

# 内縁関係の解消と居住用不動産の利用(1)

後 藤 泰 一

1. 問題の所在
2. 判例・学説および私見
3. 新たな展開——民法（債権法）改正検討委員会試案（基本方針）を踏まえて

## 1. 問題の所在

(1) 一つの事例 つぎのような事例を考えてみよう。内縁の夫Yは、内縁の妻Xの所有する土地上に内縁の夫婦としての共同生活を営むために建物を建て、そこで同居していた。ところが、その後、YはXに対して度々暴行虐待を加えた。これに耐えかねたYは家を出て他所で生活を始めるに至った。他方、Yは、A女と事実上の婚姻をなし遂に婚姻届を出すに至った。そこで、Xは、Yに対し、所有権に基づいて建物の取去並びに土地の明渡しを求めた。Xの請求は認められるだろうか。

実は、この事例は、最高裁昭和35年11月10日判決（民集14巻13号2813頁）<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> 本研究に至るまでの経緯を述べておきたい。先般の民法（債権法）改正検討委員会試案（基本方針）の使用貸借に関する部分に接しているうち、最高裁昭和35年11月10日判決が気になり仕方がなかった。以前、私は、川井健先生の御指導のもとで（昭和60年から61年にかけて一橋大学にて内地研究）使用貸借の研究を行ったことがあるが、その折、川井先生が上記最高裁昭和35年11月10日判決について言及されたのを思い出したのである。このことを同僚である民法の宗村和広教授・池田秀敏教授に話したところ、上記最高裁判決を素材にして皆で考えてみようということになった。これが本研究のきっかけである。数回の研究会を通してそれぞれの立場から（後藤は財産法的視点から、宗村は家族法的視点から、池田は実務的視点から）意見を出し合い検討を重ねた（もっとも、何か統一的な見解を見出そうと企図したわけではない）。この度、各自の検討結果を本法学論集に掲載しようということになり、本号では後藤(1)と宗村(2)が、次号において池田(3)がそれぞれ執筆することとした。

の事案をベースとしたものであるが、そもそも家屋並びに土地明渡をめぐる訴訟になったのは、第一審の認定事実によれば、内縁関係にある妻に対する夫の暴行虐待があり、この暴行虐待に堪えかねて妻が単身家出をし、その後夫は他の女性と結婚し、結局、内縁関係の解消に至ったことにその原因がある。内縁関係が自然に解消したのではない（また、内縁の妻に有責行為があったわけでもない）という点が重要であり、ここにこそ本件事件を解決する重要な鍵があると思われる（しかしながら、控訴審の認定事実において夫の暴行虐待に関する内容がほとんど含まれていない——この部分を認定しなくとも解決できると考えたからであろうか）。

(2) **最高裁昭和35年11月10日判決** 多少長くなるが、最高裁昭和35年11月10日判決（民集14巻13号2813頁——家屋並びに土地明渡請求事件）及び一審判決・控訴審判決を掲げておこう。なお、内縁の妻が原告・被控訴人・被告人（本稿ではX）であり、内縁の夫が被告・控訴人・上诉人（本稿ではY）である。

【第一審】（福島地方裁判所会津若松支部）

「原告訴訟代理人は主文同旨の判決及び仮執行の宣言を求め、その請求の原因として別紙第一目録記載の建物及び第二目録記載の土地は原告の所有となるところ、被告は法律上何等正当の権限なくして右建物を占拠使用し、且つ右土地上に同目録記載の建物を建設してこれを占拠し原告の所有権を侵害しているからこれが排除を求めるため本訴請求に及ぶものであると陳述し、被告の答弁に対し、原告は被告の暴行虐待に堪えかね昭和23年秋及び昭和26年暮の2回に亘り家出したものである、第一目録記載の家屋の保管を原告は被告に委託したことはない、仮りに委託ありたりとするならば民法第662条、第663条の規定によりこれが返還を要求する、第二目録記載の建物は昭和24年秋原告が旅館営業を計画し建築したものであつて原告はここに於て旅館営業をなし被告を補助者として経営していたものなるところ被告は昭和27年2月中旅館営業の廃業届をなし更に同年3月中原告が経営していた浴場営業の廃業届をもなし、これらを自己名義に変更したる上右建物を被告名義に保存

登記をなしたものである、第二目録記載の土地については原告は被告の使用に同意したことはないから同地上の被告所有名義の建物の収去を求めるものである、仮りに同意ある場合には時期の定のないものであるから、それは被告との内縁関係の継続を条件とするものであるところ内縁関係は昭和26年暮に消滅したからここに右土地の明渡を求めるものであると陳述した。(立証省略)

被告訴訟代理人は原告の請求はこれを棄却する、訴訟費用は原告の負担とするとの判決を求め、答弁として原告主張の第一目録記載の建物及び第二目録記載の土地が原告の所有なることはこれを認めるも、被告は右物件を原告から使用貸借しているものである、被告は原告と昭和15年4月内縁関係を結び、第一目録記載の建物は原告の母東条ミツ名義で銭湯を経営していたが、経営の実際はミツの夫東条直次が掌っていたものなるところ同人が昭和16年死亡するや、原被告は右ミツと同居し、被告が銭湯の大小修理をなし昭和26年12月原告の出奔後昭和27年以降ミツの依頼を受け銭湯を経営し原告から一切の管理を委任されているものである。第二目録記載の建物は原告の同意を得て原告所有の土地上に被告が建築したものであり、右建物に於ては昭和25年1月より原告名義で旅館を営んでいるものであつて右建物には原被告及びその子、母ミツも同居していたものである、従つて原告の土地を不当に占有しているものではないと陳述した。(立証省略)」

第一審の福島地方裁判所会津若松支部は、Xの請求を認め、「被告は原告に対し別紙第一目録記載の建物及び第二目録記載の土地を同目録記載の地上建物を収去して明渡さなければならない」と判示した。Y控訴。

**【控訴審】控訴棄却(仙台高等裁判所)**

「別紙第一目録記載の建物一棟(以下本件建物という)及び同第二目録記載(イ)の宅地87坪が被控訴人の所有であること、控訴人が右第二目録記載の宅地二筆の上に同目録記載の建物三棟を所有しその敷地を占有していることはいずれも当事者間に争がない。

控訴人は当初右第二目録記載(ロ)の宅地76坪が被控訴人の所有なることを認

める旨自白していたが、後に右自白は事実に反し且つ錯誤に基づくから、これを撤回すると主張するに對し、被控訴人は右自白の撤回に異議を述べるので按ずるに、成立に争のない甲第三号証、原審並びに当審における被控訴人本人尋問の結果を総合すると右宅地はもと訴外岸万平の所有に係りしところ、被控訴人は昭和23年6月20日右訴外人から右宅地を同地上の建物とともに代金35,000円をもつて買いうけ同年9月14日所有権移転登記を経由したことを認め得べく、当審における証人若菜富士彦、控訴人本人の各供述中右認定に反する部分は前記証拠に照し措信し難く、乙第二五号証の一はその成立を認めるに足る証拠がない故採用しがたく、その他に右認定を覆えし控訴人の前記自白が事実に反し且つ錯誤に基づくものであることを認めるに足る証拠はないから、右自白の撤回はその効なきものといわねばならない。したがって前記宅地は被控訴人の所有であるとすほかはない。

そこで、控訴人が本件建物並びに第二目録記載の宅地（同目録記載の建物三棟の敷地、以下本件宅地という）を占有するにつき正当の権原を有するかどうかについて判断する。控訴人は被控訴人の父直次が昭和15年6月1日死亡後間もなく被控訴人から本件建物並びに本件宅地の使用貸借をうけたと主張するけれども、本件に現われた全資料によるも右主張事実を肯認するに足らないところ、却つて控訴人と被控訴人とが昭和14年以来内縁の夫婦関係にあつたことは当事者間に争がなく、……被控訴人と控訴人とは前記内縁関係成立当初は控訴人方において同居していたところ、昭和15年6月1日被控訴人の父直次が死亡し母ミツ一人だけとなつたので、間もなく本件建物に移りそこで同居するに至つたが、その際被控訴人が本件建物並びに本件宅地を控訴人に使用貸借したことは勿論、その後においても控訴人にその管理を委任したようなことはなく、（ただし別紙第二目録記載建物の敷地については、つぎに認定のとおりである。）被控訴人が昭和26年12月頃家出をするに至るまでの間被控訴人において自らこれを管理していたもので、その間控訴人は単に被控訴人の内縁の夫として本件建物において被控訴人と同居していたにすぎないことが認められ、右認定を覆えずに足る証拠はないから右主張は採

用できない。控訴人は第二目録記載(一)の建物の敷地については昭和21年に、同(二)の建物の敷地については昭和22年に、右建物建築の際いずれも被控訴人から地上権の設定をうけたと主張し、当審における控訴人本人尋問の結果によればその主張の頃右建物を建築した事実を認め得るけれども、その敷地につき地上権の設定をうけたことは、これを認めるに足る証拠はない。控訴人は更に地上権の設定をうけたものでないとするれば、別紙第二目録記載の建物建築の際使用貸借をうけたものであると主張するので判断する。成立に争のない乙第一一〇号証によれば、同目録記載の建物のうち(三)の建物も遅くとも昭和24年12月頃までに建築されたものであるところ、前示認定のとおり同目録記載の建物が控訴人の所有であること、控訴人と被控訴人が昭和15年6月頃から昭和26年12月頃まで内縁の夫婦として本件建物に同居していた事実によれば、被控訴人は控訴人が別紙第二目録記載の建物建築の際その敷地の使用を許したものだといわねばならない。次に控訴人は被控訴人が昭和26年12月家出をなすに当り訴外小泉竜雄を介し控訴人に対し本件建物並びに本件宅地を使用貸借したと主張し、被控訴人が昭和26年12月頃家出したことは当事者間に争がないけれども、右家出に当り被控訴人が控訴人に対し本件建物並びに本件宅地を使用貸借したことについては、この点に関する当審証人小泉マサ子、小泉竜雄の各証言並びに当審における控訴人本人尋問の結果は、いずれも後記の各証拠に照し措信し難く、他にこれを認めるに足る証拠はない。却つて、成立に争のない甲第四号証の記載、原審及び当審における被控訴人本人尋問の結果を総合すると、被控訴人において前記家出に当り本件建物並びに本件宅地を控訴人に使用貸借することを約した事実のないことが認められ、前記措信しない証拠のほかには右認定を動かすに足る証拠はない。したがって右主張は採用できない。

しかして、被控訴人は前示別紙第二目録記載の建物敷地の使用貸借は、控訴人との内縁関係の解消により終了した旨主張するので判断する。控訴人が昭和27年9月訴外ミネと事実上の結婚をしたことは当事者間に争がなく、成立に争のない乙第九号証の記載によれば、昭和28年2月25日その正式の婚姻

届出がなされたことが認め得られ、なお成立に争のない甲第四号証をも合せ考えると、被控訴人と控訴人との前記内縁の夫婦関係は遅くとも昭和28年2月24日をもつて解消したとなすべきである。成立に争のない乙第一〇号証、原審及び当審における控訴人、被控訴人の各本人尋問の結果を総合すると、別紙第二目録記載の建物は、前示控訴人と被控訴人の内縁の夫婦としての共同生活を営むため、その住居及び物置として建築されたもので、その費用の約七割は被控訴人が負担したものであることが認められるから、右建物の敷地の使用貸借は控訴人らの内縁の夫婦としての共同生活の存続を目的とし、これを前提とするものといわざるを得ない。それなら、右建物敷地の使用貸借は、控訴人と被控訴人との前示内縁関係の解消により、その目的を失い終了したものといわねばならない。」Y上告。

【上告審】

上告理由は、つぎの通りである。「原判決は経験則を無視し条理に反して事実を誤認した違法並に審理不尽の違法がある。原判決は第二目録記載の、建物敷地の使用貸借は、上告人と被上告人との内縁関係の解消によりその目的を失い終了したと判断し、前記内縁関係は遅くとも昭和28年2月24日（上告人が訴外ミネとの婚姻届を提出した前日）を以て解消したとなすべきであると判示している。なるほど右使用貸借は当初は内縁の夫婦の共同生活を目的としたものであつたかも知れないが、被上告人は昭和26年12月家出をするに当り、その母及び子女三名を置き去りにしその扶養を上告人に一委して去つたのである。かような事実を徴するときは単に内縁関係解消を以て前記使用貸借が終了したとすることは事実に反する。（その際訴外小泉竜雄を介して上告人主張のような契約を行つたか否かは暫く措くとしても、被上告人がその母及び子女を上告人の許に置き去りにした事実自体から本件建物敷地の使用貸借がなお、存続したと言うべきである）右事実によれば少くとも右のような事実の継続する間はお、前記使用貸借は終了していないと考えなければ条理に反する次第である。この点において原判決は経験則を無視し、条理に反し事実を認定した違法がある。さて右のように考えれば前記使用貸借

が終了したか否か又終了したとせば何時終了したかは自ら別個の観点から考えなければならぬことで、前述のように単に内縁関係の解消や、又はその後の内容証明の送達や、提訴によつて使用貸借が終了したと一概に断定することはできない。……原判決が上告人の敗訴を認めた理由は結局前記使用貸借が内縁関係の解消により終了したということに基因するものであるが、前叙の如く内縁関係の解消は直ちに使用貸借の終了を意味しないのであるから、そうだとすれば判決の結果は全く判断を異にすることとなる次第である。……この点において原判決は更に審理不尽の違法あるものである。以上の如く原判決は経験則を無視し条理に返して事実を認定した違法並に審理不尽の違法あるものであつて、破毀を免れないと思料する。」

### 【判旨】上告棄却

「原判示によれば、昭和14年以来内縁関係にあつた上告人被告二人は、同26年12月被告が家出するまで同棲を続け、その同棲継続中に判示第二目録記載の建物三棟が上告人によつて建築され、被告はその所有にかかるその敷地（いわゆる本件土地）の使用を認めていたというのであるから、このような土地の使用関係が民法上の使用貸借に該当するや否やの法律論は別論として、上告人の本件土地の占有権原は特段の事情のない限り右内縁関係の存続する間だけに限られ、これが解消とともに消滅に帰するものと解するを相当とする。然らば右内縁関係が判示のような事情で昭和28年2月24日を以て解消したとの判示の下では上告人の本件土地に対する占有権原はもはや消滅に帰し、爾來存在していないものと解すべきである。所論の点に関する原判決の判断は結局同趣旨に帰し、正当であり、その判断の過程に所論の違法あるを認められない。所論は右に反する独自の见解に由来するものであつて、採るを得ない。」（裁判長裁判官 下飯坂潤夫 裁判官 斎藤悠輔 裁判官 入江俊郎 裁判官 高木常七）

(3) 法的構成の問題 以上のように、控訴審判決は、この使用関係を使用貸借して捉えた上で、当該「建物は、YとXの内縁の夫婦としての共同生活を営むため、その住居及び物置として建築されたもので、その費用の約七割

はXが負担したものであることが認められるから、右建物の敷地の使用貸借はYらの内縁の夫婦としての共同生活の存続を目的とし、これを前提とするものといわざるを得ない。それなら、右建物敷地の使用貸借は、XとY人との前示内縁関係の解消により、その目的を失い終了したものといわねばならない」と判示した。しかし、最高裁は、「このような土地の使用関係が民法上の使用貸借に該当するや否やの法律論は別論として」とした上で、「Yの本件土地の占有権原は特段の事情のない限り右内縁関係の存続する間だけに限られ、これが解消とともに消滅に帰するものと解するを相当とする」と判示した。

Xの請求を肯定した最高裁判決の結論につき、おそらく異論はないものと思われる。問題は、これをどのように法的構成するかである。上記最高裁昭和35年11月10日判決は、内縁継続中の使用関係につき、内縁関係の解消とともに使用権限も消失するとしたが、解消まではどのような権原に基づき使用していたのか——その法的構成——についての判断を避けた。この点につき、「法的判断をことさら避け……その結果、あいまいに内縁解消による、占有権原の否定という結論を出すことになった。さらに新しい問題を提起したものといえる。問題の多い判決である」との批判もなされた<sup>2</sup>。ちなみに、参照条文として、民法597条（借用物の返還時期）、同752条（同居・協力・扶助の義務）、同760条（婚姻費用の分担）、同768条（財産分与）があげられているが、これらの条文が本判決の結論を導くためにどのように機能したのかは明らかにされていない。なお、この点に関連して、「夫婦は同居し、互いに協力し扶助しなければならないことは法の明定するところであるから

<sup>2</sup> 加藤永一・鈴木ハツヨ「内縁関係の解消と内縁の妻の土地に対する夫の占有権限」民商法雑誌44巻6号59頁。最高裁昭和35年11月10日判決につき、「原審はその当否は兎も角として使用貸借の法理に則って事案を解決しているのであるから、これを肯定するにせよ、否定するにせよ、法律審としての機能からいっても右使用権限の性質決定論が試みられて然るべきではなかったかと思われる」との批判もみられる（最高裁判所判例解説民事篇・昭和35（1960）年（鈴木）416頁、なお、法曹時報13巻2号190頁も同旨）。

(民法725条), かかる義務を相互に負担し合う身分関係に立つ配偶者としての地位には, 少なくとも相手方所有財産を生活の本拠として使用する関係においては, 相手方の使用許諾を条件とする無償の使用権限が内包されていると解すべきであり, 従って配偶者としての地位に内包される右の使用期限が夫婦共同生活維持のために配偶者の一方が相手方所有財産を使用する関係における占有権原であると考ええる。……ともあれ本判決は内縁の夫婦間における配偶者の一方の所有不動産に対する他方の占有権原につき, 特別な消滅事由(時期)を認めたものとして, この種の事案に一指針を与えるものとしての意義を認め得よう」とも評される<sup>3</sup>。

本研究を進める上で留意しておきたいのは——すでに触れたが——つぎの点である。すなわち, 上記最高裁昭和35年11月10日判決の事案は, 内縁関係にある夫Yが妻X暴行虐待を加え, かつ, Yが他の女性と婚姻届を出し内縁関係の解消を招いた——Yの有責行為がそもそもの発端になっている——という点である。そのような有責のYに無償使用をそのまま継続させておく理由はないという一般的な法感情(視点を変えればYに対する非難的感情)が社会的に存在することは疑いようがない。そうであるならば, そのことを表現しうるような法的構成を考えてみることも大事ではないかと思うのである。

(4) 親子・兄弟などの近親者の場合との比較 ところで, 冒頭の事例と似たような問題は, 親子・兄弟など近親者の間で行われる無償の使用(利用)関係においても生じうる。もちろん, 親子(養親子の場合は別として)・兄弟の関係が夫婦のように解消するということはないが, 借主たる子供が貸主たる親との信頼関係・情誼関係を自ら壊しもはや両者の関係が回復し難い程に悪化するという場合は大いにありうることである。そういう場合に, 貸主が借主に対してもう返してくれといたくなるのはごく普通の感情であって, これを殊更非難すべき理由はない。そういう点で, 親子・兄弟の場合も夫婦・内縁の夫婦の場合も——いわゆる近い身内(近親者)で行われる場合に

<sup>3</sup> 前掲・最高裁判所判例解説民事篇・昭和35年(鈴木)415頁。

において——共通する問題なのである。

そもそも、無償で使用させるという関係は、近親者のような特別に緊密な関係にある者の間でないと成立しないものである<sup>4</sup>。したがって、使用貸借の終了に関する問題も、以下の3つの場合において、その「恒常的」な人間関係の流出物<sup>5</sup>を意識しなければ妥当な判断を得ることは難しい。第1の場合は、貸主と借主との間の恒常的な信頼関係とか情誼関係が消滅した場合（親子関係・兄弟関係の破綻がその典型となるし、夫婦や内縁の夫婦の場合には両者の関係の破綻のほか自然消滅もありうる）、基本的には、無償契約も解消すべきものとして扱う必要があるということである。第2の場合は、第1の場合にも関連するが、両者間の信頼や情誼が破綻・消滅したとしても、借主の使用継続の必要性を認める場合があるということである。例えば、貸主の有責行為によって信頼ないし情誼が消滅してしまった場合、両者の信頼関係・情誼関係が消滅したから使用関係も終了するといったのでは甚だ妥当性を欠くであろう。そして、第3の場合は、法的には無償契約として取り扱われるにしても、使用貸借の多くは、その無償性を誘導するところの背後にある要素（好意・感謝等々の存在）を度外視することはできず、「使用貸借のようにみえるものも、法的操作の可能なものが貸与を対面的に条件づけていると認められる場合には、無償契約たる使用貸借として扱われえない」<sup>6</sup>ということである。本研究は、もっぱら上記第1の場合に関連する問題となるが、無償契約において——借主の保護も必要とされる場合もあろうが——過度に借主の保護に傾いてしまい、結果的に貸主が無償で使用させることを強いられる（そういう犠牲を強いられる）ことになってはならない。無償使用を認めるに至った事情にもよるが、基本的には、貸主の利益が借主のそれよ

<sup>4</sup> 我妻栄『債権各論中巻1（民法講義Ⅴ2）』（1972（昭和47）年・岩波書店）375頁参照。

<sup>5</sup> 広中俊雄『債権各論講義（第6版）』（1994年・有斐閣）120頁～121頁を参照。なお、同じ無償契約である贈与に関する説明の個所も参照されたい（広中・前掲『債権各論講義（第6版）』23頁～28頁）。

<sup>6</sup> 広中・前掲『債権各論講義（第6版）』120頁。

り優先されるべきである<sup>7</sup>。

上述したような親子間や兄弟間など近親者間で行われる無償使用（利用）関係に関する事案につき、借主の背信行為によって貸主との信頼関係ないし情誼関係が破壊された場合、従来、裁判所は民法597条2項類推適用によって解決を図っているが（詳しくは後述する）、冒頭のような内縁夫婦の事例についても（もちろん法律上の夫婦の場合も）、使用貸借と構成した上で民法597条2項の類推適用による解決が図られるのではないかと考えている（同条2項の類推適用によって貸主の返還請求を認めるが、その前提として使用貸借契約の存在を要することはいうまでもない）。

本稿においては、私は、上記事例のような問題につき、これを使用貸借として構成する立場から考察を加えようとするものである。

## 2. 判例・学説および私見

### (1) 判例——最高裁の態度

それでは、最高裁は、内縁の夫婦の間で行われる不動産の無償使用関係についてどのように考えているのだろうか。この点を示すと思われる判例をいくつか見てみよう。

(ア) 最高裁昭和35年11月10日判決は、上述したように、《内縁の夫婦間》における「このような土地の使用関係が民法上の使用貸借に該当するや否やの法律論は別論として、Yの本件土地の占有権原は特段の事情のない限り右内縁関係の存続する間だけに限られ、これが解消とともに消滅に帰するものと解する」というものであった。

(イ) 最高裁昭和47年7月18日判決（判時678号37頁）は、《夫婦間》での争いであるが、夫Aがその所有の土地を無償で使用するを同居し、協力して営業を営む妻Bに許諾し、妻がその地上に建築した建物を夫婦が使用している場合の土地利用権につき（原審は地上権の設定を認めたが）、最高裁は、

---

<sup>7</sup> なお、拙稿「使用貸借の解約——使用貸主の『必要性』に関する基礎的考察」信州大学教養部紀要人文科学第23号（1989年）13頁参照。

「夫婦その他の親族の間において無償で不動産の使用を許す関係は、主として情義に基づくもので、明確な権利の設定もしくは契約関係の創設として意識されないか、またはせいぜい使用貸借契約を締結する意思によるものによらず、無償の地上権のような強力な権利を設定する趣旨でないのが通常であるから、夫婦間で土地の無償使用を許す関係を地上権の設定と認めるためには、当事者がなんらかの理由でとくに強固な権利を設定することを意図したと認めるべき特段の事情が存在することを必要とするものと解すべきである」と述べた上で、「しかるところ、本件において、原判決の掲げる前示の事情のみをもつては、AがBに本件土地を無償で使用することを許諾した事実は肯認することができても、これをもつて使用貸借契約にとどまらず地上権を設定したものと解するに足りる理由を見出すことはできないものというほかはない」と判示した。

この判決は、夫婦やその他の親族間において無償で不動産の使用を許す関係につき、「主として情義に基づくもので、明確な権利の設定もしくは契約関係の創設として意識されないか、またはせいぜい使用貸借契約を締結する意思によるものによらず、無償の地上権のような強力な権利を設定する趣旨でないのが通常である」と述べているが、このことからすると、使用貸借契約を締結する意思をまったく否定しているわけではないのであろう。事情によっては、黙示的に使用貸借が合意されたと判断しうる余地が残されている——ただ、それほど積極的な態度ではなさそうである。

(ウ) 最高裁平成10年2月26日判決（民集52巻1号255頁）は、『内縁の夫婦間』の争いである。YとAとは、昭和34年頃から内縁関係にあつて、楽器指導盤の製造販売業を共同で営み、本件不動産（土地）を居住及び右事業のために共同で占有使用していたところ、Aは昭和57年に死亡し、本件不動産に関する同人の権利は、同人の子であるXが相続により取得したが、Yは、Aの死亡後、本件不動産を居住及び右事業のために単独で占有使用している。別訴において、YとXとの間で本件不動産の所有権の帰属をめぐる訴訟が係属し、Xは本件不動産がAの単独所有であったと主張し、YはAとの共有で

あったと主張して争っていたところ、この訴訟において、本件不動産はYとAとの共有財産であったことが認定され、Aがその二分の一の持分を有することを確認する旨の判決が確定した。その後、XがYに対し、Yが本件不動産を単独で使用するによりその賃料相当額の二分の一を法律上の原因なく利得しているとして、不当利得返還を求めた。原審は、Yの持分を超える使用による利益につき不当利得の成立を認めて、Xの請求を一部認容したが、最高裁はこれを破棄差戻して、以下のように判示した。「原審の右判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。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に共有物を単独で使用する権原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权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。

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、特段の事情のない限り、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。」

この判決は、「夫婦の共同生活の実態を踏まえながら、実質的には夫婦間

での無償合意を独自の利用関係として評価したという点では高く評価されてよい」ともいわれる<sup>8</sup>。ただ、共有（共同所有）の不動産を居住および共同事業として使用してきた（持分による制約はあるが所有権を有している）という点において、単なる無償使用を許された関係とは少々異なる。この点、内田貴教授は、「共有不動産（死亡した内縁の配偶者の相続人との共有となる）の使用についての合意の推認であるから、使用貸借の問題ではないが」、最高裁平成8年12月17日判決の「考え方を応用したものといえる」<sup>9</sup>とされる。

ちなみに、最高裁平成8年12月17日判決（民集50巻10号2778頁）というのは、《近親者間》における不動産の無償使用に関する事案であるが、「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」としたものである。この判決についての見方は賛否両論あるようだが、「これまでの下級審判決は、……親子間の無償利用関係を独自の利用契約に高めようと工夫してきた経緯があり、最高裁も基本的にはこの方向に一步踏み出したものと評価できよう」<sup>10</sup>との見方もあ

<sup>8</sup> 岡本詔治『不動産無償利用権の理論と裁判』（2001年・信山社）403頁。

<sup>9</sup> 内田貴『民法Ⅱ〔第3版〕債権各論』（2011年・東京大学出版会）173頁。

<sup>10</sup> 岡本・前掲『不動産無償利用権の理論と裁判』393頁。

る。私は、民法上の使用貸借が家族法的観点から解釈上修正が加えられている形態と捉えている。

先の最高裁昭和35年11月10日判決や上記最高裁平成10年2月26日判決をみると、判例は夫婦や内縁の夫婦の住居に係わる「非所有配偶者の使用関係については、使用貸借として構成することに消極的な傾向がみられる」<sup>11</sup>との指摘があるが、たしかにそういう傾向があることは否定しえない（なお、岡本教授は、かかる使用関係を「所有権と対置させるべき独自の利用権と捉え、夫婦間の『合意』を基調にしてこれに当事者の特殊な身分関係を投影した結果、『生涯無償利用権』という概念・理論に行きついた。つまり、無償利用権の一環として位置付けた。無償利用関係は決して一義的なものではなく、多様な形態に分かれる」<sup>12</sup>とされ、「これに対して、学説では、これを独自の利用権として捉える立場はまだまだ少数説であり、判例の主流も、夫婦という身分関係に付従した使用関係に過ぎないと考えている」<sup>13</sup>とされる——この点については後述する）。

なお、最近、大阪高裁平成22年10月21日判決<sup>14</sup>は、内縁の夫婦が同居していた内縁の夫所有の建物について、内縁の妻が死亡するまで同人に使用させる旨の使用貸借契約が黙示的に成立していたとして内縁の夫を相続した子から内縁の妻に対する当該建物の明渡請求を棄却したが、これは、同種の事案に関する一つの方向を示しており、今後も注視していく必要があろう。

(エ) ところで、最高裁昭和42年11月24日判決（民集21巻9号2460頁）は、《親子間》における争いであるが、貸主を老父母、借主を長男とし、長男が建物を所有して会社の経営をしあわせて会社経営による利益によって老父母を扶養することを使用目的とする返還時期の定めのない土地の使用貸借にお

<sup>11</sup> 岡本・前掲『不動産無償利用権の理論と裁判』157頁及び334頁～336頁。

<sup>12</sup> 岡本・前掲『不動産無償利用権の理論と裁判』359頁～360頁。

<sup>13</sup> 岡本・前掲『不動産無償利用権の理論と裁判』360頁。

<sup>14</sup> 判例時報2108号72頁参照。なお、解説として、金亮完「死亡した内縁の夫所有の建物につき内縁の妻に使用貸借が認められた事例」新・判例解説 Watch・2012年10月（法学セミナー増刊速報判例解説 vol.11）105頁以下を参照。

いて、借主がさしたる理由もないのに老父母に対する扶養をやめ、兄弟とも往来を絶ち、使用貸借の当事者間における信頼関係が破壊されるに至った事案につき、「貸主は借主……に本件土地を無償使用させておく理由がなくなってしまった等の事実関係のもとにおいては、民法597条2項但書の規定を類推」して、使用貸借を解約することができるとした。その後、下級審判決はこの最高裁昭和42年11月24日判決の趣旨を踏襲しつつ、借主側の有責行為によって信頼関係を破壊するような事情があった場合には貸主は、民法597条2項ただし書の類推適用によって解約することができるという考え方を確立してきた<sup>15</sup>。例えば、民法597条2項ただし書の類推適用を肯定した裁判例として、東京高裁昭和46年10月26日判決（判時652号40頁——貸主：父親，借主：子），東京高裁昭和61年3月27日判決（判タ624号182頁——貸主：養女の親，借主：養女の夫），東京高裁平成3年1月22日判決（判タ766号196頁——貸主：親，借主：二女夫婦），東京地裁平成3年5月9日判決（判タ1047号87頁——貸主：親，借主：長女の夫）などがある。逆に、否定例としては、東京高裁昭和56年7月16日判決（判タ453号90頁——貸主と借主とは親族関係にはない）がある（ちなみに、民法597条2項本文の適用が問題になった裁判例として、東京高裁昭和51年4月21日判決（判時815号53頁——肯定），民法594条の適用が問題となった裁判例として、東京高裁昭和39年3月12日判決（下民集15巻3号518頁——肯定）および東京地裁昭和48年2月27日判決（判時715号75頁——否定）などがある）。このように親子間における住居の無償使用関係につき、裁判所は、基本的にはこれを使用貸借として捉え、その上で借主による信頼関係の破壊があった場合には、貸主による使用貸借の解約につき、民法597条2項ただし書の類推適用によって認めるという態度を維持している。

## (2) 学説の考え方——財産法的構成を中心に

<sup>15</sup> 裁判例の状況については、拙稿「民法597条2項但書の類推適用による使用貸借の解約と金銭（立退料）の提供——大阪高裁平成2年9月25日判決を中心に——」信州大学教養部紀要社会科学第27号（1993年）190頁以下を参照。

(ア) 内縁を準婚関係と解するにしても、具体的にどういう点が法律上の婚姻に準じて扱われ、また、扱われないかが問題となる。これについては、判例や学説において、一般に以下のように考えられている。

内縁の夫婦は、法律上の夫婦と同様に、同居・協力・扶助の義務があり（752条の類推適用）、例えば、内縁の夫は内縁の妻の医療費を分担し（最判昭和33年4月11日民集12巻5号789頁）、また、内縁の夫婦が家業である呉服商・古着商に従事して購入した夫名義の不動産は、夫婦の共有財産となる（大阪高判昭和57年11月30日家裁月報36巻1号139頁）。貞操の義務も法律上の夫婦と同じである（大判大正8年5月12日民録25輯760頁）。学説の多くもこのような扱いを支持している<sup>16</sup>。ただ、「内縁は法律上の婚姻ではないから、一方的解消であっても、解消そのものに抵抗することはできず（この点、法律上の婚姻であれば、離婚原因がなければ、一方的に解消することはできない）、ただ正当な理由のない不当な破棄（その判断基準は離婚原因に相当するような事由にもとづくものであるか否かを参考にすればよい）に対して損害賠償を請求できるととどまる（前掲最判昭和33年4月11日）。財産分与の請求も認められる（大阪家審昭和58年3月23日家裁月報36巻6号51頁）」といった点に留意しなければならない<sup>17</sup>。

(イ) それでは、内縁関係にある一方配偶者所有の「家屋（住居）」を他方配偶者が使用する場合、それはどういう権限によるのだろうか（この問題は法律上の夫婦の場合も同じように存在する）。

この点につき、吉田克己教授は、つぎのように説明される。すなわち、「配偶者の一方が所有する家屋に他の配偶者が同居する場合の利用関係は、別段の意思表示がない限り、使用貸借という一つの契約に基づくものとはみられない。『配偶者は同居の義務を有すると共に相互扶助の原則上同居の権

<sup>16</sup> 例えば、我妻栄『親族法』（1961年・有斐閣）201頁、泉久雄『家族法読本』（2005年・有斐閣）89頁、川井健『民法概論5 親族・相続』（2007年・有斐閣）52頁などを参照。

<sup>17</sup> 泉・前掲『家族法読本』（2005年・有斐閣）90頁。

利をも有する筋合いだからであり（東京地判昭和28年4月30日下民集4巻4号641頁），それゆえ，配偶者は，同居すべき家屋を使用する権限を有するけれども，特別の事情のない限り，その権限は，婚姻解消によって当然消滅する。したがって，内縁の夫所有の家屋に同居していた内縁の妻は，夫の死亡後，当該家屋について何の利用権限も認められないことになる。内縁の夫の相続人からの家屋明渡請求に対して内縁の妻の居住利益を保護するには，場合による権利濫用法理の適用しかない（最判昭和39年10月13日民集18巻8号1578頁は，権利濫用法理の適用例）。<sup>18</sup>と（また，夫婦間におけるこのような使用関係を使用貸借と考えることはあまりに擬制にすぎるという見方もある<sup>19</sup>）。

このことは，配偶者死亡の場合のみならず内縁解消の場合にも妥当し，配偶者は同居すべき家屋を使用する権限を有し，特別の事情のない限り，その権限は婚姻解消によって当然消滅すると考えられる——多くはそれで解決するものと思われる。ただ，問題は，特別の事情がある場合である。例えば，内縁は解消したけれども，非所有配偶者に家屋の使用継続を認める必要がある場合（貸主たる所有配偶者の有責によって内縁が解消した場合もそうである），内縁が解消したのだから使用の権限も消滅すると考えたのでは妥当性を欠く。そういう場合には，上記のように，権利濫用法理によって解決を図るのか，それとも，当該家屋の利用権限を使用貸借と捉えた上で，終了に関して家族法的視点から修正を加えることによって解決を図るのか（ほかにも，先に触れたが，夫婦や内縁における当事者の特殊性を考慮した上で，独自の無償利用権（生涯無償利用権）を認め，存続や終了に関しては特別な扱いをすることによって解決を図る方法も考えられる<sup>20</sup>——後述する）といっ

<sup>18</sup> 吉田克己「使用貸借」『民法コンメンタール(13)契約3（消費貸借・使用貸借・賃貸借）』川井健・西原道雄・吉野衛・山田卓生・淡路剛久編集（1991年・ぎょうせい）636頁参照。

<sup>19</sup> 最高裁判例解説・法曹時報13巻2号190頁以下，なお，加藤・鈴木・前掲「内縁関係の解消と内縁の妻の土地に対する夫の占有権限」民商法雑誌44号6号995頁参照。

<sup>20</sup> 岡本・前掲『不動産無償利用権の理論と裁判』313頁。

た問題が残ることになる。

内縁の夫婦における「土地」の利用関係についていえば、前述の最高裁判昭和35年11月10日判決が一つの判断を示したわけであるが、ただ、上記判決は、その使用関係が具体的にどのような内容・性質を有するのかについては留保したのであった——昨今の内縁関係の増加傾向を踏まえて、冒頭事例のような不動産使用関係の法的構成につき改めて検討しておくことはやはり必要であろう。

(ウ)「夫婦」が婚姻住居として不動産を使用する関係（夫婦間の無償利用関係）につき、一方配偶者の所有家屋を他方がいかなる権限に基づいて利用するのかという問題につき、大きく①財産法的構成、②家族法的構成（婚姻効力説や夫婦財産制説がある）<sup>21</sup>のほかに、先に触れたが岡本昭治教授の提唱される「無償利用権（生涯無償利用権）」といった考え方に分かれる<sup>22</sup>。本稿において、私（後藤）は、財産法的構成（使用貸借として考える）の立場から考察を加え、それとの関連から「無償利用権（生涯無償利用権）」について言及することにする（家族法的構成に関しては、本論集における宗村和広教授の考察に譲る）。

(a) 財産法的構成は、使用貸借として構成し解決する立場である。例えば、玉田弘毅先生は、被相続人の内縁の妻の居住権に関し、内縁の妻は内縁の夫の所有家屋に内縁の夫死亡後も引き続き居住することができるかという問題を取り上げられ<sup>23</sup>、概要、つぎのように言及される。妻が夫の所有する不動

<sup>21</sup> 夫婦間の問題として、婚姻効力説（使用貸借否定説——使用貸借を否定し婚姻の効力の面から解決する考え方）があるが、婚姻の効力として居住できる権限が派生するのであれば、内縁関係の場合もこれと同様に内縁関係の効力として居住できるということになる。例えば、鈴木禄弥先生は、婚姻関係・親子関係等の家族法の原理によって律すべきと主張されるが（鈴木禄弥『借地法（上）』（1980年・青林書院新社）148頁及び154頁の注4参照）、内縁の場合にも同様に考えてよいということになるのであろう。

<sup>22</sup> 岡本・前掲『不動産無償利用権の理論と裁判』302頁以下において提示された分類を参考にした。

<sup>23</sup> 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」法律論叢38巻4号（1964年）29頁以下を参照。

産を使用する関係というのは、夫婦間における財産利用の一つの場合にすぎず、同居協力扶助義務に関する権利関係の一場合としての特殊な使用関係というだけでは不十分である。婚姻住居の使用関係は夫が婚姻費用の分担としてその所有家屋を共同の住居に提供した結果にほかならないのであって、この場合に親しむ物の利用に関する規定としては使用貸借しかない。ただ、その家屋は、夫婦の共同生活の本拠としての家屋ということからして、民法の使用貸借の規定は夫婦財産法的修正を加える必要がある——例えば、維持管理費（595条）の規定は適用されないが、返還時期（579条）に関する規定は適用され、離婚の場合は、特段の事情がない限り579条によって当然に使用貸借は解消するが、死亡の場合には遺産分割まで存続し、分割の結果、妻にその家屋が割り当てられなかった場合には妻の死亡のときまで存続すると考えることもできると説明される<sup>24</sup>。

四宮和夫先生も内縁の寡婦の亡夫所有家屋への住居に関し、亡夫の相続人が居住を継続する内縁の寡婦に対して明渡請求したのを権利濫用とした最高裁昭和39年10月13日判決（民集18巻8号1587頁）の判例評釈において、内縁の妻の居住の権原を使用貸借と考えることにつき、「無難な構成である」<sup>25</sup>とされた上で、問題は、この（使用貸借という）構成は、無償という点では内縁の寡婦の保護となるが、終了に関して薄弱な構成であること（597条参照）に存するといわれ、しかし、この弱点は、夫の死亡した場合に関する限り、内縁の妻の死亡までの使用貸借（夫生存中は「使用貸借」は家族法的修正を受ける）がすでに黙示的に合意されており、その合意が相続人に承継されたとする見解（玉田説）によって補強されるであろうが、「ただ、この見解によっても、離婚の場合に関してはそのときに使用貸借は終了することになる。……しかし、その場合には、離婚した妻と夫との双方の事情を比較較量しつ

<sup>24</sup> 玉田・前掲「被相続人の内縁の妻の居住権——相続人の承継家屋をめぐる」法律論叢38巻4号（1964年）の主に70頁～72頁を参照。

<sup>25</sup> 四宮和夫「内縁の寡婦の亡夫所有家屋への居住——亡夫の相続人が居住を継続する内縁の寡婦に対して明渡請求したのを権利濫用とした事例」法学協会雑誌91巻7号（1974年）1153頁。

つ夫のがわに明渡を求める正当な事由があるか否かを判断することによって事を解決すべきではあるまいか。市民法的構成である使用貸借説の限界がここにある」と述べられる<sup>26</sup>（なお、離婚や内縁解消による使用貸借の終了の問題につき、後述するが、私は、使用収益の目的が終了したかどうかの解釈上の問題として——使用貸借の規定によって——解決できると考えている）。

なお、加藤永一先生（及び鈴木ハツヨ先生）は、「夫婦関係解消後の広義の財産の清算という見地から、財産分与（民法768条）の問題として解決するのがよい」<sup>27</sup>とされ、「夫婦の共同使用関係が離婚後に問題となった場合、少なくとも当事者の一方が財産分与の主張をした場合には、財産分与の問題として解決し、財産分与請求期間経過後は、使用貸借の問題として処理すべきであろう」<sup>28</sup>と主張される。加藤先生のこの見解は、夫婦（内縁の夫婦も同じように考えられるということであろう）の共同使用関係を使用貸借と捉え、その上で夫婦関係解消に際して財産分与によって解決を図るという点で特色がある（この点については後述する）。

(b) 無償利用権（生涯無償利用権）という構成を提案される岡本詔治教授は、その詳細な研究を通して以下のように述べられる。すなわち、「近代民法にいう『使用貸借』とは、友人・知人・隣人などで行われるところの、好意等に起因する一時的・暫定的な無償利用であって（『好意契約』といわれる）、ことにその存続が一時的な『使用目的』によって限定される点に本質的特徴がある。だから、親族間でなされる継続的な無償利用は、元来予定されていなかった。沿革的には、この種の無償利用は『プレカリウム』と呼ばれ、使用貸借とは区別されていたのである」といわれ<sup>29</sup>、そして、上記最

<sup>26</sup> 四宮・前掲「内縁の寡婦の亡夫所有家屋への居住——亡夫の相続人が居住を継続する内縁の寡婦に対して明渡請求したのを権利濫用とした事例」法学協会雑誌91巻7号1153頁。

<sup>27</sup> 加藤・鈴木・前掲「内縁関係の解消と内縁の妻の土地に対する夫の占有権限」民商法雑誌44号6号993頁。

<sup>28</sup> 加藤・鈴木・前掲「内縁関係の解消と内縁の妻の土地に対する夫の占有権限」民商法雑誌44号6号996頁。

高裁昭和35年11月10日判決は、「少なくとも独自の使用関係であると解していたと判断して大過ないのではなかろうか。そのように態度を保留したのは、民法典にいう使用関係とは異なるが、さりとて地上権というわけでもないの  
で、とりあえずこの問題は不問に付し、当面の解決に必要な範囲で、右のような説示をしたように思われる。本件では内縁関係が破綻しているだけでなく、非所有配偶者が他の女性と再婚までしているので、内縁の解消とともに使用借権も消失するとの結論を出すことに、何ら支障はなかったのである」といわれる<sup>30</sup>。そして、無償利用権の成立につき、婚姻という身分関係を前提とし、効力・内容は、所有配偶者と同質の「所有権的利用権」であるが、譲渡性や相続性はなく、非所有配偶者の責めに帰すべき事由により婚姻が破綻したときは、無償契約における原因が崩れるので、婚姻中でも無償利用権・占有権限が消滅すべきであり、そのような事情がない限り、婚姻の解消によって無償利用権は解消せず（財産分与手続きまでは存続し、分与請求の期間を徒過したときなどには、「独自の利用権の解約問題として居住継続の必要性等の諸事情を勘案して判断すべきであろう」と述べられる<sup>31</sup>。

このように、岡本教授は、夫婦間（内縁の夫婦間）の無償の利用につき、民法上の使用貸借とは異質なものであるとしての独自の（生涯）無償利用権を主張されるが、一つの識見として傾聴に値する。

ただ、以上のことにつき、私は、夫婦間の無償利用を民法上の使用貸借と捉え——終了とか解約が問題となる場合には——これに特別な事由による（夫婦・内縁の夫婦といった観点——家族法的観点から）解釈上の修正が加わるとする考え方によって達成できないわけではなく、あえて無償利用権という独自の構成をとらなくとも妥当な解決を導くことは可能だろうと考えている。本来、無償の利用関係は、まったくのあかの他人同士で行われること

<sup>29</sup> 岡本・前掲『不動産無償利用権の理論と裁判』312頁。さらに、岡本詔治『無償利用契約の研究』（1989年・法律文化社）6頁・20頁も参照。

<sup>30</sup> 岡本・前掲『不動産無償利用権の理論と裁判』335頁。

<sup>31</sup> 岡本・前掲『不動産無償利用権の理論と裁判』313頁～314頁。

はない。親子間・兄弟間・おじおばと甥姪との間など身近な関係にある者の間や夫婦や内縁の夫婦の間においてごく普通に行われる。両者の関係が円満である限り何の問題も生じないが、これらの者の間の信頼とか情誼が消滅したときに使用関係の消長をめぐって問題が生ずる。とりわけ、無償利用している側（使用貸借における使用借主）の有責行為によって両者の関係が破綻してしまった場合に、その使用関係を法的にどのように扱うかが問題となる。そして、それとの関連において、それまでの無償の利用関係をどのように捉えるのが合理的かということが問題となるにすぎないのである。

(ㄱ) とところで、判例理論（内縁が解消すれば内縁の夫婦間に存した建物あるいは土地の使用関係は当然に消滅するという判決の理論）を、一般的に援用したときに「不当な結果を生ずるおそれがあるのではあるまいか」<sup>32</sup>との指摘があるが、これは大事な点である

加藤永一先生は、前述したように「これを夫婦関係解消後の広義の財産の清算という見地から、財産分与（民法768条）の問題として解決するのがよいのではないと思われる」<sup>33</sup>といわれ、具体的には、建物所有者・敷地利用者たる元夫と土地所有者たる元妻の間に、「当該建物敷地について新たに賃貸借契約を締結させるという方法や、期間を定め、または一定の解約条項を附した使用貸借をみとめるという方法が適当な場合もあろうが、通常は、どちらか一方に土地も建物もともに帰属させ、あとくされがないようにし、他方はこれに見あう金銭的代償を与えるという方法が妥当な場合も多いであろう」<sup>34</sup>ともいわれる。

(ㄴ) 離婚の場合における使用関係の処理を財産分与の問題として捉える加藤先生の考えをもう少し聞いてみよう。

<sup>32</sup> 加藤・鈴木・前掲「内縁関係の解消と内縁の妻の土地に対する夫の占有権限」民商法雑誌44号6号993頁参照。

<sup>33</sup> 加藤・鈴木・前掲「内縁関係の解消と内縁の妻の土地に対する夫の占有権限」民商法雑誌44号6号993頁。

<sup>34</sup> 加藤・鈴木・前掲「内縁関係の解消と内縁の妻の土地に対する夫の占有権限」民商法雑誌44号6号993頁。

(a) 「財産分与について決定があった場合には、どのように構成するにしろ、問題はない。以後は財産分与によって定まった使用関係が存続するだけである。違いは民法768条2項の財産分与の請求期間が徒過した場合に始めて現われる。使用貸借と構成すれば、民法768条2項の期間内は勿論、その後であっても、使用貸借の解約がないかぎり、使用は適法な占有をして収益をなしうる。一方、使用貸借と構成せず当事者間に事実上の使用関係があるにすぎぬと理解すれば（判例の立場）、使用者は離婚のときから無権限の占有をしていることになり、2年（財産分与請求期間）経過後は、権利者はいつでも占有の回復を求めることができ、あわせて悪意占有者として使用物の賃料相当額の不当利得ないし損害賠償（民法190条・191条）を請求することができることになる。以上のことを念頭において考えた場合、使用貸借と構成する方がより妥当な結果が得られるであろう。というのは、もし所有者がこのような結果を避けたいと思うならば、2年以内に財産分与の問題として請求すべきであり、これを怠った限りで、所有者は、不利益を甘受すべきだからである。」<sup>35</sup> 「夫婦間では初めから使用貸借関係が成立するが、かかる使用貸借は、婚姻継続中は、婚姻共同生活という外皮——問題となった場合に、これを協力扶助義務の問題として解決すべきか、婚姻費用分担の問題と解すべきかは、なお留保するとして——によって包摂され、表面にはでてこない。しかし、離婚によって、外皮たる婚姻共同生活関係はなくなるわけであるから、離婚後は基礎をなしていた使用貸借が表面化する。ただ、離婚後にも、当事者は使用貸借関係を独立にとりあげて、これを解約するということは原則として許されず、かかる事後関係の処理は、……財産分与の問題として一切の事情を考慮して決定せられる。このように解するならば、……2年間の期間が経過した後はじめて使用貸借関係は独自の存在として意味をもつに至り、それは、まさに使用貸借の法理によって、それが存続するか否かが決せられることになるであろう。」<sup>36</sup> 「以上、要するに、夫婦の共同使用関係が離

<sup>35</sup> 加藤・鈴木・前掲「内縁関係の解消と内縁の妻の土地に対する夫の占有権限」民商法雑誌44号6号995頁～996頁。

婚後に問題となった場合、少なくとも当事者の一方が財産分与の主張をした場合には、財産分与の問題として解決し、財産分与請求期間経過後は、使用貸借の問題として処理すべきであろう。<sup>37</sup>ちなみに、内縁解消の場合にも財産分与の請求が認められるとされている<sup>38</sup>。なお、川井健先生は、最高裁昭和35年11月10日判決につき、「この判例を是認しつつ、768条の離婚における財産分与の一環として土地使用の問題を解決するほかないであろう」とされるが<sup>39</sup>、その土地使用の法的性質については言及されていない。

(b) 上記の加藤永一先生の説明は、使用貸借と構成しつつも内縁関係解消後に財産分与による解決を図る（財産分与請求期間を経過するまで）というものであり、その点で解消後における両者の利用調整機能を有する巧妙な構成と思われるが、ただ、「離婚後にも、当事者は使用貸借関係を独立にとりあげて、これを解約するということは原則として許されず、かかる事後関係の処理は、……財産分与の問題として一切の事情を考慮して決定せられる」（前述）とされる点につきいささか疑問がある。やはり、無償という利用関係の基礎にある親族間の信頼とか情誼が失われたときには、基本的に法的関係（使用貸借）も終了すると考えるのが素直であり妥当であろう——ただし、借主たる配偶者に依然使用継続の必要性があるとか、貸主たる内縁の配偶者の有責行為に解消したというような場合には特別な手当てをする必要があると考える。財産分与請求期間（2年間）とはいえども、「解約するということは原則として許されず」ということには多少抵抗感があるのである（解消後における財産分与の一環として、新たな使用貸借契約に合意するというならまた別の展開になる）。

(c) ところで、無償の不動産利用関係を基礎づける特別な人間関係が悪化・

<sup>36</sup> 加藤・鈴木・前掲「内縁関係の解消と内縁の妻の土地に対する夫の占有権限」民商法雑誌44号6号996頁。

<sup>37</sup> 加藤・鈴木・前掲「内縁関係の解消と内縁の妻の土地に対する夫の占有権限」民商法雑誌44号6号996頁。

<sup>38</sup> 大阪家審昭和58年3月23日家裁月報36巻6号51頁，泉・前掲『家族法読本』91頁参照。

<sup>39</sup> 川井健『民法概論4債権各論補訂版』（2010年・有斐閣）210頁。

破綻した場合における法的処理に関して、かつて、つぎのような主張がなされたことがある。すなわち、不動産のような重要な財産の無償利用関係は、本来一的なものであるから、いずれは「市民法的な貸借関係に移行すべき」<sup>40</sup>であり、貸主・借主の関係が悪化したような場合には、「使用貸借は賃貸借に変わる」<sup>41</sup>といった趣旨の主張である。この見解は——貸主がそれを望むならば——事後処理の方法としては興味深いものがあるが、ただ、一般的に考えて、近い身内の関係が修復し得ないほど悪化したにもかかわらず、有償（賃貸借）なら使用させてもよいということにはならないと思われる。加えて、使用貸借が賃貸借に変わるとなると、今度は借地借家法の適用対象となり、その結果、借主の地位が突然強化・保護されることになる。これは貸主として予想していない事柄であり、当事者の人間関係を複雑かつ不穏なものにしてしまうおそれがある（それこそ恩が仇になってしまう）。このように考えると、一概に「使用貸借は賃貸借に変わる」とはいえないのではなかろうか。

### (3) 私見（後藤）

私は、随所で触れてきたが、内縁の夫婦の場合（夫婦共同の経済生活的側面としての財産利用関係についていえば法律上の夫婦も内縁の夫婦も別段の違いはない<sup>42</sup>）、基本的には、不動産の利用関係を使用貸借として捉え（ここまでは上記の玉田説と同じ）、ただ、夫婦関係ないし内縁関係が自然に解消した場合には、597条2項本文の適用によって終了したと考え（目的に従った使用収益の終了）、冒頭の事例のように借主側の有責行為が原因となって夫婦関係ないし内縁関係が破綻・消滅した要場合には——親子間の使用貸借に関する裁判例を踏まえ——民法597条2項ただし書の類推適用によって

<sup>40</sup> 田村精一「親族間の不動産利用関係」『家族法大系Ⅲ』（1962年・有斐閣）306頁。

<sup>41</sup> 石田喜久夫『現代の契約法』（1982年・日本評論社）146頁～149頁、田口文夫「不動産の無償利用契約と利用者の地位」専修法学論集第40号（1984年）139頁以下などを参照されたい。

<sup>42</sup> 玉田・前掲「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」法律論叢38巻4号70頁参照。

返還請求することができると考えている（その前に解約が必要）。要するに、夫婦や内縁の夫婦の場合も親子・兄弟などの近親者の場合も無償の不動産使用関係（使用貸借関係）として考え、そのような身近な人間関係における信頼や情誼が消滅した場合には、民法597条2項ただし書の適用によって解決すると考えるのである。その理論的な根拠は何かというと、無償契約を導くところの特別な人間関係（信頼関係や情誼関係）が無償契約による利益を受けている側の有責行為によって悪化・破綻した場合、他方の無償契約によって利益を供与している側の者はその無償の関係を解消しうる（忘恩行為による贈与の撤回がその典型）という無償契約に特有な法理に求めることができると考えている<sup>43</sup>。以下に順を追って検討してみよう。

（ア）使用貸借を前提とすれば、まず、返還時期（民法597条1項）が問題となるが、そもそも、内縁の夫婦が初めから返還時期を定めたり、あるいは、解消を前提とする返還時期を定めたり（別れるまで使用するとか解消したら返還するといった定め）するようなことはと通常ありえないだろう。かりに、内縁関係の期間だけ（上記最高裁昭和35年11月10日判決参照）存続するというような合意があったとしても、はたしてそのような合意は夫婦共同生活に向けた真摯な合意といえるのかどうか甚だ疑問であるし、また、裁判官としても、内縁関係が継続する間だけ使用収益するという黙示の合意があったなどとはたして認定するだろうか。

返還時期の定めがなかった（あるいは、定めがあったといえない）場合には、民法597条2項本文（「当事者が返還の時期を定めなかったときは、借主は、契約に定めた目的に従い使用及び収益を終わった時に、返還をしなければならない」）の適用問題となる。ただ、その場合、使用収益の目的が明確でなければならないが、たとえそれが明確であっても、「内縁関係の存続す

<sup>43</sup> 拙稿「忘恩行為にもとづく贈与の撤回——ドイツ法を通して——」民商法雑誌91巻6号（1985年・有斐閣）813頁以下、拙稿・前掲「民法597条2項但書の類推適用による使用貸借の解約と金銭（立退料）の提供——大阪高裁平成2年9月25日判決を中心にして——」190頁以下を参照されたい。

る間だけ居住することを目的とする」と定めたのでは、やはり上述のように疑問である。そのような目的ではなくて、例えば、「夫婦共同生活の生活維持ないし借主たる配偶者の生活維持のための相当期間の居住を目的とする」といった内容のものであれば、それはそれで使用収益の目的として明確性・合理性があり十分成り立つように思われるし、また、内縁関係が自然に解消した（したがって、使用収益の目的が終わった）として貸主が借主たる配偶者に退去を求めたとき——それが認められれば結果的に妥当性を欠くような場合には——「借主たる配偶者の生活維持のための相当期間」は経過していないと判断することも可能であろう。「相当期間」は、そういう意味における調整機能を有することにもなる。

この点に関連して、上記最高裁昭和35年11月10日判決の控訴審では、「右建物の敷地の使用貸借は控訴人（Y）らの内縁の夫婦としての共同生活の存続を目的」とするとされ、そして、「右建物敷地の使用貸借は、控訴人と被控訴人（X）との前示内縁関係の解消により、その目的を失い終了したもの」と判断されたが、この理屈でいくと、内縁関係の解消によって借主たる配偶者は退去せざるを得ず、借主が妻であって他所に移り住むことが容易でない場合には甚だ酷な結果になる——つまり、内縁の夫婦という特別な人間関係（広くいえば近親者間の関係もそうであるが）の破綻や信頼関係・情誼関係の消失につき、それを使用収益の目的の終了という問題に繋げてしまうと、結果的に不都合が生じる場合があるのである（権利濫用の法理によりそれを封じることはできるとしても、それは他の有効な解決方法がみつからない場合の最後の手段でしかない）。このように考えてくると、上記最高裁が「内縁の夫婦としての共同生活の存続を目的」とする使用貸借という法的構成を採らなかったことにはそれなりの意味があったとも考えられる。

(イ) ところで、主に親子間における使用貸借に関する裁判例では、すでに見たように、使用借主に背信行為（使用貸主との信頼関係を破壊するような行為）があった場合には、使用貸主による使用貸借の解約を認め、その法的根拠としては、民法597条2項ただし書の類推適用による解決方法を定着さ

せてきた（そのほか具体的事案の性質に応じて、民法597条2項本文適用による解決や負担付使用貸借と構成した上で負担の不履行による解決、民法594条の適用による解決などの方法もとられている<sup>44)</sup>。最高裁昭和42年11月24日判決は、上述したように、親子間における住居の無償使用関係につき、基本的にはこれを使用貸借として捉えた上で、借主側の信頼関係の破壊による使用貸借解約を民法597条2項ただし書の類推適用によって解決を図るという姿勢を示した。

この最高裁の姿勢は、基本的には正しいと思われるが、同条2項ただし書の本来の趣旨から離れてしまうのではないかと指摘がなされたこともある<sup>45)</sup>。その指摘はたしかに正鵠を射たものといわざるを得ない<sup>46)</sup>。その後、学説では、「已ムコトヲ得ザル事由」（現行民法628条「やむを得ない事由」）がある場合に契約の解除を認めるべきであるとする見解<sup>47)</sup>や、無償契約における前提の消滅（将来の円満な近親関係の期待といった期待が重要な動機・前提となっている場合、この期待が確定的に失われたときには、無償契約における前提の消滅の理論によって物の返還請求をすることができるといった見解<sup>48)</sup>も示されたりした。

(㊦) 私は、かつて、「返還時期の定めがあるかどうかに関係なく、使用貸借を継続させることが貸主にとって酷になり、もはや終了させるべきだと考

<sup>44)</sup> これらの裁判例については、拙稿・前掲「民法597条2項但書の類推適用による使用貸借の解約と金銭（立退料）の提供——大阪高裁平成2年9月25日判決を中心にして——」190頁以下を参照。なお、岡本・前掲『不動産無償利用権理論と裁判』は使用貸借に関する裁判例を網羅分析する貴重な文献である。

<sup>45)</sup> 谷口知平『新版・判例民法演習4 債権各論』（1980年・有斐閣）78頁参照、吉田克己・前掲「使用貸借」『民法コンメンタール⑬契約3（消費貸借・使用貸借・質貸借）』698頁～719頁参照。

<sup>46)</sup> 拙稿・前掲「契約締結時における信頼関係の不存在と使用貸借の解約」160頁以下を参照。

<sup>47)</sup> 来栖三郎『契約法』（1974年・有斐閣）403頁。

<sup>48)</sup> 三宅正男『契約法（各論）下巻』（1988年・青林書院）622頁、吉田克己・前掲「使用貸借」『民法コンメンタール⑬契約3（消費貸借・使用貸借・質貸借）』719頁などを参照。

えられるほどの重大な事由——もちろん、貸主側の予見しなかった必要性という事由もその一例であるが、またその他に借主の忘恩行為や信頼関係を破壊するような行為もあげられる——がある場合には597条2項但書の類推適用により解決することができるとしてもよいのではないかと述べ、使用貸借の枠内における解決を考えたことがある。その考えは、基本的には今も変わっていないが<sup>49</sup>、ただ、貸主に予見しなかった必要性が生じたとか、貸主に対する借主側の背信行為（信頼関係を裏切る行為）があったという事案につき、これを民法597条2項ただし書にいう「使用及び収益をするのに足りる期間を経過した」かどうかの問題として捉えるのは、上記指摘のように597条2項ただし書の本来の趣旨から離れてしまう（解釈上、限界ぎりぎりのところにある）と率直にいわざるを得ない。

### 3. 新たな展開——民法（債権法）改正検討委員会試案（基本方針）を踏まえて

（1）民法（債権法）改正の基本方針（検討委員会試案）との関連 2009年に取りまとめられた民法（債権法）改正検討委員会による債権法改正の基本方針（検討委員会試案ともいわれているが、本稿では、「基本方針」と略称することにする）によれば、「特段の事情による使用貸借の解除」に関する基本的な方針として、以下のような提案（規定・提案要旨・解説等）が示されている<sup>50</sup>。

#### 【3.2.5.10】（特段の事情による使用貸借の解除）

---

<sup>49</sup> 拙稿「使用貸主の予見しなかった必要性と使用貸借の解約」日本私法学会『私法』第52巻（1990年・有斐閣）147頁、拙稿「使用貸主の予見しなかった必要性と使用貸借の解約」信州大学教養部紀要社会科学第24号（1990年）41頁、拙稿「使用貸借の機能的・性質の類型と使用収益をなすに足るべき期間の経過——最高裁判平成11年2月25日判決を素材にして——」信州大学法学論集第2号（2003年）91頁を参照。なお、民法597条2項ただし書に関する解釈論の限界につき、拙稿「契約締結時における信頼関係の不存在と使用貸借の解約」（東京地裁平成23年5月26日判決の判例研究）信州大学法学論集第19号（2012年3月）151頁を参照されたい——この論稿はテーマの関係上、内容的に本稿と重なっている部分があるが御了解願いたい。

【3.2.5.08】、【3.2.5.09】にかかわらず、以下の場合には、貸主は、使用貸借を解除することができる。

〈ア〉貸主にとっての予期できない目的物の必要性が発生し、その必要性が、目的物に関する従前の利用状況等に照らして、使用貸借の終了を正当化するものであると認められるとき

〈イ〉借主の行為によって、使用貸借の基礎となる当事者間の信頼関係が失われ、使用貸借を継続することが著しく困難となったとき

〈ウ〉【3.2.3.05】が定めるとき<sup>51</sup>

そして、上記〈イ〉の「信頼関係が失われたことを理由とする解除」に関する「規定の趣旨と内容」につき、以下のように説明されている（なお、私の上記(イ)に関する研究につき上述したが、さらに、〈ア〉の問題についても比較法的研究から日本法への示唆を試みたことがあった——この研究につき、日本私法学会第53回大会（1989年10月7日大阪大学法学部）において発表したことがあった<sup>52・53</sup>）。

「ここでの信頼関係を失わせる貸主の行為の具体例としては、貸主に対する暴行や名誉毀損、あるいは詐欺など、使用貸借の目的物自体にはかかわらないものも考えられるし、また、貸主の家族等、貸主以外の者に対する犯罪や不法行為が、こうしたものに該当するということも考えられる（目的物の利用が著しく不当であるというような場合は、本提案によるまでもなく、

---

<sup>50</sup> 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針Ⅳ各種の契約』（2010年・商事法務）361頁以下における、第5章使用貸借 第3節使用貸借の終了【3.2.5.10】（特段の事情による使用貸借の解除）の個所を参照。

<sup>51</sup> 前掲・民法（債権法）改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針Ⅳ各種の契約』361頁。

<sup>52</sup> 拙稿・前掲「使用貸主の予見しなかった必要性和使用貸借の解約」日本私法学会『私法』第52巻（1990年）147頁以下のほか、拙稿・前掲「使用貸借の解約——使用貸主の『必要性』に関する基礎的考察」（1989年）1頁以下、拙稿「使用貸主の予見しなかった必要性和使用貸借の解約」信州大学教養部紀要人文科学第24号（1990年）25頁以下、拙稿・前掲「使用貸借の機能的・性質的類型と使用収益をなすに足るべき期間の経過——最高裁平成11年2月25日判決を素材にして——」63頁以下などを参照されたい。

【3.2.4.16】(用法に従った目的物の使用収益)の義務違反を理由とする解除が可能である)。さらには、狭い意味の忘恩行為には含まれないが、目的物を犯罪に利用するなどの行為も、当事者の信頼関係を破壊し、使用貸借の継続を困難となるものと判断される場合には、ここでの解除原因とされる可能性がある。

ここでは、解除原因となる事情を具体的に列挙することはせず、ある程度、緩やかにさまざまな事情を拾い上げることを可能とするとともに、一定の事情があれば、当然に、解除原因となるとするものではなく、そうした行為によって、『使用貸借の基礎となる当事者間の信頼関係が喪失し、使用貸借を継続することが著しく困難となったとき』に解除ができるという要件を設定することで、その適用範囲を適切に限定することを企図するものである。

なお、この〈イ〉についても、〈ア〉と同様に、一定の評価的判断を伴わざるをえないのだということになる。<sup>54</sup>

さらに、「一般条項との関係」につき、以下のように説明されている。

「なお、事情変更の原則によって、同種の問題を規律することも可能性としては考えられる。しかし、背信行為や貸主にとっての必要性といった個別の事情について、事情変更の原則をどの程度まで利用することができるか

<sup>53</sup> 注52に掲げた一連の研究につき、私自身、研究の方向や意義等について悩んだ時期があった。折しも川島武宜先生から、「われわれの日常生活においては、どこでも——特に、大都会以外のところでは——好意と信頼とに基づく使用貸借が大へんに多く行われていますが、 variably 生活条件と物の考え方のゆえに、他のすべての好意・信頼に基づく関係と同様に様々の厄介な問題が起こりつつあるようで、現に私もそれを直接に見聞しております。貴兄の御論文は、日ごろ多くの学者がかえりみなかったこの契約について、深い考察に立脚して書かれたものとして、心から敬意を表します。今後の御研究を期待します。」(1989.10.3 消印)という身に余る激励を頂戴し、また、林良平先生からも、「ご論文有難うございました。この問題は1990年代のトピックになると思います。」(1989.3.5 消印)というまことに元気の出るお言葉を頂戴したことがあった。それからはあまり悩まずに研究を進めることができたが、ただ、納得のいく成果を得るまでに至っておらず、今後も努力を続けなければと自覚しているところである。

<sup>54</sup> 前掲・民法(債権法)改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針Ⅳ各種の契約』363頁。

は不透明な部分も残るので、このような使用貸借の終了原因を規定しておくことに意味があるものと考えられる。』<sup>55</sup>

また、上記〈ウ〉【3.2.3.05】は「贈与における背信行為を理由とする解除」に関する内容であるが、これとの関係につき、以下のように説明されている。

【3.2.3.05】（背信行為を理由とする解除）

〈1〉 贈与者は、次に掲げる場合、贈与を解除することができる。

（ア） 受贈者が贈与者に対し虐待、重大な侮辱その他の著しい非行を行ったとき

（イ） 受贈者が詐欺または強迫により、書面によらない贈与の解除を妨げたとき

（ウ） 贈与者に対し、現民法877条1項により法律上の扶養義務を負う受贈者が、経済的に困窮する贈与者からの扶養請求を受けたが、扶養義務の履行を拒絶したとき

〈2〉 贈与者が死亡した場合、贈与者の相続人は、1の解除をすることができる。

〈3〉〈1〉または〈2〉により贈与が解除されたときは、受贈者は、解除原因が生じた時に受けていた利益の限度で返還義務を負う。』<sup>56</sup>

上記のような【3.2.3.05】と本提案との関係について、以下のような補足的説明がなされている（上記〈ア〉の問題に関して、私も、ドイツ民法との比較法研究を通して日本法への示唆を試みたことがあったが<sup>57</sup>、「民法には規定のない忘恩行為による撤回が学界の注目を集め、研究もそこに集中している観がある」との評もみられた<sup>58</sup>）。

解除原因としての【3.2.3.05】

---

<sup>55</sup> 前掲・民法（債権法）改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針Ⅳ各種の契約』366頁。

<sup>56</sup> 前掲・民法（債権法）改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針Ⅳ各種の契約』364頁。

「まず、本提案が規定する解除原因となる特段の事情は、贈与における【3.2.3.05】よりも包括的で、広汎なものを対象とすることになると考えられるが、これは、両者において解除の意味が異なることによる。

すなわち、ここで解除として考えられているのは、本来の使用貸借期間が残存していても、それを解除して、使用貸主の返還請求権を認めるという点にある。その点では、あくまで将来に向けての効果を問題とするものである。それに対して、贈与における忘恩行為を理由とする解除は、遡って、(すでに完了している)贈与に基づく法律関係を解消するというものであり、その基本的な効果がそもそも異なる。

このような法律効果に照らすのであれば、贈与の解除に較べて、使用貸借における解除を基礎づける特段の事情については、その要件を緩和するということが考えられる。すなわち、贈与における解除が、贈与契約に基礎づけられた法律関係を復帰的に解消するものであるのに対して、使用貸借では、単に将来に向けての契約関係が解消するだけであり、目的物が返還されるという状況も、本来の使用貸借においても最終的に実現されるべきところであり(使用貸借における契約の終了原因が追加されるにすぎない)、ここでの法律効果は限定的なものであると考えられるからである。

その点で、本提案の〈ア〉〈イ〉によって、【3.2.3.05】で扱われる場面の多くはカバーすることができるものと考えられる。ただし、より厳格な解除原因を提示する【3.2.3.05】の要件に該当するのであれば、それを排除するまでもなく、そこでの要件を満たす場合にも解除が認められることを確認す

<sup>57</sup> 拙稿・前掲「忘恩行為にもとづく贈与の撤回——ドイツ法を通して——」民商法雑誌第91巻第6号(1985年)831頁以下、拙稿「忘恩行為と贈与の撤回」信州大学教養部紀要人文科学第19号(1985年)1頁以下、拙稿「親族間の情誼に基づいてなされた贈与において、受贈者に情誼関係を破壊する行為があったとして信義則により贈与の撤回が認められた事例」(大阪地裁平成元年4月20日判決——判時1326号139頁、判タ705号179頁——の判例研究)信州大学教養部紀要社会科学第25号(1991年)63頁以下などを参照されたい。

<sup>58</sup> 吉田邦彦「贈与法学の基礎理論と今日的課題(-)」ジュリスト1181号52頁。

る意味で、第3として、『くウ』【3.2.3.05】が定めるとき』を明示するものである。』<sup>59</sup>

以上は、本稿テーマにかかわる「基本方針」の内容であるが、そこで取り上げられた案は、無償契約としての使用貸借の特殊性から導かれる効果を明文化しようとするもの——本来それらは立法されるべきものであったのである——であり、このような方向は支持されるべきものと私は考える。

## (2) 法制審議会における議論の動向

法制審議会民法（債権関係）部会第23回会議にて議題とされた「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理のたたき台について」において、「使用貸借の終了事由」に関する以下のような案が出されている（法務省「法制審議会民法（債権関係）部会第23回会議（平成23年2月8日開催）の「部会資料16－2第3，4(1)」を参照——法務省HPより）。

「借用物の返還時期について定める民法第597条については、専ら分かりやすく規定を整理する観点から、使用貸借の存続期間を定める規定と貸主の解除権を定める規定とに条文表現を改める方向で、更に検討してはどうか。

また、無償契約である使用貸借の終了事由として、貸主に予期できなかった目的物を必要とする事由が生じた場合や、貸主と借主との間の信頼関係が失われた場合における貸主の解除権の規定を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。」

そして、法制審議会民法（債権関係）部会第26回会議（平成23年4月12日開催）において「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理案について」の審議がなされた結果、使用貸借の終了事由につき、以下のような論点整理および補足説明がなされている（「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明（平成23年6月3日補訂）より）。

「借用物の返還時期について定める民法第597条については、専ら分かりやすく規定を整理する観点から、使用貸借の存続期間を定める規定と貸主の

<sup>59</sup> 前掲・民法（債権法）改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針Ⅳ各種の契約』364頁。

解除権を定める規定とに条文表現を改める方向で、更に検討してはどうか。

また、無償契約である使用貸借の終了事由として、貸主に予期できなかった目的物を必要とする事由が生じた場合や、貸主と借主との間の信頼関係が失われた場合における貸主の解除権の規定を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。」

(議事の概況等)

「第16回会議においては、貸主と借主との間の信頼関係が失われた場合における貸主の解除権を新たに規定するかどうかとの論点に対して、一時的に信頼関係が失われたとしても将来に向けて永続的に関係が絶たれることが想定されないような場合（例えば、労働組合の事務所の使用貸借）においては妥当性を欠くため、より厳格な要件とすべきであるとの意見や、借主の立場を保護する観点から貸主に新たな解除権を創設することに慎重な意見が示された。

他方で、信頼関係が失われた場合や契約が著しく長期にわたった場合における契約終了の方策を検討すべきではないかとの意見も示された。また、使用貸借の解除は将来に向かって契約を終了させる点で、目的物を返還させる贈与の解除とは異なるのではないかとの指摘があった。

また、貸主に予期できなかった目的物を必要とする事由が生じた場合における貸主の解除権を新たに規定するかどうかとの論点に対しては、解除される借主の利益を考慮する必要もあり、貸主側に解除が認められないために妥当な解決ができない事例がどの程度存在するのか、実態を調べる必要があるとの指摘があった。」<sup>60</sup>

### (3) 今後の展望・方向

(ア) 法制審議会にいて、貸主と借主との間の信頼関係が失われた場合における貸主の解除権の規定を新たに設けるかどうかについては、さらに検討してはどうかという慎重な意見も出されているようであるが、かりに上記の解除権に関する案が立法化されたならば、親子間・兄弟間の使用貸借における信頼関係の消失の問題（典型例として上記最高裁昭和42年11月24日判決の事

案)のみならず、本稿の冒頭で掲げた内縁の夫婦に関する事例(上記最高裁判昭和35年11月10日判決の事案——最高裁が法的構成をわざわざ判断を避けてきた問題について)は、立法的な解決が図られるものと思うのである。これまで述べてきたように、冒頭のような事例は、上記「基本方針」の「〈イ〉借主の行為にとって、使用貸借の基礎となる当事者間の信頼関係が失われ、使用貸借を継続することが著しく困難となったとき」という規定(案)の射程内に十分位置していると考えられるのである(もちろん、【3.2.3.05】のいう「背信行為を理由とする解除」に関する規定の適用も十分可能だろう)。

繰り返すが、使用貸借にせよ贈与にせよ無償契約一般はごく限られた身近な人間関係(親族)の範囲でしか行われえないのが現実であり、そういう無償契約における特別な問題については、その旨を格別に規定することが大事だと思う。冒頭のような問題は、将来的には、無償契約の法理によって解決を図るのが望ましいのではないかと考える。

---

<sup>60</sup> この「……解除される借主の利益を考慮する必要もあり、貸主側に解除が認められないために妥当な解決ができない事例がどの程度存在するのか、実態を調べる必要があるとの指摘があった」とされている点につき、私は、以下のような指摘をしたことがある。すなわち、「これが、賃貸借のような有償契約における指摘としてなら十分理解できるが、無償契約である使用貸借に関しての指摘としては違和感がある。私なりに指摘するならば、『貸主に解除を認めたときに借主が不利益を受ける場合とはどういうものか、そういう事例はどの程度存在するのか』と考える方が適切であろう——無償契約というものの特殊性を見据えた視点を欠いてはならないと思う。そもそも、予期しなかった必要性に迫られてどうしようもないから返してくれという使用貸主の主張は、借主の必要性より優先するのではないか——それが国民一般の感情ではなからうか。それを認めることが公平であり「妥当な解決」につながるといえる……。ただし、借主側にも事情があるだろうから、そのことについて調査・検討する必要はやはりあるのである。」と(拙稿・前掲「契約締結時における信頼関係の不存在と使用貸借の解約」信州大学法学論集第19号(2012年・3月)164頁)。この思いはいっそう強いものとなっている。