

ドイツにおける事実婚の解消と財産の清算

青 野 博 之

- 1 はじめに
- 2 旧判例
- 3 判例変更の兆候を示した判決
- 4 判例を変更した判決
- 5 判例変更の射程を示した判決
- 6 おわりに

1 はじめに

「婚姻をしない者は、法的に拘束される意思を有しない」⁽¹⁾、この考え方に立って、裁判所は、事実婚が解消された場合において、その当事者に財産上の清算請求権を認めなかった⁽²⁾。

2008年8月25日のドイツ連邦統計局による報道発表によれば、事実婚の数はおよそ240万であり、その数は確実に増えている⁽³⁾。事実婚当事者には、婚姻

(1) 法的拘束意思の有無のため、婚姻と事実婚には差異がもたらされるが、その実質的な差異は少なくなりつつある。その差異は、いまや、相続法、税法及び恩給等の配分にあるにすぎないともいわれる (Herbert Grziwotz, Rechtsprechung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FamRZ 2009,750)。本稿は、青野博之「ドイツ法における事実婚と建物賃貸借」駒澤大学法学論集 50号 (1995年) 3頁に続き、事実婚当事者がどのように保護されるかを検討したものである。

(2) Werner Schulz, Vermögensauseinandersetzung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FamRZ 2007,593; Werner Schulz, Ausgleich gegenseitiger Leistungen bei Scheitern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FPR 2010,373。

(3) Maximilian Freiherr von Proff, Ende des Ausgleichsverbots bei gescheiterter nichtehelicher Lebensgemeinschaft, NJW 2008,3266; http://www.destatis.de/jet-speed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Presse/pm/2008/08/PD08__307__122.psml (2010年9月23日アクセス)。

をする意思はないので、婚姻法は適用されない。また、婚姻の約束をしていないので、婚約法も適用されない。

事実婚は、離別、当事者の一方の死亡又は法律婚への移行によって、解消される。法律婚への移行によって事実婚が解消される場合は、移行後は婚姻法で対処すれば足りる。離別又は当事者の一方の死亡によって事実婚が解消される場合に、どのように対処すればよいかが問題となる。これまでは、事実婚が解消されても、組合規定が類推適用される例外的な場合を除いて、事実婚当事者は、財産上の清算請求権を有しない、とされてきた⁽⁴⁾。しかし、事実婚が解消された場合における当事者の財産上の清算請求権の成否について、組合を管轄するBGH第2民事部から家事事件を管轄する第12民事部に移ったことから、第12民事部がこれまでの判例を変更する兆候が見られるとの説があった⁽⁵⁾。そして、実際に、2008年7月9日の2つのBGH判決は、これまでの判例を変更した。

本稿において、どのようにして判例変更の兆候が現れ、実際に判例が変更されたか、また判例変更の射程はどこまでかについて、検討する。

なお、事実婚とは、BVerfG1992年11月17日判決によると、婚姻と同様の共同生活をしているが、婚姻をする意思がない場合をいう⁽⁶⁾。

2 旧判例

(1) 事実の概要

1970年から、Y女は、K男と事実婚の関係にあった。1975年に、Yは、Kと暮らす建物を取得したが、それはKとともに融資を受けたうえのことであり、Kは、死亡する1977年1月まで39292DMを出捐した。Kの相続人であるXら(K

1999年には、事実婚の数は、およそ210万である(Rosemarie Nave-Herz, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, FPR 2001,3)。

(4) 野沢紀雅「西ドイツにおける非婚生活共同体と民法上の組合」アルテス・リベラレス36号(1985年)188頁、37号(1985年)147頁、本沢巳代子「西ドイツの事実婚」太田武男ほか編・事実婚の比較法的研究(有斐閣、1986年)205頁、野沢紀雅「西ドイツの非婚生活共同体をめぐる最近の議論について」法学新報97巻1・2号(1990年)343頁、伊藤司「ドイツにおける婚姻外生活共同体」法学57巻5号(1993年)126頁。

(5) Werner Schulz(Fn.2), FamRZ 2007,593.

(6) BVerfGE 87,234=NJW 1993,643=FamRZ 1993,164.

の3人の子及びその母)は、Yに対して、39292DMの支払いを求めた。

第1審は、Xらの請求を棄却した。原審は、39292DMの半額について請求を認めた。そこで、Yは、上告した。

(2) BGH1980年3月24日判決⁽⁷⁾

当事者が財産の取得によって共同の価値を作り出す意思を有している場合には組合規定を類推適用することができるが、当該事案の当事者はそのような意思を有しないとして、本判決は、組合規定を類推適用して清算請求権を認めることを否定した。

また、事実婚当事者の一方が共同の利益のためにした給付は約定がない限り求償の対象とならないという特殊性が事実婚にあり、この特殊性が426条1項1文⁽⁸⁾の「別段の定め」に該当するとして、連帯債務に基づく求償も否定した。

(3) 検討

ア 組合規定の類推適用の可否

本判決によると、事案によっては、組合規定を類推適用して⁽⁹⁾、清算請求権を肯定することは考えられる。しかし、組合契約がなくても、組合規定を類推適用する点で、この判決には、問題があった。もっとも、共同生活だけで組合規定を類推適用する裁判例も見られた⁽¹⁰⁾。

BGH2005年9月28日判決は⁽¹¹⁾、組合規定を類推適用することができる

(7) BGHZ 77,55=NJW 1980,1520=FamRZ 1980,664.本判決については、野沢紀雅(注4)アルテス・リベラレス 36号 173頁、伊藤司(注4)法学 57巻 5号 137頁、142頁。

(8) 426条1項1文は、「連帯債務者は、別段の定めがないかぎり、その相互関係においては平等の割合で義務を負う。」と定める(訳は、椿寿夫・右近健男編・ドイツ債権法総論(1988年、日本評論社)による)。

(9) 705条は、「組合員は、組合契約によって、共同の目的を達成する義務、特に合意した出資をする義務を相互に負う。」と定め、733条2項は、「出資は、債務の弁済後になお残存している組合財産から償還しなければならない。金銭以外の出資については、それを持ち込んだ時の価額を償還しなければならない。労務の給付又は物の利用を委ねることによる出資については、賠償を請求することができない。」と定める(訳は、右近健男編・注釈ドイツ契約法(1995年、三省堂)による)。

(10) KG NJW 1982,1886 (男性同士の事案)。

(11) BGHZ 165,1=NJW 2006,1268=FamRZ 2006,607=MDR 2006,997=MittBayNot 2006,420.

る判例⁽¹²⁾を変更し、組合契約(内的組合)⁽¹³⁾が成立していることを要件とした。

なお、この判例変更は、事実婚解消の際に清算請求権が認められるかという問題がこれまでの第2民事部(組合を管轄する)から第12民事部(家事を管轄する)に変わったことが影響しているとも考えられる。

イ 離別による解消と死亡による解消の区別の有無

本判決は、事実婚の解消原因が離別か死亡かを区別せずに、清算請求権を否定した⁽¹⁴⁾。

ウ 残された事実婚当事者の保護

本件は、出捐した事実婚当事者が死亡した相続事案であり、本判決が清算請求権を否定したことによって、結果として、残された事実婚当事者が保護されている⁽¹⁵⁾。

3 判例変更の兆候を示した判決

BGH2007年10月31日判決は⁽¹⁶⁾、事実婚当事者の一方の死亡によって事実婚が解消した事案において、死亡した者の相続人による相手方に対する清算請求を否定した。しかし、本判決は、事実婚が解消した場合において、例外的に組合契約の成立が肯定されるときを除いて、清算請求権を否定してきた判例を変更するかどうかについて、本件ではこれを検討する必要がないとして、変更の可能性を示唆していた。

(12) BGH1982年7月12日判決(BGHZ 84,388=NJW 1982,2863=FamRZ 1982,1065)。本判決については、野沢紀雅(注4)アルテス・リベラレス 36号 171頁、伊藤司(注4)法学 57巻5号 149頁。

(13) 内的組合とは、「各当事者が出資をして共同の事業を営むが、そのうちの一人に組合財産を帰属させ、かつ、同人にもっぱらみずからの名で取引をさせる組合」をいう(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 V(商事法務、2010年) 317頁)。

(14) Maximilian Freiherr von Proff, Ausgleichsansprüche der Erben gegen den überlebenden Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FPR 2010, 383. ドイツの裁判所において離別による解消と死亡による解消は事実婚の解消の問題として同様に取り扱われている、と論じられている(伊藤司(注4)法学 57巻5号 140頁)。

(15) Herbert Grziwotz, Anmerkung zu BGH Urteil v. 31.10.2007, FamRZ 2008, 250.

(16) NJW 2008, 443=JZ 2008, 312=FamRZ 2008, 247=MDR 2008, 147.

学説では、判例変更の可能性が存在するとして、本判決に関心が注がれた⁽¹⁷⁾。また、変更の可能性が高いとする説もあった⁽¹⁸⁾。したがって、次に紹介するBGH2008年7月9日判決がこれまでの判例を変更しても、それほど驚きの目をもって迎えられなかった⁽¹⁹⁾。

4 判例を変更した判決

(1) 事実の概要

X女及びY男は、1990年に知り合った後、それぞれの住居を維持しつつ、互いを訪問するという事実婚を形成した。Xは、1999年に土地を取得した。Xが娘を引き取り、金融機関の従業員であるYはそこに仕事部屋も有するというように、そこに共通の住居を建てようとした。その建築費は320000DMと見積もられたので、X及びYは、2人で負担することとした。2000年2月に、X及びYは、完成した建物に入居した。2003年初頭に、2人の関係に亀裂が入り、Xは、Yに対し、2003年9月末までに、建物から出ていくことを求めた。XのYに対する本訴提起後、Yは建物から出ていったが、Yは、Xに対して、建物建築のためにYが支出した費用の清算を求める反訴を提起した。

YのXに対する反訴は、163910.77DM(83806.25ユーロ)の支払いと1時間当たり10ユーロと換算して1000時間分の労力の清算請求(10000ユーロ)であった。Yは、前記支払いのために、老後の蓄えに手を付けざるを得なくなったので、Yが生きている間は居住権を認めるとXは約束したと主張した。Xは、これに対して、Yの支払い及び労力の投下は事実婚を維持するための当然の寄与であり、またYに居住権を認めると約束したことはない、との反論をした。

第1審のLG Geraは、2005年2月24日、Yの反訴を棄却した。そこで、Yは、控訴した。原審のOLG Jenaは、次のとおり判示し、Yの控訴を棄却した。

(2) OLG Jena2005年10月18日判決

ア 当事者が典型的な生活共同体を超える目的を追求し、当事者がこれによ

(17) Maximilian Freiherr von Proff, Anmerkung zu BGH Urteil v.31.10.2007, NJW 2008,446.

(18) Marina Wellenhofer, Regelungslücken bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft? AnwBl 2008,563.

(19) Alban Bruch, Anmerkung zu BGH Urteil v.9.7.2008, MittBayNot 2009,142.

って形成された価値を共同に有する場合には、組合が成立するが、本件は、これに該当しない。したがって、730条以下に基づく清算請求権は発生しない。

イ 当事者間には、贈与契約は成立せず、またXは著しい非行をしたわけではないので、530条1項及び531条2項⁽²⁰⁾に基づく返還請求権は発生しない。

ウ 事実婚を維持するために、Yは出費したのであるから、812条1項に基づく返還請求権は発生しない。

エ 事実婚は、どちらからでも、いつでも解消することができることを前提としているから、行為基礎の喪失に基づく313条による請求権は発生しない。

これに対し、Yが上告したところ、BGHは、次のとおり判示し、原判決を破棄し、本件を原審に差し戻した。

(3) BGH2008年7月9日判決⁽²¹⁾

ア 当事者間には、贈与契約は成立していない。

イ これまでのBGHの判例によれば、事実婚当事者がした出捐は原則として求償の対象とはならない。事実婚では、人的関係が前面に出ており、この人的関係が財産上の行為を規律し、事実婚は、原則として、人的な面でも、経済的な面でも、法的共同体ではないからである。事実婚当事者の間に特別の合意がなければ

(20) 530条1項は、「受贈者が贈与者又はその近親者に対する著しい非行により重大な忘恩につき責めを負うときは、贈与は、撤回することができる。」と定め、531条2項は、「贈与を撤回したときは、贈与物の返還は、不当利得返還に関する規定によって請求することができる。」と定める(訳は、右近健男編・注釈ドイツ契約法(1995年、三省堂)による)。

(21) BGHZ 177,193=NJW 2008,3277=FamRZ 2008,1822=JZ 2009,413=MDR 2008,1275=MittBayNot 2009,137.

また、本文において紹介した判決と同旨の判決が、同日あった(BGH NJW 2008,3282=FamRZ 2008,1828)。事実の概要及び裁判の結果は、次のとおりである。

X女及びY男は、1995年から共同生活をし、その間に娘が生まれた。X及びYは、同年、土地を取得し、そのためにそれぞれ半分出費した。登記簿上も持分2分の1として登記された。その後、その土地の上に、一戸建ての建物を建てた。建築士であるXは、そのための建築計画を立てた。X及びYは、2002年に離別するまで、その建物とともに暮らした。Xは、Yに対し、土地の取得及び建物の建築についての清算として203926,77ユーロの支払いを求めた。第1審は請求を棄却し、原審もXの控訴を棄却したが、BGHはXの上告に基づき原判決を破棄し、本件を原審に差し戻した。

ば、人的・経済的給付について清算されることはない。必要がある場合、事実婚当事者は、必ずしも双方というわけではなく、給付可能な当事者が給付をする。共同利益のためにした給付について特別な合意なく、反対給付、補償、清算を請求することができるという考え方は、婚姻と同様に、この種の共同体には、相容れない (BGHZ 77,55) ⁽²²⁾。

ウ BGH の判例によれば、事実婚当事者が明示又は黙示に組合契約を締結していたときは、組合の規定により清算請求権が成立する。共同の労働を組合規定によって判断するためには、単に事実上意思が合致しているというだけでは足りない。事実婚は、法的拘束意思がなく結びついている関係だけに、組合規定を適用するためには、組合を成立させる意思が必要である (BGHZ 165,1) ⁽²³⁾。たとえば不動産のような財産の目的を取得することによって、経済的のみであるにしても、当事者が共同体的価値を作り出す意図を有し、共同体の継続中この価値を共同で利用するだけでなく、当事者の考えではこの価値が共同に帰属するときに、組合規定を適用することができる ⁽²⁴⁾。組合契約が成立したと評価される事実としては、共同活動の計画、範囲及び期間を例としてあげることができる。さらに、諸般の事情の中には、当事者がした給付及びその経済的関係を考慮に入れ、形成された財産の性質が含まれる (BGH FamRZ 2003,1542) ⁽²⁵⁾。

エ 原審は、組合契約に基づく清算請求権を否定しており、これは、結論においては、是認することができる。たしかに、婚姻では協力義務や財産分与制度があるが、事実婚ではこれらが無いので、組合規定は、事実婚では、婚姻に比べて適用される可能性が高い (BGHZ 84,388 ⁽²⁶⁾; 142,137 ⁽²⁷⁾)。しかし、本件では、建物

(22) BGH1980年3月24日判決 (NJW 1980,1520=FamRZ 1980,664)。この判示については、野沢紀雅(注4)アルテス・リベラレス 36号 172頁参照。

(23) BGH2005年9月28日判決 (NJW 2006,1268=FamRZ 2006,607=MDR 2006,997=MittBayNot 2006,420)。

(24) 本判決は、引用していないが、この判示は、BGHZ 77,55と同様である。この判示については、伊藤司(注4)法学 57巻 5号 137頁参照。

(25) BGH2003年7月21日判決 (NJW-RR 2003,1658=MDR 2003,1233=MittBayNot 2004,47)。

(26) BGH1982年7月12日判決 (NJW 1982,2863=FamRZ 1982,1065)。

(27) BGH1999年6月30日判決 (NJW 1999,2962=FamRZ 1999,1580=MDR 1999,1266=MittBayNot 1999,565)。

の建築について黙示的な組合契約も締結されていないので、組合契約に基づく清算請求権は否定される。

オ これまでのBGHの判例によれば、事実婚当事者がした出捐について、原則として、不当利得に基づく返還請求は認められず、また行為基礎の喪失の法理は適用されなかった。

カ 清算請求権が成立するためには、組合規定の類推適用ではなく、組合契約の締結が必要であるとすることによって、清算請求権が成立する場合が限定されるわけではない。

たしかに、事実婚当事者は、事実婚がいつでも終了することがあることは知っているが、通常、事実婚の存続を期待して出捐している。出捐者がこれを実際に信頼し、その受領者はその信頼を知ることができる限りにおいて、その信頼は、保護に値するように思われる。

これを考慮すると、事実婚が終了した場合においてその当事者に原則として行為基礎の喪失又は不当利得に基づく返還請求を認めないというこれまでの判例に、本法廷は、固執しない。むしろ日常の共同生活を超える給付については、清算請求権が個別の事案において法的根拠を有するかを検討しなければならない。これは、事実婚だけでなく、兄弟姉妹、親族、友人の共同生活でも当てはまる。性的関係は問題とならない。

キ 812条1項2文によれば⁽²⁸⁾、法律行為の目的としてされている結果が生じないときは、給付を受領した者は、出捐者に対してその受領したものを返還しなければならない。期待が実現しなかったことによる不当利得返還請求権は、給付受領者とこの期待について意思が合致していなければならない。一方的な思い込みでは、十分ではない。

ク 事実婚が継続されるとの考えに基づきなされた出捐は、事情が変更したときは、返還されるべきである(313条)。共同の財産を形成しないために組合契約が締結されなかった場合、又は目的を定めなかったために不当利得に基づ

(28) 812条1項は、「法律上の原因なく他人の給付又はその他の方法によってその他人の損失によりあるものを取得する者は、その他人に対して返還義務を負う。この義務は、法律上の原因が後に消滅し又は法律行為の内容に従えば給付が目的とした結果が生じない場合も、生じる。」と定める(訳は、椿寿夫・右近健男編・注釈ドイツ不当利得・不法行為法(1990年、三省堂)による)。

く返還請求をすることができない場合に、行為基礎の喪失の法理の意義がある。たしかに、事実婚が解消されたときに、すべての出捐を返還すべきであるとするものではない。日常的な共同生活でなされた給付は、返還の対象とならない。

(4) 検討

ア 内的組合の成否

これまでの判例によれば、本件は内的組合の事件ではない。事実婚当事者の一方は、その主張によると、相手方に対して、利用権を有するからである⁽²⁹⁾。

イ 行為基礎の喪失の適用の可否

(ア) BGH1996年7月8日判決⁽³⁰⁾は、事実婚が解消された場合において、その当事者は、既にした人的及び経済的給付について、清算請求権を有せず、事実婚当事者に清算請求権がないということは、事実婚の解消が行為基礎の喪失に該当するという考え方は受け入れられないということの意味する、と判示していた。また、同判決は、次のとおり判示していた。確定した判例によれば(BGHZ 121, 378)⁽³¹⁾、現在又は将来生じる一定の事情の存在について、契約締結の際に当事者の一方から異議なく、かつ、相手方が認識することができる観念、又は共通の観念であり、当事者がその観念に基づき行為意思を形成したものが行為基礎である。当事者が事実婚を形成していても、そのような契約は存在しない。事実婚は、事実として存在するというだけであり、法的な共同体ではない。

(イ) 本判決は、事実婚の解消の場合において清算請求権を認め、事実婚に行為基礎を適用することができないというこれまでの判例を変更した。なお、1996年には行為基礎の喪失については条文がなかったが、2002年から債務法現代化法により行為基礎の喪失について条文化され、313条になり、これに基づく返還請求権については、346条の解除が用いられることとなった⁽³²⁾。

(29) Maximilian Freiherr von Proff(Fn.3), NJW 2008, 3267. なお、注(21)において紹介した事件においては、事実婚当事者は、共有者であるから、内的組合は成立しない。

(30) NJW 1996, 2727=FamRZ 1996, 1141=MDR 1996, 1035=MittBayNot 1996, 380.

(31) BGH1993年2月25日判決 (NJW 1993, 1856=JZ 1993, 1163)。

(32) 313条は、次のとおりである。

1項 契約の基礎となっていた事情が契約締結後に著しく変更し、かつ、当事者双方が当該変更を予見することができた場合において、契約を締結せず、又は内容の異なる契約を締結したであろうときは、個々の場合における諸般の事情、特に契約

(ウ) 本判決が組合契約のほかに清算請求権を肯定する可能性を認めた点には賛成するが、行為基礎の喪失を根拠とする請求については反対する説がある⁽³³⁾。反対説によると、行為基礎の喪失を問題にするためには、契約の存在が必要であるところ、事実婚は、契約ではなく、その当事者は法的基础に基づいてその関係を作る意思がないからである。

ウ 不当利得

(ア) 不当利得の成否

目的不到達の不当利得は、出捐の相手方に反対給付を行わせることを出捐の目的としなければならないところ、事実婚において出捐した者は、その相手方に反対給付を行わせることを出捐の目的としていないので、事実婚が離別によって解消した場合には、行為基礎の喪失が適用されるべきとの説がある⁽³⁴⁾。

(イ) 不当利得と行為基礎の喪失の関係

不当利得に基づく返還請求を検討してから、行為基礎の喪失を検討している点については、実務上、有意義であるとの指摘がある。313条の行為基礎の喪失が適用される場合には、裁判所が効果についてどのような判断をするかの予測が困難であるが、不当利得に基づく返還請求の場合には、効果をはっきりしているからである⁽³⁵⁾。これに対して、不当利得に基づく返還請求権は法定債権であ

上又は法律上のリスク分配を考慮して、契約を改訂しないで当事者の一方を拘束することが期待できない限り、契約の改訂を請求することができる。

2項 契約の基礎となっていた本質的な観念が誤りであると判明したときも、事情変更と同様とする。

3項 契約の改訂が可能でなく、又はそれを当事者の一方に期待できないときは、不利益を被る当事者は、契約を解除することができる。継続的債務関係については、解除権に代わり、解約告知権が発生する。

346条1項は、次のとおりである。

契約当事者の一方が契約により解除権を留保し、又は法定解除権を有する場合において、契約を解除するときは、受領した給付を返還し、取得した利益を引き渡さなければならない。

訳は、岡孝編・契約法における現代化の課題(2002年、法政大学出版局)による。

(33) Christian Friedrich Majer, Ausgleichsansprüche in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, NJOZ 2009, 117.

(34) Lorenz Leitmeier, Die Zweckkondition-eigentlich Treu und Glauben? NJW 2010, 2009.

(35) Maximilian Freiherr von Proff(Fn.3), NJW 2008, 3268.

るところ、法定債権を先に検討するのは妥当でなく、行為基礎の喪失の法理から検討すべきであるとする説がある⁽³⁶⁾。

エ 事実婚継続を信頼した出捐

本判決は、事実婚はいつ解消されるかわからないという悲観的な考え方に立っていた方向を変え、事実婚は継続するはずであるという信頼に基づくものという考え方に立っている。この発想の転換に賛成する説がある⁽³⁷⁾。

オ 清算請求権の対象となるもの

清算請求権の対象となるのは、日常の共同生活を超越のものに限定される。これは、本判決以降も繰り返し判示されている⁽³⁸⁾。たとえば、共同で利用している建物の賃料を支払っても、日常の買い物について支払っても、子どもの養育費を支出しても、これは清算の対象とならない。「共同生活から明確に区別された資産形成のための給付に限定するこのような傾向は、多少なりとも日常生活に関連する給付の事後的清算を一般的に排除する結果となってあらわれている」⁽³⁹⁾ ということができる。

カ 事実婚から共同生活へ

特に重視されるべきことは、事実婚解消の際の清算請求権の問題を事実婚に限定することなく、共同生活一般に広げたことである。すなわち、本件における清算請求権の成否は、事実婚だけではなく、共同生活が解消された際の一般的な問題であることを明らかにした点が注目される⁽⁴⁰⁾。したがって、事実婚でも共同生活が重要であり、事実婚が婚姻に類似するのは共同生活しているという点にこそある。これは、事実婚当事者に婚姻の意思を欠いているという理由で婚姻の規定を類推適用しないという以上の意味を持つ。もっとも、事実婚から共同生活に広げることによって、共同生活の解消が清算請求権を発生させる場合とそ

(36) Martin Schwab, Die Vermögensauseinandersetzung in nichtehelichen Lebensgemeinschaft, ZJS 2009, 118.

(37) Maximilian Freiherr von Proff (Fn. 14), FPR 2010, 385.

(38) 最近の判決として、BGH 2009年2月18日判決 (NJW-RR 2009, 1142 = FamRZ 2009, 849 = MDR 2009, 693)、BGH 2010年2月3日判決がある (NJW 2010, 868 = FamRZ 2010, 542 = MDR 2010, 575)。

(39) 野沢紀雅(注4)法学新報97巻1・2号355頁。

(40) Rainer Kemper, Ausgleichsansprüche bei Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, NJ 2009, 182.

うでない場合の区別が難しくなった⁽⁴¹⁾。

5 判例変更の射程を示した判決

(1) 事実の概要

A男は、B女と婚姻していたが、長期間にわたって、Y女と事実婚を形成していた。Aは、1999年4月14日に死亡し、Xらは、その相続人である(なお、訴訟継続中に、Bも死亡した)。

AとYは、1993年に、不動産(以下、「本件不動産」という。)を取得し、その持分割合は2分の1ずつであり、その旨登記がされた。その代金は、付帯費用を含めて、275000DMであり、そのうち120000DMはAが現金で支払った。残金は、Aが借主となって、160678DMを借り入れた。1994年5月10日、Yは、Aから公正証書による契約によってその持分を譲り受け(以下、「本件契約」という。)、1995年1月、本件不動産の単独所有者として登記がされた。本件契約第2条には、Aの債務をYが引き受け、YはAの生存中Aの同意なくAから譲り受けた持分を処分せず、本件契約第3条には、事実婚が終了したときにはAから譲り受けた持分をYはAに譲り渡すことが定められていた。さらに、Y及びAは、Yが前記処分禁止に違反した場合にAが有する返還請求権は相続の対象とならないことを合意していた。また、本件契約第3条では、Aはその生存中本件不動産を無償で使うことができることが定められていた。

(2) LG Koblenz2003年1月23日判決

Xら、Yに対して遺留分減殺(補充)請求をしたところ、裁判所は、本件契約は贈与契約ではないとして、その請求を棄却した。

(3) OLG Koblenz2004年1月29日判決

Xらは、第1審で主張した請求原因のほかに、本件不動産の代金として支出した合計120000DM及び借金の返済として支出した71443,75DMの清算を請求した。しかし、裁判所は、第1審で却下された攻撃防御方法は、ZPO531条2項⁽⁴²⁾により認められないとして、Xらの控訴を棄却した。

(41) Herbert Grziwotz, Von der faktischen Lebensgemeinschaft zur Zusammenlebensgemeinschaft, FPR 2010, 370.

(42) 新たな攻撃防御方法は、ZPO531条2項に掲げられている場合に限り、第2審において、提出することができる。

(4) BGH2005年7月13日判決

Xらが上告したところ、裁判所は、原判決を破棄し、本件を原審に差し戻した。

(5) OLG Koblenz2006年5月4日判決

裁判所は、426条1項1文に基づきXらの求償請求が認められるとして、Xらの請求をおおむね認め、「Yは、Xら各自に対して、15338,75ユーロを支払え」との判決をした。Yが上告したところ、BGHは、次のとおり判示して、原判決を破棄し、Xらの控訴を棄却した。

(6) BGH2009年11月25日判決⁽⁴³⁾

ア 426条1項1文は、「別段の定めがない限り」と規定しており、AY間の事実婚は、別段の定め該当する。したがって、連帯債務者間の求償関係は、本件では問題とならない。たしかに、事実婚に照らして通常でない取引の場合には、求償を認める余地もあるが、本件はこれに該当しない。

イ 本件の出捐は、共同体に関連しており、事実婚に関連する出捐は、組合が認められる場合、並びに判例変更により肯定されるに至った行為基礎の喪失及び不当利得が認められる場合に、その清算請求が可能である。本件では、これらの要件を充足しないので、清算請求は認められない。

ウ 組合が認められるためには、当事者間に法的拘束力のある意思が存在していなければならない。事実婚を超える目的があってはじめてこのような意思が存在しうる。本件契約には、この目的は存在しない。

エ 出捐者の視点からして生活共同体が出捐者の死亡によって終了するのは自然の成り行きであるから、313条の行為基礎の喪失に該当しない。これに対して、出捐受領者の死亡によって生活共同体が解消する場合には、313条に基づく請求権を考えることができよう。

オ 生前その不動産に関与するという目的が達成されているので、812条1項2文の不当利得に基づく返還請求権は発生しない。

(7) 検討

ア 事実婚当事者の一方の死亡によって事実婚が解消するのは、事実婚が挫折するのではなく、事実婚がその目的を達成したからである⁽⁴⁴⁾。

(43) NJW 2010,998=FamRZ 2010,277=MDR 2010,445=MittBayNot 2010,394.

(44) Michael Coester,Anmerkung zu BGH Urteil v.31.10.2007,JZ 2008,316.

いままでは、離別による解消であれ、死亡による解消であれ、判例は、清算請求権を否定していた⁽⁴⁵⁾。前者の場合に、清算請求が認められるように判例が変更されたが、後者の場合には、清算請求は認められない。つまり、事実婚の解消原因によって、清算請求権の成否が異なることに注意すべきである。もっとも、後者について、清算請求権が否定されるべきであるとする説が、本判決の前から存在していた⁽⁴⁶⁾。当事者双方は、出捐した当事者の相続人が受領した当事者に対する清算請求権を有するとの意思を有することはそうあることではないからである⁽⁴⁷⁾。

イ 事実婚当事者の一方の死亡によって事実婚が解消するが、死亡した者が出捐者か出捐受領者かは、清算請求の成否に影響を与える。本件のように出捐者ではなく、その受領者が死亡した場合は、清算請求権が存在しうる⁽⁴⁸⁾。

6 おわりに

BGHは、判例を変更し、事実婚が離別により解消された場合において、清算請求を理論的には認める余地を広げた⁽⁴⁹⁾。これに対して、事実婚が当事者の死亡により解消し、出捐した当事者の相続人から出捐受領者である残された当事者に対する清算請求を否定している。

日本においても、最決平成12年3月10日民集54巻3号1040頁が、「内縁の夫婦の一方の死亡により内縁関係が解消した場合に、法律上の夫婦の離婚に伴う財産分与に関する民法768条の規定を類推適用することはできないと解する

(45) BGHZ 77,55=NJW 1980,1520=FamRZ 1980,664.

(46) Michael Coester(Fn.44),JZ 2008,316;Maximilian Freiherr von Proff(Fn.3),NJW 2008,3269;Martin Schwab(Fn.36),ZJS 2009,122.

(47) Maximilian Freiherr von Proff,Tod des nichtehelichen Partners und Vermögensausgleich, NJW 2010,983;Karlheinz Muscheler,Anmerkung zu BGH Urteil v.25.11.2009,ZEV 2010,150.

(48) Gerd Weinreich,Ausgleich bei Tod des zuwendenden Partners? FPR 2010,382.

(49) BGH第12民事部が旧判例を変更したとはいえ、清算請求が認められるのはこれまでと同様に例外であり(Marina Wellenhofer,Anmerkung zu BGH Urteil v.9.7.2008,JuS 2008,1126)、実際にBGH第12民事部が清算請求を認めた事案はなく、清算請求を認める最初の例がいつ登場するか、固唾を呑む状況である(Marina Wellenhofer,Anmerkung zu BGH Urteil v.25.11.2009,JuS 2010,258)。

のが相当である。民法は、法律上の夫婦の婚姻解消時における財産関係の清算及び婚姻解消後の扶養については、離婚による解消と当事者の一方の死亡による解消とを区別し、前者の場合には財産分与の方法を用意し、後者の場合には相続により財産を承継させることでこれを処理するものとしている。このことにかんがみると、内縁の夫婦について、離別による内縁解消の場合に民法の財産分与の規定を類推適用することは、準婚的法律関係の保護に適するものとしてその合理性を承認し得るとしても、死亡による内縁解消のときに、相続の開始した遺産につき財産分与の法理による遺産清算の道を開くことは、相続による財産承継の構造の中に異質の契機を持ち込むもので、法の予定しないところである。また、死亡した内縁配偶者の扶養義務が遺産の負担となってその相続人に承継されると解する余地もない。したがって、生存内縁配偶者が死亡内縁配偶者の相続人に対して清算の要素及び扶養の要素を含む財産分与請求権を有するものと解することはできないといわざるを得ない。」と判示している。上記判例は、事実婚が離別によって解消された場合と事実婚当事者の一方の死亡によって事実婚が解消した場合を区別して、後者につき清算請求権を否定しており、これは、かなりの程度においてドイツと日本で共通する。

上記判例について、学説は、死亡による解消の場合も含めて財産分与の規定を類推適用すべきであるとする説⁽⁵⁰⁾と離別による解消の場合も含めて財産法で処理すべきであるとする説⁽⁵¹⁾に分かれている。

事実婚が離別によって解消された場合における財産の清算は、財産法の問題であり、組合、不当利得、行為基礎の喪失などにより処理する方向を積極的に検討すべきである。その中で、離婚の場合における財産分与との共通性を見出し

(50) たとえば、二宮周平「内縁の死亡解消と財産の分配」立命館法学 271・272号下巻(2000年)758頁は、「どのような家族形態であれ、そこに共同生活としての実態があり、生計の相互依存関係がある以上、等しく法的保護が認められるべきなのである。内縁の死亡解消に財産分与を準用することは、こうした価値中立的な保護を進めるものとして位置づけることができるのではないだろうか」と述べる。

(51) たとえば、大村敦志・家族法(第3版)(有斐閣、2010年)237頁は、「財産分与・相続権による場合(とくに後者)には、一定の割合が抽象的に保障されるのに対して、財産法の論理に従う場合には、少なくとも理論上はより精密な清算が必要となる。しかし、婚姻という制度に服していないカップルについては、むしろそうするのが妥当ではないかと思われる」と述べる。また、伊藤司「生存内縁配偶者の権利

駒澤法曹第7号(2011)

ていくべきである。また、事実婚が当事者の死亡によって解消した場合も、財産法の問題として考え、死亡した当事者が出捐者か出捐受領者かで区別することを検討すべきである。

についての一考察」富大経済論集 46 卷 3 号(2001 年)31 頁は、「内縁当事者は、内縁関係が婚姻と同じように、原則として一方が死亡するまで継続するということを期待できない」、と述べる。