

研究ノート

遺言自由と介護に対する報酬の関係に 関する覚書：アメリカの動向を中心として

原 恵 美

I はじめに

身近な者が負担した老人の介護コストをいかに清算するのかという問題を考えた場合に、一つの在り方として、相続する財産による清算が考えられる。特に、事実上、介護コストを一部の子が負担することが多いということを検討した場合に、介護コストの清算は、相続を考える際の視点として重要性を増す。

相続における財産承継にあたり、介護の対価——すなわち財産承継を受ける人間がどのような行為をしたか——を重要な要素として考慮するかどうかについては、アジアの中でも多様な仕組みが存在する。ベクトルは、次の二つである。まず、①相続において、被相続人の意思が貫徹されるのか、すなわち被相続人の財産処分が死後も徹底されるのかという点が問題となる。その上で、②被相続人の意思が貫徹されない場合（遺言に対する制約）、あるいは被相続人の処分方法に関する意思が欠けている場合（無遺言相続）、財産承継の方法は、法律上一律の明確な基準によって定められるのか、それとも、個別具体的な事情を勘案して決められるのかが問題となる。この②のベクトルについて敷衍すると、すなわち、財産を承継するのは、家族関係といった法的地位から一律に抽出されるのか、それとも裁判所等が財産を承継する者がとった「行為」——具体的には被相続人の

介護等——を考慮した実質的な人間関係判断をもとに抽出されるのが問題となる。

我が国の場合、遺言の自由に対する制約として、遺留分によって一定の家族関係を有する相続人に財産承継を認める。そうすると、上記の①②のベクトルによれば、日本の相続法の構造は、基本的には、①につき、被相続人の意思は遺留分制度によって貫徹されず、かつ②については、家族関係という法的地位によって財産を承継する者及びその範囲が判断される仕組みになっているといえる。

以上のような日本法の仕組みに対して、②のベクトルにつき対照的なのが、中国である。具体的には、扶養の対価性を重要な判断要素として取り込み、積極的な裁判所の関与を認める制度を採用している¹⁾。したがって、こうした立法政策の下では、①のベクトルにおいてどのような立場に立つかは別にして、②のベクトルにおいては、行為を考慮した裁判所の積極的な介入を認めることになる。裁判所の積極的な関与を認める制度としては、イギリスおよびそのコモンウェルスを中心として認められている制度（家族扶養制度；Family maintenance system）も存在し、扶養を必要とする者に対する給付を裁判所が判断する仕組みが設けられている²⁾。アジア諸国においても、例えばシンガポールでは、この家族扶養制度が採用されている³⁾。②のベクトルにつき、財産の承継を受ける者の適格性を財産承継の判断要素とする場合、介護コストの清算を相続で行うことができる点でメリットがあると言える。これに対して、日本のように、法的地位に基づいて分配がなされる場合には、介護の報酬としての財産承継は、相続人として相続する地位を有する者に認められた寄与分としてのみ行うことができ、その意味で介護の報酬として財産を承継する者及びその範囲は限定的である。

以上とは別に、①のベクトルにおいて、遺言自由に対する制約がない仕組み、すなわち、遺言者の意思が貫徹される仕組みは、遺言自由の原則を

無制限に認める仕組みということになる。介護に対する報酬を認めるか否かという観点から考えた場合には、遺言者の介護を誰が行ったのかを判断するのは、遺言者が健全な精神状態を有する限り、本人が行うことが一番とする。この価値を最大限取り込むのであれば、遺言自由を貫徹することによって遺言者に最大限の判断能力を与えておく方がよいように考えられる（①のベクトル）。

そこで、本稿においては、まず、遺言者の意思を貫くという遺言自由の原則を、介護と相続の関係を探る上で、どのように捉えればいいのかを出発点として検討する（①のベクトル）。具体的には、遺言自由の原則を相続法の根本原則とするアメリカ相続法において、老親の介護と相続の関係をどのように捉えているのかを本稿の主たる検討事項とする。その上で、介護と相続を関連付ける場合に、遺言自由を制約する判断要素をどのように決めるのかという観点についての議論状況（②のベクトル）にも言及する。

II アメリカ相続法における遺言自由

1 遺言自由の意義

アメリカは、死に際して財産を誰に処分するかを自由に決める「遺言自由 (testamentary freedom)」が相続法の基本原理とされる⁴⁾。このような遺言自由は様々な国においてレベルの差はあれ採用されているものであるが、アメリカにおける遺言自由の原則の特徴は、遺言者に「ほぼ限界なく自由にその財産を処分する権利」を認めるという点にある⁵⁾。遺言自由の原則のメリットについては、様々に分析されているが、Tritt は、次のようにまとめる⁶⁾。

「遺言自由の原則を軽視してはならない。アメリカ社会は、私有財産の取得及び処分に関する個人の能力の保障に本質的な価値を見出してきた。遺言自由の原則は、普遍的で確立した財産法の権利に由来するものである。

個人が、生前、私有財産を取得し、消費し、そして移転する権利があるのと同じように、その個人は、死後その私有財産の処分をコントロールする自由が普遍的に認められており、また認められるべきである。

遺言自由の原則の正当化根拠は様々であり、この原則を肯定するための多様な理論——広く受け入れられているものから論争的となるものまで——が提示されている。一般的に、遺言自由の原則は、人間の基本的な幸福感や欲求に応えるものであり、様々な経済的、哲学的そして社会的価値によって支えられている。遺言自由の最も単純な正当化は、私有財産の理論に基づいている社会において、遺言自由が遺言者の死に際して最も反論余地の無いアレンジメントであるということである。他にも、厳格な遺言自由が必然的なのは、幸福をもたらすこと、富の蓄積と責任を促進すること、産業、創造性及び生産性を促進すること、家族間の結合を強化すること、遺言者がその家族特有のニーズや状況に対応することができることといった理由がある。それぞれの正当化には支持者や批判者がいるものの、遺言自由の法的あるいは実際の正当化の幅広さこそが、この概念がアメリカ相続法の根幹にあることを物語っている。」

遺言自由の原則は、歴史的には、民主主義社会の構築を目指して長子相続 (primogeniture) を廃止することによって導入されたものである⁷⁾。こうした歴史的な背景だけではなく、先の Tritt が記述するように、現代においても、遺言自由の徹底が正当化されるのは、遺言自由を認めることが、経済的に望ましいからである⁸⁾。しかもそれはあくまでも、その自由を享受する主体、意思決定をする主体である遺言者にとっての好ましきであり、受遺者にとっての好ましきではない⁹⁾。この意味で、遺言自由の分析視角として強調されるのは、法規範が遺言者にとってどのようなインセンティブを与えるのかという、事前分析の視点から導かれる効用である¹⁰⁾。したがって、死という事実が起きる前の段階で、どのような想定の下に人々が行動するのかという観点から遺言自由は正当化される。

事前分析の視点からは、遺言自由には次のような利点がある。しばし強調されるのは、遺言自由が、遺言者にとって財産の処分満足を最大限にもたらしめるものであり、死後も財産を自由に処分することが認められていることは遺言者を幸福にするという点である。そのため、遺言自由の原則は、遺言者が、生前、利殖行為を行うことを促進するインセンティブとなる。

この点、仮に事後分析の視点を重視するならば、死という事実が起きた後の、財産を受ける受遺者の利益が重視されることになる。なぜなら、死後は、死んでしまった者の利益を重視するよりは、実際に生きている者の利益を考慮することが合理的だからである。その意味では、事後的に見て衡平を実現する必要性があれば、遺言自由を制限し、遺言意思の実現を妨げるという帰結に親和的になる。

しかし、事後分析によって相続法を正当化したときに不合理になるのは、遺言者が遺言を作成するタイミングで、遺言意思が実現されないかもしれないということを知っているときに、そうした遺言者は財産処分を阻害されることに対する不満を持ち、また財産を浪費するという結果につながりうる。そうすると、結局は受遺者等の財産の承継を受ける者にとって、承継する財産が少ないという結果を招きうる。

以上の点からすると、事前分析の観点にたつて、遺言者の意思を貫徹することが社会経済的にも望ましい帰結になる。

こうした事前分析の視点には、遺言自由の原則の徹底が優れている理由として、裁判所や立法府よりも処分者の方が、家族やその他の受贈者の状況について豊富な情報を有しているため、財産の処分を判断するのに一番の適任だからという前提がある。だからこそ、その者の財産処分の意思が最大限反映されるべきである¹¹⁾。

このように、遺言自由の原則は、遺言者が自らの所有物に対する処分が自由であることの一環として、事前に死後の財産の処分についてプランニングする自由が認められることが重視される。したがって、遺言自由を基

本原理とする相続法においては、受遺者の行動や能力などを考慮せず（仮に考慮するとしても、遺言者からの観点でのみ間接的に影響するにすぎない。）、死後、財産の承継を受ける側の利益は、遺言者の自由に劣後する（すなわち、遺言者の終意を実現することが相続法の目的である）というのが遺言自由の原則の背景にある基本的な理解である¹²⁾。このように、遺言自由の原則を考える際には、事後分析の視点として、どのような受益者に財産が承継されるのが衡平かという点からの正当化は後退することになる。

以上のような遺言者の利益を重視する遺言自由の原則に対する理解に対して、相続と介護の報酬を持続させるためには、これまでの遺言自由の原則の分析視角との関係で介護に対する報酬がどのように位置付けられるのか、受遺者（あるいは受遺者となるべき者）の利益を考慮してもなお遺言自由の原則を正当化できるのかという理論的問題について、アメリカでいかなる議論がなされているのかを確認することが必要となる。

2 相続法と介護

(1) 家族間介護の現状

相続と介護の報酬の接続について論ずる前提として、アメリカにおける介護の現状について一言する。我が国同様、アメリカでも高齢化が問題となっており、アメリカ合衆国国勢調査局によれば、2009年の段階では、65歳以上の人口が全人口の12.9%であるものの、2012年から2050年にかけて、その数字はおよそ2倍の20.2%になるという予測がなされている¹³⁾。また、人口数からすれば、2012年の段階で、65歳以上の人口が4300万人であり、これは先進国の中で最も多い人数である。

2050年までの高齢者の人口増加の原因は、1946年から1964年の間の第二次世界大戦後のベビー・ブーマー世代が、2011年以降、65歳を迎えること、および寿命が伸びたことである¹⁴⁾。この点につき、Gallanis=Gittlerは、アメリカの近親者による介護の状況を次のように分析する。すなわち、

65歳以上の高齢者のうち、生涯の中で3年以上の長期介護を必要とする者は、全体の約70%である。こうした長期介護でかつ自宅や地域社会に密着した施設において実施されるもののうち、無償で行われるインフォーマルケアが重要な比重を占めている。また、インフォーマルケアの提供者は、大半が家族である。試算では、インフォーマルケアの提供者が生み出す経済価値は、2009年段階で、1990億ドルから4500億ドルにも及ぶとされており、こうしたインフォーマルケアによって公的医療保険制度の支出の劇的な増加が抑制されていると言われている。インフォーマルケアは提供者に精神的・経済的負担をかけるものであるために、ケアを提供する者に対する補償を法的にどのように確保するかが問題となる。

(2) 相続法と裁判所の介入

アメリカの相続法において、インフォーマルケアを提供した者に対する手当を図るべきかについて、次のような議論がなされている。

まず、遺言自由の徹底が妥当か否かについて、子供の相続権を完全に剥奪することを認める法制度を維持すべきかどうかという形で問題とされる(前述の①のベクトル)。なぜ、遺言自由の原則が、配偶者の相続権剥奪ではなく、子供の相続権剥奪との関係でのみ顕在化するのかといえば、アメリカの大半の州において、生存配偶者には、選択的相続分(elective share)という形で配偶者を保護する制度が確立しており、その限りで遺言自由の原則が制限されているからである。具体的には次の通りである。すなわち、生存配偶者には、遺言者の遺言に従うか、または遺言に従わずに、遺産に対する相続分を主張するかの選択権(right of election)が与えられている。そして、この選択権を行使した結果、取得する持分のことを選択的相続分と呼ぶ¹⁵⁾。他方、子供については、このような法的保護が認められていない。そこで、子供の相続権剥奪を認めることに否定的な立場からは、比較法的見地より、大陸法の遺留分制度を導入するべきであると主張

される¹⁶⁾。

子供の相続権剥奪を認めるか否かという対立に対して、いわば「中間的」解決方法として提示されるのが、誰にどのように相続させるべきかを個別具体的事情に則して裁判所が判断するという制度を導入すべきだという主張である¹⁷⁾。これは、イギリスやイギリス連邦の家族扶養制度を参照した結果としてなされる提案である。

相続法の基本構造からすると、遺言自由を貫徹するにせよ遺留分を認めるにせよ、法によって定められた一定の明確な基準にしたがって財産を承継するという意味においては、軌を一にする。他方、裁判所に大幅な裁量を認める場合は、財産の承継のあり方について、法が予め一定の固定的な基準を用意していないため、客観的に明確な一定の基準が定められている相続法の構造とは根本的に異なることになる。

そうすると、客観的に明確な一律の基準によって相続人が誰であるかを制度的に保障するのか、それとも裁判所による裁量を幅広く認めることによって、個別的事件の妥当な解決を図るべきなのかという対立から、相続法の基本構造を論ずることが問題となっているのであり、これまでの視点とは異なる対立軸である。その中で、財産の承継については、客観的に明確な一律の基準に基づく制度的保障があることがふさわしいと論じた Glendon の論稿¹⁸⁾ が公表され、有力な学者によって好意的に受け入れられるに至る¹⁹⁾。Glendon の主張は次の通りである。

立法にあたり、一律の明確な基準に基づいた規定を策定するのか、それとも裁判所に裁量を認めるのかは法体系の中心的問題点である。これは、立法と司法の役割分担の問題であると同時に、公的な関与と私的な秩序形成のバランスをいかに図るかという問題でもある²⁰⁾。元来、財産法の分野は、法的安定性が重視され、こと物権法においては所有権絶対といった厳格な規律の下におかれている。他方、家族法の分野においては、より個別的事情を反映した裁量を裁判所が働かせる余地がある。しかし、財産法

と家族法が交錯する場面では、厳格な一律の基準に委ねるべきか、裁量を働かせ個別化する必要があるのか難しい判断に迫られる。相続法はこのような交錯のある分野であるが、これまで、相続法には明確な一律の基準が適用されてきた。しかし、遺言自由の徹底（すなわち、相続権剥奪の肯定）および遺言の厳格な様式性の2点につき、これまでの厳格な規律の適用を和らげ、裁判上の裁量をより広く認めるべきであるという主張がなされる傾向にある。前者の相続権剥奪の見直しをするにあたり参照されるのが家族扶養制度であり、これを参考にアメリカでも裁判所の裁量による財産の承継の決定が認められるべきであるという主張がなされている²¹⁾。

Glendon は、このような裁判所の裁量を認める立場に対して、警鈴を鳴らす²²⁾。すなわち、アメリカ相続法の状況においては、裁判所の裁量を認めるような家族扶養制度を採用すると、誰に扶養を認めるか次第では訴訟件数が急増し、また訴訟費用の負担によって遺産が減少し、さらには裁判所による遺言意思に対する不当な介入を認める余地を提供することになるため、適切ではないと指摘する。むしろ、「一律の明確な基準を起点とし、その外縁において裁量の余地がある (fixed rule as a starting point with a little play around the edges)」²³⁾ 状態が望ましく、その意味で一律の基準によって相続人を決定するのが良い。しかし、現状でも、州法において必要限度で扶養請求が認められる場合があり、一律の基準により生ずる不正義を外縁において調整するものとして妥当だとする。

(3) 遺言自由の原則とインフォーマルケアに対する報酬

以上の分析からすると、アメリカ相続法は、ケアと相続を接続させることについて否定的な構造になっており、これに対する批判や新たな提案がなされてきたものの、今のところはケアと相続を接続させないという学説が指示され、現状が維持されていると言える²⁴⁾。

事実、相続法の構造を見ても、無遺言相続については、家族という地位

に基礎づけられて相続が生じるのであり、被相続人に対して何か善い行いをしたか否かということに対する考慮はない。また、遺言相続についても、介護者に対する報酬として遺言を遺したものの紛争が生じた場合に、被介護者の能力に問題があったとして、遺言の効力を否定する傾向も指摘されており、相続を介護に対する報酬と捉えることに対してアメリカの裁判所は否定的であると分析されている²⁵⁾。結局のところ、アメリカ相続法によって達成されるのは、遺言者の終意の実現である。ここで強調されるべきは遺言者の処分自由であり、受遺者の利益は遺言者が死ぬまで何ら法的保護に値するものではない。

Ⅲ 遺言自由の原則と介護者に対する報酬

1 遺言自由の原則と介護に対するインセンティブ

以上のような状況を前にすると、インフォーマルケアが主として家族間で行われていたとしても、それは無償行為であり、相続とケアの報酬を接続させる必要がないということがアメリカ相続法の解答であるように思われる。しかし、近年、Tateは、その論稿において、これまでも贈与の互酬性や親族構造の維持の関係において、遺言が位置付けられてきたことを指摘した上で、両親が介護等の行為を行った子に対して、報酬または償還できるのが遺言自由の原則であると主張する²⁶⁾。これは、相続とケアの報酬を結びつけてもなお遺言自由を原則とすることが妥当であることを主張するものであり、具体的には、遺言自由の原則が採用された歴史的背景を分析した上で、現代においてもなおこの原則が妥当する理由を分析する²⁷⁾。それは、前述した理由²⁸⁾と重なるが、次の通りである。まず、(i)遺言者に遺言自由を認めることは遺言者によりいっそう勤労および貯蓄のためのインセンティブを与えることになるというもの、また、(ii)アメリカの個人主義的思想が死後の財産処分の自由を正当化するというもの、(iii)

世代間の財産移転が、19世紀には家業の承継が中心であったところ、20世紀以降は教育費の支払いによってなされており、そうした教育費の支払いが既になされた以上、子供の相続権剥奪が許容されるというもの、さらには、(iv)より現実的な理由として、検認裁判官が職業裁判官ではなく、民間人がパートタイムで行っていたり、選挙で選ばれる結果として党派的偏向の強い裁判官であったりすることから、裁判官に裁量を与えるようなシステムが望ましくないという現状である。

そして、これらの理由を分析した上で、以下のような結論に達する。すなわち、まず (i)については、遺言自由が多かれ少なかれ勤労や貯蓄のインセンティブになる場合があったとしても、それはあくまでもエゴを満足させることや権力を手に入れるといった目的に次ぐ副次的な効果に過ぎない。さらに、(ii)については、遺言自由を正当化する1つの要素としては適切であるが、選択的相続分など遺言自由を制限する法理はすでに存在するため、個人主義的思想だけではアメリカ相続法のあり方の説明がつかない。また、(iii)については、このような考えを究極的に突き詰めると、無遺言相続の場合に、子供はすでに親から教育費として適切な財産承継を受けている以上は、尊属と卑属のうち尊属が相続することが優先されることになるはずだが、アメリカ相続法の大原則は卑属の相続を優先しており、その説明がつかない。(iv)については、たしかに裁判官の裁量を大幅に認めるような家族扶養制度を採用しない理由にはなるが、大陸法のような遺留分制度を否定する根拠とはならない。

そこで、Tateは、遺留分制度を採用せず、遺言自由を徹底するのが妥当な理由について、介護と相続の相関関係を認めるデータ分析に依りつつ次のような結論に至る²⁹⁾。すなわち、実際のところ、親は、持続的に介護した子供、あるいはそのことを期待できる子供に対して、死後の財産移転を行っている。そのことを考慮すると、介護を必要とする親が介護を担う子供に対して遺贈するという判断をした場合に、その判断（遺言）を尊重

することができるシステムこそが、遺言自由の原則なのである、と。そして、「扶養者が提供した扶養に対して報酬とすることが（他の相続権者に対する）相続権剥奪の正当な理由とはならないと結論づけるのか、あるいは子が報償を受けるのに相応しいと判断するにあたって親が適任ではないと結論づけるのでない限り、アメリカの規律を変更する理由は立たない」のである。

ただし、Tateは留保をつける。子が親からの報償を期待して介護をするという意味での相関関係を見出すことは難しく、むしろ、子は無償でケアを提供している。そうすると、遺言自由が促進するのは、あくまでも子の利益を考えた行動をとる親の意思の尊重であることになる³⁰⁾。したがって、Tateは、あくまでも、事前分析の観点から、遺言自由は親が介護の報酬として遺言することのインセンティブになるとして遺言自由の徹底を正当化しているのである。

以上の議論は、相続法における原理・原則として機能する遺言自由について、その現状をどのように説明するのかという観点から行われているものである。相続人である子が相続をする段階ですでに自立した生活を送る大人であることが多いという前提に立ち、すべての子に財産を均等に分配しなくても良いのならば、一部の子供に財産を承継させ、一部には承継させないということを認める遺言自由は、適切な情報を有する遺贈者（被相続人）に、財産承継方法に関する判断を一任することを意味するものである。その限りで、介護に対する対価を与えるという意味を示した場合には、その意思が尊重されることになる。このように被相続人が最も適切な情報を持っているという点に着目して遺言自由を正当化するという点自体は、目新しいものではないが、介護に対する報酬を与えるという点からも同様の視点が適用され、遺言自由の現代的意義が見出される。だからこそ、事前分析の観点からすれば、以上の見解から見えてくるのは、行為規範として法が機能するという側面を考えた場合に、遺言自由の原則が貫徹され

ていれば、人々の遺言作成を促し、そのことによって自ずと介護の報酬が実現されるという効果が導かれるということである。

2 介護の観点から見たアメリカ相続法の問題点

介護をした子に対する報酬を相続法の価値として取り込み、遺言自由の原則がそれに資するものであるとしても、あくまで遺言自由を保障することは、介護に対する報酬としての財産承継を阻害しないといういわば消極的な効能として機能するに過ぎない。そこで、次に、介護に対する報酬を相続法の価値に取り込んだにもかかわらず、実現されていない場合に、相続法が積極的に介護に対する報酬を体現するのかが別途問題となる。具体的には、無遺言相続の中で介護の対価を評価するのかという問題、そして、遺言相続の中で、遺言があったにもかかわらず、遺言が介護の報酬を反映しないとして遺言自由を制約するのかという問題が、それぞれ質的に異なる問題として検討を要する。なおここでは、これまで同様、信託といった相続外財産移転制度との関係は対象外として、相続による財産承継を念頭に検討する。

(1) 無遺言相続と介護

無遺言相続の場合、被相続人は相続分どおりの相続がなされることを明確に望んでいたために意図的に遺言を遺さなかったということが考えられないわけでもないが、むしろそのような積極的な意図もなく単に遺言を遺していないという場合の方が想定し易い。そうすると、遺言自由の原則が相続法の根本原理であり、遺言者の意思実現が最大限考慮されなければならないという点を出発点とするならば、無遺言相続は、一般的な遺言者が望む相続のあり方を反映したデフォルト・ルールであることになる³¹⁾。

この点、現在のアメリカ相続法は、各州において相続分の違いはあるものの、親族関係という法的地位に着目して、相続人を定めている。したがっ

て、日本同様、②のベクトルにつき、一律の基準を採用している。被相続人が望ましい相続の在り方を明確に示さずに死去した以上、立法政策³²⁾としては、一般的・典型的な家族関係を想定した上で、被相続人の家族に財産が承継されるような方策が示されているのである。したがって、介護の報酬を実現するためには、立法上の手当が必要となる。

ここで、介護と相続の関係について考えた場合には、新たな立法としては、無遺言相続について、介護の要素を反映するために、家族扶養制度を導入することも考えられないわけではない³³⁾。しかし、法律による明確な基準決定が望ましいこと、また裁判官に対する不信が遺言自由の原則を徹底する一要素であるならば、家族扶養制度を導入することはなおさら非現実的である。そこで、Gallanis=Gittlerは、より現実的な立法提案として、生存配偶者の選択的相続分を模して、介護者に対する相続分を認めるという主張を展開する。我が国でいうところの寄与分に近い発想である³⁴⁾。

さらには、立法として解決するのではなく、解釈上、契約法の問題として相続と介護の接続を見出す方法も模索されている。これは、相続人として介護の報酬を得るのではなく、債権者として請求を行うという方法である。この点、アメリカでは、一方当事者が明らかに支払いを受ける意図でサービスを提供していると認められる場合には、黙示の契約があったとしてそのサービスに対する対価を請求できるのが原則である³⁵⁾。しかし、血縁関係のある者が同じようにサービスを提供した場合に働く推定は逆で、そのサービスは愛情があるから無償で行われたものと推定される。したがって、家族によって提供されたサービスは明示の契約がない限り無償であると推定され、対価を得ることはできない、というのがアメリカの判例法理である³⁶⁾。これを「回収不能ドクトリン (doctrine of non-recovery)」または、「家族ルール (family member rule)」と呼ぶ³⁷⁾。そうすると、無償性の推定を覆すにはケア提供者の立証が必要になる。介護に対する報酬を相続において評価することに積極的な立場は、こうした推定が老人介護

の局面では、すでに時代遅れであるとして、推定を働かせるべきではないとの主張をする³⁸⁾。

(2) 遺言自由の原則に対する制約法理

遺言自由の原則の正当化原理として介護に対する報酬が考慮対象となるのならば、相続法の価値として、介護に対する報酬を与えるべきことが問われるのであり、そのため、遺言が介護に対する対価を正当に反映出来ていない場合には、これを理由に遺言自由が制限されることを認めることになる。その意味で、介護に対する報酬の論理は、遺言者の終意を尊重すべきだということとは逆方向に働く要因となりうる。

事実、介護に対する報酬を反映するための遺言自由を制約する提案は、これまでも様々になされている。これまでに示した各制度——すなわち、裁判所に裁量を与えることによって実現する家族扶養制度³⁹⁾、前述の介護を提供した家族に対する選択的相続分の提案⁴⁰⁾、ケアを提供するという黙示の契約を認定し、相続債権者の1人として債権回収する提案⁴¹⁾——が主張されている。主張されている制度は、前述の無遺言相続の場合と同じであるとしても、遺言自由の制約として主張する場合には意味合いが全く異なる。すなわち、これまでは、遺言自由の原則が遺言者にとっての効用を考慮し、遺言者の意思を尊重していたのに対して、今度は、介護に対する報酬という新たな正当化要素によって、遺言者の意思を排して、受遺者（＝財産の承継者）にとって何が衡平・公正かというまったく別の判断要素が付け加わるからである。このような衡平・公正か判断するという正当化事由によって遺言自由を制約することに慎重な立場は、黙示の契約を推定するにあたって無償性の推定が働かないのは無遺言相続の場合だけで、遺言自由を排除してまで認められるわけではないとして、遺言自由の徹底を主張する⁴²⁾。

IV おわりに

アメリカで遺言自由を貫くことが根本原理とされるのは、個人主義の下、適切な情報を有する者の意思、つまり遺言者の意思が尊重される最良の仕組みであるからである。そして、近年、その観点において介護の対価としての相続を考えた場合に、遺言自由は遺言者が介護の報酬の支払いを実現できる仕組みとしてふさわしいと理屈づける試みがなされていた。これは高齢化社会において相続法がどのような価値を相続法において体现しなければならぬかということを探索する中で、介護の報酬として相続をみるという相続観を正当化するものであった。また、アメリカの相続法の目的は、遺言者の意思の実現にあり、新たに相続と介護を結びつける立場もまた、遺言自由が扶養の対価を支払いたいという遺言者の意思を実現するものとして正当化するものであった。この意味で、相続法は遺言者のためにあるという元来の考えと同一線上に位置づけることができる。

ただし、遺言自由の原則に対する正当化として介護に対する正当な報酬の支払いを可能にするという意味合いを肯定すると、遺言自由の原則の徹底は、遺言者に対して経済的に好ましい効用が期待できるのであるとして正当化（事前分析の観点）されるのみならず、異質の正当化要素として、どのような受益者に配分するのが介護の対価としてふさわしいか、すなわち衡平なのかという別の視点（事後分析の観点）が加わるため、遺言自由を制約する新たな可能性が誕生するという要素を内包していることにも目を向ける必要があることが分かる。結局のところ、相続法が誰のためにあるのか、遺言者の意思実現のためなのか、あるいは介護の報酬として財産を承継する者の間の衡平を加味するのかという問題が表面化することになる。

[注]

- 1) Foster FH, 'Towards a Behavior-Based Model of Inheritance: The Chinese Experiment.' (1998) 32 (1) UC Davis L Rev 77; Foster FH, 'The Family Paradigm of Inheritance Law.' (2001) 80 (1) NC L Rev 199.
- 2) 家族扶養制度は、ニュージーランドが1900年に最初に導入し、その後、イギリスがニュージーランド法を参考に1938年に導入している。家族扶養制度の概要については、例えば Franke NA, 'Loosing the Bonds of Tradition: A Call for a More Liberal Family Maintenance System.' (1988) 66(2) Wash U L Q 347を参照のこと。家族扶養制度においては、扶養を受ける者、その額、扶養の条件などにつき裁判所がその裁量によって決定する。さらにイギリスでは、扶養の請求をできる者が、生存配偶者や子供に限らず、故人が死の直前まで扶養していた者を幅広く含む。
- 3) Hsu L, 'The Law and the Elderly in Singapore - The Law on Income and Maintenance for the Elderly.' (2003) 2003 (2) Sing J Legal Stud 398; Burns F, 'Intestacy Law in Australia, England and Singapore - Another Aid to Social Sustainability in an Ageing Population.' (2012) 2012 (2) Sing J Legal Stud 366.
- 4) Reid Kress Weisbord, Wills for Everyone: Helping Individuals Opt Out of Intestacy, 53 B.C.L. Rev. 877 (2012) , <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol53/iss3/2>.
- 5) Restatement (Third) of Property : Wills and other Donative Transfers § 10.1 cmt. A.
- 6) Tritt L, 'Sperms and Estates: An Unadulterated Functionally Based Approach to Parent-Child Property Succession.' (2009) 62 (1) SMU L Rev 367, 375.
- 7) また大陸法の影響を受けていた州においても、ルイジアナを除いて、強

制相続分を認めることはアメリカの個人主義的精神と相容れないとして廃止し、遺言自由の原則が代わりに導入された (Tate JC, 'Caregiving and the Case for Testamentary Freedom.' (2008) 42 (1) UC Davis L Rev 129)。

- 8) Tritt, 'Sperms and Estates: An Unadulterated Functionally Based Approach to Parent-Child Property Succession.' (n 5) 374-376.
- 9) Sitkoff RH, 'Trusts and Estates: Implementing Freedom of Disposition.' (2014) 58 (3) St Louis U LJ 643.
- 10) 事前分析および事後分析から遺言自由の原則について分析するものとして、Kelly DB, 'Restricting Testamentary Freedom: Ex Ante versus Ex Post Justifications.' (2013) 82 (3) Fordham L Rev 1125. 本文での事前分析と事後分析は、Kelly を参考にしている。また、遺言自由の原則の正当化については、Tate, 'Caregiving and the Case for Testamentary Freedom.' (n 6) にも詳しい。
- 11) Tate, 'Caregiving and the Case for Testamentary Freedom.' (n 7) 裏返しとして、遺言者が不完全な情報（予見できなかった事態の発生等）を下に遺言を作成した場合には、遺言を制限する理由となる (Kelly, 'Restricting Testamentary Freedom' (n 10))。
- 12) Sitkoff RH, 'Trusts and Estates: Implementing Freedom of Disposition.' (2014) 58 (3) St Louis U LJ 643.
- 13) Jennifer M. Ortman, Victoria A. Velkoff, and Howard Hogan, An Aging Nation: The Older Population in the United States, 5 (2014) 1.
- 14) Jennifer M. Ortman, Victoria A. Velkoff, and Howard Hogan, 'An Aging Nation' (n 13) 5.
- 15) 選択的相続分が問題となるのは、夫婦別産制を採用する州においてである。夫婦共有財産制を採用する州と夫婦別産制を採用する州は概ね次の通りである。(1) 夫婦共有財産制 (Arizona, California, Idaho,

Louisiana, Nevada, New Mexico, Texas, Washington and Wisconsin といった9州) : 婚姻中に取得した財産については、当然に夫婦間で按分する。(2) 夫婦別産制 ((1) 以外の41州) : 選択的相続分が認められる。州によってその割合は様々である。例えば、Alaska と Utah では、3分の1である。Colorado では、婚姻期間が10年以上の場合は、2分の1である。Hawaii, Kansas, Minnesota, Montana, North Dakota, South Dakota, West Virginia では、婚姻期間が15年以上の場合は、2分の1である。婚姻期間が以上より短い場合は、より割合の少ない持分が認められている(州によって異なる)。(なお、2008年の統一検認法典 (Uniform Probate Code) の改正は、婚姻期間と持分を連動させることをやめ、婚姻中に共同で形成された財産 (“marital-property portion of the augmented estate”) の2分の1と基準を統一した。以上の州には、non-probate property も含まれるため、婚姻中に設定された信託も(撤回可能か否かに問わず) 対象となる。ただし、Georgia のみ、生存配偶者に対して、扶養として配偶者の死亡後1年間の生活費の請求のみ認める。夫婦別産制の各州において、相続分の割合を含む規律が異なるのは、相続分の根拠が、相互扶助義務の延長として認められているのか、結婚のパートナーシップ理論に基づいているのかといった根本的な理解の相違に依拠する。

- 16) 例えば, Haskel PG, ‘Restrains upon the Disinheritance of Family Members’, in *Death, Taxes and Family Property* 105, 114-115 (E. Halbach Jr. Ed. 1977)。
- 17) Gaubatz JT, ‘Notes toward a Truly Modern Wills Act.’ (1977) 31 (3) U Miami L Rev 497.
- 18) Glendon M, ‘Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law.’ (1985-1986) 60 (6) Tul L Rev 1165.
- 19) Langbein JH and Waggoner LW, ‘Redesigning the Spouse’s

Forced Share.’ (1987) 22 (2) Real Prop Prob & Tr J 303. また、近年でも、Gallanis TP and Gittler J, ‘Family Caregiving and the Law of Succession: A Proposal.’ (2012) 45 (4) U Mich JL Reform 761, 780において、一律の明確な基準があることがアメリカ相続法の根幹をなしていることが指摘されている。

- 20) Glendon, ‘Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law.’, (n 18) 1167.
- 21) Chester R, ‘Disinheritance and the American Child: An Alternative from British Columbia.’ (1998) 1998 (1) Utah L Rev 1; C.D.D., ‘Family Maintenance: An Inheritance Scheme for the Living.’ (1977) 8 (4) Rutgers-Cam LJ 673
- 22) Glendon, ‘Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law.’, (n 18) 1185-1197.
- 23) Glendon, ‘Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law.’, (n 18) 1195.
- 24) Foster FH, ‘The Family Paradigm of Inheritance Law.’ (2001) 80 (1) NC L Rev 199.
- 25) Foster FH, ‘Linking Support and Inheritance: A New Model from China.’ (1999) 1999 (6) Wis L Rev 1199.
- 26) Tate, ‘Caregiving and the Case for Testamentary Freedom’ (n 7) 129.
- 27) Tate, ‘Caregiving and the Case for Testamentary Freedom’ (n 7) 156-181.
- 28) 「II アメリカ相続法における遺言自由」の「1 遺言自由の意義」を参照のこと。
- 29) Tate, ‘Caregiving and the Case for Testamentary Freedom’ (n 7) 170-181.
- 30) Tate, ‘Caregiving and the Case for Testamentary Freedom’ (n 7) 179.

- 31) Fellows M and Johnson M and Chiericozzi A and Hale A, 'Committed Partners and Inheritance: An Empirical Study.' (1998) 16 (1) Law & Ineq 1; Friedman LM, 'The Law of the Living, the Law of the Dead: Property, Succession, and Society.' (1966) 1966 (2) Wis L Rev 340.
- 32) 我が国においても、相続法改正論議において、療養行為を行った者に対する報酬を認めることができないのかという観点が検討されている。
- 33) Franke, 'Loosing the Bonds of Tradition' (n 2).
- 34) Gallanis=Gittler, 'Family Caregiving and the Law of Succession' (n19). Gallanis=Gittler は、家族内で介護をした場合に、主たる介護者で、一定の年数(目安として2年以上と提案)と費用(一応の目安として、月1500ドルと提案)を費やした場合は、その介護に要した年数と費用に応じて、相続分の25パーセントを超えない範囲で相続分を獲得すると提案する。
- 35) Kruse C, 'Contracts to Devise or Gift Property in Exchange for Lifetime Home Care - Latent and Insidious Abuse of Older Persons.' (1994) 12 (1) Prob LJ 1.
- 36) 家族関係がある場合に、サービスに対する対価を得ることが困難なのは、不当利得として返還請求する構成にたっても同様である (Tate, 'Caregiving and the Case for Testamentary Freedom' (n 7) 183, at (n261))。
- 37) Henes JS, 'Compensating Caregiving Relatives: Abandoning the Family Member Rule in Contracts.' (1995) 17 (3) Cardozo L Rev 705; Leslie MB, 'Enforcing Family Promises: Reliance, Reciprocity, and Relational Contract.' (1999) 77 (2) NC L Rev 551; Forrest H, 'Loosening the Wrapper on the Sandwich Generation: Private Compensation for Family Caregivers.' (2003) 63 (2) La L Rev 381.

(64)

- 38) Henes, 'Compensating Caregiving Relatives: Abandoning the Family Member Rule in Contracts.' (n 37) 718.
- 39) 前記注2を参照のこと。
- 40) 前記「(1) 無遺言相続と介護」を参照のこと。
- 41) 前記「(1) 無遺言相続と介護」を参照のこと。
- 42) Tate, 'Caregiving and the Case for Testamentary Freedom' (n 7) 186.