The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	ドイツ寄与分制度における療養看護型給付の評価について
Author(s)	宍戸, 育世
Citation	国際公共政策研究. 2021, 26(1), p. 1-23
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/83604
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

ドイツ寄与分制度における療養看護型給付の評価について*

The Evaluation of Heir's Contribution in the form of Recuperation Nursing in the Contributory Portion System in Germany*

宍戸育世**

Ikuyo SHISHIDO**

投稿論文

初稿受付日　2021 年 4 月 6 日　　採択決定日　2021 年 7 月 28 日

Abstract

In Japan's super-aging society, there is an increasing number of cases in which the portion of contributory caring or nursing provided by heirs is requested in a family court based on Article 904-2 of the Japanese Civil Code. However, when such requests are demanded, courts often do not recognize them due to their strict interpretation of the requirements for the contribution of recuperation nursing. This has led to many lawyers and legal scholars criticizing the position of the courts. By way of comparison, this paper examines the debate on the contributory portion of recuperation nursing in Germany. This is because Germany also has the contributory portion system in Article 2057a of the German Civil Code and had similar problems as Japan with the contributory portion of recuperation nursing until 2009. Subsequently, Article 2057a was amended in 2009 and the requirements for the contribution of recuperation nursing were eased. Therefore, this paper examines how the amended Article 2057a has affected the courts' practice and what discussions have developed afterwards for German law scholars. Finally, the method of evaluating heir's contributions to recuperation nursing in the contributory portion system in Japan is investigated.

キーワード：寄与分制度、療養看護型給付、療養看護型寄与分の評価、民法 904 条の 2、ドイツ民法 2057a 条

Keywords：　the Contributory Portion System, the Contribution of Recuperation Nursing, the Evaluation of the Contribution of Recuperation Nursing Type, Japanese Civil Code Art. 904-2, German Civil Code Art. 2057a

---

*本稿の執筆にあたり、ご指導を賜りました国際公共政策研究科大久保邦彦教授および高等司法研究科青竹美佳教授に厚く御礼申し上げます。
**大阪大学大学院国際公共政策研究科博士後期課程

1. はじめに

1.1：問題の所在

1980年の民法改正により新設された寄与分制度は、共同相続人中に被相続人の財産の維持または増加に特別の寄与をした者がいる場合に、その寄与者の特別な寄与を「寄与分」として法的に評価し、法定相続分に寄与に相当する額を加えた財産の取得を認めることで、共同相続人間の実質的な衡平を図ろうとする制度である[1]。寄与分を定める民法904条の2には、典型的な寄与の態様として、①被相続人の事業に関する労務の提供または財産上の給付、②被相続人の療養看護を規定している。寄与分は、共同相続人の協議で定まり（同条1項）、協議が調わないとき、または協議をすることができないときは、寄与をした相続人の請求により、家庭裁判所が一切の事情を考慮して、合目的的な裁量で寄与分を定めることになる（同条2項、家事191条、別表第二14の項）。

この②の療養看護について、高齢化社会[2]の到来とともに、2000年以降、家庭裁判所における調停・審判で、被相続人への介護による寄与分を主張する事案が増加している[3]。すなわち、民法には、「介護」という文言は規定されていないが、被相続人への介護がこの寄与分規定の「療養看護」に含まれると解されていることから[4]、たとえば、共同相続人の中で、被相続人の生前に無償で介護した相続人が、全く介護していない他の共同相続人との間で形式的に平等に扱われることはかえって不公平であるとし、介護による貢献を寄与分として主張するという事案が増えている。しかし、裁判所では、そのような療養看護型の寄与分を主張しても認められない場合が多く、認められたとしてもその額は低額にとどまっているという分析が示されている[5]。その理由として、寄与分を認めるための「特別の寄与」要件に対する非常に厳格な解釈、民法上の親族間の扶養・協力義務（民752条、877条以下）の強調、立証の困難さ等が挙げられている[6]。また、2000年の介護保険制度導入により、裁判実務における療養看護型寄与分の判断はより一層厳格になったとされる[7]。すなわち、「特別の寄与」は、被相続人の療養看護を要する程度および療養看護の期間等に照らして、その寄与行為が被相続人との身分関係に基づき通常期待される程度を超える貢献であるとされ[8]、典型例として「通常であれば第三者に有償で委任するような行為である必要があり、本来なら施設入所や入院等を必要とするような状態であるにもかかわらず自宅で看護したような場合」であると解されている[9]。そして、療養看護行為が特別な寄与に該当するか否かは、介護保険制度導入以降、介護者の負担が一定程度軽減されることがあるため、被相続人が介護保険における要介護1程度の身体状況であれば特別な寄与に相当するほどの

---

[1] 橘勝治「相続に関する民法改正の概要」金融法務事情926号6頁（1980年）。

[2] 日本の総人口は、2020年9月15日時点で1億2,586万人である。そのうち65歳以上の高齢者人口は3,617万人となり、総人口に占める割合（高齢化率）は28.7%である（総務省「統計トピックス No.126 統計からみた我が国の高齢者ー「敬老の日」にちなんでー」1-2頁）。

[3] とりわけ共同相続人が子のみの場合、寄与分制度の主戦場が1990年代前半まで主流だった家業従事型の寄与から療養看護型の寄与の主張に移ってきていると分析されている（門広乃里子「寄与分制度の現状：裁判例の量的・質的変遷を通して」家族＜社会と法＞32号29頁（2016年））。

[4] 谷口知平=久貴忠彦編『新版注釈民法（27）相続（2）』（有斐閣、補訂版、2013年）254頁〔有地亨・犬伏由子〕によれば、「療養看護とは病気療養中の被相続人を介護すること」と定義されている。また、辻朗教授によると「独力で日常の生活行動ができない者に対する手助けを、疾病の面を基準にしていえば『療養看護』となり、心身の機能障害の面を基準にしていえば『介護』と表現されるとすれば、少なくとも寄与分に関連する問題として論じる際には、『介護』と『療養看護』とを同義にとらえても差し支えないであろう」と説明されている（辻朗「『療養看護』と寄与分」「小野幸二教授還暦記念論集」刊行委員会企画『21世紀の民法：小野幸二教授還暦記念論集』（法学書院、1996年）387頁）。

[5] 門広・前掲注（3）24-42頁、伊藤孝江「療養看護に関するケースの紹介」家族＜社会と法＞32号43-52頁（2016年）参照。

[6] 伊藤・前掲注（5）50頁。

[7] 村岡泰行「補充報告　寄与分制度の現状と課題」家族＜社会と法＞32号76頁（2016年）。

[8] 村岡・前掲注（7）76頁、片岡武=管野眞一編著『家庭裁判所における遺産分割・遺留分の実務』（日本加除出版、第3版、2017年）348頁。

[9] 村岡・前掲注（7）76頁。

介護は不要であるとされ、要介護 2 以上の状態にあることが目安になると考えられている[10]。このような裁判実務に対して、療養看護については、「こうした基準に達していなくても、高齢者と同居し、日常的に援助していた場合において、他の共同相続人が協力をしていなかったときには、『特別性』があると認めるべきである[11]」という見解がある[12]。つまり、日本の寄与分制度には、被相続人の財産に対する寄与についての清算という性格と、相続人間の衡平の実現という性格の二つの異なる性格が含まれると解され[13]、療養看護型寄与分は後者の衡平型寄与分に分類されるため、相続人間の具体的衡平を実現するという視点から特別の寄与を過度に重視すべきではないという指摘[14]に基づく見解である。

さらに、2018 年の相続法改正の際にも、このような裁判実務の現状を受け、高齢者に対する療養看護の重要性が増していること等を踏まえ、寄与分の要件を緩和すべきであるとの指摘に基づき、寄与分制度の見直しが検討された[15]。法制審議会民法（相続関係）部会第 3 回会議では、民法 904 条の 2 第 1 項に加え、「被相続人が療養看護又は扶養を要する状態にあった場合において、相続人の中に、無償で被相続人の療養看護をし、又は被相続人を扶養した者（以下「寄与者」という。）がおり、その寄与の程度が他の相続人（同一の身分関係を有する相続人に限る。以下、単に「他の相続人」という。）と比較して著しく高いときは、寄与者と他の相続人の協議又は家庭裁判所の審判により、寄与者に寄与分を認めることができる」と、現行の寄与分制度の特則として新たな規律を設ける可能性も示された[16]。最終的に立法化は見送られたが、今後さらに高齢化が進む中で、療養看護による寄与についての争いが増加することは容易に予想でき、寄与分の中で被相続人への療養看護という財産的な評価の困難な寄与をいかに評価するのかという問題を検討することは重要である。

1.2：比較対象

そこで、本稿では、この問題に対して、ドイツの療養看護による寄与分に関する議論との比較分析を通じて、解決の示唆を得ることを試みたい。ドイツにおいても、ドイツ民法典（Bürgerliches Gesetzbuch;BGB〔以降は、単に条文のみを示す場合、ドイツ民法典を指すものとする〕）2057a 条に寄与分制度を定める規定があり、1 項において「長期にわたり被相続人の家政、職業若しくは事業における共働、多額の金銭給付又はその他の方法により、被相続人の財産の維持又は増加に特別な程度で寄与した直系卑属は、分割の際、法定相続人として相続を受ける直系卑属間において調整を請求することができ、2052 条が準用される。長期にわたり被相続人を療養看護した直系卑属も同様とする[17]」と規定されている。とはいえ、日本法とドイツ法の寄与分制度は、寄与分と相続分および遺産分割との関係の位置づけが異なっている。すなわち、ドイツの寄与分制度は、寄与分を相続分の外側に位置

---

[10] 片岡=管野・前掲注（8）353 頁。近年、増加し続けている認知症高齢者への介護も、重度の認知症患者にみられる徘徊行為の見守りのような「介護に準ずる負担」が生じており、それが親族として通常期待される程度を超えた特別の貢献と認められる場合に、寄与分が認められる可能性があるとされる（片岡=管野・前掲注（8）351 頁）。

[11] 二宮周平『家族法』（新世社、第 5 版、2019 年）388 頁。

[12] さらに、潮見教授は「配偶者間・親族間の療養看護・扶養を当然視するあまり、そもそも『寄与』と評価されないか、あるいは『通常の寄与』の範囲が広く解されすぎているような印象を受ける」と指摘されている（潮見佳男『詳解相続法』（弘文堂、2018 年）223 頁）。

[13] 窪田充見「寄与分―制度理解と解釈論についての覚書―」神戸法学雑誌 49 巻 3 号 247-248 頁（2000 年）。

[14] 窪田充見「寄与分の類型ごとの算定方法」野田愛子=梶村太市編『新家族法実務大系第 3 巻相続［Ⅰ］―相続・遺産分割―』（新日本法規出版株式会社、2008 年）270-272 頁。

[15] 法務省「相続法制検討ワーキングチーム報告書」14 頁以下。

[16] 法制審議会民法（相続関係）部会第 3 回会議（平成 27 年 6 月 16 日）部会資料 3「相続法制の見直しに当たっての検討課題（2）」10 頁。

[17] 訳出にあたり、太田武男=佐藤義彦編『注釈ドイツ相続法』（三省堂、1989 年）424 頁〔本沢巳代子〕、且井佑佳「ドイツにおける相続分の調整」同志社法学 62 巻 4 号 1101 頁（2010 年）を参照した。

づけ、遺産分割の枠内で、寄与をした相続人に対し、相続分とは別に寄与の調整を請求する権利を認めるものである。一方、日本の寄与分制度は、寄与分を相続分の内側に位置づけ、法定（または指定）相続分を修正して具体的相続分を算定するための一要素と位置付けられている[18]。しかし、ドイツ法では2057a条4項において、「分割にあたって、調整額は、調整権利者である共同相続人の相続分に加える。全調整額は、調整の行われるべき共同相続人に遺産が帰属する限りにおいて、遺産の価額から控除する[19]」と寄与分調整の実行方法について規定され、その手続の中で法定相続分の額に調整額を加算した額を算定する点では日本法と共通する。そのほか、寄与分の調整の人的範囲が共同相続人である直系卑属に限定されている点や、寄与分の調整が相続分だけでなく遺留分も調整・修正する効果を有するものである（2316条1項）という点で、日本の寄与分制度と異なる部分はあるが、寄与分の算定方法が裁判所の裁量に委ねられ、療養看護型寄与分の法的評価については、両者ともに抱えている問題である。その点について、ドイツでは、2009年に療養看護による寄与の規定が改正され、療養看護型寄与分の要件が緩和されて以降、療養看護型寄与の評価に関する議論が展開されている。療養看護による寄与分の要件が緩和されたことで、その後、実務にどのような影響を与えているのか、また、どのような議論が展開されているのかを検討することは、日本の療養看護型寄与分の評価方法を検討する上で意義があると考えられる。

1.3：先行研究との関係

これまでも日本では、ドイツの寄与分制度を対象とした研究が公表されてきた[20]。特に、且井論文[21]は、1969 年にドイツ民法典に寄与分制度が新設された経緯の詳細な分析や、制度内容の紹介、2009年法改正に関する議論を検討し、日本法における寄与分制度の理解および制度のあり方に対する示唆を与えるものとして重要である。しかし、2009年の法改正以降のドイツの寄与分制度、とりわけ療養看護による寄与を扱った論説は、いずれも簡単な制度および判例紹介にとどまり[22]、改正後の判例や学説を詳細に論じたものはない。それゆえ、本稿では、高齢社会において今後さらに増加するであろう被相続人に対する相続人の療養看護が、寄与分制度において、いかに評価されるべきなのかという問いを探るため、寄与分の中でも療養看護による寄与に焦点をあて、ドイツ法における2009年法改正後の療養看護の寄与分に関する議論を検討し分析することを目的とする。

そこで、まず、ドイツにおける現行の寄与分制度を検討する前提として、ドイツ社会における高齢化の実情（第2章）および2009年の法改正を概観し（第3章）、次に、ドイツにおいて療養看護の寄与が認められるための要件について確認する（第4章）。そして、実際に裁判実務の中で療養看護がどのように評価されているのかを検討し（第5章）、それらを踏まえ、日本法との比較分析を行う（第6章）。なお、1.1 で言及したとおり、寄与分制度において、「介護」は「療養看護」に含まれると解されていることから、本稿でも「介護」と「療養看護」の文言は、区別せず用いるものとする。

---

[18] 太田武=野田愛子=泉久雄編『寄与分：その制度と課題』（一粒社、1998年）7頁〔栗原平八郎〕、法務省民事局編『新しい相続制度の解説』（キンザイ、1980年）192頁。

[19] 訳出にあたり、太田=佐藤・前掲注（17）424頁に拠った。

[20] 本沢巳代子「西ドイツ相続法における寄与分の取扱い（世界の家族法はいま-13-）」判例タイムズ33巻15号39-45頁（1982年）、太田=野田=泉・前掲注（18）224-245頁〔本沢巳代子〕、泉久雄「西ドイツ法における相続人と相続分（各国の相続人と相続分）」ジュリスト630号107-114頁（1977年）。

[21] 且井・前掲注（17）1085-1168頁。

[22] 且井佑佳「若手セッション　ドイツ法における寄与の評価（第32回学術大会・シンポジウム寄与分制度の現状と課題）」家族＜社会と法＞32号118-130頁（2016年）、生駒俊英「療養看護による寄与分についての一考察―高齢者介護を中心として―」棚村政行=小川富之編『家族法の理論と実務　中川淳先生傘寿記念論集』（日本加除出版、2011年）563-597頁。

2. ドイツ社会における高齢化の実情

ドイツの総人口は、2019年末時点で約8,320万人であり[23]、そのうち65歳以上の高齢者人口は約1,800万人である[24]。65歳以上が総人口に占める割合（高齢化率）は、1991年の15%から2019年には22%に上昇しており[25]、世界の中でも高い順位に位置している。人口推移予測によると、今後20年間で65歳以上の高齢者人口はさらに増加し、2040年には約2,270万人になると予測されている[26]。ドイツで特に深刻な問題となっているのが、85歳以上の高齢者人口の急増であり、1991年に120万人弱であったのが、2019年には約240万人に増加している[27]。そのうち、男性が80万人、女性が160万人で、85歳以上の高齢者の3分の2が女性である[28]。

次に、世帯の状況についてみると、2019年時点で、65歳以上の高齢者のいる世帯は、全世帯4,150万の31%であった。そのうち高齢単独世帯が47%を占め、2人以上で構成されている世帯は53%である[29]。また、この2人以上で構成される世帯のうち、子と同居している高齢者が14%、3世帯家族（例：子およびその配偶者と孫と同居している高齢者）は3%であるとされ、夫婦あるいは生活パートナーのみの2人世帯が84%を占めている[30]。

高齢者の介護状況については、介護保険法[31]で要介護認定された要介護者は2019年12月末には過去最高の413万人に達し[32]、その80%が在宅介護、その中の56%が主に家族により介護されている[33]。2018年末時点で65歳以上の認知症患者数は、153万4,170人であり[34]、2040年には209万3,000人と200万人を超えることが推計されている[35]。こうした認知症患者の増加に対応するため、ドイツにおいて、2008年以降、介護保険制度の改革が進められ[36]、とりわけ認知症高齢者対策および在宅介護への支援強化が行われている。

---

[23] Statistisches Bundesamt, Bevölkerung in Deutschland im Jahr 2019 auf 83,2 Millionen gestiegen <https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/06/PD20_223_12411.html>（2021年4月5日最終確認）参照。

[24] Statistisches Bundesamt, Ältere Menschen <https://www.destatis.de/DE/Themen/Querschnitt/Demografischer-Wandel/Aeltere-Menschen/bevoelkerung-ab-65-j.html>（2021年4月5日最終確認）参照。

[25] Statistisches Bundesamt, a. a. O. (Fn. 24),（2021年4月5日最終確認）参照。

[26] Statistisches Bundesamt, Demografischer Wandel <https://www.destatis.de/DE/Themen/Querschnitt/Demografischer-Wandel/_inhalt.html>（2021年4月5日最終確認）参照。

[27] Statistisches Bundesamt, a. a. O. (Fn. 24),（2021年4月5日最終確認）参照。

[28] これは女性の平均寿命が男性より高いからだとされる（平均寿命は、2017年時点で男性が78.63歳、女性が83.36歳である。Statistisches Bundesamt, Sterbefälle und Lebenserwartung <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Sterbefaelle-Lebenserwartung/_inhalt.html>（2021年4月5日最終確認）参照）。

[29] Statistisches Bundesamt, a. a. O. (Fn. 26),（2021年4月5日最終確認）参照。

[30] Statistisches Bundesamt, a. a. O. (Fn. 26),（2021年4月5日最終確認）参照。

[31] ドイツでは1994年に介護保険法が成立し、1995年1月から保険料の徴収、同年4月から在宅介護給付、翌96年7月から施設介護給付が実施されている。ドイツの介護保険制度に関しては、本沢巳代子『公的介護保険―ドイツの先例に学ぶ』（日本評論社、1996年）、渡辺富久子「ドイツにおける介護保険法の改正：認知症患者を考慮した要介護認定の基準の変更」外国の立法：立法情報・翻訳・解説268号38-48頁（2016年）参照。

[32] ただし、この増加には、2015年の介護保険法の改正で要介護の定義が拡大されたことも影響しているとされる。

[33] Statistisches Bundesamt, Mehr Pflegebedürftige <https://www.destatis.de/DE/Themen/Querschnitt/Demografischer-Wandel/_inhalt.html#sprg371138>（2021年4月5日最終確認）参照。ドイツにおける高齢者介護の現状については、小椰治宣「ドイツにおける高齢者介護施設の現状と課題」週刊社会保障74巻3064号44-49頁（2020年）参照。

[34] Deutsche Alzheimer Gesellschaft, Die Häufigkeit von Demenzerkrankungen, 2020, S. 1.

[35] Deutsche Alzheimer Gesellschaft, a. a. O. (Fn. 34), S. 7.

[36] まず、2008年に在宅介護に対する支援策が盛り込まれた「介護保険の構造的継続発展のための法律」（Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung）により介護改革が始まり、2013年には「介護保険新展開法」（Pflege-Neuausrichtungs-Gesetz）と「新介護職法」（Neue Pflegeberufegesetzes）の実施、2014年には「第1次介護強化法」（Erstes Pflegestärkungsgesetz）、2015年には「第2次介護強化法」、2017年は「第3次介護強化法」（Drittes Pflegestärkungsgesetz）と改正が行われている（詳しくは、渡辺・前掲注（31）、宮本恭子「ドイツ介護政策の転換と介護の家族支援策」経済科学論集46号25-55頁（2020年）、田畑洋一「ドイツ介護保険の要介護認定と介護給付」週刊社会保障72巻2965号42-47頁（2018年）を参照）。

3. ドイツにおける療養看護型の寄与分規定の改正の経緯

3.1：2009年法改正前の状況

2009年の寄与分規定の改正は、現在のような高齢社会を迎えるにあたって議論され改正された。本節では寄与分規定の改正前の状況を簡単にみていく[37]。

ドイツ民法典では、共同相続人である直系卑属間の衡平を図るために、2050条から2057a条まで相続分の調整のための規定が置かれている。このうち2050条から2057条までの規定は、被相続人の生前における直系卑属への出捐を調整する制度であり、日本法における特別受益の持戻制度に相当する[38]。それに対して、2057a条の規定は、被相続人の生前にその財産の維持または増加に寄与した直系卑属の特別の寄与を評価し調整する制度であり、日本法における寄与分制度に相当する。この2057a条は、1969年8月19日の婚外子の法的地位に関する法律（Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder）によって、新たに導入された規定である[39]。もっとも、1969年以前も被相続人に対する無償または僅少な対価で長年にわたり行われた直系卑属の給付を評価するため、学説や判例において、雇用契約や組合契約、事務管理あるいは不当利得といった債権法上の法律構成をもって調整が試みられていた[40]。しかし、そうした解決法は法的根拠が明らかでなく、給付の立証も困難であること等が指摘され、明文規定を設け、寄与してきた直系卑属の相続分が、遺産分割にあたり衡平に従って調整されることを可能にすべきことが主張された[41]。そして新たに導入された寄与分制度は、2057a条1項において、「長期にわたり被相続人の家政、職業若しくは事業における共働、多額の金銭給付又はその他の方法により、被相続人の財産の維持又は増加に特別な程度で寄与した直系卑属は、分割の際、法定相続人として相続を受ける直系卑属間において調整を請求することができ、2052条が準用される。職業収入を放棄して（Verzicht auf berufliches Einkommen）長期にわたり被相続人を療養看護した直系卑属も同様とする[42]」と規定された。この下線部の療養看護者の職業収入の放棄要件について、立法者は、その当時、両親と共働で農業や小規模事業等を営み、無償で共働することが多かった直系卑属の特別な寄与を念頭に置き、そのような家庭において複数の子の中の1人が両親の事業で共働する場合に、その子が職業収入を放棄し、両親の世話や療養看護をすることが珍しくなかった事情を考慮したとされる[43]。

しかし、職業収入の放棄要件の下では、職業に従事していない者による療養看護は、収入を放棄して行われていないため、寄与分調整の対象には含まれず、療養看護の主な担い手であった専業主婦や家事手伝いの娘による貢献は排除されていた[44]。もっとも、この職業収入の放棄要件は、被相続人への療養看護の寄与について、通常の扶助給付の範囲内の寄与と調整対象となる特別の寄与を区別するために特別に要求するという趣旨であったが[45]、要件が厳格であり、実務において療養看護型の寄与は非常に狭く解釈され、実際にはほとんど適用されていなかったとされる[46]。

---

[37] 寄与分規定の沿革および2009年法改正の経緯の詳細については、且井・前掲注（17）参照。
[38] 太田=佐藤・前掲注（17）396頁〔床谷文雄〕。
[39] Münchener/Ann, 8. Aufl. 2020, BGB § 2057a Rn. 1.
[40] Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057a Rn. 1; Schermann in jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, § 2057a Rn. 3.
[41] 太田=佐藤・前掲注（17）425頁〔本沢〕。
[42] 訳出にあたり、太田=佐藤・前掲注（17）424頁〔本沢〕、且井・前掲注（17）1101頁を参照した。
[43] Hannes Ludyga, Die Berücksichtigung von Pflegeleistungen gemäß § 2057a BGB nach der Erbrechtsreform, ZErb 2009, 289, 290.
[44] BT-Drucks 16/8954, s. 10; 且井・前掲注（17）1109頁参照。
[45] Armin Teschner, § 2057a BGB – Pflegeleistungen im Lichte der Rechtsprechung (Teil 1), ZErb 2017, 61, 62.
[46] Ludyga, a. a. O. (Fn. 43), S. 292; Felix Odersky, Reformüberlegungen im Erbrecht, MittBayNot 2008, 2, 6; Oswald van de Loo, Bessere Berücksichtigung von Pflegeleistungen beim Erbausgleich, FPR 2008, 551, 551.

3.2：2009 年改正法の趣旨

このような規定の運用状況に対して批判があり、2008 年の相続法改正の議論の中で、2057a 条も検討対象になった。この改正の本質的な目標の 1 つは、介護給付に対する評価の強化であり[47]、そこで、平均寿命や高齢化率の上昇等による社会変化や、200 万人以上存在する要介護者のうち、3 分の 2 が施設介護ではなく在宅介護であることに伴い、家族介護も増加しているという社会状況が意識された[48]。高齢社会において介護は重要な役割を果たしているが、家族介護は、家族の結合に基づき行われるため、実際には介護に関与する当事者が、介護給付に対する適切な対価の合意をしないといった本来必要な金銭的調整に関する定めをしていないことが多かった。また、被相続人は様々な理由から、被相続人に給付される介護保険金を、介護した家族に渡さないことも多かったとされる[49]。その上、被介護者である被相続人が遺言や相続契約といった死因処分によって介護者の介護労働に対して配慮していない場合、介護した家族はその介護給付に対して何も貰えず、さらに 2057a 条 1 項 2 文の寄与分もその厳格な要件により認められない場合が多かったため、結局、介護をした家族は、被相続人の生前にも死亡後も何ら補償がなされないままであった[50]。そのような状況や改正前の規定が抱えていた問題を考慮し、家族介護を正当に評価し、療養看護による寄与がより多くの事案で認められ報われることが意図され[51]、2009 年 9 月 24 日に成立した相続法および時効法の改正のための法律（Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts［2010 年 1 月 1 日施行］）において、2057a 条 1 項 2 文における職業収入の放棄要件が削除された。

4. ドイツにおいて療養看護の寄与が認められるための要件

以上のような経緯を経て、2057a 条 1 項 2 文における職業収入の放棄要件が削除された。それゆえ、現行規定では、遺産分割にあたり、療養看護の寄与の調整を行うよう請求することができる者（以下、「寄与分調整権利者」という）は、長期にわたり被相続人を療養看護し、それにより被相続人の財産の維持または増加に特別な程度で寄与した直系卑属となっている。本章では、療養看護の寄与が認められる要件として、寄与分の調整当事者、寄与行為としての療養看護給付の態様と程度、2057a 条 2 項に基づく調整の排除について説明することとする。

4.1：寄与分の調整当事者

4.1.1：寄与分調整権利者

寄与分の調整は、すべての共同相続人間で行われるのではなく、原則として、法定相続において第一順位の相続人となる被相続人の直系卑属（1924 条 1 項）の間でのみ行われる[52]。この直系卑属は、

---

[47] Stephanie Herzog/Richard Lindner, Die Erbrechtsreform 2010 Das neue Pflichtteils-und Verjährungsrecht, 2010, Rn. 218.
[48] BT-Drucks 16/8954, s. 8.
[49] BT-Drucks 16/8954, s. 17.
[50] BT-Drucks 16/8954, s. 17.
[51] BT-Drucks 16/8954, s. 17.
[52] 日本法と同様に、ドイツ法でも被相続人の遺言の自由により、法定相続よりも死因処分（遺言・相続契約）に基づく指定相続が優先される（1937 条参照）。被相続人による相続人の指定がないとき、ドイツ民法典で定められている法定相続人が相続人となる（1924 条以下）。それゆえ、相続人の指定があるときは、指定相続人のみが相続人となり、推定法定相続人には相続資格がない。法定相続人となるのは、①被相続人の血族（1924 条）、②生存配偶者（1931 条）または生活パートナー（生活パートナーシップ法 10 条）、③①も②も存在しない場合に相続人となる国庫（1936 条、1964 条）である。②は常に相続人となるため、たとえば、生存配偶者がいる場合は、被相続人の血族と並んで相続人となる。①の血族相続人については、相続順位が定められており、先順位の血族が後順位の血族に優先する（1930 条）。第一順位の相続人は、被相続人の直系卑属（被相続人の子、孫、曾孫等）である（1924 条 1 項）。被相続人と近い親等の血族が優遇されるため、直系卑属のうち親等の近い者が相続人となる（同条 2 項）。次に、第二順位の相続人は、被相続人の父母およびその直系卑属である（1925 条 1 項）。第三順位には、被相続人の祖父母およびその直系卑属が属する（1926 条

第一には被相続人の子であり、婚内子であるか婚外子[53]であるかは問われない。さらに、通説によれば、調整義務における代襲相続について規定する2051条と同様の趣旨で、寄与分調整権利者である子の1人が、相続開始前または相続開始後に相続権を失ったときは[54]、その子の直系卑属（たとえば孫、孫も生存しないときは曾孫、同条3項[55]）が代襲相続人として寄与分権利者となる（2051条[56]類推）[57]。相続順位において被相続人に近い親等の直系卑属（たとえば子）が相続権を失う前に、親等の遠い直系卑属（たとえば孫）が被相続人に対して2057a条に該当する給付を行っていた場合、後にその親等の遠い直系卑属が、近い親等の直系卑属の代わりに、被相続人を相続するときも、同条を適用することができ、寄与分の調整の請求ができると解されている[58]。なお、たとえば、被相続人の孫がその父の指示によらず、被相続人に対して独自で行った療養看護について、その父が、被相続人の相続人として孫の寄与の調整を請求することはできない[59]。ただし、直系卑属である父の指示に従い、その直系卑属の子が被相続人を療養看護した場合は、その寄与の調整を請求することができる[60]。すなわち、直系卑属の指示に基づき、他の家族構成員が療養看護を行う場合は、直系卑属の寄与分として2057a条1項2文が適用されうる。その典型例として、被相続人が息子の自宅で同居し、そこで息子自身ではなく、息子の妻が被相続人の介護をするという状況が挙げられる。この場合、相続人以外の親族がなした特別の寄与は、相続法上報いられないため、学説では、そのような場合に家族を統一体（Einheit）とみなし、直系卑属の配偶者の寄与を、直系卑属の寄与として組み入れることにより調整が行われる可能性を示している[61]。もっとも、直系卑属が費用を支払い、療養看護自体は外部の者だけが行う場合は、2057a条1項1文における金銭給付の問題となる[62]。

また、寄与分の調整は、原則として、法定相続人として相続する直系卑属間で行われるが、例外として、指定相続についても一定の場合には調整が認められる（2057a条1項1文）。すなわち、2052

1項）。さらに、第四順位は、被相続人の曾祖父母およびその直系卑属（1928条1項）が、第五順位には、被相続人の高祖父母以上の直系尊属およびその直系卑属（1929条1項）が属するが、②の相続人がいる場合は、第四順位以降の血族相続人については相続権がないと規定されている（1931条2項）。Knut Werner Lange/ Robert Philipp Tischer, Familien- und Erbrecht, 5. Aufl, 2019, S. 85. 91; 大村敦志監修『相続法制の比較研究』（商事法務、2020年）1-12頁〔浦野由紀子〕参照。

[53] 1998年4月1日に相続権平等化法（Erbrechtsgleichstellungsgesetzes）（BGBl I 1997, 2968）が施行されるまでは、婚外子とその直系卑属は、その父が死亡した場合に、法定相続分の代わりに、相続人に対する相続代償請求権（Erbersatzanspruch）が帰属するに過ぎなかった（旧1934a条1項）。ただし、その相続代償請求権には、法定相続人として相続する直系卑属間の調整義務に関する規定が準用されていた（旧1934b条3項）。

[54] 相続権を失う理由には、相続開始以前の死亡（1923条）、廃除（Enterbung）（1938条）、相続の放棄（Ausschlagung）（1953条）、相続欠格（Erbunwürdigkeit）（2239条～2344条）、相続放棄契約（2346条）等がある。

[55] 1924条3項「相続開始の時に死亡している直系卑属を通じて被相続人と血族関係にある直系卑属は、その者を代襲する（代襲相続）。」訳出は、太田=佐藤・前掲注（17）38頁〔坂本オロフソン優子〕に拠った。

[56] 2051条1項「相続人として調整の義務を負うべき直系卑属の一人が相続開始前又は相続開始後相続権を失ったときは、その者に代わる直系卑属は、その者になされた出捐につき調整する義務を負う」2項「被相続人が相続権を失う直系卑属の補充相続人を指定している場合において、疑わしいときは、補充相続人は、直系卑属が調整義務を考慮して取得すべきものを超えて取得しないものとする」訳出は、太田=佐藤・前掲注（17）401頁〔床谷〕に拠った。

[57] Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057a Rn. 7; Karlheinz Muschler, Erbrecht, 2010 Rn. 1402; Damrau, FamRZ 1969, 579, 580; a.A. Knur, FamRZ 1970, 269, 277. また、被相続人は法定相続人または指定相続人が相続権を失った場合に備え、代わりに相続人となるべき補充相続人（Ersatzerben）を指定することができ（2096条以下、2102条）、その補充相続人についても、寄与分権利者である直系卑属の1人が、相続開始前または相続開始後に相続権を失ったときは、同様に寄与分権利者となる（2051条類推）。

[58] たとえば、被相続人の孫が、その父の生存中に、被相続人を長期にわたり療養看護し、被相続人の死亡前に父が死亡した場合、その孫は代襲相続人として被相続人を相続するときに、他の共同相続人である直系卑属らに対して、自己が行った療養看護の寄与を主張する場合である。Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057a Rn. 7; Staudinger/Löhnig (2020) BGB § 2057a Rn. 8.

[59] Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057a Rn. 9.

[60] Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057a Rn. 20.

[61] Ludyga, a. a .O. (Fn. 43), s. 293. しかし、ルディガは、このような方法では、被相続人の死亡前に息子が死亡し、息子の妻が被相続人の介護を引き受けた場合には機能せず、原則としてその妻が行った介護は報われないと批判もしている。それゆえ、2009年の改正法で療養看護による寄与分調整権利者を直系卑属以外の者にも拡大すべきことが議論された。なお、日本では、東京高決平成元年12月28日家月42巻8号45等で相続人ではない親族による寄与についてドイツ法と同様の扱いがなされていたが、2018年の相続法改正により、民法1050条において、特別の寄与料の制度が新設され、被相続人の療養看護・扶養につき特別の寄与をした相続人以外の者（特別寄与者）に対し、特別寄与料の請求権が与えられたことで一定の解決が図られた。

[62] Staudinger/Löhnig, a. a. O. (Fn. 58), § 2057a Rn. 25.

条[63]の準用により、被相続人が死因処分（遺言、相続契約）によって直系卑属を相続人として指定し、その者が法定相続人として取得すべきものを指定された場合、または、被相続人が直系卑属の相続分相互が法定相続分と同一の関係になるように直系卑属の相続分を指定した場合、原則として 2057a 条が適用される[64]。しかし、被相続人が 2052 条に規定されている処分とは異なる処分をした場合は、同条の適用範囲外となる[65]。

なお、直系卑属ではない共同相続人が寄与分調整権利者に該当するか否かについて、被相続人の配偶者（1931 条）または生活パートナー（生活パートナーシップ法〔Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft〕10 条）は、直系卑属とともに共同相続人となる場合、寄与分調整権利者には含まれない[66]。配偶者または生活パートナーの特別の寄与については、法定夫婦財産制との関係で一括して清算されることから保障されていると考えられているためである[67]。もっとも、配偶者または生活パートナーの相続分は、共同相続人らの中に寄与者がいても、直系卑属間の調整の実行前に、それらの者の相続分が、あらかじめ算出され、除外されなければならないことから、寄与分の調整に左右されないとされている[68]。

そのほか、調整権を有する共同相続人の相続人、共同相続人の 1 人から遺産に対する持分の譲渡を受けた者（2033 条）、および相続財産の買主（Erbschaftskäufer、2372 条）も調整権を有する[69]。なぜなら、寄与分調整権は、独立した請求権としては主張できず、遺産分割の枠内でのみ主張されうることから、調整権を相続分とともに相続し、譲渡することも可能であるからである[70]。

4.1.2：寄与分調整義務者

寄与分の調整の義務を負う者（以下、「寄与分調整義務者」という）は、法定相続人である直系卑属または 2052 条の準用に基づき指定により相続する直系卑属であって、2057a 条の意味における給付を行っていないものである[71]。また、調整義務を負う共同相続人の相続人、共同相続人の 1 人から遺産に対する持分の譲渡を受けた者（2033 条）、および相続財産の買主（2372 条）も調整義務を負う[72]。直系卑属とともに相続する被相続人の配偶者やその他の共同相続人は調整義務を負わないが、被相続人は直系卑属の利益となるように、終意処分によってそれらの者にも調整義務を課すことができる[73]。

---

[63] 2052 条「被相続人が直系卑属が法定相続人として取得すべきものにつき直系卑属を相続人に指定した場合、又は被相続人が直系卑属の相続分相互が法定相続分と同一の関係にあるように直系卑属の相続分を指定した場合において、疑わしいときは、直系卑属は、第 2050 条及び第 2051 条に従って調整の義務を負うものとする」訳出は、太田=佐藤・前掲注（17）402-403 頁〔床谷〕に拠った。

[64] Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057a Rn. 12. たとえば、被相続人に 4 人の子 A、B、C、D がおり、各法定相続分は 4 分の 1 であるとする。被相続人は、遺言で A、B、C を遺産の 3 分の 1 ずつの割合で相続人指定をし、D を相続廃除した場合、指定相続分（1/3：1/3：1/3＝1：1：1）も法定相続分（1/4：1/4：1/4＝1：1：1）と同比率であるため、A、B、C は 2057a 条および 2052 条により寄与の調整請求権を有する（Schermann in jurisPK-BGB, a. a. O. (Fn. 40), § 2057a Rn. 23 の事例を参考にして作成）。

[65] Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057a Rn. 13.

[66] Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057a Rn. 10; Staudinger/Löhnig, a. a. O. (Fn. 58), § 2057a Rn. 12.

[67] 夫婦は、要式の夫婦財産契約によって、別産制（1414 条）、財産共同制（1415 条～1518 条）または選択的剰余共同制（1519 条 1 文）を選択でき、夫婦財産契約を締結しなかった場合には、法定夫婦財産制である剰余共同制（1363 条～1390 条）が適用される。被相続人と生存配偶者が法定夫婦財産制に服していた夫婦である場合には、1371 条、1931 条 3 項に基づき、法定相続分の総額を 4 分の 1 増加させることによって（その結果、第一順位の血族相続人とともに配偶者が相続する場合の配偶者の法定相続分は 2 分の 1 となる）、あるいは、夫婦が契約により別産制に服していた場合は、1 人または 2 人の直系卑属の相続分と同等にすることによって（1931 条 4 項）、配偶者の給付は一括して清算されていると考えられている（大村・前掲注（52）8-12 頁〔浦野〕参照）。

[68] Schermann in jurisPK-BGB, a. a. O. (Fn. 40), § 2057a Rn. 18.

[69] Knut Werner Lange „Erbrecht“ 2017, s. 604, Rn. 176; Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057a Rn. 8.

[70] Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057a Rn. 4.

[71] Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057a Rn. 14; Staudinger/Löhnig, a. a. O. (Fn. 58), § 2057a Rn. 11.

[72] Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057a Rn. 14; Staudinger/Löhnig, a. a. O. (Fn. 58), § 2057a Rn. 11.

[73] Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057a Rn. 15; Staudinger/Löhnig, a. a. O. (Fn. 58), § 2057a Rn. 12.

4.2：寄与行為としての療養看護給付の態様と程度

2057a 条 1 項 2 文によると、直系卑属の被相続人に対する療養看護の給付が寄与分の調整対象となるには、①長期にわたる療養看護と②被相続人の財産の維持または増加への特別な程度の寄与が要求される。2009 年法改正以降、療養看護の寄与分の調整は、直系卑属の療養看護そのものの価値をどのように評価すべきなのかが問題となっている。4.2.1 では、①と②の要件を検討する前提として、まず「療養看護」の概念について検討することとする。

4.2.1：BGB2057a 条 1 項 2 文の意味における「療養看護」の概念

2057a 条 1 項 2 文の意味における「療養看護」には、どのような行為が該当するのかについて、ドイツ民法典では明確には定義されていない[74]。2009 年の改正以前は、被相続人本人に間接的にしか利益をもたらさない活動、たとえば、料理、洗濯、掃除等は、2057a 条 1 項で規定されている「家政」における「共働」に分類され、療養看護の意味は、病人の看護や高齢者の介護と理解されていた[75]。改正後の判例[76]では、社会法典（Sozialgesetzbuch；以下「SGB」という）11 編旧 14 条 4 項で要介護状態の定義（Begriff der Pflegebedürftigkeit）として挙げられている給付が参照されている[77]。そこでの給付とは、㋐身体の手入れ（Körperpflege）[78]、㋑食事（Ernährung）[79]、㋒動作（Mobilität）[80]、㋓家事[81]の分野から、要介護者が毎日の生活を営む上で日常的・規則的に繰り返す活動についての援助である（旧同 4 項）。これらはすべて 2057a 条 1 項 2 文の意味における療養看護の概念に含まれるとされ[82]、被相続人について少なくとも 3 段階の介護等級（Pflegestufe）のうち介護等級 I が認定された場合、寄与行為としての療養看護と認められた[83]。

さらに、その後のシュレスヴィヒ上級地方裁判所 2016 年 11 月 22 日判決（ZEV 2017, 400f.）において、原告が、原告と共同相続する被相続人の直系卑属らに対し、10 年にわたる被相続人への療養看護について 2057a 条による寄与分の調整を求めた事案において、調整に繋がりうる療養看護は、SGB11 編旧 14 条の要介護の概念で列挙されている給付として理解されるだけでなく、「2057a 条の意義と目的により、要介護者のために、施設入所または外部の専門職員による世話を可能な限り避けることが意図されているため、直系卑属が単にいること（bloße Anwesenheit）も、一方では、会話（Gespräche）のために、そして、突然援助が必要になった場合に備え、要介護者の安全のために直系卑属がいる限りにおいて、2057a 条の意味における療養看護給付の一部とみなされるべきである」と判示し、2057a 条における療養看護の概念には、直系卑属が被相続人の傍にいて、いつでも必要な援助が行えるよう

---

[74] Teschner, a. a. O. (Fn. 45), s. 64.
[75] Muschler, a. a. O. (Fn. 57), Rn. 1406.
[76] OLG Schleswig, ZEV 2013, 86f.; OLG Frankfurt, 11 U 134/11; OLG Schleswig, ZEV 2017, 400f.; OLG Frankfurt, ZEV 2020, 357f.
[77] Staudinger/Löhnig, a. a. O. (Fn. 58), § 2057a Rn. 23; Schermann in jurisPK-BGB, a. a. O. (Fn. 40) § 2057a Rn. 51.
[78] 身体の手入れに関わるものとして、身体の洗浄、シャワー、入浴、歯磨き、整髪、髭剃り、排便・排尿。
[79] 食事に関わるものとして、食べやすい食事の準備や、食物を口に運んで食べさせること。
[80] 動作に関わるものとして、起床・就床、衣服の着脱、歩行、起立、階段の昇降、外出・帰宅。
[81] 家事に関わるものとして、買い物、料理、住居の掃除、食器洗い、シーツや衣類の交換や洗濯、住居の暖房の管理。
[82] Teschner, a. a. O. (Fn. 45), s. 64.
[83] Thomas Schneider, Berücksichtigung von Pflegeleistungen eines Abkömmlings im Erbfall, ZEV 2018, 380, 381. ドイツの介護保険は、日本と同様に被保険者が保険料を納付し、要介護状態になった場合に、要介護認定を受け、要介護度別の介護給付を受給することになる。2017 年の SGB11 編 14 条の改正まで、介護保険の給付対象となる要介護状態は、肉体的・精神的・知的疾患または障害のために、毎日の生活を営むうえで日常的・規則的に繰り返す活動について、かなりの程度の援助を必要とする状態が 6 か月以上継続している場合、または 6 か月以上継続することが予見される場合と規定されていた（1 項）。要介護状態は、介護の頻度、介護時間等により 3 段階に区分されていた。具体的には、要介護状態が介護等級 I は、1 日の介護時間 90 分のうち SGB11 編旧 14 条 4 項に列挙された日常的活動㋐、㋑、㋒が 45 分以上ある「かなりの要介護状態」、等級 II は、1 日の介護時間 3 時間のうち、㋐、㋑、㋒が 2 時間以上ある「重度の要介護状態」、等級 III は、1 日の介護時間 5 時間のうち、㋐、㋑、㋒が 4 時間以上ある「最重度の要介護状態」の 3 段階である（いずれの等級でも㋓を週 2 日以上必要とすることが規定されている）（本沢・前掲注（31）60 頁参照）。ドイツの場合は、中・重度の要介護者に対応する 3 段階であり、身体介護の程度が低い軽度者は対象外とされていたことに批判があったとされる（増田雅暢「時事評論　ドイツ介護保険の変貌」週刊社会保障 72 巻 3003 号 28-29 頁（2018 年））。

な態勢でいることも含まれるものと解された[84]。さらに、学説では、SGB 11 編には、保険技術上、制限的に介護保険の給付要件が規定されていることから、寄与分として評価される療養看護は、SGB11 編の概念よりも広く解釈でき、介護等級が認定されていなくても認められうるという見解もある[85]。

このような裁判所の判断は、2015 年に制定された第 2 次介護強化法（Zweiten Pflegestärkungsgesetz）[86]による介護保険法の改正（2017 年 1 月 1 日施行）の方向性とも合致する。この改正により、1995 年に介護保険制度が導入されて以降はじめて要介護状態の定義および要介護認定の基準が変更され、従来の制度では十分に考慮されていなかった認知機能の低下に応じて必要となる日常の世話や見守り（Beaufsichtigung）が、身体的介護と同様に評価されることになった[87]。さらに、介護の区分も、3 段階の介護等級から、5 段階の要介護度（Pflegegrad）に改正された（SGB11 編 15 条）[88]。このような改正に伴い、2017 年以降、要介護の概念は、介護保険法の中でも包括的に理解されるようになっていることから、学説では、2057a 条 1 項 2 文の下でも広く解釈されるべきであり、寄与分として評価される療養看護は、疾病や障害、老齢に基づき援助を必要とする被相続人の人間らしい生活の確保のため、人的に行われるあらゆるサービス給付として定義されるという見解もある[89]。なお、療養看護は直系卑属が単独で行う必要はなく、他の家族構成員や介護士等の補助者（Hilfskräfte）とともに行う場合も療養看護による寄与として認められている[90]。

4.2.2：「長期にわたる」療養看護

次に、「長期にわたる」療養看護要件について検討することとする。寄与分の対象となる特別な程度の寄与と認められるためには、被相続人に対して長期にわたり療養看護を行うことが要求される。

しかし、この長期間がどのくらいの期間を意味するのかについては明文の規定を欠き、その不確定な法概念ゆえに解釈が必要となる[91]。療養看護については、寄与分調整の他の客体である被相続人の家政、職業または事業における共働や金銭給付等よりも直系卑属の負担が大きく、集中的に行われる場合もあるため、最低限度の期間を絶対的に定めることはできないと考えられている[92]。それゆえ、価値判断的な顧慮（wertenden Betrachtung）が必要となり[93]、行われる療養看護の期間と範囲に加え、集中度（Intensität）によって判断される[94]。学説では、療養看護の期間の判断は、個別の事案において、療養看護の集中度と、その期間の労力が極めて高い場合には、全体の期間が短くても足りるとされる[95]。たとえば、被相続人を介護する常勤の介護士が 1 か月の休みをとることに伴い、被相続人の複数の子の中の 1 人が仕事で休暇をとり、自宅でほぼ 24 時間の介護を必要とする被相続人を介護した場合、たとえ 1 か月の期間だとしても十分だと考えられている[96]。反対に、負担が軽い療養看護の場合、2057a 条 1 項 2 文の基準を満たすためには、数年の期間が要求されるという学説もある[97]。判例では、シュ

---

[84] Staudinger/Löhnig, a. a. O. (Fn. 58), § 2057a Rn. 23; Teschner, a. a. O. (Fn. 45) s. 64.
[85] Schneider, a. a. O. (Fn. 83), s. 381.
[86] Zweites Pflegestärkungsgesetz vom 21. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2424).
[87] 増田・前掲注（83）29 頁。
[88] 変更された要介護認定の基準は、従来の「介助にかかる時間」に代わり、「6 分野における自立性・能力」が測定され、各分野の評点に重みづけされ、総合的に評価される。6 分野は、①運動能力、②認知能力およびコミュニケーション能力、③行動および心理症状、④日常動作、⑤病気または治療への対処、⑥日常生活および社会生活であり、申請者の自立度がどの程度かを調べ、要介護等級を判定することになる（渡辺・前掲注（31）43-45 頁参照）。
[89] Schneider, a. a. O. (Fn. 83), s. 381.
[90] BGH NJW 1993, 1197; Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057a Rn. 27; Damrau/Tanck/Bothe, 4. Aufl. 2020, BGB § 2057a Rn. 13.
[91] Teschner, a. a. O. (Fn. 45), s. 64; Schneider, a. a. O. (Fn. 83), s. 381.
[92] Burandt/Rojahn/Flechtner, 3. Aufl. 2019, BGB § 2057a Rn. 26; Staudinger/Löhnig, a. a. O. (Fn. 58), § 2057a Rn. 17.
[93] Daniel Kollmeyer, Ausgleich von Pflegeleistungen unter Abkömmlingen, NJW 2017, 1849, 1850.
[94] Kollmeyer, a. a. O. (Fn. 93), s. 1850; Schermann in jurisPK-BGB, a. a. O. (Fn. 40), § 2057a Rn. 53.
[95] Teschner, a. a. O. (Fn. 45), s. 64; Schermann in jurisPK-BGB, a. a. O. (Fn. 40), § 2057a Rn. 56.
[96] Teschner, a. a. O. (Fn. 45), s. 64.
[97] Burandt/Rojahn/Flechtner, a. a. O. (Fn. 92), § 2057a Rn. 26.

レスヴィヒ上級地方裁判所2012年6月15日判決（ZEV 2013, 86f.）において、単独相続人に指定された被告（被相続人の子）に対して、被告の兄弟姉妹が遺留分を請求した中で、価値判断的な顧慮に基づき、集中度が高い療養看護として2年9か月の期間で被告の療養看護による寄与が認められた。すなわち、被告は妻と一緒に2年9か月にわたり、被相続人の介護をし、特に、被相続人の死亡までの最期の1年5か月間は、被告の自宅に被相続人を迎え入れ、そこで妻とともに、通所介護サービスも利用しながら、24時間介護したことや被告が被相続人の介護のために行った約4万ユーロの自宅の改修費用等が特別な寄与として認められた。さらに、フランクフルト上級地方裁判所2013年3月19日判決（11 U 134/11）では、2006年から被相続人が死亡した2008年までの間、週末に継続して行われた療養看護について、長期にわたる療養看護には、毎日の連続した期間が必須というわけではないとして調整の対象になるという判断が下された。

なお、相続資格のある直系卑属全員が2057a条の意味における寄与を行っている場合も当然に考えられうる。その場合は、この規範の意義と目的、すなわち、被相続人のために特別な寄与を行った者がその寄与に対する調整を受けることによって、直系卑属間の実質的な衡平が確立されることに照らし、期間や集中度が、他の直系卑属の寄与よりも、明らかに上回る寄与のみが調整可能とされる[98]。

4.2.3：被相続人の財産の維持または増加への特別な程度の寄与

寄与分の調整対象となるためには、直系卑属の療養看護が、被相続人の財産の維持または増加に特別な程度で寄与した行為でなければならない（2057a条1項1文）。療養看護は、1項1文の「共働」と等置されると解されるため、同様に「特別な程度」の要件が課せられている[99]。

この「特別な程度」がどの程度を指すのかについて、2057a条の意義と目的から、4.2.2の長期にわたる寄与要件と同様に、他の直系卑属の寄与を明らかに上回る療養看護のみが調整されるべきと解されている[100]。この点について、ツェレ上級地方裁判所1996年5月20日決定（OLGR Celle 1996, 214）は、2057a条1項2文に基づく寄与分調整請求権は、被相続人に対して、一般的な道徳上の観念により直系卑属に期待される程度以上の療養看護をした直系卑属に帰属すると述べている[101]。学説でも、1618a条[102]に基づく通常の親子関係の枠内で行われる義務を超える（überobligatorische）給付が問題になると解されている[103]。しかし、ドイツ扶養法[104]では、成人した子の父母に対する扶養義務は、原則として、現物による扶養ではなく、定期金の形での金銭による扶養とされ（1612条1項1文）、例外的に、扶養義務者の申立てにより、裁判所が正当な特別な理由があると判断した場合にのみ、その他の方法、つまり現物扶養が可能となる（同項2文）。このように規定されているのは、現物扶養は扶養義務者の家事労働と結び付きやすいため、扶養義務者を家事労働から解放することが要請されたから

---

[98] OLG Schleswig, ZEV 2017, 400, 402; Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057 Rn. 16.
[99] Staudinger/Löhnig, a. a. O. (Fn. 58), § 2057a Rn. 24.
[100] Teschner, a. a. O. (Fn. 45), s. 64.
[101] 同様に、マクデブルク地方裁判所2010年10月20日判決（BeckRS 2011, 20919）においても、調整されなければならない給付は、義務を超える給付のみであり、通常の親子関係の枠内で給付された場合には、調整を請求することはできないと述べている。
[102] 1618a条「父母と子は、互いに補佐（Beistand）し、顧慮（Rücksicht）する責任を負う」訳出にあたっては、冷水登紀代「ドイツ法における血族扶養の基本構造と根拠（1）」阪大法学53巻2号535頁（2003年）を参照した。なお、1618a条の義務とは、補佐義務を指し、それは家庭内でのあらゆる積極的支援だと解され、内容については、それぞれの生活環境に応じて具体化されるため、成年の子と未成年の子では区別されなければならず、また、当事者の年齢、健康状態、同居状況およびその他の状況に応じて決めなければならないと解されている（Münchener/v. Sachsen Gessaphe, 8. Aufl. 2020, BGB § 1618a Rn. 8-9.）。
[103] Staudinger/Löhnig, a. a. O. (Fn. 58), § 2057a Rn. 24; Schneider, a. a. O. (Fn. 83), s. 381.
[104] ドイツの血族扶養については、冷水・前掲注（102）519-539頁、同「ドイツ法における血族扶養の基本構造と根拠（2・完）」阪大法学53巻5号1191-1219頁（2004年）、同「ドイツ法における血族間扶養の意義：老親扶養を中心に」甲南法務研究14号53-63頁（2018年）を参照。

だとされる[105]。それゆえ、学説では、被相続人の疾病による直系卑属の一時的な家事援助を除き、直系卑属による父母や祖父母に対するあらゆる介護サービスは、通常の程度を超える療養看護を意味するという見解もある[106]。もっとも、具体的にどのような給付が特別の程度における寄与なのかを明確に示す裁判例は少なく、特別な程度の寄与によって被相続人の財産の維持または増加に繋がったかどうかが重要となる。すなわち、寄与分と認められるために、直系卑属の療養看護が特別な程度で行われたことにより、被相続人の財産が維持または増加したことも要求される。学説・判例では、直系卑属により行われた療養看護の場合、その直系卑属の寄与がなければ、被相続人が自己の財産から、在宅介護における専門的な援助や介護施設で過ごすために支払っていたであろう固有の費用を節約したときに、被相続人の財産の維持または増加という状態になると解されている[107]。なお、療養看護の寄与分の評価については、被相続人のために直系卑属らの中からの介護を促進するという 2009 年に改正された 2057a 条 1 項 2 文の目的を考慮し、直系卑属の援助がなければ、実際に同程度まで専門的援助を求めなければならなかったか否かに焦点を絞りすぎてはならないという見解もある[108]。

4.3：BGB2057a 条 2 項に基づく調整の排除

2057a 条に基づく寄与分調整請求権は、直系卑属が被相続人のために無償または僅少の対価で行われた給付に対して調整するというものである[109]。それゆえ、これまでみてきた寄与分の調整対象となる要件が満たされたとしても、その給付に関して被相続人の財産から相当の対価が付与されている場合または対価について合意されている場合、あるいは、その給付により直系卑属に他の法律原因（Rechtsgrund）に基づく請求権が帰属する限りで、調整を行うための理由が存在しないため、寄与分調整に対する請求権は排除される（2057a 条 2 項 1 文）。この対価の合意とは、たとえば、被相続人との雇用契約（611 条以下）もしくは労働契約（611a 条）の枠内で、直系卑属が療養看護を行っていた場合、また、他の法律原因に基づく請求権とは、事務管理（677 条以下）や不当利得（812 条以下）等に基づく請求権がその直系卑属に帰属していた場合である。合意や他の法律原因に基づく請求権による対価が支払われていないとしても、それらは相続開始後も遺産債務（1967 条）として存続し、未分割の遺産から優先的に満足されなければならない（2046 条 1 項）[110]。このことから、2057a 条は、他の請求権に対する補充的規律であり、受け皿的構成要件として重要であると考えられている[111]。

相当な対価がどの程度のものなのかが問題となるが、その基準は、612 条 2 項に基づく通常の報酬に合致するものであるとされ、僅少な小遣銭程度では相当な対価と認められない[112]。また、療養看護の対価としてチップの付与や食事・宿泊の無料提供は、毎日の数時間にわたる給付に対する相当な対価には値しないと解される[113]。さらに、要介護者への療養看護の場合、介護手当（SGB11 編 37 条 1 項）[114]も問題となる。ドイツの介護保険制度では、在宅介護を受ける要介護度 2 以上の要介護者に対して、介護サービス等の現物給付か、現物給付の代わりに現金給付として介護手当を申請することが

---

[105] 冷水・前掲注（102）524 頁。
[106] Schneider, a. a. O. (Fn. 83), s. 381.
[107] OLG Schleswig, ZEV 2017, 400f.; OLG Frankfurt, ZEV 2020, 357f.; Staudinger/Löhnig, a. a. O. (Fn. 58), § 2057a Rn. 26.
[108] Teschner, a. a. O. (Fn. 45), s. 66.
[109] Schermann in jurisPK-BGB, a. a. O. (Fn. 40), § 2057a Rn. 67.
[110] Lange, a. a. O. (Fn. 69), s. 604, Rn. 179; Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057a Rn. 32. 2057a 条による調整は、直系卑属間で行われなければならないが、1967 条および 2058 条に基づく遺産債務については、すべての共同相続人が共同債務者として負担する。
[111] Staudinger/Löhnig, a. a. O. (Fn. 58), § 2057a Rn. 30; Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057a Rn. 30.
[112] Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057a Rn. 31.
[113] Schermann in jurisPK-BGB, a. a. O. (Fn. 40), § 2057a Rn. 70.
[114] 介護手当は、要介護者が介護手当により、必要に応じた身体的介護の措置、介護上の世話措置および家事支援を適切な方法で自ら確保することができる場合に請求することができる（SGB11 編 37 条 1 項）。2017 年 1 月 1 日以降は、1 か月に、要介護度 2：316 ユーロ、要介護度 3：545 ユーロ、要介護度 4：728 ユーロ、要介護度 5：901 ユーロの価額が介護手当として支給される（同条）。

できる。この介護手当が相当な対価に該当するかが問題となるが、介護手当は、介護家族に対する手当として支給されるのではなく、要介護者に対する保険給付として要介護者に金銭で支払われるものである[115]。たとえ介護手当を受給する被相続人が、その介護手当を介護する直系卑属に全額渡したとしても、介護手当は家庭内での支援や援助給付に対する評価の性格を有するにすぎないため、2057a条2項1文の意味における相当な対価を意味するものではないと解されている[116]。とはいえ、この場合に寄与分調整請求権の金額を減少させる可能性はあるとされる[117]。なお、直系卑属による寄与が部分的に無償で行われている場合は、その無償の部分の寄与分の調整を請求できる[118]。

5. ドイツにおける療養看護型寄与分の評価

5.1：寄与分として調整されるべき療養看護の「衡平の価値」の評価

療養看護型寄与分の調整にあたり、被相続人の生前に行われた特別な寄与に値する直系卑属の療養看護が評価され、その額が決定される。とはいえ、調整されるべき療養看護の特別の寄与の価値を定めることは困難な作業であり、しかも、療養看護が何年も前から行われていた場合には、なおさら、その特別な寄与を具体的に評価することは至難の業である。そのような問題の防止のために、2057a条3項において、寄与分調整額は「給付の期間および範囲並びに遺産の価額を考慮して衡平であるように算定されなければならない[119]」と規定されている。すなわち、給付の期間、給付の範囲、遺産の価値に基づき、衡平性の審査が行われ、総合的評価[120]によって調整されるべき価額が明らかになる[121]。立法者は、調整の算定において、直系卑属が行ったすべての寄与を、後に個別かつ厳密に算定することは、通例、不可能であるという理由により意識的に回避している[122]。学説でも、そのような個別かつ厳密な事後の算定（Nachberechnung）は、被相続人と直系卑属間の血族関係に適したものではないと解されている[123]。つまり、調整の算定は、数学的な計算の問題ではなく、前述したとおり価値判断的な顧慮の問題である[124]。それゆえ、調整額の算定のためには、すべての給付を厳密に確定した上で積算することは不要であり[125]、争いがある場合に、裁判所は民事訴訟法（Zivilprozessordnung; ZPO）287条2項[126]に基づき、裁量により金額を決定することとなる[127]。なお、学説では、この場合でも、裁判所は、調整額を正当な価額に近づける義務から解放されるものではないと指摘されている[128]。

このように寄与分の算定においては、判断の基準となる明確な根拠がなく、裁判官の裁量による総

---

[115] 本沢・前掲注（31）74頁。
[116] Soergel, Hans-Theodor (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB) Band 21, Erbrecht 1: §§ 1922-2063 BGB, 2002, § 2057a BGB Rn. 13; Schermann in jurisPK-BGB, a. a. O. (Fn. 40), § 2057a Rn. 70.
[117] BT-Drucks 16/8954, s. 17.
[118] 対価が相当な報酬にわずかに及ばない程度であれば、無償の部分が被相続人の財産の維持または増加に特別な程度で寄与したとは認められないため、調整請求権は排除される（Schermann in jurisPK-BGB, a. a. O. (Fn. 40), § 2057a Rn. 70.）。
[119] 訳出にあたっては、太田=佐藤・前掲注（17）424頁〔本沢〕を参照した。
[120] Soergel/Wolf, a. a. O. (Fn.116), § 2057a Rn 17.
[121] Damrau/Tanck/Bothe, a. a. O. (Fn. 90), § 2057a Rn. 15.
[122] BT-Drucks V/4179 Nr. 83a.
[123] Staudinger/Löhnig, a. a. O. (Fn. 58), § 2057a Rn. 36.
[124] Staudinger/Löhnig, a. a. O. (Fn. 58), § 2057a Rn. 36.
[125] BGH, NJW 1993, 1197f.; OLG Schleswig, ZEV 2017, 400f.; Schermann in jurisPK-BGB, a. a. O. (Fn. 40), § 2057a Rn. 78.
[126] ZPO287条1項「当事者間で、損害が発生したか否か及び損害又は賠償すべき利益がいかなる額であるかについて争いがあるときは、裁判所は、これについて、すべての事情を評価して自由な心証により判断する。申立てのあった証拠調べを命じるべきか否か及びその範囲、並びに、職権により鑑定人による鑑定を命じるべきか否か及びその範囲については、裁判所の裁量に委ねる。裁判所は損害又は利益に関して挙証者を尋問することができる。第452条第1項第1文、第2項から第4項までの規定を準用する」2項「財産法上の争いにおいて、当事者間で債権の額について争いがあり、それにつき基準となる一切の事情を完全に解明することが、その債権の争われている部分の価値に比して均衡のとれないような困難を伴う限り、第1項第1文、第2文の規定を、他の場合にも準用する」訳出にあたり、法務大臣官房司法法制部編『ドイツ民事訴訟法典』（法曹会、2012年）を参照した。
[127] OLG Oldenburg, FamRZ 1999, 1466f.; Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057a Rn. 39.
[128] Armin Teschner, § 2057a BGB – Pflegeleistungen im Lichte der Rechtsprechung (Teil 2), ZErb 2017, 89, 94.

合的評価によって価額が決定されることになるため、寄与分調整を算定する当事者にとって大きな困難を生じさせうる[129]。学説では、前章でも言及した 2057a 条に含まれる不確定な法概念を理由に、法的不安定性が存在することが指摘されている[130]。

5.1.1：衡平性の衡量（Billigkeitsabwägung）の 3 段階の審査

寄与分の算定方法については困難が多いとされてきたが、近時、調整額の探求のために、重要な判決が下されている。

まず、シュレスヴィヒ上級地方裁判所 2012 年 6 月 15 日判決（ZEV 2013, 86f.）において、2057a 条 3 項に基づく調整額の決定には、綿密な個別の算定は必要なく、全体的な観点（Gesamtschau）から審査されるべきことが判示された。その審査基準として、「まず、調整されるべき給付の期間および範囲、特に給付期間および日々の費用が考慮されなければならない。さらに、どの範囲で遺産が維持されたのかを考慮に含まなければならない。その一方で、他の相続人の財産的利益と遺産全体の価額も考慮されなければならない」と示された。

シュレスヴィヒ上級地方裁判所 2016 年 11 月 22 日判決（ZEV 2017, 400f.）は、この 2012 年判決を踏襲しつつ、各審査内容を具体化し、その解釈理論（Dogmatik）において以下の 3 段階の審査構造を示した。この審査構造は今後の判決の指針になると注目され、その後の判決においても判断基準として採用されている[131]。

第 1 段階：調整されるべき給付の期間および範囲、特に給付期間および日々の費用が考慮されなければならない。その際、遺産がどの範囲で維持され、または増加したのかが考慮に入れられなければならない。

第 2 段階：衡平性の枠内で、一方では、直系卑属の療養看護の被相続人にとっての無形価値が、他方では、療養看護をした直系卑属に対する不利益（たとえば、収入損失）や、場合によっては、利益（たとえば、居住利益または生前贈与）が調整されなければならない。

第 3 段階：他の相続人および遺留分権利者の財産的利益ならびに遺産全体の価額が考慮されなければならない。調整額は、遺産全体の価値に達してはならない。

2012 年判決と比較すると、審査構造を 3 段階に整理し、第 2 段階において、直系卑属による療養看

---

[129] Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057a Rn. 35. このような問題に対して、2009 年改正の際に、政府草案では、療養看護の価値に関する原則的な調整額の算定基準を明確化する新たな規定（2057b 条）を設けようとしていた。それは「調整額は、通例、相続開始時点で社会法典第 11 編第 36 条第 3 項に規定する金額に基づき定める」とし、参照指示を用いて、SGB11 編 36 条 3 項に規定される在宅介護における現物給付の金額を基準にするという提案であった。しかし、当時、そのような規定は、被相続人が生前に介護等級が判定されていた場合にのみ調整額が支払われることを意味し、そうでない場合、被相続人の死後、調整額の算定のために、被相続人がどの等級に決定されるべきだったのかが民事訴訟において明らかにされなければならないという指摘や、介護する家族とメディカルサービスとの間で、適切な介護等級に関して大きな意見の相違が頻繁にあることが指摘される等の批判も多く、最終的に立法化には至らなかった（BT-Drucks 16/8954, s. 6; Ludyga, a. a .O. (Fn. 43), s. 293; van de Loo, a. a. O. (Fn. 46), s. 551 参照）。なお、メディカルサービス（Medizinischer Dienst der Krankenversicherung）とは、各州に設置された専門家組織であり、独立した第三者評価機関として、疾病金庫および介護金庫のために相談・判定業務を行っている。介護保険制度導入後は、介護金庫の委託を受け、介護保険給付の申請者が要介護状態の要件を満たすか否かの判定を行っている（本沢・前掲注（31）63 頁、渡辺・前掲注（31）40 頁参照）。

[130] Staudinger/Löhnig, a. a. O. (Fn. 58), § 2057a Rn. 36; Ludyga, a. a .O. (Fn. 43), s. 293.

[131] Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057a Rn. 35; Staudinger/Löhnig, a. a. O. (Fn. 58), § 2057a Rn. 27. その後に、療養看護給付の調整額が争われたフランクフルト上級地方裁判所 2020 年 2 月 7 日判決（ZEV 2020, 357f.）で、2016 年判決を踏まえた判断が下されている。原告が、被相続人の遺産分割（遺産総額：約 166,000 ユーロ）において、第 1 審で被告に認められた療養看護給付に対する 40,000 ユーロの調整額の取消しを求めて控訴した事案について、当該裁判所は、被告が 2006 年から約 10 年にわたり母（被相続人）への療養看護をし、特に 2009 年末以降、被告宅に認知症が悪化していた母を迎え、最期まで療養看護を続けたことについて、寄与分調整額の算定のために 3 段階の審査を用いて判断し、被告に対する 40,000 ユーロの調整額は正当と認めている。

護の特別な無形価値や直系卑属への利益・不利益を含めて審査する必要があると示した点に大きな意義がある。以下では、本款において3段階の審査を検討する前に、4.2.1でも言及した2016年判決の事案について、以下で詳しく紹介する。

【事実の概要】

原告Xは、被相続人である母Aの死亡により、Xと共同相続する被相続人の直系卑属ら（原告の兄〔または弟〕Y1と先に死亡した姉〔または妹〕の2人の子〔代襲相続人〕Y2）に対して、2057a条に基づき、Aへの療養看護による寄与分の調整を求めた。

Aは1990年代初頭に認知症を発症した。1994年から2000年までXの父B（Aの夫）の健康の悪化を理由に、Xは自宅から往復1～2時間のA・Bの住居まで、ほぼ毎日運転し、食事の準備や家事を行っていた。1998年にBは重度の癌と診断され、Aの介護は難しい状態になり、Xが援助していた。2000年3月7日にAは介護等級Ⅰと認定され、XはAの食事の準備や家事のほかに、Aが転ばないように庭の手入れや歩道も整備した。その頃からAは言動が攻撃的になっていた。2002年6月21日にBの重病を理由にAは一時的に介護施設へ入所した。同年9月、Aは自宅へ戻り、Xは家事や食事の準備、部分的な身体介護も行った。Bは癌の終末期にあり、同年11月に死亡した。Bは、Aとの共同遺言により、Aを先位相続人として、直系卑属であるXとYらを後位相続人に指定し、XとYらに対しては、同等の持分で相続する旨が指定された。Bの死後、2003年にAは自宅を手放し、Aの親（Xの祖父母）の自宅で、XとAは同居を開始した。Xはその家屋の増築部分を自身の事業所として利用し、主に電化製品の修理の仕事をしながら、家事やAの食事の準備、薬の管理、暖房設備の修理や屋根の上で漏損作業等を行った。2006年頃からAの状態が悪化し、2007年6月に介護等級Ⅱと認定され、翌年10月に介護等級Ⅲに認定された。Aは座位保持ができず、ほぼ寝たきりとなり、援助を受けて歩行器で少し歩ける程度の状態となった。Xは常にAの近くにいて、介護士や看護師が介護サービスを提供する際にも、Aの移動や入浴介助を援助した。2009年にAは寝たきり状態になり、気分が不安定で常に見守りを必要とした。攻撃的な言動が強くなり、食事や給水介助は非常に困難な状態であった。家事は一貫してXがすべて行い、家の中は常に清潔で整っていた。なお、Aは毎月1,200ユーロの年金収入があり、介護手当も受け取り、日々の出費は月に平均約660ユーロであった。また、Xは2002年11月から2010年11月までの期間、Aの口座から毎月1,000ユーロと時折の出金で合計95,260ユーロの金額を引き出していた。2010年9月1日にAが死亡したため、Xは療養看護による40,000ユーロの寄与分調整額の確定の訴えを提起した。主な相続財産は、売却時に170,000ユーロの純収益を生み出した不動産である。第1審のイツェホー地方裁判所において、Aの遺産からXに対する35,000ユーロの調整額が認められたが、Xは40,000ユーロの調整額への修正を求めて控訴した。

【判旨】

シュレスヴィヒ上級地方裁判所（以下、「OLG」という）は、第1審の判決を変更し、Xに対して、Aの遺産から遺産分割の枠内で2057a条に基づき、40,000ユーロの調整額が支払われるべきことを確定した。

以下では、3段階の審査において、具体的にOLGがどのように判断したのかをみていく。

(1) 第1段階：調整されるべき寄与の期間および範囲

OLGによると、まず、調整されるべき寄与の範囲および期間、特にどのくらいの期間を超えて行ったのか（給付期間）と、療養看護のために日々の費用がいくら生じたのかが考慮される。その際には、直系卑属による療養看護に基づき、遺産がどの範囲で維持されまたは増加したのかも考慮に含まなければならない[132]。

それゆえ、OLGは、被相続人の財産全体がどの範囲で維持されたのかを確定するため、まずは、直系卑属が被相続人を在宅で療養看護することにより節約された介護施設の費用を算出している。その算出には、仮の施設入所費（fiktive Heimunterbringungskosten）に照準を合わせなければならないとし、そのために、被相続人の居住地域周辺にある施設の入所費用で、かつ、被相続人の要介護の程度に相当する費用[133]を調べ、加えて、XがAを療養看護した当時の費用とも照らし合わせる必要があるとし、連邦統計局の介護統計に基づき、当時の平均的な施設入所費用に関する情報も確認している[134]。そして、算出された介護施設費用から、Aに給付された介護保険給付を差し引いている。さらに、A自身の収入（例：年金収入）および施設入所した場合の仮の収入、たとえば住居の賃貸による収入等も差し引き、他方で、施設に入所した場合でも必要となるAの追加的費用が加算されなければならないとし、OLGは、日用品取得のために300ユーロの仮の費用を加算している[135]。

以上のことから、OLGは、まず、療養看護期間を、①遅くとも介護等級Ⅰに認定された2002年9月から2007年5月、②介護等級Ⅱに認定された2007年6月から2008年9月、③2008年10月からAが死亡した2010年9月1日の期間を調整されるべき寄与の期間と確定した。次に、①から③について各期間に節約された金額を上記の方法でそれぞれ算定し、介護施設への入所を回避することによって、合計約25,000ユーロの自己負担分が節約されたと算出している[136]。

すなわち、第1段階では、施設入所の場合に被相続人が支払わなければならなかったであろう自己負担分がどれほどになるのかが算出されている。その金額が、療養看護した直系卑属の寄与によって遺産が維持された範囲のための事態に適合した評価の根拠になるとされている。

---

[132] これらについて、裁判所は、それぞれ事実確定を行う必要がある。学説によると、通例、事実確定は、証人の証言、および介護鑑定書（Pflegegutachten）がある場合はその鑑定書に基づく包括的評価から明らかになるとされる（Kollmeyer, a. a. O. (Fn. 93), s. 1851）。なお、介護鑑定書とは、全国で統一された要介護状態の確認に関する鑑定書であり、A4の書面を用いて行われる。担当者は、その書面に従い、機械的に項目ごとにチェックする方法で審査を行い、その結果を踏まえた上で各人の所見を記入し、保険者である介護保険金庫（Pflegekassen）に提出する（本沢・前掲注（31）83-84頁）。

[133] 調整の算定のために、高額な施設に照準を合わせる必要はなく、平均的な施設入所費用で足りる。ただし、学説では、被相続人が自分の経済状況に応じて高い生活水準で生活していた場合には異なると解されている（Teschner, a. a. O. (Fn. 128), s. 91）。

[134] 学説では、この仮の施設入所費用の援用だけが、被相続人の財産維持の範囲を判断するための唯一可能な方法ではないとして、他の方法による費用も考慮されるべきという見解がある。なぜなら、直系卑属による介護がなかったとしても、被相続人が自分の住み慣れた家庭環境の中で過ごしたいと在宅介護を希望する場合は多く、それが現実に可能である場合、在宅介護サービスのための費用や、在宅介護を選択し、かつ、介護の必要性が非常に高い場合に通例利用される、いわゆる24時間介護士の費用を基準とすべきだとする。24時間の介護士とは、被相続人自身により雇用された介護士であり、従業員のようにその介護給付に報酬が支払われなければならないため、在宅でのこの方式の利用は、施設入所するよりも費用がかかるとされる。Teschner, a. a. O. (Fn. 128), s. 91参照。

[135] OLG Schleswig, ZEV 2017, 400, 404.

[136] まず②の期間（介護等級Ⅱで16か月間）と③の期間（介護等級Ⅲ24か月間）について、2002年にAが入所した施設周辺の介護施設の費用をインターネット上で調査し、連邦統計局のシュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州の介護統計における当時の平均介護施設費と照らし合わせ、金額にたいした差がなかったため、②について仮の介護施設費として2,700ユーロを設定し、そこから1,279ユーロの介護保険金を差し引き、自己負担分1,421ユーロを算出した。そこに300ユーロの追加的費用を加算し、合計1,721ユーロになるとした。そこからAの収入（1,200ユーロ）が控除され、四捨五入により月500ユーロに16か月間を乗じて、8,000ユーロが算出された。③も同様の算定方法で行われ、14,000ユーロが算出された。①の期間については、期間の途中で介護施設費の値上げ等があったことから、周辺の介護施設費ではなく、2005年の州の介護統計に基づき介護料金は2,050ユーロとされた。この仮の介護施設費2,050ユーロから1,023ユーロの介護保険金を差し引いた額1,027ユーロに300ユーロの追加的費用を加えると、1,327ユーロになる。そこからAの収入を控除し、月約100ユーロが節約されたと考えられ、①については、2005年から2007年半ばまでの2年半の間のみを乗じた結果、少なくとも3,000ユーロの金額が節約されたと算出された。各期間に節約された金額を合計し、介護施設への入所を回避することによって、約25,000ユーロの自己負担分が節約されたと算出された。

(2) 第2段階：直系卑属の療養看護の無形価値およびその直系卑属に対する利益と不利益

次に、第2段階では、第1段階での算定結果を踏まえ、2057a条3項で要求される衡平性の枠内で、㋐被相続人に対する直系卑属の療養看護の無形価値、㋑直系卑属の収入損失等の不利益、㋒直系卑属に対する居住利益や生前贈与等の利益が調整される。

まず、㋐の療養看護の無形価値、すなわち被相続人にとっての療養看護の特別な意義について、OLGは、Aが複数の証人らに対し、Xによる療養看護によって自宅に居続けることができ、Aにとって施設で介護される必要がないことがいかに重要であるのかを何度も強調していたことから、Xの療養看護に相当な無形価値があると認定した。この際、OLGは、療養看護の無形価値を考慮することにより、「療養看護した直系卑属の寄与分調整は、それらの寄与が被相続人の財産を維持した金銭で表される価値よりも確実に高くなる[137]」と述べ、療養看護の無形価値、XがAの介護を注意深く丁寧に行っていたという療養看護の質、および療養看護期間の長さを考慮し、第1段階で算出された遺産の維持のための価額25,000ユーロを2倍とし、仮の調整額として50,000ユーロを算出している[138]。さらに、㋐に関連して、OLGは、2000年から2010年までの家屋の維持のためのXの給付に対して、14,000ユーロの価額を確定した。これはXが老朽化していた家屋の手入れや修理をすることで、家屋の実質的価値が維持された価額として算定している。

次に、OLGは、㋑と㋒について検討している。㋑は、直系卑属が、被相続人の療養看護の目的で、自己の収入を放棄した場合、その収入損失は直系卑属に対する不利益として考慮される。同様に、休暇および自由時間の放棄、自身の人生計画の制限も、衡平性の衡量の枠内で考慮されなければならない[139]。㋒は、たとえば、直系卑属が療養看護のために被相続人の自宅で同居した際の、自己の住居について節約された費用が挙げられる。本判決では、XがAの介護を理由に、長年にわたり自己の仕事量や余暇に関して時間的に非常に制限されていた事実について、㋑の直系卑属に対する不利益として考慮されなければならないとされた。また、㋒のXの居住利益について検討する際には、2057a条1項2文は、直系卑属が親を私的に療養看護する準備をし、親の住み慣れている環境で最期まで居続けることを可能にする準備も促進したい意図があるため、その目的に鑑みて、直系卑属の節約された住居費用による利益は、同条3項による衡平性の枠内で、わずかな金額でのみ評価されなければならないと述べられている[140]。さらに、OLGは、Xの利益として、XがAの口座から93か月にわたり合計95,260ユーロの金額を引き出した点に言及した。そのうち毎月約1,000ユーロの平均的な出金額は、XがAのために支出した費用（例：おむつ、薬の追加の支払額等や生活費）および家屋の手入れや修理にかかった費用として、Xの利益には含まなかった。㋑と㋒の事情を総合的に勘案し、最終的に、Xが口座からの出金で食料品を購入し利益を受けていたことをXの利益とし、月250ユーロの利益額に、93か月の期間を乗じて端数を切り上げ、Xの利益として24,000ユーロを算出した。第2段階では、㋐で算出された合計64,000ユーロから、㋑と㋒を総合的に考慮し、算出されたXの利益額24,000ユーロを差し引き、合計40,000ユーロの調整額が示された。

---

[137] OLG Schleswig, ZEV 2017, 400, 401.

[138] この金額には、父Bへの給付も考慮された。すなわち、Bが2002年の死亡までの看取り期間3か月を、自宅で過ごすことができたのは、XがAとBの傍にいて家事をしたり、援助したりしたことが大きく影響しているため、その間にXがいなければ生じた可能性がある家事や庭の手入れなどの費用も節約されたと認められた。

[139] 学説によると、たとえば、直系卑属の自宅で、要介護者である被相続人と同居する場合に、被相続人のために住居の介護リフォーム等の改修工事をした費用も考慮に入れることができ、被相続人の死後にその不動産の価値の増加も算入されなければならないとされる（Schneider, a. a. O. (Fn. 83), s. 384）。

[140] OLG Schleswig, ZEV 2017, 400, 406. 学説では、たとえば、多額の家賃を支払っていた直系卑属が、介護をする準備のために、両親の自宅へ引越し、そのために多額の家賃費用が生じなくなった直系卑属に対しても妥当すると解されている。なぜなら、そうでなければ、療養看護したそのような直系卑属には、過去の家賃費用のために、寄与分調整額が残らなくなり、この規範の目的が損なわれるからである（Kollmeyer, a. a. O. (Fn. 93), s. 1852.）。

なお、㋐で考慮される直系卑属の利益として、被相続人からの生前贈与も挙げられるが、学説では、生前贈与は2057a条3項の枠内で、特に慎重さをもって考慮されるべきであると解されている[141]。すなわち、証明可能な出捐が、行われた療養看護の対価としてなされた場合にのみ事態に適合するものとして考慮されなければならず、その場合には、2057a条2項1文による例外規定の対価の付与の存否が、厳密に審査されなければならないとされる[142]。

(3) 第3段階：他の相続人と遺留分権利者の財産的利益および遺産全体の価額

第3段階では、他の相続人と遺留分権利者の財産的利益および遺産全体の価額が考慮される。寄与分調整額について、他の共同相続人が何の利益も得られずに終わるような高額すぎる調整額の算出の可否については争いがあるが、通説[143]によると、2057a条3項は、遺産の価値の考慮の下で、衡平な算定を要求しているため、これは不可能であると解される[144]。もっとも、裁判所は、第3段階では、第2段階までに算出された調整額により、2057a条4項に基づく調整の実行後、寄与分調整義務のある共同相続人に2303条[145]に基づく遺留分の価額が残っているか否かのみを審査している[146]。

本判決においてOLGは、相続財産170,000ユーロを基礎とすると、Yらの持分は、Xに対する寄与分調整額を差し引いても、遺留分（相続財産の1/6）より多い価額となるため、Xの寄与分調整額は適切であり、決して高額ではないと判断した。それゆえ、第2段階で算出した40,000ユーロの調整額で確定した。

なお、学説では、他の相続人や遺留分権利者の財産的利益が問題になる場合、いずれにせよ遺産の価値が高いときは、この3段階目の審査はそれほど重要ではないため、寄与分調整は他の相続人と遺留分権利者にマイナスの影響は与えないと解される[147]。遺産の価値が高ければ高いほど、調整額は寛大に算定されなければならないとも述べられている[148]。

5.2：寄与分調整の実行および手続

以上の衡平性の衡量の3段階の審査により算定された寄与分調整額について、調整の実行をするためには、2057a条4項が考慮されなければならない。寄与分調整は、遺産分割の枠内で行われ、まず、被相続人が相続開始時に有した財産から遺産債務を控除した相続財産の価額をもとに、配偶者等の調整に参加していない相続人の相続分が控除され、いわゆる調整遺産（Ausgleichungsnachlass）が探求される[149]。この調整遺産から、同条3項に基づき算定された調整額（寄与分調整額）が控除される（同項2文）。そのみなし相続財産を、共同相続人間で相続分に応じて分割した価額が、寄与分調整権利者以外の者の具体的相続分となる。寄与分調整権利者である直系卑属の相続分には、寄与分調整額が加

---

141 Kollmeyer, a. a. O. (Fn. 93), s. 1852.
142 Kollmeyer, a. a. O. (Fn. 93), s. 1852.
143 OLG Schleswig, ZEV 2013, 86f.; Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057a Rn. 35; Staudinger/Löhnig, a. a. O. (Fn. 58), § 2057a Rn. 40.
144 Schneider, a. a. O. (Fn. 83), s. 384.
145 2303条1項「被相続人の直系卑属は、死因処分によって相続から排除された場合、相続人に対して遺留分を請求することができる。遺留分は、法定相続分の価値の半分である」2項「被相続人の父母及び配偶者が、死因処分により相続から排除された場合にも、同様の権利が帰属する。第1371条の規定には影響を及ぼさない」ドイツの遺留分制度については、青竹美佳『遺留分制度の機能と基礎原理』（法律文化社、2021年）参照。
146 Kollmeyer, a. a. O. (Fn. 93), s. 1852. なお、ドイツ法では、2316条1項1文により、遺留分算定の際にも特別の寄与の調整が考慮される。2316条1項「直系卑属の遺留分は、直系卑属が数人存在し、法定相続であったならば、その直系卑属らの間で、被相続人の出捐又は2057a条に規定する種類の給付が調整されなければならない場合、分割の際、調整義務を考慮した法定相続分に応じて受け取っていたであろうものに基づき定める。相続放棄により法定相続から排除された直系卑属は、その算定において考慮されない」訳出にあたり、且井・前掲注（17）231頁を参照した。
147 Teschner, a. a. O. (Fn. 128), s. 93.
148 Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057a Rn. 37.
149 Teschner, a. a. O. (Fn. 128), s. 94.

算され（同項1文）、その価額が具体的相続分となる[150]。

寄与分調整は遺産分割の枠内で行われるが、療養看護した直系卑属が2057a条に基づく寄与分調整額を主張できるのかどうか、また、どのくらいの調整額を主張できうるのかについて共同相続人の間で争いがあり、かつ、遺産分割がまだ行われていない場合の正当な訴訟類型は、通例、確認の訴えであるとされる[151]。また、裁判所には調整額の算定における裁量の余地が認められているため、ZPO253条2項2号[152]ではなく、通例、額を特定しない（unbezifferter）訴えの申立てによって行われうる[153]。それゆえ、寄与分調整請求する療養看護をした直系卑属の事案解明義務（Substantiierungspflicht）は軽減されている[154]。したがって、証拠は、衡平的決定の根拠のために必要と思われる範囲で集められなければならない[155]。なお、既に遺産裁判所に係属している遺産分割手続は、調整額について直系卑属間で意見の一致がみられず、または被相続人の定めがない場合、訴訟の終結まで、家庭事件及び非訟事件の手続に関する法律（FamFG）370条[156]によって停止されなければならない。

6. 分析・検討

これまでドイツにおける療養看護型寄与分の評価方法についてみてきた。本章では、特に療養看護の寄与分の評価に関わる4.2、4.3、5.1をもとに、日本法との比較分析をしていく。

まず、ドイツの場合を確認すると、現行2057a条1項のもとで、直系卑属の被相続人に対する療養看護が寄与分の調整対象となるには、①長期にわたる療養看護と②被相続人の財産の維持または増加への特別な程度の寄与があることが要件とされていた。本稿では、この2つの要件を検討する前提として、「療養看護」の概念がどのように解釈されているのかを検討した。療養看護の概念は、2016年判決において、従来の裁判で参照されていたSGB11編旧14条4項で要介護状態の定義として挙げられている給付に加え、直系卑属が被相続人の傍にいて、いつでも必要な援助が行えるような態勢でいることも含まれることが示された。①の要件については、価値判断的な顧慮により、療養看護の期間と範囲に加え、集中度によって判断されていた。②の要件は、「特別な程度」の判断基準が、直系卑属間の実質的な衡平を図るというこの規範の意義と目的から、療養看護の期間、範囲および集中度が、他の直系卑属の寄与よりも明らかに上回る寄与のみが調整可能と解釈されていた。とはいえ、この点につき、具体的に明確な基準はなく、重要なことは直系卑属の寄与が被相続人の財産の維持または増

---

[150] たとえば、被相続人Eが事実上の相続財産として300,000ユーロを遺して死亡した。法定相続人は、妻Fと子A、B、Cであり、法定相続分は、Fが1/2、A、B、Cは各1/6である。Aは被相続人を療養看護していたため、その寄与分調整額が30,000ユーロと算定された。Fは、調整には参加せず、あらかじめ300,000ユーロ×1/2＝150,000ユーロを受け取り、調整遺産は150,000ユーロである。次に、Aの療養看護給付の調整額が、その調整遺産から控除されなければならない。その結果、みなし相続遺産は、150,000ユーロ（調整遺産）－30,000ユーロ（寄与分額）＝120,000ユーロとなる。このみなし相続財産がA、B、Cの間で相続分に応じて分割され、120,000ユーロ×1/3＝40,000ユーロとなる。そして、寄与分請求権者であるAの相続分に、調整額30,000ユーロが加算され、70,000ユーロを受け取ることになり、BとCは40,000ユーロずつ受け取ることになる（Schermann in jurisPK-BGB, a. a. O. (Fn. 40) § 2057a Rn. 100で挙げられた計算例をもとに作成）。なお、療養看護による寄与のような特別な寄与分と、2050条から2057条に基づく調整義務のある被相続人の直系卑属に対する出捐（特別受益）がある場合には、その両方を考慮に入れて、具体的相続分が算定されなければならない。

[151] Staudinger/Löhnig, a. a. O. (Fn. 58), § 2057a Rn. 53; Teschner, a. a. O. (Fn. 128) s. 94.

[152] ZPO253条2項「訴状は以下の事項を記載しなければならない。1当事者及び裁判所の表示2 提起された請求の対象及び原因の特定された記載並びに特定された申立て」訳出にあたっては、法務大臣官房司法法制部・前掲注（126）を参照した。

[153] Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057a Rn. 39; Staudinger/Löhnig, a. a. O. (Fn. 58), § 2057a Rn. 53.

[154] Münchener/Ann, a. a. O. (Fn. 39), § 2057a Rn. 39; Damrau/Tanck/Bothe, a. a. O. (Fn. 90) § 2057a Rn. 16.

[155] Teschner, a. a. O. (Fn. 128) s. 94.

[156] FamFG370条「審理において争いのある点が浮かび上がった場合には当該争点について調書〔Niederschrift〕を作成し、手続を当該争点が解決されるまで停止しなければならない。争いのない点が文書化できる場合には、裁判所は第366条並びに368条第1項及び第2項にしたがって手続を進めなければならない」訳出は、青木哲・浦野由紀子・八田卓也「家庭事件及び非訟事件の手続に関する法律（第2編、第3編、第4編及び第7編）」法務省ウェブサイト<http://www.moj.go.jp/content/000012248.pdf>（2021年3月25日最終確認）に拠った。

加に繋がったか否かという点であった。財産的評価の困難な療養看護給付は、被相続人が自己の財産から支払うであろう在宅介護サービスの利用費や施設介護費を、直系卑属の寄与によって節約できたときに、被相続人の財産の維持または増加になると解されていた。もっとも、①と②の要件を満たしても、直系卑属の療養看護が無償または僅少な対価でなされたものでなければ、2057a 条 2 項 1 文により寄与分調整の対象から排除されていた。被相続人への療養看護が寄与分の調整対象と認められ、実際に寄与分調整額を算定する場合、裁判所は、調整されるべき寄与の衡平の価値を評価するために、2057a 条 3 項に基づき算定を行っていた。その際、療養看護した直系卑属のすべての給付の個別かつ厳密な算定は必要なく、総合的評価によって寄与分調整額が明らかになると解されていた。しかし、総合的評価は、裁判官の裁量に委ねられることから、判断基準の不明確さゆえに寄与分調整の当事者にとって困難が生じていた。そこで、2016 年判決により、今後の裁判実務の指針となる 3 段階の審査構造が示された。この 3 段階の審査については、後ほど日本法との比較の際に詳しく検討する。

次に、日本における療養看護型寄与分の評価方法を確認していく。裁判実務における療養看護型の寄与の認定要件は、㋐被相続人との身分関係に基づき通常期待される程度を超える特別の寄与であること、㋑寄与行為の結果として被相続人の財産が維持または増加していることである[157]。㋐は、療養看護の必要性[158]、療養看護の程度および期間が問題となる特別の貢献、無償性、継続性、専従性で判断される[159]。㋑は、寄与者の療養看護により、職業看護人に支払うべき報酬等の看護費用の出費を免れたという結果が認められなければならない。なお、被相続人の療養看護によって被相続人に精神的慰安を与えたのみでは足りないとされる[160]。そして、寄与分の算定方法は、共同相続人間での協議または寄与者の請求により裁判所が定める。その際の算定方法は、一定の方式があるものではなく、家庭裁判所は、寄与の時期、方法および程度、相続財産の額その他一切の事情を考慮して寄与分を定めることとなる（民 904 条の 2 第 2 項）。裁判実務における療養看護による寄与の評価方法は、療養看護行為の報酬相当額（日当）に看護日数を乗じ、それに裁量割合（0.5 から 0.8 程度の間で適宜修正される）を乗じて算出するのが一般的な方法である[161]。この裁量割合とは、介護報酬基準等は介護等の資格保持者への報酬を前提とし、それは介護機関に払われる金額であるため、介護者自身の報酬額とは異なることや、扶養等の義務を負う親族と第三者とでは当然に報酬額も変わるはずであることから、それら一切を考慮した調整割合のことを指す[162]。それゆえ、寄与が認められたとしても、この裁量割合により、寄与の評価が低額にされている事案もある[163]。さらに、寄与主張者が居住利益を受けている場合、療養看護に際しての同居等の必要性および同居した際の生活費の分担等により取扱いが変わるとされ、算定された寄与分額から利益相当額が差し引かれた額が算出される[164]。

---

[157] 橘・前掲注（1）7 頁参照。

[158] 1.1 で言及したとおり、被相続人が要介護 2 以上の状態であることが一つの目安になる（片岡=管野・前掲注（8）353 頁）。

[159] 片岡=管野・前掲注（8）348 頁、寺田さや子「遺産分割事件のケース研究（第 1 回）事例検討（1）寄与分を中心とした研究」家庭の法と裁判 19 号 117 頁（2019 年）。

[160] 片岡=管野・前掲注（8）349 頁、法務省民事局・前掲注（18）227 頁。

[161] 寺田・前掲注（159）117 頁。療養看護行為の報酬相当額については、介護保険制度施行以降、介護保険における「介護報酬基準」が用いられることが多くなっており、実務においては、要介護者の受けた介護サービスの内容、居住地等を考慮して介護報酬を算定したものを参考に療養看護の寄与分を算定しているとされる。介護報酬基準は、介護に要する時間に基づき介護種別（要支援・要介護）を 7 段階に区分し、各区分に応じた介護サービスのための報酬額が明示されている（片岡=管野・前掲注（8）357-358 頁）。

[162] 片岡=管野・前掲注（8）360 頁。

[163] 門広・前掲注（3）30 頁では、療養看護型寄与の事例において、療養看護行為の報酬相当額（日当）に看護日数を乗じた算定額から、職業付添婦でないこと等を考慮して 40%減額された事案や、親族間の相互扶助（ないし居住利益）を考慮して 30%減額された事案が紹介されている。

[164] 片岡=管野・前掲注（8）360-361 頁。療養看護型寄与分に関する公刊裁判例は少ないが、相続人の療養看護による寄与を認めた近時の事例として、東京高決平成 29 年 9 月 22 日家判 21 号 97 頁がある。この事案は、2000 年から被相続人の共同相続人である 2 人の子 XY のうち、Y が被相続人である母 A の療養看護による寄与を主張した事案である。裁判では、2010 年頃に認知症を発症し、寝たきり状態になり、同年に要介護 4、その後、要介護 5 と認定された A に対して、Y が行った介護が特別の寄与にあたるとして、759

以上を踏まえ、日本とドイツの療養看護型寄与の評価方法を比較分析していく。まず、療養看護型の寄与が認められる要件に、ほとんど差異は見られない。両国とも裁判実務において、療養看護の必要性、療養看護の程度および期間、被相続人との身分関係に基づき通常期待される程度を超える特別な寄与であること、療養看護が無償または僅少な対価でなされたこと、相当期間の療養看護であること、寄与行為と被相続人の財産の維持または増加との因果関係があることを要求している。日本の場合は、さらに専従性として、療養看護の内容が片手間なものではなく、かなりの負担を要するものであること[165]が要求されており、この点、ドイツは 2009 年の法改正で専従性を求めていた療養看護者の職業収入の放棄要件が削除されたため、現在は重視されていない。このように要件については、ほぼ差異がないが、その解釈は異なっている。特に、大きく異なる点は、療養看護の必要性の解釈である。日本では、被相続人がどのような病状にあり、その病状からどのような療養看護を必要としていたのかという点が重視されるが[166]、ドイツの場合は、被相続人が、介護施設ではなく、住み慣れた自宅や環境で最期まで過ごすために、直系卑属による療養看護を必要としていた点が重視されている。

さらに、両国の裁判実務で最も異なる点は、裁判官の裁量に委ねられている療養看護型寄与分の評価方法である。日本の寄与分は、被相続人の財産の維持または増加という明確かつ客観的な判断基準による数学的な計算の問題が中心となっている。これは「財産面に影響のない行為まで加えると、寄与分の内容がきわめて情緒的なものとなり、相続関係を不安定にするから[167]」だと説明されている。この点、ドイツの場合は、価値判断的な顧慮の問題として、2016 年判決で示された 3 段階の審査方法により評価される。すなわち、第 1 段階では、調整されるべき寄与の期間と範囲が考慮され、さらに、その期間と範囲に被相続人の財産がどの程度維持または増加したのかが算定される。つまり、第 1 段階時点では、日本の場合と同様に、計算上の客観的な評価が中心となっている。

しかし、ドイツの場合、さらに第 2 段階の審査があり、衡平性の枠内で、直系卑属の療養看護の被相続人にとっての無形価値および療養看護した直系卑属の不利益と利益が算定の中で調整される。ここでの被相続人にとっての無形価値とは、直系卑属の療養看護によって、施設へ入所する必要がなく自宅に居続けられることができ、それが被相続人にとって特別な意義をもつという主観的要素を意味していた。つまり、2016 年判決で、被相続人にとっての無形価値という計算上客観的評価では取り込むことのできない評価方法が取り入れられたのである。また、第 2 段階の審査の中では、療養看護した直系卑属の不利益と利益も調整されなければならないが、とりわけ、直系卑属の利益の点で考慮される居住利益の評価が日本と大きく異なっていた。ドイツの場合、居住利益について、衡平性の枠内であまり重視する必要がないことが示された。日本の場合は、たとえば、寄与者に持家がなく、家賃の負担さえ厳しいほどの経済力であった時期に、その寄与者からの申出で被相続人との同居が開始されたような場合には、居住の利益が大きかったとみて寄与分の算定から利益相当額が差し引かれる[168]。このような評価方法は、他の共同相続人との実質的衡平を図るために、寄与者に対する利益を厳格に評価するものであると思われる。しかし、寄与の認定要件として専従性を求めている以上、ドイツ法と比較してみた場合に、寄与者が同居に至った理由の過度な重視は、療養看護を寄与として評価する

万 3,530 円が寄与として算定された。摘便、痰の吸引などの介護内容は評価されたが、Y が A の自宅に無償で居住したという居住利益や、生活費は A の預貯金で賄われていたこと、第三者による介護サービスも利用していたことから、裁量割合は 0.7 として寄与分が算出されている。詳細は、本山敦「判批」月報司法書士 572 号 29-34 頁（2019 年）、生駒俊英「判批」民商法雑誌 156 巻 5・6 号 983-989 頁（2021 年）参照のこと。

[165] ただし、「専業」や「専念」ということまでは要求されていない（片岡=管野・前掲注（8）348 頁）。

[166] 片岡=管野・前掲注（8）353 頁。

[167] 橘・前掲注（1）7 頁。

[168] 片岡=管野・前掲注（8）361 頁。

基準としては厳し過ぎるのではないかという問題が浮かび上がる。以上のようにドイツの第2段階の審査では、日本の裁判実務では見られない新しい視点が取り入れられていたことが明らかになった。

また、第3段階では、寄与分権利者以外の相続人および遺留分権利者の財産的利益ならびに遺産全体の価額が考慮される。日本の場合、寄与分制度の枠内では、他の共同相続人との関係は考慮されるものの、寄与分と遺留分との関係については明示的に規定されていないため、規定上は、寄与分の算定において遺留分権利者の遺留分を考慮することは問題とされず、遺留分侵害額の算定においても寄与分は考慮されない[169]。この点でドイツ法では、遺留分算定の際にも寄与の調整が考慮され（2316条1項1文）、寄与分評価の段階においても、寄与分権利者の寄与のみを評価するのではなく、遺留分権利者の利益も考慮しながら、公平性が図られている。日本法でも民法904条の2の立法者から、寄与分制度の実際の運用において、寄与分を定めるにあたり各相続人の遺留分を尊重することが望ましいとの見解が示され[170]、裁判例でも遺留分を考慮して算定する事案もあるため[171]、ドイツ法のこのような算定方法は参考になると考えられる。

7. 結びに代えて

本稿では、寄与分制度の中でも、財産的評価の困難な療養看護型寄与をいかに評価するのかという問題の考察をするために、ドイツ法における療養看護型寄与分の評価方法を検討した。ドイツでは、高齢社会に対応するために、2009年の法改正により、被相続人に対して療養看護した直系卑属の法的地位が強化され、その後の裁判実務においても、その改正の意図に基づき、直系卑属による療養看護が積極的に評価され、その寄与に報いる判断が下されていることが明らかとなった。このような流れは、学説でも支持されていた。とりわけ注目すべき点は、ドイツの療養看護による寄与の評価について、被相続人にとっての直系卑属による寄与の特別な意義（無形価値）と被相続人が介護施設ではなく住み慣れた自宅や環境で人生の最期まで過ごし続けることの重要性の観点から、裁判所による評価がなされていたことであった。これは、ドイツ社会において要介護者の8割が在宅介護であり、その中の約半数が主に家族介護によるという現実にも沿うものであるといえる。

日本でも、内閣府の2019年度の調査で、60歳以上の人の約9割が持家に居住し、持家居住者を中心に、多数の人が現在住んでいる地域に住み続けたいと考え、そのうち約半数（51%）が最期を自宅で迎えたいと考えていることが明らかになっている[172]。それらの傾向は年齢が上がるほど強まっている。そのような日本の現状も考慮すると、ドイツのように療養看護の価値を正当に評価することが必要であるのではないだろうか。特に、高齢の親への介護は、その性質上、始まりも曖昧であり、介護の負担が被相続人にかかり始めてから、その親に対して対価の合意を交渉するということは、なかなか困難である。また、被相続人が認知症を発症している場合、介護の必要性とともに、認知症が進行し、事理弁識能力が不十分になると、なおさら対価の合意はできなくなるであろう。そのような状況下で療養看護の対価の合意が行われず、被相続人に対する相続人の1人の無償の貢献が、相続の場面で他の共同相続人の利益になるのは不公平である。日本においても、そのような寄与者が相続法上報いられるような寄与分制度の柔軟な運用と事案の実態に即した評価方法が望まれる。

---

[169] 日本法では、遺留分侵害額の算定において特別受益のみが考慮されている（民1046条）。
[170] 橘・前掲注（1）8頁
[171] 東京高決平成3年12月24日判タ794号215頁。
[172] 内閣府「令和元年版高齢社会白書」69頁参照。