

離婚財産分与と使用借権の設定

櫻 井 弘 晃

財産分与申立審判に対する即時抗告事件、平15（ラ）32号、名古屋高裁平成18年5月31日決定－変更（確定）（家裁月報59巻2号134頁）

1. 事実の概要

(1) 事実

X（申立人・抗告人）とY（相手方）は、平成11年6月4日に協議離婚をした夫婦である。

YはXと離婚後、平成13年12月にA女と婚姻し、〇〇市△△区の賃借住宅で生活するようになったが、その後、Yは、平成15年3月に〇大学を退職して、Aとともに△〇県〇△市内に転居し、現在、△大学教授として勤務している。

これに対して、Xは、離婚後、長女（昭和61年生）、二女（昭和63年生）および長男（平成6年生）とともに、婚姻中にYと共有名義で購入したマンション（以下、本件マンションという）に引き続き居住し、近所のケーキ店、飲食店でアルバイトとして働いたが、平成14年6月ころ、勤務先の飲食店が閉店することになり、失職したため、翌7月から、準社員としてフルタイムで会社勤務をするようになり、現在に至っている。なお、平成14年12月27日には名古屋家庭裁判所において、未成年者らの親権者をいずれもYからXに変更する旨の審判がなされており、長女は平成18年×月×日をもって成人に達し、二女は高校3年生、長男は小学校6年生である。

また本件マンションは、婚姻中に購入された夫婦共有財産といえるものであるが、本件マンションには住宅ローンを被担保債務とする抵当権が設定されて

おり（以下、本件住宅ローンという）、清算時点（離婚をした日（原審第1回審判期日でのXYの合意））における本件住宅ローンの残債務額2383万4453円は、本件マンションの平成12年度固定資産評価額を上回っているため、固定資産税評価額にもとづく評価（本件マンションの評価に関する原審第5回審判期日でのXYの合意）によれば、本件マンションの実質的な財産価値はない。

本件は、XからYに対し、離婚後の財産分与として1900万円（2000万円（清算的財産分与1000万円および慰謝料的財産分与1000万円の合計額）から既払額100万円を差し引いた額）の支払いならびに本件マンションなどについて長男が成人するまで（15年間）の使用借権の設定を申し立てた事案である。

原審（名古屋家裁）は、財産分与として、Xへの慰謝料的（財産）分与を考慮するのは相当でないと判断するとともに、扶養的財産分与として、XとYとの間に、平成16年3月31日まで本件マンションに対するXの使用借権を設定し、さらにYに対して本件マンションからのXの転居費用等100万円の支払いを命じたが、Xはこれを不服として名古屋高裁に抗告した。

(2) 名古屋高裁判旨

名古屋高裁は、清算的財産分与として、①本件マンションのX共有持分（6分の1）をYに分与すべきとするとともに、②出版物の著作権、印税収入の120万円、③△銀行（当時）〇〇支店のY名義定期貯金70万円、④子名義の普通預金・定期預金の合計71万265円、⑤Y名義の〇〇株式（時価50万8000円相当）の対象財産の合計額311万8265円の2分の1である155万9132円のうち、既払額100万円を除いた55万9132円をYからXに分与すべきとしたが、慰謝料的財産分与については、慰謝料請求を基礎づける事実が認められないことを理由に否定した。扶養的財産分与については、「夫婦が離婚に至った場合、離婚後においては各自の経済力に応じて生活するのが原則であり、離婚した配偶者は、他方に対し、離婚後も婚姻中と同程度の生活を保証する義務を負うものではない。しかし、婚姻における生活共同関係が解消されるにあたって、将来の

生活に不安があり、困窮するおそれのある配偶者に対し、その社会経済的な自立等に配慮して、資力を有する他方配偶者は、生計の維持のための一定の援助ないし扶養をすべきであり、その具体的な内容及び程度は、当事者の資力、健康状態、就職の可能性等の事情を考慮して定めることになる。本件各記録によれば、Xの勤務先における給与収入は平成15年において年間約210万円であった（時給制で賞与はない。）こと、他に社会保障給付として4か月毎に、市の遺児手当が4か月に一度未成年者ら3人分で合計3万4800円（月額8700円）、県の遺児手当が合計5万4000円（月額1万3500円）、市の児童扶養手当が合計11万6680円（月額2万9170円）の給付を受けており、平成15年の月額収入は、給与収入、Yからの養育費及び上記社会保障給付を合わせて平均約41万円であったこと、そして、Xの毎月の支出は、子供の学費等を含めて月額約37万円程度であるが、自動車税及び自動車保険料に加え、本件マンションの老朽化に伴う室内修繕費（例えば、平成16年4月にはトイレ修繕費として12万6000円を負担している。）、二女の入学諸費用等の臨時出費をも踏まえると、Xの平成16年の年間収支は概ね同額程度であること、他方、Yの収入は、平成15年において年間約1170万円（妻の収入も合わせた世帯収入は約1560万円、いずれも税込み）であるが、自らの生活費以外に未成年者らへの養育費、本件マンションのローン返済だけでも月額30万円以上を負担しており（ローン返済は月額返済とは別に、さらに年2回各約41万円を負担している。）、大学教授としての職業上の必要経費も一定程度見込まれることが認められる。以上の事実を前提にすれば、XとYとの収入格差は依然大きいものの、Xは、社会経済的に一応の自立を果たしており、また、その収支の状況をみても、外形上は、一定の生活水準が保たれているかのようなのである。…しかしながら、Xの上記収支の均衡は、住居費の負担がないことによって保たれているということができ、〔本件各記録によれば、養育費審判においても、Yの基礎収入において、本件ローンとして月額19万7094円、その共益費として月額1万8705円及び固定資産税として月額1万0742円などが差し引かれて計算され、その結果、未成年者3名

の養育料を合計18万9000円として、Yが本件マンションに関する費用を負担することを前提に未成年者らの養育費が算定されている。)、X及び未成年者らが居住できる住居(ある程度の広さが必要であり、そうとすれば賃料負担も少なくない。)を別途賃借するとすれば、たちまち収支の均衡が崩れて経済的に苦境に立たされるものと推認される。そうすると、本件においては、離婚後の扶養としての財産分与として、本件マンションを未成年者らと共にXに住居としてある程度の期間使用させるのが相当である。加えて、前記のとおり、XがYからの離婚要求をやむなく受け入れたのは、その要求が極めて強く、また本件文書において一定の経済的給付を示されたからこそであると推認され、上記給付には、Xが未成年者らを養育する間は家賃なしで本件マンションに住めることが含まれており、この事情は扶養的財産分与を検討する上で看過できないこと(もっとも、本件文書の内容からすると、Yは、Xが未成年者らを養育する期間を離婚後4年間程度と想定していたものと解されるが、それは、その時点におけるYの見通しを示したものであるというべきであって、離婚から3年半後の平成14年12月27日に、未成年者らの親権者をYからXへと変更する審判がなされ、これが確定したことにより、上記期間は4年を超える相当程度の長期間となったのであるから、上記離婚の経過等に照らせば、Yにおいても、Xが4年を超える期間を家賃なしに本件マンションに居住することを受忍すべきものである。)、前記のとおり、Xは、本件マンションの購入費用を含めて合計1000万円に近い持参金を婚姻費用として提供しており、これらは、夫婦共有財産としては残存しておらず、具体的な清算の対象とはならないものの、上記金額に照らすと、分与の有無、額及び方法を定める「一切の事情」(民法768条3項)のひとつとしてこれを考慮するのが相当であること、未成年者らの年齢〔殊に、平成18年×月×日をもって長女は成年に達し、平成19年3月には二女も高校を卒業する。〕、その他、以上で認定した諸般の事情を総合すると、扶養的財産分与として二女が高校を、長男が小学校を卒業する時期(離婚から約8年を経過した時期)である平成19年3月31日まで本件マンションについてYを貸主、X

を借主として、期間を離婚成立日である平成11年6月4日から平成19年3月31日までとする使用貸借契約を設定するのが相当というべきである（もっとも、上記契約は使用貸借契約であり、また、それは扶養的財産分与であるから、使用が確実に確保される必要があることなどの事情を踏まえ、共有持分全部移転登記手続は、上記使用貸借期間終了時においてこれを行うとするのが相当である。）。そして、養育費申立ての審判におけるYの基礎収入の算定において、共益費の負担が考慮されているが、共益費、光熱費及び駐車場使用料をXの負担とすることは、Xもその申立の趣旨に掲げており、上記各費用の性質に照らしても、現実に本件マンションを使用するXの負担とするのが相当である。…これに対し、Yは、未成年者らに対し十分な養育費を支払っており、この上本件マンションに使用借権を設定することはXに不当な利益を与えるものであり、離婚後におけるYの将来にわたる収入をも財産分与の対象とするものであって、不当であると主張する。…確かに、Xのために本件マンションの使用借権を設定することは、未成年者らの養育ないし利益の側面を否定できないが、他方で、Xの離婚後の生計の維持にとって必要であることは前記のとおりである（しかも、Xが親権者として未成年者ら3名を監護扶養する以上、そのような負担を負ったXの離婚時の扶養の側面と上記未成年者らの利益等は、事実上も峻別できない。）。そうすると、これをもってXに不当な利益を与えるとはいえず、また、離婚後におけるYの将来にわたる収入をも財産分与の対象とするものでもない。…上記を前提とすると、Xは将来転居の必要が生じるところ、本来、その費用は、離婚後の自助努力によるべきところであるが、Xの前記生活状況等及び前記（原審判）のとおり、Yの転居費用が婚姻費用によって賄われたことなどをも考慮し、その一部50万円をYからXに分与させることとし、前記…の清算的財産分与の清算額55万9132円に加算して、合計105万9132円を分与するのが相当である」と判示した。

2. 問題点

本高裁決定は、離婚財産分与（以下、離婚財産分与あるいは財産分与という）として不動産に使用借権を設定した数少ない判例であり⁽¹⁾、その点に特色がある。したがって本高裁決定の問題点は、財産分与として使用借権を設定することの可否およびその判断の妥当性である。本稿は、この点を検討することを目的とする。

3. 判例の傾向

離婚財産分与と不動産利用権（賃借権、使用借権など）がかかわる判例としては、①財産分与として不動産に対する利用権設定の可否が争われた判例と、②不動産利用権そのものを財産分与の対象となしうかが争われた判例にわかる⁽²⁾。本高裁決定は、本件不動産に使用借権の設定を認めるかどうか争われているので、①判例に属するものである。以下、①②判例を概観してみる。

① 財産分与として不動産に対する利用権設定の可否が争われた判例

①a 浦和地裁昭和59年11月27日判決（判例タイムズ548号260頁）

ギャンブルによる借金をつくり、妻X（原告）の収入に頼った生活を送る夫Y（被告）に対して、Xから離婚および財産分与として金400万円の支払いのほか、Y名義の建物（以下、本件建物という。本件建物とその敷地は2100万円の購入価格で、購入資金はY名義のローン借入れ（約1420万円）とXの父の支出（200万円を下らない）、XY双方の収入による支出である。Xが1階部分を使いピアノ教室を経営し、Xがローンの相当額を返済している）に賃借権の設定を求めた事例（そのほかXは、XY間の長男の親権者をXとし、長男の養育費の支払いをYに求めている）。

浦和地裁は、XY間の離婚とYに対する長男の養育費支払いを認めるととも

に、「財産分与については、数年間にわたりXの収入で概ね一家の生計を支えてきたこと等を考慮し、清算の意味でYからXに対し金400万円の支払いを、また無責のXの今後の生活のためには当分の間本件建物の利用を不可欠と認め、…（筆者注—期間は離婚の日から昭和70年6月12日までで、賃料は月額6万円）の約定で賃借権の設定分与をさせるものと定め、Yに右金銭支払及び賃借権の登記手続を命じた。

⑥ 東京高裁昭和63年12月22日判決（判例時報1301号97頁）

躁鬱病に罹患して入退院を繰り返し、妻X（原告、被控訴人）に乱暴を働く夫Y（被告、控訴人）に対して、Xから離婚と財産分与が求められた事例。なお、XYの生計費、XY間の子らの学資・結婚費用、財産分与の対象となったXYの自宅母屋（本件建物の保存登記はX名義である）および店舗（この店舗の営業についてXは他人に委託し、月額約8万円の収入を得て、生計の一助としている）の建築資金、Yの治療費の一部は、Y所有の土地の売却代金によって工面された。

東京高裁は、XY間の婚姻関係が既に破綻しているとして民法770条1項5号にもとづく離婚請求を認めるとともに、財産分与として（清算的な趣旨および慰謝料を含めた財産分与を消極的に解した上で）「Xの離婚後の扶養的な趣旨をも考慮に入ると、YがXに対して分与すべき財産としては、Xが相続土地の売却により取得した代金の残りのほか、X名義で保存登記がなされているが、実質的にはYの所有である自宅の母屋…及び店舗…をXに分与し、かつ、各建物の敷地に対する利用権を設定すれば十分というべきであって、右母屋の敷地…については、Xが居住することを考慮して、Xが生存中はこれを無償で利用し得る使用借権を、また、店舗の敷地…については、右店舗の営業利益等を考慮して、XからYに対して対価を支払わしむべく、…（筆者注—期間は本裁判確定の日から20年、賃料は月額3万円）の賃借権を、それぞれ設定するのが相当というべきである」とした。

② 不動産利用権そのものを財産分与の対象となしうるかが争われた判例

㉔ 福岡地裁小倉支部昭和36年7月13判決 (下民集12巻7号1678頁)

土地区画整理事業に伴う換地のため、所有土地 (以下、本件土地という) について換地指定を受けたXら (原告) から賃借権の設定を受けて賃借することになったAが、妻Y (被告) との離婚にあたり、本件土地の賃借権とその土地上の建物を財産分与としてYに贈与したところ、Xより本件土地の賃借権者はAでありYではないとして、建物の収去と本件土地の明渡しが請求された事例。

福岡地裁小倉支部は、夫婦の財産が一方名義の特有財産であっても、実質的には共有財産であり、その財産を清算する財産分与の中核は名義変更であることをあげた上で、「該賃借権については、同人の妻であったYにおいてもまた、その頃潜在的には若干の持分的権利を有していたものであることを、否定し得ないものと考え。そしてその離婚に当り、夫であるAから、同人所有名義の家屋と、その敷地の一部である本件土地部分に関する賃借権とを、財産分与として贈与を受け、取得したというのであるから、その結果として、Yの右潜在的な持分的権利が、Aの潜在的な権利を吸収して、顕在的且つ全一的な権利となり、ここにAに代つて、Yが本件土地部分に関する賃借権者として浮び上つてきたということになる」と述べてAからYへの賃借権の移転は民法612条1項にいうところの「賃借権の譲渡」に該当しないと判断するとともに、相続では「賃貸人であるXらの承諾なくして、当然に賃借権を取得し得るにも拘らず、偶々その相続開始に至らずして、離婚をするのやむなきに至り、しかもその際苦心の末、財産分与として特にその賃借権を取得し得たにも拘らず、その場合には賃貸人の承諾が必要であるということになれば、相続が死後における清算の一方法であり、財産分与が生前における清算の一方法であるという甚だ相似た作用を営む両者の性格からしても、その間における均衡を失することが甚だしいものといわなければならない」として、賃貸人の承諾を要せず、YはXに対抗し得ると述べて、Xの請求を棄却した。

④ 大阪家裁昭和37年10月30日審判（家裁月報15巻 3号150頁）

X女（申立人）とY男（相手方）は、昭和36年に協議離婚をした夫婦であるが、XおよびX Y間の子らの住居である府営住宅の賃借人がY名義となっていたため、XからYに対して財産分与としてこの賃借権の譲渡を求めた事例。なお、X Yの離婚の原因は、Yの怠惰な性格と賭け事による浪費、たびたび家出をしてXらの扶養をしなかったことであり、離婚後、Xは月収約20000円とYの姉の生活援助を受けて子らを扶養しながら、府営住宅の延滞賃料、Yが近所に残した借金を返済している。

大阪家裁は、「Yは、…その所在すら不明であつて、現在の生活状態を詳らかにすることができないが、多分にその資産としては上記賃借権において他に存在するとは想像できないけれども、これが権利は、ほとんど形式的にYの名義があるに過ぎず、実質的にはもつぱらXの努力によつて維持されて来たものである」という事情にもとづき、離婚財産分与としてYからXへの賃借権の譲渡を認めた。

⑤ 東京地裁昭和46年 5月24日判決（判例時報643号58頁）

Y（被告）は、夫Aと協議離婚をするにあたり、財産分与として、AがX（原告）から賃借した土地上の建物を譲り受けたが、土地の無断占有を理由に、XからYに対して建物収去土地明渡しの請求がなされた事例。

東京地裁は、AからYに財産分与として建物の所有権が譲渡された際、土地賃借権も当然に移転したと解するとともに、賃借権譲渡についてXの承諾を得ていなかったことについて「自然人が居住用の建物を建築する目的で土地を賃借した場合には、賃借人は、自己を含む家族の居住権を確保するために家族全員の代表者として契約したものと解するのが相当である。したがって、土地賃借人の同居の家族は、それが契約当時すでに家族という身分を有していたか、その後に家族になったかを問わず、右賃借権の存続するかぎり、賃貸人に対して、賃借権を対抗できるものと言わなければならない。そして、右の事理は賃借人死亡の場合（なかんづく遺族が内縁の妻である場合など）にもあてはまる

が、賃借人が妻と離婚し、地上建物を妻に財産分与として贈与した場合にも妥当するものとする。すなわち、同居の妻に地上建物を贈与したため土地賃借権が妻に帰属した場合には、賃借人である夫が死亡した場合と同様、土地賃借権の移転につき賃借人の承諾がなくても、妻はその賃借権を賃借人に対抗できるものと解する」と述べて、Xの請求を棄却した。

⑥ 福岡地裁昭和46年5月27日判決（判例時報644号75頁）

Y男（被告・反訴原告）は、X女（原告・反诉被告）の父母の婿養子となった後、Xと婚姻し（その後、Xの父母と協議離婚およびXと離婚したが、またその後Xと婚姻をした）、Xの母名義の家屋を賃借してXとともに旅館業を経営したが、訴外A女と情交関係を結んでXと別居するに至ったため、XからYに対して離婚および財産分与の請求がなされた事例（YからもXに対して離婚の反訴請求がなされた）。

福岡地裁は、Yの不貞行為を理由にXの離婚請求を認容して、Yの反訴請求を棄却するとともに、財産分与請求については、XYの別居がすでに5年以上経過していること、および財産分与請求の対象となっている「土地、建物は、現在および将来におけるYの生計の基礎をなす唯一の財産ともいうべきものであって、Yから今これらをあげて取り上げることは、Yの生活を一朝にして覆えし、Yをして露頭に迷わしめる結果を惹起しかねないものであって、Yにとって甚だ酷であること、一方、Xの前記…家屋についての賃借権ならびに同家屋による旅館…についての営業権なるものは、それらの帰属につき、Yとの間において、将来場合によっては訴訟の対象となるかもしれないことが予想されることが明らかであって、これらの事実、…X、Yの離婚の原因がYの不貞行為にあり、その慰料額を金200万円と定めたこと、および…その余の各事実その他一切の事情を考え合わせると、（筆者注—財産分与請求の対象となっている土地および建物）は、そのままYの所有として止めおき、むしろ、Yは、Xに対し、…家屋…賃借権および動産類等旅館営業用財産を含む右家屋による旅館…の営業を譲渡分与すべき」と判示した。

以上概観したとおり、判例は、財産分与として不動産利用権の設定を認めたり、あるいは不動産利用権そのものを財産分与の対象とすることを認めている。その実質的な理由は、①判例については財産分与申立者における今後の建物利用の必要性があげられており、②判例については①判例と同様に、財産分与申立者における建物利用の必要性と、財産分与対象財産が当該利用権に限られることなどがあげられている。またその法的根拠として、①判例では離婚財産分与の扶養的性質があげられており⁽³⁾、②判例では離婚財産分与の清算的性質があげられている⁽⁴⁾（㉔判例、㉕判例は明確ではない）。いずれの判例も、離婚財産分与の法的性質を前提に判断している。

①判例の㉔㉕判例の特色は、財産分与として不動産に賃借権が設定されていることである。この2つの判例の共通点は、賃借権が設定された不動産において、財産分与申立者がピアノ教室や店舗を営んでいることである。こうした営業により財産分与申立者に収入のあることが、賃借権の設定につながった可能性は否定できない。その意味で、㉔㉕判例ともに、離婚財産分与の扶養的性質を前提に当該判断をしているが、財産分与申立者に賃料を支払う余裕がある場合に賃借権を設定している点で、その賃借権設定は実質的に離婚後扶養とはいえない面がある。

なお、賃借権の存続期間について㉔判例は、離婚の日から昭和70年までとして約10年程度を判断し、㉕判例は裁判確定の日から20年としている。㉔判例の10年程度の存続期間は、X Y間の子どもが判決時9歳であったことから、この子どもが成年に達する時期を考慮したものと考えることができる。また㉕判例の20年という存続期間の考慮は、Xが大正13年生まれであることを考えると、Xの生存中（終生にわたり）賃借権を存続させることを前提にしたものと考えられる。その意味では、財産分与申立者に対する扶養が考慮されており、判例はこの点で離婚財産分与の扶養的性質を前提にした判断をしているといえる。

以上のことから、①判例の傾向は、財産分与申立者に収入がある場合、賃借権が設定され、その存続期間は財産分与申立者が現在の生計を維持できる期間

とされていることに求めることができる。

②判例の㉔㉕判例における特色は、財産分与として賃借権を譲渡することが民法612条1項の「賃借権の譲渡」にあたらないと判断するにあたり、財産分与が相続類似の作用をもつということが理由としてあげられていることである。㉔㉕判例の特色は、その判断が、財産分与者にとって賃借権が唯一の財産である場合など、賃借権以外に分与対象財産が特定しにくい場合の判断という点である。

以上のことから、②判例の傾向は、離婚財産分与において賃借権以外に分与対象財産が特定しにくい場合に賃借権が分与されるとともに、貸主の同意がない賃借権の分与の説明にあたっては賃借権の分与が相続における賃借権の承継と類似的性質をもつことがあげられていることに求めることができる。

そして①②判例に共通する傾向は、おおそ財産分与申立者の今後の生活に必要な場合および分与対象財産が不動産利用権以外に特定しにくい場合などに、不動産利用権が設定されていることに求めることができる。

4. 学説の動向

財産分与として、夫婦の一方の財産または共有財産である不動産に利用権を設定することについては、学説上異論がない⁽⁵⁾。その理由としては、この設定が「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」⁽⁶⁾点があげられる。もっとも、この考えに対しては、夫婦財産の清算として利用権を設定したと考えると、利用権の対象不動産は婚姻中において夫婦の一方が取得した（もう一方の寄与がある）財産に限られるとする見解⁽⁷⁾がある。この見解にしたがえば、利用権の対象不動産が夫婦の一方の特有財産である場合、利用権の設定は困難になる。その場合、利用権の設定は、清算の一態様ではなく、扶養の性質を有するものと考えざるを得ない。なぜならば、「扶養的財産分与についてはその性質上一方の特有財産

の分与も可能と解される」⁽⁸⁾からである。したがって、学説上、この利用権設定は、離婚後扶養の意味にとらえられる場合が多い⁽⁹⁾。

また、この利用権設定を離婚後扶養と解することについても、異論がある。すなわち、この利用権が賃借権である場合、対価としての賃料支払義務を賃借人に課するものだから、離婚後扶養の意味ではない⁽¹⁰⁾とするものである。もっとも、「対価の合理性は賃借権の設定それ自体だけでなく、当該財産分与を全体として総合的に評価すべき」⁽¹¹⁾で、たとえばその賃料が本来の利用権の価値よりも少額であったり⁽¹²⁾、財産分与によって譲渡された財産の価値が賃料総額を上回っていれば、利用権設定による財産分与の扶養的意味も残ると考えられる。

なお、利用権そのものを財産分与の対象とすることについては、財産分与の対象が金銭以外の財産でも可能とされ⁽¹³⁾、そのことについて学説上当然のこととされていること⁽¹⁴⁾を考えれば、何ら問題がないことになる。

こうした利用権の設定については、①使用貸借の場合には期限をどうするか、②賃貸借の場合、財産分与の中に含めしめられて賃料は差し引かれるのか⁽¹⁵⁾などの問題が指摘されている。①の問題については、使用貸借契約における借用物返還について返還の時期を定めなかった場合、契約の目的にしたがい使用収益が終わったときに返還すべきことを民法が定めている（民法597条2項参照）こと、および「使用収益の終了」は「使用および収益をするのに足りる期間」と同一基準で考えられる⁽¹⁶⁾ことに鑑みれば、主として利用権設定の必要性を考慮して決められることになるとと思われる。②の問題については、前述の①判例の傾向にあるように、判例は財産分与申立者に収入がある場合に賃借権を設定しているので、實際上、財産分与の中に含めしめられて賃料が差し引かれることはないようである。

5. おわりに

本高裁決定は、前述のとおり、①判例に属するものである。①判例では、財産分与申立者の今後の生活に必要な場合にかぎって不動産利用権が設定されるとともに、財産分与申立人に収入がある場合、賃借権が設定され、その存続期間は財産分与申立者が現在の生計を維持できる期間とされている。本件では、Xに収入があるものの、その生計費収支の均衡は住居費の負担がないことにより保たれている。そこで本件では、Xの生活に必要なものとして不動産利用権が設定されるとともに、その不動産利用権は賃借権ではなく、Xに賃料支払いの余裕がないものとして使用借権が設定されたと考えられる。それは、①判例の傾向にしたがうものである。また使用借権の存続期間については、二女が高校を卒業し、長男が小学校を卒業するまでの時期に設定されており、子どもの成長に伴って毎月の支出が軽減される時期を考慮したものと考えられる。すなわち、その使用借権の終了時期は、住居費の負担があっても、生計費収支の均衡が保たれる時期に設定されたのではないかと考えられる。したがって、その点を考えると、その存続期間について「離婚から第三子が小学校を卒業するまでの間とし、その子が成人に達するまで契約を更新できるか否かについて言及されていないことは、問題である」⁽¹⁷⁾とまでいえないのではないかと考えられる。この存続期間も、①判例の傾向にしたがうものである。

また本件では、利用権として使用借権が設定されたことにより、賃借権の設定のように離婚後扶養の意味があるかどうかで疑義が生じることもない。

本高裁決定は、離婚財産分与としての不動産利用権設定の可否について、判例の流れ、学説の動向に合致するとともに、財産分与者と財産分与申立者との利益衡量のもとに判断されている点で、妥当なものと考えられる。

[注]

(1) 村重慶一「本件判解」戸籍時報614号(平成19年6月)72頁参照。

- (2) 判例の索引にあたっては、右近健男「判研」法律時報61巻10号（1989年9月）125頁、三宅篤子「本件判解」民商法雑誌137巻2号（2007年11月）117～118頁を参考にさせていただいた。
- (3) ④判例は「Xの今後の生活のため」と表現しており、①判例は「離婚後の扶養的な趣旨をも考慮に入れる」という表現をしている。
- (4) ③判例では当該賃借権についてYの潜在的持分が指摘されており、④判例では当該賃借権がXの努力によって維持されてきたことが指摘されている。
- (5) 右近・前掲注（2）123頁、三宅・前掲注（2）118頁など参照。
- (6) 大津千明『離婚給付に関する実証的研究』（日本評論社、第1版、1990年）194頁。
- (7) 佐藤義彦「財産分与としての賃借権設定」判例タイムズ558号（1985年8月）235頁参照。
- (8) 大津千明「判解」判例タイムズ735号（1990年10月）177頁。
- (9) 加藤永一「夫婦の財産関係について（二―完）―夫婦財産の利用関係を契機として―」民商法雑誌46巻3号（昭和37年6月）92頁など参照。
- (10) 佐藤・前掲注（7）234頁参照。
- (11) 大津・前掲注（8）177頁。
- (12) 佐藤・前掲注（7）234頁参照。
- (13) 最高裁昭和41年7月15日判決・民集20巻6号1197頁。
- (14) 高野耕一『財産分与・家事調停の道』（日本評論社、第1版、1989年）193頁など参照。
- (15) 有地亨『新版家族法概論（補訂版）』（法律文化社、新版補訂版、2005年）315頁参照。
- (16) 近江幸治『民法講義V（契約法）（第3版）』（成文堂、第3版、2006年）180頁参照。
- (17) 三宅・前掲注（2）120頁。

（2009年10月4日脱稿）