

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 30 年 6 月 13 日現在

機関番号：13401

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2014～2017

課題番号：26780057

研究課題名(和文)別居時・離婚時における、「子の利益」に配慮した婚姻住居の利用

研究課題名(英文)How do couples utilize the marital house in case of divorce and separation? - from the perspective of what is best for the child -

研究代表者

生駒 俊英 (IKOMA, TOSHIHIDE)

福井大学・学術研究院教育・人文社会系部門(総合グローバル)・准教授

研究者番号：00514027

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,800,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、上記研究課題の下、主に次の三つのテーマについて取り組んだ。(1)我が国における本問題に対する現状(解釈論・立法論の分析)および独改正法の趣旨・新たに生じた問題点の分析、(2)平成28年「法律案要綱」における別居およびドイツにおける「別居」・「別居時の婚姻住居の扱い」に関する分析、(3)我が国における離婚時・別居時における「子の利益」に配慮した解決方法。(1)～(3)の研究を通して、現行法における学説・裁判例の整理、ドイツにおける当該制度を分析したうえで、我が国の現行制度における対応を検討したものである。

研究成果の概要(英文)：The problem of how couples utilize the marital house is especially important. I refer to BGB §1568a,1568b, and I attempt to propose a solution suitable for Japan. After that, I research about the system of “Legal Separation”. In Japan, unlike many other countries, civil law does not recognize the system of “Legal Separation”. However, a “legal outline (1996)” mentions the system of “Legal Separation”. Therefore, it is necessary to discuss the marital house not only in cases of divorce but also of separation. The system of “Legal Separation” in Germany is consulted (BGB) and analyzed to identify the best parts that could most profitably be incorporated into the Japanese system to make it better.

In the course of my research, I focus on “what will most benefit the child”. When the couple has a child, any divorce or separation also affects the child. It is necessary to take “what is best for the child” into consideration more.

研究分野：民法

キーワード：離婚 子の福祉 子の利益 婚姻住居

1. 研究開始当初の背景

(1) 国内の動向

これまでに、離婚時における婚姻住居の扱いを巡る問題については、その財産的重要性からも多くの議論が展開されてきた。判例・学説は、ともに離婚時の婚姻住居の扱いとして、利用関係の設定について否定的な見解はみられないものの、その利用権の中身について(賃貸借とするのか使用貸借とするのか等)定まった扱いがなされておらず、不安定な状況が続いている。

さらに、平成8年に公表された「民法の一部を改正する法律案要綱(以下、「法律案要綱」とする。)」においては、裁判離婚に関して、いわゆる「五年別居離婚」が定められ、今後離婚時だけではなく、あわせて別居時における婚姻住居の扱いについても検討が必要となる。

また近時、親の離婚により当事者夫婦だけでなく、子にも多大な影響が生じる事が指摘されている。

(2) 海外の動向

海外では、多くの国で離婚時・別居時における婚姻住居の扱いに関する個別の規定が設けられている。この問題について先進的に議論が進んでいるドイツでは、2009年に法改正が行われており、それまで離婚時の婚姻住居の扱いについて規定していた「家具令」が廃止され、離婚時・別居時の婚姻住居の扱いについては、ともにドイツ民法典(以下、「BGB」とする。)に規定されることとなった。

BGBでは、裁判所は婚姻住居の利用権設定について、「子の福祉」を考慮しなければならないと規定する。このような規定については、我が国の家族法改正議論において示された、「子の利益を中心に」(日本家族<社会と法>学会・第26回学術大会)との方向性と合致しており、今後の家族法改正を進めるうえでも示唆となるものである。ドイツの当該制度に関する先行研究も幾つか存在するが、独改正法以後の研究は未だ少なく、2009年改正後の運用状況や従来の制度との変更点等が未だ明確にはされていない。さらに、別居時の婚姻住居の扱いについて研究するものは、より一層少ない。

2. 研究の目的

離婚時における婚姻住居の扱いに関しては、非所有配偶者の居住権保護と相まって、その重要性(離婚までの生活の本拠地である点)・財産的価値(往々にして婚姻財産の中で最も大きな価値を有する点)より、紛争性の高い問題と位置付けられる。それにも関わらず、この問題への対応は裁判所任せであり、居住権の法的性質・内容、居住権設定の際の基準について明確にされてこなかった。当該問題の重要性からも法的安定性が求められるところである。

そこで本研究は、離婚時およびそれに先立

つ別居時における婚姻住居の扱いについて、当事者である夫婦のみだけでなく、夫婦の間に子がいる場合を対象として、離婚・別居によって同じく多大な影響(負担)を受ける子について、「子の利益」に配慮した解決方法を提案する事を目的とするものである。

3. 研究の方法

最終目的は、離婚時・別居時における、とりわけ「子の利益」に配慮した婚姻住居の利用についての解決方法を示すことである。研究は、独改正法の分析を中心に、以下の課題に順に取り組むこととした。

(1)我が国における本問題に対する現状(解釈論・立法論の分析)および独改正法の趣旨・新たに生じた問題点の分析

(2)平成8年「法律案要綱」における別居およびドイツにおける「別居」・「別居時の婚姻住居の扱い」に関する分析

(3)我が国における離婚時・別居時における「子の利益」に配慮した解決方法

4. 研究成果

(1)我が国における本問題に対する現状(解釈論・立法論の分析)および独改正法の趣旨・新たに生じた問題点の分析

我が国における本問題に対する現状

- 1 離婚時(別居時)における「子の利益」に対する配慮

1986年に公表された厚労省の「離婚制度等研究会報告書」(判タ575号82-96頁)では、離婚の児童の成長に及ぼす影響として、生活環境の変化が挙げられており、「離婚に伴う転居は、児童にとっては、慣れ親しんだ環境や友人からの別離を意味し、児童によっては、新たな環境に適応できず孤立するものもある。この場合、単親が新たな環境に適応できないときには、この傾向はさらに促進されるおそれがある。」と指摘されている。同様の指摘は、実務家(相原佳子「財産分与における住宅問題」判タ1269号31頁)および心理学者(野口康彦「親の離婚を経験した子どもの心の発達」法と心理13巻1号9頁)等からもなされている。離婚時における子の環境に対する配慮の必要性は、従来から認識されていた。

- 2 別居時・離婚時における婚姻住居の利用について

離婚時における婚姻住居の利用権設定について、学説上積極的に否定するものは見当たらない。肯定的な理由としては、利用権設定は所有権の一要素である点、遺産分割の審判においても利用権の設定がなされている点があげられていた。しかし一方で、離婚時における婚姻住居の利用権設定を扱った公表裁判例は少ない。裁判例を見てみると、いずれも所有住居に関する裁判例であり、婚姻住居はこれまで財産分与の対象として、夫婦間の問題として処理されてきている。また、

その財産的価値のみに着目して分与がなされてきている。ただし、扶養的財産分与において考慮することにより、財産的価値以外のものにも一定の配慮がなされているとも考えられる。

別居時における婚姻住居の利用関係については、(別居制度が無い為)婚姻関係が実質的に破綻している事案において、婚姻継続中であり夫婦が共同で使用収益してきた土地、家屋の賃借権を、その賃借名義人の一方から他方に移転しても、賃貸人との間の信頼関係を破壊することにならないのが通常であるから、賃貸人の承諾がなくても、譲受人配偶者は賃貸人にその取得を対抗できるとする(福岡地判昭和36・7・13、東京地判昭和46・5・24)。学説上も、賃借人である一方配偶者の賃貸借契約の合意解約に対しては、他方配偶者の居住を妨げ、困らせる害意があり、一方配偶者の行った解約は信義則あるいは権利濫用の法理によって効力を生じないと解せられると指摘される。その他、婚姻生活が破綻したのちに、賃借人である夫が賃貸借契約を合意解除したことにより、賃貸人から住居に残った妻に対して明渡し請求がなされた事案において、夫の有する賃借権とは独立した妻の居住の権利を認めた裁判例(横浜地判昭和38・10・18)も存在する。

現状の限界として指摘されるのが、抵当権が設定されている婚姻住居は、賃借権・使用借権を設定しても抵当権実行において抵当権者に対抗できないため、居住の確保を図ることは難しいという点である。現制度においては、婚姻住居に賃借権を設定することで、建物明渡猶予制度(民395条)による保護を受けることとなる。より強固な保護をもたらすには、財産法との関係においても、そもそも婚姻住居、さらには婚姻を特別に保護する必要性が明確になされなければならない。この点に関しては、「婚姻の用に供する家屋をめぐる争いは経済的弱者たる妻の生存を脅かす重大な内容をもっているので、夫婦財産関係の中でも特別な扱いがなされてもよいのではなからうか。」(南方暁「夫婦財産制と妻の居住の利益」『現代民法学の基本問題下(第一法規、1983年)145頁』)との指摘も存在する。

独改正法の趣旨・新たに生じた問題点の分析

離婚時における婚姻住居の利用関係については、1944年に施行された“家具令(Hausratsverordnung)”において規定されていた。2009年、65年を経て家具令が廃止され、離婚時における婚姻住居の利用関係についても、別居時と同様にBGBに規定されることとなった。手続規定に関しては家事事件手続法(FamFG)に受け継がれ、実体法上の規定はBGB1568条α(婚姻住居)と1568条b(家具)が新たに挿入された。改正の趣旨としては、家具令の中心構造を法体系的に

相応しい場所であるBGBに移したものであるとされる。従って、基本的な考え方は受け継がれており、家具令における裁判例等も、そのまま影響力を有するものとされる。

内容的に変更された部分は、以下である。BGB1568条aは、家具令と異なり請求規範(Anspruchsnorm)として形成されている。従って、裁判官が婚姻住居の割当てを、申立人ではなく、相手方にすることを禁止する。

家具令5条1項において定められていた賃貸人保護に関する規定(婚姻住居を退去する配偶者に、将来の賃料債務につき連帯債務を課す、又は担保を提供させる等)が削除された。それに代わって、BGB1568条a第3項は、賃貸人に特別の解除権を認める。これによって、賃貸人は賃貸借契約に新たに入った配偶者個人に重大な事由が存する場合は、1か月以内に賃貸借関係を解除することができる。本改正に対しては、賃貸人の地位は結果として従来状況と比べて悪化するとの批判がある。というのも、保証金は賃料の3か月分に制限されており(BGB551条1項)、解除の請求がなされてから実際上の明渡しの間には、通常相当の長期間が経過することが予想されるが、その期間についての賃料未払いのリスクは、賃貸人が負担することになるからである。

(2)平成8年「法律案要綱」における別居およびドイツにおける「別居」・「別居時の婚姻住居の扱い」に関する分析

平成8年「法律案要綱」における別居
平成8年に公表された「法律案要綱」において、裁判上の離婚の一つとして、「夫婦が五年以上継続して婚姻の本旨に反する別居をしているとき」という要件が新たに加えられた。いわゆる「五年別居離婚」である。ここで示されている別居自体について、文献等を調べたが詳細な議論を見つけることはできなかった。要綱試案においては、「夫婦が五年以上継続して共同生活をしていないとき」とされており、「共同生活をしていない」とは、夫婦の別居という事実がその同居義務(民752条)の理念に反しているか否かの実質的判断によると説明されていた。

別居により生じる法的効果についても、詳細な議論はなされていなかったようである。

ドイツにおける、「別居」・「別居時の婚姻住居の扱い」についての分析

-1「別居」について

ドイツでは、離婚の要件として最低1年の別居が課されており(BGB1565条)また別居により多くの法的効果(婚姻住居に関する法的関係、親の配慮権および面会交流、扶養、税法上の課税に関して、また夫婦は別居の開始によって“日常家事代理権(Schlüsselgewalt)”を失う。)が生じるため、別居そのものについても規定がおかれている(BGB1567条)。BGB1567条によると、

別居は家庭内別居でも問題ないが、實際上家庭内別居はかなりの困難を伴うとされる（問題が多いとの事である）。また別居から生じる法的効果の取決めにおいては、公証人による文書作成が必要不可であるとされる。

- 2 「別居時の婚姻住居の扱い」について
別居時の婚姻住居の扱いに関しては、BGB1361条bにおいて規定される。本条は、夫婦相互の扶助義務ないし補佐義務（BGB1353条）に由来するものとされる。別居時の婚姻住居の利用関係については、離婚の場合と異なり、夫婦内部の利用関係の調整であり、第三者との法律関係に影響はない。離婚に先行する別居期間中に婚姻住居の利用がどのようになされていたかは、離婚時における婚姻住居の決定においても重要な役割を果たすとされる。裁判所における離婚後の婚姻住居の利用関係の設定に際して、それまでの“固定された”関係に拘束されることはないものの、形成された事実の力は大きいと指摘される。

以下、婚姻住居の法的関係に応じて整理しておく¹。

夫婦が共同賃借人である場合

別居により、夫婦の一方がそのまま婚姻住居を利用し、他の一方は婚姻住居から退去する。この場合は、夫婦の一方のみによる賃貸借契約の解除は出来ないため、問題は生じない。

夫婦の一方が賃借人である場合

賃借人でない配偶者が利用権を取得した場合、賃借人である非利用配偶者による賃貸借契約の解約が有効であるか否かが問題となる。解約によって、利用配偶者の利用権を侵害する、または無に帰せしめる全ての行為を慎む義務（BGB1361条b第3項）に反することとなる。しかし第三者である賃借人に対しても、同様の主張ができるか否かは争いがある。従って対策の一つとしては、婚姻住居の割当てとともに裁判所による執行命令（FamFG209条1項）を達成すべきであると指摘される。それによって賃借人配偶者に明文をもって解約または賃貸借関係の終結を禁止することができる。さらに、賃借人に対して解約禁止を通知する事も勧められている。

¹ 日本との相違点として、ドイツでは所有住居より賃貸借住居の割合が多く、賃貸借住居も夫婦共同名義である事が多いようである。また、「個人住宅（Eigenheim）」に関しては多くの夫婦はすでに共同所有者として登記されており、個人住宅の処分制限を行う意義は実務上それほど存しない」（常岡史子「ドイツの附加利得共通制における処分制限規定（3）」民商）108巻4・5号687頁）との指摘がある。

夫婦の一方が婚姻住居の単独所有者である場合

所有権を有しない配偶者が利用権を取得した場合、所有権を有する非利用配偶者は単独処分権を有する。夫婦が法定財産制である付加利得共通制にある場合において、所有権を有する配偶者が、その他の特記すべき財産を有しない場合は、婚姻住居を婚姻期間中に他方配偶者の同意なく処分することはできない（BGB1365条）。しかし、婚姻住居の他に顕著な財産を有している場合には、この制限に服することはない。婚姻住居の利用を可能とする本制度からは、単独所有配偶者の処分権自体を制限することは、困難であると考えられている。ただし、単独所有者が婚姻住居を売却する場合、婚姻住居の利用権を有する配偶者は、買主に対してその賃貸借関係の解約からの保護を主張することができる（BGB566条：売買は賃貸借を破らない）。

夫婦が婚姻住居の共同所有者である場合

夫婦が婚姻住居の共同所有者である場合、競売法180条による競売によって配偶者の一方は常にこの共有状態の解消を要求することができる（BGB749条1項）。しかし、このような事例において、法は家族の利益について特別の配慮を行う。それは、夫婦の一方が共有状態解消のために競売を申し立てる場合、他の配偶者は、共通子の福祉に対する重大な危険を防止するために必要不可欠な場合には、競売手続きの仮停止を達成することができる（競売法180条3項）。

ドイツでは、婚姻住居の利用関係について、当事者夫婦だけでなく、第三者にも大きな影響を与える。これはドイツ基本法6条²の考えに従い、婚姻・家族保護および子の福祉の保護という公共の福祉のために、婚姻住居に関する第三者の権利は制限され得るとの考えに基づくものである。

- 3 「子の福祉」について

婚姻住居の利用の判断においては、条文上からも「子の福祉」が考慮されることが明確である。子の利益は、引き続き婚姻住居に居住し続ける親の利益、物権的権利配偶者の利益に優先されるものである。これは、両親の別居または離婚によって影響を受ける子は、少なくとも彼らの信頼する環境にとどまり続けることができると考えられているからである。その結果、婚姻住居は、子を第一義的に監護する親に優先的に割り当てられる。

² 「婚姻及び家族は、国法の特別の保護を受ける（第1項）」、「子の監護及び教育は、両親の自然的権利であり、かつ何よりも先に両親に課せられた義務である。その実行については、国家共同社会がこれを監視する（第2項）」。

また、離婚におけるアプローチの変遷として以下のような流れも指摘されている。

解体モデル

1970年代

改組モデル：別居・離婚後も家族は引きつづき存在していることを当然とする。

ネットワークにおける別居および離婚後の家族に関する移行モデル

家族だけでなく、例えば近隣または知り合い、交友範囲にある場合にも、子にとって重要な人物として考慮される。

(3) 我が国における離婚時・別居時における「子の利益」に配慮した解決方法

ドイツの議論を踏まえると、ドイツにおける離婚時・別居時における婚姻住居の利用に関する制度は、弱者たる配偶者の保護とその者が監護する子の福祉から認められており、現行の我が国の財産分与制度では対応が困難であると考えられる。そこで、考えられるのが、民法766条の子の監護に関する規定である。同条は、「その他子の監護について必要な事項」を定めるとしており、その一つとして婚姻住居の利用権についても設定できるものと解する。手続法上も、家事事件手続法154条3項、人事訴訟法32条2項において、財産法上の給付、その他の給付を行うことができること定められており、利用権の設定も可能である。そして実際上も、民法766条において養育費を定めるにあたっては、住居関係も重要な考慮事項である。また、場合によっては金銭給付より利用権設定による現物給付の方が円滑に進む事案もある。

別居時における取扱いについても、ドイツにおける実務上の別居の重要性および平成8年の法律案要綱で示された「五年別居離婚」を踏まえると、別居自体についても規定を置く必要がある。またそれだけでなく、別居からもたらされる効果についても、個別に整理する必要がある。

全ての別居および離婚事案において、取引実務の安定性を脅かしてまで婚姻住居の保護の必要性はないと考えられるが、事案によっては利用権の設定を可能としておく制度設計は必要である。その理由としては、離婚・婚姻関係の破綻による、子および配偶者（弱者）への社会的保護の必要性である。ドイツでは、この点基本法第6条が大きな役割を果たしている。

さらに近時の議論として、民法（相続関係）部会では、配偶者の居住権を保護するための方策として、短期的および長期的な居住権の設定が議論されている。部会においては、そもそも遺産分割における利用権設定が可能か疑問であることを出発点に議論が開始されている。改正議論も所有関係とは別に利用関係に着目したものであり、改正された場合には、離婚時の財産分与においても所有とは

別に利用権の設定として、改正条文の類推適用も考えられる。ただし、利用権設定の際の考慮事項としては、「子の福祉」の考慮等、相続時と離婚時では大きく異なる点は注意が必要である。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕(計1件)

生駒俊英「「子の利益」と離婚時における婚姻住居の取扱い - ドイツ法を参考に - 」家族 < 社会と法 > 33号 267 - 279頁 (2017年10月) (査読無)

〔学会発表〕(計1件)

生駒俊英「「子の利益」と離婚時における婚姻住居の取扱い - ドイツ法を参考に - 」第33回日本家族 < 社会と法 > 学会 若手報告 (2016年11月)

6. 研究組織

(1) 研究代表者

生駒 俊英 (IKOMA, Toshihide)

福井大学・学術研究院教育・人文社会系部門 (総合グローバル)・准教授

研究者番号：00514027