

夫婦の居住不動産の不当処分に対する配偶者居住権
・信託受益権と詐害行為取消権

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-05-26 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 石尾, 賢二 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00010170

論説

夫婦の居住不動産の不当処分に対する配偶者居住権・信託受益権と詐害行為取消権

石尾 賢 二

はじめに

本稿は、配偶者の居住権の問題と一般的な配偶者居住権保護までの過渡的形態（物権的利用権を認定することが困難である）として詐害行為取消権を利用することができるかという問題を扱う。すなわち、一般的な配偶者居住権保護としての夫婦財産の共有持分権・利用権の認定について、伝統的な解釈論（家事労働の財産的意義、物権法定主義、共有の個人性）と婚姻法改正論、及びそれに関する新たな動きである相続法改正論との関係の問題、さらに配偶者の居住の保護に対する詐害行為取消権の意義と詐害行為取消権制度の伝統的な解釈論との関係の問題を論じ、さらに物権的利用権（信託受益権）の問題を再論するものである（居住の保護については扶養義務において引取扶養を広く認める方法もあるが、利用権（受益権）設定を認めるほうが良い。この意味で本稿では利用権という文言を用いる）。

夫婦の居住不動産について、夫婦がそれぞれどのような権利をどのような根拠によって持つのか問題となる。家族の住居は多様な形態がありうる。すべての居住者に所有者に対抗しうる利用権が認められるわけではない(家族の居住が所有者の処分に優先するわけではない)が、家族である限り何らかの居住権は存し、ある場合にそれは物権的効力を有すると考えられる。このような居住のための物権的利用権が認められるためには合意あるいは財産的寄与が必要と考えられる。利用が認められる形態としては共有に基づく利用として、あるいは何らかの利用権の設定である(共有に基づく利用は持分処分・分割請求を妨げることができないので、さらに合有など共同所有を物的に拘束する目的が認定されなければならない)。

婚姻後に取得した居住不動産(婚姻後に完済されたものを含む)について、例えば、共働きの双方が取得費用を支出している場合の共有のあり方、共働きの一方が支出している場合に共有が認められるか、専業主婦の場合にも共有あるいは居住に対する権利が認められるのか、婚姻前から一方の所有する居住不動産に何らかの利用権が認められるのか、それらについて相続が生じた場合の共有のあり方、利用権のあり方が問題となる。問題となるのは、婚姻中に夫婦の一方が処分した場合、離婚の際に処分した場合、他の相続人が処分した場合などの場合に現に居住している者に何らかの権利が認められるかである。

これらの場合にどのような権利が認められるか、どのように利用が認められるのかについて、共働きの双方が支出している場合の共有持分に基づく何らかの主張が可能であるのか問題となる(一方が不動産取得のための支出し、他方が生活費を支出している場合も同様に持分が認められ得る)。通常の共有は持分処分・分割請求は自由であるが、婚姻中・離婚後もそれでよいのか、何らかの利用権(信託受益権)の主張が可能であるのか問題となる(信託受益権に

おいては物権の効力が認められるとともに擬制信託として黙示の成立も認められうる)。また、夫婦間の債権に基づき(婚姻費用分担請求、財産分与請求、慰謝料請求など)、詐害行為取消権がどのような形で認められるか問題となる。相続の際にこれらの共有持分権、利用権について、他の相続持分に基づく主張に対して何らかの主張が可能であるのか問題となる。また、婚姻制度改正要綱試案、相続法改正中間試案においては配偶者居住権が提案されているが、その性質も問題となる。これらの点について、共有自体を制約的に考えるのか(合有)、利用権の物権的効力が認められるのかである。

以上の問題について、基本的には合意あるいは財産的寄与に基づく黙示の合意に基づくものと考えられる。しかし、配偶者の居住不動産に対する利用権が広く認められることはないように思われる(特に物権的利用権)。したがって、その根拠が明確にされなければならない。

他方、夫婦財産処分に対して詐害行為取消権を行使する事例もみられる。本稿は、配偶者の利用権の問題について、詐害行為取消権事例をモデルとして考察する。

配偶者の利用権問題について詐害行為を考察することは、不動産の二重売買の際の詐害行為取消権主張を考察することと同様の問題でもある。³⁾例えば、二重譲渡事例において、後の譲受人が先に対抗要件を備えた場合は、その者が背信的悪意者でない限り優先するが、特定物債権が最終的に履行不能による損害賠償債権に転化するものであるために、善意を立証できない受益者に対して詐害行為取消権が認められる。この場合に取消後に再度、特定物債権を主張できるか争いがあると考えられるが(取消訴訟において直接の移転登記請求は認められていない)、認められる場合には実質的に対抗問題を回避することができる。対抗問題自体、登記をしないことを強く非難する解釈論(対抗問題を

広く理解する判例の立場)に批判がある⁴。

このような問題と同様に夫婦財産処分の問題においても一方配偶者の利用権自体の保護が未成熟である場合に、詐害行為取消権の活用が考えられる。すなわち、そのように要件を構築することが可能かである。そもそも詐害行為取消権制度は総債権者のために債務者財産を確保する債権者の権利行使制度であり、具体的事案において配偶者が金銭債権としての財産分与請求権の保全を目的として行使するのか、利用権を確保するための措置として行使するのか、異なると考えられる。本稿では、夫婦財産において詐害行為取消権制度は後者の意義を持つ解釈が可能であるのか考察すると共に夫婦の居住不動産の利用権の問題を考察する。

一 東京地判平成二八年五月二一日L11

1. 事実概要

XとAは、平成三年五月一日に婚姻した夫婦であり、遅くとも平成一八年一月までに甲建物を共同で購入して、持分各二分の一とする所有権保存登記を経由した。しかしXとAは、平成二四年一月二〇日以降、別居状態となっており、Xが甲建物を単独で占有している。

AはXと婚姻中に、X、貸金業者、知人等から借り入れた金銭でギャンブルに興じるなどし、賭博罪で逮捕され罰金刑を科せられるという出来事もあり、XとAは次第に不和になった。このような中、Aは、平成二四年一月二〇日、弁護士立会いの下でXと今後の生活について話し合っている最中に、突如席を立ち、そのまま甲建物を出ていき

Xと別居するに至った。

Aは、平成二五年一月一日、Xを相手方として離婚調停を申し立てたが、離婚原因及び財産分与額について争いがあり、離婚調停は平成二六年五月二三日に不成立となった。その後、Xは、平成二六年八月一九日、Aとの離婚を求める訴訟を提起し、同訴訟は現在も係属中である。

AはXと別居するようになった後、甲建物を共同して売却して代金を分配する方向での話し合いを進めたが、その条件（分配割合等）をめぐる折り合いがつかず、Aの申し立てた離婚調停も平成二六年五月二三日に不成立で終わるなど、夫婦共有財産である甲建物を円満に処理する途は暗礁に乗り上げた。そして、Aは、この持分以外にめぼしい資産はなく、他方、貸金業者や知人に対して合計約五〇〇万円の借入金債務を負担し、自己が代表取締役を務める株式会社Eの事業資金の調達もしなければならぬ状況にあった。

このような中、Aは、広告を見て不動産の共有持分の買取りを専門にしている不動産業者が存在することを知り、単独で本件持分を売却する方法を模索することとし、平成二六年五月三〇日、Y₁ら不動産業者が共同で制作した不動産買取りサイトに問い合わせをした。AはY₁と交渉をすることになり、平成二六年六月七日、Y₁の代表取締役であるDと面談した。

その面談の席上、Aは、Dに対し、持分の売却目的はEの事業資金の調達であると伝えたが、Eの具体的な財務状況までは伝えておらず、また、Xとは別居中であり、いずれは離婚する予定であること、Xには本件持分の売却を考えていることについては内密にしてほしいこと等を伝えた。これに対して、Dは、Aに対し、自身も過去に離婚した経験があり、その際に自身の不動産持分のみを売却するのに苦労した等の話をした。そして、Aは三〇〇〇万円での

本件持分の売却を希望したが、Dは二五〇〇万円の買取価格を提示し、当日の交渉では条件が折り合わなかった。なお、AもDも、甲建物を一〇〇%の所有権で売却した場合の価格は一億円程度になると見込んでいたが、Xの協力が得られない以上、単純に持分割合を乗じた金額での売買にならないことは当然の前提とされていた。

その後、八月二三日、AとY₁の間で売買代金を二五〇〇万円とする本件売買契約が成立した。そして、Aは、同日、Y₁から手付金二五〇万円の支払を受け、これを借入金債務の返済に充てた。

甲建物の登記記録の乙区欄には、抵当権設定登記その他一切の履歴がなく、Dは、本件売買契約の締結に先立ってこの状況を確認していた。また、本件売買契約の調印の手続はAの住居で行われたが、Dは、このマンションが相当高価な家賃の高級賃貸物件であることをインターネット上で確認しており、A個人の財産状況には余裕があるものと考えていた。

なお、Aは、本件売買契約の交渉、成約の過程を通じて、負債状況についてDに伝えたことはなく、Dがこれを尋ねることもなかった。XのAに対する金銭的な請求関係（XのAに対する財産分与、慰謝料に関する請求内容等）についても、同様であった。

Y₁は、平成二六年九月四日、Y₂との間で、一七七二万六〇〇〇円の金銭消費貸借契約を締結し、これに自己資金を合わせて、同月五日、Aに対して残代金二二五〇万円を現金で支払った。Aは、受け取った二二五〇万円の一部を借入金債務の返済等に充てた。また、Aは、同月五日、Y₁に対し、本件建物について本件売買契約を原因とする持分全部移転登記手続をし、Y₁は、甲建物についてY₂を抵当権者とする抵当権設定仮登記手続をした。

Dは、甲建物にXが単独で居住していることは当然の前提として承知しており、持分を買い取った後は、Xの持分

を買い取るか、この持分をXに買い取ってもらうか、協力して売却してその代金を分配するか、いずれかの方法で共有関係を解消する必要があると考えていたが、共有関係が解消されるまでの間、Xが従前と同様に本件建物を無償で使用することを妨げるまでの意図はなく、Y₁において甲建物の使用収益ができないまま共有関係の解消に長期間を要することになっても、やむを得ないと考えていた。

このような事実の下で、XはY₁に対して詐害行為取消権に基づき抹消登記を請求する。XはY₂に対して詐害行為取消権に基づき抹消登記を請求する。それに対して、Y₁がXに対して賃料相当額の不当利得返還を反訴として請求する。

2. 判決

(1) 被保全債権について

論点となる財産分与請求権の被保全債権性について、判決は触れていない。

(2) 詐害行為について

不動産売却は、財産散逸機会を増やし、共同担保の効力を減ずるものであるから、相当価格による場合であっても原則として詐害性を有するが、本件売買契約は通常よりも著しく低額での売却となっており、Aにおいてもこれを認識していたので、原則として詐害行為に該当するとする。

(3) Y₁の認識について

「Y₁の代表者であるDは、本件売買契約の締結に先立って、本件建物の登記記録の乙区欄には抵当権設定登記その他の一切の履歴がないこと、Aの住居が高額な家賃の高級賃貸物件であることを確認し、A個人の財産状況には余裕が

あるものと考えていた上、Aは、本件売買契約の交渉、成約の過程を通じて、同人の負債状況についてDに伝えたこととはなく、Dがこれを探ねることもなかったものであり、このことは、XのAに対する金銭的な請求関係(XのAに対する財産分与、慰謝料に関する請求内容等)についても同様であったというのであるから、Dにおいて、AがXまたはX以外の第三者に対して何らかの債務を負担しているとの具体的な認識はなかったと認められる。」

「本件売買契約は、夫婦の共有するマンションの一方の共有者が、その持分のみを他方の共有者の同意に基づくことなく譲渡するという態様の取引であり、その代金額は極めて低額にならざるを得ないものである。共有者の一人が、このような不利な価格となる取引をあえて選択する理由として、当該共有者の無資力、債務超過など経済的な窮状が背景になっていることが考えられ得るが、当該共有者の経営する会社の資金繰りから緊急の資金需要が生じたとか、夫婦関係の破綻した妻が自宅として居住している物件(夫とすれば持分を保持し続けるメリットがない)の共有関係からの離脱を単純に意図したにすぎないなどの理由も想定される。加えて本件では、Dは、Aから、本件持分の売却目的はEの事業資金の調達であり、Xとは別居中でありいずれは離婚する予定であるという程度の話が伝えられていたにとどまるのであるから、Dにおいて、それ以上のAの債務負担にまで思いが至らなかったとしても不思議ではない。」

このように、不動産持分処分等の詐害行為に関する受益者の認識について、登記簿乙区欄の記載のないこと、高額物件のため余裕があると考えていたこと、債務負担の認識がないこと(自ら尋ねなかった)、持分処分のために不利な価格であることに疑念はなく、多様な資金需要の可能性があること、破綻夫婦の共有財産を夫が持分を有する利点がないことなどから善意性を判断する。

(4) Y_2 の認識について、

「 Y_1 に対する関係で詐害行為取消請求（本件持分の移転登記の抹消登記手続請求）が認められない以上、 Y_2 に対する抵当権設定仮登記抹消登記手続請求を認める実益はないと解されるが、念のため判断するに、 Y_2 は、本件持分についての抵当権設定契約を締結した当時、AがXまたはX以外の第三者に対して債務を負担しているという認識はなかったと認められ、したがって、 Y_2 は本件売買契約の締結が債権者を害することについて善意であったものと認められる。」
以上のように、 Y_1 、 Y_2 の善意を認定し、詐害行為取消を否定する。

(5) 賃料相当額の不当利得返還請求について

「XとAは、夫婦で住むために本件建物を購入しこれに居住していたところ、Aが平成二四年一月二〇日に本件建物を出ていきXと別居するようになってからは、Xが現在に至るまで本件建物を単独で占有しており、その間、AからXに対し、持分に相当する賃料（賃料相当損害金）の支払を求められたことがない。このような事情に照らせば、Aは、Xに対し、別居後も本件建物全体を単独で占有することを認める権原を付与していたと認めることができる。」

そして、Dは、本件売買契約の締結当時、本件建物にXが単独で居住していることは当然の前提として承知しており、本件持分を買い取った後は、何らかの形で共有関係を解消しようと考えていたが、それまでの間、Xが従前と同様に本件建物を無償で使用することを妨げるまでの意図はなく、被告 Y_1 において本件建物の使用収益ができないまま共有関係の解消に長期間を要することになってもやむを得ないと考えていた。」

「これらの事情からすれば、被告 Y_1 は、本件建物にはXの無償使用権の負担が付着していることを認識した上で、これを引き受ける前提で本件持分を買い受けたものと認めるのが相当である。」

(6) 判決の問題点

本事案は離婚が争われているときの持分処分に対して、詐害行為取消権を主張した事案であり、被保全債権性、詐害行為性、受益者・転得者の認識が問題となった事案であり、受益者・転得者の認識がないとして詐害行為取消権が認められず、また、反訴として行われた質料相当額の不当利得返還請求に対しては無償使用権限を認め、否定した。

本事案において、夫の持分処分に対する妻の詐害行為取消権主張が否定され、受益者の持分取得が認められたが、妻の持分使用に対する受益者の不当利得返還請求も否定される。この判断は統一性を有しないと考えるべきであるのか、夫の処分が負担付きで認められたと解すべきであるのか、問題があると考えられる。妻の目的が財産分与請求権・慰謝料請求権の金銭的な確保が目的であるのか、居住不動産の利用継続が目的であるのかもかわる(おそらく金銭的な満足を求めるものであったと考えられる。しかし、そのためにも利用権の存在は重要と考えられる)。

妻の財産分与債権等の確保あるいは居住権の保護という意味で処分に対する詐害行為取消権が幅広く認められるべきであるのか、すなわち、被保全債権性が広く認められるのか、詐害行為性が広く認められるのか、認識が広く認められるのが問題となる。

本判決は共有持分買取業者の認識を否定するが、この点も妥当であるのが問題となる。

被保全債権性、について、財産分与請求権は共働きであるためにそもそも存否が不明確である。慰謝料請求権についても存否が不明確であるが、請求意思は明確である。このような場合にあらかじめ一定程度の確定性が要求されるのか(調停・審判による決定)、請求意思の明確性から詐害行為取消権訴訟において存否が判断される限り、被保全債権性を認めてよいのが問題となる。

持分処分について、不動産売却の場合と同様に詐害性が判断されるのが問題となる。

共有持分買取業者であるY₁の認識を、通常の受益者の場合と同様に考えてよいのかも問題となる。

Y₂に対する詐害行為取消権主張は、昭和三十九年七月一〇日判決により詐害行為取消の相対効により、転得者としての抵当権者の抵当権が目的物価格を上回る被担保債権額を有する場合に取消が認められない（所有権が復帰したとしてもその効力を受益者以外に主張できない）ためになされたと考えられるが、相対効を貫徹する場合の権利関係の複雑性の問題とともに（使用権は存続するのか）、詐害行為者に融資する者の役割という点で問題があると考えられる。絶対効を認めた場合には対抗力の問題もあるが、それはそれほど大きな問題ではない。またY₁に対する請求が認められなかった場合に実益がないとするが、使用権の問題をどう考えるのかも問題である。

そして、これらの問題を詐害行為取消権の問題として扱うと、詐害行為取消権自体、総債権者のための制度であるので、取消後の共有物分割、抵当権実行を阻止できないのではないかと、また、本判決で認められるとされた無償使用権はどのような扱いになるのか問題となる。

本事案において、持分権に伴う使用権についてどのような根拠でどのような内容のものと考えられるのか、また、持分権を伴わない使用権を主張する場合はどのように考えるのか問題となる。

そもそも詐害行為取消権制度を利用権保護のために用いてよいのかも問題となる。

二 夫婦財産処分に対する詐害行為取消権

1. 被保全債権性

被保全債権の具体的な確定性については、本来的債権者代位権、詐害行為取消権共に、具体的な債権額を必要とする請求であるので、いつまでに確定する必要があるのかが問題となる。この点について、特定物債権を被保全債権とする詐害行為取消権訴訟において、価格賠償請求では口頭弁論終結までに金額が確定する必要があるが、その他の場合には確定の要否が議論となる。

また、詐害行為取消権訴訟においては、詐害行為が被保全債権成立後に行われることが必要とされるために、この点でも被保全債権の成立時が問題となる。

以上、被保全債権性について、請求額の確定という点、詐害行為前の被保全債権の成立の二点が問題となる。

財産分与請求権、婚姻費用分担請求権、慰謝料請求権等の被保全債権性についてはいくつか判例が存する。

(1) 判例

最判昭和四六年九月二一日は調停・審判によって決定した婚姻費用分担に関する債権について相当期間の債権額を被保全債権となしうとする。

「一般に、婚姻費用の分担は、婚姻関係の存続を前提とし、その時の夫婦の資産、収入、その他一切の事情を考慮してその額が決せられるものであって、右事情の変動によりその分担額も変化すべきものであるから、その具体的分担額の決定は、家庭裁判所の専権に属するものとされ」、「いったん家庭裁判所が審判または調停によってこれを決定し

た以上、他の機関において、これを否定し、あるいはその内容を変更しうべきものではなく、家庭裁判所が、事情の変動によりその分担額を変更しないかぎり、債務者たる配偶者は、右審判または調停によつて決定された各支払期日に、その決定された額の金員を支払うべきものといわなければならない」ず、「この債権もすでに発生した債権というを妨げない」。「少なくとも、当事者間の婚姻関係その他の事情から、右調停または審判の前提たる事実関係の存続がかなりの蓋然性をもつて予測される限度においては、これを被保全債権として詐害行為の成否を判断することが許されるものというべきである」。

債権者代位権について、最判昭和五五年七月一日民事判例集三四卷四号六二八頁は、財産分与等の調停を申し立てたが、分与決定の基礎たる財産の帰属に争いがあるため調停不調となり、審判に移行し、審判は本件訴訟の結果待ちのため事実上休止中の場合、「離婚によつて生ずることあるべき財産分与請求権は、一個の私権たる性格を有するものではあるが、協議あるいは審判等によつて具体的内容が形成されるまでは、その範囲及び内容が不確定・不明確であるから、かかる財産分与請求権を保全するために債権者代位権を行使することはできないものと解するのが相当である」とする（原審は保存行為による債権者代位権を認める）。

岐阜地判昭和五七年一月二九日判例時報一〇七五号一四四頁は、別訴（控訴中）において離婚に伴う財産分与及び慰謝料を請求している妻が、夫から第三者への所有権移転登記等につき右各債権を被保全債権とする債権者代位権及び債権者取消権に基づく各抹消登記手続を訴求した事案において、財産分与請求権は、確定判決等により具体的内容が形成されるまではその範囲、内容は不確定かつ不明確であり、また、離婚に伴う慰謝料請求権は、離婚が成立しない限り発生せず、それまではその存否、範囲が不確定な点において財産分与請求権と同様であるとして、債権者代

位権に基づく訴えについては代位原因を欠き不適法であるとして却下し、債権者取消権に基づく請求については被保全債権を欠くとして棄却した。

京都地判平成四年六月一九日判タ八一三号二三七頁は、一・慰藉料債権について、「離婚に至る相手方の暴力など個々の有責行為は、それ自体が、不法行為であることには変わりがなく、離婚に伴う慰藉料は、これを一括して請求するものに外ならない。だから、その実質は個々の有責行為の時点で不法行為による損害賠償債権が発生しているものというべきで」あるとして被保全債権性を認める。二・財産分与債権について、最判昭和五五年七月一日を引用しつつ、「離婚請求事件が地方裁判所に提起され、これに付随して財産分与請求の申立が行われている場合において、その訴訟事件が実質的に審理を重ね結審が間近に迫り、離婚、財産分与判決が出される蓋然性が極めて高く、当事者もこれを察知しているときには、詐害行為取消権が成立する。(最判昭四六・九・二一民集二五卷六号八二三頁参照)」とする。(受益者は、夫が受益者の世話になり終生面倒をみてもらうことに対する些細なお礼の気持ちとして、新町の土地を贈与したままで詐害の事実を知らなかったと述べるが、この主張は認められない)

大阪地判平成七年一月二九日判例時報一五六七号一二四頁

「詐害行為取消権の被保全債権となる債権は、詐害行為以前に発生したものであることを要するところ、財産分与請求権は、協議あるいは審判等によって具体的内容が形成されるものであり、また、慰謝料請求権も終局的には判決によって確定されるものであるが、詐害行為取消権の成否を判断するにあたっては、その発生がかなりの蓋然性をもって予測されれば足りると解すべきである。」

「本件においては、既に一審判決において、太郎に対し、財産分与として一七八九万円、慰謝料として四〇〇万円の

支払を命じられ、後者については仮執行の宣言が付与されていることは明らかに争いが無いから、本件売買予約及び本件売買契約が締結された離婚調停の時点においても、既にその存在についてはかなりの蓋然性をもって予測されたものと推認され、被保全債権の存在に欠けるところはないというべきである。」

東京地判平成二六年七月二日L L I

ペーパーカンパニーに対する財産処分効力の問題であるので、詐害行為取消権を用いる必要はないと考えられるが、財産分与請求権、婚姻費用分担請求権、慰謝料請求権の被保全債権性が論じられている。

最判昭和五五年七月一日を引用しつつ、「本件売買契約が締結された当時、Aが原告を被告として本件離婚訴訟を提起していた事実は認められるが、原告からAに対する離婚請求、財産分与支払請求はなされておらず、その後、原告がAを相手方として東京家庭裁判所に夫婦関係調整（離婚）の申立てをした事実が認められるが、現在に至るまで原告のAに対する財産分与請求権について、協議又は審判等により具体的内容が形成されたとはいえない。したがって、原告のAに対する離婚に伴う財産分与請求権を被保全債権とする詐害行為取消請求権の行使は許されない。」

最判昭和五五年七月一日、最判昭和四六年九月二一日を引用しつつ、「婚姻費用支払請求権の具体的内容が形成される前に詐害行為がなされた本件とは事案を異にするとし、「本件売買契約が締結された当時、原告がAを相手方として東京家庭裁判所に婚姻費用の支払を求めていた事実が認められるが、未だ協議又は審判等による具体的内容の形成には至っていないかった。なお、その後、東京高等裁判所の決定が確定したことにより原告のAに対する婚姻費用支払請求権は月額五二万五〇〇〇円であることが定まり、平成二四年四月以降、Aが当該婚姻費用の一部の支払を怠っていた事実が認められるが、本件口頭弁論終結時までに、当該婚姻費用支払債務の未納は解消され、現在、原告のAに

対する婚姻費用支払請求権は発生と同時に消滅し、残額が存在しない状態である。したがって、原告のAに対する婚姻費用分担請求権を被保全債権とする詐害行為取消請求権の行使は許されない」。

慰謝料請求権について、「原告は、Aが、Iと不貞関係を伴う交際を始め、原告及び子らに対して婚姻費用を支払わなくなり、平成二〇年七月頃以降に原告を相手方として離婚調停を申し立て、平成二一年六月には婚姻費用を支払わない理由としてHを退社して収入がないなどと述べるようになり、同年一月一八日頃には原告を被告として離婚を求める訴訟を提起したことから、精神的苦痛を受けたとして不法行為に基づく慰謝料請求権を被保全債権として主張しているものと解され」、「原告が主張する不法行為及び損害はいずれも平成二一年一月一八日頃までに発生しているものであり、離婚が成立しない限り発生しない権利であるということとはできない」。

(2) 被保全債権性

被保全債権性については、債権発生の蓋然性・確定性・時期が問題とされる。

婚姻費用分担請求については、詐害行為前に具体的な事実があり、相当期間の婚姻期間の存続が予測される場合に被保全債権として認められると解される。

財産分与請求権については、詐害行為前に具体的な事実があり、発生の蓋然性が認められる場合に被保全債権として認められると解される。

慰謝料請求権については、詐害行為前に不法行為事実があり、発生の蓋然性が認められる場合に被保全債権として認められると解される。

それぞれ具体的内容は口頭弁論終結時までに確定される必要があると解される。

取消権行使の内容によっては明確な金額確定が必要でない場合もあると考えることができるのか、すなわち、居住権のために詐害行為取消権を主張する場合に金額確定の必要がないので、そのような債権に基づく主張が可能であるのか問題となる。

これらの点について、さらに、離婚直前処分は否定されるべきという観点からも、財産分与請求意思が明確であればよいと考えられる。存否は詐害行為取消権訴訟中に明確となりうる。慰謝料債権は不法行為時に発生し、存否は詐害行為取消権訴訟中に明確となりうる。婚姻費用分担請求権は不履行において発生し、存否・金額は詐害行為取消権訴訟中に明確となりうる。財産分与請求権は離婚において発生し、紛争解決手段の採用によって蓋然性が認められ、存否は詐害行為取消権訴訟中に明確となりうる。確定は必ずしも必要ではないと解されうる。

2. 持分売却の詐害性について

不相当対価の場合は詐害行為である。

相当対価での処分の詐害行為性について、破産法に合わせた以下の民法改正が予定されている。

(1) 当該行為が、不動産の金銭への換価その他の当該処分による財産の種類の変更により、債務者において隠匿、無償の供与その他の債権者を害することとなる処分（以下この三において「隠匿等の処分」という。）をする恐れを現に生じさせるものであること。

(2) 債務者が、当該行為の当時、対価として取得した金銭その他の財産について、隠匿等の処分をする意思を有していたこと。

(3) 受益者が、当該行為の当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたこと。

この点、そもそも夫婦共有財産について、通常の共有として自由な持分処分が認められるのか、あるいは利用権の負担付き処分であるのかも問題となる(後述)。

相続法改正において物権的効力を伴う配偶者居住権規定創設が認められるならば、一般に夫婦財産についての配偶者居住権が認められうると考えられ、一般に夫婦財産についての処分自由の限定が認められうる。

3. 受益者・転得者の認識について

本件の特色と考えられるのは、受益者の認識と抵当権設定者に対する請求についてである。

(1) 受益者の悪意

受益者の認識について、受益者が詐害行為であることを知らなかったと立証する。

通常、処分行為が相当対価であることでよいと考えられるが、不相当対価の場合に対価の不相当性の程度によるが、無資力であると知らなかった、自ら処分を不自然と思わなかった事情を立証する必要がある。無資力については外からわかる範囲か否かの問題であり、具体的な調査は必要ないと考えられ、財産減少行為の不自然さについても客観的に判断されうると考えられる。

本件事案で対価の相当性は微妙であるが、不動産持分処分の詐害行為に関する受益者の認識について、登記簿乙区欄の記載のないこと、高額物件のため余裕があると考えていたこと、債務負担の認識がないこと(自ら尋ねなかった)、持分処分のために不利な価格であることに疑念はなく、多様な資金需要の可能性があること、破綻夫婦の共有財産を

夫が持分を有する利点がないことなどから善意性を判断する。

この点、共有持分処分の場合には、共有が夫婦財産であるのか、通常の複数者購入の共有であるのかも関係する。本事案において、夫婦財産であること、離婚予定であることの認識があったが、債務負担の認識がなかったとされる。通常の共有者の場合は無資力であることと財産減少行為であることの認識がなかったことの立証でよいと考えられるが、夫婦財産共有の場合は夫婦間で紛争があることを知らなかったということになるのか、そもそも夫婦財産と認識していれば悪意となるのか考察しなければならない。夫婦財産、相続財産など家族財産を共有と考えてよいか、合有ではないのかという問題とともに、通常の共有よりも居住利益が強く存するという特色も存する。

また、本判決においても無償使用権の存在の認識は認定されている。この認識と詐害行為事実の認識は異なると考えられるが、それでよいのかも問題となる。

さらに、共有持分買取業者が受益者である場合の特殊性も考慮されなければならない。共有持分買取業者とは、共有持分を安価に買い取り、分割請求あるいは持分処分により利益を挙げようとすると考えられる。共有持分買取の際の適正価格とは基本的に持分割合での市場価格から分割請求などの手間分を差し引いたものと考えられ、分割を前提として買い取るものと考えられる。

家族財産について、分割を前提とする買取業者の主張が無条件に認められるのが問題となる。

また、このことについては一般に不動産売却を業とする不動産業者が買取を行った場合も同様と考えられる。

(2) 転得者が抵当権設定者の場合

Y₂に対して詐害行為取消請求について、最判昭和三九年七月一〇日判決によって、詐害行為取消の相対効のために、

受益者の設定した抵当権について被担保債権額が目的物価格を上回るときに取り消すことができないとされる(相対効のために無効の効果を抵当権者に主張できないため)。この結論の妥当性が問題となる。

(3) 転得者の悪意

転得者の認識も、通常の共有者と同様に無資力であることと財産減少行為であることの認識がなかったことを立証しなければならぬと考えられ、無資力については外からわかる範囲か否かの問題であり、具体的な調査は必要ないと考えられ、財産減少行為については客観的に判断されうると考えられる。

この点、先に述べたように、共有持分買取業者が受益者である場合も同様と考えられるかが問題となる。共有持分が存する場合には単に複数人が出資して購入した場合だけでなく、夫婦財産、相続財産など家族財産がかかわる場合が多いと考えられる。このような家族財産を共有と考えてよいかという問題とともに、通常の共有よりも居住利益の強く存する家族財産についても、分割を前提とする買取業者の善意の主張が無条件に認められるかが問題となり(夫婦財産との認識によって悪意とされるのか)、転得者が共有持分買取業者への融資者である場合も同様であるかが問題となる。共有持分買取業者とその融資者はひとまとめにして否定すべきかである(夫婦が事業を行う場合に夫婦財産の事業利用は認められると考えられるのであるが)。

4. 無償使用権の問題

本件において、無償使用権は持分処分の場合には引き継ぐものとされているが、この点は物権的効力と考えるのか、悪意者の具体的な認識に対する効力と考えるのか、また、持分抵当権実行の場合も同様に買受人は引き継ぐのか、こ

の使用権の解約はどのような場合になされるのかが問題となる。

5. 詐害行為取消権の問題点のまとめと利用権認定について

(1) 被保全債権性について、財産分与請求権はいつから被保全債権となるか（詐害行為前に必要とされる債権成立のために）、また債権額の確定はいつまでに必要か、そもそも債権額の確定は必要か問題となる。また、共働きにおいて収入が同程度の場合に財産分与請求権がないと考えられるが、どのような場合に認められるのか問題となる（家事分担割合の多い方が請求できるのか）。

慰謝料請求権は何時から被保全債権となるか、夫婦間の不法行為認定については離婚事由に当たるとする不法行為認定が必要か問題となる。

参考として、債権額の確定について、特定物債権の被保全債権性における履行不能による損害賠償請求は、口頭弁論最終結末までに不能となることでよいのか、そもそも債権額の確定は必要か、債権者代位権転用のように純粹に利用権確保目的での利用はできないのか、発生の蓋然性があれば請求意思が明確な場合に被保全債権性を認めてよいのではないかが問題となる。

(2) 不動産処分の詐害行為性が民法改正後は認められにくくなる予定であるが、夫婦同居についても同様であるのかが問題となる。

(3) 受益者・転得者の認識について、持分買取業者、そもそも不動産業者のような分割前提で取得する受益者の悪意を広範に認定する必要はないのか、その業者に融資する転得者の悪意も広範に認定する必要はないのか、共謀の事

実を広く認定する必要はあるかが問題となる。

(4) 本判決において共有持分権とともに無償使用権が受益者に対して認められている点はどのように理解するのか、受益者の分割請求は制限されるのか、このまま、抵当権が実行されても無償使用が認められるのか、利用権主張と詐害行為取消権主張の関係はどう考えるのか問題となる。

不動産の二重譲渡問題においても同様の問題が指摘される。二重譲渡問題においては、逆に、登記をしていないことが強く非難され、背信的悪意者理論がとられるが、特定物債権の詐害行為取消権事例により、無資力の際に受益者・転得者の認識によって詐害行為取消権が認められうる(直接移転登記を請求することはできないが、その後に行えるかが問題となる―契約に基づく移転登記請求に対して相手方が詐害行為取消権訴訟による損害賠償請求権への転換を主張することができるか、あるいはその主張を行う実益があるのか)。

詐害行為取消権行使について、被保全債権、詐害行為、認識についての解釈問題、無償使用権との関係の問題だけでなく、居住のための利用権確保目的で利用できるのか、被保全債権の確保目的と居住のための利用権確保目的で解釈を変える必要があるのか(特定物債権に基づく詐害行為取消権行使後に引渡請求が可能であるかと同様の問題―判例は直接の移転登記は認めない)という問題である。

詐害行為取消制度をこのような目的(物権の優先取得、利用権の尊重)で用いることができるのかについても被保全債権性、受益者・転得者の認識を広くとらえること、その後の利用権を認定することによって、不当処分に対する他方配偶者の居住不動産に対する権利が強く認められ得る。詐害行為取消権は、転得者がいる場合に価格賠償との選択が可能であるが、この点は利用権の主張において不法行為主張と併せる可能性がある。

詐害行為取消権が夫婦財産維持に反する処分を否定する制度として用いられるべきと考えるとともに、別個に夫婦財産共有の性質の問題、夫婦財産に対する利用権の問題も考察されるべきである。

(5) 詐害行為取消権の問題、共有の性質の問題、利用権の問題はそれぞれ別個の問題であり、いずれも広く認められるべきと考えられる。

それぞれの根拠は、詐害行為取消権については、夫婦財産の恣意的処分の否定、離婚直前処分の否定が夫婦財産についての当事者意思からもたらされると考えられることである。共有の性質は、そもそも共同性のない単なる複数人による財産所有形態である共有を家族財産である夫婦財産・相続財産に当てはめて良いのかという問題であり、家族居住という目的拘束性をもたらしべきという問題である。利用権の問題は合意の認定の問題である。いずれも、財産権の自由処分性を前提とする近代の法制度に対して、第三者に対する制限を伴うこのような共同所有の性質、利用権設定をどこまで広く認めうるかの問題である。財産的出捐を伴う利用権認定を広く認めるべきではないかという問題である。

また、詐害行為取消権とは総債権者のための財産散逸の防止のための制度でもあり、その点についてのより良い解決を導くためには、どうしても共有の性質の問題、利用権の問題を考察しなければならない。モデル事例における詐害行為取消権と無償使用権問題の関係である。

詐害行為取消権紛争において持分買取業者とその融資者を善意と認定することについては、以上の問題とはさらに別の問題がある。

要件的には、詐害行為受益者の善意認定問題であり、共有の性質・利用権問題については譲受人に対する拘束力の

問題であり、物的負担の問題であり、英米法にいう擬制認識法理の問題である。

実質的には、分割を前提として持分取得を行う一連の業者をどう制限するかという問題である。

他方配偶者に居住不動産に対する物的権利を認める方が端的であり、この点が問題となる。

専業主婦の際の妻の利用権と共働きにおける妻の利用権の確保について何らかの相違があるのか、持分権の有無によって利用権の相違が認められるかである。共有に伴う利用であるのか、利用権が設定されているのか、すなわち、共有を合有的に理解することによる、合有財産の目的拘束として利用権をとらえるのか、利用権設定の意思を擬制するのかがである。

登記のない物的権利の認識と対抗理論の関係も問題となる。

以上の点を参考に、以下、夫婦財産に対する配偶者居住権の問題を論ずる。夫婦財産に対する配偶者居住権は、一般に、共有持分権の認定、共有持分権の性質、利用権の認定、利用権の性質の問題となる。以下、共有持分権の問題(共有持分権の認定と共有の性質としての利用権と合有論)と利用権の問題(利用権の認定と性質)を分けて考察する。

三 夫婦財産に関する共有問題

1. 共有認定と利用権認定

夫婦財産が共有である場合、それは持分処分・分割請求自由な共有であるのか、またそれと共にどのような利用権

が認められているのかが問題となる。⁷⁾

本事案は共有事例であり、一方配偶者は夫婦財産について、通常の分割請求自由な共有ではなく、無償使用権の付着した共有が認定されている。そして、この無償使用権は共有物持分に基づく使用ではなく、黙示の合意による無償使用権の設定とされている。

夫婦財産について、まず、共有財産と認定されるか否かが問題となる。共働き夫婦が双方の収入で購入した場合（片方の収入を不動産購入に用い、他方の収入を生活費に用いた場合も同様と考えられるが）、共有が認定される。さらに、夫婦財産において直接・間接に不動産購入支出に貢献しない配偶者の共有持分権認定が可能であるのかが問題とされてきた（専業主婦の家事労働をそのための間接的寄与と認定しうるか⁸⁾）。そもそも夫婦財産制についての議論がある⁹⁾。

このように夫婦財産については、共有持分権の認定が重要な問題であったが、持分権が認められるだけでは、持分処分・分割を阻止できない。そのため夫婦財産共有においては利用権が認定される、あるいは持分処分・分割に制限の付された共有形態（合有・総有）が認定される必要がある。また、共有持分権が認められない場合でも利用権が認定されるのか問題となる。両方の場合に信託受益権という形での当事者意思に基づく物的利用権が認定されるのか、単に利用権合意が認定されるのか問題となる。この点について、財産分与で利用権を認める判決例については、利用権の存在を前提とすると考えられる。この問題は後に扱う。

相続財産の共有の分割方法は、遺産分割として、協議の成立しない場合に家庭裁判所での審判手続において公平な財産分配をもたらす制度を用いる分割であり、通常の共有物分割手続きによるものではない（遺産分割において利用

権を認めることもできる)。ただし、相続持分の処分は自由であり、持分譲受人とは共有物分割によるとされる(最判昭和五〇年十一月七日民集二九卷一〇号一五二五頁)。この点、相続共有の持分処分が自由であるのかも問題とすべきと考えられる、また、可分債権は分割承継されるとされてきたが、最判平成二八年一月一九日金法二〇五八号六頁は預金債権の分割承継を否定する。相続財産全体についての任意処分の限定が問題となる。

また、婚姻法改正、相続法改正双方において居住権の問題が提示されている(後述)。

以上、共有持分権者に利用権が認められる根拠としては共同所有の拘束(合有)、利用権設定・信託受益権設定が考えられる。夫婦財産は居住目的を前提とするものであるから、夫婦の居住利益は持分処分・分割によつて害されないことがもたらされるべきである。また、持分のない者に利用権が認められる根拠も問題となる(後述)。

以上、夫婦財産について、共有認定の問題、共有の性質の問題と利用権認定の問題が存する。これらの問題を検討していく。

2. 共有認定の問題

(1) 夫婦財産

「大阪高判昭和五七年一月三〇日判タ四八九号六五頁、札幌高判昭和六一年六月一九日判タ六一四号七〇頁、東京地判平成一七年九月二六日上七一(内縁夫婦)は夫婦が共同で家業を行っている場合、夫婦共働きの場合に夫名義の不動産を特段の合意のない限り夫婦の共有であるとす。共稼ぎである限り実際にどちらが支出したのか不明確な場合は共有とするのである。

このことから夫婦共働きの場合において夫が不動産購入費を支払い、妻が生活費を支払うというような分担がなされていた場合に不動産が共有とされうるのかが問題となる。即ち、そのような事実上の分担を特段の合意と見ることができるとは、それだけでは足りず、特に家族事業のためなど特に単独所有にすることの意義が認められなければならないと解される。

さらに妻が家事労働の場合にこのような権利を認める可能性があるのかも問題となる。判例は内助の功について認めない（大阪高判昭和四八年四月一〇日判時七一〇号六一頁）。ただし東京地判平成四年八月二六日家月四五卷一二号一〇二頁は最終的に財産分与において妻の協力が算定されるとする。また、他の財産についてであるが、そのような寄与による財産権を認める判決がある（横浜地判昭和五二年三月二四日判時八六七号八七頁、東京地判昭和五九年七月一二日判時一一五〇号二〇五頁¹⁰）。

東京地判平成一九年二月一九日L11は、「夫婦が共同で使用するための不動産であっても、占有権原の有無等とは異なり、所有権の帰属については、一方配偶者の経済的出捐により、同人の名義において取得された場合は、これを共有財産にするとの特段の意思表示があるなどの場合を除き、他方配偶者が単なる内助の功を超えて経済的に貢献しないかぎり、夫婦の共有財産とはならないと解するべきであるところ、本件において、本件建物を共有財産にするとの特段の意思表示があったことや、被告Y₁が単なる内助の功を超えて本件建物の取得につき経済的に貢献したことを認めるに足りる証拠はないので、本件建物を原告と被告Y₁の共有財産と認めることはできない」とする。「占有権原については、被告Y₁は、原告の妻として原告とともに本件建物を占有する確固たる権原を有するに至っているというべきであり、このような権原はその占有状況が合理的なものにとどまるかぎり、所有者である原告の意によってもこれ

を排除することは許されない(もちろん原告自身も本件建物を占有することができないのはいうまでもない。)と解すべきである(本件のような事情が存在する場合には、被告らが主張するように、共同占有ないし使用貸借の合意の存在あるいは権利濫用法理の適用が認められるべきである。)とする。

購入代金に直接寄与していた場合には共有権を認めることになると考えられるが、その場合当事者の意思として共有にするという意思が推認されることに基づく。この場合、お互いの寄与した代金額が不明な場合は半分についてお互いが持分権を有することになるが、寄与した代金額が明確である場合、厳密に代金額に応じての持分が推認されるだけでなく、代金額に関わらず半分についての持分が推認される可能性もある。また当事者の明白な合意があれば寄与がなくとも持分が認められ得る。このことは逆に、明白な合意のない限り、直接寄与のない財産取得に対しては財産権が認められないということになる。ただし、この点については考え方が分かれ、合意を幅広く推認する、家事労働による取得を認める、その他の不合理の是正が主張される(利用権の設定、財産分与での配慮など)¹¹。

(2) 財産分与

「離婚の際の財産分与において、妻の住居への実質的寄与が考慮され、住居に対する権利が認められうる。財産分与の際に具体的に居住家屋に対する権利を認めるものとして鳥取家審昭和三九年三月二十五日判タ二四四号一四二頁、大阪高決昭和四八年四月一日家月二五卷一一号八一頁の事例がある。妻が購入代金についてある程度支出し、夫に現在他の住居がある場合に住居全体の分与を認める事例(東京地判昭和六二年八月二六日)、実質的に妻の代金への寄与を認めて認め、住居を与える事例(東京地判昭和六二年二月二五日)、住居の持分を分与する事例(東京地判昭和六一年八月二六日、東京地判昭和六三年六月一四日)がある。ローンつき不動産について大阪家審昭和六二年七月一七日

家月三九卷一一号一三五頁はローンを負担する妻に権利を認める。妻に住宅の利用権を付与するものもある（浦和地判昭和五九年一月二七日判タ五四八号二六〇頁、東京高判昭和六〇年一月二二日判時一三〇一七九七頁）。このことは夫婦財産について当初より利用権を認定することと考えられる（東京高判昭和六三年一月二二日判時一三〇一七九七頁は扶養的な意味で使用借権を認めるが¹²⁾）。

(3) 相続財産

「遺産分割の際に妻が実際に共有権を有すると主張することができるときは、遺産分割の際にも具体的な利用権が認められるのが問題となる（遺産分割基準において実体法上の財産権があるとの判断の効力は限定的である）。居住者の居住権を保護する審判としては東京家審昭和四〇年四月二〇日家月一七卷九号九〇頁、大阪高決昭和四六年九月二日家月二四卷一〇号九〇頁、大阪高決昭和五四年八月一日家月三一卷一一号九四頁の審判がある。相続人の共有となった財産の分割については遺産分割により、共有物分割によるのではない（東京地判昭和六一年一月二七日判時一二五一一号一一〇頁、鳥取地倉吉支判昭和四四年六月二三日判タ二三九号二五三頁、最判昭和六二年九月四日判時一二五一一号一一〇頁）。不動産について、現物分割できないものは代償分割、換価分割あるいは共有とする分割方法による（福岡家久留米支審平成四年九月二八日家月四五卷一二号七四頁）。共有とする分割方法による共有は民法典にいう共有であり、遺産分割の規定は適用されない（東京地判昭和四五年二月一六日判時五九六号六〇頁）。共有とする分割ができない旨判示する事例もある（大阪高決昭和四一年六月六日家月一九卷一号三九頁、広島高決昭和四〇年一〇月二〇日家月一八卷四号六九頁、東京高決平成二年六月二九日家月四二卷一二号四四頁、東京高決平成三年一月二三日判時一四〇六号二七頁）。一定期間分割を禁止する審判がある（東京家審昭和六〇年九月二七日判タ五七九号

六九頁)。」

「また遺産分割の際に寄与分として何らかの権利が認められ得る。寄与分制度については本来の立法趣旨である妻の貢献の評価について寄与分制度創設と相続分の変更が行われたのである。そして遺産分割と同時に寄与分も審判される。寄与分として共有持分を認めるもの(大阪家審昭和四〇年九月二七日家月一八卷四号九八頁、広島家審昭和四九年三月二五日家月二五卷七号五七頁)、特定の財産所有権を認めるもの(松山家審昭和四二年一月二二日家月二〇卷七号五七頁)がある。主として妻の収入によって取得された夫名義の財産について寄与分により金銭的権利を認めた事例がある(和歌山家審昭和五九年一月二五日家月三七卷一号一三四頁)。」

このように審判において居住者の居住の継続をもたらし審判もあるのであるが、共有の場合は紛争が起これば分割せざるを得ない(一定期間、分割が禁止されうる)。

3. 共有の内容

(1) 共有の内容について一般に認められている共有であるのか、合有、総有的な要素も考慮されるのかが問題となる(夫婦財産、相続財産は合有であるのか議論があるとともに、受託者が複数の際の信託財産は合有とされる―後述)。「また、共有権の内容として住居の売却制限を認めるべきであるとする意見がある。『婚姻制度及び離婚制度の見直し審議に関する中間報告』において、居住用不動産の無断処分に対する取消権を設けるなどの意見が出された。居住用不動産の処分制限については、一つはそれが実質的に共有財産であることに基づき、もう一つは居住用不動産を利用している者の居住権の保護に基づき主張されている。そしてこの提案に対してさらに取消権行使の要件を加重すべ

き、あるいは居住が保護されれば処分を否定することまで認めなくとも良いという主張、また取引の安全を害するという消極的な主張があるとする（夫婦財産制については夫婦財産契約を婚姻後にも締結、変更できるように変更するという意見も出されている）。長谷部教授は、この問題について現在でも共有持分の処分に対して、財産分与請求権に基づく処分禁止の仮処分が可能であるが、利用が限定されるために、名義人でない配偶者に無断でなされた処分（担保権設定を含む）に対する取消権、または居住に対する法定賃借権を認めるべきとする。そしてこのことは居住という事実によって公示されるとする。また調査によっても知ることができなかった場合でも担保責任の問題とすべきとする。¹⁴

相続財産については、配偶者居住権が検討されている（後述）とともに、相続法改正中間試案において、可分債権は当然分割ではなく、遺産分割に含めると提案されている（最判平成二八年一月一九日は判例変更を行い、預金債権の当然分割を否定する）。このように相続財産の当然分割を限定し、遺産分割に制限を加えることは、さらに遺産共有における持分処分とそれに伴う分割請求による共有物分割をも制限することをもたらし、全体としての相続財産の考え方にも変化をもたらすと考えられる（ただし、そのような変化の根拠が明確にされなければならない）。

（2） 近時、夫婦財産共有について、通常の共有とは異なる扱いを行う下記の判決がある。

東京地判平成二七年一月二五日L1

「原告が被告（元妻）に対し、離婚成立後も原告所有のマンションに権限なく占有し続けたとして、明渡日までの賃料相当損害金と、原告が外国に単身赴任後毎月二五万円送金したが、その後月一五万円に変更するまでの間の差額分が婚姻費用分担分を超えるとして、その返還を求めた事案において、裁判所は、同マンションは原告・被告の

共有財産であり、それが夫婦一方の単独名義であるとしても、財産分与の合意が成立し、あるいは財産分与審判が確定するまでは占有権限がある」など請求を棄却する。

(3) 分割請求についての判例

分割の自由を制限することは困難である。最判昭和六二年四月二二日民集四一卷三号四〇八頁は、分割を制限する森林法の規定を違憲であるとする。東京地判平成二〇年一月一八日判タ一二九七号三〇七頁は夫婦財産についての共有物分割請求を否定する理由がないとする。

(a) 最判平成八年一〇月三一日最高裁判所民事判例集五〇巻九号二五六三頁

「共有物分割の申立てを受けた裁判所としては、現物分割をするに当たって、持分の価格以上の現物を取得する共有者に当該超過分の対価を支払わせ、過不足の調整をすることができ(最高裁昭和五九年(オ)第八〇五号同六二年四月二二日大法院判決・民集四一卷三号四〇八頁参照)のみならず、当該共有物の性質及び形状、共有関係の発生原因、共有者の数及び持分の割合、共有物の利用状況及び分割された場合の経済的価値、分割方法についての共有者の希望及びその合理性の有無等の事情を総合的に考慮し、当該共有物を共有者のうちの特定の者に取得させるのが相当であると認められ、かつ、その価格が適正に評価され、当該共有物を取得する者に支払能力があつて、他の共有者にはその持分の価格を取得させることとしても共有者間の実質的公平を害しないと認められる特段の事情が存するときは、共有物を共有者のうちの一人の単独所有又は数人の共有とし、これらの者から他の共有者に対して持分の価格を賠償させる方法、すなわち全面的価格賠償の方法による分割をすることも許されるものというべきである。」

(b) 分割請求と権利濫用―大阪高判平成一七年六月九日判例時報一九三八号八〇頁

「本件不動産は、被控訴人と控訴人の実質的共有財産であることが認められ、その分割方法については、他の夫婦の実質的共有財産と併せて、離婚の際の財産分与手続に委ねるのが適切であることは否定できない。そして、上記のような事情は分割にあたって十分考慮すべきではあるが、夫婦の実質的共有財産ではあっても、民法上の共有の形式を採っている以上、この場合だけ、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ぬ」とまでは認め難い。」

「民法二五六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發揮させるため、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六二年四月二二日判決・民集四一卷三号四〇八頁参照)。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べき場合がある。」

「本件不動産は、被控訴人が控訴人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、現状においては被控訴人が別居しているとはいえず、控訴人及び長女春子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められることになり、資産状況及び控訴人の現状からすると、本件不動産については、控訴人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、被控訴人が共有物分割請求という形式を選択すること自体、控訴人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、「被控訴人は、離婚調停の申立て自体は経由しているものの、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のであるから、本来、被控訴人には、同居・協力・扶助の義務(民法七五二条)があり、その一環として、控訴人及び病気の長女春子の居所を確保することも被控訴人の義務に属するものというべきである。ところが、被控訴人は、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、控訴人や精神疾患に罹患した長女の春子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一六年九月以降は、月額わずか三万円という少額しか支払わないなど、控訴人を苦境に陥れており、その結果、控訴人は、経済的に困窮した状況で、しかも自らも体調が不調であるにもかかわらず、一人で春子の看護に当たるところ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、控訴人や春子は、本件不動産からの退去を余儀なくされ、春子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、控訴人と春子の住居を確保した上で、二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、控訴人は、既に満六〇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、経済的にも控訴人は一層苦境に陥ることになる。」

「以上の諸事情を総合勘案すると、被控訴人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、分割の必要性と分割の結果もたらされる状況との対比からしても、被控訴人の本件共有物分割請求権の行使は、権利の濫用に当たるといふべきである。」

四 配偶者の利用権

1. 判例

購入への実質的寄与によって共有が認められる場合の他に、共働きの際の支出分担による間接的寄与でも共有が認められる、専業主婦の場合の家事への寄与が金銭的意義を持つとして共有を認める可能性がある。共有が認められる場合には共有持分権に伴う利用が認められるが、分割請求を否定することができない。分割自由を認めないためにさらに共有とは異なる共同所有形態である、あるいは居住利益に対する権利が認められる必要がある。共有が認められない場合には、利用権、居住利益が認められる必要がある。

明示の合意によって利用権が設定されていない場合に根拠として考えられるのは利用権設定合意の推認、あるいは擬制信託、共有持分権に伴う利用である（共有持分権に伴う利用では分割請求を否定できない）。この場合に単なる居住の事実によって利益が認められるか（家族全員に利用権を認めることは可能か）、何らかの金銭的寄与の事実が必要か、どのような内容の利用権が認められるか（無償利用権、信託受益権、共有持分に伴う利用権）、物権的効力は認められるのが問題となる。共有不動産に関する内縁配偶者の一方死亡後の使用合意について、前掲最判平成一〇年二月二六日がある。最判平成八年一月一七日民集五〇巻一〇号二二七八頁は、建物が同居の相続人の居住の場であ

るとき、遺産分割まで同様の使用を認める(使用貸借)合意を認定する。¹⁵⁾

名古屋高判平成一八年五月三一日家月五九卷二号一三四頁は、「妻から離婚した元夫に対して清算的財産分与、慰謝料的財産分与及び共有名義の不動産について使用借権の設定を求めた事案の即時抗告審において、離婚に伴う慰謝料請求を基礎付けるに足りる事実は認められないが、妻が経済力の豊かな夫から突然申し出られた離婚を短期間で受け入れた背景には、妻が離婚を受諾しやすい経済的条件の提示があったからであると推認されること、妻の婚姻費用として提供した一〇〇〇万円近い持参金が夫婦共有財産として残存していないこと、妻が子らと居住する建物に関する費用を夫が負担することを前提に子らの養育費が算定されていることなどの諸事情を考慮すると、離婚後の扶養的財産分与として、妻及び子らが居住する建物について、期間を離婚から第三子が小学校を卒業するまでの間とする使用貸借契約を設定することが相当である」とする。

2. 夫婦の住居に関する婚姻制度改正¹⁶⁾の検討課題として以下の点が挙げられている。

夫婦の一方の所有名義の不動産でその共同生活の用に供されているものについて、所有名義人の一方的な処分により他の一方の配偶者の居住が侵害されないようにするための方策については、その夫婦の離婚の場所及び所有名義人の死亡による相続の場合における他方配偶者の保護の方策とも併せて今後の検討課題とする。

3. 居住不動産相続について、相続法改正中間試案は以下のように提案する。

(1) 短期居住権

① 配偶者は、相続開始の時に被相続人所有の建物に無償で居住していた場合には、遺産分割（協議、調停又は審判）により当該建物の帰属が確定するまでの間、引き続きその建物が無償で使用することができるものとする（以下では、この権利を「短期居住権」という）。

② 短期居住権の取得によって得た利益は、配偶者が遺産分割において取得すべき財産の額（具体的相続分額）に算入しないものとする。

(2) 長期居住権

(a) 長期居住権の内容

配偶者が相続開始の時に居住していた被相続人所有の建物を対象として、終身又は一定期間、配偶者にその建物の使用を認めることを内容とする法定の権利（以下「長期居住権」という。）を新設するものとする。

(b) 長期居住権の成立要件

① 相続開始の時に被相続人所有の建物に居住していた配偶者は、次に掲げる場合に長期居住権を取得するものとし、その財産的価値に相当する金額を相続したものと扱うものとする。

⑦ 配偶者に長期居住権を取得させる旨の遺産分割協議が成立し、又は遺産分割の審判が確定した場合

① 配偶者に長期居住権を取得させる旨の遺言（遺贈、遺産分割方法の指定）がある場合において、被相続人が死亡したとき。

④被相続人と配偶者との間に、配偶者に長期居住権を取得させる旨の死因贈与契約がある場合において、被相続人が死亡したとき。

⑤配偶者が長期居住権の取得を希望した場合であっても、(a)の建物の所有権を取得することとなる相続人の意思に反するときは、裁判所は、配偶者の生活を維持するために長期居住権を取得させることが特に必要と認められる場合に限り、①⑦の審判をすることができるものとする。

(c) 登記による対抗可能性も提案される。

中間試案は居住している配偶者の相続の際の特別の居住権設定とするが、夫婦財産との継続性から認められるものと考えられ、夫婦財産の場合と同様に共有持分、利用権設定の認定の問題があると考えられる。この点、配偶者優遇案として、結婚から二〇年以上の夫婦で、配偶者が居住用の建物や土地の贈与を受ける場合に、贈与した人が死亡し、相続人同士で遺産を分けることになった際に、贈与された住居については全体の遺産の計算に含めないとする案が出されている。

五 夫婦財産の考察方法と信託

以上のように多くの利用権設定の議論が存し、共有持分権を有する場合に、単に持分に基づく使用であるのか、合有であるのか、何らかの利用権が設定されているのか問題となる。共有持分権が認められない場合でも、一定の場合に使用合意が認められる、あるいは財産分与による使用、遺産分割までの使用が認められる。婚姻法改正、相続法改

正議論において、特別の配偶者居住権も提案されている。

重要な点は明示の合意が通常は存しないこととそれでも物権的利用権が認められる点である。この点でイギリス法において明示の合意のない場合に財産的寄与に基づき擬制信託を認める議論が参考となる。近代法において、意思主義によって法的拘束力は意思に基礎づけられ、物権法定主義によって物権の複雑性が回避されている。このような中、イギリス信託法制度は受益権に準物権的保護を認めてきた。そして、それは擬制信託法理によって拡張される。これについては拙稿において以前に論じているが、¹⁷ 信託法改正もあり、あらためてここで擬制信託について論じる（わが国では黙示の信託の成立という方が良い¹⁸）。そもそも信託受益権に物権性が認められるのは、コモンローとエクイティの関係の問題もあるが、財産をめぐる信託関係を強く保護しようとするものであり、個人の尊重に基づくものであり、画一的処理を優先する資本主義的な制度を修正しようとするものである（所有権尊重の基礎も個人の尊重である）。ただし、アメリカ法のように救済手段として信託を用いることができるのかについては、さらに議論が必要である。イギリス法におけるように、擬制的合意による権利について物権的効力を認めるためには、近代法における取引制度・財産権制度の意義から、さらに何らかの出捐を要するものと解すべきと考えられる。物権として慣習法上の物権が認められ、また譲渡担保など合意によって独自の物権が認められると考えられ、信託受益権についても物権性が認められると解される。物権法定主義は必ずしも厳格に画一性をもたらすものではない。

さらに、不動産については登記制度が重視されている。すなわち、徴税制度としての登記制度、権利関係の画一的処理のための登記制度の尊重から、登記をしないことが強く非難されているが（対抗問題を広くとらえる判例理論）、登記自体、不動産に関する権利の厳格性を意味するものでもあり、権利の厳格性を補充する制度として、正しい権利

の認められない登記の効力は限定されるべきと解することができる。この意味において登記のなされていない物権も尊重されるべきである。このように民主制の基礎でもある個人の強い財産権は、画一的登記制度に服しないものであっても尊重すべきである(このような権利と近代物権制度の調和として、イギリス法にいう信託理論、*bona fide purchaser without notice*理論がある)¹⁹。

1. 信託の成立²⁰

信託契約は合意によって成立する(遺言も可能)。合意内容は多様である(財産権を受託者に移転することは共通である)。委託者が受益者となるのが通常であるが、第三者を受益者とすることもでき、委託者が第三者とともに受益者となることもできる。受益者指定権、委託者死亡後・受益者死亡後の受益者指名も可能である。

委託者が受託者をかねること(自己信託・信託宣言)も信託法改正によって認められる(財産隠匿については個別に判断される)。

受託者が共同受益者の一人となる場合以外、受益者をかねることができないと規定されている(信託法九条)が、「受託者が受益権の全部を保有する場合でも、一定の期間内に受託者と受益者を同一人が兼任する状態が解消されれば信託は存続することとし、受託者が受益者と受託者を兼ねる状態を解消するのに必要な期間を超えて受益権の全部を保有していたときに、初めて信託は終了するものとしている²¹」。このことも信託宣言の問題と同様に兼任できると解することも可能であろう。

こうして、夫婦間において同居、その他の財産を共同で利用する場合に、共有に基づき使用する場合、利用権を設

定する場合の他に居住等を受益権内容とする信託を設定する方法も可能である。

夫婦の住居について信託を設定する方法としては、住居を購入する際に契約によって信託を設定する。この場合、夫婦が共同で購入した財産について第三者を受託者とし、夫婦が共に委託者であり、受益者であるとする方法、あるいは夫婦と子供を受益者とする方法、夫婦を受託者とし、夫婦を受益者、あるいは夫婦と子供を受益者とする方法などが考えられる。また夫が購入した財産についてもこのように信託を設定することができる。信託を設定することによって住居に居住する権利、住居から利益を得る権利が明示に認められる。

またこのような合意が明示に行われない場合でも、黙示に合意の成立を認めることができる。

例えば夫婦で共同で住居を購入し、夫婦とともに利用している場合である。この場合、夫婦の収入が直接購入費用に充てられているために、その住居名義が夫名義であっても、その住居が夫婦のための住居であると容易に推認される。即ち、そうでないとする意思が明白なものでない限りは夫婦間で信託を設定する意思が推認されうる（共有が認定されると共に）。

夫が購入し、妻が改築費用を支出した場合も同様にその住居に妻の権利を認めることの合意が推認されうる。この問題については共有が成立しないとする判例がある（神戸地判昭和五三年三月二十七日判タ三七三号九二頁）。

夫が購入し、妻の収入が家計費用とされる場合は妻の収入が直接住居に関して充てられていないために問題がある。この場合にはそのような役割分担が実質的には共同負担を意味するものである場合、言い換えれば、夫が単独所有するという合意が認められない場合、妻の住居に関する権利がある程度明白に認められ得る場合に信託が成立すると考えられる。

夫が購入し、妻が家事労働を行っている場合は明白な合意のない限り住居に関する信託の成立は認められない。この場合も明白な合意の認定の問題となる。

このような場合、イギリスにおいては、擬制信託の成立の問題となる²²。夫の所有不動産について妻が購入代金に直接寄与する場合は信託設定の意思が黙示に推認され、擬制信託が成立し、間接的に寄与する場合は明白な意思の存するときに擬制信託が成立する(ただし、間接寄与の場合の擬制信託の成立範囲については議論がある)。共同名義の場合は受益権の強い推定が存する。また妻が住居の改良について寄与する場合には制定法によって受益権が認められる。擬制信託については原則として通常の信託と同様の効力が認められる。

擬制信託とは良心に基づいて法によって信託が課されるのであるが、我が国においては信託法六三条・七三条によって信託の存続が法律上認められる場合が規定されている(制定法上の信託)。この法規定以外にも一般に擬制信託が認められるのかどうかについては、信託法を包含する信託の一般法の存在を肯定する場合には擬制信託の成立を認めることが可能であるが、そうでない場合には契約理論から黙示に信託の成立を認めると解することになる。

このように、擬制信託あるいは信託の黙示の成立を認めることが可能であるが(わが国では黙示の信託合意と考えられる)、その際に共有が黙示に成立するものと認めることもできる(この点について先に述べた七六二条の問題を参照)。イギリスにおいては住居の共有が成立すると同時に信託が成立する(売却信託、土地信託)。即ち、この場合の共有は夫婦の受益権の負担を伴うとされるのである²³。

信託の成立が認められるとは、夫を受託者とする妻の受益権が認められるあるいは夫婦を受託者とし、夫婦を受益者とするのが認められることであり、前提として夫婦の共有が認められることが必要な場合がある。また単なる共

有と異なり、家庭の維持という目的が信託においては全面に出てくることになる。さらに単に共有の成立が認められる場合とそれに加えて信託の成立が認められる場合の相違は、信託の成立が認められる方が成立範囲が広がる。また、持分権が認められ受益権が認められる場合とともに、夫が所有者であり、受託者であるとし、妻の受益権を認められる場合が考えられる。そして、住居に関して夫婦が何らかの出費をしている場合にお互いに利益を得るといふ意思の推定は容易と考えられる。即ち直接寄与している場合だけでなく、住居に関する出費を行っている場合、さらに住居に対する権利を前提に間接的に寄与している場合にも認められるのである。²⁴

2. 信託の内容²⁵

共有の場合にはまず共有規定が適用される共有であると考えられる。さらに解釈によって合有、総有と認めることができる。売却制限もこうして認められ得るのであるが、単に共有が認められるだけでは様々に制限を認定することができず、そのような売却制限の意思が推認されなければならない。

信託が認められる場合、それぞれ財産に受益権を持つのであるが、その内容として、さらに居住等信託目的が考慮され、信託法上の受益権の内容が認められ、信託法上の義務が受託者に課されることになる。

受託者は信託財産について管理・処分義務を負う。この管理権は権利取得行為、債務負担行為、訴訟行為にも及ぶ広範なものである。その内容は信託行為によって定められた目的に基づく。そして処分行為については、「信託行為の定めがなければ、受託者は処分行為（例、売却・担保権設定）をなしえないが、信託目的遂行上処分行為が必要と考えられる場合には、その処分行為をなすべき権限が与えられたものと解すべき」とされる。²⁶

このような受託者の権限行使については厳格な義務が認められている。

受託者は信託財産を自己の財産と分別して管理し、登記・登録しなければならない(信託法三四条)。

受託者が職務権限を執行する場合には、忠実義務を負い(信託法三〇条)、原則として利益相反行為が禁止され(信託法三一条)、原則として受益者の利益を害するおそれのある競合行為が禁止される(信託法三二条)。善良な管理者の注意義務をもって事務処理し(信託法二九条)、受益者が数人いる場合は公平に事務処理しなければならない(信託法三三条)、受託者が数人いる場合については信託法七九条以下に基づき管理し、第三者に委託する場合には選任監督義務がある(信託法三五条)。

このように忠実義務において自己取引等が禁止され、信託財産について分別管理・善管注意義務があり、受益者が数人いる場合は公平に事務処理しなければならない、受託者数人の場合は相互に協議し、信託違反を阻止しなければならない、信託財産の安全をはからなければならないとされる。

受託者の義務違反の行為は無効、あるいは取り消しうると解される。さらに損害が生じた場合には損失填補責任(信託法四〇条)が生じる。

受託者は不特定の受益者、あるいはまだ存在していない受益者のいる場合には、信託管理人を指名する、裁判所、あるいは主務官庁に信託管理人の選任を請求することができる(信託法一二三条)。

イギリスにおいては複数人で土地を所有する場合には売却信託が設定され、一九九六年イギリス土地信託と受託者指名に関する法制定以後は土地信託が設定されることになる。一般にイギリス信託法において受託者には厳しい義務が課されている。一九九六年法によると受託者は絶対的所有者の権限を有するとしながらも、受益者のために権限を

行使することがエクイティによって課され、また受託者投資法による制限にも服する。一九九六年法は売却に制限的な法であり、従来認められていた転換法理を否定し、売却義務と売却権の原則的単独行使については判例理論に従って制限した。即ち、破産受託者の場合を除いて、子供が年少である場合の売却が制限されるのである。²⁷

我が国においても、家族の住居として望ましい形態が夫婦の受益権として認められ得る。即ち、信託目的として家庭の維持を考慮することによって通常は売却制限が課されると考えられ、厳格な受託者の義務によってその目的が維持されるのである（義務違反の処分を無効とする、あるいは取り消しうるとする）。さらに子孫の受益権を明示に設定しておくことがこのことをより明確にする（このことは後継ぎ遺贈の効力の問題となるが、信託の持つ財産安定性、受益者保護の家族財産に対する必要性から肯定的に解すべきである）²⁸。

3. 信託の効力²⁹

また信託財産は第三者に対しても強く保護されうる（英米法の *bona fide purchaser without notice* 理論）。ただし、この効力は不動産については登記によって左右されうる。

信託は登記がなければ第三者に対抗できない（信託法一四条）。信託登記があれば、信託を第三者に主張できる。即ち、受益者は信託に基づく自らの受益権を第三者に主張できる。受益者は信託原簿（目録）の記載事項を第三者に主張できる。ただし、登記の一般理論により、受益者は自らの受益権、その他信託原簿の記載事項を背信的悪意者に対しては登記なしに主張しうる。この点において、受益者も信託原簿に記載され、受益者の変更も信託原簿の変更としてなされうるのであるが、信託原簿の変更がなされない場合であっても信託登記の存する限り、新しい受益者の受益

権を取得者に主張することができる。と解される。

違法な処分は取消権も公示に基づくのであるが、原則として信託原簿の記載に基づくということである。即ち、信託原簿に記載された信託目的に反する処分についての取消権が認められる。ただし、背信的悪意者に対しては取消権の主張も公示なしに可能であると解される。さらに善管注意義務違反の行為についても取消権が認められる。

信託前の信託財産に関する債務、信託財産のためにした行為などについて信託財産責任負担債務について規定され(信託法二二条―限定責任信託については信託法二一六条以下)、それ以外に受託者の債権者などは信託財産に対して強制執行することができず、強制執行に対して、受益者及び受託者は異議を主張することができる(信託法二三条)。また、信託財産は受託者の破産財団に属しない(信託法二五条)。ただし、受託者自身信託財産から費用、損害の補償を受ける権利、報酬を受ける権利に基づいて信託財産を売却することができるので、それらの権利を差し押さえること、代位行使することは可能である。

この異議を主張するためには信託財産の公示がなければならぬと解される。ただし四宮和夫『信託法(新版)』は、信託のごとき事務処理関係にあつては受益者を受託者からできるだけ保護してやる必要があること、受託者の一般債権者は信託財産について一般的・抽象的な利害関係しか有しないのに反して、受益者は具体的・実質的な利害関係を有するために公示なしに対抗しうることを認めるべきであるとする³⁰。

このように不動産(代位財産)においては対抗問題についても違法な処分の取消についても、強制執行の異議についても公示に基づいて判断され、信託原簿が公示の効力を有するのであるが、信託原簿の修正がなされていなくとも、信託登記が存するだけである程度の公示の効力を有すると解すべきである。さらに一般理論から背信的悪意者が排除

され、その範囲の拡大も主張されうる（英米法の *bona fide purchaser without notice* 理論を採用する場合）。この点において、夫婦財産の場合のように黙示に信託が成立する場合には公示がなく、第三者に対する受益権の保護が不十分であるとも考えられうるが、一般論としての受益権の物権的効力と登記の効力の限定が問題とされなければならない。英米法におけるように、公示制度を限定的にとらえ、悪意者に対する拘束を認める理論である。すなわち、夫婦財産であるとの認識を持って権利関係に入る第三者に対する配偶者受益権の拘束を認めるということである。参考となるのがイギリス法である。³¹⁾

イギリスにおいては登記の効力が限定的である。³²⁾

エクイティ上の権利も歴史的には受益者が段階的に保護されていくことによって準物権的な効力を有する。ただし、エクイティ上の権利は善意有償の認識のない第三者に対しては主張できない。

登記制度ができてから、認識については登記の有無により画一的に判断される。即ち登記されうるエクイティ利益の登記がない場合には取得者は画一的に認識がないものと判断される（現実の認識の有無にかかわらず）。ただし、その場合でも LRA1925³³⁾ s70(1)(g) の現実の占有権の *overriding interests* として保護されうる。信託受益権は登記される権利であるが、土地の占有を目的とする限り、*overriding interests* である。さらに、擬制信託、物権的禁反言によって成立した受益権も *overriding interests* として保護されうる。しかし、*overreaching* 制度により受託者からの譲渡について登記の存する権利についても二人以上の受託者に代金を支払うことによって金銭に対する権利に転換されうる。このようにイギリスにおいては不動産権については第三者保護が限定的であるのが特色であると考えられる。逆に

いうと、権原に関しては一旦設定された権利が善意者に取得されたからといって消滅することがなく、エクイティ上の権利については認識のない善意有償の第三者のみ保護されるのである。また登記制度ができてからも原則的にはこの立場が維持されるのである。即ち、権原については登記訂正が第三者に対しても効力を有するのであり、エクイティ上の権利について登記によって認識の有無が画一的に判断されるようになって、擬制信託の成立、overriding interestsの存在など画一的に判断されない場合が生じうるのである。

ただしイギリス法における不動産を処分した場合に二人以上の受託者に代金を支払う場合には受益権がこの代金に付着するように転換される(overreaching)制度については我が国にはない。

我が国において信託の効力として登記に基づく一定の対外的効力の限定が主張されるのであるが、登記の一般理論からもこのような限定的解釈をとることができるのが問題となる(例えば、悪意者排除により、黙示に設定された受益権が占有を伴って第三者に主張されるとすること)³³。

六 最後に 物権的利用権を認める方向と詐害行為取消権の利用

まず、夫婦財産について家族の住居としての利用が尊重されるべきである。配偶者の不動産処分、相続人の不動産処分に対して他の家族には認められるべき物権的利用権その他の権利が黙示に存する場合があると解すべきである。

その際、共有持分権がどのように認定されるか、利用権の負担を伴う持分権が認定されるか、物権的利用権が認定されるかが重要である。

夫婦・家族の住居であるので、各人に利用する権利を認める当事者の意思は認められうる（当事者意思の擬制によっても）。そして、その利用権が物権としての効力を持ちうるか、共有が持分処分の限定された合有等であるのか認定されるのが重要となる。そして、その根拠の一つとして信託が考えられる（相続財産については可分財産の限定とともに共有の限定も主張される）。ただし、家族財産に対する黙示の信託受益権の成立という点はまだ一般的には認められていないと考えられる。イギリスでは共有の場合に信託が課されると共に広範に擬制信託が成立する。

相続法改正において、配偶者居住権規定が検討されているが、その際も配偶者居住権の根拠が問題となると考えられる。あらゆる配偶者に相続不動産の居住権を認め、登記可能として対抗力を認めることは、簡明な解決であるが、社会的な弱者保護として認めるのではなく、契約法理、信託法理などその根拠を明確にしない限り、改正の根拠としては不十分である。今まで家事労働に対する財産権認定に厳格であった経緯、任意の物権創設に限定的な物権法主義から当事者の擬制的意思に強い効力を認めるのは信託理論による——信託の持つ当事者の信託関係を財産権として重視するというあり方³⁴。

夫婦の住居に対する利用権について、一般信託法に基づき信託受益権を認める方が単に共有を認めるよりも成立においても内容においても柔軟であり、強い権利が認められる。夫婦財産の処分、離婚の際の財産分与、さらに遺産分割においても物的権利（受益権）として信託の意義が尊重されうる。このことは信託法の持つもとの意義としての家産の維持、さらに一般的な財産安定志向に基づくものである。このことは当事者意思の尊重、個人の尊重として、資本主義的画一性を限定するものである（資本主義自体、個人の自由、尊重に基づくものであるが、この意味で画一性は限定される）。また、このように信託を広範に認めることは夫婦財産制として共有制をとる場合にはよりたやすく

認められることになるが(夫婦財産一般に信託に基づく共有を認めることになる)、この場合には保護という色彩が強くなる(夫婦財産制の立法問題は政策としてどこまで保護すべきかという問題も包含される)。

信託の成立・内容・効力については我が国の信託法の解釈における限界が問題となるが、我が国の信託法の下においてもイギリス法のエクイティの考え方に基づく一般信託理論を基礎におくことによつて柔軟な解釈が可能となる。イギリスでは擬制信託により、成立の拡張がみられるが、近代的財産権原則に基づく財産的寄与を前提とするものであり、さらに拡張が認められるのが議論となる。物的効力については登記との関係が問題となるが、登記の効力一般にも影響する議論となるのであるが、登記の効力を限定的に解することが必要となる。信託受益権は登記可能であるのであるが、登記されない信託受益権(擬制信託による場合は登記されない)の物権性も悪意者に対しては認めらるべきであり、家族財産譲受人の悪意は広く認定されるべきである(特に共有持分買取業者等不動産業者)。個人の尊重に基づく契約自由の原則、所有権絶対の原則は資本主義社会を大きく発展させるものであったが、格差など多面において弊害をもたらすものであった。それを修正していく方法として、社会主義的な制度、弱者保護制度は一面的なものとなり、望ましい対応ではなく、あくまでも個人の尊重を重視すべきである。この意味において、信頼関係に基づく財産権を所有権と同様に強い効力を持つものと認めていくこと、資本主義的画一的制度の限定を認めることが、あるべき法解釈である。³⁵⁾

このように共有において信託を認める、信託に基づく受益権としての利用権を認める、信託の効力として物権的効力、取消権を認めるのが良いと考えられるが、このように当事者に物権的権利を認める理論的な根拠が確立していない、広く認められない場合には、代替手段としての詐害行為取消権が重要となる。

詐害行為取消権において、総債権者のための制度を居住権確保のために利用できるか問題となると共に、具体的には被保全債権性、受益者・転得者の認識をどう考えるのか問題となるが、離婚直前処分等不当な処分を否定すべきであるということは是認されうると考えられる。

詐害行為前の被保全債権の成立と金額の確定について、婚姻継続中の婚姻費用分担請求権、離婚の際の財産分与請求権・慰謝料請求権が問題となるが（特定物債権事例が参考とされる）、慰謝料請求権は請求意思が明白なことを前提に不法行為時に発生し、財産分与請求権も請求意思が明白なことを前提に紛争時に発生していると考えることができると考えられる。また、通常口頭弁論終結時までの金額の確定が必要とされるが、この点も価格賠償の請求ではないので、柔軟な対応が可能と考えられる。詐害行為取消権の特定物債権保全のための要件を別に考えることも可能と考えられる。

受益者・転得者の認識について、持分買取業者、不動産業者とその融資者という特殊性が考慮される。不動産業者は売却を前提として買取を行うのであるが、夫婦財産についてそのことは適切でなく、否定すべきと考えられる。不動産業者に対する融資者も同様である。昭和三十九年七月一〇日判決は、詐害行為取消権の相対効から無効を抵当権設定者に主張できないとするが、この点も理論的に疑問があるとともに、転得者としての抵当権設定者の悪意も、夫婦財産の処分・持分処分を否定すべき点から広く認定されるべきである。また、取消後の利用状況についても物権的利用権と認定されにくいこと、取消の相対効が問題となり、この点において相対効を限定する等特別な詐害行為取消権制度が考察されるべきである（この点について、特定物債権に基づく詐害行為取消権行使後の特定物債権の議論が参考になる）。

(注)

¹ 相続法改正中間試案における配偶者居住権もこのような合意あるいは財産的寄与を前提とするものと考えられる。参照、浦野由紀子「配偶者の居住権保護・相続分見直し」論究ジュリスト二〇一七年冬五頁。

² また、内縁配偶者は相続権が認められないが、居住権が認められる(最判平成一〇年二月二六日民集五二卷一五二五頁)内縁の夫婦がその共有する不動産を居住又は共同事業のために共同で使用してきたときは、特段の事情のない限り、両者の間において、その一方が死亡した後は他方が右不動産を単独で使用する旨の合意が成立していたものと推認される。ただし、内縁配偶者の財産分与は認められず、財産分与としての共有持分権は認められないと解される(東京地判平成一八年二月二五日L1)。

³ 平井宜雄「不動産の二重譲渡と詐害行為」『民法法学の新展開』一六九頁(一九九三年)

⁴ 不動産物権変動論における公信用論など。

⁵ この問題について、参照、道山治延「詐害行為取消権と財産分与」福岡大学法学論叢五四卷四号三〇三頁。

⁶ 平井宜雄前掲「不動産の二重譲渡と詐害行為」、早川真一郎・法学教室二〇五号二四頁、同・民法判例百選Ⅱ第三版四〇頁、中井美雄・判タ三九〇号九四頁、竹屋芳昭「不動産判例百選第二版一六八頁、下森定・民法判例百選Ⅱ五二頁等。

⁷ この問題について、拙稿「夫婦の住居と信託」神戸商科大学七十周年記念論集一二五頁以下を参照する。学説について参照、犬伏由子「夫婦財産制」『民法講座七』九七頁。太田武男「登記簿上の名義と夫婦の特有財産」家族法判例百選(第二版)五五頁、人見康子「登記簿上の名義と夫婦の特有財産」同第三版四七頁、本沢巳代子「登記簿上の名義と夫婦の特有財産」同第五版一六頁、安達三季生「登記簿上の名義と特有財産」法学志林五八卷一〇二頁、鈴木潔「登記簿上の所有名義人と特有財産」法曹時報一一卷九号一〇九頁。

⁸ 拙稿前掲「夫婦の住居と信託」二頁。多様な見解がある。沼正也「内助の功」の法的把握」法学セミナー一六八号七〇頁。我妻栄「注釈民法(二二)」三九七頁(有地亨執筆)。上野雅和「夫婦財産帰属の論理」松山商大論集一五卷二二二三頁、深谷松男「夫婦の協力と夫婦財産関係」金沢法学二二卷一・二号一九〇頁、人見康子「現代夫婦財産法の展開」二二四頁。犬伏前掲論文二二二頁。坂本圭石・「夫婦の財産的独立と平等」一七二頁。佐藤義彦「婚姻財産の帰属・利用・分配についての一考察」同志社法学一一五号一頁、田中実「夫婦別

産制の一考察」『婚姻法の研究(下)』二二九九頁、鍛冶良堅「婚姻中自己の名で得た財産」の意義」『現代家族法大系二』、四七頁。家事労働算定について批判する見解として山口純夫「家事労働の評価」現代家族法大系二、六二頁、深谷前掲論文三二〇頁。

⁹ 拙稿前掲「夫婦の住居と信託」四頁。中尾英俊「夫婦の平等と夫婦財産制」法律時報三三卷九号一九頁。青山道夫・有地亨編集『新版注釈民法(二二)』親族(一)三九七頁(有地亨執筆)。深谷松男「夫婦の財産関係と家事労働」法学セミナー増刊日本の家族三二六頁、人見前掲書二〇五頁以下。大伏由子「夫婦の財産関係における諸問題」法律時報六五卷一二号五五頁。佐藤隆夫「わが国夫婦財産制の現代的意義」國學院法学五卷二二四八頁。

¹⁰ 拙稿前掲「夫婦の住居と信託」二二五頁。

¹¹ 拙稿前掲「夫婦の住居と信託」二二六頁、拙稿「イギリス法における土地の信託的拘束と登記制度」商大論集四七卷四号一七一頁。

¹² 拙稿前掲「夫婦の住居と信託」二二九頁、鈴木真次「離婚給付の決定基準」七二頁以下参照。

¹³ 拙稿前掲「夫婦の住居と信託」二二九頁。参照、有泉亨「新家族法の判決・審判案内」、太田武男・野田愛子・泉久雄「寄与分」。

¹⁴ 拙稿前掲「夫婦の住居と信託」一二七頁、「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」ジュリスト一〇五〇号二二四頁。長谷部由起子「配偶者の居住権保護」ジュリスト一〇五九号五一頁。売却制限を主張するものとして鍛冶千鶴子「夫婦財産制の今日的課題」ジュリスト増刊総合特集・現代の女性二〇六頁、鍛冶前掲論文五九頁。

¹⁵ 共有権が認められない場合の妻の住居利用については事実上の使用とする、使用貸借と構成する、協力扶助に基づくものとする三つの考え方がありとされる。そしていずれにしても婚姻法が財産法に優先するとする(佐藤前掲「婚姻財産の帰属・利用・分配についての一考察」)。

¹⁶ 「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」ジュリスト一〇五〇号二二四頁。長谷部由起子「配偶者の居住権保護」ジュリスト一〇五九号五一頁。売却制限を主張するものとして鍛冶千鶴子「夫婦財産制の今日的課題」ジュリスト増刊総合特集・現代の女性二〇六頁、鍛冶前掲論文五九頁。共有権が認められない場合の妻の住居利用については事実上の使用とする、使用貸借と構成する、協力扶助に基づくものとする三つの考え方がありとされる。そしていずれにしても婚姻法が財産法に優先するとする(加藤前掲論文)。浅見公子「夫婦財産制の改正について」ジュリスト五九六号四四頁も原則的に別産制を維持し、共有的要素を取り入れるべきとする。

¹⁷ 拙稿前掲「夫婦の住居と信託」二二五頁以下。

- 18 棚村政行「イギリスにおける家族財産紛争と信託法理」青法二八巻二号三九頁、大川裕紀子・森泉章「イギリスの家族住宅をめぐる信託法理の展開」青法三八巻三・四号七一頁、拙稿「イギリス法における擬制信託に関する一考察」商大論集五一巻五号二三九頁、「イギリス法における土地の信託の拘束と登記制度」商大論集四七巻四号一七一頁、「契約によるライセンス、擬制信託、禁反言によるライセンス」同四七巻一号五一頁、「イギリス継承財産設定法に関する一考察」商大論集四六巻三号二八三頁、「一九九六年土地信託と受託者指名に関する法」同四九巻四号九七頁、「信託受益権の尊重と信託の成立における柔軟性」静岡法務雑誌一号四頁。
- 19 拙稿前掲「夫婦の住居と信託」一三〇頁以下、「公示原則と登記の意義」商大論集四六巻二号一三三頁。イギリス法において、一九九七年家族法は配偶者居住権の負担としての登記制度、裁判所命令による制限制度を置く。
- 20 拙稿前掲「夫婦の住居と信託」一二九頁以下。
- 21 信託法改正要綱試案 補足説明 一一頁。
- 22 拙稿前掲「夫婦の住居と信託」一三一頁、「イギリス法における擬制信託に関する一考察」、「明治国家の土地法制と物権の本質」静岡法務雑誌二号二頁。
- 23 拙稿前掲「夫婦の住居と信託」一三一頁。
- 24 拙稿前掲「夫婦の住居と信託」一三二頁。
- 25 拙稿前掲「夫婦の住居と信託」一三二頁以下。
- 26 四宮和夫・信託法(新版)二二八頁。
- 27 拙稿前掲「夫婦の住居と信託」一三三頁。
- 28 拙稿前掲「夫婦の住居と信託」一三三頁。
- 29 拙稿前掲「夫婦の住居と信託」一三三頁以下。
- 30 物権の効力として物上代位効も存する。信託財産の管理、処分、滅失、毀損その他の事由によって受託者の得た財産は信託財産に属する(信託法一四条)。このように信託財産に基づく財産に対しては代位することができる。物上代位の目的物がさらに第三者に譲渡された場合に物上代位を主張するためには公示がなければならぬ。對抗要件の存する代位財産については對抗要件がなければ第三者に対して受益権を主張できないのである。だし對抗要件のある限り処分した財産の上に受益権が存続するのであるが、さらに受託者が処分に

よつて得た利益に対しても物上代位することができる。

³¹ 拙稿前掲「夫婦の住居と信託」一三五頁、「イギリス法における土地の信託的拘束と登記制度」一九五頁以下、「イギリス不動産取引法に関する一考察」商大論集四五卷六号七三頁、「公示原則と登記の意義」一三三頁。

³² 拙稿前掲「夫婦の住居と信託」一三五頁。

³³ 拙稿前掲「夫婦の住居と信託」一三五頁。

³⁴ 浦野由紀子「配偶者居住権の保護・相続分見直し」論及ジュリスト二〇一七年冬号五頁。

³⁵ 拙稿前掲「夫婦の住居と信託」一三六頁。