

離婚後の婚姻住居利用をめぐる夫婦間での所有権にもとづく 建物明渡請求事件・共有物分割請求事件 —婚姻効力説の視点にもとづく考察—

宮本 ともみ

[目次]

- 1 はじめに
- 2 夫婦間での離婚後の婚姻住居利用規整について
- 3 離婚後の夫婦間での所有権にもとづく建物明渡請求事件の考察
- 4 離婚後の夫婦間での共有分割請求事件の考察
- 5 おわりに

1 はじめに

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する。本稿では、同条にもとづいて夫婦が婚姻共同生活を営む住居を「婚姻住居」¹⁾と称し、離婚後の「婚姻住居」利用(居住の継続)を求めて夫婦間²⁾で争われる建物明渡請求事件および共有物分割請求事件を考察の対象とする³⁾。

離婚後の婚姻住居利用紛争は、主として、離婚後も夫婦であったいずれかの一方が(多くは子どもとともに)引き続き婚姻住居に居住することを求める事件である。このような事件に対して、財産権(ここでは所有権および共有持分権)にもとづく請求事件のなかで妥当な解決を図ることができるのか、というのが本稿の問題意識である。筆者は、かねてよりドイツ民法(以下、「BGB」という)の家族法⁴⁾に依拠して、婚姻効力説にもとづく離婚後の婚姻住居利用紛争への対応について研究をしてきた。本稿の目的は、婚姻効力説の立場から、わが国の離婚後の婚姻住居利用紛争に対する妥当な解決あるいは課題を探求することである。同紛争は多様

1) わが国の民法に「婚姻住居」は規定されていない。これに対して、ドイツ民法の家族法には「婚姻住居(Ehewohnung)」が規定されている。

2) 離婚後の事件であるので正確には「元夫婦間」である。しかし、婚姻共同生活を営んだ婚姻住居利用をめぐる事件なので、本稿では「元」をつけずに「夫婦間」とする。

3) 別居時の両事件群を対象とする考察は、拙稿「別居時の婚姻住居利用をめぐる夫婦間での所有権にもとづく建物明渡請求事件・共有物分割請求事件—婚姻効力説の視点にもとづく考察—」アルテス リバラレス111号159-179頁で行っている。

4) BGBは、わが国の民法と同様の第5編から成っていて、第4編が家族法(Familienrecht)である。本稿でいうBGBの家族法は、BGB第4編を示す。

な事件となって生起するが、本稿では所有権にもとづく建物明渡請求事件および共有物分割請求事件に絞って考察をする。

次の**2**では、ドイツにおける離婚後の婚姻住居利用規整を概観したうえで、わが国において住居の利用紛争に大きな影響を与えた鈴木禄弥博士の「居住権論」と婚姻効力説との概括的な比較を試みたのち、本稿における考察点を示す。続く**3**および**4**で、**2**の考察点にもとづいて、離婚後の夫婦間での所有権にもとづく建物明渡請求事件および離婚後の夫婦間での共有物分割請求事件を考察する。最後の**5**で、扱った事件全体をまとめたのち、わが国の夫婦間の婚姻住居利用規整の課題に触れる。

2 夫婦間での離婚後の婚姻住居利用規整について

夫婦間の婚姻住居利用紛争においては、紛争当事者は婚姻を解消した「元」夫婦である。婚姻関係を解消した元夫婦間の紛争に、なにゆえに家族法が対応できるのかという点につき別居時とは異なる理由が求められる。本稿はドイツの婚姻効力説に依拠しているので、次の**(1)**でドイツにおける離婚後の婚姻住居利用規整について論述する。続く**(2)**では、わが国の婚姻住居利用紛争への対応では鈴木禄弥博士の「居住権論」の影響が大きかったので、概括的に婚姻効力説と同「居住権論」の比較を試みる。最後の**(3)**では、婚姻効力説の立場から、本稿における考察点を上げる。

(1) ドイツにおける離婚後の婚姻住居利用規整

i 離婚後の婚姻住居利用規整の経緯

婚姻を締結した夫婦が婚姻共同生活をする婚姻住居について、ドイツが夫婦の一方が（場合によっては、子どもとともに）離婚後も居住し続けることを請求できる法制度を整えてきた経緯を概観する⁵⁾。

ドイツでは、1932年までのインフレ期および第2次世界大戦前から戦時中にかけての住宅難の時期に、離婚後の婚姻住居利用紛争が増大した。紛争対象となったのは夫婦双方が賃貸している住居であった。当初「離婚闘争」⁶⁾とまで言われた同紛争に対して、最初に裁判所が下した結論は、財産法上の賃貸借契約によると夫婦の一方に離婚後の婚姻住居利用を認める手立てがないので、夫婦いずれかが離婚後も居住したいというのであれば夫婦が賃貸人も含めて納得づくの合意をするほかないというものであり、実際の事件処理は、離婚後も引き続き夫婦がともに婚姻住居に暮らすか、夫婦双方で賃貸借契約の解約を申し入れるというものであった。つまり、裁判所は満足のいく解決を示すことができなかつたのである。このために、学説においてもさかんに議論が行われるようになる。学説上、そもそも同紛争は財産法（賃貸借契約）にもとづいて対処することが適切なのか、家族法上の性質を考慮する必要があるのではないかという疑念が投げかけられて、家族法的対処による解釈論が次第に優勢になっていった。

そうこうしているうちに下級審のなかに家族法的対処による解釈論を取り入れる裁判例が現

5) 以下については、拙稿「離婚後の婚姻住居利用問題への対処（一）—ドイツ家具令（HausratsVO）の沿革を抛り所にして—」法学新法102巻1号145頁以下を参照。

6) Hadamczik, Das Mietgericht 1927,S.125.

れ、最終的には、1943年10月30日ライヒ裁判所民事部大法廷判決⁷⁾が家族法的対処による解釈論を採用したことで裁判実務上の決着がつけられた。この家族法的対処は、迅速に制度化された。すなわち、1944年10月21日の「婚姻住居および家具の取り扱いに関する命令 Verordnung über die Behandlung der Ehewohnung und des Hausrats (婚姻法第六施行令 Sechste Durchführungsverordnung zum Ehegesetz), RGBI. I S. 256」(いわゆる、家具令 HausratsVO)である。上述のライヒ裁判所民事部大法廷判決の対象となった係争住居は、夫婦双方が締結した賃貸借契約にもとづく住居であったので、家具令はあらゆる住居、すなわち夫婦の一方が締結した賃貸借契約にもとづく住居、夫婦の一方が(場合によっては、第三者とともに)所有する住居や夫婦が共有する住居あるいは夫婦の一方による雇用関係もしくは労働関係にもとづいて夫婦が占有する住居などが規整対象となった。なお、家具令の制定当時、夫婦の婚姻住居利用権原について法律に根拠づける解釈論が確立していなかったが、その後、婚姻住居利用は婚姻共同生活における夫婦の本質的義務を定めるBGB1353条⁸⁾にもとづく夫婦の共同占有関係(Eheliche Besitzgemeinschaft)という理解が確立されていった⁹⁾。

ところで、「家具令」は戦時中にナチス婚姻法の第六施行令として当時のライヒ司法大臣の権限で制定されたのであるが、戦後の占領下において家具令規整は何の疑義もなく受け入れられた。その後のドイツの法改正に際しても肯定的に評価され、その実は、民法家族法上の意義を有し、手続は家庭事件(Familiensach)と類似に扱われてきた。このために、2009年7月10日の家族法改正¹⁰⁾において、家具令は廃止され、それに代わりBGB1568a条¹¹⁾が新設された。

7) DJ 1943.S.591.

8) BGB1353条は次のように定めている。

「第1353条 婚姻生活共同体

- (1) 婚姻は、異性又は同性の二人の者によって、生涯にわたり締結される。婚姻の両当事者は、互いに婚姻生活共同体を形成する義務を負う。婚姻の両当事者は、互いに責任を負う。
- (2) 婚姻の一方当事者は、他方当事者が婚姻生活共同体を形成する場合において、その要求が権利の濫用となるとき、又は婚姻が破綻しているときには、その要求に従う義務を負わない。】[翻訳者：浦野由紀子]

BGB条文訳は、法務省大臣官房司法法制部「法務資料第468号 ドイツ民法典第4編(親族法)」<https://www.moj.go.jp/content/001387121.pdf> から引用。

9) これについては、拙稿「夫婦による婚姻住居および家具の利用関係—ドイツにおける占有関係としての捉え方—」法学新法104巻6・7号81頁以下を参照。

10) 「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」BGBI. I S.1696.

11) BGB1568 a条は次のように定めている。

「第1568a条 婚姻住居

- (1) 家政において生活する子の福祉及び婚姻の両当事者の生活状況に鑑みて、婚姻の一方当事者が婚姻の他方当事者よりも婚姻住居の利用に頼らざるを得ない場合、又は、婚姻住居の明渡しがその他の事由により衡平にかなう場合には、婚姻の一方当事者は、婚姻の他方当事者に対して、離婚に際して婚姻住居を明け渡すよう求めることができる。
- (2) 婚姻の一方当事者が単独で若しくは第三者と共同で、婚姻住居が立っている土地の所有者となっている場合、又は、婚姻の一方当事者が単独で若しくは第三者と共同で、当該土地について用益権、地上権若しくは物権的居住権を有している場合には、婚姻の他方当事者は、不当な苛酷状態を回避するのに必要であるときのみ、婚姻住居の明渡しを求めることができる。婚姻の他方当事者が建物区分所有権又は継続的居住権を有している場合にも同様とする。
- (3) 住居の明渡しを受ける婚姻当事者は、1. 婚姻の両当事者による明渡しに関する通知が賃貸人に到達した時点において、若しくは、2. 住居の割当に関する裁判手続について終局裁判の確定をもって、明渡しの義務を負う婚姻当事者に代わって、その者が開始した賃貸借関係に入り、又は、婚姻の両当事者が開始した賃貸借関係を単独で継続する。第563条4項は、準用される。

同改正においてドイツ連邦政府が連邦議会に提出した改正趣旨では、「家具令の中心構造を、そこが法体系的にもふさわしい場所であるBGBに定住させて、請求権という基盤（Anspruchsgrundlagen）のなかで作り変える」と説明されている¹²⁾。

ii 離婚後の婚姻住居利用規整の目的

婚姻を締結した夫婦が婚姻共同生活をする婚姻住居について、夫婦の一方が（場合によっては、子どもとともに）離婚後も居住し続けることを求める紛争に対して法制度を整えて対応する法規整の目的は何であろうか。

ドイツにおける目的は、憲法上の婚姻の保護および子どもの育成・教育に対する親の義務を実行することの監視（ドイツ基本法6条1項および同2項¹³⁾）である。ドイツでは婚姻制度に対する国家の責務は、婚姻関係の保持を強化することではなく、破綻した婚姻に離婚を認める一方で、離婚後も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うことであると解されている。このような国家の責務を果たすため、立法者は、婚姻を締結したことを起因として離婚後に配偶者や子どもが要求し得ないような過酷さに陥ることの回避（とりわけ子どもの福祉が重視される）を援助するような立法を行わなければならないのである¹⁴⁾。離婚後の婚姻住居利用を奪われることは、配偶者や子どもに要求し得ないような過酷さをもたらす場合があるために、ドイツでは婚姻住居利用規整を行っているのである。

iii 離婚後の婚姻住居利用規整の手法

ドイツにおける離婚後の婚姻住居利用規整の手法は次のとおりである¹⁵⁾。

-
- (4) 婚姻の一方当事者と第三者との間に存する雇用関係若しくは労働関係に基づいて、婚姻の両当事者が占有している住居について、婚姻の一方当事者は、第三者が同意した場合、又は重大な苛酷状態を回避するために必要であるとされる場合に限り、賃貸借関係の設定を求めることができる。
- (5) 婚姻住居について賃貸借関係が存しない場合には、その明渡しを請求する権利を有する婚姻当事者も、それを賃貸する権限を有する者も、当該地域における通常の条件に従って賃貸借関係を設定するよう求めることができる。第575条第1項に定める諸要件を満たす場合、又は、期間の定めのない賃貸借関係の設定が賃貸人の正当な利益を考慮して衡平に反する場合には、賃貸人は、賃貸借関係に適切な期限を設定するよう求めることができる。賃料の額について合意が成立しない場合には、賃貸人は、適切な賃料の支払、その金額が明確ではない場合には、当該地域における標準的な賃料の支払を求めることができる。
- (6) 第3項及び前項に定める場合において、賃貸借関係に入るよう請求する権利、又は賃貸借関係の設定を請求する権利は、それよりも前に事件が係属していなかったときには、離婚事件における終局裁判の確定から1年を経過することで消滅する。】[翻訳者：窪田充見]
- BGBの条文訳は、注8の法務資料から引用。
- 12) 同じ説明のなかで、「民法の基盤は、請求権という基盤（Anspruchsgrundlagen）であり、そこから、争いのある場合には裁判という方法で実行される権利が発生する。」と述べている。これについては、拙稿「婚姻住居利用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11頁以下を参照。
- 13) ドイツ基本法6条1項は「婚姻および家族は、国家秩序の特別の保護を受ける。」、同2項は「子どもの養育および教育は、親の自然的権利であり、かつ、何よりもまず親に課せられている義務である。この義務の履行については、国家共同体が監視する。』[翻訳者：初宿正典]と定めている。以上、条文訳は初宿正典=辻村みよ子編『新解説世界憲法集 [第5版]』（三省堂、2020年）から引用。
- 14) 以上の解釈を示したのは、ドイツ連邦憲法裁判所1991年10月9日決定である。これについては、拙稿「離婚後の婚姻住居利用問題への対処（三）—ドイツ家具令（HausratsVO）の沿革を振り処にして—」法学新法102巻5・6号90頁以下を参照。
- なお、2009年に新設されたBGB1568a条の改正趣旨のなかでも、「家族の生活手段としての住居の機能に目を向けて、連邦憲法裁判所は、家具令を基本法6条1項および2項を顧慮して憲法に応じた所有権の社会的拘束（Sozialbindung）として格付けした。」と述べられている。注12の拙稿11頁以下を参照。
- 15) 家具令規整については、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）の沿革を振り所にして—」法学新法102巻2号133頁以下を参照。

iii-1 婚姻住居を継続利用するための法律関係の形成

家具令では、当事者の一方が婚姻住居を引き続き利用することを可能にするために、裁量によって権利関係を形成する権限を裁判官に与えたが、BGB1568a条では当事者の請求にもとづいて、裁判のなかで法律の要件を満たすと判断された当事者に婚姻住居を継続利用する権利が発生する。このように家具令を民法家族法に組み入れるために基本的な構想は、裁判官の裁量による権利形成から当事者の請求による権利発生へと変化した¹⁶⁾が、事件において一方当事者だけが婚姻住居を継続利用するための法律関係が形成される点は共通である。

婚姻住居利用を継続利用するために形成される法律関係は三類型である。一つは、双方が締結した賃貸借契約を一方のみの賃貸借契約に変更する。二つは、一方が締結した賃貸借契約を他方の賃貸借契約に変更する。三つは、住居所有権者（一方当事者の単独所有あるいは第三者や一方当事者との共有）との新たな賃貸借契約の設定である。

なお、離婚後の婚姻住居利用規整は、裁判で権利者と判断された当事者の一方に婚姻住居を引き続き利用することを可能とするために法律関係（賃貸借契約）を形成するだけで、所有権のような物権に触れることはない。

iii-2 個別事件において考慮される事情

家具令では、裁判官が個別事件のあらゆる事情—とりわけ子どもの福祉および共同社会生活の要請—を斟酌して公正な裁量にもとづいて決定を下したが、現在はBGB1568a条にもとづいて「家政において生活する子の福祉及び婚姻の両当事者の生活状況に鑑みて、婚姻の一方当事者が婚姻の他方当事者よりも婚姻住居の利用に頼らざるを得ない場合、又は、婚姻住居の明渡しがその他の事由により衡平にかなう場合に」¹⁶⁾一方当事者が他方当事者に婚姻住居明渡を請求することができる。

iii-3 紛争に適した手続

夫婦が生活してきた緊密な共同関係には、当事者主義による民事訴訟法の原則に従うのではなく、迅速で合目的かつ単純な固有の手続が必要である¹⁷⁾。離婚後の婚姻住居利用規整は家庭事件（Familiensachen）であり、離婚事件の付随事件（Folgesachen）に位置付けられている。事件を管轄するのは家庭裁判所（Familiengericht）である¹⁸⁾。

(2) 鈴木禄弥博士の「居住権論」と婚姻効力説との概括的な比較

わが国でもドイツと同様に深刻な住居難を契機として、賃貸借住居利用に関する議論が活発に行われた。そのなかで、わが国の裁判実務に対しても大きな影響を及ぼしたのが「居住権論」である。「居住権論」は賃貸借契約に基礎をおく旧借家法領域の議論である¹⁹⁾。これに対して婚姻効力説は家族法に基礎をおく。前述（1）iのとおり、ドイツでは財産法（賃貸借契約）にもとづく事件処理に代わり家族法にもとづく事件処理が判例となったために、離婚後の婚姻住居利用に対処する法制度が整備され、法制度においては賃貸借契約だけでなく所有権や共有も含む財産権にもとづくあらゆる婚姻住居が対象となっている。本稿では所有権および共有持分権にかかわる紛争を考察対象としているので、賃貸借契約にもとづく紛争は取り上げていないが、「居住権論」と婚姻効力説を比較する目的は、財産法にもとづく問題処理と家族法

16) 注11を参照。

17) 注12の拙稿11頁。

18) これについては、青木哲・浦野由紀子・八田卓也訳「家庭事件及び非訟事件の手続に関する法律」（第2編、第3編、第4編及び第7編）<https://www.moj.go.jp/content/000012248.pdf>が参考になる。

19) 本稿では、現行の借地借家法との関係で「居住権論」がいかに解されるのかまでは踏み込んでいない。

にもとづく問題処理とでは何が異なるかを探ることである。ここでは、離婚後の婚姻住居をこれまで居住してきた夫婦の一方だけに（場合によっては、子どもとともに）引き続き利用させる問題について、単純に両学説が異なる点を探ることを目的として、婚姻効力説と「居住権論」とのごくごく概括的な比較を試みる。

以下では、鈴木祿弥『居住権論 [新版]』（有斐閣、1981年）に依拠する。（ ）内の頁数は同著の頁である。

i 規整目的の比較

居住権論による規整目的は、「居住権」を「広い意味で解して、すべての国民が「健康で文化的な最低限の生活を営む」（憲法25条）ための基礎としての相当な住居を与えられる権利をもつということ、ないしは、国民がかかる住居を得られるように国家が努力する義務のあるということ、であろう。この意味での「居住権」は、まさしく憲法上の生存権の一種である。」（2頁）とする。

とはいえ、同著では限定をかけて、「本書にいわゆる「居住権」は、そのような広汎な意味のものではない。本書でいう「居住権」は、生存的な色彩を持つ権利ではあるが、憲法上の生存権そのものではなく、単に、市民法上の契約関係が消滅したにもかかわらず、借家人がその家主に向かってひきつづき当該の家屋に住ませよ、と主張しうる権利にすぎない。」（2頁）としている。それでも、「もとより、居住権の概念を本書におけるように狭く解せず、より広い意味で生存権の一種としての「居住権」を考え、住宅難解決のより幅の広い施策のあり方を追求することも、今後に残された課題である。」（3頁）「生存権の一種である広義の「居住権」の旗幟のもとに、すべての人々に文化的な住居が与えられる方向へ努力してゆくことが、われわれに与えられた今後の課題であろう。」（4頁）と述べている。

前述（1）iiのとおり、ドイツの規整目的は基本法上の婚姻の保護および子どもの育成・教育に対する親の義務を実行することの監視（ドイツ基本法6条1項および同2項）である。わが国における婚姻住居利用規整は、居住権論と同様に生存権（憲法25条）に位置づけるとともに、「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚」した「離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項」（憲法24条2項）の法整備に対する国の責務に内包されているといえないだろうか。

ii 規整の手法

ii-1 「居住権」の位置づけ

居住権論は、「家主の所有権が制限されたことを前提とすると、この制限の反射として借家人がある種の権利を享受するようになるが、この権利が、借家法および家賃統制の恒久化に伴って固定化されたものが「居住権」であり、「居住権」は、家主に対する一の私権の形をとっている。「居住権」成立の基礎は「合法性」（家主との間に賃貸借関係が存すること）と「必要性」（借家人が該家屋に居住するのを必要とすること）とであり、約定賃貸借関係が家主の解約（または更新拒絶）によって消滅した場合にも、借家人の必要性が強く、ひきつづきこの家主の犠牲によって借家人の居住を保障することが妥当であると国家が判定するとき（＝[旧借家法1条の2に定める]「正当ノ事由」がないとき）には、両者のあいだに法律の力による賃貸借契約 [=法定賃貸借関係] が成立させられる。」（5頁）と述べている。

婚姻効力説では、賃貸借契約あるいは法定賃貸借関係を媒介することなく、同居協力扶助義務（民法752条）にもとづく夫婦の共同占有関係が直に合法性を満たす。離婚後の婚姻住居利用を求める夫婦間の紛争は、夫婦の共同占有関係の分割（共同占有関係を解消して婚姻住居利用の権利をどちらか一方に発生させる）請求権である。そして、婚姻住居利用の権利を発生させる要件が、「家政において生活する子の福祉及び婚姻の両当事者の生活状況に鑑みて、婚姻

の一方当事者が婚姻の他方当事者よりも婚姻住居の利用に頼らざるを得ない場合、又は、婚姻住居の明渡しがその他の事由により衡平にかなう場合」(BGB1568a条参照)である。

ii-2 規整の対象

居住権論では「居住権」概念の具体的適用について、①いわゆる「借家権の相続」、②その他、借家人について事故の生じた場合、③居住者自身が家屋所有者であった場合および④使用借人「居住権」を上げている(69頁以下)。ここでは、離婚後の婚姻住居利用紛争は夫婦間の紛争であるということとの比較で、「居住権」概念の具体的適用の類型を一考察してみたい。

①いわゆる「借家権の相続」は、被相続人の内縁の配偶者と借家人あるいは借家相続人との紛争解決を扱う問題で、裁判実務上も法制度上も重要視された問題である。とはいえ、これは離婚後の夫婦間の婚姻住居利用紛争とは無関係である。

②その他、借家人について事故の生じた場合として、さらに三類型を上げている。一つは、借家人離婚(内縁解消の場合を含む)²⁰⁾、二つは、その他、借家人が事実的に借家から退去し、従来の同居人が引き続き居住しようとする場合、三つは、借家人が同居者の利益と意思とに反して賃貸借契約を解除してしまった場合、である。これらの三類型は、いずれも離婚後の婚姻住居利用紛争と関係し得る。とはいえ、紛争当事者は家主と賃貸借契約のない夫婦の一方との紛争ということで、夫婦間を想定していない点が、婚姻効力説と異なる。

③居住者自身が家屋所有者であった場合は、まさに本稿で扱っている離婚後の婚姻住居利用紛争と関係する。とはいえ、ここでも想定されているのは、夫婦間の紛争でなく、家屋所有権の相続人と相続権のない内縁の配偶者との紛争である。

④使用借人の「居住権」については、「直接には、賃借人にも適用があり、使用借人はその恩恵に浴しない」(79頁)とされている。

夫婦間での離婚後の婚姻住居利用紛争では、婚姻住居所有配偶者と非所有配偶者との間に明示または黙示の使用貸借の合意があったと主張されるケースが多くあるが、この場合は「居住権」の成立は認められないということになるのか。

iii-3 個別事件において考慮される事情

居住権論では、「[旧借家法1条ノ2が定める]「正当ノ事由」の存否の判断については、「賃貸人・賃借人双方の事情その他すべての事情を比較衡量する」という判例の立場になる。」(66頁)と述べるが、比較考量されるのは借家人の居住の必要と家主のもろもろの必要である。

これに対して、ドイツ法に依拠する婚姻効力説による比較考量では、前述(1) iii-2のドイツ法にならい「家政において生活する子の福祉及び婚姻の両当事者の生活状況に鑑みて、」夫婦間の事情を比較考量して、婚姻住居利用に頼らざるを得ない場合や衡平さを判断することになる。

iii-4 紛争に適した手続

居住権論は、「家主の所有権と借家人居住権との衝突として、すなわち私的権利の争いとして、民事訴訟の形でおこなわれる。」(63頁)と述べている。

婚姻効力説については、前述(1) iii-3のドイツ法にならい、当事者主義による民事訴訟法の原則に従うのではなく、家庭裁判所が管轄する家事事件として扱われることが適切と考える。

20) 鈴木博士は、この類型について、「ドイツには明文の規定があって、残留配偶者の居住を保護している」として家具令を上げている(77頁の注17)。

(3) 本稿における考察点

婚姻効力説の立場から、次の3点に焦点を当てる。

[考察点1] 紛争当事者である夫婦が婚姻住居を利用する関係をどのように主張し、それに対して裁判所はいかに対応しているか。

[考察点2] 裁判所が紛争当事者の事情を比較考量する場合、比較考量する理由は何か、そして、どのような事情を比較考量しているか。

[考察点3] 家事事件手続（財産分与事件）との関係に触れているか。

なお、本稿では紙幅が限られているため、本稿の目的（婚姻効力説の立場からの妥当な解決や課題の探求）を果たすために最小限必要な範囲で考察を行う。そのため、続く**3**および**4**の事件考察では上記の考察点以外の争点には触れない。また、比較考量など裁判所が詳細に述べている事情や判断についても、相当に要約せざるを得ない。

3 離婚後の夫婦間での所有権にもとづく建物明渡請求事件の考察

本章では、(1) で考察対象となる事件を提示し、(2) で事件ごとに上述**2**(3)の考察点に沿って考察を進める。

(1) 考察する事件

婚姻住居利用をめぐる夫婦間の建物明渡請求事件については、平成27年（2015年）3月17日までは別居時および離婚後を合わせて14件の裁判例があり、その考察をすでに行っている²¹⁾。そこで、同年月日以降についてD1-Law.com（第一法規法情報総合データベース）で「建物明渡請求」および「夫婦」をキーワードに裁判例の検索をかけたところ、49件の裁判例がヒットした（2022年8月9日現在）。そのなかで、明らかに婚姻住居利用をめぐる争いを対象とする夫婦間の建物明渡請求事件は、以下の5件である。本章では、以下の事件を考察対象とする。

- ①東京地判平成25年（2013年）8月29日D1-Law.com 判例体系 [判例ID：29029414]
- ②東京地判平成27年（2015年）3月10日D1-Law.com 判例体系 [判例ID：29025087]
- ③札幌地判平成30年（2018年）7月26日判例時報2423号106頁²²⁾
- ④東京地判令和2年（2020年）12月4日D1-Law.com 判例体系 [判例ID：29063179]
- ⑤東京地判令和3年（2021年）1月28日D1-Law.com 判例体系 [判例ID：29062367]

なお、各事件において裁判所が認定した事実および裁判所の判断のなかから、本稿での考察に必要な事項を文末の「**表一 離婚後の夫婦間での所有権にもとづく建物明渡請求事件**」にまとめている。

21) 平成3年（1991年）3月6日までの裁判例7件を拙稿「判批（東京地平3年3月6）」法学新報101巻1・2号135頁で、同日以降から平成27年（2015年）3月17日までの裁判例7件を拙稿「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—」アルテス リベラレス102号（2018年6月）141頁で考察している。本稿では、現時点において、改めて婚姻効力説の視点から分析を加えるために、すでに考察を行った事件も含めることとする。

22) これについては、三宅篤子「判批」私法判例リマークス61（2020<下>）66頁がある。

(2) 各事件の考察

①東京地判平成25年（2013年）8月29日

本件は、夫および夫婦間の三女（原告ら）から調停離婚した妻（被告）に対し、夫および夫婦間の三女が共有する婚姻住居（2階建ての二世帯住宅の1階部分に妻が居住）の明渡し、および、賃料相当損害金の支払いを求めた事案である。（裁判結果：棄却）

【考察点1】 永住させる（使用権原）という条件が争点となっている。

被告（妻）は、過去に本件建物の共有持分権を原告（夫および夫婦間の三女）に贈与した際、被告を本件建物に永住させるとの負担付であり、使用権原があると主張するが、裁判所はそのような負担がついていたとは認めなかった。

【考察点2】 考察点2と関連する事情の比較考量は行っていない。

【考察点3】 権利濫用を判断する際、財産分与の話し合いを示唆している。

裁判所は、「現在、原告X1〔夫〕と被告〔妻〕は離婚し、原告X1と被告が本件建物に、同時に居住することは困難な状況になっていること、原告X1と被告との離婚は、被告が原告X2〔三女〕に暴力をふるったことがきっかけとなったものであり、少なくとも被告の側にも原因があると認められること、被告は本件建物以外にも住居を所有していることの各事実が認められることを考慮しても、原告X1と被告と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、原告らが被告に対して、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認めるのが相当である。」と判断して、請求を棄却している。

②東京地判平成27年（2015年）3月10日

本件は、夫（原告）が協議離婚した妻（被告）に対し、夫が所有する婚姻住居（妻と子どもが居住）の明渡し、および、離婚日の翌日から明渡済みに至るまでの賃料相当損害金の支払いを求めた事案である。（裁判結果：一部認容、一部棄却—賃料相当損害金支払いの起算日を変更）

【考察点1】 離婚成立時に夫婦間で黙示の期限を定めない使用貸借契約が成立したかが争点となっている。

i 使用貸借契約の成立

妻（被告）は、離婚成立時に夫婦間で黙示的に期限を定めず目的を妻および長女の扶養とする使用貸借契約が成立したことを主張するが、裁判所は、「原告〔夫〕は、本件離婚の際、本件マンションを被告〔妻〕に譲渡したとする認識はないところ、本件離婚後も被告及び長女が本件マンションに居住することは許容していること、原告自身も、被告が就職し生活が落ち着くまでは本件マンション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すれば、本件離婚当時、離婚後の本件マンションの使用について黙示の使用貸借の合意が成立していたと解することが相当である。」とし、その使用目的については、「被告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することが相当である。」と判断している。

ii 使用貸借契約の終了事由

裁判所は上述 i の使用貸借契約の成立を認めたとうえで、「被告〔妻〕は、現在は家庭教師の仕事をしており、…現在も月額手取りで15万円程度であること、…本件マンションのごく近くには被告の実家があって祖父母と同居することも可能であると考えられること、離婚から約6年経過していること、原告〔夫〕自身も収入に問題はなく養育費についても審判の結果が確定すれば、同結果にしたがって未払分の清算も含めて支払う旨述べており、被告の収入と合わせれば自活するに足りる収入は得ていること等の事情からすれば、原告が解約の意思表示をした

平成26年4月23日（当裁判所に顕著）までには、上記目的に従い、少なくとも使用及び収益をするのに足りる期間は経過したと認めることができる。」と述べて、原告（夫）が主張した本件使用貸借の終了事由を認めた。

[考察点2] 被告（妻）が主張した権利濫用該当性の判断のなかで、主として、離婚後の生計の面を比較考量している。

裁判所は、原告〔夫〕が離婚後の養育費の支払いを毎月遅れることなく支払っていたこと、現在は被告との間の諸事情から支払いを停止しているが、養育費に関する審判が確定すれば直ちに養育費を支払う旨述べていること、また、本件マンションの所有権は原告に帰属すること、本件マンションおよび再婚後購入したマンション（再婚相手との婚姻住居）のローン・管理費として合計月40万円程度支出があること、加えて養育費20万円の支払いがあること、再婚の家庭の生活費も負担しなければならないこと、事情の変更を理由とした養育費や本件マンションに関する話し合いがまとまらなかったこと、…被告が本件マンションの所有権を主張したことといった事情のもとにおいて、本件訴えを提起し、所有権にもとづいて明渡しを求めることは、事態を打開するため無理からぬものと考えられることに加え、被告も…実家への転居も不可能ではなく、被告自身の収入と原告からの養育費を合わせれば自活するに足りる収入を得られること等を比較考量したうえで、「原告の請求が権利の濫用とまで認めることはできない。」と判断している。

[考察点3] 財産分与事件との関係には触れていない。

③札幌地判平成30年（2018年）7月26日

本件は、夫（原告）が裁判離婚した妻（被告）に対し、婚姻住居（妻と子どもが居住）の明渡し、および、離婚成立日の翌日から明渡済みに至るまでの賃料相当損害金または不当利得金の支払いを求めた事案である。（裁判結果：一部認容、一部棄却—婚姻住居の明渡しについて棄却）

[考察点1] 婚姻住居が夫婦共有財産であること、夫婦間に使用貸借契約の成立が争点となっている。

i 婚姻住居が夫婦共有財産であるか

妻（被告）は、婚姻共同生活における寄与、家族の生活基盤として購入した婚姻住居であること、妻および長女の居住権が高い保護に値すること、夫が本件マンションを住居として自己使用する必要性は皆無であること、および、本件マンションはいわゆるオーバーローン状態であるため直ちに売却して清算する必要性がないことなどを上げて、「本件マンションは、民法762条2項により原告〔夫〕及び被告〔妻〕の共有に属するものと推定され、財産分与の対象となる共有財産であるから、原告が単独で所有権を有するものではない。」と主張する。

この点について裁判所は、「原、被告間の離婚に伴う財産分与において、被告が本件マンションの所有権ないし共有権の分与を受ける可能性があることまでは否定できないものの、協議ないし審判前の財産分与請求権は、協議・審判によって具体的内容を決定されることを要する権利であり、協議又は審判によってはじめて具体的な権利性を有すると解するのが相当であることに加え、弁論の全趣旨によれば、本件マンションの住宅ローンの負債額が、原告及び被告の総資産額の合計を上回っていると認められるから、現時点において、被告が、本件マンションに対し、具体的な共有持分権を有しているとはできない。」として、婚姻住居は夫の単独所有であると判断する。

ii 夫婦間に使用貸借契約が成立しているか

妻が「原告は、…被告と長女が本件マンションに無償で居住することを許諾した。よって、

本件マンションに関し、原、被告間では民法593条の使用貸借契約が成立しており、現在も被告の使用借権が存続している。」と主張したのに対して、裁判所は「仮に…、原、被告間で本件マンションの使用貸借契約が黙示に締結されたとしても、当該契約は、その性質上当然に、原、被告間の婚姻関係が終了することを解除条件としたものであったと解される。」として、妻の主張を退けている。

[考察点2] 考察点2と関連する事情の比較考量は行っていない。

[考察点3] 事件は財産分与手続で決せられるべきであるとする。

本件では、「婚姻期間中に形成された財産関係の離婚に伴う清算は財産分与手続によるのが原則であるから、本件マンションの帰趨は財産分与手続で決せられるべき」とし、このことは本件マンションがオーバーローンの場合であっても変わらないと指摘したうえで、「このような意味で、被告は、財産分与との関係で、本件マンションの潜在的持分を有しているところ、当該持分はいまだ潜在的、未定的なものであっても財産分与の当事者間で十分に尊重されるべきである。よって、原告が、近々財産分与申立事件の審判が下される見込みである中…、同手続外で本件マンションの帰趨を決することを求めることは、被告の潜在的持分を不当に害する行為と評価すべきであり、権利濫用に当たるといふべきである。」としている。

なお、賃料相当損害金については、「被告[妻]には、原告[夫]との離婚成立以降、本件マンション[婚姻住居]の占有権限がないから…、被告は、原告に対し、本件マンションの所有権…侵害の不法行為に基づき、遅くとも離婚成立日の翌日…から本件マンションの明渡済みまで、賃料相当損害金の支払義務を負う。」と解し、具体的な賃料相当損害金の支払を命じている。

④東京地判令和2年(2020年)12月4日

本件は、夫(原告)が裁判離婚した妻(被告)に対し、婚姻住居(妻と子ども二人が居住)の明渡しを求めた事案である。(裁判結果:認容)

[考察点1] 夫婦共有財産にもとづく占有権原が争点となっている。

本件では、妻が経済的側面からも夫婦共有財産(婚姻住居を含む)の形成に協力してきたと主張するのに対して、夫は婚姻住居は妻との共有財産でなく、妻には独自の使用占有権原があるわけではないと主張する。

裁判所は、婚姻住居の取得に関し妻の経済的な寄与があったとは認められない、夫婦が円満な同居生活を営んでいたとは考え難い、夫は単身赴任をしており少なくとも退職するまでは夫婦は別居状態にあった、それに加えて、夫は妻に対して婚姻費用分担金を毎月15万円支払っており、婚姻住居購入時長女および長男がいずれも成人していたことからすれば妻の寄与は大きいものとはいえ、婚姻住居の維持について、実質的にみて夫婦共有財産であるとの評価に値するだけの妻の協力があったとは認められないと判断し、妻に占有権原となるべき共有持分があるとは認められないとして、夫の請求を認容している。

[考察点2] 妻(被告)から居住の必要性や請求を権利濫用とする主張がないので、裁判所は関連する比較考量を行っていない。

[考察点3] 判断していない。

裁判所は、財産分与調停が係属中である事実を認定しているが、争点を判断するなかでは言及していない。

⑤東京地判令和3年(2021年)1月28日

本件は、夫(原告)が裁判離婚した妻(被告)に対し、婚姻住居(妻と子ども二人が居住)の明渡し、および、離婚確定日の翌日から明渡済みに至るまでの賃料相当損害金の支払いを求

めた事案である。(裁判結果：認容)

[考察点1] 夫婦共有財産にもとづく占有権原が争点となっている。

本件では、財産分与の調停手続が係属中であるため、妻は「財産分与の合意成立あるいは審判確定までは、被告にも潜在的持分権があるので、本件建物について占有権原がある。」と主張している。これに対して裁判所は、「財産分与請求権は、当事者の協議又は審判によって具体的内容が形成されるまでは、その範囲及び内容は不確定なものであり、分与対象財産の占有権原たり得ない。また、本件全証拠によっても、被告が財産分与の対象となる本件建物を離婚後も使用することについて、原告と被告の間で使用貸借契約等の何らかの合意がなされた事実を認定することができない。」と退けている。

[考察点2] 請求が権利濫用に該当するかを判断するなかで、裁判所は夫婦双方の居住の必要性を中心に、種々の事情を比較考量している。

裁判所は、妻が婚姻住居以外に無償で住む場所があること、長男は社会人となり婚姻住居を出て独立していること、二男も1年内に成人することから妻が子どもらの養育のために婚姻住居に起居しなければならない理由はないこと、妻には十分な収入があること(夫からの婚姻費用も含む)、他方で、夫は現在実家で起居しているものの長期間居住できない状況にあること、勤務先への通勤が不便なこと、婚姻住居の住宅ローンや諸経費を全額負担しており、その支払いを続けながら別途居住場所を賃貸する経済的余裕はないこと、その他の事情として、妻は夫を侮辱し、婚姻住居から追い出そうとするかのような嫌がらせ行為を繰り返し、夫の在宅勤務および居住を困難ならしめたこと、などの事情を認定した。

結論として、「以上の事情に鑑みれば、原告と被告の間では財産分与の調停事件が係属中であることを踏まえても、原告の被告に対する本件建物の明渡請求や離婚後から本件建物明渡済みまでの賃料相当損害金請求を、権利の濫用ということはできない。」として請求を認容した。

[考察点3] 財産分与の調停事件が係属中であることに触れながらも、本件において請求を認容している。

4 離婚後の夫婦間での共有分割請求事件の考察

本章では、(1)で考察対象となる事件を提示し、(2)で事件ごとに上述2(3)の考察点に沿って考察を進める。

(1) 考察する事件

婚姻住居利用を対象とする夫婦間の共有物分割請求事件については、D1-Law.com(第一法規情報総合データベース)で「共有物分割請求」および「夫婦」をキーワードに裁判例の検索をかけたところ、127件の裁判例がヒットした(2022年8月9日現在)。そのなかで、明らかに婚姻住居の居住をめぐる争いを対象とする夫婦間の共有物分割請求事件は17件であり、そのうち離婚後の事件は以下の5件である。本章では、以下の事件を考察対象とする。

- ①東京地判平成25年(2013年)7月3日D1-Law.com判例体系[判例ID:29028999]
- ②東京地判平成26年(2014年)10月6日D1-Law.com判例体系[判例ID:29043206]
- ③東京地判平成29年(2017年)3月9日D1-Law.com判例体系[判例ID:29046412]
- ④東京地判令和2年(2020年)12月23日D1-Law.com判例体系[判例ID:29063007]
- ⑤東京地判令和3年(2021年)3月9日D1-Law.com判例体系[判例ID:29063895]

なお、各事件において裁判所が認定した事実および裁判所の判断のなかから、本稿での考察に必要な事項を文末の「表二 離婚後の夫婦間での共有物分割請求事件」にまとめている。

(2) 各事件の考察

①東京地判平成25年（2013年）7月3日

本件は、夫（原告）が裁判離婚した妻（被告1）および妻の父（被告2）に対し、夫婦および妻の父が共有する婚姻住居（妻と子ども二人が居住）の分割を求めた事案である。（裁判結果：認容—競売による分割）

【考察点1】婚姻住居不分割の合意が争点となっている。

妻（被告1）は、夫婦間において、「子らの大学入学時において、子らの在学中は、子らが自宅から通学できるよう、すなわち、学生の間は、住居費の負担をする必要がないということ」を前提として、子らが大学に通うことを許した。そうすると、原告及び被告らの間においては、…共有物不分割の合意が黙示に成立していた。」と主張する。

これに対して裁判所は、「本件口頭弁論終結時において子らは、22歳に達しており、社会通念上、研究等を継続していたとしても自立が期待されておかしくない年齢であることも併せ考慮すると、仮に上記のような事項が子らの大学入学時に前提とされていたとしても、被告らが主張するような黙示の共有物不分割の合意の存在を認定することはできない。」と述べ、妻の主張を退けている。

【考察点2】分割の方法を判断するために、夫婦間の事情を比較考量している。

裁判所は、夫（原告）が経済的に苦しい状況（借入等をしての妻への財産分与支払い、住宅ローン・婚姻住居に係る税金支払い、子ども二人の学費の支払い）にあるなかで婚姻住居売却による精算を希望していること、子ども二人は大学4年生であり社会的にみて自立が期待される年齢であること、妻は子どもらとともに婚姻住居を自宅として使用し続けるために全面的価格賠償による分割を希望するがまず過半数の持分権を有する夫の意向が尊重されるべきであること、そして離婚裁判で不貞行為を含む自らの言動が婚姻破綻を招いたと認定された妻の意向を重視することは相当でないこと、代償金の支払い案が夫の住宅ローンの残債務額に到底満たないこと、などの事情を総合考慮して、「競売による分割方法を採用することが相当である。」と判断した。

【考察点3】本件は、離婚判決のなかで財産分与の決着がついたのちの事件である。

②東京地判平成26年（2014年）10月6日

本件は、夫（原告）が協議離婚した妻（被告）に対し、夫婦が共有する婚姻住居（妻と子ども三人が居住）の分割を求めた事案である。（裁判結果：認容—妻の全面的価格賠償による分割）

【考察点1】婚姻住居不分割の合意が争点となっている。

妻（被告）は、「原告〔夫〕と被告〔妻〕は、本件離婚に際し、被告と子らが本件不動産に居住し続け、原告が本件住宅ローンの支払を継続することを合意しており、この合意は、その目的から本件不動産の不分割の合意を含んでいるというべきである。」と主張する。

これに対して裁判所は、「本件合意書〔＝離婚直前に当該夫婦が作成し、署名押印した「離婚合意書」〕に基づく合意によっては、原告と被告との共有関係に何らかの変動が生じたとは認められず、また、本件合意書は合意の内容を定期的に見直すとしていること及び共有物については分割請求できるのが原則であることからすると、原告が本件合意書により、被告に対し、本件不動産の分割請求をしないとまでの約束をしたとは認められない。」として、妻の主

張を退けている。

[考察点2] 権利濫用および分割の方法を判断するために、夫婦間の事情を比較考量している。

i 権利濫用の判断

主に、夫婦の経済的状況を考量している。すなわち、裁判所は妻の事情について、「被告は、本件合意書に基づき、長男らとともに住居費の負担をせずに本件不動産に居住し、原告から長男らの養育費及び生活費として月額25万円を受領していたが、…東京家庭裁判所立川支部が…行った審判により、長男らに関する養育費は月額15万円と本件合意書よりも減額となっている…。そして、本件不動産が共有物分割されることになれば、被告が住居費の支出を要するに至る可能性が高いと認められる。」としながらも、「しかしながら、…原告が本件合意書により、被告に対し、本件不動産の分割請求をしないとまでの約束をしたとは認められないし、期限なく被告が住居費を支出する必要がない状態を継続させる義務を負ったとまでは認められない。」とする一方で、夫の事情について、「原告は、…再婚し、長男らの他にも扶養家族を有するに至っていること、原告は、…本件住宅ローンの…返済月額を減額する償還条件の変更を申し入れたこと、同条件変更により…返済額が月額16万円以上となることが予定されていたこと…、原告が本件合意書で合意していた長男らの養育費等は、被告の申し立てた養育費に関する審判において月額で10万円の減額がされていることが認められる。」とする。

結論として、「これらに照らせば、被告の収入が年200万円に満たないことを考慮したとしても、本件不動産の共有物分割が原告の権利濫用であるとまでは認められないというべきである。」と述べている。

ii 分割方法の判断

裁判所は、夫婦の今後の婚姻住居利用についての希望を比較する。すなわち、「被告は、本件合意書に基づき、本件離婚後も長男らと本件不動産における居住を継続しており、長男らが未成年であり、学業に従事している年齢にあることからすると、被告が本件不動産の取得を希望することには合理性がある。これに対し、原告は、他に居住しており、本件不動産の取得を希望していないことからすれば、被告に本件不動産を取得させることには相当性があると認められる。」と述べる。そのうえで、婚姻住居の適正な評価額および夫婦間のこれまでとこれからの住宅ローンの支払内容の査定を詳細に行って代償金額を算出し、さらに妻から夫に対して代償金を支払えることが確実であると認定し、「本件不動産を被告の所有とし、被告には原告に対し…代償金の支払を命じる方法の分割を行うことは、原告と被告との実質的公平を害しないと認められる。」と結論づけた。

[考察点3] 財産分与事件との関係については触れていない。

③東京地判平成29年（2017年）3月9日

本件は、原告が離婚訴訟で和解離婚した被告に対し、夫婦が共有する婚姻住居（被告が居住）の分割を求めた事案である。（裁判結果：認容—被告の全面的価格賠償による分割）

*本件の判決文からは、原告・被告どちらが夫・妻であるか判明しない。

[考察点1] 離婚後の婚姻住居利用について夫婦間で使用貸借契約の合意があったかが争点となっている。

原告が、「被告は、単独で占有することができる権原がないにもかかわらず現在も本件建物に居住している」として賃料相当額の支払を主張したが、裁判所は「原告と被告は、離婚後も被告が本件建物に居住して同建物を独占的に占有することを前提として、被告が本件建物の所有権を最終的に取得する可能性を念頭に離婚協議をしていたのであり、原告は、本件訴訟提起までの間、自身の持分に係る賃料相当額等を主張したこともないのであるから、原告と被告と

の間には、離婚後の本件建物の使用について黙示の使用貸借の合意が成立していたと推認できる。」として、原告の主張を退けている。

[考察点2] 分割方法を判断するために、夫婦間の事情を考量している。

裁判所は、「原告被告双方が、被告が全体を取得することを前提とした全面的価格賠償の方法による分割で異議はない旨述べていることに加え、被告は本件建物購入時から現在に至るまで同建物に居住していること、被告が持分10分の7を有し、現在に至るまで住宅ローンを返済し、諸経費を支払ってきたこと等、持分を取得した経緯、持分割合等の事情を考慮すると、本件建物を被告に取得させることが相当であるといえる。」と述べて、代償金額を算定し、被告から原告に対する全面的価格賠償の方法による分割が相当であると結論づけた。

[考察点3] 本稿が考察対象とする手続面において、財産分与事件については触れていない。

④東京地判令和2年（2020年）12月23日

本件は、夫（原告）が離婚訴訟において和解離婚した妻（被告）に対し、夫婦が共有する婚姻住居を売却した売却益全額で購入したマンション（妻と子ども二人が居住）の分割を求めた事案である。（裁判結果：認容—競売による分割）

[考察点1] 触れていない。

[考察点2] 権利濫用の主張があるが、離婚訴訟における和解離婚の合意を理由に夫婦間の事情の比較考量を行わずに主張は退けられている。

妻（被告）は、「長女及び二女と本件マンションで居住している。本件マンションが形式的競売に付されれば、退去を余儀なくされて生活の本拠を失うこととなる。特に、発達障害のある二女にとっては、本件マンションの所在する学区では支援学級があり、かつ教育環境が整っているが、これを喪失することとなる。原告〔夫〕による共有物分割請求は権利濫用であり、許されないというべきである。」と主張しているが、裁判所は、「被告は、本件離婚訴訟における裁判上の和解で、本件マンションを売却することに同意しており、被告の主張を基礎付けるべき居住継続の必要を欠いている。また、本件マンションの任意売却が実行されないのはもっぱら被告によるものであり、原告は登記識別情報を提供するなど任意売却のために必要な協力をしてきたものと認められ、本件については、原告による共有物分割請求が権利濫用であるとの評価を障害する事情があるというべきである。」として、妻の主張を退けている。

[考察点3] 財産分与事件については触れていない。

⑤東京地判令和3年（2021年）3月9日

本件は、夫（原告）が裁判離婚した妻および妻の父（被告ら）に対し、夫婦および妻の父が共有する婚姻住居（妻と子どもが居住）の分割を求めた事案である。（裁判結果：棄却）

[考察点1] 触れていない。

[考察点2] 権利濫用を判断するために、夫婦の事情を比較考量している。

裁判所は、「財産分与によれば、原告〔夫〕の…退職金についても夫婦共有財産として持分2分の1程度を有することも考慮すれば、被告Y2〔妻〕の本件建物の単独取得の可能性」があること、他方で、「原告は、定年退職をして再雇用となって減収し、老後の生活のため本件建物を単独取得することを希望しており、老後の不安から原告がそのような希望をすること自体は理解できるところではあるものの、本件請求が認められなかった場合に原告が具体的に生活上の支障を受けるような事情は格別認められない」こと、そして、「被告Y2は、…自立ができていないA〔夫婦の長男〕の引きこもり状態に対する対応をしながら、Aを扶養しており、Aの生活環境を変えないために本件建物を単独取得することを希望しているところ、本件請求が認められた場合には、被告Y2はAと同居するための転居先を探さなければならない上

に（Aの引きこもりの状態や原告とAのこれまでのコミュニケーションの状況等を考慮すれば、被告Y2のみが本件建物を退去して、原告とAが同居することは相当とはいえない。）、原告との間の財産分与がまだ定まっていない現状においては、被告Y2がAの扶養に加えて転居に伴う金銭的負担をも負うことになる不利益は大きいといわざるを得ない。」と評価して、請求が権利濫用であると判断した。

【考察点3】 財産分与手続によることを明示している。

裁判所は、「実際、被告Y2は本件訴訟の提起後ではあるものの原告を相手方とする本件財産分与調停の申立てをしていることからすれば、その手続の中で協議するのが相当であるといえる。…被告Y2は財産分与の申立ての期間内に本件財産分与調停の申立てをしており、本件建物の共有関係の清算についてはその中で解決する姿勢を示していること、原告自身も当初は本件建物の共有関係については財産分与の中で清算すべきであると考えて被告Y2の財産分与の申立てを促していたことからすれば、…財産分与ではなく共有物分割請求による判断を先行しないことが不合理であるとはいえない。」と述べている。

5 おわりに

ここでは、(1) で本稿で扱った事件全体について考察点ごとにまとめたのちに、(2) でわが国の夫婦間の婚姻住居利用規整の課題に触れる。

(1) 本稿の事件考察のまとめ

以下では、○番号は上述3の所有権にもとづく建物明渡請求事件の○番号を示し、□番号は上述4の共有物分割請求事件の○番号を示す。

【考察点1】

夫婦間に合意があることを理由に請求を棄却した^④および財産分与手続のなかで解決することを相当として請求を棄却した^⑤を除いて、他の事件では離婚後の婚姻住居に居住している法律関係を主張している（この点、離婚後の事件なので当然であろうが、別居時の事件においては必ずしも婚姻住居利用の権原が主張されるわけではない）。

主張された法律関係は、永住させるという条件付贈与（①）、夫婦間での明示または黙示の使用貸借契約もしくは合意（②、③、③）、夫婦共有財産の潜在的持分権（③、④、⑤）、および、夫婦間での共有物不分割の合意（①、②）である。

【考察点2】

権利濫用の主張のなかで比較考量が行われる事件（②、⑤、①、②、③、⑤）が存在するが、他方で比較考量をしない事件（①、③、④、④）もある。民事訴訟法にもとづく当事者主義手続であるので、紛争当事者の主張の仕方にもよるところがある（この点、婚姻効力説によれば、事件管轄は家庭裁判所であり、職権で夫婦間のあらゆる事情を比較考量することになる）。

比較考量の内容は、夫婦間の離婚後の生計（②）、居住の必要性（⑤）、分割の方法の判断に係る事情（①、②、③）であるが、財産分与手続での解決を相当とした^⑤では、権利濫用を判断する際に夫婦間の子どもの生活環境や状況について言及している。

【考察点3】

①、③および^⑤は、財産分与手続（または話し合い）で解決すべきとして明渡請求を棄却し

ている。そのほかの事件は財産分与との関係を判断していない。なかには、財産分与事件が終了したのちの事件もある (I)。

(2) わが国の夫婦間の婚姻住居利用規整の課題

わが国ではドイツでみられるような家族法上の権利という大論争が起きることがなく、家族法上の体系に組み入れるような解釈論も立法論も進展してこなかった。しかし現実には、夫婦間での婚姻住居利用をめぐる紛争は財産権にもとづく様々な請求となって生起しているのである²³⁾。筆者の力不足で、わが国の紛争全体について体系的に課題を整理するまでには至っていない。詳細な課題の分析には他の事件類型の考察を進める必要がある²⁴⁾。

ここでは、本稿の考察とは直接関係しないものの、大きな課題として捉えるべき点だけを指摘しておく。ドイツにおける夫婦間の婚姻住居利用規整では、婚姻共同生活と関連する法領域、すなわちDVや児童虐待などの法領域も視野に入れている。わが国でも、同様の視野が必要であろう。DVが関連する別居時の非所有配偶者に婚姻住居利用を請求する手立てがないという重要課題はすでに指摘しているが²⁵⁾、離婚後の婚姻住居利用紛争においてもDVや児童虐待との関連をいかに捉えていくかも課題である。また、わが国の離婚は圧倒的に協議離婚が多い。ドイツではすべて裁判離婚である。離婚原因は破綻を推定する一定期間の別居であり、あとは婚姻後の種々の関係について折り合いがついていれば離婚ができる。夫婦が折り合いをつけなければならない関係のなかに婚姻住居利用関係も含まれている。つまり、すべての離婚において、離婚する際に離婚後の婚姻住居利用を取り決めているのである。争いがあれば、家庭裁判所に行く。離婚後の婚姻住居利用をめぐる法制度もないわが国において、協議離婚のなかで事実上の力によって住むところを追われている当事者（子どもを含む）が多いのではないかと危惧する。

23) ドイツでは、離婚後の婚姻住居利用規整は住宅の整備が進んで住宅難が解消されれば紛争は少なくなり、法規整の重要性は失われるだろうと推測されていたが、住宅難が去ったあとも夫婦財産をそれほど有しない夫婦にとって意義ある制度と認識されている。

24) 今後、賃貸借契約にもとづく婚姻住居利用紛争あるいは財産分与事件における婚姻住居利用規整についても、婚姻効力説からの考察が必要であると痛感している。また、ドイツにおいて家具令がBGB1568a条に組み入れられた以降の解釈運用について研究する必要性も改めて感じている。

25) 注3の拙稿172頁以下を参照。

表一 離婚後の夫婦間での所有権にもとづく建物明渡請求事件

- * 判決文の事実認定および裁判所の判断から分かる範囲の事項のみを記している。
- * 婚姻中や別居時の状況も関連するので、事件当事者は「元」をつけずに「夫婦」・「夫」・「妻」としている。
- * 婚姻住居の明渡請求事件なので、事件の対象となっている建物を「婚姻住居」としている。
- * () 内の西暦は、各事件につき元号が初出の場合に付している。

	①東京地判 平成25(2013)・8・29	②東京地判 平成27(2015)・3・10	③札幌地判 平成30(2018)・7・26
婚姻住居の所有者	夫と夫婦間の三女(共有)	夫	夫
裁判結果	棄却	認容	認容
婚姻時期	昭和41年(1965年)10月14日	平成7年(1995年)5月21日	平成8年(1996年)×月×日
別居開始時期	平成23年2月19日	婚姻期間中の別居なし	平成23年4月1日
離婚成立日	平成23年9月2日、夫が申し立てた調停離婚が成立。	平成20年4月4日協議離婚が成立。	平成28年(2016年)10月、夫が提起した裁判離婚が確定。
別居時および離婚後の婚姻住居利用状況	<ul style="list-style-type: none"> ・平成23年2月19日、夫が婚姻住居を退去して別居。 ・事件当時、婚姻住居の1階部分に妻が居住し、2階部分に夫婦間の三女とその子2人が居住している。 	<ul style="list-style-type: none"> ・夫婦および夫婦間の長女A(平成16年生)は離婚成立に至るまで婚姻住居に居住していた。 ・離婚成立後、夫が婚姻住居から退去し、現在に至るまで妻およびAが婚姻住居に居住している。 	<ul style="list-style-type: none"> ・平成23年4月1日から、夫が単身赴任のために別居。婚姻住居には妻と長女A(平成9年生)が居住。 ・離婚後から現在まで、妻はAとともに婚姻住居に居住している。
婚姻共同生活および離婚後の状況		<ul style="list-style-type: none"> ・夫は、離婚後の平成22年10月31日に再婚し、平成23年6月17日に再婚相手との間に子どもが生まれ、住宅ローンで再婚のための婚姻住居を購入している。 	
その他の係争事件など	<ul style="list-style-type: none"> ・夫および三女は妻に対して、平成24年3月14日付書面をもって同月末までに退去するよう通知したが、妻は現在に至るまで婚姻住居から退去していない。 	<ul style="list-style-type: none"> ・平成24年9月以降、夫が養育費の支払いを停止したため、妻は養育費支払いの審判を申し立て、審判では夫による養育費支払いが命じられている。 	<ul style="list-style-type: none"> ・平成26年6月に夫が申し立てた離婚調停が不成立。 ・平成29年2月、妻から夫に対して財産分与およびAの養育費の支払を求める調停を申し立てた。 ・上述の養育費支払いの調停は審判に移行し、平成29年12月、夫に養育費支払いを命じる審判が確定している。 ・上述の財産分与の調停も審判に移行し、平成30年7月に審判が予定されている。

④東京地判 令和2(2020)・12・4	⑤東京地判 令和3(2021)・1・28
夫	夫
認容	認容
昭和49年(1974年)3月2日	平成6年(1994年)3月1日
平成9年(1997年)6月頃	平成27年4月1日
平成30年4月26日、夫が提起した裁判離婚が確定。	平成30年10月6日、夫が提起した裁判離婚が確定。 ＊夫婦間には長男A(平成6年生)と二男B(平成13年生)がおり、離婚時に未成年であった二男の親権者は妻と指定された。
・夫は平成6年11月から平成14年6月まで単身赴任したが、その間も婚姻住居に月に2回程度帰宅していた。 ・平成9年3月ごろから同年6月頃までの間に、夫婦間の長男A(昭和49年生)は転勤のために婚姻住居から転居した。同時期に夫婦間の長女B(昭和53年生)も転居したが、平成10年秋頃までにBは再び婚姻住居で生活を始めた。 ・平成9年6月頃以降、妻は婚姻住居とは別のマンションに起居するようになった。 ・平成12年4月頃以降、夫(平成14年6月までは単身赴任先から時折帰省、単身赴任終了後は居住)とAおよびBが婚姻住居に居住。 ・平成15年8月22日、夫は別の建物Cを購入し、そこに居住するようになった。 ・平成22年6月8月頃、Aが夫が購入した建物Cに転居したため、妻は婚姻住居に居住して、BおよびBの子と同居するようになった。	・夫が不和を理由に実家に戻り別居、妻とA・Bが婚姻住居に残った。 ・離婚判決確定後も、妻は引き続きA・Bとともに婚姻住居に起居している。 ・夫は、離婚判決確定後の平成31年末に海外赴任から戻り婚姻住居に居住するようになったが、令和2年3月末以降実家に戻っている。
	・夫婦の関係は、平成15年頃に夫が妻に離婚届を渡すほどに悪化しており、その後も改善しなかった。 ・離婚訴訟において、別居を開始した平成27年4月1日頃には婚姻関係は破綻していたと認定された。
・平成11年8月20日および平成25年9月11日、妻から夫に対して求めた婚姻費用分担の調停が成立。 ・平成27年6月23日に夫が申し立てた離婚調停が不成立。 ・平成31年2月1日、妻が夫に対して申し立てた財産分与の調停手続が係属中。	・夫が申し立てた財産分与の調停手続が係属中。

表二 離婚後の夫婦間での共有物分割請求事件

* 判決文の事実認定および裁判所の判断から分かる範囲の事項のみを記している。

* 婚姻中や別居時の状況も関連するので、事件当事者は「元」をつけずに「夫婦」・「夫」・「妻」としている。

* 婚姻住居の共有物分割請求事件なので、事件の対象となっている不動産を「婚姻住居」としている。

	①東京地判 平25 (2013)・7・3	②東京地判 平26 (2014)・10・6
婚姻住居の共有持分	原告 (夫) 1 万分の7594, 被告ら1 万分の2406 (妻 1 万分の602, 妻の父 1 万分の1804)	原告 (夫) 100分の87, 被告 (妻) 100分の13
裁判結果	認容 (競売による分割)	認容 (被告の全面的価格賠償による分割)
婚姻時期	昭和63年 (1988年) 2月4日	平成11年4月1日
別居開始時期	平成21年6月19日, 夫が婚姻住居から転居して別居。	
離婚成立日	平成24年4月27日, 夫が提訴した裁判離婚が確定。	平成20年6月30日協議離婚が成立。 * 夫婦間には長男A (平成11年生), 長女B (平成13年生) および二男C (平成14年生) がおり, 親権者を妻と定めた。
別居時および離婚後の婚姻住居利用状況	・現在, 妻が夫婦間の長男A (昭和63年生)・長女B (平成3年生) とともに婚姻住居に居住している。	・離婚に際し, 夫婦は, 夫が子どもらの養育費を妻に支払うこと, 婚姻住居に妻と子どもらが居住することを合意しており, この合意にもとづいて, 妻がA・B・Cとともに婚姻住居の居住を継続している。
婚姻共同生活および離婚後の状況	・夫は, 平成15年以降, 妻が複数の男性と不倫行為に及んでいる上, 家事を放棄していると思い, 離婚を決意した上, 妻との同居は無理と判断し, 平成26年6月, 自ら婚姻住居を退去して別居を始めた。 ・離婚判決において, 離婚原因として妻が一人の男性と不貞行為に及んだ事実を推認した上, 婚姻関係は主として不貞行為を含む妻の言動により破綻したと判断し, 妻に慰謝料110万円の支払いを命じている。	・夫婦は, 夫の双極性障害を理由として平成16年4月13日に1度目の離婚をしている。 ・平成16年9月10日, 夫婦は2度目の婚姻をした。
その他の係争事件など	・離婚判決において, 夫から妻に対する財産分与の支払いが命じられている。	・夫は月額25万円の養育費および生活費を負担していたが, 平成25年3月15日の家裁の審判により月額15万円に減額された。 * 夫は, 平成21年1月1日に再婚し, 扶養家族を有するに至っている。

<p>③東京地判 平29 (2017)・3・9</p>	<p>④東京地判 令2 (2020)・12・23</p>	<p>⑤東京地判 令3 (2021)・3・9</p>
<p>原告10分の3, 被告10分の7 *判決文からは, 原告・被告どちらが夫・妻であるか判明しない。</p>	<p>原告 (夫) 10分の4, 被告 (妻) 10分の6</p>	<p>原告 (夫) 73分の64, 被告ら73分の9 (妻73分の6, 原告の父73分の3)</p>
<p>認容 (全面的価格賠償による分割)</p>	<p>認容 (競売による分割)</p>	<p>棄却</p>
<p>平成13年3月20日</p>	<p>平成15年 (1993年) 5月17日</p>	<p>昭和61年 (1986年) 9月30日</p>
	<p>平成26年6月30日, 婚姻住居を売却した売却益全額で購入したマンションに妻と子どもらが居住して別居を開始。</p>	<p>遅くとも平成26年頃には家庭内別居の状態。</p>
<p>平成27年12月15日, 同年6月1日に原告が提訴した離婚訴訟において和解離婚。</p>	<p>令和2年6月18日, 夫が提訴した離婚訴訟において和解離婚が成立。</p>	<p>平成31年 (2019年) 3月21日, 夫が提訴した裁判離婚が確定。</p>
<p>・現在, 被告が婚姻住居に居住している。</p>	<p>・現在まで, 妻が夫婦間の長女A (平成18年生)・二女B (平成21年生)とともに婚姻住居を売却した売却益全額で購入したマンションに居住している。</p>	<p>・令和元年 (2019年) 5月に夫が婚姻住居から転居し, その後も妻と夫婦間の長男A (平成3年生)が引き続き婚姻住居に居住している。</p>
		<p>・夫は妻の不貞を疑い, 平成19年頃から夫婦はほとんど会話をすることがなくなり, 遅くとも平成26年頃には家庭内別居の状態となった。 ・Aは平成18年頃から不登校となり, 家に引きこもるようになり, 大学に合格したが通学できず退学し, 成人した現在も引きこもり状態にある。 ・離婚裁判においては, 婚姻関係は主として妻の不貞行為によって破綻したものとして, 妻から夫に対して150万円の慰謝料の支払いが命じられた。</p>
	<p>・夫が申し立てた夫婦関係の調停が平成30年に不成立。</p>	<p>・平成22年頃および平成26年4月2日, 夫が妻に対して夫婦関係調整を申し立てたが不成立。 ・令和元年2月20日, 妻が夫に対して申し立てた財産分与の調停手続が係属中。</p>