

介護労働を評価する法理の検討

「嫁」による扶養と寄与を考える

國 松 正 義

(法学研究科・ビジネス・ロー・コース)

はじめに

第1章 相続法による解決

第1節 配偶者の代襲相続権

第2節 寄 与 分

第2章 扶養法による解決

第1節 扶養義務者としての嫁の位置付け

第2節 介護と扶養義務 引取扶養の意義

第3章 事務管理・不当利得による扶養の求償

第1節 事 務 管 理

第2節 不 当 利 得

第4章 契約による方法

第1節 家族経営協定

第2節 介 護 契 約

第3節 契約の擬制 フランス法との関連で

おわりに

はじめに

日本においては古来の伝統と慣習から老親の面倒を長男が見て、実際の面倒見はその嫁が見るという例がいまだに多く見られる。そして、長男が親より先に死亡した場合、長男の嫁は介護してきた義理の親を見捨てるわけにも、今更他の兄弟姉妹に押しつけるわけにもいかないとして継続して世話をすることになる。相続人は老親の存命中は介護を嫁に任せて、自分達の手を煩わせることがないため何も言わず、老親が死亡して相続が開始すると嫁には相続権がないとして、相続人は自分の権利を主張して嫁の労

苦は報われず、老親の面倒を見ず家のことも何一つとしてこなかった相続人から無視されてしまう。嫁は相続権がなくそれゆえに寄与分権者にもなりえないのに、古来の伝統と慣習から老親の扶養義務は長男が負うとする認識が根強く、長男の嫁は親の面倒を見るのが当然で、家庭内において老親の介護を強制されボランティアとしてのただ働きをさせられている。要介護者の介護を負担させられている嫁の割合は、厚生労働省の「国民生活基礎調査」によれば、平成7年の34.2%が同13年には22.5%と6年間で11.7%も減少している。減少した原因には介護保険の実施、家族意識の変化がある。今後も嫁の介護は少数になる可能性があるが、地域社会においてはなお老親の介護は長男の嫁がするものという意識は根強く存在しているし、少数になればなるほど嫁の介護労働に報いることはなおざりにされるのではないかと懸念される。したがって、嫁の労苦に報いることを考える必要性は高いものがある。

そこで、本稿では第一に、相続法による解決を考え、嫁に相続権が認められず寄与分権利者ともなりえなかった理由について、配偶者の代襲相続権を検討し、昭和55年の寄与分立法時に、嫁も寄与分権利者に加えるべきであるとの論議もなされながら、認められなかった経緯を考察する。

第二に、嫁の介護労働を扶養義務との関係で考察する。本来、介護は扶養に含まないが、引き取り扶養であれば、扶養義務の履行方法の一つとして介護も含まれるので、扶養義務者の義務を代行したとして求償請求の可能性を検討する。

第三に、嫁の介護労働に対して対価の給付がないことに注目して、不当利得返還請求ないし事務管理として、費用償還請求させることが可能か、それによって相続債権として保障することができるか検討する。

第四に、相続とは異なる法理で介護に報いるものとして、契約による方法を検討する。嫁の寄与に報いる確実な方法と思われるものに遺贈があるが、介護される状態の老親では脳の精神的機能が不確かになってしまって、遺贈能力が疑われてその利用は期待できないし、なによりも、嫁の行為は

労働の対価として得られるものであり、老親からのプレゼントとして得られるものではない。プレゼントとしてでは老親の気持ち次第になってしまい、不安定なものになってしまうからである。したがって、嫁の老親に対する介護・財産の維持管理を相続や遺言によって報いようとするのは無理があると考えられる。そこで、介護契約、介護委託契約等の契約による方法を追求する。契約によるといっても、農家であれば家族経営協定の中に介護項目を入れることもできるが、一般的には被介護者である老親が契約を理解して結ぶとは予想しにくい。最後に被相続人と嫁との間に黙示の介護契約があった、もしくは相続人から嫁への事実上の介護委託契約があったと考えられないかを検討する。

第1章 相続法による解決

配偶者の相続権については、死者（夫）名義の財産中に妻の協力によって得られた妻の潜在的持分があり、その夫婦財産の清算として、形式的には夫の財産となっているが実質的に妻のものであった財産部分を、形式的にも妻のものにする制度と考えることもできる。こうした考え方によれば、老親の老後の最も辛い時期に親族より誰よりも多く関わりを持ち、介護扶養に努めた嫁に相続権、若しくは寄与分が認められる可能性が出てくる。この可能性が現行相続法の改正過程で、どのように議論・検討されてきたのかみていくことにする。

第1節 配偶者の代襲相続権

1. 昭和22年（1947年）立法時の議論

現行民法家族編・相続編は、我妻榮教授や中川善之助教授らが起草委員として昭和21年（1946年）夏から立案され、昭和22年（1947年）に法律として成立した。相続法改正の眼目は、長男子一人相続を原則とした家督相続を廃止し、配偶者を加えた諸子均分相続としたことである。

昭和22年8月14日の衆議院司法委員会において、榊原委員の家庭における妻の労働力をどういふふうに見ているか、という質問に答えて、政府委員は夫婦の財産は夫婦の協力によってでき得るというふうに見るのが適当であるから、夫婦が別れる場合には男から女に対する財産分与を認めているし、また、男が死亡して相続が開始した場合に、妻は第一順位で常に相続人としたわけは、夫の財産というものは妻の協力を得たものであるという前提のもとに、一種の分割という意味で相続についても妻の位置を高く評価していると答えている¹⁾。同年9月18日の委員会において、榊原委員は「農家のお嫁さんの地位などというものは、非常に哀れなものでありますけれども、やがてはお姑さんたちが死ねば自分の財産になるかも知れぬからというような諦めの言葉をかけられておりますけれども、何一つ自分一人で処理することもできないのであります。」と述べ、家庭の夫婦間の妻の立場も似たものなので、現在において平等・同等であるためにこの経済関係がそれを支配すると考えるので、何か適当な妻の家庭における労働を生産に連なるものとして認める措置をとれないかの質問に²⁾、政府委員は夫婦間の財産については夫婦別産制がよいか、共有制がよいか、あるいは従来妻の財産を夫が管理する制度がいいか難しい問題で、夫婦共有制にしても夫が共有財産を管理している例が多い。また、夫が負債を負った場合妻が責任を負わなければならない、かえって妻の保護にならないなど考えて夫婦別産制にした。ただ、夫婦の離婚の場合あるいは相続の場合等によって、何らかの手当をすることが最もいいというふうを考え、法律上の手当としてはこれ以上の案は現在のところないと考えているとし、「将来全面的に民法改正の際に、そういうことも考えなければならないと思いますから」³⁾としている。

この改正で、配偶者については代襲相続は認められなかった。この点に関して我妻榮教授は次のように問題点を指摘されている。「例えば長男が死亡した後に相続が開始しても、長男の妻は長男を代襲して二男以下と共に相続するのではない。従って、子供がないと長男の妻の地位は惨めなも

のであろう。この点は、現在の我が国の農家などでは長男の嫁に不利益がもしれない。農家では嫁、ことに長男の嫁はほとんど雇人のように労働に従事させられる。そして、この惨めな状態は長男の嫁が戸主の妻となることによって償われる。ところが、新法の下では長男は二男三男たちと平等に相続するのだから、長男の嫁も二男三男の嫁より少しも有利な点がない。このことがすでに長男の嫁にとって気の毒なことであるのに、その長男が父より先に死ぬと、父の遺産は二男三男たちが相続して、長男の妻は何ものも相続しない。長男と妻の間に子があれば、この子が父を代襲して相続するから、妻（代襲した子の母）も幾分慰められるが、子のないときは、甚だ惨めなものとなる。配偶者の相続権を 自らは相続する権利を持たない その子または配偶者の他方が代襲するという制度は、考慮に価するものであって、この点に関する改正法の規定には検討の余地がある」⁴⁾といわれ、また、山畠正男教授も配偶者に代襲相続が認められないことについて一考に値する場合があるとされている⁵⁾。

両教授とも、旧法下の農家の嫁が戸主の妻とか家婦の地位を得られることを期待して苛酷な労働に耐えていたのが、新法によってそれさえも得られなくなったとされるが、もちろん両教授が旧法下の家督相続制をよしとされているのではない。なぜなら、家督相続制度の下では、嫁自身の権利として評価されるのではないからである。その嫁の権利が、新法下の均分相続でも保障されないことの矛盾を指摘されているのである。この問題はその後の立法過程でも検討されていた。

2. 昭和37年（1962年）改正時の議論

この時の改正では、特別縁故者に対する相続財産の分与制度（民法958条の3）が新設されたが、配偶者の代襲権についても検討はなされている。「家庭裁判所の裁判所の実務家の会同で認むべきじゃないかという意見が相当強く出て」⁶⁾いたという。しかし、被代襲者の妻に代襲相続権を認めるべきかという問題、また、配偶者の相続権を兄弟姉妹に優先させるべき

でないかという問題は、相続法改正の根本問題になるので、今回は特に取り上げられなかったとされている⁷⁾。新設された特別縁故者への財産分与では、相続人不存在の場合でなければ、老親を介護した嫁に相続財産を分与されることはなく根本的な解決にはならない。

3. 昭和55年(1980年)改正時の議論

この時の改正では、配偶者相続分の引上げと寄与分制度(民法904条の2)が新設された。この時も、配偶者の代襲相続権については、夫婦の一方が父母より早く死亡した場合に、その死亡した配偶者が生存していて父母を相続する場合との均衡上、生存配偶者に代襲相続権を認めるべきかどうか検討された。しかし、代襲相続の本質に適合するか疑問である、夫婦間で常に代襲相続を認めることはかえって衡平に反する恐れがあり、一定の要件下に代襲相続を認めるべきかについても生存配偶者について子の有無、再婚したかどうか、姻族関係終了の意思表示をしたかどうか、配偶者の死亡後の年数など様々な要素を考慮に入れざるを得ず、その要件を合理的に定めることが困難であるとされた。また、法制審議会の中間報告(昭50・8・1)後の検討審議会において作成された試案の「配偶者の代襲相続権」によっても、配偶者について平等に考えると、妻が亡くなった場合、妻の親の財産を夫が相続することを認めざるを得なくなることで、婦人団体から生存配偶者の自由を事実上拘束する働きをするという意見もある⁸⁾とし、さらに、代襲相続の概念は後の世代の者が先に死亡した前の世代の者にかわって相続人の地位につくことであるから、先死配偶者にかわって生存配偶者が相続人になるのは代襲相続から外れ、また、配偶者の代襲相続を認めた外国の立法例もないという学理的な意見が有力であった⁹⁾として、立法措置は講じられないこととするのが適当であるとされた¹⁰⁾。

しかし、当時泉久雄教授は次のように述べられていた。配偶者の代襲相続権が認められないために不都合が生じるのは、子のない生存配偶者が死亡配偶者の親と共同生活をして、家業に従事してきたような場合であり、

死亡配偶者との間に代襲相続をする子があれば、親の遺産が子にいくからまだよいが、子がなければ夫の親の遺産の維持増加に協力しながら、親の遺産は亡夫の兄弟姉妹や直系尊属、さらには親の兄弟姉妹のものになってしまう。親に遺言制度の活用を期待しても実行を期し難いので、「子のない配偶者に限って代襲相続権を認めることも許されていいのではなかろうか」とされる¹¹⁾。

第2節 寄与分

1. 立法時の論議

前述のように1980年の法改正で寄与分が新設された。すなわち、「寄与相続人と他の相続人との間の衡平を実現するために、寄与相続人は遺産の分割において、寄与の方法、程度等の事情に応じた相当額の財産を寄与分として取得することができるものとするのが適当である」として立法され、寄与分権者は相続人に限るとされた¹²⁾。しかし、この点については「長男の嫁」「内縁の妻」など非相続人に寄与分が認められないことに対して、強い疑問が示された¹³⁾ことから、寄与分問題は今後も検討を続けられるかについて、政府委員は法制審議会で非常に議論のあったところであり、各界の指摘もあり「改正後の運用の状況等によりましては、検討を要する場合もあるかと思えます。一般的に私どもは相続法改正が全部終わったというには考えておりません。今後とも十分研究いたしたい」と答えている¹⁴⁾。

しかし、立法当局は一貫して相続人以外の寄与分権を否定した。その理由は二つある。

第一は、寄与分は相続人間の衡平を図る調整の制度なので、相続人以外の寄与分を認めると、相続人同士の遺産分割が遅れて手続的に煩瑣になると説明される。

たしかに、一定期間遺産分割を禁止することが遺産分割の遅延理由となるが、寄与分請求の期間を制限するとか、その請求権が消滅するという形

で遅延を最小限にすることができ¹⁵⁾、また、寄与分権者が遺産分割終了後出てきた場合は民法910条に準じて処理(価額償還)することとすればよい。相続人間の遺産分割であっても利害が衝突すれば、数年場合によっては10年以上を要する場合も数多くあるのだから、遺産分割が遅れることは理由にならないし、また、相続人であれば寄与分と認められる長年の介護や、農家の嫁の農作業の従事など外部から見ても明らかな嫁の寄与を排除する根拠として不十分である。

第二は、相続人以外の第三者の寄与については相応の保護手段があるとされ、契約関係に基づく場合は相続債務として請求できる、嫁の寄与については夫の履行補助者として夫の寄与分に算入する、夫が死亡している場合は子がその代襲相続をする、夫が死亡し子もない場合は亡夫の親と養子縁組をするか、亡夫の親に遺言あるいは生前処分をしてもらう方法があげられている。

しかし、これらの手段には問題がある。については、被相続人と相続人以外の寄与者が、介護行為などの報酬を契約で定め相続時に決済することが望ましいが、家族介護は無償との考え方が介護の社会化の阻害要因になっており、契約による方法はほとんどとられることはない。

については、現行法上、妻の寄与を評価できない以上、履行補助者法理によって妻の寄与を夫の寄与分と評価するという運用はやむを得ないが、根本的に寄与者が妻なのになぜ夫の寄与分になるのか問題である。

による方法は、衆議院法務委員会における鯉淵参考人の発言¹⁶⁾にもある通り、老親の多くが嫁に面倒をもらうことと、相続は別のことと考えるであろうことから、この方法による解決を望むことには無理がある。

2. 判例の検討

判例は嫁の介護等について、前述の方法を採用している。例えば、次のようなケースがある。

(1) 夫の寄与分として算入した例¹⁷⁾。相続人 X の妻 X₁ は被相続人 A の

介護を2年4ヶ月にわたって看病し、死亡直前の6ヶ月はAに付ききりで看病した。そのためX₁は慢性的な睡眠不足となり、Aの死後看病疲れから自律神経失調症を患ったほどであったのに対して、家裁は「右看護は、申立人の妻として、申立人と協力しあい、申立人の補助者または代行者としてなされたものであるから、本件遺産の分割にあたっては、申立人の寄与分として考慮すべきである。」として、寄与分を死亡直前の6ヶ月を月9万円程度、その余の22ヶ月を月3万円程度が通常の扶助を超える部分であるとして120万円と評価した。なお、相続開始時の遺産総額は851万8,000円である。

(2) 夫（父）の寄与分として妻と子の寄与を算入した例¹⁸⁾。被相続人Aの長男Yおよび妻D、長男E、二男F、三男GはAと長年同居し、脳梗塞になったAをその妻Bとともに介護し世話してきたと寄与分を求めた。申立人X（二男C〔死亡〕の妻）はAの疾病は介護を必要とするほどでなく、介護は専らAの妻Bが行いYやその妻子らはこれを補助したもので、同居の親族として通常期待しうる扶助を行ったにすぎないから特別の寄与にあたらないと主張した。家裁は「D・E・F・Gによる介助行為は、Yの履行補助者的立場にある者の無償の寄与行為として、特別の寄与にあたるものと解する。」と寄与を認め、寄与分はDがパートタイム労働に従事し、子が年少（年長のEで10～16歳、最年少のGは6～13歳）であったこと、さらに同居の親族として一定の相互扶助義務を負っていることも考慮されたとした。寄与分の評価は介護補助者の基本給を基準にして積み上げ、それから相互扶助義務考慮による減額を0.3として170万円とした。なお、遺産評価額は相続開始時7,003万円、分割時2,537万8,000円である。

(3) 子の代襲相続に含めた例¹⁹⁾。被相続人Aの長男Xとその妻X₁は、Aと農業に従事していたがXはAより先に死亡した。X死亡後もX₁はAとその妻Bと同居し、一家の中心となって農業に従事した。遺産分割において、X、X₁の子X₂、X₃がXおよびX₁の寄与分を主張した。

原審²⁰⁾はXおよびX₁の働きを認めて、寄与分の程度を一切の事情を総合して「現遺産の半額とするのが相当である。X₁の働きは、X死亡の前後を通じて遺産の維持に貢献したものであるが、上記はXの相続分を代襲相続したX₂及びX₃の取得分については一体として考慮されるべきものであると考える。」と判示し、高裁も「共同相続人間の衡平を図る見地からすれば、被代襲者の寄与に基づき代襲相続人に寄与分を認めることも、相続人の配偶者ないし母親の寄与が相続人の寄与と同視できる場合には相続人の寄与分として考慮することも許されると解するのが相当である。」と原審の判断を認めた。なお、相続税課税のための評価額は16,629,672円である。

- (4) 亡夫の親と養子縁組をした例²¹⁾。被相続人Aの長男Xと結婚したX₁は、X死亡後も被相続人夫婦A・Bと同居して、農作業に従事し工員としても働いて一人で生活を支え、B死亡後は痴呆状態の発現したAの療養看護に勤めた。Aは婚家を去らず献身的に尽くしたX₁に感謝して、痴呆状態が進行する以前にX₁と養子縁組を行い生前贈与をした。家裁は「申立人の貢献がなければ被相続人の財産は維持できなかつたと認められ、申立人に特別の寄与があったというべきである。」とX₁の寄与を認め、寄与分の評価は農作業標準賃金や家政婦の基本賃金を基準に積み上げて2,864万7,840円とし、Xが受けていた生前贈与価額を差し引いた632万1,840万円を寄与分とした。なお、相続時の遺産評価額は3,173万5,000円で分割時も変わりはなかった。

(1)、(2)の例は、夫または父の履行補助者として介護がなされたものであるから、特別の寄与にあたりと認められたものである。寄与分権者でない相続人の妻の寄与を保護するため、妻の介護を相続人の履行補助者としてなされたとして、相続人の寄与に含める方法は実務で取られてきたものである。実務の傾向としては、(2)の例のように被相続人と同居して被相続人の妻の介護を相続人の妻子が手助けしたのを、子が低年齢であっても寄与分として認めるというように、相続人以外の特別の寄与を認めることがほ

ば定着し、ゆるやかに認定する方向と感じられる。また、被相続人と同居の親族として一定程度の相互扶助義務を負っているとしながら、寄与分算定で考慮されればよいとして、妻子の寄与を相続人の寄与分に含めることも認めている。

(3)の例は、母親の寄与はその夫（父親）である被代襲者の寄与として考慮することができ、さらにこれを含めた被代襲者の寄与に基づき代襲相続人の寄与分を認めたと考えられる²²⁾。被代襲者の寄与を代襲相続人に認めるかどうかについて、立法関係者の見解によれば、代襲相続は一旦相続されたものをさらに次の者が相続するのではなく、被代襲者が本来ならば就くべきであった相続人の地位に、代襲者が代わって就くものであるから代襲者はいわば被代襲者の身代わりにほかならない。しかも、寄与分は相続開始前には主張する余地がないものと解されているから、代襲相続人がそのまま被代襲者の寄与分を主張することができないとすれば、相続人間の公平を図った寄与分制度の趣旨にもそぐわない。したがって、被代襲者の寄与分を主張できる地位はそのまま代襲相続人に引き継がれるとして積極説をとっており²³⁾、学説の多くも積極説を支持している²⁴⁾。これに対して、消極説は相続が開始するまでは寄与分請求権は成立しておらず、被代襲者の事実上の寄与行為のみが存在するため、代襲相続人がそのような事実上の地位を代襲することはありえないとする²⁵⁾が、少数説にとどまる。

積極説には、代襲相続人が被代襲者の寄与を自己に含めて主張する場合や、相続人が配偶者や母親の寄与に基づいて自己の寄与分として主張する場合など、寄与分を主張する主体（相続人）と寄与行為の主体（配偶者や母親）が一致しない場合に、その寄与行為を相続人自身の寄与行為と同視しうることに前向きにとらえたものと考えることができる。

しかし、嫁の寄与を夫の履行補助者にとらえ、夫が先死している場合はその寄与を子が引き継いで代襲するという考え方は、夫婦一体思想あるいは家族一体思想の表れであり、個人の尊厳という民法の基本理念に反し²⁶⁾、女性の自立という現在の状況の下では時代錯誤的である。たしかに、現在

の実務の方法は、嫁の寄与分が夫とか子を介することによって認められる利点はあるが、この方法では夫が先死し子がなければどうにもならない。嫁が夫も子もないという一番辛い立場に置かれたときに、財産的補償さえも得られないという結果になる。また、夫が生存している場合において、夫の寄与分に嫁の寄与分を含めたときに、その増加分（実質的に妻の財産）を嫁に支払うか、支払わないかは夫の気持ち次第となり、確実に嫁がそれを手に入れられる保障がないことになる。

(4)の例は、被相続人の療養看護にあたった嫁に感謝した被相続人が養子縁組を結んだ例であり、嫁は相続人であるから自分の寄与分として、相続時の遺産評価額の90.27パーセントという高額の寄与分が認められている。嫁が相続人として直接自己の寄与として認められたことから、寄与分の高額化が可能になった。本例の場合は、申立人以外の相続人8人のうち6人が申立人に相続分を譲渡するという、申立人と他の相続人の関係が良好であったことから、被相続人と申立人（嫁）の間で支障なく養子縁組を結ぶことができたと思われる。しかし、本例のように被相続人と嫁の間で養子縁組を結ぶことは簡単でない。被相続人には「血は水より濃し」の感情があり、長男の嫁に介護してもらって当たり前で、相続は血族にという感情から嫁と養子縁組を結ばないこともある。また、被相続人が嫁に介護を受けたことを感謝し、養子縁組を結んでそれに報いようとしても、他の相続人との間にしがらみがあったり、あるいは他の相続人から圧迫を受けたりして、養子縁組を結ぶことができないこともありうる。

寄与分の評価額については、(1)の例では、概ね月 万円程度とし、それに概ねの介護月数を乗じておおざっぱに算出する方法で、客観性をもった資料を示さず、あいまいに過ぎる。また、認められた寄与分額も120万と、看病疲れから自律神経失調症を患うほどの嫁の労苦に報いるには低額に過ぎる。これは、遺産総額が851万8,000円と少なかったことにもよるのであろうが、嫁は介護労働をして当然、あるいは介護労働が低く見られていることによるとと思われる。(2)、(4)は裁判官の裁量によるのではなく、家政婦と

か看護補助者等の介護にあたる嫁の作業と同種の職業の基本賃金に日数を乗じ、それに減額割合を乗じて算出する方法である。裁判官の裁量によらず、できるだけ客観的に寄与分を評価しようとしていると見受けられる。この算定方法は基本的に妥当なものといえる。しかし、(2)においては同居することによって、生活上の諸利益を得ていたことが推認されるので相互扶助義務を負っているとして0.3の減額をしているが、同居することによって得ることのできる生活上の利益以上のものを、A夫妻はY一家から経済的にも特に精神的に得ていたので、0.3を減じる必要はなかったと考えられる。(3)は総遺産の半額とするのが相当として全くの裁判官の裁量である。寄与分の評価額としては、遺産の50パーセントで8,314,836円と高額になっているが、相続人の妻が夫とともに、また、夫の死亡後も農業に従事していたことが遺産の維持に貢献したものとされ、被相続人と同居してと判旨にあるだけで、被相続人の面倒を看たことは読み取れず、同居による面倒見が認められることは難しい。(4)は農業収入から生活費として40パーセント、家事労働からも生活費として40パーセントを減額し、工員収入で被相続人を扶養した分を60パーセントとしているが、療養看護を行った寄与分は、家政婦賃金の基本賃金に超過料金および深夜料金を加えた額に看護日数を乗じており、減額をしていない。家事をする時間があつたとか、パートタイム労働をしていた等で減額している例があるが、介護をする嫁はいつも老親に気持ちを集中させていなければならないのであるから、(4)のごとく療養看護の寄与分は減額すべきでないと考える。

寄与分評価額が、看護師や家政婦の基本料金などの客観性をもつ資料に基づいて具体的に算定された積上方式は、要件のクリアを明確にするにはよいが、相続財産の額が大きい場合は、他の相続人の遺留分を侵害し、相続財産の額が膨大な場合は、遺産額に比して微々たる寄与分額になることがあり、「一切の事情を考慮して」(民法904条の2第2項)によって一括して金銭的に評価する裁判官の一括裁量方式が必要になる場合もある²⁷⁾。この嫁の老親に対する療養看護を、寄与分で評価して報いるには限界がある。

第2章 扶養法による解決

総務省のまとめによると、2005年9月15日現在の高齢者人口の推計値では、65才以上の高齢者が2,556万人で、総人口に占める割合は20.0%と初めて2割台となった。この高齢者の療養看護にもっとも多く携わっている嫁の扶養は民法でどのようにとらえられているのだろうか。扶養義務の立法化の経過の中で、嫁の扶養がどのようにとらえられていたのかをたどってみたい。

第1節 扶養義務者としての嫁の位置付け

1. 明治21年民法草案及び明治23年旧民法

明治21年の民法草案では、親族間の扶養関係を「互相ニ養料ヲ給スル義務ヲ負担ス」として権利義務関係とし²⁸⁾、扶養方法を「定期ニ金穀ヲ支給シ、或ハ其家ニ引取り養フコトヲ得」として任意選択とし、夫婦は「住居ヲ同クシ相扶助ス可シ」と配偶者の扶助義務も規定されている。

嫁の養料給付義務は規定されていなかったが、明治22年の再調査案²⁹⁾13条で、直系血族は原因を問わず相互に養料給付義務を負うとし、続いて「嫡母、継父又ハ継母ト其配偶者ノ子ノ間又婦又ハ入夫ト夫家又ハ婦家ノ尊属親トノ間モ亦同ジ」として、嫁に夫の父母や祖父母に対して無条件に養料給付義務が課されることになった。また、15条で夫と婦の実家の父母、婦と夫の実家との間には、本人の帰責事由なくして生活不能のなった場合は相互に養料を給する義務があるとされた。養料の給付を「或ハ金穀ヲ支給シ、或ハ自己ノ住家ニ引受ケルコトヲ得」として、金銭・現物あるいは引取扶養ができるとしている。旧民法は明治23年10月7日公布され、明治26年1月1日より施行されることになっていたが、公布されると民法典論争が起こり旧民法の施行は延期され明治民法の制定を見ることになった。

2. 明治民法

扶養義務者の範囲については、旧民法とそれほど隔ったものではなく、富井政章博士は、既成法典と同じく扶養義務者の範囲は狭くした、資力があれば道徳上は広く養うことは容易だが法律上の義務としては、世界一般の傾きに従って既成法典の重な点は替えなかったと言われている³⁰⁾。私的扶養義務の認められる人的範囲は「戸主八其家族ニ対シテ扶養ノ義務ヲ負フ」(747条)、「夫婦八互ニ扶養ヲ為ス義務ヲ負フ」(790条)、「直系血族及ヒ兄弟姉妹八互ニ扶養ヲ為ス義務ヲ負フ」(954条1項)として、戸主の家族に対する扶養義務と戸主の居所指定権(749条)と対応関係にあることが家族制度的意義を有するものであるとされた。

また、当事者が同一の家にあるか否かが重視され「家ニ在ル者ト家ニ在ラザル者トノ間ニ於テ八家ニ在ル者先ツ扶養ヲ為スコトヲ要ス」(956条但書)とされ、第一に家籍がこれを決定するとして、扶養権利者と家を同じくする扶養義務者は家を異にする扶養義務者に先だって扶養の義務を尽くさなければならないとされた³¹⁾。「夫婦ノ一方ト他ノ一方ノ直系尊属ニシテ其家ニ在ル者トノ間」にも相互に扶養義務を負う(954条2項)として、妻と夫の家にある夫の父母・祖父母等の間に、夫が入夫または婿養子として婚姻により家に入った場合は、夫と妻の家にある妻の父母・祖父母等の間に扶養義務を課するもので、嫁(婿)は同居する父母・祖父母等の扶養義務者とされたのである³²⁾。

扶養権利者の順位は、直系尊属、直系卑属、配偶者、954条2項に掲げた者、兄弟姉妹、前に掲げた以外の家族であり、順位として形式的であるといわれていた。穂積重遠教授も「父母妻子を有する者が全員に食わせるだけの米を持たぬ場合に、父母のみに食わせて妻子に食わせぬという様なことが考えられようか。薄い粥にでもして皆でするのが人情でもあり実際でもあろう」として、扶養義務者と扶養権利者の順位が法定されているが杓子定規の譏りを免れぬと批判されている³³⁾。

梅謙次郎博士は「鞠育ノ恩ニ報フヘキニヨリ或ハ之ヲ養フ為メ家産ヲ相

続シタルニ因リ或ハ互ニ相扶クヘキコトヲ約シタルニ因リ之ヲ救助スヘキ天然ノ地位ニ在ル者ニシテ古今、東西ヲ論セス³⁴⁾として、老親扶養は養育の恩に報いるため家産を相続したる者(原則長男、実質面倒を見るのは長男の妻)の責務とされた。

また、穂積重遠教授の「薄い粥にでもして皆でするのが人情」とされるのは、食べさせてもらっている父母にしても自分たちだけが食して、子の妻や孫たちがひもじい思いをするの見過ごすことはできないであろうから、形式的であると批判されてもやむを得ない。しかし、形式的であっても家制度は、戸主の支配権で統率された戸主と家族との共同体をいうから、長男が同居していなくても、長男には父母に対する扶養義務があり、長男は父母の面倒を見なければならず、療養看護が必要となった場合には、長男の嫁は扶養義務者でもあるのだから、療養看護の任にあたることになる。扶養においても家制度が重くのし掛かっており、現在の長男の嫁は夫の両親の面倒を見るのは当然という社会通念として、長男の嫁の夫の父母に対する面倒見につながっている。

3. 新 民 法

全面改正された家族法の扶養の章は、明治民法の全10条に比べ全5条であり、明治民法の順位法定主義が杓子定規の譏りを免れなかったのに対して、新民法の協議または家庭裁判所の裁定は、具体的妥当性のある処理を可能にする長所を有し、個人意思尊重の民主的性格も内在するが、反面においては、協議または裁定があるまで順位(扶養義務者)が確定しないので、要扶養者の将来の生活は不安定で、義務者はお互いに責任を回避しようとする傾向を助長する欠陥がある。

新民法において扶養義務を課されるのは、直系血族間および兄弟姉妹間、家庭裁判所において特別の事情があるときに認められる三親等内の親族間³⁵⁾である(877条1項,2項)。明治民法において「夫婦ノ一方ト他ノ一方ノ直系尊属ニシテ其家ニアル者ノ間」(明治民法954条)が家

制度原理に基づく嫁、舅・姑等の扶養関係を決定するものであったが、新民法は民法全体の基本原理（家の廃止）、および、扶養制度の基本原則（877条1項）からこれを削除した。削除理由を参議院司法委員会で政府委員は「一律的に夫婦の一方とその家にある直系尊属の間において、必ず扶養義務があるということは、むしろ実情に副わない憾みがあるので、一応扶養の関係は直系血族と兄弟姉妹の間に限っておくが、特に実情から見て、扶養の関係を認めてよしいと思われる場合に限って、三親等内の親族間において、家事審判所が特に扶養の義務を負わずことができるということにいたしましたのであります。即ち嫁と舅姑との関係におきましても、当然には扶養関係があるとは限らないので、特別の事情がある場合に特に家事審判所が扶養の関係を認めていく」ことにしたと説明している³⁶⁾。

起草者の一人我妻榮教授は877条2項を「一方では、嫁と舅姑との間にも当然には扶養義務はないが、他方では、伯叔父母と甥姪の間にも扶養義務を創設できることになった。嫁と舅姑との間に、当然には扶養義務がないということは、多くの人々の感情に合わないかも知れない。しかし、民法の扶養の義務は、法律的な手段に訴えて実現することのできるものに限っているのだから、嫁と舅姑の間は、専ら道義と実際の生活状態にまかせる方が至当であろう。これを法律的な相互扶養の関係とするときは、嫁と舅姑とが必ず共同生活をなすべきものであるかのような感を抱かせ、妻の自立という理想を達する妨げとなるおそれがあるであろう。もっとも、今日において実際の上でも嫁と舅姑との間に扶養義務がないとすると、若い未亡人の場合などに、舅姑に扶養されないために窮する嫁と、嫁に扶養されないために窮する舅姑とどっちが多いかは、問題かもしれない。いずれの場合にも、道義と家事審判所の適当な活動によって、妥当な結果の導かれることを希望してやまない。なお、継親子、嫡母庶子の間も血族一等親でなくなったから、当然には扶養の義務はなく、家事審判所がこれを創設し得る範囲となったわけである。伯叔父母と甥姪の間にも、家事審判所が扶養義務を創設することができるという扶養義務の拡張は、戦争の犠牲

者が多く、しかも窮乏者を救助する社会的施設が不十分なわが国の現在では、適当な処置であろう。しかし、実際には家事審判所の活動をまつまでもなく、実行されていることであって、法律としては目につく新設規定だが、実際上は、従来とさまで異なったことになるのではなからうと思う。」³⁷⁾と説明された。以前から実行されてきたことであり、実質的には従来と異なったことになるのではないとして、嫁の舅姑への扶養義務は道義と実際の生活状態にまかせるのが至当であるとされている。新民法の建前からいくと嫁は法律上の扶養義務者でなくなったが、戦前からの徳義意識が残っている限り、実際の生活状況にまかされる結果として、嫁は法律上の扶養義務がなくても事実上老親の扶養介護を強制されたのである³⁸⁾。

第2節 介護と扶養義務 引取扶養の意義

扶養義務の履行方法の一つとして認められている引取扶養は、経済的な扶養義務の代物弁済的な性格を有する³⁹⁾。同居して生活資料を現物で給付するものであるが、そこには「面倒見の援助」・「世話」さらには「介護」といったサービス給付が付着している場合が多い。したがって、引取扶養義務者には住まい等の現物給付のほかに、「世話」などのサービス給付が期待され、他の扶養義務者には扶養に必要な金銭給付を分担させるケースが多く見られる⁴⁰⁾。

今日、家族形態は直系家族から婚姻家族に移行している。直系家族の形態をとって同居していても、実質二世帯住宅であり、世代を異にする夫婦間は経済的に独立して生活していることが多い。したがって、夫婦と未成熟子からなる婚姻家族を規範的生活協同体として捉えるならば、子によほど高い資力がある場合は別として、子の老親に対する扶養義務は生活扶助義務であると考えられる⁴¹⁾。しかし、山脇貞司教授は「老親扶養は、その基礎に過去に親が子を養育した事実があり、その反対給付的な側面もあることを前提に考えると、兄弟姉妹の場合の親族扶養とは同じでないと考える。」⁴²⁾として、生活扶助義務として純化されない側面を指摘している。

すなわち、子が老親の扶養にあたる場合、親を介護施設に入れると親不孝者と世間から見られるなど、家産を継ぐ者が父母の面倒をみるという社会規範がいまだに残存していることから、子の誰か（多くは長男）が老親の引取扶養をすることが事実上強制されるのである。扶養の程度が生活扶助だとしても、引き取って同居を始めると、それは生活保持の程度と等しくなるばかりか、介護もせざるをえなくなる。そして、実際にその療養看護にあたるのは多くの場合、相続人の配偶者（嫁）なのである⁴³⁾。

その嫁の悩みは、「外出しにくい」、「精神的・肉体的に疲れる」、「睡眠不足」、「介護が変わってもらえない」、「仕事に影響がある・出られない」、「自分の自由になる時間がない」、「気持ちぐさぎごみがち」であり⁴⁴⁾、精神的苦勞から肉体的疲勞につながっている。このように嫁が介護の担い手と目されながら、法律上の扶養義務者でないため法的にその地位は不明確である。扶養法では嫁が他の扶養義務者に扶養料の分担や介護の分担を請求することはできない。そこで、事務管理・不当利得という法的処理に委ねることになる。

第3章 事務管理・不当利得による扶養の求償

それでは、嫁の老親に対する介護に報いるのに事務管理・不当利得によって可能か検討する。

第1節 事務管理

事務管理の成立要件は 他人の事務の管理があること、 他人のためにする意思があること、 法律上の義務がないこと、 本人の意思に反すること、または本人に不利であることが明らかでないことである⁴⁵⁾。

学説は、 の場合に事務を (ア) 他人の家屋の修繕のように性質上当然に他人の事務となるもの（客観的他人の事務）、(イ) 自己の家屋の修繕のように性質上当然に自己の事務となるもの（客観的自己の事務）、(ウ) 家屋修繕

のための材料の購入のように性質上中性のもの(中性の事務)の3種に分類し、客観的他人の事務は事務管理が成立し、客観的自己の事務は事務管理が成立しないということでは一致している⁴⁶⁾。

嫁の老親に対する介護を嫁として夫の老親の世話をするのは当然であるとして、(イ)の客観的自己の事務とされるなら事務管理は成立しないことになってしまう。(ウ)の中性の事務について通説は、管理者が他人のためにする意思が合理的なものであり、かつ、ある程度外部から推断しうるもので管理するときは他人の事務(主観的他人の事務)となり、事務管理の目的となるとしている⁴⁷⁾。反対説は、管理者の意思のみによっては不十分であり、管理者の本人のためにする意思がなんらかの事実として外部に実現するか、または、本人の追認という他の事実と結合しなければ他人性を決定しえないから、管理者の意思によって主観的に決すべきでなく、その行為の事實的または法律的结果の帰属に基づいて客観的に決すべきであるとす⁴⁸⁾。嫁の老親への介護が中性の事務ととらえられるならば、長期の介護行為は周囲から見て誰の目からも明らかであり、通説、反対説のいずれからも客観的に介護行為は認められ事務管理は成立することになる。

窪田充見教授は非相続人の寄与を「農家・自営業型」と「介護・療養型」を重要な典型として挙げ、「これらはすでに相続人の寄与としてすら財産的な意味を有する寄与分として反映させることが承認されているのであるから、非相続人についてもそれを回復させることが必要であると考えられる。そうした実質的判断を踏まえて、さらに法律構成をすれば『農家・自営業型』は、基本的には組合契約に基づく残余財産分配請求権ないし雇用契約に基づく報配請求権(あるいはその類類適用)または、共有物分割によって処理すべきものと考えられる。一方、『介護・療養型』においては、事務管理による費用償還請求権として構成することが最も無理がないと考えられる。」⁴⁹⁾と述べられている。

嫁は老親の法律上の当然の扶養義務者でないから、嫁の老親への介護は、他人の事務の管理(夫の介護義務)を法律上の義務なくして、他人(夫)

のためにする意思でしたものであり、費用償還請求権は認められることになる。しかし、嫁の老親に対する介護労働を「客観的他人の事務」とするか、「客観的自己の事務」ととらえるか、あるいは「主観的他人の事務」と考えるかを論じた学説は見当たらない。

これに関する判例は、古いものだが、子の扶養義務者の母に代わって子の養育をした戸主に事務管理を認め⁵⁰⁾、後順位扶養義務者である母が先順位扶養義務者である父に代わって養育した場合には、母が子に対する愛情から養育したものであるとして事務管理を認めていない⁵¹⁾。は戸主の子に対する養育を「客観的他人の事務」として事務管理を認めているが、は母が子に対する愛情から養育したもので他人のためにする意思からでないとして、「客観的自己の事務」と判断して事務管理の成立を認めていない⁵²⁾。

事務管理の成立要件の「他人のためにする意思」は、心優しい嫁が自ら望んで老親を介護した場合、つまり法律上の当然の義務者である夫のためにする意思からでなく、自らの意思で老親の面倒を見たときには事務管理が認められず、嫁が老親の面倒を見たくなくても、夫が老親の面倒を見ないため、いやいやでも夫に代わって面倒を見た場合は、夫のためにする意思があったとして事務管理が認められ不合理なことになる。

このように、「他人のためにする意思」というのは主観的なもので、外からは伺い知ることができず、その意思の有無の判断はあやふやなものであって、それを見極めることは困難であり、それによって、事務管理の成立・不成立が左右されるため、嫁の介護労働が肯定的に評価されるとは限らない。

第2節 不当利得

不当利得とは、Aの損失によってBが利得しそのことが法的に正当化されない（法律上の原因なく）ことをいい、その状態を法的に平均する必要があることから設けられたものである。物が現存するときは物権的請求

権、故意過失のあるときは不法行為法、事務管理をともなうときは事務管理法によることも可能であるが、それらの要件のない場合に法的矯正を完うするために、不当利得の規定が設けられている⁵³⁾。その不当利得の要件を、通説判例は、一方における受けた利益の存在と他方における損失の存在および両者の間の因果関係の三者を、法律上の原因の不存在とらんで不当利得の要件とし、これらの要件によって、不当利得返還関係の当事者ととも返還すべき現存利得を確定しようとする⁵⁴⁾。

被相続人は嫁の介護を受けられなければ、他に介護してくれるヘルパーなり介護福祉士を雇い介護費用の支払いを要し、介護する嫁は被相続人の法律上の当然の扶養義務者でないので、被相続人は法律上の原因のない利得を得たことになる。嫁が職を持って収入を得ていた場合、老親の介護のため離職して収入を得ることができなくなれば、それが嫁の損失といえる。それでは、主婦として家にいて、外部から収入のなかった嫁が老親の介護をした場合にも損失があったといえるのだろうか。

判例は古いものしかないが、養女が養親を介護していたが養子縁組の無効が確定したため、養女に扶養義務が存在しないとして不当利得返還請求を認め⁵⁵⁾、逆に事実上の養子に扶養義務を認めて、事実上の養子が養親に提供した金は、事実上の縁組解消後も養親に不当利得返還義務は生じないとした⁵⁶⁾。

判例を検討すると、は養子に扶養義務なしとして養親には不当利得があるとし、は事実上の養子に扶養義務ありとして養親には不当利得なしとされている。すなわち、養子の扶養義務の有無によって不当利得の有無も判断され、扶養義務がなければ不当利得返還請求が認められ、扶養義務があれば不当利得返還請求は認められていない。上記判例の判旨「控訴人ノ勞務ハ之ヲ他ニ提供セハ当然報酬ヲ得ヘキ性質ノモノトナルコト極メテ明瞭ナルカ為メ控訴人ニ損失ヲ及ボシタルコトモ亦論ナシ」のとおり、嫁が介護時間に他で働けば利益を得られたのであるから、老親を介護した嫁にもともと外部から収入がなく直接に損失がなかったとしても、嫁は老

親の介護費用に相当する額を不当利得返還請求できる⁵⁷⁾。嫁の老親に対する介護労働と不当利得との関係を検討した学説は、内田貴教授が扶養義務者 X が扶養権利者 P を扶養していた場合に、家庭裁判所で他の扶養義務者 Y が先順位であると定められたときは、X も扶養義務者であるから、X は P から扶養料を不当利得として取り戻すことはできないが、先順位の扶養義務者 Y は扶養を免れることによって不当に利益を得たことになるから、X は Y に扶養料の返還を不当利得として請求できるとされている⁵⁸⁾。

したがって、嫁に夫の老親に対する扶養義務がなければ、不当利得返還請求が認められることになる。嫁は前述したごとく、夫の老親に対する法律上の当然の扶養義務者でなく、嫁には扶養義務は存在しないのであるから、嫁が特別な事情によって家庭裁判所から扶養を命じられたとき以外は、被相続人に対して嫁は不当利得返還請求権が認められる。なお、嫁が家庭裁判所から扶養を命じられた場合は、嫁は扶養義務者となり、他の扶養義務者に対して求償権を得て、介護に要した費用を他の扶養義務者に請求できることになる。しかし、実際に求償するとなると、他の扶養義務者との間で介護方法・期間等で揉めて、介護に実際に要した金額ももらえないことを生じることがある。

以上のように、事務管理・不当利得によって介護に要した費用の償還請求をすることは難しく、こうした処理は事後処理的な扱いであり、今現在苦勞している嫁をサポートする機能はない。そのことは 〇の判旨に如実に現れ、扶養料の償還請求を事務管理にも不当利得にもよりうるとしながら、愛情にもとづく子の養育は「他人の為め」という事務管理の要件を満たさず、不当利得の点については Y の扶養義務が依然として存在して Y がこれによって利得するところがなく、ただ扶養権利者が過去の扶養料を請求するを得ざるの結果履行を免れたにすぎないとして認めていない。判例も非常に古いものしか見当たらず、事務管理・不当利得によって嫁の介護労働に報いることは困難である。右近教授も、後順位扶養義務者または第三

者が扶養権利者に与えた扶養料を先順位扶養義務者または扶養義務者に求償する「立替扶養料の求償」は、不当利得法理または事務管理の法理が最もよく機能する領域と考えられていたが、今日ではそれらの法理が機能する余地は少ないとされている⁵⁹⁾。

経済的給付としての扶養料の求償でさえ、上記のような判断がなされているのだから、客観的な評価の困難な介護労働については、なおのこと事務管理・不当利得で報いることは難しいといえよう。

第4章 契約による方法

以上のように、これまで検討してきた法理にはそれぞれ問題点があった。これを解決しようと思えば契約によるしかないと考えられる。そこで嫁の老親への介護にどのように契約で報いることができるか検討する。

第1節 家族経営協定

まず、農業経営に関する家族経営協定を検討する。現在の法制度の中で、唯一、高齢者の介護・扶養を契約(協定)にとりこんでいるものだからである。

家族経営協定の前身は、1960年代農業労働力の流出が増大するなか、農村部で「後継者と嫁さんのただ働き解消運動」が起こり⁶⁰⁾、アメリカの父子協定をモデルに農業後継者対策の核として推進が図られたのが家族協定である⁶¹⁾。しかし、この家族協定は全国的に普及・定着せず衰退した。家族協定と家族経営協定を比較すると、家族農業経営の合理化の面において共通するが、家族経営協定が経営を構成する個人すべての主体性を認めること、経営体の確立を重視している点において質的な違いを示している。このことは、家族協定の退潮の中で畜産や商業作物経営において存続した家族協定の多くが、協定の当事者を経営主と後継者から経営主夫婦と後継者夫婦へと発展させ、女性も含む経営体を構成する方向をたどっているこ

とが背景になっている。これは、家族農業経営再編の方向を指し示すものであったと考えられる。その問題の中心は女性の経営への主体的参画を推進する点にある⁶²⁾。

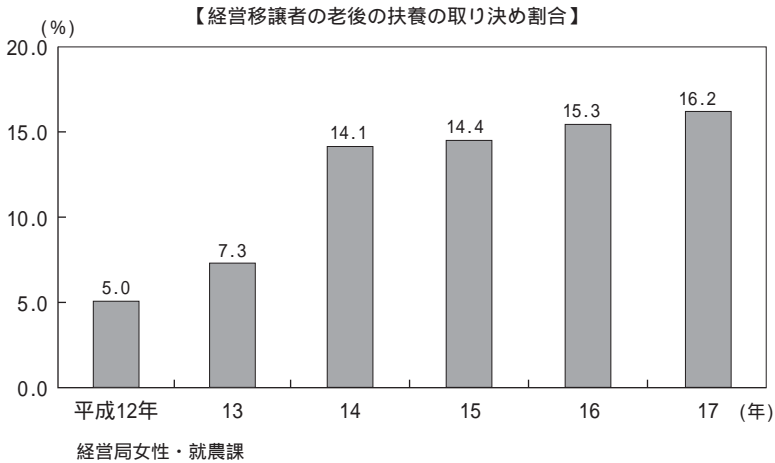
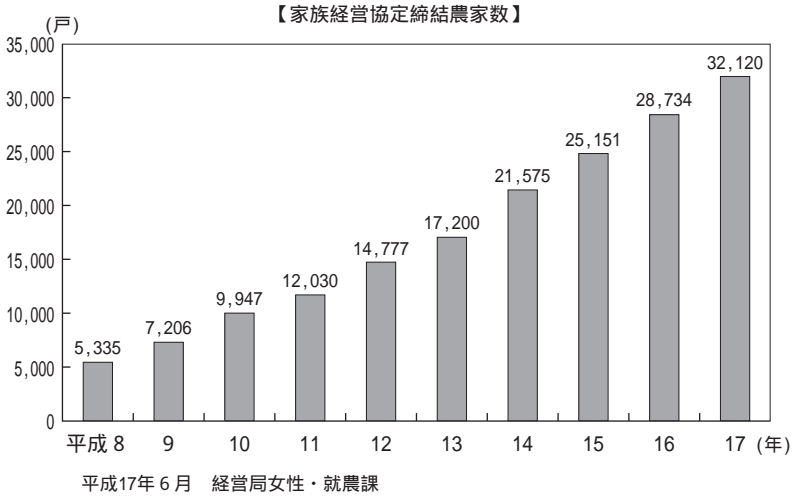
平成4年（1992年）農林水産省から「新しい食料・農業・農村政策の方向」が公表されたのを契機に「家族協定農業」から「家族経営協定」の必要性がいわれ、1995年2月7日に農林水産省は「家族経営協定の普及推進による家族農業経営の近代化について」の通達（構造改善局長，養蚕園芸局長連名）を示し、パートナーシップ型の家族経営協定の普及に乗り出した⁶³⁾。そして、農業者年金基金法の改正（1995・6・7法第103号）により、1996年4月1日から農地の権利名義を持たない女性農業者の農業者年金への加入要件の1つとして、家族経営協定が位置づけられた⁶⁴⁾。

具体的には、家族経営が中心の日本の農業を魅力ある職業とし、男女を問わず意欲をもって取り組めるように、家族一人一人の役割と責任を文書にして取り決め、市町村長，農業委員会など第三者立ち会いの下で調印を行うのが「家族経営協定」である。通達で協定の内容に盛り込まれることが適当と考えられている事項は、目的，経営計画の策定，経営の役割分担，収益分配，就業条件，将来の経営移譲，その他（ここに経営者夫婦の引退後の扶養方法を記載する）である。

農林水産省の「農業構造動態調査」による平成14年の総農家数の3,028,000戸に対して、農林水産省経営局女性・就農課による同年の家族経営協定締結農家戸数は21,575戸（0.71%）であり、図（次頁）のとおり増加をつづけ平成17年には32,120戸になっている。

平成17年の家族経営協定締結農家のうち、移譲者の老後の扶養（居住・生活・介護等）の取り決めを行っているのは16.2パーセントで、図（次頁）のごとくこの割合も年々増加している。

ただ、増加しているというものの、日本の農家数全体からみれば、平成14年に家族経営協定を締結している農家が0.7%で、そのうち扶養の取り決めを行っているのが14.1%であるから、扶養の取り決めを行っている農



家の割合は全農家数の0.1%にすぎず、農家の家族全体の嫁の老親への介護に報いることに対する意識改革が必要である。

嫁の介護に報いる方法の契約として、現在日本で実行されているのは、家族経営協定のみであり、農家だけでなく商業、漁業、林業などの自営業

については、農業と同じく家族による経営をしている場合には、同様の協定を結ぶことが考えられる。扶養・介護だけを取り決めるのではなく、今後の事業後継者と現経営全体と経営に関する総合的な判断の中の一部とすることで、扶養に関して契約を結ぶことへの抵抗感を弱めることができる。その他の一般家庭も嫁の労苦に報いるのに介護契約をもってするのがもっとも確かであり、家族経営協定を参考に、被相続人の資産を用いて嫁の介護労働に対価を支払う介護契約を結ぶことが望まれる⁶⁵⁾。

利谷信義教授は、高齢者が扶養してくれると期待する人に財産を贈与することがよく見られるが、その扶養の内容について、特別の取決めをすることは通常なく、そのため紛争が起こった例が少なくないとして、贈与に伴う扶養の分担を暗黙の了解でなく、明示の了解にして紛争を予防した方が賢明であり、自営業者はもちろん、サラリーマン家庭においても、家族経営協定に学んで扶養の内容を明示し、それが実施されなかったときの対策も取り決めておくことを提案されている⁶⁶⁾。

第2節 介護契約

家族経営協定とは異なり、経営や事業用資産の譲渡と扶養を関連させることができない雇用者世帯では、介護契約を嫁と被相続人との間で、または、介護委託契約を嫁と相続人との間で締結することが考えられる。まず、その契約内容について検討する。

その対価は、介護費用の評価方法を介護福祉士の報酬に準じる内容として、介護の種類、程度、期間から合理的に算出した労務対価額（給与相当額）から介護期間における生計費相当額を控除した額とする。具体的には、統計京都⁶⁷⁾によると5人以上の事業所において、福祉関係の女性の2005年8月における給与総額は257,529円で、総実労働時間139.7時間で割ると1時間当たり給与は1,843円になる。したがって、嫁の1日のうち介護に要する時間を4時間とすると嫁の介護日当は1日当たり7,372円となり、月30日とすれば月額221,160円になる。これに嫁の老親に対する介護月数を

掛けて介護費用が求められる。他人が介護を代わってくれば介護費用は減ずることになり、長時間の介護を要したり深夜の介護が必要になれば加算される。さらに介護の必要のために仕事を辞めた場合は、「仕事を継続していたら得ていたであろう利益」を勘案して上乘せし、介護保険等による給付を受けた場合はその額を減額する。

次に契約の当事者を検討する。介護契約が嫁と被相続人間で結ばれた場合は、直接の当事者間の契約であり、被相続人の望む介護方法をとることができる。ただ、被相続人の判断能力が衰えてからの契約になると、被相続人の意思を契約に反映させることは難しく、被相続人の意思を主張できる間に契約を締結することが望まれる。しかし、被相続人の意思が反映された契約であっても、それを公正証書など証明力のある文書としていなければ、被相続人の死亡後に嫁が介護費用を請求し相続人から異議が出ることも考えられる。すでに、死亡している被相続人の意思を確認することは不可能であり、嫁と相続人間の紛争は避けられず、嫁と被相続人間の契約では嫁の労苦に報いることは難しいことも考えられる。

これに対して、嫁と相続人が介護委託契約を締結すると構成すれば、被相続人の要望を取り入れることに気をつければ、費用的にも相続人にとって納得できる契約になり、介護費用を嫁が相続人に請求した場合にも問題は生じない。注意しなければならないのは、相続人が費用の増大を恐れて、被相続人の希望する介護を契約に取り入れられない場合に、嫁としては被相続人の望む介護をしないわけにはいかず、その介護労働が嫁のボランティアとしてのただ働きになってしまうことである。

いずれにしても嫁の労苦に報いるために、嫁と被相続人の介護契約、または嫁と相続人の介護委託契約は詳細かつ具体的にしておくことが望まれる。老親扶養を有償化するものであるとする反対論も根強いが、老親が無資力なら致し方ないとしても、資力がある場合は老親と嫁は成年者同士の関係に立つのであるから、嫁の扶養のコストを資力のある老親が負担することは当然と思われる。家族経営協定では扶養と経営が対価的な意味を

もっている。介護においても無償でそれを強制することは現実的でなく、それは雇用者世帯でも事情は同じである。嫁としては介護契約あるいは介護委託契約をしていないからといって、同居している老親を介護しないで放っておくわけにはいかないのだから、法律家が契約のヒナ型を作るなど、被相続人や相続人と嫁が契約の内容を理解して契約を結び、現在の契約社会においても規律することができ、社会的慣行として育つように後押しすることが望まれる。また、行政においても、嫁の介護によって公的扶助の負担が軽減されているのであるから、介護契約や介護委託契約の普及の援助や啓蒙活動をする必要がある。

第3節 契約の擬制 フランス法との関連で

嫁の老親への介護について嫁が困っている老親を見捨てておけず、自ら進んで介護した場合には、嫁の親切心から出た行動は、契約がなければボランティアになってしまうのだろうか。いかに老親が身体も動かさず不自由で困っていても、被相続人が相続人から「介護してくれ」「介護してやってくれ」と契約の意思を示されるまで放っておいていいのだろうか。そうでないとすれば、どのような状態であれば介護契約または介護委託契約の成立を擬制することができるのかを検討する。

契約を擬制できる前提として、当事者に契約の意思があると見られる客観的な事情（状況）があり、契約の意思があると認めることについて社会的にも妥当だとされるような事情が必要である。嫁が同居している老親を無償で介護しているときは、客観的に外部から見てもその状態は確認できる。重篤な状態にある老親の介護の場合、本来は専門性が求められる介護サービス等の専門家に委ねるべきであり、当然有償契約が前提となる。したがって、重篤な老親を嫁が介護している場合には、有償性を放棄したと認められるような特別の事情がない限り、有償契約の成立を認定してよいと考えられる。また、老親が軽症の場合でも、介護、面倒見が継続して長期化し日常的になれば、無償のボランティアで対応することは不

可能であり、一日中つきっきりで介護、面倒見をすることのできる家族に委ねられることになり、やはり有償契約の成立が認められるように思われる。

ところでフランスにおいて日本の寄与分類の制度がある。日本の寄与分立法化の際に参考にされた制度の一つで「延べ払い賃金制度」である⁶⁸⁾。この制度は卑属が両親の存命中報酬を受けることなく、農耕に従事した場合には「遅延給与契約」をしたとみなされ、その賃金を遺産から先取する債権の権利が与えられる。この債権の請求権者は死亡した農業経営者の卑属およびその配偶者であり、既婚の卑属がその尊属より先に死亡しても、卑属の配偶者はこの権利を奪われない。卑属が先取しうる金額は住み込み食事つき農耕労働者年収の半額で、経営への参加年数を乗じて算出されるが10年を限度とされる。

立法による解決であるが、この法的根拠として労働契約の存在が擬制されていることに注目したい。契約の擬制は当事者の意思がどうであったかよりも、その客観的な事情から意思を推測するものであり、多用されてはならない。しかし、社会的慣行やモラルのため無償労働を強いられる者の不利益を救済するためには、こうした方法を用いる必要がある。こうした契約の成立が擬制されることがつみ重なると、やがては明示的な契約を結ぶことへつながる可能性がある。したがって、契約の擬制を否定的にとらえるべきではないと考える。

お わ り に

日本では、卑属の配偶者(嫁)の相続は血縁を重視する国民性から認められず、配偶者の代襲相続権も戦後の民法改正時から強く要望されてきているが、未だに実現していない。中国相続法のごとく先死配偶者の親を扶養し続けた生存配偶者は第一順位の相続人になる⁶⁹⁾、あるいは、韓国相続法のように生存配偶者に代襲相続権を認めること⁷⁰⁾は考慮されていない。

寄与分立法時の衆議員法務委員会で、政府委員は「根本的には配偶者の代襲相続権を認めれば全てが解決される」と述べながら、条件を合理的に定めることと除外例を定めることが困難であることを代襲相続が認められない理由とし、「将来の研究課題とさせていただきます⁷¹⁾」といっているが、解決されない問題でもなく、とくに嫁が老親を介護しているときは外部から見てもその状況はよく分かり、総合的・客観的に判断して嫁に老親の介護が認められる場合は、嫁に代襲相続権を認め寄与分が得られる立法もありうる。しかし、そのような動きがあるようにも見えず、上記の発言は単なるリップサービスだったのではないかと疑われる。

今の日本では介護はかつてのように「献身」ではなく「負担」と捉えられ始めている。その負担を多く引き受ける者がいる場合の不公平を是正する必要がある。そのために、前述のように相続法・扶養法・事務管理・不当利得による方法を検討してきたが限界があった。そこで、実質的公平を図るために負担した者の公平な回収の方法として、意思的・契約的に処理することを提起したい。介護契約の場合は、過去の負担分は、介護契約からの報酬債権として遺産が当然に負担すべき相続債務となる。介護委託契約の場合は、相続人固有の債務となる。このように考えれば、嫁による介護の性格づけや評価についても特別な問題を生ぜず、具体的な介護・面倒見とその費用負担の引き受けを統一して考えられる。つまり、嫁による介護も家族による介護も、第三者が行う場合に準じて有償契約として考えるのである。

これまで、嫁の老親介護は受情、道徳、習俗などによって自発的に行われてきたが、家族それぞれの独立化・自立化が進み、家族間の権利義務意識が家族の非合理的・情緒的結合から抜け出しつつある。したがって、これからは嫁と被相続人との介護契約や、嫁と相続人との介護委託契約によって処理される可能性も出てくる。嫁が老親介護をするときにも、介護契約や介護委託契約を締結しておかないと正当な評価を受けられないことを前提に、問題の所在を関係当事者全員で話し合って各自の負担額を明確

化して、よりよい解決方法を全員で考え合意のうえ契約することが望まれる。親の介護は長男が引き受けて実際の面倒は長男の嫁が看るといふ、男は引き受けるだけで女が実際の介護をするという性別による役割分担で物事を決めるのではなく、介護の主体となる嫁を中心に全員の公平を考え役割を定め、嫁のみが介護するのではなく、介護サービスを利用しながら、夫の協力、子らの手伝い、老親の子である夫の兄弟姉妹が交替で介護する等の契約の内容を定めることも考えられる。各家庭において老親介護を契約に基づいて行うことが定着するようになれば、社会全体が古い道徳観念や因習から脱却し、紛争をも予防することができ、将来の老親の家庭介護の在り方が見えてくるのではないだろうか。

かつて、日本の農家の家族協定は女性を対象に入れていなかったことから衰退したが、家族経営協定が女性の参加を得ることによって協定を結ぶ農家数が増加したように、老親介護についても女性を中心に性差に基づく役割分担を乗り越えて、全員で話し合うことが不可欠であり、話し合いの結果を契約であらわすことによって、嫁の介護に報いることについても明るい展望が開けることが期待される。

- 1) 最高裁判所事務総局「民法改正に関する国会関係資料」家庭裁判資料34号(1953年)194・195頁。
- 2) 前掲注(1)270頁。
- 3) 前掲注(1)270頁。
- 4) 我妻 榮『改正親族・相続法解説』(日本評論社1949年)171・172頁。
- 5) 中川善之助編『注解相続法』(法文社1951年)53頁[山島正男]。山島正男教授は、農家の嫁(特に長男の嫁)が将来家婦の地位が対価として与えられることを夢みて雇人的労働に従事していても、長男が父より先に死亡すると、父の財産は「一文も廻ってこない」ことになり、子のない場合は惨めな状態に陥る。この「嫁に代襲相続権を認めてその救済を図ってやることは考慮の余地がある」と述べられている。
- 6) 小石壽夫発言(「座談会民法一部改正をめぐる」)民法雑誌46巻1号(1960年)55頁)。
- 7) 加藤一郎「民法の一部改正の解説(二)」ジュリスト250号(1962年)38頁。
- 8) 昭55・3・18,昭55・4・4「第91回国会衆議院法務委員会議録(抄)(一)」家裁月報32巻10号(1980年)166頁。
- 9) 前掲注(8)168頁。外国の立法例はないとされるが韓国相続法においては妻に代襲相続が認められており、1990年の第7次改正で夫にも代襲相続が認められた。

- 10) 民事局参事官室「相続に関する民法改正要綱試案の説明」ジュリスト699号（1979年）46頁。
- 11) 泉 久雄「相続人・相続分等に関する中間報告について」ジュリスト596号（1975年）16頁。嫁の代襲相続について、中国相続法では先死配偶者の死後も、その親を扶養しつづけた者は第一順位の相続人になり、韓国相続法においては被相続人の直系卑属または兄弟姉妹が、死亡または欠格したときその配偶者は代襲相続人となる。韓国法のように無条件に代襲相続を認めると「笑う相続人」を生じる等不都合があり、舅・姑との同居、扶養とか婚姻期間等一定の条件の考慮が必要である。中国法が扶養を重視して、被相続人と相続人の感情的繋がりを大切にしているのは嫁の労苦に報いるのに妥当と考えられる。
- 12) 民事局参事官室・前掲注(10)46頁。
- 13) 第91回国会衆議員法務委員会において、飯田委員は長男死亡後も婚家のために働いた嫁のように、家業に寄与した嫁とか婿に寄与分を認めるべきでないのが質問し、また、金子委員も内縁の妻、事実上の養子、嫁あるいは相続人でない兄弟姉妹のように相続人対象から外されている人を寄与対象と考えられないか質問している。
- 14) 昭55・4・15「第91回国会衆議院法務委員会議録（抄）（四）」家裁月報33巻3号（1981年）147頁。
- 15) 鍛冶千鶴子発言（昭55・4・8「第91回国会衆議院法務委員会議録〔抄〕（二）」家裁月報33巻1号〔1981年〕161頁）。
- 16) 鯉淵鉦子発言（前掲注〔15〕152・163頁）。鯉淵鉦子財団法人全国未亡人団体協議会事務局長は、夫と暮らしたのは1年足らず夫の方の名前を名乗って40年になり、夫の親を看病しきょうだいまで看病している。しかし、「あなた達は相続人の範囲になりませんよ」と言われるので妻の代襲権を認めてほしい。我妻栄・中川善之助・田辺繁子先生それから宮城タマヨ先生をお願いしたが、「遺言を書けばいいじゃないか」、「養子縁組すればいいじゃないか」とおっしゃるが、やはり血を分けた我が子ほどかわいい者はないということで、そういうことは絶対できるものでないとして妻の代襲相続権を要望し、それがなければ寄与分権者になれないと述べている。
- 17) 神戸家豊岡支審平4（1992）・12・28家月46巻7号57頁。
- 18) 東京家審平12（2000）・3・8家月52巻8号35頁。
- 19) 東京高決平1（1989）・12・28家月42巻8号45頁。
- 20) 千葉家木更津支審昭57（1982）・12・24家月42巻8号53頁。
- 21) 盛岡家一関支審平4（1992）・10・6家月46巻1号123頁。
- 22) 岩井 俊「寄与分」『家族法判例百選〔第五版〕』（別冊ジュリスト133号1995年）155頁。
- 23) 法務省民事局参事官室編『新しい相続制度の解説』（金融財政事情研究会1981年）287頁。
- 24) 猪瀬慎一郎判事も共同相続人間の衡平を図る見地から積極説である（猪瀬慎一郎「寄与分に関する解釈運用上の諸問題」家裁月報33巻10号11頁）。また、山口純夫教授も上記参事官室の見解を援用して積極説である（山口純夫「寄与分の承継」判例タイムズ663号1988年18頁）。有地享教授は被代襲者の相続分の中に寄与分が一体化して含まれているとして積極説である（谷口知平・久貴忠彦編『新版注釈民法（27）相続（2）』262頁〔有地享〕）。

- 25) 佐藤義彦「寄与分の実体的要件をめぐる若干の問題」判例タイムズ663号(1988年)12頁。
- 26) 二宮周平『家族法(第2版)』(新世社2005年)357頁。
- 27) 辻朗「申立人の妻による被相続人に対する療養看護と寄与分」判例タイムズ871号(1995年)75頁。辻朗「寄与分にあられた寄与分の法的性質と要件」判例タイムズ663号(1988年)5~11頁参照。辻朗「寄与分」家族 社会と法 7号(1991年)34~56頁参照。
- 28) 養料義務負担者は第一卑属親,第二尊属親,第三兄弟姉妹,第四伯叔父母甥姪,第五卑属の姻族,第六尊属の姻族で,養料を受くべき者の順序も同じである(30条)。
- 29) 再調査案に対して法律取調委員尾崎三良は、「今草案ノ人事論ヲ見ルニ往々我習慣風俗ニ反シ,故ラニ外国ノ法律ニ模放シテ,我国ニ適用スベカラザルモノアリ,又泰西ノ法律ニ模放セザルモ,実行スベカラザルモノアリ」として5カ条の意見書を提出し,その第一は「養老ノ義務ヲ規定シ,父子兄弟ノ間ニ権利ノ争訟ヲ誘導スルコト」であり,「大ニ我風俗習慣ニ反スルモノ非ズヤ」としている(石井良助「明治民法施行前の扶養法」『家族問題と家族法 扶養』[酒井書店 1963年]120頁)。
- 30) 富井政章発言(法務大臣官房司法法制調査部『日本近代立法資料叢書6 法典調査会民法議事速記録六』[商事法務研究会 1984年]789頁)。
- 31) 野上久幸『コンメンタール叢書 親族法』(三省堂 1928年)590頁。
- 32) 野上・前掲注(31)587頁。
- 33) 穂積重遠『親族法』(岩波書店 1933年)707頁。
- 34) 梅謙次郎『民法要義卷之四親族編復刻版』(有斐閣 1984年)[原書 法政大学・中外出版社・有斐閣書房 1899年]528・529頁。
- 35) 3親等内の親族というのは,直系姻族,2親等および3親等の傍系姻族,3親等の血族である。血族としては叔父母および甥姪のみ,姻族としては1親等から3親等まで含まれるので,嫁と舅姑,継親子,義兄弟,義姉妹,配偶者の伯叔父母および甥姪も対象になる。配偶者の一方が死亡し,生存配偶者が姻族関係を絶つ意思表示をすれば,姻族関係は終了し,潜在的扶養義務も消滅し,また,審判によって現実を負うた扶養義務も,本条3項の取消をまつまでもなく消滅する。於保不二雄編『注釈民法(23) 親族(4)』(有斐閣 1969年)392頁[明山和夫]
- 36) 昭22・9・18参議院司法委員会 家庭裁判資料第34号『民法改正に関する国会関係資料』(最高裁判所事務総局 1953年)502頁。
- 37) 我妻・前掲注(4)142~144頁。
- 38) 扶養の具体例として42年前の例(福島家審昭39[1964]・10・23家月17卷1号116頁)ではあるが,老母Xに三男二女の子供があり長男Yが家業(農業)を継いだので,Xは夫と死別後Yと同居していた。Yから辛くあたられるのでXは家を出て酒店に住み込みで働いていたが,老齢で働けなくなったので次男Zに引き取ってもらい,Yから米・味噌の供給と生活を受けたいと申立をした。裁判所は「余生いくばくもない申立人の希望にそうよう配慮するのが至当であり」とXの申立に沿う審判をした。裁判所でさえも老親が希望すれば子は面倒を見るのが至当と考えていた。こうした考え方は今日でも,いわゆる社会規範として子(特に長男実質はその嫁)は老親の面倒を見るのが世間一般の常識と

なっている。

- 39) 内田 貴『民法 補訂版 親族・相続』（東京大学出版会 2004年）298頁。
- 40) 山脇貞司「高齢者介護と扶養法理」石川恒夫他編『高齢者介護と家族 民法と社会保障法の接点』（信山社 1997年）97頁。
- 41) 山脇貞司「生活保持義務と生活扶助義務の関係」ジュリスト増刊 加藤一郎・米倉 明編『民法の争点（総則・物権・親族・相続）』（有斐閣 1985年）225頁。
- 42) 山脇・前掲注(40)94頁。
- 43) 山脇・前掲注(40)83～86頁。山脇貞司教授は、いかに多くの嫁がその任にあたっているかを述べられ、女性がその職場進出から仕事か介護かの選択を迫られ、両立を志向すべきか、はたまた、仕事を断念すべきかの苦悩の中で介護に迫られているとされ、また、介護代替者のいない介護者の不安を考えると、家庭介護をサポートする諸制度の整備が望まれるとされている。
- 44) 山脇・前掲注(40)84・85頁。
- 45) 篠塚昭次・前田達明編『新・判例コンメンタール民法8 契約(3)、事務管理、不当利得』（三省堂 1992年）239～246頁〔浜田 稔〕
- 46) 浜田・前掲注(45)240頁。
- 47) 我妻 榮『債権各論下』（岩波書店 1972年）904頁。四宮和夫教授も、事務管理は利他的行為の優遇という立場に立つ制度であるから、管理者の意思を重んじる必要があり、通説に従うのが穏当であろうといわれている（四宮和夫『事務管理・不当利得（事務管理・不当利得・不法行為上巻）《現代法律学全集10》』（青林書院 1995年）16頁）。田中整爾教授も、損失を利得とともに不当利得の成立要件とすることには批判が多いとされている（『注釈民法(18) 債権(9) 事務管理・不当利得』（有斐閣 1976年）447頁〔田中整爾〕）。
- 48) 石田文次郎『債権各論』（早稲田大学出版部 1947年）224頁。
- 49) 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 272・273頁。
- 50) 大判昭3(1928)・1・30民集7巻上12頁。Xの養女YがX方で「私生子」Aを分娩し、AをX方においてYは実母方に帰ったので、Xは先順位扶養義務者Yのための事務管理として哺育費・療養費の返還を求めた。Yは認知していないことをもって親子関係を生ぜず扶養義務はないと主張したのに対して、XはYの「私生子」としての届出が出ているから、YとAは親子関係がありYはAの先順位の扶養義務者であると主張した。原審はYがAを認知していないことを以て、YとAは親子関係を生ぜず扶養義務もないとしてXの請求を排斥した。しかし、大審院はYがAを分娩した以上YはAの直系卑属として扶養義務を負うと判示した。
- 51) 大判大5(1916)・2・29民録22輯172頁。X(妻)はY(夫)と離婚して実家に奇偶し、Xを慕う三女、四女を連れて行って養育した。XはYが先順位の扶養義務であり、Xが法律上の扶養義務なくして養育したとして養育費の償還を請求した。控訴院は事務管理にも不当利得にもあたるとしながら、後順位扶養義務者が先順位扶養義務者にする意思からでなく、子に対する愛情で扶養したときは事務管理は成立せず、不当利得もYの扶養義務は依然として存在し何等利得する所はないと認めなかった。

- 52) 四宮和夫『事務管理・不当利得(事務管理・不当利得・不法行為上巻)』《現代法律学全集10》(青林書院1981年)19頁。四宮和夫教授は、この判決を「愛情を持って扶養したゆえをもって、事務管理の成立を否定した判決があるが、この理論は、特別の事情がない限り、認めるべきではあるまい」と述べられている。谷口知平教授もこの判決を、子の愛情の満足に利得の法律上の原因があり、不当性を欠くと解すべしとされるとともに、「親が子を養育した場合は勿論、子が親を扶養したとき更に縁者が扶養した場合でも、苟も先順位義務者が放置して顧みぬときに扶養したのである限り隣憫の情を以て扶養したものと謂ひ得、強弱の差こそあれ自己の愛情の満足のために為されたと謂ひ得るであろうから、殆ど常に求償は拒否せられることになる」と批判された。しかし、大審院も下級審もこの批判に応えることはなかったが、ようやく最高裁が旧法下の事案において「現に扶養をしている扶養義務者の意に反して扶養権者を引き取って扶養したという事実だけでは、引き取った他の扶養義務者が自己のみで扶養費用を負担すべきものとすることはできない」旨を判示して(最判昭26〔1951〕・2・13民集5巻3号47頁)、初めて谷口教授の批判に応えた(谷口知平編『注釈民法(18)債権(9)事務管理・不当利得』〔有斐閣1976年〕498頁〔右近健男〕)。
- 53) 篠塚昭次・前田達明編『新・判例コンメンタール民法8 契約(3)、事務管理、不当利得』(三省堂1992年)257頁〔前田達明〕。
- 54) 前田・前掲注(53)259頁。
- 55) 東京高判大8(1919)・11・6法律評論8巻民法1264頁。XはYの養子となりYと同居してYの看護に従事し労務を提供していたが、Yの実父が提起した養子縁組無効確認訴訟によって養子縁組は無効と確定した。控訴院はXの労務を「控訴人ノ労務八之ヲ他ニ提供セハ当然報酬ヲ得ヘキ性質ノモノトナルコト極メテ明瞭ナルカガメ控訴人ニ損失ヲ及ボシタルコトモ亦論ナシ」とし、Xに損失を及ぼしたとして不当利得を認めた。
- 56) 福岡高判昭31(1956)・4・13高民集9巻3号206頁。XはA夫婦の事実上の養子として同居していたが、Xは未成年者であり家庭裁判所の養子縁組の許可は得ていなかった。Xは出漁して得た収入をAに生活費として交付したのを、養子縁組の要件を具備していないから扶養義務がなかったとして、事実上の養子縁組解消後に不当利得返還請求をした。高裁は「内縁の養親子は民法877条1項の規定に準じて相互に扶養の義務がある」として、XはAに対して扶養義務があることを認め、Xは交付金員の不当利得返還請求権を有しないとした。
- 57) 内田 貴『債権各論』(東京大学出版会1997年)527頁。内田教授は土地を勝手に使用して駐車場として利用した場合に、使用した側には利得があるが使用された側に土地を使用する予定がなかったのであれば、損失がなかったとしてよいかという問題で、「通常の土地使用料相当額」を不当利得返還請求でき損失という要件は不要とされている。
- 58) 内田・前掲注(57)533・534頁。
- 59) 谷口知平編『注釈民法(18)債権(9)事務管理・不当利得』(有斐閣1976年)493頁〔右近健男〕。
- 60) 宮崎俊行「日本の農家の家族経営協定の今後の課題」農政調査時報489号(全国農業会議所1997年)3頁。

- 61) 川手督也「家族経営協定」日本の農業 あすへの歩み 206号（農政調査委員会 1998年）7頁。当時は協定の当事者が経営主と後継者に限られていたこともあり、父子契約や親子協定と呼ばれることが多かった。
- 62) 利谷信義「家族経営協定の理論的課題」農業法研究30（日本農業法学会 1995年）56～58頁。利谷信義教授も「初めのうち、私は、家族農業経営の世代的再生産の危機が跡継ぎの確保の困難によって引き起こされたことから、経営主から跡継ぎへの経営承継を媒介するものとして家族協定を分析したが、現在では、家族協定が家族農業経営の経営体としての確立に寄与することを重視している。そのことを明示するために、私は家族経営協定と名称を変更することを提案した。」と述べられている。
- 63) 淡路和則「農業経営の継承と経営者能力」柳村俊介編『現代日本農業の継承問題』（日本経済評論社 2003年）59、60頁。
- 64) 川手・前掲注(61) 3頁。また杉山教授は、農業者年金への女性の加入と家族経営協定のセット化は、日本の家族農業に歴史的な転換をもたらし、これまでの父子間の世代交代と相続重視に象徴される直系家族主義農政から、夫婦のパートナーシップを前面に出して、夫婦を中心とした生活を重視する核家族主義農政にシフトすることを意味するとされる（杉山直人「家族経営協定にみる家族モデルの転換」北星論集34号〔1997年〕3頁）。
- 65) 家族経営協定は農業経営に關しての協定であり、その中で将来の扶養・介護について取り決めることを可能にしている。こうした契約類型とは別に、農業用の資産の譲渡契約を結ぶ中で、将来の扶養・介護について取り決める方法としてドイツに農場譲渡契約という制度がある。
- その要件は、農場は原則として一人の農場承継人に譲与しなければならない。承継人の選択は所有者の自由であり承継人は直系卑属に限られないが一定の制限がある。譲渡契約の締結は裁判上もしくは公正証書によることが必要であるが、子が長年農場の仕事に従事している場合には、黙示の譲渡契約（もしくは予約）があったとし、法的拘束を認めるのが判例である。譲渡契約について農業裁判所の許可が必要である。
- 農場譲渡契約の契約の内容の第一は後継者とそれ以外の共同相続人との間の相続関係の調整で、第二は後継者への農業資産の譲渡であり、第三が経営主夫婦が受ける扶養の内容で、詳細かつ具体的であり金銭的給付、現物給付、サービスの供与に大別されている。
- 66) 利谷信義『家族の法〔第2版〕』（有斐閣 2005年）204、206、208頁。
- 67) 京都府総務部統計課・京都府統計協会『統計京都』398号（2005年）12、13頁。
- 68) 農業経営の細分化および共有財産の競売を避ける目的で、農業会議所の意見に基づいて1938年立法部に取り上げられ立法的解決が図られたものである。
- 69) 中国相続法12条に定められ、配偶者に代襲相続権を認めるより保護が厚く、かつ、父母に孝養を尽くしたという妥当性がある。私的扶養の促進という社会的要請から、高齢者の老後生活の保障、権利義務一致の原則からくと共に一人っ子政策の貫徹にも有利とされる。（加藤美穂子「中国相続法」『講座・現代家族法第5巻遺産分割』（日本評論社 1992年）322頁）
- 70) 韓国相続法1003条に定められ、先死配偶者に法定の事故がなければ、生存配偶者は当然その財産を継受する期待をもつから、生存配偶者を保護すべきとする公平の原理に立脚し、

財産相続における代襲相続は、一定の者について生存権の保障を考慮しなければならない点に存在理由があるとされる。(金容漢『韓国・親族相続法』〔日本加除出版 1988年〕277 . 278頁)。

- 71) 貞家政府委員発言(「第91回国会衆議員法務委員会会議録(抄) (五)」家裁月報33巻4号〔1981年〕170 . 171頁)。