

# 琉球大学学術リポジトリ

## 家族共用財産使用権原の試論

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-10-28 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 新垣, 進, Arakaki, Susumu メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/20.500.12000/2151">http://hdl.handle.net/20.500.12000/2151</a>

## 研究ノート

## 家族共用財産使用権原の試論

## 目次

- 一、本稿の意図
- 二、家族内の共用財産の所有権帰属
- 三、所有者と他の家族の使用等の権原
- 四、家族の共用権原の家族内法的効力
- 五、家族共用権原と第三者の取引の安全
- 六、家族共用財産の遺産分割と財産分与
- 七、おわりに

新垣  
進

# 一、本稿の意図

筆者は、一九七五年秋の日本私法学会において、「借家権の相続についての一考察」と題する報告(『私法』三八号、以下「旧稿」と略する)をし、「内縁配偶者を含む同居家族に、寄与分評価による借家権準共有が認定される(民法七六二条二項によっても)こと」、「扶養関係の一環として借家における同居権原を把握しうること」、少くとも「被相続人の地位を承継する相続人は、一身専属的な扶養義務等を除き、同居人のいる借家権もその同居の負担をつけたままで相続する」、といった三種の同居権原を提言した。さらに、その中の三番目にしか該当しない居候の同居の借家使用は、借家人が立退要求するのに正当事由(借家法一条ノ二)を要する転借権的存在でないが、借家に無償で同居させてもらえるほどの「共同体的紐帯」が間借りの対価に代替する関係だから、故借家人も存命中その関係を裏切らないよう相当事由なしには退去要求できなかったし、借家相続人も使用貸借なみの安易な解約ができないと、把握した。

筆者は、家団論が借家権相続を否定する点に反対したが、その同居家族間の住宅その他の生活用財産の共同使用関係の把握の仕方として適切だと考えてきた。また、家族間の単独名義財産に潜在的持分権者が存在することは、名義人から譲り受ける第三者の取引の安全に優先されるにせよ、真実あるべき財産状態のまま承継する相続人に對し、登記等の對抗要件なしでも、実態を証明できれば主張できていいはずである。ましては、住宅その他の家族共用財産の使用については、改めて存在を立証させるまでもなく、自明の事実として相続人へ主張できていいと考える。ドイツ民法が遺産分割の際に「居住所有権」概念を住宅所有権から分離配分できる権利として

認めるのも、家族共用権原を認めざるをえない現実の反映であると考える。

家団論が示唆する課題としては、同居家族共同体を団体法的に扱うべき側面があることの指摘である。それが民法の個人主義的相続制度を団体法的に全面改編する根拠にはならないが、生産共同体としての農家が戸一農業生産法人になる立法措置はなされている(農地法二条七項)。その立法化要求は、愛媛県のみかん農家の節税対策に始まり、複数農家による協同的営農改善へ途を開くためにも役立つ制度となった。しかし、どんな法人格なき家業についても、「無条件に権利能力なき社団として家族共同体を扱うべきだ」という議論はない。扶養関係で結びついている家族は、地代や家賃を中心に事実上の連帯責任を負う共同体であり、なまじっか家族個人名義の全財産を家団の総有と解する方が、その譲受人等の取引の安全を害するという不合理な結果になる。

一般家庭の経済的機能としては、ほとんど生産的共同体でなくなり、消費生活上の共同体に減縮した。民法七六一条の夫婦の日常家事債務連帯責任の規定も、家族共同体の消費面における団体性を表現している。それでは消費共同体としての家族を民法上の組合とみて、家族共用財産を合有または使用権の準合有と解すべきか。そうせずとも日常家事債務の夫婦連帯責任規定だけで必要性をほぼ充足するし、合有と解する結果として譲受人等の取引の安全を害する方が不都合である。

未分割の遺産の共同相続人への帰属形態は、家族共同解散を前提とする分割前の総遺産の「共有(最高裁昭和三〇年五月三一日判決)」にとらえ、共同相続人が生活共同体を維持する場合などのため、遺言や共同相続人の合意によって、遺産の全部または一部の不分割も選択できるようになっていると考えられる。遺産の明確な不分割の協議がなくても、現実には被相続人と同居してきた家族が共同体を維持し続ける場合に、不動産等の高価な財産の所有権だけ遺産分割し、他の財産権は存続する家族共同体の継続使用に供されることになる場合が多い。そこで

の使用権能の根拠と効力範囲を論及することも本稿の課題である。

このようなテーマがほとんど論じられない理由は、所有者が共用財産の使用を家族にどれだけ認めるかも、家族間の諸事情を前提とした愛情の問題であり、その使用要求も道徳規範次元のものとして、民法も家族共同体の自治に委ねていること、「法は家庭に入らず」という法諺に通ずる課題の本質によるであろう。しかし、家族共同体の愛情を基調とする自治秩序による善処は、離婚や遺産分割が紛糾する際に前提条件の愛情が失なわれるとき、住宅等の財産の配分を中心に問題になる。

そこで家族共用財産の使用関係は、遺産分割や財産分与の際にどのように扱うべきか。借家権の相続だけを対象としていた旧稿は、家族間の潜在的準共有、扶養関係の一環としての同居、あるいは共同体的紐帯のみに依拠する使用権原として、同居人居住の負担のついたままの借家権の相続という論法で切り抜けた。このような「とりあえず論」は、家族間の借家権の準共有や扶養関係に伴う使用権原についても、さらにつづ込んだ考察をし、「そもそも論」にまで展開する必要がある。このような旧稿の「その場しのぎ的な論法」に終った限界は、借家権以外の家族共用財産にも妥当するか否かの検証を通じて、より普遍的論理へと打開されるべきだと考える。

民法が家族共用財産使用関係について全く規定しないことは、家族間の愛情や道義に委ねることになるし、多くの場合にそれでうまくゆくはずであるが、離婚等のような前提条件としての愛情が失なわれる場合に、国家法上保護されるべき必要最小限の使用権原さえも見過ごされ、国家法の形式論理だけで不公正な処理をする結果になりかねない。それが家族共用財産を単独名義人から譲り受ける第三者保護のためなら仕方ないが、家族共同体内の法秩序（以下「家族内法」と呼ぶ）の構成員同士である離婚夫婦や相続人の関係でも、家族財産共用権原を見過ごすのは不合理である。それも「法規の空白」領域に属しそうだが、わが国における寄与分の生成過程でも

見られたように、私法上の権利は本来的に実質があれば認知されるべきであり、立法の有無によって存在が肯定されたり否定されたりすべきでないという真理(後述)、すなわち私的自治は本質的に立法や有権解釈にも支配されないという原理を前提に、私法の空白領域は、紛争処理の必要上、実質に則したあるべき法理を探究して、埋めてゆかねばならないと考える。

家族共用財産の譲受人等の取引の安全の問題は、家族共用財産使用権原の効力の限界に関する事柄であり、家族内法秩序が国家法の枠組の中でどこまで通用するかという課題である。家族共用財産について、譲受人との関係よりも、新たな取引関係に入ったといえない単独名義人の差押債権者に対抗できるかどうか、家族内の真実の権利者や潜在的持分権者を国家法上どう位置づけるのかの限界線として、重要な意味があると思われる。

## 二、家族内の共用財産の所有権帰属

本稿が対象とする家族共用財産とは、文字どおり家族の共同生活の用に供される財産が中心であるが、自転車・傘・下駄のように、一応の専用者以外の家族が無断借用することもありうる物品を含めるほど、大雑把な概念にしておきたい。このように概念を拡大する理由は、「法は家庭に入らず」というように、国家法の介入を要しない自治的な家族内法秩序において、専用者以外の家族の方で自動車が無断借用しても、刑法二四四条の親族相盗として免責されるまでもなく、「不法領得の意思」という窃盗罪の成立要件を欠く行為として、無罪になるはずだし、その家族間の不法行為責任としての損害賠償請求に関しても、国家法上の違法性や有責性を認定する余地がないものと思われるからである。

家族内の財産の所有権帰属の問題としても、家族共同体内の信頼関係に依拠して、家族間の共有財産が単独所有形式によって潜在的持分を信託している例が多い。その単独名義人が他の実質的共有家族に無断で売却した場合、登記・登録等の明確な対抗要件をそなえない限り、潜在的持分権のまま譲受人への持分部分の売却無効を主張できない。また、売却者への不法行為責任追求としての持分価格の賠償請求も、信託契約上は持分を証明すれば認められそうだが、家族間のはとんどの請求権が自然債務のように、あるとき払いの催促なしの債権として、請求される事例もないようであるし、この場合の信託が家族内法次元にとどまり、国家法上の効力が認められないように思われる。だからといって家族内の潜在的持分権が国家法上の効力が全くないかという点と、相続において寄与分として主張できるように、少くとも相続人を含む家族内での効力があることは明らかである。

家族内の財産の専使用者が所有者であるとは限らない。例えば自家用車の所有者が運転免許をもたず、免許のある息子が専用していたり、お手伝いさんに家族の通勤・通学の送迎や買物用に運転させることもありうる。後者の場合のお手伝いさんに自己のための運転の側面が薄いから、基本的には自動車の運行供用者である雇主のための運転である。

登記等で明確に公示できる不動産等は、たとえ家族の共用に供されている事態が第三者にとって認識できるときでも、単独名義人から譲り受けようとする際に、実質的共有者の有無や共用家族の同意を確認する国家法上の義務がなく、公示を前提に譲り受けるだけで保護している。

それでは家族共用財産のうちで、どこまでを購入者の所有とすべきか、対譲受人と対差押債権者とも状況によって差をつけるべきかと思うが、ある程度高価な家財道具は、家族の共用に供されていても、原則的に購入者の所有と解していいであろう。しかし、自動車やバイクが代金支払者でない専使用者の名義で登録されている場合

に、代金支払者が運行供用者というより、専用者へ贈与された物と解して、登録名義を信頼して専用者から譲り受ける者を保護すればいい。

登録制度もない財産、例えば自転車やオーディオ機器類ならなおさら、購入者が専用者へ贈与したと解する方が現実にも適合すると思う。もしその購入者が所有権を留保して、専用者が勝手に売却できないようにしたいのであれば、民法一九二条の善意取得を買主に主張させないだけの、十分な国家法レベルでの対策をしておかなければならない。要するに所有権を専用者へ贈与していないという事情は、家族内法次元の扱いに過ぎないことになる。国家法レベルの対策としては、明認方法をほどこす以外に、占有の公信力を破れないように思われる。また、「家族内で身内のでかした勝手な売却のつけを相手方に押しつけるべきでない」という家族内法的不文律があるのかも知れない。もっともそれが家族個人の独立性を前提とする近代的家族法に適合するかどうか、検討されるべきことだと思われるが……。逆に家族内で購入者が専用者へ贈与したことも家族内法的効力しかない。

専用者が所有者である購入家族に無断で財産を売却する事情にも、親もとを離れて暮らす学生の緊急の金策の必要性があり、親から追認される場合もあるし、浪費による生活費不足を補う目的のように、親が懲戒的な生活費引き締めをする場合もある。後者の懲罰も家族内法の範囲の問題であり、譲受人への売却の無効を主張するような処理はできない。

そのような意味において、法定代理人の同意を欠く未成年者の専用財産売却を取り消せるかについても、民法の規定をそのまま適用できないかも知れない。すなわち、幼児のように意思能力のない者の行為であったり、相手が未成年者の無知等に乗じて詐欺的な不当利得をする取引であったり、でもない限り、第三者との関係においては、専用者である未成年者にも処分能力あるものとして、衣類・オーディオ機器類を扱うべきかと考える。



この点も未だ十分論証できてないので、今後の研究課題として残しておく。ただ、このような発想に疑問をもつ方へは、「それなら未成年者が専用物を売却する際に、法定代理人の同意書を不可欠なものとして要求することに賛成ですか」と反問しておきたい。

石鹸やトイレットペーパーのような消費物の場合は、大量に買い占めない限り財産と呼ぶに値せず、安値な僅かの量づつしか消費されてゆかないから、購入者が家族や来客に対し消費分の贈与の申込みを包括的にしていると解していいであろう。

家庭電化製品その他家財道具のような耐久消費財は、登記や登録のような公示方法がない点で不動産と異なるが、一〇年を超えたりするほどの耐用年数があるから耐久消費財と呼ばれ、前述の消費物よりはるかに高価であるから、所有権が原則として購入者に帰属すると解していい。ところが、その購入者が家族から独立し新家庭をもつ際に、これまで家族の用に供してきた耐久消費財を持ち去るとは限らない。それを持ち去らない理由としても、耐久消費財の所有権が購入時から家族の共有としていたからというより、世帯を分離する際に共用してきた残留家族へ贈与したと推測する方が適切である。おそらく耐久消費財の購入者の多くは、購入時に所有権の帰属について明確にすることなく、家族の共用に供しただけであったり、相続人ほどでないにしても購入者が持ち去ると困る残留家族に遠慮したり、独立する新世帯には新品がにっかわしいと考えたりした結果、持ち去らないのであろう。購入者が転居先用に新品を買う経済的余裕がなければ、残留家族にも代替品の購入代金の一部を分担してもらったり、遠慮なく持ち去らせてもらったり、実情に合わせた利害調整がありうる。要するに、家族共同体内の恩情主義によって共用財産の帰属が不明確になりがちだとしても、購入者が耐久消費財の所有権を留保しているという推定は、一般的には妥当するといえるであろう。

家族共用財産をどこまで遺産分割の対象にするかは、遺産でありながら除外されるという例外品目の規定はないから、私的自治の妥当する領域として、基本的には共同相続人間の遺産分割協議で決めていいはずである。

おそらく相続税の対象としては、被相続人所有の遺品として安価な物まで正確にえり分け、それぞれがどの相続人に承継されるかを確認した上で、一つ一つ相続税を課する処理が煩雑過ぎるから、比較的高価で被相続人の所有であったことが公示上明白な財産に限定せざるをえないのであろう。

実際の遺産分割の対象としても、被相続人に帰属した財産のうちで、預貯金・有価証券・不動産・借地権・営業権・電話加入権・家庭用一般動産や債務などに限られるようである。その中でもいろいろな物が含まれる家庭用一般動産については、所有権帰属が明確に公示される自動車など以外まで対象にすることは無理であろう。遺産分割と相続税の対象基準は異なりうる。それでも相続税の課されない多くの安価な家庭用一般動産は、遺産分割の対象にもせずに、残留する家族の共同体に帰属させ続けることにするのが普通である。

被相続人の衣類装身具等も含めて、共同相続人間で配分を望む者が競合しない物品は、希望者が遺産分割に加算せずにもらえるし、誰も欲しがらない物は、家族共用に適しなくとも残留家族共同体に帰属させておくしかない。相続後に残存する家族の共同体が解散する場合には、家族共同体解体の跡始末として、共同相続人間で全遺産を分割し尽くさねばならない。

結局、家族共用財産の帰属は、家族内法の信頼関係のもとに円満な共同使用が続く限り、誰の所有であるかを問題にしない場合が多く、家族共同体が分裂または解散する際、家族共同使用権原が存在してきたことも念頭におきつつ、所有権や使用権を分配することになる。

### 三、所有者と他の家族の使用等の権原

家族共用財産の使用権原については、判例と一部学説が借家権相続をめぐって多少ふれた以外に、ほとんど論及されていない。その論議としても、相続の前後を問わず借家に同居する家族を、「借家の占有補助者」とみるとか、「借家権の援用権者」ととらえる見解が主流であり、相続後の実態からすると、借家権の名義を引き継ぐだけの別居相続人の方がむしろ居住継続家族のための「補助者」的名義人であるのに、実質上の借家使用主体を援用権者などと呼んだりして、こじつけ的な把握になる場合も多い。

その点で借家人を家団代表の契約名義人と扱う「家団論」の方は、借家権が家庭生活上不可欠な住居使用権として準共有(正しくは家団が準総有)されるものととらえ、必要性に十分応じうる見解であるが、そのために借家権を相続の対象外と扱う点が必要以上の処遇だと思われる。

家族共用財産の使用権原として優先の順に列挙すると、第一は所有権、第二が公示もそなえた共有権、第三は単独名義人に対する寄与分のある潜在的共有持分権である。第四として所有者の生活保持義務によってその家族に認められる使用であり、第五が所有者への扶養請求権の一環として要求できる使用、さらに第六としては、扶養関係のない同居親族(居候を含む)間の共同体的紐帯による相互扶助として認められる使用がある。

これからのうち第一と第二の権原は、登記等の明確な對抗要件をそなえるなら、家族以外の第三者へも主張できる権利であり、もしその公示が欠けていても、第三の潜在的持分権として、別居相続人を含む家族共同体内で主張できるものである。

第三の寄与分を遺産分割の際に主張するには、共同相続人がそれを争わない場合を除き、潜在的持分の割合が主張する寄与分以上であることの証明が必要である。しかし、寄与分を主張するかどうか、潜在的持分のうちどれだけ頭在化させるため主張するかという選択も、家族内法の信頼関係の中に持分権の名義を信託してきた者の自由である。逆に国家法が相続以外の場で寄与分を主張させないかのような立法措置は、親族間の贈与や相続の税金逃れを封ずるため厳格な証明責任制度化が必要であるにしても、法定相続人以外に寄与分主張の機会を許与しないかのような規定の仕方と共に、私的自治の原則への不当な干渉というべきだと考える。問題指摘を続けると、寄与分という存在自体、民法九〇四条の二の規定新設によって始めて創造されたのでなく、その立法上の認知まで根拠づけに難渋したが、民法九〇六条の「其他一切ノ事情」の考慮事項として、遺産分割の際に相続分に反映させるべき実質関係として認められていた。

家族間の寄与による潜在的持分が国家法次元で認知されにくかった理由は、寄与してきた者の心境からして、当初から請求する予定のもとに立替払いをしたのか、完全な贈与意思をもっていたか、寄与者自身がはっきりしなかったまま時が経過し、寄与の相手が死亡して相続する場になって、共同相続人との公平のため寄与分を主張したくなるという実情があること。また、寄与分の名義信託も、名義人が財産を家族共同体のため適切な活用をし続ける限り、寄与者が何ら問題にすることなく、寄与者の方が先に死亡し頭在化させずに終る例もあるから、裁判官も寄与分を否定した際に不公平感をもたなかったのだろう。

寄与分をこのようにとらえてくると、家族間で寄与分を永久に放棄し主張しないのも自由だし、財産秩序を安定させるため遺産分割までに主張されない寄与分が放棄されたと擬制する合理性はあっても、相続や離婚以前の日常的な寄与分の分割請求を禁ずる理由がなく、税務署と譲り受けまたは差し押えた第三者の立場を適切に処遇

させつつ認めればよい。要するに必要以上の寄与分主張抑制措置は、家父長的単独所有名義の慣行を国家法上專制的に固定化する結果となり、私的自治を基調とすべき領域としては越権的処理であらう。

寄与分が日常的に分割請求されなかった慣行の背景としては、寄与分を信託された戸主が「イエ」共同体のため家産として活用する使命を担っていたことと、家族の寄与分の全部または一部が次のような機会に顕在化されていたことがある。すなわち戸主の後継者は家督相続において寄与以上に配分され、次三男などの姉弟妹が分家や嫁入りの際に財産配分を受け、番頭なども暖簾分けを受けていた。今日の状況としては、このような背景も薄れてきたし、次三男などの姉弟妹が村での実家の格を維持向上させるための家産からの配分を控え目にする要請も減り、寄与分が相続や離婚給付として必ず顕在化する保障もないから、日常的に寄与分の分割請求が認められる必要性が増大してきている。

そのような観点からすると、税務財政の都合だけで夫の給与を妻へも配分する二分二乗の扱いを全面否定する処分も、寄与者に本来の共有持分を帰属させるのを相続に含めて課税対象にする規定（民法九〇四条の二）も、法定相続人以外の寄与分を顕在化させる機会を保障していない現状も、私的自治への侵害ということになる。

寄与した確実性と割合が比較的大きい配偶者の相続分が三分の一から二分の一に引き上げられ、非課税枠が比較的拡大されている措置も、子供数の減少傾向にも合わせ、寄与分もある程度考慮し、配偶者が一般的に同世代として次世代へ相続されるまで暫定的に承継する相互の相続の性格から、妥当な方向であると言えるが、夫婦間の寄与分の本質を正確に反映させる抜本的解決にはほど遠い措置に過ぎない。民法九〇四条の二の規定は、法定相続人の寄与分を顕在化させる一手段を創設しただけであり、他の機会における主張や法定相続人以外の寄与分を全面否定したと解したのでは、私的自治の領域の寄与分の本質に反する解釈になる。

まぎれ込んでいる他人の財産を除いた残りが本来の相続財産であり、名義等を信頼して新たな取引関係に入る立場にない相続人には、真実のあるべき遺産状態でしか相続できないはずである。ところがその相続人から譲り受ける者との関係では、寄与者も対抗関係に立つ者として、あるいは寄与分の名義を被相続人や相続人に信託し続けた点で民法九四条二項の類推によってでも、優先されることになる。

「死人に口なし」という状況に便乗する虚偽の寄与分の主張者を排除する必要もあるから、寄与についての証明責任は法定相続人より非法定相続人に一層厳格にする措置が適切であろう。

第四の使用権原は、財産の所有者の生活保持義務に伴うものであるから、所有者本人と同程度の生活水準を保障される一環として、所有者に準ずる準共有的効力と推測できる。

それに比べて第五の使用権原は、居住場所の確保以外の家財道具使用の範囲が具体的に決められる事例もなく、抽象的な扶養関係遂行に必要な使用の容認と推測されるだけである。扶養請求権者としては、既に居住場所になえられた家財道具を優先使用権原に支障のない範囲で使用請求することができても、優先使用権者にあたる家族が買わずに我慢している物品(例えばテレビ)について、健康で文化的な最低程度の生活に不可欠だとして、扶養義務者に新規の購入を要求できるだろうか。あるいは時代が進んでゆくと衛星放送受信装置などについて……。理念上は国民の平均的文化水準に該当しても、扶養義務者側の都合や事情も考慮して決めるしかない。

逆に扶養義務者が緊急の金策の必要上生活必需品を売却する場合に、所有者自身も不自由を覚悟しての換金だから、第四の使用権原のある配偶者や子供でさえ差し止められないはずであり、まして第五位の使用権原以下の者がそれより劣位の要求しかできないことも当然であろう。例えば、家族と同居してきた住宅を所有者が売却する際に、家族の方が借家法一条の対抗要件ある独立の居住権として譲受人へ主張するのは不合理である。そのこ

とは所有名義人の賃権者が住宅を差し押える場合も同様である。住宅の同居家族を保護する必要性があっても、譲受人に家族の同意を得る義務を負わせる国家法上の根拠がないし、生活保持や扶養の義務内容と実現は、事態の変化に則した変更をして、例えば借家や老人ホームを用意して居住を確保する方法にも変わりうる。

結局、扶養請求権の効力としての使用権原は、健康で文化的な最低限の生活維持に絶対不可欠な食と住などの確保請求としてなら訴求できても、その他の扶養の細目としての要求は、家族共同体内の信頼関係に委ねられ、扶養の協議や審判で決定された具体的事項以外について、訴求する余地がなさそうである。

第六の使用権原は、単なる親族共同体的紐帯による扶助として認容され、道徳律を規定しただけで強制手段のない民法七三〇条に依拠するしかないから、所有者に継続使用を訴求できるほどの権利性はない。この第六の使用権原は、同居の事実関係と親族共同体の恩情のもとで形成され、他の使用権原に支障のない範囲で認容されるような、水利権における余水利用権(後述)にあたるものと位置づけられる。

第六の使用権原の中では、居候的に認容される住居使用が中心であり、他の財産使用は同居に付随する派生的存在である。その居住使用の方は、対価がないから普通の使用貸借として所有者が随意に解約できると解すべきでなく、住宅に同居させるほどの共同体的紐帯が対価に代替し、共同体秩序に叶った流儀でしか解約できないものと把握すべきだと考える。また、住宅の所有者が死亡した後も、住宅の相続人が居候に容易に明渡請求できるのでなく、被相続人が居候を認容してきた遺志も尊重しつつ、被相続人が存命中に解約できたであろう状況と同一の条件下で明渡を要求できるものと考ええる。すなわち借家法一条の二(借地借家法二八条)に規定されている正当事由は要らないが、共同体内の信頼を裏切らない程度の相当の理由があれば解約される程度の使用権原ということである。例えば、これまで別居していた相続人が、相続を機会に被相続人の家業を継いだり、残存家族の

の扶養を引き受ける必要上、被相続人の借家へ転居せねばならなくなり、居候に明渡してもらうしかないといった事情は、相当事由になりうる。

同居以外の第六の使用権原は、相続人間の遺産分割の結果を甘受せねばならない存在であり、別居相続人が持ち去る家財道具については使用できなくなる。

#### 四、家族の共用権原の家族内法的効力

家族内の共用財産の使用権原の成立から考察してゆくと、今日の生活水準として不可欠な家庭電化製品を購入しないからといって、家庭不和の原因になることもないだろうが、既に購入されている家財道具を家族に使用させないとか、家族の意向を無視して売却するとすると、家庭内離婚のような家族間の冷戦の引き金になりかねない。ねだるしかない家財道具等を購入させる強制手段は弱いが、有る物を使わせないと、売却しようとするこゝとの抵抗は強く、事前に奏効し売却を断念させるほどの家族の反抗もありうる。しかし、一旦譲渡されてしまうと、譲受人の同意なしに譲渡を撤回させることはできない。要するに家族共用財産使用権原の強制手段としては、家族内法なりの抵抗方法によるしかないということである。

家族共用財産の使用秩序についてみると、使用権原の種類間の優先順位は、一般的に所有権が第一位だが、所有権を留保する購入者以外の専用者が第一位の場合もありうる。しかし、その購入者が使用したとき、専用者も購入してもらった恩義に報いるべく、使用時期を調整し購入者へ順位を譲る場合もある。たとえ贈与者が所有者兼専用者に無断で使用開始した場合でも、それが専用者の不可欠な使用時期に割り込んでいたり、使用後に物



品を通常の保管場所に戻さなかったため専用者の使用に支障をきたす事態にでもならない限り、共用秩序を破る行為として非難されることもないであろう。このように家族内法の共用財産使用秩序は、所有者が専用者でもある財産においても、慣行水利権の場合と同様に、専用者の使用に支障のない範囲内において、専用者が扶養義務を負う家族のもつ共用権や、居候的同居者等の余水利用権的な使用権原まで、併存しうるわけである。

ここで筆者は概念の説明もせず農業水利権の類型(渡邊洋三著『農業水利権の研究』(増補版) 東京大学出版会一〇六頁以下参照)を借用し始めたが、家族共用財産使用権原との共通することは、いずれも共同体内の使用調整の必要性から生まれた秩序であり、現実の必要性に応じた使用権原の千差万別の組み合わせがありうる点であり、相違点としては、水利権の方が専用権グループを頂点とする前近代から形成された支配秩序であり、共用権グループや余水利用権グループとの階級的対立があるのに比べ、愛情を基調とすべき家族共同体においては、憲法の民主化要請を受け、家族共同財産秩序も民主的に扱われるべき革新指向性があることであろうし、さらに家族内の生計分担割合の変化に応じ、家族間の専用権と共用権等の組み合わせが変動しうることである。

家族共用財産の使用権原の組み合わせの変動について、借家権を例に考察してみると、ある独身男性が借家住いを始め、その借家で結婚生活に入り、子供が生まれて成人してゆくことになる、当初はその男性の専用権的借家使用から出発し、妻も共働きを続けるなら一層明確な共用権的使用関係になる。たとえ専業主婦の場合であっても、賃借人が日本男性の典型的な企業戦士として家庭を顧みる余裕もないなら、妻が愛情を込めた育児を含む貴重な家事労働を一手に引き受けている点で、夫と対等な共用権原を認められていいと考える。子供の借家使用権原は、当初は余水利用に近い援用権から始まり、成人して家計を支えるようになってゆくと、余水利用権においても義務分担の増加に応じて強化されうるように、両親と対等な準共有の共用権へと移行し、借家人が隠居し

子に扶養される段階で、親子の借家権に関する主導権が逆転して、子の方が専用権的地位に昇進することになる。

このような家族間の借家権に対する実権の変動は、賃貸人も当然の成り行きとして認めざるをえない。それは親の借家から独立の世帯をもつ子が親の家賃を負担する事態を含めてであり、賃貸人がそれを否定しようとする、借家での独居老人の死亡後の跡始末や承継を別居相続人に要求することと矛盾する。その点では借家人が妻子を残して蒸発した場合も同様であるし、借家人が夫婦喧嘩の腹癒せに借家関係を合意解約しようとするときでも、賃貸人は借家権の準共用者の存在を認めなければならない。賃貸人が合意解約に乗り、借家人の妻子に明渡を要求することは不当である。

世帯主所有名義のマイホームであっても、共働きの配偶者も住宅ローン支払いに協力してきたとか、息子の方が途中からそのローンや固定資産税の支払を肩代りしていて、マイホームの名義人以外にも持分権者がいる事例もある。

世帯主の稼ぎで購入したわけでない先祖伝来の田畑等についても、その農業後継者の寄与度や営農上の主導権の移行程度に応じて、農地の使用だけでなく処分上の実質的発言権に変動を生ずる場合もありうる。

家族共用財産の中で、家族間の日常的使用上の利害が対立し、本格的な家族内法の使用秩序が形成されるのは、一般家庭の居間にある家族共用度の高い比較的大型のテレビである。他にもテレビのある家庭なら居間でのチャンネル争いを多少緩和するだろうが、家族団欒を支えるテレビとして居間のものに限定して考察する。

居間のテレビの使用権については、よっぽどの家庭内の絶対権力者でない限り、購入者であるというだけで優先権を主張できる例はないと思う。おそらく一般的な家庭においては、時間帯によって違いがあるにしても、幼児の方がチャンネル争いでの主導権を握っていたり、せいぜい居合わせる家族内の多数決であったり、賛否同数

で対立する際も、早くからテレビの前に陣取った者やその賛成グループが優先するであろう。一家団欒を確保しつつチャンネル争いを調整し易くするために、複数映像を同時に見られるテレビが居間に設置されたりする。

テレビが子供の受験勉強に邪魔と思っても、受験生だけテレビを見せないわけにゆかず、家族皆で我慢してテレビを片づけたりする。それも家族内の合意を得てからでないと、当の受験生が友人宅などへ寄り道し、テレビを見てから帰宅するようになったりして、テレビを片づけた目的と逆の結果になりかねない。このようにテレビっ子化した現代家族の傾向は、テレビを購入した所有者に処分の自由もないほど、家族のテレビ共同使用権原を強力なものにしている。このようなオーディオ・ビジュアル機器類が将来も一層開発され、家族共用財産としても普及してゆくものと予想されるが、それらが一般的に若者の嗜好品であるだけに、それらをめぐる使用関係が民主的な家族共用財産秩序の典型になると思われる。変動しつつある家族関係の将来像の予測であるだけに、推測的な判断として述べておく。

## 五、家族共用権原と第三者の取引の安全

家族共用財産使用権原の効力と限界を明らかにするため、その名義人が財産を第三者へ譲渡または差し押えられた場合における、家族の共同使用権原の対抗力の有無を検討したい。

家族共用財産使用権原の中で、他の家族の土地の上に建物を有する場合の土地使用権だけは、わが国の法制度上建物が土地と別個の不動産として扱われる建前と、借地権の登記ができること、借地借家法一〇条（建物保護ニ関スル法律一条と同趣旨）により建物の登記をすれば借地権に対抗力が認められることによって、その建物の

敷地の物権を取得する第三者へも対抗できることになっている。それは家族間の使用権原自体を保護するため第三者を犠牲にしたというよりも、建物保護のために対抗力ある借地権(仮設建物用の使用借権を除く)にしたからであり、取引の安全の側面でも、その建物を譲り受けたり差し押えたりする第三者のために役立つものである。もっとも親族間の借地権が無償の地上権であったにしても、土地の方が他人への売却または競売された場合に、無償であり続けるだけの共同体的紐帯が存在しなくなるから、協議か裁判によって地代を決めなければならなくなる。

家族間の借地以外の共用財産使用権原は、同居家族としてのマイホーム使用権原でさえ、対外的に所有権から独立した使用権でなく、登記などをする余地もないし、同居家族の居住の事実が借地借家法三一条や借家法一条の「引渡」として対抗力を認められるものでもない。

家族共用財産について、家族内の名義人以外に共有者や共用者がいることを外部の者にも推察できるが、それを名義人から譲り受けようとする者に家族内の権利関係調査や同意取りつけを義務づけることも、新たな取引関係に入る者でない名義人の差押債権者にさえ、名義人の家族内の真実の権利関係を調査してから差し押える義務を負わせることも、立法論上はともかく、現実的な取引の安全を害するから、家族内法上の名義人への名義信託として、民法一九二条の善意取得や九四条二項類推適用によるまでもなく、譲受人等の調査義務違反の過失として問題にせず、家族以外に主張できない家族内法上の信託とみて、譲受や差押を保護すべきだろう。

同様の条件下で差し押える者は、公示や外観を信頼して新たな取引関係に入った者でないから、差押回避のための家族内の財産陰匿的口裏合わせを排除できるほど厳格に真実の権利を証明させれば、個人責任主義の近代家族法原理に従って、対抗されても仕方がないと考えられる。しかし、例えば、父親が子供にピアノを買って贈与

してある場合に、父親の債権者はピアノが子供の所有になっていることを尊重して差し押えられないかという、論理的には子が第三者異議の訴えを提起できそうだが、実際上も父親所有のピアノのように差し押えることに家族も異議を唱えないようだし、子供がお年玉を貯えたお金で買ったピアノだとしても、自動車のように登録で公示できないピアノについて、裁判所が子供所有に基づく異議を認めてくれるだろうか。国家法上の明確な公示がなければ、子供が実質上の所有者であることも家族内法的効力しか認められないのではないだろうか。

借家人が夫婦喧嘩の腹癪せに家主と合意解約した場合には、前述のとおり家主がその借家権の準共有者あるいは援用権者のな家族の存在を認識できるし、合意解約も信頼を保護されるべき取引に該当しないから、家族の居住は少くとも転借人なみに保護されるべきであろう。残留家族の家賃滞納等の新たな解約の正当事由によって明渡請求ができて、家主が借家人の夫婦喧嘩に便乗して明渡実現という利得をする理由がないし、家主にとって借家人の妻子も同居についての包括的同意を与えたとみるべきだから、適法な転借人として家主との間に権利関係が認められる(民法六一三条類推)。その借家人が合意解約せずに行方不明になった場合と同様に考える。

家族共用財産について、家族間に潜在的な共有者や準共有者がありうることを、家族外の第三者からも推測できるのに、それらの財産を名義人だけから譲り受けたり差し押えたりできるという慣行は、たしかに戸主権に伴う前近代的なやり方だと言える。だからといって家族共用財産秩序の民主化のためとして、新規立法なしに譲受人や差押債権者に家族内の実態調査や同意確保を義務づけていいかという、家族内法秩序が家族外への取引の安全を犠牲にしているほどの国家法上の對抗要件をそなえない限り、否定すべきだと考える。

祖先伝来の土地その他の家産についても、もともと世帯主の固有財産でないのにその単独名義になり、家族共同体のため活用するよう信託されてきたはずのところ、世帯主がその使命感を失って自己の利益のため売却する

例もある。その場合の他の家族の利益を守るためには、名義人に対して家産の分配要求をするなりして、国家法次元で通用する対策を事前に講じておかねばならない。沖縄の門中の財産<sup>(モシチャ)</sup>についても同様の問題が起こりうる。

## 六、家族共用財産の遺産分割と財産分与

本項における課題は、家族共同体の分散等の機会に、家族共用財産の分配や使用関係をどう扱うべきかを考察し、逆にその側面から家族共用財産使用権原の性格や効力を明らかにすることである。

夫婦財産の離婚時の分配や清算金授受としての財産分与は、夫婦を中心とした家族共同体の分裂時の清算であるから、理念的にみれば夫婦の全共用財産が分配の対象となりうる。

「財産分与」という表現は、家長的地位の夫から家を去る妻へ財産を分け与えるといった沿革の意味もあるが、現代的意味としては、夫婦間の潜在的共有財産の清算というふう把握すべきである。今日でも夫婦財産が一般に夫の所有名義になりがちであるし、離婚の際に妻の方が転居してゆく例がほとんどであり、離婚後の経済的自立のために援助を要するのも妻の方が多く、さらに、離婚原因における有責性が夫にある通常の事例の慰謝料を含めても、やはり今でも財産分与は夫から妻へ交付する離婚給付として通用している。

このような典型的事例を前提とした財産分与において、婚姻中の住宅を含む共用財産が夫中心の残留家族のために確保され、夫婦共有と認定されるべき財産についても、家を去る妻側へは持分権よりはるかに少額の清算金によって財産分与される扱いになっている。

妻が固有財産しか持ち去れず、妻へ財産分与される割合の少ないわが国のやり方は、現在においても確立した

判例法となっているが、一般的な夫婦像を前提としても適切でない。なぜなら、夫婦は双方の合意と責任において婚姻関係に入り、終生の運命共同体のように了解していたので、妻が家事に専念するため退職したり就職しなかったりした場合でも、それは夫の意向を受けての家族共同体運営方法の選択であるのが通常であるから、その自活力低下の責任は妻だけにあるのではなく、夫にも正當に責任を分担させる意味で、妻の推定勤続所得も考慮した財産分与をすべきである。また、共働きの妻の収入に家事労働評価分を加算すると夫の所得を超える場合も多いと思われるし、家事労働だけを評価しても、家政婦二人分以上の労賃を要する労働であったり、愛情を込めた子育てその他の家事労働としては、単なる家政婦賃金では計算できないほどに貴重である。

妻が離婚等の際に引き取る事例の多い子の養育費についてみると、最高裁昭和五四年三月三〇日の第二小法廷判決は、父親の不貞と子の養育不能との間に因果関係なしとし、まるで身勝手に子を引き取る妻が養育費負担するのを当然視するかのようだが、子を夫と妾の家庭に養育させてた場合に、正常な人情を前提とすると、子の生涯を狂わせかねないし、子が不貞の父親の養育に拒否反応を示すのも自然であり、経済的苦労を覚悟の上で妻が子を引き取るわけで、父親と不貞の相手への子の損害賠償も養育不能と因果関係があるから認められるべきだと考える。とりあえずそう主張する。理由は、母子家庭への先進国的な社会保障もなく、国が子の養育費を立替えて父親から取り立てる制度もなく、養育費不履行の父親へ訴求を繰り返すしかない条件下で、財産分与も十分でないからである。それだけに一括払いの財産分与とその補充的な慰謝料の支払が適正になされることを期待したい。

不貞行為をした夫が気の弱い比較的良好的な者であるときの財産分与の仕方は、夫が不貞の相手と一緒に蒸発し、妻子に住宅その他の共用財産を残すやり方である。しかし、それでも夫や父親としての生活保持義務の履行

よりも不十分であり、妻子が共用財産を売って食いつないでも生計を永くは維持できないことが多い。

不貞その他の有責性があり離婚して転居する配偶者は、たとえ従前の寄与分が相手方の持分と対等な程度であっても、落度のない相手の将来の生活水準維持を犠牲にするほど財産分与を受けるのが不合理であり、その有責の慰謝料分も相殺されて、少額の財産分与で我慢させられたりする（それが最高裁昭和三四年七月一四日判決において、五〇万円の示談手切金で済まされた実質的根拠の一つかと思う）。

遺産分割の場合においては、従前から被相続人と同居していなかった共同相続人達が、家族共用財産をどこまで分配請求するだろう。相続税もかかるほどの高価な財産なら、税負担を明確にする必要などから、遺産分割の対象に含められるだろうが、残留家族が居住し続ける借家権を別居相続人が分配要求することはほとんどないように思われる。なぜなら、残留家族が居住するままの借家権を家賃債務引受つきで相続するメリットが少いからである。もしメリットがあるとすれば、経済的価値の高い営業用または店舗兼住宅の借家権であろう。

借地権や営業用借家権なら、同居家族の使用の負担がついていても、将来同居家族が順次転出または死亡してゆくと、相続人が賃借権の使用や交換の価値を営業権も含めて独占できるだけに、別居相続人も分配要求しうる。

遺産分割において家族共用のままの住宅や宅地の配分を受ける者は、家族の共同使用の負担がついている分だけ安価に評価されるか、さもないければ分割前の遺産から立退料を支出する条件で同居家族の明渡同意を得てなければならぬ。もし被相続人に同居家族がいなかったなら、遺産としての住宅や宅地も無条件に相続の対象となり、家財道具や衣類等の物品まで住宅に付随させるなりして分配し尽くさねばならない。そのことは、被相続人の同居家族全員が相続を機会に転居してゆく場合も同様になる。

遺産中の家族共用財産の使用権原は、残留家族中に必要とする者がおれば、相続される所有権と分離してでも、



そのまま存続させることが多いであろう。残留家族に使用できる者のいない自動車・パソコン・ワープロ等がある場合には、別居相続人の中の希望者へ配分するか、それもないければ売却して代金を相続するしかない。逆に別居相続人を含めた相続人や同居家族の中で使用要求が競合する物品については、併存できる範囲で共用の途が追求され、共存不能な使用要求が競合するときには、被相続人の形見としての承継希望も含めて、同居家族に共同使用権原があり、潜在的な持分権もありうることを考慮の上で、相続権のない同居家族を含めた拡大的遺産分割の協議が審判で分配を決める方が現実的である。

特定相続財産への配分希望が競合する場合、外国では希望する相続人間で抽薦して帰属を決める立法例もあるようだが、わが国における遺産分割協議不調の際の扱い方は、家庭裁判所が民法九〇六条に規定された諸事情を考慮して決定することになっている。抽薦による偶然的分配決定により、わが国のように必要度等も考慮する方が適切であろう。しかし、わが国の方式でも容易に決定できず審判に時間のかかる例もある。その場合の解決方法としての筆者の提案は、各希望者の配分要求の強弱を相続分や寄与分の額に限定されない入札で競わせ、最高額入札者へ分配し、その相続分や寄与分から入札額を差し引き、そこで不足する額を清算金として相続財団へ支払わせる方式である。その結果、残留家族の使用権原を消滅させる必要がある場合には、相続人が遺産分割を受ける事態も新たな明渡の相当事由にすればそれでいいし、それで解消できない使用権原に対しては、落札者が事後的に補償金額提示のもとで残留家族と使用権原消滅の交渉をするしかないであろう。このように処理すれば、家族共同使用権原も十分保護されるし、複数の遺産配分希望者相互間でも、さらに配分を望まなかった共同相続人との関係も含め、どんぶり勘定のでない公平な遺産分割が実現できるはずである。

## 七、おわりに

どうして本稿は、準拋法のない課題について、「家族内法」という造語をしてまで扱うのかとか、準拋法のないほどの問題は家族内の信賴關係に委ねればいい、などといった質問や疑問を浴びせられるであろう。しかし、旧稿の扱った「借家権の相続と同居者保護」は、むしろ準拋法がないから戦後の民法の最重要論点の一つであったし、借家法七条ノ二と借地借家法三六条も、その中心課題を回避したほど困難さが残っているのである。筆者の旧稿での意図も、川島武宜説のように問題を遺産分割協議における親族間の信賴關係に白紙委任することに満足せず、同居人の寄与分と同居権原を確認した上での解決を求めたのである。

本稿も旧稿の発想を展開したものであり、準拋法がなくても重要でないとは考えず、基本的に家族間の信賴關係に委ねるべき課題だと思われても、信賴關係が失なわれる事態で、必要最小限の利益が国家法上も守られる論理を追求しておかないと、法秩序のもとで不合理な不幸が生ずるのを見過ごすことになると考えたのである。根拠法がなくても民事紛争の解決を拒絶できないという訴訟法原理は、裁判外の解釈学上も重要な指針だと思う。

家族關係の事柄でも国家法の適用を受ける領域があるし、その場合でも詳細な部分については家族間の信賴關係に委ねていることも多い。そこでの国家法領域と補充的家族内法の接点や効力範囲の問題があると考えた。

家族内法は造語のヒントである「村内法」とどこが共通するかというと、共同体内の秩序維持のための規範であることと、自治的な強制手段を伴うことであろう。両者の間に相違点として、村内法が比較的に永續すればそれだけ慣習法として重視され、ときにはそれが封建的な秩序を支えていても、秩序の改編が事実上許されないものとして、無批判に尊重するしかないことが多いのに比べ、家族内法の方は、例えば「家風」などといった旧来

の秩序に新入家族を服従させるのでなく、「イエ」制度を解体し個人の尊厳を宣言した憲法精神に反しないように、家父長権力中心の家族慣習法は放逐し、未だ実現してない場合でも、あるべき民主的家族関係を目ざす規範でなければならないのである（子どもの権利条約一二条の「子どもの意見表明権」を尊重する方向等）。

憲法精神・強行法規や公序良俗に反する慣習は、法規範的効力を認められないのも当然だろうが、大政官布告一〇三号の三条に従い、慣習としての家族内法を探る場合も、そのことに留意すべきだということである。

家族内法の角度から家族法を見直すと、家族法が憲法に適合するよう旧法から広範に改編されたが、体系的には旧法の構成を引き継ぎ、「イエ」を家庭に置き替えただけの家族団体組織法的性格が残り、個人尊厳のための事柄を家族間の信頼関係に委ねているかのようである。このような家族法のもとで個人が不幸な目に合わされることがないかという点、ありうるのである。立法論的課題であるが、虚偽の出生届や無効な縁組による事実上の養子は、被相続人に対する寄与による対等以上の潜在的持分があり、親子として永年自他共に認められた末であっても（最高裁昭和五六年一〇月一日判決）、法定相続人以外の寄与分主張の機会を用意しない現行法下で、最下位の法定相続人に劣る特別縁故者にしかねないのである。このような事例では、事実上の養子自身に落度のない場合がほとんどだけに、信義を裏切る法定相続人へ対抗できるよう、フランス法のような身分占有の効力を認める立法でもいいから、措置して欲しいと考える。

以上のように国家法が家族に対して果たすべき後見機能についての空白部分もあるが、逆に、扶養義務を広範圏の親族間にまで強制するような、道義に委ねるべき愛情や孝行を国家法が強要したり、私的自治に委ねるべき事柄への国家の過剰な介入なども少なくない。従来立法上も国民の慣行としても定着している夫婦同姓の強制など以外にも、再検討されるべき課題がまだまだあると思う。