

# 財産分与請求権および分与義務の相続性について

——清算的財産分与と配偶者相続権の課題（下）——

三宅篤子

- 一 問題の所在
- 二 判例の分析（以上二〇卷第一・二号）
- 三 学説の分析
- 四 財産分与請求権の相続性に関連する問題
- 五 フランスの法定夫婦財産共通制
- 六 結語（以上本号）

## 三 学説の分析

財産分与請求権および財産分与義務の相続性の問題は、戦後、財産分与制度が新設され、財産分与請求権の性質論が盛んに議論される中で、本稿二で分析した判例（一）名古屋高等裁判所昭和二十七年七月三日決定が現れたことにより、一時期、活発な議論がなされた。しかし、その後現れた判例は少なく、議論をされることも少なくなっ

た。しかし、多くの民法の基本書においては、相続財産の範囲という項目の中で、今日でも言及されている。この節では、財産分与請求権の相続性に関する論文について、どのような視点から何に重点を置いて論じられているかを明確にした後、代表的な基本書で、どのように言及されているかを述べる。

## (一) 青山論文

青山論文においては、「財産分与請求権が相続性を有するか否かは、本来財産分与制度の本質を決定した後に出来る結論ではあるが、現在の学説、判例の態度をみるならば、逆にその相続性の有無のアプローチから財産分与の法的性格を正しく把握するいとぐちがひらかれるように思われる」と、財産分与制度の性質論と関連付けながら、財産分与の相続性を論ずることの重要性を述べている。

そして、財産分与請求権および財産分与義務の相続性については、清算的財産分与と扶養的財産分与に分けて論ずる。まず、清算的財産分与の権利・義務については、「財産分与の協議もしくは調停または裁判が確定せずとも、また、財産分与の請求の意思表示の有無にも関係なく、無条件に相続性を有すると解して差支えないであろう」とする。

扶養的財産分与については、「一般に、扶養義務は扶養権利者の要扶養状態と扶養義務者の扶養可能状態とが同時に存在すれば発生するが、このようにして発生した扶養義務も抽象的基本的な債務にすぎず、これによって直ちに具体的な支分的義務の履行期が到来するのではなく、権利者の請求によってはじめて履行期が到来すると考えられている。しかも扶養義務者は扶養権利者からの扶養の請求を受けてから、扶養義務者の協議もしくは審判によって扶養義務者が特定すると、扶養義務者は義務履行の請求時に遡って責任を生ずると解されている。そして、扶養

権利者の請求時以後においては、扶養請求権は具体的な扶養料金銭債権となり、その一身専属性を喪失して、通常  
の財産権と同様に相続性を具備するに至るとも考えられうるのである。したがって、このように考えると、一方の  
当事者の意思表示の存否がきわめて重要な意義を有することになる。ところで扶養請求権が協議、審判の結果、具  
体的な扶養料金銭債権と化し、例えば定期金債権として存続し、しかもその期限が到来した後であるような場合  
は、その処分、相続をなす余地のあることは充分考えられるところである。しかしそのような事例を除けば、扶  
養請求権は原則として処分、相続の対象とならないのであり（民八八一条、八九六条）いわゆる一身専属性に属す  
る。そして扶養請求権は請求権者の請求の意思表示によっても通常の財産権に転化するものではなく、またたとい  
請求があつたとしても、具体的な扶養料金銭債権になっていないものは一身専属性であつて、扶養権利者あるいは  
義務者の死亡と同時に消滅すると解すべきである。このように解すれば、扶養的財産分与は請求の意思が表示され  
たと否にかかわらず、なお一身専属性の性質を有し、分与請求権者の死亡と同時に消滅するとみるべきである。こ  
のことは財産分与義務についても同様であり、したがって、当事者のいずれか一方が死亡すれば、財産分与請求権  
者の意思表示の有無に関せず、扶養的財産分与は当然消滅するのである。<sup>3)</sup>

そのうえで、具体的な財産分与額が決定されない中に、分与請求者あるいは分与義務者が死亡した場合には、  
「当事者の意思表示の有無にかかわらず、清算的部分のみを考慮して分与額を決定することが理論的には正当では  
なからうか。されば、相続されうべき財産分与額は、清算された潜在的持分であり、その請求は分与請求者にとつ  
ては当然の権利の行使であり、分与義務者にとってはそれに対応する義務の履行である。そして、その額の決定は  
資産とか協力の有無、多少などを基準として決定されるべきである。要するに、当事者の協議もしくは調停または  
裁判によって具体的に財産分与が確定する以前に、一方の当事者が死亡する場合には、扶養的財産分与請求権は当

然消滅するが、清算的財産分与請求権は無条件に相続されると解してよいと思う<sup>(4)</sup>とする。

## (二) 浅見論文

浅見論文は、財産分与請求権および財産分与義務の相続性に関する判例、特に、本稿二の判例(一)名古屋高等裁判所決定と学説を詳細に検討しつつ、この問題について論じている。

まず、浅見論文は、判例(一)名古屋高等裁判所決定について、財産分与制度が認められる根拠として、扶養と清算の両方をあげていること、請求の意思表示があったことを重視しているという点を指摘しつつ、さらに、「重要なことは、夫婦の間で財産分与の請求がなされているとき、当該事案においては、それがいかなる根拠にもとづきいかなる種類のものであるかを裁判官が確定することであり、それから更に、それが相続人に承継されることが認められるかどうか判断することなのだと言うことができるのではなからうか<sup>(5)</sup>」とする。

そして、清算的要素と扶養的要素に分けて論ずる。清算的要素については、「清算的要素のみが財産分与の内容だという事案が現われれば、そしてそれが、具体的な請求権と化していれば、相続されると考えることに異論をみないし、このような場合には、例え、妻の再婚の相手方が請求してきても、不当とは言えない。また、具体化していない段階ならば、先にも述べたように相続人は、共有物の持分権の相続という形で要求してゆけばよいのである。したがって、このような場合には、基本的な財産分与請求権を含めて、およそ、財産分与請求権は相続可能であるといきつても、結果としては同じことにならう<sup>(6)</sup>」とする。

扶養的要素については、「財産分与の協議が行われ、その中にこの種の要素が含まれるとき、当事者が夫であり妻であるという条件が欠けたなら、そして、例えば妻の相続人が現われたということになったなら、改めて、協議

がなされるべきでなからうか」とする。さらに、財産が分与される場合の方法に関して、金銭の一時払いや現物給付などと、定期金の形での支払いとは、異なった考え方をする必要があり、定期金の形で財産分与をする夫婦というのは、分けるべき財産のない、手から口へという生活をしている夫婦なので、このようなぎりぎりの線の扶養がなされている場合には、財産分与請求権は、当然、消滅すると考える。しかし、定期金という形をとるときには、財産分与請求権については、およそ相続ということが考えられないにしても、分与義務の方は、場合によっては、相続人に承継される余地もあるとする。<sup>(7)</sup>

### (三) 島津論文

島津論文は、「財産分与請求権が相続の対象となりうるか」という問題は、その性質をどうみるかという問題と密接に関連しており、財産分与請求権が相続されるかいなかは、もっぱら財産分与請求権の性質いかににかかっていると見える」と説く。その上で、財産分与請求権の相続性に関する見方を、(イ) 財産分与を夫婦間の財産関係の清算を中心もしくは基礎とするものとみて(清算説もしくは融合説)、全面的な財産分与請求権の相続を認める説、(ロ) 財産分与を離婚扶養とみて(扶養説)、全面的に財産分与請求権の相続を否認する説、(ハ) 財産分与は夫婦間の財産関係の清算と離婚後の扶養とが組み合わされたものであるとする立場(複合説)から、財産分与請求権の清算部分は相続されるが、その扶養部分は相続されないとする説の三つに分けて分析する。<sup>(8)</sup>

島津論文は、財産分与制度の性格について、「財産分与制度の一つの機能と目されている離婚扶養は親族扶養のようなものではなく、それよりもっと高度の生活の保障を意味すること、他のもう一つの機能と考えられている夫婦財産関係の清算は離婚配偶者の共有持分権の存否確定ではなく、結局裁量行為的なものであること、扶養的財産

分与も多くの場合その基礎を夫婦財産関係の清算に帰せしめることができること、私有財産制のもとでは清算としてであれとにかく財産が分与されればそれが扶養という意味をもつてくること、財産分与請求権は実質的にも夫婦財産関係の清算と離婚配偶者の扶養とが融合して一個の請求権と化したものであること、財産分与はせんじつめればその根拠において相続と似た制度となってくること<sup>(9)</sup>と捉える。その上で、財産分与請求権の全面的な相続性を承認する。

他方、島津教授は、島津一郎編『注釈民法(二一)親族(二二)』<sup>(10)</sup>において、財産分与請求権の相続について、財産分与請求権の性質の問題だけではなく、その成立時期の問題があることを指摘する。それについては、後で論ずる。

#### (四) 中川論文

中川論文は、「財産分与の権利・義務の相続性の問題は、第八九六条との関連で問題となるが、実質論として、法的性格の究明を試みなければならぬ<sup>(11)</sup>」とし、この二つの視点から、財産分与の権利・義務の相続性について、論じている。

まず、清算的要素について、学説は、相続性を有するものと解しているが、この場合にも、慰謝料請求権の相続性に関する当時の判例にない、請求の意思表示の有無に、相続性の有無をからしめようという見解があることを指摘し、それに対して批判的な立場を採る。結論的には、清算的要素については、請求の意思表示に関係なく、相続性をもつと考えているようである。扶養的要素については、請求の意思表示の有無にかかわらず、請求権者の死亡とともに、消滅すると考える。慰謝料請求権については、請求の意思に関係なく、相続されるとする<sup>(12)</sup>。

最後に、妻が無償性をもつ家事労働に従事している社会を前提とし、別産制を採用（民法七六二条）しているわが国においては、婚姻解消の際、夫婦間において実質的にきわめて不衡平な結果がもたらされるとする。そこで、財産分与制度は、夫婦のあいだの財産関係を調整するという目的をもった制度なので、財産分与請求権の相続性は、積極的に理解されるべきものとする。<sup>(13)</sup>

##### (五) 梶村論文

次のような設例をもとに、財産分与請求権について論じている。「X女がY男に対し離婚の訴えを提起し、かつ、財産分与を請求する旨を申し立てていたところ、その訴訟係属中にX女が死亡した。X女の相続人である両親は、X女のY男に対する財産分与請求権を相続取得するか。<sup>(14)</sup> 梶村論文は、離婚訴訟係属中に一方当事者が死亡し、離婚が成立していない場合を念頭に入れたものであることが明らかである。梶村教授は永年裁判官として実務に携わってこられたという経歴をお持ちなので、離婚に付随する財産分与の問題は、離婚と同時に解決させるべきであるという離婚紛争の一括解決の要請を強く感じておられることから、このような設例をあげておられると推測できる。財産分与請求権は離婚後成立するものであるという理論上の観点からすれば、実務上の要請とはいえ、非常に大胆な設例である。それ故、財産分与請求権の成立時期と相続については、「財産分与請求権は、当事者の協議（調停）または裁判所の審判によってはじめて形成されると解すれば、少なくとも、財産分与の審判（調停）の申立（もしくは何らかの裁判外の意思表示）があり、財産分与請求権が形成される可能性が確実になる時期がきて、はじめて相続の対象となりうることになる<sup>(15)</sup>」とする。

そして、財産分与請求権の性質と相続については、「各要素ごとに個別的に検討すべきであり、その場合、清算

的部分と慰謝料的部分は相続性を肯定してよいが、扶養的部分は、履行期が到来して損害賠償債権に転化したもの以外は、相続性を否定すべきである<sup>(16)</sup>とする。

前述した設例に対し、「X女の両親は、財産分与審判（調停）の手続を受継しうるが（家審規一五條、家庭裁判所は、扶養的部分を除外して、分与の額・方法を定めるべきである。当事者の協議または審判（調停）によって分与額が確定した後にX女が死亡した場合には、権利者の死亡という重大な事情の変更によって、将来にわたる扶養的部分の分与請求権は当然に消滅する。少なくとも義務者は取消または変更の審判（調停）の申立をすることができ（民法八八〇条、家審九條一項乙類八号参照）と解すべきであろう<sup>(17)</sup>」とする。

#### （六） 代表的な基本書

古くは、中川善之助著『親族法上』<sup>(18)</sup>がこの問題について言及している。「財産分与請求権には相続性があるか。この問題は、財産分与請求権の性質をどう解するかによって異なるものといえよう。これを離婚扶養と解するならば、扶養の性質上相続性はなく、またこれとちがって清算説もしくは賠償説をとるならば、相続性を認めることができるといわなければなるまい。財産分与の目的たる財産は、請求権者の名義にこそなっていないけれども、本来請求権者の財産ともいふべきものであるのだから、相続性を認めるのが正しいと思う<sup>(19)</sup>。」

ほぼ同時期に、市川四郎『総合判例研究叢書民法（三）』は、財産分与請求権を基本的な財産分与請求権と具体的な財産分与請求権に分けて論じている。すなわち、「基本的な財産分与請求権は離婚者の一身に専属する権利であるから、権利者の死亡によって消滅し相続の対象となり得ないことは疑問の余地のないところである。これに反して、具体的な財産分与請求権の相続性は、財産分与請求権の本質をいかに解するかによって異なる。すなわち、



財産分与の本質を離婚後の扶養のみと解するにおいては、扶養の性質上その相続性を認め得ないことは当然であり、財産分与の本質について共有財産の清算説または賠償説をとる場合には、その相続性を認めることは理論上等の支障はない<sup>20)</sup>とする。

そして、いつ基本的な分与請求権が具体的な分与請求権に転移するかについては、慰謝料請求権に関する大審院昭和二年一月四日判決（民集六卷六八八頁）の趣旨に従って、「財産分与の意思が離婚者の一方から他方に対して表示されたときと解するのが相当である<sup>21)</sup>」とし、また、大審院大正八年六月五日（民録二五卷九六三頁）に従い、「その意思表示は表白すれば足り、相手方に到達することを必要としない<sup>22)</sup>」とする。後述するように、慰謝料請求権の相続について、最判昭和四二年一月一日（民集二一巻九号二二四九頁）は、当然相続説を採用するに至るが、学説上は相続否定説が優勢である。このような状況の中で、市川説を採用した場合、慰謝料請求権と財産分与請求権とをどのように関連づけるかについて、改めて論じる必要があるだろう。この問題については、後述する。

次に泉久雄『総合判例研究叢書民法（二六）<sup>23)</sup>』は、本稿二の判例（一）名古屋高等裁判所決定と学説を検討した後、（イ）生前すでに、具体的な分与額が定まっている場合、（ロ）請求の意思が表白されている場合、（ハ）分与請求権がまだ具体化していない場合（基本的財産分与請求権の相続）に分けて分析している。（イ）については、財産分与請求権は普通の債権となったので、相続されることは疑問がない。（ロ）については、権利者≡被相続人は権利行使しており、ただ、その額が決まっていただけであるので、相続による請求を全く否定することは無理である。もっとも、相続人が同時に分与義務者に対する扶養権利者であれば（例えば未成年子）、その面からも請求が認められるが、それと離婚による不利益救済とは平面を異にする。（ハ）については、「この場合には請求する意思があったのか否か不明ではあるが、相続性を全く否定することは、『当事者双方がその協力によって得た財産の額』

が、義務者の手元に残るといふ不都合を生ずる（この場合、共有物の持分権の相続という形で解決することも不可能ではないが、——この場合には通常の共有権をめぐる争いとなる——、一般には財産分与請求による方が、職権調査が認められ、かつ額の決定が裁判所の裁量によるとされているだけ、解決はより容易である）。しかも、権利者が死亡したからといって、離婚にともなう不利益も消滅したといえるかどうか。相続人たる連子や親は依然として権利者Ⅱ被相続人を通して救済されていいのではなからうか。死亡という偶然の事実によって結果が左右されるのは必ずしも妥当ではない。<sup>(24)</sup> 泉教授は、民法七六一一条を拡大解釈し、民法七六八条の財産分与請求権の清算の対象となる「当事者双方がその協力によって得た財産」を夫婦の共有物であると理解しており、共有物分割の方法によって紛争を解決することも可能であるが、紛争解決の容易さゆえに、民法七六八条の財産分与制度を利用することがふさわしいと理解している。そして、財産分与の清算的要素と扶養的要素を区別することは不可能なので、全面的相続を肯定すべきとする。その理論構成としては、（イ）請求の意思表示があれば、分与請求権が相続されるが、その意思表示を拡大緩和して、請求の意思は一般に推定されるものとして取り扱う方法と（ロ）清算的要素と扶養的要素を厳密に区別することは不必要であり、清算を通しての間接的扶養の確保と考えて、財産分与請求権の一身専属性を否定するという構成であるとし、泉教授は、後者によるのが進むべき方向であると考えている。<sup>(25)</sup>

また、財産分与義務も全面的に相続されると解する。<sup>(26)</sup>

我妻栄著『親族法』においては、次のような説明がなされている。「財産分与請求権は相続されるか。財産分与請求権が、前記のように、民法によって当然に発生する権利と解するときは、一般の原則によって相続される。すなわち、夫婦共通財産の清算を内容とするものの相続されることはいうまでもない。慰謝料請求権も、明瞭に放棄しない限り、相続される。ただ、扶養を目的とするものは、権利者本人の死亡によって、将来のものは消滅する。」

問題は、この三つの内容が判然と区別されていない場合である。前二者が主要な内容なす実情からみるときは、原則として全部相続され、とくに扶養を含むことが明らかな場合には、義務者は、減額を請求することができると思<sup>27</sup>う。」

また、内田貴著『民法IV（補訂版）親族・相続』においては、次のように説明がなされている。「離婚後、財産分与をめぐって交渉中の元夫婦の一方が死亡したとき、財産分与請求権は相続されるだろうか。また、財産分与の義務は相続されるだろうか。まず、財産分与請求権が相続の対象となるかを検討しよう。分析的に考えると、財産分与は清算・扶養・慰謝料の三要素を含む。そして、少なくとも清算に関しては相続を否定する理由はない。慰謝料については、一般に慰謝料請求権の相続を認める判例理論によれば相続されることになるが、学説上は相続否定説が有力である。扶養の要素については、すでに債権として確定した部分は別として、権利者が死亡すれば消滅するというべきである。ただ問題は、財産分与請求の中でこれら三要素は渾然一体となっているということである。三要素に分けて分析するのは理論的な説明のためであり、現実にはそれぞれの金額が必ずしも別々に確定されるわけではない。したがって、慰謝料請求権や扶養請求権の相続性についての考慮は金額算定の際になすものとして、財産分与請求権自体の相続は肯定すべきである。財産分与義務については、慰謝料・扶養の要素についても、義務者の死亡によって権利者の権利行使が妨げられる理由はない。したがって、相続を肯定すべきである。」<sup>28</sup>

谷口知平・久貴忠彦編『新版注釈民法（二七）相続（二）』においては、財産分与制度の法的性質がこの権利の相続性に関連しているとし、財産分与には、清算・慰謝料・扶養の三要素が含まれるという前提に立って、次のように説明する。「財産分与請求権に含まれる三要素のうち、夫婦共通財産の清算を内容とするものは、一般の金銭債権と変わることがないから、これが相続されることに問題はない。……慰謝料請求を内容とするものも（独立し

て請求される場合も含めて)、判例・多数説の立場からは、前述のように、原則として相続されることになる。問題は、扶養的要素の相続性にかかっている。……筋としては三要素を区別して算定すべきものとする。その場合、財産分与請求権者本人の死亡によって扶養料に関する部分は消滅し、他の二要素から成る請求権のみ相続されると解すべきであろう。分与額が具体化していないかぎり、一時払いであると、分割払い・定期金払いであるとを問わない。これに反し、具体的な分与額が決まっている場合の相続については、やや異なった配慮が必要であろう。まず、分割払い、定期金払いの場合は、既定の分預金請求権から扶養料相当分を減額して相続を認めるのが妥当である。明確に離婚配偶者の扶養料として算定され、長期にわたり支給されたものは、本人の生存を前提としており一身専属的なものと考えべきだからである。ところで、この考え方は一時金の場合にもあてはめるべきであろうか。支払形態の相違が相続性の有無に影響するのは合理的でないようにも考えられるが、分与額の決定した請求権は一般の金銭債権に類似しており、本人の死亡前に履行された場合との均衡上からも、全体として相続されると考えるべきではあるまいか。財産分与義務の相続についても、財産分与の内容に応じて、財産分与請求権の相続に準じて考えれば足るであろう。すなわち夫婦財産の清算部分、遅滞にある扶養部分および離婚慰謝料を肯定するならば、裁判所による債務の確定から始めなければならないであろうか。<sup>(29)</sup>

## (七) 小括

すべての学説が、財産分与請求権の相続性の問題を、財産分与請求権の性質の問題と関連させながら展開しており、それがこの問題の中心となっている。そして、清算的財産分与については、その相続性を認めることに関して

異論はないが、扶養的財産分与については、相続性を否定する学説が多い<sup>(30)</sup>。慰謝料的要素について言及する学説は少ないが、その相続性を肯定するものはあっても、否定する学説はない。しかし、財産分与請求権の清算的要素、扶養的要素、慰謝料的要素は渾然一体となっており区別が困難であることから、財産分与請求権の法的性質にかかわらず、財産分与請求権そのものの相続性を認めようとする学説も有力である。

しかし、今後、この問題を考える上でより重要になってくることは、財産分与請求権の成立時期と関連付けながら検討することである。

次節では、財産分与請求権の成立と財産分与請求権の意思表示を詳しく検討し、さらに離婚紛争の一括解決の要請から、離婚と財産分与が同時に争われている訴訟係属中に一方当事者が死亡した場合について検討する。また、財産分与請求権の相続性を検討するにあたり、しばしば参考とされる内縁の死亡解消における財産分与準用論と清算的財産分与の問題も取り上げる。

#### 四 財産分与請求権の相続性に関連する問題

##### (一) 財産分与請求権の成立

まず、財産分与請求権の成立については、離婚という事実と、(イ)夫婦共通財産の清算、(ロ)離婚による相手方に対する損害の賠償、(ハ)離婚後の扶養の三つの内容のいずれかを成立させる事実が存在することを要件として、当然に発生するとする説(以下、これを当然発生説と称する<sup>(31)</sup>)と、当事者の協議または裁判所の審判によって、初めて形成されるとする説がある(以下、これを形成説と称する<sup>(32)</sup>)。前者によれば、協議や審判は事実の確認になるが、後者によれば、協議によって分与する場合は、合意によってはじめて請求権が生じ又その内容も支払方法も合

意によって定まり、審判によって分与する場合は、裁判所の裁量によって形成されることになる。<sup>(33)</sup>

島津教授は『注釈民法(二一)親族(二二)』において、その問題を正面から取り上げられ、財産分与請求権の成立に関する学説と関連させながら、財産分与請求権の相続性について検討をしている。「具体的財産分与請求権とともに相続の対象となる基本的・抽象的な財産分与請求権とは、一体なにか、という問題である。財産分与の協議ないし審判が確定するまでは、そもそも財産分与請求権が成立するのか、どの程度の額になるのか、まだ不確定である。そこで、このような将来の債権を譲渡したり相続したりすることが可能かどうか<sup>(34)</sup>という点で、疑問を持たれている。そして、形成説にたつならば、「抽象的財産分与請求権といふ権利はありえないこととなり、少なくとも、財産分与の調停ないし審判申立があつて、財産分与請求権が形成される可能性が現実になるのでなければ、相続も譲渡もなしえない<sup>(35)</sup>」とする。当然発生説にたつ場合、財産分与は確認的性格が強いことになるが、それを強調するならば、配偶者が財産分与請求の確定的な意思表示をしない場合にも、その相続人が財産分与の審判を申し立てることだけではなく、配偶者の債権者が将来財産分与請求権を差し押さえることも認めなければならぬ。これは、夫婦の生活関係に第三者の干渉を許すことになる。そこで、確定の可能性が現実となった財産分与請求権についてだけ、相続・譲渡を認めることが妥当のようにみえてくるが、検討を要する問題であると指摘する。<sup>(36)</sup>

本稿三で検討した青山論文、浅見論文、中川論文は、本稿二で分析した判例(一)をモデルケースとしてあげているので、離婚成立後、財産分与を請求する調停申立書が提出され受理された後、請求権者が死亡した場合が念頭にある。その上で、これらの学説は、財産分与請求権の成立時期に関する学説ではなく、当事者の意思表示の有無をこの問題の重要な要素と考えている。また、内田教授は、「離婚後、財産分与をめぐって交渉中の元夫婦の一方が死亡したとき、財産分与請求権は相続されるだろうか<sup>(37)</sup>」という問題設定をしているので、青山論文、浅見論文、

中川論文と同様の視点に立っていると考えられるが、財産分与請求権の成立との関連については言及されていない。

## (二) 財産分与請求権と意思表示

財産分与請求の意思表示と相続との関係については、意思表示に関係なく相続性が肯定されるという立場と（以下、意思表示不要説と称する）、財産分与請求権の行使の意思表示があつてはじめて相続性を肯定するという立場がある（以下、意思表示必要説と称する）<sup>(38)</sup>。

意思表示必要説によると、財産分与請求権は、一身専属権であるから相続の対象とはなり得ないが、財産分与の請求の意思表示があつたならば、それは具体的請求権となり、相続の対象になると考える<sup>(39)</sup>。

それに対し、意思表示不要説は、「清算的財産分与の権利・義務は、財産分与の協議もしくは調停または裁判が確定せずとも、また、財産分与の請求の意思表示の有無に関係なく、無条件に相続性を有する」<sup>(40)</sup>、あるいは、「分与請求の意思は一般に推定されてしかるべきであつて、……調停申立の委任がなくても分与請求権の相続を認めるべき」と説明する。判例は、財産分与の請求権と義務の根拠を、意思表示の有無にかからしめてきたが、この点は慰謝料請求権の相続性に関する当時の判例理論<sup>(41)</sup>によつたものと推測されるので、慰謝料について、最高裁判所の判例が意思表示から当然相続説に変更された今日、財産分与についても意思表示を要件とする合理性はないと考える<sup>(42)</sup>もある。財産分与請求権の相続性を意思表示と関連づける見解は、慰謝料請求権の相続性に関する議論の影響を受けたことは明らかである。

前述した財産分与請求権の成立時期に関する学説と、意思表示に関する学説を関連づけて、形成説からは請求の

意思表示ないしはなんらかの形で権利行使がなされた段階で相続性を取得することになり、当然発生説の立場からは何らの意思表示がなくとも当然に相続されることになる<sup>(45)</sup>と述べる見解もある。

### (三) 財産分与請求権の相続性と離婚紛争の一括解決の要請

最高裁判所は、所得税更正処分取消請求に関する昭和五〇年五月二七日小法廷判決において、「この財産分与の権利義務の内容は、当事者の協議、家庭裁判所の調停若しくは審判又は地方裁判所の判決をまっぴらに具体的に確定されるが、右権利義務そのものは、離婚の成立によって発生し、実体的権利義務として存在するに至り、右当事者の協議等は、単にその内容を具体的に確定するものであるにすぎない<sup>(46)</sup>」とし、財産分与請求権の成立については、離婚という事実が要件となることを明示した。

ここで、検討を要するのが、離婚紛争の一括解決の要請との関係である。財産分与は、実質的には家事審判事項であるが（家審九条一項乙類五号）、子の監護者の指定その他の子の監護に関する処分と同様、離婚訴訟において附帯申立により請求することもできる（人訴三二条一項）。その理由は、それらは婚姻関係解消に付随する重大な身分的・財産的事項であるうえ、婚姻解消の原因の審理と密接に関係する問題であり、婚姻関係訴訟によって婚姻関係の解消が求められ場合に、その手続にこの附帯処分を併合審理して包括的に解決することは、当事者にとって便宜であり、訴訟経済の要請にも合致し、また、同時に非訟事件たる性質を有するこれらの処分について国家が後見の立場からの責務を適時適切に果たすことを可能にするからである<sup>(47)</sup>。すなわち、離婚に付随する財産分与や子の監護の問題は、できる限り離婚と同時に解決させて、いつまでも離婚紛争を長引かせるべきではないという実務上の要請である。この一括解決の要請は強く<sup>(48)</sup>、現代は、これを容認する方向への流動・定着期にあり<sup>(49)</sup>、離婚における破綻



主義の徹底化は、その必要性をますます高めることが予想される。<sup>(50)</sup>さらに、二〇〇三年、従来の人事訴訟手続法に代えて新たに人事訴訟法が制定され（二〇〇四年四月一日施行）、これまで地方裁判所の管轄とされてきた離婚訴訟を含む人事訴訟を家庭裁判所の管轄に移管し、家事事件の紛争処理を家庭裁判所に一本化することになった。<sup>(51)</sup>

本稿二で分析した判例のうち、(一) (二) (三) (四) は、離婚が成立した後に財産分与請求権が行使された場合であるので問題はないが、判例(五)東京高等裁判所決定は、離婚調停中に請求権者が死亡している。そこで、東京高等裁判所は、前述した最高裁昭和五〇年五月二七日小法廷判決を引用して、財産分与請求権は、「離婚の成立によって発生」するので、離婚が成立する前に夫婦の一方が死亡した場合には、離婚が成立する余地はないから、財産分与請求権も発生しないとす。

離婚紛争の一括解決の要請が定着するならば、離婚紛争の協議手続や調停手続においても財産分与が請求される場合が多くなると予想できる。離婚が成立していないという理由で財産分与請求権が発生しておらず相続性も認めないとするならば、当然に相続されるべきと学説上解されている清算的財産分与や学説によっては財産分与の内容に含まれる慰謝料請求権についても相続が不可能ということになり不当な結果となる。本稿三における学説の検討の中の(五)でとりあげた梶村論文の設例は、この問題を大胆にも正面からとりあげ、問題提起をしておられる。また、本稿二においてとりあげた判例(五)東京高等裁判所決定は、離婚調停中に財産分与請求権の請求権者が死亡したため、その相続性を認めなかった事案であるが、その理由において、「亡Dが離婚し財産分与により財産を取得した後に死亡したと仮定した場合と、実際に生起したとおり亡Dが離婚調停で財産分与を請求したけれども、離婚が成立する前に亡Dが死亡した場合で、原告人らが亡Dの相続財産として承継する財産に差異が生ずる可能性があることは否定できないが、現在の制度を前提とすれば、それは人生の運不運と言うべきものであり、正

義、公平に反するとか、信義誠実の原則ないしその根底にある法の正義の観念に著しく反するといふことはできない<sup>(52)</sup>と極めて苦しい説明をしている。学説上当然に相続されるべきと解されているものが、「人生の運不運」によつて取得できたり、取得できないことがあつても良いのだろうか

かつて、夫婦の財産関係の学説上の議論において大きな影響を与え、財産分与請求権の成立の要件として、離婚の事実をあげておられた我妻栄教授は、離婚訴訟において財産分与等を附帯申立により請求することができることを規定した旧人事訴訟法一五条（現行三二条）について、「制度の一貫性の欠如を暴露する」として批判しておられた。その理由は、複雑な内容をもつ離婚という問題については、単に離婚請求権の存否を確定するだけでなく、社会に生じた一つの害悪の影響を最小限に止めようとするためであり、その目的のためには、調停と審判の手続きが訴訟手続よりも優れているし、口頭弁論主義に親しまない事項であるために家庭裁判所が創設されたにもかかわらず、それを利用することなく、通常裁判所における訴訟手続に紛争解決を委ねることに、懸念があつたからである<sup>(53)</sup>。離婚紛争の一括解決容認への強い要請や、二〇〇四年四月からの離婚訴訟の家庭裁判所への移管が実現した現代の様子をご覧になつたならば、我妻栄教授は財産分与請求権の成立と相続性について、どのようにお考えになるのだろうか。

#### （四）内縁の死亡解消における財産分与準用論と清算的財産分与

内縁の夫婦が生存中に内縁関係を解消した場合に、離婚の際の財産分与の規定が類推適用されると解されており、それを認める家庭裁判所の審判例も増加している。それに対し、内縁の夫婦の一方当事者が死亡して内縁関係が解消した場合、内縁配偶者には相続権が認められないため、死亡による解消の場合にも財産分与の規定を類推適

用すべきではないかという問題があり、学説上、肯定説・否定説の対立が存在する<sup>(54)</sup>。否定説に立つ論者は、財産分与の規定を内縁関係の死亡による解消の場合に適用することの問題点について、次のように指摘する。

まず、山口純夫教授は、「現行の配偶者相続制度はそのままにしておいて、夫婦の財産の清算の部分のみを内縁関係の死亡による解消の場合に適用しようとするのは、首尾一貫しないように思われる。このことは、……財産分与規定を内縁関係の死亡解消の場合にも類推適用しようとする考え方にも妥当しよう。……財産分与制度を死亡解消の場合に準用することは、制度の体系的性を崩すことにつながりかねない。財産分与規定を内縁関係の死亡解消の場合に準用することは、死亡解消の場合の夫婦の財産の清算を相続とは別個の制度で処理する道を開くことになり、今度は逆に法律上の夫婦の死亡解消の場合にも、相続制度とは別個に夫婦の財産の清算を考えざるをえなくなるが、現行の制度は、……そうした制度は予定していないのである<sup>(55)</sup>」と述べている。

次に仁平正夫教授も、「内縁配偶者死亡の場合に財産分与を認めることになると、法律上の配偶者が死亡した場合にも財産分与を肯定せざるを得なくなるところに理論的難点がある。すなわち、現行法は、婚姻解消に当たっての夫婦の財産関係の処理については、解消事由が離婚の場合には財産分与という方法で、解消事由が死亡の場合には相続という方法で、それぞれ解決するという基本的思想に基づいて構成されているのであり、死亡解消の場合に財産分与という方法を用いることは予定していないのである。配偶者相続権が相続財産上に生存配偶者が有する潜在的持分の顕在化もしくは清算取得の契機を持ち、生存配偶者の生活保障という契機を持つとして、これが離婚の際の財産分与と共通的な性格をもつといっても、この説によるときは、あくまでも別制度による処理を考えている現行法体系を崩すことにつながるおそれがある<sup>(56)</sup>」と述べている。

最高裁判所は、平成一二年三月一〇日第一小法廷決定において、この否定説に依拠し、「民法は、法律上の夫婦の婚姻解消時における財産関係の清算及び婚姻解消後の扶養については、離婚による解消と当事者の一方の死亡による解消とを区別し、前者の場合には財産分与の方法を留意し、後者の場合には相続により財産を承継させることでこれを処理するものとしている。このことにかんがみると、内縁の夫婦について、離別による内縁解消の場合に民法の財産分与の規定を類推適用することは、準婚的法律関係の保護に適するものとしてその合理性を承認し得るとしても、死亡による内縁解消のときに、相続の開始した遺産につき財産分与の法理による遺産清算の道を開くことは、相続による財産承継の構造の中に異質の契機を持ち込むもので、法の予定しないところである」と判示する。

いずれも、内縁の死亡解消に財産分与を認めると、法律婚の死亡解消にもこれを認めることを肯定せざるをえなくなり、その結果、法律婚の死亡解消については、婚姻解消時における財産関係の清算および婚姻解消後の扶養を相続で処理するという現行法制度の体系を崩すという点に、否定説の論拠がある。

他方、肯定説も、有力な学者によって展開されているが<sup>(58)</sup>。その中で、否定説が主張するところの、「現行法の体系を崩す」という問題点に対しては、「財産分与と相続権という二つの制度の体系上の振り分けは、二つの制度が整っている場合に初めて問題になる。現行法が予定していないのは、法律上の夫婦の死亡解消の場合に財産分与を適用することだけである。そもそも相続権を否定されている内縁の場合には、二つの制度がないのだから、体系上の問題は起こりようがない<sup>(59)</sup>」と否定説からの批判をかわしているだけであり、法律上の夫婦の一方当事者が死亡し、死亡配偶者の所有に属する物が配偶者相続人の財産中に存在する場合について、踏み込んだ議論をしていくわけではない。

本稿二の判例（五）東京高等裁判所決定は、内縁の死亡解消の場合に、財産分与規定を準用するか否かに関する最高裁判平成一二年三月一〇日決定に依拠し、「民法は、法律上の夫婦の婚姻解消時における財産関係の清算及び婚姻解消後の扶養については、離婚による解消と当事者の一方の死亡による解消とを区別し、前者の場合には財産分与の方法を用意し、後者の場合には相続により財産を承継させることでこれを処理するものとしていると解するのが相当である」として、財産分与請求権の相続性を否定した。しかし、最高裁判平成一二年三月一〇日決定は、相続権を持たない内縁の生存配偶者が財産分与の規定を類推適用することを否定したものであり、財産分与請求権又は財産分与義務の相続性に関して何らかの判断を示したのではなく、さらには、清算的財産分与の相続性について踏み込んで論じているわけではない。最高裁判平成一二年三月一〇日決定は、財産分与請求権の相続性を考える上で興味深いものではあるが、本稿二の判例（五）東京高等裁判所決定は、財産分与請求権の相続性に関する従来議論を検討することなく、内縁の死亡解消に関する判例に依拠するだけで、財産分与請求権の相続性を否定する判断を下したことは、問題があると考える。むしろ、判例（五）東京高等裁判所決定は、最高裁判平成一二年三月一〇日決定が指摘した事柄、すなわち、法律上の夫婦の婚姻解消時における財産関係の清算及び婚姻解消後の扶養については、離婚による解消の場合には財産分与の方法を用意し、当事者の一方の死亡による解消の場合には相続により財産を承継させることでこれを処理するという現行法制度の体系をそのまま維持することが法の正義にかなうものか否かについて、踏み込んだ判断をしても良かったのではないだろうか。

## 五 フランスの法定夫婦財産共通制

わが国において、昭和二二年と昭和五五年の民法改正の過程で、夫婦財産共通制を採用すべきか否かが検討さ

れたが、その採用は実現しなかった。しかし、共通制は、夫婦の財産関係における議論の中で、例えば、夫婦財産の清算という概念や潜在的持分の清算という概念を論じる際に、少なからず影響を与えてきたと考えることができよう。そこで、フランスの法定夫婦財産共通制について検討する。

その基本的特徴は、夫婦の財産を三つの財産体 (trois masses)、すなわち、夫婦各自の特有の財産体 (les deux masses propres) と共通財産体 (La masse commune) に分け、共通制解消時に共通財産体のみが分割されるということである。<sup>(60)</sup> 三つの財産体のうち、もっとも重要なものが共通財産体であるが、その権利主体とも言える概念が、夫婦財産共同体 (la communauté, la communauté de biens) である。夫婦財産共同体は、権利の主体である夫や妻という概念と同レベルで取り扱われるものであり、フランスにおいては、これに法人格を持たせるべきか否かが論じられた。夫婦財産共同体に属する財産が共通財産 (biens communs) であり、共通財産の集合体が共通財産体である。La communauté に対して、わが国では、共通制や共有制、あるいは、共通財産や共有財産という訳語が使用される。特に、「共通」と「共有」という概念が区別されることなく使用されていることは問題である。<sup>(61)</sup> なぜならば、フランスにおいては、共通制を採用した夫婦の共通財産の分割 (フランス民法一四六七条) と、共有物 (biens indivis 不分割財産) の分割 (フランス民法八一五条以下) は、明確に区別されているからである。フランスにおいては、別産制を採用している夫婦が出資して居住用不動産を購入した場合、それは共有 (不分割) 財産となり、共通財産とは区別されている。

フランスの夫婦財産共同体は、フランス古法時代に、フランス慣習法地域において出現するが、数世紀にわたって法技術的な発展をとげ、今日に至る。<sup>(62)</sup> 夫婦財産共同体は、数世紀を通じて諸々の風習や、ローマ法の觀念及び黙示の共同体 (communauté raisible)<sup>(63)</sup> のような類似の制度の影響を受けてきた。さらに、ローマ法が復活した結果、

フランスにおける夫婦財産共同体はその影響を受け、根本的に変化した。一三世紀においては夫婦財産共同体は包括的共通制であったが、ローマ法の嫁資制の影響を受け、夫婦の利益が将来において分離することが前提とされるようになり、夫婦の財産を、今日のように、夫婦の共通財産、夫の特有財産、妻の特有財産の三つの財産に分けるようになった。

フランスの法定夫婦財産共通制の共通財産の範囲は、縮小する傾向にある。すなわち、一八〇四年のフランス民法典制定当時は、夫婦が婚姻前から有するすべての動産も共通財産に含むとする動産・後得財産共通制であったが、一九六五年七月一三日の法律五七〇号以降、婚姻後取得した財産のみを共通財産とする後得財産共通制が採用され、夫婦財産共同体は、ゼロから出発することになった。<sup>(64)</sup>

共通財産の管理については、夫婦平等思想の強い影響を受け、根本的に変化する。当初、夫は夫婦財産共同体の管理者であり、一九六五年の法改正まで、第三者に対して独占的かつ絶対的に夫婦財産共同体の代表者であった。夫は妻の協力なくして、有償でも、場合によっては無償においても、共通財産を自由に処分することができた。他方、夫によって婚姻中に契約された債務は、いかなる方法によっても、いかなる原因によっても、夫の特有財産に対してと全く同様に、共通財産に対して追及することができた。それ故、夫婦の共通財産と夫の特有財産は事実上混同されており、共通財産は夫の所有物であるという見解さえあった。<sup>(65)</sup>しかし、男女平等を旨指して夫の管理権は縮小される。まず、妻が夫と別個の職業に従事することによって取得する財産に関する留保財産 (*bien réservés*) の制度が重要である。この制度は、一九〇七年七月一三日の「妻の自由な賃金および世帯の負担の夫婦の分担に関する法律」によって創設され、一九三八年二月一八日の法律によって妻の行為能力が認められた後、一九四二年九月二二日の「夫婦の権利および義務に関する婚姻の効果についての法律」によって民法典上で規定された。妻がそ

の職業従事によって得た財産を妻の自由な管理・収益に委ねるため、夫が管理・処分権を有する夫婦財産共同体に繰り入れずに、妻の手に留保するというのが制度の趣旨である。<sup>(66)</sup> さらに、一九六五年七月一三日の法律五七〇号によって、妻に対して重要行為についての同意が認められ、最終的には一九八五年二月二三日の法律によって、競合管理の原則が採用され、夫婦の管理は平等となった。すなわち、夫婦各自が競合して共通財産を管理処分する権限をもち（フランス民法第一四二二条）、不動産の処分など一定の重要行為については、共同管理とする（フランス民法一四二二条）。

ここで、一言する必要があるのは、フランスの夫婦財産制と男女平等思想との関係である。フランスの夫婦財産共通制において、男女平等思想の発展の影響を受けたのは、共通財産の管理である。なぜならば、妻は、長い間、行為能力を認められなかったからである。それに対し、財産の帰属関係に関する限りは、一八〇四年法においても、既に、夫婦の立場は、まったく対等・平等であった。<sup>(67)</sup>

フランスの法定夫婦財産共通制においては、夫婦財産共同体の解消事由と解消手続が詳細な規定によって定められている。解消事由は、フランス民法一四四一条に規定されており、夫婦の一方の死亡、失踪宣告、離婚、別居、財産の分離、夫婦財産制の変更である。フランスの夫婦財産共同体は、夫婦が婚姻中であっても、夫婦が裁判上の別居（*séparation de corps*）<sup>(68)</sup>をする場合（フランス民法三〇二条）や、夫婦の一方の事務の乱脈、劣悪な管理またはその不行跡によって、共通財産の維持が他方配偶者の利益を危険にさらすと思われる場合（フランス民法一四四三条）に、他方配偶者の財産分離請求に基づいて、財産の分離（*séparation de biens*）がなされ、それ以後、夫婦には別産制が適用される（フランス民法一四四九条）ことには、注目する必要がある。このような解消事由が生じると、夫婦の共通財産は、不分割財産となり、以後は、夫婦財産共通制の規定ではなく、フランス民法八一五条以下の不



分割の規定が適用される。これを、夫婦財産共通制後の不分割 (l'indivision postcommunautaire) といい、

夫婦財産共同体解消の手続として、まず、夫婦財産共同体の清算 (liquidation)<sup>(69)</sup> が行われる (フランス民法一四六七条以下)。それは、夫婦の共同生活によって、夫婦財産共同体、妻、夫に属する三つの財産体を形成する財産の間に混同が生じるので、三つの財産体を再構成して、それぞれの財産体の範囲を確定する数額確定のための手続である。そこでは、まず、夫婦各自が自分の特有財産を夫婦財産共同体から取り戻す手続 (特有財産の取り戻し) と、共通制継続中夫婦財産共同体と夫婦の特有の資産との間に生じた価値の移動<sup>(70)</sup> について、夫婦各自と夫婦財産共同体との間で償還の勘定が行われる<sup>(71)</sup>。特有財産の取り戻しという手続は、夫婦財産共同体の解消に際し、共通財産体に含まれないものが現物で存在する場合にはその財産を、またはそれに代位した財産を取り戻す手続きである (フランス民法一四六七条第一項)。しかし、実際には異なる財産が混在しており、非常に複雑な状況にあるため、特有財産であることを証明することができるか否かが、問題解決の重要な鍵となる。そこで、誰が証明責任を負うかという点については、フランス民法第一四〇二条が、動産または不動産のすべての財産は、夫婦の一方に特有であることが証明されない場合には、共通財産体に帰属する後得財産とみなすと規定するので、当該財産が取り戻すべき特有財産であることを主張する者が、証明責任を負う。

償還について、フランス民法第一四六八条は次のように規定している。「各配偶者の名において、前数款に規定する規則に従って、夫婦財産共同体がその者に支払うべき償還およびその者が夫婦財産共同体に支払うべき償還について勘定が設けられる。」「この償還理論は、一四世紀から一八世紀までの間にわたって作り上げられ、「この上もない巧妙な平衡の術」<sup>(72)</sup>をもって、夫婦の共通財産、妻の特有財産、夫の特有財産の間の均衡を維持するために設けられた制度である。

償還の概要は、以下の通りである。婚姻継続中、夫婦財産共同体と夫婦各自との間に、債権債務が生じる。すなわち、まず、夫婦の一方の特有財産が、夫婦財産共同体の負担において増加する場合がある。つまり、婚姻継続中、共通財産体は法人格を持たないため、夫婦各自は、共通財産の総体を所有しており、夫婦各自は世帯の維持や子どもの教育を確保するためだけでなく、彼らの個人的な利益に関わる場合であっても、共通財産を使うことができる。その場合、個人的な利益のために共通財産を使った夫婦の一方は、清算の際に、夫婦財産共同体に対して義務を負うべき償還の債務者となる。逆に、夫婦財産共同体が負担すべきことを、妻または夫の財産によって支払われることもある(例えば、夫婦の共通財産の取得、改良、維持のために、夫婦の一方の特有財産が使用される場合)、その場合、清算をする際には、夫婦財産共同体は妻または夫に対して義務を負うべき償還の債務者となる。これらの債権債務は、原則として、夫婦財産共同体の解消の際にのみ決済される。夫婦財産共同体と夫婦各自の間のすべての債権債務は勘定項目に記載され、夫婦財産共同体の清算の際に、差引残額のみが、夫婦各自が債務者であれば持戻し (rapport) によって、また、債権者であれば、先取り (prélèvement) によって決済される。

夫婦財産共同体の清算手続によって、厳密に数額確定された夫婦の共通財産のみが、分割の対象となる。その上で、離婚による婚姻解消の際には離婚給付と、また、死亡による婚姻解消の際には配偶者相続権と関連しながら、処理されることになる。

わが国においても、法律上の夫婦の婚姻解消時における財産関係の整理は、離婚における財産分与や一方配偶者の死亡解消における配偶者相続権と切り離し、夫婦財産制の中で行う道を探ることはできないだろうか。

## 六 結 語

財産分与請求権および分与義務の相続性については、財産分与制度が創設された直後の判例、すなわち本稿二で分析した(一)名古屋高等裁判所昭和二十七年七月三日決定が現れたことをきっかけとして、財産分与請求権の性質論とあわせて活発に議論がなされ、学説、判例は、こぞってその相続性を認めた。ところが、現在では、基本書において言及されることはあるが、この事について論じる論文は見られなくなった。そのような中で本稿二の判例(五)東京高等裁判所平成一六年六月一日決定(許可抗告 最高裁判所平成一六年一月二日決定)が現れ、それにおいては、財産分与請求権の相続性が否定された。判例(一)と判例(五)との間には、五〇年以上の年月が経過しているが、その間、次のような社会上及び家事事件処理における実務上の変化が生じたということができる。

① 本稿二において、判例の分析と共に考察したように、男女平等論の変化が見られる。判例(一)名古屋高等裁判所決定が出されたのは、男尊女卑に基づく家制度が廃止された直後であり、家制度下で耐え忍んでいた妻の寄与を、新しい憲法と民法に照らし合わせて、積極的に評価する必要があった。その後、性別役割分担論に基づいて、主婦の家事労働の有償性が積極的に論じられる時代を経て、男女共同参画社会を迎えた。人々のライフスタイルが多様化し、夫婦の性別役割分業も固定しないという時代に、判例(五)東京高等裁判所決定の紛争が生じた。この事案は、夫からの財産分与請求権をどのように評価すべきかという問題を提起している。

② 判例(一)名古屋高等裁判所決定が出された頃は、離婚が成立した後に財産分与請求権が行使されており、それを前提として、財産分与請求権の成立や相続性が論じられてきた。しかし、本稿四(三)で述べたように、次に、財産分与等離婚紛争に付随する問題は、離婚紛争と一緒に解決すべきという離婚紛争の一括解決への要請が

高まり、さらに二〇〇四年四月に離婚訴訟の家庭裁判所への移管が実現した。このような時代においては、離婚成立前に財産分与請求権が行使される場合も多くなることが十分予想される。そのため、離婚成立を前提条件として論じられてきた従来の財産分与に関する議論は不十分なものとなり、財産分与請求権の成立および相続性をどのように考えるべきか、新たに検討し直す必要性が生じている。このような中で、判例（五）東京高等裁判所決定が現れた。

②の離婚紛争の一括解決の要請の問題を考慮に入れた上で、今後、財産分与請求権及び分与義務の相続性について論じる場合、次の二つの方法がある。

a まず第一に、離婚紛争の一括解決の要請に応じて、財産分与請求権の成立の要件を緩和し、離婚成立を要件とするのではなく、それに代わって、離婚請求および財産分与請求の意思表示を成立要件とし、それに加えて、夫婦共通財産の清算、離婚による相手方に対する損害の賠償、離婚後の扶養の三つの内容のいずれかを成立させる事実が存在すれば良いとし、その財産分与請求権の成立要件が満たされたならば、従来の学説・判例に従い財産分与請求権の相続性も認められると立論することも可能であろう。この場合、従来、財産分与請求権の成立要件を離婚の成立であることを前提として議論されたことを覆すことになるが、それで良いのかという問題が生じる。

b 次に、離婚紛争の一括解決の要請にかかわらず、財産分与請求権の成立を厳格に解釈し、離婚成立を要件とするという考え方もありうる。その場合、日本では、離婚調停中に死亡した配偶者の所有に属する物が生存配偶者の財産中に存在するときには、共有物の持分権の相続という形で解決すべきであるという見解も出てくるのである<sup>(73)</sup>。この場合、共有物分割をめぐる争いとして地方裁判所で争うことになるが、実質的にはこの紛争は夫婦財産の整理であり、それを家事事件の専門性を持たない地方裁判所が扱っても良いかという問題が生じる。そもそも、

わが国においては、本稿五で指摘したように、夫婦財産共通制における共通財産と、日本民法第二編第三章第三節で規定されている共有物とが区別されることなく議論されていることに問題がある。

次に、①の男女共同参画社会におけるわが国の清算的財産分与をどのように考えるべきかについて、フランスの法定夫婦財産共通制を参照したい。ここでは、離婚であろうと、夫婦の一方の死亡の場合であろうと、共通制の解消の際に、共通財産の清算（ここでは、共通財産の分割をするための前提手続を意味する）に関する詳細な規定に従って数額確定がなされた後に分割され、離婚の場合には離婚給付と、夫婦の一方の死亡の場合には、配偶者相続権と関連づけられながら処理される。わが国においても、法律上の夫婦の婚姻解消時における財産関係の整理あるいは調整（日本では、通常、このような場合に清算という言葉を使用している）は、離婚における財産分与や一方配偶者の死亡における配偶者相続権と切り離し、夫婦財産制の中で行うことはできないだろうか。もしもそれが実現したならば、②で指摘した離婚紛争の一括解決の要請を考慮しても、離婚を財産分与請求権の成立要件として差し支えないと考える。

戦後の改革を経て、日本国憲法一四条と二四条において両性の本質的平等が定められた。その日本における男女平等思想の萌芽期に夫婦の財産関係のための制度、すなわち、夫婦財産制、離婚の際の財産分与、配偶者相続権の制度が整った。しかし、その時代の夫婦財産関係の議論は、弱者としての妻の保護に偏ったものにならざるを得なかったのではないだろうか。

有責配偶者の離婚請求が認められ、破綻主義離婚が容認される傾向にある中、離婚が増加している。また、高齢社会の到来により、高齢者の婚姻も増加している。現代においては、夫婦の婚姻期間は必ずしも長期にわたるとは限らない。一方配偶者の財産中に実質的に他方配偶者の所有に属するものがある場合には、別の形で（例えば、夫

婦財産制の中で)整理あるいは調整した上で、離婚における財産分与や一方配偶者が死亡した場合の配偶者相続権を論ずる必要があるのではないだろうか。「民法は、法律上の夫婦の婚姻解消時における財産関係の清算及び婚姻解消後の扶養については、離婚による解消と当事者の一方の死亡による解消とを区別し、前者の場合には財産分与の方法を用意し、後者の場合には相続により財産を承継させることでこれを処理するものとしている」<sup>(74)</sup>この現行法の体系を、今後とも維持することが正義にかなっているものかどうか、再検討する必要があるのではないだろうか。

- (1) 青山道夫「財産分与請求権の相続」民商法雑誌二五周年記念『私法学論集下』(有斐閣、一九六〇年)四八三頁。
- (2) 同四九一頁。
- (3) 同四九二頁。
- (4) 同四九三頁。
- (5) 浅見公子「財産分与請求権」小山昇他編『遺産分割の研究』(判例タイムズ社、一九七三年)三〇九頁。
- (6) 同三一〇頁。
- (7) 同三一―頁。
- (8) 島津一郎「財産分与請求権の相続」中川善之助教授還暦記念『家族法体系Ⅲ離婚』(有斐閣、一九七五年)七八頁以下。
- (9) 同八七頁。
- (10) 島津一郎編『注釈民法(二)親族(二)』(有斐閣、一九八二年)二一八頁。
- (11) 中川淳「財産分与の相続性をめぐる一考察」立命館法学三四号三五頁。

- (12) 同四二頁以下。
- (13) 同四五頁以下。
- (14) 梶村太市『財産分与請求権の相続』島津一郎他編『新版相続法の基礎』（青林書院、一九八一年）四九頁。
- (15) 同五〇頁。
- (16) 同五一頁。
- (17) 同五一頁。
- (18) 中川善之助『親族法上』（青林書院、一九五七年）二八二頁。
- (19) 同二八二頁。
- (20) 市川四郎「財産分与請求」『総合判例研究叢書民法（三）』（有斐閣、一九五七年）一二七頁。
- (21) 同二二八頁。
- (22) 同二二八頁。
- (23) 泉久雄『総合判例研究叢書民法（二六）』（有斐閣、一九六五年）三二六頁以下。
- (24) 同三二二頁。
- (25) 同三二四頁。
- (26) 同三二六頁。
- (27) 我妻栄『親族法』（有斐閣、一九八二年）一五八頁。
- (28) 内田貴『民法IV（補訂版）親族・相続』（東京大学出版会、二〇〇四年）三六三頁。
- (29) 三島宗彦・右近健男執筆・谷口知平・久貴忠彦編『新版注釈民法（二七）相続（二）』（有斐閣、一九八九年）八八頁以下。
- (30) 「清算的財産分与請求権は、純然たる財産権であり、譲渡性と相続性をもつ。これに反し、扶養的請求権は一身専

属的であつて、譲渡性、相続性をもたない。」(板木郁郎「離婚の際の財産分与の性質について」立命館法学四・五号六五頁以下)とする学説もある。

(31) 我妻・前掲書一五六頁。

(32) 鈴木忠一「非訟事件の裁判と執行の諸問題」法曹時報一三卷一一号一八頁。

(33) 財産分与請求権の成立に関する学説を、(a) 財産分与請求権は、協議・審判によって形成されて初めて発生するとする形成説、(b) 財産分与請求権は、離婚という事実によって当然に発生し、協議・審判は、その内容を確認するものだとする確認説、(c) 抽象的な財産分与請求権は、離婚によって当然に発生するが、具体的な財産分与請求権は、協議・審判によって初めて形成されるという折衷説に分ける見解もある(二宮周平『家族法第二版』(新世社、二〇〇五年)一一四頁)。

(34) 島津・前掲書二一八頁。

(35) 同二一八頁。

(36) 同二一九頁。

(37) 内田・前掲書三六三頁。

(38) 財産分与請求権の成立に関する学説と財産分与請求権の意思表示と相続性の学説について、直接関連づける見解もある(吉本俊雄「裁判例評釈 死亡した元配偶者に対する財産分与請求」家月三六卷三号二〇五頁)。

(39) 市川・前掲一二七頁。浅見教授は、「請求の意思表示は、協議、調停、審判開始という時期を基準にすべきである」(浅見・前掲三〇五頁)とする(同趣旨 梶村・前掲五〇頁)。

(40) 青山・前掲四九一頁。

(41) 島津・前掲九二頁。

(42) 大判大正八年六月五日民録二五輯九六二頁。



- (43) 最大判昭和四二年一月一日民集二一卷九号二二四九頁。
- (44) 大津千明『離婚給付に関する実証的研究』(日本評論社、一九九二年)二〇〇頁。
- (45) 吉本・前掲判例批評二〇五頁。
- (46) 最高裁昭和五〇年五月二七日第三小法廷判決民集二九卷五号六四三頁。
- (47) 野田愛子・阿部嘉人監修『人事訴訟法概説』(日本加除出版株式会社、二〇〇四年)一九四頁。
- (48) 梶村太市・徳田和幸編『家事事件手続法』(有斐閣、二〇〇五年)二六三頁。
- (49) 吉田邦彦『離婚訴訟における親権者による養育費(監護費用)支払の附帯申立て』『家族法判例百選(第六版)』(有斐閣、二〇〇二年)三〇頁。
- (50) 棚村政行「離婚請求を認容するに際し別居後離婚までの間の子の監護費用の支払を命ずることの可否」法教二〇六号一〇三頁。
- (51) 内田・前掲書二一四頁。
- (52) 東京高等裁判所平成一六年六月一四日決定家月五七卷三号一二二頁。
- (53) 我妻・前掲書一八四頁以下。
- (54) 太田武男「内縁の死亡による解消と民法七六八条準用の許否」民商一〇七卷六号八四三頁以下、二宮周平「内縁の死亡解消と財産の分配一判例の検討と財産分与準用論再論」立命館法学二〇〇〇年三・四号一三三三頁以下、棚村政行「遺産分割と財産分与」『現代裁判法体系二』(新日本法規、一九九九年)七四頁等。
- (55) 山口純夫「内縁生存配偶者の財産分与請求権」判例タイムズ五四三号一三一頁。
- (56) 仁平正夫「内縁の夫婦の一方が死亡した場合の財産分与請求権」家裁月報三七卷九号一五六頁。
- (57) 最高裁平成一二年三月一〇日第一小法廷決定民集五四卷三号一〇四〇頁、家月五二卷一〇号八一頁、判時一七二六号六〇頁。二宮周平「死亡による内縁関係解消の場合には財産分与規定は類推適用されないとされた事例」『平成二二

- 年度重要判例解説』七八頁以下、大村敦「内縁の解消と財産分与」『家族法判例百選〈第六版〉』四二頁等。
- (58) 青山道夫『身分法概論』(法律文化社、一九五四年)一一四頁。唄孝一・鈴木祿弥『人事法Ⅰ』(有斐閣、一九八四年)一五四頁。人見康子「内縁夫婦の一方が死亡した場合における他方の財産分与の請求」沼辺愛一他編『家事審判事件の研究(一)』(一粒社、一九八八年)九二頁。
- (59) 二宮・前掲論文一三七頁。
- (60) Colomer (A.), *Droit civil—Régimes matrimoniaux*, 12<sup>e</sup> éd., 2004, n° 399, p. 193.
- (61) その点については、伊藤昌司「法制審身分法小委の一九七五年(昭和五〇)中間報告と夫婦財産『共有』制」中川淳先生古稀記念論文集『新世紀へ向かう家族法』(日本加除出版、一九九八年)一三三頁以下において、詳細に論じられている。また、原田純孝教授は「la communauté de biensを共通財産体と訳しておられるが(原田純孝「相続・贈与遺贈および夫婦財産制—家族財産法」北村一郎編『フランス民法典の二〇〇年』(有斐閣、二〇〇六年)二二二頁以下)、本文で述べているように、このように訳すのであれば、財産の単なる集合体であるla masse commune(権利主体性が全く問題にならない概念)をどのように訳されるのであろうか。
- (62) フランス古法における夫婦財産共通制については、オリヴィエ・マルタン著・埴浩訳『フランス法制史概説』(創文社、一九八六年)二〇六番ないし二〇九番、四八九番、四九〇番参照。それ以後の時代におけるフランスの夫婦財産共通制については、稲本洋之助『フランスの家族法』(東京大学出版会、一九八五年)、小幡由子「夫婦財産共有制の再検討—フランスにおける法定共有制をモデルとして—」阪大法學一〇八号(一九七八年)、大伏由子「フランスにおける夫婦財産関係法と夫婦の平等(一)(二)(三)(四)(五)」山形大学紀要第一九卷一—一九七頁以下(一九八八年)、第二〇卷二—四三頁以下(一九九〇年)、第二二卷二—二七頁(一九九一年)、第二三卷二—八三頁(一九九二年)参照。原田・前掲論文二二二頁以下。
- (23) Plantou (M.) et Ripert (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. 8, 1925, n° 154, p. 188; Aubry (C.) et Rau

- (C), *Cours de droit civil français*, t. 8, 5<sup>e</sup> éd. par BARRIN, 1916, n° 505, p. 7, note 5.
- (64) COUMER (A.), *op. cit.*, p. 271.
- (65) 夫婦財産共同体の法的性質についての議論における夫の所有権説がそれである。TOULIER (C. B. M.), *Droit civil français*, t. 12, 5<sup>e</sup> éd., n° 72-86.
- (66) 稲本・前掲書一八頁。
- (67) 原田・前掲論文二四九頁。
- (68) 夫婦の一方の請求に基づいて、判決により、離婚と同一の事由によって、かつ、同一の条件で言い渡される(フランス民法二九六条)。その本質的効果は、同居義務 (*devoir de cohabitation*) を終了させることである(フランス民法二九九条)。事実上の別居状態を指す *séparation de fait* とは区別される(山口俊夫編『フランス法辞典』(東京大学出版会・二〇〇二年)五四六頁、GUILLEN (R.) et VINCENT (J.), *Lexique de termes juridiques*, 10<sup>e</sup> éd. 2007, p. 399.)。
- (69) フランスにおいて、清算という概念は、相続の場合にしろ、会社や組合の解散の場合にしろ、不分割財産(日本の共有財産の概念に近い)の分割の前提となる手続の総称であると定義される。(GUILLEN (R.) et VINCENT (J.), *op. cit.*, p. 34.)。それに対し、日本では、清算という概念について、「解散によって本来の活動を停止した法人(清算法人)その他の団体の後始末のため財産関係を整理すること」と定義される(竹内昭夫他編『新法律学辞典』(有斐閣、一九八九年)八二一頁)。民法七六八条の財産分与の清算的要素という場合の清算という概念は、夫婦の財産関係の整理あるいは調整をすることを意味していると理解すべきであろうか。日本における清算の概念は、フランスのそれに比して、曖昧であるように思われる。
- (70) 例えば、夫婦の一方の特有財産を改良、あるいは、修繕したりするために、夫婦財産共同体の金銭が使われたり、また、逆に、夫婦財産共同体が特有財産を売却することによって得た代金を收受する場合である。
- (71) フランスの法定夫婦財産共通制の清算手続については、拙稿「フランスにおける夫婦財産共通制の清算と分割

- (一) (二) 未完」九大法学第七五号二四三頁以下、七七号五二七頁以下を参照されたい。
- (72) オリヴィエ・マルタン著・埴浩訳・前掲書四八九番。
- (73) 泉・前掲書三三三頁、浅見・前掲論文三一〇頁参照。
- (74) 前掲・最高裁判所平成一二年三月一〇日小法廷決定。