

# 婚姻中取得財産の分配と夫婦財産制

——夫婦の共同成果物の公平・公正な分配の実現に向けて——

- 一 夫婦財産の分配と夫婦財産に関する規律
  - 1 夫婦財産制の機能
  - 2 夫婦財産上の平等への国際的潮流
- 二 日本法の制定過程に見る夫婦財産の分配
  - 1 現行法の成立以前の状況
  - 2 現行法の成立
- 三 現行法の枠内における夫婦財産の分配
  - 1 法定財産制（七六二条）の解釈論と夫婦財産の分配
  - 2 清算的財産分与に関する裁判実務
- 四 結びに代えて

犬 伏 由 子

一 夫婦財産の分配と夫婦財産に関する規律

1 夫婦財産制の機能

夫婦の財産関係において、夫婦各自の個人性・独立性を重視するか、あるいは、共同性を重視するかによって、制度設計にはかなりの違いが出てくる。家族関係が変化し、家族の個人化が進みつつあるという中では、夫婦間においても、夫婦各自の人格的独立性を尊重し、夫婦財産についても個人的財産関係にすぎないから、婚姻中に形成された財産であっても、夫あるいは妻の個人的努力の成果であるとの考え方も強まるであろう。しかし、生活の共同を伴っている夫婦関係を完全な個人勘定に基づいて維持できるわけではなく、さらに、夫婦関係が金銭的協力だけでなく、多くの非金銭的な家政管理や家事育児その他のケア労働といった無償労働による協力によって維持されている以上、婚姻中に取得・維持され、蓄積された財産があれば、夫婦間で分かち合うのが当然とも考えられる。そこで、多くの国では、夫婦の財産関係を個人間の関係を規律する一般財産法のルールとは異なるルール、すなわち、夫婦財産制としてトータルな一連の規定を置き、夫婦財産の公平な分配を実現しようとしている。但し、夫婦財産の公平な分配のためにどのような夫婦財産制の枠組みを定めるかは、国によりかなりバリエーションが存在する。

夫婦財産制の基本的枠組みを構成しているのは、婚姻継続中の①夫婦財産の帰属——婚姻前あるいは婚姻中に取得された財産が夫婦にどのように帰属するか、②財産に対する権限——夫婦財産の管理・処分権、及び、③債務に対する責任と負担——債権者に対する責任財産の範囲や夫婦間での負担——に関する規律であり、<sup>①</sup>さらに、これと関連して婚姻解消（夫婦財産制の解消）の際の④夫婦財産の分配の規律であるが、①～④をどのように定めるかによって、夫婦財産制の規律のあり方は国によってかなりの違いが生じる。<sup>②</sup>①夫婦財産の帰属の点を基準

にすれば、共通制と別産制に大別でき、共通制は、①の点に関して、夫婦財産の一定範囲について、特に婚姻中に有償取得した財産を中心に、夫婦共通財産とすることにより、婚姻解消時に④夫婦財産の分配を共通財産の清算・分割という方法で保障するものである。この点では、共通制は、婚姻解消時に、夫婦各自に対し、財産に対する権原(帰属)レベルにおいて、④夫婦財産の分配を根拠づけるものとなっている。

これに対し、別産制は、婚姻継続中も財産関係における夫婦の独立性の原則に基づき、夫婦財産は独立して各自に個人帰属し、各自が独立した管理を行い、債務についても個人責任を負うため、別産制を採用するイギリス法等では、上記①②③に関する規定を持たず、夫婦財産制という特別なルールは定めていない。このため、婚姻解消時における④夫婦財産の分配が夫婦財産の清算という観点から規定されることはない。但し、イギリス法でも、離婚の際には、夫婦の一方から他方に対する離婚給付の規定において、衡平な財産分配の制度が定められているから、裁判官による財産の分配を伴う別産制である。しかし、離婚時の衡平財産分配法の問題点としては、<sup>(3)</sup> 衡平の基準が明確にされず、裁判官の裁量や離婚当事者間の交渉に委ねられる結果、平等な財産の分与を妻に保障していないことが指摘されている。<sup>(4)</sup>

そこで、別産制の原則に立ちながら、夫婦財産制の枠内で、婚姻解消時における④夫婦財産の分配を規律する、複合的財産制が登場している。これにも、様々なバリエーションが見られるが、婚姻解消時の④夫婦財産の分配を、共通制とは異なり、債権的に保障するドイツの付加利得共通制(剰余共同制 *Zugewinngemeinschaft*)、スイスの所得参与制 (*Participation aux acquêts*)、フランスでは約定財産制の一つとして規定されている<sup>(5)</sup> が代表的なものである。

## 2 夫婦財産上の平等への国際的潮流

このように諸外国において様々な法制度が存在していることに関し、近時、夫婦財産関係法も男女(夫婦)の平等の理念に立脚すべきことが強く要請される結果、共通した一定の方向へと収斂する傾向も見とれる。<sup>(5)</sup>特に、国連の女性差別撤廃委員会的一般勧告や、ヨーロッパ家族法委員会(CEFL)による「夫婦間の財産関係に関するヨーロッパ家族法原則」においては、夫婦間の平等の観点から、婚姻中に蓄積された財産の平等な分割を保障する法制度の実現が促されている。

国連の女性差別撤廃条約は、家族内の不平等が、女性に対するあらゆる差別の根源となっていることから、一六条一項は、「婚姻及び家族関係における男女の平等」を規定し、その中で、特に夫婦の財産関係に関して「(h) 無償であるか有償であるかを問わず、財産を所有し、取得し、運用し、管理し、利用し及び処分することに関する配偶者双方の同一の権利」を確保すべきとしている。しかし、実際には、様々な国において、依然として女性は多くの場合、家族の経済的富や利益を平等に享受しておらず、家族関係解消に伴って、男性よりも困窮する等の経済的に不利益な地位に置かれている。そこで、締約国に対し、一六条一項(h)の義務履行のための指針となるべく、女性差別撤廃委員会は、二〇一三年二月、女性差別撤廃条約一六条に関する一般勧告二九号「婚姻、家族関係及びそれらの解消の経済的影響」を採択した。<sup>(6)</sup>一般勧告二九号では、締約国に対して特定の夫婦財産制(共通制・別産制・複合制)をモデルとして提示することはしていないが、<sup>(7)</sup>締約国が、婚姻継続中については、夫婦各自に夫婦財産への平等なアクセスとその管理の平等な法的能力を規定すべきであること、また、男性と平等に、女性に固有財産(または非婚姻財産)を所有、取得、管理、運用及び享受する権利を保障すること(パラグラフ38)、また、とりわけ、婚姻解消(別居あるいは離婚)時においては、婚姻中蓄積された全財産の分配に関して、当事者間の平等を規定すべきであり、その際、婚姻中の財産取得に関する非金銭的なものを含む間接的な寄与の

価値を承認すべきであること（パラグラフ46）、婚姻解消の際の財産権に関する形式的及び実質的平等を実現するために、「家事や家族ケア、経済的機会喪失、一方による他方配偶者のキャリア開発やその他の経済活動さらに相手方の能力開発に対する有形無形の貢献を含む、分割対象の夫婦財産に関する非金銭的寄与の評価」等を規定すること（パラグラフ47）を義務づけている。このように、日本も批准している女性差別撤廃条約上も、夫婦間の平等の観点から婚姻中の取得財産に関する平等な分配を規定すべきことが締約国に要請されている。

他方、二〇〇一年にヨーロッパにおける家族法の統一を図ることを目指して発足したヨーロッパ家族法委員会（CEFL）は、「ヨーロッパ家族法原則」の提案により各国への指針を与えてきたが、二〇一三年には「夫婦間の財産関係に関するヨーロッパ家族法原則」を提案し、<sup>(8)</sup>原則の基本的な考え方を示す前文では、ヨーロッパの共通の価値である夫婦間の平等を最優先し、夫婦同等の権利と同等の機会の達成を目指すことが示された。<sup>(9)</sup>これに続く、「第一章 夫婦の一般的な権利義務」において、「原則四・二 夫婦は平等の権利・義務を有する」との規定がおかれ、この原則に対して付されたコメントでは、夫婦の平等は、一方が婚姻中に他方により取得された財産への参与に関して何らかの権利を主張することへの基本的な根拠となること、夫婦間の富（婚姻中の獲得物）の不平等が、参与や分割に関する権利が認められることによって均等にされること、夫婦の権利義務の平等を考慮すれば、婚姻中の家族の富や財産取得に対しての各自の寄与の態様にかかわらず、各自の寄与は本質的に同等の重要性を持つべきであるとの考え方が示されている。<sup>(10)</sup>CEFLは、これに適合的な夫婦財産制として、所得参与制と所得共通制を法定財産制の推奨モデルとして提案し、原則四・一六以下の「第三章 夫婦財産制」において両制度を規定した。<sup>(11)</sup>

翻って、同様に日本法に関しても、憲法二四条二項に基づけば、夫婦財産関係法が夫婦の平等に立脚すべきことが要請されるが、夫婦財産の平等な分割・分配の観点に立った法制度は実現されているであろうか。この点を

今一度検証し、法改正をも視野に入れた検討を行う必要がある。

## 二 日本法の制定過程に見る夫婦財産の分配

### 1 現行法の成立以前の状況

現行法は夫婦財産制の規定の中で、法定財産制として民法七六二条が、夫婦財産の帰属を定めているが、婚姻中取得した財産の分割に関する規定は置かれていない。これまで、日本法はこの点を顧みたことはなかったのか、明治以降の民法典編纂過程の概観を含めて、この点を確認しておく。<sup>(12)</sup>

#### (1) 民法典制定まで

明治維新以降の早い時期から、明治三二（一八九八）年施行の民法典が制定されるまでの過程において、幾多の民法典編纂の企てがなされ、政治体制の安定に至るまでは、編纂作業の担い手にも変遷が見られる。その中で夫婦財産制の規定、とりわけ、夫婦財産に関する分配・分割がどのように扱われたかという点を中心に見ておく。<sup>(13)</sup>

明治五（一八七二）年四月から司法省明法寮で開催された民法会議の成果として起草された、我が国初の総合的民法草案である皇国民法仮規則「第六卷契約編三」において夫婦財産制に関する規定が置かれた。<sup>(14)</sup> ここでは、「夫婦タル時間ニ得タ所ノ動産不動産並ニ其動産不動産ヨリ生スル所ノ利益ハ共通財産中ノ物ナリトス」（五九七条以下）と定め、所得共通制を夫婦財産制の原則とすることを規定し、夫婦財産の清算規定も置かれた。皇国民法仮規則は、フランス民法を模倣したとされてはいるものの、その当時のフランス民法の法定財産制は動産所得共通制であったことから、共通財産の範囲がより制限的となる所得共通制を採用した理由は明確ではない。<sup>(15)</sup> その後、左院で続けられた民法典の審議の結果、明治六年後半から七年前半にかけて成立したとされる、いわゆる左

院民法草案の中に、夫婦財産制に関する規定は見られないが、婚姻法草案の部分において、離婚（離縁の語を用）に関して、「夫ト財産ヲ共通シタル婦ハ離縁訴訟ノ原告被告タルヲ問ハス其訴ヲ為セシヨリ訴訟中何時ニテモ財産ノ権ヲ保護スヘキタメ共通ノ動産ニ封印ヲナスコトヲ訴フルヲ得可シ」（五〇条）と定め、（法定・約定）共通制を前提とするような妻の財産権保護を定め、「訴訟上ノ離縁ノ言渡ヲ受ケシ夫婦養子又ハ婦ハ現存自己ノ所有ト定マリシ財産ハ保有ス可シト雖モ若シ其財産久ク共通シテ区別シ難キトキハ財産全部ノ三分ノ一ヲ受ルコトヲ得ベシ」（五七条）とする夫婦財産の清算類似の規定が定められた。<sup>(16)</sup>

左院廃止後、司法省において、明治九年から一一年にかけて、フランス民法の影響を強く受けた明治一一年民法草案が編纂され、再び夫婦財産制に関する規定が第三編「財産所有権ヲ得ル方法」の第五卷「婚姻ノ契約」に置かれ、法定財産制として、今度は、フランス民法と同様に動産所得共通制が採用されることになった。<sup>(17)</sup>しかし、明治一一年草案は翌明治一二年には廃案となり、明治一三年に元老院に設置された民法編纂局において、ボワソナードの指導の下、改めて民法の編纂事業が開始し、管轄部局の変遷後、明治二〇年司法省に置かれた法律取調委員会により、明治二十一年一〇月頃までには身分法第一草案（人事編・獲得編第二部）が起草された。

身分法第一草案は、日本人により起草されたものではあるが、フランス法の影響も強く、獲得編第二部「第三章夫婦財産契約（一八三七条以下）」において、皇国民法仮規則と同様、所得共通制が法定財産制として採用されている（一八四二条）。身分法第一草案には、その起草理由について、それぞれ理由書が作成されており、<sup>(18)</sup>民法草案獲得編第二部理由書が法定財産制として所得共通制採用の理由について明らかにしている。それによれば、我が国の慣習との関係で、<sup>(19)</sup>包括共通制に対して、「財産全体ノ共通ヨリモ寧ロ分離ノ制ヲ採ルノ慣習ニ近カラン」とするが、完全な財産分離制（別産制）に対しては、「元来夫婦ノ間ニハ分離分別スル所ノモノナク総テ合体共同的タルヘシトノ婚姻ノ主義ニ反スル」<sup>(20)</sup>きらいがあること、「夫婦共ニ勉勵シテ財産ヲ得ルニ当リ其配分法ニ便

ナラス」と批判し、完全な財産分離制は採らず、制限的な財産分離<sup>11</sup>所得共通制を採用したとする。所得共通制は、夫婦各自に「原資ヲ保存シ所得ヲ以テ家事ノ費用ヲ弁シ其有餘ヲ以テ夫婦ノ共有財産」とする制度であり、「夫婦各自ノ所得ハ都テ共通ニ属スルヲ以テ配分上不公平ヲ生スルコト鮮シ」とする。配分の問題に関しては、「夫婦各自ノ労働ヨリ生スル所得ハ其各自ノ労働ヲ定量シテ配分スヘキニアラス」とし、妻の家事育児が定量できない労働であることから、夫の有償労働による金銭的寄与にのみ基づいて婚姻中の所得の配分（帰属）を決定することの不公正を指摘する。<sup>(20)</sup> 民法草案獲得編第二部には、共通財産及び妻の特有財産の管理を夫に与える（一八六二条、一八六八条、一八六九条）等の不平等性が見られたものの、夫婦財産制の清算として、婚姻中の夫婦の共同成果物の分配を図ることを明確に位置づけたものであり、さらに、分配の平等をめぐる非金銭的寄与の評価に関する現代的議論の先取りとなる見解が示されている点でも、民法草案獲得編第二部は現行法に至る夫婦財産制の立法史において特筆すべき存在として注目しうる。しかし、その後の審議過程において、婚姻中の所得を夫婦の共同成果物として分配の平等を図るとする考え方は消え去り、明治二三年に成立した旧民法（財産取得編—相続・贈与・遺贈・夫婦財産契約、明治三年一〇月六日公布法律九八号）では、夫による管理共通制（別産・夫管理制）が法定財産制とされていた。<sup>(21)</sup>

この間の事情は必ずしも明らかではないが、明治二一年一〇月に身分法第一草案（人事編・獲得編第二部）は、各方面からの意見を徴するために送達され、全国の裁判所及び地方官より意見が寄せられたが、この中には、民法草案獲得編第二部の所得共通制に対して批判的見解も含まれていた。<sup>(22)</sup> これは大阪始審裁判所検事岩重巖によるもので、我が国の女性の実情から「財産トシテ視ルヘキモノヲ有セサル婦女ヲシテ夫家ニ入ルヤ忽チ夫ノ特有財産ヨリ生スル所得ニ付テ同等ノ権利ヲ有シ同一ノ権利同一ノ配分額ヲ受ケサシムルハ夫婦ノ間甚タ不公平ナルノ処置トイハサルヘカラス」とし、夫婦の労働により生じる所得についても、妻は家事育児に従事するのみであっ

て、これを夫の家庭外で行う労働と同等に評価することはできず、妻の家事労働に基づいて夫の所得に法理上分配を受ける権利を認めることができないとする。ただし、岩重は、妻の家事労働を一切評価しないというわけではなく、所得共通制を維持した上で、所得の分配を夫に四分の三、妻に四分の一を配分すべきとしており、分配自体にはなく分配の平等に対してのみ反対していた。

さらに、より強く妻の財産権自体を否定する意見書が、人事編第四章第八節「婚姻ノ効力」の規定に関して盛岡始審裁判所検事中西盾雄により提出された<sup>(23)</sup>。中西は、夫婦による婚姻費用分担規定（一〇一条）に対して、これは夫婦各自が財産を所有することを前提にした規定であるが、「吾國ニ於テハ財産ハ其家ニ属シ戸主ノ管理スル所ニシテ各自所有スルモノアルコトナシ」として削除を求め、妻の能力制限規定（一〇四条）に対しては、「婦ハ夫ニ支配セラレ一切夫ノ財産タル古來慣習風俗ヲ存スヘキ」として、夫婦の財産に関する一切の規定の削除を求めている。家にある財産を戸主の財産と見、また、夫婦の財産があるとしても夫の財産とする考え方が強く、妻の財産権を一切否定する考え方であり、夫婦の財産を夫婦の協力による共同成果物と見る身分法第一草案の発想からはほど遠い。

(2) 民法典（明治民法）制定以後

法典論争によって旧民法が施行延期となり、新たに開始した編纂事業の結果、明治三二（一八九八）年施行の民法典が成立した。民法典は、パンデクテンシステムの採用による編別構成の変更の結果、家族に関する規定は第四編親族・第五編相続にまとめられ、夫婦財産制の規定は、親族編「婚姻」の章に移されたが、法定財産制には旧民法と同様、管理共通制（別産夫管理制）が採用されている（七九八条以下）。管理共通制の採用理由について起草委員であった梅謙次郎は、以下のように述べている。<sup>(24)</sup>「此ノ制度ハ我邦ノ慣習ニ適スルノミナラズ餘程夫婦ノ関係上カラ見テ適當ナ制度ノヤウニ考ヘマス何ゼカト云ウト財産上ニ於テハ幾ラ夫婦デアルカラト言ツテモ

夫ノ物ハ夫ノ物妻ノ物ハ妻ノ物トナルト云ウコトハ今日デハ必要デアルト思フ」が、それと同時に、別々に扱うのはおもしろくないから、管理を一緒にするというのが慣習上の一般世論にも一致するとする。所得共通制を採用しなかった点は、「幾ラ所得デモ面倒ノ起ルコトハ一般ノ共通制ト同じ」であることを理由に挙げていた。旧民法とは異なり、妻（または入夫）が婚姻前から有する財産だけではなく、「婚姻中自己ノ名ニ於テ得タル財産」も特有財産であることを明示した（八〇七条）点は、妻の財産上の独立性を認めたことにはなるが、旧民法同様、婚姻中の所得を夫婦の共同成果物として分配するという発想は全く見られない。

さらに、旧民法では、妻の特有財産であることを証明できない財産は夫に帰属すると規定されていた点に対し、これは家の中には夫の財産と妻の財産しかないとする西洋的考え方であるが、日本では、大抵親子同居であつて、妻の財産ではない物が夫の財産とは限らないことから、夫婦のいずれに属するか明らかでない財産を、夫の財産と推定する規定に改めたとする<sup>25)</sup>。家の中にある財産について、そもそも夫婦のみに属する財産として夫婦財産の独立性を認める考え方自体が稀薄であり、この点は、後に現行法の制定過程で、七六八条財産分与規定に関し、GHQ側が夫婦の協力により得た財産の分割基準として二分の一とすることを明記するよう要求したのに対し、司法省側が、これに抵抗した理由にもつながっている<sup>26)</sup>。

大正期に入り、「現行民法中我国古来ノ淳風美俗ニ副ハザルモノ」を改正することを目的に、大正八（一九一九）年に臨時法制審議会による民法改正の検討が始まった。審議の結果、大正一四（一九二五）年「民法親族編中改正要綱」が決議され、その中で「要綱一四 妻ノ無能力及び夫婦財産制」が妻の無能力及び夫婦財産制に関する規定を削除し、これに代わる規定を「婚姻ノ効力」の下に定めることを提案している。夫婦財産制の規定の削除の理由は、夫婦財産制の規定が、主に外国法の模倣であり、我が国の国情に合わないことであつたが、夫婦財産制の規定の削除は、夫婦財産契約の廃止と、すべての夫婦につき、財産の各自への帰属と、管理・利用

一切を別々にする完全別産制をもたらすことになる。<sup>(28)</sup>これにより、例えば、所得共通制を内容とする夫婦財産契約締結によって夫婦財産の分配を実現するといったことさえ絶たれることになる。

## 2 現行法の成立

日本国憲法の基本原則（憲法一三・一四・二四条）に基づき明治民法（親族・相続編）の改正が要請され、昭和二二（一九四七）年に誕生した現行法においては、「第四編第二章第三節夫婦財産制」として、夫婦財産契約<sup>(29)</sup>と法定財産制の規定が残された。法定財産制に関しては、従来の管理共通制が妻の財産に対する夫の使用収益権、管理権の規定等を含む複雑且つ不平等な規定であったことから、応急的に夫婦の平等に明確に反する規定を廃止する方向での改正が行われた。<sup>(30)</sup>しかし、七六二条は夫婦各自への個人的財産帰属を規定するのみであるから、法定財産制において夫婦財産の分配を実現する規定は含まれていない。但し、民法改正のための法律案の制定過程<sup>(31)</sup>及び法律案の国会審議<sup>(32)</sup>においては、特に女性委員から、夫婦が協力して作り上げた財産を共有財産とすべきとの意見が繰り返し主張されていた。これに対し、民法改正案の起草委員から、婚姻中に得た財産を夫婦の共有とする共有財産制を採った場合、共有財産の管理を誰にするかという問題があり、また、夫の事業による債務について妻が責任を負わなければならないことになることと妻の保護にはならないので、別産制を採用するのが最も良いと説明された。なお、夫婦の間の財産は、二人の協力によってできたものとの趣旨は、「夫婦わかれになる場合には、財産分与によって、ある一種の財産の分割というようなことを認めていこう、また夫が死亡した場合には、妻が必ず相続人になって、その三分の一の相続に与ることによって」示したとされる。<sup>(33)</sup>したがって、夫婦財産の分配の実現は、現行法の成立当初から、夫婦財産制の枠外にある離婚の際の財産分与、及び、夫婦一方の死亡の際の配偶者相続権によって図られたが、明確に夫婦財産の平等な分配を意図していたわけではなかった。

七六八条の財産分与規定の新設に關しては、改正の原案となつたB班幹事（堀内信之助・来栖三郎）案では、「第八離婚による扶養義務」の項目において、「離婚したる者の一方は相手方に対し相当の生計を維持するに足るべき財産の分与を請求することを得るものとし、此の財産の分与に付ては裁判所は当事者双方の資力其の他の一切の事情を斟酌して分与を為さしむべきや否や並びに分与の額及び方法を定むることとする」と規定され、当初は項目見出しからもわかるように離婚後扶養の性格が強いものであり、夫婦財産の分配との考え方は見られなかつた。その後、「相当の生計を維持するに足るべき財産の分与」との表現が「相当の財産の分与」に改められたが、GHQとの折衝の際には、GHQ側が、「相当の」という表現に対し、財産分与の判断基準を明確にすることを求め、夫婦が協力によつて得た財産を半々に分けるという原則を規定することを繰り返し強調した。しかしながら、日本側（司法省）は、すでに触れたように、日本では親子兄弟同居することが多いため、夫婦だけの協力で得た財産といった区別が難しいこと<sup>(34)</sup>、また、半分に分けるという基準を立てるよりも、裁判官の裁量に委ねた方が実際に応じた適用ができるとして抵抗を示した<sup>(35)</sup>。その後、現行七六八条の文言通り、「相当の」という語が削除され、「当事者双方の資力」から「双方がその協力によつて得た財産」という表現に変えられ、財産分与と夫婦財産の清算・分配が関連づけられるようになってはいるが、夫婦財産の平等な分配の点は明示されなかつた。

他方、配偶者相続権については、配偶者は常に相続権を有するとされ、血族相続人と同順位共同相続人となるが、配偶者の法定相続分は、当初の幹事案では、第一順位の直系卑属と共に相続人となる場合、嫡出子（一人分）と同じとされており、配偶者はあくまでも他の共同相続人（嫡出子）と峻別されることなく、等しく「相続人」と扱われ、その後、直系卑属と同順位で相続人となる場合に三分の一とされ、常に配偶者の法定相続分は相続財産の一定割合と定められることになった<sup>(36)</sup>。その後、昭和五五（一九八〇）年の相続法改正により配偶者相続分の引き上げが行われ、直系卑属と同順位で共同相続人となる場合に二分の一となっているが、結局のところ、

配偶者相続権に関しては、被相続人たる配偶者の遺産（相続財産）に対する取得分としての多寡の問題に帰着し、ここでも直接的には夫婦財産の分配の問題とは切斷されている。ただし、死別の場合の配偶者相続に関しては、離婚の場合に夫婦間での夫婦財産の公平な分配が問題となるのは状況が異なり、相続人の間での種々の要素を考慮に入れた対応も必要となる。<sup>37)</sup>

### 三 現行法の枠内における夫婦財産の分配

#### 1 法定財産制（七六二条）の解釈論<sup>38)</sup>と夫婦財産の分配

##### （1）別産制説

現行七六二条の立法趣旨からは、夫婦の平等と独立性の尊重の観点から明治民法の管理共通制（別産夫管理制）を別産制に改正したものであることは明らかであり、通説は、七六二条が別産制を定めた規定であると解している。そこで、七六二条一項については、夫婦各自が婚姻前に所有していた財産だけではなく、婚姻中に、「自己の名で取得した財産」＝一般財産法上の主体名義人として取得した財産が特有財産（夫婦各自に帰属する個人財産）となるとする夫婦財産の個人帰属の原則を定め、二項は、当該財産が一項に基づく夫あるいは妻の特有財産であることが証明できない場合の、単なる証拠法上の共有推定規定と解釈することになる。別産制説は、夫婦間にも財産法の論理を貫徹させ、夫婦を独立した法主体間の関係と見るものである。別産制説によれば、夫婦の平等の観点はこの独立した法主体性の承認において果たされるのであり、婚姻による共同成果物の分配を要請するものとは捉えられない。婚姻解消時にも、夫婦財産固有の清算の問題は生じないため、夫婦財産の分配の問題は、夫婦財産制の枠外の制度に委ねられると見ることになる。

判例も、七六二条が憲法二四条に基づく夫婦平等に違反するかの点が争点の一つとなった事案において、最大判昭和三六年九月六日（民集一五卷八号二〇四七頁）は、七六二条が別産制の規定であるとの理解の下、「配偶者の一方の財産取得に対しては他方が常に協力寄与するものであるとしても、民法には、別に財産分与請求権、相続権ないし扶養請求権等の権利が規定されており、右夫婦相互の協力、寄与に対しては、これらの権利を行使することにより、結局において夫婦間に実質上の不平等が生じないよう立法上の配慮がなされているということができる。」として、夫婦財産制における夫婦の平等は、法主体としての平等の承認に尽くされており、夫婦財産制の枠外で、離婚あるいは死亡による婚姻解消時に、財産分与請求権や配偶者相続権という法形式での夫婦財産の清算システムが、実質的平等の担保となると位置づける。但し、下級審裁判例の中には、次の有力説の影響を受けたものがあり、夫婦間の内部関係では、婚姻継続中においても、夫婦の協力によって取得した財産は、夫婦一方名義になっている場合であっても、夫婦の共有財産と判断し、所有権（共有持分権）<sup>(39)</sup> 確認等を認めている。

(2) 共有財産の範囲拡大説

婚姻関係が個人的財産法の原理に一定の修正をもたらすと考え、七六二条二項は、そのために置かれた、実体的意義を有する規定と解する立場であり、これにも二つのアプローチがある。第一に、財産取得のレベルで捉える見解であり、第二に、財産の充当・蓄積のレベルで捉える見解である。

①実質的共有説（種類別帰属説） 七六二条一項は別産制の原則を示したものであるが、二項の共有推定は単なる証拠法上の規定ではなく実体法上の意味を持つとするのが、我妻説<sup>(40)</sup>である。これによれば、七六二条二項は、婚姻中に夫婦の協力により取得された財産を実質的には夫婦の共有に属するものと推定する規定と解することになる。したがって、婚姻関係は、財産取得の実質Ⅱ「夫婦の協力による取得」を介して、財産帰属に反映される。我妻説では、夫婦の財産を、第一種の名義実質ともに夫婦各自の個人財産（婚姻前からの所有財産、婚姻中に無償

取得した財産が含まれる)、第二種の名義実質ともに夫婦の共有財産(共同生活に必要な家財・家具などを含む)、第三種の名義は一方に属するが実質的には共有に属する財産(婚姻中に夫婦が協力して取得した不動産、預金、株券などが含まれる)に区別し、第三種の財産に対して、七六二条二項の共有推定が実質的意味を持つとする。但し、共有推定は夫婦の対外関係においては、登記名義などが夫婦一方にあることにより破れるとしていることから、第三者との関係では名義人に管理権限があり、また、名義人の責任財産として扱われることになる。

我妻説は、離婚及び死亡による婚姻解消の際に、第二種財産だけではなく第三種財産についても共有持分権の主張を認めることを意図したものであり、すでに触れた下級審裁判例においては、我妻説に立ち、婚姻中、特に破綻した夫婦間での共有持分権の確認を認めるものもある<sup>(41)</sup>。このように、我妻説は、共同成果物の夫婦間での分配を個々の財産についての共有持分権の承認という方法で実現しようとしたものであり、別産制の枠内での個々の財産についての共有拡大という法解釈によって、制度的に夫婦財産のトータルな分配を実現することには限界があったが、離婚による婚姻解消の際の財産分与に関する裁判実務において、清算的財産分与の根拠を説明する理論的支柱となっている<sup>(43)</sup>。

② 婚姻費用として拠出財産共有説 夫婦財産の分配を拠出⇨充当財産の概念によって実現しようとする立場が存在する。七六〇条が婚姻共同生活を維持するために、婚姻費用の夫婦間での分担を定めていることから、夫婦は婚姻費用として一定の財産を拠出することになるが、深谷説<sup>(44)</sup>によれば、この婚姻費用として拠出された財産は七六二条一項による拠出した配偶者との帰属関係を断ち切られて、二項の共有推定に基づき夫婦の共有に属する財産となるとする。婚姻費用としての拠出により夫婦の個人財産は一種の目的財産⇨充当財産となる点では、出資による組合財産類似の捉え方<sup>(45)</sup>といえるが、拠出された個別財産について、七六二条二項の共有推定が対外関係においては名義により覆されるという点では、我妻説と同様である。この立場も、一定の財産を婚姻解消時に

夫婦間で分配・清算することを意図したものと見えるが、その対象となるのは「婚姻費用として拠出された財産」の範囲という、より限定的なものとなる。下級審裁判例には、深谷説に立ち、預金・国債などの債権類について、婚姻費用として拠出した家計剰余金による購入と判断し、夫婦の共有財産（準共有）と認定したものがあ<sup>(46)</sup>る。

(3) 別産制と所得共通制の複合形態と考える説

離婚の際の財産分与の規定である七六八条が夫婦財産の清算を含む点に着目し、七六八条を夫婦財産制の中に位置づけたのが有地説<sup>(47)</sup>である。これによれば、我が国の夫婦財産制に関して、七六二条が夫婦財産の帰属と第三者との関係を規定するのに対し、七六八条によって夫婦間の婚姻中の所得の帰属が規定されるという点では、完全別産制ではなく、別産制と所得共通制の複合形態を採用しているとす。 (2) 共有財産の範囲拡大説が、個別財産についての「共有」を拡大することにより夫婦財産の清算の実現を目指したのに対し、有地説は、第三者との関係では潜在化しているものの、夫婦間に「共通財産」の存在を認めることにより、所得共通制と類似したより一般的な夫婦財産の清算につながる。しかしながら、七六八条自体は純然たる離婚時の夫婦財産の清算規定として明確に位置づけられているわけではなく、さらに、扶養の要素などを含む複合的な離婚給付の規定として定められたものである。

2 清算的財産分与に関する裁判実務

判例は、すでに触れた最大判昭和三六年九月六日が法定財産制に関する七六二条を別産制を規定するものと解する一方で、別産制によると、夫婦一方の財産取得に対する他方の協力が、婚姻中の財産の帰属において直接評価されない点について、別に財産分与請求権あるいは配偶者相続権が定められていることにより実質的不平等が

生じないよう配慮されているとした。この別産制を補完して実質的不平等を是正するとされた離婚の際の財産分与の法的性質に関して、さらに、最判昭和四十六年七月二三日（民集二五卷五号八〇五頁）は、「夫婦が婚姻中に有していた実質上共同の財産を清算分配し、かつ、離婚後における一方の当事者の生計の維持をはかることを目的とするもの」とし、財産分与の中心が清算的要素と扶養的要素であるとしつつも、慰謝料的要素をも含むものと判示した。これを受けて、清算的財産分与に関する家裁実務では、婚姻中取得財産は無償取得による場合を除き、離婚時には取得名義人の個人財産とは扱わず、夫婦の実質的共同（共有）財産として清算の対象としている<sup>(48)</sup>。

これに対し、死亡による婚姻解消の際の遺産分割実務では、別産制の原則が貫徹し、婚姻中に有償取得された財産であっても、取得名義人の遺産（個人財産）として扱われ、他方配偶者には相続権に基づいた分配（承継）が認められる。婚姻中の夫婦財産の帰属に関する別産制の原則の意味は、遺産分割実務と財産分与実務では異なってくる。ここでは、財産分与の中核にある清算的財産分与に関して積み上げられてきた家裁実務の<sup>(49)</sup>、現時点での一応の到達点を確認し、別産制の原則と夫婦財産の清算との接合関係をどのように捉えているのかを分析しておく<sup>(50)</sup>。

#### （1） 清算的財産分与の決定

離婚紛争という典型的な家事事件の中で、審判事項であり、「一切の事情を考慮して」（七六八条三項）行う財産分与の決定は、裁判官の裁量的判断の余地が大きく、複雑化、長期化しやすい事件類型とされてきた。しかし、財産分与の中では、扶養的要素や慰謝料的要素と比較すると、中核的要素である清算的要素の決定には、裁量的要素が少ないことから、家裁実務は清算的財産分与の決定における判断内容を精緻化し、判断プロセスも明確化されてきている。家裁実務は、婚姻中の別産制を前提としつつ、離婚の際には婚姻中に夫婦の協力により取得された財産を実質的共有あるいは共同財産として、財産分与により清算すると考える。この清算的財産分与の決定

は概ね次の手順で行われる。<sup>(51)</sup> (i) 清算対象財産の確定・評価、(ii) 分与割合(寄与度)、及び、これに基づく具体的取得分(額)の決定、(iii) 分与方法の決定。このプロセスの中でも、中心は(i) 清算対象財産の確定・評価であり、当該夫婦にとっての婚姻による共同成果物の範囲を確定し、算定する作業である。

(i) 清算的財産分与の対象財産は、婚姻中の夫婦の協力により取得された財産<sup>(52)</sup> 実質的共同(共有)財産であるが、通常の共有財産のように共有物分割の対象とするためではなく、具体的取得額の算出のための計算上の前提として、まず清算対象財産の確定が必要とされている。清算対象となる実質的共同(共有)財産は、基準時において存在する夫婦財産のうち、夫婦双方の特有財産(各自の個人財産)を除く財産であり、名義が夫婦のいずれにあるかは問わない。分与対象財産確定のための基準時については、議論があるものの、学説では夫婦間の協力関係が止んだとみなしうる別居時とするのが有力説であり、実務上も別居時を基準に分与対象財産の確定がなされている。<sup>(53)</sup> 特有財産となるのは、婚姻前から有する財産や、婚姻中に各自が相続や贈与等により無償取得した財産であるが、基準時に存在する夫婦財産について、特有財産であることを主張・立証しない限り、実質的共同(共有)財産と推定される。特有財産であるか否かは、基準時に存在する財産について、実質的共同財産との分別のために問題となるのであるから、婚姻時には存在した財産であっても、基準時に存在しなければ特有財産としての認定もなされない。この点、婚姻中の夫婦財産の形成・維持・蓄積の過程は流動的であるから、消費されやすい預貯金などについては、特有財産としての特定性の保持を認定することは困難であり、例えば、単純に基準時の預貯金残高から婚姻時の預貯金額を特有財産であるとして控除する扱いはなされない。但し、婚姻中に特有財産を不動産や有価証券等の取得費用に充てたという経緯がある場合は、取得財産が特有財産と認められる。<sup>(54)</sup> 実質的共同(共有)財産の範囲は学説により拡大され、基準時に未だ具体化されていない財産、例えば、将来取得する退職金・企業年金・個人年金といった財産も清算対象に含める解釈が有力となっており、家裁実務におい

でも同居期間割合に対応した評価額を基準時に存在する財産に計上する扱いとなっている。<sup>(56)</sup>

債務の扱いについては条文上も明示されてはおらず、むしろ七六八条三項に規定される「当事者双方がその協力によって得た財産」は積極財産のみを想定し、財産分与において債務の存在は考慮されていないとも考えられるが、実質的共同（共有）財産が清算対象となるのであれば、婚姻中夫婦一方名義で負担した債務であっても、当該配偶者の個人的な利益を目的とした債務を除き、実質的共同の債務として清算の対象となるとして、具体的には、実質的共同（共有）積極財産から債務額を控除する扱いがなされている。<sup>(57)</sup>

(ii) 分与割合（寄与度）については、昭和五五（一九八〇）年の相続法改正による配偶者法定相続分の引き上げ、及び、平成八（一九九六）年民法改正案要綱では、七六八条三項の改正案において「各当事者の寄与の程度は、その異なることが明らかでないときは、等しいものとする」との、いわゆる二分のルールを定めていたことから、実務上は寄与度説を前提とはしても、原則として二分の一と見る考え方が定着している。<sup>(58)</sup>そこで、財産分与による夫婦各自の具体的取得額は、分与の対象となる実質的共同財産について、裁判時（口頭弁論終結時または審判時）を評価基準時とした評価額を算出し、原則的にこれの二分の一の額となる。

(iii) 分与方法に関しても、七六八条三項が裁判官の裁量の判断に委ねており、実務上は清算的要素だけではなく、扶養的要素、さらには慰謝料的要素をも考慮の上、分与方法が決定されることもありうるが、清算的財産分与の方法としては、通常は、具体的取得額に応じた金銭による分与が行われる。但し、夫婦一方の名義とはなっているが、実質的共同（共有）財産に含まれる不動産等の現物を他方に分与したり、他方のために不動産に利用権を設定するという方法を採用することもある（家事事件手続一五四条二項）。

## (2) 清算的財産分与に関する実務の分析

家裁実務は、離婚の際の清算的財産分与の場面においては、「実質的共同（共有）財産」の観念を夫婦の共同

成果物を示すキー概念とし、これを清算対象とするが、実質的共同（共有）財産の観念によっても、婚姻中に取得された財産の帰属は売買などの法律行為によって生じるとする、別産制の原則に基づく夫婦財産制の枠組み自体に対し、変更をもたらす意図までは含まれていない。実質的共同（共有）財産の観念は、我妻説のように婚姻中の協力による取得財産の共有帰属に基づいた共有物分割を実現するためのものではなく、夫婦財産の公平な分配を保障するために、ひとまず理論的・計算上の観念として位置づけられている。

実質的共同（共有）財産の範囲は、(1) (i) で見たように、取得名義人である夫婦それぞれの財産について、清算基準時（別居時）において判断される。すなわち、別居時に存在する夫名義の財産 A には（夫名義の）実質的共同（共有）財産 B と夫名義の特有財産 C が含まれている。したがって、夫名義の財産についての実質的共同財産 B は、別居時財産 A から特有財産 C を控除したものである（ $B = A - C$ ）。同様に妻名義の別居時財産についても、（妻名義の）実質的共同（共有）財産 b は別居時財産 a から妻の特有財産 c を控除した  $b = a - c$  となる。但し、実質的共同（共有）財産の算出といっても、ドイツ法の付加利得共通制（剰余共同制）のように、婚姻終了時の終局財産額から、婚姻開始時の当初財産額の差し引き計算を行うわけではない。むしろ、スイス法の所得参与制（Participation aux acquêts 瑞西民一九六条以下<sup>59</sup>）において、制度解消時の夫婦各自の財産をそれぞれ所得と固有財産とに分離し（民二〇七条一項）、所得についてその負担となる債務を控除した（民二〇条）上<sup>60</sup>で、共同成果物（le bénéfice）として債権的に分配される（民二二五条）システムに類似している。しかし、清算的財産分与に関する家裁実務がスイス法の所得参与制に類似した発想のもとで積み重ねられてきたとはいえ、所得への参与という方法で、夫婦の共同成果物の分配を図るために詳細な規定を置くスイス法とは異なり、日本法には実質的共同財産に関して、その構成や債務の扱いを含めて明確な規定はなく、財産分与を定める七六八条というただ一箇条のもとで実務が積み重ねられてきた。このような清算的財産分与に関する家裁実務の積み重ねを可能に

したが、財産分与の決定を審判事項とする手続法上の枠組みである。

家裁実務によれば、財産分与請求権の法的性質は離婚によって生じる一個の債権であるが、その具体的内容は協議あるいは審判によって形成されるものと理解され<sup>(61)</sup>、財産分与の決定においては、「一切の事情を考慮して」合理的な分与方法を定めることができ、さらに、家事事件手続法一五四条二項四号は財産分与に関しても、金銭の支払いだけでなく、物の引き渡し、登記義務の履行といった具体的な給付を命ずることを可能にする<sup>(62)</sup>。そのため、スイス法の所得参与制が婚姻中の別産制を原則として婚姻解消時に行う、債権の権利による価値的分配<sup>(62)</sup>と比べると、同じく別産制を前提とはしているものの、清算的財産分与には裁量性・柔軟性が与えられ、実質的共通<sup>(共有)</sup>財産であることを前提とはしているが、財産分与の給付命令により<sup>(63)</sup>（別産制に基づいた従前の）所有権帰属の変更といった新たな権利関係の形成が行われると捉えられている。清算的財産分与によってもたらされるこのような結果は、別産制を原則とする所得参与制よりもさらに、所得共通制による共同成果物の分配に類似した清算の実現を図るものにもなっている。

離婚による婚姻の解消という限定された場面で、清算的財産分与の方法で夫婦の共同成果物の分配を保障してきた実務は、婚姻中の財産帰属に関する別産制の枠組みの外に自らを位置づける。しかしながら、実質的共同<sup>(共有)</sup>財産の観念を前提にしつつ行われる、審判手続による財産分与の具体的内容形成は、夫婦財産制に基づく夫婦財産の帰属に関する実体法上の根拠の問題として、別産制との接合の明確化の必要性は残る。

#### 四 結びに代えて

昭和二二（一九四七）年民法改正によって実現を見た現行法定財産制である夫婦別産制は、女性差別撤廃条約

一六条に関する一般勧告二九号において示された、男性と平等に女性に対し、固有財産（または非婚姻財産）を所有、取得、管理、運用及び享受する権利の保障（パラグラフ 38）の点は実現しているが、個人的財産権の保障に尽きるものであるから、制度内において、婚姻解消時における婚姻中に蓄積された全財産の分割に関する当事者間の平等を規定したり、婚姻中の獲得財産の取得に対する非金銭的な寄与を承認し、婚姻解消時の形式的・実質的平等を実現するために、非金銭的寄与の評価の規定を設ける（パラグラフ 46・47）といったことは考慮してはいない。そこで、現行法制定当初から、婚姻中に蓄積された財産の分配・分割は、夫婦財産制の枠外で、離婚時の財産分与、死亡による婚姻解消時の配偶者相続権によつて保障することとされてきた。確かに、配偶者相続権の根拠として、夫婦財産の清算（潜在的持ち分の清算）が挙げられてはいるが、死亡配偶者の遺産（個人財産）に対する一定割合と定められている配偶者相続分との間には距離がある。

他方、離婚による財産分与の法的性質に関しては、清算的要素、扶養（補償）的要素、さらには、慰謝料的要素が挙げられており、ここでも、財産分与が夫婦財産の清算に純化しているわけではないが、財産分与の核には清算的要素が置かれており、財産分与の決定に関する家裁実務も清算的要素を中心に積み上げられてきており、夫婦財産の清算との関連性はより緊密である。但し、実体法レベルで見れば、財産分与の規定は七六八条のみであり、条文内容からは夫婦財産の清算プロセスは明確ではなく、裁判規範性に乏しい。むしろ、清算的財産分与に関する家裁実務は審判手続の裁量性にに基づき、また、遺産分割類似の手続運用を図ることにより、手続法レベルで実質的共同（共有）財産の清算を実現してきた。こうした家裁実務による清算的財産分与プロセスの明確化を是とするものの、現実には、協議離婚が多数を占め、財産分与の決定もまずは当事者の協議に委ねる法構造のもとでは、当事者に対するより明確な指針が必要である。夫婦財産の清算を実現するにはそれを支える詳細な規定を必要とし、前記一般勧告二九号においても指摘されたように、夫婦間の形式的・実質的平等を実現するため

には明文上の規定が必要となる。

離婚による夫婦関係の解消と死亡解消に共通する夫婦財産の清算のベースとして、法定夫婦財産制の改正を具体的に検討すべき時期にきていると思われる。筆者は、現行法定財産制である別産制を婚姻中においては原則としつつ、婚姻解消時に夫婦財産の清算を組み込んだ複合的財産制を念頭に置き、すでに若干の改正提案を行っているが、次に、より詳細に比較法的な検討を深めた上で、我が国において実現可能な具体的改正提案を検討したいと考えている。

- (1) ①②③は相互に関連し、①の財産の帰属には積極財産だけではなく、消極財産も含めれば、③は①に含まれることになるが、債務の問題は積極財産とパラレルに規律される側面と権限の問題に密接に関連する側面がある。
- (2) 広義の夫婦財産制には、夫婦の財産関係を夫婦間の合意に委ねる夫婦財産契約に関する規定、夫婦財産契約がない場合のデフォルトルールとしての法定財産制の規定、さらには、婚姻の財産的効果（夫婦間の権利義務）の規定（基礎的財産制）の三つが関わり、これらの点も含めれば、各国法制度の間にはさらなるバリエーションが見られる。
- (3) 一九七三年イギリス婚姻事件法二四・二五条。イングランド・ウェールズ法（イギリス法）に関しては、「ヨーロッパ家族法委員会 (the Commission on European Family Law = CEFL)」(<http://ceflonline.net/>) にては本稿五頁参照) に対する国別報告書参照 (Anne Barlow, NATIONAL REPORT: ENGLAND & WALES August 2008 <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/England-Property.pdf>)。CEFLによる分類では、イングランド・ウェールズ法は、衡平財産分配制度（裁判官による財産分配を伴う別産制）に挙げられている。イングランド・ウェールズ法による離婚給付に関する詳細な紹介は、鈴木真次『離婚給付の決定基準』（弘文堂、一九九二年）八九頁以下。
- (4) 女性差別撤廃条約のコンメンタール一六条参照 (M.A. Freeman, C. Chinkin and B. Rudolf, The UN Convention on The Elimination of All Formes of Discrimination Against Women: A Commentary [Marsha A. Freeman])

O.U.P., 2012, p.434)。

(5) François Terré, Philippe Simler, *Droit civil: Les régimes matrimoniaux*, 6<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2011, pp.32s. は、比較法的研究に基づけば、各国の夫婦財産関係法の接近を見ることができ、共通制と別産制の相互浸透があること、夫婦財産関係法の一般的な発展は男女平等の意味で進んできたこと、現代法において、平等の観点から、婚姻中に実現した蓄えや所得の平等な分割を夫婦に保障する法制度が考えられていることを指摘する。

(6) 女性差別撤廃委員会的一般勧告二九号については委員会HPに掲載されている (<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>)。なお、一般勧告二九号の解説として、今井雅子・国際女性二七号一五七頁以下があり、翻訳については、平野恵美子・国際女性二七号一四六頁以下に掲載されている。なお、内閣府男女共同参画局HPにも仮訳が掲載されている ([http://www.gender.go.jp/international/int\\_kaiji/int\\_teppai/pdf/kankoku29.pdf](http://www.gender.go.jp/international/int_kaiji/int_teppai/pdf/kankoku29.pdf))。

(7) パラグラフ47において、「婚姻解消の際の財産権に関する形式的及び実質的な平等を実現するために、締約国に対して、以下の規定を設けることを強く要請する」として、「カップルが利用しうる財産制度(共通制、別産制、複合制)における平等、財産制を選択する権利、各制度を選択した場合の影響についての理解」に関する点を挙げている。なお、共通制に関しては、夫婦財産の半分が女性のもとなされても、女性に財産の管理権を認めない法制度があること(パラグラフ37)、別産制に関しては婚姻中に蓄積された財産の分割を認めない点(パラグラフ44)が問題として指摘されている。

(8) 二〇〇四年の「離婚及び離婚後扶養に関するヨーロッパ家族法原則」(第一・第二原則)、二〇〇七年の「親責任に関するヨーロッパ家族法原則」(第三原則)に引き続き第四の原則として提案した(提案内容は、Katharina Boele-Woelki, Frédérique Ferrand, Cristina González-Belluss, Maarit Jantterä-Jareborg, Nigel Lowe, Dieter Martiny, Walter Pintens, *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses* (Intersentia, 2013) において公表されている。CEFLによる夫婦財産制に関する検討作業の紹介として、松久和彦「ヨーロッパにおける夫婦財産制の動向について」ヨーロッパ家族法委員会(CEFL)の活動の紹介―田井義信編『民法学の現在と近未来』(法律文化社、二〇一二年)二七二頁以下、同「Ⅱ比較夫婦財産法―ヨーロッパを中心に―」戸籍時

報七〇九号一七頁以下参照)。C E F Lは、各国の夫婦財産制について、所得共通制、所得参与制(剰余共同制)、繰り延べ共通制、別産制、衡平財産分配制(裁判官による財産分配を伴う別産制)の五類型に分類したうえで、法定財産制として所得共通制と所得参与制の二つを提案し、各国がいずれかを採用することを勧めている。

(9) Katharina Boele-Woelki et al.・注(∞)・pp.32-34.

(10) Katharina Boele-Woelki et al.・注(∞)・p.41.

(11) Katharina Boele-Woelki et al.・注(∞)・pp.25-27。C E F Lは、両制度は、婚姻中に取得された財産に限定して連帯性を認める制限的な財産制であり、夫婦の個人的自立と連帯のバランスに配慮されたものと評価する。

(12) 川島武宣・利谷信義「民法(上)(法体制準備期)」鶴飼信成・福島正夫・川島武宣・辻清明責任編集「講座日本近代法発達史5」(勁草書房、一九五八年)一頁以下参照。前田達明編「史料民法典」(成文堂、二〇〇四年)には、明治以降の民法典編纂に関わる貴重な史料が収録されている。なお、有地亨「夫婦財産制に関する一考察」法政研究三二巻二一六号五九〇頁、近藤佳代子「民法編纂過程における夫婦財産関係」法制史研究三九号一五一頁参照。また、拙稿「夫婦財産制」星野英一編『民法講座7』(有斐閣、一九八四年)九七頁においても若干の考察を行っている。

(13) 明治以降の配偶者の寄与と夫婦財産との関わりに関する検討には、伊藤司「配偶者の『寄与』についての覚書」法学六〇巻六号一頁が存在する。

(14) 利谷信義編『皇国民法仮規則』(東京大学社会科学研究所、一九七〇年)九四頁。

(15) この点、フランスの学説の影響があるとも考えられる。但し、François Terré, Philippe Simler・注(5)p.22によれば、フランスの法定財産制である動産所得共通制に対して二〇世紀の初め頃には、活発な批判が為されていたとされるが、一九世紀後半の学説状況は調べることができなかった。但し、皇国民法仮規則の成立後ではあるが、明治七年四月から司法省明法寮で行われた講義(第一二回)において、すでに、ボワソナードは、フランスの法定財産制である動産・所得共通制に対し批判的見解を述べ、所得共通制を最も適当な制度とし、日本においても法定制とするのが相応しいと述べていた(ボワソナード講述(磯部四郎訳)『性法講義』(特別認可私立明治法律学校請法会版、復刻版)(宋文館書店、一九八六年)五五三―五五七頁、西希代子「遺留分制度の再検討(八)」法協一二四巻九号八二頁参照)。また、所得共通制の利点については、婚姻前の財産や、婚姻中の無償取得財産について夫婦各自の個人財

産とすることにより独立性が守られること、所得により夫婦分担して生計費を供給することになり、その余剰が貯蓄されることになれば、夫婦に対し労働の励みにもなり、また、一方が他方に養われるといった関係にも立たないことを挙げており、夫婦の独立性と平等性の観点を示している。

(16) 石井良助「左院の民法草案(二・完)」国家学会雑誌六〇巻六号五八―五九頁、前田編・注(12)四七四頁。但し、五七条の「其財産久ク共通シテ区別シ難キトキハ」が、単に事実上の証明の問題にとどまるのか、共通制を前提としているのかは明らかではない。

(17) 前田編・注(12)五五六頁以下。

(18) 民法草案理由書は、石井良助編『明治文化資料叢書第三巻法律編下』(風間書房、一九六〇年)に所収されている。

(19) 日本の慣習との関係では、夫が「一身随意ニ財産ヲ処置シタル慣習」があることをむしろ警戒し、財産全部を共通にする制度ではなく、妻の特有財産(個人財産)を守る財産分別制を採用する意図があった(石井編・注(18)一六一頁)。但し、妻の特有財産の管理権限は夫に与えられており(一八六八条)、処分行為については妻の承諾が必要としている(一八六九条)(石井編・注(18)一七〇頁)。

(20) 石井編・注(18)一六二頁。

(21) 旧民法財産取得編において、法定財産制の規定は、妻(入夫)の特有財産の果実及び自己の労力により得た婚姻中の所得は婚姻費用として相手方配偶者に帰属すること(四二六条)、夫(女戸主)は配偶者の特有財産に用益権を有すること(四二七条)、妻(入夫)の特有財産であることが証明できない財産は夫(女戸主)に帰属すること(四三五条)、夫は妻の特有財産の管理権を有すること(四二八条)が規定されている(前田・注(12)一〇九三頁以下)。旧民法において妻の特有財産の範囲は明確に規定されていないが、元本としての婚姻時の所有財産と婚姻中無償取得財産ということになり、妻の婚姻中の所得すら夫に帰属することになり、婚姻中の所得の分配という考え方はほど遠い。

(22) 法務省大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書16』(商事法務研究会、一九八九年)二八七頁以下。

(23) 法務省大臣官房司法法制調査部監修・注(22)一八頁。

- (24) 法務省大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書6 法典調査会民法議事速記録6』（商事法務研究会、一九八四年）三二七頁以下。
- (25) 法務省大臣官房司法法制調査部監修・注(24)三五八頁。
- (26) 司法省側は、「日本では、夫婦が親子、兄弟等と共同生活をして協力して財産を作っていることが多く、半々に分けるのを原則として立てる訳には行かない。」（民事局参事官室「民法中改正法律案に関する総司令部政治部係官との会談録（1）（完）」（民事月報三四卷三号五四頁、「日本では親子兄弟同居することが多いのでさような場合に夫婦だけの協力で得た財産というようなことは、ほとんど実例があるまい」（同民事月報三四卷六号八九頁）と繰り返して述べており、家族財産から夫婦の財産を分離独立して捉えることが困難と考えられている。
- (27) 第二〇回臨時法制審議会総会における松本丞治による説明によるが、具体的には述べられていない（堀内節編著『続家事審判制度の研究』（日本比較法研究所、一九七六年）六三〇頁）。
- (28) 仁井田益太郎は、夫婦財産制の規定を削除するのであれば、婚姻前・婚姻中取得財産を特有財産とする規定も不要であろうと指摘していた（堀内編著・注(27)六三一頁）。
- (29) 夫婦財産契約が残された点について、ほとんど利用されていないので、削除するという議論も相当あったが、今後夫婦間が平等になれば、利用されるようになるかも知れないこと、いづれ根本的な改正のときに再検討を加えるという意味であると説明された（最高裁判所事務総局「民法改正に関する国会関係資料」家庭裁判所資料三四号四八五頁）。
- (30) 最高裁判所事務総局・注(29)一〇八頁。
- (31) 代表的には、村岡花子委員発言（我妻栄編『戦後における民法改正の経過』（日本評論社、一九五六年）二五五頁以下）、榊原千代委員発言（同二六九頁以下）。
- (32) 我妻栄編・注(31)「奥野政府委員発言」二六九頁。
- (33) 我妻栄編・注(31)「奥野政府委員発言」二六九頁、同「中川善之助発言」二五七頁。
- (34) 注(26)参照。
- (35) 我妻栄編・注(31)一三七頁以下。

- (36) 我妻栄編・注(31)二四頁以下。伊藤・注(13)三二頁以下で、戦後の民法改正において配偶者相続権と配偶者の寄与の評価の問題を検討している。
- (37) 法務省の相続法ワーキンググループが検討作業を行っている(法務省HP参照 <http://www.moj.go.jp/shingil/shingil0900197.html>)。
- (38) 七六二条の解釈をめぐる学説・判例については、拙稿・注(12)一〇四頁以下で紹介した。
- (39) 裁判例の分析については、拙稿「法定財産制」石川稔他編『家族法改正への課題』(日本加除出版、一九九三年)一三九頁参照。
- (40) 我妻栄『親族法』(有斐閣、一九六一年)一〇二頁。但し、昭和二二年の民法改正の立案者でもあった我妻は、改正作業当時には、七六二条二項の推定について、特別な意味を認めていなかった(我妻編・注(31)六二頁)。
- (41) 婚姻中夫婦の協力により取得した財産を実質的共有財産とした裁判例には、不動産取得の対価関係に着目したものの(夫婦共働きの場合につき)札幌高判昭和六一年六月一九日判タ六一四号七〇頁、金銭出資があった場合につき水戸地判昭和五二年二月二五日判タ三四二号二五〇頁)、夫婦の一方が婚姻中の他方の協力の下に稼働して得た収入で取得した財産であることを挙げるものがある(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)。
- (42) 我妻説による夫婦財産の「共有」の概念に対する批判として、伊藤昌司「判例評釈」判タ一一九六号四七頁がある。
- (43) 清算的財産分与の根拠としては、我妻説以外にも、別産制説に立つ、不当利得説、報酬請求説、組合説などがある(大津千明『離婚給付に関する実証的研究』(日本評論社、一九九〇年)一一二頁)が、清算的財産分与に関する判例(最判昭和四六年七月二三日)の立場は、概ね我妻説に基づいていると評価しうる(沼田幸雄「財産分与の対象と基準」野田愛子・梶村太市編『新家族法実務大系①』(新日本法規出版、二〇〇八年)四八七頁)。
- (44) 深谷松男「夫婦の協力と夫婦財産関係」金沢法学一二卷一―二号二二―二八頁以下。他に婚姻費用としての拠出に着目していたのが、上野雅和「夫婦財産帰属の論理」松山商大論集一五卷二号三七頁、さらに、組合的把握をするのが、人見康子『現代夫婦財産法の展開』(鳳舎、一九七〇年)二二四―二二四頁である。
- (45) 人見・注(44)二一四頁以下参照。

- (46) 共稼ぎの場合につき、東京地判昭和四六年一月一八日判夕二六一号三一三頁、横浜地判昭和五二年三月二四日判時八六七号八七頁、專業主婦の場合につき、浦和地判越支判平成元年九月一三日判時一三四八号一二四頁がある。
- (47) 有地・注(12)六〇四頁。
- (48) 沼田・注(43)四八七頁、山本拓「清算的財産分与に関する実務上の諸問題」家月六二卷三号四頁。なお、松本哲弘「財産分与審判の正文について」家月六四卷八号一〇六頁は、「婚姻中に夫婦の協力によつて取得した財産」が清算の対象とするが、これを「実質的共同(共有)財産」との用語で捉えることはしていない。
- (49) 財産分与に関する実務家の論考は多数挙げることができ、最近の清算的財産分与に関わる論考として、沼田・注(43)四八四頁、秋武憲一＝岡健太郎編『離婚調停・離婚訴訟』〔松谷佳樹〕(青林書院、二〇〇九年)一六四頁、山本・注(48)一頁、松本・注(48)一〇六頁を参照した。
- (50) 拙稿「Ⅰ法定財産制の見直し―所得参与制の検討を含めて―」戸籍時報七〇九号八頁以下でも若干の検討を行った。
- (51) このプロセスは、後述するようにスイスの所得参与制に類似しているが、フランスの所得共通制の下での、共通財産の清算(数額確定と分割)手続にも近似している。所得共通制においても、共通財産の清算は、まず共通財産の数額確定(夫・妻のそれぞれの財産に関して特有財産との分別計算が行われる)がなされた上で、その額の二分の一を基準に共通財産の分割手続が行われる。
- (52) 拙稿「768条」島津一郎＝阿部徹編『新版注釈民法(2)親族(2)』(有斐閣、二〇〇八年)二二二頁。
- (53) 東京家庭裁判所人訴部では、基準時を「一般的には別居時」とする考え方を採っていることを、HP上で明らかにしている([http://www.courts.go.jp/tokyo-f/saiban/tetuzuki/zinzi\\_soshou/index.html](http://www.courts.go.jp/tokyo-f/saiban/tetuzuki/zinzi_soshou/index.html))。
- (54) 東京家庭裁判所人訴部では、婚姻関係財産一覧表のひな形を用意し、基準時において存在した資産・負債を原告・被告名義に分けて記載するよう指導している。但し、審判事項の中でも財産分与に関しては、当事者主義的運用がなされており、婚姻財産の存否については当事者の主張・立証に委ねられており、諸外国で定められているような財産開示の制度がないため網羅的な財産把握は困難である。
- (55) 特有財産が婚姻中の不動産取得費用の一部にのみ充てられた場合は、取得財産を共同財産と扱い、特有財産によ

- る費用負担については寄与度の点で考慮する扱いもあり（山本・注(48)五頁）、家裁実務の解釈は分かれているが、東京家庭裁判所人訴部の現在の扱いは費用負担に応じて割合的に一部特有財産との認定が行われているようである。
- (56) 公的年金制度に関しては、すでに年金分割制度が導入されている（二〇〇七年四月合意分割、二〇〇八年四月三号分割）。なお、拙稿・注(52)二二四頁以下参照。
- (57) 清算的財産分与における債務の扱いに関しては、松谷佳樹「財産分与と債務」判タ一二六九号五頁以下。
- (58) 二分のルール specifics 的適用については、沼田・注(43)四九八頁以下、山本・注(48)三〇頁以下参照。
- (59) スイス民法についてはフランス語条文を参照した (<http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/201407010000/210.pdf>)。
- (60) スイス法では、債務を控除した際、赤字になる場合は、不足額について、他方に参与を求めることはない（二二〇条二項「赤字は考慮されない」）。
- (61) 財産分与請求権の法的性質について、裁判実務は形成説に立つ（松本・注(48)一〇六頁、最判昭和五五年七月一日民集三四卷四号六二八頁は、財産分与請求権に基づく債権者代位権行使の可否に関する判断において、「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」とし、債権者代位権の行使を認めなかった。）が、学説には、確認説、折衷説の立場も存在する（拙稿・注(52)二二九—二四〇頁）。
- (62) ただし、スイス民法二二九条は、婚姻の死亡解消の場合に、居住用不動産や家財についての権利を生存配偶者に認めている。
- (63) 別産制の下での、清算的財産分与に関する日本法は、イギリス法の「裁判官による財産の分配を伴う別産制」の類型に近いようにも見えるが、イギリス法の財産調整命令は対象財産の限定がないのに対して、日本法はあくまでも清算対象の前提に実質的共同（共有）財産を前提とする点では、純然たる別産制の発想の上にあるとはいえないように思われる。清算的財産分与としては、一方配偶者の固有財産に他方のために不動産利用権の設定を命ずることはできないと解されている（松本・注(48)二二八頁）。
- (64) 二〇一三年一月一七日早稲田大学において開催された家族法改正研究会第六回シンポジウム「夫婦財産関係法

の検討「Family」夫婦財産制（七五五条～七五九条、七六二条）の見直しを中心に」の報告資料において、簡単な私案を掲載し、報告骨子のみ拙稿・注（50）八頁以下にまとめている。

〔付記〕

拙稿は、池田真朗教授退職記念号（本誌八八巻一号）への執筆を予定したものであったが、諸般の事情により脱稿が遅れた。池田教授にはお詫び申し上げる。