

# 「西ドイツにおける非婚生活共同体 と民法上の組合(一)」

野 沢 紀 雅

## 目次

### 序論

#### 第一章 婚姻法による解決の否定

##### 一、非婚生活共同体の多様性

##### 二、婚姻意思の欠如

##### 三、憲法上の問題

#### 第二章 判例における組合構成

##### 一、夫婦間の内的組合

##### 二、非婚共同生活者間の内的組合

#### 第三章 学説における組合構成

##### 一、組合法適用の際の問題点

##### (一) 契約締結意思

##### (二) 組合目的

##### (三) 組合財産の特定

##### (四) 労務給付の償還

##### 二、包括的組合説

##### (一) マイアー・シェーリングの所説

##### (二) 批判 (以上本号)

##### 三、家政の共同運営を目的とする組合説

##### (一) バッテスの所説

##### (二) 批判

#### 四、限定的組合説

#### 第四章 組合法的解決の可能性と限界

##### 一、組合法的解決の可能性

##### 二、組合法的限界

##### 三、組合法的適格性

#### 第五章 わが国の内縁問題への示唆

##### 一、準婚理論の「再検討」

##### 二、組合法的解決の可能性

##### 三、内縁理論の方向性

### 結語

## 序論

すでにわが国でも紹介されているように<sup>(1)</sup>、近時ドイツ連邦共和国(以下西ドイツと略称する)では法定の婚姻締結手続を経ることなく継続的な共同生活を営む男女関係、法学者のいわゆる「非婚生活共同体(nichteheliche Lebensgemeinschaft)」<sup>(2)</sup>が増加し<sup>(3)</sup>、種々の法的問題を引き起こしている。学説では、関係解消時の財産清算、損害賠償、当事者間の扶養義務、前配偶者に対する扶養請求権の取り扱い、パートナーたちの居住権保護、さらには第三者との取引等々の諸問題をめぐって多様な主張がなされ、帰するところを知らないような現状にある<sup>(4)</sup>。

この種の問題が民法学の議論対象とされること自体は、必ずしも

目新しいことではない。たとえば第二次大戦後には、再婚による年金請求権の喪失を回避するために事実上の関係に止まるいわゆる「レントン・コンクビナート (Rentenkonkubinät)」ないしは「オンケル・エーエ (Onkel-Ehe)」が社会問題となり、関連法規の改正までおこなわれているのである<sup>(5)</sup>。しかし、いままたこの問題が民法学の独立したテーマとなつていくことについては、数量的増加<sup>(6)</sup>という要因以外にも、以前とは異なつた別の要因が作用しているように思われる。たとえばシュワープ (D. Schwab) は次のように述べている。

「……この問題領域の現代における時事性は「戦中戦後のような」異常な生活事情によるものではなく、むしろ法的共同体として国家法によって規整された婚姻に対する社会的意識の変化に由来していると思われる。このことによつて、そもそも国家は政策的に支持されうるいかなる理由づけと目標設定をもつて婚姻締結、婚姻効果および婚姻解消を規整しうるか、また規整すべきか、という婚姻法の全体的理解にとつて原則的な問題が生じているのである」<sup>(7)</sup>。

制度的婚姻の相対化というこの要因は、不完全ではあれ公表されている意識調査の結果や、間接的にはあれ婚姻締結数の減少<sup>(8)</sup>という事実によつてある程度の推測が可能である。

さらに制度的婚姻の相対化は、他方において非婚生活共同体が選択される原因ないし動機の多様化となつてあらわれている。すなわち、婚姻未解消のため再婚できない等の法的原因、前配偶者に対する扶養請求権喪失への危惧等の経済的動機に止まらず、将来における婚姻の成否を試すという動機による試婚的なもの、終生的結合の情緒的回避から、旧来の男女役割の否定、婚姻制度の積極的拒否といった理念的

ないしは思想的原因によるものまで、きわめて多様な原因・動機が挙げられている<sup>(10)</sup>。ほかならぬ事実の多様性が、非婚生活共同体に対する一元的な法的性質決定を困難あるいは不可能にしているのである。

このように、現代における非婚生活共同体の広まりを特徴づける有力な要因は婚姻制度の相対化であり、しかもそれは広汎な意識変化に裏打ちされている。そうであるとするれば、この問題に対する法的評価の基本姿勢も変らざるをえない。事実、社会倫理的理由から婚姻外の男女関係一般を禁圧したり、あるいは当該関係の反道徳性を直ちに当事者間の行為の私法的効力の否定に短絡させるような姿勢はもはや過去のものとなつていくといつてよい<sup>(11)</sup>。現在の大方の学説は非婚生活共同体が提起する法的諸問題をザッハリヒに受けとめ、与えられた法的枠組の中で積極的にとりくむ姿勢において一致しているのである。

たとえばシュトレーツ (H. W. Strätz) は法的評価拒絶の不毛性を次のように指摘している。

「コンクビナートを一括して低劣に評価することは当事者を救済しないし、また婚姻に対する尊敬の念を強固にするという目標に資することにもならない。コンクビナートのまん延が望ましくない、それどころか有害だと思われるとしても、裁判官の前に持ち出された個別事件がコンクビナートに対して一般予防的措置をとる適当な機会を提供することはほとんどないのである。社会の変化と不可避的に結び付いた紛争状態の規整が、当事者間の公平な利益調整の実現をめざしてなされるならば、そのほうが一般の法的平和にとつていっそう有益なのである」<sup>(12)</sup>。

またフィンガー (P. Finger) は、法的拘束の回避という当事者のいわば消極的な意味での私的自治を過度に尊重することは法政策的に

妥当でないとして、次のように主張する。

『選択的(生活形態において)生きる者』は婚姻に近寄ろうとせず、(これまたひんばんに)はつきりと婚姻から遠ざかる。彼らは法的拘束を避け、その効果を回避しようとしており、さらにその前段階(Vorfeld)においてすでに基準的法規則を援助としてではなく重苦しくて息のつまる負担だと感じているからである。しかし「婚姻制度に対する」こうした反感でさえも、そのかぎりにおいて法がまったく冷淡にふるまいあらゆる干渉とあらゆる規整を常にそして絶対的に拒絶しなければならぬということの意味しない。法が社会の一定の部分的領域から撤退し、その領域をコントロールされない『私的』形成に明け渡すことは、個々のパートナーにとってきわめて望ましくからぬ受け入れ難い結果を招くであろうし、いずれにしても総体的にみれば「当事者が」当初に追求した、ないしは少なくとも言い立てていた目標の正反対に転化してゆく展開をもたらしかつ助長するであろう。すなわち自由が不自由に転化するのである。<sup>(13)</sup>

さらに幾人かの学者はより積極的に、非婚生活共同体パートナーの権利保護を法治国家原理(Rechtsstaatsprinzip)および社会国家原理(Sozialstaatsprinzip)<sup>(14)</sup>という憲法上の大原則によって根拠づけている。たとえばシュリユターは次のようにいう。

「むしろ法的保護の完全な拒絶は法治国家原理と社会国家原理に矛盾するであろう。法治国家では実在する問題における法的保護の放棄はありえない。加えて非婚生活共同体への「<sup>(15)</sup>」それを選択する」という決心から、あらゆる法的保護を拒絶する意思を推論することはできない。どんな理由からであれ婚姻という法的形式を拒絶する者は、たしかに特殊な保護とそれに結び付いた婚姻の法的効果を放棄してはいるが、しかし法的手段による紛争の解決一般を放棄しているのではない。最後に社会国家の観点の下でも、国家は非婚生活共同体における弱者をその都度保護する義務を負っているのである。<sup>(16)</sup>

このように現在では非婚生活共同体のパートナーに対する権利保護の必要性はほぼ一般的に認識されているといつてよい。しかしその必要性の程度と法的構成に関して学者の説くところはまちまちである。それら学説の全般的状況についてはすでに公表されている諸論稿<sup>(16)</sup>に委ねることとし、本稿では、まず、婚姻法の類推適用の可能性に関する西ドイツの学者の見解を明らかにし、次いで、非婚生活共同体解消時の財産的清算問題における組合法的解決の可能性と限界を中心に考察する。

右の限定は以下の問題意識に由来している。すなわち、現在わが国では内縁そのものの減少、内縁の質的変化および婚姻法体系との整合性への配慮から、長年にわたって通説的地位を占めてきた準婚理論の再検討の動きがみられ、準婚理論を離れて契約、不当利得、不法行為等の婚姻法以外の法的枠組による紛争解決をめざすべきだとの主張がなされている。これは従来の内縁理論に根本的反省を迫る問題提起である。しかしながらこの動きは未だその緒にたばかりの段階であり、さらに検討すべき問題点も少なくない。その意味で婚姻法による解決を否定して財産法の中に解決の方向性を模索しつつある西ドイツの動向は、わが国の問題にとっても有益な示唆を与えてくれるのではないかと考えるのである。また西ドイツの財産法体系がその法典および学説において一体的ではないにせよ、わが国と相当程度の親近性を示していることを考え合わせるならば、西ドイツにおける法状況への関心はいっそう高まるのである。

わが国の問題状況との関連は後に考察するとして、ともかくも本論

とされている。

本誌で使用した各種の注記の順に、及び、原典や参考文献の名称を添付した。以下にその順に示す。

- Battes I : Robert Battes, Gesellschaftsrechtliche Überlegungen zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft, ZHR 1979, SS. 385-408
- Battes II : Robert Battes, Nichteheliches Zusammenleben im Zivilrecht, 1983
- Beitzke : Günther Beitzke, Familienrecht 22. Aufl., 1981
- Derleder : Peter Derleder, Vermögenskonflikte zwischen Lebensgefährten bei Auflösung ihrer Gemeinschaft, NJW 1980, SS. 545-552
- de Witt/Huffmann : Siegfried de Witt und Johann-Friedrich Huffmann, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1983
- Evans-von Krbek : Franziska-Sophie Evans-von Krbek, Das „Zusammenleben“ und sein Verhältnis zur Verlobung und Ehe, JA 1979, SS. 236-242
- Finger : Peter Finger, Wohnungsgemeinschaft, Partnerschaft, Lebensgemeinschaft – „Alternative Formen“ des Zusammenlebens. -, JZ 1981, SS. 497-510
- Frank : Rainer Frank, Gesellschaften zwischen Ehegatten und Nichtehegatten – Kritische Überlegungen zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, FamRZ 1983, SS. 541-545
- Graue I : Eugen Dietrich Graue, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft aus rechtsvergleichender Sicht, in : Götz Landwehr, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1978, SS. 97-132
- Graue II : Eugen Dietrich Graue, Familie und Familienrecht im Wandel der Gegenwart, Zeitschrift für Wissenschaft, Kunst und Literatur 1979, SS. 829-836
- Henrich : Dieter Henrich, Schuldrechtliche Ausgleichsansprüche zwischen Ehegatten in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, FamRZ 1975, SS. 533-538
- Kunigk : Fritz Kunigk, Die Lebensgemeinschaft – Rechtliche Gestaltung von ehelichem und ehähnlichem Zusammenleben, 1978
- Larenz : Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II 12. Aufl., 1981
- Lipp : Martin Lipp, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft und das bürgerliche Recht : eine dogmatisch-methodische Studie, AcP 1980, SS. 537-603
- Luther : Gerhard Luther, Einheitrecht durch Evolution im Eherecht und Recht der ehähnlichen Gemeinschaft, RabStZ 1981, SS. 253-267
- Meier-Scherling : Meier-Scherling, Die ehähnliche Lebensgemeinschaft, DRZ 1979, SS. 296-301
- Mugdan : Benno Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB Bd. 2, 1899
- Müller-Freienfels : Wolfram Müller-Freienfels, Tendenzen zur Verrechtlichung nichtehelicher Lebensgemeinschaft, Zeitschrift für evangelische Ethik 1980, SS. 55-73
- Münch : Ingo von Münch, Verfassungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in : Landwehr a. a. O., SS. 137-151
- Neuhäus : Paul Heinrich Neuhäus, Finis familiae?, FamRZ 1982, SS. 1-7
- Roth-Stielow : Klaus Roth-Stielow, Rechtsfragen des ehelosen Zusammenlebens von Mann und Frau, JR 1978, SS. 233-236
- Rüfner : Wolfgang Rüfner, Sozialrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in : Landwehr a. a. O., SS. 84-97

- Schlüter : Wilfried Schlüter, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1981
- Scholz I : Rainer Scholz, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft – ein Problem für den Gesetzgeber?, ZRP 1981, SS. 225–230
- Scholz II : Rainer Scholz, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft in der Rechtspraxis, 1982
- Schwab I : Dieter Schwab, Zivilrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: Landwehr a. a. O., SS. 61–83
- Schwab II : Dieter Schwab, Eheschließungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft – Eine rechtsgeschichtliche Skizze, FamRZ 1981, SS. 1151–1156
- Simshäuser : Wilhelm Simshäuser, Zur Sittenwidrigkeit der Geliebten-Testament, 1971
- Simon : Dietrich V. Simon, Rechtsprobleme der nichteheliche Lebensgemeinschaft, Jus 1980, SS. 252–255
- Strätz : Hans-Wolfgang Strätz, Rechtsfragen des Konkubinats im Überblick, FamRZ 1980, SS. 301–308, 434–440
- Struk : Gerhard Struk, Rechtspolitische Grundfragen zu Ehe und eheähnlicher Partnerschaft – am Beispiel des Vermögensrechtes, ZRP 1983, SS. 215–219
- Stückradt : Volker Stückradt, Rechtswirkungen eheähnlicher Verhältnisse, Diss. Frankfurt, 1964
- Thomas : Hans-Friedrich Thomas, Formlose Ehen, 1973
- Wingen : Max Wingen, Der soziologische Tatbestand der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FamRZ 1981, SS. 331–337

なお引用文中における「」は筆者による補充であり、傍点は特記ごとのなにかぎり原著者のものとあつた。

(1) 太田武男・本沢巳代子「西ドイツにおける事実婚配偶者の法的地位」民商法雑誌八五巻三号三九頁以下、同「西ドイツにおける事実婚配偶者の特別法上の地位」判例タイムズ四五号四七頁以下、本沢「西ドイツの事実婚」シャリスト七九五号九〇頁以下、川井健「西ドイツ民法見聞記」家族法上の諸問題」シャリスト七九九号三七頁以下(特記四〇頁以下)参照。

(2) こうした関係を示す用語は数多い。このほかにも「コンクビナート(Konkubinät)」「野合婚(wilde Ehe)」「婚姻類似共同体(eheähnliche Gemeinschaft)」「結婚証明書なき婚姻(Ehe ohne Trauschein)」等々多種多様である。これらの用語選択には、かような婚外男女関係に對する否定的あるいは肯定的な評価がはいりこんでいるという。たとえば「コンクビナート」や「野合婚」といった表現には侮蔑ないしは道徳的不快といった否定的評価が含まれており、他方「婚姻類似共同体」や「結婚証明書なき婚姻」といった表現には実質において婚姻と同等だとくちむしる肯定的な評価がこめられているものもある(Münch S. 138f., Simon S. 252, Neuhaus S. 1, Schwab II S. 1151. 参照)。その中で本稿ではより価値中立的であること、および最近の法学文献に定着していることから「非婚生活共同体」の語を用いることとする(Münch S. 79, Scholz I S. 225, de Wit/Huffmann S. 2. 参照)。なお多様な用語とそれらが含む評価については、本沢前掲シャリスト七九五号九〇頁以下に詳しい分類がなされている。

(3) 現在のところこの問題に関する統計的資料は少ない。若干の機関が個別的、散発的におこなった調査結果が公表されているにすぎない(それらの統計資料については Wingen S. 331ff. および本沢前掲シャリスト七九五号九一頁以下参照)。こうした資料不備のため非婚生活共同体の実数およびその年次変化は実証されていない。それにもかかわらず近年における著しい増加は研究者たちの一致した印象である。たとえばミュラー・フライエントホルス(W. Müller-Freienfels)は次のように述べ

- ている。「…過去二五年間において非婚生活共同体がその数および継続期間とも著しく増大したということについては、現在では広汎な者としてほとんどきまり文句と思えるほどの一致がある。それどころかたいいての者は自分の観察によつてそのことを知っている。結婚適齢期の子を持つ者は彼ら自身からそれを聞いているし、五五歳以下の中年世代と関わりを持っている者も、ほとんど何らかの形でその問題と対決している。さらに、それ以上の年齢の人びととりわけ都市の—と親しく交際している者でさえも、もはやその世代でも非婚生活共同体が決してまれな例外でないことを知っているのである。」(Miller-Freienfels S. 55)
- (4) それらの諸問題をめぐる学説の現状を概観するものとして太田・本沢前掲民法雑誌八五巻二号四五頁以下、本沢前掲ジュリスト七九五号九三頁以下参照。
- (5) この問題に関してはすでに佐藤良雄教授の詳細な研究がある。佐藤良雄「西ドイツにおける第二次大戦後の内縁問題」同『婚姻予約の研究』所収二二五頁以下。
- (6) 主としてレントン・コンクビナートが問題となっていた一九五〇年代中頃にはそうした関係にある男女は一〇万人を超える程度と推定されていた(佐藤前掲二三三頁による)が一九七七年末には一〇〇万人に達しているとのことである(本沢前掲ジュリスト七九五号九二頁および同論文に引用の文献による)。
- (7) Schwab I S. 61 Anm. 1.
- (8) アレンスバッハ世論調査研究所 (Institut für Demoskopie Allensbach) が一九四九年、一九六三年、一九七六年にわたつておこなった意識調査の結果が公表されている(LIEBE-EHE-FAMILIE, Allensbacher Jahrbuch der Demoskopie, 1976-1977, Bd. VII, S. 139ff.)。以下はその調査結果の集計表の一部である。この集計の基礎となった調査には検体数の少ないものも含まれているので性急な一般化は避けるべきである(a. a. O., S. 139 参照)としても、社会の意識変化の一端を窺うことは

質問：「結婚していない者たちの間の親密な関係は必要だと思えますか、許されると思えますか、それとも非難されるべきだと思えますか？」

	既 婚 者					
	女			男		
	1949年 %	1963年 %	1976年 %	1949年 %	1963年 %	1976年 %
許される	58	48	59	57	47	67
必要だ	6	7	22	15	12	21
非難されるべき	23	21	7	15	20	4
何ともいえない	13	24	12	13	21	8
	100	100	100	100	100	100

(表1) a. a. O., S. 140

できるであろう。なおこの調査結果は雑誌『シュテルン (Stern)』一九七七年二月二四日号五〇頁以下にも抄録されている。

婚姻の価値低下  
質問：「婚姻の制度は原則として必要だと思いますか、それとも時代遅れだと思いますか？」

	既 婚 者					
	女			男		
	1949年 %	1963年 %	1976年 %	1949年 %	1963年 %	1976年 %
必要である	92	95	73	90	92	72
時代遅れ	3	1	8	3	3	9
どちらともいえない	5	4	19	7	5	19
	100	100	100	100	100	100

(表2) a. a. O., S. 140

若年上流階層における新しい行動規範  
質問：「ひとりの男とひとりの女が、戸籍役場で挙式せずに共同生活している場合、それを行きすぎと考えますか、それとも何とも思いませんか？」

	1976年 6月			=100
	何とも思わない %	行きすぎである %	どちらともいえない %	
全 体	66	21	13	=100
男	69	19	12	=100
女	64	22	14	=100
年齢グループ				
16—29歳	86	7	7	=100
30—44	76	14	10	=100
45—59	51	24	25	=100
60歳以上	44	44	12	=100
家族状況				
独 身	85	8	7	=100
既 婚	63	23	14	=100
学 歴				
国民学校	62	23	15	=100
それ以上の学校	80	13	7	=100
職 業				
職業教育を受けた労働者	54	30	16	=100
熟練労働者	75	13	12	=100
単純被傭者・公務員	72	17	11	=100
管理職被傭者・公務員	81	6	13	=100
自営・自由業	68	22	10	=100
農 業	37	45	18	=100
居 住 地				
村	56	32	12	=100
小都市	63	22	15	=100
中都市	68	21	11	=100
大都市	76	12	12	=100
教会へ行く頻度				
よく行く	52	33	15	=100
めったに行かない まったく行かない	76	11	13	=100

(表3) a. a. O., S. 141

- (9) シェリニター (W. Schlier) によれば西ドイツにおける婚姻締結数は、一九六三年五〇七、六四四件、一九六八年四四四、一五〇件、一九七三年三九四、六〇三件、一九七八年三三八、〇九二件と長期的な減少傾向を示している (Schlier S. 6)。またシェリニター・フライエンフェルスによれば一九八〇年までの一五年間に人口一、〇〇〇人あたりの婚姻率が三七パーセント減少しているとのことである (Müller-Freienfels S. 56)。なお本沢前掲シェリニター七九五号九四頁注 (10) 参照。
- (10) Kunigk S. 36ff., Strätz S. 302, Schlier S. 9f., Scholz I S. 226, Scholz II S. 23f. さらに本沢前掲シェリニター七九五号九二頁参照。
- (11) いわゆる「愛人遺言 (Geliebte-Testament)」に関する判例の変遷がこの変化を象徴している。愛人遺言とは婚姻外男女関係にある者がそのパートナーのためにした死因処分一般を指す用語である。かつて連邦通常裁判所 (Bundesgerichtshof—以下 BGH と略称) はライヒスゲリヒト (Reichsgericht) 時代の判例 (たとえば一九〇九年一月四日判決 JW 1910 S. 6f.) を踏襲して、この種の死因処分は、通常性的動機 (性的献身に対する報酬、婚外性関係の継続) によるものであり、それ以外の尊重に値する動機が決定的であったことが立証されないかぎり善良の風俗に反し無効であると解していた (たとえば一九六八年二月二六日判決 FamRZ 1968, 241 || NJW 1968, 932)。この判決は「未婚者間の性的交渉でさえも良俗違反とみなされるから、独身男子と既婚女子の間ではなおのことである」と述べる。非婚生活共同体をもつばら性的な視点からとらえるこの判例の態度は実質において「受遺者たる女性に売春婦の烙印を押す」(Simshäuser S. 27) のであった。しかし、一九七〇年三月三十一日決定 (BGHZ 53, 369 = FamRZ 1970, 1273 || NJW 1970, 1839) 妻と別居して他の女性と二〇年以上生活を共にしていた被相続人が遺言によってその女性を単独相続人に指定したという事案) において従来の原則と例外が逆転する。本決定はまず、法的判断の対象はパートナーたちの性的関係それ自体ではなく終意処分という法律行為の反良俗性であるとの原則を確認する。つまり反良俗性の判断に際して非婚生活共同体の存在はひとつの要素でしかないといわれたのである。そしてその点については「少なくともそのような「長年にわたる生活関係がある」場合において、もつばら性的領域にある動機が被相続人をして出捐をなさしめたという経験則は存在しない」と判断している。学説はこれを実質的判例変更と受けとめている。「より時代に合った考え方に對してもっと以前になされるべきであった適応がようやくしておこなわれた」(W. Speckmann, NJW 1970, S. 1839) という評価がこの決定に与えられているのである。なお愛人遺言をめぐる諸問題に関しては Simshäuser が詳細である。
- (12) Strätz S. 303
- (13) Finger S. 497
- (14) ボン基本法二〇条一項「ドイツ連邦共和国は、民主的、かつ、社会的連邦国家である。」邦訳は宮沢俊義編『世界憲法集』第三版(山田訳)による。
- (15) Schlier S. 16. さらに次のような見解もこれと同様の立場にある。「彼らがそれ〔婚姻による法的拘束〕を意図しなかったということは、彼らが完全にわれわれの法秩序の外部に立とうとしており、意識的に法的真空地帯 (rechtsleerer Raum) で生活しようとしているといったことを意味しない。また時おり主張されているように、彼らの婚姻拒否に對して完全な権利拒絶をもって応えるべきではないであろう。」(Meier-Scherling S. 296) 「この問題でひとつの法的秩序を作り出すことは、パートナーたちが彼らの関係の公的規整を望んでいないなどといった理由では排斥されない。法治国家では本質的問題における権利保護の放棄はありえないのである。その規整をもつばら私的自治に委ねたのでは、とくにその共同体から生れた子どもやあるいは社会的弱者たるパートナーの扶養に對する国家の責任を正しくとらえたことにはならないであろう。」(Tutler S. 282) なおこれは立法的解決までも視野に入れ



た発言である。

(16) 前注(1)に掲げた諸論稿参照。

## 第一章 婚姻法<sup>(1)</sup>による解決の否定

非婚生活共同体は法定の婚姻締結手続を踏んでいない以上法律的には婚姻でありえない。その意味においてはまさしく「非婚姻 (Nicht-Ehe)」にすぎない。しかしながら生活共同体という事実面においてとらえるならば、それから生ずる法的紛争は婚姻の場合と類似している。その点をバttes (R. Batters) は次のように述べている。

「非婚共同生活に典型的な紛争が発生するのは、人的ならびに財産法的領域を「婚姻と」同じように造形する包括的な共同体がパートナー間に存在している場合だけである。そこではほかならぬ人的領域と財産的領域との錯綜が婚姻と非婚共同生活の特徴づけており、かつまたそれが法的処理を困難にしているのである。」

このことから、とりわけパートナーの一方が他方の事業あるいは共同の家政における労働ないし労務給付をしている場合において、共同生活中にその者が過度の犠牲をばらひ他方がそれから不当な利益を得るといった可能性が生じる。

さらに、パートナーたちはともかく自分たちの関係が平穏な間は、その人的結び付きのゆえに自他の物を区別しないことが多い。そのために所有関係やその他の「財産」帰属問題(貯金通帳)および出捐の法的原因がしばしば不明瞭となる。こうしたことも婚姻と非婚共同生活を同じように特徴づけて

(2) いるのである。」

このように事実の面で婚姻と類似するならば、その法的紛争の解決規範としてまず念頭に浮ぶのは婚姻法、とりわけ夫婦の財産的関係を規整する諸規定であろう。しかしほとんどすべての学説は、婚姻法の類推適用に言及しながらもその可能性をはっきりと否定している。その否定理由は三つある。すなわち、一、非婚生活共同体の事実としての多様性、二、当事者意思との不整合、そして、三、憲法上の疑問である。

### 一、非婚生活共同体の多様性

すでに述べたように非婚生活共同体がもたれる原因ないし動機は様々である。またパートナー間の協力の程度や関係の継続期間もまちまちである。したがってかりに婚姻法を類推適用するとしても、その前提となる事実関係が均質でないため実務上の混乱をきたすことになる。すなわち

「……婚姻に適用される法律効果をそれ以外のより拘束の弱い共同体に転用するには決定的な法実務上の理由も妨げとなる。なぜなら婚姻に適用される法律効果を転用せんとする非婚共同体の事実 (Tatsstand) があまりに不平等でありまた散漫だからである。……」

もしも非婚生活共同体のようにその輪郭においてまったく不鮮明な概念に、遅くとも婚姻法改正第一法律 (I. EheRG) 以来離婚効果法に規定されているような徹底した法律効果を結び付けるならば、それは耐え難い法的不安定をもたらさずにはおかないであろう。もしそうなれば法の発展は教世紀、

すなわち「トレント宗教会議 (Konzil von Trient 1545-1563) 以前の時代まで後戻りさせられるであろう。」

また、かような事実関係の多様性は特別立法による問題解決をも困難にするであろう。<sup>(4)</sup>

## 二、婚姻意思の欠如

婚姻法の類推適用を否定する理由の第二は婚姻意思の欠如である。非婚生活共同体がもたれる原因は多様であるが、多くの場合当事者たちは婚姻による法的拘束を欲していない。少なくとも法律家はそのように認識している。したがって婚姻法規定の類推適用は——個別的におこなわれるのであれ——当事者の意思に反して婚姻効果を押しつけることになる。そしてまた、ひいては消極的意味における婚姻の自由を侵害することになると考えられるのである。たとえばシュリユターはこの点を次のように指摘する。

「非婚生活共同体のパートナーたち、少なくともその一方は婚姻という法的結合とそれから生ずる法的諸効果を拒絶している。だからこそ彼らは戸籍史の前での婚姻締結を思いとどまっていたのである。……」

もしも彼らの共同体を事後的に法の継続形成によって法律が婚姻のために定めているのと同じ法的効果に服せしめるならば、その結果は『裁判による強制婚 (Zwangshe durch Richterspruch)』となるであろう。……しかしそれは基本法六条一項によって保障された(消極的)婚姻締結自由および夫婦の自己責任と一致し難いであろう。<sup>(5)</sup>

婚姻法の類推適用を否定する主な理由として婚姻意思の欠如を挙げ

る見解はほぼ一般化している。<sup>(6)</sup> さらにこの観点からすれば、非婚生活共同体を民法上の婚約 (Verlobnis) と構成して一方的解消による損害賠償 (ドイツ民法一二九八条) を導き出そうとする見解も、将来における婚姻締結意思の欠如という難点をつかれることになる。<sup>(8)</sup>

## 三、憲法上の問題

ボン基本法はその六条一項に「婚姻および家族は、国家秩序の特別の保護をうける。」<sup>(9)</sup> と規定する。いわゆる家族保護条項である。

この規定は婚姻と家族という私的領域を公権力から保護する古典的防衛権および制度的保障、さらに原則規範、すなわち婚姻と家族に関する私法・公法の全領域にとつて拘束的な価値判断、以上三つの意味内容を含むものと解されている。<sup>(10)</sup> そして右条項の保護対象たる「婚姻」とは法定の婚姻締結手続を経たものに限られ、したがって非婚生活共同体は含まれないことも一般に承認されている。<sup>(11)</sup> そこで、もしかりに非婚生活共同体への婚姻法の類推適用が民法解釈上可能であったとしても、それはこの憲法条項の意味内容に反するのではないか、との疑念が生ずるのである。<sup>(12)</sup> つまり

「……婚姻に特殊な諸規範を拘束のより弱い生活形態に転用することは、基本法六条一項によって国家の特別の保護をうける婚姻という制度の価値を減ずる結果をもたらすであろう。婚姻によって夫婦に生ずる広範な義務は、夫婦双方が原則として解消しえない婚姻生活共同体への義務を引き受けていることによつてのみ正当化されるのである。」<sup>(13)</sup>

憲法のこの規定が婚姻法の類推適用の障害になることについて、  
学説上の異論はないようである。

以上のような諸理由から、現時点において西ドイツの学説は婚姻法  
の類推適用にきわめて慎重である。これを積極的に主張する学説はほ  
んど存在しないといつてよいであらう。<sup>(14)</sup>

それでは次に本稿の中心課題である民法上の組合構成に関する判例  
および学説の現状を検討していこう。

- (1) ここにいう婚姻法が現在では婚姻締結法のみを残す「婚姻法 (Ehege-  
setz)」だけでなく、婚姻効果法や離婚法までも含む広い意味のもので  
あることはいうまでもない。
- (2) Battes II S. 21. 及び Kunigk S. 95ff., Graue II S. 833, Struk  
S. 215f. 参照。
- (3) Schlüter S. 19. 周知のように婚姻の成立に公的な方式手続を要件と  
する制度の源はトレントの宗教会議にまでさかのぼる。それ以前の教会  
法理論では婚姻の成立には無方式の合意で足りるとされていたために、  
一方では婚姻が安易なものとなり、他方では婚姻合意の立証困難のゆえ  
に婚姻の存在が容易に否定されたとした弊害が耐え難いものとなって  
いた(いわゆる「秘密婚 (heimliche Ehe)」の問題)。こうした社会秩  
序の不安定を除去すべく、婚姻締結を要式化し、原則として司祭および  
複数の証人の面前で婚姻の意思表示をなすべきことがトレントの宗教会  
議で決定されたのである。トレント宗教会議前後の状況とその法史的意  
義に関しては Thomas S. 25ff., Schwab II S. 1152ff. 参照。
- (4) たゞせば Kunigk S. 13f., Scholz II S. 26f. 参照。
- (5) Schlüter S. 17f.
- (6) Kunigk S. 98, Schwab I S. 63, Graue II S. 833, Evans-von Krbek  
S. 241, Scholz II S. 35. 参照。ちなみにグラウエ (E. D. Graue) によれ  
ば、一九六八年にデンマーク議会に非婚生活共同体の規整に関する詳細  
な法律案が提出され結局否決されたが、その否決理由のひとつはパー  
ナーの意思なしに強制婚を認めることになるというものであったとい  
うのである (Graue I S. 127ff. 参照)。
- (7) Evans-von Krbek. 参照。
- (8) Strätz S. 305, Lipp S. 563, Schlüter S. 24, de Witt/Hufmann S.  
21f. 参照。
- (9) 邦訳は宮沢前掲 (山田訳) による。
- (10) Münch S. 146 参照。
- (11) Münch S. 140 参照。
- (12) ちなみにこの憲法条項の成立史には非婚生活共同体との関連できわめ  
て興味深い経緯がある。憲法制定会議である議会的審議会 (Parlame-  
ntarischer Rat) において最初に提案された条文は「男女の継続的生活  
共同体の合法的形態 (rechtsmäßige Form) である婚姻、および婚姻か  
ら生れる家族、ならびに婚姻と家族への帰属から生ずる権利義務は憲法  
の特別の保護を受ける。」というものであった。審議会を通じてキリス  
ト教民主同盟が一貫して「男女の継続的生活共同体の合法的形態」とし  
ての婚姻という表現に固執したのに対し、社会民主党は「婚姻、家族お  
よび子どもは憲法の特別の保護を受ける。」という修正案を提出した。  
こうした対立の後、基本法草案の全体的統一を行なう全般的校訂委員会  
(Allgemeiner Redaktionsausschuss) においてようやく現行の条文が採  
用されたのである。その理由は、婚姻と家族が国家秩序の保護を受ける  
のであれば「それより生ずる権利」も同時に保護されることになるし、  
また婚姻がそれ自体として国家の特別の保護を受けるのであれば、婚姻  
が「男女の継続的生活共同体の合法的形態」であることをあえて指摘す  
る必要はないということであった。以上につき Münch S. 144 参照。  
なお、制定過程における各機関の名称の邦訳は小林昭三『ポテン基本法』

制定過程に関する覚書「早稲田政治経済学雑誌一六一号—一二三頁以下に  
よった。

右の制定過程における「合法的」という文言の削除の意味をめぐって  
学説の理解が大きくふたつに分れている。一方の学説は、この修正によ  
って婚姻は排他的合法的形態としての地位を失ったのであり、それゆえ  
非婚生活共同体は憲法上も許容されると主張する (Kunigk S. 32,  
Roth-Stelow S. 233, Schlüter S. 15f., Meier-Shering S. 297 参照)。  
これに対して他方の学説は成立史を根拠としてそのような推論をおこな  
うのは行きすぎであり、憲法はその問題には触れていないと説く。たと  
えばシュトゥックラート (V. Stuckradt) は、ボン基本法制定当時の議員  
たちの念頭にあったのは、夫の戦時行方不明やナチスの人種立法のため  
に婚姻を妨げられて事実上の関係に止まっているといった戦後の異常な  
事態なのであって、その当時の事情を前提にして述べられた意見をその  
まま現在に適用するのは誤りであるという (Stuckradt S. 28f. 参照)。  
よんで Scholz I S. 227f., Scholz II S. 37f. 参照。

成立史の理解に関する対立はあるものの、この憲法条項によって婚姻  
と非婚生活共同体の等置は禁じられているが、非婚生活共同体に対する  
否定的評価までは命じられていない、という線においては学説の一致を  
みている。

(13) Schlüter S. 18f. よんで Scholz II S. 35. 参照。

(14) 唯一の例外とみられるのはシュトルック (G. Struck) である。彼は、  
婚姻の法と非婚生活共同体の法は同じ原理に支配されねばならないとい  
う。そしていくつかの財産清算制度を独自の法政策的基準から検討し、  
法政策的には民法上の付加利得清算などよりも「家具令 (Hausratsver-  
ordnung)」—正確には「婚姻同居および家具の取り扱いに関する命令  
(Verordnung über Behandlung der Ehenwohnung und Hausrats, 1944  
BGBl. I S. 256, 1976 BGBl. I S. 1421)」—による分割手続を非婚生活  
共同体にも拡張するのが妥当であるとの結論に達しているのである

(Struck S. 215ff. 参照)。

## 第二章 判例における組合構成

非婚生活共同体の財産的清算問題において組合法的解決が有力視さ  
れる理由はふたつある。ひとつは、後に学説でみるように非婚生活共  
同体とその法的構造において民法上の組合に類似しており、しかも組  
合法が財産清算に関する規則を含んでいるという点である。もうひと  
つには、組合法の適用を可能にするような法理論がすでに形成されて  
いるという背景を見逃すこともできない。その法理論とは「夫婦間の  
内的組合 (Ehegatten-Innengesellschaft)」である。そしてそれを非  
婚生活共同体に適用できるという点が、判例・学説において組合法的  
解決を有力なものとしている理由のひとつなのである。実際に判例は  
一九六〇年代以降それを肯定して現在に至っている。そこで本章では  
判例分析の前提として「夫婦間の内的組合」の内容と発展史を略説  
し、そのうえで非婚生活共同体に関する裁判例をとりあげる。

### 一、夫婦間の内的組合

内的組合とは、組合がそれ自体としては外部にあらわれることな  
く、組合員の一人が単独かつ自己の名義でおこなう対外的法律行為が

組合員相互の関係においてのみ共同の計算に組み入れられる、という組合の特殊形態である。そもそも人的共同体として外部にあらわれることがないから、その行為の効果は行為者のみに帰属し、取得財産も行為者の単独所有となる。したがって物権法上の含有関係に組み入れられるような組合財産は存在しない。しかし内部関係においては対外的行為者と他の組合員との間で損益分配がおこなわれ、取得財産に関しては最終的に清算がおこなわれることになる。<sup>(1)</sup>この内的組合が夫婦間においても認められることがあるのである。すなわち、夫婦の一方が他方の事業に相当程度の協力をなしそれに見合う対価を得ていなかった場合に、その夫婦間に内的組合が成立したものと解され、財産の名義人たる配偶者に対する債権的な清算請求権が認められるのである。<sup>(2)</sup>以下にこの法理の成立と展開の過程を略述しておこう。<sup>(3)</sup>

一九五七年のいわゆる「男女同権法」<sup>(3)</sup>による改正以前のドイツ民法では、夫婦の生活関係からみて通常であるかぎりにおいて妻は夫の事業(Geschäft)に協力する義務を負うものとされ(旧一三五六条二項)、法定財産制としては管理共同制(Verwaltungsgemeinschaft)が採用されていた。したがって夫の事業に対する妻の通常の貢献は原則として妻の婚姻上の義務に吸収され、夫婦財産制に基づいてその補償を求めることはできないとされていた。<sup>(4)</sup>また通常の範囲を越える貢献に関しても、それを財産的請求権に結び付ける制度は用意されていなかった。要するに、夫の事業に対する妻の貢献が通常の範囲内であれば範囲外であれ、そこから生ずる利益を妻に帰属させることは実定法上なしえないという状態にあったのである。しかしボン基本法はその三

条二項において男女平等を要求している。これをうけて基本法一一七条一項が男女平等原則に反する法律規定の失効期日を一九五三年四月一日と定めていた関係で、それ以降の法定財産制はもはや管理共同制ではなく平等原則との不整合がより少ない別産制(Gütertrennung)であると一般に解釈されるようになった。<sup>(5)</sup>しかしそれとても妻の貢献に財産的補償を認める実定的根拠とはならない。このような憲法上の価値決定と実定法規との矛盾ないし緊張関係の存在が「夫婦間の内的組合」法理を生む直接の契機であったといつてよいであろう。

かつてのライヒスゲリヒト時代の判例では、妻が民法旧一三五六条二項にいう通常の範囲を越えた貢献をなした場合でも、それは無償でなされたものと推定し、したがって特別の約定がないかぎりその報酬を請求しえず、そのことによって妻が著しい不利益を被るなら不当利得による救済がありうる」と解釈していた。<sup>(6)</sup>

戦後、BGHは一九五二年二月二〇日判決<sup>(7)</sup>によって旧来の判例の立場を離れ、内的組合の法理によって妻の清算請求権を基礎づけるようになる。事案は、十数年間にわたって通常の範囲を著しく越えて夫の料理店営業に協力していた妻が、離婚後に民法上の組合の存在を理由としてその料理店の備品の半分の引き渡しを請求した、というものである。この夫婦は婚姻成立前に財産契約で別産制の約定をなし、その中で特に妻は自己の労働力の使用について完全な自由を有し、夫の同意をいっさい必要としない旨を定めていたが、夫の事業への協力に対する報酬の約定はなかった。BGHはまず、通常の範囲を越える協力は夫婦の意思により無償でなされるものだという旧来の判例の前提

を次のように批判する。すなわち、その前提は今日一般的になっている妻の地位に関する意識つまり「妻は夫と並び立つのであって夫の下にあるのではない」という見解ともはや一致しえない、と。むしろ現在では、夫の事業に協力する妻はその事業のためにだけでなく婚姻共同体のために夫と共に経済的効果のある自己の労働を給付すると考えるべきである。この見解を前提としてB G Hは、そのような妻の協力は固定的な報酬ではなく成功報酬もしくはそれに類した取り分と引き換えになされているのであり、反対の約定なきがぎり妻はその事業の経済的利益と損失を分かち合うものである、とする。そして、こうした関係があるならば民法上の組合と考えることができるが、対外的な共同関係がない以上それは内的組合であり、したがって組合財産の分割請求権は名義人たる夫に対する債権的請求権であると結論づけたのである。

このように、当初B G Hは妻の地位に関する価値観の変化への適応から夫婦間の内的組合を承認したのである。それゆえに男女同権法により配偶者に対する通常範囲の協力義務が夫婦平等のものとされ、しかも法定財産制として付加利得共同制(Zugewinngemeinschaft)が採用された時点から組合法による清算の必要性はなくなったかのごとく思われる。事実その後の一時期B G Hが内的組合を承認した事案は、いずれも夫婦の財産関係が別産制かもしくは改正前の管理共同制の場合であった。しかし一九六七年二月二二日判決以降は、付加利得共同制の下でもこれが承認されることを判示し、結局B G Hの判例ではいずれの財産制の下でも内的組合が認められうるものとされてい

る。<sup>(9)</sup>

もちろんこの判例理論に対しては批判がある。とくに問題なのは、多くの場合夫婦間に明示の組合契約は存在しないから、黙示的構成によらざるをえないという点である。実際、判例を支配しているのは不十分な家族法に満足しない裁判官の法感覚であり当事者意思はみせかけのために利用されているにすぎないとか、公平上の考慮から組合契約が擬制されており、法律行為的構成は意思の契機にはなく純粹に公平上の考慮に基づいているという指摘もなされている。<sup>(10)</sup>

そこでB G Hは黙示的構成における擬制的要素をできるだけ排除すべく、目的による制限を加えている。すなわち、夫婦間において婚姻生活共同体の典型的枠を越える目的が追求されたことが確認できる場合にのみ、内的組合の黙示的締結が肯定されるのである。財貨や労働力の投入によって企業を設立するとか、職業活動を共同でおこなう場合がこれにあたる。それに対して、財貨投入の目的が婚姻生活共同体の実現とそのため条件整備にある場合には、組合契約の黙示的締結は否定される。なぜなら婚姻成立によってすでに夫婦各自は婚姻生活共同体を実現すべき義務を負わされている(民法一三五三条)以上、それと別個に同じ目標を追求する組合契約を認めることは無意味だからである。したがって、家財道具や家族居住用住宅等の取得のように協力の目的が右の枠内に止まる場合には、内的組合の黙示的成立は認められないのである。このような目的による制限の実質的意義が黙示的構成における擬制的要素の排除にあることは、明示的意思表示があればその制限が加えられないことからも明らかである。<sup>(11)</sup><sup>(12)</sup>

結局、夫婦間において黙示的に成立した内的組合が認められるのは、夫婦が婚姻生活共同体の実現を越えた別目的を追求する場合に限られているのである<sup>(13)</sup>。

## 二、非婚共同生活者間の内的組合

夫婦間での財産的清算に関して、かなり厳しい条件付きとはいえ婚姻法以外の領域に右のような法律構成がすでに承認されていたということは、その後発生してきた非婚生活共同体の問題解決にも一定の方向づけを与えることになる。すなわち、「非夫婦間の財産的清算の最初の諸事件に裁判所がとりくむ以前すでに夫婦間の内的組合の問題が学説・判例で詳細に議論されていたから、ここでもまず組合法的考察に解決を求めたのは判例にとって自然であった。実際、生涯の伴侶(Lebensgefährte)たちが共同生活中に財産を形成し、かつ『彼らの生活共同体の典型的枠を越える』目的を追求したのであれば、夫婦間の内的組合とパラレルな考えがどうしても浮んでくるのである<sup>(14)</sup>。」また、組合法的解決を積極的に支持する学説にとっては、「夫婦間の内的組合の歴史がすでに、組合法への整序がとくに一方の企業や業務における協力といった他方の労務給付に関しては唯一の妥当な解決であることを示してきた<sup>(15)</sup>。」と評価できるのである。

事実、判例では非婚生活共同者間にも内的組合の成立が認められている。ただし注意しなければならないのは、裁判所は夫婦間の内的組合に関する判例理論をそのまま適用しているのではないという点であ

る。むしろ、婚姻と非婚生活共同体との相違に配慮しながら「パラレルな考え」をとっていく傾向にあるとみるのが正確である。

夫婦間の内的組合法理の直接的適用を回避しながら、それとは別個に非婚生活共同者間における組合成立の可能性を承認したのはBGH一九五七年一〇月三日判決<sup>(16)</sup>である。

本判決における事実関係は、婚約者と共同生活を営みながら相手の経営する食料品店の経営と営業拡張に協力していた女性が、共同生活と婚約の解消後に組合関係の清算を求めたものである。原審は、原告の協力の目的は婚姻締結の前提たる被告の経済的基礎の確保にすぎないと認定して請求を棄却した。これに対して原告は、夫婦間の内的組合に関する判例原則が無視されているとして上告した。本件判決においてBGHは、その原則は夫婦以外の関係には適用されないとしながらも<sup>(17)</sup>、本件事実関係では黙示的約定による内的組合の可能性はなおも残されていると指摘して原審に差戻している。

右の判決は内的組合成立の単なる可能性を指摘したに止まる。その可能性を現実のものとして明確に承認したのはBGH一九六五年四月一日判決<sup>(18)</sup>である。

本件判決の事実関係は次の通りである。原告女性とJ男は十数年間にわたって共同生活を営み、その間にJ名義で土地を取得し、二人の協力によって住宅を建設した。その後土地家屋は売却され、またJは交通事故により死亡した。原告は、当該土地家屋はJとの共同出資によって取得したものであるとして、Jの相続人(法律上の妻および実父母)に対して土地家屋売却利益の半額の支払いを請求した。原審で

あるブレイメン上級地方裁判所 (Oberlandesgericht—以下 OLG と略称) は、原告と J は共同の労働と資金の提供によって土地の取得と住宅の建設を促進することを、明示的ではないがその行為態度によって相互に義務づけており、このようにして創設された法律関係は内的組合とみなしうる、として原告の請求を認容した。これに対し被告側より上告。上告理由の第一点は、夫婦間の内的組合に関する判例の原則は本件のような関係には妥当しないということにあった。この上告理由に対し、BGH は次のように判示して上告を棄却した。

「OLG は、夫婦間における業務上の協力を一定の要件の下で組合法原則に従って判定する判例が基礎にしているところの考量(……)を、一般に婚姻外ないし姦通的諸関係に転用したわけではない。むしろ OLG は、本件の具体的事情に基づいて民法上の組合のあらゆる本質的メルクマールを示す事実関係、すなわち共同目的を促進する契約上の義務を当事者双方が負うていることを認定しているのである(……)。さらに OLG は次のような考量もおこなっている。すなわち、彼らの人的諸関係からみて共同で建てた家屋に対する双方の権利を規整しておく必要があったであろう。なぜなら原告と J は結婚しておらず、彼らにとっては財産法的諸関係の特別の法律的規整が存在しなかったからである、と。夫婦の場合ならば、共同の財産的利益を「たとえば宅地取得の際の助力によっても」促進する義務は婚姻生活共同体の本質からすでに発生しており、それゆえ組合的な結合を必要としないのが通常である。これに対し本件の場合にはそのような義務を根拠づけるために契約による特別の結合が必要だったのであり、その結合の存在は OLG によって法的に誤りなく認定されているのである。」<sup>(19)</sup>

非婚共同生活者間にも内的組合の黙示的成立が承認されうるという BGH のこの見解は、後の裁判例でも再確認されている。たとえば共

同生活中の家具調度類の取得が問題となった一九六九年六月一日判決<sup>(20)</sup>では、「夫婦であれば家具の調達は婚姻生活共同体に由来する義務に属し、それゆえ特別の組合法的結合の対象となりえないのに対し、本件の場合に家具に関する義務を根拠づけるにはともかくも契約による特別の結合が必要であったと考えられる。」と同趣旨をくり返しているのである。

ところで、夫婦の場合にはまず婚姻生活共同体を実現すべき基本的な法的結合が存在し、その範囲を越えた目的追求に関してのみ内的組合が認められていた。そして、その制限は黙示的構成における擬制的要素の排除という意味を持っていた。これに対し非婚生活共同体にはそのような基本的な法的結合は存在しない。それがないからこそ組合契約による権利義務関係の規整の必要性が認められているのである。それでは、非婚生活共同体の場合には目的による制限はないのであるか。もしそうであるならば、共同生活中の様々な局面における協力関係すべてが組合法による清算の対象となりうる。それは一方において婚姻への接近を、他方において擬制的性質の強化を意味することになるであろう。

この問題に一定程度の明確性を与えたのが BGH 一九八〇年三月二四日判決<sup>(21)</sup>である。この判決は現時点での判例の立場を集約的に表わしていると考えられるので、以下に詳しく紹介する。

この判決の事実関係は次の通りである。被告女性は他に妻子のある K 男と共同生活を営んでいた。兩名の住居は被告名義で取得登記されていたが、その購入代金のうち頭金は K が支払い、さらに残代金を調



達するために被告とKは連帯して金銭を借り入れた。その借入金返済はもっぱらKがおこない、二〇回の返済をおこなった後にKは死亡した。Kの相続人はその妻と三人の娘であった。その娘の一人である原告は、Kが債権者に分割返済した金員は全額被告に対する貸金であるとしてその返済を請求した。原審は被告とKとの間の組合関係を否定したが、半額について原告の請求を認容した。連帯債務者間の内部的負担割合に関し別段の定めなきかぎり平等と規定する民法四二六条一項一文を適用したのである。そこで被告より原告、BGHは、まず原審が組合関係を否定したことを支持し、組合法の適用要件を次のように提示する。

「しかしその種の規則〔の適用〕が考えられる最低条件は、そもそも当事者たちが次のような意図を追求していたことである。すなわち、ある資産の取得によってパートナー関係の継続中に共同で利用するだけでなく、さらに共同の物であるとの観念を持つところの―「法的にでなく」経済的にだけであれ―共同の価値を作り出すとする意図を追求していたのでなければならぬ。」

それではいかなる事実が立証されれば右の意図が認定されうるかという点について、BGHは、少なくとも継続的共同生活の事実だけでは不十分であるという。すなわち

「……内的組合を承認し被相続人がともかくも債務法上は当該土地の共有者とみなされうると結論づけるには、被告と原告の父が生活共同体を成立させて当該家で生活し、そして父は自分が死ぬまでさらに何年もそこで被告と過ごせることを望んでいたであろう、ということを採用するだけでは不十分である。」

さてこのように組合関係の成立が否定されるならば、本件においてKが連帯債務の弁済としておこなった金銭給付は法的にいかに扱われるであろうか。原審は、これを連帯債務者間の内部的求償の問題とらえて、半額の求償権を肯定した。BGHは同様の問題把握をしながらも、結論的にはその求償権を全額において否定した。BGHによれば、少なくとも連帯債務である以上内部的負担割合に関しては先の民法四二六条一項一文が適用されるが、しかし同条にいう「別段の定め」は必ずしも当事者の特約による必要はなく、問題となっている法律関係の「事物の本性(Natur der Sache)」から明らかとなるものもよい、というのである。それでは、BGHのいう非婚生活共同体の「事物の本性」とはいかなるものであろうか。少々長くなるが、学説の争点とも関連するのでそのまま引用する。

「非婚生活共同体にあつては人的諸関係が前面に出ており、それがその共同体に関わる財産上の行為まで規定している。それゆえ、人的な面のみならず経済的な面でも原則として法的共同体は存在しない。したがって、パートナーたちが特別の規整をしていなければ、人的・経済的諸給付が互いに差引勘定されることはない。必要が生ずるかぎり、双方からでなくともそれをなする者から出資がおこなわれる。後になってなおも何らかの清算がなされるとすれば、それは連帯〔感〕(Solidarität)からなされるのであって、法的義務の履行としてなされるのではない。共同利益のための給付に対して特別の約定なしに『反対給付』、『代償』、『清算』、『補償』を求めることができるといふ観念は、そもそも―婚姻の場合に似て―この種の共同体には無縁なのである。共同の利益において負担され、いずれか一方によって分割返済された共同の債務についても何ら変わるものではない。各自の収入割合からみて当期利息と分割返済額を調達する資力がパートナーの一方(本件の場合被相

続人)にしかなく、したがって他方に対して金銭での清算を求めることが最初からまったくできない—本件ではこの点に争いはない—場合には、他方が法律上清算義務を負うべきだとの考えはおよそ思いもよらないことである。民法四二六条一項一文が規定しているような頭割りの清算義務は、非婚生活共同体の実際の関係に即応しない。むしろその特殊性によって次のような『別段の定め』がなされているのである。すなわち、パートナーの一方が共同の利益においておこなった給付は、ともかくもそれに関して何らの約定もなされていないければ他方によって清算されるべきものではない、と。」

右に述べてきたBGH一九八〇年三月二四日判決の趣旨は以下のようによらなければならない。まず、非婚共同生活者間に黙示的な内的組合の成立が認められるのは、ある資産の取得によって共同の価値を作り出すとの意図を追求した場合に限られる。そして、その目的追求に向けられたのではない給付、とりわけ共同生活上の種々の必要を満たすためになされた人的・物的給付は、別段の約定がないかぎり清算の対象にならない。逆にいえば、組合法による清算が認められるのは、共同生活の日常的需要の充足を越えた給付にだけである、ということになるであろう。(23) BGHは一九八一年二月二三日判決でも同趣旨をくり返している。

ところがその後BGHは、一九八二年七月一二日判決(25)において、内的組合の黙示的成立が認められない場合でも組合の清算規定が準用されることの見解を示すに至った。

事実関係は次の通りである。技術者O男は生活を共にしていた被告女性所有の土地で電子機器工場を経営し、被告も作業場を建設して提供するなどその経営に協力していた。O死亡後、被告はOの銀行口座

から自分の口座に預金を振り替えた。そこでOの相続人である妻と二人の息子が、その振り替えられた金員の返還を請求した。これに対して被告は、自分の持分払戻請求権(Abfindungsanspruch)の額の方が多いとして争った。原審は原告の請求を全額において認容した。その理由は、被告とOが取り決めに従って双方からの給付により生活ないし家族共同体の典型的枠を越える目的を追求したことが立証されており、むしろ被告の協力はOの企業経営上の給付および技術上の給付に比すれば副次的であって、家族共同体での協力の枠を越えるものではないから、Oの企業が内的組合の法形式で営まれていたとはいえない、というものであった。これに対し被告より上告。

BGHは、「たしかに被告と彼女の生涯の伴侶は、Oの企業を営むために明示的にも推測的行為態度によっても民法上の組合に結合していなかったかもしれない。しかしそのことには関りなく、原告の支払請求権に——ともかくも部分的に——対抗しうる持分払戻請求権が民法七三〇条以下(「組合の清算に関する諸規定」)の準用から生じないかどうかを検討すべきであらう。」と述べ、原判決を審理不十分とするのである。BGHは、原審において被告側から主張された人的・物的な種々の協力さらには報酬の不払いといった事実を指摘した後、次のように判示する。

「この種の実事関係があるならば、婚姻類似生活共同体においては法律行為として拘束力あるパートナーたちの約定は必ずしも重要なものではない。当裁判部(Senat)はすでに一九八〇年三月二四日判決(BGHZ 77, 55 = FamRZ 1980, 664)において次のことを前提としている。すなわち、そのよ

うな生活共同体のパートナーたちが組合法的関係を設定していなかった場合でも、パートナー双方が共同の給付によって財物を取得し、かつその際に利用が共同であるだけでなく帰属も共同であるべきだとの観念をもつところの——経済的にすぎないとはいえ——共同の価値を作り出そうとしたのであれば、民法七三〇条以下の準用によって組合法（あるいは共同関係法）の規則に従った分割清算が考えられる、ということ。土地の取得、住宅の建設およびその他の物の調達について正義を根拠として妥当することは、パートナーたちが双方の労働、経済的出捐その他の給付によって一緒に営利企業を設立、経営し、それを共同の価値とみなしかつそのように扱っている場合にも、少なくとも同じだけの「妥当する」資格をもっている。」

従来の裁判例にいう内的組合の黙示的成立と、本判決にいう民法七三〇条以下の準用とのちがいがどこにあるのかは判然としない。この点についてフランクは、「BGHとしては婚姻類似生活共同体のパートナー間の内的組合を『生活共同体の枠を』越える——公式（*überhinaus-Formel*）』の意味における別目的が追求されている場合にだけ承認しようとしているが、他方において生活共同体の通常の枠内で経済的な（法的でない）共同の価値が作り出される<sup>(26)</sup>ところでは、民法七三〇条以下の単なる準用によってさらに救済をはかりたい」と考えているのではないかと推測している。フランクのこの推測が的確かどうかはにわかに判断はつきかねるので、本判決の位置づけは当面保留せざるをえない。ただし、その後BGHは、先の一九八〇年三月二四日判決と同趣旨の判決を下している<sup>(27)</sup>ので、少なくとも先に要約した原則はBGHのほぼ固定した見解であるとみてさしつかえないであろう。

以上にみてきたように、判例はすでに前もって展開されていた夫婦間の内的組合に関する判例原則を念頭に置いて発展してきた。それも、それらの原則をそのまま非婚生活共同体に転用するのではなく、両者における法的諸関係の基本的相違を考慮して、それらの原則を若干緩和し、その分だけ組合法の適用領域を拡大する方向に進んできているのである。もちろんこうした判例の現状は決して満足のゆくものとは思われないであろう。理論的にも実際のにも多くの問題を含んでいるのである。それらについては組合法的解決一般の問題として後に考察する。

- (1) Larenz S. 401f. 参照。
- (2) 以下の論述は主として Henrich および Frank による。
- (3) 正しくは「民法の領域における男女の同権に関する法律（Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts v. 18. 6. 1957, BGBI. I S. 609）」である。この法律の概要については太田武男・椿寿夫「西ドイツの男女同権法について（一）」（二充）家裁月報一〇巻九号一三頁以下、一〇号一頁以下参照。
- (4) 太田・椿前掲家裁月報一〇巻九号四一頁以下参照。
- (5) Beitzke S. 84 参照。
- (6) Henrich S. 533 参照。
- (7) BGHZ 8, 249
- (8) BGHZ 47, 157 夫の事業である料理店の開店と営業のために連帯債務者として銀行から借り入れをなし、さらに自己の不動産をその担保に提供し、後に自己単独の預金債権を右の借り入れ債務と相殺された妻が、婚姻の解消により右の一連の行為はその基礎が脱落したとして、受働債権金額の支払いと担保権抹消の前提として残債務弁済を夫に請求したの

に対し、夫が内的組合により妻の債務は存続するとして争った事例である。

(9) Henrich S. 535 参照。

(10) Henrich S. 534 参照。

(11) 近時 B G H は一九八一年五月二〇日決定 (FamRZ 1982, 141) において、婚姻生活共同体実現の枠内の目的追求であっても明示的契約があれば組合関係が認められると判示した。事案は、共同で土地を購入した夫婦が契約証書の買主欄に「民法上の組合において (in Gesellschaft bürgerlichen Rechts)」と付記し、「アウフラッシング (Auflassung) も登記も同様の形式でおこなったというものである。この決定において B G H は、夫婦といえども自分たちの財産法的関係を形成することができ、その場合の判断基準は夫婦関係にない者たちの通常の組合と同様であり、家族法上の義務との抵触は考慮しなくともよい」と判示している。

(12) Frank S. 541 参照。

(13) フランク (R. Frank) の分析によれば、これまでに夫婦間の内的組合が肯定されたのはむしろ例外的事例、つまり夫婦の一方が他方の業務経営 (たいていは肉屋、造園、料理店といった中産階級の経営) のために多大の物的給付ないし労務給付をなした場合だけであるとのことである (Frank S. 541 参照)。

(14) Frank S. 541

(15) Bantes I S. 387

(16) FamRZ 1958, 15

(17) ふたつの理由が挙げられている。第一に、その判例理論は通常の枠を超える妻の協力までも無償であると前提したライヒスゲリヒトの判例の克服をめざして形成されたものであること。第二に、この判例理論は、妻が夫の事業の損益を分かち合うことは夫婦の運命共同体のあらわれだとの考量に支えられているということである。

(18) FamRZ 1965, 368

(19) さらに別の上告理由、すなわちかりにそのような組合契約があったとしてもそれは良俗違反であるとの主張に対し、B G H は次のように判示している。まず、良俗違反の法律行為と認めるためには、組合契約の締結と姦通の関係との間に関連があったらしいという事実だけでは十分でない。むしろ決定的なのは、当該法律行為の内容、目的および動機から明らかとなる全体像である。本件組合契約の内容は良俗に反する事実の実現に直接向けられてはいないから、その反良俗性は他の事情、とりわけ当事者の動機から導かれるにすぎない。O L G の認定によれば、本件契約の締結に際し、原告と J にとっては自分たちの姦通的关系を促進する考えは前面に出ていなかった。むしろその際決定的だったのは、共に働らいて価値の安定した財産を取得するという客観的に支持しうる動機だったのである。したがって契約締結者の人的関係は、それがために良俗違反として効力を否定されるほどまでには法律行為の全体的性格を刻印づけてはいないのである、と。さらに本判決と同様の論旨によって組合契約の反良俗性を否定した裁判例として、B G H 一九七〇年二月九日判決 (NJW 1970, 1540) がある。妻ある男性が共同生活していた女性と魚類加工業を営む合名会社を設立したという事例である。ちなみに西ドイツの合名会社は法人ではなく組合であり、商法に特則なきかぎり民法の組合に関する規定が準用される (山田辰編『ドイツ法律用語辞典』二八一頁による)。

(20) FamRZ 1970, 19 ただし結論的に組合関係は否定されている。戦時行方不明の夫を持つ女性と他に妻ある男性が約一五年間にわたって共同生活を営んでいたが、男性は週に一日は妻のところ与生活するという変則的な事案である。関係解消後に女性から共同生活中に取得した家具調度類に関して、自己の資金だけで購入したものであるとして引き渡し請求およびその他の請求がなされた。これに対して被告男性は、家具調度類の取得に関して内的組合の成立を主張した。B G H は、本文に述べたよ

うに一般論としては内的組合の成立可能性を認めたものの、本件の事例ではそうした結合がそもそも存在しえたかどうかきわめて疑問であり、かりに存在したとしてもそれは良俗違反により無効であろう、と判示している。シュワープは、「本件における組合法の不適用にとって決定的であったのは、財産価値の形成に向けた共同の努力の要素が欠けていた」という事情であろう」(Schwab I S. 71) によらる。

(21) BGHZ 77, 55 = FamRZ 1980, 664 = NJW 1980, 1520

(22) 判例集からは定かでないが、原告が予備的に組合関係の清算を主張したものと推測される。

(23) ただし、このような要約は家具調度類の取得に関する内的組合の成立を可能性としてだけではあれ肯定した前掲一九六九年六月一日判決と矛盾するであろう。なぜなら、家具調度類の取得は、それが特別の—たとえば美術的あるいは骨董的—価値のある物でないかぎり、共同生活の日常的需要を満たすための行為と考えられるからである。この点において一九八〇年三月二四日判決との整合性に疑問が残るのである。実質的判例変更があったとみるべきであろうか、それともシュワープの指摘する六九年判決の特殊性(前注(20)参照)に由来する表見的矛盾であろうか。

(24) FamRZ 1981, 530 = NJW 1981, 1502

(25) BGHZ 84, 388 = FamRZ 1982, 1065 = NJW 1982, 2863

(26) Frank S. 544 参照。なお、ホッピン(F. W. Bosh)は本判決の評釈において、「実際、組合法をあまりに気前よく使うべきではないであろう。被告の法的立場の承認は、具体的には婚姻家族の構成員に負担を強いることとなる、」(FamRZ 1982, S. 1066)と厳しく批判している。

(27) 一九八三年一月二〇日判決(FamRZ 1983, 349)、一九八三年五月二日判決(FamRZ 1983, 791)を参照。

### 第三章 学説における組合構成

学説において主張されている種々の解決策の中で組合構成は有力な地位を占めているが、それを支持する学者の見解は決して一様ではない。むしろそれらの具体内容を比較すれば、かなりの差がみられるのである。その差が出てくる原因は、——非婚生活共同体に対する個人的評価は別として——組合法を適用する際に生ずるいくつかの問題点に対する配慮の仕方にある。判例において示されたように、たしかに組合法は非婚生活共同体の財産的清算の枠組としてある程度の有効性を発揮する。しかしその有効性は組合関係の存在を論理的に基礎づけたうえで引き出されなければならないのであり、有効性だけを切り離して借用することは許されないのである。本来民法の組合に関する諸規定は、生活までも共同にするこの種の人的結合を予定してはいない。そのため、非婚生活共同体への適用に際しては、まず組合の成立要件に関して克服すべき問題が生ずるし、また組合としての法律効果も必ずしも満足のものではない。組合構成に伴って必然的に発生するそれらの問題の各々にどれだけの重要性を認めるかによって、各論者の見解が異なってくるのである。本章では学説を三つに分類して検討するが、それに先立って組合構成が抱えている右の諸問題を整理しておく。学説間の争点をあらかじめ明確にするためである。

## 一、組合法適用の際の問題点

組合構成を採用する際の問題としては以下の四点を指摘することができる。前二者は要件に関するものであり、後二者は効果面に属する問題である。

## (一) 契約締結意思

組合は債務法上の契約であるから、当事者間に契約締結意思が存在しなければならぬ。非婚生活共同体のパートナーたちが、自分たちの財産関係に関して明示的な取り決めをしていることはきわめてまれである。このことは前章に掲げた裁判例からも実証される。明示的合意が欠如しているからこそ法的紛争が生じるといってもよい。<sup>(1)</sup> パートナーたちの意思状況が明確でないところにおいて契約の成立を認定しようとするれば、結局のところ黙示的構成によらざるをえない。しかし、周知のように「黙示の意思表示」は単なる事実認定に止まらず、実際には裁判官の価値判断を正当化する擬制的な機能をも果たすことに留意しなければならない。<sup>(2)</sup> とりわけ非婚生活共同体の場合には、往々にして共同生活におけるパートナーたちのささいな言動、あるいはそれらの集積を手掛りとして意思表示を認定することになる。そのため、結果的に裁判官の主観に左右される可能性が高く、当事者の少なくとも一方の私的自治を侵害する危険性がある。したがってこの場合における意思の認定は慎重になされなければならないのである。

## (二) 組合目的

組合に関する冒頭の規定であるドイツ民法七〇五条は、「組合契約によって、組合員は相互に、契約に定められた態様において共同目的の達成を促進し、特に約定された出資をなす義務を負う。」と定めている。この共同目的は経済的なものでも非経済的なものでもよいが、組合関係の本質的要素であり、したがって組合契約の必要的内容である。<sup>(3)</sup> ところで、前述のように非婚生活共同体において明示的な組合契約が存在するのはまれであるから、この目的も必然的に不明瞭とならざるをえない。したがってこの場合にも黙示的に把握することになる。しかしこの目的を広狭どの程度の範囲で認定するかは選択は、前後の問題との関連で基本的なジレンマを含んでいる。すなわち、共同生活関係の多様な諸領域のうち客観的に把握可能な領域（たとえば特定財産の取得）に目的を限定すれば、当事者意思の認定において擬制的要素を一定程度排除できる反面、清算対象たる組合財産の範囲を縮小させることになる（後述）。また、逆に目的をより広範囲のもの（たとえば共同生活それ自体）と把握すれば、組合財産の範囲は拡大されるけれども、その反面、当事者意思の経験的基礎が動揺する。いずれにしてもこれは、契約構成による理論的要請と非婚生活共同体の財産的清算において求められる実際的なし法政策的要請との狭間に位置する問題である。それゆえに各学説の相違は、直接的には目的の範囲の違いとしてあらわれるのである。

## (三) 組合財産の特定

三番目の問題は、組合解散時において清算の対象となる組合財産の特定、換言すれば個人財産との区別である。民法七一条一項は、

「組合員の出資および業務執行によって組合のために取得した財産は組合員の共同財産（組合財産）となる。」と規定している。当事者の意思が、したがって当該の組合目的が明瞭な通常の組合関係においては、その意思・目的を基準としうるので、組合財産の特定が比較的容易である。それに対し、非婚生活共同体ではその特定がむずかしくなる。なぜなら、そもそもパートナーたちの意思が不明瞭であり、しかも共同生活になされる出捐や取得は当事者間の人的結合を前提として、もしくはそれと密接な関係においてなされるのが通常であり、そのため一定範囲の財産を組合目的に拘束された財産として識別する基準があいまいとならざるをえないからである。

#### (四) 労務給付の償還

以上三つの問題が当事者意思を基本的要因として互いに連動する関係にあるのに対し、最後の問題は、それらとは別個に、直接的にはドイツ民法の組合財産清算手続に起因するものである。ドイツ民法における清算手続では、組合財産はまず組合債務の弁済にあてられ（七三三条一項）、次に組合員からの出資の償還がおこなわれる（同条二項一文、二文）。そしてその後の残余財産が各自の持分割合（約定なきときは平等―七二二条一項）に応じて分割されるのである（七三四条）。ところが最終的分割の前段階である出資償還にあたっては、「労務の給付または物の利用許与による出資に対してはその補償を請求しえない」（七三三条二項三文）と規定されている。つまり労務による出資は償還されないのである。この規定の趣旨は理由書だけからは明確とならないが、<sup>(4)</sup>パッテスによれば組合関係の中で長年にわたって給付されて

きた労働の量と価値の事後的調査に相当の困難が伴うことにあるとい<sup>(5)</sup>う。ともかくも、この七三三条二項三文をここでの問題にあてはめると、次のような結果となる。まず、共同生活中にパートナー双方の協力によって一定の財産が形成され、それが組合財産とみなされたとする。この場合その財産の最終的分配は、各パートナーの出資を償還した後の残余財産についておこなわれることになる。その際各自の出資の態様が同じであればさしたる問題はないが、それが異なる場合には著しい不公平が生ずる。すなわち、財産形成に対する一方の貢献が金銭ないし現物の給付であるのに対し他方が労務の給付である場合には、前者は償還されるが後者は償還されない。そして前者が償還された分だけ最後に均分されるべき残余財産が減少するという結果になるのである。組合の成立を限定的にしか認めない判例ではこの点は論じられていないが、学説では相当に問題視されている。とりわけ、非婚生活共同体が主婦婚的形態をとり、しかもかなりの長期間にわたっていた場合には、この不公平は耐え難いものと感ぜられる。この点が組合構成の効果面での大きな障害となっており、「ほかならぬ労務給付の取り扱いで組合法的解決への批判に火が付いている」<sup>(6)</sup>のである。

さて、それでは組合構成を採用する学説はこれらの問題点をいかに克服し、あるいは克服しようとしているであろうか。学説はおおむね三つに分類できるが、ここではとりあえず組合目的の広狭に着目し、共同生活の広い範囲にわたって組合関係を承認する学説からとりあげ、順次限定的なものへと移っていきこう。

## 二、包括的組合説

## (一) マイアー・シェーリングの所説

組合法の適用範囲を最も広くとらえるのはマイアー・シェーリング (Meier-Scherling) であろう。彼女は共同生活それ自体を包括的に組合の目的と把握するのである。すなわち

「私見によれば、婚姻類似共同体は—無方式で有効な—民法上の内的組合とみなすことができる。ふたりのパートナーが共同の生活、居住そして家政に、したがって民法七〇五条の意味における共同の目的に結集 (Zusammentun) したのである。それゆえそれは組合である。しかし、彼らは外界との法取引においては統合された単一体 (Integrierte Einheit) としてではなく、各自別個の個人として登場する。それゆえそれは『内的組合』である。その関係には民法上の組合の規則を、少なくとも類推適用できる。」

組合関係をこのように広く承認するのは、非婚生活共同体を婚姻と並立する男女の継続的共同生活の新たな選択肢とみる基本認識に由来する。判例が組合関係の承認を個別的財産取得に限定しているのを批判して、マイアー・シェーリングは次のように述べているのである。

「この物的事項への制限は狭すぎるように思われる。結婚していないパートナー間に口座や家屋に関して組合を承認する用意があるのなら、どうして共同生活や相互的援助義務 (Beistandspflicht) 扶養義務に関してもそうしようとしなないのか。この点についてデュッセルドルフ OLG は、<sup>(8)</sup> 継続を意図した男女の共同生活のために法秩序は婚姻という法的形式を用意しているというが、そのことは婚姻が法的に唯一可能で唯一許される形式であることを意

味しない。「<sup>(9)</sup> 基本法制定過程における」議会的審議会での審議にあらわれているように、<sup>(10)</sup> そのような排他性はこんにち当然のごとくに与えられるものではないのである。」

このように生活共同体をいわば一体として組合と性質決定することによって、幾多の法律効果を引き出すことが可能となる。まず共同生活そのものが組合目的ととらえられるから、共同生活を維持するための生活費や日常家事のための協力は組合員の出資義務という性格を与えられる。<sup>(11)</sup> また民法七二三条二項によって、不適切な時点、たとえば女性の出産直前における非婚生活共同体の一方的解消は許されないとになる。<sup>(12)</sup>

このように個別規定の類推適用を可能にすることが、この学説の利点のひとつであるのは確かである。しかしそれはむしろ副次的なものであって、この学説の主たるねらいは別のところにある。それは、当事者間の共同生活全般を組合契約の網でおおうことによって信義則の適用が可能になるということである。マイアー・シェーリングはこの点を次のように説明している。

「婚姻類似のパートナーシップが—私の考えるように—民法七〇五条による組合、もしくはそうでないとしても組合類似の構造体 (Gestalt) であるならば、民法七〇五条以下の諸規定、たとえば各自が組合目的のために自己の出資をしなければならぬとする七〇六条などもこれに適用できる。そのうえさらに婚姻類似共同体の民法七〇五条以下への、したがって民法の一契約類型への包摂は、法律で明示的に規整されていないすべての紛争事例について民法二四二条〔「信義誠実の原則」の適用を許すことになるのである。<sup>(13)</sup>」信義則は通常、法律規定ないし法律行為の解釈基準として、さらに



はそれらの欠缺補充の基準として機能する。非婚生活共同体に関する法律規定は存在しないも同然であるし、<sup>(14)</sup>また当事者間で明示的約定がなされるのもまれであるから、信義則はその一般条項としての機能を最大限に發揮することになる。マイアー・シェーリングによれば、たとえば、取得財産が銀行預金や株式などであるときはその名義人によって帰属が決められるけれども、名義人でないパートナーがその財産取得を援助していたのであれば清算請求をなしうるのが当然であり、「取得に対する内部的参加の程度を基準とするそうした清算請求権は、信義誠実の原則（民法二四二条）の顧慮の下に内的組合の本質から導き出されうるのである」という。<sup>(15)</sup>

信義則の適用が単に補充的にでなくより積極的な機能を果たすのは、次のような「最も困難な問題」<sup>(16)</sup>においてである。すなわちそれは、関係解消後においても経済的強者が弱者に対して扶養料ないし補償金類似の支払いをしなければならぬかどうか、支払わねばならぬいとしてどの程度か、という問題である。マイアー・シェーリングによれば、当事者たちが意識的に婚姻を避けている場合、彼らは、関係解消後に扶養請求権が存在せず、たとえ一方に資力があっても経済的弱者に対する配慮がなされないことを自ら背負い込んでゐる。したがって、右のような支払いを求める請求権は認められないのが原則である。しかし、原則としては正当なこの解決も個別事例では甚しく不当な場合があり、そうした場合の解決は「民法二四二条の援用の下に組合法を根拠としてのみ発見される」というのである。<sup>(17)</sup>

マイアー・シェーリングは、原則の適用が甚しく不当な場合として

ふたつの例を挙げている。ひとつは不適切時における組合解散、たとえば先にも挙げた女性の出産直前における共同生活関係の一方的解消である。この場合その女性は信義則によって、適当な時点まで組合関係が存続するものとみなすことができ、そして相手方に対し組合のために定められた給付たとえば住居の賃借料や家計費の支払いを請求できるといふ。甚しく不当と考えられるいまひとつの例は、パートナーの一方が過去において共同生活のために多大な金銭等の給付をなし、それによって他方の経済的基礎を確立させた後に棄てられるという場合である。たとえば女性が働らいて男性の学業資金を提供し、男性が学業を終えてしかるべき地位についた後にその女性を棄てるという事例がこれにあたる。「その場合、組合のために双方からなされる給付の事後的清算がなお民法二四二条に基づいてなされなければならないであろう。なぜなら、いうまでもなく組合員の給付は原則として同価値であるべきだからである。「つまり」一方だけが先に給付した場合に、他方が清算のために後から給付しなければならないのである」<sup>(18)</sup>

右に述べてきたマイアー・シェーリングの学説をここで整理しておきたい。まず第一に、生活共同体の実現それ自体を組合目的として包括的に把握することにより、事案の必要に応じて組合の効果規定を類推適用できる。第二に、共同生活全般にわたる信義則の適用により法律規定の欠缺を補充し、さらに例外的事案への個別具体的配慮も可能となる。非婚生活共同体の事実関係がきわめて多様であることを考えれば、これらの柔軟性は具体的妥当性を担保する意味でそれなりに有益であろう。第三に、——マイアー・シェーリング自身は触れていな

いが——組合法は任意規定であるから労務出資の不償還という効果面での難点も信義則の適用によって、すなわち当事者意思の解釈という方法で回避できると考えられる。

この学説は右の特徴ないし——見方によっては——長所を有しているにもかかわらず、それを支持する文献は今のところ見あたらない。逆に強い批判にさらされているのが実情である。

#### (二) 批判

マイアー・シェーリングの包括的組合説への批判は三点にわたる。

第一点は婚姻制度との競合である。すなわち、当事者間の人的および財産的關係をとりこんだかくも包括的な組合關係を承認することは、結局のところ実質において婚姻とは別個の新たな身分關係を承認するに等しいというのである。もちろんマイアー・シェーリングは基本的認識において婚姻の排他的正当性を否定しているから、そのような結果をも容認するかもしれない。しかし、婚姻制度を尊重する立場からは次のような批判が加えられるのである。

「婚姻の内部で実現された生活共同体だけが法的保護を享受する。この法制度〔を利用するかどうかだけ〕が当事者の自由に委ねられているのであり、その他の〔自由〕は与えられていない。それを利用するかしないかが彼らに委ねられているのである。法の規定を利用する代りに『貴人の言(Bdaimannswort)』をあてにする場合に法的保護を要求できないのとまったく同様に、法によって自由に委ねられた制度が意識的に放棄された場合には、法的な救済的構成(Hilfskonstruktion)にとりくむ必要はないのである。したがって、『非婚生活共同体の実現』を民法七〇五条の意味における目的ととらえてコンクビナートを民法上の組合として登場させることは、現行法の基盤の

うえでは不可能である。」<sup>(19)</sup>

批判の第二点は、この説が想定する包括的組合契約の反良俗性である。しかし、それは婚姻外男女関係一般に対する否定的評価によるものではない。逆に、個人の自由に対する過度の拘束が良俗に反するのではないか、との批判なのである。この点をもっとも明確に指摘しているのはシュワープであろう。

「組合法の観点に立つならば、非婚生活共同体の意義はそれ自体でパートナー間の諸關係への完全な法的意味付与(Verrechtlichung)を可能にするかもしれない。つまり婚姻類似の共同生活をもって、パートナーたちが共同で追求するために法的に結合したところの目的と考へ、したがって民法上の組合(民法七〇五条)を構成することができるかもしれない。〔しかし〕、そのような解釈は避けるのが妥当である。なぜなら、非婚共同生活の維持と促進の法的義務づけは個人の道徳的自己決定と両立しえないと考えられるからである。そうした趣旨の組合契約は、明示的に締結されたとしても存立しえないであろう(民法一三八条一項〔II〕良俗違反の法律行為を無効とする規定)。」<sup>(20)</sup>

批判の第三点は当事者意思の問題である。つまり、共同生活中における扶養義務や——名目は何であれ——關係解消時における経済的給付義務までも発生させる趣旨の当事者意思が、はたして推認しうるかどうかである。たしかに非婚生活共同体の当事者は、必ずしも婚姻の法的効果のすべてを拒絶しているわけではない。しかし、かくも広範囲にわたる法的結合を欲するのであれば、当事者は婚姻障害のないかぎり正式に婚姻するはずではないであろうか。たとえばバツェスは次のように述べる。

「誰であれ結婚が可能であるだけでなく婚姻の諸効果を引き受ける覚悟のあ

る者ならば、戸籍役場(Standesamt)をおそれる理由がみあたらない。……当事者の一方であれ、その意思に反して婚姻を考へることはできない。なぜなら、その婚姻は国際法的にも承認されている(婚姻成立に関する)厳格な合意原理に反するであろうからである。」<sup>21)</sup>

上述のところから理解できるように、マイアー・シェーリングの所説に対しては、まさしくその包括性ゆえの強い批判が加えられているのである。

- (1) クニーク(F. Künigk)は当事者間および対第三者(たとえばパートナーの債権者)関係における法律関係を明確化するために公正証書による組合契約を推奨し、そのひな型を示している。またこの種の契約はオランダなどでは日常のことであるという(Künigk S. 118ff., Ann. 488 参照)。
- (2) たとえば穂積忠夫「法律行為の『解釈』の構造と機能(二完)」法学協会雑誌七八巻一号四三頁以下参照。
- (3) Larenz S. 371ff.
- (4) この規定は、第一草案六五六条三項三文に置かれていたものである。それについて理由は、物の利用許与と労務による出資の不償還は組合の清算に関する草案の体系に直接由来するものではなく、ただこの二種類の出資の同等扱いによって人的給付を無視する規定への疑念が緩和される、としか述べてゐない(Mugdan S. 351f. 参照)。
- (5) Battes II S. 95 参照。
- (6) Battes II S. 94
- (7) Meier-Scherling S. 296f.
- (8) 原文の当該箇所には一九七七年二月二四日判決(FamRZ 1978, 109)と一九七九年四月一〇日判決(FamRZ 1979, 581=NJW 1979, 1509)が引用されているが、前者の判決には本文のような記述はない。この記述は後者の判決文からの引用であろう。後者の判決は、男性パートナーが療養中の女性パートナーの口座から預金を引き出してすぐ後に他の女性と結婚したという事案において、その男性に対して不法行為による損害賠償責任を認めたものである。この判決文中に本文と同一の記述がみられる。被告は組合関係の存在を理由としてその口座残高に対する持分権を主張したものとと思われる。
- (9) ボン基本法六条一項の成立史の意味理解に関する対立については第一章注(12)参照。
- (10) Meier-Scherling S. 297
- (11) 「パートナー各自が共同の生活費のために労務給付をなすのは共同の生活運営にとって当然のことである。民法一六〇一条以下による家族法上の扶養請求権は存在しない。しかし、民法七〇五条によって扶養料給付および労務給付の提供を求める債務法上の請求権(七〇六条)は出資義務に関する規定」が生じうるであろう。しかも、それは厳密に構成すれば一ふたりのパートナーから成る内的組合のための、給付を義務づけられたパートナーに対する請求権である。」(Meier-Scherling S. 298)
- (12) Meier-Scherling S. 299 参照。民法七二三条によれば、存続期間の定めがないかぎり組合員はいつでも組合関係の解約告知をなしうる(同条一項)が、正当な理由なく組合にとって適切でない時点で告知した場合には、そのことによって生じた損害を賠償しなければならない(同条二項)。
- (13) Meier-Scherling S. 297
- (14) 唯一の例外は、「婚姻類似生活共同体で生活する者は、社会扶助の要件および範囲に関して夫婦より優遇されてはならない。」と規定する連邦社会扶助法(Bundessozialhilfegesetz v. 3. 2. 1976, BGBI. I S. 289) 一三二条でも、この規定をめぐって諸問題に関して Rühner S. 84ff., Lipp S. 541ff. 参照。
- (15) Meier-Scherling S. 300
- (16) Meier-Scherling S. 300

- (17) Meier-Scherling S. 300
- (18) Meier-Scherling S. 300
- (19) Lipp S. 569f. その点については、「婚姻の効果を無方式の契約によってもたらすことができるかのような大胆以上の主張」(Battes I S. 390)との批判もありうる。この批判は直接的には非婚生活共同体を組合よりもむしろ婚姻に近い特殊の共同生活契約として構成するロート・シュタイロー(K. Roth-Stielow)に対する批判であるが、マイアー・シエーリングの説にもあてはまるであろう(Simon S. 253 参照)。
- (20) Schwab I S. 68
- (21) Battes I S. 391 この批判も直接的にはロート・シュタイローに対するものであるが、マイアー・シエーリングにもあてはまるであろう。