

婚姻破綻時における婚姻費用と扶助に関する覚書

大 杉 麻 美

1. はじめに
2. 「婚姻費用」概念の変遷
 - (1) 歴史的経緯
 - (2) 学説と婚姻費用における「扶養」と「扶助」の概念
3. 破綻の視点からみる「婚姻費用」
4. おわりに―今後の課題

1. はじめに

民法七六〇条は「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」と規定するところ、本条は民法七五二条が規定する夫婦間扶助義務の経済的機能を有する条文であるとされる。

民法七三九条により婚姻関係が成立した夫婦は、夫婦別産制の理念のもと、婚姻関係維持に要する必要を出捐するため、各自において婚姻費用を分担するという考え方は、いわゆる婚姻関係の維持のための婚姻費用の分担(団体性)と夫婦別産制にもとづく婚姻費用の分担(独立性)という二つの理念に奉仕するものであり、このうちのいずれかの理念に奉仕するものであるか、あるいは双方の理念に奉仕するものである。

戦後「家」制度が廃止され、「家」を中心とする家族の団体性は否定されたが、婚姻した夫婦の共同生活という側面での「生活共同体(共同性)」は存在し、少なくとも生活事実での団体性を否定することはできず、この意味においても団体維持のための法的考察は必要とされるところである。

ところで婚姻関係が破綻している夫婦の婚姻費用分担については、婚姻関係が破綻している場合であっても離婚に至らない場合もあり、このような婚姻関係の状況をどのように婚姻費用分担において考慮するかが問題とされるところである。

この点「：しかしその根底にある婚姻結合関係の故に、その義務違反が婚姻関係の解消(離婚)にみちびくという段階に至らない以上、なお婚姻共同体回復の方向で問題を処理すると要し、そのためには、相手方配偶者も共同体回復に必要な最底線を確保すべく義務付けられていると解する」とする見解があり、婚姻関係が破綻している場合に婚

姻費用をどのように分担するかについては従来の離婚原因とは異なる考慮を必要とする。⁽¹⁾

婚姻関係が破綻状態にある場合についての婚姻費用分担については、婚姻関係が離婚により消滅していない段階で、その状況が変化している婚姻関係をどのように評価するかの問題であり、婚姻費用分担額についても、夫婦関係が円満であるときと同じ「扶助」が相当であるか、あるいは一般親族間における「扶養」とするのが相当であるか問題とされる場所である。

婚姻関係が破綻状態にある場合の婚姻費用分担については、他にも、「破綻」の事実状態をどのように評価するか、いずれの時点をもつて「破綻」しているとするのか、そして、婚姻関係を破綻させたことについての「有責性」を婚姻費用分担額の算定要素とするのか等について、婚姻費用分担のための考慮要素といった視点から検討することとなる。

この点、一九九〇年代には婚姻関係の破綻が考慮されていたが、婚姻費用標準算定方式が利用されるようになって以降は、婚姻費用標準算定方式により婚姻費用が算定されることとなり、その考慮要素としてはおもに、夫婦の一方に婚姻関係を破綻させたことについて有責性があるかが考慮されるようになっていたとの分析がある。⁽²⁾

いまだ離婚により解消されていない婚姻関係のために必要とされる婚姻費用の分担額については、生活の実体を考慮してその額が算定されることも必要とされるところであろうし、その意味においては婚姻関係が破綻していても、婚姻関係を破綻させた者に有責性があつたとしても、当然のように婚姻費用が減額されたり、婚姻費用義務が免除されたりということについて、慎重に議論をする必要があるのではないだろうか。

この点拙著「婚姻破綻時における日常家事に関する一考察」においては、「破綻を法的に評価することは難」しい

としたうえで「離婚原因における破綻と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」ことから「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生活が行われる事例もあ」として、婚姻関係の破綻という指標の判断について、離婚原因における破綻の認定方法にとらわれず、生活実態に即した判断をおこなうべきであるとしたところである。⁽³⁾

婚姻関係破綻時における婚姻費用分担の問題は、婚姻関係が破綻している場合の婚姻関係は、夫婦間「扶養」となるのか夫婦間「扶助」となるのか、また婚姻費用分担額を決するにあたり、婚姻関係「破綻」の理念をどこに求めるべきかということになるだろう。

本稿ではまず第一に婚姻費用分担の問題は、夫婦間「扶養」であるか夫婦間「扶助」であるかについて歴史的経緯も含めて再検討するとともに、夫婦関係「破綻時」の婚姻費用の考え方についてこれまでの学説を整理したうえで、婚姻関係破綻時における婚姻費用について再検討を試みるものである。

2. 「婚姻費用」概念の変遷

(1) 歴史的経緯⁽⁴⁾

婚姻費用につき、民法第一議案では「第八百十五條 夫ハ婚姻ヨリ生スル一切ノ費用ヲ負擔ス但妻カ戸主タルトキハ妻之ヲ負擔ス」と規定されていた。⁽⁵⁾ 本条は「戸主である夫が婚姻費用を負担する」とし、妻は「戸主である場合に婚姻費用を負担するとされており、婚姻費用負担者は「戸主」であるとされていた。

民法草案人事編理由書においては婚姻費用の分担につき、「第百一条 夫婦ハ其資力ニ応シテ婚姻ヨリ生スル一切ノ費用ヲ負担ス可シ」とされている。民法第一議案においては戸主が負担するとされているところ、夫婦が資力に応じて婚姻費用を負担するとされていた。この点につき、民法草案人事編理由書では「婚姻ハ一家ヲ立テルモノニシテ從テ諸般ノ入費ヲ生スヘシ此入費ハ其婚姻ノ負担タレハ夫婦ノ者其資力ニ応シテ之ヲ負担セサル可ラス夫婦ハ苦樂ヲ共ニスヘキモノナレハ其資力ヲ以テ相生養スヘキハ当然ノ義務ニシテ其財産ヲ拵テ共通ト為スハ真ニ婚姻ノ性質ニ適スルモノト云フヘシ」として、夫婦は苦樂を共にするべきであるから互に扶養し合い財産が共通となるのは「婚姻の性質」によるものとされていたが、「夫ハ家長ニシテ其婦ヲ保護スヘキノ義務アルニ由リ其身分ニ応シ其婦ニ對シ相応ノ給養ヲ為シ決シテ其需用ヲ欠ク可ラス⁽⁶⁾」とされており、夫は「家長」であることから婚姻費用については「夫」が負担するとされていた。なお人事法案では「第八三条 夫ハ婚姻ヨリ生ズル一切ノ費用ヲ負担ス但シ妻ガ戸主ナルトキハ妻ハ之ヲ負担ス 前項ノ規定ハ夫婦間ニ別段ノ契約アルトキハ之ヲ適用セズ」として、夫婦間の契約により本条の規定を排除することも想定されているものの、やはり「夫」が負担者であるとされていた⁽⁷⁾。

明治民法の制定にかかる議論においても、第一四七回法典調査會において「第八百十五條 夫ハ婚姻ヨリ生スル一切ノ費用ヲ負擔ス但妻カ戸主タルトキハ妻之ヲ負擔ス」と提案されていた。

本条につき、法典調査會において梅謙次郎委員より、「…妻ガ自分ノ財産ノ収入ヲ夫ニ出サナケレバナラヌト云フコトダケデアルト其目的ハ婚姻ヨリ生ズル費用ヲ以テソレヲ以テ償フ爲メデアルト書イテアツテモソレダケデ以テ婚姻ヨリ生ズル費用ヲ皆拂フテ往クノデハナイ夫ガ負擔スベキモノデナイカラ妻カラモ収入ヲ皆出サセテ皆其方ニ當テル」と説明するものの、財産管理共通制のもとでは夫婦間で「細カイ計算ヲシナイト云フコトデアリマセウサウシマ

スレバ夫ガ婚姻ヨリ生ズル一切ノ負擔ヲ計算スルト云フコトガ當然ノコトト思フ」として夫が負擔者となると説明された。この点、穂積八束委員より、婚姻費用支出の順序につき「…先ツ夫ニ財産ガアレバソレデ總テノ費用ヲ拂ハシメ若モ及バサルトキハ妻ノ財産ニ往クト云フ順序ガアルコトデアリマスカ若クハサウ云フ順序ガナイコトデアリマスカ」旨の質問がなされたが、梅謙次郎委員は「…ドチラノ財産カラ出シテモ構ヒハシナイ」と述べている。⁸⁾

本条については、民法中修正案⁹⁾、民法整理決議案¹⁰⁾においても特に修正されることなく、明治民法(明治二九年民法)においては「旧民七九八條① 夫ハ婚姻ヨリ生スル一切ノ費用ヲ負擔ス但妻カ戸主タルトキハ妻之ヲ負擔ス」と規定された。

明治民法において婚姻費用分担者が夫とされた点につき立法理由では「既成法典ニハ本條ニ相當スル條文ナシ其財産取得編第四百二十六條ニ婦ハ特有財産ノ果實及ヒ自己ノ所得ヲ費用分擔ノ爲メニ配偶者ニ供出シタルモノト看做スト言フモ唯此規定ノミニテハ婚姻ヨリ生スル一切ノ費用ヲ夫ノ負擔ナリトノ主意明カナラサルヲ以テ寧ロ之ヲ明言スルニ如カス獨逸民法草案ハ本條ト等シク之ヲ明言シタリ但書ヲ加ヘタルハ妻カ戸主タルトキハ妻カ一切ノ費用ヲ負擔スヘキハ當然ナレハナリ」としてドイツ民法によれば夫婦の財産は管理共通制であるところ、婚姻費用分担者は夫であることから本条によりそれを明確に述べ、「家」制度のもとで「戸主」である「夫」が負擔することが明言されたのである。¹¹⁾

この点夫婦の財産関係については、明治民法七九八条第一項において婚姻費用の分担者が原則として戸主である夫と定められ、明治民法七九九条第一項において「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為ス權利ヲ有ス」としていることから、「…夫婦各自ノ財産ノ所有權ハ婚姻ニ因リテ毫モ變動スルコトナク、法律上夫婦ノ

共有財産ヲ認ムルコトナキナリ。而シテ婚姻ヨリ生ズル一切ノ費用ハ夫又ハ女戸主ニ於テ之ヲ負擔スベキモノニシテ、其代リ二夫又ハ女戸主ハ用方ニ從ヒテ相手方配偶者ノ財産ノ使用及ビ収益ヲ爲スコトヲ得ベシ。」とし、婚姻費用負担者がその支出のために相手方配偶者の財産を「使用及び収益」することができるにすぎないと説明される。^⑫

夫または女戸主のために他方配偶者の財産に対する使用収益権が認められるのは「代償たる意義を有する」とされ、「夫または女戸主が婚姻生活費用を負担するに足る資産若しくは能力を有しないときは、夫婦相互の扶養義務に基づき、却つて妻または女戸主の夫に於て、その費用を負担しなければならない」とされたのである。^⑬ すなわち、婚姻費用を負担することが出来ない場合には夫婦間の「扶養」義務に基づき婚姻費用を負担するとされ、婚姻費用から夫婦間扶養への移行が示唆されているのである。^⑭

戦後現行法制定過程においては、「家」制度は廃止するとされたものの司法省民事局は当初「(ロ) 新憲法に基づ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)(司法省民事局)」として「三 婚姻 (ホ) 夫婦は相互に扶養の義務を負ふこと。(現行七九〇通) 婚姻より生ずる費用は原則として夫の負担とすること(現行七九八通)(或は共同負担とすべきか)」が示され婚姻費用は「夫」の負担とされていた。^⑮

幹事案(昭和二一・七・二〇・B班案(婚姻)・堀内幹事・来栖幹事)においても、「第四 妻の無能力及び夫婦財産制 二 夫は婚姻より生ずる一切の費用を負担するも、夫婦間に於て別段の定を為すことを得るものとする」として「まず夫が婚姻費用を負担するものとされたのである」^⑯

審議における議論では、この点につき我妻榮委員より「民事局試案では、原則として夫の負担としながら、カッコに入れて、『或いは共同負担とすべきか』とあった。それを堀内・来栖幹事案では婚姻より生ずる一切の費用を負担

現行民法七六〇条の前提となる扶助について奥野幹事はさらに臨時法制調査会第三回総会議事速記録において、「…一般に夫婦間の扶養の義務の關係、或は同居の義務の關係、或はその外に婚姻の継続、費用の負担、そういう風なもの総てを含んで互に協力するという風な言葉で現わしている」とし「民法上の扶養の義務…よりさらに進んで積極的な意味を持つている」と述べている。また、中川委員も「…夫婦の關係にはどんなに強い扶養義務を認めても差支えない」とし、牧野委員は協力扶助という言葉に幅広い意味を持たせることによつて「…それが民法を理解する道義的な考え方に影響を及ぼします。夫婦は一心同体だということが分かれば、そこに本当の夫婦の道義的の生活というものが現れてくると思います」として、協力扶助が道徳的な指針となり、夫婦の生活が形成されることを期待していたことがうかがわれる¹⁹⁾。

(2) 学説く婚姻費用における「扶養」と「扶助」の概念

現行民法第七六〇条は、夫婦平等の見地より、明治民法当時において夫婦は「扶養」の關係性があると理解されていたところ、婚姻關係の維持についてはそれよりも広い「扶助」の概念とすることで、かつての「家」存続のための家族間扶養の概念とは異なり、夫婦とその子からなる法制度上の婚姻關係を維持形成するための基準とされ、婚姻關係を維持形成するために必要とされる概念が包含されるようになった。

しかしながら、婚姻關係の維持が困難になつた場合の婚姻費用については想定されておらず、この様な場合でも夫婦間における婚姻費用分担義務の存否、婚姻費用分担義務から扶助義務に移行するか、あるいは親族間における扶養義務に移行するかについては検討の必要がある。

明治民法における夫婦財産制については、中川善之助博士がドイツ民法の管理共通制であり、「基調的には夫婦別産制である」と指摘する一方、夫婦財産制は「全く父権的家族制度の正確な投影に過ぎない」として、法定財産のあり方が家制度を色濃く反映したものであると指摘されたところである。⁽²⁰⁾

また婚姻費用分担義務について中川善之助博士は「：協生の義務があるから婚姻関係なのであり、養育義務があるから親子関係なのである。換言すれば、婚姻関係は協生義務の上に立ち、親子関係は養育義務の上のみ考へられる。夫は妻を『扶け養ふ』のではなくて、妻と生活を協同するが故に彼は夫なのである。」「私が婚姻法上配偶者の負擔するもの所謂『協生義務』は、『夫婦は(如何なる場合に於いても)互に扶養ヲ爲ス義務ヲ負フ』ことを言ふのであつて、通常の場合に於ける夫又ハ女戸主たる妻の所謂『婚姻費用負擔義務』(民法七九八條)と同一物ではない。」と述べられていた。⁽²¹⁾

すなわち、夫婦間には「協生義務」があるところ、これは「扶養義務」であり、婚姻費用分担義務は「扶養義務」と同じことであると述べられた。婚姻費用を分担することは扶養義務を負担することと同じであるとされたのである。婚姻費用分担については、明治民法七九八條第二項が、夫婦間の扶養義務を規定する明治民法七九〇條の適用を妨げないと規定することに着目し、「夫又ハ女戸主カ扶養ヲ受クルノ必要アルトキハ其配偶者ハ自己ノ身分及ヒ資力ニ應シテ之ヲ扶養スルコトヲ要スル」として、婚姻費用分担義務の他にも夫婦間の扶養必要状態が発生する場合には、夫婦相互の扶養義務として、扶養の概念とは異なるものとして位置づける見解もあつた。⁽²²⁾

この点梅謙次郎博士は「夫ハ一家ノ主宰ニシテ其戸主タル場合ハ勿論戸主タラサル場合ニ於テモ夫カ財産ヲ有シ之ヲ以テ其妻子ヲ養フヲ通例トセルカ故ニ婚姻ヨリ生スル費用ノ如キハ原則トシテ夫ノ負擔ニ屬スルハ固ヨリ當然ナル

所」として、これは「婚姻ヲ爲シタルヨリ生スル結果ナレハナリ」として、婚姻をした夫及び妻の身分を取得したことにより発生する効果であると位置づけて、婚姻費用分担義務は夫が負担することが当然であり、これは婚姻の効果として取得する身分より発生するとしていた。²³⁾

これに対し、「婚姻費用ハ夫婦共同生活上最モ重キ負擔ナレハ之ヲ夫一人ノ負擔スヘシトナスハ實際上ヨリ見テ公正ニ非ラス」として夫婦の共同生活における費用分担の公平性の見地より、妻が財産を有し相当の収入がある場合には、妻も婚姻費用を分担することを提唱し、扶養義務とは異なるものであるとして、婚姻費用分担義務はあくまでも夫婦財産制の問題であるとする見解もあつたところ、²⁴⁾穂積重遠博士は、当時夫婦財産管理共通制であつたことを批判し、婚姻費用分担義務等のような制度は婚姻関係が破綻している場合にこそ問題であることから、「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」として別産制を主張していた。この場合の別産制の効果としては「萬一別居とか離婚とか云ふ場合には、元來財産が別々になつて居る方が紛争を複雑にしないで却つてよからう」とされておられ、おそらくは夫婦が対等な立場で婚姻費用を分担することを想定していたのではないだろうか。²⁵⁾

婚姻費用が夫婦間における扶養義務から派生するものであるか、あくまでも夫婦財産制での費用負担の問題であるかについては、明治民法第七九〇条における夫婦扶養の義務と、同七九八条一項の婚姻費用が夫の単独負担であることとは矛盾しており、家産は夫が管理し（管理共通制）、妻は家の一員として養われるため、夫が管理者として、婚姻費用を支出するのは家制度の考え方から派生するものであるところ、扶養については相互扶養の義務があることから、制度そのものが矛盾していると指摘する見解もある。²⁶⁾

婚姻費用分担については、明治民法七九〇条は「夫婦ハ互ニ扶養ヲ爲ス義務を負フ」とする一方、同第七九八条一

項が「夫ハ婚姻ヨリ生スル一切ノ費用ヲ負担ス」としたのに対し、現行法は七五二条において「夫婦は同居し、互いに協力し扶助しなければならぬ」とし、七六〇条では「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」とすることから、明治民法における「扶養」と「婚姻費用」の関係、現行民法における「扶助」と「婚姻費用」の関係性について明確にする必要がある。この点中川善之助博士は「：旧法の下においても、一樣に扶養といわれるものの中にあつて、夫婦の扶養と未成熟の子に対する親の扶養だけは、その他の単なる親族的扶養と区別しなければならぬことを力説し、前者を生活保持の義務、後者を生活扶助の義務と呼ぶことにしていた：旧法のように夫婦の場合にも同じく扶養という語を用いている場合には、解釈上、右のような分析と区別が必要であつた。その私が行つたいわゆる夫婦間の生活保持の義務を新法は夫婦の扶助といつたのである」として、「扶助は夫婦が互いに自分の生活を保持するのと同様に相手方の生活を保持することであるから、結局は婚姻生活の保持ということになり、法定財産制にいわゆる『婚姻から生ずる費用』の負担と同じことになる」と説明される⁽²⁷⁾。

すなわち「：『生活を協同にするの義務』は實に婚姻關係の要素である。故に私は、斯る義務を、單なる扶養義務と區別するため、特に『生活協同の義務』と呼んで居る。」ということであつた。明治民法においては「：夫または女戸主たる妻が婚姻の費用を負擔すること七九八條の定むる所の如くであるが、愈々夫または女戸主に於いて之が不能になつた場合には女戸主に非ざる妻又は女戸主の夫も配偶者と共に婚姻生活を保持するの義務がある譯で之が民法所謂『夫婦互ニ扶養ヲ爲ス義務』であり、私の所謂『生活協同の義務』なのである」とされたのである⁽²⁸⁾。

夫婦生活の維持という観点からみれば、その本質はかわることなく、あくまでも生活を共同にするという実態から導き出されるものとするところ、明治民法七九〇条における「扶養」は婚姻關係の要素として夫婦間に認められる義

務であるのに対し、現行民法七五二条には「扶助」と規定され法定財産制における婚姻費用であるにとらえられ、現行民法八七七条における「扶養」とは概念が異なるとされている。

これに対し、夫婦間扶養の範囲と婚姻費用分担の費目が同じであるという機能の側面に着目し「一方配偶者が自己の生活需要に不足する場合に、他方配偶者によって補われることは、一面では、婚姻費用の分担であり、他面では、扶養義務の履行である」として、婚姻関係が維持されている場合には民法七六〇条の婚姻費用分担義務の対象となり、婚姻関係が破綻している等の理由により「一体的な家族的生活共同体を構成して」いない場合でいまだ離婚に至っていない場合には民法七五二条における生活扶助義務が登場するとの見解がある⁽²⁹⁾。

夫婦間における「一体的な家族的生活共同体」があるか否かを基準として民法七六〇条と民法七五二条との適用関係を決すべきとの見解であり、夫婦間の財産関係は生活扶助と婚姻費用分担の両側面により構成されるとするのである。

また、夫婦間の扶助は夫婦間扶養の程度を定める「限界点」であるとして、「∴夫婦各自の私有財産を共同的に消費して婚姻関係を維持するということの法規範化である」としたうえで、婚姻関係に変化が生じ「∴扶養問題がおこれば、七五二条で一方の他方に対する扶養出捐を命じまたその限界を定め、その上で従前と異なった割合と方法で婚姻費用分担の問題がおこるわけで、七六〇条はその場合の規準でもある」とする見解がある⁽³⁰⁾。

これらの見解はいずれも夫婦間の生活実態を考慮し「一体的な家族的生活共同体」「婚姻関係を維持する」と表現するが、「家族的生活共同体」「婚姻関係」の維持については多様な形態が存在し、そのすべてを考慮して婚姻費用分担額を決定することには、多様な生活形態をどの程度反映することが可能であるかとの問題も残されるところである。

このような多様な生活形態について「中間的な特別の扶養義務」を提唱する見解があるところ、これは「…絶対的必要性がなくても相対的な必要性があれば生ずることもありうる点において生活扶助義務とは異なり、また、自己と同程度の生活を相手方に保障することを必ずしも必要としないこともありうる点において生活保持義務とも異なる扶養義務」があるとする見解がある³¹⁾。この見解によれば、婚姻費用分担額の算定に当たっては、各夫婦ごとの個別事情を考慮することとなる。

夫婦間扶養と婚姻費用分担の関係は、一方配偶者が婚姻費用分担請求をした際に他方配偶者に生活扶助の範囲での婚姻費用分担を求めるのか、あるいは夫婦間扶養の範囲で婚姻費用分担の求めるかの問題に帰するところ、婚姻費用は婚姻生活を維持するために必要とされるとすれば、あくまでも対等な立場にたつ夫婦間でその分担割合を定めるということとなるのではないだろうか。

この点「…夫婦間で、相手方の生活困窮を要件とすることなしに、婚姻生活の一体的維持を義務付けているのが、七六〇条の婚姻費用の分担義務であると捉えるものである。私も基本的には、夫婦間での婚姻生活の維持は、婚姻費用の分担義務により行われ、夫婦間に当然に扶養関係が成立するわけではないとする立場に立つ」とされ、「…家族とりわけその中心である婚姻関係が、生存の基盤としての役割を果たしていることは事実であるが、…夫婦は、生産労働であれ、家事労働であれ、協力してその婚姻関係を維持しているのであって、いずれか一方だけが、この全面的責任を負うわけではない」とする見解がある³²⁾。

婚姻関係はあくまでも婚姻生活を維持するための存在基盤であり、その点においては一般親族の扶養義務とは異なり、対等な夫婦間での協力義務が求められるとするものである。

民法七六〇条における婚姻費用分担義務が婚姻関係の維持を前提として協力をするとするのであれば、その「協力」関係は、婚姻共同体が維持されている「状態」に応じて変化するものととらえれば、夫婦の協力関係は「扶助」とされるべきであろうか。他方婚姻関係が「破綻」し、その維持が困難になった場合、夫婦の「協力」の性質・程度をどのようにとらえるかは、婚姻関係が破綻している状況を婚姻費用の算定にあたってどのように評価するべきかの問題となる。以下では婚姻費用の評価指標となる「破綻」概念について検討を進めていくこととする。

3. 破綻の視点からみる「婚姻費用」⁽³³⁾

これまでの検討より婚姻費用分担額の算定に際しては、旧法の「扶養」の文言を「扶助」に修正し、婚姻関係維持にあたって考慮される夫婦間協力の範囲を広く求める反面、婚姻関係の変化による婚姻扶養分担額については「破綻」を指標とし、分担額を決定することが求められるもののその程度については「扶養」とするもの、「扶助」とするもの、「中間的な扶養義務」とするもの等の見解がみられた。⁽³⁴⁾

婚姻費用分担額の判断基準の一つである「破綻」については、客観的に婚姻関係が破綻し「別居」していることに求められるものの、破綻に至る経緯の考慮については他にも当事者の「有責性」が考慮されるなど、当事者の個別的事情を考慮しつつ算定することが考慮される。⁽³⁵⁾

このうち「破綻」については婚姻関係の変化をどのように判断するかの問題であり、判断要素として、主観的要素（当事者の意思）及び客観的要素（別居）の双方が考慮されることとなり、他方「有責性」を考慮するとすれば、当事

者の有責性を問わないとされる破綻の理念に有責性という相容れない概念を持ち込むものであり、婚姻費用分担額算定の際に有責性の概念を持ち込むことが果たして妥当であるかについても検討をする必要がある。

婚姻関係の破綻とは、婚姻関係が「回復不可能な状態」に変化することを意味する。これはおよそ当事者の意思によるところが多く、客観的に判断するための指標として別居という要素が考慮されるにすぎず、本来的には当事者の一方に婚姻関係を回復させる意思が恒久的に失われ、他方配偶者が当該状況を受け入れざるを得ない状況に至ったときにはじめて破綻として捉えるべきではないだろうか。そのような状況は当事者の主観によるところが大きく、客観的指標としての「別居」をもって物理的距離をはかるとともに心理的距離の程度をはかることとなるのではないだろうか。問題は、婚姻関係の状況が変化する場合には段階を追って徐々に変化をすることから、どの時点をもって破綻と認定し、婚姻費用の程度とするかということであるが、婚姻を破綻させたことについての寄与割合を認定し、寄与度による減額を算定する等の方法も考えられる。この場合の寄与度は「有責性」とは異なり家庭を破壊させた「事実」を判断基準とするということに注意をする必要がある。この点中川淳教授は「客観的に完全に破綻した夫婦間において、なお婚姻費用の分担が当然に存続するかについては、私は疑問に思うが、ここではその点を深く論じない。ただ、破綻別居については、何をもって破綻と判断するかは、学説は一致していない」とも指摘されるところである。³⁶⁾

婚姻関係破綻時の婚姻費用分担については、第一に婚姻関係の回復可能性に判断基準を求めるもの、第二に婚姻関係破綻に關しての当事者の有責性の程度に判断基準を求めるもの、第三に破綻について段階的理論をとるものに分類することができる。

第一の点については「…婚姻費用分担は平等な人格者である夫と妻が婚姻の協力関係の一環として分担し合うものであるから、協力関係回復の有無でその分担の程度は区別してよい」として、婚姻関係の回復可能性がある場合には婚姻関係は破綻していないとする見解がある。³⁷⁾

婚姻費用分担算定の根拠を婚姻関係の「回復可能性」に求めるものであるが、この見解については、婚姻関係が破綻後の夫婦の交流状況や当事者の婚姻回復にかかる意思の程度が考慮されることとなるであろうか。

この点、最高裁昭和六二年九月二日判決が提示する婚姻観より「…婚姻生活共同体への回復の可能性が皆無と認められている状況にあっても、なお離婚にいたっていないから（＝なお形式的には婚姻中だから）という理由だけで婚姻費用分担義務の存続を認めることには疑問が残る」とする見解がある。³⁸⁾

婚姻費用分担額算定に当たり婚姻回復の可能性を判断要素とするものであり、回復可能性がない場合には婚姻費用分担義務の存続をさせることについて疑問を呈する見解である。

第二は、「…扶養の義務は、本来、同居義務や協力義務等と同一の理念から生じ、これらの義務と深く関連しあっている」のであるから、これらの義務に一方配偶者が反した場合には他方配偶者の婚姻費用分担義務が軽減されるとすることから、これの破綻について当事者の有責性を考慮するというものであり、有責配偶者への婚姻費用分担義務は生活扶助義務に変質し、「…別居有責の配偶者がこれを認められても、決して、自己の過誤を利用し利益を得るということにはならない。またこの権利の行使が権利の濫用となるものでもない。この問題は有責配偶者の離婚請求問題とパラレルにとらえるべきものではないであろう」として「…扶養請求を完全に封ずることは妥当を欠くように思われる」とする見解がある。³⁹⁾

この点「：相手方が要扶養状態にあり、自分に扶養能力がある限り扶養義務を負う。しかも権利者の責任や対価性を問題にしないのだから、婚姻破綻の責任や協力の有無とは無関係である。したがって、有責配偶者であっても、要扶養状態にあれば、婚姻費用分担請求をすることができる。」として、問題は扶養の程度なのであるから「：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、義務者は生活扶助義務の程度で扶養Ⅱ婚姻費用を分担すればよいことになる。しかし、義務者が有責である場合には、扶養とは別の論理で生活保持義務の程度を請求することができる」とする見解がある⁽⁴⁰⁾。

また有責性を婚姻費用算定の際に考慮すべきであるとして、「：有責性といっても婚姻が破綻する要素は複雑であるし、また有責性にも程度の差があるのではなからうか。したがって、権利の濫用として請求を一律に否定するのはなく、有責の程度がいちじるしい場合にかぎって請求を否定すべきではあるまいか。」とする見解もある⁽⁴¹⁾。

これらの見解は、婚姻費用分担の程度を有責性にかからしめるものであり、婚姻関係破綻の一因に当事者の有責性がある場合には夫婦の協力関係は「扶助」になるとするものである。

婚姻関係が事実上「破綻」している場合にそれを如何に制度上の「破綻」として考慮するかについては、両者の概念の「乖離」もあるところ、婚姻関係存続中であっても婚姻関係の変化に伴い「扶助」の内容・程度は変化する。このような見解の根拠となるのはこれまで多くの学説において述べられているように、「婚姻により発生する効果」であり婚姻制度の本質に根ざすものであり、婚姻制度の存在そのものに存在意義が求められることとなろう⁽⁴²⁾。

この点別居に至る経緯の多様性から婚姻破綻に対する有責性を考慮すべきであるとし、「決定するにさいして、いわゆる『その他の一切の事情』として婚姻破綻の責任の有無、別居の正当性の存否などを斟酌しうることはいうまで

もない」と述べる見解がある。⁽⁴³⁾

このような見解に対し、婚姻費用分担義務の判断に際し、有責性を考慮しないとする見解がある。

有責性を考慮しないとする見解は、「…別居の原因の全部または大部分が当事者のいずれの側にあるのかを確定することは、婚姻費用分担事件の目的ではない」として、有責性を考慮要素とすることを否定し、「信義則に反するような特段の事情」のある場合に限り考慮するとする判例の判断を支持する。⁽⁴⁴⁾

この点、婚姻費用分担の請求時における婚姻関係の状態を考慮し「…円満な夫婦関係が営まれているとはいえない状態にある」場合には「…生活保持義務を認める基盤はもはや失われていると言わざるを得ない」ことから「…婚姻費用分担請求にかかる審判においては、法律上の夫婦であるという身分関係に基づき、一般親族間と同様の扶養義務（いわゆる生活扶助義務）が夫婦の間に存することを前提に分担額を決定すれば足りるものと考える」として、夫婦が別居している場合には夫婦関係の扶助義務ではなく一般親族間での扶養義務を考慮することとなり、婚姻費用分担請求者の有責性は考慮されないとする見解がある。⁽⁴⁵⁾ 婚姻費用分担義務は婚姻関係の継続的な維持を目的とするものであり、婚姻関係の継続的な維持を望めない場合には婚姻法の効果を認めることを排除するとの理解である。

婚姻費用分担義務が課せられる基盤としての婚姻関係がない場合であっても、夫婦の扶助義務は「夫婦相互をその限度において扶養義務者とする」という私的扶養の枠組みにおいて置かれたものである」こと、また「扶養の緊急性」を考慮して、有責性は離婚の局面で慰謝料請求や財産分与として考慮されるものであり、「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」とする見解がある。⁽⁴⁶⁾ 婚姻費用分担義務算定に際し、有責性等の婚姻関係を破綻させた事由を考慮せず、それは離婚の際に慰謝料

請求や財産分与等で考慮することとする見解である。

第三の点については、夫婦間扶養に関する破綻概念につき「扶養義務の性質は規範的生活共同体を前提とせざる生活扶助義務に近づく」と解釈すべきである。私の見解は、夫婦関係破綻の度合いに応じてその扶養義務内容が変化するというものとし、最低限度いわゆる生活扶助義務に至るとする段階的思考態度である⁴⁷として段階的に変容する婚姻関係に着目し、それを容認する理論的根拠として、中川善之助教授が提唱される「事実の先行」に着目する。

この見解はさらに、破綻の判断要素につき考慮した上で「婚姻破綻をひきおこす要素のうち当事者の主観的内面的要素が重要な役割を担っているので、扶養の要件・程度の問題も純客観的な問題ではなく、当事者の主観的要素を顧慮しなければならない。別居は単なる終局ではなく、終局(離婚)に至り得る一段階であると同時に、一つの冷却期間として更に高次の婚姻関係回復のための一つのクッションでもありうると理解し、破綻責任による扶助額の加減についても、このことを充分考慮に入れなければならない。これはこうである。破綻別居中に生じる扶養請求については、法は正常な婚姻関係回復の方向において処理しなければならない⁴⁸」とする。

破綻を段階的に捉える考え方によれば、当事者の主観的側面が重要な要素であり、夫婦間扶養は婚姻関係回復に向けての手段であるのに対し、破綻から別居に至る過程での婚姻費用分担義務は、離婚に至る場合と婚姻関係回復に至る場合があることを想定し、当事者の主観的側面がいずれの場合に属するかを考慮し、婚姻費用分担額を考慮するとする。

段階的過程説の考え方には、婚姻関係の多様性を詳細に考慮しようとする。

これまでの検討によれば、婚姻費用分担額決定にあつての基準時である「破綻」については、婚姻関係の回復可能性に判断基準を求める見解、婚姻関係破綻に関しての当事者の有責性の程度に判断基準を求める見解、第三に破綻について段階的理論をとる見解に分類することができる。いずれの説においても具体的な基準時については更なる検討を要するであろう。

婚姻関係の破綻についてはすでに離婚原因の判断基準として「別居」が客観的指標としてあげられるところ、平成八年二月二六日に法制審議会が答申した民法改正要綱が離婚原因の一つとして創設している「夫婦が五年以上継続して婚姻の本質に反する別居をしているとき」という条項と婚姻費用分担義務との関係について疑問を呈する見解がある。⁽⁴⁹⁾

二〇〇九年年私法学会シンポジウムでは、各論(逐条的な検討)として、「A—三(婚姻費用の分担) ①夫婦は、その資産、収入その他一切の事情を考慮して、子の監護に要する費用を含む婚姻から生ずる費用を分担する。②前項の分担の割合及び方法について必要な事項は、当事者の間の協議で定める。」とされた。⁽⁵⁰⁾

この点については、「…本報告では、A—三を夫婦の義務とし、強行規定化しようとしている：『扶養義務』とは『扶養義務』にはかならず、そのレベルは低いものであるとするものである。このような考え方に立ち、かつ、婚姻費用分担義務は共同生活が継続している場合(同居している場合)にのみ存続すると思われるならば、共同生活の破綻後(別居後)は婚姻費用分担義務は消滅し、通常の扶養義務と同レベルの扶助義務が出現することになる。論理的な考え方だろうと思うが、別居につきこのように取り扱うことが適切かどうかが問われなければならない」とする見解がある。⁽⁵¹⁾

婚姻費用の基礎が婚姻共同体に求められるとすれば、婚姻共同体の存在しないところには婚姻費用分担義務は存在しない。しかし他方、婚姻関係が解消されるまでは外形上は婚姻共同体が存在しており、形骸化している婚姻関係に対し婚姻費用を認める根拠があるとすればそれはやはり、いったん婚姻関係を形成した当事者が負うべき責任の問題となるのではないだろうか。とはいえその負担の程度は、請求者の生活実態を考慮し、必要とされる限度においてのみ義務者に負担を求めるというもので、この意味において、当然に夫婦間「扶助」の問題として最低限の生活費が保障されるというよりも、あくまでも請求者の生活実態を考慮するということになるだろうか。

4. おわりに―今後の課題

婚姻費用分担は、婚姻期間中に必要とされる費用の分担割合について夫婦の寄与割合を規定するものであるところ、制定当時、婚姻関係が破綻した場合の婚姻費用分担については想定されず、長期間にわたる別居の場合の婚姻費用分担などの問題も相まって、婚姻費用分担に際しての「破綻」をどのように評価するか、議論されることとなった。

また婚姻費用は、婚姻関係にある夫婦が必要とする費用に關しての規定であることから、性質上、独立性と団体性という二つの理念に奉仕することとなり、この点については夫婦の独立性を考慮するのであれば、夫婦各自の生活実態を考慮したうえで分担額を考慮されることとなり、婚姻関係の破綻による婚姻費用分担額の減額はとわれないこととなるのではないだろうか。この場合では、有責配偶者からの婚姻費用分担請求についても扶助の必要性があれば義務者に婚姻費用分担義務が発生する。他方婚姻関係における団体性を重視するならば、婚姻費用分担額の算定に際し

て有責性が問われることとなるのではないだろうか。婚姻関係における団体性を重視する考え方は婚姻関係を維持するにあたっての当事者の「責任」を問うものであり、いわゆる婚姻関係解消に向けて考慮される「破綻」とは性質が異なるのではないだろうか。

いずれの場合であつても、婚姻費用を分担することが婚姻関係を維持するにあたって必要であるか否かの視点から評価されることとなり、これは婚姻関係の解消に向けられる「破綻」の概念とは異なることとなりはしないだろうか。たとえば子がある夫婦については婚姻費用の算定に当たり、子の教育費用も含まれるため慎重な議論が必要となるのではないだろうか。

この点、婚姻関係が破綻する過程に着目し「：現代における現実の事実においては、離婚は必ずしも常にそうであるわけではなく、離婚の事実上の原因ははなはだ複雑である」としたうえで「：婚姻は売買や賃貸借のような契約関係とはことなり、二人の人間のあいだの作用・反作用の無数の連鎖反応の過程」であるとした見解がある⁵²。

婚姻関係の破綻は、事実上段階的にその関係が崩壊していくものであるが、これを法的に評価する際には、ある時点をもって破綻を評価せざるを得ない。しかし婚姻費用分担の問題は婚姻関係が外形上破綻していない場合であつても夫婦間に精神的交流が失われることにより発生する問題である。夫婦の一方に婚姻費用分担の意思が失われれば婚姻費用分担請求をせざるをえない場合が発生する。とすれば婚姻費用分担において破綻を考慮することは、婚姻費用分担の問題の解決にはつながらず、あくまでも婚姻関係にある当事者の経済状況を考慮して具体的に分担の程度を考慮することが相当ではないだろうか。

その結果として、婚姻関係破綻の事実や有責性の問題は、離婚原因の一事由として考慮される問題となるが、かり

にこのような問題が婚姻算定の際に考慮されるとすれば、婚姻関係を破綻させたという有責性ではないだろうか。婚姻関係を自ら破綻させたという事実は、婚姻関係という団体を形骸化させたことであり、それは自ら形成した団体を崩壊させたことであり、団体を崩壊させた者に婚姻費用分担請求を認めることについては慎重に検討されるべきではないだろうか。⁽⁵³⁾

家族法において考慮される「破綻」「有責性」の概念は、婚姻共同体を維持するために構成員である夫や妻はどの程度の寄与をするか／しないかの問題でもあり、婚姻形態のあり方そのものが問われることとなる。

本稿では、婚姻破綻時の婚姻費用算定時に際し、制定経緯や学説を中心に一考察を試みたが、破綻の概念もめぐってはさらなる検討をするために他日を期したいと思う。

〔謝辞〕 本論稿は令和四年九月二四日(土)に樺民法塾における報告を加筆修正致しました。当日は多くの先生方から有益な示唆を頂いたことに心より感謝申し上げます。拙い論説ではありますが、長谷川貞之先生のご退職をお祝いさせて頂く機会を頂きましたことに心より感謝申し上げます。

(1) 深谷松男「夫婦扶養の法的構造―扶養法研究序説―」金沢大学法文学部論集 法経篇第一三号(一九六五) 一四六―一四七頁。

(2) 水野貴浩「判批」月報司法書士五四四号(二〇一七年) 七六―七七頁は、一九九〇年代後半以降の判例において婚姻関係の破綻を考慮するものが少ない理由につき、裁判官の論稿において「…婚姻費用の分担義務は、婚姻という法律上の身分関

係から生じる義務であつて、婚姻関係が破綻状態にあることから婚姻費用の分担義務を免れたり、分担額が減額されると解することはでき』ないと説かれることが多いことが関係しているように思われる」と分析する。

(3) 拙稿「婚姻破綻時における日常家事に関する一考察」日本法学第八四巻第四号(二〇一九年)二七八―二七九頁。なお深谷前掲(1)一五九―一六〇頁は「：破綻的別居夫婦の扶養こそが夫婦扶養の理論構成の中心におかれなければならない」とするとともに「：扶養法研究にあつては、歴史的比較法研究もさることながら、さらに、現在の日本の家族の殊に扶養の実態の適格な把握の必要性をおぼえる」と指摘される。

(4) 婚姻扶養の分担に関する分析については、すでに松本タミ「明治民法と夫婦の婚姻費用にかかる規定の系譜―婚姻費用分担と性別役割分担構造Ⅱ―」中川淳先生還暦祝賀論集刊行会編『現代社会と家族法』(一九八七年「第一版第一刷」、日本評論社)一四〇頁以下、坂本圭右『夫婦の財産的独立と平等』(平成二年「初版第一刷」、成文堂)、平田厚「民法七五二条の系譜と解釈」法科大学院論集一七号六一頁以下等数多くの研究がある。本稿は現代における婚姻関係の状況的变化に伴う婚姻費用分担について新たな視点から分析を試みるものである。

(5) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書一三 民法第一議案』(商事法務研究会)二九八頁。

(6) 明治文化資料叢書刊行会編『明治文化資料叢書 第三巻 法律編上』(昭和三四年、風間書房)九五―九六頁。

(7) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本立法資料全集 別巻一六三』人事法案(仮称) 第一編親族(昭和一六年整理)、第二編相続(昭和一五年整理)(二〇〇〇年「復刻版第一刷」、信山社出版)二九頁。

(8) 民法議事速記録六「第一四六回法典調査會議事速記録(明治二八年二月九日)」二八三頁。「第一四七回法典調査會議事速記録」三二九―三三〇頁。

(9) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書一五 民法中修正案 親族編相続編』(昭和六三年、商事法務研究会)一一頁。

(10) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書一四 民法整理決議案 第四編親族第五編相続』(昭和六三年、商事法務研究会)九頁。

- (11) 『民法修正案理由書』(明治三二年、博文館) 七七頁。
- (12) 穂積陳重『親族法大意』(大正六年「第三版」、岩波書店) 七九―八〇頁。
- (13) 近藤英吉『親族法講義要綱』(昭和一三年、弘文堂書房) 一〇六―一〇七頁。この点堀内節『親族法要義』(昭和一五年、精興社書店) 二六一頁は「…財産の所有權は配偶者各自に屬するものとし、管理及び費用はその一方の負擔とし、夫婦各自の利益と共同生活關係とを調和せしめやうとするにあつたのであるが、その規定は細微に及んでゐるだけ、却て實用的價値を持たないのである。」と指摘する。また根本松男『日常家事代理權』『家族制度全集 法律編第一卷 婚姻』(昭和一二年、河出書房) 一四一―一四二頁は「此の費用の負擔は夫の法律上の義務であり、夫が之に支出した金額は妻の爲めの立替金といふやうなものでないから、夫婦不和となり別居又は離婚を爲すに至つても、夫より妻に對し其の支出せる費用の償還を請求することはできない」と指摘する。
- (14) 椿寿夫「婚姻費用の分担と夫婦の扶助義務」中川善之助教授還曆記念家族法大系刊行委員會編『家族法大系Ⅱ(婚姻)』(昭和三四年「初版第一刷」、有斐閣) 二二三頁は「…立法關係者が婚姻費用規定のドイツ近代法史的意義に全く考慮せず独自の立場で臨むならば、『扶養から婚姻費用へ』と『婚姻費用から扶養へ』のどちらを選ぶかは、任意の二者間の択一の問題にすぎなくなり、結局は用語の問題だということに帰着するであろう」と述べられる。
- (15) 我妻榮編『戦後における民法改正の経過』(一九八八年「第一版第二刷」、日本評論社) 二二二頁。
- (16) 我妻榮前掲(15)二一八頁。
- (17) 我妻榮前掲(15)三四―三五頁。
- (18) 最高裁判所事務総局編『民法改正に関する国会關係資料』四八四―四八五頁・五六一―五六二頁。坂本圭右「婚姻費用の分担と夫婦扶養」中京法學第七卷第三・四合併号(一九七二)六頁。
- (19) 我妻榮前掲(15)二六六頁・二七一頁・二七三頁。
- (20) 中川善之助『親族法 上卷』(昭和三五年「第一刷」、青林書院) 二三七―二三八頁。
- (21) 中川善之助「親族的扶養義務の本質」法學新報第三八卷六號(昭和三年)一三・一九頁。なお中川善之助『日本親族法―

昭和一七年』(昭和一八年「第二刷」、日本評論社)二三〇頁は、夫婦の一般的効果における扶養義務(旧民七九〇条)において扶養義務は「相互的の義務であるが、法律上婚姻費用を負担すべき者は先順位をとる。民法第九五四條以下の規定は主として親族的扶養義務に關するものであるから、夫婦の間には必ずしも適用せられない」として「配偶者が『自己ノ資産又ハ勞務ニ依リテ生活ヲ爲スコト能ハザルトキニノミ』(民九五九條)發生するのではなく、また扶養方法の選擇權もない」と指摘される。

(22) 仁井田益太郎『改訂増補 親族法相續法論』(大正八年「改定増補第五版」、有斐閣)一七四頁。

(23) 梅謙次郎『訂正増補第二十版 民法要義 卷之四親族編』(明治四三年「第二十版」、有斐閣書房)一七五頁。

(24) 中島玉吉『民法釈義 卷之四親族篇』(昭和一二年「第一版」、金刺芳流堂)三八七・三八八頁・三八九頁では「夫婦間ノ扶養義務ハ相互的ニシテ自己ノ財産又ハ勞務ニヨリ至リテ始メテ發生スルモノナリ」と指摘する。

(25) 穂積重遠『親族法』(昭和八年「第一刷」、岩波書店)三三九―三四〇頁。

(26) 椿寿夫「婚姻費用の分担と夫婦の扶助義務」中川善之助教授還暦記念家族法大系刊行委員会編『家族法大系Ⅱ(婚姻)』(昭和三四年「初版第一刷」、有斐閣)二三二頁は「…このような矛盾を生じていたところでは、両者の比較・關係とりわけ両立している根拠が問題にならなかつたのもあながち理由のないことではない」とする。なお、外岡茂十郎『親族法』(昭和二五年、評論社)一六四頁は、「婚姻費用を夫にのみ負わせて、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始めて妻に二次的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ものである」と指摘する。

(27) 中川善之助『新訂 親族法』(一九六五年「新訂第一刷」、青林書院新社)二二九―二三〇頁。

(28) 中川善之助前掲(21)一一頁、一二頁、一三頁、一九頁。

(29) 有地亨「婚姻費用分担の請求(一)」判時四三八号一五八―一五九頁。なお沼正也「私的扶養のあり方」法時三一巻一〇号八三頁では「…夫婦・親子間の高度の扶養が、夫婦であるがゆえに親子であるが故にあるには違いないのであるが、そのもう一つ背後にこれらの者が必然的な共同生活關係に立つものであるという本質から導き出されるものであることを不当に看過

してはならない。…かような緊密な生活協同が失われたときには、おのれと同質的な生活の保障という高度の扶養性は逐次に褪色して生活扶助の扶養に近接して行く。」とする。

(30) 深谷前掲(1)一〇五—一〇六頁。

(31) 太田武男『家族法の歴史と展望』(昭和六一年「第一版第一刷」、一粒社)二一六—二一七頁は「…別居中の婚費分担義務の性格を、この中川教授の提唱になる二つの扶養義務のどちらかであるとして二者択一的に性格づけてきた従来の学者・実務家の見解にかねがね疑問を持っていた」として「…義務の本質は、当事者双方の文字通り『諸般の事情』を考慮して決定される弾力的・相対的なものとして理解すべきではないか」とされ、具体的な判断にあたっては「裁判所の裁量によって、ケース・バイ・ケースに決定さるべきものと考えている」と述べられる。なおこの点につき鍛冶教授は婚姻関係の破綻が当事者に及ぼす心理面での影響を民法七六〇条における「一切の事情」に含めるかにつき「…調停においてはよく行われがちではあるが、このような考慮は、いかに非訟であるとはいえず審判の裁量の範囲外の問題というべきであろう」と指摘されている(鍛冶良堅「夫婦関係が事実上破綻している場合の婚姻費用分担の程度を如何に考えるべきか」ジュリ四一九号(一九六九年)一一六頁)。また後藤佳旦「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編『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「初版」、日本加除出版)一九六頁において、婚姻費用請求者が有責配偶者である場合につき自己責任の原則を適用しつつ「…請求者の最低生活を維持する程度をこえる経済的給付であることが必要である…扶養義務の性格は、生活保持義務と生活扶助義務の中間的な義務である」と述べられている。

(32) 犬伏由子「夫婦間の生活保障の法的構成について」山形大学紀要一五巻一号(昭和五九年)一七一—一八頁。なお坂本前掲(二八)一〇頁・一二頁は民法七六〇条と扶養の関係につき、「…その本質はもとより適用範囲においても異なるものであることは明らかである」としたうえで、民法七六〇条は「…現実に支出される婚姻費用の負担方法を定める」ものであることから「法定夫婦財産制の一部としての位置づけをとおして、その本質を明らかにする」必要があると述べられ、「…法定財産制の中で、とくに経済的側面における夫婦協力の実質を担保するために、夫婦の一体な生活を保持せしむべき機能を果すのが第七六〇条であると解するのである」とされる。また坂本圭右『夫婦の財産的独立と平等』(成文堂、平成二年)一九二頁は

「…夫婦の同程度の生活維持がその協力義務の内容として要請されるかぎり、婚姻費用の負担は、すべての財産を原則として夫婦に各別に帰属せしめる完全別産制の例外若しくは制約として位置づけられる…極端なまでに個人法的に構成されているのが法定財産制のなかで、しかも必然的に共同生活にともなう夫婦の関係において、とくに経済的側面における夫婦協力の実質を担保するために、夫婦の同程度の生活を維持せしむべき機能を果すのが第七六〇条であると解するのである」とする。

(33) 婚姻関係の状況の変化が婚姻費用に及ぼす影響について、有地亨「夫婦関係の破綻と婚姻費用の分担」沼邊愛一・太田武男・久貴忠彦編『家事審判事件の研究(一)』(昭和六三年「第一版第一刷」、一粒社)三〇頁以下、宮井忠夫「判批」判時八一九号二〇頁以下、鍛冶良堅前掲(30)一一頁以下、同「三」夫婦関係が事実上破綻している場合の婚姻費用の分担」東京家庭裁判所身分法研究会編『家事事件の研究(二)』(昭和四八年「初版第一刷」、有斐閣)三〇頁以下、後藤佳旦前掲(31)一八三頁以下においてもすでに議論されているところであるが本稿はこれまでの議論の経緯のもとに現代における破綻の定義を再構成することを試みるものである。

(34) 中間的扶養義務については冷水登記代「判批」民商法雑誌一三三卷四・五号七〇〇頁においてドイツの事例が紹介され「ドイツにおいては「…別居中の夫婦の扶養義務は、婚姻中の夫婦間の扶養義務・婚姻費用分担義務と離婚後の扶養の中間的なものとして位置づけられ、離婚後扶養に準じて扱われる」と述べるとともに算定方式・算定表の適用につき「…上記算定方式・算定表をどれぐらいの別居期間について用いることが可能かということも、別居の原因又は破綻の有責性と婚姻費用分担義務の程度の軽減の問題とともに考慮すべき課題である。」とされる。

(35) 有地亨前掲(33)三二頁では「…夫婦は相互にこれらの義務をいずれも履行することによってはじめて家族生活を円滑に維持することができるのだから、妥当な婚姻費用分担額を算定する際には、破綻状態について各種の事情を十分考慮する必要がある」とする。

(36) 中川淳「判批」戸籍時報六二二号(平成二〇年)六四頁。

(37) 有地亨・松嶋道夫「婚姻費用の算定」沼邊愛一、太田武男、久貴忠彦『家事審判事件の研究(一)』(昭和六三年「第一版第一刷」、一粒社)五一―五二頁。

- (38) 辻朗「婚姻費用分担義務に関する一考察」『小野幸二教授古稀記念論集』刊行委員会企画『21世紀の家族と法—小野幸二教授古稀記念論集』(二〇〇七年「初版第一刷」、法学書院) 二〇四頁。
- (39) 石原義幸「別居中の夫婦間の扶養義務—判例を中心として—」松山商大論集第二四卷第六号(昭和四九年) 四二—四三頁。黒田樹里「婚姻の破綻と婚姻費用分担義務—最高裁平成一七年六月九日決定を契機として—」国士館法研論集第九号(二〇〇八年) 二〇—二三頁では「:回復の見込みのある別居の場合は、生活保持義務の程度で婚姻費用分担請求が認められるべきであるが、婚姻の破綻により回復の見込みのない別居の場合は、分担者の生活も維持でき、申立人である配偶者が最低限の生活を維持できる程度は給付するべきではないか。婚姻が継続している以上、有責性の有無を問わず、その程度のリスクを負うべきである。ただし、有責配偶者からの生活費の請求を認めるとしても、別居中に不貞行為の相手方に生計を支えてもらう場合等は、配偶者に対する婚姻費用分担請求は権利の濫用となると考える」とする。
- (40) 二宮周平『家族法』(二〇一二年「第四版」、新世社) 六五—六六頁。なお犬伏由子前掲(32) 一一—一三頁は「:別居についての責任がいずれにあるかを決定することは困難である場合も多く、このような場合にも、生活保持義務か生活扶助義務かいずれかに振り分けなければならないとするのは不合理である:破綻的別居の場合を中心に考えれば:夫婦間の扶養義務も他の親族間の扶養義務と基本的には同じ私的扶養義務(生活扶助義務)と考えた上で、具体的扶養義務決定においては、夫婦関係破綻についての有責性も、扶養義務の内容決定の一ファクターとして考える方が妥当に思われる」と述べている。
- (41) 宮井忠夫「判批」判例時報八一九号一三七頁。
- (42) 鍛冶良堅「扶養の論理と婚姻費用の論理」ケース研究一七二号一二頁は「保持義務の論理が、まさに婚姻家族イデオロギーに忠実であるからにほかならない」とする。
- (43) 坂本圭右「婚姻費用分担と夫婦扶養」中京法学七卷三号・四号(一九七三年) 一七頁。なお羽生香織「判批」民商法雑誌一五三卷五号(二〇一七年) 八三五—八三六頁は、裁判例を分析し「私見として、予見可能性の観点から、失職、震災、妊娠等は事情の変更があったものとして婚姻費用分担額の減額を認め得る」と指摘する。
- (44) 松久和彦「判批」民商法雑誌一五六卷四号(二〇二〇年) 八四三頁。

- (45) 水野貴浩「判批」月報司法書士五四四号(二〇一七年)七六一七七頁。
- (46) 常岡史子「判批」民商法雜誌一三五卷六号一一五六頁—一一五七頁。
- (47) 深谷前掲(1)一二七頁は中川博士が提唱する扶養二元論について「…夫婦・親子関係の破綻(的別居)を中心視点をおき、その場合の扶養問題の解決をはかるための理論的操作が加えられていないこと」を指摘する。また多治川卓朗「日常家事債務(民法七六一一条)と相手方の信賴保護(二・完)——『婚姻関係の破綻』の特殊性について」熊本法学第一〇九号(二〇〇六年)六四頁は「…仮に、婚姻共同生活関係が崩壊しつつある場合に、夫婦関係が未だ完全に崩壊していない状態を『崩壊過程』、夫婦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態である…裁判官は、当該行為の効力が本人に帰属すると言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夫婦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」とする。
- (48) 深谷前掲(1)一四三—一四四頁。
- (49) 辻朗前掲(38)二〇三—二〇四頁。この点冷水登記代「判批」別冊ジュリスト一九三号一七頁においても「…婚姻関係が回復見込みもないほど破綻していれば婚姻費用分担義務が軽減されるが、どの程度の長期の別居が『破綻』と認定されるのかも、明確ではない」として「…婚姻費用分担をめぐる問題は、今後、離婚原因としての別居の問題とともに検討する必要があるといえる」と指摘されるところである。
- (50) 中田裕康編『家族法改正…婚姻・親子関係を中心に』(二〇一〇年「初版第一刷」、有斐閣)二七頁。
- (51) 大村敦志「婚姻・離婚」中田裕康前掲(50)三二頁。なお人見康子『現代夫婦財産法の展開』(一九七〇年、鳳舎)二二二頁—二二三頁は「…婚姻費用分担といふ婚姻生活における同居・協力・扶助という婚姻共同観念は、必然的に夫と妻の全活動を包括するものにとらえられがちであるが、実は夫と妻は純然たる個人活動と婚姻生活における活動とのボーダーラインを劃するのである」として婚姻費用の理念の浮遊性を指摘する。
- (52) 川島武宜「離婚慰籍料と財産分与との関係—法的保護と法的構成との関係の問題として」川島武宜編集代表『我妻榮先生

還暦記念／損害賠償責任の研究上』（一九五七年、有斐閣）二七一―二七三頁。

(53) 深谷前掲(17)一四六頁は「∴婚姻は夫婦の相互関係による結合関係であり、夫婦間の法的義務が相互的であることもこれに基礎をおいている。夫婦の義務の相互性の結果、一方の義務違反があれば、他方のそれに対応する義務は縮減されるという効果を生ずる」として、婚姻関係の相互性を指摘する。