慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	家事審判事項としての財産分與請求權の問題點
Sub Title	The points at issue pertaining to the settlement between divorced persons provided for in the law for adjustment of domestic relations
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1960
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.33, No.2 (1960. 2) ,p.501- 520
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	及川恒忠先生追悼論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19600215-0501

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

家事審判事項としての財産分與請求權の問題點

石川　明

一　はしがき
二　財産分與事件の非訟事件性について
三　財産分與請求權の本質
四　財産分與事件の法的本質
五　むすび

一　はしがき

家事審判事件のすべてを一様に非訟事件であると片附けてしまう見解が強いが、[1] それらのうちには、いわゆる眞正爭訟事件も存するという見解も主張されている。[2] 後者が問題としているのは、離婚の際の財産分與請求權（民七六八・七七一・家審法九Ⅰ乙5）・親族間の扶養事件（民八七七・家審法九Ⅰ乙8）等家審法九條Ⅰ項乙類事件に多い。私は、これらのうち、特に財産分與請求事件を中心にして、財産分與請求權の實體法上の性格の考察と關連して、兩說の問題點を分析したい。[3]

（1）　例えば山木戸、家事審判法（法律學全集）、一三、一四頁。

（2）石川明、非訟事件の定型分類（以下定型分類と略す）、法學研究三一卷四號一九―二〇頁、鈴木忠一、非訟事件の裁判の既判力、訴訟と裁判、六八八頁以下參照。

（3）結論は異るが、同じ觀點からこの問題を取上げたものとして、林脇トシ子、乙類家事審判事項としての財産分與事件、比較法と私法の諸問題、三八一頁以下、がある。

二　財産分與事件の非訟事件性について

財産分與事件をも非訟事件と解するや否やについては、すでに述べたように二つの見解が對立している。前說によれば、家事審判事件はすべて非訟事件であるが故に、財産分與事件もまた非訟事件であるに反し、後說によれば、それは眞正爭訟事件である。

一、非訟事件說について。

1. 非訟事件說は次の諸點にその論據をもつている。

a. 手續の基本原理の相違。民事訴訟が當事者主義構造を有し、公開主義により行われる法律的手續であるに反し、家事審判は職權主義を基本原理とし、非公開でなされる官權主義的構造をもつ裁量手續であるという論據である。(1)

b. 裁量（判斷）の性質上の相違。民事訴訟が法律判斷により事件を劃一的に解決するのに反し、家事審判は事件を「裁量的」（行政的）裁判により具體的妥當性（合目的性）をもつて解決する。勿論その際民法その他の法律に拘束されるが、審判の基準たる實體規定は著しく彈力性をもち、家庭裁判所の裁量の餘地が廣いから、家事審判は行政的裁判の性格をもつ、という論據である。(2)

c. 法規上の根據。家審法七條は、家事審判事件に非訟事件手續法第一編總則の規定を準用している。家事審判は、裁判

所が訴訟の形式によらないで事件を處理する手續であるという點でも、また非訟事件手續法第一編總則規定を準用する手續であるという點でも、非訟手續たる性格をもつ、という論據である。(3)

2. かかる論據からその非訟事件性を結論することの當否奈何。

a. 第一の論據は手續の實質を把握し、これを兩者の區別の基礎とする點で可成りの妥當性をもつている。しかし問題はどの程度迄具體的に手續の實質的相違を把握するかという點にある。勿論論者は兩手續の基本原理の相違を極めて概括的に表現したのであろうが、單に、當事者主義と職權主義、公開と非公開、法律的手續と裁量手續の三點の相違のみをもつてしては手續の基本原理の相違を充分に解明しているものとは思われない。例えば、既判力・取消變更性・失權効の問題(4)等を家事審判事件のすべてにつき一律に考えてよいであろうか。乙類審判事件中にいわゆる眞正爭訟事件が含まれてはいないであろうか。含まれているとすればそれら事件の手續は實質的に非訟事件手續法による手續ないし甲類審判事件手續と何處が異るか、という問題を檢討する必要があるのではないだろうか。そうすることによつて始めて、手續の實體に則した類型化ができるのである。(5)

b. 第二の論據は、すべての民事手續を各作用の性質に注目し、民事司法たる訴訟と民事行政たる非訟事件に二分する有力な見解に基づいている。まず第一に、この見解そのものは正當であり、兩事件の一つの區別基準を提供するものであるが、それが判斷作用の性質のみから事件を二分するものであつて、手續の重要なメルクマール（例えば既判力等）を基準とする手續の實體に則した具體的把握はできないのではないか。(6)第二に、この根柢にある見解と第二の論據とは直接に結びつくであろうか。すなわち、ことに乙類審判事件において、後者を前者の當然の歸結とすることは可能であろうか。論者は、審判の基準たる實體規定は著しく彈力性をもち、家庭裁判所の裁量の餘地が廣いから、家事審判は行政的裁判の性格をもつ、と主張される。論者のこの主張の前提と歸結とは必ずしも結びつかない。我々はまず家庭裁判所に認められた裁量の性格、

すなわちそれが行政裁量であるか法規裁量であるかを決しなければならない。そしてそれが行政裁量であると斷定しうる場合に始めて、家事審判は行政的裁判の性格をもつ、と結論することができる。家庭裁判所に認められた裁量の性格奈何。財産分與請求權についていえば、離婚により一定內容の財産分與請求權が發生し、審判はその確定である、と考えるべきなのか、あるいは、離婚により內容未定の財産分與請求權が發生し、既定內容の財産分與請求權は審判により形成されると考えるべきなのか。(7) この問題の解決は專ら財産分與請求權の實體法上の理論構成にかかるのであるが、論者の議論はこの點の充分な吟味を缺き、裁量が行政裁量であることを前提とする。おそらくは、立法趣旨より裁量が行政裁量であることを當然自明の前提として、乙類審判事件をもすべて非訟事件である、と結論したのであろう。問題があると思う。

c. 第三の論據についても疑問がある。けだし、家審法七條は非訟事件手續法第一編總則の規定を「特別の定めがある場合を除いて、……その性質に反しない限り」において準用しているのであって、殊に乙類審判事件が非訟事件手續法上の非訟事件に近いということはいえても、このことからただちにそれが非訟事件と斷定しえないこと當然であるといわねばならない。むしろ問題は「その性質」をことに乙類審判事件においてどう考えるか、換言すれば事件の本質、手續の實質をどう考えるかという點にある。(8) なお第三の論據に併せて、家事審判は裁判所が訴訟の形式によらないで事件を處理する手續であるという點でも非訟手續たる性格をもつ、と主張されている。これは非訟事件とは訴訟事件に非ざるものすべてをいう、とする消極的概念規定であって、意味がないのではないか。我々は事件の實體に則した類型化、ないし積極的概念構成が必要なのである。

以上において私は家事審判＝非訟事件說に對する疑問を提出した。典型的非訟事件と訴訟事件との間に存する、それらとは異質的な事件を想定することによって、始めて、各事件の實體に則した把握が可能となるのであり、更には、各事件のかかる實體的把握をなして始めて非訟事件手續法準用の限界、すなわち家審法七條にいわゆる「その性質」が明らかになるも

のと考える。

3. これを財産分與請求事件についてみれば、それがいわゆる眞正爭訟事件であるか否か（ここで眞正爭訟事件とは、裁判所のなす判斷は司法的性格であるが、手續に非訟的要素が入る事件をいう。次に述べる概念をも眞正爭訟事件と呼ぶことが適切であるか否かは、結局用語の問題であるが、眞正爭訟事件という言葉の使い方は必ずしも明確ではないし、(9) 我國の學界に熟したものでもない。これは、我國の學界においてかかる概念は全く新しいものであることに基づく。語義よりいえば、典型的非訟事件には爭訟性がないのであるが、訴訟事件から非訟事件に移行された事件は、次に述べる事件をも含めて總てを、それらが爭訟性をもつが故に、眞正爭訟事件と呼ぶことが妥當であるかもしれないが、ここではこの使い方に從わない）、あるいは眞正爭訟事件ではないとしても、典型的非訟事件の範疇に入るのか、既判力等の手續上のメルクマールの相違という點でそれとは異質的な事件であるのか、という問題がある。すなわち、論者の主張の如く、眞正爭訟事件におけるとは異り、裁判所の判斷は法律判斷ではないが故に財産分與請求事件もまた非訟事件であると解するとしても、それが典型的非訟事件であるのか、既判力等の點でかなり典型的非訟事件とは異質的なものであるのか、という問題は依然として殘る。したがつて、殊に乙類審判事件につき認められる裁量が行政裁量であるとしても、それを、論者の主張の如く、非訟事件であると簡單に片附けてしまうことはできない。

私は、本稿において、財産分與請求事件がいかなる範疇の事件であるか、という問題を追求しようと思う。そのために、まず、實體法理論との關係で、財産分與請求事件が眞正爭訟事件であるか否かを論じなければならないが、その前に、それらのいずれに屬すると考えるかによつて、生じる若干の問題につき考察しておこう。

二、財産分與請求事件において、家庭裁判所に認められた裁量を、行政裁量と考えるか法規裁量と考えるかによつて生じる法律上の諸問題。

1. 憲法違反の問題。

財産分與請求事件を訴訟事件であるとすれば、訴訟事件であるにもかかわらず、通常の民事訴訟手續によらず家事審判事件として處理することは、憲法三二條の裁判を受ける權利を侵害し、更には憲法八二條の裁判の對審および判決言渡の公開の要請に違反しないであろうか。[10]

家事審判制度の立案にあたつて、審判の効果を受けたくない場合訴權は奪われない、という考え方があつたが、[11] これは現行家事審判制度には容れられていない。

そこで現行法の解釋として違憲性を回避するため次の諸見解が現在主張されている。

a. 第一の見解は、非訟手續による裁判も「裁判」にほかならないから、法律をもつて紛爭事件を非訟的な審判手續で處理するものと定めるのは合憲的である、[12] という。

この見解は、家事審判事件が訴訟事件であることを前提として成立つものであるが、この點に關する問題意識を提出しているか否かは別とし、前述せる前提に立つものとしても、非訟手續による裁判を、憲法三二條にいわゆる「裁判」と同視する點疑問がある。憲法三二條にいわゆる「裁判」は、憲法八二條にいわゆる「裁判の對審および判決の公開」を要件とする近代的型態（但しその內容規定は問題）の訴訟手續をいうのであつて、現行民訴法とは多くの基本原理において相違する家事審判手續をも意味するものではない。論者の議論に從うなら、とうてい裁判を受ける權利の保障は與えられないことになろう。

b. 第二の見解は、

立法が社會的需要に應えて、手續の簡易迅速、客觀的眞實探究のための職權主義の必要及び其他の觀點から、實質上の訴訟事件を終局的に非訟事件手續法によらしめた場合には、非訟事件と訴訟事件の限界が、理論上必ずしも明らかでない點をも考慮し、われわれは斯る例外的な立法を原則として尊重し、出來る限り、憲法違反たらしめざるよう解釋し運用すべきではないかと思われる。

とし、實際の手續においては、非訟手續においても口頭辯論は任意的に開けるのであるから、これを開き、期日に當事者双方を呼出し、手續を公開することによつて、憲法八二條Ⅰ項、三二條違反の非難を免れる。また職權手續遂行の面を尊重しつつも、手續はできるだけ民事訴訟に準じておこなう、と主張する。[13]

しかし、家庭裁判所の手續は公開することが許されないこと（家審規則六條）は、制度本來の趣旨より考えて充分根據のあることと思われるし、民事訴訟手續に準じて手續を進めるといつても、基本的に民事訴訟とは異質的なものであることに變りはないし、また準ずる限界も明確ではない。

c. いずれの見解にも問題があるとすれば、私は、家事審判の違憲性回避の根據を家事審判事件たる身分的法律關係の特質に求める以外にはないと思う。すなわち、家事審判制度は身分的法律關係の特殊性にかんがみ、[14]民事訴訟とは別個に特に設置されたものであるから、元來憲法八二條の制約を伴う裁判をうける權利を保障する憲法三二條の適用外の事項なのである。憲法三二條にいわゆる裁判の對象には家事審判の對象たる身分的法律關係を含まない、と考えるべきであろう。[15]

d. これに反して、乙類審判事件につき、訴訟を許さないことが憲法違反にならない根據を身分法の構造に求める見解がある。この見解は次の如くである。[16]

家庭に關する一定の紛爭事件が非訟的な審判手續によつて處理せられ得る根據は、その事項の性質、すなわちその法律關係が實體法によつて特殊の構造のものとして規定せられているところに存する、というようにみるべきである。すなわち、法律關係の形成につき當事者間に爭があるために、裁判所が代わつてその形成をなすについて、その形成が裁判所の廣汎な裁量にかかつている場合には、裁判所が法律關係を形成するその裁判は法律の適用による法律的判斷ではなく裁量的處分であるが、乙類審判事件は實にそのような性格の事件であり、たとえば財産分與請求權は協議や審判によつて、未定的なものから既定的なものに形成されるという構造をもつた權利であり、協議・審判前は私權性の薄弱な權利であるとみられる。い

いかえれば、審判は存在を前提された權利の內容を具體的に形成する處分であり、その手續は裁判上の形成手續である。そこにこの種の事件の處理が、非訟的手續によることを得る根據があるというべきであろう。

この見解は、乙類審判事件につき、裁判所に認められた裁量は行政裁量であり、審判以前に內容既定の權利は存しないのであるから、それは訴訟事件ではなく非訟事件であり、從つて、憲法違反の問題も生じない、という見解である。しかし、論者の主張によれば、身分的法律關係に限らずすべての訴訟事件が、實體法の規定內容を變えることによつて、非訟事件として、非訟手續により處理されうることになろう。[17] かかる歸結を導くことこそ、却つて憲法三二條にいわゆる裁判をうける權利を侵害するものではないであろうか。我々はなぜ身分法が家庭裁判所に裁量の餘地を認めたのか、さらにはなぜ乙類事項が家事審判事件とされたのか、等の問題につき反省する必要がある。そして、結局は、cに述べたように、その原因を身分的法律關係の特殊性に求める以外にないであろう、と私は考える。つぎに、論者の主張は、乙類審判事件において家庭裁判所に認められる裁量が行政裁量であることを當然の前提としたものであるが、それが法規裁量であるか行政裁量であるか、という問題は、實體身分法との關係において充分檢討されなければならないこと既述の通りである。もしここで認められた裁量が法規裁量であるならば、論者の議論をもつてしては違憲論に應えることはできないであろう。

結局、論者の議論は、裁量が行政裁量であること、訴訟事件の非訟化の限界を身分的法律關係に求めることを條件として、始めて、違憲論にこたえることができる、といえよう。

2. 財産分與請求權發生の時期。

a. 乙類事件において認められた裁量が法規裁量であり、從つてそれは眞正爭訟事件である、とみれば、財産分與請求權は離婚と同時に一定の內容をもつて發生する、と解せられる。これに反して、裁量が行政裁量であるとみれば、一定內容の財産分與請求權は離婚の時においてではなく、協議ないし審判のときに成立する。

後者の關係は協議ないし審判が「存在する分與請求權の具體的內容を決する」[18]とか、あるいは「協定ないし審判前の分與請求權は協議・審判によつて具體的內容を決定されることを要するいわば未定財產分與請求權であり、それは、協定または審判によつてはじめて既定財產分與請求權になるのである」[19]と表現されている。しかしかかる見解には問題があるように思う。けだし、權利の存否とは既定內容の權利の存否をいうのであるが、論者の主張によれば、權利（未定財產分與請求權という用語自體に疑問がある）はあるが、內容が零である場合も存しうることになる。「內容が零なる權利」とは「權利の不存在」以外の何物も意味しない。[20]裁量を行政裁量とみる論者の前提からは、むしろ、離婚により財產分與に關する協議もしくは審判請求權が發生し、財產分與請求權は協議もしくは審判により形成される、と解すべきであろう。

いずれにしても、協議または審判により內容の特定した財產分與請求權が形成される。すなわち審判が確認的性格を有するものではなく、單に形成的性格をもつものである、とするならば、次に當然、當該形成効が審判の時から生じるのか、あるいは離婚の時に迄遡及するのか、という問題が生じる。「未定財產分與請求權から既定財產分與請求權へ」という命題からみれば、協議ないし審判以前であつても、離婚と同時に財產分與請求權が存する、ということも考えられるが、かかる未定財產分與請求權という概念自體が矛盾であること既に指摘した通りである。いずれにせよ遡及効を認めるためには、理論上の必然性ないし必要性を明示する必要があろう。

民法七六八條Ⅰ項が「財產の分與を請求することができる」と規定しているのは、形成說の立場から、協議ないし審判請求權を意味する、と解する學說もあるが、[21]審判請求權は同條Ⅱ項に規定されているし、Ⅰ項の請求は相手方に對してなされるものであるし、更には、Ⅱ項は「前項の規定による財產分與について」協議不調または不可能の場合に調停・審判請求權を認めている點からここに「財產分與」とは明らかに財產分與請求權をいうものと考えられる、等の諸點から、具體的財產分與請求權を規定するものと解すべきである。おそらく具體的財產分與請求權の否定される場合を考えて、同條Ⅰ項の請求

權が協議ないし審判請求權として構成されたものと考えるが、同項が具體的財産分與請求權の否定される場合は原則としてないという見解の上に立つて定立されたものであろうから、例外的に否定される場合もあることを豫定している、と考えれば、形成説の立場からも、これを具體的財産分與請求權として構成することはできるであろう。

b. しかし具體的財産分與請求權が離婚と同時に發生するか、協議ないし審判を待つて始めて發生するか（遡及効ありとするなら前の場合に、遡及効なしとするならこの場合になる）によつて、相續・相殺等の關係で取扱いが異つてくるであろうか。

協議ないし審判前、財産分與請求權は相續の對象となるか否か。權利發生の時期との關係からみれば、審判が確認的作用をもつと考えるならば、それが相續の對象となりうること勿論であるが、審判が形成作用をもつと考える場合は問題が生じる。すなわち、形成効が離婚のときに遡及しないとするならば、審判前に請求權者が死亡した場合、それは相續の對象となるであろうか。問題はむしろ、財産分與請求權に相續適格性が認められるか否か、換言すれば、それが一身專屬權であるか否か、という點にある。相續性があれば、協議ないし審判を求めうる地位が、相續の對象となり、從つてその地位から由來する具體的財産分與請求權も當然に相續人に歸屬することになる。財産分與請求權を一身專屬權とみるか否かは、その本質を扶養とみるか否かにかかつている。この點については後に述べる。

協議ないし審判前の財産分與請求權は、訴訟外並びに訴訟上の相殺に供しうるか。[22] 審判が形成作用をもつとみる場合、これを相殺に供しえないことは勿論であるが、審判が確認作用をもつとみる場合であつても同理であろう。すなわち、訴訟外で相殺する場合、財産分與請求額の算定がなされていない以上、これを相殺に供することはできないし、訴訟上相殺に供する場合であつても通常裁判所は、當該請求額の確定はできないから、協議ないし審判前においてそれを相殺に供しえないこと同樣である。

3. 既判力。

家庭裁判所に認められる裁量が法規裁量であり、審判が確認的性格を有するとするならば、審判は民事訴訟における判決と同様に既判力が認められてよいであろう。

これに反して、裁量が行政裁量であり、審判が形成的作用をもつ場合は問題がある。審判の取消變更性を認めず、審判に終局的通用性を認めることができるなら、審判に既判力ありと解すべきである。既判力の本質をどう考えるかにより結論は左右されるが、既判力を、裁判における具體的妥當性に對する法的安定性の要請の現われである、[23] と考えれば、本文の如き結論に達する。これに對して、審判の取消變更性を認め、審判に終局的通用性を認めないならば、審判に既判力なし、と解すべきである。

財産分與請求事件についてはどうであろうか。非訟事件手續法一九條Ⅲ項は、即時抗告をもつて不服を申立てうる裁判は、取消變更しえないことを規定しているが、家事審判規則五六條は同法五〇條の規定を準用し、財産分與請求事件につき即時抗告を認めているから、原始的・後發的のいずれの理由によつても取消變更は認められず、審判は形式的に確定した場合同時に實質的にも確定し、既判力をもつものと考えられる。したがつて、既に指摘したように、認められた裁量が行政裁量であるとしても、そのことから、當該事件を單に非訟事件であるとして片附けてしまうことはできないのではないか。

(1) 山木戸、前掲書、一三頁。
(2)(3) 山木戸、前掲書、一四頁。
(4) 石川、定型分類、二一頁以下に、手續のいかなるメルクマールが問題となるか、という點が論じてある。
(5)(6) 石川、山木戸著「人事訴訟手續法・家事審判法」紹介（以下紹介と略す）、法學研究三二卷一號九〇頁。
(7) 林脇、前掲論文、三九六頁以下も同じ問題意識の上に立ち、後の見解をとられている。
(8) 石川、紹介、九〇頁。
(9) 鈴木、前掲論文、六五四頁、石川、非訟事件理論の限界、法學研究三〇卷一二號八六頁。

(10) 鈴木、前掲論文、六九七頁、山木戸、前掲書、二五―六頁、林脇、前掲論文、三八一頁以下、石川、定型分類、三一頁以下。
(11) 山木戸、前掲書、二七頁、註一參照。
(12) 山木戸、前掲書、二六頁、山木戸教授もこの見解には反對。
(13) 鈴木、前掲論文、六九八頁。
(14) 山木戸、前掲書、七頁。
(15) 石川、紹介、九一頁、定型分類、三一頁。
(16) 山木戸、前掲書、二六頁。
(17) 石川、紹介、九一頁。
(18)(19) 山木戸、審判、家族問題と家族法Ⅶ、二一八―九頁。
(20)(21) 林脇、前掲論文、四〇〇頁は同旨。
(22) 一般的に乙類審判事項について、通常裁判所が、抗辯に答えるという形にもせよ、判斷することができるか否かについて判例は否定的である。例えば、婚姻費用分擔についてであるが、判例は「裁判所法第三十一條の三第一項は、家庭裁判所が家事審判法で定める家庭に關する事件の審判及び調停をなす權限を有する旨を規定し……民法第七百六十條の規定による婚姻から生ずる費用の分擔に關する處分は、家事審判法第九條、第一項乙類第三號によつて審判事項として定められており、……したがつて……地方裁判所においては、婚姻より生じた費用の分擔の方法について判斷しえないものと考える」としている。昭和三二年一〇月一七日京都地裁判決、京都地裁昭二八（ワ）二一九號、グイネス・ローラ・ホーレイ對フランク・ホーレイ、保證債務求償請求事件、下級民集八卷一〇號一九四〇頁。本件は渉外事件であるが、渉外事件という特殊性からみて、かかる裁判所の態度に批判的な見解もある。例えば澤木、林脇・渉外判例研究、ジュリスト一八三號七三頁。
(23) 石川、定型分類、二三頁以下參照。

三　財産分與請求權の本質

財産分與請求權の本質に關しては、實體法學上種々の學說が對立している。扶養說、清算說、生前相續說、清算および扶

養說、清算扶養および有責配偶者制裁說、清算扶養および離婚による損害賠償說等である。(1)

これら諸學說の當否に關しては、すでに小池博士が周到な檢討を終えられているので、それらを詳細に繰返す必要はない。結論的にいえば、私は小池博士と同樣、清算說を正當であると考える。以下若干私の見解を述べよう。

以下の論述に際し、私は論議の焦點を扶養說と清算說との對立に絞る。けだし、生前相續說・有責配偶者制裁說および損害賠償說にたいしては、すでに小池博士が充分且つ正當な批判を加えられており、これらを採用する餘地なきこと明瞭であるからである。(2)

一、小池博士は扶養說の論據を次のように要約されている。(3)

(1)かつて夫婦であつた者の一方が、離婚後に、生活に困るやうな場合に、他の一方が、事情の許す限り、その生活を援助するのは、道德的に當然であるとする。(2)大正十四年並びに昭和二十一年の改正要綱は、ともに、扶養若くは相當な生計維持の爲めに財產分與を認むべきことを、規定して居つた。而して現行民法第七六八條は、この改正要綱に由來するものであるから、財產分與に扶養的性格を認めるのが、至當であるとする。(3)後述する清算的立場の財產分與は、配偶者の協力があつた場合に、その限度に於てのみなされる。從つて協力がない場合又はそれが少ない場合には、その者が如何に生活に困窮しても、財產の分與は問題にならないことになつて、不當である。(4)夫婦は、離婚することによつて、その相互的生活保障卽ち扶養についての期待を、失ふことになるが、之を放任することは、道義的にみても又衡平の觀念から考へても、失當であるとする。

これに對して、博士は、

生活保持の義務は、婚姻的共同生活關係の繼續中に限つて、存續するものであり、卽ち離婚によつて終了すべき性質のものである。されば離婚後に於て、尙ほ扶養義務が存續すると見るのは、理論上、不當である。從つて財產分與に、扶養的性質を認めることは、少なくとも理論的には、失當であると思う。

という立場に立たれて、次のように、扶養說の論據を批判される。

思ふに、離婚後に於て、生計に困る一方の爲めに、資力のある他方が、扶養すると云ふことは、道義の上から見て、極めて妥當なことである。しかし法に明文がないにも拘らず、望ましいことであると云ふ理由だけで、財産分與の概念の中に、扶養的要素を包含せしめることは、解釋の限界を越えるものであると共に、概念の混亂を生ぜしめることとなつて、不當である。若し法が、反對論者の主張を採用したとするならば、何故に大正十四年及び昭和二十一年の改正要綱の條項を、改正民法第七六八條の規定に於て、右の要綱と異なれる立言を爲したのであらうか。即ち現行民法と要綱との差異は、反對論者の説明によつては、われわれを納得せしめるに足りないのである。更に反對説は、道義の要望と法律の規定とを、混同した傾きがある。而して婚姻中の生活保持の義務が、離婚後に於ても、扶養に對する期待と云ふ形で存續すると云ふことには、同意することはできない。要するに私は、所謂扶養説に對しては、反對せざるを得ない。

そして、更に進んで、一般に唱えられる清算説の論據を次の四點に求められる。(4)

(1)前述した夫婦共同生活に於ける財産關係の矛盾を解消する爲めには、離婚に際して、財産分與請求權を認めて、清算をさせることが、至當である。(2)夫婦生活を一種の組合と見て、離婚による財産分與は、組合財産の清算と考へることが、合理的である。(3)第七六八條の文言から見ても、清算説が妥當である。(4)大正十四年の改正要綱第十七及び昭和二十一年の改正要綱に於ては、財産分與に扶養的性格を認めて居つたにも拘らず、現行法第七六八條に於ては、扶養的表現を削除して居る點に、注目することが、必要である。

そして更に、清算説に對する次の二つの批判のいずれにも反對される。すなわち、第一に、夫婦間の勤勞の給付は、不當利得として償還請求しうべきものではない、という批判に對しては、事を形式論理的にではなく、實質的に考えるべきことを指摘される。第二に、配偶者の協力を正確に評價することは不可能に近いという批判に對しては、生命・自由・貞操の評價の如きを例示され、評價の困難は、その不可能を意味するものではないことを論ぜられる。かくて婚姻の理念に基づき清算説の正當性を論證される。

二、以下、私は基本的に清算説を是とし、扶養説にたいする疑問を述べてみたい。

1. 我國の財産分與制度は、明治一一年民法草案中のもの以來、昭和二一年民法改正要綱に到るまで、一貫して「扶養」

を目的として掲げてきた。[5] 事實「民法の一部を改正する法律案」の提案者も扶養的要素をも認めていたこと記錄に明らかである。[6] しかも、民法七六八條Ⅰ項は、從來の諸種の法案中に示された「扶養」ないし「養料」という文言を含まない。すなわち、財産分與の性格については明示がない。これは、おそらく、提案者が、財産分與制度の本質を、單に扶養という點のみに求めることなく、清算や慰藉等をも併せたものとして構成したことによるのであろう。この意味で、小池博士が扶養說を批判され、「何故に大正十四年及び昭和二十一年の改正要綱の條項を、改正民法第七六八條の規定に於て、右の要綱と異なれる立言を爲したのであらうか」と問われる點は正當であると考える。しかし、法文がこの制度の本質を明記していない以上、この制度を沿革的にみて、扶養をその本質とする解釋もまた成立する餘地があることは認めなければならない。

さらに、民法七五二條の夫婦間の生活扶助義務は離婚によつて消滅するが、そのことは、財産分與の本質が扶養であることを否定する根據にはならないと思う。けだし、扶養說によれば財産分與に關する民法七六八條は、民法七五二條の婚姻繼續中における夫婦間の扶養義務ではなく、これとは別に、特に離婚後の扶養を定めたものと解しうるからである。「生活保持の義務は、婚姻共同生活關係の繼續中に限つて、存續するものであり、卽ち離婚によつて終了すべき性質のものである。されば離婚後に於て、尙ほ扶養義務が存續すると見るのは、理論上、不當である」という批判は、婚姻繼續中の夫婦間の扶養義務と、離婚後の扶養義務とを同一物の繼續と解し、且つ、財産分與制度が扶養をその本質としないという前提に立つた議論ではないであろうか。この意味で、かかる批判も妥當性を缺くように思われる。

2. しかし、それにも拘らず、私は扶養說には贊成しえない。

a. 沿革的にみれば、既に述べたように、我國の財産分與制度は、昭和二一年の改正要綱にいたる迄、常に「扶養」を謳つていたことは事實である。それら法律案が、離婚後の被扶養者の生活の困窮を救濟することを目的としたため、扶養という目的を掲げたことは當然のことであつた。しかし、具體的扶養請求は、被扶養者が經濟的に生活しえない場合にのみ問題

となるのであること、いうを待たない。したがつて、被扶養者に生活財貨が歸屬する場合に、扶養は問題とならない。財産分與制度が、清算說を假りに正しいものとして、婚姻財産の清算であるとするならば、財産分與によつて請求權者はある程度の生活財貨を獲得することになる。しかも、分與額の算定において、扶養と考える場合も、當事者の協力關係等も考慮される結果、清算と考える場合と實際上どれだけ多くの開きがでてくるであろうか。いずれにしても、配偶者の生活困窮を救濟するためには、必ずしも扶養という手段による必要はなく、清算を本質とする財産分與によつても可能なのである。清算を本質とする財産分與によつても請求權者の生活を維持するに足りない場合まで、果して請求權者を、舊配偶者であるという一事をもつて、扶養する義務を義務者に負わせるということまでを、財産分與制度は目的としているのであろうか。したがつて、我々はまず、清算說の當否を充分檢討し、それが否定された場合にのみ扶養說を問題としなければならない。從來の法律案においては、婚姻財産の清算という觀念がなかつたということが、「扶養」という目標を法文中に掲げることになつた原因と考えられないであろうか。したがつて沿革的理由から、現行法上の財産分與に扶養的性格を認めるということには疑問がある。

b. 扶養說の論者は、清算說を批難して、「清算的立場の財産分與は、配偶者の協力があつた場合に、その限度においてのみなされる。從つて協力がない場合またはそれが少ない場合には、その者がいかに生活に困窮しても、財産の分與は問題にならないことになつて、不當である」と主張する。しかし、逆にいつて、協力關係の全くない、換言すれば協力を提供しない配偶者にまで、財産分與を認め、離婚後もこれを扶養すべき義務を配偶者の他方に負擔させることは妥當であろうか。この點は、「民法の一部を改正する法律案」の審議に際しての質疑應答における、政府委員の答辯にも明らかである。すなわち、養子離緣の場合にも、離婚の場合と同樣、その一方から他方に對する財産分與の規定を設ける必要の有無についての質問に對して、政府委員は、

夫婦離婚の際に、配偶者に財産分與の請求を認めました理由は、結局夫婦の財産というものは、夫婦の協力によるものである。他の一方に分與請求の權利を認めたのは、このいわゆる二人でつくつた財産の分配分割ということになるのでありますが、養子と養親の關係は、殊に養子が幼少であるというふうな場合が多かろうと思うのでありまして、それだけからいたしましても、夫婦の關係とは異にいたしておる。また夫婦が協力してその夫婦間の財産をつくつたという關係とは、いささか養子と養親との關係は違うものではないかということで、この婚姻の場合における離婚の際の財産分與と同一視することができないという理由におきまして、養子縁組の場合には、これを認めなかつたわけであります。

と答辯している。(7)

c. 扶養請求權は一身專屬的であつて、請求權者の相續人はこれを相續することはできない。したがつて、財産分與を扶養と考えれば履行期の到來・未到來を問わず、あるいは履行濟みのものであつても、未消費額については、相續人はこれを相續することができないと解すべきである。しかし、財産分與を清算とみれば、財産分與請求權またはその履行による既得財産は相續の對象となる。この點を扶養說はどう考えるのであろうか。

d. bで引用した政府委員の答辯は、二つの點で清算說を裏附け、扶養說に否定的根據を與えている。その一は、財産分與制度が扶養を目的とするものであるなら、何故養親子關係離縁の場合にも認められないのか。ある學者は、民法七六八條の規定が、養子離縁の場合にも適用さるべきであるとするが、これはまさに解釋の限界を超えるものといわざるを得ない。養子離縁の場合に財産分與が認められないのは、政府委員の答辯にあるように、離婚の際の財産分與が婚姻財産關係の清算であることによるのである。この點に扶養說否定の第二の根據がある。

e. 扶養の審判にあつては、審判後扶養權利者の財産の取得等財産關係の變更により、取消變更のなされることがある。いわゆる後發的取消變更事由の發生が考えられる。家事審判規則九六條はこれを規定する。しかし財産分與に關しては、家

事審判規則五六條あるのみである。すなわち取消變更の規定を缺く。しかも、財産分與事件については即時抗告が可能であり（家審規則五六條による五〇條の準用）、したがつて、非訟事件手續法一九條による取消變更もできない。かかる法の態度は、第一に、財産分與の本質が扶養ではないこと、第二に、財産分與事件において一回的・終局的裁判を豫定していることを推測せしめるものではなかろうか。第一の事項は、扶養說否定の根據を與え、第二の事項は、財産分與事件が、典型的非訟事件とはかなり異る種類の事件であることを證するものと考える。

以上において、私は、基本的に、清算說の立場に立つ小池博士の見解に贊成しながら、若干の私見を附加させていただいた。財産分與制度は清算說により最もよく說明しうることは勿論、清算說に對する批判はいずれも根據のないものと思う。

（1）小池隆一、離婚による財産分與の性質について、法學研究二九卷一・二・三合併號一三―四頁。
（2）生前相續說については、小池、前掲論文、二七頁以下、損害賠償說については、同三〇頁以下參照。
（3）小池、前掲論文、二五頁以下。
（4）小池、前掲論文、三五頁以下。
（5）この點は、太田、民法第七六八條に關する一考察、私法學の諸問題(一)民法、一四五頁以下に詳しい。
（6）太田、前掲論文、一五五頁以下。
（7）太田、前掲論文、一五六頁。

四　財産分與事件の法的本質

清算說の立場から、次に、一、財産分與の審判は法判斷それ自體を目的とするか、あるいは合目的性の要素がはいるか、二、協議と審判との法的性格の相違、等につき論及したい。

一、財産分與事件の法的本質。

民法七六八條Ⅲ項は、「當事者双方がその協力によつて得た財産の額その他一切の事情を考慮して、分與させるべきかどうか並びに分與の額及び方法を定める」と規定する。ここにいわゆる「一切の事情」を、ある學者は、a.配偶者の一方の扶養を必要とする事情の有無、b.不貞または遺棄のごとき責任原因の有無、c.請求權者が男性か女性か、d.義務者の支拂能力、等の諸點をも含むべきであるとしており、判例もまたこの傾向にある。(1) 小池博士は、かかる見解をとるときは、財産分與のうちに、扶養的性質及び賠償的性質又は制裁的性質を認めることになり、不當であるから、贊同できない、と主張されている。私は、財産分與事件の場合、審判を構成する二つの要素を分けて考える必要があると思う。その一は、財産分與請求權の確定の判斷であり、その二は、財産分與の方法の確定に關する判斷である。

審判を構成する第一の判斷の基準は、當事者の協力の程度であり、それによつて判斷は客觀的に定まる。この部分の判斷についていえば、前述せる一切の事情の例示の多く、特に例えば扶養の必要等を基準とした合目的的判斷はなされない。請求額は、當事者の協力關係の程度により客觀的に既定のものであつて、その意味で、請求額の特定に關し家庭裁判所に認められる裁量は法規裁量であつて、行政裁量ではないものと解すべきであろう。したがつてこの部分の判斷についていえば、小池博士の前掲指摘は正當であろう。この點に關し、審判は形成作用をもつものではなく、確認的であるといえよう。

これに反して、第二の部分、すなわち、財産分與の方法の確定の判斷には、合目的的要素をいれることが適切である。すなわち、一切の事情として、前掲a、d等が考慮されてしかるべきであろう。この點に關し審判は確認的作用をもつものではなく、形成的であるといえる。

しかも、第一の部分が第二の部分の單なる前提としてなされるのではないという意味で、換言すれば第二の部分に重點がおかれ、審判は處分の付與それ自體を目的とするのではないという意味において、これら兩者は對等の關係で相互に結合しあつている。すなわち、この關係は、財産分與の審判において、一定內容の請求權の存否の確定に關する訴訟的裁判と、分

與の方法に關し合目的的になされる非訟的裁判とが、對等の關係で結合している、とみることができる。

二、協議と審判との法的性質の相違。

すでに述べたように、離婚により財産分與請求權者に、客觀的に一定內容の財産分與請求權が發生する。審判は、その一部として、財産分與請求權の存否を確認する。これに反して、協議は、財産分與請求權は、當事者間の自由な處分の認められた權利であるという理由、および家庭事件の自主的解決という理由とに基づいて、客觀的に特定の內容をもち、存在する財産分與請求權とは別個に當事者に認められた、權利形成手段であるといえる。

（1）小池、前掲論文、四一頁。

五　むすび

以上により、私は、財産分與事件が眞正爭訟事件であることを明らかにするとともに、このことから當然の歸結として、家事審判事件の總てを一律に非訟事件であるとするに止まることには、少なくとも贊成しえないことが明らかになつたと思う。財産分與事件以外の乙類事件については、別の機會に論じようと思う。