

夫婦財産制に関する一考察

有地, 亨
九州大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/1520>

出版情報 : 法政研究. 32 (2/6下), pp.569-610, 1966-03-15. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

夫婦財産制に関する一考察

有地亭

はしがき

- 一 夫婦財産制の複合形態
- 二 夫婦財産制の典型形態の基本的性格と推移
 - (一) 別産制
 - (二) 財産統一制・管理共同制
 - (三) 共通制
- 三 夫婦財産制の複合形態出現の原因
- 四 わが民法における夫婦財産制の系譜
 - (一) 身分法第一草案
 - (二) 旧民法・明治民法
 - (三) 大正要綱・現行法

はしがき

論 説
ここ一〇年来、夫婦財産制に関しては各国の専門家によって総合的な比較法的研究が試みられ、そこに浮彫りにされた諸外国の夫婦財産制はまことに多彩である。夫婦財産制は、ルーアスト (Rouast) によれば、(1) 動産、不

説 動産の区別の重要度、妻の地位に影響を及ぼす経済的、社会的条件、(ロ)夫婦の平等の観念、(ハ)伝統的諸制度の滲透度
論 などにより影響を受けるので、すぐれて特殊な家族法領域の立法例と考えることもできるであろう。にもかかわら

ず、近時、内外の学者は、諸國の夫婦財産制に関する立法の趨勢は別産制と共通(同)制とを融合した形態に向つて
いるとしている。^(三)

わが国においても、幾多のすぐれた比較法的研究がなされているだけでなく、第七六二条にたいする批判が立法論
で展開されたり、^(四)あるいは、また、第七六二条の適用から生ずる不都合を除去すべき解釈がなされている。^(五) これら
の立法論や解釈論はいずれもわが民法が純粋別産制を採用していることを前提にして展開されている。ところが、
財産分与の性格については、学説、判例上、種々に説かれてはいるが、財産分与が婚姻中夫婦の協力によって得た共
有財産を清算するという意味をも含むということを認める点では一致している。夫婦財産制では、別産制が説か
れ、財産分与では共通制を基礎にして解釈され、両者の関係については、立入って考察されていない。夫婦財産制に
おいて、別産制に対立する型として共通制を把握するかぎり、かかる説明は矛盾を犯しているといわなければならな
い。^(六) しかしながら、これを矛盾として受取るまえに、解決しなければならぬいくつかの問題がある。

まず第一に、別産制と共通(同)制は一般に理解されているように、はたして夫婦財産制の対蹠的な型として把握
しうるであろうか。第二に、近時の諸外國の夫婦財産制に関する諸立法例の共通の特徴をかえりみると、各種の夫
婦財産制の典型的形態はいかなる基本的性格をもち、また、それらはいかなる社会的、経済的条件に規制されて推移
したか。第三に、かりに夫婦財産制の典型的形態の基本的性格が明らかにされうるとするならば、別産制と共通制の
結合は不可能であろうか。第四に、わが国の夫婦財産制は純粋別産制だとされているが、とくに、財産分与との関係
で、その系譜を明らかにする必要があるのであるのではなからうか。第五に、もし、わが国の夫婦財産制が別産制とは違つ

た基本的性格を示しているとするならば、立法論や第七六二条第二項の拡張的解釈論にまつまでもなく、従来とは異った解釈もできるのではなからうか。

本稿はこれらの問題に答えるために、夫婦財産制一般についてささやかな考察を試みるのである。本稿では、はじめに諸国の立法例改正草案の概観を予定していたが、紙幅の都合で割愛することにし、近時、わが国の諸先学によって公にされた主要な諸外国の夫婦財産制に関するすぐれた業績を左記に国別にして掲げておく。

〔西ドイツ〕五十嵐「夫婦財産制」（家族法大系Ⅱ以下①として引用）二一五—二一九頁、浅見公子「西ドイツにおける新法定夫婦財産制について」北大法学会論集八卷三・四号、山田晟「ドイツ婚姻法」（新比較婚姻法Ⅲ）九二—一九三三頁、太田Ⅱ椿「西ドイツの新親族法について」法学論叢六四卷三号一三七—一四三頁。

〔フランス〕五十嵐①二〇—二〇四頁、宮崎孝治郎「フランス婚姻法」（新比較婚姻法Ⅲ）七二—七四三頁、ウーアン・山本訳「フランス民法典改正委員会の事業」ジュリスト八一号四七頁、福地陽子「フランス法における夫婦財産制の変遷」神戸法学九卷一・二号、野田他訳「フランス民法典改正草案」(一)比較法雑誌四卷三・四号七二—一〇三、一四一—一七一頁。

〔イギリス〕立石芳枝「英法における夫婦財産関係の史的概観」法律論叢二〇卷一・二・三号、浅見公子「イギリス夫婦財産法の諸問題—戦後の判例の発展—」北大法学論集一〇卷一—四号、同「イギリスにおける妻の財産法上の地位」北大法学論集一二卷三・四号、一三卷一号、人見康子「夫婦別産制についての再検討」(一)法学研究三三卷七号、川瀬光世「英国における既婚婦人の財産上の地位」九大法学一号、鈴木喜久江「アメリカ法における夫婦共有財産制」比較法研究二六号。

〔スエーデン〕五十嵐①二一三—二一五頁、ベックマン・尾崎訳「スウェーデンおよび北歐諸国における婚姻法」（宮崎編「新比較婚姻法」Ⅳ）一二二五—一二二八頁。

〔ソビエト・東欧社会主義諸国〕福島正夫「ソ連の婚姻法」（新比較婚姻法Ⅳ）四一—四五頁、五十嵐清「社会主義国家における夫婦財産制の諸問題」スラブ研究七号、同①二〇六—二〇九頁、潮見俊隆「東欧諸国の家族と家法」（東大社研創立一五周年記念論文集）三三五—三三六頁、浦本寛雄「チェコスロバキア家族法典」法政研究三一卷五・六号六七〇—六七二頁。

(1) Friedman, *The Matrimonial Property Law*, 1955 ; Rouast-Herzog-Zajfay, *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaine*, 1957 . それを近時補足するものとして *L'évolution récente du régime matrimonial légal dans les législations contemporaines*, *Revue internationale de droit comparé*, 17 année No. 3, 1965.

(11) Rouast, *op. cit.*, pp.12—16.

(12) Rouast, *op. cit.*, p.13. 五十嵐「夫婦財産制」(家族法大系II婚姻)二〇〇頁、福地陽子「フランス法における夫婦財産制の変遷」神戸法学九卷一—二号三〇二頁。

(四) 五十嵐清前掲論文二一九頁、中尾英俊「夫婦の平等と夫婦財産制」法律時報三三卷九号一〇四九頁。

(五) 我妻榮「親族法」(法律学全集)一〇二—一〇三頁、加藤永一「夫婦の財産関係について」民商四六卷一—二号、とくに、一七頁以下、村崎満「結婚・離婚・扶養の法律知識」九四—九五頁。

(六) 両者の関係について、形式的別産、実質的共産というだけではなはだ曖昧だという指摘は来栖教授、椿教授によってもなされている。来栖三郎「民法第四部講義案」(四)(昭和三八年)六四頁、椿寿夫「家族法講義」(序論・親族法)六二頁。

一 夫婦財産制の複合形態

一般に共通制については、ゲルマン古代まで遡る前近代的共同体的性格、婚姻解消の際の財産帰属の複雑性、夫の専権的管理にたいする妻の保護の欠如が挙げられ、また、別産制にたいしては婚姻生活共同体の実態に適合しないことと、妻の財産管理の無能力、夫への隷属を助長して妻の保護に欠くこと、妻の家事労働を十分に評価しないことなど⁽¹⁾の批判が加えられ、共通制との融合が試みられている。⁽²⁾とくに、⁽³⁾今日西欧の平均家族——夫の収入もしくは多くの場合に妻の収入によって生活し、日常の生活に必要なもののほかにほとくに貯える余裕はほとんどなく、家族内が良

く融和して法律の介入を必要としない、そんな家族——は当然のこととして夫婦財産の別有ではなくその共通というやり方をしている^(三)というのであれば、別産制は平均家族の財産の帰属のあり方と遊離したものになってくる。

ここに多くの立法や著者が別産制にたいして批判を加え、また、近時の夫婦財産制改正の趨勢が別産制と共通制とを結合する複合的形態を指向する理由が存するのである。^(四)

これらの夫婦財産の複合形態は夫婦の財産の分別と各自による自己の財産にたいする自主的管理処分の権能に基づく個別主義の実現を企図しながら、婚姻中に夫婦の協力で獲得された所得の分配によって共通的観念の貫徹を期する夫婦財産制として登場したものであるが、これらの複合形態にも更に種々のニュアンスがある。フランスの民法典改正草案の△取得財産に限定された共通財産制▽*régime de communauté réduite aux acquêts*の^(五)とく、古典的、伝統的共通制の色彩の濃い形態と西ドイツの剰余共同制のように別産制を基調とする形態の両極端の型がある。更に、これらの中間の型として婚姻中に共通の制約を加える形態と婚姻解消後に共通の規制があらわれる形態とがある。すなわち、前者は婚姻継続中共同財産が構成され、婚姻中の所得にたいする各配偶者の権利の保護または家族の保護のために、各配偶者による自己の財産にたいする自由な管理・処分権にたいして若干の制約を加える型（たとえば、オランダの一九五七年改正法の型）であり、後者は婚姻継続中は共同財産は構成されず、婚姻解消に際して共同財産が形成されるが、それにたいして各配偶者が二分の一その他の持分を有し、分割を請求しうるとする物権的構成をとる型（スエーデンの一九二〇年法の型、その他のスカンジナビヤ型）と各配偶者は相手方または相続財産にたいして所得に参与する債権だけをもつとする債権的構成をとる型（ブルガリアの一九四九年法の型）がある。

このような夫婦財産制の複合形態が一般的共通制、別産制あるいは管理共同制などの典型的形態を克服する財産制として歴史的に登場せざるをえなかったのはいかなる事由に基づくのか、また、別産制あるいは共通制の近代特徴

説
はなにかを検討しよう。
論

(一)このことは現行七六二条の成立に際しての衆議院の司法委員会の公聴会(昭和二年八月二一日)での山梨県の梶原房子公述人によるつぎのような指摘にも現われている。「夫婦財産制のことにつきましては、大分いろいろ御意見があるかとも思いますけれども、改正民法における詳しい財産制のことはともかくとして、夫婦の財産を極端に言えば妻のものと夫のものともあまりにも区別されてしまうということはどうかという点について、私は御意見を伺いたいと考えているところなのでございます。自分自身といたしましては、これは夫のもの、これは妻のものとしませうことは、家庭生活をほんとうに健全なものにしてやうとすることについてどうかという点を申し上げます」(「民法改正に関する国会関係資料」家庭裁判資料三四号)四二一頁。

(二)共通制、別産制の長所短所は多くの著書によって屢々指摘されるといっても可い。たとえば、Roguin, *Traité de droit civil comparé : Le régime matrimonial* 1905, pp. 17—38; *Bulletin de la société d'études législatives*, 1922, pp. 106 et s, 204 et s; 1939, p. 86; Ripert et Jouselin, *Travaux de la Semaine Internationale de Droit*, 1937; Deschenaux, *Revision du régime matrimonial*, *Revue de droit suisse* (N. F. 76), pp. 329 et s.; Friedmann, *Matrimonial Property Law*, 1955, pp. 439 ff.; *Travaux de la Commission de Réforme du Code civil*, 1948—1949, pp. 339 et s; *Royal Commission on Marriage and Divorce*, Report 1951—1955, 1956; Choteau, *Réforme du régime matrimonial*, *Le droit privé français au milieu du XX siècle* (études offertes à G. Ripert). 1950, pp. 455 et s.; Renard, *Le régime matrimonial de droit commun : Projets belges de réforme et droit comparé*, 1960, pp. 138—164.

(三) Friedmann, *A Comparative Analysis, Matrimonial Property Law*, p. 433 (「比較離婚法の研究—ラインスタイン教授セミナー記録」司法研修叢書五一号二六七頁)。

(四)別産制の短所と共通制の再登場は近時屢々指摘されていゝ。Friedmann, *Matrimonial Property Law* 1955; *Royal Commission on Marriage and Divorce*, Report 1951—1955, Her Majesty's stationery office, 1956; Lefebure

et Hanson, et Anton dans Rouast, Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines, pp. 40 et s, p. 127.

二 夫婦財産制の典型形態の基本的性格と推移

(一) 別産制 (Gütertrennung, régime de séparation des biens)

別産制は夫婦のそれぞれの財産の峻別と独立の制度であって、基本的には男女の平等、とくに、妻の夫にたいする服従の廃棄を基礎にすると理解されている。^(二) 別産制の下では、夫婦の財産の帰属にたいする法的規制に関して、特殊な家族法的規制が介入する余地はなく、夫婦の財産の帰属は通常の財産法的規制の適用を受けることになる。かかる意味では、別産制は夫婦別産制の一範疇として存在するのではなく、夫婦財産制の存在しないことを意味する。

別産制は歴史的には共通制に対抗する制度として登場した。ソビエトにおいて、ロシア革命直後の一九一八年法の別産制は帝政時代の家父長制家族を打破し、夫の家父長権からの妻の解放を目指して形式的な男女同権の原理の実現を期したものであったが、やがて、共通制への転換を余儀なくされ、別産制はそのままの形では貫徹しえなかったという歴史的専断は、^(三) 別産制は一つの財産制度というよりも、妻の無能力制度の廃止の夫婦の財産関係への投影として、妻にたいしてその特有財産の自由なる管理・処分権を与えるというイデオロギーを表示することに重点があると見るべきであろう。このように、別産制は夫婦財産に関する法的規制の欠如、しかも、それは各配偶者に独立の管理・処分権を付与するイデオロギーの反映にすぎないとすれば、別産制が他の夫婦財産制と結合する素地はその制度自体の中に与えられているのである。

夫婦財産制に関する一考察 (有地)

かような別産制に対蹠的な制度は妻の特有財産の夫への帰属を伴う夫による妻の人格の吸収の制度（財産吸収制）^(三)であって、共通制ではない。この財産吸収制の原初形態は原古ローマの統一的、絶対的な家父長権（*patria potestas*）を行使した家長に支配される家族において、妻が婚姻によって夫の手権（*manus*）に服する場合に見出される。原古ローマ家族内の妻は婚姻により家長たる夫の、また、夫が家長権に服するときはその家長の手権に服する。と同時に、妻は夫の娘としての地位を取得し、自己の生む子の姉妹の地位を占め、夫が家長であるときは家女の、夫が家男であるときは夫の家長の孫女の地位を得る。^(四)妻は財産関係においても家長の人格に完全に吸収され、妻の婚姻前に有した財産、婚姻後の取得財産はいずれも婚家のものとなる。^(五)人格と財産の未分化、家長による妻の人格の吸収の關係によって、家長を中核にして家共同体が構成された。モデスチヌスがローマの婚姻にたいして、*全生命の共同、神法および人法の共通*（*consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*）^(六)の定義を与えているが、これは家長による家族の人格の完全な吸収を基底にした婚姻結合関係を表明したものにほかならない。

一八七〇年既婚婦人財産法によって、夫婦別産制の原則が確立されるまでの、イギリスのコモン・ロー上の婚姻においても同様であった。コモンロー上の妻の財産法上の地位について、ブラックストーンはかの有名な夫婦一体論の中で、*婚姻によって夫と妻は法律上一人となる。すなわち、婦人の存在または法律上の存在そのものは、婚姻のあいだ停止されるか、または、すくなくとも夫のその中に合体統合され、夫の翼、保護および疵護のもとに、かの女はあらゆることおこなう*^(七)と述べている。エクイティ上の信託を通して妻の財産を彼女の手に留保せしめる法的装置が完成されるまでは、妻の特有権は家産保存という特殊な要請から保護された不動産をのぞいて、とくに動産およびその収益は妻が婚姻前から有していたものであると、婚姻中に取得したものであるとを問わず、夫に帰属した。^(八)妻は不動産の収益を取得する権利もないし、不法行為にたいしても責を負わなかった。婚姻中は夫が妻の財産にたいして

ほぼ完全に管理処分権をもっていたのである。^(九)

ともあれ、原古ローマ法、イギリスのコモンローにあらわれた夫婦財産の結合関係は、強大な家父長権によって支えられた夫による妻の人格の吸収を基礎にした夫婦同体主義の発現にほかならない。

(二) 財産統一制 (Güterinheit, régime d'unité des biens) ・管理共同制 (Verwaltungsgemeinschaft, Güter-
verbindung, régime d'union des biens)

財産吸収帰一制は財産統一制の出現によって崩壊する。財産統一制の下では、婚姻によって妻の財産は夫に帰属するが、婚姻解消の際には、夫はその価格を返還する義務を負った。この制度はスイス民法において、夫婦財産契約により法定財産制たる管理共同制を変更し、妻の財産はすべて夫の所有に帰するものとし、妻が夫にたいし相当額の請求権を取得すると定めうる制度（スイス民法一九九条）にあらわれており、^(一〇)また、原古ローマ法で、妻が婚姻によって夫の手に服しない場合の嫁資（dos）の運命について、古典時代に夫にたいして嫁資返還義務が認められるまでは、夫は嫁資の所有権を取得し、妻は婚姻終了後その返還を求める訴権をもたず、夫は嫁資またはその相当額を妻のために遺贈したにすぎない制度に出現している。^(一一)財産統一制は強力な家父長権の観念で基礎づけられているのであるが、妻の人格の独立の承認によって、それが多少緩和された形態である。と同時に、この制度は一たび妻によって夫の家族内に持込まれた財産は夫の家産に吸収されて一体性を失わないという家産保存の思想にも支えられているのである。

財産統一制が更に進化すれば、妻の財産は妻の所有に帰し、ただその管理権収益権だけを夫に移転せしめる形態が登場する。この制度は管理共同制と称され、管理共同制は、周知のように、スイス民法、B・G・B、また、わが民

説法の旧規定が法定財産制として採用するところであり、それによれば、夫婦は各自その財産の所有者であるが、夫は妻の財産につき管理処分権をもつことが認められる。しかし、妻の財産でも消費物であれば、夫は妻の同意なく処分

することができ、婚姻解消の際に価格の償還をすればたりるから（たとえば、B・G・B一三七六・一三七七条、スイス民法二〇一条三項など）、財産統一制と同一範疇に入るであろう。

管理共同制は、妻にたいして一応その財産の帰属を認めるものの、自己の財産であっても、婚姻が継続するかぎり果実も収益も生じない財産の保有者にとどまるという、妻の経済上の地位の劣悪の観念に基礎づけられる。この基礎観念は、産業資本体制下で家父長制家族の維持を企てる民法が帶有するところの基本的性格から導き出されるものである。資本主義民法の下では、妻を含む家族構成員はそれぞれ財産所有の主体として措定され、また、家族内の財産は家族に集团的に帰属するのではなく、各構成員に個別的に帰属する自由な私有財産として存在する。しかし一方では、産業資本制社会の急速な商品流通の展開を保障し、他方では、家父長的家族を擁護するためには、家長個人の手の中に妻その他家族構成員の個人財産を集中せしめ、家長のみが取引社会に独立の資格で登場して、自由な取引活動を行なう余地を与える必要があったわけである。^(二二)

かかる経済的社会的観点から、財産統一制と管理共同制とを比較すれば、両者の間に存する法的形態としての差異、すなわち、前近代的財産制たる財産統一制では、妻の財産の所有が夫に移転するが、近代的管理共同制では、夫婦は相互にその財産の所有権を維持しながら、夫が妻の財産の管理収益権を取得するという差異は、歴史的必然ではある。しかし、家族構造に関するかぎり、両者はいずれも家父長的家族を温存維持するために、家族内の一切の財産を家長^(二三)に集中するための一つの制度としての機能をもっているのである。しかも、財産統一制であっても、また、管理共同制にしても、それらは婚姻解消後の夫婦の財産関係を規定する制度ではなく、夫にたいして妻の財産に

たいする支配権を付与することによって夫の権限を拡大することを目的とし、いずれも婚姻継続中の夫婦財産関係を規制する制度として大きな役割を担わしめられている事実を看過することはできない。

(三) 共通制 (Gütergemeinschaft, régime de communauté)

家父長制家族が崩壊し、夫権が廃止され、したがって、妻の無能力制が撤廃されると、管理共同制の存立の基盤は失われる。男女の形式的平等の原則によって妻も夫とひとしく自己の財産を管理収益する権利が認められ、夫婦の財産関係は財産法的規制を全面的に受けるようになる。つまり、別産制の登場が必然となってくる。しかしながら、更
にすすんで家庭内部において、夫婦の経済上、実質上の平等を確立するためには、妻の無償の家事労働を夫の生産労働と同等に評価し、とくに、妻が婚姻中の財産の取得、維持に払った寄与を考慮して、婚姻中の所得に各配偶者をひとしく参与せしめる法的規制が避けられない。これを実現するための法的装置、これが共通制であり、すでに考察した近時の諸国の夫婦財産制の複合形態に共通する基本的特徴であった。このようにして登場してきた共通制は、そもそも、妻の夫にたいする従属関係を切断し、夫婦の経済上の平等を確立することを使命としているから、管理共同制のごとく婚姻中の夫婦の財産関係を規制して夫権の拡大に奉仕することを可能なかぎり回避するために、原則として婚姻解消後に夫婦にたいして婚姻中の所得を分配するという形で出現せざるをえなくなる。したがって、かかる意味での共通制は、パリ慣習法やナポレオン法典によって規定された「夫が共同財産の主人であり、主君である」という、かの伝統的な一般共通制とは程遠いものである。この点に注目して、ブーランジェ (Boullanger) は、「共通」(communauté) の概念の変質をつぎのように指摘する。^(一四) 「共通」は配偶者間の財産的利益の結合であり、とりわけ、婚姻中に獲得された所得を共通にすることである。かかる特徴において共通制の存在が認められるのである。ある制

度がかかる共通にすることを含むならば、それに与えられた名称がなにであれ、それがどのように修正されていても、共通の型が存在するのである。共通の観念は技術的には「共有の総体」(masse commune)の設定によってあらわされる。……この「共有の総体」の名称は文字通り理解されるべきではない。それは婚姻中に各配偶者の財産から明確に分離された財産の独立で、自律の全体として存在するということを意味するのではない。ことばの正確の意味では、「共通の総体」はひとたび取戻や償還の清算が各配偶者に特有財産の再編を許すや、この制度の解消の後に (après la dissolution du régime) のみ形成されるにすぎない」と。

婚姻解消後における婚姻中の所得の分配が今日の共通制の中核であるとしても、それが共通制の範疇に包摂されるからには、そこに婚姻継続中にそれぞれの潜在的持分が設定された共通財産の存在が前提されるべきはずである。共通制の古典的概念によれば、共通制には、各配偶者によって婚姻生活の維持のために拠出される共通財産が存在し、この共通財産は婚姻解消の際に生存配偶者の利益の確保と公平の理念から分割されると理解されている。しかしながら、各配偶者によって婚姻維持のために出捐される共同財産の概念は必ずしも共通制に特有のものではなく、他の夫婦財産制でも見られるところである。たとえば、フランス中世のローマ法の支配した南部の成文法地域では、一三世紀以来、夫は自己の受領した嫁資と関連して、妻にたいして贈与をなす慣行があったが (augmentum dotis = 嫁資の増加と称された)、これらの両財産は相集合して共通財産を構成し、婚姻費用を負担した。しかし、解消に際しては、分割は行なわれず、子があれば、妻は生存の取得 (gain de survie) として用益権を取得するにとどまる。^(一六) したがって、共通制は世帯のために一定の財産を充当する観念の法的表現^(一七)ではなく、また、婚姻中の共通財産の存在をその基本的要素としているものでもない。それゆえ、婚姻中の共通財産は観念化され、かつ、潜在化せしめられることもありうるのである。

一般的に、近時の共通制が婚姻中の共通財産の存在を潜在化せしめるのはつぎのような原因に基づくものである。

(一) 両性の平等の建前からは、双方の配偶者は婚姻中の共通財産にたいして独立・平等の管理権をもつことが要請される。しかしながら、それぞれの配偶者が管理について相矛盾する決定をした場合でも、終局的には共通財産が責任を負担せざるをえず、かかる事態はどちらかの配偶者の持分を侵害し、ひいては配偶者間に紛争を醸生することになる。^(一八)しかも、現実の婚姻生活では、夫婦の力関係から、共通財産の設定は名目的で、実質的には夫が単独支配者となって、自由に管理、処分する可能性がある。デュムランの共通制における妻の地位を示した△妻は実は組合員ではない。しかしながら、組合員たるべく希望される▽Uxor non proprie est socia sed speratur fore という法諺が、いみじくも述べているように、夫は共通財産の全権者であって、妻の組合員たる地位は共通制解消の際に実現される場合が多い。

(二) (一)の弊害を除去し、かつ、両性の平等の原則を貫徹するためには、共通財産を共同管理に付し、夫婦の自由なる合意で管理、処分を決定する方法以外にはない。しかし、管理について、夫婦に意見の相違がある場合には、裁判所の介入が必要となるが、婚姻継続中の夫婦間に屢々国家権力が介入するのは好ましいものではなく、むしろ夫婦間の軌轢を激化さす原因にすらなる。^(一九)それだけでなく、共同管理は第三者との取引関係でも困難な問題を生ずる。一方の配偶者が他方の同意がないにもかかわらず、債務を負担してしまえば、共通財産は責任を免がれない。かかる事態は、一方の配偶者の一方的行為によって他方が損害を蒙ることを回避するために設定された共同管理の目的そのものに反する結果を招く。^(二〇)

(三) 共通財産がいずれか一方の配偶者の債権者にたいして負担する責任に関しても不都合が生ずる。これらの債務について、婚姻前の債務と婚姻後の債務を区別することなく、すべて共通財産が負担すべきものとすれば、その債務に

説 論 關係のない配偶者に公平を欠き、逆に、婚姻前の債権者はその債務者たる配偶者の特有財産から償還を受け、婚姻後の債権者は一方の配偶者とだけ取引しても、共通財産から償還を受けるとすれば婚姻前の債権者に不利益になる。^(三二)

(四) 婚姻関係はきわめて親密な関係であるからといって、一方の配偶者は他方の負担した債務について共通財産からの償還を甘受すべきであるとは言えない。

このように、婚姻中の共通財産の存在は共通制の中核的要素でもなく、また、その存在は解決困難な問題を惹起するとすれば、それをば觀念化、潜在化せしめるのは当然であって、その極端な形態は西ドイツの剰余共同制のごとく、婚姻解消にさいして、より少い財産の配偶者はより多い財産をもつ配偶者にたいしてその者の婚姻当初よりの増加額に参与するために債権的請求権が与えられるという形で、解消時に共通財産が計算上構成されるにすぎない財産制があらわれてくるのである。^(三三)

それはさておき、婚姻継続中に共通財産を構成することは第三者との関係や管理の問題にまつわる難点を克服しえないかのごとくにおもわれるにもかかわらず、現在の諸外国で夫婦財産制立法の中に、婚姻中の共通財産の存在を認める、いわゆる所得共通制が採用されている理由はどこにあるのであろうか。それは、もし婚姻中財産が分別されれば、夫は妻の同意なしに自己の単独名義の財産を自由に処分することができて、妻の保護に欠ける惧れがあるし、また、夫婦の精神的、肉体的結合と財産的結合とを融合せしめて、完全な婚姻生活共同体の理想を実現するという点にあるのであろう。したがって、婚姻継続中に一方の配偶者の財産の処分行為の効果が解消後に分割されるべき共通財産の総体に及んで、その価値を減少せしめ、他方の配偶者の利益を害する事態を阻止しうるような法的措置が講ぜられらるとすれば、^(三四) また、第三者との関係は一応別として、婚姻家族内部の夫婦間では、財産帰属の法的処理は、婚姻が継続するかぎりあまり問題となりえず、婚姻解消後に現象するとすれば、婚姻中の共通財産が觀念化、潜在化せしめられ

でも、さして不都合は生じないことになるう。

このようにみてくると、共通制の中核的要素は、共通財産が婚姻継続時から存在すると、あるいは婚姻解消後に形成されるとを問わず、婚姻中の取得財産を含む共通財産が双方の配偶者に分配されるという、いわば婚姻中の所得の公平な分配ということに尽きるであろう。ローギン (Roguin) はすでに一九〇五年に共通制の基本的性格をつぎのよう^(二五)に規定する。△要するに、夫婦間の財産の共通は一つの制度というよりは一個の観念であって、それは財産結合、財産統一、別産の観念、組合または商會会社の観念、さらには寄附金や嫁資の観念とさえ調和しながら、きわめて多様な形態を帯有し、多少とも広範囲の適用を受ける原則である。そのもつとも単純な表示、もつとも基本的な表現に限縮された共通の観念はすべての場合に、あるいはすくなくとも財産上の婚姻結合の解消の一定の場合に、夫婦間またその権利承継人との間で開始される一定の財産の分割の観念である▽。それゆえ、この所得の分配の観念、したがって、それを表現する共通制はすでに他の夫婦財産制と結合する契機をそのものの中に含んでいるのであり、財産統一制あるいは管理共同制との結合も可能であるし、勿論、別産制との結合も容易になされうるものである。各配偶者の財産は婚姻中に完全に分別されるが、婚姻解消後に分配の対象とされうべき共通財産が形成されるという構成をとり、しかも、この共通財産には夫婦の一切の財産を含ましも、また、一定の範疇の財産あるいは取得財産のみを限定して包摂せしめることも可能である。そして、近時出現しているところの諸外国の夫婦財産制の複合形態はこれらのいずれかの型に属するのである。

(一) 男女平等が夫婦財産制にたいしてもつ意味については六八八頁参照。

(二) 帝政時代も別産制を原則として、帝政ロシア民法典第一〇九条は「婚姻によって配偶者間の財産共通制を生じない。それ

ゆえ、各配偶者はそれぞれ自己の財産を特有し、さらにこれを取得することができる旨規定していた。しかし、実際上の妻の地位は非常に劣悪で、帝政下の婚姻法は強烈な宗教的性情と濃厚な等族的性情にまとわれた妻の無権利と夫の家長権を基本的特質としていた。福島前掲論文四・四二頁、青山道夫「現代の家族法」(岩波新書)一〇四—一〇六、一一八—一九頁、渡辺多恵子「ソ連における家族の経済的機能の変化」思想四七五号六六頁参照。

(三) 谷口教授は、かかる型の夫婦財産制を吸収帰一制、財産併吞制と称される。谷口・中川編注積民法(上)一八七頁参照。

(四) 船田享一「羅馬法」第四卷一四頁。

(五) 原田慶吉「ローマ法」下巻八九頁。Lepointe, *Droit romain et ancien droit français ; régimes matrimoniaux libéralités, successions*, 1958, p. 6.

(六) 学・二三・二・一、船田前掲書第四卷二〇頁。

(七) Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, Book 1, p. 441. 内田力蔵「イギリス家族法の基本原理」(法学理論篇八二)四四頁。浅見公子「イギリスにおける妻の財産法上の地位」(北大法学論集一二巻三号四六〇—四六一頁)。

(八) 夫に妻の不動産の所有権が帰属しなかったのは家産保存の觀念に由来する。しかし、かかる夫婦団体主義は崩壊せしめられる。すなわち、トラストによって、財産は妻の「特有ユースのために」夫または第三者たる受託者に与えられるという構成がとられている。妻の財産はエクイテイ上の所有権とコモン・ロー上の所有権に分裂せしめられた。夫はコモン・ロー上は妻の財産の所有者であるが、夫が受託者に指定されたときあるいは受託者が指定されなければ、夫はその財産を受託者として妻のために保持しなければならず、この財産は夫に属さなくなる。Rouast, *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines, Vis Angleterre*, p. 38; *Etats-Unis (コモンロー体系)*, p. 142; Kahn Freund, *Matrimonial property law in England*, Friedmann, op. cit., p. 273. 浅見公子「イギリスにおける妻の財産法上の地位」北大法学論集一二巻四号四六八—四六九頁。川瀬光世「イギリスの妻の権利義務」西南女学院短期大学研究紀要六号三一頁。

(九) 浅見前掲論文四六二—四六六頁。

(一〇) 中川加藤(永)「スイス婚姻法」(新比較婚姻法(IV))一三六—一三七頁、近藤英吉「夫婦財産法の研究」一六八

頁参照。スイス民法第一九九条「妻の財産の持参後六箇月以内に評価をなし、夫婦財産契約に関する規定を遵守して妻の財産を評価額をもって夫の所有に移転し、妻の財産の請求権は変更しないものとする旨の約定をなすことができる」。

(一一) Lepointe, *op. cit.*, pp. 731—32. 近藤前掲書一三九—一四一頁。

(一二) かかる視点からの明治民法の家制度の分析として、利谷信義『家制度の構造と機能』(一)・(二)社会科学研究所一三卷二・三・四号参照。

(一三) この点の指摘は、De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. x, 1949. n°2, p. 11.

(一四) Planiol-Ripert-Boulanger, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, 2^e éd, 1957. p. 319. なお、同様な指摘は、Roguin, *Traité de droit civil comparé : Le régime matrimonial*, 1905, p. 232.

(一五) この贈与は、ユ帝の公婚姻のための贈与 ∇ donatio propter nuptias が継受されたものである。ユ帝の公婚姻のための贈与 ∇ の額は嫁資と同額であったが、成文法地方では、必ずしも同額ではなかった。なお公婚姻のための贈与 ∇ については、船田前掲書二二二頁参照。

(一六) Lepointe, *op. cit.*, pp. 232—233.

(一七) Planiol-Ripert-Boulange, *op. cit.*, p. 331.

(一八) Massfeller, *Matrimonial Property Law in Germany*, Friedman, *Matrimonial Property Law*, p. 380. ただしマスフェラーは所得共通制の弊害として指摘するものである。

(一九) Massfeller, *op. cit.*, p. 381. なお、英国の公婚姻および離婚に関する王室委員会 ∇ は、共通財産制の提案を拒否しているが、その一つはかかる理由が見出される。Report 1951—1955, Royal Commission on Marriage and Divorce, Command 9678 (1956), Para. 651, (iii), p. 177.

(二〇) Massfeller, *ibid.*, p. 382.

(二一) Massfeller, *ibid.*, pp. 383—384.

(二二) この制度をもって論者は、財産制とみたりあるいは所得参与制とみなしたり、必ずしも一定していない。いずれにしても、共通の観念はそこでは間接的な形であらわれるにすぎない。すなわち、剰余とは各配偶者の終りの財産が初めの財産を超過する額をいい(一三七三条)、初めの財産とは、剰余共同制開始の際に、債務を控除した後、各配偶者に所属

する財産をいい、終りの財産とは剰余共同制終了の際に、債務を控除した後、各配偶者に属する財産をいう（一三七四、一三七五條）。

(二三) ショスランはフランス中産階級の婚姻意識について、*「農民、労働者、俸給生活者、職工は……常に思考の上では婚姻の観念と共通財産の観念を結合せしめている。常に彼らは夫婦という地位をもつ間に齎された経済的所得を共通にしていない婚姻は多少とも不完全なものと考える」*と述べている。Jousselin, *Travaux de la semaine internationale du droit*, 1937, p. 96.

(二四) 諸國の立法例は各種の法的措置を講じている。たとえば、西ドイツの剰余共同制の場合、将来の債権が危険に瀕した配偶者は婚姻解消することなく、求償を請求できるとし、また、オランダ民法は、重大な処分行為（主要な不動産の譲渡、あらゆる債務のための財産の担保）については双方配偶者の同意を要するとする。また、ソヴェトでは、判例上、各配偶者は自己の所得を直接管理・処分する権限が認められているが、一方の配偶者がかかる権限を濫用して、それを浪費した場合には、その者は反家族的态度を有する者とみなされ、婚姻解消の際に、不平等の分配による制裁が加えられるといわれ (Renard, *op. cit.*, p. 245)、ブルガリア法でも同様の制裁が加えられる。

(二五) Roguin, *op. cit.*, p. 253.

三 夫婦財産制の複合形態出現の原因

資本主義社会が原始蓄積段階を經過して産業資本主義が本格的に展開するに及び、広大な市場の確保、商品需要の大幅な増大、商品生産規模の飛躍的拡充などの産業資本主義生産体制が着々と整備されたが、同時に、社会階層の分裂はますます拡大し、かつ、深刻さを加えてくる。かようにして、大量に創出された都市の労働者階層の家族は資本家階層の家父長制家族とは異った構造をもち、そこでは、權威を支える家産もなく、また、低所得のために、妻をはじめ家族構成員は家族外の不熟練労働に従事せしめられるという現象がおこった。かような家族外労働に従事するこ

とによって、妻みずからが獲得した独立は婦人解放運動のイデオロギーによって、愈々強固さを加えていった。一八八二年、イギリスで別産制をはじめて採用した既婚婦人財産法（Married Women's Property Act）成立の史的背景はまさにかようなものであった。^(二)かくして、家族立法では、夫権を廃止し、したがって、妻の無能力者制度の廃棄といった立法がなされ、夫権の法的支柱となっていた財産統一制、管理共同制などの夫婦財産制に代って、別産制が登場せしめられた。歴史的には、別産制は婦人の解放によって導入されたところの、夫権と強固に結びついた夫婦財産制に対立するイデオロギーであった。

ところが皮肉にも、別産制樹立の担い手たる労働者階層の家族には、この別産制は無縁の財産制である事実を認識せざるをえなかった。これらの家族はすべてを勤労所得に依存し、全所得は家計の維持に当てられ、家族構成員はみべき財産をも有しない。個別的に取得した財産をその個人に所有、処分、収益せしめる別産制は彼らにはなんらの意味をもたなかった。^(三)それどころか、これらの階層の多くの妻は親から承継する財産とてなく、また、たとい婚姻後に家族外の生産労働に従事するとしても、その収入は家計に注ぎ込まれ、いくらかまとまった金銭は家族の共同使用する財産の購入に支出される。しかも、一般には、多数の妻は家事労働にのみ従事し、生産労働に従事する夫の収入によって生活している。別産制の下では、この夫の得る収入は夫個人の所得であって、妻は夫の財産、収入のみに依存して生活することになり、妻に帰属する財産はなに一つ存しないという結果を齎し、夫婦の實質上の不平等、妻の夫にたいする従属を支える機能すらもつようになった。

別産制によって法律上保障された形式的抽象的平等は夫婦間に具体的實質的不平等を実現する結果を導き、かつて、有産階層の夫婦の平等と資産を有する妻の独立を実現した別産制が、現実には夫婦にさしたる財産がない場合とかあるいは夫が単独で生産労働に従事し、妻が家事労働に従事する場合には、妻は生活を夫の財産と収入に依存

し、夫によって一方的に扶養されることになり、夫婦間の不平等と妻の夫にたいする従属性はますます助成される。しかしながら、夫婦間の抽象的形式の平等は具体的、実質的に不平等を実現するという別産制に内包される矛盾は、実は別産制そのものの中に存在するのではなく、妻をめぐる現実の社会的経済的諸条件にある。つまり、妻が家事労働に従事するにもかかわらず、それが夫の生産労働と同一に評価されないという現実の社会的、経済的条件にある。かような矛盾を克服するためには、家事サービスの社会的企業化、児童社会施設の充実を行なって、家事労働を生産労働にまで止揚する^(三)か、あるいは、現在の資本主義体制の枠内で、妻の無償の家事労働を実質的に生産労働と同一に評価すべき法的措置を講じ、家族内部にたいする男女同権の原理の貫徹を実質的に保障する以外にはない^(四)。資本制社会では、前者の実現は早急に望めないとするならば、さしあたって、後者によって夫婦の不平等を除去する途を採らざるをえないのである。かかる観点から、夫婦間の実質的平等を実現するためには、夫婦間の財産の帰属に關しての妻の地位の独立の二面性を識別して解決する方向を採らざるをえないであろう。すなわち、一方では、妻にたいして取引社会で、商品を所有する独立の主体者としての地位を認めながら、他方では、取引社会から疎外された家族内部で、夫と同一の生産労働に従事するという評価を与えるべき独立の人格者としての地位をも承認するという把握が必要となるのである。

まず、取引社会内の妻の地位に關しては、婦人の解放により妻の地位の向上は妻をして家族外での生産労働に従事する機会を与え、その職業活動の範囲は拡大された。商品交換秩序を保障する近代市民法の下では、すべての市民が商品所有者として取引市場に立ち現われ、自由に商品を交換しあうことを予定している。この面での市民相互間の権利關係では、夫婦、男女をとわず、すべての市民に自由、平等、独立の法的主体性が承認されているのである。夫婦は取引關係では夫、妻という諸属性を捨象し、商品所有者として自由な独立の個人として自己の財産を自由に所有し、処分する権利が保障される。このかぎりでは、夫婦にたいしてそれぞれが婚姻前、婚姻中に取得した財産を自己

の財産として所有、処分しうる別産制を適用して、形式的平等を保障することは近代市民法の性格から要請されるのである。そして、夫婦各自が取引活動を通して取得した収入、財産はそれぞれに帰属せしめられ、その者の自由なる処分収益に委ねられるべきである。

第二の家族内部の妻の地位に関しては、夫婦間で男女同権の原理を滲透させ、家族内部で妻をして夫の地位に引上げるためには、妻の無償労働を夫の生産労働と同等に評価する法的措置を必要とする。つまり、夫の労働力は妻の家事労働によって再生産されるのであって、夫によって齎される収入は実質的には夫婦の共同労働の結果である事実を承認して、妻が夫の労働に参与する婚姻中の所得、財産は、たとい夫名義でも、実質的にみて夫婦の共同所有に帰せしめるべき法的措置が必要となる。この面では、家族内部の夫婦間の財産帰属だけが問題にされ、取引社会とは関係がない。家族内部における夫婦間での財産の帰属は、その所有名義にかかわらず、婚姻中の所得にたいして夫婦の共同の主体性を保障する共通制の適用によって決定され、実質的な同権の原理が夫婦間の財産の帰属に貫徹せしめられることになる。それゆえ、夫婦の不平等の支えになっている別産制を廃止して、共通制を立案すべきであるという問題のたて方は資本制社会の市民法の性格を見誤っているものである。資本制社会の市民法秩序の下で、各市民にたいして商品所有者としての独立の主体制を認めながら、家族内部に夫婦の平等を滲透させるという意味で、前述の妻の地位の独立の二面性を同時に実現させるのが夫婦財産制の使命である。ここに、近時の資本主義圏において、別産制と共通制を結合した各種の複合形態が当面の問題として検討され、かつ、立法される理由が存するのである。

(一) この点に関する詳細な叙述は、浅見公子「イギリスにおける妻の財産法上の地位」(北大法学論集一二卷三号四七八頁以

下参照。

(二) 近時、共通制の採用を主張する論者がすべて言及する点である。たとえば、フリードマン「夫婦財産法—比較法的分析」(「比較離婚法の研究」司法研修叢書五一号)二七〇頁。

(三) 渡辺多恵子氏は、ソヴェトの一九一八年法の別産制から一九二六年法の夫婦財産共通制への転換をつぎのように説明している。「すべての領域の婦人労働が、男子労働と対等な評価を与えられるためには生産力の発展とそれに対応した生産関係の変化が必要でした。それには第一に近代的家内労働、小商品生産の労働の清算、第二には、社会的評価をうけないあるいはすこししかうけない家事労働の清算が必要です。第一の家内労働も清算されなかった革命期においては、男女同権を實質的なものにするためには、かなりキメ細かい政策が必要でした。つまり家内労働のべつ視ではなくむしる家内労働の評価にうつらねばならなかったのです」前掲思想四七五号六七頁。

(四) 男女同権の原理を貫徹するための方法としての東西ドイツの機械的平等論と機能的平等論の差異は、社会主義生産関係と資本主義関係を背景にした家事労働を含むすべての領域の婦人労働の評価の差異である。男女同権論については、川井健「東西ドイツにおける男女同権論の対立について」法協七三巻七号、七四巻一号、私法一六号、鈴木祿弥「男女同権の西ドイツ的理解」大阪市大法学雑誌一卷一号・二号、椿寿夫「ドイツ親族法の改正」法学論叢五九巻五号。

四 わが民法における夫婦財産制の系譜

(一) 身分法第一草案

わが国最初の夫婦財産制としては、司法省の明法寮の民法草案が規定した所得共通制である。この明法寮の民法草案はわが国で起草された最初の総合的な民法草案であって、明治五年四月二二日から七月一三日の三カ月にわたり、司法省明法寮で開かれた民法会議の成果を集約したものであるが、同草案では、所得共通制を夫婦財産制の原則とする旨規定し、 \wedge 夫婦タル時間ニ得タル所ノ動産不動産並ニ其動産不動産ヨリ生ズル所ノ利益ハ共通財産中ノ物ナリトス \vee

（五九七条以下）とする。これはフランス民法を模倣しながら、その条文を大幅に削減しているだけである。^(一) ついで、明治六年に作られた左院民法課の婚姻法原案は、つぎのように夫婦財産制を「離縁ヨリ生ズル諸件」の中に挿入している。^(二)

第五七条 訴訟ノ上離縁ノ言渡ヲ受ケシ夫婿養子又ハ婦ハ現存自己ノ所有ト定マリシ財産ハ保有ス可シト雖モ若シ其財産久ク共通シテ區別シ難キトキハ財産全部ノ三分ノ一ヲ受ルコトヲ得ヘシ

この原案で注目すべきことは、夫婦財産制をば夫婦共通財産の清算を目的とする離婚給付の中に包摂せしめており、夫婦財産制といわゆる財産分与とが一体化されていて、その間に判然と區別や分化が存在しない点である。^(三) ところが、明治二十一年一〇月頃までに成立したといわれる財産獲得編第二部第一草案は、法定財産制として所得共通制を採用している。

第一八四二条 財産契約ヲ為サシテ婚姻ヲ為ス者ハ法定ノ制ニ從ヒタル者ト看做ス。所得共通制ヲ法定ノ制トスこの所得については、「夫婦ハ共通財産ノ共有者」（獲得編一八四五条）とされているから、妻はその半分について権利を有することになる（獲得編一八九六条）。しかも「所得共通ノ財産」は、「一 婚姻公式ノ時夫婦ノ現ニ所有シ若クハ将来ニ所有スベキ動産及ヒ不動産ヨリ婚姻中ニ生シタル果実及ヒ産物 二 夫婦ノ協同若クハ各自ノ労働ニ因テ婚姻中ニ得タル物 三 本条第一及ヒ第二ニ掲クル所得ニ因テ得タル物」（獲得編一八四六条）とされているが、共通財産については、「共通財産ノ管理ハ夫ニ屬ス」（獲得編一八六二条）と規定され、妻は共通財産の管理権をもたないし、その特有財産に関しても、「婦ノ特有財産ハ夫之ヲ管理ス」（獲得編一八六八条）とされている。つまり、妻は共通財産、特有財産の管理権を剝奪され、無能力者とされているが、かような妻の無能力制は、「風俗」、「一家の経済上」、「婦其夫ニ聽順シ随行スヘキ義務」に基づいたと言われているのである。^(四)

身分法第一草案が所得共通制を採用した理由について、民法草案獲得編第二部理由書は動産共通制、包括的共通

制、別産制の弊害を挙げ、所得共通制に拠らざるをえない旨をつぎのよう(五)にいう。

「動産共通ノ制ハ昔日ノ如ク動産ニ甚ク価値ナキニ於テハ此共通モ或ハ可ナルベシト雖モ、今日ノ如キ諸株式其他動産ニ価値アル時代ニ在テハ、夫婦権利上ニ甚シキ不公平ヲ生ズルコトアルベシ、例ヘバ一方ハ許多ノ不動産ヲ有シ若クハ将来ニ有スベキコトアルベク、他ノ一方ハ許多ノ動産ヲ有シ若クハ将来ニ有スベキコトアルトキハ其権利上ニ不公平ヲ生ズルヤ喋々ヲ要セズ。財産全体ノ共通ハ夫婦ノ間ニハ分属分別スルモノナク都テ共同的ニシテ純平タル婚姻ノ理ニ適シ、且ツ夫婦ノ間若クハ相続人ノ間ニ分派ヲナスニ当リ混雜ヲ生ゼズ、随テ争訟ノ源ヲ醸生セズ、加フルニ財産上利害ヲ全ク共ニスルヲ以テ互ニ勉励貯蓄ヲ為ス等ノ利益ヲ供スベシト雖モ、本邦ノ習俗ニテハ夫婦ノ間財産全ク共通スルガ如キハ如何アルベキ歟、寧ロ之ヲ分別セシムルノ可ナルガ如シ、今日マデハ重モニ夫一身随意ニ財産ヲ処置シタル慣習ナルニ、今日初メテ夫ト婦トノ財産上ノ關係ヲ規定セントスルニ当テハ、財産全体ノ共通ヨリモ寧ロ分離ノ制ヲ採ルノ慣習ニ近カラシムル歟、然ラバ完全ナル財産分離ノ制ヲ採用セン乎、完全ナル財産分別ノ制ハ元來夫婦ノ間ニハ分離分別スル所ノモノナク、総テ全体共同的タルベシトノ婚姻ノ主義ニ反スルノ嫌アルノミナラズ、夫婦共ニ勉励シテ財産ヲ得ルニ当リ其配分法ニ便ナラズ、其事業ニ從テ夫婦ノ取ルベキ配分ヲ異ニスルコトアルベク、其間自ラ所得ニ付夫婦ノ間争論ノ種子トナルコト多カルベシ、何トナレバ完全ナル財産分別ノ制ヲ採ルトキハ、財産上ニ関シテハ夫婦ハ一ノ会社ヲナスモノタルニ外ナラズ、然レバ其会社、即チ家專ノ費用ハ共ニ負担スベキナリ、而シテ家專ノ費用ニ付テハ法律ニ於テ各自ノ負担部分ヲ規定スルコトヲ得ベシト雖モ、或ル場合ニ在リテハ、其定メタル負担部分ハ必シモ至当ナラザルノ弊アリ、之ニ因テ草案ニテハ完全ナル財産分離ノ制ヲ採ラズシテ、制限的ノ財産分離、即チ所得共通ノ制ヲ採リタリ」

この理由書によれば、動産共通制は、動産が不動産と同様に価値を有してきた現在では不公平を齎すから、採用し難い旨を指摘し、すでに明治中期に動産の価値の増大を説いているのは注目すべきことである。そして、包括的共通制は婚姻の本質に適合することを承認しながら、夫が財産について専権をふるう従来(六)の慣習を考えれば、夫の特有財

産を認めて、その任意処分権を保存する別産制を採用する方が妥当であるが、別産制は婚姻の本質に反するだけでなく、配分に不便であるし、所得に関して夫婦間に紛争を生ぜしめる惧れを考慮すれば、制限的別産制、つまり所得共通制が適当であるというのである。

ついで、理由書は所得共通制の長所を詳述し、所得共通制は、(一) 原資には手をつけず、所得をもって婚姻費用に当てるた残額を共通にする制度であるから、夫婦合体の婚姻の本質に適するだけでなく、貯蓄の増強等國家經濟上からも望ましいこと、(二) 配分上の不公平が少いこと、(三) 分離し難い夫婦労働によって齎された所得について、夫婦が配分を受ける途を開くのであるから、定量し難い妻の家事労働をも評価すること、などを挙げて、つぎのように説明する。

「夫レ所得共通ハ夫婦ノ現在及ビ将来ノ所有スベキ動産及ビ不動産ノ原資ニ付テ、悉ク夫婦ニ所属セシメ、其原資ヨリ生ズル果実産物及ビ夫婦ノ労働ニ依テ得タル財産ヲノミ夫婦ヲシテ共通セシメル制トス、夫レ婚姻ヨリハ種々ノ義務ヲ生ズ、此義務ヲ尽スガ為メニハ所得ハ或ハ全ク之ヲ消費セザルヲ得ザルコトアルベク、又止ムヲ得ザレバ原資ヲモ消費セザルヲ得ザルコトアルベシト雖モ、是レ通常ノ場合ト云フベカラズ、通常ノ場合ニ在テハ所得ト雖モ其幾分ハ貯蓄シテ以テ凶変ニ備フル用意ヲ為スベキハ人ノ常務ナリトス、然ルニ所得共通ノ制ハ原資ヲ保存シ所得ヲ以テ家事ノ費用ヲ弁ジ、其有餘ヲ以テ夫婦ノ共有財産ト為スノ制ナリ、此制ハ夫婦ノ間ニハ分別スルモノナク都テ合体的共同的ヲ為スベシトノ意ニ能ク適シ、夫婦ヲシテ協同一致勉勵労働セシメ務メテ所得ヲ貯蓄セシムルノ結果ヲ呈スベク、又一國ノ經濟上ヨリ觀察スルモ此制ニ優ルモノアルヲ見ズ、而シテ夫婦各自ノ所得ハ都テ共通ニ属スルヲ以テ配分上不公平ヲ生ズルコト鮮シ、元來夫婦各自ノ労働ヨリ生ズル所得ハ其各自ノ労働ヲ定量シテ之ヲ配分スベキニアラズ、否ナ其各自ノ労働ハ精密ニ定量シ得ベカラザルモノナリ、例ヘバ茲ニ数千金ノ年俸ヲ受クルノ夫アラシカ、其婦ハ家ニ在テ家事ヲ修メ子ヲ成育スル等ノ事ヲ為スアリ、外觀的ニ就テ輕忽ニ觀察ヲ下ストキハ、夫ハ外ニ在テ労働シ為メニ得タル俸給ヲ以テ一家安泰ニ生活スルコトヲ得ルハ是レ全ク夫ノ賜ナリ、若シ一家ヲ養ヒ尚ホ有餘アルトキハ其有餘ノ部分ハ悉ク夫ノ所有ニ歸シテ可ナルガ如シト雖モ、抑モ此觀察ノ誤謬モ亦甚シト云フ可シ、彼ノ夫ノ外ニ在

テ労働シ、為メニ数千金ヲ得ルハ、是レ婦ノ能ク家事ヲ修メ子ヲ成育スル等ノ勞ヲ取りタルガ故ニ然ルナリ、夫ノ労働ハ之ヲ容易ニ定量スルコトヲ得ベシ、其得タル数千金ハ即チ其価値ヲ表スルモノト云フベシ、婦ノ労働ニ至テハ有形ニ定量スベカラザルモノアリ、其子ヲ家庭ニ在テ成育スルノ勞ノ如キハ特ニ無形ニ属スルヲ以テ最モ然ルモノトス、故ニ夫婦タルベキ者財産契約ニ於テ其配分額ヲ定ムルトキハ格別、法律ニ於テハ夫婦各自ニ歸スベキ所得ノ部分ニ付異同ナル配分額ヲ定ムベカラザルヤ明カナリ、若シ法律ニ於テ之ヲ定メントスルトキハ、必ズ不正ノ結果ニ至ルベシ、以上ニ述ベタル如クナルヲ以テ夫婦ノ労働ハ其実之ヲ分離スベカラザルモノニ属スルヲ以テ、其労働ヨリ生ズル所得ノ如キモ亦分離スベキニアラズ、夫ノ労働ニ依テ得タル所得ハ婦其配分ヲ受クベク、又婦ノ労働ニ依テ得タル所得ハ夫其配分ヲ受クベキヤ至正至当ナリト云フベシ」^(六)

第一草案が、一方では、妻の特有財産、共通財産にたいする管理権を奪い、従来の家父長権行使の慣行の一部の温存に注意を払い、他方では、フランス民法典などの西洋民法を摂取して、両者の結合と妥協を試みた点は、旧民法、明治民法と同様であったが、これらの両民法典が旧慣に固執する度合が強く、半封建的色彩の濃厚であったのにならして、第一草案は封建的慣習の温存よりも西欧の市民法的原理の採用により大きなウエイトをおいていた。^(七)したがって、第一草案は、戸主を中心にした「家」制度的要素は見当らず、夫婦、親子を中心とした婚姻家族を構想して^(八)と言われる。そのことは、この草案において、妻の無償家事労働を夫の生産労働と同一に評価することが所得共通制採用の一つの理由になっていることにも端的に現われており、この時代に、夫婦財産制について今日問題とされていることがすでに考慮されているのは注目に値する。

(二) 旧民法・明治民法

旧民法財産取得編の法定夫婦財産制は第一草案の所得共通制を改め、管理共同制を採用し、つぎのように規定する。^(九)

第四三五条 婦又ハ入夫ノ特有財産タルコトヲ証明セサル財産ハ總テ夫又ハ戸主タル婦ニ屬スル

第四二八条 夫ハ婦ノ特有財産、入夫ハ戸主タル婦ノ財産ヲ管理スル

旧民法は妻にたいして一応特有財産の所有を認めるが、それにたいする管理権は与えず、夫の全面的な管理に委ねている。しかし、旧民法は第一草案によって妻に与えられた共通財産の半分の持分を否定し、婚姻中の所得をばつぎのように、あげて夫（または女戸主）に帰属せしめるのである。

第四二六条 婦又ハ入夫カ婚姻ノ儀式ノ時ニ於テ現ニ所有シ又ハ将来ニ所有ス可キ特有財産ヨリ婚姻中ニ生スル

果実及ヒ自己ノ勞力ニ因リテ婚姻中ニ得タル所得ハ婚姻中ノ費用分担ノ為メニ之ヲ配偶者ニ供出シタルモノト

看做ス

かようにして、民法では夫は妻の所得を取得するとともに、妻の特有財産の管理権をもち、妻の無能力制度が強化された。かような夫の権限の強化は元老院提出案ですでに現われており、前掲の旧民法第四二八条の条文は元老院提出案の「夫ハ婦ノ特有財産及ヒ婦ノ収益権ヲ有スル財産ヲ管理ス」（財産取得編五四五条）が議定案によって「夫ハ婦ノ特有財産入夫ハ戸主タル婦ノ財産及ヒ其収益権ヲ有スル財産ヲ管理ス」（財産取得編四二二条）^(一〇)に変えられた条文について、多少の字句的修正を加えて成案化されたものであり、旧民法第四二六条も同様に元老院提出案財産取得編第五四三条が、また、旧民法第四三五条は元老院提出案第五八条がほぼそのまま成案となったものである。^(一一)

手塚教授は元老院提出案の家族法を克明に分析され、その性格を規定されているが、教授の考証によれば、第一草案に現われた進歩的構想は法律取調委員側の反対にあって根底から覆され、戸主権、長子単独、家督相続を支柱とする「家」制度が再調査案（明治二三年初めに成立）に成文化されたということである。^(一二)そして、元老院提出案はこれらの再調査案を更に「本邦固有ノ美風」的に修正し、「我人情ニ適スルモノ多キヲ加ヘン」としたもので、いわ

説論

ば、「家」制度的強化の提案が貫徹されたものであったから、夫婦財産制もかかる「家」制度の強化の一環として、妻の無能力制度、夫（戸主）への財産の集中が実現せしめられたのは、けだし当然であろう。その過程は遺憾ながら詳かに知りえないが、第一草案にたいする意見を徴するために、それは各地方裁判所、地方長官に回付されているが（明治二十一年一月一六日）、その中で大阪始審裁判所検事岩重巖によって所得共通制にたいして開陳されたつぎのような意見は、管理共同制の成案化の事情の一端を示している。^(一四)

「熟ラ我国ニ於ケル婦女ノ状態ヲ觀察スルニ、生家ニ在リテハ父母ノ保助ヲ受ケ、他家ニ嫁スルニ当リテモ欧州諸國ノ婦女ト異ナリ、僅カニ日用ノ衣服調度ヲ父母ニ受ケテ持参スルニ止マリ、一二夫ノ財産ニ寄テ衣食スルノ慣習ナレバ、固ヨリ果実産物生ズ可キ財産ヲ有スルノ筈ナク、所得上財産トシテ視ルベキモノハ概シテ婦女ノ有セザル所ナリト謂フ可シ、然ラバ、其財産トシテ視ルベキモノヲ有セザル婦女ヲシテ、夫家ニ入ルヤ忽チ夫ノ特有財産ヨリ生ズル所得ニ付テ同等ノ権利ヲ有シ、同一ノ配分額ヲ受ケサセシムルハ夫婦ノ間甚ダ不公平ナルノ処置ト云ハザルベカラズ、否ナ管ニ不公平ナルノミナラズ、此ノ如ハ夫ノ将来相続人トナルベキ者ニ害ヲ及ボシ、故ナク利得ヲ占ムルモノト云フベキナリ、又夫婦ノ労働ヨリ生ズル所得ニ付テ觀察スルモ、婦ハ家ニ在リテ家事ヲ修メ子ヲ養育スル等ノ事ヲ為スノミニシテ一モ得ル所ナキニ非ズヤ、縦シ多少ノ所得ヲ為ス者アリトスルモ、如何ゾ之ヲ夫ノ外ニ在テ有形無形ノ労働ヲ為シテ得ル所ニ比スベケンヤ、三才ノ童子ト雖供恐ク年俸数千金ヲ得ルノ夫ヲ以テ其家事ヲ修ムルノ婦ト同一ノ労働ヲ致シタルモノト考フル者アラシヤ、難者或ハ言ハシ、夫ノ外ニ在リテ労働シ為メニ数千金ヲ得ルハ、是レ婦ノ能ク家事ヲ修メ子ヲ成育スル等ノ勞ヲ取リタルガ故ニシテ、其労働ハ分離定量ス可カラザルモノナレバ、法律上異同配分額ヲ定ム可キニ非ズト、然レ供、其家事ヲ修メ兒子ヲ成育スルハ必ズシモ婦其人ニ限ルニ非ズ、嫡ナキモ或ハ母親ノ修ムル事アリ、或ハ相当ノ給料ヲ以テ使役スル雇女ト雖供、亦能ク之ヲ為スヲ得可シ、果シテ夫ノ数千金ヲ得ルハ婦ノ能ク家事ヲ修メタルガ故ニ基クトセバ、雇女ノ如キモ亦主人ノ処得ニ付テ配分ヲ受クル權アリト云ハザル可カラズ、焉ンゾ斯ノ如キ理アラシヤ、又夫ノ数千金ヲ得ルニテハ婦ノ労働与テ力アリトスレバ、其婦ノ死去シ若

シクハ離別スルニ当テハ、夫ニ其所得ヲ減ズ可キニアラズヤ、然ルニ世間此事ナキヲ以テ見ルモ、婦ハ夫ノ所得ニ付テハ毫モ干与セザルヤ明ナリ、然ラバ婦ノ所得ニ付テ法理上分配ヲ受クルノ権利アリトナス事ヲ得ザルナリ、加之、若シ婦ヲシテ夫ノ所得ニ共有權ヲ与エ、其半額ヲ受クルノ權アリトスルトキハ、婦ハ可成有余ノ多カラシム事ヲ希望スルヨリ勢ヒ夫ノ費途ニ注目シ、苟モ家費外ニ渉ル事アレバ嚴シク之ヲ鑑戒節制スルノ情ヲ発シ、為メニ夫婦ノ間常ニ争論ヲ惹起スルニ至ラン、斯ノ如キハ夫婦ノ親密ヲ凶ラントシテ却テ不和ヲ醸スモノト云ウ可ク、或ハ之ガ為ニ正当ノ婚姻ヲ妨害スルノ恐ナキヲ保セザルナリ、斯ク論ジ来レバトテ、余ハ昔日ノ如キ婦ヲ奴隸視スルニ非ズ、其家專ヲ修メ兒子ヲ成育スル事ハ決シテ輕キ労働ニアラザルヲ以テ、一面其報酬ヲ与フルト共ニ一面其熱心ヲ致サシムルノ方法ヲ設クルニ若カズ、故ニ余ハ所得ノ制ヲ維持シテ所得四分（ノ三―筆者挿入）ヲ夫ノ有トナシ、其四分ノ一ヲ婦ニ与エントス、蓋シ是レ一挙両全ノ策ト思考スルヲ以テナリ」

ここに説かれたところの所得共通制反対の根拠には、論理の倒錯したものもある。しかしながら、妻の労働について、価値を生まない家事労働をもって数千金を得る夫の働勞と同一であるとは三才の童子でも考えないと言ひ、第一草案において、妻の家事労働が評価され、それが夫の働勞力の再生産に寄与するという事実を認める態度は全く捨て去られ、妻と夫を同等に評価することの不当性が繰り返えし主張されている。このような妻の働勞力の過少評価、したがって、夫權強化の主張が大勢を占め、遂に家父長的權威強化の機能をもつ管理共同制の採用へと向っていたことは容易に推測されるところである。管理共同制、それはまた資本制社会において強力な戸主に統率された「家」制度の維持、存続を図る明治政府下の夫婦財産制のたどる必然の運命でもあった。「家」構成員の各自について一応財産の帰属を認めたくえで、戸主は一方では管理共同制によって妻の所有する特有財産を管理、収益し、また、妻の働勞による所得をも取得し、他方では、子の財産にたいする管理収益權を掌握して、家産を独占的に支配する。かくして、明治民法は戸主をして家族の財産を一手に集中せしめ、家産を統一的に運用して、自由な商品流通の展開を保障し、

資本主義的諸關係の發展の担い手たらしみたのである。^(一五)

明治民法第八〇七条では、實質的な修正をも加えられることなく、旧民法第四三五条がそのまま文化されることになった。旧民法の以上のような性格をもつ管理共同制は、明治民法編纂の意図からすれば適合こそすれ、修正を加える必要はなかったわけである。法定財産制について、梅謙次郎起草委員は法典調査会で管理共同制が我國の慣行に妥当する、とつぎのように立案趣旨を説明している。^(一六)

「既成法典ノ制度ハ粗々先刻モ申シマシタ通り仏蘭西ノ學者ノ所謂無共產制ト云ウコトニ当ルノデアリマス、私共ノ信ズル所デハ、是レガ最モ我國ノ慣習ニ適スルノデアラウト思フ、既成法典デ此制度ニシタノハ私共同意ヲ表スルコトデアル、外國デモ独逸民法草案ヲ例ニシマシタ、独乙各部ソレカラ端西ノ各洲デモ取ツテ居ルモノガ(デ)アル、細目ハ無論違イマスガ、大体仕組ハ夫ノ財産ト妻ノ財産ハ別デアアル、而シテ妻ノ財産ノ全部又ハ一部分ト云フモノヲ夫ガ自分ガ管理シテ収益スル、或ハソレヨリ生ズル果実ヲ取ル、ソコ等ガ此制度ノ根本デ、ソコガ同ジデアルト云ウコトハ行ハレテ居ル様デアリマス、広ク行ハレテ居ルトハ云ヒマセヌガ、或ル國ニ於テ行ハレテ居ルヤウデアリマス、私共ノ見ル所デハ、此制度ハ我邦ノ慣習ニ適スルノミナラズ、余程夫婦ノ關係上カラ見テ適當ナ制度ノヤウニ考ヘマス、何ゼカト云フト財産上ニ於テハ幾ラ夫婦デアアルカラト云ツテモ、夫ノ物ハ夫ノ物、妻ノ物ハ妻ノ物トナルト云フコトハ今日デハ必要デアルト思フ、ソレト同時ニ見レバ我が物足レバオ前ノ物ト財産ヲ別ニシテ取扱フコトハ面白クナイカラ、管理ハ一緒ニシテ宜イ、ソレデ先ヅ此制度ガ今日ノ慣習上一般ノ輿論ニ認メルモノト信ジマシタ、故ニ此主義ヲ取リマシタ」

ついで、夫婦財産制の典型形態たる一般的共通制、所得共通制、別産制などに関して、その採用されえない理由を述べる。所得共通制については、「財産ハ別々ニシテ置クガ、所得ハ共通ヲ(ニ)スル制度デ、取得編ノ初メノ草案ニハ之レヲ取ツテ居ツタガ、幾ラ所得デモ面倒ノ起ルコトハ一般ノ共通ト変ハラナイ、矢張り面倒ガ起ルカラ法典編纂ノ時ニハ採用ニナラナカツタノデアリマセウ^(一七)」とし、別産制に関しては、「是レハ露西亞ニモ行ハレテ居リマス、英

吉利ニモ行ハレテ居リマス、紐育草案モ其制ニ依テ居ル様デアリマス、近来ハ此制ガ段々多クナツテ来ルヤウデアリマス、世ノ中ガ進ムトソレト同時ニ悪ルイ事ガ進ムノデ夫婦ノ間デモ少ナクモ財産上ダケハ別ニシナケレバナラヌヤウニナツテ来ルカモ知レヌ、又成ルベク日本デハサウ云フコトノ起ラヌヤウニシタイノデアリマス^(二八)と述べ、別産制は「悪イ事」であるとして、激しい非難を浴せている。そして、第八〇七条は別段の論議もなく、第一項が補足されるにとどまった^(二九)。

(三) 大正要綱・現行民法

大正八年の臨時法制審議会（大正八年七月八日勅令第三三二号により設置）は「現行民法中我国古来ノ淳風美俗ニ副ハザルモノアリト認ム、其改正ノ要領如何」という諮問に答えて、大正一四年五月一九日に「民法親族編中改正ノ要綱」全三四項目を決議した。政府はそれを昭和二年二月二八日に発表した^(三〇)が、このいわゆる大正要綱はその第一四につきのような夫婦財産制の項目をおいた。

第一四 妻ノ能力及ビ夫婦財産制

三 夫婦ノ一方ガ婚姻前ヨリ有セル財産及ビ婚姻中自己ノ名ニ於テ得タル財産ハ其特有財産トスルヲ原則トシ夫又ハ女戸主ガ其配偶者ノ財産ニ対シテ使用及ビ収益ヲ為ス権利及ビ夫ノ妻ノ財産ニ対スル管理権ヲ廢止スルコト
臨時法制審議会總會で、原案（原案は第一三、内容は同一）の趣旨説明にあつた松本丞治委員はつぎのように述べる^(三〇)。

「夫婦ノ一方ガ婚姻前ヨリ有セル財産及ビ婚姻中自己ノ名ニ於テ得タル財産ハ其特有財産トスルヲ原則トシ、夫又ハ女戸主ガ其配偶者ノ財産ニ対シテ使用及ビ収益ヲ為ス権利及ビ夫ノ妻ニ対スル管理権ヲ廢止スルコト、此点ハ現行法ノ第八百七条ト全ク同シデアル、ソレヲ矢張り本則ト致シマシテ、夫又ハ女戸主ガ其配偶者ノ財産ニ対シテ使用及

ビ収益権ヲ有シテ居リマスガ、之ハ実情ニ適セザルノミナラズ、種々ノ不便ヲ生ズルモノデアリマスカラ寧口之ハ廢止致シマシテ、夫ガ妻ノ財産ニ対シテ管理権ヲ有シテ居リマスル、此管理権ニ付キマシテモ同シヤウナ嫌ガアルノデアリマスカラ、之ヲ廢止スルコトニシヤウト云フノデアリマス」

この夫婦財産制改正案は妻の能力の拡大の提案とともになされており、それは、夫婦の財産に関しては、所有、管理、利用一切を別々にするのが家族の実情に合致するので、管理共同制を廃止して、純粹別産制に改正すべき旨の提案である。審議会委員の穂積重遠博士は、△要するに法律上は財産は別々ということにして置いて生活費を如何にして負担すべきか、各自の財産を如何に管理利用すべきか、それ等はすべて夫婦間の相談に任せて置く方がよからうと云う趣旨である。現在の如く管理利用が夫に属すべき旨を規定することは、円満な家庭に取っては不必要であり、夫婦不和の場合には却って問題を紛糾させる。改正要綱はこれ等の場合に出来得る限り「法律は家庭に入らず」の格言を執行しやうとした^(二二)と説明される。

臨時法制審議会は第一次大戦による日本の封建的社会關係の解体に對抗して、これを封建的ないしは絶対主義的に再編成する目的で設置されたのであるが、そこにあらわれた提案は必ずしも淳風美俗を尊重し、「家」制度の強化に役立つ改正案ではなかった。^(二三)第一次大戦以来のわが国の産業社会構造の変化、都市化の進展によって、大量に出現した都市の低所得者、労働者の家族が明治民法に定着せしめられたところの、戸主に統率された「家」制度と背反する事實は到底無視されえず、「家」制度にたいする批判が管理共同制の廢止↓純粹別産制の採用という形になつてあらわれたのであろう。

最後に、現行法第七六二条の成立過程を概観しよう。まず最初に、司法省民事局により△新憲法に基き民法親族編及び相続編中改正を要すべき事項試案[▽](第一案)として、法定夫婦財産制に關しては、**3 婚姻(へ)妻の特有財**

産に付ては夫の干渉を受けざること、即夫に使用、収益及び管理の権なきこと（七九九乃至八〇三削除）（ト） 婚姻中取得したる財産にして夫婦何れに属するか分明ならざるものは共有と推定すること（或は夫の所有を推定すべきか）^(二四) という問題の提示がなされた。それに応じて、昭和二十一年七月二〇日、司法法制審議会第二小委員会の堀内・来栖両幹事はつぎのような民法改正要綱案（幹事案）を作成、発表した。^(二五)

第四 妻の無能力及び夫婦財産（甲）四 夫又は妻が婚姻前から有したる財産及び婚姻中自己の名に於て得たる財産は其の特有財産とし、尚夫婦の孰れに属するか分明ならざる財産は夫の財産と推定する

この幹事案は特有財産に関しては、分別しているものの、夫婦いずれに属するか不分明の財産については、旧法通りに、夫の財産と推定するものであった。

ついで、昭和二十一年七月二七日の民法改正要綱案（起草委員第一次案）では、つぎのように夫婦いずれに属するか不分明の財産は夫婦の共有と推定され、すでに現行七六二条の原型ができ上っている。

第一〇 夫婦法定財産制に関する規定を左の如く修正すること

三 夫又は妻が婚姻前より有したる財産及び婚姻中自己の名に於て得たる財産は其の特有財産とし、夫婦の孰れに属するか分明ならざる財産は夫婦の共有と推定すること^(二六)

この第一草案はそのまま民法改正要綱^{（昭和二十一年九月一日）}第一二の三となり、更に順次、民法改正法案^{（昭和二十一年八月一日）}の第一草案から第八次案を経過しながら、字句的修正を受けただけで、現行民法七六二条になったのである。かかる現行七六二条の成立過程で注目を惹くのは、民法改正要綱成立までの司法法制審議会第二回総会（昭和二十一年八月一日）や臨時法制調査会第二回総会（昭和二十一年八月二二日）などで婦人委員により妻の内助の功に報いるために、婚姻中得た財産や夫婦のいずれに属するか分明でない財産を夫婦の共有にすべき旨の推定規定をおくべきだとか、^(二七)あるいは

婚姻中夫婦の協力で得た財産は共有財産とすべきものであるという主張が強くなされている。^(二八)ところが、この婚姻中の所得の共有の要望は夫婦財産法の中では結実しなかったが、財産分与制度の中で、清算的要素の導入への契機になったのである。舞台は夫婦財産制から財産分与へと移ったのであった。^(二九)高野判事は七六八条の成立過程を綿密に検討され、財産分与を請求しうる財産の額に関して、第二次案（沼津案・昭和二十一年八月二〇日）が「相当ノ生計ヲ維持スルニ足ルベキ財産」といって、扶養的要素を表面に出していたのが、第三次案（山中案・昭和二十一年一〇月一日）では、「相当の財産」に修正された契機は清算的要素の導入にあったとされ、その根拠をつぎのような来栖起草委員の発言に求められる。^(三〇)△婚姻中夫が俸給をとり妻は家事をしているとき、俸給はすべて夫のものとするのは不都合ではないかという議論があり、特に婦人側から夫婦が婚姻中取得した財産を共有にしろという要望があった。それで、婚姻中財産を共有にすることは不便でありその必要もないが、離婚の際の財産分与請求には、その点を考慮することを表現しようとしたのだったと記憶します。^(三一)このときから、わが民法の夫婦財産制では、婚姻中の所得の共有の問題は法定財産制の条文においてではなく、財産分与の条文の中で、婚姻解消後の問題として解決される運命を担わされたのである。そのために、第六次案（昭和二十二年三月一日）から第七次案（最終案）に移る過程で、「相当の財産の分与」が「財産の分与」になり、「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額」に修正されて、ますます条文上からも婚姻中の所得の分割の趣旨が明瞭になってくるが、実は、この修正にはG・H・Q側の強い要望があったとされている。^(三二)すなわち、G・H・Q側から、△協力によってえた財産▽は夫婦間で二分すべきで、裁判官の裁量に委ねるべきではないという強い主張がなされ、それに応じて修正されたといわれる。^(三三)とにかく、G・H・Qの介入があったにせよ、以上の立法過程を重視するならば、わが民法が夫婦財産制の一部をば婚姻中の所得の分割という形で財産分与制度の中に包摂せしめたという事実は、否定しえないのである。したが

って、通説が理解するような純粹別産制をわが民法は採用しているのではなく、もし共通制の基本的特徴が婚姻中の所得の公平な分配に求められうるとするならば、わが民法の夫婦財産制は婚姻中にかぎり各配偶者の財産が分別され、婚姻解消後に婚姻中の所得が分割されるという形の共通制の範疇としての夫婦財産制である。

ところで、立案者は別産制と共通制をもって夫婦財産制の対蹠的形態と把握して、夫婦財産制は別産制、財産分与の前提としては共通制であると説いている。^(三四) それでは、立案者によって夫婦財産制と財産分与との関係は一体どのように理解されていたのであろうか。民法改正法案が討議された第一回国会の衆議院司法委員会における政府委員の答弁はこの点に直接触れてはいないが、一応それから推測することはできる。まず、夫婦の財産の性格に関して、「夫婦の財産というものは、結局双方の協力によって得たものでありますので、夫の名前でもっておった財産といえども、これは夫婦の協力によって得た場合が多い」、^(三五) 「ただ夫婦がそのまま婚姻を継続している間はそれが多く問題にならないのであります、結局それが問題になるというのは、夫婦わかれをするとき」であると言ひ、夫婦の財産は夫の名义でも実質的には夫婦の共通財産にちがいないが、婚姻継続中はそれらの財産の帰属問題は生じないとする。したがって、婚姻継続中の所得による共通財産の構成には否定的態度を示し、「夫婦の財産を共有することについては、婚姻継続中は、結局それはだれかが管理をするということになると、あるいは夫が共有財産を管理するというふうなことになる例が多い。それではかえっておもしろくないのではないか、やはり別産制、いわゆる自分のものは自分のものというふうなわけで、しかも、管理はおの各自が自分の責任において管理する。従来のように夫が妻の財産を管理、使用、収益するということは不適当^(三六)」とする。つまり、婚姻中の所得による共通財産は夫によって管理される可能性が多く、管理共同制と同一に帰するのを怖れて、婚姻中の共通財産の存在を認めないのである。それゆえ、「婚姻継続中は、いわゆる夫の名で得た財産は夫の特有財産、妻の行為によって得た財産は妻の特有財産というふう

説に^(三七)、婚姻中の完全な分別が説かれ、「もし夫婦が別れるというふうな場合においては、男の方から女に対する財産の分与というような制度を認めておりますし、また男が死亡して相続を開始したという場合には、妻は必ず第一順位において三分の一の相続分によって常に相続人となるということにしたわけは、やはり夫の財産というものは妻の協力を得たものであるという前提のもとに、一種の分割という意味で、相続についても、または離婚の場合についても妻の位置を高く評価した^(三八)」として、婚姻解消によってはじめて所得による共通財産が形成され、それが分割されるとみるのである。これらの説明から立案者の意図を推測すれば、婚姻継続中は各配偶者がそれぞれ自己の財産を所有、管理、

収益するという意味での別産制であるが、婚姻解消によって所得による共通財産が形成され、この共通財産が双方の配偶者に分割される所得参与制となつてあらわれ、離婚の場合には財産分与、死亡のときには配偶者の相続分に体现されるといふものである。その想定された夫婦財産制は実は別産制と所得参与制の無条件の接合による複合形態であった。すでに考察したように、近時の共通制では、婚姻継続中の共同財産は潜在化ないしは觀念化せしめられているのであるが、その潜在化の態様には二つの型がある。一つは、婚姻中共同財産を存在せしめず、解消時にはじめて形成される型であり、他の一つは各配偶者と第三者との間（対外的関係）では、共通財産は潜在化せしめられ、出現しないが、夫婦間（対内的関係）では、存在せしめられる型である。立案者の考えていたのは、これらの中の前者であったのである。

(一) 川島 利谷「民法」(上) (日本近代法発達史(5)) 九頁。

(二) 石井良助「左院の民法草案」(2) 国家学会雑誌六〇巻六号五九頁。

(三) 高野耕一「財産分与の研究—民法第七六八条の系譜的考察—」(司法研究報告書一四輯七号) 五頁。

- (四) 利谷信義「『家』制度の構造と機能―『家』をめぐる財産関係の考察―」社会科学研究一三卷四号一八頁。
- (五) 民法草案獲得編第二部理由書（石井良助編「明治文化資料叢書」第三卷法律編（下）一六一頁。ただし、濁点、句読点は筆者が記入した。
- (六) 石井編同書一六二頁。
- (七) 手塚豊「明治二十三年民法（旧民法）における戸主権」(一)法学研究二六卷一〇号九頁。
- (八) 手塚同論文一〇頁。
- (九) 仁井田益太郎「舊民法」二五七―二五八頁。
- (一〇) 手塚Ⅱ中村「旧民法（財産取得編後半・人事編）元老院議定案」法学研究二九卷九号九八一頁。
- (一一) 石井良助編「明治文化叢書」第三卷法律編（下）三七五―三七六、三七八頁。
- (一二) 手塚前掲論文(一)法学研究二六卷一〇号二一―二二頁。
- (一三) 手塚前掲論文(二)法学研究二七卷六号三〇頁。
- (一四) 「民法編纂ニ関スル裁判所及司法官意見書（下）」（学振版）一四二丁表―一四三丁裏。
- (一五) 利谷前掲論文(二)、とくに、八九―九〇、一〇〇頁。
- (一六) 第一四七回法典調査会議事速記録（巖松堂版）五九裏―六〇丁裏。
- (一七) 同議事録六〇丁裏。
- (一八) 同議事録六一丁表。
- (一九) 梅謙次郎起草委員は第八〇七条に第一項が付け加えられた理由をつぎのように説明している。「此一項ノ規定ハ既成法典ニナカツタノヲ加ヘタ理由ハ、日本ノ従来ノ慣習デハ妻ノ財産ト云フモノヲ認メヌ方ガ多イノデス、認メテ居ルモノモアルケレドモ、ソレハドツチカト言フト例外デアリマス、何カ妻ガ財産ヲ持ツテ来タ、所ガソレハオ土産デ夫ノ所屬ト為ツテ仕舞ウ、多クノ場合ハ土産ト云ツテモ財産ト名ノ付ク物ハ持ツテ来ナイ、自分ノ使用スル道具ト自分ノ着物其他ノ附屬物位ハ持ツテ来マス、ソレデアリマスカラ、若シ此規定ガ無イト云フト、黙ツテ妻ガ持ツテ来タ財産ハ或ハ夫ノ所得物ト為ルト云フ説ガ出ルカモ知レマセヌ、加之ナラズ、此家族ノ処デモ矢張り同様ノ疑ヒガ起ラウト云フノデ『家族カ自己ノ名ニ於テ得タル財産ハ共有財産トス』ト云フ規定ガ出来マシタカラ、アレト權衡ヲ得ル為ニ斯ウ云フ規定ガ此処ニアツタ方ガ宜シ

イ（同議事録七四丁表―七五丁）。

- (二〇) 臨時法制審議會總會議事速記録（大正一四・一・一九第二〇回）一二六頁。
- (二一) 穂積重遠「民法改正要綱解説」(一)（「家族制度全集」法律篇I婚姻）三四七―三四八頁。
- (二二) 川島武宜「イデオロギーとしての家族制度」一四八―一四九頁参照。
- (二三) 我妻栄「家の制度―その倫理と法理」二八〇―二八一頁参照。
- (二四) 我妻編「戦後における民法改正の経過」二二二頁。
- (二五) 同書二一八頁。
- (二六) 同書二二五頁。
- (二七) 榑原千代委員の発言、我妻編同書六二頁。
- (二八) 村岡花子委員の発言、我妻編同書二五五、二五九―二六〇頁。
- (二九) この点については、とくに高野耕一「財産分与の研究―民法第七六八条の系譜的考察」(司法研究報告書第一四輯第一九号)五八頁参照。
- (三〇) 同書五九頁。
- (三一) 我妻編前掲書一四二―一四三頁。
- (三二) この点については、高野前掲書六三頁以下、小野幸二「財産分与―その沿革と立法過程」(日本法学三一巻一号一四九頁参照)。
- (三三) 起草委員の小次文雄判事は当時の事情をつぎのように述べている。「具体的何かこまかい標準という意味ではなくて、とにかく半分やるということははっきり出せということです。それに対して、こちらの方で、それでは困る、具体的事情は事件毎に違うからそのような数字は出さず、裁判所の具体的妥当な判断に任せてほしいというような話をいろいろいっているのです。たとえば、親譲りの財産があったときに半分では困るじゃないか、そういたしますと、それでは協力によって得た財産の半分というふうにやったらいいじゃないかというので、協力によって得たといっても、同居の親子や兄弟の協力が競合することもあるだろうし、日本の共同生活ではそれは分離できない、計算できないから争いばかり多くなって困るといふようなことで、しまいはこちらの方から、その辺は家事審判所で全部考えるからよいではないかといったのですが、そ

の家事審判所に、まだ信頼をおけないと向うはいうのです」（「改正民法の成立まで―その二―民法改正の立案経過―」法律時報二七卷二号一八頁）。なお、「親族法改正」（座談会）法律時報三一卷一〇号三一頁の同様な発言参照。

（三四）民法改正法案が討議された第一回国会の衆議院司法委員会での奥野政府委員の答弁の中に屢々現われている。たとえば、榊原千代委員が七六二条に関して、妻の家事労働をどう評価するかと質問したのについて、「夫婦の財産はやはり夫婦の協力によってでき得るといふふうに見るのが適当であります。もっともそういう場合に、男が事業とかあるいは労働力によって俸給なり収入を得た場合に、はっきり男の名において取得しておくものは、これは夫婦財産共有制をとらない以上やはり別産制をとらざるを得ないので、本案は原則として夫婦別産制をとったのであります。ところが、……男の財産といえども、女の内助の功によって得たものと見るのが適当であるのでありますから、もし夫婦が別れるといふふうな場合においては、……男の方から女に対する財産の分与というような制度を認めております」（「民法改正に関する国会関係資料」家庭裁判資料三四号一九四頁）。

（三五）同書二一六頁。

（三六）同書二七〇頁

（三七）同書二六八頁。

（三八）同書七九四頁。

むすび

以上の考察によって、われわれはわが民法の夫婦財産制は系譜的に見てもけっして完全な別産制を宣言しているのではないし、また、純粹共通制を原則として特有財産を例外的に認めている^(二)でもない。別産制と所得共通制との結合形態であることを知った。しかも、かかる夫婦財産制の形態は近時諸國の夫婦財産制に関する立法例の趨勢とも一致するのである。

しかしながら、立案者は婚姻継続中の夫婦の財産の帰属は問題となりえないと考え、婚姻中の財産の完全な分別と

説 婚姻解消後の所得の分割を単純に結合した結果、所得にたいする共同所有関係は婚姻継続中は存しないとされるものである。かような立法者の意図を素述し、婚姻中における内助の功の法的把握を閉却したつぎのような最高裁の判決(昭

三六・九・六民集一五卷八号二〇四七頁)がある。「夫婦は一心共同体であり一の協力体であって、配偶者の一方の財産取得に対しては他方が常に協力寄与するものであるとしても、民法には、別に財産分与請求権、相続権ないしは扶養請求権等の権利が規定されており、右夫婦相互の協力、寄与に対しては、これらの権利を行使することにより結局において夫婦間に実質上の不平等が生じないよう立法上の配慮がなされているということが出来る」と。はたしてかかる見解が夫婦の実質的平等を実現するものと言いうるのであるか。

すでに考察したように、近時の共通制では婚姻中の共通財産の存在は観念化、潜在化されるといっても、それは夫婦の一方による自己名義の所得の不当処分を阻止する法的措置が講じられ、解消時の所得の分割の際に他方配偶者に損害を与えないという保障が存在するかぎりにおいてである。わが民法上は、かような法的措置は採られていないだけでなく、婚姻中の所得の分割Ⅱ清算は財産分与の一部として家庭裁判所の裁量事項の中に含ましめられて、しかも、財産分与に関する実務上の多くの取扱いは厳格な所得の清算を行なっていない。かかる現状では、婚姻中に夫婦間に共通財産の存在を認め、その潜在化は対外的関係だけにとどめ、いつでも婚姻継続中に夫婦の一方は所得にたいする自己の持分を確認する途を開く必要も、実益もある。^(三)この必要を示した下級審の判決もある。たとえば、東京地裁判決(昭三五・八・六法曹新聞一五六号九頁)によれば、「婚姻関係の破綻を離婚によって清算する以前の段階において夫婦の財産関係を明らかにする利益を否定すべきではない」として、夫名義の土地建物について夫にたいしその二分の一の持分について妻のための所有権移転登記手続をなすことを命じている。したがって、夫婦財産制によって配偶者の地位の独立の二面性、すなわち、商品の所有の主体性と相手方配偶者との複合労働の主体性の同時的実現を期

するとするならば、わが民法の夫婦財産制における婚姻中の共通財産の潜在化、顕念化は夫婦と第三者との関係にかざられ、夫婦間ではいつでも共通財産の帰属が明確にされうるとしななければならない。

このようにみると、わが民法の夫婦財産制の法的構成は第七六二条によって夫婦の財産の帰属と第三者との関係を規定し、婚姻家族内部の夫婦間の婚姻中の所得の帰属は第七八六条によって規定されるということになる。したがって、第七六二条は夫婦の対外関係で夫婦の財産の個別的帰属の原則を示した規定にすぎない。夫婦の財産の帰属について、以上のように対外関係と対内関係に区別する解釈をとっても、対内的に夫婦の共同所有の対象となる財産は婚姻中夫婦の協力によって獲得した財産にかざられる。一方の配偶者が婚姻前から所有し、また、婚姻中においても、相続、贈与、などで他方の協力なしに取得した財産およびその収益は対外的にも対内的にもその者の特有財産であり、逆に、夫婦いずれに属するか不明の財産は対内的対外的に共有財産となる。対内と対外の不一致が生ずるのは、これらを除外した婚姻中の夫婦の協力で得た財産で、夫婦の一方名義になっているものにかざられるわけである。この点では、かような財産にたいして第七六二条二項を類推適用する近時の拡張解釈論と結果はあまり異ならない。ただ、この拡張解釈論の共有の推定も対価の出所が挙証されれば容易に破られるおそれがあり、また、この推定は対外的には働かないのであるから、^(三)拡大解釈論は夫婦の一方の名義の財産について実質的共有を認めても、それほど大きな意味をもちえないのではなからうか。^(四)

(一) かかる解釈を採用するものとして、千葉地判昭三一・二・二二判時七三号一三頁、高根義三郎「夫婦財産共有について」判時七三号一頁。

(二) 円満な夫婦間の財産帰属についての法的詮議立ては無用という見解にたいして、疑問を提出されるのは、沼正也「民法に

「おける最善性と次善性」一一四—一一五頁。

(三) 我妻・親族法一〇二頁。

(四) 本稿で述べた視点から、「注釈民法(20)」第七六二条のコメントルで判例を分析し、若干の解釈について触れておいた。