

## 第2 住宅ローンのある不動産の財産分与

### 目次

- 1 財産分与の対象となる不動産
  - (1) 原則
  - (2) 特有財産を加えて取得した不動産
    - ア 婚姻後取得した財産
    - イ 基準時後にローンの弁済がある場合
    - ウ 婚姻前に取得した不動産
- 2 住宅ローンの財産分与対象性
  - (1) 原則
  - (2) 考慮すべき債務の種類
  - (3) 考慮の方法
- 3 財産分与の対象となる部分の評価
  - (1) 評価の時点
    - ア 対象財産確定基準時（別居時）説
    - イ 清算時（裁判時）説
  - (2) 評価の方法
- 4 分与の方法と分与の額の算出
  - (1) 分与の方法
  - (2) 対象財産確定基準時（別居時）説と清算時（裁判時）説
    - ア 対象財産確定基準時（別居時）説
    - イ 清算時（裁判時）説
- 5 いわゆるオーバーローンの財産の財産分与
  - (1) 財産分与申立ての適否
    - ア 原則的運用
    - イ 現物分与が認められる場合
  - (2) 不動産の名義変更を求める場合のオーバーローンの処理
    - ア 住宅ローンの負担者
    - イ オーバー部分の負担者
    - ウ オーバーローンの不動産の処分清算
  - (3) オーバーローン不動産以外の財産分与対象財産がある場合の通算の可否
    - ア 他の財産との通算の可否
    - イ 通算すべきでない場合
    - ウ 通算すべき場合
    - エ 通算の方法
- 6 特有財産を加えて取得した財産
  - (1) 基準時後の弁済がない場合
  - (2) 基準時後に残債務が支払われた場合
- 7 現物分与
  - (1) 金銭清算の原則
  - (2) 現物による分与
    - ア 現物分与を可能とする要件
    - イ 債務者以外の者に債務を負担させる方法
- 8 婚姻費用算定に考慮された住宅ローンの考慮

はじめに

住宅ローンのある不動産という場合、これが事件に現れる態様は、様々である。

取得の段階で、いわゆる頭金を特有財産や親族からの援助によって賄った例がある。住宅ローンに関しては、夫婦の一方のみが債務者となっている場合もあるし、夫婦の双方が債務者である場合もある。財産分与の基準時が別居時である場合、別居時で支払が停止され、遅延損害金が生じている場合もあるし、住宅ローンを負担している当事者が支払を継続している場合もある。利用に関しては、別居後は、一方が居住していることが多いが、双方とも居住していない場合もあるし、まれには、同居中という場合もある。

別居からある程度の時間が経過した事件では、不動産の評価が変動していることもある。

そして、不動産の評価は、購入時から減少しているのが通常なので、その評価額が残債務より多い、いわゆるオーバーローンの状態となっている場合もある。

このように、住宅ローンがある不動産が財産分与対象財産となった場合には、様々な問題が生じるので、これらの問題がある場合の分与の方法を検討するのが、今回のテーマである。

## 1 財産分与の対象となる不動産

### (1) 原則

婚姻中に取得した財産は、その親族からの贈与、相続などによって取得した財産を除けば、原則として財産分与の対象となる。不動産の名義を問わない。ただし、第三者名義のものは、現実には、これを対象とすることが困難な場合もある。

### (2) 特有財産を加えて取得した不動産

不動産を取得するについて代金の一部を特有財産から出捐し、残りをローンにした場合の財産分与対象財産はどのように考えるか

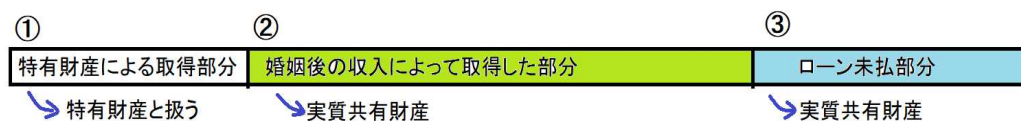
#### ア 婚姻後取得した財産

特有財産と婚姻中に形成した資金を併せて不動産を取得した場合の考え方として、次の3説がある。

- ① 特有財産を原資とする部分を出捐者の共有持分とし、財産分与の対象財産は、これを除く部分とする考え方
- ② 財産全体を財産分与の対象とし、特有財産からの出捐は寄与割合で考慮するとの考え方（山本・諸問題34頁）
- ③ 財産全体が財産分与の対象であるが、清算対象の実質的な共有部分は、特有財産からの出捐部分（特有財産割合という）を除く部分であるとする考え方  
この説と①説との違いは、特有財産割合の権利変動を、財産分与とすることができるという点である。

住宅ローンのある不動産の処理には、③説が便利であるので、以下は、この考え方で説明する。

図 1



基準時において住宅ローンが残っている場合、当該不動産は、特有財産によって取得した部分、住宅ローンの既払い部分、同未払部分に分けられるが、特有財産によって取得した部分①は、清算の対象から外し、その余の部分②③を実質的共有財産として、清算の対象とする。

イ 基準時後にローンの弁済がある場合

次の2つの説がある。

① 基準時後の支払がある場合でも、債務を基準時で考え、支払額は、その後の清算の問題とする説

② 基準時後の支払による取得部分を、特有財産とする説

この説は、基準時後に住宅ローンの支払がされた場合、その支払は、通常、特有財産からの支払なので、この支払により取得された額を特有財産と考える。どのように違うか、具体的な事例で見る。

例えば、XとYは、婚姻後、夫婦の住居として、マンションを3000万円で購入したが、その頭金600万円は、Yが婚姻前の預金から支出し、2400万円を銀行からの住宅ローンとした。XYの別居時、不動産の評価は2000万円であり、債務残額は1200万円であった。そして、債務残額は、Yが一括返済した。

①の、債務を基準時で考える説では、

基準時において、対象財産を確定する。つまり、上記図1の②と③を財産分与対象財産とするから、代金3000万円の内、600万円が特有財産からの出捐であるので、5分の4が財産分与対象財産である。そしてその価額は、離婚時の評価額2000万円の5分の4であり、1600万円である。別居時の債務額は1200万円であるので、1600万円から1200万円を控除した400万円が財産分与の対象となり、YはXに200万を支払うという結論となる。

②の基準時後の支払による取得部分を特有財産とする説では、財産分与対象財産は、図1の②の部分であり、その額は800万円で既に債務はないから、2分の1の400万円が分与額となる。Yにとっては、①説が有利ということになる。

ウ 婚姻前に取得した不動産

婚姻前に夫婦の一方が取得し、その住宅ローンが婚姻後に夫婦の収入によって支払われている場合、その収入によって取得した部分は、特有財産が夫婦の協力によって維持された場合とみて、財産分与の対象財産となると考えることができる。ただし、未払部分は、その債務は夫婦の一方の固有の債務であり、夫婦の他方に支払義務はないから、財産分与の対象財産とならない。このように考えれば、婚姻から別居までの期間に支払われた部分が財産分与の対象となる。

なお、個別の事情によっては、この婚姻後別居まで住宅ローン支払を夫婦全体の財産形成に対する寄与とみて、その寄与割合で考慮したり、一切の事情として考慮

する場合もあろう。

## 2 住宅ローンの財産分与対象性

### (1) 原則

債務が財産分与の対象となるかどうかは、学説は分かれるが、実務は、債務そのものは財産分与の対象とならないとしつつ、一定の債務については、財産分与において考慮するという立場である。

そして、資産形成のために生じた債務は、資産を財産分与の対象とする以上、その形成のために負担した債務も考慮しないと公平でないから、考慮の対象とされる。

居住用不動産を取得するについて負担した住宅ローンは、その典型例である。

### (2) 考慮すべき債務の種類

不動産取得の原資である借入金である。借入先は、金融機関であると親族であるとを問わない（秋武・調停336頁）。担保設定の有無も問わない。

購入に当たっての経費費用、例えば、司法書士への報酬、登記経費費用も含む。ただし、これらの支出は、不動産の特有財産部分算出においては、原則として考慮されない。

### (3) 考慮の方法

原則として、不動産価額から債務額を控除する。

## 3 財産分与の対象となる部分の評価

### (1) 評価の時点

#### ア 対象財産確定基準時（別居時）説

対象財産の現在評価額から別居時における債務残額を控除する（秋武=岡177頁、水野315頁、松原339頁ほか多数説）。なお、現在までの遅延損害金は控除する。

#### イ 清算時（裁判時）説

対象財産の現在評価額から口頭弁論終結時における債務残額を控除する（山本33頁。ただし例外あり。）

### (2) 評価の方法

対象財産の評価に関しては、これを形成するための債務を控除した額を、当該不動産の評価額とする説と積極財産、消極財産別々に計上して、分与額を算出する説がある。実務は、原則的に後説をとっている。違いは、オーバーローンの場合に生じる（前説では、不動産の評価額がゼロとなる）が、オーバーローンの場合は後述する。

## 4 分与の方法及び分与の額の算出

### (1) 分与の方法

財産分与は、金銭清算が原則である。つまり、夫婦それぞれが取得した財産の名義は原則として変動せず、実質的な割合と異なる部分を金銭で清算するものである。

そこで、

夫婦が取得した財産の額に分与（清算）割合を乗じた額から各自が取得した財産の額を控除したものが、分与すべき額となる。

<算式1>

Yが支払うべき財産分与の額

$$= (X名義財産 + Y名義財産) \times 1/2 - X名義財産$$

<算式2：考慮すべき債務がある場合>

Yが支払うべき財産分与の額

$$= (X名義財産 - X名義債務 + Y名義財産 - Y名義債務) \times 1/2 - X名義財産 + X名義債務$$

(2) 対象財産確定基準時（別居時）説と清算時（裁判時）説

対象財産の評価の時点の2説（前記3(1)参照）の違いを見る。

ア 別居時説

対象財産の現在評価額から別居時における債務残額を控除した額を分与対象財産の額とし、これに清算割合（原則2分の1）を乗じる。債務が、基準時後に減少しているときは、当該不動産の取得者が支払った場合は考慮せず、これを取得しない当事者が支払った場合は、その額を加算する。図2の事例では、190万円となる。

図2



評価額：1800万円  
住宅ローン：別居時1500万円  
別居後、Xが40万円を支払い、  
Yが60万円を支払って、現在の  
残額は1400万円  
X、Yとも他に財産なし  
建物はYが取得する

$$(1800万 - 1500万) \times \frac{1}{2} + 40万 = 190万$$

イ 裁判時説

対象財産の現在評価額から口頭弁論終結時における債務残額を控除した額を分与対象財産の額とし、これに清算割合（原則2分の1）を乗じる。

図2では、分与対象財産の額は、1800万 - 1400万 = 400万であり、分与額は200万円となる。ただし、別居後の支払額が平等でないので、この点を調整して、差額20万円の2分の1をXに負担させると、分与額は190万円になり、結論は一致する。

5 いわゆるオーバーローンの財産の財産分与

(1) 財産分与申立ての適否

ア 原則的運用

夫婦の実質的に共有である唯一不動産がいわゆるオーバーローン状態にある場合、結局、夫婦が形成した財産は皆無であるから、金員の支払を求める財産分与の申立ては認められない。

申立ての形態としては、返済したローンの一部分担を求める場合や、残存債務の分担を求める場合などがあるが、いずれも、その申立ては不適法となる。不動産の名

義がいずれにあっても同様である。

#### イ 現物分与が認められる場合

しかし、不動産が共有名義である場合などに、財産分与として、登記を一方の単独名義に移転するなど、積極財産の帰属を求める場合は、現物分与の要件が満たされる場合には、必ずしも不適法となるわけではない。現物分与については、後述する。

### (2) 不動産の名義変更を求める場合のオーバーローンの処理

#### ア 住宅ローンの負担者

オーバーローンでなければ、その住宅の評価額からローンの額を差し引いたものを折半した額が、それぞれの分与額となるから、その不動産を2分の1で処理することは、住宅ローンも2分の1ずつを負担した計算となる。取得した財産を2分の1とするわけであるから、これを取得するに要した費用も2分の1とするのが、公平である。

#### イ オーバー部分の負担者

オーバーローンでも、同じか。取得した財産が2分の1であるから、これを取得するに要した費用も2分の1であるという理屈が、オーバーローンの場合には、成り立たない。取得した財産は評価ゼロとして名義人が取得するから、2分の1ずつ取得していると言えないのである。

そこで、夫婦が負担した債務であるから、平等に負担するという説が唱えられる。しかし、夫婦の一方の負担した債務が平等負担となるとする法的根拠はない。せいぜい、日常家事債務について、夫婦双方が責任を持つとの規定があるだけで、この規定も、第三者に対する責任だけを規定するもので、夫婦間の内部分担まで決めるものではない。

夫婦双方で負担するのが公平であるという見解もあるが、実際公平かどうか、疑問が生じるケースが出てくる。

例えば、XとYは、婚姻後、夫婦の住居として、マンションを4000万円で購入したが、その頭金500万円は、Yが婚姻前の預金から支出し、3500万円を銀行から借り入れた。しかし、1年も経たずに破綻して離婚となったが、住宅ローンは、殆ど減っておらず、残額は3400万円であり、不動産の評価は3000万円となっている。

この場合、代金4000万円の内、500万円が特有財産からの出捐であるので、8分の7が財産分与対象財産である。そしてその価額は、離婚時の評価額3000万円の8分の7であり、2625万円である。別居時の債務額は3400万円であるので、775万円のオーバーローンであり、その2分の1を相手方に請求できるとすれば、387万円を請求できることになる。この結論が、果たして公平か。

不動産を取得する者は、その利用利益を取得するのに対し、他方は、何も得ないのであるから、ローンの一部を負担させるのは公平でない。

オーバーローンであっても、不動産取得の代金であるから、これを取得する者がその代金全部を負担するのが筋である。

実務の処理としては、オーバーローンであっても、その不動産を取得し、今後利用する者が、全部のローンを引き継ぐという処理が多い。

## ウ オーバーローンの不動産の処分清算

オーバーローンの不動産を処分した場合、債務しか残らないが、この残債務は、原則としては、本来の債務の負担者（買主）が負担することとなる。債務を移転する法律上の原因がないからである。なお、清算という観点で負担を考えるとしても、これらの債務は、資産形成という面の外に住居確保という側面があるので、その意味では、家計維持のための債務と扱うこともできる。そうであれば、婚姻費用と同様に、収入の比で分担することになる。

調停実務や学説では、扶養的財産分与の理屈を援用するなどして、専業主婦であって、離婚後、収入もない者に、その残債務の負担を求めることはしないというのが一般である（二宮・家族法3版99頁、梶村ほか・家族法実務講義155頁）

## (3) オーバーローン不動産以外の財産分与対象財産がある場合の通算の可否

### ア 他の財産との通算の可否

オーバーローンについて、上記のように、不動産取得者がすべてのローンを負担すべきであると考えれば、他に財産があっても通算すべきではないということになるが、実務は、他に財産があるということは、ローンは本来弁済できたものと考えて、通算を原則とする。しかし、個別事情によって異なる。

### イ 通算すべきでない場合

当該不動産を取得する経緯、利用状況、債務の弁済の状況等から、通算することが当事者間の公平を害する場合は、通算すべきでない。次の場合が当たる。

(7) 当該物件の価額が、取得価額（ないし当事者の主観的価格を考慮した額）として評価した場合にオーバーローンとならない場合は、通算を要しない。当事者双方が取得を希望する場合に、マイナスではなくゼロの評価で処理し、通算しなかった裁判例がある。

(4) 当該物件が収益のために使用される物件である場合、そのオーバーローン部分は収益によって回収すべきであり、通算すべきでない。

(7) 他の財産が、そのローンの返済に利用されることが想定されていない場合は、通算すべきでない。他の財産が、将来の退職金である場合など。

### ウ 通算すべき場合

(7) オーバーローンの不動産以外の財産がオーバーローンの額を相当超えて存在する場合。

(4) 他の財産が、当該ローンの担保となっている場合。

(7) 基準時までには本来弁済されていたはずの額が他の形で残っている場合。

### エ 通算の方法

(7) 通算の結果残る財産を清算割合で分割する。

(4) 通算の結果、マイナスとなる場合

そのマイナス部分を、清算割合により分担する。

ただし、公平の見地から、分与額は、その有する財産の額を限度とするとの修正説もある。（通算修正説）

なお、従前の裁判例の傾向では、全体としてマイナスである以上、分与対象財産はゼロであり、財産分与の申立ては却下となるべきではないかとの説もある。  
(却下説)

図 3

財産分与対象財産：

Y名義不動産：評価額1000万円、債務残額1500万円  
(基準時、現在とも)

X名義預金：100万円

● 財産分与

考え方1：非通算説・・・不動産はオーバーローンであるから、評価ゼロであり、オーバー部分の通算はしないから、X名義預金100万円のみを清算し、XからYへ50万円を分与する。

考え方2：通算説・・・全財産を通算した結果、400万円のマイナスであるから、そのマイナス分を、XYは、各200万円ずつ負担するので、XからYへ300万円を分与する。

考え方3：通算修正説・・・通算の結果、Xは、300万円の負担となるが、分与額は、その有する財産の額100万円を限度とし、XはYへ、100万円を分与する。

考え方4：却下説・・・通算の結果もオーバーローンであり、形成財産はゼロであり、財産分与の申立ては不適法となる。

6 特有財産を加えて取得した財産

不動産を取得するについて代金の一部を特有財産から出捐し、残りをローンにした場合の債務の清算はどのように行うべきか。

(1) 基準時後の弁済がない場合

前述のとおり、特有財産によって取得した部分は、清算の対象から外し、その余の部分だけが、財産分与の対象財産であると考えるのが分かり易く、今までのべたところが、そのまま当てはまる。

すなわち、特有財産部分を除く部分の評価額から基準時における残債務を控除し、残額があれば、これを分与の対象とする。残額がなければ(オーバーローンの場合は)、非通算説では、ゼロと評価し、通算説では、マイナスとなった額を分担する。

なお、オーバーローンか否かの判断においては、特有財産部分も含めた全体の評価額から住宅ローンを控除してもマイナスとなる場合のみをオーバーローンとするとの考え方もある。住宅ローンは、通常、特有財産部分も含めた不動産全体を担保としているからである。

図 4

財産分与対象財産：

Y名義不動産：購入時代金3000万円、頭金はYが固有財産から500万円  
現在評価額1200万円、別居時債務残額1500万円

Yの預貯金：500万円

Xの預貯金：100万円



財産分与の対象財産は、本件不動産は、代金3000万円の内500万円がYの特有財産から出ているので、3000万円の500万を控除した3000万円の2500万、6分の5が財産分与対象財産となり、その評価額は、1200万円×5/6であり、1000万円である。そして、残債務は、1500万円であるから、結局500万円のオーバーローンである。

考え方1：非通算説

財産分与対象財産は、500（Y預貯金）＋100（Y預貯金）＝600万円となり、その2分の1の300万円から100万円を控除した100万円が、YからXへの分与額となる。

考え方2：通算説

財産分与対象財産は、－500（オーバーローン）＋500（Y預貯金）＋100（Y預貯金）＝100

Xは、Yに50万円を分与する。

この場合、

オーバーローンか否かを、特有財産部分も含めた全体の評価額から住宅ローンを控除して判断する立場だと、オーバー部分は300万円となるので、双方がこれを150万円ずつ負担し、結果は、YがXへ50万円分与することになる。

## (2) 基準時後に残債務が支払われた場合

基準時以降に支払がされた場合も、基準時の残債務額で処理する。その上で、基準時後の支払額の清算をする。

## 7 現物分与

### (1) 金銭清算の原則

財産分与は、金銭清算が原則である。すなわち、対象財産である不動産の名義や債務者の名義はそのままにして、金銭給付による清算をするが、現物の所有権等を移転することによって清算する場合もあり、これを現物分与という。

### (2) 現物による分与

#### ア 現物分与を可能とする要件

現物による分与は、①その必要があり（必要性）、かつ、②これが相当な場合（相当性）に限られる。そして、③住宅ローンのある不動産については、ローンの債務者を移転することなどが可能かどうか（許容性）が問題となる。

必要性の有無は、当事者双方の意向、当該不動産の権利関係、利用関係等を考慮する。共有名義の不動産については、単独名義とする必要性は肯定できる。居住用不動産については、居住の必要性が高い場合は、その必要性が認められる。

現物による分与の場合、代償金（調整金）が生じるのが通常であるので、その支払意思及び支払能力があることが必要であり、これがないときは、現物分与は不相当である。

現物分与をした場合、その不動産を住宅ローンの借主名義人以外に帰属させる必要が生じることがあるが、債務者、すなわち住宅ローンの借主を債権者の同意なしに変更することはできない。また、不動産の名義も、無断で移転すると期限の利益を喪失するとの躍如いうに触れることもある。そこで、これを踏まえた分与方法が検討されなければならない。

#### イ 債務者以外の者に債務を負担させる方法

債務者でない者に、債権者の承諾なく、債務を負担させる方法としては、重疊的債務引受又は履行引受をさせ、元の債務者との関係では、その内部分担をゼロとすることが考えられる。履行引受の場合、引受人は、債権者に対して第三者として弁済する。審判手続では、重疊的債務引受や履行引受を命じることは難しいが、審判前に、手続外で当事者が重疊的債務引受や履行引受の意思表示をした場合には、これによる実体上の効果を前提に審判をすることは可能である。

調停では、その相手方に所有名義があり、相手方が債務の名義人でもある不動産を申立人に分与する場合、①申立人が履行引受をした上で当該不動産については財産分与を原因として申立人に移転登記をし、相手方が支払をした場合には求償できる旨を定める場合、②申立人がローンの弁済を約束し、完済時に移転登記をするという方法が良く取られる。

#### 8 婚姻費用算定に考慮された住宅ローンの考慮

住宅ローンの支払いは、婚姻費用との関係では、財産形成の費用とみて、その算定では原則的に考慮せず、その清算は、離婚に伴う財産分与の際に行うべきものとされる。そこで、別居後の住宅ローンの支払は、分与額算定の際に考慮される。

しかし、婚姻費用の分担額の算定の際に、①義務者が住宅ローンを支払っていることを考慮して、婚姻費用の額を減額する場合がある。この場合、減額した額が、住宅ローンの一部負担といえる場合には、権利者も、別居後の住宅ローンを一部支払ったとして清算する（財産分与において考慮する）必要がある。②権利者が住宅ローンを支払っている場合に、義務者がこれを考慮して、婚姻費用の額を増額した場合も、義務者が別居後の住宅ローンを一部支払ったとして清算する（財産分与において考慮する）必要がある。