研究助成報告論文

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

生駒 俊英
（福井大学教育地域科学部 専任講師）

1. はじめに

離婚の際に、婚姻期間中に利用していた住居（以下、「婚姻住居」とする）の所有権の分配に関しては、その財産的価値の重要性からも財産分与制度において大きな関心が持たれてきた。しかし、一方で所有権の分配ではなく利用権の設定に関しては、裁判例の公表数も少なく、学説の取り組みもそれほど多くはない。では、利用権の設定は必要ないのであろうか、答えは否であろう[1)]。例えば、配偶者の一方（主に夫）が婚姻住居の所有者である場合に、非所有配偶者（主に妻）が所有配偶者よりも離婚後引き続き婚姻住居の利用の必要性があったとしても、婚姻住居に多額の債務が残っている等の理由より、所有権の移転が困難な場合も考えられよう。そのような場合には、所有権はそのままにしておいて、利用権のみを設定することによって、引き続き居住することが可能となる。このような処理方法が一つの解決方法として用意されている方が望ましい。利用権設定の必要性の背景として婚姻住居は、その財産的価値のみが注目を浴びてきたが、夫婦および家族の生活の本拠となるものであり、そこには財産的な価値だけでなく、居住の価値にも着目されるようになったためと考えられる。よって、そのような居住の価値を分配するためには、所有権とは別に利用権の設定が認められる必要がある。またこのような解決方法によって、離婚後の女性の貧困化の防止、子の負担軽減にもつながるものと期待される。この点、諸外国においては、離婚後の婚姻住居の利用には特別の配慮がなされることが多く、なかでも利用権設定において、「子どもの福祉」に対して最も考慮が払われていることが多いという[2)]。そこで、本稿では、離婚時における婚姻住居の利用権設定に関して、普及しない原因について、裁判例・学説を踏まえて明確にした上で、諸外国の中で当該問題に対して立法的解決を図っているドイツの制度を概観し、示唆となるべき点を取り上げ、解決方法を探りたい。

2. 日本の現状・問題点について

本章ではまず初めに、離婚時における婚姻住居の利用権の設定が実務上どのように行われているのかを明らかにするために裁判例を取り上げ、そして次に利用権設定に関する学説を取り上げて問題点を明確にする。

(1) 裁判例

著者の調べうる限りにおいては、以下6つの裁判例が離婚時における婚姻住居の利用権設定に関する事案である。事案①から⑤に関しては紙幅の都合もあり簡単に触れ[3)]、近時公表された⑥の事案については、詳しく紹介しておく。

①青森家審 昭44・3・31（家庭裁判月報21巻11号154頁）

財産分与及び慰謝料（300万円）の金銭弁済に代えて、夫所有の不動産について審判確定の日から10年間、賃料月額2万5千円の賃借権を設定し、その間の賃料請求はしないとした。

②浦和地判 昭59・11・27（判例タイムズ548号260頁）

妻が音楽塾として使用している自宅に借家権の設定を求めたのに対して、月額6万円（賃貸借期間中は増減額しない）、離婚の日から約11年間（子が成年に達する年であると考えられる）の賃借権の設定が認められ、特約として賃借権の不動産登記をすべきとした。

③東京高判 昭63・12・22（判例時報1301号97頁）

扶養的な趣旨をも考慮にいれて、妻が現在住んでいる建物の土地（夫の特有財産）に対して妻の生存中無償の使用権を、店舗の土地（夫の特有財産）に関しても、賃料月額3万円、裁判確定から20年とする賃借権の設定を命じた。

④大阪高決 平3・10・1（家庭裁判月報44巻4号37頁）

事実上の和解勧告に基づいてなされた合意の内容を考慮して、現住居である建物に約9年間の使用借権を設定するとした。

⑤名古屋高決 平18・5・31（家庭裁判月報59巻2号134頁）

夫婦の間には、長女（昭和61年生）、二女（昭和63年生）、長男（平成6年生）の3人の子どもがいる。離婚後親権者として子どもを監護する妻に対して、約8年間（長男が小学校卒業時）の使用貸借契約を設定するとした。なお、妻から夫への共有持ち分全部移転登記に関しては、使用が確実に確保される必要性から、使用貸借期間終了時に行うこととされた。

⑥名古屋高判 平21・5・28（判例時報2069号50頁）

夫X（昭和39年生）と妻Y（昭和38年生）は、平成6年に婚姻し、平成8年に長女をもうけた。Xから離婚等の請求がなされた。原判決（名古屋家豊橋支判平19・9・20）は、本件マンションの全所有権をXに帰属させた上で、XからYに300万円の分与をなすべき旨を命じた。それに対して本判決は、養育費として長女が大学を卒業する時期に相当する平成31年3月までの給付を月額9万円と定めた他、慰謝料400万円、清算的財産分与として本件マンション（評価額2,000万円、残債務2,465万2,821円）におけるYの持分（1,000分の117）は特有財産としてYのものとし、その残り部分を全て（1,000分の883）Xに譲渡させる一方で、扶養的財産分与において、「本件別居は、夫による悪意の遺棄に該当し、……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」。そして、「前記家庭裁判所の認定（括弧内筆者、平成17年婚姻費用分担審判において家賃相当額4万6,148円としている）によって、その金額が4万6,148円と定められた点や、……直接清算的財産分与の対象とすることが困難な退職金及び確定拠出年金についても、扶養的財産分与の要素としては斟酌することが妥当である点を考慮すれば、〔1〕清算的財産分与によって、本件マンションの夫の持分を夫に取得させるとともに、〔2〕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4万6,148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。

以上、6つの裁判例の中で、使用貸借を設定したと考えられるのが、事案③（住居用の土地）、④、⑤の裁判例であり、賃貸借関係の設定をしたものと考えられるのが事案①、②、③（店舗土地）、⑥である。いずれの事案も期間、金額については明示しているが、それ以外の内容については裁判所によって判示の仕方がさまざまである。例えば、②では賃料額の増減請求はできない、及び賃借権の登記が命じられており、⑤では使用貸借契約終了時に共有持分の移転登記を行うとしている[4]。その他の指摘として、⑤、⑥のような未成年の子どものいる事案（特に⑤は、子どもが小学校卒業時に使用貸借が終了する）では、設定された期間終了後も更新が可能か否かについて問題が生じる可能性がある（さらに言えば、借地借家法の適用があるのか否か）。また、賃借権の登記を命じた②、共有持ち分を有する⑤、⑥の事案以外については、所有配偶者が当該婚姻住居を第三者に転売した場合に、非所有配偶者の居住権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。

(2) 学説

続いて離婚時における婚姻住居の利用権設定に関する学説を整理しておく。

(a) 離婚時において婚姻住居に利用権を設定することに肯定的な見解

まず初めに、利用権設定を肯定的に捉えるものとして、「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、使用貸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。従って、右方法が許されることについては余り異論がない」[5]、「この問題については従来、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と同様に可能である、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」[6] とする。学説ではおおむね利用権設定について肯定的であり、調べた範囲においては否定的に解する見解は見当たらなかった。しかしそれにもかかわらず、先に見た裁判例の数からも分かるように、実務上この方法が用いられることは多くないようである[7]。そこで続いて、利用権設定に対して指摘される問題点を挙げてみる。

(b) 離婚時において婚姻住居に利用権を設定することに対する問題点

学説上指摘される問題点として、「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」[8]、「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、財産分与の中に含ましめられて賃料は差し引かれるのか、問題は多い」[9]、「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」[10] との指摘が挙げられる。

その他にも、「婚姻住居の確保問題は、基本的には、財産分与で対処する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。もちろん誰が婚姻住居を確保すべきかは、離婚給付と密接に結びついているため、家庭裁判所が事件を管轄するのが望ましいことはいうまでもない。」[11] として、立法論として処理すべきとの指摘もなされる[12]。

(3) 小括

わが国において、離婚時における婚姻住居の利用権設定について公表された裁判例は、わずか6件にすぎなかった。調停等において当事者間で合意の下に利用権の設定がなされていることも考えられるが（その方が望ましいともいえるが）、それにしても件数が少ないといえよう。その中で、公表されている裁判例も、使用貸借関係が設定されているものもあれば、賃貸借関係が設定されているものもあり、裁判所によってさまざまな結論が出されていた。また、財産分与で処理するに当たっては、清算的財産分与として処理するのか、扶養的財産分与として処理するのかでも相違が生じていたし、期間、金額等の設定においても基準が存在するわけでなく、当該事案に照らしてふさわしいと思われる設定が裁判所によって行われていた。一方、学説においても、利用権設定に関して積極的に否定するものはなくおおむね肯定的ではあるものの、看過し難い問題点が列挙されており、その普及を妨げている。裁判例・学説を踏まえて、

考えねばならない問題点として次の3つを挙げておきたい。

まず1点目として、そもそも裁判所が使用貸借・賃貸借のような契約関係を設定し得るのか否かである。次に2点目として、1点目の問題をクリアしたとして、裁判所が使用貸借・賃貸借関係を設定する場合における基準の問題である。そして3点目として、その設定された賃貸借関係は裁判所によって設定された特殊なものとみるのか、または通常の使用貸借・賃貸借契約と同様に扱い民法、借地借家法等の適用を受けるものとみるのかである。

次章では、上記列挙した3つの問題について立法的解決を図っているドイツの制度を踏まえて、わが国への示唆となる点を取り上げたい。

3. ドイツにおける制度[13)]

離婚の際のドイツの法制度は、わが国と異なり非常に詳細に規定されている。すなわち、日本では、離婚時の夫婦間の財産関係に関して、民法768条（財産分与）の1カ条のみにおいて清算・扶養・慰謝の3つの要素を考慮して処理するのに対して、ドイツでは例えば夫婦の財産関係については、BGB1363－1563条、離婚後の扶養に関しては同1570－1586b条とそれぞれに条文が用意されている。ドイツにおける個々の規定は、わが国の解釈論・立法論において示唆となる点も多く、近時では2007年からわが国において実施されている「離婚時年金分割制度」が、ドイツの年金権調整制度（Versorgungsausgleich）を参考にして導入されている。そして、離婚時における婚姻住居の利用権設定に関する本問題についても、ドイツでは財産的処理とは別に利用関係の処理として、1944年に戦時下における住居の不足に応じて立法された「婚姻住居および家財道具の取扱いに関する命令（Verordnung über die Behandlung der Ehewohnung und des Hausrats vom 21.10.1944, RGB1.IS.256）（以下、「家具令」とする）」によって立法的解決が図られている。また時おりしも、家具令は2009年の「付加利得共通制及び後見法の改正に関する法律（Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs und des Vormundschaftsrechts vom 6.7.2009（BGB1 I 1696））」によって廃止され、その内容は一般法であるドイツ民法典の中に取り込まれることとなった。このような一連の改正を経て、戦時下の住宅不足の背景の下に作られた家具令が、現代の「子どもの福祉・離婚後女性の保護」といった役割を担う重要な制度として位置づけられるに至っている[14)]。

新たなBGB1568条aは、1項から6項で構成されており、1項と2項は離婚後の婚姻住居の利用について内部関係についてのみ規定し、3項から5項において外部的効力を伴う調整がもたらされる。従来の家具令と全く異なった制度として想定されているわけではなく、例えば従来の家具令2条[15)]における婚姻住居の分配における、公平な裁量の原則は、新たな条文の請求要件の証明においても引き続き適用されることとなる。以下、ドイツにおいて導入された新たな規定について概観していく。

(1) BGB1568条a第1項

配偶者は、その家庭における子どもの福祉、及びより厳格な基準における配偶者の生活状況の考慮の下に、他方配偶者よりも住居の利用を必要としている、又はその他の公平を理由とする引渡し（überlassen）が適切な場合において、他方配偶者に対して離婚の際に婚姻住居を引渡す事を請求し得る。

従前は、家具令1、2条によって、裁判官が公平な裁量に基づいて住居の利用の分配を行っていたが、新たな規定は住居の利用をより強く必要としている配偶者にのみ引渡しの請求権が付与される。夫婦のどちらが婚姻住居を必要としているかに関しては、個々の事例において具体的な事情を加味して、裁判官が判断しなければならない。その際の必要性の考慮事項として、第一に挙げられるものが、「子どもの福祉」である。夫婦の離婚は、子どもに対して格別に困難な負担となると考えられており、それゆえ子どもたちには、彼らの親密な環境および社会的地域環境に留まらせるべ

きであるとの考え方が存在する。これはドイツ基本法6条1項[16]による家族共同生活（Familiaren Gemeinschaftslebens）に必要とされる保護に沿うものでもある。従って通常、離婚後子どもと生活を共にする親が、婚姻住居に生活し続けることとなる。手続き上も、夫婦が子どもと暮らしているかどうか言明（Angabe）することとなっている（FamFG203条3項）。また、この言明によって、裁判所は管轄の少年局（Jugendamt）に通知し、手続きに参加するか否かを尋ねることとなる。そして手続きに参加しない場合も、裁判所は少年局に対して意見聴取をすることが可能である（FamFG205条1項）。離婚後、どちらの配偶者の下において子どもが生活していくか決定していない場合には、本条による手続きは中断されることとなる（FamFG21条）。その他、「子どもの福祉」に資するものとして、子どもが存する事案の場合には、少年局も婚姻住居の事件に参加する申立権を有している（FamFG204条2項）。

次に「子どもの福祉」が決定的な理由となりえない場合においては、配偶者の生活状況の考慮が行われる。すなわち、申し立てた配偶者が相手方よりも婚姻住居を必要としているか否かについて総合的に判断することとなる。その際の基準として、具体的には、「年齢および健康状態」、「夫婦の経済状況」、「どちらの配偶者がより強く婚姻住居を必要としているか、あるいはふさわしい代替住居（Ersatzwohnung）を見つけ得るか」、「仕事場あるいは店舗（事務室）と住居の近さ」、「配偶者の一方が住居を婚姻前から既に居住していたという事情」、「配偶者の一方が住居の建築に関して要した負担」、「介護が必要な親族の受け入れ」等が挙げられる。以上の考慮事項は、家具令2条において確立された考え方を引き継いだものである。その他、夫婦の破綻をもたらした原因は、原則的には考慮されない。ただし、例外的な場合、つまり重大で一義的に明白に一方配偶者に逸脱行為が存在する場合は、個々の事例の考慮において取り入れ得るとする。また、将来起こりうることは、それが確実に予測される限りにおいて考慮に入れられる（例えば、差し迫った再婚）。

(2) BGB1568条a第2項

婚姻住居について、夫婦の一方が単独で所有し、若しくは当該不動産について第三者と共有である場合、又は一方配偶者が単独で若しくは第三者と共に不動産に対して用益権、地上権、物権的居住権（dingliches Wohnrecht）を有する場合、他方配偶者は不当な苛酷を避けるのに必要不可欠な場合においてのみ婚姻住居の引渡しを要求しうる。

区分所有権（Wohnungseigentum）、継続的居住権（Dauerwohnrecht）についても準用される。

2項も、１項と同様に婚姻住居の引渡しを目的とするものであり、所有権の譲渡等の法的効果は予定されていない。ここでは、「不当な苛酷」がいかなる場合に存在するかが問題となるが、例としては、「親の配慮権を有する、またはその住居に子どもと留まる妻が、子どもとの居住必要性を満たす住居を探しえない場合」、「女性が男性の不十分な扶養料支払いのために、婚姻住居の部分的転貸による収入に頼らざるをえない場合」、「申立人が職業又はその業務を行っており、その職業をすぐに行い得る別の場所を見つけ得ない場合」、「高齢の配偶者がすでに長年単独で婚姻住居に生活している場合」が挙げられる。所有権を有する配偶者の事情も考慮され、例えば当該住居を自身で使用する意思があるか否か、相当な債務のために住居を売却する必要があるか否かといった点が考慮される。これらの考慮については、共有である第三者も含まれる。あくまで、本項に基づいて内部的な利用関係が設定されるにすぎないため、所有権等の権限の変更は行われない。また外部的な利用関係設定については、通常5項に基づいて行われる。

(3) BGB1568条a第3項

住居を引渡される配偶者は、

1. 賃貸人への引渡しに関する夫婦の通知の到着の時点、又は
2. 住居分配手続における最終決定（End-entscheidung）の既判力の発生によって

当該賃貸関係の引渡し義務配偶者の地位に一人

で入る、又は配偶者双方の賃貸関係から単独のものへと継続される。

563条4項[17]が準用される。

3項は、婚姻住居が賃貸住居である場合の賃貸借法上の効果について規定する。夫婦が住居を共同で賃貸している場合には、離婚後単独で賃貸関係を継続することとなるし、配偶者の一方が単独の賃借人であった場合には、婚姻住居に引き続き居住する他方配偶者は、その賃借人配偶者の地位にとって代わることとなる。賃貸関係の開始は、法に基づいて生じ、もはや家具令5条のように裁判所の裁量手続き（Hoheitsakt）によって生じない。新たに導入されたBGB1568条aは、従前の家具令と異なり、請求根拠として位置づけられており、配偶者双方が今後の婚姻住居の利用について同意している場合、裁判所での手続きは不要であり、夫婦が賃貸人に住居の今後の利用に関して、配偶者の一方が単独で行うことについて合意したとの通知を行った場合に、賃貸借関係の変更が生じるとした（1号）。本項は、賃借人の変更に関して賃貸人の同意が不要であるため、基本法14条1項[18]との抵触の懸念が生じるが、その点に関しては従前の家具令5条と同様に問題ないものと考えられている。つまり、3項における賃貸人の権利の制限は、所有権の社会的制限の結果として理解される。ただし、賃貸人は特別の解除権（Sonderkundingungsrecht）を有する（BGB563条4項）。賃貸関係が変更された後、立法者は二次的義務（賃貸関係から抜けた配偶者に支払い義務を及ぼすこと）について、賃貸借法上の観点より必要性を予定しない、なぜなら賃貸人は、支払い遅滞において賃貸関係を解約し得ると考えるからである。

(4) BGB1568条a第4項

配偶者は、他方配偶者がその者と第三者との間に存在する雇用関係または労働関係を根拠として占有する（innehaben）婚姻住居についての賃貸関係の設定を、第三者が同意している場合、または著しい苛酷を避けるために必要不可欠な場合においてのみ要求しうる。

本項の規定によって、使用者の同意[19]、または著しい苛酷を避けるために必要不可欠な場合においてのみ、労働関係にない妻（夫）が、離婚後社宅等における賃貸関係の設定を要求することが可能となる[20]。「著しい苛酷」として挙げられる例（家具令4条）として、「住居に労働関係に基づかずに居住している配偶者が精神疾患の状態にあり、住居からの退去によりその者の生活環境にマイナスの効果を及ぼす場合」、「住居をその配偶者のために障害者向けに建て直した場合」等が挙げられる。

(5) BGB1568条a第5項

婚姻住居に賃貸関係が存在しない場合、配偶者はその引渡しの請求権を有するのと同様、賃貸について権限を有する当事者も、その土地慣行に照らして賃貸関係の設定を要求し得る。575条1項[21]の前提条件の下に、または期限の定めのない賃貸関係の設定が賃貸人の有する利益の評価の下に不当である場合、賃貸人は賃貸関係に相応の期限を要求し得る。賃料額の合意が成立しない場合、賃貸人は相応の賃料を要求しうる、疑念のある場合には（im Zweifel）、土地慣行の比較賃料額となる。

本項は、婚姻住居に賃貸関係が存在しない場合に、配偶者のために賃貸関係を設定し得ることとした家具令5条2項に代わるものである。本項では、賃貸関係の設定を請求できる者として、配偶者以外に賃貸について権限を有する当事者も含まれており、物権的権利者にもその請求権が認められる。設定された賃貸関係に関しては、BGB 535条以下（第5章賃貸契約）の規定が適用されることとなる。なお、本項による賃貸借契約の設定によって、住居に居住し続ける権利配偶者を婚姻住居の売買等から保護することとなる（BGB566条：売買は賃貸借を破らず）。賃料に関しても、それまでの家具令2条の「公平の考慮」の下に算出された不確かな概念を取り除き、土地慣行に基づく比較賃料（市場価格）を明文において規定した。また、賃料の変更も、FamFG48条1項に基づき可能である。賃貸関係が双方当事者の自由な決定に基づいて成立しない場合に、賃貸人の利益をも考慮して、賃貸人に賃貸関係の期間の設定を要求し得る権利を

認めた。期限の設定において子どもがいる場合には、その代替住居を見つけ得る期間等も考慮される。

最後に、1568条a第6項は、「3項と5項の事例において、事前に係属していない場合には、賃貸関係開始または設定の請求権は、離婚事件における最終決定の既判力発生の後1年で消滅する」と規定する。この規定は、第三者との関係において制限されたものであり、1項に関するような夫婦間においては、適用されない。

(6) 小括

ドイツの離婚時における婚姻住居の利用権の設定については、2009年の法改正によって従来の家具令からドイツ民法典へ承継されることとなった。そして、それまで家具令では、裁判所が申立てに基づき、公平の考慮の下に婚姻住居に関する法的関係を調整してきたが、新たに挿入されたBGB1568条aは、請求根拠として位置づけられることとなった。賃貸関係の開始についても、これまでの裁判所の裁量手続きによるものではなく(家具令5条)、法（BGB1568条a第3項）に規定される事項に基づいて生じることとなる。その他、家具令5条1項2文において定められていた賃貸人保護に関する規定（賃貸関係からぬけた配偶者にその後も支払い義務を負わせる）が削除された。ただし、制度の基本的な考え方に変化はなく、家族の生活の場という住居の役割の視点とともに、基本法6条1項の考慮の下に、家族の保護とりわけ離婚によって経済的にも弱者となる配偶者（主に女性)、子どもの居住権の確保を守るための制度である。また、第三者（賃貸人）との関係においても、上記利益の保護は重要なものと考えられている。

ドイツでは、従前から婚姻住居の所有権の処理は、夫婦財産制に基づいて処理することとし、利用権の設定は全く別個のものとして位置づけられている。そして、利用権の設定において、最も重視されるのが「子どもの福祉」であった。BGB1568条a第1項における考慮では、誰が所有権者、または賃借人であるかは些細なことにすぎない。第三者との関係においても、そこに居住し続ける配偶者に対する保護に厚く、夫婦間で離婚後の利用に関する合意が成立しているが、賃貸人がそれについて同意しない場合であっても、同条3項1号によって賃貸関係が開始されることとなる。そして、その後の当事者の関係は、BGB535条以下の債権・債務法上の賃貸借に関する諸規定によって規律されることとなる[22]。

4. 考察

わが国における現状、ドイツにおける制度について概観してきたが、ここで改めてわが国の離婚時における婚姻住居の利用権設定が進まない理由（問題点）を見ておきたい。1点目として、そもそも裁判所が使用貸借・賃貸借のような契約関係を設定し得るのか否か、2点目として、裁判所が使用貸借・賃貸借関係を設定する場合における基準の問題、そして3点目として、その設定された賃貸借関係は裁判所よって設定された特殊なものとみるのか、または通常の使用貸借・賃貸借契約と同様に扱い、民法・借地借家法等の適用を受けるものとみるのかである。以下、これまで触れた点を踏まえて3点の問題点について管見を述べておきたい。

1点目に関して、離婚時の夫婦の財産関係を処理する制度として財産分与は民768条たった1カ条のみが規定されており、その文言は非常に包括的である。従って、その包括さから、学説（肯定説）で述べられていたように所有権の一要素である利用権の分配として処理することも可能であると思われる。よって、配偶者の一方が住居を所有する場合に、非所有配偶者に対して使用貸借または賃貸借関係の設定を否定する必要はないであろう[23]。また、婚姻住居が第三者との賃貸関係にある場合においても、「婚姻住居が借家である場合、夫婦間での利用権の移転は形式的には譲渡に該当するとしても、従来の使用関係の継続という実質に着目すると、譲渡とはいい切れず、したがってまた無断譲渡ともいうべきではない。ただし、賃貸人の賃料債権の保証については立法的解決が望

ましい」[24] との考えを採りたい。従って、裁判例でも利用権の設定が行われていたように、財産分与での利用権設定は問題ないものと考える。

続いて2点目であるが、利用権設定の際の基準について、参考となるのがドイツにおけるBGB1568条aにおいて採用されている住居必要性の基準であろう。ドイツでは制度を概観して明確になったように、最も重視されるのが「子どもの福祉」である。そしてその次に配偶者間の生活状況（年齢や経済状況）等が総合的に判断されることとなる。「子どもの福祉」を最も重視する理由としては、「夫婦の離婚は、子どもに対して格別に困難な負担となると考えられており、それゆえに子どもたちは、彼らの親密な環境および社会的地域環境に留まらせるべきである」との考えが述べられていたが、この考えはわが国にも当てはまるものである。また、婚姻住居の財産的価値だけではなく居住の価値を考慮すると、必然的に「子ども」に対する考慮も必要となってくる。しかし、財産分与制度は、あくまで夫婦間の事情を対象としており、そこに「子どもの福祉」の考えを取り込むことは困難である。財産分与は解釈上、清算、扶養、慰謝の3つの要素から構成されると理解されており、扶養的な要素において「子どもの福祉」について考慮することも可能ではあるが、それはその他の要素と同列に考慮するにとどまるものである。つまり、現在の財産分与制度では、ドイツが採用しているような「子どもの福祉」を重視した処理を期待できないのである。これまで財産分与はその文言からも包括的な制度であり、さまざまな離婚後の処理を請け負ってきたが、そもそもドイツにおいて採用されている制度とは全く制度目的が異なるものである[25]。よって、ここで利用権の設定に関しては、離婚後経済的弱者となる配偶者、子どもの保護を中心とした制度を構築すべきであると考える。ただし、立法的に解決することがなかなか期待できない現状においては、「子どもの福祉」を考慮するものとして暫定的な方法として民766条の活用を提案しておきたい[26]。

最後に3点目に関して、本来的には立法化された後には、その後の処理は民法、借地借家法による適用を受けるべきであろう。ドイツでも利用権設定後の賃貸借関係の処理は民法典によるものとされていた。特に、未成年の子がいるような比較的長期の利用権の設定が望ましい場合には、婚姻住居を所有する配偶者（賃貸人）の経済的負担をも考慮すると、通常と同様の賃貸借関係の設定が望ましい。さらに、居住権の確保という視点からすると、賃借権の登記を命じる事が望ましい。しかし、賃借権の設定となり有償となると、経済的に弱者である者の保護に反するのではとの指摘もありうるが、この点に関しては財産分与において考慮せざるを得ないであろう。

5. おわりに

離婚時における婚姻住居の利用権設定に関して、わが国における現状・問題点、ドイツにおける制度について概観してきた。わが国における現状・問題点では、公表される裁判例も少なく、学説も1990年代に比較的この問題が論じられていたのに比べて、最近では少なくなっている。では、問題が解決したのかというと全く進展していないというのが現状であった。そして、ドイツの制度を概観して、制度目的として、「配偶者および子ども」の保護が強く要請されていることが理解できた。そしてこの目的達成のために新たな条文が創設されていた。この考えをわが国にも導入して、家族の生活の本拠という視点からこの居住の価値を充たすために利用権設定の必要性を論じると、そこには夫婦のみだけではなく、その夫婦の子どもに対する考慮の必要性も生じる。離婚によってさまざまな変化が生じ、その負担を子どもは否応なく被るのであり、夫婦だけでなく子どもへの配慮が重要となる。これまでわが国では、離婚は夫婦間の問題として捉えられており、子どもに対する配慮がされることはほとんどなかった。離婚の効果についても夫婦間の財産処理等に関して大きな関心がよせられてきたが、今後は「子ども」に対する考慮も同様に行う必要が存在する。そしてこの離婚時における婚姻住居の利用権設定に関しては、財産分与制度とは別制度

で離婚により経済的弱者となる配偶者および子どもの保護という方向性から制度を構築することが望ましい。本稿では、具体的な提言をすることまではできなかったが、今後の離婚の効果の一処理として、これまでの夫婦間のみだけでなく子どもに対する考慮を踏まえての制度構築が必要であるとの新たな方向性を示せたのではないかと考える。今後、具体的な提案に向けてさらに研究を進めていきたい。

付記

本稿は、公益財団法人家計経済研究所の2011年度研究振興助成事業による助成を受けた研究成果である。

注

1）大阪府内の母子世帯240軒を対象に行われた住まいの確保状況に関するアンケートによると、離婚と同時に転居した人のうち、転居する際に困ったことがあったとの答えが72％あり、その理由として（複数回答）、「転居資金の確保」79％、「子どもを転校させた」33％となっている（『朝日新聞』2009年1月23日付朝刊）。

2）本稿で取り上げるドイツ以外の国の利用権設定状況について、フランスでは明文で、「裁判官は、賃借権の期間を定め、かつ、子のうちの最年少者が成年に達するまでそれを更新することができる。」と規定している。フランスの制度について、三宅篤子「父母離婚後における子の居住利益の確保」『変貌する家族と現代家族法』（法律文化社、2009）195頁以下参照、英米法も同様に妻子に優先的に居住の利益の配慮を行っている、鈴木眞次『離婚給付の決定基準』（弘文堂、1998）202頁以下参照。

3）①から⑤の裁判例について、國府剛・生駒俊英「離婚後における婚姻住居の利用に関して」『戸籍時報』637号（2009）2頁以下参照、⑤の裁判例に関しては、拙稿「判批」『法学ジャーナル』（関西大学大学院）81号（2007）229頁参照。

4）「共有不動産であれば、使用貸借であっても254条によって特定承継人に対し主張することができ、賃貸借の場合に劣らず、離婚配偶者の居住の確保が可能であるとも言える。」（常岡史子「判批」『私法判例リマークス』42号（2011）61頁）。一方で離婚後も共有関係を残すことに関しては否定的な見解もある。

5）大津千明『離婚給付に関する実証的研究』（日本評論社、1990）194頁。

6）岡本詔治「財産分与・遺産分割と生涯無償利用権」『谷口知平先生追悼 第一巻家族法』（信山社、1992）399頁。遺産分割に関してであるが、当事者の合意によらない家庭裁判所の審判による分割において、用役権の設定が可能かという点について、学説では積極説が通説であり、現実に消極説に立つものは見当たらないとされる（石井忠雄「用役権設定の方法による遺産分割の可否」『判例タイムズ』688号（1989）244頁）。遺産分割において、賃借権の設定を認めるものとしては他にも、東京家庭裁判所身分法研究会『家事事件の研究』〔糟谷忠男〕（有斐閣、1970）228-236頁等がある。

7）山本拓「清算的財産分与に関する実務上の諸問題」『家庭裁判月報』62巻3号（2010）41頁。

8）山本・前掲注7）41頁。

9）有地亨『家族法概論』（法律文化社、2005）315頁。

10）常岡史子「婚姻の解消と住居の利用関係（1）――財産分与的処理のドイツ法を契機とした再吟味」『帝塚山法学』1号（1998）108頁。

11）右近健男「離婚・別居と婚姻住居――ドイツ法の紹介」『岡山大学法学会雑誌』46巻3・4号（1997）52頁。

12）その他、「問題は単にその可能性を論ずるだけではなく、婚姻継続中の夫婦の財産関係ないし夫婦財産制と婚姻解消時における財産分与制度との関連で、かかる利用権の分与を理論的にどのように構成するかである」（岡本・前掲注6）399頁）との指摘もあるが、紙幅の都合上この問題については取り上げない。夫婦の財産関係と利用権については以前に少し取り組んでいる（國府・生駒・前掲注3）6頁）。

13）ドイツの制度については、主に以下の文献を参照した、Münchener, Kommentar(München, 2010), S.1082-1103, OttoHaußleiter, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung（München, 2011）, S.244-258, DieterSchwab, Meine Rechte bei Trennung und Scheidung（München, 2011）, S.35-67.

14）残念ながら、1986年以降のドイツの公式統計では、離婚効果事件ごとの件数集計が行われていないとのことであるが（宮本ともみ「離婚後の婚姻住居利用問題への対処（二）」『法学新報』102巻2号（1995）152頁）、1986年においては離婚件数128,124件に対して、婚姻住居割り当て及び家具分配件数が、35,422件（離婚手続と結合されたのが25,573件、離婚手続きから独立されたのが9,849件）であった。なお、ドイツの2008年の離婚件数（取消し等を除く）は191,948件であり、うち未成年の子どもを伴う数は、94,521件と約半数を占めており、現時点でも離婚時の婚姻住居の利用権設定については、必要性が存するものと推測される（いずれも数値については、各年度のStatistisches Jahrbuchを参照した）。さらにドイツでは、離婚に至るまでの別居期間についても、婚姻住居の利用に関してBGB1361条a、同条bが規定されており、平成8（1996）年に公表されたわが国の「民法の一部を改正する法律案要綱」で示された5年別居による離婚との関係でも興味深い。

15）「裁判官は、この命令によって法律関係を形成すべき限りにおいて、公平な（billigem）裁量によって決定する」。

16）「夫婦および家族は、国法の特別の保護を受ける」。

17）BGB563条は、賃借人が死亡した場合の参加権（Eintrittsrecht）に関する規定であるが、1項において、賃借人である配偶者が死亡した場合に、賃借人とともに生活していた他方配偶者が引き続き賃貸関係に参加

すると規定されており、4項において賃貸人はそのことを知った後1カ月以内において新たに賃貸関係に入った当該当事者において重大な事由が存する場合には、解約（kündigen）をすることができると規定されている。

18)「所有権及び相続権は、これを保障する。その内容及び制限は、法律でこれを定める」。

19)使用者、雇用者もFamFG204条1項に従って手続きの関係人となる。

20)官舎や社宅であっても、4項の前提にかかわらずに、1項の要件の下に他方配偶者に引き渡すことは可能である。ただし、その場合には労働関係にある配偶者が賃借人のままであり、他方配偶者は内部関係において居住する事となる。

21)BGB575条は、期限付きの賃貸借契約（Zeitmietvertrag）に関する規定であり、使用貸借人に1号から3号の事情があれば期間を設定できることとなる。「1号：住居としての空間を自己、その家族またはその家計に属する者のために使用する意図を有する場合、2号：許された方法で空間を除去する意図、または使用貸借関係の継続を著しく困難にする重大な変更もしくは修繕を行う意図を有する場合、または3号：空間を労務給付義務者に使用貸借する意図を有する場合であって、かつ使用貸借人が期間を定める理由を契約締結時に書面で通知している場合である。その他の場合には、使用賃貸借関係は、期間の定めなく締結されたものとみなす」（関西借地借家法研究会「ドイツ賃貸借改正法新旧対照仮訳（4）」『龍谷法学』35巻3号（2003）38頁）。

22)整理しておくと、具体的な事例として大きく、婚姻住居を賃貸している場合と所有している場合に分けられるが、夫婦が共同で賃貸関係にある場合には、一方が引き続き離婚後単独で賃貸関係を有し、一方、夫婦が単独で賃貸関係にあり離婚後賃借人でない配偶者に住居を引き渡す場合には、その残った配偶者が賃借人配偶者の地位に代わって賃貸関係に入ることとなる。また一方配偶者が住居の所有者である場合、非所有配偶者が離婚後住居の引渡しを受ける場合には、住居に関する権利・義務関係を詳細に設定しなければならない。その場合は、BGB1568条a第5項により請求権が付与されることとなる。第三者が所有者である場合には、住居を引き受けた配偶者と第三者との間で賃貸契約を設定することとなる。

23)使用貸借か賃貸借かの問題は、事案によっても異なるが、離婚後夫婦は他人になる点、所有権を有する配偶者の経済的負担等を考えると、使用貸借より賃貸借の方が望ましいと思われる。

24)右近・前掲注11）52頁。同様の指摘として、大津・前掲注5）193頁。

25)従来の家具令での指摘であるが、「家具令の現代的意義は、離婚配偶者の保護とともにその者によって離婚後監護される子供の福祉にあることも認められている。これは、わが国におけるこれまでの財産分与制度の枠内での議論とは、かなり性格を異にする側面を含むものと言えよう。」との指摘がなされていた（常岡・前掲注10）112頁）。

26)この点については以前に述べた、國府・生駒・前掲注3）9頁。

いこま・としひで　福井大学教育地域科学部　専任講師。主な論文に「離婚時の年金分割に関する一考察――民法学の視点から」（『法学ジャーナル』（関西大学大学院）80，2007）。民法専攻。
（ikoma@u-fukui.ac.jp）