

# 琉球大学学術リポジトリ

老後の扶養と介護の受け方の民主化：  
扶養契約と遺言とそれらの解消方法を活用して

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-09-05 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 新垣, 進, Arakaki, Susumu メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/20.500.12000/1675">http://hdl.handle.net/20.500.12000/1675</a>

〈研究ノート〉

## 老後の扶養と介護の受け方の民主化

—— 扶養契約と遺言とそれらの解消方法を活用して ——

### 目次

- 一、「扶養と介護の受け方の民主化」を表題にする企図
- 二、老後の生き方の選択とその生活設計に沿った努力の必要性
- 三、老後の自立追求と子達による補足的な扶養と介護の保証約束
- 四、老親が子達の扶養と介護に報いる遺言と寄与分との優先関係
- 五、扶養契約の長所と締結への現代的需要
- 六、扶養契約効力維持のための遺言変更制限の必要性と諸方策
- 七、扶養契約の事情変更時等への合意解約による柔軟な対応
- 八、扶養契約を解約する条件と事由
- 九、結びに代えて

新垣 進

一、「扶養と介護の受け方の民主化」を問題にする企図

新憲法施行に伴って家族制度が大変革<sup>1)</sup>を受け、家族間の関係と意識も変化し続けてきたのに、老後の扶養や介護を受ける側が旧来の老親扶養等の慣習どおりに期待して裏切られたり、親や舅姑に絶対服従する従順さのない子や嫁を不誠実と決めつけたりする。それが、親や舅姑として「自分が誠実であるかどうか」を自省する心の余裕もないままにである。一方では若い世代が不人情になったと決めつけて喧嘩腰で孝行を求める老親もおれば、子や嫁による不承不承の扶養や介護など受けたくないと遠慮する老人もいる。老親が扶養等を受けるために、権力者的に命令する姿勢も、子達(子も嫁も複数人を含む)の恩恵にすぎるような卑屈な態度も、民主的なあり方といえない。

果たして、このような世代間の家族意識の格差は、親子等の話し合いで埋められないものであろうか?老親等が子達に絶対服従を求める姿勢も時代錯誤の封建的流儀であって、老親への旧来の忠孝思想を示さない子達が不誠実だと決めつけるべきでなく、老親に服従しなくても必要に十分な応じ方になれる扶養や介護があるはずである。

本稿は、子達の犠牲的精神による老親等への扶養や介護を強要する流儀でなく、当事者双方の自己決定に基づいた扶養と介護の民主的なあり方への展開を追求目標としている。

なぜこのような課題を論及せねばならないかという理由は、老親達の子達へ強要する旧来の扶養や介護についての意識が新憲法の廃止されたイエ制度的な思想であり、戸主のもとに絶対服従する家族の共同体が組織的に老親への扶養や介護を担ってきた慣行に基づいて、どんな独善的な親達へも絶対服従する子や嫁の犠牲的精神によって支えられるものであったから、現代の家族が戸主統率の共同体組織関係などでない個人同士<sup>2)</sup>の関係として、親子とも独立の人格として自己決定に基づいた扶養や介護の関係を形成すべきだと考えるからである。

これからの時代においては、舅や姑が嫁として従順で夫婦別姓など主張しない人を選ぶよう息子に要求したのな

ら、飼ひ猫のような生き方が周囲の人を甘やかして駄目にする点で知性と理性のある人間の選択でないから、嫁が判断力もなく自己主張もできない飾り物のような人形的であることを歓迎するか、あるいは、従順な嫁探しを求められる息子の生涯が独身生活に終わる可能性も覚悟せねばならないであろう。

本稿の表題が扶養や介護についての「担い方」でなくて「受け方」とする理由は、その受け手である一般的な老人が担い手である子達の扶養引き受けの対価要求を恩知らずな利己主義と捉え、子並みの親への恩義がない嫁までも批判的にみて嫌悪感をぶつけ、老後に扶養を受ける関係をこじらせたりするからである。子達でも老親扶養を優先するだけの経済的・精神的な余裕がないほど仕事と子育てなどに精一杯であったり、嫁も企業戦士的な息子に代わって家庭を守るのに忙しくて舅や姑を世話する条件が厳しいなかで、できるだけの役割分担のために話し合いをする姿勢があるだけでも現代的な孝行者と認めてやっつて、老親側が扶養契約や遺言で扶養等を引き受ける子や嫁の努力に報いる誠意も望まれるからである。老親の側としては、子や嫁に親孝行を何はさておいても優先すべきものと期待せず、時間も金銭も余裕の乏しいなかでやりくりして担おうとする姿勢に一層の動機付けをしてやっつて、単なる犠牲に終わらせず、当事者間の誠意の交流と自己決定による扶養や介護の関係を構築したいものである。筆者にとつてこうした課題の追求は、「戸主統率下のイエ共同体の構成員に滅私奉公を求めた団体主義的な扶養や介護と異なり、筆者がライフワークとする「家族関係の民主化」を展望した基本的な仕事だと思われる。

とくに老人の扶養や介護を担うことが多い嫁は、舅と姑からの相続権もなく遺言等で遺贈を受ける例もほとんどない状況で、嫁の寄与分を加算される夫がその代襲相続人である子も作らず舅や姑より先に死んでいたりすると、嫁の寄与分があたかも国に没収されて相続人間で山分けさせる解釈が判例と通説だから、救われ方が十分でない。民主化を追求する筆者にとつては、このような非民主的な嫁の報われない奉公の収奪を見逃すわけにいかない。こ

のような事態に無頓着な家族間の人権感覚の欠如は、離婚その他の家族関係の崩壊の原因になりうるから、誰も犠牲にしない民主的な家庭運営を目指す視点から克服されるべき課題である。太古以来自然的に形成されてきて人間の基本的集団である家族が必然的に親密な関係になるべきものと期待して、周囲に甘えつばなしで自分から家族関係を維持する努力もしない亭主関白がいるから、新世紀になって一段と各人の自己決定に基づいた多様化へ進む家族関係において、構成員間の協力によって維持すべき課題を論及したい。

とくに従来からの家族関係のなかで他の構成員の犠牲にあぐらをかいて楽をしてきた亭主関白等が現状維持を主張するが、昨今の家庭崩壊の傾向の根原も、従前からの犠牲を拒否しようとする女性側にあるのでなく、従前からの家族関係の因習に漫然と依拠して、犠牲を被り続けてきた女性への思い遣りをもてない関白亭主群像にある。このように「古き良き家族の風習」と捉えて依拠したがる人達には、非婚化・晩婚化・少子化など問題についても、これまで犠牲を被ってきた女性の苦勞を顧みずに、女性たちの「利己的な権利主張がこれらの諸問題の原因だ」と非難するだけだから、それらの問題を解決する方向を見いだす素養もないようである。

旧来の家族関係の法は、政治権力支配制度の一環として都合がいいように家族のあり方へ法定の枠づけをする傾向もあって、個人生活上の必要に伴う基本的集団形成の自由を發揮させる思想が育ちにくいから、家族関係の脱制度化が承認されてくるほど多様化の潮流になってきたのも近年の世界的現象<sup>(5)</sup>である。家族関係が本来なら個人間の私的な営みであることからすれば、家族の形成・維持・展開を個人の自己決定と責任に委ねるべきであって、政府や法が必要最小限以上に干渉すべきでない。このような自由主義的な視点から老後の扶養と介護を捉えるならば、その当事者間の契約関係として形成させるべきだし、法定した扶養義務強制よりはるかにうまくいくはずである。

## 二、老後の生き方の選択とその生活設計に沿った努力の必要性

戸主が支配したイエ制度のもとでは、戸主自身も年老いて隠居したら妻と共に新戸主からの扶養を受ける慣わしであり、イエを統率する戸主が家族全員の生活を守る責任を負っていた。イエ制度の廃止後も一般に祭祀承継する長男に老後の扶養をしてもらう慣習が続いて、老親の長男への期待が裏切られる例もそれほどなかった。

その長男の方としても、老親扶養の対価相当以上の農地等を独占的に承継させてもらう慣習の恩恵も受けたりして、老親扶養の引き受けを当然視してきたのである。しかし、諸子均分相続の方向へと現実の遺産分割の比重が都市部から順に移り変わっていくと、とくに実際に舅と姑の引き取り扶養を担わされる長男の嫁の方が不満を抱くようになり、その不満に十分応えられない状況のもとで、「長男夫婦だからといって老親扶養を一手引き受けすべき理由がない」という意識が広まる一方で、長男夫婦が老親扶養を一手引き受けするだけの補償分をその遺産分割に加味するように要求し、寄与分が一九八〇年の民法改正で新設される以前から家事審判の実務面で考慮され始めていた。しかし、その寄与分規定の新設は、長男夫婦その他の推定相続人にとつて、老親扶養を義務づける方向へ時代を逆行させる働きがなく、老親扶養等を一手引き受けした相続人に報いるための事後的処理にすぎなかった。そうなると、年老いてゆく親としては、子ども夫婦に老後の扶養や介護を法的に要求できる条件<sup>(7)</sup>充足の確信がもてなくなり、それを否定される事態も念頭において事前の対策が必要になってきた。

老後も健康で経済的にも生活者としての自立ができるなら、それにこしたことはないし、誰でも扶養の要らない老後が迎えられるよう心がけたいところであろう。老後に子達へ面倒をかけたくななくても、介護や扶助の不要な老後の自立を実現できる健康管理の方法が確立しているわけでないから、健康な老後を実現できない場合の対処策として、介護や医療のサービスも行き届いた有料老人ホームで過ごせる資力を蓄えることが最も自立的であろうか。

子達による老後の扶養を期待できないと思ひ込んだ老親が、全財産を有料の民間老人ホーム入居へつぎ込んで契約したりすると、子達が親の遺産を相続する期待を裏切られることになったりして、子達が死亡後の親の葬儀や祭祀承継にまで非協力的になるほどのシコリも残りうるし、民営の有料老人ホームと解約するにも余分な多額のキャンセル料を取られかねないから、まずは日常的な親子間の協議によって、老後の対応策を合意しておく方が望ましい。

老後に向けた親子の扶養契約が遺言書の内容に正しく反映していることが最適であり、扶養した子達の期待を裏切つて扶養契約に反するような遺言書が残されると、被相続人の身勝手な死後の子達に遺恨を残すことになりかねない。被相続人の最終意思を尊重する建前の遺言制度は、被相続人が扶養契約に沿つた遺言でも一方的に破棄して書き直せることになっているが、単独でする遺言よりも老親扶養等の対価を伴う有償の扶養契約に優先効が認められるように、全推定相続人参加の公正証書による家族契約にしたためた方がよいであろう。たとえそうしてもその契約が当事者に加わつていない非相続人への遺贈を止められない。生前の財産処分や延長線に位置づけられて本来なら完全に自由である建前の遺言は、嫁の扶養や介護の負担に報いるための贈与と遺贈を遺留分減殺請求権よりも優先できるように、全推定相続人参加の扶養契約と遺留分減殺請求権の事前放棄も取りつけるべきであろう。老後の生き方は、誰にも迷惑をかけない方法であるならば、本来なら各人の自由な選択に委ねるべきであるが、子や嫁に犠牲だけを一方的に強いる結果にしてはならず、万が一にもそれらの犠牲を生ずる可能性のある選択をする際に、十分な補償方法も講じておくべきだろう。老後に扶養を受ける側のような誠意ある気配りは、扶養を引き受ける子達の積極性を引き出すし、少なくとも嫌々ながら老親扶養を担うという消極姿勢を解消する働きがある。

介護だけでなく扶養さえも要らず自立できる老後を迎えられるように健康管理等の努力を続ける姿勢も、そのような努力をせず漫然と老後の扶養や介護を子達に期待するような老親よりも、子達から気配りある誠実な生き方と

して歓迎され、たとえ親の努力にかかわらず介護の必要な老後となっても、子達が親の誠意に報いようとするであろう。基本的に望ましい老後に向けた生き方とは、このように子達からも敬愛の念をもって歓迎され、何よりも本人にとって最も望ましい幸福な老後を追求する条件でもある。要するに、漫然と老後を子達に甘えて介護でもされようとする姿勢は、子達を犠牲にしないよう努める気配りのない厚かましきだけでなく、幸福な老後を獲得しようという気迫と自覚にも欠けていて、生き甲斐の乏しい寝たつきりの不幸な老後に陥りかねない。手塩にかけて育ててきた子達に老後ぐらい甘える機会がないと損だなどと考えずに、どうせ子育てが損得勘定の成り立たない全人的な関係の事業であると甘受して、対価を請求しない親業に徹した老後の自立へ向けて挑戦する方が長く充実した生涯を楽しめるはずである。このような自身に圧力をかける張りのある生き方は、そうでない場合よりもはるかに高い確率で、経済的にも肉体的・精神的な健康面でも自立した老後を満喫し続けられるものと確信する。

少々脱線気味に思われるが、一事が万事に通ずると言われるように、他人の立場を思い遣れる博愛の精神の持ち主は、そのような精神的余裕もなく子達へ甘えてもいいと思いついでいる自己中心主義者に比べて、人間同士の信頼に応える素養によってあらゆる関係により適切に対処できるようである。例えば、フランス革命において標榜された博愛は、併称された自由や平等という標語に比べ法的次元で捉えにくい割りに、人間関係の形成・維持・展開にとってそれらの標語と同等以上に重要であると思われる。民法の立法者も、第一条第二項に「信義誠実の原則」を権利義務等の抽象的な法律関係の具体的処理の際の疑問の補完基準として、道徳的な規定を設けているのが、人間としてそなえていることを望みたい博愛と共通する法的関係への潤滑油的なものとしてであったらう。あらゆる人間関係において誠実に対応できる者同士なら相乗効果的な愛情を満喫できるが、愛情も誠意もない自己中心主義者にとって他人の友愛も誠意も片務的な奉仕も猫に小判にされて、家族で幸福感を共有できない悲劇になる。



三、老後の自立追求と子達による補充的な扶養と介護の保証約束

年金を含めた広義の社会保障が後退傾向にあるわが国では、老後の経済的自立の設計が狂わされて、その建て直しを焦る老人が虎の子的な老後の生活資金まで悪徳業者に騙し取られたりする例も増えた。このような悲劇に遭う前に、老親と子達が相互の資力その他の手の内を明かし合って扶助の仕方を話し合っていたなら、老人の焦りに伴う失敗も避ける余地が増えたであろう。その意味で弱みを見せたがらない性格の老親の心境を察して子達から話をもちかける必要もある。老親が子達に面倒をかけまいとして自身で試みた虎の子の生活資金の低金利時代の財テクに失敗すると、かえって子達の老親扶養の経済負担を重くする結果になるから、老親の強がりや自信過剰が子達のためにならない場合もあり、老親の生活維持をめぐる現代的情報や意見の交換を日常的に続けておいた方がいい。

老後の生活を自立するように目指すという点、老親と子達が別々の独立した財テクを構想しそうだが、農業後継における家族協定<sup>9)</sup>や父子契約は農業者年金<sup>10)</sup>からの農地代金の借用と支払いと優遇税制<sup>11)</sup>等も組み込めるし、都市生活の親子間でも農業後継例を借金二世代住宅に応用した財テクの妙案がありうる。例えば、老親の住宅が老朽化して建替え時期にある一方で、子達が住んでいる公務員住宅や社宅からの移転先を定年までに確保せねばならない場合に、老親が宅地上に年金収入を目標に住宅を建築する資金貸与を受けて同居予定の子が連帯保証をすれば、老親が長生きすればするほどその住宅ローンの多額の支払いができて子達にも喜ばれるし、たとえ老親がそれほど長寿になれなくても、住宅ローンの債務を相続することによって子達の相続税節減対策になるはずである。老親が借り入れできる金額で同居予定の子達の需要に応えうる面積として不足なら、公務員も定年の五年以内になると共済会から支給予定退職金の相当部分の融資を受けられるし、民間企業でも類似の住宅資金融資の制度がありうるから、老親と住宅を共有して建てれば親子共に住宅取得減税を受けられる可能性もある。このような親子の二世代住宅の

建設は、同様な条件下で親子の一方または双方が借家住いを余儀なくされる際の家賃負担に比べれば、はるかに有利な財テクになるし、親子二世代住宅を共有登記する方法によって老親の一存だけで処分も遺贈もできない公示制度にもなる。そこでたとえ老親が小使い銭を子達に無心する事態になっても、年金が住宅ローン返済に当てられた結果であるから子達へ卑屈になることもない。おそらくこのような協力態勢を形成した親子なら、自立者間で対等な権利主張のできる条件があるから、改めて扶養契約等を締結するまでもなくうまくいくのではないだろうか。

老後も自立して生活できるグループ・ホームなどの施設と福祉の充実している北欧の老人達でさえも、家族との共同生活を希望するという世界的なノーマライゼーション願望の傾向からしても、世代間の役割分担的な同居と協同が望ましい生活形態なのであろう。その意味で子達から別居して自立した老後の生活を追求するにしても、遅かれ早かれ親の老後に肉体的・精神的・経済的な自立が困難となる事態が起りうるから、子達も抵抗なく引き受けられるように老後の補充的な扶養や介護の保証を約束しておいた方がいい。

敗戦後になって教育の思想と方法で大きな隔たりのできた親が高圧的に介入する事態などを避けるため、とくに新婚等の夫婦が親との同居を敬遠しがちであったが、親の高圧的介入の傾向も弱まるのに比例して子達の親との対等な議論能力も養成され、企業戦士的な会社人間である息子に家事育児を一任されて苦闘する嫁としても、とくに共働きの場合に舅や姑による家事の補助を歓迎する傾向も生まれてきた。しかも、共稼ぎ夫婦にとっても過重な都市での家賃等の負担を親の家に同居して節約できるのも有益であるし、核家族化のなかで夫に一任されてノイローゼになるほど重荷な育児についても、その道の大先輩である姑の助言を受けたり相談にのってもらったりして難事を乗り切れるようになる。ある時期まで老人が孫を甘やかす傾向が問題にされたが、昨今の日本では若夫婦が子どもをきちんと叱ったりできなくなり、祖父母が家庭教育へ参加できる共同生活をすれば孫の人格形成にも望まし

いものと認識されてきている。そうになると、たとえ扶養や介護の必要な老親や祖父母であっても、子孫として適切に接する流儀が伝承されるなら、扶養等のお荷物などではなく、家庭のなかで人生経験の豊かで貴重な存在であり、家族一人一人が幸福な老後を展望する手がかりにもなるであろう。要するに、家族間で老人を大切にいたわる精神的な余裕を養うことが各人の幸福な老後の保障につながると思う。老人を大切にいたわるという意味も何の役割も与えず楽に過ごさせて、生き甲斐が乏しい寝たつきり老人を自指させることではない。その意味で若者に何でも甘えつつ放して暮らすとする老人には、むしろ独り暮らしの孤独と緊張を経験させる必要があるように思われる。そのように経験させれば、老人が自身の心身の健康と能力の現状を確認しながら、なるべくそれらを減退させず維持させるように努力する生活習慣を身につけるであろうし、自立した生活を限界まで追求するのが全動物の目標だろうと思われる。もっとも、蟻が仲間の死体を担いで行くのが手厚く葬るためなのか食糧としてかわからないが、人類以外のほとんどの動物に仲間の臨終期の生存を支援し続ける能力と余裕のなさそうな限界があり、人間だけが終末医療も尽されて臨終まで見捨てられず手厚く葬られるという恩恵に預かっているようであるが、むしろ終末医療が高額な負担を伴って行き過ぎ傾向にあるせいなのか、尊厳死を求める自己決定権が提唱される時代になった。

このような幸福な生涯をおくる諸条件としては、先進国を中心に歴史的に大きな発展を遂げているが、先進国と自他共に許しているはずのわが国で、失業などでサラ金地獄に陥って多重債務から自己破産し、ときには夜逃げに留まらず自殺から一家心中までの不幸がある。フランスのような失業を減らすための労働時間短縮もなく、世界中でも超高金利をはびこらせる政治等の貧困さもあるが、医療水準なみに追いつけるような民主政治への改革も目指しつつ、とりあえず自分自身と家族内の努力によって幸福な生涯をおくれるように取り組んでゆくしかない。

#### 四、老親が子達の扶養と介護に報いる遺言と寄与分の優先関係

遺言のない場合の補充規定的な位置にある法定相続との関係で、生前の処分自由の延長線にある遺言が優先されるべきだから、共同相続人間の公平を図るために法定相続分を是正する寄与分よりも遺言の方が優先するはずである。ところがそれも被相続人が遺言に寄与分を実質的に反映させている前提でないと不公平になる。しかし、被相続人が推定相続人その他の寄与分を含めて、本来の自己固有の財産のように思い込んで他人の潜在的持分までも全く自由な遺言をする例も多い。そこで、寄与分が本来なら被相続人名義の財産に預けた寄与者の潜在的持分権であつて、被相続人名義の財産にまぎれ込んでいると把握されるべきであるから、それは相続以前に実質的な持分権者の名義へ無条件・無課税で移転すべき関係であり、相続扱いに過ぎない遺言よりも相続債権者よりも優先されるべきはずである。もっとも他人の潜在的持分を含めた被相続人の生前の単独名義を信頼した譲受人や担保にとつた債権者に対しては、持分権を被相続人の単独名義に放置した責任を負つて劣位にならざるをえないであらうが、

以上のような筆者の解釈論理が通説から受け入れられにくい障害要因を分析してみると、次のような家族法の歴史的経緯と権利関係を必ずしも実質的にあるべき状態として追求しない優柔不断さがある。すなわち、戸主を頂点としたイエ制度に遡つて考えると、戸主の庇護下にある建前の家族の無償奉仕的な農耕等の労働の成果も家産として形成吸収され、それらが個々の家族の持分権として把握されることなく、戸主が家産の管理者として家族の分家や嫁入りの際に恩恵的に暖簾分けの財産や持参金を分与したわけであり、そこで家族は「分与される財産が寄与分として不足だ」などと権利主張する余地がなかったのである。イエ制度の廃止後もこのような慣行が続くなか、農業後継者を中心に実質的な寄与分を被相続人に対してでなく共同相続人へ権利主張して、立法を待たず実質的に認められるようになったのである。新規立法されたほどの寄与分といっても、寄与者の権利主張を待たず潜在的持

分として当然に相続財産から分離して実質的権利者へ帰属させる扱いでない。寄与者が被相続人へ贈与してきたと把握して寄与分を共同相続人間でも主張しないままにするか、相当部分の寄与分を被相続人へ無償奉仕したものと扱い全額を権利主張しないか、それらをどうでもいいと考えながら共同相続人間の公平次元の処理として寄与分を遺産分割で主張させるだけか、共同相続人間の協議上の寄与分額認定が過大だろうと過小だろうと合意さえあればそれでいいというファジーさであり、協議が不調か不能の際の家裁の審判で寄与分主張がより実質的に認められる方向へ近づくだけである。このような寄与分立法が遺産分割協議をする共同相続人間の主張と利害調整の枠内に閉じ込められたために、被相続人の遺産のなかに実質的な潜在的持分があるはずの非相続人の寄与分が全面否定される扱いになった。イエ制度的な家業や家事への家族の無償奉仕労働の扱いは、世帯主義の財産にまで事実上引き継がれている。例外的に家業への家族労働なら、家族会社や農業生産法人へ組織変える方法によって、賃金支給を所得税減税と兼ねて改善される余地ができたが、一般的なサラリーマン家庭においては、せいぜい老親への扶養や介護の労働について、家裁の審判の実務で嫁の寄与分も推定相続人である息子の分に加算する扱いに止まっている。その実務が結論的に賛成できるにしても、代襲相続させられる子を作らないうちに息子が老親より先に死んでいる場合に嫁の寄与分が考慮されず、その寄与分が必ず認められるように嫁に代襲相続資格を認めさせる立法論もあるが、息子夫婦の寄与をその家族集団による担当と把握して寄与分も団体的帰属と扱い発想が個人主義の家族法に適しない。もし嫁を代襲者に加える取り扱いが結果として実質的に望ましいのなら、寄与させられる頻度や度合いが嫁と差のない内縁の妻や事実上の養子の場合も同様に保護されなければならない。寄与分が根拠条文の立法前から認定せざるをえなかった実質論に立ち戻って、相続人以外の寄与分を切り捨てるしかないという形式的な解釈に固執することなく、家族間の労働や奉仕が金銭的な評価と対価等を問題にするかどうかを問わず、家族を团

体的でなく個人間の関係として扱う建前のもとに、全ての寄与分も切り捨てられることなく個人固有の潜在的持分として顕在化の機会を平等に保障すべきである。さもないと、本来なら政府や立法が干渉すべきでない個人財産の名義と実質的な持分について没収として扱うという、私的自治の世界へ理不尽な権力的介入を認める結果になる。

本項で遺言が法定相続分を修正するための寄与分よりも優先すべきかという命題から取りかかり、寄与分を忘れたり無視したりする遺言でも優先していいかを論及した結果、寄与分が遺言で自由に処分できる本来の遺産というより寄与者に権利主張させるべき持分的な性格を知らされた。もつとも私的自治的な扱いから、寄与者が生前の被相続人へ共有持分を主張しなかったのも自由だし、主張しても生前に被相続人が共有扱いをすんなり認めたかどうかも断言できないが、被相続人に対し共有扱いを実現するための他人行儀な裁判提起を想定しても敗訴すべき理由がなさそうである。「法は家庭に入らず」という法諺も家族間の財産帰属問題を家族内の力関係に解決を委ねる裁判拒絶の根拠でない。裁判官は家族内の紛争について民主的自治能力があるべきだと期待する治外法権的な扱いを押しつけられないから、「一般にその種の紛争が家族間の情義によって良いあんばいに解決されるはずだ」という理由でも裁判を拒絶できず、登記の単独名義等への信頼を保護すべき第三者がいらない限り、裁判官は家族内の妥当な財産帰属への是正請求を認めなければならない。さらに被相続人の名義の財産について、あるべき実質に沿った是正を前提として受け入れるしかない相続人間では、被相続人と同等以上にその遺産をめぐる公正処理を図るべき必要性も加わって、後順位なため相続できない非相続人<sup>16</sup>の寄与分も含めて、持分権として潜在状態から顕在化するための協力義務を負うはずである。そのようにしないと、被相続人の遺産に対する対抗要件をそなえない譲受人や共有持分権者よりも相続人が優先する扱いになって、あるべきままの状態<sup>17</sup>で遺産を相続すべき建前にも反する。

五、扶養契約の長所と締結への現代的需要

従来ほとんどの日本人は、自身が扶養される必要な老後となる事態にそなえ事前に扶養を引き受けさせる約束を取り付けることなく、推定相続人などの身内が共同体的に引き受けるものと期待してきた。老親扶養の沿革としても大家族的な戸主支配のイエ共同体が組織的に担ってきた慣行に意識も規定されて、イエ制度が廃止されて半世紀以上も経た今日まで、法律家まで扶養の権利義務を家族個人間の関係とした現行家族法の建前どおり把握するより、誰かが自立できなくなったら子達等の身内的な同居親族共同体<sup>(17)</sup>で担われる定めと考えて、実際にも同居する子達が中心となって期待に応えるような老親扶養をしてきた。しかし、長男が一般的に祭祀財産を承継せざるをえないと考えているにしても、農業その他の家業を継ぐ際の農地等の経営用の財産と営業資格<sup>(18)</sup>を相続する必要性を除くと、自分の家庭の生活維持のために親の遺産を相続ねばならないほど低所得の子達が少なくなってきた<sup>(19)</sup>し、戸主の隠居後を同居扶養して継承した昔の戸主権に付随する家名等の權威を継がないと生活しにくいような例もない。このように生活実態として老親を同居扶養せねばならない子側の必要性がなくなってくると、老親との同居が結婚条件として嫁に拒絶されたせいで不可能になったかどうかを問わず、扶養される必要性を生じた老親の生活について、最も老親から期待される長男が、同居扶養しなくても、老人ホーム入居費その他の生活費の不足分を工面する努力さえしなくても、世間によくあることとして彼等が社会的非難をそれほど受けなくなってきた。そのようなわけで、親が手塩にかけて育てた子達によつて老後の扶養や介護を引き受けてもらえるものと安易に期待できず、実際に担つて苦勞するであろう嫁も参加する扶養契約を結ぶことが、他人行儀のようでも必要になつてきた。もつとも、性質として扶養がその必要性に義務者の生活条件上可能な方法で対応するしかなく、義務者の住宅事情から引き取り扶養<sup>(20)</sup>ができない場合もあるし、たとえ面積の広い親の家であつても義務者の家族が移り住むのは職場の遠さで困難で

あつたりして、老親を老人ホームへ入居させて費用は義務者間で分担する選択肢しかないこともありうる。

要するに、扶養契約といっても、奇想天外な妙案を構想ができるわけではなく、家裁での扶養の審判として予想される内容の契約を締結して、扶養の権利者と義務者側とが合意によって納得ずくの関係を作り出せるのが長所である。嫁などの関係者を含めた扶養契約のないままに老親の介護が必要な事態に至った例では、夫婦が単身赴任のままは定期的な長距離の通いでそれぞれの老親を介護することになったり、家庭が物理的に崩壊するほどの無理な対応を迫られる苦況も起こりうる。夫婦のどちらの親が長期の寝たきりの要介護状態になるのか予想できない時点ならば、一方だけがそうなった後で扶助方法を相談するより相互に気配りをし合える合理的な契約が期待できる。

少子化傾向で長男と長女しか結婚相手が見つかりにくい時代になってゆくなかで、夫婦双方の高齢化していく老親の扶養と介護について、予想される扶養の全当事者が経済的にも精神的にも対応できるように、夫婦が双方の親の扶養について相互保証的に重疊的な複数の対策を立てることが必要になり、その上で扶養や介護の要らないほど健康な老親夫婦になれば、子達の夫婦双方にとっては幸運な子への孝行な老親に対し喜びを分かち合えるし、もし老親が他方を介護して子達の手をわずわせる余地を少なくしたら奮闘へ褒美を上げる契約もできる。より幸運な方向へ展開する事態での褒美等の選択肢を契約するのも、悪く展開した状況への対応よりも容易である。

その共同推定相続人間の扶養引き受けと相続における不公平を予防する方策には、兄弟同士にしては他人行儀のようでも、協議・調停・審判によつて扶養や介護の分担を決めたり、家族協定としてその他の負担と老親の財産承継までも契約する手法もある。このような事前の協議や契約なしに義務者の一部だけが扶養した場合の不公平の事後的な是正法が寄与分制度であるが、最も労働を担うことの多い割りに寄与分でも直接的な報酬を受けにくかった嫁にとつて、自己決定をもつてより積極的に参加できる扶養契約に仕上げた方が最も望ましい。



もともと親子同士の関係では、採算の取れる対価を期待しない子育てなどを始めとして、親の注いだ愛情や恩に報いるためなら老親扶養でどれだけ孝行しても足りないほどだといわれれば、扶養義務者のうち一人だけで孝行しても親に対して文句が言えない。しかし、その理屈に悪乗りして扶養義務を分担しようとししない他の義務者に対する不満が残りうる。それでも老親扶養を一手引き受けする例の多い長男夫婦が寛大であるおかげで、他の義務者に経済的余裕もないのだらうと配慮して不満を抱かないことはあるが、そこで老親が扶養引受者に報いる遺言を残さないとき、他の義務者である弟妹に遠慮のない長男なら事後的に寄与分によって公平を図る途もあるが、その老親を相続する際に万が一にも長男が代襲相続する子どももいないまま先に死んだとき、現在の判例と通説の解釈として長男嫁に寄与分を加算できる夫からの代襲権もない。その老親扶養を長男夫婦が共同体的に担ったのだと安易に捉え直さず、長男嫁個人の負担と把握すれば、長男やその代襲者がいない場合でも、寄与分を潜在的持分権の相続前の所有名義移転という私法上あるべき解釈を採用して、長男嫁のこのような状況での犠牲が解消できる。

契約によって扶養を引き受ける当事者としての価値は、法定義務の適用によって扶養を負担させられ、他の共同相続人との不公平を寄与分として是正を要求する権利が与えられるよりも、扶養契約で事前に対価も約定された上で扶養を引き受ける方が自己決定的でもあるから、扶養引き受け者が法制度的に強いられる義務としてよりも快く応じられ、扶養引き受けの対価を生活設計のなかに組み込んで経済面での改善も展望できる。それだけ扶養される老親が扶養を引き受ける者へ気がねする必要も不安も少なくなる。要するに、老親が扶養されることを家族共同体に漠然と期待して、その期待が裏切られて老人ホームなどに引き受けてもらったり、家族の一部に負担をかけて十分報えなかったりするよりも、家族間の扶養契約で明確化する方がはるかに合理的で民主的である。

#### 六、扶養契約効力維持のための遺言変更制限の必要性と諸方策（追記参照）

わが国における生前の最終意思尊重のための遺言変更の自由は、民法九七五条がその自由の妨害原因になりかねないとして共同遺言を禁止<sup>21</sup>しているほどである。それと異なり、ドイツ民法<sup>22</sup>が夫婦共同遺言を認めていることからすると、例えば、夫婦の生前の協力関係の蓄積も反映させて相互に関連しあう内容の共同遺言をする必要性がありうるであろうし、遺言とその変更の自由が生前の他人との双務契約に拘束を受け制限されていようと思われる。

遺言内容よりも遺言者の生前の他人との契約の効力を優先させるべき理由は、特定人の意思だけによる遺言よりもその特定人が他人と交わす契約に基づく権利義務を重視すべきだからであり、本稿の課題である扶養契約の効力を確保するためにそれと抵触する遺言とその変更の自由を制限せざるをえないであろう。とりあえず立法化以前に、その制限の効力を遺言者の道義的な義務にとどめず、法的な確定効を保障するための実践的な手段を追求する。

まず、農業後継の関係で農水省も奨励した家族協定のように、隠居した後の老親の扶養や介護の引き受けの対価の趣旨も含めて後継者が農地等を承継する内容を盛り込んで、他の推定相続人も契約の当事者に参加させれば相続放棄的な効力を及ぼし、さらに実効性を確保するため事前に家裁で共同相続人の遺留分減殺請求権を放棄させる許可を得ればよい。それでも遺言者が推定相続人以外の者へ扶養契約で対価的に承継させる予定の財産を遺贈するおそれもあり、それを阻止する方策としては、扶養契約に基づいて相続開始時に確定する遺産中の不動産の所有権移転の仮登記をしておけばよい。次の課題としては、そこまでして対価を確保した扶養の義務を履行させる方策と、その不履行の際の契約解消と、事情変更時の扶養契約の当事者の自己決定権尊重のための諸対応の問題である。

扶養契約によって扶養を引き受けた義務者の履行を確保する手段としては、全推定共同相続人を扶養契約に参加させて、扶養の義務者が権利者の痴呆傾向等に悪乗りしたりして履行を怠らないように監視態勢を用意し、不履行

分に見合う特別な遺産配分を削減させる契約条項も入り込めばいい。あるいは、老後における資産管理の必要も生じうるから、契約で扶養義務を引き受けた義務者に任意成年後見契約<sup>29</sup>の受任者も兼ねさせて、他の推定相続人にも任意後見監督人と共に扶養義務履行の監視の任務を担わせればよかるう。老人の財産管理の主目的としては、その老後の生活の費用を不当に節約させず適切な支出をさせて、相続財産を増やすためにその所有者である老人の生活をきりつめさせないことであろうから、扶養契約の内容として老人の維持すべき生活水準も取り決めた方がいい。その関係で推定相続人から任意後見監督人を選んだらその点で老人の利益を守れないおそれもあるから、任意後見人と相続財産維持の点で利益が共通しない第三者的な任意後見監督人を選任すべきことになっている<sup>30</sup>。

扶養契約も有効な限り、裁判でもその意図する内容の実現に助力するだろう。その契約内容を当事者以外の贈与や遺贈を受ける第三者へ優先させるには、登記や登録できる財産についてきちんと公示しておく必要もあろう。農家の父子契約で問題になった、扶養契約で老親扶養を引き受けていた長男が親より早く死に、すでに親の財産を生前相続的に承継していた長男を相続した嫁が再婚したり姻族関係終了の意思表示をして、舅や姑への扶養義務を免れようとする事態へ、対応策も約定した方が望ましい。扶養契約の基本的内容についてどこまで強制すべきか、扶養の当事者が不仲になって双方から解約したい場合もありうるし、扶養されてきた老人が再婚したくなる相手の出現もありうる。そうなると、老人の余生の自己決定による幸福追求権は扶養義務を約定している推定相続人も奪えないし、扶養契約を修正する必要のある一種の家族的な事情変更<sup>26</sup>なのであろう。例えば、終生の伴侶として誓ったはずの夫婦間でさえも他に好きになって再婚したい異性ができ、有責でも何でも財産分与等で償って離婚を希望する事態もあるほどだから、扶養契約の履行継続の途中で寄与分を償わせて解約されても仕方がないと思う。

## 七、扶養契約の事情変更時等への合意解約による柔軟な対応

契約によって創設された扶養関係の当事者の間では、例えば扶養を受ける老親の要求が厚かましすぎて扶養の担う嫁が耐えられなくなったり、逆に嫁による舅や姑へのいじめがひどくなったり、その間に立った息子が会社人間であるためにその不仲を取り成す時間的精神的余裕がなかったりして、当事者双方に扶養契約を解消したうえで担い手を入れ替えた別契約を結び直す必要性も生じうるであろう。そこでもし当事者が合意すれば将来に向けて解約できる。適及的な解除契約でさえも合意があれば有効にできると認めざるをえないが、その際の問題は、義務者の方の扶養の労働や出費と権利者の財産からの扶養への支出の清算の扱いであって、双方の負担の差を無視して相殺扱いで御破算にするか、それともきちんと清算をするのか、契約当事者双方の合意によって選択すればいい。

もし、契約に基づいて扶養されてきた老親が再婚したいために解約を希望してきた場合に、扶養してきた者としては、幸福な再婚等になると確信できて喜んで解約に応じられるのならいいが、老親の余生が幸福になる保障を確保したいのなら、再婚相手が老親の余生へ扶養等の義務をきちんと果たすように契約させて、その義務履行を見守っておき、もし扶養義務の不履行があれば解約できるように約定すればいい。子達としては、老親を絶対に結婚させないとか、老親が結婚を強行するのなら将来を見捨てるなどと言いつ渡すよりも、老親の死後の葬儀への参加や祭祀財産の承継の問題も避けられず、生前に老親が再婚相手から見捨てられる場合に自業自得だとして放置できないから、最後まで老親を見届けられる態勢をとった方がいい。なぜならば、老人が再婚するより茶飲み友達程度で我慢すべきだなどと、推定相続人が相続分の減ることを惜しんだ利己的な理由から老親の再婚に反対するより、何よりも各人の判断に基づき自己決定権の保障と、家族関係の脱制度化も含む多様化を受け入れるべきだからである。

八、扶養契約を解約する条件と事由

契約された扶養とその対価の義務の不履行も法定の解約原因<sup>(27)</sup>になりうる。その義務違反の違約金を任意成年後見契約と共に公正証書<sup>(28)</sup>にしておけば、強制執行までするかは別として義務履行を確保しやすくなる。その義務不履行が一定程度に達すれば当然に契約解除の条件が成就する扱いもありうる。この解除条件扱いが義務履行の間接強制機能を狙うのはいいとしても、扶養契約を結ぶ親子の間でこのような他人同士のような制裁措置は気が引ける。

そうなると、扶養契約が債務不履行になった場合の適切な解決策としては、扶養でもその対価支払いの義務でも不履行があれば解約事由になると約定しておいて、不履行になった場合に権利者が納得できる理由で弁明されないなら解約するとか、相互の誠意と努力などを話し合いで確認しながら、親子らしい信頼関係の下にしなやかな強制手段にすればいい。その理由としては、たとえ老親の扶養が契約として破棄されても、その扶養が第一順位の義務者でもある限り、法定の扶養義務まで免除される根拠にならないから、次順位の扶養義務者や内縁を含む後添いの配偶者等が一手に扶養を引き受けてくれない限り、契約として解約された内容とほぼ同様な義務が家裁の審判で命じられるからである。

扶養契約が約定した解約事由で解消する際の既履行分の清算等の条件も契約しておいた方がいい。その点は再婚相手等との扶養契約においても解約の可能性もあるから同様であり、かつての扶養契約者間で再契約の必要が生じたとき迅速に対応できるように。解約の後始末の条件がこじれて新たな扶養関係の形成に支障をきたすのも不都合であるから。家族関係においては、予測できなかった事態について互いに誠実な対応に努めるしかないが、予想できる変化に対しては、相互間の合意に基づいた処理方法を取り決めておくのが紛争の予防と修復で得策になる。

## 九、結びに代えて

筆者が本稿を執筆したきっかけとして、教科書として使われていたという、法律文化社二〇〇〇年三月出版の浦本寛雄著『家族法』の二二七頁の「コラム」で、「扶養契約が約定した毎年の生活費をとくに過大でないとして効力を認めて不履行額の給付請求を是認した」内容の、東京地裁一九九二年七月一六日判決を知り、同書の前頁で浦本教授が、「扶養の契約化を時代の要請に適用と、その方向への進展を期待しておられる」趣旨の記述に大いに示唆を受け、扶養と相続をめぐる民主化の方向も当事者の自己決定によって追求されるべきと感じたのである。

もつとも、その判決の事例が「母親との同居を条件に父親の遺産の単独相続をした後に、その相続人が家を出て別居した母親へ生活費を支払う契約を結んだものであって、同居時から母親をどう扶養するかという内容でなかった」ので、「農業後継をめぐる家族協定の都市生活者版として扶養契約がどのように展開するか」についての論及も今後の課題である。おそらく、老親の老人ホーム入居費等の生活費の分担を中心にしながらか、引き取りの扶養や介護の仕方まで、老親の財産の相続等による承継を対価として、当事者の事情で契約内容が選択されていくだろう。

扶養と介護と相続をめぐる分担や処理が家族財産関係として最大級の重要な課題であろうから、少子超高齢社会化へ急速に進んでいくなか、夫婦が双方の老親の扶養や介護へ対応せざるをえなくなるのであれば、不承不承で担わされる状況よりも、自己決定に基づいて積極的に取り組める方策を追求する方が、受ける側も担う側も満足して幸福追求し易いだろう。超高齢社会を支える個人の負担が過重にならないように、まずは国の福祉政策を充実させる国民的取組を試み、次に、自治体や地域社会での十分な支援態勢ができるように住民運動を展開したり、より福祉の充実した地域へ移住するなどの選択肢も検討して、最後に家族間の諸条件により適切な選択が課題になる。

註

(1) 一九四七年二月二日公布の法律二二三号「民法の一部を改正する法律」による「イエ」(建物の家と区別するためにカタカナにした)と戸主の制度の廃止など。

(2) 川島武宜『民法講義』第一巻序説七頁(一九九一年、岩波書店)。

(3) 東京高裁一九八九年二月二八日決定家裁月報四二巻八号四五頁と、同旨の熊本家裁玉名支部一九九一年五月三十一日審判家裁月報四四巻二号一三八頁では、嫁の寄与が息子の履行の補助者または代行者としてその寄与分と同視できる場合に、息子やその代襲相続人である孫の寄与として考慮することが許されるとするから、未だ孫をつくっていない息子が被相続人より先に死んでいたら、嫁の寄与分の考慮される余地がなくなり、まるで相続人達のために没収される扱いになる。

(4) 加藤一郎「相続法の改正(下)」『ジュリスト』七二三号、一九八〇年、一一八頁参照。

(5) 利谷信義『家族の法』二・三頁(有斐閣、一九九六年)参照。

(6) 大阪高裁一九七二年九月七日決定家裁月報二五巻六号一二八頁や、東京高裁一九七九年三月二九日決定家裁月報三一巻九号二一頁参照。

(7) 民法八七九条に基づいて、扶養されたい権利者側の必要性と義務者側の資力等の余裕を考慮した当事者間の協議が家裁の審判で、扶養の程度と方法が決まり、民法八八〇条によって事情変更に伴う協議や審判の変更や取消の可能性もあつたりするが、未成年子への養育義務を除けば、親族関係の存在だけから無条件に扶養の権利義務が生ずるものでない。

(8) 山下三恵子『セールスマンの証言 老人たちの金を狙え』(花伝社) 一六頁以下参照。

(9) 詳しくは、宮崎俊行・中村裕・永山栄子『農家の相続と家族協定』(一九七〇年、全国農業会議所)。

(10) 『農業者年金基金法』一九七〇年五月二〇日法律七八号による。

- (11) 租税特別措置法七〇条の四は、農業後継者確保と農地細分化抑制のために、農地等の生前贈与に納税期限延期の特例をもうけている。
- (12) 盛岡家裁一九八六年四月一日審判家裁月報三八卷一二号七一頁で、被相続人が痴呆になって死亡するまでの一〇年間も付き添い介護を担った長女に、盛岡看護婦・家政婦紹介所の協定料金を基準に算出する特別の寄与を認めていた。
- (13) 『食料・農業・農村基本法』二八条が活動を促進する農業共同生産組織。
- (14) 浦本寛雄『家族法』二三七・二三八頁と二八〇頁参照。
- (15) 註(3)の熊本家裁玉名支部の審判と広島高裁一九九四年三月八日決定家裁月報四七卷二一五二頁が「補助者」として、神戸家裁豊岡支部一九九二年一月二八日審判家裁月報四六卷七号五六頁は「補助者または代行者」として寄与名義人である夫との関係に位置づけられるとき、妻の寄与分を加算している。
- (16) 民法八九〇条の直系尊属や兄弟姉妹などが相続人にならない場合の寄与分について、相続人である八八七条と八九〇条の妻子のため放棄して主張を控えるならそれでいいが、主張したいというときには、それと同等以上の寄与がありうる内縁配偶者と事実上の養子も含めた持分権を認め、相続財産から控除すべきである。そうしないと直系尊属と兄弟姉妹が相続人になれるか否かによって、彼等の寄与分が尊重されたり、まるで国に没収されたりする不合理な差別を生ずる。
- (17) 生活保護行政の実務上の重要な手引書の一つである『生活保護百問百答』でも、民法七三〇条に「直系血族及び同居の親族は、互いに扶け合なければならない」とあるのを根拠として、三親等を超える親族間でも同居者同士の扶養義務を認められている。
- (18) 家業のための営業免許類に限らず、例えば農業者として営農上必要な入会権や水利権等の慣習法の参加資格も含める。
- (19) 有地亭「現今の相続の機能の変化とその考え方の再検討」『家族史研究』3号（一九八一年）九三頁以下と、有地亭『家



族法概論』(法律文化社、一九九〇年)二四八頁以下参照。

(20) 大阪家裁一九八四年三月三一日審判家裁月報三七卷一号一二九頁は、引き取り扶養に続く位置にある時々来訪による身上監護の請求についても、扶養義務者が非協力であれば、間接強制にもなじまず、命令できないとして却下した。したがって、引き取り扶養の協議が成立しない際の扶養請求は、老人ホームなどの入居費の負担請求にとどめるしかない。

(21) 梅謙次郎『民法要義 卷之五』(相統編、一九〇〇年、有斐閣)四一四頁参照。

(22) ドイツ民法二二六五条が「共同遺言は夫婦のみこれを行うことができる」旨を規定する。

(23) 民法一〇四三条に基づいて、家裁が遺留分権利者の相続開始前の放棄を自由意思によっているかどうかを審理して許否を決める。

(24) 『任意後見契約に関する法律』(一九九九年一五〇号)に基づいて締結する。

(25) 註(24)の法律の五条の任意後見監督人の欠格事由参照。

(26) 財産法上の事情変更が当事者が左右できない外部的原因を要件としているのに比べて、家族法では当事者の心情などの主観的要因でも抑圧すべきでないものと考えて、原因として認めるという筆者の主張の趣旨である。

(27) 民法五四一条の履行遅滞の場合の解除の手順を踏めばいいと思う。

(28) 註(24)の法律の三条で法務省が定める様式の公正証書による契約書作成を義務づけるが、もし義務履行を怠る場合に対する違約金を記載する余地がないのなら、扶養契約も別途の公正証書にしたためるなりして、事実上一体化すればいい。

〔追記〕

最高裁八二年四月三〇日判決は、負担付死因贈与で生前の贈与者が受贈者から負担の履行を受けたら、やむをえない事情がない限り遺言規定準用による撤回を認めない。本稿の契約による扶養はむしろ対価だから一層撤回になじまない。