

婚姻破綻時における日常家事に関する一考察

大 杉 麻 美

1. はじめに
2. 「日常家事」概念の歴史的経緯
 - (1) 旧法における日常家事債務の「概念」と「範囲」
 - (2) 現行法における「日常家事」の概念と範囲
3. 婚姻破綻時における「日常家事」
 - (1) 学説にみる「日常家事」
 - (2) 判例にみる「日常家事」
4. 小括

1. はじめに

婚姻関係にある夫婦の財産関係については、民法第

婚姻破綻時における日常家事に関する一考察（大杉）

七六〇条において「夫婦は、その資産、収入その他一切の事情を考慮して、婚姻から生ずる費用を分担する」と規定され、さらに民法第七六一条においては「夫婦の一方が日常の家事に関して第三者と法律行為をしたときは、他の一方は、これによって生じた債務について、連帯してその責任を負う。ただし、第三者に対しその責任を負わない旨を予告した場合は、この限りでない」と規定される。婚姻費用は家計の負担に関する夫婦の内部負担に関する規定である一方、日常家事債務の連帯責任については第三者保護の規定もあり、対外的な夫婦の債務負担関係を定めた規定であると理解されるところ、本条が

もつばら問題となるのは、夫婦関係が不和の場合であろう。夫婦関係が安定している場合には、財産関係につき夫婦間で話し合いが行われるのに対し、夫婦関係が不和の状態にある場合には婚姻費用の分担がなく、また、一方配偶者が他方配偶者の承諾なしに財産を処分することにより、他方配偶者にとって不利益な状態を発生させることが想定される。

この点、婚姻費用については、別居中の夫婦間における婚姻費用の分担義務が裁判でも争われるところである。学説においても①請求者の有責性の状況や度合を考慮する学説^①、②共同生活回復可能性を基準として、回復可能であれば生活保持義務であるが、破綻の程度が進むにつれ婚姻費用分担義務の性質も変容し額も減少するとする学説^②、③生活保持義務は、「一体的な共同生活関係」が当事者間にあることを前提にしているとしたうえで、「別居により共同生活関係がなくなり、その回復が困難である場合には、保持義務の程度の扶養を課すことはできない」とする学説^③、夫婦関係が破綻し別居状態にある場合には、「夫婦間の個人的扶養（七五二条の夫婦の扶助義務）の問題になる」として、考慮要素として「(1)労

働能力による自活可能性、(2)夫婦であるという身分、(3)別居責任の有無、(4)婚姻共同体の破綻の程度及び回復の可能性」をあげる学説^④、扶養の緊急性を考慮され「離婚成立までの有責配偶者に対する生活扶助義務を他方配偶者に負わせることが衡平に反するとまではいえないように思われる」とする学説^⑤などがある。

他方、判例においては、住宅ローン控除の可否などをめぐり、別居中の夫婦間の婚姻費用分担義務については判断が示されているところである^⑥。夫婦関係が不安定な状態にある場合の日常家事については、判例においては、そもそも「日常家事」に該当しないとするもの、「別居しているが破綻しているとはいえない」として婚姻関係を具体的に考慮する事例などをみることができる。

離婚原因における破綻においても同様の考え方がとられており、夫婦関係を個別に考慮する傾向が見られる。しかしながら、夫婦関係を個別に考慮するとしても、破綻を法的に評価することは難しく、離婚原因の分野では、破綻を推定するための客観的指標である「別居」の概念が用いられている。この点、日常家事債務については、離婚原因における破綻の同様の考え方をすることはか

えって配偶者の不利益を発生させる結果となることが懸念される。婚姻関係が破綻しているからこそ、日常生活を維持するために他方配偶者の承諾なしに日常家事が行われる事例もあり、このような場合に、夫婦関係が破綻しているから日常家事に該当しないとすれば、かえって困窮に陥る配偶者を発生させてしまうからである。

本稿ではこのような視点から、婚姻破綻時における日常家事の考え方について再検討を加えるものである。

2. 「日常家事」概念の歴史的経緯

夫婦関係の破綻については主に、離婚原因として論じられることが多いところ、夫婦関係が離婚に至る過程で段階的に崩壊していく現状を法的にどのように評価するかについて、婚姻費用分担の議論でみられるように、具体的な事情を考慮しつつ、当事者の有責性なども踏まえたうえで、考慮する等の議論をみることができ。

他方、婚姻関係破綻の理論は本来的には当事者の有責性を問わないものであり、当事者の有責性を問わず、婚姻関係破綻時の法的効果を考慮する視点も必要となる。

この点、特に対第三者との関係での夫婦の債務分担を規定する民法七六一条においては、夫婦の詳細な内部状況を対外的に主張することが可能であるかという点も含めての議論が必要となると考えられる。本章ではまず、婚姻破綻時という視点からみた日常家事債務について検討を加えたい。^⑦

(1) 旧法における日常家事債務の「概念」と「範囲」

日常家事債務につき、民法草案獲得編第二部理由書によれば、第一八六二条において「共通財産ノ管理ハ夫ニ属ス、日用家事ニ関シ婦ノ爲ス管理ハ夫ノ与ヘタル総括ノ代理ニ依テ爲スモノト看做ス」と規定する。本条は、「財産ノ管理ハ夫ニ属スルヲ通常トス然レトモ日常家事ニ関スルモノハ婦之ヲ処理スルヲ以テ便ナリトス是亦夫ヲ代理シテ之ヲ爲スモノト看做スニ過キス」とされ、^⑧婚姻生活においては妻が家事を処理する方が通常であるから、夫の代理人としての地位を与えたに過ぎないとし、通常の家事運営における家事取引を想定していた。

明治民法（明治二九年民法）第八一四条においては、「日常ノ家事ニ付テハ妻ハ夫ノ代理人ト看做ス、夫ハ前

項ノ代理權ノ全部又ハ一部ヲ否認スルコトヲ得但之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス⁹⁾と規定され、夫が妻の代理權全部または一部を否認することが可能であるとされた。

明治民法第七九九条は「夫又ハ女戸主ハ用方ニ從ヒ其配偶者ノ財産ノ使用及ヒ収益ヲ爲ス權利ヲ有ス」と規定するとともに、第八〇一条第一項において「夫ハ妻ノ財産ヲ管理ス」と規定し、第八〇二条において「夫カ妻ノ爲ニ借財ヲ爲シ、妻ノ財産ヲ讓渡シ、之ヲ担保ニ供シ又ハ第六〇二条ノ期間ヲ超エテ其賃貸ヲ爲スニハ妻ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス但管理ノ目的ヲ以テ果実ヲ処分スルハ此限ニ在ラス」とし、夫が妻に無断で財産を処分することを禁じ、一部の法律行為については日常家事の適用を排除している。

すなわち、妻はあくまでも夫の代理として家事行為を行うのみであり、明治民法下の日常家事については、夫が本来取り仕切るべき家事行為を妻が行った場合を規定するのであり、妻が日常家事の範囲を超えて契約をした場合には、夫の代理に基づいて契約をした場合ではないとされている¹⁰⁾。

この点、民法草案獲得編第二部理由書においても第一八六二条において、財産の管理は夫に属するが、日常家事に関しては妻が処理することが通常であるから夫の代理人とみなされるにすぎないとされた。そのため夫の「代理」の範囲を越え、法律行為を行った場合には、第一八六三条において、「婦過度ノ負債ヲ爲シ日常家事ヲ管理スル權ヲ濫用スルトキハ」として、夫がその代理を「解く」ことができる旨が定められている¹¹⁾。

さらに妻による夫の財産処分についても制限される規定がみられ、例えば民法草案人事編第一〇四条では「婦ハ夫ノ允許ヲ得ルニ非サレハ贈与ヲ爲シ又ハ受諾シ不動産ヲ移付シ書入シ又ハ質入シ借財ヲ爲シ元本ヲ讓渡シ質入シ又ハ領収シ保証ヲ約シ及ヒ使役ノ賃貸ヲ爲スコトヲ得ス並ニ右諸般ノ行為ニ関シテ和解ヲ爲シ仲裁ヲ受ケ及ヒ訴訟ヲ起スコトヲ得ス」と規定され、妻は夫の許可を得なければ、主要な財産の処分をすることができない¹²⁾。

いずれの規定においても妻の財産上の無能力が規定されているが、これは「婦其夫ノ允許ヲ得ルヲ要スル行為ヲ列記シ其他ノ行為ニ付テハ婦充分ノ能力ヲ有スルモノナリ論理上ヨリ見レハ婦ヲ以テ或ハ能力者ト爲シ或ハ無

能力者ト爲スハ甚タ理由ナキモノノ如シト雖モ尤モ重要ナル行為ヲ禁スルノ主意ニシテ止ムヲ得サルニ出ルモノナリ」と説明され、また、不動産については、これらに關する法律行為を妻に認めると「婦ノ困窮ヲ来タシ家政ヲ危フスルノ恐アレハナリ」として、夫の許可を要する必要があるとされたのである。¹³ 日常家事は、婚姻生活を維持するために最低限必要とされる範囲について認められており、家計維持のための資産処分や借財については認められていないように思われる。

この点、末弘博士は、旧民法・明治民法では「夫婦を中心とする家団の家事に關する代表者——妻——の行為を規定する」際に、妻が家団の代表であるとは明言していないが、「實を言ふと『日常ノ家事』は夫の事務ではない、家団の事務である。妻が之を執行する責任も家団に対する責任であつて夫に對する個人的義務ではない」とし、¹⁴ 妻の家事行為は、夫の代理権に基づくものであるとしても、その効果は家団に帰属するものであるとする。婚姻關係が不安定な状態になり、夫の協力を得ることが難しい状態になった場合、妻が「家団の事務」を執行する責任を十分に果たすことが難しい場面も発生する

ことが想定される。このような場合、「家団」の事務全体が滞るといふことになるのではないだろうか。

穂積博士は「此制度の實行的価値を疑う。斯う云う制度が夫婦間に法律的に働くのは、夫婦間が圓滿でない場合殊に離婚にも至るべき場合であるのに、民法は寧ろ夫婦仲の圓滿を前提として制度を立てて居るので、實際上時に甚だ不公正な、殊に妻に不利益な結果を呈する」として「家」制度下で妻が「日常家事」の執行責任を負うことへの疑問を述べておられ、これはむしろ別産制が妥当ではないかと主張されている。¹⁵

他方本条は「妻の日常家事代理権は、多くの場合、夫婦共同生活の必要のために妻が夫名義の財産の処分をしたのを認めるためであつた」との見方もあり妻を救済するための機能を有していたことも否定することはできない。¹⁶ 明治民法第八〇四条は「日常の家事」に關し妻が取引を行った場合、妻を夫の代理人とみなし、夫にその責任を負わせる規定であるところ、妻は行為能力が第一四一条一項に列举された事項に限られ、「日用品の購入等は第一四条の規定には該当せず、妻が単独で為しうる行為」にもかかわらず、「日常の家事に關する行為として、

妻は夫の代理人とみなされる」のである。⁽¹⁷⁾ このような日常家事の考え方に婚姻関係破綻時を想定した議論は想定されているのであろうか。この点協議離婚制度においても「事実において『協議』の名のもとに強者たる夫、夫の親ないし『家』が、弱者たる妻(嫁)を追出すことを合法化するものとして機能し、裁判離婚制度を事実上広い範囲において無に帰せしめた」との指摘もあり、⁽¹⁸⁾ 民法においては「家」思想を強化すべく、とくに身分法の種々の面にわたり「家」思想を反映される規定をみることができ⁽¹⁹⁾。

旧法における日常家事は、実際の家事管理に際し、取引の相手方を保護するため、および、妻の劣勢を保護するために規定されたものであり、「財産ノ所有権ハ各自ニ属セシメ、管理収益及ヒ費用ノ負担ハ之ヲ一方ニ属セシメ、以テ夫妻各自ノ利益ト共同生活関係トヲ調和セシメント欲スル趣旨ノ制度」から定められたものであること⁽²⁰⁾ からすれば、日常家事に関する規定も「妻の責任を夫に轉嫁せしめその劣位を救ふものとして」利用されること⁽²¹⁾ が想定されていた。

妻はあくまでも制限無能力者であり、自らの意思決定

により行うことの可能な法律行為はなく、もっぱら夫がすべき法律行為を代理として行うにすぎない。妻が無能力者であるのに妻が第三者との間で行う取引につきその責任を負わせるというのは酷な結果となり、そうとすれば、妻の責任を夫に轉嫁することが相当であると考えられており、夫婦関係の変化に応じて日常家事の概念が変わることは考えられていない。

当時の日常家事の範囲に関する議論では第一に、「日常ノ家事ト云フハ衣食住ニ関シ何レノ家ニ於テモ通常必要トスル法律行為ヲ謂フ例ヘハ米櫃、薪、炭、油ノ買入、衣服ノ調製、家賃ノ支拂等ノ如キ即チ是ナリ」とするもの⁽²²⁾、第二に、「米屋の外魚屋・肉屋・八百屋・薪炭商等との取引は大體然りと云へるが、例えば呉服屋の如きは、不斷着を買ったのは『日常ノ家事』になるが、上等余所行の衣服を注文したのは然らず」とするもの⁽²³⁾、第二に、「如何なる行為が日常の家事に属するかは、夫婦の社会的地位若しくは資産、能力など」によって決められるとし、それぞれの個々の場合に依じて日常家事に当たるか否かは決定されるもの」とし「何を以って日常の家事となるかは時、場所、夫婦の身分その他の特別事情をして

決すべき事實問題である」とするもの⁽²⁴⁾、第四に、「客觀的に見て、一般家庭に於いて妻が日常執り行ふを常とする如き事項、及び主觀的に見て当該家庭に於いては妻が日常執り行ふを常とする事項は悉く日常の家事といつてよい」とするものがあるところ、第二の学説については、「その他の特別事情」につき「婚姻関係の破綻」を含めることができるかにつき検討することができる。この点、夫と別居し、独立した生計を営む妻の代理権につき、大判昭和十一年二月二六日において「妻が初より夫の代理人に非ざることを示し又は相手方が之を知りたる法律行為に付ては日常の家事に属する場合たりとも民法第八〇四条第一項を適用すべきものに非ず」と判示している。⁽²⁵⁾ 別居時の場合は、①妻があらかじめその旨を示すこと、②相手方が別居の事実を知っていることを要件として、民法八〇四条一項の適用を排除する。

妻の救済という視点からすれば、夫婦の代理権は広く認められるべきであり、この観点からすれば夫婦関係が変化し別居している状態は、第三者に客觀的に明示されていることが必要であると考えられていることが分かる。この点、「夫の行為はそれが自己個人の爲めに爲さる

ると家團の爲になさるる」とを問はず、すべて夫の責任を生ずべきがゆえに此點についてなら特別の規定を設くるの必要なしと考へた」のではないかとする学説がある。⁽²⁷⁾ 明治民法第七四七条は、「戸主ハ其家族ニ対シテ扶養ノ義務ヲ負フ」とし、戸主に家族の困窮等に対する義務を課している。また、明治民法第七四八条第二項は「戸主又ハ家族ノ孰レニ属スルカ分明ナラサル財産ハ戸主ノ財産ト推定ス」とし、家族の財産を戸主に集中させるなど、戸主に広範な義務と権限を与えている。このことからすれば、やはり妻は家の構成員として家の維持のために財産行為を行うのであるから、妻のなした日常家事行為が家の維持のために不要となれば、権利の濫用等の法律構成により妻個人の責任が問われることとなる。ここでは夫婦関係が日常家事に及ぼす影響は「家」の裏に影を潜め、もっぱら「家」の構成員としての妻の適格性が問われることとなる。

(2) 現行法における「日常家事」の概念と範囲

終戦直後、「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）」では、婚姻の章にお

いて、第七九九条乃至第八〇三条削除とされていたが、第八〇四条については特に議論の対象とされることはなく、B班案（婚姻）では、「（甲）三 夫婦の一方が日常の家事に関し第三者と法律行為をなしたるときは他の一方は之に依りて生じたる債務に付連帯して其の責に任ずるものとする（乙）日常の家事に関しては夫婦は連帯責任に任ずる旨の規定のみを置くこと」とされた。また民法改正要綱案（昭和二年七月二七日）（起草委員第一次案）、民法改正要綱案（昭和二年七月二九日）（起草委員第二次案）、民法改正要綱案（昭和二年七月三〇日）（代に小委員会決議）、民法改正要綱案（昭和二年八月一九日）（臨時法政調査会總會原案）、民法改正要綱（昭和二年九月一日）（司法法制審議会第三回總會決議）では、「第十 夫婦法定財産制に関する規定を左の如く修正すること。二 夫婦の一方が日常の家事に関し第三者と法律行為をなしたるときは他の一方は之に依りて生じたる債務に付連帯して其の責めに任ずること。」と提案された。

村岡委員によれば本条は、主に経済的弱者である妻が、例えば「夫が責任を持つことが出来ないので借金を妻が

持つ、そのために一人で苦心する」という損害を被ることを避けるために存在するものと説明された²⁸。また妻は経済的弱者であるため、司法法制審議会第二回總會第三日目においては夫婦財産について、「婚姻中にできた財産を共有財産と推定せよ」という主張、これは婦人委員の間からは相当強い「われた」と述べられ、また、「婚姻中にとにかく入った財産はすべて共有と推定すべし」と述べられた²⁹。

夫婦の財産関係に関する議論の中で婚姻関係の破綻について述べられたのは、昭和四一年二月七日の婦人少年問題審議会の、家族法上の妻の地位に関する意見書であった。本意見書においては、「一般に妻は、その名義による収入を得ることが少なく、婚姻中に形成された財産は夫名義であることが多く、そのため婚姻の破綻や相続に際して、妻は不利益を受ける場合が多い。」と指摘され夫婦の財産に関しての妻の帰属分につき、婚姻破綻により弱い立場となる妻を保護するための方策が必要との視点から述べられたものであり、夫婦関係の変化が日常家事に及ぼす影響について論じられることはなかった³⁰。

新法における日常家事の規定は、夫婦別産制を基礎とする。夫婦別産制は、「封建的家父長的『家』の制度の原理を排除し、個人主義的原理を採用するという使命」を持ち、「妻の人格に独立性を与え、夫婦の対等性を実現すべきである」という要請が、規定の形式制にもかかわらず、新しい法意識の形成と妻の自覚の形成という意味において、極めて重要な積極的意味を有したというべき」と評価されている。⁽³¹⁾

夫婦別産制の理念に基づけば、夫婦には独立した財産管理の権利が認められており、その結果、夫あるいは妻が単独で契約した場合には、契約当事者がその効果を享受することとなる。他方、民法第七六一条は、日常家事債務については夫婦の連帯責任とする旨を定めている。学説では、夫婦の実態、あるいは妻の保護の立場から、民法七六一条が「実質上は家団の存在を前提として規定されている」とする学説⁽³²⁾、夫婦の財産の独立性が保障されているものとして「婚姻費用を夫のみに負わせて、妻を無責任の地位に立たせたり、または、夫に支拂能力なき場合に初めて妻に第二次責任を負わせたりするのは、いずれも妻の隷屬的地位を承認するものであつて夫妻の

獨立對等の思想と相容れない」とする学説⁽³³⁾、旧法で規定された「家」制度は廃止されたものの、夫婦は共同体としての実質を有する者として「日常の家事は、夫婦共同態のために運営されるものであり、夫のためでも、妻のためでもなく、夫がこれをして、妻がこれをして、所詮は夫婦共同の責任でなければならぬ」とする学説⁽³⁴⁾、対第三者との取引関係を重視し、第三者保護の観点から「民法は『特に第三者に対して責めに任じない旨を豫告した場合』の他は、契約当事者が夫であるか妻であるかを問わず「夫婦の一方が日常の家事に関して第三者と法律行為をしたときは、他の一方は、これによって生じた債務について、連帯して其の責めに任ずる旨を規定した」とする学説等⁽³⁵⁾をあげることができる。

学説が重要視しているのは、①夫婦は共同体である、②妻の保護が重要である、③対第三者保護であるところ、このような視点からすれば、夫婦が日常家事債務につき連帯責任を負うのは、法律上婚姻関係にあるからであり、そのためには婚姻の実態が存在する必要がある。婚姻の実態がない場合には婚姻関係維持の必要性もなく、そのような場合に日常家事が認められるとすれば、一方配偶

者の「扶養」のために日常家事の負担が認められているということになるだろうか。

また学説では日常家事の範囲につき、第一に、「不斷着を買ったり、家賃を支払ったりする場合に、法律的には、衣料店・米穀店・家主と売買契約・賃貸借契約といった契約を結ぶことになるわけで、その事務は一般的には妻が担当することが少ない」として、妻が主に担当すると考えられる家政については日常家事の範囲に該当するとして、日常家事の態様を具体的に考慮した上で、それぞれにつき、日常家事債務に該当するかを判断する学説³⁶、第二に、夫婦個々の生活状況や社会的状況等を考慮し、「夫婦の資産収入、職業、趣味、身分等より考えて世帯を営むに必要な行為」³⁷、「大体日常の家庭生活に必要かつ相当な事柄であつて、夫婦が互いに独断で振舞つて差し支えないと認められるもの」に日常家事債務性があるとする学説³⁸、第三に、日常家事を主観的日常家事と客観的日常家事に分け、日常家事とは「一般家庭において日常執り行われる事項（客観的日常家事）と当該家庭において日常執り行われる事項（主観的日常家事）」とを併せ意味する」として、日常家事とは夫婦の実情をも加

味した上で決定されるべきとする学説³⁹、第四に日常家事の範囲は客観的に判断されるべきであるとする学説がある⁴⁰。このうち第二の立場は、夫婦が婚姻関係を維持し日常生活を営むために必要な日常家事行為はすべて日常家事に属するとし、家政を誰が分担するかによって日常家事性が異なるとする考え方ではなく、日常家事の範囲は夫婦の生活状況・社会状況に応じて決せられるべきものであり、「日常の家事の範囲は、右に述べるように、各夫婦共同生活の事情により、またその行為をなす目的によつて異なり、外部から正確に判断することは困難である。それにもかかわらず、内部的事情に従つてその範囲を限定することは、第三者を害するおそれが多いのみならず、——第三者に過当な警戒を強いることになつて——ひいては夫婦共同生活の運営を妨げる。従つて、表見代理の趣旨を類推適用して、日常家事の範囲内と信ずるについて正当な事由がある場合には、第三者は保護されると解すべきである」とする考え方である⁴¹。

いずれの学説によつても、婚姻生活を維持するに当たり必要な家事が日常家事に該当することについて異論はないところ、具体の夫婦生活には、夫婦それぞれによつ

て異なるところもあり、それをどのように日常家事に該当するか／しないかと判断するための判断基準が判然としないように思われる。かつてのわが国の夫婦形態においては、主に妻が家政を担当し、夫が労働に従事するという夫婦の役割分担があったことから、日常家事債務においても、妻をどのように保護するかという観点もあり、他方、第三者の保護という視点からすれば、日常家事債務は客観的基準を以って判断せざるをえないという側面もあつた。

日常家事債務はそもそも婚姻費用から支出される性質を有し、その目的は婚姻生活維持のために限定される。民法七六一条の「日常家事」の範囲は限定的に解釈されるべきであろう。学説は、①婚姻の目的に沿って分類を試みる学説、②妻が主に家政を担うという実態を考慮するというふうに分類されるであろうか。また判断基準について、①夫婦の生活実態を考慮する学説、②夫婦の社会的状況をも考慮する学説、③第三者保護を基準とする学説があるが、いずれの立場であつても、夫婦生活の維持と「関連性」をどの程度有するかによって決定されるべきであろう。まずは夫婦個々の事情を考慮し、日常

家事債務の該当性を決定し、第三者との関係については、やはり「客観的関連性」を基準として判断せざるを得ず、仮に、一方配偶者の行為が日常家事債務に該当しないとするのであれば、他方配偶者が日常家事債務に該当しないと立証する必要があることとなる。⁴²⁾

3. 婚姻破綻時における日常家事

(1) 学説にみる「日常家事」

婚姻関係が破綻している場合の日常家事について、第三者保護を重視する立場からすれば、夫婦関係の破綻を考慮することは制限的に考えられることとなるであろう。別居中の夫婦については、離婚成立前であつても、同条の連帯責任を認めるべきではないのではないかが問題とされるところであるが、「夫婦が婚姻関係の破綻により別居中であることについて相手方が悪意である場合や、過失により知らなかった場合には、同条の適用を認めるべきでないといった見解がある。法律関係を明確にするため、これらの立法することは考えられてよい」として夫婦の別居時に関する立法の必要性を指摘する学説や、⁴³⁾

「別居によつて共同生活が消滅した場合は、離婚の前段階に移行したものとみるのが常識であり、共同の家事は崩壊しつとあると解すべきであるから、家事の範囲は著しく縮小するに至るであらう。」としつとも、「そういたいわゆる家庭の内部事情は、外部の第三者にはうかがい知ることのできない場合も少なくないから、第三者として日常家事に属すると信すべき正当の事由があれば、これについても表見代理の適用をなすべきこととなる」として、日常家事が拡大する範囲で表見代理の適用を認める学説もある。⁴⁴ 日常家事については、婚姻関係が破綻していることと、日常家事を行っていないことが必ずしも一致せず、婚姻関係は破綻しているものの生活維持のために、客観的には日常家事と同視し得る取引がなされる場合もあり、こういった日常家事の特殊な事情が、婚姻関係破綻と日常家事債務の關係に関する議論を困難にしている側面もあるといえよう。

この点我妻説は、「婚姻費用を負担すべき夫が子女の養育を妻に任せて他処に居住するようときには、妻の権限内となる日常家事の範囲は却つて拡大され、夫の財政的援助なしに生活するために、必要な借財をし又は夫

の名義の財産を処分することも含まれると解さねばならない場合が多いと思う。」としたうえで、「従来の判例は、行為を抽象的に考え、その目的が夫婦共同生活の維持のために必要かどうかを考えないのは不当である。また、夫の不在中に妻が生計に窮して夫名義の借財をし又は夫名義の財産を処分したような場合に、これを有効とするために、夫が暗黙に代理権を与えたものとみようとするのも、無用のことである」と指摘する。⁴⁵

これに対し谷口説は、「不和で別居中やあるいは同居中でも極めて不和の場合には、総括代理権授与の認定は困難であり、表見代理成立の余地はないことになる。日常家事代理権は、不和で別居する夫婦の間にも認めねばなるまいから、この種代理権を基本代理権として一般的代理行為につき表見代理を認めることは、甚だ不当な結果となることが分かる」と指摘し、代理権授与の認定を否定する。⁴⁶ ただし谷口説においても「極めて不和の場合には」と言及されるように、婚姻関係が破綻し回復不能な場合を想定しているのではないかと考えられる。

子がある夫婦については、「少なくとも未成年の子の養育については夫婦が共同で責任を負うべきであり、そ

の限度で民法七六一条の適用は肯定されるべきである（限度をないことにすることはむしろかしいが、学用品などの用途がはつきりしているものについては適用を肯定すべきである）。それ以外の場合には、やはり、類推適用は否定せざるをえないのではないかと思う。」と述べる学説もある。子の保護を重視し、『夫婦関係の破綻』の認定を弾力的にすることによってある程度解決することができると思う。」とする考え方である。⁴⁷

夫婦関係の変化が日常家事に及ぼす影響についての学説の違いは、もっぱら婚姻関係が破綻している期間中の日常家事の存否に関する議論である。「婚姻関係が変化している」ことを「破綻」ととらえて日常家事は存在しないとするのか、あるいはたとえ夫婦関係が破綻している場合であっても、子がある場合や、その他日常家事の存在を否定することが一方配偶者にとって酷な状態を発生させる場合には、日常家事は存在するとするのか、夫婦関係の変化をどのように捉えるかが重要となる。

夫婦関係が変化しつつあることについては、「別居状態にあるといっても、それが近時よくある長期単身赴任による別居なのか、共同生活の実体は既になくなり離婚

の前段階としての別居なのかは、外部の第三者には容易に窺い知ることのできない夫婦のプライバシーの問題である。また婚姻関係が破綻に帰して長期間別居していても妻が夫名義の家屋に居住してそれを管理し、夫名義で日用品を購入し、夫名義で公共料金や子女の教育費等を支払っているという客観的事実があれば、かかる場合の妻には日常家事代理権がないとは断定できないと思われる」としたうえで、「別居」という事実状態があるとしても、別居の経緯を考慮すべきであるし、夫婦関係が破綻しているといっても日常生活が婚姻同居で営まれているのであれば、日常家事に該当すると考えるとする学説がある。⁴⁸

この点、学説・判例において日常家事に対する混乱があると指摘しつつ「その争点は、夫の不在の場合や困窮の際にはいわゆる『鍵の権限』が拡張する、と解すべきかどうかにあるように思われる。」と指摘する学説がある。この学説によれば、日常家事の範囲は「個人の尊厳と両性の本質的平等とを旨とすべき現行法と『鍵の権限』の思想は、あい容れないものがあると考えるが、婚姻共同生活が平等な人格としての夫婦の協力によって営

まれるべきものとすれば、旧法下の日常家事の觀念よりはるかに広いものを認めてよく、夫の不在、困窮などの際には、それに対応して日常家事の範囲も拡張する、と解するのが妥当であろう。」とされ、「夫婦は互に協力扶助すべ義務を負い、この義務のもとに婚姻共同生活を営み、夫婦の一方の取引も実質的に共同の利益に帰する以上、他方もまたその責任を負担することが、夫婦間のみならず取引の相手方との間でも衡平に適するからではないかと思われる。」として七六一条を類推適用して無権代理人としての責任を他方配偶者に負わせることを主張する。⁽⁴⁹⁾ また、「処分についての権限を与えられた管理人がいけない限り、家族の生活費にあてる等のために不在者の財産を処分する必要が生じた場合には、二八条に基づいて、家庭裁判所の許可を得て行うというのが、民法の趣旨である」とも述べられ、不在者の財産管理制度を活用することを提唱される。⁽⁵⁰⁾ この点、「むしろ、家族構成員が困ったときにはすぐに適正な管理ができるよう、不在者・失踪者の債権者のために財産管理制度の更なる整備が要求されるべきであろう。別居・同居での扶養義務の存否内容を区別しない日本においては(その是非は別

として)、財産を持っている者が不在者となりその家族が生活に困っている場合、家族は不在者に対する扶養料債権者なのである」と指摘する学説もあるところ、いずれも婚姻関係が変化している夫婦につき現行法を活用することの可能性を指摘している。⁽⁵¹⁾

夫婦関係の変化に対応し、日常家事債務の法的効果をどのように規定するかについては、婚姻関係が安定している場合を前提に日常家事の成立を認め、破綻している場合には、(1)破綻の度合いを考慮し日常家事の存否を判断するか、あるいは(2)不在者の財産管理制度を活用するとの考え方があ

この点、多治川教授は「破綻」概念の段階的变化を考慮し、「婚姻共同生活関係が完全に崩壊した状況であっても、日常家事債務に関する夫婦相互の法定代理権が單純に消滅すると考えるべきではなくて、この代理権が存続する余地を留保する必要があると考えられる」として「仮に、婚姻共同生活関係が崩壊しつつある場合に、婚姻関係がいまだ完全に崩壊していない状態を『崩壊過程』、婚姻関係が既に完全に崩壊している状態を『崩壊後』と呼んで概念的に区別するとしても、実際には、こ

の両者は程度により判別される連続した状況である。例えば、夫婦の一方配偶者が家出をしたり、両者が既に別居していたとしても、さまざまな法的評価が想定され得るであろう。そして、実際の紛争では、一方配偶者によりなされた行為の効力が他方配偶者に帰属するかどうか、が争われているわけだから、裁判官は、当該行為の効力が本人に帰属するといえる程度に婚姻共同生活関係が維持されていたかどうか（当該行為の効力が本人に帰属しないといえる程度に婚姻共同生活関係が崩壊していたかどうか）を認定すれば足り、一般論として当該夫婦の婚姻関係が完全に崩壊していたか否かを認定する必要はないし、また、実際に認定しているかどうかも疑問である。婚姻関係が破綻しているため日常家事に関する夫婦の連帯責任は成立しない、という判例の認定・判断も、この意味で理解すべきであろう」と指摘する⁵²。

日常家事の判断にあたっては、学説が指摘するように、夫婦関係の変化を日常家事にもたらす影響を具体的に考慮することが必要となる。また、加えて、婚姻関係を破綻させた配偶者の有責性も考慮されることとなるであろう。ここで考慮される有責性とはいわゆる離婚における

有責主義とは異なり、あくまでも日常家事該当性を考慮するための根拠として用いられることに限定されるべきであろう。そもそも、実質的な婚姻関係が存在しないのであれば夫婦間での日常家事は存在せず、子に対する「扶養義務」が存在するのみである。有責性の判断も不要である。この考え方により発生するであろう一方配偶者に対する不利益を回避するためには、日常家事の存在を認めないことは「一方配偶者にとって酷な状況」である必要がある。また、場合によっては日常家事債務の連帯責任とはいえ、夫婦間の内部負担割合を定めることが可能な場合もあるだろう。その場合には、婚姻関係維持／破綻に対する双方当事者の寄与割合を考慮することが可能となり、そこには有責性の概念も入り込まざるを得ない。この意味において、厳密に言えば、日常家事債務における「破綻」概念と、離婚原因における「破綻」概念は、必ずしも一致しない。日常家事債務における「破綻」は、婚姻の効果を失わせるほどの「婚姻関係の破綻」が当事者にあつたかどうかを判断するための指標と考えることができる。

(2) 判例にみる「日常家事」

他方判例においては、どのように判断されているのだろうか。以下に検討する。

徳島簡判昭和三五年五月(日不明、判例①)は、別居中妻が負担した医療につきなされた不当利得返還請求につき、「医師の治療は被告が希望し承諾した原告の実家における医薬費であり、N病院の入院費の内容は食費と完全看護料であつてそれらは必要にして最小限の程度のもので、婚姻中の生活において生じた以上避けることのできない直接の婚姻から生ずる費用そのものである」として、「別居中のものであり且つ相当長期間のものであるけれども」としつつも日常家事に該当すると認めた。⁽⁵³⁾原告と被告は昭和二九年に婚姻したところ、原告が昭和三〇年二月頃に肺結核と心臓性喘息にかかり昭和三十一年一月からは実家で療養することになったところ、昭和三十一年七月には離婚の合意が成立していたことが裁判当時は離婚が成立していなかった。

横浜地判昭和三八年一〇月一八日(判例②)は、夫が賃貸人との賃貸借契約を合意解除した事例につき、「妻は夫と共に当該家屋に居住する権利を有し、この権利を

賃貸人に対し主張し得るものと言うべきである」としつつ、「この法理は夫婦関係が正常な状態にある場合に妥当するもので夫婦間に大きな溝が出来、当該家屋における同居生活が不能となり夫が当該家屋から立退いて妻と世帯を別にしなければならない事態が生じた場合には妻の有する居住の権利は夫の賃借権に従属する関係を脱却しそれ自体独立の権利として保護せらるべき地位を取得するに至つた」として、夫が賃貸人との合意で賃貸借契約を消滅させることはできないと判示した。⁽⁵⁴⁾

本件は、本件家屋を昭和三六年八月に賃借した夫婦が、その後夫の不倫関係を原因として昭和三七年五月頃から夫婦関係に溝が生じ、合意解除のなされた昭和三七年八月一日当時には夫婦関係は復元の見込のないほど破綻し、本件家屋における同居生活は不能となっていた。夫婦は共同で寿司屋営業を営んでいたため、妻は本件家屋において寿司屋営業を営み生活費を捻出する以外に現在これといった生計の道なく、従つて今後も引続き本件家屋に居住する必要がある事例であった。

東京高判昭和四四年一〇月一六日(判例③)は、夫が賃借した建物につき、夫婦関係が破綻し離婚調停中で

あつても妻に賃借権が認められるかが争われた事例につき「特段の事情がないかぎり、妻は夫の建物居住権したがってその占有権に依拠して建物に居住しているものであつて、妻に独立の占有はないものというべきである。」としつつも、本件のように「夫が女道楽で外泊が多く、家業にも失敗したため、同人との間が漸次円滑を欠くにいたり、…外泊の度がはげしく、…全く帰宅せず、夫婦関係は破綻して…離婚の調停事件にまで発展しているのであつて、このように建物賃借人たる夫が多く外泊して建物に常住せず、夫婦関係が正常を欠くにいたり、ために被控訴人が自ら建物内の営業主体となつて独自にその経営に従事し、控訴人もその情を知つて被控訴人の営業開始に同意を与えたような場合には、控訴人は夫の賃借権に関係なく被控訴人に建物の独自の使用を許したものであつて、被控訴人は建物につき独立の占有権を取得したものと認めるを相当とする。」と判示した。⁵⁵⁾

妻は夫と昭和二六年一〇月に婚姻したが、夫の女道楽により夫の商売が昭和三三年三月頃倒産し、その頃から夫の外泊が頻繁になり、いったんは別居したもの、昭和三三年七月より同居を再開し、麻雀営業を開始したが、

実際には妻が切り盛りし、夫は外泊が益々頻繁となり昭和四二年正月頃からは全く帰宅せず、他女と同棲し、妻とは全く没交渉になっているものであった。昭和四〇年五月一二日には夫が賃貸人との間で賃貸借契約を合意解除している。

東京高判昭和四九年四月二四日（判例④）は、夫が締結した火災保険契約の保険金が妻に支払われた事例につき、夫婦の「婚姻生活は破綻し、離婚を前提として別居したもの」と解しえられなくもない。だとすれば、夫婦の共同生活関係は消滅したことから、妻の保険金受領は日常家事に該当しないと判断した。本件は、夫婦が昭和四五年六月から居住していたアパートが全焼したため転居していたところ、妻が夫に無断で転居先から家出をしその後同居していないため、別居中に妻が受領した保険金が日常家事に該当するかが争われた事例である。⁵⁶⁾

大阪高判昭和四九年一〇月二九日（判例⑤）は、妻が夫の実印を勝手に使用し土地の売買契約を締結した事案につき、夫婦は「長期間別居し、生計を異にしていたものであつて、当時、夫婦の共同生活は破綻に帰していたものと推認される」ことから、日常家事に当たらないと判

示した。⁽⁵⁷⁾ 夫婦は昭和一三年頃から別居しており、昭和二五年当時妻は飲食店営業をして自活していたこと、夫は実印を妻のもとに置いたままにしていたがこれをもって夫が妻に代理権を与えたものと推認することは相当でない⁽⁵⁸⁾と判断するとともに、民法一一〇条の基本代理権の存在も否定している。

東京高判昭和五六年四月二八日（判例⑥）は、夫が自らの借金返済のため、妻所有の土地を無断で売却した事案につき、夫婦が約六年間別居していることから、「夫婦の実質はなく、婚姻関係は破綻していたのであり、かかる場合、夫婦の一方は、他方の日常の家事に関する法律行為につき民法七六一条の責任を負わないものと解するのが相当である」と判示している。⁽⁵⁸⁾

大阪簡判昭和六一年八月二六日（判例⑦）は、夫がふとんをクレジット契約で購入したことが日常家事に該当するか争われた事例につき、夫婦は昭和五四年一月に婚姻し同年八月に長女をもうけているところ、「長女が出生したころは、まじめに働いていたものの、その後仕事を転々とするようになり、交通事故にあつて入院したことから、仕事はせず、酒を飲むと妻に暴力をふるうよう

になったことは認められるが、ある時期は別居していたとしても、完全に別居したとは認められ」ないことからすれば本件契約が別居中の契約とは認められないが、契約当初から妻はふとんの購入に反対していたこと、夫婦は実家や兄弟の援助で生活をしており、ふとんの購入金額は夫婦にとつて多額であることから、日常家事の範囲を逸脱していると判示した。⁽⁵⁹⁾

東京地判平成一〇年二月二日（判例⑧）は、子どもの英語教材を妻がクレジット契約で購入したことが日常家事債務に該当するかが争われたところ、子どもの英語教材の購入は日常家事に該当するとしうえて、「本件契約締結当時、夫婦は同居していなかったものの婚姻関係が破綻していたわけではない」として、本件契約の締結は日常家事代理権の範囲に属すると認めた。⁽⁶⁰⁾

判例①は、婚姻関係はすでに破綻しているが、医療費が日常家事に該当すると認めたものである。婚姻関係の状態にかかわらず、一方配偶者が酷な状況に陥ることを避けるために認められたと考えることもできる。判例②③についてはいずれも婚姻破綻の際に夫が賃貸人との間で賃貸借契約を合意解除した事例につき妻の居住権が争

われた事案であった。いずれの事案についても合意解除についての日常家事該当性は判断されず、婚姻住居内で妻が営業をし生計を立てている場合につき妻の居住権を認めた事例であった。判例④⑤⑥⑦はいずれも婚姻関係が破綻していることから日常家事の該当性を否定した事案であるところ、ふとん購入に関して争われた事例（判例⑦）を除けば、他は保険金の受領（判例④）、実印を盗用したうえでの土地の売買契約（判例⑤）、妻による土地の無断売却（判例⑥）に関して争われた事例であった。判例④から判例⑥は、いずれも一方配偶者の特有財産を他方配偶者が処分した事例であるため、特有財産を処分しなければ日常家事を遂行することが困難であったかが問題となるところである。この点、「離婚を前提として別居（判例④）」「生計を異にしていた（判例⑤）」「夫婦の実質はない（判例⑥）」といずれも婚姻関係の破綻を前提とし、他方配偶者の特有財産を勝手に処分することは日常家事にはあたらないと判断している。他方、判例⑦については「ふとん」という、日常家事の想定範囲内の取引であるところ、「ふとんの購入金額は夫婦にとって多額である」ことから日常家事の範囲を逸脱して

いると判示している。さらに判例⑧については子ども英語教材の購入であり、本事例については「婚姻関係が破綻していたわけではない」として日常家事債務の成立を認めている。判例⑦⑧については、金額の多寡・他方配偶者の承諾等が考慮要素として考えられるところ、判例⑧は婚姻関係の破綻を判断要素としてあげているが、仮に婚姻関係が破綻していた場合には、日常家事債務性是否定されるものの、子の扶養の論理により親に債務負担が認められる事例であろうか。⁶¹

4. 小括

婚姻費用の分担や日常家事債務の連帯責任については、その分担可能性や分担割合を判断するに当たり、夫婦の婚姻関係を考慮することが必要となる。この点、学説や判例においては、婚姻関係の変化を重視するか、第三者の保護を重視するかでその結論が異なるように思われる。民法七六一条が第三者保護のための規定であることからすれば、客観的に婚姻関係が破綻している状態が存在していること、すなわち夫婦が別居していることが必要で

あると思われるが、そうでない場合であっても実質的に夫婦関係が破綻している場合には他方配偶者に日常家事債務の負担を負わせることが不当である場合もあるのではないだろうか。また、逆に、婚姻関係が破綻しているから日常家事債務の連帯責任は発生しないとすれば、これにより酷な状態に陥る配偶者が発生することも考えられる。婚姻の効果を勘案するにあたっての考慮要素である「破綻」は、婚姻の解消に向けて考慮される「破綻」とは異なる視点も必要とされると考えられ、例えば、家庭内別居の場合についても詳細な検討が必要とされるであろう。このような場合には当事者が夫婦関係が破綻していることを証明することも必要ではあるが、当事者の詳細な生活関係（電気・ガスの使用具合、生活費の負担状況、支出額の相当性、交流の状況等）を勘案したうえで日常家事債務の負担を決定することが考えられる。また、場合によっては婚姻関係が破綻に至る過程で、夫婦がどの程度破綻に寄与したかを割合的に認定し、夫婦間での内部分担決定することも考えられるであろう。その際には、夫婦双方の有責性が考慮され、その度合いに応じて内部分担が決定される場合もあるのではないだろう。

うか。⁽⁶²⁾ 共働きが増え、「妻名義の取引に常に夫の連帯責任をつけて相手を保護するという時代は次第に終わりつつあるのではないか」との指摘にもあるように、⁽⁶³⁾ 夫婦がそれぞれ独立した財産を保有するようになれば、日常家事債務は、実質的に夫婦関係を維持するために必要な支出についてのみ連帯責任を負担するということになり、婚姻関係が破綻している場合であっても、連帯責任を負うのは、連帯責任を負わないことで配偶者の一方が酷な状況に陥る場合に限られるということになる。いずれにしても別居制度の検討も含む夫婦関係の「破綻」概念が婚姻法制にどのような影響を及ぼすかにつき更なる考察が必要であると考ええる。引き続き検討していきたい。⁽⁶⁴⁾

注

- (1) 中川善之助『新訂親族法』（青林書院新社、一九六五年）二三〇頁、坂本圭右『夫婦の財産的独立と平等』（成文堂、平成二年）一九六頁、後藤佳旦「婚姻破綻別居中の婚姻費用の分担義務について」中川淳先生古希祝賀論集刊行会『中川淳先生古希祝賀論集 新世紀へ向かう家族法』（平成一〇年、日本加除出版株式会社）一八三頁、梶村太市「婚姻費用の分担―その性質及び分担額の決定」

- 岡垣學・野田愛子編『講座・実務家事審判法2』（一九八八年、日本評論社）五三頁、深谷松男「生活保持義務と生活扶助義務」川井健ほか編『講座現代家族法・島津一郎教授古希記念 第4巻（親権・後見・扶養）』（日本評論社、一九九二年）一九八頁。
- (2) 青山道夫Ⅱ有地亨編『新版注釈民法（21）親族（1）』（有斐閣、平成二三年「復刻版第二刷」）「伊藤昌司」四三五頁、有地亨「婚姻関係の破綻と婚姻費用の分担」沼邊愛一他編『家事審判事件の研究（1）』（一粒社、昭和六三年）五二頁以下は別居年数あるいは家裁への係属状況に応じて夫婦協力の度合は弱まるとする。
- (3) 二宮周平『家族法 第3版』（二〇〇九年、新世社）六六頁。
- (4) 犬伏由子「夫婦間の生活保障の法的構成について」山形大学紀要（社会科学）一五巻一号二三頁。
- (5) 常岡史子「判批」民商法雑誌一三五巻六号（二〇〇七年）一一五七頁。
- (6) 拙稿「判批」民商一五三巻一号（二〇一七年）一九一頁以下。東京家審平成二七年六月一七日（判タ一四二四号三四六頁）は、別居中の夫婦間における婚姻費用算定につき、夫が自宅を出て以降妻が実家に転居するための期間の住宅ローン負担につき、住居費を二重に負担していることになるとして住居関係費を控除している。

婚姻破綻時における日常家事に関する一考察（大杉）

- (7) 日常家事債務の連帯責任について多数の論稿がある。例えば、三島宗彦「日常家事債務の連帯責任」中川善之助教授還暦記念家族法大系刊行委員会『家族法大系Ⅱ（婚姻）』（有斐閣、昭和三八年「初版第四刷」）一三五頁、坂本圭右前掲注（1）二〇三頁、高森八四郎・哉子「夫婦の日常家事行為と表見代理」名城法学第三八巻別冊（一九八九年）二〇頁、鍛冶良堅「日常家事債務に関する理論構成」『民法論集』（啓文社、昭和五一年）一七九頁をあげることができる。なお、拙稿「民法76条における『日常家事債務』の範囲―賃料支払債務を素材として」『明海大学不動産論集第二二号（二〇〇四年）四七頁以下では賃料債務を手がかりに日常家事債務を取り上げている。
- (8) 磯辺四郎・井上正一起稿『民法草案獲得編第二部理由書』（明治三二年）一六頁。
- (9) 法典調査会大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書13 法典調査會民法第決議案』（商事法務研究会、昭和六三年）一六頁。
- (10) 法務大臣官房司法法制調査部監修「第148回法典調査會議事速記録（明治28年12月13日）」法務省大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書6 法典調査會民法議事速記録6』（商事法務研究会、昭和五九年）三五五頁。
- (11) 石井良助「法律編下 解題」明治文化資料叢書刊行会編『明治文化資料叢書第3巻 法律編下』（風間書房、

昭和三五年）一六八頁。

(12) 石井良助「民法草案人事編理由書解題」明治文化資料叢書刊行会編『明治文化資料叢書第3巻 法律編上』（風間書房、昭和三四年）九七頁。

(13) 石井前掲注(12)九七頁。

(14) 末弘徹太郎「家團論」穂積重遠・中川善之助責任編輯『家族制度全集法律編第四巻 家』（河出書房、昭和一三年）一八六頁。

(15) 穂積重遠『親族法大意』（岩波書店、昭和八年）三三九頁。

(16) 我妻栄『親族法』（有斐閣、昭和六一年「初版第三八刷」）一〇九頁。

(17) 近藤佳代子「明治民法における妻の日常家事代理権」阪大法學四二巻二・三号（一九九二年）七八九頁。

(18) 川島武宜「離婚と社会統制」中川善之助他編『家族問題と家族法 Ⅲ離婚』所収（酒井書店、一九五八年）九五頁。

(19) 拙稿「江戸から終戦時までにおける日本離婚法の特徴」特にフランス法との比較をてがかりに」明海大学デイスカッションペーパーシリーズ第二八号（二〇一六年）八一頁。

(20) 穂積重遠『親族法大意』（岩波書店、大正六年）八〇頁。

(21) 中川善之助『略説身分法学』（岩波書店、昭和五年）

一五二頁。

(22) 梅謙次郎『民法要義』（有斐閣、大正二年）一九一頁、谷口知平『日本親族法』（信山社、平成元年「復刻版第二刷」）二八九頁。

(23) 穂積重遠『親族法』（岩波書店、昭和八年）三四六頁、永田菊四郎『親族法要綱』（巖翠堂書店、昭和九年）一五四頁。

(24) 近藤英吉『親族法講義要綱』（弘文堂、昭和一三年）一〇七頁、堀内節『親族法要義』（精興社、昭和一五年）二六二頁。

(25) 中川善之助『日本親族法―昭和17年―』（日本評論社、昭和一七年）二四七頁。

(26) 大判昭和一一年二月二六日法律新聞四一〇〇号一九一六頁。

(27) 末弘前掲注(14)一九七頁。

(28) 我妻栄編『戦後における民法改正の経過』（日本評論社、一九八九年「第一版第三刷」）二六〇頁。

(29) 我妻栄編前掲注(28)六二頁。

(30) 田辺繁子「家族法上の妻の地位」戸籍時報九七号（一九六六年）三頁以下、沼辺愛一「家族法上の妻の地位に関する婦人青少年問題審議会の意見書について」ジュリ三四四号（一九六六年）四一頁以下。

(31) 中川淳『家族法の諸問題』（有信堂、一九七二年）二〇頁。

(32) 末弘前掲注(14)一九五頁。

(33) 外岡茂十郎『親族法』(評論社、昭和二五年)一六四頁。

(34) 中川善之助『新版 民法大要』(勁草書房、昭和五二年「新版」)五五頁。

(35) 末弘嚴太郎『民法講話 上巻』(岩波書店、昭和四二年「第一二刷」)二六三頁。

(36) 末弘前掲注(35)二六三頁は「大體日常の家庭生活に必要なことがらであつて、夫婦が互いに獨斷でふるまつて差し支えないと認められるものを指すと解せられるべきであるから、各個の家庭事情によつてその範圍は必ずしも一致しない。しかしたとえば妻が子供のために必要な衣服を買入れた場合には、夫も必ずこれに對して責任を負わなければならない」とする。

(37) 谷口知平『親族法』(評論社、昭和二八年)七八頁。

(38) 末弘嚴太郎前掲注(35)二六三頁。

(39) 柚木馨『親族法』(有斐閣、昭和二八年「第四版」)一二七頁、奥村長生「判批」法曹時報二二一卷八号一六五五頁、高森哉子「借財と日常家事行為」関大法學四〇巻一号(一九九〇年)三八頁、齊木敏文「日常家事代理權と表見代理」判タ六五〇号(一九八八年)六二頁。

(40) 人見康子「日常家事行為をめぐる一考察」法学研究第四五巻第七号(一九七二年)五四頁以下。

(41) 我妻栄前掲注(16)一〇六頁。山川一陽「日常家事債

婚姻破綻時における日常家事に関する一考察(大杉)

務と表見代理責任」民事法情報一七八号(二〇〇一年)一一六頁は「日常の家事のために夫が妻名義の借金をすることも通常の家事に属するとされるが、金額については低廉なものに留まる。日常生活から見て極端に高額な借金や、夫婦の固有の職業的事務や手形裏書行為などは日常の家事の範圍には属しないのが通常であろう。基本的には財産処分行為は日常の家事の範圍には属しないと理解することができよう。要するに夫婦の社会的な地位や職業、資産、収入、慣行などを考慮して決定される概念であるということができよう」とする。

(42) 多治川卓朗「日常家事債務(民法761条)と相手方の信賴保護(二・完)——『婚姻關係破綻』の特殊性について」熊本法学第一〇九号(二〇〇六年)九六頁では「相手方から見れば、通常であれば日常家事の範圍内の行為であるのだから、その信賴は当然のものであつて、それ以上に相手方に正当理由(自らの善意無過失)を主張・立証させる必要はない。むしろ、この場合には、本人に婚姻關係の破綻に関する相手方の悪意・善意有過失を主張・立証させるべきと考えられる。相手方が悪意・善意有過失であつたと認めるに足りる証拠がないという理由により、民110条の類推適用を肯定した同判例の判断枠組みは、以上のように分析でき、相手方の信賴という観点から見れば、婚姻關係の破綻はまさに特殊な事情であることが分かる」と指摘する。

- (43) 山下純司「2—2 離婚の効果」大村敦志・河上正二・窪田充見・水野紀子編『比較家族法研究—離婚・親子・親権を中心に』（商事法務、二〇一二年）一一一頁。
- (44) 三島前掲注(1)二四四頁。
- (45) 我妻栄『親族法』（有斐閣、昭和三九年）「初版第五刷」一〇六頁。
- (46) 谷口知平「判批」民商四九卷二号（昭和三八年）一一〇頁。
- (47) 齊木前掲注(39)七三頁。
- (48) 高森前掲注(39)七五頁。
- (49) 鍛冶前掲注(7)一九四頁。
- (50) 鍛冶前掲注(7)一九九頁。
- (51) 佐藤啓子「家族債務の処理と夫婦の連帯責任（4）完」名古屋大学法政論集一三八号（一九九一年）三六七頁。なお三六六頁では「戦後の混乱期ならともかく少なくとも離婚者の間でも連絡を取り合うことの容易な現代社会においては、生活費調達のための処分・借財についても、他方配偶者との連絡なく（代理権が授与されずに）処分行為がなされるなどという事態は、およそ家事行為とかけ離れた目的であると推測される」と指摘する。また松久和彦「ヨーロッパにおける日常家事債務の連帯責任」立命館法学三六九・三七〇号（二〇一六年）六七五頁では「専業主婦から共稼ぎ夫婦が増加する中、夫婦の一方が他の一方に対する代理の意思を有することなく、かつ他の一方の名をあげることなく顕名することなくなした行為について、他方に責任を負わせ、自らも責任を負うとすることに今日において意義があるのだろうか」とする。
- (52) 多治川卓朗「日常家事債務（民法761条）と相手方の信賴保護（二・完）——『婚姻関係破綻』の特殊性について」熊本法学第一〇九号（二〇〇六年）六四頁。また伊藤昌司「民法761条日常家事債務の連帯責任」青山道夫・有地亨前掲注(2)四五四頁以下は「婚姻関係の破綻による別居の場合には本条の適用が排斥されると解することにも、多少の留保なしには賛成できない。日常の家事の範囲を限定的に解釈することを前提としつつ、夫婦が別居中であることにつき相手方が悪意である場合や、善意でも同居中ないし一時的別居にすぎないと信じたことに相手方の過失がある場合には、本条が適用されないと解すべきであろう」とする。
- (53) 徳島簡判昭和三五年五月（日不明）家月一二卷一〇号一四四頁。
- (54) 横浜地判昭和三八年一〇月一八日下民集一四卷一〇号二〇六七頁。
- (55) 東京高判昭和四四年一〇月一六日判時五七五号三七頁。
- (56) 東京高判昭和四九年四月二四日金法七一九号三七頁。
- (57) 大阪高判昭和四九年一〇月二九日判時七七六号五二頁。

(58) 東京高判昭和五十六年四月二十八日判タ四四六号九七頁。

(59) 大阪簡判昭和六一年八月二十六日判タ六二六号一七三頁。

(60) 東京地判平成一〇年一月二日判タ一〇三〇号二五七頁。

(61) 阿部徹「民法第761条と表見代理」熊本法学二号(一九六四年)一二三頁は「日常生活に不可欠とされる食料・光熱・衣類の購入についてみてすら、それがつねに日常の家事といえるわけでなく、場合によっては、買入れた分量や時期などの点からみて、日常の家事とはいえないこともありうるであろう」としたうえで、「さして多額でもない金銭の貸借については、具体的事情を考慮することなしには、それが日常の家事をこえるかどうかを判断しえない」として考慮事情に、事実上の離婚、配偶者の長期不在をあげている。

(62) 家永登「裁判例に見る『家庭内別居』の諸相(1)」専修法学論集第一二六号(二〇一六年)八頁は別居に関する法制度が存在しないことを指摘したうえで、「わが判例は、婚姻中であっても、夫婦関係の状態の変化に應じて婚姻の効力を縮減ないし消滅させることによって、換言すれば、円満を欠く不和夫婦の状態に應じて婚姻の効力規定の適用を制限したり否定したりすることによって、円満な夫婦関係を前提とした民法の婚姻の効力規定を適用することによって生じる不当な結果の回避をはかって

いる」と評する学説もある。

(63) 岩城謙二「夫婦の財産関係」NBL七三六号(二〇〇二年)七七頁。夫婦財産関係の検討に当たっては、深谷松男「夫婦の協力と夫婦財産関係」金沢法学一二卷一・二合併号(昭和四一年)二一七頁において「家族法特有の法政策的見地から立法をはかり、また解釈の枠の中で可能な限り保護目的を貫徹することを考えなければならぬ」とも指摘されるところである。

(64) 「謝辞」 本稿を執筆する過程で「夫婦財産をめぐる法―現行制度の可能性と限界」についてのシンポジウムが開催された(日本家族・社会と法V学会第三五回学術大会…二〇一八年一月金沢大学)。本シンポジウムでは、夫婦財産の法的枠組みにつき多様な視点からの報告がなされた。当日は出席をし勉強させて頂きましたことを心より御礼申し上げます。