

Title	財産分與の一考察(二・完): とくに内縁解消と財産分與
Sub Title	Alimony and informal marriage (2)
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.7 (1955. 7) ,p.27- 40
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19550715-0027

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（二・完）

——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
 - (一) 序 説
 - (二) 夫婦財産の清算（以上前號）
 - (三) 離婚後の扶養（以下本號）
 - (四) 離婚賠償
- 三 内縁の法理と財産分與

三 離婚後の扶養

一三 人間が個人として存在せず、家族という共同體の中のみ存在していた時代には、扶養は家族的團體そのものの共通的事項として處理されていた。家族的團體そのものは、もとより現代においても存続している。しかし、生産關係の極度に社會化された近代社會における家族は、いわゆる小家族——夫婦およびその間の子供（とくにまだ自活をなしえない未成年子）を基本的な構成員とするもの——であり、したがつて家族的團體における扶養は、その範圍をはなはだしく縮小する

こととなつた。すなわち、夫婦間の扶養、および親と未成熟子との間の扶養は、なお家族的共同生活の一部として行われているの^(一)にたいし、これら以外の親族の間の扶養は、共同生活を通ずる實現が不可能となり、しだいにその意義と機能とを失うにいたつた。^(二)

しかも、近代以降、經濟の世界における個人の獨立性は、當然に法の世界における個人の主體性を導きだし、近代家族は、家族の各メンバーの法的主體性の承認の上に形づくられることとなつた。とりわけ、夫婦間においては、その對等人格性が承認された結果、その扶養は、一方の他方にたいする保護（未成熟子にたいする親のごとき）でなく、まさに相互的な扶助とされたわけである（第七五二條）。

かくて、近代家族は、家族の分解・縮小と家族メンバーの主體性の承認とをいちじるしい特質としているのであるが、しかし家族そのものは、けつして解消してはいないし、また家族が完全に個人に還元されてしまつてゐるわけではない。この意味において、近代社會における人間の生存は、いちおう個人みずからの責任においてなされるにせよ、なお家族が扶養的機能をもつており、家族的共同生活が扶養の場をなしていることは、否定できない、といわなければならない。^(一)

(一) 拙著前掲一三四—一三五頁参照。

(二) 扶養制度の諸問題については、沼教授の一連の研究が注目^(一)に價する。沼正也『親族法の總論的構造』所收の諸論稿参照。

一四 民法は、とくに夫婦について扶養を共同生活と不可分の規定し（第七五二條）、婚姻的共同生活が夫婦の相互的扶養の場であることを明らかにしている。ただ、未成熟子にたいする親の扶養については、直接に規定するところがないが、親子の血縁にもつづいて當然に親は子にたいする保育者としての地位と責任とを有するものであり、一般には、その獨占的・排他的な保育者たることの法制的表現としての親權ないし監護權の行使のうちに、子にたいする扶養が果されてゆくものと理解すべきであること、おそらく自明の理といつてよいであらう。

かくて、夫婦の相互的な扶養、および未成熟子にたいする親の扶養は、本質上、家族的共同生活の一部として行われ、その共同生活の維持の中に存在する結果、獨立的意義を有しないわけであるが、これにたいして、これら以外の親族の間の扶養は、共同生活を通ずる實現が不可能となり、したがつて、いわゆる親族的扶養という特定の權利義務關係として構成される獨立の制度に轉化するにいたつたのである。

しかも、社會における親族的血縁團體の有すべき機能と存在意義がますます乏しくなるにともなつて、扶養は純然たる經濟的問題に歸し、したがつて、扶養における親族的性格はしだいに減退せざるをえなくなつた。かような傾向は、ついに、一方では、親族的扶養なるものの機能と實効性をいぢりしく減殺するとともに、他方では、あらたに社會的性格をもつ別個の扶養制度を生みだすこととなつた。すなわち、すべての國民に最低生活を保障することを目的とする生活保護法は、一種の救貧法的目的のもとに、親族的扶養の補足として國家による生活扶助を定めているが（同法第四條二項参照）、さらに最近における廣汎な社會保障制度は、たんに親族的扶養の補足ないし代替としてのみならず、より積極的に國民すべての生存權を確保し、ひいては社會そのものの全般的安定・勞働力の保全培養等々の社會的目的のためにも必要なものとされているのである。

とはいへ、近代市民社會における國家權力は、個人の解放と法的主體性を承認するが、しかし個人の生活の保障を、完全な形でみずからの手に引き受けることは、あえてしてはいない。何故なら、社會保障は、國家——社會的總資本——にとつて、直接には利潤を生まない投資だからである。利潤追求があらゆる社會的活動の原動力となつてゐる資本制社會では、特定の社會政策的要求による最低限度をこえて社會保障が實現されることは、ほとんど期し難いところである。かくて、近代社會における個人の獨立性の承認・個人の生活の自己責任性にもかかわらず、なお家族は扶養的機能を放棄することができないのである。^(一三)夫婦・親子のごとく今日でも共同生活體を形成する家族においては、その共同生活の維持の中に扶養的機能を果

しており、また、かつて家族的共同生活體を形成していた親族の範圍内においては、いわば家族に準ずるものとして、いわゆる親族的扶養が制度化されている。親族的扶養は、まさに家族における扶養的機能の轉化物にほかならないわけである。

(二三) いわゆる「家」の制度が、社會政策ないし社會保障の肩代りとしての役割をつとめ、日本資本主義發展のための重要な作用を果してきたことに注意せよ。拙稿「民法改正の意義——日本資本主義發展と身分法——」法學研究二一卷六號三六頁以下参照。また最近の家族制度復活論議が、ことさら意識的に親の扶養の問題をとりあげていることは、周知のとおりである。沼前掲一三三頁以下は、正當にも家族制度の完全なる潰滅は社會保障制度の完全なる確立と同時に存在にあると論じている。

一五 近代的小家族の中でも、親子の共同生活は、子の成熟するにともなつて分裂し、終止するのが一般であるが、これにたいし、夫婦の共同生活は、終生的であるのを通常とする。すなわち夫婦の共同生活體は、すくなくともその一方の死亡にいたるまで繼續すべきものである。婚姻は、その成立においては、親子のそのような宿命的なものを含まず、夫婦の相互的な意思の合致にもとづいてもたらされるものであり、そこには或る程度まで合理的な考慮・選擇意思がはたらいっていることは否定できない。また、とりわけ男女の本質的平等という近代的理念のもとにおいては、夫婦はそれぞれ對等獨立な人格者たるものであり、相互に對立的な存在たることを免れない。だが、それにもかかわらず、夫婦は、すべての家族的結合の中でもつとも強固なものであることも、また確かである。婚姻は、何よりもまず、種の保存のための性慾本能にもとづく感覺的な性愛を基礎としており、そしてこの性愛は、その本性上、個人的かつ排他的な要素を帶有し、したがつて精神的にもつよい運命共同體的意識を生ずるからである。

夫婦を財産法的側面からみした場合、婚姻の共同生活は、夫婦の別産制を基礎としていとなまれ、いわば一種の組合ともみられること、すでに述べたとおりであるが、婚姻が全人格的なミット・レーベンである以上、夫婦間の生活扶助は、かれらみずからの生活保持とひとしいものであり、その經濟的基礎をなすべき財産は、當然に夫および妻の全私有財産を包含する。そこには、とくに婚姻のための出資というようなものはありません、相互に全私有財産が生活保障の擔保をなしているわ

(一四)
けである。

(一四) 佐々木前掲四五九頁以下参照。

一六 かように夫および妻の私有財産がすべて婚姻的共同生活の経済的基礎をなし、それは共同生活の維持を通じて、全生涯にわたり、相互に生活保障——扶養——を果すわけである。夫婦が相互に相續権をみとめられ、しかも相續にあつては、その對象を婚姻繼續中の所得にかぎらず、當然に各自の特有財産をもふくむとされているゆえんは、まさにそこにある、といわなければならない。

かくて、夫および妻の全私有財産が、全生涯にわたり、相互に生活保障の擔保にあてられるべきものとすれば、かれらが相互に夫婦の財産による扶養について期待をもつのは、むしろ自然である。婚姻成立にあたり、かれらが相互に全生涯の扶養をなすことを明示的に契約するようなことは、おそらくないだろう。だが、婚姻的共同生活に入ることについて合意をしたかれらは、通常の場合、共同生活の維持を通じて、相互に相手方を扶養し、かつ相手方に扶養されることを意識しているにちがいないし、いつてみれば、そこには、相互に扶養を果すために全私有財産を提供し、これを擔保とするという暗黙の合意があるとみることも、必ずしも不合理な推測ではないであらう。

一七 ところが、離婚は、いうまでもなく婚姻的共同生活の終了であり、その相互的生活保障——扶養——についての期待を失わせるものである。では、この扶養についての期待喪失を、何らかの手段で填補することは、不必要であらうか。

もとより、夫婦間の相互的扶養は、その共同生活の維持そのものの中にあり、婚姻の終生的繼續を前提とするものである。離婚により夫婦間の關係が斷絶すれば、その共同生活が終了する意味において、相互の扶養義務も消滅するはずであり、したがつて、その後の生活は、彼または彼女自身の個人的責任においていとなまれるべきものである、とも考えられる。

とはいへ、離婚にいたるまで、かれらは、とにかく共同生活の維持を目的として生活をつづけてきたものであり、かれら

の勞働は、あるいは直接に共同生活維持のために捧げられ、あるいは間接的に共同生活の費用にあてるべき對價を得るために市民社會に賣られてきたわけである。かれらは、共同生活をよりよくするために努力をかたむけ、個別的な自活などは念頭においていなかった。將來における離婚を豫測し、ひそかに自活するのに役立つべき財貨の蓄積・技能の修得に努めるようなことは、必ずしも絶無ではないにしても、おそらく稀有のことであろう。だとしたら、離婚により共同生活に終止符が打たれ、相互の扶養によらず、みずからの責任において自活しなければならぬ日が訪れたときに、その特有財産または特別の技能をもたない當事者が、はなはだしく困惑するであろうことは、まさに見易い道理である。離婚後における生活の困窮を、その人みずからの怠惰の結果であり、みずから招いた災厄であるとするとするのは、相當な社會的非難に價するような何らかの事情がある場合は別として、一般には、あまりに不合理なではなからうか。自活の困難性——特有財産の不足・特殊技能の未修得——は、むしろ共同生活維持のためにひたすら時間と努力をつぎこんだ結果であるような場合すら、すくないであろう。この意味において、離婚により生活の困窮をきたすべき配偶者にたいしては、共同生活のメンバーたる他の一方がまず扶養の義務を負擔すべきであるという觀念が生ずるのは、道義的思想によるにせよ、または衡平の思想によるにせよ、おそらく不自然ではない、ということができよう。いわゆる財産分與における扶養の性質なるものは、ここにその根據を有すると考えられるのである。財産分與における扶養は、いわば夫婦間の相互的扶助の轉化物にほかならない。^(一五)

(一五) なお、財産分與における扶養の性質の問題について、近代における離婚の自由化・相對的離婚原因の容認にともない、當事者間の責任要件が緩和され、過失の有無を問わないとする傾向のみられること、既にしばしば指摘されているとおりであるから、ここには再説しない。この點については、板木前掲六七頁以下、佐々木前掲四四八頁以下等参照。

一八 自己の財産または技能による生活の困難な者のためには、いわゆる親族的扶養の制度（民法第八七七條以下）があり、また最終的には、いわゆる社會保障制度（生活保護法等）のあること、あらためていうまでもない。では、これらの扶養制度

と財産分與による扶養とは、いかなる關係に立つか。親族的扶養ないし社會保障という一連の扶養的制度がみとめられているにもかかわらず、財産分與が扶養的性質をもたなければならない理由は、どこにあるか。かような問題について、私は、つぎのように考へる。

親族的扶養の制度が、家族の分解・小家族の成立という歴史的過程において出現したこと、したがつて親族的扶養が家族における扶養的機能の轉化物とみられることは、すでに述べたとおりであるが（一四参照）、これにたいし、財産分與における扶養は、婚姻の共同生活にその根據を有し、夫婦間の相互的扶助の轉化物とみられるのであるから、要するに親族的扶養と財産分與における扶養とは、いわば同胞的關係にあるものと理解してよいであろう。それらは、いずれも家族的共同生活に源を發するものである點において共通するものをふくんでいる。^(一六)すなわち、扶養制度の體系においては、財産分與における扶養は、親族的扶養とともに私法的扶養を構成するものであり、公法的扶養たる社會保障に對立する。現社會における個人的生活の自己責任性にもつき、公法的扶養は私法的扶養の補足としてみとめられているのであるから（生活保護法第四條二項参照）、財産分與が生活保護法の適用に先だつべきことは、當然である。

しかも、親族的扶養は、歴史上の親族的共同體の遺産たるものであり、扶養における親族的性格がしだいに減退すべき傾向にある意味において、その社會的意義と機能とは、既にきわめて消極化している。^(一七)したがつて財産分與における扶養は、いちおう親族的扶養よりも、さらに先だつべきものと考えることができよう。^(一八)

もし、親族間の紐帶がなお十分に強固であり、その機能を効果的に果しうるものならば、離婚により生活に困窮する者の救済には、ほとんど事缺かない。また社會保障が完備している場合にも、何ら問題の生ずる餘地はない。しかし親族的共同體の解體にともない、同族意識はいよいよ稀薄となり、親族的扶養にはとうてい十分の實効性を期待しえないのが、偽りのない現狀である。また資本制社會において社會保障が限定的であることをよぎなくされるのも、むしろ必然的な現象ですら

ある。かくて財産分與には、不可避的に扶養的性質が附着せざるをえないのである。それは、いつてみれば、親族的扶養および社會保障の不完全性を直接の陣痛として生みだされたものである。

(一六) あるいは、親族的扶養は、その當事者間に宿命的に存する血縁にもとづくものとも考えられるが、しかし血縁とは、けつきよく社會制度的概念であり(だから、親系および親等の概念が重要性をもつのである)、歴史上親族的共同體の範圍にぞくすべきことの表示にほかならない。

(一七) 例えば、高野竹三郎「老人の扶養をめぐる若干の問題」早稻田法學三〇卷四一三頁以下参照。

(一八) 財産分與における扶養と親族的扶養との關係を、どう考えるかは、困難な問題であるが、私は、いちおう本文のように財産分與が優先するものと理解する。それは、財産分與における扶養が、家族の基點たる夫婦間の相互扶助の轉化物であり、本質上、夫婦間の相互扶助の消滅にたいする代償にはかならぬからである。だが、財産分與における扶養が無限に繼續するもの——すなわち、離婚した配偶者が自活可能となるか再婚するかしないかぎり、一生涯つづくべきもの——とは、もちろん考えられない。何故なら、財産分與における扶養は、たんに一方的なものであり、たとえ本質的には夫婦の相互扶助の轉化物であるにせよ、もはやそこには扶養の「相互性」が缺けてゐるからである。「相互性」の期待されえない全く一方的な扶養は、私法的扶養ではなく、むしろ公法的扶養に委ぬべきものであらう。したがつて財産分與における扶養は、離婚配偶者の生活を離婚後相當の期間——一時的・臨時應急的に——支持することを目的とすべきであり、不相當の長期にわたるべきではない(それ以後は、親族的扶養に移行する)。相當の期間をどう定めるかは、もとより具體的事情に即して決しなければならぬが、それが一時的・臨時應急的な生活支持を目的とすることからみて(少しく亂暴な對比がゆるされるならば)いわば失業保險的性質があるものと考えられ(？)、したがつて、いちおう一カ年程度を標準としてよいのではないかと思われる(失業保險法第一八條参照)。

一九 なお、財産分與における扶養的機能が、近代における離婚自由の原理の促進に役立つていることも、否定できない事實であらう。とりわけ、わがくにの實狀においては、妻が特有財産や特別の技能をもたないのがふつうであり、その結果、離婚すると生活に窮するというおそれのために、離婚を決意するのをためらう場合もすくなくないようである(家族制度の廢止は、妻にたいする重壓を除去するのに成功したが、しかしその反面、皮肉にも、哀れな離婚婦の歸るべき「家」をも解體してしまつた)。

この場合、財産分與による離婚後の生活保障は、離婚の決意を容易にさせ、したがつて離婚の自由という近代的要求に奉仕

しうるわけである。昭和二年の民法改正以來、妻からの請求による離婚がいちじるしく増加していることは、もちろん多くの原因がありうるにせよ、すくなくとも財産分與の制度化がその大きな一因をなしていることは、十分に評價してよいことであろうと考へる。

四 離婚賠償

二〇 さいごに、財産分與が賠償的性質を有するかどうかを検討しよう。

いうまでもなく、近代離婚法は、離婚の自由化を基調とし、離婚原因についても、いわゆる相對的離婚原因をみとめてゐる。それは、離婚の原理上、有責主義から無責主義への轉換を意味するものであるが、かような原理のもとにおいては、離婚原因にあたる或る事實がとくに不法行為の要件を充足するような場合を除いて、一般に離婚による賠償ということは考えられない。というわけは、すべての離婚原因たる事實は、有責か無責かを問わず、要するに婚姻の繼續を堪え難からしめる事由として評價されるか否かにかかつてゐるからである。いいかえれば、あらゆる離婚原因の評價は、婚姻を繼續し難いという點に一元化されている。したがつて離婚請求權は、本質上、有責配偶者の責任追求を内容とするものではなく、たんに婚姻繼續を堪え難いとす苦痛からの解放を内容とするわけである。それは、婚姻關係からの脱出の自由性を認容するものであり、あわせて離婚原因についての無答責を許容するものである、といわなければならない。^(一九)

(一九) 佐々木前掲四六三頁以下参照。

二一 とはいへ、合理化をいちじるしく促進しつつある近代離婚法においても、なお離婚について倫理的觀念その他の非合理的要素がたえずつきまとつてゐることは、やはり看過されてはならない事實であらう。^(二〇) 近代的婚姻の理念は、何よりも個人主義的思潮によつて基礎づけられており、それは一面では、形式的に婚姻が民事的契約として構成されることを意味す

るとともに、さらに他面において、實質的には婚姻におけるもつとも決定的なモティーフが個人的な愛の感情にあることを意味する。^(二二)したがつて婚姻の解消についても、倫理的・感情的要素を無視してしまふことは、おそらく無理である。なるほど、純理上、離婚原因は、婚姻を繼續し難い状態に達しているかどうかという合理的評價のみをもつて決すべきものである

にせよ、離婚請求権が、公權力にたいし救済を求める権利としての構成をあたえられているかぎり、婚姻を繼續し難い事由を作爲した有責配偶者にたいし、何らかの形で制裁・非難を加えることは、事實上、これを承認せざるをえないであろう。

もし、離婚における有責主義を全く排斥し完全な形で無責主義を採用するならば、とりわけわがくにおいて深刻な社會問題となつている夫の恣意による「追出し離婚」を阻止することは、はなはだしく困難となるのではなからうか。^(二三)

かくて、離婚における無責主義を完全な形で採用することは——すくなくとも現段階では、政策的にも——不可能である、といわざるをえない。したがつて、純理上の疑問をもちつとも、あえて私は、財産分與はなお賠償的性質を帯有していると解したいのである。^(二四)

(二〇) 宮崎孝治郎『新婚姻法』一九三頁以下参照。

(二一) Vgl. Müller-Leyer, Phasen der Liebe, 1919, S. 104.

(二二) 一事例として、つぎのごとき判決を考えよ。最高判・昭和二十七年二月一九日(民集六卷二號一一〇頁)「上告人(夫)が勝手に情婦を持ち、そのため被上告人(妻)とは同棲出来なから、これを追い出すことに歸着するのであつて、もしかかる請求が是認されるならば、妻は全く俗にいう踏んだり蹴つたりである。法はかくの如き不徳義勝手氣儘を許すものではない」

(二三) 板木前掲八五頁以下、佐々木前掲四六三頁以下等は、離婚給付の史的變遷に即して、財産分與における賠償的性質を否定しておられるが、しかしそれは、歴史的過程をあまりに形式的に把握するものであり、また離婚における倫理的要素なし財産分與における賠償的要素をあまりに過小評價するものではなからうか。離婚における倫理的要素・財産分與における賠償的要素がしだいに稀薄化しつつあることは、私もあえて否定しない。しかし、だからといつて、現段階では、まだそれらの非合理的なものを無視しえないのではあるまいか。

二三 なお、實務上財産分與の額の決定にあつては、賠償的要素を計算に入れてること、周知のとおりである。^(二四)

かような賠償的要素をふくめて扱う仕方には、制度上背理であるとして非難する學説もないが、しかし賠償の問題を分離して扱うことは、徒らに手續を煩雜化して財産分與制度の實効性を奪う結果となるのみであり、おそらく實際に適しないであろう。のみならず、離婚による賠償請求が、かりに訴として通常裁判所に提起されたとしても、それは内容的に「家庭に關する事件」とみられ(家事審判法第一七條)、したがつて家庭裁判所の調停に付すべきものであり(同法第一八條)、財産分與に賠償の問題をふくめて扱うことは、制度上背理とはならない、と私は考える。

また、賠償請求權の消滅時効期間を三年と定める第七二四條と、財産分與請求についての制限期間を二年と定める第七六八條二項との相異がしばしば指摘されているが、^(二六)しかし、解釋上、第七六八條二項にいう二年の期間は、たんに當事者の協議に代るべき家庭裁判所の處分を請求するための期間の制限にすぎない。財産分與請求權そのものは、一般の債權として十年の時効に服すべきものであり(第一六七條一項)、その執行は、もとより通常裁判所の管轄にぞくすべき問題である。ただ三年の期間経過によつて、賠償的要素に相當すべき部分のみが時効消滅する、と考えれば差支えないであろう。

(二四) 千種達夫「離婚による慰養料と財産分與」法律時報二三卷二號五三頁参照。

(二五) 板木前掲八五頁以下、佐々木前掲四六六頁参照。

(二六) 板木前掲八五頁参照。

三 内縁の法理と財産分與

二三 内縁の法理を徹底的に究明することは、もとより本稿の企圖するところではない。ここでは、ただ、内縁問題の核心を指摘して、内縁解消に財産分與の準用をなすべき意義を明らかにするにとどめたい。

いうまでもなく、民法は第七三九條において法律婚主義を明定する。すなわち國家法としての民法は、法律上の婚姻たる要件として戸籍法上の届出を要求し、舉式・同居・性的結合の有無等々は一切問題にしていない。したがつて、法律上の制

度としての婚姻は、法律の命ずる要件——戸籍上の届出——を具備するものにかざられるのであつて、その反面、男女の性的共同體がそのまま婚姻として承認されないのは、論理上當然である。届出という要件を缺く性的結合關係が、民法によつて無視され、何ら法的効果をあたえられないとしても、法律構成上、別に不合理はないわけである。

二四 しかし、それにもかかわらず、近時、いわゆる内縁がしだいに法律の世界に登場し承認を受けつつあることは、周知のとおりである。まず判例は、婚姻豫約の理論を用いて内縁當事者間に法律上の婚姻をなすべき義務（届出に應ずべき義務）の存在することを^(一)とめ、内縁に法的効果をあたえる口火をきつて以來、内縁當事者に扶養の義務を^(二)とめ、同居義務を^(三)とめ、夫を殺された内縁の妻を「妻子或ハ之ト同視スベキ者」とし、^(四)あるいは内縁の妻を「事實上ノ妻」としてその夫の家族における居住権を^(五)とめる、等々、しだいに婚姻豫約理論を發展せしめ、ついにこれを脱却して、内縁を婚姻とほぼ同一視する準婚理論へとすすんできた。これと同時に、學說も判例の發展に應じて、内縁の實質的成立要件の構成を試み、^(六)また内縁にあたえるべき各種の法的効果を検討する等、^(七)内縁理論の構成につとめてきたが、やがて立法も、これに追隨するにいたつた。すなわち、大正一二年改正の工場法第一二條、昭和六年制定の労働者災害扶助法は、徹底的ながら内縁を肯定したが、ついで昭和一二年制定の母子保護法第一條一項は、きわめて率直に内縁を婚姻に準じて扱う旨を明定し、その後、これにつづく立法が續出した。——昭和二年制定の労働基準法第七九條・同施行細則第四二條一項・労働者災害補償保険法第一五條・失業保険法第二七條一項、昭和二三年改正の健康保険法第一條二項、同年制定の優生保護法第三條一項・國家公務員共済組合法第一八條、昭和二七年制定の戦傷病者戦没者遺族等援護法第二四條、昭和二八年制定の日雇労働者健康保険法第三條二項等々。

(一) 大連判・大正四年一月二六日（民録二二輯四九頁）

(二) 大判・大正一一年六月三日（民集一卷二七〇頁）

- (三) 大判・昭和五年一月二十九日(新聞三二一〇號)
(四) 大判・昭和七年一〇月六日(民集一一卷一〇八頁)
(五) 大判・昭和八年八月一〇日(法學三卷三三七頁)
(六) 杉之原舜一「法律關係としての内縁」(『判例親族法の研究』所收)六一頁以下参照。
(七) 永田菊四郎『内縁と私生子』とくに四六頁以下、同「内縁の法律的效果」(『身分法と戸籍』所收)一九頁以下参照。
(八) なお、恩給法第八〇條二項、戰傷病者戰没者遺族等援護法第三一條では、内縁の成立が受給資格の喪失原因とされている。これは内縁當事者間の相互扶助を承認する結果である。

二五 右に概観したように、内縁にかんする判例・學說・立法の動きは、要するに、消極的な婚姻豫約理論から積極的な準婚姻論への發展を示しているのであるが、では、かような内縁法理の出現および發展の契機はどこにあるのだろうか。法律の容認しない内縁を、判例が肯定し、學說がこれに賛成し、さらに立法すら、これに追隨する。しかも法律婚主義そのものは、いぜんとして堅持されている。かような法體系における矛盾的事態が出現するというのは、いつたい何のためなのだろうか。

それは、ほかでもない。内縁の保護のためである。つまり内縁關係の當事者に法的保護救済をあたえるためである。内縁を婚姻と同一視しようとする最近の準婚姻論においても、なお内縁にみとめられる法的効果は、扶養義務・貞操義務・同居義務等、主として具體的な日常の共同生活に關する部分にのみがぎられ(當事者間の相互扶助を核心とすること、もちろんである)、氏・戸籍等の形式的・身分的な部分に及んでいないのは、明らかに、内縁法理の直接の契機が内縁配偶者の保護救済の必要という點に集約化されていることを示すものである。^(九)いいかえれば、内縁理論は、内縁を正當な婚姻化することではなく、たんに内縁配偶者にたいする保護救済を目的として立てられてきたものであり(いわば、當事者間における私的扶養の適正な配分をなすための手掛りとして、當事者間に存する共同生活上の紐帯がとりあげられたわけである)、また、そこに内縁理論の限界點がみいだ

されるのである。だからこそ、従来、判例がもつとも力をつくしてきたのは、當事者間に相互扶助の消滅をもたらす内縁破棄の場合における救済の問題だったのであり、そして、現在でも、それが内縁問題のもつとも核心的な部分をなしているのである。

(九) 沼前掲九七頁、一三五頁参照。

二六 かくて内縁法理の契機をなすものが内縁配偶者の保護救済の必要にあるとしたら、とりわけ内縁問題の核心的な部分をなすべきその破棄の場合の救済についても、もつとも有利な結果を導きうるような方法を用いるのが至當であろう。すなわち内縁の破棄については、共同生活關係の解消たる意味において、離婚に準じて扱うべきであり、したがって離婚において最もよく保護的機能を發揮している財産分與の規定を準用すべきが合理的であろう。既にみたように、財産分與は夫婦財産の清算・離婚後の扶養および離婚による賠償の諸性質をあわせ含むものと解されるから、判例法理のいう婚姻豫約不履行による賠償なるものを容れうることはもちろんであるのみならず、しかも請求権を内縁の「不當」破棄の場合のみに限定する理由がなくなり、ひろく妥當な解決が可能となるであろう。

前掲最高裁・昭和二七年一〇月二一日判決のように、婚姻豫約の理論を固執することは、理論的發展にたいする逆行であるばかりでなく、法律構成上、請求権の成立根據として相手方の責任要件の充足を必要とし、また請求権の内容も損害にたいする賠償の範囲にかぎられるから、ときとして、内縁配偶者の保護が十分期しえられないという結果を生ずるおそれもあるのではなからうか。要するに、内縁法理の離婚理論への發展からすれば、内縁解消について——それが「不當」な破棄であるかないかを問わず、ひろく——財産分與の準用をみとめるべきであり、かくてはじめて合理的な解決がえられるものと考ええる。