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

Title	財産分與の一考察 (一) : とくに内縁解消と財産分與
Sub Title	Alimony and informal marriage (1)
Author	田中, 實(Tanaka, Minoru)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1955
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.28, No.6 (1955. 6) ,p.1- 15
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論說
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19550615-0001

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.

財産分與の一考察（一）

――とくに内縁解消と財産分與――

田中　實

目次

一　問題の提起
二　財産分與の性質と機能
㈠　序説
㈡　夫婦財産の清算（以上本號）
㈢　離婚後の扶養（以下次號）
㈣　離婚賠償
三　内縁の法理と財産分與

一　問題の提起

婚姻成立の過程を段階的にみると、ふつうは、まず將來適法な婚姻をしようという男女兩當事者の意思の合致があつて「婚約」が成立し、ついで慣習にしたがう結婚式をあげて事實上の婚姻的共同生活――事實婚すなわち「内縁」――に入り（社會意識上の婚姻は、ここに成立する。ただし、近時、特定の儀式を經ない事實婚も少なくないようである）、さらに戸籍法の規定にしたがう婚姻届が提出・受理されて、はじめて法律上有効な婚姻が成立する、というふうになるわけである。(一)

したがつて、いわゆる内縁は、社會的な婚姻意識に支えられて成立するものであり、わがくにの社會的慣習の上では、適法な婚姻とほとんど同一視されているものと考えて差支えない。そこには、たんに戸籍上の届出という形式的な手續が缺けているだけで、實質的には、適法な婚姻と何ら異なるところはないはずである。

ところが、わが民法は、第七三九條において法律婚主義を明言する結果として、いくら事實上の婚姻たる内縁が成立しても、戸籍上の届出がないかぎり、法律上婚姻としての効力はみとめられないこととなる。

ここに、内縁の法的効力をどうみるべきかという困難な問題を生ずるわけであるが、周知のように、從來の判例は、かような内縁を「婚姻豫約」と稱し、いわゆる豫約たる婚約の場合とほぼ同一に取扱つてきた。すなわち判例の最も力をつくしたのは、内縁不當破棄の場合における相手方の保護の問題についてであり、「婚姻ノ豫約ハ將來ニ於テ適法ナル婚姻ヲ爲スベキコトヲ目的トスル契約ニシテ、其契約ハ亦適法ニシテ有効ナリトス。法律上之ニ依リ當事者ヲシテ其約旨ニ從ヒ婚姻ヲ爲サシムルコトヲ强制スルコトヲ得ザルモ、當事者ノ一方ガ正當ノ理由ナクシテ其約ニ違反シ婚姻ヲ爲スコトヲ拒絶シタル場合ニ於テハ、其一方ハ相手方ガ其約ヲ信ジタルガ爲メニ被リタル有形無形ノ損害ヲ賠償スベキ責ニ任ズベキモノトス」[二]という趣旨の判決をくりかえしている。[三]

これは、一種の債務不履行の責任という構成によるものであるが、かような判例の立場においては、婚姻豫約の履行不能という理論もひきだされる可能性があるわけである。果して、最近つぎのような注目すべき判決があらわれた。

（一）拙著『親族法・相續法』五五頁以下參照。

（二）大連判・大正四年一月二六日、民錄二一輯四九頁。

（三）なお、近時、内縁に準婚としての實質的効力をみとめようとする判例の續出しつつあることも周知のとおりである。永田菊四郎「内縁の法律的効果」（『身分法と戸籍』一三頁以下所收）參照。

二　最高裁・昭和二七年一〇月二一日判決（民集六巻九號八四九頁）――上告棄却

判決要旨「原判決の確定した事實關係のもとにおいては、被告（内縁の夫）は、自己の責に歸すべき事由により原告（内縁の妻）との婚姻の豫約を履行不能に陥らしめたものというのが相當である」

本件の事實關係をかんたんに述べると――原告（内縁の妻）は、昭和二一年五月二三日、被告（内縁の夫）と事實上の婚姻をなし被告方で同居生活に入つたが、八月頃から病氣となつて醫師の診療を受けていたところ、やがて、それが性病であり、夫から感染させられたものであることが判明するにいたつた。そこで原告は自ら醫療をつづける一方、被告にたいしても徹底的な治療をなすことを望んだが、被告には全く誠意も愛情もみとめられなかつたため、ついに同年一一月末、原告は肉體上精神上の苦痛にたえかねて實家に歸り、以來被告と別居した。その後も被告は誠意を示さず、けつきよく翌二二年八月、けんか別れの狀態に陥り、原告は被告にたいし金一〇萬圓の慰藉料を訴求した――というようなしだいである。

この訴を受けた第一審・岡山地裁は、原告の請求をみとめ、慰藉料の額を三萬圓とした（訴訟費用は、五分の一だけを原告負擔とした）。被告は、これを不服として控訴したが、第二審・廣島高裁でも同趣旨のもとに控訴棄却の判決があり（昭和二五年六月二三日）、この上告審が、右の最高裁判決となつてあらわれたわけである。

三　以上に述べたように、判例は、債務不履行ないし履行不能の理論をかりて、損害賠償＝慰藉料請求權を基礎づけているのであるが、かような判例の理論構成は、果して合理的なものと評しうるであろうか。

あらためて指摘するまでもなく、内縁を婚姻豫約として把握する判例の傳統的態度が既につよく批判されており、學說としては内縁をもつて準婚關係と把握することから、内縁破棄の場合の慰藉料請求權を、むしろ一種の不法行爲にもとづく損害賠償請求權たるものとして構成しようとする意見が有力なようである。(四)

内縁は、けつしてたんなる婚姻の豫約ではない。(五) まさに實質的な婚姻として――すなわち、たんに形式的な戸籍上の手續

を缺くにすぎないものとして――適法な婚姻に準じて扱うべきこと、おそらく論議の餘地はないであろう。したがつて、內緣の破棄を豫約の不履行としてではなく、一種の不法行爲として把握しようとする最近の學說の方が、はるかに多くの合理性をもつものと私は考える。

（四）川島武宜『民法(三)』六六頁、谷口知平『親族法』（新法律學全書）五八―五九頁等は人格權侵害による不法行爲として構成するが、永田前掲三六頁以下等は身分權侵害による不法行爲としての構成を主張している。

（五）內緣に契約理論をそのままあてはめることが既に問題であるが、かりに契約理論でみるとしても、いわゆる豫約ではなく、本契約たるものと解すべきであろう。柚木馨『親族法』一五八頁、永田前掲一五頁以下等參照。

四　しかし、なお一歩をすすめていえば、內緣問題の解決のためには、內緣の「不當」破棄の場合のみにかぎらず、內緣の解消に一般化して把握し、これを離婚に準じて扱い、民法第七六八條の財產分與の規定を準用するという構成をとる方が、より一層の合理性をもちうるのではなかろうか。

というのは、不法行爲が不法な侵害を受けた被害者の救濟の制度である以上、損害賠償請求權は、その成立要件として、違法な權利侵害を必要とし、したがつて、一種の不法行爲にもとづく損害賠償という構成は、たんに內緣の「不當」破棄の場合に妥當するにすぎない。何故、問題を內緣の「不當」破棄の場合のみに限定しようとするのか。

なるほど、內緣の「不當」破棄の場合に救濟の必要が大きいことは、たしかである。しかし內緣を準婚關係としてみようとする以上、しいて「不當」な破棄の場合のみに問題を限定して扱うのは、狹きに失するのではなかろうか。內緣解消は、事實上、ほとんど合意の解消として處理されており、當事者が「不當」破棄として爭うケースは、きわめて僅少なものであろうと思われる。內緣問題についてひろく妥當な解決を計るつもりなら、內緣を全體として婚姻に準じて扱うべきであり、したがつて內緣解消をたんに「不當」破棄の場合に限つてのみとりあげるのは不合理であろう、と私は考える。

もちろん、昭和二二年の民法改正以來、婚姻の自由――すなわち婚姻届提出の自由――を阻む原因は、法制上は、ほとんど消滅した。その意味では、内縁は、事實上しだいに減少の傾向をたどるものと豫想されうるし、したがつて内縁問題のもつ社會的意義も、やがて重要性を失つてゆくかもしれない。だが、いわゆる内縁の發生原因が、社會的な婚姻意識自體に根ざしているかぎり、民法改正という形式的な法制上の操作が、直接に婚姻の届出をいちじるしく促進し、内縁問題を完全に解消せしめうるなどと輕々しく豫測することはできない。内縁問題――内縁にたいする保護・救濟――その合理的規制の必要性は、おそらく、まだまだ容易になくなるものではないと考えなければならない。(六)

以下、まず、財産分與の性質と機能を檢討し、内縁解消に財産分與の準用をなすことの意義を考察してみよう。

(六) 内縁原因にかんする實態調査の結果としては、つねに「親の反對」・「夫婦の和合をみる」・「子の出生をまつ」・「届出にたいする無知・無關心」等々が指摘されているが、これらの内縁原因なるものは、もちろん法制上婚姻届提出を阻止する効力をもつわけではない。届出の自由が存在するにもかかわらず、あえて當事者が届出をしようとしないのは何故であるか。その意識の根柢にある社會的要因を正確に認識することが必要である。

二　財産分與の性質と機能

一　序　說

五　民法第七六八條一項は、離婚から生ずる一効果として、「協議上の離婚をした者の一方は、相手方に對して財産の分與を請求することができる」と規定する。これがいわゆる財産分與であり、昭和二二年の民法改正において實現された新しい制度である。もとより、ここに新しい制度というのは、從前の民法――明治三一年に制定・施行された、いわゆる明治民法――に存在せず、今次の民法改正において、はじめて條文化されたものだからである。

ひろく歴史的にみると、婚姻解消にあたり、とくにその婚姻解消が配偶者の一方の有責行爲にもとづく場合には、その有責配偶者に一種の制裁ないし賠償を課する意味で、あるいはその相手方たる無責配偶者の生活を扶助する意味で、何らかの財産的給付をさせることは、かなり古くから行われた慣習のようであり、たとえば全國民事慣例類集にも、(二)

「事故ナクシテ夫ヨリ離縁スルトキハ、婦ノ持參物件ハ勿論、金錢或ハ物品等ヲ夫ヨリ差出スコトナリ」（信濃國佐久郡）

「婦ヲ離縁スルトキ、雇人ノ給分ニ準ジ、年限ヲ以テ算計スルコトアリ」（信濃國高井郡）

「財産分割スルコトハナシト雖モ、入嫁後十年以上ニ至リ婦ノ身分ニ事故ナクシテ離縁ニ至ルトキハ、舅姑ノ意ヲ以テ衣服料ト唱ヘ貧富ニ應ジ相當ノ金ヲ付與スル例アリ」（石見國邇摩郡）

などの記述がみられる。

また、立法史的にみれば、すでに明治一一年の民法草案中に離婚後の養料支給にかんする規定がみられ、(三)同二三年のいわゆる舊民法の原案中にも同趣旨の規定がもうけられていたが（第一四七條）、元老院の審議において削除され、(三)さらに明治民法原案にも、有責配偶者の扶養義務にかんする規定がおかれ（第八二九條）、法典調査會の審議の過程においても維持されていたが、議會提出の確定案では削除されてしまつた。(四)

その後、大正一四年、臨時法制審議會の親族法改正要綱においては「離婚ニ因ル扶養義務」の一項がもうけられ、これが昭和一二・三年頃の民法改正案において條文化されたが、戰爭のため中斷され、やがて終戰後、あらためて昭和二一年の民法改正案要綱「離婚に因る扶養義務」を經て、今次民法改正にひきつがれたわけである。

（一）明治一〇年刊行の『民事慣例類集』と明治一三年刊行の『全國民事慣例類集』とがあるが、ここでは便宜上、昭和一九年に兩者を併せて再刻された風早八十二解題『全國民事慣例類集』七四頁以下によつた。

（二）立法史的な解明は、太田武男「民法第七六八條に關する一考察――系譜とその指標――」（『私法學の諸問題』㈠）一四五頁以下に詳しい。その他、増淵俊一「現行民法親族編相續編の成立及び解釋と改正の要綱」法政研究七卷一號二六五頁以下、福島四郎「離婚後の扶

養義務」家族制度全集第二卷法律篇二二三頁以下、座談會「改正民法の成立するまで（その二）」法律時報二七卷二號一七頁等參照。ここでは重複をさけて、かんたんな概觀のみにとどめた。

なお、明治一四年三月一五日の交詢雜誌四一號には、「民法編成の問答」と題し、「民法改良の術如何」という質疑にたいする長文の解答を掲載しているが、その中で、とくに離婚增加の弊害を指摘し、その對策として扶養料支給の問題をとりあげている。交詢雜誌は、自由民權論のイデオローグたる福澤諭吉の勢力下にあつた雜誌であり、民間にもかような意見が出されていたことは、やはり注目に價しよう。拙稿「法典爭議と福澤の立場」法學研究二三卷八號三六―三七頁參照。

（三）手塚豐「明治二十三年（舊民法）における戶主權――その生成と性格――」法學研究二六卷一〇號九―一〇頁、同二七卷六號四八―四九頁參照。太田前揭には、この過程が見落されているようである。この點については、別稿において扱いたいと考えている。次號揭載の豫定。

（四）太田前揭一四九頁では、「或は議會において削除されたのではなかろうか」と推定されているが、法律案は議會をほとんど無討議で通過したはずであり、おそらく議會提出前の確定案には既に削除されていたものと思われる。

六

ところで、財產分與の性質を、どのように理解すべきであろうか。現在までのところ、財產分與の法的性質について發表された論稿も二・三にとどまらないが、まだとくに確定的な學說というほどのものは出ていないようである。(五) 多くの學說は、財產分與が夫婦間における財產關係の調節・淸算としての性質を有するとする點においては、ほぼ一致している。また、それが離婚後の扶養としての性質を有するとする點においても、さほどの異論はない。しかし、さらに離婚による賠償としての性質を有するか否かの問題にいたつては、學說は必ずしも一致していない。

理論的に考えてみた場合、財產分與が夫婦間の財產の問題であることはたしかなのだから、その着眼點を夫婦財產關係に求めるのは、おそらく當然の事理であり、その意味で、財產分與の性質を離婚による夫婦財產の調節・淸算として把握するのは、もつとも無理のない見方であろう。だが、一般に婚姻的共同生活における經濟的基礎を、ほとんど夫の財產および收入に依存している現實に卽してみれば、夫婦財產關係の淸算ということにどれだけの現實性があるのか、多少の疑なしとし

ない。たとえ夫の財産にたいし、いわゆる妻の「内助の功」――いわば妻の家事労働にもとづく妻の持分――を考慮にいれるにしても、女の労働にたいしては極度に低い評價の存することを忘れてはならないであろう。

ひるがえつて、さきに概觀したような財産分與の沿革から考えれば、おそらく扶養としての性質がもつとも明瞭にあらわれているようである。[六] しかも、臨時法制審議會その他においてみられる立案當局者の志向は、扶養とあわせて、さらに損害賠償的なものをも相當に考えていたかのごとくであり、[七] したがつて沿革的解釋の立場においては、財産分與の中心をなすものは、むしろ扶養および賠償の觀念であるといわなければならない。そして扶養および賠償の點においてこそ、財産分與が十分の機能を果しうることを認めなければならない。もとより、沿革的解釋がそのまま唯一の合理的解釋たりうるわけではないし、沿革や立法者の志向は要するに解釋の一資料にすぎないけれど、しかし現行法として實定化された制度は、現在が過去の延長的産物であるという意味において、けつして沿革から斷絶しうるものではない。

かくて私自身は、理論的および沿革的兩觀點から、財産分與の性質を、夫婦財産關係の調節・清算のみならず、扶養および賠償を含めて複合的なものと考えたいのである。つぎに、やや詳しく分説してみよう。

（五）諸學説については、板木郁郎「離婚の際の財産分與の性質について」立命館法學四・五號七二頁以下、太田前掲一六〇―一六一頁に簡明な概觀が示されている。

（六）この點を强調され、財産分與の本質はけつきよく一種の扶養にほかならぬとされるのが、青山道夫教授である。青山『身分法概論』一三四―一三五頁參照。

（七）この點をとくに指摘されるものとして、太田前掲一四五頁以下參照。

二　夫婦財産の清算

七　まず、財産分與が、もつとも基本的な意味において、夫婦財産關係の清算としての性質を有することは、ほとんど疑

ない。その根據は、およそつぎのように考えることができるであろう。

いうまでもなく婚姻は夫婦の性的共同體であり、現社會では、一般に共同生活の維持を通じて――すなわち共通の家庭に同居することによつて――いとなまれている。同居することが婚姻にとつて本質的な要請であるかどうかはともかくとして、現社會で一般に夫婦が共同生活をいとなんでいることは、否定できない事實である。

そして、人間が生きていくためには、その經濟的基礎として、多かれ少なかれ財產を必要とすることは當然なのだから、夫婦の共同生活においても、財產の必要なことは勿論であり、夫婦はそれぞれ相互的に財產を提供するものと考えられる。つまり、あるいは財貨を、あるいは貨幣を、あるいは勞務を提供して、共同生活の經濟的基礎を統一的に形成していくわけである。

ところで、生產樣式の極度に社會化された近代社會においては、夫婦間の經濟生活には分業關係の成立するのがふつうである。すなわち、通常の場合には、夫婦の性的分業關係にもとづいて、夫がその勞働を市民社會に賣つて對價を獲得し、これを共同生活維持のための主な費用にあてるのにたいして、妻は家庭內にあつて、家事を處理するためにその勞働を提供するわけである。

もとより、社會的な財貨生產に夫の勞働がむけられ、家庭內の家事處理のために妻の勞働がむけられるという分業關係は、およそ人間が家族的生活をいとなむときに、ほとんどつねにみられた現象でもあろう。しかし家族的團體が社會的生產の機能を擔つていた時代には、夫の勞働の社會性と同じく、妻の勞働もまた十分に社會性をみとめられていた。近代初頭における產業革命の結果、生產樣式が社會化され、家族的團體がその生產的機能を喪失して、たんなる消費團體たるにすぎないものとなるにいたつて、家事勞働は、ついにその社會的性質を失つてしまつた。家事勞働――「もはやそれは社會となんらの交渉もない。それは一つの私的勞役となつた」のである。(八)

かくて妻の家事勞働は、ほとんど無限大の奉仕が要求され、定量の觀念をもたないにもかかわらず、その勞務の內容が私的な家庭生活の維持にむけられており、勞働の買手としての資本と結びつくことができない。したがつて家事勞働は商品性を有しえない。いつてみれば、市民社會における夫の勞働が對價をともなうのにたいして、妻の家事勞働には對價があたえられないのである。かような家事勞働の無償性は、しかし、家事勞働が何らの價値をも生產しえないということを意味するものではない。なるほど家事勞働は商品性をもたない意味において交換價値の對象となりえず、價格をみとめられないにせよ、家事勞働によつて生產される價値は、日常の家庭生活の中に融けこんで存在しているにちがいない。いわゆる妻の「內助の功」というような俗言を持出すまでもなく、家事勞働によつて生產された價値は、しばしば眼にみえない、日常の生活の流れの中にたえず消えさつていくものではあるが、夫によつてもたらされる收入とともに、家庭生活の經濟的基礎を形成していることは疑いえない。

（八）　エンゲルス・內藤吉之助譯『家族・私有財產及國家の起原』七六頁。

八　夫婦の共同生活は、一つの共同體をなすものとして團體的性格を有するが、その經濟的基礎をなす財產は、現社會の法制上、夫または妻の私的財產として存在する。いいかえれば、個別的な私有財產の基礎の上に、團體的な共同生活がいとなまれるのであり、夫または妻の財產は、形式的な名義においては夫または妻のものであるにせよ、それがひとしく婚姻的共同生活の經濟的基礎をなすかぎり、必然的に相互的ないしは共同的な利用關係を導かずにはいない。かような形式的な財產所有の私的性格と、具體的な財產利用の團體的性格との矛盾・對立から、夫婦共同生活における財產關係を、どう法律構成するか、という困難な問題を生ずるわけである。

わが民法は、周知のように、夫婦財產契約の自由をみとめつつも、法定財產制としては、いわゆる別產主義をとり（第七六二條）、婚姻費用の分擔を定め（第七六〇條）、夫婦の財產關係を對等なものとしている。夫婦財產契約のなされる事例はほと

んどないから、事實上、法定財産制が原則化されていること、もちろんである。

夫婦別産制・婚姻費用分擔制のもとにおける夫婦共同生活は、法的形式における夫婦の對等獨立性と、その具體的生活における實質的共同性とを內含するものであり、したがつて夫婦財産關係には矛盾が內在することとなる。というわけは、妻が特有財産や收入を有することは、事實上、稀であり、妻の家事勞働には對價を豫想すべき定量の觀念がなく、ほとんど無限大の奉仕を要求されるにもかかわらず無償的になされるからである。夫婦の對等獨立などとは、空虛な標語にすぎない。夫の財産・妻の財産というその形式的な名義が、夫婦財産關係の實質を正しく反映していないことは、おそらく容易にみとめられるところであろう。夫名義の財産の中に、實質上、いわば妻の持分の存在が推測される場合すら、けつして少なくないにちがいない。

だとしたら、かような夫婦共同生活における財産關係の矛盾は、いかにして解消されうるか。——夫婦共同生活がえんまんにいとなまれているかぎり、この矛盾は問題化しない。何故なら、夫婦は共同の運命を擔うものとして觀念され、夫婦間の相互扶助を通じて解消されていくからである。また、夫婦の一方の死亡により夫婦共同生活が崩れる場合には、配偶者の相續權によつて、財産關係調節の機會がみとめられ、矛盾解消の可能性が出てくるわけである。

そこで、離婚による夫婦共同生活關係の分裂においては、夫婦間の相互扶助および相續權が消滅するために、別途の矛盾解消手段を必要とすることとなる。いつてみれば、いわゆる財産分與は、まさにかような夫婦財産關係の清算手段にほかならぬものということができる。(九)

(九) 佐々木宏「離婚による財産分與の性格」早稻田法學三〇卷四五三頁以下、高橋忠次郎「財産分與制度序說——離婚における財産分與請求權の歷史的意義——」(『戰後法律學の諸問題』一六七頁以下所收)等參照。

九 夫婦間の財産關係は、しばしば組合における財産關係と對比され、したがつて離婚による財産分與は、組合における

組合財産の清算と對比されている。(一〇)

かようなアナロジーの觀點においては、婚姻とは、一男一女が相互に「出資」をして、共同して婚姻生活をいとなむことを目的として行われた、いわば一種の組合とみられるわけであり、夫婦の間の法的秩序には、組合類似の法的構成があたえられることとなる。そして財産分與は、組合解散の場合における組合財産の清算と同じく考えられ、組合における殘餘財産が各組合員の出資の價額に應じて分割されるように（第六八八條二項）、離婚による財産分與も、夫婦相互の出資額に即應して定められることになる。この場合、妻の家事勞働は、いわば組合における勞務出資とみられ（第六六七條二項）、出資額に計算される。かように婚姻に組合の法理を應用することにより、財産分與の清算的性質が把握されること――ことに財産分與において最も困難な分與額算定の基準が見出されること――は、或意味において、たしかに示唆的であるということができるかもしれない。

（一〇）　山中康雄『市民社會と親族身分法』三二〇頁以下、佐々木前掲四五六頁參照。

一〇　しかし婚姻は、何よりも、夫婦の全人格的な沒入をとおして營まれる共同生活 Mitleben であるのにたいし、組合は、組合員がまさに利潤獲得手段として自己の人格の外につくりだすものであり、したがつて夫婦の財産關係と組合の財産關係との間には、とうてい類比することをゆるさぬ、全く本質的な相異のあることを見逃すことはできない。

組合における財産は、一定の事業目的のために――すなわち資本として――組合の各メンバーが出資したものであり、それは特定の利潤追求の物的手段として、個人の一般的な私有財産から分離・提供されて、一種の目的財産 Zweckvermögen ないし特別財産 Sondervermögen を形成する。出資した財産の個別性――私的性格――は、組合財産としての獨立性の中に解消され、各メンバーの出資は、「持分」として、抽象的に存續することとなる。

そこで、組合終了の場合における財産關係の清算が、抽象的に存在する「持分」を具體化する意味で、殘餘財産を出資の

價額に應じて分割するという形であらわれるわけである。それは、組合員の一般財産から分離・獨立していた特別財産としての獨立性を解消し再び個人の個別的な私的所有に還元する意味において、まさにコトバどおりの分割にほかならない。

一一　これにたいし、夫婦の財産は、婚姻という全人格的な Mitleben のためのものであり、當然に夫および妻の全私有財産をそのまま包含する。それは、利潤追求手段としての特定事業にむけられた出資――資本――でない點において目的財産を構成せず、したがつてまた組合財産におけるような獨立性をもたない點において特別財産としても把握されえないのである。

いいかえれば、そこには、組合財産におけるような特定の「出資額」というものは存在しえないし、したがつて「持分」のごとき觀念も成立しえない。夫婦の全私有財産は、そのままに婚姻的共同生活の經濟的基礎を形成するのである。婚姻共同體は、理念上、婚姻が取引でない意味において、いわばまさに運命共同體たるものであり、夫婦の財産がその共同體の經濟的基礎をなす意味において、夫婦財産の個別的・私的性格は、團體的性格によつて蔽われるべきものとなる。もし古典的な表現をかりるならば、そこには一種の總手的合有としての關係――家産としての關係――が成立するものとみられよう。かようにして、夫婦の財産は、その形式的タイトルは夫または妻に歸屬するにせよ、その具體的利用關係においては、團體的なものとなる。夫の財産・妻の財産という個別性のままに、婚姻的共同生活の維持のためのものに轉化される。

ところが、夫婦の財産が、共同生活維持のためにむけられ、その私的性格が團體性格によつて蔽われるにもかかわらず、夫婦別産制のもとにおいては、法制上、その私的性格が制限されていないばかりか、その團體的性格がほとんど全く無視されてしまつているのである。かような夫婦財産關係における實質的な團體的性格と形式的な私的性格との對立・矛盾が離婚のさいにおける財産關係清算としての財産分與の根據であること、既に述べたとおりである。

そこで、財産分與は、夫婦別産制における矛盾の調整として、夫婦の間において、財産を一方の私的所有から他方の私的

所有へ移すこととしてあらわれる。それは、けつして、組合解散におけるような獨立の組合財産を私的財産に還元する意味での財産の分割ではありえない、といわなければならない。それは、しいていえば、潜在的持分の取戻しとしての機能を有するともみられようが、しかし、さきにも指摘したように、夫婦財産關係の本質上、そこには「持分」という觀念がないから、持分の取戻しということは不可能であり、また「出資」という觀念がない結果、出資額に應ずる分與という計算をいれる餘地がなく、けつきよく分與額の計算には、技術上、はなはだしい困難がつきまとわざるをえないこととなる。

かくて、夫婦財産關係に組合の法理を應用し、持分・出資・出資額の觀念をかりて、財産分與を理解しようとすることは、あまりにイージーな考え方であり、いつてみればたんなる思いつきの程度にすぎないのではなかろうか。

一二　かりに、もし百歩をゆずつて、しいて組合理論を應用し、持分を想定しようとするならば、いつたい「出資額」をどのように考えようとするのであろうか。おそらく形式的な夫婦別産制のもとにおける夫婦の特有財産（第七六二條）をもつてする以外にはあるまいが、それでは、妻の出資額は、事實上、きわめて微小なものとならざるをえないであろう。何故なら、夫婦對等同權なる標語がどんなに近代的なスイートなひびきをもつにせよ、しよせん妻が經濟的弱者であることは明らかなのだから。

あるいは、妻の有形的出資のかわりに、その家事勞働を、いわば勞務出資として評價すればよいというような安易な說もありうるかもしれない。しかし、家事勞働なるものは、けつして出資としてなされているものではありえないし、かりに、これをしいて勞務出資とみなすにせよ、さきにも指摘したように家事勞働は無定量的であり、また商品性をもたない意味において、おそろしく評價の困難なものである。女性の勞働が安く賣られるという資本制社會の特質のゆえに、かつ、とくに女性の經濟的能力および權利意識の未熟なわがくにの現狀のゆえに、家事勞働にたいする適正な評價は、とうてい望むべくもないであろう。

のみならず、財産分與を組合財産の清算と對比してみるときは、財産分與における夫婦財産の清算としての性質のみが、つよく前面にあらわれ、他の扶養および賠償としての性質の正しい理解が妨げられるという非難を免れないであろう。もとより財産分與が、夫婦財産の清算としての性質を最も基本的に有すべきことはたしかであるし、そのかぎり組合法理の應用は、或意味において示唆的でないこともないが、財産分與の性質はつぎに述べる扶養および賠償を含めて、複合的なものと考えなければならないので、組合法理の應用が當然に限界性をもつことは、否定できないと思われる。

それどころか、財産分與に組合の法理をとりいれることは、結果的に、財産分與が女性にたいする男性の優位を保全するための武器と化するおそれすら、導きだすようである。もちろん、この疑問にたいしては、つぎのような反論がでるだろう。財産分與は妻にとつてこそ有利なものであり、たとえば歐米において財産分與による夫たちの惱みは深刻なものがあるといわれるではないか、と。——しかしながら、財産分與の沿革がもつともよく物語つているように、もともと財産分與は扶養ないし賠償としてその姿をあらわしてきたものであり、歐米でよくその機能が發揮されているのも、その傳統がつよく働いているからである。かような事情は、實質的な男女不平等のもとにおいて、財産分與における清算的性質がほとんど有名無實であり、機能的には、むしろ扶養ないし賠償が中心的なものとなつていることを、明らかに示している、といわなければならない。夫婦財産の清算という理論が、理論としてはどんなに合理的なものであるにせよ、けつきよく僅かばかりの「お涙」的分與で、男性による女性支配を合理化しようとするおそれがあることを見逃してはならない。あるいは妻の出資に應ずるといい、あるいは妻の家事勞働を評價するといいながら、實は妻の出資・家事勞働の過小評價のもとに、ほとんどいうに足りぬほどの——しばしば扶養にすら缺けるほどの——分與をもつてすまされているという現狀を忘れてはならないであろう。

（未　完）