

# 「夫婦間の扶養」という考え方への疑問（消極）

## Question to a way of thinking as support between the married couple in Japan

渡 辺 博 之

Hiroyuki Watanabe

- 一 はじめに
- 二 扶養の定義および扶養義務の視点から
- 三 夫婦の関係を扶養・生活保持とみることについて —総括—

### 一 はじめに

筆者はかつて「扶養の一元化論」<sup>(1)</sup>を説く際に、その一つの前提として、これまで、わが国では夫婦間の扶養ないし扶養義務というとらえ方を疑問視し、消極的にとらえるべきだとした。それは、そもそも夫婦間の扶養理論・考え方は今日的ないし未来的な思考において正しいのかという疑問の上、夫婦間の関わりは扶養ではないということを論じたものである。しかし、それは上記扶養一元化論の内輪のテーマとして論じたものであることから、きちんと理解されていない現状がみてとれる。そこで、あらためて、夫婦間の扶養理論を消極視することに焦点をあてて、提言を試みようとする。

先ほどの疑問を持つにいたった理由をまず記そう。もちろん根本的には、夫婦の関係を扶養理論で説くことへの疑問にあるが、理論的背景としてはつぎのことがいえる。後出のように、扶養論において、中川善之助先生による「生活保持義務と生活扶助義務」理論が今日でも重要視されるが、同教授は両義務には程度の違いではなく、根本的に質的相違があるものと説かれる。その点につ

いて、さまざまな議論・異論が展開されてきたことは周知のことである。筆者の疑問はそこにあるのではなく、もし、質的相違を論ずるとすれば、生活保持義務に統括的に説かれてきた夫婦の関係と未成熟子と親の関係については、同じ質を論じてよいものであるのか、というところにある。この両者は、その関係の発生淵源、関係の有り様、そして男女平等理念との整合性など、まったく異なる内容をもつものである。この両者には質的な違いがあり、同列にとらえられるものではない、さらにはとらえるべきではないと考えられる。そしてその上で、根本的問題として、通説が説く夫婦間の生活保持は、扶養理論による前時代的な解釈によるのではなく、ストレートに婚姻の効果として理解する方が純理論的であろうと考えるからである<sup>(2)</sup>。

## 二 扶養の定義および扶養義務の視点から

まず、扶養の定義や扶養義務のとらえ方を確認し、再検証することから始める。

### 1 夫婦間の扶養という視点から

(1) まず、旧民法 959 条 1 項は、「扶養ノ義務ハ扶養ヲ受クヘキ者カ自己ノ資産又ハ勞務ニ依リテ生活ヲ為スコト能ハサルトキニノミ存在ス。自己ノ資産ニ依リテ教育ヲ受クルコト能ハサルトキ亦同シ」と、規定していた。この時代の基本的考え方としても、「社会は常に自己の生活を自ら営み得ざる成員を含有する。従つて斯る生活不能者を如何にして扶助すべきやは常に重要な法律問題たらざるをえない。」「・・・家族制度の固き社会にあつては家自体もまたその成員中の生活不能者を扶養すべきものとせられ、従つて私法的扶養法の一部をなすものと考へられる」とされてきた<sup>(3)</sup>。

これに対し、周知のように、現行民法においては、上記のような扶養の定義条項はみられない。しかし、戦後の教科書等々の論述からすれば、この考え方は維持されているものと理解しうる。すなわち、扶養とは、「いかなる社会にも、自分の資産と労力で生活することのできない者がある。これに生活資料を与え

て生存を全うさせるのが扶養の制度である」<sup>(4)</sup>、または「一般には、『扶養』は自分個人の力だけではその生存を維持していけない者を誰が扶助するかという問題として考えられている。このような自活不能者としては、まず、幼年・老年・傷病等の自然的原因によって働けない者があげられる。さらに、近代社会においては、失業等の社会的原因も数えられている」<sup>(5)</sup>とされている<sup>(6)</sup>。

(2) 以上に示したように、そもそも扶養は自己生計能力・自活能力を基準としている。一般論として、自己生計能力を欠く状況にある者を私的にたすけ合う関係が扶養であることは否定されない。そして、自己生計能力を欠く原因として、「幼年・老年・傷病等」や「失業等」が例示されている。具体的例示としてあげられている幼年・老年・傷病そして失業により、自活生計能力を欠くことは事実上ありうることである。そのような状況を「扶養必要状態」と呼称するが、民法はこの状態にある者と一定の関係にある者に扶養義務を課している。すなわち、ここにしめす扶養は、とくに親子の関係がそうであるように、社会的ないし法的な「事実関係」が発生の契機ないし源であるといえる。他方、夫婦の関係はどうであろうか（夫婦の場合も、現状では、夫婦関係が発生すると同時に、扶養者・被扶養者の関係が表面化するが、少なくとも上記の説明の中に夫婦の関係を含めて論じているものはみうけられない）。夫婦の関係の場合は、男女が夫婦となるという事実関係から扶養関係が発生するとは考えられない。発生するとしても、一方が扶養者、他方が被扶養者となる（黙示の）契約理論を構成するなどして理論化しなければ説明がつかない。そして、社会の現状からすると、ほとんどが扶養者は夫、被扶養者は妻という立場が（必然的に）選択されている。

夫婦関係が、扶養者は夫、被扶養者は妻という立場を作り上げる制度であるとしたら、その制度は男女平等といえるであろうか。その点でも、夫婦の扶養理論は問題に満ちている。さらに、根本的な見方としても、夫婦の関係において、いずれが扶養者になるとか、被扶養者になるとかという見方自体が、共同生活体としての夫婦の根本理念に適っているか。まず、この二つの視点からして、夫婦の扶養理論は消極視されるべきである。

なお、他の論者には、このように扶養の定義に絡めて、夫婦の関係を論ずる

ことを消極視する者もいるであろう。それは、後述することになるが、夫婦の関係はいわゆる「生活保持の関係」という独自の法律関係の問題としてとらえようとしているからである。そして、この生活保持の関係においては、必ずしも扶養必要状態にあることを扶養の要件としていないと説いているむきもある（この立場は、論者によっては、まちまちであるが）。しかし、そうであるとするならば、そもそも生活保持の関係理論は一般扶養理論から超越するものとなるゆえ、扶養理論という枠構造の中でそれを論ずる矛盾をはらむことになろう<sup>(7)</sup>。

筆者の立場を裏付けるために、以下の所見を紹介する。「妻が夫の財産に依存することなく独立して生存を確保しうる社会的条件が確立していない現実の下において、夫の財産は妻の生存にとって唯一のよりどころとなっている。それに対する妻の権利を認めなければ、妻は生存を維持しえない。それゆえ、家事労働や内助の功の有無とは無関係に、夫の私有財産に依存しなければ生存できない妻の権利を保障する必要が生じるのである。」<sup>(8)</sup>

この叙述からも明らかなように、論者（その他多くの論者を含む）は、「現代社会における妻の地位の向上」を強く配慮しようとするとするも、「夫による妻子扶養」、すなわち夫が妻を養うという認識が、夫婦の扶養義務の固定観念となっている。筆者は、このような固定観念自体が問題視されるべきものと考えている<sup>(9)</sup>。

## 2 夫婦の「扶養義務」という視点から

つぎに、「扶養義務」という視点からみてみよう。

### (1) 夫婦の扶養義務（戦前）

扶養義務については、その当事者という観点から、戦前において、旧民法 747 条は、「戸主ハ其家族ニ対シテ扶養ノ義務ヲ負フ」、そして同 954 条は、「直系血族及ヒ兄弟姉妹ハ互ニ扶養ヲ為ス義務ヲ負フ」と規定していた。当時の家族制度からして、戸主はその家族を、また直系血族および兄弟姉妹は相互的に扶養義務を負うものとされていた。他方、現行民法 877 条 1 項は、「直系血族及び兄弟姉妹は、互いに扶養をする義務がある」と規定している。家制度が廃止され、戸主の扶養義務がなくなったことを念頭におけば、これらの条項の範囲

では、扶養義務に変更はみられない。今日では、扶養は純粋に家族間の問題となった。

これに対し、「夫婦の扶養義務」については、規定の仕方は新・旧法で大きく異なっていることが知れる。旧民法 790 条は、明らかに「夫婦ハ互ニ扶養ヲ為ス義務ヲ負フ」と規定していた。まず、この条項についてみると、扶養の史的諸形態を論じた西原論文によると、夫婦間の扶養については、「ごく最近まで多くの国で妻が財産能力・訴訟能力等を制限されていたこととあいまって、別の系譜をもって発展してきている。扶養義務の相互性は、その一方の義務が確立して後に生じた観念といえる」<sup>(40)</sup>としている。すなわち、夫婦の扶養義務は、もともとは一方が他方に一方的に負うべき義務であったものが、その他方法の法的地位への制約が否定される（ないしは、法的地位が格上げされる）にいたり、扶養義務も対等の関係にたつ相互的なものと変質していったことになる。この他方というのが、「妻」をさすものであることは、上記西原論文からも明らかである。もし扶養が完全に相互的かつ対等なものとなっているとすれば、上記旧法の規定にも評価すべきものがあるといえよう。はたして、夫婦の扶養が完全に相互的かつ対等なものとなっているか、先にも述べたように、理論的にも現実的にも首肯しえるものではない。

旧法の立場にたつとして、具体的な言い方をしてみよう。夫婦には、扶養義務があり、自己生計能力のない一方に対しては他方が当然に扶養義務を負うことになる。そして、夫婦の一方が自己生計能力に欠ける場合とは、夫婦が壊れて一方が自己生計能力を失うという場合を指しているのではもちろんないはずである。夫婦関係が良好の場合において、自己生計能力のない配偶者を他方が扶養するというものである。それでは、誰が誰を扶養するというものであるのか。かつてもそうであるが、今日のわれわれも夫婦は完全に相互的に、かつ対等に扶養関係にたっていると断言できるであろうか。

## （2）夫婦の扶養義務（戦後）

そこで、戦後の、現行法をみてみよう。まず、旧民法 790 条に相当する規定は存在しない。そのためか、学者の夫婦扶養の法的根拠そのものをめぐる議論は、不活発であり、筆者の見方からすると、非常にわかりにくい議論が重ねら

れているように思われる。それでも、学者は解釈上夫婦の扶養義務を認めている立場にあることは揺るぎないようである。まず、とくに「夫婦の扶養」を論じている論者による、その法的根拠をみてみよう。

戒能民江助教授は、夫婦間扶養が従来それほど関心を持たれてこなかったことについて、夫婦の扶養義務が民法 752 条に淵源をもち、「性別役割分業の夫婦像が、家族法および家族法学において根強く維持されてきたことである。夫婦の愛情による結合と夫婦一体観を自明のこととして、夫が家族のために稼いで妻子を扶養するという観念を前提に、扶養理論は組立てられてきたのではないだろうか」と嘆いておられ、後述のように、同条の改正私案を示している<sup>(11)</sup>。

深谷松男教授は、戦後の夫婦扶養の法的構成について、戦前の家制度内の一部にすぎなかった夫婦扶養と異なり、「夫婦扶養義務をこれらの親族扶養から独立させて、別種の扶養義務であることをその規定（民七五二条）の位置からも明らかにした。別種の扶養義務ということは、親族扶養法に対して夫婦家族内部の扶養という枠組みをたてて、その中核として、夫婦扶養義務が把握されているという理解である」<sup>(12)</sup>とする。

さらに、田中実教授は、夫婦扶養の法的根拠についてはあまり問題視していないが、「やがて、昭和二二年のいわゆる民法改正においては、日本国憲法にあらわれた民主主義的理念を前提として、個人の尊厳と両性の本質的平等という指導原理が揚げられ、親族・相続両編の全面的な変革が企てられることとなった。家族制度的構成は、ここに廃止され、夫婦が家族の単位たることが認識された。そこで、夫婦扶養についてもその独自性と対等・相互性が承認され、一方では、一般の親族的扶養から夫婦扶養を分離するとともに、他方では、夫婦扶養そのものの構成においても、『夫婦は互に同居し、協力扶助しなければならない』（民七五二条）として、夫婦扶養は同居義務と不可分の関係にあることが明らかにされた」<sup>(13)</sup>とする。

(3) さて、戦後、夫婦の扶養義務についての法的根拠をみると、上記の学説論からも知れるように、民法 752 条を根拠としているものとみることができる。このように、ともかく戦前と異なり、「扶養」において、夫婦扶養の根拠条文が外れたところから、「婚姻」の効果から夫婦扶養の根拠を導かざるをえなくなっ

ている。

民法 752 条「夫婦は同居し、互いに協力し扶助しなければならない。」

この戦前と異なる法的構成について、われわれはどのように考えるべきものであろうか。夫婦の扶養義務を考えるさい、法解釈上問題とされるべきは、同条は第七章「扶養」に規定されているのではなく、第二章「婚姻」第二節「婚姻の効力」において規定されていることである。しかも、そこには、「扶助」という文字はあるが、「扶養」という表現はされていない。専門的にいって、扶助と扶養は違うものである。

まず、我妻教授は、752 条の解釈において、「夫婦の扶助義務」としているが、「七五二条にいう夫婦間の扶助は、未成熟の子を含む夫婦一体としての共同生活に必要な衣食住の資を供与し合うこと」<sup>(14)</sup> あるとする。

この夫婦の関係と未成熟子との関係を統括的にとらえる立場は、他にも散見される。しかし、夫婦の関係（論者は、「夫婦の扶助義務」といつている）が子、とくに未成熟子の生活にかかわることは否定しきれないが、この立場は、夫婦と子ではなく、父母と子、すなわち親子間の扶養の問題と、夫婦の関係をない交ぜにする危険性を帯びている。夫婦の関係は文字通り夫婦の問題であり、父母となった夫婦と未成熟子との関係ではないはずである。すなわち、752 条は、あくまでも、夫婦の相互の関係をどうみるかという視点で論ぜられるべきであろう。そして、そもそも夫婦の扶助義務が扶養と考えなければならないのかを説明する内容とはなっていない。

つぎに、上記の論理矛盾の実態を解消するため、ないしは夫婦扶養の相互性・対等性を明認するため、先述の戒能説は、「婚姻法改正を考える会」を代表して、752 条の改正私案をしめしている。<sup>(15)</sup>

- ① 夫婦は、相互に協力し、それぞれ家計と家事を分担しなければならない。
- ② 夫婦の一方が、経済的援助を必要とする場合、他の一方は扶養する義務を負う。

この立場によると、とくに②項は、夫婦の関係が扶養の関係であることを再確認する内容となっている。しかし、なにゆえ、婚姻法の中に、扶養義務の法的根拠をおかなければならない理由はしめされていない。そして、わが国の

婚姻経済が、夫婦別産制であるにしても、経済的収入の多い方が他方の経済的面倒をみるという夫婦のあり方自体に疑問がある（妻が、専業主婦という立場を選んだ場合、妻は永劫被扶養者という立場を自ら選択したことになる）。もしそうだとすると、それは上記①項がそうであるように、婚姻費用分担の理論で正常に行われることであり、扶養理論で行われる必要性は認められない。そもそも、夫婦の一体性による、夫婦の協力・扶助の実現こそが基本であり、「経済的援助」なる関係自体が成り立ちえないものと考えるのが筋だと考える。

上野雅和教授は、戦前の中川理論を紹介するにつき、「婚姻法は継続的性結合共同体の法規であり、生活協同は婚姻関係の要素であるから、夫婦間の扶養は『生活協同の義務』そのものである」と述べ、戦後は、夫婦の関係については、「親族扶養と区別して規定」しているとのみ述べている。これが、全体の脈絡の中から、752条を指すものと思われるが、親族扶養と異なる扶養義務の根拠を論ずるに、「未成熟子扶養」については詳細に論じられているが、夫婦の扶養義務の法的根拠については明確には述べられていない。してみると、「生活協同の義務」は、中川教授が説く「生活保持の義務」と同様のものであるということになろう。<sup>(16)</sup>

これらの論考をみても、夫婦の関係をどうして（前節で見た）扶養とみるのか明確でなく、752条が根拠条文とするものの、それがなぜ夫婦間の扶養義務を定めたものとするのか明らかではない。むしろ、上野教授が説くように752条が夫婦の「生活共同の義務」そのものと説いているのであるから、夫婦の関係は相互的・対等的な共同関係であると説けばよいのであって、それをあえて前節に述べたような「扶養」と論ずる必要性はみあたらない。

もちろん、これまでに紹介した議論は究極的には、「生活保持義務論」へと収斂していく議論の過程をそれぞれの切り口から分析したものである。以下にはその「生活保持義務論」をみることになる。



### 三 夫婦の関係を扶養・生活保持とみることに ついて ー総括ー

#### 1 生活保持の義務と生活扶助の義務の区別について

この問題を考えるために、まず扶養の関係を「生活保持の義務と生活扶助の義務」に性格分けする立場を紹介する。

(1) わが国の学説は、「かねがね扶養義務には二つの類型があるといわれている。すなわち、その一つはいわゆる『生活保持の義務 (Unterhaltungspflicht)』であり、いま一つは、いわゆる『生活扶助の義務 (Unterstützungspflicht)』である。前者すなわち、生活保持の義務は、扶養すること自体が、その身分関係の本質的不可分の要素をなし、相手方の生活を扶養することが、直ちに自己の生活を保持する所以でもある場合のそれ（一杯の飯も分け与えるべき義務）であるに反し、後者すなわち、生活扶助の義務は、一方が何らかの事情のために生計不能になった際に、他方がその者の生活を支持することを内容とするもの（己の腹を満たして後に余れるものを分かすべき義務）であるといわれていた。そして、夫婦相互間と親の未成熟子に対する扶養義務は前者に、直系血族（ただし、さきの親と未成熟子との関係におけるそれを除く）・兄弟姉妹その他の3親等内の親族相互間の扶養義務は後者に属するものと考えられていた。この区別は、つとに、中川善之助教授がスイス民法（152・159・328・272・330）に示唆をうけられ、昭和3年頃に提唱されたもので・・・、それは、旧法時代・家的・儒教的倫理観を基礎として後順位におかれていた配偶者や子の扶養を受ける権利を、近代的核家族へ方向に向かいつつある社会の発展に即応して、これを先順位にひきあげるべしとの主張であつたのであり、この理論の果たした役割は極めて大きいものがあつた。そのためか、この考え方は、その後の学説にも定着し、戦後の改正民法の下においても確固たる地位を占めている。」<sup>(17)</sup>

以上のような立場は、今日においても通説と評価されている現状がある。

(2) この立場を提唱したのは、周知のように、上記の中川善之助先生である。

まず、中川教授自身は、この立場を論ずべき「法的理念」として、つぎのように説かれる。「生活保持の義務とは、親が未成熟の子を養ふが如くまた夫婦が互に扶養し合ふが如く、扶養をなすことがその身分関係の本質的不可欠の要素

をなし、相手方の生活を扶養することが直ちに自己の生活を保持する所以でもある如き場合である。親はその子の生活を己れの生活の一部として維持するのである。夫が妻を養ふは即ち夫たるの生活を保つことである。一言にしていへば、扶養するとは自己の生活保持に外ならないのである。親子や夫婦はこの意味に於いて扶養するが故に親子であり、夫婦でありうるわけであつて、養はざる親、養はざる夫婦といふものは吹かざる風といふ如く観念的に矛盾である。」<sup>(18)</sup>

このような法的理念のうえに、生活保持と生活扶助の義務の「質的相違」について、つぎのように論じている。

扶養の一般理論でいえば、「社会は常に自己の生活を自ら営み得ざる成員を含有する。従つて斯る生活不能者を如何にして扶助すべきやは常に重要な法律問題たらざるをえない。・・・家族制度の固き社会にあつては家自体もまたその成員中の生活不能者を扶養すべきものとせられ、従つて私法的扶養法の一部をなすものと考へられる。」よつて、親族内に扶養必要状態にある者がいた場合に、自らに余力のある限りにおいて助け合うという関係が基本であるとされる。

これに対し、配偶者や親と未成熟子間の関係について、これらの扶養義務は「親族法的原理に即せざるものである。殊に夫婦と親との扶養義務は、単に扶養必要者の生活を扶助するには非らずして、彼の生活を私の生活として保持するの義務である。茲には親族法的原則たる『自己の生活を犠牲とせざる限度』は守られない。最後の一碗の糧をも分かすべき義務である」とされる<sup>(19)</sup>。

さらに、「夫が妻を扶養し、父母が嬰兒を育うというのは、相手が『生活困窮者』だからではなくて、相手が妻であつたり、自分の生んだ幼児であつたりするからのことなのではないだろうか。」そして親族的扶養義務と異なり、「夫婦の間の扶養義務は、『そうした生ぬるいものではない』と私は書いた。私はさらに続けて、夫婦の扶養義務こそ、『婚姻関係の核心的事実』であり、『同居、貞操等の義務と共に、同一物の一面をなし、之らのものがあつて初めてこれを婚姻関係といひうる』のであるともいった。

また、『親がその未成熟の子を養育する義務』も、やはり婚姻上の扶養と同質であり、『之が除かれれば、親子関係は、少なくとも法律上、なきに等しくなる』

として、『子を養育せざる親ということは、そもそも概念自体の矛盾である』といったのである。」<sup>(20)</sup>

したがって、旧法に関する叙述ではあるが、旧法の親族扶養に関する規定は、「夫婦の間には必ずしも適用せられない。従って配偶者が『自己ノ資産又ハ勞務ニ依リテ生活ヲ為スコト能ハサルトキノミ』（民九五九条）発生するのではなく、また扶養方法の選択権（民九六一條）もない」とする。すなわち、扶養必要状態にあることは、必ずしも扶養の発生要件とはならない、としている<sup>(21)</sup>。

すなわち、生活保持の関係は、「扶養するにつき自己に余裕がなくとも、扶養する」、さらには「扶養が必要な状態がなくとも、扶養をする」といった、扶養理論を前提とすると自家撞着とも思える論理的構成になっている。それが、生活保持ということになる。

## 2 これらの学説理論について、以下のような視点で総合的に分析する

① 生活保持という関係のなかに、性格の違う夫婦の関係と親子の関係が同様に語られていることについて、② 現状で、夫婦の扶養義務が夫婦相互に対等の関係として認識され、論じられていないことについて、③ そもそも夫婦の関係を扶養であると考えることについて。

（1）まず、考え方の指針として、以下の点を顧慮しておかなければならない。再説することになるが、夫婦の扶助義務を説く際に、「夫婦間の扶助は、未成熟の子を含む夫婦一体としての共同生活に必要な衣食住の資を供与し合うことであり、相手の生活を自分の生活として保障することである」<sup>(22)</sup>と説かれる傾向がある。

このような議論は、親子や夫婦の関係が一体的に生活の保持(相手の生存を自分の生存そのものとして維持する関係)として考えるべきという思念から生じてくるものである。夫婦なるものは一体となって、子供を育てるという価値観が優先し、夫婦自体の関係はおざなりにされる、日本人に多い夫婦像に基づく考え方であるといえる。これにより、それぞれに重要な関係である、夫婦の関係と、夫婦と未成熟子（実は、父母と未成熟子）の関係の実態を見誤るおそれがあるゆえ、現実にも夫婦のみの共同体もあることからしても、夫婦の関係と

親子の関係は、混交せずに吟味すべきものである。

また、中川教授が同じく生活保持というくくりでまとめていても、先の論稿等においても、親子の方は「親が未成熟の子を養っている生活」と説くのに対し、夫婦の方は、「夫婦の生活」と説いている。これは筆者の立場からすると、同じく生活保持と謳われていても、論者の思念の中には、親子の関係にあっては、はっきりと「養う」という観念が認識されているが、夫婦関係にあるのは、「生活そのもの」が第一義的な関係であるととらえている証であると理解している。すなわち、両者の関わり方は、同じく生活保持としていても、実態的にはまったく異質である。すなわち、親が子を一方的に、全人格的に扶養するのと異なり、夫婦が夫婦であるという関係は、本質的に相互に対等な「生活そのもの」の関係であるという内在的認識があることのようにうけとっている。筆者は、この認識の違いの有り様は法的に評価されるべきものとする<sup>(23)</sup>。

(2) そこで、親子と夫婦間の生活保持関係の違いについて、深谷教授が興味深い検証をしているので、紹介しよう。この議論は、いわゆる通説の理論的基礎をなしているものである。

まず、「夫婦関係は全人格的性的結合である故に、通常閉鎖的日常生活共同関係にある。これに対し民法は、同居・協力・扶助という三つの義務を一体的に規定する(民七五二)。さらに明文化されていないが、貞操の義務も当然に存する。こうして法的問題となる時の夫婦の関係は、日常生活共同関係を維持すべしとの法規範による規範的生活共同体であるとの認識に立って、考察しなければならない。扶養問題の場合も同じであって、夫婦関係が規範的生活共同体であるが故に、扶養権利者は扶養義務者に同一水準の生活を維持できるだけの扶養を請求できるとの考え方が出てくることになる。つまり、夫婦相互に生活保持の義務を負うということになるのである。」

他方で、「未成熟子に対する親の扶養義務の根拠は、子をしてこの世に生あらしめた者、即ち親はその生を与えた者である故に、その子を養育しなければならないという点にある。つぎにその義務が生活保持義務であるのは、『子のため』の親子法がすべて子の独自の人権のための親子法であるのと同様に、子の成長発達の権利にその根拠をもつ。なぜなら、子の成長発達の権利の保障のために

は、子を引きとって親と一つの生活共同体の中で育てる場合と同様に、子に親と同じ生活水準の生活を保持せしめるのでなければならないからである。

このように、生活保持の義務は私的扶養義務の一種ではあるが、夫婦間の規範的生活共同性及び親に対する未成熟子の成長発達の権利の故に、扶養権利者の生活が扶養義務者の生活水準とほぼ同程度の生活水準で維持できるようにしなければならないという特殊性を帯びるに至っている義務である。そしてそれは、抽象的に生活保持義務一般があるというのではなくて、夫婦扶養義務と未成熟子に対する親の扶養義務とを特徴づけるものとしての法的概念である。」<sup>(24)</sup>

この議論からは、親子間の「親が未成熟の子を養っている生活」と「夫婦の生活」のそれぞれの意味づけがなされている。しかし、発生状況がまったく異なるこの二つの関係がそれぞれに一定の意義や理由があることについては説明や議論があるが、両者がなにゆえに同じ生活保持という関係に収斂していくのかは、上記の中川教授の議論をはじめ論者の説明からは明らかとなっていない。夫婦の関係および未成熟子と親の関係に対する価値観、すなわち、「夫婦間の規範的生活共同性及び親に対する未成熟子の成長発達の権利の故に、扶養権利者の生活が扶養義務者の生活水準とほぼ同程度の生活水準で維持できるようにしなければならないという特殊性を帯びる」という結論的認識が先にあって、その理由を後付けしているように思われる。

筆者の立場から、これら諸点を検証してみよう。

まず、親子の関係からみると、親が未成熟子を養う理由は、論者が上記箇所において説くように、「子をしてこの世に生あらしめた者、即ち親はその生を与えた者である故に、その子を養育しなければならないという点にある。」この関係を、否定する者はいないであろう。そして、これを法的に説明するとすれば、この状況下で親子間の契約など対等な関係を論ずることはありえないゆえ、未成熟子に対する親の扶養義務の法的根拠こそは、まさに親が子をもうけたことに対する責任として、扶養法に基づく「規範的生活共同体」性を論ずべきものとする。これに対し、夫婦の関係は、そもそも対等な関係である共同生活を営むさい、「日常的生活共同関係を維持すべしとの法規範による規範的生活共同体」性を法的根拠としなければならないものか、疑問がある。この二人の関係

は、二人が夫婦という関係になったために法規範により規制・規律されることになったというのではなく、むしろ二人自身が「婚姻により」、その関係を自らの意思で定律しようとしたものと考えてべきである。つまり、親子の関係と異なり、夫婦の関係はあくまでも当事者の意思によるもので、親子の関係では必然的に親が子を扶養するという関係が導かれるにしても、夫婦の関係でみれば、戦前の男尊女卑の時代においては、夫が妻を扶養するという固定観念が行われていたにしても、現代社会において、仮に経済的力をいずれが握っていたとしても、一方が他方を扶養するという定式を選んでいるとは考えられないし、また考えるべきではないであろう。また、論者たちは、扶養関係を夫婦対等に行おうとするが、今日の夫婦にあつては、一方が生計が営めないから他方が生活を見るという価値観を受け容れるというのではなく、対等に生きるという認識で生活しようとしているものと考えてべきなのではないであろうか。それこそが、「夫婦の生活」、「夫婦共同体」の本質であると考えられる<sup>(25)</sup>。

夫婦の関係において、「一杯の飯」を分け合うというのは当然のことである。問題は、これを誰が用意する、ないしはしたのか、という議論である。扶養論でいえば、それを用意したものが扶養者で、相手方が被扶養者という関係が成立する。そして、これまでの固定観念でいえば、それを用意する者は「夫」であり、相手方は「妻」という構図がその主唱者の思念の中には存在する傾向にある（もちろん、彼らは夫であろうと、妻であろうと同じだと主張するであろうが）。論者はこの関係を夫婦の関係の本質であると主張するが、果たしてそうであろうか。夫婦の関係の本質を説くとするなら、一杯の飯を用意するのは、夫であろうと妻であろうと関係ないこと、つまり誰がそれを用意したかを論ずることは当人たちにとっては関係ないことで、夫婦はそこにある一杯の飯をともに分け合うことこそに意味があるというべきである。

(3) 中川教授をはじめとする通説論者は、生活保持の関係を、「夫婦なり、親子なりの関係そのもの」とし、「夫婦共同体」または「親子共同体」と論じている。この考え方はもとより素晴らしい考え方であることは間違いない。しかし、これら両者はその発生原因も、関係性もまったく異なっているゆえ、これらを同じ理論、すなわち扶養理論でひとまとめにすることは不合理である。これら

を共同体となる観念で統括するとしても、親子共同体は扶養関係を生むものと理解しても、夫婦共同体においては、そこに在する当事者は対等なる者の集合であるはずであるゆえ、婚姻という形式ないし本質に基づき、共助・共存する共同体ということになり、一方が他方の生活の面倒をみる・扶養するという関係ではなく、扶養観念そのものが成り立ち得ないと考える。

---

## 註

- (1) 拙稿「私的扶養論の再構築をめぐる序章的考察」新井誠・佐藤隆夫編・高齢社会の親子法 183 頁以下（勁草書房・1995 年）、同「高齢化社会と老親扶養」高千穂論叢 31 巻 1 号 52 頁（1996 年）、同『『扶養』の定義とその法的構成について』（一）（二）高千穂論叢 32 巻 3 号 1 頁、4 号 1 頁（1997、1998 年）参照。

なお、ドイツにおける扶養概念の変遷については、野沢紀雅「ドイツ法における扶養概念の変遷」（一）（二）（三）民商 106 巻 2 号 191 頁、同 3 号 30 頁、同 4 号 36 頁（1992 年）に詳しい。

- (2) 法律・民法上通常把握されている、扶養の定義・理論からすると、男女平等が憲法を筆頭に法律の基本理念である今日においても、夫が妻を扶養するという固定観念を脱していない現状からは、妻は生計不能者という構図を引きずっている現状が存する。

かりに専業主婦という夫婦関係を作り出そうとする当事者の場合と、親が子を産み育てるという場面を、同じ扶養必要状態と考えてよいのであるか。子は、生まれるとき、事実上扶養必要状態にあることは否定できない。一方、夫婦関係を作り出すとき、妻が扶養必要状態になる、すなわち自ら生計不能者におかれるというのは、事実関係から生まれるものではない。そうだとしたら、夫婦のこの関係は、事実上の契約理論などの構成により、妻は夫の間で、婚姻関係に入る際、自ら生計不能者の道を選んでいるといわざるをえない。今日の法理論の中で、このような法的状況がありうるとすれば、それはあまりにも不条理である、と筆者は考える。ここでは、わかりやすい専業主婦を例としたが、そもそも共働きのケースでも、夫婦の間に扶養必要状態が生ずるという場合、妻であろうと、夫であろうと、同じことがいえる。

筆者が指摘する矛盾・不条理さは、いわゆる生活保持の関係理論においては、様々な法解釈によって若干薄められている感がある。しかし、生活保持理論も法理論としては扶養理論として位置づけられている。そもそも扶養の必要がなければ、当事者間に扶養という観念自体が必要ないのではないだろうか。一方が生活できないのであるから、他方が自分を守るがごとく他方を守る。そもそも、親子の関係と異なり、夫婦の関係は生活ができない者を支えるという理論の考え方をスタートと位置づけることが間違っていると主張したい。

- (3) 中川善之助・身分法学 25 頁（岩波書店・昭和 5 年）参照。

- (4) 我妻栄・親族法 401 頁（有斐閣・昭和 53 年）。
- (5) 西原道雄「扶養の史的諸形態とその背景」中川・青山他編「扶養」家族問題と家族法 V 19 頁（酒井書店・1974 年）。
- (6) このほかに、明山和夫・扶養法と社会福祉 1 頁（有斐閣・昭和 49 年）、深谷松男「私的扶養と公的扶助」中川追悼・現代家族法体系 3 383 頁（有斐閣・1979 年）、松島道夫「私的扶養と公的扶助」有地亨編・現代家族法の諸問題 339 頁（弘文堂・平成 2 年）など参照。
- (7) そもそも最近の論考を俯瞰すると、夫婦間の関係を論ずるさい、扶養の定義をしたがらない傾向があるように思える。その理由は、一つには、ここに示したように、扶養の定義が確定的であるという点があげられる。筆者はその他に、論者たちが夫婦の関係を論ずる上で、ここにあげる扶養の定義が矛盾に満ちたものである（ものになる）ことを無意識的に（ないしは意図的に）避けた結果であると考えている。
- (8) 渡辺洋三「現代家族法理論」福島正夫編 家族 政策と法 I 総論 213 頁（東大出版会・1975 年）。
- (9) 後述の中川理論においても、「収入のある夫と、収入のない妻との間で、夫の保持義務だけが顕在化し、妻の保持義務は潜在する」というレッテル化が行われる。このレッテル化において、「一片の肉を分けてでも」生活を保持するという生活保持の理論においては、扶養理論化において、そもそも収入のある夫が、自活できない妻に対して、婚姻関係を維持するために、夫婦の関係を支えているという認識が、潜在化していることが知れよう。一件美談のようにきこえるこの論理の展開も、男女の不平等を克服できない状況を生んでいる（中川「扶養義務の二つの原型について」家族法研究の諸問題 251 頁（勁草書房・1969 年）参照）。田中実教授も「問題は、まさに、現社会における夫婦扶養が、事実上、対等・相互的なものとして行われていないところに存する、といわなければならない」と問題点を指摘している（田中実「夫婦の扶養」中川・青山他編「扶養 家族問題と家族法 V 218 頁以下（酒井書店・1974 年）参照）。
- (10) 西原・前掲論文 64 頁。
- (11) 戒能民江「夫婦間の扶養とは何か」法学セミナー 473 号 65 頁以下（1994 年）。
- (12) 深谷「夫婦の扶養」講座家族 7 家族と扶養 241 頁（弘文堂・1974 年）。
- (13) 田中・前掲論文 232 頁。
- (14) 我妻・前掲書 84 頁。なお、我妻教授は、752 条と婚姻費用の分担を規定した 760 条の関係について、「七五二条は、夫婦共同生活の本質として、夫婦間の生活保持義務を示したものであり、七六〇条は、それに必要な費用の負担者を定めたものである。前者は、夫婦関係の本質的要素であって、これに違反する合意は許されない。これに反し、後者は、夫婦財産契約によってこれと異なる定めをすることも一前者に違反しない限りでは一許される」という立場にある。
- (15) 戒能・前掲論文 65 頁参照。
- (16) 上野雅和「扶養義務」民法講座 7 294、304、308 頁（有斐閣・昭和 59 年）参照。
- (17) 注釈民法 (23) 親族 (4) 370 頁・太田武男教授執筆部分（有斐閣・昭和 57 年）。
- (18) 中川・日本親族法 444 頁以下（日本評論社・昭和 17 年）。
- (19) 中川・身分法学 25、27 頁。
- (20) 中川「扶養義務の二つの原型について」229、235 頁。
- (21) 中川・日本親族法 230 頁。



- (22) 我妻・前掲書 84 頁参照。このような視点はかなりみうけられ、一例をあげると、田中教授も、「夫婦の共同生活と扶養」として、「かように夫婦は、いわば家族的結合の核として、現在の社会機構のもとにおいて、共同の家庭を形成し、その家庭を通じて日常生活を営んでいるわけである。一般に、同一の住所ないし住居において日常の起居をともにし、家庭生活上の義務を分担し、成人のパーソナリテイの安定化に貢献するとともに子供たちの社会化を助長する等々—しかも、経済的にもその基礎を共通にする、こうした夫婦共同生活の本質的事態は、現社会においては、とりもなおさず相互の生活保障を意味する」と、夫婦の関係と夫婦を含む家族の関係を統括的にとらえる（田中・前掲論文 216 頁以下参照）。
- (23) とくに、頁数はあげないが、中川「扶養義務の二つの原型について」参照。
- (24) 深谷「生活保持義務と生活扶助義務」講座 現代家族法 4 巻 197 頁、199 頁（日本評論社・1992 年）
- (25) さらに、教授は、前記のように「夫婦関係が規範的生活共同体であるが故に、扶養権利者は扶養義務者に同一水準の生活を維持できるだけだけの扶養を請求できる」との考え方が出てくることになる」とする。かりに規範的共同生活関係を論ずるとするならば、この関係は婚姻の効果の問題として論ずれば必要十分であり、再び扶養の問題として論ずる必要性はないのではないか。