



Title	民事判例研究
Author(s)	新堂, 明子; SHINDO, Akiko
Citation	北大法学論集, 53(5), 319-339
Issue Date	2003-01-24
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15182">https://hdl.handle.net/2115/15182</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	53(5)_p319-339.pdf



# 民事判例研究

新堂 明子

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、  
民法七六八条の規定を類推適用することはできるか。

最高裁平成一二年三月一〇日第一小法廷決定

(平成一一年(訴)第一八号、財産分与審判に対する抗告審の取  
消決定に対する許可抗告事件)

民集五四卷三号一〇四〇頁、家月五二卷一〇号八一頁、判時  
一七一六号六〇頁、判タ一〇三七号一〇七頁

## 〔事案〕

X女(昭和四年生まれ)は、昭和四六年ころ、A男(大正九

年生まれ)に妻子がいることを知っていたが、交際を始めた。

AはXのアパートに出入りし、当初は月五万円、その後は徐々に増額し、Aの死亡時には少なくとも月二〇万円の生活費を負担していた。さらに、平成二年か平成四年には、現金三〇〇万円の贈与を行った。

ところで、Aと妻Bとの間には、子Y<sup>1</sup>、Y<sup>2</sup>(以下「Yら」という。)がいた。Bは、昭和五六年ころに筋無力症にかかり、昭和五八ころから入院治療を続け、昭和六二年に死亡した。他方、Xも婚姻しており、二女一男がいたが、Aと知り合う前に夫とは死別していた。

Aは、昭和六〇年一二月から平成九年一月に死亡するまで、肺気腫等のため入院を繰り返した。Xは、入院期間中は毎日のように病院に行き、夕食の買物と調理を行い、また、Aも、退院期間中はY<sup>1</sup>宅で過ごす時間よりもX宅で過ごす時間のほうが徐々に長くなっていった。

Aの遺産総額は一億八五六一万円余であり、うち一億七五五七万円余をY<sup>1</sup>が、残りの一〇三万円余をY<sup>2</sup>が相続した。Aの遺産のうちの主たるものは、Aが昭和二九年に設立し、以後死亡するまで代表取締役として経営に当たっていたタクシー会社に対する出資持分であり、金額にして一億三三四九万円余に上

り、すべてY<sup>1</sup>が取得した。以上のように相続が行われたところ、XはY<sup>1</sup>らに対し、財産分与として各一〇〇万円の支払を求め家事調停を申し立てた。そしてその後、事件は家事審判に移行した。

原審である高松家裁は、Bが死亡した時点において、XとAとの間には結婚の意思が合致し、これに基づく夫婦共同生活関係も形成されたとして、内縁関係の成立を認定した。そのうえで、財産分与について、内縁関係にある当事者の一方が死亡して内縁関係が消滅した場合、生存配偶者は離婚時における財産分与規定の準用または類推適用により財産分与請求権を有するとした。そこで、まず、Xの療養看護によりAの財産が維持されたとする、XのY<sup>1</sup>らに対する財産分与の清算的要素部分の請求について、家裁は、そこでいう維持された財産とは、Aが出捐を免れた付添看護料相当額であり、AのXに対する生活費の援助と三〇〇万円の贈与の総額はそれに相応するとして、清算的要素部分の請求を認めなかった。つぎに、XのY<sup>1</sup>らに対する財産分与の扶養的要素部分の請求について、家裁は、Aの遺産総額、AとXとの共同生活の内容および期間、Xの年齢および職業(Xは、現在、賃貸マンションの管理人として雇用され、月収九万円とマンションの一室の無償供与を得ている)、Aか

ら受けた生活費および贈与額、一人世帯の標準生活費（月九万四三〇八円）、以上からXの生計費の不足額は年約一〇〇万円になること等を総合考慮すると、扶養的要素部分として一〇〇〇万円の支払が相当であるとして、Yらに各五〇〇万円の支払を命じた。

そこで、Yらは即時抗告し、XとAは私通関係にすぎないこと、および、そもそも内縁関係が死亡により解消した場合離婚時における財産分与規定の準用または類推適用などすべきではないし、本件には全く準用も適用もすべきではないことを主張した。

原審である高松高裁は、XとAの間に内縁関係が成立したと認定したうえで、内縁夫婦の一方が死亡することによって内縁関係が消滅した場合に、法律上の夫婦の離婚に伴う財産分与の規定を準用ないし類推適用することはできないとして、原審判を取り消し、Xの申立てを却下した。

そこで、Xは許可抗告し、内縁の夫婦関係が当事者の一方の死亡により解消した場合に、他方が死者の相続人に対し、財産分与の規定を準用ないし類推適用して財産分与の請求をなすこと、および、扶養的要素としての財産分与についてまで請求をなすことを主張した。

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、財産分与の規定を類推適用することはできないとして、抗告を棄却した。

〔決定要旨〕 抗告棄却。

「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七七八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、相続の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、法の予定しないところである。また、死亡した内縁配偶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、生存内縁配偶者が死亡内縁配偶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いわざるを得ない。」

〔評釈〕

一 本決定の意義

本決定は、内縁夫婦の一方の死亡により内縁関係が解消した場合に、財産分与の規定を類推適用することを否定し、従来分かれていた下級審の判断を統一したという点で意義がある。

法律上の夫婦の場合、離婚すれば財産分与請求権が、一方が死亡すれば他方に配偶者相続権が与えられる。財産分与請求権の内容は、財産の清算、離婚後の扶養、損害賠償であり、配偶者相続権の根拠は、財産の清算、死亡後の扶養にあるといわれる。つまり、両者は、それが適用される場面が異なるだけで、財産の清算、婚姻解消後の扶養という同様の目的を実現するための制度である。<sup>(1)</sup>

他方、内縁の夫婦の場合、裁判例および通説によると、離別すれば財産分与の規定が類推適用されるが、死別しても配偶者相続権の規定は類推適用されない。<sup>(2)</sup> すなわち、離別の場合も死

別の場合も財産の清算あるいは内縁解消後の扶養は必要であると思われるのに、さらには、離別よりも死別のほうが夫婦関係は円満に継続していた蓋然性が高いと思われるのに、離別の場合には財産分与が認められるが、死別の場合には何も認められないのである。この不均衡を是正すべく種々の法律構成が主張されているが、財産分与の規定を類推適用することにより内縁関係の死亡解消における生存内縁配偶者を救済できるか、というのがここでの問題である。

二 学説の検討

この問題については、財産分与を肯定する学説が古くから存在したが、<sup>(3)</sup> ①大阪家審昭和五八年三月二三日家月三六卷六号五一頁が財産分与を肯定したために、その多数の評釈の中で活発に議論されるようになった。その後、学説は精緻化され、裁判例に還元されるようになった。そこで、まず学説を検討し、つぎに裁判例を検討する。

内縁の死亡解消における生存内縁配偶者に対する財産給付について、財産分与としてそれを認めるのか（以下「肯定説」とする）、それとも財産分与としては認めないが財産法上の一般理論（共有、雇用、請負、組合、不当利得）によりそれを認め

るのか（以下「否定説」とする）、という二つの学説が対立する。

肯定説は、まず、⑦現行法の体系に関する理由として、生前解消も死亡解消も内縁の解消という事実と同じであるから、いずれにも財産分与を認めるべきであると主張する。つぎに、①財産分与の内容に関する理由として、財産分与の法的性質は夫婦財産の清算と離婚後の扶養にあり、これを内縁に用いれば、実質的夫婦共有財産——共同生活を維持する収入を夫だけが取得した場合でも、購入ないし蓄積された共同使用の財産が夫名義になつていても、実質的には夫婦の共有とみるべきもの<sup>(5)</sup>——の清算も可能であるし、内縁解消後内縁の妻が要保護状態に陥れば扶養の権利を認めることもできるので、内縁の妻の権利を認めるのに最適な法的構成であると主張する。関連して、②手続的理由として、遺産分割手続と財産分与手続を併合し、同一の家事審判手続により簡便迅速な紛争解決が図られるとする。

他方、否定説は、⑦現行法の体系に関する理由として、第一に、現行法は、婚姻の離婚解消の場合には財産分与制度により、死亡解消の場合には相続制度により、夫婦財産を処理しようとしており、これらは共通的性格をもつといつても別制度である

とする。そして、内縁の死亡解消の場合に財産分与制度を認めると、婚姻の死亡解消の場合に相続制度とは別の財産分与制度を認めざるをえなくなり、現行法の体系を崩すことになると主張する。<sup>(7)</sup>第二に、生前離婚における財産分与は夫婦間だけの内部的な財産関係の処理であるのに対し、死別における相続は共同相続人も被相続人の債権者も存在し直接第三者に影響を与えるので、公示のない内縁配偶者には、相続権も財産分与請求権も認められないとする。第三に、特別縁故者への相続財産の分与の規定（民法九五八条の三）も、借家権の承継の規定（借地借家法三六条）も、相続人が存在しない場合に認められるにすぎず、現行法は相続人の利益を侵害しない限度で内縁に保護を与えたにすぎない。したがって、死別の場合に内縁に財産分与を認めることはできないとする。第四に、死亡内縁配偶者は生存内縁配偶者に、遺言ないし贈与により、前者名義の財産を後者に帰属させることができるのに、それをせずに死亡した以上、実質的夫婦共有財産が相続財産に帰属し、相続人がこれを取得しても、やむをえないとする。関連して、⑦手続的理由として、現行法は、遺産分割手続と財産分与手続とを同時並行的に行うことを想定していないとする。

否定説の最大の論拠（前段落の第一の理由）に対して、二宮

周平教授はつぎのように反論する。第一に、財産分与と相続権という二つの制度の体系上の振り分けは、二つの制度が整っている場合にはじめて問題になるのであって、相続権が欠けている内縁の場合には関係がないとし、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と反論する。つまり、内縁の死亡解消に財産分与を認めても、婚姻の死亡解消に財産分与を認めることにはならないというのである。第二に、内縁の死亡解消に財産分与を認めると、婚姻の死亡解消に財産分与を認めざるをえなくなり、体系を崩すことになるのであれば、後述の共有説等により内縁の死亡解消に一般財産上の請求を認めると、婚姻の死亡解消に一般財産上の請求を認めざるをえなくなり、体系を崩すことになると反論する。つまり、内縁の死亡解消に財産分与とは異なる根拠の財産給付を認めるとすると、婚姻の死亡解消に財産分与とは異なる根拠の財産給付を認めざるをえなくなり、現行法の体系を崩すというのであれば、肯定説も否定説も同じ欠陥をもつというのである。<sup>(8)</sup>

ところで、否定説といいつつも、財産給付を全く否定するわけではない。財産法上の一般理論、すなわち、共有説、報酬説、不当利得説、事実上の組合説により、財産給付を肯定するので

ある。

共有説は、相続財産を、死亡内縁配偶者と生存内縁配偶者との共有であるとみて、生存配偶者の持分を定め、これを相続財産から除外しようとする説である。報酬説は、死亡内縁配偶者と生存内縁配偶者との間に雇用ないし請負の関係が存在したものととして、そこから生ずるであろう賃金ないし報酬の未払分を相続財産から除外しようとする説である。不当利得説は、生存内縁配偶者による労務等の提供により相続財産が維持されまたは増大している場合に、死亡内縁配偶者に受益があるとして、生存配偶者に不当利得返還請求を認めるとする説である。事実上の組合説は、共同生活を維持するために拠出された財産、収入、労力は、組合の出資に等しく両者の共有になり、一方が死亡した場合には組合の解散に準じた処理をしようとする説である。

共有説、報酬説、不当利得説、事実上の組合説それぞれの利点と欠点は各文献に譲り、ここでは、肯定説が指摘する上記四説に共通の系統的な欠点<sup>(9)</sup>を検討する。すなわち、財産分与であれば、家事審判手続という簡便で迅速な解決が可能になり、審判前の保全処分もできる。また、財産分与事件と遺産分割事件を併合して審理ができる。しかし、上記四説に基づき通

常の民事訴訟により生存内縁配偶者に財産給付を認めようとする、通常の民事訴訟手続と遺産分割審判手続の関係が問題となろう、と肯定説は指摘するのである。

これに対して、仁平正夫判事は、共有説等をとつても、内縁配偶者は、分割の当事者となりえないが、遺産分割手続に利害関係人として参加できるとする(家事審判規則一四条)。また、共有説等に基づき内縁配偶者の権利の存否を確定することは、民事訴訟手続に属すべき事項であり、遺産分割審判ではできないが、遺産の範囲確定の問題であるから、遺産分割の前提問題として、遺産分割審判手続において審理判断したうえで、分割の処分を行うことはできるとする。<sup>(10)</sup>これらの遺産分割手続に関する主張に対して、肯定説は、内縁の妻は相続人ではないから、遺産分割審判を開始させるイニシアティブをとることはできないと反論する。<sup>(11)(12)</sup>

以上の肯定説と否定説に対して、第三の学説が存在する。それは、内縁関係は婚姻制度に服していない以上、生前解消と死亡解消とを問わず、婚姻(離婚)の効果である財産分与という方法は不適當であり、清算の必要性がある場合には財産法的方法によつて解決を図るべきであると主張する。婚姻外カップルについて、婚姻届を出したくても出すことができない伝統的な

事実婚から、婚姻届出を自己決定によりあえて出さない現代的な事実婚が増加していることを背景として、準婚理論そのものをみなおし、そこに契約理論による解決を導入しようとする学説<sup>(13)(14)</sup>である。

### 三 裁判例の分析

(1) 内縁夫婦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の規定を類推適用することの可否について、肯定説に立つ審判例として、前掲①大阪家審昭和五八年三月三日、②大阪家審平成元年七月三一日家月四二巻七号四五頁、③大阪家審平成三年三月二五日家月四五巻一〇二四頁<sup>(5)</sup>決定の原審があり、否定説に立つ裁判例として、④東京地判平成四年一月三一日判タ七九三号二二三頁、⑤大阪高決平成四年二月二〇日家月四五巻一〇二〇頁<sup>(3)</sup>審判の抗告審<sup>(4)</sup>がある。

①大阪家審昭和五八年三月二三日。X女とA男は、Aの先妻没後の昭和二三年ころ見合いのうえ挙式同棲した。Aは病院を開設し、Xは窓口業務、調剤、外科手術等の手伝いをした。Aは昭和四八ころから病気のため入院および自宅療養をしたが、その間、XはAの身の回りの世話や食事の世話をした。Aは昭和四九年に死亡し、Aの長兄Y、妹Y、亡長姉の子Yが相続し

たところ、XはYらに対して財産分与を求めた。なお、婚姻届出については、Aが最後に入院していた際、XがYの子に依頼して届け出ようとしたが、理由は詳かでないが、受理されるに至らなかった。

家裁は、死亡による内縁解消の場合についても、死亡配偶者の相続人に対する生存配偶者の財産分与請求を認めるべきであると判示し、Xに相続財産の二分の一を財産分与し、その余の財産について遺産分割の審判をした。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、生前解消たと死亡解消たと彼此区別すべき合理的理由に乏しく、また、生前解消において求め得たところのものを、終生協力関係にあった死亡解消においてこれを失わせることの合理的理由はなく、漫然相続人にこれをすべて取得させることは、不当に利益させるものとして公平の観点からも許されないと理由づけている。

ここで重要なことは、事実のレベルでは、XはAの病院を手伝っていたことである。また、理由のレベルでは、夫婦共有財産の清算を財産分与の中核と位置づけたこと、生前解消と死亡解消とは前者よりも後者のほうが終生協力関係にあるとしたこと、財産分与が不当利得の返還の性質をもつとしたことであ

る。

②大阪家審平成元年七月三十一日。X女はA男と、昭和三六六ころから昭和五一年にAが死亡するまで、事実上の夫婦として共同生活を続けた。Aの弟姉妹がAを相続したところ、Xは彼らに対し財産分与を求めた。

家裁は、一般論として、「離婚により夫婦共同体が解体した場合に、夫婦の一方から他方に対する財産分与の請求を認め、婚姻中に夫婦が相協力して形成した実質的夫婦共有財産の清算を図ろうとする民法七六八条一項の趣旨を考慮すれば、内縁の夫婦共同体がその一方の死亡によって解消した場合においても、同様に実質的夫婦共有財産の清算がなされるのが相当であるから、同条項を類推適用し、内縁夫婦の生存者は死者の相続人と相手に財産分与の請求をすることができると解するのが相当である。」と判示した。しかし、Xの財産分与の申立ては、昭和六二年に行われており、民法七六八条二項但書の二年の除斥期間経過後の不適法なものであるとして、却下された。

ここで重要なことは、一般論としてはあるが、財産分与のうち清算的要素部分に注目し、とくに実質的夫婦共有財産の清算に言及したことである。

③大阪家審平成三年三月二五日(原審)、⑤大阪高決平成四



なく、また、死別による内縁解消の場合には相続の規定の適用はない。死別による内縁解消のときにも財産分与を認めることは、右のような離婚法および相続法につき、現行法の体系を崩す。

高裁は、以上の判示から $X_1$  $X_2$ の申立てを却下すれば十分であつたが、さらに、 $X_1$ と $A$ は法律上保護すべき内縁関係になつたこと、および、 $X_2$ と $A$ は法律上保護すべき内縁関係にあつたとしても、内縁期間は短期間であり、相続財産は $A$ が $X_2$ と協力して取得したのではなく $A$ が単独ないし $B$ と協力して取得したものであること、 $X_2$ は $A$ の遺産から実質的に五〇〇万円を取得していることを認定し、財産分与請求権はないと判示した。

一般論として、離婚法と相続法の体系を崩すから、内縁の死亡解消に財産分与を認めないと理由づけるところは、本件決定と同じである。具体的には、清算的要素部分に関する検討は行つているが、扶養的要素部分には言及していないことが注目されるよう。

④東京地判平成四年一月三十一日。Y女とA男の関係は、当初は不倫の情交関係にはじまり、YもAに妻B、子 $X_1$  $X_2$ のあることを知っていたが、YとAが第一建物で同棲生活を開始したころには、AとBは離婚し、爾来YとAは八年以上にわたり公然

と同棲生活を続けた。また、第二建物は、YがAと内縁の夫婦として共同生活を行う間、相互に資金を出し合い両名の老後の生活の基盤とする趣旨で建築された。具体的には、第二建物の総工費一億二三八〇万円のうち、Yが二一五〇万円を出捐した。Aの死亡後、第一建物も第二建物も $X_1$ 名義にされたが、Yは第一建物に住み続けた。

まず、第一建物に関する甲事件では、 $X_1$ はYに対し、不法占有を理由に、明渡しと賃料相当の損害金の支払を求めた。これに対し、Yは、財産分与の規定の準用ないし類推適用により、財産分与の手続が終了するまで占有しうる正当な権原を有すると抗弁した。しかし、地裁は、現行法の体系を崩すこととなるから、死亡による内縁解消の場合には、他方に財産分与請求権はないと判示し、Yの占有権原を否定した<sup>(15)</sup>。

つぎに、第二建物に関する乙事件では、Yは $X_1$ に対し、第一の持分を主張した。地裁は、まず、甲事件と同様に、現行法の体系を崩すことになるから、死亡による内縁解消の場合に財産分与請求権はないと判示した。つぎに、「正式の婚姻関係であると、内縁関係であるとを問わず、妻が家業に専念しその労働のみをもつていわゆる内助の功として夫婦の共同生活に寄与

している場合とは異なり、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、民法七六二条二項により、右取得不動産は、たとえその登記簿上の所有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のが相当である。」と判示し、具体的には、Yは第二建物について共有持分一万分の一七三六を有するものとして、単独所有名義を共有名義にする更正登記手続を命じた。

一般論として、離婚法と相続法の体系を崩すから、内縁の死亡解消に財産分与を認めないと理由づけるところは、本件決定と同じである。具体的には、共有説を採用し、実質的夫婦共有財産の清算を認めたことが注目されよう。

①⑤裁判例の概観から、つぎのように指摘できよう。

第一に、専業主婦の事案がないことである。たとえば、①③事案では、内縁の妻は生業を手伝っており、④事案は建物建築につき共同で出資している。このような場合、財産分与のうちの清算的要素部分、あるいは、共有説による共有持分を認めら

れやすいであろう。本件では、夫がタクシー会社の代表取締役であり、妻が別会社の従業員として勤務しており（月収一五万円程度）、その後、パート勤務していた（月収一〇万円程度）、共稼ぎ夫婦であった点で特徴的である。

第二に、財産分与を認めたものうち、①審判は、財産分与は夫婦共有財産の清算性を中核とするものと判示しており、②③審判は、財産分与は実質的夫婦共有財産の清算を図るものと判示している。すなわち、理論レベルでは、清算的要素が主要な考慮要素である。また、事実レベルでも、内縁の夫死亡後の妻の生活状況に言及しているものはあるが、実際に扶養的要素を認めたものはない。本件原原審は、扶養的要素のみを認めた点で特徴的である。

以上のように裁判例が肯定説と否定説に分かれる中で、本件決定は、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財産分与の規定の類推適用を否定した。今後、どのような法律構成で生存内縁配偶者に対する財産給付を認めていくかは、裁判例の蓄積を待たなくてはならないが、今後の動向を占うものとして、共有説を採用する裁判例があるので、つぎに検討しておく。

(2) 共有説を採用し、生存内縁配偶者の共有持分を認めた裁

判例は、⑥大阪高判昭和五七年一月三〇日判タ四八九号六五頁（夫の家業を夫婦で共同経営していた。夫名義の不動産につき、夫婦が共有財産として購入したことを認め、妻の共有持分を二分の一とした。）、⑦名古屋高判昭和五八年六月一日判タ五〇八号一一二頁（夫婦は生活費をいかなる割合で分担するかについて格別の合意をせず、二人の収入を合算しこれらを生活の質とし余剰の分を夫名義の預金としていた。それは夫婦の準共有にかかり、妻の持分を二分の一と推定した。）、前掲④東京地判平成四年一月三一日（夫婦で共同出資し不動産を取得した。それが夫名義になっても、夫婦の共有財産であり、妻は出資分に応じて共有持分を有するとした。）、⑧最判平成一〇年二月二六日民集五二卷一号二五五頁（楽器指導盤の製造販売業を共同経営し、居住および事業のために不動産を共同で占有使用していた。そして、夫が死亡した後も妻が単独で占有使用していた。その不動産について、夫婦の共有財産であったことを認め、妻の共有持分を二分の一とした。また、夫の共有持分について、夫の相続人が妻に対し賃料相当額の不当利得を返還請求したが、夫婦間において、一方が死亡した後は他方が単独で使用する旨の合意が成立していたと推認すべきであるとして、請求を棄却した。）がある。

これらの裁判例は、いずれも共同経営や共同出資の事案であった。また、共有という法律構成を採用することから、必然的に内縁夫婦の財産関係につき詳細な認定を行い、実際の出捐額がわかればそれに応じて、不明であれば二分の一で、共有持分を認める。もちろん、扶養的要素部分は考慮しない。以上からは、裁判所が、専業主婦の事案で、実質的夫婦共有財産の増加に対する専業主婦の貢献を評価して、共有説により共有持分を認めるかどうかは不明である。

(3) ①～⑤裁判例の分析を通じて、専業主婦の事案がないこと、そして、財産分与を肯定したとしても、清算的要素部分を主に考慮し、扶養的要素部分をほとんど考慮しないことがわかった。しかし、裁判例が五つと数少ないことから、このように一般的にいえるかどうかはわからない。そこで、内縁夫婦の生存中の内縁解消まで裁判例を広げて分析し、裁判例の傾向を検討する。

離別による内縁解消の場合に、財産分与の規定を類推適用することは確立している。裁判例としては、⑨東京家審昭和三一年七月二五日家月九卷一〇号三八頁、⑩東京家審昭和三四年三月一日家月一一卷六号一三三頁、⑪広島高決昭和三八年六月一九日家月一五卷一〇号一三〇頁、⑫大阪家審昭和三九年八月

一九日家月一七卷二九九頁(13)の原審)、(13)大阪高決昭和四〇年七月六日家月一七卷二二二頁(12)の抗告審)、(14)東京家審昭和四〇年九月二七日家月一八卷二九二頁、(15)福岡家裁小倉支審昭和四六年八月二五日家月二五卷一四八頁、(16)福岡家裁小倉支審昭和五二年二月二八日家月二九卷一〇号一四七頁、(17)東京高決昭和五四年四月二四日家月三二卷二八八頁、(18)岐阜家審昭和五七年九月一日家月三六卷四号七八頁、(19)名古屋家審平成一〇年六月二六日判タ一〇〇九号二四一頁がある。また、本件決定も、傍論ではあるが、「内縁の夫婦について、離れ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」と述べている。これらの裁判例について、財産分与の内容を検討すると、ある傾向が看取される。それは以下の三点に整理できよう。

第一に、初期の審判例では、財産分与の規定の準用ないし類推適用が可能であるとする一般論に比較的多くの紙幅を割き、具体的な財産分与の額の算定については、財産関係の詳細な認定をあまり行っていない。他方、その後の審判例になると、財産分与の規定の準用ないし類推適用が可能であるとする一般論は当然の前提となり、具体的な財産分与の額の算定について、

内縁期間中に蓄財した共有財産とそれぞれの特有財産の範囲を認定し、財産分与請求者の共有財産に対する貢献の割合を決定するなど、詳細な事実認定を行っている。

第二に、専業主婦の事案は少なく、妻が夫の家業を手伝っている場合や、実質的には、共同営業あるいは共同経営している場合がほとんどである。(16)このような事案では、財産分与の清算的要素部分は認められやすいように思われる。

第三に、裁判所は、財産分与の内容を定める場合、詳細に財産関係を確定したうえで清算的要素部分を決定しているが、扶養的要素部分については、一般的には考慮するとしながらも、具体的には何も言及しないか、または、内縁解消後も生活に困窮しているわけではないなどとして、具体的には扶養的要素部分を認めないとする審判例が多い。さらに、具体的に扶養的要素部分を認める場合でも、清算的要素部分に比して、少額である。(17)

#### 四 検討

公式裁判例集の分析という制約はあるものの、(18)裁判例の検討から、内縁関係における財産分与の内容としては、清算的要素部分がその中心であることがわかった。そこでは、内縁

夫婦の財産関係を詳細に検討し、分与請求者が財産形成にどれほど貢献したかを数値化するなどして、具体的な判断を行う傾向がみられる。また、共同経営、共同出資、あるいは、生業を手伝うなどの事案が多く、専業主婦の事案はほとんどない。他方、扶養の要素部分については、内縁解消後の生活状態につき簡単に言及するにとどまり、さらに、実際に分与を認めたものはほとんどない。とくに、内縁関係の死亡解消においては、財産分与を認めたものの中でも、扶養の要素部分を認めたものはない。

以上を踏まえて、肯定説と否定説を検討する。

第一に、内縁の死亡解消に財産分与を認めるとしても、法律上の婚姻の死亡解消の場合にも財産分与を認めることにはならないとする肯定説の論拠(⑦)に関する二宮説の第一の反論)については、法律上の婚姻の死亡解消の場合に、たとえば、相続制度にのつとるよりも財産分与制度にのつとるほうが多くを取得する可能性が高い場合に、あるいは、相続放棄をした場合に、<sup>(19)</sup>財産分与が請求されたとしても、それを否定することは難しいのではないかとということが指摘できる。つまり、財産分与請求権が、なぜ、内縁の生存配偶者に認められて法律上の婚姻の生存配偶者に認められないのかと問われたとき、肯定説がそのよ

うなことは現行法上予定していないからと答えるだけでは説得力に欠けよう。

第二に、財産分与の内容に関する理由(④)にかかわるが、財産分与の清算的要素部分の認定においても、また、共有説における共有持分の認定においても、裁判所の具体的な作業内容はあまり変わらないのではないかと。つまり、財産関係の詳細な認定が行われることに変わりはないのではないかと。

さらに、裁判例では、共同経営などの事案が多く、専業主婦の事案は少ない。ここから、専業主婦の事案の場合、財産分与の清算的要素部分の認定においても、または、共有説における共有持分の認定においても、いわゆる実質的夫婦共有財産がどれくらい認められるかについては、いまのところわからない。したがって、肯定説をとれば専業主婦は保護されるとか、否定説を採れば専業主婦は保護されないとか、そのようにいうことはできない。どのような法律構成を採ろうとも、実質的夫婦共有財産をどのようにとらえるかによって、専業主婦に対する清算としての財産給付の多寡が決まるのではなからうか。

第三に、同じく財産分与の内容に関する理由(④)にかかわるが、肯定説も否定説も生存内縁配偶者に何らかの財産給付を認めるということでは違いはないが、問題はその内容である。

肯定説は、清算的要素部分だけでなく扶養的要素部分も認めることになるので、とくに専業主婦の保護に資すると主張する。

しかし、裁判例の分析から、内縁関係における財産分与については、扶養的要素部分は主要な考慮要素ではなく、また、扶養的要素部分を実際に認めるものもほとんどないことがわかった。このことから、肯定説が主張するように、財産分与を認めれば、清算的要素部分だけでなく扶養的要素部分も認めることになるので、専業主婦の保護に資するとの主張は、理論的にはそういえるが、実際にはそういえないのではないか。<sup>(21)</sup>

そうすると、肯定説と否定説の違いは手続の違いに解消される(㉗)。すなわち、家事審判手続で財産分与の清算的要素部分を判断するか、通常訴訟手続で共有持分等を判断するか、という差異に解消される。否定説が主張するように、内縁配偶者が遺産分割手続に利害関係人として参加することができ、内縁配偶者の権利の存否を前提問題として遺産分割手続で審理できるのであれば、肯定説との差異はさらに縮まる。結局、内縁配偶者自身が家事審判手続を開始することができるかできないかの違いしか残らない。

では、肯定説と否定説の違いを手続の違いに解消させてしまつてよいのであろうか。すなわち、内縁関係における財産分

与について、清算的要素部分を主に考慮し扶養的要素部分にはほとんど言及しないという裁判例の傾向を是認してしまつてよいのであろうか。本決定は、内縁関係の死亡解消の場合に財産分与そのものを否定したので、今後は、共有説等の財産法上の一般法理により実質的夫婦共有財産の清算のみを考慮することになろう。では、内縁関係の生前解消の場合に財産分与を肯定するとして、清算的要素部分を主に考慮することで足りるのであろうか。

私見は、それで足りると解したい。というのはこうである。まず、私見は、内縁関係は婚姻制度に服していない以上、生前解消と死亡解消とを問わず、婚姻(離婚)の効果である財産分与という方法は不適當であり、清算の必要性がある場合には財産法の法理によつて解決を図るべきであるとする前述の第三の学説を支持する。そうすると、生前解消と死亡解消とを問わず、扶養的要素部分を考慮する必要はないということになる。しかし、生前解消の場合、財産分与の規定を類推適用するとの先例は確立しているのであるから、それは尊重しつつも、第三の学説の趣旨を推し及ぼして、清算的要素部分を主に考慮すれば足りると解したい。つまり、裁判例の傾向を是認するのである。

本決定が、内縁関係の死亡解消の場合に財産分与の規定の類

推適用を否定したのは、現行法の体系を崩すことになるからというところが最大の理由であった。しかし、第三の学説からも、本決定は是認できることになる。これを発展させて、内縁関係の生前解消の場合に財産分与の規定の類推適用を肯定するとしても、清算的要素部分を主に考慮する方向をとるべきである。

以上のように解した場合、生前解消と死亡解消とを問わず、扶養的要素部分を考慮する必要がなくなり、専業主婦の保護に欠けるという批判があるとすれば、それは、財産分与の清算的要素部分または共有持分等を判断する際、実質的夫婦共有財産の認定を柔軟に行えば足りよう。<sup>(22)</sup>

第四に、肯定説も、共有説、報酬説、不当利得説、事実上の組合説も、重婚の内縁の生存配偶者に財産給付を認めるかどうか、さらには、どのような論拠で認めるかを検討しておく必要があるであろう。清算的要素部分については、機械的に行えば問題は起らないが、とくに、扶養的要素部分については、被相続人に扶養される権利がある者が存在する場合に問題が生じうるし、<sup>(23)</sup>また、生存内縁配偶者を扶養する義務がある者が存在する場合にも問題が生じうる。<sup>(24)</sup>本件では、Aに扶養される権利がある者は存在しないようである（XとAは当初は重婚の内縁関係にあったが、裁判所はそれを内縁期間に含めなかったため、問

題は表面化しなかった。また、Yらは成人している。）。しかし、Xを扶養する義務がある者が存在するかどうかは不明である（Xと亡夫の間には二女一男がいたが、彼らがAを扶養する義務を負うかどうかについては認定されていない。さらに、Aが亡夫の遺族年金を受領していたかどうかについても認定されていない）。扶養的要素部分を考慮するとすると、これらのことも検討しなければならなくなろう。

## 五 事案の特徴

本件婚外関係は、従来の判例および学説が法律的保護を与えてきた典型的な内縁関係とは異なる。すなわち、AとXは当初重婚の内縁関係にあり、<sup>(25)</sup>また、普通にいう同棲の事実はなかった。<sup>(26)</sup>Xは、Aからすでに多額の生活費および三〇〇万円の贈与を受けており、また、Aの財産形成に貢献したとはいえない。原原審の大阪家裁が財産分与のうち清算的要素部分ではなく扶養的要素部分だけを認めていることは、過去の裁判例と比較して特徴的である。

以上のように、本件は、AとXの関係は法律上保護すべき準婚関係とはいえないとして、あるいは、Xの療養看護につきAはすでに十分に補償しているとして、Xの財産分与請求を否定

することも可能であった事案である。それにもかかわらず、本決定は、内縁の死亡解消の場合には、清算的要素部分と扶養的要素部分を含めて、財産分与の規定の類推適用を一般的に否定した。したがって、本決定の射程は、典型的な内縁関係にも及ぶものと思われる。

\*本決定に対する評釈は、以下のとおりである。

決定要旨に賛成のものは、民事法情報一六五号一五頁(二〇〇〇年六月)、中川淳・判例評論五〇三号二九頁(判例時報一七二八号二〇七頁)(二〇〇一年一月)、野澤正充・法学セミナー五五四号九八頁(二〇〇一年二月)、本山敦・NBL七〇九号六七頁(二〇〇一年三月)、山口純夫・判例セレクト00(法学教室二四六号)二六頁(二〇〇一年三月)。

決定要旨に反対のものは、二宮周平・平成二二年度重要判例解説・ジュリスト二二〇二号七八頁(二〇〇一年六月)、岩志和一郎・私法判例リマックス二〇〇一八下V七〇頁(二〇〇一年七月)、二宮周平・平成二二年度主要民事判例解説・判例タイムズ一〇六五号一五八頁(二〇〇一年九月)。

内縁の生前解消の場合も死亡解消の場合も共有説で解釈するべきであるとするものは、益井公司・宮崎産業経営大法学論集一三卷一〜二号二頁(二〇〇一年三月)、渡邊泰彦・法律時報七三卷七号一三九頁(二〇〇一年六月)。

その他、伊藤司・法学教室二四一号一五四頁(二〇〇〇年一〇月)、岩城謙一・法令ニュース六三五号二二頁(二〇〇〇年十二月)、村重慶一・戸籍時報五三三号六六頁(二〇〇一年一月)、大村敦志・家族判例百選(第六版)・四二〜四三頁(二〇〇二年四月)。

\*田中宏氏(元家庭裁判所判事)は、財産分与事件に関する実務の状況を詳細にわたりご教示くださった(後掲注(18)参照)。ここに記して感謝申し上げる。

(1) 判時一七二六号六〇〜六二頁(匿名コメント)(二〇〇〇年)。

(2) 仙台家審昭和三〇年五月一八日家月七卷七号四一頁は、内縁の妻は配偶者でないから相続権はないと判示し、東京家審昭和三四年九月一四日家月一卷二二号一〇九頁は、内縁の妻は相続権が認められないと判示するだけで、

その理由は明らかではない。

傍論であるが、後掲⑨東京家審昭和三一年七月二五日は、内縁夫婦の一方の死亡による内縁解消につき財産分与も相続権も認めるとしたが、同じく傍論であるが、後掲⑩広島高決昭和三八年六月一九日は、相続関係は画一性の要請があり、他の相続人に影響があり、配偶者の地位に関する公示の要請があることから、内縁配偶者の相続権を認めないとした。

通説は、相続関係における画一性の要請、内縁関係の立証の困難性、届出婚主義のもとにおける婚姻統制が無意味となることから、内縁配偶者の相続権を否定する。我妻栄『親族法』二〇五頁（一九六一年、中川善之助）「相続法」九二頁（一九六四年）等。なお、中川良延『新版注釈民法②・相続(1)』二八〇頁（一九九二年）は、内縁寡婦に相続権を認めることもあながち不等とはいえないとする。

(3) 青山道夫『身分法概論』一一四～一一五頁（一九五一年）。

(4) 鈴木祿也&唄孝一『人事法工』一五四頁（一九八〇年）（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が、その結合の態様に応じて、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。）。

久貴忠彦・広島高決昭和三八年六月一九日評釈・法時三五卷一〇九頁（一九八三年）、人見康子「内縁夫婦

の一方が死亡した場合における他方の財産分与の請求」沼辺愛一他編『家事審判事件の研究(1)』八一、九〇～九三頁（一九八八年）、二宮周平「内縁の夫の遺産に対する内縁の妻の権利」判タ七七号二六四頁（一九九一年）、二宮周平「婚外関係の法的処理」民法判例レビュー（家族）判タ七九四号五頁（一九九二年）、日野忠和「内縁の解消と財産分与」ケース研究二二七号九七頁（一九九二年）、床谷文雄・大阪高決平成四年二月二〇日評釈・法時七四五号一三三頁（一九九二年）、村重慶一「扶養的財産分与の算定基準」判タ八〇五号二九、三四頁注(3)（一九九三年）（婚姻した夫婦の一方が死亡した場合には、離婚を条件とする財産分与請求権が相続権に添加・変質するのに対し、内縁の夫婦の場合には離別を条件とする財産分与請求権が死亡により条件が成就し同請求権が顕在化し成立するとする）、島津一郎「第七六八条（離婚による財産分与）」島津一郎・久貴忠彦編『新・判例コメント』タール民法11・親族(2)四〇、五三～五九頁（一九九四年）（財産分与規定の類推適用説は伝統的な内縁に、他方、共有説ないし組合説は新しい型の事実婚（契約同棲）に、親しみやすいとする）、吉田欣子・大阪高決平成四年二月二〇日評釈・『家族法判例百選（第五版）』五六、

五七頁（一九九五年）（現行法のもとでは、否定説を支持するほかないが、共通財産の清算では、扶養の保障を求めることはできず、また、通常の民事訴訟によるほかに、問題があるとする。）、鍛冶良堅「内縁配偶者の死亡と財産分与請求」法律論叢六七巻四〇五〇六号一九三頁（一九九五年）。

(5) 我妻・前掲注(2)・一五四頁。

(6) 山口純夫・大阪家審昭和五八年三月二三日評釈・判タ五四三号一三一頁（一九八五年）、仁平正夫・大阪家審昭和五八年三月二三日評釈・家月三七巻九号一四七頁（一九八八年）、太田武男『家族法の理論と展開』二一五〜二一六頁注(3)（一九八八年）、高木積夫「財産分与請求権の相統性」判タ七四七号一五三頁（一九九一年）、太田武男「内縁の死亡による解消と民法七六八条準用の許否——大阪高裁平成四年二月二〇日の決定を機縁として——」民商一〇七巻六号八四三頁（一九九三年）（財産分与の規定の準用は、原則としては認められないが、特段の事情ある場合にはその準用を認めるとする。）、船越隆司・大阪高判昭和五七年一月三〇日評釈・『家族法判例百選（第五版）』五四〜五五頁（一九九五年）、大津千明「内縁の解消」村重慶一編『現代裁判法大系』一一七、一三三〜一三五頁（一九九八年）。

(7) 山口・前掲注(6)・一三四〜一三五頁。

(8) 二宮・前掲注(4)の二つの評釈、および、本件に関する三つの評釈。

(9) 仁平・前掲注(6)・一五四〜一五七頁。

(10) 同・一五八頁。

(11) 二宮・前掲注(4)の二つの評釈、および、本件に関する三つの評釈。

(12) 各説により、権利行使期間も異なる。肯定説では、二年の除斥期間が問題となるが（民法七六八条二項）、共有説では、消滅時効は問題とならず、報酬説では、短期の消滅時効にかかり（民法一七四条二号、一七〇条二号）、不当利得説では、一〇年の消滅時効にかかる。

(13) 学説が自己決定というとき、さまざまな意味で用いているので、注意する必要がある。大別すると、つぎの二つの意味で用いていると思われる。

水野紀子教授は、当事者が意識的に法律婚を回避し事実婚を選択したならば、当事者は婚姻の効果を欲してはいないはずであり、それを与えることは当事者の意思に反し、いいかえれば自己決定権を尊重することにならなると主張する。したがって、事実婚解消時の当事者間の経済的清算について婚姻法の類推適用によるのではなく、契約法により、解決するべきであるとする。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』六九〜九二頁（一九九三年）。

他方、二宮周平教授は、事実婚や同性カップルに対して、法的保護のうえで差別を設けない中立的保護が必要であると主張する。そうすることにより、さまざまな家庭生活に関する選択が可能になり、自己決定権が保障されるとする。また、法制度として法律婚や異性愛を強制し事実婚や同性カップルに不利益を与えることは、彼らの自己決定権や生活の安定を侵害するとする。したがって、事実婚や同性カップルに対しても、自己決定権の保障を根拠として法律婚と同じく保護されなければならぬとする。二宮周平「自己決定権と事実婚保護の中立性」『事実婚の現代的課題』二八七～二八九頁（一九九〇年）。

第三の学説は、水野説の自己決定を前提とする考え方である。

(14) 大村敦志『家族法（第2版）』二二五～二二六頁（二〇〇二年）。大村教授は、死亡の場合に財産分与を類推するとすれば、第三者が影響を受けることは明らかであり、相続は認めないが財産分与は認めるという線引きは、必ずしも妥当だとはいえないとして、肯定説を批判する。

(15) ただし、財産分与の規定の準用ないし類推適用により第一建物につき占有権限があるとするYの主張は否定されたが、内縁の夫の死亡後その所有家屋に居住する寡婦に対し亡夫の相続人のする建物明渡請求は権利濫用であるとするYの主張は肯定された。

(16) 専業主婦の事案は、明示的に事実認定されているわけではないが、⑩⑪事案だけである。

(17) 明示的に扶養的要素部分が認められたものは、⑨審判（財産分与額一〇万円のうち、扶養的要素部分は不明）と⑮審判（財産分与額八万五万円のうち、扶養的要素部分は一五万円）だけである。

(18) 田中宏氏（元家庭裁判所判事）によれば、離婚における財産分与事件について、公式裁判例集には、清算的要素部分が高額な派手な事件が登載される傾向があるが、実務において、扶養的要素部分が認められないとか重視されないわけではないということである。というのは、清算的要素部分として分与すべきめばしい財産がない場合には、将来の給料債権をあてにして扶養的要素部分が認められるケースが多々あるからである。他方、内縁解消における財産分与事件について実務はどうかというと、離別死別を問わず事件はほとんど存在しないが、それは、内縁関係にありながら、裁判所であえて婚姻（離婚）の効果を主張する者はあまりいなくなるからということである。

離婚においては、清算的要素部分とともに扶養的要素部分も重要であるが、内縁においても、そのように扱わなければならないかという点、後述の私見によれば、そう解釈する必要はないと思われる。

(19) 相続でいくよりも財産分与でいくほうが有利であるとすると、現在の制度を前提にすれば、相続分プラス寄与分を請求していくことになる。

(20) 渡邊・本件評釈・一四二頁。

(21) 扶養の要素部分の財産分与が認められることについては、根拠が明確ではないといわれている。大村・前掲注

(14) 一五六～一五七頁。

(22) 私見は第三の学説を支持するとしたが、①～⑯裁判例では、いわゆる現代的な事実婚の解消に関する紛争が提起されていないことを指摘しておかなければならない。

これら裁判例の分析から、伝統的な事実婚と現代的な事実婚の中間に位置するような事実婚が存在するように思われる。たとえば、亡夫の遺族年金を受領するため、内縁の夫の借金を負担したくないため、さしたる理由もなく婚姻届の提出を失念していたため、婚姻届を提出したが受理されなかったため、事実婚にとどまっているという中間の類型が存在するのではなからうか。

(23) 本山・本件評釈・七一頁。

(24) 同・七〇頁。

(25) 民集五四卷三号一〇五九頁。原原審は、AとXの重婚的内縁関係は、Bとの婚姻関係が全く形骸化していないから、準婚姻関係としての保護は受けられないと判示した。

(26) 民集五四卷三号一〇六四頁。

(27) 民集五四卷三号一〇六六頁。