

残された論点の検討

第 1 はじめに

1 本資料の位置付け

部会資料 10 までにおいて、概ね全体的な論点について一巡目の整理が行われた。本資料は、今後の二巡目の検討に向け、これまでの部会資料で明示的に論点として掲げられていなかった点や、更に検討を深めておくべき点について整理を行っている。

2 本資料で取り扱う論点の概観

後記第 2 では、まず、祖父母等が子を養育している場面等を念頭に、父母以外の者が子の養育に関与する場合の規律の在り方について、論点を整理している。

次に、後記第 3 では、普通養子縁組がされた場合を念頭に、子に複数の父母（実父母、養父母等）がいる場合の、親間及び各親子間の関係に関する規律の在り方について、論点を整理している。

また、後記第 4 では、「親権」等の子の養育に関する基礎的な概念の整理を行うとともに、そのような概念を表現するために適切な用語について検討を行っている。

さらに、後記第 5 では、これまでの検討において、父母間の養育費請求権又は子の親に対する扶養請求権の実現のための制度を再構築するという方向性に概ね異論がなかったことを踏まえ、その方向で検討を進める場合において、婚姻費用分担請求権をどのように扱うべきか（子の権利と同等に扱うことができるか）という点について、検討を行っている。

最後に、後記第 6 では、いわゆる連れ子養子縁組の在り方との関係で、子の氏の変更に関する規律の在り方についても検討を行うべきであるとの指摘があったことを踏まえ、その点についての検討を行っている。

その上で、本資料の検討に際しては、後記第 7 のとおり、父母の離婚等に伴う子の養育の在り方に関連する論点のうち、本資料も含めたこれまでの部会資料において明示的に取り上げられていないものについて、二巡目の検討の対象とすべきと考えられるものがある場合には、当該論点について二巡目の検討で取り上げることの当否等についても議論することを予定している。

第2 父母以外の者が子の養育に関与する場合の規律の在り方

1 現行法の規律

民法

(離婚後の子の監護に関する事項の定め等)

第766条 父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者、父又は母と子との面会及びその他の交流、子の監護に要する費用の分担その他の子の監護について必要な事項は、その協議で定める。この場合においては、子の利益を最も優先して考慮しなければならない。

2 前項の協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所が、同項の事項を定める。

3・4 (略)

(協議上の離婚の規定の準用)

第771条 第766条から第769条までの規定は、裁判上の離婚について準用する。

(認知後の子の監護に関する事項の定め等)

第788条 第766条の規定は、父が認知する場合について準用する。

(親権者)

第818条 成年に達しない子は、父母の親権に服する。

2 子が養子であるときは、養親の親権に服する。

3 親権は、父母の婚姻中は、父母が共同して行う。ただし、父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方が行う。

(離婚又は認知の場合の親権者)

第819条 父母が協議上の離婚をするときは、その協議で、その一方を親権者と定めなければならない。

2 裁判上の離婚の場合には、裁判所は、父母の一方を親権者と定める。

3～5 (略)

(監護及び教育の権利義務)

第820条 親権を行う者は、子の利益のために子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う。

民法第820条は、親権を行う者が、未成年の子に対し、監護及び教育(≒養育(後記第4.3参照))をする権利を有し、義務を負うことを規定している。そして、未成年の子は父母の親権に服し、基本的に、父母が婚姻している場合には、親権は父母が共同で行い、そうでない場合には、父母の一方が行うこととされている(同法第818条)。

父母が婚姻中でなく、父母の一方が親権を行うべき場合には、他方の親との間で「子の監護について必要な事項」を定め、それに基づき、子の養育が行われることが想定されている（協議離婚について同法第766条、裁判離婚について同法第771条、認知後の子について同法第788条）。民法第766条第1項の文言によれば、この定めは、まずは父母の協議によることとされている。そして、父母間で協議が調わない場合には、家庭裁判所がこれを定めることとされている。

このような規律については、父母以外の第三者との関係で、①父母以外の第三者が、裁判所に対して「子の監護について必要な事項」を定めることを求めることができるかという点や、②民法第766条等に基づき、父母以外の第三者を子の監護者として指定することや、第三者と子との面会交流を定めたりすることができるかという点が問題となり得る。

まず、①の点について、最高裁第一小法廷令和3年3月29日決定（監護者指定について裁判所時報1765号3頁、面会交流について同号4頁）は、父母以外の第三者は、事実上子を監護していた者であっても、監護者指定や面会交流に関する審判の申立てをすることができないと判示している（注1）。したがって、現行法では、父母以外の第三者が、自らを子の監護者に指定することを求めたり、子との面会交流を求めたりするための法的な手続はないこととなる。

また、②の点について、父母以外の第三者が親権者の意思に基づいて子を監護したり、子と交流したりしている場合には、当該法律関係は当該第三者と親権者との間の契約（準委任等）等でも説明することができることから、民法第766条等との関係を検討する必要性は高くない。そうすると、上記最高裁決定も考慮すると、問題となるのは、家庭裁判所が、父母の一方の申立てにより、当該第三者を子の監護者に指定することができるかという点であることとなる（原則として、親権者は上記の契約を締結することができるので、主に親権者でない方の親による申立てが想定される。）。この点については、条文上必ずしも明確に否定されているわけではないが、民法第766条の沿革に照らして監護者は父母の一方であることが想定されていると考えられること（注2）、民法第766条第1項において「父又は母と子との面会及びその他の交流」との文言が使われていること、第三者が子の養育に関与する場合の規律が置かれていないこと等からすると、消極に解する見方にも一定の合理性があるものと考えられる。

以上によれば、現行法の規律は、子の養育は専ら父母が行うことが想定されており、未成年後見人が選任される場合等を除き、裁判所の審判等によって父母以外の第三者が養育に関与することは想定していないものと考えら

れる。

(注1) 同決定は、以下のとおり判示している。

「民法766条1項前段は、父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者その他の子の監護について必要な事項は、父母が協議をして定めるものとしてい。そして、これを受けて同条2項が「前項の協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所が、同項の事項を定める。」と規定していることからすれば、同条2項は、同条1項の協議の主体である父母の申立てにより、家庭裁判所が子の監護に関する事項を定めることを予定しているものと解される。

他方、民法その他の法令において、事実上子を監護してきた第三者が、家庭裁判所に上記事項を定めるよう申し立てることができる旨を定めた規定はなく、上記の申立てについて、監護の事実をもって上記第三者を父母と同視することもできない。なお、子の利益は、子の監護に関する事項を定めるに当たって最も優先して考慮しなければならないものであるが(民法766条1項後段参照)、このことは、上記第三者に上記の申立てを許容する根拠となるものではない。

以上によれば、民法766条の適用又は類推適用により、上記第三者が上記の申立てをすることができるかと解することはできず、他にそのように解すべき法令上の根拠も存しない。

したがって、父母以外の第三者は、事実上子を監護してきた者であっても、家庭裁判所に対し、子の監護に関する処分として子の監護をすべき者を定める審判を申し立てることはできないと解するのが相当である。」

(注2) 現行の民法第766条第1項の前身とされるのは明治民法第812条第1項の

「協議上の離婚を為したる者が其の協議をもって子の監護を為すべき者を定めざりしときは、其の監護は父親に属す。」(事務局において便宜上、現代的な用字に改めた。)との規定である。起草者は、同条について、「離婚の結果、父母相別るときは、子の監護を誰に託すべきかは一の問題に属す。蓋し、子の監護なるものは、場合により、これを父に委するの利なることと、これを母に委するの利なることとあり。」、「協議上の離婚は、元来当事者の意思によって成るものなるが故に、法律は努めて干渉を避け、原則としては、子の監護もまた夫婦の協議を持ってこれを定むべきものとせり。」と述べており(梅謙次郎「民法要義卷之四親族編」(明法堂, 1899)。事務局において便宜上、現代的な用字に改めた。), 父又は母のいずれかが監護者となることが想定されていたものと考えられる。

2 検討

上記1のとおり、前記最高裁決定によれば、父母以外の第三者は、監護者指定の審判や面会交流の審判を申し立てることができず、また、監護者に指

定されること等も想定されていないようにも思われるが、この点については、子の利益の観点から、このような申立てや監護者指定等を認める必要があるとの指摘がある（主な指摘は、父母以外の第三者が、自らを監護者に指定することや、自らと子との面会交流を求めて家庭裁判所に申立てをすることを可能にすべきであるというものなので、以下では、第三者の申立権の有無の問題と、第三者による養育への関与の問題を区別せずに論ずる。）。

すなわち、まず、監護者指定の点については、実務上、父母の監護能力は十分とはいえないものの、親権制限を申し立てる程ではないといった場合や、将来的な親子の再統合のことを考えると親権制限を申し立てるのが相当ではないといった場合があり、これらの場合には、適切な親族等の第三者を監護者に指定することが、有効な選択肢となり得るとの指摘がある（注1）。

次に、面会交流の点についても、例えば、子の出生以来、祖父母が子と同居しており、祖父母と子との間に愛着関係が形成されていたにもかかわらず、後に祖父母と父母との関係が悪化して祖父母と子との交流が絶たれたというような例では、祖父母と子との交流を維持することが、子の利益の観点からも重要であるとの指摘がある。

そのため、父母が同意しない場合であっても、父母以外の第三者が、自己を監護者に指定することや、自己と子との交流を求めて家庭裁判所に申立てをすることができるようにすべきであるとの意見がある。

ただし、いずれの点についても、誰でも子の養育に関する審判を申し立てられることとした場合には、潜在的な紛争当事者が増えることにも留意する必要がある。その結果、監護親や子が無用な紛争に巻き込まれることとなれば、子の養育環境の安定性を害し、かえって子の利益を害するといった事態も生じ得る（注2）。そうすると、仮に父母以外の第三者を子の養育に関与させ得ることにするとしても、例えば、一定の親族や、子と過去に同居していた者等、適切な範囲の者に限定することも考えられる。

（注1）部会資料9-1「第4」では、子の親権者が再婚した場合において、親権者の配偶者が子と養子縁組をしないときに、当該配偶者について、子の養育との関係で何らかの法的な規律を設ける必要がないかという点が論点として挙げられている。仮に、父母以外の第三者を監護者に指定することができることとした場合には、上記のような場面で、当該配偶者を、子の監護者とすることができるようにするといった対応も考えられる。ただし、このような場合には、監護者（実親の配偶者）と親権者（実親）とが共同で子を養育することが想定されることに留意する必要がある（後記3（注2）参照。）。

(注2) この点については、父母以外の第三者が子の養育に関与する場合の規律がない場合でも、第三者が事実上そのようなことを求める事態は生じ得ることからすると、むしろ、そういった場合の実体的な規律を整備した上で、紛争を解決するための手続を設けた方が、子の利益に資するとの考え方もあり得る。

3 課題

父母以外の者による子の養育への関与の在り方について、現行法に明確な規定がないことも踏まえ、規律を明示する観点から、以下の各点について、更に検討を進めてはどうか。

- ① 父母以外の第三者も、自らが子の監護者となることや、自らと子との面会交流を求める審判を家庭裁判所に申し立てることができることとする
ことについて、どう考えるか。
- ② 仮に①の規律を設ける場合には、「第三者」の範囲を、一定の親族や、子と過去に同居したことがある者に限定することについて、どう考えるか。
- ③ 仮に①の規律を設ける場合には、濫用的な申立て等があった場合の規律の在り方について、どう考えるか（注1）。
- ④ 仮に①の規律を設ける場合には、親権者の配偶者が子と養子縁組をしない場合において、当該配偶者と子との関係について、監護者指定を活用することについて、どう考えるか（注2）。

(注1) 短期間の間に数次の申立てがあった場合において、簡易な手続によって却下することができることとする方策などが考えられる。

(注2) 一般的に監護者が指定された場合には、親権者の身上監護に関する権限や責任は制限されると解されている。もっとも、配偶者の子（いわゆる連れ子）との関係で、監護者指定を活用することとした場合には、当該監護者の配偶者の身上監護に関する権限や責任は、従前のまま維持されるのが相当であると考えられる。したがって、このような方向で検討を進める場合には、監護者指定後の親権の在り方についても更なる検討が必要である。

第3 養父母と実父母との関係等（複数の「父母」間の関係）

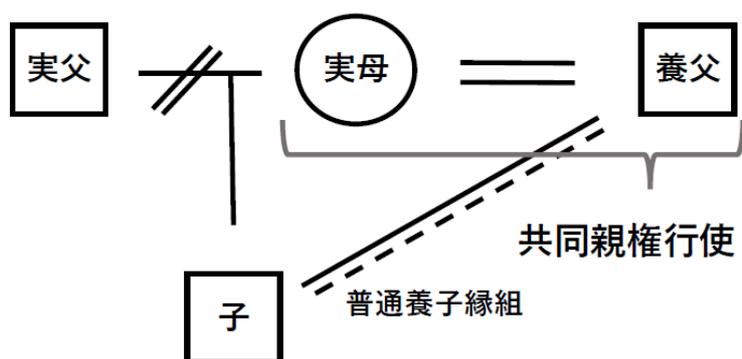
1 現行法の規律

特別養子縁組と異なり、普通養子縁組の場合には、縁組後も、養子と実親との間の親子関係は存続する。したがって、普通養子縁組がされた場合には、養子は、養父母及び実父母の3人以上の親を有し得るし、複数回の縁組が行われた場合には、更に多数の親を有し得る（注1）。

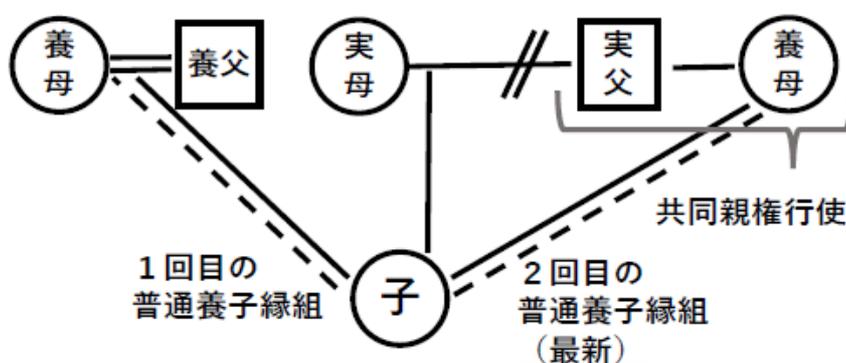
養子縁組後の子の養育について、民法第818条第2項は、養子は養親の親権に服すると規定している。そして、養父母が夫婦である場合には、同条第3項により、親権は養父母が共同行使することとなる。これに対し、養親と実親が夫婦である場合（連れ子養子の場合等）の親権の行使の在り方については、民法に規定がないが、当該夫婦が親権を共同行使とするのが裁判実務であり、学説においてもそうした扱いをめぐって強い異論はないものと思われる。

また、民法には、養子が普通養子縁組を複数回している場合の養親相互間の関係についても何らの規律はない。このような場合については、一般的に、最新の縁組によって養親となった者（養親が夫婦の場合には、養父母）が親権を行使することになると解されているものと思われる（注2）。そして、当該養親が、実親や最新でない縁組によって養親となった者と夫婦である場合には、親権は当該夫婦が共同行使することになるものと考えられる。

【連れ子養子に対する親権行使】



【複数回の縁組がされた場合の親権行使】



このように、普通養子縁組がされて、3人以上の親がいる場合であっても、親権を行使し得るのは、最新の縁組による養親、又は最新の縁組による養親と他の親からなる一組の夫婦ということとなる。そして、父母が共同親権を行使していた場合において、当該父母が婚姻関係を解消する場合には、民法第819条により、当該元夫婦のいずれか一方が親権者となり、他方との間での「子の監護に必要な事項」の定めに従って、子を養育していくことになるものと解される（注3）。そうすると、普通養子縁組を経験している子については、民法第766条にいう「父母」とは、離婚前に親権を行使していた父母を指すこととなる（注4）。

これに対し、民法には、養子縁組後、親権を行使すべき養親らとそれ以外の親（実親、最新でない縁組で養親となった者）との間における「子の監護に必要な事項」の定めに関する規定は置かれておらず、また、実親と養親との間の親権者変更についても規定がない。したがって、現行法は、実親と養親との間で「子の監護に必要な事項」の定めをすることや、養子縁組後に養親から実親に親権者が変更されること等を想定していないものと考えられる（注5）。

そうすると、民法は、普通養子縁組によって子に複数の父母がいる場合でも、当該子は最新の縁組による一組の「父母」（以下「養育父母」という。）によって養育されることを想定しており、それ以外の親が子の養育に関与することを想定していないものと考えられる。

（注1）未成年者を養子とするためには、家庭裁判所の許可が必要であることから、実際には、そこまで多くの縁組を経験する子は多くないものと考えられる（未成年養子縁組がされると養親が親権者となるが、親権者が頻繁に変わることは子の養育環境に影響を与えることから、頻回の縁組については、子の利益の観点から慎重な判断がされることになると考えられる。）。また、いわゆる連れ子養子縁組には家庭裁判所の許可は不要であることから、親が離婚・再婚を繰り返し、再婚の度に養子縁組がされ、しかも離婚時に離縁されなかったような場合には、相当多数の養親を有する子も生じ得るが、縁組後に離婚がされる際には併せて離縁がされることが多いと考えられることから、実際には、相当多数の養親を有する子が生じることは多くないものと考えられる。

（注2）2度の普通養子縁組がされ、実親、第1縁組による養親、第2縁組による養親がいるという場合には、第2縁組による養親が親権者となるが、第2縁組が離縁されたとすると、本文の考え方を形式的に適用すれば、第1縁組が離縁されていない限り、第1縁組の養親が親権者になることになる。もともと、第2縁組から離縁までの期間が相当長期間に及んでいる場合等を考えると、そのような帰結でよいのか

という点については検討の余地があるものと考えられる。

(注3) 他に、養親と実親が離婚した以上は、民法第818条第2項が適用されて当然に養親の単独親権になるという見解や、婚姻と養子縁組の先後によって区別し、縁組が先行する場合には養親の単独親権となるが、後者の場合には民法第819条によって親権者を指定するという見解がある。もっとも、養親と実親が離婚に至る経緯は様々であるから、個々の事情に応じた対応が可能となる本文記載の考え方が妥当であると思われ、これが通説、裁判例となっているようである。

(注4) 民法第766条等が離婚に関する規定として設けられていることからすれば、当然の帰結とも考えられる。この点については、民法第766条のような規律を、離婚に関する規定ではなく、複数の親がいる場合において、それらの親が共同で親権を行使しないときの子の監護の在り方に関する一般的な規定として設けるべきとの意見もある。

(注5) 最高裁第一小法廷平成26年4月14日決定・民集68巻4号279頁は、理由中で、民法819条の「規定の構造や同条6項の規定の文理に照らせば、子が実親の一方及び養親の共同親権に服する場合、子の親権者を他の一方の実親に変更することは、同項の予定しないところというべきである」として、「子が実親の一方及び養親の共同親権に服する場合、民法819条6項の規定に基づき、子の親権者を他の一方の実親に変更することはできない」とする。なお、親権者による親権の行使が不適切な場合には親権喪失の審判等を通じて子の保護を図ることが可能だとする。

2 検討

上記1のとおり、現行法は、未成年養子縁組後は、養育父母が養子を養育することを想定しており、それ以外の親（実親（養育父母の配偶者を除く。）及び最新でない縁組による養親。以下「実親等」という。）が子の養育に関与することは想定されておらず、それに関係する規定がない（注1）。

この点については、部会資料9-1においても、①縁組後も引き続き実親等が親権を行使するという類型の未成年養子縁組を認めてはどうかといった点や、②縁組成立後に事情変更があった場合に、縁組を維持したままで親権者を実親等に変更することができるようにしてはどうかといった点が論点として掲げられたところである。この問題については、未成年養子縁組の在り方という文脈だけではなく、父母以外の者が養育に関与する場合の規律の在り方という文脈でも検討すべきものと考えられる。

また、民法には、未成年養子縁組後に、実親等が養子と交流する場面や、実親等が養子を監護する場面については明文の規定がなく、手続的にも、実親等と養育父母との間における子の養育を巡る紛争を解決するための制度

は用意されていない（実親等と養育父母との関係に民法第766条を類推適用することができるかという問題であると考えられるが、この点について定まった解釈はないように思われる（注2））。もっとも、例えば、実親夫婦の関係が良好な時点で夫婦の一方の親（祖父母）と孫養子がされたというような事例で、その後に実親夫婦が離婚に至り、実親の一方が子と会えなくなったような場合を考えると、当該親が子との面会交流を求める審判を申し立てられることとしてもよいように思われる（注3）。

他方で、児童虐待を受けた子等について未成年養子縁組がされるような場面では、実親が養親子に対して適切でない干渉をすることがあるとの指摘があり、このような規律を設けた場合には、実親による濫用のおそれもある。

（注1）未成年養子縁組後に実親が養子の養育に関与することを前提とした条文がないだけでなく、反対に、実親が養親の親権行使に干渉してはならないことを直接的に示した条文もない。この点については、児童虐待のあった子等について養子縁組をした場面を念頭に、実親が養親子関係に不当な干渉をすることがあることを指摘して、実親が養親子関係に不当に干渉してはならないことを明示する規定を設けるべきだとの意見もある（民法第818条第2項及び第820条からすれば、文言解釈としては明らかであるものの、一般には理解しにくい面もあるため、より明らかな規定を設けるべきだとする。）。なお、この点については、本文の最終段落も参照。

（注2）父母の離婚の場合には、親権者の再婚相手と養子縁組が行われたという事例であれば、親権者の1人である一方の実親（養親の配偶者）と、他方の実親の関係は、引き続き離婚後の父母の関係なので、民法第766条第1項が直接的に適用されると解釈する余地もある。もっとも、そのような場合における「子の監護に必要な事項」の定めは、実父母及び養親の三者間で行われるべきものと思われるが、親権者でない実親と養親との関係がどのような規律に服するかは明らかでない。

（注3）実親等が子と面会交流をするという問題と、実親等が子の親権者又は監護者になるという問題とは、それぞれ別個の問題である。したがって、面会交流については認めることとしつつ親権者又は監護者になることはできないこととする方向性等もあり得るものと考えられる。

3 課題

普通養子縁組によって子に複数の「父母」がいる場合における、親間の関係や各親子間の関係について現行法に明確な規定がないことも踏まえ、規律を明示する観点から、以下の各点について、更に検討を進めてはどうか。

- ① 現行の民法は、未成年養子縁組がされた場合には、原則として、一組の養育父母が子を養育することを想定し、それ以外の親の関与を想定していないものとみられるが、このような想定を維持すべきか。
また、そもそも、民法が、子の養育を一組の父母が担うと想定されていると考えられることについて、このような想定を維持すべきか（注1）。
- ② 未成年養子縁組後に、実親等も親権者になることができるとする規律を設けることについてどう考えるか（注2）。
- ③ 未成年養子縁組後に、実親等も、子の監護者となることや、子との面会交流を求める審判を申し立てることができることとすることについて、どう考えるか。
- ④ 仮に②及び③の規律を設ける場合には、濫用的な申立て等があった場合の規律の在り方について、どう考えるか（注3）。

（注1）この課題は、複数の父母が存在する場合だけではなく、上記第2で検討した父母以外の第三者が子の養育に関与することとの関係でも問題となるものであり、親子法における一般的かつ基礎的な課題であると考えられる。

（注2）本課題は部会資料9-1「第4」でも取り上げた論点であるが、今回の検討の文脈でも改めて検討を行うことが有益であると考えられる。もっとも、未成年養子制度の目的について、原則として、養親が子の養育をするための制度と位置付けるのであれば、そのこととの関係についても検討を行う必要がある。

（注3）前記第2.3（注1）と同様に、短期間の中に数次の申立てがあった場合には、簡易な手続によって却下することができることとすることなどが考えられる。

第4 子の養育に関する概念・用語の整理

1 はじめに

親権、監護（権）、養育、子に対する扶養といった概念は、親子関係に関する基本的な概念であるにもかかわらず、その内容は法的に必ずしも明らかではない点があるため、整理を行う必要があるとの指摘がある（注）。

また、「親権」といった用語は、あたかも専ら親の権利であるかのようであって親子関係を表す語として適切ではないなど、これらの概念に関する用語の在り方についても検討を行うべきであるとの意見がある。

そこで、以下では、これらの法的概念及び用語について、論点の整理を行っている。

（注）離婚後の別居親と子との交流については、民法第766条第1項の「父又は母と子との面会及びその他の交流」との文言を受けて、一般的に「面会交流」と呼称されて

いる（当該文言は平成23年民法改正で規定されたものであり、それまでは一般的に「面接交渉」と呼ばれていたようである。）。この点については、「面会」という用語が、親子間の交流の在り方の表現として適切ではないとの問題意識から、別の語に置き換えるべきであるとの指摘もある。もっとも、父母の離婚後の親子間の交流の態様については直接的なもの（面会）から間接的なもの（電話、メール等）まで様々なものがあり得るところ、直接的な交流を例示することには意義があるとも考えられる。

2 親権及び監護権について

(1) 現行法の規律

ア 親権

一般的に、親権とは、①子の監護及び教育をする身上監護権と、②子が財産を有するときに、その管理をしたり、また子の財産上の法律行為につき子を代理したり同意を与えたりする財産管理権とからなると解されている（注1）。

身上監護権については、民法第820条に総則的な規定を有するが、それには、居所指定権（第821条）、懲戒権（第822条）、職業許可権（第823条）、第三者に対する妨害排除請求権が含まれるとされている。また、そこに、身分上の行為の代理権（例えば、第797条第1項の養子縁組の代諾）が包含されるとする見解もあるが、これは、法が特に法定代理人に与えた権限であって、そもそも親権には包含されないものだということもできると考えられる（注2）。

【親子の法律関係の概要（太線内が親権）】

身上監護権	<ul style="list-style-type: none"> ・ 監護・教育（820条） ・ 居所指定（821条） ・ 懲戒（822条） ・ 職業許可（823条） ・ 妨害排除 （身分上の行為の代理）※
財産管理権	
子の扶養	

※ そもそも親権に含まれるものか検討を要する。

なお、従来の用法にしたがい、本資料でも、身上監護「権」及び財産管理「権」という用語を用いているが、例えば、民法第820条が「親

権を行う者は、子の利益のために子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う。」と規定していることから明らかなように、これらは、いずれも権利であると同時に義務としての性質を有するものである。もっとも、ここでいう「権利」や「義務」が、誰に対するどのような内容のものであるのかという点については、必ずしも定まった見解はないように思われる（注3）。

（注1）親と未成年子の関係については、法的には、大きく分けて①身上監護、②財産管理、③子の扶養からなるものと考えられ、「親権」は①及び②に関する問題である。これらと③との関係については、後記3で検討を行っている。

（注2）民法第797条第2項は、監護者が指定されている場合でも、同条第1項の代諾は親権者が行うことを前提とした規律となっている。もっとも、このことは、そもそも代諾は監護権には包含されないとみることでもできるが、監護権には包含されるが、監護者指定がされた場合においても、監護権の一部は親権者に留保されるとみることでもでき、条文の文言から一定の解釈を導くことは困難である。この点については、後記イで取り扱う。

（注3）例えば、義務の面について、義務を負う相手としては、社会、国家、子等さまざまな考え方があ

イ 監護権

民法第766条第1項等によれば、父母は、親権者とは別に「子の監護をすべき者」を定めることができることとされており、これは一般的に、親権から身上監護権を切り出し、父母の一方に専属させるものであると解されている（「身上監護権」は、単に「監護権」と呼ばれるのが一般的であることから、以下本資料でもそのように呼称する。）。そうすると、上記アのように、親権が、監護権と財産管理権とからなるのであれば、監護者は、財産管理権を除き、子に関する全ての事柄を決定することができそうである。しかしながら、監護者が指定された場合に、親権者は財産管理権以外の事項について一切関与することができなくなるのかという点については、必ずしも定まった見解はなく、特に重要な一定の事項については、なお親権者の下に決定権限が留保されているとの見方もあり得るものと思われる（注1）。

また、監護権の範囲についてどのような見解を採るとしても、監護権が子との関係で極めて重要なものであること自体に違いはない。そうであるにもかかわらず、現行法下では、親権者が父母のいずれかであることは戸籍によって公証されているのに対し、監護者が指定されてい

る場合であっても、そのことを公証する手段は用意されていない（家事審判，調停等で定められた場合であっても，審判書や調停調書は，過去の一時点で監護者が指定されたという事実を公証するのみであり，現在の監護権を公証するものではない。）。さらに，親権者については変更により家庭裁判所の関与を要すると解釈されているのに対し（民法第819条第6項），監護者については，当事者の協議等で変更ができると解されており（民法第766条第3項），子の利益を確保するための手続的な保障はない（注2）。

（注1）前記第2. 3（注2）のとおり，監護者指定がされた場合には，親権者の権限のうち少なくとも一部は制限されると解されているものと考えられる。他方で，親権者は，子に対して監護の義務も負っているところ，この義務がどうなるかという点については定まった解釈はないように思われる。子を直接的に監護する権限を失うとすれば，子に対する義務に何ら変動が生じないという解釈は困難であると考えられるが，他方で，監護者による子の養育が極めて不適切であることを知った場合に，親権者としてその状況を改善すべき法的義務（監護者指定の取消しのために行動する義務）を負っているか否かといった点は問題となり得るよう思われる。

なお，この点については，親権者の義務の問題にとどまらず，より一般的に，親権者でない親が，親権者による子の養育が極めて不適切であることを認知した場合に，その状況を改善すべき法的義務を負うかという，親としての義務の問題にも発展し得るものと考えられる。

（注2）民法第766条第3項と民法第819条第6項の規定の文言は類似しており，このような解釈の違いの合理性については検討を要する。この点について必ずしも定まった見解はないと思われるが，協議上の離婚時に，親権者は「定めなければならない」とされているのに対し，監護者については「定める」とされているという規定文言上の違いや，親権者は財産管理や法定代理等の法的な事柄を担当するのに対し，監護者は比較的事実的な事柄を担当する点を考慮することになるものと考えられる。

（2）検討

ア 「親権」等の用語

「親権」や「監護権」，更には「親権」に包含される「身上監護権」や「財産管理権」については，いずれも「権」という語が用いられている。

しかしながら，一般に，親権者にとって，これらの権限を行使するかしないかという点や，どのように行使するかという点に自由裁量はな

く、子の利益の観点から、一定の制約を受けていると解されている（具体的な場面における親の裁量の大きさについては、様々な考え方があり得る。）。そうすると、上記の各概念は、親が負っている子の利益を図る義務又は責任を中核とするものであり、権限については、それを果たすために付随的に付与されるものという方が自然であるようにも思われる。

いずれにしても、上記の各概念に「権」の語を用いることは実態を正確に表していない上に、親に何らかの絶対的な権利があるかのような誤ったメッセージを与えているおそれがあることから、他の適切な用語を用いるべきだとの指摘がある。

ただし、この点については、単に「責任」や「義務」を強調する語を用いることによって、あたかも、それが帰属しない方の親（又はそれが制限される親）が、子に対する扶養の義務さえも負わなくなるかのような誤解を与えないように留意して検討する必要があるとの指摘がある。なお、このような指摘との関係では、「親権」や「監護権」に相当する概念とは別に、親子関係に基づき全ての親が負っている責任や義務（未成熟子に対する扶養義務等）についても、民法上、明確に規定するという方向性も考えられる。

(参考) 令和2年・法務省「父母の離婚後の子の養育に関する海外法制調査」の結果に基づき、海外における用語例を、我が国における一般的な訳語で置き換えると、以下のとおりである。なお、飽くまで参考のために機械的に置き換えたものにすぎず、正確に訳出するためには、法概念の内容も含めた検討が必要になる。

【親権】

カナダ・ケベック州 (parental authority), フランス (autorité parentale)

【監護権】

米国 (custody), スウェーデン

【親責任】

アルゼンチン, イタリア, 英国 (parental responsibilities), オーストラリア (parental responsibility), カナダ・ブリティッシュコロンビア州 (parental responsibilities)

【親の配慮】

ドイツ (elterliche Sorge), スイス (elterliche Sorge)

【家族権】

ブラジル

【養育権/養護・教育を施す義務】

インドネシア

【後見】

南アフリカ (Guardianship)

イ 監護の在り方についての決定と現実の具体的な監護

部会資料6では、主に子の身上監護に関する事柄における子に関する様々な決定について、父母の離婚後の帰属の在り方の検討を行った。しかしながら、親権の一部である身上監護権には、子に関する決定のみならず、子を直接監護、教育するという事実上の行為を行う責任も含まれる（上記の第三者に対する妨害排除請求権は、このような側面を基礎にしているものと考えられる。）。このような観点を意識して、外国法では、例えば、監護の在り方についての決定に関する部分と現実の具体的な監護に関する部分を区別し、それぞれ「legal custody/physical custody」や、「legal decision making/parenting time」と分けた上で規律を設けている例もあるようである。この点については、我が国でも、身上監護権について、子に関する決定に係る部分と事実上の監護に係る部分とを分けて規律を検討してはどうかとの指摘がある。

ウ 監護権の可分性

親権から監護権を取り出すことができることは、民法第766条第1項においても当然のこととされていると考えられるが、更に監護権について部分ごとに分属させることができるかは問題となり得る。

すなわち、部会資料6で整理がされたとおり、身上監護の中には、子の教育に関するもの、医療に関するもの等多岐の分野におけるものが含まれるところ、現行法が、これらは相互に密接不可分のものとして一人の親に帰属していなければならないこととしているのか、それとも、それぞれの項目ごとに父母に割り当てることができることとしているのかは、明らかではない（注1）。

そこで、このような監護権の可分性について、規律の在り方を検討してはどうかとの指摘がある（注2、3）。

（注1）民法第766条の解釈として、例えば、親権者を父としながら、母を監護者として、なおかつ教育に関する監護権のみ父に留保するといった定めをすることができるのかは、必ずしも明らかでない。なお、当事者の合意であれば、いずれにしても合意自体は可能で、後は民法第766条の合意とみるか契約とみるかの問題にすぎないということとなるのかもしれないが、審判でそのような定めをすること

ができるかという点については、民法第766条において定めることができる「子の監護について必要な事項」の外縁の解釈問題となる。

(注2) この点を明らかにすることは、部会資料6で検討した重要決定事項について、項目ごとに父母に決定責任を分属させることができることとすべきかという論点との関係でも有益である。

(注3) 監護権の可分性の問題を検討するに当たっては、平成23年民法改正に係る法制審議会児童虐待防止関連親権制度部会において、親権の一部制限制度の創設が検討されたものの、法制審議会の答申に盛り込まれなかったという経緯も参考になるものと考えられる。すなわち、同部会では、家庭裁判所の審判により事案ごとに親権のうち必要な部分を特定して制限するという制度について、①親権が制限されていない部分について不当な親権行使が繰り返されるおそれ、②国家による家庭への過度の介入を招くおそれ、③制限すべき部分の特定方法の検討が必要となりかえって審理が長期化するおそれがあるといった問題点が指摘された。

エ 監護権と法定代理権

例えば、子が在学契約をする場合（子自身が契約主体となる場合）を例とすると、監護者が身上監護権に基づき子をいずれの学校に進学させるかを決定したとしても、監護者には法定代理権がない以上は、最終的には、親権者が財産管理権に基づき子を代理して在学契約を締結しなければならないように思われる。もっとも、このような場合に、監護者の決定に親権者が協力しないときに、どうなるのかといった点については、現行法上明らかでないように思われる（注1、2）。

そこで、親権と監護権とが分属している場合における、子の代理権の在り方についても検討が必要になるものと考えられる。

(注1) 父母が婚姻中であり共同で親権を行っている状態で、その一方が監護者に指定された場合には、民法第818条第3項ただし書により、単独で子を代理することができるとの解釈もあり得ると考えられる。したがって、この点が特に問題となるのは、父母が婚姻関係にない場合において、その一方が親権者であり、他方が監護者とされている状況である。

(注2) 親権者の法定代理権は、一般的に、民法第824条本文の「親権を行う者は、子の財産を管理し、かつ、その財産に関する法律行為についてその子を代表する。」という規定に基づくと解されていると考えられる。もっとも、親権を身上監護と財産管理と分けた場合に、当該規定でカバーされていない身上監護に関する部分について、そもそも身上監護に関する法律行為についての法定代理権を観念することができるのかという点（身分行為を除く法律行為は、全て財産管理に関するもの

といえるのであれば、身上監護に係る法律行為を觀念する必要はない。)や、仮にできるとすると、その代理権の根拠はどこに求めることができるのかという点が問題となり得る。

(3) 課題

親権及び監護権について、以下の各点について、更に検討を進めてはどうか。

- ① 親権及び監護権の法的な性質について、親の子に対する子の利益を図るための責任及びそれを果たすための権限であると捉えた上で、「親権」等の語を適切な語で置き換えることを検討することについて、どのように考えるか。また、親権の有無とは独立に親子間に発生する親の責任や義務(扶養義務等)についても、民法上、名称を設けて明確に規定してはどうか。
- ② 親権及び監護権の概念について、子の監護の在り方についての決定に関する部分と具体的な現実の監護に関する部分とを分けて規律の在り方を検討することについて、どのように考えるか(注1)。
- ③ 親権及び監護権について、例えば、医療、教育等といった領域ごとに、父母のそれぞれに分属させることについて、どのように考えるか。
- ④ 監護者が指定されている場合における親権者の法定代理権の行使の在り方について規律を設けることについて、どのように考えるか(注2)。

(注1) 仮に①及び②の方向で検討を進めるとすれば、一案として、親の子に対する責任とそれを果たすための権限について、親子関係から当然に発生するものを「親責任」と、子に関する決定についてのものを「決定責任」と、子の事実上監護に関するものを「監護責任」といった語で呼ぶことが考えられる。この場合には、全ての親が「親責任」を負い、そのうちの全部又は一部が「決定責任」を負うこととなる(現在の親権者に相当)。その上で、原則として「決定責任」を負う者が「監護責任」を負うことになると考えられるが、「監護責任」については、「決定責任」を負う親とは別の親に負わせることもできることとなる。なお、このような方向性を採用する場合には、財産管理権についても、例えば「財産管理責任」等と呼ぶことになると考えられるが、これについては、現行法同様、「決定責任」を負う者が負うことになると考えられる。

(注2) 一つの方向性としては、監護者が指定されている場合には、子の監護に関する事柄については、監護者が子を代表することとする規律が考えられる。もっとも、この場合には、「子の監護に関する事柄」の範囲を明確にするとともに、子の監護者を公証するための制度についても検討する必要があるものと考えられる。また、監護者指定

を法定代理権の発生原因にするとすれば、監護者指定についても、公的機関の関与により子の利益を確保する方向性も考えられる。

3 養育、監護及び扶養について

(1) 現行法における規律

本部会では、子の「養育」をテーマにこれまで検討を進めてきたが、「養育」の意味については、法律や学説上、必ずしも一義的な定義はされていない。そのため、これと類似の概念である、「監護」、「扶養」との関係も十分に明らかではない。

この点は、一般的な場面でも同様であり、例えば、「共同養育」、「養育費」という語について、そこで想定されている内容は必ずしも法的に一義的ではないように思われ、その内容を明確にする必要があるものと思われる。

「養育」の語は、民法の中では第828条において用いられているのみであることから、まずは同条における「養育」の概念に検討を加えつつ、民法におけるこれらの概念について、整理を行うことが考えられる。

民法

(財産の管理の計算)

第828条 子が成年に達したときは、親権を行った者は、遅滞なくその管理の計算をしなければならない。ただし、その子の養育及び財産の管理の費用は、その子の財産の収益と相殺したものとみなす。

民法第828条において、「養育」は、「財産の管理」と並列されている。上述のとおり、一般に親権が身上監護権と財産管理権とからなると解されていることからすれば、「養育」とは身上監護のことを指すものと考えられる。そうすると、「養育」とは、基本的に、民法第820条を総則的規定とする身上監護、すなわち「監護及び教育」を意味するものであると考えられる。

ここで、「養育」と「扶養」の関係について検討すると、立法経緯に照らせば、民法第828条の「養育」は、子に対する扶養を含む概念として規定されたようである(注1)。このことは、一般的に、民法第766条第1項における「子の監護に要する費用」が、子の扶養に要する費用を含むものと解されていることとも整合的である(「養育」は、「扶養」を包含する「監護」概念を包含していると理解できる。)。もっとも、このような解釈を採った場合には、民法第828条は、親権者が、子に対して「養育

の費用」の返還請求権を有していることを前提としていることになる（同条は、親の子に対する「養育の費用」返還請求権と、子の親に対する「子の財産の収益」返還請求権の存在を前提として、両者をみなし相殺するものである。）。実際にも、同条の起草の背景には、「本来は子どもは自分の財産で生活すべきだという前提」（注2）があったとの指摘がされている（注3）。

しかしながら、これは今日的な価値観とは異なるようにも思われる。すなわち、乳幼児等の自活することができない子に対して、親が子の事実上の面倒を見る義務があることは当然であると思われるが、仮にその子が祖父母からの遺贈等で一定の財産を有していたとしても、それにかかった費用を子が負担すべきであるとの見方には異論も多いように思われる。したがって、この点については、経済的な意味では自らの生活に要する費用を負担するのに十分な財産を有している子を想定した上で、親がその子の成長に対してどのような費用面での義務を負い、子はどの程度の費用面での負担で成長していく権利があるのかという観点から、改めて検討する必要があるものと考えられる。

その上で、親の責任と子の権利という観点から、「養育」、「監護」、「扶養」といった基礎的な概念について、民法の規定上も整理を行う必要があるものと考えられる。

（注1）大村敦志「民法読解 親族編」（有斐閣、2015）265ページによれば、「原案では「財産ノ収益」と「扶養、教育及ヒ財産ノ管理ノ費用」とを「相殺スルコトヲ得」とされていた（原案904条）。しかし、「扶養、教育」が「養育」とされるとともに、「相殺スルコトヲ得」は「相殺シタモノト見做ス」とされた。」とされ、「養育」の語が用いられるに至ったのは、「扶養」が多義化するのを避ける趣旨、すなわち「扶養義務の「扶養」は教育を含むが、ここでの「扶養」は教育を含まない」こととなることを避ける趣旨であったとされる。

（注2）前掲（注1）266ページ。同時に、そのような前提は、「従来の（さらには今日の）一般的な考え方とは異なるが、「親子財産を異にする」ことの帰結であると言えよう」とされる。

（注3）民法第828条は、昭和22年民法改正前の旧第890条と同一の規定であるが、民法の起草者の1人である梅謙次郎の「民法要義卷之四親族編」（明法堂、1899）による同条の解説は別紙のとおりである（便宜上、事務局において、適宜現代的な用字に改めている。）。

別紙下線部からすれば、立法当時は、親権者が子に対して「養育の費用」返還請求権を有することを前提としつつ、民法第828条ただし書があることによって、

子の財産の収益と相殺されたものとみなされ、当該請求権が消滅すると考えられていたことがうかがわれる。

(2) 課題

子の「養育」概念について、以下の各点について、更に検討をすすめてはどうか。

- ① 民事上の規律として、特に子が一定の財産を有している場面を念頭に、親は子に対してどのような義務を負っているのかという点について検討することについて、どのように考えるか（注）。
- ② 民法における「養育」、「監護」、「扶養」といった概念及び用語について整理を行うことについて、どのように考えるか。

(注) 引取扶養的な観点（身の回りの世話）、現物扶養的な観点（食物、衣服、居所の提供）、金銭扶養的な観点に分けて考えることが有益であると思われる。なお、乳児が多大な財産を持っている場合であっても引取扶養的な観点の義務がなくなることはないと考えるのが一般的だと思われるが、理論的には、例えば貸金相当額の返還請求権を觀念することも不可能ではないようにも思われる（財産はあるものの自活能力を欠いている高齢の親を引き取って扶養したという場合と対比して考えると、このような請求権は法理論上絶対に成り立たないわけではないようにも思われる。）。

第5 養育費と婚姻費用の関係

1 現行法の規律

民法

（同居、協力及び扶助の義務）

第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。

（婚姻費用の分担）

第760条 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。

夫婦は相互に、生活保持義務、すなわち自己と同水準の生活を保持する義務を負っている。そのため、夫婦が別居している場合において、双方の生活水準に差が生じている場合には、夫婦のうち相対的に低い水準の生活を送っている方は、配偶者に対し、民法第760条に基づき、婚姻費用の分担として、生活費等を請求することができると解されている（注）。

夫婦は、子についての監護教育を共同で行うこととされていることから、

子の監護教育に要する費用についても、婚姻費用に含まれるものと解される。したがって、夫婦が別居し、子がその一方と生活している場合に、子と同居している親は、子の生活費についても、婚姻費用の分担として請求することができる。

これを前提に、現在の実務では、婚姻中の父母が別居している場合において、同居親と子の生活水準が、別居親のそれよりも低い場合には、同居親は、別居親に対して、婚姻費用の分担として、自己及び子の生活費等を請求し、一括的に解決がされている。

(注) 民法第752条にいう夫婦の相互の「扶助」の義務と、第760条の婚姻費用の分担の義務との関係は、一般的に、いずれも夫婦間の生活保持義務を規定したものであり、本質的に同一であると解されているものと考えられる。

2 検討

本部会では、部会資料3でも整理したとおり、いわゆる「養育費」については子のための重要な権利であるとして、養育費請求権及び子の扶養料請求権について、権利の実現をしやすくするための見直しを行う方向で検討が行われている。その中では、子の利益を確保する観点から、実体法及び手続法の両面で、その他の権利よりも有利に扱うことができないか検討されている。

この場合において、父母が婚姻中かつ別居中の子の扶養については上記のとおり婚姻費用分担請求権に含まれるものとして取り扱われているが、婚姻費用は同居親の生活費等も含むものであることから、婚姻費用分担請求権全体と養育費等を同等に、有利に扱うことができるかという問題がある(注1)。

この点については、一方で、紛争の一回的解決の見地からすれば、婚姻費用全体について養育費と同等の保護を与えることとするとの考え方があり得る。また、婚姻中の父母が別居に至る場合には、DV等の事情がある場合もあることから、同居親に対する扶養に係る部分についても、子の権利と同程度の保護を与えるべきであるとの意見もあり得ると思われる。

もっとも、父母間の婚姻費用の問題は、基本的には成年に達した私人間の紛争であるから(注2)、後見的な観点から子を保護する必要性の高い養育費等の場面とは異なり、そのうち一方を過度に保護することは、法制度として説明することが容易ではなく、子の権利に限って有利な取扱いをすべきであるとの考え方もあり得ると思われる。婚姻中の父母が別居に至る経緯についても様々であり、例えば、比較的同居親側に帰責性があるような場面

において、同居親を有利に扱うことについては、様々な考え方があると思われる。

(注1) 夫婦間に子がいない場合にも婚姻費用について有利な取扱いをするところまで拡大することについては、その正当性について、改めて検討が必要になるものと思われる。

(注2) 平成30年民法改正（令和4年4月1日施行）により、成年年齢及び婚姻開始年齢がいずれも18歳になるため、婚姻している者は成年であるといえることとなる。また、同改正の施行までについては、民法第753条により、婚姻をした未成年者は、成年に達したものとみなされている。

3 課題

未成年子を有する父母が婚姻中に別居している場合における同居親からの婚姻費用分担請求権についての実体法及び手続法上の規律の在り方について、子の養育費請求権に関する見直しを検討していることとの関係も踏まえ、どのように考えるか。

第6 子の氏の変更制度に関する規律

民法

(子の氏)

第790条 嫡出である子は、父母の氏を称する。ただし、子の出生前に父母が離婚したときは、離婚の際における父母の氏を称する。

2 嫡出でない子は、母の氏を称する。

(子の氏の変更)

第791条 子が父又は母と氏を異にする場合には、子は、家庭裁判所の許可を得て、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、その父又は母の氏を称することができる。

2 父又は母が氏を改めたことにより子が父母と氏を異にする場合には、子は、父母の婚姻中に限り、前項の許可を得ないで、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、その父母の氏を称することができる。

3 子が十五歳未満であるときは、その法定代理人が、これに代わって、前二項の行為をすることができる。

4 前三項の規定により氏を改めた未成年の子は、成年に達した時から一年以内に戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、従前の氏に復することができる。

1 民法第791条第1項関係

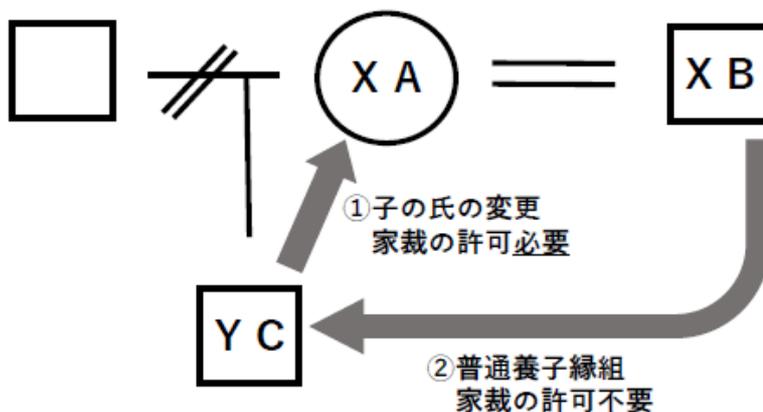
(1) 現行法の規律の整理及びそれに対する意見

ア 規律の整理

例えば、父母の離婚後に母親が親権者となり、子が母親と同じ氏を称している場合において、母親が再婚をして氏を改めたときは、子と母親は氏を異にすることになる。この場合において、子が母の再婚後の氏を称することとなる法的効果を生じさせるものとしては、子の氏の変更のほか、母の再婚相手との養子縁組とが考えられる。

この点について、子の氏の変更による場合には、民法第791条第1項が適用され、家庭裁判所の許可を得た上で届出を行う必要がある。これに対して、養子縁組による場合には、養子となる者が未成年であっても配偶者の直系卑属であるときは家庭裁判所の許可を要しないことから（民法第798条ただし書）、家庭裁判所の許可を要せずに、届出のみで縁組を成立させることができる。

【子に親の再婚後の氏を称させる方法】



このように、現行法では、養子縁組は、子の氏の変更と比べて、親子関係の発生や親権者の変更といったより重大な効果を生じさせるにもかかわらず、養子縁組の方が手続的に簡単であるという不均衡が生じている。

イ 意見

上述のように、連れ子養子の場面では、子の氏の変更よりも養子縁組の方が手続的に簡単であることから、子の氏を変更することを目的として連れ子養子縁組が代用されている実態があるのではないかとの指摘がある。そのために、こういった場面において、親子関係を形成する意思や、養親子間の法的関係について十分な認識のないままに縁組がされ、例えば、養親と実親とが離婚した場合には、養子にとっての利益が十分に考慮されないままに、当然のように養親子も離縁するといった実態があるのではないかということが懸念されている。

この点については、未成年養子縁組の在り方に関する論点として、配偶者の直系卑属を養子とする場合であっても、家庭裁判所の許可を要することとするものの当否について検討されているところであるが、当該論点については、慎重な意見も出されている。そこで、子の氏の変更について、手続的なハードルを下げることによって上記の不均衡を解消する方策についても、併せて検討をすべきとの意見もある。

(2) 検討

ア 現行制度の趣旨

民法第791条第1項が子の氏の変更家庭裁判所の許可を求めている趣旨は、子の氏の恣意的変更を防止するとともに、家庭裁判所が子の氏の変更をめぐる関係者の利害の対立を調整することによって、子の利益を保護することを目的としたものであると解されている。

また、父が子を認知しても直ちに子の氏が変わるわけではないところ、認知された子が認知した父の氏に変更する場合には、子は父の戸籍に入籍することになるが、父が婚姻しており妻との間に子がいるようなときは、認知された子は父の妻や嫡出子とも同籍となることになる。このような場合には、これらの法律婚家族がそのような状況を望まない場合もあり、実務では、そのような事情が考慮されることもあるようである（注）。

(注) 家庭裁判所実務においても、妻や嫡出子の主観的感情によって子の氏の変更の許否を判断することを否定した裁判例もある一方で、妻の意思に反してまで氏の変更を認めることはできないとした例もある。もっとも、この点については、問題となっているのが子の利益そのものではなく、それと対立する法律婚家庭の利益、妻や嫡出子の意向であることなども踏まえて検討する必要があると考えられる。

イ 検討の方向性

この点に関する見直しの方向性としては、まず、子の氏を変更するという目的のためには、未成年養子縁組ではなく子の氏の変更手続が用いられるようにすべきであるとの観点を踏まえた上で、そもそも家庭裁判所の許可を求めるまでの必要はないとして、子の氏の変更手続を簡略化するために、一般的に、子の氏の変更に家庭裁判所の許可を不要とするべきであるとの意見がある。ただし、このような意見の中にも、家庭裁判所以外の公的機関が、子の利益の観点から、簡易なチェックを行うべきであるとするものもある。

他方で、子の氏の変更は子に与える影響が大きいものであることを踏まえ、全ての場合に家庭裁判所の許可を不要とするのではなく、一定の場面に限定して、不要とするべきであるとの意見もある。具体的には、①子の氏が実際に子を監護している父又は母と異なる場合には、社会生活上、子の氏を父又は母の氏と同じくする必要性が典型的に認められ、また濫用的な変更がされるおそれも低いと考えられることから、このような場合に限って家庭裁判所の許可を不要としてはどうかとの意見がある。もっとも、この意見には、氏の変更の届出を受ける窓口において、実際に子を監護している者が誰かをどのように把握するかという問題もあることから、より明確な基準として、②親権を持つ親が再婚して再婚相手の氏に変更した結果として、当該親権者と子の氏が異なるものとなった場面で、子の氏を親の配偶者の氏に変更する場合に限って家庭裁判所の許可を不要としてはどうかとの意見もある（注）。

（注）②の規律は、上記(1)で指摘した子に親の再婚後の氏を称させる場面に限定されることになる一方で、①の規律は、例えば、父母が内縁関係にある場合に、子の氏を父の氏に変更する場面等のより広い場面に適用され得ることとなる。

(3) 課題

子の氏の変更に関する民法第791条第1項の規律について、一般的に又は特別の場面に限って、家庭裁判所の許可を不要とすることについて、どのように考えるか。

2 民法第791条第3項関係

(1) 現行法の規律の整理及びこれに対する意見

民法第791条第3項は、子の氏の変更について、15歳に達している子は自ら単独で行うことができる一方で、15歳未満の子については法

定代理人がこれに代わって行うこととしている。

この点については、子の氏は、子の社会生活等において極めて重要な事柄であることから、比較的年少の子の意向を尊重すべきであるとして、現在よりも低い年齢で、自ら単独で行えるようにすべきであるとの意見がある。

また、子の氏は、父母の離婚後も父母双方にとって重要な事柄であることから、親権者以外の親も関与することができるようにすべきであるとの意見もある。

(2) 課題

民法第791条第3項の規律について、以下のような意見があるが、どのように考えるか。

- ① 自ら単独で氏の変更を申し立てることができる年齢を、15歳から引き下げてはどうか。
- ② 自ら単独で氏の変更を申し立てることができない子の氏の変更手続について、親権者でない親を手続に関与させることとしてはどうか。

第7 その他

父母の離婚等に伴う子の養育に関して、これまでに明示的に取り扱っていない論点のうち、本部会の二巡目の検討で取り上げるべきものはあるか。

以上

別紙

梅謙次郎「民法要義卷之四親族編」(明法堂, 1899)

「本条は、親権者の計算の義務をさだめたるものなり。蓋し、従来は親子の間に計算をなすが如きことは、殆どこれを聞かざりしといえども、いやしくも親子財産を異にすることを認むる以上は、子の財産といえどもその計算をなさざることを得ず。これ民法の制定ある今日においては、ほとんど言うをまたざるところなりといえども、本条には、なお二つの規定を包含せり。一つは、親権者は子が成年に達したるときは、遅滞なくその管理の計算を為すことを要することとす。他の一つは、子の養育及び財産の管理の費用と子の財産の収益とを相殺すべきことこれなり。子が成年に達したる後、遅滞なく計算をなさしむるものは他なし、権者の管理権消滅の後には、子をして速やかにその財産を管理せしめ、かつその財産の状況を知らしむるを当然としたればなり。また、費用と収益とを相殺せしむるものは他なし、子の養育及び財産の管理の費用は、通常財産の収益をもってこれを支弁すべきものにして、しかも之につき精密なる計算をなさしむるは親権者にとりて煩に耐えざればなり。ただし、この結果は、時として親権者のために利益なることあり、不利益なることあり。子が莫大の財産を有する場合において、親権者のために利益なること固よりなりといえども、子が些少の財産を有するに過ぎざる場合においては、本条ただし書の規定は、かえって親権者のために不利益なるものとす。故に、立法者としては余はむしろこれをもって絶対の規定となさず、単に親権者の権利とし、親権者はこの相殺をなすことを得るにとどまるものとするを可とするといえども、本条の規定は明瞭にして固よりかくの如き解釈を許さざるものとす。ただし、父母は子に対して扶養の義務を負うが故に、本条の規定なきも子の養育の費用が不足なる場合においては、父母において之を補足すべきこと多かるべし。ただ本条ただし書の明文なければ、子の財産の元本までをも竭して、なお足らざる場合に限り、父母は子の養育の費用を出すべきものとす。之に反して、本条ただし書の規定あるがため、子の財産の元本は努めて之を保存し、その管理の費用をも時としては父母において之を補充し、しかして別に父母の費用をもって、その子を養育すべきものとす。これ余が立法論として取らざるところなり（西洋においては、父母は子の財産につき、一つの収益権を有するものとする例多し。我が邦においては、あえて之を認めずといえども、本条の規定の結果ほとんど之を認めらるに等し。）」