

## 親の未成熟子に対する扶養義務について

三宅，篤子  
聖心女子大学非常勤講師

<https://doi.org/10.15017/2159>

---

出版情報：法政研究. 66 (2), pp.321-347, 1999-07-01. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：



# 親の未成熟子に対する扶養義務について

三宅篤子

## 一 はじめに

### 二 親の未成熟子に対する扶養義務の根拠

- (一) 沼理論
- (二) 西原理論
- (三) 有地理論
- (四) 小括

### 三 親の未成熟子に対する扶養義務の根拠規定

- (一) 親の未成熟子に対する扶養義務の特殊性
- (二) 昭和二二年における扶養法改正
- (三) 「児童の権利条約」における親の未成熟子に対する責任（義務）
- 四 おわりに

## 一 は じ め に

わが国においても有責主義から破綻主義へと離婚制度が展開しつつあり、また、現実の問題として、戦後、離婚件数が急増している。特に注目すべきことは、有子離婚件数が増加し<sup>(1)</sup>、両親の仲が円満であるときには精神的にも物質的にも安定していた子どもの生活が、両親の不仲によつて危険にさらされるというケースが増えたことである。<sup>(2)</sup>父母離婚後における子どもの生活の安定を図るために、親の未成熟子に対する養育責任を明確にし、それを経済的に裏づけるための未成熟子の養育費を確保することが重要課題である。そのことは、世界的に「子どもの権利」が確立され、国際連合が一九八九年に採択し、日本も、一九九四年に批准した「児童の権利に関する条約」（以下「児童の権利条約」と称する）第一八条、第二七条の中にも読み取ることができる。<sup>(3)</sup>

有子離婚件数の増加に伴つて、未成熟子の養育費請求が、家事事件として家庭裁判所だけではなく、離婚訴訟に附帯して通常裁判所にも申し立てられるケースが現れた。現実に申し立てられた未成熟子の養育費請求を目前にして、裁判所は困惑したことが予想される。なぜならば、戦後の家族法改正によつて、わが国の家族法は家父長的な「家」制度から解放され、婚姻家族を中心とした「子のための親子法」の実現に向けて議論が活発化した矢先に、裁判所は、いわば婚姻家族の崩壊ともいえる離婚という極めて現実的な問題に向き合わなければならなかつたからである。それに加えて、昭和二三年法律二六〇号（昭和二十四年一月一日施行）によつて家事審判所と少年審判所が統合され、発足した家庭裁判所において、家庭裁判所調査官制度等家事事件処理のための補助機構の整備・充実が進められ、家庭裁判所が家事事件の専門機関として定着しつつあるときに、離婚訴訟の当事者から、未成熟子の養育費請求という極めて困難な問題に対しても、家事事件処理のための補助機構を持たない通常裁判所の判断を求められるという現実

に向き合わなければならなかつた。家庭裁判所が家事事件の専門機関として成長すればするほど、あるいは、未成熟子の養育費の問題が子どもの生活水準確保の問題として重要であることが意識されるようになればなるほど、未成熟子の養育費に対して判断することを不安に、あるいは、負担に感じる通常裁判所の裁判官がおられるかもしない。

最高裁判所は、平成元年一二月一一日小法廷（民集四三巻一二号一七六三頁）において離婚後の養育費（監護費用）支払いについて、また、平成九年四月一〇日小法廷（民集五一巻四号一七九二頁）において過去の養育費（監護費用）支払いについて、離婚訴訟に附帯して通常裁判所に申し立てることができると判決した。また、平成八年二月に法制審議会が法務大臣に答申した「民法の一部を改正する法律案要綱」において、子の監護に必要な事項の定めの中に子の監護の費用の分担を明記する提案がなされている。このように、離婚手続において、未成熟子の養育費の分担を定めることを法文上明記し、離婚訴訟の一回的解決を図ることは、父母離婚後における子どもの生活水準確保のために、大いに寄与することになるだろう。しかし、父母婚姻中においては、子どもは、婚姻家族の中で父母と共に生活をし、父母と強い紐帶で結ばれ、信頼と愛情の下で子どもは保護され、養育されるが、父母離婚後においては、子どもを中心とする婚姻家族は崩壊し、子どもと父母の一方との共同生活が不可能となり、その者との紐帶も希薄化し易くなる。このような状態においては、特に、共同生活を営まない父母の一方に対する子どもの扶養を受ける権利は、弱体化し易くなり、結果として、子どもは、父母婚姻中と比較して著しく不安定な立場に立たされることになる。父母離婚後における子どもをどのように保護すべきであろうか。児童の権利条約第一八条は、父母が子どもの養育および発達についての第一義的な責任を有すると宣言しているので、この問題においては、私的扶養が重要であることは否定できず、まず、私的扶養の範囲内で、子どもの扶養を受ける権利を明確に位置付ける必要がある。本稿では、まず、親の未成熟子に対する扶養義務の根拠を追求し、父母離婚後における子どもの扶養を受ける権利をどのように

位置付けるべきかを探求する。

## 二 親の未成熟子に対する扶養義務の根拠

親は未成熟子に対して、なぜ扶養義務を負うのであろうか。その扶養義務は、どのような性格を有しているのであろうか。ここでは、親の未成熟子に対する扶養義務の根拠について言及しておられる沼正也教授、西原道雄教授、有地亨教授の理論を考察する。<sup>(4)</sup>

### (一) 沼理論

沼教授は、私的扶養論において、親の未成熟子に対する扶養義務を次のように説明しておられる。<sup>(5)</sup>

広範な親族団体の法としてのいわゆる親族法の崩壊を受けて登場することとなつた「家族の法」は、舞台上の装置としての近代財産法が人間を規格化するために捨象した二つの側面、すなわち、その一つは、人間存在の二つの性と家族・親族的身分とからの捨象、その二つは、「要保護性」からの捨象において規格化しなければならなかつたことと対応して、舞台裏の装置としての機構を公的手段に転換しながら（私的扶養の公的扶養への昇華＝社会保障制度の樹立）、必然的に法的統制をうけなければならなかつた。<sup>(6)</sup>

血縁共同体における保護の分配は、その存在が必然的であれば強度に成立するが、淡く潜在的な存在になれば、よ

り低度に、最終的にはそれへの分配が理論的に許されないものとなる。その理由は、血縁共同体の褐色したところ、地縁共同体（その本質は、政治・経済社会）的紐帯のほうがより強度に存在するものとなるからである。血縁共同体における要保護性の補完機能は、地縁共同体のいつそうの強度の成立とともに、経済的給付—扶養を中心として、一つ一つバトンが渡されていく。その結果、遠い将来において、経済的給付である扶養は、家族法から抹殺され、家族法は経済的監護に煩わされないわばプラトニックな非経済的側面における要保護性の補完の場としてその中核的部 分が残される。その過程にある現段階の近代的扶養制度について、中川善之助教授の理論、すなわち、生活保持の扶養義務と生活扶助の扶養義務との対立を基礎にして、それを発展させたものが沼教授の私的扶養論である。<sup>(7)</sup>

異質的ともいうべき高度の扶養義務（生活保持義務）は、生活共同体形成の必然性と正比例して分配されるので、夫婦・親子（未成熟子）のみからなる核的家族は、もつとも典型的に相互的または一方的な高度の扶養によつて護られる。異質的な生活保持義務というのは、可量的な経済上の給付（一定の金銭の給付）を超えた不可量的給付（事実的監護性）が媒体であり、近代法の現段階においては可量的給付としての扶養と不可量的要素とが複合したものであり、将来においては、金銭的給付としての扶養は財政的に可能な限度において国家・地縁共同体に昇華され、不可量的な給付は、なおその少なからざる部分を私的扶養として温存する。核的家族が顕在的なものであるのに対し、離婚による双目的親子共同体の分裂、婚外子の出生における親子関係は、現実の生活共同体の存在を伴わない、核的家族から派生した潜在的なものである。したがつて、生活共同関係にない親の子に対する扶養は、ただに金銭給付の額において一般親族間の扶養より加重的なものでなければならぬという社会的承認ないし法的統制に護られる量的差異に変貌するが（生活扶助の義務への近接）、しかしながら、潜在的生活共同体が顕在的なそれへと転化する可能性をもち、異質性を完全に喪失していない。<sup>(8)</sup>

このように、沼教授は、親の未成熟子に対する扶養義務を生活共同との関係で説明されるが、生活共同の存在しない親の子どもに対する扶養は、一方では生活共同関係を持つ核的家族よりも異質性が弱まるが、他方では、一般親族間の扶養より金銭給付の額において加重的であり、その理由は社会的承認ないし法的統制であるという曖昧な表現にとどまり、不明確である。

## (二) 西原理論<sup>(9)</sup>

西原教授は、親の未成熟子に対する扶養義務の根拠について、親権における財産収益権、親権における監護教育義務、血縁および生活共同体との関連を詳細に分析した上で、結論として、親の未成熟子に対する扶養義務の根拠は、親権、血縁あるいは家族共同体のいづれでもなく、親子関係そのものであるということを論証される。<sup>(10)</sup> とくに、生活共同体との関係において、「親子の現実の生活共同体が解体し彼等の間の愛情に基づく共同意識が消失した、まさにこのような場合にこそ、法律上の扶養義務はその機能を発揮するものだからである。親は本来その未成熟の子と全生活を共同にすべき義務を負つており、この全部が不可能なときでも、その中の可能な部分すなわち子の養育のための経済的な負担をなす義務はなくならない。親が右の義務を任意に行わないときに、法律の強制力によつて実現することができるのは、後者すなわち経済的負担についてだけである。法律上の扶養義務は、当該親子間に愛情に基づく共同意識があるから、または生活の共同関係があるから認められるものではなく、当該親子も他の一般の親子と同じようく、生活を共同になすべき義務を負つてゐるから認められるものである」<sup>(11)</sup> と指摘される。そして、「すべての親は単に親であるというだけの理由で本来子と共同生活をなす義務を負い、それが不可能なときにも子の養育費の負担だ

ければ免れない——このいわゆる『自然的義務』は一体どこから生じるものであろうか？私は、結局のところ、この『義務』の根拠は、現在の社会の大多数の親がその未成熟子と現実に共同生活をしており、少なくとも養育の責任と費用とを現実に負担しているという事実そのものに求めざるをえないと思う<sup>(12)</sup>と述べておられる。

西原教授が「自然的義務」の根拠としてあげられる社会的事実、すなわち、社会の大多数の者がその未成熟子と現実に共同生活し、養育費を負担している事実は、何に由来するのかについては述べられていない。

### （三）有地理論

有地教授は、夫婦と未成熟子を中心とする近代的婚姻家族を基礎にし、マードック（G.P.Murdock）の家族機能論に依拠しながら、親の未成熟子に対する扶養義務（養育義務）を明確に説明しておられる<sup>(13)</sup>。ここでは、有地教授の論文に従つて、(1)近代的婚姻家族の機能、(2)親の未成熟子に対する扶養義務の根拠、(3)現行民法の問題点、(4)今後の方向性について考察する。

#### （1）近代的婚姻家族の機能<sup>(14)</sup>

有地教授によれば、マードックは、夫婦と未成熟子からなる核的家族（＝婚姻家族）が夫婦間で営まれる性的、經濟的機能、および、親子間で営まれる生殖的、教育的機能の四つを有するとし、親子間における生殖的機能（＝狭義の養育機能）によつて、子は肉体的、社会的に成熟するまで、親が養育、監護、扶養することが義務づけられ、教育的機能は、家族以外の場で果たされることが多いが、依然として核的家族が担い、父母が共同してこれらの使命の遂行者となるとする。そして、核的家族の四機能が人間社会に密接に結合されており、性的機能と生殖機能が行われな

ければ、社会は廃絶し、経済的機能を欠けば、生活が終焉するし、教育的機能が営まれなければ文化は消滅すると云い、核的家族の無限の社会的効用とその普遍性の理由を説く。

そして、「しかしながら、現行民法の親族編には、かような婚姻家族の構成（規模）と機能を想定して、親族編を構成しようとする意図はみられないばかりでなく、婚姻家族内部の諸関係は夫婦関係と親子関係に分離され、相互に対抗するとしてすら格別の関心を示していない」<sup>[15]</sup>「婚姻家族内部の諸関係は夫婦関係と親子関係に分離され、相互に対抗する個人間の権利義務に還元され、更に、それを近代的婚姻家族の視点から再構成する試みは、かつて一度もなされたかった。その結果婚姻家族という特殊な範疇に包摂される者が有する権利義務とそれ以外の一般親族のもつ権利義務との差異も明確ではないし、また、親の未成熟子にたいする保護的義務關係すら権利義務的構成に制約されて、曖昧となつてゐる」と鋭く指摘される。

## (2) 親の未成熟子に対する扶養義務の根拠<sup>[17]</sup>

有地教授は、親が未成熟子に対する、無償で、一方的な扶養義務をも含む監護養育義務の履行が無条件に負担されるのは、近代的な婚姻家族の機能上の要請であり、それは家族が社会の普遍的な単位として存続するかぎり、また、家族が不可欠の扶養の場たらしめられているかぎり変わることがないと述べておられる。しかし、「親がこの養育義務の履行を懈怠するような場合には、それをそのまま外部から強制することは担保されておらず、これらの養育義務は子から親にたいする扶養請求權あるいは養育費支払請求權に転化し、それは経済的給付を目的とする通常の債権——独立した主体間の財産の移転——と同一の外形を呈して行使されることになる。」<sup>[18]</sup>

## (3) 現行民法の問題点<sup>[19]</sup>

有地教授は、親の未成熟子にたいする養育義務が通常の債権として構成されるために、養育義務の特殊性が見失わ

れ、いくつかの重大な弊害が現れるということを指摘される。

① 親の未成熟子に対する養育義務と一般の親族間における扶養義務との混同

両者は、いずれも親族的身分関係に基づいて発生することから、両者の性質上の差異が混同され、生活扶助義務に対する生活保持義務が自然的血縁関係を基礎にして発生する当為の義務と観念される危険がある。

② 未成熟子の利益のための保護的義務関係の後退

親族編は、婚姻家族内部の夫婦、親子の作用、反作用の無限の連鎖からなる共同生活において発生する問題を現実に処理することになるが、親族法の個人主義的構成によつて、かなり遊離した条文となつており<sup>(20)</sup>、それとともに、親子法の本来の使命である監護を要すべき未成熟子の利益のための保護的義務関係が後退している。

③ 親権法における、あらゆる場合の親の未成熟子に対する法的義務の不十分さ

親権法の条文において、一応、監護教育義務（八二〇条）、それに随伴する居所指定権（八二一条）、懲戒権（八二二条）、職業許可権（八二三条）などの子の身上の保護規定（身上親権）と子の財産管理権、財産的法律行為に関する代表権（八二四条）の諸規定（財産管理親権）を定めて未成熟子の保護をはかつているが、あらゆる場合の親の未成熟子に対する法的義務を網羅することができない。

(4) 今後の方向性<sup>(21)</sup>

(3)において列挙した現行民法の問題点に対し、どのように対応すべきであろうか。それに対し、有地教授は、親権を親の有する権力的支配関係と考えてはならないことは当然のこととした上で、民法における親権を次の二つに区別して解釈される。

① 身上親権

婚姻家族における経済的扶養を含む生殖的機能（狭義の養育的機能）と、教育的機能を含む、親の未成年の子に対する多面的な養育義務の中の一部

## ② 財産管理親権

財産管理親権によって、法律上無能力とみなされ、財産管理能力、財産取引適格を欠く未成年の子を取り社会に登場させることを予定して、民法は、未成熟子に対する保護制度を整序していると考える。その場合、親権者の責任の所在を明確にするとともに、その責任の強化をはからなければならない。

しかし、親権をこのように解釈するとしても、現行民法（親権法）を理解するためには、次の二点について注意しなければならないとする。まず第一に、統一的な親権法の中に、家族の成立と存続の不可欠の条件を構成する規定（身上監護親権）と、財産取引において未成熟子を第三者から保護するための保護規定（財産管理親権）が、両者は全く異質的な規定であるにもかかわらず、同時に並存していることである。第二に、親の未成熟子に対する全面的な扶養義務を賦課する規定が欠如していることである。

## （四）小括

以上の沼理論、西原理論、有地理論を考察することにより、次の三点が明確になった。

- ① 血縁共同体が褐色したところでは、地縁共同体（その本質は、政治・経済社会）が要保護性における経済的監護（経済的給付たる扶養）の中心的な担い手となるが、現段階は、それに至る過程である。現代社会において、夫婦と未成熟子のみから成る核的家族は、もつとも典型的に相互的または一方的な高度の扶養によつて護られる（沼理論）。

(2) 親の未成熟子に対する扶養義務の根拠は、親権、血縁、生活共同体のいづれでもなく、親子関係そのものである（西原理論）。

(3) 親は家族機能上の要請から、無償で、一方的な未成熟子に対する監護養育義務（扶養義務も含む）の履行を無条件に負担する（有地理論）。

したがつて、親は未成熟子に対して一般親族間とは異なる高度な扶養義務を負うと言える。

沼教授と西原教授は、わが国の民法が親の未成熟子に対する扶養義務に関する明確な規定を置いていないことに懸念を示されるものの、とりあえず親の未成熟子に対する扶養義務の根拠規定は民法八七七条であるとされ、<sup>(23)</sup>その立場が今日における通説的立場である。<sup>(24)</sup>しかし、扶養権利者の要扶養状態を要件とする民法八七七条は、親の未成熟子に対する扶養義務の根拠として妥当であるといえるだろうか。特に、父母離婚後の子どもを保護するために十分役立つであろうか。次に、民法八七七条と、親の未成熟子に対する扶養義務について検討する。

### 三 親の未成熟子に対する扶養義務の根拠規定

#### (一) 親の未成熟子に対する扶養義務の特殊性

前節において検討したように、親の未成熟子に対する扶養義務は、一般親族間の扶養義務とは異なる高度な扶養義務であると考えられるが<sup>(25)</sup>、わが国においては、中川善之助教授が提唱して以来、扶養義務を「生活保持義務と生活扶

助義務」<sup>(26)</sup>に二分する見解が通説である。そこで、本稿においても、この二分説に基づいて検討するが、この二分説に対する批評がある。そこで、この批判学説に配慮しながら、親の未成熟子に対する扶養義務を考察する。

一分説に対する批評は、大きく分けて四つある。<sup>(27)</sup>

### ① 公的扶助制度との関連

夫婦・親子のみから成る核的家族における扶養義務を強調することは、私的扶養の負担を強化し、公的扶助制度の発展を阻害する恐れがあるという危惧である。<sup>(28)</sup> 沿理論によれば、現段階は、血縁共同体（この場合には夫婦と未成熟子からなる核的家族も含まれる）から地縁共同体（国家）に要保護性の補完機能を一つ一つ渡し、いづれは経済的給付（扶養）は家族法の領域から抹殺されるという運動法則のさなかにあり、二分説はその過程の一時点を表している。親族的扶養はいづれ地縁共同体（国家）に移転されるべきであるが、なお、生活扶助として、高度の扶養義務である生活保持義務とは区別されつつ私的扶養に含まれているにすぎない。<sup>(29)</sup> 実際、従来家族が担っていた要保護性の補完機能は、国家に少しづつ手渡され、今日、経済的監護だけではなく、非経済的な監護、例えば、高齢者介護も、国家の重要な任務となりつつある。それに対して、親の未成熟子に対する扶養義務は、未成熟子が扶養義務者である父母と共同生活を営み、婚姻家族を形成している場合には、親子間の紐帶は強く、要保護性の補完機能は十分に家族の中に見いだすことができる。しかし、父母離婚後において、父母の一方と共同生活を営んでおらず、婚姻家族を形成していない場合には、親子間の紐帶は希薄になり易く、このような場合には、地縁共同体（国家）の役割が重要となる。

したがって、国家は、私的扶養を前提とするならば、親子間の紐帶が希薄化し、弱体化した子どもの扶養を受ける権利を補完するための制度（たとえば、養育費の天引き制度や国の立替制度等の履行確保制度）を確立し、また、そのような制度が欠如している場合には、公的扶助（たとえば、児童扶養手当）を十分に活用することによつて、父母離

婚後における子どもを保護しなければならない。

## ② 配偶者扶養と未成熟子扶養の相違

生活保持義務は未成熟子扶養においては是認できるが、夫婦扶養の場合は、配偶者は自活能力をもつてているので生活扶助義務とすべきであるという批判である。<sup>(30)</sup>

核的家族の高度の扶養義務を必然的共同生活に依拠する沼理論によれば、男女の本質的平等の要請は、理念的に止まらず事実的同権を志向し、夫婦の常住的共同生活さえ必然であることを揚棄せしめずには置かず、このことは夫婦間における生活保持の扶養性を歴史的に褐色せしめて生活扶助の扶養に近接せしめる。それに対して、離婚や婚外関係における子のあり方との場合とは本質的に異にしており、子は強い紐帯に結ばれて両親との強度の潜在的親子関係をなお失わないという説明がなされる<sup>(31)</sup>。確かに、女性の社会進出によつて、女性が経済力を持ち、仕事上の都合から別居する夫婦も現れた。しかし、現段階においては、理念的事実的男女同権が実現されているわけではない。近代において理想化された性別役割分担の思想が、女性の経済力強化を阻害したために、なお、十分な経済力を持たない女性が多い。この社会的矛盾を矯正するための公的扶助制度が整備されていない以上、その要保護性の補完機能は、なお、家族に残されている。そして、夫婦の経済力の不均衡が、家族における夫婦の役割分担に由来するものである以上、経済力を持つ者は、経済力を持たない者に対して、少なくとも婚姻中は高度の扶養義務、すなわち、生活保持義務を負うと解るべきであり、また、婚姻解消後においても、その義務は完全に終了するわけではない<sup>(32)</sup>。しかし、理念的事実的男女同権が実現されるに至つたならば、沼教授が述べておられるように、共同生活を営んでいない別居義務は本質的に異なる。この問題については、次の③において論ずる。

### (3) 親の未成熟子に対する扶養義務

共同生活をしていない親子間における扶養義務は、生活扶助義務か、それとも生活保持義務かという問題提起がなされる<sup>(33)</sup>。中川理論においても、沼理論においても、親の未成熟子に対する扶養義務の特殊性を認識しながらも、生活保持義務を生活共同に依拠するという見解から十分に脱却しきれなかつたために、共同生活をしていない親子間の扶養義務については曖昧な表現となり<sup>(34)</sup>、それは生活扶助義務であるという誤解が生じた側面があつた。しかし、この問題については、家族機能の点から二分説を支持される有地教授が明確に述べておられる。すなわち、核的家族の四機能は人間社会に密接に結合しており、性的機能と生殖機能が行われなければ、社会は廃絶し、経済的機能を欠けば、生活が終焉し、教育的機能が當まれなければ、文化は消滅する。全体としての社会の強化と安寧の基礎には、その社会成員の存続があり、そのため親子間で當まれる生殖的機能（＝狭義の養育的機能）は、社会にとっての重大な関心事である。また、子どもは文化的遺産を習得しなければならないし、社会成員として独立するまえに、彼の生來の衝動を社会規範に服せしめることを習得しなければならず、父母は共同してこれらの使命の遂行者となる。婚姻継続中においては、親の未成熟子に対する養育義務は、家族存続のための至上の命題として親に賦課されるが、父母の離婚によつて、家族が解体する場合には、四機能のうち、夫婦間で當まれる性的機能と経済的機能は完全に廃絶するが、親子間で當まれる生殖的機能と教育的機能は存続し、子と現実の共同生活を継続する父母の一方との間では、そのまま存続し、共同生活をしない他方の親も依然として養育義務の負担を免れることはなく、その場合、履行可能な状態、すなわち、経済的給付である扶養義務として存続すると解されるのである<sup>(35)</sup>。したがつて、親と共同生活を當む未成熟子とそうでない未成熟子とは、扶養義務の履行方法は異なるが、扶養義務の強さには変化がないのである。

しかし、扶養義務者が再婚し、配偶者および再婚によって生まれた子に対して生活保持義務を負う場合には、とく

に慎重な検討が必要である。二宮周平教授と榎原富士子弁護士は、「再婚して生まれた子と、前婚の子は、同じ子どもであり扶養権利者としては同順位だが、親の扶養能力にも限界があるので、実際に共同生活をしている子どもに対しての扶養が優先するのは、やむをえないことであろう」<sup>(37)</sup>と述べておられる。確かに、扶養義務者が扶養権利者である前婚の子に対する扶養義務を履行した結果、扶養義務者、再婚したその配偶者および再婚によって生まれた子が最低生活費を切りつめることを余儀なくされ、他の私的扶養あるいは公的扶助の発動を必要とする場合であるならば、再婚によつて形成された家族の扶養を優先すべき合理性がある。しかし、親の未成熟子に対する扶養義務は、扶養権利者の要扶養状態を要件とする一般親族間の扶養義務とは異なる生活保持義務であるとする見解を前提とするならば、より慎重な検討が必要である。例えば、再婚によつて生まれた子に対して高等教育を受けさせるための教育費を支出したが、前婚によつて生まれた子に対しては高等教育を受けさせたための教育費を拒否することは許されないと解するべきである。なぜならば、父母は子の養育および発達についての第一義的な責任を有し（児童の権利条約第一八条）、子の生活に極めて重大な影響力を与える。したがつて、親が扶養義務を負う複数の子どもに対して、不合理な理由で異なる取り扱いをしてはならないと解るべきである。子が前婚によつて生まれたのか、再婚によつて生まれたのか、共同生活を営んでいるか否かにかかわらず、親は自己の能力および資力の範囲内で、子に対して等しく義務を負うと解するべきである。むしろ、子と共同生活をしておらず、事実上の養育義務を履行していない親の責任の重さを十分に認識する必要がある。もしも、複数の子に対して異なる義務の履行を認める場合には、前述したように、もしもそれを認めなければ、他の私的扶養および公的扶助の発動が必要とされるという合理的な理由がある場合に限定するべきである。さもなければ、共同生活を営んでいる再婚によつて形成された家庭においては、家族間の紐帶も強いので、法律による規制を待つまでもなく自然な感情等により扶養を受けることが容易であるが、共同生活を営んで

おらず、感情的な対立を生じやすい前婚によつて生まれた子どもに対する扶養義務は、形骸化する危険性が極めて高くなるからである。むしろ、共同生活を営んでいない父母の一方に対する未成熟子の扶養を受ける権利を、法律によつて強化する必要性の方が高い。<sup>(38)</sup>

#### ④ 明文規定の欠如

最後に、相手方の生活困窮を要件としない生活保持義務は、自己責任を基調とする近代扶養法の原則に反しており、明文の規定なくしては許されないという批判がある。<sup>(39)</sup> そのような理由で、未成熟子に対する親の扶養義務は一般親族間の扶養と質的に異なるものではないという見解もある。<sup>(40)</sup> しかし、筆者は、前述したように、親の未成熟子に対する扶養義務と、一般親族間の扶養義務とは、その根拠も、性質も、明らかに異なつており、むしろ、立法的解決をし、明文規定を設ける必要があると思われる。<sup>(41)</sup>

以上、扶養義務二分説に基づいて、その批判学説に配慮しながら親の未成熟子に対する扶養義務を説明することができたと思われる。<sup>(42)</sup>

## (二) 昭和二二年における扶養法改正

前述したように、沼理論においても、西原理論においても、親の未成熟子に対する扶養義務は、一般親族間の扶養義務とは異なることが認識されたにもかかわらず、その根拠規定を民法八七七条に求めた理由は、昭和二二年の民法改正作業をそのまま受け入れた結果であると思われる。そこで、以下では、民法旧規定が昭和二二年の民法改正によつて改正され、さらに、その問題点を指摘した「仮決定及び留保事項」に至るまでを考察する。<sup>(43)</sup>

旧規定によつて扶養の権利義務関係にあるとされた親族は、第八章「扶養ノ義務」において、①直系血族、②兄弟姉妹、③「夫婦ノ一方ト他ノ一方ノ直系尊属ニシテ其家ニ在ル者」と規定され（旧九五四条）、また、夫婦間については、第三章「婚姻」第二節「婚姻ノ効力」において、「夫婦ハ互ニ扶養ヲ為ス義務ヲ負フ」（旧七九〇条）という規定があり、さらに、第一章「総則」第二節「戸主及ヒ家族ノ権利義務」において、「戸主ハ其家族ニ対シテ扶養ノ義務ヲ負フ」（旧七四七条）と規定されている。そして、要扶養者に対して扶養義務を負う者が数人ある場合については、第八章「扶養ノ義務」において、①配偶者、②直系卑属、③直系尊属、④戸主、⑤家を同じくする直系姻族、⑥兄弟姉妹の順序で扶養義務を負うと規定されている（旧民法九五五条）。他方、扶養義務者に対して数人の要扶養者があり、義務者にその全員を扶養する資力がない場合には、同じく第八章において、①直系尊属、②直系卑属、③配偶者、④家を同じくする直系姻族、⑤兄弟姉妹、⑥上記以外の家族の順序で扶養を受けると規定されている（旧九五七条、九五八条）。このように、夫婦扶養は、第八章「扶養ノ義務」において、扶養義務者および扶養権利者の順位を決定する基準となる規定の中に取り込まれていたが、それとは別に、第三章第二節「婚姻ノ効果」の中に一条が設けられていた。それに対して親の未成熟子に対する扶養義務については格別の規定はなく、旧九五四条一項（現八七七条一項）に当然含まれると解されており、旧法時代においては扶養義務二分説が存在しなかつたので、そのように解されていた。<sup>44)</sup>

大正一四年五月一九日の「民法親族編中改正ノ要綱」の第三四において、「扶養ニ付テハ扶養ヲ為スヘキ者其他ノ大綱ヲ規定スルニ止メ、扶養ノ順位、扶養ノ程度、方法等ニ関スル現行法ノ煩雜ナル規定ヲ整理シ、家事審判所ヲシテ適宜之ヲ裁断セシメルモノトスルコト」とした。この「民法親族編中改正ノ要綱」およびそれに続く人事法案の線に沿つて、昭和二二年の民法改正における扶養法改正が行われた。

昭和二二年の民法改正によつて、夫婦扶養は第六章「扶養」から完全に分離されて、第二章「婚姻」第二節「婚姻の効力」第七五二条において夫婦扶助の義務として定められた。民法七五二条における「夫婦の協力扶助」の内容について、改正案の起草者である奥野誠一幹事からの説明があり、その中で、次のように述べている。「民法上の扶養の義務ということは、生活が出来ない場合に、その生活を扶養するということであります。」<sup>(45)</sup>「民法上の扶養それより更に進んで積極的な意味をもつてゐる、それを含めて更に積極的な協力をして夫婦生活を持続していくという風に考へてゐるのではないかと思つています。」<sup>(45)</sup>すなわち、奥野幹事は夫婦扶養が民法上の扶養義務よりも更に進んで積極的な意味を持つ、すなわち、生活保持義務であると述べている。それでは、なぜ、夫婦の扶養義務についてのみ別の規定を置いたのであらうか。その理由について、次のように述べる。「之は憲法に特に婚姻の関係に付て二十四条の規定を設けました、憲法に基いて民法上の規定を改廃或は改正すべきその範囲に於て、憲法に基いて修正しなければならない範囲に於て、一応今回の民法の改正といふことが行われまする関係上、取敢ず夫婦関係につきまして只今御指摘のような第九のようない要綱を設けたのであります。」<sup>(46)</sup>すなわち、夫婦の扶養義務について別の規定を設けた理由は、それが憲法二四条の両性の本質的平等の要請に答える必要があつたからである。それに対して親の未成熟子に対する扶養義務は、子の親に対する扶養義務と同様に考えられて、「その関係（夫婦と親との関係、夫婦と子との関係）は家事審判所の権限が相当親切に家庭生活にタッチするようになつて参りますので、その家事審判所のどこに目標をおくかというその第一の要綱として、家庭の平和と健全なる共同生活の維持ということを図るということに依つて、夫婦以外の親との関係、子との関係、そういったようなものを保護していくために家事審判の目標をそこにおくという趣旨の項をおきまして、結局御主旨のようない目的を達しうるのではないかと考えたのであります。」<sup>(47)</sup>すなわち、親の未成熟子に対する扶養義務については、子の親に対する扶養義務と同様、家事審判所（現家庭

裁判所)に任せておくということになったのである。

このように夫婦の扶養義務については憲法二四条が規定する両性の本質的平等に基づいて別の規定が設けられたが、親の未成熟子に対しては、一般親族扶養(とくに子の親に対する扶養義務)と同様に扱われて、家事審判所(現家庭裁判所)の自由裁量に任されることとなつた。

しかし、親の未成熟子に対する扶養義務の特殊性は、昭和三四年に公表された「法制審議会民法部会身分法小委員会における仮決定及び留保事項」においても指摘される。

#### (親族的扶養義務と他の扶養義務との関係)

第五十八 未成年の子に対する親の扶養義務及び夫婦間の扶養義務は、それ以外の親族間の扶養義務と性質を異にするものとして別個に規定すべきか否かについて、なお検討する。

しかし、夫婦の扶養義務について別個の規定を設けるためのいわば原動力となつた憲法二四条に匹敵する規定が、親の未成熟子に対する扶養義務には存在しなかつたために、後者については改正までに至らなかつた。しかし、今日、その原動力を見いだすことができる。それは、児童の権利条約である。そこで、次に、児童の権利条約について検討する。

### (三) 「児童の権利条約」における親の未成熟子に対する責任(義務)

児童の権利条約は、一九八九年一一月国連総会で採択され、一九九四年四月にわが国も批准した。条約も誠実に遵守しなければならない憲法の法源であり<sup>(48)</sup>(憲法九八条二項)、また、憲法は、国の最高法規である(憲法九八条)。し

たがつて、わが国の民法は、日本国憲法および条約の精神に従わなければならない。児童の権利条約第一八条と第二七条は、親は子どもに対し第一義的な責任を有すると規定している。

まず、児童の権利条約第一八条一項<sup>(49)</sup>は、次のように規定する。

1 締約国は、児童の養育及び発達について父母が共同の責任を有するという原則についての認識を確保するために最善の努力を払う。父母又は場合により法定保護者は、児童の養育及び発達についての第一義的な責任を有する。

児童の最善の利益は、これらの者の基本的な関心事項となるものとする。

次に、児童の権利条約第二七条<sup>(50)</sup>は、次のように規定する。

1 締約国は、児童の身体的、精神的、道徳的及び社会的な発達のための相当な生活水準についてのすべての児童の権利を認める。

2 父母又は児童について責任を有する他の者は、自己の能力及び資力の範囲内で、児童の発達に必要な生活条件を確保することについての第一義的な責任を有する。

3 締約国は、国内事情に従い、かつ、その能力の範囲内で、1の権利の実現のため、父母及び児童について責任を有する他の者を援助するための適当な措置をとるものとし、また、必要な場合には、特に、栄養、衣類及び住居に関する、物的援助及び支援計画を提供する。

4 締約国は、父母及び児童について金銭上の責任を有する他の者から、児童の扶養料を自国内で及び外国から、回収することを確保するためのすべての適当な措置をとる。特に、児童について金銭上の責任を有する者が児童と異なる国に居住している場合には、締約国は、国際協定への加入又は国際協定の締結及び他の適当な取決めの作成を促進する。

わが国は、児童の養育および発達について父母が共同かつ同様の責任を有するという原則についての認識を確保するためには最善の努力を払う義務があり（児童の権利条約第一八条一項）、その要請に答えるために、これがまさに原動力となって、一般親族扶養に関する民法八七七条から、親の未成熟子に対する扶養義務を分離して、別個の規定を設ける必要性が生じるのである。

そこで、児童の権利条約第一八条および第二七条を参考にして、親の未成熟子に対する扶養義務に関して、次のような条文を作成することも一案であろう。

一、父母は、子の養育及び発達について、共同かつ同様の義務を負う。

このように、親の未成熟子に対する扶養義務に関する明文規定を設けることによつて、その子どもの父母が婚姻中であるか、離婚しているかにかかわらず、子どもは等しく扶養を受ける権利を持つことを明確化することができる。そのことは、特に、現実の問題として、父母離婚後における子どもの扶養を受ける権利が弱体化し易いという危険性を回避することに寄与すると思われる。

しかし、親の未成熟子に対する扶養義務に関する条文の案を、一応、作成することができたとしても、より困難な問題は、それを民法親族編のどこに設けるかである。わが国の親子法あるいは親権法が、「子のための親子法」あるいは「子のための親権法」として十分に再構成されているとは言い難いため、この条文をどこに設けようと努めて、極めてバランスの悪い、据わりの悪いものとなる。子の利益および子の権利の観点から、親子法および親権法を抜本的に再構成する必要があるようと思われる。

#### 四 おわりに

本稿では、親の未成熟子に対する扶養義務の根拠と性格を、沼理論、西原理論、有地理論から明確にし、夫婦の扶養義務が憲法二四条を原動力として一般の親族扶養から分離されたことと同様に、今日、親の未成熟子に対する扶養義務が、児童の権利条約第一八条と第二七条によつて、民法八七七条から分離されて別個の規定を設けるための機会を得たことを論証したつもりである。そして、親の未成熟子に対する扶養義務を明文規定において明確化することによって、特に、父母離婚後における未成熟子の扶養を受ける権利が弱体化する危険を少しでも防ぐことができると思われる。

しかし、たとえ親の未成熟子に対する扶養義務の明文規定が設けられたとしても、次に、極めて重要な問題が残されている。それは、養育費の履行確保の問題である。前述したように、離婚後においては、共同生活を営んでいない親子間の紐帶は希薄化し易く、子どもの扶養をうける権利は弱体化し易いので、この場合の国家の役割が重要である。児童の権利条約第一八条は、父母は子どもの養育および発達についての第一義的な責任を有すると宣言しており、私的扶養が重要ではあるが、父母離婚後における子どもの扶養を受ける権利を国家の介入によつて強化しなければ、子どもを十分に保護することができない。そこで、わが国においても、欧米諸国にならつて養育費の天引き制度や国立替制度等の履行確保制度を導入すべきであるという主張がなされているが、いまだ実現に至っていない。このような状況においては、児童扶養手当等の公的扶助によつて、子どもを保護しなければならない。

(1) 有子離婚件数は、一九六〇（昭和三五）年の四〇、四五二件から一九九六（平成八）年には一二四、四九〇件と三倍以上

に増加している（厚生省監修『平成一〇年版厚生白書』七八頁）。

(2) 離婚の際の子どもの養育費の問題について、協議離婚の場合であつても当事者間の十分な話し合いに基づく養育費の取り決めが行われ、かつ履行が確保されるよう、制度的な枠組みづくりを含めた環境整備が重要であることが指摘されている（前掲『厚生白書』七八頁以下）。とくに母子世帯の年収は、一九九五（平成七）年において二五四万円となつており、経済的な困難を有している家庭も多い（前掲『厚生白書』九六頁）。

(3) 児童の権利条約と養育費に関する文献としては、山脇貞司「養育費の取決めとその履行確保」石川稔・中川淳・米倉明『家族法改正への課題』二七三頁以下（一九九三年）参照。

(4) 親の未成熟子に対する扶養義務の根拠については、次の論文も参考にした。高島良一・佐久間重吉「未成熟子に対する親の扶養義務」判タ一三八号三五頁以下（一九六三年）、高島良一「扶養」加藤令造編『家事審判法講座第一巻』二七九頁以下（一九六六年）、山崎賢一「扶養」『新民法演習V』一四八頁（一九六八年）、上野雅和「扶養義務」星野英一編『民法講座7』二八五頁以下（一九八四年）、深谷松男「未成熟子扶養請求の準拠規定と法的方針」判タ五六〇号六〇頁以下（一九八五年）、石井健吾「未成熟子の養育費請求の方法」『家事事件の研究(1)』一五六頁（一九七〇年）、山脇貞司「生活保持義務理論と扶養の程度」『演習民法（親族）』三二三頁以下（一九八五年）、松島道夫「子の養育費の算定と履行確保」『家族（社会と法）』九号一三九頁以下（一九九三年）。

(5) この節の記述については、以下の論文を参照した。沼正也「親子法における親権と扶養の構造——わが現行法を中心とする一考察」『親族法の総論的構造』二〇一頁以下（一九五五年）、同「親族の扶養」『財産法の原理と家族法の原理』五〇頁以下（一九六〇年）、同「全体としての扶養法秩序における私的扶養の地位」『民法における最善性と次善性』一一五頁以下（一九六三年）。

(6) 沼・前掲「親族の扶養」五三頁以下。

(7) 沼・前掲「全体としての扶養法秩序における私的扶養の地位」四二二頁以下。

(8) 沼・前掲「親族の扶養」七五頁以下。

(9) この節の記述については、以下の論文を参照した。西原道雄「親権と親の扶養義務」家月八卷一一号一頁以下（一九五六六年）、同「扶養」『民法演習V』一三六頁以下（一九五九年）、同「親権者と親子間の扶養」『家族法体系V』八五頁以下（一九六〇年）。

- (10) 西原・前掲「親権と親の扶養義務」一五頁以下。
- (11) 西原・前掲「親権と親の扶養義務」二七頁。
- (12) 西原・前掲「親権と親の扶養義務」二八頁。
- (13) 有地亨「未成熟子にたいする監護養育義務」民商四六卷三号四〇五頁以下（一九六一年）。
- (14) 有地・前掲論文四一二三頁以下。
- (15) 有地・前掲論文四五頁。
- (16) 有地・前掲論文四五頁。
- (17) 有地・前掲論文四一六頁以下。
- (18) 有地・前掲論文四一六頁。
- (19) 有地・前掲論文四一六頁以下。
- (20) 有地・前掲論文四一六頁。筆者は「かなり遊離した条文となつてはいることは否定しえない」という文章を次のように解釈している。婚姻家族内部の夫婦、親子の作用、反作用の無限の連鎖から成る共同生活において発生する問題を、個人主義的構成を採用する親族法は、「第二章夫婦」「第三章親子」「第六章扶養」等別個の規定によつて現実的に処理するので、「夫婦」「親子」「扶養」との間には相互の関連性が乏しく、遊離した条文となつてはいる。この解釈が正しいか否かについては明確ではないので、いづれ有地先生にお目にかかるたときに、お伺いしたいと思う。
- (21) 有地・前掲論文四一七頁以下。
- (22) 沼・前掲論文「親族法における親権と扶養の構造」二二八頁、西原・前掲論文「親権と親の扶養義務」二頁。
- (23) 沼・前掲論文「親子法における親権と扶養の構造」二三〇頁、西原・前掲論文「親権者と親子間の扶養」一〇二頁。
- (24) 高島・前掲論文二八七頁、石井・前掲論文一六一頁、深谷・前掲論文六二頁、於保不二雄編『注釈民法(23)』三八九頁（一九六九年）、立石芳枝・唄孝一『判例コンメンタール親族法』五三一頁（一九七〇年）等。
- (25) 沼・前掲「親族の扶養」七五頁。
- (26) 中川善之助「親族的扶養義務の本質」新法三八卷六号一頁以下（一九二八年）。
- (27) 批判学説の整理については、深谷松男「生活保持義務と生活扶助義務」『講座・現代家族法』一九二頁（一九九二年）、山脇貞司「生活保持義務理論と扶養の程度」『演習民法（親族）』三四四頁（一九八五年）参照。

(28) 西原道雄「生活保護法における親族の扶養義務」私法一六号（一九五六年）、稻子宣子「生活保護法と生活保持の義務」法社会学一九号一頁等。

(29) 沼・前掲「全体としての扶養法秩序における私的扶養の地位」四二三頁、四三〇頁。

(30) 稲子宣子「遺族給付と扶養法」日本福祉大学紀要七号三〇頁、明山和夫「重婚的内縁の考え方」判例評論一八五頁一二四頁（一九七四年）。

(31) 沼・前掲論文「全体としての扶養法秩序における私的扶養の地位」四二一八頁。

(32) 離婚後については、離婚による財産分与（民法七六八条）における扶養的要素の問題であり、本稿はそれを対象としているので、ここでは言及しない。

(33) 岡垣学「未成年の子に対し継続的に扶養料の支出を命ずる審判とその期間の明示」判タ一六八号七二頁（一九六五年）、西原・前掲「扶養」一三七頁。

(34) 中川教授は、「父母が生活を共同にしない場合には、…親権者たると否とに関係なく、父母は資力に応じて未成熟子の生活保持を分担すべきものと思う」（中川善之助『親族法下』五九九頁（一九六五年））とし、沼教授は、生活を共同にしない親の子にたいする扶養は、「ただに金銭給付の額において一般親族間の扶養より加重的なものであらねばならぬ」という社会的承認なし法的統制に護られる量的差異に変貌せざるをえないが（生活扶助義務への近接）しかしながら、いわんどき潜在的生活共同体が顕在的なそれへと転化しないともかぎらないという可能性を藏するがゆえに、そのかぎりにおいては、異質性の完全喪失を意味するものではない」（沼・前掲論文七六頁）と述べておられる。

(35) 有地・前掲論文四二四頁注（39）。

(36) 有地・前掲論文四一三頁以下。他にも、子に対する扶養義務は、家族の機能の一般論からいえば、「種の再生産」のために、また、資本の観点からいえば、「次代の労働力の再生産」のためになされるので、資本にとって不可欠であるがために、親がその賃金によって子を扶養するよう賃金水準を決定する必要があるとともに、親の未成熟子に対する扶養義務は生活保持義務であるという資本の論理に根拠を求める見解もあるが（渡辺洋三『現代家族法研究序説』山中康雄還暦『近代法と現代法』二九四頁（一九七三年）、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二三卷一二二頁以下（一九六六年））、家族機能を根拠とする有地理論は、より普遍性があるし、また、親子間ににおいて當まれる生殖的機能と教育的機能から、親は未成熟子に対して養育、監護、扶養、教育する義務があることを明確に導き出すので、具体性がある。

(37) 二宮周平・榎原富士子『離婚判例ガイド』二四七頁（一九九四年）。同趣旨のものとして、下夷美幸「養育費履行確保制度の設計」ジュリー一〇五九号七八頁（一九九五年）がある。

(38) 父母離婚後における子どもの生活を安定させるためには、さまざま側面から、特別な配慮をすることが必要である。例えば、婚姻中の居住用不動産について、離婚後は、子どもの利益を十分に考慮した上で、どのように取り扱うかを決定しなければならない。例えば、フランスにおいては、居住用不動産が賃借建物である場合、賃借権は、フランス民法一七五一条一項によつて、婚姻中は夫婦二人に帰属するが、夫婦が離婚あるいは別居する場合には、夫婦の一方に分与される（同条二項）。その場合、誰が子どもを監護するかということが重視される。また、居住用不動産が夫婦の一方に帰属する場合であつても、一人または数人の子が居住用不動産として日常居住している場合には、その子どもと同居する他方配偶者のために、裁判官は、強制的に賃貸借契約を締結させることができる（フランス民法二八五条一項）（詳細については、拙稿「夫婦の居住用不動産の保護について」熊本学園大学社会関係研究第二巻第二号七四頁（一九九六年）を参照されたい）。

(39) 外岡茂十朗・高野竹三朗・佐々木宏『家族法再改正解説』一八五頁。

(40) 石井・前掲論文一六〇頁。

(41) 有地・前掲論文四一七頁、稻子宣子「親権と子どもの権利」全国社会福祉協議会養護施設協議会編『親権と子どもの人権』二一頁以下（一九八〇年）、松島・前掲論文一四〇頁。小石寿夫弁護士も、親の未成熟子に対する扶養義務の根拠を民法八七七条とする通説に対し、反論しておられる（小石寿夫「未成熟子の養育費請求方法・再論」判夕五頁（一九八六年））。

(42) 深谷教授も、二分説を修正しつつ支持しておられる（深谷・前掲「生活保持義務と生活扶助義務」一八七頁）。

(43) 以下の記述については、次の論文を参照した。上野・前掲論文二八五頁以下、深谷・前掲「未成熟子扶養請求の準拠規定と法的方式」六二頁。

(44) 深谷・前掲「未成熟子扶養請求の準拠規定と法的方式」六二頁。

(45) 我妻栄編『戦後における民法改正の経過』二六六頁（第一版第二刷一九八八年）。

(46) 我妻・前掲書二六七頁。

(47) 我妻・前掲書二六八頁。

(48) 伊藤正己『憲法入門（第四版）』四五頁（一九九八年）。

(49) 児童の権利条約第一八条については、中村恵「親の養育責任と国の援助義務」石川稔・森田明編『児童の権利条約——その

内容・課題と対応——』二五七頁以下（一九九五年）、波多野里望『逐条解説　児童の権利条約』一三二頁以下（一九九四年）参考。

(50) 児童の権利条約第二七条については、石川稔「子の扶養と養育費の履行確保」石川・森田編・前掲書三〇七頁以下、波多野・前掲書一八三頁以下参考。わが国では養育費の取決めが必ずしも行われず、そのためには「養育費を支出することを回避している」親が少なくないため、養育費の取決めを離婚の受理要件とすることや、養育費の給料からの天引き制度などの履行強制制度および国の立替制度などの履行確保の方法が提案されている（石川稔「親子法の課題——子どもの権利条約からみた課題を中心として——」『講座現代家族法 第三巻 親子』三五頁（一九九二年）。