

婚姻財産の帰属・利用・分配についての一考察

佐 藤 義 彦

はじめに

第一節 婚姻財産の帰属

第二節 婚姻財産の利用

第三節 婚姻財産の分配

結語に代えて

はじめに

民法第七六〇条は、「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する。」と定めている。この規定は、夫婦共同生活の本質として要請される夫婦間の生活保持義務の履行に必要な費用の負担者を定めたものであると理解されており、ここに「婚姻から生ずる費用」とは、「夫婦共同生活に必要な一切の費用―衣食住の費用はもとより、出産費・医薬費・葬祭費・交際費など―を含むのみならず、未成年の子の養育費・教育費をも含む⁽¹⁾。」とされ、また、その分担の方法は「必ずしも金銭の給付にかぎる要はなく、現物の給付などでもよい。」⁽²⁾と

いわれている。では、本条によって課された義務の履行として給付された金銭および現物ならびにそれらのものによって調達された財産（本稿では、これらの財産を婚姻財産と称することとする）はだれに帰属するのであろうか、また、これが夫婦のいずれか一方の所有に属するとすれば他の一方はその利用につきどのような権限を有するのか、さらに、婚姻が解消するときはこれらの財産についてどのような処理がなされるのか。本稿はこれらの諸点についてささやかな考察を行なおうとするものである。

もつとも、婚姻財産の帰属・利用関係について法律上の考察をすることはさほど意味のないことのようにも思える。けだし、同居している夫婦間にあつては、婚姻財産の帰属・利用の法律関係いかにかわらず、現実には、円満な共同の利用関係があるため、法律規定に基づき解決されなければならない紛争は存在しないからであり、別居している夫婦間にあつては、婚姻財産の帰属・利用の問題よりも、婚姻費用の支払の問題がより重要性を帯びるからである。しかしながら、婚姻関係が―特に離婚によって―解消する場合には、婚姻財産の処理ということが重要な問題として現われてこざるをえず、この場合にはその前提として婚姻中の財産関係が確定されていなければならない。

ところで、離婚の際における夫婦間の財産関係の処理は、第七六八条により財産分与の方法によってなされるのを建前としている。この財産分与の性質については、周知のとおり、学説・判例とも説が非常に多岐に分かれているけれども、いわゆる「清算」をその中核的要素とみることにについては一致している。そして、この「清算」の根拠については、次のように説かれるのが通常である。「夫婦の一方―多くの場合は夫―が婚姻中に取得した財産は、別産制にしたがって、そのものの財産であるとせられ、かつ、その名義で蓄積せられる。しかしながら、婚姻中に夫婦がそれぞれの名義で取得・蓄積した財産は、実質的な観点にたつと、夫婦の共有と考えられて然るべきものである。このような形式と実質とのくいちがいは、夫婦共同生活が円満に継続していくかぎり、それほど不都合を生じないが、夫

婦共同生活の解消すなわち離婚の場合に、形式的なかたちで、夫婦の一方の名義の財産は、そのものがそのまま保有するという機械的な処理をすることは、実質的には、きわめて不衡平をもたらすことになる。夫婦の間の協力をここに評価すること、すなわち、夫婦の一方が取得・蓄積した財産に対して、他方の協力のあることを評価するという実質的な観念が、ここに生じてくる。この評価が、いわゆる夫婦財産の実質的清算あるいは夫婦の一方が他方の財産に対して有する潜在的持分の取戻しという観念である。⁽³⁾と。

とすれば、婚姻財産の離婚時における処理は「清算」としての財産分与によってはなされえないのではないかと、この疑問が生じる。けだし、婚姻中に夫婦の各一方が取得し蓄積した財産と婚姻財産とは、現実には、特に我が国における通常のサラリーマン家庭にあっては、その範囲において一致するのを常とするであろうけれども、法的には、これら両者は異なったものとして理解されなければならないからである。それにもかかわらず、素朴に考えるときは、婚姻中に共同で使用してきた財産―婚姻財産―を離婚に際して分配するには財産分与の方法によることが最も合目的であるように思われる。

本稿は、婚姻財産の離婚時における処理は、夫婦財産関係の「清算」として、財産分与の方法によるべきであるという前提にたち、これに至る一つのプロセスとして婚姻財産の帰属および利用の関係を考察し、あわせて、財産分与における「清算」概念の再検討を試みようとするものである。

- (1) 我妻栄著親族法(法律学全集)(昭36)八四頁。
- (2) 青山道夫編注親民法(昭41)三八九頁(有地亭)。
- (3) 中川淳「財産分与制度の性質」家族法大系Ⅲ離婚(昭34)四〇〇〜四二頁。

第一節 婚姻財産の帰属

一 本稿において「婚姻財産」とは、第七六〇条により課されている義務の履行のために出捐された金銭および現物ならびにそれらによって調達された財産のことをいう。それゆえ、婚姻財産の帰属について考えるには、それが婚姻費用の分担として出捐される以前における帰属の問題について先ず考察することが必要であるように思われる。

夫婦間における財産の帰属については、第七六二条第一項が、「夫婦の一方が婚姻前から有する財産及び婚姻中自己の名で得た財産は、その特有財産とする。」と定めている。この条文の解釈については説が分かれているが、次の二説に大別することができよう。⁽¹⁾

通説は、第七六二条を完全な別産制を宣言した規定であると理解し、夫婦の一方が婚姻締結前から有していた財産(以下ではこれを「婚姻前取得財産」と称することとする)および婚姻締結後取得した財産(同じく「婚姻中取得財産」とする)はともにその者の完全な所有権の下に留まると解している(完全別産制説)。

これに対して、近時、婚姻前取得財産および婚姻中取得財産のうち相続などにより無償取得したものならびにこれらの財産からの収益(以下では「第一種財産」という)は名実ともにその名義人の単独所有となるが、それ以外の財産、つまり婚姻中取得財産のうち有償取得したものは夫婦の共有になるとし、そのうち、日常の婚姻共同生活にぜひ必要な家財・家具(「第二種財産」という)は名実ともに夫婦の共有に、その他の財産(「第三種財産」)は、夫婦相互の関係においては夫婦の共有となるが、対第三者との関係では名義人の単独所有になるとの説が、有力に主張されている(内部的共有制説)。

二 次に、完全別産制説および内部的共有制説にたつときは、婚姻財産はそれぞれのどのような帰属態様になるかを

考えてみよう。

内部的共有制説によれば、夫婦の各一方の婚姻中取得財産のうち社会的労働に従事したことの対価として受けた財産―労働収入―は第三種財産、つまり対第三者との関係では名義人の単独所有に属するが夫婦内部間では夫婦の共有となる財産となる。しかして、論者によれば、第三種財産たる労働収入によって調達された婚姻財産のうち「日常の婚姻共同生活にぜひ必要な家財・家具」は「法律上当然に共有財産（引用者注・第二種財産）になる」が、不動産、自動車などで夫婦の一方の名義になっているものは第三種財産に留まるとされている。同じく婚姻財産であるにかかわらず当該財産の種類（動産か不動産か、など）によって帰属が異なるのは、対第三者との関係で第三者に不測の損害を生ぜしめるおそれがあるか否かおよびその程度が異なるからである（ちなみに、婚姻財産が第二種財産または第三種財産になるのは、婚姻中取得財産たる婚姻財産にのみ妥当する。婚姻前取得財産たる婚姻財産、たとえば婚姻締結前から夫婦の一方が有していた家財・家具あるいは家屋、を夫婦が共同で使用していてもこれが第二種もしくは第三種財産となるのではない）。

ところで、一般的にいつて、ある財産がその帰属主体を変更するには特別な法律規定または当該内容を有する有効な意思表示の存在が必要である。内部的共有制説がいうように、元来第三種財産である労働収入から婚姻費用の分担として出捐されたものによって調達された家財・家具が「法律上当然に共有財産になる」とするには、それらが日常生活にぜひ必要な動産でありかつこれらを夫婦の共有としても第三者に不測の損害を与えるおそれはない、というだけでは不十分であるように思われる。もしも、これらの財産については夫婦間でこれを共有とする旨の合意があったと擬制するのならば、この合意が存在することの擬制は婚姻財産が動産であるか不動産であるかにかからしめられるべきではなく、婚姻費用の分担として出捐することそれ自体にかからしめられるべきであろう。とすれば、婚姻費用の分担として出捐されたものおよびそれによって調達された財産は、家財・家具のような動産であろうと、居住用家

屋・自動車のような不動産もしくは不動産と類似の取扱いを受ける重要動産であろうと、ともに夫婦の共有、つまり第二種財産、とされなければならないはずである。のみならず、元来第一種財産に属していた財産、たとえば婚姻前から有していた居住用家屋、を婚姻財産として提供するような場合であっても、その財産は夫婦の共有になるとしななければならないこととなる。しかしながら、婚姻財産をすべて夫婦の共有とすることは、内部的共有制説の論者も自らいわれるように、第三者の利益を不当に害することとなるほか、登記・登録と実体的帰属との間に著しい不一致を生ぜしめることとなる。

完全別産制説を採ればどのようなようになるであろうか。ここで注意しなければならない点は、第七六二条を完全別産制を宣言した規定であると解釈する場合にも、このことから当然に婚姻財産までもが夫婦のいずれか一方の単独所有になるとはかぎらないということである。ただし、第七六二条は夫婦の一方が第三者から承継取得しまたは原始的に取得した財産の帰属に関する規定であり、同条により帰属の定まった財産が婚姻法上の義務の履行として再び出捐された婚姻財産となった場合における帰属についての規定ではないからである。婚姻費用の分担として出捐されたことによつて、その財産がそれを出捐した夫婦の一方との帰属関係を断ち切られて、婚姻消費共同生活にのみその用途を限定された一種の目的財産（合有財産）⁽³⁾に変質したと解することも可能であろう。

しかし、この説に対しては、内部的共有制説について妥当した非難がそのままここでもあてはまる。ただし、婚姻費用の分担として出捐することのうちに財産の帰属主体変更の意思が存在すると擬制しなければならず、このように解するとき、特に登記・登録との関係で（婚姻前取得財産たる居住用家屋を夫婦共同生活のために使用する場合に登記を夫婦の共有に変更することはほとんど考えられない）不一致を生ぜしめるからである。さらに、夫婦共同生活のために使用するという意思を夫婦の合有（または共有）とする旨の内容を有する意思と同一視してよいか極めて問題であろう。

三 私は、婚姻共同生活を遂行するために調達された婚姻財産は、家財・家具であれ居住用家屋・自家用自動車であれ、それは当然には夫婦の共有または合有になるものではなく、原則として、それを婚姻財産として出捐した者の単独所有に留まるものと解したい。もちろん、婚姻財産として出捐されたときまたは調達・購入に際しもしくはは現実に利用されるときにこれを夫婦の共有もしくは合有とする旨のまたは夫婦の他の一方へ所有権を移転する旨の合意があったときは、その合意内容にしたがった所有関係の移転があることはいうまでもない。食料品・夫婦の一方の専用の衣服などについては、明白な反対の意思表示がないかぎり、このような合意が存在するとみて差支えないかもしれない。しかし、その他の婚姻財産は依然としてこれを出捐した者の単独所有に留まるのであり、他の一方はこれに対しては所有関係にたつことはない。ただ、これらの婚姻財産を利用する権限を有するにすぎないのである。

(1) 第七六二条の解釈に関する学説についての詳細は、別稿「離婚による財産分与―その清算概念についての一考察―」現代の離婚問題(昭45予定)所収を参照していただければ幸甚である。

(2) 我妻栄著前掲書一〇二―一〇三頁、加藤永一「夫婦の財産関係について―夫婦財産の利用関係を契機として―」民商法雑誌四六卷一号(昭37)一三―一四頁。

(3) 深谷松男「夫婦の協力と夫婦財産関係」金沢法学二二卷一・二合併号(昭41)二二〇―二二二頁。

第二節 婚姻財産の利用

一 婚姻財産が、内部的な関係だけにおいても、夫婦の共有または合有とならず、夫婦の一方の単独所有に留まるとすれば、夫婦の他の一方は婚姻継続中この婚姻財産に対していかなる権限を有するのか、が次の問題である。典型的な主婦婚の場合を例にして考えてみることにする。

夫婦は、第七五二条によって、相互に同居し協力・扶助しなければならぬ義務を負っており、反面、他の一方に對してこれらの義務の履行を請求することのできる権利を有している。この同居・協力・扶助義務については、「夫妻の同居義務といったものは、(中略)、本来倫理・良識に訴えるべきことながらに属し」、「法律に規定しておくことは要らない」とし、協力義務についても、「精神的協力の点は、(中略)、法律問題というよりむしろ道徳問題であり、また経済的協力ということは、新法第七六〇条の定める結婚生活費分担の問題に移して、さしつかえなかったと思う。そしてただ、「扶助」のみを、夫妻間の扶養義務として残せば足りたであらう。」⁽¹⁾との批判もあるけれども、私は、夫婦間の平等原理と共同原理とを示すものとして高く評価されて然るべき規定である⁽²⁾と考える。本条によって、夫婦は相互に婚姻生活共同体を形成し維持すべき法律上の権利を有し義務を負うことになるのである。

ところで、婚姻生活共同体は性的分業を基礎として成り立っているものであり、婚姻共同生活の維持・発展に必要な費用は夫がこれを負担し、妻は育児を含む家事労働に従事することによって右の義務を履行するというのが通常の形である⁽³⁾。夫が負担する婚姻費用の分担義務とは、要するに、婚姻共同生活の財産的基礎について責任を持つということである。それは、金銭もしくはその他の財貨の所有権を妻に移転するという形において、第三者から利益権の設定を受けその対価を自ら支払うという形において、あるいは、自己が所有する財貨を妻に利用さすという形において履行することが可能である。逆にいえば、妻は場合によっては自己に所有権の移転を受けてこれを利用し、場合によっては夫の財産に対する利用権に基づきこれを利用することができるのである。

二 婚姻財産のうち自己の所有に属するものの利用については問題がない。所有権に基づく利用がなされるだけである(もっとも、この場合にも、自己の所有に属する財貨を婚姻財産として提供する場合には、配偶者に利用権が発生するので、そのかぎりにおいては自己の所有物に対する利用権も制限を受けることとなる)。これに反し、配偶者の所有にかかる財貨の利用

については、その利用権の性質が検討されなければならない⁽⁴⁾。婚姻財産の利用について夫婦間で債権契約（賃貸借契約・使用貸借契約など）または夫婦財産契約があれば、その契約によって利用権の性質および内容が定まることになるので、本稿ではそのような契約が存在しない場合—ほとんどすべての婚姻がそうであると思われるが—を前提として考
える。

学説中、婚姻財産の利用権の性質、つまり夫婦の各一方はいかなる権利に基づいて他の一方の所有に属する財産を利用できるのか、について論じているものは、夫婦間における財産の帰属に関する数多い論稿と対比するとき、奇妙と思われるほどに少ないことに気づく。これは、夫婦財産の帰属につき最近有力に主張されている内部的共有制説によるときは婚姻財産の利用は共有財産の利用という問題に帰着してしまうからであろう。また、完全別産制説にあつても、明言するとしないとにかかわらず、「婚姻中に夫婦がそれぞれの名義で取得・蓄積した財産は、実質的な観点にたつと、夫婦の共有と考えられて然るべきものである⁽⁵⁾。」と考えられているか、それとも、「婚姻費用として拠出されたことよつて、その財産がそれを拠出した配偶者との帰属関係を断ち切られて、婚姻的消費共同生活にのみその用途を限定された、一種の目的財産（合有財産）に変質した⁽⁶⁾」と解されているかのどちらかではあるまいかと思われる。ここでは、帰属の論理により利用が正当化されているのである。しかし、婚姻財産は必ずしも夫婦の共有とはならないことは先に述べたとおりである。婚姻財産は夫婦の共有とはならないとしつつ、所有権を有しない夫婦の一方にもこれを利用する権限を認めるには、その者に利用権が付与されなければならない。この利用権の性質については、現在のところ、次の二つの構成が試みられている。使用貸借説と婚姻法上の権利説がこれである。長くなるが、論者の主張を以下に引用させていただく。

(1) 使用貸借説

「たとえば、夫婦の一方が他方の土地の上に婚姻住居を所有するようなばあいを考えれば、夫婦の一方の財産を他方が事実上使用することを権利者が黙認しているにすぎない、とすることには躊躇される。少くとも、夫婦の間には使用については合意があったとみてよいからである。このような関係は、やはり使用貸借と解すべきであろう。ただ、この関係には、婚姻が続くかぎり民法の使用貸借に関する規定をそのまま適用するわけにはいかない。夫婦間の共同使用関係は原則として婚姻共同生活をはなれては存在しえないし、その存続は婚姻関係と運命を共にする。逆にこの共同使用がなければ婚姻生活はうまくいかないであろう。この意味では、共同使用が協力義務の一の具体的表現ともいえる。したがって、たとえば、使用貸借で規定する借主の通常必要費負担の規定(五八九条⁽⁷⁾)や存続期間に関する規定(五九七条⁽⁸⁾)などは適用が排除される。比喩的にいえば、使用貸借は婚姻法上の義務という外皮によっておおわれるのである。」⁽⁸⁾「夫婦間のかかる使用関係を使用貸借と構成することについては、あまりに擬制にすぎるといふ見解がある。たしかに夫婦間の共同使用関係については一面でまさにそのとおりであろう(ことに、日常生活に使う家具などを考えたばあには、この感が深い。これを離婚後どう構成して解決するかには、難かしい問題がある。後日に期したい)。

だからといって本件のような土地の使用関係について、直ちに使用貸借の構成が不必要だと断定するのは早計ではないだろうか。問題は、使用貸借と構成した場合に、より妥当な結果が得られるかどうかである。夫婦が離婚した場合、使用関係の処理を財産分与の問題として把えらるとすると、財産分与について決定があった場合には、どのように構成するにしろ、問題はない。以後は財産分与によって定まった使用関係が存続するだけである。違いは民法七六八条二項の財産分与の請求期間が徒過した場合に始めて現われる。使用貸借と構成すれば、民法七六八条二項の期間内は勿論、その後であっても、使用貸借の解約がないかぎり、使用者は適法な占有をして使用収益をなしうる。一方、使用貸借と構成せず当事者間に事実上の使用関係があるにすぎぬとすれば、使用者は離婚の時から無権原の占有をし

ていることになり、二年（財産分与請求期間）経過後は、権利者はいつでも占有の回復を求めることができ、あわせて悪意占有者として使用物の賃料相当額の不当利得ないし損害賠償（民法一九〇条・一九一条）を請求することができることになる。以上のことを念頭において考えた場合、使用貸借と構成する方がより妥当な結果が得られるであろう。というのは、もし所有者がこのような結果を避けたいと思うならば、二年以内に財産分与の問題として請求すべきであり、これを怠った限りで、所有者は、不利益を甘受すべきだからである。⁽⁹⁾」

(2) 婚姻法上の権利説

「夫婦が互に他の財産を使用、収益することは、婚姻共同体の特殊的性格から生じる必然的現象であるが、それはまた、夫婦の同居、協力、扶助の義務（民七五二）から生じる法的義務である。夫婦が互に、自己の家庭内の動産を相手方に使用させる義務を、夫婦の扶養義務から帰結するのが、西ドイツにおける一般の見解である。それは中川教授のいわゆる「生活保持」の義務であり、同居・協力の義務と表裏一体をなして、婚姻生活の基盤を形成するものであるから、わが現行法においては、民法七五二条の同居、協力、扶助の義務から生じる婚姻法上の義務と解しなくてはならない。

このように夫婦は、自分の専用と定められた物、例えば衣服、装飾品、職業上の必需品などを除いて、婚姻生活に必要な家庭内の動産は、たとえそれが自分に属することが明らかな物であっても、配偶者に使用を許し、又は配偶者の物の使用を求めることができる、婚姻法上の権利義務を有する。その権利義務は、婚姻が継続する限り存在し、夫婦が別居する場合でも消滅しない（独民二三六一参照）。この権利義務にもとづいて、家庭内の動産には、専用品を除いては、共有推定を受ける物はもちろん、帰属が明白な物にも、他方の配偶者の共同占有が成立する⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾。」

三 使用貸借説は、夫婦の一方が他の一方の単独所有物を事実上使用することのうちに使用貸借についての意思の

合致があつたと擬制し、夫婦間において民法上の使用貸借関係が成立するが、他方、夫婦は第七五二条により同居・協力・扶助の義務を相互に負担しているので、そのかぎりにおいては、使用貸借関係について適用される民法規定のうち右の同居・協力・扶助義務と抵触する規定はその適用が制限されるとするものである。

しかしながら、夫婦の一方が他の一方の単独所有物を事実上使用することのうちに使用貸借についての意思の合致があつたと擬制することの基礎には、おそらく、夫婦の同居・協力・扶助義務の存在が考えられているのであろう。とすれば、夫婦間での財産利用関係は、先ず基礎に債権法上の使用貸借契約があり、この契約に基づく法律関係が、同居・協力・扶助義務という婚姻法上の「外皮」によっておおわれているという関係にあるのではなく、同居・協力・扶助義務という一般的な婚姻法上の義務に基づき使用貸借関係が設定されている関係である、ということになる。

他方、婚姻法上の権利説は、夫婦間における財産利用関係を同居・協力・扶助義務から直接に導き、これを使用貸借関係という財産法(債権法)上の権利・義務関係に転化さすことなく、婚姻法上の権利・義務の枠内で処理しようとする。

右の二説のうちいずれを採るかは、結局のところ、夫婦間の財産関係もそれが「財産」関係であるという点に着眼して、可能なかぎり、財産法上の法律関係に還元して考えようとするのか、それとも、それが「夫婦間の」関係であるという点を強調して婚姻法の枠内で処理しようとするのかについての基本的な立場の違いに応じて定まることになるのであろう。しかし、現在の私は、残念ながら、未だこの点についての確固たる「理論」を持ちあわせていない。ここでは、使用貸借説および婚姻法上の権利説のそれぞれを採用したときに生ずる解釈論上の問題点を比較考量して、帰納的に、いずれかの説を選択するほかはない。

四 先ず、使用貸借説について考察する。

使用貸借とは、いうまでもないことであるが、「当事者ノ一方カ無償ニテ使用及ヒ収益ヲ為シタル後返還ヲ為スコトヲ約」することをその内容とする片務契約である（第五九三条）から、いま仮に、妻が夫の所有する家屋において夫とともに同居して婚姻生活を営んでいる場合を例にして考えてみると、妻のみが当該家屋の返還義務を負担することとなり、この返還まで、つまり同居をやめるまでの間、妻は当該家屋を善良なる管理者の注意をもって保存しなければならぬ義務を負う（第四〇〇条）。夫婦の一方の所有に属する婚姻財産を他の一方は善良なる管理者の注意をもって保管しなければならず、これに反したときは債務不履行になるとその当否はすこぶる疑問であると考え（所有者たる夫婦の一方は自己のためにすると同一の注意をつくすことで十分である）。

第五九四条によれば、借主は契約またはその目的物の性質によって定まっている用方にしたがその物の使用および収益をなすことを要し、かつ、借主は貸主の承諾があるときでなければ第三者をして借用物の使用または収益をなすことができない。借主がこれに反したときは貸主は契約の解除をすることができる。前例において、契約もしくは用方にしたがった使用をしなかったためにまたは夫の承諾を得ずに第三者をして目的物を使用させたために夫が使用貸借契約を解除したときは（解除権の存在自体が疑問であると思うが、仮に解除が可能であるとして）、夫および妻の同居義務はどのようなになるのであろうか？ 同様の疑問は、使用貸借契約の存続期間について定めている第五九七条第一項の場合にも生じよう。

借用物に関する費用の負担についても問題がある。第五九五条第一項によれば、「借主ハ借用物ノ通常ノ必要費ヲ負担ス」る義務を負っている。しかし、借用物、つまり婚姻財産、の通常必要費とは正に第七六〇条にいうところの「婚姻から生ずる費用」にはかならない。先程からの例においては、第七六〇条によれば夫が、第五九五条第一項

によれば妻が、それぞれ費用を負担する義務を負うことになろう。⁽¹²⁾ また、第五九五条第二項によれば、借主は自己の負担した有益費については第五八三条第二項、第一九六条第二項によりその償還を請求することができるが、この償還請求権と財産分与請求権(第七六八条)との関係が不明である。ちなみに、償還の請求は貸主が返還を受けた時から一年内に行なわれなければならない(第六〇〇条、ただし、第一五九条ノ二が適用されることがあろう)が、財産分与の請求は離婚の時から二年間可能である(第七六八条第二項)。

貸主の担保責任については、第五九六条、第五五一条により、貸主は使用貸借の目的たる物または権利の瑕疵または欠缺につき責めに任じないのを原則とする。なるほど、前例において夫は、たとえその家屋に瑕疵があったとしても、妻から損害賠償を求められあるいは使用貸借契約を解除されたりすることはないであろう。しかし、夫は瑕疵のある家屋を夫婦の居住のために提供することで、婚姻義務を履行したことになるのであろうか？

要するに、婚姻財産の利用関係を使用貸借であると解しても、民法の使用貸借に関する規定が夫婦間に適用されることはほとんどないのである。適用可能であると考えられるのは、わずかに、第五九七条第二項、第五九八条、第五九九条の三箇条だけにすぎない。しかも、これらの規定は、仮にこれらが存在しなかったとしても、何等結果において異なるところのない規定ばかりである。ただし、第五九七条第二項は、「借主ハ契約ニ定メタル目的ニ従ヒ使用及ヒ収益ヲ終ハリタル時ニ於テ返還ヲ為スコトヲ要ス」とあるが、ここに「契約ニ定メタル目的」とは婚姻共同生活の遂行ということであるから、結局、同条は、婚姻が解消したときには婚姻財産をその所有者に引き渡さなければならぬ旨定めた規定にすぎないことになる(ちなみに、同条第三項は婚姻財産には適用の余地がない。婚姻財産の利用に際し「使用及ヒ収益ノ目的ヲ定メサリシトキ」は、論理上、ありえないからである)。「使用貸借ハ借主ノ死亡ニ因リテ其効力ヲ失フ」旨の第五九九条についても右と同じである。借主の原状回復義務・収去権に関する第五九八条の規定するところと同

一の内容を有する権利・義務を夫および妻が有することも自明であろう(第七六二条参照)。

とすれば、使用貸借説の実質的意義はどこにあるのだろうか。論者によれば、第一には婚姻中の使用が適法であること、したがって、権原ある占有があり不当利得ないし不法行為の問題が生じないことを認める点に⁽¹³⁾、第二には離婚後財産分与を請求しうる二年の期間を徒過した場合にも使用者(借主)は、使用貸借が解約されないかぎり、適法な占有をし使用・収益できることを認める点にある⁽¹⁴⁾、とされる。しかし、論者も自認しておられるように、第一の点は婚姻法上の権利説を採っても同一の結論となる。問題は第二の点である。離婚後借主からの財産分与請求がなされない場合に借主の利用を適法なものとして保護しなければならぬかの実質論についてはしばらく論じないとしても、使用貸借説を採るときは、第五九七条第二項により、婚姻共同生活の終了(離婚)とともに借主は借用物の返還義務を負うこととなり、論者の結論とは逆の結果を導きそうである。もっとも、加藤永一教授は、「存続期間に関する規定(五九七条)などは適用が排除される。」と解しておられるから、その意味では離婚と同時に使用貸借が終了するとはいえないようにも考えられる。しかし、同教授の述べておられる理由⁽¹⁶⁾づけから考えるときは、存続期間に関する規定(第五九七条)のうち適用を排除されるのは、第一項、第二項ただし書き、第三項だけであり、第二項本文はなお適用されるとすべきもののように思われる。

婚姻継続中における非所有者たる夫婦の一方の婚姻財産の利用を適法なものであると認めるだけのためならば、婚姻財産の利用関係は第七五二条の同居・協力・扶助義務から直接に生じる婚姻法上の権利・義務関係であると解することでも十分であり、同居・協力・扶助義務によって先ず使用貸借関係設定に対する権利・義務が発生し、右の権利・義務に応じて設定された使用貸借契約によって非所有者の利用が適法なもの⁽¹⁷⁾とされるといふ構成は、やはり「不自然な擬制の観を免かれない。」との批判を甘受しなければならぬのではなからうか。

五 もっとも、夫婦間における婚姻財産の利用関係は「婚姻法上の権利・義務」から直接に由来するものであるとの説明だけでは、非所有者の利用は適法なそれであることおよび婚姻財産については、それが夫婦のいずれの一方の所有に属するものであるかを問うことなく、夫婦の共同占有が成立することを明らかにするだけであり、具体的な権利の内容は説明しえていない。次に、利用権を婚姻法上の権利であると解した場合における具体的な権利内容について考察してみよう。

ところで、ここに「婚姻法上の権利・義務」とは、第七五二条に定められている同居・協力・扶助義務から直接に生じる権利および義務のことである。しかしながら、第七五二条は、抽象的に、「夫婦は同居し、互に協力し扶助しなければならぬ。」と定めるだけで、その具体的内容は当事者の協議または家庭裁判所の審判によって形成されるところに委ねられている（家審法第九条第一項乙類第二号）。それゆえ、婚姻法上の権利であるところの婚姻財産の利用権の具体的内容も当事者の協議または家庭裁判所の審判によって個別的に定められることになる。以下においては、婚姻財産の利用権が婚姻法上の権利であるときと一般的に認められる権利内容について考察することとする。

利用権の存続期間は原則として婚姻の継続する期間である。協力・扶助義務が婚姻継続中にかぎり認められることから考え当然のことであろう。別居期間中も当該財産が婚姻財産として観念される以上は利用権が存続する。婚姻財産に関する通常の必要費は、「婚姻から生ずる費用」として観念されるべきものであるから、その負担については第七六〇条によって定められるところによる。なお、利用権は譲渡・相続の目的となることはできないであろう。ただし、婚姻法上の権利と解する以上、その帰属は一身専属的でなければならぬからである。

最も問題となるのは、利用権と第三者の権利との関係についてであろう。所有者たる夫婦の一方から婚姻財産を譲り受けまたは用益権の設定を受けた第三者に対し夫婦の他の一方は自己の権利（利用権）を主張しうるかの点である。

利用権は夫婦間のみにおける権利にすぎないから、外部の第三者に対してはその権利の存在を主張することはできないと解することもできるかもしれない。しかし、婚姻法上の利用権も一個の「権利」である以上、それは法律関係において一つの独立した地位を占め、内容において相容れない他人の権利との衝突が問題となる場合には、相互に對抗力の有無の問題として決すればよいのではないかと考える（法律上は「夫婦は一体」ではない）。もつとも、右のように解したとしても、婚姻法上の利用権については制定法上對抗力を備える方法が規定されていないから、對抗力を具備した他人の権利との優劣が問題となるときは常に利用権の存在を主張することはできないという結果にならざるをえない（所有者たる夫婦の一方の法律行為が「日常の家事」に属すべきときは、第七六一条が適用される結果、對抗力の問題は起りえない）。

- (1) 我妻栄・立石芳枝共著親族法・相続法(昭27)九七〇九九頁。
- (2) 中川善之助編註親族法(昭27)一七八頁(於保不二雄)。
- (3) 夫の婚姻義務は、本文で述べたように、婚姻費用を負担するという形において履行されるべきものである。これに反し、社会的労働に従事して対価を得ることそれ自体は、場合により、右の婚姻義務履行の事実上の前提となりうるにすぎない。
- (4) 内部的共有制説を採る場合および完全別産制説にたちつつ婚姻財産についてはそれが婚姻費用として出捐されたときに夫婦の共有(または合有)になると解する説によるときは、婚姻財産の利用は共有物の利用として取り扱えば足りよう。もつとも、この場合にあつても、共有持分を越えて利用した場合(第二四九条参照)の処置および共有物の管理費用(第二五三条参照)と婚姻費用との関係については解決されなければならない問題が残っている。
- (5) 中川淳前掲四二頁。
- (6) 深谷松男前掲二二二頁。
- (7) 五九五条の誤植か?
- (8) 加藤永一前掲一六頁。なお、加藤教授は夫婦財産の帰属について内部的共有制説の立場にたっており、引用した部分は第一種財産の利用関係についての箇所において述べられている。

(9) 加藤永一・鈴木ハツヨ「内縁関係の解消と内縁の妻の所有土地に対する夫の占有権原」判批▽「民商法雑誌四四卷六号(昭36)九九五〜九九六頁。

(10) 小室直人「共同占有に対する強制執行―夫婦の財産に対する執行を中心として―」民商法雑誌四三卷六号(昭36)八二六〜八二七頁。

(11) 鈴木潔「内縁関係の解消と内縁の妻の所有土地に対する夫の占有権原」判批▽「法曹時報一三卷二号(昭36)一九〇頁も同旨。次のように述べておられる。

「共同生活維持のために配偶者の一方が相手方所有の財産を使用する関係を考察するにあたり、婚姻成立時に包括的黙示的使用貸借契約が締結されたと解したり、その都度個別的に黙示の使用貸借が成立したと解することは不自然な擬制の観を免かれない。さらに明示の合意がなされたときでも、その合意を原則として使用貸借契約締結の合意と解すべしとするとは皮相な観察であつて、事柄の実態に即した判断と思われぬ。蓋し夫婦間において相手方所有財産を夫婦の生活の本拠として、その同居、生業に使用する関係には社会通念上使用貸借というような純財産法的理解にはなじまない異質的なものがあると考えられるからである。そこで卑見は夫または妻として相手方の配偶者であるという法律上の地位がこのような場合における正権原の根拠であると解する。即ち夫婦は同居し、互に協力し扶助しなければならぬことは法の明定するところであるから(民法七五二条)、かかる義務を相互に負担し合う身分関係に立つ配偶者としての地位には、少なくとも相手方所有財産を生活の本拠として使用する関係においては、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解すべきであり、従つて配偶者としての地位に内包される右の使用権限が夫婦共同生活維持のために配偶者の一方が相手方所有財産を使用する関係における占有権原であると考えられる。以上の考察は夫婦関係の本質と社会通念を基礎とするものであるから、夫婦の財産関係につき新法が純粋別産制を採用したことをもつて右の見解に対する障碍と考えるのは当るまい。」

(12) もつとも、加藤永一教授は、「夫婦間の共同使用関係は原則として婚姻共同生活をはなれては存在しえないし、その存続は婚姻関係と運命を共にする。逆にこの共同使用がなければ婚姻生活はうまくいかないであろう。この意味では、共同使用が協力義務の一の具体的表現ともいえる。したがつて、たとえば、使用貸借で規定する借主の通常必要費負担の規定(五八九条、引用者注・五九五条の誤植か?)や存続期間に関する規定(五九七条)などは適用が排除される。」といわれる(前掲一六頁)。

(13) 加藤永一前掲一四〜一五頁。

(14) 加藤永一前掲四九五〜四九六頁。

(15) 加藤永一前掲一五頁。

(16) 前注(12)参照。

(17) 鈴木潔前掲一九〇頁。

第三節 婚姻財産の分配

一 次に、婚姻が解消するときは、婚姻財産についてどのような処置がなされるかについて検討する。

婚姻解消時に夫婦間で財産関係の清算が行なわれる場合には、通常、先ずその所有関係に基づいて占有の移転が行なわれることになろう。

内部的共有制説によるときは、夫婦の各一方はそれぞれ自己所有の第一種財産の引渡しを受け、共有財産たる第二種財産および第三種財産の分割を請求することになる。しかる後、婚姻解消事由が夫婦の一方の死亡である場合には、被相続人たる夫婦の一方の所有していた財産（つまり、その者名義の第一種財産ならびに夫婦双方の第二種および第三種財産の、原則として、二分の一）の三分の一ないし全部につき他の一方に相続権が与えられる⁽¹⁾。

では、婚姻解消事由が離婚（または婚姻の取消し）の場合はどうなるのであろうか。

第七六八条によれば、離婚した夫婦には財産分与請求権が与えられている。財産分与の性質については、離婚後生活に困窮する夫婦の一方に与えられる扶養料であると解する説（離婚後の扶養説）、および、離婚に伴って生ずる損害の賠償であると解する説（損害賠償説）なども存在するが、ここでは、夫婦間における財産関係の清算であると解する説（清算説）の立場から考えることとする。

清算説の根拠は、夫婦の一方の協力、特に妻の家事労働による内助の功、を法的に評価し、これを夫婦の他の一方

(夫)の社会的活動と同視しようとする点にある。しかして、内部的共有制説にあっては、労働収入の帰属の点においてすでに妻の協力を評価しこれを夫婦の共有と解しているわけであるから、夫婦間においてすでに財産の帰属関係に応じた分配がなされている以上、もはや財産分与が改めて行なわれる余地は存在しないこととなる。というよりはむしろ、帰属関係に応じた財産の分配⁽²⁾、なかならず第三種財産の分配、が財産分与の方法によってなされるというのが正確であろう。それゆえ、内部的共有制説に立つて第七六八条の規定を評価すれば、同条は第一に夫婦間における財産の帰属に関する規定である第七六二条の解釈の一助として役立ち、婚姻中に夫婦の一方がその名で得た財産は、少なくとも夫婦間では、その共有に属するという結論を導き出す点、第二に第七六二条により夫婦間で内部的に共有となった財産は、離婚(または婚姻の取消し)によって婚姻が解消するときは、共有物分割手続によることなく、特別な手続(家庭裁判所による審判、二年の請求期間)によって分割されるべきことを定めた点に意義があることとなる。ちなみに、婚姻が夫婦の一方の死亡によって解消するときは、第三種財産(および第二種財産)は、先にも述べたように、通常の共有物としての取扱いを受け、財産分与の方法によって分配されることはない。

二 完全別産制説にたてば次のようになる。

先ず第一に所有関係に基づく占有の移転があることは内部的共有制説におけると同一である。しかし、ここで注意しなければならないことは、夫婦の各一方の所有に属する財産の範囲が内部的共有制説におけるとは異なるということである。夫婦のいずれの一方の所有に属するか明らかでない財産については第七六二条第二項により夫婦の共有と推定されるとしても、原則的には夫婦間で共有財産は存在しない。婚姻中に夫婦の一方、たとえば夫、が社会的労働に従事したことによって得た収入・財産はもちろん、それらの労働収入を対価として得た婚姻財産もその者の単独所有に属し、したがって、婚姻解消の際は、一まず、その者所有のその他の財産と同一の処理を受ける。

次いで、婚姻の解消が夫婦の一方の死亡による場合には、相続人たる夫婦の他の一方は被相続人の所有に属するとされた財産の三分の一ないし全部について相続権を獲得する。この場合に問題とされなければならないであろう点は、被相続人の所有に属していた婚姻財産の上に存した相続人の利用権をどのように清算するかであろう。使用貸借説を採用するときは、第五九七条第二項により「契約ニ定メタル目的ニ従ヒ使用及ヒ収益ヲ終ハリタル」ものとして利用権は消滅したと解するか、それとも、同条の適用はないと考え債務の相続として処理するかのいずれかとなる。もっとも、被相続人が相続人所有の婚姻財産につき利用権を有していたときは右のような問題は起こらない。使用貸借は借主の死亡によって終了する（第五九九条）からである。婚姻法上の権利説によるときは、利用権は当事者の一方の死亡による婚姻の解消とともに当然消滅するから、これについての特別規定が存在しない以上、利用権の清算という問題は生じる余地がない。

他方、婚姻の解消が離婚（または婚姻の取消し）による場合には、財産分与がなされることになる。

通説はここで、先に所有関係に基づき夫婦の各一方に属するとされた財産のうち婚姻中に有償でまたは労働によって得られた財産は、他の一方の協力があつたために獲得することができたものであるとの理由によって、これを、原則として二分の一ずつに、分けるべきであると主張する。

しかしながら、財産取得時の帰属について考察する際には完全別産制を主張しつつ、その分配時には、実質的にしる、これを夫婦の共有であると考えることは一つの矛盾ではなからうか。のみならず、これらの財産は、「実質的」にも、夫婦の共有と考えるべきではないもののように思われる。けだし、夫婦の一方の財産取得の際における他の一方の協力は、その協力が財産取得に直接向けられたものでないかぎり（夫婦の一方の協力が他の一方の財産取得に直接向けられているときの処理については、近時、妻の「生産労働」として論じられている。興味のある問題であるとともに、夫婦財産制の

問題を考える際には是非解決しておかなければならない問題でもあるが、本稿では一応考察の対象からはずすこととする。なお、私見の一応のアウトラインについては、前掲別稿を参照していただければ幸甚である。それは婚姻義務の履行として観念すべきものであるが、夫婦の一方の社会的労働に従事することによる財産取得行為それ自体は婚姻義務の履行ではなく、したがって、夫婦の一方の財産取得行為と他の一方の家庭内における協力とは法的に同等の価値あるものとして評価されるべきものではないからである。右の場合における夫婦の一方の婚姻義務の履行は財産取得後における婚姻費用の分担行為としてなされる。つまり、法律上、男女同権の見地から、同等の評価を受けるべきは夫婦の一方の婚姻費用の分担と他の一方の家庭内における協力とである。それゆえ、私は、財産分与の対象となる財産は、労働収入それ自体ではなく、労働収入もしくはその他の収入または資産のうちから婚姻費用として出捐されまたは出捐が予定されている財産―婚姻財産―に限定されるものと解したい。しかも、その根拠は、これらの財産が夫婦間で「実質的に」共有であるという点に存するのではなく、それらの財産については所有者でない夫婦の一方が利用権を有している点に求められる。つまり、財産分与における「清算」は、基本的には婚姻中における夫婦間の協力関係(同居・協力・扶助)に由来するものであるが、法形式的には、「実質的」にしる、所有関係に基礎を置くものではなく、利用関係の清算として観念すべきものであると考える。財産分与の規定は、本来ならば婚姻の解消とともに当然消滅し何ら事後的処理がなされることのない婚姻法上の利用権につき、離婚および婚姻の取消しの場合にかぎり特に明文をもってこれを事後処理すべき旨定めた規定なのである。

(1) 我妻栄著前掲書一〇二―一〇三頁。

(2) 第二種財産の分配をいかなる方法でなすべきかについては、内部的共有制説の論者のうちにおいても一致していないようである。我妻栄教授は、たんに、「第二のもの(引用者注・第二種財産)は、配偶者の死亡の場合にも、離婚の場合にも、他

の配偶者は、その持分についての所有を主張することができる。」(前掲書一〇二頁)とのみ書いておられるだけであるが、加藤永一教授は、「なお、この共有財産(引用者注・第二種財産)は、通常の共有財産(民法二四九条以下)とちがって、夫婦の一方の分割請求(民法二五六条参照)はみとめられない。夫婦の合意があれば分割することはかまわないが。(中略)婚姻解消によってはじめて一方の分割請求が許されることになる。ただ、この財産の分割は、財産分与の問題として処理すべきものであるから、ここでも通常の共有物分割請求とはちがった取扱いをうける点に注意すべきである。」(前掲一三頁)といわれる(もっとも、四八九頁においては、「第二種の財産については共有分割の手続がなされるだけで、敢えて七六八条の規定をまつまでもない。」として、我妻栄著前掲書一〇二頁を引用しておられる)。なお、次注(3)参照。

(3) もっとも、飯倉一郎「財産分与請求権の法的構造」国学院法学二巻一号(昭39)八六頁は、「清算説では②③の財産(引用者注・第二種財産、第三種財産)が分与の対象となることになる。財産分与というよりは、むしろ共有物分割ということになる。そうだとすれば民法二五六条二五八条の規定によって処理することも可能となるのではあるまいか。」と述べておられる。ここまですれば、財産分与に関する第七六八条の規定は、清算説にたつかぎり、離婚給付の規定ではなく夫婦財産制の規定であると理解すべきことになる。

結語に代えて

従来夫婦財産制および財産分与の制度について考察するときは、妻の家事労働をいかにして財産の帰属と結びつけるかが中心的課題であったといえよう。そこにおいては、夫の社会的活動と育児を含む妻の家事労働とは同等に評価されなければならない、という命題が大前提として存在しており、この大前提の下で、夫の取得した財産につき妻の共有、実質的共有ないしは内部的共有を認めるべく種々の試みがなされてきた。なるほど、夫が社会的活動に従事したことによって得た財産につき妻に「内部的」または「実質的」共有持分を認めるときは、婚姻解消時にも共有物の分割と類似の考え方を適用することができ、さらに幸いなことには、共有持分が不明なときはこれが相均しいものと

推定される旨の規定の存在とも相まって、妻に二分の一の権利を付与することが容易となる。しかし、この考え方は、その大前提であるところの夫の社会的活動と妻の家事労働とは、婚姻法上、同等の評価を受けるのかという点についての検討が厳密になされないままです。いかにして夫の取得した財産を妻に帰属させるかの点にばかり労力が払われすぎたように思われる。たしかに、現実の夫婦共同生活は、多くの場合、夫は社会的労働に従事し、妻は育児を含む家事労働を受け持つことによって維持されている。しかし、法的に見た場合、妻の家事労働と同等の評価を受けるべきは夫の社会的活動による財産取得行為ではなく、夫による婚姻費用の分担であるように思われる。

さらに、妻の家事労働を正當に評価する方法は帰属の論理が唯一のものであるか。離婚の場合に妻に財産分与の請求が認められるには論理必然的に婚姻中にも夫名義の財産に対し妻が実質的または内部的持分を有していたと考えなければならぬのであろうか。むしろ逆に、婚姻中には妻に帰属していなかったがゆえに財産分与の制度が必要とされると考えるべきではないのか。

本稿では、これら二つの疑問を出発点として、夫婦間における財産の帰属について考察する場合には夫婦の一方が財産法上の取引として第三者から承継取得しまたは原始取得する場合における帰属の問題と、このようにして帰属の定まった財産のうちからさらに夫婦間で婚姻費用の分担として出捐された場合における帰属の問題とは区別して考えるべきこと、後者の財産についても夫婦間で共有関係は発生せず所有権を有しない者はその財産の利用につき婚姻法上の権利を有すること、これらの関係は離婚時には財産分与の方法によって処理されること、について述べたつもりである。