

わが国における継親子の法的関係

早 野 俊 明

- I. はじめに
- II. 継親子関係をめぐる法的諸問題
 - 1. 監護権
 - (1) 婚姻中
 - (2) 婚姻解消後
 - ① 離婚後
 - ② 死亡後
 - 2. 面接交渉権
 - 3. 扶養
 - 4. 相続
- III. おわりに

I. はじめに

継親子関係は、現行法において単に姻族一親等として規制されるにとどまり、その法的効果は原則として一般の親族としての効果が付与されるにすぎず、実親子と同じ法的効果は付与されない。それゆえ、社会的には実親子と同様の関係にあり、扶養・監護養育など緊密な親子としての生活実態があっても、養子縁組の届出や審判がないために、法律上の親子としての権利義務が生じないという事態が生ずる。従来、このような生活実態を有する関係は「事実上の養親子」あるいは「準縁組」関係として、内縁の準婚的構成に即して、準養親子関係ないし準縁組関係と把握され、養親子に準じて法的効果を付与しようと苦心してきた¹⁾。しかし、この関係はあくまで事実上の関係にすぎないことから、法的に戸籍の記載によって画一的に決定される縁組の効果、すなわち、嫡出子たる身分の取得(809)、氏の同一(810)、養親が親権者になること(818 II)、養親の血族との間に法定血族関係を生ずること(727)、婚姻障害を生ずること(734・736)、相互にまた養方親族との間に扶養・相続関係が生ずること(877・887以下)は一般に

1) 太田武男「内縁縁組をめぐる諸問題(上)(下)－内縁養子保護の現段階－」法曹24巻1号(1975)1頁以下、同2号(1975)256頁以下。なお、「事実上の養親子関係」については、石川利夫「事実上の養親子の法律関係」『夫婦・親子215題』判タ747号(1991)270頁以下、梶村太市「内縁縁組と家裁の許可の要否」『家族法判例百選(第三版)』別ジュリ66号(1980)122頁以下、太田武男『親族法概説』(1990)400頁以下、久貴忠彦ほか『民法講義7親族』(1977)216頁以下、久貴忠彦「未認知の非嫡出子と事実上の養子」太田武男編『現代の親子問題』(1975)89頁以下、山本正憲「事実上の養子と里子」『家族法大系IV親子』(1960)231頁以下、山島正男「養親子関係の成立と効力」『総合判例研究叢書民法(15)』(1960)157頁以下、福地陽子「一、未成年者を内縁の養子とする縁組と家庭裁判所の許可の要否 二、内縁の未成年養子が養親を扶養する義務のある場合」神戸法学雑誌7巻3号(1957)52頁以下参照。

否定される²⁾。したがって、継親子関係もこの法的枠組の中に事実上の養親子関係として位置づけたうえで法的効果を付与すれば足りるとの立論も可能であろう。しかし、継親子関係にあっては、他の事実上の養親子関係とは異なり、継子と継親との間に姻族関係が発生し、継子の親の配偶者が継親であることから、親子としての共同生活ないし監護養育を前提とした関係が婚姻と同時に成立する³⁾。そのゆえにこそ、「特別の事情」がある場合ながら扶養が法律上義務づけられ(877Ⅱ)、継子養子縁組の成立要件が他の未成年養子のそれに比し緩和されているとも言えるのである(798但)。しかし、それにもかかわらず、たとえば、離婚後、親権者でかつ監護者である実親が再婚した場合に、婚姻中における子の親権(とくに身上監護権)は、親権者たる実親が単独で有し、共同生活し事実上の監護養育をしている継親には身上監護権を付与されることはなく、わずかに、監護養育委託契約が存在する場合に、あるいは親権者たる実親の死亡等により親権が消滅し後見が開始した場合に、継親は継子の監護養育に法律上関与することができるにすぎない。しかしそれとて、きわめて不安定な地位であり、この不安定さは婚姻中は言うに及ばず婚姻解消後もつきまとっていること、本稿で叙述するとおりである。また、子に非監護親がいる場合には、その諸権利にも配慮しなければならない。

もっとも、この不安定な状態を解消するためには、養子縁組により、身上監護権を含めて包括的に実親子関係と同じ法的効果を取得すれば足りるとの反論も予想される。しかし、現在、必ずしも、継子養子縁組を促進する方向での立法論ないし解釈論は多くない。それどころか、実親の権利を配慮してか、制限しようとするものが少なくないのである⁴⁾。養子縁組成立の実質的要件の欠缺という点からも継親子関係にとどまらざるをえず、将来にわたり同様の状況が維持されるであろうとの推測も可能である。また、養子縁組は、縁組後に離縁問題が生ずる可能性もあり、とくに親が離婚をする場合には養親子関係も解消されることが多いことからすれば、かえって養子縁組が「硬直した拘束と化し、子の利益を保護するための柔軟な措置をとりにくく(する)」⁵⁾場合を生じうる。したがって、養子縁組は、決して継親子関係の安定性を継続するための有効な唯一の手段とは言えないのである。

ところで、このような筆者の議論の基底には、わが国において、近年、未成年子をかかえる夫婦の離婚件数の増加と再婚件数の漸増により継親家族が増加しており、今後、継親家族をめ

2) 我妻栄『親族法』(1961)282頁。なお、扶養関係については、事実上の養親子関係にあっては認められるべき旨を判示した判例(福岡高決昭31・4・13高民9巻3号206頁)がある。

3) 山本・前掲注(1)232頁以下では、事実上の養親子関係が問題とされるのは、多くの場合、内縁養親子間に現実の共同生活が存在するからなのであるが、場合によってはそれらの認められないところに内縁養子の存在を認定しなければならない場合がみられる、との指摘が見られる。

4) まず、普通養子縁組にあっては、自己または配偶者の未成年者の直系卑属を養子とする場合には、家庭裁判所の許可を要しないとする民法798条但書について、この但書の趣旨は、自己または配偶者の直系卑属を養子とする場合には、およそ養子の福祉を害することはありえないとの判断に基づくと推測されるが、この判断がすべての場合に妥当するとは限らないとの批判がある(中川善之助=山島正男編『新版 注釈民法(24) 親族(4)』[中川良延](1994)248頁)。また、代諾養子については、「養子になる者の父母でその監護をすべき者であるもの」の同意を要し(797Ⅱ)、さらにこの意義をめぐり、「766条および788条により監護者と定められている者」だけでなく、「監護をすべき者であるもの」が実際に監護をしていない場合や非親権者の場合でも縁組同意権を認めるべきだとする有力説が登場している(石川稔「監護権者または非親権者たる父母の同意を得ない代諾養子縁組の効力」久貴忠彦=太田武男=沼邊愛一編『家事審判事件の研究(1)』(1988)216頁,223頁)。さらに、継子養子の特別養子縁組についても、普通養子縁組からの転換を含めて、要保護要件(817の7)を欠くとして一般に判例・学説ともに消極的である。(中川高男「非嫡出子(未認知)である連れ子を特別養子とすることが認められた事例」リマークス1992(下)89頁以下で、判例・学説が要領よく整理されている)。

5) 中川良延「社会的親子の法的関係」『講座 現代家族法第3巻親子』(1992)351頁。

ぐる法規制のあり方が問われるであろうとの着想がある。これを根拠づけるもう一つの理由は、継親家族の増加は何も日本だけに見られる傾向ではなく、先進諸国に共通に見られる現象であり、とくにアメリカでは、21世紀の伝統的家族は継親家族であると言われるように、3人に1人の子が18歳になるまでに継子になるであろうとの予測のもとに、すでに継親家族が直面するであろう家族法上の難問に対し検討を始め、あるいはすでに継親家族を射程に入れた立法化が進行している。筆者は、このような着想のもとに、すでに、アメリカにおける継親子関係をめぐる法状況を、扶養、監護権、訪問権、相続権に焦点をあてて検討・分析を加えており⁶⁾、本稿はそれに続くものとして、わが国における継親子関係の現段階を明らかにし、今後の問題にも若干ながら言及しようとするものである。なお、本稿における継親子関係(現行法における)とは、とくに断りのない限り、便宜上、親権者でかつ(または)監護者である親がその未成年子の親ではない者と婚姻することにより生ずる、継親と継子との関係とし、子は嫡出子としたい。

II. 継親子関係をめぐる法的諸問題

1. 監護権

(1) 婚姻中

旧法は、親権者をまず「其家ニ在ル父」とし(旧民877 I)、「父カ知レサルトキ、死亡シタルトキ、家ヲ去リタルトキ又ハ親権ヲ行フコト能ハサルトキ」は「家ニ在ル母」が親権者になると規定していた(同877 II)。そしてここに父母とは、実父母、養父母のほか、旧法が、継親子・嫡母庶子を法定親子関係と認めていたことから(同728)、嫡母と並んで継父母が含まれると解されていた。もっとも、その親権行使にあたっては、継父母と継子に血のつながりがないこと、また、継父母はその意思に基づくことなく、子の父母と擬制されていることから、子に対する情愛を実父母同様に期待することは困難であるとの理由から⁷⁾、後見の規定の準用を受け、継父母は、後見人と同一の権利を有し義務を負うものとして、親権監督人と親族会の二重の監督のもとで職務を行わなければならなかった(同878)。

応急措置法は、「親権は、父母が共同してこれを行う。」(応急措置6 I)、「戸主、家族その他家に関する規定は、これを適用しない。」(同3)と規定したから、旧法の「其家ニ在ル」という要件が削除された結果、父または母は「家ニ在ル」と否とを問わず共同して親権を行うこととなり、また、家を前提とする継親、嫡母の親権行使は認められなくなった。したがって、継父母が旧法時に親権を行っていた場合には、応急措置法施行当時他の戸籍に父母がない限り、同法施行と同時に後見が開始することとなった⁸⁾。

現行法は、応急措置法とほぼ同趣旨の内容を引き継ぎ、「成年に達しない子は、父母の親権に服する。」(818 I)、「子が養子であるときは、養親の親権に服する。」(同II)、「親権は、父

6) 早野俊明「アメリカにおける継親子関係をめぐる法状況」アルテス・リベラレス(岩手大学人文社会科学部紀要)57号(1995)135頁以下、同「アメリカ無遺言相続法における継子の地位」白鷗法学8号(1997)340頁以下参照。

7) 大里知彦『旧法(親族・相続・戸籍)の基礎知識』(1995)171頁。なお、旧法上、継親子関係の定義はないが、子から見て継父または継母とは、母の後夫または父の後妻で自分と家と同じくするものと解されている(穂積重遠『親族法』(1933)56頁)。以下、本文で、旧法下における継親子関係を説明する場合には、この解釈に従う。

8) 昭22・4・16民甲317号通達。

母の婚姻中は、父母が共同してこれを行う。」(同Ⅲ)とし、婚姻中の父母の共同親権・共同行使の原則を確立した。ここに父母とは、実父母、養父母、実親と養親との父母とされ⁹⁾、継父母は当然この中には含まれず、継親は、婚姻中、継子に対して親権を享有することも行使することもできない。継親子関係がいわゆる事実上の養親子関係にある場合も同様である¹⁰⁾。したがって、継親が継子の監護養育権を有することは原則としてなく、極めて例外的に、継親は継子の監護養育に法律上関わるることができるにすぎない。その1つの局面が、継親と親権者との間に監護養育委託契約が締結されている場合である。この契約も親権の義務性からその有効性に問題がないわけではないが、それが子の福祉に反しない限り、必ずしも公序良俗に反するものではないと解されており¹¹⁾、また、事実上の養親子関係にある場合には、親権者は監護養育の職務を全面的に養親に委託したものと見ることができるとの見解¹²⁾もあり、これに従うならば、継親が継子の監護養育に法律上関わることは可能であろう。しかし、この場合の委託契約は準委任契約と解されているから¹³⁾、委託期間の定めにかかわらず、いつでもこれを解除することができるとする通説的見解¹⁴⁾に立つ限り、継親・実親間に紛争が生じたときには、継親は委託契約を解除され、その結果、監護養育権を失い、子を委託者に引き渡さなければならぬことになる。もう1つの局面は、親権者である実親が、法律上ないし事実上親権を行えなくなった場合(838①前)と、裁判所により管理権喪失の宣告を受けたとき(835)や管理権を辞任したとき(837)など管理権を有しなくなった場合(838①後)である。この場合に、後見が開始するか(838)、非監護親の親権が復活ないし回復するかについては見解は多岐に分かれ、後見が開始するとすれば、後見人に継親が選任され(841)、後見人の職務として親権者との同一の権利義務を有する可能性は存する(857・859)。しかし、後見人に選任された後、非監護親からの親権者変更の申立が許容されるか否かについては見解が対立し、積極説に立つならば、非監護親が親権者となり継親は後見人たる地位を失う可能性もある。ちなみに、最近の家裁実務はこの積極説に立っている。この点に関する学説も多岐にわたり、前婚の解消(離婚)により単独親権者となった実親が死亡した場合と同様の問題が生ずることから、詳細については後述する。

(2) 婚姻解消後

① 離婚後

旧法では、原則として離婚後も引き続き父が親権を行使するというきわめて父権優位の立場がとられていた(旧民877 I)。しかし、継親子関係は、継親と継子の父または母との婚姻に基

9) 於保不二雄＝中川淳編『新版 注釈民法(25) 親族(5)』[山本正憲](1994)30頁。

10) 於保＝中川編・前注[明山和夫・國府剛]81頁以下。

11) 谷口知平『親族法』(1953)159頁、我妻・前掲注(2)141頁、大判大10・10・29民録27輯1847頁、大判昭5・5・15新聞3127号13頁、最判昭35・3・15民集14巻3号430頁。

12) 我妻・前掲注(2)282頁、山本・前掲注(1)238頁。

13) 山本正憲「里子契約－養育委託契約－」『契約法大系 VI 特殊の契約(2)』(1963)298頁。

14) 谷口・前掲注(11)159頁、中川善之助編『註釈親族法(下)』(以下、中川編下)[山木戸克己](1952)44頁、山本・前掲注(1)310頁、312頁、大判大10・10・29民録27輯1847頁、最判昭35・3・15民集14巻3号430頁。なお、加藤永一「里親の権利義務－その法律構成」法学25巻2号(1961)51頁は、この見解に立ちつつ、監護の変更が子の福祉に反する場合につき引渡請求の濫用を認定し受託者の監護の継続を許容する。また、木村健助「親権者の監護教育権」民商13巻1号(1951)56頁、中川善之助編『註釈親族法(上)』(以下、中川編上)[福島四郎](1950)255頁は、この見解に反し、委託にあっては正当の理由ある場合のほか有効に解除権を行使することはできないとする。

礎をおく法定親子関係であるから、継子の父または母と継親の離婚によって消滅する(同729Ⅱ)。それゆえ、継子の父または母でなくなった継父または継母が親権者となることはなかった。また、旧法は、親権者とは別に、父母の協議により、子の監護者を定めうる規定を持っていた(同812Ⅰ)が、監護者を定めることができるのは、離婚当事者間に出生した嫡出子に限られたので、離婚によって親子関係が消滅する継子については、離婚した夫婦の協議で監護者を定めるべきではないとされていた¹⁵⁾。

ほぼ現行法の原型となった応急措置法は、離婚後の親権について、「父母が離婚するとき・・・は、親権を行う者は、父母の協議でこれを定めなければならない。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、裁判所が、これを定める。」(応急措置6Ⅱ)、「裁判所は、子の利益のために、親権者を変更することができる。」(同6Ⅲ)と定めるとともに、継親子を法定親子関係から除外したから(同3)、ここでいう「父母」とは実父母、養父母、実親と養親の父母となり、旧法時同様、離婚後継親が親権者となることはなかった。

現行法は、「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。」(819Ⅰ)、「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。」(819Ⅱ)として、離婚後は共同親権・共同行使の原則が適用される基盤が存在しないため、単独親権・単独行使の原則をとり、「第1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、家庭裁判所は、父又は母の請求によって、協議に代わる審判をすることができる。」(819Ⅴ)、「子の利益のため必要があると認めるときは、家庭裁判所は、子の親族の請求によって、親権者を他の一方に変更することができる。」(819Ⅵ)として、親権者の指定に際し、協議不調・不能の場合には家庭裁判所が親権者を決定し、さらに、子の利益にとって必要がある場合には、家庭裁判所は、指定・決定された親権者を変更することができるとしている。

ここでは、協議の当事者は、文理上、父母でありその一方が親権者となるから、親権者たるべき者は父母の一方であり、また、裁判離婚の場合にも、父母の一方が親権者となるから、親権者は父母の一方であることは当然である。また、ここでの父母とはもちろん、実父母、養父母、実親と養親の父母であるから、継父母は含まれない。したがって、継親と親権者たる実親が離婚した場合には、819条の適用は当然なく、離婚後の親権者はそのまま婚姻中の親権者たる実親となることは明らかである。また、この場合、未成年者たる継子には親権者たる実親がいるから、後見が開始することもない(838)。継親が親権者と同一の権利義務を有する可能性はここでは皆無である。継親は、離婚後、継子の親権者としてはもちろん、後見人としても、法律上、継子の監護養育に関わる権限を有しないことになる。さらに、婚姻中、監護養育委託契約があった場合にも、離婚とともに解除される可能性は極めて高く、実親が契約を解除してなお継親が継子を引き渡さなければ、継子はその自由な意思によって継親のもとに居住していない限り¹⁶⁾、親権に基づく妨害排除請求権として¹⁷⁾、実親は継親に対して民事訴訟による子

15) 大里・前掲注(7)335頁。

16) これを引渡請求の要件とするか否かについては見解が分かれるが、肯定説が判例(大判大12・11・29民集2巻642頁、大判昭13・3・9民集17号378頁)・通説である(中川編下・前掲注(4)[山木戸克己]47頁)。否定説(谷口知平「幼児の自由意思居住・移転の自由と引渡請求」民商43巻2号(1960)147頁、木村・前掲注(4)51頁)は、子の引渡請求認否の要件は、親権濫用となるかどうかで決すべきであり、子の自由意思による居住は、親権濫用認定の一資料にとどまるとする。

17) 大判大10・10・29民録27輯1847頁、最判昭35・3・15民集14巻3号430頁、最判昭38・9・17民集17巻8号967頁、最判昭45・5・22判時599号29頁。

の引渡請求権を行使しうる¹⁸⁾。もっとも、継親が事実上の養親の場合には、継子の自由意思により継親のもとにとどまることもありうるから、親権者からの訴訟による引渡請求権は否定される場合もありえよう。しかし、子の自由意思の認定については、8歳の子に意思能力を認定した事例¹⁹⁾もあるが、9歳の子について意思能力がないとするもの²⁰⁾、あるいは、3歳から13歳までは第三者のもとにとどまっても子の自由意思に基づいたものとはいえないとする事例²¹⁾もあり、意思能力の認定如何により、事実上の養親であっても、親権者たる実親の引渡請求権が肯定される場合もありうる。なお、親権者自身から子の引渡請求がなされたときには、同時に委託の解除がなされたものと解されている²²⁾。

また、現行法は、このような親権者の決定とは別に、「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監護について必要な事項は、その協議でこれを定める。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、これを定める。」(766 I)、「子の利益のため必要があると認めるときは、家庭裁判所は、子の監護をすべき者を変更し、その他監護について相当な処分を命ずることができる。」(766 II)として、協議離婚に際し、協議により、また協議不調・不能の場合には家庭裁判所の審判により、親権者のほかに子の監護者を定めることができることとし、子の利益のため必要があると認めるときは、家庭裁判所が子の監護者の変更を命ずることができるものとした。この規定は、裁判離婚の場合にも準用される(771)。

監護者制度は、父権的な単独親権制度を前提とした旧法(旧民812)を、家制度の廃止と父母平等主義から手直ししただけでそのまま存置したことから、子の監護をめぐる問題については多くの争点が存在する。離婚当事者が子の父母の場合でさえ、いまだ監護者の範囲、監護者の権限や法的地位等をめぐる議論は収拾しておらず²³⁾、離婚当事者が夫婦ではあるがその一方が子の父母ではない場合についてはいまだ手つかずというのが現状であろう。したがって、ここでは、後者に関わる範囲で学説の現在までの到達点を明らかにするにとどめざるをえない。まず、「子の監護をすべき者」については、①監護者となれるのは父母だけであって、第三者が監護者となれるのは事実上の問題にしかすぎないとする見解²⁴⁾、②父母間における子の監護者の決定は親権者の決定によって行われるべきであるから、766条は第三者を監護者とする

18) 沼邊愛一「子の監護・引渡し・面接交渉の審判権」『新・実務民事訴訟講座 8 非訟・家事・人訴事件』(1981)168頁、斎藤秀夫＝菊池信男編『注解 家事審判法[改訂]』[沼邊愛一](1992)361頁、人見康子「子の引渡請求」奥田昌道ほか『民法学 7 親族・相続の重要問題』(1976)184頁。なお、継親が親権者から監護を委託されている事実上の養親である場合に、この継親に対する親権者たる実親の子の引渡の裁判管轄については見解が分かれる。このような子の引渡は、民法766条が予定する親権と監護権との分離であるから、右規定を類推適用して審判事項と解する見解(家事判例研究会『判例家事審判法(1)』[高木積夫]1350頁、東京家審昭47・11・6家月25巻1号73頁)もあるが、民事訴訟事項と解する見解もある(斎藤＝菊池編[沼邊愛一]361頁)。

19) 東京地判昭30・12・26下民6巻12号2772頁。

20) 東京高判昭32・9・17下民8巻9号1710頁。

21) 最判昭35・3・15民集14巻3号430頁。

22) 於保＝中川編・前掲注(9)[明山和夫・國府剛]82頁、98頁。

23) 鳥津一郎編『注釈民法(2) 親族(2)』[神谷笑子](1966)159頁以下、國府剛「離婚後の監護」林良平＝佐藤義彦編『民法Ⅲ－親族・相続』(1989)77頁以下、石川稔「監護者の地位と権限」『夫婦・親子 215 題』(1991)277頁以下において、問題点が整理されている。

24) 長野潔『婚姻と新民法』(1948)198頁、沼正也『親族法の総論的構造[新版]』(1975)170頁、鈴木祿弥『親族法』(1988)180頁、我妻榮＝立石芳枝＝唄孝一編『判例コンメンタールⅦ親族法』(1970)117頁。

場合に限られるとする見解²⁵⁾、③766条は父母間において親権者の決定のほかに監護者をも決定しうることを定めたものであるだけでなく、第三者をも監護者とすることを認めるものであるとする見解²⁶⁾に分かれ、第③説が通説および家裁実務である。①説の見解に立てば、離婚の際ないし後に、親権者である実親が子の監護を継親に委託する関係は準委任契約にすぎず、各当事者はいつでも契約を解除できる、不安定な関係にならざるをえない。そもそも離婚の際ないし後に、実親・継親間においてこのような契約が締結されるかどうかさえ疑問である。また、②、③説に従うとき、継親も監護者になりうる余地はあるが、いずれの説も第三者が監護者になりうる前提を実親が監護不能ないし監護不適当な場合としており²⁷⁾、実親の不適格性が認定されてはじめて第三者が監護者になりうるにすぎず、継親が監護者になりうるのは二次的措置にすぎない。このとき、子の非監護親である実親が、自らが監護者になるための申立(766Ⅱ)あるいは親権者変更の申立(819Ⅵ)をしたような場合、監護親・非監護親間の適格性の比較はなされても継親の適格性をも同時に審査されることになるのか、審査対象となった場合にも、血縁・非血縁という要素はどの程度のウェイトをもって評価せられるのか、疑問なきをえない。また、そもそも766条1項は、文理上、監護者決定の協議の当事者を父母としており、それはあくまで子の実父母、養父母、実親と養親の父母であるから²⁸⁾、実(養)父または実(養)母ではない継父または継母は離婚の際に協議の当事者たりえない。もっとも、協議の当事者たりえない場合を「協議をすることができない」一場合として、継親または実親が家庭裁判所に子の監護者指定の申立をすることもできると解せられる余地があるにしても、そもそも継親は監護者指定の申立人になりうるのかどうか。819条6項を類推することにより積極的に解する余地はあっても²⁹⁾、ここでも申立人は、文理上、協議当事者たる父母であり³⁰⁾、継父母は申立人にはなりえず、また実親が申し立てた場合にも、継親が相手方になりうるのか見解は分かれている³¹⁾。

もっとも、以上のように解しても、継親が監護者になりうる余地が皆無ではないことは明らかであるから、次に問題となるのは、継親が監護者となった場合に³²⁾、継親はいかなる根拠において監護の権限を有するのかということである。継親の監護権限の根拠の問題である。とくに、継親が監護者となった後、親権者たる実親の死亡とともに親権が消滅した場合に、継親の監護権も消滅するのか、あるいは監護権はそのまま存続するのかという局面において、

25) 我妻栄＝立石芳枝『親族法・相続法』(1958)131頁、青山道夫「改正民法と子の監護」『近代家族法の研究』(1952)149頁、岡岩雄「親子法をめぐる疑問」家月7巻2号(1955)7頁、川田昇「親の権利と子の利益」『現代家族法大系3親子・親権・後見・扶養』(1979)235頁、有地亨「未成熟子にたいする監護養育義務」民商46巻3号(1963)44頁。

26) 我妻・前掲注(2)142頁、中川編上・前掲注(14)[福島四郎](1955)255頁、西原道雄「親権と親の扶養義務」神戸法学雑誌6巻1＝2号(1956)346頁、村崎満「離婚と子」『家族問題と家族法Ⅲ離婚』(1958)299頁、久貴忠彦『親族法』(1984)127頁。

27) 斎藤＝菊池編・前掲注(18)[沼邊愛一]350頁。

28) 島津編・前掲注(23)[神谷笑子]156頁。

29) 沼邊愛一『家事事件の実務と理論』(1990)97頁。綿引末男「婚姻関係」加藤令造編『家事審判講座(1)総論・親族関係』(1966)162頁以下。

30) 島津編・前掲注(23)[神谷笑子]157頁。

31) 沼邊・前掲注(29)97頁は、監護者または父母の一方から子の監護の委託を受けた者であれば相手方とすることは許されるとする。これに対し、綿引・前掲注(29)163頁は、監護者でなければならないとする。

32) 民法766条により継親が監護者と定められた場合、親権者と監護者と定められた第三者との間の子の引渡は、子の監護に関する処分として審判事項となると解されている(斎藤＝菊池編・前掲注(18)[沼邊愛一]361頁)。

監護者の権限の根拠を何に求めるかにより、結論を異にするからである。この点につき、学説は、(a)親権者の権限に基づくとする説³³⁾と(b)民法により直接権限を与えられたとする説³⁴⁾とが対立し、前説が通説とされ³⁵⁾、後説は最近の有力説である。(a)説に従うと、親権者が死亡すれば継親の監護権は消滅するのに対し、(b)説に従えば、親権者が死亡しても継親の監護者たる権限に変更を生ずることはなく、協議または調停・審判によらなければ監護権限を奪われることはない³⁶⁾。継親子関係の安定性を確保するためには、後者のように解さざるをえない。

② 死亡後

旧法では、父母の婚姻中は家にある父を親権者とし、その父が死亡したときは母を親権者とし(旧民877)、また、継親子関係を法定親子関係に擬制していたから(同728)、継父と実母の婚姻中は継父が親権者となり、あるいは継母と実父の婚姻中は実父が親権者となっても死亡すれば継母がその家にとどまる限り親権者となった。継子の実父(または実母)の死亡は、継親子関係の当然の消滅原因とはならないからである(同729Ⅱ,728)。もっとも、継父母は実父母と異なり、子に対する情愛を同様に期待することは困難である等の理由から、後見規定が準用(同878)されることについては先述したとおりである。

応急措置法とこれを踏襲した現行法は、継親子関係を単に姻族一親等のみの関係にとどめた結果、実親と継親の婚姻中、継親は親権者となることはなく、また、親権者同様の地位(後見人)を取得することも当然にはない。しかも、離婚後も親権者となることはなく、また、後見人になれる可能性もほとんどないこと、これも先述したとおりである。

ところで、婚姻関係にある夫婦が実父母である場合には、当然に未成年の子に対し共同で親権者となりかつ親権を共同で行使する父母共同親権・共同行使の原則に服することになり、その共同親権者たる父母の一方が死亡すれば、民法に規定はないが、他方が単独親権者になることは当然のこととされ³⁷⁾、また、父母の離婚によって父または母が単独親権者となった後でも、その父母が再婚すればそれと同時に父母が再び親権を共同行使することになると解されている³⁸⁾。しかし、婚姻関係にある夫婦が継親と実親である場合には、この夫婦の一方は継子にとって父または母ではないから、父母共同親権・共同行使の原則は適用されず、また、この夫婦が離婚後再び婚姻しても共同で親権を行使することもできない。それでは、この夫婦の婚姻中、前婚の解消(離婚)により単独親権者となった実親が死亡し親権を失った場合、当然に非親権者たる実親が親権者となるのであろうか、それとも後見が開始するのであろうか。この点に関し、学説は、①単独親権者が死亡した結果、離婚の際の親権者指定により停止状態に

33) 我妻・前掲注(2)144頁。

34) 中川編下・前掲注(14)[山本戸克己]45頁、石川・前掲注(23)278頁、棚村政行「離婚後の子の監護一面 接交渉権と共同監護の検討を中心として」石川稔=中川淳=米倉明編『家族法改正への課題』(1993)236頁。

35) 島津編・前掲注(23)[神谷笑子]162頁。

36) 石川・前掲注(23)278頁は、親権者でない父母の一方が親権者変更審判によって監護者となり子の引渡を求められたときにはじめて監護権限を失うと解するべきであるとされる。そして、第三者が監護者になっている場合に申し立てられた親権者変更の申立には監護処分³⁶⁾の申立も含まれていると解すべきであるから、第三者の監護に委ねておくことが子の利益であるかどうかの判断は親権者変更手続で行われ、もし、第三者の監護に委ねながら子の財産を生存親の管理に委ねることが相当であると判断されるときは、親権者変更審判と同時に監護処分の審判をも行うことができると解すべきであるとされる。

37) 於保=中川編・前掲注(9)[山本正憲]24頁,42頁。

38) 前注33頁。

あった他方の実親の親権が当然に復活するので、後見開始の余地はないとする親権復活説³⁹⁾と、②単独親権者が死亡すると後見が開始するので、他方の実親を親権者とする余地はないとする後見開始説⁴⁰⁾とが対立している。現在の通説がどちらかは判然としないが、戸籍先例は②説に同調している⁴¹⁾。したがって、①説に従う限り、非親権者たる実親の親権が復活し、継親はたとえ事実上の養親であっても、継子に対する事実上の監護権を失うことになる。これに対し、②説に従えば、単独親権者たる実親の死亡と同時に後見が開始するので(838 I)、遺言により継親が後見人に指定されている場合(839 I)には、当然に継親が遺言者の死亡と同時に後見人に就職し⁴²⁾、遺言による後見人の指定がない場合には、継親が後見人選任の申立をすることにより、非監護親たる実親が適格性の判断により後見人に選任される場合があっても、継親が後見人に選任される余地もあり(841)、事実上の養親である場合にはその可能性はかなり高い。しかし、この後見が開始した後、非親権者たる実親から親権者変更の審判が申し立てられた場合、これが許容されるか否かについては同様に学説は対立し、③許されないとする消極説⁴³⁾と、④後見人が指定または選任によって就職する以前で、他方の実親が親権者として適格であれば親権者変更が可能であるが、後見人就職後であれば不可能であるとする制限回復説⁴⁴⁾、⑤後見人の就職の前後を問わず、他方の実親が親権者として適格であれば審判により親権者の変更をなしうとする無制限回復説⁴⁵⁾の2つの積極説とに分かれている。家裁実務は、積極説に従い、当初④説をとっていたが⁴⁶⁾、最近では⑤説を採用する傾向にあり⁴⁷⁾、

- 39) 青山道夫『改訂 家族法論 I』(1971)197頁、葉師寺志光『親族法概論』(1950)87頁、山本正憲「単独親権者が死亡した場合にはなされた親権者変更の審判申立を適法とした事例」判評229号(1978)34頁(判時874号148頁)以下、於保=中川編・前掲注(9)[山本正憲]55頁。我妻=立石=唄・前掲注(24)[鈴木ハツヨ]376頁以下、中川編下・前掲注(14)[船橋諄一]36頁、鈴木祿弥=唄孝一『人事法 I』(1980)59頁、鈴木・前掲注(24)169頁。
- 40) 中川善之助『新訂 親族法』(1959)492頁、545頁、外岡茂十郎『親族法』(1950)243頁、谷口・前掲注(11)153頁、中川編下・前掲注(14)[戒能通孝] (1952)147頁、我妻=立石・前掲注(23)266頁、小石寿夫「誰が親権者となるか」『家族法大系 V 親権・後見・扶養』(1960)55頁、斎藤=菊池編・前掲注(18)[沼邊愛一] (1992)408頁。審判例として、大阪高決昭28・9・3高民6巻9号530頁。
- 41) 昭23・8・12民甲2370号回答、昭24・3・15民甲3499号回答、昭24・5・19民甲1008号回答、昭26・9・27民甲1804号回答、昭28・2・20家庭甲30号最高裁事務総局家庭局長回答。
- 42) 大8・4・7民事835号法務局長回答。
- 43) 中川善之助『親族法(下)』(1958)477頁、小石・前掲注(4)55頁。
- 44) 我妻・前掲注(2)325頁、354頁、中川高男『新版 親族・相続法講義』(1995)261頁、島津一郎『親族・相続法』(1980)142頁。
- 45) 岡垣学「親権者の指定と変更」山島正男=泉久雄編『演習民法(親族)』(1985)274頁、島津一郎『家族法入門』(1964)268頁、久貴ほか・前掲注(1)[阿部徹]250頁。
- 46) 盛岡家審昭43・9・9家月20巻12号94頁、福岡高決昭56・6・15家月34巻11号27頁など。
- 47) ① 後見人選任前の事例として、岡山家審昭40・11・18家月18巻5号57頁、福岡家小倉支審昭43・8・15家月20巻12号97頁、新潟家長岡支審昭43・9・25家月21巻2号173頁、秋田家審昭47・4・14判時681号77頁、東京家審昭49・12・13家月27巻11号51頁、東京家審昭50・3・25家月28巻3号118頁、大阪家審昭57・4・12家月35巻8号118頁、福島家審平2・1・25家月42巻8号74頁、岡山家児島支審平3・6・28家月44巻6号76頁など。② 後見人選任申立もなされた事例として、松山家審昭47・5・27家月25巻5号46頁、熊本家支審昭50・2・21家月28巻1号78頁、徳島家審昭51・1・22家月28巻10号66頁、大阪家審昭53・6・26家月31巻7号71頁、横浜家審昭54・11・29家月32巻3号115頁、新潟家糸魚川支審昭55・1・8家月32巻3号120頁、福岡家小倉支審昭55・5・6家月33巻1号70頁、東京高決昭61・12・5家月39巻5号24頁など。③ 後見人選任後の事例として、仙台家審昭45・10・26家月23巻3号19頁、新潟家審昭48・9・17家月26巻4号74頁、山口家岩国支審50・3・10家月27巻12号58頁、大阪家審昭51・6・18家月29巻1号79頁、名古屋高金沢支決昭52・3・23家月29巻8号33頁、東京家審昭53・2・2家月30巻9号80頁、千葉家審昭53・9・30家月31巻2号159頁、浦和家川越支審昭55・6・23家月32巻11号71頁、大阪家審昭56・3・13家月33巻12号64頁など。

今後この流れがさらに拡大するものと予想されている⁴⁸⁾。また、戸籍先例は、②説を基礎として親権者変更の審判の余地はないとする原則論に立ちながらも、家庭裁判所で変更審判がなされれば、その審判に基づく届出を受理するほかなく、これにより後見は終了し⁴⁹⁾、これに基づく戸籍記載をするとともに、市町村長が職権により後見終了の記載をしても差支えないとする取扱いをしているので⁵⁰⁾、実質的にはほぼ⑤説の立場に立っていると言えよう。このような戸籍先例の妥協的姿勢は、家庭裁判所のした変更審判を当然無効として無視するのは妥当ではなく、これを絶対に許さないというほどの明文がなく、実質的に考えても積極的に解する余地もあるからである、と説明されている⁵¹⁾。したがって、単独親権者たる実親が死亡した後、継親が後見人に指定または選任された場合には、③、④説に従えば、それ以後非監護者たる実親から親権者変更の申立を提起されるおそれはなく、継親は辞任事由(844)ないし解任事由(845)がない限り継続して継子の監護養育権を有するのに対し、⑤説によれば、後見人の指定ないし選任後も、実親の親権者変更の申立(819VI)により、実親が親権者としての適格性を有する限り、継親は後見人たる地位とともに継子の監護養育権を失うことになる。

もっとも、継子の親権者変更の申立がなされた審判例の実際⁵²⁾では、(イ)離婚後単独親権者であった実父が死亡し、継子の後見人選任の申立がなされていることを知った実母が親権者変更を求めた事案において、実母は離婚後9年余りの間子とは何らの交渉もなく、子は15歳になった現在継母とともに真実の母子同様の安定した生活関係にあり、現在の生活の継続を希望している等の事情のもとでは、親権者を実母に変更することは適当ではないとして⁵³⁾、また、(ロ)単独親権者の実父の死亡後、継母に養育されている継子について実母が親権者変更を求めた事案において、一般的には物的側面でも精神的側面でも実母と継母との間に優劣がつけ難いが、継子は3歳のときから7年間継母のもとで養育され、現に平穏に生活、通学し、それなりに自己の置かれている立場について理解する能力を有し、実母よりも継母に強い思慕、愛着の念を持っている現況においては、親権者を実母に変更すること相当ではないとして⁵⁴⁾、いずれも

48) 山島正男「単独親権者の死亡と親権者の指定・変更」沼邊愛一＝太田武男＝久貴忠彦編『家事審判事件の研究(1)』(1988)158頁。

49) 昭和26・9・27民甲1804号回答。

50) 昭和50・7・2民二3517号回答。なお、戸籍先例は当初、離婚後の単独親権者の死亡後に家庭裁判所が生存親への親権者変更審判ではなく、指定審判を行ったときには、この審判に基づく親権者指定届出も、親権者変更の届出も受理すべきではないとの態度をとっていたが(昭41・4・5民二発355号回答)、後にこれを変更し、生存親を親権者と定める審判が確定し、その謄本を添付して親権者指定届があった場合には、親権者変更届に訂正させうえ受理すべく(昭和54年8月31日民二4471号法務省民事局長通達)、また、この届出には、変更審判書の謄本のほかに、審判の確定証明書の添付を要求するに至っている(昭和57年8月3日民二4843号民事局長回答)。

51) 阿川清道「親子法」民事研修91号(1964)48頁。

52) このほかに継子の後見人選任申立事件が1件ある(東京家審昭49・11・1家月27巻8号79頁)。本件は、親権者たる実親が再婚後に死亡し、後見人を選任するについて、叔母等実父方の親族4名、継母他1名がそれぞれ後見人ないし監護者になることを申し出て、この前4者と後2者との間に互いの不信感から対立状態を呈している事案で、裁判所は、実父の存命中より継子の事実上の監護・教育は父方の祖母・継母の姉のもと、養護施設等で行われ、継母との間に従来十分な接触がなかったことや現に高校に在学中の継子の希望等の事情を考慮して、家庭裁判所において1年あまりにわたり継子本人の利益を中心として調整をはかった結果に基づき、実父方の叔母を後見人に選任した。本件は、継母の側に、継子との同居期間がわずかであったこと、婚姻当初から継子を養育する意思がなかったこと、継子が養護施設に入園しているときも訪問することがわずかであったこと、夏休み等の休暇時期にも継母宅に帰省させなかったことなど、そもそも継親子関係に実質的親子関係に相当する関係がなかった事案である。なお、この事案では非親権者たる実母からの親権者変更の申立はなされていない。

53) 大阪家審昭53・6・26家月31巻7号71頁。

54) 浦和家川越支審昭55・6・23家月32巻11号71頁。

申立を却下している。現在ないし将来の生活環境、継親子関係の実質的關係の有無、継子の意思などを考慮して、実親の不適合性を認定するのではなく、子の福祉の観点から、継親との適合性の比較を行い、適切、妥当な結論を導いている。

2. 面接交渉権

旧法下では、継親子関係は、継親と継子の父(または母)との婚姻に基礎を置く法定の親子関係であるから、継親子関係は継子の父(または母)と継親の離婚によって消滅した(旧民729 I・728)。この場合、「家」を去るのは通常継親であるから、子は「家」に属するとの觀念の強かった旧法下では、「家」を去る実親はもとより、継親に面接交渉権を認めるべくもなく、また議論の余地さえもなかった。現行法下にあっても、筆者に看過がなければ、継親の面接交渉権に関する議論は今までのところ皆無であり、その点では旧法下と事情は異なる。もっとも、わが国において面接交渉権に関する最初の審判例が登場したのは現行法が施行されてから16年も経過した昭和39年⁵⁵⁾と比較的新しく、また、それも親権や監護権を有しない実親(非監護親)の面接交渉権であり、それすら民法の明文の規定がないことから、面接交渉権の権利性および法的性質をめぐる諸説紛々として、いまだ定説らしきものがない現況からすれば、当然の結果なのかもしれない。しかし、近時ようやく、非監護親の面接交渉権の権利性については、一方で、面接交渉は子の父母に対する忠誠心の葛藤を生じさせ、監護親と子の安定した親子関係の形成や維持を妨げるおそれがあるので、権利として強制されるべきではないとする消極的見解⁵⁶⁾が見られながらも、「子どもにとっては、余程の支障がないかぎり、離婚後も父母との継続的接触や交流をもつことが望ましく、親の離婚という不幸な事態から家族をめぐる人間関係・愛情・相互交流が切断されることがないように配慮される必要があるように思われる。しかも、離婚の際に親権者・監護者とされなかった親でも、子の監護養育への一切の義務が免除されるわけでもなく、親権者・監護者に監護できないような事態が発生したときには、親として監護養育を引き継ぐ可能性も存在し、そのためにも親子の最低限の接触や交流は認められなければならない。確かに、父母の離婚をめぐる対立葛藤が激しい場合には、子に対しても夫婦間での憎悪の感情が持ち込まれ、親と会うことそれ自体が子のストレスとなり、子の精神的安定にかえって有害な結果となることもありうる。しかし、面接交渉が子の利益にならないというときには、これを制限してゆけばよく、権利性を全面的に否定する必要はないと思われる。」⁵⁷⁾として、面接交渉権を子の人格形成・精神発達の観点から積極的に位置づけようとする見解が支配的となってきた。審判例も、子の監護に関する処分として面接交渉権を是認する事例が次々

55) 東京家審昭39・12・14家月17巻4号55頁。面接交渉権を最初に肯認したこの審判例は、東京高裁昭40年12月8日(家月18巻7号31頁)の抗告審の決定において取り消され、面接交渉の申立は却下される。本件は、親権者である実父と継母のもとで平和に過ごしている未成年子に対して、親権者ではない親から面接交渉を求めた事案であり、実親である非親権者の面接交渉権を否定することにより、継親子関係の安定性を維持しようとするもので、まさしく離婚後の継親の面接交渉権の権利性を検討しているうえで、示唆的かつ象徴的な事例である。

56) 梶村太市「子のための面接交渉権」ケ研153号88頁以下。審判例として、東京高決昭40・12・8家月18巻7号31頁、大阪高決昭43・12・24家月21巻6号39頁など。

57) 棚村・前掲注④4239頁。

に登場し⁵⁸⁾、最高裁も、親権または監護権を有しない親に子との面接交渉を認めるか否かは、子の監護に関する処分について定める民法766条1項または2項の解釈適用の問題であるとして、今までの家裁判務の立場を肯定した⁵⁹⁾。

もっとも、面接交渉権の法的性質については、親の権利の視点から、①親子という身分関係から当然に認められる自然的な権利であるとする説⁶⁰⁾、②監護そのものではないにしても、監護教育に関連した権利であるとする説⁶¹⁾、③本質上親に与えられた固有の権利(自然権)であるとともに、その具体的内容は監護に関連する権利であるとする説⁶²⁾、④親権の一権能としての監護権の一部であるとする説⁶³⁾に、また、子の権利の視点から、⑤子が親との交流をとおして精神的に成長発達していく、子の権利であるとする説⁶⁴⁾、⑥親の権利であると同時に子の権利であるとする説⁶⁵⁾に分かれ、いまだ収束していない。

したがって、これらの面接交渉権の法的性質をめぐる議論を前提に、継親の面接交渉権の権利性を検討する限り、いずれも親子関係の自然性を考慮の基礎に置く親の権利の視点からは、親権も監護権も有せず(もっとも、離婚後継親は監護者になる余地がわずかにある)かつ実親でもない第三者はもとより継親の面接交渉権の権利性は肯認されるべくもない。また、子の権利の視点から面接交渉権を位置づける場合には、⑤説は子どもも面接交渉権の権利主体であり客体ではないとしながら⁶⁶⁾、面接交渉権の法的性質を親子という身分関係から生ずる自然的な権利と捉える結果⁶⁷⁾、親の権利からの視点同様、この説が実親以外の継親にも面接交渉権の権利性を是認する有効な見解になりうるかどうか疑問である。また、⑥説は、⑤説と同趣

58) 東京家審昭42・6・9家月20巻3号67頁、東京高決昭42・8・14家月20巻3号64頁、大阪家審昭43・5・28家月20巻10号68頁、東京家審昭44・5・22家月22巻3号77頁、京都家審昭47・9・19家月25巻7号44頁、大阪家審昭49・2・20家月27巻1号100頁、東京家審昭49・3・29家月28巻6号59頁、東京高決昭49・6・19家月28巻6号59頁、東京家審昭50・1・27家月28巻2号95頁、東京高決昭52・12・9家月30巻8号42頁など。

なお、別居中の夫婦間での面接交渉についても、民法766条・家事審判法9条1項乙類4号を類推適用し(京都家審昭57・4・22家月35巻9号105頁、東京高決平2・2・19家月42巻8号57頁など)、あるいは、民法752条・家事審判法9条1項乙類1号を適用(岡山家審平2・12・3家月43巻10号38頁)する審判例が登場するに至っている。

59) 最決昭59・7・6家月37巻5号35頁、判時1131号79頁。

60) 森口静一＝鈴木経夫「監護者でない親と子の面接」ジュリ314号(1965)75頁以下、東京高決昭42・8・14家月20巻3号64頁、大阪家審昭43・5・28家月20巻10号68頁、東京家審昭44・5・22家月22巻3号77頁、大分家中津支審昭51・7・22家月29巻2号108頁、東京家審昭62・3・31家月39巻6号58頁など。

61) 於保不二雄編『注釈民法(23)親族(4)』[明山和夫](1969)75頁、於保＝中川編・前掲注(9)[明山和夫・國府剛]92頁以下、東京家審昭39・12・14家月17巻4号55頁。

62) 久貴忠彦「面接交渉権覚書」阪大法学63号(1967)117頁、沼邊・前掲注(29)133頁、高橋忠次郎「子の監護と子の面接交渉権」ジュリ472号(1971)119頁、田中実「面接交渉権」『現代家族法大系2婚姻・離婚』(1980)258頁、浦和家審昭57・4・2家月35巻8号108頁。

63) 山本正憲「面接交渉権について」岡山大学法経学会雑誌18巻2号(1968)185頁、佐藤義彦「離婚後親権を行なわない親の面接交渉権」同志社法学110号(1969)55頁、中川淳「離婚後親権を行なわない父母の一方の面接交渉権」法時41巻9号(1969)143頁、川田昇「面接交渉権」『民法の争点I』(1985)220頁、野田愛子「面接交渉権の権利性について」『家族法実務研究』(1988)275頁。

64) 相原尚夫「面接交渉の実務覚書」ケ研114号(1969)52頁、稲子宣子「子の権利としての面接交渉権」日本福祉大学研究紀要42号(1980)99頁、國府剛「面接交渉権の制限と憲法13条」『家族法審判例の研究』(1971)149頁、佐藤隆夫「離婚と子どもの人権」(1988)110頁。

65) 石川稔「離婚による非監護親の面接交渉権」『家族法の理論と実務』別冊判タ8号(1980)286頁、棚村・前掲注(34)256頁、田中通裕「面接交渉権の法的性質」『夫婦・親子215題』判タ747号(1991)323頁。

66) 稲子・前掲注(64)96頁。

67) 國府・前掲注(64)149頁。

旨で面接交渉権を子の権利と捉える一方、子の監護養育の第一次責任者は実親であり、子どもの利益のために具体的な権利行使をするのはやはり実親であるとして、面接交渉権の実親の権利たる側面をやはり肯定せざるをえず⁶⁸⁾、この説からも同様に、実親以外の者すなわち継親の面接交渉権は否定されることとなろう。現在いずれの説に依拠しようとも、継親の面接交渉権の権利性を導き出すことはできず、いずれも面接交渉権の射程に実親以外の第三者を置いていないと考えられる。

なお、継親の面接交渉が関わった審判例を1件紹介しておこう。本件は、実父が家出し所在不明であった4カ月間、生後間もない頃から6年余りにわたって継子を養育してきた継母が、その養育費を過去の婚姻費用分担として求めるとともに、継子の引渡と面接交渉を求めた事案で、「事件本人太郎(継子―筆者注)は前記認定事実から明らかなように相手方直和(実父―筆者注)の長男であり父直和のもとで養育されているものであって、申立人(継母―筆者注)の子ではない。もっとも直和が申立人と同棲し、婚姻同居した間は夫である直和に対する情愛に基づいて太郎を養育し、夫の直和のため尽すと共に、太郎に対しても深い情愛を生ずるに至ったことは首肯することができる。そして申立人の立場に立ってみれば生後間もない頃から同人を養育し曾て同人が申立人になついていたであろうことも充分察せられると共に、現在直和と申立人は法律上は夫婦であり乍ら、別居状態にあり、他方直和は愛人たる相手方直江と同棲し、太郎が両名のもとに居ることに対する申立人の感情の動きも理解できないわけではないが、申立人は太郎との間に生理的親子関係も法律上の親子関係もなく、また太郎の後見人であるというわけでもない。そして記録によれば、太郎は申立人の引取りを求めているわけでもなくむしろこれを求めているものと認められる。以上のとおりの事実関係にある以上申立人が太郎の引渡を求める法律上の理由があるものとは認められない。申立人は若し太郎の引渡しを認められなければ、同人に面接交渉できる措置を求めるものの如くであるが、年少者である事件本人に対する面接は子の福祉の見地から考慮されるべきものであって、申立人の求めだけで認められるべきものでもなく、また事件本人の福祉のために必要であるとは認められないから、申立人の右の申立はいずれもこれを容れることができない。」として、継子の引渡および面接交渉のいずれの申立も却下した審判例⁶⁹⁾である。申立人(継親)と事件本人(継子)との間に緊密な親子関係があったことを認定しながら、生理的親子関係が存在しないこと、継親が後見人ではないこと、継子の意思を根拠に、引渡および面接交渉権を否定するものであるが、本件では生理的親子関係がなくともそれに準じた親子関係が形成されており、また本件では実親の所在が明らかである以上後見が開始しようがなく、後見人になれないのは当然であり、さらに継子は、その拒否の意思の存在をそもそも確認できるほどの年齢(本件では6歳程度)であったかどうか疑問であり、少なくとも継親の面接交渉権は肯認しても良い事例であったと思われる。

3. 扶養

旧法では、扶養当事者を、直系血族(旧民954 I)、嫡母庶子・継親子(同728)、夫婦の一方と他方の直系血族であってその家にある者(同954 II)とし、兄弟姉妹(同954 I)についてはそれぞれ相互に、さらに戸主は家族に対して(同747)、扶養義務を規定していた。継親子関係は法定血族であり嫡出親子関係にあったから(同728)、「直系血族」として相互に扶養義務を負った(同954 I)。この扶養義務は、婚姻中は言うに及ばず、継子の実父(または実母)の死亡により婚姻

68) 棚村・前掲注(34)256頁。

69) 東京家審昭49・11・15家月27巻10号55頁。

関係が解消した後も、継親子関係は当然には消滅しないことから(同729Ⅱ・728)、継親子間の扶養義務はそのまま存続した。また、離婚は継親子関係の消滅原因ではあったが(同729Ⅱ)、継親子間の扶養義務は当然には消滅せず、後順位の義務となった(同956但)。もっとも、多くの場合、継親は家を去ることになるから、事実上、扶養義務は消滅していた。

現行法は、旧法の家を同じくする直系姻族、嫡母庶子、継親子を削除した代償として、家庭裁判所は、特別な事情があるとき、3親等内の親族間においても扶養義務を負わせることとした(877Ⅱ)。この変更は、扶養義務の範囲の縮小を目的としたものではなく、戸主制度、嫡母庶子、継親子を廃した反射的結果にすぎず、この結果が習俗と道德の上にもあまりにも急激な変化であることを考慮したものである、と説明されている⁷⁰⁾。果たして、扶養義務者の範囲は旧法に比し拡大されうることとなった。

したがって、姻族一親等である継親子間の扶養義務は、旧法の当然発生主義が改められ、「特別の事情」があるときに、家庭裁判所の審判によって発生することとなった(877Ⅱ)。現行法が扶養義務の範囲を拡大したことに対しては批判も少なくないが⁷¹⁾、継親子間の扶養義務については、「扶養義務者の範囲を三親等の親族まで広げた立法例は全く珍し(い)」としつつ、「せいぜい連れ子(姻族一親等)の扶養に合理性が認められるにすぎない。」⁷²⁾とする見解や、「立法の沿革とわが国の実情からいって、直系姻族(主として、継親子、嫡母庶子、よめとしゅうと・しゅうとめ)の間で、しかもその間に共同生活が現に行われているかまたは過去に(とりわけ子の幼少のときに)行われた場合に限るのを原則とすべきものと思う。」⁷³⁾とする見解もあり、少なくとも、継親子間に現に共同生活があり、またこれまで共同生活が存在していたにもかかわらず扶養を停止したような事情がある場合には、「特別の事情」ありとして、扶養義務を認めていくのが有力説であるかと思われる⁷⁴⁾。

離婚ないし継子の実親死亡後、継親が姻族関係終了の意思表示をしたときには、扶養義務発生の基礎的前提である親族関係が消滅するから(728)、扶養審判の取消(877Ⅲ)を待たずに当然に扶養義務は消滅する⁷⁵⁾。姻族関係終了の意思表示はないが、継親子間に共同生活が存在しなくなった場合など「特別の事情」が消滅した場合には、扶養義務は当然には消滅せず、事情に変更が生じたものとして、家庭裁判所によって扶養審判を取り消さなければならない(877Ⅲ)。扶養義務の一般的要件である扶養必要状態ないし扶養可能状態が変更した場合には、民法880条によって、従前の審判の変更または取消を求めることとなる。

公表された審判例はすべて継親の扶養に関する事案ではあるが、①昭和31年12月15日盛岡家花巻支審⁷⁶⁾は、継親子間に25年にわたる共同生活があり、現在継子が所有する家屋・田畑等は共同生活中に家督相続その他によって取得したものであること、②昭和55年12月15日長崎家

70) 我妻・前掲注(2)402頁、於保＝中川編・前掲注(9)[明山和夫](1994)517頁。

71) 鈴木＝唄・前掲注(3)221頁以下、久貴・前掲注(2)6319頁、中川淳『改訂 親族法逐条解説』(1990)606頁、乾昭三＝二宮周平編『新民法講義5』(1993)141頁、於保＝中川編・前掲注(9)[明山和夫]521頁、遠藤浩ほか『民法(8)親族[第4版]』[西原道雄](1997)306頁。

72) 泉久雄『親族法』(1997)309頁。

73) 我妻・前掲注(2)405頁。

74) 太田・『概説』前掲注(1)81頁。もっとも、乾＝二宮編・前掲注(7)141頁は、「単なる同居だけでは、まだ不十分と解すべきである。」とされる。

75) 於保＝中川編・前掲注(9)[明山和夫]521頁、523頁。

76) 家月8巻12号68頁以下。

審⁷⁷⁾は、継母によって実子同様に養育され、継子に扶養意思があること、③昭和56年4月6日和歌山家妙寺支審⁷⁸⁾は、継子が父の遺産分割にあたって、遺産の大半を取得するとともに、継母を扶養する約束をしたこと、などをそれぞれ「特別の事情」ありとして継子に扶養義務を負担させている。逆に、④昭和38年2月25日仙台高決⁷⁹⁾は、病床にあった夫を顧みることなくその死亡前数年敢えて婚家を去り、その後十数年後の今日にいたるまで継子との親族共同生活を絶止したままにしており、継母も一応他家に住み込んで報酬を得て生活を立てている、との事実認定をした原審に同調し、⑤昭和46年12月23日福岡家審⁸⁰⁾は、継母が継子らと同居中とくに苦勞して家事に専念して一家の生計を助け、継子らを手塩にかけて育て上げたという事情の見るべきものがなく、9年間にわたる同居期間中継母は出奔すること数回に及び、同居の終わった時期からすでに30年を経過していること、などを「特別の事情」なしとして、継親からの扶養請求の申立を却下している。

ところで、継子の養育費については、現行法上、「特別の事情」が存在する場合に、継親の扶養義務(877Ⅱ)として履行せられるほか、婚姻費用(760)の中に子の養育費が含まれることから、この「子」の中に継子も含まれるのかどうか、議論の分かれるところである。婚姻費用を「婚姻生活のために必要な、衣食住の費用・交際費・医療費等のほか、共通の子の養育費・教育費等」⁸¹⁾であるとして、わざわざ「共通の子」と限定する見解も見られるからである。この点に関しては、「夫婦の一方の子—従来の子、継子—の養育の費用は、当該婚姻の結果たる費用でないから、その子の親において全額を負担すべきは言うまでもない。」⁸²⁾、「後妻の連れ子は、夫に扶養義務がないので消極に解するほかはない。」⁸³⁾とする消極説に対し、「別居生活に入る前には、当該後妻夫婦の婚姻家族の一員として、生活を共にしており、その子の生活に要する費用も、当該夫婦の婚姻に要する費用としてまかなわれた筈であるから、夫との別居後も、その延長として、その子が、当該後妻と共同生活を送っている限りにおいては、やはり、当該後妻夫婦の婚姻費用の範疇に属するものと解さざるをえないのではないかと考える。そしてまたそのように解することは、形式よりも実質とくに客観的な具体的妥当性が重んじられる昨今の解釈態度としては、やむをえないのではないかと考える。」⁸⁴⁾とか、「婚姻費用の分担は、夫婦が個人として法律上共同で負担すべき費用の分担を定めるのが問題ではなく、婚姻共同体の費用をどのように分担して各自の法律上の義務とするかの問題であるとすれば、その処理を法的扶養義務の存否に結びつける必要はない。請求者の連れ子はもとより、全くの他人の子を夫婦で事実上の養子としていたような場合でも、双方の協力で養育する合意があった以上は、夫婦の一方がその養育責任を放棄して他方にのみ責任を委ねることが許されてよいわけではない。この点において、単なる理念型にすぎない婚姻家族の概念を実体化しすぎないよ

77) 家月33巻11号123頁以下。本件は、継子が、精神分裂病で入院中の継母の扶養義務者となることを求めた、扶養義務者の指定申立事件である。精神保健法上の保護義務者(精神20)を定める必要からの申立であろう。

78) 家月34巻6号49頁以下。

79) 家月15巻8号84頁以下。

80) 家月25巻4号54頁以下。

81) 鈴木・前掲注②439頁。

82) 中川編上・前掲注①4[有地亨]216頁。

83) 梶村太市「婚姻費用の分担—その性質及び分担額の算定」岡垣學=野田愛子編『講座・実務家事審判法2 夫婦・親子・扶養関係』(1988)45頁。

84) 太田武男「婚姻費用の意義と範囲」沼邊愛一=太田武男=久貴忠彦編『家事審判事件の研究(1)』(1988)13頁以下。

うにしなければならない。婚姻費用の分担は、理念型に照らしての判断ではなく、現実の社会的な事実である婚姻によって形成された当該世帯の生活を考慮して判断されるべき問題である。」⁸⁵⁾とする積極説が対峙しており、後者が有力説とあってよからう。ちなみに、審判例⁸⁶⁾も、⑥他の女性と同棲している別居中の夫に対し、後妻が養育している夫の連れ子の養育料を婚姻費用の分担として請求した事案⁸⁷⁾において、「相手方(父—筆者注)は親として前記子に対する扶養義務があるので、申立人(継母—筆者注)においてその子に対する扶養義務がなく又、申立人に対して扶養義務を負わす必要がないとしても、申立人と相手方との夫婦婚姻生活においては、その子の養育に関する費用等を婚姻費用より切りはなすことはできない。・・・のみならず一面夫が妻の連れ子の面倒をみたり、或は本件のように妻が同居している夫の先妻の子の面倒をみるということは、・・・法規定以前の家庭のあり方であるから・・・本件申立人もその例にもれず先妻の子の面倒をみること(扶養の程度に至らない労務手間の提供)を要請せられているのであって、特段の事情がない限り申立人としては自己の子にあらずとして放置できる筋合いではない。」として、先妻の子の養育費を後妻夫婦の婚姻費用として、その夫に支払いを命じている。もっとも、⑦別居中の監護親である妻が非監護親の夫に対し婚姻費用(760)として自己の生活費および子の養育費を請求した事案⁸⁸⁾では、「相手方(夫—筆者注)の同女(内妻—筆者注)及びその連子に対する扶養は法律上正当にして必要なるものでない(・・・婚姻費用分担の合目的的見地から、かかる子と真実の子とを衡量すると、かかる子は法律上正当なる扶養料請求権者ではないと断ぜざるをえない。)からである。」として、同棲中の女性およびその連れ子の生活費ないし養育費を考慮せずに夫の扶養能力を判断し、また、⑧離婚後、母が親権者たる父に対し、子の監護に関する処分(766)として子の養育費を請求した事案⁸⁹⁾では、父の扶養能力を判断するにあたり、「内妻の生活費は一応相手方(父—筆者注)が負担するものと考えられるが、内妻と先夫との間の三名の子供の生活費については、相手方が直接その扶養義務を負わない以上、事件本人両名(父の実子—筆者注)の生活費に優先して相手方がこれを負担するということにはならず、事件本人両名の扶養義務を尽したのちの余力をもってこれにあてられるべきである。」として、内妻の子の生活費を考慮せずに父の負担額を決定した事例がある。⑦、⑧の事例は、いずれも非監護親側が内縁夫婦であったかどうか必ずしも明らかではなく、またたとえ内縁関係にあったとしても厳密には父と内妻の子との間に継親子関係が存在している関係とは言えないが、内縁関係にあったとするならば、内縁関係を準婚関係と捉え、民法760条も内縁夫婦に準用されるとする最高裁⁹⁰⁾の立場を前提とする限り、婚姻中の夫婦の場合と同様に考えることはできよう。そうであれば、継子の養育費ないし生活費を実子と同順位かつ同程度に考慮することができるか否かという点に関し、⑥事例とは立場を逆にすると解すべきか。

4. 相続

周知のように、旧法下において、相続制度は、家督相続と遺産相続の2本建ての構成を採つ

85) 青山道夫=有地亨編『新版 注釈民法②』親族(1) [伊藤昌司・松嶋道夫] (1994) 432頁。

86) 本文中で紹介した審判例のほかに、東京家審昭和49年11月15日家月27巻10号55頁以下も、継子の養育費は継親夫婦の婚姻費用に含まれるとの解釈に立つ。

87) 東京家審昭35・1・18家月12巻5号153頁。

88) 大阪家審昭和39・6・11家月16巻11号156頁。

89) 大阪家審昭48・10・19家月26巻8号48頁。

90) 最判昭33・4・11民集12巻5号789頁。

ていた。継親子関係は法定親子関係にあり(旧民728)、継子は嫡出子と同様の法的効果を取得したから、遺産相続にあつては、第1順位の相続人は直系卑属であることから、実子、養子とともに、継子は同順位でかつ同等の相続分を取得した(同994・1004)。もつとも、家督相続にあつては、必ずしも相続権を取得するものではなく、家附か、他家から入つた者か等、被相続人の家における関係その他の事情を考慮して個別的に決定すべきものとされた⁹¹⁾。

応急措置法は家に関する規定をすべて廃止した結果(応急措置3)、家督相続も廃止され、それに伴う混乱から経過的措施を講じている。すなわち、昭和22年5月3日の同法施行の際における戸主が、婚姻または養子縁組により他家から入つた者で、そこに継子がいる場合に、この戸主の財産は家附の財産であるにもかかわらず、昭和23年1月1日の新法施行後に戸主が死亡すると、戸主と継子との間には何らの血族関係も生じないため、継子は家附の財産を取得できなくなることから、「その家の家附の継子は、新法施行後に開始する相続に関しては、嫡出である子と同一の権利義務を有する」(民法附則26I)と規定し、継子を保護している。

現行法は、法定血族相続人の第1順位を子としたが(877I)、法定親子関係としての継親子関係を廃し単に姻族一親等の関係にとどめたので、養子縁組がない限り、継子は継親の相続人となることは当然なく、逆に、継親が継子の相続人となることもない。また、子と兄弟姉妹についてのみ代襲相続を認め(887IIⅢ・889II)、配偶者には認めていないから、生存配偶者は死亡配偶者を代襲することができないし、また、配偶者の直系卑属(継子)は親を代襲することもできない⁹²⁾。わずかに相続人不存在の場合に、特別縁故者(958の3)として、清算後の残存すべき相続財産の全部または一部を分与されるにすぎない⁹³⁾。また、継親子関係を、いわゆる「事実上の養親子関係」(内縁養親子関係)として準親子関係と位置づけた場合であっても、継親と継親の親族との間の相続関係は、戸籍の届出ないし記載を基礎として画一的に認められるべき事項だから、事実上の養親子間に類推することは許されない⁹⁴⁾、と解するのが通説である。継親子関係、事実上の養親子関係にある者に、相続権を認めた判例は存在しない。

Ⅲ. おわりに

継親子関係の法規制の難しさは、離婚が少なかった時代には、継親家族は主に親の死亡後の再婚により形成されたため、継親は継子を養子にすることができたし、あるいは、監護親死亡後は継子の後見人となることができたことから、継親子関係を安定させるための法的対応が容易であったのに対し、現代型継親家族は、ほとんどが親の離婚にともなう再婚により形成されることから、養子縁組がしにくくなり、また、継親家族の中にいる子に関する権利義務が、依然、継親家族の外にいる実親にも存続しているという法的事実にある。継親家族の安定ひいては継親の権利の承認と非監護親の権利の保障は必ずしも並び立つものではないからである。現

91) 大里・前掲注(7)(1995)462頁。

92) 太田武男『相続法概説』(1997)44頁、松原正明『判例先例 相続法 I - 遺産分割 -』(1994)57頁、中川善之助=泉久雄『相続法[第三版]』(1988)124頁。

93) 継子および継親が「特別縁故者」とされた審判例の紹介は、すでに、久貴忠彦「特別縁故者に対する相続財産の分与」民商56巻2号(1967)31頁以下、谷口知平=久貴忠彦編『新版 注釈民法(27)相続(2)』[久貴忠彦](1989)700頁以下で詳細になされている。なお、そこで紹介されていない審判例として、継子を特別縁故者として相続財産を分与した、松山家宇和島支審昭和42年10月27日家月20巻6号67頁以下を挙げておく。

94) 我妻・前掲注(2)282頁。

在、わが国の継親家族に対する法規制は、離婚を容認し(763以下)再婚家族(当然ながら継親家族)の存在を予想しながら(733)、さながら離婚後の単親家族同様、継親家族においては親権者でありかつ監護者であるのは実親一人であり、また将来親権者・監護者に代わりうる地位を継親家族外のもう1人の実親に保障し、継親家族の内外を問わず、あくまで第一次的養育責任者である実親の責任を強調しその権利を保障していこうとするものである。学説も残念ながらこの方向にある。しかし、社会的実態としての扶養・監護養育関係は継親家族の中で行われているのであり、子の利益・福祉を促進すべき義務を、継子を含めた婚姻家族を維持するための協力義務(752)として、継子との関係においても、継親は負っていると考えべきであり、その義務を履行・実現可能なものとする法的枠組が継親家族においても保障される必要性がある。継子に対する愛情と献身への願望がある継親にも、子の健全な発育に必要な限りで一定の権利義務を明確化することが子の利益に適うものと考ええる。初婚の場合に比し再婚の離婚率が高いことの一因として法における継親の役割の不明確さが挙げられていることに注目すべきであり、また、継親子関係の性質が継子の人格形成・精神発達にきわめて重大な影響を及ぼすこともつとに指摘されているところである⁹⁵⁾。継親家族の安定性を犠牲にしては最近の離婚後の実親共同監護論も成立しえないはずである。継親家族の安定性を維持・促進するための新たな規範を創設することが必要であろう。子の利益・福祉の促進という目的において、実親の権利も継親の権利も相互に背反するものではなからう。

(1997年9月1日受理)

[付記]

本稿は、平成9年度文部省科学研究費補助金基盤研究(C)(2)「継親子関係の法的規制のあり方」の研究成果の一部である。

95) 早野・前掲注(6)「アメリカにおける継親子関係をめぐる法状況」151頁以下参照。