

婚姻住居をめぐる建物明渡し請求事件の考察 —ドイツ法に依拠した婚姻効力説の視点から—

宮本 ともみ

1 はじめに

わが国では、男女が婚姻を締結すると、同居協力扶助義務（民法752条）にもとづいて婚姻共同生活を営むが、婚姻共同生活を営むためには住居が必要である。筆者は、夫婦が同居協力扶助義務（民法752条）にもとづいて婚姻共同生活を営んできた住居を「婚姻住居」と称して研究を進めてきた¹⁾。本稿でも「婚姻住居」を同義で用いる。

ところで、婚姻住居をめぐる利用関係を法的にどのように捉えるべきかという点については、従来、学説は四つに分類されている。一つは、婚姻効力説（婚姻法上の権利と捉える説）である。二つは、扶養的な面から捉える説である。三つは、所有権的な権利と捉える説である。四つは、使用貸借と捉える説である²⁾。筆者は、かねてより一つ目の婚姻効力説に立つことを表明してきた。婚姻効力説によると、わが国における婚姻住居利用関係を民法752条にもとづく夫婦の共同占有関係と位置づけることになる。筆者は、夫婦の共同占有関係にかかわる多くの論拠をドイツ法に依拠している。

さて、婚姻住居をめぐる夫婦間の法的紛争は、夫婦関係が悪化したとき、すなわち、別居時および離婚後に夫婦どちらも婚姻住居を利用したいと主張するときに発生する。それでは、婚姻住居をめぐる夫婦間の法的紛争は裁判実務上どのように扱われるのであろうか。ドイツでは、家族法領域に婚姻住居利用規整が制度化されている。したがって、ドイツでは、婚姻住居利用をめぐる紛争は、家事事件として家庭裁判所（Familiengericht）で取り扱われる。これに対して、わが国では、離婚後の婚姻住居利用については家族法領域に位置づけられている離婚に際しての財産分与規定（民法768条）にもとづいて争うことができるが、別居時の婚姻住居利用については家族法上の規定がない。そういうなかで、別居時における婚姻住居利用については、もっぱら財産権にもとづく建物明渡し請求事件で争われている。また、離婚後の婚姻住居利用についても、財産分与請求事件とは別に財産権にもとづく建物明渡し請求事件としても争われている。

本稿の目的は、婚姻住居利用をめぐる紛争を、家事事件としてでなく、財産権にもとづく訴

1) 筆者は、ドイツ法に依拠して研究を進めてきたが、ドイツ家族法では、夫婦が法律上の義務にもとづいて共同生活をする住居を「婚姻住居（Ehewohnung）」と称しており、家族法上の法律用語として定着している。

2) 学説については、佐藤義彦「婚姻財産の帰属・利用・分配についての一考察」同志社法学115号1頁以下、岡本詔治「夫婦間における不動産無償利用関係（上）」島大法学36巻4号1頁以下、同『不動産無償利用権の理論と裁判』（信山社、2001年）302頁以下、拙稿「判批」法学新法101巻1・2号144頁以下参照。

訟事件として扱う建物明渡し請求事件を取り上げて、婚姻効力説の視点から考察を試みることである。婚姻住居利用規整が制度化されているドイツ法に依拠した婚姻効力説の視点からの考察を目的とするので、個別の裁判例の評釈でなく、制度論的視点からの概括的な考察を試みる。次の2では、婚姻効力説の視点をドイツ法に依拠して明らかにする。続く3で、わが国における婚姻住居をめぐる建物明渡し請求事件を取り上げて、婚姻効力説の視点から裁判例における各種の論点を考察する。最後の4で総括する。

2 婚姻効力説によるドイツの法規整³⁾

(1) 婚姻効力説を制度化しているドイツ法の考え方

ドイツでは、第二次世界大戦以前より、離婚後の婚姻住居利用をめぐる紛争が生起していた。そして、ドイツにおいても当時、夫婦の婚姻住居利用をめぐる紛争は、もっぱら財産権にもとづく訴訟事件として争われていた。しかし、現在では、婚姻住居利用規整は体系的にドイツ民法典（以下、BGBという）の家族法領域に位置づけられている。いいかえれば、ドイツでは様々な議論をとおして、夫婦の婚姻住居利用をめぐる紛争は、財産法にもとづいて解決する問題ではなく、家族法にもとづいて解決する問題という結論に至ったということである。次のiでは、財産法的視点にもとづく主張と家族法的視点にもとづく主張との対立点を簡単に説明する。続くiiでは、ドイツにおける法制度化の土台となっている基本姿勢に触れる。

i 財産法的視点と家族法的視点との対立点

ここでは、主要な3つの論点を取り上げる。いずれの論点も、ドイツは家族法的視点を採用して法制度化に結びついている。なお、当時の紛争対象は、賃貸借契約にもとづく賃借住居であったが、のちに法制度化するに際しては同様の視点にもとづいて、賃借住居だけでなく、夫婦の一方もしくは双方が、あるいは第三者とともに所有する住居をも含めている。したがって、以下では、当時の論争対象であった「賃借権」を「財産権」と置き換えて説明する。

第一の対立点は、夫婦が婚姻共同生活を営むために住居を共同で利用する関係（ドイツでは、夫婦の住居共同関係（Eheliche Wohnungsgemeinschaft）という）をどう捉えるかである。財産法的視点によれば、住居に関係する権利は財産権にもとづいて設定されるのであるから、夫婦の住居共同関係について判断する起点は財産法ということになる。これに対して家族法的視点によれば、夫婦の住居共同関係は婚姻共同生活に属するので、住居に関連する夫婦の内部関係は家族法の諸原則にしたがって判断されなければならないということになる。

第二の対立点は、夫婦の住居共同関係がいつ消滅するかである。財産法的視点によれば、夫婦の住居共同関係は、たとえ婚姻中に何らかの影響があろうとも、婚姻の解消と同時に自動的に消滅することになる。これに対して家族法的視点によれば、私法上、いかなる共同関係の解消であろうと、必要な場合には分割（Auseinandersetzung）を招来し、夫婦の住居共同関係についても分割請求権が認められるということになる。

第三の対立点は、裁判官が個別事件の事情を裁量により判断する法的根拠の有無である。財産法的視点によれば、法的根拠が存在しないので、裁判官が裁量によって判断することはできないということになる。これに対して家族法的視点によれば、夫婦の住居共同関係の分割を定

3) 概要は、拙稿「婚姻住居をめぐる紛争解決の課題—ドイツ法に依拠した見地から」民事研修662号2頁以下も参照。

めていないBGBには真正の法律欠缺が存在するので、裁判官には欠缺補充の責務があり、夫婦の住居共同関係の分割には裁判官が婚姻生活のあらゆる事情を考慮する必要があるということになる。

ii ドイツ家族法の基本姿勢

これまでの研究から判明したのは、ドイツ家族法が、夫婦（未成熟子を含む）が婚姻を締結したことにより、離婚後も含めて著しく不公正な結果に陥ることを国家が許さないという基本姿勢である。ドイツ連邦憲法裁判所1991年10月9日決定は、離婚後の婚姻住居利用問題を扱うなかで、「婚姻関係が破綻して離婚に至った場合でも、その状況において作用を及ぼし続けている夫婦の人的責任を国家が考慮する義務を負い、その考慮は夫婦（および子ども）に要求し得ないような過酷さを避けることを助けるような立法によって行われる」と述べている⁴⁾。

(2) 婚姻住居利用規整の根拠条文

ドイツにおける婚姻中・別居時・離婚後の婚姻住居利用規整の根拠条文は、以下のとおりである。法の趣旨についても簡単に触れる。

i 婚姻中の婚姻住居利用規整

婚姻中の夫婦の婚姻住居利用規整は、BGB1353条1項にもとづいて行われている。

ドイツ連邦通常裁判所1978年4月7日決定以降、夫婦による婚姻住居利用関係は婚姻共同生活関係を定めるBGB1353条1項にもとづく夫婦による共同占有関係（Besitzgemeinschaft）であるという解釈が定着している。すなわち、こうである。BGB1353条1項は「婚姻は終生にわたり締結される。夫婦は互いに婚姻共同生活に対する義務を負う；夫婦は互いのために責任を負う。」と定めているが、これは婚姻の本質から生じるものと解されている⁵⁾。そして、夫婦が婚姻住居を利用する関係は、BGB1353条1項に義務づけられた婚姻共同生活を営むための関係である。このため、夫婦が婚姻住居を利用する関係は、夫婦財産の帰属とかかわりなく、しかも、夫婦間の黙示の使用貸借契約にもとづくことなく、同条にもとづいて生じる共同占有関係であると解される。したがって、婚姻中の婚姻住居利用規整は、同条文にもとづいて行われる。

ii 別居時の夫婦間の婚姻住居利用規整

別居時の夫婦間の婚姻住居利用規整は、1986年の法改正⁶⁾で新設されたBGB1361条bにもとづいて行われている。

BGB1361条bを新設するにあたっては、「別居時」ということのゆえに、上述(1) iとは異なる視点を考慮しなければならなかった。実は、ドイツでは離婚後の婚姻住居利用規整は第二次世界大戦終結直前に整備されたが、別居時の婚姻住居利用問題については家族法的な視点から取り組むということはなかった。そのために、別居時の夫婦の婚姻住居利用をめぐる紛争は、もっぱら財産権にもとづく訴訟事件として争われていた。そこでも、様々な解釈論が展開されていたが、1976年の法改正⁷⁾で破綻主義離婚法が採用されると同時に別居による破綻推

4) 拙稿「離婚後の婚姻住居利用問題への対処（三・完）ードイツ家具令（HausratsVO）の沿革を振り返るに就いて」89頁以下参照。

5) 筆者は、わが国の同居協力扶助義務（民法752条）がBGB1353条1項と比肩し得ると考えている。

6) 1986年2月20日の「扶養法、手続法およびその他の諸規定の変更に関する法律 Gesetz zur Änderung unterhaltsrechtlicher, verfahrensrechtlicher und anderer Vorschriften（扶養変更改法 UändG）」（BGBl. I S.301）による。

7) 1976年6月14日の「婚姻法および家族法改正のための第一法律 Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts（婚姻法改正第一法律 1.EheRG）」（BGBl. I S.1421）による。

定規定が取り入れられると、同紛争が多発し多種多様の議論が噴出して混迷の様相を呈するようになる。このために、立法的な解決が避けられないところとなったのである。立法者が、「別居時」ということのゆえに考慮したのは次の点である。

立法者は、別居時の婚姻住居利用規整を考えるにあたり、一方で法規整を抑制する要因と、他方で積極的に法規整を促す要因を抱えていた。主要な抑制要因は、国家が夫婦の家庭的共同関係の解消を支援することとなり、危機的状态にあった婚姻関係を最終的な破綻へと向かわせるということの考慮である。いいかえれば、裁判官が行う別居時の婚姻住居利用規整によって強制される夫婦の別離は、婚姻の存続を損ない、婚姻解消への道のりを容易にすることの考慮である。これに対して、法規整の促進要因は、裁判所に持ち込まれた多くの紛争において、夫婦間の肉体的心理的暴力がともなっており、あるいは、子どもの福祉が危険にさらされているという実態があり、その現実を前にして、無視し得ない差し迫った法規整の必要性が存在するということの考慮である。立法者は、後者を選択する。抑制因子であった危機に瀕した婚姻関係が崩壊する危険を甘受せざるを得なかったとはいえ、立法者は、危機に瀕した婚姻関係のなかに置かれている配偶者個人および子どもの保護を優先させたのである。

iii 離婚後の婚姻住居利用規整

離婚後の婚姻住居利用規整は、1944年10月21日にライヒ司法大臣の命令 (Verordnung) として制定された家具令 (HausratsVO) にもとづいて行われてきたが、2009年の法改正⁸⁾で家具令に取って代わり新設されたBGB1568条aにもとづいて行われている。家具令がBGBに取り込まれた理由は、次のとおりである。

第一に、家具令はライヒ司法大臣の権限で制定されたが、戦後、立法者はみずから家具令を改正してきたことにより連邦法の性格を与えている。第二に、家具令の基本構想は裁判官が公正な裁量にもとづいて権利関係を形成することであるが、その前提として民法の基盤は請求権であり、そこから、争いがある場合は裁判が実行されて権利が発生する。第三に、婚姻住居の取扱いにとって、財産法上の条文では不十分という事情に変化はない。夫婦の住居共同関係は、純粋な財産法上の要素にもとづいて判断されてはならないのであり、そのために、BGBに法律欠缺が存在する。以上の三点のほか、手続については、当事者主義によって定められた民事訴訟法の原則にしたがうのではなく、夫婦が生活してきた緊密な住居共同関係には迅速で合目的かつ単純な固有の手続による住居の分割 (Auseinandersetzung) を必要とするという端緒も変わらないと述べられている。したがって、家具令の中心構造を、そこが法体系的にもっともふさわしい場所であるBGBの家族法領域に定住させて、請求権という基盤に作り変えたとされた。

(3) 婚姻効力説にもとづく婚姻住居利用規整の特色

i 婚姻中の婚姻住居利用規整

婚姻共同生活関係にもとづく婚姻住居は、夫婦のどちらがその所有者ないし賃借人であるかということとは無関係に、BGB1353条1項にもとづいて、夫婦による共同占有関係が成立する。この共同占有関係は、占有訴権の保護を受ける。また、婚姻住居に対する共同占有関係は、財産法上の要素にもとづいて判断されてはならないと解されている。そして、夫婦による共同占有関係は、夫婦の一方が他方との了解のもとで別居をするために婚姻住居を退去する

8) 2009年7月10日の「剰余清算および後見法の改正に関する法律 Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts」(BGBl.S.1696)による。

か、家庭裁判所の裁判官が婚姻住居を一方配偶者が単独利用すべきものと定めるかするまでは、共同占有して共同利用する権限が存続する⁹⁾。

ii 別居時の夫婦間の婚姻住居利用規整

別居時の婚姻住居利用規整は、最終的な婚姻住居の利用関係を設定するものでなく、一時的なものである。そのために、第三者に対して効力を及ぼすような規整方法は極力回避されており、裁判官による権利関係形成的な賃貸借関係の設定あるいは変更については明定されていない。また、解釈論上も消極に解されている。とはいえ、夫婦の一方が婚姻住居全体あるいはその一部を単独利用する場合は、他方に対して使用料を求めることができる。裁判所は、裁量にしたがい、個別事件の諸事情を考慮して（客観的な賃貸価格、夫婦の生計、これまでの生活形態等が基準となる）、支払われるべき月額の使用料および支払期日を定める。当該地の比肩しうる住居の賃料を上限とするが、婚姻住居を許される配偶者に相応な小さな住居に対して支払われるべき賃料であることが通常であると解されている¹⁰⁾。

iii 離婚後の婚姻住居利用規整

離婚後の婚姻住居利用規整は、当事者主義による民事訴訟法の原則に従うのではなく、事件を担当する裁判官の公正な裁量にもとづいて（nach billigem Ermessen）、迅速で合目的かつ単純な固有の手續に従って行われる。裁判官は、「あらゆる事情、とりわけ子どもの福祉および共同社会生活の要請」を考慮する。裁判官には、婚姻住居に対する所有権を移転する権限はないが、夫婦の一方に婚姻住居の割り当て（Zuweisung）を行うために、婚姻住居利用に関する権利関係を形成する広範な権限が与えられている。具体的には、次の3類型の形成権限がある。一つは、夫婦双方で賃貸借契約を締結した婚姻住居を夫婦の一方に割り当てる場合に、これまでの賃貸借関係を婚姻住居を割り当てられる一方配偶者のためだけに継続させる権限である。二つは、夫婦の一方が賃貸借契約を締結した婚姻住居を他方配偶者に割り当てる場合に、契約を締結した一方配偶者に代えて、婚姻住居を割り当てる他方配偶者をこれまでの賃貸借関係に入れる権限である。三つは、賃貸借関係のない婚姻住居を夫婦の一方に割り当てる場合に、婚姻住居所有者と割り当てられる配偶者との間に賃貸借関係を設定する権限である。このとき、裁判官は賃料も設定する¹¹⁾。

3 婚姻効力説の視点にもとづく考察

(1) 取り上げる裁判例

筆者は、以前、所有権にもとづく夫婦間での建物明渡し請求事件である東京地裁平成3年3月6日判決の判例研究¹²⁾のなかで、それ以前の婚姻住居をめぐる建物明渡し請求事件6件を含めて裁判例の考察を行った（以下、「平成3年以前の事件」という）。したがって、本稿で

9) D・シュヴァーブ著／鈴木緑弥訳『ドイツ家族法』（1986年、創文社）62頁参照。

10) 拙稿「ドイツにおける別居時の婚姻住居利用規整—ドイツ民法1361条b（別居時の婚姻住居利用に関する規定）制定の背景—」法学新法107巻5・6号115頁以下、Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 7., Familienrecht I, 6. Aufl., 2013, § 1361b Rn. 24 [Weber-Monecke], 合田篤子「ドイツの民事暴力保護法制」民商129巻4・5号113頁の注（32）参照。

11) 注9)のD・シュヴァーブ・62頁、拙稿「離婚後の婚姻住居利用問題への対処（二）—ドイツ家具令（HausratsVO）の沿革を拠り所にして—」法学新報102巻2号132頁以下参照。

12) 注2)の拙稿・135頁。

は、平成3年3月6日よりのちの婚姻住居をめぐる夫婦間での建物明渡し請求事件を取り上げる。裁判例の電子検索ツールである第一法規法情報総合データベース（D1-low.com）を用いて「建物明渡し請求事件&夫婦」というキーワードで検索したところ、同日よりのちの裁判例として53件がヒットした（平成30年3月18日時点）。その53件のなかから、明らかに婚姻住居の明渡しがかかっている11件を抽出した。さらに、第三者（親族を含む）からの夫婦に対する請求事件4件を除外し、夫婦間の紛争である7件に絞った。7件の裁判例は、次のとおりである（本文での丸番号は、ここでの裁判例を示す）。

- ①東京地裁平成6年8月23日判決（判時1538号195頁）
- ②東京地裁平成24年12月27日判決（判時2179号78頁）
- ③東京地裁平成25年2月28日判決（D1-Law.com判例体系）
- ④東京地裁平成25年6月6日判決（D1-Law.com判例体系）
- ⑤東京地裁平成25年8月29日判決（D1-Law.com判例体系）
- ⑥東京地裁平成27年3月10日判決（D1-Law.com判例体系）
- ⑦東京地裁平成27年3月17日判決（D1-Law.com判例体系）

ここで考察に入る前に、平成3年以前の事件と本稿で取り上げる事件とを比較して、事件の諸相をみておく。平成3年以前の事件は、すべて一方配偶者が所有する婚姻住居の明渡し請求事件である。そして、いずれも別居時の紛争である。つまり、事件の被告はすべて婚姻住居の非所有配偶者である。これに対して、本稿で取り上げる7件はまちまちである。①、③、④が別居時の紛争であるのに対して、②、⑤、⑥、⑦は離婚後の紛争である。また、明渡しの対象となっている婚姻住居は、③、⑤、⑥が一方配偶者の所有する建物、①、②、⑦が夫婦共有の建物、そして、④は一方配偶者の賃貸借契約にもとづいて居住している建物である。以前から、一方配偶者が締結した賃貸借契約にもとづいて夫婦が居住していた婚姻住居について、一方配偶者が退去、死去あるいは賃貸借契約を解除したことにより、第三者である賃貸人や相続人から他方配偶者に対して建物の明渡しを請求する事件は多く存在するが、④はそれと異なり、賃貸借契約を締結した一方配偶者が他方配偶者に対して建物の明渡しを請求する事件である。

以下では、別居時と離婚後の紛争とに分けて、各裁判例について考察していく。なお、事件に登場する建物はすべて婚姻住居であるが、裁判例を参照する部分では「本件建物」を用いる。

（2）別居時の紛争を扱う裁判例

前述したように、平成3年以前の事件は、7件すべてが別居時の紛争である。7件のうち6件の裁判例が夫婦の同居協力扶助義務（民法752条）に言及しており、残る1件も夫婦共同生活の場所と定めた家屋については非所有配偶者が居住する権限を有する旨を述べている。それでは、本稿で取り上げる①、③、④はどうであろうか。

裁判例は、①が占有訴権にもとづく建物明渡し請求、③が有責配偶者からの所有権にもとづく建物明渡し請求、④が賃借権にもとづく建物明渡し請求である。

i 占有訴権にもとづく建物明渡し請求

i-1 ①事件の概要

夫Xから妻Yに対して、本件建物を占有していたことを理由として占有訴権にもとづいて本件建物の明渡しを請求した事件である。夫婦間には、次のような事情がある。XとYは、昭和54年3月23日に婚姻し、その後3人の子どもが生まれた。平成3年7月21日、Yは置き手紙を残して本件建物を出て別居し、その後はXが単独で本件建物を占有使用していた。しかし、Y

がXに無断で本件建物に立ち入って子どもの物や家財道具などを持ち出すので、平成3年9月上旬頃、Xは生活を防衛する目的から本件建物の鍵を付け替えた。平成4年8月16日頃、Xが荷物を搬出して実家に転居して本件建物を生活の本拠地として占有使用しなくなったところ、平成5年3月24日、Yが本件建物の鍵を壊して立ち入り、鍵を付け替えてXの占有を排除した。このために、Xが提訴したのである。

裁判所は、Xが本件建物を生活の本拠地として占有使用を継続していたものと認めることは困難としたが、それでもなお本件建物を事実的に支配していたものと認められないわけではないとして、Xの占有権が存在することを示唆する。他方、Yが本件建物から退去して別居したにもかかわらず、Yの家財道具等が本件建物内に放置されたままの状態であるということにかんがみると、直ちにYの本件建物に対する法的な権限や占有権が消滅したと認めることは困難であるとして、Yの占有権が存在することも示唆する。そのうえで、Xの本件建物に対する事実的支配が占有訴権により保護されるためには、保護を受ける利益のある事実的占有であると認められる事実関係の存することが必要であるとし、X・Y間においては、夫婦間で解決されるべき問題の一つとして、本件建物の権利関係や占有関係についての確執が未だ残っていると認められ、Xが社会的な秩序として保護されるべき確立した事実関係を有するに至ったものと認めることはできないとして、本件請求を棄却した。

i - 2 ①事件解決の考察

①では、裁判所が、XにもYにも婚姻住居の占有権が存在することを示唆した。そして、婚姻住居の権利関係や占有関係については「夫婦間で解決されるべき問題」として請求を棄却した。しかし、当該夫婦はお互いの占有排除を実力行使して争っている。すなわち、①ではYが鍵を付け替えたことで訴提起されているが、実際にはこれに先立ち、別居中にYが婚姻住居に立ち入ることを排除するために、Xも鍵を付け替えている。夫婦間で解決できないがために裁判所に持ち込まれた事件ともいえる。いいかえれば、婚姻住居に対する共同占有関係に決着をつけるために、別居時の婚姻住居利用規整を求めた事案である¹³⁾。

①から言えることは、婚姻住居に対する夫婦双方の占有関係を示唆したが、その解決については夫婦間の問題としていることから、別居時の婚姻住居利用をめぐる紛争を法的に解決する手段がないということも示している¹⁴⁾。

ii 有責配偶者からの所有権にもとづく建物明渡し請求

ii - 1 ③事件の概要

③は、夫Xから妻Yに対して、所有権にもとづいて婚姻住居の明渡しを請求した事件である。夫婦間には、次のような事情がある。XとYは昭和63年10月8日に婚姻した。Xは、平成

13) なお、後述②においても、当該夫婦が、別居時の婚姻住居利用のために実力行使を行っている。すなわち、こうである。最初に夫が婚姻住居を出て別居したが、その後、妻があらかじめ交換していた本件建物の鍵を損壊し、新たな鍵を付け替えて本件建物に居住していた。妻は夫に対して、②事件とは別に、占有権にもとづいて本件建物の返還を求めるとともに、占有侵奪の不法行為にもとづく損害賠償を求める訴えを提起した。当該裁判所は、本件とは異なり、夫が妻に対して本件建物を明渡し、慰謝料20万円余りを支払うよう命ずる内容の判決を言い渡している。この内容は、②の判決文のなかで判明したことであり、同裁判例は公表されていないようである。

14) 夫婦による婚姻中の婚姻住居利用関係は、婚姻効力説によれば、同居協力扶助義務（民法752条）を権原とする夫婦による共同占有関係と捉えることになる。そして、この共同占有関係をめぐる紛争の法的解決は、裁判所が夫婦間のあらゆる事情を考慮して行うものと理解するのである。

なお参考までに、わが国の占有権（民法180条）の観点から本件を評釈するものとして、佐藤啓子「判批」判評448号39頁（判時1561号193頁）がある。

2年頃からAと交際し、Aとの間に生まれた子Bを認知している。平成21年10月2日以降、Xは本件建物を出てYと別居し、AおよびBと同居している。

裁判所は、本件建物をXの所有であると認定したが、所有権にもとづく本件建物明渡し請求については、権利濫用であるとして棄却した。すなわち、Xは、不貞および悪意の遺棄をした有責配偶者であり、婚姻中のYとの同居期間が約21年であるのに対し、別居期間は約3年5か月にすぎず、Yとの間には子がなく、Aとの間にB（本件判決当時、19歳）がいることを考慮しても、XがYに対して現時点において裁判上の離婚請求をすることは信義則上許されないといふべきであるとしたうえで、XのYに対する本件建物明渡し請求は、有責配偶者である夫が同居協力扶助義務を負う妻に対して、婚姻中長きにわたって同居してきた本件建物を一方的に明け渡すよう請求するものであって、権利濫用として許されないものと解すべきであるとした。

ii - 2 ③事件解決の考察

③では、Xが信義則上裁判離婚の請求をすることができない有責配偶者であるために、婚姻住居の明渡し請求を権利濫用として退けた。結局、XとYとの婚姻住居利用をめぐる紛争は、XとYとの間で合意ができない限りは、離婚請求が信義則上認められるようになるのを待ち、そこで決着をつけることになる。

③から言えることは、婚姻住居を所有する有責配偶者が自ら婚姻住居を退去した場合、財産権にもとづく婚姻住居の明渡しを請求することはできないということである。ところで、本件とは逆に、所有配偶者が無責であった場合はどうであろうか。平成3年以前の事件7件のうち4件は、所有配偶者が非所有配偶者の暴力・虐待等により婚姻住居を退去した事件である。このうち1件は、夫（非所有配偶者）からの傷害をともなう激しい暴力があるために娘（当時、15～6歳）とともに婚姻住居を退去した妻（所有配偶者）が婚姻住居の明渡しを請求した事件であるが、夫の同居義務を理由に請求を棄却している。それに対して他の3件は、理由は異なるものの（1件は同居拒絶の正当事由がある、1件は明渡し請求を正当とすべき特段の事情がある、1件は非所有配偶者の居住権の主張が権利濫用に該当する）、所有配偶者からの婚姻住居明渡し請求を認容している。

iii 賃借権にもとづく建物明渡し請求

iii - 1 ④事件の概要

④は、妻Xが夫Yに対して、賃借権にもとづく妨害排除請求として本件建物の明渡しを請求した事件である。夫婦間には、次のような事情がある。XとYは平成21年1月に婚姻し、平成22年12月には長男Aが生まれた。平成23年2月、XはAをともない本件建物から退居して実家に転居し、現在に至るまでYと別居している。平成24年12月6日、Xが提起した離婚訴訟が認容されたが、これに対してYが控訴をして離婚訴訟が係属中である。

裁判所は、本件建物について、Xが賃借し、その後もXが賃貸人Bとの間で賃貸借契約を更新しており、XはBに対して現在に至るまで一貫して賃料全額を払い続けているという事実認定のもとで、次のように述べる。すなわち、「本件建物は、Xが賃借してその占有権限を有するものであり、Yはその了承を得て無償で同居していたにすぎないといわざるを得ないから、Xがその退去を求めている以上は、Yには退去義務が生じることになる」と。さらに、Yが本件建物について、夫婦共同生活を営むために賃借したものであり、XとYが共に居住することが当初から予定されていたので、配偶者であるYはXの履行補助的地位にある者として、本件建物の適法な占有者たる地位を有している、と主張したことに対して、「Yは、Xと法律上夫婦の関係にあることから、本件建物につき居住権を有すると主張するものと解されるが、… XとYとの婚姻関係が現時点において破綻していることは明らかといふべきであり、XがYに

対し退去を求めている以上、Yには本件建物に居住する権原はないといわざるを得ない」として、Xの請求を認容した。

iii-2 ④事件解決の考察

婚姻効力説の視点からすると、本件の事件解決の具体的妥当性はともかく、次の点に疑問が残る。一方配偶者が賃借人である場合、他方配偶者は同居協力扶助義務にもとづいて婚姻共同生活を営むために、賃借人である配偶者の了承を得て同居するのであろうか。あるいは、④が夫婦に何らかの居住権があることを認めていると解するとしても、その居住権は婚姻関係の破綻が明らかであれば自動的に消失するのだろうか。しかも、④では離婚訴訟が係属している。それでも、裁判官が破綻認定をすることで非所有配偶者の居住権を消失させることができるのであろうか。そうであるとすれば、何らの財産権を有しない非所有配偶者は財産権の所有配偶者の了承のもとで同居しているだけで、所有配偶者が婚姻関係を破綻させて非所有配偶者を婚姻住居から追い出してしまえば、非所有配偶者には婚姻住居に居住する何らの権原もなくなってしまうことにならないだろうか。

④から言えることは、非所有配偶者は所有配偶者の了承のもとで婚姻住居を利用できるのであり、婚姻関係が破綻しているときは、非所有配偶者が婚姻住居を利用する権原は消失するということである。

(3) 離婚後の紛争を扱う裁判例

婚姻効力説の視点からすると、離婚後の婚姻住居利用をめぐる紛争において、婚姻住居の明渡しを請求されている元夫婦の一方が求めることは、財産の清算ではなく、これまで居住してきた婚姻住居を引き続き利用することである。この点に解決を与えることができているか、という視点でみていく。

裁判例にみられるのは、共有持分権にもとづく婚姻住居利用(②)、使用貸借契約にもとづく婚姻住居利用(⑥、⑦)、権利濫用にもとづく請求棄却(⑤)である。順次みていく。

i 共有持分権にもとづく婚姻住居利用

i-1 ②事件の概要

②は、財産分与を含む離婚訴訟が確定したのちに、元夫XがX名義の登記がある本件建物に居住している元妻Yに対して、所有権にもとづいて建物明渡しを請求した事件である。

裁判所は、まず、本件建物および土地(以下、本件不動産という)がオーバーローンであったために財産分与の対象から外されたとしても、離婚の際の財産分与とは別に本件不動産の共有関係を審理判断すべきとして、独自に本件不動産の共有関係を審理し、少なくともYの持分3分の1が認められるX・Yの共有物と判断した¹⁵⁾。そのうえで、最高裁判例(昭和41年5月19日判決・民集20巻5号947頁)を挙げて、共有物の持分の価格が過半数を超える者は共有物を単独で占有する他の共有者に対し、当然にはその占有する共有物の明渡しを請求することができないと述べ、したがって、XはYに対し、所有権(持分権)にもとづき当然には本件建物の明渡しを求めることはできないとした。次に、本件建物のうちYの持分3分の1を超える部分の占有については、権原なくして占有していることが明らかであり、これはX持分権を侵害する不法行為にあたるとして、YがXに対して本件建物明渡し済まで使用料相当損害金(本件建物全体の使用料相

15) 本件の「判批」には、共有関係の審理判断を疑問視する声がある。松久和彦・月報司法書士502号60頁、常岡史子・私法判例リマークス48号(2014<上> [平成25年度判例評論])(法律時報別冊)66頁、同・速報判例解説14号(法学セミナー増刊)101頁である。

当額を月15万円とし、その3分の2である10万円)を支払うことを命じている。

i - 2 ②事件解決の考察

②は、当該元夫婦の離婚後の婚姻住居利用をめぐる紛争に解決を与えているだろうか。婚姻住居に居住し続けていたYに婚姻住居の明渡しを求めることは否定されたが、それでもYの持分3分の1を超える部分については不法な占有とされ、使用料相当損害金の支払を課せられている。このことは、婚姻住居利用のために使用料相当の対価を支払って正当な使用権限(たとえば賃貸借契約)のもとで居住する状況とは異なる。また、Xが共有物分割訴訟を提起することも可能である。Yのもとには、Xとの間に生まれた二人の子ども(本件判決当時、約7歳5か月と約3歳10か月)がいる。Yは不法占拠者というレッテルのもとで、いつ共有物分割訴訟が提起されるかも分からない不安定な状況のなかで、二人の子どもと暮らしているのである。

婚姻効力説によれば、婚姻住居に対する夫婦による共同占有関係は、夫婦間に争いがある場合には、離婚後であっても、裁判官が元夫婦の一方を単独利用すべきものと定めるまで継続する。そして、離婚後の婚姻住居利用をめぐる紛争は、裁判官の公正な裁量にもとづく迅速で合目的かつ単純な手続による解決が求められるために、非訟事件として家庭裁判所の管轄とする必要がある。離婚後の婚姻住居利用をめぐる紛争は、家事事件として財産分与のなかで扱われるべきであろう¹⁶⁾。

ii 使用貸借契約にもとづく婚姻住居利用

ここでは、⑥事件および⑦事件の概要を紹介したのちに、⑥および⑦を一括して考察する。

ii - 1 ⑥事件の概要

⑥は、協議離婚が成立したのち、元夫Xは本件建物から退居したが、その後も本件建物に居住している元妻Yに対して、Xが所有権にもとづいて本件建物の明渡しを請求した事件である。Yのもとには、Xとの間に生まれた子どもA(本件判決当時、10~11歳)がいる。

裁判所は、本件建物をXの単独所有としたが、離婚の際に使用貸借契約が成立していたと判断している。すなわち、本件離婚の際、Xが離婚後もYおよびAが本件建物に居住することを許容していること、X自身もYが就職し生活が落ち着くまでは本件建物に住んでもらってかまわないと考えていた旨供述していることから、本件離婚当時、離婚後の本件建物の使用について黙示の使用貸借の同意があったと解することが相当とした。そのうえで、本件建物の使用目的は、Yが就職するなどして生活の目途がたつなど、転居を検討できるような落ち着いた状態となるまでの使用を目的としたものであるとし、諸般の事情を斟酌したうえで、目的にしたがい使用収益をするのに足りる期間は経過したと判断した。そして、YはXに対して、本件建物の1か月の家賃相当額20万円を、使用貸借契約が終了した翌日から本件建物明渡し済まで、Xに対する損害賠償として支払うことを命じた。

ii - 2 ⑦事件の概要

⑦は、元内縁の夫婦であるが、元内縁の夫Xが本件建物を退去して内縁関係を解消したのちも本件建物に居住している元内縁の妻Yに対して、Xが所有権にもとづいて本件建物の明渡しを請求した事件である。本件とは別に、YはXを相手方として、財産分与の審判を申し立て、

16) 本件の「判批」である大塚正之・判例評論660号(判例時報2205号)146頁は、「本判決の処理としては、本件建物について、これを原告の単独所有であると認定し、被告に対し、本件建物からの明け渡しを命じるとするのが相当でないと判断されたものと考え」として本件の判断に一定の理解を示す一方で、本件は「法的には、共有状態かつ不法占拠状態という不安定な関係にあ」とする。そして、「本来は夫婦関係の清算であるので、財産分与の中でその帰趨を明確にし、速やかに子らの生活の安定を図るべきでなかったかと考えられる」と述べている。

当該審判事件は調停に付されている。

裁判所は、本件建物をXとYの共有としたが、内縁関係解消後の際に使用貸借契約が成立していたと判断している。すなわち、Xの母がYやYの両親との間で、XがYに本件建物を2年間無償で使用させることやその間の生活費の支払を約束したことを前提としてやりとりをしたという事実認定などに照らして、XがYに対して本件建物を2年間、無償で使用させることを約したと認めるのが相当であるとした。しかし、本件では裁判所が認めた2年間の期間が満了しているために、使用貸借契約の期間満了日以降は、Yが本件建物全体を単独で使用する権原があるとはいえないから、本件建物の賃料額の一部に相当する金額の不当利得が発生するとした。そして、YはXに対して、Yの持分割合（持分割合は明らかでないために、民法250条にもとづいて相均しいものと推定）を超えた本件建物使用料（家賃相当額月14万円の半分である月7万円）を、使用貸借契約が終了した翌日から本件建物明渡し済まで、Xに対する不当利得返還義務として支払うことを命じた。

ii - 3 ⑥および⑦事件解決の考察

⑥および⑦とも、訴訟事件であるため、認定した事実にもとづいて使用貸借契約を根拠づけている。そして、使用貸借契約の終了あるいは期間満了日についても判断したうえで、それ以降の建物使用に対しては、対価相当額の支払を命じている。

婚姻効力説によれば、離婚後の婚姻住居利用のための使用权は、当事者間の契約にもとづくのではなく、裁判官の権利形成権限によって設定される。近時、わが国における財産分与事件において、婚姻住居に使用貸借権あるいは賃貸借権を設定する事案が散見される。ところで、ドイツにおける離婚後の婚姻住居利用規整（BGB1568条a）では、裁判官は賃料とともに賃貸借契約を設定することが原則である。つまり、相当な対価をとまなう使用权限の設定を前提としている。⑥および⑦も、裁判官は、無償の使用貸借契約を認定したがために、なおのこと契約期間の制限について思慮したのではないだろうか。⑥および⑦によれば、使用貸借契約の終了あるいは期間満了日以降は、前述iと同様に不安定な状況に置かれることになる。個別事件の事情によっては、婚姻住居に居住し続ける元配偶者が賃料を支払うのであれば、他方の元配偶者も賃貸借契約の設定をよしとする場合があるかもしれない。⑦では、XとYとの間には財産分与を求める内容の調停事件が係属しており、その中で夫婦共有財産の清算の図られることが見込まれているとも指摘する。このことから、離婚後の婚姻住居利用をめぐる紛争は、裁判官があらゆる事情を考慮して妥当な解決を図るために、家事事件として財産分与のなかで扱われることが適切であると言えるのではないだろうか。

iii 権利濫用にもとづく請求棄却

iii - 1 ⑤事件の概要

⑤の対象となっている建物は二世帯住宅であり、元夫X1および元妻Yの婚姻中は、X1およびYが1階部分に居住し、2階部分にX1・Yの長女X2が居住していた。X1が本件建物を出て別居したのち、X1とYとの調停離婚が成立したが、その後も1階部分に居住しているYに対して、X1およびX2が所有権にもとづいて建物明渡しを請求した事件である。

裁判所は、本件建物をX1およびX2の共有物と認定したが、X1とYの間において財産分与に関しての話し合いもなされていない現時点で、本件建物明渡しや賃料相当損害金の支払を求めることは権利濫用であるとして、請求を棄却した。

iii - 2 ⑤事件解決の考察

⑤によれば、請求は門前払いとされており、紛争に対する解決は示されていない。しかし、離婚後の婚姻住居利用紛争は財産分与で話し合うことを示唆したと受け止めることができる。

少し乱暴な考察であるが、このような裁判例が増えれば、離婚後の婚姻住居利用紛争は、建物明渡し請求でなく、財産分与として請求されるようになるのではないだろうか¹⁷⁾。

4 おわりに

(1) 事件全体の概観

全体の考察をとおして言えることは、婚姻住居をめぐる建物明渡し請求事件は、当事者主義による訴訟事件という影響があるとはいえ、事件によってまちまちな対応が行われており理論的に一貫していないだけでなく、なかには妥当な解決を提示できない事件もあるということである。ここで、事件全体を概観しておこう。別居時と離婚後とを分けてみていく。

最初に、別居時の事件である。別居時の婚姻住居利用をめぐる夫婦間の紛争について、裁判官は、婚姻住居の財産権とは別に、夫婦間の紛争ということを考慮する。①は、婚姻住居に対する夫婦双方の占有関係を示唆して、夫婦のどちらに法律上保護されるべき占有が認められるかの事実関係の確立については、夫婦間で解決されるべき問題としている。③は、裁判上の離婚請求をすることが信義則上許されない有責配偶者が、婚姻住居の所有権にもとづいて一方的に建物の明渡しを請求することは権利濫用として許されないとしている。④は、非所有配偶者が主張する婚姻住居の居住権に言及しながらも、当事者夫婦の婚姻が破綻している場合は非所有配偶者が婚姻住居に居住する権原はないとする。なお、平成3年以前の事件7件は、3(2)で前述したとおり、すべて別居時に非所有配偶者が婚姻住居の明渡しを求められているが、裁判官は、同居協力扶助義務(民法752条)あるいは非所有配偶者の居住する権限に言及したうえで、4件は請求を棄却、3件は請求を認容という判断に分かれている。

次に、離婚後の事件である。②は、婚姻住居が夫婦の共有であることから、当然には建物明渡し請求権を行使することはできないが、それでも離婚後も婚姻住居に居住している元配偶者(子どもも含む)の持分を超える部分については不法占有とした。⑥および⑦は、離婚後の一定期間について使用貸借契約の締結があったと認定したうえで、その契約期間はすでに終了しているとして、その期間を超えた婚姻住居利用については不法と扱っている。これらの建物明渡し請求事件では、離婚後の婚姻住居利用が財産権(所有権や共有持分権あるいは使用貸借契約)にもとづいて違法か否かという判断を行う。しかし、婚姻効力説の視点からすると、問題の本質は、離婚後の婚姻住居を利用できるのは夫婦(子どもも含む)どちらであるかということに決着をつけることである。問題の本質に対応した解決のためには、個別事件のあらゆる事情を考慮する必要がある。⑤は、財産分与での夫婦間の話し合いを示唆して、建物明渡し請求を権利濫用として棄却している。離婚後の婚姻住居利用をめぐる紛争については、わが国の財産分与請求事件において、裁判官が個別事件における夫婦の事情を考慮して、利用権原(使用貸借権あるいは賃貸借権)を設定して解決を与えている審判例がある。離婚後の婚姻住居利用をめぐる紛争は、離婚時に決着をつける問題として財産分与事件に位置づけることが重要である。

(2) 見えてきた課題

離婚後の婚姻住居利用をめぐる紛争については、家庭裁判所が財産分与事件のなかで扱うこ

17) ドイツでは、夫婦間での婚姻住居利用紛争を訴訟裁判所に持ち出すことは許されていない。注9)のD・シュヴァープ・62頁参照。

とが適切であるということが見えてきた。深刻なのは、別居時の婚姻住居利用をめぐる紛争である。別居時の婚姻住居利用をめぐる紛争については、解決を与える適切な手段がないことが見えてきた。婚姻住居に対する夫婦双方の何らかの居住権に配慮する裁判官が、財産権にもとづく請求を棄却する場合には紛争に解決を与えないことになる。請求を認めるとしても、財産権以外に何にもとづいて別居時の婚姻住居利用を夫婦の一方に認めるかの明確な判断基準が存在しない。また、別居時の婚姻住居利用をめぐる紛争がもつばら財産権にもとづく建物明渡し請求事件として生起していることにかんがみると、婚姻住居について財産権を有しない非所有配偶者が力づくで婚姻住居から追い出された場合、所有配偶者を排除して婚姻住居利用を取り戻す法的な手段がないということも浮き彫りになる。

ところで、別居時の婚姻住居利用規整については、2(2)iiで前述したとおり、ドイツでもわが国と同じような経緯があった。すなわち、ドイツでも1986年に別居時の婚姻住居利用規整を行うBGB1361条bが新設される以前は、別居時の婚姻住居利用をめぐる紛争が財産権にもとづいて生起しており、「別居時」ゆえに多種多様の解釈論が噴出したのである。そういう状況のなかで、当時すでに行われていた離婚後の婚姻住居利用規整（当時は、家具令 HausratsVO）が、もつばら別居時の紛争のために行われていたという調査結果がある。調査を行ったのはラブル(K.Rabl)である。ラブルは、1980年から1984年の家具令事件の裁判記録から詳細な項目にもとづいてデータ集計を行う実態調査を実施した。それによると、婚姻住居利用をめぐる紛争は、離婚後の婚姻住居利用規整を利用して別居のために処理されるか、あるいは、裁判官が最終的な決定の前に暫定的に下す仮の命令(Einstweilige Anordnung)で処理されるのが通常であり、離婚判決と同時に決定されることはほとんどない。そして手続利用者の実態については、手続申立人のほとんどが妻であり、裁判所から婚姻住居を割り当てられるのもたいていは妻である。さらに、婚姻住居が割り当てられる理由は、1位が「暴力・脅迫・侮辱」、2位が「子どもの福祉」、3位が「アルコール中毒」である¹⁸⁾。このような利用者の実態は、その後1986年に新設されたBGB1361条bにもとづく別居時の婚姻住居利用規整においても変わらないようである。1995年と1996年に連邦政府によって実施された実態調査によれば、別居時の婚姻住居利用規整の申し立てのうち86%が夫婦間の身体的暴力を原因とするもので、91%が妻からの請求であったとされている¹⁹⁾。このために、2001年にBGB1361条bが改正され²⁰⁾、具体的に暴行行為や脅迫があれば原則として婚姻住居全体の引渡しを請求することが可能となった²¹⁾。

わが国でも、裁判離婚では一定期間の別居期間が考慮される。婚姻共同生活のなかでDVに巻き込まれた配偶者や子どもの保護を視野に入れて、別居時の婚姻住居利用規整に取り組んでいくことが切迫した課題といえよう²²⁾。さしあたり、ドイツにおける制度および実態調査に

18) 以上、注11)の拙稿・142頁以下より。

19) 注10)の合田・113頁の注(15)より。

20) 2001年12月11日の「暴力行為及びブスターカー行為における民事裁判上の保護の改善並びに別居の場合の婚姻住居の引渡しを容易化するための法律(Gesetz zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie der Überlassung der Ehwohnung bei Trennung)(BGBl. I S.3513)による。

21) 注10)の合田・98頁以下参照。

22) 水野紀子「家族の自由と家族への国家介入」法律時報89巻9号53頁は、「日本の家庭裁判所の手続の実態は、現状を変える力をもたない、比較法的にはきわめて無力な特殊なものである。たとえばDV被害者である妻が救済を求めてきたとき、家庭裁判所は彼女の求める救済を提供することができない。接近禁止命令は逃げる機会を確保するのみで、妻が自力で別居して、一定の年月の実績を作ったときに、法的に離婚を宣言するだけである。」等の例を挙げ、「日本の家族法に必要なのは、家族への支援という公的介入」であることを力説する。問題は深刻である。可能なところから、課題解決に向けて踏み出さなければならない。

照らして、離婚後の婚姻住居利用をめぐる紛争を財産分与事件の専属とし、そのなかで別居時の婚姻住居利用をめぐる紛争の暫定的な解決を模索することはできないだろうか。

* 本稿は、科学研究費助成事業「婚姻住居をめぐる法的紛争の日独比較法的研究」（平成24-26年度）による成果の一つである。