

## 配偶者居住権 : ある皮肉な物語

七戸, 克彦  
九州大学大学院法学研究院 : 教授

<https://doi.org/10.15017/2547981>

---

出版情報 : 法政研究. 86 (3), pp.432-464, 2019-12-18. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 配偶者居住権

——ある皮肉な物語——

七 戸 克 彦

- I 物語の始まり
  - 1 平成 30 年民法（相続関係）改正の目的
  - 2 配偶者の相続分引上げの断念と、持戻し免除推定規定の設置
- II 判例の配偶者居住保護法理
  - 1 「相続人」の居住保護法理
  - 2 「配偶者」の居住保護法理
- III 平成 30 年改正法の「配偶者の居住の権利」制度
  - 1 「配偶者短期居住権」（短期居住権）
  - 2 「配偶者居住権」（長期居住権）
- IV 物語の終わり
  - 1 「配偶者居住権」制度と判例法理・他の法制度との間の長短
  - 2 平成 30 年法改正の成果

## I 物語の始まり

### 1 平成30年民法（相続関係）改正の目的

平成30年民法（相続関係）等の改正（平成30年7月13日法律第72号）は、その動機がすこぶる政治的な色彩を帯びていたことから、前年の民法（債権関係）改正（平成29年6月2日法律第44号）とはまったく異なる意味合いにおいて、世間の注目を集めていた。<sup>(1)</sup>

事柄の発端は、平成25年最高裁大法廷の非嫡出子相続分差別違憲決定にある。同決定を受けて、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の2分の1とする民法900条4号ただし書前段を削除する改正が検討された際、自由民主党内の保守系議員から「民法の規定する法律婚の軽視につながり、伝統的な夫婦制度や家族制度が崩壊する」との反対論が唱えられ、そのため、自民党の法務部会は、法案国会提出の条件として、法務省内に配偶者保護の観点から相続法制の見直しを行うワーキングチームを設置することを求めた。

上記のうち、自民党内の特命委員会は、改正法公布8日後の平成25年12月19日に発足し、法務省内では、翌平成26年1月28日より「相続法制検討ワーキングチーム」の検討が開始される。ワーキングチームが検討した配偶者保護のための方策は、具体的には、①配偶者の居住権を法律上保護するための措置と、②配偶者の貢献に応じた遺産の分割等を実現するための措置の2点で、これは前年の自民党法務部会の段階から提示されていたテーマであったが、もっとも、これら2つの論点は、配偶者の相続分を引き上げた昭和55年改正の際に検討されながら断念されたものであり、さらに、このうちの①の論点については、平成3年1月より開始された法

(1) 西希代子「配偶者相続権——相続法改正の動向と課題」水野紀子（編著）『相続法の立法的課題』（有斐閣、2016年）57頁、西希代子「試金石としての相続法改正——その背景・意義・現状（特集：相続法の分析と構築）」法時89巻11号（2017年）76頁、古川環子「事実婚・内縁の死亡解消における居住権と夫婦財産制——2018年相続法改正による生存配偶者の居住権の新設を契機に」岡山大学法学会雑誌68巻3・4号（2019年）318頁、餅川正雄「相続法改正と相続税法の交錯に関する研究」広島経済大学研究論集41巻4号（2019年）45頁。

(2) 最（大）決平成25・9・4民集67巻6号1320頁。

(3) 平成25年12月11日法律第94号。

(4) 昭和55年5月17日法律第51号。

制審議会（民法部会・身分法小委員会）の婚姻・離婚法制の見直しに関する議論の際にも取り上げられ、平成8年2月法制審議会は「婚姻制度等に関する民法改正要綱」を法務大臣に答申したが、法案提出が見送られた経緯がある。<sup>(5)</sup>

ワーキングチームの検討結果を受けて、平成27年2月24日民法（相続関係）改正に関する諮問第100号につき法制審議会は「民法（相続関係）部会」の設置を決定し、部会が平成27年6月21日に取りまとめた「民法（相続関係）等の改正に関する中間試案」は、上記2つの論点につき、①配偶者の居住を保護するための方策に関しては、「短期居住権」と「長期居住権」の制度創設を提案する一方（14頁）、②配偶者の相続分の見直しに関しては、甲案（被相続人の財産の婚姻後の増加の割合に応じて生存配偶者の具体的相続分を増やす方法）、乙案（婚姻後20年（あるいは30年）経過した場合に生存配偶者の法定相続分を引き上げる方法）の両案を提示した（46頁）。

## 2 配偶者の相続分引上げの断念と、持戻し免除推定規定の設置

だが、中間試案に対するパブリックコメントの結果は、①短期居住権・長期居住権の制度創設については賛同を得られたものの、②配偶者の相続分の見直しについては消極意見が多数を占めた。

そのため、②配偶者の相続分の引上げは断念され、これに代わって提出されたのが、遺贈や生前贈与を促進する方向で生存配偶者の財産を確保する方策であった。

被相続人から遺贈・贈与を受けた相続人については、遺産分割の際に、特別受益の持戻し計算が行われる結果、法定相続分を超える財産を取得することはできないが（903条1項）、この規律は、被相続人が持戻し免除の意思表示をした場合には適用がない（3項）。そこで、3項のさらなる特則として、「婚姻期間が20年以上の夫婦の一方である被相続人が、他の一方に対し、その居住の用に供する建物又はその敷地について遺贈又は贈与をしたときは、当該被相続人は、その遺贈又は贈与について第1項の規定を適用しない旨の意思を表示したものと推定する。」との規定が、4項として新設されることとなったものである。

(5) 「特集：婚姻制度等に関する民法改正要綱をめぐって」法律のひろば49巻6号（1996年）4頁。

—以上のように、平成30年改正の主たる目的であった（法律婚重視の思想に基づく）配偶者保護のための2つの方策——①配偶者の居住権の保護と②配偶者の相続分の見直し——のうち、②に関しては代替策が設けられるにとどまったが、では、①に関して創設された配偶者居住権の制度は、所期の目的に応える仕組みに仕上がったのだろうか。

## II 判例の配偶者居住保護法理

平成30年改正で創設された民法相続編「第8章 配偶者の居住の権利」は、①配偶者の居住保護につき「一時的な居住権」(droit au logement temporaire)と「終身の居住権」(droit vuager au logement)の2種を創設したフランスの2001年12月3日法律第1135号民法改正と、②被相続人と同居の相続人の間に遺産分割の終了を終期とする使用貸借契約の成立を推定する最(3小)判平成8・12・17民集50巻10号2778頁を参考に立法されたものである<sup>(6)</sup>。

だが、今回の立法では、フランスのような、婚姻中や離婚後の配偶者の居住保護をも含めた総合的な検討は行われなかった。

しかも、事柄を相続の場面に限定した中で、今回の立法は、もっぱら平成8年判決の立場を参照した。しかし、同判決は、被相続人の「子」の居住を保護した事案であり、そのため、当然のことながら「配偶者」保護の視点を欠いている。にもかかわらず、「子」ないし「相続人」に関する判例法理を用いて「配偶者」保護の制度設計を行った点において、今回の立法は初手から筋を誤っていた。

(6) フランスの配偶者居住権制度に関しては、原田純孝「フランス相続法改正と生存配偶者の法的地位——2001年12月3日の法律をめぐって(1)～(3・完)」判タ1116号(2003年)69頁、1117号64頁、1120号35頁、幡野弘樹「フランス相続法改正翻訳——生存配偶者及び姦生子の権利並びに相続法の諸規定の現代化に関する2001年12月3日第1135法律」法時75巻8号(2003年)72頁、幡野弘樹「(立法紹介・民事法)相続法改正——2001年12月3日の法律第1135号」日仏法学23号(2004年)285頁、平成27年5月19日法制審議会民法(相続関係)部会第2回会議「参考資料3：商事法務研究会『各国の相続法制に関する調査研究業務報告書』(平成26〔2014〕年10月)」幡野弘樹＝宮本誠子「第2部 フランス法」24頁、高橋朋子「配偶者居住権の創設(特集：相続法改正と相続制度の転換)」民商法雑誌155巻1号(2019年)29頁。

(7) 部会「第2回会議議事録」1頁以下〔大塚竜郎関係官(法務省民事局付)〕、「資料2」2頁。

## 1 「相続人」の居住保護法理

まず、今回の立法で参照された「相続人」に関する判例の保護法理から確認しておくことにしよう。

### (1) 明渡請求

端緒となったのは、明渡請求に関する最（1小）判昭和41・5・19民集20巻5号947頁である。事案は、父が二男と締結していた建物の使用貸借契約を解約して建物明渡請求訴訟を提起した後、父の死亡により他の共同相続人らが訴訟承継したものであり、判旨は、以下のように述べて明渡請求を排斥した。

思うに、共同相続に基づく共有者の一人であって、その持分の価格が共有物の価格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限を有するものでないことは、原判決の説示するとおりであるが、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、その価格が共有物の価格の過半数をこえるからといって（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。ただし、このような場合、右の少数持分権者は自己の持分によって、共有物を使用収益する権限を有し、これに基づいて共有物を占有するものと認められるからである。従って、この場合、多数持分権者が少数持分権者に対して共有物の明渡を求めることができるためには、その明渡を求める理由を主張し立証しなければならないのである。

同判決の立場は、その後、共同相続人の一人から①持分や②使用権を取得した者との関係にも推し及ぼされた<sup>(8)</sup>のみならず、遺産の法的性質に関して共有説に立つ判例理論<sup>(9)</sup>の下で、昭和41年判決の明渡請求否定の結論は、すべての共有について妥当する一般原則に敷衍された。

### (2) 不当利得返還請求・損害賠償請求

昭和41年判決のように、共有者の一人が目的物を独占使用できる根拠を、共有持

(8) ①持分の取得者につき東京高判昭和43・4・24民集22巻10号2181頁、大阪高判昭和43・12・11民集26巻4号756頁、最（1小）判昭和57・6・17判時1954号85頁・判タ479号90頁、②使用権の取得者につき最（2小）判昭和63・5・20家月40巻9号67頁（使用借権の事案）。

(9) 最（3小）判昭和30・5・31民集9巻6号793頁、最（2小）判昭和50・11・7民集29巻10号1525頁、最（1小）判昭和61・3・13民集40巻2号389頁、最（3小）決平成17・10・11民集59巻8号2243頁。

分権に求めた場合には、明渡請求は排除できるが、しかし、共有持分権では、自己の持分の超過部分の使用利益に対する、不当利得返還請求あるいは不法行為に基づく損害賠償請求を拒絶できない<sup>(10)</sup>。

## ア 平成 8 年判決

こうした状況下で登場したのが、平成 8 年判決（最（3小）判平成 8・12・17 民集 50 卷 10 号 2778 頁）である。事案は、被相続人と同居していた子に対する他の子らの不当利得返還請求で、判旨は、以下のように述べて、建物居住者の使用権原を認めることで、不当利得返還請求を否定した。

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、特段の事情のない限り、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。けだし、建物が右同居の相続人の居住の場であり、同人の居住が被相続人の許諾に基づくものであったことからすると、遺産分割までは同居の相続人に建物全部の使用権原を与えて相続開始前と同一の態様における無償による使用を認めることが、被相続人及び同居の相続人の通常的意思に合致するといえるからである。

同判決の立場は、「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が締結されており、その使用貸借契約の期間は遺産分割終了までと解するのが合理的」とする裁判官の共同研究の影響を受けたものといわれる<sup>(11)</sup>。

なお、①上記裁判官らの見解が、被相続人の存命中における同居の相続人の占有を、占有補助者の占有であって独立占有ではないと解するのに対し、②平成 8 年

(10) 東京高判昭和 45・3・30 高民集 23 卷 2 号 135 頁、東京地判昭和 48・7・11 判時 738 号 80 頁、東京高判昭和 58・1・31 判時 1071 号 62 頁・判タ 495 号 110 頁。

(11) 司法研修所（編）・田中壯太＝岡部喜代子＝橋本昇二＝長秀之〔平成 3 年度司法研究員〕（著）『遺産分割事件の処理をめぐる諸問題』司法研究報告書 45 輯 1 号（1994 年）339 頁。

判決は、被相続人の存命中に同居の相続人との間に使用貸借契約が成立したと推定し、この被相続人の生前の使用貸借の貸主の地位を他の相続人が相続すると解しているが、当該事案における被相続人と相続人の関係性によって、①・②のどちらもあり得るとされ、<sup>(12)</sup>実際にも、①・②両方の裁判例が存在する。<sup>(13)</sup>

## イ 平成12年判決

なお、その後の最（2小）判平成12・4・7判時1713号50頁・判タ1034号98頁は、最高裁としてはじめて不当利得・不法行為の請求を肯定した。判旨は、持分を超過する部分の使用料請求を拒絶するためには、共有持分権とは別の、平成8年判決における使用貸借契約のような特別の使用権原が必要であるとする。<sup>(14)</sup>

## （3）存続期間

### ア 遺産分割終了時

平成8年判決は、被相続人の合理的意思から推定される使用貸借契約の終期を、遺産分割終了時としていた。その後の裁判例も同様の立場に立つものが多いが、存続期間を限定しない使用貸借の成立を認定した裁判例もある。<sup>(15)</sup>

### イ 遺産分割後の居住の継続

なお、遺産分割によって、①建物が居住相続人の単独所有とされ、②居住相続人を含む相続人の共有とされ、<sup>(18)</sup>あるいは、③建物を取得した相続人と居住相続人との間に使用権が設定された場合には、<sup>(19)</sup>相続人は居住を継続できる。

(12) 岡部喜代子「相続人の一人が共同相続財産を占有する場合の法律関係について」東洋法学41巻2号（1998年）261頁。

(13) ①型の推定を認めた裁判例として、東京地判平成28・8・29平成27年（ワ）第1271号。②型の推定を認めた裁判例として、東京地判平成26・10・3平成25年（ワ）第29671号、東京地判平成28・7・29平成27年（ワ）第34371号・平成28年（ワ）第16405号、東京地判平成28・10・31平成26年（ワ）第17116号、東京高判平成30・7・18判時2397号24頁。

(14) その後の下級審裁判例として、東京地判平成24・9・24平成22年（ワ）第5718号、東京地判平成24・11・20平成23年（ワ）第18974号、東京地判平成28・5・17平成27年（ワ）第35814号・平成28年（ワ）第7449号、東京地判平成29・2・24平成28年（ワ）第12383号。

(15) 東京地判平成10・6・25判タ1045号201頁、東京地判平成24・3・26平成19年（ワ）第25887号、東京地判平成25年12月24日平成23年（ワ）第672号・平成25年（ワ）第685号、東京地判平成26・10・3前掲注（13）、東京地判平成28・7・29前掲注（13）、東京地判平成28・8・29前掲注（13）、東京地判平成28・10・11平成26年（ワ）第28171号、東京地判平成28・10・31前掲注（13）。

(16) 大阪高決昭和54・8・11家月31巻11号94頁、東京地判平成25・12・19平成25年（ワ）第21623号、東京地判平成28・2・1平成26年（ワ）第12156号。

(17) 神戸家審昭和49・8・29家月28巻1号79頁。

(18) 大阪家審昭和40・9・27家月18巻4号98頁、東京地判平成29・9・28平成27年（ワ）第17284号。



#### (4) 相続人と居住建物取得者との間の法律関係

##### ア 「相続開始前と同一の態様」の無償使用

平成8年判決は、他の相続人との間で「使用貸借契約が存続する」と述べる一方で、その内容は「相続開始前と同一の態様」であるという。

問題は、同居の相続人の④注意義務の程度と、⑥費用負担の内容であって、相続人の使用権限が使用貸借であるならば、④相続人の注意義務の程度は善管注意義務となり(594条1項に関する判例・通説)、また、⑥相続人は通常必要費を負担しなければならない(595条1項)。

しかし、被相続人の生前における同居相続人の法的地位に関しては、①占有補助者の場合と、②独立占有者の場合があるところ、①占有補助者の場合に、この者が④善管注意義務を負い、⑥通常必要費を負担している事例は、現実にはほとんどないように思われる。

##### イ 相続人の遺産管理との関係

一方、平成8年判決における「遺産分割まで」の建物使用は、相続開始から遺産分割までの間の相続人による相続財産の管理と重なり合うが、この場合の④相続人の管理義務の程度は「固有財産におけるのと同一の注意」であり(918条1項)<sup>(20)</sup>、また、⑥相続財産の管理に要した費用に関しては、通常必要費も含めてすべての相続人に対して法定相続分に応じた償還請求ができる。

下級審裁判例の中には、④注意義務の程度を民法918条1項の「固有財産におけるのと同一の注意」とした例がある<sup>(21)</sup>。

他方、⑥費用負担に関しては、使用貸借契約の存在を認定したうえ、通常必要

(19) 高松高決昭和45・9・25家月23巻5号74頁、東京地判平成25・12・24平成23年(ワ)第672号・平成25年(ワ)第685号。

(20) なお、限定承認者ならびに財産分離の請求後の相続人の注意義務の程度も「固有財産におけるのと同一の注意」であり(926条1項・944条1項)、相続を放棄した者の注意義務の程度も「自己の財産におけるのと同一の注意」である(940条1項)。このほか、同程度の注意義務を定めた規定には、受領遅滞後の債務者の注意義務を定めた413条1項(「自己の財産に対するのと同一の注意」、無報酬の受寄者の注意義務を定めた659条(「自己の財産に対するのと同一の注意」、親権者の子の財産に関する注意義務を定めた827条(「自己のためにするのと同一の注意」)がある。

(21) 東京地判平成27・4・20平成26年(ワ)第12524号(占有者である相続人が配偶者の事案)、東京地判平成29・11・24平成28年(ワ)第34984号(占有者である相続人が子の事案)。

費の償還請求を棄却した例もあるが<sup>(22)</sup>、使用貸借の成立を認定しつつ償還請求を認め<sup>(23)</sup>た例や、通常の必要費を被相続人が負担する旨の特約の存在を認定した事案もある<sup>(24)</sup>。

## （５）消滅事由

使用貸借の消滅事由には、④民法597条1項～3項の当然終了のほか、⑤594条3項の債務不履行解除、⑥598条1項～3項の解除による場合がある。

このうち、⑥の期間および使用収益の目的の定めのない使用貸借の解除に関して、最（2小）判昭和29・3・12民集8巻3号696頁は、使用貸借契約を解除する行為は、共有物の管理に関する事項に属するので（252条本文）、持分の価格の過半数で解除権を行使できるとしていた。近時の下級審裁判例にも、被相続人と同居していた相続人との間の使用貸借契約の解約は、管理行為であって持分の価格の過半数で決することのできる（252条本文）とするものがある<sup>(25)</sup>。

このほか、被相続人と相続人の一人との間の建物所有目的の土地の使用貸借に関しては、目的に従った使用収益をするのに足りる期間を経過していないとして旧597条2項本文・ただし書（現行597条2項・598条1項）による使用貸借の終了を否定した例がある一方、信頼関係破壊を理由に、貸主の地位を相続した他の相続人による使用貸借の解除（598条1項〔旧597条2項ただし書〕の類推適用）を認め<sup>(26)</sup>た例もある<sup>(27)</sup>。

## （６）建物の第三取得者・持分の第三取得者との間の法律関係

### ア 建物の第三取得者

被相続人Aと相続人Bが同居している建物がAの単独所有であった場合に、建物を遺贈等により単独取得した者Cが、第三者Dに建物を譲渡してしまうと、Bの使用借権は、Dに対抗できない。

(22) 東京地判平成27・11・19平成27年（ワ）第3876号（占有者である相続人が子の事案）。

(23) 東京地判平成10・6・25前掲注（15）（占有者である相続人が子の事案）。

(24) 東京地判平成28・9・27平成27年（ワ）第13287号（占有者である相続人が子の事案）。

(25) 東京地判平成25・12・19前掲注（16）、東京地判平成27・3・17平成24年（ワ）第22059号、東京地判平成28・1・14平成27年（ワ）第16312号、東京地判平成30・1・17平成28年（ワ）第18807号・平成28年（ワ）第38612号、東京地判平成30・4・26平成27年（ワ）第17521号。

(26) 東京地判平成28・1・27平成25年（ワ）第34140号。

(27) 東京高判平成6・2・25家月47巻1号132頁。

## イ 持分の第三取得者

一方、①被相続人Aの生前から居住建物がAと相続人Bの共有であった場合や、②相続によってBと他の共同相続人Cの共有となった場合にも、Cが自己の共有持分を第三者Dに譲渡してしまえば、分割手続は遺産分割ではなく共有物分割になる<sup>(28)</sup>ので、Bの居住利益に対する配慮は、遺産分割の手続よりも働かなくなる。

## 2 「配偶者」の居住保護法理

以上1で検討した判例は、すべて配偶者以外の相続人に関するものであったが、この類型にあっても、新法が参照した平成8年判決とは異なる処理を行うものが散見された。では、問題の核心であるところの配偶者の居住の保護に関して、判例はどのような処理を行っているであろうか。

### (1) 法律婚の配偶者の居住保護法理

配偶者の居住保護の必要性は、法律婚であれ内縁であれ、相続時に限らず、婚姻・内縁期間中や、婚姻・内縁解消時においても、等しく問題となる。

#### ア 婚姻期間中

##### (ア) 配偶者間の明渡請求

婚姻期間中に、不仲となった一方配偶者Aが他方配偶者Bに対し明渡請求をした事案において、Bの法的地位は、多くの場合、民法752条の夫婦の同居・協力扶助義務に基づく占有補助者とされ、同居義務に違反して行われた明渡請求は、権利濫用を理由に排斥されている。ただし、民法752条の同居義務を負わないことにつき<sup>(29)</sup>正当事由がある場合には、この限りではない。<sup>(30)</sup>

一方、Aが所有建物を出て別居する時点で、家に残ったBとの間に、黙示の使用貸借契約の成立を認定した例もある。<sup>(31)</sup>

(28) 最(2小)判昭和50・11・7前掲注(9)、最(1小)判昭和53・7・13判時908号41頁・金判878号27頁・金判559号21頁。

(29) 東京地判昭和45・9・8判時618号73頁、東京地判昭和47・9・21判時693号51頁、大阪高判平成17・6・9判時1938号80頁。その結果、②Bが賃借権・使用借権に基づく独立占有者であり、賃貸借契約・使用貸借契約を信頼関係破壊を理由に解除したとのAの主張は排斥される(東京地判昭和62・2・24判タ650号191頁)。

(30) 東京地判昭和61・12・11判時1253号80頁、徳島地判昭和62・6・23判タ653号156頁、東京地判平成3・3・6判タ768号224頁。

**(イ) 配偶者間の不当利得返還請求・損害賠償請求**

一方、不当利得・損害賠償に関する裁判例には、A・B夫婦の共有土地建物をBが単独で占有している事案につき、Bの占有権原に関する主張・立証がないとして請求を肯定した例もあるが、Aが会社から借りている社宅にBが住み続けている事案につき、Aの同意を認定して請求を否定した例や、A・B夫婦が共同購入したマンションからBを閉め出す行為が、Bの居住権を侵害する不法行為に当たるとした例もある。

**(ウ) 建物の第三取得者**

裁判例の中には、夫Aが所有建物を先妻の子Cに贈与し、CがAの後妻Bに対して明渡請求をした事案につき、権利濫用を理由に否定した例がある。また、夫Aの所有建物をAが代表取締役をしている会社Cが買い受け、妻Bに明渡請求をした事案につき、権利濫用を理由に否定した例や、A・C間の譲渡につき、慰謝料請求権を被保全債権とする詐害行為取消権を認めた例もある。

**(エ) 持分の第三取得者**

一方、A・B夫婦の共有建物につき、Aの持分をCが取得した事案につき、Aは別居後も本件建物全体を単独でBが占有することを認める権原を付与しており、CはBの無償使用権の負担が付着していることを認識したうえで、これを引き受ける前提で持分を買い受けたとしてCの不当利得返還請求を否定した事案がある。

しかし、A・B夫婦の共有マンションのAの持分について根抵当権が設定され、担保不動産競売により持分を取得したCの、Bに対する不当利得ないし不法行為請求を肯定した例もある。

(31) 東京地判平成元・6・13判時1347号58頁、東京地判平成19・2・19平成17年（ワ）第25032号、東京地判平成25・2・28平成24年（ワ）第18042号。

(32) 東京地判平成24・10・31平成24年（ワ）第16767号、東京地判平成24・11・6平成23年（ワ）第6373号。

(33) 東京地判平成27・4・14平成25年（ワ）第33223号。

(34) 東京地判平成30・1・25平成28年（ワ）第18638号。

(35) 東京地判昭和58・10・28判時1120号59頁・判タ517号131頁。

(36) 東京地判平成24・1・30平成22年（ワ）第37620号・平成23年（ワ）第4839号。

(37) 東京地判平成26・7・22平成24年（ワ）第33980号。なお、同論点に関しては、石尾賢二「夫婦の居住不動産の不当処分に対する配偶者居住権・信託受益権と詐害行為取消権」静岡大学法政研究21巻3・4号（2017年）27頁参照。

(38) 東京地判平成28・5・11平成26年（ワ）第25504号・平成26年（ワ）第31582号。

### (オ) 賃借建物の賃貸借契約の合意解除

A・B夫婦が居住する建物がAの賃借物件である場合、不仲となったAが賃貸人Cとの建物賃貸借契約を合意解除する事案がある。合意解除の効果は、転借人に対抗できないとするのが確定判例であったが、賃借人の配偶者は、多くの場合、占有補助者にすぎない。裁判例の中には、夫婦が別居した後は、賃借人Aの配偶者Bの地位は占有補助者から独立占有者になるとしたものもあるが、最高裁は、Cの明渡請求否定の根拠を権利濫用に求める。このほか裁判例の中には、賃貸人Cが夫Aの経営する会社であった事案につき、居住権を夫婦の同居義務の法定効果と捉えるものもある。

## イ 婚姻の解消

### (ア) 元配偶者間の明渡請求、不当利得返還請求・損害賠償請求

夫婦間の婚姻関係が解消された後は、①民法752条の法定効果の余後効を認めるか、②特別の使用権設定契約の成立を認定しなければ、元配偶者の所有する建物に居住する権限はない。

ただし、裁判例の中には、元配偶者が（本権ではなく）占有権を主張した事案につき（占有回収の訴えと損害賠償請求）、これを肯定した例や、夫婦の共有建物を財産分与の対象財産としないで離婚判決が確定した後に、元夫が元妻に対して明渡請求・損害賠償請求をした事案につき、明渡請求については昭和41年判決を引用し

(39) 東京地判平成29・2・24前掲注(14)、東京地判平成30・2・20平成29年(ワ)第15236号。

(40) 大判昭和9・3・7民集13巻278頁、最(1小)判昭和37・2・1裁判集民事58号441頁、最(3小)判昭和162・3・24判時1258号61頁・判タ653号85頁。なお、借地権付建物の所有者が、土地の賃貸借契約を合意解除した場合につき、最(1小)判昭和38・2・21民集17巻1号219頁、最(2小)判昭和42・6・30裁判集民事87号1417頁、最(2小)判昭和48・9・7民集27巻8号907頁。なお、この判例の立場は、平成29年民法(債権関係)改正で立法化された(613条3項新設)。

(41) 横浜地判昭和38・10・18下民集14巻10号2067頁。

(42) 最(3小)判平成7・3・28判時1526号92頁・判タ876号135頁。これに対し、権利濫用の主張を排斥した裁判例として、東京地判平成9・10・23判タ995号234頁。

(43) 東京地判平成26・8・7平成26年(ワ)第2958号。

(44) 東京地判昭和28・4・30下民集4巻4号641頁(民法752条に基づく配偶者の住居権限は、婚姻の解消によって当然消滅する旨を説示)、東京地判平成25・6・6平成25年(ワ)第2088号(元配偶者が建物からの退去を求めている以上は、退去義務が生じるとする)、東京地判平成26・11・19平成26年(ワ)第15604号(財産分与が未了であっても、建物につき実質的な共有持分を有するとは認められないので、占有権原として潜在的な共有持分を主張することはできないとする)。

(45) 東京地判平成23・12・22平成23年(ワ)第3919号。

て否定しつつ、損害賠償請求については肯定した例<sup>(46)</sup>、元夫所有の建物につき元妻との間に使用貸借契約の成立を認めたが、それが期間ならびに使用収益の目的の定めのないものであり、元夫はいつでも本件建物の返還を請求することができる<sup>(47)</sup>とした例、財産分与の話し合いのない時点で、元妻が元夫に対して、建物明渡しや賃料相当損害金の支払を求めるのは権利濫用であるとした例<sup>(48)</sup>、夫婦共有財産に係る不動産については、財産分与の合意の成立あるいは審判の確定までは、原則として占有権原があるとして、不法行為ないし不当利得の請求を否定した例<sup>(49)</sup>がある。

#### (イ) 存続期間

なお、占有権原を認めた裁判例における存続期間に関する説示を見てみると、財産分与の審判の申立期限が2年であること（768条2項ただし書）を理由に、離婚後2年間とした例もあるが<sup>(50)</sup>、しかし、「1年程度の期間のうちに経済的自立を果たすまで」といった限定的な目的が合意されたとは認められないとした例<sup>(51)</sup>、元妻と子が建物を永続的に使用できるとした例<sup>(52)</sup>、離婚後、元妻が転居を検討できるような落ち着いた状態となるまでの使用の目的の定めがあるとした例<sup>(53)</sup>、離婚後に元妻が自活能力を得るまでの生活の援助という使用の目的の定めがあるとした例<sup>(54)</sup>がある。

#### (ウ) 財産分与

相続における遺産分割と同様、離婚における財産分与においても、①居住建物を元配偶者の単独所有とする方法<sup>(55)</sup>、②共有持分を付与する方法<sup>(56)</sup>、③使用権を付与する方法<sup>(57)</sup>があり、③財産分与によって取得された使用借権の存続期間に関しては、元妻と同居している子が学校を卒業するまでとした例がある<sup>(58)</sup>。

(46) 東京地判平成24・12・27判時2179号78頁。

(47) 東京地判平成24・12・27平成23年（ワ）第40033号。

(48) 東京地判平成25・8・29平成24年（ワ）第11315号・平成24年（ワ）第24421号。

(49) 東京地判平成27・12・25平成27（ワ）第5373号。

(50) 東京地判平成24・8・3平成23年（ワ）第29163号・平成23年（ワ）第36318号。

(51) 東京地判平成24・11・29平成23年（ワ）第34762号。

(52) 東京地判平成26・11・6平成26年（ワ）第8670号。

(53) 東京地判平成27・3・10平成25年（ワ）第25585号。

(54) 東京地判平成27・12・4平成27年（ワ）第18303号・平成27年（ワ）第22003号。

(55) 鳥取家審昭和39・3・25家月16巻10号106頁・判タ176号313頁。

(56) 大阪高決昭和48・4・11家月25巻11号81頁。

(57) 詳細は、常岡史子「財産分与をめぐる近時の課題」深谷格＝西内祐介（編著）『大改正時代の民法学』（成文堂、2017年）583頁。

(58) 名古屋高決平成18・5・31家月59巻2号134頁。

## ウ 相続

### (ア) 明渡請求、不当利得返還請求・損害賠償請求

平成8年判決の合理的意思推定法理によれば、被相続人が所有建物を配偶者以外の者に取得させる旨の遺言をした場合には、使用貸借契約の成立推定は働かない筋合いになる。<sup>(59)</sup>しかし、裁判例の中には、遺言による取得者の配偶者に対する請求を、権利濫用・信義則違反で排斥した例がある。<sup>(60)</sup>

### (イ) 存続期間

一方、共同相続の事案で使用貸借の成立を認定した裁判例は、存続期間に関しては、平成8年判決と同様、遺産分割の終了時とする。<sup>(61)</sup>しかしながら、配偶者に関していえば、第1に、離婚の場合に元配偶者に認められる使用貸借の存続期間を、財産分与の終了時までとした裁判例は少数であり（前記イ（イ）参照）、第2に、平成8年判決の合理的意思推定法理との関係でも、生存配偶者が老齢の場合には終身または施設入所まで、若年の場合には他に住居を確保するなどして居住利益が失われるまでと解するのが、被相続人の合理的意思に合致するように思われる。

### (ウ) 遺産分割

配偶者を含む共同相続人間の遺産分割によって居住建物の帰属を決める際には、離婚の際の財産分与と同様、①生存配偶者の単独所有とする方法、<sup>(62)</sup>②生存配偶者その他の共同相続人の共有とする方法、③所有権は他の相続人に帰属させ、使用権を生存配偶者に付与する方法がある。<sup>(63)</sup>

ただし、このうちの②共有持分を取得させる方法は、共同相続人間に深刻な対立がある場合には適切ではないとされ、<sup>(64)</sup>そのため、共有者間に共有物分割禁止特約を付した例や、<sup>(65)</sup>遺産分割協議の際、配偶者が当該建物で余生を送ることが当然の前提

(59) 東京地判平成28・9・6平成26年（ワ）第34263号・平成27年（ワ）第5749号。

(60) 東京地判平成26・1・30平成24年（ワ）第19464号。

(61) 東京地判平成25・5・13平成24年（ワ）第36112号、東京地判平成27・8・25平成25年（ワ）第19748号、東京地判平成28・2・3平成27年（ワ）第1396号。

(62) 東京家審昭和52・1・28家月29巻12号62頁。

(63) 大坂高決昭和39・2・14家月16巻6号154頁。

(64) 広島高決昭和40・10・20家月18巻4号69頁、大阪高決昭和41・6・6家月19巻1号39頁、東京家審昭和60・9・27判タ579号69頁、東京高決平成2・6・29家月42巻12号44頁、東京高決平成3・10・23判時1406号27頁・判タ786号256頁。

(65) 東京家審昭和60・9・27前掲注（64）。

（共通認識）になっていた等の事情が認められるときには、共有物分割請求は権利の濫用に当たるとした例もある。<sup>(66)</sup>

一方、③の方法に関して、東京家審昭和40・4・20年月17卷9号90頁は、内縁の妻に対する明渡請求を権利濫用を理由に排斥した最高裁判例<sup>(67)</sup>を引用しつつ、借地法1条の2（借地借家法28条）の正当事由が認められる限り、法律婚の配偶者にも居住権を付与すべき旨を説示する。また、浦和家審昭和41・1・20年月18卷9号87頁は、母にその生存中無償で使用させる権限を与え、大阪高決昭和46・9・2家月24卷10号90頁も、母にその生存中無償使用させる等その居住利益に対する処置を考えるべきとし、東京家審昭和47・11・18家月25卷10号80頁も、「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（民法249条）、しかも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を継続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」とする。<sup>(68)</sup>

## （2）内縁の配偶者の居住保護法理

東京家審昭和40・4・20の説示からも知られるように、日本の配偶者の居住保護法理に特徴的な点は、内縁の配偶者に関する議論が、法律婚の配偶者に関する議論をリードしたことである。<sup>(69)</sup>

その理由は、昭和30年代以降の旧借家法改正審議において、内縁の配偶者に関しても、法律上の配偶者と同等の保護を図るべきものとされ、昭和41年旧借家法改正によって、「婚姻又は縁組ノ届出ヲ為サザルモ賃借人ト事実上夫婦又ハ養親子ト同様ノ関係ニ在リタル同居者」を保護する条文（借家法7条の2）が新設されたからである（平成3年現行借地借家法では36条1項「婚姻又は縁組の届出をしていないが、建物の賃借人と事実上夫婦又は養親子と同様の関係にあった同居者」）。

(66) 東京高判平成25・7・25判時2220号39頁。

(67) 最（3小）判昭和39・10・13後掲注（70）。

(68) このほか、審判例の中には、先妻の長女に土地を取得させ、配偶者（妻）に土地上の居住建物を取得させたうえ、土地に22年の存続期間の賃借権を設定した例がある。富山家審昭和42・1・27家月19卷9号71頁。

(69) 最（3小）判昭和42・2・21民集21卷1号155頁、最（1小）判昭和48・7・19民集27卷7号845頁、山口地判昭和49・3・28判時752号77頁。詳細は、古川瓊子「生存内縁者の居住利益の保障——内縁者の所有不動産の場合」岡山大学法学会雑誌62巻1号（2012年）83頁、古川瓊子・前掲注（1）313頁。



## ア 内縁期間中

内縁期間中に内縁配偶者間で明渡請求や不当利得返還請求がされた事案は、管見の及ぶ限り見当たらない。

### イ 内縁の解消

#### (ア) 明渡請求

一方、内縁関係解消後の事案につき、最（1小）判昭和35・11・10民集14巻13号2813頁は、内縁の解消時に使用権原は消滅するとして、明渡請求を肯定する。

しかし、京都地判昭和54・3・27判時939号86頁・判タ387号94頁は、居住建物が賃貸物件の事案につき、建物賃借人である内縁の夫Aが家を出た後、内縁の妻Bが居住を続けた場合には、AからBに賃借権の譲渡があり、また賃借人Cは賃借権の譲渡を黙示的に承諾していたとし、仮に黙示的承諾が認められないとしても、無断譲渡が信頼関係破壊に至っていないから、CのBに対する建物の明渡請求は権利の濫用になるとする。

#### (イ) 不当利得返還請求・損害賠償請求

東京地判平成27・3・17平成25年（ワ）第27769号は、内縁の夫婦A・B共有のマンションにつき、明渡請求は否定したが、A・B間の使用賃貸契約の期間満了を認定して、不当利得返還請求を肯定する。

## ウ 他方配偶者の死亡

#### (ア) 明渡請求

居住建物が死亡内縁配偶者の単独所有であった場合、内縁の配偶者には相続権がないため、共有持分のない生存内縁配偶者は、明渡請求の危険にさらされる。

しかし、生存内縁配偶者を明渡請求から守る方法として、①権利濫用構成<sup>(70)</sup>、②準親族の扶助義務（730条・877条の類推適用）に基づく使用権原構成<sup>(71)</sup>、③準婚当事者の義務（752条の類推適用）の余効としての（＝法定的な）使用貸借の成立構成<sup>(72)</sup>、④合理的意思に基づく黙示の使用貸借の成立構成<sup>(73)</sup>が認められている。

(70) 広島高岡山支判昭和38・1・28高民集16巻3号131頁、最（3小）判昭和39・10・13民集18巻8号1587頁、東京地判平成4・1・31判タ793号223頁、東京地判平成8・7・29判時1597号97頁・判タ937号181頁。

(71) 長崎地判昭和36・6・30家月13巻12号52頁、横浜地判昭和47・8・7判タ286号271頁。

(72) 大阪地判昭和37・11・30下民集13巻11号2403頁。

### （イ）不当利得返還請求

一方、内縁の夫婦の共有建物につき、死亡した内縁の夫の相続人（子）が内縁の妻に対して不当利得返還請求をした事案につき、最（1小）判平成10・2・26民集52巻1号255頁は、次のように説示する。

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、特段の事情のない限り、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。けだし、右のような両者の関係及び共有不動産の使用状況からすると、一方が死亡した場合に残された内縁の配偶者に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といえるからである。

平成8年判決と本判決の相違個所は、①内縁の配偶者の死亡後に「継続」される無償使用関係を「使用貸借」と認定していないことと、②無償使用権の存続期間が「〔単独使用の〕合意が変更され、又は共有関係が解消されるまでの間」とされていることである。<sup>(74)</sup>①・②とも、物権法の共有者間の合意の法律の原則そのままである。

## Ⅲ 平成30年改正法の「配偶者の居住の権利」制度

平成30年改正法の「配偶者居住権」（長期居住権）・「配偶者短期居住権」（短期居住権）の条文内容を整理しておく、次頁〈図表〉のようになる。

なお、新設の民法相続編「第8章 配偶者の居住の権利」の条文配列は、「第1節 配偶者居住権」（1028条～1036条）、「第2節 配偶者短期居住権」（1037条～1041条）の順になっているが、この配置は、法制審議会（民法（相続関係）部会）の審議・答申とは逆順である。

これは、立法者が、配偶者の居住保護の役割を担うのは長期居住権であって、短期居住権は単なる明渡猶予制度にすぎないと位置づけたことに由来する。

(73) 大阪高判平成22・10・21判時2108号72頁。

(74) 同判決を引用するその後の裁判例として、名古屋地判平成23・2・25判時2118号66頁、東京地判平成27・3・17前掲注（25）。

〈図表〉 配偶者居住権（長期居住権）・配偶者短期居住権（短期居住権）の内容

		配偶者居住権（長期居住権）	配偶者短期居住権（短期居住権）
[1]	制度目的	・配偶者の終身の居住利益の保護制度	・明渡猶予制度
[2]	法的性質	・賃借権類似的法定債権	・使用借権類似的法定債権
[3]	権利内容	・「居住建物の全部について無償で使用及び収益をする権利」（1028条1項柱書本文）	・「居住建物について無償で使用する権利（居住建物の一部のみを無償で使用していた場合にあっては、その部分について無償で使用する権利）」（1037条1項柱書本文）
[4]	成立要件	<ul style="list-style-type: none"> <li>・配偶者が「被相続人の財産に属した建物に相続開始の時に居住していた場合」で（ただし、「被相続人が相続開始の時に居住建物を配偶者以外の者と共有していた場合」を除く）、①②のいずれかの場合（1028条1項柱書本文・ただし書）</li> <li>①遺産分割による取得（1項1号）</li> <li>②遺贈による取得（1項2号）</li> <li>・①のうち、遺産分割審判による配偶者居住権の取得は、③④のいずれかの場合に限られる</li> <li>③共同相続人全員の合意（1029条1号）</li> <li>④生存配偶者が長期居住権の取得を希望する旨を申し出た場合において、生存配偶者の生活を維持するために特に必要があると認めるとき（1029条2号）</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・配偶者が「被相続人の財産に属した建物に相続開始時に無償で居住していた」こと（1037条1項柱書本文）</li> <li>・ただし、①配偶者が被相続人の遺贈により長期居住権を取得していた場合（1028条1項2号）、②配偶者が欠格・排除により相続権を失った場合を除く（1037条1項本文ただし書）</li> </ul>
[5]	存続期間	<ul style="list-style-type: none"> <li>①原則：終身（1030条本文）</li> <li>②例外：遺産分割協議・遺言・遺産分割審判に別段の定めがある場合には、定められた存続期間（1030条ただし書。延長・更新はできない）</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>①居住建物共有型……遺産分割終了時・相続開始時から6か月経過日のいずれか遅い日（1037条1項1号）</li> <li>②居住建物非共有型……居住建物取得者の短期居住権消滅申入れ（1037条3項）の日から6か月経過日（1037条1項2号）</li> </ul>
[6]	第三者効力	<ul style="list-style-type: none"> <li>・居住建物の所有者に対する配偶者居住権設定登記請求権あり（1031条1項）</li> <li>・登記の具備により、①居住建物の譲受人等に対抗可能、②侵害者に対する妨害排除請求可能（1031条2項による①605条、②605条の4の準用）</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・第三者効力なし</li> <li>①居住建物取得者からの譲受人等に対しても、[5]②の限りでの明渡猶予期間がある</li> <li>②侵害者に対して短期居住権に基づく妨害排除請求は認められない</li> </ul>
[7]	居住権者の義務の程度	・善管注意義務（1032条1項）	・善管注意義務（1038条1項）

[ 8 ]	居住権の譲渡性・相続性	①譲渡性なし（1032条2項） ②相続性なし（1036条による597条3項の準用）	①譲渡性なし（1041条による1032条2項の準用） ②相続性なし（1041条による597条3項の準用）
[ 9 ]	居住建物の改築・増築	△所有者の承諾が必要（1032条3項）	×（1041条は1032条3項を準用していない）
[10]	第三者の使用・収益	△第三者に使用・収益させるには、居住建物所有者の承諾が必要（1032条3項） ・承諾がある場合につき賃貸借の承諾転貸の規定（613条）を準用（1036条）	△第三者に使用させるには、居住建物所有者の承諾が必要（1038条2項） ・承諾がある場合の法律関係についての規定はない
[11]	居住建物の修繕等	①居住権者の修繕権（1033条1項） ②建物所有者の修繕権（2項） ③建物所有者に対する通知義務（3項）	・1041条による長期居住権に関する1033条①1項・②2項・③3項の準用
[12]	居住建物の費用の負担	①通常に必要な費：居住権者負担（1034条1項） ②通常に必要な費（①）以外の費用：583条2項の準用（1034条2項）	・1041条による長期居住権に関する1034条①1項・②2項の準用
[13]	居住権の価額評価	○遺産分割の際に生存配偶者の具体的相続分から価値を控除する ・ただし、遺贈による配偶者居住権の取得については持戻し免除推定が働く（1028条3項による903条4項の準用）	×遺産分割の際に生存配偶者の具体的相続分から価値を控除されることはない
[14]	消滅事由	①遺産分割により居住建物が生存配偶者の単独所有となった場合（1028条2項の反対解釈） ②善管注意義務違反、第三者の無承諾使用・収益を理由とする消滅請求（1032条4項） ③存続期間の定めがある場合の存続期間の満了（1036条による597条1項の準用） ④生存配偶者の死亡（1036条による597条3項の準用） ⑤居住建物の滅失等（1036条による616条の2の準用） ⑥放棄（519条?）	①存続期間の満了（1037条1項1号・2号） ②善管注意義務違反、第三者の無承諾使用を理由とする消滅請求（1038条3項） ③長期居住権の取得（1039条） ④生存配偶者の死亡（1041条による597条3項の準用） ⑤居住建物の滅失等（1041条による616条の2の準用）
[15]	居住建物の返還等	①長期居住権が消滅した場合の居住建物の返還義務（1035条1項本文） ②居住建物に附属させた物の㉑取去権・取去義務、㉒原状回復義務（1035条2項による㉓599条1項・2項、㉔621条の準用）	①短期居住権が消滅した場合の居住建物の返還義務（1040条1項本文） ②居住建物に附属させた物の㉑取去権・取去義務、㉒原状回復義務（1040条2項による㉓599条1項・2項、㉔621条の準用）
[16]	損害賠償・費用償還の請求権の期間制限	・建物所有者が返還を受けたときから1年（1036条による600条の準用）	・建物所有者が返還を受けたときから1年（1041条による600条の準用）

この制度設計は、平成8年判決の遺産分割終了時を終期とする使用貸借の成立推定法理と関係しており、①判例の意思推定の働かない場合に備えて、法的な明渡猶予制度を設ける（＝後記1の2号短期居住権）一方、②判例の使用貸借が遺産分割時に終了することから、遺産分割の際の新たな選択肢として、配偶者に原則終身の無償使用権を取得させる方法を認める（＝後記2の1号長期居住権）というのが、新法の骨格の脊柱部分である。

## 1 「配偶者短期居住権」(短期居住権)

まず、配偶者短期居住権（短期居住権）から検討を加えることにしよう。

### (1) 成立要件

短期居住権は、配偶者が「被相続人の財産に属した建物に相続開始時に無償で居住していた」場合に成立する（1037条1項柱書本文）。

#### ア 被相続人との同居・別居

新法は、平成8年判決と異なり、被相続人との同居を配偶者居住権の成立要件としていない。

もっとも、①被相続人と同居の配偶者は、多くは被相続人の占有補助者と評価されるので、平成8年判決と異なり、無償使用契約の成立時期は、被相続人の死亡後になる一方、②被相続人と別居していた配偶者については、別居の時点で被相続人との間に成立した無償使用契約が相続人に承継される旨が推定されるので、1028条1項1号の短期居住権に頼るメリットは小さい。

#### イ 法的な(意思に基づかない)成立

新法の制度のメリットは、立法担当者の説明によれば、被相続人の意思とは無関係に、法律上当然に短期居住権の成立を認める点にある。<sup>(75)</sup>平成8年判決の被相続人の合理的意思の推定法理によれば、この推定が働かない場合には、居住者の保護が図られないからである。

それゆえ、新法の短期居住権制度の眼目は、1037条1項2号（遺産分割がされ

(75) 堂蘭幹一郎＝野口宣大（編著）『一問一答・新しい相続法——平成30年民法等（相続法）改正、遺言書保管法の解説』（商事法務、2019年）34頁、堂蘭幹一郎＝神吉康二（編著）『概説・改正相続法——平成30年民法等改正、遺言書保管法制定』（金融財政事情研究会、2019年）25頁。

(76) 堂蘭＝野口『一問一答』前掲注(75)34-35頁、堂蘭＝神吉『概説』前掲注(75)26頁。

ない場合——すなわち、配偶者が居住建物の共有持分を有していない場合＝居住建物が①被相続人の①遺贈・②死因贈与・③特定財産承継遺言あるいは④配偶者の相続放棄によって配偶者以外の者の所有に帰した場合）の短期居住権にあり、1号の短期居住権のメリットは、①配偶者が被相続人と同居していなかった場合にも保護を受けられる点（前記ア）と、②相続開始後6か月内に遺産分割が終了した場合に（1号後段）、遺産分割終了後6か月まで明渡猶予期間が伸長される（1号前段）点にとどまる。

### ウ 強行法規性の法的根拠

一方、被相続人の意思に逆らってまで短期居住権の成立を認める根拠に関しては、当初は、夫婦の同居・協力扶助義務（752条）そのものと説明されていたが、その後、生前の婚姻関係に基づく権利義務が死亡により消滅した後の「余後効」という説明に変わった<sup>(77)</sup>。

### エ 居住建物が共有の場合

短期居住権に関しては、居住建物を被相続人が配偶者または第三者と共有している場合にも成立する<sup>(78)</sup>。

なお、この点と関連して、立法担当者は、「相続開始前に、被相続人と居住建物の他の共有者との間で、被相続人に居住建物の単独使用を認める旨の取り決めがされており、この取決めが被相続人の死後も有効なものと解される場合には、持分取得者がこの取決めに基づく居住建物の利用権を取得することになる」とする<sup>(79)</sup>。

しかし、短期居住権に関する立法担当者の説明に忠実な解釈の帰結としては、被相続人が共有持分を配偶者以外の者に遺贈した場合には、単独所有の建物を遺贈し

(77) 部会第2回会議「資料2」3頁、「第2回会議議事録」3頁〔大塚竜郎関係官〕。

(78) 部会第6回会議「資料6」2頁、「第6回会議議事録」8頁〔堂蘭幹一郎幹事〕。

(79) 堂蘭＝野口『一問一答』前掲注(75)38-39頁、堂蘭＝神吉『概説』前掲注(75)28頁。

(80) 堂蘭＝野口『一問一答』前掲注(75)38-39頁。なお、同所で引用されている大判大正8・12・11民録25輯2274頁は、共有物の独占使用の合意につき民法254条が適用される旨を直接説示した判例ではない。独占使用の合意の持分取得者への承継を端的に肯定した判例としては、仮換地の一部を独占使用する旨の共有者間の合意が民法254条の債権に該当する旨を判示した、最（1小）判昭和34・11・26民集13巻12号1550頁、仙台高判昭和42・2・20下民集18巻1・2号146頁、最（3小）判昭和43・9・24民集22巻9号1959頁、最（3小）判昭和43・12・24民集22巻13号3393頁、最（2小）判昭和48・12・7民集27巻11号1503頁、大阪地判昭和50・8・27判時808号86頁・金判487号38頁、名古屋地判昭和60・2・27判タ555号244頁を挙示すべきだろう。

た場合と同様、従前の共有者間の合意を失効させる意思を認定するのが、合理的意思解釈のようにも思われる。

### オ 居住建物が賃貸物件の場合

配偶者居住権は、短期・長期いずれに関しても、居住建物が賃貸物件の場合には成立しない<sup>(81)</sup>。

借家権（建物賃借権）に関しては、借地法・借地借家法に内縁の配偶者・養子を保護する明文規定があるだけに（Ⅱ 2（2）参照）、法律婚の配偶者を保護するための立法で、「パンドラの箱」を開ける危険は避けたかったのかもしれない。

しかし、短期居住権を法定的な権利とした目的は、①遺産分割が行われる場合（1037条1項1号）ではなく、②それ以外の場合（2号）——すなわち被相続人が配偶者以外の者に居住建物（の所有権）を遺贈した場合に、配偶者を保護する点にあった。では、居住建物が賃貸物件だった場合に、被相続人が借家権（建物賃借権）を配偶者以外の者に遺贈した場合にはどうなるのか。

同様の問題は、居住建物が被相続人の所有であったケースにおいても、被相続人が配偶者以外の者との間で、この者に建物の単独使用権を認める旨の、非配偶者の死亡を始期とする使用権設定契約を締結していた場合に生ずる。

### （2）存続期間

一方、存続期間に関して、新法は、①1号短期居住権については、平成8年判決を参照して、遺産分割終了時（または相続開始時）から6か月経過時、②2号短期居住権については、居住建物取得者の消滅申入れから6か月経過時（同条項2号）とし、また、③被相続人の遺贈等より配偶者が取得する長期居住権（1028条1項2号）については、原則として終身（1030条本文）としている。なお、①の遺産分割で、④相続人全員の合意による長期居住権の設定もできる（1028条1項1号）。

だが、この新法の制度設計に関しては、従来の判例法理との関係が問題となる。

第1は、「相続人」の居住保護に関する平成8年判決との関係であって、同判決の被相続人の合理的意思推定法理からすれば、相続後も存続する使用貸借契約の終

(81) 第196回国会参議院法務委員会会議録（平成30年6月28日）第19号4頁〔小野瀬厚政府参考人（法務省民事局長）〕。

期を遺産分割の終了時としたのは、当該事案に固有の判断であり、現に、裁判例の中には、㉑期間の定めのある（ここでは遺産分割終了まで）使用貸借（597条1項）ではなく、㉒使用収益の目的の定めのある（ここでは相続人の居住の目的）使用貸借（597条2項・598条1項）であると認定した例も存在していた。㉒の存続期間は、遺産分割終了後も継続するから、㉒使用収益の目的の定めが被相続人の合理的意思と認定された場合には、上記㉑の1号短期居住権に頼る必要もないし、㉑の1号長期居住権を遺産分割で合意する必要もない。

第2は、「内縁の配偶者」の居住保護に関する平成10年判決との関係であって、内縁の配偶者は相続人ではないから、平成8年判決のように居住権の終期を遺産分割時に求めることはできない。平成10年判決は、無償使用権の終期について何も述べていないが、内縁関係の継続中や解消後の居住保護に関する裁判例からすれば、やはり上記㉒使用収益の目的の定めのある無償使用権であって、㉑期間の定めも使用収益の目的の定めもない無償使用権（使用貸借につき598条2項）ではないと解される。しかも、内縁に関しては、居住権の成立根拠につき、当事者の合理的意思の推定法理に立たず、権利濫用や、準婚・準親族の扶助義務、準婚当事者の義務の余後効といった法定効果論が有力であり、その結果、内縁の配偶者には、他方配偶者の意思に反しても、法定効果として、居住の必要が存する限り無償使用権が存続することとなる。

### （3）配偶者の注意義務・費用負担

新法は、短期居住権・長期居住権とも、使用貸借と同様、居住権者の注意義務の程度を善管注意義務とし（1032条1項・1038条1項）、通常必要費を居住権者に負担させている（1034条・1041条）。

ところで、他方配偶者の所有建物に同居する配偶者は、法律婚・内縁のいずれに関しても、占有補助者と認定されるのが通例であった。

占有補助者たる地位の発生原因に関しては、法人の従業員のように雇用契約に基づく場合もある。だが、従業員は法人所有の物件につき善管注意義務を負うものの、管理費用に関しては、通常必要費も含めて負担することはない。

他方、配偶者の占有補助者たる地位は、他方配偶者が負っている民法752条の同居・協力扶助義務に基づく法定効果であるが、占有補助者たる配偶者が、建物所有



者である他方配偶者に対して善管注意義務を負い、また通常的必要費を負担するのが通常形態であるとは考えにくいであろう。

そして、判例によれば、被相続人の生前からの無償使用関係が、死亡後もそのままの形で継続するというのであるから、平成8年判決のように、被相続人の生前から使用貸借が成立していた事案であれば、相続人は善管注意義務を負い、通常的必要費を負担することになるが、建物所有者の占有補助者であった場合には、被相続人の生前と同程度の注意義務しか負わず、また通常的必要費も含めて費用負担のない無償使用契約の成立を推定するのが自然である。

#### (4) 第三者効力

なお、新法には、「居住建物取得者は、第三者に対する居住建物の譲渡その他の方法により配偶者の居住建物の使用を妨げてはならない」との規定が設置されているが(1037条2項)、居住建物取得者が、同条項に違反して、居住建物を第三者に譲渡した場合、配偶者は、譲渡の物権的効力を否定することはできず、不法行為に基づく損害賠償(金銭賠償)を請求できるにすぎない<sup>(82)</sup>。もっとも、婚姻期間中、配偶者は、他方配偶者の所有建物の譲渡行為に対して詐害行為取消権を行使することができたから、法定債権である配偶者短期居住権を被保全債権として、詐害行為取消権を行使することは可能かもしれない(その他、背信的悪意者排除論の適用も考えられる)。

## 2 「配偶者居住権」(長期居住権)

一方、「配偶者居住権」(長期居住権)の法的性質に関して、立法担当者は、「賃借権類似の法定の債権」<sup>(83)</sup>であるとしている。もっとも、「法定」の意味は、意思に基づかない権利変動について用いられるのが一般的であるから、短期居住権については法定的な権利といえるが、長期居住権については成り立たない(遺産分割による取得は共同相続人間の合意に基づき、遺贈による取得は被相続人の意思に基づく)。

(82) 堂蘭＝野口『一問一答』前掲注(75)46頁、大村敦志＝窪田充見(編)『解説・民法(相続法)改正のポイント』(有斐閣、2019年)31頁〔石綿はる美〕。

(83) 堂蘭＝野口『一問一答』前掲注(75)18頁、堂蘭＝神吉『概説』前掲注(75)14-15頁。

## （１）成立要件

長期居住権は、共同相続人間の遺産分割か（1028条 1 項 1 号）、死亡配偶者の生存配偶者への遺贈（2 号）によって発生する。

### ア 居住建物が被相続人と第三者の共有の場合

「被相続人が相続開始の時に居住建物を配偶者以外の者と共有していた場合」には、長期居住権は成立しない（1028条 1 項柱書ただし書）。

その理由につき、立法担当者は、「被相続人やその占有補助者である配偶者等は、被相続人の生前ですら、共有持分に応じた利用権を有していたに過ぎず、少なくとも、他の共有持分権者との関係では排他的な利用権は有していなかったのであるから、このような場合にまで配偶者居住権の成立を認めると、被相続人の死亡により他の共有持分権者の利益が不当に害されることになる<sup>(84)</sup>」としているが、しかし、被相続人 A と第三者 X が共有する建物を A が生前から配偶者 B とともに無償で独占使用している状態について、共有者 A と X の間には一定の無償使用契約の成立が推認され、それが A の死亡後には B・X 間に承継させることが、X の合理的意思と認定できる場合が多いであろうから（判例に現れた事案は、X と A が親子の場合などがほとんどである）、新法の長期居住権に頼らずとも、判例法理を援用すれば救済される余地がある。

### イ 遺産分割による取得

遺産分割の手続で配偶者が居住利益を確保する方法には、<sup>(85)</sup>①居住建物の所有権を取得する方法、②共有持分を取得する方法、③使用権を取得する方法があるが、①の方法は、配偶者に代償分割の代償金支払能力がない場合には無理であり、②の方法は、持分を超える使用利益の返還・賠償義務がある点で、他の共有者の持分に關する賃貸借契約を締結したのと同じである。一方、③の使用権の種類としては、賃

(84) 堂蘭＝野口『一問一答』前掲注(75)17頁、堂蘭＝神吉『概説』前掲注(75)11-12頁。

(85) なお、被相続人が居住建物を配偶者以外の者に遺贈していた場合については、平成30年改正前の旧法下では、配偶者は遺留分減殺請求権を行使して居住建物の持分を取得することができたが（東京地判平成25・2・28平成21年（ワ）第37603号、東京地判平成28・6・9平成27年（ワ）第895号、東京地判平成29・4・28平成27年（ワ）第21482号・平成28年（ワ）第37978号）、しかし、改正法は遺留分の侵害額を金銭の支払で処理する仕組みに変更したため（遺留分侵害額請求権。1046条）、共有持分を取得できなくなった配偶者には、遺産分割の際に長期居住権を取得する途はない。

貸借や使用貸借もあり得るが、賃貸借については、賃料の負担の問題があり、使用貸借については、第三者対抗力がない。

そこで、登記を対抗要件とした第三者対抗力を有する（1031条）建物の無償利用権を創設することによって、低廉な価額で配偶者の居住を確保する、というのが、新法1028条1項1号の長期居住権の制度趣旨である。

#### ウ 遺贈による取得

一方、被相続人の遺贈によって長期居住権を取得させる方法の制度趣旨は、たとえば前妻との間の子CのいるAがBと再婚した場合に、配偶者Bに長期居住権を取得させて居住利益の確保を図る一方で、建物の所有権については自分の子Cに取得させたいというニーズに応えるもので、これは後継ぎ遺贈と同様の意図に基づくところ、後継ぎ遺贈の有効性に関しては争いがあることから、長期居住権の遺贈の制度を新設することで、同様の目的を実現させるものである<sup>(86)</sup>。

#### (ア) 負担付遺贈・停止条件付遺贈・不確定期限付遺贈

なお、最（2小）判昭和58・3・18家月36巻3号143頁は、後継ぎ遺贈そのもの有効性については言及せず、当該遺言の解釈につき、原審認定の①単純遺贈のほか、②負担付遺贈、③停止条件付遺贈、④不確定期限付遺贈と解する余地もある旨を説示している。

このうち、③停止条件付遺贈は、Bに不動産の処分権を認めるものであるから、Cが確実に不動産を取得できる保障はない。これに対して、④不確定期限付遺贈は、Bに終身の譲渡禁止義務を課すものであるが、しかし、Bがこの義務に違反して第三者に不動産を譲渡してしまった場合は、③停止条件付遺贈と同様の結果となる<sup>(87)</sup>。これに対して、②負担付遺贈に関しては、Cは、Aの死亡後直ちにBに対し負担の履行行為としてCとの間の死因贈与契約を締結させ、Cが請求権保全仮登記を経由しておけば、Bの死亡後不動産を確実に取得できるので、新法の長期居住権の遺贈のほうが優れているとは、必ずしもいえない。

(86) 堂蘭＝野口『一問一答』前掲注(75)9-10頁、堂蘭＝神吉『概説』前掲注(75)10頁。

(87) なお、終身の譲渡禁止義務の有効性を説示した大判大正6・10・10民録23輯1564頁は、第三者への譲渡が詐欺取消となった事案であり、判旨は譲渡禁止義務をあくまでも当事者間の債権的な義務に過ぎないと解するようである。

### （イ）後継ぎ遺贈型受益者連続信託

その一方で、後継ぎ遺贈の有効性に疑義があることから新設された制度には、平成18年現行信託法91条の「受益者の死亡により他の者が新たに受益権を取得する旨の定めのある信託」（後継ぎ遺贈型受益者連続信託）がある。にもかかわらず、今回さらに配偶者居住権の遺贈という制度を新設した理由は、後継ぎ遺贈型受益者連続信託が機能不全を起しているからなのか。それとも2号長期居住権の制度は、1号長期居住権の制度の単なる付録（おまけ）であって、後継ぎ遺贈型受益者連続信託との関係では、屋上屋を架したものにすぎなのか。

なお、後継ぎ遺贈型受益者連続信託に関しては、平成19年の相続税法改正で、第2次受益者は第1次受益者から贈与または遺贈によって信託受益権を取得したとみなして課税されることとなったため（相続税法9条の2、9条の3）、税負担の回避との関係では、負担付遺贈を利用したほうが有利ともいわれる。それゆえ、負担付遺贈や、後継ぎ遺贈型受益者連続信託ではなく、長期居住権の遺贈の制度が利用されるかどうかについても、課税問題が大きく影響することとなる。

### （4）長期居住権の使い勝手

以上のように、新法の長期居住権の制度が利用されるかどうかは、①遺産分割による取得（1号長期居住権）に関しては、①単独所有権の取得、②共有持分の取得、③長期居住権以外の利用権（賃借権や判例法理の無償利用権）の取得との間の比較検討、②遺言による取得（2号長期居住権）に関しては、①負担付遺贈、②後継ぎ遺贈型受益者連続信託との間の比較検討によって選択・決定される。そこで問題となってくるのは、上記課税面での得失のほか、使い勝手の良し悪し<sup>(88)</sup>である。

## ア 配偶者の権利

### （ア）使用・収益権

まず、配偶者の利用権の内容についていえば、長期居住権に関しては、短期居住権と異なり、使用権のほか収益権も認められている（1032条1項本文）。

もっとも、配偶者は、居住建物の所有者の承諾を得なければ、第三者に居住建物を使用・収益させることはできないから（同条3項）、「実際には居住建物の使用

(88) 松原正明「配偶者居住権に関する実務上の諸問題（特集：民法（相続分野）の改正）」法律のひろば71巻12号（2018年）23頁。

権限を有するに過ぎず、配偶者の意思のみで居住建物の収益をすることができる場合はほとんど想定することができない<sup>(89)</sup>」とされる。

### (イ) 第三者効力

配偶者が長期居住権の登記を備えた場合には（1031条1項）、賃借権と同様、居住建物について権利を取得した第三者に対する対抗力ならびに妨害者に対する妨害排除請求権を有する（同条2項）。

しかし、第三者対抗力の付与は、反面、長期居住権の付着した建物の資産価値の低下をもたらすため、「一般的には、配偶者居住権の負担が付いた不動産は市場に流通しないと思われる」し、競売においても「買受人の付きにくい、換価の困難な財産を創出することになる」一方、居住建物の所有者が、売却の必要に迫られた場合には、配偶者に長期居住権の放棄を求める必要が生ずる<sup>(90)</sup>。

なお、居住建物の所有者と、建物の敷地の所有者が異なる場合につき、法制審議会民法（相続関係）部会では、配偶者に建物利用権のほか敷地利用権も付与すべきかが議論された<sup>(91)</sup>が、結局この点は断念された結果、居住建物の所有者が敷地利用権を有しておらず、敷地の所有者から建物収去土地明渡請求を受けた場合には、配偶者もまた建物退去土地明渡請求に屈することとなる。

もっとも、裁判例の中には、土地所有者の主張を権利濫用で排斥したり、建物居住者と土地所有者の間に、建物敷地に関する黙示の使用貸借の成立を認定した例もあることから、配偶者居住権者は、建物所有者が土地所有者に対して有するこうした抗弁を援用することになろう。

### イ 配偶者の義務

#### (ア) 注意義務

短期居住権と同様、長期居住権を有する配偶者も、「〔①〕従前の用法に従い、〔②〕善良な管理者の注意をもって」居住建物の使用・収益をしなければならない（1032

(89) 堂蘭＝野口『一問一答』前掲注（75）18頁、堂蘭＝神吉『概説』前掲注（75）15頁。

(90) 谷口毅「配偶者居住権と信託の比較（特集2：配偶者居住権と信託）」信託フォーラム11号（2019年）52頁、55頁。

(91) 平成27年5月19日法制審議会民法（相続関係）部会第2回会議「資料2」12-13頁、「第2回会議議事録」8頁、45頁以下、平成27年10月20日第6回会議「資料6」12-13頁。「第6回会議議事録」23頁。

条1項本文)。だが、再三触れてきたように、このうちの〔①〕従前の用法に関しては、被相続人の生前における配偶者の地位が占有補助者であった場合、注意義務の程度は「固有財産におけるのと同じの注意」であったと考えられ、これを〔②〕善管注意義務に引き上げるのは、配偶者にとって不利益となる。

### （イ）費用負担

一方、居住建物の所有者は、賃貸借の場合と異なり、配偶者の使用・収益を受忍すべき義務を負うにとどまり、使用・収益に適した状態にする義務（修繕義務等）を負わないとされ、その結果、通常必要費は配偶者が負担し（1034条1項）、特別必要費ならびに有益費については、まずは配偶者が支出した後、居住建物の所有者に対して費用償還請求をする順序となる（1034条2項による583条2項の準用＝196条の準用<sup>(92)</sup>）。しかし、配偶者居住権が、被相続人の生前における同一条件の居住の保護を配偶者に保障する制度であるならば、少なくとも被相続人の生前占有補助者の地位にあった配偶者に関しては、通常必要費も含めて一切の費用負担を免除するのが、制度設計の本筋ではあるまいか。

### （5）財産評価

①遺産分割あるいは②遺贈において、配偶者に居住建物の①単独所有権を取得させるか、②共有持分を取得させるか、③使用権の中でも（賃借権や使用借権ではなく）長期居住権を取得させるかを選択する際に、最も重要な要素と目されているのは、長期居住権の財産評価である。

短期居住権と異なり、配偶者が長期居住権を取得した場合には、その財産的価値に相当する価額を相続したもとして扱い、生存配偶者の具体的相続分に反映されることとなる。しかし、生存配偶者の年齢が若い場合には、終身にわたる長期居住権の評価額は非常に高額になり、単独所有権を取得した場合と変わらなくなることから、高齢の配偶者向きの制度であるとの指摘もある<sup>(94)</sup>。

(92) 堂蘭＝野口『一問一答』前掲注(75)25頁、堂蘭＝神吉『概説』前掲注(75)16頁、17頁。

(93) そのため、特別必要費ならびに有益費の返還時期については、いずれも居住建物の返還時すなわち長期居住権の終了時ということになり、存続期間が終身の長期居住権については、配偶者本人は請求できず、請求権は配偶者の相続人に相続されることとなる。このほか、配偶者の死亡により長期居住権が終了した場合、配偶者の相続人は、原状回復義務・造作等取去義務・目的物返還義務を負うことになる。

なお、長期居住権の価額を配偶者の具体的相続分から差し引くのは、実質的には居住建物の賃料の前渡しである。にもかかわらず、存続期間の途中で配偶者に施設に入所する必要が生じたとしても、配偶者居住権の譲渡が禁止され（1032条2項）、買取請求権も認められていないのは、重い初期投資に対する回収方法の整備不足との指摘もある。<sup>(95)</sup>立法担当者は、長期居住権の価値を回収する方法として、長期居住権の放棄を条件として、居住建物の所有者が放棄によって受ける利益分の金銭を受領する合意をすることも認められるとしているが、<sup>(96)</sup>買取請求権と異なり、居住建物の所有者の合意を得られなければ、配偶者は、前払いした価額を回収できないまま施設に入所するほかはない。<sup>(97)</sup>

その一方で、配偶者居住権の存続期間が定められた場合には、延長や更新は認められない。存続期間の延長や更新を認めた場合には、財産評価が予測不能になるからである。この点につき、立法担当者は「存続期間満了時に、当事者間で改めて使用貸借又は賃貸借契約を締結することは可能である」と述べるが、<sup>(98)</sup>しかし、長期居住権と異なり、通常の使用貸借は第三者効力を持たない。<sup>(99)</sup>

(94) 加藤祐司「配偶者居住権、自筆証書遺言その他の改正（特集：民法（相続法）改正について）」自由と正義69巻12号（2018年）28頁。

(95) 沖野眞己＝堂蘭幹一郎＝道垣内弘人「（対談）相続法の改正をめぐって（特集：相続法改正と実務）」ジュリスト1526号（2018年）29頁〔沖野〕、相原佳子「弁護士実務の視点から」46頁、古川・前掲注（1）326頁、荒井俊行「配偶者居住権の創設等改正相続法の概要」土地総合研究27巻1号（2019年）131頁。

(96) 堂蘭＝野口「一問一答」前掲注（75）29頁、堂蘭＝神吉『概説』前掲注（75）21頁（注4）。

(97) 増田勝久「民法（相続法）改正法の解説」法の支配191号（2018年）77頁は、「最終的な施設への入所までを考えると、むしろ使いづらい面があり、よほど税制の優遇でもない限り、必ずしも配偶者に利益をもたらすとはいいがたいものとなっている」と結論づける。

(98) 堂蘭＝野口「一問一答」前掲注（75）31頁、堂蘭＝神吉『概説』前掲注（75）15頁。

(99) 和田秀幸「（相続法改正と司法書実務への影響・第2回）配偶者の居住権を保護するための方策〔最高裁平成8.12.17判決〕」登記情報677号（2018年）53頁は、「実務上の問題として、存続期間の定めを設けて遺産分割を行ったとしても、その後存続期間が満了してもなお配偶者が存命していた場合には、配偶者の居住権の確保をどのように図るのか課題も多く、敬遠されるのではないだろうか」とする。

## Ⅳ 物語の終わり

### 1 「配偶者居住権」制度と判例法理・他の法制度との間の長短

参議院法務委員会において、大村敦志参考人は、新法の「配偶者の居住の権利」の制度は、婚姻中・離婚時・相続時における配偶者の居住保護を総合的・一体的に捉えるフランス法の立場へと向かう第一歩にすぎないと回答している<sup>(100)</sup>。

#### (1) 判例法理との間の長短

しかし、Ⅱ 2 で見たように、わが国の判例は、フランス法と同様、配偶者の婚姻中から離婚時・相続時にわたる居住保護法理を形成しており、とくに内縁の配偶者に関して形成された判例の立場は、相続人や法律婚の配偶者に関する判例理論よりも手厚いもののように見受けられた。

ところが、今回の法改正の立法過程においては、内縁の配偶者の居住保護に関する判例・学説がまったく参照されず、配偶者の居住保護とは無関係な、子の居住保護に関する平成 8 年判決の立場だけが引用された。内縁の配偶者を目の敵にするのであれば、まず敵が現在の判例・学説によって保護されている内容について知悉しなければならない。敵に関する綿密な調査・分析・研究を怠ったまま事を進めたならば、敵より劣る貧弱な成果もたらされるだけである。

#### (2) 他の法制度との間の長短

一方、①遺産分割の際に、配偶者を含む相続人が、①配偶者の単独所有権の取得を選択すべきか、②共有持分の取得を選択すべきか、③使用権の中でも（賃借権・使用借権ではなく）長期居住権の取得を選択すべきか、あるいは、④被相続人が、⑤負担付遺贈を選ぶべきか、⑥後継ぎ遺贈型受益者連続信託を選ぶべきか、⑦長期居住権の遺贈・死因贈与を選ぶべきかの判断は、きわめて困難であって、法律婚の配偶者だけに認められる⑧長期居住権を選択するのがベストとは、とてもいえない。

参議院法務委員会で、大村敦志参考人は、配偶者居住権を「相続の内部における選択肢の一つ」と述べる一方、同制度による保護対象を法律婚の配偶者に限定した点につき、次のように述べる<sup>(101)</sup>。

(100) 第196回国会参議院法務委員会会議録（平成30年7月3日）第20号6頁。

(101) 第196回国会参議院法務委員会会議録（平成30年7月3日）第20号5頁。



先ほど二宮〔周平〕参考人から、今のような〔相続人でない者（内縁の配偶者）を保護対象から除外する〕考え方こそが排除の論理につながるのだという御趣旨の発言があったというふうに伺いました。私は、これを排除として捉えるのではなく、配偶者について従前不十分であったものを補うと、その部分の保護を高めていく、そういうふうな措置であると。何かを切り捨てたというのではなく、配偶者に何かを足したということなんだろうと思っております。

しかし、今回法律婚の配偶者に限って認められた権利は、とりたてて賞揚されるほどメリットの大きい特権でもなく、他方、内縁の配偶者その他相続人でない者にこの権利が認められなかったところで、判例法理が法律婚の配偶者よりも手厚い保護を与えていることから、さしたる不利益も認められない。

今回の法改正の核心部分と目された法律婚の配偶者の居住保護の顛末は、結局その程度のものである。

## 2 平成30年法改正の成果

しかし、法律婚の配偶者の居住保護制度を補って余りある成果を、今回改正はもたらした。この点に関しては、法制審議会民法（相続関係）部会の委員であった沖野眞己の言を引こう。<sup>(102)</sup>

沖野 債権法改正などと比べて特徴的だと思われますのは、むしろ、当初考えられていなかった項目が加わっていることです。……自筆証書遺言の保管制度や遺贈義務者の責任、遺言執行者の地位及び権限、相続させる旨の遺言の法律関係の見直し・権利承継の対抗要件、遺産分割前の処分取扱いなど、検討途中で委員等から指摘されて検討項目として浮上し、改正に結実したものが相当あります。結果として相当に広範囲にわたる改正となりました。比較的大きな民法の改正としては割と珍しいパターンなのではないかと思っています。

こうした当初企図されていなかった改正部分に関しては、「気づいた点を場当たり的にリストアップしたもの」にすぎないとも評される。<sup>(103)</sup>しかし、「相続させる」旨の遺言に対抗要件主義を適用する新法899条の2は、物権変動の一般理論に影響を及ぼし、法制審議会での審議中に登場した最（大）決平成28・12・10民集70巻8

(102) 沖野＝堂蘭＝道垣内「〔対談〕相続法の改正をめぐって」前掲注(95)34-35頁。

(103) 水野紀子「相続法の分析と構築——企画の趣旨（特集：相続法の分析と構築）」法時89巻11号（2017年）7頁。

号2121頁を受けての検討は、遺産分割の対象財産や遺産共有の法的性質をめぐる共有説・合有説の議論を活性化させる。

その意味において、今回の改正は、真に実りある成果をもたらしたものといえるが、しかし、これらの論点は、本稿のテーマとは、また別の物語である。

\* 本稿は、科研費研究：基盤C（18K01340）に基づく研究成果の一部である。