

博士論文

婚姻関係と居住権概念

— 中国と日本における配偶者の保護の法的施策 —

Marital Status and the Concept of Inhabitation Right: Legal
Measures for the Protection of Spouses in China and Japan

横浜国立大学大学院

国際社会科学府

張凱

ZHANG KAI

目次

第一章 序論	1
第一節 研究の背景	1
第二節 本論文の目的	3
第三節 本論文の構成	4
第二章 中国における居住権に関する研究の現状	5
第一節 民法典の施行前の段階での居住確保に関する条文の分析	5
一 婚姻法司法解释（一）第 27 条における住居の提供	5
（一）離婚経済援助制度と離婚配偶者の居住の保護	5
（二）婚姻法で確立された離婚経済援助制度の問題点	8
（三）離婚経済援助制度の完全化の必要性	11
二 女性權益保障法第 48 条における住居の確保	12
（一）女性權益保障法第 48 条と離婚配偶者の居住の保護	12
（二）学説・裁判例	13
三 「人民法院による離婚事案の審理における財産分与問題に関する若干意見」第 14 条における住居の確保	14
（一）意見第 14 条により規定された居住確保策	14
（二）条文内容の不完備により司法実務中に生じた問題点	15
（三）条文の内容を完全なものとする必要性	15
四 高齢者權益保障法第 16 条における住居の確保	16
（一）高齢者權益保障法と高齢者の居住確保	16
（二）高齢者の居住確保の背景と課題	18
五 小括	18
第二節 居住権に関する規定の法整備活動	19
一 物権法の制定における論議	20
（一）2002 年民法典草案（徵求意見稿）	20
（二）2004 年物権法草案（第二次審議稿）	29
（三）2005 年物権法草案（第三次審議稿）	33
（四）最終稿により削除された理由	37
二 民法典の物権編改正に関する議論	38
（一）第一次審議草案	40
（二）第二次審議草案	44

(三) 民法典草案意見徵求稿.....	50
(四) 民法典最終稿.....	52
三 小括.....	53
(一) 条文の改正経緯のまとめ.....	53
(二) 私見.....	54
第三章 中国における居住権に関する司法実務の検討.....	59
第一節 婚姻関係と居住権事例.....	59
一 離婚に伴う紛争事例.....	60
(一) 離婚における居住に関する紛争事例の検討.....	60
(二) 離婚後居住権に関する裁判例の全体像の考察.....	105
二 相続に伴う紛争事例.....	112
(一) 現行法における高齢者の居住権に関する規定.....	113
(二) 高齢者の居住確保の現実的必要性.....	115
(三) 実務に現れた紛争事例の検討.....	119
三 「分家析産」に伴う紛争事例.....	160
(一) 親子間において居住の権利の保留を条件としてなされた建物の贈与事例... 161	
(二) 「分家析産」に伴う居住の権利の設定に関する紛争事例.....	170
第二節 判決により示された居住利益の確保手段の不完備性.....	178
一 実務に現れた住居の居住の権利に関する問題点の分析.....	178
(一) 物権法定主義の下における居住の権利の請求の却下.....	178
(二) 判決で示された居住の権利の法的性質の検討.....	180
(三) 居住利益の確保に関する諸法制度の混用.....	186
二 裁判例から見た民法典の居住権制度の現実的価値及びその問題点.....	188
(一) 居住権制度の創設の現実的必要性.....	188
(二) 裁判例から見た居住権制度に残された問題点.....	190
第四章 日本における配偶者の居住確保の方策とその参照価値.....	194
第一節 離婚の場合における婚姻用不動産の利用権の設定.....	194
一 現行民法の下での離婚配偶者の居住の確保方策をめぐる検討.....	194
(一) 夫婦財産制と離婚配偶者の居住の保護.....	194
(二) 離婚後の配偶者の居住確保に関する検討.....	198
(三) 離婚後の利用権の設定に関する裁判例.....	207

(四) 使用借権の付与という方法の運用の実態.....	222
二 日本 ^の 裁判実務で運用される使用借権の設定という方策から得られる中国法への示唆.....	225
(一) 中国における使用借権の付与の可能性に関する検討.....	225
(二) 日本 ^の 裁判例で運用される使用借権設定の中国法への参照価値.....	230
第二節 相続における生存配偶者の居住確保の法的手段	234
一 日本における平成30年民法改正の立法的背景.....	234
(一) 生存配偶者の居住保護を図る法制度の必要性.....	235
(二) 平成30年民法改正前の段階における配偶者の居住確保の法的手段の不完備性.....	235
二 平成30年民法改正で創設された配偶者居住権制度.....	238
(一) 平成30年民法改正に至る経緯.....	238
(二) 平成30年民法改正で確立された配偶者居住権制度の内容.....	239
(三) 配偶者居住権制度をめぐる議論.....	242
三 配偶者居住権制度の光と影.....	250
(一) 配偶者居住権制度の現実的価値.....	250
(二) 配偶者居住権制度自体の問題点.....	252
四 日中両国における居住権に関する法制度の比較.....	254
(一) 日中両国における居住権に関する法制度の共通点.....	254
(二) 日中両国における居住権の相違点に関する検討.....	257
第五章 中国における居住権制度に関する提言	261
第一節 離婚経済援助制度の補強	261
一 離婚経済援助制度の法的位置付けの再考察.....	261
(一) 離婚後居住の確保という方策の日中両国における位置付け.....	261
(二) 中国法の下での離婚経済援助制度の法的位置付けの再検討.....	263
二 離婚経済援助制度の補強策.....	264
(一) 制度適用対象の認定基準の再検討 — 「生計困窮者」の判断基準の緩和— ..	264
(二) 居住確保策の運用期間の明確化.....	266
三 利用権の設定という法手段の運用.....	267
(一) 離婚経済援助制度の限定的な適用対象と居住確保の実態.....	267
(二) 利用権の付与の法的位置づけ.....	268
(三) 利用権の付与という方法の運用に関する提言.....	271

第二節 居住権制度の強化に関する提言	273
一 居住者の範囲の拡大化	273
(一) 学説上で展開された議論	274
(二) 居住者の範囲の拡大に関する提言	276
二 権利の種類増加	276
三 権利の設定手段の追加	278
四 登記義務者の明示	278
五 相続編における生存配偶者のための特別な内容の明記	279
(一) 民法典で創設された居住権制度の不備さ	279
(二) 生存配偶者のための居住権の内容に関する提言	280
 第六章 結論	 283
第一節 本研究における検討結果	283
第二節 今後の研究課題及び展望	286
 別紙資料一・略語表	 289
 別紙資料二・事例一覧	 291
 別紙資料三・参考文献	 302

第一章 序論

第一節 研究の背景

各国の立法ないし司法実務において、配偶者の「居住権」は家族法制度中の不可欠な権利であると言える。中国では、婚姻関係の終了に際して財産分与で婚姻中の居住建物の所有権を取得しなかった離婚配偶者の離婚後の居住を確保する必要があるときに、その居住の権利が問題となる。もちろん、夫婦財産制として「婚姻中取得財産共有制」を採用する中国法のもとでは、婚姻中に購入された居住建物は夫婦の一方の名義によってその所有権登記が行われた場合においても、夫婦の実質的な共有財産に属するものとされ、夫婦双方は婚姻中に当該建物を使用する権利を有する。また、婚姻関係の成立に伴い、夫婦はお互いに扶養義務を負い、それによって、婚姻中は他方配偶者の特有財産である居住建物についても非所有者である配偶者はこれを使用することができる。しかし、婚姻関係の破綻により離婚に至り、財産分与で婚姻用の居住建物の所有権を取得しなかった配偶者について、この建物の継続的な使用を求めることが相当であるような事情がある場合、それを可能とするための立法的解決が必要である。これが保障されないと、当該配偶者は転居費用や新たな住居を確保する必要が生じ、それによって離婚に伴い多大な不利益を被る恐れが生じる。

あわせて、夫婦の一方の死亡による婚姻解消の場合である相続の場合においても、生存配偶者は住み慣れた居住建物に住み続けることを希望するというのが中国では一般的である。しかし、相続で建物の所有権を取得する又は当該建物に住み続けるための所有権以外の権利を設定するなどの法的手段のいずれによっても、生存配偶者の生計の資金と居住の利益を共に確保することはしばしば困難となる。そこで、離別の場合のみならず、死別の場合でも、配偶者の居住の利益を保護し、従来 of 居住建物に住み続けたいとの要望に対応する必要がある。

中国では、離婚により居住の困窮状態に陥る恐れがある配偶者の利益を保護するために、離婚経済援助制度が確立されている。離婚経済援助制度を規定する婚姻法第 42 条は、2021 年 1 月 1 日の中国民法典（2020 年 5 月 28 日に第 13 期全国人民代表大会第 3 回会議において「中華人民共和国民法典」として可決された。以下、「民法典」と言う。）の施行によって、その法的効力が失われたが、民法典第 1090 条は離婚経済援助制度の内容を承継したことから、民法典の施行後においても、離婚経済援助制度は依然として法律により明文化された法制度となっている。もちろん、離婚配偶者の利益保護において、民法典第 1090 条で踏襲されたこの離婚経済援助制度は従来通り重要な役割を果たすであろうことは否定できない。しかし、2021 年に施行された民法典のこの制度に関する条文の内容の不完備さのため、実際の運用に際して離婚夫婦間で権利の存続期間や紛争の解決方法などについての争いが新たに生じる恐れがあることを指摘できる。また、民法典が承継した同制度は、適用対象について従前と同様に、離婚により生活の困窮状態に陥る恐れがある配偶者との制約を加えている。それにより、例えば、適用対象外の配偶者が就学期にある子の就学環境を確保するために従前の住居に住み続けること

を要するなどの現実的必要性がある場合には対応しておらず、この点についての立法的解決も求められる。

一方、日本は夫婦財産制として別産制を採るが、裁判実務では、離婚時の扶養的な財産分与として、就学期にある子や障害のある子の直接的な養育義務を負う配偶者や高齢の配偶者などに対して他方配偶者の所有建物の利用権を付与することを通じて、当該配偶者の離婚後の居住を保護するという方法が取られることがある。この方法の適用は、高齢の離婚配偶者の安定的な居住環境の保護に資することができ、また、就学期にある子の就学環境や障害のある子の生活環境の保持に対しても有用なものである、そこで、日本の裁判実務で運用されている離婚した配偶者の利益保護のための方策が中国法の離婚経済援助制度の問題点の解決に対して参照価値があるかどうかについての検討が必要となる。

さらに、日中両国ともが既に高齢化社会に突入し、今後もこの傾向が急激に進行するものと見込まれている。こうした社会の実情に対応するために、様々な分野で相応しい仕組みの整備が求められるが、その中で、夫婦の一方の死亡後の高齢配偶者の安心な居住環境の確保は重要な課題の1つである。この点については、両国とも立法的解決によって高齢の生存配偶者の居住確保に関する需要に対応していると見ることができる。中国では、民法典において、居住権が用益物権として明文化され、それにより、居住権制度が法律上正式に確立された。民法典による居住権制度の創設は、権利の法的性質の明示、権利の無償性の確定、居住確保という権利の趣旨の明文化及び権利の消滅事由の明記などの点において、今後裁判実務に現れる居住権に関する紛争の解決に資することができる。しかし、民法典の居住権の条文を検証すると、権利の種類や生存配偶者の居住確保の観点からの条文の欠如など法制度の不完備が見られ、民法典の居住権の諸条文を運用しても、生存配偶者の居住確保を確実に実現できるとは言えない。

他方で、日本では、所有者である配偶者の死亡後、残された生存配偶者が住み慣れた居住建物を継続して使用したいと望む場合、その要望を満たす方策を一内容とする民法改正が平成30(2018)年に行われ(以下、「平成30年民法改正」と言う)、配偶者居住権制度が確立された。

ただし、中国はもちろん、日本においても、これらの法制度のいずれも制度の適用対象に制限が加えられるなどの問題点がまだ残されており、それを完全化するためには法制度に関する検討がなお必要となる。そして、日中の両制度ともが新しく発足したものであり、施行されたばかりの2021年の時点においては、裁判実務でこれらの法制度を適用して生存配偶者の居住問題を解決しようとした事例はまだほとんどみられない(2022年3月段階で両国とも公刊された裁判例などはない。)。そのため、実際には、両制度が裁判実務に現れる生存配偶者の居住の権利に関する紛争の解決に対していかなる役割を果たせるかは不透明な状態にある。

このような状況を受け、本論文は、中国法における離婚時及び相続時の配偶者の居住確保を図るための法制度の完全化のための提言を試みることを目的として、日中両国に

においてこれまで取られてきた配偶者の居住保護を内容とする法的施策と立法による「居住権」制度の確立及びその具体的な規定のあり方の比較研究を行うものである。もちろん、配偶者の居住保護という観点から、一種の社会保障的意味を持つ高齢者權益保障法等の内容も本論文においては言及しているが、民法の視点から婚姻関係と配偶者の居住保護をめぐる検討を行うことが本論文の主な目的である。すなわち、本論文は、婚姻解消に際しての夫婦間の財産関係の処理という観点から配偶者に対する居住の確保に検討を加え、民法における婚姻の法的効果という私法的側面からの分析を提示することを軸とする。

第二節 本論文の目的

中国では、離婚経済援助制度は離婚配偶者の利益確保のための重要な法制度の1つである。裁判実務では、離婚経済援助制度の諸方策を用いて配偶者の離婚後の居住を確保しようとする事例が多く見られる。ただし、婚姻法第42条で確立された離婚経済援助制度や民法典第1090条で踏襲された離婚経済援助制度のいずれにおいても、制度自体に適用要件の欠如などの問題点が残されており、それを解決するための現行法の解釈や法的な仕組みの整備が必要となる。

また、中国の民法典で新設された居住権制度の下では、離婚配偶者の居住確保を内容とする権利への当該居住権制度の内容の準用が明記されていない。それにより、居住権制度の確立にも関わらず、民法典の施行後においても、離婚の事案において現れる離婚配偶者の居住の保護という問題は、依然として離婚経済援助制度を適用して解決されることになる。

そこで、中国法における従来の離婚経済援助制度の問題点を抽出した上で、その分析に基づき、同法制度を完全なものとする必要があると考えられる。したがって、離婚経済援助制度の完全化のための提言を試みることも本論文の目的の1つである。

さらに、本論文の第二の目的は、日中両国における生存配偶者の居住保護を内容とする法制度の比較研究を通じて、中国法における生存配偶者の居住確保のための法制度の強化に関する提言を試みることである。日本における平成30年民法改正によって、生存配偶者の居住確保を目的とする配偶者居住権制度が確立された。一方、中国では、民法典で新設された居住権制度において、遺言及び当事者同士の合意などの方式によって設定された生存配偶者のための居住の権利は居住権の1つとして位置付けられ、これをめぐる紛争は民法典の居住権に関する諸規定を適用解決されることになる。高齢化社会の下では高齢者の生活の保障等が社会問題としては深刻化している実態の下で、所有者である被相続人の死亡後の生存配偶者の居住の確保について、日中両国とも法制度の整備による立法的解決を試みたと言える。

しかし、中国法における居住権制度に残されている、権利の種類の混用や生存配偶者の居住確保に関する条文の欠如などの問題に着目すると、現実には居住権制度の諸条文を運用することによっても生存配偶者の居住の確保を確実に実現できない恐れがあると

考えられる。そのため、本論文では、日本法の配偶者居住権制度における生存配偶者の居住確保のための役割を明らかにし、その中国法への参照価値を解明した上で、中国法における生存配偶者の居住保護制度をより完全なものにするための提言を行う。

第三節 本論文の構成

本論文では、婚姻関係と居住権概念を研究対象として、中国と日本における配偶者の居住保護の法的施策を比較し、日本法における配偶者の居住保護のための諸施策の中国法への参照価値を探る。その上で、中国における配偶者の居住保護制度の完全化のための提言を導く。

ここでは、まず、中国法の下での配偶者の居住保護を内容とする法律規定の変遷について論じた。民法典による居住権制度創設前の段階における配偶者の居住保護に関する諸法律の各条文を整理し、その成立の経緯を示した上で、これらの条文の問題点を抽出した。そして、各条文の不完備さに関する分析をもとにして、中国において配偶者の居住保護を内容とする法制度を完全化にする必要性について論じた。それに続いて、中国における居住権制度をめぐる諸学説の研究状況を分析するとともに、それに基づき進められてきた居住権制度に関する法整備の推移に着目して、物権法改正の段階及び民法典創設の段階で展開された諸議論を紹介し、これら理論面の議論に基づいて居住権制度の創設の必要性とその意義について検討を加えた。

次に、中国の裁判実務に現れた離婚配偶者の居住の権利の実態について、裁判例を網羅的に収集し検討した。そして、そこから判明した諸問題点を抽出し、離婚経済援助制度の完全化の現実的必要性を確認した。

続いて、日本では裁判離婚の際に相手方所有の居住建物への使用貸借権や賃借権の設定という法的手段を用いることが可能であることに鑑み、この方策が中国の裁判実務における問題点の解決への参照価値を有することを明らかにした。また、中国の裁判実務における生存配偶者の居住保護事例の検討を通じて、裁判例に表れた法律上の諸問題点を明らかにし、その解決に対して民法典の居住権制度が持つ現実的価値を解明した。さらに、日本における平成30年民法改正により確立された配偶者居住権制度を対象に立法の経緯と各規定の内容を分析し、中国法への参考価値を析出した。

最後に、中国における諸立法審議、学説及び裁判例の研究を通じて抽出できた問題点及び日中両国における離婚時及び死亡時の配偶者の居住確保のための民法上の法制度を比較検討し、婚姻解消時の配偶者の居住保護の法的施策という本論文の課題に対して中国の法制度の完全化のために必要な提案を行うとともに、あわせて今後の課題についても言及した。

第二章 中国における居住権に関する研究の現状

中国では、民法典の施行に伴い、居住権制度が正式的に創設されることになる。ただし、離婚配偶者の以後の居住確保を内容とする権利は居住権制度の内容を準用することが民法典によって明記されておらず、それと共に、民法典第 1090 条は婚姻法第 42 条の内容を承継し、離婚経済援助制度も民法典によって踏襲されたことから、民法典の施行に関わらず、離婚配偶者の居住確保という問題は依然として離婚経済援助制度の適用により処理されると考えられる。そこで、本章では、民法典の施行前の法律体系の下での居住の確保に関する条文、及び民法典で確立された居住権制度の内容に関し議論を試みる。

第一節 民法典の施行前の段階での居住確保に関する条文の分析

居住権制度が民法典によって確立された前の段階では、民法又は婚姻法に「居住権」に関する条文上の規定は存在しない。しかし、強いて言うならば、居住利益に関わる条文が幾つか存在している。具体的に、離婚した当事者双方の居住確保につき、婚姻法第 42 条及びこれに関連して婚姻法司法解释（以下、「司法解释」と言う）（一）第 27 条は、法的施策を規定し、さらに、離婚した女性に対して、女性権益保障法第 48 条及び最高人民法院により公布された「人民法院により審理された離婚案件の財産分与問題に関する若干の意見」第 14 条は、離婚により困窮している女性の居住確保策を規定した。また、高齢者の居住確保の法的施策が、高齢者権益保障法第 16 条により規定されている。

これらの条文の中で、婚姻法及び最高人民法院の意見は民法典の施行に伴い、その法的効力が失われるが、女性権益保障法及び高齢者権益保障法は依然として有効なものであることから、民法典の施行にも関わらず、それを用いて女性及び高齢者の居住問題を処理することが可能となる。

一 婚姻法司法解释（一）第 27 条における住居の提供

（一）離婚経済援助制度と離婚配偶者の居住の保護

1. 婚姻法とその司法解释

離婚の場合について、離婚した夫婦の間での財産関係の処理において、居住利益に関する規定が見られる。すなわち、婚姻法第 42 条は、「離婚の際、もし一方が生活に困窮しているならば、他方は住宅等個人財産の中から適切な援助をしなければならない。その具体的な方法は双方の協議による。協議が調わないときは、人民法院の判決による決まる。」と規定しており、離婚後の夫婦間における個人財産をもってする援助について、住宅に関する支援を明示する。さらに、これに関連して司法解释（一）第 27 条は、「婚姻法第 42 条に言う『一方の生活困難』とは、一方の個人財産と離婚の際に得た財産では当該地域において、基本生活水準¹を維持できないことを意味する。離婚後、一方配

¹ 最高人民法院民事審判第一法廷により公布された「婚姻法の適用に関する若干の問題の起草説明」によると、司法解释第 27 条で規定された「生活困難」につき、固定基準を適用し、当該地域における基本的な生活水準を判断基

偶者が住居を有さない場合は、『生活困難』に該当する。離婚時に、他方配偶者が個人財産である住居を用いて生活困難者を援助する場合、家屋の居住権又は家屋の所有権をそれに当てることができる。」と規定する。

すなわち、中国の婚姻法及びその司法解釈においては、離婚後、一方配偶者が住居を有していない場合は、「生活困難」に当たるのであり、離婚時に、夫婦の他の一方がその個人財産による援助として住居をもって生活困難者である一方配偶者を援助する場合、家屋の居住権又は家屋の所有権をその方法として用いることができるとされている。上記条文から見れば、婚姻法の立法機関及び解釈機関²は、離婚した配偶者の居住の確保の問題を法律の条文を通じて解決することを意図していることがうかがえる。

しかし、条文の文言を見ると、婚姻法第 42 条は、離婚に伴い当事者間の義務として定められた経済支援制度の中の一法的施策として位置づけられており、同条に関する司法解釈も、離婚経済支援制度に属するべきものと考えられる。換言すれば、確かに、民法典の施行前の段階では、居住の確保を内容とする条文は設けられているが、これは「居住権」制度を創設するというよりも、離婚した夫婦の一方の居住の確保を離婚経済援助の手段と定め、当事者の離婚後の生活水準を維持することを図ったものと言える。

離婚経済援助は、婚姻中の夫婦の財産関係について共有制を採る中国の婚姻法のもとで、離婚時の夫婦の実質的な共有財産の清算のみによって離婚後に当該地域において最低限度の生活水準を維持できない配偶者のために設けられた制度である。中国では、婚姻関係の存続中に取得した財産は、通常、夫婦の共有財産に属する。離婚の際、夫婦の共有財産は二分の一原則に基づき、平均的に分与している。ただし、一方配偶者は離婚により生活に困窮すれば、当該分与方法は当事者間に実質的な公平を失う恐れがある。したがって、経済援助能力を有する配偶者は、離婚により生活の困窮状態に陥る恐れがある一方配偶者に対して、適切な経済援助を与えることは、当事者間に実質的な分与公

準にすべきである。判断基準である基本的な生活水準は、当該地域における平均的な生活水準を意味していなく、最低限の生活水準を意味している。

中国では、国民の最低限の生活水準を維持するために、最低生活保障制度を利用している。最低生活保障制度とは、世帯内一人当たりの収入水準は当該地域における地方政府により確定された最低生活標準より下回ったときに、国から経済支援金を取得することにより、当該家族成員の基本的な生活水準を維持する社会保障制度である。最低生活保障標準を確定するに際し、通常、当該地域の平均的な生活水準、最低生活水準の維持費用、経済発展水準及び政府の財政負担能力、この期間の物価指数など判断要素を総合的に考慮すべきである。

都市部と農村部は、異なる判断標準を採用している。すなわち、都市部では、政府は、都市住民の基本的な生活水準を確保するために、当該地域の経済発展水準及び生活水準などに基づき、当該地域における最低生活保障標準額度を制定し、これにより最低生活保障水準より低い収入水準を維持している住民に対して差額援助を与える。李春根＝夏瑀「中国城市最低生活保障標準：変化軌跡と現実考量」中国行政管理第 12 期（2014 年）90 頁参照。

農村部では、2007 年 7 月に国務院により公布された「全国における農村最低生活保障制度の確立に関する通知」によると、農村最低生活保障標準は、県レベル以上の人民政府により、当該地域の農村住民の一年間の飲食、服装、水道料金、電気料金など費用を確認した上で、上級地方政府に報告して記録に載せた後に、公布執行される。

（註：国務院は、中華人民共和国国務院の略称であり、最高国家行政機関である。日本における内閣に相当する。）蘇樹厚＝段玉恩等「農村最低生活保障制度創新研究」中国社会科学出版社（2014 年）237 頁。

² 中国の憲法第 58 条によると、全人代及び全人大常務委員会は、国家の立法権を行使する。しかも、1981 年 6 月に全人大常務委員会により公布された「法律解釈工作を強化する決議」において、「最高人民法院は審判工作中において、最高人民検察院は検察工作中において、それぞれ法律・法令を具体的に応用する問題に関して解釈を行う」と決議した。すなわち、全人大常務委員会は、全人代の常設機関であり、全人大閉会中に最高の国家権力を行使し、立法機能を代行する。全人大常務委員会は、上記決議により最高人民法院と最高検察院に司法解釈の権限を授権したことにより、自らは立法と法律解釈の権限のみを留保したことになった。

平の確保や離婚した配偶者の以後の利益保護などに対して一定の役割を果たすという側面を持つものである。

すなわち、婚姻法第 42 条はそのような離婚経済支援制度の内容を具体化し、離婚により生活に困窮する一方配偶者に対して、他方配偶者は自らの所有する個人財産によって経済支援をすべき義務を負うと規定する。そして、これに関連して婚姻法司法解释

(一) 第 27 条は、「生活に困窮している」の判断基準を説示し、住居を有さないことも生活困難であることを明記して、離婚当事者間での住居の提供の法的位置づけを明確にした。

しかし、民法典の施行に伴い、婚姻法の法的効力が失われることになり、それによって婚姻法第 42 条及びそれに関連する司法解释を根拠として離婚配偶者に対して居住の保護などの権利を付与することができなくなる。それにも関わらず、民法典第 1090 条³によって、婚姻法第 42 条で確立された離婚経済援助制度は、民法典により踏襲され、それにより、民法典の施行後においても、離婚した配偶者が相変わらず離婚経済援助制度の内容を準用して自らの以後の居住利益を確保することが可能である。民法典第 1090 条は、離婚により生計の困窮状態に陥る恐れがある配偶者に付与する援助に関し、以下のように規定する。すなわち、離婚の際、一方が生計に困窮している場合には、経済的資力を有する他方配偶者は適当な援助をしなければならず、その方法は、離婚夫婦双方の協議により決まるが、協議が調わないときは、人民法院が判決で確定する。

婚姻法第 42 条と比べ、民法典第 1090 条は、離婚後の経済援助を与える場合における援助義務者である配偶者が経済的資力を有するとしてその方策の運用に制限を加え、すなわち、「生計困窮者」に該当する配偶者が人民法院に経済援助を求めたとしても、他方配偶者が経済資力を有さなければ、離婚後の経済援助を内容とする方策の運用余地がなくなる。それは、離婚経済援助制度の運用で援助義務者の利益が過剰に制約される危険性の回避に資することができる。ただし、婚姻法の司法解释によって規定された離婚経済援助制度の適用対象、適用方法などに関する内容は、民法典及びそれに関する司法解释で踏襲されなかったことから、民法典の施行に関わらず、婚姻法及びその司法解释に関する検討が離婚経済援助制度の完全化に対して有用であると考えられる。

また、婚姻法司法解释 (一) で明記された離婚後居住権の設定や住居の提供などの援助方法も、民法典によって承継されておらず、その確定は離婚夫婦双方の合意又は人民法院の判断に委ねることに留まり、権利の設定や住居の提供などの居住確保を内容とする方法以外のものとするれば、離婚した配偶者の住み続けるという要望が満たさない恐れが生じる。

民法典が施行されたばかりの 2021 年の時点においては、同法典で踏襲された離婚経済援助制度を利用した離婚後の居住問題処理に関する裁判事例はまだ見られない。そこ

³ 民法典第 1090 条は、婚姻法第 42 条の内容を承継したが、その内容を以下の通りに変更した。第一に、経済援助義務者である配偶者が経済援助の資力を有することが要された。第二に、婚姻法第 42 条により明文化された「住宅等個人財産の中から」という要件を削除し、経済援助の適用対象に加えた制限を廃止した。

で、本論文では、民法典創設前の段階において、婚姻法及びそれに関連する司法解釈によって確立された離婚経済援助制度を対象として検討を加え、そこに表れた問題点を抽出する。その上で、離婚経済援助制度の完全化の現実的意味を検討する。

2. 学説・裁判例

司法解釈（一）第 27 条を離婚経済支援制度の施策と位置付ける立場は、学説及び司法実務によっても支持されている。すなわち、理論面の議論では、離婚に伴う救済措置として、離婚当事者のうち経済的支援能力を有する配偶者は、離婚により生活に困窮する配偶者に対して、自らの所有財産をもって一括的に、又は短期間内に継続的に金銭支援若しくは住居の提供を行うべきであるとするのが通説⁴である。

司法実務においても、基本的に、住居の提供を離婚経済支援の方策として、経済的支援金の支給と並んで命じるとの立場が見て取れる。具体的に言えば、裁判離婚の際、財産分与により取得した財産及び個人財産により、一方配偶者は、当該地域の基本的な生活水準を維持できなければ、離婚請求と共に離婚後の経済援助を主張する。人民法院は、離婚により当該配偶者が生活に困窮すると他方配偶者が経済援助能力を有すると判明した上で、離婚判決と同時に、経済援助能力を有する他方配偶者が、離婚により生活に困窮する一方配偶者に経済支援金の支給、又は住居の提供という方策の運用を命じる。

（二）婚姻法で確立された離婚経済援助制度の問題点

1. 「生活困難」の判断基準

婚姻法第 42 条及び司法解釈第 27 条で規定された「生活困難」の判断基準については、「絶対困難基準」を採用している。確かに、司法解釈第 27 条で採用された「絶対困難基準」は、実務では運用されやすく、当該条文の起草者も各地域における基本的な生活水準の基準について具体的な規定を制定していた情況に鑑み、その上で、各地域における基本的な生活水準を「生活困難」の判断基準として、実現可能である⁵。

学説から、「この判断基準は、離婚当事者が基本的な生活水準を維持できることを前提としており、離婚した夫婦の双方が婚姻継続中に維持していた生活水準や、一方配偶者が婚姻生活に対して行った貢献などの要素を考慮していない。確かに、1980 年以降、同年に公布された婚姻法と合わせ、計画経済の時代⁶においては、国民の生活水準は一般に低いレベルのものであり、基本的な生活水準を維持すれば十分であったが、国民の生活水

⁴ 離婚経済支援制度につき、通説は、離婚の際、夫婦の一方が離婚後生活に困窮することが判明すれば、協議又は判決により、経済支援能力を有する一方配偶者が、一時的に又は短期内に、他方配偶者に適当な金銭援助を与える制度と解する。巫昌禎編『婚姻与继承法学』中国政法大学出版社（2007 年）155 頁参照。

⁵ 黄松有編『婚姻法司法解释的理解与适用』中国法制出版社（2005 年）95 頁。

⁶ 中国では、1949 年から 1978 年まで、計画経済システムを実行していた。計画経済の時代、都市部では、価格統制や配給制度など集権的管理制度の下で国営企業が運営され、農村部では、人民公社に見られる農業集団化が実施された。この経済システムの大きな特徴は、生産に関してはノルマの設定、分配に関しては極端な平等分主主義である。その結果、国有企業と人民公社は共に生産が低迷し、消費が抑えられて、国民経済は疲弊することとなり、国民の生活水準も低下した。

準が既に向上した現在では、なお絶対困難水準を採用することは離婚により経済困難に陥った一方配偶者の生活の確保に役立たず、実質的な法律上の公平を実現することもできない。」⁷との指摘がされている。

2020年2月19日に、民政部⁸により公布された「2019年度第4季全国低保標準⁹」によると、都市部と農村部は異なる標準を採用しており、地域によって低保標準金額が異なっている。都市部では、低保標準は一人当たり毎月662.1元であり、上海市における低保標準は1160元で、都市部の中で最も高い。一方、農村部では、低保標準は平均して、一人当たり毎年5985.3元であった。ただし、たとえ離婚により一方配偶者の生活が大幅に下落したとしても、現在の中国では、国民の平均的な生活水準¹⁰から見れば、基本的な生活水準を維持できなくなるわけではないと見ることができる¹¹。したがって、現時点について、なおも1980年婚姻法によって定められた判断基準を採用することは、当事者の実際の生活確保には役立たず、離婚経済援助制度の趣旨とも合わなくなると言えよう。

このような状況に対して、学説では、「相対困難基準」に基づいて経済困難に該当するかどうかを判断すべきであるとの提言がされている。2001年の婚姻法改正時に、学者建議稿¹²において「相対困難基準」に関する条文が設けられた。具体的には、第1回学者建議稿において第70条が、「離婚の際に、一方配偶者が生活に困窮しているか、又は、離婚により一方配偶者の生活水準が大幅に下落することが明らかであるときは、経済能力を有する他方配偶者に適当な経済援助又は補償金を支払わせることができる。その具体的な方法は双方の協議による。協議が調わないときは、人民法院の判決によって定める。」¹³と規定していた。さらに、第2回学者建議稿第66条は、「離婚の際に、一方配偶者が生活に困窮しているか、又は、離婚により生活水準が大幅に下落するとき

⁷ 巫・前掲注3) 154頁。

⁸ 中国において、民政部は、國務院に属する行政部門であり、社会や行政事務を担当し、日本の総務省に相当する。

⁹ 前注(1)において、中国における最低生活保障制度を説明した。低保標準は、「居民最低生活保障標準」を略称であり、低保標準の公布につき、各地域の政府により、当該地域の最低生活保障標準の確定値を公布し、次の四半期に民政部は全国の実施状況を整理し、公布する。

¹⁰ 2020年1月に中国の國務院新聞弁公室により公布されたデータから見れば、2019年の全国民のエンゲル係数の平均が28.2%となり、連続8年で低下している。エンゲル係数は個人消費支出に占める食品支出の割合を示すもので、収入が低いほど食費の比重が高くなることから、貧困水準の指標となっている。一般に60%より高いと貧困、40~50%が小康(そこそこ豊か)、20~30%で富裕、20%以下で極めて富裕というのが、国際水準として認識されている。

1978年の中国農村家庭のエンゲル係数は約68%、都市家庭は約59%であり、加重平均計算は60%を超えていた。これによれば、当時、中国は貧困国家であり、国民の衣食問題はまだ解決していなかったと言える。それに対して、2019年には、中国全土のエンゲル係数は、平均で既に30%を下回っており、1978年から半減している。

¹¹ 2020年1月17日に、国家統計局により公布された「居民の収入及び支出状況(2019年度)」によると、2019年、全国では、国民一人当たりの収入は30733元であり、支出は21559元であった。具体的に、都市部では、居民一人当たりの収入は42359元であり、支出は28063元であり、農村部では、村民一人当たりの収入は16021元であり、支出は13328元であった。すなわち、都市部では、居民一人当たりの月支出は2338.6元であり、農村部では、村民一人当たりの年支出は13328元であった。これに対して、2020年2月19日に、民政部により公布された「2019年度第4季全国低保標準」によると、都市部では、低保標準は一人当たり毎月662.1元であり、農村部では、低保標準は平均して、一人当たり毎年5985.3元であった。すなわち、当該地域における国民の基本的な支出を考慮要素として確定された低保標準額は、都市部であっても、農村部であっても、平均的な支出額より大幅に低下している。

¹² 中国において、法改正の際、全人代法制工作委员会が法学専門家により座談会を開き、改正内容について検討を行ったと共に、専門家に法律内容を起草するように依頼した。通常、法学専門家により起草された法律草案は、専門家建議原稿と呼び、学者建議稿と略称する。

¹³ 王勝明=孫礼海編『「中華人民共和国婚姻法」改正立法資料選』法律出版社(2001年)445頁。

は、経済能力を有する他方配偶者が適当な経済援助を提供する義務を負う。離婚の際に、一方配偶者が住居を有していなければ、居住を有するか又は経済能力を有する他方配偶者は、必要な経済援助を提供しなければならない。」¹⁴と規定した。両条とも、「相対困難基準」を採用したものであり、離婚によって分与された夫婦の共有財産及び各自の個人財産により、当該地域における基本的な生活水準を維持することができなければ、「生活困難」に該当することを意味する。同時に、離婚後にたとえ一方配偶者が自らの生活水準を維持できるとしても、当該生活水準が婚姻関係存続中の水準より大幅に下落した場合も、生活困難とみなすとすべきであるとの立場が取られている。

確かに、「絶対困難基準」説と比べ、「相対困難基準」説は、現実の状況に応えられ、離婚により生活に困窮している一方配偶者に確実に経済支援を与え、離婚後も生活に困窮しないように確保することに資する考え方と言えよう。

2. 離婚後居住権¹⁵の概念について

(1) 権利の法的性質の不明確さ

婚姻法第 42 条や司法解釈第 27 条、或いは学者建議稿では、離婚した配偶者の居住の確保の必要性を指摘するが、そこにおける離婚後居住権の性質については明確に定義されなかった。その後、2021 年より施行された民法典の中で、居住権が用益物権であると明確に規定されたことに関わらず、人民法院は離婚配偶者の以後の居住環境を保護するために用いた離婚後居住権が、居住権制度の内容を準用することが法律により明記されなかった。そこで、本論文の検討対象となる離婚後居住権は、法律上債権的な性質を持つ権利であるものを念頭に置いており、離婚配偶者はこの権利の債権的又は債権類似の効力に基づき所有者である元配偶者（以下、「所有配偶者」と言う）所有配偶者に対して対抗力を有することを想定している。

中国法について見た場合、物権法改正及び民法典制定における検討からは、居住権は物権的な権利を持つものとして位置付けられるという立法者の立場が見て取れるが、離別の場合に「生活困窮者」に付与する居住の権利の性質に関し、明確に定義されていなかった。そのため、裁判実務では、離婚後の経済援助の方策の 1 つとしての離婚後居住権の付与を用いる場合、この権利を所有権の従たる権利として解され、その上で、物権的な性質を有するものとする判決が見られ、物権法定原則の下で当該権利を契約的な権利として位置付けた判決も散見される。

権利の法的性質は、その対抗力と密接な関わりを持つものであり、それによって性質の確定は権利者の利益保護に対して極めて重要な役割を果たす。その法的性質に関する条文が設けられていない現行法の下で、離婚配偶者の以後の居住利益を確保するためにそれに強力な対抗力を付与しようとしても、物権法定原則に反する恐れが生じることか

¹⁴ 王=孫・前掲注 13) 468 頁。

¹⁵ 中国では、民法典の施行前の段階において、婚姻法に関連する司法解釈（一）第 27 条で明記された「家屋の居住権」は、離婚経済援助の一施策として位置づけられ、権利性質上には民法典で明文化された「居住権」と異なるものであるため、本論文では条文内容の引用以外の場合に「離婚後居住権」という語を使う。

ら、結局実現不能となる。そして、居住権制度が民法典によって創設された現時点では、「生活困窮者」に該当する離婚配偶者に付与する離婚後居住権が、物権の権利ではなく、契約的な権利として位置付けるならば、人民法院の判決に法的根拠を提供するために、それに関する内容が法律によって明確に規定される必要があると考えられる。

(2) 離婚後居住権の付与要件の欠如

さらに、司法解釈（一）第 27 条は、経済援助の方式は建物の居住権又は所有権のいずれかによると明記しているが、その適用要件については具体的に規定していない。

実際には、離婚後居住権によって離婚経済援助をするには、前提条件を満たす必要がある。すなわち、離婚後に夫婦の一方に居住するための住居がないという場合、同時に、他方が住居を提供ができることを要件として、経済支援策を運用するべきであると考えられる。もし他方配偶者が経済援助能力を具備していなければ、たとえ判決によって生活に困窮している一方配偶者に経済支援を与えるべきであると命じたとしても、結局、それは事実上実現不能となるため、意味がないことになる。

これを受け、民法典第 1090 条によっては、夫婦の一方が離婚により生計に困窮している場合、経済的資力を有する他方配偶者に限り、適切な経済援助を与えるとされた。離婚後の経済援助の方法は民法典によって明記されなかったことから、援助方法を問わずその適用要件として援助義務者である配偶者が経済資力を有すると概括的に規定された。ただし、援助義務者である配偶者が二つ以上の居住建物を有さず、住居の提供という方策を用いて離婚配偶者の以後の居住を確保することができなくても、経済資力を有すれば、経済援助金の支給を通じて、離婚配偶者の以後の居住環境も保護されることになる。

そこで、婚姻法によって確立された離婚経済援助制度に残された付与要件の欠如という不備さは、民法典第 1090 条により補填され、民法典の施行後において、当該条件の不足で扶助義務者である配偶者に悪影響を及ぼすという危険性を回避することができると考えられる。

(三) 離婚経済援助制度の完全化の必要性

(一) と (二) で検討したように、中国においては、民法典の施行前の段階、居住の確保或いは住居の提供は、離婚経済支援制度の法的施策として、経済支援金の支給と並列的に位置付けられるに留まり、離婚配偶者の以後の居住確保を内容とする居住権は法律上まだ創設されることに至っていなかった。そして、民法典によって創設された居住権制度の下で、離婚配偶者のための居住権利は居住権の内容を準用することができず、そこで、居住権制度の確立にも関わらず、離婚配偶者の以後の居住問題は、依然として離婚経済援助制度の内容を準用して解決されることになる。

また、民法典第 1090 条は婚姻法第 42 条の内容を承継したが、離婚後の経済援助の適用要件又は援助方法などの内容は離婚夫婦の合意又は人民法院の裁量に委ね、法律によ

り明確に規定されていなかった。そこで、民法典の施行後、離婚配偶者の居住問題は相変わらず離婚経済援助制度の方策を用いて処理されることができるとは、条文には方策の内容や適用要件が明記されていないなどの問題点が残されることよって、実際の運用中に離婚夫婦の間で権利の存続期間又は紛争の解決方法などに関する紛争を再び生じさせる恐れがあると考えられる。

以上の検討から、中国では、現行の民法典の下、離婚後配偶者の居住確保に関する条文の内容は概念的なものに過ぎず、権利の性質や適用の要件などについて明確な規定を欠いている。その上で、裁判実務において、裁量的な条文の運用によって、ある程度において、離婚により生活に困窮する配偶者の居住問題の解決を行っているが、条文がまだ不完全なものに留まることから、結局、離婚後の生活困窮者に対する居住の確保という限定的な場面においても、完全には対応できていない。

二 女性權益保障法第 48 条における住居の確保

(一) 女性權益保障法第 48 条と離婚配偶者の居住の保護

居住利益に関する規定は、次に、離婚した女性について見られる。女性權益保障法第 48 条は、離婚後の女性の居住確保に関する条文を設けている。

すなわち、女性權益保障法第 48 条は、「国家は離婚した女性の家屋所有権を保護する。夫婦共有の家屋につき、離婚時に、部屋の分割は双方の協議により解決する。協議が不成立のときは、人民法院が双方の具体的状況と、女性側と子女の權益を配慮する原則に基づいて判決する。夫婦双方に別に約束がある場合に、この限りではない。夫婦共同で賃借している家屋につき、離婚時に、女性側の部屋を女性と子女の權益に配慮する原則に基づき、協議で解決する。」と規定する。

現行法である女性權益保障法は、2018 年 10 月 26 日に公布され、女性權益保障法につき、第 3 回改正された法律である。2005 年に改正された女性權益保障法は、現行法と同じである。なお、1992 年 4 月 3 日に公布された女性權益保障法第 44 条は、夫婦が男性側単位所有の家屋を賃貸した場合について規定していたが、これはその後削除された。すなわち、この 1992 年女性權益保障法第 44 条は、夫婦が男性側単位所有の家屋を賃貸した場合につき、「夫婦が男性側勤務先所有の家屋に居住した場合に、離婚の際、女性は住居がないときには、男性側が経済能力を有していれば、女性側の居住確保に援助すべきである。」と規定するものであった。しかし、1996 年 2 月 5 日に、最高人民法院により公布された「離婚案件の公房使用及び賃借に関する問題についての解答」は、公有住房の使用、賃貸問題の解決方法を規定したため、2005 年女性權益保障法第 48 条は、夫婦が男性側勤務先所有の家屋を賃貸した場合に関する規定を削除した。この最高人民法院の「解答」において、離婚時の公有住宅の分割処理への具体的解釈基準に関する人民法院の法的立場が明示された。すなわち、公有住宅の帰属に関する事例の人民法院の裁判権、公有住宅の賃借権の帰属及び判断基準、公有住宅の居住権を失うにより住居に困窮する一方配偶者への経済援助の方策などが人民法院の解答により明文化された。例

えば、離婚の際、一方配偶者は他方配偶者の結婚前に賃借した公房に居住できなく、別途に賃借物件により住居を確保することは経済的に困難があるときの対策という質問について、最高人民法院は以下の通りに解答した。離婚するに際し、一方配偶者は他方配偶者の婚姻前に賃借した公房に居住できないことにより住居に困窮する恐れがある場合では、もし公房を賃借している他方配偶者に負担能力があるならば、住居に困窮する一方配偶者に一時的な経済援助を与えるべきであるとされた。

確かに、1992年女性権益保障法は、女性権益を確保し、男女平等を実現するために、初めて制定された法律であるが、1992年女性権益保障法第44条は、離婚した女性の居住権につき、概括的に規定をした。離婚した女性の居住確保に関する内容を女性権益保障法により規定されることは、婚姻法に対する重要な補充であり、確実に女性利益を確保するための法律根拠であると言える。

ただし、実際に、離婚した女性の居住確保を実現することは簡単ではないが、当該条文の内容は簡略であるから、現実状況に答えられない恐れがある。中国では、通常、夫婦双方は、夫側の勤務先所有の家屋を賃貸し、利用している、そこで、夫側及び夫側の勤務先の妨害により、離婚した女性の居住確保を実現できない事例が散見されている¹⁶と指摘された。

その後、改正された2005年及び2018年女性権益保障法も、女性の社会的な地位を向上させ、特に、離婚した女性の利益を確保している。ただし、条文内容は簡略であり、実務では運用されにくく、結局、女性の利益を確実に確保しているとは言えない。

(二) 学説・裁判例

女性権益保障法第48条の場合、確かに、条文から見れば、ある程度において、離婚により生活に困窮している女性側の居住利益を確保できるが、条文の不完備さがあることも明らかである。例えば、女性権益保障法第48条は、基本的に、離婚の際、女性側の利益を配慮すべきである原則を具体化したのだが、諸状況の具体的な扱い方を明確に規定しておらず、実務での運用の場合において、判断基準ないし適用要件が規定されていなかった。そのため、結局、裁判官の裁量により判決がされている。そこで、たとえ類似的な事案であっても、異なる判決を下さる恐れが生じ、当事者の利益を十分に保護することができないものとなっている。具体的に言えば、女性権益保障法第44条は、夫婦の共有財産である婚姻用不動産の分割方法について言及したが、条文内容は簡略であり、裁判実務に現れた紛争を解決できないと言わざるを得ない。

学説上では、通常、女性権益保障法第48条を離婚した女性の居住確保策として位置付ける¹⁷。しかし、実務では、女性権益保障法第48条を、離婚した女性の居住確保策として運用することより、同条は婚姻用不動産の帰属の法律根拠として位置づけられてい

¹⁶ 李秀華「完善我国妇女法的法律构思」河北法学第4期（1994年）19頁。

¹⁷ 現行法では、女性権益保障法第44条は、離婚した女性の居住確保につき、明確に規定したため、別途規定する必要がないと提言した。つまり、通常、学説では、女性権益保障法第48条を離婚した女性の居住確保策として位置付けられる。陶毅「『婚姻家庭法』離婚章試擬稿——試擬條款及簡要説明」法学評論第1期（2000年）134頁参照。

る。なぜならば、女性権益保障法第 48 条は、夫婦の共有財産である家屋の分与につき、考慮要素などの判断要件を明確に規定しているからである。

確かに、婚姻法及び女性権益保障法により規定された「夫婦の女性側の利益に配慮する原則」に基づき、離婚の際に、共有財産である不動産を分与する場合、係争不動産を妻に帰属させる判決がしばしば見られる¹⁸。すなわち、実務では、女性権益保障法第 44 条 1 項及び 2 項は、その目的のために活用され、離婚により生活に困窮している妻の居住問題を解決することを通じて、女性の権益を保護するという立法目的をよく実現していると言える。ただし、離婚の際、女性が婚姻用不動産の所有権を取得した場合、その後、不動産に関する住宅ローンの返済義務を負担し、又は金銭その他の共有財産の分与割合が減少することが起こりえ、今後の生活に支障をきたす恐れが生じる。

三 「人民法院による離婚事案の審理における財産分与問題に関する若干意見」第 14 条における住居の確保

(一) 意見第 14 条により規定された居住確保策

最高人民法院により公布された「关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见」（以下、「意見」と言う）第 14 条も、離婚後の女性の居住確保に関する条文を設けている。

すなわち、意見第 14 条は、「婚姻関係の存続中に居住していた建物を、離婚時に夫婦の一方に帰属させた場合において、他方が離婚後住居はないことを理由として、当該住宅に暫く居住することを主張したときは、事実を踏まえて他方に居住をさせるべきであるが、その利用期間は 2 年を超えることができない。他方が賃貸住宅によって居住問題を解決しようとした場合、経済に援助させる必要があるときは、住宅所有権を取得した一方に対して、他方に経済援助一時金を支払わせることもできる。」と規定した。

確かに、この条文から見れば、離婚時の財産分与により、婚姻用不動産を一方配偶者に帰属させ、他方配偶者が住居を失った場合、意見第 14 条は、住居に困窮する一方配偶者の短期居住権を定めている。これにより、離婚後、女性が婚姻用住宅を利用することによって居住問題を解決するとした場合について、意見第 14 条は、2 年の最長利用期間を規定する。ただし、2 年以上の利用期間が必要となったときの解決策は規定していない。また、2 年の利用期間中に利用を終了すべき事由が生じたときの対応策も規定していない。しかも、司法解釈の法的性質により、物権的な権利を創設することができなく、条文で規定された「居住権」、又は「暫住権」は、実質的に居住使用権であると言えよう。居住権利者は、どんな法的関係に基づき他人所有の家屋を占有、又は使用する

¹⁸ 李洪祥「離婚婦女婚姻家庭權益司法保障實証研究——以吉林省中等發達地區某基層法院 2010-2012 年抽樣調查的離婚案件為對象」當代法學第 5 期（2014 年）83 頁によると、2010 年から 2012 年までに吉林省某一審法院により審理された離婚案件を対象として行われた調査によると、離婚の際、夫婦の共有財産である婚姻用不動産は、女性側に帰属させた割合は、平均的に 55.6%を占めていた。

か、権利期間内にどんな法的権利及び義務を有するかについて、条文により具体的に規定されていない¹⁹。

(二) 条文内容の不完備さにより司法実務中に生じた問題点

そこで、裁判実務では、人民法院による同 14 条に依拠した判決において、条文が整備されていないことは、裁判官の裁量権により判決するしかないこととなり、その場合には当事者双方の利益の衡平を実現することは難しい。このような状態は、法律秩序を害することにもなる。

もちろん、たとえ意見により規定された 2 年の最長利用期間が満了したとしても、もし居住権利者が経済能力を有し、当該地域の基本的な生活水準を維持できるのであれば、意見第 14 条に基づき判断すれば、この者の今後の生活に支障をきたすわけではない。例えば、黒竜江省哈爾濱市中級人民法院(2018)黒 01 民終 5579 号は、離婚の際、原告(妻)と被告(夫)の協議により、係争不動産は原告の個人財産に属すべきものとされたが、離婚後、被告が依然として係争不動産に居住していた事例である。被告は、離婚後に住居を有しておらず、そのため生活に困窮する状態にあったことを理由として、係争不動産の居住権を主張した。しかし、人民法院は、「当事者双方は、2014 年に離婚し、現在までに既に 2 年間を超えている。この間、被告は継続的に係争不動産に居住しており、しかも、被告に退職金など収入源があることと併せて考慮すると、被告に係争不動産を原告に返還させるべきである。」と判決した。確かに、本件では、ある程度において、被告は経済能力を有していた事案である。そのため、被告が継続的に係争不動産に居住することは当事者双方の利益衡平を害すると言え、この場合には、人民法院のこの判断により一方配偶者が生活に困窮する恐れがない事例と見ることができる。

(三) 条文の内容を完全なものとする必要性

意見 14 条では、定められた 2 年利用期間を超えた場合について、その時点で依然として一方配偶者が生活に困窮している事案に関して、解決策は規定されていない。そのため、そこでは、生活に困窮している一方配偶者の居住の確保がやはり問題となる。

意見 14 条で確定された 2 年の利用期間は、ある程度において、住居に関し困窮している一方配偶者の居住の問題を解決できる。しかし、2 年以上の利用期間が必要となったときの解決策は規定していないため、当該配偶者の居住問題を完全には解決できない。しかも、条文の中で、2 年の期間の判断要素は提示されていない。司法実務では、裁判官は、事案の状況に合わせてさらに柔軟に判決することはできず、仮に 2 年以上の利用期間が必要となっている事例であったとしても、最大で 2 年の利用期間を決定することしかできない。そのため、利用期間が満了したときに、当事者間にさらに紛争が生じる恐れもあると考えられる。

¹⁹ 衛緒華「婚姻法学教学中的一个核心前沿問題——論離婚後居住權」法制与經濟(中旬刊)第 12 期(2008 年)127 頁。

ただし、他方で、意見 14 条によって、離婚後の経済援助策として位置づけられる居住権の適用要件、利用期間、援助手段などについての要素は明確に規定されている。そのため、司法実務では、意見 14 条を法的根拠として下した判決がよく見られる。そこで、より踏み込んだ居住権制度を設けることにより、意見 14 条では規定されていない 2 年以上の利用期間が必要となっている場合の解決策を明確に規定し、意見 14 条の不完備性を補足すべきではないかと考えられる。

四 高齢者權益保障法第 16 条における住居の確保

(一) 高齢者權益保障法と高齢者²⁰の居住確保

居住利益に関する規定は、さらに高齢者についても見られる。高齢者權益保障法第 16 条は、高齢者の居住利益について規制する。すなわち、高齢者權益保障法第 16 条によると、扶養義務者は、適切に高齢者の住居を手配すべきであり、強迫的に高齢者を低劣な住居に居住させたり、転居させることを禁止する。高齢者が所有している住居、又は賃貸している住居につき、その子女及びその他の親族は占有する権利を有せず、住居の所有関係及び賃貸関係を無断で変更することもできない。また、高齢者が所有している住居について、扶養義務者は維持し、修理する義務を負う。

これと同時に、各地方政府は、高齢者の居住の安定的確保を実現するために、高齢者利益保障条例²¹を公布している。例えば、上海市の場合、「上海市高齢者權益保障条例」第 15 条が置かれている。それによると、高齢者權益保障法第 16 条と比べ、高齢者が所有又は賃借している住宅に関して、所有者又は賃借人の名義を変更するときには高齢者の意思確認を要するなど、高齢者の居住確保に関わる具体的な条文を補足として規定する²²。また、浙江省の場合、「浙江省における中華人民共和国高齢者權益保障法に

²⁰ 中国では、「花甲」（還暦）という伝統的な考え方や定年退職年齢などの実情に基づき、高齢者は 60 歳以上を基準としている。その上で、中国民政部により公布され施行された「高齢者社会福祉施設基本規範」によると、満 60 歳以上の人を「高齢者」と定義されており、現行の高齢者權益保障法第 2 条も、「本法で言う高齢者とは満 60 歳以上の公民を指す」と明記する。これに対し、日本では、高齢者は年齢 65 歳以上と定義されているが、この定義には明確な根拠は示されていない。そこで、本論文では、1956 年に公布された国際連合の報告書である「人口高齢化とその経済的・社会的意味」（“The Aging of Populations and Its Economics and Social Implication”）で用いられた基準に従い、65 歳以上の者を高齢者と呼ぶ。それを前提にして、同報告書で定義された高齢化社会の概念に基づき、人口を占める 65 歳以上の高齢者の割合が 7% を超えた状態は「高齢化社会」、高齢化率が 14% を超えた社会を「高齢社会」、21% を超えた社会を「超高齢社会」と呼んでいる。

²¹ 中国立法法第 73 条 1 項によると、省レベルの地方人民政府及び比較的大きな市の人民政府は、法律、行政法規及び当該省レベルの地方性法規に基づいて規則を制定することができる。具体的に、「法律、行政法規の規定を執行するため、当該行政区域の実情に応じて具体的な規定を設ける必要のある事項」、または「地方的事務に属し、地方性法規を制定する必要のある事項」について、省レベルの地方人民政府及び比較的大きな市の人民政府は、上位法の関連規定をより詳しく細分化することにより、当該地域の実情を踏まえ、原則的、概括的な法律条文を実施するための手段や細則を提供する。基本的に、「条例」と呼ぶが、「細則」、「規則」または「弁法」も呼ばれる。

²² 具体的に、上海市高齢者權益保障法第 15 条によると、「高齢者所有の住宅に関する所有権移転及び高齢者賃貸している住宅の賃借人名義変更など手続きは、当面的に高齢者の意思確認が必要となり、高齢者の署名など書面書類を真实性確認も必要となる。」「高齢者と子女又は他の親戚が共同に購入又は建築した建物は、高齢者が相当な所有権及び居住権を有する。子女又は他の親戚が出資して高齢者が賃貸又は居住していた住宅を購入したときに、書面協議を締結することにより、高齢者の継続居住する権利を保障すべきである。」「高齢者の同意を得て、子女又は他の親戚が、高齢者所有の建物を賃貸した場合に、契約により約束された賃貸期間を満了したときに、約束通りに返却すべきである。」「高齢者所有の建物に居住している子女又は他の親戚は、会社から分配することにより住宅を取得し、又は建物を購入した場合に、もし高齢者が彼らの継続居住することを同意しないと、彼らは早急に退去すべきである。」「子女が所属する会社から分配された建物、又は取壊行為などにより取得した建物に、高齢者の持分が含まれたときに、高齢者は子女と同等な権利を有する」を補足として規定した。

関する実施方法」第 12 条が、農村部について、子女が高齢者名義の敷地を利用し建築した建物における、高齢者の居住の確保に関する条文が設けられている²³。

これらの条文から見れば、高齢者の居住の確保を実現するために、高齢者が所有又は賃貸している建物に対して、その子女又は他の親族などの養護者の居住行為及び転貸行為を制限することを通じて、高齢者の居住問題を解決しようとしていると言える。ただし、高齢者の子女が所有する建物に対する高齢者の居住の利益に関する条文は設けられていない。

実際に、特に農村部では、まだ伝統慣行に基づき、「同居共財」という財産所有形態がよく利用されている。従来、中国においては、家族共有制下で、家族ごとに家族成員に属する財産については個人所有などの所有形態が利用されておらず、全ての財産が家族成員の共有の状態にあった。すなわち、財産が分割されるまで、家産は家族共有のものとなっており、いずれの家族構成員も家産に対して排他的支配権を有しないとされた²⁴。通常、子女が婚姻するときに、婚姻用不動産の提供として、家族財産に属する家屋を子女に帰属させることが一般的に行われる。その場合、基本的には高齢者が自らの居住の権利の保留を条件として、家屋を子女に分与しているが、居住権は物権的な権利として明記されていない段階では、子女が家屋を転売したときに、高齢者のための居住の権利が直ちに新たな購入者に対して対抗力を有さず、それにより、高齢者の居住の確保が問題となりうる。

しかも、仮に家族財産の分与協議で高齢者の居住の権利が明確に約束されなかった場合、親子関係の扶養義務のみによっては、高齢者の居住を完全に確保できない恐れがある。このような観点からも、居住権制度が必要であり、それによって、高齢者權益保障法第 16 条により規定されていない子女所有の建物に対する高齢者の居住権の確保を明確に規定し、高齢者權益保障法第 16 条の不備を補うべきであると考えられる。

近時、親子間での建物に関する贈与行為がよく見られる。特に、高齢者が再婚する場合、後に当事者間で建物に関する紛争を生じないように、通常、再婚前に自らの所有する建物をその子女に贈与することがしばしば行われる。その場合、贈与者である高齢者は、自らの以後の居住環境を保護するために、当該建物の居住の権利を留保する。ただし、居住権は物権的な権利として明記されていない段階では、所有者となった子女により当該建物が転売された場合や、転得者が高齢者を建物から退去させようとする場合に、高齢者の居住確保が問題となる。そして、高齢者權益保障法第 16 条では、父母は子女所有の建物に対して有すべき居住利益は明記されていないことから、それにより、高齢の父母が子女の婚姻用建物として自己所有の居住建物をその子女に贈与した場合、その居住確保が問題となりうる。

²³ 浙江省に中華人民共和国高齢者權益保障法に関する実施方法第 12 条によると、子女が、高齢者の敷地などを利用して建物を建築したときに、書面協議を締結すべきであり、高齢者の建築した建物に居住権利を保障すべきであると規定される。

²⁴ 俞江「家産制視野下の遺囑」法学第 7 期（2010 年）112-113 頁。

(二) 高齢者の居住確保の背景と課題

中国でも、人口の老齢化の急速な進展とともに、中老年人口の比率がますます増加している。中国統計年鑑によると、中国は、2000年に総人口に占める65歳以上人口の比率が7%となり、高齢化社会に突入したが²⁵、その後、2015年に高齢化率は初めて10%を超えて、10.47%になり、2019年には高齢化率は12.6%にまで上昇した。そして、2021年7月により公布された2020年『第7回国勢調査の主なデータ』によると、65歳以上人口の比率が13.50%になった²⁶。これからは、中国では、今後の高齢化の進展は急激に進行するものと見込まれることができる。

このような高齢化社会の下においては、高齢者の利益確保が問題となり、特に高齢者の居住の安定的確保が解決されるべき課題として注目されている。確かに、ある程度において、高齢者權益保障法第16条は、高齢者の居住の確保の法的根拠として機能すると言えるが、それをういて司法実務に現れた高齢の父母の居住確保の問題を完全に解決することができるとは言えない。

また、2019年8月15日に、民政部により公布された「2018年度民政事業発展統計公報」によると、2018年末までで、全国において、各種類の養老機構及び施設は16.8万所であり、727.1万人を収容できるとされ、前年より3.3%を増えている。しかし、高齢者千人ごとについて見れば、養老機構及び施設において平均29.1人しか収容しかできないことになる。このようなデータから見れば、現時点において、高齢者の養護問題をすべて養老機構及び施設によって解決できるわけではない。そのため、家族による高齢者の養護責任を論じる必要性が生じる。ただし、現行の条文は、家族による高齢者の養護中に生じた問題について実効的な解決策を規定しておらず、高齢者の居住確保に対して法的根拠を提供できていない。

あわせて、近年、高齢者の再婚も課題となっており、高齢者の再婚に伴う法律問題の中でも、再婚高齢者双方の居住確保の問題が最も重要な問題であると言える。この点につき、法律において居住権に関する規律を設けることにより、高齢者の子女の相続権と再婚配偶者の居住の利益の調整を図ることが可能となり、両者の権利の確保に資することができると考えられる。これは、高齢者の再婚の自由を確保することにも繋がろう。ただし、民法典の施行前の民事法体系は、実際に高齢者の居住の現状に応じた問題解決に完全に資するには遠く、法律に相応な条文を設けることが必要となっている。

五 小括

本章で見たように、確かに民法典の施行前の段階における中国では、居住の利益に関わる条文が幾つか存在している。しかし、それらはいずれも裁判規範として簡略な規定

²⁵ 1956年に国連により公布された報告書によると、人口を占める65歳以上の高齢者の割合が7%を超えた状態は高齢化社会と定義された。

²⁶ 国務院第七次全国人口普查領導小組弁公室編『2020年第七次全国人口普查主要数拠』中国統計出版社（2021年）10頁。

にとどまり、現実に生起する複雑な諸問題に答えられていない。現在の司法実務では、現れた問題を十分に解決できていない。

離別の場合には、居住の確保或いは住居の提供は、離婚経済支援制度の法的施策として、経済支援金の支給と並列的に位置付けられるに留まるものである。また、民法典は婚姻法で確立された離婚経済援助制度を踏襲したことにも関わらず、離婚配偶者の居住確保を内容とする権利の法的性質や適用要件などの内容について明確に規定されていなかった。このような情況の下で、民法典第 1090 条を用いて離婚配偶者の以後の居住環境を保護しようとする場合、離婚夫婦の間或いは第三者との関係において、さらにその後には紛争を生じさせる可能性がある。あわせて、民法典で新設された居住権制度の下で、離別の場合に運用される居住確保の方策は、居住権の種類の一つとして明確に規定されず、それによって、居住権制度の内容を準用する余地がなくなる。そこで、民法典の施行後においても、離婚経済援助制度に関するなお検討が必要となると考えられる。

あわせて、相続の際、高齢者の居住利益の確保を図るために、高齢者權益保障法第 16 条において、高齢者の居住確保の法的施策が明記された。確かに、高齢者の居住の確保を実現するために、高齢者が所有又は賃貸している建物に対して、その子女又は他の親族などの養護者の居住行為及び転貸行為を制限することを通じて、高齢者の居住問題を解決しようとしていると言える。ただし、高齢者の子女が所有する建物に対する高齢者の居住の利益に関する条文は設けられていない。そのため、特に農村部において、伝統慣行に基づき父母は生前中に分家又は贈与による自らの所有する建物を子女に所有権移転することが多発している。ただし、身分関係の親密性による父母の居住権利が分家協議又は贈与契約において明記されていなかったことがよく見られる。このような場合において、高齢者權益保障法による高齢者の子女による所有する建物に対する高齢者の居住権限が明記されていないため、高齢者の居住確保が問題となる。

したがって、現行の条文によって、一定程度において、離婚した女性や高齢者の居住の確保は実現できるが、条文の不完備性のため、居住利益に関する紛争が再燃する恐れを含んでいる。特に、高齢者の場合、再婚配偶者の居住確保と子女の相続に関する利益との衡平については、現行の中国の法律規定で完全に対応することは困難である。このような問題の解決のため、離婚経済援助制度の完全化又は居住権制度の創設が重要な意味を持つものであると考えられる。

第二節 居住権に関する規定の法整備活動

中国では、居住権に関する立法活動は、基本的に二つの段階に分けて行なわれてきた。すなわち、物権法制定（2002 年開始、2007 年成立）の段階と民法典編纂の物権編制定（2018 年開始、2020 年可決、2021 年施行）の段階において、居住権制度に関する草案がそれぞれ提出され、検討がなされた。物権法の制定に際しては、第 4 回の草案までにおいて居住権の法的性質、権利内容、権利の発生及び消滅の要件など、その内容が明確に規定されたが、結局、第 5 回の審議稿により、居住権に関する条文は削除され、物権法には居住権に関する条文が設けられなかった。一方、民法典物権編の制定では、

2020年可決された民法典において、居住権は用益物権として明文化されたことによって、中国において居住権制度は正式に創設された。

一 物権法の制定における論議

居住権が初めて議論に上ったのは、2001年に法制工作委员会²⁷により開催された物権法草案に関する学者検討会²⁸においてである。そこでは、離婚した女性の居住の確保及び家政婦などの弱者の立場に立つ者の居住問題を解決するために、居住権制度について提言された²⁹。しかし、これについては反対意見もあり、そこでは次のように指摘された。すなわち、離婚の場合、夫婦関係は既に破綻に至っているため、住居の提供よりも経済援助金を与える方が現状にゆえられる、しかも、当時の段階で、家政婦を雇用できる家庭は少なく、たとえ雇用できたとしても、家政婦に住居まで提供できる家庭はさらに少ないのであるから、そのように適用範囲に限られる居住権について、単独的に物権としての権利類型を創設する必要性がない³⁰という点である。なお、後者については、当時の裁判所の立場から見れば、相続人により相続された建物に家政婦の居住権が設定されることは一般的な解決方法であったとの指摘も、近時されている³¹。

物権法の成立までに提出された草案数は、公開・非公開のものを合わせて数多く上げられる。そのうち本論文では、公開された草案における居住権制度をめぐる議論につき、検討する。物権法草案第4回審議稿まで、居住権に関する条文は保留されていたが、前述のように第5回審議稿により居住権に関する条文が削除され、結局、成案である物権法に居住権に関する条文は設けられなかった。

(一) 2002年民法典草案（徴求意見稿）³²

1. 条文の内容

(1) 条文の仮訳

2002年に、全国人民代表大会法律工作委员会（以下、「全国人大法工委」と言う）により公布された「中国物権法（徴求意見稿）」は、高齢者、女性及び未成年者の他人所有の住宅に対する使用権を切実に保護する必要性があることを立法趣旨として、初めて

²⁷ 法制工作委员会は、全国人大常務委員会の業務機構である。法案の統一審議過程において、法制工作委员会は、その他の専門委員会と緊密に協力し、法案に関する重要問題について、関連専門委員会と連携して調査研究を行い、問題を検討し、解決する役割を担っている。

²⁸ 中国において、新たな法整備動向に関する学者の意見を収集するために、学者検討会が開催されている。学者検討会では、新たな法条文に強い関心を持つ学者が法制度の必要性、条文の問題点などに焦点をあて、学者間では意見交流がなされている。性質上には、日本の勉強会と似ており、学者検討会により整理された学説状況は立法活動に対して参照価値を有する。

²⁹ 申衛星「我国物権立法中論争焦点問題探討」法学雑誌第4期（2006年）41頁。

³⁰ 梁慧星「不賛成規定“居住権”」民商法論叢第32巻（2005年）569-572頁。

³¹ 梁慧星「關於民法典分則草案的若干問題」法治研究2019年第4期5頁。

³² 現代物業第10期（2005年）42頁に掲示されている。2002年初めに、民法典の起草が正式に始まっていたが、同草案に対する学界及び司法実務界では、肯定的な意見は多くない状態にあった。この民法典草案には物権法の部分が含まれている。2002年12月、この民法典草案は人民代表大會常務委員会により第一回審議が行われた。ただし、その後、民法典草案は当時の中国実情に合わなかったため、中止となっており、その代わりに、物権法の編纂作業が始まった。本論文では、2002年に公布された民法典草案の中には居住権に関する条文も含まれているから、物権法改正段階では提出された草案とみなす。

居住権に関する条文を設けた。具体的には、徴求意見稿第 18 章において、居住権の設定、居住権の物権的効力、居住権者の権利及び義務、居住権の存続期間、消滅事由、権利制限などについて規定が置かれた。各条文案は以下のようになっている。

「第 208 条 居住権者は、他人所有の住宅及び定着物を占有し、これを使用する権利を有する。

第 209 条 遺言若しくは遺贈、又は契約により、居住権を設定することができる。

居住権が設定されたときは、県レベル以上の登記機関³³に登記しなければならない。居住権は、登記簿に記載された時より効力を生じる。

第 210 条 居住権者は、合理的に住宅を使用し、かつ居住住宅の日常的な維持費を負担しなければならない。

居住権者は、住宅及びその他の定着物の占有・使用に際し、使用料を支払わず、重大な補修費を支払わないものとすることができる。ただし、当事者間に別段の約定がある場合は、この限りではない。

第 211 条 居住権は、これを譲渡すること、及び相続することができない。

居住権者は、居住住宅を賃貸することができない。ただし、当事者間に別段の約定がある場合は、この限りではない。

第 212 条 住宅及びその他の定着物の所有者は、居住権者が当該住宅及びその他の定着物を占有・使用する権利を保障しなければならない。

居住権者は、住宅の一部を専用するときには、当該住宅の共用部分を使用することができる。

第 213 条 居住権が設定された後に居住建物の所有者が変更しても、居住権は影響を受けない。

第 214 条 居住権の存続期間について約定があるときは、その約定による。約定がないとき、又は約定が不明確なときは、居住権の存続期間は居住権者死亡の時までとする。

³³ 中国では、2007 年 10 月 1 日より実施された物権法において、第 10 条第 2 項によると、不動産に対して統一登記制度が採用されるとされた。その後、2014 年 11 月 24 日に国务院により「不動産登記暫定条例」が公布され、2015 年 3 月 1 日より施行された。本条例により、中国における不動産登記制度が統合され、統一的な登記制度が確立された。

不動産登記制度において、登記の対象ならば、本条例第 5 条によると、土地、建物、森林・林木、海域等の四種類の不動産の所有権、用益物権及び担保権等の権利を対象として、その上で、第 3 条によると、初回登記、変更登記、移転登記、抹消登記、訂正登記、異議登記、事前登記（仮登記）、差押登記など登記範囲内の変更登記が条例に基づき変更される。

登記機関につき、本条例第 6 条によると、県レベル以上の人民政府は、統一的な不動産登記機関として指定されるとともに、上級の登記機関の指導監督を受けさせるとされた。

第 215 条 以下のいずれかの場合には、居住権は消滅する。

- ①居住権者が居住権を放棄したとき；
- ②約定された居住権設定期間が満了したとき；
- ③約定された居住権の解除条件が成就したとき；
- ④不可抗力により住宅が滅失したとき；
- ⑤居住権者が死亡したとき。」

(2) 条文の概論

このように、中国では、物権法草案（徴求意見稿）によって、初めて居住権の概念、権利内容、法的性質、存続期間などその内容が条文の形で示された。

具体的には、第 208 条により、居住権の概念が規定され、ここでは、居住権とは、居住権利者が、他人の所有する住宅及び定着物に対して占有、使用する権利を言う。この概念は、司法解釈（一）第 27 条におけるのと同様であり、ここでは、非所有者が他人所有の住宅への居住を必要とすることとなった場合に居住権制度を利用し、非所有者の居住問題を解決することができる」とされている。

また、第 210 条により、居住権の権利内容が規定された。すなわち、居住権者は、権利存続期間中、原則として、住宅及びその定着物の占有・使用に際し、使用料を支払わず、また重大な補修費を支払わないこととされている。ただし、居住権者の義務として、居住権者は住宅について合理的な使用すべきであり、居住住宅の日常的な維持費を負担する必要がある。

次に、第 213 条で居住権の法的性質が規定されている。それによれば、居住権が設定された後に当該住宅の所有者が変更しても、登記された居住権は影響を受けない。すなわち、居住権は物権的権利として位置付けられている。

居住権の権利存続期間については、第 214 条により、原則として当事者双方の合意に基づき権利の存続期間を約することができる。しかし、約定がないか又は不明確な場合は、居住権の存続期間は居住権者死亡時までとする。

他には、第 209 条によって、居住権の設定方法が規定され、設定後の登記義務も規定されている。また、第 215 条により、権利の消滅事由が明示された。

確かに、これらの条文案から見れば、物権法草案（徴求意見稿）で規定された居住権の権利内容は、基本的に裁判における司法実務中に現れる、居住確保に関する問題を解決することができると言えそうである。しかし、ここでは権利の適用範囲が規定されていない。そのため、婚姻関係又は相続関係から生じた居住権をめぐる紛争について、物権法草案（徴求意見稿）の各条文の運用により対応できるかが問題となりうる。

2. 条文の検討

諸外国の多くでは、民法において、居住権は役権に属する人益権の一種として位置付けられ、特定の対象の利益を確保するために他人所有の不動産を利用させる権利であると位置づけられている。中国において、これまで行われた理論面の議論では、外国の居住権制度及び人益権制度に関する研究は不十分であり、法律による明確な規制も存在していなかった。そこで、物権法の立法化審議における法律制定過程の中で、居住権制度も創設されるべきであるとの提案がなされた³⁴。

(1) 反対論及びその理由

物権法草案（徴求意見稿）において、居住権が物権的な権利として初めて条文化されたことは、所有者でない者に対して他人所有の住房に居住させることに関し、法律の不備を補足したとの見解が示された³⁵。

これに対して、居住権制度の創設については反対論も有力に展開された。すなわち、前述した2010年5月28日開催の物権法草案に関する学者検討会では、居住権制度は、通常、父母、離婚した配偶者及び家政婦のために創設が意図されていた。しかし、現行法下でも、離婚した配偶者の居住確保は、実現可能であると言える。しかも、公房制度³⁶が行われていた時代には、確かに、男性側の勤務先から分配された公有住房を婚姻用不動産として夫婦がそこに居住するのが一般的であったため、離婚の際には、女性側の居住確保が問題となった。そこで、裁判実務では、離婚判決において婚姻用不動産を男性に帰属させると同時に、女性が再婚するまでに当該婚姻用不動産への居住を認めるとした判決がよく見られた。

ただし、この公有住房制度は既に廃止されているため、なおも公房制度時代の疑問点を現在検討する必要性は乏しい。そして、裁判実務において用いられている居住確保策を通じて、離婚に伴い居住に関し困難が生じる配偶者の居住確保は十分に実現が可能となっている。これらのことから、学者検討会では居住権制度を創設する必要はないと指摘されていた。

次に、父母の居住確保について、中国において、現行法下では、男女平等原則が規定されており、また、夫婦双方はお互いには相続権を持つ。また、両親は子女の第一順位の法定相続人と定められると同時に、子女には両親を扶養する義務があると規定

³⁴ 徐朝賢「關於構建我国用益物權体系的思考——以三個物權法草案的設計比較為線索」河北法學第6期（2004年）40頁。

³⁵ 江平＝劉智惠「確立中国居住權法律制度的若干思考」江平編『中美物權法的現狀及發展』清華大学出版社（2003年）458頁。

³⁶ 公有住房制度は、住宅支給制度と同様であり、公房制度と略称される。中国において、1998年までに住宅支給制度が実施され、政府機関、国有企業、事業単位などに属する従業員は勤務先から住宅支給されていた。住宅の商品化にするための住宅制度改革により、住宅支給制度は1998年に廃止され、それ以降は現行な住宅購入制度に移行している。住宅支給制度下において、居民の住所は基本的に「公有公房」（社宅と似ている）である。「公有公房」とは、政府機関、企業、学校、病院などの単位において単位が所有する家屋「公有公房」を職工・従業員等に対して無償で使用させる建物である。「公有公房」の場合には、建物所有権は単位に属しており、職工については、所有権を有しておらず、使用権、限定処分権（売却権利を有せず、転賃借権利を有する）を有することに留まった。

されている。具体的には、中国相続法（民法典の施行により失効）第9条は、男女平等原則の具体化として、男女は、平等に相続権を有するとする。また、第10条によると、法定相続に際し、配偶者、子女又は父母は、第一順位の相続人であるとされている。婚姻法第21条では、「父母は子女に対して撫養教育する義務があり、子女は、父母に対して贍養扶助する義務がある」と規定している。その後、2012年に改正された高齢者權益保障法により、親に対する子女の扶養義務はさらに強化されている。この高齢者權益保障法は、第14条の二で高齢者の子女を法定贍養人³⁷として明確に規定した上で、扶養義務の内容を完全に明確化し、特に、高齢者の精神的慰藉も贍養人の義務として規定されている。すなわち、高齢者權益保障法第14条の二により、「贍養人とは、高齢者の子女及び子女以外で法に基づき贍養の義務を有する者」と定義され、第14条の一により、贍養人の義務を「高齢者に対する経済的扶養、生活上の世話、精神的慰藉」として規定する。また、第十五条の一で医療について、二で介護についてより詳しい規定を置いた。また、第16条で高齢者の居住確保策なども規定された³⁸。

したがって、現行の高齢者權益保障法の下では、高齢である父母の安定した老後生活を確保するために、扶養義務者の明記又は扶養内容の明示などの法的方法が講じられた。さらに、高齢者の居住の確保策の規定を通じて、高齢である父母の居住保護の実現を図った。しかし、高齢者權益保障法第16条では、子女所有の建物に対して有すべき父母の居住権限は規定されておらず、それにより、父母所有の建物が子女の婚姻用建物の用意として子女に所有権移転された場合、父母は引き続きこの建物に居住できない恐れが生じ、転居で肉体的にも精神的にも大きな負担を負う危険性があると考えられる。

(2) 居住権制度の創設必要性について

居住権の創設の必要性については、物権法草案（徴求意見稿）が公布される前に、これに関連する議論が行われていた。その中で、北京当代金融研究院の劉東華主任により、居住権制度の創設は、居住権者の居住確保、住宅の居住使用の法的秩序の維持又は家族構成員の居住利益の保護に資することができることが指摘された³⁹。

³⁷ 中国の法令では、親に対する子の扶養は「贍養」と呼び、高齢者權益保障法においては扶養する義務のある者を「贍養人」としている。

³⁸ 中国相続法第9条によると、男女は、平等に相続権を有するとされた。また、第10条によると、第1項では、遺産相続は、次に掲げる順序の順位に従って行われる。第1順位は配偶者、子、父母であり、第2順位は兄弟姉妹、父方の祖父母、母方の祖父母である。第2項によると、相続開始後、第1順位の相続人が相続し、第2順位の相続人は相続しない。相続できる第1順位の相続人がいないときは、第2順位の相続人が相続する。

婚姻法第21条第1項によると、父母は、子を扶養し教育する義務を負う。子は、父母を扶養し扶助する義務を負う。さらに、高齢者權益保障法第14条の二によると、高齢者の扶養者とは、高齢者の子女または法律に基づき扶養義務をする者である。第14条の一によると、扶養義務者は、高齢者に対する経済的扶養、生活上の世話、精神的慰藉をする義務を履行しなければならず、高齢者の特殊な需要を満たした上で世話する。第16条によると、養護者は、適切に高齢者の住居を手配すべきであり、強迫的に高齢者を低劣な住居に居住させたり、転居させることを禁止する。高齢者が所有している住居、または賃貸している住居につき、その子女及びその他の親族は占有する権利を有せず、住居の所有関係及び賃貸関係を無断で変更することもできない。高齢者が所有している住居について、養護者は維持し、修理する義務を負うとされた。

³⁹ 劉東華「試論離婚判決中女性的居住権問題——兼論我国的居住権立法」民商法論叢第18巻（2001年）311-313頁。

すなわち、居住権制度の立法化作業は、物権法及び婚姻法の立法空白の充填に資するとともに、国民の居住利益の確保に対しても極めて重要な意味を有すると指摘された。その理由として、中国における現存する住房制度の下では、女性に対しては居住住宅の取得が困難であり、また、民法及び婚姻法で居住権制度が明記されておらず、それにより、居住建物の所有権又は使用権を得なかった家族構成員の居住建物の使用は法的根拠が欠ける。あわせて、最高人民法院の司法解釈によって、離婚時の財産分与で婚姻用不動産を取得しなかった女性側の居住確保が確実に実現できるとは言えない。婚姻用不動産を取得しなかった離婚した女性に対しては、居住権の設定は居住問題の解決策の中で最良の施策であるとは言える。

また、北京大学の銭明星教授は、住宅は財産体系の中で重要な割合を占めており、居住権制度は住宅の居住効能の発揮、又は家族成員間の利益衡平に対して役に立つと指摘した⁴⁰。具体的には、北京大学の銭明星教授は、中国における現行の法律体系の中で、賃借による非所有者が他人の所有する家屋を利用する行為を調整しており、居住権又はそれに類似する物権的な権利が創設されていないことに留まった。ただし、中国における社会の発展現状及び発展傾向に基づき、物権法体系の中で居住権という物権的な権利が法律により明文化される必要があると指摘した。

さらに、北京大学の銭明星教授は、住居役割の発揮、家庭職能の実現及び家屋利用の利益衡平という三つ側面から居住権制度の創設の必要性を論じた。まず、住居役割の発揮については、住宅難という時代背景の下では、居住住宅を十分に利用させることが社会的課題として指摘され、居住権の創設は居住家屋が効率的に利用されることに対して重要な解決策を供する。特に、居住権は物権的権利として他人による所有する住宅の利用行為に対して法的根拠を供することは、我が国の居住確保問題の解決に対して有意義である。また、家庭職能の実現に関しては、北京大学の銭明星教授は、現時点において、高齢者の生活確保はすべて社会保障体系による実現不能である現状の下で、家族は独自の社会的機能を負担しており、家族構成員間の扶養義務の履行によって高齢者の生活を保障する必要性が高いと指摘した。そして、居住権ならでは物権的効力は居住住宅の利用の確保に極めて重要な役割を果たすとは言える。例えば、高齢者は養老資金の確保の一施策として、自己の居住権を保留としながら所有する住宅を売却して、買取方による一括に又は分割的に購入金を支給させることを通じて高齢者の老後生活を確保することができる。

最後に、家屋利用の利益衡平という側面に基づき、特に内縁夫婦の場合において、居住住宅の所有者は遺言で住宅の所有権限と居住権限を乖離して、所有権を自らの子女に帰属させるとともに、生存配偶者の居住環境も確保される。これによって、居住住宅の所有者、生存配偶者及び相続人の利益が全体にわたって確保できるため、居住権制度の創設は、実際には居住家屋に関連する者の利益衡平の実現に資するとは言える。

⁴⁰ 銭明星「関与在我国物権法中設置居住権的幾個問題」中国法学第5期（2001年）15-17頁。

(3) 居住権者の優先購入権について

徴求意見稿では、第 213 条により、居住権の物権的請求権が明記され、居住住宅の所有権者が変更しても、居住権は影響を受けないと明確に規定された。ただし、この点につき、清華大学法学院の修士課程の李京法は、居住権者が居住住宅に対する優先購入権を有するかは言及されていないと指摘した。すなわち、条文中では居住権者の優先購入権について言及されていないため、実務では居住住宅が転売された場合、居住権者も当該住宅の購入を希望するときには、取引規則により購入者を決定すべきであるか、あるいは居住権利者の居住利益を確保するために優先購入権を規定すべきであるかが問題となるということである⁴¹。

これについては、最高人民法院により公布された『住宅の一部分を貸借している借主が、住宅所有者により住宅が転売されたときに優先購入権を有するかどうかの回答』⁴²によると、借主により賃借された部分は、住宅の一部であるとしても、住宅の使用機能の一体性が強い場合、又は借主によって賃借された住宅部分が半分以上を占める場合には、借主は住宅全体に対して優先購入権を有するとされる。要するに、他人所有の住宅を賃借していた場合には、住宅所有者により住宅が転売されたときは、一定の事情のもとで、借主の居住利益を確保するため借主の優先購入権を法律により認めている⁴³。

その上で、清華大学法学院の修士課程の李京法は、物権的な権利として位置づけられている居住権の場合では、居住権者の優先購入権を認めるべきであると指摘する。その理由として、意見徴収稿において、居住権は物権的な権利として位置づけられ、賃借権という債権的な権利と比較すれば、「挙重明軽」⁴⁴原則に基づき、借主より優先的な権利順位を有する居住権利者も、居住住宅の機能の一体性が強い場合、又は、住宅の半分

⁴¹ 李京法「居住権の基本問題検討」江平編『中美物権法の現状及発展』清華大学出版社（2003 年）486 頁。

⁴² 中国において、各級人民法院間では、「案件請示制度」を利用している。通常、「案件請示制度」は、「照会回答制度」と訳される。すなわち、人民法院組織法第 10 条によると、地方各級人民法院及び各専門人民法院の審判活動につき、最高人民法院は審判監督の権限を持つ。そこで、中国の下級法院は、審判における法律解釈、適用などに関する疑問について自ら判断せずに上級の法院に伺いを立て、上級法院がこれに回答し指導・指令する。最高人民法院により回答された内容は、基本的に、司法解釈と同級な法律効力を持っており、法的拘束力を有している。

本回答は、最高人民法院は、江蘇省高級人民法院により疑問された賃借人の優先購入権を有無につきなされた。すなわち、第一に、住宅の利用機能の観点から、借主により賃借された部分は、住宅の他の部分から分離可能であり、利用機能が比較的独立された場合に、借主の優先購入権は、賃借された部分に限定されるべきである。仮に、借主により賃借された部分は、住宅の他の部分から切り離せず、使用機能の一体性がより明らかである場合に、借主の優先購入権は、住宅全体を対象とすべきである。第二に、住宅に対する賃借人により賃借された住宅の割合の観点から、借主によって賃借された住宅部分は、住宅所有者によって販売された住宅の半分以上を占める場合に、借主の優先購入権は、住宅全体を対象とすべきであり、逆に住宅全体に対する優先購入権を持つと認定されるべきではない。

⁴³ 契約法第 230 条によっても、借主の優先購入権が法律により明確に規定されていることが明らかである。すなわち、賃借人が賃借家屋を売却した場合、売却前の合理的期間内に賃借人にその旨を通知しなければならない。賃借人は同等の条件において優先的に購入する権利を有するとされた。

⁴⁴ 唐朝において、現行法下では規定されていない行為は、犯罪と評価されるべきかにつき、通常、『唐律疏議』により規定された「挙重明軽」原則に基づき判断していた。すなわち、法律で明示的に規定されていない行為について、これより重大な行為が犯罪として規定されていない場合、当該行為は犯罪として評価されるべきではなく、これより軽微な行為が犯罪として規定される場合構成する場合、当該行為も犯罪として評価されるべきである。現在でも、「挙重明軽」原則は、現行法により規定されていない行為は、現行条文により規制されるべきかの判断基準として位置づけられている。

以上の部分に居住していた場合には、居住住宅が転売されたときに、居住権者は居住住宅の全体に対して優先購入権を有すべきであるとする⁴⁵。

具体的に、賃貸物件の所有者がこの家屋を売却する場合、借主による有する優先購入権については、清華大学法学院の修士課程の李京法は、賃貸権自体の権利性格に基づき生じたものではなく、賃貸物権の使用機能の確保に基づいて借主に付与させたものであると解した。そのため、居住権者は居住住宅の優先購入権を有するかに関しては、優先購入権制度及び居住権自体の権利性格に基づいて検討すべきである。すなわち、居住権者は居住使用費用を支給する場合に、居住権者は居住住宅の賃借人と見直し、居住権者の優先購入権は法律による認められるべきであり、居住権者は利用費用を支払わない場合において、居住権の生活保護という権利役割に基づいて、居住権者は賃借人と同様に居住住宅の購入金を支給する資力を有しなく、併せて居住権の権利存続期間が明確に約定されていない場合、原則として居住権者が死亡するまでに継続に居住住宅を利用することが可能であるため、居住権者は居住住宅を購入する必要性が低い。ただし、居住権の存続期間が明示された場合、居住権者の権利存続期間の満了後の居住需要を満たすために、居住権者の優先購入権が是認される必要があると指摘した。

(4) 居住住宅の使用費用及び修繕費用について

同草案第 210 条により、居住権者は住宅及びその他の定着物を占有・使用するに際し、通常は使用料を支払わないと規定された。さらに、同草案第 213 条 2 項により、居住権者は、通常、使用料を支払わずに居住住宅及びその他の付属施設を利用でき、重大な維持費用を負担する必要もないと規定された。この条文から見れば、住居に困窮している者は経済資力を有しないことなどを考慮した上で、居住権を法的な居住の確保策として位置付けていたといえることができる。

ただし、この条文につき、唐山師範学院の金貴賓准教授及び靖民弁護士事務所の張来柱弁護士は、居住権者が重大な維持費用を負担しないことは、当事者双方の利益衡平に害し、居住住宅所有者に対して不公平であると指摘した⁴⁶。条文から見れば、居住権は長期的な権利性質を持っており、排他的支配権として位置付けられている。権利の排他的原則によれば、居住住宅に居住権を設定すれば、当該部分につき、住宅所有者の利用又は使用権利が制約されていることになる。結局、居住住宅の所有者が有すべき利用又は使用権は、名義上の権利に留まる。そこで、このような場合に、居住住宅の重大な管理費用を住宅所有者に負担させることは、不公平であると言える⁴⁷。

また、唐山師範学院の金貴賓教授らは、居住権者の行為により居住住宅に損害が生じた場合の法的責任の分配も法律により明確に規定すべきであると指摘した。すなわち、居住権者の行為により住宅に損害が生じた場合に、修繕費用の金額を問わず、居住権者は修繕責任を負うべきであるということである。こうすれば、居住住宅の所有者の

⁴⁵ 李・前掲注 41) 487 頁。

⁴⁶ 金貴賓＝張来柱「我国物権法上确立居住権制度的若干問題与思考」河北法学第 22 卷第 8 期（2004 年）97 頁。

⁴⁷ 金＝張・前掲注 46) 97 頁。

所有利益は法律により真に保護されていると言える。法律によって「非日常的な修繕」概念が明確に定義されていないことから、実際には、「非日常的な修繕」につき、当事者間に誤解が生じる恐れがある。そこで、唐山師範学院の金貴賓教授らは、居住権の無償性は対価のみを支払わないことを意味しており、他の費用は居住権者に負担させるべきであると提言した⁴⁸。

(5) 居住権の設定手段について

草案第 209 条では、居住権の設定手段が明確に規定され、遺言、遺贈又は契約により居住権が設定されるとした。これについて、清華大学法学院の修士課程の李京法は、法律規定又は判決により居住権が設定されることに言及されていない点を指摘した。そうになると、当事者間に約定がなければ、たとえば父母は成年の子女の所有する建物に居住権を有しないことに至る。その場合、ただ成年子女の扶養義務によっては住房を有しない高齢者の居住問題を解決できないと言える⁴⁹。

(6) 居住権の登記義務について

徴求意見稿では、第 209 条において、居住権は登記された時から効力が生じることが明確に規定された。これにつき、唐山師範学院の金貴賓教授らは、権利の登記手続きを行う必要はないと指摘した⁵⁰。

その理由として、まず、遺言、遺贈又は契約により約束された居住権は、全て当事者の合意に基づき生じた権利であり、私法自治の範疇に属すべきであるから、本質的に、そのような居住権の設定行為は私的な行為であり、行政上の確認は必要ではないという点が挙げられる。

次に、居住権は他人所有の住宅に設定された権利であり、ある程度において、独立されている権利であると言えるが、この権限は制限されていることも明らかであるとする。すなわち、通常、居住権者は、居住住宅につき処分権限及び収益権限を持っていない。しかも、中国では、不動産所有名義変更につき登録主義を採用していることから、最大限に不動産取引の安全性を確保できる。仮に、居住権者が許可なく居住住宅を処分した場合でも、権限なき処分行為についての関連諸法規に従って居住権者の責任を追及できる。そこから、居住権の公示手段につき、登録主義を採用する必要がないというのが、金教授らの見解である。

また、遺言又は遺贈により約定された居住権は、被相続人の生前処分行為により設定されたものであるが、その法的効果は被相続人の死亡時に発生する。草案の条文に従い、登録義務者は居住権者かそれとも被相続人であるかについても、不明であると指摘されている。被相続人の場合には、被相続人は生前に遺言の居住権部分を登録する必要があり、登録しなければ、法的拘束力は生じない。これは、法律により私的行為が無断

⁴⁸ 金=張・前掲注 46) 97 頁。

⁴⁹ 李・前掲注 41) 487 頁。

⁵⁰ 金=張・前掲注 46) 98 頁。

に制限されたものと言える。一方、居住権者の場合であれば、居住権が登録により確実化されるためには、有効な遺言があることを条件とする。ただし、相続法の規定に従い、遺言の法的効力は被相続人の死亡時に生じるため、居住権の条文による明記される必要がない。そこで、草案により規定された居住権の登録については、強制規定ではなく、任意登録とするか又は登録規定を削除するかすべきであると、金教授らにより提言された⁵¹。

(7) 居住権の転貸禁止について

草案第 211 条によると、原則として、居住権の転貸行為は禁止するとされている。これについて、清華大学法学院の修士課程の李京法は、居住権の転貸が一律に禁止されるとするよりも、居住権の取得原因により区別すべきであると指摘した。すなわち、遺贈又は遺言により取得された居住権は、財産として認められるべき権利であるから、被相続人が転貸行為を禁止すると明言した場合を除き、居住権者の転貸行為を認めるべきであるとする。ただし、勿論、賃貸期間は居住権存続期間を超過することはできない。一方、契約により取得された居住権は、契約行為の相対性にに基づき、当事者間で明確に約定した場合を除き、居住権の転貸行為は禁止されるべきであると述べる⁵²。

(二) 2004 年物権法草案（第二次審議稿）

1. 条文の内容

(1) 条文の仮訳

2004 年の第 2 次物権法草案第 16 章においても、居住権に関する権利が設けられていた。具体的には、以下のものである。

「第 206 条 居住権者は、他人の所有する住宅及びその定着物を占有し、これを使用する権利を有する。

第 207 条 遺言、遺贈又は契約により、居住権を設定することができる。

居住権が設定されたときは、県レベル以上の登記機関に登録しなければならない。

第 208 条 居住権者は、合理的に住宅及びその定着物を使用すべきである。

居住権者は、居住住宅及びその付属施設の日常的な維持費用及び管理費用を負担すべきであり、使用料を支払わず、重大な修繕費用を負担しない。ただし、当事者間に遺言、遺贈又は契約により別段の約定がある場合は、この限りではない。

第 209 条 居住権は、これを譲渡すること、及び相続することができない。

⁵¹ 金=張・前掲注 46) 98 頁。

⁵² 李・前掲注 41) 489 頁。

居住権者は、居住住宅を賃貸することができない。ただし、当事者間に遺言、遺贈又は契約により別段の約定がある場合は、この限りではない。

第 210 条 住宅の所有者は、居住権者が当該住宅及びその他の定着物を占有・使用する権利を確保しなければならない。

居住権者は、住宅の一部の居住権を有するときに、当該住宅の共用部分を使用することができる。

第 211 条 居住権が設定された後に居住住宅の所有者が変更しても、居住権は影響を受けない。

第 212 条 居住権の存続期間は、遺言、遺贈、又は契約により約定される。

約定が不明な場合に、居住権の存続期間は成年者の死亡の時まで、未成年者は独立に生活可能になった時までとする。

第 213 条 以下のいずれかの場合には、住宅の所有者が居住権を取り消すことができる。

①居住権者が故意に住宅所有者及び親族の人身権利を侵害し、又はそれらの者の財産に重大な損害を招いたときに；

②居住権者の行為により住宅の安全など住宅の所有者又は他人の合法的權益が侵害されたときに。

第 214 条 以下のいずれかの場合には、居住権は消滅する。

①居住権者が居住権を放棄したとき；

②約定された居住権設定期間が満了したとき；

③約定された居住権の解除条件が達成したとき；

④居住権者が死亡したとき又は未成年居住権者が独立に生活可能になったとき。

第 215 条 居住住宅が消滅した場合に、居住権も消滅する。住宅の所有者が保険金、賠償金又は補償金を取得したときに、居住権者に適切な居住手配を与えるべきである。ただし、居住権者の故意行為又は重大な過失により住宅が消滅した場合はこの限りではない。

第 216 条 居住権が消滅したときに、住宅の所有者が時宜に県レベル以上の登記機関に抹消登記しなければならない。」

(2) 条文の変更内容

2004年の物権法草案は、徴求意見稿と比較すると、以下の点について内容の変更が見られる。

まず、2004年草案は、居住権の利用期間に関する条文を新設した。すなわち、第212条により、居住権の権利期間は遺言、遺贈及び約定によって定められる。これらにより不明な場合は、成年者は死亡の時まで、未成年者は独立に生活可能になった時まで居住することができる。

第二に、住宅の所有者による居住権の取消権を新設した。第213条によれば、居住権者が故意に住宅の所有者及び親族の人身や権利を侵害し、又はそれらの者の財産に対する重大な損害を招いたときに、及び居住権者の行為により住宅の安全など居住住宅の所有者又は他人の合法的権益が侵害されたときには、住宅の所有者は居住権を取り消すことができる。

第三に、居住権の消滅事由が変更された。すなわち、第214条は2002年の徴求意見稿にあった「不可抗力により住宅が滅失したとき」という文言を削除し、また、「居住権者が死亡したとき」を「居住権者が死亡したとき又は未成年居住権者が独立に生活することが可能になったとき」へと変更した。

第四に、居住用住宅が消滅した場合に、居住権者に及ぼす影響について規定した。第215条によれば、居住住宅が消滅した場合には居住権も消滅する。住宅の所有者が保険金、賠償金又は補償金を取得したときは、居住権者に対する適切な居住の手配をなすべきであるとされる。ただし、居住権者の故意又は重大な過失により住宅が消滅した場合はこの限りではない。

最後に、居住権が消滅した場合における住宅所有者の登記義務について条文を新設した。すなわち、第216条によれば、居住権が消滅した場合、住宅所有者は県レベル以上の登記機関において抹消登記手続しなければならないとされている。

2. 条文の検討

第二次審議稿の条文に関する検討は、あまり多くはされていない。私見では、徴求意見稿と比較して、第二次審議稿において、居住権に関する条文はさらに完全化されたものであると考えている。以下では、具体的に、住宅の所有者と居住権者の利益の衡平の観点及び実情に合わせる必要性の観点から私見を述べておきたい。

(1) 住宅の所有者と居住権者の利益の衡平の観点から

住宅の所有者と居住権者の利益の衡平の観点から考えれば、第二次審議稿においては、住宅の所有者の権利が強化されてきたと言える。まず、第二次審議稿第213条は、所有者による居住権の取消権を新設した。居住権者の居住の権利を確保するとともに、居住権者の不法な利用行為に対しては法的規制策が定められる必要がある。これによっ

て、居住権者が故意に住宅の所有者の権利を侵害した場合などに、住宅の所有者が居住権を取り消すことができる。この条文は、居住権者の居住住宅に関する利用行為を規制することを通じて、住宅の所有者の利益の保護を可能とするものである。

また、第二次審議稿は居住権の利用期間に関する条文も新設した。すなわち、第二次審議稿第 212 条によると、原則として、居住権の存続期間は当事者の約束により確定される。約定が不明な場合、居住権の存続期間は、成年者は死亡の時まで、未成年者は独立の生活可能になった時までとする。この条文は、当事者の意思自由を最大限に尊重したものとと言える。

しかも、居住権の設定方法から見れば、第二次審議稿の条文により、居住権は遺言、遺贈又は契約により設定されることが明記された。換言すれば、居住権の設定行為は、私的な法律行為として、基本的に当事者間の約定により規制される。居住権の設定は住宅の所有者の所有権を制限するため、居住権の相続期間が明記されたことで、住宅の所有者の利益の保護に繋がる。

他方で、第二次審議稿によって居住権者の利益も確保されている。第二次審議稿第 215 条において、居住住宅が消滅したことにより住宅の所有者が保険金、賠償金又は補償金を取得したときには、居住権者に対する適切な居住の手配をなすべきであると規定されている。この条文により、居住住宅が消滅したときの居住権者の利益の確保について初めて言及された。確かに、現時点において、居住権は生活確保策として居住権者の居住確保を確実に実現できるものであるが、万が一居住住宅が消滅したら、居住権者は再び居住に困窮する恐れがある。そこで、その時の解決策が法律により規定される必要がある。ただし、そのためには第 215 条はまだ不十分であると言える。理由として、第 215 条により居住住宅が消滅したときの金銭補償の場合のみが規定され、国により住宅が取り壊されて新たな住宅を取得したときの解決策については言及されていない。また、条文中に具体的な解決策は規定されておらず、ただ居住権者に対する適切な居住の手配をなすべきであるとされているにとどまる。内容から見れば、この条文の内容は非常に簡略的な内容に過ぎないと言える。それにより、司法実務では、当該条文によって当事者間の紛争を解決しようとする場合、結局、裁判官の裁量権により判断を下すことにとどまらざるを得ない。

(2) 実情に合わせる必要性の観点から

第二次審議稿の第 214 条では、居住権の消滅事由も明記された。徴求意見稿と比較すると、徴求意見稿第 215 条により規定された「居住権者が死亡したとき」を「居住権者が死亡したとき又は未成年居住権者が独立に生活することが可能になったとき」へと変更したものである。この変更は、一定程度、中国の現状に合わせて検討した結果でなされたものと言える。これにより、現在では、未成年者の居住の確保が問題となった事例が散見されている。特に、父母が離婚する場合には、裁判離婚に際し、判決において子女の扶養責任の問題につき言及されるが、そこでは通常、未成年者の以後の居住の確保までには触れていない。特に、父母の一方が夫婦間の忠実義務に違反した場合には、原則

として、人民法院は子女の利益を配慮するとの原則に基づき、子女の監護権は父母の他方に帰属させるとの判決がなされる。

例えば、山東省青島市中級人民法院(2014)青民五終字第106号において、人民法院は、父が婚姻関係存続中に浮気をしたため、離婚に至ったものと認定した。そして、子女の利益を配慮した上で、子女の監護権を母に帰属させた。ただし、本件では、母が住居に困窮しており、「生活困難者」に該当したため、父による住居の提供又は経済支援金の支給などの経済援助が必要となった。このような場合には、子女の居住の確保も問題となるのであり、この種の事案における子女の居住確保策が法律により明記される必要があると考えられる。

確かに、婚姻関係及び相続関係においては、特に未成年者などの家族内における弱者の居住の利益を確実に保護する必要がある。このような実情に 대응するため、第二次審議稿においては、未成年の居住権者が独立に生活することが可能になるまで居住住宅に居住できることが明記された。これにより、条文上は、第二次審議稿第214条によって未成年の居住権者の居住利益の保護が図られたと言えよう。

(三) 2005年物権法草案(第三次審議稿)⁵³

1. 条文の内容

(1) 条文の仮訳

2005年物権法草案は、第15章に居住権に関する規定を設けていた。それは以下のものである。

「第180条 居住権者は、他人所有の住宅及び定着物に占有し、これを使用する権利を有する。

第181条 遺言、遺贈、又は契約により、居住権を設定することができる。

居住権が設定されたときは、登記機関に登録しなければならない。

第182条 居住権者は、合理的に住宅及びその定着物を使用すべきである。

居住権者は、居住住宅及びその付随施設の維持費用及び管理費用を負担すべきであり、使用料を支払わず、重大な補修費を支払わない。ただし、当事者間に遺言、遺贈又は契約により別段の約定がある場合は、この限りではない。

第183条 居住権は、これを譲渡すること、及び相続することができない。

⁵³ 全国人大常委法制工作委员会民法室編『物権法(草案)参考』中国民主法制出版社(2005年)44頁。

居住権者は、居住住宅を賃貸することができない。ただし、当事者間に遺言、遺贈又は契約により別段の約定がある場合は、この限りではない。

第 184 条 住宅所有者は、居住権者により当該住宅及びその他の定着物を占有・使用する権利を確保しなければならない。

居住権者は、住宅の一部の居住権を有するときに、当該住宅の共用部分を使用することができる。

第 185 条 居住権設定後は、当該住宅の所有者が変更しても、居住権は影響を受けない。

第 186 条 居住権の存続期間は、遺言、遺贈、又は契約により約定される。

約定が不明な場合に、成年者は死亡の時まで、未成年者は独立に生活可能になった時までとする。

第 187 条 以下のいずれかの場合には、住宅の所有者が居住権を取り消すことができる。

①居住権者が故意に住宅所有者及び親族の人身権利を侵害し、又はそれらの者の財産に重大な損害を招いたときに；

②居住権者の行為により住宅の安全など住宅の所有者又は他人の合法的權益を侵害したときに。

第 188 条 以下のいずれかの場合には、居住権は消滅する。

①居住権者が居住権を放棄したとき；

②約定された居住権の設定期間が満了したとき；

③約定された居住権の解除条件が達成したとき；

④居住権が取り消されたとき；

⑤住宅は収用されたとき；

⑥住宅は消滅したとき。

第 189 条 住宅が消滅した場合では、住宅の所有者が賠償金を取得したときに、居住権者に適切な補償を与えるべきであり、独立に生活能力を有しない居住権者は、経済援助を放棄し、適切な居住手配を請求することができる。ただし、居住権者の故意行為又は重大な過失により住宅が消滅した場合はこの限りではない。

第 190 条 居住権が消滅したときに、住宅の所有者が時宜に登記機関に抹消登記しなければならない。

第 191 条 本章により規定された居住権は、婚姻家族関係又は賃貸関係により生じた居住関係に適用されない。」

(2) 条文の変更内容

第三次審議稿において、第二次審議稿から以下の点に変更が見られる。

まず、登記機関の等級に付された制限を削除した。第 181 条、190 条によると、居住権が設定されたと同時に、住宅の所有者には登記機関に登録する義務が生じ、居住権が消滅したときには、住宅の所有者が抹消登録手続きを行う必要もある。そして、第二次審議稿第 207 条、216 条によって規定されていた「県レベル以上」制限を削除した。

次に、居住権の消滅事由が変更された。第 188 条に規定された居住権の消滅事由は、第二次審議稿第 214 条 4 項によって規定されていた「居住権者が死亡したとき又は未成年者である居住権者が独立に生活可能になったとき。」という消滅事由を削除し、「居住権が取消されたとき」、「居住用住宅が徴収されたとき」及び「住宅が滅失したとき」を居住権の消滅事由として追加した。

また、居住住宅が消滅した場合では、第 189 条により第二次審議稿第 215 条にあった「居住権も消滅する」という文言を削除した上で、住宅の所有者が居住権者に経済援助をすべき場合を住宅の所有者が賠償金を取得した場合として限定されており、住宅の所有者が保険金及び補償金を取得した場合を削除した。しかも、居住権者は、経済援助金の支給という援助方法を放棄することができ、それに代わって住居の提供という援助方法を請求することができる。

最後に、物権法により定められた居住権の適用範囲が明確化された。第 191 条によると、本章において規定された居住権は、婚姻家族関係又は賃貸関係により生じた居住関係に適用されないことが明記されている。

2. 条文の検討

(1) 居住権の設定手段について

第三次審議稿では、その第 181 条、第 182 条、第 183 条、第 186 条によると、形式上、遺言と遺贈を並列的な法的要素として位置づけている。ただし、これにつき、廈門大学の徐国棟教授は合理性が欠如していると指摘した⁵⁴。すなわち、第 181 条によれば、遺言、遺贈、又は契約により居住権を設定することができるかとされているが、実際には、遺言は財産の処分行為の種類であり、遺贈は遺言の内容として理解すべきである。したがって、遺贈は遺言により規定されるものであるため、両者は同じレベルの法

⁵⁴ 徐国棟「物権法草案文字梳理」法学第 8 期（2005 年）17 頁。

律行為ではなく、遺言と遺贈を居住権の設定手段として並列的に位置付けることには合理性を欠くと主張された⁵⁵。

また、居住権の設定手段につき、第三次審議稿においては、当事者の合意による居住権設定ができることが明らかであるが、法律や裁判等による居住権の設定手段については言及されていなかった。この点につき、北京大学の薛軍教授は、法定居住権も法律で明記する必要があると指摘した⁵⁶。例えば、裁判離婚の場合、一方配偶者による居住権の請求があったときは、裁判官はそのような居住権の主張を認めた上で、裁判により当該配偶者の居住の確保を可能にすべきであるとする⁵⁷。

(2) 居住権の受益主体について

第三次審議稿については、居住権制度に関する不備として、権利の受益者の範囲が明確に規定されていないことが挙げられる。通常は、権利義務関係に関し約定された受益者の範囲は権利者の範囲と同様であるから、特に明示される必要はない。ただし、北京大学の薛軍教授は、居住権の場合においては、権利の受益者の範囲は明記される必要があると指摘する⁵⁸。その理由として、社会通念上、居住権者が家族から離脱して単独で居住することは極めて少ないから、居住権者の家族生活に基づく要請を尊重するため、法整備活動により、居住権者の家族成員なども共同で居住住宅に居住できることが確実に規定されるべきであるとの見解が示された⁵⁹。特に、家政婦のために設定された居住権の場合に、家政婦の家族成員も共同で当該居住住宅に居住できることを確保する必要があると指摘された⁶⁰。

(3) 居住権の消滅事由について

第三次審議稿においては、第 188 条で、居住権の消滅事由が規定された。その中で、同審議稿は、「居住権が取り消されたとき」、「居住用住宅が徴収されたとき」及び「住宅が滅失したとき」を居住権の消滅事由として追加した。

実際に、中国では都市化の進展と共に、基本的に、都市では住宅の大規模な改修工事の工程が実施されている。そのような改修過程では、今まで居住している住宅を取り壊すことが一般的である。そこで、上記の条文によれば、居住住宅が徴収されたことにより居住権も消滅する。ただし、これは、居住権者の利益を害する恐れがあり、居住権者の居住の確保が改めて問題となりうる。通常、居住住宅の立ち退きの場合、所有者は、金銭補償として補償金、又は現物補償として新たな住宅を取得できる。新たな住宅を取得した場合には、居住権者の居住権がどうなされるかが問題となる。この点につき、北

⁵⁵ 徐・前掲注 54) 17 頁。

⁵⁶ 薛軍「地役権と居住権問題——評『物権法草案』第十四、十五章」中外法学第 1 期（2006 年）98 頁。

⁵⁷ 薛・前掲注 56) 98 頁。

⁵⁸ 薛・前掲注 56) 97 頁。

⁵⁹ 薛・前掲注 56) 97 頁。

⁶⁰ 薛・前掲注 56) 97 頁。

京大学の薛軍教授は法律により明確に規定されなければ、居住権者の居住確保が実現できない恐れがあると指摘した⁶¹。

(4) 居住権者の責任分担について

第三次審議稿の第 182 条によると、居住権者は合理的な範囲内で権利を行使すべきであるとされている。しかし、この条文には合理的な範囲という法的概念について明確に定義されておらず、合理的な範囲外の利用行為によって生じる法的効果についても言及されていなかった。これにつき、北京大学の薛軍教授は、条文から見れば、合理的な範囲に属するかは、居住住宅の所有者の利益を害するかどうかにより判断すべきであるから、当該条文は、「住宅所有者の合法的な利益を害しないように、居住権者が居住権を行使すべきである。」と修正されるべきであると提案した⁶²。

(四) 最終稿により削除された理由

ここまで見たところから、物権法草案第 4 次審議稿⁶³までは居住権に関する条文は保留としたが、第 5 次審議稿⁶⁴に至って、居住権に関する条文が削除された。結局、成案の物権法に居住権に関する条文を設けられなかった。すなわち、最終的に、物権法に居住権を規定することは、当時の立案過程において、断念されたと言える。

具体的に、否定説を主張していた理由として、第 3 次審議稿を検討中に、全国人民代表大会常務委員会⁶⁵（以下、「常委会」と言う）の委員であった任茂東委員は、同草案により定められた居住権は、少数者のみの居住確保に対して役に立つとしていたため、創設する必要がないと指摘した。他にも、沈春耀委員は、居住問題の解決策としてよく利用されている賃貸借関係は、草案に定められた居住権に含まれておらず、実情に応えられていないと言える。また、草案によって定められた居住権は既に現実に存在しているが、それほど利用されておらず、それにより、物権法の中で特別に規定する必要があるかどうかにつき、さらに検討すべきであると指摘された⁶⁶。

第 5 回審議稿から居住権規定を削除した理由につき、法律委員会⁶⁷により常委会に提出された「全国人大法律委員会による物権法草案改正状況に関する報告」によると、そ

⁶¹ 薛・前掲注 56) 100 頁。

⁶² 薛・前掲注 56) 98 頁。

⁶³ 物権法第 4 次審議稿は公布されていなかったため、本論文では第 4 次審議稿をめぐる検討がなされないとする。

⁶⁴ 物権法第 5 次審議稿において、居住権に関する条文が削除されたため、本論文では第 5 次審議稿をめぐる検討がなされないとする。

⁶⁵ 全国人民代表大会常務委員会は、全国人民代表大会（以下、「全人代」と言う）の常設機関である。全国人民代表大会の閉会期間において、国の最高権力を行使し、全人代の監督を受け、全人代に責任を負い、活動を報告する。憲法と「全国人民代表大会組織法」の規定に基づいて、全人代とともに立法権を行使する。また、全人代閉会中に最高の国家権力を行使し、立法機能を代行する。

⁶⁶ 梁・前掲注 31) 5 頁。

⁶⁷ 中国において、法律委員会は全国人民代表大会の専門委員会として 1983 年 6 月に設立された。2018 年 3 月 11 日に第 13 期全国人民代表大会第 1 回会議により可決された「中華人民共和國憲法修正案」によると、「全国人民代表大会法律委員会」を「全国人民代表大会憲法と法律委員会」に名称を変更した。

職能として、憲法と法律委員会は、全国人民代表大会または全国人民代表大会常務委員会に提出する法律案を统一的に審議する。その他の専門委員会により関連法律案を審議された後に、憲法と法律委員会は審議意見を収集した上で、全国人民代表大会会議または常任委員会会議に報告する。

ここでは、物権法に居住権条文を設けるかどうかにつき議論がされていた。肯定の立場からは、実際に居住権を留保した不動産贈与の事案が散見され、物権法に居住権を規定する必要があるという点が指摘された。一方、否定的立場は、草案の居住権の適用範囲が狭く、居住権を法的に保護しようとする社会的背景から見れば、居住権の創設により配偶者が死亡した後に女性の居住の問題を解決することを図っていたが、現在の我が国においては、男女とも相続権を有しているのであり、物権法に居住権を規定する必要がないという理由を示した。

これらの議論を受けて、法律委員会は、草案の居住権制度の適用範囲は狭く、家族関係により生じた居住問題は、婚姻法の扶養などに関する条文によって解決可能であること、賃貸借関係から生じた居住問題は契約法の問題として解決すべきであり、この場合の居住問題は、草案の居住権の適用範囲外となること、現段階で、居住権問題は、ほぼ親戚又は友人との間で発生しており、現行の法律条文により解決することが可能であることから、居住権に関する条文を削除することを提言した⁶⁸。

第5次審議稿に至って、居住権に関する条文が削除された後、その後の審議稿においても、居住権に関する立法上の議論はなされていない。結局、2007年に公布された物権法定稿において、居住権に関する条文は設けられなかった。すなわち、物権法改正の段階では、居住権制度をめぐって、法整備活動においても、学説上においても、議論がなされていたが、結局、居住権制度の制限性及び現実的必要性を併せ考慮した上で、居住権制度は創設されないままに止まった。

一方、離婚裁判において、離婚夫婦の間で離婚後の居住権限に関する紛争が生じたときには、依然として明文化された離婚経済援助制度などの法制度を準用し、司法実務に現れた生存配偶者のための居住権限に関する紛争を解決する際にして、人民法院は常に高齢者權益保障法などの法制度を援用することがよくある。ただし、中には、居住権が法的権利ではないことを理由として当事者の居住の物権的効力の主張を棄却した事例もしばしば見られる。このような現状に鑑みると、現時点において、中国では法律により当事者の居住権が明記される必要があると考えられる。

二 民法典の物権編改正に関する議論

新中国の成立後、民法典の起草作業が何回も試みられてきた。すなわち、1954年、1962年、1979年及び2001年の4回にわたって民法典の制定作業が行われた。1回目と2回目については、さまざまな理由により実績が上げられなかった。

具体的には、民法典の1回目編成作業は、20世紀50年代（1954-1956）で、1956年に総則、所有権、債権、相続の4編を含む、525ヶ条となる『民法草案』が完成した⁶⁹。し

⁶⁸ 梁・前掲注31) 5頁。

⁶⁹ 梁慧星「中国民法典編纂の幾個問題」山西大学学报（哲学社会科学版）2003年第5期13頁。

かし、その後の大躍進との政治運動及び人治思想に基づく最高決定により、今回の民法典編纂は中止された⁷⁰。

その後、2回目起草作業は、20世紀60年代（1962-1964）であり、1964年7月に、3編制の体系を採用した『民法草案（試擬稿）』が完成した。第1編が総則、第2編が財産所有、第3編が財産の移転で、262ヶ条となっている⁷¹。しかし、今回の民法典編纂も結局は社会主義教育運動と文化大革命運動の勃発により不調に終わった⁷²。

実際に、前2回の民法典起草作業は、いずれも計画経済体制の社会的背景の下で行われたものであり、行政手段で商品の生産、流通、交換と消費を調整していたため、また、大躍進などの政治運動が行われたため、成功しなかった。この2回の民法起草作業は、その理由は極めて簡単で、すなわち、計画経済体制が支配的な地位を占めている社会においては、民事法律に対する需要は限度があるものからである。たとえ第2回の民法典の起草契機として、1962年3月22日に毛沢東主席は「刑法が要るのみならず、民法も必要である。……法律がなければ、社会秩序が混乱している状態に至ったため、刑法及び民法を作成しなければならない」という方針を指示したとしても、結局、計画経済体制の社会的背景の下で民法に対する需要が高くないため、民法典の編纂作業が不成立になった⁷³。

次に、1979年に、第3次の民法典の編纂作業が再び日程に上った。具体的には、1979年1月に民法典起草チームが設置され、同チームが中心となって1982年5月までに全部で8編43章465ヶ条から成る民法典草案第4稿をまとめた。ただし、当時は改革開放の新たな段階に入ったばかりで、全な民法典を制定する条件がまだ整っていないと判断した上で、まず民事単独法を制定することが決定された。その結果、この民法典草案は正式な法律とならなかったが、現行の相続法、民法通則、契約法はすべてこの草案の内容を基礎に、適宜必要な修正を加えて公布されたものである⁷⁴。

その後開始された民法典の制定経緯としては、1998年3月に、全人代常務委員会が6名の民法学者と3名の実務関係者を集め、民法典起草チームを設置した。この民法典起草チームの計画により、まず、1999年までに、市場取引に関する規則となる統一契約法を成立せしめ、次に、1998年から4～5年をかけて財産関係の基本的な規則となる物権法を成立させ、そして、2010年までに民法典全編を成立させる、という三つの立法段階が示された⁷⁵。2010年の期限には遅れたものの、現在に至るまでに民法典制定計画の全ての段階は実行され、2020年5月28日に、第13期全人代大会第3回会議において

⁷⁰ 楊立新「百年中的中国民法華麗轉身与曲折發展——中国民法一百年歷史的回顧与展望」河北省政法管理幹部学院学報第3期（2011年）11頁。

⁷¹ 梁・前掲注69）13頁。

⁷² 楊・前掲注70）11頁。

⁷³ 円谷峻＝于敏「中国民法典（草案）の立法過程について（1）」横国第14巻第2号（2005年）67頁。

⁷⁴ 江涛「中国民法典の制定に関する一考察」千葉大学人文社会科学研究所第16号（2008年）123頁。

⁷⁵ 江・前掲注74）124頁。

「中華人民共和國民法典」が可決された。これによって、統一的な民法典の編纂作業は完成し、中国の「民法典時代」が到来したと宣言することができる。

中国における民法典編纂の具体的過程において、2015年3月に全人代常務委員会法制作業委員会が起草作業を開始して以降、2019年12月の最終草案意見募集稿まで、各条文について何度も審議と修正が重ねられ、整備された。そして、この民法典の編纂に際し、居住権制度に関する編纂作業を行うことが再び提言された。2018年の中国第19期党大会報告により、全ての国民の居住を確保するため、改革開放措置として、多様な主体による住宅の供給、多様なルートでの居住保障、賃貸借と購入の併存型の住宅制度の迅速な創設が挙げられた。中国共産党中央委員会⁷⁶の要求を実行に移すため、また、国民の住宅利用権を保護するため、そして、特定の国民の居住のニーズを満足するために、民法典草案は物権編の用益物権の章に居住権の規定を追加した。

その上で、2018年8月27日に、全国人大常務委員会法制工作委員会沈春耀主任が、第十三届全国人大常務委員会第五次會議第一次全体會議において報告した「民法典各編(草案)」の提案に関する説明によると、「公共賃貸住房」及び不動産の居住権能の活用や高齢者の老後生活の確保に対する法的根拠を提供するために、居住権制度が再び検討されたと簡略に制度の立法発想を説明した。すなわち、居住権制度の制度目的については、社会的弱者の居住確保を実現するとともに、居住住宅の機能が十分に発揮されることも図っている。この立法目的から見れば、居住権制度を新規に規定することは、公有賃貸住宅の使用者、また、高齢者の建物により老後生活を確保されることに対して法的保障ができると言える。世論の評価から見ても、確かに居住権制度にはまだ不十分な内容のものであるが、社会的弱者の居住利益の確保などに役に立つと評価されている⁷⁷。

(一) 第一次審議草案

1. 条文の内容

中国民法典の物権編第一次審議草案第14章において、居住権を規定することが認められ、居住権の成立と消滅の要件及び居住権者の権利の内容等について条文が置かれた(159条~162条)。

同草案 159 条 1 項によれば、居住権者は、契約に基づき、生活上の居住の需要を満たすため、他人の住宅に対して占有及び使用する権利を有することができるものと規定されている。そして、同条第2項は、居住権の成立要件を定め、書面形式により居住権に関する契約を締結することが必要となり、第3項は、居住権の設立時点を定め、登記機関に登録義務が居住権者に義務付けられ、居住権は登記時点から設立される。第160条

⁷⁶ 中国共産党中央委員会は、中国共産党の最高指導機関であり、中国共産党全国代表大会（以下、「党大会」と言う）によって選出され成員により構成されている。党大会の閉会期間には、中国共産党中央委員会は、党大会で決議された事項を執行し、党全体の活動を指導し、対外的に中国共産党を代表する。略称は「中共中央」、「党中央」などである。

⁷⁷ 例えば、凱風「民法典首提“居住権”，影響有多大？」（<https://new.qq.com/omn/20200531/20200531A04H6C00.html>，2022年2月2日最終閲覧）、陳竹「民法典草案解讀6 | 提出“居住権”概念 保障弱勢群体住有所居」（<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1667546665360795026&wfr=spider&for=pc>，2022年2月1日最終閲覧）。

は、居住権の権利行使に対して制限を加えた。居住権は譲渡、承継をすることができず、当事者間に特別な約束がある場合を除き、居住権の付属した建物は賃貸することもできない。第 161 条は、居住権の消滅事由について規定する。原則として、居住権者が死亡したときには居住権は消滅するが、当事者間に特別な約束がある場合は除かれる。第 162 条は、物権編の居住権の適用範囲を規律し、遺言により設けられた居住権に、同章の居住権規定を適用するとする。

以下に条文の仮訳を示す。

「第十四章 居住権

第 159 条 居住権者は、契約に基づき、生活上の居住の需要を満たすため、他人の住宅に対して占有及び使用する権利を有する。

居住権は、当事者間において書面による居住権契約により設定されなければならない。

居住権は、登記機関に登録しなければならない。居住権は、登記簿に記載された時よりその効力を生じる。

第 160 条 居住権は、これを譲渡すること、及び相続することができない。居住権のある居住住宅を賃貸することはできない。ただし、当事者間に別段の約定がある場合は、この限りではない。

第 161 条 居住権者が死亡したときに、居住権は消滅する。ただし、当事者間に別段の約束がある場合は、この限りではない。遺言により設定された居住権には、本章の規定を準用する。」

2. 条文の検討

(1) 居住権制度の法的価値について

第一次草案の審議過程において、常委員会委員の田紅旗委員により、居住権制度を創設する場合、社会的弱者の立場に立つ者の居住確保を十分に保障するという点を重視すべきであることが指摘された。その理由として、居住権の制度目的は、居住者の基本的な居住の保障を実現し、居住者の安定した居住環境を保障することであると、かつて物権編草案により提案された居住権が合意により創設されるとしていたことは、生存配偶者、高齢者、未成年者などを対象とした居住権に触れておらず、これらの対象が家族内における弱者であるため、基本的に契約の締結を通じて居住権を設定することができないということを挙げていた。そのことから、田委員は、法定居住権を創設することを提言し、家族内における弱者に対して最低限の居住確保を提供すべきであるとした。

そこでは、法定居住権という権利類型は、居住保障の機能を有するから、「老人を尊敬し、若者を愛する」という家庭関係を構築することに対して役に立つとする。しか

も、裁判例においても、法定居住権に関する判断が散見され、裁判実務では、親子及び夫婦間で不動産所有権に関する紛争が生じた事例において、当事者の利益の均衡を図り、社会秩序の安定を実現するため、居住用不動産を有していない夫婦の一方が、他方の所有する不動産に居住することができる」と判決したものがある。そのため、確かに、このような判決内容には正当な法律的根拠がないが、実際には実現可能であって、法定居住権に関する立法化活動は、中国の裁判例における対応に法律正当性を付与することが可能となると指摘していた⁷⁸。

他方、常委会委員の鄧麗委員は、民法典の婚姻家族編草案に夫婦の唯一の居住用不動産であるものに関する共同居住権を規定する必要があると、そして、夫婦の一方に帰属させる居住用不動産が夫婦の唯一の住所であった場合、夫婦双方は共同でそれを使用し、居住する権利を有するのであり、離婚後も、当該住宅の所有者は任意にそれを処分できないと提言した⁷⁹。婚姻住居は、夫婦双方が法定の扶養義務を履行する拠点として、重要な存在であり、また、農村部ならば、土地權益又は「宅基地」の分配に関係している。したがって、家庭生活の安定を維持するために、婚姻の唯一の住所の共同居住権を明確に規定することが必要である。現時点では、中国における社会保障水準はまだ低く、婚姻中弱い地位にある一方の配偶者の権利を守るために、居住用不動産の処分に制限を加えるべきであり、すなわち、所有者が離婚する際にして、任意に夫婦間での唯一の居住建物を処分し、相手方配偶者を居住困難な状態にさせることは法律により許されるものではないと指摘した。

(2) 居住権の内容について

全体的に言えば、2018年の民法典物権編草案により示された居住権の法的概念は、2002年物権法草案より、進歩的であると言えるとの意見が示された⁸⁰。すなわち、2018年民法典物権編草案第180条により、居住権は、居住権者が他人所有の住宅を使用することとされた上で、使用行為の趣旨は生活需要の満足であるとして限定された。注意すべき点は、ここに言う生活需要は厳密な範囲ではなく、居住権の主体は居住権者であるが、権利は権利者自身の使用需要及び家族の使用需要を満たすために行使されるべきであると解されていた点である⁸¹。

ア 居住権の設定手段について

民法典物権法草案の条文から見ると、第159条及び162条によれば、居住権は、原則として、協議又は遺言という法的手段に基づき設定されるものであると定義された。これにつき、中央財経大学の陳華彬教授は、このような居住権の設立規定は比較的狭い

⁷⁸ 張維煒「百姓関心的這些事，民法典草案都有回應」

(<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202001/edaa2ba2b6eb4befb1e0a724ab88195b.shtml>, 2022年02月25日最終閲覧)。

⁷⁹ 新華社「離婚冷靜期·共同居住權·近親屬範圍—全國人大常委會組成人員熱議民法典草案」

(<https://rmzxb.com.cn/c/2019-12-25/2491609.shtml>, 2022年02月25日最終閲覧)。

⁸⁰ 薛・前掲注56) 92-100頁。

⁸¹ 薛・前掲注56) 92-100頁。

と指摘した。例として、親子間で行われた居住住宅の贈与について、両親は居住建物の所有権を子女に贈与行為により移転したが、自らの死亡までの居住権限を保留しようとする場合に、両親のうちの片方の意思により設定された居住の権利は、条文によって規定された居住権にあたらぬから、結局、当該権利の法的効力を確保できない恐れがあることが指摘された⁸²。

これに対して、上海交通大学の肖俊准教授は、法案において示された居住権設定のための法的手段について区別をする必要はないと指摘した⁸³。第一次審議稿においては、その第 159 条によると、居住権は当事者双方の合意により設定されると明示した上で、第 162 条では遺言によっても居住権が設定できるとされていた。換言すれば、民法典物権編において規定された居住権は、法定居住権ではなく、当事者の一方又は双方の意思により設定されるものである。この点につき、上海交通大学の肖俊准教授は、「居住権留保の所有権移転」という措置を法的手段として規定するべきであるとの提案を行った⁸⁴。すなわち、居住住宅の所有権を移転する場合、当該建物を用いて元所有者の居住利益を確保するために、住宅に元所有者の居住の権利も設定されることが一般的に行われている。特に、親子間で行われた不動産の贈与又は高齢者によりその所有する住宅が転売される場合には、この手段がよく利用されている。したがって、高齢者の居住利益を確実に保護するために、法律によりこのような居住権を明記する必要があるとする。

その上で、中央財経大学の陳華彬教授も、物権編草案の中に「法定居住権」が明確に規定されるべきであると提言した。具体的に、父母が監護者として、未成年者所有の不動産に対して有すべき居住権、未成年者が、両親所有の不動産に対して有すべき居住権、離婚配偶者が、居住用不動産を有しない場合に、一定の限定的期間内について他方配偶者所有の不動産に対して有すべき居住権などを法定居住権として、法的に保障すべきであると指摘した。さらに、居住権の設定手段につき、中央財経大学の陳華彬教授は、本章において設けられた居住権の規定は、立法機関により完全化されるべきであると提言した⁸⁵。すなわち、婚姻法司法解释（一）第 27 条により規定された住居の居住権の提供という離婚経済援助策も、民法典物権編により明記される必要があるとの指摘である⁸⁶。その上で、上海交通大学の肖俊准教授も、居住権が裁判により設定されることを明記すべきであると指摘した⁸⁷。

イ 居住権者の義務について

物権法改正の段階において提案された条文と比較して、上海交通大学の肖俊准教授は、民法典の物権編草案では、居住権者が住宅に対して有すべき維持義務及び修繕責任

⁸² 陳華彬「關於居住權確立的幾個問題」中国社会科学院院報 2004 年 11 月 23 日第 3 版、陳華彬「設立居住權可以更好地保護弱勢群體利益」檢察日報 2004 年 2 月 9 日第 3 版。

⁸³ 肖俊「『居住』如何成為一種物權——從羅馬法傳統到當代中國居住權立法」法律科學第 3 期（2019 年）105 頁。

⁸⁴ 肖・前掲注 83) 105 頁。

⁸⁵ 陳華彬「人役權制度的構建——兼議我國『民法典物權編（草案）』的居住權規定」比較法研究第 2 期（2019 年）58 頁。

⁸⁶ 陳・前掲注 85) 58 頁。

⁸⁷ 肖・前掲注 83) 106 頁。

に言及されていないと指摘した⁸⁸。すなわち、居住住宅の維持及び修繕義務は、居住住宅の使用状態を確保するとともに、居住権者及び所有権者の利益が関わっている。ただし、この点が民法典の物権編草案により完全には規定されていなかったため、居住権者及び所有権者間の利害の衡平を実現できない恐れがあるというのである。

具体的に、上海交通大学の肖俊准教授は、居住権者の利用行為は、合理的な範囲内において行われるべきであり、善良な管理者の注意義務を果たすべく、居住住宅を利用すべきであるとする。同時に、居住権者の利用行為により居住住宅に損害を与えたときには、居住住宅の修繕責任も居住権者に負わせるべきであると提言していた⁸⁹。

ウ 居住権の消滅事由について

物権法改正の段階において提案された草案には、居住権の消滅事由は具体的に列挙されてきたが、それらは煩雑だとの非難もなされていた。他方で、物権編草案においては、第161条により、居住権の消滅事由を居住権者の死亡のみとしたが、これは簡易にすぎると指摘された⁹⁰。この点につき、上海交通大学の肖俊准教授は「権利濫用したこと」及び「居住住宅が消滅したこと」を居住権の消滅事由として明記するべきであると提言した。

(二) 第二次審議草案

1. 条文の内容

第二回審議では、第二次審議草稿により、第一次審議草稿に対して複数の修正を行った。

そこでは、まず、第一次審議草案の第159条に対してより次の修正がなされた。すなわち、「居住権は契約に基づき、生活上の居住の需要を満たすために、他人の所有する建物に対して占有、使用する権利を有する用益物権である」とされた。また、第一次審議草案第159条の第2項を単独の条文とし、居住権契約の一般的要件を新規に規定した。そこでは、当事者の名前、住所、建物の位置、居住の条件及び要件、紛争の解決方法を掲げた。最後に、第一次審議草案の第160条に、居住権は無償で設立されることが新規に規定された。この点につき、居住権の無償性を強調することの目的は、他の権利と区別することにあると指摘されていた⁹¹。

以下に条文の仮訳を示す。

「第十四章 居住権

⁸⁸ 肖・前掲注83) 105-106頁。

⁸⁹ 肖・前掲注83) 105-106頁。

⁹⁰ 肖・前掲注83) 106頁。

⁹¹ 黄薇「『民法典物権編草案』(二審稿)对若干重点问题的回应」中州学刊第7期(2019年)61頁。

第159条 居住権者は、契約に基づき、生活上の居住の需要を満たすため、他人の住宅に対して占有及び使用する権利を有する。

第159条の一 居住権は、当事者間において書面による居住権契約により設定されなければならない。

居住権契約は、原則として次の事項を含む：

- (一) 当事者の名前と住所；
- (二) 住宅の位置；
- (三) 居住の条件と要件；
- (四) 紛争の解決方法。

第159条の二 居住権は、登記機関に登録しなければならない。居住権は、登記簿に記載された時よりその効力を生じる。

第160条 居住権は、無償で設定されなければならない。これを譲渡すること及び相続することはできない。居住権のある居住用住宅を賃貸することはできない。ただし、当事者間に別段の約定がある場合は、この限りではない。

第161条 居住権者が死亡したときに、居住権は消滅する。ただし、当事者間に別段の約定がある場合は、この限りではない。

第162条 遺言により設定された居住権には、本章の規定を準用する。」

2. 条文の検討

(1) 居住権の無償性について

民法典の物権編第二次審議稿で、居住権制度に関する条文はさらに完全化され、居住権の無償性についても明確に規定された。実際には、物権法改正の段階において提案された居住権の条文の中でも、居住権の無償性も明示されていた。

全国人大常委会法制工作委员会民法室の黄薇主任は、従来から、居住権の無償性が明記される必要があると指摘していた⁹²。実際には、非所有者が賃貸借契約の締結によって、他人所有の居住建物に居住することが可能である。これによって、賃貸借関係により形成された権利にも居住の権能が含まれているということが出来る。ただし、物権的な権利として位置付けられている居住権は、賃貸借関係により設定された居住の権利と明確に区別されなければ、権利の法的性質に関する誤解が生じやすくなる。そこで、

⁹² 黄・前掲注91) 61-62頁。

物権編第二次審議稿では、居住権は、賃貸借関係により形成された居住の権利ではなく、当事者間で契約により約定された無償的な権利であることが示された。

その上で、条文によれば、居住権は人役権として位置づけられているとの観点も示されたと言える。すなわち、華東政法大学の曾大鵬教授は、居住権の譲渡不可などの属性から見れば、居住権は人役権であるという立場が示されたものであると指摘した⁹³。また、中央財經大学の陳華彬教授は、人役権の観点に基づき、人役権の権利・性質として、居住権の無償性などの性質が法律により明記される必要があると指摘した⁹⁴。

これに対し、民法典の物権編第二次審議稿第 160 条により、居住権の無償性が明確に規定された上で、権利の譲渡、相続、転貸も禁止されるとされたことにつき、華東政法大学の曾大鵬教授は、これらの条文内容は明らかに不適切であると指摘した⁹⁵。すなわち、投資のために設定されていた居住権という実情が完全に無視されており、条文からは居住権に関する有償的な取引行為が排除されていると指摘した。また、中国人民大学の王利明教授も居住権の無償性に関する条文は削除されるべきであると提言した⁹⁶。確かに、婚姻関係、又は相続関係により約定された居住権は無償的なものであるが、居住の権利を留保した不動産取引がなされた場合であれば、対価が一般的に支払われている。例えば、現状では、高齢者は生活費用を確保するために居住住宅に抵当権を設定している。この場合、高齢者は住宅の所有権を金融機関に移転するとともに、当該住宅に高齢者の居住の権利を設定し、金融機関によって定額の金銭が定期的に高齢者に支払われる。仮に、法律により居住権が完全に無償的な権利として規定されたならば、この施策の運用中に生じた紛争は居住権制度の内容を準用して解決される余地がなくなり、結局、それによって高齢者の利益を害する場合が生じる。そこで、中国人民大学の王利明教授は居住権の無償性に関する条文を削除するべきであると提言した⁹⁷。

また、西南政法大学の黄積虹教授も居住権が用益物権として明記されるのであれば、用益物権の権利と性質に従い、収益権限を居住権者の権利内容として明記するべきであると提言した⁹⁸。

(2) 居住権の権利内容について

居住権の権利内容につき、第二次審議稿第 159 条では、居住権者は、生活上の居住の需要を満たすために、他人所有の住宅に対して占有及び使用する権利を有するとされていた。これにつき、東南大学の単平基教授は、「居住」を強調する民法体系と異なって

⁹³ 曾大鵬「居住権的司法困境、功能嬗变与立法重构」法学第 12 期（2019 年）61 頁、王利明「論民法典物権編中居住権の若干問題」學術月刊第 7 期（2019 年）93 頁。

⁹⁴ 陳・前掲注 85) 48 頁。

⁹⁵ 曾・前掲注 93) 62-63 頁。

⁹⁶ 王・前掲注 93) 99-100 頁。

⁹⁷ 王・前掲注 93) 99-100 頁。

⁹⁸ 黄積虹「構建民法典物権編居住権的思考」上海政法学院學報第 1 期（2019 年）105 頁。

おり、民法典の物権編草案は「占有」と「使用」を居住権の内容として定義していると指摘された⁹⁹。

その上で、華東政法大学の曾大鵬教授は、条文により居住権の権能を占有権能及び使用権能に制限したことは不適切であると論及した¹⁰⁰。その理由として、民法典の物権編第二次審議稿において、居住権は用益物権であると明示されたのであるから、用益物権として有すべき収益権能も居住権の権能内容として明記される必要があると指摘した¹⁰¹。逆に、条文においては、居住権の権能は占有及び使用権能に限定されている。それによって、投資のため設定された居住権の権利者は、居住住宅に対して有すべき収益権能を法律により確保できない状態に至った。換言すれば、「投資型居住権」は、第二次審議稿により創設された居住権の範囲から排除されていたと言える。

また、「収益」権能を居住権の内容として明記する必要性、すなわち、「投資型居住権」が法律により規定される必要性につき、東南大学の単平基教授によって、「投資型居住権」は、共同で出資により購入された、又は建築された住宅の居住権問題に対する解決策として運用されるべきであるから、民法典で規定されるべきであることが提言された¹⁰²。例として、「投資型居住権」制度に基づき、父母により子女の婚姻用不動産へ出資された場合、父母は、共同出資者として子女の婚姻用不動産に自らの「投資型居住権」を設定できるから、老後の居住確保が実現可能になる。そこで、民法典により生活保障策である居住権以外の居住権類型も明記されれば、諸類型の居住問題が解決可能となるとする。

これに対して、華東政法大学の曾大鵬教授により、居住権の定義は居住権の制度内容の多様性及び実務上の運用便利性などを含むべきことが指摘された上で、第二次審議稿第159条が以下に変更されるべきであるとの提言がされた¹⁰³。すなわち、この条文は、「居住権者は、法律条文又は契約内容により、生活上の居住の需要を満たすため、他人の住宅に対する占有、使用、収益など権限を有する。」と規定されるべきであるとする。

(3) 居住権の設定手段について

民法典の物権編第二次審議稿では、第159条によると、居住権者は、契約に基づき、生活上の居住の需要を満たすため、他人所有の住宅に対して占有及び使用する用益物権を有するとされている。華東政法大学の曾大鵬教授は、この条文には、問題点が残っていると指摘した¹⁰⁴。すなわち、この条文では、居住権の設定手段は当事者間の契約にのみ限定されている。

⁹⁹ 単平基「『民法典』草案之居住権規範的検討と完善」当代法学第1期（2019年）8頁。

¹⁰⁰ 曾・前掲注93）61頁。

¹⁰¹ 曾・前掲注93）61頁。

¹⁰² 単・前掲注99）10頁。

¹⁰³ 曾・前掲注93）61頁。

¹⁰⁴ 曾・前掲注93）61頁。

ただし、華東政法大学の曾大鵬教授は、実際には、法律の条文によっても、居住権が設定されることが一般的に行われていると論及した¹⁰⁵。権利類型として、前者は約定居住権であり、後者は法定居住権と呼ばれる。約定居住権は、住宅の所有者の処分の自由及び意思自治を尊重するために設けられたものであり、法定居住権は物権法定原則に基づき、居住確保を実現化するために法的保障が不可欠であることを意味している。そこで、条文により約定居住権という権利類型のみが明記されれば、居住権制度の実効が制限される恐れがあると指摘した¹⁰⁶。これに併せて、常委会委員の劉海星委員も、居住権の設立範囲を拡大すべきであると主張し、第二次審議稿第 159 条を、「居住権は、当事者間において書面による居住権契約により設立されるべきである」とした上で、「法律により定められる」という内容を補足すれば、当該制度を拡大に利用する余裕を確保することができる」と指摘した¹⁰⁷。

その上で、東南大学の単平基教授は、2002 年物権法草案においては、その第 212 条によると、居住権の設定手段は、契約だけではなく、遺言又は遺贈も居住権の設定手段として明記されていたと指摘した。確かに、民法典の物権編第二次審議稿第 162 条によると、遺言も居住権の設定手段であると理解できるが、これにつき、東南大学の単平基教授は実際に準用された場合になお疑問が残ると論及した¹⁰⁸。

しかも、西南政法大学の黄積虹教授は、たとえ居住権が当事者同士の合意のみにより設定されるものとしたら、居住建物の所有者が同意しない場合において、居住の困窮状態に陥る者の居住確保が居住権制度の運用によって実現できなくなり、それにより、居住権の制度趣旨も叶えられなくなると指摘した¹⁰⁹。そこで、西南政法大学の黄積虹教授により、法律規定又は裁判により居住権も設定されるとした上で、それぞれの適用範囲も法律により明記すべきであることが提言された¹¹⁰。すなわち、配偶者、両親、子どもが法律条文により居住権を取得可能とされるとともに、裁判実務に居住確保に関する紛争が生じたならば、人民法院の職権により居住権も設定できるとすべきであるとする。

(4) 居住権者と居住者の区別について

居住権者と居住者の区別につき、華東政法大学の曾大鵬教授は、民法典の物権編第二次審議稿第 159 条第 2 項において、居住権者と実際の居住者の区別が明記されるべきであると指摘した¹¹¹。すなわち、居住権者は他人所有の居住建物を用いて、居住権者の家族構成員や看護師、家政婦など家族構成員外の者に住居を提供できると明確に規定するべきであるとの主張である。その上で、華東政法大学の曾大鵬教授は、居住権者の家族

¹⁰⁵ 曾・前掲注 93) 61 頁。

¹⁰⁶ 曾・前掲注 93) 61 頁。

¹⁰⁷ 朱寧寧「全国人大常委委員分組審議物権編草案二審稿——建議對小区實際管理作出更加有針對性規定」(<http://www.npc.gov.cn/npc/c36503/201904/8c4b304b63b84d0eab7d8373e50e189c.shtml>, 2022 年 02 月 25 日最終閲覧)。

¹⁰⁸ 単・前掲注 99) 8 頁。

¹⁰⁹ 黄・前掲注 98) 105 頁。

¹¹⁰ 黄・前掲注 98) 105 頁。

¹¹¹ 曾・前掲注 93) 61 頁。

構成員又は看護師、家政婦などの者が実際の居住者として認められた上で、これらの者は居住権の間接的な受益者として認定されるべきであると論及した¹¹²。

(5) 居住権の契約事由の具体化について

居住権の契約事項につき、民法典の物権編第一次審議稿においては、居住権は契約により約定されるものとした上で、居住権契約の具体的な事由には言及されていなかった。これにつき、第二次審議稿では、第 159 条により、居住権は、当事者間で要式契約の形により設立されるべきであり、原則として、居住権の契約には、当事者の名前と住所、住宅の位置、居住の条件と要件及び紛争の解決方法に関する条項が含まれるべきであるとする。これについて、全国人大常委会法制工作委员会民法室の黄薇主任により、この規定は居住権制度をさらに完全化にしたと指摘されている¹¹³。

(6) 居住権の消滅事由について

居住権の消滅事由につき、第二次審議稿第 161 条によると、原則として、居住権者の死亡により居住権は消滅するが、当事者間に別段の約束がある場合に、その約束に従うものとされている。すなわち、居住権者の死亡は、居住権消滅の法的事由として規定されている。ただし、北京大学の銭明星教授により、この条文は共同居住権者の場合を無視していることが指摘された。すなわち、居住権者が二人以上の場合ならば、共同居住権者の一人が死亡した場合、居住権が当然に消滅するわけではないと論及されている¹¹⁴。

その上で、東南大学の単平基教授及び華東政法大学の曾大鵬教授は、居住権者の死亡及び当事者間の約束だけを居住権の消滅事由として明記されておらず¹¹⁵、他の消滅事由も規定するべきであるとする¹¹⁶。例えば、居住権と所有権が混同したとき、居住権者が著しく権利を濫用したとき、又は居住権者が権利を放棄したとき、居住権も消滅するべきであると提言した。

(7) 住宅の所有者と居住権者の利益の衡平について

住宅の所有者と居住権者の利益の衡平につき、山東省常委会委員である王良委員は、居住権制度の法的趣旨は、中国の住房保障体系を完全化にし、国民の居住用建物を確保することであると述べる¹¹⁷。ただし、条文は、住宅の所有者の権利、又は居住者の義務が完全には言及されていないから、まだ不十分であると指摘した。

(8) 物権編と婚姻家庭編及び相続編の連携について

¹¹² 曾・前掲注 93) 61 頁。

¹¹³ 黄・前掲注 91) 61-62 頁。

¹¹⁴ 銭・前掲注 40) 18 頁。

¹¹⁵ 単・前掲注 99) 11 頁。

¹¹⁶ 曾・前掲注 93) 63 頁。

¹¹⁷ 王博勳「物権編草案二審亮点扫描」中国人大第 9 期（2019 年）15 頁。

物権編と相続編の関係につき、相続関係により設定された居住権も物権編の居住権制度を準用できるため、吉林大学の馬新彦教授は「両編協同」の立法方法を利用すべきであると提言した¹¹⁸。すなわち、物権編には、居住権制度に関する一般的な規範を定めるとともに、相続編において居住権の補足規定及び特別規定を制定することとすべきであるとされる。その上で、物権編と相続編を効果上に連携させるために、相続編においても「相続により設定された居住権は、物権編の規定を参照する。」という条文が明示される必要があると指摘した。

また、物権編と婚姻家庭編の関係につき、山東省常委会委員の王良委員は、物権編において規定された居住権制度と婚姻関係との連携が無視されており、婚姻関係において生じた居住権の紛争の解決に役に立たないと指摘した¹¹⁹。したがって、関連条文が実情に答えられるように合理化にされるべきでるとの提言がなされた。

(三) 民法典草案意見徵求稿¹²⁰

1. 条文の内容

2019年12月に、中国人大網により公布された民法典草案意見徵求稿においても、居住権の部分については保留とされ、居住権の概念、設定手段、権利内容などに関する規定が示された。その内容は以下の通りである。

「第十四章 居住権

第366条、居住権者は、契約に基づき、生活上の居住の需要を満たすため、他人の住宅に対して占有及び使用する用益物権を有する。

第367条 居住権は、当事者間において書面による居住権契約により設立されなければならない。

居住権契約は、原則として次の事項を含む：

- (一) 当事者の名前又は名称と住所；
- (二) 住宅の位置；
- (三) 居住の条件と要件；
- (四) 居住権の権利期間；
- (五) 紛争の解決方法。

¹¹⁸ 馬新彦「居住権立法与繼承編的制度創新」清華法学第2期（2018年）163頁。

¹¹⁹ 王・前掲注117）15頁。

¹²⁰ 2019年12月28日に中国人大網により公布された民法典草案意見徵求稿を参照する。URLは以下の通りである。
http://www.gov.cn/hudong/2019-12/28/content_5464843.htm（2022年2月17日最終閲覧）

第 368 条 居住権は、無償で設立されなければならない。ただし、当事者間に別段の約定がある場合は、この限りではない。居住権は、登記機関に登録しなければならない。居住権は、登記簿に記載された時よりその効力を生じる。

第 369 条 居住権者は、居住権を譲渡すること、及び相続することができない。居住権のある居住用住宅を賃貸することができない。ただし、当事者に別段の約定がある場合は、この限りではない。

第 370 条 居住権者が死亡したときに、又は居住権期間満了したときに、居住権は消滅する。ただし、当事者に別段の約定がある場合は、この限りではない。居住権が消滅したときに、迅速に居住権の抹消登記を申請しなければならない。

第 371 条 遺言により設立された居住権には、本章の規定を準用する。」

第二次審議稿に対して、意見徴求稿は、居住権の権利期間に関する規定を追加した。そこでは、権利期間を明確に規定し、「居住権者が死亡したとき、又は居住権期間満了したときに、居住権は消滅する。ただし、当事者に別段の約束がある場合は、この限りではない。居住権を消滅したときに、迅速に居住権抹消登記を申請すべきである」とされた。また、居住権契約の内容を補足し、居住権の権利期間という事項を増加した。他に、原則として、居住権は無償により設定されるものであると明記された上で、但し書きにより有償で設定されることも可能となっており、当事者の意思自由が法律により確保できると言える。

2. 条文の検討

(1) 居住権の定義について

中国において、現行法下では、人役権体系はまだ創設されていない。そこで、上海交通大学の肖俊准教授により、民法典の物権編における居住権の条文は、地役権の規定を参照した上で設けられたものであると指摘された¹²¹。すなわち、物権編第 366 条では、居住権の定義は、第 372 条¹²²の地役権の定義と同様な手法を採用していた。ただし、上海交通大学の肖俊准教授は、居住権の権利とその要件は居住住宅の客観的な利用目的と権利者の生活状況に応じて決定されるべきであると指摘した。

また、上海交通大学の肖俊准教授は、従来の定義方法と比較すると、今回の草案では、居住権の設定に契約の役割が強調されていると指摘した¹²³。すなわち、草案第 367 条により規定された居住権契約の事項は、草案第 366 条の「契約により居住権が設定さ

¹²¹ 肖俊「我国居住権定義的結構分析」法治研究第 1 期（2020 年）29 頁。

¹²² 民法典徴求意見稿第 372 条によると、地役権者は、契約に基づき、自らの不動産の便益のために、他人所有の不動産を利用できる。

¹²³ 肖・前掲注 121) 29 頁。

れる」と密接に関連している。その上で、上海交通大学の肖俊准教授は居住権の契約は、契約編の条文を参照すべきであると提言した¹²⁴。

しかも、上海交通大学の肖俊准教授により、物権法改正の段階に提案された居住権の概念と比べて、今回の徴求意見稿においては、居住権の利用目的も明記されてきたことが指摘された¹²⁵。すなわち、第 366 条によると、居住権者は権利を行使するに際し、生活上の居住の需要を満たすという目的要件を満たすべきであるとされる。さらに、上海交通大学の肖俊准教授は、「生活居住ニーズ」概念については主観的に柔軟な判断基準を採用すべきであり、これは権利者の身分関係により変動すると指摘された。具体的には、権利者は単身者である場合は、個人的な居住の需要を満たされれば、十分であるが、権利者が婚姻した場合には、権利者の配偶者及び子女の生活上の居住の需要も満足されるべきであるという点である¹²⁶。

(2) 居住権の消滅事由について

民法典の物権編意見徴求稿第 370 条によると、居住権者が死亡したとき、又は居住権期間が満了したときに、居住権は消滅する。これにつき、常委会委員の万鄂湘委員は、まだ不十分であると指摘した¹²⁷。理由として、列挙された消滅事由は、実情に答えられず、運用されにくいことが挙げられた。例えば、居住権の存続期間が満了する前に、居住住宅が国に徴収された場合、居住権は消滅するかどうか、第 370 条を準用して結論付けられない恐れがある。そこで、第 370 条において、居住者が死亡したことという消滅事由を留保とし、「契約により約束した消滅事由」という事由を追加すれば、条文をさらに完全化すると言えると述べる。

(四) 民法典最終稿

2020 年 5 月 28 日に、第 13 期全人代大会第 3 回会議により民法典が可決され、2021 年 1 月 1 日から施行されるとされた。民法典最終稿において、居住権に関する条文は保留とされ、内容についても公布された意見徴求稿と比べ、大きな変更はなされていないようである。その内容は以下の通りである。

「第十四章 居住権

第 366 条、居住権者は、契約に基づき、生活上の居住の需要を満たすため、他人の住宅に対して占有及び使用する用益物権を有する。

第 367 条 居住権は、当事者間において書面による居住権契約により設立されなければならない。

¹²⁴ 肖・前掲注 121) 29 頁。

¹²⁵ 肖・前掲注 83) 106 頁

¹²⁶ 肖・前掲注 83) 106 頁

¹²⁷ 毎日経済新聞「民法典草案首次“合体”亮相 居住権、隱私等話題成分組審議焦点」

(<https://m.jrj.com.cn/madapter/finance/2019/12/25235928587315.shtml>, 2022 年 02 月 25 日最終閲覧)。

居住権契約は、原則として次の事項を含む：

- (一) 当事者の名前又は名称と住所；
- (二) 住宅の位置；
- (三) 居住の条件と要件；
- (四) 居住権の権利期間；
- (五) 紛争の解決方法。

第 368 条 居住権は、無償で設立されなければならない。ただし、当事者間に別段の約定がある場合は、この限りではない。居住権は、登記機関に登録しなければならない。居住権は、登記簿に記載された時よりその効力を生じる。

第 369 条 居住権者は、居住権を譲渡すること、及び相続することができない。居住権のある居住用住宅を賃貸することができない。ただし、当事者に別段の約定がある場合は、この限りではない。

第 370 条 居住権者が死亡したときに、又は居住権期間満了したときに、居住権は消滅する。ただし、当事者に別段の約定がある場合は、この限りではない。居住権が消滅したときに、迅速に居住権の抹消登記を申請しなければならない。

第 371 条 遺言により設立された居住権には、本章の規定を準用する。」

三 小括

(一) 条文の改正経緯のまとめ

本章で見たように、中国においては、物権法草案及び民法典の物権編草案で居住権に関する規定の新設が提案され、この権利の類型や権利の内容、権利の消滅事由などにつき、議論が重ねられてきた。

居住権の発生について見ると、2002 年物権法草案第 209 条では、居住権は、遺言若しくは遺贈又は契約により設定されるものであるとされていた。それに対して、2018 年民法典草案物権編第 159 条は、居住権者は、契約に基づき、生活上居住の需要を満たすため、他人の住宅に対して占有及び使用する権利を有することができるとした。すなわち、2018 年民法典草案物権編は、契約を居住権の設定の唯一の方式として定めた。ここから言えるのは、2002 年物権法草案によっても、2018 年民法典物権編草案によっても、約定居住権を対象としており、法定居住権に関する条文は設けていないということである。

また、権利内容についても、物権法草案は、簡潔な文言による条文を設けたにとどまっている。具体的には、2002 年物権法草案第 210 条によると、居住権者は、合理的に住

宅及びその他の定着物を占有、使用することができるとする。また、物権法改正の第三次審議稿第 182 条によると、居住用住宅が消滅した場合、住宅所有者が保険金、賠償金又は補償金を取得したときは、居住権者に適切な居住の手配を与えるべきであり、居住権者の最低限の居住を確保すべきであると規定されていた。さらに、2018 年民法典草案物権編に至っても、居住権の権利内容につき、第 159 条は、居住権者は、他人所有の住宅に対して占有及び使用することができるとの規定していた。

物権法草案によっても、民法典の物権編草案によっても、居住権の権利内容に関する条文は非常に簡略であると言え、居住権制度の立法趣旨を実現するためには、これらの草案の居住権の内容について規定をより完全なものにする必要があると考えられる。また、いずれの草案も、居住権の保護手段につき規定を置いていない。物権的な権利として規定された居住権は、原則として物権に関する保護手段を用いることが可能であるが、権利を確実なものとするためには、条文において明記する必要がある。

また、消滅事由につき、物権法草案は、第 215 条で五つの消滅事由を規定していた。すなわち、①居住権者が居住権を放棄したとき、②約定された居住権設定期間が満了したとき、③約定し居住権の解除条件が成就したとき、④不可抗力により住宅が滅失したとき、⑤居住者が死亡したときである。その後、物権法第二次審議稿は、徴求意見稿により規定された「不可抗力により住宅が滅失したとき」という事由を削除し、「居住者が死亡したとき」という事由を「居住権者が死亡したとき又は未成年居住権者が独立に生活可能になったとき」という事由に変更した。そして、第三次審議稿は、第二次審議稿により規定された「居住権者が死亡したとき又は未成年居住権者が独立に生活することが可能になったとき」という事由を削除し、「居住権が取消されたとき」という事由、「居住用住宅が徴収されたとき」という事由及び「住宅が滅失したとき」という事由を追加した。このように、物権法草案により定められた居住権は、原則として、権利者の放棄行為、約定、又は不可抗力により、消滅する。

民法典の物権編意見徴求稿において、第 370 条によると、原則として、居住権者が死亡したときに、又は居住権の存続期間が満了したときに、居住権は消滅すると規定された。ただし、当該条文には但し書が定められ、当事者に別段の約束がある場合は、この限りではないとされた。この条文から見れば、権利の消滅は、当事者間の約定が優先的に考慮され、法定的の終了事由は簡略に規定されるにとどまる。

(二) 私見

以下に民法典最終稿において規定された居住権条文を主にして、居住権に関する条文内容の改正経緯をめぐって、当事者双方の利益衡平及び実情に応じた改正の観点から、私見を示す。

1. 住宅の所有者と居住権者の利益衡平の観点から

(1) 居住権者の利益確保の観点から

民法典最終稿において、居住権は当事者間では書面による契約により設定されるとされてきた。その上で、居住権の契約事項も条文により明示された。条文の内容から見れば、当事者双方の合意により居住権が設定されることは一般的であると言える。ただし、通常、ある程度において、住居に困窮している居住権者は弱者の立場に立っていると結論付けられる。これによって、居住権者の利益が法律によりさらに確保される必要があると考えられる。

例として、居住住宅が徴収された場合は、通常、居住住宅の立ち退きにより、住宅の所有者は、金銭補償として補償金又は現物補償として新たな住宅を取得できる。ただし、一般には、居住住宅が消滅するとともに、居住権も消滅する。この場合において居住権者の利益が法律により補償されなければ、居住権者は再び居住に困窮する恐れがあると考えられる。

これに対して、物権法改正の第二次審議稿において、第 215 条によると、住宅が消滅したことにより住宅の所有者が保険金、賠償金又は補償金を取得したときには、居住権者に対する適切な居住の手配をなすべきであるとされる。さらに、第三次審議稿第 189 条によると、住宅の所有者が賠償金を取得したとき、居住権者は住宅の所有者に経済的な補償、又は居住手配を請求することができるとされた。これらの条文により、居住住宅が消滅したときの居住権者の利益確保策が初めて法律により言及された。この点から見れば、条文は進歩的であるとは言え、肯定されるべきである。ただし、条文にはまだ不十分さがある。例えば、条文では金銭補償を取得したときの施策が規定されているが、現物補償として新たな住宅を取得した場合には、居住権者の保護策に言及されていない状態にあった。そこで、居住権者の利益の保護策をさらに完全化することが今後の課題となる。

更には、物権法改正の草案においても、民法典の物権編改正の草案においても、民法典の最終稿においても、居住権者の居住利益が第三者の行為により侵害されたときの保護策は明記されていない。居住権は用益物権であることが、民法典第 366 条により明記された。それにより、居住権は物権的な権利として位置付けられていると言える。これによって、居住権が第三者の行為により侵害された場合、物権的請求権を準用した上で、居住権者の居住利益を保護できるかについて疑問が残る。実際には、第三者の行為により居住権者の居住利益が侵害されたと共に、住宅の所有者の利益も侵害される。そうすると、物権的請求権は住宅の所有者により主張されるか、居住権者によって主張されるかが明記される必要がある。私見では、居住権者の利益が第三者の侵害行為と更に密接に関係しているため、居住権者により主張されるべきである。ただし、居住権者の権利の由来は、法律条文であるか、又は住宅の所有者と居住権者の契約により取得するかが、法律により明示される必要があると考えられる。明記されなければ、たとえ住居に困窮する者が居住権を取得したとしても、結局、居住権が不安定な状態に至る。

(2) 住宅の所有者の利益確保の視点から

住宅の所有者の利益の確保に関し、民法典の最終稿においては、住宅の所有者の取消権も明記されていなかった。物権法改正の第二次審議稿において、住宅の所有者の取消権が初めて言及され、同第 213 条によると、居住権者が故意に住宅所有者及び親族の人身権利を侵害し、又はそれらの者の財産に重大な損害を招いたとき、又は居住権者の行為により住宅の安全など住宅の所有者又は他人の合法的權益が侵害されたときは、住宅の所有者は居住権を取り消すことができるとされた。その後、第三次審議稿では、住宅の所有者の取消権は保留とした上で、「居住権が取り消された」を居住権の消滅事由として明記した。

確かに、居住権制度は本来、住居に困窮する者の居住問題を解決するために創設されてきたが、居住権者の無断利用行為までも法律により許されることを意味してはいない。居住権者の居住の権利を確保するとともに、居住権者の不法な利用行為に対して法的規制策を規定する必要もある。これによって、居住権者が故意に住宅の所有者の権利を侵害したなどの場合、住宅の所有者が居住権を取り消すことができることになる。一定程度、居住権者の居住住宅に関する利用行為を規制することを通じて、住宅の所有者の利益を保護できる。

2. 実情に応じた改正の観点

(1) 居住権の設定手段について

民法典の定稿では、居住権の設定手段は契約によると限定された上で、遺言により定められた居住権も法律により認められるとされた。換言すれば、契約、又は遺言により居住権が設定されると明記されるとともに、法律、又は裁判による居住権の設定は排除された。

実際には、居住権が創設されていない状況の下で、人民法院は、しばしば、裁判離婚の際、婚姻法第 42 条及びこれに関連する司法解释（一）第 27 条に基づき、裁判により「生活困難者」に該当する一方配偶者に居住の援助策を与える旨を判決している。ただし、法律制度としての居住権制度が創設されていない状況であったことから、居住権の確保を排除した判決も散見される。要するに、裁判により居住権を設定することにつき、認容する事例、又は否定する事例が併存している。したがって、裁判による居住権の設定を法律により明記する必要があると思われる。

また、高齢者の居住確保の場合、現行法下では、高齢者權益保障法第 16 条が高齢者の居住確保策として位置付けられている。第 16 条によると、高齢者の居住の確保を実現するために、高齢者が所有又は賃貸している建物に対するその子女又は他の親族など養護者による居住行為及び転貸行為を制限することを通じて、高齢者の居住問題を解決しようとしていると言える。確かに、高齢者權益保障法第 16 条によれば、高齢者の居住は一定程度、保護されると言える。ただし、条文では子女の住居に対する高齢者の居住権について言及されていない。実際には、農村部において、子女が婚姻するに際し、婚姻用不動産の提供として、家族財産に属する家屋を子女に帰属させることが一般的に行われ

る。この場合、高齢者の居住問題は基本的に子女の扶養義務により解決されている。仮に高齢者への住居の提供が書面による契約によって約定されなければ、民法典の居住権の規定は適用できず、結局、高齢者の居住確保が問題となる恐れがある。

その上で、法改正の背景にある人口の高齢化と合わせて考えた場合、これらの改正案のように約定居住権のみを法律で認めることは不十分であり、裁判実務で生じる当事者の居住の困難状態の解消に答えられないと言える。約定居住権の場合、住宅所有者との合意が必要となるため、実際に住居に困窮する者の居住確保問題の解決に十分に資するとは言えない。例えば、生存配偶者の居住確保の場合、高齢の夫婦の一方が突然に死亡したとき、遺産として残された住宅は、相続人らの共同所有の状態にあつて、たとえ生存配偶者が住宅への継続的な居住を望んだとしても、他の相続人の同意が必要となる。そのため、結局、生存配偶者の居住を確保できない恐れがある。

(2) 居住権の権利類型について

民法典の最終稿において、第 366 条は、居住権は生活上の居住の需要を満たすために設定されるとした。しかも、物権法改正の草案においても、民法典の物権編改正の草案においても、同様の条文が設けられていた。すなわち、居住権は特殊な権利主体の居住利益を確保するために設定されるものであり、人益権として位置づけられるとするのが一貫した立法上の立場であると言える。ただし、私見では、民法典では、「投資型居住権」も条文により明記される必要があると考える。

中国では、居住権の設定目的に基づき、居住権は「保障型居住権」と「投資型居住権」に大別されるとの見解が有力である。通説によれば、「投資型居住権」も他人所有の住宅に対する権利であるが、利用目的は生活上の居住のためと制約されていないため、譲渡、相続の対象となり、また、転貸による収益権の性質も有しているものとなる。

現時点において、投資のために設定された居住権は散見されているが、この設定手段はまだ頻繁には利用されておらず、関連紛争もそれほど生じていない状態にある。しかも、ある場合において、「投資型居住権」も居住確保の機能を有している。特に、共同出資により取得された住宅の場合、「投資型居住権」に基づき、投資のための出資者は居住住宅の所有権を取得でき、居住のための出資者は居住権を取得できるから、居住住宅の機能が十分に実現できる。仮に法律により「投資型居住権」が規定されれば、子女の婚姻用不動産が父母により購入され又は建築されたときに、子女の名義で登録したとしても、婚姻用不動産に父母は自らの居住権を設定することが可能であり、高齢者の老後の居住確保が実現される。

また、民法典最終稿では、居住権は当事者間では書面による契約により設定されるとされている。換言すれば、当事者双方の合意により居住権が設定されることが一般的である。仮に、法律により居住権の利用目的も当事者双方の合意により約定できると明示すれば、当事者間において「投資型居住権」という法的施策も利用可能となる。これに

よって、居住権の居住と生活の確保という効力を発揮するとともに、当事者の住居に関する多様な需要を満たし、居住権の制度趣旨を実現できると言える。

要するに、民法典において、居住権の権利の種類や内容、終了事由について、様々に規定されているが、条文に欠陥が存在していることも明らかである。そのため、たとえ居住権制度を法的に創設したとしても、実務で現れた居住権に関する紛争を解決できるかどうか、不透明さがある。

第三章 中国における居住権に関する司法実務の検討

第一節 婚姻関係と居住権事例

中国では、2020年の民法典で定められた居住権制度の下で、居住権は用益物権として位置づけられ、他人が所有する建物に設定されるものであると明記された。そのため、家族関係にある者、特に配偶者が居住の困窮状態に陥る恐れがある場合、今後は、民法典で新設された居住権を用いてこの家族構成員の居住問題を解決できるようになると想定される。ただし、民法典第371条¹²⁸は、居住権制度の適用範囲を規律し、家族について遺言の方式により設定された居住権が居住権制度の規定を参照して適用すると明記したが、婚姻関係において夫婦間で約定された居住権については、民法典の居住権の条文の準用は民法典に明記されていない。そのため、民法典の施行後も、婚姻関係をめぐり夫婦が書面契約以外の方式で設定した居住の権利が裁判実務において紛争となった場合、民法典の居住権制度の規定によって解決される余地がない。

あわせて、民法典の施行に伴い、これまでの婚姻法の諸条文の法的拘束力は失われるが、婚姻法第42条で定められた離婚経済援助制度は民法典第1090条によって踏襲されたため¹²⁹、離婚した配偶者の居住確保は、引き続き離婚経済援助制度の運用によって実現できるものと考えられる。ただし、婚姻法司法解釈（一）により離婚後の経済援助の方策として列挙された居住の確保などの内容は、現行民法典及びそれに関連する司法解釈によって承継されておらず、民法典の施行後にもその運用に関するなお検討が依然として求められる。この点の考慮を受け、裁判実務で現れた離婚後居住権に関する紛争事例の検討を通じて、離婚経済援助制度の完全化の提言が必要となると考えられる。

裁判の実務では、これまでも離婚した夫婦間における居住権に関する紛争事例がしばしば見られた。そこでは、人民法院は、基本的に居住の利益の確保を離婚経済支援の方策と見て、「生活困難者」に該当する一方配偶者の居住の利益を確保するために、この配偶者に経済援助を与えるとの立場を取っている。具体的に言えば、裁判離婚の際、財産分与で取得した財産及び個人財産によっては一方配偶者が当該地域における基本的な生活水準を維持できない場合、当該配偶者は離婚請求と共に離婚後の経済援助を求めることができるということである。人民法院は、離婚後に一方配偶者が生活に困窮し、かつ、他方配偶者が経済援助能力を有すると判明したときは、通常、離婚判決と同時に、他方配偶者が一方配偶者に経済支援金の支給又は住居の提供をすることを命じる。

ただし、婚姻法で定められた離婚経済援助制度の中で住居の提供という経済援助策は明記されたが、この施策の適用要件などは明文化されていない。そのため、離婚の際に夫婦間での協議によって一方配偶者の離婚後の居住確保のための施策が約定され

¹²⁸ 民法典第371条によると、遺言により設定された居住権には、第14章「居住権」の規定を準用するとされている。

¹²⁹ 民法典第1090条によると、離婚の際に、一方が生活困難な状況にあるときは、援助能力を有する他方配偶者は適宜な援助を与えなければならない、具体的な方法は、双方の協議によるものとし、協議が調わないときは、人民法院の判決によるとされた。

た場合であっても、「生活困難者」に該当する一方配偶者が実際に住居を使用するときには、離婚後居住権¹³⁰の存続期間、消滅事由などに関する紛争が再び生じる事例が頻繁に生じている。

そこで、本節においては、離婚経済援助制度の経済援助施策の運用によって、離婚後に生活に困窮する恐れがある一方配偶者の居住問題を処理しようとしたこれまでの事例を対象に、検討を加える。さらに、裁判実務に現れた問題点の検討を通じて、中国における離婚経済援助制度の不十分さについて検討する。

一 離婚に伴う紛争事例

(一) 離婚における居住に関する紛争事例の検討

裁判離婚の実務では、財産分与で得た財産及び個人財産によって一方配偶者が当該地域の基本的な生活水準を維持できなければ、通常、離婚請求と共に離婚後の経済援助の請求がされる。

離婚経済援助策である住居の提供、又はその他の方法による居住の利益の確保策を離婚判決中で確定するというやり方は、住居に困窮する一方配偶者の居住を保障する上で重要な役割を果たしている。これにより、住居の確保につき困難のある一方配偶者は、ある程度離婚後にも安定的な生活を維持することができ、離婚による不利な影響を最小限に抑えることが可能になる。さらに、当事者双方の利害の衡平を図るとともに、人民法院が離婚請求を認容する上でも、このような対応策が用意されていることは決定的な意味を有すると言える。

ただし、離婚経済援助制度の下での居住利益に関する条文（婚姻法第42条、司法解釈一第27条）は不完全なものであるため、これらの条文を参照して結論を導く諸裁判例の理解が果たして適切か、問題点が残されている。あわせて、民法典が施行されたばかりの2021年の時点においては、同法典で明文化された居住権制度を利用した離婚後の居住問題処理に関する裁判事例はまだ見られない。そこで、本節では、民法典創設前の段階において、婚姻法及びそれに関連する司法解釈により確立された離婚経済援助制度を用いて対処した諸事例¹³¹を取り上げ、そこに表れた問題点を抽出する。その上で、これらを分類して、類型ごとに裁判例からみた居住権制度の現実的意味を検討する。

1. 「生活困難者」の判断基準に関する事例

婚姻法第42条は、「離婚の際、もし一方が生活に困窮しているならば、他方は住居など個人財産の中から適切な援助をしなければならない。その具体的な方法は双方

¹³⁰ 本論文では、離婚経済援助制度の一施策である居住の権利の付与を用いて離婚した配偶者の今後の居住の利益を保護しようとする場合について、民法典の物権編で定められた「居住権」と区別するために、「離婚後居住権」という言葉を用いる。

¹³¹ 本論文の裁判例は、個別に出典を明示していない限りデータベース「北大法宝」によっている。データベースURLは以下の通りである。<http://www.pkulaw.com/>（最終閲覧日時：2022年2月27日）。以下同様。

の協議によって決まる。協議が調わないときは、人民法院の判決により決定する。」と規定しており、離婚後の夫婦間における個人財産をもってする援助について、住宅に関する支援を明示する。さらに、これに関連して司法解釈（一）第 27 条は、「婚姻法第 42 条に言う『一方の生活困難』とは、一方の個人財産と離婚の際に得た財産では当該地域において、基本生活水準を維持できないことを意味する。離婚後、一方配偶者が住居を有さない場合も『生活困難』に該当する。離婚時に、他方配偶者が個人財産である住居によって生活困難者を援助する場合、家屋の居住権¹³²又は家屋の所有権をそれに当てることができる。」と規定する。

そのため、実務では、裁判離婚の際に当事者が離婚請求と共に居住の利益の確保など離婚経済援助も主張した場合、通常、人民法院は、離婚裁判において当該当事者が離婚経済援助策の適用対象に該当するかを判断している。以下では、まず「生活困難」の認定基準に関する事例を取り上げる。

(1) 事例の紹介

離婚後に生計に困窮する恐れがある一方配偶者に経済援助を与える場合、まず判断が必要なのは、当該配偶者が婚姻法で定められた「生活困窮者」に該当するかどうかということである。

【事例 1】山東省青島市中級人民法院（2014）青民五終字第 106 号判決

この事例は、婚姻関係存続中に夫の個人財産である不動産が所在地の社会的発展政策¹³³による取り壊しの対象となり、立ち退いたが、それに対する現物補償として夫は二軒の建物の所有権を取得し、そのうち一軒に妻及び子女が居住しているというものである。また、夫婦双方は感情破綻のため別居し、その間妻が主に子女の扶養義務を履行し、家族の生活を支えていた。

離婚裁判において、人民法院は、妻は安定な仕事に就いておらず、住居も有さず、他方で、婚姻関係解消後も子女の就学費用を継続的に負担することになるため、婚姻法の司法解釈で定められた「生活困難者」に該当すると判示した。そこでは、離婚時点において、妻の就職状況、居住用住居の所持状況、子女の扶養費用の負担状況などの要素を総合的に判断した上で、妻が「生活困難者」に該当するとしている。

その上で、経済支援の方法については、当該地域における建物取壊しに関する補償政策によって夫が二軒の建物を取得するため、夫は妻が再婚するまでそのうちの一軒

¹³² 婚姻法に関連する司法解釈（一）第 27 条で明記された「家屋の居住権」は、離婚経済援助の一施策として位置づけられ、権利性質上には民法典で明文化された「居住権」と異なるため、本論文では条文内容の引用以外の場合に「離婚後居住権」という語を使う。

¹³³ 中国では、国務院により公布された都市部における「国家新型都市化計画」に基づき、各地域政府は当該地域の都市化を推進するために、「新型都市化計画」を作成する。この計画によると、総合的交通運輸ネットワークの強化などのため、国民が所有する個人財産である住居が取り壊しの対象となることがよくある。

の建物を妻及び子女に提供して居住させる能力を有すると判断し、住居の提供という経済援助策を妻の離婚後の居住確保策として用いるべきであると判決した。

【事例2】湖北省鹹寧市中級人民法院(2015)鄂鹹寧中民終字第972号判決

この事例では、婚姻用建物は夫の名義で購入され、購入金のうち16.5万元は夫が支給したが、残額はまだ払われず、不動産所有権もまだ登記されていない状態にあった。離婚裁判の際に妻が主張した経済援助請求について、人民法院は、妻が長期にわたって外国での在外勤務をしており、自力で離婚後の生活水準を維持できると判定し、また、離婚後、妻が子女の扶養義務を負うものでもないため、離婚によって妻は生活に困窮する恐れがないと判断した。あわせて、離婚時点において妻は長期間にわたって賃貸住宅に居住しており、それによって居住の問題を解決しているため、離婚時の財産分与で婚姻用建物を取得しなかったことによって離婚後に住居に関し困窮する恐れがあるとは言えないと述べて、人民法院は、妻の経済援助請求を棄却した。

【事例3】湖南省郴州市中級人民法院(2016)湘10民終1209号判決

この事例において、夫婦の間には共有財産はなく、妻が身体上の障害のため出産ができないことが原因で夫婦間の感情が悪くなり、夫婦関係の破綻に至った。その後、妻は、身体障害のため労働能力が失われており、離婚によって住居に困窮する恐れがあることを理由として、離婚裁判の第二審¹³⁴中に離婚後の経済援助請求を追加した。

これに対して、人民法院は、夫により主張された離婚請求を認めた上で、この夫婦間には共有財産はないことを認めたなお、司法鑑定機関で作成された鑑定報告では、妻は両側卵管閉塞により6級障害等級者であると認定されたが、これに関して、人民法院は、妻は労働能力を失っておらず、離婚後の居住用住居も所有しているため、婚姻法で定められた「生活困難者」の認定基準を満たさないと判示した。

あわせて、第一審では、妻から離婚後に生活に困窮する恐れに関する証拠は提出されておらず、同裁判中で、夫の個人財産による経済援助請求の主張はしていなかったこと、第二審中に、妻は経済援助の主張を追加し、人民法院では当該主張について当事者双方による調停を実施したが、夫が同意しなかったため調停は成立しなかったこと¹³⁵を理由に、第二審法院は妻が追加した経済援助請求を棄却した。

¹³⁴ 中国において、裁判所は下から基層人民法院、中級人民法院、高級人民法院、最高人民法院の四階層が存在するが、事件の種類によって裁判が開始される法院の階層が異なる。民事訴訟法第10条によると、中国の民事裁判制度は、二審制となり、上訴は一度しか認められない。

¹³⁵ 最高人民法院により公布された「中華人民共和國民事訴訟法の適用に関する解釈」において、第328条よると、第二審では、原審判決の原告は独立の訴訟請求を追加することができる。また、原審判決の被告が、反訴を提出した場合は、第二審の人民法院は、当事者の自由意思の原則に基づいて追加した訴訟請求、又は反訴請求について調停を行う。調停が成立できないときは、人民法院は当事者に別途訴訟提起することを命じる。また、当事者双方が第二審法院により併せて審理すると合意すれば、第二審法院で併せて審理することができる。要するに、第二審において、当事者双方は新たに請求することができるが、原則として、追加された訴訟請求につき、第二審法院は調停手続を行う。調停が成立できなかった場合には、当事者双方の意思によって別途起訴するか、又は併せて審理する。

【事例 4】 山東省淄博市中级人民法院(2016)魯 03 民終 1440 号判決

この事例で、妻は離婚後の居住用住居がないことを理由として、人民法院に経済援助を請求した。これに対して第一審法院は、夫婦双方の離婚請求を認めた上で、子女の監護権に関しては、子女が妻とともに生活している期間が長いため、子女の監護権を妻に帰属させるべきであると判決した。それとともに、夫の支給能力、当該地域における生活水準などの要素を総合的に考慮した上で、夫が子女の扶養費用として毎月 500 元を支給しなければならないと判示した。また、離婚後に妻が住居を有さないため、妻は婚姻法で定められた「生活困難者」に該当するとし、結論として、本件の事情を踏まえ、妻が住居に困窮する恐れがあることから、夫は妻に一括して経済援助金として 44 万元を支給しなければならないと判決した。

その後、夫が、第一審判決について、子女の監護権及び妻への経済援助金の支給に関して不服を申し立てた。第二審法院は、第一審法院の結論について、本事例における実情が明確に認定されておらず、証拠が欠如しているとした。すなわち、扶養費用の金額の判定基準は当事者の収入水準であり、経済援助金の支給も他方配偶者が経済的能力を具備することを前提として判断される。第一審判決では、子女の扶養費用の金額を算定する際に夫の支給能力を考慮要素として考慮したが、妻の経済援助金の金額の計算に際にして夫の支給能力を考慮しなかった。そのため、第二審法院は、第一審判決が子女の扶養費用及び妻の経済援助金を算定する際に、夫の支給能力という考慮要素に関し一貫性が無視されたことを理由として、第一審判決を棄却した。

本事例では、第一審法院は、当事者が「生活困難者」に該当するかを判断する際に、離婚後の住居の所持状況を唯一の考慮要素として位置づけた。すなわち、離婚後に妻が住居を有さないことから、直ちに婚姻法の司法解釈で定められた「生活困難者」に該当すると判断し、その上で、実際の状況を踏まえて夫から妻に支給すべきである経済援助金額を決定した。ただし、第二審法院は妻が婚姻法で定められた「生活困難者」に該当するかどうかに関する判断を下さず、第一審法院の経済援助請求をした妻が「生活困難者」に該当するとの決定に対して法的判断を示さなかった。

【事例 5】 山東省済南市中級人民法院(2016)魯 01 民終 2498 号判決

これは、婚姻関係存続中、夫婦は夫が婚姻前に購入した居住用建物を使用しており、離婚の際に、妻が離婚後に生活に困窮することを理由として、人民法院に当該建物の所有権を請求した事例であった。第一審法院は、妻の月給は約 2000 元であり、当時の当該地域における最低給与水準より高いことを認定した上で、夫婦の別居期間中、妻は自己の父母とともに父母が所有する住居に居住していたことから、離婚後も妻が住居に困窮する恐れがないことを理由に、妻は婚姻法で定められた「生活困難者」に該当しないと判断した。

そこで、妻が第一審判決に対する不服を申し立て、第二審において、夫による妻への経済援助金として 2 万元を支給させることを人民法院に追加請求した。これについ

て、第二審法院は、妻が主張する経済援助金の支給が第一審において言及されていなかったことを理由に、当該追加請求は別途に訴訟提起すべきであるとして、妻の請求を棄却した。

【事例6】四川省成都市中级人民法院(2020)川01民終1856号判決

この事例では、夫婦双方の合意による離婚協議において、離婚後は夫が妻に毎月2600元を支給することが明記されていた。ただし、この2600元の支給金の法的性質に関しては、当事者間で争いがあった。すなわち、妻がこの約定された支給金は経済援助金であると主張したのに対して、夫は、夫婦間の贈与の合意に基づいて2600元を支給するものであると主張した。あわせて、夫は控訴理由中で、妻は離婚時の財産分与として婚姻用建物の所有権を取得するとともに、年金及び医療保険などにより離婚後の生活水準は確保されており、婚姻法で定められた「生活困難者」に該当しないこと、そしてそれにより、離婚協議で合意された2600元は経済援助金に当たらないことを挙げていた。

これについて、第二審法院は、離婚の際に妻は夫婦の共有財産である三軒の建物のうちの二軒の建物の所有権を取得したため、「生活困難者」に該当しないと判断した。それにより、当事者間で争いとなっている2600元の法的性質について、人民法院は経済援助金ではないとした。ただし、夫の婚姻中の不貞行為などの事実から、婚姻関係を滞りなく解消するため、夫は自らの真意に基づき2600元を支給を約定したものであるため、当該行為は契約法により規制される贈与行為に該当しない¹³⁶と述べ、結論として、第二審法院は、当事者間において約束された夫から妻への月額2600元を支給に関する合意の法的拘束力を認めた。

(2) 事例の検討

ア 実務における「生活困難者」の判断基準

婚姻法及びそれに関する司法解釈により確定された離婚経済援助制度の下では、一方配偶者が「生活困難者」に該当することが要件となる。裁判実務では、基本的に離婚後の住居の有無を判断基準として当該配偶者が「生活困難者」に当たるかどうかを論じている。例えば、【事例1】の山東省青島市中级人民法院判決において、人民法院は、妻は安定な仕事に就いておらず、住居も有さず、婚姻関係の解消後子女の就学費用を継続的に負担するとの理由から、妻が婚姻法で定められた「生活困難者」に該当すると判断した。

一方、【事例5】の山東省済南市の中级人民法院判決は、妻の給与が当時の当該地域における最低給与水準より高い金額であり、また、夫婦の別居中、妻は父母とともに妻の父母の所有する住居に居住していたことから、離婚後においても妻が住居に困

¹³⁶ 中国では、契約法により規制される贈与行為は、契約行為として位置づけられるため、贈与者及び受贈者の合意が必要となる。本事例において、2600元を支給は夫のみの意思により決まったことから、契約法で規制される契約行為の一形態である贈与行為に当たらないと解される。

窮する恐れがないことを理由として、妻は婚姻法で定められた「生活困難者」に該当しないとして、経済援助請求を斥けた。

また、【事例6】の四川省成都市中級人民法院判決では、妻が離婚時の財産分与により二軒の建物の所有権を取得した事例であったことから、離婚後に妻は住居に困窮する恐れがないとした上で、妻が婚姻法で定められた「生活困難者」に該当しないと判示した。これらの裁判例から、裁判実務では、離婚後に配偶者に経済援助を与えるかを判断する際は、常に離婚後において住居をこの配偶者が有するか否かを判断基準としていることが見て取れる。この基準はもちろん既に法律条文¹³⁷において明文化されており、また、不動産登記主義¹³⁸を採用している現行法の下では、裁判離婚の際に、この判断基準が裁判官による離婚経済援助策の採用の有無の判断に法的根拠を提供する。特に離婚後の当事者の経済的状況を確実に予想できない段階において、離婚時の財産分与により婚姻用建物を取得しなかった一方配偶者の居住確保に関する要配慮性との因果関係に基づいて、離婚後の住居の有無を離婚経済援助策の運用基準として位置づけることは相当であると考えられる。

イ 婚姻法及び司法解釈で定められた判断基準の問題点

(ア) 離婚後の住居の有無を基準とする問題点

離婚時点における所有住居の有無のみを評価基準とすれば、当該配偶者が離婚後に賃貸家屋などにより居住問題を解決しうる可能性が無視される。婚姻中、夫婦は一軒の婚姻用建物を所持するのみというのが、よく見られる社会の実態であり、離婚時の財産分与においてこの唯一の婚姻用建物の所有権を夫婦の一方に帰属させた場合、他方は当然に住居を失ってしまい、他の居住確保策がなければ、離婚後にこの配偶者が住居に困窮する可能性は高いと言える。

しかし、離婚時の財産分与で唯一の婚姻用建物を夫婦の一方に帰属させた場合でも、他方が就職して収入を得ているならば、自力で賃貸家屋により以後の居住問題を解決する経済力を備えていると言える。そのため、そのような配偶者は必ずしも婚姻法で定められた「生活困難者」に該当するわけではない。

したがって、仮に、離婚後の住居の所有の有無のみを「生活困難者」の評価基準とすると、賃貸家屋など持ち家以外の手段で居住が確保される可能性を考慮に入れないことになるとともに、離婚経済援助を請求される配偶者に過重な援助責任が課される恐れも生じる。

¹³⁷ 婚姻法司法解釈（一）第27条は、婚姻法で定められた「生活困難者」の具体的な判断基準を明示し、離婚後に住居を有さない状況も「生活困難者」に該当することを明文化した。

¹³⁸ 中国では、物権法第9条は不動産物権変動の効力要件を明示し、すなわち、不動産物権の設定、変更、譲渡及び消滅は、法に基づき、登記を経ることによって効力を生ずる。登記を経なければ、効力を生じないとされる。そのため、建物の所有権変動については、形式主義を採用し、登記手続きを行う必要があるとする。

例えば、【事例 2】の湖北省鹹寧市の中級人民法院の判決では、離婚時に妻が既に長期にわたって賃貸家屋に居住していたことから、離婚後の居住確保の問題は解決されており、財産分与で婚姻用建物を妻に帰属させないという処理をしても、離婚後に妻が住居に困窮する恐れがないことが明らかであり、妻は「生活困難者」に該当しないとされた。

また、【事例 5】の山東省済南市の中級人民法院の判決では、経済援助を請求した妻の給与水準が当該地域における最低給与水準より高いことに加え、夫婦の別居後妻がその父母が所有する居住用建物に居住していたことから、離婚後妻が居住に関し困窮する恐れがなく、「生活困難者」に該当しないと判断した。

これらの裁判例からもわかるように、実際には持ち家のみによって離婚後の居住環境が確保されている必要はなく、賃貸家屋などを使用することにより離婚後の居住問題を解決可能とする事例も多い。したがって、裁判実務で人民法院は、経済援助策の付与を判断する際に、単一な判断基準を用いるのではなく、当事者双方の実情を総合的に衡量すべきことになる。ただし、その際、裁判官の主観的な裁量権に委ねるとすれば、裁判官によって異なる判断が下される恐れも生じる。そのため、経済援助策の付与につき、具体的な判断基準を法律で明記することが必要であると考えられる。

(イ) 「絶対困難基準」の問題点

離婚経済援助制度では、一方配偶者が離婚時の財産分与で得た財産及び個人財産によっては当該地域における基本的な生活水準を維持できない場合、当該配偶者は「生活困難者」に該当するとされている。そして、裁判例からは、婚姻法第 42 条及び司法解釈第 27 条で規定された「生活困難」の判断基準に関して「絶対困難基準」が採用されていることがうかがえる。

すなわち、2001 年 12 月 17 日に最高人民法院民事審判第一法廷により公布された「婚姻法の適用に関する若干の問題の司法解釈（一）の起草説明」¹³⁹によると、司法解釈第 27 条が規定する「生活困難」に関する判定は固定基準を適用し、当該地域における基本的な生活水準を判断基準とすべきであるとされている。この基本的な生活水準とは、当該地域における平均的な生活水準ではなく、最低限の生活水準を意味する。さらにこれについては、各地域において「生活困難」に関する解釈がさらに展開されている。例えば、2001 年 11 月 9 日に広東省高級人民法院により公布された「婚姻案件の審理に関する若干の問題の指導意見」¹⁴⁰第 23 条によると、生活困難とは、離婚の際に夫婦の一方の収入や個人財産によって最近期¹⁴¹の生活水準を維持できない場合と

¹³⁹ 本起草説明の出典の URL は以下の通りである。 <https://www.lawtime.cn/article/1114435224486160029913> (2022 年 2 月 17 日最終閲覧)。

¹⁴⁰ 本指導意見の出典の URL は以下の通りである。 <http://www.fayuanjiansuo.com/view?aid=3987> (最終閲覧日時：2022 年 2 月 27 日)。

¹⁴¹ 広東省高等人民法院の指導意見で採用された判断基準は、時間基準であることがうかがえる。ただし、最高人民法院の意見に基づけば当該地域における最低生活保障水準を基準として経済援助を請求した配偶者が「生活困難者」に該当するかどうかを判断すべきである。また、離婚時に夫婦の一方の収入や個人財産で最近期の生活水準を維持できない状況は、次の「最低生活保障水準」よりも高い生活水準も含むことになり、前後矛盾になる恐れがあ

解される。そして、基本的に、以下の諸情況は「生活困難」に該当するとされている。すなわち、①夫婦の一方に障碍又は重大な疾病があり、完全に又は大部分の労働能力を失い、他に生活確保費用を得るあてもない場合、②一方配偶者が客観的な原因により失業し、その収入が現住地の住民一般の最低生活保障水準より低い場合、③その他、生活に著しく困窮するという状態に該当する場合、である。

司法解釈第27条で定められた「絶対困難基準」は、当事者の客観的な情況に基づいて判断されるものであり、裁判実務での運用において有用であると言える。あわせて、各地域で基本的生活水準に関する具体的なルールが定められているため、地域ごとの水準を「生活困難」の判断基準としうることが予測できる。

しかし、他方で、現在の中国では国民の生活水準が向上しており、そのような中での絶対困難水準を採用することは、離婚により経済困難に陥る一方配偶者の生活維持の確保に役立たず、法律上の公平を実質的に実現できない恐れもあると考えられる。ただし、実際には、離婚時の財産分与及び個人財産によっては、離婚した配偶者が当該地域における基本的生活水準を維持できないという事例は極めて稀であり、裁判実務で絶対困難水準を採用して配偶者が「生活困難者」に該当するか否かが判断される事例は少ないと言える。例えば、【事例5】の山東省済南市の中級人民法院判決において、第一審人民法院は、経済援助を請求した妻の収入水準が当該地域における最低給与水準より高いという事情に基づいて、妻の請求を棄却している。離婚経済援助策が当該地域の最低限の生活水準を維持できない配偶者の離婚後の生活を確保するための制度であることからすれば、この人民法院の判断は相当である。

そのため、裁判離婚の際、一方配偶者が離婚後に生計に困窮する恐れがあるとして経済援助を請求した場合でも、「絶対困難基準」によって当該配偶者が婚姻法で定められた「生活困難者」に該当しないとされる可能性は小さくないと考えられる。そこで、「絶対困難基準」の採用は実際に生計に困窮する離婚した配偶者の居住問題の解決に役立たず、配偶者保護の面で不完備さを有すると言える。

2. 離婚後居住権の設定対象が問題となる事例

婚姻法及びその司法解釈によると、離婚の際に生活に困窮する恐れがある一方配偶者に対して、他方配偶者が住居をもって経済援助を与える場合、他方配偶者の個人財産により援助したものとするとされている。ただし、婚姻法及びその司法解釈では経済援助策適用の要件は条文上明確に規定されていないため、実務では、他人所有の建物又は夫婦の共有財産である建物をもって、離婚後に住居に困窮する配偶者を援助する目的で、離婚後居住権を設定する事例が見られる。

(1) 他人の所有する居住用建物に「生活困難者」の離婚後居住権が設定された事例

ると考えられる。そのため、広東省高等人民法院の指導意見で明記された最近期の生活水準を維持できないとの判断基準は相当ではなく、当該地域における最低生活基準であると解されることが考えられる。

【事例 7】 広東省茂名市中級人民法院(2014)茂中法民一終字第 57 号判決

この事例では、婚姻用建物は、婚姻中に夫の父によって建築され、夫の父の名義で所有権が登記されたものである。しかし、裁判離婚の際に、妻は婚姻中、夫婦双方が夫の父とともに当該婚姻用建物を建築したものであることを理由に、離婚後妻が当該建物に居住権を有すると主張した。

第一審法院は、妻が当該建物が夫婦の共有財産であることに関する証拠を提出しなかったため、その立証不能の責任は妻が負うべきであるとして¹⁴²、当該建物の帰属について結論を出さなかった。ただし、妻は就職しておらず、離婚後に生活に困窮する恐れがあることから、第一審法院は、妻が婚姻法で定められた「生活困難者」に該当するとし、結論として、夫の経済的能力、当該地域における生活水準及び妻の実際の生活状況を総合的に考慮して、夫に対して妻への経済援助金 3 万円の支給を命じた。

第一審判決に対して、妻は、当該建物に自らの居住に関する権利が定められていないことを不服とし、控訴した。そこでは、妻は、当該建物が仮に夫婦の共有財産ではないとしても、離婚後妻が住居を有さず、住居に困窮する恐れがあるため、当該建物につき所有権ではなくとも最低限妻の居住の利益を確保すべきであると主張した。そこで、第二審法院は、妻の主張を認めた上で、妻の生活状況に基づいて、妻は離婚後に当該婚姻用建物に居住できるとした。すなわち、第二審法院は争いとなっている当該建物の所有権の帰属関係について明らかにしないまま、妻の離婚後の居住の利益のみを確保したと言える。

ただし、私見では、当該建物の出資者、所有権の登記状況等によれば、この建物は夫の父の個人財産であると考えられる。そうであれば、第二審法院は、他人が所有する建物に「生活困難者」たる配偶者のため離婚後居住権を設定したということができる。この結論は、婚姻法及びその司法解釈で定められた離婚経済援助制度の趣旨、すなわち、他方配偶者が所有する家屋に対する居住権限をもって離婚後に住居に関し困窮する恐れがある一方配偶者の居住の利益を確保するというその内容に反することになる。

【事例 8】 重慶市南川区人民法院 (2016) 渝 0119 民初 957 号判決

この判決の事例は、婚姻用建物が婚姻前に夫の家族成員による出資によって購入されたものであるが、当該建物の所有権登記はまだ行われていないところ、裁判離婚の際に妻が当該建物の居住の権利を請求したというものである。

人民法院は、妻が行った居住の権利の請求は、実際には当該建物の事実上の使用権能の取得を指しており、法律上の居住権を意味するものではないとした。さらに、当該建物の所有権登記はまだなされておらず、所有権の所在につき立証責任を負う妻が

¹⁴² 最高人民法院による「民事訴訟証拠に関する若干の規定」において、第 2 条によると、「当事者は自らにより主張された訴訟上の請求の根拠となる事実、又は相手方の訴訟上の請求に反駁する根拠となる事実について、証拠を提出して立証する責任がある。また、当事者により主張された事実を証明する証拠が提出されないか、又は不十分な場合は、立証責任を負う当事者は不利な結果を負担する。」とされる。

提出した証拠によっては、当該建物の帰属は判断できないと述べた上で、人民法院は、当該建物の所有権登記は行われておらず、この建物は夫の個人財産と認定することもできないとして、妻による離婚後居住権の請求を棄却した。

このように、争われている建物が夫の個人財産であると判明しないときは、離婚経済援助制度における「住居の提供」の対象とならないと扱うのが妥当であると言える。

【事例9】山東省煙台中級人民法院(2017)魯06民終2544号判決

この事例は、婚姻前に夫の父母が賃貸用の建物を建築し、夫の父の名義で登記したが、夫婦の婚姻後、夫婦双方が付属施設を追加し、当該建物の全体的な機能が強化されたというものであった。その後、夫婦は感情破綻のため別居し、夫が当該建物に居住していた。そこで、裁判離婚の際に、妻が、離婚後に住居を有さないこと及び自らの身体的状況を理由に、夫に対して経済援助の付与を請求した。

第一審法院は、妻が関連する証拠を提出していなかったため、妻の請求を棄却した。これに対して、第二審法院は、当該建物の建築時期、所有権登記の状況等の要素に基づき、この建物は夫婦の共有財産ではないと判示したが、結論として、妻に一定期間当該建物での居住・使用をする権利を認めた。

この事例では、争われている建物は当事者らの共有財産ではないと判断されたが、婚姻中、夫婦双方が建物の付属施設を追加したことで建物の全体的な機能が強化されていたため、当該建物の価値の維持・増加に対する夫婦双方の寄与があったと言える。第二審法院は、法的根拠を明示していないが、この点を考慮し、離婚後に妻が住居に困窮する恐れがあることから、離婚経済援助策である居住の確保の方策によって、「生活困難者」として妻に離婚後居住権を認めたものと言える。

【事例10】福建省漳州市中級人民法院(2019)閩06民終132号判決

この事例においては、婚姻前に、夫の父母が夫のための婚姻用建物を用意する目的で二階建ての建物を建築した。さらに、婚姻中に当該建物の三階部分が新築されたが、建物の所有権はまだ登記されていなかった。そこで、裁判離婚の際に、妻は、自らが当該建物の改装費用を出資したことを理由に、この建物の持分権に基づく離婚後の建物の居住権を請求した。

第一審裁判において、人民法院は、当該建物は夫婦の婚姻前に夫の父母により建築されたのであるから、夫の父母が所有する財産であると認定した。そして、妻が当該建物の改装費用を出資したことを証明する証拠を提出しなかったため、妻は立証不能の責任を負うべきであるとして、妻の居住権の請求を棄却した。

第一審判決に対して、妻は不服を申し立て控訴したが、その控訴理由は、婚姻中に、「分家析産」¹⁴³によって当該建物は夫婦双方に帰属させられたのであり、また、婚姻中に夫婦双方が建物の改装費用を出資したのであるから、当該建物は夫婦の共有財産であると評価されるべきであり、妻は離婚後も当該建物に継続的に居住することができるというものであった。

第二審法院は、婚姻中に分家析産で当該建物が夫婦双方の所有に帰属したことに關する証拠を妻が提出しなかったため、妻の控訴を棄却した。さらに、妻が主張した建物の改装費用の出資に関して、人民法院は、当該建物の改装費用は夫婦双方が出資したが、改装行為は他人の所有する財産への添付に当たるため、添付法理¹⁴⁴に基づいて処理されるべきであると判示した。それにより、人民法院は、建物の改装費用を出資したことを理由とする妻の居住権の請求を棄却した。あわせて、当該建物は夫婦双方の共有財産ではないため、離婚時の財産分与によって夫がこの建物の所有者になることもないとして、離婚経済援助策に関しても、人民法院は妻の離婚後居住権の請求を棄却している。

(2) 事例の検討

ア 法律条文で定められた離婚後居住権の設定対象

離婚後に住居に困窮する恐れがある一方配偶者が、他方配偶者に住居の提供という経済的な援助を求める場合、婚姻法及びその司法解釈では、他方配偶者は個人財産である住居をもって一方配偶者に経済援助をすべきであるとされている¹⁴⁵。

裁判実務でも、通常、人民法院は、経済援助義務者の個人財産である住居によって、生計困窮者たる一方配偶者の離婚後の居住の確保を実現している。例として、【事例 10】の福建省漳州市の中級人民法院判決の事例では、婚姻用建物は夫婦双方の共有財産ではないため、離婚時の財産分与によって夫が当該建物の所有権を取得するわけではなかった。換言すれば、夫が「個人財産」である住居をもって経済援助を請求した妻の離婚後の居住環境を確保することはできない。そのため、人民法院は、妻

¹⁴³ 中国では、農耕社会が長く続いた社会背景において、社会保障制度の不備のため、人々の老後の生活保障はもっぱら家族に依拠していた。そこでは、高齢者が生活基盤を失ってしまう危険を軽減するために、家族が家計を共にする生活共同体が好まれた。こうした家族形態が維持されている中、被相続人の死亡を起因とする相続制度が発達しておらず、家族財産の分割方法として、いわゆる「分家」が慣習的に利用されるようになった。

「分家析産」制度に基づいて、家族成員間では、生産上又は生活上の需要を満たすために、家族成員により共同で所有されている財産が分割される。「分家」制度は、家族成員が分離して新たな家族を創設する行為、及びそれによって形成された家族を意味している。「析産」制度は、家族成員により共同で所有している財産を分与することを意味しており、通常、家族成員の人数又は実際の需要に基づいて分割されている。

¹⁴⁴ 最高人民法院により公布された「中華人民共和國民法通則を貫徹・執行する若干の問題に関する意見（施行）」第 86 条によると、非所有者が他人所有の財産を使用した上でこれに付属物を加えた場合、財産の所有者は添付行為に同意し、又は財産の返還時に付属物に関する処理方法が約定されれば、その約定に従い処理する。約定がなく、かつ協議が整わなかったときは、取壊しが可能であるならば、裁判所は取り壊しを命じる。解体できないものは、財産の所有者が添付行為者に補償金を支給することによって、添付された付属物は財産の所有者に帰属する。また、添付行為者の添付行為が財産所有者に損害を与えた場合、添付行為者は賠償責任を負うべきであるとされる。

¹⁴⁵ 婚姻法第 42 条は、離婚により生活に困窮する一方配偶者に対して、他方配偶者は自らの所有する個人財産によって経済支援をすべき義務を負うと規定する。さらに、司法解釈（一）第 27 条は、他方配偶者の個人財産である住居の利用によって「生活困難者」を経済援助するときの援助策を具体化にし、他方配偶者の家屋の居住権または家屋の所有権を利用することができることと明定した。

が主張した婚姻用建物の離婚後居住権の請求を棄却した。あわせて、【事例8】の重慶市南川区の人民法院判決も、係争建物が夫の個人財産であることが明らかでないことを理由として、妻の離婚後居住権の請求を棄却している。

確かに、離婚経済援助制度によって定められた居住確保策の運用要件のもとで、争いとなっている建物が他方配偶者の個人財産と評価できない場合、人民法院はこの制度による救済につき基本的に否定的な態度を示していると言える。

イ 他人所有の建物の生計困窮者の離婚後居住権が設定された事例

裁判実務では、夫婦ではなく他人が所有する居住用建物に、「生活困難者」たる離婚配偶者のために離婚後居住権を設定する事例がしばしば見られる。

(ア) 社会的背景に関する検討

中国では、子女のために婚姻用建物を購入する際に、不動産価格の高額さ及び婚姻に関する慣習などから、夫の父母が当該不動産の購入のために出資することが一般的に行われている。特に、婚姻の際に夫側の父母が可能な限り息子のために出資し、住居を購入することは、父母の法的な義務と見なされるおそれすらあると考えられる。

父母が出資した住居の購入金が子女への贈与と認定される場合は、人民法院は、原則として、婚姻用建物の登記名義人を根拠に、自らの子女にのみ贈与したか又は夫婦双方に贈与したのかを判断している。ただし、離婚の際の婚姻用建物の帰属に関する紛争を回避するため、父母の全額出資により購入された建物がそのまま父母の名義で所有権登記される事例もしばしばある。このような事例については、離婚後に夫婦の一方が居住の困窮状態に陥る恐れがある場合、他方の名義で所有する住居がなければ、この一方配偶者の以後の居住環境は居住の確保又は住居の提供という法的施策の運用によって確保される余地がない。

(イ) 離婚経済援助策の要件の問題点

離婚経済援助制度については、経済援助義務者がまず自らの居住環境を確保できることが、経済援助策を適用するための要件として婚姻法及び司法解釈で明記されるべきであると考えられる。あわせて、離婚経済援助制度は婚姻関係により生じた夫婦間の扶養義務の延長と解するのが、中国における共通の認識である。例えば、西南政法大学の陳葦教授は、離婚後の経済援助義務の法的性質につき、以下のように指摘した。すなわち、契約の終了後の義務¹⁴⁶は契約で約定された義務の延長線上にあるものであると同様に、夫婦間の経済援助義務は離婚後における扶養義務の延長というべき

¹⁴⁶ 契約法第92条によると、契約の権利義務関係が終了した後に、当事者は誠実信用の原則により、取引の慣習に従い、通知・協力・秘密保持などの義務を履行しなければならないと明記されていた。これに対し、民法典第558条は、契約法第92条の内容を承継し、債権債務消滅後の当事者の義務を規定した。すなわち、債権債務が消滅した後も、当事者は信義誠実などの原則を遵守し、取引慣習に基づき通知・協力・秘密保持・旧品回収などの義務を履行しなければならないとされる。

ものであり、離婚した配偶者はこの義務を履行しなければならないと説示する¹⁴⁷。また、中国政法大学の巫昌禎教授は、婚姻関係の終了に関わらず、夫婦間の扶養義務は婚姻関係の終了に伴い消滅しないと述べて、離婚により一方配偶者が生計に困窮する場合、他方の配偶者に対して経済援助を請求する権利を有するとの見解を示し、その上で、離婚経済援助は実質的に婚姻中の夫婦間での扶養義務関係が延長したものであると指摘している¹⁴⁸。

ただし、夫婦間の扶養義務の延長と解するときには、離婚後に住居に困窮する恐れがある一方配偶者に対して居住の確保という援助方策を適用する場合、そのための住居は他方配偶者が所有する建物であることを要件とするという制約が必然的に付されることになる。確かに、夫婦以外の者が所有する建物をもって離婚後に住居に困窮する恐れがある一方配偶者の居住確保を図ることは、離婚経済援助制度の理念に反し、居住建物の所有者の所有権を害する恐れがある。

しかし、それにもかかわらず、裁判実務では、夫婦以外の者が所有する建物をもって離婚後に住居に困窮する恐れがある一方配偶者の居住確保を図ろうとする事例がある。例えば、【事例7】の広東省茂名市の中級人民法院判決の事例において、第一審法院は、離婚時の財産分与において婚姻用建物の帰属が明らかにされていないため、妻の居住の利益について言及しなかった。ただし、妻が就職していないことから、離婚後に生活に困窮する恐れがあるとの事情に基づき、夫に妻への経済援助金として3万元の支給を命じた。ところが、さらに、第二審法院は、当該建物に妻の居住の利益を認めた上で、妻に2年間の離婚後居住権を付与した。ここでは、婚姻用建物の帰属を明らかにしないまま、妻の離婚後の居住の利益を確保するために援助施策を用いている。この事例では、実質的には係争建物は夫の父の個人財産であると考えられ、そうであれば、第二審法院は、他人が所有する建物に「生活困難者」たる配偶者の離婚後居住権を設定したとすることができる。その結果、ここでは、離婚経済援助責任を有さない夫の父が、その個人財産である住居に関する継続的な離婚後居住権をもって「生活困難者」に当たる息子の妻に経済援助を与えたことになり、夫の父の建物所有権が人民法院の判決によって侵害された結果となる。婚姻法及びそれに関連する司法解釈においては、婚姻中に一方配偶者の家事労働などを評価する条文は設けられていない。そのため、この配偶者は、離婚時の財産分与により家事労働の対価を得ることはできない。離婚時の財産分与で得た財産及び個人財産によって当該配偶者が離婚後の生活水準を維持できない場合、この者の当然に受けるべき正当な利益が害される恐れがある。離婚経済援助制度の目的は、このような事態に対応し、夫婦双方の利益と衡平を図ることにある。それによって、夫婦間で離婚により生じる経済的格差や影響を最小限に抑えることに資することができ、離婚した夫婦の利益の調整のための制度として機能している。

¹⁴⁷ 陳葦＝冉啓玉「離婚撫養制度研究——中國大陸法与俄羅斯法之比較」月旦民商法第6期（2004年）147頁。

¹⁴⁸ 巫昌禎『婚姻家庭法新論』中国政法大学出版社（2002年）345頁。

しかし、他人が所有する建物をもって「生活困難者」たる配偶者の離婚後の居住の確保を図ることは、離婚経済援助制度の趣旨に反し、上述のような裁判例の結論は、相当とは言えない。

ウ 婚姻用建物の持分権に基づき居住権を請求した事例

裁判離婚の際、離婚後に住居に困窮する恐れがある一方配偶者が、婚姻法及びそれに関連する司法解釈により確定された離婚経済援助策を用いることなく、婚姻用建物の取得・維持に寄与があったことを理由として、離婚後に当該婚姻用建物に継続的に居住することを請求する事例が実務では多い。例えば、【事例 10】の福建省漳州市の中級人民法院判決の事例では、婚姻用建物は夫の父母が建てたものであったため、夫の父母の所有財産であると認定されたが、婚姻中に、夫婦双方が当該建物の改装費用を出資したことにより、この建物に夫婦双方の寄与があると評価されるものであった。そこで、妻が当該建物の持分を有することを主張した上で、建物の持分権に基づき、離婚後にこの建物に継続的に居住することを求めた。結論として、人民法院は、添付の法理により、妻の改装行為によって妻が本件建物の共同所有者になるわけではないとし、妻の請求を棄却した。

これに対して、【事例 9】の山東省煙台市の中級人民法院判決の事例では、係争建物は、婚姻前に夫の父母によって建てられ、夫の父の名義で登記されていたため、夫の父の個人財産であると認定されるべきものであった。その後、婚姻中に、夫婦双方が当該建物の付属施設を追加建築し、建物の全体的な機能を強化したため、夫婦はそれぞれこの建物の価値の増加に寄与があると言えるが、付属施設の建築行為によって夫婦が当然に当該建物の共同所有者になるわけではない。しかし、第二審法院は、建物の帰属関係を明らかにしないまま、妻が請求した建物の居住権及び使用権を認めた。この事例は、夫の父の個人財産として評価されるべきである建物、すなわち第三者の個人財産である住居に、経済援助請求者たる妻の居住の権利及び使用権を認めた判決であり、離婚経済援助制度の趣旨に反している。また、このような解決は、結局、離婚配偶者と建物所有者たる第三者との間で再び紛争となる恐れを生じさせる。

確かに、特に中国の農村部においては、婚姻用建物が夫婦の婚姻前に夫の父母によって建築されることが一般的に行われている。そして、中国における宅基地政策¹⁴⁹の下では、婚姻中も夫の父母が夫婦と共同で生活する事例がよく見られる。「分家析産」により当該不動産の所有権の帰属が明確に約定されるまでは、通常、この不動産は夫の父母の所有建物と評価される。そして、婚姻中に、夫婦が当該建物の改装費用などを出資した場合には、夫婦はこの建物の価値の増加・維持について寄与があると言えるが、上述のように、添付法理によれば、夫婦はそれによって当該建物の共同所

¹⁴⁹ 中国において、2008年7月8日に国土資源部により公布された「国土部による宅基地の使用権の登記及び証明書の交付作業をさらに加速させることに関する通知」において、村民が宅基地の使用権を申請する際、「一戸」は一つの宅基地の使用権を申請する権限を有することが明記された。ここでいう「戸」は、常に公安部により交付された戸籍簿に基づいて区分される。換言すれば、父母が所有する戸籍簿に子女の情報がまだ掲載されている場合、父母及び子女は「一戸」としてみなされ、そのため、一つの宅基地のみの使用権を申請することとなる。

有者になるわけではない。婚姻用建物が夫婦双方の共有財産であると判断できない場合は、離婚配偶者は離婚経済援助の施策を用いて離婚後の居住を確保することができない。裁判実務では、離婚後に住居に困窮する恐れがある配偶者は、通常、係争建物に自己の寄与があることを理由として、離婚後も継続的に当該建物に居住できると主張する。これに対しては、建物が他方配偶者の個人財産と認定できないことを理由に請求を棄却すべきであり、【事例 10】の福建省漳州市の中級人民法院判決がその例である。

ただし、この【事例 10】の福建省漳州市の中級人民法院判決のように、係争建物は夫の個人財産として評価できないが、妻が共有財産の持分権に基づく離婚後居住権を請求した事例において、人民法院が、離婚後に生活に困窮する恐れがある妻に離婚経済援助を一切付与しなかったことは相当ではないと考えられる。婚姻用建物が夫の個人財産であると評価できない場合、確かに住居の提供又は居住の利益の確保という経済援助策を用いることができないが、経済援助金の支給という援助施策による妻の救済は可能である。

3. 離婚後居住権の消滅事由に関する事例

夫婦間で婚姻前に行う財産に関する協議又は協議離婚時に締結した財産分与に関する合意において、離婚後に住居に困窮する恐れがある一方配偶者の居住確保を目的に当該配偶者の継続的な居住について約定することは、一般的に行われている。もちろん、居住権が用益物権であることが法律により明確に規定されていなかった段階では、物権法定主義を採用する中国法の下、他人所有の建物の使用を内容とする離婚後居住権が物権的な権利として解される余地がない。それで、権利の内容を踏まえ、この権利は賃借権と類似する債権との法性質を有すると結論付けられる。すなわち、協議離婚の際に、離婚夫婦の間で婚姻用建物に関する無償的な賃貸借契約の締結を通じて、離婚後に居住の困窮状態に陥る恐れがある配偶者に離婚後居住権の付与によって、当該配偶者の以後の居住環境を確保しようとしていた。

ただし、その場合、当事者の取り決めにおいて居住の権利の消滅事由などの事項が明示されていないことが多い。婚姻法で確立された離婚経済援助制度でも、「生活困難者」に該当する一方配偶者の離婚後の居住確保を実現するために、離婚後居住権の付与という援助施策が明文化されたが、この居住権の消滅事由等については条文で明記されなかった。そのため、国民の法律意識において、当事者間で居住に関する権利を約定する際にも、その権利の消滅事由につき明確に言及しないという状況が生じている。

【事例 11】河南省周口市川彙区人民法院（2013）川民初字第 1296 号判決

この事例では、当事者双方が合意した離婚協議中で建物は妻に帰属させることが明記されるとともに、夫が当該建物に居住の権利を有することも約定された。その後、夫は妻の名義を冒用してこの建物を売却し、所有名義人の変更手続きも行った。その

ため、妻は、夫の転売行為によって自らの利益が侵害されたことを理由に、離婚協議で約定した夫の居住の権利の取消しを人民法院に請求した。

人民法院は、婚姻法で定められた住居の提供という経済援助策が、一時的居住の権利であると解されてもあるいは長期的な居住の権利と解されても、離婚により住居に困窮する一方配偶者が他人である他方配偶者の所有する居住建物に永続的に居住できるわけではないと判示した。その理由として、住居の所有権と離婚後居住権は異なる権利であるが、離婚後居住権の存続期間に制約がない場合には、住居の使用と占有という側面において離婚後居住権は実質的に所有権と同様のものになり、その結果、経済援助を提供する配偶者の利益が害される恐れがあることを挙げる。そして、人民法院は、離婚協議で約定した居住の権利には期限があると解されるべきであると指摘した。

さらに、人民法院は、婚姻法で離婚経済援助策として明記された離婚後居住権の趣旨に照らして、離婚後において夫婦の一方が住宅を所有すること、夫婦の他の一方が住居を有さないため生活に困窮する恐れがあること、当事者双方の間において婚姻関係が存在していたことが、離婚協議で居住の権利を設定する際にも要件となるとし、この居住の権利の存続期間について、当事者の合意又は法定の義務により居住用建物の離婚後居住権をもって「生活困難者」を援助する場合には、生活困難者たる一方配偶者は当該建物に短期的にのみ居住できると判示した。その上で、本件では、当事者が離婚した時から既に4年以上が経っており、夫は安定的な収入を得ていて、夫の住居についての使用行為は妻の当該建物の所有権を侵害する恐れがあると述べ、人民法院は、離婚協議で約定した夫の離婚後居住権を取り消した。

【事例 12】浙江省杭州市中級人民法院（2014）浙杭民終字第 1000 号判決

この事例では、婚姻前に夫婦が締結した婚姻契約において、婚姻前の財産は夫婦各自の個人財産であり、お互いにこの個人財産については相続権を有さず、また、婚姻期間中に夫婦双方が得た給与などの経済的な収入は夫婦双方の共有財産であると定められた。婚姻中に、夫は自己が所属する勤務先との間で公有住房の購入契約を締結し、婚姻用建物としてこの公有住房を購入して、夫の名義でその所有権登記を行った。

その後、婚姻契約に当該住房の相続権及び居住の権利に関する内容が追加され、この住房は夫の個人財産であることが明記されるとともに、夫が先に死亡した場合には生存配偶者である妻が死亡するまでそこに居住できるが、妻が再婚したときはこの限りではないとされた。また、夫の子女が当該住房の相続権を有するという項目が追加され、夫婦双方が死亡した時をその相続開始時とすることとされた。

その後、夫が病気で死亡し、妻が当該住房に居住していた。そこで、この住房の相続に関して、夫の子女がその所有権の自らへの帰属を主張するとともに、妻に対して所有名義の移転手続に協力することを請求した。

第一審法院は、夫婦の婚姻契約に基づいて、夫の死亡後に妻が本件建物に継続的に居住できることを認めた。そして、本件建物は夫の個人財産であり、夫の子女が本件建物の相続権を有すると夫婦間で約定されたが、婚姻契約中で、当該建物が遺産分割の対象となるのは夫婦双方ともが死亡した後であるとの制約が課されていたことから、第一審法院は、夫の子女による当該建物の所有名義の変更請求を棄却した。

その後、夫の子女は第一審判決に不服を申し立て控訴した。控訴理由として、夫の子女は、婚姻契約によっては相続人の相続権は制約されず、物権法の条文¹⁵⁰に従えば、被相続人が死亡した時に所有権移転の物権的な効力が発生すべきであり、婚姻契約で制約されたのは当該建物の居住の権利の相続にすぎないと主張した。

これに対して、第二審法院は、当該建物につき夫婦の協議で定められた夫の子女の相続権を認めた。また、婚姻契約において、妻が再婚するか又は死亡するまで当該建物を居住できると合意されたことにより、人民法院は、妻の居住の権利を認めた。ただし、夫婦が約定した居住の権利の消滅事由は、婚姻法で定められた婚姻自由の原則¹⁵¹に反するものであることを理由に、居住の権利の制約に関するこの条項は無効と見なされるべきであると、妻は再婚するかどうかに関わらず、死亡するまで当該建物を居住できると判示した。また、夫の意思によって夫の子女が有する当該建物の相続権に付けた効力発生制約として、妻が死亡するまで当該建物への居住を確保されるべきことが挙げられ、遺産分割において夫の子女が当該建物を取得したときは、これを保障する義務を履行すべきであると述べた。結論として、第二審法院は、妻が当該建物の所有名義の移転手続に協力すべきであるとするとともに、夫の子女は妻が死亡するまでこの建物を居住する権利を保障すべきであると判示した。

【事例 13】新疆克拉玛依市中級人民法院（2015）克民一初字第 919 号判決

この事例では、被相続人が作成した公正証書遺言¹⁵²において、夫が所有する建物に生存配偶者である妻が死亡するまでに居住できることが定められた上で、夫の子女が当該建物住宅の相続権を有することも明記された。

これに関し、公正証書遺言で言及された生存配偶者の居住の権利は、法律の強行規定に違反せず、そこでは夫の意思が明確に示され、かつ「高齢者の社会的扶養が保障され、高齢者の住居が確保されるべきである」という伝統的な美德に当てはまるため、夫の真意を尊重すべきであると判示した上で、生存配偶者である妻の居住の権利を認めた。ただし、被相続人の真意に基づいて、この居住の権利は妻の今後の居住を確保するために設定されたものであるが、遺言でこの権利の内容が明確に定められて

¹⁵⁰ 物権法第 29 条によると、相続又は遺贈を受けることにより物権を取得した場合、相続若しくは遺贈の開始時から遺産に属する財産の物権変更の効力が生じる。

¹⁵¹ 婚姻法第 2 条によると、中国における婚姻制度は婚姻の自由を旨とするとしていた。

¹⁵² 相続法第 17 条により明文化された遺言の方式の中では、公正証書遺言は第 1 項により明記され、すなわち、公正証書遺言は、遺言者が公証機関を通じてしなければならないとされた。

いなかったため、第一審法院は、当該権利の存続期間中、生存配偶者は住居を転貸、譲渡、又は他人に使用させることができないとした¹⁵³。

これに対して、居住の権利の設定後、生存配偶者である妻が当該建物を頻繁には使用せず、かつ別の住宅を購入したため、既に妻は自力で居住を確保できるとして、夫の相続人が人民法院に判決で確定された妻の居住の権利の取消しを求めた（本件訴え）。

そこで、本人民法院は、居住の権利とは、他人が所有する住居及びその付属施設を占有・使用する権利を指すと定義した上で、居住の権利が設定される際にはその使用目的に従って権能が制約されるべきであると判示した。すなわち、そのような居住権者は生活上の居住の需要を満たすために、他人の所有する建物に居住できるが、本件では、生存配偶者である妻が既に自力で居住環境を確保できているため、居住の利益の確保という援助方策の付与対象に当たらないことが明らかであるとし、結論として、本人民法院は、先の判決で認められた生存配偶者の居住の権利を取り消した。

【事例 14】 山東省淄博市中級人民法院（2017）魯 03 民終 3580 号判決

この事例では、夫婦双方が再婚であり婚姻前に合意した協議書において、各自が婚姻前に所有していた財産は各々の個人財産であること、それぞれの子は自らの父又は母の財産を相続する権利を有すること、婚姻中妻は夫の所有する婚姻用建物に居住でき、誰であつても当該建物を無断で占有することは禁じられることが明記された。夫が交通事故によって死亡した後、生存配偶者である妻は当該建物に居住している。

その後、生存配偶者である妻と夫の相続人の間において、当該建物の居住の権利及び相続権に関して紛争が生じた。すなわち、妻がこの建物に関する無制限の居住の権利及び相続権を主張したのに対して、相続人である夫の子が、確かに夫婦の財産に関する協議において生存配偶者である妻は婚姻中、当該建物に居住できると約されたが、夫の死亡により婚姻関係が解除されたため、生存配偶者である妻は継続してこの建物に居住することはできないと主張した。

婚姻前の夫婦の協議で約定された妻の居住の権利に対して、第一審法院は、伝統的慣習及び社会通念を根拠にこの居住の権利の法的拘束力を認めた。その上で、人民法院は、被相続人が死亡した後に生存配偶者が再婚しないときは、当該夫婦の婚姻関係は存続していると解されるべきであると述べ、相続人である夫の子の請求を棄却した。

さらに、第一審法院は、生存配偶者である妻の居住の権利の消滅事由を判決で確定した。すなわち、生存配偶者が再婚したとき又は死亡したときに、生存配偶者の居住の権利は消滅するというものである。あわせて、婚姻前の夫婦の協議で夫の個人財産

¹⁵³ 新疆克拉玛依市中級人民法院（2012）克民一初字第 19 号判決参照。

に対して妻は相続権を有さないことが明記されていたため、人民法院は、妻の相続の請求を棄却した。

これに対して、被相続人である夫の子女が不服を申し立て控訴した。控訴理由は、生存配偶者である妻は他に住居を所有するため、婚姻法で定められた「生活困難者」に該当せず、また、第一審判決で認められた妻の居住の権利には法的根拠が欠け、その請求は棄却されるべきであるという点にある。

第二審法院も、婚姻前の夫婦間の協議に基づいて、婚姻中妻は当該建物に居住できると判示した。その上で、人民法院は、伝統的慣習に基づいて、夫の死亡によって生存配偶者である妻の建物についての居住の権利が失われるわけではないと判断し、相続人である夫の子女の請求を棄却して、先の判決を維持した。

【事例 15】四川省攀枝花市東区人民法院（2017）川 0402 民初 2309 号判決

この事例では、協議離婚の際、係争建物の使用権につき、離婚協議書で「離婚手続きの着手のときから、同建物の居住の権利は夫が死亡するまでに夫に帰属させる。夫の同意を得ずに、妻は本件建物を転売又は賃貸することができない」ことが約束された。その後、当該建物が政府による取壊し・収用の対象にあたることから、夫婦の間で離婚協議書により約定された居住の権利が当該建物の取壊しに伴い消滅するかに関して紛争が生じた。

人民法院は、当事者双方により争われている『長期居住権』について、この権利は物権法で定められた権利に当たらないが、当事者間では約定された居住の権利は契約的な権利として位置づけられると判定した。その理由は、現行法において、居住権に関する明文の条文は設けられておらず、物権法定主義の原則からすれば、この権利は物権ではないと判断されるが、当事者双方によって約束された「長期居住権」は、法律及び行政法規の強行規定に違反するものではないため、この権利の法的効力は裁判によって認められるべきであり、契約的な権利として有効と認められるという点にある。

さらに、人民法院は、当該建物は政府による取壊し・収用の対象にあたるため、この建物の取壊しにより夫の居住の権利は実現不能な状態になり、契約法第 94 条¹⁵⁴で定められた契約の解除事由に該当するとして、夫婦の離婚協議における居住の権利に関する合意の効力は失われるとした。

¹⁵⁴ 契約法第 94 条は次のように定める。

「下記に挙げられる事由のいずれかが発生したとき、当事者は契約を解除することができる。

- ① 不可抗力により契約の目的を達成できなくなったとき；
- ② 履行の期限が満了する前に、当事者の一方が主な債務を履行しない旨を明確に、又は自らの行為によって表示したとき；
- ③ 当事者の一方が主な債務の履行を遅滞し、催告を受けた後にも合理的な期間内に履行しないとき；
- ④ 当事者の一方が債務の履行を遅滞し、又はその他の違約行為により契約の目的が達成できなくなったとき；
- ⑤ 法律で規定するその他の事由があるとき。」

(2) 事例の検討

ア 居住の権利の消滅事由の約定に関する実態

通常、夫婦間の協議に基づく合意で、生活に困窮する恐れがある一方配偶者のために居住の権利が設定される場合、居住権者の「生活に困窮する状態」が解消されたときに居住の権利が消滅することについては明記されていない。ただし、離婚経済援助制度の趣旨に照らして、夫婦が居住の権利の消滅事由に言及しなかったとしても、「生活困難者」に該当する一方配偶者が離婚後に自力で居住環境を確保できるようになったならば、「生活困難」の解決のため設定された離婚後居住権は消滅すると解されるべきである。しかし、実際には、夫婦が離婚後居住権について協議で合意した場合であっても、生活困難の状態が解消したことをこの権利の消滅事由として明記している事例は少ない。

(ア) 「生活困難者」に該当しないことを消滅事由とした事例

夫婦間で約定された離婚後居住権の消滅事由が明確に取り決められなかった場合、当事者間でこの居住権に関する紛争が生じたときは、人民法院は、常に離婚経済援助制度の趣旨に照らして、「生活困難者」たる一方配偶者が既に自力で居住環境を確保できていることを理由に「生活困難者」のため設定された離婚後居住権は消滅すると判断している。例えば、【事例 13】の新疆克拉玛依市の中級人民法院判決においては、生存配偶者の継続的な居住の権利が被相続人の公証遺言において定められたものの、生存配偶者が当該建物を頻繁に使用することなく、別の住宅の購入もしたという事情のもとで、人民法院は、生存配偶者である妻は既に自力で居住問題を解決できるという点を挙げて、妻はもはや離婚経済援助制度の下での居住の権利の取得対象にならないと判示し、妻の居住の権利を取り消した。

ただし、この事例のように被相続人が遺言により生存配偶者の継続的な居住の権利を設定する場合については、離婚経済援助制度の運用ではなく、被相続人は住居の所有者として所有物の使用権能を処分したと解するべきであると考えられる。そうであれば、生存配偶者である妻がその真意に基づいてこの居住の権利を放棄しないうちに、人民法院が、妻は「生活困難者」に該当しないことを理由として、被相続人が遺言により設定した妻の居住の権利を取り消したことは、相当ではないと言える。あわせて、【事例 13】の新疆克拉玛依市の中級人民法院判決のような事例では、離婚経済援助制度の趣旨に照らして、婚姻の死亡解消の場合に、離婚経済援助の方策を運用せず、原則として相続法の条文内容によって生存配偶者の居住の利益を確保すべきであると考えられる。そのため、【事例 13】の新疆克拉玛依市の中級人民法院判決で人民法院は生存配偶者が婚姻法で定められた「生活困難者」に該当しないことを理由に生存配偶者の居住権を斥けたとの判決は相当ではないと考えられる。

(イ) 婚姻関係の解消を消滅事由とした事例

裁判実務では、「生活困難者」に該当する一方配偶者が再婚するまで、他方配偶者が所有する居住建物に継続的に居住することを可能とする事例もしばしば見られる。例として、【事例 14】の山東省淄博市の中級人民法院の判決では、夫婦の間で合意された夫婦財産に関する協議において、妻が再婚するか又は死亡したときには、夫所有の住居における妻の居住の権利は消滅するとされていた。これについて、人民法院は、この合意の法的拘束力を認め、妻は再婚するか又は死亡するまで当該建物に継続的に居住できると判示している。このような実務の背景には、離婚経済援助制度は婚姻関係により生じた夫婦の扶養義務の延長上に創設されたものであるという理解があると考えられる。婚姻法及びその司法解釈で定められた離婚経済援助の方策は夫婦間の扶養義務の延長にあるということになる。

ただし、「生活困難者」に該当する一方配偶者が再婚すると、最初の婚姻の配偶者との間で生じた扶養義務は消滅し、それと同時に、この婚姻関係から生ずる扶養義務の延長と位置づけられる住居の提供などの離婚経済援助の方策も利用不可能になると解される。

イ 再婚という消滅事由

(イ) 高齢者再婚の事例の検討

高齢者の再婚の事例では、生存配偶者のさらなる再婚の可能性及び生活上の居住の需要を総合的に考慮した上で、生存配偶者の死亡をこの配偶者の居住の権利の消滅事由として明記する事例が頻繁に見られる。

高齢者が再婚する場合、夫婦の一方が死亡した後に生存配偶者と被相続人の子女との間で相続財産に関する紛争が生じるのを回避するために、再婚前に夫婦財産に関する契約を締結することが一般的に行われている。その場合、通常は子女の相続分に関する不安を解消するため、再婚する高齢者は互いに相続権を有さず、各自の財産については各自の子女がそれぞれ相続権を有すると約定される。ただし、同時に、残された生存配偶者の居住の利益を保護するため、生存配偶者が再婚するか又は死亡するまで被相続人が所有していた建物に居住することができるとの約定がされる。例えば、【事例 14】の山東省淄博市の中級人民法院の判決では、夫婦が合意した婚姻前契約において、妻の婚姻中の居住の権利が明示され、「婚姻中妻は夫が所有する居住用建物に居住でき、誰であっても当該建物を無断で占有することは禁じられる」ことが明記されたが、妻の居住の権利の消滅事由は明確に約定されなかった。人民法院は、これに関し、伝統的慣習に基づき生存配偶者の居住の権利の消滅事由はこの者の再婚又は死亡であると解した。

ただし、生計困窮者たる生存配偶者の再婚が、約定された居住の権利の消滅事由とされることは、当該配偶者の婚姻の自由を害する恐れがあるため、再婚という消滅事由の法的拘束力を認めなかった事例も見られる。その一例が【事例 12】の浙江省杭州市の中級人民法院の判決である。そこでは、人民法院は、「夫婦間で一方の死亡後、

生存配偶者が再婚することを居住の権利の消滅事由として約定したことは、婚姻法で定められた婚姻自由の原則に反する」ことを明言している。

ウ 居住の権利の消滅事由を明記する必要性

(ア) 裁判例から見た必要性

居住の権利の消滅事由を明記することは、当事者の利益の衡平を図る役割を持つ。住居に困窮する恐れがある一方配偶者の生活上の居住需要を満たすために、他方配偶者が所有する居住用建物に関する居住の権利を約定することは、建物所有者の所有権につき使用権原を一時的に失わせることであり、所有者の所有の利益が制約される。そのため、生活に困窮する一方配偶者が自力で居住環境を確保できる場合又は離婚により経済上に生じた悪影響が解消された場合は、当事者の間で約定した離婚後居住権を消滅させる必要があると考えられる。

離婚により生活に困窮する一方配偶者の生計を維持するために設定された離婚後居住権につき、たとえば存続期間を2年として設定したが、一方配偶者が2年経過前に経済的稼働能力を回復し、自力で生活水準を維持できるようになったときに、約定された離婚後居住権が消滅するかどうか問題となる。この場合、離婚後居住権の期間が当事者の合意によって定められているため、これは当事者双方に対して拘束力を有すると言えるが、離婚経済援助制度の趣旨に基けば、既に自力で生活を確保できる配偶者に対して経済援助する必要はなく、設定された離婚後居住権は消滅すべきであると考えられる。そこで、この点を法律上明らかにしておく必要がある。

(イ) 衡平の観点から見た必要性

いったん設定された離婚後居住権の存続期間内においては、居住権者の経済的稼働能力が再度評価されることはない。そのため、経済援助請求者の離婚後居住権が約定されたが消滅事由は明確に約定されていないという場合、たとえ援助請求者が経済的稼働能力を回復したとしても、権利の存続間内は継続して当該建物を使用することが可能となる。その結果、所有である配偶者の所有権が不当に制約され、その利益が害される恐れがある。

したがって、所有である配偶者の所有権を不正に制約しないため、「生活困難者」に該当する離婚した配偶者の離婚後居住権を約定する際にして、この権利の存続期間を明記するとともに、権利の消滅事由も明確に約定する必要があると考えられる。そこでは、設定された離婚後居住権の存続期間内においても、約定された離婚後居住権の消滅事由が発生したときにこの居住権が消滅するとされるべきであると考えられる。

4. 離婚後居住権の存続期間の明文化

(1) 事例の紹介

裁判実務では、離婚時に、離婚後「生計困窮者」に該当する一方配偶者のために居住の権利を設定する際、通常、この居住の権利の一時的な性格に基づいて、権利の存続期間を明定している。それにもかかわらず、当事者間で離婚後居住権の存続期間に関し争われる事例がしばしば現れる。

【事例 16】雲南省玉溪市中级人民法院(2014)玉中民一終字第 367 号判決

この事例は、離婚協議によって、離婚後に非所有者である妻は、期間制限なしで夫の個人財産である居住用建物に居住できると約定されたが、その後、当事者間でこの離婚後居住権の存続期間し紛争となったものである。離婚後妻は住居を有さないため、夫が自ら所有する住居の離婚後居住権をもって妻に経済援助を与えようとしたが、その時点で妻は既に当該建物に 3 年 10 か月間に居住しており、最高人民法院の司法意見¹⁵⁵で明記された 2 年の権利存続期間を超えたため、夫婦間で約定された離婚後居住権の存続につき紛争が生じた。

第一審法院は、婚姻法第 42 条¹⁵⁶及び最高人民法院の「離婚案件審理における財産分与問題に関する若干的な意見」によって、現行法の下では、離婚後に住居に困窮する恐れがある一方配偶者の居住の利益の確保という経済援助策が適用された場合、原則として 2 年の権利存続期間を条件とする制約が付されているとした。そのため、第一審法院は、経済援助請求者である妻が主張した 30 年間の居住の権利の請求を棄却した。

そこで、妻が控訴した。控訴理由は、当該建物は夫婦の共有財産であり、離婚協議において建物の所有権は夫に帰属させるとが、妻が期間制限なしの離婚後居住権を有すると約定したこと、また、夫はいかなる理由に基づいても妻の正常な居住生活に悪影響を与えないと離婚協議で明記したこと、しかし、夫が夫の父母を当該建物に居住させたことにより、妻の安定的な生活に悪影響を与えこと、そのため、妻は長期の離婚後居住権を主張するとともに、夫が妻の正常な生活に与えた妨害の除去を請求するというものであった。

第二審法院は、当該建物の出資状況、登記状況、住宅ローンの申請名義者などの要素を総合的に衡量し、当該建物は夫の個人財産であると認定した。さらに、離婚協議において妻が別の住居を取得するまで当該建物に期間制限なしの離婚後居住権を有することが明記されていたが、その後、この居住権の存続期間が争いとなったものの、妻が主張する 30 年の離婚後居住権の請求には事実的法的根拠が欠如していると述べ、妻の請求を棄却した。

¹⁵⁵ 最高人民法院の「離婚事案の審理における財産分与問題に関する若干的な意見」第 14 条によると、婚姻関係存続中に居住していた建物を財産分与で一方配偶者に帰属させた場合、他方配偶者が離婚後に住居を有さないことを理由として、この建物に一時的に居住を請求したときは、人民法院は、当事者双方の状況に基づいてこれを認めることができる。ただし、原則として、使用期間は 2 年以内にされると規定されている。

¹⁵⁶ 婚姻法第 42 条によって、生活困難者に対して援助能力を有する他方配偶者は個人財産である住居の居住権をもって援助すべきであるが、具体的な運用策は原則として当事者の合意により約定され、協議が整わなかったときに人民法院の判決により決定するとされている。

【事例 17】の湖北省十堰市中級人民法院 (2014) 鄂十堰中民四終字第 00452 号判決

これは、離婚後に妻が住居に困窮する恐れがあることを理由として婚姻用建物の離婚後居住権を請求した事例である。当該婚姻用建物は、婚姻前に夫により 14 万元が出資され、夫の名義で購入されたものであるが、婚姻中に購入金のうち 4 万元が支払われ、夫婦双方の名義で所有権登記手続が行われた。

第一審法院は、夫婦の娘がまだ幼いため、娘の監護権を妻に帰属させるとし、あわせて、問題となっている建物の購入時期、購入金の由来などの要素を総合的に判断した上で、婚姻用建物を夫に帰属させると判示した。それとともに、人民法院は、妻が離婚後に住居を有さず、婚姻法で定められた「生活困難者」に該当するため、夫は妻に対して経済援助を与えるべきであるとし、経済援助の施策として、妻が当該婚姻用建所に一定期間に居住できると判断した。結論として、人民法院は、夫が妻に経済援助金として 4 万元を支給するとともに、妻に婚姻用建物に関する 1 年間の離婚後居住権を与えるとの判決を下した。

これに対して、妻が不服を申し立て控訴した。控訴理由として、離婚後に妻と娘が住居を有さなくなるため、住居に困窮する恐れがあること、本件婚姻用建物は夫婦の共有財産と認定されるべきであること、その上で、妻と娘の利益を配慮するとの原則に基づいて、当該建物の所有権を妻に帰属させるべきであるとの主張がされた。第二審法院は、当該建物の購入金の出所などに基づいてこの建物を夫に帰属させた第一審判決を維持し、妻の控訴請求を棄却した。

この事例で、第一審判決は妻に付与した 1 年間の離婚後居住権の法的根拠に言及していないが、現実には、経済援助金の支給と離婚後居住権の付与が併用されることによって、「生活困難者」に該当する妻の離婚後の生活水準を維持することができる。また、この夫婦は唯一の婚姻用建物である一件の建物を有していたことから、当該婚姻用建物の所有者の所有の利益を併せて考慮した上で、第一審法院は、妻にこの建物につき 1 年間の離婚後居住権を与えるとの結論を下した。ただし、第一審判決は、娘がまだ幼いことを理由にその監護権を妻に帰属させたが、未成年の子の扶養義務の負担及び未成年の子の居住の利益の確保などを勘案すると、1 年間という離婚後居住権の存続期間は必ずしも十分でないと考えられる。

【事例 18】湖南省岳陽市中級人民法院 (2014) 岳中民一終字第 413 号判決

この事例では、裁判離婚の際に夫婦間で婚姻用建物の所有権及び使用権が争われた。当該婚姻用建物は婚姻中に夫の父母によって建築されたものであるが、夫の名義で所有権登記が行われていた。第一審法院は、妻の離婚請求を認めた上で、当該建物は夫の父母の財産であると認定した。これに対して、妻が不服を申し立て控訴し、その控訴理由として、確かに当該建物は夫の父母により建築されたものであるが、婚姻中に夫の名義で所有権登記手続が行われたため、夫婦の共有財産であると主張した。

第二審判決で、人民法院は、当該建物の建築時期、出資状況などに基づいて、この建物は夫婦の共有財産ではないと判示した。ただし、離婚後に妻は住居を有さず、生計に困窮する恐れがあることを理由として、人民法院は、妻が婚姻法で定められた「生活困難者」に該当するとし、妻に2年間の居住の権利を与えるとの判決を下した。

なお本件で、第二審法院は、妻の離婚後居住権の消滅事由については言及しなかった。そのため、妻がこの離婚後居住権の存続期間中に再婚した場合も、依然としてこの建物に居住できるかなどの疑問が残り、その場合に当事者間で重ねて争いとなる恐れがある。

【事例 19】湖南省新晃侗族自治县人民法院（2016）湘 1227 民初 126 号判決

この事例は、離婚後に、経済援助請求者である夫が妻の所有する建物に居住する行為は妻の所有権を侵害するとして、妻が人民法院に離婚協議で約定した夫の離婚後居住権の取消しを請求したものである。本事例では、離婚協議において婚姻中に夫婦によって建築された建物を妻に帰属させることが合意されたが、夫が当該建物に離婚後居住権を有することも明記された。その後、夫がこの建物に居住したため、妻は住居を有さない状態となり、実家に戻った。

人民法院は、現行法において、離婚後に住居に困窮する恐れがある一方配偶者のために住居の提供という経済援助方策が利用されているが、それには原則として2年の利用期間制限がかけられているとした。その理由として、確かに、離婚後居住権の存続期間について司法解釈による明記はないが、離婚経済援助制度の趣旨及び社会通念に照らし、本件の夫の居住権の存続期間については制限が付されるべきであることが指摘された。さらに、人民法院は、離婚の際に「生活困難者」たる一方配偶者に与えた居住の利益の確保という経済援助は、婚姻関係により生じる夫婦間の扶養義務とは法的性質が異なると述べ、婚姻中に夫婦間に生じた相互の扶養義務は夫婦という身分関係に基づいて生じる法定義務であり、婚姻関係が解消されることによってこれは消滅するとした。そのため、離婚の際の居住の利益の確保は夫婦間の法定扶養義務の延長により生じた法的効果ではなく、元夫婦の間に派生的に存在する一時的な援助責任であるから、この居住の権利には条件と使用期間の制約が付されるべきであり、離婚の際に「生活困難者」たる夫に与えた離婚後居住権に存続期間が設定されていない場合、建物所有者である妻の占有・使用・収益・処分権限が著しく妨害される恐れがあり、結果として所有権制度が有名無実なものに止まることになると言わざるを得ないと人民法院は説示した。結論として、当事者の間で合意された離婚協議で夫のために約定された離婚後居住権の存続期間については言及がなかったが、実際には夫が労働能力を有するときは、夫による建物の長期の離婚後居住権の主張は権利濫用にあたるものとしたものの、本件で妻は夫の生活困難情況が既に解消されたことを証明できなかったことから、人民法院は、妻の夫に対する建物からの退去請求を棄却した。

ただし、同時に、人民法院は、妻は、合理的な期間が満了したとき又は権利の消滅事由が発生したときに夫の離婚後居住権の消滅を主張できるとも述べ、具体的には夫の不法な使用行為により建物に損害を与えたときや、夫が購入した建物、建築した建物又は賃貸建物により自らの居住を確保したとき、又は夫が再婚したときには、約定された夫の離婚後居住権の消滅を妻は主張できるとも述べた。

【事例 20】湖南省長沙市中級人民法院（2018）湘 01 民終 10339 号判決

この事例では、夫婦が合意した離婚協議において、婚姻中に建築された建物の所有権は夫に帰属させることが明記されるとともに、妻は当該建物の三階部分に居住することができることと約定された。同時に、妻が死亡するまで夫が毎月妻に経済援助金として 5000 元を支給することも約束された。その後、この離婚後居住権の存続期間、経済援助金の支給期間などに関して当事者間で争いとなったため、妻が建物の三階部分の居住権及び経済援助金の支給を求めて人民法院に訴えを提起した。

第一審法院は、離婚協議が当事者双方の合意により成立したことを理由に、この合意は当事者双方に対して法的拘束力を有するとし、妻の離婚後居住権を認め、また、夫に対して経済援助金の未払分を妻に支給するよう命じた。

そこで、夫が不服を申し立て控訴した。控訴理由として、婚姻法の下では夫は妻に対して一時的な援助義務を負うにとどまり、妻が退職した後は社会保障の施策によってその生活が確保されるべきであること、また、当該地域の基本的な生活水準に基づくこの離婚協議で定められた経済援助金の支給金額は高額であること、離婚協議で妻の離婚後居住権が約定されたが、権利の存続期間には言及されていなかったため、実際には妻が当該建物の三階部分の所有権を取得したと同様の状況であり、夫の所有権が侵害される恐れがあること、したがって、夫は妻に経済援助金を支給する義務を有さず、また、妻の離婚後居住権の期間が制限されるべきであることが主張された。

第二審法院は、当事者双方により合意された離婚協議の法的効力を認め、この協議は当事者双方を拘束力するとし、夫の控訴請求を棄却して、第一審判決を維持した。

(2) 事例の検討

ア 離婚後居住権の存続期間に関する条文及び司法の立場

最高人民法院の「離婚事案の審理における財産分与問題に関する若干意見」（以下、「最高人民法院司法意見」と言う）第 14 条によると、婚姻中に居住していた建物の所有権を財産分与で夫婦の一方に帰属させた場合、他の一方が離婚後に住居を有さないことを理由として、この建物への一時的な居住を請求したときは、人民法院は、当事者双方の現状を考慮してこれを認めることができるが、原則として、使用期間は 2 年以内とするとされている。この条文に基づき、離婚経済援助制度において住居の提供という経済援助方策が適用された場合は、原則として 2 年の権利存続期間という

制約が付されると解されている。【事例 18】の湖南省岳陽市の中級人民法院の判決がこれに当たる。

裁判実務では、当事者双方の利益の衡平を実現するため、基本的には、「生活困窮者」に該当する一方配偶者の離婚後居住権を定める際に、この権利の消滅事由を明記している。【事例 14】の山東省淄博市の人民法院の判決がこれである。

イ 離婚後居住権の存続期間の設定に伴い生じる問題点

離婚協議により「生活困難者」たる一方配偶者の離婚後の居住環境を確保するためにこの配偶者の居住の権利が約定される場合、通常、権利の存続期間も約定されている。ただし、権利の消滅事由が特に明確に約定されていない場合は、権利の存続期間中この配偶者は継続的に当該住居に居住できると解される。ただし、婚姻法や司法解釈の条文では、権利の存続期間中に「生活困難者」たる一方配偶者の生計に困窮する状態が解消された場合、この配偶者に付与された離婚後居住権が消滅するかどうかに関し明定されていないため、権利存続期間中この配偶者が自力で自身の居住を確保できるようになったとしても、「生活困難」の判断時期は離婚時であることから、当該配偶者の離婚後居住権は消滅せず、約定された期間中は継続的に居住できることになる。しかしながら、離婚経済援助制度の趣旨に基づけば、既に自力で生活を確保できる配偶者に対して経済援助する必要はなく、設定された離婚後居住権は消滅するべきであると考えられる。

ウ 離婚後居住権の存続期間の明文化の必要性

(ア) 権利存続期間の役割

離婚の際に「生活困難者」に該当する一方配偶者のために設定された離婚後居住権は、この配偶者が自力で生活水準を維持できるようになるまで必要である。ただし、離婚時に、自力で生活水準を維持できるまでの必要期間は必ずしも確定できないため、判決では通常、離婚後居住権の消滅事由には言及するものの、この権利の存続期間については明記されないままに留まっている。前述の最高人民法院司法意見により離婚後居住権の存続期間を2年と解した場合、当該配偶者が2年以内に経済的能力を回復し、自力で生活水準を維持できるようになったとき、約定された居住の権利が消滅するかが問題となる。【事例 16】の雲南省玉溪市の中級人民法院の判決がその例である。

確かに、最高人民法院司法意見によれば、一時的な援助施策として位置づけられる住居の提供という方策については、存続期間が制限されるべきである。そのため、経済援助請求者たる妻の長期的な離婚後居住権の請求を認めないとする判断は相当であると考えられる。ただし、私法自治の原則に基づいて、当事者双方が合意により離婚後に妻が期間制限なしに継続的に婚姻用建物に居住できると約定したときは、当事者双方の真の意思の尊重に着目すれば、妻の離婚後居住権は約定どおり期間制限なしと解されるべきであると言える。

(イ) 権利存続期間の考慮

最高人民法院司法意見によると、離婚経済援助制度において経済援助施策として位置づけられる離婚後居住権の存続期間は2年を限度に制約される。ただし、私法自治原則の下で、当事者間で居住の権利の存続期間について別途の約定があれば、その約定に従い居住の権利の存続期間が決まると言える。また、離婚後居住権の趣旨に基づいて、離婚後に住居に困窮する一方配偶者の居住問題を確実に解決するためには、居住の権利の存続期間は個別の事例の具体的事情に基づいて決定されるべきであるとも考えられる。

裁判実務において、当事者間で離婚後居住権の存続期間に関する約定がなされなかった事例について、人民法院は、居住の確保という経済援助施策の法的性質に照らし、最高人民法院司法意見に基づいて、約定された離婚後居住権の存続期間は2年間に制限されると判示している。【事例16】の雲南省玉溪市の中級人民法院の判決がそれである。

裁判実務では、経済援助請求者の離婚後居住権の存続期間を決定する際に、離婚時の当事者双方の資力、就職状況、給与水準及び未成年者の扶養義務の負担を考慮要素として衡量すべきことは疑う余地がない。それとともに、基本的に、離婚後居住権の存続期間中は経済援助請求者の経済的能力に関する再評価は行われなため、権利の存続期間が一度決まったら、原則として短縮や延長はされない。そこで、期間が満了したときに経済援助請求者の生活困窮状態がまだ解消されない場合には、期間をたとえば1年単位で延長できるという規定を条文に明記しておくことが必要であると考えられる。

なお、当事者双方が2年より長い離婚後居住権を定めた場合には、私的自治の原則に基づき、この居住権の存続期間は当事者の約定に従うべきであるとも考えられる。

エ 権利存続期間明記の必要性とその理由

離婚後居住権が約定される際に権利の終了事由が明記されれば、権利の存続期間を明記する必要はないとの見解が提唱されることも、もちろんありうる。確かに、離婚後居住権の終了事由が明確に約定されれば、権利の存続期間が満了しない場合であっても、居住の権利は消滅する。そのため、離婚後居住権の終了事由と存続期間の関係から、両者ともが夫婦の契約の中で明記される必要はないとも考えられる。

しかし、居住権者と居住用住宅の所有者の利益の衡平を実現するために、離婚後居住権の期間は設定される必要がある。居住の権利の付与という経済援助方策は、離婚により生じた悪影響を最低限度に抑えるために創設されたものであるが、居住用住宅の所有者の利益を犠牲にすることを通じて離婚後居住権者の居住の利益を確保しているため、この居住権は長期的な権利ではなく一時的な権利と解されている。換言すれ

ば、離婚後居住権者の権利の存続期間を明示することにより、居住権者の居住の利益と居住用住宅の所有者の利益の衡平が図られる。

したがって、経済援助方策の法的性質からも、当事者間の衡平の実現の観点からも、この場合の居住の権利は長期的な権利ではないことは疑う余地がない。離婚後の経済援助は、婚姻中に夫婦関係に基づいて生じる扶養義務とは異なるため、居住用住宅の所有者の利益が無制限に制約されることを避けるため、離婚後居住権の存続期間は協議又は判決で明記される必要がある。

オ 離婚後居住権の存続期間が明記されない場合の法的効果

離婚後居住権の存続期間が明示されなかったために当事者間で期間に関する紛争が生じた場合、裁判では、通常、最高人民法院司法意見に基づいて居住の権利の存続期間を2年間で決定している。ただし、離婚後居住権の存続期間に関する約定がないことを理由として、居住の権利の存続期間は制約されていないと解した事例も見られる。このような場合、離婚後居住権が設定された居住用住宅の部分について居住権者は死亡するまで継続的に使用できるため、所有である配偶者の所有権が不正に制約され、その所有の利益が害される恐れがあると考えられる。【事例20】で検討した湖南省長沙市の中級人民法院の判決がその例である。

5. 経済援助方策の運用実態

婚姻法の離婚経済援助制度の下で、居住の確保或いは住居の提供は、経済支援の法的施策として経済支援金の支給と並列的に位置付けられている。条文上婚姻法第42条及びそれに関連する司法解釈（一）第27条がこれを明文化している。

裁判実務では、人民法院は、当事者双方の状況、当該地域の生活水準などの要素を総合的に考慮した上で、居住の利益や住居の提供あるいは経済支援金の支給のいずれかの法的施策、又は二つの方策の併用を用いて、離婚後に住居に困窮する恐れがある一方配偶者の居住問題の解決を図っている。

(1) 経済援助金の支給

離婚経済援助制度では居住の確保という経済援助策が明記されたが、適用要件などは法律で明示されていなかったため、当事者間で再び紛争を生じさせないように、裁判実務では、居住の確保という経済援助施策が運用された場合、経済援助金の支給との方策が併用される事例もある。

ア 事例の紹介

【事例20】天津市紅橋区人民法院（2013）紅民初字第4799号判決

この事例では、離婚の際に婚姻用建物の購入のための出資金の由来について争いとなった。婚姻用建物の購入金について、夫は婚姻前に自らが購入金を支払ったと主張し、妻は当該建物の購入金の残額が婚姻中に支払われたことを主張した。

人民法院は、購入金の支払い時期、売買契約の名義者などに基づいて当該建物は夫が婚姻前に取得した個人財産であると認定した。ただし、離婚後に妻が住居を有さず、生活に困窮する恐れがあるため、人民法院は、夫が妻に経済援助を与えるべきであると上で、経済援助金として2万元の支給を命じた。

【事例 21】四川省達州市中級人民法院（2014）達中民終字第 642 号判決

これは、夫婦が離婚協議において締結した約定で、婚姻用建物の住宅ローンの残額は夫が返済することを条件として、当該不動産の所有権を夫に帰属させることを明記したという事例であった。そこで、夫は自ら当該建物の住宅ローンの残額を返済し、自らの名義で所有権登記をしたことから、当該建物は夫の個人財産であると主張した。

人民法院は、夫婦の唯一の不動産である居住建物を財産分与として夫に帰属させたため、離婚後に妻は住居を有さないことになり、生活に困窮する恐れがあるから「生活困難者」に該当するとした。そこで、人民法院は、夫は妻に適当な経済援助を与えるべきであると述べ、夫に妻への経済援助金として15000元を一括して支給すべきことを命じた。

【事例 22】福建省南平市中級人民法院（2014）南民終字第 183 号判決

この事例は、係争建物が違法に建築されたものであったため、居住の利益の確保という経済援助策を用いて妻の離婚後の居住を確保できない恐れがあることから、人民法院は、経済援助金の支給による援助施策を用いて「生活困難者」に該当する妻の離婚後の生活の確保を図ろうとしたものである。ここでは、夫婦の婚姻中にそれまで居住していた建物の建て替えがされる中で、当該地域の都市計画局が、当該建物の建築行為が行政主管部門の承認を受けていないことを理由に建て替えの停止を命じたが、夫及び夫の家族構成員が都市計画局の停止命令を無視して建て替えを実施したため、当該建物は違法に建築されたものであると評価された。

第一審法院は、妻が離婚時の財産分与により財産を取得せず、離婚後に住居を有さないため、婚姻法で定められた「生活困難者」に該当するとした上で、妻が主張した住居の提供及び経済援助金の支給の請求について、二つの方策を併用することはできず、二者択一であると判断した。そして、新たに建築された建物は建築許可証を有さず、法律条文に違反する恐れがあるため、住居の提供という経済援助の施策については適用可能性がないと述べ、夫婦双方の状況を勘案して、人民法院は、夫が妻に対して経済援助金として6万元を支給するよう命じた。

これに対して妻が不服を申し立て控訴したが、第二審法院は、経済援助金として6万円の支給を命じる第一審判決を維持した。

【事例 23】 黒竜江省双鴨山市集賢県人民法院 (2014) 集民初字第 606 号判決

この事例は、妻が離婚後に生計に困窮する恐れがあることを理由として経済援助金の支給を請求したが、人民法院は、妻が婚姻法で定められた「生活困難者」に該当しないことを理由に、請求を棄却したものである。妻の主張は、夫婦の子女は既に成年者であり、夫は月給4000元を取得しているが、妻は労働能力を有さず、3畝の田畑を持つのみで他に収入源がないため、夫に対して経済援助金として月額1000元を支給を離婚の条件として求めるというものであった。

これに対して、人民法院は、当事者双方の離婚請求を認めた上で、妻は婚姻法第42条で定められた「生活困難者」に該当しないとして、妻の請求を棄却した。その理由として、妻が3畝の田畑を持っていること、妻は個人財産をもって当該地域における基本的な生活水準を維持できないことに関し証拠を提出していないこと、妻は既に55歳を超え、子女の扶養によって離婚後の生活水準の維持が可能であることを人民法院は挙げている。

【事例 24】 広東省湛江市中級人民法院 (2014) 湛中法民一終字第 281 号判決

この事例では、夫婦は婚姻中にしばしば生活に関する瑣事で争いとなり、夫婦関係の不和に至っていた。夫婦は共有財産も共同債務も有さず、別居中である。そして、夫から離婚請求がされるとともに、妻は夫に対して10万円の経済援助金の支給を請求した。

第一審法院は、夫の離婚請求を認めた。そして、妻による10万円の経済援助金の支給請求については、妻は夫が個人財産である住居を有することに関する証拠を提出せず、また当事者双方とも就職しているとして、人民法院はこれを斥けたが、婚姻法第42条に基づき夫は妻に経済援助金として1万元を支給すべきであるとの判決を下した。

妻は第一審判決に対して不服を申し立て控訴したが、第二審法院は、妻は婚姻法第42条で定められた「生活困難者」に該当しないとして、妻の控訴請求を棄却したが、第一審法院で確定された夫は妻に経済援助金として1万元を支給すべきである結論を維持した。

【事例 25】 上海市第二中級人民法院 (2014) 沪二中民一民終字第 1783 号判決

この事例は、夫婦が日常生活において頻繁に争いを生じており、既に10年以上に別居しているというものである。また、妻には労働能力が欠如しており、生活補償金として毎月1280元を取得している。係争建物は、夫及び夫の家族構成員が共同所有していた建物が取り壊された後に、夫の名義で賃借された公有住宅である。

第一審法院は、夫婦の婚姻期間が長期間であり、妻は他に住居を所有していないことに鑑み、当該住宅について妻は居住の権利を有すると言えるが、この建物は夫の名義により賃借された公有住房であるから、分割して使用させることはできず、また、夫は薄給であり、妻も長期的に当該建物に居住していなかった事実をあわせて考慮すると、建物を夫に帰属させ、代わりに夫は妻に毎月 1000 元の家賃補助金を支給するのが相当であると判決した。

第一審法院の判決に対して妻は不服を申し立て控訴したが、控訴理由として、妻は体調不良であるため、まともに仕事ができず、賃貸建物を他に借りることにより居住問題を解決する資力を有さないこと、したがって、夫の離婚請求を認める条件として、夫がこの建物の売却金¹⁵⁷の 2 分の 1 を妻に支給すべきことを主張した。

第二審法院は、夫婦双方の感情が既に破綻していることに鑑み、夫の離婚請求を認めるとの第一審判決を維持した。また、当事者双方の現実の居住状況、経済能力及び係争建物を分割して使用させることができない現状を考慮すれば、当該建物の使用権の帰属と妻の離婚後の居住確保施策に関する原審の判断も相当であるとして、妻の請求を棄却した。

なお、この事例で、人民法院は、毎月 1000 元の家賃補助金の判断基準を明示していないが、裁判実務では、一般に、当事者双方の経済的能力、当該地域の基本的な生活水準などの要素を考慮して判断している。

【事例 26】新疆伊犁州伊寧市人民法院（2016）新 4002 民初 2134 号判決

この事例では、夫婦が合意した離婚協議において、妻が生計に困窮する恐れがあるため、夫が妻に対して経済援助金として 5 万元を支給することが明記されるとともに、援助金の支給期間は離婚成立から 2015 年 6 月 30 日までと約定された。また、支払いが遅延した場合は、違約金として夫が妻に 10 万元を支給することも明示されていた。

その後、妻は、夫が経済援助金の支給を怠ったことを理由に人民法院に訴訟を提起した。これに対して、夫は、上述の離婚協議書が自己の真の意思で作成されたものではなく、また、自らが実際に経済援助金の支給能力を有さないこと、妻は 2015 年に住宅を購入し、住居に困窮する恐れがないことを理由に、離婚協議で合意された経済援助金の支給に関する約定の取消しを請求した。

人民法院は、離婚協議における財産分与に関する合意が夫婦双方に対して法的拘束力を有すると判示した。その上で、この離婚協議における合意で夫が妻に経済援助金

¹⁵⁷ 中国では、公的賃借住宅制度の下では、公有住宅の建物所有権は勤務先に属しており、職工は、所有権を有しておらず、使用権を有するに止まったが、住宅改革により、公有住宅の購入によってこの住宅が私有化された場合、取引市場で売却することができることとされた。2014 年の上海市第二中級人民法院（2014）沪二中民一民終字第 1783 号判決の事例では、係争建物はまだ私有化されていないことから、取引市場で売却することはできない。ただし、妻には本件係争建物の法的性質に関する認識に誤りがあり、当該建物の売却金の分与請求を主張した。

として5万円を支給することが約定されていることから、人民法院は、妻による経済援助金の請求を認めたが、離婚経済援助制度の趣旨に基づき、違約賠償金の支払い請求については棄却した。

そこでは、人民法院は、経済援助請求者が違約賠償金などによって不当に利得することは相当ではないと指摘する。これは妥当な見解であり、また、他方配偶者が「生活困難者」に該当する一方配偶者に対して経済援助を与えることが約定された場合において、実際に経済援助義務者である他方配偶者が経済援助能力を失ったため援助施策を施行できなくなったときに、違約賠償金の支給などの責任が課されると、経済援助義務者が不利益を被る恐れがあると考えられる。

離婚経済援助制度の下では、離婚経済援助は夫婦間の扶養義務の延長と解され、離婚により夫婦間で離婚により生じる経済的格差や影響を最小限に抑えるために約定されたものであるとして位置付けられる。本来、婚姻関係の終了に伴い、夫婦間の扶養義務が解消し、非所有者が継続して他方配偶者の居住建物を使用する権限を失う。ただし、この配偶者が婚姻の用に供する建物の帰属によって居住の困窮状態に陥る恐れがある場合、他方配偶者が法定義務ではなく、自らの占有及び使用権限に制約を加えることによって当該配偶者の居住を確保すれば、事実上自分の意思でこの建物を使用することが難しくなり、そして、離婚後居住権の設定によって、当該建物の転売は一定程度制約され、自由に換価できない恐れもある。さらに、実際には離婚後援助が課された配偶者が経済援助能力を失った場合においても、当該配偶者に対して違約賠償を請求することが許されれば、信義に反し権利の濫用に当たり、この請求を棄却すべきであると考えられる。

イ 事例の検討

(ア) 経済援助金の支給という援助策の役割

中国では、民法典の創設前の段階、婚姻法で定められた離婚経済援助制度の中で住居の提供、居住の確保及び経済援助金の支給などの経済援助策は明記されたが、これらの施策の適用要件などは明文化されていない。

実際にも夫婦が一軒の婚姻用建物のみを有するのが通常の実態の下では、一方配偶者が離婚後に住居に困窮する恐れがある場合に他方配偶者が個人財産である住居をもって経済援助を与えれば、自らが居住拠点を失う恐れがあり、それで住居の提供又は居住の確保という援助施策の運用場面が限られ、そのみを用いて離婚夫婦間で離婚時の財産分与によって合意された離婚後居住権に関する紛争が完全に処理されない恐れがある。

これに対し、経済援助金の支給という援助策の適用要件も同様に明文化されていなかったが、人民法院はこの方策を用いる場合、基本的には離婚夫婦双方の経済資力な

などを総合的に判断することから、他の援助施策と比較すれば、適用内容の明記に欠けることは援助義務が課された配偶者に悪影響を及ぼす危険性が相対的に低い。

また、経済援助金の支給という経済援助策は、「生活困難者」の離婚後の生活確保に資するものである。経済援助義務者が経済援助金を交付しない場合には、経済援助請求者は契約法理又は不当利得法理などに基づいて自らの権利を実現できる。

(イ) 経済援助金の支給要件

離婚経済援助制度において、裁判実務では、むしろ経済支援金の支給による施策を多用し、金銭的援助による離婚後の生活困難者の住居の確保を図っている。裁判離婚の際に一方配偶者が経済援助金の支給を請求した場合、人民法院は、まず当該配偶者が婚姻法で定められた「生活困難者」に該当するかを判断する点は、住居自体の提供による場合と同様である。当該配偶者が「生活困難者」に該当しないならば、経済援助金支給の適用要件が満たされないため、人民法院は経済援助金の支払い請求を棄却する。【事例 26】の新疆伊犁州伊寧市の人民法院の判決がこれに当たる。

(ウ) 経済援助金の算定基準

離婚の際に当事者が経済援助金の支給によって一方配偶者の居住問題を処理しようとする場合、その金額は基本的に当事者の合意によって確定される。ただし、経済援助金の金額に関して紛争が生じた場合、裁判実務は、当事者双方の実際の状況を勘案し金額を決定している。判決中で具体的な算定方式は明示されていないが、基本的に、「生活困難者」に該当する配偶者の困窮の程度、経済援助をする配偶者の支払い能力、離婚時の財産分与の状況、当該地域における基本的な生活水準、住居の提供など経済援助策の適用状況などを総合的に考慮した上で、経済援助金の金額が決定される。【事例 21】の四川省達州市中級人民法院の判決では、婚姻用建物を財産分与によって夫に帰属させた上で、この不動産の住宅ローン返済義務も夫が負担するという実情を考慮し、経済援助金の金額を 15000 元と定めた。

確かに、経済援助金の支給は夫婦間の経済的格差の再調整の方策として、夫婦双方の諸状況を総合的に勘案して、金額が算定されている。その際、離婚後の子女による親への扶養義務の履行状況も経済援助金決定の考慮要素として位置付けられる。すなわち、子女からの扶養によって「生活困難者」である配偶者の離婚後の生活水準を確保できる場合には、人民法院は、請求された経済援助金の金額よりも低額の援助金を定めることもある。【事例 24】の広東省湛江市中級人民法院の判決がこれに当たる。

これらの裁判例からは、人民法院が決定する経済援助金の金額は決して高額ではないことがわかる。その理由は、経済援助金の支給は一時的な経済援助策として運用されるものであるという点にある。そのため、短期間の居住環境の確保を実現できる金額が経済援助金の金額として人民法院により定められ、それを通じて、離婚後に住居に困窮する恐れがある一方配偶者の居住場所を保障する。

さらに、夫婦間において、財産分与に伴い生じた利益の不均衡などによる影響を抑えるために、経済援助金を支給することもある。ただし、その場合、経済援助金を支給される一方配偶者の経済状況もあわせて考慮する必要があり、高額な経済援助金を経済援助義務者に支払わせることは、過重な責任を課すことになる。

(エ) 経済援助金の法的効力

協議離婚の際に夫婦が協議で約定した経済援助金が実際に支給されない場合、如何なる法律効果が生じるかが裁判実務においてしばしば争いとなる。確かに、当事者双方の合意により約定されたという点で、経済援助金の支給は契約法理に基づいて解決されるべきであろう。

ただし、経済援助金の支払いは、人的属性を有するものである。すなわち、経済援助金は離婚する夫婦という特定の主体の間において約定され、離婚後の夫婦間の経済援助義務に基づいて支給されるものであるため、契約法で規定された一般的な贈与関係とは異なる。また、実務では、経済援助金の法的性格から、経済援助義務者が一定期間内に経済援助金を支払わなかった場合でも、違約責任は生じないとしている。例えば、【事例 26】で検討した新疆伊犁州伊寧市の人民法院の判決がこの点に言及している。

(2) 住居の提供

婚姻法の離婚経済援助制度では、離婚後に一方配偶者が住居を有していない場合は原則として「生活困難」に当たる。離婚時に、夫婦の他の一方がその個人財産による援助として住居をもって生活困難者である一方配偶者を援助するときは、家屋の居住の権利又は家屋の所有権をその方法として用いることができるとされており、裁判実務において、人民法院は、配偶者の個人財産である住居を含めた援助施策を用いて「生活困難者」たる一方配偶者の居住利益の確保を図る場合もある。

ア 事例の紹介

【事例 27】江蘇省宿遷市中級人民法院（2011）宿中民終字第 1190 号判決

これは、夫婦の離婚協議における合意で、婚姻中に夫婦双方によって購入された建物甲の所有権は夫に帰属することが明記された。また、婚姻中に、夫の父母が所有する建物の取壊しによって新たに取得した建物乙が夫の名義で所有権登記されていた。その後、妻が、離婚後に住居に困窮する恐れがあり、基本的な生活水準を維持できないとして、婚姻中に購入された住居の所有権を自らに帰属させるよう請求した。

第一審法院は、婚姻中に購入された上海市の住居は夫婦双方及びその子女の名義で所有権登記されており、子女が夫と上海市で共同生活する用に供するため、当該建物を夫に帰属させると判決した。また、妻は体調が悪く、離婚後に生計に困窮する恐れがあるため、夫が妻に経済援助を与えるべきであると結論づけた。さらに、第人民法

院は、婚姻法司法解释（二）第22条2項¹⁵⁸によると、夫の父母が所有する建物が取り壊されたことにより新たに取得された建物乙は、夫の名義で所有権登記されたことから、夫の個人財産であると認定した。また、人民法院は、子女は夫と共に上海市で生活するため、建物甲も夫に帰属させると判示した上で、夫に対して妻に建物の補償金¹⁵⁹を支給するよう命じた。そして、妻が離婚により住居に困窮する恐れがあり、安定的な収入を有さず、体調も悪いため、婚姻法で定められた「生活困窮者」に該当すると判断した上で、人民法院は、二軒の建物の価値に基づいて、夫が妻に経済援助金を支給しないことを前提に、夫の父母が所有する建物の取壊しにより夫が取得した建物の所有権を妻に帰属させるとした。

この事例では夫の個人財産である住居を提供するという経済援助策を用いて、妻の離婚後の居住を確保しようとしたものである。

【事例28】山東省青島市中級人民法院（2014）青民五終字第106号判決

この事例では、夫の個人財産である住居が所在地の社会的発展政策により取り壊され立ち退かされたことに伴い、夫は二軒の建物を新たに取得した。そのうち一軒の建物については、妻及び子女に居住をさせている。その後、離婚裁判において、妻は、人民法院が夫の離婚請求を認める場合には、経済援助金の支給及び住居の提供を請求すると主張した。その理由として、妻は貯金を有さず、夫婦の共有財産もなく、離婚時の財産分与により得た財産によっては生活水準が維持できない恐れがあること、また、妻は賃貸建物を得て居住問題を解決する資力がなく、他方で夫は妻に住居を提供する資力を有することが、挙げられた。

人民法院は、妻は安定な仕事に就いておらず、離婚後に住居に困窮する恐れがあるため、妻は婚姻法及びその司法解释で定められた「生活困難者」に該当すると判断した。さらに、経済援助の方法について、人民法院は、夫が立退きにより二軒の建物を取得したことから、夫は、妻が再婚するまでそのうち一軒の建物を妻に提供して居住させる能力を有するとして、妻の離婚後の生計を確保するために住居の提供という経済援助の方策を利用すべきであると判決した。

【事例29】内モンゴル自治区呼和浩特市中级人民法院（2015）呼民四終字第00037号判決

これは、離婚の際に、人民法院が、妻は婚姻法で定められた「生活困難者」に該当すると判断した上で、夫婦の唯一の婚姻用建物を妻に帰属させると命じた事例であった。本事例では、婚姻中夫婦は頻繁に争いを生じ、夫婦関係の破綻が始まっており、婚姻用建物は婚姻中に購入されたものであるが、夫婦はお互いに建物の補償金を支給

¹⁵⁸ 婚姻法司法解释（二）第22条2項によると、婚姻期間中において、一方の父母の出資で購入された建物については、当該出資は原則として夫婦双方に対する贈与であると認定する。ただし、父母が一方配偶者のみに贈与したと明確に表示した場合には、当該一方配偶者の個人財産と認定すべきであるとする。

¹⁵⁹ 中国では、裁判離婚の際、婚姻用建物を一方配偶者に属させるとともに、他方配偶者のこの建物に関する寄与など利益を保護するために、この配偶者が他方配偶者に経済補償金の支給を命じる。

する資力を有さず、あわせて、妻は就職しておらず、安定な収入源がなく、病気に罹患しているという状況にあった。

第一審法院は、婚姻中に購入された婚姻用建物は夫婦の共有財産であると認定した上で、夫婦いずれも別の住居を有さず、お互いに対して経済補償金を支給する資力も有さないため、当事者双方が当該建物を共同で居住・使用するものとする判決した。あわせて、人民法院は、妻は重病にかかっており、安定的な生活費用を確保できないため、当該建物の住宅ローンの残額は夫が返済するべきであるとした。第一審判決に対して、夫は、夫婦双方が当該建物に居住し共同で使用することは離婚後の生活秩序の安定性を害し、社会的通念に反するとして控訴した。

第二審法院は、妻が重病にかかっており、安定的な仕事に就いておらず、離婚後に基本的な生活水準を維持できない恐れがあるため、婚姻法で定められた「生活困窮者」に該当すると判断した上で、当該建物を妻に帰属させるとし、同時に、妻に夫に対する建物の補償金として3万元の支払いを命じた。

【事例 30】山東省濱州市中級人民法院(2016)魯 16 民終 927 号判決

この事例は、婚姻用建物が婚姻中に夫婦の共有財産である15万元を頭金として購入され、夫の名義で不動産売買契約が締結されており、現在、夫がこの建物に居住しているというものである。

第一審法院は、この婚姻用建物について、夫が現在居住しており、かつ、夫の名義で不動産売買契約が締結されているから、この建物の所有権を夫に帰属させると判決した。あわせて、人民法院は、夫婦の共有財産である本件建物の頭金と共同債務の差額は夫婦の共有財産であると認定した上で、夫が妻に建物の補償金として4500元を支給すべきことを命じた。

第一審判決に対して、妻が不服を申し立て控訴した。控訴理由として、第一審法院は婚姻用建物の帰属を決定する際に、女性の利益を配慮すべき原則を法的根拠として考慮していなかったこと、また、婚姻法第42条によって、離婚時の生計困窮者である一方配偶者のための建物の提供という経済援助の方策が明記されており、離婚後に妻は他の住居を有さず、「生計困窮者」に該当するとされるべきであり、他方で、夫は実家に住居を有するため、夫婦双方の離婚後の住居の所有状況及び、女性の權益を配慮すべきとする原則によって、本件建物は妻に帰属させるべきであるという点が挙げられている。しかし、第二審民法院は、第一審法院の判決が相当であるとして、妻の請求を棄却した。

イ 事例の検討

(ア) 個人財産たる住居の提供という方策の適用要件

通常、建物の所有権をもって「生活困難者」に対して離婚経済援助をする場合、施策の適用要件を満たす必要がある。すなわち、離婚後に一方配偶者が住居に困窮する場合、他方配偶者が自己の個人財産である住居を用いて生活困窮者である一方配偶者の居住を確保することによって、他方配偶者自身の居住の利益の確保が脅かされないことが前提となる。

【事例 28】の山東省青島市の中級人民法院の判決がこれに当たる。この判決から見れば、人民法院は、住居を提供する配偶者が自身の居住問題を自力で解決できることを明らかにした上で、生活困窮者に対する住居の提供という援助策を決定している。要するに、夫婦の一方の個人財産である住居の所有権を用いて生活困窮者の離婚後の住居を確保する前提として、基本的にはこの配偶者が二軒以上の建物を有することが必要となる。

(イ) 財産分与時に住居の提供という方策が適用されるべきか

婚姻法第 42 条及びこれに関連する司法解釈（一）第 27 条によれば、離婚後に一方配偶者が住居を有していない場合は「生活困難」に当たるのであり、離婚時に、他方配偶者が個人財産による援助として家屋の居住の権利又は家屋の所有権をもって生活困難者である一方配偶者を援助するとされている。離婚経済援助制度の下では、離婚時の財産分与で婚姻用建物を取得しなかったことによって離婚後に住居に関し困窮する恐れがある一方配偶者に対して、住居の提供などの経済援助を付与する。

そのため、財産分与の段階においては、争われている建物の所有権の状況はまだ判明しておらず、帰属先も不明であるため、当該建物は夫婦の一方の個人財産であるとは言えない。また、離婚経済援助制度では、離婚時の財産分与で得た財産及び個人財産による離婚後において当該地域における基本的な生活水準を維持できない一方配偶者が「生活困難者」に該当し、この配偶者に対して住居の提供という経済援助施策が適用される。そのため、離婚時の財産分与の段階では、夫婦が婚姻中に取得した財産の帰属はまだ判明していないため、一方配偶者が離婚後に生計に困窮するかどうかは判断できない。

裁判離婚においては、人民法院は、婚姻用建物の購入金の出資状況、所有権の登記状況、夫婦双方の寄与度、住宅ローンの返済能力、建物の補償金の支給能力などを総合的に考慮した上で、婚姻用建物の帰属を決める。離婚後に一方配偶者が住居に困窮する恐れの有無は、婚姻用建物の帰属に関する判断基準ではない。ただし、裁判実務では、財産分与において婚姻用建物の帰属を決める際に、離婚後に一方配偶者が「生活困難者」に該当するため、婚姻用建物を当該配偶者に帰属させると判決する場合がある。【事例 29】の内モンゴル自治区呼和浩特市の中級人民法院の判決がその例である。

これに対して、【事例 30】の山東省濱州市の中級人民法院の判決では、第一審法院が夫婦の共有財産の性質、使用状況などを総合的に考慮して、女性の権益を配慮する

原則に基づいて、夫婦の共有財産及び共同財産を分与したことは相当であるとして、妻の請求を棄却した。この判決からは、財産分与の段階において女性の權益に配慮する原則に基づいて夫婦の共有財産の分与を決定すれば十分であり、離婚後の住居の所有状況は財産分与時に考慮されるべき要素ではないという立場が見て取れる。

(3) 居住の利益の確保に関する考慮

ア 事例の紹介

裁判実務において、離婚後に住居に困窮する恐れがある一方配偶者の居住を確保しようとする場合、現在に至るまでの居住の利益の確保を考慮要素とする事例もよく見られる。

【事例 31】湖北省黄石市中級人民法院（2016）鄂 02 民終 547 号判決

この事例では、当事者の離婚協議での合意で、婚姻用建物は子に帰属させることが明記された。同時に、子が成年者になるまでは妻が当該婚姻用建物に居住することも約定された。ただし、その後夫婦間で紛争が生じ、妻は婚姻用建物から退去して、賃貸建物を借りることで居住問題を解決していた。そこで、妻は、夫が妻の居住の権利を侵害したことを理由として、夫に対して賃貸建物の家賃の負担を請求した。

人民法院は、現時点で夫婦双方ともが再婚しているが、離婚協議で約束された妻の居住の権利の存続期間は子が成年になるまでとされたため、妻が再婚したことによって妻の離婚後居住権は消滅しないと判示した。また、人民法院は、夫が、双方とも再婚したため継続的に共同で当該建物に居住することはできないと主張した場合には、夫自らが当該建物から転居するか、妻に当該建物と同等の程度の住居を提供するか、又は妻の賃貸建物の家賃相当額を支給することを通じて、妻の居住を確保すべきであるとした。それによって、人民法院は、離婚協議で約定された妻の離婚後居住権を保護するとの判決を下した。

【事例 32】重慶市南川区人民法院（2016）渝 0119 民初 957 号判決

これは、婚姻用建物につき夫婦双方が共同で出資し、夫の父の名義で購入したが、協議離婚の際に当該建物の所有者名義はまだ夫婦に移転されておらず、当事者間でこの建物の帰属についての約定もされなかったという事例である。その後、夫が無断で当該建物のドアの鍵を変え、妻が離婚後にこの建物に居住できなくなったため、妻は建物の居住の権利を確保するため人民法院に訴えを提起した。

人民法院は、現行法において、離婚後居住権は、離婚時に生計困窮者たる一方配偶者のために他方配偶者の個人財産である住居に設定された権利であると解されるとした上で、本件で、妻は当該建物が夫婦の共有財産であるとした。そして、妻はこの建物の居住の権利を請求しているが、この居住の権利は婚姻法第 42 条で規定された居住の利益の確保という方策に該当せず、建物の所有者として居住できる権利であるとし

た上で、本件で当該建物はまだ所有権登記されておらず、立証責任を負う妻が提出した証拠に基づいては建物の所有権の帰属は明らかでないため、妻の居住の権利の請求は事実根拠を欠いているとして、人民法院は請求を棄却した。

イ 事例の検討

(ア) 条文の不十分さから生じる問題

婚姻法による離婚経済援助制度の下では、条文上離婚後居住権の権利性や法的性質は明確に定義されていない。また、離婚経済援助の方法は建物の居住の権利又は所有権のいずれかによると明文化されてはいるが、その適用に関する具体的要件は示されていない。このような状況の下で、司法解釈（一）第27条によって規定された居住確保策を利用して離婚当事者の居住問題を処理した場合、当事者間あるいは第三者との関係において、さらにその後に紛争を生じさせる可能性がある。【事例31】の湖北省黄石市の人民法院の判決がその例である。

したがって、離婚経済援助制度で定められた居住確保のための法的施策の適用は、離婚後に住居に困窮する一方配偶者の居住問題の解決に全面的に資するとは言えない。

(イ) 経済援助策である居住の利益の確保と住居の所有者の居住の利益

裁判離婚では、離婚経済援助制度における居住の確保策は、婚姻用建物の帰属を明確にした後に、他方配偶者の個人財産である建物をもって住居に困窮する一方配偶者の居住問題を解決するために設定される。ただし、所有権の法理に基づいて、当該建物の所有者も離婚後継続的に当該婚姻用建物の使用权を有すると言える。【事例32】の重慶市南川区の人民法院の判決がその例である。

確かに、居住建物の所有者も、その所有権に基づき当然に自らが所有する建物に居住できる。そのため、離婚後に生計困窮者にたる一方配偶者の居住問題を解決するため、この配偶者に付与する居住の利益の確保という経済援助策の運用と、居住建物の所有者が所有権に基づき有している当該建物の居住の権利が実際には混同されやすいため、明確に区別する必要がある。具体的には、【事例32】の重慶市南川区の人民法院判決のように、一方配偶者は係争建物が夫婦の共有財産であると述べ、この建物の所有権の取得を求める場合、当該建物は他方配偶者の個人財産に該当しないとされる可能性が無視されない。その場合、この配偶者が当該建物の所有権を求めるとともに離婚後の経済援助策の付与を請求するということはできない。したがって、司法実務では、建物の所有権の帰属が明確に確定されていない間に、生計困窮者に当たる一方配偶者の居住の確保という方策を適用することはしないとされている。

(4) 居住の利益の確保及び経済援助金の支給の併用

ア 事例の紹介

離婚経済援助制度の下では、住居の提供、居住の利益の確保ないし経済援助金の支給は経済援助の法的施策として明記され、条文上これらの施策の併用は制約されていないため、裁判実務では、「生活困難者」に該当する一方配偶者の離婚後の居住利益を確保する場合において、援助施策を併用する事例が見られる。

【事例 33】湖北省十堰市張湾区人民法院（2014）鄂張湾民一初字第 00061 号判決

この事例では、婚姻用建物が夫によって婚姻前に個人の名義で購入され、購入金 16 万元のうち、夫が婚姻前に 12 万元を支払い、残りの 4 万元は婚姻中に支払われた。また、当該建物は夫婦双方の名義で所有権登記された。

第一審法院は、本件不動産の出資の状況に基づき、これを夫の個人財産であると認定した。ただし、婚姻中に支払われた購入金の残金及び当該不動産の付加価値は夫婦の共有財産となると認定され、人民法院は、夫が妻に補償金として 4 万元を支払うよう命じた。あわせて、妻は、離婚後の住居を有さず、婚姻法で定められた「生活困難者」と認定されるため、経済援助の法的施策については、経済援助金として 4 万元を支払うとともに、妻に当該建物の 1 年間の離婚後居住権を与えると判決した。

第一審判決に対して、妻は、離婚後、妻と娘の安定な生活のための住居がないことを理由に当該建物の所有権を請求した。第二審判決で、人民法院は不動産の付加価値を考慮した上で、第一審法院の判断を維持した。

【事例 34】河北省張家口市蔚県人民法院（2014）蔚民初字第 126 号判決

この事例は、夫が夫婦間の貞操義務に反し、婚姻中に他の女性と同居していたことを理由として、妻が離婚を請求したものである。夫婦は共有財産として天津南開区及び宝坻区に建物を有しており、蔚州鎮にも建物を所有する。また、夫婦の間では日常生活において頻繁に争いがあり、既に 2 年以上に別居している。別居中に、夫は他の女性との間に婚外子をもっている。同時に、妻は体調が悪く、病気に罹患している。

人民法院は、夫婦感情及び夫婦関係の回復の見込みがなく、また、既に 2 年以上別居していることを理由に、妻の離婚請求を認めた。財産分与については、財産の具体的な状況、建物の居住状況などを考慮し、子女及び女性の權益に配慮するとの原則に基づいて、天津宝坻区の建物を妻に帰属させるとともに、天津南開区及び蔚州鎮の建物を夫に帰属させると判示した。同時に、人民法院で行われた調停において、夫は、妻が再婚するまで、夫の個人財産である住居に居住できることを認めた。その上で、夫は、妻の体調が悪く、病気に罹患しているという事情に基づいて、妻に対して毎年 10 万元の経済援助金を支給すると意思表示した。すなわち、妻の離婚後の居住利益を確保するために、居住の確保及び経済援助金の支給という経済援助の法的施策が併用された。人民法院は、この意思表示の法的効力をいずれも認めた。

イ 事例の検討

【事例 33】の湖北省十堰市張湾区の人民法院の判決では、人民法院は、離婚後に妻は住居を有さず、生活に困窮することになるため、夫は妻に適当な経済援助を与えるべきであるとした。そして、経済援助の法的施策として、人民法院は経済援助金の支給を命じるとともに、婚姻用建物の居住の権利の付与を通じて、離婚後において妻の居住環境の確保を図った。もちろん、本件では、離婚後において妻が住居を有さないため経済援助を与えるべきであるが、未成年子女の扶養義務も妻に負担させることから、子女の以後の居住利益を確保するためにも、人民法院は居住の確保及び経済援助金の支給との法的施策を併用したと思われる。

ただし、居住の利益の確保及び経済援助金の支給という経済援助策が併用された場合、当事者の利益に不均衡が生じる恐れがある。離婚により一方配偶者が生活に困窮すれば、婚姻関係の解消に伴い生じた影響を最小限に抑制するために、援助能力を有する他方配偶者に経済援助の義務が課される。離婚経済援助制度の趣旨に照らし、援助の方策は婚姻中の生活水準を維持するために創設されたものではないため、他方配偶者に過重な援助責任が課されれば、他方配偶者の離婚後の生活に悪影響を与える恐れもある。

私見では、住居の提供という経済援助策を用いて生計困窮者の離婚後の生活水準を維持できれば、経済援助金の支給を併用する必要はないと考える。他方配偶者が経済能力を有することを理由に、「生計困窮者」たる一方配偶者に対して住居の提供及び経済援助金の支給が併用されると判決されれば、生計困窮者である一方配偶者を過重に保護する恐れがあり、経済援助義務者たる一方配偶者に加重な援助義務が課されたと考えられる。もちろん、【事例 33】からは、人民法院は子女の扶養義務の履行としてその養育費を含む経済援助金の支給によって、未成年子女の以後の生活を確保しようとする意図が見て取れ、それで、【事例 33】は単純な援助施策を併用した事例に当たらないとの結論を導く。

そのため、裁判実務で経済援助を請求した配偶者は離婚後居住権の付与及び経済援助金の支給を同時に請求した場合、特別な事情がなければ、二つの援助施策を併用せず、それで経済援助責任が課された配偶者の利益が過重に制約される危険性を避けることを図る。

6. 離婚後居住権の法的効力

(1) 事例の紹介

【事例 35】北京市第三中级人民法院 (2015) 三中民終字第 05449 号判決

これは、婚姻用建物が夫の名義で、夫婦双方と夫の父により共同で購入された保障型住宅である「経済适用房」であったという事例である。夫婦による離婚協議の合意で、当該婚姻用建物は夫婦の共有財産として、妻はその子女が死亡するまでにこの建物を使用することを内容とする離婚後居住権を有し、妻が再婚することをこの権利の

解消事由として明記された。その後、夫が当該建物に侵入して、子女と妻の生活を妨害したため、子女と妻は賃貸建物に転居し、現在までこの賃貸建物に居住している。妻は夫が離婚協議に違反し、妻を建物から退去させたことによって、居住の利益について損害を受けたとして、夫に対して建物の返還を請求するとともに、賃貸建物の家賃は夫が負担すべきことを請求した。

第一審法院は、夫の侵入行為が離婚協議に違反するとした。ただし、当該建物は夫婦双方及び夫の父によって共同で申請された「経済适用房¹⁶⁰」であり、離婚協議では夫の居住の権利が明確に排除されていないことから、妻の建物返還請求を棄却した。しかし、妻が建物に居住できず、賃貸建物に転居したことによって生じた家賃費用は夫に支払わせるべきであるとした。

第二審法院は、離婚協議の中で妻及び子女の居住の権利が約定されたが、夫の居住の権利は排除されていなかったとした。また、当事者は当該建物の帰属について約定していないため、離婚協議によって当該建物が妻の個人財産となったとは判断できないとして、第二審法院は妻及び子女の請求を棄却した。

【事例 36】北京市第三中级人民法院(2017)京 03 民終 6825 号判決

これは、婚姻中に夫婦が二軒の建物を取得したが、そのうち甲建物の不動産売買契約は夫の名義で締結され、夫が出資して購入されたもので、協議離婚後は、夫の単独名義で所有権登記がされた。その後、当事者の離婚協議における合意で離婚後妻が甲建物に継続的に居住できることが約定されたが、妻は、人民法院に対して、この建物の所有権を請求する訴えを提起した。

第一審法院は、離婚協議で約定された財産分与の内容は基本的に当事者双方に対して法的拘束力を有すると判示した。この離婚協議に基づいて、妻が離婚後も甲建物に居住できると約定されたため、人民法院は、甲建物の離婚後居住権が妻に付与されたことを認め、また、夫が甲建物の所有権を取得することは妻のこの居住権に影響を及ぼさないとした。ただし、人民法院は、甲建物の購入金の由来、購入時期、所有権の登記状況などに基づいて、妻の所有権の請求を棄却した。第二審法院も一審判決を維持した。そこでは、人民法院は、離婚後居住権が設定された後に居住建物の所有状況が変更されたとしても、約定された居住の権利に影響を与えないと解している。

【事例 37】北京市第一中级人民法院(2017)京 01 民終 7668 号判決

¹⁶⁰ 経済适用房とは、中国における都市部の低・中所得者向けの住宅である。これは中国の社会保障政策として、保障性住宅とも呼ばれている。経済适用房と商品房（普通住宅）は具体的な違いについて、まず経済适用房は部屋の広さは建築面積 60 ㎡前後と法律で決められている。また、経済适用房を購入するには収入制限があるため、高所得者には経済适用房を購入する資格を有しない。

これは、離婚協議で、婚姻中に取得した甲建物、乙建物及び丙建物は夫に帰属させ、住宅ローンの残額も夫が返済するとしたとともに、妻は三軒の建物に居住できると約定された事例である。その後、夫婦間で甲建物の帰属に関する紛争が生じた。

第一審法院は、当事者双方が合意した離婚協議の法的拘束力を認めた。それにより、妻が主張した甲建物の居住の権利を認めた。ただし、人民法院は、甲建物の購入金の由来、登記名義人などの情況に基づいて、妻の甲建物の所有権の主張は退けた。また、人民法院は、妻が一定期間内に甲建物の所有権移転手続きに協力すべきことを命じた。

第一審判決に対して、妻が不服を申し立て控訴した。その理由は、離婚協議によって定められた財産分与の内容は、子女の監護権を夫に帰属させることを前提として約定されたものであるが、第一審判決は子女の監護権を妻に帰属させると判決したため、離婚協議で定められた財産分与の法的効力が失われること、また、離婚協議で建物の所有権移転に関する内容が明確に約定されておらず、妻が三軒の建物に居住の権利を有すると約定されたが、乙建物は既に夫によって売却されたため、離婚協議で約定された妻の乙建物に関する居住利益が侵害されたこと、甲建物の所有名義人の移転手続きが行われた場合、甲建物は夫により売却される恐れがあることであり、これらを理由として、妻は、第一審判決で出された妻の甲建物の所有権移転に関する協力義務についての命令を取り消すことを求めた。

第二審法院は、離婚協議の約定で甲建物は夫に帰属したため、妻は所有権移転に協力すべきであると判示した。そこでは、確かに離婚協議で建物の所有権の移転時期については約定されていなかったが、信義誠実の原則に基づいて、妻は合理的な期間内に約定された協力義務を履行すべきであると述べ、妻が主張した子女の監護権の帰属を前提とする約定による建物の帰属については、離婚協議で明記されていないとして、人民法院は、請求を棄却した。また、第一審判決により確定された妻の居住の権利は夫の甲建物の所有権に対抗できないとして、第二審法院は妻の控訴請求を棄却し、第一審判決を維持した。

【事例 38】 広西省西林県人民法院（2019）桂 1030 民初 1180 号判決

これは、非所有配偶者が、所有配偶者の建物の売却行為が、自らの居住利益を侵害したと主張した事例である。本件では、離婚協議で、婚姻中に建築された建物は妻に帰属させることが明記されるとともに、夫及び子は離婚後に婚姻用建物に居住できることが約定された。また、離婚協議で、夫が再婚した場合には、妻は夫の離婚後居住権を取り消すことができることも明記された。その後、婚姻用建物は妻によって売却され、夫は、妻の売却行為が自らの居住利益を侵害したことを理由に、妻に対して賃貸建物の家賃などの支払いを請求した。

人民法院は、本件の焦点は所有権と離婚後居住権が衝突した場合における権利の優先順位にあると指摘した。そして、現行法において、離婚後の居住の権利は制限物権

として位置づけられており、離婚後居住権は所有権を基礎とし、それに基づいて派生されたものと解されていると述べ、本件では、当事者双方は夫婦であったため、特定の間人間関係があり、離婚時に夫が住宅を有さないため、妻が道德上の義務に基づいて、夫が離婚後においても妻所有の建物に継続的に居住できると約束したのであるが、夫が既に再婚し、新たに住宅を購入したため、離婚による住居の困窮状態も解除されたと判示した。そして、離婚協議で定められた夫の居住の権利は妻の所有権に優先する権利ではないと解される上、結論として、人民法院は、夫の支払請求には法的根拠が欠如しているとして、請求を棄却した。

(2) 事例の検討

ア 離婚後居住権が所有権に優先的な権利順位を有さないこと

現行法の下では、司法実務によると、離婚後居住権は物権的な権利として位置付けられ、用益物権の法性質を持つと解されている。そのため、離婚後居住権は他物権として、権利の優先順位に基づき所有権の下に置かれており、居住建物の所有権より優先的な効力を有さず、排他的使用権に該当しないと解される。その例が、【事例 37】の広西省西林県の人民法院判決である。

また、離婚後居住権の権利内容に基づき、この権利は他人の所有する住宅を占有・使用する権利であるため、権利者は居住用建物の所有者と同一ではなく、そのため、所有権法理に基づき、他人所有の建物に居住する居住権者は住宅の所有者より優先的に当該建物を居住することができないと解される。換言すれば、他人の所有する居住用住宅に離婚後居住権が設定された場合でも、居住用住宅の所有者は所有権に基づいて当然に住宅に居住することができる。事例 36 の北京市の第三中級人民法院判決がこれに当たる。

イ 所有名義の移転及びその離婚後居住権への影響

離婚の際、住居に困窮する恐れがある一方配偶者のために設定された居住の権利は、生計困窮者の離婚後の居住の確保という役割を果たしている。そのため、離婚後居住権の存続期間内に居住用住宅が転売された場合であっても、約定された居住権は消滅せず、居住権者の居住が確実に保護される必要があると考えられる。裁判実務でも、離婚協議で一方配偶者の離婚後居住権が約定された場合、居住用住宅の所有者が変更されたとしても、居住権には影響を及ぼさないとしている。事例 36 の北京市の第三中級人民法院判決がその例である。

ウ 居住用住宅の取り壊しと離婚後居住権

中国では、社会的発展政策のため、建物を取り壊されることはよくあることである。取り壊された建物に生計困窮者のための離婚後居住権が設定されている場合、当該居住の権利は居住用住宅の取壊しによって消滅するかが問題となる。通常、人民法

院は、生計困窮者のために設定された離婚後居住権は、居住用建物の取壊しにより消滅しないとしている。

実際には、建物が取り壊されたことによって、建物の所有者は経済補償金を取得している。すなわち、通常、建物の所有者は新たな建物を取得するとともに、金銭を取得する。したがって、建物が取り壊されたことによって、居住用住宅の所有者が生計困窮者に対して住宅の提供又は居住の利益の確保により経済援助をする能力を失うわけではない。このような場合に、人民法院は、取り壊された居住用住宅の所有者が離婚後居住権者に別の住居を提供するか、又は賃貸建物の家賃を補償するかを命じることで、「生活困難者」に当たる一方配偶者の居住を確保している。

居住用住宅が取り壊された際、経済援助義務者が生計困窮者に対して他の住居を提供したとしても、提供された住宅によって生計困窮者の居住の利益の確保が実現不能と判断されたときには、人民法院は、住居の提供という方策を利用せず、賃貸建物の家賃を補償するなどの経済援助策を用いて、生計困窮者の居住を確保している。それでも、「生活困難者」のために約定された離婚後居住権は、居住用住宅の取壊しにより消滅しないとの法的立場が示されている。

(二) 離婚後居住権に関する裁判例の全体像の考察

中国では、民法典創設前において、婚姻法又は他の法律に「居住権」に関する条文上の規定は存在しなかった。しかし、婚姻法では、離婚した配偶者の居住の利益を確保するため居住の確保の方策が明文化されている。婚姻法第 42 条及びこれに関連する婚姻法司法解释（一）第 27 条で法的施策が定められ、さらに、離婚した女性に対して、女性權益保障法第 48 条及び最高人民法院により公布された「人民法院による離婚案件の審理における財産分与問題に関する若干の意見」第 14 条が、住居に困窮する女性の居住確保策を規定している。

裁判の実務では、離婚した夫婦間で居住の権利に関する紛争がしばしば見られる。そこでは、人民法院は、基本的に、経済的支援金の支給と並んで、居住の確保を離婚経済支援の方策としている。具体的に言えば、裁判離婚の際、財産分与により取得した財産及び個人財産により一方配偶者が当該地域における基本的な生活水準を維持できなければ、離婚請求とともに離婚後の経済援助を主張することができる。人民法院は、離婚により当該配偶者が生活に困窮する場合、他方配偶者が経済援助能力を有することが判明したときは、離婚判決と同時に、他方配偶者が離婚により生活に困窮する一方配偶者に経済支援金の支給、又は住居の提供をすべきことを命じる。

本節では、前節で検討された離婚後居住権に関する具体例を基礎にして、裁判所のこの居住権に関する態度、裁判官の裁量権により当事者の住居を確保する可能性、住居の提供という居住確保策の運用実態などの視点から、離婚後居住権に関する裁判例の全体像を把握する。

1. 離婚後居住権に対する裁判例の態度

(1) 肯定する立場

裁判実務では、裁判離婚の際、離婚夫婦間において生じた居住の権利に関する紛争に対しては、通常、婚姻法第42条及びこれに関連する司法解釈（一）第27条で創設された離婚経済援助制度に基づいて、経済援助の法的施策である居住の権利の付与及び住居の所有権の提供のいずれかを用いて離婚した配偶者の以後の居住の利益を保護するという立場を示している。

すなわち、民法典により創設される前の段階において、人民法院は、離婚夫婦間で約定された離婚後居住権の法的効力までには言及せず、経済援助施策として位置付けられた居住の利益の確保などの施策の法的有効性を認めた上で、離婚後に住居に困窮する恐れがある一方配偶者の居住問題を解決するために、一定の期間の居住の権利をこの配偶者に付与している。（【事例31】、【事例33】、【事例35】）。

これらの裁判例から見れば、「居住権」制度が法律によって明文化されていない民法典施行前の段階において、人民法院は基本的に、離婚後居住権自体の法的効力には言及せず、当事者双方の意思により約定された居住に関する権利の効力を肯定することを通じて、離婚後に住居に関し困窮する恐れがある一方配偶者の居住の利益を確保しているといえることができる。結論から見れば、人民法院は、「居住権」制度を肯定する立場に立つと言えるが、そこでは居住の権利の存続期間や消滅事由も当事者双方の約定に委ねられるため、人民法院により下された判決は、住居困窮者たる一方配偶者の離婚後の居住問題を解決することはできても、当事者間の衡平をも実現できるとは必ずしも言えないと指摘することができる。

(2) 否定する立場

裁判実務では、私法自治の原則に基づき、当事者双方の意思を尊重して、当事者間で約定された離婚後居住権を有効と認めている。ただし、実際には、民法典施行前の「居住権」制度が法律によって明文化されていなかった段階においては、離婚夫婦間で約定された居住の権利が法定の権利ではないことなどを理由に、人民法院が、経済援助請求者である一方配偶者の離婚後居住権の請求を棄却した事例もしばしば見られた（【事例15】）。

また、近時の裁判例では、2016年の遼寧省錦州市の中級人民法院の判決の事案において、第一審法院は、本件係争建物は取壊しによる現物補償がされた建物であるため、当該建物の取壊し補償方法によれば、妻は当該建物に居住できると判示した。これに対して、第二審法院の判決では、人民法院は、妻が主張した居住の権利は法律で

明記されたものではないため、用益物権に属しないとした上で、妻の居住の権利の請求を認めなかった¹⁶¹。

他に、2018年の広東省仏山市南海区の人民法院の判決では、当事者間で約定された居住の権利に関しては、人民法院は、物権法第5条¹⁶²で定められた物権法定主義に基づき、物権法で認められたものに限って物権の成立を認め、当事者が自由に契約などで新たな物権的な権利を創設することは許されないとしている。そしてこの事案では、当事者が主張する居住の権利は法律条文で明定されていないため、物権的な権利とする法的根拠が欠如しているとして、これによって、結論として、同人民法院は、当事者により請求された居住の権利の主張を却下した¹⁶³。

これらの判決から見れば、裁判実務で居住権制度に対し否定的な立場は、物権法定主義の下において物権的な権利は当事者間において自由に創設できないという点に根拠を置く。確かに、物権法定主義に基づき、法律による明確な規定がなければ、当事者間で約定された権利を物権的な権利として位置づけることはできない。そのため、当事者により主張される居住の利益を確保するためには、法律で「居住権」制度を明文化することが必要となる。この点について、2021年1月1日に施行された民法典において明定された居住権制度は、物権法定主義の下において、当事者の間で約定された居住の権利が物権的な権利として裁判実務で認められるための法的根拠を提供するものとなった。

2. 実務における夫婦間で約定された居住の権利に関する法的認識

「居住権」制度が法制度として確立されず、居住権に関する条文が設けられていなかった時代においても、民事法体系の中には居住利益に関して定めた規定が散見される。しかし、居住の権利としての法的性質や権利内容などはそれらの規定の中でも明示はされていないため、裁判実務では、居住の権利が他の権利と混同される事例がしばしば見られた。

(1) 居住の権利と所有権の概念の混同

「居住権」制度の下において、居住権者が居住用住宅の使用権や占有権を有することは共通の認識であると言える。そのため、他人の所有する住宅に居住権が設定されれば、ある程度、住宅所有者の所有権は制約される状態となる。換言すれば、裁判所の判決又は当事者の合意により他人の所有する居住用住宅に居住権が設定された場合、当該住宅の所有者は居住権付きの建物を所有するのであり、居住権設定部分につき自らは占有・使用ができなくなる。この点に着目すれば、居住用住宅の占有・使用権限に関して、外観上には居住権者は居住用住宅の所有者と同様に当該住宅を占有・

¹⁶¹ 遼寧省錦州市中級人民法院（2016）遼07民終393号判決参照。

¹⁶² 物権法第5条は、物権法定主義を明文化し、すなわち、物権の種類及び内容は、法律がこれを定めると規定した。

¹⁶³ 広東省仏山市南海区人民法院（2018）粵0605民初6240号判決参照。

使用することができるため、「居住権」制度が法律によって明確に定められていない段階では、紛争の解決に際し居住の権利と所有権の混同が生じやすいと言える。

実際に裁判実務でも、居住の権利と所有権を混同した事例がよく見られる。例えば、2014年の江蘇省南通市の中級人民法院判決は、当該事例における係争建物が夫婦の共有財産であることを明らかにした上で、離婚協議においてこの係争建物の離婚後居住権が所有権から離脱したと判示した。これは、離婚協議における財産分与に関する条項の中で「居住」、「所有」又は「使用」など複数の用語が用いられており、居住用建物の使用権能と所有権能が完全に区別されていなかったため、離婚当事者間において居住用住宅の使用権限に関する争いが生じたというものであった。これにつき、人民法院は、当事者の協議の趣旨に基づいて、離婚の際に婚姻用建物の分与に関する合意がされたことは明らかであるとして、結論として、離婚協議における分与対象は係争建物の離婚後居住権ではなく、所有権であると判示した¹⁶⁴。

確かに、占有・使用権能という側面において、居住の権利は所有権と同様な権利内容を有すると言えるが、居住の権利は他人所有の住宅に設定されるものであるため、本質上、所有権と異なる権利である点は明確に認識されるべきである。さもないければ、居住の権利の権利内容が拡大され、居住の権利の設定により所有権者の利益が損なわれる危険性がある。居住の権利の占有・使用権能は所有権の内容の一部を居住について認めたものと言え、混同されやすいが、居住の権利には住宅の処分・収益権能はないと考えられる。したがって、合意による居住の権利の設定を認定する際に当事者双方の意思に沿って衡量すれば、裁判実務において居住の権利を所有権と区別することは可能であったと言える。

(2) 居住の権利と使用権の概念の混同

通常、他人の所有する住宅に居住の権利が設定されれば、権利者はこの住宅に占有・使用権限を有することになる。裁判実務では、居住の権利の内容である使用権限が他の使用権と同様な権利であるかがしばしば争いとなる。

近時の例として、2017年の山東省平度市の人民法院判決は、再婚夫婦の離婚に際して、婚姻中に建築された建物の所有権は継子に帰属させることが離婚協議において明記され、それとともに、継父が婚姻の解消後継続的に当該建物に居住できるとの約定があった事例である。当該建物の所有権の帰属に関する紛争において、人民法院は、この離婚協議は実質的に条件付贈与であると解し、そのような協議の内容は法律及び行政法規の強行規定に反せず、公序良俗にも反しないとして、当該協議の法的効力を認めた。そして、結論として、人民法院は、継父が当該建物に居住できる権利を有すると判示した。また、そのような権利の性質について、この人民法院は、継父の主張する居住の権利は用益物権に属する権利であると認定したが、現行法において用益物

¹⁶⁴ 江蘇省南通市中級人民法院(2014)通中民終字第0169号判決参照。

権の中に「居住権」概念はまだ創設されておらず、継父が主張した「居住の権利」は、実際には用益物権に属する「使用権」であると結論した¹⁶⁵。

私見では、この山東省平度市の人民法院判決の結論には賛意を表すが、判決中で「居住の権利」が「使用権」として位置づけられたことに対しては疑問がある。中国の用益物権制度の下では、土地請負経営権、建設用地使用権、宅地使用権、地役権が用益物権として明文で法定されている。すなわち、民法典第 344 条（物権法第 135 条）によると、建設用地使用権は、国有土地を占有、使用、収益し、当該土地上に建築物、構築物及び付属施設の建造を行うことができる権利である。また、民法典第 362 条（物権法第 152 条）によると、宅地使用権とは、集団所有土地に、農民が住宅を建てて住むために用いられる用益物権である。すなわち、集団所有地上の農村部の住宅には、宅地使用権が使用され、国有土地上の都市部の住宅には、建設用地使用権が用いられる。そのため、使用権の権利対象は原則として土地であるというのが共通の認識である。それに対して、居住の権利の対象は、他の個人が所有している住宅である。確かに、権利内容に着目すれば、居住の権利はこれらの使用権と類似的な権利性格を有すると言える。しかし、権利の対象が異なることから、居住の権利と使用権を同様のものと見ることは、権利の内容及び趣旨に反する。

(3) 居住の権利と契約的な権利の混同

婚姻法とともに司法解釈（一）第 27 条でも、離婚の場合における一方配偶者への居住の使用権の付与の法的性質については、明確に定義されていなかった。そのため、裁判実務では、離婚時の経済援助策としての居住の権利の付与を契約的な権利として位置付けた判決が散見される（【事例 15】）

ただし、居住の権利が契約的な権利として位置付けられれば、権利の優先順位に関する原則に基づき、離婚した一方配偶者の居住の権利は所有権などの物権的な権利に対抗できず、所有者たる他方配偶者が居住の権利付きの居住用建物を転売した場合、居住権者の居住確保が実現できない状態になる。その結果、離婚後の生活困窮者の安定的な居住環境の確保が困難となる恐れが生じる。

3. 裁判官の裁量権による居住の利益の確保

(1) 裁判例の実態

裁判離婚に際して、当事者の主張に関わらず、人民法院が裁量権の行使により婚姻用建物の帰属を決定する場合、その所有権を一方配偶者に帰属させるとともに、他方配偶者は直ちに当該婚姻用建物から転居するのではなく、新たな住居を探す必要性などを考慮して、一定の期間後に婚姻用建物から転居するのが適切であるとの判決を下すことがある。

¹⁶⁵ 山東省平度市人民法院（2017）魯 0283 民初 5993 号判決参照。

たとえば、2012年の上海市浦東新区の人民法院判決は、婚姻用建物が婚姻前に夫の父母による出資と妻名義の公的住宅ローンの申請によって購入された事例であった。婚姻中にこの不動産は夫婦双方の名義で所有権登記され、夫婦双方の共有財産によって公的住宅ローンを返済していた。その後、離婚するにあたり夫婦双方とも当該婚姻用建物の所有権の自己への帰属を主張した。人民法院は、当該建物は夫婦の共有財産であると認定した上で、夫婦の他の不動産の所持の状況、公的住宅ローンの名義人、公的住宅ローンの返済能力などの要素を総合的に考慮した上で、この建物を妻に帰属させると判示し、夫については今後の居住問題への対応が必要である点を斟酌して、夫は一定期間後に当該建物から転居すればよいとの判決を下した¹⁶⁶。

この判決の結論から見れば、人民法院は離婚後における非所有者たる配偶者の居住を直接的に確保したとは言えないが、ある程度、離婚した配偶者の一時的な居住の利益の確保には資するものであったと言える。この点に着目すれば、裁判実務において、人民法院はその判決により、婚姻用建物の所有権を取得しなかった他方配偶者に一定期間内の居住の権利を与えることによって、当該婚姻用建物を一方配偶者に帰属させるのに伴い生じた不利益を回避する目的を一定程度実現することができると言える。すなわち、この事例で、当事者は双方とも建物の居住の権利を主張してはいなかったが、双方の利益とその衡平、離婚後の生活の確保といった観点に基づき、人民法院は婚姻用建物の所有権の帰属を決定するとともに、裁量権を行使して、婚姻用建物を取得しなかった配偶者に一定期間継続的に居住できる権利を与えることで、離婚により生じる配偶者への悪影響を抑制することを可能とした。

(2) 一時的な居住確保の方策の現実的必要性

離婚裁判の際、人民法院は通常、建物の取得に関する夫婦双方の出資状況、建物の所有権登記の状況、建物の使用状況など複数の要素を判断基準として、婚姻用建物の所有権の帰属を決定する。しかし、このような離婚時の財産分与における不動産所有権の決定により、夫婦の一方は自己の居住の利益を損なわれ、場合によっては住居への居住という面で生活に困窮する恐れがある。このような配偶者は、離婚後の居住問題を解決するために新たな住居を探す必要があるが、賃貸建物によりこれを解決するとしても、住宅の購入により居住を確保するとしても、時間を要することが明らかである。しかし、裁判実務において、離婚の際に婚姻用建物を取得しなかった配偶者のために当該婚姻用建物に短期間引き続き居住できる権利を与えることは、基本的にはしていない。そのため、財産分与で婚姻用建物の所有権を取得しなかった配偶者は、通常、離婚後直ちに婚姻用建物から退去するしかなく、生活環境が不安定になる恐れがある。

さらに、中国において、離婚した配偶者に居住確保を提供するための法的要件は「生活困難者」に該当することというのがこれまでの常であった。すなわち、当事者の一方の個人財産及び離婚の際に得た財産によって当該地域での基本的な生活水準を維持できなければ、離婚の際、他方配偶者がその個人財産による生活援助として住居

¹⁶⁶ 上海市浦東新区人民法院 (2012) 浦民一初字第 32589 号判決参照。

をもって生活困難者たる一方配偶者を援助することがあり、その場合、家屋の居住の権利又は家屋の所有権の付与をその方法として用いることができるとされていた。ただし、実務では、通常、「絶対困難基準」を「生活困難者」の評価基準として、離婚により生活に困窮する配偶者に援助を与えるかどうかを判断している。換言すれば、離婚経済援助制度の下では、居住の利益を確保される非所有たる配偶者の範囲が制限される。そのため、離婚後の生活水準を維持する資力を有する配偶者の場合、「生活困難者」に該当しないため、離婚経済援助策によって離婚後の居住の利益を確保することはできない。しかし、新たな住居を探すためには時間を要するため、この者についても一時的な居住確保策によって短期間の居住を保障することが不可欠であると考えられる。したがって、「絶対困難基準」に該当しない離婚後の配偶者の一時的な居住確保の方策が、法律に基づいて明確に設定される必要があると言える。

もちろん、前述の2012年の上海市浦東新区人民法院判決のように、裁判実務では、裁判官の裁量権により、婚姻用建物を取得しなかった一方配偶者に当該建物に一定の期間内継続的に居住できる権利を与えた事例も見られる。ただし、裁判官の裁量は、一定程度主観的な判断に基づいた権限に留まっており、裁判官によって異なる判決が下される可能性がある。そのため、離婚時の財産分与で婚姻用建物を取得しなかった一方配偶者の短期的な居住確保策が法律によって明文化されていないなかで、これを裁判官の裁量権に委ねれば、法的な秩序や法的安定性を損ねる恐れがあり、結局、離婚当事者間の利益の均衡を確保することができないことにもなる。

したがって、居住権制度を法律で明文化する場合は、短期の居住の確保策についても明記する必要がある。それによって、離婚後に「生活困難者」に該当しない当事者についても一時的な居住確保が可能となる。

4. 居住の利益の確保等離婚経済援助策の運用の実態

中国において、離婚経済援助制度の下では、居住の利益の確保又は住居の提供は法的施策として、経済支援金の支給と並列的なものであり、離婚後居住権の権利性や法的性質は法律上明確に定義されていない。離婚経済援助策として建物の居住の権利又は所有権の譲与のいずれかによると定められているが、その適用の具体的要件は示されていない。

このような状況の下で、離婚経済援助制度で定められた居住確保の法的施策を利用して離婚当事者の居住問題を処理した場合、当事者間又は第三者との関係においてさらにその後の紛争を生じさせる可能性がある。そのため、裁判実務では、建物の居住の権利の提供ではなく経済支援金による施策をより多く利用することで離婚後の生活困難者の生活の維持を図っているという事情もある（【事例21】、【事例33】）。

確かに、経済援助金の支給という経済援助施策の適用によって、離婚後に生計に困窮する恐れがある一方配偶者の生活は維持実現できようが、現在の住宅難の時代では、離婚時に得た経済援助金で以後の居住問題を解決できるかが問題となる。【事例25】の

上海市の第二中級人民法院判決で、人民法院は、係争建物の居住の権利を夫に帰属させ、代わりに夫が妻に毎月 1000 元の家賃補助金を支払うべきことを命じた。ここで人民法院は、毎月 1000 元の家賃補助金の判断基準を明示しておらず、裁判実務では、一般に当事者双方の経済的能力、当該地域の基本的な生活水準などに基づき判断を行っている。ただし、中国不動産業協会が運営する不動産価額相場サイト¹⁶⁷によると、2014 年 12 月の時点で上海市における平均的な家賃は、5191 元であり、たとえ小規模な物件を賃借したとしても、1000 元の賃貸支援金は十分であるとは言えない。

二 相続に伴う紛争事例

中国では、2020 年の民法典の居住権制度の下で、遺言の方式により居住権が設定された場合は居住権制度の規定を参照し適用すると明記されたことから¹⁶⁸、民法典の施行後に遺言で指定された居住権をめぐる紛争が現れた場合、居住権制度の内容を参照し、この紛争を解決することができるようになる想定される。

民法典の編纂中に、居住権制度が再び提案された理由の中¹⁶⁹で、居住権制度の創設は高齢者の居住利益の確保について現実的意味を有すること、居住権制度の下で認められる、「公的賃貸住宅」ないし持ち家に対する居住権の設定は、高齢者の安定した老後の生活の確保に資することなどが挙げられた。確かに、高齢者は社会的弱者であるとの現状などに鑑みると、高齢者の安定した生活の確保、特に安定的な居住環境の保障を実現するために、居住権制度の創設は有用である。

法律婚の夫婦の場合、生存配偶者の居住確保は、通常、問題となるわけではない。その理由は、現行法が採用する夫婦財産制度の下で、夫婦が婚姻中に居住していた婚姻用建物は、常に夫婦双方の共有財産になり、夫婦の一方が死亡した場合には、生存配偶者が当該住居に関して有する持分の割合が常に高いことから、生存配偶者は自らの持分に基づき継続して当該住居を使用できる¹⁷⁰。また、民法典で定められた遺族の生活上の必要性に応じ、かつ遺産の効用を損なわないとの遺産分割の基準¹⁷¹に基づき、裁判実務で

¹⁶⁷ 不動産価額相場サイトは、中国不動産業協会により主催され、不動産に関する情報提供のデータプラットフォームである。当該サイトにより、各地域における不動産の売買金額、賃貸住宅の賃金水準を調べられる。以下の URL を参照する。<https://www.creprice.cn> (2022 年 2 月 26 日最終閲覧)。

¹⁶⁸ 民法典第 371 条は、遺言の方式により設定された居住権も居住権制度の関連規定を参照し適用することを規定した。この条文により、民法典の施行に伴い、人民法院は、裁判実務に現れた遺言で設定された居住権に関する紛争を処理する際に、民法典の居住権制度の内容を準用することができるようになる。

¹⁶⁹ 中国では、物権法改正の段階において、居住権に関する内容が検討されたが、物権法の最終稿に居住権に関する条文が削除された。それにつき、法律委員会の物権法草案改正に関する報告によると、草案で検討された居住権の適用範囲が狭いこと、居住権を法的に保護しようとする社会的背景から見れば、居住権の創設により配偶者が死亡した後に女性の居住の題を解決することを図っていたが、現在の我が国においては、男女とも相続権を有しているものであり、物権法に居住権を規定する必要がないことが反対意見として指摘された。その後、中国における高齢社会の進展など実情に鑑み、民法典の創設中に、居住権制度は高齢者の居住確保の法制度として再び提案された。

¹⁷⁰ 相続法第 26 条は、共有物の分割に関する内容を規定した。すなわち、夫婦が婚姻期間中に取得した共有財産については、約定のある場合を除き、遺産分割に先立ち、当該共有財産の半分を分離してこれを配偶者の所有とし、その残余部分を被相続人の遺産とする。また、民法典は同規定の趣旨承継し、民法典第 1153 条によると、遺産分割の際には、夫婦間で特別な約定があった場合を除き、夫婦双方の共有財産の二分の一を生存配偶者に帰属させた後に、残余の財産が被相続人の遺産として相続人の中で分割されるべきであるとされる。

¹⁷¹ 相続法第 29 条は遺産分割の基準及び方法を規定し、遺産分割の基準に関して、遺産の分割は、生活の必要性に応じて行わなければならないと明記していた。そして、民法典第 1156 条

は、人民法院が、婚姻用住居を生存配偶者に帰属させる事例が頻繁に見られる。そこでは、生存配偶者は住居の所有者として、この住居をもって以後の居住問題を解決できる。

ただし、高齢者の再婚の場合、通常、再婚前の財産協議における合意で非所有者である生存配偶者が他方の個人財産である住居に死亡するまでに住み続ける権利が明確に約定されるが、この権利の確保施策又は紛争の解決方法など内容がよく言及されず、それにより、住居が取り壊された場合、生存配偶者が現物補償として取得した「安置房」を使用することができるかに関し紛争が生じやすい。このような場合、生存配偶者の居住の利益が相続人の相続に関する利益と衝突するときには、財産協議で触れられていなかった居住の権利の存続期間や消滅事由などに関して紛争が実際に生じ、生存配偶者の居住環境が再び不安定な状態に陥る恐れがある。

前述のように、民法典の居住権制度の下では、遺言で居住権が定められた場合に関して生じた紛争は民法典の居住権の諸規定を準用して解決できる。しかし、民法典が施行されたばかりの2021年の時点において、裁判実務では民法典で明文化された居住権制度に関する紛争事例はまだほとんど見られない。

そのため、本節では、従来、相続の際に現れた生存配偶者の居住の確保に関する裁判例を研究対象に加え、高齢者の婚姻する権利に関連する規定及び高齢者の再婚という社会的背景の検討から出発して、高齢者の再婚利益の確保の実現可能性を検討した上で、非所有者である生存配偶者の居住確保の施策をという側面から、現時点における生存配偶者の居住利益の確保をめぐる制度上の問題点を検討する。さらに、裁判実務に現れた生存配偶者の居住確保に関する問題を類型化し、それを検討することを通じて、民法典で創設された居住権制度の現実的価値を論議する。

(一) 現行法における高齢者の居住権利に関する規定

1. 高齢者權益保障法と住居の確保

居住利益に関する規定に関して、高齢者權益保障法第16条は、高齢者の居住利益について規制する。すなわち、高齢者權益保障法第16条によると、扶養義務者は、適切に高齢者の住居を手配すべきであり、強迫的に高齢者を低劣な住居に居住させたり、転居させることを禁止する。高齢者が所有している住居、又は賃貸している住居につき、その子女及びその他の親族は占有する権利を有せず、住居の所有関係及び賃貸関係を無断で変更することもできない。また、高齢者が所有している住居について、扶養義務者は維持し、修理する義務を負う。そして、民法典の施行に伴い、高齢者權益保障法の法的効力は失わせないことから、民法典の施行後に実務に現れた高齢者の居住利益に関する紛争を処理する場合、依然として高齢者權益保障法の規定を準用することができる。

は、相続法第29条のこの規定を承継し、遺族の生活上の必要性に応じかつ遺産の効用を損なわないことという遺産分割の基準を明文化した。

これと同時に、各地方政府は、当該地域における高齢者の居住利益の確保を実現するために、それぞれに高齢者利益保障条例¹⁷²を公布し、高齢者の居住確保に関する条文を設けた。例えば、上海市政府により公布された「上海市高齢者權益保障条例」第15条によると、高齢者が所有又は賃借している住宅に関して、所有者又は賃借人の名義を変更するときには高齢者の意思確認を要することなど、高齢者の居住確保に関する具体的な確保施策を補足として規定した¹⁷³。それとともに、浙江省政府により公布された「高齢者權益保障法の適用に関する実施方法」第12条が、農村部において子女が高齢者名義の敷地を利用して建築した建物の高齢者の居住利益の確保に関する内容を明記した¹⁷⁴。これらの条文によって、各地域において高齢者の居住利益がさらに保護されるようになると考えられる。

(2) 高齢者の居住確保に関する条文の問題点

高齢者の居住確保に関する条文の内容に基づいて、高齢者の安定的な居住環境を確保するために、高齢者の名義で所有又は賃貸している建物に関して、その子女又は他の親族などの扶養者の居住行為及び転貸行為を制限することによって、高齢者の安定した老後の生活を確保しようとする立法者の立場が見て取れる¹⁷⁵。ただし、現行法の下では、高齢者の子女の名義で所有する住居に、高齢者の居住利益に関する条文は明定されないことから、高齢者の名義で所有する住居をその子女に移転させた場合において、当該高齢者の以後の居住利益の確保は上記の諸条文によって実現不能になる恐れがある。

実際には、特に農村部において、まだ伝統的な慣行に基づき、「同居共財」という財産の所有形態を利用する家族がしばしば見られる。従来より中国における「家族共有制」¹⁷⁶の下では、家族ごとに家族構成員に所属する財産は個人所有との所有形態が利用

¹⁷² 中国の立法法第73条1項によると、省レベルの地方人民政府及び比較的大きな市の人民政府は、法律、行政法規及び当該省レベルの地方性法規に基づいて規則を制定することができる。具体的に、「法律、行政法規の規定を執行するため、当該行政区域の実情に応じて具体的な規定を設ける必要のある事項」、又は「地方的事務に属し、地方性法規を制定する必要のある事項」について、省レベルの地方人民政府及び比較的大きな市の人民政府は、上位法の関連規定をより詳しく細分化することにより、当該地域の実情を踏まえ、原則的、概括的な法律条文を実施するための手段や細則を提供する。基本的に、「条例」と呼ぶが、「細則」、「規則」又は「弁法」も呼ばれる。

¹⁷³ 上海市高齢者權益保障条例第15条は、「高齢者所有の住宅に関する所有権移転及び高齢者賃貸している住宅の賃借人名義変更など手続きは、当面的に高齢者の意思確認が必要となり、高齢者の署名など書面書類を真实性確認も必要となる。」「高齢者と子女又は他の親戚が共同で購入又は建築した建物は、高齢者が相当な所有権及び居住権を有する。子女又は他の親戚が出資して高齢者が賃借又は居住していた住宅を購入したときに、書面協議を締結することにより、高齢者の継続居住する権利を保障すべきである。」「高齢者の同意を得て、子女又は他の親戚が、高齢者所有の建物を賃借した場合に、契約により約束された賃借期間を満了したときに、約束通りに返却すべきである。」「高齢者所有の建物に居住している子女又は他の親戚は、会社から分配することにより住宅を取得し、又は建物を購入した場合に、もし高齢者が彼らの継続居住することを同意しないと、彼らは早急に退去すべきである。」「子女が所属する会社から分配された建物、又は取壊行為などにより取得した建物に、高齢者の持分を含まれたときに、高齢者は子女と同等な権利を有する」を補足として規定した。

¹⁷⁴ 浙江省の高齢者權益保障法の適用に関する実施方法第12条は、子女が、高齢者の敷地などを利用して建物を建築した場合、書面による協議を締結すべきであり、建築した建物に高齢者の居住権利を保障すべきであると明記した。

¹⁷⁵ 高齢者權益保障法第16条は、扶養者の居住確保に関する法的方策を規定した。すなわち、扶養者は高齢者の住居を適切に手配しなければならず、高齢者を条件が劣悪な住居に強制的に転居させてはならない。また、高齢者が所有又は賃貸する住居は、子女又はその他の親族が奪い取ってはならず、勝手に所有権関係や賃貸関係を変更してはならない。高齢者が所有する住居は、扶養者に保守の義務がある。

¹⁷⁶ 中国では、農耕社会が長く続いた社会背景の下で、社会保障制度の不備のため、人々の老後の生活保障は専ら家族に依拠していた。高齢者の生活基盤が失われてしまう危険を軽減するために、家計を共にする生活共同体が好まれ、いわゆる「同居共財」という形態がその基盤を支えてきた。「同居共財」の場合、家族構成員が所有する財産は

されておらず、全ての財産が家族構成員の共有財産であるとされた。そのため、この財産が明確に分割されるに至るまでに、家族構成員が所持する財産は家族共有のものであり、いずれの家族構成員もこの財産に対して排他的支配権を有しないとされる¹⁷⁷。

通常、子女が婚姻する際に、父母は婚姻用建物の提供として、家族財産に属する家屋をその子女に帰属させ、それとともに、父母が自らの以後の居住利益を確保するために、当該住居の所有権を移転するときに、父母がこの住居の居住権利を有すると明確に約束する事例が頻繁に見られる¹⁷⁸。ただし、民法典の創設前に、居住権の確保施策などの内容は明定されなかったことから、父母の居住権利が確実に保護されない恐れがあると考えられる。例えば、子女は住居の所有権を取得した後、転居などのために当該住居を売却した場合、父母は居住の場所を失う恐れがあり、権利の設定時にこの場合における居住利益の保護施策が明確に約束しなければ、父母が居住の困窮状態に陥る可能性は高くなると考えられる。

あわせて、子女が所有する住居に父母の居住権利に関する内容は現行法の下で明文化されないことから、子女がその住居の売却金で新たな建物を購入した場合、父母は新たな住居に居住できるかどうかの問題となり、結局、高齢者の居住環境が不安定な状態になる恐れがある。

(二) 高齢者の居住確保の現実的必要性

(1) 高齢化社会の実情

中国において、人口の老齢化の急速な進展と共に、中老年人口の比率がますます増加している。統計年鑑によると、中国は、2000年に総人口に占める65歳以上人口の比率が7%となり、高齢化社会に突入したが、その後、高齢化の進展は高速で進行し、2015年に高齢化率は初めて10%を超え、10.47%になり、2021年7月により公布された2020年『第7回国勢調査の主なデータ』によると、65歳以上人口の比率が13.50%になった。このデータからは、中国が「高齢化社会」から「高齢社会」に移行する過程にあると見ることができる。

高齢社会の進行中に現れた問題として、高齢者の居住環境の確保が最も注目されたことが明らかである。そこでは、法律上には高齢化社会の対策として高齢者の居住利益の確保に関する法的施策が求められる。

個人財産に属せず、家族構成員全員の共有財産に該当する。こういう財産共有の形態は、一般的に「家族共有制」と呼ばれる。

¹⁷⁷ 俞・前掲注24) 112-113頁参照。

¹⁷⁸ 中国における宅基地政策の下では、原則として「一戸」は一つのみの宅基地の使用権を申請する権限を有するとされる。ここでいう「戸」は、常に公安部による交付された戸籍簿に基づいて区分される。換言すれば、父母による所有する戸籍簿に子女の情報はまだ掲載される場合、父母及び子女は「一戸」としてみなされ、そのため、一つの宅基地のみの使用権を申請することになる。農村部において、子女がその父母の戸籍簿から乖離し、自らの名義の戸籍簿を作成するまでに、家族構成員間で一つの宅基地の使用権を取得し、一軒の住居を建築することになる。それにより、親子間で締結された住居の贈与契約に基づき、子女の婚姻用建物の用意として住居をその子女に贈与させる場合、父母の居住の権利が明確に合意されなければ、父母が住居の困窮状態に陥る恐れがある。

(2) 高齢者再婚の実情

中国では、近年、高齢者再婚がますます頻繁に見られており、社会的な課題となっている。第6次国勢調査¹⁷⁹によると、2010年11月1日までに総人口は13.7億であり、60歳以上¹⁸⁰の国民は13.26%を占めた。高齢者の婚姻状況から見れば、高齢者の未婚比率は1.8%であり、離婚比率は0.8%であり、両者ともは低いものであると言える。ただし、他方配偶者の死亡により婚姻関係が解消した高齢者は474.8万であり、26.9%を占めた。その中に、女性の方が多かった現状がうかがえる。

婚姻状況	60歳以上の方		
	合計	男性	女性
合計	1765.9万人	860.8万人	905.1万人
未婚	31.4万人	28万人	3.4万人
配偶者あり	1245.9万人	684.0万人	561.9万人
離別	13.8万人	8.4万人	5.4万人
死別	474.8万人	140.3万人	334.5万人

図1 老年人の人数統計結果（婚姻状況別）
資料 第6次国勢調査（2010年）

総じていうと、配偶者ありの高齢者が多かったが、再婚による婚姻関係を構築した高齢者の人数が少なく、高齢者の再婚比率がまだ低いレベルに止まる。その理由として、私見では、初婚の配偶者が死亡した後、生存高齢配偶者が再婚しようとする場合に、子女の相続利益の減少に関する不安を軽減するために、再婚夫婦双方は婚姻登記手続きを行わず事実婚に止まった可能性が高いと考えられる。

ア 高齢者再婚の方式

高齢者再婚の方式は、通常、法定婚と事実婚に大別され、事実婚の中に、「搭伴養老」¹⁸¹又は協議による再婚という法的方法がよく利用される。

(ア) 法律婚

¹⁷⁹ 中国において、国勢調査(中国語で、「人口普查」と言う)とは、国が定める期間内に、決められた方法、項目、調査表、基準日に基づき、全国範囲で網羅的に調査対象を個別に把握して行う全数調査をいう。国勢調査には、資料の収集やデータの統計、資料の評価、分析・研究、編集・出版などの作業が含まれる。世界各国で広く用いられている、人口及び世帯に関する各種データを収集する最も基本的かつ科学的な方法であり、全国の基本的な人口データの主な出典でもある。

国勢調査の対象は国勢調査の標準時点において中華人民共和国国内にいる自然人及び中華人民共和国国外にいるが定住してはいない中国公民であり、中華人民共和国国内に短期滞在する域外人員(外国人、華僑、香港・澳門(マカオ)・台湾地区の中国公民)は含まれない。調査の内容には氏名、公民の身分証番号、年齢、民族、学歴、所属産業、職業、移転・流動の記録、婚姻出産歴、死亡、住まいの状況などが含まれる。

国勢調査は重要な国情調査であり、国の管理や方針・政策の策定に重要な意義をもつ。中国では新中国の建国から現在までに、1953年、1964年、1982年、1990年、2000年、2010年の計6回実施されており、第7回国勢調査は2020年11月1日午前0時から実施する予定である。(人民網日本語版2019年11月9日参照)

¹⁸⁰ 中国では、「花甲」(還暦)という伝統的な考え方や定年退職年齢などの実情に基づき、高齢者は60歳以上を基準としている。その上で、2001年3月1日から施行された「高齢者社会福祉施設基本規範」によると、満60歳以上の人は「高齢者」とであると定義される。

¹⁸¹ 中国において、特に都市部では、婚姻登記を行わず共同で生活して老後の世話をし合うという共同生活の方式が流行し、社会の民衆と学者たちの関心を集めている。この同居生活スタイルは、通常、「搭伴養老」と呼ばれている。

高齢者双方が再婚しようとする場合、婚姻登記手続きを行われれば、当該婚姻関係の法的効力は法律により認められ、婚姻用建物の所有者である夫婦の一方が死亡した場合、生存配偶者の居住権利が協議などによって明確に排除されない限り、生存配偶者は遺族として引き続き遺産に属する住居に居住できる。

また、法律婚の場合では、原則として生存配偶者が被相続人の個人財産である住居の相続権を有するとされ、当該配偶者の以後の居住環境を確保するために、この住居を遺産分割しないままに生存配偶者に使用させる事例が頻繁に見られる。

他方で、高齢者双方の再婚前に合意された協議で、非所有者である生存配偶者の相続権が制約された場合、通常、当該配偶者の居住利益を保護するために、この配偶者が死亡するまでに当該住居に居住できると約束されることから、生存配偶者の以後の居住利益の保護が問題となるわけではない¹⁸²。

(イ) 事実婚

それとともに、高齢者の再婚時に、婚姻登記手続きを行わず事実婚に止まった事例がしばしば見られる。ただし、法律婚主義を採用する現行法の下では、事実婚の法的効力は原則として法律により認められないため、生存内縁配偶者の居住確保の法的施策は明確に約定されなければ、この配偶者の以後の居住環境の確保が問題となる。

事実婚の選択理由に関して、もちろん、高齢者双方の合意で事実婚をした事例が存在するが、各自の子女の相続利益などを配慮した上で、高齢者双方がやむを得ず事実婚に止まった事例もよくある。例えば、伝統文化の影響を受け、初婚配偶者が死亡した後に、生存配偶者は再び婚姻登記手続きを行う場合、当該配偶者は道徳上には不適切な評価を受ける恐れがあることから、婚姻登記手続きを行わず事実婚に止まった事例がしばしばある。さらに、事実婚を選択した場合において、高齢者双方は基本的に「搭伴養老」又は協議による婚姻関係を構築するという方法を用いた。

①「搭伴養老」

中国では、近年、特に都市部において、婚姻登記手続きを行わず共同で生活することにより老後の世話をし合うという同居生活の形態が流行する傾向にある。この同居生活の形態は、通常、「搭伴養老」と呼ばれている。「搭伴養老」の場合において、共同生活中に高齢者双方がお互いの老後生活を支えることを通じて、夫婦間の扶養義務を履行する。

「搭伴養老」の場合、高齢者双方がお互いに扶養義務の履行により共同で生活するという婚姻目的が実現でき、それとともに、それぞれの子女の相続利益に関する不安も解

¹⁸² 相続法第 25 条は、相続の承認又は放棄について次のように規定した。すなわち、「相続開始後、相続人が相続の放棄をしようとするときは、遺産処理前に相続の放棄の意思表示をしなければならない。その旨の意思表示がないときは、相続を承認したものとみなす。」それにより、夫婦双方の再婚時に締結された財産協議において、非所有者である夫婦の一方がその住居の相続権を放棄するという意思表示すれば、相続人が事前に相続の放棄の意思をしたと見なされ、相続法第 25 条の規定により当該配偶者が住居の相続権を失うことになる。

消されることができる。あわせて、高齢者双方の合意による財産協議で、所有者である高齢者の死亡後に生存内縁配偶者が継続して遺産に属する住居に居住できると約定されることから、「搭伴養老」の場合、非所有者である生存内縁配偶者の安定的な老後の生活が実現できると考えられる。

それとともに、生存内縁配偶者と被相続人の子女の利益と衡平を図るために、生存内縁配偶者の継続的な居住の権利が約定されると同時に、当該配偶者の遺産に属する住居に関連する権利が奪われることが一般的に行われる。それにより、この配偶者は法定相続人として相続で住居の持分又は金銭利益を取得することが不可能であることから、自力で以後の居住環境を保障することが困難である場合、生存内縁配偶者が設定された居住の権利を用いて以後の居住問題を解決するしかないと想定される。

②協議による婚姻関係の構築

近年、高齢者双方は婚姻登記手続きを行わず共同で生活しようとする場合において、高齢者間で財産関係などに関する紛争を回避するために、これらの紛争の解決方法は常に共同生活の前に合意による協議で明記される。

合意による財産協議で高齢者間の財産関係などが約定される点に着目すれば、この事実婚形態は「搭伴養老」と類似するが、実際には協議による婚姻関係の構築という事実婚形態は看護型内縁関係¹⁸³と類する。外観上、扶養義務をより多く負担する一方高齢者が家政婦として評価されやすいが、高齢者双方の意思に基づき、当該高齢者が単なる家政婦ではなく、事実上には配偶者として評価されるべきである。

この事実婚形態の特徴として、夫婦間の合意による協議で婚姻関係が構築されたことなどが挙げられ、すなわち、高齢者間で共同生活中にお互いに負わせる義務の内容などは契約で明確に約定され、義務の履行によってこの事実婚関係を維持することになる。

「搭伴養老」の事実婚形態と比較すれば、この事実婚形態の場合、契約における高齢者双方の権利義務関係はより具体的に約定され、一方の高齢者の義務不履行により事実婚関係が解消する可能性が高い。

高齢者間の具体的な権利義務の内容について、共同生活中に一方の高齢者は主に他方の高齢者の老後の生活を看護することが明記され、それとともに、看護義務を負う高齢者は死亡するまでに他方の高齢者が所有する住居を使用できるとされ、また、他方高齢者は看護義務を負う高齢者に対して生活確保金の支給など方法を用いてこの高齢者の以後の生活水準を維持すべきであると約定される。あわせて、遺産に属する

¹⁸³ 看護型内縁関係の場合、夫婦の一方が主に夫婦の他方の看護扶養義務を負担し、かえって自らの生活水準を確保する金銭などの利益が取得する。通常、夫婦の他方は重病にかかり、自力で自らの生活を維持することができず、他人の看護を必要とする。この点は「搭伴養老」という事実婚の形態と異なる。

住居の相続権限に関して、財産協議で生存内縁配偶者は遺産に属する住居の相続に関する権利を有しないと制限されていた¹⁸⁴。

(3) 事実婚配偶者の居住利益の確保に関する条文の問題点

中国では、婚姻の成立に関し法律婚主義¹⁸⁵を採用する現行法の下では、婚姻登記手続きを行わなかった高齢者双方の利益確保、特に居住建物の非所有者である高齢者の居住利益確保に関する法的施策は欠如することから、高齢者双方は共同で生活しようとする場合に、高齢者双方の利益確保の法的施策などは合意による財産協議で約定されるしかない。

そこでは、高齢者間で住居の使用関係に関する紛争の解決方法は合意されず、又は紛争の解決方法が合意されたがそれを運用して紛争を解決できない場合、例えば、住居が取り壊され立ち退かされた場合、協議の作成時にこの住居が取り壊しの対象となることが予測できないことから、住居の非所有者である高齢者の居住利益の保護施策は財産協議で明確に約定される可能性が低く、それにより、この配偶者の以後の居住利益の確保が問題となり、住居に関し困窮する恐れがあると考えられる。

(三) 実務に現れた紛争事例の検討

高齢者双方が再婚する際、非所有者である生存配偶者の以後の居住利益を保護するために、再婚高齢者の合意による財産協議又は被相続人の遺言書において、所有者である高齢者の死亡後、生存配偶者が遺産に属する住居に住み続ける権利を有することがしばしば約定される。しかしながら、高齢者間で合意された居住の権利に関し紛争が生じた場合の解決方法が明記されないか、又は紛争の解決策が合意されたがそれをを用いて実務に現れた紛争を解決できない場合、非所有者である生存配偶者の居住利益は約定により設定された居住の権利によって確実に保護されない恐れがある。そして、裁判実務では、生存配偶者と被相続人の子女の間で設定された住み続ける権利に関する紛争事例が頻繁に現れており、再婚相手の死亡後に生存配偶者の居住環境を再び不安定にさせる危険性が高い。

¹⁸⁴ 当時の婚姻法の定めるところに従い、婚姻登記手続きを行わず共同で生活していた夫婦双方は、住居の所有者である夫婦の一方が死亡した場合、生存内縁配偶者が相続人として遺産である住居を相続する権利を有さないが、相続法第14条によると、生存内縁配偶者が被相続人の扶養看護に対してより多く寄与した場合ならば、生存内縁配偶者が相続人以外の者として応分の遺産を取得することができる。そのため、被相続人の子の相続利益を確実に保護するために、財産協議で生存内縁配偶者が相続人以外の者として遺産を取得する権利は排除される。

¹⁸⁵ 1994年2月1日に民政部により公布された「婚姻登録管理条例」第24条によると、法定の婚姻年齢に達していない公民が夫婦の名義で同居する場合又は婚姻成立の法定実質要件を満たす当事者が婚姻届をせずに夫婦の名義で同居する場合にも、それは婚姻関係として無効であり法律上保護されないとされている。

また、1994年4月4日に最高人民法院により発信された「『婚姻登録管理条例』の適用に関する通達」によると、「民政部により公布された『婚姻登録管理条例』は即日施行される。したがって、1994年2月1日から配偶者のない男女が婚姻届を出さずに夫婦の名義で同居した場合、それは婚姻関係として無効であり法律上の保護を受けない。人民法院に訴訟を提起する場合、非法同居として処理される。婚姻登録管理条例施行前に婚姻届を出さずに同居していたものが条例施行後に人民法院に訴訟を提起した場合には、依然として本法院のこれまでの『意見』に従って処理される」とされた。

したがって、婚姻登録管理条例施行後に婚姻届を出さずに同居するものは、一律に非法同居として扱われることになった(祝姫「中国における『事実婚姻』・『非婚生子女』と日本における『内縁』・『非嫡出子』との比較」比較法学30巻1号(1996年)9-10頁参照)。

以下では、裁判実務に現れた非所有者である生存配偶者の住み続ける権利に関する紛争事例を紹介し、その問題点を抽出する。その上で、問題点ごとに、設定された住み続ける権利により生存配偶者の以後の居住利益の確保の実現可能性について検討を行う。

1. 事例の紹介及び検討

(1) 生存配偶者の居住の権利の設定対象に関する事例

高齢者が再婚するに際して、通常、合意による財産協議において、夫婦双方が再婚前に所持していた財産は各自の個人財産であることが明記される。それにより、現行法で採用される夫婦財産制の下では、所有者である夫婦の一方の死亡後、非所有者である他方配偶者が住み慣れた婚姻用建物の共同所有者として当然に当該住居に住み続けることはできないことから、生存配偶者の以後の居住利益を確保するため、この配偶者に遺産に属する住居に住み続ける権利が付与される。それとともに、所有者である被相続人は、自らの子女の相続利益に関する不安を解消するために、遺産に属する住居に対する生存配偶者の相続権を排除する。

ただし、裁判実務では、所有配偶者が、自らが所持する住居ではなく、他人と共同で所有する住居又は他人物である住居に非所有者である生存配偶者の居住の権利を設定したという事例がしばしばある。

ア 事例の紹介

【事例 39】 四川省綿陽市三台县人民法院（2014）三民初字第 2915 号判決

これは、被相続人が婚姻用建物の所有権をその子女に移転した後に、当該住居に生存配偶者の居住の権利¹⁸⁶を設定し、生存配偶者と被相続人の子女の間でこの権利に関する紛争が生じた事例である。本件住居は被相続人と前妻の婚姻中に、被相続人の名義で購入されたものであったが、被相続人とその子女の合意によってこの住居は被相続人の子女に帰属させられ、それとともに、被相続人の子女が一括的に被相続人に経済補償金として3万元を支給することも約定された。また、被相続人の本件住居の居住の権利に関し、被相続人は死亡するまでこの住居に居住できるとされ、この住居が取り壊しの対象となった場合において、その子女は被相続人の以後の居住環境を保障する義務を有することも明確に合意された。

その後、被相続人が遺言書を作成し、その遺言書により、本件住居は被相続人の個人財産であり、生存配偶者が死亡するまでこの住居に住み続ける権利を有することが明記された。それとともに、被相続人の死亡に伴い国によって支給される扶助料¹⁸⁷は、生存

¹⁸⁶ 民法典の施行前、裁判実務では、所有者である夫婦の一方の死亡後に、非所有者である生存配偶者の居住利益を確保するために、生存配偶者が遺産に属する住居に住み続ける権利を有することがしばしば約定されていた。もちろん、この住み続ける権利は、民法典で創設された居住権との法概念と異なることから、本論文では、原則として生存配偶者のため設定した住み続ける権利を居住の権利、又は住み続ける権利との用語を用いる。以下同様。

¹⁸⁷ 本事例では、被相続人が工商局に就職していた。中国では、工商局は工商行政管理局の略称であり、工業又は商業の企業が国の法令・政策に沿って活動しているかどうかを監督し検査する機関である。國務院に総局があり、各

配偶者に帰属させることも明示された。ただし、本件遺言書の作成時にはこの住居の所有権移転手続きが既に行われており、また、その後本件住居は当該地域の社会的発展政策で取り壊しの対象となり、地方政府から生存配偶者に立ち退きを請求された。

人民法院は、被相続人が遺言書を作成した際に、本件住居の所有権は既にその子女に移転されたことを理由に、被相続人が終意である遺言でこの住居を処分することはできないとし、その上で、被相続人が本件住居に設定した生存配偶者の住み続ける権利の法的効力を認めなかった。また、人民法院は、本事例で合意された住み続ける権利が当時の法である物権法で明文化された物権的な権利に該当しないと述べた。

それとともに、人民法院は扶助料の法的性質に基づき、扶助料は遺産¹⁸⁸に当てはまらないとしたが、扶助料の遺族に対する経済援助という役割により、生存配偶者の以後の生活水準を確保するため、本件遺言書で明記された扶助料の帰属に関する内容の法的効力を認めた。すなわち、結論として、人民法院は、生存配偶者の本件住居の居住の権利に関する請求を棄却したが、生存配偶者の扶助料の支給請求を認めた。

【事例 40】 山東省滨州市博興县人民法院（2016）魯 1625 民初 1214 号判決

この事例では、本件住居は夫と前妻の婚姻中に購入されたものであったが、前妻の死亡後に夫が再婚し、再婚中に夫とその再婚相手が当該住居に居住していた。その後、夫が入院中に遺言書を作成し、その遺言書に夫の死亡後に再婚相手が再婚しなければ継続して本件住居に居住できること、及び、再婚相手は当該住居を処分することはできないことなどの内容が明記された。そして、夫の再婚相手及び夫の子女が本件遺言書に署名し、遺言書の内容に関し同意の意思を表示した。その後、再婚相手及び夫の子女の間で本件住居の居住の権利に関する争いが生じた。

人民法院は、本件住居は被相続人である夫と前妻が共同で取得したものであることから、夫と前妻の共有財産であるとし、また、人民法院は、本件遺言書が法律で定められた要式・要件を満たすと述べ、その上で、人民法院は、夫の前妻の死亡に伴い本件住居は夫及びその子女の共有財産になることから、夫は遺言書により本件住居の居住の権利を処分することができないと説示した。ただし、本件住居の共同所有者である夫の子女が本件遺言書に署名し、その内容に対し同意の意思を示していたことにより、人民法院は、本件住居の共同所有者は当該住居の居住の権利の帰属に関し合意に達していたと判

地方に分局・支局がある。工商局に就職していた職員は、定年した又は死亡したときに、公務員待遇を受け、国による扶助金などが支給される。

¹⁸⁸ 相続法第 3 条によると、遺産とは、公民が死亡したときに遺留された個人の合法的財産であって、次に掲げるものを含む。

- (一) 公民の収入。
- (二) 公民が所有している家屋、貯蓄及び生活必需品。
- (三) 公民が所有している林木、家畜及び家禽。
- (四) 公民が所有している文物、図書資料。
- (五) 法律で公民による所有が許される生産財産。
- (六) 公民の著作権及び特許権に含まれる財産的権利。
- (七) 公民が所有しているその他の合法的財産。

断した。そこで、人民法院はこの遺言書の法的効力を認め、さらに、遺言書で設定された生存配偶者の住み続ける権利の法的効力を認めた。

【事例 41】 重慶市第五中級人民法院（2017）渝 05 民終 8668 号判決

この事例では、係争建物は被相続人及びその子女の共有財産であった。被相続人は再婚の際に、本件住居に住み続ける権利を再婚相手に付与し、再婚相手は死亡するまで当該住居に居住できるとの意思を表示したが、被相続人の死亡後に生存配偶者及び被相続人の子女の間で本件住居の居住の権利に関する紛争が生じた。また、被相続人は協議書で、係争建物の居住の権利を生存配偶者に付与するとともに、生存配偶者の本件住居の相続権を排除するともしていた。

第一審法院は、本事例の争点は生存配偶者が本件建物の居住の権利を有するかどうかにあると述べ、さらに、本件住居は被相続人及びその子女の共有財産であるとした上で、被相続人が他の共同所有者の同意を得ないままに本件財産協議によってこの住居の居住の権利を生存配偶者に付与したことは共有物の処分規則¹⁸⁹に違反していることを理由に、本件協議書における生存配偶者の住み続ける権利に関する条項の法的効力を認めなかった。そこでは、第一審法院は、被相続人の死亡後に生存配偶者が引き続き本件住居に居住することによって、当事者間でさらに紛争を生じさせる恐れがあることを理由に、生存配偶者の居住の権利に関する請求を棄却した。

これに対して、生存配偶者は不服を申し立て、控訴した。その控訴理由は、被相続人の子女が本件協議の内容を確認した上で署名し、それにより、被相続人の子女が協議で設定された生存配偶者の住み続ける権利に関し同意の意思を有することが推測されること、あわせて、被相続人の子女が別の住居を所持しており、住居に関し困窮する恐れがないことから、生存配偶者が居住の拠点として本件住居の役割を最大限に果たすために、自らの居住の権利を認めるべきことであった。

第二審法院は、生存配偶者が、被相続人の子女が自らの居住の権利に同意したことに関する証拠を提出しなかったことから、生存配偶者の当該主張を棄却した。また、被相続人は他の共同所有者の同意を得ずに本件建物の居住の権利を生存配偶者に付与し、この贈与行為は物権法で定められた共同所有物の処分と帰属に違反するとして、第二審法院は第一審判決を維持し、生存配偶者の控訴請求を棄却した。

あわせて、生存配偶者の居住に関する困窮の恐れについて、第二審法院は、生存配偶者は既に本件住居から退去し、自らの子女が所有する住居で生活していることから、生存配偶者が、本件協議により設定された本件住居の居住の権利を利用しなくても住居に

¹⁸⁹ 物権法第 97 条によると、共同所有に属する不動産又は動産を処分するとき及び共同所有に属する不動産又は動産に対して大規模な修繕をするときには、3 分の 2 以上の持分を有する共有者又は合有者全員の同意を得なければならない。ただし、共同所有者間に別段の定めがある場合を除く。そして、民法典は物権法で定められた共同所有物の処分及び大規模な修繕に関する内容を承継した。すなわち、民法典第 301 条は、「共同所有に属する不動産又は動産を処分するとき、共同所有に属する不動産又は動産に対して大規模な修繕をするとき及び性質或いは用途を変更するときは、3 分の 2 以上の持分を有する共有者又は合有者全員の同意を得なければならない。ただし、共同所有者間に別段の定めがある場合を除く」と明記している。

関し困窮する恐れがないと判断した。結論として、第二審法院は、生存配偶者が本件住居の居住の権利を有しないと結論付けた。

【事例 42】 安徽省合肥市中级人民法院（2017）皖 01 民再 29 号判決

この事例は、被相続人が遺言書で自らの個人財産である本件住居の居住の権利を生存配偶者に付与し、それとともに、生存配偶者は本件住居の処分権を有しないと制約を付したが、被相続人の死亡後に生存配偶者及び被相続人の子の間で本件住居の帰属に関する紛争が生じたものであった。

第一審法院は、本件住居が夫婦の婚姻中に購入されたものであることから、夫婦の共有財産であることが判明するとし、その上で、被相続人が遺言書で本件住居を処分したことが他の共有者の同意を得ていなかったことを理由に、この部分の法的効力を認めず、本件住居は法定相続の規定に従い相続されると判断した。また、生存配偶者が既に長期にわたって本件住居に居住していた実情を踏まえ、第一審法院は、相続法で定められた遺族の生活上の必要性に応じかつ遺産の効用を損なわないとの遺産分割の原則¹⁹⁰に基づき、本件住居を生存配偶者に帰属させ、それとともに、生存配偶者から被相続人の子への本件建物の補償金を支給するよう命じた。

これに対して、被相続人の子が不服を申し立て、控訴した。控訴理由として、被相続人の子は、被相続人の自筆遺言書の法的効力を有すること、その上で、本件建物は被相続人の個人財産であると認定されるべきであるとの主張をした。第二審法院は、本件遺言書の法的有効性を認め、それにより、本件住居は被相続人の子に帰属し、被相続人の子から生存配偶者への本件建物の経済補償金の支給を命じた。あわせて、第二審法院は、本件遺言書で設定された生存配偶者の居住の権利の法的効力を認めた。

第二審判決に対し、生存配偶者が再審裁判¹⁹¹を申請した。再審法院は、現行法で採用された夫婦財産制の下では、夫婦の婚姻中に購入された住居は原則として夫婦の共有財産であると述べ、それにより、本件住居は夫婦の共有財産であると判断した。その上で、被相続人が他の共有者である妻の同意を得ずに、遺言書で共有物である本件住居を

¹⁹⁰ 相続法第 29 条によると、遺産の分割は、生産活動及び生活の必要性に応じて行わなければならない。かつ、遺産の効用を損なってはならない。また、現物分割に適さない遺産については、換価、適切な補償又は共有などの方法により分割することができる。

¹⁹¹ 中国において、裁判監督手続きとして、再審裁判手続は民事訴訟法により明記されていた。民事訴訟法第 198 条によると、人民法院は職権に基づいて再審裁判を命じることができ、同法第 199 条によって、当事者も既に法的効力が生じた判決又は裁定について誤りがあると認める場合には、直近上級の人民法院に再審を申し立てることができる。

第 198 条によると、各級の人民法院の院長は、既に法的効力が生じた当該法院の判決、裁定、調解書について、明らかな誤りがあり、再審の必要があると認めた場合には、裁判委員会に提出し、討論の上決定しなければならない。

また、最高人民法院は、既に法的効力が生じた地方の各級人民法院の判決、裁定、調解書について、また上級の人民法院は、既に法的効力を生じた下級の人民法院の判決、裁定、調解書について、明らかな誤りのあることを発見した場合には、それぞれ再審し、又は下級の人民法院に再審を命ずる権限を有する。

第 199 条によって、当事者は、既に法的効力が生じた判決、裁定について誤りがあると認める場合には、直近上級の人民法院に再審を申し立てることができる。一方当事者の人数が多い事件又は当事者双方が公民である事件については、原審の人民法院に再審を申し立てることもできる。当事者が再審を申し立てた場合、判決、裁定の執行は停止しない。

処分したことは妻の正当な利益を侵害したとして、再審法院は本件遺言書による住居の処分につき法的効力を認めなかった。あわせて、生存配偶者が本件住居の共有者として二分の一の割合を持つこと、そして、生存配偶者が長期にわたって被相続人と共同で生活し、被相続人の扶養義務をより多く履行したことから、再審法院は、遺産に属する本件住居の部分の帰属を確定するに際して、法定相続分より高い割合を生存配偶者に付与させるべきであると判示した¹⁹²。結論として、再審法院は第二審判決を棄却し、第一審判決を維持した。

イ 事例の検討

(ア) 高齢者再婚の場合における婚姻用建物の所有状況

高齢者の再婚の場合、通常、再婚夫婦は婚姻用建物の用意にあたり新たな建物を購入せず、夫婦の一方が所有する住居に居住する。そして、所有者である一方配偶者の子女の相続権に関する不安を解消するため、再婚の前に再婚夫婦の合意に基づく協議で非所有者である配偶者のこの住居に関する相続権を排除し、それとともに、所有者である夫婦の一方の死亡後、生存配偶者が遺産に属する住居に住み続ける権利を有することが約定される。

他方で、裁判実務では、再婚夫婦が婚姻中に夫婦の一方の個人財産である住居ではなく、一方配偶者とその子女の共有物である住居に居住していた事例も頻繁に見られる。その例が、【事例 40】の山東省浜州市博興県の人民法院判決、【事例 41】の重慶市の第五中級人民法院判決である。

当時適用されていた法律である婚姻法で採用された夫婦財産制度の下では、夫及びその前妻の婚姻中に購入された住居は原則として夫及びその前妻の共有物として評価され、その前妻の死亡に伴い、夫婦の間でこの住居の帰属に関する特別の約束がなければ、当該住居は夫及び当該夫婦の子の共有財産になる。その後、夫が再婚すれば、この住居を婚姻用建物として利用することがよくあるが、夫が再婚する前に当該住居に住み続ける権利を再婚相手に付与しようとする場合、共有物の処分に関する規律に基づき、夫は他の共有者である子の同意を得ることが不可欠である。しかし、事実上夫がその子の同意を得ないまま、住居の住み続ける権利を再婚相手に与えるという事例が多発している。

それにより、裁判実務では、このようにして設定された再婚相手の住み続ける権利に関し紛争が生じた場合、共有物の処分に関する規律に基づき、住み続ける権利の法的効力を認めない立場に立つ。【事例 41】の重慶市の第五中級人民法院判決は、これに当たる。

¹⁹² 相続法第 13 条 3 号によると、法定相続分の特例として、被相続人に対して主に扶養義務を尽くし又は被相続人と共同生活をしていた相続人があるときは、遺産配分の際、これに多く分与するようにすることができるとされた。

(イ) 共有物である住居に生存配偶者の居住の権利が設定された事例の検討

(ア) で検討されたように、被相続人が他の共有者の同意を得ずに共有物である住居に住み続ける権利を非所有者である生存配偶者に付与した場合、通常、人民法院は、この権利の法的効力を認めないとする。ただし、生存配偶者が住居に関し困窮する恐れがある場合、人民法院は、生存配偶者の以後の居住利益を確保するために、居住の権利を付与することではなく、扶助金の帰属など他の法的方策を用いることがある。【事例 39】の四川省綿陽市三台県の人民法院判決は、その例である。

通常、生存配偶者が長期にわたって被相続人と共同で生活し、被相続人の看護義務をより多く履行していたという事実があるときは、被相続人の老後生活の支えに対する寄与があったと評価されるべきであり、被相続人の死亡後に生存配偶者が自力で以後の居住確保を実現できない恐れがある場合、遺産に属する財産をもって生存配偶者の居住環境を保障すべきであると考えられる。また、高齢者權益保障法で定められた高齢者の合法的な權益を保護すべきであるとの原則に基づいても、人民法院は、被相続人によって設定された生存配偶者の住み続ける権利の法的効力を否定する場合には、他の居住確保の法手段を用いて生存配偶者の以後の居住利益を確保する必要があると思われる。

もちろん、人民法院が、被相続人が共有物である住居に設定した生存配偶者の住み続ける権利の法的効力を認めた事例もある。被相続人が遺言書で共有物である住居に住み続ける権利を非所有者である生存配偶者に付与した場合、他の共有者である被相続人の子がこの遺言書に署名したといった事情があるときには、人民法院は、子が本件遺言書で約束された住居の帰趨に対して同意の意思を有するとして、解決を図る。【事例 40】の山東省浜州市博興県の人民法院判決は、これに当たる。この事例では、被相続人により作成された遺言書は、実質上協議書の法的性質を有し、住居の共有者の間で共有物である住居の所有及び使用権限の帰属に関し合意されたものであると解された。そこでは、生存配偶者の住み続ける権利は、各共有者の同意を得た上で設定されたものであることから、法的有効性を有すると評価される。

(2) 生存配偶者のために設定された住み続ける権利の存続期間に関する検討

裁判実務では、非所有者である生存配偶者の以後の居住利益を確保するために、婚前の財産協議で当該配偶者の住み続ける権利が合意された際にして、生存配偶者と被相続人の子の間で設定された住み続ける権利に関する紛争を回避するために、この権利の存続期間や消滅事由などの内容も明確に約定され、さらに、生存配偶者の以後の居住上の需要を確実に満たすために、この権利の存続期間は基本的には生存配偶者が死亡するまでにとされていた。ただし、民法典の創設前に適用された法律の下では、権利の存続期間などに関する条文が設けられず、国民のその権利期間に関する法意識の薄弱などによって、裁判実務では設定された生存配偶者の住み続ける権利の存続期間が合意されなかった事例がしばしば見られる。

ア 事例の紹介

【事例 43】 上海市第二中级人民法院（2015）滬二中民一（民）終字第 3064 号判決

この事例では、所有者である被相続人が遺言の方式で本件住居の相続権を被相続人の子に帰属し、それとともに、この住居に住み続ける権利を生存配偶者に付与し、さらに、この権利の存続期間を生存配偶者が死亡するまでとした。被相続人の死亡後に生存配偶者と被相続人の子の間で、本件住居の所有権の帰属に関する紛争が生じた。

第一審法院は、国民の相続権は法律により保護されるべきであると説示し、本件遺言書で被相続人は遺産に属する住居の所有及び居住の帰属を明記したことを理由に、人民法院は本件遺言書に基づき、被相続人の子が相続で本件住居の所有権を取得し、また、生存配偶者が死亡するまでに引き続き遺産に属する住居に居住できると判示した。

第一審判決に対して、生存配偶者が不服を申し立て控訴した。すなわち生存配偶者は第一審判決で本件遺言書の真実性が判明されなかったことを理由として、遺言書で明記された本件住居の帰属の法的拘束力が欠如すると主張し、また、第一審判決によって被相続人の子が所有者として本件住居を転売した場合、生存配偶者が他の居住確保の法手段を有さないことから、住居の困窮に陥る恐れがあることを理由として、生存配偶者は遺産に属する本件住居の 3 割の所有権持分を人民法院に請求した。

第二審法院は、本件遺言書は被相続人の真意に基づいて作成されたものであること、相続法で定められた遺言書の形式要件を満たすことを理由に、本件遺言書の法的効力を認めた。また、本件住居の所有及び居住の帰属は遺言書で明記されたことから、生存配偶者の控訴を棄却し、第一審判決を維持した。また、生存配偶者の住居に困窮する恐れについて、第二審法院は、生存配偶者は労働能力を失ったが、実際に生計に困窮していないことを理由に、生存配偶者の本件住居の所有権持分請求を棄却した。それとともに、第二審法院は、生存配偶者の居住の権利は第一審判決で明確に確定されたため、この居住の権利は被相続人の子の行為で侵害されれば、生存配偶者は第一審判決によって自らの居住利益を保護できると説示し、それにより、第二審法院は、生存配偶者は自らの居住利益が侵害される恐れがあることによって主張した本件住居の持分請求を棄却し、第一審判決を維持した。

【事例 44】 江蘇省蘇州市人民法院（2016）蘇 05 民終第 307 号判決

この事例で、再婚夫婦の婚姻中に被相続人の名義で所有権登記された本件住居に居住していたが、その間に本件住居の所有名義人が被相続人からその子に変更された。また、被相続人の入院中に、生存配偶者は主に被相続人の看護に寄与していた。その後、被相続人が遺言書を作成しないままに急逝し、現在では、生存配偶者が引き続き本件住居に居住している。

被相続人の子が自らの債務を返済するために、本件住居を転売しようとしたが、生存配偶者と転居の件に関し相談した際に、生存配偶者が本件住居から退去する意図を有さず、それにより、当事者間で本件住居の居住の権利に関する紛争が生じた。

第一審法院は、高齢者が所有する住宅の所有権及び居住の権利が高齢者權益保障法で保護される¹⁹³と説示し、高齢者の居住環境を保障する義務を有する住居の所有者は、法律で定めるところに従い高齢者の居住利益を確保すべきであると判示した。本事例では、生存配偶者は被相続人との婚姻関係に基づき本件住居に居住する権利を取得し、その後、この住居の所有名義人が被相続人の子に変更されたが、被相続人の子から生存配偶者への退去請求によって生存配偶者が住居の困窮に陥る恐れがあること、当該請求は高齢者權益保障法で定められた高齢者の居住確保という原則に違反すること、また、生存配偶者は他の住居をもって以後の居住利益を確保する資力を有さないことから、人民法院は被相続人の子から生存配偶者への退去請求を棄却した。

第一審判決に対して、被相続人の子が不服を申し立て控訴したが、その控訴理由は、本件住居の所有名義人は既に被相続人の子に移転されたこと、被相続人の子は住居の所有者として生存配偶者を本件建物から退去させる権利を有すること、また、生存配偶者の居住問題は自らの子女の扶養義務の履行により解決できることから、生存配偶者は本件住居に住み続けること以外の手段で以後の居住問題を解決できると主張した。

第二審法院は高齢者の居住利益が法律で確実に保護されるべきであると説示した上で、本件では、生存配偶者と被相続人の婚姻関係は被相続人の死亡により消滅せず、それにより、生存配偶者が被相続人との婚姻関係で取得した本件住居に居住する権利は消滅しないとした。確かに、本件住居の所有権が被相続人の死亡前に既にその子に移転されたが、それにも関わらず、人民法院は高齢者の法益を確保する視点から出発して、生存配偶者が継続して本件住居に居住することができるとし、その上で、被相続人の子の控訴請求を棄却し、第一審判決を維持した。

【事例 45】 雲南省昆明市中級人民法院（2018）雲 01 民終 7095 号判決

この事例においては、生存配偶者と被相続人が再婚の前に合意した協議では、夫婦双方の婚姻前財産は個人財産に属しており、お互いに相続権を有しないと、夫が先に死亡した場合、妻は引き続き遺産に属する住居に居住することができ、さらに、この居住の権利の存続期間を三年として明記した。その後、被相続人が遺言の方式で協議により明記された生存配偶者の居住の権利の期間制限を撤回し、その居住期間は生存配偶者により決まり、被相続人の子は生存配偶者の居住の利益を侵害してはならないと明示した。

第一審法院は、本件協議に基づき、被相続人の子は相続で本件住居の所有権を取得するとし、そして、被相続人の子から生存配偶者への本件住居の所有名義人の移転請求に関し、第一審法院は、現時点において生存配偶者は本件住居に居住しているが、共同所

¹⁹³ 高齢者權益保障法第 16 条は、高齢者の居住利益について規制する。すなわち、老年人權益保障法第 16 条によると、扶養者は、適切に高齢者の住居を手配すべきであり、強迫的に高齢者を低劣な住居に居住させたり、転居させることを禁止する。高齢者が所有している住居、又は賃貸している住居につき、その子女及びその他の親族は占有する権利を有せず、住居の所有関係及び賃貸関係を無断で変更することもできない。高齢者が所有している住居について、養護者は維持し、修理する義務を負う。

有者ではないことから、生存配偶者が本件住居の所有名義人の移転手続きを協力する義務を有しないと判断し、その上で、被相続人の子の請求を棄却した。また、婚姻前の財産協議で合意された生存配偶者の住み続ける権利の法的効力については、第一審人民法院は、法律により明定されない物権的な権利を契約などによって設定されることは、物権法で定められた物権法定主義に違反することを理由に、この権利の法的効力を認めなかった。

これに対して生存配偶者は不服を申し立て、控訴した。第二審法院は、物権法で明文化された所有権法理に基づき¹⁹⁴、所有者は法律の定めるところに従い個人財産である住居を処分することができ、また、相続法の条文¹⁹⁵によって、遺言による相続に義務が付されているときは、相続人はその義務を履行すべきであると説示した。本事例では、第二審法院は生存配偶者の継続居住の権利が被相続人の遺言書で明記されたことから、この居住権利の確保は義務として被相続人の子の相続権に付かされ、その上で、被相続人の子が相続で本件住居の所有権を取得するとともに、生存配偶者の住み続ける権利を保障するという義務を履行しなければならないと判断した。それにより、人民法院は、生存配偶者は自らの自由意志で本件住居から退去するとき、又は生存配偶者が死亡したときに、被相続人の子の相続権に課された生存配偶者の居住の利益を確保するという義務が解消し、被相続人の子が本件住居の完全な所有者になると判断した。

そして、婚前の財産協議で合意された生存配偶者の住み続ける権利の法的性質については、第二審法院は、権利の内容に基づきこの権利が遺産に属する住居を占有・使用する内容を有することから、所有権に従属するものとして物権法により保護されるべきであると判示した。そこでは、第二審法院は生存配偶者が被相続人の死亡後に引き続き本件住居に居住できるとの結論を下した。

【事例 46】 広西省南寧市興寧区人民法院 (2019) 桂 0102 民初 420 号判決

この事例は、生存配偶者と被相続人の子の間で被相続人の個人財産である住居の分割割合に関する紛争が生じた事例であった。生存配偶者と被相続人が再婚する前に合意した財産協議において、夫が南寧市において所有している住居は夫の個人財産であり、妻が崇左市に所有している建物は妻の個人財産に属することが約定され、それとともに、夫婦双方の個人財産の相続権は各自の子女に属することも明記された。あわせて、被相続人が先に死亡した場合、生存配偶者が死亡するまでに継続して遺産に属する住居に居住できることが約定された。ただし、被相続人の死亡後に、生存配偶者と被相続人の子の間で遺産に属する本件住居の分割割合に関する紛争が生じた。

第一審法院は、再婚夫婦間で合意された財産協議は法律の強行規定に違反しないことを理由に当該協議の法的効力を肯定し、さらに、本件協議において被相続人が先に死亡

¹⁹⁴ 物権法第 39 条によると、所有者は、自己の不動産又は動産について、法律の定めるところに従い、その占有、使用、収益及び処分をする権利を有する。

¹⁹⁵ 相続法第 21 条によると、遺言相続又は遺贈に義務が付されているときは、相続人又は受遺者は、その義務を履行しなければならない。正当な理由なくしてその義務を履行しないときは、人民法院は、関係する組織又は個人の請求により、その者の遺産を受け取る権利を取り消すことができる。

した場合に生存配偶者である妻が死亡するまでに本件住居に継続して居住することができることが明確に約定され、それにより、第一審法院は被相続人の死亡後に生存配偶者が引き続き遺産に属する住居に居住することができるかと判断した。それとともに、第一審法院は、生存配偶者の遺産である住居の相続権利が婚姻前の財産協議により排除されたことを理由に、生存配偶者の本件住居の相続請求を斥けた。

【事例 47】 陕西省漢中市漢台区人民法院（2019）陝 0702 民初 1780 号判決

この事例では、本件住居が被相続人の個人財産であったが、夫婦双方が再婚する前に合意による財産協議に基づき、婚姻中に生存配偶者が本件住居に居住できる権利を有するとされた。ただし、被相続人の死亡後に、被相続人の子が本件住居に入居し、それにより、生存配偶者が引き続きこの住居を利用することができなくなり、生存配偶者と被相続人の子の間で、本件協議で合意された生存配偶者の居住の権利の存続期間に関する紛争が生じた。

これに対して、第一審法院は、本件協議書は再婚夫婦双方の真意で締結されたものであることを理由に、この協議書の法的効力を認めた。さらに、第一審法院はこの協議で合意された生存配偶者の婚姻中の居住の権利の法的効力を認めた。そして、本事例の争点である生存配偶者が被相続人の死亡後に遺産に属する住居に住み続ける権利を有するかに関して、第一審法院は、再婚夫婦双方の婚姻関係は被相続人の死亡により消滅しないとし、その上で、生存配偶者が被相続人の死亡の影響を受けず継続して本件住居に居住する権利を有すると判示した。

イ 事例の検討

（ア）生存配偶者のための住み続ける権利の存続期間の明記必要性

前節で検討されたように、離婚経済援助制度の下では、離婚の際に「生活困難者」に該当する配偶者の離婚後居住権が約定されるとともに、制度趣旨に照らしてこの権利は一時的な権利であると解され、その上で、離婚夫婦双方の利益衡平を確保するために、離婚後居住権の存続期間は明記される必要がある。この場、存続期間の明示は合意された離婚後居住権に課された制約として解される。

それと異なり、生存配偶者のため約定された住み続ける権利の場合、その権利の存続期間の明示は、生存配偶者の居住権利に制限を加えるわけではなく、生存配偶者の以後の居住権利の保護に資すると考えられる。その理由は、非所有者である生存配偶者の遺産に属する住居に住み続ける権利が設定された際に、通常、生存配偶者の相続権利が協議で明確に排除されることが一般的に行われる。それにより、被相続人の死亡に伴い、被相続人の子が相続で遺産に属する住居の所有権を取得し、生存配偶者のための住み続ける権利の存続期間が明確に合意されなければ、生存配偶者と被相続人の子の間で権利の存続期間に関する紛争が生じやすく、生存配偶者が住居の新たな所有者である被相続

人の子により住居から退居させることにより、住居の困窮に陥る恐れがあると考えられる。

そこでは、婚前の財産協議で生存配偶者の住み続ける権利が合意された際に、その権利の存続期間も同時に明記され、さらに、生存配偶者の以後の居住環境を確実に保障するために、その存続期間を生存配偶者が死亡するまでにとした事例がしばしば見られる。そして、生存配偶者にとっては、婚姻中に住み慣れた住居に住み続けることが望ましく、それにより、生存配偶者の住み続ける権利の存続期間を生存配偶者が死亡するまでにと設定することは、高齢者の安定的な生活環境の確保に資すると言える。近時の例として、【事例 43】の上海市の第二中級人民法院判決及び【事例 46】の広西省南寧市興寧区の人民法院判決はその例である。

ただし、民法典の創設前に、裁判実務では、非所有者である生存配偶者のために住み続ける権利が合意された際に、その権利の存続期間が明記されなかった事例もある。

【事例 47】の陝西省漢中市漢台区の人民法院判決はこれにあたる。あわせて、生存配偶者の住み続ける権利の存続期間が明記されなかったことにより生じた紛争に対して、人民法院は常に遺産の遺族の生活確保という役割に基づき、生存配偶者の住み続ける権利の存続期間を決まり、さらに、生存配偶者が遺族として死亡するまでに引き続き遺産に属する住居をもって居住問題を解決できると判決している。それとともに、人民法院は、生存配偶者が再婚すれば、被相続人との婚姻関係が解消することから、継続して遺産に属する住居に居住することができなくなるとの見解を示した。

(イ) 権利の存続期間と生存配偶者の居住確保の現実的必要性

①非所有者である生存配偶者の生活確保の資力に関する検討

離婚の場合と異なり、非所有者である生存配偶者は、基本的には自力で以後の居住環境を保障することが困難であると言え、傷病又は健康状態の悪化により生存配偶者が労働能力を欠けており、それにより、被相続人の死亡後に生存配偶者の経済的収入は急激に減少されることがよくある。また、婚姻前の財産協議書などにおいて、生存配偶者は被相続人の個人財産の相続権が有しないと制約され、それで生存配偶者は相続で金銭などの現物を取得する可能性は極めて低いと想定される。そのため、財産協議で生存配偶者が死亡するまでに遺産に属する住居に住み続ける権利の設定は、生存配偶者の安定的な居住環境の確保に対して有用であると考えられる。【事例 45】の雲南省昆明市の中級人民法院判決及び【事例 46】の広西省南寧市興寧区の人民法院判決はその例である。

また、裁判実務では、被相続人の子により被相続人の死亡後の生存配偶者の居住確保問題は、自らの子女の扶養義務の履行によって解決できるとの主張がされた。近時の例として、【事例 44】の江蘇省蘇州市の人民法院判決はこれにあたる。確かに、生存配偶者の子女が住居を所有する場合、生存配偶者は遺産に属する住居を利用せず、他の住居に居住することによって自らの以後の居住利益を確保できるように想定される。ただし、生存配偶者の住み続ける権利は、生存配偶者の以後の居住環境を保障するために設

定されたものだけではなく、再婚関係の構築により不利益を受ける危険性を回避するために設定されたものとして位置付けることもある。

現時点では、高齢者双方は単なる婚姻関係を構築するために再婚しようとしたわけではなく、老後生活の世話をしてくれるために再婚した高齢者もよく見られる。このような場合で、再婚配偶者の各自の子女の相続利益の減少に関する不安を解消するために、常に再婚前に合意された協議において、夫婦双方の婚姻前の財産は個人財産であり、お互いに財産を相続する権利を有さないことがよく約定される。生存配偶者が婚姻中に他方配偶者の看護に主に寄与していたが、他方配偶者の死亡後に相続で遺産を取得する権利が排除され、それにより、生存配偶者が不利益を被る恐れがあると考えられる。そのため、生存配偶者が再婚したことにより生じた悪影響を最小限度に抑えるために、生存配偶者の以後の居住問題が自己の子女の扶養義務の履行により解決できかどうかを問わず、婚前の財産協議で設定された生存配偶者の居住の権利を保護すべきであると考えられる。

②離婚経済援助制度との比較検討

民法典の施行前に適用された法律の下では、婚姻法で定められた「生活困難者」にあたる離婚配偶者の離婚後の居住利益を確保するために、離婚後居住権を付与することは、離婚後の経済援助の一形態として法律により明定され、これに対し、死別の場合における生存配偶者の居住問題の具体的な解決方法は法律で明確に規定されなかった。その理由として、離婚の場合、婚姻関係の終了に伴い夫婦双方の扶助義務が解消されるが、死別の場合ならば、生存配偶者と被相続人の婚姻関係は被相続人の死亡により消滅せず、夫婦の扶助義務は被相続人の遺産に属する財産をもって履行されることになる。

そのため、生存配偶者の住み続ける権利は夫婦間の合意により協議で設定されれば、人民法院は私法自治の原則に基づき、設定された生存配偶者の居住の権利の法的効力を肯定し、さらに、生存配偶者の継続居住の権利が明確に設定されなかった場合、人民法院は遺産の遺族の生活保障という役割又は高齢者權益保障法で定められた高齢者の合法的な權益を保護すべきであるとの原則に基づき、生存配偶者が遺族として引き続き遺産に属する住居に居住することができると判断していた。換言すれば、生存配偶者の住み続ける権利が明確に設定されるかを問わず、人民法院は裁判実務に現れた生存配偶者の居住の権利の有無に関する紛争に対して、常にこの権利の法的効力を認める立場に立っていた。

したがって、死別の場合、生存配偶者が再婚すれば、被相続人との婚姻関係が解消することから、生存配偶者が継続して遺産に属する住居に居住することによって、生存配偶者の居住利益が過剰に保護され、この住居の所有者の利益が不正に制約される恐れがある。それにより、生存配偶者が被相続人の死亡後に継続して遺産に属する住居を利用する権利を有するが、再婚することに伴いその権利が消滅する。

そこでは、離別及び死別の場合において、夫婦の婚姻関係の終了又は被相続人の死亡により生じた異なる法的効果のため、裁判実務では、人民法院は配偶者の継続居住の権利に対して相異なる見解を示す。すなわち、離別の場合、離婚後の経済援助を請求した一方配偶者が婚姻法で定められた適用要件を満たさなければ、人民法院は常にこの請求を斥ける見解を示したが、これと異なり、人民法院は、生存配偶者の安定的な老後生活を確保するために、高齢者權益保障法で定められた高齢者の合法的な權益を保護すべきであるとの原則に基づき、生存配偶者が再婚しない限り継続して遺産に属する住居に居住することができるとの結論を下す。

(3) 生存配偶者の住み続ける権利の消滅事由に関する検討

離別の場合と異なり、夫婦双方の婚姻関係は被相続人の死亡により消滅しないことから、遺産の遺族の生活保障という役割に基づき、被相続人の死亡後に生存配偶者が遺族として遺産に属する住居に住み続けることが可能であるが、生存配偶者が再婚すれば、被相続人との婚姻関係が解消されることになり、遺産である住居に引き続き居住することができなくなる。それにより、財産協議で生存配偶者のための居住の権利が約定される際にして、生存配偶者が再婚しない限り引き続き被相続人の個人財産である住居に居住することができることとされ、生存配偶者が再婚することをこの住み続ける権利の消滅事由とすることが一般的に行われる。そして、裁判実務に現れた生存配偶者の継続居住の権利の消滅事由に関する紛争に対して、人民法院は、通常、意思自治の原則に基づき、合意された生存配偶者の継続居住の権利の消滅事由の法的効力を認めるが、司法実務では、人民法院は、当事者間で合意された生存配偶者が再婚することという消滅事由は婚姻自由の原則に違反することを理由に、当該消滅事由の法的効力を認めなかった事例も見られる。

ア 事例の紹介

【事例 48】 浙江省杭州市中級人民法院（2014）浙杭民終字第 1000 号判決

この事例では、夫婦双方が再婚する前に締結した婚姻契約において、婚姻前の財産は夫婦各自の個人財産であり、お互いに他方の個人財産の相続権を有さず、また、婚姻中に夫婦双方が取得した給与などの経済的な収入は夫婦双方の共有財産であると明記された。婚姻中に、夫は自らが所属する勤務先との間で公有住房の購入契約を締結し、婚姻用建物として本件公有住房を購入し、夫の名義でその所有権登記を行った。

その後、婚姻契約に本件住居の相続権及び居住の権利に関する内容が追加された。すなわち、この住居は夫の個人財産であることが明記され、それとともに、夫が先に死亡した場合には妻が再婚しない限り死亡するまで当該住居に居住できることが約定された。また、本件婚姻契約において夫の子女が本件住居の相続権を有するという内容が追加され、夫婦双方が死亡したときには当該住居の相続が開始するとされた。

夫が病気で死亡した後、妻が遺産に属する住居に居住していたが、夫の子女が生存配偶者である妻に対して本件住居の所有権を主張するとともに、妻に対してその所有名義人の移転手続に協力するよう請求した。

第一審法院は、夫婦間で締結された婚姻契約に基づき、夫の死亡後に生存配偶者である妻が継続して本件住居に居住できるとした。そして、婚姻契約で本件住居は夫の個人財産であり、夫の子が本件建物の相続権を有することが約定されたが、それとともに、夫婦双方ともが死亡した後に本件住居が遺産として清算されることが明記され、それにより、第一審法院は、被相続人の子の所有名義人の変更請求を棄却した。

これに対して、夫の子は第一審判決に不服を申し立て控訴した。控訴理由として、物権法の条文¹⁹⁶に従えば、被相続人の死亡時に遺産に属する住居の所有権移転の物権的な効力が発生し、本件婚姻契約で被相続人の子の相続権が制約せず、それにより、被相続人の子の所有権移転登記手続に関する請求が人民法院により認めるべきであることが挙げられた。

第二審法院は、本件財産協議に基づき、この住居に関して被相続人の子の相続権及び生存配偶者の住み続ける権利の法的効力を認めた。ただし、財産協議で約定された生存配偶者が再婚するという権利の消滅事由につき、第二審法院は、当該内容は婚姻法で定められた婚姻自由の原則¹⁹⁷に反するものであることを理由に、この内容は無効であると判示し、妻が再婚するかを問わず、死亡するまでに本件住居に居住することができると判断した。また、第二審法院は、本件協議で明記された相続時間に関する制約は、被相続人の子に課された生存配偶者の以後の居住環境を保障する義務であると解し、その上で、被相続人の子が相続で本件住居の所有者になり、生存配偶者が当該住居の所有名義人の移転手続に協力するよう命じた。

【事例 49】 遼寧省鉄嶺市中級人民法院（2015）鉄民三終字第 00263 号判決

この事例において、夫婦が再婚前に締結した婚姻契約には、婚姻用建物の所有者である夫が死亡した場合、夫の子がその住居の所有権を有すると明記し、また、妻が死亡するまでに継続して当該住居に居住できるとした。あわせて、本件契約で妻がこの住居を転売・相続することができないとの制約が課された。

その後、夫により作成された公正証書遺言¹⁹⁸には、夫婦双方が実際に共同生活をせず、お互いに夫婦の扶養義務を履行しておらず、また、夫がその子と共同で生活していたことから、夫の全ての個人財産をその子に相続させることが明記され、かえって、

¹⁹⁶ 中国では、物権法第 29 条は、相続又は遺贈等による物権の取得の場合における効力の発生時期につき、以下のように規定した。すなわち、相続又は遺贈により物権を取得したときは、相続又は遺贈が開始されたときからその効力が発生する。

¹⁹⁷ 中国では、婚姻法第 2 条は婚姻法の基本的な原則を規定しており、その中、婚姻自由という原則は第 2 条 1 項によって明文化され、すなわち、婚姻の自由、一夫一婦及び男女平等を旨とする婚姻制度を実施するとされた。

¹⁹⁸ 遺言の方式につき、中国相続法第 17 条は公正証書遺言を遺言の方式の一種類として規定した。すなわち、相続法第 17 条によると、公正証書遺言を作成する際に、遺言者が公証機関を通じてしなければならない。

夫の子が一括的に妻に 7000 元を支給するよう明記された。夫の死亡後に、生存配偶者と被相続人の子の間で本件住居の居住の権利に関する紛争が生じた。

第一審法院は、公民が遺言書で個人財産を処分する権利を有すると説示し、その上で、本件遺言書は被相続人の真意に基づき作成されたものであるから、その法的効力を認めた。そして、本件遺言書で本件住居の帰属が明確に示されたことから、人民法院は遺言書に基づき、本件住居を被相続人の子に属させた。一方、生存配偶者の本件住居に住み続ける権利に対し、人民法院は、この権利が夫婦双方の合意による婚姻契約で設定されたものであること、また、被相続人の遺言書にこの権利の変更がされなかったことを理由に、設定された生存配偶者の住み続ける権利の法的効力を認めた。また、生存配偶者の家賃補償金の支給請求につき、人民法院は生存配偶者により提出された証拠に基づきその賃貸借契約の真実性を証明できないことを理由に、この請求を棄却した。

これに対して、生存配偶者が不服を申し立て、控訴した。第二審法院は、生存配偶者により提出された証拠に基づき本件賃貸借契約の真実性を証明できないことを理由に、生存配偶者の家賃補償金の支給請求を棄却し、第一審判決を維持した。

【事例 50】 上海市嘉定区人民法院（2016）滬 0114 民初 2949 号判決

この事例では、本件住居は被相続人の婚前の個人財産であり、被相続人の遺言書でその相続権は被相続人の子に属させ、それとともに、生存配偶者は原則として再婚しない限り死亡するまでに本件住居に住み続けることができるとされた。また、生存配偶者の居住中に被相続人の子が本件住居を転売することが制約された。被相続人の死亡後、生存配偶者と被相続人の子の間で、本件住居の所有名義人の変更手続きに関する紛争が生じた。

人民法院は、公民が遺言で個人財産を処分することができることを説示し、さらに、本件遺言書は相続法で定められた法的要件を満たすことを理由に本件遺言書の法的効力を認めた。その上で、遺産に属する本件住居の帰属が遺言書で明記されたことから、人民法院は、本件遺言書に基づき被相続人の子は本件建物の所有権を取得すると判決した。

また、生存配偶者の居住の権利も本件遺言書で明示されたことから、人民法院は、設定された生存配偶者の居住の権利の法的効力を認め、そして、遺言書に基づきこの権利の消滅事由は生存配偶者の死亡又は再婚であるとした。

あわせて、被相続人が設定された生存配偶者の居住の権利を保障するために、遺言書で権利の存続中に被相続人の子の転売権利を制約し、この権利の消滅時に被相続人の子が遺産に属する住居の所有名義人移転手続きを行うなどの内容を明記した。それにより、人民法院は被相続人の終意である遺言書を尊重し、その内容に基づき生存配偶者が死亡又は再婚した後に被相続人の子が本件住居の所有権移転登記手続きを行うことにすると判決した。

【事例 51】 山東省淄博市中級人民法院（2017）魯 03 民終 3580 号判決

この事例は、生存配偶者と被相続人の子の間で遺産に属する住居の相続権及びそれに居住する権利に関する紛争が生じた事例であった。再婚夫婦の合意による協議において、婚姻前の財産は夫婦各自の個人財産であり、夫婦のお互いの財産の相続権は各自の子に帰属させることが明記された。また、婚姻中に妻が夫の個人財産である本件住居を利用することができ、誰しも本件建物を無断で占有することができないことも本件協議により明示された。夫の死亡後、生存配偶者と被相続人の子の間で、本件協議で設定された生存配偶者の居住の権利が夫の死亡に伴い消滅するかどうかをめぐる紛争が生じた。

第一審法院は、設定された生存配偶者の居住の権利の存続期間が伝統的な慣習及び社会通念に基づき決まるべきであると説示し、すなわち、被相続人の死亡後、生存配偶者が再婚しない限り夫婦の婚姻関係が解消しないとし、それにより、設定された生存配偶者の居住の権利は被相続人の死亡の影響を受けないと判断した。さらに、本件協議で言及されなかった権利の消滅事由につき、人民法院は婚姻関係の解消自由などに基づき、生存配偶者が再婚又は死亡した際に、設定された居住の権利が消滅すると判示した。

第一審判決に対して、被相続人の子女は不服を申し立て、控訴した。控訴理由として、生存配偶者は別の住居を所有することから、被相続人の死亡後に住居の困窮状態に陥る恐れがないことが被相続人の子女により挙げられた。

第二審法院は、本件協議で生存配偶者が婚姻関係の存続中に被相続人の個人財産である本件住居に居住できると明記され、そして、伝統慣習に基づき夫婦双方の婚姻関係が夫婦の一方の死亡により解消されず、それにより、人民法院は被相続人の死亡後に生存配偶者が継続して本件住居に居住できると判断した。結論として、第二審法院は被相続人の子女の控訴請求を斥け、第一審判決を維持した。

イ 事例の検討

法律婚主義の下では、婚姻登記手続きを行った高齢者夫婦の場合、夫婦の婚姻関係から由来した扶養義務に基づき、婚姻中に夫婦の一方は他方の個人財産である住居に居住できるとされ、また、夫婦の婚姻関係は所有者である配偶者の死亡により解消しないことから、所有者である配偶者の死亡後に、生存配偶者は継続して遺産に属する住居を利用することができる。

もちろん、所有者である配偶者の死亡後に、生存配偶者が再び婚姻関係を構築した場合、又は生存配偶者が死亡した場合、夫婦双方の婚姻関係が解消され、それにより、生存配偶者が引き続き遺産に属する住居に居住することができなくなる。

そして、裁判実務では、高齢者再婚の場合、財産協議などによって生存配偶者の居住の権利を設定する際に、被相続人の子の相続利益が不正に制限される危険性を回避するために、通常、当該権利の消滅事由の明記という法手段を用いている。さらに、財産協議で夫婦双方の婚姻関係の終了事由などに基づき、生存配偶者が再婚した場合又は死亡

した場合において、設定された居住の権利が消滅すると明記される事例がしばしばある。

(ア) 生存配偶者が死亡することを消滅事由として明記された事例に関する検討

裁判実務では、婚姻前の財産協議書において、生存配偶者が死亡することを設定された住み続ける権利の消滅事由として明記された事例がしばしばある。その理由として、老後の住居の困窮状態に陥る危険性を回避するために再婚をした配偶者の場合、設定された住み続ける権利を用いて以後の居住環境を確保できれば、生存配偶者は実際に再び婚姻する可能性が低いように想定される。それにより、生存配偶者の住み続ける権利を合意する際に、生存配偶者が死亡することをその消滅事由として明記された事例が頻繁に見られる。近時の例として、【事例 46】の広西省南寧市興寧区の人民法院判決、及び【事例 49】の遼寧省鉄嶺市の中級人民法院判決が挙げられた。

また、生存配偶者の住み続ける権利が財産協議で合意されると同時に、生存配偶者の他方配偶者の個人財産を相続する権利が排除されることが一般的に行われている。それにより、生存配偶者が相続で金銭などの現物の取得によって以後の居住環境を確保することができなくなる恐れがあり、遺産に属する住居をもって居住を保障する現実的必要性がある。そして、高齢者再婚の場合、被相続人の死亡後、生存配偶者が国家の養老保険金¹⁹⁹など社会福祉施策で生活水準を維持した事例がしばしば見られ、その場、生存配偶者が自力で以後の居住問題を解決することが困難である。この点に着目すれば、生存配偶者の住み続ける権利を設定する際に、その権利の消滅事由を生存配偶者が死亡することとして約定されるのは、生存配偶者の安定的な老後生活環境の確保に対して極めて重要な意味を有すると言える。

この実情を踏まえ、裁判実務に現れた生存配偶者の居住の権利の消滅事由に関する紛争を処理する際に、人民法院は、生存配偶者の以後の居住利益を確保するために、その消滅事由などの内容が財産協議で明記されなかった場合、生存配偶者が死亡するまでに遺産に属する住居に住み続けることができるとの結論を下した事例がある。【事例 51】の山東省淄博市の中級人民法院判決はこれに当たる。

(イ) 生存配偶者が再婚することを消滅事由として明記された事例をめぐる検討

通常、生存配偶者と被相続人の婚姻関係が被相続人の死亡により消滅しないことから、被相続人の死亡後に生存配偶者が遺族として引き続き遺産に属する住居を利用することができる。ただし、生存配偶者が再婚すれば、被相続人との婚姻関係が解消され、継続して遺産である住居に居住する権限を失い、そして、生存配偶者がこの住居に住み続ける場合、住居の所有者の所有利益が不正に制約される恐れがある。

¹⁹⁹ 中国では、1995年に国務院により公布された『企業の従業者に向けた養老保険制度の改革に関する通知』によって、養老保険制度の「改革の目標、原則及び措置」などが明記され、保険支給額に関して、企業はその総額収入の20%を負担し、職員は自分の収入の8%を支給するとし、定年又は15年間の負担金を全部払った職員は定年後に毎月基本養老金を取得する。

そのため、生存配偶者の住み続ける権利を合意する際に、通常、生存配偶者が再婚することをこの権利の消滅事由として約定されることが一般的に行われる。これに対し、裁判実務では、人民法院は当事者双方の合意を尊重するためにこの内容の法的効力を肯定した事例がしばしば見られ、ただし、この消滅事由が婚姻自由という原則に違反することを理由にその効力を認めなかった事例もある。

①肯定的な立場に立つ事例の検討

裁判実務では、生存配偶者の居住の権利が約定されると同時に、生存配偶者が再婚することを当該権利の消滅事由として明記された事例がしばしば見られる。この消滅事由については、人民法院は常に肯定的な見解を示しており、すなわち、人民法院は遺産の遺族の生活確保という機能に基づき、生存配偶者が再婚すれば、被相続人の婚姻関係が解消するとし、その上で、この消滅事由が明記されないとしても、生存配偶者は継続して遺産に属する住居を利用することができなくなると判示する。

現時点において、夫婦間の扶養義務は夫婦の婚姻関係から派生したものであると解するのが、中国における共通の認識である。さらに、居住利益の確保はこの扶養義務の一内容として位置づけられ、夫婦の婚姻関係が解消しない限り夫婦はこの義務を履行すべきであるとされる。あわせて、夫婦の婚姻関係が所有配偶者の死亡により消滅しないと解されたことから、所有である配偶者の死亡後に、生存配偶者は婚姻関係に基づき、遺産に属する住居に居住できるとされる。その例が、【事例 51】の山東省淄博市の中級人民法院判決である。

ただし、生存配偶者が再婚する際に、被相続人との婚姻関係が解消することから、生存配偶者が継続して婚姻関係に基づき被相続人の個人財産である住居を利用できなくなり、それにより、裁判実務では、生存配偶者が再婚することという消滅事由の明記状況に関わらず、人民法院は常にこの消滅事由の法的効力を認め、生存配偶者が再婚すれば、引き続き遺産に属する住居に居住することができなくなるとの見解を示した。

②反対意見が示された事例に関する検討

通常、生存配偶者の住み続ける権利が設定される際に、生存配偶者が再婚すれば引き続き遺産に属する住居に居住することができなくなることが合意される。そして、裁判実務では、人民法院は常にこの内容の法的効力を認めるとの見解を示したが、当該消滅事由は、当時の婚姻法第 2 条²⁰⁰で定められた婚姻自由という原則を違反し、生存配偶者の婚姻自由権利を侵害する恐れがあることを理由に、この消滅事由の法的効力を認めなかった事例もある。近時の例として、【事例 48】の浙江省杭州市の中級人民法院判決はこれに当たる。

²⁰⁰ 婚姻法第 2 条は、婚姻法の基本原則を規定した。第 1 項によると、中国では、婚姻の自由、一夫一婦及び男女平等を旨とする婚姻制度を実施する。

結論から見れば、生存配偶者の再婚自由が確保されると言えるが、生存配偶者の再婚後に継続して遺産に属した住居に居住できるとされれば、その居住利益が過剰に保護される恐れがあり、生存配偶者と被相続人の子女との間で、設定された居住の権利に関する紛争が再び生じさせる恐れがあると考えられる。

もちろん、当時の婚姻法が婚姻自由との原則を明文化したが、生存配偶者が再婚することに伴い合意された住み続ける権利が消滅することとは、確実に婚姻自由の原則に反するかが問題としてなお検討されるべきである。すなわち、遺産の遺族の生活確保という機能に基づき、遺産に属する住居は、原則として遺族の以後の居住利益の保護のために利用されるべきであり、生存配偶者が重ねて婚姻をする場合、当該生存配偶者と被相続人との婚姻関係が解消し、生存配偶者は遺族に属せず、それにより、生存配偶者が遺族として引き続き遺産に属する住居を利用できるわけではない。

そして、既に検討されたように、老後生活の居住環境を確保するために婚姻をした高齢者の場合、生存配偶者が遺産に属する住居をもって以後の居住環境を保障できれば、再び婚姻する可能性が低いように想定される。この点に基づき、人民法院の当該消滅事由の法的効力に関する判断が、実際には生存配偶者に対して著しい影響を与えるわけではないと考えられる。そのため、人民法院は夫婦双方の合意を無視して再婚という権利の消滅事由の法的効力を斥けるとの結論は、生存配偶者の再婚自由の確保に対して役に立たないと言える。

あわせて、民法典の居住権制度において、権利の存続期間及びその消滅事由などの内容は当事者双方の合意による協議で決まることが明定され、約定された居住権の消滅事由は原則として当事者双方に対して法的拘束力を有すると解され、それにより、民法典の施行に伴い、人民法院は当事者双方により合意された消滅事由の法的拘束力を否定する余地がなくなるように想定される。

(4) 生存配偶者の居住の権利の法的効力に関する事例の検討

裁判実務では、生存配偶者のために設定された住み続ける権利の法的有効性が遺産に属する住居の所有者により認められる場合においても、当事者間でその権利の対抗力などの内容に関する紛争がしばしば見られる。通常、生存配偶者と被相続人の子女の利益を衡平するために、生存配偶者の住み続ける権利が合意されたと同時に、その相続権限が制約され、被相続人の子女が住居の相続権を有すると衡量された事例が多発しており、その場で被相続人の子女が生存配偶者と共同でこの住居に居住し、それによって生存配偶者の居住利益と被相続人の子女の所有利益が衝突した結果に至る恐れがある。

ア 事例の紹介

(ア) 生存配偶者が所有者との対抗関係に関わる事例

【事例 52】 江蘇省泰州市中級人民法院（2014）泰中民申字第 0080 号判決

この事例では、高齢者夫婦の再婚中に、夫婦双方が夫の個人財産である住居甲に居住していたが、妻は同市において住居乙を所有する。また、夫とその子の間で合意された本件住居に関する分割協議で、夫の子が本件住居の相続権を有すると約定され、それとともに、この相続権に付加された制約として、夫の子が夫の許可を得なければ、本件住居に入居できないことが明記された。夫の死亡後に、妻と夫の子の間で本件住居の居住の権利に関する紛争が生じた。

第一審法院は、本件の争点は生存配偶者が本件住居の居住の権利を有するかどうかであることを指摘し、その上で、本事例では、生存配偶者が婚姻関係の構築によって、被相続人の家族構成員になり、その身分に基づき本件住居に居住する権利を取得した。他方で、人民法院は、婚姻関係は夫婦の一方の死亡により消滅しないと説示し、生存配偶者がその婚姻関係に基づき取得した居住の権利によって被相続人の死亡後に継続して本件住居に居住することができる結論付けた。

これに対し、夫の子は不服を申し立て、控訴した。その控訴理由は、生存配偶者は退職金を取得しており、他の住居を所有し、それにより、被相続人の死亡後に居住上又は生計上の困窮がなく、生存配偶者が自力で以後の居住問題を解決できることにある。

第二審法院は、生存配偶者が被相続人との婚姻関係に基づき本件住居の居住の権利を取得すると判示し、さらに、被相続人の死亡後に、生存配偶者は遺族として継続的に本件住居に居住することができる判断した。また、第二審法院は、被相続人の子の控訴請求は法律上根拠が欠如することを理由に、この請求を棄却し、第一審判決を維持した。

その後、被相続人の子は、第二審判決に対して不服を申し立て、再審手続きを申請した。すなわち、被相続人の子は被相続人の真意に基づき、自らが相続で本件住居の所有者になり、また、被相続人の子と生存配偶者の間で実質上扶養関係が構築されず、それにより、被相続人の子は生存配偶者に対して扶養義務を負わないと主張した。あわせて、生存配偶者が退職金を取得しており、別の住居を所有することから、本件建物から退去した後に、生存配偶者は住居の困窮状態に陥る恐れがないとの考えが被相続人の子により示された。

再審法院は、生存配偶者が被相続人との婚姻関係に基づき、その家族構成員として本件住居に居住する権利を取得することができ、また、高齢者權益保障法で定められた高齢者の合法的な利益を確保するという原則に基づき、第一審判決及び第二審判決は相当であると判示し、それにより、被相続人の子の請求を棄却し、第一審判決及び第二審判決を維持した。

【事例 53】 山東省肥城市人民法院（2016）魯 0983 民初 890 号判決

この事例では、被相続人の終意である遺言書において、本件住居の相続分が明記され、それとともに、生存配偶者が死亡するまでに本件住居に継続して居住できることが

明示されたが、本件住居は被相続人とその子の共有物であった。被相続人の死亡後に、生存配偶者が本件住居に居住し、そして、生存配偶者と被相続人の子の間で、本件係争住居の相続分の割合に関する紛争が生じた。

人民法院は、生存配偶者と被相続人の子の本件住居の持分を判明し、その上で、双方の経済資力などの要素に基づき、本件住居を被相続人の子に帰属させるとの判決を下したし、それとともに、本件住居の所有名義人の変更は、設定された生存配偶者の居住の権利に影響を与えないとし、生存配偶者の居住の権利の法的効力を認めた。

その理由として、人民法院は、生存配偶者が被相続人との婚姻関係に基づき本件住居に居住する権利を取得し、それにより、この権利が安定性及び無償性を含むものであると解し、最も基本的な生存権利として位置付けた。さらに、当該権利の法的効力に関し、人民法院はこの権利が被相続人の死亡に伴い消滅せず、住居の所有名義人の変更によって消滅しないとの見解を示した。あわせて、被相続人の子が別の住居を所有しており、生存配偶者が他の住居を有さない事情に基づき、人民法院は被相続人の死亡後に生存配偶者が継続して本件住居に居住できるとの判決を下した。

【事例 54】 内モンゴル自治区高级人民法院(2019)内民申 203 号裁定

この事例は、係争建物は夫婦の婚姻中に購入されたものであったため、被相続人の死亡後に生存配偶者と被相続人の子が本件建物の共同所有者になったが、当事者の中で相続紛争が生じた事例であった。

第一審法院は、本件住居は相続で生存配偶者と被相続人の子の共有物になると判断し、それとともに、この住居の実際の使用状況に基づき、生存配偶者が被相続人の死亡後に引き続き本件住居を用いて自らの居住利益を確保することができると判示した。また、被相続人の子の施錠行為が、実際には生存配偶者の居住利益を妨害し、それにより、第一審法院はこの施錠行為は不法行為に当たるとした上で、被相続人の子が生存配偶者の老人ホームの入院費用などを支給するべきであると判決した。そこでは、結論として、第一審法院は、被相続人の子がこの住居から退去し、生存配偶者の本件住居の居住の権利を侵害できず、老人ホームの費用として生存配偶者に 16300 元を支給すべきであるとの判決を下した。

これに対して、被相続人の子は不服を申し立て、控訴した。すなわち、被相続人の死亡後に、生存配偶者は継続して本件住居に居住することに恐怖を感じ、そして、本人の真意で老人ホームに転居した。その後、本件建物のホースが破れたため、被相続人の子は当該住居の修繕・現状維持をするために、この住居に入居し住み始めた。それにより、被相続人の子が本件建物に侵入する意思を有さず、また、生存配偶者は被相続人の子の管理行為ではなく、自らの意思に基づき本件住居の居住の権利を放棄したと主張した。

第二審法院は、物権法第 245 条²⁰¹によって、占有している建物を妨害する行為が行われたときに、占有者は妨害の排除又は危険の除去を請求することができ、侵奪又は妨害によって損害を生じたときには、占有者はその損害の賠償を請求することができると説示した。ただし、物権法で定められた占有妨害者は占有建物と法律関係を有さない者を意味すること、被相続人の子が相続で本件建物の共同所有者になることから、第二審法院は被相続人の子は本件住居の占有妨害者に当たらないとし、また、生存配偶者が真意に基づき老人ホームに入居したことから、被相続人の子は生存配偶者の居住の権利を侵害せず、その上で、第二審法院は、被相続人の子の施錠行為は本件建物の正当な管理行為として評価した。そこで、結論として、第二審法院は、被相続人の子は本件住居の共同所有者としてなされた居住・管理行為が、生存配偶者の居住の権利の妨害行為に当たらないことを理由に、第一審法院の判決を棄却した。

その後、生存配偶者が内モンゴル自治区高級人民法院に再審請求を提出し、同高級人民法院は生存配偶者の居住の権利を確定したと共に、被相続人の子の持分所有権を認めることを通じて、当該権利を侵害する判決を下し、前に確定した判決に抵触することを理由として、生存配偶者の再審請求を認め、巴彥淖爾市中級人民法院に差し戻した。

(イ) 住居が取壊されたことに関わる事例

【事例 55】 上海市松江区人民法院 (2018) 滬 0117 民初 7807 号判決

この事例において、夫及びその子は上海市松江区九亭鎮松聯村における宅基地の使用権²⁰²を有したが、当該宅基地に建築された住宅は当該地域の土地徴収政策に基づき取り壊しの対象となり、かえって、夫及びその子は上海市松江区九亭鎮中心路における安置房²⁰³及び経済補償金を取得した。夫婦の再婚中に、妻が本件安置房に居住しており、その改装費用を出資し、また、妻が本件安置房の一部分に居住できる権利は夫の遺言書で明記されたが、夫の死亡後に生存配偶者と被相続人の間で設定された居住の権利に関する紛争が生じた。

人民法院は、高齢者の合法的權益が法律で保護されるべきであると説示し、その上で、本件安置房に関して、生存配偶者はその改装費用を出資したことから、生存配偶者

²⁰¹ 物権法第 245 条によると、占有している不動産又は動産が侵奪されたときは、占有者は、原物の返還を請求することができる。占有を妨害する行為が行われたときは、占有者は、妨害の排除又は危険の除去を請求することができる。侵奪又は妨害により損害を生じたときは、占有者は、その損害の賠償を請求することができる。また、占有者が侵奪のあった時から 1 年以内にその原物返還請求権を行使しなければ、当該請求権は消滅する。

これに対して、民法典も物権法第 245 条で明文化された占有権利者の占有の回収と保持権利に関する条文を承継した。すなわち、民法典第 462 条によると、占有する不動産又は動産が侵奪された場合、占有者は原物の返還を請求する権利を有する。占有を妨害する行為に対して、占有者は妨害の排除又は危険の除去を請求する権利を有する。侵奪又は妨害により損害がもたらされた場合、占有者は損害賠償を請求する権利を有する。また、占有者の原物返還請求権について、侵奪行為の発生時期から 1 年以内に行使されない場合、当該請求権は消滅するとされた。

²⁰² 2007 年に公布された物権法において用益物権として「宅基地使用権」が初めて法律により明文化された。農村部において、「宅基地使用権」は農民の住宅所有権に対して極めて重要な役割を果たしている。「宅基地使用権」という権利によって、農民は建築された住宅の所有権を持っているが、土地が集団により所有されている。ただし、農民が使用する敷地に対して使用権を持っており、使用期限が自動的に更新されることを通じて、農民の住宅の所有利益が確保される。

²⁰³ 中国において、安置房は政府が都市道路建設と他の公共施設の建設案件を推進する際には、立退きした住民を定着させるために建築した住宅を指す。

が本件安置房に関する寄与があると評価した。また、人民法院は、生存配偶者が被相続人との婚姻関係に基づき取得した本件安置房の居住の権利は、被相続人の死亡により消滅しないとし、被相続人の子は、その家族構成員として生存配偶者の以後の居住利益を確保する義務を有すると判断した上で、生存配偶者の安定的な老後生活を確保するために、設定された生存配偶者の住み続ける権利の法的効力を肯定した。

イ 事例の検討

裁判実務では、当事者間で設定された生存配偶者の居住の権利の法的効力が常に認められるが、それにも関わらずこの権利に関する紛争がしばしば現れる。その理由は、当時の法律は居住の権利の法的効力などの内容を明定せず、それによりこの権利の保護施策に関する紛争がよく生じること、また、生存配偶者の居住の権利が合意された際に紛争の解決方法が約定されたがそれを用いて当事者間に現れた紛争を完全に解決できないことにある。

具体的には、被相続人の子が相続で紛争住居の所有者になることは、設定された生存配偶者の居住の権利に影響を及ぼすか、又は住居が取壊しの対象となる場合にこの権利が消滅するかに関する紛争が裁判実務によく現れていた。これに対し、人民法院は私法自治の原則に基づき、合意された権利の消滅事由が発生しなければ、原則として生存配偶者が権利の存続期間が満了したときまでに継続して住居を使用することができるとの見解を示している。

(ア) 住居の所有名義人の変更により消滅しないこと

①裁判所の立場

生存配偶者と被相続人の子の利益衡平の実現を図るために、生存配偶者の住み続ける権利が設定された際に、その相続権が制限され、被相続人の子が遺産に属する住居の相続権を有することが明記される。それにより、被相続人の死亡に伴いその子が相続で遺産である住居の新たな所有者になる。このような場合において、住居の所有名義人の変更は、設定された居住の権利に対して影響を与えるかに関する判断は、生存配偶者の以後の居住環境の確保に緊密に繋がっている。裁判実務では、被相続人の子が相続で遺産に属する住居の新たな所有者になることを理由として、設定された生存配偶者の居住の権利の法的効力が失われることを主張した事例がしばしばある。【事例 52】の江蘇省泰州市の人民法院判決はこれにあたる。

これに対し、それに関連する解決方法が合意による協議で明記された場合、人民法院は私法自治という原則に基づき、常に住居の所有名義人の変更は設定された生存配偶者の住み続ける権利に対して影響を与えないとの見解を示した。近時の例として、【事例 53】の山東省肥城市の人民法院判決はその例である。

他に、協議で生存配偶者の以後の居住環境の確保を被相続人の子の義務として位置付け、その相続に付加された条件として明記された場合、人民法院も設定された相続の条

件に基づき、被相続人の子が遺産である住居の新たな所有者になった後に、生存配偶者が継続してその住居に居住する権利を保障すべきであるとの見解を示した。

②裁判例をめぐる法的検討

これらの裁判例からは、人民法院は、合意された生存配偶者の居住の権利の法的性質に関し明確に判断をせず、生存配偶者の以後の居住環境の保障を図るために、私法自治の原則に基づき、住居の所有名義人の変更は設定された生存配偶者の居住の権利に対して影響を与えないとの見解が示された。このような人民法院の判断は、生存配偶者の安定的な居住環境の確保に対して有用であるが、当時の物権法で採用された不動産登記主義の下では、原則として、生存配偶者が第三者に対抗するために、設定された居住の権利を登記する必要がある。

もちろん、被相続人の子は第一順位の相続人として、被相続人の地位をそのまま承継し、生存配偶者は権利を登記しなくても、当然に被相続人との間で合意した居住の権利を相続人である子女にも対抗することができる。ただし、相続で遺産である住居の所有権を取得した被相続人の子がこの住居を第三者に売却する場合において、生存配偶者がこの権利を登記しない限りそれをういて新たな所有者に対抗することができなくなり、生存配偶者の安定した居住環境の確保が困難となる危険性が高い。

(イ) 住居の取壊しにより消滅しないこと

①問題点の指摘

近年、中国では、各地域の発展計画に基づき、住居が取り壊しの対象となった事例が頻繁に見られる。ただし、生存配偶者のための居住の権利が設定された際に、権利の設定対象である住居が取り壊しの対象となることを予測できないことから、そのような場合における生存配偶者の居住確保の施策が明記されないことが一般的に行われる。それにより、住居が取壊しの対象となった場合において、設定された生存配偶者の居住の権利が消滅するかが問題となる。

そして、民法典の施行前に適用された物権法で定められた物権法定主義の下では、設定された生存配偶者の居住の権利が契約的な権利として解される他ない。また、「居住の権利」を契約的な権利として位置づけると、事情変更の原則に基づき、この契約を継続的に履行することが困難になった場合、当事者は契約を解除することができる。それによって、住居が当該地域の発展政策で取り壊しの対象となった場合、不可抗力により生存配偶者の住み続ける権利を取り決めた契約を継続して履行することができなくなり、当事者はこの契約を解除することができる。そのため、このような場合、生存配偶者が住居の取壊しによって再び住居の困窮状態に陥る恐れがある。

②人民法院の法的立場

裁判実務では、住居の取り壊しに伴い生じた生存配偶者の居住の権利に関する紛争について、人民法院は、生存配偶者の以後の居住利益を確実に保護するために、生存配偶者が被相続人との婚姻関係に基づき取得した居住の権利は権利の設定対象である住居の取り壊しにより消滅しないと説示し、その上で、生存配偶者は住居の所有者が現物補償として取得した新たな住居を用いて自らの居住問題を解決できると判断した。近時の例として、【事例 55】の上海市松江区の人民法院判決はこれに当たる。

裁判例からは、生存配偶者の安定的な居住環境の確保を相続の義務として被相続人の子女に付加した際には、被相続人の子女が住居の取壊しにより継続して生存配偶者の居住確保という義務を履行することが不能にならない限り、権利の消滅事由が発生する又は存続期間が満了したときまで、その義務を履行すべきであるという人民法院の法的立場がうかがえる。確かに、生存配偶者の居住の権利の設定対象である住居が取り壊しになった場合、通常、住居の所有者は現物補償として別の住居を取得することがよくあるから、所有者は住居をもって生存配偶者の以後の居住問題を解決する経済力を有さないとは言えず、それによって住居の所有者は当該住居の取り壊しによって取得した利益の範囲内に、引き続き生存配偶者の居住利益を確保すべきであると考えられる。

③居住権制度の創設中に提案された内容をめぐる法的検討

民法典で創設された居住権制度において、住居が取り壊しの対象となる場合における居住権者の利益確保施策が明記されないが、物権法の改正中に検討された草案の中では、この場合の紛争の解決方法が明示された。すなわち、2005年物権法草案（第三次審議稿）において、第189条²⁰⁴によると、住居が取り壊された場合では、所有者が補償金を取得したときに、居住権者に適切な補償を与え、それとともに、自力で生活する経済力を有さない居住権者もこの補償金の支給を放棄し、適切な居住手配を請求することができる。ただし、この条文によると、確かに居住権者に居住手配の付与を請求する権利を与えたが、居住権者はこれを用いて自らの以後の居住問題を解決できるかが問題となる。

あわせて、同草案第188条²⁰⁵によると、原則として、住居は消滅したときには居住権は消滅し、それにより、居住権の設定対象である住居が不可抗力などの原因により消滅する場合、合意された居住権が消滅とし、居住権者が継続して合意された居住権を用いての以後の居住確保の実現が困難となる。

²⁰⁴ 2005年物権法草案（第三次審議稿）第189条によると、住宅が消滅した場合には、住宅の所有者が賠償金を取得したときに、居住権者に適切な補償を与えるべきであり、独立に生活能力を有しない居住権者は、経済援助を放棄し、適切な居住手配を請求することができる。ただし、居住権者の故意行為又は重大な過失により住宅が消滅した場合はこの限りではない。

²⁰⁵ 2005年物権法草案（第三次審議稿）第188条によると、以下のいずれかの場合には、居住権は消滅する。

- ①居住権者が居住権を放棄したとき；
- ②約定された居住権設定期間が満了したとき；
- ③約定された居住権の解除条件が達成したとき；
- ④居住権が取り消されたとき；
- ⑤住宅は収用されたとき；
- ⑥住宅は消滅したとき。

これらの条文からは、住居が取り壊された場合に合意された居住権が消滅するという立法者の法的態度が見て取れる。確かに、権利の設定対象である住居が当該地域における発展政策などにより取壊しの対象となり、消滅する場合、権利の行使対象がなくなることに伴い居住権も当然に消滅する。ただし、その場で居住権者の利益確保の法的方策が明定されず、自力で生活できなければ補償金の放棄を条件として適切な居住手配を請求する権利を居住権者に付与することに留まり、それによって居住権者の以後の居住確保が実現不能になる危険性があると考えられる。

(5) 生存内縁配偶者の居住確保の事例に関する検討

近年、少子高齢化社会の下では、人口の死亡率は年とともに低下しており、平均寿命の延伸による65歳以上人口が増加している。それにより、高齢者の婚姻状況、特に婚姻登記手続きを行わず事実婚に留まる生存内縁配偶者の以後の居住利益の確保に関する法的施策の制定は、国民及び学者の注目を集まっている。そして、裁判実務では、生存内縁配偶者の居住利益の確保施策に関する紛争事例が頻繁に見られる。ここでは、法律婚主義を採用する現行法の下では、生存内縁配偶者の居住確保の法的方策をめぐる検討が必要となる。

ア 事例の紹介

【事例56】 内モンゴル自治区烏海市烏達区人民法院(2014)烏達民一初字第0221号判決

この事例では、夫婦双方は婚姻登記手続きを行わなかったが、長期にわたって共同生活をしてきた。また、本件住居は、夫の名義で購入され、夫の個人財産であったが、夫婦の共同生活中にこの住居を利用しており、夫の死亡後に妻が引き続き当該住居に居住している。夫により作成された遺言書において、本件住居に関して、生存内縁配偶者である妻は、その相続権利を有しないと制約され、それとともに、生存内縁配偶者が再婚しない限り死亡するまでにこの住居に居住できることが明記された。そして、夫の死亡前に夫の子と生存内縁配偶者の間で本件住居の帰属及利用に関する契約を締結し、この契約によって、生存内縁配偶者は夫の死亡後に継続して本件住居を利用できるが、この住居の相続権を有しないとされた。

ただし、被相続人の子はこの契約が生存内縁配偶者ガ別の住居を有することを知らないうちに締結されたものであることを理由として、当該契約は無効となり、生存内縁配偶者に本件住居から退去させるとの請求をした。

人民法院は、生存内縁配偶者は実際には長期にわたって被相続人と共同で生活していたが、婚姻登記手続きを行わなかったことから、法律婚主義を採用する現行法の下では、この関係は法律により保護されず、生存内縁配偶者は遺族として本件住居を相続できないと判示した。ただし、本事例の実情を踏まえ、生存内縁配偶者は長期にわたって

被相続人の老後生活を支えたことから、相続法第 14 条²⁰⁶で定められた「被相続人の扶養により多く寄付したもの」に該当し、相続で応分の遺産を取得することができるかと判断した。さらに、被相続人の遺言書又は被相続人の子女と生存内縁配偶者の間で合意された契約によって、生存内縁配偶者が被相続人の死亡後に継続して本件住居に居住することができ、被相続人の子により提出された証拠に基づき、本件契約の無効を立証できないことから、人民法院は遺言書及び契約の法的効力を認めた上で、設定された生存内縁配偶者の居住の権利の法的効力を肯定し、さらに、生存内縁配偶者が再婚しない限り死亡するまでに本件住居をもって自らの居住環境を保障することができるとの判決を下した。

【事例 57】 広東省広州市中級人民法院(2016)粵 01 民終 8689 号判決

この事例は、生存内縁配偶者と被相続人の子の間に生存内縁配偶者の住み続ける権利に関する紛争が生じた事例であった。本件住居は、被相続人の個人財産であり、その子は相続でその所有権を取得し、既に住居の所有名義人の変更手続きをしたが、生存内縁配偶者が実際に当該住居を用いて自らの居住環境を保障していた。生存内縁配偶者が被相続人と長期にわたって共同で生活したが、婚姻登記手続きを行わなかった。また、被相続人の死亡後に生存内縁配偶者と被相続人の子の間に協議を締結しようとしたが、被相続人の子が実際にその協議に署名しなかった。本件協議は現金など現物遺産の分割方法及び遺産に属する住居の所有と居住の帰属を明記し、すなわち、生存内縁配偶者により被相続人の名義口座から引き落とされた現金である約 90 万元の中で、80 万元は被相続人の子に帰属させ、かえって、生存内縁配偶者は遺産に属する住居をもって以後の居住利益を確保することが明記されたが、生存内縁配偶者が 80 万元を被相続人の子に支給していなかった。

第一審法院は、物権法第 17 条²⁰⁷によって、不動産権利証は権利者が不動産に対して物権の所有を証明できるものとし、本事例では、係争建物に関する不動産権利証に基づき、本件住居が被相続人の子の財産であると判示した。そして、生存内縁配偶者が本件住居の相続権を主張したが、第一審法院は生存内縁配偶者により提出された証拠に基づきその主張を確実に立証できないことを理由に、生存内縁配偶者の相続請求を棄却した。また、物権法第 32 条²⁰⁸、34 条²⁰⁹、39 条²¹⁰及び権利侵害責任法第 2 条²¹¹、第 3 条

²⁰⁶ 相続法第 14 条は、法定相続人以外のものへの遺産の分与に関する内容を規定した。すなわち、被相続人から扶養を受けていた相続人以外のものであって、労働能力を欠き、かつ、収入源を有しないもの、又は相続人以外のものであって、被相続人の扶養により多く寄与したものに応分の遺産を分与することができる。

²⁰⁷ 物権法第 17 条は、不動産権利証と不動産登記簿の関係に関する内容を規定した。すなわち、不動産権利証は、権利者が当該不動産に対して物権を所有することを証明する書面である。不動産権利証に記載された事項は、不動産登記簿と一致するものでなければならない。記載に相違が生じたときは、不動産登記簿に確かな錯誤があることを証明することができた場合を除き、不動産登記簿を基準とする。

²⁰⁸ 物権法第 32 条は、物権侵害の場合における紛争解決の方法を明記し、すなわち、物権が侵害された際には、権利者は、和解、調停、仲裁及び訴訟等の方法によりその解決を図ることができるとした。

²⁰⁹ 物権法第 34 条は、原物返還請求権の内容を明定し、不動産又は動産が無権原で占有された場合、権利者は原物の返還を請求することができるとした。

²¹⁰ 物権法第 39 条は、所有権の内容に関する内容を明示した。所有者は、自らが所有する不動産又は動産について、法律の定めるところに従い、その占有、使用、収益及び処分をする権利を有する。

²¹¹ 権利侵害責任法第 2 条によると、民事權益を侵害したときは、本法に従い権利侵害責任を負わなければならない。また、本法にいう民事權益には、生命権、健康権、姓名権、名誉権、榮譽権、肖像権、プライバシー権、婚姻

212、第15条²¹³によると、第一審法院は、被相続人の子は本件住居の所有名義人としてその所有権を有し、法律の定めるところに従い当該住居の占有、使用、収益及び処分をする権利を有すると説示した。また、本件協議書で約定された生存内縁配偶者の住み続ける権利に関し、第一審法院は、被相続人の子がこの協議書に署名しなかったことを理由に、協議書の法的効力を認めず、その上で、生存内縁配偶者により提出した証拠を合わせて考慮し、生存内縁配偶者の住み続ける権利の請求を棄却した。そこでは、第一審法院は、被相続人の子が本件住居の登記所有者として占有権限を有さない生存内縁配偶者に対して、当該住居から退居しこの住居を返還するよう請求する権利を有すると判断し、あわせて、生存内縁配偶者の退居期間に関し、本事例の実情及び当事者双方の経済資力などを踏まえ、生存内縁配偶者が2か月以内に本件住居から退居すべきであるとの判決を下した。

これに対して、生存内縁配偶者が不服を申し立て控訴した。生存内縁配偶者が、記者の取材、被相続人の診療履歴などの証拠を提出し、被相続人との事実婚関係の存在を証明しようとし、それに基づき、遺産に属した本件住居の相続権限を有するよう請求し、その上で、被相続人の死亡後に継続してこの住居に住み続けることを要請した。第二審法院は、被相続人の死亡後に、その子が相続で本件住居の所有権を取得し、本件住居の所有名義人の変更手続きを行うことに伴い、被相続人の子が当該住居の所有者になると判断した。また、生存内縁配偶者が法定適正手続を行って本件住居の相続権利を有することをせず、被相続人との事実婚関係に基づき当該住居に住み続ける権利を有するよう請求したが、第二審法院は事実上又は法律上根拠が欠如することを理由にこの請求を否定した。そして、被相続人の子は生存内縁配偶者が挙証のために提出した協議書に署名しなかったことから、第二審法院は、生存内縁配偶者が当該協議書に基づく請求した本件住居に住み続ける権利を斥けた。あわせて、第二審法院は、第一審法院は生存内縁配偶者の実情を配慮した上で、裁量権に基づき確定した退居期間は公序良俗に反するものではないと判断した。そこでは、第二審法院は、生存内縁配偶者の控訴請求を棄却し、第一審法院の判決を維持した。

【事例 58】 江蘇省常州市中級人民法院 (2016)蘇 04 民終 2150 号判決

この事例では、被相続人と生存内縁配偶者ともが再婚したが、婚姻登記手続きを行わず事実婚に留まった。共同生活中に被相続人が所有した住居が取り壊され、それに対する現物補償として2軒の「安置房」の所有権を取得し、そのうち一軒は被相続人及びその子の名義で所有権の登記がされ、一軒は被相続人の前妻及び被相続人の子の名義によ

自主権、監護権、所有権、用益物権、担保物権、著作権、特許権、商標権、発見権、株主権、相続権等の人身、財産権益が含まれる。

²¹² 権利侵害責任法第3条は、権利者の利益確保に関する内容を規定した。すなわち、被権利侵害者は、権利侵害者に対し、権利侵害責任を負うよう請求する権利を有する。

²¹³ 権利侵害責任法第15条は、権利侵害責任の負担方式を明記し、権利侵害行為を実施し他人に損害を与えた場合、権利侵害者は、以下の方式によりその責任を負担する。

①侵害の停止、②妨害の排除、③危険の除去、④財産の返還、⑤原状の回復、⑥損失の賠償、⑦謝罪、⑧影響の除去、⑨名誉の回復

また、負担方式の運用について、第15条2項は単独での適用及び併用での適用のいずれも可能であるとした。

り不動産登記手続きが行われた。そして、被相続人と生存内縁配偶者が被相続人及びその子の名義で所有権登記された住居に共同生活をしてきた。被相続人が生存内縁配偶者の以後の居住利益を保障するために、その子と合意した承諾書において生存内縁配偶者が死亡するまで当該住居に居住することができると明記された。ただし、その後、被相続人の前妻及び被相続人の子が取消承諾書を作成し、合意された生存内縁配偶者の住み続ける権利を取り消すとの見解を示した。被相続人の死亡後、その子が本件住居の所有権移転登記をし、それにより、当該住居が被相続人の子の個人財産になり、被相続人の子が所有者として自らの利益を確保するために、生存内縁配偶者に対して本件住居から退居させるよう請求した。

第一審法院は、被相続人と生存内縁配偶者が法律で定められた事実婚の構成要件を満たしたことを理由にその事実婚関係を認めた。また、本件住居は被相続人とその子の共有物として原始的に登記されたが、生存内縁配偶者が今までの期間中に当該住居を利用し、そして、被相続人及びその子が作成した承諾書で生存内縁配偶者に本件住居に住み続ける権利を付与し、それにより、第一審法院は、生存内縁配偶者が本件住居に居住することは法律上被相続人の子の利益を侵害するわけではないと判示した。また、生存内縁配偶者は事実婚配偶者として本件住居の相続でその所有持分を取得することにより当該住居を用いることが可能であることから²¹⁴、第一審法院は事例の実情を踏まえ、被相続人の子が生存内縁配偶者への退去請求を斥けた。あわせて、第一審法院は、被相続人の子は本件住居の共同所有者であるから、物権法の規定²¹⁵に従い当該住居の占有、使用、収益及び処分をする権利を有するとし、その上で、被相続人の子は当然に本件住居に居住する権利を有すると判示した。ただし、所有権の行使は他人の合法的利益を侵害することができず、公序良俗に反することができないことから、第一審法院は、被相続人の子の請求は生存内縁配偶者の安定的な老後生活に悪影響を与える恐れがあり、公序良俗に反する危険性があることを理由に、その請求を棄却した。

第一審判決に対して被相続人の子が不服を申し立て控訴した。その控訴理由は、第一審審判中に提出された証拠に基づき、生存内縁配偶者と被相続人が事実婚夫婦であると結論付けられないこと、本件住居を用いて生存内縁配偶者と被相続人の子の居住問題を解決できることにある。被相続人の子が生存内縁配偶者と被相続人が事実婚夫婦に当た

²¹⁴ 1989年11月21日に最高人民法院により公布された「婚姻未登記・夫婦名義の共同生活者の案件に関する若干的な意見」第13条は、事実婚夫婦間の遺産の相続について次のように規定している。「共同生活中に一方当事者が死亡した場合、他方当事者が遺産の相続を請求すると、被相続人との関係が事実婚であると認定されれば、当該当事者が配偶者として相続法の規定を準用し処理する。また、他方当事者と被相続人の関係が違法同居関係として判断されれば、相続法第14条の内容に該当するものとして実情に応じて処理する。」

それにより、婚姻登記手続を行わず共同で生活していた男女双方の関係は事実婚関係として認めれば、一方当事者が死亡した場合、他方配偶者が法定相続人として遺産に属する財産を相続することができる。

あわせて、民法典の施行に伴い上記の意見の法的効力が失われ、民法典及びそれに関連する司法解釈において、婚姻登記をせずに夫婦名義での同居をしていた期間中に取得した財産の帰属に関する内容はまだ規定されていない。そのため、被相続人の死亡に伴い内縁関係が解消する際に、生存内縁配偶者が共有財産の分割によって自らの利益を保護するという方法自体が実現不能になる恐れがある。

²¹⁵ 物権法第39条は、所有権の権利内容に関して次のように規定している。「所有者は、自らが所有する不動産又は動産について、法律の定めるところに従い、その占有、使用、収益及び処分をする権利を有する。」

らないことを立証するために、第二審法院に安置房の利用者登記簿、人口調査票、住民登記票などの証拠を提出した。

第二審法院は、被相続人と生存内縁配偶者の中で事実婚関係の有無は本事例と直接的な相関関係がなく、本事例の審判範囲に属しないと判示した。また、被相続人の子が本件住居の共有者として、本件住居に居住する権利を有するが、被相続人の子が署名した承諾書で生存内縁配偶者が死亡するまでに当該住居に住み続けることができると明記され、それにより、被相続人の子が有する本件住居の居住の権利が制約されることに至る。そして、被相続人の子が承諾書の内容を了承した上で署名したことから、第二審法院は、被相続人の子が生存内縁配偶者の居住環境を保障すべきであるとし、生存内縁配偶者の許可を得ずに本件住居の使用状況を変更することができないと判断した。したがって、第二審法院は、被相続人の子の控訴請求を棄却し、第一審判決を維持した。

【事例 59】 遼寧省撫順市中級人民法院 (2016)遼 04 民終 313 号判決

この事例は、被相続人の死亡後にその兄弟姉妹と生存内縁配偶者の中で生存内縁配偶者の住み続ける権利に関する紛争が生じた事例であった。生存内縁配偶者と被相続人が 2002 年より共同で生活しており、それにより、生存内縁配偶者が事実婚配偶者として被相続人の遺産の相続を請求した。また、被相続人は子女をもうけず、その兄弟姉妹は法定相続人として生存内縁配偶者に対して被相続人の身分証明書、給料通帳及び死亡書類などの返還を請求した。あわせて、被相続人が生存内縁配偶者に本件住居に居住する権利を付与し、そして、現在では、生存内縁配偶者が遺産に属する本件住居に居住している。

第一審法院は、法律の定めるところに従い、1994 年より「婚姻登録管理条例」の施行前に婚姻法で定められた婚姻登記手続きを行わず夫婦の名義で同居した当事者双方は、婚姻関係の成立要件を満たした場合、その関係を事実婚関係として認めると説示した²¹⁶。本件では、生存内縁配偶者が 2002 年より被相続人と共同で生活し始めたことから、

²¹⁶ 1994 年 2 月 1 日に民政部により公布された「婚姻登録管理条例」第 24 条は事実婚の法的効力について次のように規定している。「法定の婚姻年齢に達していない公民が夫婦の名義で同居する場合又は婚姻成立の法定実質要件を満たした当事者が婚姻届けをせずに夫婦の名義で同居する場合にも、それは婚姻関係としては無効であり法律上保護されない。」

さらに、最高人民法院が 1994 年 4 月 4 日に「『婚姻登録管理条例』の適用に関する通達」を公布し、事実婚関係の法的効力に関して次のように規定した。「民政部が 1994 年 2 月 1 日に公布した『婚姻登録管理条例』は即日施行した。それにより、1994 年 2 月 1 日から、配偶者のない男女が婚姻登記手続きを行わずに夫婦の名義で同居した場合、それは婚姻関係としては無効であり法律上の保護を受けない。それに関連する紛争を解決するために人民法院に訴訟を提起する際に、非合法同居として処理される。同事例の施行前に婚姻登記手続きを行わずに同居していた男女双方は同条例の施行後に人民法院に訴訟を提起した場合には、依然として本法院のこれまでの『意見』の関係規定に従って処理する。」

民法典の施行に伴い、婚姻登録管理条例及びそれに関する最高人民法院の解釈の法的効力が失われ、それにより、婚姻登記手続きを行わずに共同生活中に紛争が生じた場合、この関係の法的性質の認定に法的根拠の確定が問題となる。2021 年 1 月 1 日より施行された最高人民法院の民法典の婚姻家族編の適用に関する司法解釈第 7 条は、これらの内容を承継し、婚姻登記手続きをせずに夫婦の名義で同居した関係の適法性の認定に対し法的根拠を提供することができる。その規定は、最高人民法院が 1994 年 4 月 4 日に公布した「『婚姻登録管理条例』の適用に関する通達」とほぼ同様である。すなわち、『婚姻登録管理条例』の施行前、配偶者のない男女双方は婚姻関係の形成の実質的要件を満たした場合、この関係は事実婚姻として認定され、『婚姻登録管理条例』の施行後、男女は婚姻登記手続きを行わずに夫婦の名義で同居した場合、この関係は婚姻成立の実質的要件を満たせば、人民法院は男女

第一審法院は、本件同居関係は法律により認められた事実婚関係に該当せず、さらに、生存内縁配偶者が相続人として遺産を相続するとの請求を否定し、それにより、生存内縁配偶者により保管された被相続人の身分証明書などをその兄弟姉妹に返還するよう命じた。また、生存内縁配偶者が被相続人により付与された居住の権利を用いて本件住居に居住することが適法性を有するとし、被相続人の兄弟姉妹が遺産に属する本件住居の所有権を取得しないうちに生存内縁配偶者に対して本件住居から退居するよう請求する権利を有しないと判示し、その上で、被相続人の兄弟姉妹が生存内縁配偶者に対して主張した退去請求を棄却した。

これに対し、被相続人の兄弟姉妹が不服を申し立て控訴した。第二審法院は、生存内縁配偶者の居住の権利に関し、被相続人の兄弟姉妹がまだ本件住居の所有権を取得していないことを理由として、被相続人の兄弟姉妹の退去請求を棄却し、第一審判決を維持した。

【事例 60】 安徽省蕪湖市鏡湖区人民法院（2019）皖 0202 民初 9802 号判決

この事例において、高齢者夫婦は婚姻登記手続きを行わず事実婚関係に留まり、共同生活中に夫の個人財産である本件住居に居住していた。また、内縁夫婦間で合意された協議では、夫婦双方は婚姻登記手続きを行わなかったが、実際には 10 年以上に共同で生活したことから、実質上婚姻関係を構築したことが明記され、さらに、夫の死亡後に、生存内縁配偶者妻は引き続き遺産に属する本件住居に居住できるとされた。他方で、夫婦間で締結された賃貸契約によって、夫が妻に対して 2 万元の返済義務を負ったが、夫の死亡後に夫の子は 2 万元を生存内縁配偶者に返還し、それとともに、生存内縁配偶者に対して本件住居から退去させるとの要請をした。ただし、生存内縁配偶者が本件住居から退居することによって住居の困窮状態に陥った。

人民法院は、被相続人の子が相続で本件住居の所有者になると判断し、その上で、所有権制度に基づき被相続人の子が本件住居の占有、使用、収益及び処分する権利を有すると判示した。また、被相続人の子は 2 万元を債務の返済として生存内縁配偶者に交付する際には、生存内縁配偶者に対して本件住居から退去させると要求し、それにより、人民法院は、生存内縁配偶者の 2 万元の受取行為には被相続人の子の退去請求を認めるとの意味を含まるとし、そこでは、人民法院は、生存内縁配偶者の居住の権利に関する請求は事実上又は法律上に根拠が欠如することを理由に、この請求を棄却した。

イ 事例の検討

中国では、1994 年 2 月 1 日に公布された「婚姻登録管理条例」の施行に伴い、婚姻届を出さずに同居する場合には、従来より事実婚としてその法的効力を認める余地がなくなる。したがって、婚姻登録管理条例の施行後に、男女双方は婚姻登記手続きを行わずに同居する場合、その関係は一律に非合法同居として扱われることになった。そして、

双方に婚姻手続きを行わせるよう命じることができる。そうでなければ、この関係は婚姻関係としては無効であり、法律上の保護を受けないとする。

裁判実務では、婚姻登録管理条例の施行後、婚姻登記手続きを行わず夫婦の名義で共同生活をした男女双方間で、離別又は死別の際に、財産の帰属及び利用などに関する紛争が生じた場合、人民法院は、その関係につき、婚姻成立の法定実質要件を満たすことを審理することなく、法定形式要件を欠くことを理由に一律に非合法婚姻とする。

それにより、所有者である一方当事者が死亡した場合、生存配偶者が引き続き共同生活中に使用していた住居をもって以後の居住環境を保障することができなくなるため、その居住確保が問題となる。もちろん、当時の相続法第14条²¹⁷によると、生存内縁配偶者が被相続人の扶養により多く寄与した場合、応分の遺産を取得することができるが、その条文の趣旨に基づき、生存内縁配偶者が取得した遺産を用いて以後の居住問題を解決できるわけではないことが明らかである。

また、婚姻登録管理条例からは、立法者は事実上の婚姻の法的保護に対して否定的な立場に立つことがうかがえる。ただし、実際に伝統的慣習の影響を受け、又は婚姻登録制度の運用上の問題のため、婚姻登記手続きを行わず共同生活をする男女関係がよく見られる。特に、高齢者再婚の場合、子女の相続利益などの要素を考慮した上で、婚姻届を出さずに共同で生活する事例がよくある。その場で所有者である一方配偶者の死亡後に、他方当事者の居住利益の確保施策が明確に合意されなければ、継続して遺産に属する住居に居住することができなくなり、それにより、住居の困窮状態に陥る恐れがある。そこでは、法律婚主義を採用する法律の下では、非所有者である生存内縁配偶者の居住確保の方策が求められる。

(ア) 法律婚主義の下で生存内縁配偶者の居住確保の実情

婚姻関係の法的方式について、当時の婚姻法は法律婚主義を採用しており、それにより、原則として、生存内縁配偶者は遺産に属する住居の相続権を有さず、共同生活中に住み慣れた住居をもって以後の居住利益を確保することが困難である。そこで、所有者である内縁夫婦の一方の死亡に伴い生存内縁配偶者が住居の婚姻状態に陥るという危険を回避するために、内縁夫婦が共同生活する前に合意した財産協議において、非所有者である生存内縁配偶者の以後の居住環境の確保施策が設定されていた。

ただし、それにも関わらず、裁判実務では、生存内縁配偶者が設定された住み続ける権利を用いて以後の居住環境を確保することができず、住居の困窮状態に陥った事例が見られる。近時の例として、【事例60】の安徽省蕪湖市鏡湖区の人民法院判決はその例である。権利行為の因果関係に基づき、【事例60】の安徽省蕪湖市鏡湖区の人民法院は生存内縁配偶者の借金の受取行為が住居の居住の権利を放棄することを同一させるとの判断は、事実根拠を欠き、相当ではないと考えられる。

この事例からは、法律婚主義の下では、人民法院は内縁配偶者の居住利益より、法定相続人の所有利益を優先的に保護するとの司法立場がうかがえる。また、民法典の施行

²¹⁷ 相続法第14条によると、被相続人から扶養を受けていた相続人以外の者は、労働能力を欠き、かつ、収入源を有しないもの、又は被相続人の扶養看護により多く寄与したものに応分の遺産を分与することができる。

前に、人民法院は、遺産の遺族の生活確保との役割に基づき、遺産に属する住居の使用権利の帰属を分配する際に、法定相続人の以後の居住環境の確保を重要な考慮要素として衡量していたことも見て取れる。

ただし、法律婚主義を採用する当時の婚姻法下では、生存内縁配偶者の相続人地位が法律により認められないとしても、被相続人の扶養により多く寄与したものに該当する場合、相続人以外のものとして相続で遺産を取得することができる²¹⁸。ただし、生存内縁配偶者の寄与分が不正に評価されることにより、生存内縁配偶者は不利益を被り、取得した相続分を用いて以後の生活水準を維持できない恐れがある。

(イ) 生存内縁配偶者のための居住確保策の現実必要性

中国では、1950年の婚姻法が制定された当初から厳格な婚姻登記制度を施行したが、伝統的な婚姻慣習などに基づき、実際に事実婚が依然として多く存在している。そのため、国が法律婚主義を採用し婚姻登記制度を施行しながら、事実婚を法律婚と認める厳格な適用要件を定め、その基準に合致する事実婚のみを婚姻の法的効力を与える。そして、1994年2月1日に公布された「婚姻登録管理条例」からは、その施行日から婚姻届を出さずに夫婦の名義で同居するものを一律に非合法同居として扱うことが見て取れる。

ただし、裁判実務では、生存内縁配偶者の居住問題をめぐって生じた紛争が頻繁に見られ、人民法院は常に当事者間で合意された住み続ける権利を用いてその紛争を処理したが、生存内縁配偶者の居住確保策が明確に約定されたとしても、結局、この配偶者の居住利益が確実に保護できない事例も見られる（【事例60】）。そこでは、法律婚主義を採用する現行法下で、生存内縁配偶者の居住利益の確保施策の明文化が依然として求められる。

前述のように、法律婚主義の下では、生存内縁配偶者は実際には被相続人の扶養看護により多く寄与した場合、相続人以外の者として応分の遺産を取得することができるが、それにより、生存内縁配偶者は遺産に属する住居の居住の権利を取得する可能性が極めて低く、被相続人の死亡後に住み慣れた住居に住み続けることが困難となる。

あわせて、裁判実務では、生存内縁配偶者は、被相続人の扶養により多く寄与した場合、被相続人の子は内縁配偶者が実際に家政婦として被相続人の老後生活を支えたとの主張をした事例が見られる（【事例57】）。確かに、婚姻登記手続を行わずに共同で生活した場合、生存内縁配偶者が主に被相続人の扶養看護をした点に着目すれば、家政婦として評価されやすい。ただし、仮に生存内縁配偶者が家政婦として評価されれば、被相続人の死亡後に、自らが被相続人の扶養に寄与したことを理由として継続して遺産に属する住居に住み続けよう請求する権利を有さなくなる。

²¹⁸ 民法典第1131条によると、被相続人から扶養を受けていた相続人以外の者であって、又は相続人以外の者であって、被相続人の扶養により多く寄与した者に応分の遺産を分与することができる。

そこでは、法律婚主義の下では、生存内縁配偶者が共同生活中に被相続人の扶養看護により多く寄与していた場合、法定相続人以外の者への遺産の分与の規定を準用して以後の居住環境を保障することができず、遺産に属する住居を用いて自らの居住利益を確保する必要がある場合、司法解釈などを通じて生存内縁配偶者の居住利益の確保施策が明文化されるべきであると考えられる。

2. 生存配偶者の居住権利の事例の全体像に関する検討

(1) 人民法院の合意された生存配偶者の住み続ける権利に対する法的態度

裁判実務では、高齢者再婚の場合において、その婚姻形態に関わらず、所有者である配偶者の死亡後に生存配偶者の居住利益を確保するために、夫婦の合意による財産協議などで、生存配偶者の遺産に属する住居に住み続ける権利が明確に約定されていた。これに対して、民法典の施行前、人民法院はこの居住の権利が夫婦の真意で合意されたものであることを理由に、設定された生存配偶者の居住の権利を保護しようとする立場を示すとともに、人民法院は物権法定原則に基づき、合意された生存配偶者の居住権利の法的効力を認めない事例もしばしば見られた。

ア 肯定の立場

裁判実務では、生存配偶者のために設定された住み続ける権利をめぐる紛争を処理する場合、再婚夫婦の合意による協議で明記された生存配偶者の居住の権利に対して、人民法院は常にこの権利の法的効力を認めるという立場を示している（【事例44】、【事例46】、【事例51】）。ただし、裁判例の理論構成から見れば、人民法院は異なる法的理由に基づき生存配偶者の以後の居住利益を確保しようとしたことが見て取れる。

まず、人民法院は私法自治の原則に基づき、夫婦間で居住の権利の設定に関する意思を尊重し、さらに、当該権利の設定は法律の強行規定に違反しないことを理由に、この居住確保策の法的効力を認めた（【事例46】）。また、人民法院は、高齢者權益保障法で定められた高齢者の居住利益が法律により保障されるとの内容を準用し、生存配偶者の以後の居住利益を保護しようとした事例も見られた（【事例44】）。

判決の結論からは、人民法院が合意された生存配偶者の住み続ける権利の法的効力を認めることを通じて、生存配偶者の以後の安定的な居住環境の確保の実現を図ることがうかがえる。ただし、結論にはその権利の法的性質、又は紛争の解決方法などの内容が明確に論及しなかったことから、今後、生存配偶者と被相続人の子女の間で再びこの権利に関する紛争を生じさせる恐れがあり、結局、生存配偶者の居住環境が不安定な状態に留まることになる。

イ 否定の立場

民法典の施行前、裁判実務では、当事者間で合意された生存配偶者の住み続ける権利につき、人民法院は否定の見解を示した事例もある。人民法院は物権法定原則に基づ

き、当該権利は法定物権に属しないことを理由に権利の法的効力を認めなかった（【事例45】）。

もちろん、居住権制度が法律により創設されなかった段階において、物権法定原則の下では、当事者間で合意された住み続ける権利は物権的な権利として取り扱われることはできないが、その内容は法律の強行規定及び公序良俗に違反しない限り、当該権利を契約的な権利として位置付けられる。裁判例からは、人民法院は物権法定原則を根拠として、設定された生存配偶者の住み続ける権利の法的効力を棄却するのは、その権利の内容に基づき、当該権利は物権的な権利として位置付けろうとした潜在的意図が見て取れる。

しかしながら、人民法院は合意された生存配偶者の住み続ける権利が契約的な権利としてその法的効力を認める可能性を検討せず、物権法定原則のみに基づきその権利の法的効力を否定することは、当事者の意思を違反する恐れがあると考えられる。

(2) 生存配偶者の居住確保の法的根拠に関する検討

民法典の施行前の裁判例からは、人民法院は私法自治の原則又は高齢者の居住利益を保障するという原則に基づき、設定された生存配偶者の居住の権利の法的効力を認めることを通じて、当該配偶者の以後の居住利益を確保するとの法的立場に立ったことがうかがえる。ただし、裁判実務では、人民法院は、生存配偶者のための居住の権利に法的有効性を与えた法的理由が異なっていた。

ア 私法自治の原則と生存配偶者の居住確保

私法自治原則の下では、当事者が私法関係、すなわち、私的な権利・義務関係その意思によって自由に決定し規律することができる。それにより、家族関係において、当事者双方の合意によって一方当事者が所有する住居の居住の権利を他方配偶者に付与することが可能である。そして、裁判実務では、人民法院は当事者双方の合意を尊重するために、双方の合意により設定された住み続ける権利を認めた事例がある（【事例46】）。

もちろん、当事者間で契約的な権利を合意する際には、権利の内容は法律の強行規定に違反することができず、他人の合法的な利益を損害することも法律により許されない。それにより、裁判実務では、共有物又は他人物である住居に生存配偶者の住み続ける権利が設定された場合、人民法院はその権利に関する紛争を処理する際に、権利の設定は他人の正当的な所有利益を侵害することから、共有物及び他人物である住居に設定された居住の権利に瑕疵があることを理由に、当該権利の法的有効性を否定した事例が見られる。

イ 高齢者権益保障法と生存配偶者の居住保護

民法典の創設前に、高齢者の居住確保に関する法的施策は、主に高齢者權益保障法により規定された。具体的には、高齢者權益保障法第1条²¹⁹は、高齢者權益保障法の趣旨を明記し、さらに、同法第16条は具体的な高齢者の居住利益の確保施策を明示した。すなわち、高齢者權益保障法第16条において、扶養義務者は、適切に高齢者の住居を手配すべきであり、強迫的に高齢者を低劣な住居に居住させたり、転居させることを禁止することが明記され、あわせて、高齢者が所有する住居、又は賃貸する住居につき、その子女及びその他の親族は占有する権利を有せず、住居の所有関係及び賃貸関係を無断で変更することもできないとされた。

これらの条文の内容から見れば、立法者は高齢者の合法的な利益を保障するという原則を確立し、さらに、関連する法的方策の制定を通じて、高齢者の安定的な居住環境の確保を図るという立法意図が見て取れる。そして、裁判実務では、人民法院は生存高齢配偶者の居住利益に関する紛争を処理する際に、高齢者權益保障法の条文を用いてその紛争を解決しようとした事例がしばしば見られる（【事例44】、【事例55】）。

判例の結論に基づき、高齢者權益保障法の条文の運用によって生存配偶者の以後の居住環境が一応確保できると言える。ただし、高齢者權益保障法の規定は簡略的なものであり、住居の取壊しにより生じた紛争の解決方法などの内容が明定されず、それにより、高齢者權益保障法の条文のみを用いて生存配偶者の居住環境を確保しようとした場合、その環境を再び不安定な状態にさせる恐れがある。

あわせて、民法典の施行に伴い、高齢者權益保障法は依然として有効であることから、今後、人民法院は裁判実務に現れた生存配偶者の居住権に関する紛争を処理する際には、高齢者權益保障法で定められた高齢者の合法的な權益を保護するとの原則に基づき、生存配偶者の以後の居住環境の確保を図ることができる。ただし、生存配偶者の居住権が設定された際に、その権利の確保施策、紛争の解決方法などの内容自体は、生存配偶者の正当な利益を侵害した場合、民法典の物権編の居住権制度及び高齢者權益保障法の適用順位が問題となり、今後の課題である。

(3) 居住用住居の所有者と生存配偶者の利益衡平をめぐる検討

高齢者双方が再婚しようとする場合、各自の子女が父母の再婚に伴い自らの相続利益の減少に関する不安を解消するために、婚姻する前に財産協議など協議書の締結は一般的に行われている。その協議において、子女の相続利益を確保するために、夫婦双方がお互いに他方の個人財産を相続する権利を有さないことが明記され、それとともに、所有者である夫婦の一方の死亡後、生存配偶者の以後の居住利益を確保するために、婚姻中に利用した住居に住み続ける権利を非所有者である生存配偶者に付与することも同協議で約定される。

²¹⁹ 高齢者權益保障法第1条によると、高齢者の合法的な權益を保障し、高齢者事業を発展させ、中華民族の敬老意識、高齢者扶養、高齢者扶助の美德を向上させるために、憲法に基づき高齢者權益保障法が制定された。

その結果、所有者である配偶者の死亡に伴い、被相続人の子女が相続で遺産に属する住居の所有者となり、その所有権に基づきこの住居に居住する権利を有し、生存配偶者も付与された住み続ける権利を用いて当該住居に住み続けることができる。ただし、共同居住中に双方の利益が衝突したことにより生じた問題の解決方法は協議で明確に約定されることが極めて稀であり、それにより、裁判実務では、被相続人の子女と生存配偶者の間で利益衝突の問題の解決施策が合意されず、人民法院に訴訟を提起した事例がよくある。

ア 生存配偶者の居住権に課された制限

当時の物権法の下では、所有権は対世権として位置付けられ、所有者は自らの所有物を直接的に支配することができ、原則として所有者以外のすべてのものに対して物権的請求権を主張することができる。それにより、権利の優先順位に基づき、他人が所有する住居に居住の権利が設定された場合、この権利は原則として当該住居の所有者の所有権に対抗することができない。

そして、居住権が用益物権として明定されなかった段階において、設定された居住の権利が契約的な権利として解される他ないが、権利の対抗力に基づき、その権利は物権である所有権に対抗することができない。また、居住の権利は、住居に困窮する恐れがある家族構成員の居住問題の解決を目的とするものであることから、その権利に独占的な法性格を付与する必要がなく、それとともに、住居の居住確保という役割を最大限度に発揮するために、所有者の居住行為は居住の権利を有する者の居住利益を侵害しない限り、その居住行為が制約されるべきではない。逆に、居住の権利者の利益を確保するために、所有者の居住行為を不正に制限することは居住の権利の趣旨に反することになる。

そのため、司法実務では、住居の所有者はその所有権に基づき住居に対して日常的な修繕又は管理行為をした場合、人民法院は、所有者が個人財産である住居を使用・処分する権利を有することを理由に、所有者の行為は設定された居住の権利を妨害したわけではないとの判断をした事例がある（【事例 54】）。

また、住居の維持費用の負担との側面から考えれば、居住の権利を有する者が生計に困窮する実情を踏まえ、通常、居住の権利者は住居の日常的な維持費用などを負担しないとされる。そこで、実際に住居の維持費用などを負担している所有者は日常生活中に当該住居の使用状況を確保する必要があると考えられる（【事例 54】）。

これらの裁判例からは、当時の物権法で採用された所有権主義の下では、住居の困窮状態に陥る恐れがある家族構成員のために設定された居住の権利は、住居の所有権に対抗せず、権利の存続期間中に住居所有者の居住行為が明確に排除されないかぎり、所有者として自らが所有する住居を使用することができるという人民法院の見解が見て取れる。もちろん、住居に困窮する者の利益を保護するとともに、所有者の居住権利も確保

されるべきであるが、紛争の解決方法が明確に約定されないままに当事者双方を共同で居住させれば、今後、当事者間で再び紛争を生じさせる危険が残された。

イ 被相続人の子の相続権に付加された条件

生存配偶者と被相続人の間で生存配偶者の住み続ける権利の設定が合意された際に、生存配偶者の居住環境を保障することは被相続人の義務として解される。さらに、被相続人の死亡後、その子が相続で遺産に属した住居の所有権を取得するとともに、被相続人の義務をそのまま承継し、生存配偶者の以後の居住利益を確保するという義務を負うことになる。

ただし、被相続人に付加された生存配偶者の居住確保の義務は、遺産に属する住居の消滅に伴い消滅するかが問題となる。もちろん、婚姻用建物が当該地域の発展政策に基づき取り壊された場合、基本的には住居の所有者が現物補償として「安置房」を取得するから、それをを用いて継続して他方配偶者の居住環境を保障することが可能である。それにより、夫婦の一方である被相続人に課された夫婦の他方の居住を確保する義務は、婚姻用建物が取壊しの対象になることによって消滅しないと、その上で、被相続人の死亡後に遺産に属した住居が取り壊された場合、被相続人の義務をそのまま承継した被相続人の子が引き続き生存配偶者の居住利益を保護すべきであると考えられる。

これに対し、裁判実務では、人民法院は被相続人の子と生存配偶者の間で合意された生存配偶者の住み続ける権利に関する紛争を処理する際に、生存配偶者の以後の居住利益を確実に保護するために、生存配偶者の居住環境の確保を相続人に加えた義務として説示した事例が見られる（【事例 45】、【事例 48】）。このような場合、人民法院は、被相続人の子が相続権を用いて遺産に属する住居の所有権を取得すると同時に、生存配偶者の以後の居住環境の保障を義務として履行すべきであると判示した。このような判決に基づき、被相続人の子が他の住居を有しない場合、生存配偶者と共同で当該住居を使用することになる。ただし、判決の中で双方の利益衡平を図る法的方法が明確に規定されないことから、権利の法的有効性ではなく、権利行使中に生じた紛争の解決方法をめぐる争いが再び生じさせる恐れがある。

そして、居住の権利の設定対象である住居が取り壊しの対象となった場合、人民法院は、設定された生存配偶者の居住の権利が住居の取り壊しに伴い消滅しないと、住居の所有者は現物補償として取得した新たな住居をもって生存配偶者の以後の居住環境を保障すべきであるとの判決を下した事例がある（【事例 55】）。もちろん、住居が取り壊された後に生存配偶者が賃貸物件により居住問題を解決しようとした場合、人民法院は継続して賃貸物件を用いて生存配偶者の安定的な居住環境を確保することができると判断すれば、「安置房」の居住の権利の付与ではなく、賃貸物件の家賃を被相続人の子に負担させるよう命じた事例もある。

裁判例から、住居が取り壊しの対象となることは、原則として合意された生存配偶者の住み続ける権利に対して影響を与えないという人民法院の見解が見て取れる。確か

に、近時の中国では、各地域の発展政策により住居が頻繁に取り壊れている実情を踏まえ、住居の所有者がその住居の取り壊しにより金銭補償又は現物補償を取得し、生存配偶者の以後の居住問題を解決する経済資力を有する場合、住居の所有者が経済補償の範囲内で継続して生存配偶者の居住環境を保障すべきであり、そして、これは生存配偶者の安定的な居住環境の保障に対して不可欠である。

ウ 生存配偶者と被相続人の子の利益衡平をめぐる法的検討

住居が取り壊された場合における所有者の確保義務に関して、民法典の編纂中に提案された草稿及び定稿において、当事者双方の合意に委ねるとし、法律で明記されなかったが、物権法の改正中の草案には、所有者の確保義務が明示された。例えば、2005年物権法草案の第189条²²⁰によって、居住権者は、経済援助金の支給という援助方法を放棄することができ、それに代わって居住の権利の付与という援助方法を請求することができることとされた。

ただし、この条文からは、自力で以後の生活水準を維持することができない居住権者の場合、経済援助を放棄すれば、適切な居住手配を請求する権利を当該居住権者に付与し、それにより、住居の取り壊しにより住居の困窮状態に陥る権利者の居住問題を解決しようとした立法者の意図がうかがえるが、居住権者がこの適切な居住手配に基づき以後の居住環境を保障することができるかが問題となる。

2021年1月1日より施行された民法典の中では、居住権制度において、住居が取り壊された場合における居住権者の以後の居住利益の確保施策は法律により明定せず、当事者双方の合意に委ねることに止まった。そのため、居住権が合意された際に、住居が取り壊された場合における居住権者の利益確保の方策が明確に約定されなければ、その解決方法につき、当事者間で再び合意する必要がある。弱者の立場に立つ居住権者は合意された法的施策により居住利益を確保できないことを理由として人民法院に訴訟を提起する場合、人民法院は居住権制度の内容に基づき、当事者双方の合意を尊重した上でその不公平な施策の法的効力を認めるほかない。もちろん、居住権者は住居の所有者の家族関係にある者であれば、人民法院は家族構成員間の扶養義務などに基づき居住権者に利益確保の方策を与えるが、家族構成員以外の者の場合ならば、居住権者が住居の取壊しにより再び住居の困窮状態に陥る恐れがある。

そこでは、各地域の発展政策に基づき、住居が頻繁に取り壊されている現時点において、その場における居住権者の利益確保の方策の明定は、民法典の施行後に依然として法律上求められる。

(4) 裁判実務に現れた問題点から見た居住権制度の現実的必要性

²²⁰ 2005年物権法草案第189条によって、住宅が消滅した場合には、住宅の所有者が賠償金を取得したときに、居住権者に適切な補償を与えるべきであり、独立に生活能力を有しない居住権者は、経済援助を放棄し、適切な居住手配を請求することができる。

民法典の施行前、人民法院は夫婦双方で合意された住み続ける権利の法的効力を認め、又は高齢者權益保障法で定められた高齢者の合法的利益を確保するという原則に基づき、生存配偶者の安定的な老後生活を確保しようとしていた。判決の結論から見れば、生存配偶者は設定された住み続ける権利を用いて以後の居住環境を保障できると想定されるが、この権利の設定時に予測されなかった事情が発生する際に居住の権利を有する者の利益確保に関する施策が明確に約定されなければ、その際に当該権利者の利益確保をめぐる当事者間で再び紛争を生じさせる恐れがある。

また、民法典の施行前の裁判実務に現れた当事者の請求などからは、居住権制度の未確立により住居の困窮状態に陥る恐れがある生存配偶者が居住の権利の付与を請求することではなく、住居の所有権を求める意図がうかがえる。そして、人民法院は、生存配偶者の以後の居住環境を保障するために、住居に住み続ける権利を利用することなく、住居の帰属を通じて生存配偶者の居住を確保しようとした事例がある。

ア 生存配偶者に居住権を付与することによりその居住環境を確保すること

裁判実務では、合意された生存配偶者の住み続ける権利に関する紛争が生じた際に、生存配偶者は自らの以後の居住利益を確保するために、合意された住み続ける権利の法的効力を求めることではなく、遺産に属する住居の所有権を請求した事例がよく見られる（【事例 43】、【事例 46】）。

確かに、居住権制度の創設前に、法制度の不完備さによって国民の法意識が欠如することから、生存配偶者の居住の権利が合意された際に、当該権利に関連する紛争の解決方法などは明確に約定された事例は稀である。それにより、生存配偶者が自らの居住利益を確保するために、この権利を人民法院に請求せず、直ちに遺産に属する住居の帰属を求めることとした。当時の物権法の下では、居住権は物権的な権利として明定されず、合意された住み続ける権利の法的効力が人民法院により認められたとしても、この権利を用いて以後の居住環境の保障を実現できない危険性があり、住居の所有権を利用して居住を確保することはより確実である。

ただし、生存配偶者の住み続ける権利が合意された際に、その住居の相続権が常に排除され、住居を被相続人の子に帰属させることが一般的に約定される。そのため、人民法院は協議で確定された住居の使用及び帰属に関する内容に基づき、生存配偶者の所有権請求を棄却していた。

そのため、居住権が法律により明確に規定されれば、当事者の当該権利の実現に関する不安が解消され、合意された住み続ける権利を用いて以後の居住環境の保障を確信することができ、住居の帰属を求める請求をした事例も少なくなる。この点に着目すれば、居住権制度の確立は、生存配偶者の居住権利の確保に法的根拠を提供でき、当該配偶者の以後の居住環境の保障に資することができるから、現実的な必要性があると言える。

イ 住居の帰属を利用せず生存配偶者の居住利益を確保すること

裁判実務では、人民法院は生存配偶者の以後の居住利益を保護しようとする場合、設定された遺産に属する住居に住み続ける権利ではなく、この住居の帰属を通じて生存配偶者の居住環境の保障を図った事例がある（【事例 42】）。

もちろん、遺産に属する住居を生存配偶者に帰属させれば、生存配偶者は当該住居の所有者として、当時の物権法で確定された所有権法理に基づき、住居を使用することにより以後の居住問題を解決できるように想定されるが、他の相続人の相続利益を保護するために、人民法院は常に遺産である住居を生存配偶者に帰属させたとともに、生存配偶者が被相続人の子に住居の補償金を支給するよう命じる。そのため、生存配偶者が遺産である住居の帰属を通じて以後の居住環境を保障することができるが、その補償金の支給により生計上に支障をきたす恐れがあり、結局、生存配偶者の安定した老後生活の確保の実現が困難となる。

そこでは、居住権制度の創設に伴い、住居の所有権ではなく、その居住権を用いて生存配偶者の以後の居住利益を確保することができ、他の相続人に経済補償金を支給する必要がなくなることから、生存配偶者が以後の居住環境を保障するとともに、補償金の支給により金銭上困窮状態に陥る危険性を避けることができる。

三 「分家析産」に伴う紛争事例

中国では、子女が婚姻用建物を購入する際に、その建物の高額な価格及び婚姻慣習などの要素を考慮した上で、夫婦双方の父母、特に夫側の父母が出資することが一般的に行われている。現時点において、計画生育政策²²¹の影響を受けて、父母及びその子女をもって定型とする家族モデルの比例が高くなっている。一人っ子の家族における子の優勢な家族内の地位又は中国で子女の婚姻に関して存在している伝統的な倫理観念のため、子女は婚姻前及び婚姻後に、父母から相当的な財産を贈与されるのが通常であり、父母が住居をその子女に贈与する事例も頻繁に見られる。

特に、農村部において、「分家析産」制度の下では、子女が婚姻する際に、父母が家族財産に属する住居を婚姻用建物としてその子女に贈与し、それとともに、自らの以後の居住環境を保護するために、この住居に父母の居住の権利²²²設定することが行われている。もちろん、当該住居の所有者及び使用権の帰属などの内容は分家協議書で明記されるが、裁判実務ではこの住居の居住の権利に関する紛争事例がしばしば見られる。

²²¹ 計画生育政策は、中国における人口抑制政策として 1979 年から 2014 年まで実施され、一組の夫婦につき子女は一人までとする国家政策である。

²²² 民法典の施行前に、居住権制度が正式に創設される前の段階において、当事者の合意による協議又は人民法院の判決の中で、「居住権」という法的概念を用いた事例が頻繁に見られるが、その権利の法的性質などの内容は民法典で定められた居住権と異なることから、本論文では、民法典の施行前に用いた居住利益の確保の法的権利を居住の権利という用語を使う。

そのため、本節では、親子間において父母の居住利益の保護を条件として贈与された住居の事例と「分家析産」に伴い生じた居住の権利に関する紛争事例を分け、裁判例に現れた問題点を抽出し、それを類型化した上で検討を行う。

(一) 親子間において居住の権利の保留を条件としてなされた建物の贈与事例

親子間では住居が子女に贈与される際にして、通常、親が自らの以後の居住環境を確保するために、当該住居に関する居住の権利を保留する。また、高齢者の再婚の場合では、住居の所有者である一方配偶者の死亡後に、生存配偶者の居住利益を保障するために、この配偶者が引き続き遺産に属する住居に居住できる権利についても贈与の協議で明確に約定されることが多い。ただし、この居住の権利の法的性質や権利の存続期間、消滅事由などの内容は贈与契約で明記されない事例がしばしばあり、それにより、裁判実務では親子間で贈与された住居の居住の権利に関する紛争がよく生じる。ここでは、以下の裁判例を近時の例として取り上げ、検討する。

1. 事例の紹介

【事例 61】 江蘇省徐州市雲竜区人民法院 (2015) 雲民初字第 1837 号判決

この事例において、本件住居は前妻の名義で所有権登記された夫と元妻の共有財産であった。前妻の死亡後に夫とその子女の間でこの住居の贈与契約が締結され、当該契約によって、夫がこの住居の相続持分をその子に贈与したことから、子女が本件住居の所有者となり、自らの名義でこの住居の所有権登記を行った。その後、夫の再婚前に、夫、夫の再婚相手及び夫の子女の間で本件住居の利用協議書が作成され、夫は死亡するまでに本件住居に居住できること、夫の死亡後に再婚相手が再婚しなければ継続して本件住居に居住できること、及び夫の死亡後に他人が本件住居を利用することはできないことなどの内容が明記された。

その後、夫が遺言書を作成し、この遺言書で、夫の子女が実際に親の扶養義務を適切に履行しなかったことから、贈与契約で明記された本件住居の持分の贈与を撤回し、この持分を居民委員会²²³に贈与し、それとともに、生存配偶者である再婚相手の以後の居住環境は居民委員会によって保障され、生存配偶者が生計に関し困窮する場合には、居民委員会は生存配偶者の生活水準を確保すべきことが明記された。

ただし、夫の死亡後、生存配偶者が本件住居に自らの弟を居住させたことから、生存配偶者と夫の子女の間で本件住居の利用状況に関し紛争が生じた。その後、生存配偶者も本件住居から退去し、賃貸物件により自らの居住問題を解決した。また、夫の子女は 30 万円で本件住居を転売し、所有権の移転手続きも完了した。そのため、生存配偶者は引き続き本件住居を利用して以後の居住環境を確保することができなくなり、夫の子女

²²³ 1953 年 6 月に提出された「都市街道弁事処組織・居民委員会組織及びその経費問題に関する報告書」において、都市部居民委員会の役割及び性質が次のように明確に定められていた。すなわち、「都市居民委員会を成立する。この組織は住民自治組織であり、政権組織ではない。」。雷潔瓊＝王思斌『転換期の都市基礎社区組織—北京市基礎社区組織と社区発展研究』 北京大学出版社 (2001 年) 3 頁参照。

の転売行為が自らの居住利益を侵害したことを理由として、夫の子女に対して損害賠償を請求した。

人民法院は、物権法第7条²²⁴によって、物権の取得及び行使は社会の公德を尊重して行わなければならない、公共の利益及び他人の適法な権益を侵害してはならないと述べ、さらに、本件住居の協議書又は被相続人の遺言書は当事者の真意に基づき作成され、その内容は関連する法律・法規に違反しないことから、本件協議書及び遺言書の法的効力を認めるとした。それにより、人民法院は、生存配偶者は本件住居の居住の権利を有し、夫の子女は生存配偶者の居住利益を侵害できないとし、また、夫の子女は承継取得で本件住居の所有権を取得していることから、当該住居に設定された生存配偶者の居住の権利を維持・確保すべきであると説示した。その上で、夫の子女が本件住居を転売することは生存配偶者の居住利益を侵害することを理由に、人民法院は、夫の子女が生存配偶者に対して損害賠償金を支給すべきであると判断した。

あわせて、賠償金額については、人民法院は、本件住居の価値、当事者双方の経済能力などの要素を総じて考慮した上で、夫の子女が生存配偶者に居住利益の損失の補償金として転売価格の3割である9万円の支給をすべきことを命じた。

【事例 62】 天津市第二中級人民法院 (2016) 津 02 民終 4409 号判決

この事例では、婚姻用住居が妻の名義で賃貸された公的借家住宅であったが、その後夫が出資して当該住居の所有権を取得した。夫の死亡後に、相続人の中で本件住居の相続に関する協議書を作成し、この協議書によって、被相続人の子が本件住居の相続利益を放棄し、生存配偶者である妻が相続により本件住居の所有権を取得するとされた。その後、親子間で締結された贈与契約において、妻が死亡するまで本件住居に居住できることを条件として、これを子女に贈与したことが明記された。その後、親子間で生活の瑣事から争いとなり、妻が本件住居から退去し、その後本件住居に戻ろうとしたが、子女が拒否した。

人民法院は、契約法で定められた贈与契約に関する条文の内容²²⁵によって、受贈者は贈与契約に定められた義務を履行しない場合、贈与者は贈与契約を取り消すことができると述べ、さらに、本事例では、親子の合意による贈与契約で、生存配偶者である妻の居住環境はその子女により保障されることが条件として課されていることから、本件契約は義務付き贈与契約²²⁶であると判示した。そして、被相続人の子女は受贈者として贈

²²⁴ 物権法第7条によって、物権の取得及び行使は、法律を遵守し、社会の公德を尊重して行わなければならない、公共の利益及び他人の適法な権利利益を侵害してはならないと規定されていた。

²²⁵ 契約法185条によって、贈与契約とは、贈与者が自分の財産を受贈者に無償で与え、受贈者が受贈与の意思を表示する契約をいう。

第192条によって、受贈者に下記に挙がる事由のいずれかが生じたとき、贈与者は贈与を取り消すことができる。

(1) 贈与者又は贈与者の近親に著しい損害を与える場合；(2) 贈与者に対し扶養の義務があるにもかかわらず、それを履行しない場合；(3) 贈与契約に定められた義務を履行しない場合。

贈与者の取消権は、取消の原因を知り得たとき、又は知り得るべき日から1年以内に行使しなければならない。

²²⁶ 契約法第190条は、義務付き贈与契約に関する内容を明定し、すなわち、贈与には、義務を伴うことを前提にすることができる。贈与に義務をつけた場合、受贈者は約定に従い義務を履行しなければならないと規定した。

与契約で明記された義務を履行しなかったことから、人民法院は、生存配偶者が本件契約を取り消すことができるとし、その上で、生存配偶者の以後の居住環境を確保するために、被相続人の子女が本件住居を生存配偶者へ引き渡すよう命じた。

【事例 63】 天津市和平区人民法院 (2016) 津 0101 民初 4079 号判決

この事例は、夫婦の婚姻用建物が取り壊されたことで代わりに取得した住居の所有権の帰属に関する紛争が生じた事例であった。本事例では、夫婦の婚姻用建物の取壊しにより現物補償として二軒の住居が与えられ、そのうち、夫が一軒の住居を取得し、もう一軒の住居をその子甲に帰属させた。夫の遺言書において、夫婦双方が死亡するまで各自は夫の個人財産である上記住居に居住できること、また、夫婦双方の死亡後には夫のこの住居をその子に贈与すること、それとともに、夫のみが死亡した場合は、夫の個人財産に属するこの住居は生存配偶者である妻に帰属させることが明記された。夫の死亡後、その子と生存配偶者が共に遺産に属する係争建物の帰属を主張し、所有権の帰属の確認に関する紛争が生じた。

人民法院は、夫が法律に定めるところに従い、遺言書で個人財産を処分する権利を有するとし、さらに、本件遺言書の法的有効性を認め、その上で、夫が遺言で明記したその個人財産に属する住居の所有権の帰属に関する処分の効力を肯定した。本件遺言書において、夫が先に死亡した場合、遺産に属する住居は生存配偶者である妻に帰属させることが明記されていたことから、人民法院は本件住居を妻に帰属させ、妻は死亡するまでに本件住居に居住できるとの判決を下した。

【事例 64】 江蘇省高級人民法院 (2018) 蘇民監 530 号通知

この事例では、婚姻用住居が夫婦の婚姻中に購入されたものであったが、妻の名義により所有権登記が行われた。親子間で締結された本件住居の贈与契約によって、夫婦双方が死亡するまで各自は本件住居に居住できることを条件として、当該住居はその子に贈与された。ただし、その後、妻は本件住居を第三者に賃貸したため、夫は自らの居住利益が妻の賃貸行為により侵害されたことを理由に、人民法院に訴訟を提起した。

人民法院は、本件贈与契約の法的有効性を認め、その上で、当該贈与契約によって夫は死亡するまでに本件住居に居住する権利を有するとした。ただし、妻が本件住居を賃貸したことから、夫が住居に困窮し、賃貸建物を借りて自らの居住利益を確保せざるを得ないことに至ったことから、妻が夫の居住利益を侵害したと判断し、結論として、人民法院は、妻が夫に金銭補償として 3000 元の支給をするよう命じた。

その後、夫が江蘇省高級人民法院に再審請求をしたが、同人民法院は、夫が住居に困窮することと建物の賃貸との因果関係を立証できなかったことを理由として、夫の再審請求を棄却した。

【事例 65】 吉林省通化市中級人民法院 (2018) 吉 05 民終 467 号判決

この事例では、再婚夫婦がその婚姻中に夫の個人財産である住居に居住していたが、夫が贈与契約により当該住居をその子女に帰属させ、所有権移転手続きも行われた。また、この贈与契約においては、所有権移転の法的効力の発生時期に関して、妻が死亡した後に本件住居の所有権移転がされることが明記され、それとともに、妻は死亡するまで本件住居に居住できることも明記された。

その後、夫が遺言書を作成し、この遺言書によって、夫が上述の贈与契約を撤回し、夫の個人財産はすべて妻に属させることが明記された。夫の死亡後に、夫の子女が生存配偶者である妻の居住行為は自らの所有権を侵害したことを理由に、妻に対して退去請求をした。

第一審法院は、物権法第 17 条、第 34 条、第 37 条及び権利侵害責任法第 2 条、第 3 条、第 15 条²²⁷によって、本件贈与契約に基づき、被相続人の子女が本件住居の所有者として、生存配偶者に対してその所有権に基づき返還請求をする権利を有するとした。その理由は、不動産登記主義を採用する現行法の下において、住居の所有者は不動産登記簿によって決まり、本件住居は被相続人の子女の名義で所有権登記されていたことから、その所有権は被相続人の子女に帰属させるというものであった。ここでは、第一審法院は、被相続人の子女の生存配偶者への退去請求を認めた。

これに対して、妻が不服を申し立て、控訴した。その控訴理由は、被相続人とその子女の間で締結された本件住居の贈与契約において生存配偶者である妻の居住の権利が約定されており、第一審判決は妻の居住の権利を損なうというものであった。

第二審法院は、本件贈与契約は義務付き契約であるとし、さらに、生存配偶者が死亡するまで本件住居に居住できることを条件として位置づけ、本件住居の所有者である被相続人の子女は本件贈与に付加された義務を履行すべきであると判示し、被相続人の子女が生存配偶者である妻の本件住居に関する居住利益を確保すべきであると判断した。また、第二審法院は、本件住居の所有権移転手続きに基づき、被相続人の子女は既に当該住居の所有者となっており、被相続人は贈与契約によりこの住居の所有状況を変更す

²²⁷ 物権法第 17 条によって、「不動産権利証は、権利者が当該不動産に対して物権を有することを証する書面である。不動産権利証に記載された事項は、不動産登記簿と一致するものでなければならない。記載に不一致が生じたときは、不動産登記簿に確かな錯誤があることを証明することができた場合を除き、不動産登記簿を基準とする。」と規定されている。

第 34 条によると、不動産又は動産の無権原占有があったときは、権利者は、原物の返還を請求することができる。

第 37 条で、物権を侵害し、これにより権利者に損害を生じたときは、権利者は、その損害の賠償を請求ことができ、またその他の民事上の責任を負うように請求することもできる、とされる。

権利侵害責任法第 2 条によると、民事権益を侵害した場合、本法に従って権利侵害責任を負わなければならない。

本法にいう民事権益とは、生命権、健康権、氏名権、名誉権、栄誉権、肖像権、プライバシー権、婚姻自主権、後見権、所有権、用益物権、担保物件、著作権、専利権、商標専用権、発見の先取権、株主権、相続権などの人身、財産についての権益を含む。

第 3 条で、被権利侵害者は権利侵害者に対して権利侵害責任を負うことを請求する権利を有する、とされる。

第 15 条による、主要な権利侵害責任の負担方式は以下のとおりである。(1)侵害の停止、(2)妨害の排除、(3)危険の除去、(4)財産の返還、(5)原状の回復、(6)損失の賠償、(7)謝罪、(8)影響の除去、名誉の回復。

以上の権利侵害責任の負担方式については単独での適用及び併用での適用のいずれも可能である。

ることはできないとした。結論として、第二審法院は本件贈与契約に基づき、生存配偶者の居住の権利の請求を認め、第一審判決を棄却した。

【事例 66】 広西省玉林市中級人民法院（2019）桂 09 民終 1467 号判決

この事例では、本件住居は夫と前妻により建築されたものであったが、夫の名義で所有権登記手続きが行われた。そして、夫とその子との間で本件住居に関する贈与契約が締結され、この贈与契約で、当該住居が夫からその子女に贈与され、それとともに、夫が再婚する場合には、夫が死亡するまで再婚配偶者とともに本件住居に居住することも明記された。その後、夫が再婚して、婚姻中夫と後妻双方は本件住居に居住し、夫の死亡後に生存配偶者である後妻が引き続き本件住居を使用している。

第一審法院は、再婚夫婦の婚姻中、生存配偶者である後妻が被相続人である夫の看護義務を主に履行したことから、妻が被相続人との婚姻関係に基づき取得した家族構成員の身分関係は被相続人の死亡に伴い消滅しないと述べ、それとともに、夫の子女が承継取得により本件住居の所有権を取得したことから、当該住居の居住状況などの現状を維持すべき義務を有すると説示した。その上で、生存配偶者の居住行為は不法行為に該当せず、夫の子女の所有権の行使も生存配偶者の合法的な権益を侵害してはならないと判示した。

また、第一審法院は、本件贈与契約によって、生存配偶者の居住の権利は被相続人の死亡に伴い消滅することが約定されたが、この内容は生存配偶者の以後の居住利益を侵害することから、当該約定部分の法的効力を認めなかった。その理由として、同法院は、生存配偶者である後妻は被相続人と約 10 年と共同で生活したが、被相続人が贈与契約で生存配偶者の居住の権利を剥奪することは社会通念に反し、高齢者の人権及び民事権利を侵害する恐れがあることを挙げ、生存配偶者が依然として居住の権利を有すると判示した。あわせて、第一審法院は、高齢者権益保障法第 13 条²²⁸に基づき、家族構成員は高齢者の居住環境を確保すべきであると述べ、さらに、本事例では、生存配偶者が別の住居を有さず、本件住居から退去すれば、住居に関し困窮する恐れがあることから、第一審法院は、被相続人の子女の退去請求が公序良俗に反し、法律上及び事実上根拠が欠如することを理由に、当該請求を棄却した。

それとともに、第一審法院は、今後、生存配偶者の住居の状況又は生計状況が好転した場合、被相続人の子女は本件住居の所有者として、この住居の使用権に関し生存配偶者と調整する権利を有すると判示した。そして、本件住居の費用負担について、同法院は、生存配偶者の居住期間中、本件住居の日常的な維持費用は生存配偶者に負担させ、かつ、生存配偶者の居住行為は所有者である被相続人の子女の利益を妨害することもできないと判断した。

²²⁸ 高齢者権益保障法第 13 条によると、高齢者の扶養は家庭を基礎とし、家庭の構成員は高齢者を尊重し、気遣い、世話をしなければならない。

これに対して、被相続人の子女が不服を申し立て、控訴した。その控訴理由は、本件住居の贈与の協議は、被相続人の死亡後に本件住居に関する紛争を避けるために締結されたものであり、生存配偶者の居住の権利の存続期間は被相続人の死亡までと制約されているため、第一審判決はこの協議の内容に関する合意を尊重しておらず、被相続人の子女の相続利益を侵害し、また、生存配偶者の自らの子女は住居を有し、本件建物に住み続けることなく、生存配偶者の居住問題はその子女の扶養義務の履行により解決できるという点にあり、生存配偶者が本件住居から退去したとしても住居に関し困窮する恐れがないと主張した。

第二審法院は、お互いに扶養義務を負う家族構成員の間で、家族生活の拠点である住居の居住の権利の取得根拠はその所有者の権利付与の意思ではなく、身分関係を根拠として家族構成員は当該住居を使用できると説示し、さらに、本事例では、生存配偶者が被相続人の遺族として遺産に属する本件住居に居住できると述べた。また、同法院は、本件贈与協議で生存配偶者が被相続人の死亡までこの住居に居住できるとされたが、この内容に基づき、被相続人の死亡後に生存配偶者が継続して遺産に属する住居に居住できないということを意味するわけではないと判示した。それにより、第二審法院は被相続人の子女の控訴請求を棄却し、第一審判決を維持した。

【事例 67】 湖北省黄石市中級人民法院（2019）鄂 02 民終 950 号判決

この事例において、再婚夫婦の婚姻用住居は夫の名義で所有権登記されたが、その購入金は夫の子女により出資されたことから、夫とその子女の間で締結された遺贈扶養協議²²⁹で、夫の子女が夫の扶養義務を履行することを条件として本件住居の所有権は子女に移転された。それとともに、夫の再婚相手が死亡するまで本件住居に居住できることも協議で約定された。夫の死亡後、本件住居が取り壊しの対象となり、立ち退き、生存配偶者である妻の以後の居住利益は本件住居の使用により確保できなくなった。それにより、妻は被相続人である夫の子女へ一括的に家賃の補償金として2万5千円の支給を請求した。

第一審法院は、遺贈扶養協議の法性質に基づき、扶養者が遺贈者の扶養義務を負い、遺贈者の財産は遺贈者の死亡によって扶養者に属し、また、遺贈扶養協議は本来扶養義務を有する者の間で締結されることができないと述べた。ただし、本件では、被相続人とその子女の間で遺贈扶養協議が締結されたことから、遺贈扶養協議の法的要件を満たさず、そのため、第一審法院は、本件協議は遺贈扶養協議ではなく、契約法で規定された一般的な贈与契約であると判示した。

²²⁹ 相続法第 21 条によって、遺贈者と扶養者の間において、義務付遺言相続・遺贈という相続手段が利用可能とされている。具体的に、遺言相続又は遺贈に義務が付されているときは、相続人又は受遺者は、その義務を履行しなければならない。正当な理由なくしてその義務を履行しないときは、人民法院は、関係する組織又は個人の請求により、その者の遺産を受けとる権利を取り消すことができる。

通常、遺贈扶養協議は締結時から法的効力が発生し、扶養者は扶養協議の履行を開始する。相続開始後、相続扶養協議が遺言に抵触しなければ、遺産は協議と遺言に分けて処理することができる。もし衝突すれば、遺産は遺贈扶養協議に基づいて処理しなければならない。要するに、遺贈扶養協議は遺言より優先的に適用されている。

その上で、第一審法院は、本件住居が取り壊されたことから、協議で約定された生存配偶者の居住確保が実現不能になり、他方で、この住居の所有者は補償金を取得したため、その補償金の範囲内で生存配偶者の以後の居住環境を保障すべきであると述べ、結論として、同法院は当該地域における生活水準、家賃水準、生存配偶者及び被相続人の子女の経済状況など要素に基づき、被相続人の子女が生存配偶者に補償金として一括的に1万5千円の支給をすべきことを命じた。

第一審判決に対して、被相続人の子女は不服を申し立て、控訴した。その控訴理由として、被相続人の子女は、本件住居が取り壊されたことにより協議で約定された生存配偶者の居住の権利は実現不能になることから、消滅すると解すべきであると述べ、また、生存配偶者及びその子女はそれぞれ住居を所有するため、生存配偶者は住居に関し困窮する恐れがなく、それとともに、被相続人の子女は体調不良であり、安定的な収入源を有さず、本件住居の取壊しにより取得した補償金が新たな住居の購入金として使われたことから、生存配偶者に家賃の補償金を支給する経済力を有しないと主張した。

第二審法院は、本件協議が条件付き贈与契約であると解し、その上で、この協議に基づき、被相続人の子女は生存配偶者である妻の居住環境を保障すべきであるとし、ここでは、本件住居の取壊しによって、妻は継続して当該住居に居住できなくなったが、被相続人の子女が取得した補償金の範囲内で妻の以後の居住利益を確保すべきであると判断した。そこで、第二審法院は、第一審判決の結論が妥当であるとして、被相続人の子女の控訴請求を棄却し、第一審判決を維持した。

【事例 68】 山東省臨沂市費县人民法院（2019）魯 1325 民初 6943 号判決

この事例は、親子間で贈与契約において約定された住居の居住の権利に関し紛争が生じた事例であった。本件贈与契約によって、この住居が父からその子女に贈与され、それとともに、当該住居が国家の発展政策のため徴用されたことによって取得された補償金は受贈者である子女に帰属させるとされた。あわせて、贈与者である父は死亡するまで本件住居に居住でき、この間はその子女は本件住居を転売できないことも本件贈与契約で明記された。それにもかかわらず、親子間で本件住居の居住の権利に関する紛争が生じた。すなわち、贈与者である父は本件建物に居住している間、その子女は当該建物を転売しようとすることから、父に対してこの建物から退去させることを求めた。

人民法院は、本件贈与契約の法的有効性を認め、その上で、当事者双方は、当該贈与契約で約定された義務を履行すべきであるとし、また、契約法第 190 条²³⁰によって、贈与に義務を付けた場合、受贈者は約定に従い義務を履行すべきであると述べた。ここでは、夫の居住の権利の請求は本件贈与契約の合意内容に当たることから、人民法院は夫の請求を認め、結論として、夫は死亡するまでに本件住居に居住できると判示した。

²³⁰ 契約法第 190 条によって、贈与には、義務を付けることを前提にすることができる。贈与に義務をつけた場合、受贈者は約定に従い義務を履行しなければならない、とされている。

【事例 69】 内モンゴル自治区呼和浩特市中级人民法院（2019）内 01 民終 551 号判決

この事例において、再婚夫婦は婚姻登記をせずに共同で夫の個人財産である本件住居に居住していた。夫の遺言書で、再婚夫婦がともに死亡した後、本件住居は夫の孫に帰属させることが明記されたが、その後、夫が本件住居をその孫に贈与し、老人ホームに入居した。一方、妻は引き続き本件住居に居住している。

第一審法院は、再婚夫婦が長期にわたって本件住居に共同で生活していた実情を踏まえ、夫が贈与で本件住居をその孫に帰属させたが、贈与する前に作成された遺言書で妻に本件住居の居住の権利を付与したこと、また、本件遺言書で設定された居住の権利²³¹は法律の強行規定に違反せず、家族構成員の利益衡平又は公序良俗にも反しないことから、第一審法院はこの居住の権利の法的効力を認め、その上で、夫の孫がその義理の祖母に対してした本件住居の返還請求を斥けた。

これに対して、夫の孫は不服を申し立て、控訴した。その控訴理由は、夫は遺言で本件住居の居住の権利をその妻に付与したが、夫がまだ死亡していないため、本件遺言書の法的効力はまだ発生せず、それにより、妻は本件住居の居住の権利を有しないとされるべきであるというものであった。それとともに、夫及びその孫の間で締結された本件住居の贈与契約に従い、夫の孫が本件住居の所有者であることから、夫の孫はその義理の祖母に対して本件住居の返還請求をすることができると主張した。

第二審法院は、夫の孫は本件贈与契約により住居の所有権を取得したが、その贈与契約の締結前に、夫が既に遺言で本件住居の居住の権利を妻に付与し、また、夫の孫が承継取得により本件住居の所有権を取得したことから、受贈者として贈与者の債務を承継しなければならず、本件で夫が妻の居住の権利を確保するという義務を負い、当該住居の利用の現状を維持する義務を有するとした。それにより、夫の孫が本件住居を取得した際、妻は本件遺言書により付与された居住の権利に基づき本件住居を利用するのであり、無断占有者に該当しないことから、第二審法院は、夫の孫の返還請求が法律根拠を欠けることを理由に当該請求を棄却し、第一審判決を維持した。

2. 事例の検討

(1) 人民法院による司法の立場

遺産に属する住居の相続紛争を回避するために、住居の所有者が死亡する前に当該住居をその子女に贈与し、それとともに、生存配偶者の居住利益を保障するためにその贈与契約中で生存配偶者の居住確保を受贈者である子女に義務として課すことがしばしば行われる。そして、裁判実務では、人民法院は、常にその贈与契約は当事者の真意により締結されたものであり、また、契約の内容が法律の強行規定又は公序良俗に反しないことを理由に、親子間で締結されたこのような贈与契約の法的効力を認める。近時の例

²³¹ 本事例は民法典の創設前の段階に現れたものであるため、人民法院は判決で言及した居住の権利は、居住権制度で創設された居住権と異なり、居住建物の所有者は所有権法理に基づき、当該建物の使用権限を他人に贈与することを内容とする権利である。

として、【事例 64】の江蘇省蘇州市の中級人民法院判決及び【事例 68】の山東省臨沂市費県の人民法院判決がこれに当たる。

また、親子間で行われた住居の贈与行為に条件が付加された場合、人民法院は、契約法第 190 条を準用して、贈与者は贈与に義務を条件として付けることができ、受贈者は約定に従いこの義務を履行しなければならないとの見解を示している。その上で、人民法院は、生存配偶者の以後の居住の利益を保護するため、このような条件の法的効力を認め、受贈者である子女は生存配偶者の居住利益を侵害できないとの判決を下すことがある。例えば、【事例 65】の吉林省通化市の中級人民法院判決及び【事例 67】の湖北省黄石市の中級人民法院判決はその例である。

あわせて、被相続人死亡後の生存配偶者の以後の居住利益が贈与契約で明記されていない場合についても、人民法院は、贈与契約によって生存配偶者の居住の権利が剥奪されることは社会通念に反し、高齢者の人権及び民事権利を侵害する恐れがあることを理由に、生存配偶者が引き続き当該住居に居住できると結論付けている。【事例 66】の広西省玉林市の中級人民法院判決はこの点に言及している。

これらの裁判例から、裁判実務では、当事者双方の合意による贈与契約の法的効力につきそのような契約を有効とする立場が見て取れる。その上で、その贈与に付加された生存配偶者の居住確保の義務を肯定することを通じて、生存配偶者の以後の居住利益の保護が図られる。また、被相続人の死亡後の生存配偶者の居住の権利が贈与契約で明記されない場合であっても、人民法院は常に、高齢者權益保障法の条文を準用して、生存配偶者が継続して当該住居に居住できるものと判断する。

(2) 所有権の取得方式から見た生存配偶者の居住確保

現行法の下では、贈与により住居の所有権を取得した場合、受贈者は贈与者がこの住居に設定した権利をそのまま継承することになる²³²。すなわち、贈与の場合には、受贈者である子女は、贈与者が本件住居に付加した非所有者である配偶者のための居住の権利を確保すべきことになる。

また、贈与と同様のものとして、相続も所有権の承継取得の一形態として位置づけられる。それにより、被相続人が遺産に属する住居に生存配偶者の居住の権利を設定した場合、相続人が包括承継でこの住居の所有権を取得したときは、原則として当該住居にその居住の権利が付加されたまま権利を承継することになる。

あわせて、契約法第 190 条によって、贈与者は贈与に義務を付ける権利を有し、受贈者はこの義務を履行しなければならないとされたことから、裁判実務に現れた贈与に付加された居住の権利に関する紛争について、人民法院は常に受贈者がこの義務を履行すべきであり、居住の権利を有する者の居住利益を保護すべきであると判示する。

²³² 契約法第 190 条は、義務付き贈与契約に関する内容を明定し、すなわち、贈与には、義務を伴うことを前提にすることができる。贈与に義務をつけた場合、受贈者は約定に従い義務を履行しなければならないと規定した。

そして、裁判実務では、人民法院も承継取得の法理²³³に基づき、贈与した住居に他方配偶者の居住の権利が設定された場合、この居住の権利の法的効力を認め、受贈者は当該居住の権利を侵害することができないと判示する。近時の例として、【事例 61】の江蘇省徐州市雲竜区の人民法院判決及び【事例 66】の広西省玉林市の中級人民法院判決はこの点に触れている。

(3) 婚姻情況から見た生存配偶者の居住確保

婚姻情況から見れば、法律婚の場合、もちろん、非所有である配偶者の居住の権利が住居の贈与契約中で明確に設定されれば、私法自治の原則に基づき、所有者は個人財産である住居の利用権限を他人に付与できることから、非所有である配偶者は当該贈与契約で約定された居住の権利を根拠に当該住居に居住できる。それで、人民法院は、承継取得の法理に基づき、受贈者が贈与契約でこの建物を取得すると同時に、条件付き贈与契約で明記された生存配偶者の居住確保という義務を承継しなければならないと説示し、その上で、生存配偶者が引き続き当該住居に居住できると判示する。

それとともに、事実婚の場合、住居の所有者がこの住居の居住の権利を内縁配偶者に付与することが可能であることから、人民法院は承継取得の法理に基づき、内縁配偶者の居住利益を保護した事例も見られる。【事例 69】の内モンゴル自治区呼和浩特市の中級人民法院判決がその例である。

(二) 「分家析産」に伴う居住の権利の設定に関する紛争事例

1. 中国における「同居共財」と「分家析産」制度

(1) 「同居共財」の慣習

中国では、農耕社会が長く続いた社会背景の下で、社会保障制度の不備のため、人々の老後の生活保障は専ら家族に依拠していた。高齢者の生活基盤が失われてしまう危険を軽減するために、家計を共にする生活共同体が好まれ、いわゆる「同居共財」²³⁴という形態がその基盤を支えてきた。こうした家族形態が維持されている中、被相続人の死亡を起因とする相続制度が発達せず、家族財産の分割方法として、いわゆる「分家」が慣習的に利用されるようになった²³⁵。さらに、少なくとも漢代に遡ることのできる「同居共財」という事象は、近代まで存続していると言われており²³⁶、また、「同居共財」と密接に関わっている「分家析産」制度、すなわち家産分割の慣行は、現在でも中国の農村部においてなお継承されていることが実証的な調査により明らかとなっている²³⁷。

²³³ 中国では、所有権の取得方式は原始取得と承継取得に大別する。承継取得は前主が所有した権利をそのままに承継するという形態であり、主な類型は売買、贈与などである。

²³⁴ 滋賀秀三『中国家族法の原理』創文社（1967年）80-81頁には、「同居共財」という概念が使用され、「共財」の所有状態と共同所有との違いが論議されている。

²³⁵ 朱擘「中国における遺留分制度の構築にあたって—家族主義的理念と個人主義的理念に揺れる制度の行方—」立命 369・370号（2016年）328-331頁参照。

²³⁶ 滋賀・前掲注 234）56頁参照。

²³⁷ 鄭小川＝於晶『婚姻継承慣行法研究——以我国某些農村調研為基礎』知識産権出版社（2009年）134頁参照。

(2) 「分家析産」制度の概観

「分家析産」制度の下では、家族構成員間で生産上又は生活上の需要を満たすために、家族構成員が共同で所有している財産を分割する。「分家」制度は、家族構成員が分離して新たな家族を創設する行為、及びそれによって形成された家族を意味し、それとともに、「析産」制度は、家族構成員が共同で所有する財産を分与することを意味しており、分割割合については、通常、家族成員の人数又は実際の需要に基づき均分的に分割されている。

ア 「分家析産」制度と相続制度の異同

両制度とも家族構成員の間での財産の分割の役割を果たすものであるが、実際には財産分与の発生原因、発生時期、適用対象及び分割原則などの側面において、制度目的の実現を確保するために、両制度では異なる定めが設けられている。

例えば、発生原因については、被相続人の死亡は相続の唯一の発生原因として定められており、被相続人が死亡しなければ、被相続人の個人財産は遺産として家族構成員の間で分割されない。これに対し、分家析産は家族成員の死亡により発生する場合に限らず、分割の原因は多岐にわたる。実際にも、父母が年配のため家を取りまとめることが困難な事例、及び親子が不和の事例がしばしば見られる²³⁸。もちろん、家族構成員の死亡、特に被相続人の死亡の場合、家族構成員の間で家族財産が分割される事例もよくある。ただし、相続と異なり、分家析産は被相続人の死亡前に行われる場合が認められる。

また、分割対象及びその分割原則に関しても、両制度の内容は異なる。相続は、被相続人の個人財産のみを分割対象として、相続人の法定順位に基づき、又は被相続人の遺言に従い行われるが、分家析産は、家族成員が共同で所有する財産を分割対象として、家族成員の人数又は実際の需要に基づき均分的に分割される。それとともに、分家慣行の制限を受け、父母は家族財産をその個人財産として遺言又は贈与で任意的に処分することができない²³⁹。

イ 分家析産協議及びその法的効力

分家析産の際、適用対象は家族構成員が共有する財産であることから、家族構成員の個人財産と区別される必要がある。また、分家析産は、家族構成員の以後の生活に繋がるものであるため、家族成員間で分家析産に関する紛争の発生を避けるために、通常、分家析産時に、家族構成員の共有財産の分割に関する合意及び家族の共同債務の返済方法、諸共同財産の帰属状況などの内容が分家析産協議で明記される。それとともに、この分家析産協議書の法的効力を確保するために、当該協議書には証人の名前、協議書の

²³⁸ 兪江「継承領域内衝突格局の形成——近代中国的分家習慣与繼承法移植」中国社会科学第5期（2005年）120-121頁参照。

²³⁹ 朱・前掲注235) 329頁参照。

当事者及び証人の署名及び押印、協議書の作成時期及び効力発生日などの事項も明示される。

また、分家析産協議書の内容は法律の強行規定又は公序良俗に反しない限り、協議書の法的効力に関する紛争について、人民法院は、通常、当該協議書が家族成員の真意で締結されたものであることを理由に、分家析産協議書の法的効力を認めている。

2. 「分家析産」に伴う紛争事例の検討

(1) 事例の紹介

【事例 70】 湖南省張家界市永定区人民法院（2015）張定民一初字第 1121 号判決

この事例では、係争建物が母により建て直されたものであったが、当該建物の所有権登記手続きはまだ行われておらず、親子間で合意された分家協議書によって、母が本件住居を長男甲、次男乙に分与させ、それとともに、母は死亡までにこの住居に居住できると明記された。その後、長男甲及び次男乙が分家協議書に基づき取得した本件住居の持分を末男丙に売却し、それにより、末男丙は本件住居の所有者としてその母をこの住居から退去させた。そこで、母は、末男丙が自らの居住利益を妨害したことを理由に訴えを提起した。

人民法院は、本件分家協議書が当事者の真意により締結されたものであること、法律の強行規定に違反しないことから、当該分家協議書の法的有効性を肯定し、その上で、この分家協議書で母の居住の権利が明確に約定されたことを理由に、母の居住の権利は法律で保護されるとした。また、人民法院は、分家協議書で設定された母の居住の権利は、長男甲及び次男乙の転売行為によって消滅するわけではないと説示した。そこで、人民法院は、末男丙が母を本件住居から退去させたことは母の居住利益を侵害したと判断し、あわせて、子女の扶養義務によっても末男丙はその母の居住環境を確保すべきであると判示した。そこで、結論として、人民法院は、本件協議書に基づき、母が死亡するまでこの住居に居住できるとの判決を下した。

【事例 71】 山東省青島市中級人民法院（2015）青民五終字第 2419 号判決

この事例においては、再婚夫婦が婚姻中に夫の名義で登記された住居に居住しており、また、本事例の「分家単」²⁴⁰で、この住居は夫の子女に帰属させ、それとともに、夫及びその前妻が死亡するまで当該住居に居住できることが明記されたが、当該住居はまだ夫の名義で登記されていた。そして、夫の再婚後、夫の死亡後に生存配偶者となる再婚相手の居住の権利が「分家単」に追加されず、これについて明確に約定されなかつ

²⁴⁰ 中国において、分家析産時には、家族構成員間では共同で所有している財産の帰属を明記するために、又は、今後、家族構成員間において分家析産に関する紛争が生じることを回避するために、分家析産協議書の締結によって分家析産がなされている。分家析産協議書は「分家単」と略称している。中村治兵衛「中国の家産分割と農業経営」農業総合研究第 8 巻 1 号（1954 年）121-122 頁参照。

た。その後夫が死亡し、生存配偶者である後妻が被相続人との婚姻関係に基づき本件住居の相続権及び居住の権利を請求し、当事者間で争いとなった。

第一審法院は、本件「分家単」の法的有効性を認め、その上で、当該建物の帰属は既に「分家単」により決まったことから、この「分家単」に基づき、生存配偶者の本件住居の相続権及び居住の権利に関する請求を棄却した。

第一審判決に対して、生存配偶者が不服を申し立て、控訴した。第二審法院は、本件住居の帰属は「分家単」で明確に約定され、その所有権移転手続きも行われたことから、この住居は被相続人の子女の財産になり、遺産として評価されないとした。それにより、第二審法院は、生存配偶者の本件住居に関する相続分の請求は事実の根拠が欠如するため、この請求を棄却するとし、それとともに、第二審法院は、生存配偶者の居住の権利が本件「分家単」で明記されなかったことから、生存配偶者の居住の権利に関する請求を斥け、第一審判決を維持した。

【事例 72】 山東省青島市中級人民法院（2017）魯 02 民終 6723 号判決

この事例は、生存配偶者が、夫婦の婚姻中に建築された住居が取り壊されたことにより取得された補償金の2分の1を子女に請求した事例であった。被相続人が作成した本件住居の「分家単」によって、本件住居の持分をその子女に属させ、被相続人及びその配偶者は死亡するまでこの住居に居住でき、それとともに、被相続人及びその配偶者がともに死亡した後に、子女が本件住居の全部の所有権を取得するとされた。被相続人の死亡後に、本件住居がとり壊され、建物取壊しの補償協議により、被相続人の子女が二軒の建物を取得することができ、それとともに、金銭補償として約33万元を取得した。また、本件では、「安置房」²⁴¹がまだ建築中であることから、生存配偶者は賃貸家屋に居住していた。

第一審法院は、本件住居が夫婦の婚姻中に建築されたものであることから、夫婦の共有財産に属するとし、さらに、被相続人により作成された「分家単」によって、被相続人が所有する本件住居の持分が処分されたことにより、本件住居は生存配偶者と被相続人の子女の共同財産であると判示した。そのため、第一審法院は、生存配偶者が本件住居の共同所有者として、補償金の2分の1の所有権を有すると説示し、その上で、被相続人の子女から生存配偶者への補償金の2分の1の支給を命じた。

第一審判決に対して、被相続人の子女が不服を申し立て、控訴した。第二審法院は、本件事例は、法定相続紛争事例であるとし、その焦点は本件分家協議の法的性質であると説示した。本件「分家単」は村民委員会の調停の下で作成されたものであり、両親の老後の生活の確保策及び家族財産の帰属などの内容がこの「分家単」で明記されたことから、「分家単」の要式・要件を満たすと述べ、それにより、第二審法院は本件「分家単」の法的有効性を認めた。また、第二審法院は、「分家単」の法的性質に照らし、本

²⁴¹ 中国では、安置房も立ち退き者用住宅と呼ばれ、立退き対象者への補償の一つとして、一般に相場より安い価格で購入できたり、無償で提供されたりするものである。

件住居の所有権は既に被相続人の子女に移転したと判示し、本件「分家単」で生存配偶者の居住の権利が約定されたが、当該住居は取り壊されたことから、生存配偶者の居住の権利が実現不能になったとした。そこで、第二審法院は、生存配偶者は別訴として賃料補償の訴えを提起できると結論付けた。

【事例 73】 河北省石家莊市中級人民法院（2018）冀 01 民終 12864 号判決

この事例においては、親子の合意による「分家単」で、家族が所有する二軒の住宅を子甲及び子乙に属させた。その後、当該地域における発展政策に基づき、この二軒の住宅が取り壊しの対象となったため立ち退き、かえって子女甲及び子女乙は現物補償としてそれぞれに「安置房」を取得した。ただし、この「安置房」の所有権登記手続きはまだ行われない。あわせて、当該地域の建物取壊しの補償方案によれば、本件住居の取壊しにより取得した「安置房」のうち一軒は取り壊された住居の所有者である父母に帰属させるべきことが明らかである。しかし、子甲、子乙及びその父の間で、現物補償として取得した「安置房」の帰属をめぐって紛争が生じ、父が、子らによる取得した「安置房」の一軒の居住の権利及び所有権を人民法院に請求した。

第一審法院は、現行法の下では、所有者が法律の定めるところに従い特定の物を直接支配する権利を有すると述べ、さらに、住居が取り壊された場合、「安置房」の提供は取り壊された建物に居住していた家族全員に対する居住確保の法的施策であることから、「安置房」は家族構成員の共同財産として認定されるべきであると説示した。また、本件では、「安置房」の所有権登記手続きはまだ行われず、「安置房」は家族の共有財産に属することから、第一審法院は、父の請求は事実の根拠が欠如することを理由に、棄却した。

第一審判決に対して、父は不服を申し立て、控訴した。その控訴理由として、父は本件「分家単」に署名しておらず、「分家単」は法的有効性を有さないこと、また、補償方案に基づき父は一軒の「安置房」の所有権及び居住の権利を有することが挙げられた。

第二審法院は、この「分家単」に父が署名しなかったが、「分家単」に村民委員会の印鑑が押され、そして、その子女がこの「分家単」で約定された所有権に基づき村民委員会と「安置房」の補償方案を締結したことから、本件「分家単」の法的効力を認めた。また、第二審法院は、物権法第 9 条²⁴²によって、不動産に関する物権の設定、変更、移転及び消滅は、法律の定めるところに従ってこれを登記したときにその効力を生じると述べ、さらに、本件「安置房」の所有権登記はまだ行われていないことから、父の「安置房」の一軒の所有権及び居住の権利に関する請求を斥けた。あわせて、第二審法院は、子甲及び子乙がその父の扶養義務を履行する意思を明確に表示したことから、

²⁴² 物権法第 9 条によって、不動産に関する物権の設定、変更、移転及び消滅は、法律の定めるところに従ってこれを登記したときにその効力を生じ、登記をしなければ、その効力を生じない。ただし、法律に別段の定めがある場合は、この限りではない。

また、法律により国の所有に属するものとされる自然資源については、その所有権の登記をしないことができる。

今後、父が住居に関し困窮する恐れはないと判示した。そこで、第二審法院は父の控訴請求を棄却し、第一審判決を維持した。

【事例 74】 貴州省黔東南ミャオ族トン族自治州劍河県人民法院（2019）黔 2629 民初 476 号判決

この事例では、再婚夫婦の婚姻中に、夫の子女が仕事のため、再婚夫婦と共同生活をせず、また、本件住居は夫婦の婚姻中に建築されたのであったが、その建築費などの費用の出資由来に関して、当事者の間で争いとなった。なお、本件住居の所有権登記はまだ行われていなかった。その後、家族構成員の間で、本件分家協議書が作成され、この協議書で本件住居を夫の子女に帰属させ、それとともに、再婚夫婦は死亡するまで本件住居に居住できると約定された。その後、夫が治療を受けるため当該住居から退去し、夫の死亡後に生存配偶者と夫の子女の間で本件住居の居住の権利に関する紛争が生じた。夫の子女は、生存配偶者が本件住居に居住することが自らの所有権を侵害していることを理由として、人民法院に訴訟を提起した。

人民法院は、民事主体の合法的な権益は法律により保護されると説示し、その上で、本事例では、被相続人の子女と生存配偶者が共同で生活していなかったことから、生存配偶者は被相続人の子女の扶養義務を履行しなかったが、生存配偶者と被相続人は婚姻登記手続きを行い長期にわたって共同で生活してきたため、当事者双方は家族構成員であると述べた。その上で、双方はお互いに相手方の生活水準を確保する義務を有すると判示した。また、本件住居が再婚夫婦の婚姻中に建築されたものであること、分家協議書で生存配偶者が死亡するまでこの住居に居住できることが約定されたことから、人民法院は、生存配偶者は死亡するまで本件住居に居住する権利を有すると判断した。

あわせて、分家協議書では本件住居の帰属について言及されたが、この住居はまだ所有権登記されていなかったことから、不動産登記主義を採用する現行法の下では、被相続人の子女はまだ本件住居の所有者とは言えず、さらに、高齢者権益保障法で定められた高齢者の合法的な権益を保護するとの原則に基づき、人民法院は、生存配偶者が引き続き本件住居に居住できるとの判決を下した。

(2) 「分家析産」に伴う諸事例の検討

中国の農村部では、伝統的な慣習のため、家族財産の分割方法として「分家」が慣習的に利用され、「分家」の際に、通常、家族財産に属する住居を子女に帰属させ、それとともに、父母の以後の居住環境を保障するために、父母が死亡するまで当該住居に居住できることが住居の所有権移転の条件として明記される。それにもかかわらず、この住居が取り壊されたことなどのため、裁判実務では、当該住居の居住の権利に関する紛争が頻繁に生じている。

ア 「分家単」の法的効力に関する紛争

分家協議書は、家族構成員の間で財産の帰属に関する紛争を回避することに極めて重要な役割を果たし、また、父母の安定的な老後の生活の確保に資するとも言える。

そのため、裁判実務に現れた、分家協議書で設定された居住の権利に関する紛争について、人民法院は常にこの分家協議書の法的効力を判断し、裁判例からは、人民法院は分家協議書の法的効力を肯定する立場に立つことが見て取れる。具体的には、人民法院は家族構成員の間で締結された分家協議書は家族構成員の真意により合意されたものであり、その内容は法律の強行規定に違反せず、公序良俗に反しないことを理由に、分家協議書の法的効力を認めている。近時の例として、【事例 70】の湖南省張家界市永定区の人民法院判決及び【事例 72】の山東省青島市の中級人民法院判決はその例である。

そして、当事者が「分家単」に署名していないことを理由として、「分家単」は法的有効性を有しないと主張した事例でも、人民法院は、当該「分家単」に村民委員会の印鑑が押されており、証人が署名したことから、この「分家単」が家族構成員の合意により締結されたものであると判断し、その上で、「分家単」の法的効力を認める。【事例 73】の河北省石家荘市の中級人民法院判決はこの点に言及している。

これらの判決から、私法自治の原則の下では、人民法院は当事者の合意を尊重するために、基本的に当事者の間で締結された分家協議書の法的有効性を肯定し、その上で、分家協議書の内容に基づき、当事者の間に現れた住居の帰属及び利用に関する紛争を解決しようとしていることがうかがえる。

イ 分家析産と居住利益の確保

通常、夫婦の一方の個人財産である住居を分家協議でその子女に帰属させることが明確に約定された場合、人民法院は、この住居の所有権が既に分家協議で移転され、夫婦の一方の所有物ではなくなり、それにより、夫婦の一方が死亡した場合も、遺言書で当該住居の所有権を処分することができないと判断する。そのため、裁判実務では、生存配偶者が当該住居の相続権を主張した場合、通常、係争住居の所有権は既に分家協議で移転されたため、当該住居は遺産に属せず、生存配偶者がこの住居について相続持分を有しないと説示する。【事例 71】の山東省青島市の中級人民法院判決はその例である。

ただし、その場合生存配偶者の居住利益の確保が問題となり、この者が住居に関し困窮する恐れがあると考えられる。確かに、高齢者の再婚の場合、しばしば婚姻用建物の所有権は既に再婚前に分家協議により移転され、そして、再婚配偶者の居住利益の確保施策がその分家協議に追加されなければ、他方配偶者の死亡後、再婚配偶者の居住環境の保障は実現不能になる。もちろん、分家協議は高齢者再婚前に締結されたものである場合、当事者双方の真の意思によりその内容が確定されれば、私法自治原則を採用する中国法の下、当該協議の法的効力が発生するとし、再婚配偶者の居住の権利に関する内容が明記されないことから、分家協議を通じて再婚配偶者の居住の権利を排除することは当該配偶者の正当な利益を侵害すると結論付けることは相当ではない。【事例 71】の山東省青島市の中級人民法院判決はこれに当たる。

あわせて、不動産登記主義を採用する現行法の下において、不動産に関する物権の設定、変更、移転及び消滅は、法律の定めるところに従ってこれを登記したときにその効力を生じるとされ、住居の所有者は不動産登記簿によって決まると明定されている。それにより、住居の帰属は分家協議で約束されたが、この住居の所有権移転手続きが行われなかった場合、人民法院は、通常、係争住居の所有権移転の法的効力はまだ発生しないと判断する。近時の例として、【事例 74】の貴州省黔東南ミャオ族トン族自治州劍河県の人民法院判決はこの点に言及している。

そして、不動産登記主義を採用する現行法の下では、住居の帰属が分家協議で約定されたが、その所有権移転手続きがまだ行われぬ段階において、住居の所有権の帰属は変更されていないとされる。そのため、【事例 71】の山東省青島市の中級人民法院判決では、分家協議で係争住居の所有権の移転が約されたが、当該住居に関する物権の移転がまだ行われていないことから、この住居は変わらず夫の個人財産として評価されるべきであり、夫の死亡後に当該住居は遺産に属し、生存配偶者がこの住居の相続利益がある場合、遺産分割で当該建物の帰属が明確に確定されるまでに共同所有者としてこの住居につき居住利益を有するとされるべきである。この点に基づき、【事例 71】の山東省青島市の中級人民法院判決は相当ではないと考えられる。

ウ 分家協議書で約定された居住の権利の対抗力

裁判実務では、分家協議書で設定された父母の居住の権利に関する紛争について、通常、当事者の合意による分家協議書に基づき、設定された父母の居住の権利の法的効力を認め、その上で、父母が死亡するまで係争住居に居住できると判示する。【事例 74】の貴州省黔東南ミャオ族トン族自治州劍河県の人民法院判決はこれに当たる。

また、分家協議書で住居が取り壊された場合における父母の居住利益の確保策が言及されていないとしても、人民法院は、父母の以後の居住利益を確保するために、分家協議の効力に基づき、その子女が住居の取壊しにより取得した補償の範囲内で父母の居住環境を保障すべきであるとの見解を示している。そして、父母が住居の取壊しにより取得した「安置房」をもって以後の居住利益を確保できない場合、子女に賃貸家屋の家賃の補償を請求することができる。【事例 72】の山東省青島市の中級人民法院判決はこの点に言及している。

あわせて、住居が転売され、その所有名義人が変更された場合であっても、居住の権利を有する者である父母の以後の居住利益の確保を図るために、人民法院は、分家協議書で設定された居住の権利は当該住居の所有名義人の変更の影響を受けないとの立場を示した。【事例 70】の湖南省張家界市永定区の人民法院判決はその例である。

これらの判例から、人民法院は家族関係にある当事者双方の合意を尊重し、居住建物の所有権を父母からその子女に移転させる場合、分家協議書で設定された父母の居住の権利の法的効力を肯定することを通じて、父母の以後の居住環境を保障しようとするのが見て取れる。

その上で、分家協議書で約定された居住確保の法的方法により、父母の居住利益の保護が実現不能な場合は、通常、人民法院は父母の居住の権利をその住居の所有権に付加された制約と解し、子女が承継取得の一種類である贈与で当該住居の所有権を取得すれば、当該住居に付加された居住の権利を維持する義務を負うと判示する。あわせて、その子女が住居の取壊しにより現物補償又は金銭補償を取得すれば、人民法院は、常にその子女が父母の居住環境を保障する経済力を有するとした上で、取得した補償の範囲内で継続して分家協議書で設定された父母の居住利益を保護すべきであると判断している。

第二節 判決により示された居住利益の確保手段の不完備性

居住権制度の施行前に、裁判実務に現れた家族構成員の居住利益に関する紛争について、人民法院は、離婚した配偶者に離婚経済援助の法的方法を付与すること、協議書又は遺言書で設定された生存配偶者の居住の権利の法的効力を認めることを通じて、住居に関し困窮する恐れがある家族構成員の居住環境の保障を図っていた。ただし、離婚経済援助制度には方策の運用要件が明記されないなどの問題点が残存することから、同制度を用いて家族構成員の居住問題を解決した裁判例には、まだ問題点が残されている。

一 実務に現れた住居の居住の権利に関する問題点の分析

(一) 物権法定主義の下における居住の権利の請求の却下

居住権が用益物権として民法典で明記される前の段階では、家族関係の解消に伴い家族構成員が住居に関し困窮する恐れがある場合、通常、「居住の権利」の設定によって当該家族構成員の以後の居住利益を確保するという方法が採られていた。そして、裁判実務に現れた家族構成員の居住の権利に関する紛争について、人民法院は常に家族構成員の居住利益を保護する立場に立ち、居住の権利の保護に対して肯定的な見解を示していた。ただし、設定された家族構成員の「居住の権利」が法律により明記されていなかった段階では、裁判実務は、物権法定主義の下で、人民法院はこの権利が物権的な権利に属しないことから、当該請求を棄却した事例がよく見られる。

1. 否定の立場及びその検討

民法典の施行前の裁判実務において、住居に困窮する恐れがある家族構成員の居住確保の法的方法として当事者間で約定された居住の権利を、用益物権として位置づけられた事例が見られる。ただし、物権法定主義の下では、法律で定められた物権の種類・内容のもの以外は、当事者が新たに契約などによって物権を創設することはできない。そのため、民法典の施行前に、当事者間で合意された「居住の権利」について、人民法院は、如何なる法的理由に基づき、設定された「居住の権利」の法的効力を認めたのかに関し、なお検討が求められる。

そして、民法典の施行前は、民事法律体系の中で居住権は物権的な権利として明定されておらず、それにより、物権法定主義の下で、人民法院が、当事者が主張した「居住

権」は法律で定められた物権的な権利に属しないことを理由に、この「居住権」の請求を棄却するという事例が頻繁に見られた。例えば、離別の場合、人民法院は、離婚経済援助制度に基づき、経済援助の法的施策である居住の権利の付与及び住居の所有権の提供のいずれかを用いて、離婚した配偶者の以後の居住の利益を保護するという立場を示している。ただし、裁判実務では、人民法院が、離婚夫婦間で約定された居住の権利が法定の権利ではないことなどを理由に、経済援助を請求した配偶者の離婚後居住権の請求を棄却した事例も見られる（【事例 15】）。そして、離別の場合と同様に、死別の場合でも、民法典の施行前には、裁判実務に現れた生存配偶者の居住の権利に関する紛争について、人民法院は物権法定主義の原則に基づき、約定された生存配偶者の居住の権利は法定の物権に属しないことを理由として、当該権利の法的効力を認めなかったという事例がある（【事例 45】）。

2. 家族構成員の居住利益の確保の現実的可能性とその検討

一方、民法典の施行前において、当事者の合意により約定された居住の権利の法的性質が明確でなかった中で、人民法院は、当該権利の内容に基づき、この居住の権利を所有権に属する占有権や使用権と類似する権利と見て、それにより、この居住の権利を所有権の従たる権利と解し、当該権利の法的効力を認める場合がある。そして、その上で、この権利に基づき、離婚後に住居に関し困窮する恐れがある配偶者の以後の居住利益を保護するとする（【事例 17】）。

また、人民法院は、家族構成員の居住確保の現実的必要性を判断した上で、当事者で合意された居住の権利を契約的な権利として法的効力を認め、それにより、住居に困窮する家族構成員の居住利益を確保しようとする場合もある（【事例 15】）。もちろん、居住の権利を契約的な権利として評価する場合、契約が解消されればこの権利は実現不能になる恐れがあるが、契約の存続中は、住居に困窮する家族構成員は合意された居住の権利を用いて自らの居住環境を確保できる。そこで、この点に着目すれば、合意された居住の権利を契約的な権利として認めることは、家族構成員の居住問題の解決に対して一定程度有用であると言える。そして、人民法院は、離婚協議などにおいて合意された、住居に関し困窮する恐れがある配偶者の居住に関する約定が法律又は行政規定に違反せず、公序良俗にも反しないことを理由に、当該協議の法的効力を認め、それによって当該配偶者の以後の居住環境の保障を図る場合もある（【事例 14】）。

これらの判決からは、民法典の創設前には、当事者間で合意された居住の権利の法的性質を判断せず、居住の権利者がこの権利を用いて以後の居住環境を確保する必要があると判断すれば、そのような権限を根拠に住居に関し困窮する恐れがある家族構成員の居住問題を解決しようとする司法の立場が見て取れる。

あわせて、裁判実務では、親子間で贈与された住居の「居住権」などに関する紛争について、高齢者權益保障法で定められた高齢者の居住利益の保護という原則に基づき、高齢者の居住に法的保障を与える場合もある（【事例 44】）。

いうまでもなく、民法典の施行前には、法律体系の中で居住権は用益物権として明定されておらず、そのため、居住権の法的性質に関する争いがよく生じていた。人民法院は、前述のように、当事者により合意された居住の権利が法律で定められた物権に属しないことを理由に、この権利の法的効力を否定する。物権法定主義の下で、これらの人民法院の判決の妥当性については疑う余地はないが、同時に、人民法院は、そのような権利の法的性質自体について判断をせず、当事者の真意又は高齢者権益保障法で定められた高齢者の居住利益の保護という原則に基づき、合意された居住の権利の法的有効性を認めようとする。すなわち、「住居に関し困窮する恐れがある家族構成員のための居住確保の法的方策」を付与することで、この者の居住問題を解決しようとしていた。

ただし、人民法院は、合意された居住の権利を用いて、住居に関し困窮する恐れがある家族構成員の居住を確保することに肯定的な見解を示す場合でも、さらに、居住者の利益確保の実現や、住居の所有者と居住者の利益の衡平の確保などについての法的方策は明示していない。そのため、当該住居が取り壊された場合などにおいて当事者間で再び居住の権利に関する紛争が生じる恐れがあり、家族構成員の居住が確実に保護されるものと言えない。

(二) 判決で示された居住の権利の法的性質の検討

民法典の施行がされる前の裁判例からは、人民法院は当事者の合意によって「居住の権利」を設定することは認めるものの、その法的性質までは明確に論及せず、そのため、住居の所有状況が変更される際に、当事者間又は第三者との間で再びこの権利に関する紛争が生じる危険があった。また、居住権制度が民法典により正式的に確立される前は、当事者間で合意された「居住の権利」は物権的な権利として位置付けられる余地がなく、私法自治の原則の下で、当事者間で合意された契約的な権利と解する他ない。しかし、不動産登記主義の下では、権利者が第三者に対して対抗力を取得するためには、この権利を登記しなければならず、住居が転売された場合には、権利者が自らが有する「居住の権利」を登記していないかぎり、第三者に対してその権利の対抗力を有さないから、結局、その居住環境が不安定な状態に留まる。

そこで、民法典の施行前に裁判実務に現れた「居住の権利」に関する紛争事例については、当該権利の法的性質に関する検討が有用であると考えられる。

1. 離婚配偶者のために約定された離婚後居住権

離別の場合には、通常、離婚により住居に困窮する配偶者の以後の居住問題を解決するために、離婚後居住権の付与という経済援助施策を用いていた。そして、裁判実務では、離婚夫婦間で合意された離婚後居住権に関する紛争について、人民法院は常にこの権利の法的性質を明確に判明せず、当該権利を離婚後の経済援助の法的施策として解し、その上で、経済援助を請求した配偶者が権利の適用要件を満たせば、この権利を付与して配偶者の離婚後の居住問題を解決していた。また、民法典施行前の婚姻法においても、離婚後の法的方策としてのこの権利の性質が明定されていなかった。

ただし、離婚後居住権の法的性質が判決で明確にされていないと、当事者間又は第三者との関係で再び当該権利をめぐる紛争が生じる恐れがある。人民法院の裁判例の中には、離婚後居住権を物権的な権利として位置づけ、その上で、離婚経済援助制度の下では、離婚後経済援助を請求した配偶者が婚姻法で定められた「生活困難者」に該当すれば、この配偶者に離婚経済援助の一法的施策である離婚後居住権を付与するとしたものもある。ただし、物権法で確定された物権法定主義の下では、物権的な権利は法律の規定により創設されたものである必要があり、当事者が自由に新たな物権的な権利を新設することはできない。そこで、人民法院は、離婚後居住権を契約的な権利として解する方向性を取るようになる。民法典の施行前においても、契約自由の原則に基づき、離婚後居住権を契約的な権利として解することは可能である（【事例15】）。

もちろん、契約自由原則の下では、法律の強行規定及び公序良俗に反しない限り、当事者間で居住権を契約的な権利として自由に設定することは可能である。ただし、離婚後居住権を契約的な権利として位置付けられるのであれば、契約法の定めるところに従い権利の登記手続きを行う必要がある。契約法第44条²⁴³によって、法律及び行政規定で契約の効力発生要件に関し特別の規定があれば、その規定に従い契約の効力を生ずるとされ、さらに、都市不動産管理法第53条²⁴⁴は、住居の賃貸借契約の登記という効力発生要件を明記していた。すなわち、住居の賃貸借契約を締結する際には、賃貸人及び賃借人が書面による契約で賃貸借期限、賃貸借価格又は修繕責任などの条項を明記し、その上で、当該契約を建物管理機関²⁴⁵に登記しなければならない。

しかしながら、裁判例からは、離婚の際に離婚後居住権が登記された事例が稀であることは見て取れる。離婚後居住権が賃借権とは異なるものであることがその一因であると考えられるが、それにより、離婚後居住権を契約的な権利として有効と位置づけたとしても、この居住権が合意された住居が転売された場合、離婚後居住権の権利者は当該権利を登記しない限り、新たな購入者に対抗することができない。そして、離婚後居住権が登記の対象となるかどうかについて法律上の明文の根拠はない。そのため、住居の購入者との間でこの権利に関する紛争を生じさせることになる。

2. 生存配偶者のために設定された住み続ける権利

夫婦の死別の場合、人民法院は、高齢者權益保障法で定められた高齢者の權益を確保するとの原則に基づき、常に、合意で設定された生存配偶者の住み続ける権利に対して肯定的な見解を示していた。ただし、民法典の施行前の裁判例からは、人民法院は、こ

²⁴³ 契約法第44条は、契約の効力を規定し、法律の定めるところに従い締結した契約は、締結時でその効力を生ずるとする。また、法律及び行政規定により、契約の効力に関し許可、登記などの手続きを行わなければならないと規定された場合は、その規定に従う。

²⁴⁴ 都市不動産管理法第53条は、賃貸借契約の明記事項及び効力発生要件を規定する。すなわち、住居の賃貸借契約を締結する際にして、賃貸人及び賃借人は書面による契約で賃貸期限、賃貸の用途、賃貸価格、修繕責任などの条項及びその他の権利・義務を合意し、その上で、当該賃貸借契約に押印しなければならない。あわせて、この契約を建物管理部門に登記しなければならない。

²⁴⁵ 中国では、2007年10月1日より実施された物権法で、建物の登記制度を確立する法的方針が明記され、さらに、2015年3月1日より施行された建物の登記に関する暫定条例（以下、「登記条例」と言う）は、中国における建物に関する登記制度を統合し、それにより、中国における統一的な登記制度を確立した。

の合意による生存配偶者の住み続ける権利の法的性質をほとんど明らかにしていないことがうかがえる。人民法院は、この権利を物権的な権利として位置付けようとした意図もが見て取れるが、民法典の施行前においては、やはり、生存配偶者のこの住み続ける権利を物権的な権利として解する余地はないと考えられる。

(1) 裁判例における居住の権利の判断に関する問題点

生存配偶者のために設定された遺産に属する住居に住み続ける権利の性質は生存配偶者の今後の居住環境の保障と緊密に繋がっている。そのため、当該権利の法的性質が裁判で明確に判断される必要があったと考えられる。もちろん、この権利を契約的な権利として位置付ける事例はある。しかし、被相続人が遺言の方式で生存配偶者に居住の権利を付与した場合には、遺言事項の明確性の観点から、当該権利が債権的な権利として有効かについて疑問が生じる。周知のように、遺言書は被相続人の一方的意思表示により作成されたものであることから、当事者双方の合意に基づく契約に該当せず、それと異なる法的性質を有している。したがって、生存配偶者の居住の権利を契約的な権利として解したとしても、さらに、遺言の方式で生存配偶者の遺産に属する住居に住み続ける権利を設定できるかについては検討がなお必要となる。

もちろん、被相続人が遺言の方式で生存配偶者の居住の権利を設定する際に、生存配偶者及び他の相続人がこの遺言書に署名すれば、実質上当該遺言書は死因贈与に類する協議書の法的性格を有すると結論付けられうる。したがって、生存配偶者の居住の権利は協議で創設されたものと解されることから、契約自由の原則に基づき、理論上この権利の設定方式に関する法的問題は生じない。そこで、裁判実務では、生存配偶者の住み続ける権利は被相続人の遺言の方式により設定されたものではなく、協議によって合意されたものであり、その上で、設定された生存配偶者の居住の権利に対して法的効力を与えるとの判決を下している（【事例 41】）。

ただし、被相続人の遺言書に生存配偶者又は他の相続人である子女が署名をしなかった場合、遺言の方式により、債権的な権利として位置づけられた「居住の権利」を設定することができるかが問題となる。

(2) 「居住の権利」の法的性質と生存配偶者の居住確保

中国法では、所有権の取得法理に基づき、被相続人の子女が相続で遺産に属する住居の所有権を取得することは原始取得に該当せず、承継取得であることから、当該住居に既に設定された用益物権などの権利があるときはそれをそのままに承継しなければならないと解されている。したがって、被相続人の子女が、住居に設定された生存配偶者の居住の権利についても、これを確保する義務を有するとされる。もちろん、中国法では、被相続人の子女は、配偶者と共に第一順位の相続人であることから（民法典第 1127 条）、生存配偶者のための居住の権利が契約的権利として解されたとしても、配偶者が当然に被相続人との間で約定した居住の権利を相続人である子女にも対抗することができ、その登記が不要である。裁判実務でも、被相続人の子女が相続で遺産に属する住居

を取得する際に、その住居に既に設定された生存配偶者の住み続ける権利が登記されなかったとしても、被相続人の子女が生存配偶者の住み続ける権利をそのままに承継しなければならないとした事例がある（【事例 45】）。

一方、被相続人の子女が相続で遺産に属する住居の所有権を取得した後、この住居を第三者に転売しようとする際に、当該住居に生存配偶者の住み続ける権利が設定されていた場合には、この権利が契約的権利として解されれば、生存配偶者が当該権利を登記したとしても、買主である第三者に対して主張できず、自らの以後の居住確保が困難となる危険性が高い。

その理由は、権利の優先順位に基づき、物権は債権に対しては原則として優先的効力を持っており、債権に対しては、対抗要件を備えなくても、優先的効力を主張できるということである。言うまでもなく、不動産登記主義を採用する中国法の下では、不動産に関する物権の変更は、法律の定めるところに従ってこれを登記したときにその効力を生じるとされ、それにより、買主である第三者が売買契約により取得した居住建物の所有権の法的効力を生じさせるためにそれを登記する必要がある。ただし、登記を経て買主である第三者が当該居住建物の所有権を取得した後、債権的権利として解される生存配偶者の居住の権利に対して優先的効力を有すると認められる。そこで、買主である第三者が自らの所有利益を確保するために、配偶者に対して物権的妨害排除請求権を行使することができ、このような場合、生存配偶者が当該建物から退去せざるを得なくなる。

もちろん、約定された生存配偶者の住み続ける権利が債権である賃借権として解される場合、配偶者が賃貸借契約によって居住建物を占有している期間中に被相続人の子女が当該建物を第三者に売却したとしても、原則として生存配偶者の住み続ける権利に対して影響を与えないとされる。ただし、賃貸借期間が6箇月以上の場合、書面の形式を採用しなければならず、採用しなかった場合であれば、期間の定めのない賃貸借とみなし（民法典第707条）、子女が合理的な期間前に配偶者に通知すれば、随時契約を解除することができる（民法典第730条）。それによって、生存配偶者の居住環境が再び不安定な状態に陥る恐れが生じる。

したがって、生存配偶者の以後の居住環境を保護するためにその住み続ける権利を設定したことに関わらず、物権法定主義を採用する中国法の下では、居住権が物権的権利として明記されない限り、住み続ける権利の設定によって生存配偶者の居住問題が完全に解決される余地がない。

あわせて、実際に、現在の中国においては、被相続人の子女が被相続人と共同で生活せず、家を出て外で仕事をする事例が頻繁に見られ、被相続人の子女が相続で住居の所有権を取得したとしても、事実上当該住居に居住することは稀である。そのため、被相続人の子女が換金のためこの住居を売却すれば、生存配偶者は自らが有する住み続ける権利を登記しない限り、住居に住み続けることはできず、居住を実現できないことにな

る。そして、民法典施行前には、配偶者がその住み続ける権利を登記する方法は、賃借権と解する以外に見られなかった。

また、「居住の権利」を契約的な権利として位置づけると、事情変更の原則に基づき、この契約を継続的に履行することが困難になった場合、当事者は契約を解除することができる²⁴⁶。住居が当該地域の発展政策で取り壊しの対象となった場合、不可抗力により生存配偶者の住み続ける権利を取り決めた契約を継続して履行することができなくなり、当事者はこの契約を解除することができる。そのため、このような場合、生存配偶者が住居の取壊しによって再び居住の困窮状態に陥る恐れがある。

3. 親子間で合意された住居の所有権移転契約などにより設定された居住の権利

所有者である高齢夫婦の一方が個人財産である住居に関する相続紛争を回避するために、生前中にこの住居をその子女に贈与し、それとともに、非所有者である他方配偶者の居住を確保するため、その贈与契約中で他方配偶者の居住確保を受贈者である子に義務として課すことがしばしば行われる。

これは負担付き贈与の一種であり、人民法院は、当時の契約法第 190 条²⁴⁷を準用して、受贈者である所有者の子は贈与契約に付けられた義務を履行しなければならないとし、その上で、贈与者の死亡後にその子女は非所有者である生存配偶者の居住利益を侵害できないとの判決を下している（【事例 65】、【事例 67】）。一方、非所有者である配偶者の居住利益の確保が贈与契約で言及されなかった場合、人民法院は、婚姻法で定められた夫婦間の扶養義務の一内容である居住環境の保障などを根拠に、被相続人は贈与契約の締結を通じて生存配偶者の正当な居住利益を侵害することができないとし、その上で、社会通念に基づき、非所有者である生存配偶者はこの住居に関する居住の利益を有し、継続して当該住居に住み続けることができるとする（【事例 66】）。

これらの裁判例からは、親子間で合意された住居の贈与契約により設定された非所有者である他方配偶者の居住の権利に対して、当該権利の法的性質について判断をせず、契約法などに基づき、非所有者である他方配偶者の居住の権利を保護するという人民法院の立場がうかがえる。

民法典による「居住権」制度が法律によって明文化されていなかった段階において、裁判実務は、親子間で合意された住居の贈与契約によって設定された非所有者である他方配偶者の居住の権利の法的性質について、それを意識しなかったというより、当時適用された法律である物権法の物権法定主義の下では、当該権利を物権的な権利として位置づければ、その効力が法律により認められない可能性が高く、それにより、非所有者である他方配偶者の居住利益が侵害される恐れがあると考えたと見ることができる。そ

²⁴⁶ 契約法第 94 条によると、不可抗力により契約の目的を達成できなかったときに、当事者はこの契約を解除することができる。そして、民法典第 563 条は契約法第 94 条を承継し、民法典の施行後においても不可抗力で契約の目的を実現できない場合、当事者は契約を解除することができる。

²⁴⁷ 契約法第 190 条は、受贈者の義務を規定した。すなわち、贈与には、義務を課すことを前提にすることができ、贈与に義務をつけた場合、受贈者は約定に従い義務を履行しなければならない。

ここでは、人民法院は、生存配偶者の居住の権利の法的性質に論及せずに、高齢者權益保障法で定められた高齢者の居住利益を確保するとの原則、及び契約法で明文化された負担付き贈与における受贈者の義務などに基づき、非所有者である他方配偶者の居住の利益を確保しようとしたことがうかがえる。

4. 保障性住宅に設定された居住の権利の法的性質

中国では、保障性住宅制度の趣旨に照らし、保障性住宅は賃借名義人及びその家族構成員の居住確保の実現のために建築されたものであると解される。それにより、保障性住宅制度の下では、賃借名義人は保障性住宅の賃貸借契約によってこの住居に居住する権利を取得し、それとともに、その家族構成員は、賃借名義人により賃借された保障性住宅の居住の権利を取得することができる。

これに対し、裁判実務では、公的借家住宅の賃借権は賃借人及びその家族構成員の居住問題を解決するために創設されたものであるという公的借家住宅制度の趣旨に基づき、家族構成員は契約上の賃借名義人ではないとしても、賃借人と共同でこの公的借家住宅に居住する場合には当該公的借家住宅の居住権を有するとしたものがある（【事例62】）。そこでは、家族構成員は賃借名義人ではないが、保障性住宅制度の趣旨に基づき、直ちに居住の権利を取得できるとしており、この居住の権利の法的性質に論及する必要がないとの立場が見て取れる。

5. 居住の権利の法的性質の明文化の必要性に関する検討

権利の法的性質は、権利の確保手段や権利の優先性などに繋がっており、権利者の権利確保に対して重要な役割を果たしている。例えば、契約自由の原則に基づき、居住の権利は契約的な権利として自由に設定することができ、生存配偶者などの家族構成員のため設定された居住の権利は債権的な権利として位置付けられる。しかし、民法典の施行後、この住居に他人のため用益物権である居住権が設定されれば、権利の優先順位に基づき、居住権が後で設定されたものではあるが、物権的な権利として優先的に法律の保護を受けることになる。それによって、生存配偶者などの家族構成員の居住環境が再び不安定な状態に陥ることになる。

また、民法典の施行前に、当事者間で設定された居住の権利は契約的な権利として解されるべきであるが、人民法院は、実務に現れた居住の権利に関する紛争を処理する際に、物権的な権利の内容を準用し、それにより、権利の優先順位及びその対抗力に基づき、この場で、居住の権利者を過剰に保護する恐れがあり、住居の所有者の利益が不正に制約されることに至る（【事例38】）。居住権制度が民法により創設される前の段階で、人民法院は常に、合意された居住の権利の法的効力を肯定していたが、その権利の法的性質等その内容は法律で明定されておらず、人民法院もその法的性質を明確に判断していなかった。それにより、居住の権利を用いても家族構成員の以後の居住問題を完全に解決できず、その居住は不安定な状態に留まっていた。

(三) 居住利益の確保に関する諸法制度の混用

民法典の施行前、人民法院は、裁判実務に現れた配偶者の居住利益の確保に関する問題を処理する際に、離別と死別の場合における事例を区別しその解決策を探ってきた。すなわち、離別の場合、人民法院は、婚姻法で確立された離婚経済援助制度に基づき、その法的施策を離婚後に生計に困窮する恐れがある配偶者に付与することを通じて、当該配偶者の居住を確保しようとしていた。一方、死別の場合、人民法院は、高齢者權益保障法で定められた高齢者の合法的な權益を保護すべきであるとの原則に基づき、生存配偶者のための居住の権利に関する合意を尊重し、その上で、合意された生存配偶者の継続的な居住の権利の法的効力を認めることを通じて、生存配偶者の以後の安定した居住環境の保障を図ろうとした。

ただし、そこで依拠された諸法制度においては各方策の適用要件などに関する条文が設けられず、それにより、住居に困窮する恐れがある家族構成員のために設定された居住の権利に関する紛争を処理するに際して、当事者間で施策に関する誤った認識を招き、異なる法制度の法的方策を混用する恐れがあった。そのため、結局、当該家族構成員の居住利益を確保できない危険性が高かった。

1. 離婚経済援助制度と離婚財産分与制度の混用

離婚経済援助制度の下では、離婚時の財産分与で婚姻用住居を取得しなかったことにより離婚後に住居に関し困窮する恐れがある一方配偶者の居住問題を解決しようとする場合、当該配偶者に住居の提供などの経済援助を付与することができるとする。換言すれば、離婚財産分与制度及び離婚経済援助制度は離婚配偶者の利益を衡平化するために創設されたものであるが、両制度は同時に運用されず、離婚した配偶者が離婚時の財産分与で得た財産により以後の居住利益を確保できない恐れがある場合に、離婚経済援助制度の法的方策を利用することが可能となる。

裁判実務では、離婚の際、一方配偶者は財産分与で取得した財産及びその個人財産を用いて、当該地域の基本的な生活水準を維持できなければ、離婚請求とともに離婚後の経済援助を主張する。そして、人民法院は、婚姻用建物の購入金の出資状況、所有権の登記状況、夫婦双方の寄与度、住宅ローンの返済能力、建物の補償金の支給能力などの要素を総合的に考慮した上で、婚姻用建物の帰属を決める。離婚後に一方配偶者が住居に困窮する恐れの有無は、婚姻用建物の帰属に関する判断基準ではない。ただし、裁判実務では、財産分与において婚姻用建物の帰属を決める際に、離婚後に一方配偶者が「生活困難者」に該当することを理由に、婚姻用建物を当該配偶者に帰属させると判決する場合がある（【事例 28】）。

このような場合には、離婚後に住居の困窮に陥る恐れがある配偶者は婚姻用住居をもって自らの離婚後の居住環境を保障できるようになると想定される。ただし、他方配偶者がこの住居に関する寄与度が高い場合ならば、人民法院が、一方配偶者が離婚後に住居に関し困窮する恐れがあることを理由に婚姻用住居を当該配偶者に帰属させること

は、この配偶者を過剰に保護し、他方配偶者の正当な利益を侵害する危険性がある。それとともに、離婚財産分与制度及び離婚経済援助制度の制度趣旨に反する可能性が高いと考えられる。

もちろん、婚姻法第 39 条及び民法典第 1087 条²⁴⁸によって、人民法院は、裁判で夫婦の共有財産を分与するに際して、婚姻関係において弱い立場に立つ女性の權益に配慮するとの原則に基づき判決すべきである。それにより、裁判離婚の場合では、財産分与の段階において、女性の權益に配慮する原則に基づいて夫婦の共有財産の分与を判決すれば十分であり、離婚後の住居の所有状況は財産分与時に考慮されるべき要素ではないことになる（【事例 30】）。

2. 生存配偶者の居住確保と離婚経済援助制度の混用

民法典の施行前における居住の確保に関する諸条文及び居住権制度の内容からは、離別及び死別の場合における配偶者の以後の居住利益を確保するため、異なる法制度に基づき法的方法を用いたことがうかがえる。確かに、生存配偶者の場合は離別の場合と異なり、夫婦双方の婚姻関係は被相続人の死亡により消滅しないとされ、高齢者權益保障法で確定された高齢者の合法的な權益を保護すべきであるとの原則に基づき、生存配偶者は原則として遺族として継続的に遺産に属する住居に居住できる。もちろん、生存配偶者の継続的な居住の権利が財産協議書などにより明確に約定された場合は、人民法院は、合意された居住の権利の法的効力を認めた上で、被相続人の死亡後に生存配偶者は継続して遺産に属する住居に居住できると判示している。

しかしながら、裁判実務では、生存配偶者と被相続人の婚姻関係は、被相続人の死亡により解消せず、非所有者である生存配偶者は婚姻関係に基づき取得した占有補助者という身分が失われるわけがないことから、被相続人の死亡後、遺産に属する居住建物に住み続けることができると判決した事例の中で、被相続人の子女が、生存配偶者は退職金を取得しており、他の住居を所有することから、住居又は生計に困窮する恐れがないことを理由として、被相続人の死亡後に生存配偶者は自力で自らの居住環境を確保できるため、引き続きに本件住居に居住する必要がないと主張したものがある（【事例 52】）。

もちろん、離婚経済援助制度の法的方法を用いて離婚配偶者の以後の居住利益を確保しようとした場合、この配偶者は法律で定められた「生計困窮者」などの適用要件を満たさなければならない。ただし、死別の場合、生存配偶者と被相続人の婚姻関係は被相続人の死亡により解消しないという点に着目すれば、生存配偶者のために設定された居

²⁴⁸ 婚姻法第 39 条は、夫婦の共同財産の処分規則を規定する。すなわち、離婚に際し、夫婦の共同財産は、双方の協議により処分するものとし、協議が調わないときは、人民法院は、財産の具体的な状況を考慮し、子と妻の権利・利益に配慮するという原則に基づいて判決する。また、民法典第 1087 条は婚姻法第 39 条の規定を承継し、離婚の際に、夫婦の共有財産は双方の合意によって処分され、合意に達しない場合、人民法院は、財産の具体的な状況を考慮し、子と妻及無過失配偶者の権利・利益を配慮するという原則に基づいて判決する。

住の権利に関する紛争を解決する場合、生存配偶者が居住に関し困窮する恐れがあるかを判断する必要がないとも考えられる。

民法典の施行後の居住利益の確保に関する諸法律条文からは、立法者が異なる法制度の方策を利用して、離別及び死別の場合に現れた配偶者の居住問題を解決しようとしていることが見て取れる。ただし、前述のように、民法典の施行前の離別及び死別の場合における配偶者の居住利益の確保に関する諸法制度では、各法的方法の適用要件や適用基準などは法律により明文化されておらず、それぞれ問題点が残されていた。そのため、裁判実務に現れた居住の利益に関する紛争の処理に際して、両制度の適用要件が混乱され、制度を混用させる危険性がある。

3. 諸法制度の混用と居住権制度の確立

ここまで見てきたように、民法典の施行前に裁判実務に現れた離別及び死別の場合における配偶者の居住確保に関する紛争では、「居住の権利」の法的性質や適用要件などが法律で明定されておらず、人民法院も明確な定義を示していなかったため、諸法制度が混用される恐れのある状態が続いていた。

これに対して、2021年1月1日から施行された民法典の中では、第2編「物権」第14章が居住権の性質、設定方式及び消滅事由などを明記し、それによって居住権制度が正式的に創設された。したがって、民法典の施行後は、離婚配偶者の居住は依然として離婚経済援助制度に属する法的方法の運用によって図られるものの、遺言の方式によって設定された民法の居住権に関する紛争は、民法典の居住権制度の諸条文に従って解決されることになる。それにより、裁判実務で異なる法制度が混用される恐れは低減されると考えられる。

二 裁判例から見た民法典の居住権制度の現実的価値及びその問題点

2020年5月28日に、第13期全人代大会第3回会議により民法典が可決され、2021年1月1日から施行されている。民法典最終稿において居住権に関する条文は保留とされ、それにより、中国では、居住権制度は正式的に創設された。それは、裁判実務に現れた他人所有の建物の使用を内容とする権利に関する紛争の解決に資し、居住の困窮状態に陥る恐れがある者の居住問題の解決に法的根拠を提供することができる。

民法典が居住権に関する条文を設け、居住権制度を正式に創設したことにより、民法典の施行前に居住権に関する規定の欠如により残された裁判例の諸問題点が、今後居住権制度の下で解決できるかが、次の検討課題となる。

そこで、以下では民法典の施行前の紛争事例を対象として、その問題の解決に対する居住権制度の現実的価値を明らかにする。また、それとともに、新設された居住権制度の問題点を考察する。

(一) 居住権制度の創設の現実的必要性

1. 紛争事例の解決に法律根拠を提供すること

民法典の施行前に存在していた諸法律の下では、「居住権」に関する条文は設けられず、居住の利益に関する内容が記されるにとどまった。そのため、人民法院は、裁判実務で現れた「居住の権利」に関する紛争を処理する際に、居住権制度を用いることは当然できず、居住の利益に関する諸条文に依拠して解決を導いていた。ただし、居住利益の確保に関するそのような諸条文には、権利の法的性質が明示されておらず、紛争の解決方法についても確実に規定されていなかったことから、居住の権利に関する紛争を完全に解決できたとは言えない。また、物権法定原則の下では、居住権が法定の物権として明記されなかった段階、当事者が強力な対抗力を取得するために設定された「居住の権利」を物権的な権利として主張しようとした場合、人民法院はそのような請求を棄却していた事例がよく見られる。

これに対し、2021年1月1日より施行されている民法典では、居住権が用益物権として明文化されることは、今後裁判実務に現れる居住権に関する問題の処理に対して法的根拠を提供することに資することができる。そして、権利の法的性質は、権利の優先順位、対抗力の有無などと密接なかわりを持つものであるため、居住権の法的性質の明文化は、それに関する問題の解決に対しても極めて重要な役割を果たすことが予測される。

2. 住居の所有権能と居住権能の乖離に資すること

民法典の施行前は、家族関係にある者の居住問題を解決しようとする場合、たとえば離別では、離婚後居住権の付与が離婚経済援助制度の一法的方法として位置付けられ、用いられていた。そして、裁判実務では、夫婦の共有財産である住居を清算する際に、一方配偶者が離婚により住居の困窮に陥る恐れがあるかどうかを考慮要素として衡量した事例が見られた。もちろん、離婚後に住居に困窮する恐れがある配偶者に婚姻用建物の所有権を帰属させることは、この配偶者の以後の居住の保障に資することができるが、それにより、他方配偶者の婚姻用建物に対する寄与度が高い場合、他方配偶者の所有権が不当に侵害される恐れがあった。また、他方配偶者の婚姻用建物に関する高い寄与度に基づき、住居を取得した配偶者が他方配偶者に高額な補償金を支給すべきことになれば、当該配偶者は金銭上支障をきたす恐れもあった。

居住権制度が民法典で創設されたことによって、住居の所有権限と居住権限の分離が可能となっており、住居の居住権能を利用して住居の困窮に陥る恐れがある家族構成員の居住問題を解決するとともに、住居所有者の所有権を確保することができることとなった。

3. 国民の居住権に関する法意識の向上

民法典には、居住権の法的性質、設定方法及びその消滅に関する条文も明確に規定されている。それにより、家族構成員のための居住権を合意する際、権利の設定とともに

に、権利の制限や消滅事由などについても同時に取り決めるべきであるとの意識が向上することが期待される。あわせて、民法典の居住権制度では、居住権は原則として書面により契約で設定される。また、居住権の消滅事由や存続期間なども契約で明示すべき事項であることが法律で明記されている。そこで、居住権制度の創設は、当事者間で居住権の諸内容に関する合意の欠如により生じる紛争の回避に資することができると考えられる。

また、民法典の居住権制度については、居住権が合意された後の登記義務も明記された。不動産登記主義を採用する現行法の下では、他人が所有する住居に用益物権が設定された場合、通常、権利者がその用益物権を登記しなければ、第三者に対して対抗力を行使することができないと解される。居住権の登記義務が明記されたことにより、権利者の登記意識を向上させることで、住居の所有関係に変化が生じた場合であっても、居住権者の利益を確実に保護できるようになる。

(二) 裁判例から見た居住権制度に残された問題点

民法典で創設された居住権制度は、居住に関し困窮する恐れがある者の居住利益の確保に対して有用である。ただし、制度の内容はまだ不完全なものであり、問題点が残されている。民法典が施行されたばかりの2021年の時点においては、同法典で明文化された居住権制度を利用した家族構成員の居住問題処理に関する裁判事例はまだ見られない。そこで、民法典の施行前に裁判実務に現れた家族構成員の居住確保に関する紛争の問題点を抽出し、それをもとに、居住権制度の不完備さを検討する。

1. 居住権の権利類型の不十分さ

(1) 法定居住権の創設の必要性

民法典の居住権制度では、居住権は当事者間で書面による居住権契約の締結によって設定されるとし、また、遺言の方式で設定された居住権も居住権制度の規定を準用することができることと規定されている（民法典第366条、第371条）。そこで、居住権は書面契約又は遺言の方式で設定されることを要し、法定居住権などの権利形態は法律で認められていなかった。

そのため、住居に関し困窮する恐れがある家族構成員の居住権は、居住権設定契約又は遺言の方式で設定されなければ、人民法院に対して居住利益の確保を請求し裁判官が当該家族構成員の以後の居住環境を保障する必要性があると判断したとしても、居住権の付与という法的方法を適用することができない。

(2) 一時的な居住権の明示必要性

ア 一時的な居住権の必要性

民法典の施行前の裁判実務では、裁判離婚の際、離婚配偶者が自力で離婚後の居住を確保することができる場合、離婚時の財産分与で婚姻用建物を一方配偶者に帰属させる

と同時に、離婚配偶者が新たな住居に転居するまで婚姻用建物に一時的に居住できるとの判断も行われていた²⁴⁹。そこでは、住居の居住確保という機能を最大限度に発揮するために、長期の居住権のみならず一時的な居住権の設定も不可欠であることが見て取れる。そうであれば、一時的に住み続けるという居住上の需要に応えるために、一時的な居住権という居住権の類型が法律により明示される必要があると考えられる。

特に離婚の場合、民法典は婚姻法第 42 条の内容を承継しており、民法典施行後に裁判実務に現れる離婚配偶者の居住確保の問題は、依然として離婚経済援助制度の法的方法を用いて解決されることになる。離婚配偶者が自力で離婚後の居住環境を確保できる場合には離婚経済援助制度の適用対象に該当せず、離婚後居住権の付与などの法的方法を用いることができない。換言すれば、民法典の施行後に離婚配偶者が「生活困難者」に該当せず、一時的に継続して婚姻用建物に住み続ける必要がある場合、離婚経済援助制度に属する法的方法を利用することは不可能である。そのため、一時的な居住権が居住権制度の法的施策として法律に明文化されることが求められる。

イ 一時的な居住権の創設に伴い生じる法的効果に関する検討

裁判離婚の場合、人民法院は夫婦の共有財産である婚姻用建物を清算する際に、この建物を取得しなかった配偶者が離婚経済援助の法的方法の適用要件を満たさないとしても、一時的な居住権を用いることで当該配偶者に離婚により生じた不利益を抑制することができ、居住確保という機能を最大限度に発揮できるようになる。確かに、他人が所有する住居を用いて自らの居住問題を解決しようとする場合、居住権の設定により住居所有者の所有権が制約されることから、原則として所有者の同意が必要となる。

それで、建物所有者の意思に拘わらず、離婚経済援助制度の適用対象に該当しない離婚配偶者の一時的な居住環境を確保するために、短期居住権と類似する法制度の創設は、一定程度建物所有者の利益を損じる恐れがある。ただし、離婚時の財産分与で婚姻用建物を取得しなかった配偶者は、婚姻関係の解消に伴い直ちに住み慣れた建物から退去させなければならず、それで肉体上精神上大きな負担となるということ、新たに建物の購入又は借家により居住を確保できるまでにかなり時間が必要であることを配慮すると、建物所有者の使用権限を一時的に制約することは相当であるとの結論を導く。

したがって、一時的な居住権の創設により、婚姻用建物の所有権を取得した配偶者の利益が不当に侵害される恐れがなく、逆に離婚の際に婚姻用建物を取得しなかった配偶者に一時的な居住権を付与することによって、当該配偶者が離婚により生じた精神上肉体上大きな負担となるという不利益を抑制することができ、離婚夫婦双方の利益衡平の実現に資することができる。

2. 住居の所有者と居住権者の衡平の確保施策の欠如

²⁴⁹ 上海市浦东新区人民法院 (2012) 浦民一初字第 32589 号判決参照。

住居の困窮に陥る恐れがある家族構成員のために居住の権利が設定される際に、建物の所有者と居住の権利者の利益の衡平に関する法的方策が言及されていなかったときには、居住の権利の存続期間中に住居の所有者の利用権限が明確に排除されない限り、住居の所有者もこの住居を使用することが可能である。そのため、当事者間で住居の使用につき利害が衝突した事例がある（【事例 54】）。また、住居が当該地域における発展政策により取壊しの対象となった場合、居住の権利者はその居住をもって以後の居住環境を保障することができなくなることから、当事者間又は第三者との間において居住の権利に関する紛争が生じる事例が見られる（【事例 55】）。

これらの裁判例から、居住に関し困窮する恐れがある家族構成員の居住問題を確実に解決しようとする場合、居住の権利の設定のみならず、この権利の確保のための施策又は紛争の解決方法なども同時に明記される必要があることが見て取れる。

これに対して、物権法改正の段階において提案された居住権制度の中では、住居の修繕費用などの負担、又は住居が取り壊された場合における居住権者の以後の居住の確保策などが言及されたが、民法典で創設された居住権制度においては、住居所有者と居住権利者の利益の衡平のための法的方策は言及されず、居住住宅が取り壊された場合における居住権者の以後の居住の確保策なども明定されなかった。それにより、民法典の施行後に、居住権制度を用いて居住に関し困窮する恐れがある家族構成員の居住を保護しようとする場合、居住期間中に当該家族構成員と住居の所有者の間で合意された居住権に関して紛争が生じる恐れがある。すなわち、住居の所有者と居住権者の利益の衡平に関する解決策の策定が今後の課題となる。

3. 居住権制度の運用と離婚配偶者の居住確保

民法典の施行に伴い婚姻法の法的効力は失われる。しかし、民法典は婚姻法で定められた離婚経済援助制度の内容を承継し、また、居住権制度において離婚配偶者の居住問題が居住権の諸規定を準用して解決されるかについては明示されなかったことから、民法典の施行後も、離婚により住居に困窮する恐れがある離婚配偶者の居住問題は、依然として離婚経済援助制度の法的方策を用いることになる。ただし、民法典の施行前の裁判例からは、離婚経済援助制度を利用して離婚配偶者の離婚後の居住を保障しようとした場合、離婚後居住権の適用要件などに関する条文が欠如することから、離婚配偶者の居住問題を完全に解決できない恐れがあることが明らかである。

2020年12月29日に最高人民法院により公布された「一部の司法解釈及びそれに関連する規范文書の廃止に関する決定」によると、婚姻法「司法解釈」（一）は民法典の施行と同時に廃止されるとされている。さらに、最高人民法院が民法典創設前の司法解釈の調整として公布した「民法典婚姻家庭編司法解釈（一）」は、婚姻法「司法解釈」

（一）で定められた「生活困難者」の判断基準又は援助手段などの経済援助制度の内容を承継せず、それにより、民法典の施行に伴い婚姻法「司法解釈」（一）で定められた「生活困難者」の判断基準又は援助手段などについては法的効力が失われる。したがって、裁判離婚の際に経済援助を請求した配偶者が「生活困難者」に該当するかに否かに

関する判断は裁判官の裁量権に委ねるしかなく、裁判官によって異なる判断が下される恐れも生じやすい。離婚配偶者の居住の保護に対して、悪影響を及ぼす危険性があると考えられる。そのため、民法典の施行後に、経済援助策の付与につき具体的な判断基準などの適用要件を法律で明記することが依然として求められる。

第四章 日本における配偶者の居住確保の方策とその参照価値

第一節 離婚の場合における婚姻用不動産の利用権の設定

日本では、別産制を夫婦の法定財産制として採用する（民法760条—762条）。そこでは、離婚の際の財産分与に関する内容についても簡潔に規定するに留まり、平成30年民法改正では配偶者による離婚後の婚姻住居の継続利用に関する規律も創設されなかった。それにより、離婚後に非所有者である配偶者が継続的にそれまでの居住用不動産の利用を希望する場合、離婚夫婦の間でそれに関する合意に達しないときは、裁判所の裁判により解決するしかない。

裁判離婚では、婚姻用住居の非所有者である配偶者の離婚後の居住を確保すること、及び離婚後の配偶者の生活資金を確保することが必要となる事例が見られるが、そのような事例は頻発するわけではない。ただし、必要が生じた場合には、離婚後の住居を一時的に確保するか、又は中長期的確保を図るための法的方法として、明渡猶予の合意、使用貸借権又は賃借権等の利用権の付与によって解決することが考えられ、また、住宅等の持分や所有権を財産分与の対象として離婚時に清算することで物権法的解決を図ることも考慮の対象となれる²⁵⁰使用貸借権や賃借権の付与による方法では、非所有者である配偶者による住居の継続利用の問題を解決するとともに、所有者である配偶者の利益を過剰に制約される危険性も少ない。ただし、現行の民法の中では配偶者への離婚後の利用権の付与に関する法律上の条文はないことから、財産法上の権利を用いることにより離婚後の居住用不動産の継続的使用に関する問題を一応は解決できるものの、紛争が生じた場合における裁判所の判断は事例により一様ではない。

本章では、日本の裁判例に見られる配偶者の離婚後の居住の確保に関する事例を分析する。そこで得られた知見をもとに、中国の裁判実務に見られる問題の解決への手がかりを導きたい。

一 現行民法の下での離婚配偶者の居住の確保方策をめぐる検討

(一) 夫婦財産制と離婚配偶者の居住の保護

1. 現行条文に基づく離婚配偶者の居住確保の実現可能性

日本では、別産制を夫婦の法定財産制として採用する現行民法の下において、婚姻用不動産²⁵¹は夫婦の婚姻関係を原因として当然に夫婦の共有財産になるわけではない。ただし、非所有者である配偶者は、婚姻関係から生じた夫婦間の扶養義務ないし同居義務

²⁵⁰ 相原佳子「財産分与における住宅問題」判タ1269号（2008年）33頁。

²⁵¹ 中国憲法第10条1項及び2項によると、中国の都市部の土地は国の所有に属し、農村及び都市郊外地区の土地は基本的に集団所有に属する。中国において、憲法で確定された土地制度は、「土地国有制」である。すなわち、国民に対して、土地の所有権は認められず、取引の対象にもならない。したがって、本論文で中国の場合に、「不動産」は建物のみを指し、土地は含まれていない。これに対して、日本では、土地は個人が所有できる財産として位置付けられており、それにより、日本法の箇所而言及された不動産には建物及び土地が共に含まれる。

(民法 752 条) に基づき他方配偶者の特有財産である婚姻用不動産を使用することが可能である。

婚姻関係の終了に伴い、夫婦間の同居義務は消滅し、非所有者である配偶者が引き続き婚姻用不動産を利用することはできなくなる。しかしながら、当該配偶者が婚姻用不動産を継続的に使用する必要がある場合、その使用の確保が問題となる。民法は、財産分与で婚姻用不動産の所有権を取得しなかった配偶者に、継続的に当該不動産を利用する必要性が認められる場合についての規律がかけており、離婚夫婦の間で離婚後の婚姻用不動産の使用に関する定めがされなければ、紛争の解決は裁判に持ち込まれることになる。

他方、民法には、752 条で「夫婦は同居し、互いに協力し扶助しなければならない。」と配偶者を扶養し、協力して生活する義務が定められている。これも生活保持義務と言われるものである。すなわち、婚姻中に、夫婦双方がお互いに同居・協力・扶助義務の履行により、配偶者が自分と同じ生活水準で生活することを確保すべきである。もちろん、これらの義務は、婚姻関係が順調なときにはその存在が意識されることなく履行されるものであるが、夫婦関係がこじれると、その履行をめぐる争いが生じることになる²⁵²。さらに、離婚の場合、婚姻関係の解消に伴い夫婦の生活保持義務が消滅することになる。ただし、夫婦の一方が離婚により生計の困窮状態に陥る恐れがあれば、それを放置することが不相当に過大であるため、当該配偶者の利益の確保が財産分与における扶養的要素として対応されている。

そして、財産分与が「清算」と「離婚後の扶養」という二つの側面を有することに対して、学説上には共通認識を持っている現時点において、非所有者である配偶者が婚姻用不動産を離婚後に継続的に使用する必要が認められる場合、当該配偶者の継続利用に関する需要は離婚後の扶養の一内容として位置付けられ、その上で、この継続居住の需要を満たすために、財産分与における扶養的要素として、使用借権や賃借権などの利用権の付与という法的手段を用いている。

2. 財産分与と離婚後の居住の確保

(1) 財産分与の扶養的機能

婚姻関係が解消された離婚後においては、離婚当事者は各自の経済力に応じて生活するのが原則であるが、離婚後に夫婦一方の経済力が弱く、離婚後に経済的に自立して生活することが見込めない場合、一方から他方に扶養的財産分与として生活費の補助となる定期金を一定の期間支払うことを夫婦間で約束する。そして、元夫婦間で未成熟子がいる場合には、親権者になる配偶者と未成熟子の以後の居住を確保するために、扶養機能を含めた財産分与として相手方所有の婚姻用不動産の使用借権などの利用権を当該配偶者に付与することもある。

²⁵² 本山敦＝青竹美佳＝羽生香織『家族法 第2版 (日評ベーシック・シリーズ)』日本評論社 (2019年) 29頁。

日本では、学説や判例において、財産分与が、「清算」と「(離婚後の)扶養」という2つの側面を有するという点については、その実質的な意味内容をめぐる議論は残るにしても、ほぼ共通の理解が得られているとされている²⁵³。そして、明治政府による民法編纂の過程で登場した財産分与に関する現行768条は、司法法制審議会第二小委員会により提出された幹事案において、「相当の生計を維持するに足るべきで財産の分与を請求する」²⁵⁴ことができるとして、より扶養的な側面が前面に出ていた。その点で、離婚後の扶養という目的は、制度設計の初期の段階では中心的なものとして考えられていたと言える²⁵⁵。

離婚後扶養としての財産分与が認められる理由は、家事労働を主に負担していた一方配偶者は、婚姻生活を営むために自身の固有財産の蓄積や格別の技能を身に付ける機会をなげうっていること、離婚により将来にわたる相互的な扶養の可能性は失われ、一方配偶者は自らの責任で生活しなければならず、苦しい立場に追い込まれること、また、当該配偶者の離婚後の経済上の不安を取り除くことは夫婦双方に平等な離婚自由への道を開くことなどにあるとされていた²⁵⁶。

(2) 学説の展開

日本では、離婚時の財産分与の一方法として、夫婦の一方の特有財産である不動産に他方配偶者のための利用権を設定することにつき、学説上数多くの肯定的見解が示されてきた²⁵⁷。

具体的には、財産分与において、「分与の対象財産の所有者と利用者が分離する場合、後日の紛争を防止するため、何らかの利用権を設定する必要がある。具体的には土地や建物に地上権、賃借権、使用賃借権等を設定することになるが、右方法は、所有権の一要素である利用権を分与するものと考えられるので、清算の一態様として考えることができる。したがって、右方法が許されることについては余り異論がない。」²⁵⁸、「この問題は従来、遺産分割に関して議論されてきたが、ことに実務家諸賢を中心にこれを肯定するのが一般的見解である。その理論的根拠としては、所有権の交換価値と使用価値とは分離できるものであるから後者のみを利用権として独立させること、つまり

²⁵³ 窪田充見『家族法 一民法を学ぶ一 (第4版)』有斐閣 (2019年) 116頁。

²⁵⁴ 司法省に設置された司法法制審議会第二小委員会において、民法の親族・相続編の改正要綱の草案が審議されることになったが、昭和21年7月20日に提出された幹事案における財産分与に関する規定は次のようなものであった。「離婚したる者の一方は相手方に対し相当の生計を維持するに足るべき財産の分与を請求することを得るものとし、此の財産の分与に付ては裁判所は当事者双方の資力其他一切の事情を斟酌して分与を為さしむべきや否や並びに分与の額及び方法を定むることとする。」この規定からは、当時において、財産分与制度の中心的な目的が離婚後扶養にある点ということが見て取れる。本沢巳代子『離婚給付の研究』一粒社 (1998年) 40頁参照。

²⁵⁵ 窪田・前掲注253) 116頁。

²⁵⁶ 家事実務研究会編『家事財産給付便覧・離婚給付の算定』新日本法規出版社 (1977年) 32頁。

²⁵⁷ 右近健男「判批」法時61巻10号 (1989年) 123頁、三宅篤子「財産分与として元夫婦間に使用賃借契約を設定した事例」民商137巻2号 (2007年) 118頁など参照。

²⁵⁸ 大津千明『離婚給付に関する実証的研究』日本評論社 (1990年) 194頁。

遺産分割の審判で設定することも、所有権そのものの分割同様に可能である、と説明されている。これを承けて、財産分与でも同趣旨の解釈がある」²⁵⁹との指摘がある。

確かに、婚姻用不動産の使用態様に基づき、非所有者である配偶者のため離婚後に利用権が設定されれば、不動産の所有権の帰属とは別に当該配偶者の居住の問題が解決されることになる。別産制を法定財産制として採用する日本法の下では、婚姻中に非所有者である一方配偶者による婚姻用不動産の価値維持に対する寄与があっても、離婚時の財産分与で当該不動産を取得する可能性は乏しく、不動産の帰属を用いて自らの離婚後の居住用不動産の使用を確保することが困難である。

そして、夫婦は、婚姻中における共同生活を基盤として成り立つ社会的存在として、相互に精神的ないし経済的な共同生活を営むことから、名義上一方配偶者の特有財産であっても、婚姻生活の中で協力・寄与してきた他方配偶者の貢献に基づく実質的持分が含まれているとも言える。ただし、別産制の下では、非所有者である他方配偶者が婚姻中の協力・寄与によって財産分与で婚姻用不動産の所有権ないし共有持分権を取得するとは限らない。また、非所有者である配偶者の協力・寄与の有償性が認められたとしても、それに関する判断基準は法律で規定されておらず、統一的な基準はないため、結局そのような協力・寄与は正しく評価されにくい。それゆえ、離婚に伴い、非所有者たる配偶者の婚姻中の婚姻用不動産に関する協力・寄与が不当に低く評価される危険性があり、さらに、住居を失う恐れもある。離婚時の財産分与は離婚夫婦の以後の生活と密接な関わりを持つものであるから、清算的要素のみでの考慮によると非所有者である配偶者の実質的持分に関する利益が害され、離婚夫婦間で不公平が生じる可能性がある。この不公平を是正する手段として、扶養的財産分与は有用である。

もちろん、離婚後の居住環境の保障は財産分与の外で対応するのが適当であるとの反対意見も示されている。すなわち、右近健男教授は、「婚姻住居の確保問題は、基本的には財産分与で対処すべき事項ではあるが、財産分与が引き受けるべき事項は余りにも多岐にわたり、ますます財産分与の本質を不明確ならしめることにもなりかねない点を考慮すると、年金問題と共に財産分与の外で立法的に解決するのが適当である。」²⁶⁰と異議を唱えた。いうまでもなく、離婚時の財産分与は離婚夫婦の実質的な共有に属する財産の清算を主な目的とするが、別産制を夫婦の法定財産制として採用している現時点の日本では、家事労働が正しく評価されておらず、離婚の際に清算的財産分与のみによって家事労働を主に負担していた一方配偶者は財産上不利益を被ることにならざるを得ない。それを避けるために、日本における財産分与は、清算とともに、離婚後における配偶者の生活の維持に資することを意図されており、さらに、分与者の有責行為によって離婚をやむなくされたことに対する精神的損害を賠償するための給付の要素（慰謝料的要素）をも含めて分与することを妨げられないとされる²⁶¹。

²⁵⁹ 岡本詔次「財産分与・遺産分与と生涯無償利用権」谷口知平先生追悼『第一巻家族法』信山社（1992年）399頁。

²⁶⁰ 右近健男「離婚・別居と婚姻住居——ドイツ法の紹介」岡法46巻3=4号（1997年）52頁。

²⁶¹ 松本哲泓『離婚に伴う財産分与-裁判官の視点にみる分与の実務』新日本法規出版（2019年）3頁。

離婚後の居住の保障を扶養的財産分与として、離婚時の清算的財産分与と共に考慮されるとすると、財産分与の範囲が不当に拡大され、その本質を不明確にさせる恐れがある。しかし、離婚後の居住の確保を財産分与の要素の中で考慮すれば、婚姻用不動産の非所有者たる配偶者を過剰に保護することなく、離婚した夫婦の利益の衡平を実現することができる。この点に着目すれば、別産制を法定財産制としている日本では、離婚後の居住の確保を財産分与時に考慮することは、財産分与の趣旨に反するとは言えない。

(二) 離婚後の配偶者の居住確保に関する検討

日本の裁判実務では、婚姻用不動産をめぐる夫婦間の法的紛争は、夫婦関係が破綻した際に非所有者である配偶者が婚姻住居の継続的使用を望む場合において見られる。それを踏まえ、日本では、離婚後の居住の確保は非所有者の離婚後の生活水準の維持とも密接な関わりを持つものであることから、離婚後の居住の確保に関し様々な観点から検討を展開してきた。現行法の枠内で婚姻用不動産の非所有者である配偶者の離婚後の居住の保護を実現するために、財産分与における清算・扶養の各要素、また場合によっては慰謝料的要素までを考慮し、その上で、分与方法として、可能であれば非所有者である配偶者に婚姻用不動産の所有権を帰属させる、もし財産分与で婚姻用不動産の所有権を取得させることが適切でなければ、当該不動産の利用権を付与することが提案され、そしてこの利用権の一種として賃借権の設定が提言されている²⁶²。裁判実務でも、必要がある場合には、裁判所は財産分与の際に扶養的財産分与の要素を考慮し、居住用不動産に賃借権や使用借権を設定した事例がある。

1. 婚姻用不動産の所有権の帰属という手段

(1) 不動産の所有権の帰属による方策の運用可能性

もちろん、日本の民法の法定財産制は別産制であるから、その制度趣旨を厳格に貫くと、購入時期を問わず、一方配偶者の名義で購入された不動産に他方配偶者の寄与があると認められたとしても、それは夫婦の財産関係には反映されない。もちろん、婚姻中にはこの潜在的持分を明確にする必要もないが、離婚する際に、この持分が無視されてしまえば、潜在的持分を持つ非所有者である配偶者は損失を被る²⁶³。それを避けるために、学説・判例は、非所有者である配偶者が婚姻用不動産に対する寄与や協力によって当該不動産の実質的持分を取得すると解し、この不動産を夫婦の実質的な共有財産ととらえ、財産分与の中でその潜在的持分を清算することを認めてきた²⁶⁴。

²⁶² 生駒俊英「離婚時における婚姻住居の利用関係について——2009年ドイツの法改正を参考にして」季刊家計経済研究 95号(2012年)58頁、岡部喜代子＝三谷忠之『実務 家族法講義』民事法研究会(2006年)131頁、右近・前掲注260)52頁、本沢巳代子「離婚による財産分与」『家族法改正への課題』(日本加除出版、1993年)251頁以下、鈴木眞次『離婚給付の決定基準』(弘文堂、1992年)312、318頁。大津・前掲注258)194頁、佐藤義彦「財産分与としての賃借権設定」判タ558号(1985年)232頁以下、加藤永一「夫婦の財産関係について(二・完)一夫婦財産の利用関係を契機として」民商46巻3号(1962年)484頁など参照。

²⁶³ 川村隆子『家族法の道案内』法律文化社(2018年)78頁。

²⁶⁴ 床谷文雄＝神谷遊＝稲垣朋子『家族法 第2版(αブックス・新プリメール民法5)』法律文化社(2020年)66頁。

そして、裁判実務では、夫婦双方により購入された不動産の場合のみならず、夫婦の一方の名義で所有権登録された不動産であっても、夫婦双方の実質的な共有財産として評価した事例もある。例えば、水戸地裁判昭和 51 年 2 月 25 日判決は、婚姻中夫名義で購入し夫婦双方が代金の一部を負担して支払っている分譲住宅が夫の特有財産ではなく、夫婦間の対内関係においては実質上その共有（持分 2 分の 1）に属するものとされた事例。水戸地方裁判所は、本件の事実によって、本件宅地、建物は夫婦双方が婚姻中に協力して取得したものであり、登記簿上の所有名義が夫であるとしても対内関係においては実質上その共有（持分 2 分の 1）に属するものというべきであるとした。その理由として、水戸地方裁判所は、民法 762 条 1 項によれば、夫婦がその婚姻中自己の名で得た財産はその特有財産とするものとされているが、右特有財産とは名実ともに夫婦の一方の所有に属するものを意味するものというべく、たとえ「婚姻中自己の名で得た」ものについても、単に名義が自己のものであるだけでなく、それを得るための事情や対価などが自分のものであって実質的にも自分のものであることを挙証しない限り特有財産とはならないものというべきであると説示した²⁶⁵。

また、婚姻用不動産の登記名義人の不貞行為に対する慰謝料ならびに将来の生活の不安がある非所有者たる配偶者の離婚後の扶養の面など一切の事情を考慮するときには、婚姻住居を非所有者たる配偶者に帰属させるという判決を下すことも可能である。例えば、浦和地裁判昭和 60 年 11 月 29 日判決では、妻は家事のほか新聞専売所の仕事を手伝い、夫が交通事故にあった後に新聞配達など健康を害するほどに働いて家計を支え、ローンの支払い等をしていたことが裁判所により推認され、それにより、本件土地及び同建物の少なくとも半分の財産形成に寄与したものであると判断された。その上で、裁判所は、妻は日常生活も不自由な右半身不随の身体障害者であり、当時辛うじて生活していたこと、夫が有責配偶者として不貞行為に対する慰藉料の支給義務を負うこと並びに以後の生活に関する不安を抱える妻の離婚後の扶養の要素などの諸事情を考慮した上で、本件離婚に伴う財産分与として、妻に本件土地及び同建物を給付するのが相当であるとの判決を下した²⁶⁶。

確かに、夫婦の一方の名義で所有権登記された不動産に対して、他方配偶者の財産的出捐や協力・寄与が認められれば、離婚の際に当該不動産は夫婦の共有財産として認定されることがあり得る。ただし、実際の裁判実務では、非名義人である配偶者がその協力・寄与を根拠に婚姻用不動産を取得したという事例は稀である。所有名義人の離婚に至ったことに関する有責性や非名義人たる配偶者の要扶養性などの要素をあわせて考慮しなければ、名義人ではない配偶者は婚姻住居に関する寄与のみによってその所有権を取得する可能性は低いのではないかと考えられる。そこで、それ以外の何らかの法的手段を用いて問題を解決する必要が生じる。

(2) 婚姻用不動産の所有権の帰属という法的手段の限界

²⁶⁵ 水戸地判昭和 51 年 2 月 25 日判タ 342 号 250 頁。

²⁶⁶ 浦和地判昭和 60 年 11 月 29 日判タ 596 号 70 頁。

一方配偶者の名義で登記された婚姻用不動産に対する他方配偶者の権利について、他方配偶者の協力・寄与が経済的に評価されれば、当該配偶者に共有持分が認められ、それにより、この配偶者は離婚後も名義人である配偶者からの明渡し請求を拒み、かつ所有権法理に基づき、この配偶者による処分を阻止できる²⁶⁷。

しかし、判例・通説は、別産制原則の下で名義によって居住用不動産の帰属を決定する一方、婚姻関係の解消時に非所有者である配偶者の協力を潜在的持分の取戻しとして清算することを基本的立場としている²⁶⁸。さらに、裁判例からは、裁判所が基本的には名義によって婚姻用不動産の帰属を決し、非所有者に共有持分権を認めることに慎重であることがうかがえる。専業主婦のように、婚姻用不動産の購入に対する直接的な寄与がない場合には、妻の当該不動産に関する持分を否定するのが一般的である²⁶⁹。すなわち、妻が家事労働などによって貢献した場合でも、婚姻用不動産の購入に対する直接の金銭的な寄与がなければ、裁判所は、妻の当該不動産の持分の認定に慎重である²⁷⁰。裁判実務では、婚姻用不動産の購入に関する直接的な寄与がある場合に限って、妻の持分を認めるに過ぎず、妻に実質的な持分を認めることについては謙抑的と言える²⁷¹。

そのため、家事労働などの寄与の評価に関する規定を設けていない現行法の下では、離婚の際に、家事を主に負担していた配偶者の実質的な貢献は正しく評価されず、当該配偶者はこの寄与によって婚姻用不動産の持分を取得することは困難である。離婚に伴う財産分与の清算において、当該不動産の共有持分権の帰属という方法を用いて、非名義人である配偶者の婚姻用不動産に関する継続的使用への需要を満たすことも難しい。

2. 離婚後の利用権の法的性質

(1) 裁判による賃借権や使用借権の設定

裁判実務では、離婚の際、婚姻用不動産を夫婦のその他の財産とともに婚姻中に形成された財産の一部として扱うことが多い。所有者ではない配偶者の当該不動産への居住の必要性に配慮する場合も、主に財産分与の中で当該不動産の所有権もしくは持分権を付与するという形で処理されている。ただし、別産制の下でそのような方法を取ることは必ずしも一般的ではなく、それに代わる手段として不動産の所有権と利用権を分離した上で、利用権を離婚した配偶者に付与するという方法が用いられた。そこで、学説上そのような不動産の利用権をめぐる議論が展開された。

離婚後においても婚姻中に使用していた居住用不動産を継続的に利用したいと希望する配偶者のために利用を確保する必要があることについて、学説では、共通の認識がある。学説を概観すると、離婚時の財産分与の中で他方配偶者に一方配偶者の所有する居

²⁶⁷ 鈴木隆史「夫婦の居住の確保——一方的処分その他の居住妨害からの保護——」立正第27巻第1・2号（1994年）60頁。

²⁶⁸ 青山道夫＝有地亨編『新版注釈民法（21）』458頁以下〔有地亨〕参照。

²⁶⁹ 大阪高判昭48年4月10日判時710号61頁参照。

²⁷⁰ 最判昭34年7月14日民集13巻7号1023頁参照。

²⁷¹ 鈴木・前掲注267）60頁。

住用不動産に関する賃借権を付与することについて、諸説は肯定的な態度を取っている。ただし、実際に問題となったのはそのような方策の法的意義であり、付与された賃借権等利用権の対抗力や存続期間及びその更新などについて、検討がなされている。

①権利の設定及びその理論構成

日本では、離婚後の居住用不動産の利用権にういて民法で明確に規定がされていない現状を踏まえ、家族法上の利用権という新たな概念を設けるべきであるかという問題が提出された²⁷²。

これにつき、学説は、基本的には利用権の現実的価値を認めた上で、その設定必要性を肯定する立場に立つ。例えば、財産分与に伴う使用権の設定につき、大津千明教授は、「分与の対象財産の所有者と利用者が分離する場合、後日の紛争を防止するため、何らかの利用権を設定する必要がある」²⁷³と論じた。あわせて、財産分与の場合、非所有者である配偶者の居住環境を確保するために、所有権の移転だけではなく、賃借権の設定や使用権の設定、抵当権の設定も可能と解されるとの見解も示されていた²⁷⁴。離婚後に婚姻用不動産の継続利用の必要性がある配偶者にとって、利用権の設定は極めて重要な役割を果たすことが予想される。

また、配偶者とともに離婚夫婦の子である未成年者の居住環境の確保をあわせて考慮するべきであるとの点から、本澤巳代子教授は、夫婦間の衡平と並んで未成年者の福祉も重視されるべきであるとし、婚姻用不動産が夫婦の実質的共有財産に属するか、夫婦の一方の特有財産に該当するかを問わず、離婚した配偶者が従来生活を営んできた拠点に離婚後も継続して居住することが可能となるように、居住用不動産に利用権が設定される必要があると論じた²⁷⁵。確かに、離婚に伴い夫婦間の婚姻関係は解消するが、未成年者がいる場合には、婚姻用不動産の帰属の決定や利用権限を分与する際に、この子の以後の居住環境の確保を一要素として配慮する必要がある。さらに、子どもの扶養義務に関する諸要素を総じて考慮した上で、非所有者である配偶者が未成年子の親権者になる場合には、未成年子の以後の就学環境などを確保するために、相手方所有の婚姻用不動産に非所有者である配偶者のための利用権の設定は必要である。

さらに、離婚した高齢配偶者の住居確保の必要性に関して、松本哲泓教授は、「子が幼少の場合、就学期にある場合などに認められるほか、高齢者の離婚においても、一定期間の住居の確保を必要とする場合もあると思われる」²⁷⁶という見解を示していた。

以上の諸説からは、離婚後に相手方所有の婚姻用不動産を継続的に利用する必要がある配偶者に対して、利用権の設定が離婚後の生活の安定に対して有用であるとする考え

²⁷² 右近・前掲注 260) 52 頁。

²⁷³ 大津・前掲注 258) 194 頁。

²⁷⁴ 岡部＝三谷・前掲注 262) 131 頁。

²⁷⁵ 本澤巳代子「離婚給付の新展開」法セ 410 号 (1989 年) 41 頁。

²⁷⁶ 松本・前掲注 261) 178 頁。

方がうかがえる。ただし、そのような利用権が法律で明確に規定されていない現時点において、学説の関心は権利の理論構成に置かれている。

例えば、婚姻用不動産の利用権も離婚時の財産分与の対象として位置付けられ、離婚した配偶者は財産分与によって婚姻用不動産の居住権を得ることが可能であるとする学説が登場した。加藤永一教授は、一方配偶者が単独で所有している財産の利用については、特に婚姻生活の基礎をなしている婚姻用不動産の場合、当該利用関係は扶養の問題として財産分与の清算対象となると説示した²⁷⁷。また、佐藤義彦教授は、財産分与の法的概念を再定義し、その適用範囲を拡大的に解釈することによって、一方配偶者が所有する婚姻住居に非所有者である配偶者の賃借権を設定することに対して肯定的な見解を示した。そして、その理由として、離婚による財産分与とは、夫婦間における財産関係の清算といっても、それは婚姻中に夫婦の一方の名義で取得・蓄積された夫婦間の実質的な共有財産の取戻しのみを意味するものではなく、婚姻関係継続中における婚姻財産に対する夫婦の各一方の利用権の消滅に伴う補償をも含んでいるからであると説く²⁷⁸。

また、かつての通説である婚姻関係の余後効という考え方にに基づき、非所有者である配偶者の継続的利用権限の正当性を論ずる学説も提起された。この学説は婚姻の効果と密接的に繋がっており、すなわち、婚姻関係の構築に伴い、民法 752 条で定められた「生活保持義務」に基づき、非所有者である配偶者の居住を確保するために、夫婦の一方が自己所有の不動産を相手配偶者に居住させる義務を有し、共同生活中に、夫婦間で婚姻用不動産の使用上依存関係が生じる。そして、終生の共同生活を誓い、それを目的に協力してきた夫婦間において、婚姻関係が破綻したとしても、経済上余裕のある一方は、離婚で生計の困窮状態に陥る恐れのある他方に対して、経済的援助を供して扶養することが当然であり、強いて言えば、離婚後扶養の提供は相互扶助を基本とする婚姻自体の予後的効力である²⁷⁹と解される。もちろん、非所有者である配偶者が離婚後においても婚姻用不動産を継続的に利用する必要がある場合には、離婚後の経済援助として、婚姻用不動産の使用借権などの利用権の設定が可能である。

あわせて、婚姻中に非所有者である夫婦の一方の相手方所有の不動産の使用の権限に関し、夫婦間で黙示的な使用借権契約の締結により当該配偶者が相手方所有の婚姻用不動産の居住権限を取得するという見解を持つ学説がある。具体的には、加藤永一教授は、夫婦の一方が他方の土地の上に婚姻住居を所有する場合を例として、次のように論述した。「このような場合を考えれば、夫婦の一方の財産を他方が事実上使用することを権利者が黙認しているにすぎない、とすることには躊躇される。少なくとも、夫婦の間には使用については合意があったとみてよいからである。このような関係は、やはり使用貸借とかいすべきであろう。」²⁸⁰この説によれば、婚姻中に非所有者である配偶者の居住を確保するために、他方配偶者との間で婚姻存続期間を期間とする黙示的な使用

²⁷⁷ 加藤・前掲注 262) 92 頁。

²⁷⁸ 佐藤・前掲注 262) 232 頁。

²⁷⁹ 我妻栄『親族法 法律学全集 23』有斐閣 (1961 年) 155 頁。

²⁸⁰ 加藤永一「夫婦の財産関係について ― 夫婦財産の利用関係を契機として ― (一)」民商 46 卷 1 号 (1962 年) 16 頁。

貸借契約を締結すると解することができる。さらに、婚姻関係の解消に伴い、夫婦間の使用貸借契約の法的効力が原則として失われるが、離婚後に非所有者が継続的に婚姻用不動産を利用する必要が認められる場合、婚姻中の黙示的な使用貸借契約を顕在化させることにより、非所有者である配偶者がその契約に基づき離婚後の一定期間内に婚姻用不動産を引き続き使用することが可能となる。

もちろん、夫婦間で使用貸借契約の存在に関する推測に対して、反対意見も示されてきた。例えば、婚姻中に夫婦という身分関係の特殊性に基づき一方配偶者の特有財産である建物に相手配偶者に居住させる関係について、高島良一教授は、「夫婦は、その建物を生活の本拠として、共同生活を営んでいる関係、言い換えれば、生活保持の義務を実現している関係であるか、ないしは共同生活のためその建物の管理を委託している関係と見るのが相当であって、親族的扶養の要素が極めて濃く、夫婦間に賃貸借ないし使用貸借上の法律関係が成立すると解すべきではないであろう」²⁸¹と説いた。すなわち、婚姻共同体の特殊的性格に基づき、婚姻中に非所有者である配偶者が他方の特有財産を使用、収益することができ、あるいは婚姻用不動産の共同使用関係は民法 752 条で定められた夫婦間の協力義務の一の具体的な表現と解される。この説によれば、婚姻関係の解消に伴い、夫婦間の義務が失われることから、非所有者である配偶者が他方の特有財産である不動産を継続的に利用する権限を失することになる。それで、このような場合、婚姻中の黙示的な使用貸借契約の顕在化により、非所有者である配偶者の以後の居住の確保が実現不能になる。

②扶養的財産分与と離婚後利用権の設定

裁判実務では、離婚後に一方配偶者が従前の住居をそのまま利用する必要がある場合、この点を清算的財産分与において考慮することもあるが、これとは別に、あるいは併せて、扶養的財産分与として考慮し、不動産の所有権を帰属させ、又は、利用権を設定する方法が用いられることがある²⁸²。裁判例にも、離婚後の利用権の設定を離婚後扶養の施策の一つとして位置づけるものがある²⁸³。

学説は、概ね、財産分与における離婚後扶養を認める立場に立っている。そして、その根拠については、婚姻の「余後効」などと説明されることもあるが、近時は、婚姻によって労働能力を失った一方に対する補償給付であるという見解が有力に提唱されている²⁸⁴。たとえば、離婚後の配偶者の経済的困難に対して、国の保障が十分ではない場合に、元配偶者に扶養を求めるという考え方や、家事労働に専念した結果として、婚姻中に低下した所得獲得能力が回復するまでは扶養すべきだとする考え方などが主張されている²⁸⁵。

²⁸¹ 高島良一『判例借地借家法上巻』判例タイムズ社（1962年）152頁。

²⁸² 松本・前掲注 261）177頁。

²⁸³ 東京高判昭和 63 年 12 月 22 日判時 1301 号 97 頁など参照。

²⁸⁴ 中川淳＝小川富之編『家族法〔第 2 版〕』法律文化社（2019 年）75 頁。

²⁸⁵ 川村・前掲注 263）79 頁。

これに対して、学説では、離婚後の利用権の位置づけにつき、この権利を財産分与の一要素として考慮すべきであるかどうかに関する議論がなされている。例えば、常岡史子教授は、「このような措置が、財産分与における清算的・扶養的・慰謝料的要素の範囲で決定される分与額の給付の一方法として、不動産の使用価値のみの付与の手段という役割にとどまるのか、それとも従来の財産分与制度の枠組みを越えた、配偶者の居住の利益の保護のための積極的手段として把握されているのか」²⁸⁶という問題を指摘する。すなわち、婚姻用不動産の離婚後の継続的利用権限を確保することに対して、利用権の設定という法的手段は重要な意味を持つものであるが、これを財産分与の一要素として位置付ければ、その機能を完全に発揮することができない恐れがある。たとえば、利用権利者である配偶者の所得獲得能力が回復し、又は合意された利用権の存続期間が満了した後に、この配偶者が引き続き婚姻用不動産を利用する必要がある場合、利用権の設定を扶養的財産分与として解すれば、継続して当該不動産を利用することが困難となる。このような場合において、離婚後利用権の効能をできる限り実現するためには、この権利を扶養的財産分与に属することではなく、単独的な法的権利として位置づける必要があると考えられる。

また、賃貸借契約などの締結によって婚姻用不動産の利用権を一方配偶者に付与した場合、原則としてこの配偶者は家賃などの費用を負担することから、当該配偶者が支払うべき家賃などの費用を財産分与の額から控除することになるが、これは、この配偶者が家賃の支給資力を欠く場合に所有者が経済上不利益を被る危険性を回避することに資すると考えられる。ただし、この点について、佐藤義彦教授は、「夫婦の一方に利用権を与えつつ、その対価を支払う義務をも同時に課するのであれば、その利用権は、扶養の意味をなしていないのではなかろうか」として、「賃借人は賃料支払義務を負担し、この賃料支払義務と賃借権とは相互に対価的な関係にあるとされているから、離婚後の夫婦の一方に利用権として賃借権を設定したときは、離婚後の扶養の趣旨ではなかったとしなければならない」²⁸⁷との意見を示す。

確かに、財産分与における扶養的要素とは、「離婚後において生活に困窮する夫婦の一方に対して資力のある他方が、これに経済的援助をするという概念である」²⁸⁸とされている。それにより、離婚時の扶養的財産分与として非所有者である配偶者に婚姻用不動産の利用権を付与する場合には、当該利用権は無償であるか、有償であってもその対価とみられる額より少額であることを要すると思われる²⁸⁹。したがって、扶養的財産分与の趣旨に基づき、離婚後の利用権の設定を財産分与の一方法として解することは可能であるが、その際に無償である使用貸借権を用いるか、又は有償である賃借権の設定を利用する場合には、確定された家賃の金額は低価であることが必要であろう。

²⁸⁶ 常岡史子「婚姻の解消と住居の利用関係（一）—財産分与的处理のドイツ法を契機とした再吟味—」帝塚山第1号（1998年）111頁。

²⁸⁷ 佐藤・前掲注262）234頁。

²⁸⁸ 中川淳「離婚財産分与と慰謝料との関係」『現代家族法大系2 婚姻・離婚』有斐閣（1980年）326頁。

²⁸⁹ 佐藤・前掲注262）234頁。

もちろん、賃借権であれ、使用貸借権であれ、離婚後の利用権は、扶養的財産分与の一内容として設定されることから、権利の設定に伴い、権利者である配偶者は清算的財産分与、他方配偶者が有責である場合に慰謝料的財産分与で取得した財産は相応的に減少するになる。それで、離婚後の利用権の設定により、非所有者である配偶者が過剰に保護されるわけがなく、離婚夫婦の利益上不公平が生じる可能性も低いと考えられる。

③離婚後の継続的利用権限の法的性質とその対抗力

学説上、非所有者である配偶者に付与した婚姻用不動産の継続的利用権限の法的性質について、ほとんどの学説は、権利の内容に基づき当該権利を使用借権又は賃借権などの契約的な権利として位置づけている²⁹⁰。そして、権利の法的性質は第三者への対抗力の有無と密接的に繋がるものであるから、学説は、離婚後の利用権の法的性格を検討する際に、権利者に第三者対抗力を付与すべきであるかという点に注目し、検討を展開してきた。すなわち、離婚後利用権を賃借権として位置付けられれば、賃借権の登記によって非所有者である離婚した配偶者の以後の居住利益が確実に保護され、離婚後に婚姻用不動産の所有者がこの不動産を第三者に処分した場合でも、財産分与として婚姻用不動産の離婚後利用権を取得した配偶者は第三者に対抗でき、それにより、当該配偶者の以後の居住の確保が可能になるという点が挙げられている²⁹¹。他方で、非所有者である配偶者に離婚後に付与された利用権は当該配偶者の短期的な利用権を保護することを目的とするものであり、これを登記等によって公示し、第三者に対抗することができるまでの必要性が乏しいとの指摘がなされた²⁹²。

また、離婚後利用権の設定によって生じた効果として、婚姻用不動産の所有関係と利用関係が区別され、当該婚姻用不動産につき住宅ローンなどの債務が残されている場合、財産分与の際に清算のためにこれを換金することなく非所有者である配偶者が引き続き当該不動産を利用することも利点として指摘されていた²⁹³。

私見では、現行法である日本の民法には、離婚後の利用権を物権的な権利として位置付ける余地がない。すなわち、当該権利は他人所有の物を自らの利益を確保するために利用する権利であるから、その内容に基づき、物権的な権利として解するならば、用益物権と類似する法的性格を有するものである。ただし、用益物権は、他人が所有する土地を一定の目的のために使用・収益するための権利と定められているため、新たな用益物権を創設する必要性が生じる。一方、日本法の下では、離婚後利用権を契約的な権利として解することは相当である。

④離婚後の利用権の設定に伴い生じる問題点及びその解決策

²⁹⁰ 佐藤・前掲注 262) 232 頁以下、右近・前掲注 257) 125 頁、同・前掲注 260) 52 頁、本沢・前掲注 262) 216 頁、同・前掲注 254) 251 頁以下、鈴木・前掲注 262) 312、318 頁参照。

²⁹¹ 本沢・前掲注 254) 251 頁以下、右近・前掲注 260) 52 頁。

²⁹² 山本拓「清算的財産分与に関する実務上の諸問題」家月 62 巻 3 号 (2010) 41 頁。

²⁹³ 本沢・前掲注 262) 215 頁。

離婚後に住居の継続的利用をする必要がある配偶者の利益確保のため、使用貸借権あるいは賃借権などの利用権を設定するという法的手段を用いる場合において、問題点として、「当該不動産に先に設定されていた抵当権が実行された場合には利用権はこれに対抗できないため実効性に乏しいという問題点があるほか、設定された賃借権への借地借家法の適用の有無など理論的な問題もある。さらに、当事者間に権利義務関係を継続させることの相当性についても検討が必要であろう」²⁹⁴、「使用貸借の場合には期限をどうするか、賃貸借の場合には、財産分与の中に入れて賃料は差し引かれるのか、問題は多い」²⁹⁵、「諸説の言うように居住継続確保の目的が、子供を養育する母親や収入獲得能力の低い離婚女性の生活保障であるとした場合、賃料支払い義務を伴う賃借権という有償の利用権の設定がこの目的にとって適切な方法なのかという点で、問題なしとしない」²⁹⁶との指摘が挙げられている。

特に、当該配偶者が未成年者の養育を負担する場合、利用権の期間が満了した際に、未成年者をなお継続的に養育する必要があるとき、権利存続期間の更新が現行条文によっては確保できない恐れがある。例えば、婚姻住居の賃借権の権利期間の算定基準につき、鈴木眞次教授は以下のように指摘した。すなわち、「利用期間の終期はいつになるか。①妻と子とに家族の住宅を利用させるときは、事件ごとに裁判所が妻子の希望を聴取のうえ、子の年齢・住宅の置かれている環境・子の教育や就学の都合・転居の可能性・養育に得られる援助の有無などを考慮して、②高齢の妻に利用させるときは、妻の意向を聞き、妻の住宅事情や経済状態にも配慮して、妻の死亡までの間で適切な時点を決定すべきである。妻が再婚した時には、利用は終了すべきであろう。利用権の種類としては、離婚後に夫婦は他人なので、無料の使用借権ではなく有償の賃借権（又は地上権）が適当であろう」²⁹⁷とする。

確かに、元夫婦間で未成熟子がいる場合及び高齢者が離婚した場合において、離婚後の利用権という方法が利用可能である。そして、これらの者の居住を確実に保護する上で、当該権利の存続期間が重要な役割を果たしている。そのため裁判所が離婚後に利用権を非所有者である配偶者に付与しようとする場合、その基準の統一化が問題となる。もちろん、それを算定する際には、元夫婦双方の経済的資力など実情を総じて考慮すべきであるが、特に未成熟子がいる場合、少なくとも未成熟子が高校を卒業するまで、高齢者である配偶者の場合には、できる限り離婚後利用権を生涯権として確定することができれば確実であると思われる。

ただし、離婚時の財産分与によって非所有者たる一方配偶者の居住確保のために、婚姻用不動産の賃借権を付与することは、婚姻関係が既に破綻し離婚した元夫婦間に離婚後にも賃貸借関係が継続する点において、また、離婚により居住上不利益を被る恐れがある配偶者の以後の居住を確保するために賃借権など有償の利用権を設定することが、

²⁹⁴ 山本・前掲注 293) 41 頁。

²⁹⁵ 有地亭『家族法概論』法律文化社（2005 年）315 頁。

²⁹⁶ 常岡・前掲注 286) 108 頁。

²⁹⁷ 鈴木・前掲注 262) 312 頁。

居住確保の趣旨を実現できるかという点において、問題なしとしないと指摘されている²⁹⁸。確かに、利用権の設定により非所有者である配偶者の離婚後の婚姻用不動産の使用という需要を満たすことはできるが、権利の設定に伴い所有者である配偶者が自らの使用権限が制約されることになり、生計上不利益を被ることになれば、この権利の趣旨に反することになるから、扶養的財産分与として設定された利用権と他の財産分与の要素との関係をなお検討する必要があると思われる。

それについて、鈴木眞次教授は、「優先居住の要請は離婚給付の方法の配慮を促すにとどまり、その額を増すものではない」として、「具体的には、①清算・扶養・慰謝料の性格に基づき算定される額の金銭の支払と賃借権の設定とを離婚給付として夫に命じ、その賃借権の内容として妻の支払う賃料を月いくらと定めておく方法や、②清算・扶養・慰謝料の性格に基づき算定される額から期間中の賃料相当額をあらかじめ差し引いた金銭の支払と、賃借権の設定を夫に命じる方法が考えられる」と提案する²⁹⁹。

ただし、鈴木眞次教授の方法によれば、確かに、非所有者である配偶者の婚姻用不動産に関する継続的利用の希望に応えられるが、離婚時の財産分与で得られる金銭の額も相応に減少することになる。その結果、離婚した妻の生活の維持障という点において、これが妥当な法的方法であるとは言えるかは別論であるとの反対意見が示されている³⁰⁰。

他方、本沢巳代子教授は、婚姻用不動産が一方配偶者の特有財産又は夫婦双方の共有財産である場合において、離婚後に他方配偶者が継続的にこの不動産を利用することを認めようとする際には、この「居住の価値は、基本的には、当該住居を賃貸した場合の家賃を基準に算定することになるだろうが、場合によっては当該住居が夫婦の他の一方の単独使用には大きすぎることもありうるから、当該住居の単独使用を認めた諸事情によっては、一般の市場価格をかなり下回ることもありえるものと思われる」³⁰¹との見解を示していた。

確かに、本沢巳代子教授によって提案された方法は、非所有者たる配偶者の離婚後の継続的利用の需要を満たすとともに、財産分与で得る金銭が減少することで生計上支障をきたす可能性を回避することに資する。もちろん、婚姻用不動産の単独所有者又は共有者である他方配偶者が有責である場合、慰謝料的財産分与をあわせて衡量すれば、財産分与で得る金額を減じることが相当であるが、そうでなければ、当該配偶者は利用権の設定により自らの利益が害される恐れがあり、利用権の設定が不相当に過大となると考えられる。

(三) 離婚後の利用権の設定に関する裁判例

²⁹⁸ 常岡・前掲注 286) 109 頁。

²⁹⁹ 鈴木・前掲注 262) 308 頁以下。

³⁰⁰ 常岡・前掲注 286) 110 頁。

³⁰¹ 本沢・前掲注 262) 215 頁。

裁判例では、離婚時の財産分与で婚姻用不動産の所有権を取得しなかったが、その不動産を継続的に利用する希望を有する配偶者に対して、利用のための独立した権利の付与という法的手段を用いた事例がある。ただし、公刊された裁判例は6件に留まり、離婚後の利用権の設定という法的方法は頻繁に運用されてはいない状況であると言える。本論文では、この6件の裁判例を取り上げ、その検討を通じて日本における離婚後の居住の確保について考察する。

1. 事例の紹介

【事例75】青森家裁昭和44年3月31日審判（家月21巻11号154頁）

この事例は、離婚、財産分与及び慰籍料額について一応の合意が成立したが、金員の支払方法について合意ができず、審判で離婚、親権者指定のほか、財産分与及び慰籍料の額を定め、その支払に代えて夫が所有している家屋に賃借権を設定することなどを定めた事例であった。

裁判所は、夫は妻に対し本件離婚に伴う財産分与及び慰籍料として、金300万円を支払うこととし、この金員支払に代えて夫の個人財産である住居に賃借権を設定することを定めた。そこでは、当該住居の現に相手方が調停外の杉本つる代に賃貸している部分を除くその余の部分について、審判確定の日から10年間、賃料月額2万5000円の賃借権を設定し、その間の賃料請求をしないこと、また、賃貸借期間中、貸主たる夫は、借主たる妻がその賃借部分を第三者に任意の賃料で適宜使用させて収益することを承諾すること、そして、夫が定められた妻の権利の行使を妨げ、又はその賃貸不動産を他に処分する等同上の権利の行使を法律上、事実上不能にする行為をしたときは、300万円から本審判確定の日以後右権利の行使を妨害又は不能にした日まで一か月1万円の割合で計算した金額を控除した金員を直ちに妻に支払わなければならないこととされた。

【事例76】浦和地裁昭和59年11月27日判決（判タ548号260頁）

本件事例は、離婚に伴う財産分与として金400万円の支払いのほか、借家権の設定とその登記手続が命じられた事例である。裁判所は、「夫婦双方の婚姻関係は、既に破綻して回復の見込みなく、その原因は夫の責に帰すべきであるから、妻の本件離婚請求は理由がある」とし、妻の離婚請求を認めた。その上で、財産分与について、裁判所は、「数年間にわたり妻の収入で概ね一家の生計を支えてきたこと等を考慮し、清算の意味で夫から妻に対し金400万円の支払を、また無責の妻の今後の生活のためには当分の間本件建物の利用を不可欠と認め、主文四1掲記の約定で賃借権の設定分与をさせるものと定め、夫に右金銭支払及び賃借権の登記手続を命ずることとする。」と判決した。

本判決の主文で掲記された約定の内容に関し、賃貸人夫・賃借人妻を権利の当事者として、別紙物件目録記載の建物を権利の設定対象とし、権利の存続期間を離婚の日から昭和70年6月12日までと設定され、ただし、賃借人は賃貸人に三か月前に通知して解約することができることと明記された。また、賃料は月額6万円として合意され、毎月末日

に当月分払されなければならない、賃貸借期間中に賃料の増減額をしないとされた。あわせて、特約として、夫は妻のため賃借権の不動産登記をすべきとした。

【事例 77】東京高裁昭和 63 年 12 月 22 日判決（判時 1301 号 97 頁）

この事例では、問題となっている住居ないしその土地は、いずれも夫固有の資産であり、妻が生計の維持に多大の貢献をしたものではないし、妻が右土地を保持し得たのは、夫所有の他の土地を処分したことによるものであって、妻の努力によるものではないことから、妻が清算的な趣旨で夫の所有住居の分与を得る余地は少ないとされた事案であった。

また、裁判所は、「被控訴人（妻）の離婚後の扶養的な趣旨をも考慮に入れると、控訴人（夫）が被控訴人（妻）に対して分与すべき財産としては、被控訴人（妻）が相続土地の売却により取得した代金の残りのほか、被控訴人（妻）の名義で保存登記がなされているが、実質的には控訴人（夫）の所有である自宅の母屋及び店舗を被控訴人（妻）に分与し、かつ、各建物の敷地に対する利用権を設定すれば十分というべきであって、右母屋の敷地については、被控訴人（妻）が生存中はこれを無償で利用しうる使用借権を、また、店舗の敷地については、右店舗の営業利益等を考慮して、被控訴人（妻）から控訴人（夫）に対して対価を支払わしむべく、賃借権を、それぞれ設定するのが相当というべきである」とし、その上で、「住まいの敷地に関しては使用借権、店舗の敷地に関しては賃借権を設定する」ように命じた。本件賃借権の内容は、目的・普通建物所有、期間・本裁判確定の日から 20 年、賃料・月額 3 万円であると確定された。

【事例 78】大阪高裁平成 3 年 10 月 1 日決定（家月 44 卷 4 号 37 頁）

この事例は、夫が妻の不貞を理由として離婚訴訟を提起し、その離婚請求を認容する判決が確定された後、妻は裁判所に財産分与の申立てをした事案であった。財産分与申立事件の抗告審において、裁判所の事実上の和解勧告により当事者間に合意が成立し、当事者双方から同合意に従って決定されるよう上申がなされたところ、抗告審は、当事者の意思などを考慮しその合意内容に沿って、原審判決を変更した。すなわち、裁判所は、「当事者の意思及び本件記録に顕れたその他の事情を考慮すると、妻に対する財産分与として、夫に対して、本件合意内容に沿う別紙物件目録（1）記載の土地の分与、金 1100 万円の支払い及び別紙物件目録（2）記載の建物につき使用借権の設定を命ずることが相当と認められる。」とした。

その上で、当事者間で合意が成立し、その合意書には以下の内容が記されている。

「（1）夫は妻に対し、別紙物件目録（編略）（1）記載の土地の瑕疵のない所有権を移転し、財産分与を原因とする所有権移転登記手続をする。（2）夫は妻に対し、夫が平成 2 年 9 月 1 日から平成 12 年 8 月 31 日まで別紙物件目録（2）記載の建物に無償で居住することを認める。（3）妻は夫に対し、平成 12 年 9 月 1 日限り別紙物件目録（2）記載の建物を明渡す。（4）夫は妻に対し前記抗告審の決定あり次第直ちに金 1100 万円を支払う。」

【事例 79】名古屋高裁平成 18 年 5 月 31 日決定（家月 59 卷 2 号 134 頁）

この事例は、離婚した妻が夫に対して、財産分与の一部として不動産（夫婦共有名義となっており、現に妻が 3 人の子と居住しているマンション）に使用借権の設定を求めた事案の即時抗告審において、現在妻の収支が均衡しているのは住居費の負担がないことによって保たれているということができるのであり、妻が夫からの離婚要求をやむなく受け入れたのは、夫から一定の経済的給付を示されたからであること、その中には妻が未成年者らを養育する間は家賃なしで本件マンションに住めるとの趣旨が含まれていたこと、妻は、本件マンションの購入費用も含めて合計 1000 万円近い持参金を婚姻費用として提供したが、これらは夫婦共有財産としては残存していないこと、などの事情を考慮して、二女が高校を卒業し、長男が小学校を卒業する時期まで、離婚後の扶養的な財産分与として、本件マンションについて、夫を貸主、妻を借主とする使用貸借権の設定という方策の運用が相当であるとされた事案である。

本事例では、扶養的財産分与の性質について、裁判所は、「夫婦が離婚に至った場合、離婚後においては各自の経済力に応じて生活するのが原則であり、離婚した配偶者は、他方に対し、離婚後も婚姻中と同程度の生活を保証する義務を負うものではない。しかし、婚姻における生活共同関係が解消されるに当たって、将来の生活に不安があり、困窮する恐れのある配偶者に対し、その社会経済的な自立等に配慮して、資力を有する他方配偶者は、生計の維持のための一定の援助ないし扶養をすべきであり、その具体的な内容及び程度は、当事者の資力、健康状態、就職の可能性等の事情を考慮して定めることになる。」と説示した。そして、本件における双方の資力や具体的な事情等に触れた上で、「扶養的財産分与として二女が高校を、長男が小学校を卒業する時期（離婚から約 8 年を経過した時期）である平成 19 年 3 月 31 日まで本件マンションについて夫を貸主、妻を借主として、期間を離婚成立日である平成 11 年 6 月 4 日から平成 19 年 3 月 31 日までとする使用貸借契約を設定するのが相当というべきである」とした。

【事例 80】名古屋高裁平成 21 年 5 月 28 日判決（判時 2069 号 50 頁）

本件は妻が夫に対して離婚及び財産分与等を請求した事例において、離婚を認めるとともに、受給の確実性が明確でない夫の退職金及び確定拠出年金は扶養的財産分与の要素として斟酌することが妥当であるとして、妻子が居住するマンションの夫の持分を清算的財産分与として夫に取得させるとともに、扶養的財産分与として、夫の前記取得部分を長女の高校卒業まで妻に賃貸するよう命じた事案であった。

原審（名古屋家豊橋支判平 19・9・20 D1-Law.com 判例体系〔28170765〕）は、本件マンションの購入金の由来に基づき、本件マンションを夫婦双方の共有財産と認定した上で、共有持分割合について、夫が 1000 分の 883、妻が 1000 分の 117 であると判断した。また、裁判所は、「本件マンションを夫と妻との共有のままにしておいた場合は、将来、共有物分割の手続きを残すことになるから、夫婦のいずれかに帰属させるのが相当である」とした。そして、裁判所は、「本件マンションには、妻と長女が居住しているものの、住宅ローンは夫名義であり、夫が支払を続けていること、その住宅ローンを妻

が負担して返済する能力があるとは認められない上、住宅ローンの債務者を夫から妻に変更することは債権者との関係で困難であると考えられること、妻の持分割合は1000分の117にすぎないこと等を考慮すると、妻の持分を夫に分与し、夫に本件マンションの所有権全部を帰属させるのが相当である。」と説示した。あわせて、本件マンションの帰属に伴い、妻及び長女が本件マンションから退去せざるを得ないなど、本件に現れた諸般の事情を考慮した上で、裁判所は、「夫から妻に対し、300万円を分与させるのが相当である。」と結論付けた。

これに対し、名古屋高等裁判所は、財産分与として、夫は妻に対し本件マンションの夫持分を賃料月額4万6148円で賃貸するよう命じた。その判決理由は次のようなものである。すなわち、本判決は、本件マンションの妻持分を妻の特有財産、夫持分を夫婦の共有財産と認めた上で、「本件別居は、夫による悪意の遺棄に該当し、また……遠い将来における夫の退職金等を分与対処に加えることが現実的ではなく、さらに一部が特有財産である本件マンションが存在するところ、このような場合には、本件婚姻関係の破綻につき責められるべき点が認められない妻には、扶養的財産分与として、離婚後も一定期間の居住を認めて、その法的地位の安定を図るのが相当である。」、また、「扶養的財産分与として、夫に対し、当該取得部分を、賃料を月額4万6148円、賃貸期間を長女が高校を卒業する平成27年3月までとの条件で妻に賃貸するよう命ずるのが相当である。」とした。

2. 事例の検討

(1) 離婚後の利用権の運用の実態 —非所有者の継続的利用の必要性の認定—

日本では、離婚の際、夫婦の一方の特有財産である不動産、特に婚姻用不動産として使用してきた住居を、他方に財産分与として帰属させた事例とともに、非所有者である配偶者の離婚後の居住を確保するために、婚姻関係の破綻後、裁判所が当事者の財産分与の請求を処理する際に利用権を設定した事例も見られる。ただし、後者の例はさほど多くない。

これに対し、学説では、離婚後において継続的に相手方所有の婚姻用不動産を利用する必要性が認められる非所有者である配偶者に、離婚後の利用権を付与することについて概ね肯定的な見解が示されている。ただし、実際の裁判実務では離婚後の利用権の付与という法的手段を用いる裁判例は前述のように件数が限られている状況にある。

本論文で取り上げた裁判例のうち、使用借権の設定を用いた事例は【事例78】及び【事例79】の2件であり、賃貸借権利を設定した事例は【事例75】、【事例76】及び【事例80】の3件であり、使用借権と賃貸借権を併用した事例は【事例77】の1件であった。

その中で、【事例77】の東京高裁昭和63年判決の事例では、高齢である配偶者のために離婚後利用権を設定し、【事例79】の名古屋高裁平成18年決定の事例及び【事例

80】の名古屋高裁平成21年判決の事例は、元夫婦間の未成熟子の養育のために必要な居住環境を確保するため、非所有者である配偶者に利用権を付与した。これらの事例から見れば、離婚後に未成熟子の養育を主に担当する配偶者や高齢である配偶者の場合において、相手方所有の婚姻用不動産の利用権の付与という方法が有用と考えられていることがうかがえる。これらの利用関係を設定する必要があるとされた例では、子が幼少である場合や就学の関係で環境を変更すべきでないという事情がある。また、高齢者の離婚では、新たに住居を確保することが困難であり、一定期間の住居を確保する必要が生じる場合もあり得るとのことである³⁰²。

なお、日本の裁判例において離婚後の利用権の設定という方法が頻繁に利用されていない理由として離婚後に元夫婦間の法律関係を残すことは好ましくないと考えられる。また、国立社会保障・人口問題研究所により公布された『人口統計資料集（2021年版）』によると、2019年度に協議で離婚した夫婦は88.1%の割合を占めたことが見て取れる。そして、離婚の大部分を占める協議離婚の場合について、離婚後の利用権の運用実態は明らかではないことから、全体的には離婚後に利用権を設定するという方法がどの程度利用されているかについて明確な所は不明であると結論付けられている。

(2) 利用権の付与に関する判断要素

離婚後の婚姻用不動産の継続的使用のために裁判所が利用権を付与する際、基本的には当事者双方の経済資力、使用の必要性などの要素を総合的に考慮した上で判断が下される。

ア 請求者の使用を継続とする必要性

婚姻用不動産の離婚後の利用権設定に関する判断基準は、法律上明確に規定されていない。そのため、裁判所は、離婚当事者間に現れた離婚後の利用権の付与に関する問題を処理する際に、基本的には次の諸要素を総じて衡量した上で、判断している。具体的には、請求者の財産状況、収入の有無、就労可能性、住居を確保する必要性及び家族関係、離婚に至る双方の有責性の有無・程度、相手方の財産状況、収入水準及び相手方の家族関係などである。

例えば、【事例77】の東京高裁昭和63年判決では、夫婦ともがほぼ高齢者であり、夫は2年前から別のアパートにおいて単身生活をしており、訴訟の際に、妻が夫の特有財産である建物及び土地を使用していた。それにより、妻の本件不動産に関する使用の必要性が高いことがうかがえる事例であった。また、【事例79】の名古屋高裁平成18年決定の事例においては、離婚後に妻が未成熟子の養育義務を負担すること、本件マンションの購入時に妻が経済的出捐をしたこと、妻が夫からの離婚要求をやむなく受け入れたことなどを「一切の事情」として考慮した上で、妻に使用貸借権を付与するのが相当であると結論付けられた。あわせて、【事例76】の浦和地裁昭和59年判決の事例で

³⁰² 松本・前掲注261) 199頁。

は、妻が音楽塾の経営のために今まで使用していた自宅を継続して使用する必要性を明らかにした上で、妻の夫所有の住宅に対する賃借権の設定請求が認められた。

これらからは、扶養的財産分与の一方法として利用権の付与が用いられる場合において、裁判所は、相手方の扶養能力及び請求者の使用必要性との両側面から検討していたことがうかがえる。特に、請求者である配偶者の使用の必要性が主たる要素として重視されていた。もちろん、その際、居住上の必要性がある場合のみならず、事業を営むために相手方所有の不動産を継続して使用する必要性が判明した場合においても、裁判所は利用権の付与を通じてその需要を満たすことを図ろうとしていた。

イ 婚姻用不動産の所有者の経済的資力

一般的に扶養的要素が認められるためには、当事者の一方が扶養を要する状態（要扶養状態）にあり、他方が扶養するだけの余力がある状態（扶養可能状態）になければならないと解されている³⁰³。そのため、離婚後の利用権を扶養的財産分与の一内容として非所有者である配偶者に付与する際に、請求者である配偶者の継続的使用の必要性を明らかにし、それとともに、他方配偶者がこの継続的使用の需要を満たす資力を有することも要件として必要となると考えられる。

例えば、【事例 79】の名古屋高裁平成 18 年決定の事例では、裁判所は扶養的財産分与の要件を説示する際に、離婚に伴い生計上困窮する恐れがある配偶者に対して、資力を有する他方配偶者は、生計の維持のための一定の扶養をすべきであるという見解を示している。その上で、裁判所は、夫が扶養能力を有すると判断した上で、妻に夫の特有財産である不動産の利用権を与えるとした。

確かに、扶養的財産分与の趣旨に照らして、経済的資力に乏しい配偶者の離婚後の生活を援助するために、相手方所有の特有財産の利用権の付与などの方法を用いた場合、基本的には、当該権利の設定により所有者である元配偶者が不利益にならないように配慮すべきである。

そこで、裁判所は賃借権などの利用権の設定という法的手段を運用する際に、非所有者である配偶者の継続的使用の必要性を認める場合のみならず、調停や審判で現れた諸般の事情を参酌した上で、判断する。例えば、【事例 75】の青森家裁昭和 44 年審判の事例では、離婚した夫婦間で慰謝料の支払方法に関する合意を得るに至らず、最終的に、裁判所は夫が所有する住居に妻の賃借権の設定という方法を用いて同事例を解決した。

(3) 裁判例をめぐる法的検討

ア 裁判所の権利形成権限

³⁰³ 床谷＝神谷＝稲垣・前掲注 264) 67 頁。

離婚後に利用権を付与した諸裁判例について、学説上ほぼ肯定的な見解を示しれ夫婦の一方の特有財産である不動産に非所有者である配偶者の利用権を設定するとの結論は相当であるとする。ただし、民法にはそのような利用権の付与に関する規律が明確に規定されないことから、裁判所がその権利形成権限によってこのような権利を設定することができるかが、議論になった。

財産分与事件は争訟的非訟事件として、離婚する夫婦間の協議により自主的な解決が期待されるが、合意が整わなければ、裁判所が後見的に介入して処理する。その際に、裁判所は当事者の主張に拘束されず、その裁量によって将来に向かって法律関係を形成することができる³⁰⁴。すなわち、裁判所はそのような権利形成権限を有する。そこで、離婚の際に、夫婦間で離婚後の利用権の設定に関する合意ができなければ、裁判所は、請求者である配偶者が相手方所有の不動産を継続的に利用する必要性を有すると判断した場合、この権利形成権限によってその利用権を設定することができる。

この点につき、例えば、石川明教授は次のように指摘する。すなわち、財産分与は私的財産上の問題であるから、私的自治の対象であり、少なくともその額については処分権主義が認められてしかるべきであり、その範囲では裁判所の裁量権も制限されるが、その分与方法に関しては、存在する財産の種類と深く関わる問題であるから、裁判所の自由な裁量を認めるのが相当である³⁰⁵とする。

イ 利用権の付与を用いた典型例

(ア) 高齢配偶者の離婚

高齢者間の離婚が増加している今日、離婚後の居住を確保するために利用権を設定する事例が見られるようになってきている。高齢者社会の進展に伴い、財産分与の離婚後扶養という機能の重要性が再考される必要があり、離婚時の財産分与で高齢である配偶者の以後の居住を確保する余地を検討すべきであると考えられる。

例えば、高齢である配偶者の住居を確保するために離婚後の利用権を設定した例である【事例 77】の東京高裁昭和 63 年判決に対して、大津裁判官は、離婚後扶養の役割に対して、「高齢化社会を迎えて最近では離婚後の扶養の重要性が再認識されており、今後の財産分与の方法を示すものとして注目される。」³⁰⁶と指摘した。さらに、「……高齢者間の離婚が増加している今日、離婚後の住居を確保するために利用権を設定する例がしばしばみられるようになってきている。本件もこのような最近の傾向を示すものである」³⁰⁷、「本件は、妻のための使用貸借権を設定し、清算的財産分与と扶養的財産分与を組

³⁰⁴ 伊藤眞『民事訴訟法 第 7 版』有斐閣（2020 年）8-9 頁参照。

³⁰⁵ 石川明「離婚訴訟における財産分与の裁判と不利益変更禁止の原則」法研 65 巻 1 号（1992 年）84 頁。

³⁰⁶ 大津千明「判批」判タ 735 号（1990 年）177 頁。

³⁰⁷ 大津・前掲注 306）176 頁。

み合わせることで、将来の共有物分割の問題発生を回避するとともに、離婚に伴う住宅問題の解消を図った先例として注目される」³⁰⁸との指摘もなされていた。

確かに、高齢化の進展が激しいである社会的背景の下では、高齢者の居住確保が問題として意識されてきた。また、生存配偶者の居住を確保するために、平成30年民法改正により配偶者居住権制度が創設され、配偶者居住権の運用により生存配偶者の居住環境が確保されるように予測される。ただし、離婚した高齢配偶者は配偶者居住権制度の適用対象外とされたことから、この配偶者の以後の居住の確保に関する法的検討を展開する必要がある。

これに対し、昭和50年の法制審議会身分法小委員会の「相続人・相続分、夫婦財産制、寄与分」に関する検討において、別産制を基礎としながらも共通的要素を加味する必要があるという見解が挙げられ、すなわち、婚姻生活中に非所有者である配偶者が相手方所有の特有財産に対する寄与があると評価される場合、婚姻中にその寄与が潜在的持分として存するが、離婚などの場合において、それが顕在化するという形態が望ましいと論じられた³⁰⁹。

この見解は、離婚した高齢者の利益の保護に対して意味があると考えられる。離婚した高齢者の場合、元夫婦双方は長期間にわたって共同生活をしてきたが、別産制の下では、主に家事労働に従事していた配偶者、又は他方配偶者の特有財産である不動産の価値維持に関して寄与がある配偶者が、離婚により経済上又は居住上不利益になる恐れがある。確かに、現行民法の下では、婚姻中の潜在的持分が離婚に伴い顕在化されることは法律で認められたとしても、それにより、非名義者である配偶者は婚姻用不動産を取得するわけがないが、その潜在的持分が無視されるべきではないと考えられる。このような場合、扶養的財産分与として利用権の設定は、非所有者である配偶者の継続利用の需要を満たし、婚姻中の寄与を保護するとともに、離婚により元夫婦間で生じた利益の不公平を回避することに対しても有用であると考えられる。

(イ) 未成熟子の監護を行う配偶者

離婚後において未成熟子の居住を確保するために非所有者である配偶者に利用権を付与した【事例77】の名古屋高裁平成18年決定の事例は、異なる考慮要素に基づきそのような判断を下している。この点について、生駒俊英教授は次のように指摘する。すなわち、「本件は未成年の子の監護者に対して使用貸借権の設定を認めており、従来の高齢配偶者に対する住居の保護とは違った考慮要素を有しているものと考えられる」³¹⁰。さらに、「本高裁決定は、離婚財産分与としての不動産利用権設定の可否について、判

³⁰⁸ 榮春彦「判批」『平成19年度主要民事判例解説(別冊判タ22)』(2008年)139頁。

³⁰⁹ パネルディスカッション・渡辺道子の発言「妻の法的地位—現行民法の夫婦財産制をどう考えるか—」法セ255号(1976年)137頁。

³¹⁰ 生駒俊英「判批」関院81号(2007年)244頁。

例の流れ、学説の動向に合致するとともに、財産分与者と財産分与申立者との利益衡量のもとに判断されている点で、妥当なものと考える」³¹¹との肯定的な見解もある。

いうまでもなく、離婚した夫婦の間に子がいる場合には、夫婦の離婚により、子が心理的な負担を負うものであり、親としてできる限り子の心理的負担を取り除くように努めなければならない³¹²。特に、未成熟子の場合、その成長に相応しい居住環境への配慮が不可欠であり、就学などの要素を衡量すれば、原則として今まで住み慣れた住居に住み続けることが決定的に重要な場合も大いに考えられる。そこで、未成熟子の安定した養育環境を確保するために貸借権などの利用権を用いる場合、少なくともその子が成人になるまでをその権利の期限として定めることが有用である。

ウ 利用権設定の問題点

前述のように、離婚後の利用権の付与に関する具体的な判断基準は法律で明確に規定されておらず、実際の運用において、裁判所は相手方の経済的資力や請求者の扶養上の必要性などの要素を総じて判断した上で確定しているため、裁判所の判断は事例により一様ではない。

①利用権の存続期間とその更新可能性

裁判実務では、利用権として使用貸借権を非所有者である配偶者に付与しようとする場合、当該配偶者の以後の居住を確保するために、常に権利の存続期間を定める。もちろん、権利期間が裁判所の判決で明確に決定されることは、利用権の居住の確保という役割の実現に対して有用である。ただし、個別の事例において、特に未成熟子の養育環境を確保するために、利用権の運用を用いた事例の場合、その権利期間の定めは、相応しい役割を果たせない恐れがあるとの問題点が残された。

例えば、使用貸借権の設定を用いた【事例 79】の名古屋高裁平成 18 年決定の事例で、期間に関する問題点として、三宅篤子教授は、「離婚から第三子が小学校を卒業するまでの間とし、その子が成人に達するまで契約を更新できるか否かについて言及されていないことは、問題である。」³¹³と指摘する。また、生駒俊英教授は、未成年の子の居住を確保するためにその監護者に相手方所有の不動産の利用権を付与する際に、子の利益を最大限に尊重すべきであると述べた上で、少なくとも義務教育終了に当たる中学校卒業までは、使用貸借権を認めるべきであるとの見解を示す³¹⁴。

日本法のもとでは、契約は、原則として当事者の合意のみで成立し、裁判所の裁量権により契約が締結されるわけがない。そのため、裁判所が使用貸借権などの利用権の設定という法的手段を用いた場合、元夫婦間で使用貸借契約が締結されないと解される。

³¹¹ 櫻井弘晃「離婚財産分与と使用借権の設定」九国 16 巻 2 号（2009 年）144 頁。

³¹² 生駒・前掲注 310）250 頁。

³¹³ 三宅篤子「判批」民商 137 巻 2 号（2007 年）244 頁。

³¹⁴ 生駒・前掲注 310）250 頁。

その後、使用貸借権の期間などの権利内容に関する紛争が生じた場合、紛争は契約法で定められた使用貸借契約又は賃貸借契約の条文を準用して解決する余地がない。

それで、裁判所は使用貸借権などの利用権の権利期間を決まる際に、権利の居住確保という役割の実現を確保するために、特に元夫婦間で未成熟子がいる場合には、未成熟子の養育環境などの実情を踏まえ、慎重に決定すべきである。すなわち、未成熟子が義務教育の終了時までには、親権者になった非所有者である配偶者が継続的に相手方所有の婚姻用不動産を使用する権限が裁判所により認められるべきである。

②権利の登記必要性

利用権の設定という法的手段を用いた裁判例のいずれもが、その権利の存続期間、家賃の金額につき明示しているが、それ以外の内容は、裁判所の判断は事例ごとに異なっている。例えば、権利の登記に関しては、【事例 76】の浦和地裁昭和 59 年判決で、裁判所は賃借権の登記を命じたが、それ以外の事例では、裁判所は利用権の登記に関して言及せず、所有者である配偶者が当該婚姻住居を第三者に転売した場合、非所有者である配偶者の居住の確保をどのようにするのかといった重大な問題を残している³¹⁵。

離婚後の利用権を使用借権として設定した場合、使用借権は無償の使用であり、当事者双方の信頼関係を基礎として成り立つ権利であるから、その法的性格から、借主は賃貸借の場合よりも弱い立場に立ち、原則として第三者への対抗力を有さない。そのため、使用借権の付与を用いた事例では、権利者である配偶者は登記を請求する権利を有さず、裁判所も判決中でその点に論及するには及ばない。

問題となるのは、離婚後の利用権を賃借権として非所有者である配偶者に付与した場合である。もちろん、裁判所の判決で確定された賃借権は、特殊的なものとして位置づけられるか、それとも通常の賃貸借契約で合意された賃借権と解され、民法又は借地借家法の適用を受けるものと見るのが問題として指摘された³¹⁶。既に検討されたように、現行民法の下では、裁判所は裁量権により当事者間で契約を締結する余地がないことから、私見では、裁判所で確定された賃借権などの利用権は、当事者双方の合意で設定された権利とは異なる法性格を有するものであるから、民法又は借地借家法の適用対象外とされることは妥当である。

その理由は、現行民法の下では、契約は当事者双方の合意により締結されるものと定められ（民法 522 条）、裁判所は自らの裁量権で当事者間での契約を締結することができず、権利形成権限に基づき確定した離婚後の利用権は契約で合意された権利と相異なる権利として位置付けられるべきであること、また、離婚に伴い、夫婦間の信頼関係が既に破綻したことが推定されることから、このような場合で裁判所により確定された離

³¹⁵ 生駒・前掲注 262) 56 頁。

³¹⁶ 生駒・前掲注 262) 58 頁。

婚後の利用権を当事者双方により合意された権利と同一視され、それに関する紛争を契約法の内容を準用して解決されることは不相当に過大であることにある。

借地借家法によれば、借家権の登記がなくても家屋の引渡しを受ければ、貸借者は第三者に対抗することができる（借地借家法 31 条）。ただし、裁判所で決定された貸借権は、借地借家法などの現行法を準用して登記することができず、裁判所は権利の登記自体を命じる場合を除き、貸借権の登記は元夫婦双方の合意により確定されざるを得ない。

借主たる配偶者が貸借権を登記すれば、貸主である配偶者が当該不動産を第三者に転売したとしても、借主は第三者への対抗力を有し、第三者による退去請求を拒否することができる。それにより、貸主の転売権限が貸借権の登記により制約されることから、裁判所は貸借権の登記自体を命じなければ、借主たる配偶者は権利の登記権限を取得することが困難である。

したがって、扶養的財産分与として相手方所有の不動産の貸借権を他方配偶者に裁判で付与する場合、裁判所が判決で非所有者である配偶者のために設定された利用権の登記自体を命じなければ、所有者である配偶者は、自らの財産処分の自由とそれによる利益を守るため、非所有者である配偶者の登記権限を認めない可能性が高いと予測される。そして、婚姻用不動産が実際に売却される場合、貸借権を有する配偶者が購入者に対抗できず、自らの使用という権限を果たすことが困難になる。これは、当該権利による離婚後扶養という目的も確保できなくなることを意味する。

③権利の存続期間

短期間にわたって婚姻用不動産を引き続き使用する必要がある配偶者の場合、使用貸借権の付与という法的手段の運用を通じて、使用借権により離婚後の一時的な居住の安定を図るのに対して、長期間の使用を要望する配偶者の場合、裁判所は基本的には貸借権の設定により婚姻用不動産の継続的使用を当該配偶者に認めている。

その存続期間につき、使用借権を設定した事例では、【事例 77】の東京高裁昭和 63 年判決は 20 年、【事例 78】の大阪高裁平成 3 年決定は権利判決確定日から約 9 年、【事例 79】の名古屋高裁平成 18 年決定は約 8 年であった。一方、貸借権の設定を用いた事例の場合、【事例 75】の青森家裁昭和 44 年審判は 10 年、【事例 76】の浦和地裁昭和 59 年判決は離婚の日から約 10 年、【事例 80】の名古屋高裁平成 21 年判決は 6 年であった。

既に検討したように、【事例 77】では、離婚夫婦双方が慰謝料の支払方法に関する合意に至らず、それにより、裁判所は、妻が継続して婚姻用不動産を使用する希望の有無を問わず、夫の所有する住居に妻の貸借権を設定して慰謝料の支払問題を解決しようとした。そのため、【事例 77】の事例は異例と位置付けられるべきであり、その存続期間の判断基準は権利の類型に関する検討に対して参照価値を有さないと考えられる。それ

以外の裁判例で確定された権利の存続期間について見れば、基本的には使用貸借権の設定との方策を利用した判決で確定された期間は短期間であり、賃借権の設定という法的施策を用いた判決で決まった期間は長期間であったことが見て取れる。

もちろん、裁判所は利用権の付与という法的手段の運用を決定する際に、権利の趣旨のみならず、未成熟子の就学又は権利者の年齢などの実情も考慮要素に入れて権利種類を決める。そのため、裁判実務で現れた裁判例に基づき、諸裁判所で確定された権利の存続期間が統一なものではないことが明らかである。ただし、裁判例で使用貸借権又は賃借権などの利用権の権利期間に関する決定基準は明確に論及されておらず、原則として長期間の賃借権の期間が短期間的な権利として設定されるべきである使用貸借権の期間より短い事例がある。例えば、賃借権を設定した【事例 80】の平成 21 年の名古屋高裁判決の事例で、賃借権の存続期間が 6 年として定められ、使用貸借権の付与という法的手段を用いた【事例 78】及び【事例 79】より短い。

裁判所は、利用権の存続期間を決定する際に、その権利の趣旨又は目的に照らすことを要すると思われる。すなわち、使用借権の無償性から、長期間にわたる利用権を付与しようとする場合、使用借権の設定を用いれば、非所有者である配偶者は家賃を支払う必要がないから、清算的財産分与及び慰謝料的財産分与で取得する現物の割合が低くなり、離婚後の生計上支障をきたす恐れがあると考えられる。

また、元夫婦の間で未成熟子がいる場合には、その成年までの居住環境を確実に保護する必要があるれば、できる限り賃借権の付与という方策を運用すべきであると思われる。その理由は、使用借権を設定する場合、その無償性により権利者がより弱い経済的立場に立ち、第三者への対抗力を有しないとされ、未成熟子の居住環境を確実に保護することに対して、権利の登記により第三者への対抗力を認められる賃借権の設定は有用である。確かに、賃借権の設定という法手段を運用する場合、親権者になった配偶者は賃料を支払い続けなければならないが、このような場合において、この配偶者が必ずしも賃料の支払資力を有さないとは言えず、そして、離婚後に生計の困窮状態に陥る恐れがあれば、裁判所は未成熟子の扶養費用を確保するために、扶養的財産分与により当該配偶者の離婚後の経済資力を確保する。それで、未成熟子の就学環境を確保するために離婚後の利用権を親権者になった離婚配偶者に付与しようとする場合、使用貸借の運用ではなく、登記で対抗力を有する賃借権の設定が必要である。

④権利の位置づけとその適用法規

裁判所によって設定された利用権を特殊なものとして取り扱うか、それとも通常の使用貸借・賃貸借契約と同様、民法又は借地借家法などの適用を受けるものと見るのかという問題がある³¹⁷。具体的には、裁判で設定された権利の場合、債務不履行等の契約解除の法理が適用される余地があるのか、正当事由に基づく解約申入れが可能か、期間満

³¹⁷ 生駒・前掲注 262) 58 頁。

了の際に更新拒絶が制限されるのか、賃料について賃料の増減変更が可能なのか等である³¹⁸。

当事者双方の合意で離婚後に利用権が設定される際には、この権利は民法や借地借家法の規律を受けるものとして取り扱い、その後当事者間でその権利に関する紛争が生じた場合、民法や借地借家法の適用によりその紛争が解決されると想定される。しかし、裁判で離婚夫婦の間に使用借権又は賃借権などの使用権が設定された場合、設定された法律関係の法的性質や効力、適用法規などについて、将来に疑義を残さないよう明確に配慮する必要がある³¹⁹。

例えば、【事例 77】の東京高裁昭和 63 年判決の事例で、裁判所は、離婚後の扶養的な趣旨をも考慮に入れて、妻が居住する自宅と妻が使用する店舗を妻に分与し、夫の固有財産である自宅敷地につき妻が生存中は無償使用できる使用借権を、店舗敷地につき「目的・普通建物所有、賃料・月額 3 万円、期間・本裁判確定日から 20 年」の賃借権を設定した。これは、通例の契約法理に従う内容の法律関係を設定したものと解される。すなわち、裁判所が店舗敷地の賃借権を妻に付与するとともに、利用目的、賃料、期間などの基本的な事項のみを確定し、それ以外の内容の確定は当事者双方の協議に委ねる。例えば、権利の存続期間は 20 年として定められたが、期間中に妻の継続利用の必要がなくなる以上、店舗敷地の所有者である夫が自らの占有・利用権限を保護するために、権利濫用などの理由に基づき貸借人である妻に対して賃借権の終了を請求することができ、それに関する合意が達しなければ、夫が裁判所に訴える権利も有すると解される。

ただし、【事例 76】の浦和地裁昭和 59 年判決の事例では、妻の以後の生活のため建物の利用を不可欠と認めて賃借権の財産分与を定めたが、使用期間は 20 年余の長期間であり、賃料は賃貸借期間中増減額しない、夫からの解約申入れの余地を認めないなど、一般の家屋賃貸借契約とは様相を異にする内容であるから、一種の特許使用権を創設したものと解されるとの見解が示された³²⁰。通常、利用権などの債権が当事者双方の合意により確定され、片方の利益を過重に保護する余地がなく、当事者双方の利益衡平の上で権利の設定がなされる。ただし、【事例 76】の事例において、賃貸借期間中に家賃の増減額を請求する権利が裁判所の判断により奪われ、夫の解約申入れという権利も判決で排除された。換言すれば、賃借権の設定にあたり、権利の設定合意性が軽視され、裁判所の権利形成権限により確定されたものとして、妻の離婚後の使用を過剰に保護する恐れがあり、当事者双方の協議により合意された債権的な権利とは異なる法性格を有することが明らかである。

確かに、【事例 76】の事例のように、裁判所の判決で確定された権利の内容は通常の契約の方式で合意された権利とは異なる法的性格を有するものである場合、裁判所で創

³¹⁸ 榮・前掲注 308) 138 頁。

³¹⁹ 榮・前掲注 308) 138 頁。

³²⁰ 榮・前掲注 308) 139 頁。

設された権利を特殊なものとして解されるべきである。そのような場合で、当事者間で生じた権利に関する紛争は民法や借地借家法の条文内容を準用して解決される余地がないことから、裁判所は当該権利を創設する際に、権利の解除事由、又は賃料の増減変更請求権利などの内容に関して、将来に向かって当事者間で再び争いとならないように明確に規定する必要がある。

⑤賃料の負担

使用貸借契約は原則として無償であることから、裁判所は使用借権を非所有者である配偶者に付与する際、当然ながら使用の対価については言及しない。一方、裁判所は、賃借権の設定という方法を用いた場合には、その存続期間等を確定するとともに、賃料についても明示している。

ただし、賃料を決定する際、裁判所は、家賃相場の要素だけを考慮するわけではなく、離婚に至ったことに関する有責性や離婚後の子の養育の負担などの要素を衡量した上でその額を決める。離婚後扶養の意味を内含する利用権を設定する場合、この利用権が賃借権であるときに対価としての賃料支払義務を賃借人に課せば、離婚後の扶養の意味が失われる。そこで、この額の決定基準につき、大津千明教授は、「対価の合理性は賃借権の設定それ自体だけでなく、当該財産分与を全体として総合的に評価すべきである」と述べる³²¹。

裁判実務で現れた裁判例に基づき、裁判所は、扶養的財産分与として賃借権の付与という法的方法を用いた場合、賃料を明記していたが、家賃相場との格差が明確に示さず、それにより、裁判所により確定された賃料は扶養的要素を含むかどうかが不明である。例えば、【事例 80】の名古屋高裁平成 21 年判決の事例では、裁判所は、夫の婚姻関係の破綻に関する責任、妻の長女に対する養育の負担などの要素を配慮した上で、マンションの賃借権を妻に付与するとともに、夫に対して妻が月額 4 万 6148 円の賃料を支払うよう命じたが、当該マンションの賃料としてはどの程度低額かについては論及しなかった。

もちろん、非所有者である配偶者のために賃借権を設定する際に、案件における実情を踏まえ、賃借権の離婚後扶養という法的趣旨のみを考慮した上で、格安な賃料を定めれば所有者である配偶者の利益が害されることになる。そのため、賃借権などの利用権の付与という法的方法を用いて非所有者である配偶者の利用上需要を満たす場合、その権利類型、賃料などの内容を確定する際に、権利の設定自体のみを考慮すれば、当事者間で利益の不公平な状態になる恐れがあるから、当該事例の諸要素を総合的に考慮する必要がある。そして、利用権は扶養的財産分与の一内容として定められる場合、離婚後付与の要素だけではなく、清算的財産分与又は慰謝的財産分与などの要素を連携して衡量した上で、利用権の期間、賃料などの内容を定めるべきであろう。

³²¹ 大津・前掲注 306) 177 頁。

例えば、【事例 80】の名古屋高裁平成 21 年判決の事例では、扶養的財産分与として妻の離婚後の居住保護の相当性については、名古屋高等裁判所は次のように説示した。すなわち、裁判所は、「本件別居は、夫による悪意の遺棄に該当し、また清算的財産分与で、遠い将来における夫の退職金等を分与対象に加えることが現実的ではなく、更に一部が特有財産である本件マンションが存在するところ、このような場合には、本件婚姻関係の破綻につき責められるべき点が認められない妻には、扶養的財産分与として、離婚後も一定期間の居住を認めて、その法的地位の安定を図るのが相当である」と論じた。

もちろん、長女の以後の就学環境を確保するために、その親権者になった妻の離婚後の一定期間の継続使用の権限が認められる必要があるが、裁判所は扶養的財産分与として妻の賃借権を認めようとする際に、清算的財産分与及び慰謝料的財産分与の要素を総じて考慮した上で、権利の付与の相当性を論証した。具体的には、本件婚姻関係の破綻につき、夫が悪意の遺棄行為を行い、有責配偶者であること、また、判決の時点において、夫の将来の退職金などを分与対象に入れることが困難であること、あわせて、本件マンションに妻の特有財産の存在が認められることから、清算的財産分与及び慰謝料的財産分与により、妻の利益の確保が実現困難になる恐れがある。そのため、妻の正当な利益を確保するために、裁判所は扶養的財産分与として、妻に婚姻用不動産の一定期間の居住の権利を付与することを命じた。

確かに、通常、退職金などは夫婦の共同生活期間に対応する部分については、財産分与の対象となるが、会社の経営状態や退職理由によってはその支払がされない可能性もあり、また、退職金は定年退職により初めて現実化する財産であるから、離婚の際にその価額を確定することが困難な場合もある。すなわち、特に熟年離婚の場合、長期間にわたって共同生活していたことから、他方配偶者の退職金の形成に関する寄与度が高いと予測され、それで、離婚の際に退職金が夫婦の実質的な共有財産として清算されることは困難な場合、扶養的財産分与の要素として考慮されることとなる。

(四) 使用借権の付与という方法の運用の実態

日本における裁判実務では、離婚後に婚姻用不動産を継続的に利用する要望がある配偶者に対して、使用借権の付与という方法はそれほど頻繁的に見られるわけではない。しかし、そのような方法自体は、学説により肯定的に受け止められている。

一方、中国では、離婚経済援助制度の一法的方策として運用される離婚後居住権は、常は無償で設定されるものであり、原則として権利者は第三者への対抗力を有さない。この点において、中国で用いられる離婚後居住権は使用借権と類似的な法的性格を有すると言える。そこで、日本において使用借権の設定という方法を運用した裁判例を参考に、そのような方法の利点及び欠点を考察し、中国法への参照価値を探ることとする。

(1) 権利の法的位置づけ

日本では、平成 30 年の法改正によって明文化された配偶者居住権及び配偶者短期居住権は、法的性質としてそれぞれ賃借権又は使用借権と類似的な法定債権と位置づけられている。しかし、これらの居住権は婚姻の死亡解消における生存配偶者のために整備されたものであるため、離婚の場合の配偶者はもちろん適用対象外である。

他方で、離婚後の配偶者の居住を確保するため扶養的財産分与として使用借権の設定を用いることができれば、死別の場合と同様に、一定範囲で非所有者である配偶者の継続的利用への需要を利用権によって満たすことができる。それによって、離婚の配偶者が配偶者居住権制度の適用対象外とされた現時点において、扶養的財産分与として離婚後の利用権の設定という法手段の運用は、婚姻関係の解消に伴い非所有者である配偶者が婚姻住居の継続利用需要の充足に資することができる。

(2) 当事者双方の利益と衡平の実現

居住用建物の利用権の付与という法手段を用いた裁判例の場合、判決で創設された利用権の内容に照らし、この権利を一般的な使用借権として取り扱うことが可能である。ただし、当事者双方の合意ではなく、裁判所の権限形成権利により創設された使用借権は、民法や借地借家法の規制対象に当たらないことから、それに関する紛争は民法や借地借家法の条文内容を準用して解決される余地がないと予想される。そのため、裁判所は当事者の間に判決で創設された利用権に関する紛争の発生を回避するために、通常、使用借権の付与を命じる際に、権利の存続期間及び金額を明示し、存続期間及び金額を裁判中で決定している。それにより、権利期間が未定のため借主である配偶者の利用期間が必要以上に長くなり、居住に関するその利益が過剰に保護されるという危険性を避けることができる。ただし、その際の決定基準について、裁判所は必ずしも明確に言及していない。裁判実務では、原則として短期間の場合に運用されるべきものと考えられる使用貸借権の期間について、貸借権の期間より長い期間を設定した事例が現れている。結局は、使用貸借権の付与という方法を用いる場合、個々の事案における当事者双方の実情を踏まえ、権利の趣旨に照らし、その権利期間を慎重に決める他ないと言えよう。

(3) 第三者への対抗力

使用借権を用いる場合、原則として借主は第三者へのこの権利を対抗することができない。そのため、貸主が合理的な価格で自己所有の不動産を第三者に売却した場合、当該第三者は自らの所有権に基づき借主である配偶者に対してこの不動産から退去するよう請求することができる。そのような場合、債権の相対性の法理に基づき、借主である配偶者は購入者である新たな所有者に対抗できず、貸主に対して債務不履行を理由として損害賠償を請求するしかない。ただし、目的物である不動産の所有権は既に移転されており、借主である配偶者が継続的に当該不動産を利用することは不能になっている。

ただし、裁判において、利用権の設定を用いて非所有者である配偶者の離婚後の居住の確保を要する事例では、金銭などの経済的保障と比べて、当該配偶者への居住の確保

がより重要な意味を持つことが予想される。例えば、離婚した高齢配偶者の場合、今まで居住していた不動産に住み続けることが当該配偶者の離婚後の居住の確保に対して、良策であることが明らかな場合がある。また、未成熟子の養育を行う配偶者に使用借権を付与する場合、その子の就学環境の確保などの目的を実現する上で、婚姻用不動産の継続的利用は重要な意味を有する。

したがって、権利の対抗力の有無という点に着目すれば、婚姻用不動産の継続的利用に関する必要性が極めて高い配偶者の場合や未成熟子の親権者になった離婚配偶者の場合、第三者への対抗力を有さない使用借権の設定は当該配偶者の需要に応えられない恐れがある。

(4) 対象となる権利者

離婚の際に、元夫婦間で婚姻用不動産の使用貸借権の設定に関する合意に達しない場合には、その設定の可否を裁判所の権利形成権限に委ねるしかない。ただし、婚姻関係が既に破綻した当事者間で無償である使用貸借権を設定することの相当性が、問題として指摘される。

従来、他人所有の物に関する使用収益の権利を無償で取得する場合、親族関係、友人同士などの付き合いや、好意・同情などの心理的要因等に基づくことが多い³²²が、近年、そのような情義的な関係によるものだけではなく、経済的な取引の一環として使用貸借権を設定する事例も多くなっている。日本全国にわたる転勤や海外転勤が珍しくない現代社会においては、会社員が勤務会社との間で使用貸借契約として住宅を無償で借りる約束して遠方に転勤する事例がしばしば見られる³²³。それにより、使用貸借権の設定は親族関係を有する当事者間で行われることだけではなく、相手方所有の住居を無償で使用する必要がある場合において行われることがある。

したがって、離婚後に相手方所有の婚姻用不動産を継続的に利用する必要がある配偶者のために、婚姻関係が既に破綻した元夫婦の間で使用貸借権が設定されることは、当事者の合意による場合はもちろん裁判所による権利の設定の場合であっても、相当と言える場合があると考えられる。

(5) 熟年離婚の場合における使用貸借権の設定

日本では、裁判所が使用借権の設定により非所有者である配偶者の離婚後の居住問題を解決しようとする場合、主に扶養的財産分与としてその権利を設定する。使用借権の付与を決める際に、通常、権利請求者の実情を踏まえ、その権利期間を確定する。高齢の妻に付与する使用借権の期間について、鈴木眞次教授は次のように指摘した。すなわち、「高齢の妻に利用させるときは、妻の意向を聞き、妻の住宅事情や経済状態にも配慮して、妻の死亡までの間で適切な時点を決定すべきである。妻が再婚した時には、利

³²² 遠藤浩編『基本法コンメンタル債権各論 I 契約（第四版）』日本評論社（2005年）137頁。

³²³ 法制審議会民法（債権関係）部会「部会資料70A 民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(5)」60頁（平成25年11月19日）（<https://www.moj.go.jp/content/000119451.pdf>）。

用は終了すべきであろう」³²⁴。そして、裁判実務では、裁判所が、高齢である配偶者のために離婚後の使用を確保するために使用貸借権を設定する際に、基本的に当該高齢者が死亡するまでの間を配慮した上で、その権利期間とした事例も現れている（【事例77】）。

もちろん、高齢である離婚配偶者が相手方所有の婚姻用住居で老後生活を過ごす場合には、当事者間で当該権利の設定をめぐる問題は生じないと考えられるが、当該高齢配偶者が転居せざるを得なくなった場合、例えば、要介護状態になったために特養施設に転居する必要がある場合には、設定された使用借権はどうなるか、当然に終了すべきかが問題となる。この場合、再婚の事例と同様に、高齢配偶者の使用が当然に終了するわけではないが、離婚時に相手方所有の婚姻用住居の継続的使用を認めることが、高齢配偶者の老後生活の確保に対して必ずしも役に立たない恐れもある。

日本では、離婚後扶養はあくまで補完的な財産分与として解されるため、このような扱いはある意味において当然であると言える。そこに、日本法と中国法における夫婦相互の扶養義務に対する考え方の違いがまさに現れていると見ることができる。

二 日本の裁判実務で運用される使用借権の設定という方策から得られる中国法への示唆

日本法では、離婚した配偶者の離婚後の居住の確保を図るために、婚姻用不動産の利用権の設定を行うことがある。この設定は扶養的財産分与の一内容と解され、裁判離婚の際に、裁判所が婚姻用不動産の使用価値のみを非所有者である配偶者に付与する裁判例が見られる。そのような場合、相手方所有の婚姻用不動産の使用貸借の付与という法的手段を用いることがしばしばある。一方、中国では、離婚後居住権は離婚経済援助制度における一つの法的方法として運用されており、常に無償で設定されるものである。権利の無償性から見れば、中国の離婚後居住権は日本における離婚の場合の使用借権設定という運用と類似的な法的性質を有すると言える。

（一）中国における使用借権の付与の可能性に関する検討

1. 法改正から見た使用借権の運用可能性

2021年1月1日に施行された民法典において、居住権制度が新設され、第366条は居住権の権利の法的性質を明確に規定した。すなわち、居住権は生活のための居住の需要を満たすために、他人所有の住宅に対し占有・使用をする用益物権であると定義された。ただし、民法典第371条は、遺言により設定された居住の権利を居住権制度の適用対象とし、婚姻関係において設定された居住の権利は民法典の適用対象外とされている。そのため、民法典によって居住権の法的性質が明確に規定されたにも拘わらず、婚

³²⁴ 鈴木・前掲注262) 312頁。

姻関係において設定された居住の権利の法的性質は相変わらず不明な状態のままに止まる。

また、民法典の施行に伴い、離婚後居住権の付与を定めた婚姻法司法解釈（一）の法的効力が失われ、最高人民法院により公布された「民法典婚姻家庭編司法解釈（一）」においては、婚姻法「司法解釈」（一）で明記された離婚経済援助手段などの内容を承継しなかった。それにより、民法典の施行に伴い、人民法院は、離婚後の経済援助を請求した配偶者に対して法律で明文化されていない居住の確保施策である離婚後居住権の職権での付与が不能になる。

一方、婚姻法で定められた離婚経済援助制度の法的内容を承継した民法典第1090条によって、離婚により夫婦の一方が生活の困窮状態に陥る場合は、経済資力を有する他方は適当な援助をすべきであり、また、その援助方法は原則として双方の協議により決まるが、協議が調わないときには、人民法院は判決で確定するとされている³²⁵。換言すれば、夫婦間で経済援助の施策に関する合意に達しない場合、人民法院が職権に基づき、離婚夫婦双方の実情を踏まえ、その間で使用貸借権の付与との方策の運用を通じて、離婚により生計の困窮状態に陥る恐れがある配偶者の以後の居住環境を保護することが可能である。

すなわち、民法典で承継された離婚経済援助制度の下、経済援助の方策に関する法律条文が設けられていない現状において、人民法院は事例ごとに離婚夫婦の実情に基づき、使用貸借権の付与という法的手段の運用が、離婚経済援助制度の趣旨に反することに至らないと判明する場合、それをを用いることは相当であると結論付けられる。

2. 中国の裁判実務に現れた事例に基づく使用貸借権の運用に関する検討

民法典の施行前、居住権は物権として法律により明示されていなかったことから、中国の裁判実務では、人民法院は、物権法定原則に基づき、当事者双方の合意で設定された離婚後居住権を債権として解していた（【事例15】）。そこでは、居住権が物権として明確に規定されていない段階では、元夫婦の間で合意された離婚後居住権が物権として解される余地はないが、住居困窮者たる離婚配偶者の以後の居住環境を確保するために、離婚夫婦で合意された離婚後居住権の内容が法律及び行政法規の強行規定に違反せず、公序良俗に反しない場合、この権利を債権と解し、その法的効力を認めようとする人民法院の司法立場が見て取れる。

一方、民法典で創設された居住権制度に基づいても、婚姻生活において合意された離婚後居住権は居住権制度の適用対象外とされており、結局、民法典の施行に関わらず、離婚後居住権の位置づけに関する立法的解決はなされていないと言える。また、前述の

³²⁵ 民法典第1090条で踏襲された離婚経済援助制度の下では、経済援助の方策が法律によって明文化されていないが、その確定は離婚夫婦双方の合意に委ねており、さらに、それに関する協議が整わない場合には、人民法院が判決で経済援助の方策を確定することができる。制度の内容からは、人民法院に経済援助の方策の形成裁量権を付与しようとする立法者の立場が見て取れる。

ように、民法典の施行に伴い、離婚後居住権を定めた婚姻法司法解釈（一）27条の法的効力が失われ、法律により明確に規定されていない状態になる。

そのため、民法典の施行後、人民法院は、職権に基づき、離婚により生計の困窮状態に陥る恐れがある配偶者に離婚後居住権を付与することは困難である。また、離婚夫婦双方により合意された離婚後居住権を民法典で定められた居住権と同様に物権として解する余地もない。したがって、民法典の施行後において、人民法院は、離婚夫婦双方により合意された離婚後居住権に関する紛争を解決する際に、非所有者である配偶者の居住を確保するために、離婚後居住権を債権と解して対応する可能性があると考えられる。

このような背景の下で、日本の裁判実務で運用されてきた使用借権の付与という法的手段を参照し、その利用可能性に関する検討が、中国における民法典施行後の離婚配偶者の離婚後の居住の確保に対して有用であると考えられる。

3. 扶養的財産分与及び離婚経済援助制度の類似点

(1) 日本における扶養的財産分与

日本では、財産分与は、夫婦の共有財産の清算と離婚後扶養の確保という両方の要素を含むことが、現在の共通の出発点となっている。そこで、離婚後、生活に困窮する恐れがある配偶者の生計の維持を図ることも財産分与の目的となり、離婚した配偶者の離婚後の扶養を担うことも財産分与の一機能として位置づけられている³²⁶。もっとも、婚姻関係の解消に伴い夫婦間の扶養義務が失われるため、離婚時の財産分与に扶養的要素が認められる根拠をどこに求めるか、学説は分かれており、婚姻の予後効であるとする説や社会保障の不十分さを補完するものとして政策的に元配偶者に責任を負わせるとする説、また、婚姻により夫婦の一方が家事労働に専念し、所得能力が減少した場合に、その補償とする説などがある³²⁷。

ただし、現行の条文によれば、このような離婚後の扶養が認められる理由については、それほど明確なわけではない。婚姻の事後的効果といっても、婚姻中は扶養の義務があるとしても、それはまさしく婚姻の効果として位置付けられるべきものであり、離婚によってその義務も法的根拠を失う以上、離婚後についても扶養義務があるということを婚姻から直接的に説明するのは困難なことである。そこから、近時の議論においては、特に女性が婚姻により専業主婦となった場合、その所得能力が減少するといった状況を踏まえ、せめて、妻が所得能力を回復するまで離婚の補償として他方配偶者の離婚後の扶養義務を認めると捉える学説が有力に主張されている³²⁸。

³²⁶ 窪田・前掲注 253) 116 頁。

³²⁷ 床谷＝神谷＝稲垣・前掲注 264) 67 頁。

³²⁸ 半田吉信＝鹿野菜穂子＝佐藤啓子『家族法 第2版補訂（ハイブリッド民法 5）』法律文化社（2017年）91頁。

このような議論に鑑みると、日本では、扶養的財産分与は財産分与の一要素として、離婚配偶者の離婚後の生活と密接な関わりを持ち、離婚後の経済援助という目的を含むと位置付けることができると考えられる。

(2) 中国の離婚経済援助制度—離婚経済援助制度の扶養要素をめぐる法的検討—

これに対し、中国では、離婚時の財産分割による婚姻住居の帰属の結果により住居の困窮状態に陥る恐れがある配偶者に対して、離婚経済援助制度の一施策である離婚後居住権の付与という方法を用いている。そして、学説上、離婚後居住権の付与という法的方策を離婚経済援助制度の内容と捉える説に対しては、ほぼ支持されている。すなわち、学説においては、離婚に伴う救済措置として、離婚当事者のうち経済的援助能力を有する配偶者は、離婚により生計に困窮する配偶者に対して、自己所有の財産をもって一括的に又は短期間内、継続的に金銭支援若しくは居住環境の確保を行うべきであるとするのが通説である³²⁹。

その理由については、扶養義務延長説、道徳責任説又は生存権保障説などの見解が示されているが、近時、離婚配偶者に付与した経済援助施策は、婚姻関係の構築により生じた夫婦間の扶養義務の延長に基づき設定されたものであるという見解が有力である。

扶養義務延長説に基づけば、離婚関係の解消に伴い、離婚により生計の困窮状態に陥る恐れがある配偶者に対して、他方配偶者は扶養義務を有し、そして、その扶養義務は婚姻関係により生じた扶養義務とは異なっており、夫婦の婚姻中の依存関係を離婚後に延長させることに基づき生じたものであると解される³³⁰。そして、離婚後扶養請求権の法的根拠に関し、浙江工商大学の張学軍教授は、離婚後において夫婦の一方が婚姻中の生活水準を維持することができない場合、婚姻中に他方配偶者が完全に夫婦の扶養義務を履行せず、又は適切にその義務を履行しなかったことをその一理由として挙げ、それによって、離婚後の扶養請求権は婚姻中の扶養義務の不履行又は不完全履行を権利の根拠として請求されると指摘する³³¹。すなわち、離婚に伴い、婚姻関係の構築により生じた夫婦双方の扶養義務が解消するが、婚姻中に履行すべきである扶養義務が適切に履行されず、又は履行されなかったことにより、一方配偶者が離婚により生計の困窮状態に陥ることになる。そのため、離婚夫婦双方の利益を衡平するために、離婚後の扶養請求権を当該配偶者に付与すべきであるという考え方である。

学説上、扶養義務延長説に対しては、反対の見解を示す学説が登場した。すなわち、離婚後の経済援助は婚姻中の夫婦双方の扶養義務とは異なっており、法的な扶養義務の延長と解することはできず、元夫婦の婚姻関係に派生した特別なものとして取り扱われるべきであって、論理的な義務であると結論付けられるべきであるという道徳責任説の見解である³³²。その上で、中国政法大学の夏吟蘭教授及び北京市信訪矛盾分析研究中

³²⁹ 巫昌禎編『婚姻与継承法学』中国政法大学出版社（2007年）155頁。

³³⁰ 巫・前掲注148）345頁、陳葦『中国婚姻家庭法立法研究（第二版）』群衆出版社（2010年）564頁。

³³¹ 張学軍『論離婚後の扶養立法』法律出版社（2004年）285頁。

³³² 楊大文『親屬法（第四版）』法律出版社（2004年）197頁、曹賢信『親屬法的論理性及其限度研究』群衆出版社（2012年）174頁。

心の鄭広森主任は、離婚経済援助制度の趣旨を以下のように定義した。つまり、離婚経済援助制度は、その本質上、論理道徳の条文化により創設された法制度であり、これを通じて支配的地位を占める論理道徳の社会生活に対する規範及び調整機能の役割を確保することができるとする³³³。この道徳責任説を支持する諸学者は、離婚経済援助制度を論理道徳に由来した法制度として位置付け、論理道徳を法律上条文化することにより、離婚による生計困窮者に該当する配偶者の利益と保護を確保しようとしていた。

他には、離婚経済援助の法的根拠に関し、生存権保障の視点からその依拠を論議する学説も現れた。例えば、西南政法大学の李俊准教授は、離婚経済援助制度は生存権を保障するために創設された法制度であると定義する。すなわち、夫婦双方は婚姻関係の締結によりお互いに扶養義務を有し、この扶養義務の履行により夫婦間に経済上の依存関係を構築した。そして、婚姻中は、扶養義務の履行が夫婦双方の生存権の実現の保障に資するが、離婚に伴い、夫婦間の扶養義務が失われ、夫婦の一方が生計の困窮状態に陥る恐れがあれば、経済依存関係に基づき他方配偶者に対して経済援助請求をすることができるとする³³⁴。換言すれば、離婚経済援助は離婚により生計に困窮する恐れがある配偶者に対して生存権の救済を供するというものである。ただし、生存権は公法上の権利であり、私法自治原則を採用する中国法の下、それは私法関係に運用される余地がなく、生存権を利用して私法領域に属する婚姻関係の解消に伴い生じた問題を解決することは、不相当に過大であるのではないかと考えられる。

したがって、離婚経済援助制度の法的根拠に関しては、理論上異なる法的立場に立つ複数の学説が示されている。ただし、いずれの学説も、離婚経済援助制度は離婚後の扶養又は生活確保という意味を含むものであると解することができ、離婚後の扶養という意味を内含する日本における扶養的財産分与と類似点を有すると言える。

(4) 使用貸借権の法的内容から見た運用の可能性

日本では、離婚夫婦の間で、非所有者である配偶者による離婚後の婚姻用不動産の使用継続の必要性が認められる場合、裁判所は自らの権利形成権限に基づき、扶養的財産分与の一内容として、離婚配偶者に相手方所有の婚姻用不動産の使用貸借権の付与という法的手段を用いる。そして、使用貸借権は、常に無償で設定され、権利の譲渡性も制限されて、離婚配偶者の婚姻用不動産の継続的利用という需要を満たすために設定されるものとして解される。

これに対し、中国では、夫婦の婚姻関係から派生した離婚経済援助制度は、原則として特有財産及び財産分与で得た財産により離婚後の生活を確保できない配偶者に対して、経済援助をするために創設されたものであると解される。そのため、元夫婦間で婚姻住居の利用関係を継続させることにより当該配偶者の離婚後の居住を確保しようとする際、離婚経済援助制度の趣旨に基づき、婚姻住居の利用権の権利内容を制限する必要

³³³ 夏吟蘭＝鄭広森「離婚経済援助制度之比較研究」夏吟蘭＝龍翼飛編『和諧社会中婚姻家庭関係的法律重構』中国政法大学出版社（2007年）297頁。

³³⁴ 李俊『離婚救済制度研究』法律出版社（2008年）266頁。

が生じる。すなわち、生計困窮者に該当する配偶者の利益を確保するために、婚姻住居の利用権を無償で設定すべきものというのがこの制度の趣旨であり、所有者である配偶者の所有権を不当に制限しないためには、当該権利の第三者への譲渡はできないとの発想に至る。

そして、民法典施行後、生活困窮者に該当する離婚配偶者の居住確保のための施策が法律で明確に規定されていない現状において、日本の裁判実務で運用されてきた使用貸借権の付与という手法を活用する余地があるのではないかと考えられる。

(二) 日本の裁判例で運用される使用借権設定の中国法への参照価値

中国では、2021年1月1日より施行された民法典で居住権制度が新設されたが、婚姻関係において設定された居住の権利は当該制度の適用対象外とされ、離婚後居住権の付与という援助施策を定めた婚姻法司法解释（一）も、民法典及びそれに関する司法解释により承継されていない。それにより、民法典の施行後、離婚後居住権などの経済援助施策の付与に関する具体的な法律上の根拠を明確にする必要性が依然として存在する。

その際、使用貸借権の付与という法的手段を用いることが有用である。また、従来通り、元夫婦間で婚姻住居の使用関係を設定することにより、離婚配偶者の一時的な居住環境を保護しようとする場合、日本で運用されている使用貸借権という方法を参照することで、使用をめぐる紛争の発生を回避することも可能となると考えられる。

(1) 中国における裁判実務に現れた問題点の概観

民法典の施行前、離婚経済援助の方策は婚姻法 42 条及び司法解释（一） 27 条で明文化されたが、適用対象、設定手段などの内容が明記されず、それで、裁判実務では、これらの援助施策を用いて離婚後に居住の困窮状態に陥る恐れがある配偶者の居住を確保しようとする場合、条文内容の不完備さによって様々な問題点が現れた。

例えば、夫婦の婚姻関係の終了に伴い生じた離婚経済援助を請求する権利は、原則として夫婦のいずれかの個人財産を対象として請求すべきであるが、裁判例では、他人所有の建物又は夫婦の共有財産に属する居住建物に離婚後居住権が設定された事例が現れていた（【事例 8】、【事例 10】）。また、離婚で住居の困窮状態に陥る恐れがある配偶者に対して、離婚後居住権の付与を通じて経済援助を提供しようとする場合、他方配偶者が経済援助を供する資力を有することが不可欠である。すなわち、他方配偶者が自力で自らの居住を確保できるとした上で、離婚後居住権の付与などの経済援助策を運用すべきであると解される。ただし、経済援助を請求した配偶者が婚姻法で定められた「生活困難者」に該当すると判断した場合に、他方配偶者が経済援助の資力を有するかを考慮せずこの配偶者に経済援助を付与した裁判例もある（【事例 21】）。

あわせて、離婚夫婦の間で離婚後居住権の存続期間が明確に約定されなかったことで、その権利期間に関する紛争が生じた場合、人民法院は、制度の趣旨に基づき、夫婦

双方の利益衡平を図ることより、「生活困難者」に該当した配偶者の居住環境の安定を企てた事例も見られる（【事例 20】）。

また、人民法院は、離婚後居住権の付与などの経済援助を請求した配偶者が離婚経済援助の対象者に該当するかどうかを判断する際に、「絶対困難基準」を採用していた。すなわち、一方配偶者が離婚時の財産分与で得た財産及びその個人財産によって当該地域における基本的な生活水準を維持できなければ、当該配偶者が婚姻法で定められた「生活困難者」に該当し、その上で、この配偶者の離婚後の居住等の利益を確保するために、経済援助施策の付与を命じていた。

しかし、離婚経済援助の付与基準である基本的な生活基準は生活確保のために創設された法的概念であり、最低限度の生活水準を維持することを意味する。離婚経済援助の場合、その概念を用いることによって、事実上離婚により生計に困窮する恐れがある配偶者がその適用対象に該当しない恐れがあり、それで離婚によって肉体上精神上大きな負担をかけることに至り、離婚経済援助制度の離婚で経済の困窮状態に陥る配偶者の以後の生活維持の確保という制度趣旨が実現不能になる。そのため、現時点の実情を踏まえ、離婚後居住権の付与などの離婚経済援助策の付与対象の判断基準をなお検討する必要がある。

したがって、民法典の施行前に裁判実務で現れた裁判例からは、法律上離婚配偶者の利益の保護を図るために創設された離婚経済援助制度に関する条文は設けたが、具体的な権利内容が明確に規定されなかったことから、実務の運用中に権利適用対象の判断基準、存続期間などの内容に関し、まだ問題点が多く残されている。

そして、民法典で創設された居住権制度は婚姻関係において設定された居住権をその適用対象外とし、それにより、成文法主義を採用する中国法では、民法典の施行後に裁判実務で現れていた夫婦の合意による約定された離婚後居住権に関する紛争は、居住権制度の内容を準用して解決される余地がない。民法典の施行後も、裁判離婚の際に夫婦間で生じた離婚後居住権に関する紛争が引き続き離婚経済援助制度の運用により解決されるとする。それで、経済援助の法的方策の適用要件などの内容が法律で明文化されることが依然として求められ、今後の課題となる。

(2) 中国の裁判実務で現れた問題点の解決に対する参照価値

日本の裁判実務では、使用借権の付与という法的手段の運用について、なお問題も残されているが、その活用は中国の離婚後居住権に関する制度の完全化のために有用なものであると言える。

ア 付与基準の緩和－対象者の範囲の拡大－

日本では、離婚後の居住確保が必要である配偶者の場合のみならず、離婚後においても継続的に婚姻用不動産を利用する必要がある配偶者に対しても、離婚後の利用権の付与という援助の施策を用いている。例えば、裁判例では、子が幼少である場合や就学の

関係で環境を変更すべきでないという事情があり、また、高齢者の離婚では、新たに住居を確保することが困難であり、一定期間の住居を確保する必要がある場合、裁判所が使用借権などの利用権を付与する方法を取る場合がある。換言すれば、日本では、裁判所は使用貸借権の付与を判断する際に、夫婦の一方について離婚により生計上生じる不利益などの経済的要素のみならず、経済活動や未成熟子の就学などの関係で相手方所有の婚姻用不動産の継続使用を必要とする場合、使用貸借権の付与により離婚夫婦の間で婚姻用不動産の利用関係を設定している。

これに対し、中国では、民法典の施行に伴い、離婚経済援助制度の適用対象に関する判断基準を定めた法律の条文の法的効力が失われ、住居を有さない場合は「生活困難者」に該当するかが不明瞭になっている。そして、離婚後経済援助の付与に関する判断は、裁判官の主観的な裁量権に委ねるしかない状況である。

したがって、中国の裁判実務のためには、離婚経済援助の付与基準に関する立法的解決がなお必要である。そこでは、離婚経済援助制度の離婚後の生活確保という機能を強調し、離婚により経済困難状態に陥る恐れがある配偶者のみならず、財産分与で婚姻用建物を取得しなかった配偶者が継続的に当該建物を利用する必要があると認定される場合においても、離婚経済援助制度の運用により当該配偶者の居住上の需要を満たす必要があると考えられる。

例えば、離婚の際に、夫婦の一方が財産分与で得た財産及びその個人財産により生計の困窮状態に陥る恐れがない場合でも、新たな住居を探すためには時間を要するため、この者についても一時的な居住確保策によって短期間の居住を保障することが不可欠である。また、元夫婦間で未成熟子がいる場合には、非所有者である配偶者がこの子の親権者になるときに、未成熟子の就学環境を確保するために、親権者になる配偶者が民法典 1090 条で定められた「生計困窮者」に該当しないとしても、当該配偶者に離婚後居住権を付与すべきである。

したがって、離婚経済援助の付与対象を判断する際に、特に婚姻住居の使用関係の設定により非所有者の利益を確保する場合、婚姻用住居の居住確保という機能を最大限に発揮するためには、単一的な判断基準ではなく、多元的な判断基準を採用すべきであると考えられる。すなわち、離婚後に住居に困窮する恐れがある配偶者の場合のみならず、婚姻住居の使用を継続とする必要がある離婚配偶者に対しても、離婚後居住権の付与を可能とする判断基準を導入すべきである。

イ 権利期間の明示

日本では、裁判所の権利形成権限により設定された使用貸借権については、原則として民法の契約関係に関する規定である使用貸借の条文を当然に準用するものではないと解される。そこで、裁判所は、自らの権限により使用貸借権を創設する場合、常に権利の存続期間を明確に確定している。

これに対し、中国において、離婚後居住権の存続期間に関する条文³³⁵は、民法典の施行に伴い法的効力を失い、離婚後居住権が民法典で新設された居住権制度の適用対象外とされている現時点では、人民法院は、離婚後の経済援助を請求した配偶者に、相手方所有の婚姻住居の離婚後居住権を付与しようとする場合、離婚夫婦双方の実情を踏まえ、その権利期間を明確に規定する必要がある。その際、離婚経済援助の目的を実現するためには、「絶対期間基準」ではなく、「相対期間基準」を運用すべきである。すなわち、離婚後居住権の存続期間を決める際に、離婚夫婦双方の実情を踏まえ、一定の期間を明確に規定する必要があるとあり、その上で、当該期間内に「生活困難者」に該当する離婚配偶者が経済困難の状態が解消し、又は相手方所有の居住建物を継続的に利用する必要がなくなった場合、その権利期間が満了したと見なすべきであるとする。

ウ 離婚経済援助の位置付け

日本では、使用借権などの利用権の付与という法的方策は、扶養的財産分与の一内容として運用され、権利の設定及びその期間などの内容は、清算的財産分与及び慰謝料的財産分与などの要素を総合的に配慮した上で決まる。そのため、離婚後に相手方所有の婚姻用不動産を継続的に利用する必要がある配偶者に対し、無償である使用借権を付与する場合、夫婦双方の利益衡平の実現が可能となる。

これに対し、中国法で定められた離婚経済援助は、原則として財産分与の後に運用されており、裁判実務においても、人民法院は、常に夫婦の共有財産に属する住居の帰属を決定した後に、生計困難者に該当する配偶者の離婚後の居住問題を処理する。そのため、離婚経済援助制度ないし離婚時の財産分与制度は、離婚夫婦双方の利益衡平を図る法制度であるが、両制度の連携性が無視され、結局、制度の趣旨が実現不能になる恐れを有している。

もちろん、離婚夫婦の間で、相手方所有の婚姻住居の継続使用関係の設定を離婚経済援助の方策として運用する場合、権利の存続期間等を明示することにより、経済援助請求をする配偶者の利益を必要以上に保護する危険性を避けることができる。しかし、そののみならず、離婚夫婦双方の実質的な利益衡平を図るためには、財産分与の段階で何らかの措置を講じる必要性もあると言える。

そのため、日本法と同様に、離婚時の財産分与と離婚経済援助制度を一体的に運用し、離婚経済援助の付与を財産分与の一考慮要素として位置づけて、離婚時の財産分与と経済援助制度の連携的な運用を検討する必要があると思われる。

³³⁵ 最高人民法院の「人民法院が離婚案件を審理するにおける財産分与問題の処理に関する具体的な意見」第14条によると、婚姻関係存続中に居住していた住宅を、離婚時に夫婦の一方に帰属させた場合において、他方配偶者は離婚後住居がないことを理由として、当該住宅に暫く居住することを主張したときは、事実を踏まえて他方に居住をさせるべきであるが、その利用期間は2年を超えることができないとする。他方が賃貸住宅によって居住問題を解決しようとした場合、経済に援助させる必要があるときは、住宅所有権を取得した一方に対して、他方に経済援助一時金を支払わせることもできる。

その意味において、日本の裁判実務で運用されている使用貸借権の付与という方策は、中国の離婚経済援助制度を完全なものとする上で、参照価値を有すると言える。特に、婚姻関係において夫婦間で設定された離婚後居住権が民法典で新設された居住権制度の適用対象外とされた立法的状況の下では、使用貸借権の付与という方法の中国法への参照とその意義に関する検討が重要な意味を持つと考えられる。

第二節 相続における生存配偶者の居住確保の法的手段

日中両国において、国民の平均寿命が延びたという背景の下では、被相続人の死亡後、生存配偶者が長期間にわたって生活を継続することが少なくない。このような現状を踏まえ、生存配偶者の生活保障を強化する観点に基づき、生存配偶者が住み慣れた居住環境での生活を継続したいと希望する場合、その意向に沿った遺産の分配を実現するための方策についてなお検討が必要になってくる。

これを受け、日本では、所有者である配偶者の死亡後、残された生存配偶者が住み慣れた居住建物を継続して使用したいと望む場合、その要望を満たす方策を探ることを一内容とする平成30年民法改正が行われ、配偶者居住権制度が確立された。それにより、配偶者居住権又は配偶者短期居住権の設定という法的手段の運用で、非所有者である生存配偶者が遺産に属した居住建物を継続して利用したい要望が満たされるようになる。

もちろん、既に超高齢社会に突入した日本では、様々な分野でこうした社会実情に相応しい仕組みの整備が求められ、その中で、高齢者の安心な住まいの確保は極めて重要な課題である。この社会的背景の下で行われた平成30年民法改正は、残された配偶者の居住問題への解決を提供するために創設された配偶者居住権制度は、家族関係における家族成員間の利益や衡平と密接な関わりを持つ法制度である。そこで、本章では、配偶者居住権制度を研究対象として、それに関する議論を試みる。

一 日本における平成30年民法改正の立法的背景

2015（平成27）年に設置された法制審議会民法（相続関係）部会では、その検討課題の1つとして、配偶者の居住保護が挙げられ、そこでは、一方の配偶者が死亡した後に残された配偶者の居住権を保護するための方策を検討することの必要性として、以下の点が指摘されていた。「配偶者の一方が死亡した場合に、他方の配偶者は、そこまで居住してきた建物に引き続き居住することを希望するのが通常であり、特にその配偶者が高齢者である場合には、住み慣れた居住建物を離れて新たな生活を始めることは精神的にも肉体的にも大きな負担になると考えられる。また、相続開始の時点で、配偶者が高齢のため自ら生活の糧を得ることが困難である場合も多くなってきていることから、配偶者については、その居住権を保護しつつ、将来の生活のために一定の財産を確保させ

る必要性が高まっているものと考えられる。」³³⁶。このような観点から、同部会での審議が重ねられ、その審議を受けた2018（平成30年）の民法改正の結果、配偶者居住権制度が民法に導入された。

（一）生存配偶者の居住保護を図る法制度の必要性

平成30年民法改正の契機は、直接的には非嫡出子法定相続分違憲決定（最高裁判所大法廷平成25年9月4日決定民集第67巻6号1320頁）を受けた法律婚の配偶者保護の必要性にあったが、それに留まらず、少子高齢化の進展に伴い、配偶者と子を比較すると相対的に配偶者の保護の必要性が高く、特に高齢配偶者にとっては住み慣れた住居に居住する権利を保護する必要があるとの考え方が背景にあった³³⁷。

1980（昭和55）年の民法改正（明治29年法律第89号）³³⁸によって、配偶者の相続分が引き上げられ、寄与分制度が新設されるなどして以来、日本では、相続法制についてほとんど実質的な見直しはされていない状況にあった。ただし、その間、少子高齢化が進展するなど、社会情勢に大きな変化が見られた。そのため、相続の場面でも、相続開始時における配偶者の年齢が相対的に高くなって、その生活保護の必要性が高まる一方で、子については経済的に独立している場合も多く、また、少子化により相続人である子の人数が相対的に減ることから、遺産分割における一人の子の取得割合も相対的に増加することになるものとの理解が広まっていた。このように、配偶者と子が相続人になる典型的な場合を想定すると、配偶者の保護を図るべき必要性が相対的に高まっていると考えられ、そのような社会経済情勢の変化に対応するとの観点から、相続法制を見直す必要があるとの指摘がされた³³⁹。

日本の相続法において、「共同相続人間の平等」は戦後の民法の一貫した最も重要な原理であり³⁴⁰、相続人である配偶者と子の間で実質的公平を実現するために、各時代の社会経済情勢に応じて、それぞれの相続分を調整する、あるいは、生活保障の必要性に応じて、相続利益の確保制度を立ち上げるなどの方策が採られた³⁴¹。そして、現在の社会では、配偶者と子が相続人になる典型的な場合を想定すると、子と比較して、生存配偶者の利益の確保を図るべき必要性が相対的に高まっており、相続法制見直しの気運が生じた³⁴²。

（二）平成30年民法改正前の段階における配偶者の居住確保の法的手段の不完備性

³³⁶ 法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料1 相続法制の見直しに当たっての検討課題」1頁（平成27年4月21日）（<https://www.moj.go.jp/content/001143585.pdf>）。

³³⁷ 中込一洋＝稲村晃伸「特集 すっきり早わかり 相続法改正」LIBRA19巻5号（2019年）3頁。

³³⁸ 昭和55年の民法改正では、配偶者の法定相続分の引上げ（民法第900条第1号から第3号まで）、寄与分制度の新設（民法第904条の2）、代襲相続制度の見直し（民法第889条第2項中第887条第3項を準用する部分の削除）、遺産分割の基準の見直し（民法第906条）及び遺留分の見直し（民法第1028条）がなされた。

³³⁹ 堂蘭幹一郎「相続法改正の背景、立法経緯等」自正69巻12号（2018年）8頁。

³⁴⁰ 浦野由紀子「配偶者の居住権保護・相続分見直し」論究ジュリ20号（2017年）7頁。

³⁴¹ 浦野・前掲注340）8頁。

³⁴² 堂蘭・前掲注339）8頁。

平成 30 年民法改正の前、日本では、生存配偶者が住み慣れた住居に住み続けることを希望する場合には、遺産分割又は遺言によって遺産に属する住居の所有権を取得するか、あるいは、その住居の所有権を取得した他の相続人との間で賃貸借契約を締結するなどの方法が用いられていた。ただし、前者の方法による場合には、遺産分割において居住建物の評価額が高額となり、配偶者がそれ以外の金銭などの遺産を取得することができなくなったり、他の相続人から遺留分減殺請求を受けて、現実にはその後の生活に支障を来す場合も生じ得た。また、後者の方法による場合には、当該建物の所有権を取得した者との間で賃貸借契約等を成立させることが前提となるため、契約が成立しなければ、当該建物における生存配偶者の居住の確保が困難となる可能性があった。

1. 単独所有権の取得

生存配偶者の安定的な居住環境の保障のためには、高齢の配偶者が住み慣れた住居に住み続けることができることは望ましいことである。しかし、生存配偶者が相続時の遺産分割で住み慣れた不動産の所有権を取得することは、改正前の民法の下では必ずしも容易ではなかった。

住居の所有者である被相続人が死亡した場合に、共同相続人の間で生存配偶者が遺産に属する不動産の単独所有権を取得することに関し協議が調えばよいが、仮に協議が調ったとしても、生存配偶者が他の相続人に対して当該不動産の代償金の支払い義務を負う場合があり、そのために老後生活に必要な資金の確保に支障をきたすことがある。家事事件手続法第 195 条によると、家庭裁判所は、遺産の分割の審判をする場合において、特別の事情があると認めるときは、遺産の分割の方法として、共同相続人の一人又は数人に他の共同相続人に対する債務を負担させて、現物の分割に代えることができる。それで、相続審判において、家庭裁判所は生存配偶者が継続して遺産である居住建物を利用する必要があると認定する場合、当該建物を配偶者に帰属させるとともに、配偶者が他の相続人に対して代償金の支給という義務を負うのは一般的である。このような場合、生存配偶者に代償金支払能力がなければ、遺産分割で居住用建物の単独所有権の取得は断念せざるを得ない。さらに被相続人の遺言によって遺産に属する不動産の所有権を生存配偶者に帰属させる方法も検討の余地があるが、これは被相続人の意思に委ねられるものであることから、生存配偶者の意思に沿った対応がされとは限らない。

2. 利用権の取得

平成 30 年民法改正前の段階でも、遺産に属する居住建物の価値を使用価値と交換価値に分け、使用貸借契約又は賃貸借契約の締結を通じて居住建物の使用貸借権又は賃借権を生存配偶者に取得させるという方法による余地があった。ただし、法律上、遺産に属する居住建物の使用に関する特別の条文が設けられていなかった段階では、使用借権や賃借権の設定は被相続人の意思に委ねられることになる。あわせて、被相続人の終意である遺言でその旨を明記しなければ、相続人間で生存配偶者の居住の権利の設定に関す

る契約の締結は、相続で居住建物を取得した相続人の所有の利益と衝突することから、生存配偶者の要望が満たされない恐れがあった。

平成 30 年民法改正によって配偶者居住権制度が確立される前の段階においては、被相続人と相続人の間での使用貸借契約の成立が推認されることを通じて、相続人の遺産分割の終了時までの居住を確保しようとした事例があった。すなわち、最高裁平成 8 年 12 月 17 日判決（民集 50 巻 10 号 2778 頁）は、判示事項に関して、「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の意味に合致すると言えるからである。」と説示して、判決要旨の示す事実推定法則を明らかにした。

その後、平成 8 年の判決法理を準用して、残された配偶者が相続開始前から被相続人と共同で遺産に属する建物に居住していた場合、被相続人との間で相続終了の時を契約の終了時点とする使用貸借契約の締結の推認によって、相続終了時までの居住利益が確保できるようになった。

ただし、被相続人と配偶者との合意の推認による使用借権の設定という方法は、残された配偶者に対し、居住の継続による利益を安定的に確保する手段としては、必ずしも十分なものとは言えない³⁴³。すなわち、最高裁平成 8 年判決の裁判法理は、当事者間の合理的意思表示に基づくものであるため、被相続人が明確にこれと異なる意思を表示した場合、例えば、被相続人が死因贈与で遺産に属する居住建物を第三者に贈与した場合、生存配偶者は使用貸借契約の締結に関する推認によって、当面の継続的居住のための権利を取得することができないという事態が生じ得ることになる³⁴⁴。

他方、生存配偶者が相続で遺産に属する居住建物の所有権又は利用権を取得しなかった場合、新たに居住用不動産の購入又は借家によって居住を確保する可能性が低い状態にあるため、生存配偶者の今後の居住確保がさらに難しくなる。すなわち、生存配偶者が相続で新たな居住建物の購入に相当する金額を取得しなければ、現時点では、居室内

³⁴³ 松尾弘『家族法改正を読む—親族・相続法改正のポイントとトレンド—』慶応義塾大学出版会（2019年）109頁。

³⁴⁴ 法制審議会民法（相続関係）部会「第2回会議事録」1頁以下〔大塚竜郎関係官（法務省民事局付）〕、法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料2 相続法制の見直しに当たっての検討課題（1）」2頁（平成27年5月19日）（<http://www.moj.go.jp/content/001146512.pdf>）。

での死亡事故などに対する不安などの理由に基づき、単身の高齢者の入居を拒否している賃貸人があることから³⁴⁵、生存配偶者が遺産から取得した金銭を用いて借家により以後の居住確保を実現できない恐れもある。

したがって、平成 30 年民法改正前では、判例の解釈に基づいて生存配偶者の居住確保という法的問題に対する解決が部分的には可能であったといえることができるものの、それは万全ではなかった。

二 平成 30 年民法改正で創設された配偶者居住権制度

(一) 平成 30 年民法改正に至る経緯

日本では、相続法制について、1980（昭和 55）年に配偶者の法定相続分の引上げ及び寄与分制度の導入等の改正がされて以来大きな見直しはされていなかった。しかし、その間にも高齢社会がさらに進展して、相続開始時点での相続人（特に生存配偶者）の年齢が従前より相対的に高齢化していることに伴い、配偶者の生活保障の必要性が相対的に高まり、子の生活保障の必要性は相対的に低下してきていた。また、要介護状態になった高齢者や再婚する高齢者の増加など、相続を取り巻く社会情勢にも変化が見られるようになった。これら相続関係において現れた社会の変化に応じ、居住建物の所有者である配偶者の死亡により残された生存配偶者の生活への配慮が重要視されるようになり、この観点から相続法制を見直すべきではないかとの課題が提示された³⁴⁶。

あわせて、平成 25 年 9 月 4 日の非嫡出子法定相続分違憲大法廷決定を受けて開始された嫡出子と非嫡出子の相続分の同等化を図るための法改正案³⁴⁷の検討過程において、改正が及ぼす配偶者保護の観点からの相続法制の見直しの必要性など、様々な問題提起がなされた。例えば、最高裁平成 25 年決定の生存配偶者の居住保護に対する影響に関し、潮見佳男教授は以下のように指摘した。すなわち、「平成 25 年決定により、婚外子の相続分が拡大された結果として、遺産分割により生存配偶者（及びその子）が住み慣れた居住建物から退去せざるを得なくなるリスクが増大する。」³⁴⁸。確かに、非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分と同等にすることに伴い、生存配偶者の相続分が相対的に減少され、遺産から居住建物の単独所有権の取得、又は相続人間で賃貸借契約の締結によって

³⁴⁵ 2015 年 12 月に公益団体法人日本賃貸住宅管理協会が管理会社に対して行ったアンケート調査によると、単身の高齢者の入居を拒否している賃貸人の割合は 8.7%であり、2010 年にその割合は 8%であった。そのため、生存配偶者が相続で居住建物の所有権又は利用権を取得しなかった場合、遺産から一定の金銭を取得したとしても、高齢者であることから、借家によって以後の居住環境を保護することは必ずしも容易ではない。国土交通省安心居住政策研究会参考資料「多様な世帯が安心して暮らせる住まいの確保に向けた当面の取組について 参考資料 1（2016 年 4 月 8 日）」（<https://www.mlit.go.jp/common/001126536.pdf>）参照。

³⁴⁶ 法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料 1 相続法制の見直しに当たった検討課題」1 頁（平成 27 年 4 月 21 日）（<http://www.moj.go.jp/content/001143585.pdf>）。

³⁴⁷ 政府は第 185 回国会に嫡出子と嫡出でない子の相続分の同等化を図るための民法改正案を提出し、同年 12 月 5 日、同法案は「民法の一部を改正する法律」（平成 25 年法律第 94 号）として成立し、第 900 条第 4 号ただし書中「嫡出でない子の相続分は、嫡出である子の相続分の二分の一とし」を削ることとし、嫡出でない子の相続分は、嫡出である子の相続分と同等とするものとした。

³⁴⁸ 潮見佳男「詳解相続法」弘文堂（2018 年）316 頁。

利用権の取得がさらに困難となる恐れがあり、その居住権をいかにして保護すべきかに関するなお検討が必要となる。

そこで、法務省は、相続法制の在り方について検討を進めるため、2014（平成26）年1月に「相続法制検討ワーキングチーム」を設置した³⁴⁹。同ワーキングチームは、計11回にわたり検討を行い、主に被相続人の配偶者の居住権の保護、配偶者の貢献に応じた遺産分割の実現、寄与分制度の見直し、遺留分制度の見直しなどの課題について検討した。2015年2月に、法務大臣より法制審議会に、「高齢化社会の進展や家族の在り方に関する国民意識の変化等の社会情勢に鑑み、配偶者の死亡により残された他方配偶者の生活への配慮等の観点から、相続に関する規律を見直す必要があると思われるので、その要綱を示されたい。」との諮問が発せられた。それを受けて、「法制審議会民法（相続関係）部会」（以下、「法制審議会」と言う）が新設された。法制審議会において、相続法制の見直しに向けた審議が行われ、民法（相続関係）等の改正に関する要綱案を提案した。

その後、政府は、法制審議会の答申を踏まえ、2018（平成30）年3月13日（第196回国会）に、相続法改正案及び遺言書保管法案を衆議院に提出し、両法律案は同年7月6日に成立し、同月13日に公布された。

（二）平成30年民法改正で確立された配偶者居住権制度の内容

平成30年民法改正では、配偶者のための居住権の創設（民法第1028条～第1041条）、遺産分割前の預貯金の払戻しを認める方策（民法第906条の2）、自筆証書遺言の方式緩和（民法第968条の2及び3）、遺留分減殺請求権の金銭債権化（民法第1043条～第1044条、民法第1046条～第1048条関係）、共同相続における権利の承継の対抗要件（民法第899条の2）及び特別の寄与の制度の創設（民法第1050条）などに関する改正がなされた。

配偶者居住権制度については、配偶者居住権及び配偶者の短期居住権が新設された。それにより、遺産の分割における選択肢の一つとして、生存配偶者が終身又は一定期間、無償で被相続人の財産に属した建物の使用及び収益をすることが可能となった。また、遺贈によっても遺産である居住建物に住み続ける権利を取得することができるようになる。

1. 配偶者居住権制度

（1）長期的な居住権を保護するための方策——配偶者居住権

ア 法改正の趣旨

³⁴⁹ 鈴木達也「約40年ぶりの相続法の大改正 — 民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律 及び法務局における遺言書の保管等に関する法律 —」立法と調査406号（2018年）22頁。

相続人である配偶者は、被相続人の死亡後も従前の居住環境での生活を継続したいという要望を有している場合が多いが、平成30年民法改正前には、これを実現する方法として、遺産分割で配偶者が遺産に属する居住建物の所有権を取得することなどに限られていた。ただし、通常、居住建物の評価額は高額となることから、配偶者が建物の所有権を取得すると、金銭や銀行預金等それ以外の遺産を十分に取得することができなくなり、生活上支障をきたす恐れが生じる。

そこで、残された配偶者の居住と生活を確保するために、居住建物の使用とその余の部分に分けて、その使用権限のみを生存配偶者に付与することが、法改正の審議過程において提案された³⁵⁰。最終的に平成30年民法改正で創設された配偶者居住権の制度は、原則として配偶者には居住建物の使用権限のみを認め、これを処分したり、自由に転貸したりすることが制限されるという権利であり、遺産分割の際に、配偶者が居住用不動産の所有権を取得する場合よりも低廉な価額で居住を確保することを可能にすることを目的としたものである³⁵¹。

イ 配偶者居住権の概要

平成30年民法改正で新設された配偶者居住権の場合、民法第1028条から第1035条によりその取得方式、存続期間、登記義務などの内容に規制を加えた。

(ア) 法的性質

配偶者居住権の法的性質について、条文上は特に明確にされていないが、賃借権類似の法定の債権であると考えられている³⁵²。すなわち、民法第1036条によって、使用貸借及び賃貸借の規定が準用されているが、配偶者が遺産の分割によって配偶者居住権を取得した場合には、その財産的価値を相当する額を相続したものと扱われ、対価の支払いがあったと同視することができるものとなっている。そのことからすれば、賃借権類似の法定債権と理解してよいと考えられる³⁵³。もちろん、権利の存続中に配偶者居住権を取得した生存配偶者は賃料の支払義務を負わないため、賃料の支払義務の有無に関して、配偶者居住権は賃借権と異なる。配偶者居住権の場合、その対価は、遺産分割手続において配偶者居住権を金銭的に評価することによって尽くされる³⁵⁴。

(イ) 成立要件

³⁵⁰ 法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料6 配偶者の居住権を法律上保護するための方策等」7頁（平成27年10月20日）（<https://www.moj.go.jp/content/001162550.pdf>）。

³⁵¹ 堂蘭幹一郎「民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律（相続法改正）の概要」家判17号（2018年）31頁。

³⁵² 堂蘭幹一郎等「相続法改正の概要（1）」NBL1133号（2018年）8頁。

³⁵³ 松原正明「配偶者居住権に関する実務上の諸問題」ひろば71巻12号（2018年）26頁。

³⁵⁴ 前田陽一＝本山敦＝浦野由紀子「親族・相続（第5版）」有斐閣（2019年）347頁。

配偶者居住権の成立要件は、①配偶者が被相続人の特有財産に属した建物に相続開始の時に居住していたこと、②その建物について配偶者に配偶者居住権を取得させる旨の遺産分割、遺贈又は死因贈与がされたことである（民法 1028 条）。

配偶者居住権は、残された配偶者の居住を確保するために創設されたものであるため、その発生原因となる法律行為も法律により明確に規定される必要がある。そこで、配偶者所有権の取得方法は、遺産分割、遺贈又は死因贈与に限定されている³⁵⁵。死因贈与に関し、条文上明記されていないが、民法 554 条を参照し、被相続人は配偶者との間で締結した死因贈与契約によっても配偶者居住権を取得させることができると解される³⁵⁶。

また、配偶者居住権は居住権の設定の登記を備えた場合に限り、対抗要件を具備するとされている。建物所有者は、配偶者に対し配偶者居住権の設定の登記を備えさせる義務もある（民法 1031 条）。ただし、配偶者居住権の設定の登記は対抗要件に留まり、配偶者居住権の成立要件に当たらない。

（ウ） 権利の内容

配偶者居住権の場合、配偶者がその居住建物の全部について無償で使用及び収益権限を有することから（民法 1028 条 1 項）、以前より配偶者が居住建物の一部しか使用していなかった場合であっても、配偶者居住権の効力は居住建物の全部に及ぶこととなる（民法 1032 条 1 項）。すなわち、配偶者が従前居住の用に供していた範囲と配偶者居住権の効力が及ぶ範囲とは、必ずしも一致しない場合がある。

また、配偶者居住権は、無償で居住建物の使用及び収益をすることができる権利であるため、配偶者の処分権限は制約され、居住建物の所有者の承諾を得なければ、配偶者居住権は譲渡することはできないとされている（民法 1032 条）。そして、権利の存続期間中、配偶者は居住建物の所有者に対し用法遵守義務や善管注意義務を負い（民法 1032 条 1 項）、居住建物の通常必要費を負担する（民法 1034 条 1 項）。

一方、建物所有者は配偶者に対し、配偶者居住権の設定の登記を備えさせる義務があるが、それに協力しない場合には、配偶者は居住建物の所有者に対して登記の申請を求める訴えを提起することができる。これを認容する判決が確定すれば、その判決に基づき、配偶者は単独で登記の申請をすることができる³⁵⁷。

（2） 短期的な居住権を保護するための方策——配偶者短期居住権

ア 改正の趣旨

³⁵⁵ 堂蘭幹一郎＝野口宣大『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）12 頁。

³⁵⁶ 片岡武＝菅野真一『改正相続法と家庭裁判所の実務』日本加除出版株式会社（2019 年）111 頁。

³⁵⁷ 堂蘭・前掲注 351）32 頁。

配偶者が被相続人所有の建物に居住していた場合、被相続人の死亡により、配偶者が直ちに住み慣れた居住建物を退去しなければならないとすれば、精神的にも肉体的にも大きな負担となり、特に高齢配偶者の場合には、その負担が大きいと想定される。平成30年民法改正の裁判実務で現れた相続人と被相続人との使用貸借契約の締結に関する推認という法律構成を援用し、生存配偶者の相続終了時までの居住確保が実現できるが、被相続人が遺言で遺産である居住建物を生存配偶者以外の者に帰属させるとの旨を明記する場合、相続人の居住建物の帰属が決定されるまでの間の居住を確保するという最高裁平成8年12月17日判決の判決法理を参照する余地がなくなり、残された配偶者の居住の権利は短期的にも保護されないことになる。

そこで、改正法では、最高裁平成8年12月17日判決で示された判例の解釈によってもなお残された問題点に対応することを目的として、被相続人の意思にかかわらず配偶者の短期的な居住の権利を保護するため、配偶者短期居住権という新たな権利を創設することとしたものである³⁵⁸。

イ 改正内容の概要

配偶者短期居住権は、配偶者居住権と同様に相続法改正で創設された権利であるが、配偶者居住権が終身の間、又は遺産分割、遺贈、死因贈与等で定められた期間という相当長期にわたる存続期間を想定しているのと異なり、存続期間が比較的短期に限定されていることに特徴がある。また、配偶者短期居住権の一時的な居住確保という権利目的を実現するために、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無償で居住していた」ことを成立要件としている。

配偶者短期居住権の存続期間は、①居住建物につき配偶者を含む共同相続人間で遺産分割をすべき場合と、②それ以外の場合とで異なる規定が設けられている。具体的には、配偶者が居住建物について遺産共有持分を有している場合、遺産分割により居住建物の帰属が確定した日又は相続開始の時から6か月を経過する日のいずれか遅い日まで、配偶者短期居住権が存続する（1037条1項1号）。これに対し、配偶者が居住建物について遺産共有持分を有していない場合には、配偶者短期居住権は、居住建物取得者による消滅の申入れの日から6か月経過する日まで、存続する（1037条1項2号）。

配偶者は、配偶者短期居住権によって居住建物の使用権限のみを有し、収益権限は認められない（民法1037条1項）。居住建物の使用中、配偶者は従前の用法に従い、善良な管理者の注意をもって、居住建物の使用をしなければならない（民法1038条1項）。また、配偶者は居住建物の必要費用を負担する（民法1034条1項）。

（三）配偶者居住権制度をめぐる議論

平成30年民法改正の審議に際し、法制審議会民法部会において「配偶者の居住権を法律上保護するための方策について」として行われた遺産分割が終了するまでの間の短期

³⁵⁸ 堂蘭・前掲注351) 32頁。

的な居住権を保護するための方策（短期居住権）と、遺産分割終了後の長期的な居住権を保護するための方策（配偶者居住権³⁵⁹）に関する議論を以下に概観する。あわせて、平成30年改正後に展開された学説をもとにして、配偶者居住制度に関する議論を概観する。

1. 配偶者居住権の法的性格をめぐる検討

(1) 長期的な居住権を保護するための方策

ア 権利の法的性質

平成30年民法改正の審議では、配偶者居住権の法的性質については、法定の債権（法定の賃借権やそれに類似する債権）と構成することや新たな用益物権と構成する考え方が案として取り上げられたが³⁶⁰、結論として、配偶者居住権は「賃借権類似の法定の債権」と位置付けられた。この点に関し、用益物権とすること案については、不動産の流通を阻害する恐れがあることなどに配慮すると債権の方が望ましいとされた経緯がある³⁶¹。

配偶者居住権は、遺産に属する建物を使用とその余の部分に分割することにより、所有者の使用権限に対して制約を課すことを通じて、残された配偶者の以後の居住を確保することを目的とする。それで、配偶者居住権の存続期間は原則として生存配偶者の死亡時を終了の時点としており、その期間中生存配偶者の居住を確実に保護するために、配偶者居住権には第三者対抗力を付与することが基本的とされる。

配偶者居住権の法的性質は、居住建物の所有者に負わせる義務の内容をどのように設定するかという点と密接な関わりを有することから、法制審議会の民法（相続関係）部会では、所有者と権利者の権利義務関係に着目し、議論が展開した。

(ア) 法定の債権としてとらえる考え方

配偶者居住権の法的性質について、民法は条文上特に明確にしていなかったが、賃借権類似の法定の債権であると解されている³⁶²。具体的には、配偶者居住権を有する配偶者と相続で居住建物を取得した者との関係につき、配偶者が居住建物に損傷を与えた場合、その修繕義務を所有者に負わせるのであれば、少なくともその部分については法定の債権・債務関係が形成され、配偶者居住権は法的債権の法性質を有するとの見解が示されていた³⁶³。

³⁵⁹ 法制審議中に、残された配偶者の長期的な居住権を確保することを内容とする方策が「配偶者居住権」と呼ばれたが、成案の民法では「配偶者居住権」という用語が使われることになる。そのため、本論文では、長期的な居住権を用いる場合を除き、「配偶者居住権」という用語を使うことにする。

³⁶⁰ 法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料6 配偶者の居住権を法律上保護するための方策等」8頁（平成27年10月20日）（<https://www.moj.go.jp/content/001162550.pdf>）。

³⁶¹ 中込一洋『実務解説 改正相続法』弘文堂（2019年）96頁。

³⁶² 堂蘭＝野口・前掲注355）18頁。

³⁶³ 法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料2 相続法制の見直しに当たったの検討課題（1）」7頁（平成27年5月19日）（<http://www.moj.go.jp/content/001146512.pdf>）。

配偶者居住権の存続中に、居住建物が損傷された場合、権利の趣旨に照らし、通常、生存配偶者が所有者に対し建物の修繕を請求する権利を有すると解される。したがって、居住建物の使用及び修繕の部分について配偶者と建物所有者の間で権利義務関係が形成され、長期の配偶者居住権は法定債権の権利性質を有するものと解される³⁶⁴。

他方、配偶者居住権は、実質的には、生存配偶者が賃料を相続分によって前払いしているという意味で賃借権に類似する側面を有すると指摘され、生存配偶者が適法に第三者に居住建物の使用・収益をさせている場合に民法 613 条の準用により所有者と第三者との間に直接の法律関係を認めているのは、このことの反映である³⁶⁵。

それで、配偶者居住権は賃借権に類似する法定の債権であることは共通的に認識されると結論づけられる。ただし、成案である民法において、配偶者居住権は使用貸借に関する規定（597 条 1 項及び 3 項）を準用することが可能となる。例えば、民法 597 条 1 項を準用して、「配偶者居住権の存続期間を定めたときは、配偶者居住権は、その期間が満了することによって消滅する」と解されることができるといえる。それにもかかわらず、配偶者居住権の内容からは、配偶者居住権は法定の債権として位置付けることは見て取れる。

（イ）用益物権としてとらえる考え方

審議においては、配偶者居住権の存続中、居住建物の所有者は自らの居住建物の使用権限がないにすぎず、配偶者居住権を有する配偶者に対して特定の義務を負わせないということにするのであれば、配偶者居住権を法定の債権と位置付ける必要性が低いという考え方も示されていた³⁶⁶。

配偶者居住権の場合、通常、その権利の存続期間が権利者の死亡時までと設定され、居住建物の所有者は長期間にわたって当該建物の使用及び収益を制約されることになる。所有者の不利益を考慮すると、これ以上の義務を所有者に負わせることは不相当に過大であり、所有者が負う義務をできるだけ軽減するのが相当である。それにより、居住権者と所有者の利益の衡平を図るため、居住建物の所有者に配偶者の使用を受忍する義務以外に特段の義務を負わせないことを、この考え方は想定していた³⁶⁷。

配偶者居住権の設定に伴い、建物所有者の使用権限が制約され、不利益を被ることになるから、それを運用する場合、相続人間の利益衡平を実現するために何らかの施策を講じることが必要となる。そこで、共同相続人の利益の衡平を図るために設定された配偶者居住権に強力な対抗力を付与する必要はなく、それを付与すれば、建物の流通が阻

³⁶⁴ 法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料 2 相続法制の見直しに当たっての検討課題（1）」7 頁（平成 27 年 5 月 19 日）（<http://www.moj.go.jp/content/001146512.pdf>）。

³⁶⁵ 松岡久和＝中田邦博『新・コンメンタール 民法（家族法）』日本評論社（2021 年）445 頁。

³⁶⁶ 法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料 2 相続法制の見直しに当たっての検討課題（1）」7 頁（平成 27 年 5 月 19 日）（<http://www.moj.go.jp/content/001146512.pdf>）。

³⁶⁷ 法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料 6 配偶者の居住権を法律上保護するための方策等」8 頁（平成 27 年 10 月 20 日）（<https://www.moj.go.jp/content/001162550.pdf>）。

害されることになる³⁶⁸ことから、配偶者居住権を用益物権として捉える必要がないというのが、この立場の考え方である。

また、現行民法中には、他人所有の建物の使用を内容とする用益物権に関する条文が設けられておらず、長期の配偶者居住権を用益物権として位置付ければ、新たな物権的な権利の創設又は用益物権の内容の拡大が必要となる。そのような場合、立法上用益物権に関連する法制度の整備が求められるが、残された生存配偶者の継続居住という要望を満たすために新設された配偶者居住権のために、新たな用益物権制度の創設に関する現実必要性があるかが問題とされた³⁶⁹。あわせて、配偶者居住権が優先性を有する物権的な権利とされる場合には、相続債権者などの第三者に不測の損害を与え、取引の安全が害される恐れがある。

そこで、配偶者居住権の法的性質につき、用益物権と構成するのは不相当に過大であり、配偶者居住権を賃借権類似の法定の債権と位置付けるべきである。

(2) 短期的な居住権を保護するための方策

ア 権利の法的性質

配偶者居住権制度をめぐる審議の中で、短期居住権を有する配偶者は、法定の期間、無償でその居住建物を使用する権利を有するものとするが、その法的性質については、法定の債権（法定の使用借権やそれに類似する債権）と構成することとともに新たな用益物権とする考え方が挙げられた³⁷⁰。

(ア) 新たな用益物権としてとらえる案

言うまでもなく、日本では、物権の変動につき、意思主義を採用するとともに、物権の得喪変更は登記を経なければ第三者への対抗力が発生しないとされる。

ただし、配偶者短期居住権は、残された配偶者の相続終了時までの居住利益を保護するために創設されるものである。その権利存続中、居住建物はまだ遺産として分割されず、共同相続人の共有物である状態に留まる。現行民法で定められた共有物の処分に関する規定により、共有物である居住建物を第三者に転売しようとする場合には共有者全員の同意が必要となることから、生存配偶者が自らの居住利益を保護するため、転売に対し反対することが予測される。そのため、事実上、第三者が居住建物の売却により新たな購入者になるとは考えにくい。

³⁶⁸ 法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料 6 配偶者の居住権を法律上保護するための方策等」9頁（平成27年10月20日）（<https://www.moj.go.jp/content/001162550.pdf>）。

³⁶⁹ 法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料 2 相続法制の見直しに当たっての検討課題（1）」8頁（平成27年5月19日）（<http://www.moj.go.jp/content/001146512.pdf>）。

³⁷⁰ 法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料 2 相続法制の見直しに当たっての検討課題（1）」3頁（平成27年5月19日）（<http://www.moj.go.jp/content/001146512.pdf>）。

この点の考慮を受け、短期居住権の目的に照らし、登記などによって第三者への対抗力を付与する必要はなく、仮にこれを認めた場合には、相続債権者等の第三者に不測の損害を与え、取引の安全が害される恐れがあるとの懸念が示された。さらには、相続債権者としても不測の損害を避けるために、履行遅滞にある債務者が高齢である場合には、早期に差押え等をして債権を保全することになりかねず、かえって高齢の生存配偶者の保護に欠けることになる恐れがあると指摘された³⁷¹。

また、現行民法で定められた用益物権は、他人所有の土地の使用を内容とするものであり、他人所有の建物の使用に関する用益物権は創設されていない。それを前提として、配偶者短期居住権を新たな用益物権として捉えようとする場合、新たな用益物権の創設が必要となる。ただし、上述のように、短期居住権を用益物権としてとらえることにより権利者に第三者への対抗力を付与する必要性に乏しいことから、新たな用益物権の創設の必要性がないとの結論が導かれた³⁷²。

このような考え方を前提に、短期居住権の法的性質を用益物権と構成するのは相当でなく、法定の債権と構成するのが相当であると結論付けられた³⁷³。したがって、日本の民法の下で、生存配偶者の一時的な居住利益を保護することを内容とする短期居住権を新たな用益物権として位置付けることはされなかった。もちろん、最終的に短期居住権の法的性質に関する条文は民法に設けられなかったが、それを新たな用益物権として捉える案は採用されず、権利の内容、趣旨などによって、短期居住権を使用貸借に類する権利として解するのが後述のように共通の認識となっている。

(イ) 法定の債権としてとらえる案

配偶者に限って短期的な居住権を保護することについては、その根拠が問題となり得るが、高齢社会の進展に伴い、配偶者の居住権保護の必要性が高まっていることに加え、夫婦は相互に同居・協力・扶助義務を負うなど（民法第752条）、法律上最も緊密な関係にある親族であるとされていること等を考慮すれば、配偶者に限り、このような保護を与えることにも相応の理由があるものと考えられる。

このように、短期居住権は、比較的短期間の居住利益を保護するために、配偶者に無償での使用を認める権利であるため、長期居住権とは異なり、第三者対抗力まで付与することとはしていない。このような考え方を前提とすれば、短期居住権は、使用借権類似の法定の債権ということになるものと考えられる³⁷⁴。すなわち、法制審議会の議論で

³⁷¹ 法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料6 配偶者の居住権を法律上保護するための方策等」3頁（平成27年10月20日）（<https://www.moj.go.jp/content/001162550.pdf>）。

³⁷² 法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料2 相続法制の見直しに当たっての検討課題（1）」6頁（平成27年5月19日）（<http://www.moj.go.jp/content/001146512.pdf>）。

³⁷³ 法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料6 配偶者の居住権を法律上保護するための方策等」6頁（平成27年10月20日）（<https://www.moj.go.jp/content/001162550.pdf>）。

³⁷⁴ 法制審議会民法（相続関係）部会「民法（相続関係）等の改正に関する中間試案の補足説明」3頁（平成28年6月21日）（<https://www.moj.go.jp/content/001198631.pdf>）。

は、短期居住権の趣旨と内容により、これを法定の債権として位置付けることが相当であるとされた。

そして、短期居住権を法定の債権（使用借権類似の権利）と構成した場合には、その債務者は当該建物の所有者になると考えられる。したがって、当該建物につき遺産分割を行う必要がある場合には、基本的には配偶者以外の相続人が債務者となり、遺贈などがされ遺産分割を行う必要がない場合には、遺贈などにより当該建物の所有権を取得した者が債務者になる³⁷⁵。

そこから、短期居住権に関する紛争は、生存配偶者と配偶者以外の相続人の間又は遺贈などにより居住建物の所有権を取得した者との間で生じることになる。その場、生存配偶者は法定債権の債権者として、法律規定によってその他の相続人又は受贈者に対して対抗力を有し、それを通じて、自らの居住環境の保護が実現できるようになる。

イ 強行法規性の法的根拠

最高裁平成8年12月17日判決の判決法理を援用し残された配偶者の相続の終了時までの居住を確保しようとする場合、被相続人が遺言で遺産である建物を生存配偶者以外の者に帰属させるなどの旨を明記すれば、平成8年の判決法理を援用する余地がなく、生存配偶者の相続終了時までの居住利益の保護が実現不能になる恐れがある。その問題を回避するために、平成30年民法改正で新設された短期居住権は、被相続人の意思に拘わらず、被相続人が死因贈与又は遺言で残された配偶者の相続終了時までの居住を確保するという意思を有していない場合においても、生存配偶者が法律の規定に基づき相続終了時まで遺産に属する建物に住み続けることができるようになった。

そこで、被相続人の終意である遺言などによる財産の処分権に一定の制約を課すことを通じて、生存配偶者の遺産分割終了時までの居住の確保を内容とする短期居住権について、強行法規性を有するとの結論が導かれる³⁷⁶。ただし、本来相続は、被相続人の遺言あるいは相続人の協議にゆだねられているものであって、法律が分割方法を具体的に決め、強制するものではない³⁷⁷。そのため、相続関係の場面に運用される方策である配偶者短期居住権に、強行法規制を付与する理論根拠をめぐる議論が展開された。

(ア) 夫婦間の同居・協力・扶助義務を根拠とする説

短期居住権の強行法規性について、民法752条で定められた夫婦間の同居・協力・扶助義務を根拠としてその相当性を検討する考え方も挙げられていた³⁷⁸。すなわち、婚姻中は夫婦が相互に同居・協力・扶助義務を負っており、離別の場合とは異なって一方配

³⁷⁵ 法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料6 配偶者の居住権を法律上保護するための方策等」6頁（平成27年10月20日）（<https://www.moj.go.jp/content/001162550.pdf>）。

³⁷⁶ 法制審議会民法（相続関係）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）〕。

³⁷⁷ 岩永隆一＝大杉麻美＝佐々木好一「概説」吉田修平＝森川紀代編『相続法改正 新しい相続実務の徹底解説—概説と事例Q&A』青林書院（2019年）22頁。

³⁷⁸ 法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料2 相続法制の見直しに当たったの検討課題（1）」3頁（平成27年5月19日）（<http://www.moj.go.jp/content/001146512.pdf>）。

偶者の死亡の場合には夫婦の婚姻関係は当然には解消しないのであるから、被相続人の遺産を利用して夫婦間の義務の履行が可能である場合、当該義務は一方配偶者の死亡に伴い消滅しないと解されるべきとするものである。そこでは、被相続人は、残された配偶者が直ちに建物からの退去を求められるような事態が生ずることがないように配慮すべき義務を負うと解される。これにより、民法 752 条で定められた夫婦間の法的義務に基づいて、被相続人の意思に拘わらず、被相続人の財産処分権に一定の制約を課し、生存配偶者に強行法規性を有する短期居住権を付与することが可能となる。

(イ) 婚姻の予後効を根拠とする説

短期居住権の強行法規性に関しては、婚姻の予後効説に基づき、短期居住権の強行法規性の根拠に関する説明も試みられている³⁷⁹。すなわち、被相続人が遺言又は死因贈与で遺産に属する居住建物を無償で配偶者以外の者に帰属させる場合、被相続人の処分行為の効果として、被相続人の死亡時に生存配偶者が直ちに当該建物からの退去を求められることになる。ただし、婚姻の予後効によって、被相続人がこのような事態が生ずることがないように配慮すべき義務を負うと解することが可能であり、その限度で被相続人の生前の処分権限に制約を課すことが可能であるとする。他方、遺言又は死因贈与により無償で遺産に属する居住建物の所有権を所得した者の利益についても、生存配偶者の短期間の居住を確保するという政策目的の下、その使用権限につき制約を課すことも許容されるべきであると説かれた³⁸⁰。

しかしながら、婚姻後の余後効説は、もともと、離婚した配偶者間の扶養の根拠付けに関する学説上の争いを解決するために、我妻栄教授により提案され³⁸¹、財産分与に関する裁判実務において運用されていたものである。死亡解消の場合には夫婦の婚姻関係が当然に解消するものではないことからすれば、この理論に生存配偶者の短期居住権の根拠を求めることは相当でないと考えられる。

2. 配偶者居住権の第三者への対抗力の有無に関する検討

配偶者居住権を設定する場合、居住建物の所有者と権利者間の権利義務関係に影響を与えると同時に、第三者の利益とも密接な関わりを持つことになる。そこで、平成 30 年民法改正の審議では、配偶者居住権を有する配偶者に第三者への対抗力を付与するかどうかも議論された。

(1) 長期的な居住権を保護するための方策

³⁷⁹ 法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料 6 配偶者の居住権を法律上保護するための方策等」2 頁（平成 27 年 10 月 20 日）(<https://www.moj.go.jp/content/001162550.pdf>)。

³⁸⁰ 法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料 6 配偶者の居住権を法律上保護するための方策等」2 頁（平成 27 年 10 月 20 日）(<https://www.moj.go.jp/content/001162550.pdf>)。

³⁸¹ 婚姻の予後効につき、我妻栄教授は、「人は婚姻によって終生の生活の安定と向上をはかる」とした上で、それが破綻した場合は、国家の保護的施策が充実しない限り、「経済的に余裕のある一方は、生活に困窮する他方に対して相当の扶養をすることは、人道上の責務といわねばならない。その意味で、ドイツ民法学者のいわゆる婚姻の事後的効果というべきである」と述べた。我妻栄『親族法』有斐閣（1961 年）155 頁参照。

通常、配偶者居住権を取得した配偶者は、長期間にわたって遺産に属する居住建物を使用することが想定される。その存続期間中に建物所有者により建物の処分がされる恐れが高まることから、仮に相続で当該建物を取得した者が配偶者居住権の存続期間中に売買などにより建物の譲渡をした場合、居住権者の居住を確実に保護するため、建物の新たな所有者に対抗できる権利を居住権者に付与する必要がある。そこで、短期居住権とは異なり、配偶者居住権を取得した配偶者に第三者への対抗力を付与する必要性のあることが共通的認識となっていた³⁸²。この点については、異論はほぼ示されなかった。

配偶者居住権は賃借権と類似する法定の債権と解されるが、第三者対抗力の要件につき、建物賃借権のような引渡しによる対抗要件の具備は認められなかった。配偶者居住権は、無償で居住建物を占有・使用できる権利であるため、配偶者居住権が対抗要件を具備した後に居住建物につき所有権を譲り受けた者や、差押債権者などは、その存続期間中、建物使用の対価を取得することができなくなる。そのような不利益を第三者にもたらずものである以上、権利の内容を適切に公示すべき必要性が高いことが指摘されていた³⁸³。

また、配偶者居住権は、相続開始時に配偶者が居住建物に居住していたことがその成立要件とされているため、居住建物の引渡しを対抗要件として認めたとしても、建物の外観上は何らの変化もないことになり、公示手段として極めて不十分なものになるものと考えられる。この点からも、居住建物の引渡しを対抗要件とすることとはされなかった³⁸⁴。

(2) 短期的な居住権を保護するための方策

使用借権と類似する法的性質を有する短期居住権の場合、権利の趣旨と内容に照らし、配偶者居住権と異なり、その権利者に第三者への対抗力を付与する必要に乏しいと指摘された³⁸⁵。そして、成案の民法において、短期居住権を取得した配偶者が第三者に対抗する権限を有さず、遺産から居住建物を取得した者はその所有権又は共有持分を第三者に譲渡する場合には、生存配偶者は配偶者短期居住権を用いてその譲受人に対抗することができない³⁸⁶。

ただし、配偶者短期居住権の対抗要件制度を設けないことによって、生存配偶者の居住環境が不安的な状態に至ることない。その理由は、配偶者居住権制度の下、居住建物取得者は、第三者に対する居住建物の譲渡等の方法によって配偶者による居住建物の使用を妨げてはならないという義務を負っていることにある（第1037条第2項）。したがって、居住建物取得者が居住建物を第三者に譲渡したために、配偶者短期居住権を有す

³⁸² 法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料6 配偶者の居住権を法律上保護するための方策等」8頁（平成27年10月20日）（<https://www.moj.go.jp/content/001162550.pdf>）。

³⁸³ 潮見佳男＝窪田充見＝中込一洋＝増田勝久＝水野紀子＝山田攝子編『Before/After 相続法改正』弘文堂（2019年）99頁。

³⁸⁴ 堂藪＝野口・前掲注355）19頁。

³⁸⁵ 法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料6 配偶者の居住権を法律上保護するための方策等」2頁（平成27年10月20日）（<https://www.moj.go.jp/content/001162550.pdf>）。

³⁸⁶ 堂藪＝野口・前掲注355）46頁。

る配偶者の居住建物における居住が妨害されたという場合には、居住建物取得者は、配偶者に対して債務不履行に基づく損害賠償義務を負うこととなる³⁸⁷。その結果、配偶者短期居住権の対抗要件制度が整備されなくても、生存配偶者の居住利益が建物所有者の転売行為により損害される恐れがある場合、当該配偶者が義務不履行に基づく損害賠償を請求することを通じて、自らの利益を確保することができる。

もちろん、法改正の審議中には、短期居住権を取得した配偶者に占有を要件として第三者対抗力を付与することが提案された³⁸⁸。ただし、そのような場合、生存配偶者は被相続人の死亡と同時に第三者対抗力を取得し、その後に居住建物の質権者などの一般債権者に優先することになる。このような事態を回避するために、一般債権者が早期に差押えなどをして自らの債権を保全することにもなりかねず、かえって高齢の生存配偶者の保護にかけることになる恐れがあるとの反対意見が示された³⁸⁹。

確かに、短期居住権は法定債権に属するものと位置付ければ、生存配偶者の居住利益が建物所有者の転売行為などにより侵害される恐れがある場合、配偶者は法律による効果に基づき、相手方が居住環境の確保という債務の不履行によって生じた損害賠償を請求する権利を有し、それで自らの居住利益を確保することが可能となる。

三 配偶者居住権制度の光と影

「共同相続人間の平等」という原理を採用する日本の相続法では、配偶者居住権制度の創設は、相続人間での遺産分割に関する紛争の発生を避けることに対して効果がある。そして、居住建物の所有権と比較してその評価額が低額である配偶者居住権を取得することを通じて、生存配偶者の以後の居住環境を確保しつつ、配偶者が以後の生活確保に必要な金銭などの現物を遺産から取得することも可能となる。

(一) 配偶者居住権制度の現実的価値

1. 生存配偶者の居住確保の法的手段の充実

平成30年民法改正前は、所有者である配偶者の死亡後、生存配偶者が以後の居住問題を解決するために、遺産に属する居住建物の所有権を遺産分割等で取得するのが最も確実的な方法とされていた。しかし、共同相続人間でそれを実現するための協議が整わず、裁判における審判分割となった場合には、居住建物の価額が生存配偶者の具体的相続分を超えるときには、生存配偶者が他の相続人への代償金を支給資力がなければ、単独所有権の取得は実現不能になる。また、生存配偶者が代償分割により居住建物の単独所有権を取得した場合でも、その代償金の支払いにより生計上支障をきたす場合もあることから、結局、生存配偶者の安定的な老後の生活の維持が実現できない恐れを伴う。

³⁸⁷ 堂蘭＝野口・前掲注355)46頁。

³⁸⁸ 法制審議会民法(相続関係)部会「部会資料2 相続法制の見直しに当たっての検討課題(1)」6頁(平成27年5月19日)(<http://www.moj.go.jp/content/001146512.pdf>)。

³⁸⁹ 法制審議会民法(相続関係)部会「部会資料2 相続法制の見直しに当たっての検討課題(1)」6頁(平成27年5月19日)(<http://www.moj.go.jp/content/001146512.pdf>)。

また、被相続人が遺贈や死因贈与により遺産に属する居住建物を生存配偶者以外の者に帰属させた場合には、生存配偶者が自らの居住を確保するため、受贈者からの明渡請求に対抗する手段としては、遺留分減殺請求³⁹⁰しかないことが指摘されていた。ただし、遺留分減殺請求も、遺留分侵害の限度で現物の持分権を取り戻せるだけで、受贈者との共有になった不動産での生存配偶者の居住の継続を保障するものではない。生存配偶者の居住は依然として不安定な状態に留まる。

一方、最高裁平成8年12月7日判決の法理に基づき、生存配偶者と被相続人との間で遺産分割時を終期とする使用貸借契約の成立を推認することにより、生存配偶者の一時的な居住利益を確保することも可能である。ただし、使用貸借契約の締結について被相続人が明確に反対の意思を表示していた場合、この解釈を運用する余地はなくなる。そこで、生存配偶者の居住確保のためには依然として立法的解決が求められる。

これを受け、平成30年民法改正で新設された配偶者居住権の場合、生存配偶者は、遺産に属する居住建物の単独所有権を取得しなくても、以後の居住を確保することが可能となる。特に、残された配偶者の遺産分割終了時までの居住環境を保護する必要がある場合には、法定権利として位置付けられる配偶者短期居住権を運用することで、生存配偶者が、被相続人の死亡に伴い直ちに遺産に属する居住建物から退去させられ、精神上又は身体上大きな負担を受ける危険性を避けることが可能となる。

2. 相続人間の紛糾の回避

被相続人の死亡後、共同相続人の中で遺産の分割などに関する紛争がしばしば発生する。その中では、居住建物の帰属又は使用に関する紛争も多い。被相続人が死因贈与又は遺言で遺産である建物の帰属を明確に定めなければ、被相続人の死亡に伴い当該建物は共同相続人の遺産共有に属する財産になる。共同相続人の中でその帰趨に関する協議が調わなければ、生存配偶者が遺産である居住建物を継続して使用することは困難になる。

また、近年、高齢者の再婚率が高まる一方で、子どもが自らの相続分の減少を回避するため、高齢者である父母の再婚に反対するケースがある。そこで、高齢者同士が再婚をしようとする場合、子どもたちの相続分を確保するために、再婚前に自己が所有する建物を子どもに帰属させるとの負担付贈与を明確に表示する事例がよく見られる。そのような場合には、居住建物の所有者である配偶者の死亡に伴い、生存配偶者が居住場所を失い、困難な状態に陥る恐れがある。

すなわち、死亡した配偶者所有の建物の使用を内容とする権利に関する条文が設けられていなかった平成30年民法改正前の段階では、被相続人の特有財産である居住建物の

³⁹⁰ 平成30年民法改正によって、遺留分権利者は、遺留分減殺請求権ではなく、遺留分侵害額請求権を有することになった。すなわち、民法第1046条1項によると、遺留分権利者及びその承継人は、受遺者又は受贈者に対し、遺留分侵害額に相当する金銭の支払を請求することができる。

使用に関する契約や遺言がなければ、共同相続人間において遺産である居住建物の帰属又はその使用に関する紛争の解決が容易ではなかったと言える。

配偶者居住権制度の創設に伴い、高齢の再婚夫婦の場合においても、相続人である子どもが当該建物の所有権を取得するとともに、生存配偶者がこの建物の居住権を用いて以後の居住を確保することも可能となる。また、生存配偶者が配偶者居住権を取得した場合は、その財産的価値に相当する金額を相続したものとして扱うことから、配偶者は居住建物以外の遺産からは、自己の具体的相続分から配偶者居住権の財産評価額を控除した残額について財産を取得することになるため、配偶者が配偶者居住権を取得しても、他の相続人の具体的相続額は変わらない³⁹¹。そこで、配偶者居住権の設定という法手段は、配偶者と他の相続人の間で相続利益の分配に関する紛争の減少に対して有用なものであり、その運用により、生存配偶者の居住の問題が解決されるとともに、相続人である被相続人の子どもの相続における利益も確保され、遺産に属する居住建物に関する紛争の軽減に資することが期待できる。

3. 生存配偶者のための遺産からの現物利益の取得の確保

平成30年民法改正前の段階で運用された建物の帰属などの方策は、一定程度生存配偶者の一時的又は長期的な居住利益を確保することができるが、生存配偶者は評価額が高額である所有権を取得する場合、以後の生活確保に必要な預貯金などの現物利益を確保することが困難となり、この配偶者の以後の生活に支障をきたす恐れがある。

平成30年民法改正で創設された配偶者居住権制度を用いることにより、生存配偶者が居住建物の所有権と比較してその評価額が低額である配偶者居住権を取得することができ、配偶者が遺産分割や遺贈などにより配偶者居住権を取得した上でも更にそれ以外の遺産である金融資産などを取得しやすくなる³⁹²。それを通じて、生存配偶者の以後の居住環境を確保しつつ、以後の生活確保に必要な金額の金銭などの現物を遺産から取得することも可能となる。それで、生存配偶者の以後の安定的な居住環境を確保するとともに、生計の困窮状態に陥る危険を回避することができるようになる。

(二) 配偶者居住権制度自体の問題点

配偶者居住権制度が施行されて間もない2021年の時点において、裁判実務では、配偶者居住権に関する紛争を扱った裁判例はまだ現れていない。そこで、本論文では、以下、平成30年民法改正で創設された配偶者居住権制度自体に残された問題点に着目し、その条文又は適用対象などについて検討を試みる。

1. 限定的な適用対象

³⁹¹ 潮見・前掲注348) 334頁。

³⁹² 片岡＝管野・前掲注356) 108頁。

平成 30 年民法改正で創設された配偶者居住権制の適用対象は、法律婚の配偶者に限定され³⁹³、事実婚や同性カップルは対象外となっている。その理由として、同性カップルという関係はまだ法律によって認定されていないこと、事実婚の場合には内縁配偶者はそもそも相続権を有していないこと、内縁配偶者を権利主体に含めると、その該当性をめぐって紛争が複雑化・長期化する恐れがあることなどが挙げられている³⁹⁴。

法律婚の尊重の強化という観点に基づいて、配偶者居住権制度の適用対象を法律婚の配偶者に限定されることは、一つの考え方として相当である。しかし、婚姻届を提出せず共同生活をしていた事実婚夫婦又は同性カップルの場合も、残された生存配偶者について、共同生活における被相続人の個人財産の価値維持などに対する寄与があることは否定できない。そのため、事実婚の場合、残された配偶者に法定相続権を付与していない現行民法の下では、相続時の遺産分割事実婚継続中の寄与に相当する財産の取得が不可能であることから、その対応が問題となる。特に、残された内縁配偶者が継続的に被相続人と共同で居住していた遺産に属する居住建物を使用する要望を持つ場合、共同生活の寄与を一定期間の居住の権利という形に転換できる法制度の整備が求められるのではないかと考える。

ただし、相続は、被相続人の権利義務を相続人が包括的に承継することを内容とするものであり、被相続人に対する債権を有していた者や債務を負っていた者にとっても、被相続人の権利義務がどのように承継されるかは重大な利害関係を有する事柄である。そのため、これらの第三者は相続人の範囲をできる限り明確かつ画一的に判断することができるようにする必要のあるとの指摘がある³⁹⁵。日本では、法律上の婚姻は届出によりその効力が生ずるとされており基準が明確である。しかし、たとえば、法律上同性婚は認められておらず、同性婚関係にあることを一律に公示する制度もないため、仮に同性婚のカップルに法定相続権を認め、配偶者居住権の設定を是認すれば、相続人の範囲を第三者が明確に判断することができなくなり、相続債権者などの利害関係人が不測の損害を受ける恐れがある。この点について、平成 30 年民法改正に関する国会の審議では、同性婚の関係にある者は相互に法定相続権は持たないが、遺言を活用すれば、その貢献に報いたり、その生活を保護する措置を講じたりすることが可能であるという旨の答弁がなされていた³⁹⁶。ただし、遺言を作成しないままに同性カップルの一方が急に死亡した場合、共同生活中経済上依存関係にあった他方の利益は依然として保護の対象外となる。

³⁹³ 法制審議会の審議の初発の時点において、事務局は、配偶者居住権制度の適用対象が法律婚の配偶者として限定される旨を明言している。すなわち、事実婚の配偶者をどのように考えていくかを含めた議論をするのかという質問(南部委員)に対して、諮問事項にある「配偶者」は法律上婚姻している者を指すという回答がなされている(堂園幹事)のである。法制審議会民法(相続関係)部会「第 1 回会議事録」15 頁〔堂園幹一郎発言〕(平成 27 年 4 月 21 日) (<https://www.moj.go.jp/content/001149467.pdf>) 参照。

³⁹⁴ 堂園＝野口・前掲注 355) 11 頁。

³⁹⁵ 第 196 回国会参議院法務委員会会議録第 21 号 4 頁 (https://www.sangiin.go.jp/japanese/gianjoho/old_gaiyo/196/1964103.pdf)。

³⁹⁶ 第 196 回国会参議院法務委員会会議録第 21 号〔若松謙維発言〕(平成 30 年 7 月 5 日) 4 頁 (https://www.sangiin.go.jp/japanese/gianjoho/old_gaiyo/196/1964103.pdf)。

もちろん、事実婚の配偶者又は同性カップルの利益の保護は日本の家族の在り方の根幹に密接な関わりを持つものであるため、これらに法的権利を認めるかどうかについては慎重な検討を要する。ただし、今後、婚姻関係の実態の変化や国民及び社会の要請により、配偶者居住権制度の適用対象の拡大に関する検討も必要となってくるのではないかと考えられる。

2. 換価の困難性

配偶者居住権を取得した生存配偶者が自立能力を失い、要介護状態になって、転居せざるを得なくなった場合、特に特別養護老人ホームなどの施設に入居する必要があるときには、入居費用の確保が必要となる。しかし、平成30年民法改正で導入された配偶者居住権制度では、配偶者居住権の譲渡は禁止されていることから、生存配偶者はこの権利を第三者に売却することはできない。そこで、生存配偶者が施設の入居費用を確保するためには、自らの配偶者居住権を居住建物の所有者に買い取ってもらうか、居住建物の所有者の承諾を得た上で第三者に居住建物を賃貸する方法があるとされている³⁹⁷。ただし、いずれも、建物の所有者との関係が良好であることが前提であり、前者の場合、市場での売却ではないことや所有者の支払能力によっては、生存配偶者の希望する価額での買い取りが可能である保障がない。また、後者についても、賃料の一時にまとまった額を取得することは困難であるという難点がある³⁹⁸。

このように、配偶者居住権の設定により、生存配偶者の終身的な居住を確保することは可能であるが、配偶者居住権を取得した生存配偶者が転居を必要とする場合に問題が残る。

四 日中両国における居住権に関する法制度の比較

日本では、平成30年の法改正によって、配偶者居住権制度が創設され、残された生存配偶者のために配偶者居住権及び配偶者短期居住権が新設された。一方、中国においては、2021年1月1日に施行された民法典の中に居住権に関する条文が設けられ、これにより、中国の民事法律体系の中にも居住権制度が創設されたことになる。

(一) 日中両国における居住権に関する法制度の共通点

日本で新設された配偶者居住権制度と中国の民法典で確立された居住権制度はいずれも、居住の利益を確保する必要がある者のために創設された法制度である。その制度趣旨及びそれを実現するために設けられた諸条文には、共通点が見られる。

1. 制度趣旨

³⁹⁷ 法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料26-2 補足説明」2頁（平成30年1月16日）（<https://www.moj.go.jp/content/001246035.pdf>）。

³⁹⁸ 松原・前掲注353）28頁。

日本では、夫婦の婚姻中の法定財産制として別産制を定める。そのような現行規定の下で、居住建物の所有者である配偶者が死亡した場合、生存配偶者の居住の確保が要請されるが、平成30年民法改正前の段階では、法的手段の不完備により生存配偶者の安心で確実な居住の確保は必ずしも担保されていなかった。平成30年法改正で配偶者居住権制度を明文化することにより、生存配偶者の居住の確保と共同相続人でもある生存配偶者と子との相続に関する利益の衡平が法制度上確保されるに至ったと言える。

それに対して、中国では、居住建物をを用いて家族内における弱者である高齢者などの老後の住居の確保を実現するための法的根拠を提供することを目的として、民法典の制定に際し、居住権制度の創設に関する議論が展開された³⁹⁹。その結果、民法典において、用益物権としての居住権に関する法制度が新設され、他人所有の建物の使用を内容とするその権利が明記され、また、遺言の方式で設定された居住権も居住権制度の運用対象の1つとして位置付けられた。すなわち、中国では、居住権制度の下における居住権の設定に関する契約の締結は、他人所有の居住建物を使用する要望がある者の需要を満たすものとして、遺言の方式で設定された家族内における弱者に属する高齢の生存配偶者のための居住権をめぐる紛争が生じた場合、その解決も居住権制度の準用によって実現可能となり、それにより、民法典における居住権制度の創設は、高齢の生存配偶者の今後の居住の確保に対しても有用なものと言える。

このように、日中両国における居住権に関する法制度の趣旨は、高齢の生存配偶者の安定的な居住環境の確保という点において類似する。確かに、日本のみならず中国の場合でも、高齢化社会の突入に伴い高齢者の生活の保障等が社会的問題としては深刻化している。その一つが所有者である被相続人の死亡後の生存配偶者の居住の確保であり、両国とも立法的解決によってこれに対応したと見ることができる。

2. 法律の内容

日中両国の居住権に関する法制度については、権利の適用対象や要登記性などにおいて共通する性格が見られる。

(1) 権利の適用対象

日本で平成30年民法改正によって創設された配偶者居住権制度は、生存配偶者をその権利の適用対象として明記した。離婚配偶者については、婚姻関係解消後の居住問題を解決するために配偶者居住権制度を準用することは許されない⁴⁰⁰。

これに対し、中国の民法典で創設された居住権制度では、適用対象は契約によって合意された居住権及び遺言により設定された居住権に限定されている。したがって、相続

³⁹⁹ 2018年8月27日に、全国人大常委会法制工作委员会沈春耀主任により第一届全国人大常委会第五次會議第一次全体會議で報告された「民法典各編（草案）に関する説明」を参照した。

<http://www.npc.gov.cn/npc/c35179/201808/60560b986e0e426aa784c845d3b9c872.shtml>（最終検索日：2021年11月11日）。

⁴⁰⁰ 堂蘭＝野口・前掲注355）11頁。

の場合に、所有者である被相続人が遺言で設定した生存配偶者のための居住権に関する紛争は、民法典の居住権制度の規定を準用して解決することができる。

(2) 制度の趣旨

平成30年の法改正により確立された日本の配偶者居住権制度であっても、民法典で明記された中国の居住権制度であっても、居住権は居住環境の確保のために創設されたものとして位置づけられる。両法の制度は、他人所有の建物を使用する必要性と使用の希望を有する者の保護を目的としており、その目的に従って居住の確保に関する法律内容を規定した。

ただし、居住権の設定に伴い、建物所有者の直接占有及び使用権限が失われ、また、居住権付きの建物については不動産としての流通可能性が阻害される恐れがある。そこで、建物所有者の所有権を不当に制限する危険性を回避するために、所有者に配偶者の使用を受忍する義務以外に特段の義務を負わせないように想定されており、所有者と居住権者の利益の均衡を図るため、居住権者の使用には制限が加えられている。

例えば、日本で創設された配偶者居住権の場合、生存配偶者はこの権利を譲渡することができず（民法1032条2項）、居住建物の所有者の同意を得ずに生存配偶者が第三者に居住建物の使用をさせることもできないとされている（民法1032条3項）。また、中国でも、当事者間で別途約定がない限り、居住権は譲渡してはならず、居住権が設定された居住建物は賃貸することができないものとしている（民法369条）。

(3) 権利の登記

日本の配偶者居住権では、建物の所有者は配偶者に対し配偶者居住権の登記を備えさせる義務を負うとされている（民法1031条）。中国の民法典で創設された居住権においても、居住権の設定時に、登記機関に登記を申請しなければならない、居住権は登記の時から効力を生じると規定されている（民法368条）。

不動産の物権変更に関し、登記要式主義を採用する中国の民事法制度の下では、不動産物権の設定、変更、譲渡及び消滅は、法律の規定に従い登記を経ることによりその効力を生ずる。したがって、用益物権である居住権が設定されると不動産の利用権限を有する者が変更されことになり、法登記を備える必要がある。

一方、登記の公信力を認めていない日本では、配偶者居住権が設定された際に、権利の登記に伴い、公信力は生じないが、その対抗力は発生する。そのため、配偶者居住権の登記は居住権者の第三者への対抗力の有無と密接な関わりを持つものとなり、建物所有者が自らの所有物である居住建物の取引市場での流通を促すために、権利の登記に協力しない恐れがあることが予測される。これを受け、建物所有者が居住権の登記に協力しない場合には、配偶者が所有者の登記申請の意思表示に代わる判決を得て、単独で登記の申請をすることができるように規定された（民法1029条）。

したがって、日中両国において、居住権を取得した者が自らの居住環境を確実に保護するためには権利の登記手続きを行う必要があり、これは居住の確保の上で有用な手段であると言える。

(二) 日中両国における居住権の相違点に関する検討

1. 権利の法定性

日本では、平成 30 年民法改正で新設された配偶者居住権の場合、その権利期間、建物所有者との権利義務関係、費用の負担などの内容に関し明文の規定が設けられた（民法 1030 条、1031 条、1033 条及び 1034 条）。これは法定の権利であり、その内容について、配偶者居住権を取得した生存配偶者と建物所有者の間で配偶者居住権の内容に関する合意がなくとも、法律にしたがって定まる。

これに対し、中国の民法典における居住権は契約締結により設定される。契約で定めるべき事項については民法で例示されているが、最終的な内容の確定は当事者双方の合意に委ねられる。すなわち、中国では、居住権は法定居住権ではなく約定居住権として規定されており、他人所有の建物に居住することを望む者は法律の条文により直接、居住権を取得することはできない。

2. 権利内容についての検討

(1) 権利の存続期間

配偶者居住権の存続期間を生存配偶者の終身の間とする日本法とは異なり、中国の民法典の居住権は、存続期間を当事者双方の合意に委ねることとしている（民法 366 条）。これは、当事者の意思を尊重するという意味を持つが、通常、住居困窮者に該当する当事者は社会的弱者であるため、居住建物の所有者と平等な当事者としての地位で交渉の場に立つことは必ずしも容易ではない。そのため、居住権の存続期間を当事者の意思に委ねてしまうと、契約上の弱者たる居住困窮者が不利な状況に陥ってしまい、その正当的な利益を害する不公平な契約が締結される恐れがある。

(2) 権利の設定対象

日本では、配偶者居住権は、生存配偶者が相続開始の時点において居住していた被相続人が所有する建物を対象とする（民法 1028 条）。したがって、民間の賃貸建物は、配偶者居住権の設定対象とならない。ただし、民間借家の場合、高齢者の居住の安定確保に関する法律（以下、「高齢者住まい法」と言う）に基づく高齢者のための終身建物賃貸借制度が設けられていることから、生存配偶者は配偶者居住権によらなくても、特別法によって保護される（高齢者住まい法 52 条）。高齢者住まい法の下で、自らの居住確保を必要とする高齢者は、公正証書による等書面によって契約をするときに限り、借地借家法第 30 条の規定にかかわらず、終身にわたって住宅の賃貸権を取得することが可能となる。

ただし、被相続人の名義で賃借された借家の場合、賃借権はそれ自体、目的物の使用収益という財産的価値を含んでおり、また一身専属権に属しないものであるため、相続の対象となる。相続人が複数存在する場合には、原則として共同相続人全員が法定相続分に応じてその賃借権を共有（準共有）することになる。その場合、各相続人は、それぞれの持分に応じて賃借物を使用することができる。それとともに、賃料債務は共同相続人らの不可分債務となるため⁴⁰¹、賃貸人は共同相続人のいずれに対しても、賃料全額の請求が可能となる。このような法律関係にあることから、相続人たる生存配偶者は法定相続分に基づいて継続的に借家に居住することが可能であり、被相続人の死亡に伴い当然に住居を失う事態に陥る恐れはない。

これに対し、中国では、居住権制度の中で権利の設定対象の制限に関する規定は設けられておらず、他人が所有する居住建物にも居住権の設定が可能となる。そこで、被相続人が自分の名義により賃借建物を使用していた場合、その建物は被相続人の相続財産に属しないことから、当該建物の居住権の設定という法手段を運用して生存配偶者の以後の居住環境を保護することができない。ただし、民法典の賃貸借契約に関する規定により、賃借人が建物賃貸借期間中に死亡した場合は、生前これと共に居住していた者は、原賃貸借契約に従い当該建物を賃借することができる（民法 732 条）。

したがって、生存配偶者が賃借名義人である被相続人と共同で賃借建物に居住していた場合、被相続人が賃借期間中に死亡したときは、生存配偶者が原賃貸借契約に基づいて当該建物に住み続けることができる。それにより、生存配偶者が賃借名義人である被相続人の死亡後、直ちに住み慣れた居住建物を退去する必要はなく、精神的にも肉体的にも大きな負担を負う危険性を避けることができる。

(3) 権利の設定手段

日本では、配偶者居住権は、配偶者に配偶者居住権を取得させる旨の遺産分割、遺贈又は死因贈与がされることによって成立する⁴⁰²。もちろん、「遺産の分割」には遺産分割の審判も含まれるから、他の相続人が反対している場合であっても、審判によって配偶者に配偶者居住権を取得させることは可能である⁴⁰³。

本来、居住建物の所有者が配偶者居住権の設定に反対している場合に、審判により配偶者に配偶者居住権を取得させることとすると、遺産分割が終了した後も配偶者と居住建物の所有者との間で紛争が生ずる恐れがある。そこで、居住建物の所有者の意思を問わず、家庭裁判所の判決で配偶者居住権を生存配偶者に取得させる場合、共同相続人間の衡平を確保するとの観点から、そのような運用のできる場合が限られている。すなわち、遺産分割の請求を受けた家庭裁判所は、①共同相続人の間で、配偶者に配偶者居住権を取得させることについて合意が成立しているときか、②配偶者が家庭裁判所に対し

⁴⁰¹ 大判大正 11 年 11 月 24 日民集 1 卷 670 号は、「賃貸人との関係においては、各賃借人は目的物の全部に対する使用収益をなしうる地位にある」として、賃料債務を不可分とみて賃貸人は賃借人各自に賃料の全額を請求できるとした。

⁴⁰² 堂藪＝野口・前掲注 355) 12 頁。

⁴⁰³ 堂藪＝野口・前掲注 355) 13 頁。

て配偶者居住権の取得を希望する旨を申し出た場合において、居住建物の所有者の受ける不利益の程度を考慮してもなお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に限り、配偶者に配偶者居住権を取得させる旨の審判をすることができるとしている（民法 1029 条）⁴⁰⁴。

これに対し、中国の民法典の居住権制度では、遺言の方式のみならず、一般的な契約をもって非所有者である者のための居住権設定も可能である（民法典第 366 条、第 371 条）。

権利の設定手段につき、中国の場合と異なり、日本では、家庭裁判所の審判で配偶者居住権の設定が可能であるという特徴がある。それは、中国の居住権に関する法制度の完全化を目指す上で参照価値があると考えられる。その理由は、被相続人の遺言で生存配偶者の居住権の設定がされていない場合、家族構成員の間で、居住権設定に関する合意を成立させることができなければ、民法典で定められた権利の設定手段では生存配偶者のための居住権を設定する余地がない。

裁判所の審判という設定手段の明記は、残された配偶者の居住利益の確保に対して有用である。通常、当事者の合意による契約の締結という法的手段を用いて生存配偶者に居住権を付与しようとする場合、配偶者と相続で建物を取得した相続人との関係が良好であることが前提となろう。しかし、高齢者の再婚の場合、血縁関係のない再婚配偶者と前婚の子との間で相続の利益に関する紛争が生じやすく、双方の間で配偶者居住権の設定に関する協議が整わない恐れがある。そのような場合、家庭裁判所が、生存配偶者に配偶者居住権を付与する必要があると判断すれば、自らの裁判権に基づき、配偶者居住権の設定という法的手段を運用することができるならば、生存配偶者の以後の居住環境の確保に対して重要な役割を果たすことになる。

(4) 権利の無償性

中国の民法典で創設された居住権は、原則として無償である（民法典第 368 条）。これに対し、日本では、配偶者居住権は賃借権類似の法定の債権であると解される。ただし、賃借権とは異なり、配偶者居住権の存続中に配偶者居住権を取得した生存配偶者は賃料の支払義務を負わない。それに代わって、配偶者居住権の対価は、遺産分割の中で配偶者居住権を金銭的に評価し配偶者の相続分に当てることで尽くされる⁴⁰⁵。そのため、日本法で定められた配偶者居住権は無償のものとは言えない。

(5) 小括

日中両国において創設された居住権制度は、いずれも居住の確保を必要とする者の保護に資する。ただし、日本では、配偶者居住権は、生存配偶者のために居住建物の使用収益権限のみを認め、処分権限のない権利を創設することによって、遺産分割の際に、

⁴⁰⁴ 堂藪＝野口・前掲注 355) 13 頁。

⁴⁰⁵ 前田＝本山＝浦野・前掲注 354) 347 頁。

配偶者が居住建物の所有権を取得する場合よりも低廉な価額で居住権を確保することができるようにすること等を目的とするものである⁴⁰⁶。これに対し、中国の居住権制度は、住居の困窮状態に陥る恐れがある者の居住問題を解決するために、建物の居住という機能を最大限に発揮することを目的とする。そのため、日中両国で創設された居住権は異なる趣旨と法的位置づけを有することが見て取れる。

⁴⁰⁶ 堂菌＝野口・前掲注 355) 9 頁。

第五章 中国における居住権制度に関する提言

前章の通り、日本における平成30年民法改正で創設された配偶者居住権制度及び中国の民法典で確立された居住権制度に関する比較研究を通じて、中国の居住権制度に残留された問題点を明らかにした。それをもとにして、本章では、中国における居住権制度の問題点の解決策を検討する。

第一節 離婚経済援助制度の補強

中国では、2021年に施行された民法典で創設された居住権制度の下で、民法第371条は、居住権制度の適用範囲を規律し、家族関係にある者の間で、遺言の方式で居住権が設定される場合に居住権制度の規定を参照して適用すると明記した。しかし、離婚夫婦の間で約定された居住権については、居住権の条文を準用することは民法典において明記されなかった。そして、婚姻法第42条で定められた離婚経済援助制度は民法典によって承継されたため（民法典第1090条）、民法典の施行後に離婚した配偶者の居住確保は、引き続き離婚経済援助制度の運用によって実現可能であると考えられる。

もちろん、離婚夫婦の間で婚姻用建物の帰属が決まった後に、夫婦双方の合意に基づき当該建物に非所有者である離婚配偶者の居住の権利を設定する場合、婚姻用建物は離婚夫婦の実質的な共有財産に属せず、離婚配偶者の一方の特有財産になることから、この権利は、民法典で定められた他人所有の建物の使用を内容とする居住権に該当し、居住権に関する条文内容を準用することが可能となる。

ただし、実際には、離婚夫婦の間で居住の確保という法手段を用いる場合、婚姻用建物はまだ夫婦双方の実質的な共有財産に属するものであることから、その使用を内容とする権利は、民法典で明記された居住権と異なり、結局それは居住権制度の条文内容を準用する余地がないと結論付けられる。

したがって、民法典の施行後、離婚経済援助制度は依然として離婚した配偶者の以後の生活保護、特に居住確保に対して極めて重要な役割を果たすものである。そのため、そこでの問題点に対する解決策の模索が必要となる。

一 離婚経済援助制度の法的位置付けの再考察

(一) 離婚後居住の確保という方策の日中両国における位置付け

1. 中国の離婚経済援助制度の条文及びその運用実態

中国では、民法典の施行前の段階において、離婚経済援助制度は婚姻法第42条及び司法解釈（一）第27条によって確立されたものである⁴⁰⁷。中国の婚姻法及びその司法解釈

⁴⁰⁷ 婚姻法第42条は、「離婚の際、もし一方が生活に困窮しているならば、他方は居住建物などの個人財産の中から適切な援助をしなければならない。その具体的な方法は双方の協議により決まり、協議が調わないときは、人民法院の判決による決まる。」と規定した。さらに、その適用範囲は、司法解釈（一）第27条によって、離婚夫婦の

は、離婚後、一方配偶者が住居を有していない場合は「生活困難」に当たるのであり、離婚時に、夫婦の他の一方がその個人財産による援助として住居をもって生活困難者に該当する一方配偶者を援助する場合、居住建物の離婚後居住権又は当該建物の所有権をその方法として用いることができるとしている。そこで、民法典の施行前の段階における離婚経済援助制度の内容からは、それを基本的には離婚時の財産分与の後に運用される法制度として位置づけようとする立法者の態度が見て取れる。

ただし、裁判実務では、人民法院が、離婚時の財産分与において婚姻用建物の帰属を決定する際に、離婚後の居住保護など扶養的財産分与の要素を考慮した事例もある（第3章【事例29】）。もちろん、婚姻法39条⁴⁰⁸（民法典の施行により失効）及び女性權益保障法48条⁴⁰⁹（現行有効）によると、離婚時の財産分与において、夫婦共有の婚姻用建物の帰属を決める際に、女性の權益に配慮するとの原則に基づき、夫婦の共有財産及び共同財産を分与することは相当であるが、財産分与の段階で離婚後の居住確保などの要素を総じて考慮すると、離婚で居住の困窮状態に陥る恐れがある配偶者を過剰に保護するという危険性が生じ、離婚夫婦の利益衡平が実現できないこととなる。

その後、民法典の施行に伴い婚姻法の法的効力が失われることになるが、婚姻法第42条を踏襲した民法典第1090条は、「離婚の際、一方が生計に困窮している場合には、経済的資力を有する他方配偶者は適当な援助をしなければならず、その方法は、離婚夫婦双方の協議により決まるが、協議が調わないときは、人民法院が判決で確定する。」と明記し、離婚経済援助制度を承継した。ただし、最高人民法院により公布された「民法典婚姻家庭編司法解釈（一）」において、婚姻法「司法解釈」（一）で定められた「生活困難者」の判断基準又は援助手段などの内容を承継しなかったことから、民法典の施行後の離婚経済援助制度の法的位置付けについてなお検討が必要となる。

2. 日本における扶養的財産分与の位置付けとその運用

日本においては、離婚時の財産分与で、夫婦の一方の経済力が弱く、離婚後に経済的に自立して生活することが見込めない場合、他方から一方に財産分与として生活費の補助となる定期金を一定の期間支払うことを夫婦間で約束する場合がある。すなわち、日本では、このような扶養的財産分与が、清算的財産分与と並列し、離婚夫婦の衡平を図る方策として運用されている。離婚後における相手方の生計の維持を目的とするもの

一方の個人財産及び離婚の際に得た財産により当該地域において基本生活水準を維持できない情况及び離婚後に一方配偶者が居住建物を有さない状況に限られると明記された。

⁴⁰⁸ 婚姻法第39条によると、離婚の際、夫婦の共有財産は双方の協議により処理についての協議が調わないときは、人民法院が財産の具体的状況、子と妻方の権利・利益に配慮する原則に基づいて判決する。

⁴⁰⁹ 女性權益保障法第48条によると、夫婦共有の家屋については、離婚時に、双方が紛争住居の分与に関する合意によって解決する。合意できない場合には、人民法院が双方の具体的状況に基づき、子女及び女性側の權益を優遇するとの原則に基づき判決する。ただし夫婦双方に別段の約定のある場合を除く。

夫婦が共同で賃借する家屋については、離婚時に、女性側の住居の確保を、子女及び女性側の權益を配慮するという原則により解決しなければならない。

で、この意味の財産分与が認められることについては、判例上、学説上も争いがない⁴¹⁰。

扶養的財産分与と住居確保の必要性の関係につき、一方配偶者に従前の住居にそのまま居住する必要がある場合、そのような事情を扶養的財産分与として考慮し、この配偶者に不動産の所有権を帰属させたり、利用権を設定する場合がある。また、離婚により、配偶者が従前の住居から退去せざるを得なくなるという事態が生じる場合があるが、この場合、転居費用や新たな住居を確保する必要があるところ、離婚が一方の専ら又は主たる責任による場合は、その費用をこの有責者に負担させるのが公平と言える。もし、そうでない場合であっても、離婚に伴って生じる費用であるから、退去する者の生計を維持するのに必要な費用ということができよう⁴¹¹。

そして、裁判実務では、離婚後に自力で生活することが困難となる配偶者の以後の生活を確保するために、扶養的財産分与としてこの配偶者への生活資金の支払い又は使用借権の設定などの法的手段を用いる（第4章【事例79】、【事例80】）。

これらの裁判例からは、扶養的財産分与として非所有者である配偶者に使用借権（場合によっては賃借権）を付与することによって、離婚夫婦間の衡平を確保しつつ、離婚配偶者の生活資金の確保と居住問題の解決を共に実現していることが見て取れる。

（二）中国法の下での離婚経済援助制度の法的位置付けの再検討

1. 中国における扶養的財産分与の活用の必要性

中国では、離婚配偶者が離婚によって生計に困窮する者に該当しない場合、当該配偶者に離婚経済援助の方策を付与する余地がない。しかし、特に、この配偶者が未成年者である子女の直接的な扶養義務を負う場合や、又は高齢者の離婚である場合、以後の子女の就学環境の確保や高齢の離婚配偶者の安定的な生活環境の維持を実現するために、従前の住居を用いて一定期間の居住の確保が必要となる場合がある。

現行の民法典の下、生計困窮者以外の者は離婚経済援助方策を用いて以後の居住環境の確保を実現できる可能性は低く、離婚時の財産分与で婚姻用建物の所有権を取得しなければ、転居費用や新たな住居を確保する必要がある。そのため、離婚により多大な不利益を被る恐れが生じる。

そこで、中国法においても、離婚時の財産分与の段階において、扶養的財産分与の要素をあわせて考慮する必要があると考えられる。とくに子女が就学期にある場合又は離婚配偶者が高齢の場合、財産分与において子女と妻の権利・利益に配慮するとの原則に基づき、離婚後の居住環境の確保の実現が難しければ、婚姻用建物の帰属を決定する際に、扶養的財産分与という要素に配慮すべきである。

⁴¹⁰ 松本・前掲注261) 4頁。

⁴¹¹ 松本・前掲注261) 178頁。

2. 財産分与と離婚経済援助の法的位置づけに関する提言

もちろん、単なる清算的財産分与によって離婚配偶者の以後の居住環境の確保が実現できれば、婚姻期間中に形成した夫婦の実質的な共有財産の清算により離婚夫婦間で不公平な結果に至る恐れはない。ただし、前述1のように未成熟子が就学期にある場合又は高齢配偶者の場合、子及び妻方の利益を配慮するという原則に基づき行われた財産分与で住み慣れた婚姻用住居を取得することができなければ、財産分与の中で離婚後の扶養という要素をあわせて考慮する必要が生じる。

その際、婚姻用建物の取得・維持に寄与度が高い方の配偶者が離婚後の扶養という方策の運用によって不利益を被る危険性を回避するために、他方配偶者への婚姻用建物の帰属ではなく、賃貸借契約の締結を通じて賃借権の設定という手段を用いることも有用である。

二 離婚経済援助制度の補強策

中国では、離婚配偶者の以後の生活確保を目的とする離婚経済援助制度は、婚姻法第42条及び民法典第1090条によって確立されたものである。もちろん、民法典の施行に伴い、婚姻法及びそれに関連する司法解釈の法的効力が失われることになる。ただし、民法典は離婚経済援助制度の内容を踏襲したことにも関わらず、民法典及びそれに関する司法解釈の下、離婚後の経済援助に関する条文内容は簡潔的なものに止まり、婚姻法司法解釈（一）第27条により明記された経済援助の方策などの内容を承継しなかった。そこで、民法典の施行後に、裁判実務で離婚後の経済援助という法制度を用いて離婚配偶者の以後の生活保護、特に居住確保を図る場合、離婚夫婦の間で利益上不公平な結果に至る恐れがある。

そこで、本論文では、婚姻法で定められた離婚後の経済援助に関する規定の内容を引用して離婚配偶者の以後の居住の確保を図った諸裁判例をもとにして、婚姻法及び民法典で確立された離婚経済援助制度の問題点に対する補強策の提言を試みる。

（一）制度適用対象の認定基準の再検討 — 「生計困窮者」の判断基準の緩和—

婚姻法第42条及び司法解釈第27条で規定された「生活困難」の判断基準については、「絶対困難基準」を採用していた（第2章参照）。確かに、司法解釈第27条で採用された「絶対困難基準」は、実務では運用しやすく、当該条文の起草者も各地域における基本的な生活水準の基準について具体的な規定を制定していたため、これを「生活困難」の判断基準として実現することが可能であった⁴¹²。ただし、基本的な生活水準という概念は、最低限の生活保障制度の創設に伴い、低所得者の生活環境を維持するために提出されたものであり、社会保障の性格が濃いと言えよう。そこで、私法関係にある離婚配偶者の離婚後の居住環境を保護しようとする場合、同様の基準の適用によっては不相当な結論が導かれうる。すなわち、離婚配偶者が当該地域における最低限の生活水準

⁴¹² 黄・前掲注5) 95頁。

を維持したとしても、居住の困窮状態に陥る恐れがある場合もあることから、「絶対困難基準」の採用によっては離婚経済援助制度の適用対象がかなり限られる。現実には居住の確保などの経済援助の施策を必要とする離婚配偶者が、結局離婚経済援助の付与対象外とされ、離婚により居住の困窮状態に陥るといった恐れが生じる。

さらに、民法典の施行に伴い司法解釈（一）の法的効力は失われており、それによって、現行民法の下、離婚経済援助の法的施策の運用基準に関する条文は設けられていない状態にある。結果として、「生計困窮者」に関する認定基準が欠如しており、離婚経済援助の適用対象に関する判断基準の検討が依然として必要となる。

学説では、司法解釈（一）で定められた「絶対困難基準」ではなく、「相対困難基準」に基づき経済困難に該当するかどうかを判断すべきであるとの提言がされていた。すなわち、2001年の婚姻法改正時に、学者建議稿⁴¹³において「相対困難基準」に関する条文が設けられ、離婚により生計の困窮状態に陥る恐れがある配偶者の場合のみならず、離婚後の生活水準が大幅に下落することが明らかである場合においても、当該配偶者に離婚後の経済援助を与える必要もあるとする⁴¹⁴。

この学者建議稿では、離婚経済援助制度の適用基準につき、「相対困難基準」を採用する場合、離婚後にたとえ一方配偶者が自らの生活水準を維持できるとしても、当該生活水準が婚姻関係存続中の水準より大幅に下落した場合も、生活困難とみなすとするべきであるとの立場が取られている。

また、近時、学説上離婚後の経済援助の法的根拠に関し、扶養義務延長説が有力説であり、すなわち、離婚配偶者に対する経済援助は婚姻関係の構築に伴い生じた夫婦間の扶養義務の延長化に基づき付与されるべきものということである⁴¹⁵。この説によれば、一方配偶者は他方配偶者が離婚により生計の困窮状態に陥るといった事態を回避する義務を負うと結論付けられる。そこで、当該地域における基本的な生活水準に関わらず、離婚に伴い直ちに婚姻用建物から退去させられることにより、所有配偶者は、非所有者である配偶者が精神上又は身体上負担を受ける危険性を避けるという義務を負うと解されることが可能となる。

あわせて、日本では、離婚後扶養の相当性に関しては、婚姻の予後効という法的理論に基づき論議を加え、その理論は中国法の下での離婚経済援助の付与対象の確定に対して参照価値がある。すなわち、婚姻の予後効という法的理論に基づき、「人は婚姻によって終生の生活の安定と向上をはかる」⁴¹⁶とした上で、それが破綻した場合は、国家の保護的施策が充実しない限り、経済的に余裕のある一方は、生活に困窮する他方に対して相当の扶養をすることは妥当であるとの見解が参考になる。それによって、経済的資

⁴¹³ 中国において、法改正の際、全人代法制工作委员会が法学専門家により座談会を開き、改正内容について検討を行ったと共に、専門家に法律内容を起草するように依頼した。通常、法学専門家により起草された法律草案は、専門家建議原稿と呼び、学者建議稿と略称する。

⁴¹⁴ 王=孫・前掲注13) 445頁。

⁴¹⁵ 巫・前掲注146) 345頁。

⁴¹⁶ 我妻・前掲注381) 155頁。

力のある一方は、他方配偶者につき婚姻関係の破綻によってその生活水準が大幅に下落するという事態が生ずることがないよう配慮すべき義務を負うと解することが可能である。この考え方に基づけば、中国法についても、離婚後の生活水準が婚姻中の水準より大幅に下落した場合においても、離婚経済援助制度の適用基準である「生計困窮者」に該当するとして、当該配偶者に居住の確保などの経済援助を与えるべきであると考えることが可能である。

(二) 居住確保策の運用期間の明確化

中国では、民法典の施行前において、離婚配偶者の以後の居住を確保するために離婚経済援助の方策を運用する際に、その運用期間は2年を超えることができないとされた⁴¹⁷。ただし、この内容の法的効力は民法典の施行に伴い失われ、離婚後居住権が民法典で新設された居住権制度の適用対象外とされている現時点では、居住確保策の運用期間に関する条文は欠如するという状態にある。

しかしながら、所有配偶者の使用権限に制約を加えることを前提とする離婚後の居住確保の方策の運用期間が明確に確定されなければ、所有配偶者の利益が過剰に制約され、離婚夫婦の間で不公平が生じる可能性がある。さらに、その後、離婚夫婦の間で方策の運用期間に関する紛争を生じさせるという恐れもある。

そのため、民法典の施行後に、離婚夫婦の間で居住確保の方策に関する協議が調わない場合、人民法院が判決で方策の運用を確定する際に、その権利期間を明確に決定する必要がある。ただし、権利期間に関する条文は設けられていない法体系の下では、その確定は人民法院の裁量権に委ねるとするしかなく、そのため裁判官によって異なる判断が下される恐れも生じる。このような場合、人民法院により下された判断は、離婚で居住の困窮状態に陥る恐れがある一方配偶者の離婚後の居住問題を解決することはできても、離婚夫婦間の衡平をも実現できるとは必ずしも言えない（第3章【事例20】）。したがって、離婚後の居住の確保を目的とする離婚経済援助の方策の場合、その存続期間が法律で明記されることが必要であると考えられる。

その際、離婚経済援助の目的を実現するためには、「絶対期間基準」ではなく、「相対期間基準」を運用すべきであると考えられる。すなわち、離婚夫婦間の利益衡平を確保するために、最長期間が法律により明確に定められる必要がある。その上で、その期間内に離婚経済援助を請求する配偶者が相手方所有の居住建物を継続的に利用する必要がなくなった場合には、その権利期間が満了したと見なすべきであることをあわせて法律で明文化する必要があるだろう。

⁴¹⁷ 最高人民法院の「人民法院が離婚案件を審理するにおける財産分与問題の処理に関する具体的な意見」第14条によると、婚姻関係存続中に居住していた住宅を、離婚時に夫婦の一方に帰属させた場合において、他方配偶者は離婚後住居がないことを理由として、当該住宅に暫く居住することを主張したときは、事実を踏まえて他方に居住をさせるべきであるが、その利用期間は2年を超えることができないとする。他方が賃貸住宅によって居住問題を解決しようとした場合、経済に援助させる必要があるときは、住宅所有権を取得した一方に対して、他方に経済援助一時金を支払わせることもできる。

三 利用権の設定という法手段の運用

(一) 離婚経済援助制度の限定的な適用対象と居住確保の実態

中国では、離婚経済援助制度の適用対象に、離婚により生活の困窮状態に陥る恐れがある配偶者との制約を加えている。それにより、離婚後に婚姻用建物を継続的に利用する必要がある配偶者が、特有財産及び財産分与で得た財産により以後の生活を維持することができれば、離婚後に離婚経済援助制度によって婚姻用建物を継続利用する方法を取ることができないことになる。

しかし、就学期にある未成熟子の直接的な扶養義務を負う一方配偶者が、婚姻用建物に対する寄与度が低いなどの理由に基づき、夫婦の共有財産の清算により婚姻用建物の所有権を取得することができない場合でも、子女の就学環境を確保するために、従前の住居に住み続ける現実的必要性があれば、そのための立法的解決が求められる。

現時点の中国では、子女のために婚姻用建物を購入する際に、不動産価格の高額さ及び婚姻に関する慣習などから、夫の父母が当該不動産の購入のために出資することが一般的に行われている。そのため、離婚時の財産分与では、人民法院は、婚姻用建物の購入資金の由来、寄与度などの要素に基づきその帰属を判断する際、当該建物を夫に帰属させる可能性が高い。ただし、離婚夫婦の間で未成熟子がいる場合には、離婚の後に子女が父から直接養育を受けたいという要望がない限り、母が相当な経済的資力を有するときは、人民法院は、当該子女の以後の生育の確保への配慮などを踏まえ、母に直接に養育義務を負わせるのが一般的である。このような場合、相当な経済的資力を有する母は、民法典第 1090 条で定められた「離婚により生計に困窮するもの」に該当せず、離婚経済援助の施策を用いて居住環境を確保することが困難となる。ただし、離婚後に直ちに従前の住居から退居させることは、就学期にある子女の就学環境の確保に対して悪影響を与えることになる。あわせて、離婚により生計の困窮状態に陥る恐れがなくても、新たに住居を確保することが困難で、母である配偶者に一定期間の利用権を付与する必要性が生じる場合もあり得る。

もちろん、離婚時の財産分与では、夫婦の実質的な共有財産に属する婚姻用建物を夫婦の一方に帰属させると同時に、他方配偶者の持分利益を保護するために、建物の取得者に他方配偶者への補償金の支給義務を負わせることが一般的である。このような場合、離婚時の清算で婚姻用建物を取得しなかった配偶者は、その補償金を用いて自らの離婚後の居住問題を解決することができる。ただし、裁判例では、補償金の支給期限が明確に確定されなかった事例が見られる（第 3 章【事例 29】、【事例 30】）。離婚経済援助を求める配偶者が法律で定められた「生計困窮者」に該当するかどうかを判断する際には、建物の補償金を含め当該配偶者の特有財産及び財産分与で得た財産を基準として、離婚経済援助の付与の有無が決定される。ただし、建物の補償金が実際に支払われていない間、事実上当該配偶者が離婚後の経済援助を必要とするという事態が生じ得る。また、新たな建物の購入や民間借家によっては就学期にある子の就学環境の確保が困難となるという恐れもある。

したがって、法律で明記された離婚経済援助の付与の対象に該当しないとしても、実際には配偶者への居住確保が必要となる事態が生じうる。そのような場合、離婚経済援助制度以外の居住確保の方策が必要になる。また、離婚夫婦の間で婚姻用建物の使用貸借関係を形成させることは、離婚経済援助制度の趣旨に反しない限り、使用貸借権の付与も離婚後の居住確保の一施策として運用される余地があると考えられる。

(二) 利用権の付与の法的位置づけ

1. 学説で展開された議論

中国では、居住権制度をめぐる立法を検討する中で、法定居住権という権利類型の増設によって、人民法院に離婚財産において居住権を設定する権限を付与しようとする学説が登場した⁴¹⁸。その中で、清華大学の汪洋准教授は、離婚配偶者に与える居住の確保策を居住権の種類の一つとして位置付ければ、離婚裁判において、建物所有者である離婚配偶者の意思に拘わらず、人民法院は離婚により生計の困窮状態に陥る配偶者の以後の居住環境の保護を図るために、当該配偶者に居住権を付与することが可能となると指摘した。また、民法典物権編の第一次審議草案に関する議論の中で、中央財経大学の陳華彬教授は、物権編における居住権の設定手段に関し、婚姻法司法解释（一）第27条により規定された住居の居住権の提供という離婚経済援助策も、民法典物権編により明記される必要があるとの指摘をした⁴¹⁹。

これらの学説が指摘するように、離別の場合に運用されている離婚後居住の確保の方策が居住権として法律によって明確に規定されれば、人民法院は離婚裁判においてそれを用いて離婚により生計の困窮状態に陥る恐れがある配偶者の以後の居住環境を保護することができるようになる。

現行民法典の下で、物権編で規定された居住権は諾成的又は単独の意思表示による権利として位置付けられており、法定居住権というものは民法典によって明文化されてはいない。そのため、人民法院は離婚裁判において居住権の設定という法手段を運用する余地がない。

一方、学説では、家族関係にある者の居住問題の解決を目的とする居住権は法律により明文化される必要はないとの見解も示されていた。物権法改正の段階では、居住権制度の創設をめぐる議論の中で、中国社会科学院の梁慧星教授は、離婚配偶者の以後の居住環境の確保は、当時の離婚経済援助制度の方策を用いて実現できることから、離婚配偶者の居住問題を解決するための居住権は、物権として法律で明記する必要性がないとの見解を示した⁴²⁰。

⁴¹⁸ 汪洋「民法典意定居住権与居住権合同解讀論」比較法研究第6期（2020年）106頁、趙莎莎「我国居住権制度的法律適用与問題研究」法制博覽第30期（2021年）144頁、趙富潤「居住権制度在離婚案件中的運用」法制与社会第23期（2021年）192頁など参照。

⁴¹⁹ 陳・前掲注85）58頁。

⁴²⁰ 梁・前掲注30）569-572頁。

2021年1月1日より施行されている民法典の中では、居住権制度が新設されたが、離別の場合において運用されうる離婚配偶者の居住確保を内容とする権利はその適用対象として明記されなかった。この居住権制度の条文からは、離婚配偶者の居住問題の解決に対しては居住権制度の内容を準用する余地がないという立法者の立場が見て取れる。

それと共に、民法典ではこれまでの離婚経済援助制度の内容も踏襲された（民法典第1090条）。それによって人民法院は、離婚裁判において離婚配偶者の以後の居住問題を処理する際に、当該の制度趣旨に合致する方策を運用することが可能である。そこで、婚姻法司法解释（一）第27条で明記された離婚後居住権の付与を内容とする方策などが民法典で承継されなかったとしても、人民法院は、離婚後の居住確保を目的とする権利を離婚配偶者に付与することができると考えられる。

したがって、離婚後居住権を民法典で新設された居住権として捉えることができなくても、離婚配偶者の居住問題は依然として離婚経済援助制度の内容を用いて解決されることが可能である。この点から考えれば、離別の場合に運用される離婚後の居住確保を内容とする権利を民法典に言う居住権として捉えるという学説には再考の余地があると考えられる。

2. 私見 —債権的な権利として捉えることの有用性—

私見では、現行法の下で、離婚配偶者の以後の居住環境を保護するために運用される離婚後居住権の付与という法的手段は、債権的な権利として位置付けられるべきであると考え。これを前提にして、本論文では、権利の対抗力、離婚夫婦の利益衡平、人民法院の設定権限などの側面から、離婚後居住権を債権的な権利として捉えることの相当性について検討する。

(1) 権利の対抗力

私見では、離婚後の経済援助として用いられている居住の確保を民法典の居住権として解することは、実際には離婚配偶者の以後の居住環境の保護に対して不利な影響を与える恐れがあると考え。すなわち、離婚経済援助の方策として運用される居住の確保の手段を居住権として解する場合、離婚配偶者が法律に従い登記する必要が生じ（民法典第209条）、また、物権変動の登記費用を支払わなければならない（民法典第214条、第223条）。もちろん、2016年12月6日に国家発展改革委員会⁴²¹及び財政部⁴²²により共同で公布された「不動産登記の費用の決定基準などに関する通知」⁴²³によって、居住建物に設定された居住権を登記する際に、80元との登記料金を支払わなければならないとされており、これは、離婚配偶者にとって、経済上大きな負担をかけるとい

⁴²¹ 中国では、国家発展改革委員会は、経済及び社会の発展に関する政策研究、立案、構造調整及び経済体制改革の指導に責任を担う中国国務院に属する部門である。

⁴²² 中国財政部は、中国国務院に属し、財政を担当する行政部門であり、日本の財務省に相当する。

⁴²³ 以下のURLを参照する：

https://www.ndrc.gov.cn/xxgk/zcfb/ghxwj/201612/t20161212_960911.html?code=&state=123（2022年2月17日最終閲覧）。

う危険性を生じさせるものではない。ただし、離婚配偶者の居住の権利を用益物権である居住権として解し、それに強力な対抗力を付与する必要があるかどうかが問題となる。

離婚配偶者のための居住確保の方策を講じる場合、その権利が居住権制度の適用対象として位置付けられれば、物権に属するものとなる。それを登記した後、債権との関係においては、債権の内容が居住権の成立と相容れないものである場合、常に居住権が優先するという優先的効力が生じる。ただし、債権者が確実に債権回収できるためにこの建物に抵当権などを設定した場合、離婚配偶者のための居住の権利がその後に設定されたとしても、物権として優先的に適用されることになる。そこで、離婚配偶者のための居住確保の方策の運用によって、居住建物について不動産としての流通可能性が阻害されるという恐れが生じ、それによって債権者は自らの債権が履行不能となって、不利益を被る恐れがある。そこで、このような危険を回避するために、一般債権者が早期に差押えなどをして自らの債権を保全することにもなりかねず、かえって離婚配偶者の保護に欠けることになる恐れがある。

また、離婚後居住権の設定という方策を運用する場合、それをめぐる紛争は常に離婚配偶者と所有配偶者の間に発生する。離婚配偶者の居住利益が所有配偶者の行為によって害される場合、所有配偶者が離婚配偶者の居住環境を保護するという債務の本旨に従った履行をしなかったことに伴い、離婚配偶者が損害賠償請求権を取得することになる。このような場合、離婚配偶者は所有配偶者に対して金銭などによって損害の賠償を求めることを通じて、自らの居住を確保することができる。そこで、この方策を債権的な権利として位置付ける場合、離婚配偶者の利益確保に対して悪影響を与える恐れがないと考えられる。

あわせて、離婚夫婦間での利益の衡平の実現という観点からも、離婚配偶者のための居住確保の方策を居住権として解し、それに強力な対抗力を付与する必要まではないと考えられる。離別の場合、離婚によって夫婦の一方に与えられた悪影響を最小限に抑制するために、経済資力を有する他方配偶者に経済援助の義務が課され、その期間中は所有配偶者の建物に対する直接占有及び使用権限が失われることになる。仮に当該権利を居住権として位置付け、登記を経て物権的な対抗力を付与すれば、当該居住建物について不動産としての流通可能性が阻害され、所有配偶者の処分権限にも制約が加えられる。それにより、その所有の利益が過剰に制約される恐れが生じる。

また、離婚経済援助制度の場合、離婚夫婦間で離婚後居住権の設定に関する協議が整わない場合であっても、人民法院は自らの職権に基づき、所有配偶者の意思に拘わらず離婚後居住権を設定することが可能である。このような場合、離婚後居住権の設定によって所有配偶者の意思決定の自由が侵害される恐れも生じる。そこで、建物所有者の所有の利益に過重な制限を加える危険性を回避するために、所有者が離婚配偶者の使用を受忍する義務以外に不利益を被らないようにすべきであることから、離婚配偶者に与

える居住の権利に強力な対抗力を付与し、それを居住権として位置付ける必要はないと考えられる。

したがって、離別の場合に運用される居住の確保を内容とする方策は、債権的な権利として捉えることが相当であると結論付けられる。

(2) 人民法院の設定権限

民法典で確立された居住権制度の下では、人民法院に審判で居住権を設定する権限は付与されていない。すなわち、当事者双方の間で居住権の設定に関する協議が調わない場合、一方の当事者が居住権の設定を人民法院に求めたとしても、人民法院は自らの職権に基づき当事者双方の間に居住権を設定することはできないものとされている。

これに対し、離婚経済援助制度の場合には、離婚経済援助の具体的な方法は原則として双方の協議による決まるが、それに関する協議が調わないときには、人民法院が判決によって決めることができる（民法典第 1090 条）。このような権利の設定方法からは、離別の場合に運用される居住確保の方策は、居住権と異なる法的性格を有することが見て取れる。そこで、人民法院に居住権の設定権限を付与していない現時点での民法典の下では、離別の場合に運用される居住確保の方策を居住権として位置付ける余地はないと考えられる。

このように、権利の対抗力、離婚夫婦の利益の衡平、人民法院の設定権限などの側面から考えれば、現時点では、離婚配偶者の居住確保を目的とする方策は、民法典の居住権として位置付ける必要がないと考えられる。このことを前提にした場合、この方策を債権的な権利として捉えると、離婚配偶者の居住利益が確保されるとともに、建物所有者の所有の利益に過重な制限が加えられる恐れもないことから、それが相当であると結論することができる。

(三) 利用権の付与という方法の運用に関する提言

日本法では、離婚した配偶者の離婚後の居住の確保を図るために、婚姻用不動産の利用権の設定が行われることがある。この設定は扶養的財産分与の一内容と解され、裁判離婚の際に、裁判所が婚姻用不動産の使用価値のみを非所有者である配偶者に付与する事例が見られる。特に離婚夫婦の間に未成熟子がいる場合には、その子の就学環境を確保するために、相手方所有の婚姻用不動産に対する賃借権の付与という手段を用いることがしばしばある。

一方、中国では、離婚経済援助制度は、離婚後に生計に困窮する恐れがある者に対して経済援助を付与するために創設された法制度であることから、生活の困窮状態に陥る恐れがないが、一定の事情によって相手方所有の居住建物を継続して使用する必要がある離婚配偶者は、この方策を用いて居住問題を処理する余地がない。

そこで、日本法で行われている貸借権の付与という方法を踏まえ、中国法への提言を試みる。

1. 離婚経済援助制度の法的手段の拡充—使用貸借権の付与—

離婚経済援助制度を規定する民法典第 1090 条によると、離婚経済援助の方法は原則として離婚夫婦双方の協議により決まるが、その協議が調わないときには、人民法院が判決で確定するとされる。ただし、民法典の施行に伴い、離婚経済援助方法を明記した司法解釈（一）第 27 条の法的効力は失われ、民法典及びそれに関する司法解釈の中では、離婚経済援助の方法に関する条文は設けられなかった。それにより、離婚経済援助制度の趣旨に合致する法手段であれば、それをを用いて離婚後に生計に困窮する恐れがある配偶者の生活を確保する余地があると結論づけることができる。

あわせて、民法典で新設された居住権制度では、居住権が契約又は被相続人の遺言という法的手段により設定されるものであると定義されたことから、離婚裁判において人民法院の裁量権で設定された離婚配偶者の以後の居住確保を目的とする離婚後居住権については、民法典の居住権制度の内容を準用することはできない。ただし、離婚経済援助を請求する配偶者に利用権を付与することについては、離婚経済援助制度の趣旨に違反しない限り、人民法院は自らの裁量権に基づき、離婚夫婦の間で使用貸借権の設定に関する合意の推認を通じて、当該配偶者に使用貸借権を付与することが可能であると考えられる。そのような運用によって、当該配偶者の以後の居住環境を確保しつつ、離婚夫婦間の衡平を実現することもできる。

もちろん、離婚経済援助を求める配偶者が、離婚経済援助制度の適用対象に該当する場合には、制度の趣旨に基づき当該配偶者に使用貸借権又はそれに類似する権利の付与という法手段を取るべきである。中国の民法典には使用貸借契約に関する条文は設けられていないが、契約関係において私法自治という原則を採用する中国法では、法律で明記されていない債権を当事者の合意により発生させることは可能である。

そこで、さらに離婚裁判において、人民法院が、離婚経済援助を求める配偶者が離婚経済援助策の適用対象に該当するかを判断した上で、当該配偶者に使用貸借権を付与することも、離婚経済援助制度の一内容として許されるべきであると考えられる。

2. 婚姻用建物の継続使用を必要とする配偶者の居住保護の方策—貸借権の付与—

中国では、離婚経済援助制度の適用対象を生活困窮者に限定する現行法の下で、離婚配偶者がその適用対象に該当しないとしても、特に婚姻用建物を継続的に利用する必要がある場合、その居住確保の方策の検討が必要となる。このような場合、通常、離婚配偶者が経済資力を有することから、離婚夫婦双方の利益衡平を確保するために、使用貸借権の付与という方法ではなく、貸借権の付与との法的手段を運用すべきであると考えられる。

離婚によって、一方配偶者が就学期にある子女の直接的な扶養義務を負う場合、この子女の成長に相応しい居住環境への配慮が不可欠であり、就学などの要素を衡量すれば、原則として今まで住み慣れた住居に義務教育期間の終了時までに住み続けることが決定的に重要な場合も大いに考えられる。ただし、当該配偶者が婚姻用建物の取得・維持に寄与度が低いと評価される場合、離婚時の夫婦の実質的な共有財産の清算中にこの建物を取得することが困難となるということである。そして、就学期にある子女の以後の就学環境の確保を図るために、財産分与で婚姻用建物を寄与度が低い方の配偶者に帰属させることによって、相手方が不利益を被るという危険性が生じる。

そこで、未成熟子の安定した養育環境及び離婚夫婦間での利益衡平を両方とも確保するために、賃借権の設定という手段を用いることが有用である。もちろん、離婚夫婦の合意により婚姻用建物に関する賃貸借契約が締結されることは、離婚夫婦双方の意思尊重又は未成熟子の利益保護に対して極めて重要な役割を果たすものである。ただし、離婚夫婦の間で賃借権の付与に関する協議が調わない場合、人民法院は職権に基づき判決でその賃料、使用期間などの内容を定めることが可能である。そのような運用によって、就学期にある子の以後の就学環境を確保しつつ、離婚夫婦間の利益衡平を実現することもできる。

第二節 居住権制度の強化に関する提言

中国では、居住権制度が創設されたことによって、居住の困窮状態に陥る恐れがある者の以後の居住環境の確保に対して法的根拠を提供することができるようになった。ただし、民法典の居住権制度には、居住権の設定方法に制限が加えられ、登記義務者が明示されず、家族関係にある者の居住確保に関する規定が欠如するなどの問題点がまだ残されている。そこで、実際の運用に際して、居住権の設定が居住の困窮状態に陥る者の居住問題の解決に対して如何なる役割を果たすのかはまだ不明な状態に止まる。

もちろん、民法典が施行されて間もない2021年の時点において、裁判実務では、居住権に関する紛争を扱った裁判例はほとんど見られないため、本論文では、学説で行われている居住権制度に関する検討をもとにして、居住権制度自体に残された問題点に着目し、それを完全化するための提言を試みる。

一 居住者の範囲の拡大化

民法典により創設された居住権制度では、居住権者は契約に基づき、他人所有の居住建物の使用を内容とする居住権を取得するとされる（民法典第366条）。そのため、居住権に関する契約で明記されなかった者は、この居住建物を使用することができず、事実上居住権者との共同生活を必要とする者であっても、これらの者は居住権の設定契約において居住権者として明記されない限り、当該建物に居住することが不能となる。

いうまでもなく、「居住者」という概念が民法典によって採用されなかった現時点では、建物所有者の利益を配慮するという原則に基づき、所有者の同意を得ずに居住権者以外の者がその居住建物に入居することは、不相当に過大な負担となる。ただし、家族関係に

において、高齢である生存配偶者のために設定された居住権の場合、生存配偶者が既に自立能力を失い、要介護状態になれば、公的な福祉施設体系がまだ不完全なものに留まる現在において、家族は相変わらず高齢者の介護に対して極めて重要な役割を果たす構成である。さらに、生存配偶者が看護師又は家政婦などの者と共同での生活が必要となる場合、その看護師又は家政婦の居住権限の確保が問題となる。

(一) 学説上で展開された議論

学説では、居住権者以外の者が居住建物に居住する必要がある場合、それに居住権限を付与するために、「居住者」という概念の創設又は「生活居住」⁴²⁴の需要に関する拡大解釈を解決方法とすることをねらいとして、議論が試みられている。

1. 居住者概念の創設

居住権者と居住者の区別については、民法典の物権編第二次審議稿に関する検討の中で、華東政法大学の曾大鵬教授が、第159条第2項において居住権者と実際の居住者の区別が明記されるべきであると評していた⁴²⁵。すなわち、華東政法大学の曾大鵬教授は、居住権者には、他人所有の居住建物を用いて、その家族構成員又は看護師、家政婦など家族構成員外の者を当該建物に居住させることができるという権利を付与すべきであるとの主張を示した。これは、居住権者の家族構成員又は看護師、家政婦などの者が実際の居住者として認められ、居住権の間接的な受益者として認定されるべきであると論じた上で、これらの者は居住権者としては位置付けられることができないという主張である。

確かに、居住権者が病気にかかり、要介護状態になった場合、国家の福祉施設が不十分である現状から見れば、在宅で介護する方法を用いるしかなく、看護師又は家政婦と共同で生活する必要があるが生じる。このような場合、看護師又は家政婦などの者は居住権者として契約によって明確に確定されなければ、居住建物に居住することが不能となり、結局居住権者の安定的な生活維持に対して悪影響を与えることになるという点で、これらの主張には一理あると考えられる。

ただし、学説では、居住権の一身専属性に基づき、居住者概念の創設という手段に対して反対意見が示されている。すなわち、居住者概念の創設を内容とする説は、民法典366条で定められた「生活上の居住の需要」という内容の包含範囲を画一化に理解し、63れた⁴²⁶。さらに、居住権という概念の一内容である生活上の居住の需要に関して、上海交通大学の肖俊准教授は、主観的に柔軟な判断基準を採用すべきであると提言した

⁴²⁴ 民法典で確立された居住権制度の中で、居住権の設定目的は生活上の居住の需要に応えることとして明記されたが（民法典第366条）、民法典の中、「生活上の居住」という用語の解釈に関する条文が設けられず、その内容の射程がまだ不明瞭なものに留まる。これを前提にした場合、居住権者との共同生活を必要とする者の居住上の需要も、居住権者の生活上の居住の需要の一内容として解される余地があると結論付けられ、そこで、居住者の範囲の拡大に関して行われた理論面の議論では、その「生活上の居住」の拡大解釈を通じて、居住権者との共同生活を必要とする者に居住権限を付与し、その居住問題を解決しようとする学説が登場した。

⁴²⁵ 曾・前掲注93) 61頁。

⁴²⁶ 肖・前掲注83) 28頁。

427。すなわち、当事者双方の合意による契約で確定された居住権者が単身者である場合には、その居住の需要を満たせば十分であるが、居住権者との共同生活を必要とする家族構成員がいる場合には、その居住の需要も満足されるべきであるということである。

2. 生活居住の需要に関する拡大解釈

あわせて、学説では、生活居住の需要に関する拡大解釈を通じて、居住権者との共同生活を必要とする者の居住環境の保護を実現しようとする説も登場した。すなわち、北京大学の薛軍教授は、居住権者が婚姻した場合又は要介護状態になり看護師と共同で生活する必要が生じた場合、その生活居住の需要には単なる個人的な需要ではなく、家族構成員及び看護師などの者の居住の確保も含まれるべきであると指摘した⁴²⁸。また、清華大学の汪洋准教授は、民法典第 366 条で規定された「生活居住の需要」を「正常的な家庭生活居住の需要」と解釈し、その上で、居住建物の実際の利用者は、居住権者の婚姻関係などによって変わることになり、これらの利用者に居住権限を付与することは、居住権者の正常的な家庭生活の維持に対して不可欠なものである場合、居住権者の生活居住の需要を満たすために設定された居住権の中には、居住権者との共同生活を必要とする者の居住権限が含まれるとし、それを通じて、居住権者が扶養義務を負う家族構成員の居住問題を解決しようとする見解を示した⁴²⁹。

このように学説は解釈によってこの問題に対応しようとしている。もちろん、民法典 366 条で明文化された「生活居住」の内容に関する拡大解釈によって、居住権者との共同生活を必要とする者の居住需要をも居住権者の生活上の居住需要として位置付け、それを通じてこれらの者に他人所有の居住建物の居住権限を付与することが可能となれば、その居住問題の解決に資することができる。ただし、居住権者の生活居住の需要に関する拡大解釈を用いる場合、居住建物の実際の利用者の状況が不明瞭な状態になり、建物所有者が居住者の範囲を把握することも困難となると考えられる。

そして、当事者双方の合意を居住権の一般的な設定方法として定めた中国法の下では、居住建物の実際の居住権者が契約で明記される必要があり、それ以外の者は他人所有の居住建物を使用することができないと解される。もちろん、私的自治という原則を採用する中国法では、建物所有者の利益の保護という観点に基づき、その同意を得ずに居住権者以外の者を所有建物に居住させることは許されない。ただし、生活居住の需要に関する拡大解釈という法手段を運用する場合、建物所有者の意思に拘わらず、居住権者との共同生活を必要とする者ならば、当該建物に居住させることができるようになる。そこで、建物所有者の意思の尊重の強化という観点に基づいても、居住権者の生活居住の需要に関する拡大解釈という法手段を運用することは、居住権者を過剰に保護する恐れが生じ、建物所有者の利益に不当な制限が加えられている。

⁴²⁷ 肖・前掲注 83) 106 頁。

⁴²⁸ 薛・前掲注 56) 97-100 頁。

⁴²⁹ 汪・前掲注 418) 110 頁。

(二) 居住者の範囲の拡大に関する提言

居住権者は家族関係にある者の扶養義務を負い、他人所有の居住建物を用いてその扶養義務を履行する必要がある場合、家族関係にある者の居住確保の方策は法律により明文化されることが必要となると考えられる。

民法典で確立された居住権制度の下、居住権は譲渡することができないとされており、居住権者は自らの居住権を他の家族構成員に譲渡することを通じて、その扶養義務の履行をすることはできない。また、居住権の一身専属性という法的性格に基づき、居住権者が他の者を他人所有の居住建物に居住させようとする場合、建物所有者の同意を得ることが不可欠である。そのため、居住権の創設契約で居住権者以外の者も居住建物の使用を可能とするという内容が明記されなければ、その者による使用が困難となる。

したがって、居住権者は他の家族構成員の居住確保という義務を負う場合、又は要介護状態になり、看護師などの者との共同生活を必要とする場合には、現行法の解釈による解決又は立法的解決によって、居住権者以外の者にも居住権限を付与することが必要となると考えられる。

ただし、居住者の範囲の拡大に関する理論面の議論で現れた学説のいずれもまだ不完全なものに止まることから、本論文では、居住権者の居住上の需要に関する拡大解釈を内容とする学説を検討材料にして、居住権者との共同生活を必要とする者に居住権限を付与するための提言を試みる。すなわち、居住権者が扶養義務を有する家族構成員及びその生活確保のために共同生活を必要とする看護師などの者を条文によって具体的に列挙し、これらの者の居住上の需要を居住権者の居住上の需要に内含させることを通じて、実際の居住者の範囲を拡大するというものである。この場合、居住権者との共同生活を必要とする者に居住権限を付与することが可能となり、居住権者の扶養義務の履行又はその生活確保に資することができるようになる。そして、これらの者は居住権者として解されないことから、実際には建物所有者と居住権者により合意された居住権者の義務、例えば、居住建物の使用費用の負担義務を履行する必要はない。それと共に、実際の居住者の範囲に関する制約は法律条文によって加えられたことから、建物所有者が居住者の範囲を把握することができ、その所有利益が不当に制約される危険性を回避することもできるようになると考えられる。

二 権利の種類増加

中国では、用益物権に属する居住権は当事者双方の合意又は被相続人の終意である遺言によって設定されるものである。そして、民法典物権編で規定された居住権は諾成的又は単独の意思表示による権利として位置付けられており、法定居住権というものは民法典によって明文化されていない。そして、民法典で明記された居住権の設定方法のいずれも、法律行為として、当事者が完全な民事行為能力を有することが要求される。そこで、被相続人の遺言で設定された居住権の場合、他の相続人は被相続人が遺言書を作成し

た際に完全的な民事行為能力を有さないことを理由として、この居住権の法的効力が発生しないと主張することがあり得る。

確かに、居住権の権利及び種類を法律行為的な権利のみに限定する場合、権利の設定に際して当事者の民事行為能力などに瑕疵があれば、当事者双方の合意又は被相続人の遺言に基づく居住権の設定が不能となる恐れが生じる。その結果、居住の困窮状態に陥る恐れがある者の居住問題は居住権の設定という法手段を用いて処理される余地がなくなる。そこでは、居住権制度の居住確保という制度趣旨も実現不能となる。

一方、民法典の制定をめぐる検討の中では、法定居住権の明記の必要性があるとの見解が示されていた。すなわち、民法典の第一次審議草案に関する検討の中で、中央财经大学の陳華彬教授は、物権編草案の中に意定居住権のみならず、「法定居住権」も明確に規定すべきであると提言した⁴³⁰。具体的には、父母は監護者として、その子女が所有する居住建物に対して有すべき居住権などの権利を、法定居住権として法律で明文化する必要があるというものである。また、河北必道弁護士事務所の張懷文弁護士は、民法典で規定された居住権の設定方法はまだ不十分なものに留まるとし、その上で、「法定居住権」も法律によって明文化される必要があると指摘した⁴³¹。

現行の高齢者權益保障法の中には、高齢者の子女が所有する建物に対する高齢者自身の居住利益の保護に関する条文は設けられていない。中国では、父母は子女のために婚姻用建物を用意するという目的で、自分所有の居住建物をその子女に所有権移転し、その際に、自らの以後の居住を確保するために、当該建物に関する居住の権利を保留することがよくある（第3章【事例64】、【事例66】、【事例68】）。ただし、家族成員間で行った財産の分与は、当事者の法的意識の薄弱さなどの原因によって、父母の居住の確保を内容とする権利義務関係を必ずしも明確に約束するわけではない。このような場合、子女が換価のためにその建物を第三者に転売又は賃貸しようとするれば、父母の居住確保が問題となる恐れが生じる。

そこで、私見では、民法典には父母の子女が所有する居住建物に対して父母が有すべきである居住の権利を法定居住権として明記することは、高齢者である父母の居住確保に対して有用であり、高齢者權益保障法の立法の不備の填補に資することができると思われる。この場合、民法典には、法定居住権という権利の種類を追加し、さらに、家族関係にある者の居住問題の解決を目的とする法定居住権の内容を明記するという方法が有用であると言える。

⁴³⁰ 陳・前掲注85) 58頁。

⁴³¹ 張懷文「『民法典』新增「居住権」的理解与適用探析」民商法界第11期（2020年）54頁。

三 権利の設定手段の追加

中国法の居住権制度の規定によっては、裁判実務で、人民法院が職権に基づき居住権を設定することは許されない。これに対し、日本法における配偶者居住権の場合、遺産分割の審判によって配偶者に配偶者居住権を取得させることが可能である⁴³²。

日本法におけるように、判決で設定された居住権は、家族関係にある者の居住問題の解決に対して極めて重要な役割を果たす。現行の中国法の下では、居住権の設定は当事者双方の合意に委ねられることになり、生存配偶者などの住み慣れた居住建物の継続使用を必要とする者の場合、権利の設定に関する合意に達しなければその居住確保が実現不能になる恐れがある。したがって、中国においても、民法典又はそれに関連する司法解釈の中で、人民法院に居住権の設定という権限を付与するとの明記が必要であると考えられる。

四 登記義務者の明示

中国では居住権に関する検討において、民法典には登記義務者に関する条文が設けられていないことから、条文の運用に際して登記義務者の未定により居住権の保護が不安定な状態に留まる危険性があると指摘された⁴³³。民法典の下では、居住権の登記はその効力発生要件として明記され（民法 368 条）、他方で、登記義務者の明示に関する条文は規定されなかったが、それは権利の効力発生に対して悪影響を及ぼす恐れがないと考えられる。すなわち、中国では、2015 年に施行された「不動産登記暫定条例」（以下、「本条例」と言う）によって確立された不動産統一登記制度の内容に照らして、登記義務者が確定されると考えられる。そして、民法典の施行によっても「不動産登記暫定条例」の法的効力は失われないことから、居住権の設定によって生じた物権変動の登記も本条例の規定を準用して行われることになると考えられる。

すなわち、同条例第 5 条⁴³⁴は、登記手続を必要とする物権の種類を規定し、居住権はそこに明確に列挙されていないが、第 10 項で規定された「法律によって規定された登記を必要とする其他不動産権利」に該当する。また、登記義務者に関し、本条例第 14 条⁴³⁵によって、当事者双方の合意により設定された居住権の場合、通常、建物所有者と居住権

⁴³² 堂蘭＝野口・前掲注 355) 13 頁。

⁴³³ 羅徳軻＝王建平「法定居住権制度的法理基礎与類型化展開——兼評『中華人民共和國民法典』居住権制度」南海法学第 3 期（2021 年）24 頁。

⁴³⁴ 不動産登記暫定条例第 8 条は、登記を必要とする権利の類型を規定した。すなわち、以下の不動産権利は本条例の規定に基づいて登記手続を行う：（一）集団土地所有権；（二）建物等建築物、構築物の所有権；（三）森林、林木の所有権；（四）耕地、林地、草地等の土地の請負経営権；（五）建設用地使用権；（六）住宅用地使用権；（七）海域使用権；（八）地役権；（九）抵当権；（十）法律規定が登記を必要とする其他不動産権利。

⁴³⁵ 不動産登記暫定条例第 14 条には、物権変動が発生した場合、登記義務者の確定に関する内容が規定された。すなわち、売買、抵当権設定などによって物権変動が生じ、それに関する不動産登記を申請する場合、当事者双方が共同で申請しなければならない。また、以下状況に該当する場合、当事者片方での申請が可能である：（一）未登記不動産の初回登記の申請をする場合；（二）相続又は遺贈受領により不動産権利を取得した場合；（三）人民法院、仲裁委員会の有効的な法律文書或いは人民政府の有効的な決定などによって不動産権利の確立、変更、譲渡、消失をした場合；（四）権利者の姓名、名称或いは自然状況に変更が発生し、その変更登記を申請する場合；（五）不動産消失或いは権利者が不動産権利を放棄することによって、抹消登記を申請する場合；（六）修正登記或いは異議登記を申請する場合；（七）その他の法律、行政法規の規定によって当事者片方での申請が可能である状況

者が共に登記行為を行うべきであり、被相続人の遺言で設定された居住権の場合には、居住権を取得する者のみでの申請が可能となる。

このように見れば、民法典に居住権の登記義務者に関する条文が設けられていないことは、居住権の登記義務者の確定に対して悪影響を与える恐れをもたらさないと考えられる。ただし、権利の登記を必要とする居住権が民法典で新設されたことに伴い、この権利を不動産登記暫定条例第5条に追加する必要があると考えられる。それによって、居住権の登記をめぐる紛争の回避に資することができ、居住権者の利益を確実に保護することができるようになる。

五 相続編における生存配偶者のための特別な内容の明記

(一) 民法典で創設された居住権制度の不備さ

1. 居住権という権利の性質の不明瞭さ

中国において、居住権に関してこれまで行われた理論面の議論では、居住権は保障性と収益性という二つの特性を持つものであると共通的に解されている⁴³⁶。その上で、権利の設定目的に基づき、居住権は「投資型居住権」と「保障型居住権」に大別されるとの見解が有力である。通常、「保障型居住権」は2つの場合に適用される。すなわち、家族関係における扶養、離婚、「分家析産」及び相続をめぐる紛争の中で、居住権は生存配偶者、未成年者及び高齢者などの家族内における弱者の立場に立つ者の居住の確保を図るために設定されるものとして、無償性等の法的性格を有することになる⁴³⁷。また、家族関係以外の者の場合、居住権は、住宅の社会保障に関する公共政策を実施するための一手段として、居住の困窮状態に陥る者に対して法的保護を与えるという役割を果たす⁴³⁸。そして、権利の設定手段から見れば、「保障型居住権」は基本的には法律の規定又は当事者双方の合意により設定され、それと共に、「投資型居住権」の確定は原則として当事者同士の協議に委ねることになる。

これを前提にした場合、民法典の条文内容からは、居住権の法的位置づけに関し立法者意思が明確に表示されていないことが見て取れる。すなわち、民法典では、居住権は当事者双方の合意である契約によって設定されるものであると明文化され、「投資型居住権」も居住権制度の一種類として運用される余地を残すように見える。しかし、他方で、権利の主体、客体、内容又はその譲渡性、相続性などの点において「保障型居住権」の特徴を有する条文が設けられたことになり、結局、居住権制度には異なる権利類型の内容が混在することに至った⁴³⁹。

2. 立法構成の混乱

⁴³⁶ 申衛星「視野拓展与功能轉換：我国設立居住権必要性的多重視角」中国法学第5期（2005年）79-81頁。

⁴³⁷ 辜明安＝蔣昇洋「中国民法典設立居住権的必要性及其制度構造」西南民族大学学报（人文社会科学版）第2期（2020年）106頁、曾・前掲注93）56頁。

⁴³⁸ 黄薇編『中華人民共和國民法典物權編解讀』中国法制出版社（2020年）541頁。

⁴³⁹ 汪・前掲注418）106頁。

居住権制度の立法構成に関する理論面の議論からは、家族関係にある者の居住確保を目的の一つとする「保障型居住権」に関する条文は相続編に設けられるべきであるとの見解が有力である。その中で、清華大学の汪洋准教授は、民法典物権編において、当事者双方の合意により設定される居住権の一般的な内容を規定し、それを通じて建物所有者の意思に対する尊重を図り、それと共に、民法典相続編に「保障型居住権」に関する条文が設けられるべきであり、家族関係にある者の居住環境の保護に役に立つ内容が法律により規定される必要があると提言した。また、広東財經大學魯曉明教授も居住権制度の立法構成に関し、社会的弱者の居住確保を一内容とする「保障型居住権」に関する内容は相続編に規定されるべきであるとの見解を示した⁴⁴⁰。

これらの学説が指摘するように、高齢者などの社会的弱者の場合、民法典で定められた居住権に関する一般的な規定によってはその居住確保が実現不能となる恐れがある。現行の居住権制度の下で、高齢者のための居住権の設定に関する合意が成立しない場合、居住権の設定は困難となる。また、被相続人が遺言で生存配偶者の居住権を設定せず、遺産に属する居住建物を生存配偶者以外の者に帰属させるとの旨を明記すれば、契約の締結により居住権を設定することはさらに難しくなる。

通常、家族関係にある者の居住確保を内容とする居住権は、一般的な居住の権利とは異なっており、居住保障という機能を強調するものである。それを実現するために、家族関係にある者、特に生存配偶者、未成年者及び高齢者などの家族内における弱者の立場にある者の居住確保に関する規定を法律で明文化する必要がある。したがって、居住権制度において社会的弱者である高齢者の居住確保という法の機能を確実に発揮するためには、物権編で用益物権である居住権に関する一般的な内容を明文化するとともに、相続編に高齢者、特に生存配偶者の居住確保という需要に応じる条文内容を明記する必要があると言える。

(二) 生存配偶者のための居住権の内容に関する提言

1. 相続人間での利益衡平を実現する方策

他の相続人と比べて、生存配偶者の居住確保の必要性は相対的に高いと言えるが、権利の存続中に紛争を生じさせないよう、生存配偶者のための居住権を創設する際に、他の相続人の利益との衡平もあわせて考慮すべきである。

例えば、前述三で提案したように人民法院に裁判で居住権の設定する権能を付与する場合、その運用の場面に規制を加える必要があるだろう。すなわち、建物所有者の意思に拘わらず、人民法院が自らの判断で家族関係にある者、特に生存配偶者に居住権を付与する場合、建物所有者の受ける不利益の程度を考慮してもなお生存配偶者の居住を確保するた

⁴⁴⁰ 魯曉明「論我国居住権立法之必要性及以物權性為主的立法模式——兼及完善我国民法典物權編草案居住権制度規範的建議」政治与法律第3期（2019年）14-21頁。

めに特に必要があると認めるときに限り、居住権を取得させる旨の判決をすることができる等の要件を置くべきである。

2. 生存配偶者の居住確保の実現策の明記

生存配偶者の相続開始後の居住環境を確実に保護するために、相続編において、その実現を目的とする特別な規定を明記する必要があると提案した。この点に関し、日本の民法の居住権に関する規定も参照しつつ、以下にその具体的な内容を挙げておきたい。

(1) 費用の負担

居住権の存続中に居住建物の使用に伴い生じた費用の負担について、民法典では明確に規定されていないことから、現行法の下ではこれは当事者双方の協議により決まることになる。ただし、建物所有者と比較して、生存配偶者の所得能力が低いことがよくあるため、重大な維持費用又は修繕費用を生存配偶者に負担させれば、その生活の確保に悪影響を与える恐れが生じる。そこで、居住建物の維持費用又は修繕費用の負担を決定する際に、居住権者である生存配偶者の故意又は善管注意義務違反などにより生じた損耗については、その費用は生存配偶者により負担させるものであるが、それ以外の場合、例えば、通常の使用に伴い生じた損耗の修繕費用は、建物所有者の負担とするといった考慮が必要となる。

(2) 居住建物が取り壊された場合における居住保護の方策

現在の中国においては、都市化の進展に伴い、都市では居住建物の大規模な改修が実施され、その中では居住建物を取り壊すことが一般的となっている。このような場合、建物所有者は常に金銭補償としての補償金、又は現物補償として新たな住宅を取得できる。ただし、居住建物が取り壊されたことによってそれまでそこに居住していた生存配偶者の居住権がどうなるかが問題となる。この点につき、居住権者の保護策が法律により明確に規定されなければ、居住権を取得した生存配偶者の居住確保が実現できない。

これに関し、2005年の物権法草案第189条は、居住建物が取り壊された場合における居住権者の利益保護の内容について規定していた。すなわち、居住建物が居住権者の故意又は重大な過失以外の原因によって消滅した場合、建物所有者が補償金を取得したときには、この補償金を用いて居住権者に対して適切な補償を与えるべきである。そして、自力で以後の居住環境を確保することができない居住権者は、その経済補償を放棄し、代わりに適切な居住手配を請求することができるとされていた。結果として、成案である物権法には居住権に関する内容が保留されなかったが、2005年物権法草案第189条の内容は、居住建物が取り壊された場合における居住権者の利益確保に関して、参照価値があると考えられる。

民法典で確立された居住権制度の下では居住権の消滅事由が明記されていない。そのため、建物所有者と居住権者の間で特別な約束がない限り、原則として居住建物の取壊しに伴っても居住権が消滅しないと立法によって明記すべきである。この措置は、居住権者

の利益確保に対して極めて重要な役割を果たし、居住権制度の趣旨実現に対しても有用なものである。この場合、建物所有者と居住権者の利益衡平を図るという観点に基づき、所有者が居住建物の取壊しによって取得した利益の範囲内で居住権者に居住保護の援助を付与すれば十分であると考えられる。

特に所得能力が低い生存配偶者の場合、居住建物が取り壊されたことによって居住権が消滅するとすれば、居住の困窮状態に陥る恐れが生じ、安定的な老後生活を維持することも困難となる。そこで、相続編において、居住建物が取り壊された場合における居住権を取得した生存配偶者の居住利益の保護に関する内容を明記するべきであると考えられる。

具体的には、生存配偶者が居住権を取得した場合において、居住建物が取り壊された際の居住の確保の方策に関し、2005年物権法草案第189条を参照し、以下のような提言を試みる。すなわち、居住建物が取り壊されたことによって、建物所有者が経済補償を取得し、かつ生存配偶者が自力で以後の居住環境を保護することが困難である場合、生存配偶者は建物所有者に対して適切な居住手配を求めることができるとの規定を設けるというものである。

第六章 結論

第一節 本研究における検討結果

言うまでもなく、配偶者の居住確保の実現に対し居住権の設定という方策は極めて重要な役割を果たし、家族法制度において不可欠なものである。近年、中国では、離婚裁判において、財産分与の中で婚姻用建物の帰属を決める際に、居住の確保が裁判所の重要な考慮要素の1つとして位置付けられている。あわせて、相続の際にも、生存配偶者の以後の居住の確保が、高齢化社会の下での高齢者の生活基盤などに繋がる重要な課題として意識されている。そこで本論文では、中国における居住権に関する法制度の創設をはじめとする立法上の対応とそれをめぐる議論についての分析を試みた。

中国における居住権制度の立法構成に関する理論面の議論では、居住権制度の創設に伴い、離婚配偶者の居住確保を目的とする離婚後居住権は、離婚経済援助制度の方策の1つと解することではなく、民法典で新設された居住権の種類の一つとして位置付けられるという見解が示された。ただし、民法典の居住権制度の下では、遺言で設定された居住権は居住権制度の内容を準用することができるものとされたものの、離別の場合に設定された離婚配偶者の以後の居住環境の保護を目的とする権利については、居住権制度を運用することができるかどうか明記されなかった。それにより、成文法主義を採用する中国法の下では、人民法院の判決によって確定された離婚配偶者の居住確保を内容とする権利に対して、民法典の居住権制度の規定を準用することは許されない。

このことを前提にして、本論文では、中国における離別の場合と死別の場合で設定された配偶者の居住確保を内容とする権利を区別し、それぞれについて検討を加えた。すなわち、離婚裁判において、人民法院の職権により確立された離婚配偶者の居住確保を内容とする権利は、依然として離婚経済援助制度の諸規定やその内容を準用することになるのに対して、遺言及び当事者同士の合意などの方式によって設定された生存配偶者のための居住の権利は民法典の居住権の1つとして位置付けられ、それに関する紛争は居住権制度の規定を準用して解決されることになる。

その上で、本論文は、婚姻関係と居住権概念を研究対象として、中国と日本における配偶者の居住保護の法的施策の比較を立脚点とし、日中両国における居住の権利に関する学説の展開を分析した。さらに、両国の裁判実務に現れた居住の確保をめぐる諸問題点をもとに、中国における居住に関する法制度の完全化の現実的必要性を検討した。また、日本の平成30年民法改正によって創設された配偶者居住権制度と中国の民法典で新設された居住権制度の比較研究を行った上で、日本において離別の場合及び死別の場合に配偶者の居住確保のために運用されている居住確保の法的手段が中国法への参考価値を有するかどうかを論じた。そこで、最後にこれらの検討に基づき、中国における居住の権利に関する法制度の完全化のための提言を試みる。

中国では、上述のように民法典で創設された居住権制度は原則として離婚裁判において設定された居住の権利に適用ないし準用されず、法律上の居住権制度の確立にも関わ

らず、離婚配偶者の居住確保の問題は依然として離婚経済援助制度の方策を用いて処理されることになる。ただし、民法典で踏襲された離婚経済援助制度には、この方策の法的性質の不明瞭さや適用要件の欠如などの不完備さがまだ残されており、この制度を用いて裁判実務において離婚配偶者の居住確保問題を処理する際に、当事者間又は第三者との間で権利の対抗力やその存続期間等に関する紛争を生じさせる恐れがあると考えられる。一方、民法典が施行されたばかりの2021年の時点においては、民法典で承継された離婚経済援助制度の条文を用いた裁判例はまだ稀である。それにより、本論文では、民法典の施行前の段階で現れた裁判例を研究対象とし、それに関する検討を通じて得られた離婚経済援助制度の補強策を用いて、民法典によって承継された離婚経済援助制度の完全化のための提言を行った。そのみならず、離婚経済援助制度の適用対象に該当しない場合についても、婚姻用建物の継続使用を必要とする離婚配偶者の居住環境を保護するために、日本の裁判実務で運用されている利用権の設定という方策の参照可能性を明らかにした。その上で、これらの検討を参照しながら、離婚経済援助制度の適用対象に属しない離婚配偶者の居住問題の中国における解決策を探った。

また、民法典の施行前の段階では、死亡による婚姻解消の場合についても、建物の帰属や住み続ける権利の設定などが生存配偶者の居住確保の方策として用いられていたが、いずれの方法によっても生存配偶者の以後の居住環境の保護は完全に実現できるわけではない。もちろん、民法典による居住権制度の創設は、権利の法的性質の明示、権利の無償性の確定、居住確保という権利の趣旨の明文化及び権利の消滅事由の明記などの点において、裁判実務に現れる居住権に関する紛争の解決に資することができる。しかし、権利の種類混用や生存配偶者の居住確保に関する条文の欠如など法制度の不完備さによって、民法典の居住権制度の条文を運用しても生存配偶者の居住確保を確実に実現できるとは言えない。

そこで、これらの問題点に対応するために、本論文では、中国法への参考価値がある日本の法制度を参照しながら、その解決策を探ることにした。その結果、次の諸点が明らかとなった。すなわち、日本の離婚裁判において運用されている使用貸借権や賃借権の設定という方策は、中国における離婚配偶者の居住環境の保護等に対して有用なものである。もちろん、判例制度を採用していない中国では、日本の裁判実務で用いられる裁判所による使用貸借権などの利用権の設定という方策をどのように参照すべきかが問題となる。中国の現行人民法院組織法第18条は、最高人民法院の解釈権限に関し、次のように規定する。すなわち、「最高人民法院は、裁判実務において現れた法律の具体的な運用問題につき、解釈権限を有する」。さらに、現行の「最高人民法院の司法解釈に関する規定」第2条も、「人民法院の裁判実務に現れた法律の具体的な運用問題につき、最高人民法院は司法解釈を行うものとする」と規定する。したがって、民法典で踏襲された離婚経済援助制度についてはその具体的な法的施策が法律の条文中に明記されていないことから、当事者間又は第三者との間でその運用をめぐる紛争が生じる事態を回避するために、最高人民法院は、司法解釈という形で離婚経済援助制度の法的施策を列挙する必要があると考えられる。現在ではまだこの司法解釈は出されていないが、今後最高人民法院の司法解釈が出される際に、日本の裁判実務で運用されている使用貸借

権又は賃借権の設定という方策を参照し、それに類似する権利を明記することが可能である。

そして、現行の「最高人民法院の司法解釈に関する規定」第4条は、最高人民法院の司法解釈の法的効力を規定し、最高人民法院によって制定され、公布された司法解釈は、法律の効力を有するものとする。これに関する理論面の議論では、法政策や理念を宣言するものなどの司法解釈に「法律効力」を認める必要があるのかどうかを検討すべきであるという見解も示されているが、具体的な法律の条文に即した解釈の展開を内容とする司法解釈は法律と同様な法的効力を有するというが、中国における共通の認識である⁴⁴¹。そこで、中国において、日本法の参照のもと、日本の裁判実務で運用されている使用貸借権又は賃借権の設定という方策が最高人民法院の司法解釈によって明記されることは、中国法の離婚経済援助制度の隙間を埋める上で有用なものとなると言える。

これに加えて、離別の場合、離婚夫婦双方の利益の衡平や離婚した配偶者の居住確保などの要素を総じて考慮すると、中国法の下での離婚経済援助制度の法的位置付けから見れば、中国においても、離婚時の財産分与の段階では、扶養的財産分与の要素を併せて考慮する必要があるとの結論が導かれた。そこから、配偶者の離婚後の居住の確保を図った日本の諸裁判例をもとに、中国法における離婚経済援助制度の問題点に対する補強策について提言を試みた。

あわせて、日本における生存配偶者の居住の保護を目的の1つとする配偶者居住権制度は、生存配偶者の居住確保に関する条文が欠如している中国民法典の居住権制度に対して、参照価値が高いと考えられる。中国では、高齢者などの家族内における弱者について、民法典で定められた居住権に関する一般的な規定によってはその居住確保が実現不能となる恐れがある。すなわち、現行の居住権制度の下では、高齢者のための居住権の設定に関する合意が成立しない場合、居住権の設定は困難である。また、被相続人が遺言で生存配偶者のための居住権を設定せず、遺産に属する居住建物を生存配偶者以外の者に帰属させるとの旨を明記すれば、遺言によって当該建物を取得した者と生存配偶者の間での契約の締結により生存配偶者のための居住権を設定することはさらに難しくなる。

通常、家族関係にある者の居住の確保を内容とする居住権は、一般的な居住の権利とは異なっており、居住保障という機能を強調するものである。それを実現するためには、民法典の居住権制度の諸規定では不十分であり、家族関係にある者特に生存配偶者、未成年者及び高齢者などの家族内における弱者の立場にある者の居住確保に関する規定を法律で明文化する必要がある。したがって、居住権制度において、家族内における弱者である高齢の生存配偶者の居住確保という法的機能を確実に発揮するためには、中国の民法典において物権編で用益物権である居住権に関する一般的な要件・効果を規定するにとどまらず、相続編に高齢者特に生存配偶者の居住確保という需要に応じた条文を明文化する必要があると言える。そして、中国民法典の相続制度の下では、配偶者

⁴⁴¹ 曹士兵「最高人民法院裁判、司法解釈的法律地位」中国法学第3期（2006年）181頁。

とその子女が同じ相続順位にある者であるため（民法典第 1127 条）、相続編において生存配偶者の居住確保を目的とする居住権の条文を設ける際には、他の相続人特にその子女との利益の調整を内容とする法的施策を講じる必要がある。

一方、「共同相続人間の平等」という原理を採用する日本の現行相続法の下では、生存配偶者の利益保護を法定相続によって実現するためには、時代の社会経済情勢や生存配偶者の生活保障の必要性に応じつつ、相続人間の平等を図る措置を並行して採っている。例えば、平成 30 年民法改正は、少子高齢化が急激に進展してきた社会情勢に対応するために行われたものである。相続開始時における配偶者の年齢が相対的に高くなり、その生活の保護の必要性も相対的に高まる一方で、子については親の相続開始時に経済的に独立している場合も多く、また、少子化により相続人である子の人数が相対的に減っていることから、遺産分割における一人の子の取得割合も相対的に増加することになるという状況の考慮の下で、生存配偶者の居住確保を内容とする配偶者居住権制度は創設された⁴⁴²。それとともに、相続人間の平等を図るために、配偶者居住権は金銭評価され、生存配偶者は当該評価額の遺産を取得したものとみなされる。それによって、拝具者居住権の設定は遺産の承継の枠組みにおいて他の共同相続人の相続利益に対し計算上負の悪影響を与える可能性のないものと結論付けられる。

このことから、高齢化社会に突入した中国においても、生存配偶者の居住確保の必要性が高まっている社会の実情に対応するために、民法典の相続編において生存配偶者の居住確保を図るための特則を設けることが必要である。具体的な条文を設ける際には、日本法の配偶者居住権制度の諸規定を参照することが生存配偶者の利益保護のみならず、生存配偶者と他の相続人の衡平の実現に対しても一定の役割を果たすと考えられる。

以上の考察をもとに、本論文では、中国において、理論面について学説で行われてきた居住権制度に関する議論も見ながら、中国民法典の居住権制度自体に残されている問題を明確化し、それを完全なものとするための提言を試みた。その中で、相続の場面における生存配偶者のための居住確保に関する条文が欠如している中国民法典に対して、日本の民法における配偶者居住権制度の内容を参照しつつ、中国民法典に生存配偶者の居住保護を目的とする特別規定を置く際の具体的な論点、特に、費用の負担や居住建物が取り壊された場合における居住保護の方策等が重要であることを挙げた。

第二節 今後の研究課題及び展望

現時点では、前述のように日本でも配偶者居住権を創設した改正民法が施行されて間がなく、裁判実務において配偶者居住権が運用された公刊の事例はまだ見られていない。そのため、今後配偶者居住権制度が実際に運用される中で如何なる問題が現れるかはまだ不明な部分がある。それとともに、中国でも、民法典で確立された居住権制度は

⁴⁴² 堂 薫 幹 一 郎 「 相 続 法 改 正 の 背 景 、 立 法 経 緯 等 」 自 正 69 卷 12 号 (2018 年) 8 頁。

施行されたばかりである。民法典の施行に伴い婚姻法に関連する司法解釈の法的効力は失われたが、民法典及びそれに関連する司法解釈の中では、離婚後の経済援助の方策及びその適用要件などの内容は明文化されていない。そのため、中国では、民法典の施行後も離婚経済援助制度が依然として離婚裁判に現れる離婚後の居住確保に関する当事者の需要を満たすための法的根拠を提供することができるかどうか問題として残されている。この点は、制度の開始から間がなく実際の紛争事例がまだほとんどないという上述のような状況に基づき、本論文においてその解決策の探求を対象とする段階に至らなかったため、今後の研究課題となる。

また、近年、日中両国とも高齢化社会に突入したことに伴い、高齢者の再婚がますます頻繁に見られるものの、それぞれの子女の相続分やその他の相続をめぐる利害得失に対する不安を生じさせないよう、再婚の高齢者同士が婚姻届を提出せず共同で同棲生活することに留まるケースも少なくない。このような場合、住居の所有者である内縁配偶者の死亡に伴い、生存内縁配偶者が居住の拠点を失う恐れがあり、その居住確保について検討を加える必要がある。ただし、本論文では、以下の理由により内縁配偶者の居住確保について論及していない。この点は、中国における内縁関係に関する法的対応の行方を見ながら、今後の課題としたい。

中国では、1994年2月1日の婚姻登記管理条例の施行に伴い、配偶者のない男女が婚姻届を出さずに夫婦の名義で同居した場合、この関係は一律に非合法同居として取扱われ、無効であり、法的保護を受けないとされた。また、判例制度を採用しない中国では、人民法院の判決によって内縁配偶者に法的保護を与えることも法律上許されない。一方、日本では判例や学説の議論を通じて、内縁や事実婚の夫婦にも法律婚の夫婦と同様の民法上の法的効果を認めるとの扱いが進められてきた。そこで、日本の内縁配偶者の居住保護に関する検討を行い、内縁関係の保護に対して中国と異なる立場に立つ日本の学説や判例の議論を分析することは興味深いと言えるものの、現時点の中国では、その結論を参照して内縁配偶者の居住確保を内容とする権利の創設や判例法理の定立などを行うことは難しい。また、日本においても平成30年民法改正によって確立された配偶者居住権制度は、内縁関係にある者の居住確保に対して法的根拠を提供するものではないことから、この制度を用いて生存内縁配偶者の居住問題を解決する余地は日本にもない⁴⁴³。

もちろん、中国でも、1989年12月13日に最高人民法院により公布された『婚姻登記をせずに夫婦名義で同居生活した事案に関する若干の意見』第10条に基づき、男女双方が非合法同居中に双方の相互協力により形成した財産の帰属に関して、人民法院は、そのような財産を原則として当事者双方の共有財産と認定している⁴⁴⁴。しかし、高齢内縁当事者の場合、内縁期間中に居住建物を購入する事例は稀であることから、共有関係の認定により生存内縁配偶者に建物の持分を付与することでその居住環境を保護するとい

⁴⁴³ 堂蘭＝野口・前掲注355) 11頁。

⁴⁴⁴ 広東省湛江市中級人民法院(2011)湛中法民一終字第199号判決、黒竜江省齊齊哈爾市中級人民法院(2015)齊民一終字第227号判決、広西壮族自治区崇左市中級人民法院(2021)桂14民終1061号判決など参照。

う解決を採る余地がほとんどないと考えられる。あわせて、民法典の施行に伴い上記の意見の法的効力が失われ、民法典及びそれに関連する司法解釈において、婚姻登記をせずに夫婦名義での同居をしていた期間中に取得した財産の帰属に関する内容はまだ規定されていない。そのため、被相続人の死亡に伴い内縁関係が解消する際に、生存内縁配偶者が共有財産の分割によって自らの利益を保護するという方法自体が実現不能になる恐れがある。

法律婚主義を採用する現行である民法典の下においても、生存内縁配偶者が被相続人の扶養を多く行なった場合には、相続で適当な遺産を取得することができる（民法典第1131条）。ただし、具体的な相続分の割合が条文により明文化されておらず、その確定は人民法院の裁量権に委ねるしかない。裁判実務で現れた裁判例から見ると、生存内縁配偶者が相続で取得した遺産である居住建物の持分によって当該建物の所有権を取得することは困難であることが見て取れる⁴⁴⁵。例として、雲南省昆明市中級人民法院(2006)昆民三終字第667号判決の事例では、生存内縁配偶者と被相続人が8年ほどにわたって共同で居住しており、生存内縁配偶者が被相続人の扶養を多く行ったと認定され、それによって人民法院は生存内縁配偶者に被相続人の遺産の2割の持分を帰属させるとの判決を下した。そこで、中国では、生存内縁配偶者の相続権が法律により認められないが、被相続人の扶養を多く行なった場合には、相続で適当な遺産を取得することができる。ただし、生存配偶者が共同生活中に居住していた建物に住み続ける要望があれば、その要望が満たさない恐れが生じ、それに対応する必要があると考えられる。

生存内縁配偶者の居住保護に関する条文が欠如する日中両国において、生存内縁配偶者の居住問題の立法的解決は、その居住の利益の確保のみならず、当事者間での居住建物などの財産の帰属に関する紛糾の回避に対しても一定の役割を果たすという側面を持つ。私見では、内縁配偶者の居住確保の方策を法律によって明文化することで、家族形態の多様化に応じることができ、婚姻外共同体の関係者、例えば各配偶者の子女の利益確保のためにも意味を持つと考えられる。

さらに、既存の法律婚制度の適用対象外とされるものとして、異性間の内縁関係の他にも同性カップルの問題がある。日中両国ともにこのような婚姻形態の多様化という社会の実態に応えられる法律を設けていないが、法律婚が想定する以外にも様々な異性や同性の婚姻の形が社会において多く見られ、家族の在り方が多様化する中で、国はそれに対応するために法制度をどのように整備していくかというのが問題提起に応える必要がある。

⁴⁴⁵ 民法典第1131条は、相続法第14条の内容を承継したものである。民法典が施行されたばかりの2021年の時点においては、裁判実務では民法典第1131条を用いる紛争事例はまだほとんど見られない。そこで、本論文では、民法典第1131条ではなく、相続法第14条を運用した事例を研究対象とする。

別紙資料一・略語表

(1) 公式判例集

民集	最高裁判所民事判例集
家月	家庭裁判月報

(2) 刊行物

・日本 一般雑誌

判タ	判例タイムズ
法セ	法学セミナー
法研	法学研究
判時	判例時報
法時	法律時報
民商	民商法雑誌
自正	自由と正義
論究ジュリ	論究ジュリスト
立調	立法と調査
家判	家庭の法と裁判
ひろば	法律のひろば

・日本 大学紀要

帝塚山	帝塚山法学
横国	横浜国際経済法学
立命	立命館法学
岡法	岡山大学法学会雑誌
立正	立正法学論集

関院 関西大学大学院法学ジャーナル

九国 九州国際大学法学論集

別紙資料二・事例一覧

・中国の事例

事例番号	事件名	裁判所	判決番号	判決日付	審級	事由	データベース番号
事例 1	劉某与薛某某離婚 上訴案	山東省青島市中級人民法院	(2014)青民五終字第 106号	2014. 4. 17.	二審判決	離婚糾紛	CLI. C. 8918233
事例 2	李某与金某某離婚 糾紛案	湖北省鹹寧市中級人民法院	(2015)鄂鹹寧中民終字第 972号	2016. 6. 28.	二審判決	離婚糾紛	CLI. C. 75425344
事例 3	文某与黄某某離婚糾 紛案	湖南省郴州市中級人民法院	(2016)湘10民終1209号	2016. 9. 2.	二審判決	離婚糾紛	CLI. C. 9587973
事例 4	胡某甲与王某離婚 糾紛案	山東省淄博市中級人民法院	(2016)魯03民終1440号	2016. 8. 10.	二審判決	離婚糾紛	CLI. C. 8497693
事例 5	劉某某与李某某離 婚糾紛案	山東省濟南市中級人民法院	(2016)魯01民終2498号	2016. 8. 24.	二審判決	離婚糾紛	CLI. C. 75993107
事例 6	李某、叶某1離婚 後財產糾紛案	四川省成都市中級人民法院	(2020)川01民終1856号	2020. 4. 10.	二審判決	離婚後財 產糾紛	CLI. C. 103662185

事例 7	李某珍与呂某離婚糾紛案	廣東省茂名市中級人民法院	(2014)茂中法民一終字第 57 号	2014. 5. 21.	二審判決	離婚糾紛	CLJ. C. 16706095
事例 8	肖某某与唐某甲離婚後財產糾紛案	重慶市南川區人民法院	(2016)渝 01119 民初 957 号	2016. 5. 18.	一審判決	離婚後財產糾紛	CLJ. C. 34425117
事例 9	王某、馬某 1 離婚糾紛案	山東省煙台中級人民法院	(2017)魯 06 民終 2544 号	2017. 8. 9.	二審判決	離婚糾紛	CLJ. C. 9903710
事例 10	洪某、陳某 1 離婚後財產糾紛案	福建省漳州市中級人民法院	(2019)閩 06 民終 132 号	2019. 2. 11.	二審判決	離婚後財產糾紛	CLJ. C. 79473300
事例 11	陳某某訴張某某夫妻財產約定糾紛案	河南省周口市川彙區人民法院	(2013)川民初字第 1296 号	2013. 10. 10.	一審判決	夫妻財產約定糾紛	CLJ. C. 17329877
事例 12	沈某与朱某相續糾紛案	浙江省杭州市中級人民法院	(2014)浙杭民終字第 1000 号	2014. 9. 17.	二審判決	其他婚姻家庭、繼承糾紛	CLJ. C. 4092007
事例 13	朱熠訴李玉英返還原物糾紛案	新疆克瑪拉依市中級人民法院	(2015)克民一初字第 919 号	2015. 12. 17.	一審判決	返還原物糾紛	CLJ. C. 39763951
事例 14	趙某、孫某 1 法定相續糾紛案	山東省淄博市中級人民法院	(2017)魯 03 民終 3580 号	2018. 1. 11.	二審判決	其他婚姻家庭、繼承糾紛	CLJ. C. 81204270

事例 15	童某与張某某離婚 後財產糾紛案	雲南省玉溪市 中級人民法院	(2014)玉中民一終字第 367 号	2014. 11. 14.	二審判決	離婚後財 產糾紛	CLJ. C. 16551508
事例 16	魏某与李某離婚糾 紛案	湖北省十堰市中級 人民法院	(2014)鄂十堰中民四終字 第 00452 号	2014. 9. 10.	二審判決	離婚糾紛	CLJ. C. 75482162
事例 17	謝某与李某甲離婚 糾紛案	湖南省岳陽市中級 人民法院	(2014)岳中民一終字第 413 号	2014. 10. 20.	二審判決	離婚糾紛	CLJ. C. 16514667
事例 18	楊某与伍某甲離婚 後財產糾紛案	湖南省新晃侗族自治 縣人民 法院	(2016)湘 1227 民初 126 号	2016. 6. 1.	一審判決	離婚後財 產糾紛	CLJ. C. 42027497
事例 19	蔣某 1、李某離婚 後財產糾紛案	湖南省長沙市中級 人民法院	(2018)湘 01 民終 10339 号	2018. 12. 3.	二審判決	離婚後財 產糾紛	CLJ. C. 77251682
事例 20	趙某与李某離婚 糾紛案	天津市紅橋區人民 法院	(2013)紅民初字第 4799 号	2014. 3. 14.	一審判決	離婚糾紛	CLJ. C. 15928051
事例 21	王某某与劉某某離 婚糾紛案	四川省達州市中級 人民法院	(2014)達中民終字第 642 号	2014. 10. 29.	二審判決	離婚糾紛	CLJ. C. 16519282
事例 22	占某与陳某某離婚 糾紛案	福建省南平市中級 人民法院	(2014)南民終字第 183 号	2014. 5. 5.	二審判決	離婚糾紛	CLJ. C. 16690683
事例 23	白某某与周某某離 婚糾紛案	黑龍江省雙鴨山市 集賢縣人 民法院	(2014)集民初字第 606 号	2015. 2. 6.	一審判決	離婚糾紛	CLJ. C. 21291480

事例 24	林某某与梁某某離婚糾紛案	広東省湛江市中級人民法院	(2014)湛中法民一終字第 281 号	2014. 5. 15.	二審判決	離婚糾紛	CLJ. C. 75531904
事例 25	程某某与曹某某離婚糾紛案	上海市第二中級人民法院	(2014)沪二中民一民終字第 1783 号	2014. 9. 18.	二審判決	離婚糾紛	CLJ. C. 16499985
事例 26	馬某某訴馬某甲離婚後財產糾紛一案	新疆伊犁州伊寧市人民法院	(2016)新 4002 民初 2134 号	2016. 5. 23.	一審判決	離婚後財產糾紛	CLJ. C. 36543948
事例 27	仲某訴熊某某 1 離婚後財產分割糾紛案	江蘇省宿遷市中級人民法院	(2011)宿中民終字第 1190 号	2011. 11. 29.	二審判決	離婚後財產糾紛	CLJ. C. 4057189
事例 28	劉某与薛某某離婚上訴案	山東省青島市中級人民法院	(2014)青民五終字第 106 号	2014. 4. 17.	二審判決	離婚糾紛	CLJ. C. 8918233
事例 29	王某某与那某某離婚糾紛案	内モンゴル自治区呼和浩特市 市中級人民法院	(2015)呼民四終字第 00037 号	2015. 3. 13.	二審判決	離婚糾紛	CLJ. C. 16435191
事例 30	魏某与沈某某離婚糾紛案	山東省濱州市中級人民法院	(2016)魯 16 民終 927 号	2016. 8. 2.	二審判決	離婚糾紛	CLJ. C. 8513268
事例 31	石某与王某某離婚後財產糾紛案	湖北省黄石市中級人民法院	(2016)鄂 02 民終 547 号	2016. 7. 18.	二審判決	離婚後財產糾紛	CLJ. C. 8510398

事例 32	肖某与唐某甲離婚後財產糾紛案	重慶市南川區人民法院	(2016)渝0119民初957号	2016. 5. 18.	一審判決	離婚後財產糾紛	CLJ. C. 34425117
事例 33	魏某与李某離婚糾紛案	湖北省十堰市張灣區人民法院	(2014)鄂張灣民一初字第00061号	2014. 4. 30.	一審判決	離婚糾紛	CLJ. C. 19521321
事例 34	張某与仲某甲離婚糾紛案	河北省張家口市蔚縣人民法院	(2014)蔚民初字第126号	2014. 12. 23.	一審判決	離婚糾紛	CLJ. C. 20704295
事例 35	劉某等与陳某某排除妨害糾紛案	北京市第三中級人民法院	(2015)三中民終字第05449号	2015. 4. 27.	二審判決	排除妨害糾紛	CLJ. C. 16371846
事例 36	付某与梁某離婚後財產糾紛案	北京市第三中級人民法院	(2017)京03民終6825号	2017. 6. 13.	二審判決	離婚後財產糾紛	CLJ. C. 9794041
事例 37	姜某与楊某離婚後財產糾紛案	北京市第一中級人民法院	(2017)京01民終7668号	2017. 11. 20.	二審判決	離婚後財產糾紛	CLJ. C. 10619466
事例 38	王某某与張某某離婚後財產糾紛案	廣西省西林縣人民法院	(2019)桂1030民初1180号	2019. 12. 9.	一審判決	離婚後財產糾紛	CLJ. C. 100611851
事例 39	王某某訴陳某某繼承糾紛案	四川省綿陽市三台縣人民法院	(2014)三民初字第2915号	2014. 07. 02	一審判決	婚姻家庭及繼承糾紛	CLJ. C. 5854389

事例 40	袁某訴王某甲等遺囑繼承糾紛案	山東省博興縣人民法院	(2016)魯 1625 民初 1214 号	2016. 08. 30	一審判決	遺言相統糾紛	CLJ. C. 51484729
事例 41	吳太金与陳宏等侵權責任糾紛上訴案	重慶市第五中級人民法院	(2017)渝 05 民終 8668 号	2018. 03. 14	二審判決	侵權責任糾紛	CLJ. C. 11204462
事例 42	陳某訴苗某 1 等法定繼承糾紛再審案	安徽省合肥市中級人民法院	(2017)皖 01 民再 29 号	2017. 12. 28	再審判決	法定相統糾紛	CLJ. C. 10547592
事例 43	上訴人李某某因遺囑繼承糾紛案	上海市第二中級人民法院	(2015)滬二中民一(民)終字第 3064 号	2016. 02. 14	二審判決	遺言相統糾紛	CLJ. C. 8260889
事例 44	顧巧、陸愛珍与高峰英房屋拆遷安置補償合同糾紛案	江蘇省蘇州市中級人民法院	(2016)蘇 05 民終 307 号	2016. 04. 05	二審判決	民事主體間房屋拆遷補償合同糾紛	CLJ. C. 16032115
事例 45	王某、張某 1 遺囑繼承糾紛案	雲南省昆明市中級人民法院	(2018)雲 01 民終 7095 号	2018. 11. 26	二審判決	遺言相統糾紛	CLJ. C. 75313100
事例 46	蘇某 1、蘇某 2 等与謝某法定繼承糾紛案	廣西壯族自治區南寧市興寧區人民法院	(2019)桂 0102 民初 420 号	2019. 11. 11	一審判決	法定相統糾紛	CLJ. C. 95882253
事例 47	原告彭某某訴被告王某 1、王某 2、	陝西省漢中市漢台区人民法院	(2019)陝 0702 民初 1780 号	2019. 08. 29	一審判決	占有物返還糾紛	CLJ. C. 94287540

王某 3 占有物返還 糾紛案	浙江省杭州市中級人民法院	(2014)浙杭民終字第 1000 号	2014. 09. 17	二審判決	婚姻家庭 及继承糾紛	CLJ. C. 4092007
事例 48 沈某与朱某繼承糾 紛案	浙江省杭州市中級人民法院	(2014)浙杭民終字第 1000 号	2014. 09. 17	二審判決	婚姻家庭 及继承糾紛	CLJ. C. 4092007
事例 49 孫某某与李某某遺 囑繼承糾紛案	遼寧省鐵嶺市中級人民法院	(2015)鐵民三終字第 00263 号	2016. 03. 07	二審判決	遺言相統 糾紛	CLJ. C. 9384993
事例 50 阮某甲与徐某遺囑 繼承糾紛案	上海市嘉定区人民法院	(2016)滬 0114 民初 2949 号	2016. 05. 30	一審判決	遺言相統 糾紛	CLJ. C. 41076587
事例 51 趙某与孫某 1、孫 某 2、孫某 3、孫 某 4 法定繼承糾紛 案	山東省淄博市中級人民法院	(2017)魯 03 民終 3580 号	2018. 01. 11	二審判決	法定相統 糾紛	CLJ. C. 10767587
事例 52 張田田与楊長華排 除妨礙糾紛申請案	江蘇省泰州市中級人民法院	(2014)泰中民申字第 0080 号	2014. 09. 24	再審判決	排除妨害 糾紛	CLJ. C. 3373588
事例 53 馬某 1 訴辛某繼承 糾紛案	山東省肥城市人民法院	(2016)魯 0983 民初 890 号	2016. 07. 20	一審判決	婚姻家庭 及继承糾紛	CLJ. C. 35976982

事例 54	楊珍富與劉采恩排除妨害糾紛案	內蒙古自治區高級人民法院	(2019)內民申 203 號	2019. 03. 21	再審裁定	排除妨害糾紛	CL.I. C. 93826928
事例 55	王蘭英與談永華其他所有權糾紛案	上海市松江區人民法院	(2018)滬 0117 民初 7807 號	2018. 06. 29	一審判決	物權糾紛	CL.I. C. 79870760
事例 56	丁某甲等訴郭某某法定繼承糾紛案	內蒙古自治區烏海市烏達區人民法院	(2014)烏達民一初字第 0221 號	2014. 10. 29	一審判決	法定相統糾紛	CL.I. C. 4012873
事例 57	孫某某與莊某某等物權保護糾紛案	廣東省廣州市中級人民法院	(2016)粵 01 民終 8689 號	2016. 09. 06	二審判決	物權保護糾紛	CL.I. C. 8527012
事例 58	袁某某與宋某某排除妨害糾紛案	江蘇省常州市中級人民法院	(2016)蘇 04 民終 2150 號	2016. 08. 26	二審判決	排除妨害糾紛	CL.I. C. 75672293
事例 59	胡秀芝等與徐靜華返還原物糾紛案	遼寧省撫順市中級人民法院	(2016)遼 04 民終 313 號	2016. 06. 29	二審判決	返還原物糾紛	CL.I. C. 9330797
事例 60	琚某與周某 1、周某 2 遺贈糾紛案	安徽省蕪湖市鏡湖區人民法院	(2019)皖 0202 民初 9802 號	2019. 10. 14	一審判決	遺贈糾紛	CL.I. C. 90783564
事例 61	董翠玲與歐某維、魏某財產損害賠償糾紛案	江蘇省徐州市雲龍區人民法院	(2015)雲民初字第 1837 號	2016. 06. 08	一審判決	財產損害賠償糾紛	CL.I. C. 34736794

事例 62	靳紅英与宋惠茹贈 与合同糾紛案	天津市第二中級人民法院	(2016)津 02 民終 4409 号	2016. 11. 14	二審判決	贈与契約 糾紛	CL.I. C. 69425122
事例 63	劉某某与李某某 1、李某某 2 繼承 糾紛案	天津市和平区人民法院	(2016)津 0101 民初 4079 号	2017. 05. 27	一審判決	婚姻家庭 及继承 糾紛	CL.I. C. 40059185
事例 64	會某離婚糾紛案	江蘇省高級人民法院(2018) 蘇民監 530 号	(2018)蘇民監 530 号	2018. 12. 18	再審	離婚糾紛	CL.I. C. 75724080
事例 65	米某与于某 1 返還 原物糾紛案	吉林省通化市中級人民法院	(2018)吉 05 民終 467 号	2018. 05. 30	二審判決	申請宣告 自然人無 民事行為 能力	CL.I. C. 11245348
事例 66	龐全、林紹容排除 妨害糾紛案	広西壮族自治区玉林市中級 人民法院	(2019)桂 09 民終 1467 号	2019. 07. 08	二審判決	排除妨害 糾紛	CL.I. C. 93590549
事例 67	葉某、郭某遺贈扶 養協議糾紛案	湖北省黄石市中級人民法院	(2019)鄂 02 民終 950 号	2019. 07. 23	二審判決	遺贈扶養 協議糾紛	CL.I. C. 85969303
事例 68	王桂山与張福彬贈 与合同糾紛案	山東省費县人民法院	(2019)魯 1325 民初 6943 号	2019. 12. 11	一審判決	贈与契約 糾紛	CL.I. C. 96725171
事例 69	于嘉与陳樹春返還 原物糾紛案	内モンゴル自治区呼和浩特市 中級人民法院	(2019)内 01 民終 551 号	2019. 04. 23	二審判決	返還原物 糾紛	CL.I. C. 77054950

事例 70	張勝元訴田衛東排除妨害糾紛案	湖南省張家界市永定区人民法院	(2015)張定民一初字第1121号	2015. 08. 05	一審判決	排除妨害糾紛	CL.I. C. 22583105
事例 71	聶某与趙某甲、趙某乙等法定繼承糾紛案	山東省青島市中級人民法院	(2015)青民五終字第2419号	2016. 04. 27	二審判決	法定相続糾紛	CL.I. C. 15566336
事例 72	鐘某 1、曲某法定繼承糾紛案	山東省青島市中級人民法院	(2017)魯 02 民終 6723 号	2017. 09. 21	二審判決	法定相続糾紛	CL.I. C. 10021264
事例 73	赫某某物權確認糾紛案	河北省石家莊市中級人民法院	(2018)冀 01 民終 12864 号	2018. 12. 12	二審判決	物權確認糾紛	CL.I. C. 70198639
事例 74	鮑崇彪与童先報侵權責任糾紛案	貴州省劍河县人民法院	(2019)黔 2629 民初 476 号	2019. 05. 16	一審判決	侵權責任糾紛	CL.I. C. 84504098

・日本の事例

事例 75	青森家裁昭和 44 年 3 月 31 日審判 (家月 21 卷 11 号 154 頁)
事例 76	浦和地裁昭和 59 年 11 月 27 日判決 (判夕 548 号 260 頁)
事例 77	東京高裁昭和 63 年 12 月 22 日判決 (判時 1301 号 97 頁)

事例 78	大阪高裁平成 3 年 10 月 1 日決定（家月 44 卷 4 号 37 頁）
事例 79	名古屋高裁平成 18 年 5 月 31 日決定（家月 59 卷 2 号 134 頁）
事例 80	名古屋高裁平成 21 年 5 月 28 日判決（判時 2069 号 50 頁）

注：

本論文で扱った中国の例は、個別に出典を明示していない限りデータベース「北大法宝」によっている。データベース URL は以下の通りである。
<http://www.pkulaw.com/>（2022 年 2 月 17 日最終閲覧）。

別紙資料三・参考文献

中国語文献

(1) 第二章

・ 図書

- 1) 蘇樹厚・段玉恩『農村最低生活保障制度創新研究』北京, 中国社会科学出版社, 2014.
- 2) 巫昌禎『婚姻与繼承法学』北京, 中国政法大学出版社, 2007.
- 3) 黄松有『婚姻法司法解释的理解与適用』北京, 中国法制出版社, 2005.
- 4) 王勝明・孫礼海「『中華人民共和国婚姻法改正立法資料選』」北京, 法律出版社, 2001.
- 5) 江平『中美物權法的現狀及發展』北京, 清華大学出版社, 2003.
- 6) 全国人大常委会法制工作委员会民法室『物權法(草案)参考』北京, 中国民主法制出版社, 2005.

・ 雜誌論文

- 1) 李春根・夏珺「中国城市最低生活保障標準：变化軌跡和現實考量」中国行政管理, 2014, 12, p. 90.
- 2) 李秀華「完善我国婦女法的法律構思」河北法学, 1994, 4, p. 18.
- 3) 陶毅「『婚姻家庭法』離婚章試擬稿——試擬条款及簡要說明」法学評論, 2000, 1, p. 129.
- 4) 李洪祥「離婚婦女婚姻家庭權益司法保障實証研究——以吉林省中等發達地区某基階法院2010-2012年抽樣調查的離婚案件為对象」当代法学, 2014, 5, p. 79.
- 5) 衛緒華「婚姻法学教学中的一个核心前沿問題——論離婚後居住權」法制与經濟(中甸刊), 2008, 12, p. 127.
- 6) 俞江「家產制視野下的遺囑」法学, 2010, 7, p. 93.
- 7) 申衛星「我国物權立法中論争焦点問題探討」法学雜誌, 2006, 4, p. 37.
- 8) 梁慧星「我不贊成規定『居住權』」民商法論叢, 2005, 32, p. 569.
- 9) 梁慧星「關於民法典分則草案的若干問題」法治研究, 2019, 4, p. 3.

- 10) 徐朝賢「關於構建我國用益物權體系的思考——以三個物權法草案的設計比較為線索」河北法學, 2004, 6, p. 36.
- 11) 劉東華「試論離婚判決中女性的居住權問題——兼論我國的居住權立法」民商法論叢, 2001, 18, p. 254.
- 12) 錢明星「關於在我國物權法中設置居住權的幾個問題」中國法學, 2001, 5, p. 13.
- 13) 金貴賓·張來柱「我國物權法上確立居住權制度的若干問題與思考」河北法學, 2004, 22(8), p. 96.
- 14) 徐國棟「物權法草案文字梳理」法學, 2005, 8, p. 14.
- 15) 薛軍「地役權與居住權問題——評『物權法草案』第十四、十五章」中外法學, 2006, 1, p. 92.
- 16) 梁慧星「中國民法典編纂的幾個問題」山西大學學報, 2003, 5, p. 13.
- 17) 楊立新「百年中的中國民法華麗轉身與曲折發展——中國民法一百年歷史的回顧與展望」河北省政法管理幹部學院學報, 2011, 3, p. 1.
- 18) 肖俊「『居住』如何成為一種物權——從羅馬法傳統到當代中國居住權立法」法律科學, 2019, 3, p. 96.
- 19) 陳華彬「人役權制度的構建——兼議我國『民法典物權編(草案)』的居住權規定」比較法研究, 2019, 2, p. 48.
- 20) 黃薇「『民法典物權編草案』(二審稿)對若干重點問題的回應」中州學刊, 2019, 7, p. 59.
- 21) 曾大鵬「居住權的司法困境、功能嬗變與立法重構」法學, 2019, 12, p. 51.
- 22) 王利明「論民法典物權編中居住權的若干問題」學術月刊, 2019, 7, p. 91.
- 23) 黃積虹「構建民法典物權編居住權的思考」上海政法學院學報, 2019, 1, p. 96.
- 24) 單平基「『民法典』草案之居住權規範的檢討和完善」當代法學, 2019, 1, p. 3.
- 25) 馬新彥「居住權立法與繼承編的制度創新」清華法學, 2018, 2, p. 163.
- 26) 肖俊「我國居住權定義的結構分析」法治研究, 2020, 1, p. 26.
- 27) 張維煒「百姓關心的這些事, 民法典草案都有回應」中國人大, 2020, 1, p. 17.

• 新聞記事

- 1) 陳華彬「關於居住權確立的幾個問題」中國社會科學院院報, 2004-11-23.

2) 陳華彬「設立居住權可以更好地保護弱勢群體利益」檢察日報, 2004-2-9.

・インターネット上の情報

1) 凱風「民法典首提“居住權”, 影響有多大?」騰訊網, 2020-5-31,
<https://new.qq.com/omn/20200531/20200531A04H6C00.html>, (參照 2022-02-05).

2) 陳竹「民法典草案解讀 6 | 提出“居住權”概念 保障弱勢群體住有所居」上游新聞, 2020-5-24,
<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1667546665360795026&wfr=spider&for=pc>, (參照 2022-02-06).

3) 新華社「民法典草案等公開征求社會公眾意見」中國政府網, 2019-12-28,
http://www.gov.cn/hudong/2019-12/28/content_5464843.htm, (參照 2022-2-17).

(2) 第三章

・圖書

1) 巫昌禎『婚姻家庭法新論』北京, 中國政法大學出版社, 2002.

2) 雷潔瓊·王思斌『轉換期的都市基礎社區組織—北京市基礎社區組織與社區發展研究』北京, 北京大學出版社, 2001.

3) 鄭小川·於晶『婚姻繼承習慣法研究——以我國某些農村調研為基礎』北京, 知識產權出版社, 2009.

・雜誌論文

1) 陳葦·冉啓玉「離婚撫養制度研究——中國大陸法與俄羅斯法之比較」月旦民商法, 2004, 6, p. 145.

2) 俞江「繼承領域內衝突格局的形成——近代中國的分家習慣與繼承法移植」中國社會科學, 2005, 5, p. 119.

(3) 第四章

・圖書

- 1) 巫昌禎『婚姻与繼承法学』北京, 中国政法大学出版社, 2007.
- 2) 陳葦『中国婚姻家庭法立法研究』第二版, 北京, 群衆出版社, 2010.
- 3) 張学軍『論離婚後の扶養立法』北京, 法律出版社, 2004.
- 4) 楊大文『親属法』第四版, 北京, 法律出版社, 2004.
- 5) 曹賢信『親属法の論理性及其限度研究』北京, 群衆出版社, 2012.
- 6) 夏吟蘭·龍翼飛『和諧社会中婚姻家庭關係的法律重構』北京, 中国政法大学出版社, 2007.
- 7) 李俊『離婚救济制度研究』北京, 法律出版社, 2008.

(4) 第五章

• 圖書

- 1) 黃薇『中華人民共和國民法典物權編解讀』北京, 中国法制出版社, 2020.

• 雜誌論文

- 1) 汪洋「民法典意定居住權与居住權合同解釋論」比較法研究, 2020, 6, p. 105.
- 2) 趙莎莎「我国居住權制度的法律適用与問題研究」法制博覽, 2021, 30, p. 142.
- 3) 趙富潤「居住權制度在離婚案件中的運用」法制与社会, 2021, 23, p. 190.
- 4) 張懷文「『民法典』新增「居住權」的理解与適用探析」民商法界, 2020, 11, p. 53.
- 5) 羅德軻·王建平「法定居住權制度的法理基礎与類型化展開——兼評『中華人民共和國民法典』居住權制度」南海法学, 2021, 3, p. 22.
- 6) 申衛星「視野拓展与功能轉換：我国設立居住權必要性的多重視角」中国法学, 2005, 5, p. 77.
- 7) 辜明安·蔣昇洋「中国民法典設立居住權的必要性及其制度構造」西南民族大学学报, 2020, 2, p. 106.
- 8) 魯曉明「論我国居住權立法之必要性及以物權性為主的立法模式——兼及完善我国民法典物權編草案居住權制度規範的建議」政治与法律, 2019, 3, p. 13.

日本語文献

(1) 第二章

・雑誌論文

- 1) 円谷峻・于敏「中国民法典(草案)の立法過程について」横国, 2005, 14(2), p. 65.
- 2) 江涛「中国民法典の制定に関する一考察」千葉大学人文社会科学研究, 2008, 16, p. 120.

(2) 第三章

・図書

- 1) 滋賀秀三『中国家族法の原理』東京, 創文社, 1967.

・雑誌論文

- 1) 祝姫「中国における『事実婚姻』・『非婚生子女』と日本における『内縁』・『非嫡出子』との比較」比較法学, 1996, 30(1), p. 1.
- 2) 朱擘「中国における遺留分制度の構築にあたって一家族主義的理念と個人主義的理念に揺れる制度の行方一」立命, 2016, 369・370, p. 1645.
- 3) 中村治兵衛「中国の家産分割と農業経営」農業総合研究, 1954, 8(1), p. 109.

(3) 第四章

・図書

- 1) 本山敦・青竹美佳・羽生香織『家族法 (日評ベーシック・シリーズ)』第2版, 東京, 日本評論社, 2019.
- 2) 窪田充見『家族法 一民法を学ぶ一』第4版, 東京, 有斐閣, 2019.
- 3) 本沢巳代子『離婚給付の研究』東京, 一粒社, 1998.
- 4) 家事実務研究会『家事財産給付便覧・離婚給付の算定』東京, 新日本法規出版社, 1977.
- 5) 大津千明『離婚給付に関する実証的研究』東京, 日本評論社, 1990.

- 6) 林良平・甲斐道太郎「谷口知平先生追悼『第一巻家族法』」東京, 信山社, 1992.
- 7) 松本哲泓『離婚に伴う財産分与-裁判官の視点にみる分与の実務』名古屋, 新日本法規出版, 2019.
- 8) 岡部喜代子・三谷忠之『実務 家族法講義』東京, 民事法研究会, 2006.
- 9) 石川稔・中川淳・米倉明『家族法改正への課題』東京, 日本加除出版, 1993.
- 10) 鈴木眞次『離婚給付の決定基準』東京, 弘文堂, 1992.
- 11) 川村隆子『家族法の道案内』京都, 法律文化社, 2018.
- 12) 床谷文雄・神谷遊・稲垣朋子『家族法(α ブックス . 新プリメール民法 5)』第2版, 京都, 法律文化社, 2020.
- 13) 有地亨・青山道夫・有地亨『新版注釈民法(21)』東京, 有斐閣, 1989.
- 14) 高島良一『判例借地借家法上巻』東京, 判例タイムズ社, 1962.
- 15) 中川淳・小川富之『家族法』第2版, 東京, 法律文化社, 2019.
- 16) 中川淳『離婚財産分与と慰謝料との関係. 現代家族法大系2 婚姻・離婚』東京, 有斐閣, 1980.
- 17) 我妻栄『親族法 法律学全集 23』東京, 有斐閣, 1961.
- 18) 有地亨『家族法概論』東京, 法律文化社, 2005.
- 19) 伊藤眞『民事訴訟法』第7版, 東京, 有斐閣, 2020.
- 20) 遠藤浩『基本法コンメンタール債権各論 I 契約』第四版, 東京, 日本評論社, 2005.
- 21) 半田吉信・鹿野菜穂子・佐藤啓子『家族法(ハイブリッド民法 5)』第2版補訂, 東京, 法律文化社, 2017.
- 22) 松尾弘『家族法改正を読む—親族・相続法改正のポイントとトレンド—』東京, 慶応義塾大学出版会, 2019.
- 23) 潮見佳男『詳解相続法』東京, 弘文堂, 2018.
- 24) 前田陽一・本山敦・浦野由紀子『親族・相続』第5版, 東京, 有斐閣, 2019.
- 25) 堂蘭幹一郎・野口宣大『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』東京, 商事法務, 2019.
- 26) 片岡武・管野真一『改正相続法と家庭裁判所の実務』東京, 日本加除出版株式会社, 2019年.

- 27) 中込一洋『実務解説 改正相続法』東京, 弘文堂, 2019.
- 28) 吉田修平・森川紀代『相続法改正 新しい相続実務の徹底解説—概説と事例 Q&A』東京, 青林書院, 2019.
- 29) 我妻栄『親族法』東京, 有斐閣, 1961年.
- 30) 潮見佳男・窪田充見・中込一洋・増田勝久・水野紀子・山田攝子『Before/After 相続法改正』東京, 弘文堂, 2019.
- 31) 松岡久和・中田邦博『新・コンメンタール 民法(家族法)』東京, 日本評論社, 2021.

・雑誌論文

- 1) 相原佳子「財産分与における住宅問題」判タ, 2008, 1269, p. 29.
- 2) 右近健男「判批」法時, 1989, 61(10), p. 122.
- 3) 三宅篤子「財産分与として元夫婦間に使用賃借契約を設定した事例」民商, 2007, 137(2). p. 239.
- 4) 右近健男「離婚・別居と婚姻住居——ドイツ法の紹介」岡法, 1997, 46(3・4), p. 649.
- 5) 生駒俊英「離婚時における婚姻住居の利用関係について——2009年ドイツの法改正を参考にして」季刊家計経済研究, 2012, 95, p. 55.
- 6) 佐藤義彦「財産分与としての賃借権設定」判タ, 1985, 558, p. 232.
- 7) 加藤永一「夫婦の財産関係について(一)・(二・完)——夫婦財産の利用関係を契機として」民商, 1962, 46(1), p. 3, 46(3), p. 484.
- 8) 鈴木隆史「夫婦の居住の確保——一方的処分その他の居住妨害からの保護——」立正, 1994, 27(1・2), p. 43.
- 9) 本澤巳代子「離婚給付の新展開」法セ, 1989, 410, p. 40.
- 10) 常岡史子「婚姻の解消と住居の利用関係(一)・(二・完)——財産分与的处理のドイツ法を契機とした再吟味——」帝塚山, 1998, 1, p. 105, 2, p. 133.
- 11) 山本拓「清算的財産分与に関する実務上の諸問題」家月, 2010, 62(3), p. 1.
- 12) 石川明「離婚訴訟における財産分与の裁判と不利益変更禁止の原則」法研, 1992, 65(1), p. 75.
- 13) 大津千明「判批」判タ, 1990, 735, p. 171.

- 14) 榮春彦「判批」平成19年度主要民事判例解説(別冊判タ22), 2008, p. 136.
- 15) 生駒俊英「判批」関院, 2007, 81, p. 229.
- 16) 櫻井弘晃「離婚財産分与と使用借権の設定」九国, 2009, 16(2), p. 131.
- 17) 三宅篤子「判批」民商, 2007, 137(2), p. 239.
- 18) 中込一洋・稲村晃伸「はじめに(特集 すっきり早わかり 相続法改正)」Libra : The Tokyo Bar Association journal, 2019, 19(5), p. 3.
- 19) 堂蘭幹一郎「相続法改正の背景、立法経緯等」自正, 2018, 69(12), p. 8.
- 20) 浦野由紀子「配偶者の居住権保護・相続分見直し」論究ジュリ, 2017, 20, p. 5.
- 21) 鈴木達也「約40年ぶりの相続法の大改正 — 民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律 及び法務局における遺言書の保管等に関する法律 —」立調, 2018, 406, p. 19.
- 22) 堂蘭幹一郎「民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律(相続法改正)の概要」家判, 2018, 17, p. 30.
- 23) 堂蘭幹一郎「相続法改正の概要(1)」NBL, 2018, 1133, p. 4.
- 24) 松原正明「配偶者居住権に関する実務上の諸問題」ひろば, 2018, 71(12), p. 23.

・インターネット上の情報

- 1) 法制審議会民法(債権関係)部会「部会資料70A 民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(5)」2013-11-1, <https://www.moj.go.jp/content/000119451.pdf>, p. 60(参照2021-04-05).
- 2) 法制審議会民法(相続関係)部会「部会資料1 相続法制の見直しに当たっての検討課題」2015-4-21, <https://www.moj.go.jp/content/001143585.pdf>, p. 1(参照2021-04-05).
- 3) 法制審議会民法(相続関係)部会「部会資料2 相続法制の見直しに当たっての検討課題(1)」2015-5-19, <http://www.moj.go.jp/content/001146512.pdf>, p. 3(参照2021-04-05).
- 4) 法制審議会民法(相続関係)部会「部会資料6 配偶者の居住権を法律上保護するための方策等」2015-10-20, <https://www.moj.go.jp/content/001162550.pdf>, p. 2(参照2021-04-05).
- 5) 法制審議会民法(相続関係)部会「民法(相続関係)等の改正に関する中間試案の補足説明」2016-6-21, <https://www.moj.go.jp/content/001198631.pdf>, p. 3(参照2021-04-05).

(4) 第五章

・インターネット上の情報

- 1) 法制審議会民法(相続関係)部会「第1回会議議事録」2015-4-21,
<https://www.moj.go.jp/content/001149467.pdf>, p. 15(参照 2021-04-05).
- 2) 国会参議院法務委員会「第196回国会参議院法務委員会会議録第21号」2018-7-5,
https://www.sangiin.go.jp/japanese/gianjoho/old_gaiyo/196/1964103.pdf, p. 4(参照 2021-04-05).
- 3) 法制審議会民法(相続関係)部会「部会資料26-2 補足説明」2018-1-16,
<https://www.moj.go.jp/content/001246035.pdf>, p. 2(参照 2021-04-05).