養機能は、現行の遺留分制度の複数の目的の一つにすぎない。しかも、BGBの立法以来、遺言者の平均余命は、一〇年延びたに止まる。若干時間が延びただけで、根本的な問題が変化したわけでもない。さらに、遺留分によって、中年世代の経済的状況は改善されている。

福祉国家からの給付も、以上の扶養機能との関連で論じられている。但し、相続法が社会法によって駆逐されたわけではなく、相互補完的な関係にある。加えて、社会給付が私有財産にとっても重要となっている。ちなみに、遺児援助(Waisensversorgung)のように補充性のない給付は、収入があっても与えられる。だから、遺留分で生存保障が可能な場合にも、社会給付が必要かも問題とされている。反対に、遺言の自由を制限すれば、生活保障の必要がない場合に、補充的な社会給付が必要かも問題となる。したがって、社会給付も遺留分を不要にしたわけではない。

BGBの立法者によれば、遺留分の目的は、扶養機能だけでなく、寡占経済の防止にもある。現在では、巨大な財産は物的会社かコンツェルンに属しているという主張への反論は、持分や株式は相続によって移転することである。実際に、遺留分は共同相続人の間での財産の分散機能を果たしている。反対に、中小企業は、遺留分によって分解の危機にさらされている。

最近の遺留分への反対論者は、コインの一面しか見ていない。被相続人として、全くのゼロから始めたわけではない。例えば、遺言自由が合理的な財産処分モデルとされ、遺留分権利者は戯画化されて、被相続人を憎悪しながら、その

死を待っているときとされたりする。しかし、相続から外された子は、本当に責任ある両親を持ったといえるのか。特殊な事情や感情ではなく、被相続人と遺留分権利者、後者と相続人との利害関係を十分に衡量しなければならぬ。

今ひとつの観点、家族内の遺産の承継という家族相続である。遺言だけで家族以外の人間に家族財産が転がり込んでも良いのか。遺留分権利者は財産形成に寄与したか、少なくとも維持したかもしれない。特に、配偶者に関しては、被相続人の自己拘束が問題とされねばならない。遺留分への反対論者は、家族財産という考え方は現実に合致しない、さらに、遺産の形成に遺留分権利者が協力したのは例外で、家族の一人に財産を集中するためには、現行の遺留分制度は硬直していると主張する。さらに、経済的な観点から生前に遺産を処置する方法が、色々と紹介されている。確かに、例えば、家族企業が遺留分によって分解されてはならない。だから、その限りで、遺留分の改正を考えてみる余地はある。

今ひとつの論点、遺言自由の濫用の防止である。実際に高齢者は、影響を受けやすい。しかし、反対に、例えば近親の必要性を考えて、処置する場合もある。確かに、遺言自由の濫用には、遺言の方式を厳格にすれば良いのかもしれない。しかし、遺留分の存在が、被相続人の遺言の方向付けになっていることは間違いない。

国民の遺留分の評価に関する確実な経験的調査は、存在しない。遺留分の排除については、一定の知識が普及している。しかし、遺留分権利者の範囲、強行法規であることに關しては、不確かである。遺留分が家族関係にどの様な影響を及ぼしているかも、分からない。一方では、遺言自由の制限によって家族の結合が保たれるともいえるし、他方では、遺留分のゆえに被相続人を配慮しなくなると主張される。確かに、距離的な近さも含めて、被相続人に近いことが、遺言で優遇される条件だというのは間違いない。遺留分がなくなれば、多くの相続人が何ももらえなくなるであろう。結論的には、反対はあっても、総じて遺留分の保持に傾く論拠が多い（A.65-A.71）。

(iii) 遺言自由の限界と制限

遺留分のゆえに、被相続人は、自分のイメージどおりの遺産の処置はできない。法定相続と遺留分は、平等主義的にできている。但し、現行法でも、遺留分の放棄の契約を締結する余地がある。

全ての強行法規と同様、遺留分も潜脱の危険にさらされている。例えば、婚姻すれば遺留分に影響を及ぼすが、それだけではなく、遺留分の主張を困難にする処置がある。例えば、遺留分補充請求権の対象となる贈与には見えない財産の譲渡である。つまり、立法者を待たずとも、遺留分を逃れる措置は多々存在する。例えば、施設に滞在する障害者を持つ親は、基本生活費は社会扶助に委ね、障害児の相続、遺留分は施設費と無関係にする措置を講じる。すなわち、障害者を先位相続人とし、継続的遺言執行をつけ、遺産の本体は後位相続人とした他の相続人に移転させる方法である。判例は、このような遺言を障害者遺言として、遺言自由の表現と理解し、有効と解している。通説も、良俗違反とは考えていない。障害者の相続放棄の可能性は、請求権ではないから、社会扶助主体が移転を受ける余地はない。結果的に社会扶助主体を利用するだけの、相続、遺留分の主張は回避される。しかし、以上の実務によって、社会扶助の補充性 (Subsidiarität der Sozialhilfe) の原則は損なわれている (A.72-A.73)。

(iv) 憲法上の与件

多数の学説では、法定相続も遺言自由も、憲法上、相続権の保護の下に、制度的保障を受け、個人権としても保障されている (Art.14 II GG)。個人の自由権としての私的自治の相続法での実現が、遺言自由である。遺留分は、憲法に保障された家族と血族相続の保護、つまり、家族への財産の拘束と考えられている。多数の学説の考え方では、遺留分は所有権と相続権の保護によっても保障されている。連邦憲法裁判所の判例では、遺留分は血族相続の一環のようでもあり、問題は白紙のままであるようにも見える。

他の見解では、相続の保障は所有権の保障の一環にすぎない。したがって、所有権の保護は遺言自由であり、その制限は問題とならない。但し、そういった見解は、遺留分は婚姻と家族の保護（Art 6 I GG）に基づくと解するか、基本法一四一条一項と基本法六条一項を基礎とすると解している。だから、いずれにせよ、遺留分は憲法上の保護を受けている点では、一致している。但し、基本法六条一項の家族が、核家族だけを意味すると解すると、憲法上保護される遺留分権利者の範囲が狭くなる。さらに、立法者は所有権と同様に、遺留分も制限できるとなると、遺留分権利者の範囲、額、性質に関しても、立法者には裁量の余地があることになる。

近年、被相続人の遺言自由と抵触するとして、遺留分制度は批判されている。連邦憲法裁判所も、その旨の憲法異議申立への答えを留保している。但し、現状では、遺留分の憲法上の保障から出発すべきであろう。

現在係争中の事案では、息子が母親を殺害したが、息子は責任能力がないため、遺留分剥奪にも欠格にも当たらない点が問題となっている。さらに、施設に入所中の息子の後見人が、単独相続人である兄弟に対して遺留分請求権を行使した事例もある。但し、そういった事案は、遺留分制度そのものではなく、解釈によって問題解決できるはずである（A 74—A 76）。

(c) 遺留分請求権の存在

(i) 外国法

ローマ法の影響下の法圏は、遺留分を持ちあわせている。但し、遺産の原物返還か金銭請求かで相違がある。他方で、幾つかの州を除いて、アメリカ法には遺留分はなく、例外的に扶養権利者が要扶養な場合に、死因処分を修正しているだけである。イギリスでも、例外的に要扶養性によって、裁判所の裁量で遺言を修正するに止まる。

ドイツ法は以上の中間にある。しかし、以上の様々な方針は、法定相続、夫婦財産制、および、他の保護規定を併せ

見て、始めて十分な理解が可能となる (A.76-A.79)。

(ii) 遺留分の保障

今日、様々な遺留分の改正が説かれている。つまり、権威主義的で、柔軟性に欠け、中産階級に敵対的だというのである。しかし、様々な問題はあっても、総じて、遺留分自体の廃止が要請されているわけではない。さらに、比較法も遺留分の存続を支持しているといえる。

遺留分の効果として、金銭請求に代わる原物返還も問題にならない。原物返還は財産の家族拘束には合致するが、家族相続に拘泥しており妥当ではない。さらに、遺産分割をまずまず面倒にする。金銭請求により、被相続人の指示した遺産の措置が保持され、かつ、遺留分の請求に容易に応じることが可能となる (A.79-A.80)。

(d) 遺留分権利者の範囲と地位

(i) 直系卑属の遺留分

(ア) 現行法

現行法では、相続から排除された直系卑属は遺留分を主張できる (§2303 II BGB)。親等の近い者が優先するが、直系卑属は孫や曾孫の可能性もある (§2309 BGB)。遺留分は法定相続と結合しており、法定相続人の間では平等原則に服する。したがって、教育の必要な幼い兄弟と、既に教育扶養を受けた年長の兄弟の遺留分が同額、疾病や障害のある子でも同じという可能性がある。したがって、現行法は、その硬直性と要扶養性を考慮しない点が批判されている。

反対に、DDRでは、直系卑属には要扶養性に応じて、三分の二までの遺留分が保障され、経済的に自立した直系卑属は全く遺留分を持たず、かつ、曾孫には遺留分がなかった (A.81)。

(イ) 外国法

およそ遺留分を承認している国では、まずは直系卑属の遺留分が保障されている。直系卑属の遺留分は、遺留分の扶養機能に最も合致している。遺留分の割合は権利者の数、及び、他の権利者との関係で異なっているが、しばしばドイツ法よりも強い保護が与えられている（A81—A84）。

（ウ）考え得る法改正

（a a）権利者の範囲の制限

子の遺留分は憲法上の保護を受けており、その排除は考えられない。第四九回ドイツ法曹大会は、直系卑属の遺留分の変更を退けたが、二親等以上の直系卑属の遺留分の廃止は考慮に値するし、憲法上も可能である。

孫を遺留分権利者から外すことへの反対の論拠は、扶養の必要があることで、一部には強い擁護論がある。しかし、祖父母と孫の間の扶養義務が廃止されれば、以上の論拠はその説得力を失う。さらに、反対の論拠は、現行法の代襲相続原則である。しかし、遺留分権利者の範囲は、法定相続人の範囲より狭いから、直系卑属の遺留分の廃止は現行法の体系性に反しているとはいえない。したがって、孫以降の遺留分の廃止は可能である。

（b b）処分の方法と処分額による制限

従前は、処分の額と処分方法による区分が提案されたこともあった。例えば、家族以外の者への処分では、子の遺留分は増額されるべきだという考え方である。確かに、そうなれば遺産の家族拘束は強化される。しかし、その合理性は疑問である。かつ、直系卑属の遺留分が二分の一なのは、国際的にも普通である。さらに、以上の改正では、遺産分割が面倒になる。

家族の状況に応じて、遺留分の総額は固定し、その範囲で被相続人の処分の自由を認めようという提案もある。例えば、障害子に遺産を与えれば、他の子は遺留分を主張できないという提案である。しかし、その際は遺留分の平等を改

めるに止まらず、処分の合理性を審査し、実際のルールを作らねばならない。しかし、その様な提案が実現すれば、「相続をめぐる争い」が激化し、実現は不可能であろう。

(c) 要扶養性との相関性

現行法では、遺留分は相続人の要扶養性と全く無関係である。相続人が被相続人から扶養を受けていたか否かも、無関係である。反対に、DDRでは、直系卑属(子と孫)、および、両親の遺留分を、要扶養性に依存させていた。その結果、遺留分は實際上、未成年者と教育扶養に限られる。かつ、相続人の従前の生活が保障されることになる。現行法の硬直性への批判とあわせて、以上のルールは再統一後に賛同者が多かった。

しかし、遺留分権利者に年齢制限を設けないなら、個別的に要扶養性を審査しなければならない。また、相続の直前に要扶養になったり、相続後に要扶養となったりして、遺留分請求権の帰属は全くの偶然性に左右される。さらに、請求額の計算は、遺産分割の複雑化、相続紛争を惹起する。かつ、その結果は、他の兄弟の負担で、要扶養の兄弟を扶養することになる。しかし、本来は兄弟間の扶養義務はないから、体系的な疑念もある。

(d) 扶養請求権での代置

かつて、教育が必要か稼働能力のない子には、遺留分以外に、相続財産に対する扶養請求権を与えようという提案があった。今日では、遺留分を扶養請求で置き換えようという提案がある。つまり、相続の時点で存在した扶養義務を、相続人が引き継ぐのである。そのモデルは、離婚後の扶養 (§586 b BGB) と教育扶養 (§1371 IV BGB) である。

しかし、権利者の範囲を広げると、扶養請求のインフレとなる。権利者の範囲を狭くしても、要扶養性と請求の範囲を、内容的、時間的に制限しなければならぬ。事実として、遺産の範囲で、扶養請求を制限する提案がなされている。しかし、離婚後の扶養も教育扶養もその範囲が限られており、一般的に扶養請求の承継が定められているわけではない。

さらに、遺産分割は非常に困難となる。したがって、とても実現可能な提案とはいえない（A.84—A.90）。

(ii) 生存配偶者の遺留分

(ア) 現行法

配偶者の遺留分は、法定相続分の二分の一である（§203 II BGB）。但し、法定相続分は、夫婦財産制に左右される。だから、配偶者が二人の子のために相続から排除されたら、配偶者の遺留分は、共有制では相続財産の八分の一、（通説によって、小さな遺留分の主張だけが可能と解すれば）剰余共有制では八分の一、別産制では六分の一である。

DDRでは、夫婦財産制と相続は分離されていた。かつ、配偶者は常に第一順位の相続人で、遺留分は三分の二だから、上記の例では九分の二（法定相続分三分の一の三分の二）となる（A.90—91）。

(イ) 外国法

生存配偶者の遺留分は、相続法だけでなく、夫婦財産制、および、その他の規定と併せて始めてその意味がはっきりする。かつ、比較法的には、配偶者の遺留分は非常に多様である（A.90—A.93）。

(ウ) 考え得る法改正

(a a) 遺留分の弱体化

配偶者の遺留分が憲法の保護下にあることでは、見解の一致がある。しかし、その存在に対して疑念を提起できないわけではない。現にオーストリアでは、廃止論がある。但し、オーストリアでは、相続人は扶養義務者である。被相続人と配偶者との親密な関係と扶養の必要性は、生存配偶者の遺留分を支持する。但し、一定の遺産割合が妥当か否かは別である。財産形成へ寄与、婚姻期間によって個別化する余地もある。しかし、それでは法的不安定を招き、その立法化には疑念がある。

(b b) 子以外の血族との関係では遺留分を強化する可能性

子以外の血族に対しては、配偶者の遺留分を強化すべきだという声はしばしば聞かれる。さらに、その際には、要扶養性を遺留分の前提とする余地も説かれている。しかし、まず考えるべきは、配偶者の相続法上の地位であり、遺留分ではない。選択肢として、夫婦財産制とは関係なく、子と共同相続の場合でも、遺留分を二分の一とするという提案もある。さらに、配偶者は先位相続人に、子を後位相続人とするという提案もある。但し、以上の評価は、この鑑定意見の範囲を超える。

「先取分 (Voraus)」の将来に関しても同様である。先取分の範囲と遺留分への影響についても、鑑定意見では取り上げない (A.93 - A.94)。

(iii) 生存配偶者と直系卑属

(ア) 最初の両親の死亡と遺留分の行使

(a a) 生存配偶者が相続人に指定されると、配偶者と子の競合が生じる。DDRでは、要扶養性がある場合だけ子は遺留分を主張できたから、配偶者は優遇されていた。

生存配偶者と子の利害調整のために、夫婦は互いを単独相続人に指定し、子を終わりの相続人とする。子の遺留分の主張を封じするために、最初の相続で遺留分を主張した子は後の相続で遺留分しか取得できないという予防条項 (Abwehrklauseln)、および、ヤストロフ条項が用意されている。但し、生存配偶者は生前処分によって、財産を処分できる。しかし、遺留分を主張しなかった子には、これを防止する手段は存在しない。

(b b) 生存配偶者の再婚によって、最初の婚姻の子と二番目の配偶者、場合によっては、半血兄弟が競合することになる。ここに、子の負担で生存配偶者の地位を強化しようという、最近の傾向の問題性がある。その結果、再婚相手を

単独相続人に指定した場合は、相続財産が全て再婚相手のものとなる。したがって、終わりの相続人に指定されなかった子は、最初の相続で遺留分を主張しなければ、相続財産を失う危険性がある。その結果、相続財産は、全くの第三者の下に移転してしまう。だから、特に子が未成年の場合には、遺留分を擁護する強力な論拠になる。

現行法下の手段は、生存配偶者の実子ではない子に、剰余共有制からの付加的な四分の一の相続分に対する教育扶養を請求する権利を付与する制度である (§1371 IV BGB)。しかし、生存配偶者と子の利害調整は非常に困難である。

(イ) 直系卑属の遺留分の削除

生存配偶者との関係で子の遺留分を排除しようという提案は何度かなされたが、第四九回ドイツ法曹大会では退けられた。両親が死亡した場合に、子の二回の相続を一回にしようという提案は、その目的を越えて、子の遺留分を骨抜きにしてしまい、子に全く保障を与えない結果になってしまう。折衷案が、ベルリン式遺言のように、子が終わりの相続人とされた場合は、遺留分の主張を排除するという方法である。確かに、相続人としての地位は保障されるが、子の地位の低下はやはり否めない。

(ウ) 遺留分請求権の猶子

子の生存配偶者に対する遺留分の主張を、生存配偶者の死亡まで延期すべきだという提案は何度かなされている。したがって、最初の相続と後の相続の間の財産の減少を、子は甘受すべきことになる。スウェーデン法は、生存配偶者の死亡後始めて、子は相続・遺留分の主張が可能としている。生存配偶者が再婚して死亡した場合は、二番目の婚姻からの子は遺留分の主張はできない。但し、再婚相手は、最初の婚姻からの子との争いに巻き込まれる (A.94-A.97)。

(iv) 非婚的共同体のパートナーの遺留分

安定した非婚的共同体では、パートナーは互いに経済的責任を負っているが、法的な意味においては無い。登録

した人生パートナーとは異なり、相続権も遺留分もない。したがって、パートナーが相続人指定された場合に、遺留分権利者である被相続人の両親と競合することになる。

非婚姻的共同体のパートナーに遺留分を認める余地もないわけではない。その前提は、パートナーの結合と法定相続であろう。しかし、非婚姻的共同体に相続権を承認している国は、ほとんど存在しない。したがって、現段階では、被相続人の死因処分に委ねる他はない (A.97-A.98)

(v) 両親の遺留分

(ア) 現行法

BGBの立法時には争いがあつたが、両親の遺留分は現行法では承認されている。しかし、被相続人に子のいない場合だけに、両親は遺留分を主張できる。だから、実際に遺留分が裁判上行使されることはほとんどないようである。DRでは、両親に要扶養性がある場合だけに、遺留分の請求ができた。さらに、配偶者は第一順位の相続人だから、第二順位の両親の相続に常に優先していた。

(イ) 外国法

遺留分を承認する国では、直系尊属の遺留分も認められている。但し、補充的で、子の遺留分に劣後している。

(ウ) ドイツ法は、直系尊属一般ではなく、両親にだけ遺留分を認めている。しかし、それでも両親の遺留分を廃止、又は、切り下げてしまう提案がある。かつ、そのことは憲法にも違反しないと考えられる。両親の遺留分の廃止の論拠は、両親は経済的に成年子と独立していること、血族関係はあるが両者の関係は弛緩していることである。但し、以上の提案の前提は、両親と成年子の相互の扶養義務を廃止してしまうことである。だから、以上の限りで、相続と扶養との間には、相関関係がある。

BGBの理由書が両親の遺留分の論拠とした、子の両親に対する「崇敬の念 (Pietät)」だけでは、両親の遺留分の正当化には十分ではない。今ひとつ積極的な理由づけが必要ではないか。すなわち、例えば、子の財産の一部(家屋、家具)は、両親に由来する。子が両親の財産に遺留分を持つなら、両親も同様である。さらに、子がおらず、両親が生前に被相続人から扶養されていた場合は、両親の遺留分は説得力を持つ。要扶養性を要件としたり、扶養請求で代置しようという見解もある。結局のところ、両親と子の親密な関係、および、両者の間の相互的な扶養義務ゆえに、遺留分は両親にも与えられるべきである。

但し、配偶者と競合する場合は、両親の遺留分を廃止する考え方もあり得よう。被相続人は両親と離れ、配偶者より親密な関係を作っているからである (A.99-A.102)。

(e) 遺留分の排除と減額

(i) 現行法

相続人が被相続人に対して犯罪を犯した場合は、相続・遺留分から排除される (§§2339, 2345 II BGB)。さらに、他にも現行法は、遺留分の剥奪事由を定めている (§§2333ff. BGB)。しかし、法定の剥奪事由は限られており、かつ、通説では、以上の事由は、類推が許されない。被相続人、その配偶者、又は、他の直系卑属の生命に、直系卑属が危害を加えたとき (§§2333 Nr1 BGB)、被相続人又はその配偶者に対する故意の身体的虐待について過責があるとき (§§2333 Nr2 BGB) は、被相続人は直系卑属の遺留分を剥奪できる。さらに、直系卑属が被相続人又はその配偶者に対して犯罪を犯したとき (§§2333 Nr3 BGB)、加えて、被相続人に対する扶養義務を履行しなかったとき (§§2333 Nr4 BGB) も同様である。最後に、直系卑属が被相続人の意思に反して不名誉又は不道德な生活を送った場合という、民法二三三三三条五号の一般条項のような規定も存在する。つまり、「家族の名誉」という被相続人の保護に値する関心を蹂躪するような

遺留分権利者の継続的な行為が問題とされている。類似の規定が、配偶者の遺留分の剥奪 (§2335 BGB) であり、さらに、以上の場合より、その事由は制限されているが、両親の遺留分の剥奪事由の規定 (§2334 BGB) がある。

遺留分の剥奪は、その理由を死因処分で挙示しなければならないから (§2336 II BGB)、剥奪は面倒になっている。さらに、判例は、剥奪事由を制限的に解してゐる (A.102-A.103)。

(ii) 外国法 (省略) (A.103.-A.104.)

(iii) 排除事由の拡張

(ア) 現行法の定める剥奪事由の存在それ自体は、妥当と考えられている。但し、民法二三三三条以下の個別的事由は、古びており、かつ、不当で、改正の必要があると考えられている。但し、剥奪事由は、被相続人と相続人の関係が破綻しているだけでなく、第三者にも納得のいくものである必要があるから、新しい考え方を示すのは、困難である。さらに、扶養請求権の排除の事由としても、非行があげられており、それとの均衡も必要である。いずれにせよ、遺留分は強行規定だから、その剥奪が簡単というわけにはいかない。

(イ) 現行法で最も批判の対象となっているのが、被相続人と相続人の人的関係の欠如を評価せず、剥奪事由としていない点である。しばしば、学説は、両者の関係が破綻しているときは、剥奪を容易にすべきだと説いている。しかし、そのような規定の適用は、実際にはなかなか困難である。しかも、破綻の原因が、相続人のみならず、被相続人の側由来する場合もある。破綻原因が被相続人の側由来する場合は、遺留分の剥奪が許されるべきではない。

(ウ) 「不名誉又は不道徳な生活」 (§2333 Nr.5 BGB) というのは、不確定な評価基準で、多元主義的な社会では非常に問題のある規定である。しかし、いずれにせよ、遺留分の基礎を脅かす、つまり、家族的な結合を破壊するような行為でなければならぬ。同号を現代化し、かつ、剥奪を容易とする、第四九回ドイツ法曹大会の提案は、現在でも支持さ

(a) 第四九回ドイツ法曹大会は、贈与の遺産への算入の拡大を説いている。そう考えると、被相続人がその旨を命じたときだけ算入するという原則 (§215 I BGB) が、緩和されることになる。しかし、同じことは、被相続人が終意処分でも算入を定めうるとしても達成できる。

(b) 贈与の出捐時の遺留分権利者の存在が、遺留分補充請求権の要件だというのが、判例の立場である。つまり、判例によれば、被相続人が遺留分権利者を配慮すべきだった場合にだけ、遺留分補充請求権は行使できる。以上の解釈は、民法二三二五条一項の目的、立法の経緯に反している。もつとも、第四九回ドイツ法曹大会は、判例の見解に賛成している。しかし、文言にない被相続人の認識という要件を除くのが妥当である。

(c) 配偶者への贈与の場合は、遺留分補充請求権は婚姻解消時から一〇年で消滅するとされている (§225 III HSZ BGB)。以上の規定を判例は違憲とは解していないが、出捐時からと改正すべきである (A.109—A.111)。

(g) 遺留分請求権の行使

(i) 金銭請求と遺産の現物での分割

遺留分請求権は金銭請求権だが、遺産が流動性のない資産（不動産、企業）で構成されている場合は、請求に応じるのが困難である。財産の一元性、特に、企業承継は、金銭請求により危殆に曝される。したがって、相続人が原物返還（例えば、企業持分）で補償する権限を与えるなどの、様々な提案がされている。遺留分権利者に原物返還の請求権を与える可能性も考え得る。例えば、夫婦財産の清算では、（清算）債権者は重大な不当性を回避するために、剰余清算の請求権から控除して特定の財産の譲渡を債務者に請求できるとされている (§1383 BGB)。遺留分でも、遺留分権利者に特定の財産の譲渡を請求させることも考え得る。しかし、これまでのところ、以上の提案に賛成する者はいない。裁判所が介入すれば遺産分割は面倒で時間がかかる。加えて、その限界づけと実行可能性には困難が伴い、かつ、被相

続人の意思、および、相続人の意思に反し、遺産債権者の利益を害する可能性もある。さらに、遺産の原資が十分でなければ、意味はない。したがって、金銭請求の緩和は、遺留分権利者、義務者の双方にとって意味のあるものではない（A.111-A.112）。

(ii) 遺産の評価と金銭請求のリスク

(ア) 遺産の評価の時点は、相続開始時とされている（§2311 I BGB）。但し、相続後の利用目的も考慮されているから、以上の原則は、見かけほど硬直しているわけではない。

(イ) 営業財産の評価では、財産の様々な計算方法の全てが基礎とされるべきである。もともと、特定の計算方法が規定されているわけではないから、在庫価値、収益価値、両者の総合評価に依拠することも可能である。農地の評価では、収益価値が基準とされている（§2312 BGB）。営業財産でも同様の措置が望ましいと考えられている。企業の承継では、遺産からの金銭的な給付可能性は、取得した財産の額とは一致しない。したがって、現行法の遺留分の請求は、不当であり、憲法上の疑義もある。

それゆえ、民法二三一三条の解釈として、営業財産は処分価値ではなく収益価値で計算すべきだと主張されたり、遺留分請求に猶予が認められるべきだなどと説かれている。実際に、企業承継では、場合に応じて様々な計算方法が採用されている。法改正するにせよ、複数の可能性を用意すべきである。したがって、遺留分の計算方法を定めるのは、余り適切とはいえない。

(ウ) 遺産の価格変動は、金銭債権者である遺留分権利者とは関係がないはずである。しかし、遺留分権利者は実質的には価格変動のリスクを負担している。さらに、遅延利息の定めがない現行法の改正が要求されている。加えて、遺産の価値を反映させる評価規定を要求する者もある。しかし、その様な詳細な規定をおく必要性、その方法に関しては疑

説
念がある (A.112-A.114)。

(iii) 履行期

遺留分請求権は、相続と同時に発生する (§317 BGB)。したがって、請求を満足させるために、遺産の全部又は一部を、場合によっては安価に売却する羽目になる。その結果、例えば、企業の清算を招きかねず、現行法でも逃げ道が模索されている。例えば、遺留分放棄の契約の締結をすることである。さらに、自身も遺留分権利者である相続人は、配慮のない遺留分請求に対して猶予を抗弁できる (§231a BGB)。但し、その要件は、「通常ではない過酷な (ungewöhnliche Härte)」と権利者に期待可能性があることである。

立法論としては、遺留分請求権の履行期を遅らせること、又は、猶予が、しばしば提案されている。特に、配偶者と子が共同相続した場合の子からの遺留分請求がされたときに關してである。しかし、第四九回ドイツ法曹大会は、民法一三三一条 a の猶予で十分だとして、以上のような提案を退けた。しかし、現時点での履行は特に過酷であるという抗弁を、相続人に付与する余地は、考慮に値する。但し、他方で、遺留分権利者の側の、遺産の価格変動の危険も考慮すべきである (A.114-A.115)。

④ 結語とテーゼ

相変わらず、家族は世代間連帯を維持するための最も重要な制度である。しかし、経済的、社会的な変化の結果、従前と同じ意味は失われている。血族扶養が公的給付に引き受けられ、血族扶養の意味は限られてきている。法定相続を基礎とする遺留分も、遺言自由の桎梏と感じられ、相應の緩和が要請されている。だから、いずれの分野でも根本的な改正ではなく、扶養と最低限の遺産への分配が保障されるような手直しが必要である。つまり、ラディカルな改正と旧態依然の中間でなければならないというのが、マーティニーの結論である (A.116)。その上で、鑑定を要約したテーゼ

をマーティニーは提出している⁽¹⁰⁾。

以上のマーティニーの鑑定意見は、これまで見てきた、ドイツの多数の学説の最大公約数を示していると評価できよう。特に、遺留分に関しては、遺留分の廃止、要扶養性への依存といった根本的な法改正ではなく、従前から議論され、賛同を得ていた部分に関する部分的な改正の提案である。しかも、家族の経済的連帯を総合的に検討しようという法曹大会の方針からは当然ともいえるが、その特徴は、例えば、血族の扶養義務者の範囲が狭い法圏では、遺言自由が優先すること、および、両親に対する成年子の扶養義務が存在するならば、子の遺留分も存続すべきことを指摘するように、血族扶養と遺留分との相関性を強調している点であろう。結論としては、家族間の連帯の維持という目的からは、遺留分はそれを支える重要な私法上の制度の一環であることは今日でも変わらないというのが、マーティニーの主張の骨子である。

(3) ベンゲルの報告⁽¹⁰⁾

① 生前行為による（相続）財産の処分と遺留分に関する、公証人に対して行ったアンケート調査を参照の上で、ベンゲルは報告を行っている。さらに、自身も公証人であるベンゲルは、現行法の枠内で、顧客の希望を満足させることを責務とする予防法学の角度から、したがって、当然に学説とは異なった観点から報告を行うことを強調している⁽¹⁵¹⁾。ベンゲルの報告は、扶養と生前行為、および、扶養と遺留分の二つの部分に分かれている。

② 扶養と生前行為（A）

(a) この三〇年間で、介護保険を含む社会給付は、生前行為による遺産承継である贈与、先取りした相続の契約書の作成に大きな影響を与えた。一八七五年頃までは、夫婦が居住家屋、農場を子に譲渡するに際しては、まず扶養を受け

ることが契約書作成の中心的関心であった。しかし、現在では、財産の譲渡の反対給付を受ければ、社会給付の受領が不可能となる恐れがないかが、問題とされている。さらに、譲歩相続人は、両親の扶養義務から逃れようとする。つまり、子は、少なくとも経済的には、両親の世話に国家に委ねたいと考えている。以上の変化は、契約作成のためのコメントールの記述からはつきりと見て取れる。加えて、アンケート調査からは、生前行為に法的規律が加えられることには、一般的な理解があるが、遺留分に関してはそうではないということである (L51-L52)。

(b) 親族間の経済的連帯が、最もはつきりと表現されているのが、(贈与者の貧困による贈与の返還請求を定めた) 民法五二八条の規定である。同条に関する実務上の問題が、親族間で財産を譲渡して、贈与者が社会扶助を受けた場合の、社会扶助主体への贈与者の受贈者に対する贈与の返還請求権の移転である。一連の判例によって、社会扶助主体は返還請求権の譲渡を、社会扶助受給者の死後でも請求できるとされた。但し、以上の社会扶助法の解釈を立法化して、判例を不自由にする必要はない (L52-L53)。

(c) 但し、民法五二八条に関しては、以下の点を考え直すべきである。

(i) 貧困による贈与の返還請求権 (§228 BGB) の、履行から一〇年の経過での時効消滅を定めた民法五二九条一項の規定は、一〇年の期間の前後で、オール・オア・ナッシングの請求権の消滅をもたらし、市民には理解しがたい。したがって、一年ごとに一〇分の一ずつ返還請求が消滅するというルールに改める方が、理解が得られやすい。

(ii) 贈与物が不動産なら不可分性ゆえに、民法五二八条では、月々の価値賠償の請求が認められる。しかも、同条の請求は不当利得返還請求で、扶養請求ではない。したがって、債務者の必要性は、自己の扶養又は扶養義務が危殆化した際の例外を定めた、同条二項が適用される場合を除いて、全く考慮されない。ところが、譲渡人の余命が長ければ、却って原物返還の方が負担の少ない場合もある。しかし、民法五二九条は、原物返還の可能性を規定していないから、

債務者の選択権を認めるべきである。

(iii) 民法五二八条、五二九条で最も頻繁に問題となるのは、どの程度で譲渡行為が無償でなくなるのかである。例えば、譲渡の反対給付に介護を定めた場合、あるいは、譲受人の遺留分放棄は有償かなどである。しかし、以上は立法ではなく、学説・判例に委ねるべき課題である。

両親から子への譲渡契約では、介護を反対給付として合意しないのが、最近の傾向である。しかも、最近のBGHの判例は、⁽¹⁰⁾ 譲受人が介護を約した場合、介護は人的で第三者が代替できないわけではないのではなく、介護給付は金銭化して求償の対象となると判示したから、ますます以上の傾向を助長することになった。譲渡契約に際して助言を与える公証人の立場からは、介護を反対給付とすることは求償の根拠を作り出すことに他ならない。したがって、介護の合意は減少するであろうし、また、反対に介護の約束の履行は促進されるであろう。但し、長期的には介護の合意はされなくなるであろう。

(d) 民法一六一四条は、将来に向けての扶養請求権の放棄を禁じている。但し、以上の規定が、両親の成年子への扶養請求権、子の両親への扶養請求権、孫の祖父母への扶養請求権にも適用されるかは、争いがある。しかし、社会扶助の給付を避けるためには、同条の目的は、原則としては妥当である。したがって、同条の改正は不要である(154-157)。

③ 扶養と遺留分 (B.)

(a) 遺留分に関しては、現行の遺留分が親族間の経済的連帯を規律するのに相応しいものか、さらに、およそ遺留分制度が必要なのかを検討する。

(b) 憲法上の与件

(i) ここでベンゲルは、従来の学説・判例を整理した後、私見では、遺留分は基本法六条一項を基礎とすると主張している。その理由は、基本法一四一条一項は、所有権と相続を同時に保障しており、相続は所有権の延長として保護されているにすぎない。したがって、所有者の意思と独立した家族への財産の拘束は、同条とは関係がないと解するのが自然である。しかも、同条が、一方で所有権の自由と、それに反する遺留分を保護すると考えるのは、矛盾している。却って、婚姻と家族を被相続人の死後も保障する相続権は、基本法六条一項が保護していると考えるべきだからだとしている。

(ii) その結果、遺留分制度の具体的構成に関する立法者の裁量の範囲は広くなる。つまり、最低限度で家族の扶養が被相続人の死後も脅かされない限りで、遺産の分配を保障するのが遺留分だからである。

(iii) 具体的な遺留分と憲法との調整は、困難な問題である。したがって、以下では、BGBの立法当時の事情が現在も妥当するかを検討するに止めるといのが、ベンゲルの考え方である(157-159)。

(c) 現行の遺留分の歴史的なモチーフ

(i) ベンゲルは、BGBの遺留分制度には二つの契機があったとする。まずは、法統一であり、ドイツの全域で遺留分制度が認められていたがゆえに、遺留分が立法された。他には、扶養と分配機能が、立法者の目的であったと指摘する。その上で、従来から指摘されている、遺留分に対する問題点を拾い出し、遺言自由の濫用による扶養機能の破壊以上には、遺留分制度の合理性は、今日の時点では認めがたいと結論している。したがって、遺留分を残すにしても、遺産の価値割合を基準とする現行制度には懐疑的な評価を下している(160-162)。

(d) 現行遺留分の骨格

ベンゲルは、憲法上の問題、および、政策的な妥当性を措いても、現行法の遺留分の規定が複雑で、明確性と法的

安定性を欠いている点を指摘し、法改正に際しては、最低限以下の点を考えてみるべきだとしている（162-165）。

（i）扶養請求権による代置

先に紹介したベンゲルの方針からは、まずは検討すべきは、要扶養性と連動した遺留分制度の是非である。しかし、ベンゲルは、要扶養性に遺留分を依拠せしめると、遺留分の制度目的は単純明快に見えるが、他面で複雑な問題を生み出すから採用できないとする。その理由は、遺留分権利者が複数存在した場合の、権利者と義務者の範囲の決定、遺留分請求権の相互関係、相続人の内部関係が複雑すぎるからである。さらに、要扶養性の認定、遺産分割の遅延、対第三者関係などの問題である。したがって、直接に要扶養性に依存しない、現行法を基礎とした遺留分制度が現実的だといふことになる（162-166）。

（ii）現行法の手直し

（ア）まず考えられるのが、DDR法をモデルとする、要扶養性に依存しながら、遺産割合を基準とする遺留分である。しかし、相続時の遺留分権利者の要扶養性は、偶然性に依拠するから、不公平なケースが発生することは避けがたい。遺留分を停止条件付の定期金請求とすることも考えられる。しかし、遺産分割時には、将来の要扶養性を予測することは困難であり、遺産が小さい場合は必要を満たせないなどの問題がある。

（イ）さらに、DDR法に倣って、配偶者の遺留分とは別に、子の遺留分だけを要扶養性に係らしめることも考え得る。その根拠は、配偶者は剰余共有制では婚姻解消時に財産の分配請求があるが、他の遺留分権利者は被相続人の生前に扶養請求できるにすぎないという事情である。しかし、別産制、共有制では、以上の論拠は当てはまらず、かつ、剰余共有制でも、剰余清算に代わる四分の一に妥当するだけである。その他の点では、配偶者もその他の遺留分権利者にも違いはない。しかし、配偶者への遺産の分配は、法政策的には望ましい。いずれにせよ、遺留分の成否に権利者の要扶養

説 性を考慮することは望ましいと、ベンゲルは結論を下している (L66—L68)。

(iii) その他の改正提案

加えて、要扶養性を考慮するか否かに関わらず、緊急に現行法の改正の必要な点としてベンゲルがあげるのが以下の点である。

(ア) ベンゲルがまず提案するのが、遺留分権利者の相続分に負担又は制限の課された場合、又は、遺留分権利者が後位相続人に指定された場合を規定する民法二三〇六条を、遺贈を受けた遺留分権利者に関する二三〇七条に符節を併せて改正しようという、これまでも何度も取り上げられた問題である。

(イ) 被相続人からの生前の遺留分権利者に対する出捐は、被相続人が出捐時に、遺留分への算入を指定しなければならぬ (§315 BGB)。さらに、算入の指定は、明示的に行われる必要がある。しかし、同条の要件は厳格にすぎると、一般に知られていない。したがって、反対の意思表示がなければ、算入を原則とすべきである。

(ウ) 子の遺留分の主張を、生存配偶者の死亡まで猶予する可能性を考慮すべきである。さらに、相続人が金銭請求に応じる負担を考え、現物返還 (共有持分、役権) の余地も考えられるべきである。

(エ) 遺留分補充請求権の一〇年の期間は、先に贈与について問題としたように、一〇年の間に漸減させるべきである。さらに、その他では、現行の遺留分請求権の猶予の可能性は拡大されるべきである (L68—L71)。

(iv) 会社持分の評価

企業承継では、農場相続 (§312 BGB) に倣って、相続人に有利な遺産額の算定法を規定すべきではないかが問題となる。そうなれば、遺留分の主張による企業の解体も回避される。但し、現実には、判例による (遺留分の基礎となる遺産額の算定に関する) 民法二三一一条の柔軟な解釈などによって、部分的には問題は緩和されている。しかも、一元

的な規定は、会社契約での遺留分を防止するための補償条項の解釈を一律化する影響を及ぼす可能性もあるから、必ずしも以上の目的にとって望ましいばかりではない。したがって、その様な規定は、不必要である（L71-L72）。

(v) 両親の遺留分

両親の遺留分は、一般には知られていない。さらに、遺留分による両親の扶養の要請も、孫と祖父母の間には扶養義務があるから、必ずしも必要ではない。又、私見では、両親の遺留分は遺言自由を不必要に制限している。したがって、削除が適当である（L72）。

(vi) 夫婦財産制と無関係な直系卑属の遺留分

現行法では、夫婦財産制により、子の相続分は増減し、遺留分も左右され、不当である。したがって、夫婦財産制と遺留分とは切り離されるべきである（L72-L73）。

(vii) 遺留分補充請求権

遺留分補充請求権の一〇年の時効が、婚姻解消時から進行すると規定する配偶者に不利な規定（§225 III 2 Hs. BGB）は合理性がなく削除されるべきである。子と配偶者は、贈与の時点で遺留分権利者である必要があるという要件も改正されるべきである。かつ、そのことで、前婚と後婚の子の不平等も除かれる（L73-L74）。

(viii) 遺留分の剥奪

遺留分の剥奪事由の拡張は不可欠である。さらに、親の虐待が子の遺留分剥奪事由となり、反対ではないのは不当である。肉体的虐待と精神的虐待は、同視されるべきである。剥奪事由たる犯罪が、常に遺留分権利者の過責を必要とすべきかも考えてみる価値がある。被相続人との交流の欠如も、色々と困難な問題はあるが、考えてみるべきである。最後に、第四九回ドイツ法曹大会も提言したように、「不名誉又は不道德な生活」という民法二三三三条五号の一般条項

は現代的に改正されるべきである (L74—L75)。

(ix) 遺留分と社会法

障害者遺言に則して、若干付言すると、社会扶助法は、障害者の自由になる額の増額を承認すべきである (L75—L76)。

④ 結語

今回の法曹大会のテーマの中心は遺留分の問題である。かつ、最近の議論はこの分野に集中しているが、現行法を支持するものが優勢である。その理由は、実務を考慮した事実的研究の不足が原因である可能性もないではない。したがって、将来に向かつて時代に合わせた制度の探求が必要である (L76)。

つまり、以上のベンゲルの見解は、生前処分と遺言自由を限界まで行使して、財産の承継を企てている実務を承認した上で、処分の自由の観点から、現行法との連続性の下で、ラディカルにすぎない法改正のアイデアを提示したものと評価できよう。

(4) その他の鑑定意見と報告

①その他の鑑定意見と報告に関しては、筆者の評価能力の不足のゆえもあり、簡単にその方向性を要約しておくに止めざるを得ない。

②社会法の立場からのアイヘンホッフアーの鑑定意見は、社会法は、両親の就業を保障し、かつ、子育てによる経済的負担 (二子の貧困 (Kinderarmut)) を除去する必要があるという従来からのドイツの社会法の立場を確認し、児童手当、税控除、社会保険での家族保険などの各論的な問題に具体的な方向性を与えたものである (B5—B65)。例えば、

児童手当は課税最低限の水準に収入が保たれるまで引き上げられるべきであるとされている。つまり、育児による収入の減少の補償という方向が強く打ち出されている。さらに、社会保険の家族保険（社会保険の加入者の家族（要扶養の配偶者、子）は、保険料を支払わず、保険給付を受ける。つまり、他の家族のいない加入者の負担（保険連帯）で保険給付が実現されている）を、保険加入者間の連帯ではなく、租税を財源とする家族金庫（Familienkasse）により行うべきであると、アイヘンホッフアーは提案している⁽¹⁰⁵⁾。つまり、社会保険でも保険原理を貫徹しようという提案である。したがって、これは、社会法の体系性と整合性の下での、家族負担調整の具体策の提案であるといえよう。

③税法に関するマインケの報告は、血族扶養の分野では、家族負担調整に合わせた所得税法の調整が、遺留分では、相続法による遺留分の評価に相続税法も符節を合わせるべきだというのが、基本的な考え方である⁽¹⁰⁶⁾。したがって、血族扶養では、家族負担調整に則した税の社会化が説かれている（L89—L110）。

④社会学者のリュッシャーの報告では、人口統計、世代間の財産移転の統計などが数多く参照されている。かつ、リュッシャーの報告は、本稿のテーマを全体的な文脈の中で評価する際に非常に示唆的なものであり、以下ではリュッシャーが報告の末尾に付したテーゼに依拠して、リュッシャーの観察を要約しておくこととしよう⁽¹⁰⁷⁾。

（a）リュッシャーによる現状の評価を一言で表現するなら、「矛盾を含んだ多様性（widersprüchliche Mannigfaltigkeit）」である。例えば、登録すれば同性婚が可能で、同性のパートナーの相続も可能だが、異性間の結合である非婚姻的共同体では相続もできない。したがって、婚姻、家族が何を意味するのか判然としなくなっているのが、現在の状況であり、かつ、将来も変わらないであろう。ずっと以前から、社会は変化の過程にある。但し、法と社会の現実との相互的な影響関係は、やはり従前と変わらない。平均寿命の増加で、世代間の共同生活の可能性は、却って従前よりも大きくなっている。問題の焦点は、自己実現の方法、両親となる決断、家庭と就業との両立、世代間の財産移転である。ところが、

以上をめぐって、私的な領域と公的領域との境界が怪しくなっているのが現実である。

(b) 現代でも残っている歴史的に古い問題は、男女の平等である。但し、親族的結合に女性が決定的な役割を果たさなくなっており、かつ、家庭の教育機能が減退しているのが現代の特徴である。

(c) 世代間の関係は、一方で理想化(相互扶助の奨励)と、他方で世代間戦争(例えば、賦課式年金)である。しかし、利益調整、交換関係、利己主義、愛情のどちらか一方だけでは、世代間の社会理論は構成できず、それらの総合が必要である。但し、社会関係が如何に変化しても、世代間の相互関係は維持されるべきである。

(d) 人的資源の形成のために、家族を社会給付および潜在的な社会給付として理解し、促進するのが、ドイツの家族政策である。家族促進、老後保障、介護保険の体系が、家族内の私的給付と補充関係にあることは、理論的にも経験的にも確認されている。

(e) 成年子の両親に対する扶養義務は削除すべきではないというのが、社会研究からの結論である。両親に対する扶養義務は、実的な意味と共に、シンボリックな意味を持っている。但し、様々な局面で、現実に適合したルールが個別的に考えられるべきである。

(f) 旧西ドイツの老人は、比較的恵まれた境遇にある。相続は、労務の提供、経済的補助、人的関係、贈与の総合である。但し、非婚的共同体、離婚、再婚、継子との関係で、法的なルールの需要が増大している。そういった状況の下では、遺言自由の拡大が、社会的な観点からは望ましい。しかし、遺言自由を拡大する場合には、被相続人に対する助言の必要性が高まることになる。

(g) 結論として、歴史上も存在した私的生活(家政、家族、婚姻、パートナー)の多元主義、異質性が増大しているのが現代である。しかも、様々な多様性が、一定の方向に収束しているわけではない。要するに、矛盾を含んだ多様性

が現代社会である。しかし、現実が多様になればなるほど、一般的かつ具体的なルールが必要となる。したがって、法と社会科学、理論と実務との対話が要請されている（L9—L50）。

（5）討論の概要と決議

血族扶養と遺留分に関する限りで、討論と決議の概要を紹介すると以下のようになる。血族扶養に関しては、血族扶養に関する各高裁の表などでの、自己の扶養、最低限の扶養に関する基準の不統一を法令で一元化すべき点が説かれた（Wiluzki, L129ff.）他、成年子、および、障害子の扶養の制限（Wendt, L152ff.）が問題になった。但し、以上に関しては、両親の負担の軽減という方向性では一致がある。他方で、意見が分かれたのは、依然として、要介護状態となった両親に対する子の扶養義務である。一九九二年の第五九回法曹大会では、両親の扶養を大幅に制限する方向で見解の一致があったが、今回は介護保険の施行、および、基本保障法（Gundsicherungsgesetz）の立法もあり、扶養義務者の自己の扶養の増額などの措置で十分ではないかという議論が強くなっている（Lemhöfer, L132ff., von Maydell, L134f., Stampa, L135ff.）。さらに、財政難（Vorholz, L113ff.）、親族連帯の弱体化を招くこと（Greve, 146f., Lust, L154ff., Brudermüller, L140ff., Schiller-Lückemeier, L154）などが、扶養義務の制限への反対の論拠として説かれている。他方で、制限論の論拠は、両親の扶養義務は大きな負担であり、かつ、求償でだけ意味がある（Seelinger, L147ff.）、求償は偶然に左右される（Michalik, L142ff., Schwenzel, L144ff.）、扶養義務では親族連帯は作り出せない（Schwenzel, L144ff.）などである。特に、五九回の法曹大会で報告し、両親に対する成年子の扶養義務の大幅な制限を唱えたヴィルツキー（Wiluzki, L130）が、社会的調査では世代を越えた親族連帯が存在するという事実ゆえに、従前の見解が動揺していると発言しているのが、今回の大会全体の雰囲気象徴しているといえよう。

遺留分に関しては、一方で、全面的な廃止の議論 (Dauner-Lieb, L162ff.) もあるが、多くは要扶養性と遺留分を連動させるかに議論が集中している (Schwartz, L174ff.)。その中で、民法典の立法時から、遺留分は扶養の機能を担っていないし、立法者も扶養で遺留分を基礎づけていなかったとオットテ (Otte, L167ff.) は強調している。但し、全体の方向性は、現行法の修正、遺留分の剥奪事由の一般条項化にも反対という鑑定意見に近い考え方が優勢であった。⁽¹⁰⁸⁾

血族扶養と遺留分に関しては、以上の大会の議論の方向で議決も行われている。社会法と税法でも、鑑定意見と報告の線で議決されている。⁽¹⁰⁹⁾したがって、現行法の血族扶養と遺留分は親族の経済的連帯を担保するものとして保持し、それを側面支援するものと社会法、税法を位置づけ、強化しようというのが法曹大会の結論であろう。

ところで、先にも言及したが、一九九二年の第五九回ドイツ法曹大会の私法部会では、そのテーマである親子法の一環として、血族扶養が取り上げられ、さらに、社会法部会でも社会保障の体系整合性という視角から、成年子の両親に対する扶養義務が取り上げられていた。その際の全体的な論調は、両親に対する扶養義務を削除、または、大幅に制限するといったものだった。もちろん、当時は、未だ介護保険法は立法に至っておらず、(特に、年金のない離婚した老婦人、および、要介護状態となって施設入所した場合、特に後者の) 両親の扶養義務の負担が大きな問題となっていた。したがって、現在とは状況が大きく異なっている。しかし、例えば、一方では、両親の扶養義務の削減を説きながら、他方で、仮にそれを削除すれば、法定相続、遺留分の意味が不明になってしまうと、シユヴァーブ (Dieter Schwab) は従来から指摘していた。⁽¹¹⁰⁾ 今回の法曹大会では、リュッシャーの指摘するような社会関係の変化を背景にして、かつ、そのうであるからこそ、最低の法的規律と私法のみならず、社会法、税法も含めた全ての法分野による側面支援によって、親族連帯を維持しようという方向が打ち出されているといえよう。

したがって、細部は別として、その方向性では、遺留分の小さな改正に止める点で、マーティニーの鑑定意見は、全

体の支持を受けているといえる。法曹大会についてコメントした幾つか論考も同様である。例えば、遺留分に関する業績の多い弁護士クリンゲルヘッフアーは、現行法から大きく離れていないマーティニーの提案は穩当であり、遺留分は国民の意識に根を下ろしているという⁽¹¹¹⁾。但し、リップスは、法曹大会は意味のあるものだったが、これで議論が尽きるものではないと指摘している⁽¹¹²⁾。

(101) マーティニーのテーゼ

I. 血族扶養

1. 家族内の経済的連帯は、今日でも依然として血族扶養の基礎である。確かに、社会保障の整備で、包括的な扶養という旧来の考え方は時代遅れとなつてはいる。どんどん増大していく社会保障が、部分的には扶養の確保を引き受けているからである。

2. 現行法と同様、兄弟間の扶養義務は問題外である。

3. 扶養の額の計算の重要な基準値は、法定されるべきである。子の扶養の最低額は、全ての種類の子に関して、法令で規定されるべきである。自身の扶養額 (Selbsthaltung) についても、法令に一貫した規定がおかれるべきである。

4. 補充性のない公的給付が利用できる局面では、血族扶養の給付は不要である。社会法上の求償の可能性を制限する従来の方針は、障害者や尊属の扶養に関しては、それが妥当な場合には、一層押し進められるべきである。

5. 血族扶養の中心は、子の扶養である。子の扶養の強化は、一層押し進められるべきである。公的機関の扶養の仮払いの促進よりも、まずは扶養の履行確保が手当てされるべきである。特に、カウンセラーによる助言などの努力が必要である。

6. 障害児に対する両親の扶養義務を維持し、求償を制限するに止めることを支持する理由は、子の扶養が必要なことと、既に現行の社会法が求償を制限しているからである。

7. 婚姻が継続する限度では、確かに、家計に迎え入れた継子に対する扶養義務は検討に値する。しかし、(継子に対す

る直接の扶養義務ではなく、扶養義務の履行に対する夫婦間の協力義務で十分であろう。

8. 成年子に対する扶養義務は、従前と同じく教育扶養を含む。但し、教育に関しては、国家の教育補助（促進）と、私法上の扶養請求権の制限が必要である。すなわち、後者は原則として、最初の教育に限られる。もちろん、柔軟に考える必要はあるが、年齢は二七歳で制限するのが妥当であろう。

9. 未成年子に対してどの様な扶養を与えるかは、両親が決定する。他方で、成年子に対する特別な扶養方法の決定権は不必要である。民法一六一二条二項は、削除されるべきである。

10. 両親に対する成年子の扶養義務は、扶養請求の計算方法を義務者に寛容にすることと自己の扶養分の上昇、および、現行の社会法上の求償の制限・廃止によって、軽減されるべきである。

11. 民法一六〇六条以下の定める、血族関係の上下に及ぶ血族の扶養義務の考え方は、歴史を経て生き残ってきた。しかし、曾祖父と曾孫の間の扶養義務は、妥当とはいえず、削除されるべきである。祖父母と孫の扶養義務の削除も、考慮に値する。

12. 現行の民法一六一五条三項三文前段の扶養義務の順位とは反対に、以下の方向を目指すべきである。すなわち、存続中の（第二の）婚姻、および、婚姻解消後の未成年子の監護のための、配偶者の一方に対する他方の配偶者の扶養請求権（民法一五七〇条、一五八二条）は、非嫡出子の親への扶養請求権と同順位とする。非嫡出子に対する監護扶養の期間は延長されるべきである。

II. 遺留分

13. 遺言自由にも自ずから限界があり、遺留分によって制限されねばならない。遺留分の存続を支持する理由は、なかならず家族の結合、被相続人の財産の拘束、被相続人の意思の制限である。

14. 細かい部分では見解の相違はあるが、遺留分の憲法上の保障（基本法一四一条一項、六一条一項）から出発すべきである。

15. 遺留分を原物返還とすることも考えられないではない。しかし、現行法どおり、金銭請求の形式で存続させられるべきである。

16. 子の遺留分は保障されるべきである。孫の遺留分の存続も考慮に値する。他方で、他の直系卑属の遺留分は廃止してもよい。

17. 一定の価値割合である遺留分の要件として、権利者の要扶養性を要求するのは、体系的な疑念、結果の不当性、および、実的な困難ゆえに退けるべきである。

18. 遺留分に代わつて、遺産に対する独自の扶養請求権を与えるという考え方に關しては、要扶養性をどう評価するのか、および、給付額と時点の決定、遺産分割の困難さが問題である。

19. 両親の一方が再婚する際に、他方の両親が死亡した時に、子が主張できた遺留分を主張できる可能性が考慮されるべきである。

20. 両親の遺留分の削除に傾く理由は、子の生活の独立と子の経済的自律性である。遺留分を維持すべき理由は、家族の結合と両親の以前の寄与と現在の要扶養性である。

21. 遺留分の剥奪は、現行法より簡単にすべきである。民法二三三三条の剥奪事由は、その相互矛盾を縮小し、かつ、現代化されるべきである。

a) 肉体的虐待と精神的虐待は同視されるべきである。

b) 子の両親の虐待が遺留分の排除事由となり、その反対はそうではないという規定（民法二三三三条二号、二三三四条を参照）は、不十分であり、改正されるべきである。

c) 生活の不品行を剥奪事由とする、民法二三三三条五号の規定は、時代に相応しく改正されるべきである。

22. 遺留分権利者と被相続人の關係が完全に破綻しているときは、両者の親密な關係がもはや存在せず、かつ、それが被相続人の行為のゆえでない場合には、遺留分の剥奪が許されるべきである。

23. 配偶者に不利な遺留分補充請求権の一〇年の期間の起算点（民法二三二五条三項二文）は、廢止されるべきである。

24. 特定の財産が、民法二三二一条以下の遺産価格の計算の例外とされる必要はない。

25. 遺留分の計算に特別な規定をおけば、様々な混乱が予想され、不都合である。

26. 遺留分の履行期は、現行法より延長されてもよい。現時点で遺留分請求に応じるのは過酷であるという抗弁が、相続人に与えられるべきである（A117-A120）。

(102) Manfred Bengel, Referat, in Verhandlungen des vierundsechzigsten deutschen Juristentages, Bd. IV/1 (Sitzungsberichte-Referate und Beschlüsse), Beck, 2002, LS1ff.

(103) ベンゲルのアンケート調査の結果

A. 生前行為

1. 直系卑属に財産の多くの部分を譲渡する際の動機
相統税法上の考慮

(子間の紛争を避けるための) 分配

譲受人による譲渡人の老後保障のため

将来の社会扶助の求償を回避するため

直系卑属(譲受人)の生活の安定

2. 譲渡対象に応じた反対給付

譲渡対象

一 家族用住宅／区分所有権

譲受人の単独使用

反対給付

1. なし

2. 終身定期金／継続的負担

3. 売買代金の分割払い

4. 役権

5. 世話と介護

6. 遺留分との相殺

1. なし

2. 終身定期金／継続的負担

3. 売買代金の分割払い

4. 役権

5. 居住権

6. 世話と介護

一 家族用住宅／区分所有権
譲渡人の使用継続

パーセンテージ

五四,七八%

四八,九六%

二〇,五%

二一,三%

二一,九%

パーセンテージ

四一,二%

二三,二%

一七,四%

一二,七%

一七,一%

七四,六%

一四,六%

二四,一%

一二,三%

六八,八%

五八,七%

二七,九%

譲渡対象
賃貸家屋

7. 遺留分との相殺
8. 無条件での5. 6. の給付
9. 譲渡人が居住する限りでの5. 6. の給付

六八、一
三〇、五
六九、七

反対給付

パーセンテージ

1. なし
2. 終身定期金／継続的負担
3. 売買代金の分割払い
4. 役権
5. 世話と介護
6. 遺留分との相殺
7. 無条件での5. の給付
8. 社会扶助の求償がない限りでの5. の給付
1. なし
2. 終身定期金／継続的給付
3. 売買代金の分割払い
4. 役権
5. 世話と介護
6. 遺留分との相殺
7. 無条件での5. の給付
8. 社会扶助の求償がない限りでの5. の給付
1. なし
2. 終身定期金

二四、七
二六、四
二〇、九
四八、三
一八、一
七〇、九
四〇、一
二六、九
四九、一
一〇、七
九、二
七、四
八、六
六八、七
八、五
三八、九
一二、五
二四、九

手工業／個人商

会社の持分

- | | |
|--------------------------|-------|
| 3. 売買代金の分割払い | 七、六% |
| 4. 役権 | 二〇、一% |
| 5. 居住権 | 五一、二% |
| 6. 世話と介護 | 五九、三% |
| 7. 遺留分との相殺 | 七八、四% |
| 8. 無条件での5.の給付 | 四八、一% |
| 9. 社会扶助の求償がない限りでの5.6.の給付 | 五〇、七% |
| 1. なし | 一〇、三% |
| 2. 終身定期金／継続的給付 | 四八、二% |
| 3. 売買代金の分割払い | 一八、九% |
| 4. 役権 | 一二、七% |
| 5. 世話と介護 | 一六、四% |
| 6. 居住権 | 二〇、一% |
| 7. 遺留分との相殺 | 六七、九% |
| 8. 無条件での5.6.の給付 | 一七、五% |
| 9. 社会扶助の求償がない限りでの5.6.の給付 | 六七、九% |
| 1. なし | 二二、〇% |
| 2. 終身定期金 | 二五、三% |
| 3. 売買代金の分割払い | 二〇、九% |
| 4. 役権 | 二六、五% |
| 5. 世話と介護 | 一一、六% |
| 6. 遺留分との相殺 | 八〇、一% |
| 7. 無条件での5.の給付 | 一八、二% |

8. 社会扶助の求償がない限りでの5. 6. の給付

一四, 七%

3. 複数の直系卑属の間での補償

複数の直系卑属の内の一に譲渡が行われたときは、将来譲渡人に対する扶養義務が発生した場合、内部関係では、譲受人以外の直系卑属の扶養義務の免除が行われたか？

二九, 七%

B. 遺留分

あなたの顧客は、その直系卑属の遺留分を、直系卑属の扶養の保障との関係で考えているか？

七, 二%

顧客の生前行為又は死因処分に際して、遺留分について、あなたが確認できることは、

a) 直系卑属の遺留分は一般的に知られている。

七四, 七%

b) 遺留分の効果は、贈与者、乃至は、被相続人からも、一般に正当と考えられている。

二八, 一%

c) 配偶者の一方が死亡した場合の卑属の遺留分は、被相続人も正当と考えている。

一一, 三%

d) 顧客が遺留分を受け入れてくれない場合は、遺留分を回避、減少させる措置をアドバイスする必要があると考えるか？

七六, 五%

両親の遺留分を、あなたの顧客は良く知っているか？

一一, 三%

愛人に贈与したときは、民法二三二五三条三項で遺留分の時効期間は贈与時から一〇年であり、

一一, 一%

他方で、配偶者への贈与では、そうではないことに、あなたの顧客は納得しているか？

アンケート結果の評価

1. 以上のアンケートは、ドイツ全域の公証人専業者、公証人・弁護士の兼業者に行われ、六一〇人の内、二二一人の回答を得た。公証人の顧客数からは、三三三百万人の住民を対象とし、かつ、地域的偏差は大きくなかったから、全体的な動向を表していると、ベンゲルは評価している。

2. 調査の集計は、以下のようなアンケート用紙の数字を機械的に集計して、その上で再度パーセンテージとして集計し

ている。但し、すべての項目に回答があるものばかりではないので、その点で偏差が生じている。

1. 直系単属に財産の多くの部分を譲渡する際の動機

一〇〇%	七五%	五〇%	二五%	〇%
全く	殆ど常に	しばしば	稀に	全くない

相続税法上の考慮

3. 以上の調査結果は、自分の予測に合致しているというのが、ベンゲルの見解であり、遺留分に関しては、結果がはっきりしており解釈の余地がないとしている。さらに、世話と介護が、社会扶助の求償を受けない限度で提供される契約とされていることが、両親の世話を社会にゆだねようとする傾向がうかがえる点で、興味深いとベンゲルは指摘している(Bengel, aaO, I,75-L85)。

(104) 上の判例 (BGH, 21.9.2001) に関しは、Thomas Kornel, Auswirkungen auf Pflegeversicherungen bei Umzug des Berechtigten in ein Pflegeheim, ZEV2002, S.116ff. の判決と評釈を参照。

(105) Eberhard Eichenhofer, Sozialrechtliches Teilgutachten, Gutachten B, 前掲注 (95), aaO, B3ff.

(106) Jens Peter Meincke, Referat, 前掲注 (102), aaO, L89ff.

(107) Kurt Lüscher, Referat (Widerspruchliche Mannigfaltigkeit-Nachhaltige Leistungen: Ehe, Familie und Verwandtschaft heute, 前掲注 (102) L9ff.

(108) Verhandlungen des vierundsechzigsten deutschen Juristentages, Bd II/2 (Sitzungsberichte Diskussion und Beschlussfassung), L125ff.

(109) 法曹大会での決議 (前掲注 (102) L111ff.)

I. 扶養法

1. 原則

現在の社会保障の体系を考慮して、血族間の経済的連帯を、
 a) 削除すべきか。 否決：賛成〇、反対四〇、棄権一 (以下、同じ)

- b) 大幅に制限すべき。 可決：二三、一九、四
 - c) 従前と同様がよい。 否決：一七、二七、三
 - d) 拡大すべき。 否決：六、四四、〇
2. 責任の範囲

- a) 現行法より責任の範囲を人的に拡大すべきか。
 - a a) 兄弟姉妹 否決：一、五一、〇
 - b b) 継子 否決：〇、四九、〇
- b) 現行法より責任の範囲を人的に制限すべきか。
 - a a) 未成年子と教育中の子 否決：一五、三七、一
 - b b) 一親等の直系卑属(子) 否決：二二、三一、一
 - c c) 一親等の直系血族(両親、子) 可決：三七、一二、四
 - d d) 一親等、二親等の直系血族(両親、子、祖父母と孫) 否決：一〇、三六、三
- c) 現行法より程度を制限すべきか。
 - a a) 一般的な制限 否決：九、四二、一
 - b b) 尊属に対しては以下の方法で、
 - a) 自分の扶養 (Selbstbehalt) の増額 可決：四二、五、五
 - β) 社会扶助主体の求償の廃止 否決：一八、三一、六
 - γ) 社会扶助主体の求償の制限 (標語：基本保障、他の補充的でない社会給付の創設、例えば §91 Abs.1 Satz 3 Alt.3 BSHG が、二親等の血族の場合は、社会扶助主体への請求権の移転を排除しているように) 可決：三九、一一、一一
 - δ) 扶養の上限の決定 可決：三〇、一六、八
 - c c) 教育中の成年子(卑属)に関する制限
- β) 最初の職業教育 可決：二九、二一、四
- β) 二七歳に制限 可決：三七、一三、二

- γ 自己の扶養の増額 可決：二九、一六、五
 - δ 連邦教育助成 (Bafög) 主体の求償の廃止 否決：一三、三五、四
 - ε 連邦教育助成主体の求償の制限 可決：二七、二二、四
 - d 成年の障害子に関する制限
 - a 自己の扶養の増額 可決：四三、八、三
 - β 社会扶助主体の求償の廃止 否決：一九、三一、一
 - γ 社会扶助主体の求償の軽減 可決：四一、一一、一
 - e 教育扶養以外の成年子に関する制限
 - a 自己の扶養の増額 可決：四四、六、四
 - β 社会扶助主体の求償の廃止 否決：一五、二九、七
 - γ 社会扶助主体の求償の軽減 可決：三九、一四、二
 - d 最低限の扶養 (Mindesunterhalt)、および、自己の扶養に関しては、
 - a a) 裁判官が個々の事案に即して決定する。 否決：一一、三九、二
 - b b) 立法者が一般的に定めるべきだ。 可決：四二、八、二
 - e (扶養に関する) §1610Abs.3BGB の新规定での子の最低限の要扶養は、最低限の生存保障と一致させられるべきである。 可決：三六、三、一一
3. 扶養決定権
- 成年子に対する親の扶養方法の決定権 (§1612Abs.2 BGB) は削除されるべきである。 可決：三九、一二、四
4. 非嫡出子に対する監護扶養
- a) 父親と婚姻関係がない母親の子の監護扶養請求権の期間は延長されるべきである。 可決：三四、一一、九
 - b) 婚姻関係がない母親に対する、父親と婚姻関係にある配偶者とその未成年の嫡出子の扶養の優先 (§1609BGB と併せた §1615I Abs.3BGB) は削除されるべきである。 可決：二八、一九、八

が消滅するのでなく、時間の経過と共に漸減すべきである。可決…三九、三、一一一

b) 民法二三三二五条三項後段(婚姻関係が継続する間は、期間が進行しないという規定)は削除すべきである。可決

5. 出捐の算入

民法二三二五条一項では、生前行為による出捐の遺留分請求権への算入を、

a) 原則とすべきである。可決…三一、一一、八

b) 算入の指示は出捐時のみならず、死因処分によつても可能とすべきである。可決…四〇、四、七

6. 遺留分請求権の主張

a) 金銭請求の原則は義務者の原物返還の申し出により緩和されるべきである。可決…四〇、八、四

b) 遺留分では、営業財産に関して特別な評価方法が考えられるべきである。可決…三〇、一〇、一〇

c) 猶予の可能性は拡大されるべきである。可決…四六、二、六

d) 配偶者が相続人指定された場合は、直系卑属の遺留分請求権の時効は相続人の死亡時まで進行しないものとすべきである。可決…四二、五、六

III. 社会法

1. 両親の育児への魅力と補償としての国家の促進の給付、つまり、公的財源による経済的支援の可能性は、

a) 現状でよい。否決…一三、二五、九

b) 低所得者に対する児童手当の追加(Kindergeldzuschlag)によつて増額すべき。可決…三五、七、七

c) 家族と就労の調和の改善を押し進めるべき。可決…四三、七、二一

d) 介護、年金、疾病保険の保険料支払い措置により考慮すべきである。可決…三八、八、七

e) 老後保障の拡充と失業、労災保険が導入されるべきである。可決…三九、七、八

2. 促進のための給付は、租税に財源を仰ぐ家族金庫(Familienkasse)で行うべきである。可決…三七、三、一一一

3. 疾病保険、介護保険の分野での家族保険は、

- a) 要扶養の子のある家族に制限すべきである。 否決…一七、三二、三
- b) 子のある家族に制限すべきである。 可決…三五、一四、六
- c) 従来通り。 否決…一三、三七、四

4. 故意又は重過失による社会保険事故の場合には、損害賠償が行われるべきである。 可決…二八、一五、一一

5. 相続財産に対する社会扶助の求償は制限されるべきである。 否決…一五、三七、三

6. 児童手当の支給は、

- a) 収入・財産に依存させられるべきである。 否決…一二、三七、五
- b) 平均的、平均以下の収入の者に制限すべきである。 否決…一六、三七、二

IV. 税法

1. 扶養法

a) 血族扶養の分野での扶養給付の取得者への所得税を導入することは、望ましくない。 可決…四四、四、五

b) 扶養の支出の控除は、扶養の受領者（かつ、間接的には、公的財政）の負担軽減という観点から正当化されるべきである。 可決…三六、二、一七

c) 親子関係では、通常の扶養のための支出を（児童手当の方向で）控除分として考慮することも可能である。 可決…五一、二、一

d) 所得税法三三条cが認める、子の監護費用の考慮の上限には問題はない。 否決…六、三五、一一

e) 判例によって発展させられた、いわゆる「犠牲の限界（Opfergrenze）」は廃棄されるべきである。 可決…二六、一、二六

f) 個別的ケースで、例外的な負担として主張できる、高額な扶養の必要も、生存のための支出と考えることができる。 可決…四四、三、六

2. 遺留分

a) 遺留分請求権への課税は、遺留分権利者が取得に際して債務として控除可能な限度で、課税されるべきである。

可決：四一、〇、一〇

b) 非貨幣性資産と金銭請求権の評価方法の調整が行われなければ、将来は、遺留分請求権と遺留分債務は遺産の遺留分に相当する課税価値として課税されるべきであろう。可決：四一、〇、一〇

c) 遺留分権利者に認められた人的な税控除は、全ての直系卑属で同額とされるべきである。可決：四三、〇、一一

d) 遺産への課税は、遺留分の支払いの限度で承認されることを、税法の文言上もはっきりさせるべきである。可決：四三、〇、一一

・四五、二、五

- (11) Dieter Schwab, *Unterhaltsrecht im Spannungsfeld von Art. 2 und 6 GG, Brühler Schriften zum Familienrecht*, Bd. 7, 1992, S. 47ff., S. 64f. 以上の、シュヴァーブの見解、および、成年子の両親に対する扶養義務と親族連帯に関する学説(ブルーダーミュラー、リヒターなど)については、前掲注(98)藤原、特に、三三三頁以下、三四四頁以下及び、最近のもので、冷水登紀代「下イッ法における血族扶養の基本構造と根拠(一)(二)」(阪法五三巻二号一五九頁以下、五三巻五号一七頁以下を参照)。さらに、以上の論考でも触れられているブルーダーミュラーは、最近の論文で、従前の主張を再度確認した上で、シュヴァーブを引用して、仮に子の両親に対する扶養義務が廃棄されるなら、子の法定相続、遺留分、および、相続税法上の優遇措置の意味が不明となると指摘している。Gerd Brudemüller, *Elternunterhalt und Generationsolidarität, in Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag*, Gieseking, 2000, S. 31ff., S. 35, S. 37, S. 48. さらに、両親から生前処分・死因処分を通じて、多くの財産移転が行われている事実から親族間の経済的連帯の存在を指摘し、もちろん、社会法からの側面支援を前提とはするが、成年子の両親に対する扶養義務の維持を支持するリヒターの見解も参照。前掲注(98)藤原三四二頁以下、前掲・冷水(二)一三二頁以下。

- (11) Hans Klingelhofer, *Empfehlte es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten im Bereich des Pflichterbsrechts neu zu gestalten?*, Einige Bemerkungen zum Gutachten von Martiny für den 64. Deutschen Juristentag, ZEV 2002, S. 293ff., S. 296.

- (12) Volker Lipp, *Finanzielle Solidarität zwischen Verwandten im Privat- und im Sozialrecht*, NJW 2002, S. 2201ff., S. 2207.

さらに、以上の法曹大会のテーマに即して、親族連帯に関して一般的な検討を行っているのが、Maximilian Fuchs, *Zum 64. Deutschen Juristentag*, JZ 2002, S. 785ff.

六．おわりに

1. 以上で、一九六〇年代の終わりから二〇〇二年の法曹大会に至る、ドイツでの遺留分の改正論議、存在論を紹介してきた。その経緯を要約すると以下のとおりである。

一九六七年の非嫡出子の相続権の承認とともに、配偶者相続権、および、法定相続のあり方が議論の俎上に上り、遺留分も法定相続との関係で議論されるようになった。その焦点は、被相族人の死亡後の生存配偶者（妻）の生活の継続保障であった。特に遺産が中小規模の場合は、子の法定相続、あるいは、ベルリン式遺言の場合でも、子が遺留分を主張すれば、生存配偶者の生活基盤が脅かされる可能性があるからである。特に、配偶者と血縁関係になく、通常は被相続人と生活をともにしない非嫡出子の相続権、遺留分との関係では、問題は深刻である。同様の見地から、被相続人と経済生活を異にする、両親、兄弟の法定相続、遺留分の是非も問題とされた。

その後、六〇年代から既に始まっていた、生存配偶者の生活保障のための措置も含めた、遺産承継のための生前処分・死因処分がますます盛行していったのが、七〇年代から八〇年代にかけてであろう。もともと、婚姻関係は安定性を欠き、かつ、破綻婚が導入されたこともあり、生存配偶者の相続権は中心的課題ではあったが、その方向性は今ひとつ判然とはしていなかった。その結果、一九九〇年のドイツ再統一以前は、正面から遺留分が、その是非を問われることはあまりなかったようである。

ところが、再統一により消滅したDDRの相続制度は、配偶者相続権を優先し、配偶者以外の（BGBより狭い範囲の）血族の遺留分を要扶養性に依存させた制度を持っていたことから、現行の遺留分制度のあり方が激しく問われることとなった。但し、その実質的な背景は、遺産承継の措置が盛んに行われ、法定相続が空洞化していたこと⁽¹⁾、および、

親族間の連帯の弛緩が、被相続人の自由な遺産承継のための措置を妨げることへの反発につながったのだと考えることができる。

その結果、法定相続ではなく、遺留分の存在論が大いに議論されたのが、最近一〇年間の判例・学説の動向であった。そこで戦わされた遺留分の存在論の集約が、第六四回のドイツ法曹大会での議論である。つまり、親族間の連帯の弛緩を背景にしながら、最低の社会単位としての親族連帯を、民法上の扶養義務、法定相続（遺留分）のみならず、社会法、税法も含めて現行の法秩序がどの様に確保しようとするのかという問題に対する現段階でのドイツ法の答えである。

2. すなわち、民法上の制度だけに限れば、被相続人の生前の（経済的）親族連帯は夫婦間の扶養と血族扶養であり、死後のそれは遺留分である。したがって、要扶養性に依存した扶養の延長が遺留分だと説明することは、遺留分の説明として、とりあえずわかりやすい。しかし、要扶養性に依存した遺留分には、様々な法的技術的な難点がある。さらに、例えば、子の遺留分を認めないなら、成年子の両親に対する扶養義務の存在も疑わざるを得ない（その具体例が、両親に対する子の扶養義務と、子の遺留分の双方を認めないアメリカ法である⁽²⁾）。加えて、社会法、税法も含めて現代の法秩序では、個人に対する援助・促進措置も、主に核家族を結節点として行われている。つまり、少なくとも、核家族内の親族連帯は、法定相続、遺留分以上に、社会の構成単位としての意味を持たされている。その意味で、家族を形成した被相続人の責任と連帯を強調するオツテの議論は、十分な説得力を持つ。さらに、それを前提とするなら、親族連帯の一環である家族相続・遺留分と遺言自由の相克に対する、概括的なルールが遺留分であるという、シュレーダーの説も同様である。つまり、子が成年に達した後も、社会の構成要素としての親族連帯が存続すると考えるなら、親族連帯の重要な要素が遺留分だということになる。そうだとすれば、社会の援助の下で親族連帯を促進しようという方針と、現行の遺留分を廃止、または、要扶養性にだけ依存させることは折り合わないというのが、現在のドイツでの議論の

大きな方向性だといえよう。その意味で、遺留分が憲法上の制度的保障を受けているというベーマーの学説は、他の私法上の制度とともに、遺留分は市民社会の重要な構成原理だと指摘する点で、現在でも十分な意味があるといえよう。

3. つまり、遺留分の存在意義には、単に、遺言自由、所有権の処分自由と家族相続、平等主義の対立・調整に止まらず、社会の構成単位としての、両親も含めた親族連帯をどう考え、どの様に位置づけていくのかという優れて現代的な問題が含まれている。しかも、それは家族関係が多様化、流動化する中で、親族連帯の維持の方向性が問われている状況の中である。そのことが、遺産の増大と社会保障を伴った高齢社会を契機として、問題化してきたというのが、現在のドイツのみならず、(ドイツほど生前処分、死因処分が頻繁に行われず、問題は顕在化してはいないのだが)わが国の状況といえるのではなからうか。したがって、このように遺留分の意味を理解するなら、親族連帯の枠組みの中で、その具体的内容は時代状況に応じて様ではないが、個別の生前処分、死因処分の意味を、どう評価するのかという、いわば一般条項的な規定が遺留分といえるのではなからうか。かつ、一方で親族連帯の維持は求められながら、他方で、収束する方向性のはっきりしない「矛盾を含んだ多様性」の下で、一般条項の内容を補充していかねばならないというのが、現在の遺留分に課せられた課題であろう。以上が、一九七〇年代から現代に至るドイツでの遺留分の改正論議、存在論を跡づけた本稿での、一応の結論である。

(1) 法定相続の空洞化と生前処分・死因処分の盛行による、遺留分との相克に関しては、例えば、前掲二・注(4) Seite mann 論文。さらに、従前と比して、相続法の規定の重要性が増大していること、(将来の)被相続人によるエステート・プランニングの障害となりうる遺留分をめぐる問題が増大していることを指摘する、Wolfgang Reinann, Familienrecht und Testierfreiheit im deutschen Recht, in Familienrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, Gieseking, 2001 (前掲五・注(44)), S.33ff., S.33, S.44f. を参照。

(2) 但し、マーティニーも指摘しているが、アメリカ合衆国とカナダの一部では、高齢社会を背景とするメディアケイドの増大を背景に、成年子の両親に対する扶養義務が導入されていることについては、前掲二・注(2) Martiny, a.o., 451 および、関ふ佐子「アメリカの高齢者ケアにおける社会保障と家族の役割」(1)(2)(3)「北法四八巻二号三九頁以下、同三九頁三頁以下、四号二二五頁以下を参照。

※本稿で完結した本論文は、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、平成一六年度甘粕記念信託研究助成の研究成果の一部である。