

〈研究ノート〉

相続法をめぐる風景の断面 —高齢者介護の寄与分認定の閉塞感を考える—

渡辺 義弘

1. 本稿の姿勢

本稿は研究ノートである。論文と研究ノートとの違いは、制限字数の相違のみではない。たまたま読んだ松本清張氏の小説『火の路(下)』(文春文庫、2009年)の巻末「解説」に、森浩一教授が「論文にはそれなりの慣習的な構成がある。研究ノートはきちんとした構成によらず、頭に浮かぶことをこれでもかこれでもかと詰めこむ」と述べられていた。

本稿は現代相続法実務について焦点の一つになっている高齢者介護の「寄与分」(民法904条の2)につき、筆者の弁護士実務体験を踏まえて論ずるものである。

民法904条の2に所定の「療養看護」には、被相続人の「介護」を含むのが当然の目的論的解釈である⁽¹⁾。心身の機能障害を疾病と同義に解しなければ、寄与分制度は生きない。むしろ、現代では、「療養介護」と表現する方が時代の要請にマッチしている。本稿では特段の区別を要する場合のほか、「療養介護」の表現を用いる。

2. 本稿の問題提起——切り捨ての論理か、プラス思考の論理か——

既発表の拙稿⁽²⁾を読んだ社会保障裁判で全国的に活躍中の、ある弁護士が、「ほとんどの遺産分割事件でこれが問題点となるのに、裁判実務が観念的制度的に硬直していて、現実を不合理な刀で切り捨てている」と論評した。まさにここが問題である。

今どき、介護保険サービスを利用しない方が珍しい。40歳以上の国民は何のために高額

の保険料を納めているのか。権利意識の高揚は当然である。

寄与分制度が制定された1980年当時から既に41年以上経過している。にもかかわらず家庭裁判所(以下、家裁という)の実務は、立法当時の扶養義務意識を前提とした療養介護の寄与分評価から抜け出せないでいる。

2018年の民法改正による、特別寄与料条項(民法1050条)の追加は、相続人の寄与に報いるシステムの定めではない。

今、解釈論の変更が求められているのではないだろうか。また、療養介護に寄与した相続人の要求を支持する実務法曹の側から、現状の閉塞感を打ち破る何らかの提言が必要ではなかろうか。それは、「切り捨ての論理」から「非定型を含むプラス思考の論理」への発想の転換である。本稿のテーマとして考察したい。

3. 寄与分紛争の現実は、時代の変遷を反映している。

(1) 紛争の現実

被相続人の属性が遺産の十分ある富裕層、逆に遺産のない貧困層では、寄与分の評価をめぐって紛争にはならない。ある程度の遺産のある中間層の場合に紛争化する。

私有財産制度を前提にする限り、被相続人の意思による積極財産の生前処分、遺言による死後の処分の自由がある⁽³⁾。これに対し、その時代の社会規範による制約の反映として遺留分制度がある。

配偶者に先立たれ、生活扶助の限度での扶養義務しか負担しない複数の子がいる高齢の

被相続人は多い。その被相続人が生前、療養介護に尽くした子に対し、アンバランスな報い方をする。そうせざるをえない場合もある。認知症が進行し判断能力を欠けば、遺言不能である。そうでなくとも、人間関係をめぐる長年の歴史は複雑な心理的迷いを生む。

本稿は、このような複数の子のいる場合の療養介護に関する衡平型寄与分⁽⁴⁾紛争を対象に論ずる。

不満を抱く療養介護をなした相続人は、必然的に寄与分の申立てをし、アンバランスな被相続人の意思による財産処分の結果について遺留分の救済を求める。また、親元を離れている相続人も生活に余裕があるとは限らない。その生活不安の救済を、親からの遺産相続に求める本音を責めることはできない。

家裁実務は、療養介護型寄与分を公正に正当に評価・認定してこそ、大局的に見れば、紛争当事者全員に心理的平穏をもたらす。ところが、今、問題なのは何か。

1970年代に交通事故損害賠償請求訴訟が激増した。裁判実務家は「損害賠償額算定基準」を考案した。定型化された算定方式は、大量の任意保険金実務を捌く損保会社の仕事を合理化した。ビジネスを扱う財産法分野はそれでよい。

しかし家裁実務は、複雑な人間的葛藤を含む家族間紛争の解決分野である。わずかの例外を認めつつ定型化した寄与分算定基準を適用して、非該当の療養介護型寄与を切り捨てる運用でよいのだろうか。

その運用を例示すれば、①職業看護人に支払うべき報酬等の出費をまぬがれたことを要する。②被相続人が健常であれば、いかに家事援助に尽くしても寄与分は認められない。③被相続人の入院については、1997年9月末にはすべての医療機関で付添看護が廃止されたから、以後は、いかに献身的に看護しても、寄与分認定は基本的に難しい。④通院付添は寄与分にはならない。⑤「まだら認知症」

の被相続人に、日によって混在する「自立して生活できる状況」の時期は、厳密な意味での療養介護型寄与分は認められない。⑥介護保険認定の「要介護度1」は寄与分が認定できない目安である。等々⁽⁵⁾となる。定型外切り捨て運用が目に見える。時代の要請からずれている。

(2) 時代の変遷による要請

ア 要介護状態の長期化

医療水準、衛生水準の向上は平均寿命を延長した。人は簡単に死ななくなった⁽⁶⁾。1980年（民法904条2制定）当時と2021年とでは、医療水準、衛生水準の格段の相違がある。その41年間に、わが国の平均寿命は、男性は73歳から81歳に、女性は、78歳から87歳に伸びている（厚労省、生命表）。そして、2020年9月段階では、65歳以上の高齢者が人口の28.7%を占める「超高齢化社会」⁽⁷⁾となった。在宅高齢者の療養介護状態の長期化は自明である。

イ 高齢者の子との同居率の低下

わが国では65歳以上の高齢者の、子どもとの同居率は、昔は8割の高水準を維持してきた。しかし、大きく変化した。1999年には50%を割り、2008年には44%台となり、内閣府の発表によっても2017年には30.9%にすぎない⁽⁸⁾。上野千鶴子教授の分析⁽⁹⁾によれば、1990年代以降、次の変化が急速に起きている。すなわち、①高齢者と子世代の世帯分離、②同居の場合も同居の相手が長男とは限らない（長男規範のゆらぎ）、③同居開始時期が遅れる傾向（子による親世代の「呼び寄せ」型同居など）。④同居の場合でも強い家計分離。明らかに子世代との同居が高齢者の幸せ、親との同居が子のつとめという昔ながらの「同居規範」の変容である。富裕層では、二世帯を維持できるゆとりがある「選択的別居」、貧困層では、親をひきとる余裕のない「遺棄型別居」、中間層では、「やむなく同居」

「しぶしぶ同居」の傾向が顕著となった。

ウ 介護保険制度施行による福祉パラダイムの急変

2000年4月から介護保険法（平成9年法律124号）が施行された。まさに「措置から契約へ」「恩恵から権利へ」の転換であった⁽¹⁰⁾。高齢者とその家族に、瞬く間にその利用が普及し20年余を経過している。これによって明らかになったのは、介護労働の価値すなわち金銭的評価が細目にいたるまで可視化されたことである。

しかし、なお、「家族介護」は、介護保険法制下においても公的福祉の「含み資産」⁽¹¹⁾と見られている。

エ ハードルの緩和こそ時代の要請である。

現在の家裁実務の法解釈と手続運用の実態はどうか。

家裁で民法902条の2に基づく療養介護による寄与分主張をする。しかし、調停の現場では、立証について家裁は厳しい対応をする。調停委員が精神論を超えて本気で調整に望んでくれるかどうか疑わしい。強力な主張者に対し、審判の段階の厳格な手数が示唆される。療養介護の寄与分認定の要件は、①相続人であること、②通常の扶養義務の範囲を超える「特別」性、③被相続人の財産の維持増加との因果関係の3点である。これらの要件のハードルの緩和こそ時代の要請である。以下、検討したい。

4. 「相続人」要件のハードル

この要件は、介護労働のジェンダーバイアスと深くかかわる。

以下も上野教授の指摘である⁽¹²⁾。介護保険法施行後でもある2002年の厚労省「国民生活基礎調査」の統計では、家族介護者の続柄の多い順は、嫁（息子の妻）22.1%、妻17.6%、娘12.3%となり、この3種で52.0%を占める。しかし、嫁の介護は時代とともに

減少し、高齢者の世帯分離の傾向とともに「別居親族」が家族介護者として登場する状況も生まれた。しかし、家族介護において、「同居の嫁はヘルパー3人分」と言われる現実がある。ここに公的福祉の「含み資産」となっている。

分析すれば、社会的要因として、①当の女性の労働市場における地位、②世帯内の資源、③女性自身のライフサイクル、イデオロギー的要因として、④「世話する性」としての女らしさの規範、⑤親族間の介護者の優先順位についての家族規範がある。

このような「同居の嫁」にとって、2018年の特別寄与料条項（民法1050条）の追加が、「相続人」要件のハードルを実効的にとりはらったかは疑問である。

この追加条項により、相続人の配偶者等が独自に、相続人らを相手方として家裁に、寄与料の金銭請求の調停・審判の申立てができるようになった。この金銭請求は、被相続人の死と相続人を知ったときから6か月、これらを知らなくても、その死から1年間の除斥期間が設定されている（同条2項）。

この条項を「同居の嫁」に適用するなら、同人が、夫の親族を相手方として、遺産分割紛争の表面化いかんに関わりなくこのような申立てをするであろうか。独自の紛争の口火をきるであろうか。筆者の体験では疑問である。紛争に値する現実の事案は、資産内容の調査に手間がかかる。しかも相続人間の感情の葛藤が蓄積している。すぐに遺産分割紛争は表面化しない。当該相続人の配偶者が瞬く間に、除斥期間は過ぎてしまう。

「同居の嫁」は、家裁から渡される書込み用紙と資料（記載例を含む説明）を見ただけで、あまりの厳格さに恐れをなしてしまう。東京家裁家事5部の寄与分主張者への配付資料は次のように述べる⁽¹³⁾。「疾病などで療養や介護を要する状態にあったことが」「特別の寄与を主張する際の前提になります。」「な

お、入院・施設に入所していた場合、その期間は原則として特別の寄与が認められません。」「『特別の寄与者の貢献に報いるのが相当と認められる程度』の顕著な貢献であることが必要です。」「無報酬又はこれに近い状態でなされていることが必要です。」「相当期間に及んでいることが必要です。」「少なくとも1年以上を必要としている場合が多いです。」「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が必要です。」「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必要。」「本人に介護が必要だった期間から入院、入所及び介護サービス等利用日数等を引いて実際に介護をした日数を記入してください」等々。

書込み用紙⁽¹⁴⁾の狭い枠の中に、客観的証拠資料を明らかにしつつ、被相続人の症状・介護の内容・差し引かれるべき入院、入所、介護サービス利用日数を明示し、対象の介護実日数を記載させ、介護者が被相続人の家に同居の地代家賃の支払の有無、有りの場合の金額まで記載させられる。

立法後間もないけれど、このようなめんどろな手数を経てまで、民法1050条の申立てがどれだけ現に利用されているのであろうか。

その申立てをした後、「同居の嫁」には、複数の相続人を相手方として各相続人の居住地の土地管轄の分裂を回避するために移送を求めるハードルもある⁽¹⁵⁾。

裁判例によって蓄積された相続人の「履行補助者」「代行者」理論によるほうが現実的である。東京家裁家事5部の実務運用でも、「新しい制度ができたことにより、かえって相続人以外の親族の貢献を考慮できない」という「結論は相当とは言い難い」として、除斥期間切れの「頻出」を予想している。したがって、同運用は、歯切れは良くないものの（「余地はある」との表現）、このような配偶者の労務につき、相続人の寄与に含める評価を認

めている⁽¹⁶⁾。「履行補助者」「代行者」理論の裁判実務上の扱いを前提として、「当該相続人が既に死亡しているような場合」の救済が特別寄与料条項（民法1050条）の立案理由となっている。この立法経緯からも、同条項の新設が従前の「履行補助者論」を否定するものとは解されない⁽¹⁷⁾。「履行補助者」論についてなされた二宮周平教授からの「夫婦一体思想」の理念批判⁽¹⁸⁾は別として、同条項には実質面での次善の機能がある。同条項は、従前からの「履行補助者」「代行者」理論により救済されない範囲の親族につき、除斥期間の制限付で、狭い領域での機能を発揮するのが本当のところであろう。

同条項により金銭を手にするために、寄与者には、更なるハードルがある。法務局に供託する請求額の約5分の1程度の保証金を用意し、相手方相続人の独自財産や、被相続人の遺産の未分割の共有持分に対し、審判前の保全処分（家事法105条）による仮差押、仮処分などをする手数、また、審判を債務名義として民執法による強制執行をする手数なども想定できる。

なお、同条項による療養介護の「寄与」料の算定基準が、結果的に、民法904条の2による相続人の療養介護の寄与分の算定基準と同様、もしくは重複の場合の共通額の分担方式によるのであれば⁽¹⁹⁾、以下の内容上のハードルも共通することになる。

5. 「特別性」要件のハードル

療養介護にとって、通常の扶養義務の範囲を超える民法904条の2の「特別」性とは何か。そもそも高齢の被相続人を「引取扶養」していること自体が、その範囲を超えているのではないかとの疑問がある。

(1) 扶養義務についての法解釈

生活保持義務、生活扶助義務の二分説は、中川善之助博士により、明治民法の家制度に

よる扶養観から近代型家族の扶養観への転換を企図する歴史的意義をもって提起された。

しかし、高齢の親に対する子の生活扶助義務といえども、親子の合意のあるときのみ、「引取扶養」(同居扶養)を審判によって命ずる余地が生ずる。まして、このような審判は性質上、強制執行できない。このような扶養概念は、親の身辺介護と経済的援助とを区別し、扶養を経済的援助に限定するのが民法上の体系的な位置づけである。すなわち、生活扶助義務の要件である「要扶養状態」の判定につき、親の身辺介護の必要性のみがあっても、子の親に対する扶養義務は発生しない⁽²⁰⁾。

したがって、配偶者なき高齢の親が、ある程度の資産をもっていたとしても身辺介護がなければ生きて行けない場合、複数の子のうち一人が情宜として自発的に親と同居し、その身辺介護に従事したとき、親子の間で「介護サービス契約」を締結することは少ない⁽²¹⁾。むしろ、生活保持義務と同様に、親を自らと差別することなく共同生活するのが実情である。

したがって寄与分紛争では、扶養義務の範囲が必ずといっていいほどの論争になる。

(2) 介護保険利用の定着による高齢者介護労働の価値の可視化

介護保険財政の大筋は、税と保険の折衷方式である。同財政の2分の1が保険料、残り2分の1が税金であり、その2分の1すなわち4分の1が国費、残り4分の1を都道府県と市町村が負担する。成立過程での論争を経たその制度は、ドイツの介護保険、イギリスの高齢者福祉と対比しても独自の効果を発揮している⁽²²⁾。

介護保険サービスの利用⁽²³⁾は、次の順序でなされる。①利用希望高齢者(65歳以上)が、地域包括支援センターや市区町村介護保険課の窓口を経由して市区町村に要介護、要

支援の認定申請を行う。②市区町村の調査員の訪問調査を受ける。③主治医の意見書等を加えた資料が市区町村の介護認定調査会に提出され、同審査会が最終審査と判定を行う。④市区町村から、要介護状態が記載された認定結果通知書が申請者に郵送されてくる(申請から約30日)。認定結果は、要支援1・2、要介護1ないし5の7段階に分かれ、後者ほど重度である。⑥この被認定者は通常、ケアマネジャー(正式名称、介護支援専門員)を選び、その所属事業所とマネジメント契約を締結する。⑦ケアマネジャーは、利用者本人、家族、主治医、各サービス事業者を招集し、ケアプランの内容を確定し、ケアの目標と情報を共有する。⑧被認定の利用者は、ケアプランに登場するサービス事業者と具体的な介護サービス契約を締結する。

以上の介護保険適用により、サービスと金額換算は可視化されている。

一例として、訪問介護(ホームヘルプ)には、利用者の身体介護と生活援助とがある。身体介護とは、食事、排泄、着替えの介助、洗顔や歯磨き、入浴の介助、体位変換、起床、就寝の介助、移動の介助、通院、外出の手伝いなどである。生活援助とは掃除、洗濯、衣類の整理、一般的な調理、食事の用意や片付け、日用品の買い物、薬の受け取り、ゴミだし等を意味する。同居の家族が居たり、行える場合は、生活援助サービスは利用できない。利用できる場合も利用者本人の部分に限定される。訪問介護1回は、通常20ないし30分未満、一日に複数回の利用もできる。1回、245単位で1単位10円なら利用料は2450円(ただし、1か月毎の合計支給額に上限あり)、利用者本人負担は1割が基本で、245円となる⁽²⁴⁾。

ちなみに家裁実務家の多くが依拠している文献に片岡武＝菅野真一編著『第4版 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、2021年)(以下、片岡ほか編著と

いう）がある。片岡ほか編著では、訪問介護の介護報酬基準の試算表を掲載し、細かく試算している⁽²⁵⁾。

（3） 社会保障法の研究者の提起する違和感

社会保障法を専門分野とする本澤巳代子教授は日本家族〈社会と法〉学会シンポジウム（2015年11月）にて、重要な問題提起をされている。同教授は、家族法学者が、介護保険適用下の家族介護をどのように評価するかを「ブラックボックス」のまま議論していることの違和感に警鐘を鳴らす。とりわけ、寄与分論において、「介護給付が入っているから特別じゃない、普通のものだ」という「論理のすりかえ」を批判する⁽²⁶⁾。この問題提起に賛同する弁護士は多い。なぜなら、有権的に実施されている家裁実務がこの違和感を加速しているからである。

介護保険制度が、介護労働の詳細と、その価値すなわち金銭的評価を可視化したことは、明らかである。しかし、家裁実務は、介護保険を利用せず、家族介護でまかなった場合に、介護保険による介護報酬基準額の試算表を基に裁量を加え、寄与分を算定する原則を明らかにしている。裁判実務を指導している片岡ほか編著は、「療養看護型寄与が認められたとしても、介護報酬基準などに基づく報酬相当額がそのまま認められるわけではない。介護報酬基準や家政婦報酬等は、基本的に看護又は介護の資格を有している者への報酬を前提としており、また、それは、家政婦協会等への介護機関に支払われる金額であって、介護者自身の報酬額とは異なる。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ってくるはずであり、それら一切の要素を考慮した調整割合を『裁量割合』という。通常は0.5から0.8程度の間で適宜修正されており、0.7あたりが平均的の数値と思われる。」との方針を示し、さらに、介護相続人が被相続人の建物に無償で居住する場合の居

住利益を差し引く程度の大小につき、場合分けをしている。すなわち、介護保険を利用しない計算方式である⁽²⁷⁾。

片岡ほか編著は、介護保険を利用した場合の家族介護のグレーゾーンについては、非寄与分として切り捨てていると理解できる。ゆえに、既に述べた民法1050条の特別寄与料申立て希望者に対する東京家裁家事5部の寄与分主張者への配付資料の説明文言は、この見地に立ってはじめて理解可能である。まさに、本澤教授の警鐘は正鵠を射ている。

上記学会シンポジウムにおいて、伊藤孝江弁護士の報告⁽²⁸⁾は、家裁が、ひたすら厳格に「特別」寄与要件を解釈し、介護家族の扶養義務を強調し、加えて困難な立証を課する切捨方針を採ることを批判し、結論の衡平さの見直しを訴える。同じく村岡泰行弁護士の補充報告⁽²⁹⁾は、このよう家裁の実務運用が、相続人の不満感、調停に対する強い不信感を生んでいる現状を指摘する。筆者も同感である。

（4） 現実

同居の家族がいる場合に、被介護者が生活援助の介護保険サービスが受けられないということは、まさに同居の相続人の生活援助の寄与の価値が介護保険制度により可視化されている証左である。

生活援助の介護保険利用は、身体介護より割安であるとはいえ、1回30分前後、一日に複数回の利用ができ、時間外のサービスには加算額が付く。

同居の相続人がいても、介護保険の身体介護サービスは利用できる。高齢者自らが身体を支えられなくなるとき、介護の必要が生まれる。暮らしの中での身体を支えとは、食べ、排泄し、清潔を保つことである。食事介護、排泄介護、入浴介護が三大介護として登場する⁽³⁰⁾。排泄介護については、「カリスマ」理学療法士⁽³¹⁾と呼ばれる三好春樹氏が体験

を生々しく論じている。同氏は言う。「かつて介護とは『ウンコ・シッコ』の世界であった。『オムツ交換』という後始末が介護職の第一の仕事だった」、「お漏らしは長生きのサイン」である。同氏はその著作において「後始末から排泄ケアへ」移行させる「オムツ外し学会」の実践を述べているのが筆者には興味深かった⁽³²⁾。

これらの三大介護は介護保険利用下の在宅介護で行われている。しかし、同居家族に負担がかからないわけではない。

生前の被相続人が介護保険を利用しようとして、地域包括支援センター（介護保険法により設置、人口2～3万人の地域を対象に配置）を訪問することすら、同居の相続人が労力を費やすことが多い。介護認定の手続、役所からの手紙の解説、ケアマネジャーの選択、情報収集、ケアプランを決めるため、主治医、ケアマネジャー、訪問介護・通所介護等の各事業所の係員との担当者会議への同席、現実のサービスを在宅で受けるための協力、被介護者本人の持病の病院通院などとの日程調整等、等、同居の相続人は労力負担する。同じく、被介護者が夜間の失禁をすれば、寝具交換、着替え、水洗トイレ操作ミスによる水浸しへの対処まで、心労が絶えない。これらには訪問介護が間に合わない。認知症の被相続人が、たびたび徘徊するたび、交番への捜索願の提出や探しまわる行動、アルコール依存症の被相続人が夜間、せん妄により大声で暴言を吐き、近隣居住者に迷惑が及ぶたびに、近隣宅を訪問し謝罪に歩くのも同居の相続人である。これらは、とうてい介護保険サービスではまかないきれない。

同居の相続人には手数がなると看做し、東京家裁が寄与分を認めない施設入所、病院入院ですら、入所、入院先の選定に走り回るのは誰か。入院、入所は、身元保証のキーパーソンが求められる。同居の家族が緊急連絡を受ける。入院準備、病院への車移動、主治医

からの治療についての説明聴取、治療方針への同意、体調悪化による救急車の手配、病衣や洗濯の手配、入院手続や持参した荷物の整理、健康保険や高額医療費請求の届出、施設入所の引っ越し準備、断捨離、施設とケアマネジャーとへの連絡、連携、行政への手続、銀行の手続等々、交通事情に混雑のある都会や、降雪、積雪など気象条件の障害のある過疎地においても、同居の相続人の労力は容易でない。

完全看護の病院入院ですら、被相続人の不安な精密検査に同行し、検査の結果を医師から聴き、情報を収集し、その留守宅で、退院後に備え、家の修理、庭の手入れ、屋根の雪下ろし、バリアフリー改造工事の業者選定、契約代行など諸支援は絶えない。

被相続人の老人ホーム等の施設入所中の諸支援も同様である。入所本人の洋服のリフォーム、通販の振り込み、ネットショッピング事務、ペットとの対面、外出の場合の、ウインドウショッピング、外食、コンサート、美術館、墓参りなどへの同行など、従前の同居相続人の諸支援は欠かせない。

これらの非定型的寄与を、東京家裁の寄与分認定基準は切り捨てている。

以上については、筆者の弁護士実務の経験のほか、青森市所在のNPO法人S O L O発行の案内説明書⁽³³⁾を参考にさせていただいた。

(5) 発想の転換を

ちなみに二宮教授は、このような家裁の態度を、「療養看護の実態を直視していないように思えてならない」と批判する⁽³⁴⁾。

筆者は、高齢化社会の過疎に悩む地方都市で弁護士活動を行っているせいか、高齢の夫婦や、配偶者のいない高齢者が、子どもたちが、地元で希望する高等教育や就職先を得ることが出来ず、離郷し、高齢者のみの世帯を形成している現実が一般化しているのを目の

当たりにする。過密の都会、過疎の地方を問わず、高齢者と子どもの世代との人間関係をめぐる要求の高度化は、上野教授が、子どもからの同居の誘いを「悪魔のささやき」と呼び⁽³⁵⁾、親子ともどもストレスの渦中に陥り、家族間のトラブルの出発点をなすという見解も広まっている。

今時、このようなトラブルにも耐えながら高齢の被相続人と同居し、生活援助や介護労働を情宜で行える立場にあること自体を、相続法の解釈上、「療養介護への寄与」と位置づけ⁽³⁶⁾、これをベースに、その寄与の内容を具体的にプラスする見地を家裁実務がもつべきではないか。家裁が、定型的に「寄与」と看做す部分を限定し、更に具体的に排除する寄与労働を差引くというマイナス志向の見地から脱却していく発想の転換が求められる。

その発想の転換は次の「因果関係要件」のハードルに連動する。

6. 「因果関係」要件のハードル

(1) 市民の社会通念との乖離

家裁は、「寄与行為と被相続人の財産の維持又は増加との因果関係が必要」とのハードルを設定している。療養介護にとって、民法904条の2の「財産の維持又は増加」とは何か。この要件の立証を療養介護の寄与相続人に厳格に求めるのはマイナス思考である。少なくとも被相続人と同居の寄与者の療養介護労働は、労働価値の被相続人への移転に外ならない。被相続人の積極財産が現存している限り、その労働価値は、その積極財産の中に含まれていると解するのが道理である。上野教授は、ケア労働の性格を次のように指摘する⁽³⁷⁾。①ケアはあくまで、自分以外の他者へのサービスである。②ケアは、そのとき、その場で生産され消費される。対面的コミュニケーションの共有自体が手段であり、目的である。③家事労働以外のケアのコミュニケーションとしての性格は省エネ化、省力化

となじまない。④ケアが労働である条件は第三者によって代替可能ある点にある。高齢の親に対して疲れた顔を見せないように努める娘の例に見られる感情管理についての「感情労働」(アメリカの社会学者アーリー・ホックシールドの造語)ですら、交換価値を有する労働でありうる。

上記3.(1)の末尾に例示したような家裁側の、片岡ほか編著を指標とするような切り捨て発想は、社会通念に基づく市民の納得を得ることはできない。上記4.に述べた東京家裁家事5部の寄与分主張者への配付資料の記載説明も同様である。これらの発想は筆者には、法律運用者の狭量のように感ずる。また、このようなマイナス思考による、排除・差引は、複雑な非定型の寄与価値の事実認定の労力を省力化して、裁判スタッフが少しでも楽をしようとする傾向を助長する。繁忙業務から脱出の突破口を、組織の効率優先に求めれば、本当は能力のあるスタッフが、形式にとらわれた成績主義に陥ってしまうのではないだろうか。

(2) ここでも、発想の転換を

窪田充見教授は、療養介護型寄与分について、「相続財産の維持という要件を厳密に維持することには、それ自体として、積極的理由があるとは思えない」と述べる⁽³⁸⁾。典型的な衡平型寄与分ゆえである。そう考えると、ますます寄与そのものを定量的に判定する課題が残る。その意味でも、筆者は、高齢の被相続人と同居し、生活援助や介護労働を情宜で行える立場にあること自体を、相続法の解釈上、「療養介護への寄与」と位置づけ、これをベースに、その寄与の内容を具体的にプラスしていく見地に、家裁実務が発想の転換をすべきと考える。

7. 家裁調査官制度の機能を萎縮させてはならない

伊藤弁護士は、「寄与分の認定に家裁調査官調査を積極的に活用している家裁があると聴く」⁽³⁹⁾と述べる。片岡ほか編著は、旧版⁽⁴⁰⁾と異なり、家裁調査官の活動場面の記述はカットされている。筆者の長年の体験でも、現実には家裁調査官調査に遭遇したことはない。

この動向の行先は、当事者に書き込み用紙に定型事項を書き込みさせ、家裁の「寄与枠組み」に非該当なものを排除すれば調査官調査をするまでもない事案が大部分になるであろう。「枠組み」該当の証拠提出は寄与相続人の自助による対応になる可能性が濃厚である。

医学用語に「廃用性萎縮」という言葉がある。「寝たきりや行き過ぎた安静状態が続くと筋肉や関節などが萎縮し、ついには、その機能が不全となり用済みになる現象」を意味する。遺産分割の分野で調査機能が眠っている状態が長年続けばどうなるか。調査官活動の中で、寄与分を含む相続問題についての調査方法やノウハウの蓄積や伝承はいずれ無くなる。調査官制度の機能の萎縮である。

8. 着地点——紛争当事者の心に平穏を——

療養介護型寄与分を、実質的寄与の非定型な価値を含めて正当に評価することは、大きな目で見ると、利害を超えた紛争当事者全員に心の平穏をもたらす。

時代の変遷による相続制度の機能適正化の求めが生まれているのは、先進国の動向でもある。

共通の高齢者情勢を抱える西欧との比較法的考察については、介護保険システム等の相違の深い省察なしに機械的に西欧法の寄与分取扱いの法解釈論をわが国に導入できない限界を感ずる⁽⁴¹⁾。

まずは、わが国の現実から出発し自分の頭で考えつつ、より良い理論的実務的方向を模索していくしかない。この紛争に関与するわが国の弁護士は、生々しい非定型の事実の立証に努力すべきと考える。

注

- (1) 吉田克己「高齢者介護と相続法理」石川恒夫ほか編『高齢者介護と家族』（信山社、1997年）112頁は、「看護」が疾病の治療に向けてのケアの提供、「介護」が健常者に対する「介助」及び身の世話との、意味の違いを述べつつ、現実には厳密には区別しないで用いられていることを指摘している。
- (2) 拙稿「療養介護の寄与分を生かす道」戸籍関係家事事件研究会（代表梶村太市）編「戸籍事務関係者のための家事事件概説第12回」（戸籍1007号12頁）において筆者は既に問題提起した。
- (3) 相続制度の根拠に関連する、家族法学者は、その根拠を一元的に把握していない。例えば、鈴木禄弥『相続法講義 改訂版』（創文社、1996年）341頁以下。
- (4) 窪田充見「寄与分の類型毎の算定方法」野田＝梶村総編集『新家族法実務体系第3巻、相続〔1〕（新日本法規、2010年）265頁は、「清算型寄与分」と「衡平型寄与分」とを、性格により分類している。
- (5) 片岡武＝菅野眞一編著『第4版 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、2021年）331頁以下参照。
- (6) 上野千鶴子『ケアの社会学—当事者主権の福祉社会へ』（太田出版、2011年）94頁。
- (7) 超高齢化社会とは、65歳以上の高齢者が人口の25%を超えた社会をいう。
- (8) 上野千鶴子『在宅ひとり死のススメ』（文春新書、2021年）14頁、上野千鶴子・前掲注（6）106頁
- (9) 上野千鶴子・前掲注（6）113頁ないし115頁。
- (10) 上野千鶴子・前掲注（6）110頁。
- (11) 上野千鶴子・前掲注（6）116頁。
- (12) 上野千鶴子・前掲注（6）113頁、116頁、125頁。
- (13) 東京家庭裁判所家事第5部編著『東京家庭裁判所家事第5部（遺産分割部）における相続法改正を踏まえた新たな実務運用』（日本加除出版、2019

- 年)141頁ないし143頁。
- (14) 東京家裁家事5部・前掲注(13)142頁。
- (15) 伊藤健太郎「特別寄与料に関する実務上の諸問題」甲斐哲彦編著『家庭裁判所の家事実務と理論—家事事件手続法後の実践と潮流』(日本加除出版、2021年)220頁ないし22頁。
- (16) 東京家裁家事5部・前掲注(13)123頁。
- (17) 伊藤健太郎・前掲注(15)213頁。
- (18) 二宮周平『家族法』第5版(新世社、2019年)392頁。
- (19) 伊藤健太郎・前掲注(15)215頁ないし220頁。
- (20) 上野雅和「介護と家族法—介護をどこまで誰の役割として強制できるか—」山中永之佑ほか編『介護と家族』(早稲田大学出版部、2005年)102頁。
- (21) 上野雅和・前掲注(20)104頁。
- (22) 上野千鶴子・前掲注(8)『在宅ひとり死のススメ』173頁ないし189頁。
- (23) 本稿における介護保険サービスの利用に関する説明は、伊藤亜記監修・成美堂出版編『いちばんわかりやすい最新介護保険』(成美堂出版、2018年)、杉山想子、結城康博『見てわかる介護保険&サービス』改訂3版(技術評論社、2021年)から得た情報に拠った。
- (24) これらの数字は、伊藤亜記監修・前掲注(23)94頁に例示されたものである。
- (25) 片岡ほか編著341頁。
- (26) 日本家族〈社会と法〉学会第32回学術大会・シンポジウム「寄与分制度の現状と課題」の、自由討論での本澤巳代子教授の発言。家族〈社会と法〉32号(日本家族〈社会と法〉学会、2016年)105頁ないし106頁。
- (27) 片岡ほか編著343頁ないし344頁。
- (28) 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頁。
- (29) 村岡泰行「寄与分制度の現状と課題」家族〈社会と法〉32号75頁。
- (30) 上野千鶴子『おひとりさまの最期』(朝日文庫、2019年)78頁、109頁。
- (31) 上野千鶴子・前掲注(6)155頁の表現。
- (32) 筆者は、具体的介護実践の書物を何冊か読んだ。この中では、三好春樹『ウンコ・シッコの介護学—排泄ケアこそ尊厳を守るケア—(新装版)』(雲母書房、2019年)が断然に面白かった。
- (33) 『おひとりさまをささえるNPO法人S O L O』(特定非営利法人S O L O、2021年)。
- (34) 二宮・前掲注(18)387頁。
- (35) 上野千鶴子・前掲注(8)15頁。
- (36) 伊藤孝江弁護士が、前掲注(28)50頁ないし51頁に述べられた見解は、このような視点に立っていると解される。
- (37) 上野千鶴子・前掲注(6)139頁、150頁。
- (38) 窪田・前掲注(4)271頁。
- (39) 伊藤孝江・前掲注(28)43頁。
- (40) 片岡ほか編著の旧版である第3版(2017年)356頁。
- (41) 最近のドイツ法における寄与評価を論ずる文献として、且井佑佳「ドイツ法における寄与の評価」家族〈社会と法〉32号118頁、宍戸育世「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」国際公共政策研究261号(2021年)1頁がある。