

生存内縁者の居住利益の保護

—— 内縁者の所有不動産の場合 ——

古 川 環 子

- I はじめに
 - 1 生存内縁者における居住利益の保護の必要性
 - 2 準婚理論の限界
- II 内縁者双方の共有不動産における生存内縁者の居住利益の保護
 - 1 最一小判平成10年2月26日民集52巻1号255頁
 - 2 検 討
 - (1) 最判平成10年に類似の判例
 - (2) 最判平成10年に関する学説
 - (3) 死亡内縁者の相続人における使用収益および共有物分割請求について
 - 3 小 括
- III 内縁者の一方の単独所有不動産に同居していた場合の生存内縁者の居住利益
 - 1 主な判例等
 - (1) 生存贈与・遺贈を認め居住利益を保護した判例等
 - (2) 使用貸借により居住利益を保護した裁判例
 - (3) 権利濫用により居住利益を保護した判例
 - (4) 財産分与類推適用により居住利益を保護した裁判例
 - (5) 無償使用を認め居住利益を保護した裁判例
 - 2 検 討
 - (1) 学 説
 - (2) 学説の検討
 - 3 小 括
- IV おわりに

I はじめに

1 生存内縁者における居住利益の保護の必要性

内縁とは、「社会的事実としての夫婦共同生活体であるにも拘わらず、婚姻の届出を欠くために、法律上の夫婦（婚姻・配偶者）と認められない男女関係」⁽¹⁾であり、いわゆる妾関係や婚約とは区別される婚姻外男女関係とされる。このような内縁者の居住に関しては、内縁中は民法752条に定められる同居・協力・扶助義務規定⁽²⁾の類推適用が認められているため⁽³⁾、居住住宅である内縁者の所有不動産に居住することが可能であるとされている⁽⁴⁾。しかし、内縁者の一方の死亡後は、同居・協力・扶助義務が解消されることになるため⁽⁵⁾、居住用不動産の所有者でない生存内縁者がこれまで居住していた不動産に継続して居住することができるか否かが問題となり得る。ただし、死亡内縁者から生存内縁者に居住用不動産が生存贈与あるいは遺贈されている場合は、生存内縁者は継続して居住し得る。また、死亡内縁者に相続人がいない場合、特別縁故者への相続財産分与規定（民958条の3）により生存内縁者に居住不動産が分与されることがあり得る⁽⁶⁾。しかし、相続人がいる場合、内縁者が同居していた居住住宅が死亡内縁者の所有不動産であるときは、その不動産は死亡内縁者の相続財産となり、相続人に帰属することになる。そのため、内縁者の一方の死亡後における生存内縁者の居住利益の問題は、

(1) 我妻栄『親族法』194頁（有斐閣，オンデマンド版，2001年）。

(2) 民法752条同居・協力・扶助義務規定は、学説では夫婦は精神的・肉体的・経済的の終生の共同体であるから、夫婦が互いに同居し、協力し、扶助することが、夫婦関係の本質の要請であるとする。また、同居義務に関しては、婚姻の成立とともに発生し、婚姻の解消まで存続するとする。なお、同居とは、単なる場所的の意味ではなく、勤務地等の都合で生ずる一時的別居は、夫婦としての同居を妨げるものではないとする（我妻・前掲注(1)80-81頁，青山道夫＝有地亨編『新版注釈民法(2)親族(1)』358-360頁〔黒木三郎〕（有斐閣，2004年））。

(3) 横浜地判昭和47年8月7日判タ286号271頁。

(4) 我妻・前掲注(1)201頁，太田武男『内縁の研究』131頁（有斐閣，1965年）。

(5) 東京地判昭和32年10月11日判時134号17頁。

(6) 東京家審昭和38年10月7日家月16巻3号123頁等。

生存内縁者と相続人との間の問題となり、生存内縁者の居住利益を相続財産の使用・処分に関する相続人の利益との関係でどのように保護するかが問題となる。

近年、平均余命の大幅な伸びにより高齢配偶者の単独で生活する期間が長期化することは避けられず、その間の生活保障の確保が必要となっている。同様に、高齢の生存内縁者の生活保障の確保も必要であると思われる。特に、高齢の生存内縁者の死亡解消の場合は、それまでの居住環境を失うと、安定した生活が損なわれることになる。また、継続して居住することを願って相続人を賃貸人とする賃貸借契約が結ばれたとしても、高額の手賃料を支払う負担は高齢の生存内縁者にとって生活費を圧迫することになる。したがって、生活の基盤となる居住住宅の確保は、生存内縁者にとって必要不可欠な問題であり、ゆえに、生存内縁者の居住利益の保護は生存内縁者にとって重大な問題となると考える。

ところで、婚姻の場合にも現行法では居住に関する規定が定められてはいない。そのため、婚姻継続中は、同居・協力・扶助義務規定により居住利益が保護されていたとしても⁽⁷⁾、婚姻解消後は同居・協力・扶助義務が解消するため、生存配偶者が現に居住する住宅に継続して居住し得るかが問題になる⁽⁸⁾。夫婦の居住住宅について、1975年の「法制審議会民法部会身分法小委員会中間報告」に、婚姻解消後の妻の「居住権」の保護について検討されて

(7) ただし、婚姻継続中でも、離婚が成立するまでの経過段階で、居住利益の権利の濫用がみられる場合には、所有配偶者からの婚姻同居の明渡しあるいは退去請求が認められる場合がある（東京地判平成3年3月6日判タ768号224頁等）。

(8) 婚姻解消の場合、生存配偶者の居住利益の保護について、東京家裁昭和47年11月18日家月25巻10号80頁は、「相続人たる配偶者は元来その相続分に応じて相続財産を使用管理する権限があり、被相続人生前からの居住利益は、当該配偶者においてその居住とすべき正当性の認められる限り、他の共同相続人においてこれを尊重する必要があると解すべきであるから、遺産分割にあたっては、右配偶者の居住利益は評価額を遺産評価額から控除するのが相当である」としている。また、大阪高裁昭和46年9月2日家月24巻10号90頁は、「遺産たる家屋に従前より居住していた相続人中のある者が、その居住を継続すべき正当性が認められる限り、たとえ遺産分割によって右家屋が他の共同相続人に帰属した場合でも、右家屋の居住利益は保護される」としている。

いたのであるが⁽⁹⁾、1980年の民法一部改正で配偶者相続分を2分の1に引き上げることで解決されているようである⁽¹⁰⁾。

この点、フランス民法では、生存配偶者が夫婦の共通の子と相続する場合、相続財産の4分の1の所有権、または現存財産 (biens existants) の全体についての用益権 (usufruit) を選択できるとされる (仏民757条)。したがって、生存配偶者は、用益権を設定するならば、現に居住する住宅に生存配偶者の死亡時まで居住し続けることが可能である⁽¹¹⁾。かつ、他の相続人はその間、居住住宅についての虚有権 (nue-propriété) があるが、居住住宅の使用収益権はない。しかし、生存配偶者の死亡後はその所有権全体を得ることになり、生存配偶者と子である相続人との利益が考慮されているのである⁽¹²⁾。また、生存配偶者の居住利益の保護は、生存配偶者の生活基盤に重大かつ必要不可欠であるとして、配偶者の法定相続分とは別に、「住宅への一時的な権利および住宅への終身の権利 (du droit aulogement temporaire et du droit

(9) 法務省民事局参事官室「法制審議会身分法小委員会中間報告について」ジュリ596号85頁 (1975年)。

(10) 加藤教授は、婚姻解消後の妻の「居住権」の保護について、「居住権」という物権を規定するのは非常に困難であり、「居住権と相続分との関係を考えて、居住権を相続分の枠内とすると、遺産分割ではば処理できそうであまり意味がないし、～妻の相続分が3分の1であれば、後妻が、3分の2を相続した先妻の子から、持分の過半数で追い出されるという心配もあるが (民252条)、妻の相続分が2分の1になれば、その心配もなくなる」とし、結論として、相続分を引上げることで対処することにしたとする (加藤一郎「相続法の改正」ジュリ721号74頁 (1980年))。1980年以降、妻の居住利益の保護について、1994年の「婚姻制度等に関する民法改正要項試案」に、夫婦の一方の所有名義不動産である共同住宅について、所有名義人の一方的な処分による他方の配偶者の居住侵害を防ぐ方策および婚姻解消における生存配偶者の居住保護の方策が、夫婦財産制と併せて、今後の検討課題として挙げられている (法務省民事局参事官室「婚姻制度に関する民法改正要項試案」ジュリ1050号216頁 (1994年))。しかし、その後、居住利益に一定の保護を与える否かは、婚姻の理念と取引実務の関係とで遺された課題としながらも議論は進んでいない (内田貴ほか「家族法改正に向けて (上) — 民法改正委員会の議論の現状」ジュリ1324号64頁 (2006年)、中田裕康ほか「家族法改正 — 婚姻・親子法を中心に」ジュリ1384頁8頁 (2009年))。

(11) 原田純孝「フランス相続法の改正と生存配偶者の法的地位 — 2001年12月3日の法律をめぐる(2) —」判タ1117号63頁以下 (2003年)。

(12) Wilfried BABY, La protection du concubin survivant, Defrénois-lextenso editions, 2009, p. 31-37.

viager au logement)」(仏民763条以下)として、最低限の居住権 (le droit d'habitation) の特別措置が明定されている⁽¹³⁾。しかし、日本では婚姻の場合においても、内縁の場合においても、居住に関する規定がないだけでなく、所有不動産に居住する場合の居住利益の保護についての議論は、あまりなかったように思われる⁽¹⁴⁾。

2 準婚理論による内縁問題の解決の限界

明治民法において、婚姻と認められるためには、現行法と同様に婚姻の届出(明民775条)が必要とされていた。そのため、跡継ぎを懐胎するまで婚姻を認めないという伝統的慣行等により、あるいは戸主の同意(明民750条)・父母の同意(明民772条)を得られないこと等により、婚姻の届出を出すことができないために内縁関係が生じたとされる⁽¹⁵⁾。しかし、男女関係を規律する法は婚姻法のみであり、内縁問題を法的に救済する規定がないため、その解決が問題となった。内縁問題について判例等は、婚姻予約理論⁽¹⁶⁾、内縁を婚姻に準ずる関係と捉える準婚理論⁽¹⁷⁾により⁽¹⁸⁾、婚姻の効果を類推適用し法

- (13) フランスでは、2001年の民法改正(2001年12月3日の法律第1135号)において、生存配偶者の法的地位が改善された。相続権者たる配偶者は常に相続人となり(仏民731条)、無遺言相続の場合の生存配偶者の法定相続権が強化された。また、居住住宅の確保の保障に関しては、狭義の配偶者相続権を超えた住宅の確保がなされている。民法典第三編「第1章相続第3節第2款第3」には、一般的な法定相続分とは別に「住宅への一時的な権利および住宅への終身の権利」(仏民763条以下)を規定する。「一時的な住宅への権利」は、他方配偶者の死亡のときに生存配偶者の居住住宅および備え付の家具を、1年間、無償使用収益することを可能にする権利であるとする(仏民763条)。また、「住宅の終身の権利は、その住宅に対する居住権(droit d'habitation)、およびそこに備え付けられた家具に対する使用权(droit d'usage)を、法定相続の一部として、生存配偶者の死亡時まで無償で使用するが可能になる権利であるとする。(原田・前掲注11)69頁以下)。
- (14) 岡本詔治「夫婦間における不動産無償利用関係(一)」島法36巻4号8頁(1993年)。
- (15) 内縁の系譜および内縁問題の詳細については、太田・前掲注(4)37頁以下、太田健男『現代の内縁問題』3頁以下(有斐閣、1996年)、二宮周平『事実婚の現代的課題』3頁以下(日本評論社、1990年)参照。
- (16) 大判大正4年1月26日民録21輯49頁。
- (17) 最判昭和33年4月11日民集12巻5号789頁。
- (18) 準婚理論によると、内縁の成立には、「婚姻意思」および「婚姻夫婦と同様の共同生活の実体」が必要である(我妻・前掲注(1)197-198頁)。

の保護を図ってきた⁽¹⁹⁾。今日でも、現行法は、婚姻の届出を婚姻の成立要件としているため（民742条）重婚の内縁⁽²⁰⁾、近親婚的内縁⁽²¹⁾、事実婚⁽²²⁾、高齢者の内縁等様々な内縁問題が生じている。特に、再婚の際に、煩雑な離婚手続きと精神的な苦痛の大きさ等により、内縁による場合が少なくはないと思われる。また、高齢で再婚を望む際に、子ども達が親の再婚相手と共同相続となるのを回避しようとし、再婚に消極的になるため内縁にとどまる場合も少なくない⁽²³⁾。このように、婚姻届を出したいが出せない事情があり、内縁関係にならざるを得ない場合があると考える。

準婚理論により内縁として認められると⁽²⁴⁾、内縁には婚姻と同様の共生

(19) しかし、昨今、内縁問題を準婚理論で解決することについての否定説が少なくない。例えば、婚姻意思を持たない内縁の当事者に婚姻の効果を強制することは、私的な領域を侵すことであるとし、内縁に婚姻法の効果を認めないとする（水野紀子「事実婚の法的保護」石川稔他編『家族法改正への課題』69頁以下（日本加除出版、1993年）、同「内縁準婚理論と事実婚の保護」林＝佐藤編広中俊雄先生傘寿記念論集『法と生成と民法体系』625頁以下（創文社、2006年））。

(20) 重婚の内縁は、一夫一婦制を破壊するもので公序良俗違反であるとされていたが、婚姻関係が事実上破綻状態にある場合には婚姻関係の形骸化を認め、夫の死亡による遺族年金が生存内縁者に認められた（最判平成17年4月21日判タ1180号171頁）。

(21) 近親婚の内縁は、倫理性的の観点から公序良俗違反であるとされていたが、「社会的、時代背景に形成された三親等の傍系血族間の内縁関係については、それが形成に至った経緯、周囲や地域社会の受け止め方…反倫理制、反公益性が婚姻法秩序等の観点から問題とする必要がない程度に著しく低いと認められる場合には、上記の近親者間における婚姻を禁止すべき公益的要請よりも遺族の生活の安定」を優先させる特別な事情があるとして、叔父と姪の内縁関係を認め、姪に厚生年金の受給権を認めた（最判平成19年3月8日民集61巻2号518頁）。

(22) 内縁（事実婚）であるかどうかが争われた事案で、「パートナーシップ関係」であった婚姻外男女関係を内縁（事実婚）とは認めず、その一方的解消による不法行為は成立しないとした（最判平成16年11月18日判タ1169号144頁）。

(23) 利谷信義『家族の法』149頁（有斐閣、第3版、2010年）。

(24) 婚姻外男女関係は、「内縁」、「婚約」、「私通関係（妾関係）」に分けられ、さらに、「内縁」は、「狭義の内縁」と「事実婚」に分けられ得る。「狭義の内縁」とは、明治民法下において戸主や父母の同意が得られない、あるいは法定推定家督相続人は他家に入ることができない等の婚姻障害要因により、また、法律婚に関心が薄い社会層の存在にとって届出制度が利用しにくかった等で不可避的に生じていた男女関係をいう。今日では、重婚の内縁、近親婚の内縁等が「狭義の内縁」となると考え得る。また、「事実婚」とは、婚姻意思については多様とされるものの、夫婦共同生活として一定期間の同居があり、社会的に夫婦として承認されているながらも、意図的に婚姻届を出していない事実上の夫婦関係であると考え得る（拙稿「事実婚の法的保護と内縁保護法理についての一考察」岡山大学大学院社会文化科学研究科紀要27号41頁以下（2009年））。

活が存在するため、婚姻の効果である同居・協力・扶助義務規定（民752条）、婚姻費用を分担する義務規定（民760条）⁽²⁵⁾、日常家事債務の連帯責任規定（同761条）⁽²⁶⁾、帰属不明の財産の共有推定規定（民762条2項）⁽²⁷⁾が類推適用されると解されている。また、内縁の生存中の離別解消の際には、離婚に関する給付である財産分与規定（民768条）の類推適用が認められることについて、裁判例⁽²⁸⁾・学説⁽²⁹⁾ともに異論がない。その理由は、財産分与規定は婚姻中の財産関係の清算および離婚後の生活保障を内容とするが⁽³⁰⁾、内縁の場合も、婚姻と同様の共同生活の存在を前提とする婚姻の効果が類推適用されるのであるから、清算的財産分与および扶養的財産分与が認められるとする。しかし、夫婦同氏（民750条）⁽³¹⁾や姻族関係の発生（民725条）、成年擬制（民753条）、子の嫡出推定（民772条）⁽³²⁾の類推適用は認められないと解されている。また、民法890条の配偶者相続権の類推適用についても認められていない。配偶者相続規定も、夫婦財産関係の清算および一方の死亡後の生活保障を目的とするのであるが⁽³³⁾、相続は婚姻の届出により戸籍上夫婦の記載がな

(25) 最判昭和33年4月11日民集12巻5号789頁。

(26) 青森地八戸支判昭和36年9月15日下民集12巻9号2323頁。

(27) 福岡地判昭和30年9月29日下民集6巻9号2058号。

(28) 東京家審昭和31年7月25日家月9巻10号38頁。

(29) 我妻・前掲注(1)207-208頁、太田・前掲注(4)56-57頁内縁の研究、二宮周平『事実婚の判例総合解説』124-134頁（信山社、2006年）。

(30) 財産分与の内容は、夫婦財産の清算、扶養、慰謝料であるとする包括説が支配的であるが、財産分与は夫婦財産の清算、扶養であるとし、慰謝料は別のものであるとする限定説がある（大村敦志『家族法』161頁（有斐閣、第3版、2010年））。また、水野教授は、1873年、日本民法典草案にはじめて離婚給付の規定があらわれたときは、フランス民法の離婚扶養であった。1947年の民法改正において、民法768条の原型となる幹事案で、離婚扶養を救済的な一時金に改め、この幹事案が次の民法改正要綱案に引き継がれ、民法草案が起草された。民法草案の第1次案は離婚給付の内容は離婚後の扶養であったが、最終の第8次案では「当事者双方がその協力によって得た財産」とし、夫婦財産の清算概念が導入されたと述べる（水野紀子「離婚給付の系譜的考察（2・完）」法協100巻12号2152-2153頁、2187-2191頁（1983年））。

(31) 札幌高決昭和41年10月18日家月19巻4号72頁。

(32) 最判昭和29年1月21日民集8巻1号87頁。

(33) 現行法は、配偶者相続規定の内容は、扶養的要素と清算的要素とするが、本来は、扶養的要素がその内容であったとする（石川利夫「生存配偶者の法的地位」高梨公之教授還暦祝賀『婚姻法の研究（下）』328頁（有斐閣、1976年））。

されることで客観的・画一的に処理されるため⁽³⁴⁾、裁判例⁽³⁵⁾・学説⁽³⁶⁾ともに消極的である⁽³⁷⁾。したがって、内縁の死亡解消の際に、生存内縁者の居住利益を相続権で保護する可能性はないと思われる⁽³⁸⁾。そうであれば、生存内縁者の居住利益をどのようにして保護することができるかが問題となる。

本稿は、以上のような問題意識に基づいて、生存内縁者の居住利益の保護について検討する。生存内縁者の居住利益の保護を検討するために、内縁者

(34) 中川善之助 = 泉久雄『新版注釈民法(26)相続(1)』279頁〔中川良延〕(有斐閣, 1992年)

(35) 仙台家審昭和30年5月18日家月7巻7号41頁は、内縁の妻は配偶者でないという理由で、その相続権を否定する。しかし、前掲注(6)東京家審昭和38年7月25日は、内縁の離別解消の際に財産分与規定により、内縁の財産の清算を認めるとともに、傍論で「内縁を括一的に考察せず或る種の内縁については財産分与請求権は勿論のこと相続権も認め、又ある種の内縁について相続権は勿論のこと財産分与請求権も認めないというように内縁に段階的に考察するのが家事事件解決に際して実情に添う所以である」とし、段階的に内縁に相続権を認めるとし、「当事者間に精神的、肉体的にも又経済的にも永年夫婦生活がなされ、その親族、知己関係者は何れも届出がなされているような程度」の場合には積極的に内縁に相続権を認めてもよいとする。

(36) 我妻・前掲注(1)205頁, 中川善之助 = 泉久雄『相続法』129頁(有斐閣, 第4版, 2002年), 浅井清信「内縁と相続権」『家族法大系Ⅱ』333頁以下(有斐閣, 1959年), 仁平政夫「内縁の夫婦の一方が死亡した場合の財産分与請求権」家月37巻9号151頁(1985年)。ただし、内縁に相続権を認めるべきとする学説も少数ある(杉之原舜一「法律関係としての内縁(2)」法時11巻3号24頁(1939年))。

(37) 内縁の相続権について、1955年の「法制審議会民法部会小委員会における仮決定及び留保事項(その一)」, 「法制審議会民法部会小委員会における留保事項中の問題」に、「2、内縁継続中に一方が死亡した場合 他方に生存配偶者の相続権に準ずるものを認むべきか」という一項が設けられている(法務省民事局「民法親族法の改正について」ジュリ185号49頁以下(1959年))。学説では、「相続権に準ずるもの」とは、一律に相続権を認めるという意味ではなく、事情に応じて何程かの財産請求ができるという意味に留まるとする(我妻栄ほか「民法改正に関する問題点(上)」ジュリ97号25頁(1956年))。1962年の民法一部改正では、生存内縁者に「相続権に準ずるもの」という意味も含めて、相続人不存在の場合にのみ、特別縁故者に相続財産の分与を可能とする特別縁故者財産分与制度(民958条の3)が新設された。しかし、この規定は一般的内縁者の死亡解消の財産の清算の解決にはなっていない。

(38) 社会保障においては、現実の夫婦共同生活を対象とする必要性が高いため、「配偶者」の枠を広げ内縁配偶者の遺族扶助料・家族手当等を支給した。大正12年改正の工場法15条は、遺族補償の受給権者に、「本人ノ死亡ノ当時其ノ収入ニ依リ生計ヲ維持シタ者」とした。現行法は、厚生年金法3条2項「この法律において、「配偶者」、「夫」及び「妻」には、婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含むものとする」とし、厚生年金の遺族年金の受給権を与えている。同様に、労働者災害補償保険の遺族保障手当の受給権(労働者災害補償保険16条の2、1項)等がある。

の所有不動産に居住している場合と賃貸不動産に居住している場合⁽³⁹⁾とが考えられるが、本稿ではとくに内縁者の所有不動産の場合を検討することにする。さらに、内縁者双方の共有不動産の場合(Ⅱ)と、死亡内縁者の単独所有不動産の場合(Ⅲ)に分けて検討したい。

なお、「居住権」、「居住利益」という用語は、主として家屋に居住することができる権利であるとし、家屋の賃貸借において、借家人を保護するために主張される学説上の概念ととして使われているが、明確な概念規定があるわけではない⁽⁴⁰⁾。本稿では、居住用不動産に継続して居住することができる権利として、「居住利益」という用語を使用することにする。

Ⅱ 内縁者双方の共有不動産における生存内縁者の居住利益

まず、内縁当事者が内縁者双方の共有不動産に同居し、生活していた場合に、内縁者の一方の死亡後における、生存内縁者の居住利益の法的保護に関する判例を紹介し、検討することにする。

1 最一小判平成10年2月26日民集52巻1号255頁(以下、「最判平成10年」という)

死亡内縁者Aは、1933年にBと婚姻し、Xら3人の子があった。1959年頃からAと生存内縁者Y(被告)は、音楽教材用楽器指導盤の製造販売業を共

(39) 戦後の住宅難により、特に居住住宅の賃貸借関係における議論が学説等で活発であったが、現在は住宅難がほぼ解消し議論は終息している。判例は、死亡内縁者の名義である居住用建物の賃借権は、相続人がいない場合、生存内縁者がその賃借権を承継することになる(借家法7条の2、借地借家法36条)。しかし、相続人がいる場合、賃借権は相続財産として相続人に帰属するため、生存内縁者は賃借人の資格を主張することができない。ただし、判例は賃借人である内縁者の一方の死亡後に生存内縁者の賃借建物からの立退きを要求する賃貸人に対して、生存内縁者が死亡内縁者の相続人の借家権を援用し解決を図るとする(最判昭和42年2月21日民集21巻1号155頁等)。また、生存内縁者に対する相続人からの居住用建物の明渡請求に対しては権利の濫用で解決するとする(最判昭和39年10月13日民集18巻8号1578頁)。

(40) 玉田弘毅「判批(最判昭和39年10月13日)」民商52巻5号698-699頁(1965年)。

同で営み、A名義の甲不動産を居住および事業の作業場として共同で占有使用していた。甲不動産は、共同事業の収益により順次取得したものであるが、登記簿上はAの名義であった。1982年にAが死亡し、甲不動産に関するAの権利は、相続人X（原告）が相続により承継した。Aの死亡後、Yは事業を継続し甲不動産を単独で使用していた。なお、1986年に別訴でXは、Yに対して、甲不動産はAの単独所有であり、Xが相続したものであるとして、賃料および賃料相当額の支払と甲不動産の明渡を選択的に求め、予備的請求として、賃料の相当額の2分の1の不当利得返還請求をした。これに対し、Yは甲不動産はAとYの共有であると主張し2分の1の持分確認および所有権の一部移転登記手続を請求した。福岡高判平成23年3月27日は、甲不動産はAとYの2分の1の共有不動産であることを認め、確定された⁽⁴¹⁾。1990年にXは本件訴訟を提起し、Yが自己の持分を超えて甲不動産全体を使用収益し不当に利得しているとして、賃料相当額の2分の1の支払を求めた。これに対し、Yは持分について正当に共有しており不当利得は成立せず、また、Aとの間に使用貸借契約が成立していると主張した。

第一審は、Yの持分を超える部分の不当利得を認めXの請求を一部認容し、本訴継続中にYが一部不動産から退去したことを考慮して、Yに1,234万円余および遅延損害金支払いを命じた。

原審は、Yは共有者として共有不動産を使用収益していたもので、使用貸借契約を締結する必要はなく、AとYの間には使用貸借契約の成立は認められないとして、Yの持分を超える部分での不当利得を認めた。また、Yの一部不動産の使用中止は明渡しにはならないとして返還義務の縮減も認められないとし、Yに1,275万円余および遅延損害金の支払いを命じた。

しかし、原審のYが甲不動産を単独で占有していることによる不当利得の成立を認めたことは、最判昭和41年5月19日民集20巻5号947頁に反し、またYの使用停止した不動産についても不当利得を認めたことは、民法703条の解

(41) 山下郁夫「判批（最判平成10年）」曹時52巻10号212頁（2000年）。

積を誤ったと主張して、Yが上告した。

最高裁は、「共有者は、共有物につき持分に応じた使用をすることができるにとどまり、他の共有者との協議を経ずに当然共有物を単独で使用する権限を有するものではない。しかし、共有者間の合意により共有者の一人が共有物を単独で使用する旨を定めた場合には、右合意により単独使用を認められた共有者は、右合意が変更され、又は共有関係が解消されるまでの間は、共有物を単独で使用することができ、右使用による利益について他の共有者に対して不当利得返還義務を負わないものと解される。そして、内縁の夫婦がその共有する不動産を居住又は共同事業のために共同で使用していたときは、特段の事情がない限り、両者において、その一方が死亡した後は他方が右不動産を単独で使用する旨の合意が成立していたものと推認するのが相当である。けだし、右のような両者の関係及び共有不動産の全面的な使用権を与えて従前と同一の目的、態様の不動産の無償使用を継続させることが両者の通常の意味に合致するからである。これを本件について見るに、内縁関係にあったYとAとは、その共有する本件不動産を居住及び共同事業のために共同で使用してきたというのであるから、特段の事情がない限り、右両名の間において、その一方が死亡した後は他方が本件不動産を単独で使用する旨の合意が成立していたものと推認するのが相当である」として、Yに対するXの不当利得返還請求を否定した。

2 検 討

最判平成10年は、Yの持分を超える共有不動産の占有使用が不当利得となるかが問題となっている。つまり、Aの死亡後、YはAと同居していた居住用不動産に無償で占有使用が可能かという居住利益の保護の問題であると考え。この問題について、最判平成10年は、内縁関係であるAとYが居住又は共同事業のために共有不動産を共同使用していた場合は、Aの死亡後はYが共有不動産を無償で占有使用する合意が成立していたものと推認し、Yの不当利得を否定した初めての判例である。そこで、同様に、被相続人の死亡

後、一部の共同相続人が排他的、独占的に相続財産である不動産を占有使用していることにつき、不当利得が成立するのかが問題となった判例を紹介し検討することにする。

(1) 最判平成10年に類似の判例

① 最三小判平成8年12月17日民集50巻10号2778頁（以下、「最判平成8年」という）

被相続人Aと相続人Yらは、A所有の甲不動産で同居し、家業（二輪車の修理販売）を営んできた。Aの死亡後もYらは相続財産である甲不動産の全部を占有使用し続けていたが、他の共同相続人XらがYらに対し、Yらの相続分を超えて甲不動産を占有使用していることにつき、不法行為または不当利得を請求原因とするXら各自の持分に応じた甲不動産の賃料相当額の支払いを求めた事案である。

最高裁は、「共同相続人の一人が相続開始前から被相続人の許諾を得て遺産である建物において被相続人と同居してきたときは、特段の事情がない限り、被相続人と右同居の相続人との間において、被相続人が死亡し相続が開始した後も、遺産分割により右建物の所有関係が最終的に確定するまでの間は、引き続き右同居の相続人にこれを無償で使用させる旨の合意があったものと推認されるのであって、被相続人が死亡した場合は、この時から少なくとも遺産分割の終了までの間は、被相続人の地位を承継した他の相続人等が貸主となり、右同居の相続人を借主とする右建物の使用貸借契約関係が存続することになるものというべきである」と判示し、Aの死亡前から甲建物にAと同居生活をしてきたYらとAの間に、相続開始後も、Yらに引き続き無償で使用させる合意が推認されるとし、Aの死亡後、遺産分割の間までは、XらとYらとの間で使用貸借契約が存続するとして、XらのYらに対する不当利得返還請求を斥けた。

(i) 共有関係について

民法898条は、相続財産は共有に属すると定めている。したがって、最判平成8年におけるAの所有する甲不動産は、Aの死亡により相続財産になるが、相続開始後の相続財産の管理について、最も一般的である単純承認後(民915条)の共同相続の遺産管理に関しては、民法に規定が設けられていない⁽⁴²⁾。そこで、遺産管理は共有財産の管理の問題となり得ると考えられているため、物権法の共有規定(民249条以下)が適用されると解されている⁽⁴³⁾。

物権法の共有規定によると、各共有者は共有物の全部を使用することができるが、その使用は持分により制約されることになる(民249条)。また、共有物の変更は共有者全員の同意が必要であり(民251条)、共有物の管理に関する事項は、共有者の持分の価格に従った過半数をもって決定される(民252条)⁽⁴⁴⁾。共有物の具体的な使用方法については、大判昭和13年2月8日新聞4237号13頁は、傍論として「共有者ノ一人ハ其ノ持分ニ応シ共有物ヲ使用収益シ得ヘキ権能ヲ有スルモ其ノ具体的ナル使用収益ノ方法ニ付テハ他ノ共有者トノ協議ヲ経ルコトヲ要シ協議ヲ俟ナスシテ他ノ共有者ニ対スル関係ニ於テ当然共有物ヲ占有スヘキ正権原ヲ有スルモノト為シ得サル」と述べ、共有物の使用収益に関して、共有者の協議を経なければならないとする。したがって、共有者間の合意があれば共有者の一人が共有物を単独で使用収益することができることになる。しかし、使用方法について、協議が成立していない場合、最判平成10年の上告理由が引用する最一小判昭和41年5月19日民集20

(42) 単純承認以外の相続開始時から遺産分割までの間の遺産の管理については、推定相続人の廃除またはその取消の審判確定前の管理(民895条)、相続の承認・放棄前の管理(民918条)、限定承認後の管理(民926条)、相続放棄後の管理(民940条)、財産分離請求後の管理(民943、944条)の規定が設けられている。

(43) 相続財産の共有関係については合有説と共有説があるが、判例は民法249条以下に規定される通常の共有であると解している(最判昭和29年3月12日民集8巻3号696頁)。

(44) 一般に「共有物の変更」とは共有物の物理的変更のほか法律的な処分も含むとする。また「共有物の管理」とは、共有物の変更を伴わずに共有物の価値を維持・実現・増大させる行為であり、共有物の保存・利用・改良行為の一切をいう(佐久間毅『民法の基礎2物権』197頁(有斐閣、2008年))。

卷5号947頁（以下、「最判昭和41年5月19日」という）⁽⁴⁵⁾は、「共同相続に基づく共有者の一人であって、その持分の価額が共有物の価額の過半数に満たない者（以下単に少数持分権者という）は、他の共有者の協議を経ないで当然に共有物（本件建物）を単独で占有する権原を有するものではない……が、他方、他のすべての相続人らがその共有持分を合計すると、その価額が共有物の過半数を超えるからといって（以下このような共有持分権者を多数持分権者という）、共有物を現に占有する前記少数持分権者に対し、当然にその明渡を請求することができるものではない」とし、協議を経ずに共有物を単独で使用している者は、自己の持分の範囲で共有物を単独で使用するものであるから、その使用は正当なものであるとし、共有物の少数持分権者に対する多数持分権者からの当然の明渡請求を否定した⁽⁴⁶⁾。しかしながら、多数持分権者からの明渡請求が否定されていても、少数持分権者が当然に共有物を単独で占有する権限は有しないとするため、持分を超える使用収益が不当利得ないし不法行為になり得るか否かが問題となっていた⁽⁴⁷⁾。

次に、最判平成8年についての学説の議論を検討することにする。

(45) この事案は、被相続人Aがその生前に家業を承継した共同相続Yに対し建物を無償で使用させていたところ不仲となり、Aが使用貸借契約を解約して家屋明渡請求をしていたが、Aが死亡したため、他の共同相続人Xが訴訟を継続したというものである。

(46) 東京地判昭和63年4月15日判時1326号129頁は、結論は最判昭和41年5月19日と同じであるが、その根拠として、共有物の占有関係の変更は変更行為（民251条）であると説く。学説では、共有物の占有者を現在の共有者から他の者に変えることが、民法252条の管理事項として共有者の多数決で決しうると解するか、あるいは同251条の変更事項として共有者全員の同意を要するとするかは争いがある。

(47) この点について、事案は異にするが、亡A・亡B夫婦間に、子亡C、Y₁およびY₂がいたが、X（亡Cの妻）はC所有名義土地につき、Cが所有権を取得していたとし、Y₁およびY₂に対して、建物の取去およびその敷地の明渡しと地代相当の損害金の支払いを、また、Y₂の子Y₃に建物からの退去を求めた最判平成12年4月7日判時1713号50頁は、自己の持分権に応じた利用を制限された共有者の一人が、共有物を占有している他の共有者らに対して、持分割合に応じて占有部分に係る地代相当額の不当利得金ないし損害賠償金の支払請求を認めた。

(ii) 最判平成8年に関する学説

相続開始後の相続財産の管理について、共有者の一部が相続分を超えて使用する場合、法律上の原因なく利益を得ているため、他の共同相続人の使用利益を侵害している部分につき不当利得が成立するのが原則であるとする学説があるが、少なくとも最判平成8年の判例批評を見た限りでは不当利得を肯定する学説は見当たらないと思われる。不当利得を否定する学説には、その法的構成について議論があり、使用貸借説、遺産分割説、無償利用関係説がある。

(a) 使用貸借説（相続の場合）

この説は⁽⁴⁸⁾、相続人が被相続人の許諾を得て同居を開始した場合、その許諾には、黙示的に被相続人の死亡を始期とする始期付使用貸借契約を締結する意思が含まれているとする。使用貸借契約の期間は遺産分割終了までと解し、契約に定められた時期まで原則として返還を求めることができないとする。しかし、自己の死後の法律関係を生前に定めうるのは、現行法体系の下では遺言か死因贈与のみであるという批判がある⁽⁴⁹⁾。また、被相続人の死亡後の始期付使用貸借契約の成立は不自然であり、同居中から使用貸借関係が成立していたとすべきではないかとする見解もみられる⁽⁵⁰⁾。

(b) 遺産分割説

この説は⁽⁵¹⁾、相続財産に居住する相続人の居住の保護の問題と不動産の利用利益自体を独占させることとは別問題として捉え、遺産分割により不動産の帰属が確定するまでの間の共有不動産の居住利益を遺産から派生する利益

(48) 田中壮太＝岡部喜代子＝橋本昇二＝長秀之『遺産分割事件の処理をめぐる諸問題』339頁（法曹会，1994年）。

(49) 高木多喜男「判批（最判平成8年）」ジュリ1113号87頁（1997年），高橋朋子「判批（最判平成8年）」法教119頁（1997年）。

(50) 岡本詔治「判批（最判平成8年）」リマークス16号（上）87頁（1998年）。

(51) 高木・前掲注4987頁，右近健男「判批（平成8年）」判タ940号92頁以下（1997年）。

の問題として捉える。したがって、この説は、平等の原理から、相続開始時に存した遺産だけでなく、居住利益を含む遺産から派生する利益をも含め一括して遺産分割手続き内で配分されるべきとする⁽⁵²⁾。居住利益は遺産分割に際して、分割による取得価値から差引くか、あるいは管理費と相殺させるとする。また、不動産の所有者と同居している家族の建物利用権限は、同居の承諾があることから生じる反射的利益として居住権限を有するとし、この居住権限は不動産の所有者の死亡とともに消滅すると解する⁽⁵³⁾。また、この説の論者は、最判平成8年が被相続人の死亡後、居住用不動産を無償使用することについての法的構成を使用貸借契約とすることには懐疑的である。

(c) 無償利用関係説（相続の場合）

この説は⁽⁵⁴⁾、被相続人が相続人に不動産を無償で貸与する法的構成は、親子・夫婦間の無償利用が相続・扶養と絡む特殊な人間関係を基層にした「相互的援助関係」の貸借である「生涯無償利用権」であるとする。「生涯無償利用権」は、友人、知人、隣人等親族以外の当事者間での無償使用を念頭におく民法にいう使用貸借契約とは無償使用の質を異にし、ローマのプレカリウム契約を念頭におき、貸主が借主に対する個人的・主体的事情である原因ないし原因事実による無償行為（原因論）であるとする。

最判平成8年は、Xらを貸主Yらを借主とするAの死亡により開始する始期付使用貸借契約を認めたものであるが、学説ではこのような問題は、裁判実務の経験に基づき実務家の間で議論が深められているとされている。したがって、近年、実務では使用貸借関係を認め不当利得を否定する傾向にある

⁽⁵²⁾ 高木多喜男『遺産分割の法理』73-74頁（有斐閣、1992年）。

⁽⁵³⁾ この説は、配偶者については、夫婦財産制の中で考えるべきとする（高木・前掲注49）87頁）。

⁽⁵⁴⁾ 岡本・前掲注5087-88頁、同「親子間の不動産無償利用関係について（上）（中）（中の2）（下）」島法39巻1号1頁以下（1995年）、島法39巻2号1頁以下（1995年）、島法39巻3号45頁以下（1995年）、島法44巻4号111頁以下（2001年）。

ため、最判平成8年は実務の取扱いを是認したのではないかとする見解がある⁽⁵⁵⁾。また、最判平成8年は使用貸借契約の終期を設定しているが、他の共同相続人はその時期まで使用貸借契約の解約をなすことができるのか否かについては、終期前でも目的物の性質によって定まった用法に従い使用収益しなかった場合（民594条1項）、承諾なしに第三者に使用収益させた場合（民594条2項）という解除事由が生じた場合は、使用貸借契約の解除が可能であると考えられるが、最判平成8年が明確に示していないため、残された問題となるであろう⁽⁵⁶⁾。

(2) 最判平成10年に関する学説

学説は、居住用不動産にAの死亡後も継続して居住するYに対して、Yの持分を超える共有不動産の占有使用が不当利得となるかについて、最判平成10年が不当利得を否定し、Yの無償かつ占有使用を認め、相続人との関係においてYの居住利益を保護した結論に対して概ね肯定的である⁽⁵⁷⁾。しかし、Yが居住用不動産を単独で無償使用できるとする法的構成については議論があり、その法的構成については使用貸借説、民法752条類推適用説、無償利用関係説に分かれている。また、一方では、最判平成10年は法的構成を明らかにしたものではなく、事実推定に関する法則を明らかにしたものとする学説がある⁽⁵⁸⁾。

以下、使用貸借説、民法752条類推適用説、無償利用関係説を検討する。

(55) 升田純「判批（最判平成8年）」NBL633号68頁（1988年）、野山宏「判批（最判平成8年）」ジュリ1111号198頁。

(56) 野山・前掲注55198頁。

(57) 右近健男「判批（最判平成10年）」リマークス（上）18号67頁、吉田克己「判批（最判平成10年）」ジュリ1157号87頁（1999年）、岡本詔治「判批（最判平成10年）」判時1649号230頁（1998年）、原司「判批（最判平成10年）」ひろば10号48頁（1998年）。

(58) 柴崎哲夫「判批（最判平成10年）」判タ1005号81頁（1999年）。

A 使用貸借説（内縁の共有不動産の場合）

この説は⁽⁵⁹⁾、最判平成8年が生存配偶者の場合も射程範囲としていると解し、共有持分が認められる生存内縁者に関しても同様に考え、最判平成8年の使用貸借契約という理論構成を最判平成10年の場合に应用する。つまり、内縁者の一方の死亡後には、生存内縁者が居住用不動産を単独で無償使用する使用貸借契約の合意が存立すると解する。また、使用貸借契約の終期については、最判平成8年が遺産分割終了時を終期とするのに対して、最判平成10年のような内縁関係の場合には、共有関係が解消されるまでであるとする。しかし、Ⅱ、2、(1)①(ii)(a)に示したように、死亡内縁者が死亡後に法的な拘束ができるのは遺贈か死因贈与しかないため、死亡後に使用貸借の成立が可能なのか疑問をぬぐえないという批判がある⁽⁶⁰⁾。

B 民法752条類推適用説

この説は⁽⁶¹⁾、内縁者は民法752条の類推適用により同居・協力・扶助義務を負うので、居住用不動産で共同生活をし、あるいは営業を営むとしても、彼らには賃貸借契約関係など念頭になく、使用貸借による法的構成は不自然であると解する。この点で最判平成8年は親子間における問題を使用貸借で解決し得たが、婚姻夫婦同様の共同生活体である内縁の場合とは事情を異にするとする。したがって、内縁者双方が協力して取得した財産につき共有関係が成立している場合、共同生活中に形成された実質的な共有財産の利用につき、民法752条を反映した利用関係を認める財産管理に関する黙示の合意があるため、一方の死亡後も生存配偶者は居住用不動産を無償で使用することが認められるとする。しかし、内縁解消の際に同居・協力・扶助義務は消滅するのであるが、それを反映した利用関係が、内縁者の一方の死亡後に成り立つのであろうか。また、無償利用関係の期間が明確にされていない。

(59) 吉田・前掲注5787頁。

(60) 高木・前掲注4947頁。

(61) 右近・前掲注5767頁。

C 無償利用関係説（婚姻・内縁の場合）

この説は⁽⁶²⁾、夫婦は社会的・経済的・人格的に対等であり、婚姻住居の無償使用について合意があり、同等・同質の利用利益を有し、その関係は特殊な身分関係であるため、非所有配偶者の居住利益は譲渡性・相続性がない独自の利用権であり、婚姻の解消によっても影響を受けない特殊の権利「生涯無償利用権」を構成すると解する。このような「生涯無償利用権」は内縁の場合にも成立し、この権利は相続人に承継するとする。その上で、最判平成10年は、内縁者間の無償使用関係を「特殊の無償使用」(無名契約)と構成するとする。しかし、非所有配偶者の居住利益は、譲受入等の第三者に対して保護される可能性はないとする。

最判平成10年は、内縁者双方の共有不動産に同居していた場合に、内縁者の一方の死亡後の生存内縁者の居住利益の保護が問題となったものである。確かに、相続人の間で被相続人の死亡後、被相続人と同居していた相続人の居住利益が保護されるか否かが問題となった最判平成8年とは、確かに類似した判例であると思われる。しかし、最判平成8年では、「同居の相続人を借主とする右建物の使用貸借契約関係が存続する」とあり、居住用不動産を無償で利用できる法的構成は使用貸借契約であると明言しているが、最判平成10年では、生存内縁者が無償で利用できる法的構成が使用貸借契約であると明言してはいない。また、最判平成8年は、相続人間における共有不動産の無償使用が問題であるため、遺産分割における遺産収益の問題として処理することが可能である。しかし、最判平成10年では、生存内縁者には、相続権がないことが問題なのであり、遺産分割で処理することが不可能であると思われる。しかも、使用貸借契約の終期については、最判平成8年が遺産分

(62) 岡本・前掲注57230頁，同・前掲注1417-18頁，同「夫婦間における不動産無償利用関係（上）（下）」島法36巻4号1頁以下（1993年），島法37巻1号38頁（1993年），同「財産分与・遺産分割と生涯無償利用権」谷口知平先生追悼論文集1『家族法』408頁（1992年）。

割終了時を終期とするのに対して、最判平成10年のような内縁関係の場合には、共有関係が解消されるまでとし、使用期間があまりにも異なると考える。したがって、同居者に居住用不動産の無償で占有使用を認めたという結果は同じでも、最判平成8年と最判平成10年とは、その法的構成が必ずしも同じであるとは限らないと考える。

また、最判平成10年では、生存内縁者が居住する不動産は、相続人と生存内縁者との共有不動産になるが、ここで新たな問題が生じることがないのか、共有関係について検討する必要があると考える。

以下、相続人の使用利益および共有物分割請求について検討する。

(3) 死亡内縁者の相続人における使用収益および共有物分割請求について

最判平成10年によると、生存内縁者が単独かつ無償で占有使用できるという合意が変更されるか、あるいは共有関係が解消されない限り、相続人は共有不動産を自ら使用できない上、使用収益の分配にもあずかれないことになると解される。しかし、共有不動産の内容、従来の使用形態や共有者及びその相続人の関係等の事情から、共有不動産の占有使用について合意を推認するのが相当でない場合も考えられる。例えば、被相続人の相続人である子が共同事業に関与し、その後継者と目されている場合には、被相続人の死亡後は相続人である子と生存内縁者が共同で事業を行い、相続財産である不動産を共同使用することが予定されている場合、特段の事情により、合意の推認が否定されるとする⁽⁶³⁾。しかし、相続人である子には他に自分の居住する家屋があると考えられるため、直ちに子の利益を不当に侵害するとはいえない。したがって、相続人である子が自己の持分を占有使用するには使用収益の方法の変更のための協議を求めるか(民251条)、あるいは、協議が成立しない場合には共有物分割請求(民256条)をすることになるとされる⁽⁶⁴⁾。

しかしながら、相続人からの共有物分割請求は、生存内縁者にとって居住

(63) 山下・前掲注(4)216-217頁。

の利益が害される重大な問題となると思われる。つまり、共有物である居住用不動産の共同所有者である相続人から生存内縁者に共有物分割請求があった場合には、生存内縁者はそれに応じなければならず、分割判決が確定すると生存内縁者の無償使用は終了することになる。その場合、なお生存内縁者が継続して居住することを望むのであれば、相続人の共有物持分に対して賃料を払うか、全面的な価額賠償の方法によって分割することになるであろう⁽⁶⁵⁾。それゆえ、相続人からの分割請求は、居住する不動産について相続人と共有関係にある生存内縁者にとって居住継続の限界となり得ると考えられる。

3 小 括

最判平成10年は、生存内縁者が現に居住する住宅が内縁者双方の共有不動産である場合、内縁者間で生存中に、生存内縁者が居住用不動産に継続して無償で使用できる合意があったことを推認し、内縁者の一方の死亡後も生存内縁者は居住用不動産を無償で占有使用することを認め、生存内縁者の居住利益を保護したものである。学説上も単独で無償使用できるとする法的構成には異論があるが、その結果には概ね肯定的であると考えられる。しかしながら、最判平成10年のように、居住住宅が内縁者双方の共有不動産ではなく、死亡内縁者の単独所有不動産である場合には、最判平成10年の射程範囲にはなるのか問題になるとと思われる。したがって、次に、内縁者の一方の単独所有不動産に同居していた場合を検討する必要があると考える。

(64) 最判昭和62年9月4日判時1251号101頁は、共有者はいつでも共有物の分割を請求して共有関係は解消することができ(民256条1項)、もし共有者間で協議が調わないときは、裁判分割(民258条1項)により現物分割、あるいは、共有物が分割不能または分割によって著しく価格を損するおそれがあるときは、競売により代金を分割することになる(民258条2項)。ただし、相続の場合は、共同相続人間に遺産の分割の協議が調わないとき、又は協議することができないときは、遺産分割の審判を求めるべきであって、共有物分割請求は認められないとする。

(65) 最判平成8年10月31日民集50巻9号2563頁は、全面的な価額賠償の方法による分割を認めている。

Ⅲ 内縁者の一方の単独所有不動産に同居していた場合の生存内縁者の居住利益

主婦婚型の内縁のように居住用不動産を購入する資力のない内縁者が、内縁者の一方の所有不動産に同居していた場合、内縁者の一方の死亡後、死亡内縁者の所有不動産は相続財産となり、相続人に帰属することになる。また、一方の死亡により、同居・扶助・協力義務も消滅することになる。したがって、生存内縁者は居住用不動産に継続して居住することが非常に困難になると思われる。このような場合、判例等・学説は様々な法的構成により生存内縁者の居住利益の保護を図ってきた。

以下、主な判例等・学説を紹介し、検討することにする。

1 主な判例等

(1) 生前贈与・遺贈を認め居住利益を保護した判例等

① 東京家審昭和34年9月14日家月11巻12号109頁〔裁判例①〕

生存内縁者Xと死亡内縁者Aは同居し、生活していたが、Aが1949年に遺言を残して死亡した。Aの遺言は形式不備により正式なものではなく有効ではないが、Xの分だけは遺言趣旨に則り分割することに全相続人の一致があったため、遺産分割協議にXが参加人として審判手続に参加した事案である。

東京家審は「遺言書は法定の様式を備えないため、法律的には無効とされてもやむを得ない。しかし、関係者との間では遺言の無効であることについて争わないとしても、遺言趣旨に則り分割方針を定めることについては全相続人一致しているわけである。…現行法上内妻には相続権が認められていないので、法律上は遺産分割にあずかり得ないこと勿論であるが、前述したようにXに対して第二項（二）掲記の家屋の贈与契約が成立しているものと認められるので、Xに右家屋を取得せしめる」と判示した。

② 最三小判昭和39年5月26日民集18巻4号667頁〔判例②〕

生存内縁者Yは死亡内縁者Aと挙式の上、甲家屋に同居し、生活していたが、Aが入院した際、Yに甲家屋の買受けに関する契約書を実印とともにYに交付し贈与した。相続人XはAと疎遠の仲であり、Aの入院治療についてYから相談を受けたときにも助力しなかった。Aが死亡し、XがYに対し、甲家屋につき家屋明渡請求をした事案である。

最高裁は、「右贈与がなされるまでは、Yの甲家屋に居住する法律関係は、Aの占有補助者としての立場にあったと解せられるが、前記のように甲家屋の贈与がなされ、かつ、その権利の表象ともいべき甲家屋の買受に関する契約書がその実印とともにYに交付されることによって、AよりYに対して簡易による引渡による甲家屋の占有移転が行われたものとみるべきであるが、本件贈与の履行はこれにより完了し、したがって、贈与契約はもはや取り消すことができない」とした。

他に、重婚的内縁関係であった生存内縁者に居住用不動産等の全財産を包括遺贈する旨の遺言が認められた仙台高判平成4年9月11日判タ813号257頁がある。

生存内縁者に配偶者相続権が認められないとすると、裁判例①、判例②のように、死亡内縁者が生存内縁者に遺贈や生前贈与をしていない限り、一方の内縁配偶者の死亡後に、生存内縁者の居住利益の保護は非常に困難になると思われる。そのため、判例等により様々なアプローチが試みられている。

以下、使用貸借による居住利益の保護〔裁判例③〕〔裁判例④〕、権利濫用による居住利益の保護〔判例⑤〕、財産分与類推適用による居住利益の保護〔裁判例⑥〕〔財産分与の類推適用が認められていない判例⑦〕、単独無償使用を認め居住利益を保護〔裁判例⑧〕の判例等を検討する。

(2) 使用貸借による居住利益の保護した裁判例

① 大阪地判昭和37年11月30日下民集13巻11号2403頁〔裁判例③〕

生存内縁者Yと死亡内縁者Aは挙式し、Aが夫婦生活の本拠とする意か

つYの将来の生活も考慮しYに贈与する意向で購入したA所有の甲家屋に居住し、生活していた。また、AとYは婚姻届けをする書類等を作成準備していたが、Aが急死し、相続人XらがYに甲家屋につき家屋明渡請求をした事案である。

大阪地裁は、「同居協力権（同居協力義務の反面である）の一種の余後効というべきものであるが、家屋の使用占有という面にかぎって財産法的に構成すれば、別段の合意のある場合のほか、内縁の夫の死亡（内縁の妻の生存中にその夫が死亡したばあい）を停止条件とし、その妻の死亡を終期、その不行跡その他特段の事由の存在を解除条件とし、夫婦生活の本拠であった家屋を妻に無償で使用収益させる合意（使用貸借）が内縁関係そのものの身分的合意に付随して、夫婦間に存するものというべく、この合意は、その性質上、夫の相続人に承継され（民法599条参照）、内縁の妻は、該合意に基づく使用収益権をもって、夫の相続人に対抗しうる」とした。

② 大阪高判平成22年10月21日判時2108号72頁〔裁判例④〕

生存内縁者Yと死亡内縁者Aは1975年頃知り合い、昭和54年頃、YとYの次男はA所有の甲建物に居住していた。Aの妻Bが1988年に死亡後、Aはほぼ甲建物でYと過ごし、自宅に帰るのは週一回程度だった、2004年頃に、AとYは甲建物に同居し始めたが、2008年にAが死亡した。Aの死亡後も、Yは甲建物に居住し続けているため、相続人X（Aの長女）が、Yに対し甲建物につき建物明渡請求および賃料相当損害金請求をした事案である。

大阪高判は、「Aの申し渡しがあった平成16年ころには、AとYとの間で、黙示的に、Yが死亡するまで甲建物を無償で使用させる旨の本件使用貸借契約が成立していたものと認める」と判示し、使用貸借契約の成立を認め、建物明渡請求及び賃料相当損害金請求をいずれも棄却した。

使用貸借による裁判例③と裁判例④とは、その法的構成の内容が少し異なる。裁判例③は、無償で占有使用できる法的構成は、内縁の夫の死亡を停止

条件とし、その妻の死亡を終期とする使用貸借契約であるとする。すなわち、死亡内縁者の生前から、使用貸借契約が成立しており、死亡後もこの使用貸借契約は解消されず、死亡内縁者の相続人に承継されとする。しかし、裁判例④は、内縁者間で黙示的に、死亡内縁者の死亡後に、生存内縁者と死亡内縁者の相続人の間で居住用不動産を無償で使用する使用貸借契約が成立していたものとする。

(3) 権利濫用により居住利益を保護した判例

① 最三小判昭和39年10月13日民集18巻8号1578頁〔判例⑤〕

死亡内縁者Aの妻Bの死亡後、Aと生存内縁者Y（Bの妹）は挙式し、協力して養鶏業等を営み、甲家屋に居住し、生活していたが、Yと相続人X（AとBの養女）とが不和となりXは実家に戻っていた。その間、AはXとの離婚を考えたが戸籍上の手続をしないうちにAが死亡し、XがYに対し甲建物明渡請求をした事案である。

最高裁は、「XおよびY間の身分関係、甲建物をめぐる右両者間の紛争のいきさつ、右両者の甲建物の各使用状況およびこれに対する各必要度等の事情につき、原審がその挙示の証拠により確定した事実関係に照らせば、Yに対するXの甲建物明渡請求が権利の濫用として許されない旨の原審の判断は正当」であり「本件請求を権利の濫用として許されない旨判断したからといって、Yが甲建物に居住しうる権利を容認したとはいえない」と判示した。

他に、福岡高判昭和37年4月30日下民集13巻4号942頁、広島高岡山支判昭和38年1月28日高民16巻3号131頁、東京地判昭和39年10月9日判時413号70頁、大阪地判昭和55年1月25日判時969号91頁、東京地判平成2年3月27日判時1370号71頁、同平成9年10月3日判タ980号176頁等がある。

(4) 財産分与類推適用により居住利益を保護した裁判例

① 大阪家審昭和58年3月23日家月36巻6号51頁〔裁判例⑥〕

生存内縁者Yは、死亡内縁者Aと30年間に渡って同居し、その間、YはA

の診療所の窓口事務・調剤・外科手術等を手伝い助けてきた。Aが病死したので、Aの共同相続人Xらから申立てられた遺産分割事件と、Yから申立てられた現に居住する家屋に継続して居住する意向を示した財産分与事件と併合審理された事案である。なおAとYは、Aの最後の入院時に婚姻届をしようとしているが受理されるには至っていない。

大阪家審は、「財産分与の本質が夫婦共有財産の清算性を中核とするものと解する限りでは、生前における解消と死亡による解消を区別する合理的理由に乏しいこと、財産分与に対応すべき義務（一身専属性のものは除く）の相続性は認められるべきであること等からすれば、この場合その相続人の相手方とする財産分与を肯定すべきであると考ええる。然して財産分与に関する民法768条における財産分与請求の要件たる『離婚』も前記財産分与の本質からする限りで、その清算の契機はその身分変動そのものに意味があるのではなく、右身分変動に必然的に伴う夫婦共有財産の形成母体たる夫婦共同体の解体にこそその実質的根拠を求め得べきものであることは明らかであるというべきであるから、だとすれば夫婦共同体の解体の一場合たる死亡による内縁関係の解消の場合にも右同条の類推適用を認められるべきであり、従って又家事審判法（同法9条）の適用も認められるべきであると解するを相当とする。かく解したにせよ内縁関係をより以上に保護するものというに当たらず、むしろ生前解消によって求め得たところのものを、終生協力関係にあった死亡による場合においてこれを失わせしめることの合理的理由は見出し難く、漫然その相手方の相続人にこれを全て取得せしめることは、不当に利得せしめるものとして公平の観念からも、到底許容し難いものという外なく『片手落ち』のそしりを免れない」とし、死亡による内縁解消の場合に、死亡内縁者の相続人を相手方とする民法768条に規定される財産分与請求を認めた。

一方、居住利益の保護に関する事案ではないが、内縁の一方の死亡により内縁関係が解消した場合に財産分与規定の類推適用を認めなかった最一小決平成12年3月10日民集54巻3号1040頁（以下、「最判平成12年3月10日」とい

う)〔判例⑦〕がある。最高裁は、「内縁の夫婦の一方の死亡により内縁関係が解消した場合に、法律上の夫婦の離婚に伴う財産分与に関する民法768条の規定を類推適用することはできないと解するのが相当である。民法は、法律上の夫婦の婚姻解消時における財産関係の清算及び婚姻解消後の扶養については、離婚による解消と当事者の一方の死亡による解消とを区別し、前者の場合には財産分与の方法を用意し、後者の場合には相続により財産を承継させることでこれを処理するものとしている。このことにかんがみると、内縁の夫婦について、離別による内縁解消の場合に民法の財産分与の規定を類推適用することは、準婚的法律関係の保護に適するものとしてその合理性を承認し得るとしても、死亡による内縁解消のときに、相続を開始した遺産につき財産分与の法理による遺産清算の道を開くことは、相続による財産承継の構造の中に異質の契機を持ち込むもので、法の予定しないことである。また、死亡した内縁者の扶養義務が遺産の負担となってその相続人に承継されると解する余地もない。したがって、生存内縁者が死亡内縁者の相続人に対して清算的要素及び扶養的要素を含む財産分与請求権を有するものと解することはできない」とし、生存内縁者からの財産分与請求を否定した。

裁判例⑥は、民法768条の財産分与の本質が共有財産の清算を中核とする限りは、生前における解消と死亡による解消とを区別する合理的理由に乏しいとし、内縁の死亡解消の際に、財産分与規定による財産の清算を認めるとする。しかし、判例⑦は、内縁の死亡解消の場合に、財産分与規定の類推適用は認められないとする。その理由は、婚姻解消時における財産の清算について、離婚による解消と死亡解消とを区別し、前者の場合には財産分与の方法で、後者の場合には相続による財産の承継で処理をするのであって、相続を開始した遺産に財産分与による清算の道を開くことは、相続による財産承継の構造の中に異質の契機を持ち込むもので、法の予定しないことであるからとする。

(5) 無償使用を認め居住利益を保護した裁判例

① 名古屋地裁平成23年2月25日判時2118号66頁〔裁判例⑧〕

1975年に死亡内縁者AはBと婚姻しXを儲けたが、1985年頃からYと交際し始めた。1999年にAは土地を購入し、AとYが居住予定の甲建物を建てYと同居し、生活していたが、2009年に交通事故により死亡した。Xは、甲建物の共有持分権に基づき、Yに対して建物明渡請求と賃料相当損害金支払請求をした。Yは、甲建物がAとYの共同事業の収益により建築した共有不動産であるから、2分の1の持分があることを主張した事案である。

名古屋地裁は、共有持分の存否については「登記名義人でない者が不動産の取得資金を出駄した場合に、出駄の事実のみから直ちに、出駄に見合う持分を取得しているとまでは認めがたい。……Yの疎外会社に対する貢献は、亡Aに対する協力扶助義務や情愛による部分が大きかったと考えられることをあわせ考えれば、Yが亡Aの生活や事業に協力したことのみから直ちに被告が共有持分を取得しているとまでは言え」ないとし、Yの甲建物の共有持分を認めなかった。その上で、「内縁の夫婦がその共有する不動産を居住又は共同事業のために共同で使用してきたときは、特段の事情がない限り、両者の間において、その一方が死亡した後は他方が右不動産を単独で使用する旨の合意が成立していたものと推認するのが相当である（最一小判平成10年2月26日民集52巻1号255頁）。…Yは亡Aの甲建物の取得について共有持分取得に相応する程度の寄与をしていると評価できる。…亡Aが、…自分の死後は当然Yが甲建物を単独で無償使用することを想定していたと考えるのが合理的であり、Yと亡Aの間ではかかる合意が黙示に成立していた」と判示した。

裁判例⑧は、Yが甲建物の取得について共有持分取得に相応する程度の寄与をしていると評価できるとして、Aの死亡後、Yが甲建物を単独で使用する旨の合意を推認し、単独での無償使用を認めている。しかし、甲建物を無償使用できるとする法的構成が使用貸借契約なのかは定かではない。

また、生存内縁者の居住利益の保護が問題になった事案ではなく、内縁の死亡解消による財産の清算が問題になった東京地判平成4年1月31日判タ793号223頁がある。この事案は、A（死亡内縁者）には、離婚した妻と二人の子供（ $X_1 \cdot X_2$ ）がいるが、Y（生存内縁者）と第一建物に入居し生活をしていたが、その間、Yの退職金等の2,150万円とAの手持ち資金と借入金（Yが連帯保証人）により、A所有権名義の第二建物（賃貸マンション）を建設した。Aの死亡後、Aの相続人 X_1 がYに対して第一建物の土地建物明渡請求（甲事件）をした。これに対し、Yは、相続人からする明渡請求は権利の濫用であると抗弁し、さらに、Yは、 X_1 と X_2 に対して主位的請求として財産分与、予備的請求として民法762条2項・250条により第二建物の2分の1の持分権があり、残りの2分の1は死因贈与契約がなされたとして、第二建物の所有権移転登記等を請求した（乙事件）ものである。東京地裁は、第二建物の所有権移転登記等請求については、財産分与規定を類推適用することは現行法体系を崩すことになるとして排斥したが、予備的請求の第二建物については、「婚姻中夫婦双方が資金を負担し、その資金によって夫婦の共同生活の経済的基礎を構成する財産として不動産を取得し、しかも右不動産の取得につき夫婦が一体として互いに協力・寄与したものと評価し得る場合には、民法762条2項により、右不動産は、たとえその登記簿上の名義を夫にしていたとしても、夫婦間においてこれを夫の特有財産とする旨の特段の合意がない以上、夫婦の共有財産として同人らに帰属するものと解する」とし、民法762条2項による共有を認めている。

2 検 討

(1) 学 説

死亡内縁者の単独所有不動産に居住していた場合、生存内縁者の居住利益の保護について、1960年代前後の学説は、権利濫用説、準親族共助説⁽⁶⁶⁾、余後効説⁽⁶⁷⁾、居住権論説⁽⁶⁸⁾、無償使用権説等、様々な理論構成が試みられている⁽⁶⁹⁾。また、1963年の民法一部改正で、相続人不存在の場合に、生存内縁者

にも財産の分与が可能となる特別縁故者への財産分与制度が新設されたが、救済されない例の方がなお多く、従来の学説とは視点を変えた使用貸借説が現れたとされる⁽⁷⁰⁾。昨今の学説においては、準親族共助説、余後効説、居住権論説はほとんど論じられていないように思われる。したがって、以下、A 権利濫用説、B 使用貸借説、C 財産分与類推適用説、D 無償利用関係説、E 民法762条類推適用・250条説による生存内縁者の居住利益を保護の学説を検討することにする。

(66) 準親族共助説は、内縁者間における準婚的法律関係は、一方の死亡により終了するが、それまで存在した共同生活を維持するため、法律関係の存続を認め、内縁から生ずる準親族間の共助精神により（民法730条を基礎とする）、生存内縁者の居住が内縁者共同の居住と同様に保護をされるとする（我妻・前掲注(1)205-208頁）。しかし、相続人は共助の精神で生存内縁者の居住利益を保護するという理論は、理論として弱いという批判がある（二宮周平「内縁」星野英一編『民法講座(7)親族・相続』82頁（有斐閣、1984年））。

(67) 余後効説は、内縁に民法752条同居・協力・扶助義務が認められるため、死亡解消の場合は、自然偶発的な事情によるものであるから、永年形成されてきた内縁の共同生活が一挙に解消するわけがなく、婚姻の死亡解消と同様に死亡前の関係の暫定的存続を認められるとする。その上で、同居・協力・扶助義務による内縁の共同の居住権は、その余後効として、生存内縁者に移り、遺産分割終了までの期間、居住を継続できると解する（太田武男「判批（福岡高判昭和37年4月30日）」法時35巻6号84-85頁（1963年））。しかし、本来、民法752条同居・協力・扶助義務は内縁の死亡解消により消滅するものであるが、内縁解消後、なお同居・協力・扶助義務が存続するという例外を肯定する規定がないという批判がある（玉田弘毅「被相続人の内縁の妻の居住権—相続人の承継家屋をめぐって—」法論38巻4号59頁（1964年））。ただし、太田教授は余後効説を撤回されている（太田・前掲注(5)288-289頁現代の内縁問題）。

(68) 居住権論説は、主に居住する不動産の賃貸借における場面において、賃借人のみならず、その同居者も自己に固有な居住権を有しているため、賃貸借している不動産に同居している生存内縁者は居住する権利を持つとする。したがって、居住用不動産の所有者との同居の場合、所有者が死亡すると、相続人でない同居者は居住権を失うことになるが、同居者の居住の必要は当然に認められ、同居者と相続人の間に法定賃貸借関係が生じ、この法定賃借権によって、同居者は、居住権の合法性を回復すると解する（鈴木録弥『居住権論』78-79頁（有斐閣、1981年））。しかし、法定賃借権は賃貸借がある場合に対応するものであるため、所有不動産に応用できる理由の根拠がないという批判がある（玉田・前掲注(6)745頁以下）。

(69) 玉田・前掲注(6)745頁以下、谷口地平＝久貴忠彦編『新版注釈民法(27)相続(2)』75-79頁〔右近健男〕（有斐閣、1989年）参照。

(70) 二宮・前掲注(6)83頁。

A 権利濫用説

この説は⁽⁷¹⁾、権利濫用規定（民1条3項）により相続人から生存内縁者に対する居住用不動産の明渡請求を排斥するものである。この説は、生存内縁者の居住の意思および必要性、内縁関係の実態、相続人側の事情等を比較考量すると解する⁽⁷²⁾。しかし、居住用不動産の明渡請求を防ぐことはできるが、生存内縁者の居住住宅の利用に関する法律関係が構成されるわけではないと考えられている⁽⁷³⁾。したがって、居住用不動産の使用利益を法律上の原因なくして享受していることになり、不当利得請求される可能性が残る。また、民法の一般条項での解決は、その時の状況如何に左右され、裁判の行方を見通すことができないため、このような解決は控えるべきであろう。

B 使用貸借説（単独所有不動産の場合）

この説は⁽⁷⁴⁾、生存中内縁者の一方が共同生活の本拠である他方の所有不動産に居住し使用できるのは、婚姻と同様に、同居・協力・扶助義務の経済的側面が夫婦財産制にゆだねられているため、居住住宅の使用関係を財産利用の一場合とみて、民法760条婚姻費用分担義務により一方の所有不動産を共同の住居に提供しているからであるとする。しかし、民法には760条以外の規定がないため、物を利用する規定として財産法上の使用貸借規定が適用されるとする。この使用貸借は、不動産の所有者の死亡で消滅しないため、生存内縁者は、不動産所有者の死亡後も、引き続き居住用不動産に居住し得ると解する。なぜなら、この使用関係は、夫婦財産法的修正がなされ、死亡の場合の使用貸借終了時期（民597条2項）については、内縁者の一方の死亡ではな

(71) 加藤一郎「家屋賃借権の相続」谷口知平＝有泉亨編『総合判例研究叢書民法(1)』235頁（有斐閣1956年）、水本浩「判批（大判昭和8年8月10日）」別冊ジュリ40号27頁（新版増補版、1973年）、中井美雄「判批（最判昭和39年10月13日）」別冊ジュリ66号17頁（第3版、1980年）、森綱郎「判批（最判昭和39年10月13日）」法曹16巻12号1938頁（1964年）。

(72) 水本・前掲注(71)27頁。

(73) 玉田・前掲注6750頁。

(74) 玉田・前掲注6770頁、四宮和夫「判批（最判昭和39年10月13日）」法協91巻7号1153頁（1974年）。

く、生存内縁者の死亡までとするからである。

C 財産分与類推適用説

この説は⁽⁷⁵⁾、内縁の死亡解消の財産の清算について、内縁の離別解消の場合の財産の清算に財産分与規定の類推適用が認められていることに注目し、死亡解消の場合にも民法768条財産分与規定を類推適用し解決を図るとする。居住利益についても財産分与として居住用不動産の所有権を分与するとし、居住用不動産の所有権の分与が分与額として過大であるときには、新たに他方の死亡までの賃借権もしくは使用借権を財産分与として設定する等柔軟な対応を図るとする⁽⁷⁶⁾。財産分与の類推適用が可能であるとする、家半審判手続きで解決できるうえ、遺産分割事件と併合して審理が可能であるとする。しかし、この説に対しては次のような批判がある⁽⁷⁷⁾。現行法では婚姻解消における財産の清算は、離婚の場合には離婚給付に関する財産分与で実行し、死亡解消の場合には民法890条に規定される配偶者相続により解決を図るという基本的思想に基づいて構成されていると解されている。したがって、婚姻の死亡解消の場合に財産分与規定を用いることは法が予定していないとされる。そのため、内縁の死亡解消における財産の清算に財産分与規定の類推適用を認めることは、婚姻の死亡解消の場合に、相続とは別の離婚給付である財産分与制度で処理を行う途を開くことになり、現行法体系を崩すおそれ

(75) 青山道夫『改訂家族法論Ⅰ』115頁（法律文化社、1978年）、同『身分法概論』114頁（法律文化社、1951年）、久貴忠彦「判批（広島高決昭和38年6月19日）」法時35巻11号101頁（1983年）、二宮周平『事実婚の現代的課題』307-309頁（日本評論社、1990年）、同『事実婚』200-202頁（一粒社、2002年）、同・前掲注29153-162頁事実婚の判例総合解説、同「内縁の死亡解消と財産の分配」立命271-272号733頁以下（2000年）。また、録木祿弥＝唄孝一『人事法Ⅰ』は、「婚姻外の男女関係においては、配偶者相続権に照応するものは認められないため、財産の清算の問題が目につくことになるのであり、その結合状態に応じて、財産分与の規定の準用から単なる共有物分割まで種々の法的構成が利用されるべきである」とする。

(76) 二宮・前掲注75210頁事実婚。

(77) 仁平政夫「判批（大阪家審昭和58年3月23日）」家月37巻9号156頁（1985年）、山口純夫「判批（大阪家審昭和58年3月23日）」判タ543号134-135頁（1985年）、大津千明「内縁の解消」村重慶一編『現代裁判法大系10』133-134頁（新日本法規出版、1998年）。

があるとする。この批判に対して、この説の論者からは、「財産分与と相続権の二つの制度の体系上の振り分けは、…二つの制度が整って初めて問題になる。現行法が予定していないのは、法律上の夫婦の死亡解消の場合に財産分与を適用することである。そもそも相続権を否定されている内縁の場合には、二つの制度がないのだから、体系上の問題が起こりようがない。内縁に財産分与の準用を認めるのは、相続権がないことによって生じる不合理な結果を防ぎ、共同生活者の利益を守るための方法としてであって、財産分与を内縁の死亡解消に認めたからといって、当然に法律婚の死亡解消の場合にもこれを認めることにはならない」⁽⁷⁸⁾という反論がある。また、この場合の財産分与義務は、死亡内縁者に一日発生してこれを相続人が承継することになるのか、あるいは、死亡内縁者の相続人に直接に発生するのが問題であるとする見解がある⁽⁷⁹⁾。

D 無償利用関係説

上記Ⅱ. 2.(2). C. 無償利用関係説と同じ見解である。

E 民法762条2項類推適用・250条説

この説は⁽⁸⁰⁾、内縁中に内縁者双方が協力して形成された財産が民法762条2項により実質的に共有財産として内縁者双方に帰属することになり、内縁

(78) 二宮・前掲注(75)200頁事実婚。

(79) 財産分与請求権は、内縁の相手方に対する対人請求権であり、相手の死亡前に請求権が発生しないとするとその承継は生じないことになる。したがって相続人に対して直接何らかの義務を認めるとすれば、遺産分割の結果現実に相続した遺産に対する請求という理由付けにならざるを得ないとする（大津・前掲注(77)134頁-135頁）。

(80) 井上哲男「遺産分割における内縁者の地位」判タ688号134頁（1989年）、拙稿「死亡解消における財産の清算（2）」岡山大学大学院社会文化科学研究科紀要32号244頁以下（2011年）。また、婚姻の場合の居住利益についてであるが、婚姻中の場合、夫婦財産制の中で解決しようとする見解がある（南方暁「夫婦財産制と妻の居住権」内山尚三＝黒木三郎＝石川利夫先生還暦記念森泉章ほか編『現代法学の基本問題（下）』127頁（第一法規出版、1983年））、さらに、二宮教授も「死亡解消の場合には、最高裁は財産分与の類推適用を否定するので、民法762条2項の類推適用による解決は、なお有用性がある」とする（二宮・前掲注(29)67頁事実婚の判例総合解説）。

解消の際には、その実質的共有財産が顕在化し、民法250条により等分の共有持分となると解する。内縁の死亡解消の場合には法律婚における場合とは異なり、生存内縁配偶者に相続権が認められていないため、実質的な不平等が生じないように配慮がなされているといえないわけであるから、内縁者の一方の協力、寄与を無視するのは相当ではないとし、内縁の主婦婚の場合においても、居住用不動産が一方の名義であっても、内縁者双方が互いに協力し形成したものと評価できる不動産の場合には民法762条2項により内縁者双方に帰属することになる。したがって、民法250条により等分の共有持分となり、共有物分割請求により清算を図ることになる。

(2) 学説の検討

① 権利濫用説，使用貸借説，財産分与類推適用説

権利濫用説は、当面の明渡請求を防ぐことが可能となるため居住用不動産に居住することは保障されるが、使用対価を請求される可能性がある。また、権利義務関係が不安定なままであるという批判がある。使用貸借説は、上記Ⅱ・2・(2)・Aに記載の最判平成10年の学説である使用貸借説のように、内縁者の一方の死亡後に、生存内縁者と死亡内縁者の相続人との間に成立する使用貸借契約ではなく、内縁者の生前中から使用貸借契約が成立しているとする。したがって、死亡内縁者の使用貸借契約は、その死亡後、死亡内縁者の相続人に引き継がれることになると考えられる。したがって、居住用不動産の所有者となる死亡内縁者の相続人が第三者に居住用不動産を譲渡したならば、生存内縁者は居住利益を失う可能性がある。しかし、同居・協力・扶助義務が類推適用されている内縁者に、生存中から居住に関する使用貸借契約が締結されていることに疑問が残る。さらに、使用貸借期間の設定が、内縁者の一方の死亡ではなく、生存内縁者の死亡であるとするのは、民法597条2項の返還時期についての解釈について問題があると思われる。

財産分与類推適用説は、内縁の死亡解消における財産の清算に民法768条財産分与規定を類推適用して解決を図ろうとするものである。内縁の離別解消

時の財産の清算の場合に財産分与規定の類推適用が認められている。しかし、内縁の死亡解消の際の財産の清算に配偶者相続規定を類推適用することは、婚姻の届出に関する戸籍関係の都合により認められていない。確かに、離婚に関する給付である財産分与規定は財産の清算が主な内容であるから、内縁の死亡解消における財産の清算の場合に財産分与規定により内縁の財産の清算を図ることが考えられるであろう。しかしながら、上記最判平成12年3月10日は、内縁の死亡解消のときに、相続が開始された遺産につき財産分与より遺産の清算することは、相続による財産承継に異質の契機を持ち込むもので、法の予定しないところであるとして、死亡解消に際して生存内縁者の財産分与請求を認めていないのである。内縁の死亡解消における財産の清算に離婚の財産分与制度を用いるのは、婚姻の死亡解消においても財産分与の適用が許されるのか否かが問題になり得ると考える。したがって、内縁の死亡解消時の財産の清算に離婚給付に関する財産分与を類推適用することは理論的に無理があると考ええる。

② 民法762条2項類推適用・250条説

民法762条2項類推適用・250条説は、内縁中に内縁者双方で協力し形成した財産については、法定財産制の規定である民法762条2項を類推適用することにより、内縁中の財産が内縁者双方に帰属され、民法250条により等分の共有持分であるとし、内縁の解消に基づく財産の清算を解決しようとするものである。本来、婚姻の解消に基づく夫婦財産の清算については、財産分与および配偶者相続でなされるのではなく、法定財産制の規定中に夫婦財産の清算に関する規定が設けられるべきと考え得る。しかしながら、法定財産制には、婚姻費用分担義務（民760条）、日常家事費用連帯責任（民761条）、夫婦財産の帰属（民762条）が定められているのみで、婚姻終了における夫婦財産関係の規定が設けられていない。そのため、婚姻解消の際の財産の清算については、離婚の場合は離婚給付に関する財産分与規定で、死亡解消の場合は配偶者相続規定により財産の清算が実行されると解されている。

また、現行法は民法762条の夫婦財産の帰属に関しては別産制を採用しているが⁽⁸¹⁾、夫婦財産制について初めて規定した司法省明法寮における皇国民法仮規則（1872年）は、フランス民法を修正し所得共通制が採用されていた⁽⁸²⁾。そのフランス民法の現行法は、夫婦財産関係について特別の契約をしていない場合、法定共通財産制（communauté légale）となる（仏民1400条）。共通積極財産は後得財産（acquêt）によって構成される（仏民1401条）。法定共通財産制では、夫婦の共通財産（communauté）、妻の固有財産（biens propres de la femme）、夫の固有財産（biens propres du mari）という財産が併存する。共通制は、離婚および夫婦の一方の死亡等で解消され（仏民1441条）、共通財産の清算（liquidation de la communauté）、共通財産の分割（partage de la communauté）が行われた後（消極財産も2分される）、各配偶者は共通財産のそれぞれ2分の1を取得することになる⁽⁸³⁾。したがって、死亡解消によって、生存配偶者は共通財産から得た分と相続分を取得することになる。このように、フランス民法では、夫婦財産制における共通財産の清算・分割と相続による財産の承継とは明確に区別されている。しかし、日本では、本来、夫婦財産制で処理するはずの夫婦財産の清算が財産分与規定および配偶者相続規定という他の制度の中で行われていると考えられる。

このような経緯については、1947年の民法改正で、明治民法を引き継いで、

(81) 他方、夫婦財産制は別産制と所得参与制の無条件の接合による複合形態であり、婚姻中には共通財産が存在しないが、解消時に初めて形成される共通制の一つと非常に近いものであるとするとする学説がある（有地亨「夫婦財産制に関する一考察」法政32巻2＝6併号704頁以下（1966年））。

(82) 夫婦財産制の系譜の詳細については、有地・前掲注81690頁以下、犬伏由子「夫婦財産制」星野英一編『民法講座7』98頁以下（有斐閣，1984年）を参照。

(83) 山口俊夫『概説フランス法（上）』408-418頁（東京大学出版会，1978年）、犬伏由子「フランスにおける夫婦の財産関係法と夫婦の平等（1）（5）」1965年法から1985年法への歩み」山形大学紀要（社会科学）18巻1号19頁以下（1987年）・22巻2号83頁以下（1992年）、原田純孝「相続・贈与遺贈および夫婦財産制 家族財産法」北村一郎編『フランス民法典の200年』232頁以下（有斐閣，2006年）、三宅篤子「フランスにおける夫婦財産共同体の清算と分割（1）（2）」九大法学75号243頁以下（1998年）・77号527頁以下（1998年）、山田美枝子「フランス生存配偶者の相続上の地位」法研70巻12号517-518頁（1997年）を参照。

夫婦財産制に別産制（民762条1項）を採用したことによると考えられる⁽⁸⁴⁾。この別産制は夫婦の形式的平等を重点におき、婚姻中に自己の名で得た財産はその者の特有財産となすとする。そのため、別産制では、配偶者の一方が専業主婦である場合には、専業主婦の協力が夫婦財産に反映されないという実質的な不平等が生じることになる⁽⁸⁵⁾。このような実質的な不平等を是正するために、この民法改正で、新設された離婚給付に関する財産分与に、清算的要素を含めることで（民法768条3項）、別産制では反映されない一方の配偶者の協力を反映させるべく解決を図ったとされている。また、1980年の民法の一部改正では、死亡解消の際の配偶者相続分について、子と共同相続する場合は3分の1から2分の1に引き上げられている。つまり、婚姻の死亡解消時における配偶者相続規定に清算的要素を加えることで、夫婦財産における実質的な不平等の是正が図られたとする⁽⁸⁶⁾。このように、夫婦財産制において、夫婦財産制の終了の規定が設けられていない夫婦財産制の不具合が財産分与規定および配偶者相続規定により夫婦財産の清算を図るということとで解決していると考えられる⁽⁸⁷⁾。

(84) 1980年の民法一部改正の際に、夫婦財産制度について多くの議論がなされたが（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596号15頁以下（1975年）等）、夫婦財産制を共有制にすると夫婦の一方の債務が夫婦の共有財産の負担となること、また、共有制を採用する場合には、共有財産の管理および分割、債権者その他の第三者との関係等、共有制に移行する経過措置等について複雑かつ困難な問題が生じるとして、現行法の別産制を共有制に改めることは見送られた（民事局参事官室「相続に関する民法改正要項試案の説明」ジュリ699号46頁、加藤・前掲注(80)73頁以下）。

(85) 戦後の民法改正の審議会が女性委員より、別産制では、主婦の家事労働等が評価されていないため、夫婦が婚姻中に協力して取得した財産を共有財産とするという主張があったが、結局、別産制に代わる共有制は採用されなかった（我妻栄編『戦後における民法改正の経過』62頁・143頁（日本評論社、1956年））。

(86) 配偶者相続権の系譜についての詳細については、埴陽子「配偶者相続権」林良平＝甲斐道太郎編『谷田知平先生追悼論文集1 家族法』317頁以下（信山社、1992年）、同「配偶者相続権」同『家族法の諸問題（上）』247頁以下（1993年、信山社）参照。

(87) 伊藤教授は、「高齢者の再婚を考慮すれば、生存配偶者の財産上の地位の保護は、相続法によってよりも夫婦財産制や居住財産に関する配偶者の権利保護のための特別準則によって図るのが、無用の軋轢を少なくする道である。婚姻共同体のための財産を夫婦財産制等によって生存配偶者（内縁を含む）に確保させることさえ配慮しておけば、～。ところが、近年のわが立法は、まさにその反対の方向を追求してきた」と指摘する（伊藤昌司『相続法』9頁（有斐閣、2002年））。

判例も、民法762条1項に規定される別産制を前提とする課税方式の合憲性が問題となった最大判昭和36年9月6日民集15巻8号2047頁(以下、「最判昭和36年9月6日」という)は、「配偶者の一方の財産取得に対しては他方が常に協力寄与するものであるとしても、民法には、別に財産分与請求権、相続権ないし扶養請求権等の権利が規定されており、右夫婦相互の協力、寄与に対しては、これらの権利を行使することにより、結局において夫婦間に実質上の不平等が生じないように立法上の配慮がなされている」とし、民法762条1項の別産制についても、それを前提とする課税方式についても合憲と判示した。このように判例は、現行の夫婦財産制の原則は別産制であるとしながら、他方配偶者の協力・寄与については、婚姻解消時に財産分与請求権および配偶者相続権により清算され、不平等を解消していると解する。しかしながら、夫婦財産の清算は、夫婦財産制のなかで実行されるのが本来目指すべきことであろうと考えられる。

一方、学説では、家事労働を評価し別産制から生ずる不合理を是正するために、民法762条2項の拡張解釈を試みる有力な学説がある⁽⁸⁸⁾。すなわち、別産制を原則としつつも民法762条2項の共有推定に独自の意味を認め、共有財産の範囲を拡張するのである。つまり、夫婦財産は、第一に、名実ともに各自に帰属する特有財産、第二に、名実ともに共有に属するもの、第三に、婚姻中に夫婦が協力して取得した財産で、名義が一方に属している不動産、動産、預金、有価証券等の実質的な共有財産からなるとする。婚姻解消の場合には、第一の特有財産は各自の所有となり、第二の共有財産については、他方配偶者はその持分についての所有を主張することができるとする⁽⁸⁹⁾。第

(88) 我妻・前掲注(1)102-103頁、加藤永一「夫婦の財産関係について(1)(2・完)―夫婦財産の利用関係を契機として―」民商46巻1号3頁以下(1962年)・民商46巻3号484頁以下(1962年)。

(89) 民法762条1項特有財産は、名実共に夫婦の一方の所有に属し、名義だけでなく、対価も一方の配偶者によって負担されたことを証明する必要があるとする。同2項は、対外関係においては、その財産の名義が一方のものである事実によって推定は破られるが、対内関係では、実質的にも一方の所有である事実が挙証されない限り推定は破られないとする(我妻・前掲注(1)102-103頁)。

三の実質的な共有財産は、対外的にはその名義者の所有に属するが、実質的には共有に属するものとみなし、離婚の際には清算し、配偶者の死亡の場合には遺産から控除して清算されることになるとする。すなわち、死亡解消の財産の清算は、相続で行うのではなく、夫婦財産をまず相続財産から控除して清算を行うとする。

したがって、夫婦財産の清算は、夫婦財産制において実行されるべきことである。内縁の場合は準婚理論により、内縁の財産に法定財産制の類推適用が認められているため、内縁の財産の清算についても同様に考えることが望まれる。しかし、夫婦財産制に婚姻解消による財産の清算の規定がない限り、内縁の財産の清算に民法762条2項を類推適用することは合理性があると考える。したがって内縁の死亡解消の財産の清算に民法762条2項、250説を支持する。この説によると、民法762条2項の拡張解釈の類推適用により、内縁中に協力して形成した財産は、実質的共有財産となる。内縁中は、財産の名義人に帰属し実質的共有財産は顕在化しないが、内縁解消の際には、その潜在的持分が顕在化され、民法250条により内縁者双方の同等の共有持分になると考えられる⁽⁹⁰⁾。そのため生存内縁者の持分は、相続財産から控除されることになる。すなわち、主婦婚型の内縁の場合、居住不動産が一方の名義であっても、内縁中に協力して取得した居住用不動産であると評価されるのであるならば、民法762条2項を類推適用し、この居住用不動産は実質的共有財産となると考える。この潜在的持分は内縁解消時に顕在化し、民法250条により各2分の1の共有持分となると考え得る。このように居住用不動産が共有不動産である場合は、最判平成10年で示されるように、生存内縁者は一方の死亡後、生存内縁者の死亡まで居住用不動産を無償で占有使用できることになる。しかし、相続人から共有物分割請求（民法256条）があると、その共有関係は

⁽⁹⁰⁾ 我妻教授は、「内縁の夫婦においても、その経済的基礎は協力して築き上げてゆくものであり、そこで取得したものはすべて実質的な共有とみるべき」（我妻・前掲注(1)203頁とし、また内縁者双方の「共通財産を清算し、実質的に内縁の妻の所有に属するものはその所有とすべきである（相続人に対して求償請求権をもつ）」と述べる（我妻・前掲注(1)205頁）。

終了せざるを得ない。また、死亡内縁者が贈与・相続で継受した不動産および、内縁前に購入している所有不動産は、死亡内縁者の特有財産であり、死亡内縁者の相続人に帰属することになるため、生存内縁者の居住利益の保護は不可能になるという問題が残されることになると思われる。

3 小 括

内縁者双方が内縁者の共有不動産で同居および共同事業をしていた場合は、最判平成10年により、生存内縁者は内縁者の一方の死亡後、その居住用不動産を単独かつ無償で利用できることになるため、生存内縁者の居住利益は保護される。しかし、死亡内縁者の単独所有不動産に居住している場合は、その居住用不動産が相続財産となり相続人に帰属するため、生存内縁者が居住用不動産に継続居住が困難になると考えられる。しかし、このような居住利益の問題は、内縁の財産関係の問題であると考えられ得る。つまり、準婚理論により内縁に同居・協力・扶助の義務規定（民752条）が認められているため、内縁中の財産については、法定財産制が類推適用されている。しかし、夫婦財産制に婚姻解消による財産の清算の規定がないため、民法762条2項類推適用・250条説によることが考えられる。民法762条2項類推適用・250条説によると、民法762条2項の拡張解釈を類推適用し、内縁中に協力し形成した財産である居住用不動産は、実質的には共有不動産となり、内縁者双方に帰属する。この実質的共有不動産は内縁中は潜在するが、内縁解消の際には顕在化することになる。そのため、内縁の死亡解消により実質的共有不動産は民法250条により内縁者各2分の1の共有持分となる。したがって、最判平成10年により、生存内縁者は居住用不動産を無償で占有使用することができることになると考えられる。しかし、内縁者双方の共有不動産であったとしても相続人からの分割請求には応じなければならず、分割請求が確定すると無償使用は終了することになるであろう。

Ⅳ おわりに

内縁者双方の共有不動産で同居し、事業等で共同使用してきた生存内縁者の場合、最判平成10年によると、内縁者の一方の死亡後も生存内縁者が共有不動産を無償で占有使用する合意が成立していたものと推認し、生存内縁者はその居住する共有不動産を無償で占有使用し続けることが可能となり、生存内縁者の居住の利益が保護されることが理解された。また、死亡内縁者の単独所有不動産に生存内縁者が居住していた場合、内縁の財産関係の問題として、民法762条2項類推適用・250条説により、民法762条2項を類推適用し、内縁中に協力し形成した居住不動産は実質的共有不動産となり、民法250条により共有持分となる。したがって、最判平成10年により、生存内縁者は無償で居住用不動産を占有使用できることになると考え得る。しかし、いずれの場合も、相続人からの共有物分割請求があると、それに応じなければならず、分割判決が確定すると生存内縁者の無償使用は終了することになり、内縁における居住利益の保護の限界となる。また、民法762条2項類推適用・250条説は、内縁の離別解消にも適用することが可能であると考え得る。

ところで、婚姻解消の場合の財産の清算においても、法定財産制における財産の清算が図られるべきである⁽⁹¹⁾。また、居住に関する規定が存在していないが、婚姻の場合でも主たる相続財産が居住用不動産のみの場合、相続人との関係如何によっては、生存配偶者がその居住用不動産に継続して居住することが困難になり得る可能性があり、居住利益の保護の問題が生じることになると思われる。その点、フランスでは、居住住宅の保護は婚姻の生活基盤として重大であることが考慮され、民法に居住権の規定を設け手厚い保護

(91) 1996年、法制審議会民法部会「民法の一部を改正する法律案要綱」に続く、近時の家族法改正の議論では、大村教授が夫婦財産の清算について、夫婦財産制で処理することを提案している。2009年、民法改正委員会は、別産制に代わるものとして後得財産分配制を提案した。後得財産分配制は婚姻継続中は別産制となるが、婚姻解消時には婚姻中に獲得した財産は夫婦の協力によって獲得されたと考え、名義に関わらず夫婦が婚姻中にその協力により増加させた財産（後得財産）を合算し、分割し、その清算を図るものである。これは、内縁にも類推適用できるとする（中田裕康ほか・前掲注90）4頁以下）。

がなされている⁽⁹²⁾。日本民法とフランス民法とでは夫婦財産制の相違もあり、必ずしも居住権規定をそのまま適用できるとは考えられてはいないが、この点については、フランス法に学ぶべき点が少ないと思われる⁽⁹³⁾。そこで、フランス民法の居住権についてさらに分析・検討し、居住利益の保護についての示唆を得ることを今後の課題としたい。

〔付記〕本稿は、2011年3月26日「日本土地法学会中国支部研究会」、および、同年10月22日「2011年度中・四国法政学会第52回大会」で個別報告したものに加筆・修正を加えたものである。

(92) ヨーロッパ諸国では、居住の保護について、最も問題となることであるとして、1977年、ヨーロッパ審議会(Conseil de l'Europe)は、加盟諸国に夫婦の居住家屋とそこに備えられた家財道具の利用の問題について審議した。その結果、1978年、夫婦の法についての専門委員会が創設された。同専門委員会は、この問題について、ヨーロッパ審議会の勧告の草案を作成し、ヨーロッパ法律協力委員会(Comité européen de coopération juridique (CDCJ))の承認後、1981年、閣僚委員会によって、「家族の住居の占有および家財道具の利用についての夫婦の権利に関する勧告(Recommandation N°R(81)15 concernant les droits des époux relatifs à l'occupation du logement de la famille et à l'utilisation des objets du ménage)」が採択された。その内容は、家族の住居および家財道具に関する夫婦の法的地位が改善されることが望ましいことを考慮し、家族の住居の占有権とその住居において家族の利用に供せられる動産その他の物の利用を保障することを立法に挿入すること、家族の住居の占有の権利を強化する方法の一つとして、共有および共同賃貸借の採用を考慮することを加盟諸国の政府に勧告する。本勧告には、「勧告に対する付則」として8個の原則が含まれる。その原則4「生存配偶者」では、生存配偶者は、相当な場合に、かつ各国の国内法により定められた諸条件において、家族の住居の占有を継続する権利を有するとする。(塙陽子「住居と家財道具について夫婦の権利に関するヨーロッパ審議会の勧告について」『家族法の諸問題(上)』342頁以下(信山社、1993年))。

(93) 婚姻外男女関係の居住利益の保護について、パクス法(PACS, Le pacte civil de solidarité)(1999年11月15日の法律944号)によると、パクスの場合は、死亡当事者が所有していた家屋に2人で住んでいた場合、パクスの生存パートナーは相続財産に対して1年間の住居費用を相続財産に支払わせることができる債権を有する(仏民515-6条)。内縁(concubinage)の場合、フランス民法に内縁の定義が規定されるのみで、フランス民法に内縁の居住権に関する規定がないと考えられる。しかし、恵与(liberalité)により用益権を遺贈することが可能とされ、実際に、居住住宅の所有内縁者が生存内縁者に居住不動産を遺贈することが頻繁に譲渡の手段として認められているとされる(Wilfried BABY・前掲注1231-39頁)。