

# 国連「婦人の一〇年」

——日本民法上の女性の地位——(二)

## International Women's Year

——Women's Situation in Japanese Civil Law——

西<sup>にし</sup>山<sup>やま</sup>井<sup>せ</sup>依<sup>い</sup>子<sup>こ</sup>

### 目次

- はしがき
- (一) 氏
- (二) 同居・協力・扶助の義務
- (三) 夫婦財産制
- (四) 離婚
  - (1) 離婚の自由化
  - (2) 子の監護養育(以上七号)
- (五) 財産分与制度
- (六) 内縁
- あとがき

## (五) 財産分与制度

一、近代における多くの立法例は、離婚にさいして、なんらかの財産的給付の制度を有しているが、わが民法は、戦後の改正においてはじめて離婚財産分与の制度を新設した。<sup>(1)</sup>

わが国の法制においても、すでに、明治一年の旧民法(明治三年法律二八号)の草案中に、有責配偶者の無責配偶者に対する養料支給規定をみることができている。しかし、旧民法は結局これを承継しなかった。つづいて、旧法(明治三十二年法律九号)の草案にも、同旨の規定が設けられ、相当多数の支持を得たらしいが、結局どういふ訳か旧法にもこの規定は現われなかった。<sup>(2)</sup>

しかし、大審院は、夫の虐待等の不法行為によって止むをえず離婚を請求した妻は、離婚の判決によって精神的苦痛の十分な慰藉をうるとは限らないから、なおその上に慰藉料を請求することもできるとし、離婚原因による慰藉料を認めた(大判明四一・三三・二六民録一四・三四〇)。そして、この判旨はその後多くの判決に承継された。しかも、大正の終り頃から、下級審の判例には、その慰藉料額算定のさいに、離婚そのものによる損害を考慮することによつて、離婚による慰藉料を認めるものも現われた。更に、なかには、慰藉料の名目のもとに、夫婦共有財産の清算あるいは離婚扶養の請求を許すものもあつた。<sup>(3)</sup> このような事情のもとで、大正一四年の臨時法制審議会の民法改正要綱第一七は、「離婚ニ因ル扶養義務」と題して、「離婚ノ場合ニ於テ配偶者ノ一方ガ将来生計ニ窮スルモノト認ムベキトキハ、相手方ハ原則トシテ扶養ヲ為スコトヲ要スルモノトシ、扶養ノ方法及ビ金額ニ関シ当事者ノ協議調ハザルトキハ、家事審判所ノ決スル所ニ依ルモノトスルコト」と定め、これが昭和一六年の人事法案九四条に、「離婚シタル者ノ一

方ハ相手方ニ対シ相当ノ生計ヲ維持スルニ足ルベキ財産ノ分与ヲ請求スルコトヲ得。前項ノ規定ニ依ル財産ノ分与ニ付テハ家事審判所ハ当事者ノ請求ニ依リ双方ノ資力其ノ他ノ事情ヲ斟酌シテ分与ヲ為サシムベキヤ否ヤ並ニ分与ノ額及方法ヲ定ム」という形で結実した。<sup>(4)</sup>

戦後の民法改正に当って、司法法制審議会第二小委員会の昭和二十一年七月二〇付民法改正要綱案(幹事案)第八は、「離婚による扶養義務」と題して、「離婚したる者の一方は、相手方に対し、相当の生計を維持するに足るべき財産の分与を請求することを得るものとし、此の財産の分与については、裁判所は当事者双方の資力其の他一切の事情を斟酌して分与をなざしむべきや否や並に分与の額及び方法を定むることとする」と定め、これがその後のいくつかの要綱案にほぼそのままの形で引き継がれた。しかし、後に要綱の条文化を行なった起草委員会の段階で、まず、第二次案の「相当の生計を維持するに足るべき財産の分与」が「相当の財産の分与」とされ(第三次案)、ついで、「相当の」が除かれて「財産の分与」となり、「当事者双方の資力其の他一切の事情」が「当事者双方がその協力によって得た財産の額その他一切の事情」に改められ(第七次案)、現行法七六八条となった。すなわち「離婚による財産分与」と題して、「協議上の離婚をした者の一方は、相手方に対して財産の分与を請求することができる(一項)」。前項の規定による財産の分与について、当事者間に協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、当事者は、家庭裁判所に対して協議に代わる処分を請求することができる。但し、離婚の時から二年を経過したときは、この限りでない(二項)。前項の場合には、家庭裁判所は、当事者双方がその協力によって得た財産の額その他一切の事情を考慮して、分与をさせるべきかどうか並びに分与の額及び方法を定める(三項)。」<sup>(5)</sup>

二、ところで、この七六八条の成立過程で、第二次案の「相当の生計を維持するに足るべき財産の分与」が第三次

案の「相当の財産の分与」に修正されたのは、婚姻中の所得の夫婦共有の要望を財産分与の中で実現せしめるためであったと言われている。すなわち、夫婦財産制を定めた現行民法七六二条の形成過程上、司法法制審議会第二回総会や臨時法制調査会第二回総会で、婦人委員から、妻の内助の功に報いるために、婚姻中の所得について夫婦の共有にする趣旨の規定をおくべしという主張が強力に展開された。ところが、この婚姻中の所得共有の要望は、夫婦財産制法の方では結実せず、財産分与請求権の中に清算的要素を導入する契機になったのである。そして、その後の七六八条の成立過程において、第六次案から第七次案（最終案）に移行する際、「相当の財産の分与」が「財産の分与」に、「当事者双方の資力」が「当事者双方がその協力によって得た財産の額」に修正され、条文上からも婚姻中の所得の分割がますます明確化されているが、これは、特に CHQ 側から分与の標準額として「協力によってえた財産の半分」という原則（夫婦財産二分論）を明記せよとの強い要望があり、それに応じて修正された妥協的条文であったとされている。<sup>(6)</sup>

このようにして、離婚給付の名称が扶養から財産分与に改められるとともに、それに応じて、給付内容の重点が、扶養から夫婦財産の清算へと移動した。もとより、名称が変わり重点が移ったからといって、現行の制度が専ら夫婦共通財産の清算だけを規定し、離婚扶養の思想を全く捨て去ったとみることには許されまい。もし夫婦共通財産の清算だけを目的とするなら、その決定の標準は計数的になされるべきで、「その他一切の事情を考慮」することは、少なくとも理論としては通らないことであり、この請求権について離婚後二年という除斥期間を定めることも適当でないからである。<sup>(7)</sup>

三、このようにして、今日では、一般に、離婚財産分与は、夫婦財産関係の実質的清算（清算的性質）と離婚後の扶

養(扶養的性質)という二つの要素的性質をあわせ有するものと解されている。<sup>(8)</sup>

このうち、清算的性質については、婚姻共有財産制の思想に基づく、夫婦財産関係の実質的清算あるいは潜在的持分の取戻しであると観念されている。すなわち、わが国における夫婦財産制に関しては、別産制を採用し、実質的な夫婦の協力にもかかわらず、夫婦財産は形式的にはふつう夫名義において取得・蓄積せられることが一般であるので、このような夫婦財産関係における形式と実質とのくいちがいを、離婚にさいして調整することが、衡平の観念に合すということである。民法七七八条三項が、財産分与を決定するにさいして考慮せられるべきものとして、「配偶者の協力によって得た財産」をかかっているのは、右に述べた考え方を示したものとす。<sup>(9)</sup>

しかし、離婚財産分与の清算的性質についてのこのような理解の仕方は、もちろん、男は社会で仕事、女は家庭で家事育児という従来の固定観念に基づくものでは明らかである。すなわち、それは、「夫婦間の経済生活がつうじょう分業のかたちをとおして行われ、夫は、その労働が社会的な財貨の生産にむけられ、それによって獲得せられる収入を共同の生活資源として、家庭に提供し、他方において、妻は、その労働が家庭内の家事の処理へむけられ、共同の消費生活を営むものである。<sup>(10)</sup>」が、このように、「婚姻がたんなる性的結合としてのみならず、夫婦生活の経済的機能がつねに夫婦の間の性的分業によって営まれるということ」は、家庭の機能として、最も本質的に承認せられるところである。<sup>(10)</sup>という考えの上に立っているのである。そして、それは、「そのことは、近代以降、家族団体が、その生産的機能を喪失し、たんなる消費団体としての役割を果すにすぎなくなったことと対応して、夫の労働は社会性を有するが、妻の労働は社会性を有しないということを意味する。すなわち、家事労働は、そこでは、もはや、社会とはなんら関係を有しないひとつの私的労役となった。したがって、市民社会における夫の労働は対価をとまなう

のに対して、妻の家事労働はなんらの対価を有しない。しかしながら、家事労働の無償性が、なんらの価値を生産しないということの意味するのではない。このような家事労働によって生産せられる価値が、日常の夫婦の共同生活のなかに融けこんだ存在として、その経済的な基礎を支えているのである。<sup>(10)</sup>とするのである。しかし、このように妻の無償の家事労働を夫の生産労働と同等に評価する主婦労働価値論が、男性優位の社会体制を維持していくべく女性を家庭にしばりつけるための論理であり、「母性 (La maternité)」を「家事」ないし「家庭」と読みかえ性の宿命のごとくに女性を家事にしばりつけようとする主張であることは、すでに、本稿の「夫婦財産制」の所で述べたところ<sup>(11)</sup>である。<sup>(12)</sup>このたびの「婦人差別撤廃条約」の精神に基づき、女性も男性と対等に社会で働くだけでなく、男性も女性と共に家事育児を分担することを前提とする限り、先に述べたような主婦天職論の上に立った離婚財産分与の清算的性質の意味内容は、当然に変わらざるをえなくなる。すなわち、離婚財産分与における清算とは、夫婦財産関係の実質的清算あるいは潜在的持分の取戻しというのではなく、男女の経済的独立を認める民法七六二条の完全別産制の上に立って、民法七六八条三項のいわゆる配偶者の「協力によって得た」名実ともに夫婦の共有に属する財産の分割および、夫婦お互いが各自負担すべき婚姻費用、家事労働等についての貸し借りの整理・差引きをして、清算の文字通り跡始末をつけることということになるであろう。<sup>(13)</sup>

四、つぎに、扶養についてであるが、これは、離婚後、生活に困窮する配偶者の一方を資力のある他方が扶養するという観念である。この根拠については、第一に、大正一四年および昭和二年の改正要綱は、それぞれ、将来生計に窮する場合に扶養をなすことおよび相当の生計を維持するに足りべき財産分与を認むべきことを規定していたが、民法七六八条は、この改正要綱に由来するものであるということである。第二に、婚姻は精神的・肉体的協同体であるだ

けでなく、経済的にも協同体であり、人は婚姻によって終生の生活の安定と向上をはかる。それが破綻したときは、生活に困窮する一方に対して、他方が、事情の許す範囲で、相当の扶養をすることは、人道上の責務であるということである。その意味で、離婚配偶者の扶養は、ドイツ民法学者のいわゆる婚姻義務の余後的効力 (Nachwirkung der ehelichen Verpflichtungen) と言ふべきであるとされている。もっとも、個人の生存権が消極的な意味から積極的な意義として確認されてきた現在において、離婚配偶者の生活保障は、本質論的には、婚姻関係の連続性あるいは余後的効力として認めるべきでなく、むしろ積極的に社会保障をとおして保持せられるべきものであろうが、ただし、国家が個人の生活をなお第一次的には夫婦・親子の共同生活と近親の扶養義務に託し、社会保障が不完全なかたちをとる限り、離婚配偶者の扶養義務を認めるのが至当であるとされている。このようにして、離婚配偶者の扶養は、財産分与にとって本質的なものでなく、社会保障制度との関連からいわば暫定的に認められるものであるとされている<sup>(14)</sup>。

ところで、扶養は、一般的に、その社会の生産関係を反映するものであり、つまり所有の諸関係を表示するものと言へる。従つて、それは権力支配の基礎となる。戦前、扶養は、恩恵と意識され、権力支配の基礎となつた。扶養義務者は国家権力により恩恵を義務づけられたが、それだけに彼は権威と支配を持った。ここに「恩」という服従の倫理が登場した。人間が生を支えるもの、それを天皇の恩、親の恩、戸主の恩として意識し、扶養として意識される<sup>(15)</sup>ところ、そこには人間の独立性と主体性は存しなかつた。それは人情の名の下における強者弱者間の依存関係であつた。かかる依存関係の無数のものの連鎖によって、日本社会は構成されて<sup>(15)</sup>いた。それが、ポツダム宣言の受諾を機として、従来の絶対主義的天皇制およびこれと緊密な関係にあつた家族制度に代つて、国民が主権者となり、個人の尊厳と平等、基本的人権の尊重が前面にうちだされ、かくして、ポツダム宣言を受けた新憲法は、家族制度を

否定するとともに、他方で、すべての国民の基本権として生存権を認め、かつこれを保障することを以て国家責任と定めた<sup>(16)</sup>。しかるに、その後の生活保護にも、お「上」の仁慈としての天皇制と関連せしめられているわが国特有の家族制度的制約によって、つねに恩恵的觀念がつきまとうているのである。そして、かような生活保障につきまとう恩恵的觀念は、夫婦間の扶養についても存在しているのである。すでに明治民法の下で民法解釈学は夫婦扶養の独自性と対等相互性を明らかにし、改正民法もこれを確認した<sup>(17)</sup>。ところが、現実には、わが国特有の家族制度的制約に加え、家庭生活の主たる経費が夫の収入によるという形式的な夫婦間の分業関係によって、事実上、扶養は、夫から妻に対する一方的なものとなり、たえず恩恵的觀念がつきまとい、対等・相互的な権利義務関係としては容易に現われえないのである<sup>(18)</sup>。

ところで、そもそも、扶養を支配している原理は、恩恵と服従といった対価的交換の原理ではなく、無償の扶け合いの原理であるはずである<sup>(19)</sup>。ところが、そのように「扶け合う」と言ってみても、「扶ける」方にポイントを置かないで、「扶けられる」方にポイントを置く限り、恩恵と服従の対価的關係は扶養に永遠につきまとうことになるのではなからうか<sup>(20)</sup>。万物の霊長たる人間個々人の尊厳は、「扶けられ」、「与えられ」る所ではなく、「扶け」、「与える」所にこそあると思われる<sup>(21)</sup>。従って、社会保障制度を考える場合も、生活困窮者にパンを与えることばかりを考えるのではなく、パンを人に与えられる人にする<sup>(22)</sup>こと、すなわち自立の途を考えることこそが先決問題だと思われる。

かくして、夫婦の扶養、ここでは、民法七五二条の夫婦の扶助義務の延長線上にあると思われる離婚後の扶養について考える場合にも、夫婦各自の経済的自立を前提として考えることが必須となると思われるのである。すなわち、婚姻義務の余後的効力と言われる離婚配偶者の扶養は、従来のように、妻の扶養、すなわち、妻の寄与効力に報い妻



の離婚後の生活を保障することを目的とするのではなく、離婚後の扶養の目的も、扶養一般の問題として、夫婦双方の経済的自立を前提とした上で、一方が病気等のため自分の資産又は労力で生活することができない場合に、自分の生活資力に余裕のある他方が扶けることであると思われる。<sup>(24)</sup>そして、夫婦間の扶助義務は、いわゆる生活保持義務として、夫婦は互いに自分と同じ程度の生活を保障し合う義務を負うが、離婚後は、親族一般の扶養と同じく、最低生活の保障でよいと思われる。そして、親族一般の扶養と同じく、離婚後の扶養も先述の意味での公的扶助が完備するまでの補充的、暫定的なものと解すべきで、従って、あくまで扶養一時金の支給が原則であって、妻の死亡あるいは再婚までの扶養定期金の支給は認めるべきではないと思われる。<sup>(25)</sup>

- (1) 中川 淳・「財産分与制度の性質」・家族法大系Ⅲ・一九五九年・三〇―一頁、「離婚財産分与と慰謝料との関係」・現代家族法大系2・一九八〇年・三一―五頁参照。
  - (2) 中川・「財産分与制度の性質」・前掲・三一―二頁、我妻 栄・「親族法」・法律学全集23・一九六一年・一五―二頁、島津一郎・「財産分与の請求」・注釈民法④・一九六六年・一七六―七頁参照。
  - (3) 我妻・前掲・一五二頁、島津・前掲・一八一―三頁参照。
  - (4) 中川・「財産分与制度の性質」・前掲・三三頁、我妻・前掲・一五二頁、島津・前掲・一七七頁参照。
  - (5) 中川・「財産分与制度の性質」・前掲・三四―五頁、我妻・前掲・一五三頁、島津・前掲・一七七頁、有地 亨・「特有財産、帰属不明財産の夫婦共有の推定」・注釈民法④・一九六六年・四〇―三頁参照。
  - (6) 有地・前掲・四〇―三頁参照。
  - (7) 我妻・前掲・一五三―四頁、島津・前掲・一七九頁参照。
  - (8) 中川・「離婚財産分与と慰謝料との関係」・前掲・三一―五頁参照。
- しかし、本文に述べたような過程を経て新しく成立した民法七六八条(および七七一条)の財産分与の制度は、その規定が比較的簡単で抽象的であるため、その法的性質をめぐって大きな論議を招いた。なかでも、離婚における慰謝料が財産分与とどのように関連するかということが問題となった。離婚財産分与が制度化されていなかった旧法当時においても、本文に

述べたように、離婚とともに慰謝料の請求をすることが判例上認められていたので、新民法が新たに規定した財産分与が慰謝料を含むかどうか、当然に問題となつたわけである(中川・「財産分与制度の性質」・前掲・三六、四六頁、「離婚財産分与と慰謝料との関係」・前掲・二二五—六頁、島津・前掲・一八五、二〇四頁参照)。離婚財産分与と慰謝料との関係、すなわち、離婚財産分与が慰謝料を含むかどうかについては、大別して、財産分与は慰謝料を含むとする包括説(一括説・積極説)と、それは夫婦財産関係の清算と離婚後の扶養との二つの性質を有するにとどまり、慰謝料を含まないとする限定説(分別説・消極説)とが対立している。限定説が今日の通説・判例の立場である。しかし、具体的には、包括説においても、離婚財産分与の内容として、清算的性質・扶養的性質・慰謝料的性質を明確に区別して、それぞれ相対的に独立性を認める立場と、これらの要素的性質を融合し、離婚財産分与を一個の実体として包括的な離婚給付と構成する立場とが存在している。また、限定説においても、清算的性質と扶養的性質とのいずれの要素的性質に力点をおくかによって、学説上ニュアンスを生ぜしめ、更に、離婚財産分与における二つの要素的性質の結合状態においても、両者を峻別する立場と、両者の融合として把握する立場とが存在している(中川・「離婚財産分与と慰謝料との関係」・前掲・三一六—七、三二八頁参照)。包括説を支える根拠としては、あるいは、婚姻の解消について倫理的要素を無視することは無理であり、離婚財産分与に賠償的性質を帯有せしめると解する立場、あるいは、慰謝料は、離婚そのものによって生じた不利益の救済という特別の法的保護(財産分与に統一せられると解する立場、あるいは、離婚という当事者の全生活をつつむきわめて微妙な問題については、「解決の一回性」が要請されるとする立場等があり、限定説を支える根拠としては、第一に、歴史的に、離婚給付は、ふるくは制裁的性質・損害賠償的性質を有していたのが、次第に純化され、制裁的性質・損害賠償的性質を脱皮していった過程を重視すべきであり、また、不法行為の規定が個別的・列挙的で、これによって離婚による被害を救済しえなかつたときには、離婚による損害賠償を離婚給付のなかに含ましめる根拠ともなりえたが、不法行為の規定そのものが一般的・抽象的になつたからには、その必要がなくなつた。第二に、離婚財産分与と慰謝料請求権は、実体的にも手続的にも別個のものであること。第三に、低額な離婚給付を得て協議離婚あるいは調停離婚がなされた場合に、それを慰謝料とみなし、別に財産分与を許すことによって、伝統的な家族制度の維持に奉仕してきた手切金の慣行を打破し、「離婚婦の保護をはかる」ことができる等がある(中川・「財産分与制度の性質」・前掲・四六—七頁、「離婚財産分与と慰謝料との関係」・前掲・三一七—八頁、島津・前掲・一九〇、一九一、一九八、二〇〇、二〇七—八頁、「財産分与と離婚慰謝料との関係」・別冊ジュリスト・66号・「家族法判例百選」(第三版)・一九八〇年・七二—三頁参照)。ところで、本文でみたように、戦後の改正により創設された離婚財産分与は、臨時法制審議会の創設しようとした「離婚による扶養」の思想の承継・進展であるが、その成立過程で、

- その重心が扶養から夫婦財産の清算へと移動したものとみられる。このように、七六八条の成立過程には、扶養と夫婦財産の清算という概念のみが浮かび上がっている。更に、戦前、判例は、慰謝料の名を借りて、離婚給付を認めたのであるが、それは、明治民法には離婚給付というべき制度がまったく存在しなかったからである。現行法では、不法行為とは実体的・手続的にまったく別個のものである(三年の短期時効(民法七二四条)に対して二年の除斥期間(民法七六八条二項但書)、訴訟事項に対して非訴事項(家審法九条乙類五)、離婚財産分与制度が新設されたのだから、両者は本質的に別個の制度と観念すべきである。かくして、離婚財産分与とは慰謝料は含まれないとする限定説が妥当であると思われる(中川・「財産分与制度の性質」・前掲・四九頁、「離婚財産分与と慰謝料との関係」・前掲・三二八頁参照)。
- (9) 中川・「財産分与制度の性質」・前掲・三八、四一頁、「離婚財産分与と慰謝料との関係」・前掲・三二六頁参照。
- (10) 中川・「財産分与制度の性質」・前掲・四〇頁、「離婚財産分与と慰謝料との関係」・前掲・三二五頁、「財産分与と家事労働の評価」・別冊ジュリスト・66号・「家族法判例百選」(第三版)・一九八〇年・七一頁参照。
- (11) 西山井依子・「国連「婦人の一〇年」——日本民法上の女性の地位——」(一)・大阪経済法科大学法学論集・七号・一九八二年・一六頁。
- (12) この点、「婚姻中の蓄積財産を共有として離婚時にその清算を命じる制度……の功罪は、たしかに、改めて検討するに値しよう。……しかし、共有制が家庭生活を明朗にすることは、たしかであろう。それは、『家庭の妻にその努力が物質的に酬いられるという感じをもたせる』点で効果的である。ことにそれは、『自分自身の努力で『金をとりたい』という欲求を満足させるだけのことで家庭を外にする妻』に、家事・育児の価値を教えることになるであろう。」(島津・「財産分与の請求」・前掲・一九五頁)というのは、男性の本音をみごとに表現したものと見えよう。
- (13) とところで、婚姻費用分担義務を、夫婦それぞれが自身の生活費を各自自身で負担する義務というように理解するのでなく、従来の学説・判例のように、男は社会で仕事、女は家庭で家事育児という固定的伝統的考えに立って、夫婦が相互に扶け合う義務というように理解する限り(西山・前掲・一一頁参照、別居中の婚姻費用、過去の婚姻費用の分担義務の存否、更には、過去の婚姻費用を財産分与に含めることの可否が問題となり、当然、それぞれの立場により考えが別れることになる(我妻・前掲・八六一七頁、有地 亨・「婚姻費用の分担」・注釈民法20・一九六六年・三八七—九、三九〇—三頁、島津・「財産分与の請求」・前掲・二〇—二二頁、中川・「財産分与と家事労働の評価」・前掲・七一頁、野田愛子・「離婚訴訟における財産分与と過去の婚姻費用分担の態様の斟酌」・別冊ジュリスト・66号・「家族法判例百選」(第三版)・一九八〇年・七五頁参照)。しかし、社会でも家庭でも男女が共に仕事を分担すべきであるという新しい考えの上に立って、婚姻費用分担

義務を、相手を扶けるいわゆる扶養の問題ではなく、純粹に民法のいわゆる自己責任の原則を基調にした、自身の財産と労力とで自身の生存を維持すべき義務というように理解する限り(西山・前掲・一一頁参照)、別居中の婚姻費用は当然各自が負担すべきであり、ただ、子供の養育費は夫婦が分担することになる。また、過去の婚姻費用についても、各自負担すべき各自の婚姻費用が、夫婦の一方によつてのみ負担された場合、たとえ過去のもでも他方がその負担分を返却すべきは当然であり、その清算をするのが財産分与であるということになる。そして、婚姻費用のみならず家事労働も夫婦各自が負担すべきものであるから、夫の負担する婚姻費用と妻の負担する家事労働とを対価的に考へて清算することは許されない(若菜允子・「女性と同棲し妻子に送金しない夫」、「家事労働の評価と女性の地位」・女たちの民法問答・一九七九年・八六一―七九四―五頁、中川・「財産分与と家事労働の評価」・前掲・七一頁参照)ということになる。ただ、夫婦の一方が、病気で家事労働ができなくなつたり、病氣のため失職し婚姻費用を負担することができない場合、それは、家事労働・婚姻費用分担義務の問題として処理すべきもの(若菜・前掲・九四―五頁参照)ではなく、相手方の生活困窮を要件としてはじめて発生する夫婦の扶助の義務(西山・前掲・一一頁参照)の問題として処理すべきものと思われる。夫婦の一方は、生活に困窮している相手方配偶者に対して、いわゆる生活保持義務を有しているのであって、従つて、その相手方のために負担した家事労働・婚姻費用は、財産分与において貸し借りとして清算すべきものではないと思われる。他方、生活困窮者が、第三者に家事労働をしてもらつたり、第三者から婚姻費用を借りたりした場合も、その弁済費用は相手方配偶者が負担することになるであらう。

(14) 中川・「財産分与制度の性質」・前掲・四二―五頁、「離婚財産分与と慰謝料との関係」・前掲・三二六―七頁、我妻・前掲・一五五頁、島津・「財産分与の請求」・前掲・一八八頁参照。

(15) 福島正夫・「扶養」課題・講座家族問題と家族法Ⅴ(扶養)・一九八〇年(第七次版)・一〇、一二頁参照。「扶養は、川島武宜教授が指摘されるようにわが国の慣習上、『家』協同体、同族協同体、地主小作・親方子方的な協同体の、身分階級的な支配関係の一部分であり、扶養関係は上級支配者に対する下級隷従者の忠実奉仕義務と対価関係に立ち、あるいは忠実奉仕義務と一体をなすものとして(川島武宜「民法」(三)一二二頁)、まさに家父長的家を維持するための中心的機能の一つをなすものであつた。」(小川政亮・「扶養」社会保障制度との関連・講座家族問題と家族法Ⅴ(扶養)・一九八〇年(第七次版)・一五三頁)

(16) 小川・前掲・一七六頁。

(17) 田中 実・「夫婦の扶養」・講座家族問題と家族法Ⅴ(扶養)・一九八〇年(第七次版)・二二六―六頁参照。

明治民法においては、その七九〇条に、「夫婦ハ互ニ扶養ヲ為ス義務ヲ負フ」という対等・相互的な夫婦間の扶養義務を明定する規定がもうけられていた。家族制度的構成を認め、男女不平等の色彩のきわめて濃かった明治民法の中に、夫婦間の扶養義務のみが対等・相互的なものとして定められていたことは、一応注目するに足り、そこには、後述のような夫婦扶養の特質の承認されるべき契機が現われているとも言えよう。とは言え、妻の無能力を定めた一四条以下、同居義務を妻にのみ認めた七八九条、婚姻より生ずる一切の費用の負担を原則として夫と定めた七九八条、妻の財産に対する管理権を夫に与えた八〇一条、その他の諸規定との関連から見れば、形式的な夫婦扶養の対等・相互性にもかかわらず、実質的には、夫に対する妻からの扶養は、とうてい期待しうべきもなかった。ただ、しかし、わが国における家族構成の変化―家族制度的制約の弛緩の傾向―を如実に反映して、学説の発展の過程において、扶養制度中における夫婦扶養の特質が次第に明らかにされていった。すなわち、学説も、古くは、夫婦扶養をも一般の親族的扶養の一環としてのみ認めていたが、その後、中川善之助教授の著名な研究その他をへて、次第に、民法上の扶養の二元性―すなわち、いわゆる「生活保持の扶養」(夫婦の間および未成熟子に対する親の扶養)と、「生活扶助の扶養」(一般の親族の間の扶養)との区別―が認識され、一般の親族的扶養に対する夫婦扶養の特質が明らかにされるにいたった。ところで、夫婦扶養の特質を承認するということは、すなわち、一般の親族的扶養の一環として扱われることに對する反対であり、とりもおおさず、夫婦間の扶養が「家」的団体の扶養という共通的事項の一部として処理されることの拒否を意味し、それは必然的に、家族制度的構成に對する反逆を結果する。かくて、いわゆる家族制度の存在を基本的な指導原理とする明治民法の解釈学において、夫婦扶養の独自性を認めようとする学説が出現したことは、まさに画期的意義を有すると言わねばならない。とは言え、この新学説も、明治民法の解釈論としては、一般の親族的扶養に對する夫婦扶養の独自性を指摘したにとどまり、その夫婦扶養そのものの内部における夫権的構成を免れることはできなかった。やがて、昭和二年のいわゆる民法改正において、日本国憲法に現われた民主主義的理念を前提として、個人の尊厳と両性の本質的平等という指導原理が掲げられ、家族制度的構成はここに廢止され、夫婦が家族の単位たることが認識され、夫婦扶養についても、その独自性と対等・相互性が承認された(田中 実・「夫婦の扶養」・講座家族問題と家族法Ⅴ(扶養)・一九八〇年(第七次版)・二二八―三二二頁参照)。

(18)

田中・前掲・二二六頁参照。

(19) 沼 正也・「公的扶助と私的扶養の限界」・家族法大系Ⅴ・一九六〇年・一二八頁参照。

(20) 魯迅は「人の『養』を必要とする限り、人の小言も聴かねばならぬし、甚だしきは侮辱さえも受けねばならない。……

『養う』と『養われる』との限界が消滅しない限り、この嘆息と苦痛は永遠に消滅しないだろう」(傍点引用者(魯迅)「婦人

解放について」邦訳魯迅選集第九卷(二二五頁)と述べているが(福島・「扶養」課題・前掲・一〇頁参照、私は、右傍点部解を本文のように考える。

(21) この普遍の真理を、イエス・キリストはかく述べている。「受けるよりは与える方が幸いである」(使徒行伝20章35節)と。

一九七五年度ノーベル平和賞を受けたマザー・テレサ(カトリック修道尼)も、次のように述べている。人間の本当の貧しさとは、単に食べるもの、着るもの、住まいがないだけではなくて、「この世のだけれども必要とされずに見捨てられていることではないか」と。だから、路傍で死にかかっている人々に、「あなたはこの世に必要な人なんですよ」と言って手をさしのべ、その一人ひとりごとくキリストと思って、死の瞬間まで世話をすると。また、日本でも多くのボランティアが、「だれかへの奉仕と思って始めたのが、実は何よりも自分自身のためになっている」(傍点引用者と言っているのである(沖 守弘・「テレサ尼の思想に共鳴」・朝日新聞夕刊・一九八〇年三月三一日(月)・三面参照)。

(22) 一九八一年二月四日、厚生省人口問題研究所が発表した「日本の将来人口新推計」によると、日本人の平均寿命は上がり、出生率は毎年下がり続け、高齢化が急ピッチで進んでいるため、四五年後には、日本は世界最大級の老人大国となる。老人を扶養する世代の人数は年々減り続け、現在は七・四人で老人一人を養っているが、三五年後には二・七人前後で一人を支えなければならないということである。そこで、老人の扶養、介護の問題が昨今大いに話題を呼んでいるが、ともすれば、だれが老人を扶養、介護するのかと、老人に「与える」ことばかりに議論が集中するなかで、二〇〇〇年までのわが国経済社会の変化とその対応策を検討している経済審議会長期展望委員会国民生活小委員会が一九八二年四月一日に発表した報告書は、二〇〇〇年には若年労働者が不足するという認識の下に、新たな福祉社会づくりに向けて「高齢者や障害者が社会の一員として活動できる包容力のある社会」を基本的理念の一つとして唱えているのは、注目に値する。

そこで、明山和夫教授が言われるように、「正常な生活水準から脱落しまたはそのおそれある老人、障害者、子供なども均しく尊重する普遍主義的なものであるために」、……一定の家族員は当然連帯して生きねばならぬ(明山和夫・「老人福祉と家族法」・現代家族法大系I・七七頁)というよりも、「老人や障害者なども社会の一員として活動し、社会に役立つ人、社会に必要な人となりうる包容力ある社会をつくらねばならない。」と思われる。

(23) 島津・「財産分与の請求」・前掲・一九七頁参照。

(24) 我妻・前掲・四〇七―八頁参照。

(25) 従来、私的扶養の法的根拠は、「生活共同」に求められてきたと言えよう(於保不二雄・中川編注釈親族法(下)・二三七―八頁、沼・前掲論文、太田武男・「扶養」前注・注釈民法③・一九六九年・三六九―七〇頁、深谷松男・私的扶養と公的

扶助」・現代家族法大系3・一九七九年・三八五、三九一頁、佐藤隆夫・「生活保持と生活扶助」・現代家族法大系3・一九七九年・四〇九、四二二頁、松嶋道夫・「親権者と親子間の扶養」・現代家族法大系3・一九七九年・四三二頁参照。夫婦の扶養について言えば、それは、夫婦同居義務を夫婦関係の本質的義務とする考えに基づくものである。しかし、沼・前掲・一三六頁も、「夫婦の同居義務さえ本質歴史のなものであって、けっして非歴史のものではない。」と言われているように、「夫婦同居義務を夫婦関係の本質的義務とすること自体が問題となってくる」(西山・前掲・八頁)と思われる今日、扶養の法的根拠を「生活共同」に求めるわけにはいかないと思われる。そこで、扶養義務の法的根拠をあえて求めるならば、それは、夫婦間の「性的絆」、親子、一般親族間の「血的絆」に求めることができると思われる。国民各自の経済的自立を前提とする限り、各自は、自分以外の者を扶養する法的義務はなく、あくまで国の責任を一時的に肩代わりするにすぎないのであるが、性的あるいは血的絆のある者を、自分の延長、あるいは自分の分身として、扶養する義務を負うということになる。その場合、親子間の血的絆に比して一般親族間のそれが薄いように、婚姻中の夫婦間の性的絆に比して別れた夫婦のそれは次第に薄くなるものと言えよう。従って、親子(私の理論からすれば未成年子に限られないで、成年子も含まれることとなる)間、夫婦間の扶養義務がいわゆる生活保持義務であるのに対して、一般親族間、別れた夫婦間の扶養義務はいわゆる生活扶助義務として、最低生活の保障ということになる。そして、このような私的扶養も、公的扶助が完備するまでの補充的、暫定的なものと解すべきであるが、その公的扶助に関しては、先に述べたように、国民各自に経済的自立の途を与えることが主眼であるべきで、従来のようにパンを与えることにのみ専心してはならないと思う。

ちなみに、従来のように、婚姻を女性の永久就職と考え、男は社会で仕事、女は家庭で家事育児を当然の前提とする限り、離婚後の扶養は妻の扶養が目的となる。そして、その扶養の決定にあたっては婚姻継続期間が大きな意味をもち、それは、過去に対しては家事育児に尽された妻の貢献を評価する基準となり、将来に対しては妻の就職もしくは職業転換の困難の程度を示すものとなる。そして、離婚後の扶養は、妻にとって夫婦財産の清算の不公平な結果を調整する機能を有することになる。更に、公的扶助に頼るのは納税者の負担になるということで、離婚婦の生活を納税者の負担とするよりは、婚姻前の夫の負担とすべきことになる。そして、このような考えからすれば、扶養一時金の支給ではなく、妻の死亡あるいは再婚までの扶養定期金の支給ということになり、また、離婚後の扶養は、必ずしも親族扶養のいわゆる最低生活の保障ではないということにもなる(島津・「財産分与の請求」・前掲・一八八―一九、一九九頁参照)。しかし、このような離婚後の扶養のあり方が、いかに時代錯誤の不合理なものであるかが、アメリカの「シングル・ダディー」のライフスタイル」という雑誌に載った「私は怒っている」というセカンド・ワイフの次のような投稿からもうかがえる。「私は先妻との間に三人の子供をも

うけて離婚した男と結婚したセカンド・ワイフです。彼は毎月、子供の養育費として三百五十ドルも払いながら、子供に対してはなんの権利も持っていないのです。彼はただ、お金をしぼりとられていただけなのです。そしてそのお陰で、私たちセカンド・ワイフの家計は火の車です。私の夫はただ払い、払い、払い続けています。これは社会的犯罪です。いったい正義はどこにあるのでしょうか。どうして先妻の権利のために、後妻の生活権がうばわれなければならないのでしょうか。われわれは立ち上がるべきです。」と。ちなみに、離婚歴を持つ夫と結婚したアメリカの女性「セカンド・ワイフ」の中には、失業中で先妻への生活費や子供の養育費が払えない夫の代りに、働いて送金している人たちも多い(下村満子・「アメリカの男たちはいま……家庭崩壊の嵐の中で・第一部・シングル・ファーザー」・週刊朝日・一九八二年二月五日・三七頁)。

## (六) 内 縁

一、内縁とは、実質的には夫婦でありながら、婚姻の方式である届出を欠くために法律上は夫婦と認められない男女の関係である。<sup>(1)</sup>

法が婚姻という関係に対して一定の法律的要件を要求し、その要件を充足する関係のみを婚姻と認め、法的保護の対象にせんという立場(いわゆる法律婚主義)をとる限り、法律的要件を充足せず、しかも事実上婚姻として存在し、これを単なる法外の関係として法が全く無視し去ることを許さない関係、すなわち内縁関係の発生を阻止することは不可能である。<sup>(2)</sup> 明治民法は、明確に法律婚主義を宣言し、「婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ届出ルニ因リテ其効力ヲ生ス」(七五五条一項)と規定した。このために、婚姻の実質を具備しながらも「届出」をしないために法律的要件を充たさず、従って、法律上は婚姻と認められない事実上の婚姻、すなわち内縁関係の発生をみるに至った。しかし、判例も学説も、永い間これを顧みず、「届出なければ婚姻なし」として、儀式を挙げて同棲しても、未だ届出をしなければ、それは単に将来法律上の婚姻をなすための予約であるに過ぎず、かかる予約は民法の認めないところであるとして、な



んらの法律的效果もつものではないとした(大判明四四・三・二五民録一七・一六九、大判明三五・三・八民録八・三・一六等)<sup>(3)</sup>。このように法の救済の対象外におかれていた内縁に対し、法的保護を与える立場をはじめて示したのは、家族法発展のための金字塔をうちたてたものとも言われる大正四年一月二十六日の民事連合部判決(民録二一輯四九頁)であった。<sup>(4)</sup>すなわち、それは、「婚姻ノ予約ハ将来ニ於テ適法ナル婚姻ヲ為スヘキコトヲ目的トスル契約ニシテ……法律上之ニ依リ当事者ヲシテ其約旨ニ従ヒ婚姻ヲナサシムルコトヲ強制スルコトヲ得サルモ当事者ノ一方カ正当ノ理由ナクシテ其約ニ違反シ婚姻ヲ為スコトヲ拒絶シタル場合ニ於テハ其一方ハ相手方カ其約ヲ信シタルカ為メニ被リタル有形無形ノ損害ヲ賠償スル責ニ任スヘキモノトス……本件ノ事実ハ……上告人カ当事者間ニ成立シタル婚姻ノ予約ヲ履行セサルモノニ外ナラサレハ之ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ハ違約ヲ原因トシテ請求ヲ為スコトヲ要シ不法行為ヲ原因トシテ請求スヘキモノニ非ス」と判示した。かくして、判例は、その後、内縁を不当に破棄した者の責任を、債務不履行すなわち婚姻予約不履行の理論によって処理し、その要件や効果について漸次判例法を形成するようになった(大判昭八・三・二七評論二二民四〇五、大判昭九・三・三〇法学三・九・一〇六四等)。しかし、このように内縁を婚姻予約と解する判例の態度は、内縁不当破棄の問題の解決の限りにおいては、實際上ほとんど不都合はないが、不当破棄以外の内縁の夫婦関係そのものより生ずる種々な問題の解決は、婚姻予約理論をもってしてはきわめて不十分である。そこで、その後の判例は、次第に学者のいわゆる「準婚」として解決をはかろうとする傾向を生じてきたのである。<sup>(5)</sup>

日本国憲法二四条に基づく改正民法の七三九条においても、明治民法七七五条を口語体、ひらがなまじりに書きかえただけで、法律主義の原則はそのまま維持されたが、新法下における家庭裁判所の発足が、内縁関係から生ずる

## 説

## 論

具体的問題の解決にきわめて大きな役割を果した。<sup>(6)</sup>そして、右の「準婚」関係説は学説上通説的地位を占め、最高裁判例の中にも、その旨を説示した事例が登場した。すなわち、「いわゆる内縁は、……男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合であるという点においては、婚姻関係と異なるものではなく、これを婚姻に準ずる関係というを妨げない。そして民法七〇九条にいう『権利』は、厳密な意味で権利と云えなくとも、法律上保護せられるべき利益があれば足りるとされるのであり……内縁も保護せらるべき生活関係に外ならないのであるから、内縁が正当の理由なく破棄された場合には、故意又は過失により権利が侵害されたものとして、不法行為の責任を肯定することができるのである。されば、内縁を不当に破棄された者は、相手方に対し婚姻予約の不履行を理由として損害賠償を求めることができる」とともに、不法行為を理由として損害賠償を求めるときもできるものといわなければならない。……そして、内縁が法律上の婚姻に準ずる関係と認むべきであること前記説明の如くである以上、民法七六〇条の規定は、内縁に準用されるものと解すべきであり、従って、前記被告人の支出した医療費は、別居中に生じたものであるけれども、なお、婚姻から生ずる費用に準じ、同条の趣旨に従い、上告人においてこれを分担すべきものといわなければならない。<sup>(7)</sup>」(最判昭三三・四・一一民集一一・五・七八九)と判示したのがそれである。<sup>(8)</sup>この判例は、内縁の不当破棄について、従来婚姻予約の不履行として観念してきたのに対し、そのほかに不法行為と観念することもできるところに特色があり、また、内縁をはっきりと準婚関係だと判定し、民法七六〇条の婚姻費用分担の規定が準用されるとしたことが注目される。<sup>(8)</sup>このようにして、昨今では、内縁関係を準婚関係として、民法の定める婚姻効果に関する規定のうち、婚姻の実態あることを前提として認められている効果や、第三者に影響することのない効果は、内縁配偶者にも準用されるべきものとし、ただ、婚姻の届出を前提として画一的に認められている効果や、第三者に影響を与え

るような効果は、内縁配偶者には準用されるべきではないと解するのが、判例・学説の通説的な地位を占めている。<sup>(9)</sup>  
 そして、時代の進展とともに内縁の保護の範囲が拡大されると同時に、その程度も高められ、最近にかけて、内縁の準婚的保護はその極致にまで達した観がないと言われている。<sup>(10)</sup>

二、ところで、内縁は、法律上の婚姻ではないが、事実上の婚姻であるところが問題である。すなわち、内縁はまず法律上の婚姻と区別されねばならない観念であるが、内縁と婚姻とを区別することは、比較的容易である。法律上の要件をすべて具備しているものが婚姻であり、しからざるものが内縁であるからである。しかし、内縁は、事実上の婚姻であるがゆえに、いかなる要件を満足すれば事実婚たりうるかを明らかにせねばならない。換言すれば、婚姻外の性関係のすべてが内縁ではないのであって、いわゆる私通関係や妾関係等の法外の性関係との区別を明確にすることが必要である。内縁が、私通関係その他社会的に正当ならざる関係と評価される性関係と異なる所以は、「夫婦の実」を備えているところにある。すなわち、内縁とは、婚姻の届出を欠くがゆえに婚姻とすることはできないが、実質的には婚姻と認められる関係でなければならない。その意味で、内縁の本質は、内縁と婚姻外の性関係で内縁にあらざる関係との区別を明らかにすることに重点がおかれねばならない。<sup>(11)</sup>

そこで、内縁は、先に見たように、婚姻予約として、あるいは準婚として、法律上保護されるのであるが、それは、実質上社会的に承認された婚姻であることが必要である。従って、公序良俗に反する内縁、あるいは私通関係が保護を与えられないのは当然のことである。そして、公序良俗違反の内縁として、とくに問題となるのが、いわゆる「重婚的内縁」である。<sup>(12)</sup>ここに「重婚的内縁」とは、内縁配偶者の一方もしくは双方に法律上の配偶者がある場合の内縁を意味する。重婚的内縁に関する法的評価は、(1)無効説、(2)相対的無効説あるいは相対的有効説、(3)有効説に分

かれる。そして、(2)の相對説が現在の多数説を占めている。<sup>(13)</sup>判例も、古くは無効説の立場であったが、次第にその意識を緩和し相對説的立場に変わり、重婚の内縁に保護を与える方向に進んできている。そして、戦後においては、単にそれまでの内縁不当破棄に対する救済問題ばかりでなく、内縁寡婦の居住権保護の問題、離別に際しての財産分与の問題、第三者侵害とくに事故死による他方重婚的配偶者救済の問題、等々も登場するに至っている。そして、近年では、以上のような事後処理の問題にすぎないものからさらに進んで、法律上の妻と重婚的内縁関係の妻とが事実上對抗する形の婚姻費用分担請求事件が数多く登場するに至り、双方の生活費を認める趣旨の審判例も現われている。内縁妻に保護を与える点では学説の先を越している観がある。<sup>(14)</sup>

ところで、公序良俗に反する関係あるいは妾関係、私通関係に対して法的保護を与えないことに関しては、判例・学説共異論はないはずである。従って、重婚的内縁関係を相対的にせよ有効とし、なんらかの保護を与えるには、重婚的内縁が公序良俗に反する妾関係、私通関係ではないという理論的前提に立っていなければならない。そして、判例にも、例えば、「これをもって不倫の情交とし、公序良俗に反するものとして排斥することができない」(大阪地判昭三一・八・二七下民集七・八・二二九六)、「戸籍上妻が別にあることからその関係を妾関係とし、公序良俗違反を理由に法の保護の外に置くのは相当ではない」(大阪地判昭三八・三・三〇判時三三八・三四)というように、重婚的内縁関係が公序良俗に反する関係でないことを明言するものがあり、また、学説にもそのようなものがある。<sup>(15)</sup>しかし、そのように、重婚的内縁を公序良俗に反しない関係として法的に承認していくことは、たとえ事実上であるにせよ複数の妻を公認することとなり、それはとりもなおさず一夫多妻制の公認であり、ひいてはその延長線上にある妾公認を意味することになると思われる。そして、これは、先に述べた離婚について徹底した破綻主義をとらないわが国の

判例・通説の立場とも関連しているのであって、結局、経済力のない弱い女性保護という名目の下に、妾関係を温存させる結果となつていふと思われる。そして、そこに、日本においては婚姻外の子(非嫡出子)の社会的地位が低い理由もあるように思われる。すなわち、欧米で婚姻外の子といへば、単に相互に独立したフリーな男女間の子であり、いわゆる不倫な関係の子ではないのであるが、わが国では不倫の子、妾の子なのである。昭和五五年の家族法改正の折に、妻の相続分と共に非嫡出子の相続分も増やせという主張に対して、自民党が「妾関係を助長することになる」と言つて反対したのも、右の判例・通説のあり方の下ではもつともな反対でもあつたわけである。

そもそも内縁の原因は、手続めんどうもさることながら、家族制度が廃止されたとはいへ本人の意識にあるといふことを問はずやはり資本制社会下の日本になお欠くことのできない家の拘束(もしくはその慣習化された拘束)の存在にあると思われるが、内縁関係の法理が、このような内縁の既成事実に対する法的保護の側面において成長していった<sup>(17)</sup>という点に、本来、公序良俗に反し、客観的には私通関係または妾関係と選ぶところはな<sup>(18)</sup>い重婚的内縁関係の公認の温床があつたと思われるが、しかし、問題は、より根本的には、わが国では、婚姻の目的が「愛情」と言われる一方、経済力のない女性にとっては「永久就職」の意味があり、また男性にとつても妻を養う代りに「家事育児」を分担させることにその目的を見出している面も多分にあり、婚姻は愛情の充足と同時に生活手段としての意味あいを有している点にあると思われる。そこで、「婦人差別撤廃条約」の下に女性の社会的経済的自立が獲得されるならば、経済力のない女性保護を目的とした重婚的内縁関係有効理論は無用のものとなり、さらに、女性の社会的経済的自立により婚姻の目的が生活手段の確保ではなく愛情の充足となることによって、判例上も徹底した離婚破壊主義が可能となり、それにより、公序良俗違反の重婚的内縁関係の問題も発生する余地がなくなるであろうと思われる。

- (1) 我妻・前掲・一九四頁、中川善之助・「新訂親族法」・一九六八年・三三〇頁参照。
- (2) 大原長和・「内縁の概念―内縁をめぐる思想の変化・特別法との関連」・家族法大系Ⅱ・一九五九年・二六九頁、「婚姻の届出」・注釈民法②・一九六六年・二四一―二頁参照。
- (3) 大原・「内縁の概念」・前掲・二七五―六頁、「婚姻の届出」・前掲・二四二―三頁参照。
- (4) 川井健・「内縁の保護―婚姻予約有効判決をめぐる」・現代家族法大系2・一九八〇年・一―二頁参照。しかし、この判例は、「保護の法理を展開したに止まり、その法理にもとづき、大審院が救済を認めた最初の事例は、大審院・大正八年四月二三日の判決(民録二五輯六四九頁)ではないか」と言われている(太田武男・「内縁と外縁」とくに重婚の内縁の保護基準について)・民法学の基礎的課題下於保不二雄先生還暦記念・一九七六年・二二―五頁注(一)。
- (5) 大原・「内縁の概念」・前掲・二七七―八〇頁、「婚姻の届出」・二四三―四頁、我妻・前掲・一九五一―六頁参照。太田・前掲・二六頁注(三)によると、準婚姻説を最初に提唱したのは、杉之原舜一・「法律関係としての内縁」・法律時報一一卷二号・一九三九年・一六頁)である。  
 他方、民法はさしおいて、他の特別法が立法的に内縁の問題を解決して行こうという傾向が生じた。大正一二年施行の工場法(二五条、法令一二条三号)と同一三年施行の鉱業法(八〇条、扶助規則二〇条)の改正が、職工または鉱夫の「死亡当時其ノ収入ニ依リ生計ヲ維持シタル者」を遺族扶助料の受給権者に加えたのが、その先駆であった。そして、昭和一二年の母子保護法(二一条但書)では、「届出ヲ為サザルモ事実上婚姻関係ト同様ノ事情ニ在ル者」という端的な表現が用いられた。かかる表現は、戦後、昭和二年の労働基準法施行規則(四二条一項)をはじめとして、その他の社会立法にそのまま継承された(大原・「内縁の概念」・前掲・二八一―二頁、「婚姻の届出」・前掲・二四四―五頁、我妻・前掲・一九六頁参照)。
- (6) 大原・「内縁の概念」・前掲・二八三―四頁参照。
- (7) 太田武男・「内縁」・別冊法学セミナー・34号・基本法コンメンタール・新版親族・相統・一九七八年・三四頁参照。
- (8) 大原・「内縁の概念」・前掲・二八五頁参照。
- (9) 太田・「内縁と外縁」・前掲・二二―四頁、「内縁」・前掲・三四―五頁参照。
- (10) 太田・「内縁」・前掲・三四、四〇頁参照。
- (11) 大原・「内縁の概念」・前掲・二七〇、二八八頁、「婚姻の届出」・前掲・二四二、二四五頁参照。
- (12) 大原・「婚姻の届出」・前掲・二四六頁参照。
- (13) 太田・「内縁と外縁」・前掲・二二七頁以下、「内縁」・前掲・三八―九頁、武井正臣・「重婚の内縁の配偶者の地位」・ジュ

リスト増刊・民法の争点・一九七八年・三五四―五頁参照。

(1)無効説として、①「内縁と雖も亦一の法律関係である。それが如何に当事者の互に夫婦たらんとする真意に出でたるものであつても、若しその結合にして法のより高き理想より評価するときは之を法律関係として保護し能はざる態のものであるならば、その男女の結合は終に内縁としての法律効果を享受するを得ない無効のものとなる。是即ち公序良俗に反するが如き内容を有する内縁を謂ふものであつて、他の法律関係と同じく、内縁と雖も此の制限を免れることを得ない。重婚(民旧)七六〇)的なる内縁、相姦者間の内縁(民旧)七六八参照、婚姻を禁ぜられたる近親間の内縁(民旧)七六九―七七一参照)等が一般に無効であるとせられるのは、それ等が成立要件を缺くがためではなくして、その内容が公序良俗に背反するものなるが故に外ならない。」(小石壽夫・「判例を中心として観たる『内縁』の諸問題(一)」・法曹会雑誌一〇卷一〇号・一九三二年・三八頁)、②「内縁が有効に成立するためには……一般の法律関係に於けると同じく、その内容が公序良俗に反する場合、例えば重婚(民旧)七六〇)となる婚約、相姦者間(民旧)七六八)の婚約、近親間(民旧)七六九―七七二)の婚約などより発生せる内縁は無効であるといわねばならない。」(清水兼男・「内縁の法律関係」・法政研究五卷二号・一九三五年・二六頁)、③「少くとも現在のわが国においては、重婚の内縁は公序良俗に反するとみるのが一般の考えではあるまいか。ある事実が、公序良俗違反になるか否かを判断する一つの基準は、実定法にあると考へる。実定制定法上重婚が厳禁せられ、法律婚主義が確立されている以上、形式的実質的にそれらの原則と矛盾する事實は、法律上『公序良俗』違反になると考へるのがきわめて自然ではあるまいか。……もし重婚の内縁関係なるが故に一概に否定しえない法律問題が生じたならば、『内縁以外の法理をもつて妥当な解決をはかろう』……その限りでは、結果的には、重婚の内縁有効説とそう大きくは異なるまいことになるであらう。」(大原長和・「内縁と公序良俗―いわゆる重婚的内縁の有効性をめぐつて―」・法政研究32卷二)六合併号・一九六六年・六四二頁)、④「内縁が準婚として一定範囲において法律上の婚姻に準じた保護が与えられるのは、それが公然性をもつからに外ならない。そして法は、重婚を禁止し(民七三二)条、これを取消し得るものとして(民七四四)条。それは重婚が一夫一婦制という婚姻倫理に反した関係―社会的に承認されない関係―であるからであつて、このことは取消権者に公益の代表たる検察官を加へていることから明らかなである。したがつて、重婚の内縁もまた許されない関係であるというべきである。また……重婚的内縁の当事者に家族法上の権利を認めることは、かような権利の競合を生じ、法律上の配偶者の権利が害されることもあるであらう。さらに、重婚の内縁を承認することは、一夫一婦制に反する婚姻を事実の継続によつて承認することになつて、民法七三二)条、七四四)条の規定の趣旨を無意味たらしめることになる(しかもかかる関係は「取消」すらもなしえない)。『身分法における事実先行性』既成事実に対する法的保護」なるテーゼによつてこの

關係を合法化することには賛同しがたい。前提たる『事実』そのものが違法だからである。……民法は重婚を無効とせず取消しうることとどめて……のは、たとえば子の嫡出性の付与など便宜的な配慮のためである、と解すべきである。民法の原則は、配偶者を有する者の婚姻を禁止すべし、という点にあってこれを拡大すべきでない。重婚の内縁に法的保護を与えることは、一夫一婦制を容易に潜脱する手段を認めることになりはしないだろうか(ちなみに親族法改正要綱十三は、「重婚及近親婚ハコレヲ無効トスルコト」としていた)。つぎにたとえば善意で重婚的内縁に入った者の救済は……救済を認めるとしてもそれは有効な婚姻を前提とした婚姻法上の効果として救済を認めるべきでなく、不法行為ないし不当利得の法理によって救済すべきである。……さらに……望ましくない関係を解消するのに役立つという……形で内縁当事者を保護する(財産分与を認める)ことは、婚姻法上の効果を与えることになって、かえって重婚的内縁を保護する結果となりはしないだろうか。(宮井忠夫・「重婚的内縁の解消と財産分与請求」・同志社法学100号・一九六七年・一〇八一―九頁)、⑤「私は通常の内縁の保護についても、明治民法下の古典的内縁を前提として発達したいわゆる準婚姻理論による過保護は解釈論上も立論上も是正するべきであると考え(拙稿「内縁の法的保護の再検討」高梨先生還暦・婚姻法の研究(上)一五頁以下)が、重婚的内縁についても基本的には同様の考えである。……1重婚的内縁の配偶者の保護にとってもっとも必要なのは前婚(法律婚)を解消して法律上の夫婦になることである。……法律上の離婚手続が履行できない……理由は、(1)当事者の怠慢、(2)協議離婚で相手方の同意が得にくい場合、(3)有責配偶者であるため(現在までの判例理論では裁判離婚に成功しえない)等である。(1)に対しては啓蒙助言しかないが、(2)と(3)の解決は離婚法の解釈論あるいは家事調停・審判・離婚裁判運用の問題でありまさに法の問題である。特に離婚破綻主義の推進が必要である。重婚的内縁に関する学説は、その保護にのみ力を集中し過ぎて、その発生を絶つ方向への努力が少なかったうらみがある。2なお、現存する重婚的内縁の配偶者が不当に不利益を受けるばあいには、準婚姻論によらずに、すなわち、婚姻法の枠外で―財産法的操作により―適切な法的救済を考慮すべきでありかつこれをもって足りると考える。」(武井・前掲・三五五頁)等がある。

(2)相対的無効説あるいは相対的有効説として、①「婚姻要件中、内縁について特に考えさせられるのは重婚と近親婚である。かかる公序良俗に反する結合も内縁として法律上保護すべきであろうか。……内縁はその当事者のためのみに法的価値を認められるものではない。第三者より内縁の存在を主張する如き場合には、その結合が重婚または近親婚であると否とを問うべきではなからう。法律上の婚姻においても、重婚・近親婚が当然無効とされない一つの理由はここにある。即ち保護してならないのは悪意の当事者なのである。……善意の当事者または第三者のためには、この種の婚姻の結合もまた、内縁として準婚的取扱をうべきものと解釈するのが至当であらう。」(中川善之助「新訂親族法」・一九六八年・三三七頁)、②



「重婚の内縁は準婚関係としての法の保護の外におく(法律の意味における内縁にあらず)と一線を画し、そこに生ずる法律問題は内縁以外の法理をもって妥当な解決をはかろうとする態度もありうる。強いて反対しようと思わない。しかし、社会的事実としての内縁を一応すべて内縁とし、法律的規律を与える際に、当該内縁の性格を吟味し、各場合についてその効果を勘案する方が一層妥当だと考える。」(我妻・前掲・二〇〇—一頁)、③「内縁関係の法理が、既成事実にならない、法的保護の側面において成長していった、点を考えるときは、重婚の内縁関係に一律的な法的保護を拒否する態度は、適切ではないといわなければならぬ。重婚的内縁関係の法的保護については、内縁当事者における重婚的であることについての認識、法律婚の態様が、重要なファクターとなるであろう。……今日、重婚的内縁関係の法的保護の問題として検討すべきことは、善意・悪意の問題よりもむしろ法律婚の態様である。この点については、離婚法における破綻主義法理のもつ意味の重要性を念頭において、破綻事実を十分に法的評価をしなければならぬと思う。……一般的にいつて、婚姻関係の客観的な破綻があると認定されるときは、その事實は、家族法における事実の先行性から当然に法的評価の対象となっていてよいか、事実がある種の権利にまで引き上げることができ、また、ある種の効果を認めることができるものと考へてよいのではなからうか。したがって、法律婚が破綻している場合に、それと重複する内縁当事者は、善意・悪意をとわず、法律婚が解消する方向で救済を求めることができるものといわなければならない。」(傍点引用者(中川・淳・「内縁保護と届出婚主義」・法学セミナー二〇五号・一九七三年・六七—八頁、同旨—中川・淳・「重婚的内縁の夫が交通事故故によって死亡した場合における妻の加害者に対する損害賠償請求権の有無」・判例評論二二七号・一九六九年・二三頁、「重婚的内縁の解消と財産分与」・法律時報三八巻七号・一九六六年・九一頁)、④「従来、重婚的内縁処理に関する有力説は、……法律婚の實質との相関関係において、いかにえる」と法律婚が「事実上の離婚」状態にあるか否かによって、重婚的内縁に対する保護の可否を決すべきものと主張してきた。……問題は事実上の離婚概念の内包である。……通説は、婚姻共同生活の廃止のみでは足りず、なおこれに加えて離婚の合意の存在を要するとし、しかもその合意は明示のものでなければならぬとするが、離婚の合意は黙示のもので足りるとする説もあり、少数説は婚姻共同生活の廃止のみで足り、離婚の合意は不要とする。……私は次に検討する重婚的内縁の不法性の意味ともかね合せて考えると、本問重婚的内縁と婚姻費用分担の関係に即する限り通説は狭きと考へたい。もちろん、その場合重婚的内縁関係における内縁自体の成立の認定は……主観、客観の両面において通常の内縁に比してより慎重になされる必要がある。重婚的内縁者の婚姻意思は往々不確実な場合が多いからである。……それでは、重婚的内縁の有する不法性の実体はどのようなものであろうか。従来的一般の見解は、重

婚の内縁が法の命ずる法律婚主義(民法七三九条一項)と重婚禁止(民法七三二条)の両要請に背くものである点にこれを求めた。しかし、法律婚主義違反の点については、一般の内縁に対する近時の準婚的取扱に鑑みれば根拠薄弱といわざるを得ず、また重婚禁止規定違反の点については、そこにいう重婚が正確には社会学的意味ではなく法律の意味においては、すなわち法律上有効な婚姻の併存であると解さざるを得ない以上、右規定との関係において不法性を論ずるのは妥当でない。むしろ、重婚的内縁に内存する不法性とは、これをより実質の見地から考察して、法律婚を破壊し配偶者の地位を傷つける点に求めるべきであろう。右の如き重婚的内縁の有する不法性の実体に着目して最近有力に主張されているのは、重婚的内縁を解消する方向の法的効果とこれを維持させる法的効果とを区別し、前者に対しては一般の内縁同様準婚的保護を与え、後者に対しては保護を与えないとする考え方である。この考え方を本問に適用すれば、重婚的内妻の生活費を算入するか否かの問題は当然当該内縁の維持存続に関する事柄であるとして不算入の結論が導かれることとなる。……しかし、本問の如く現に夫と同居し事実上婚姻生活をなしている重婚的内妻の生活費を、その全額か一部に制限するかは別として、夫が妻に対して支払う婚姻費用分担額より差し引くということは、通常の内縁同様『現実に自生してしまつた結合関係を処理する問題』、つまり一種の事後処理として、重婚的内縁を維持するという枠の外にあるものとも考え得る余地があるのではなからうか。けだし、重婚的内妻の生活費を不算入とすることは、新たな重婚的内縁の発生を禁圧する一般予防的效果をある程度期待し得るとしても、既に発生してしまつた重婚的内縁に対しては、当該内縁が婚姻としての実態を具備している以上いかなる手段、たとえば本問の場合の如く生活費不算入という一種の兵糧攻めをもつてしても、これを完全に消滅せしめることは多くの場合期待できないであろうからである。(大沼容之・「重婚的内縁と婚姻費用分担の関係(上)」・ジュリス卜四七九号、一九七一年・一二四—六頁)、⑤「まず、われわれは、重婚的内縁が法律婚の未清算の上で、単なる実質レヴェル上のみに於いて持たれるものである、という法律婚主義—届出離婚主義と届出婚主義—への背反、その手続的な懈怠、に問題点を見出すことをもはやすべきではないであろう。勿論そうしたルーズさには、法律婚主義それ自体の維持の建前から責められるべきものないわけではないけれども、内縁の結合に対する近時の準婚的取扱の動向を是認し、物事を体系的に把握しようとする限りに於いて、重婚的内縁の問題性をここに見出すことは根拠薄弱ないし見当違いというに帰するであらう。……次に……重婚的内縁が公序良俗に反して当然無効なるものではなく、民法七三二条および七四四条に準じて取消し得べきものとなる、とまで論を推し進める立場もある。しかしながら、重婚をもって法律上に有効な婚姻の併存と解すべきことは既に民法並びに刑法上の学説判例での通説となつており……なおまた一步退つて、仮りに民法に限つて、前記のように、重婚となるものと類推される事実後婚、が取消対象となるものと解し得るとしても、……重婚的内縁婚の場合の取

消とは一体何を対象とすべきものなのか。……事実的結合に生き続けているものたちについて、取消と称して見ても、殆んど法的に何の効果もあり得ぬのである。……次に、……法律婚主義のねらいとしているところの、離婚意思の確定化とこれと不可分に結びついている筈の婚姻共同生活の清算の完了との未決ないし未完のうちに、しかも、なお存続する婚姻上の義務に違反して別に事実婚的結合らしきものもたれるに至ることは、法律婚にとって様々の不都合を招来せしめることとなる。すなわち、まず第一にそれは、事実的結合にとつて、一方当事者側では婚姻上の義務に違反し、他方当事者側ではその違反を誘致し、法律婚当事者の権利を侵害することを意味するであろうが、その他次に……離婚すべきかどうか、の意思確定が、本来婚姻当事者間の事情……によつて熟慮されるべき筈のところ、偶発した当事者間外の要素によつて影響され、歪曲を蒙ることとなる。……第三番目に、それは経済的にも法律婚の相手方配偶者の方を不利へ導くことを意味する。……第四番目に、法律婚の方に子供のいる場合、その当事者間において今後子供たちの養育(監護教育)をどう処理してゆくべきかを考慮する上で、いわばその処理の余地を狭小にする結果を導きやすい。……以上……これを逆に見ると、もはや婚姻上の義務違反を云為する余地もなく、既に離婚意思の確定化並びにこれと不可分に相関連する筈の婚姻共同生活の清算の完了とが略々終了している段階においてもたれる事実的結合であるならば、既述重婚的内縁の法的な問題性の視点からは何ら違法性を帯有しないこととなる、と帰結できるのである。……従来は重婚的内縁が公序良俗に反するものと見られる見地から、学説判例においてこれを無効なものとする傾向があったが、その見地というのは立入って見ると、重婚的内縁が既述重婚禁止規定ないし一夫一婦制婚の理念に反するものであるとの考え方、および、婚姻の実体を喪失しても離婚届出のない限りそれは有効に存続しているとすむいわゆる事実離婚否認の考え方、の共に生活の実相ないし実質面を考慮せず専ら事を形式的・規範的立場において眺める態度に由来するものであった。……近時の学説判例においては、むしろ実質主義の見地を重視して、事実離婚なる概念ないし法理を積極的に肯認し、法律婚がその実質を失つて事実離婚の状態にある場合には重婚的内縁も必ずしも無効なものではない、とする見解が有力となつて来ており、そうした態度から重婚的内縁を定義して、外縁と競合する内縁という工合にいうものもある位である……しかしながら、『事実離婚』の内包について……定説がない……婚姻共同生活の廃止をもつて事実離婚状態が生ずる、とする見解などは既述法律婚主義の内部的含意から見て当然採られるべきでなく……不問に付すると……一つは、婚姻結果の清算も略々了し離婚意思も相互的にある程の者たち……もう一つは、婚姻上の権利ないし義務が存続しているといつても、相当長年月にわたつて不行使状態が積み重ねられ来たほど……のように、事実離婚状態にまで法律婚がその実体を喪失して来てはじめて、その婚姻効果は大体消滅し、そこに重婚的内縁が内縁として保護されてよい意味において成立する基盤が用意されることとなる。しかし……事実離婚状態が或る時点で現

に観取できるからということ、重婚的内縁の成立を同時に認定し得るがためには、併わせて、そのことのため法律婚の相手方配偶者の立場ないし利益が顕著に損われることがない、という要件も具備されねばならない。……具体的に……子供のことや婚姻中の財産の件あるいは今後の当面の生活に関し、既に一応の納得ある処置がなされて来ているか、それがなされていなくても現在(内縁の成否の問題とされる時)ではもはやそうした配慮のなされる必要性が存しなくなっていること、のほか特に離婚意思の合致なく唯長期にわたる別居状態のみのある場合にあつては、法律婚の相手方配偶者から(過去の状況に鑑みて)婚姻継続への真摯な希求のなされる可能性が到底考えられぬこと、などがその歴とした場合であると見てよいかと思われる。』(明山和夫・「重婚的内縁の考え方」・判例評論一八九号・一九七四年・三六頁(判例時報七五三号一七二〇頁)、同旨―太田・「内縁と外縁」前掲・二二〇、二七〇頁以下)、⑥「一般論としては、法律婚においては財産分与の余地が残されているかぎり、重婚的内縁に財産分与は認められない。……財産分与を請求しようというためには、法律婚がすでに事実上の離婚状態にあつて、財産分与の協議が成立して給付がすでになされたかまたは現になされているか、あるいはまた明示的に請求権の放棄の意思が表示されたか、いずれにせよ将来において財産分与請求が起りえない状態にあることを要する(重婚的内縁における法律上の配偶者は、たとひ、事実上の離婚状態にあつて協力扶助義務の範囲では内縁の配偶者にその地位を譲つても、社会保障、借地法、さらには民法上も特定の権利について不可侵的地位を保障されている。とくに相続権を保障されていることは、戸籍上の形骸と称される婚姻から奪い去ることのできぬ実質であり、これが遺産相続への期待としていわゆる形骸をなお固守する原因をもなしている。同じことは財産分与についてもいえるのであつて、将来生ずるであろうやもしれぬ分与財産への期待のゆえに離婚を承諾せぬ場合をみうける。もちろんかような場合の相手方はすべて有責配偶者であり、この場合法律上の妻の地位は内縁の妻に優先して保護されるのでなければ、法律婚主義と一夫一婦制の理念は完全に無視されることとなる)。……財産分与の肯定が『法が望まない関係の清算に役立つ』というが、法律婚が事実上の離婚状態にあるかぎり、望ましくないのは、法律婚の放置であつて、内縁の維持ではない。また財産分与によつて不倫な関係の解消に役立てるとするのは、妾関係解消の場合の『手切金』と同一の思想であり、財産分与のアリモノの性格からの批判は別としても、消極的不法条件の許容さらには重婚的内縁の助長との非難を免れない。……重婚的内縁が法律上望ましいか望ましくないかは、前述のごとく、法律婚の実質との相関関係において決定されるべきことであつて、一律形式的に価値評価されてはならないものと思う。……いかなる状態をもつて『事実上の離婚』とよぶのか。……事実上の離婚の認定はよほど厳格になされるべきであつて、黙示の合意のごときは認められぬのはもちろん、明確な離婚合意(届出作成その他)のほか、さらに離婚の事後措置(子の監護、財産分与)についてもすべてが解消されてはじめて、事実上の離婚の状態にある

と認めるべきである(このように解すると、事実上の協議離婚による以外、原則として(行方不明の場合は例外か)事実上の離婚はありえないこととなるが、それでも差支えないものと思う。けだし、他の場合にはまず法律婚を裁判上解消して財産分与の問題などを解決しておくべきだからである。)(山島正男・「いわゆる重婚の内縁関係にも財産分与請求権を認めうる」・判例評論九四号・一九六六年・一九二〇頁(判例時報四五三号一〇一一二頁)等がある。

(3)有効説として、「婚姻予約の成立要件及び無効取消も亦事実婚として婚姻のそれに準じて取扱ふべきではあるまいか。若し然りとすれば、婚姻予約の成立要件に付ては単に、『婚姻の本質に矛盾せず公序良俗に反せざる限り』と云ふ様な無内容なものにはならず、婚姻の要件に準じて理解すべきである。……現在のところ婚姻予約の成立要件の問題は予約不履行に付ての正当の事由となるか否かの問題に換置せられてあるが、今日では最早成立要件の本来の立場に立還るべきであろう。然らば、本件の如き正妻ある者の婚姻予約も民法第九〇条に依つて当然無効たるべきではなく、民法第七六六条(現七三二条、第七八〇条(現七四四条)に準じて取消し得べきものとなり(尤も、内縁関係の取消を如何に行ふべきかに付ては問題の余地があり得る。杉之原氏「法律関係としての内縁」法律時報一一卷三号二二頁参照、其責任は第七八七条(現七四八条)に依り解決し得ることになる。内縁としての婚姻予約の内容は単に将来の婚姻を為す予約関係のみに止まらず、内縁関係としての身分関係が認められねばならない。……要之、以上の如く婚姻予約は単に将来の婚姻の為めの予約関係のみでなく、婚姻予約者としての身分関係をも創設する行為であると解すべきものとすれば、重婚的内縁に付ても当然無効として善意悪意の差に因つて保護するか否かを分つたり、善意の者に対しては有効悪意の者に対しては無効等の技巧を弄さなくとも、第七八七条(現七四八条)に依り善意者は当然保護されることになる(杉之原氏「法律関係としての内縁」法律時報一一卷三号二二頁参照。)(於保不二雄・「有婦の男子と悪意にて事実婚を為したる女子の貞操蹂躪に因る損害賠償の請求」・法学論叢四四卷一号・一九四一年・一八五一―六頁。同旨「内縁の研究」・一九六五年・一五九頁以下)がある。

- (14) 武井・前掲・三五五頁、太田・「内縁と外縁」前掲・二一五頁参照。具体的判決審判例については、大原・「内縁と公序良俗」前掲・六二五頁以下、大沼・「重婚的内縁と婚姻費用分担の関係(七)」前掲・一二四頁、太田・「内縁と外縁」前掲・二二二頁以下、高橋敏・「重婚的内縁保護の現状と保護基準―その判決例・審判例の分析を中心として―」専修大学大学院紀要「経済と法」八号・一九七七年・三九頁以下参照。

- (15) 例えば、中川良延・「内縁の成立」・家族法大系II・一九五九年・三〇二頁、我妻・前掲・一九八頁参照。

- (16) 高梨公之・「内縁」・講座家族問題と家族法II(結婚)・一九八〇年(第七次版)・三二―一二頁参照。下村満子氏も、対談「アメリカにおける離婚と家庭崩壊」・書齋の窓三二二号・一九八三年・二三頁で、「やはり日本は家なのです。家族の原

点が家なのです。」と述べている。「内縁の保護ということでは、アメリカという国は日本よりむしろ遅れていた」(采倉 明・対談「アメリカにおける離婚と家庭崩壊」・書斎の窓三二二号・一九八三年・一九頁)というのも、個人主義的で家の拘束のないアメリカでは、あるいは当然であったとも言えよう。

(17) 本注(13)・(2)③傍点部分参照。

(18) 大原・「内縁の概念」前掲・二九〇頁注(四)。

(19) 鍛冶千鶴子・「妻子ある男性との婚約」・女たちの民法問答・一九七九年・三十四頁参照。

### あとがき

以上、本稿においては、男女の完全な平等の達成のためには、社会および家庭における男女の従来の固定的伝統的役割分担を変えなければならないという観点から、日本民法上のいくつかの制度についての従来の学説・判例の見解を批判的に検討しながら、社会および家庭における男女の自立を前提とした解釈理論を展開することに努めた。そして、その過程で、予想していた以上に、民法の解釈学全体が、男は社会で仕事、女は家庭で家事育児といういわゆる主婦天職論がちりちりと固められ、民法自体が女性の自立をはばむ堅固な足かせとなっているのを見て取った。憲法上保障された形式的平等に対する実質的平等の実現、あるいは経済的弱者たる女性保護といったきまり文句の下に、憲法上保障された女性の個人としての尊厳や本質的平等はゆがめられ、見失われている感じがする。もちろん、生存のためにパンは必要である。しかし、それは動物にとっても同じことが言える。万物の霊長である人間の尊厳は、「ただ単にパンのみのために生きるにあらず」というところにある。人間は、ただ単に、自己およびその延長としての家族の生存維持のためにのみこの世に生まれてきたのではない。自己を越えた人類社会全体の進歩発展に自ら参加し寄

与すべく、神から生を与えられているのである。女性の社会的経済的自立もそのためのものでなければならぬし、また、女性を自立へと駆り立てるものは、そのような人間としての尊厳の自覚であると思われる。

ところで、従来の民法は、男性がづくり、男性が解積運用してきたものであった。それを女性がつくり、女性が解積運用したらどうなるか。本稿は、あるいはその布右の一つとしての意味をもつかもしいれないと、ひそかに期待するものである。

