

# 法の創造性とはなにか

## アメリカの離婚時の財産分与のルールからの若干のヒント

坂本正光

所属：明治学院大学法学部

### 要旨

アメリカの離婚時の財産分与では、事実審裁判官が、過去の完璧なデータ（法令と判例）を参照しつつも、その過去のルール群を無視して、その本能的ひらめきと裁量（instinctive flash & discretion）によって配分する局面があるのではないか。不公平でいい加減にもみえるが、ときに、資産評価プロセスの硬直化を防ぐ、非常に有用なものとなる。

録をとりながら行われることもある。合意に基づけば、公平でなくてもよいから、このポイントは、合意があったのかどうか、その合意の内容はなにか、である。

つぎの説例では、非常にユニークな財産の財産分与を見て、このようなルーティーンでない、アメリカの財産分与の興味ある側面を観察する。この局面が、法規創造というべきか、政治機構としてのアメリカの裁判システムを考えると、興味ある問題を提起すると思われる。

### 1．非常に珍しい財産（「間欠泉（geyser）」）が財産分与の対象に含まれる場合

ありふれた財産については、財産分与にあたって、価値の評価と分割についての先例を発見することが可能である。日本でもアメリカでも、「かしこい離婚のしかた」などのアンチョコで、だいたいの相場を知ることができ、配分額を合理的に判断できる。

アメリカでは、コミュニティプロパティの州もコモンローの州も、カウンティの小さな裁判所の小さな会議室で、財産の目録を提示し、順番に整理していく作業が、裁判所主催で行われる。かなりマニュアル化しており、一種の「ラウンドテーブル」方式ともいえる。また、当事者の合意(stipulation)に基づく財産分与が、代理人である弁護士事務所で、記

〔説例〕カリフォルニア州居住のハロルド（男）とオルガ（女）は、1970年に結婚し、観光客相手のビジネスを共同で営んでいたが、1988年に離婚することになった。夫婦共同財産のなかに、間欠泉（geyser）があった。間欠泉は、一定の時間ごとに温水を空中に噴射するから、とてもよい観光資源であるが、この夫婦共有の間欠泉だけが、全米において、プライベートに所有されている唯一のものであった。ほかはすべて国立公園内にあり、公有である。

離婚時の財産分与にあたって、この間欠泉は、両者にどのように分配すべきか。

クリーム対クリーム事件（Cream v. Cream(16Cal.Rptr.2d575(1993))より

このケースでは、離婚時の財産分与に含まれる財産のなかに、カリフォルニア州の観光地にある間欠泉(geyser)があった。この間欠泉だけが、全米において、プライベートに所有されている唯一のものだから、間欠泉を財産分与した判例は、過去に存在しない。過去の判例を調べて、参考にすることはできない。厳格な意味の判例法主義は、ここで行き詰る。

このケースの財産分与の焦点は、この間欠泉の「価格」を決めることであった。なぜなら、カリフォルニアは、かなりクラシックなコミュニティプロパティの州であるから、すべての財産をフィフティ・フィフティで分割しなければならないが、間欠泉を物理的にマ半分に分けることはできないから、半分の価格相当額を渡すことで決着をつけるほかないからである。

そこで、事実審の裁判官は、まず、「間欠泉」の価値は、市場価格(market value)で決定することはできないと判断した。この間欠泉は、非常にユニークな財産で、全米唯一の私的所有物だから、市場価格(=同種のものの販売価格)を比較できる同種のもの(in kind)がないからである。だから、事実審の裁判官は、市場価値を「類推」した鑑定書を採用しなかった。

妻の異議にもかかわらず、事実審の裁判官は、プライベート・オークション(interspousal bidding process)を、夫婦間で行うことを決定した。すなわち、配偶者のそれぞれに、観念的な二分の一の持分について、最大の金銭価値をつけさせ、その価格で、相手方の二分の一の持分を入札させることにした。高く値段をつければつけるほど、財産分与のトータルの価値は増大するから、この

やり方が、両当事者にベストの金銭的満足を与えると考えたためである。

妻は、夫の持分に五十九万六千ドルの値段をつけた。夫は、妻の持分に六十万ドルの値段をつけた。事実審の裁判官は、夫の値段を採用し、この間欠泉の値段を百二十万ドル(=六十万ドル×2)と評価した。この値段は、要するに、一方配偶者が他方配偶者に対して、いくらまではらってもよいかということ、主観的に、裁判所に明示したものである。夫は、しかし、六十万ドルを妻に支払うことができなかった。値段が高すぎたのである。主観的なオークションはしばしばオーバーヒートする。そこで、事実審の裁判官は、妻に、この間欠泉を与え、妻が、五十九万六千ドルを、夫に支払うことになった。

妻は、控訴した。値段が高すぎる、プライベート・オークションは財産分与の方法としては適切でなく、裁量権を逸脱しているというのが、その理由である。

控訴審の裁判官は、事実審のプライベート・オークションを認めなかった。理由は、カリフォルニア州の家族法典のある条文が、「裁判所が財産分与を行うときは、フィフティ・フィフティでなければならないが、当事者の合意によるときはそうでなくてもよい」と書いている部分を、「プライベートなオークションを夫婦の間で行うことについて合意がなければ、裁判所は、夫婦に値段をつけさせることはできない」と解釈したからである。これは、言語体系の差異とともに、微妙な文言解釈の問題である。さらに、公正な価格をつけることは裁判官の権限であるのに、それを当事者に任せるのは、司法の責任逃れであるとも述べているが、公正な価格がそもそも存在しない財産の分与において、この

ような言説が妥当するかどうか不明である。そして、「オークションなどの方法は、革新的な裁判官によって、家族法専門の弁護士に、しばしば提案されるが、それがいかに実際に有用であろうとも、制定法の根拠がないかぎり、当事者の合意がなければ、それを命じることはいかなる場合にもできない」とした。

結論として、この控訴審の裁判官は、本件の間欠泉をどう評価すべきかについて、家族で経営してきた資産であり、汗と努力と苦労と希望(sweat, toil, worry, and hope)によるもので、むずかしくても、公正な市場価格(fair market value)によって評価を行うべきだとして、この部分を事実審に差し戻した。

この事件では、控訴審の裁判官は、公正な市場価格というドグマに縛られ、かつ、条文のひとつの解釈に拘泥した。しかし、どのようにしても、公正な市場価格というのは、フィクションにならざるを得ないのではないか。だとすれば、事実審の裁判官の、オークションをさせるという制定法に書かれていない方法への「英知」には、それなりの評価が与えられるべきではないか。この英知を創造というべきかどうかは別として。

## 2. 妻が外で働き、夫が完全な専業主夫として家事をしている場合の財産分与

アメリカでも、夫が働き、妻が家事のサポートをしながら共稼ぎというパターンが一般的である。

つぎの説例は、そのような社会的プロトタイプからは、まったく逆のケースである。ここでは、夫は完全に、社会的無能者である。社会的価値観が完全に逆転した事実関係に、

裁判官は、観念としての「平等」以上に、戸惑うこととなる。

〔説例〕デボラ（女）はデニス（男）と1972年に結婚した。デニスは、結婚と同時にプロの作家になるための活動を開始したが、すぐに完全放棄。離婚申し立て時まで、夕食の準備ぐらいしかせず、あとはぶらぶらしている「主夫」であった。一方、デボラは、電信電話会社で働き、家計を100パーセント支えた。デボラは、年月を経て昇進し、離婚申し立て時の1987年には、年収7万ドルを超え、そのほかの手当ても相当額に上っていた。夫婦には、離婚申し立て当時、六万六千ドルの共有財産があった。デニスは、財産分与でいくらもらえるか。

マイケル対マイケル事件 (Michael v. Michael (791 S.W.2d 772, 1990)) より

事実審の裁判官は、婚姻期間を通じてずっと「髪結いの亭主」的「ヒモ」であったデニスに対して、離婚時の共有財産の21.5パーセントを与えたが、扶養料(maintenance)の受領は認めなかった。

デニスは、控訴した。

控訴審の裁判官ふたり（ともに男性）は、「婚姻関係は、お互いに持分をもつパートナーシップであり、財産分与は、経済力のない配偶者への将来の扶養のために使用されるべきである」として、事実審の判断を、裁量権濫用と述べ、事実審に、扶養料の支払を含めて、審理のやり直しを命じた。しかし、ひとりの裁判官は、「この夫は、常に、婚姻生活にネガティブな影響を与え続けてきた。妻の昇進の障害でもあった。扶養料の請求にしても、怠け者であることを言い立てているにすぎない」と述べた。

判決は、「この婚姻関係においては、伝統的な性別に基づく役割分担が、まったく逆転していることは興味深いが、だからといって、当事者の性別は、財産分与に何の関係もない」と述べているが、この言明の背後には、財産分与が、衡平な分配をルールにしたがって遂行するシステムというよりも、事実審裁判官の裁量による分配システムであるという「暗黙の」含意はないか。

「オトコがかわいそうじゃないか。すこしぐらいいいじゃないか。オンナがしっかりしているんだからさ」ということはないか。あるいは、もともと、理性的判断というものは、感情的価値観と混交しているものであり、それを正面から見つめただけであろうか。

### 3 「財産分与」は抽象的に語れるか 完璧なデータベースの必要性

日本とアメリカは、非常にハイレベルの生活水準を保っていて、人的往来も活発である。だから、アメリカの離婚の財産分与(property division upon divorce)も、日本法のテキストの延長で読もうとする。ただし、アメリカのケースブックのような、混乱した判例の羅列は、日本では、理論的でないとされ、アメリカ家族法を語るときは、アメリカの概説書のブラックレターロー(black letter law)だけに、眼を向けがちである。

しかし、アメリカ法の、「経験則」や「実務ルール」を抽出した部分だけを読んでしまうと、共同財産の分配・将来の扶養など、もっともらしい論理のツリーを考えてさらなる抽象論に発展させるか、あるいは、「実務的運用」というようなブラックボックスを想定して、そこにすべて逃げ込み、実地調査と称して、

実際の書式やインタビューだけで構成する、擬似ジャーナリズムに墮落するなど、極端な方向へ向かいやすい。

アメリカの州レベルの判決には、平凡な庶民の、平凡なレスポンスに基づいた、平凡な感情は、低俗ながらも、それなりの崇高さをもつもので、このような現場の臨床は、常に、最上位に来るべきであるという感覚があるようにみえる。これは、前向きで応用可能な実践例を、あらかじめ多数提示しておくことにより、それらしい実務処理を回避できるという考えに通じている。つまり、日常用語で検索可能な、完璧なデータベースを整備する必要があり、そのうえに、法の創造があるというべきである。

そこで、アメリカ法をみる。

テクニカルにほぼ完璧なデータベースは、すでに存在する。コンテンツの中心は、たとえば、各州の家族法も、制定法化がすすんでおり、たとえば、カリフォルニア州の家族法関係の「法典」(連番が打ってある部分の家族関係のところ)は、数千条に達している。これだけをみれば、日本と同じように「制定法」のルールが支配していると考えがちになる。判例法主義は終わり、制定法の「下に」、判例があるかのような錯覚を起こしやすい。しかし、これは「完全な」間違いである。

法原理的にいうと、そのような法令は、判例がひっくり返すことが可能である。

すなわち、アメリカの家族法分野では、まずコモンローが存在し、そのあとに制定法が出現したわけであるから、制定法が、コモンローの原則に反するときは、制定法を覆滅できるのである。

というか、弁護士は、法典のことばを依頼者に有利に解釈する際に、必要があれば、法典

以前に存在した判例の参照を、裁判官に促す。裁判官はそれを聞く。これがコモンローの制度的表現である。だから、たとえ、その制定法の条文そのものが、「この条文は、コモンローの原則によって覆滅されることはない」「立法時の意図はこうだ」と述べていても、「必要があれば」、事実上あるいは明確に、覆滅される。

誤解を招くことを承知で、あえて日本法の用語を使うと、「条理」が、常に背後にあり、その条理が、制定法の「外側」から、きびしく縛っているという構造として理解できる。日本法は、法例二条を通じて、概念の内包へ向かってテクニカルな解釈を展開するが、アメリカ法は、あからさまの法文への、概念の外延からの干渉を肯定する。

したがって、財産分与のシステムをさぐるには、どうしても、実例を知らなければならぬ。条文から出発では、だめである。

アメリカ法のシステムにおいては、その実例は、あたかも、白いキャンバスに、浮遊する浮雲のようなものだ。それらの浮雲は、大気全体を覆うことはないから、空白部分のあるシステムにならざるをえない。つまり、アメリカ法は、それぞれのテーマにおいて、全体集合が判明していない、「常に」開いた体系となっている。日本法が、条文によって、抽象的にはすべての法的問題を覆いつくすことができるというドグマを、いまでも公式には承認していることと比較すると、その違いは、きわめて興味深い。このような違いの出自、歴史的な概念としての「日本法の近代」、脱近代などの議論は、別の論文に譲りたい。

(完)