

親権の代行に関する一考察

——ドイツ法との比較を通じて——

阿 部 純 一

- 一 はじめに
- 二 日本における議論状況
- 三 ドイツ法の状況
- 四 検 討

一 はじめに

日本民法は、自ら親権又は未成年後見に服する未成年者の親権行使を認めず、当該未成年者の親権者又は未成年後見人がその親権を代わりに行使することを予定する（八三三条、八六七条一項…親権の代行）。戦後の民法改正によって、成年擬制（七五三条）が導入された後は、二〇歳未満の父母であっても、婚姻すれば成年に達したものとみなされ、自己の子に対する完全な親権を行使することができる。それゆえ、現行法において親権の代行が問題になるのは、未

成年者が婚姻外で子をもうけた場合、とりわけ未成年の女性が婚姻外で子を産出した場合である（親権代行制度のもとで親権を代行される未成年者を以下では「未成年親権者」とよぶ）。この意味において、現行の親権代行制度は、非嫡出子の親権に関連した制度であるともいえる。

未成年親権者の親権者又は未成年後見人が当該未成年親権者に代わって親権を行使する親権代行制度は、確かに一見すると合理的な制度であるように思われる。しかしながら、本制度に対しては、いくつかの理論的・実的な問題を指摘することができる。親権の代行の際に、親権を代行する親権者及び未成年後見人（以下では、あわせて「親権代行者」という）は、どのような権限を有し、どの範囲で親権を代行するのか。まずは、親権代行制度の基本構造が明らかにされなければならない。親権代行制度の基本構造にも関連しかつより深刻な問題を生じるのは、未成年親権者自身に婚姻外で生まれた子を実際に監護している（あるいは、監護することを望んでいる）ケースである。このようなケースにおいて、未成年親権者は、どのような権限に基づいて子を監護しているものと考えるべきか。未成年親権者には固有の監護権限が帰属しているのか、それとも親権代行者から法的な権限を付与されてはじめて自己の子を監護することが可能になるのか。この実的な問題にもまた目を向けなければならない。

前述のように、親権代行制度が現行法上問題となるのは、未成年者が婚姻外で子をもうけた場合である。そもそも、このようなケースはどれほどあるのだろうか。はじめに、未成年者の婚外出産の状況の一端を統計的な数値から明らかにしておこう。図1は、一九九三年から二〇一二年までの人口動態統計より、日本における二〇歳未満の母の出産状況をまとめたものである。日本における出生子数は毎年減少傾向にあるが、二〇歳未満の母が出産した子の総数も、二〇〇二年の二一、四〇一人をピークとして、二〇一二年には二二、七七〇人にまで減少している。全出生数に占

める二〇歳未満の母による出生数の割合は、一・二％から一・九％の間に分散しており、それほど大きな変動はみられないものの、この数値もやはり近年減少傾向にあるといえる。二〇歳未満の母が出産する子の数は、ここ二〇年の間に全体としてみれば減少したと評価することができ、より注目すべき変化は、二〇歳未満の母が婚姻外で出産した子をめぐる状況にある。非嫡出子の全体的な出生数が増加傾向にある中で、二〇歳未満の母が婚姻外で生んだ子の数も、一九九三年の一、六八七

図1 日本における20歳未満の母の出産

	①出生総数	②母の年齢 20歳未満	全出生数に 占める20歳 未満の母の 割合 (②/①)	非嫡出子			
				③非嫡出子 出生総数	④母の年齢 20歳未満	非嫡出子出生 総数に占める 20歳未満の 母の割合 (④/③)	20歳未満の 母の出生数に 占める非嫡出 子の割合 (④/②)
1993年	1,188,282	17,452	1.5%	13,665	1,687	12.3%	9.7%
1994年	1,238,328	17,095	1.4%	14,716	1,768	12.0%	10.3%
1995年	1,187,064	16,112	1.4%	14,718	1,815	12.3%	11.3%
1996年	1,206,555	15,621	1.3%	15,453	1,938	12.5%	12.4%
1997年	1,191,665	16,634	1.4%	16,659	2,284	13.7%	13.7%
1998年	1,203,147	17,501	1.5%	17,204	2,431	14.1%	13.9%
1999年	1,177,669	18,253	1.5%	18,280	2,757	15.1%	15.1%
2000年	1,190,547	19,772	1.7%	19,436	3,041	15.6%	15.4%
2001年	1,170,662	20,965	1.8%	20,369	3,372	16.6%	16.1%
2002年	1,153,855	21,401	1.9%	21,631	3,649	16.9%	17.1%
2003年	1,123,610	19,581	1.7%	21,634	3,430	15.9%	17.5%
2004年	1,110,721	18,591	1.7%	22,156	3,458	15.6%	18.6%
2005年	1,062,530	16,573	1.6%	21,533	3,094	14.4%	18.7%
2006年	1,092,674	15,974	1.5%	23,025	3,296	14.3%	20.6%
2007年	1,089,818	15,250	1.4%	22,170	3,082	13.9%	20.2%
2008年	1,091,156	15,465	1.4%	22,972	3,370	14.7%	21.8%
2009年	1,070,035	14,687	1.4%	22,860	3,533	15.5%	24.1%
2010年	1,071,304	13,546	1.3%	22,968	3,534	15.4%	26.1%
2011年	1,050,806	13,318	1.3%	23,354	3,687	15.8%	27.7%
2012年	1,037,231	12,770	1.2%	23,138	3,821	16.5%	29.9%

出典：厚生労働省大臣官房統計情報部編『平成12年人口動態統計上巻』（厚生統計協会、2002年）99頁、120頁、同『平成19年人口動態統計上巻』（厚生統計協会、2009年）105頁、130頁、同『平成24年人口動態統計上巻』（厚生労働統計協会、2014年）113頁、140頁より作成。

人から二〇一二年の三、八二一人まで、二・二倍以上に増加している。毎年の全非嫡出子出生数に占める二〇歳未満の母の非嫡出子出生数の割合は、一二％から一七％の間で変動し、近年は緩やかな増加傾向にあるが、割合としては嫡出子出生数を含めた全体の割合よりも優位に高い数値を示している。そして、二〇歳未満の母が出産した子の総数に占める非嫡出子の割合が、一九九三年の九・七％から二〇一二年の二九・九％に至るまで、過去二〇年間に不可逆的な増加傾向を示してきたことは、とりわけ注目し値するであろう。

二〇歳未満の母による出生の中でも、特に婚姻外での出生の数及び率が増加しつつあるという事実からは、一父母の婚姻に伴う成年擬制や子の養子縁組によつて親権代行が問題とならないケースが一定数存在することを顧慮してもなお一親権代行制度の機能する場面が増えていると想定することが可能である。この意味においても、同制度の法的構造を明らかにする必要性は、ますます高まりつつあるといえるのである。

本稿では、以上のような問題意識を前提として、日本民法における親権代行制度の基本構造を検討する。その際に、本稿では、ドイツ民法典¹以下、BGB²における法状況にも目を向ける。ドイツ法を比較法の対象として取り上げる意義は、後述するように親権代行制度をめぐる日本において主張されてきた立法論的な課題について、ドイツ法が重要な示唆を含んでいることにある。以下では、まず日本における親権代行制度をめぐる議論状況を概観するとともに制度の問題点を析出する(二)、次にドイツにおいて未成年者たる父母の親権(配慮権)がどのように扱われているのかを明らかにする(三)、最後に日本法とドイツ法の分析を踏まえつつ、日本法の解釈論的な可能性を模索する(四)。なお、親権の代行は、未成年親権者の親権者によるだけでなく(八三三条)、未成年親権者の後見人によつても行われるが(八六七条一項)、本稿では紙幅の都合上、親権者による親権代行を中心に検討を加える。⁽¹⁾

一一 日本における議論状況

(一) 立法時の議論

親権の代行に関する八三三条は、「親権ヲ行フ父又ハ母ハ其未成年ノ子ニ代ハリテ戸主権及ヒ親権ヲ行フ」と規定していた明治民法八九五条にその起源をもつ。この明治民法八九五条はさらに、「戸主カ家族ニ対シテ婚姻其他ノ事件ニ付キ許諾ヲ与フ可キ場合ニ於テ未成年ナルトキ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ戸主ニ対シテ親権ヲ行フ者又ハ後見人之ヲ代表ス」と定める旧民法人事編二五七条を修正して、親権・戸主権の代行として、戸主権に関する規定から親権の効力に関する規定に移されたものである。明治民法起草者の一人である梅謙次郎博士は、明治二九年一月一七日に開催された第一五三回法典調査会において、明治民法八九五条の立法趣旨を次のように説明していた。

「独逸民法草案ノ如キハ戸主権ト云フモノハ無論独逸ニハアリマセヌカラ規定ノアル筈ハアリマセヌケレドモ現ニ親ガ子ニ代ハツテ親権ヲ行フ場合ノ如キハ親権ノ方ニ規定ヲ設ケテ居リマスソレデ親ガ子ニ代ハツテ親権ヲ行フ規定モ必要デアラウ本案デハ子ガ婚姻ヲシテモソレガ為メニ親権ヲ免カレルト云フコトモアリマセヌカラ從テ親権ニ服シテ居ル子ガ復タ子ヲ持ツト云フコトモアルノデアリマス其場合ニ於テ其子ニ対スル親権ト云フモノハ誰レガ行フカト云フコトニナリマスルト自分ガ親権ニ服シテ居リナガラ復タ人ヲシテ其親権ニ服セシメルト云フコトハ如何ニモ不都合ト思ヒマシテ自分デサヘモ親権ニ服スル必要ノアルモノデアリマスカラシテ復タ自分ガ人

二、対シテ親權ヲ行フト云フノハイカナイト致シマシタ」。⁽²⁾

三六

梅博士の説明からも明らかのように、未成年親権者自身が親権に服しながら、その子に対して親権を行うことの不合理さこそが、親権代行制度を導入する根拠であった。そして、このような理解は、明治民法施行後から昭和前期までの学説において広く受容されていた。⁽³⁾

ところで、法典調査会の議論においては、明治民法八九五条の立法に際して、当時のBGB草案を参照した旨が述べられている。⁽⁴⁾しかしながら、参照したとされる当時のBGB草案及びその後成立したBGB規定と明治民法八九五条とを比較すると、それぞれの基本的な構造は、明らかに異なる。親権の代行に関する明治民法八九五条の策定においては、ドイツ法の影響よりも、戸主権の代行（代表）について規定していた旧民法人事編二五七条の影響の方が大きかったのではないかと推察されるが、ここでは問題の指摘にとどめたい。

(二) 親権の帰属と親権行使能力

親権の代行の際に親権が誰に帰属しているのかは、立法時の議論からは必ずしも明らかでない。立法後の学説においては、親権の帰属主体は、親権代行者ではなく、未成年親権者であるとする見解が支配的である。⁽⁵⁾具体的な親権者は、民法の親権者規定にしたがって決定される。はじめに述べたように、親権の代行が現在問題となるのは、未婚かつ未成年の父母であるので、原則的には婚姻外で子を生んだ未成年の母が子の親権者となり、父が認知した子の親権者と定められた場合には未成年の父が親権者になる（八一九条四項、五項）。

その上で問題となるのは、未成年親権者の親権行使能力である。前述のように、明治から大正期の多くの文献においては、自ら親権に服する未成年者が親権を行使することの不合理性が指摘されていたが、行為能力概念との関係が明晰化されていたとはいいい難い状況にあった。これに対して、親権者たる未成年者の行為能力、とりわけ身分行為能力の観点から分析を加え、理論的な根拠を与えたのは、中川善之助教授である。中川教授は、親権の行使を「身分よりの行為」⁽⁶⁾の二つに分類し、その行使のために要求される行為能力を「財産法上の概念と等しい」と述べる。⁽⁷⁾さらに、未成年者の親権については、親権代行制度の存在を前提としつつ、「……未成年者は親権を享有すること自体は許されても、之を行使すること、即ち親権者として子の上に身分的支配をなすことは許され」ないとする。⁽⁸⁾このことは、「……未成年者は親権に関し、権利能力を有するけれども行為能力を有しないといつてもよい」という一語に要される。⁽⁹⁾

以降の学説においては、親権行使能力について財産法上の行為能力に等しい能力が要求され、未成年親権者は、この能力を制限されているために、親権を行使することができないとの理解が支配的になる。⁽¹⁰⁾さらに、行為能力制限に伴う親権行使制限の範囲については、親権が財産管理権を当然に含むことから、身上監護と財産管理を区分することなく、親権全体の行使が制限されると解されている。⁽¹¹⁾親権行使能力とそれに伴う親権行使制限の範囲に関する学説の理解からは、未成年親権者は、親権行使能力を欠き、親権の行使から完全に排除されるといふ命題が導出される。

(三) 親権代行制度の基本構造と問題

① 制度の基本構造

「親権の代行」制度は、「親権の代理」⁽¹²⁾又は「代理行使」⁽¹³⁾と表現される場合がある一方で、「代位行使」⁽¹⁴⁾と表現され

る場合もあり、用語において一部混乱もみられる。では、親権代行の法的な構造はどのように理解されるのだろうか。学説における基本的な理解を整理しておこう。⁽¹⁵⁾

親権代行制度の本質的な機能は、当然のことながら親権代行機能である。親権代行者は、未成年親権者に代わって親権者となるのではなく、あくまでも親権者たる父母に帰属する親権を代わりに行使すると理解されている。⁽¹⁶⁾ 代行される親権の範囲は、原則として、親権の全体、つまり財産管理だけでなく身上監護にも及ぶ。⁽¹⁷⁾ その一方で、親権代行者が代行できる親権は、未成年親権者に対して有する親権の範囲に限定されることになる。したがって、親権代行者が未成年親権者に対する親権の一部（例えば、身上監護権）だけを有する場合には、親権代行者は、その範囲でのみ親権を代行する。

この他に親権代行制度には次の二つの機能がある。第一は、後見開始阻害機能である。親権代行の場合には、「未成年者に対して親権を行う者がいないとき、又は親権を行う者が管理権を有しないとき」（八三八条一号）とはならず、その結果として後見は開始しない。⁽¹⁸⁾ 第二は、代理人が行う能力者である必要はない旨を規定する一〇二条の適用排除機能である。親権の代行に関する八三三条は、制限行為能力者が法定代理人となることを禁止した特別規定として理解されるため、⁽¹⁹⁾ 未成年親権者は、子の親権者でありながら法定代理人とはならないのである。⁽²⁰⁾ 子の法定代理権は、親権代行者がこれを使用することになる。その際に、親権代行者は、未成年親権者の代理人として当該父母の名において代理権を行使するのではなく、代行される親権に服する子の名において代理権を行使すると理解されている。⁽²¹⁾ この意味においては、親権代行者の法定代理権の行使を「法定復代理関係」⁽²²⁾ とみることとできる。なお、親権代行者が未成年親権者を復代理人に選任することで（一〇六条）、当該未成年親権者も子の復代理人として行為することができる

か否かについては学説上争いがある。⁽²³⁾

② 制度の問題

親権代行制度は、明治民法の時代から現在に至るまで、学説からの批判に晒されてきた。一連の批判の根底にあるのは、未成年親権者にも親権又は親権の権能の一部（特に、身上監護権）が認められるべきであるという問題意識である。

明治民法下においてすでに、穂積重遠教授は、親権・戸主権の代行に関する明治民法八九五条の合理性について、「戸主権については至極適当だが、親権については疑問があり得るのであつて、未成年者と云つた所で子がある程だから既に成年に近い筈故、親権はやはり自身に行はせ、財産上の行為については其親権者又は後見人の同意を要することにした方がよかつたのではあるまいか」と述べていた。⁽²⁴⁾ この他にも、中島玉吉教授は、親権代行制度が未成年親権者の親権への関与を排除していることを「世ノ實際ト遠サカルコト甚シ」と批判した上で、未成年親権者に対して同意を与えることで親権の行使を許すべきであると主張し、⁽²⁵⁾ 薬師寺志光教授は、立法論として親権代行制度自体の廃止を主張していた。⁽²⁶⁾

戦後の民法改正によって婚姻による成年擬制が導入された後には、親権の代行は、婚外子の父母が未成年である場合のみ問題となる。戦後の学説においては、成年擬制導入後の親権代行制度の存在理由に対する疑念が述べられるだけでなく、⁽²⁷⁾ これが「婚外子に対する差別の一つ」であるとの指摘もなされる。⁽²⁸⁾ さらに、親権代行制度について次の二つの立法論的な方向性が示されていた。

第一は、戦後導入された成年擬制によって「婚姻が、未成年者をも一躍成年者にまで、精神年齢を高めさせるのであれば、子の母となつたこと、もしくは父となつたことによつても、精神年齢の飛躍があつたことを、場合によつては肯定してよくはあるまいか」という問題意識を前提として、未成年の母が婚姻外で子を生んだ場合にも、家庭裁判所の許可を条件として親権を認めようとする立場である⁽²⁹⁾。

第二は、未成年親権者にも法律によつて子に対する監護権限を認めるという立場である。「立法論として、親権を身上監護権と財産管理権とに二分するならば、身上監護権だけは未成年者及び準禁治産者にも認めることが至当である⁽³⁰⁾」、「なるほど、未成年者は他人の監護人となることは不適當である。しかし、未成年であつても自己の子を監護することには何ら妨げはないはずである⁽³¹⁾」という主張がこれに属する⁽³²⁾。この立場はさらに、昭和三四年に公表された『法制審議会民法部会小委員会における仮決定及び留保事項(その二)』においても、「第八三三条については、身上の監護に関する権利義務は未成年の親権者に行わせることとするが、財産の管理に関する権利義務をいかにすべきかにつき、なお検討する⁽³³⁾」(第四八)として提案されたが、現在に至るまで法改正は実現していない。その一方で、明山和夫教授は、①親権代行者が監護をなす上で未成年親権者を補助者として使用する結果として、未成年者が一定の限度で監護に関与する可能性があること、②意思能力のある未成年者も監護の受託契約を締結することが可能であるとして、親権代行者が監護の代行を未成年親権者に委託することができるという二つの解釈論的可能性を主張している⁽³⁴⁾。

以上のように、未成年親権者が親権から一律に排除されることに対して学説は批判的であり、未成年親権者にも親権、あるいは少なくとも身上監護権の行使を認めるべきであることが立法論的な課題として強く認識されてきたといふことができる。では、立法時に参考にしたともされるドイツ法においては、未成年者の親権(配慮権)はどのよう

に扱われているのであろうか。

三 ドイツ法の状況

(一) 配慮権の停止

ドイツ法は、伝統的に配慮権の停止に関する明文規定を置いている。まずは配慮権の停止がどのように扱われているのかを確認しよう。BGBにおいては、父母の配慮権が停止する場面として、(α) 法的な障害事由がある場合(BGB一六七三条)、(β) 事実上の障害事由がある場合(BGB一六七四條)の二つの場面が予定されている。⁽³⁵⁾さらに、BGB一六七三條の(α) 法的な障害事由には、(α) ①父母が行為無能力(geschäftsunfähig)である場合(二項)と(α) ②父母が行為能力を制限されている場合(二項一文)の二つの場合が含まれる。⁽³⁶⁾このように行為能力の不存在と制限が配慮権の停止原因とされる背景には、「他者に対する法的な配慮責任は、自己の事務について完全な法的行為権限を備えている者だけに帰属する」という基本的な考えがある。⁽³⁷⁾なお、BGB一六七四條の(β) 事実上の障害事由による停止は、父母が長期にわたって親の配慮を事実上行使することができないことが家庭裁判所によって確認されることを前提としている(二項)。⁽³⁸⁾

父母の配慮権が停止する場合の一般的な効力として、配慮権を停止された父母は、配慮権を行使する権限を有しない(BGB一六七五條)。但し、父母と子との交流(Umgang)は、父母の配慮権が停止した場合であっても、そのことによって直ちに制限されない。⁽³⁹⁾親の配慮の停止は、(α) 父母の配慮権が法的障害事由に基づいて停止している場合

には、停止原因がなくなると自動的に⁽⁴⁰⁾、(β)事実上の障害事由によって停止している場合には、停止原因がもはや存在しないことが家庭裁判所によって確認されることによつて(BGB一六七四条二項、終了する)。

現行のドイツ法によれば、一八歳に達することによつて成年(Volljährigkeit)となるため(BGB二条)⁽⁴¹⁾、未成年者は、一八歳未満の者を指す。また、BGB一〇四条によれば、七歳に達しない者(一号)及び精神的な障害のために自由な意思形成ができない者(二号)は、行為無能力者とされている。これに対して、制限行為能力者は、七歳以上の未成年者である(BGB一〇六条)。ドイツ法における未成年者の能力概念について特に注意しなければならないのは、未成年者の婚姻による能力の取得に対する基本的な態度が現行の日本法とは異なる点である。周知のように、成年擬制は、スイス法及びフランス法に由来する制度であるが、BGBは、その制定当時に「婚姻は人を成人にする(Helbstmacht mündig)」という原則を採用しない旨を明言し、その結果として、未成年者の婚姻による配慮権の終了も予定しなかつたのである。⁽⁴⁴⁾ドイツにおいては、未成年者の婚姻締結は、現在でもなお該未成年者の行為能力の制限に変更を加えないと解されている。⁽⁴⁵⁾婚姻した未成年者は、後述する事実上の身上配慮からは解放されることになるが(BGB一六三条)、当該未成年者に対する配慮権(特に、財産配慮、法定代理)は、成年になるまで継続するのである。⁽⁴⁶⁾

実際的な出産可能年齢をも顧慮すれば、未成年者たる父母はほほすべて、七歳以上一八歳未満の者であるといつてよいだろう。⁽⁴⁷⁾それゆえ、未成年者たる父母は、(α)―②父母が行為能力を制限されている場合に該当し、婚姻しているか否かにかかわらず配慮権を停止されることとなる。逆にいえば、BGB一六七三条二項一文によつて配慮権が停止されるのは、未成年者たる父母に限定されるのである。⁽⁴⁸⁾しかしながら、この場合には、未成年者たる父母の配慮権全体が停止するのではなく、―前述のBGB一六七五条の文言に反して―配慮権限の一部については未成年者たる

父母に対しても認められる。その構造について、次節で詳しくみることにしよう。

(二) 未成年者たる父母の配慮権

BGB一六七三条二項二文は、「子に対する身上配慮は、子の法定代理人と並んで、行為能力が制限された父母の一方に帰属する…子の代理について、当該父母の一方は、権限を与えられない」と規定する。前述のように、子の父母が未成年者である場合には、当該父母の配慮権は法律上当然に停止することとなるが、その場合にも、身上配慮だけは、未成年者たる父母にも帰属するのである。このことから、未成年者たる父母の親の配慮については、財産配慮と法定代理権のみが停止し、『事実上の身上配慮 (Falschliche Personensorge)』については停止の効力が及ばないと解されている。⁽⁴⁹⁾つまり、ドイツ法においては、事実上の身上配慮の行使に関する限りは、父母が行為能力を制限されているか否かにかかわらず実親にこれを委ねることが認められるのである。⁽⁵⁰⁾

ここでいう『事実上の身上配慮』には、代理に属さないあらゆる身上配慮に関する行為が含まれるが、⁽⁵¹⁾実際に子の身上の事務に関する代理と事実上の身上配慮の間の峻別は容易でないとの指摘もある。⁽⁵²⁾より具体的には、子の監護及び教育に関する権利、居所指定権 (BGB一六三一条一項)、子の引渡しに関する権利 (BGB一六三二条一項)、子の出生氏 (Geburtsname) の決定 (BGB一六一七条以下) 及び子の名の決定に関する権限、子の健康に関する配慮、子に対する医療的なケアの決定、学校を選択、身分局への出生届の提出義務 (身分登録法 (Personenstandsgesetz) 一八条一九条) などが『事実上の身上配慮』に含まれる。⁽⁵³⁾

さらに、一九二一年七月一五日の「宗教上の子の教育に関する法律 (Gesetz über die religiöse Kinderziehung, RGBl.

Ⅰ S. 936) — 以下、宗教教育法 — によれば、子の宗教上の教育に関する決定は、子の身上を配慮する権利及び義務を有する父母の合意によって行われ (宗教教育法一条一文)、「社会法典第八編 (S G B VIII) — 児童ならびに少年援助 (Kinder- und Jugendhilfe) —」によれば、教育援助の請求権を有するのは、「身上配慮権者 (Personensorgeberechtigter)」であると定められている (S G B VIII 二七条一項⁽⁵⁴⁾)。

これらの法律及び解釈上認められる諸権利・義務は、未成年者であるがゆえにその配慮権が停止している父母もまた、行使することができるのである。B G B 第一草案理由書は、配慮権の行使を停止される父母に対してこのような一定の自立性を認めた理由として、父母の自立性が「自然の関係 (natürlichen Verhältnissen)」に適合することを挙げ、さらに、父母の自立性が子の身上に対する事実上の配慮だけに關係しており、子の身上の事務における代理には關係しないことから、それについて「懸念する必要はない (unbedenklich)」と説明していた⁽⁵⁵⁾。

もっとも、未成年者たる父母は、事実上の身上配慮を単独で行使するわけではなく、子の法定代理人と並んでこれを行使用することになる。この意味で、未成年者たる父母の配慮権は、「共同的拘束を受けた (gemeinschaftsgebunden)」状態にあるといえる⁽⁵⁶⁾。未成年者たる父母本人も基本的にはその父母の配慮権に服することになるが、当該未成年者たる父母の父母 (＝生まれた子の祖父母) の配慮権からは、未成年者たる父母の配慮法上の決定に対する「影響力のある権限 (Einwirkungsbezugnis)」は生じず、未成年者たる父母は、その限りで自己の配慮権者から独立した法的地位を有している⁽⁵⁷⁾。

未成年者たる父母にも事実上の身上配慮の行使が認められるのに対して、当該父母は、法定代理からは排除される (B G B 一六七三条二項二文)。では、誰が子の法定代理人になるのか。この点、父母が互いに婚姻している場合⁽⁵⁸⁾、あ

るいは、父母が互いに婚姻していないが共同配慮権者となる場合⁽⁵⁹⁾であつてかつ父母の他方が行為能力を制限されていない場合には、当該父母の他方が子の法定代理人となり（BGB一六七八条一項）、その他の場合には、後見人（BGB一七七三条一項、一七九一条一項一文、一七九三条一項一文）あるいは保護人（BGB一九〇九条一項一文、一九一五条一項）が子の法定代理人となる⁽⁶⁰⁾。法定代理人が子の事務に関して未成年者たる父母に対して個別的に代理権の付与（Bevollmächtigung）を行なう場合には、当該事務が法律上あるいは事物の性質上代理になじまない場合を除いて、未成年者たる父母も子の事務に関する代理行為を行なうことができる⁽⁶¹⁾とされている（BGB一六五条参照）。

（三） 配慮をめぐる意見の相違とその調整

前述のように、子の法定代理人と並んではあるが、未成年者たる父母の一方も事実上の身上配慮を行使することができることから、子の法定代理人の意見と未成年者たる父母の一方の意見とが相違した際にその相違をいかに調整するかという問題が必然的に生じる。ドイツ法においては、未成年者たる父母の意見が対立するのが「後見人／保護人」の意見であるのか、それとも「共同配慮権者たる父母の他方」の意見であるのかによって、さらに、相違する意見が「事実上の身上配慮」に関するものであるか否かによって、異なる解決策が採られている。以下では、それぞれの区分に留意しつつ、意見対立の調整方法について確認しよう。

① 後見人／保護人との関係

未成年者に法定代理権者たる父母がない場合には、子のために後見人（Vormund）が選任されなければならない

(BGB一七七三条一項)。さらに、子が婚姻外で出生し、かつ、子が後見人が必要とするケースでは、法律上、少年局が後見人となる法定官庁後見 (gesetzliche Amtsvormundschat) が予定されている (BGB一七九c条一項一文)。少年局による官庁後見が実務において特に問題となるは、子の単独配慮権者である母が未成年者である場合である。⁽⁶²⁾ 父母あるいは後見人が特定の事務の処理を阻止されている場合には、当該事務について、親の配慮あるいは後見に服する者のために保護人 (Pflege) が選任される (BGB一九〇九条一項一文)。

未成年者たる父母と後見人／保護人の意見が子の事実上の身上配慮に関して相違する場合には、未成年者たる父母の意見に優先権が認められる (BGB一六七三条二項三文)。例えば、前述のように居所指定権は事実上の身上配慮に属するため、未成年者たる母が後見人の意に反して子を乳児院から引き取ろうとする場合には、母の意向が優先するとされる。⁽⁶³⁾ さらに、子が教育されるべき宗教上の信仰の決定に関して未成年者たる父母と後見人／保護人の意見が相違した場合にも、BGB一六六六条に基づいて未成年者たる父母から宗教教育権が剥奪されていない限りで、未成年者たる父母の意見に優先権が認められる (宗教教育法三条一項)。⁽⁶⁴⁾

このように未成年者たる父母と後見人／保護人の意見が事実上の身上配慮の領域のみに関して相違している場合には、未成年者たる父母の意見が優先するためにそれほど困難な問題は生じない。問題となるのは、事実上の身上配慮について意見が対立しており、かつ、事実上の身上配慮を實行する上で代理行為が不可避免的に必要となるケースである。典型例としては、医師契約 (Arztvertrag) や病院契約 (Krankenhausvertrag) の締結に際して医療的措置の選択に関する意見が対立することが考えられる。⁽⁶⁵⁾ ドイツの学説においては、このような事実上の身上配慮と代理が交錯するケースで、後見人／保護人が未成年者たる父母の判断に拘束されないとすることは、事実上の身上配慮について未成年

年者たる父母に優先権を認めたBGB一六七三条二項三文を画餅に帰す結果となることから、未成年者たる父母は—配慮権喪失事由（BGB一六六六条参照）に該当しない限りではあるが—、自己の判断と矛盾する代理行為を後見人／保護人に対して禁止することができるだけでなく、自己の判断に適合した代理行為を後見人／保護人に対して強制することもできると解されている。⁽⁶⁶⁾つまり、このような未成年者たる父母の優先権は、身上配慮の事務における法定代理人に対する「指示権（Weisungrecht）」をも意味するのである。⁽⁶⁷⁾

これに対して、身上配慮と財産配慮の二つの領域にまたがる子の事務について未成年者たる父母と後見人／保護人の意見が相違する場合には、BGB一六三〇条二項にしたがって、家庭裁判所がこれを判断することになると解されている。⁽⁶⁸⁾

② 共同配慮権者たる父母の他方との関係

配慮権が父母に共同して帰属しており、かつ、父母の一方の配慮権行使が事実上阻害されているあるいはその配慮権が停止している場合には、父母の他方が単独で親の配慮を行使することになる（BGB一六七八条一項）。父母の一方が未成年者であるために配慮権の行使を停止されている場合には、当該未成年者たる父母の一方と父母の他方は、事実上の身上配慮に関する限りにおいて同権的地位に立つ。⁽⁶⁹⁾それゆえ、父母間で事実上の身上配慮に関する意見が相違した際には、配慮権の一般原則にしたがって、両者は合意に至る努力をしなければならず（BGB一六二七条二文）、合意に至ることができない場合には、家庭裁判所は、父母の一方の申立てに基づいて、争われている事実上の身上配慮に関する事務についての決定権限を父母の一方に移譲することになる（BGB一六二八条）。共同配慮権者たる父母

の一方が未成年者であり、身上配慮と財産配慮の二つの領域にかかわる意見が父母間で相違する場合にも、後見人／保護人との関係においてBGB一六三〇条二項にしたがって解決するのは異なり、BGB一六二八条にしたがって解決することになる。⁽⁷⁰⁾

四 検 討

前節までに、日本法における親権代行制度とドイツ法における未成年者の配慮権について、それぞれの基本構造を明らかにした。日本法とドイツ法の基本構造の異同は、次の三点に要約できる。

第一は、未成年者の親権行使に対する基本的な態度が異なることである。すなわち、日本法においては、未成年親権者は、その行為能力制限を理由として、親権行使から全面的に排除されるのに対して、ドイツ法においては、未成年者たる父母にも事実上の身上配慮の行使を認めるのである。つまり、ドイツ法は、制限行為能力者であることを理由として、未成年者たる父母を事実上の身上配慮の行使から排除しないのである。このようなドイツ法の基本構造は、BGB第一草案以降現在に至るまで貫徹されているが、立法時にドイツ法を参照したとされる日本法では、未成年親権者に対する身上監護権の付与は導入されなかった。ドイツ法の観察からは、代理行為に関わらない事実上の身上配慮を、行為能力の制限された未成年者から当然に奪い取る合理性はないことが明らかになる。

第二は、日本の親権代行者とドイツの法定代理人の法的な権限に関する相違である。ドイツ法においては、子の法定代理人（父母の他方又は後見人／保護人）の固有の権限として配慮権の行使が認められており、日本法の親権代行制

度におけるように、未成年親権者の親権者又は後見人がその職務として親権を代行するという構成は採られていない。ドイツ法ではさらに、未成年者たる父母にも事実上の身上配慮の行使が認められるために、事実上の身上配慮に関する権限は、子の法定代理人と未成年者たる父母に併存的に帰属し、事実上の身上配慮に関する意見が未成年者たる父母と法定代理人との間で相違する場合には、その調整が必要となる。後見人／保護人との間で意見が相違する場合には、未成年者たる父母の意見が優先し、子の法定代理人となっている父母の他方との間で意見が相違する場合には、父母間の意見対立は、配慮権の一般原則にしたがい、最終的には家庭裁判所の判断によって解決されることになる。

第三は、子の法定代理関係についての日本法とドイツ法の異同である。子の法定代理権について、日本法では親権代行者がこれを行使し、ドイツ法では法定代理人がこれを行うため、未成年者たる父母本人が法定代理権を行使できないとされる点では共通している。しかし、ドイツ法においては、後見人／保護人が子の法定代理人となる場合に、未成年者たる父母は、事実上の身上配慮に関連した代理行為にも実質的な影響力を及ぼすことができると解されている。つまり、子の法定代理という対外的な関係においては、法定代理人がこれを代表するが、未成年者たる父母と後見人／保護人との間の内部的関係においては、事実上の身上配慮に関する限り未成年者たる父母の意見が優位するのである。

以上の法制度の比較からは、日本法の親権代行制度が未成年親権者を親権行使から排除することを前提としている点で、未成年親権者の親権への過剰な介入ではないかという疑問が生じる。より具体的にいえば、対外的な代理に聞かない限りで、未成年親権者を身上監護に関する権限から排除する必然性はないのかという疑問である。従前の改正論の基礎にもこのような問題意識があったように思われる。

筆者は、従来の学説において主張されてきた、未成年親権者にも身上監護を認めるべきであるという改正論の方向性を支持するが、さらに進んで、現行の親権代行制度のもとでこれを実現することも可能であると考ええる。すなわち、未成年者であることを理由とした親権行使の制限を法的障害事由に基づく親権の停止とみた上で、未成年親権者に帰属する親権は、財産管理及び法定代理の範囲でのみ停止し、親権代行者がこれを代行するが、身上監護については停止することなく、未成年親権者本人が行使することができるのである。確かに、財産管理及び法定代理については、財産法におけるのと同じの行為能力が要求されなければならない。しかし、身上監護、特に子を実際に監護・教育する権限については、そこまで高い能力を要求する必然性はないのである。⁽⁷⁾ そもそも、親権の代行は、未成年親権者が成年に達するまでの一時的な措置にすぎず、恒久的な措置ではないことに鑑みれば、親権全体を無条件で停止させること自体、過剰な介入である。また、未成年親権者に対して親権代行者より監護を委託するという技術的な方法を採用するよりも、未成年親権者固有の監護権限の行使を認める方が自然的な親子関係により適合するのではないだろうか。⁽⁸⁾

その一方で、法定代理権及び財産管理については、親権代行者によって代行されるものとするほかない。子と第三者との間の対外的な財産取引関係においては、親権代行者が第一義的に子を代理することになる。日本法においては、未成年者たる父母と後見人／保護人との間の意見対立調整に関するドイツ法のように、親権代行者と未成年親権者の優劣関係を規定していないが、身上監護の範囲で親権が停止することなく、未成年親権者も身上監護権を有効に行役できることを前提とすれば、未成年親権者と親権代行者の間の内部的関係においては、身上監護に関する未成年者の意見が尊重されるべきである。

親権代行制度のもとで未成年親権者に身上監護権を認めることには、単に未成年親権者の第一次的な養育権限を法的に保障するだけでなく、未成年親権者と子との間の養育関係が公的な援助対象となることを明確にする意義もある。実際に未成年親権者が子を養育することを望んでいる場合であっても、社会的・経済的な事情からこれが困難である場合には、まずは未成年親権者と子との間の養育関係が援助対象とされなければならない。⁽⁷³⁾ 未成年親権者の民法上の養育関係を明確にし、未成年親権者による子育てを公的な援助対象とすることは、子の養育及び発達に対する父母の第一義的な責任と父母による子の養育責任の遂行に対する国の援助を定めた児童の権利に関する条約一八条にも適合する。⁽⁷⁴⁾

さらに解釈論としてであれ、立法論としてであれ、未成年親権者による身上監護権の行使を認める場合には、未成年親権者に対して子の縁組手続への関与、特に縁組同意権を保障することも検討課題となるだろう。養子縁組の成立は、未成年親権者が子の親権を将来的に行使する可能性を失うという重大な効果を伴う（八一八条二項参照）。子が特別養子になる場合には、特別養子縁組の意味を理解する能力が備わっている限りで、⁽⁷⁵⁾ 未成年親権者にも縁組に対する同意権が認められており（八一七条の六本文）、⁽⁷⁶⁾ 縁組手続に関与する道が開かれている。これに対して、普通未成年養子縁組においては、養子となる者が一五歳未満である場合に、子の法定代理人が養子に代わって縁組の承諾をすることとなる（七九七条一項…代諾縁組）。養子となる子の父母が未成年者である場合には、未成年親権者が代諾することはできず、親権代行者が未成年親権者の代諾権を代行するものと解されている。⁽⁷⁷⁾ しかしながら、未成年親権者にも子に対する身上監護に関する権限を認める場合には、親権代行者の代諾のみで監護に関する権限を未成年親権者が失うことは極めて深刻な問題であると考えられる。確かに、未成年親権者については、家庭裁判所の許可審判を必要とする

縁組手続において、関係者としてその意見を聴かれる可能性もあるだろうが、さらに一歩進めて父母本人の実体法上の権利として縁組手続に関与する機会が保障されるべきではないだろうか。⁽⁷⁸⁾例えば、親権代行者によってその親権を代行される未成年親権者には、七九七条二項の「養子となる者の父母でその監護をなすべき者であるもの」として又はそれに準ずる者として、普通未成年養子縁組に対する同意権を認める可能性もあるだろう。⁽⁷⁹⁾もつとも、これは、代諾要件自体の合理性及び非親権者の縁組手続への関与の問題⁽⁸⁰⁾にもかかわる重大な問題である。本稿では、上述の問題の指摘にとどめておこう。

本稿では、親権代行制度の基本構造を明らかにすることを試みた。親権代行制度の個別的な問題や身上監護権の具体的な内容なども解明されなければならないが、これらの究明については他日を期すほかない。それでも、未成年親権者の行為能力を理由とした親権からの一律的な排除の不合理性と未成年親権者への身上監護権付与の一解釈論的可能性を示すことができた。未成年親権者の養育権限を明確にしつつ、一方で未成年親権者による養育を公的な援助対象とし、他方で未成年親権者に対して養子縁組手続への関与の道を開くことは、子に対する養育方針を自ら決定する選択権を未成年親権者のために確保することに他ならない。このような理解に立った上で、未成年者が婚姻外で子をもうけるという現実を我々は正視する必要があるのではないだろうか。

(1) 本稿では、民法上の親権代行制度だけを検討対象とし、他の類似する諸制度については検討しない。民法以外の法律上の親権代行制度としては、家事事件手続法における親権者の職務執行停止及び職務代行者の選任(家事事件手続法一六六条、一七四条、一七五条)、児童福祉法における児童相談所長・児童福祉施設長による親権代行(児童福祉法三三条の二第一項、三三条の八第二項、四七条一項、二項)などがある。

- (2) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録六(日本近代立法資料叢書六)』(商事法務研究会、一九八四年)四七四～四七五頁。傍点は筆者による。
- (3) 奥田義人『民法親族法論全』(有斐閣、一八九八年)三七一頁、梅謙次郎『民法要義卷之四親族編』(有斐閣、一九二一年)三九〇～三九一頁、牧野菊之助『民法要綱親族編相統編』(巖松堂書店、一九二六年)七三三頁、同『日本親族法論(改訂三二版)』(巖松堂書店、一九二七年)三九一～三九二頁、和田于一『親子法論』(大同書院、一九二七年)五九四頁、外岡茂十郎『親族法概論(增訂五版)』(敬文堂、一九三六年)四七五頁
- (4) ここで参照したとされるのは、BGB第一草案一五〇三条一項、一五五四条二項、一六四九条、BGB第二草案一五二二条一項、一五八五条である(法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲書(注2)四七四頁、奥田・前掲書(注3)三七一頁参照)。この他に、グラウビュンデン民法及びチュールヒ民法にも同様の規定があるとされる。
- (5) 仁井田益太郎『親族法相統法論』(有斐閣、一九二五年)二八七頁、和田・前掲書(注3)五四八頁、穂積重遠『親族法』(岩波書店、一九三三年)五五六頁、中島弘道『民法親族相統法論(訂正第四版)』(清水書店、一九三五年)九四一頁、近藤英吉『親族法講義要綱』(弘文堂書房、一九三八年)一八四頁、薬師寺志光『日本親族法論下巻』(南郊社、一九四二年)九七七～九七八頁、中川善之助責任編集『註釈親族法(下)』(有斐閣、一九五二年)二七頁〔舟橋諄一執筆〕、一〇三頁〔薬師寺志光執筆〕
- (6) 中川教授は、身分行為を①行為の目標が直接的に身分の得喪変更に向けられる「身分への行為(形成的身分行為)」、②自己の身分を主張し、その身分に基づく身分法的支配をなす「身分よりの行為(支配的身分行為)」、③自己のために発生すべき身分のために予め特殊の取決めをなす「身分のための行為(付随的身分行為)」に分類する(中川善之助「身分行為に於ける能力と同意」『身分法の総則的課題―身分権及び身分行為―』(岩波書店、一九四一年)一一五～一二〇頁)。
- (7) 中川・前掲書(注6)一四六頁
- (8) 中川・前掲書(注6)一三八～一三九頁
- (9) 中川・前掲書(注6)一三九頁
- (10) 中川善之助『日本親族法―昭和十七年―』(日本評論社、一九四二年)三五一～三五二頁、我妻栄『親族法』(有斐閣、一九六一年)三二二頁、松坂佐一『民法提要親族法・相統法(第四版)』(有斐閣、一九九二年)一六三頁、中川高男『新版

親族・相続法講義』（ミネルヴァ書房、一九九五年）二五九頁、泉久雄『親族法』（有斐閣、一九九七年）三一頁、清水節『判例先例 親族法Ⅲ―親権―』（日本加除出版、二〇〇〇年）九頁、内田貴『民法Ⅳ 親族・相続（補訂版）』（東京大学出版会、二〇〇四年）二三八頁、佐藤隆夫『親権の判例総合解説』（信山社、二〇〇四年）五八頁、窪田充見『家族法 民法を学ぶ（第二版）』（有斐閣、二〇一三年）二八八頁など。これに対して、薬師寺志光教授は、親権の行使には「子の利益を適当に配慮し得るだけの能力」が要求されるとする（薬師寺・前掲書（注5）一〇六一頁、同『親族法概論』（法政大学出版局、一九五〇年）九九頁）。

(11) 我妻・前掲書（注10）三二二頁、三三四頁、内田・前掲書（注10）二三八頁など。なお、当時の準禁治産者の親権に関する議論ではあるが、身上監護と財産管理を区別して制限することが可能であるとする見解もある（薬師寺・前掲書（注5）九七七頁）。

(12) 我妻『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、一九六五年）七五頁、川島武宜『民法（三）―人・親族・法人―（改訂増補）』（有斐閣、一九五五年）一〇五頁

(13) 和田・前掲書（注3）五四八頁、五九四頁、穂積・前掲書（注5）五五六頁、中川善之助『親族法（新法律学全集一四巻）』（日本評論社、一九四〇年）二五一頁、中川責任編集・前掲書（注5）三二頁（舟橋諄一執筆）

(14) 川島・前掲書（注12）九五頁、近江幸治『民法講義Ⅶ 親族法・相続法』（成文堂、二〇一〇年）一六八頁

(15) 以下の整理は、中川責任編集・前掲書（注5）一〇二―一〇六頁（薬師寺志光執筆）、我妻・前掲書（注10）三三四頁、中川淳『改訂親族法逐条解説』（日本加除出版、一九九〇年）四七一―四七五頁、於保不二雄『中川淳編『新版注釈民法（二五）親族（五）親権・後見・保佐及び補助・扶養（改訂版）』（有斐閣、二〇〇四年）一七三―一八〇頁（明山和夫・國府剛執筆）に基づく。

(16) なお、親権の代行及びその代行者は戸籍の記載からこれを知ることができることから、親権の代行について特別な届出や戸籍記載は必要ないとされる（青木義人『大森政輔『全訂戸籍法』（日本評論社、一九八二年）三六〇頁）。

(17) さらに、親権代行者は、未成年親権者に代わって認知の訴えを提起することができる（大審院明治三八年四月一日判決（民録一輯四二九頁）、大審院大正四年九月一八日判決（民録二輯一四七七頁）、大審院大正八年一月二日判決（民録二五輯二二三頁）、大審院大正一一年四月六日判決（大民集一卷一七五頁））。

- (18) 中川善之助『新訂親族法』（青林書院新社、一九六七年）四九三頁、五四五頁
- (19) 我妻・前掲書（注12）三五二頁、川井健『民法概論① 民法総則（第四版）』（有斐閣、二〇〇八年）二二二頁、内田貴『民法 I 総則・物権総論（第四版）』（東京大学出版会、二〇〇八年）一六二頁、四宮和夫『能見善久『民法総則（第八版）』（弘文堂、二〇一〇年）三七七頁、我妻榮『有泉亭』清水誠『田山輝明』我妻・有泉コンメンタール民法―総則・物権・債権―（第三版）』（日本評論社、二〇一三年）二二七頁
- (20) 一〇二条はそもそも法定代理には適用されず、法定代理人は常に行為能力者でなければならぬとする見解も有力に主張されている（於保不二雄『民法総則講義』（有信堂、一九五一年）二二一―二二三頁、鈴木祿弥『民法総則講義（二訂版）』（創文社、二〇〇三年）一三九―二四〇頁、内田・前掲書（注19）二六二頁、河上正二『民法総則講義』（日本評論社、二〇〇七年）四四五頁、石田穰『民法総則』（信山社、二〇一四年）七九二頁）。
- なお、平成二七年二月一〇日に法制審議会民法（債権関係）部会において決定された「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」の第四「三 代理人の行為能力（民法第一〇二条関係）」では、制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人としてした行為が取消しの対象となるとされる。
- (21) 我妻・前掲書（注10）三三四頁。薬師寺教授は、親権者たる未成年者の親権的保護の任務が親権代行者に移行し、親権代行者自身の任務として親権に服する子の保護を担当すると解している（薬師寺志光『親権の代行』法学志林四三巻一〇号（一九四一年）四頁）。
- (22) 石川利夫『家族法講義（上）（親族法）（改訂五版）』（評論社、一九八七年）二六五頁
- (23) 於保不二雄編・前掲書（注15）一七九―一八〇頁（明山和夫・國府剛執筆）参照
- (24) 穂積・前掲書（注5）六〇〇頁（同書五六頁も参照）。同様の主張として、角田幸吉『日本親子法論』（有斐閣、一九四一年）四七〇頁の注二がある。
- (25) 中島玉吉『民法積義 卷之四 親族篇』（金刺芳流堂、一九三七年）七〇一―七〇二頁
- (26) 薬師寺・前掲論文（注21）四頁
- (27) 中川・前掲書（注18）五二二頁
- (28) 於保不二雄編『注釈民法（二三） 親族（四） 親権・後見・扶養』（有斐閣、一九六九年）八頁〔於保不二雄執筆〕

- (29) 我妻栄＝立石芳枝『親族法・相続法（法律学体系コンメンタール篇四）』（日本評論新社、一九五二年）一〇〇～一〇二頁、二九〇頁
- (30) 我妻・前掲書(注10)三二二頁。なお、我妻教授は、戦後の民法改正直後に、「……親権という個人的な問題については、むしろ、婚姻を問題とせず、すべて親は子に対してみずから親権を行うものとした方が、よかつたのではないかと考えられる」と述べていた（我妻『改正親族・相続法解説』（日本評論社、一九四九年）一一六頁）。
- (31) 於保編・前掲書(注28)八頁（於保不二雄執筆）
- (32) この他に、柚木馨『親族法』（有斐閣、一九五〇年）二二二頁なども同様の主張を行う。
- (33) その理由について、「監護権はその性質上未成年の親権者自身に行わせるのが妥当であると考えられるが、財産管理については自己の財産の管理もできないので問題がある」と説明されている（法務省民事局「民法親族編の改正について―法制審議会民法部会小委員会における―」法律時報三二巻九号（一九五九年）八七頁）。傍点は筆者による。
- (34) 於保編・前掲書(注28)一四九頁（明山和夫執筆）、於保＝中川編・前掲書(注15)一八〇頁（明山和夫・國府剛執筆）
- (35) この他に、BGB一七五一条一項一文に於いて、父母が養子縁組に対して同意を与えた場合にも、配慮権は、その反射的効果として停止する。Vgl. Staudinger/Coester, BGB (Neubearbeitung 2009), Vorbem. zu §§ 1673-1698b Rn. 3 (= S. 423.)
- (36) これらの場合には、法律上当然に配慮権は停止し、これらの事由の存否を裁判所が確認する必要はないとされる。Vgl. NomosKomm/Rakete-Dombek, BGB Bd. 4: Familienrecht, 3. Aufl., 2014, § 1673 Rn. 3 (= S. 1865.)
- (37) Staudinger/Coester, aa.O. (Fn. 35), § 1673 Rn. 1 (= S. 426.)
- (38) その例としては、長期かつ継続的な在監（Strafhaft）、海外移住及び滞在などが挙げられる。Vgl. H. Dölle, Familienrecht Bd. II, 1965, S. 246; M. Kirsch, Das Ruhen der elterlichen Sorge, Rpfleger 1988, S. 236.
- (39) Staudinger/Coester, aa.O. (Fn. 35), § 1675 Rn. 3 (= S. 445); MünchKomm/Hennemann, BGB Bd. 8: Familienrecht II: SGB III, 6. Aufl., 2012, § 1673 Rn. 4 (= S. 918.)
- (40) 行為無能力者あるいは制限行為能力者たる父母が完全な行為能力を（再び）取得した場合には、停止の効力は、自動的に消滅する。Vgl. H. Dölle, aa.O. (Fn. 38), S. 246; Staudinger/Coester, aa.O. (Fn. 35), § 1673 Rn. 14 (= S. 430.); Rn. 23 (= S.

- (41) BGB施行時の成人年齢は「二一歳」であったが、これは、一九七四年七月三十一日の「成人年齢の新規整のための法律 (Gesetz zur Neuregelung des Volljährigkeitsalters, BGBl. I1713) (一九七五年一月一日施行)」によって「一八歳」に引き下げられた。
- (42) 青山道夫「有地亨編『新版注釈民法(二一)親族(一)』(有斐閣、一九八九年)三七七頁〔中川高男執筆〕」
- (43) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I, Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, 1888, S. 57ff. = B. Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, 1899, S. 38ff. 以下 Motive, Mugdan 以下引用。
- (44) Staudinger/Engelmann, BGB (7./8. neubearbeitete Aufl.), 1913, Vorbem. zu §§ 1676-1683. (= S. 1012.) Vgl. Motive, Bd. IV, Familienrecht, 1888, S. 827ff. = Mugdan, Bd. IV, Familienrecht, 1899, S. 439.
- (45) Staudinger/H.-G. Knoke, BGB (Neubearbeitung 2012), 2012, § 106 Rn. 2 (= S. 326.)
- (46) Staudinger/Peschel-Gutzeit, BGB (Neubearbeitung 2007), 2007, § 1633 Rn. 7 (= S. 617.)
- (47) コッペドイツにおける一八歳未満の母の出産の状況について確認しておこう。二〇二二年の統計によれば、ドイツにおける全出生数：六七三、五四四人のうち、一八歳未満の母の生んだ子は、二、九二〇人であった(全出生子数の〇・四%に相当)。さらに、婚外出生総数：二二三、三三八三人に対して、一八歳未満の母が婚姻外で生んだ子は、二、一八五人であった(婚外出生子の二・二%に相当)。未成年出生数に占める婚外出生数の割合は、九七・八%に達する。成人年齢や婚姻適齢(婚姻能力)などに関する制度の相違はあるものの、ドイツにおける未成年母の出産は、婚姻外での出産が日本と比べて圧倒的に高いことが分かる。Vgl. Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch: Deutschland und Internationales 2014, 2014, S. 35.
- (48) 一九九〇年九月二二日の「世話法(Betreuungsgesetz, BGBI. I 2002) (一九九二年一月一日施行)」による改正前のドイツ法では、身体的な障害を理由として父母の身上及び財産に関する保護人が選任された場合(障害保護(Gebrechlichkeitspflegschaft))も、配慮権の停止対象となっていたが(BGB旧一六七三条二項一文、旧一九一〇条一項)、一九九二年に同制度が廃止されて以降、BGB一六七三条二項一文の対象は、未成年者たる父母の一方だけに限定されてくる。Vgl. Staudinger/Coester, aaO. (Fn. 35), § 1673 Rn. 5 (= S. 427.), § 1673 Rn. 19 (= S.431.) ; NomosKommV/Rakete-Dombek aaO. (Fn. 36), § 1673 Rn. 6

- (= S. 1865.)
- (49) Staudinger/Coester, aaO. (Fn. 35), § 1673 Rn. 5 (= S. 427), § 1673 Rn. 20 (= S. 432); J. Gernhuber/D. Coester-Waltjen, Familienrecht, 6., völlig neu bearbeitete Aufl., 2010, § 64 III Rn. 12 (= S. 820.)
- (50) 一八九六年から一九六九年非嫡出子法による改正まで適用されていたBGB旧一七〇七条において、非嫡出子の母の親権を否定する一方で、「母は子の身上を監護する権利を有し義務を負うが、子を代理する権利を有しない」と規定していたことも、実親に身上配慮(監護)に関する権限はとどめようとするドイツの法思想の現れであるといえるだろう。
- (51) NomosKomm/Rakete-Dombek, aaO. (Fn. 36), § 1626 Rn. 10 (= S. 1724.)
- (52) Staudinger/Peschel-Gutzeit, aaO. (Fn. 46), § 1626 Rn. 60 (= S. 120.)
- (53) Staudinger/Peschel-Gutzeit, aaO. (Fn. 46), § 1626 Rn. 58 (= S. 116ff.); MünchKomm/Huber, BGB Bd. 8, Familienrecht: SGB III, 6. Aufl., 2012, § 1626 Rn. 33 (= S. 621.) Vgl. auch, Staudinger/Coester, aaO. (Fn. 35), § 1673 Rn. 24 (= S. 433.)
- (54) R. Wiesner (Hrsg.), SGB III: Kinder- und Jugendhilfe Kommentar, 4. Aufl., 2011, § 27 Rn. 3 (= S. 337f.); Münder/Meysen/Trenzcek (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum SGB III: Kinder- und Jugendhilfe, 7. Aufl., 2013, § 27 Rn. 33-34 (= S. 340.)
- (55) Motive, Bd. IV, Familienrecht, 1888, S. 820f., S. 862f. = Mugdan, Bd. IV, Familienrecht, 1899, S. 435, S. 457.
- (56) Staudinger/Coester, aaO. (Fn. 35), § 1673 Rn. 5 (= S. 427), § 1673 Rn. 20 (= S. 432); NomosKomm/Rakete-Dombek, aaO. (Fn. 36), § 1673 Rn. 8 (= S. 1865.)
- (57) Staudinger/Coester, aaO. (Fn. 35), § 1673 Rn. 25 (= S. 433.)
- (58) ドイツでは、夫婦の一方は成年である(BGB一三〇三条参照)。
- (59) 現在のドイツ法では、父母が婚姻していない際にも、父母が配慮を共同して引き受けるつもりである旨の意思表示をした場合(BGB一六二六a条一項一号; 配慮表明)、あるいは、家庭裁判所が婚外子の父母に配慮権を共同して移譲する場合(BGB一六二六a条一項三号、二項)に父母の共同配慮を認めている。最新のドイツ法の状況については、拙稿「ドイツの新しい婚外子配慮法―二〇一三年四月一六日改正法の意義と問題―」法學新報一二〇巻七・八号(二〇一四年)二二五―二四九頁参照。
- (60) Bamberger/Roth/Veit, Kommentar zum BGB Bd. 3, 3. Aufl., 2012, § 1673 Rn. 3 (= S. 1016.)

- (18) R. Ollmann, Die Stellung von minderjährigem Elternteil und Vormund nach § 1673II BGB, ZblJugR 1981, S. 46; Staudinger/Coester, aa.O. (Fn. 35), § 1673 Rn. 22 (= S. 432); Bamberger/ Roth/ Veit, aa.O. (Fn. 60), § 1673 Rn. 3 (= S. 1016.) Vgl. KGJ 38, A34; OLG Dresden, SeuffA 66 Nr. 115.
- (19) Bamberger/ Roth/ Bettin, Kommentar zum BGB Bd. 3, 3.Aufl., 2012 § 1791c Rn. 2 (= S.1220.); Staudinger/ Veit, BGB (Neubearbeitung 2014), 2014 § 1791c Rn. 12 (= S. 208.); Palandt/ Götz, BGB, 73. Aufl., 2014 § 1791c Rn. 2 (= S.2144.) Vgl. auch, H. Oberloskamp (Hrsg.), Vormundschaft, Pflegschaft und Beistandschaft für Minderjährige, 3. Aufl., 2010, § 16 Rn. 4-5 (= S. 461f.)
- (20) R. Ollmann, aa.O. (Fn. 61), S. 46.
- (21) ギャング・オルマン教授 (R. Ollmann) は、宗教教育法五条一項の類推適用によって、一四歳以上の父母の一方は、子の教会への入会あるいは教会からの脱退の意思表示について完全な行為能力者として扱われるべきであると主張する。R. Ollmann, aa.O. (Fn. 61), S. 47.; ders, Meinungsverschiedenheiten zwischen minderjähriger Mutter und Vormund, JAmt 2003, S. 575.
- (22) R. Ollmann, aa.O. (Fn.61), S. 47f.; ders, aa.O. (Fn. 64), S. 575.; Staudinger/ Coester, aa.O. (Fn. 35), § 1673 Rn. 27 (= S. 434.)
- (23) R. Ollmann, aa.O. (Fn. 61), S. 47f.; ders, aa.O. (Fn. 64), S. 573ff.; Staudinger/ Coester, aa.O. (Fn. 35), § 1673 Rn. 27 (= S. 434.)
- (24) T. Rauscher, Familienrecht, 2. neu bearbeitete und erweiterte Aufl., 2008, Rn. 983 (= S. 856.)
- (25) R. Ollmann, aa.O. (Fn. 61), S. 50f.; Staudinger/ Coester, aa.O. (Fn. 35), § 1673 Rn. 28 (= S. 434.) 身上配慮と財産配慮の交错ケースの例として、オルマン教授は、未成年者たる父母の一方が扶養及び子の教育のために、子の財産からその資金を支出しようとするケースを挙げる。
- (26) M. Kirsch, aa.O. (Fn. 38), S. 234.; T. Rauscher, aa.O. (Fn. 67), Rn. 983 (= S. 856.); Staudinger/ Coester, aa.O. (Fn. 35), § 1673 Rn. 26 (= S. 433.); NomosKomm/ Rakete-Dombek, aa.O. (Fn. 36), § 1673 Rn. 8 (= S. 1865.)
- (27) Staudinger/ Coester, aa.O. (Fn. 35), § 1673 Rn. 28 (= S.434.); NomosKomm/ Rakete-Dombek, aa.O. (Fn. 36), § 1673 Rn. 9 (= S. 1865.)

(71) このように未成年者の能力制限を財産關係に限定する主張については、於保不二雄「行為能力についての一考察―未成年者を中心として―」『財産管理権論序説』(有信堂、一九五四年)一三九―一四〇頁も参照。

(72) 当時の禁治産者・準禁治産者の親権についての文脈であるが、梅謙次郎博士は、「……親権者ハ子ニ対シテ天然ノ愛情ヲ持ツテ居ルノデアルカラ成ルベク子ノ利益ヲ図ルベキ者ハ親権者トシテ置ク方ガヨイノデアル、殊ニ身上ノ問題ニ付テハサウデアル、又親権者ガ子ノ監護、教育ノ任ニ膺リ、己ガ思フママニ子ノ利益ヲ図リタイト云フノハ正当ノ希望ニシテ、法律ハ之ヲ其權利ト視ナケレバナラヌノデアル……」と述べる(梅謙次郎「最近判例批評」(法政大学、一九〇九年)一一三頁)。

(73) 公的援助の根拠の一つは、「国及び地方公共団体は、児童の保護者とともに、児童を心身とも健やかに育成する責任を負う」と定める児童福祉法二条に求めることができる(この点については、許斐有「子どもの権利と児童福祉法―社会的子育てシステムを考える―(増補版)」(信山社、二〇〇一年)八〇―一〇六頁参照)。親権代行者は、従前より児童福祉法上の「保護者」に含まれるものと解されているが(児童福祉法規研究会編「最新 児童福祉法・母子及び寡婦福祉法・母子保健法の解説」(時事通信社、一九九九年)五二頁、桑原洋子「田村和之編『実務注釈児童福祉法』(信山社、一九九八年)四九頁〔廣瀬真理子執筆〕、身上監護権の行使が認められる未成年親権者もまた、「保護者」として養育援助を求めることができる」とと解すべきである)。

(74) 同条の解説については、波多野里望「逐条解説児童の権利条約」(有斐閣、一九九四年)一三二―一三九頁、石川稔「森田明編『児童の権利条約―その内容・課題と対応―』(一粒社、一九九五年)二五七―二六六頁〔中村恵執筆〕参照。

(75) 細川清「改正養子法の解説―昭和六二年民法等一部改正法の解説―」(法曹会、一九九三年)九〇―九一頁

(76) その一方で、親権代行者は、特別養子の成立に対する同意権を有しない(細川・前掲書〔注75〕八八―八九頁、山本正憲「先例判例養子法」(日本加除出版、一九九六年)三―四頁)。但し、親権代行者は、家事事件手続法一六四条三項二号における「(父母以外の)養子となるべき者に対し親権を行う者」として、特別養子縁組の成立審判を行う際に家庭裁判所から陳述を聴かれるものとされる(金子修編著「逐条解説家事事件手続法」(商事法務、二〇一三年)五三〇―五三二頁参照)。

(77) 昭和四十六年一〇月二〇日民事第三三三三三号民事局長回答(戸籍先例全集一七二四ノ三八)、我妻・前掲書〔注10〕二七〇頁、山本正憲「養子法の研究Ⅱ―戸籍先例養子法―」(法律文化社、一九八四年)五二―五四頁、山本・前掲書〔注76〕四九頁

(78) 吉田恒雄「岩志和一郎『親族法・相続法(第四版)』(尚学社、二〇一三年)一四七頁において、「……親権者または未成年

後見人が、未婚未成年の女子の意思を尊重することなく、生まれた子の養子縁組の代諾（七九七条）や身上監護まですべて代行できると解することはできないだろう」とされるのは、私見と同様の方向性を示すものと解される。

(79) 昭和六二年民法改正による七九七条二項導入前の議論ではあるが、中川高男教授は、親権代行者による代諾の場合にも、未成年者たる親（未婚の母）の同意を「不可欠の有効要件と解すべきである」と主張していた（中川高男『養子(1)叢書民法総合判例研究^②Ⅰ』（一粒社、一九八一年）九二頁）。これに対して、昭和六二年養子法改正の立法担当者は、七九七条二項の監護者が七六六条の「子の監護をすべき者」を意味しており、そこには未成年親権者が含まれないことを明言している（細川・前掲書〔注75〕一七〇頁）。

(80) これらの問題を検討する近年の研究として、高橋朋子「未成年養子縁組における父母の関与」岩志和一郎執筆代表『家族と法の地平―三木妙子・磯野誠一・石川稔先生献呈論文集―』（尚学社、二〇〇九年）一八八―二六頁、鈴木博人「養子制度の制度設計」『親子福祉法の比較法的研究Ⅰ―養子法の研究―』（中央大学出版部、二〇一四年）三―三六頁がある。

（鹿児島大学法文学系准教授）