

民事手続法における同居者

—その古さと新しさ—

佐藤鉄男*

- I はじめに
- II 倒産否認と同居者
- III 民事訴訟法・民事執行法における同居者
- IV 日常生活の法と同居者
- V 否認権における「親族又は同居者」
- VI 同居者概念から見えてくる倒産と家族の世界
- VII おわりに

I はじめに

民事訴訟，民事執行，破産，民事再生等の民事手続に個人が当事者等として関わる場合，その個人は氏名，住所等で本人が特定，確認される。そして人間は，親子・夫婦・兄弟姉妹等とともに家族を構成し，また友人や隣人と交流し社会を形成している。したがって，民事手続に関わっている個人の周辺にも勿論そうした人物がついて回る。当該個人と世帯を成しているような家族であれば，通常は本人とほぼ一心同体の思いでその民事手続の推移を見守っているであろう。しかし，人事訴訟，家事審判，家事調停といった，主として家族間で繰り広げられる民事手続は別として，家族外の者との民事手

* 中央大学法科大学院教授

続にあって当事者の家族はいったいどんな存在であるのだろうか。常に全くの部外者として無視されるのかというと、必ずしもそうとも限らず、むしろ何らかの役割が期待される場面もある。たとえば、参加人として訴訟に加わったり、証人として証言したりすることもあるが、ただ、それは家族特有の話ではない。本稿で取り上げたいのは、民事手続において当事者の家族が明示的に特有の役割を演じる場合のことである。それはかなり限られていて、特に問題とするのは、おそらくは家族を捕捉するとともに補足する趣旨で使われている「同居者」という表現である。それ自体は、民事訴訟法や破産法では旧来から使用されているものである。その意味で、本稿は些末な問題を扱うことになる点で、読者にはご寛容を乞うばかりである。

本稿は家族破産法に関する研究の一環である¹⁾。従来、倒産法にとって家族の問題は関心が薄く、家族法にとっても倒産は全く別次元の話題であった、と言える状況であった。しかし、倒産は、個人の事件であればストレートにその家族に影響を及ぼし、企業の事件においても、経営者や従業員とその家族へと影響が及ぶ点で、実は倒産と家族は無視できない関係があると言える。仔細に見れば、倒産法の中に家族に関する規定も存在する。本稿で取り上げるのも、その絡みである。すなわち、それは倒産法の否認権の中に存する「親族又は同居者」という規定における「同居者」である。平易な表現なので問題視すべき要素も無さそうだが、意外に難しい。実は、旧破産法時代から使用されていた用語であるが、定義があるわけでもない。そもそも、倒産法に固有のものなどではなく、後で述べるように、民事訴訟法や民事執行法でも使われているというか、何のことはない、日常用語とも言える類いのものである。

婚姻外で共同生活を営む男女の関係を古くから内縁と呼び、夫婦に準じた扱いをしてきたが、それが同居者に該当するであろうことは疑いがなく、この用語の便利さは誰もが実感できる。しかし、今日、人間の生き方は多様であって、いざ法的な効果を伴う場面で同居者とは何かを問われると、必ずしも答えは簡単ではない。この用語が使用されている意義を問うとともに、現代社会において家族の内包と外延が激しく揺さぶられていることにも目を向けなければならないことに気づかされる。本稿は、そこでの議論を意識しつつ、民事手続という世俗の世界にこの同居者が現れた場合の問題を考えることで、逆に、それが家族（法）研究の素材にもなればと願うものである。

II 倒産否認と同居者

倒産法を主たる研究領域としてきた筆者にとって、同居者は長く親しんできた文言であるが、詰めて考えたことはなかった。否認権が問題になる場面において、受益者が「親族又は同居者」である場合において、倒産債務者との緊密な関係性に照らし、否認権成立のハードルを下げるものとして存在する。

既に、1922（大正11）年制定の旧破産法からそれはあった。すなわち、同法72条の否認権規定において、その2号から4号が危機否認として危機時期における担保供与や債務消滅について否認の可能性を規定しているが、相手方である受益者の保護の観点から、破産管財人が受益者の悪意の主張・立証を要するのが本則であるところ（2号）、受益者が「破産者ノ親族又ハ同居者」の場合には、かえって受益者が善意の主張・立証をしないと否認を免れない扱いとなっていた（3号）²⁾。これらの者は、破産者に身近にいて危機について把握している可能性が高いのと、偏頗的な弁済等の相手として選ばれやすいことによる。

古今東西、否認権において、倒産債務者に近い者（用語は、当然のことながら、国によって異なる）について格別な扱いで臨むことはかなり普遍的である³⁾。ただ、特則の置き方は一様ではなく、旧破産法は、危機否認において危機時期の認識についての証明責任の転換を図ったものであることになるが、否認権の判例は数多あっても、72条3号に関するものは少なく、残念ながら、議論は乏しい。そもそもどの範囲の人間をターゲットにするか自体もはっきりしない。民法730条で「直系血族及び同居の親族は、互いに扶け合わなければならない」と定めており、これを前提とすれば、その範囲が絞られてくることになるが、旧破産法は、現在の家族法に先行するものである。

さて、否認権において、親族又は同居者に関して特別な規定を用意することは平成の倒産法の改正でも維持されたが、旧破産法とはやや趣を異にしている。それは否認権の基本規定が大きく改正されたことによる。すなわち、アメリカの倒産法を参考に、詐害行為類型と偏頗行為類型を区分けたことである。否認権を含め、倒産実体法に関しては破産法、民事再生法、会社更生法でほぼ共通することになり、ここでは破産法の条文で説明していく。

受益者が「破産者の親族又は同居者」である場合の否認権の特則は、相当の対価を得てした財産の処分行為の否認について定めた161条2項3号におかれ、それは偏頗行為

否認でも援用されている（破162条2項1号）。本稿の主題からは離れるが、旧破産法では特則の対象となる受益者が「親族又ハ同居者」にすぎなかったところ、破産者が法人である場合の理事や取締役といった役員、総株主の議決権の過半数を所持する者等についての明文規定も用意された⁴⁾。これらの者が受益者である場合の特則の中身は、161条では「隠匿等の処分をする意思を有していたこと」、162条では支払不能、支払停止、破産手続開始の申立ての事実、を知ってしまったものと推定するというものである。つまり、破産者との関係性から、受益者の方で善意の主張・立証ができない限り否認を免れないということである。また、上記の推定は、否認が成立した場合の受益者側の反対給付に起因する権利に関しても及ぼされている（破168条3項）。

破産者の内部者として、行為者である破産者の内心や危機時期にあることを知っている可能性が高いことに鑑みてのもので、こうした立法自体は肯定的に受けとめられているところであるが、これが適用された裁判例はあまり見られない。したがって、詰めた議論もされていないように思われる。わずかに、親族の意味が民法725条であるとすれば広すぎるのではないかと指摘⁵⁾、他方で、否認権行使がされる行為に及んでいる以上意味があるとの見方も示されているくらいである⁶⁾。同居者に至っては、格別な言及は全くと言っていいほどされていないのが実情である。

しかし、旧破産法の時代から今日に至るまで一貫して親族と並んで同居者が用いられ、かつ、破産法で明確な定義づけがされているわけでもないことを考えると、この他分野あるいは社会一般における理解を参考にするほかない。

かくて、同居者は倒産法に明記された用語ではあるが、倒産法だけの視野では展開のしようもない。手がかりを求め他分野を眺めることにしよう。

Ⅲ 民事訴訟法・民事執行法における同居者

法体系上、倒産法もその一翼をなす民事手続法の中からはまず見ていこう。

1. 補充送達における同居者

民事訴訟法においては、補充送達においてこれが見られる。すなわち、送達を受けるべき者に出会わないとき、「使用人その他の従業者又は同居者であって、書類の受領について相当のわきまえのあるもの」に書類を交付できるというものである（民訴106条

1項)。送達は、訴訟上の書類の内容を当事者らに知らせる機会を与える裁判所（基本的には書記官）の通知行為であり、当事者にとっては手続保障の出発点となる。送達を受けるべき本人に交付するのが原則であるが（民訴101条）、当事者にもいろいろ事情があるので、送達には幾つか方法があり使い分けられている。補充送達は、送達すべき場所で送達を受けるべき者に出会わない場合に、「使用人その他の従業者又は同居者」であって「書類の受領について相当のわきまのあるもの」に交付できるという送達方法である。すなわち、送達の具体的実施は書類を郵便で届けることが典型で、この場合は郵便業務に従事する者が送達実施機関となるわけだが、送達を受けるべき者が不在のことも多いところ、上記の者への交付で本人への交付に代えるというものである。

こうした補充送達は、実は、ほぼ文言を同じくする形で旧民事訴訟法にも存在していた⁷⁾。前半部分は、要は送達を受けるべき者と雇用関係にあり、本人の住所、居所にいる者であるから、具体的には、住込みの弟子やお手伝いさん等がこれに相当しよう⁸⁾。これと並べて、同居者が挙げられた形であるが、破産法が「親族又は同居者」としているのとは表現を異にしている。事柄の性質から考えて、送達を受けるべき者の住所、居所にいる者と言え、家族が典型であろうから、裁判例も家族が多くなる。言い換えれば、民事訴訟法106条1項にいう同居者とは家族を含む意味で使われているということであるが、逆に、同居していなければ家族でもこれに該当しないことになる⁹⁾。また、相当のわきまのあるものという実質的要件が明記されているので、同居の家族でも、幼い子どもや超高齢者では補充送達が無効となる可能性もある¹⁰⁾。

注意すべきは、ここでも同居者について明確な定義をしていないということである。そうすると、事柄は送達実施機関たる郵便業務従事者が送達を受けるべき者の住居、居所において書類を交付するという場面であるから、それが外観で判断できるようなものでなければ機能しないということである。つまり、いちいち住民登録上の同居者であるか証明を求めるわけにはいかないであろうから、当該住居に同居している外観があるかどうかで判断するほかない。要は相当のわきまのある家人の外観があれば足り、その意味で、親族関係の有無を問わず、したがって、内縁、同棲も含まれる可能性があり、間口が広いように思える¹¹⁾。否むしろ、家制度のしがらみもあって、婚姻届がなされないまま夫婦同然に暮らす内縁が多くあった時代からの立法であり、これを捕捉してこそ補充送達が威力を発揮するというものである。

2. 強制管理物件の使用許可と同居者

債権者が債務者の居住する建物について強制管理に及ぶ場合、権利実現に向けての債権者の利益のためには、債務者の占有を解き管理人が占有することもできるが（民執96条）、転居が容易ではない債務者には酷な結果となる。そこで、民事執行法は、債務者保護の観点から、期間を定めて、債務者に建物の使用を許可するという制度を用意した（民執97条）。これにつき、法は、「債務者及びその者と生計を一にする同居の親族」の居住に必要な限度とし、「同居の親族」に関し括弧書きで「婚姻又は縁組の届出をしていないが債務者と事実上夫婦又は養親子と同様の関係にある者を含む」と明示した。

旧来から同居者を用いてきた破産法や民事訴訟法と異なり、内縁やその他婚姻外の関係をめぐる理解とその保護が発展してからの立法である¹²⁾。届出をしていない事実上の夫婦又は養親子まで含むとしたことに斬新さを感じられる一方で、債務者と生計を一にしていることを求める点で範囲は限定されることになる。これは、同居の親族に固有の位置づけをしたというよりも、債務者保護をその世帯単位で考えたものであろう¹³⁾。

こうした例を見ただけでも、同居者というのはただの飾りではなく実質的な意味をもった用語であると言える。そして、厳密な定義がなくともそれが機能しているということは、社会的通用性があるということでもあろう。

IV 日常生活の法と同居者

「同居者」という用語は、定義しないと使えないというものではない。定義されていなくても、その人の生活実態からこれを解釈して使用しても通常はそれほど支障が生じることはないように思える。その意味では、破産法、民事訴訟法、民事執行法等の民事手続以外に、日常の生活レベルに近い所も確認することが必要であろう。

1. 民法（家族法）とその周辺

「親族又は同居者」という並びは、これが家族に関連したものであることを示す。民法752条は夫婦の同居、協力、扶助の義務を規定し、730条は直系血族と同居親族の扶け合いについて規定しており、同居者の原型が窺える。しかし、この場合の同居者は親

族に包含されている（家族的同居者）。ところが、住まいを同じくするという同居は別に家族間に限定された現象ではないし、「親族又は同居者」と並べた場合の同居者はむしろ親族外の者が想定されているように思える（家族外同居者）。親族として法定された範囲には属してはいないものの同居している例とえば、内縁関係が真っ先に浮かぶであろう。

婚姻外の夫婦関係としての内縁は、古くて新しい問題である。これを家族に準じて扱う内縁準婚理論が展開されても、なお民法でいう親族ではない。しかし、親族に該当しないとしても、内縁を同居者として、前述した民事手続法の規定を運用することには抵抗はないように思える。身分関係の基礎資料となる戸籍で内縁を公認することはできないが、居住という暮らしのレベル、すなわち、市区町村が住民を管理する住民基本台帳（住民票）では、内縁関係が記載できるようになっている。

住民基本台帳制度の運用のため国が定める「住民基本台帳事務処理要領」によると、世帯主との続柄の記載方法として、「妻（未届）」「夫（未届）」「同居人」といった記載が可能とされている¹⁴⁾。他に法律上の配偶者がいる関係で重婚の内縁関係にある場合は、「妻（未届）」「夫（未届）」の記載はすべきではないとされており、その場合は「同居人」と記載される扱いである。住民票で同居関係が公証されうる者が同居者に該当することは肯定できようが、現実には、人間の共同生活には多様な形態があり、たとえば「同棲」関係も同居の外観は示しているものの、同じに扱ってよいだろうか。さらに目を広げてみよう。

2. 建物賃借権の承継（借地借家法 36 条）

同居という言葉が居住に関係しているという意味で、前述した民事執行法における強制管理物件の使用許可に現れた表現と類似のものが借地借家法に見られる。これは賃借人が死亡した場合の話で、同居者が相続人であれば賃借人の地位の承継で居住の保護は図られるが、相続人ではない同居者はその保障はない。借地借家法 36 条は、賃借人が相続人なしに死亡した場合に、「その当時婚姻又は縁組の届出をしていないが、建物の賃借人と事実上夫婦又は養親子と同様の関係にあった同居者があるときは、その同居者は、建物の賃借人の権利義務を承継する」と定める（36 条 1 項本文）。「事実上夫婦又は養親子と同様の関係」という表現は、民事執行法 97 条と同じくしている。というか、この借地借家法の規定は、前身の法律に相当する借家法 7 条の 2 に由来するものであり、それは 1966（昭和 41）年の改正で導入されていた。婚姻又は縁組の届出をしていな

いが、事実上の夫婦又は養親子と同様の関係ということになれば、親族関係を超えて、当人と親密な形で生活空間をともにする者が包含される趣旨となろう。

3. 社会保障関係における内縁の扱い

このすぐ後で述べるが、今日の婚姻外カップルは旧来の内縁に止まらず多様な状況にあるが、これをいち早く受けとめた法分野は社会保障法であった。すなわち、大正・昭和の初期に遡ってこれを確認できる。それは、当時の工場・鉱山等の労働者層において内縁が多かったことに由来する¹⁵⁾。具体的には、1923(大正12)年の工場法改正とそれに伴う工場法施行令により、職工が業務上死亡した際の遺族扶助料の支給対象に、内縁を想定し「本人ノ死亡当時其ノ収入ニ依リ生計ヲ維持シタル者」を加えたことに始まる。

そして、第二次世界大戦後の社会保障法領域では、事実婚当事者を法律婚配偶者に準じて扱うことが定着した。すなわち、「婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者」を配偶者と扱うと明文化されたのである¹⁶⁾。この場合、そうした事実婚状態の認定が問題となるわけだが、行政実務では、平成23・3・23年発0323第1号という厚生労働省年金局長の通達によって運用が図られている。具体的には、住民票上同一世帯に属していること等が基準とされる¹⁷⁾。

このように社会保障関係の立法や運用では、柔軟に共同生活を送ってきた者を捕捉し必要な保護を講じてきているが、他方で、それはあるべき婚姻法秩序に反する可能性を生むデリケートな問題であることを忘れるべきではない¹⁸⁾。その意味で、議論の主戦場は民法(家族法)であって、そこでの展開如何こそが他の分野にとっても大きな意味をもつものであろう。

4. 婚姻外カップルの変遷と受け皿

親族以外との共同生活は、合理的な思考に基づき、契約によってこれを規律することも可能である。しかし、人間の結びつきは契約によるものばかりではなく、むしろ様々な背景や事情があるものである¹⁹⁾。届出をしない又はできない、婚姻外カップルにどのような法的な効果を与えるかは、家族法の難問である。

問題はカップルという二者間だけでなくさらに誰か(子等)が加わる場合も少なくないが、考えるべき出発点はカップルであり、まずはそれが男女で、婚姻届出をしていないかできない「内縁」で議論は始まった。しかし、やがては男女という対に限らない現

象、すなわち同性カップルが現れるようになり、生活を共にするカップルを表現する言葉も、同棲や事実婚、国法上の制度ではないものの自治体単位で認められたパートナーシップ、といった具合に、いろいろなニュアンスのものが存在する。そして、これを論ずる際の視点も必ずしも単純なものではない。

まず、家族生活というものは、憲法24条でそれが基本的な人権にかかわる公序であることが明らかにされている。敗戦後の民法（家族法）改正によって家族法は大きく変わり、家制度の廃止、男女の平等化等が図られた。もっとも、家制度との関係はあったものの、わが国には一夫多妻制の習俗は一般には無かったので、正規の婚姻関係が家族関係の基礎である点は一貫していた。そのため、昔（と言っても、婚姻の届出制度が確立した明治期以降）も今も婚姻要件を満たし届出がされた法律婚とそれ以外は一線を画していた。しかし、様々な理由で届出がされない事実婚の状態、いわゆる内縁が少なくなかったが、当初はこれに法的な保護を与えることに法律婚との関係で葛藤が伴った。

最初に、内縁の妻を保護する判断を示したのは、大連判大正4・1・26民録21輯49頁とされる。これは、内縁を「婚姻の予約」と解して、それを不当に破棄したとして損害賠償を認めたものである。やがて、法律上の婚姻と同視して内縁の妻の日用品供給の先取特権を肯定した、大判大正11・6・3民集1巻280頁等が現れ、戦後の家族法になった、最判昭和33・4・11民集12巻5号789頁では、内縁も保護せられるべき生活関係であると打ち出していた²⁰⁾。こうして、内縁を婚姻に準じたものと扱うという「内縁準婚理論」が確立していった。

もっとも、婚姻に準じた法的な効果を内縁に想定するのであれば、やはり一定の基準でカップルに篩をかけることになる。すなわち、①婚姻の意思があること、②共同生活の社会的実態があること、といった具合である。しかし、この基準は、やむを得ず内縁関係にある場合を婚姻に準じた扱いをするためのものであり、現在の多様な婚姻外カップルの一部について部分的に問題を解決するに止まる可能性がある²¹⁾。また、一見、カップルの問題は当の2人だけの問題のように見えるが、そうではない。周囲の人間にも影響が及ぶ。たとえば、法律婚と内縁が併存する重婚的内縁における内縁の保護は法律婚との調整を避けて通れない。長く婚姻秩序にとってタブーだった同性カップルも、自治体レベルでパートナーシップ登録が可能となり、世界的には同性婚が相次いで法的に承認されるに至っている。

破産法上の「同居者」というのは定義がされていないし、格別な「色」も帯びていない。したがって、字義どおり共同生活の外観を呈していれば広くこれに該当する可能性があるが、その実質を見れば多様であり、分野によって異なる理解がされるものも含ま

れているかもしれない。内縁、事実婚は歴史的な変遷も見られる。いろいろな分野で使われている用語であり、各々の分野のコンテキストの中で解釈されつつ、他分野での扱いの影響を受けるのも宿命であろう。

V 否認権における「親族又は同居者」

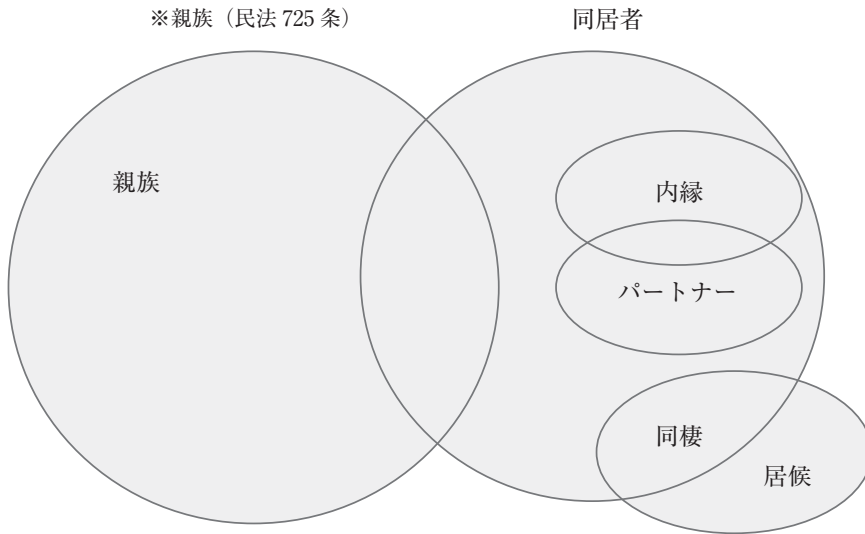
IIで述べたように、受益者がこれに該当する場合、否認権行使において重大な効果が導かれる。これが適用された例が少ないこともあり見過ごされてきた観があるが、旧破産法時代から否認権規定のワン・ピースを成していたという意味では、規範としては定着し一般予防的機能は果たしているものと思われる。すなわち、身内を使っての否認行為は警戒されており、これを試みても否認権を行使されれば逃げ切れないから止めておこう、というふうには破産者に作用しそうだからである。

1. 「親族又は同居者」とは何か？

破産法は従来からこの文言を定義せずに使ってきた。民法でいう親族と同義と解するのであれば、親族は、6親等内の血族、配偶者、3親等内の姻族となる（民725条）。現代社会ではそこまで広く親戚付き合いをすることはないように思えるが、危機時期における否認対象行為の一般予防の効用を考えれば破産法でこれを狭める必要もないであろう。この範囲に入る限り同居の有無は問わない。しかし、ここでの配偶者が届出配偶者を指すとすれば、内縁、事実婚は含まれないことになる。同様に、破産法では、関連する事件の管轄拡大原因の一つとして「夫婦」を挙げているが（破5条7項3号）、これも法律婚のみを指しているのだろうか。夫婦には同居義務があることを考えると（民752条）無用に思えてしまうので、見方によっては、同居に拘らない多様な夫婦像を見据えているのかもしれない。そこを法律婚に限定しない発想に立てば、否認対象行為についても同様に言えるであろう。しかし、否認権では、「親族又は同居者」とあるので、届出配偶者ではない内縁や事実婚は同居者の方で広く捕捉することが可能となる。否むしろ、否認権という問題においては、同居という実質で破産者に近い存在に警戒し牽制することは意味のあることと思える。

外国に目を転じて、議論の幅を広げてみたい。

図 破産法 161 条 2 項 3 号「親族又は同居者」



2. ドイツ倒産法における近親者との否認行為

ドイツの倒産法には、(旧)破産法の時代から破産者の近親者が受益者である場合の規定があり、直接ではないにせよ、わが国の旧破産法に影響を与えたものと思われる。そして、現行倒産法はその点の充実化を図っているので、参考に値する。

(1) 1877 年破産法

1877 年のドイツ破産法 (Konkursordnung) は、ライヒ司法法の珠玉と讃えられるほど優れた法律で、1994 年制定の現行倒産法 (Insolvenzordnung) が 1999 年に施行されるまで 100 年を超えて命脈を保った。しかし、1970 年代頃には、十分に機能しなくなり「破産の破産」と呼ばれるに至り、紆余曲折を経て出来たのが現行倒産法である²²⁾。

同法においては、故意否認 (Absichtanfechtung) において近親者に関する規定がおかれていた。すなわち、破産者の債権者詐害の意思を受益者が知っていることの証明責任が否認権を行使する破産管財人側にあるのが原則であるところ、近親者が受益者の場合は、破産者の債権者詐害の意思の証明責任が転換されていたのである (§ 31 KO)。

近親者とは、①配偶者 (Ehegatten)、②破産者自身及び配偶者の尊属・卑属、③破産者自身及び配偶者の兄弟とその配偶者、が挙げられていた。ドイツでは、この規定がある程度ワークしていただけだけでなく、法人が破産者の場合に、その役員や関連会社を破産

者の親族に見立てて類推適用することが昔からなされており、それがあって、現行倒産法における規定の充実化へと繋がったと言える。

(2) 1994年倒産法

1999年から施行された現行倒産法は、抜本的改正の名に相応しいものであったが、否認権についても大きな変貌を遂げた。本稿はそれについて述べる場ではないので控えることとし、否認権における近親者に絞って述べることにしよう。

否認権に関する規定群の一環として、1条を割いて *Nahestehende Personen* について定義がされているのである (§ 138 InsO)²³⁾。1項で債務者が自然人である場合、2項で債務者が法人や法人格のない団体である場合、の近親者が定義されている。2項は自然人のみであった旧破産法の時代に法人について類推する判例・学説があったのと、アメリカ倒産法における *insider* の規定が参照されたものと思われる。

債務者が自然人の場合の1項では、①債務者の配偶者、②債務者の生活パートナー (*Lebenspartner*)、③債務者らの尊属・卑属、兄弟姉妹とその配偶者²⁴⁾、④債務者の同居者、債務者との雇用関係に基づき債務者の経済状態を知りえた者、⑤債務者が代表権限等を有している法人、が挙げられている。

本稿にとって参考とされるべきは、生活パートナーと同居者の部分である。このあたりは若干の変遷がある。後者で言う同居者は、1994年の立法当初に導入されたものであるが、日本法からの逆輸入というわけではない。おそらくは、民事訴訟法における補充送達との関係で、送達を受けるべき者の「成人の家族構成員、家事従事者又は成人の永続的同居人」への送達が可能との規定があり (§ 178 Abs. 1 Satz1 ZPO)、そこに由来するものだからである²⁵⁾。これに対して、生活パートナーは2001年に追加されたものであるが、当時としては、同性カップルを婚姻に準じた扱いをするという意味で、条文上、配偶者の次の位置に置かれた象徴的な規定である。ところが、ドイツでは、周辺のヨーロッパ諸国と共同歩調をとる形で2017年に同性婚を認めることになったため²⁶⁾、生活パートナーは現在では意味合いが変わったことになる。すなわち、同性婚が承認されたことで、同性カップルは、ここでも相互に配偶者の条文が適用されることになったからである。言い換えれば、正規に届出をすれば同性カップルは婚姻関係になるので、生活パートナーは届出がされていない状態ということになるが、それは同居人とも言えるので、法適用の境界は曖昧になったように見える²⁷⁾。

いずれにしてもかなり広い範囲で近親者を捕捉していると言える。では、この近親者について、ドイツ法は否認権でどのような効果を導いているのかについても簡単に紹介

しておく、種類を異にした否認類型が定められているが、ほぼオールラウンドに否認権を行使する側の証明責任が緩和される扱いとなっている（つまり、受益者たる近親者にとって不利）²⁸⁾。

本旨弁済等では、危機時期の認識の推定（§§ 130 Abs. 3, 132 Abs. 3, 137 Abs. 2 Satz2）、非本旨弁済では、債権者許害の認識の推定（§ 131 Abs. 2 Satz2）、故意否認では、近親者が受益者の場合に、債務者の許害意思について善意の証明責任を負い（§ 133 Abs. 2）、また転得者否認でも、近親者が前主の権利取得に関する否認原因についての善意の証明責任を負う（§ 145 Abs. 2 Satz2）、という具合である。徹底して債務者の近親者を警戒し、ひとたび否認行為の疑いが向けられた日には、否認を逃れるのは容易なことではないのではないかと感じさせる。

3. アメリカ連邦倒産法における近親者と否認権

アメリカ連邦倒産法にも、否認権に関して近親者にかかる特則がある。すなわち、偏頗行為（Preference）の否認に関し、本則が手続開始申立書提出前 90 日内の債務超過状態で行為が否認できるところ、受益者が「insider（内部者）」である場合には、債務超過である限り申立書提出前 90 日から 1 年内の行為も否認できるものとされている（11 USC § 547 (b) (4) (B)）。受益者が内部者の場合は、他の者より過去に遡って偏頗行為として否認される可能性があるということである。

そして、本稿の関心で重要なのは、insider が何を指しているかである。これについては、別途定義規定が存在する（11 USC § 101 (28)）。しかも債務者が法人か自然人かでこれを区別している。つまり、自然人の場合は、債務者の親族（relative）を指し、また親族とは 3 親等内の者等であると別に定義されている（11 USC § 101 (45)）²⁹⁾。

債務者の親族に対して厳しい目線が注がれることになるが、他方で、アメリカ連邦倒産法では、扶養料等の家族債務は、その生存に関わることから、自動停止（automatic stay）の対象外とし、非免責債権とし、そしてこれに優先権を付与し偏頗行為否認の対象から外す扱いともしている³⁰⁾。

もっとも、倒産法上ではそれ以上の言及はない。というのも、従来、アメリカでは家族法は州法の規律がメインと考えられてきたこともあり、連邦法として存在する倒産法にとって守備範囲外という位置づけであったのであろう。しかし、多様性の国アメリカでは、家族法問題が国民の関心をおよぼす憲法論争となったものも多く、既に同性婚が認められ、その家族法の先進性は言うまでもない³¹⁾。

当然、個別事件レベルでは、変貌する家族像を反映したものが現れ議論もされている³²⁾。たとえば、かつての同居者 (cohabitant) に対する債権が家族債務に該当するのか、同性カップルが偏頗行為否認で insider の扱いを受けるのか、等である³³⁾。つまり、大上段での憲法論争が繰り広げられているだけでなく、そのような各論レベルでも裁判例が現れているということである。

VI 同居者概念から見えてくる倒産と家族の世界

破産法、民事再生法の否認権の箇所に見無造作に置かれた「親族又は同居者」は目下ほぼ忘れられた法文である。しかし、倒産事件の大半は自然人が債務者であり、そこには間違いなくそのように呼べる利害関係人が存在する。通常は、債務者に近いがゆえに、これと一心同体であり、独立して自己主張することがなく、その分債務者として手続に服している者が世帯を代表してそこにいるのであろう。破産法における自由財産 (破 34 条 4 項)、居住用住宅について民事再生法の住宅資金貸付債権に関する特則 (民再第 10 章) は、まさに債務者の「親族又は同居者」が本質的に組み込まれたものと考えられよう。そして、債務者の中で一心同体の「親族又は同居者」として認識されている限り、それが届出された婚姻であるのか、内縁や事実婚であるとか、血縁関係があるとかないとかといったことを問う必要もない。

しかし、そうした存在が常に債務者と一心同体の形で埋没しているだけかということも必ずしもそうではない。債務者に対する権利者として独立して権利行使するという場面もあるだろう。それは破産の場面においても例外ではない。ところが、わが国の法律は家族法上の請求権について格別な優先権は付与していない³⁴⁾。否むしろ、債務者の近親者が債権の届出をしようものなら、厳しく吟味され、時には劣後化の扱いを余儀なくされることもある³⁵⁾。

否認権に関する事件で「親族又は同居者」が活用された例はあまり聞かない。しかし、それだけでそもそも実例もないと断定できることにはならない。状況設定が類似する民法の詐害行為取消権では、離婚財産分与に対し債権者が詐害行為であると取消権を行使することが頗る多いことから想像がつく。もっとも、わが国の否認権では、近親者に関する特則は、161 条、162 条に限られており、詐害行為否認には存在していない。このあたりは立法論として一考の余地はあるのかもしれない。

1. 近親者相手の否認権

以下では、現実の裁判例をアレンジした仮想事例を設定することで、課題の発見と展開の可能性を探ってみたい。

〔仮想事例：内縁解消に伴う財産給付約束の履行と否認権〕

Aは中古トラック1台から始めた運送事業を大きな会社へと成長させた人物である。背後に反社会勢力がついているベンチャー企業に資金をつぎ込んだが、焦げ付いてしまい会社に大きな損害を与えてしまった。

Aは20代の時にB女と結婚し、その後、2人の子をもうけている。しかし、その一方で、入社した若い従業員Y女を気に入り、生活を共にすることが多くなり、Y女との間にも2人の子をもうけた。この間、Aは、めったに立ち寄らないものの住所はB女の所にあり、戸建て住宅を新築し、生活費として月100万円を渡していた。また、Y女とその子には高級マンションを購入して住ませ、こちらにも生活費月100万円を渡し、Aも寝泊まりすることが多かった。ところが、Aは、水商売系のC女とも仲良くなり、C女とも2人の子をもうけている。

会社を大きくしたのはAの才覚ではあったが、金銭面での公私混同に反社会勢力との癒着は社内外を騒がす問題となり、Aは、退任を余儀なくされるとともに、会社から巨額の賠償責任が問われることにもなった。C女とのことがY女に知れたことから、関係を清算することとし、慰謝料、子どもの養育費等の名目で2億円を給付することを約し、また、ほぼ同じ頃、B女とも協議離婚が成立し、財産分与として2億円の支払を約した。Aは、特別背任罪の容疑で起訴されるとともに、多額の損害賠償債務を負う一方で収入を得る手立てがなくなっていたため、自己破産を決断するに至っていたが、その直前までに、本宅、マンションを売却し、その代金のほぼ全額をY女、B女に支払った。

Aの破産管財人となったD弁護士は、現有財団として見るべき財産が少なかったことから、破産申立て直前までA名義であった不動産が売却され、Y女やB女にその代金が渡った行為に対して否認権を行使しようと考えているが、その否認訴訟においてY女やB女はどのような立場にあることになるのだろうか。

この仮想事例に現れたAの行為は、本妻であるB女との関係では、離婚財産分与約束の履行、Y女との関係では、重婚の内縁関係の解消に伴う給付約束の履行、が所有不動産の売却代金によってなされたというものである。

2. 財産分与金の支払と破産法

Aは私生活でも「問題あり」の人だった。正式の離婚が成立するまではB女とは戸籍上の夫婦関係が残っており、Y女との間で続いていた事実婚状態は、言わば重婚的内縁関係であるが、ともにC女の存在で崩壊することとなった。

夫婦が離婚をした際には、一方の配偶者は他方に対して財産分与を請求することが可能で（民768条）、その性質は、婚姻中に得た財産の清算、離婚後の扶養、それに慰謝料の要素が加味されることがある。この財産分与を金銭の給付で約束した場合、その履行をすることなく分与者につき破産手続が開始された場合には、財産分与の性質に実体的優先権はないので、破産債権となる³⁶⁾。したがって、財産分与の趣旨で金銭の給付約束をして、その後、分与者が支払不能になってからその支払がなされた場合、偏頗行為に該当する可能性がある（破162条1項1号）。

ところで、この事例において、B女はAの戸籍上の妻つまりは親族であり、Y女は重婚的内縁であるがAの居住状態からすると「同居者」に該当しそうである。破産法162条2項1号で161条2項各号に掲げる者については、支払不能等について知っていたものと推定されるとの規定が適用されることになろう。もっとも、法文は「親族又は同居者」としか規定していない。上の事例だと、約束された給付の支払行為の時点では、B女は元妻、Y女は元内縁の妻、となっている。この点、ドイツでは行為時の前1年まで遡るとの限界が明確にされている。日本でも、そういう限定が必要かもしれないが、給付約束の時点ではそういう関係であったので、これに該当すると解釈すること自体は支障がないであろう。この事例では、長く婚姻関係が破綻していたB女のほうが推定を破りうる可能性があるかもしれない。

3. 財産分与法理の適用の可否

2. で述べた限りでは、B女もY女も近親者否認規定が適用され、否認訴訟で不利な地位にありそうである。しかし、その給付約束がAとの婚姻ないしそれに準じた関係に由来したものである点は、ここで何らかの考慮要素にならないのだろうか。

まず、B女との関係では、夫婦関係の実態がなくなって長かったとしても、正式に法律婚を解消するに際しての金銭給付約束は離婚財産分与と解することに支障はない。そうすると、詐害行為取消権と財産分与に関する最判昭和58・12・19民集37巻10号

1532頁で示された判例法理がここでも作用しうるはずである³⁷⁾。すなわち、民法768条3項の趣旨に反して不相当に過大であり、財産分与に仮託された財産処分であると認めるに足りるような特段の事情のない限り、詐害行為取消の対象にならないというものである。もし事例がストレートにされた財産分与であったのであれば、破産法の詐害行為否認でも通用力があるだろうが、ワン・クッションおいている関係で否認原因が変わってくる。しかし、偏頗弁済された給付約束が財産分与である場合には、この点は考慮されてもよいと思われる。すなわち、不相当に過大ではない財産分与金の支払については、その限りで偏頗弁済でも不当性がないと判断される可能性があるということである³⁸⁾。

では、Y女の場合はどうであろう。法律婚ではなく、内縁関係であり、B女との法律婚が残っているという意味で、いわゆる重婚的内縁関係である。この点は、まずB女との法律婚を抜きにした単純な内縁だと、そこに至るまでに共同生活の実態がある以上、内縁にも財産分与の規定を類推適用する余地は認められている³⁹⁾。財産分与それ自体を、関係を解消する2人の問題と考える限りそれで良いだろう。しかし、これが重婚的内縁の場合には、法律婚側のことも加わり事情は違ってくる。最決平成12・3・10民集54巻3号1040頁は、内縁の夫が入退院を繰り返した末に死亡した際に、10年間その世話をしてきた内縁の妻が、夫の相続人に対し、財産分与義務を相続しているとして分与の申立てをした事案であるが、内縁当事者には配偶者相続権が認められていないこともあり、この場面での財産分与の類推は否定された。しかし、これには批判的な評価もあった。これに対し、大阪高決平成23・11・15家月65巻4号40頁は、内縁解消後、財産分与調停中に内縁の夫が死亡したというケースであるが、分与義務は夫の相続人に承継されるとして分与が認められている（内縁の妻の寄与を2割と評価）。こう考えれば、Y女はB女に比べ共同生活の実態があったとすれば、財産分与の法理が適用される余地はなおあるだろう。

4. 財産分与法理と債権者

財産分与が詐害行為取消との関係である種のアドバンテージがありうる、そうした理解が広まっているとしたら、それは前述の昭和58年最判の影響が大きいと言えよう。実際、破産前に離婚して財産分与するのは定石となっているかの如くであり、その分、詐害行為の攻撃を受けることも多い⁴⁰⁾。昭和58年最判は財産分与の名目があれば債権者の容喙を許さないとしているものではないので当然であろう。分与義務者の資力に不安がない場合には大きな問題にはならないが、金の切れ目が縁の切れ目というが、分与

義務者の資力低下が背景にあると、要は被分与者と分与者の債権者が競合するということになる。

否認権行使の場面においても、不相当に過大でない限り被分与者は保護がされそうに見える。ところが、上記の仮想事例の場合、Aは多額の責任債務を負った状況の中で、法律婚のB女、内縁のY女の双方に対し、財産分与ないしそれに準じた趣旨の給付を約束しその支払をしている。こうした場合に、離婚財産分与にかかる詐害行為取消の法理を当てはめると、Aの債権者は、「重婚の数だけ不利益を受ける」という結果に繋がる可能性があるということになってしまう⁴¹⁾。これはいかにも債権者としては納得しがたいところであろう。債務者が艶福家とあれば責任財産の縮小を忍ばなければならないということになってしまうからである。

もっとも、B女は協議離婚が成立するまで法律婚があり、Y女は重婚的内縁とはいえAとの共同生活が長かった。対債権者（破産管財人）との関係で、財産分与の法理でより保護されるべきなのはどちらであるのか、容易には判断がつけにくい。B女に対する否認訴訟とY女に対する否認訴訟は、共同訴訟の余地がなくはないが（民訴38条後段）、別々に係属すると比較もしにくい。

実体的には、内縁のY女が財産分与法理については類推適用、法律婚のB女は直接適用、という関係であるから、両者を比較するならB女が優位にあるというのが本来的帰結であろう。そして、ここで近親者の規定を使って偏頗行為否認の訴えが提起（B女は親族、Y女は同居者として）⁴²⁾されたとしよう。この場合は、共同生活の実態のあるY女の方がAの支払不能を知っていたとの推定を覆すことは難しいということになる。つまり、B女が法律婚解消による財産分与であること、またAの近況については認識していなかったとして否認を免れる可能性が少し高いという見通しとなる。

Ⅶ おわりに

以上、旧破産法の時代から当たり前のようにして存在していた「親族又は同居者」であるが、古めかしさとともに新たな家族スタイルにも合わせうる柔軟さも持っていることがわかった。すなわち、「又は同居者」という表現が示すように、同居者は親族該当性を問うていないので、家族法の展開をそれほど気にしなくてもよいからである。古いタイプの内縁はもちろん、現代の事実婚や同性婚にも対応できる。補充送達の場面における同居者、ドイツ法における近親者の範囲も参考になる。ただ、詐害行為否認にこの

規定が開かれていないのは不可解にも思えるが、立法判断ということであろう。

もっとも、この規定が盛んに利用されているという実態にはない。それは、もとより破産者は親族や同居者を独立の別人格として優遇しようとしても許容されにくいことは肌感覚として持っているためとも思える。むしろ、親族や同居者は破産者と一体の形で、つまり世帯単位でその利益が確保されるのが望ましい姿ではないか。

あたかも盲腸の如き存在であった小さな文言に拘って考察を進めてみた。倒産法にとって、場合によっては家族法にとって、何らかの刺激になる部分があれば幸いである。

注

- 1) 関心の一端を著わしたものとして、佐藤鉄男「倒産処理と家族—アンビバレントな利害関係性」中央ロー・ジャーナル 18 巻 3 号 (2021 年) 131 頁、同「家族破産法のすすめ」同 19 巻 1 号 (2022 年) 147 頁、「破産免責と相続—最決令和 3・6・21 からの教訓」事業再生と債権管理 177 号 (2022 年) 190 頁。また、野村剛司弁護士、水野貴浩准教授と筆者の 3 人でリレー連載した「知っておきたい破産法—家族法との接点 1～15」戸籍時報 813 号～828 号 (2021～2022 年)。
- 2) さらに、4 号では、担保供与や債務消滅が破産者の義務に属しない場合につき、やはり破産管財人の否認権行使の容易化を図っていたが、本稿とは関係しない。
- 3) このことは、筆者の昔の研究で明らかにしてきた。佐藤鉄男「家族間財産行為の否認・取消訴訟に関する一考察」新堂幸司編集代表『紛争処理と正義 (竜崎喜助先生還暦記念)』(信山社、1988 年) 273 頁。
- 4) その適用が株式会社に限定される会社更生法では、当然のことながら、「親族又は同居者」という受益者は想定されない。
- 5) 山本和彦ほか『倒産法概説 (第 2 版補訂版)』(弘文堂、2015 年) 290 頁〔沖野眞巳〕は、核家族が多い現代では、6 親等内の血族、3 親等内の姻族は広すぎるとする。
- 6) 竹下守夫編集代表『大コンメンタール破産法』(青林書院、2007 年) 643 頁〔山本和彦〕。
- 7) 旧民事訴訟法 171 条 1 項において、「事務員、雇人又ハ同居者ニシテ事理ヲ弁識スルニ足ルヘキ知能ヲ具フル者」と規定されていた。
- 8) 秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ (第 3 版)』(日本評論社、2022 年) 419 頁。
- 9) 療養生活で別居している場合、夫婦でも同居者にはならないとしたものとして、長崎地判平成 4・3・9 判タ 792 号 222 頁。二軒長屋で相互に生活の援助をしている関係にあっても世帯が別で同居者に該当しないとしたのは、仙台高判平成 5・12・27 判時 1496 号 100 頁。
- 10) 7 歳 9 カ月の女兒にした補充送達が無効とされたのは、最判平成 4・9・10 民集 46 巻 6 号 553 頁。10 歳だと送達書類の受領能力が肯定されている、大阪高決昭和 56・6・10 判時 1030 号 44 頁。
- 11) 本当に同居の状態にあったのかどうか、弁識能力に問題がなかったのかどうか、補充送達の効力をめぐって後日紛争が発生する余地を残したものと言える。
- 12) この制度については、石川明「強制管理関係—強制管理における債務者保護」判タ 418 号 (1980 年) 42 頁。
- 13) 債務者を完全に一個人として考えるのではなく、世帯単位で発想することは民事執行法、倒産法において少なからず存在する (民執 131 条 1 号・2 号・3 号・10 号・11 号・13 号、152 条 1 項、民再 241 条 2 項 7 号)。佐藤「倒産処理と家族」前掲注 1) 中央ロー・ジャーナル 18 巻 3 号 133 頁。

- 14) 住民基本台帳事務処理要領第2-1-(2)-ア-(オ)。
- 15) 二宮周平編集『新注親民法17親族(1)』(有斐閣, 2017年) 84頁〔二宮周平〕。
- 16) たとえば, 国民年金法5条7項, 厚生年金保険法3条2項, 確定給付企業年金法48条1号, 確定拠出年金法41条1項但し書, 健康保険法3条7項1号, 労働者災害補償保険法11条1項・16条の2第1項, 育児休業・介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律2条4項, 等。
- 17) この行政通達の内容と解説については, 小島妙子『内縁・事実婚・同性婚の実務相談』(日本加除出版, 2019年) 131~135頁。
- 18) たとえば, 租税法分野では, 配偶者に関する税の軽減制度の適用について, 法律上の婚姻関係にある者に限る扱いとされている。そのように解した判例として, 最判平成9・9・9訟月44巻6号1009頁。また, これを明示した行政通達もある, 所得税法基本通達2-46(配偶者)。
- 19) 議論の状況を整理したものとして, 山下純司「婚姻外カップルの多様性と法的保護の論理」現代家族法講座第2巻『婚姻と離婚』(日本評論社, 2020年) 27頁。
- 20) 昭和33年最判は, 内縁の不当破棄について不法行為としての損害賠償を認めるとともに, 婚姻費用の分担として医療費の分担を命じたものである。
- 21) そもそも婚姻という関係性に拘る必要性もないとも言える。法律時報94巻6号(2022年)は, 同性婚, 夫婦同氏強制を柱とした8本の論考からなる『「婚姻の自由」の現代的諸相』という示唆に富む特集である。同性婚が可能になった後も, パクス(民事連帯契約)が選ばれることが多いことにつき, 幡野弘樹ほか『フランス夫婦財産制』(有斐閣, 2022年) 251頁〔大島梨沙〕。
- 22) これについては, 石黒一憲ほか『国際金融倒産』(経済法令研究会, 1995年)の「第2章 各国国内倒産法の比較」の特に35頁以下〔佐藤鉄男〕。
- 23) 138条の翻訳は, 竹下守夫監修『破産法比較条文の研究』(信山社, 2014年) 471頁, 木川裕一郎『ドイツ倒産法研究序説』(成文堂, 1999年) 310頁, 吉野正三郎『ドイツ倒産法入門』(成文堂, 2007年) 126頁。
- 24) 138条1項2号の規定はややわかりにくいだが, わが国の6親等内の血族, 3親等内の姻族, に相当する規定と言えるが, 日独の広狭の差は微妙である。
- 25) 送達の部分を含めドイツ民事訴訟法(Zivilprozeßordnung)は常に改正がされているが, 2011年12月22日段階の条文訳として, 法務大臣官房司法法制部編(春日偉知郎=三上威彦)『ドイツ民事訴訟法典』(法曹会, 2012年)がある。
- 26) そうした動向について, フォルカー・リップ(鈴木博人訳)「ドイツ家族法の基本原理」比較法雑誌52巻2号(2018年) 83頁。
- 27) BGH(連邦通常裁判所)Besch. v. 17. 3. 2011 IX ZA3/11, ZIP 2011, 873は, 事実上の共同生活では, Ehegatten, Lebenspartnerには該当しないと判断している。
- 28) 趣旨について, Münchner Kommentar InsO/ Gehrlein, §138 Rn. 1, Kohlhammer Kommentar InsO 4. Aufl./ Zeuner, §138 Rn. 1. 現行倒産法と家族法との関係で趣旨を説明したものとして, Wilhelm Uhlenbruck, Familienrechtliche Aspekte der Insolvenzordnung, KTS 1999 (Heft 4), 413 (415). なお, ドイツにおいて, 否認権を行使するのは, 通常の手続においては管財人(Insolvenzverwalter)であり, DIP型の自己管理手続では監督委員(Sachverwalter)となる。
- 29) 法人の場合も, insiderに連なる「関連者(affiliate)」が定義されている(11 USC §101(2))。
- 30) こうした状況については, 佐藤「倒産処理と家族」前掲注1) 141頁。
- 31) 樋口範雄『アメリカ家族法』(弘文堂, 2021年)がそれを描いている。
- 32) Henry J. SOMMER & Margaret Dee McGARITY, Collier Family Law and The Bankruptcy, LexisNexis, ¶9.05
- 33) In re Tanner, 145 B. R. 672 (Bankr. W. D. Wash. 1992)はこれを肯定した。
- 34) 家族間の請求権に優先権を付与する国は珍しくない。わが国の場合, 一般法レベルで格別な優先権はないが, 倒産法では, 非免責(非免除)債権の扱いが明文化されている(破253条1項4号,

- 民再 229 条 3 項 3 号)。
- 35) いわゆる内部債権の劣後化は、法人の事件における役員、主要株主、関連会社の債権等の処遇としてわが国でも知られている。また、実体のない身内の債権を使って得た再生計画の認可が問題のあることについては、最決平成 29・12・19 民集 71 卷 10 号 2632 頁。
 - 36) 財産分与に被分与者の潜在的持分の要素が含まれていたとしても、取戻権が成立することはなく、破産債権にすぎないとしたのは、最判平成 2・9・27 家月 43 卷 3 号 64 頁。
 - 37) 慰謝料の要素が強い財産分与でも、本来負担すべき損害賠償の額を超えない分には詐害行為に当たらないものの、超えているとして詐害行為性が認められた最判平成 12・3・9 民集 54 卷 3 号 1013 頁も合わせて判例法理となっている。
 - 38) 特別企画「破産事件と離婚事件—実務の課題と妥当な解決策の模索」事業再生と債権管理 177 号 (2022 年) 176 頁 [川田拓志]・178 頁 [安永祐司]。
 - 39) 下級審であるが、広島高決昭和 38・6・19 高民集 16 卷 4 号 265 頁、岐阜家審昭和 57・9・14 家月 36 卷 4 号 78 頁。
 - 40) 破産の前に離婚財産分与が現れがちなことについて、野村剛司「破産と夫婦・離婚」戸籍時報 814 号 (2021 年) 40 頁、水野貴浩「協議による財産分与後の分与者の破産」戸籍時報 819 号 (2021 年) 48 頁。
 - 41) 仮想事例の着想を得た、東京地判平成 8・7・12 判時 1612 号 84 頁がそのような表現をしている。内縁の妻に対してした詐害行為取消請求事件である。
 - 42) A には配偶者 B のほか Y 女と内縁関係にあり、その数だけ否認訴訟で近親者規定が適用される者が増えるのは当然というべきである。B 女も Y 女も推定を覆した場合、結果的に債権者は財産分与法理によって責任財産が二重に虫食われることになるが、A が両者宅を行ったり来たりしていれば、推定を覆すことは難しいとも言える。