

# 改正民法と親権者

——特に子の氏との関連について——

外岡茂十郎

## 目次

一、はしがき

二、改正民法に於ける親権者

Ⅰ、父母の共同親権

Ⅱ、父または母の單獨親権

三、むすび——子の氏との関連

## 一、はしがき

(一) 親権は親の子に對する權利義務であるから、舊法でも新法でも、親権者たるべき者は、常に、親権に服する者に對して法律上親たる身分を有する者でなくてはならない。もとより、子の實親であることを要するものではないので、舊法では、父の後妻は、父の先妻の子に對して繼母として、また、父の妻は、父の庶子に對して嫡母として、親権者たり得たが(舊七二八條、八七八條)、新法では、これ等の關係を姻族關係に止めて、親子の關係とは認めて居ないから、後妻

と先妻の子の間、妻とその夫の庶子の間には、親権關係を生じ得ない。舊法でも母の夫は、母の私生子に對しては、法律上父たる身分を有しないので、たとえ、その子と家と同じくして居ても、子の親権者たり得ないものとされて居た(明治三七・五・二三大)。未婚の養父が妻を迎えた場合、または養母が死亡して養父が後妻を迎えた場合にも、養父の妻と養子との間には養子縁組がないから、養母子にはならないし、舊法とは違つて(舊七二)、繼母子にもならないから、親権關係は存し得ない。同様に、舊法も新法も、夫の親と妻との關係または妻の親と夫との關係を、舊民法人事編第二四條第二項の「婦ノ夫家ニ於ケル又入夫ノ婦家ニ於ケル尊屬親トノ關係ハ親屬(血族)ニ準ズ」とは異つて、單に直系姻族として取扱うに過ぎないから、親は子の配偶者に對して親権を有することはない。それでも、舊法は未成年の子がその配偶者の財産を管理すべき場合には、その未成年の子の親権者に、これが代行權を認めて居た(舊八八)、新法では未成年の子が配偶者の財産を管理しなくなったので(新七五)、代行權すら認められない。但し、新法でも親権に服する未成年の子が、子を有するに至つた場合には、これに對して自ら親権を行使することを得ず、その未成年の子の親権者即ち生まれた子の祖父母が未成年の子の親権を代行すべきことになつて居る(新八三三條)(舊八九五條)。

□ 斯くして、親権は親たる身分に基づいて存するものではあるが、親たる身分を有する者が、すべて平等に親権を行うものではない。すべての親が共同して子に對して親権を行うと云うことは、子の養育監護にとつて常に必ずしも好ましいことでもないし、また、協議して共同に親権を行わせると云うことが、實際上困難な場合もあり得るからである。

舊法では親子關係があつても、親子がその屬する家と同じくしなければ、親権關係は成立せず、且つ親子がその屬

する家と同じくしても、父をもつて第一次の親権者とし、母を第二次の親権者として居た(舊八七。七條)。従つて、どの親が親権者であるかと云うことは、比較的容易に明らかにすることが出来たが、それでも、子の家に數種の父母が併存する場合には、困難な問題を生じた。養母または養父の後妻たる繼母は實父に先だつて、繼父または嫡母は實母に先だつて、親権を行うと云うように、解釋によつて補われて來たことは周知の通りである(註一)。

(三) 新法は、親権法の中から家の原理を追い出し、子の人格の尊嚴と父母間の本質的平等と云う原理をもつて、これに置き換えた。従つて、新法の下に於ては、親が子と家と同じくするかと云うことで、親権者を定めたり、或るいは、親権者たる順位に於て、父を先きにし母を後にすると云うような優劣先後の區別は、到底許さるべきことではない。ここに於てか、吾々は、親権者を定めることにつき、新法がどのような規定を用意したかを概観した上で、子の氏との關連を檢討して見たいと思う。

## 二、改正民法に於ける親権者

新法は、親権に服する子を、未婚の未成年者に限定すると共に(民七五三條八、一八條一項)、父母が婚姻中ならば、その嫡出子に對しては、父母が共同して親権を行うが(民八一八、三項)、父母が離婚したり、または夫婦でない場合などには、父母のいずれか一方が、單獨で親権を行うことにして居る(民八一、九條)。従つて、どの親が親権者となるかと云う問題も、父母の共同親権の場合と、父または母の單獨親権の場合とに分けて、考察することが便宜でもあり、必要でもある。

### I、父母の共同親権

——子の父母が夫婦關係に在る場合

(1) 民法は實父母が婚姻中ならば、その嫡出子に對しては、常に、實父母が共同して親權を行うべきものとなし(三項本文)、實父母が各別に單獨で親權を行ひ得ないことにして居る(共同親權)。尤も、父母の一方が長期不在、所在不明、疾病等によつて事實上親權を行うことが出来ないとき、または禁治産の宣告(條七)、親權喪失の宣告(條八三)、親權行使禁止の假處分(條七〇五條)等によつて法律上親權を行うことが出来ないときは、他の一方だけで親權を行うことが出来るものとして居る(單獨親權。條一八條三項但書)。

親權の共同行使は、應急措置法第六條の「親權は、父母が共同してこれを行う」と云うのとは違つて、子の父母が夫婦として共同生活(必ずしも夫婦としての同棲生活を意味しない。父母が別居生活を營んで居る場合に限られる。夫婦關係にない父母をして、その協議で親權を行使せせると云うことは、事實上困難なことであるからである。されば、應急措置法によつて共同親權者となつた「婚姻中でない父母」は、新法施行後も、引き続き共同して親權を行うが、何時でも協議または協議に代わる審判によつて、父母の一方を親權者とするものが許されて居る(附則二四條)。

もとより、父母が共同親權者となるためには、親權行使の當時父母が夫婦關係に在れば足り、子の出生前より引き続き夫婦關係に在ることを必要とするものではない。父が嫡出でない子を認知してから、子の母と婚姻した場合でも(條一八九)、また、子の母と婚姻してから、認知した場合でも(條二項)、父母は婚姻または認知後は、準正嫡出子に對して共同して親權を行うことになる。また、子の親權者を父または母と定めて協議離婚した父母(條一九)が再婚すれば、その一方を親權者と定めた協議は、その父母の再婚によつて當然に失効するものと解し得るので、離婚の無効または取消がなくても、再婚によつて當然に父母の共同親權行使が認められてよい(昭和三三・二・二七民甲第二一〇號二)。尤も、父が妻の嫡出でない子を婚姻中に認知せず、離婚後に認知しても、その子はこれによつて認知の時より

嫡出子たる身分を取得するものとされて居るが〔註二〕、親權を共同して行使すべき時には、もはや、父母が夫婦關係にないから、父と母との共同親權は認めらるべきではないし、父母が夫婦關係に在つても、既に父母の一方が親權を有しないとき、例えば養父が養子の實母と婚姻しても、後述するように、實母は縁組により婚姻前既に親權を喪失して居るから、養父と實母との共同親權は認められない。従つて、この場合養父が死亡すれば、實母があるにも拘らず、親權者のない場合として、養子のために後見を開始することになる。

(2) 子の父母が、養父母の場合でも婚姻中であれば、實父母の場合と區別する理由がないから、同様に父母共同親權の原則が認められるし(民八一八條)、養子制度の本來の性質上、養父母だけが親權を行うべきものとされて居る(條二項)。この考え方からすれば、養子が養親との養親子關係を繼續したままで、さらに、他人の養子となつた場合には、第二の養親だけが親權を行うことになるのも、當然の結論であると謂える。尤も、第一の養親と第二の養親とが既に夫婦關係に在る場合には(民七九五條但書)、第一、第二兩養親の共同親權が認めらるべきことは、後述する通りである(後段(3))。参照(參照)。

昭和二十三年一〇月二三日民甲第二五七八號民事局長回答は、未成年養子の養父母が死亡しても、離縁または縁組の取消がない限りは、實父母は親權者にならず、その未成年養子のために親權を行う者がないので、後見が開始するとなして居る(戶籍研究一(五號二三頁))。或るいは、「養子と實父母との間の相續・扶養關係が縁組によつて變更しないこと及び子の財産の家産性格の消失を考えると、養父母死亡または親權喪失後は離縁せずとも、當然實父母が親權を行うもの」と解し得ないか、と云う考え方がある(谷口氏新法律學全書第七(卷上「親族法」一一八頁)(註三))。もとより、縁組は實親子たる基本的身分を消滅せしめることはないが——従つてその身分から派生する相續關係、扶養關係を養親子關係の存立に拘らず、依然存續

させて置いて、理論上少しも差支えないことではあるが——縁組が子の養育監護を實親から養親に代替せしむることを本質とするが故に、新法は「子が養子であるときは、養親の親権に服する」と明瞭に規定した以上（民八一八）、實親子たる身分から派生する養育監護關係に於てのみ、親子的連繫を斷絶することになつても、決して不合理なことではない（獨民一七）。吾々は既に缺格（民八九）や廢除（民八九）が、親子たる身分自體を消滅せしめることなく、而も相續關係に於てのみ親子的連繫を斷絶して居ることを思い合はずべきである。親子たる身分そのものを失わずして、親子たる身分から派生する親權關係だけを失う場合としては、親權の喪失や辭任の制度（民八三四條）を指摘することが出る。親として子の養育監護を他人に任せ切つた者が、養親の死亡と云う偶然の事實によつて、突如として當然に親權を回復すると云うようなことは、果して親權制度本來の趣旨に適う所以かどうか頗る疑わしい。寧ろ、この場合には、實父母でも子の養育監護の任に當るためには、後見人としての選任手續（民八三八條一）を必要とすると解すべきである。この意味に於て、前掲民事局長回答は支持せらるべきである。

これを要するに、新法では、舊法に於けるが如く養子の實父母は、親權者たる順位に於て養父母に先だたれると云うに止まらず、縁組によりその子に對する親權自體を喪失したものである。この意味に於て、我妻氏が「養子に對しては、養親が親權者である（八一八）。この點は、舊法と同一である」と謂つて居られるのは（同氏「親族・相續」一〇四頁）、正確ではない。このことは、舊法では子の家に養親と實親とが在るときは、養親は未成年養子に對して「最後ニ親權ヲ行フ者」ではないから、後見人を指定することを得ないが（舊九〇一）（註四）、新法では實親が現存して居つても、養親は「最後に親權を行ふ者」として、後見人指定權を有し得なくてはならない（新八三九）（條一項）など、解釋適用の實際上に於ても屢々重要な差異を齎らすことになるからである。

従つて例えば、養父母が親権喪失若くは禁治産の宣告を受け（民七條八）、または親権を辭退しても（民八三七）、これによつて實父母が當然に親権者となるのではなく、その養子のためには後見が開始することにもなるし（民八三八）、舊法の下に於て養父母の死亡によつて開始した、實方に實父母のある未成年養子の後見は（舊八七七條九）、應急措置法の施行によつて、實父母が當然に共同親権者となるので終了することにはなるが（親権を行う者は、子と同一の家に在る制限（舊八七七條）がなくなるからである。同法三條六條。昭和二年民甲第三一七號「民法の應急的措置に伴う」戸籍の取扱ひに關する件」第六の七。昭和二三・八・二一民甲第二二四〇號民事局長回答——戸籍研究一四號二七頁）、新法施行後は、應急措置法によつて親権を行うこととなつた實父母があるにも拘らず、その未成年養子のために、改めて後見人を選任しなければならぬことにもなる（註五）。蓋し養父母と實父母とが存するときは、養父母が親権者であつて、養父母が共に死亡しても、これがために實父母が當然に親権者となるのではないと云う新法の精神に照して考へるときは、應急措置法による實父母の親権を、新法施行後もそのまま引き續き存續させることは、到底許さるべきでないからである。即ち應急措置法によつて實父母が親権者となつたと云う効果は、附則第四條但書に所謂「應急措置法によつて生じた効力」ではない。

(3) 父母の共同親権は、夫婦の一方が他の一方の未成年の子（養子も含）を養子とした場合（民七九五條但書）にも、認められねばならない。子の父母が夫婦として共同生活を営んで居ること前掲(1)(2)の場合と異なるところがないからである。例えば、夫が妻の先夫の未成年の子を養子とした場合には、その養子に對する親権は、民法第八一八條第二項の規定があるに拘らず、同條第三項の規定により養父（實母）と實母（養父）とが共同して行うことになる（昭和二三・三・四九號民事局長回答）。父母の共同親権は、父母が夫婦關係に在ることを前提とする。従つて、養父と實母間の夫婦關係が離婚によつて消滅すれば、離婚後は、民法第八一八條第二項の原則に還つて、當然に養父だけが親権を行う

(昭和二三・一〇・五民甲第三一六〇號民)。  
 (事局長回答—戸籍研究一五號二〇頁)

尤も、父母共同親權の原則は、未成年養子の養親が縁組後にその養子の實親と婚姻した場合には、たとえば、養親實親間に夫婦關係が存在するようになって、認められてはならない。例えば、甲男が乙女の未成年の子丙を養子とした後に、甲乙が婚姻した場合には、養父甲だけが丙の親權者である。このことは甲男が丙の實父であるか否かによつて差異はない(異説—昭和二四・二・二民甲第一九四)。(號民事局長回答—戸籍研究一九號二七頁)蓋し實母乙は親としての丙に對する養育監護權を縁組により婚姻前に喪失した者であるからである。従つて、甲男が先夫の子丙を有する乙女と婚姻すると共に、丙を養子とした場合には、當事者の意思から見ても、乙は丙に對する親權を未だ喪失したものと謂えないから、養父甲と實母乙との共同親權が認めらるべきである。要するに、(3)の父母共同親權の原則は、婚姻先づ存し、その後その婚姻の繼續中に夫婦の一方の子が他の一方の養子となつた場合、若くは婚姻と縁組とが同時に存する場合に限らるべきであつて、縁組先づ存して、その縁組の繼續中に養親と養子の實親とが婚姻した場合に及ぼしてはならない。

## II、父または母の單獨親權

——子の父母が夫婦關係にない場合

(1) 共同して親權を行使して居た父母の一方が死亡すれば、他の一方だけで親權を行うことになる(單獨親權)。民法は死亡した父または母に代つて子の養育監護をなす者と、生殘した父または母とが、共同して親權的保護の任に當ると云う構成をとらない(舊九〇一條)。(新八三九條)父が死亡すれば、母が單獨で親權を行うことになるし、母が死亡すれば、父の完全な單獨親權になる。従つて、子の出生前に父が死亡した場合には、常に、母の單獨親權となる。

(2) 共同して親權を行使して居た父母が、協議離婚をするときは、離婚の際にその協議で、必ず一方を親權者と定め



なければならぬ(條八一九)。尤も、養親と實親とが共同して親權を行使して居た場合に、養親と實親とが離婚すれば、養子は當然に養親の單獨親權に服すべきものであるから(前掲(1)の(3)参照)、その協議によつて養子の親權者を定める餘地は存しない。而して協議離婚の際、父母の協議によつて親權者を定める場合に、その協議が不調または不能であるときは、子の住所地の家庭裁判所が、父または母の請求によつて、父母のいずれか一方を親權者と定める(條八一九審規五二)。斯くして、父母の協議またはこれに代わる審判によつて、父母のいずれか一方が親權者と定められた以上は、後日事情の變更があつても、父母は、その協議をもつて親權者を他の一方の親に變更することを得ない。蓋し一旦定まつた親權者を變更するには、すべて後述する「親權者の變更」手續によらなければならないからである。従つて、離婚後は子の親權者と定められた父または母だけが單獨親權者となるので、例えば協議により子の親權者となつた母が死亡し、または親權を辭退すれば、或るいは親權喪失若くは禁治産の宣告を受ければ、たとえ、子に同籍の父があつても、これがためにその父が當然に親權を行うことになるのではなく、その子のためには後見が開始する〔註六〕。

親權者の定めのない離婚届は受理を拒まれるが(條七六五條一項)、一旦受理された以上は、離婚そのものは有効であるから(條七六五)。父母が夫婦關係にないに拘らず、親權は父と母との共同行使の状態を離婚後もそのまま繼續することに於ける。但し離婚後でも、父母はその協議によつて父母の一方を親權者と定めることが出来るものと解する(附則一四條一項但書。戸七八條一三五條。昭和二四・三・七。七民甲第四九九號民事局長回答―戸籍研究二〇號二九頁)。もとより、このことは親權者が離婚の際に決定されなければならぬと云う原則を修正して居るものではない。

裁判離婚の場合には、離婚判決の際に、裁判所が離婚する父母のいずれか一方を親權者と定める(條八一九條二項七

七) 離婚の話し合いのつかない父母に、子の親權者を協議で決めさせることは、實際上行われ難いことであるし、また、子にとつても必ずしも利益を齎らすものではない。寧ろ、裁判所をして離婚する父母の意思や子の利益等一切の事情を考慮した上で、子の親權者を定めさせた方が適切であると考えたからである。

婚姻の取消は必ず訴の方法によることを要し(民七四三、條以下)、その取消の効力は既往に遡らないので(民七四八、條一項)、未成年の子に對して共同して親權を行使して居た父母間の婚姻が取消される場合に、その子のために親權者を定めなければならぬ事情は、裁判離婚の場合と異なるところがない。即ち裁判所は、婚姻取消の判決の際に、父母のいずれか一方を親權者と定めなければならぬと解すべきである(八訴一五、條五項)。民法は解釋上の疑義を除くために、離婚の場合に於ける子の監護者の決定(民七六、條六)復氏(民七六、條七)財産分與(民七六、條八)及び祭具等の承繼(民七六、條九)に關する規定を、婚姻の取消に準用して居るにも拘らず(民七四、條九)子の親權者の決定に關する民法第八一九條第二項の規定の準用を缺如して居るが、恐らく立法上の遺漏であらう。

子の出生前に、父母が離婚し、または父母の婚姻が取消された場合には、離婚の當時または婚姻取消の當時生きて生まれるかどうか不確定な胎兒のために、豫め親權者を定めて置くことは許されないで、子が出生すれば、その時に於て始めて母を一應親權者となして居る(民八一九條、三項本文)。このことは、父母の婚姻が父の氏を稱する婚姻であると、母の氏を稱する婚姻であるによつて差異はない。蓋し幼兒の保護は、父より特に母との關係に於て、緊密であると云う實際上の事情を考慮したからである。従つて、この場合母は、母たる獨自の資格に於て子を養育監護するのであつて、決して父に代わつてこれを行うと云う意味のものではない。もとより、子の出生後に、父母の協議で、父を親權者と定めることも出来るし(民八一九條、三項但書)また、父母の協議が調わないとき、または協議をすることが出来ないとき

は、家庭裁判所は、父または母の請求によつて、協議に代わる審判をすることが出来るものとされて居る（民八一九）  
（條五項）  
③ 新法では、嫡出でない子に對する親權は、常に、一應母がこれを行うこととして居る（民八一九）。このことは、

その子が法律上「父をもつ子」であるとして、「父をもたない子」であるとしてよつて區別されない。詳言すれば、嫡出でない子は、出生前に父から認知されて出生と同時に父をもつ場合でも（民七八三條一）、當然には父の親權に服することに  
はならないが、而も、出生と同時に當然に母の親權に服することを、何人からも妨げられることがない。舊法では、  
嫡出でない子も出生と同時に父の家に入つて（舊七三三條一項）、父の親權に服し得る場合もあつたが（舊八七七）、他方では、  
母の屬する家の戸主から、母の子が出生と同時に母の家に入ることを拒まれて（舊七三三條二項七三）、母の親權に  
服し得ない場合もあつた（舊八七七）。蓋し舊法は、親權關係の發生には、同一家族關係の存在を不可缺の前提要件とし、  
而も、嫡出でない子の父または母の家への歸屬には、戸主の同意を絶対に必要とするやうな家族法的構成をとつて  
居たからである。従つて、親權關係が家族法的親子規律から解放されれば、應急措置法第六條第一項の規定するやう  
に、父母の共同親權行使と云うことも理論的には考えられる。併し、婚姻中でない父母は、法律のみならず現實的  
にも、通常はその生活を共同にして居らず、従つてその協議によつて親權を行使させると云うこと自體が、實際上甚  
だ困難であるので、新法は、原則として母だけを親權者とし、父母の協議または協議に代わる審判で父だけを親權者  
とすることも出来るとして居る（民八一九）。父母の協議またはこれに代わる審判によつて、子の親權者を父と定めた  
後に、これを母に變更するには、後述する「親權者の變更」手續によらなければならぬこと前述した通りである。  
されば、嫡出でない子を父が認知しても、父母の協議で父を親權者と定めない限り、その子は依然母の單獨親權に  
服するので、母が死亡したり、または親權を喪失し若くは辭退しても、これがために父が當然に親權を行うことにな

るのではなく、その子のためには、親権を行う者がない場合として、後見が開始する（異説——谷口氏。昭和二四年三月一五日民甲第三四九九号民事局長回答は、嫡出でない子の母が死亡して後見が開始した以上は、母の死亡後に父の認知があつても、父母の協議そのものがあり得ないから、父は親権者となる途がないとして居る（戸籍研究二）一號二三頁）。尤も、民法第八一九條第五項には、父母が協議をすることが出来なるときは、家庭裁判所は父または母の請求によつて協議に代わる審判をすることが出来るのであるが、母の死亡による協議不能の場合をこれに包含させることは（昭和二三・一五六〇號民事局長回答、戸籍研究二一號二三頁）、法文の言葉から謂つても、無理な解釋であるからである。而してこのことは、その子のために既に後見人が選任されて居ると否によつて差異のあろう筈はない。もとより、認知した父が後見人に選任されて、後見人たる資格で子の養育監護の任に當ることは（民八四一條、八五七條）、自ら別個の問題である。同じことは、嫡出でない子の親権者を協議または審判によつて（民八一九條四項五項）父と定めた後に、父が死亡し、または親権を喪失した場合についても、均しく謂い得る。即ち親権を行使する父の死亡によつて、母が當然に親権を回復することになるのではなく、その子のためには後見が開始する。

新法も、舊法（舊八九五條九、三四條二項）と同じく、未成年者は自ら子に對して親権を行い得ないものとして、未成年者の親権者またはこれに代わるべき後見人をして、その未成年者の親権を代行せしめて居る（新八三三條八、六七條一項）。併し、舊法と異なり、新法では未成年者でも婚姻すれば、これによつて成年に達したものと看做されるから（民七五、三條）、婚姻した者が親権に服すると云うことは、新法の上では考え得られないことである（民八一八、一條一項）。従つて、未成年者の親権者がその未成年の子に代わつて、親権を行うと云うのは、未成年の子が婚姻しないうちに、子を有するに至つた場合に限られる。即ち親権に服する未成年の子が、婚姻前に嫡出でない子を有すると、その親権者が未成年の子に代わつて、親権

を行使することになるのであるが、斯かる親権の代行は、この場合だけに限られる。蓋し婚姻して成年に達したものと看做された者は、その後、婚姻の解消または取消があつても、引き續き成年者としての取扱を受けるものとされて居るので（昭和二三・二・二〇民甲第八七號民事、嫡出子の父母は、婚姻の解消または取消によつて、再び未成年者に還つて、親権に服することにはならないからである。このことは、舊法の下で成立した婚姻が、舊法時に婚姻の解消または取消が行われて居つた場合でも、新法施行後は同様である（附則））。

斯くの如くに、子の祖父母をして未成年の父または母に代わつて、親権を行わしむることについては、從來から立法上議論の存するところであつたが（註七）、新法の下では、未成年の「婚姻中でない父母」が、應急措置法によつてその子に對する共同親権者となつて（同法六條）新法施行後も、引き續き共同親権者であるとすると（附則一）、子の父母双方の親権代行者が協議しなければ、親権を行使し得ないと云う、甚だ實情に適しない場合も招來され得ることを附記して置く。

(4) 新法は、婚姻中の父母にだけ、共同親権を認めたが（民八一八條三項八一）、應急措置法は、婚姻中でない父母にも、共同親権を認めた（同法六條一項）。而して新法附則は、婚姻中でない父母の共同親権を、新法施行後も、引き續き存続させることにしたので（同法一四條一項本文）、應急措置法施行中に父母が離婚し、または父が子を認知した場合に、父母の協議で、父母の双方を親権者と定めたり（同法六條二項前段）、或るいは、親権を行う者につき協議もせず、また協議の不調または不能の場合に、裁判所の決定も請求しなかつたりすれば（同法六條二項後段）、新法施行後も、婚姻中でない父母が、共同して未成年の子に對して親権を行うことになる。殊に、舊法の下で父母が離婚し、または父が子を認知して、父または母が單獨親権者となつて居る場合でも、應急措置法の施行と共に、同法第六條第一項によつて、當然に父と母との共同親権

となると解されて居るので〔註八〕、新法施行後も、離婚した父と母との共同親權や、認知した父と實母との共同親權は、容易に想像され得るところである。

この場合にも、父母の一方が親權を行うことが出来ないときは、民法第八一八條第三項但書の規定を準用して、他の一方だけで親權を行うことが出来るものと解する。尤も、新法は、婚姻中でない父母の共同親權は、何時でも父母の協議または協議に代わる審判によつて、父母のいづれか一方の單獨親權に改めることが出来るものとし（附則一四條一）、また一旦協議または審判で定められた親權者も、子の親族の請求によつて、家庭裁判所が、子の利益のため必要があると認めるときは、他の一方の親に變更することが出来るものとして居る（附則一四條三項民八一九。條六項人訴一五條五項）。

##### ⑤ 親權者の變更

養子縁組によつて、親權が實親から養親に移ることも、離縁または縁組の取消によつて、親權が養親から實親に移ることも、父母共同して行使して居た親權が、父母の一方の親權辭退若くは喪失または婚姻の解消若くは取消によつて、他の一方の單獨親權となることも、父母が婚姻中でないために、從來、母または父の單獨親權であつたものが、父母の婚姻によつて、爾後、父母の共同親權となることも、父母が離婚し、または父母の婚姻が取消されてから生まれた子の親權が、父母の協議または協議に代わる審判によつて、母から父に移ることも、或るいは、嫡出でない子の親權が、父母の協議またはこれに代わる審判によつて、實母から認知した父に移ることも、廣義に於ては、親權者の變更と謂い得る。

併し、ここで親權者の變更として取り上げようと云うのは、父母の一方が、現に、親權を行いつつあるとき、即ち父または母の單獨親權の場合に於て、子の親族の請求によつて、家庭裁判所が、子の利益のため必要があると認める

ときに、親権者を他の一方の親に變更する場合を謂うものである。即ち一方では、身分關係の變更に必然伴わされた親権者の變更、謂わば「身分効果」としての親権者の變更を除外すると共に、他方では、一定の條件の下に法律行為の効果として生じた親権者の變更、謂わば「意思効果」としての親権者の變更のうちで、特に、子の親族の請求によつて、親権者が他の一方の親に變更される場合に限定する。

新法が、斯かる意味に於て、認めた親権者の變更には、次の五つの場合がある。

- (1) 子の出生後に、父母が離婚し、または父母の婚姻が取消された場合に、協議またはこれに代わる審判によつて定められた親権者を、他の一方に變更する場合（民八一九條一・二・五・六項）。
  - (2) 子の出生前に、父母が離婚し、または父母の婚姻が取消された場合に、出生子の親権者母を父に、或るいは、協議またはこれに代わる審判によつて定められた親権者父を母に變更する場合（民八一九條三・五・六項）。
  - (3) 嫡出でない子の親権者實母を認知した父に、或るいは、協議またはこれに代わる審判によつて定められた親権者父を母に變更する場合（民八一九條四・五・六項）。
  - (4) 新法施行の際、共同して未成年の子に對して、親権を行つて居た「婚姻中でない父母」の、協議またはこれに代わる審判によつて定められた親権者を、他の一方に變更する場合（附則一四條民八一九條六項）。
  - (5) 前述の(1)乃至(4)によつて變更された親権者を、さらに、他の一方に再變更する場合（民八一九條六項）。
- いずれの場合に於ても、親権者を他の一方の親に變更することが、子の利益のため必要があると云うことを、家庭裁判所によつて、認定されなくてはならない。

## 三、むすび

## ——子の氏との關連——

舊法が「子ハ……親權ニ服ス但獨立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ此限ニ在ラス」となしたことに、新法が「成年に達しない子は……親權に服する」となしたことは、法律上の効果の上では、大きな差異がないにしても、考え方の上では、大きな修正であると謂える。舊法では、親の子に對する支配は、子が親の養育監護を必要とする間だけに限られることなく、子の生涯を通じて及ぶのが原則であるが、「獨立ノ生計ヲ立ツル成年者」たる子だけは、これを親の支配から解放しようと云うのであるから、そこには、なお、親のための若くは家のための親權法たる色彩を否定し得ないものがある。新法では、親權關係の本質が、明瞭に、未成年の子の養育監護關係にあるとされた以上、親權者を定めるについても、常に、子の養育監護の立場からなさるべきであつて、親子が氏を同じくして居るかどうかと云うことによつて、影響されるところがあつてはならない。併し、このことは、決して出生した子の氏が、親との養育監護的生活共同に基いて、取得されることまで排斥するものではない。蓋し子の氏を、出生の時に於て、親權者の氏によつて定めると云うことは、子が出生によつて氏を原始的に取得する場合だけに關するものであつて、出生により子の氏が一旦定まつた後に、親權者の氏に變動のあつた場合に關するものではないので（民七九）、氏を同じくする親子間にだけ、親權關係が存立して居ることを意味するものではないからである。

各人の氏は、各人の名と同じく、その個人たる人を表彰する。各人の名は命名權者の命名行爲によつて定まるが、各人の氏は、その時代、その社會に照應する一定の基準があつて、この基準に従うとき、始めてその人を適當に表彰



し得るものである。舊法は各人の氏を、家族關係に繋がりをもたせたが、新法は親子間の養育監護的生活共同と、夫婦間の協力扶助的生活共同とに關連をもたせようとして居る。従つて、夫婦間の生活共同は、夫婦關係の消滅しない限りは、絶ゆることなく持續されて行く關係であるから、夫婦の氏共同も、婚姻成立の際だけでなく、婚姻存続中も常に維持せらるべきものとされては居るが、親子間の生活共同は、子の獨立のための生活共同であるから、子が獨立すれば、自然に解消することを豫定しての生活共同であるので、親子の氏共同も、夫婦の場合と異なり、子が親の養育監護を必要とする未婚または未成年である間だけに限られなくてはならない。而も、子が親權者の氏を稱すると云うことは、出生により子をして一旦親權者の氏を稱せしむると云うに止まり、親權關係の存続する限りは、その有續の效果として、常に、親權者の氏を稱せしむると云う意味のものでは決してない。親權者が婚姻や縁組によつてその氏を變えても、これがため當然に、親權に服する子の氏が變わるものではない。蓋し氏が各個人の呼稱である限り、その變動は常に個人的でなければならず、その變動の效果も他に及ぶことがあつてはならないからである（新法の點に關する唯一の例外は、夫婦間に於ける一氏共同の原則である）。新法は、子が親權者と異なる従前の氏をもつてしては、自己を適當に表彰し得ないと云う事實と、その子に於て自己の氏を親權者と同一の氏に變更したいと云う希望とがある場合に限つて、子の氏の變更を認めて居るに過ぎない（民七九一條）。従つて、親權者が親權に服する子と氏を異にするに至つても、これがため當然に、從來の親權者が親權を喪失するものでもない。

親權者と子の氏との關連は、新法の深く顧慮しなかつたところのように思われる。即ち一方では、嫡出である子は、出生によつて婚姻中の父母の共同親權に服するが故に（條三八一八）、父母の氏を稱し（民七九〇條一項本文）、嫡出でない子は、出生によつて母の單獨親權に服するが故に（條八一九）、母の氏を稱する（條七九〇）、と正しいところを把握しながら、

他方では、子の出生前に、父母が離婚したり、父母の婚姻が取消されたり、または父が死亡すれば、子は、出生によつて母の單獨親權に服するものとなしながらか(民八一九條、その子は、離婚・婚姻取消または死亡の際に於ける父母の氏を稱するとなして居る(民七九〇條、一項但書)。各個人を表彰する氏が、未だ素生性から充分に脱し切つて居らず、その背後には「家の氏」の觀念が強く動いて居るものと謂わざるを得ない。殊に、新法が、養子は縁組によつて、當然に、生來の氏を棄てて養親の氏を稱するとしたことは(民八一、〇條)、成年養子にとつては、無意義にして不合理なことであると共に、養親の親權に服する未成年養子にとつては、全體の呼稱體系を紊すものであると謂わなければならない。蓋し前者にあつては、親子としての氏共同の裏付けをなす養育監護的生活共同を缺くものであるし、後者にあつては、實子の場合と同じく、養親の氏を稱することを欲する者にだけ、生來の氏を改める方法を與えておけば、それで充分であつた筈であるからである(民七九一條、一項)。吾々は、「縁組による改姓」の制度が、「異姓不養」の原則に代わる、専ら家族法上の制度であることを深く思わなければならない。

これに反して、民事局長回答(昭和二三・七・一民甲第一七七六號——戶籍研究一四號二二頁。)が、子は父または母が死亡した後は、その父または母の氏に改めることが出来ないで、たとえ、死亡した父または母の氏に改氏することの家庭裁判所の許可があつても、或るいは、改氏の許可があつた後その入籍届出前に、その父または母が死亡した場合でも、その届出は受理せらるべきでないとしたことは、呼稱理論を正しく受け容れたものと謂うことが出来る。蓋し父または母が死亡した後は、もはや、その父または母と改氏しようとする子との間に、養育監護的生活共同を成立させることを得ないからである。子の出生後に、父母が離婚して、または父母の婚姻が取消されて、父母のいずれか一方が親權者となつても(民八一九條、一項)、または子の親族の請求によつて、親權者が他の一方の親に變更されても(民八一九條六

項)これがため當然に、親權に服する子の氏が變わらないとしたことは正しいが(民七九一條)、養子の氏が、離縁や縁組の取消によつて、當然に、縁組前の氏に變わるとしたことは(民八一六條八)、たとえ、離縁や縁組の取消によつて、養親が親權を喪失する結果になつても、氏を個人の呼稱に過ぎないと觀念する限り、それは決して正しい行き方とは謂われぬ。

これを要するに、子の氏を、出生の時に於て、親權者の氏によつて定めると云うことは、決して氏が個人の單なる呼稱に過ぎないと云う理論に反するものでもなく、また、子と氏を同じくする親が親權者であることを意味するものでもない。氏は、婚姻や縁組から解放されなくてはならないのと同じく、親權からも解放されなくてはならない。

【註一】 昭和三・二・二九大判民集八九頁。大正七・一二・二四大判民錄二四二二頁。明治四二・八・二〇東控判最近判例集五卷一九頁。大正九・一〇・二七東地決評論九卷民九九一頁。

【註二】 大正八・三・二八民第七一〇號法務局長回答——先例大系一三七〇項。同一三・一〇・八決議——決議要録上五一九頁。

【註三】 現に、フランス民法第三五二條は、養子が養親の親權に服することを認めながらも、而も養子の未成年の間に養親が、禁治産を宣告され、または死亡した場合などには、親權が法律上當然に養子の實親に復歸することを規定して居る。

【註四】 實父の死亡した子の家に、嫡母(實父の妻)と實母(實父の養子として入籍した者)とが在る場合には、嫡母が實母に優先して親權を行うが、後に嫡母が死亡しても、親權者たるべき實母がある以上は、その子のために後見は開始しない、とした判例がある(明治三八・四・二〇大判民錄五三九頁)。従つて、この見解に従う限り、嫡母は「最後ニ親權ヲ行者」ではないから、遺言をもつて後見人を指定することを得ないと謂わなければならない(舊九〇一條一項)。

【註五】 昭和二三・一二・六民甲第三三〇五號民事局長回答——養親が死亡して、措置法施行當時實父母が親權を行使していた場合でも、新法の施行とともに後見が開始する(戶籍研究一七號二五頁)。同趣旨——昭和二三・一一・一二民甲第三五八五號民事局長通達(戶籍研究二二號二六頁)。同二四・九・九民甲第二〇三五號民事局長回答(戶籍四號五〇頁)。

【註六】 昭和二二・八・四民甲第七一〇號民事局長通達。同二三・八・一二民甲第二三七〇號民事局長回答(戶籍研究一四號二六頁)。

同二四・五・一九民甲第一〇〇八號民事局長回答（戸籍研究二二號二八頁）。異説——谷口氏前掲書一一七頁。

【註七】 例えば、穂積重遠博士は「この親権の様な権利の代理行使が、果して適當か否か、頗る疑はしい。未成年者と云つた所で、既に子がある程の年齢なのだから、自身親権を行はせてもよきさうに思はれる」と謂われて居る（同博士「親族法」五五六・六〇〇頁）。

【註八】 昭和二二・民甲第三一七號「民法の應急的措置に伴う戸籍の取扱に關する件」第七「親権及び後見」の第二項には「親権を行う者は、必ずしも、子と同一の戸籍内の者であることを必要としなくなるから、従來子と戸籍を異にするため親権のなかつた父又は母も措置法の施行により當然親権を有することとなる。措置法施行前に離婚又は認知があつた場合でも、措置法施行と同時に親権は父母の共同行使となる」とあり、同二三・二・一九民甲第四九號民事局長回答にも「應急措置法施行前、父母が離婚したり、子を認知したり、又措置法施行中、同法六條の規定により、協議で一方を親権者と定めず、且つ裁判所で父母の一方を親権者と定めなかつた場合も、附則第一四條により、新民法施行後は父母が共同で親権を行うことになる」とある（戸籍研究一〇號二〇頁。）。

（昭和二五・二・二五稿了）