

# (民事判例研究)

## 夫婦間における共有不動産分割請求と権利の濫用

櫻 井 弘 晃

共有物分割請求控訴事件、平 17(ネ)279 号、大阪高裁平成 17 年 6 月 9 日判決—  
取消・請求棄却(確定)(判例時報 1938 号 80 頁)

### 1. 事実の概要

#### (1) 事実

大阪高裁の認定した事実は、以下のとおりである。すなわち、

X 男(原告・被控訴人)と Y 女(被告・控訴人)は、昭和 43 年に婚姻届をした夫婦であり、両者の間には、長女 A(昭和 44 年生)、二女 B(昭和 45 年生)および三女 C(昭和 52 年生)がいる。

X は、Y と婚姻した昭和 43 年に税理士試験に合格して、会計事務所を開業した。これに対して Y は、子育ての傍ら、当初はガソリンスタンドの集計のアルバイトをしながら、X の会計事務所の仕事も手伝っており、昭和 52 年ころまでは夫婦関係も良好であった。

Y は、昭和 52 年ころから急激に体力の衰えを感じるようになり、それが仕事にも悪影響を与えるようになった(同年の秋ころには、心臓発作を起こしたこともある)が、X は、Y の仕事が遅かったり、間違ったりすると、「さぼりやがって」とか「間違いやがって」などと荒々しい言葉で非難するようになり、昭和 57 年ころからは、Y の頭部をそろばんで殴打するなどの暴力を振るうようになった。なお、X は、昭和 61 年 12 月に大阪府不動産事業協同組合連合会から土地を買い受け、昭和 62 年 4 月にその土地上に建物を建築して(以下、この土

地・建物を本件不動産という)、家族ともども自宅として居住するようになり、平成元年12月、贈与税の配偶者控除の制度を利用して、Yに対し、本件不動産の持分2分の1を贈与した。

Xは、3人の娘たちが将来税理士になって、会計事務所を継ぐことを強く望んでおり、いずれも学生のころから、半強制的に、事務所でアルバイトをさせつつ税理士になるための勉強をさせていた。

そのような状況の中で、大学卒業後、一般の企業に就職する希望をXに反対されたため断念したAは、Xの事務所での勤務を続ける傍ら、税理士試験の勉強を続けていたが、平成4年ころ、統合失調症を発病し、以後通院治療を受けるようになった。なお、医師は、Aの発病の原因について、不明な点が多いものの、家庭内での適応障害、とりわけ父への葛藤が主題のことが多く、漸次、妄想(敏感・関係)が出現してきたものと判断している。

Yは、平成5年ころ、原田病(頭痛、嘔吐、めまいなどの症状を経た後、突然、視力が低下する病気で、悪化すると失明する可能性もある)に罹患し、約40日間入院した後、通院して、投薬治療を受けるようになったため、そのころ以降、会計事務所の手伝いができなくなった。

Aは、平成8年ころから病状が悪化して妄想状態が出現し、自宅の襖にXに対する恨みを書き連ねたり、冷蔵庫や壁に食器や本など物を投げつけたりするようになったため、このような状況を避ける目的で、Xは、平成8年12月ころに自宅を出て、事務所に寝泊まりし、以後現在まで別居状態が続いている。なお、別居後、Xは、Yに対し、生活費として、平成10年には、年間50万円程度、平成11年のBの結婚以降に、約7万円ずつ3回の支払いをただけで、それ以外は全く生活費を支払わず、このような状態は平成16年2月まで続いている。

A発病以降、Xは、今度は、二女Bが会計事務所を継ぐことを期待し、大学卒業後、会計事務所で働かせて税理士試験の勉強をさせていたが、Bも結局、税理士試験に合格することなく事務所を退職して、平成9年6月にD社に就職したため、Xは上司にBを辞めさせるように求めたりした。その後、Bは、平

成11年に勤務先の同僚と結婚したが、Xはこれに強硬に反対し、以後、Bの夫の実家に嫌がらせの電話をするようになった。Xは、平成13年9月ころ以降も、Y、B、Yの兄弟などに対し、Bの夫の実家がヤミ金融業者から借入れをしていて、倒産するおそれがあり、ヤクザがBとYの自宅やXの事務所に取り立てに来るとか、Bの夫の父自らがヤクザであるなどといった内容や、Bに税理士試験に合格して事務所を継ぐように求める内容を記載した文書を送りつけたりしている。

Yは、平成13年7月ころからは、神経症の通院治療も受けつつ、自宅でAの面倒を見ているが、Aは、同年7月ころから平成14年1月ころまでと同年6月ころから同年7月ころまで、統合失調症の治療のため精神科の病院に入院しており、同年11月には、大阪府から、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律により障害等級3級と認定され、保健福祉手帳の交付を受けている。また、Aは、現在通院中の病院から住み慣れた自宅を失うと病状が悪化する可能性があるとの診断も受けている。

これに対してXは、平成14年1月時点で、前立腺がんステージD〈多発性骨・リンパ節転移〉の診断を受け、転移の状況から手術の適応はなく、主としてホルモン療法を続けているが、再発した場合は有効な治療方法がない旨の告知を受けている。なお、現在はステージD-2と診断されている。

Xは、平成13年ころ、大阪家裁に対し、Yを相手方とする離婚調停を申し立て、Yが離婚に反対して応じないため、不成立で終了している。

また、Yは、平成16年、大阪家裁に、Xを相手方として、婚姻費用分担調停を申し立て、同年2月9日に調停が成立した。

その内容は、①Xは、Yに対し、婚姻費用分担金として、平成16年2月から同年8月まで、1か月6万円あて、同年9月から離婚または同居に至る月まで、1か月3万円あてを、毎月末日限りで支払うこと、②Yは、Xに対し、現在までの未払い婚姻費用分担金の請求をしないというものである。

Xは、現在、税理士として、会計事務所を経営しているほか、有限会社Eの

代表取締役として、同社から報酬を得ている。Xの収入および資産・負債は、以下のとおりである。すなわち、

税理士業務による売上金額は、平成13年分が1351万9950円、平成14年分が1428万8950円、平成15年分が1156万1250円であり、所得金額(青色申告特別控除前のもの)は、平成13年分が62万5691円、平成14年分が53万8570円、平成15年分が39万9453円である。またXの有限会社E等からの給与所得は、平成13年分が428万8800円、平成14年分が365万8400円、平成15年分が237万2000円(このほか雑所得84万7832円)である。

Xは、平成16年2月末で、本件不動産のほか、会計事務所に使用している大阪市所在の区分所有建物の一室(Xの評価で時価約1400万円)、預金約280万円、売掛金約190万円、株式100万円、生命保険解約返戻金約800万円の資産を有しており、他方、会社・個人をあわせて約3900万円の負債がある。

なお、Xは、昭和30年3月5日に、〇〇県所在の宅地を相続して所有していたが、前立腺がんを発病したこともあって、平成14年から平成16年にかけて、すべて妹Hに贈与している。

また、本件不動産の時価は、Xの評価によれば、約2700万円であるが、本件不動産には、いずれもXを債務者として、F株式会社に対する債権額1960万円の抵当権、同社に対する債権額1800万円の抵当権およびG信用保証協会に対する極度額5040万円の根抵当権が設定されており、その残債は現在約740万円である。

このほか、X Y間の本件不動産に関する分割協議の経緯は、以下のとおりである。すなわち、

Xの訴訟代理人は、Yに対し、平成15年4月24日到達の内容証明郵便で、Xが本件不動産の分割を希望しており、その分割方法について協議したいので、早急に連絡するよう要請し、連絡がない場合は分割協議の意思がないものと判断する旨の連絡をした。

Yは、同月25日ころ、Xの代理人に電話をかけた際、Xの代理人から、Yが

本件不動産のX持分を買い取るか、本件不動産を任意売却して売却代金を分配することを求められ、これらに応じない場合は競売になるなどと告げられたのに対し、売却には応じないと返答をしている。

それ以降、本件訴訟まで、XまたはXの代理人とYとの間で、本件不動産について協議がなされていない。

以上のような事実関係のもと、Xは、Yに対して、平成15年7月17日に、競売の上、代金分割の方法による本件不動産の分割を求めて、大阪地裁堺支部に訴えを提起した（以下、本件請求という）。

## （2）XYの主張

本件請求においては、主として、①本件不動産が共有物分割請求の対象になるかという点（以下、①争点という）、および②Xによる本件請求が権利の濫用にあたるかという点（以下、②争点という）が争われた。まず①争点について、Yは、XY間の離婚が成立していない以上、本件不動産全体が夫婦共有財産として、それぞれの持分が特有財産にならないことを理由に、本件不動産が離婚の際の財産分与の対象になり得ても、共有物分割請求の対象にはならないと主張した。また②争点について、Yは、①本件請求が認容された場合、Aが生活の場を失い、Aの病状が悪化するおそれがあること、②本件請求は、長年、Yら家族をきわめて過酷な状況に置いてきたXが、その必要もない（かりに負債の整理が必要としても、事務所に用いている不動産の処分も可能であるし、〇〇県所在の不動産も処分可能なのに、わざわざHに贈与している）のに、Yや精神病に苦しむAの生活を奪おうとするものであることを理由に、本件請求が権利の濫用にあると主張した。これに対してXは、自分の余命を考慮して、本件請求により負債を整理しようとしているものであると主張した。

## （3）原審判旨

大阪地裁堺支部<sup>(1)</sup>の判断は、以下のとおりである。すなわち、

①争点については、婚姻関係継続中では特別の規定がないかぎり財産法上の規定が適用されること、および購入時の使用目的がそのまま維持されるとはかぎらないから、購入時に夫婦共同生活を営むために取得されたことのみから一律に共有物の分割請求権に関する規定の適用を否定すべきでないとした。

また②争点については、「Xは平成14年以降、前立腺癌に罹患し、既に骨やリンパ節に転移した状態にあるところ、会計事務所の業務は縮小傾向にあり、またXは相当額の負債を負っていて、本件不動産、会計事務所建物はいずれもその担保に供されているから、Xが余命を考慮して本件不動産を処分して負債を整理しようとしているのは、相応の理由があってしているものであるといえる。

Yは、本件不動産が夫婦共有財産であるとするが、XとYの別居は既に8年近くに及び、別居に至る経緯、離婚調停が不成立となっていること…に照らすと、婚姻関係の回復が困難であるといえ、かつ、本件不動産にはもともと相当額の被担保債権が残存する担保権が設定されているから、およそ処分することが予定されていない財産であるとはいえない。

また、別居に至る経緯の中で、XのYに対する暴言や暴行の事実が認められるものの、別居の直接のきっかけとなったAの統合失調症については発症原因は不明な点も多いとされ、家族の状態が原因であるとしても、YもAに会計事務所への就職を勧めていることなど、Xのみにその責任があるとはいえない。

また、別居後のXの行動については、十分な生活費を送らず、Aの治療に具体的な協力をしたことが窺えないなど、夫婦の協力義務に反する点があり、Bの結婚をきっかけにした嫌がらせ行為は社会的相当性を逸脱しているものである。しかしながら、その間、多少の滞納はあったとしても、会計事務所の経営を維持して本件不動産の担保の被担保債権への返済を続け、YとAの居住を確保してきたことも否定できない。

さらに、本件請求が認容された場合に、YやAが生活の場を失い、特にAの症状が悪化する可能性があるとのYの主張は看過できないものであるが、他面

で、本件不動産が担保に供されている以上、Xの健康状態の変化により会計事務所の収入が途絶えた場合には、時期を選択する余裕もなく直面せざるを得ない事態であることも否定できない。

また、X名義の不動産のうち、〇〇県の不動産はもともと相続財産であって、Hを債務者とする担保権が設定されており、Xの一存で処分することができないものであるといえる。また、Xの陳述書に記載された負債のうち、最近の残高が明らかなものは前記のとおりであって、それ以外の負債の最近の残高については客観的な証拠がないところ、負債の処理方法によっては、会計事務所建物と本件不動産のどちらか一方を残すことができる可能性がないとはいえず、本件不動産の維持を優先し会計事務所建物の処分を求めるYの主張にも汲むべき点はあるものの、他方で、会計事務所建物を処分すれば、健康を害しているXが居住の場を失うことになるし、会計事務所を子供に継がせようとした経緯からしても、Xの会計事務所に対する思い入れには並々ならぬものがあることが見て取れ、会計事務所建物を維持しようとしていることをもって、XがYやAを苦境に陥れることを企図しているとも認めがたい。

その他、XYの関係や本件不動産に関する諸般の事情を考慮しても、本件請求が権利の濫用であるとまでは認めがたい」と述べて、Xの請求を認容した。

これに対して、Yは、前述の各争点に対する主張を繰り返し、原判決の取り消しを求めて、大阪高裁に控訴した。

## 2. 大阪高裁判旨

大阪高裁の判断は、以下のとおりである。すなわち、

①争点については、本件不動産が夫婦の実質的共有財産であっても、民法上の共有の形式を採る以上、本件にかぎって共有物分割を含む民法の共有関係の諸規定の適用を一切排除しなければならないとまでは認められないとする。

また②争点については、「民法256条の規定する共有物分割請求権は、各共有

者に目的物を自由に支配させ、その経済的効用を十分に発揮させるため、近代市民社会における原則的所有形態である単独所有への移行を可能にするものであり、共有の本質的属性として、持分権の処分の自由とともに、十分尊重に値する財産上の権利である（最高裁判所大法廷昭和62年4月22日判決・民集41巻3号408頁参照）。

しかし、各共有者の分割の自由を貫徹させることが当該共有関係の目的、性質等に照らして著しく不合理であり、分割請求権の行使が権利の濫用に当たると認めるべき場合があることはいうまでもない。…

Yが指摘するとおり、本件不動産は、XがYとの婚姻後に取得した夫婦の実質的共有財産であり、しかも現実に自宅として夫婦及びその間の子らが居住してきた住宅であり、現状においてはXが別居しているとはいえ、Y及び長女Aが現に居住し続けているものであるから、本来は、離婚の際の財産分与手続にその処理が委ねられるべきであり、仮に、同手続に委ねられた場合には、他の実質的共有財産と併せてその帰趨が決せられることになり、前記認定に係る、資産状況及びYの現状からすると、本件不動産については、Yが単独で取得することになる可能性も高いと考えられるが、これを共有物分割手続で処理する限りは、そのような選択の余地はなく、Xが共有物分割請求という形式を選択すること自体、Yによる本件不動産の単独取得の可能性を奪うことになる。

そして、前記認定のとおり、Xは、離婚調停の申立て自体は経過しているものの、いまだ離婚訴訟の提起すらしておらず、現に夫婦関係が継続しているものであるから、本来、Xには、同居・協力・扶助の義務（民法752条）があり、その一環として、Y及び病気の長女Aの居所を確保することもXの義務に属するものというべきである。ところが、Xは、病気のために収入が減少傾向にあるとはいうものの、依然として相当額の収入を得ているにもかかわらず、これらの義務を一方的に放棄して、Yや精神疾患に罹患した長女のAをいわば置き去りにするようにして別居した上、これまで婚姻費用の分担すらほとんど行わ



ず、婚姻費用分担の調停成立後も平成16年9月以降は、月額わずか3万円という少額しか支払わないなど、Yを苦境に陥れており、その結果、Yは、経済的に困窮した状態で、しかも自らも体調が不調であるにもかかわらず、1人でAの看護に当たることを余儀なくされている。その上、本件の分割請求が認められ、本件不動産が競売に付されると、YやAは、本件不動産からの退去を余儀なくされ、Aの病状を悪化させる可能性があるほか、本件不動産には前記認定のように抵当権が設定されているため、分割時にその清算をすることになり、YとAの住居を確保した上で、2人の生計を維持できるほどの分割金が得られるわけでもないし、Yは、既に満60歳を過ぎた女性であり、しかも原田病や神経症のため通院治療を受けていて、今後、稼働して満足な収入を得ることは困難であるから、経済的にもYは一層苦境に陥ることになる。

これに対し、Xは、現在、進行した前立腺癌に罹患し、その治療などのため、収入が減少傾向にあり、借入金の返済が徐々に困難になっていることから、余命を考慮して、負債を整理するため、本件不動産の分割請求をしているものである旨主張している。

Xの病状からして、上記のような考えを持つこと自体は理解できないでもないが、前記認定事実によっても、その主張自体からも、現時点で、金融機関から競売の申立てを受けているわけでもなく、直ちに本件不動産を処分しなければならないような経済状態にあるとは認め難いし、仮に、そのような必要があるとしても、事務所不動産を先に売却して、事務所自体は他から賃借することも考えられるのであって、どうしても負債整理のために本件不動産を早期に売却しなければならない理由も認められない。また、上記のような困難な状況にある妻であるYや子供らの強い反対を押し切り、Yらを苦境に陥れてまで負債整理を行わなければならない必然性も見出し難い。

以上の諸事情を総合勘案すると、Xの分割の自由を貫徹させることは、本件不動産の共有関係の目的、性質等に照らして著しく不合理であり、分割の必要性和分割の結果もたらされる状況との対比からしても、Xの本件共有物分割請

求権の行使は、権利の濫用に当たるものというべきである」と述べて、原判決を取り消し、Xの請求を棄却した。

### 3. 大阪高裁判決の問題点

#### (1) 問題点

大阪高裁判決（以下、本高裁判決という）はXの請求を棄却したが、原審判決はXの請求を認容している。このように本高裁判決と原審判決で結論を異にする原因となった争点は、⑥争点である。④争点については、本高裁判決および原審判決ともに、本件不動産が夫婦共有財産であっても共有物分割請求権の対象になるという判断で一致している。その他の争点としては、③共有物分割協議が不成立であったかという点（以下、③争点という）、および④X主張の代金分割方法が適当であるかという点（以下、④争点という）があげられているが、③争点については、Xが裁判所に分割を請求するにあたり当事者間に分割協議の不調があったのかを問題とするものであり（民法258条1項参照）、④争点の前提となる争点といえ、本高裁判決および原審判決ともに、その不調を認めている。④争点については、⑥争点の判断結果によって、判断の必要性の有無が左右される争点であるから、原審判決では判断され、本高裁判決では判断されていない。したがって、本高裁判決にかかる問題点は、本高裁判決と原審判決の判断が一致しない⑥争点（Xの請求が権利の濫用にあたるのかどうか）ということができる。

#### (2) 本稿の検討点

原審判決は、⑥争点を判断するにあたり、①Xの請求が余命を考慮して負債整理のために出された相応な請求であること、②本件不動産には担保権が設定されており、将来処分のある財産であること（本件不動産が夫婦共有財産といっても、婚姻関係は破綻していること）、③Aの発症についてXのみに責

任があるわけでないこと、④Xには夫婦協力義務違反があるものの、Xが会計事務所を維持し、本件不動産に設定された被担保債権への弁済を継続することでYAの居住を確保してきたこと、⑤Xの請求が認容されなくても、本件不動産が担保に供されている以上、Xの病状変化により収入が途絶えれば、YAは生活の場を失う可能性があること、⑥Xが本件不動産よりも会計事務所建物の処分を優先させないのは、会計事務所に対するXの思い入れによるもので、YAを苦境に陥れることを企図したものではないことなどを考慮している。

これに対して、本高裁判決は、⑥争点を判断するにあたり、①分割請求権の行使が当該共有関係の目的、性質等に照らして著しく不合理である場合に権利濫用になり得ることを前提として、②本件不動産が離婚財産分与手続きに委ねられた場合、Y単独取得の可能性が高いものの、これが共有物分割手続きに委ねられた場合にはY単独取得の可能性が奪われること、③Xには同居・協力・扶助の義務があり、YAの居所の確保もこの義務に属するところ、Xはこの義務を一方的に放棄してYAを経済的苦境に陥れており、この上、分割請求が認容された場合、Yの取得する分割金の額やYの稼働能力を考えるかぎり、Yを一層経済的苦境に陥れることになること、④金融機関から競売の申立てを受けているわけでもなく、また会計事務所の優先的な売却も考えられることから、Xが負債整理のため本件不動産を早期に売却しなければならない理由が認められないことなどを考慮している。

権利濫用か否かの判断（以下、このことを権利濫用性の有無という）については、権利者の権利行使の利益と害される何らかの利益とを比較衡量して、保護利益を決める比較衡量的判断が判例によって形成・発展されてきている。<sup>(2)</sup> 本高裁判決も、この比較衡量的方法にしたがって権利濫用性の有無を判断しているものと考えられる。すなわち、本高裁判決は、⑥争点の判断にあたり、前述の②③でYの利益を挙げるのに対して、④でXの権利行使による利益を請求の必要性という観点から挙げて、比較衡量しているからである（もっとも、原審判決は、⑥争点の判断にあたり、①でXの権利行使による利益を挙げているも

の、Yの利益については②⑤でXの権利行使によらなくても害される可能性がある（Xの権利行使がYの利益を害するものではなく、権利濫用ではない）ことを述べるだけで、基本的にXYの利益を比較衡量していない）。さらに本高裁判決は、Xの請求が共有物分割請求である点をとらえて、共有関係の目的・性質に対照して判断される分割請求の合理性が権利濫用性有無の判断基準であることを明らかにしている（これに対して、原審判決は、そうした判断基準を挙げていない）。

それでは、本高裁判決が考える本件不動産における共有関係の目的・性質とは何か。これについては、本高裁判決が⑥争点の判断にあたり、離婚財産分与手続きにおける本件不動産のY単独取得の可能性を挙げていることから、本高裁判決では目的—婚姻共同生活における居住場所の確保—性質—婚姻共同生活上の共有関係—ととらえられているのではないと思われる。とくに（権利濫用性有無の判断基準である）共有関係の目的について婚姻共同生活における居住場所の確保ととらえた上で、害されるYの利益を居所の喪失と考えれば、必然的にXの請求は権利濫用的な請求として導かれることになる。そのように考えるかぎり、権利濫用性の有無についてはこの判断基準によって判断可能であるのに、本高裁判決は、なぜ、あえてXの負う夫婦間の同居・協力・扶助義務を挙げて、YAの居住の確保を強調するのが疑問になる。これについて、本高裁判決は、Xの同居・協力・扶助義務違反を権利濫用性有無の判断でいわれるところの加害意思・加害目的<sup>(3)</sup>として判断する趣旨で挙げたとも思われない（本高裁判決は、本件不動産の分割によってYが経済的苦境に陥る可能性を指摘するものの、その原因が義務違反をしているXの企図によるものと述べていないからである）。そこで本稿は、この点について検討を加えて、本高裁判決の権利濫用性有無の判断における基準をより明確化するとともに（これは今後の類例判断に役立つ）、本高裁判決の妥当性を検討することを目的とする。

## 4. 関連判例の傾向

本高裁判決の権利濫用性有無の判断基準を検討するためには、共有不動産に対する共有物分割請求（以下、単に分割請求という）の権利濫用性の有無が争われた判例を概観する必要がある。まず、夫婦間の共有不動産に対するその有無が争われた判例は、本件以外、今のところ見当たらない<sup>(4)</sup>。しかし、親子および親族間では、その有無が争われた判例（以下、親子間判例、親族間判例という）がある（なお、親族間以外でその有無が争われた判例については、以下、親族間外判例という）。

### （１）親子・親族間判例の概観と各判例の特徴

#### （a）親子間判例の概観

③東京地裁平成3年8月9日判決（金融・商事判例895号22頁）

夫Aの残した遺産（以下、本件土地、本件建物、あわせて本件不動産という）について、子X（原告）と子Y<sub>1</sub>（被告）の各持分を10分の4とし、妻Y<sub>2</sub>（被告）の持分を10分の2として共有する遺産分割の協議が成立したところ、Xから本件土地上の本件建物（一部賃貸）に居住するY<sub>1</sub>Y<sub>2</sub>に対して共有物分割請求が出され、その請求が権利の濫用にあたるかが争われた事例。

東京地裁は、Y<sub>2</sub>の共有持分割合が法定相続分よりことさらに少ない点から、Y<sub>2</sub>が本件不動産において余生を送ることを当然前提にして、本件遺産分割協議が成立したと認定した上で、「本件建物は敷地である本件土地一杯に建築されているから、現物分配は不可能であり、裁判により共有物分割を実施するとすれば、競売を命ずる他はなく、その場合にはY<sub>2</sub>は本件不動産から退去しなければならず、73歳のY<sub>2</sub>はその住むべき家を失うこととなりかねない。…一方Xは未だ若く労働能力を有しており現に働いて賃金を得ているから、これに家賃収入分配金に加われば経済的にはゆとりある生活を享受することが可能である。それにもかかわらず、Y<sub>2</sub>を亡夫の遺産から退去させてまで、直ちに本

件不動産を競売してその売得金を配分しなければならない必要性はどこにも見当たらない」と述べ、Xの請求を権利の濫用として棄却した。

⑥東京地裁平成8年7月29日判決（判例タイムズ937号181頁）

子X（原告）の医学部卒業まで仕送りを続けて扶養した母Y（被告）が、借家の取壊し・マンション新築による立退補償で優先分譲を受けた本件不動産（購入資金調達にあたり、住宅金融公庫の融資を受け、XYは連帯債務者となっている）について、税金対策上、YおよびYの実母Aの共有名義にしておいたところ、Yの再婚・転居を機に、本件不動産に入居し医院を開業したXが、Yとの間でAの持分について売買を繰り返し、X持分1万分の2278、Y持分1万分の7722の共有とするに至ったが、本件不動産の住宅金融公庫ローンの返済をめぐってXY間の関係が不和になった結果、XからYに対して共有物分割請求が出され、その請求が権利の濫用にあたるかが争われた事例。

東京地裁は、共有物分割請求権が共有の本質的属性として十分尊重に値する財産上の権利であるとするものの、「当事者の合意あるいは民法257条のような実定法の規定に基づき、共有者間における共有物の管理、変更等が特定の目的の下に密接かつ永続的に結合すべきものとして、分割請求権が制約される場合があり、そうでなくとも、各共有者の分割の自由を貫徹させることが当該共有関係の目的、性質等に照らして著しく不合理であり、分割請求権の行使が権利の濫用に当たると認めるべき場合のあることは否定することができない。…Yは、Xを出産したときの輸血が原因で慢性肝炎にかかり、以前から入院を繰り返しており、Xが医師資格を取得するまで着物のセールス・病院事務等をしながら仕送りを続けたが、再婚に失敗した現在では、60歳を超え、仕事にも就けない状態であり、本件不動産を唯一の生活の本拠としていることが認められる。そして、本件不動産が共有物分割のため競売に付されるとすれば、持分権者であるYは、その買受人に対抗し得る占有権原を有しない以上、引渡命令の対象とされ、退去を余儀なくされるばかりでなく、Yが公庫ローンの分割弁済を現に継続しながら、同じくその連帯債務者であるXの意思に基づく競売手

続の開始により、分割弁済の期限の利益を喪失してYにおいて残債務につき一時の支払を余儀なくされることになる。…他方、Xは、開業医として十分な経済力を有し、現に高賃料のマンションで居住しているものであり、競売が実施されることになれば、その手続を利用して本件不動産のY持分を比較的安価で取得する道も残されている。もとより、本件不動産の競売により、Yは持分に応じた売得金を取得する権利は有するが、中古マンションの近時の市況等からすれば、Yの取得すべき金銭が、本件不動産から退去した後のしかるべき代替住居の確保に要する費用を補うに足りるものであることは必ずしも期待できないし、本件に現れたXとY間の関係等に照らすと、その際にYがXから経済的援助を確実に得られるとまで断定することも困難であり、高齢、無職で慢性肝臓病を抱えたYが居住場所の確保に窮するという事態も考えられるところである。…以上に検討した諸事情を総合勘案すると、本件不動産の共有者の1人であるXの分割の自由を貫徹させることは、本件不動産の共有関係の目的、性質等に照らして著しく不合理であり、Xの本件共有物分割請求権の行使は、権利の濫用に当たるものといわざるを得ない」としてXの請求を棄却した。

## (b) 親族間判例の概観

◎大阪地裁昭和41年2月28日判決(判例時報446号50頁)

亡夫Aの遺産である本件建物につき、3分の1の持分を有する妻X(原告)から、3分の2の持分を有したAの子Bより買得したY(被告-Xの甥)に対して共有物分割請求が出され、その請求が権利の濫用にあたるかが争われた事例。なお、この事例では、A生存中に無断転貸された本件建物の明渡し交渉をしたYの父C(Xの兄)・YとXの間で、同居を前提に、Xの持分について賃貸借契約が成立し、それに伴い、Yが転借人Dへの立退料、地代、公租公課などを負担してきたことがYにより主張され、そのことがXの請求についてYらが権利の濫用と主張する根拠となっている。

大阪地裁は、XとYの同居がYの強引な入居によるものであることを認めた

上で、転借人に対する立退料の支払いについては、「Yが本件建物に当時家族とともに居住するために当然支払わなければならなかったものであって、XがYのためにDを立ち退かせて本件建物にYらを居住させなければならぬ義務はなかった」と述べて、立退料支払いの事実がXの分割請求権行使を権利の濫用たらしめる事情ではないとするとともに、Y主張の共有に関する債権についても、ほとんどYが本件建物に居住しているから支出しなかったものと判断し、「Yの主張全部を合わせても、なおXの本件建物の共有物分割請求は、権利の社会性に反せず、権利の行使として是認できるものと言わざるを得ない」としてXの請求を認容した。

④山口地裁萩支部平成元年10月20日判決（金融・商事判例1013号12頁）

亡父母の遺産などである本件不動産につき、持分を有する姉Xら（原告）から、同じく持分を有する妹Y（被告）に対して共有物分割請求が出され、その請求が権利の濫用にあたるかが争われた事例。この事例では、①Yら夫婦が亡父母を経済的・精神的に援助し、本件不動産などの財産の維持管理に貢献してきたこと、②Yらが本件不動産の一部に居住しても、Xらからは14年間異議を述べられなかったこと、③Yは長年本件不動産で生業を営んでおり、本件不動産が分割されると生活の本拠および手段を奪われること、④Xは家の他の不動産を多く取得しているのに対して、Yはわずかな財産を取得しているにすぎないことなどの事情が、Xらの共有物分割請求を権利の濫用とする根拠としてYらにより主張されている。

山口地裁萩支部は、Xらの本件請求がYにより本件不動産から追い出された、本来〇〇家を継ぐべきA（XYの兄）の子に財産を取得させたいためであることなどを認めた上で、「Yの〇〇家の財産に対する貢献が認められるとしても、Xのそれと対比して格別とまでは言い難く、また本件分割が認められた場合、Yがその生活上、少なからざる影響をうけることは容易に推認されるものの、Xらにおいて単にYの被ることがあるべき損害だけを意図して本件分割を請求している等特段の事情があれば格別、そのような事情が認められない以



上、正当な権利行使というべきところ、本件にあっては、右の点につき主張がなく、またこれを認めるに足りる証拠はない。…したがって、Yの権利の濫用の主張は理由がない」として、Xの請求を認容した。

なお、本件は、Y敗訴部分の取消しとXらの請求棄却を求めて、Yにより広島高裁に控訴された。これに対して広島高裁平成3年6月20日判決（金融・商事判例1013号10頁）は、現物分割が不可能であること、および競売による分割方法ではYが生活の本拠を失うことを考慮して、価格賠償による本件不動産のY単独取得を命じている。さらに、Yはこの判決を受けて、最高裁に上告したが、最高裁平成8年10月31日第1小法廷判決（民集50巻9号2563頁）は、原審が全面的価格賠償の方法を採用するにあたり、Yの支払能力を確定していない点に違法があるとし、原判決を破棄して、本件を原審に差し戻している。

### （c）親子・親族間判例の特徴

親子・親族間各判例の特徴は、以下のとおりである。すなわち、

①判例では、①共有者Yの余生を送る場所として共有不動産の持分が決まったという共有関係に至った事情と、②分割によりYの居住場所が失われる点が考慮されていること、③比較衡量の結果、Xの分割の必要性がないと判断されていること、また②判例では、①その判断にあたり、共有関係の目的と性質に对照することが明言されていること、②分割により共有者Yの居住場所確保が困難になる点が考慮されていること、③判例では、その判断にあたり、共有者Yを共有不動産に居住させる義務がXにあったのかどうかを考慮されていること、④判例では、その判断にあたり、分割請求によって共有者Yを害する意図がXにあったのかどうかを考慮されていることである。

### （2）親族間外判例の概観と各判例の特徴

それでは、親族間以外で分割請求の権利濫用性の有無が争われた判例はどうかであろうか。以下、概観する。

### （a）親族間外判例の概観

#### ㉔横浜地裁昭和62年6月19日判決（判例時報1253号96頁）

X（原告）、Y<sub>1</sub>～Y<sub>3</sub>（被告）は、A建設会社の分譲した居住用住宅各戸の所有者であるが、XY<sub>1</sub>らの所有宅地はいずれも公道に接していなかったため、これらの土地から公道に通じる共用の私道とする目的から本件土地をXY<sub>1</sub>らで共有していたところ、XからY<sub>1</sub>らに対して共有物分割請求が出され、その認否が争われた事例。本件請求にあたり、①本件土地が分割され単独所有となれば、担保に供することができること、および②本件土地が分割され単独所有となれば、各自私道に対する負担・義務の範囲が明確となり、現状においてXが強いられている私道への過大な負担がなくなるという理由がXより主張されている。

横浜地裁は、「本件土地はその地積、形状…位置関係に照らし、X、Y<sub>1</sub>ら所有土地と切り離して独立した土地としては、利用価値、交換価値が著しく乏しく、これを共有持分に依じて分割することは一層これを乏しくするものと認められる。…（筆者注－本件土地は）特定の、かつ共有者間に共通する目的のもとに土地の区画が設定されて共有関係が形成され、共有者間で共有物の分割が予定されていない共有物であって、その外形上もそのような関係にあることが明らかな共有物においては、民法257条、676条に準じ、その権利に内在する制約として、共有関係が設定された共同の目的、機能が失われない間は、他の共有者の意思に反して共有物の分割を求めることができないものと解するのが相当である」と述べて、Xの請求を棄却した。

#### ㉕東京地裁平成4年2月28日判決（判例時報1442号116頁）

建築基準法42条1項5号による道路位置指定のある本件土地について、共有者X（原告）から同じく共有者Y（被告）に対して分割請求が出され、その請求の認否が争われた事例。Xは、本件土地および隣接土地を一体的に買収してビル建築を計画している。Yは、所有土地上に建物を所有し、その1階に車庫、2階に倉庫を設け、車庫については本件土地側に出入り口が設けられている。

そこでYは、本件土地について通行地役権の取得を主張するとともに、本件土地が分割されると、道路としての用を妨げるため、本件土地の道路位置指定が廃止されないかぎり、分割請求は権利の濫用になると主張した。

東京地裁は、「建築基準法42条1項5号によって道路位置指定を受けた私道は、同法上の公法的規制（同法44条、45条等）を受け、道路としての機能を維持し公共の安全の目的のため提供しなければならない、その反面として一般の通行を認めなければならないとされているけれども、この一般通行の利益は右のような公法的規制によって一般人が反射的に享受し得る利益であって、私法上の通行権を生じさせるものではないと解するのが相当であるとともに、あくまで私道であるから、共有物の分割を含めその所有関係に変動を生ぜしめる処分は所有者である私人の自由に任されていることはいうまでもないし、右所有関係の変動によって右公法的規制に直ちに影響が及ぶものでないことも明らかである」と述べて、Yの権利濫用の主張を理由なしとし、さらに本件土地について「現物分割しても、その全体としての使用価値・交換価値を減少させることはなく、特に現物分割を不相当とする事情は発見し難い」と述べて、Xの請求を認容した。なお本件は、Xの請求の棄却を求めたYにより東京高裁に控訴されており、東京高裁平成4年12月10日判決（判例時報1450号81頁）は、X Y以前の本件土地共有者間でなされた通路使用の合意の存在を認めて、Yの通行地役権を認めたものの、Yの控訴自体は棄却している。

⑧大阪高裁平成11年4月23日判決（判例時報1709号54頁）

X（原告・被控訴人）とYら（被告・控訴人）は、先代より本件土地・建物（以下、本件不動産ということもある）を共有し、本件建物において共同で市場を経営していたが、本件建物の改装をめぐる対立したことから、Xが本件土地・建物の共有関係を解消するため、Yらに競売にもとづく売得金の分配方法による分割を求めた事例。本件では、Yらは、Xの請求が権利の濫用にあたりと主張するとともに、分割するのであれば、全面的価格賠償の方法により本件土地・建物をYらに取得させるべきであると主張している。

大阪高裁は、「XとYらの先代とが、本件不動産を共有し、共同で市場を経営することにより、築きあげてきた相互の信頼関係は、本件建物の改装を巡る対立により、すでに破綻しており、その修復はもはや不可能であることが認められるのであり、その責任が専らXにあるとはいえない本件では、Xにおいて、本件不動産の共有関係を解消したいと考えることは、やむを得ないというべきであり、他に、現時点で本件不動産を分割するについて、Yらに不当に不利益を与える事情も窺うことができないから、本件不動産の共有物分割を求めるXの本件請求は、権利の濫用にあたるということとはできない」として分割を相当とし、Yらの資力、本件不動産の性質・形状、共有関係の発生原因、本件不動産の利用状況、分割された場合の経済的価値、XYの分割方法の希望、その合理性を総合的に考慮して全面的価格賠償の分割方法を認めた。

⑨青森地裁平成17年5月10日判決（判例時報1918号58頁）

X（原告－昭和27年の電源開発促進法により設立された会社）は、全国9電力会社へ電力の卸供給を目的として、青森県下北郡にフルMOX－ABWR型（改良型沸騰水軽水炉）の原子力発電所の建設を計画し、建設予定地の買収を進めてきたが、買収に応じないYら（被告）に対して本件土地の共有物分割を請求した事例。Xの請求に対してYらは、①本件土地が通路確保のために共有形態とされたもので、分割を予定していないものであること、②Y居住地近くに事故確率の高い危険なフルMOX－ABWR型を建設することが、Yらの生命・身体の安全性を害し、青森県全体、日本国全体の安全をも害する違法な行為であることなどを理由にXの請求が権利の濫用であるとし、マグロその他海産物の産地として有名な建設予定地に対して、原子力発電所がもたらす風評被害は計り知れないと主張した。

青森地裁は、「共有物分割請求権の法的性質、公益的目的に照らすと、当該共有物がその性質上分割することのできないものでない限り、共有物分割請求権を共有者に否定することは許されないと解するのが相当である。…Yらは、権利濫用の評価根拠事実として、…原子力発電所の危険性や風評被害を主張し

ているが、共有物分割後の土地利用目的いかんによって、共有物分割請求権の行使が否定されるものではなく、その主張は失当である」として分割を相当とし、本件土地に対するXYの共有持分、共有物の利用状況、現物分割された場合の経済的価値、XYの分割方法の希望、その合理性を総合的に考慮して全面的価額賠償の分割方法を認めた。

①福岡高裁平成19年1月25日判決（判例タイムズ1246号186頁）

本件土地は、 $X_1$ （原告）が土地建物を、Y（被告）が土地をそれぞれ購入した際に、公道に通じる通路として、XY各2分の1の持分をもつ共有地とされたものである（ $X_1$ は、のちに自分の二男 $X_2$ （原告）に本件土地持分の2分の1を贈与している）（以下、本件土地を本件通路という）。この本件通路と隣地の境界を巡り、 $X_1$ Yの間で紛争が生じ、 $X_1$ らからYに対して本件通路の分割請求がなされた事例。本件では、 $X_1$ らは、Yが本件通路の西側隣地を通行して公道と行き来しているため、Yに本件通路通行の必要性がないことを請求の理由とするのに対して、Yは本件通路が共用の通路であり分割が予定されていないものであることを理由に、 $X_1$ らの請求が権利の濫用であると主張した。

福岡高裁は、本件通路がX宅にとり公道に通じる必要不可欠な通路であること、およびYが西側隣地を通行して公道に出ることをやめて本件通路を使用する意向であることから、本件通路が公道へ至る共用通路であることを認め、共用通路としての「性格や効用が失われたといえるような特段の事情が認められない限り、そもそも共有物分割請求になじまないものというべく、そのような請求は権利の濫用として許されない」と述べて、 $X_1$ らの請求を棄却した。

（b）親族間外判例の特徴

親族間外の各判例の特徴は、以下のとおりである。すなわち、

◎判例では、共有関係設定時の共有の目的・機能が継続している間は、共有者の意思に反して分割請求ができないとされていること、④判例では、①分割

請求が道路位置指定という公法的規制に違反したとしても権利の濫用にならないとされていること、および②分割請求対象不動産の使用価値・交換価値を減少させなければ、現物分割の請求が可能とされていること、また⑧判例では、共有関係が破綻した場合、分割請求もやむを得ないとされていること、⑨判例では、権利濫用か否かの判断の時期が分割請求の時点であって、分割請求後ではないとされていること、そして⑩判例では、共有不動産の共用通路としての性格・効用が失われていない場合、分割請求は権利の濫用になると判断されていることである。

### （３）親子・親族間および親族間外判例の分析

前述の各判例の特徴から、その傾向は以下のようにいうことができると思われる。すなわち、

①～④判例に共通すること（以下、単に共通点という）は、判断にあたり、各判例とも分割請求を共有関係の目的・性質に対照させて、分割請求者の分割の必要性和共有者の利益を比較衡量していることである。<sup>(5)</sup>その①～④判例の共通点から、分割請求が権利の濫用とされる場合の共有関係の状況を見いだすことができる。それは、①共有者が共有不動産に居住していること、②分割請求者に分割の必要性がないこと、③分割により共有者の居住場所が失われることの諸点である（以下、これを①～④判例の要素という）。

また⑤～⑩判例の共通点は、①～④判例と同様に、その判断にあたり、分割請求を共有関係の目的・性質に対照させていることである。<sup>(6)</sup>そしてその⑤～⑩判例の共通点から、分割請求が権利の濫用とされる場合の共有関係の状況を見いだすことができる。それは、共有関係の目的・必要性が分割請求時まで継続しているということである（以下、これを⑤～⑩判例の要素という）。

以上の①～④判例の共通点および⑤～⑩判例の共通点から、判例の採る分割請求の権利濫用性有無の判断基準は、分割請求が共有関係の目的・性質に沿うか否かにあると考えることができる。そして①～④判例の要素および⑤～⑩判

例の要素から、当事者間に共有関係の目的・必要性が継続していれば（親族間では、共有者の居住が継続していることを指す）、判例において、分割請求が権利の濫用として判断される可能性が高いことになる。本高裁判決も、共有物分割請求事例として、従来の判例にしたがって、上述の判断基準および要素にもとづく判断をしたと思われる（本高裁判決では、前述のとおり、上述の判断基準が明言されている）。

## 5. 夫婦間の同居・協力・扶助義務と権利濫用禁止の法理

本件の場合、その共有関係の状況を考えるかぎり、前述の判断基準および要素だけで、Xの分割請求を権利の濫用として十分判断できるように思われるが、本高裁判決は、その判断にあたり、さらに夫婦間の同居・協力・扶助義務に言及している。それはなぜか（その必要性があったのか）。この問題の検討は、④～①判例のみではできないと思われる。そこで、夫婦間で物権的な請求が出された判例、とくに夫婦の一方の所有不動産（以下、当該不動産という）について、その所有配偶者（以下、単に所有配偶者という）から当該不動産を占有・使用する他方配偶者（以下、非所有配偶者という）に対して明渡請求（以下、単に明渡請求という）が出され争われた判例を概観して、問題を検討してみたい（なお、非所有配偶者による当該不動産の占有・使用のことを、以下、非所有配偶者の占有・使用ということがある）。

### （1）夫婦間明渡請求判例の概観と各判例の特徴

#### （a）夫婦間明渡請求判例の概観

##### ①東京地裁昭和28年4月30日判決（下民集4巻4号641頁）

A女とY男（被告）は、昭和23年10月に婚姻をした夫婦であり、AYはA所有の家屋（以下、本件建物という）に同居しながら共同生活を営んでいたが、Yの女性関係やYの賭博による収入の浪費、YのAに対する粗暴な振る舞いか

ら、Aは健康を害し、婚姻関係の継続ができなくなったため、A Yは昭和26年4月に協議離婚をした。Aは、離婚後Yが本件建物に居座るため、実家に帰ったものの、収入がないため、実姉の夫X男（原告）の扶養を受け、その代償としてXに本件建物を譲渡したものである。そこでXからYに対して、本件建物の明渡請求がなされた事例。

東京地裁は、「配偶者は同居の義務を有すると共に相互扶助の原則上同居の権利をも有する筋合であるから、所有者でない配偶者は同居すべき家屋を使用する権限を有するけれども、特別の事情のない限りこの権限は婚姻の解消によつて当然消滅するものと解すべきである。…AはYに対して離婚後は本件建物を使用させる意思ないものと推認すべきであるからYはこれを使用する権限ないものといわなければならない」と述べて、Xの請求を認容した。

㊦東京地裁昭和45年9月8日判決（判例時報618号73頁）

夫婦であるX女（原告・反訴被告）からY男（被告・反訴原告）に対し営業上の負債が生じたときのことを考えてYからXに仮装の登記がなされた本件建物をめぐり、X所有の確認の請求がなされたのに対して、YからXに対して本件建物のY所有の確認および本件建物の明渡しの反訴請求がなされた事例。

東京地裁は、本件建物の所有者がYであることを認めた上で、「夫婦は同居し互に協力扶助する義務を負うものであるから、夫婦の一方は特段の事情のない限り他方の所有家屋につき当然に居住権を有するものと解すべきであるところ、X Yが夫婦であることは当事者間に争いがなく、かつYがXに対し右建物に居住することを拒否し退去を求める特段の事情は認められないから、Xは右建物につき居住権を有するものというべきである」と述べて、Xの本訴請求およびYの明渡請求を棄却した。

㊧最高裁昭和47年7月18日第2小法廷判決（家裁月報25巻4号36頁）

A男とB女は夫婦であり、A所有の本件土地上にBが本件建物を建築して、A Bともに本件建物に同居していたところ、A死亡後、A B夫婦の長男X（原告・控訴人・上告人）が本件土地を相続し、B死亡後はBの遺言によりA B夫



婦の長女Y（被告・被控訴人・被上告人）が本件建物を取得した。そこで、X・Y間で、AからBに対し本件土地上でBが本件建物を所有するにあたり地上権の設定があったのかどうか争われ、XからYに対して、本件建物の取去・土地明渡しの請求がなされた事例。第1審の千葉地裁昭和37年9月19日判決（金融・商事判例335号13頁）は、Bによる本件土地の無償使用について、黙示の地上権設定によるものと解し、Bから地上権を承継取得したYはXに対抗すると判断して、Xの請求を棄却した。第2審の東京高裁昭和46年6月29日判決（金融・商事判例335号10頁）も、同趣旨の判断でXの請求を棄却している。

最高裁は、「建物所有を目的とする地上権は、その設定登記または地上建物の登記を経ることによつて第三者に対する対抗力を取得し、土地所有者の承諾を要せず譲渡することができ、かつ、相続の対象となるものであり、ことに無償の地上権は土地所有権にとつて著しい負担となるものであるから、このような強力な権利が黙示に設定されたとするためには、当事者がそのような意思を具体的に有するものと推認するにつき、首肯するに足りる理由が示されなければならない。ことに、夫婦その他の親族の間において無償で不動産の使用を許す関係は、主として情義に基づくもので、明確な権利の設定もしくは契約関係の創設として意識されないか、またはせいぜい使用貸借契約を締結する意思によるものにすぎず、無償の地上権のような強力な権利を設定する趣旨でないのが通常であるから、夫婦間で土地の無償使用を許す関係を地上権の設定と認めるためには、当事者がなんらかの理由でとくに強固な権利を設定することを意図したと認めるべき特段の事情が存在することを必要とするものと解すべきである」と述べ、本件ではこの特段の事情を見出すことができないとして、この部分にかかる原判決を取り消して、原審に差し戻しをした。

⑩横浜地裁昭和47年8月7日判決（判例タイムズ286号271頁）

X女（原告）とY<sub>1</sub>男（被告）は、内縁の夫婦関係にあり（Y<sub>1</sub>は法律上の妻と離婚していない）、当初Y<sub>1</sub>が賃借した本件土地（のちに、Y<sub>1</sub>と賃貸人間で約定めぐり不和が生じたため、Y<sub>1</sub>に代わりXが賃借した）に、Y<sub>1</sub>が本件甲・

乙建物を建築したが、病身である $Y_1$ が身辺看護の援助を $Y_1$ の実子 $Y_2$ （被告）に求めた関係で、甲建物には $Y_1$ 、 $Y_2$ と $Y_2$ の内縁の妻 $Y_3$ （被告）が居住し、乙建物には $X$ 、 $X$ の実姉 $A$ 、 $X$ の孫 $B$ が居住して、別個の生活を営む状態となった。この本件甲・乙建物は、いわゆるバラック構造で永年の使用に耐えない建物であったため、 $XY_1$ 間に取り壊して新築する話しとなっていた。そこで、 $Y_2$ とのいさかいを機に、 $Y_1$ とも円満を欠くようになった土地賃借人の $X$ が、 $Y_1$ らに対して、通常家屋の建築のため、本件甲、乙建物の収去・土地明渡しの請求をなした。

横浜地裁は、まず、重婚の内縁関係である $XY_1$ 間の関係でも、法律上の夫婦に準じて、相互に協力扶助義務があること、また夫婦財産関係においても、法律上の夫婦に準じた法的取扱いを受けるとした上で、本件土地の利用関係については、夫婦の協力扶助義務にもとづいて、 $X$ が $Y_1$ による本件土地上の本件甲・乙建物所有を認めるのに対して、 $Y_1$ も乙建物に $X$ を同居させている家族的な法律関係にあるものと考えるべきとする。そして横浜地裁は、 $XY_1A$ 間で甲・乙建物の新築が話し合われ、賃貸人も $X$ による建物建築を同意している現時点では、本件土地使用を無償な点で使用貸借と考えれば、本件建物を所有して本件土地を使用する目的はすでに終わっていると認められるとし、「夫婦の一方たる $X$ がこれを取壊して通常の家屋を建築しようとする場合には、本件建物が $Y_1$ の特有財産であり、かつ収去に同意していない場合であつても、他に格別この収去を不当とすべき事情のないかぎり、 $Y_1$ はこの建物を収去すべき義務を負うものと解することが、夫婦共同生活の生活基盤を向上させ、かつ、夫婦の協力扶助義務にもとづく本件土地の利用関係の家族法的な処理として適切であると考える」とした上で、乙建物については、 $X$ が住居に用いて、 $X$ 自ら収去を望んでいることを理由に $X$ の請求を認容したが、甲建物については、 $Y_1$ が居住し、 $Y_1$ が収去を拒んでいること、および $Y_1$ には他に住居を求める資力がないことなどの事情を考慮して、 $Y_1$ にとり甲建物の喪失は住居の喪失を意味するため、 $X$ の請求が協力扶助義務の履行に添わないことを理由に

Xの請求を棄却した。

㊦東京地裁昭和47年9月21日判決 (判例時報693号51頁)

X男 (原告・反訴被告) とY女 (被告・反訴原告) は、昭和5年に婚姻をした夫婦であり、Xはいわゆる「株屋」でその収入が不安定であったため、Yは将来の生活に不安をいだき、せめて住居面だけでも安心を得たいと本件土地建物をXに購入させた (XYともに、XからYに対する本件建物の贈与と意識していた) が、登記はX名義となっていたため、Yは執拗に移転登記手続きをXに求め続け、XYの不仲が決定的となった後、Xの借金の肩代わりと引き換えに、YはXから本件土地建物の移転登記を受けた。その後、XからYに対して前記贈与が真意でなかったことを理由に右登記の抹消請求がなされ、これに対してYから反訴として本件建物のY所有の確認と明渡しが請求された事例。

東京地裁は、Yの反訴について本件土地建物がYの所有であると確認した上で、明渡請求については、「夫婦であるXYの関係が破綻の危機に瀕していることは先に認定したとおりであるが、法律上婚姻状態が存続している以上、夫婦に同居と協力扶助を命じている民法752条の法意に照して、右の請求を認容するのは相当でない」として棄却した (Xの請求も棄却した)。

㊧東京地裁昭和58年10月28日判決 (判例タイムズ517号131頁)

A男とY女 (被告) は、昭和44年4月に婚姻をした夫婦であり (AがB女と婚姻関係にあった当時からAYは内縁関係にあった)、その間に子C男をもうけたが、Aの財産管理・処分やYの交友関係をめぐり不和を生じ、別居後AからYに対して離婚訴訟が提起された。Yは、A所有の本件建物で、当初Aの同意を得て、麻雀屋を営業し、離婚問題発生後一時休業したものの、Aからの送金が途絶えたため、Aの承諾のないまま、本件建物で営業を再開した。そこで、AからYに対して本件建物の明渡しが請求され、その後本件建物を贈与されたX (原告—AB間の子) から本件建物の明渡請求がなされた事例。本件では、YによってXの請求が権利の濫用であると主張された。

東京地裁は、「夫婦は、その資産、収入その他一切の事情を考慮して、婚姻

から生ずる費用を分担しなければならないものであるから、夫婦の一方の所有に属する財産について、婚姻を維持するに必要な限度において、相手方は当然にこれを使用することができるものと解すべきであり、その所有者である配偶者は、正当な理由がないのに、他の配偶者の使用を拒むことはできず、このことは、婚姻が事実上破綻し、別居生活をしている場合でも、同様に解するのが相当である」とし、本件では多額の収入・資産を有するAがYに送金しなかったため、生活費を得るためにYが本件建物を使用しているものと判断し、Aにその使用を拒む正当な理由がないこと、Xの請求はAと相談したものであり、Xには本件建物の明渡しを必要とする特段の事情がないことなどを認めて、Xの請求を権利の濫用とした。

⑨東京地裁昭和61年12月11日判決（判例時報1253号80頁）

X女（原告）とY男（被告）は、中華民国からの留学生で、来日中の昭和54年11月に婚姻した夫婦であり（XY間に子A女がいる）、Xの父が出捐した金銭で本件建物を購入して同居を始めたが、Yの猜疑心、嫉妬心からXY間でけんかが絶えず、しばしば離婚の合意をする状態であり、昭和59年9月以降、Yの脅迫、虐待を機に、XはAとともに本件建物を出て、Yと別居し、その後、XからYに対して本件建物の明渡請求がなされた事例。

東京地裁は、「夫婦の一方の同居請求（民法752条）に対して、他方に同居を拒む正当事由がある場合には、その者は、同居拒絶権を行使できるものと解されるところ、相手方の脅迫、虐待等、相手方の責めに帰すべき事由によって婚姻生活が完全に破綻し、以後の同居の継続が困難である事由の存する場合にはこのような正当事由があるものと認められる」とし、本件の場合、XYの別居原因がYの猜疑心・嫉妬心によるXへの執拗な心理的・肉体的圧迫、脅迫にあること、XYが別居状態にあり、しばしば離婚の合意をしていたことを考え併せて、XY間で今後円滑な夫婦生活が期待できないことから、Xの同居拒絶に正当理由がある（Yに本件建物の占有権限はない）として、Xの請求を認容した。

⑨東京地裁昭和62年2月24日判決 (判例タイムズ650号191頁)

X男 (原告) とY女 (被告) は、X所有の本件建物で同居していた夫婦であるが、粗暴なYとの同居に耐えられなくなったXが、本件建物から出てYと別居した後、離婚訴訟を提起して、それとともにYに対し本件建物の明渡しを請求した事例。

東京地裁は、「夫婦が明示又は黙示に夫婦共同生活の場所を定めた場合において、その場所が夫婦の一方の所有する家屋であるときは、他方は、少なくとも夫婦の間においては、明示又は黙示の合意によつて右家屋を夫婦共同生活の場所とすることを廃止する等の特段の事由のない限り、右家屋に居住する権限を有すると解すべき (である)。…Xは、夫婦別産制を盾に取り、夫婦の一方が他方の特有財産に対する関係は原則として一般の法的関係が適用される旨主張するが、仮に右の主張が一般論としては妥当するとしても、本件においてXのいう特有財産なるものは夫婦がその共同生活の場所と定めた家屋であつて、ことは夫の特有財産たる右家屋に妻が居住する権原を有するか否かであるから、その場合にもなお妻に賃借権、使用借権等の一般的な占有権原を有すること要求するXの右主張は、独自の見解であつて採用するに由ないというべきである」とし、本件土地建物がXによつて婚姻後の夫婦共同生活の本拠とすべく購入されたものであること、およびXYが本件建物に約4年間同居したことなどから、Yには本件建物に居住する権原があると述べて、Xの請求を棄却した。なお、東京高裁決定のYへの婚姻費用分担額月額20万円がYには十分すぎる額であるため、Yに本件建物を無償で占有する権利はないというXの主張に対して、東京地裁は、右婚姻費用額が本件建物へのY居住を前提に判断されているとして、Xの主張を認めなかった。

⑩徳島地裁昭和62年6月23日判決 (判例タイムズ653号156頁)

X女 (原告) とY男 (被告) は、昭和57年6月に婚姻した夫婦であり、Xは長年婦人服の仕立業を営み、Yは不動産業の手伝いや紳士服仕立業を営んで、X所有の本件建物に同居していたが、婚姻後しばらくしてYが仕事もせず小遣

い金をXにせびるため、Yに愛想をつかしたXが実兄に相談したところ、YはXに暴力を振るい、Xの営業を妨害するようになったことから、Xが本件建物を出て、離婚訴訟を提起するとともに、Yに対して本件建物の明渡しを請求した事例。本件では、Yが同居義務を根拠に明渡請求を拒むのに対して、Xが婚姻破綻を主張して対抗した。

徳島地裁は、「民法752条は夫婦の同居義務を定めているが、右は多分に倫理的、道徳的な側面を有するとともに、夫婦として居住の場を同じくし、協力、扶助の夫婦共同生活の実をあげることにその趣旨があり、特定の場所についての占有権限を直接に根拠づけるものではない。…しかし、夫婦の一方が所有権に基づいて所有権のない他的一方に対して明渡しを求める場合、右明渡しを求める住居がそれまでの夫婦共同生活の本拠であつたときは、法律上の婚姻関係が存続している以上、明渡し請求を正当とすべき特段の事情がない限り、他の一方は右民法の定める夫婦の同居義務を根拠に明渡しを拒むことができると解すべきであり、右婚姻が実質的に破綻しているというだけでは直ちに明渡しを求める理由となし得ないというべきである」と述べ、本件では、XY間の婚姻がなお存続しているものの、すでに破綻していることを認め、①YによるXの営業の妨害や暴力がYの居住で今後も反復継続される蓋然性がきわめて高いこと、②本件建物がXの営業と生活に欠かせないのに対して、Yが本件建物から離れても自ら生活を支えられることが、前述の明渡請求を正当とする特段の事情にあたるとして、Xの請求を認容した。

⑨東京地裁平成元年6月13日判決（判例時報1347号58頁）

X男（原告・反訴被告）とY女（被告・反訴原告）は、昭和51年2月に婚姻をした夫婦であるが、XはYと同棲直後から暴力を振るい、Yが通院加療を要する傷害を負うことがしばしばであった。そのような中で、Xと養子縁組をしたA男B女のB所有土地上にYが本件建物を建築し、XYとBが居住したが、Xの暴力が激しいこと、またXがBに対して財産の出捐を要求するようになったため、YはBとともに本件建物を出て、離婚を決意し、Yの贈与を理由にX

が提起した本件建物の共有持分権の移転登記請求に対し、反訴として、Xに対して本件建物の明渡請求をした事例。

東京地裁は、「YとXとは、現在離婚訴訟が係属中であるとはいえ、依然として婚姻関係にある夫婦であることは前記認定のとおりであり、そうだとするとXとYとは法律上の同居義務を負っていることになる」として、Yの反訴請求を棄却した（Xの請求も棄却した）。

①東京地裁平成3年3月6日判決（判例タイムズ768号224頁）

X女（原告）とY男（被告）は、昭和63年8月に婚姻した夫婦であり、その2年前からXが相続持分を売却して購入した本件建物に同棲していたが、本件建物で開業した喫茶店の売上金を無断で持ち出すなどYの金遣いが荒く、また夜遊びも激しかったことから、X Y間で争いが絶えず、XがYの暴力を避けるため、前記店舗を一時閉店の上、本件建物から退去した後、生活費の不足分を本件建物の賃貸などで補う必要に迫られたことから、Yに対して本件建物の明渡しを請求した事例。Yは、Xと別居後、前記店舗を再開して、店の積立金を使い込み、本件建物に友人および内縁の妻を居住させた。

東京地裁は、「右に認定したとおりXとYとは平成元年11月13日以降別居状態にあることからしてその間の婚姻生活は既に破綻状態にあるものと認められ、今後の円満な婚姻生活を期待することはできないものといわざるを得ず、しかも、右に認定した事実によれば右婚姻生活を破綻状態に導いた原因ないし責任は専らYにあることが明らかというべきである。…以上の認定判断に徴すれば、本訴においてYが本件建物についての居住権を主張することは権利の濫用に該当し到底許されないものといわなければならない」と述べて、Xの請求を認容した。

（b）夫婦間明渡請求判例の特徴

夫婦間明渡請求各判例の特徴は、以下列举したとおりである。すなわち、

①判例では、①夫婦は相互扶助原則から、同居の権利を有し、当該不動産を

使用する権限を有すること、および②その権限は婚姻解消まで続くことが述べられている点、㉔判例では、同居・協力・扶助義務にもとづき非所有配偶者の占有・使用が認められると述べられている点、①判例では、夫婦その他の親族間における不動産無償使用の根拠が使用貸借関係にあると述べられている点、㉕判例では、①当事者の関係が重婚的内縁関係でも法律婚に準じた取り扱いを受けること、および②収去請求の対象とされた不動産に居住する当事者の居住の確保が同居・協力・扶助義務にもとづき考慮されている点、㉖判例では、破綻の危機に瀕した夫婦間でも、婚姻継続中であれば、同居・協力・扶助義務にもとづき明渡請求が認められないとされている点、㉗判例では、①非所有配偶者の占有・使用の根拠が婚姻費用分担義務に求められていること、そして②その占有・使用の範囲を婚姻維持に必要な限度とし、所有配偶者は正当な理由がなければ使用を拒むことができないこと、および③その占有・使用は婚姻破綻の有無にかかわらないことが述べられている点、㉘判例では、所有配偶者に同居拒絶の正当理由がある場合には、非所有配偶者に占有・使用権限がないとされている点、㉙判例では、非所有配偶者の占有・使用の根拠が使用貸借ではなく、夫婦の合意に求められている点、㉚判例では、①同居義務が非所有配偶者の占有・使用権限の直接的な根拠ではないこと、および②明渡請求対象不動産が夫婦共同生活の本拠である場合、破綻の有無にかかわりなく、非所有配偶者は同居義務を根拠に明渡しを拒むことができると述べられている点、㉛判例では、離婚訴訟係属中でも、婚姻中は同居義務があるため、明渡請求はできないと述べられている点、㉜判例では、婚姻破綻につき有責な非所有配偶者の居住権主張は権利濫用になると述べられている点である。

## (2) 夫婦間明渡請求判例の分析

前述の各判例の特徴から、その傾向は以下のようにいうことができると思われる。すなわち、

㉑～㉜判例に共通することは、非所有配偶者の占有・使用の根拠を同居・協



力・扶助義務に求めていることである。<sup>(7)</sup>夫婦間の同居・協力・扶助義務は、婚姻中であれば存在し、所有配偶者はその義務にもとづいて非所有配偶者に当該不動産の占有・使用を許すことになるため、所有配偶者の当該不動産に対する明渡請求は婚姻継続中認められず (①④⑤判例はこのことを述べる)、またこの請求が認められるためにはそれら義務を拒否する正当事由の存在が必要になる (①④判例など)。それは、一見非所有配偶者に当該不動産に対する占有・使用権限を、同居・協力・扶助義務にもとづいて認めているようにも思われる (①判例は認めている) が、④判例はこれを否定する。これをどのように考えればよいか。また非所有配偶者に当該不動産の占有・使用権限を認めるという考え方でなくても、所有配偶者の権利行使を否定することができるのか。これについては (その他の方法で所有配偶者の権利行使を否定するには)、権利濫用禁止の法理にもとづいた考え方をしなければならないのではないと思われる。この場合の非所有配偶者の利益は、居住の確保であり、その利益を権利濫用禁止の法理の考え方により保護するためには、社会一般の観念に照らして、その利益保護が当然であるという結論を導かなければならない (もちろんこのことは、権利の濫用が争われていない事例などにも、権利濫用禁止の法理を直接用いることを想定しているわけではなく、権利濫用禁止の法理の考え方をを用いることを意味する)。<sup>(8)</sup>夫婦間の同居・協力・扶助義務は、法的義務であって、社会一般の観念ではないが、これに類似したものと考え、これを所有配偶者の明渡請求に対照させて非所有配偶者の利益保護をはかることは可能であると思われる。とくに非所有配偶者の居住の確保が問題となる場合、判例もそのように考えて判断しているのではないか (たとえば、③判例など)。<sup>(9)</sup>

### (3) 夫婦間の明渡請求をめぐる議論

夫婦間の明渡請求をめぐるのは、非所有配偶者の占有・使用の根拠に関して、学説上、見解が分かれている。夫婦にかぎらず親族間における無償の不動産の占有・使用は、「親族という紐帯を基礎として設定される所の、すぐれて扶養

的機能をもった対等の対価関係がない使用関係<sup>(10)</sup>」であるため、その法的根拠については、どうしても身分関係にもとづくとする見解と、使用貸借にもとづいた関係とする見解に分かれてしまう。非所有配偶者の占有・使用の根拠に関する見解は、以下のとおりである。すなわち、

①非所有配偶者の占有・使用関係について、親族的扶養の要素がきわめて濃いことから、賃貸借ないし使用貸借上の法律関係にもとづくものではなく、同居義務にもとづいて共同生活のため不動産管理を委託している関係とみる見解<sup>(11)</sup>（以下、①見解という）、②夫婦の相手方所有財産を生活の本拠として使用する場合、配偶者としての地位には、相手方の使用許諾を条件とする無償の使用権限が内包されているとする（配偶者としての法律上の地位がその使用権限の根拠とする）見解<sup>(12)</sup>（以下、②見解という）、また③非所有配偶者の居住権について内容・効力を定めた直接の明文規定がないことから、当事者が夫婦で同居・協力・扶助義務および配偶者の身分を有し、目的物が夫婦共同生活の本拠であること、さらに使用の様態が単独使用ではなく、共同使用である場合に、夫婦共同生活の特殊性に反しない限度で、使用貸借の規定を適用しようとする見解<sup>(13)</sup>（以下、③見解という）、④非所有配偶者の使用関係について、使用貸借と構成しないと、夫婦離婚後の財産分与請求期間（民法768条2項）経過後、権利者はいつでも占有の回復を求めることができ、使用者は無権原の善意占有者として使用物の賃料相当額の不当利得・損害賠償を請求される不都合があることを説く見解<sup>(14)</sup>（以下、④見解という）がある。またこの他、親族間の土地無償使用に関するものであるが、⑤無償使用を使用貸借関係ととらえるものの、その間に扶養義務がある場合には扶養義務履行の方法と見る見解がある。⑥①見解は、非所有配偶者の占有・使用の根拠を使用貸借に求めるものではなく、「夫婦関係の本質と社会通念を基礎とするもの」と考える見解であり、その考えは、前述の①～④判例に一致するものである<sup>(15)</sup>。これに対して、⑦④見解は、非所有配偶者の占有・使用権原について、明文の規定がない不都合を説いて、その根拠を使用貸借に求めるものである<sup>(16)</sup>。非所有配偶者の占有・使用の根拠を権限<sup>(17)</sup>

として、同居・協力・扶助義務に求めた場合、それら義務が多分に倫理的・非物質的側面に重点を置いた義務と考えるかぎり、特定の場所の具体的占有権限を根拠づけるには十全なものとはいいがたいし、その根拠を使用貸借に求めても、非所有配偶者の無償利用が元来生涯にわたり継続すべき利用関係と考えるかぎり、使用貸借のようにあらかじめ返還義務を内包する貸借契約とは無償利用の構造を異にするので、やはり無理がある。そもそも夫婦の法定財産関係は、生活費支出などについて夫婦相互の財産的な出捐を求める婚姻費用分担（民法760条）、一方の特有財産であっても処理の対象として考える財産分与手続き（民法768条）、対外的な夫婦の連帯責任を規定する日常家事債務の連帯責任（民法761条）に見られるように、婚姻共同生活維持の範囲で考えられる。そうであれば、非所有配偶者の占有・使用は、対外的に（夫婦の対外関係では）使用貸借ととらえられても（たとえば、日常家事債務の連帯責任も、対外的には代理関係としてとらえられている）、夫婦の内部関係では婚姻共同生活維持のための婚姻費用分担、さらには同居・協力・扶助義務の履行方法として考えられる。<sup>(20)</sup> あえて、その占有・使用を認める根拠を権限として位置づけるのであれば、それは、夫婦の合意にもとづくもの<sup>(21)</sup>と考えたほうが理解しやすいと思われる。すなわち、婚姻共同生活の維持を前提とするかぎり、非所有配偶者の占有・使用の権限は、婚姻中の配偶者の財産的出捐や協力寄与を反映しているものとする考え方も<sup>(22)</sup>傾聴に値するが、むしろ住居の決定が夫婦の協議（合意）にもとづくことを<sup>(23)</sup>考えれば、夫婦の合意にもとづくとしたほうが素直な解釈ではないか。

## 6. まとめ

本件は、共有物分割請求の事例であるが、共有者Yの分割後の状況を考えるかぎり、非所有配偶者の居住の確保が問題とされる夫婦間の明渡請求の事例に類似したものといえる。しかも、共有者の居住確保のために同居・協力・扶助

義務に言及する本高裁判決の判断の構成が、同居・協力・扶助義務にもとづいて明渡請求の認否をする判例の判断の構成に似ている。そこから、本高裁判決は、Yの居住を確保するため、同居・協力・扶助義務にもとづき明渡請求の認否を判断する判例のように、それら義務に言及したのではないか。

これらのことを前提に、これまでの検討結果をまとめると、以下のようにいえるだろう。すなわち、本高裁判決は、分割請求の権利濫用性有無の判断基準として、分割請求が①共有関係の目的・性質に沿うか否かという基準（以下、①基準という）と、②同居・協力・扶助義務の履行に沿うか否かという基準（以下、②基準という）の2つの基準を併せ持つ構造になっていると思われる。そして本高裁判決は、その内容を見るかぎり、①基準→②基準という順序で判断しているのではないか。今後も、夫婦間で婚姻生活にかかわる共有物の分割請求がなされた場合、判例においては、上述の①②基準および①基準→②基準という順序で判断がなされる可能性がある（①②の基準および①基準→②基準の順序にしたがって考えるかぎり、夫婦の婚姻住居である不動産が夫婦の共有とされた場合、その不動産に居住する夫婦の一方が他に居住場所のない状態であれば、他方からの分割請求は、おそらくたいていの場合において、権利の濫用として否定されることになるだろう）。

それでは、原審判決がXの分割請求を認容したのはなぜか。それは、本件不動産に対するYの居住の利益が、Xの請求ばかりでなく、担保権の実行によっても害される可能性が重視されたことによるものであって、そもそもXの分割請求によってYの利益が害されないという考えに立てば、①基準をつかってXYの利益を比較衡量する必要もないことになる（原審判決では、分割請求によるYの不利益は考慮されていない）。そこから、原審判決は、Xの請求を認容したものと思われる。すなわち、本高裁判決と原審判決における結論の相違は、本件不動産に対するYの利益をどのように考えるのかという視点の違いによるものだろう。XYの離婚が成立すれば、本高裁判決も述べるように、本件不動産は離婚財産分与手続きにおいてY単独取得の可能性がある。そのことを考え

るかぎり、将来の担保権実行によりYの居住の利益が害されるかもしれない可能性を根拠に、Xの請求を認容した原審判決の判断は、早計であるといわざるを得ないのではないか。以上のことから、本高裁判決は、本件不動産が婚姻生活の本拠であることを慎重に考慮し、従来判例の傾向を汲みつつ、適切に判断した妥当な内容といえる。

[注]

- (1) 大阪地裁堺支部平成16年12月13日判決 (判例時報1983号86頁)。
- (2) 近江幸治『民法講義 I (民法総則) 〔第5版〕』(成文堂、第5版、2005年) 21頁参照。
- (3) 近江・前掲注(2) 21～22頁参照。
- (4) 前田陽一「本件判評」私法判例リマークス35号(2007年7月) 71頁参照。関連判例の検索は、この論稿を参考にさせていただいた。
- (5) ④判例では、共有関係に至る事情の考慮、また⑤判例では、共有不動産に共有者を居住させる義務が分割請求者にあるかどうかの考慮が、分割請求を共有関係の目的・性質に对照させる考慮と同じ趣旨と考えられる。
- (6) 共有不動産の使用価値・交換価値が分割によって減少しないとの⑥判例の判断は、共有関係の必要性に言及するものであって、その意味で⑦判例においても共有関係の目的・性質が考慮されたといえる。
- (7) ⑤判例だけが、非所有配偶者の当該不動産占有・使用の根拠を婚姻費用分担義務に求めるが、その判断は非所有配偶者が本来夫婦の他方が負担すべき生活費(婚姻費用)を得るため、当該不動産を使用していたという事情を考慮したもので、非所有配偶者の占有・使用の根拠についての判例の判断は、同居・協力・扶助義務で一致しているものと思われる。また①判例では、当該不動産の使用権限が夫婦間だけではなく、第三者のかかわる可能性のある地上権かどうかで争われたため、①判例は当該不動産の占有・使用の根拠を同居・協力・扶助義務ではなく、対第三者的な意味で債権法上の使用貸借に求めたのではないか。
- (8) この論理については、近江・前掲注(2) 21頁参照。
- (9) 夫婦間の同居・協力・扶助義務は、たぶん道義的・倫理的な義務とされる(前掲⑤判例、岡本詔治「婚姻破綻と非所有配偶者の「居住権」」法律時報65巻1号(1993年1月) 103頁など参照)ので、社会一般の観念に近いものとしてとらえることも可能ではないか。
- (10) 田村精一「親族間の不動産利用関係」松坂佐一・西村信雄・舟橋諄一・柚木馨・石本雅男先生還暦記念『契約法大系Ⅲ(賃貸借・消費貸借)』(有斐閣、初版、1962年) 305頁。
- (11) 高島良一『判例借地・借家法(上)(第4版)』(判例タイムズ社、第4版、1966年) 152頁参照。

- (12) 鈴木潔『最高裁判所判例解説（民事篇・昭和35年度）』（法曹会、1960年）415頁参照。
- (13) 玉田弘毅「判批」民商法雑誌52巻5号（1965年8月）46～47頁参照。
- (14) 加藤永一＝鈴木ハツヨ「判批」民商法雑誌44巻6号（1961年9月）61～62頁参照。
- (15) 鈴木禄弥『借地法（上巻）（現代法律学全集14）』（青林書院新社、1971年）148～150頁参照。
- (16) 鈴木・前掲注（12）415頁。
- (17) 岡本・前掲注（9）101頁参照。
- (18) 岡本・前掲注（9）103頁参照。
- (19) 岡本・前掲注（9）103頁参照。
- (20) 非所有配偶者の占有・使用は、明確な権限にもとづくものではなく、婚姻費用分担、さらには同居・協力・扶助義務の履行方法（義務の一環）として考えられるのではないか（鈴木・前掲注（15）148～150頁参照）。これについては、例えば、離婚後の非所有配偶者の占有・使用に関して、非所有配偶者と同居するところの子に対する所有配偶者の扶養義務を根拠とするイギリス法の考え方が参考になると思われる（*See* Lowe, N. and G. Douglas, *Bromley's Family Law*, p.1051（10th ed. 2007）.）。
- (21) 前掲㊟判例、および岡本・前掲注（9）103頁参照。
- (22) 南方暁「夫婦財産制と妻の居住の利益」内山尚三・黒木三郎・石川利夫先生還暦記念『現代民法学の基本問題Ⅱ』（第一法規、1983年）143～144頁参照。
- (23) 泉久雄『親族法』（有斐閣、初版、1997年）92頁参照。

(2008年1月31日脱稿)