

親権者による未成年の子の養育の費用に関する 民法典の諸規定について

東北大学大学院法学研究科 准教授

池田 悠太

1 はじめに

未成年の子の養育及びその費用について、民法典にはいくつかの規定が置かれているが、そのそれぞれの意味やそれらの相互の関係は、必ずしも明らかでない。本稿では、このうち特に親権者による養育に直接関係するものについて（具体的には820条、828条但書、877条1項について）、問題の所在を整理するとともに（「1」）、解釈論的・立法論的な若干の検討を行う（「2」「3」）⁽¹⁾。

(1) 規定の状況 親権者による未成年の子の養育に関する規定として民法典には以下の規定が存在している。

(a) 820条に基づく監護教育義務 第一に、820条において、「親権を行う者は、子の利益のために子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う。」とされている。

ここにいう「権利」や「義務」の相手方は明示されていないが、ここには子に対する義務が含まれていると解され、また、一般にそのように解されていると思われる⁽²⁾。

⁽¹⁾ 本稿は、2022年1月25日に開催された法制審議会家族法制部会第11回会議に事務局提出資料として提出されたものに、脚注を付すなどの変更を加えたものである（本文の異同はほぼ形式的なものにとどまる。なお、いずれも筆者個人の見解を示すものにすぎないことは言うまでもない）。そのことが示す通り、本稿での作業は、まずもって立法のための準備作業として位置付けられる。一般に立法は、直接的には法文言の変更という作用であり、間接的にはそれによる法内容の変更を企図した作用である、とさしあたり言うことができると思われる。その際の議論は、多かれ少なかれ、現行法の内容に関する議論を踏まえて行われるべきであると思われる。そこで、本稿では、立法のための準備作業として、現行法の内容を検討する作業に、重点を置く。しかるに、言うまでもなく、民法の内容は、民法の解釈によって定まる。たしかに、民法の解釈が民法典の解釈に尽きると言えるか否かには、争いの余地があろう。しかし、市民が民法典を共有している社会における民法の解釈においては、少なくとも、民法典との関係が説明されるべきであると思われる。そのため、民法典というテキストから出発し、民法典から何が読み取れるのかを検討するということが、最終的にその内容から離れる（いわゆる補充的ないし修正的）解釈を正当化するにせよ、有益であり、ひいては必要ですらあると思われる。それにもかかわらず、その点の説明が十分になされていないと思われる問題も少なくなく、本稿で取り上げる問題はその一例をなしているように思われる。本稿での作業は、筆者にとっては、このように、いわば《民法典に見る民法》という観点から行う民法解釈という作業の、一環をなすものでもあり、本稿の内容は、筆者が2021年度前期に東北大学法学部で担当した講義「家族法」の内容にも基づく。

⁽²⁾ 於保不二雄＝中川淳編『新版注釈民法(25) 親族(5) [改訂版]』（有斐閣、2004年）78-81頁〔明山和夫＝國府剛〕、窪田充見『家族法 [第4版]』（有斐閣、2019年）289-290頁、前田陽一ほか『民法VI 親族・相続 [第5版]』（有斐閣、2019年）167-168頁〔本山敦〕。近時の教科書には、義務の相手方を明示しないものも見られるが（高橋朋子ほか『民法7 親族・相続 [第6版]』（有斐閣、2020年）188-189頁・196-197頁〔床谷文雄〕、本山敦ほか『家族法 [第3版]』（日本評論社、2021年）115頁・116-117頁〔羽生香織〕、犬伏由子ほか『親族・相続法 [第3版]』（弘文堂、2020年）183頁・186-187頁〔石井美智子〕）、いずれにおいても子に対する義務の存在は否定されていないと思われる。むしろ、大村敦志『家族法 [第3版]』（有斐閣、2010年）103頁においては、特に監護について、未成年子に対する親の扶養義務が、親権の効果として導かれている。また、二宮周平『家族法 [第5版]』（新世社、2019年）230頁は、「親権の権利性は、親として子に対して有する養育の義務を遂行するのに必要な限りで認められ」ている旨を述べており、あくまでも親権者の義務ではなく親の義務のみを語っているが、820条にいう権利義務も子に対するものであるという理解を示唆する。ただし、たとえば、古くは穂積重遠『親族法』（岩波書店、1933年）552頁が、現在の820条に対応する当時の879条にいう義務は「子に対する義務」とい

(b) 828 条における養育費用償還請求権
 第二に、828 条において、本文で「子が成年に達したときは、親権を行った者は、遅滞なくその管理の計算をしなければならない。」とされつつ、但書で「ただし、その子の養育及び財産の管理の費用は、その子の財産の収益と相殺したものとみなす。」とされている。

しかるに、一般に「相殺」は、同種の目的を有する債務について行われるものである(505 条 1 項本文参照)。そうだとすると、「相殺したものとみな」されているところの「収益」と「費用」とは、それらにかかる金銭債権をそれぞれ意味すると考えられる。すなわち、親の子に対する養育費用償還請求権及び財産管理費用償還請求権と、子の親権者にする収益返還請求権とが、相殺されたものとみなされているように見える。

(c) 877 条に基づく扶養義務 第三に、877 条 1 項において、「直系血族及び兄弟姉

妹は、互いに扶養をする義務がある。」とされている。

しかるに、親権者となるのは親であり(818 条, 819 条)、親子は直系血族である(養親について 727 条)。したがって、まず少なくとも潜在的・抽象的には、親権者は子に対して扶養義務を負うと言える。

もっとも、具体的な場面においては、一定の者が 878 条にいう「扶養をする義務のある者」に当たり、一定の者が同条にいう「扶養を受ける権利のある者」に当たるものと解される⁽³⁾。そして、878 条によれば所定の場合にはさらに扶養の順位が、また、879 条によれば扶養の程度・方法が、当事者間の協議又は家庭裁判所の審判(家事事件手続法 39 条・別表第 2)によって定まることとされており、それによって初めて、或る特定の者の或る特定の者に対する具体的な扶養義務が顕在化するものと解される⁽⁴⁾。

うよりも「国家社会人類に対する義務」であるとしており(引用にあたり、漢字遣いを改めた。)、また、近時松川正毅『民法 親族・相続 [第 6 版]』(有斐閣, 2019 年) 165-166 頁は、監護教育が「権利」であるとともに「責務」でもあると述べる際に、「責務」には「社会的」という形容を付している。義務の相手方に関する現在までの議論状況については、於保＝中川編・前掲書 78-79 頁 [明山＝國府]、松川正毅＝窪田充見編『新基本法コンメンタール 親族 [第 2 版]』(日本評論社, 2019 年) 242 頁 [田中通裕]、本山敦編著『逐条ガイド 親族法』(日本加除出版, 2020 年) 330-331 頁 [佐々木健] も参照。

⁽³⁾ 877 条 1 項においては「互いに扶養をする義務がある」とされていることから(さらに同条 2 項においても親族の「間」に義務を負わせるとされていることから)、双方向的に、全員が全員に対して義務を負い、それに対応する権利を有するよう見える。しかしながら、そうだとするとそれは潜在的・抽象的な権利義務についてでしかなく、顕在化した具体的な場面においては、878 条に現れているように、「扶養をする義務のある者」と「扶養を受ける権利のある者」とに分化し固定されることになるのだと思われる(877 条においても 2 項にいう「特別の事情」は具体的な場面における事情であって、その時点では、扶養の義務を負う者と扶養の権利を有する者とが固定された形でもっぱら前者に具体的な義務を負わせることになるのではないかと思われる。)

⁽⁴⁾ 最判昭和 42 年 2 月 17 日民集 21 卷 1 号 133 頁、大村・前掲注(2) 255 頁、大村敦志『民法読解 親族編』(有斐閣, 2015 年) 461 頁・466 頁、松川＝窪田編・前掲注(2) 352 頁 [冷水登紀代]。これに対して、二宮・前掲注(2) 281-282 頁は、「具体的な扶養義務の発生要件」として「一定の親族関係にあること」「扶養権利者の要扶養状態」「扶養義務者の扶養能力」と並んで「請求の意思表示」を挙げるにとどまり(さらに、未成熟子の扶養の場合にはそれも不要とされる。)、協議や審判の成立を要件として挙げておらず(松川・前掲注(2) 197 頁も同様。)、同 288-289 頁は、昭和 42 年最判で示された理解と異なる理解を示唆している。具体的な扶養義務の発生機序は、しばしば過去の扶養料をめぐる論じられるが、①義務の対象となる扶養の時期と、②義務の発生時期とは、区別されなければならない(於保＝中川編・前掲注(2) 799-804 頁 [松尾知子])。前田ほか・前掲注(2) 217-218 頁 [前田陽一] は、過去の扶養料の請求に関する有力な学説として、第一に、「未成熟子や配偶者に対する生活保持義務については、……要扶養状態と扶養能力の要件を満たした時点で具体的な発生すると考えられる」、「したがって、上記の時点まで遡っての請求が認められる」、第二に、「子の老親に対する扶養義務や兄弟間の扶養義務については、……要扶養状態と扶養能力の要件を満たした上で権利者からの請求がされることによって初めて具体的な扶養義務が発生すると考えられる」、「したがって、請求時まで遡っての支払を命ずることができる」、第三に、

しかるに、およそ親は未成年子ないし未成熟子に対して扶養義務を負っており、しかも、他の親族間におけるよりも高い程度の扶養義務を負っている、と言われることも多いように思われる⁽⁵⁾。しかし、少なくとも877条に基づく扶養義務に関する限り、具体的な権利者・義務者、順位、程度・方法は、民法典には明示されていない⁽⁶⁾。したがって、顕在的・具体的には、親権者は子に対して扶養義務を負うと言えるにとどまる。

(2) 問題の所在 それぞれの規定についてさしあたり以上のように解することができるとしても、それらの相互関係は、必ずしも明らかではない。

(a) 養育 一方では、そもそも、これらの規定において用いられている概念の相互関係が、必ずしも明らかでない。すなわ

ち、820条では「監護及び教育」(α)、828条但書では「養育」(β)、877条1項では「扶養」(γ)という語が用いられており、これらは子を育てたり養ったりすることに関するものとして少なくとも近接していると考えられるが、これらの相互関係は必ずしも明らかでない。

(b) 費用 他方では、費用負担の所在も、必ずしも明らかでない。というのも、大まかに見れば、広い意味での養育について、一方で、820条や877条1項においては、親権者が負担することとされているのに対して、他方で、828条但書においては、少なくとも第一次的には(みなし相殺前には)、子自身が負担することとされているように見えるからである。より具体的には、親権者が、820条に基づいて監護教育義務(①)を子に対して負うとともに、877条に基づいて

『「特別の事情」による3親等内親族間の扶養については、家庭裁判所の審判によって初めて扶養義務が発生するので、過去に遡っての請求はできない』、と述べているが(本山編著・前掲注(2)437頁[本山敦]はこれを引用する。二宮や松川も同旨か。)、ここでの義務の発生時期(②)は、もっぱら①と一致するものとして語られているように思われる。しかし、過去の扶養についての義務(①)を、後に協議又は審判によって形成する(②)ことも考えられるため、②を区別して問題とすることができよう。①をもって遡及的に義務が発生する時期とし、そのような意味で義務の発生時期を語ることはできようが、条文の文言に照らして、上記の第一の場合と第二の場合にもどこかの時点で協議又は審判を要するのではないかと思われる。

⁽⁵⁾ 大村・前掲注(2)103-104頁[未成年子について]、松川・前掲注(2)194頁・195頁[未成年子について]、窪田・前掲注(2)343-344頁・344-346頁[未成熟子について]。そのほか、二宮・前掲注(2)280-281頁[ただし同居中について(283頁)]、前田ほか・前掲注(2)215頁・216頁[前田陽一]、高橋ほか・前掲注(2)235-236頁・238頁[床谷文雄]、本山ほか・前掲注(2)140-141頁・142頁[水野貴浩]、犬伏ほか・前掲注(2)213-314頁[石井美智子]、松川=窪田編・前掲注(2)350頁・358頁[冷水登紀代]、本山編著・前掲注(2)435頁[本山敦]は、親は未成熟子ないし未成年子に対していわゆる生活保持義務を負うとする。親の未成熟子ないし未成熟子に対する扶養義務が生活保持義務であり、生活保持義務が自己と同程度の生活を可能にする義務であるとする、原則として、親は未成熟子に対して具体的な扶養義務を負うことになると考えられる。もっとも、そうだとすると、子の資力が親の資力を上回る場合には具体的な扶養義務は生じないことになると思われる。また、親に最低限度の資力が無いと言える場合や子に需要がないと言える場合にまで義務を負うということまで説かれているのかは必ずしも明らかでなく、実際にそれらの場合についての留保が明示されることもある(前者の場合につき二宮、水野、石井、前者及び後者の場合につき冷水。)。於保=中川編・前掲注(2)775頁・775-777頁・787頁・796-798頁[松尾知子]は、親の未成熟子に対する扶養義務を、程度の高い生活保持義務であるとしつつ、具体的な扶養義務の有無や扶養の程度については個別具体的な検討を要するとする。翻って、大村や松川、窪田が、親が扶養義務を負うと明言するときも、扶養義務という概念に内在するものとして、具体的な扶養義務の発生のための一定の条件を前提としているとも解される。

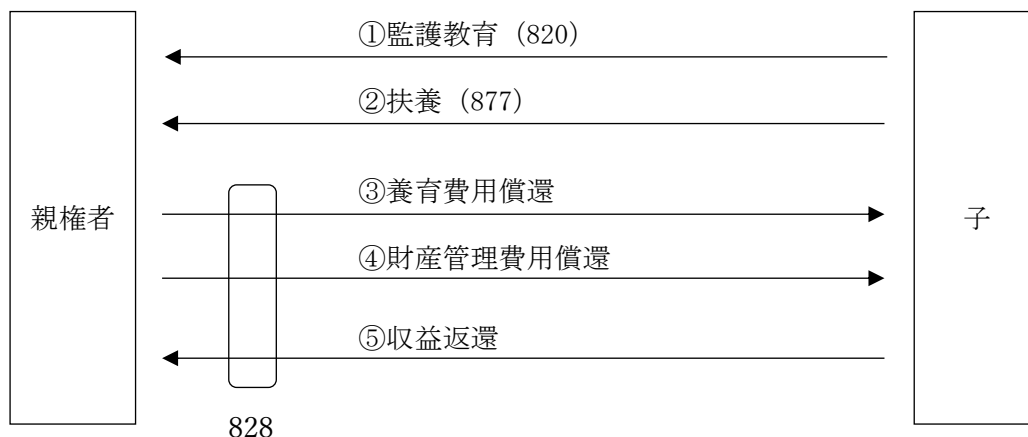
⁽⁶⁾ 親の未成年子ないし未成熟子に対する扶養義務の実定的根拠を、877条以外に求める見解もある。たとえば、注(5)に挙げられた文献の著者のうち、大村や松川は親権に根拠を求め、窪田は、「条文上の根拠を求めるまでもなく、親子関係に基づく本質的な義務であると説明する」可能性を示唆する。議論状況について、於保=中川編・前掲注(2)738-739頁[床谷文雄]、松川=窪田編・前掲注(2)351頁[冷水登紀代]も参照。

顕在的・具体的にも扶養義務(②)を子に対して負っているのみならず、さらに、828条但書によれば養育費用償還請求権(③)を子に対して有するのだとすると(【図1】参照)、これらがいかなる関係に立っているのか、が必ずしも明らかでない。

それに先立って、828条についてはさらに、828条但書にいう親権者の養育費用償還請求権(③)・財産管理費用償還請求権(④)・収益返還義務(⑤)の存否という問題がある。上記(1)(b)の通り、一方で、親権者が子の財産の管理をすることによって収益が生

じ、さしあたり親権者がそれを所持するが、子は親権者に対して収益の返還請求権を有しており(⑤)、他方で、親権者が子の養育・財産管理をすることによって費用を負担することになるが、親権者は子に対して費用償還請求権を有している(③④)、ということが前提とされているように見えるのであるが(【図1】参照)、そのことは828条には明示されていない。そこで、そもそも、これらが存在するのかどうか、いかなる根拠に基づいて発生するのかどうか、という問題には検討の余地がある。

【図1】⁽⁷⁾



(c) その他 親権者と子との関係についてはさしあたり以上の通りであるが、他の親と親権者との関係や他の親と子との関係、さらには第三者を含めた関係については、さらなる検討を要するのみならず、未成年後見人による養育の場合との関係も問題となろう。たとえば親権者和其他の親との関係のうち、親権者が2人存在する場合に一方が費用を負担したときについては760条が(2人の親権者は必ず婚姻中である(818

条3項。)、親権者が1人であるが他に親が存在する場合における費用の負担については766条などが、問題となると思われる。もっとも、これらについては、本稿では立ち入らない。

2 解釈論

上記1(2)(a)(b)の問題について、以下、この「2」においては、現行法の解釈としてどのような解釈がありうるかということに

⁽⁷⁾ 矢印は債権債務を示し、その始点が債権者、その終点が債務者を示す。特に①については、ここでの権利・義務はいわゆる債権・債務であるのか、権利と義務とは対応するのか、といった問題には検討の余地があるが、その点に立ち入ることはできず、便宜的な図示にとどまる。以下同様。

について検討を行い、次の「3」において、改正の可能性について検討を行う。

(1) 828条 まず、828条但書に示されている養育費用償還請求権(③)の発生原因について検討する。発生明文の根拠としては、以下の2種類が考えられよう。

第一に、親権者が、「義務なく」「他人」である子「のために」養育という「事務の管理」「を始めた」と言える場合であって、「本人」である子「のために有益な費用を支出した」と言えるときには、702条1項に基づき、「その償還を請求する」債権が発生すると考えられる(ただし、同条3項も参照)。これに対して、「他人」「本人」に該当する子に対して親権者が養育という「事務の管理」を行う「義務」を負っているのだとすると、702条1項に基づく養育費用償還請求権は発生しえないと考えられる。

ただし、ここにおいて「事務」「事務の管理」の内容として、そして「義務」の対象として問題になるところの〈養育〉については、事実的な養育と、経済的な養育すなわち費用負担とを、区別して考える(養育という事務管理の全体から費用支出行為ないしそれを伴う行為自体を取り出して事務管理と見る)べきではないかと思われる。そして、費用の支出は、広義の養育という「事務の管理」のうち、特に経済的な養育という「事務の管理」において行われるものであると言えるのではないかと思われる。そうだとすると、「事務の管理」にかかる親権者の「義務」の存否も、経済的な養育の義務の存否として問題になるのではないかと思われる。すなわち、親権者が広義の養育を行った場合において、一方で、親権者が経済的な養育を行う義務を負っているならば、経済的な養育は「義務なく」「始めた」「事務の管理」であるとは言えず、養育の費用の支出は、「義務なく」「始めた」「事務の管理」における費用支出であると

は言うことができないため、養育費用償還請求権は発生しないのに対して、他方で、後述のように、親権者が事実的な養育を行う義務を負っていたとしても経済的な養育を行う義務を負っていないならば、経済的な養育は「義務なく」「始めた」「事務の管理」であると言え、養育の費用の支出は、「義務なく」「始めた」「事務の管理」における費用支出であると言え、養育費用償還請求権が発生する、ということになるのではないと思われる。

第二に、子が、「法律上の原因なく」、「他人」である親権者の、金銭という「財産」又は養育という「労務」「によって利益を受け」、「それによって」「他人」である親権者に「損失を及ぼした」と言えるならば、そして、「利益」「損失」が費用に相当するならば、703条又は704条に基づく不当利得返還請求権として、親権者が子に対して養育費用償還請求権を有すると解される。これに対して、子が親権者の養育によってその費用に相当する利益を受けるということに「法律上の原因」があるのだとすると、703条や704条に基づく養育費用償還請求権は発生しえないと考えられる。なお、費用相当額以上の「利益」や「損失」も問題となりうるが、ここでは取り上げない。

しかるに、養育の費用の支出及びそれによる受益を、金銭という「財産」による「利益」「損失」として捉えるときはもちろん、養育という「労務」による「利益」「損失」として捉えるときも、養育は費用支出を通じた経済的な養育として問題となることから、「利益」「損失」は、本来的に経済的な性質を持つものとして問題となるのではないかと思われる。そうだとすると、一方で、親権者が経済的な養育を行う義務を負うとき、すなわち子に経済的な利益を受けさせる義務を負うときには、子に上記の「法律上の原因」がないとは言えないため、

不当利得返還請求権としての養育費用償還請求権は発生しないのに対して、他方で、親権者が経済的な養育を行う義務を負わないとき、すなわち子に経済的な利益を受けさせる義務を負わないときには、子に上記の「法律上の原因」がないと言うことができるため、不当利得返還請求権としての養育費用償還請求権が発生する、ということになるのではないと思われる。

このように、事務管理を原因とするにせよ、不当利得を原因とするにせよ、養育費用を負担する親権者の義務がないのであればその償還を請求する親権者の債権(③)が発生しうるが、養育費用を負担する親権者の義務があるのであればその償還を請求する親権者の債権(③)は発生しえないと考えられる。

(2) 828条と820条 このことを踏まえて、以下では3つの条文の関係を検討する。はじめに、さしあたり親権に関する章に置かれた820条と828条のみを取り上げて、両者の関係を検討する。

(a) まず、第4編第4章第2節「親権の効力」において、828条に至るまでの一連の規定のうち、820条にいう「子の監護及び教育」と824条にいう「子の財産」の「管理」とをあわせて、828条但書において「養育及び財産の管理」とされていると考えられるのだとすれば、828条但書にいう「養育」

(β)は820条にいう「監護及び教育」(α)に相当すると考えられる⁽⁸⁾。

(b) (i) このような「養育」について、820条は、子に対する親権者の義務を定めていると解される(上記1(1)(a))。これに対して、828条但書所定のみなし相殺の前を見れば、親権者は子に対して養育費用償還請求権(③)を有する、あるいは少なくとも有することがあるということが示されていると解される(上記1(1)(b))。しかるに、上記(1)の通り、養育費用を負担する親権者の義務があるならば養育費用償還請求権(③)は発生しえないと解するならば、翻って、養育費用償還請求権(③)を有することがあるということが示されている以上、養育費用を負担する親権者の義務は必ずしも存在するとは限らないということが示されていると解される⁽⁹⁾。すなわち、経済的には子自身が養育の費用を負担するのであり、親権者には経済的に子を養育する義務はなく、親権者には事実的に養育する義務があるにとどまる、ということがありうるということが示されていると解される。そうすると、820条にいう養育の義務はその費用の負担の義務を含意しておらず、820条及び828条但書にいう養育(α=β)はもっぱら事実的な養育を意味している、と解することになるとと思われる⁽¹⁰⁾。

(ii) もっとも、828条但書所定のみなし

⁽⁸⁾ 於保＝中川編・前掲注(2)65頁〔明山和夫＝國府剛〕、松川＝窪田編・前掲注(2)254頁〔田中通裕〕。立法過程における原案では「養育」ではなく「扶養、教育」とされていたこと、「監護」が「扶養」「教育」のいずれかに含まれると(梅謙次郎によって)考えられていたことを指摘しつつ、「ここでの『養育』は『(教育を含む)扶養』にほかならない」と指摘する大村・前掲注(4)265-266頁も、「養育」が「監護」及び「教育」に尽きるとは明示しないものの、「養育」が「監護」と「教育」とを含むという理解を示唆しており、ひいては、「養育」が「監護」及び「教育」であるという理解を示唆する。

⁽⁹⁾ このような理解を明示するものとして、現828条と同様の旧890条に関する穂積・前掲注(2)579頁や、現828条に関する中川善之助ほか『ポケット註釈全書 親族・相続法』(有斐閣、1953年)160頁〔市川四郎〕を参照。また、立法過程での梅謙次郎の説明において「本来は子どもは自分の財産で生活すべきだという」「従来の(さらには今日の)一般的な考え方とは異なる」「前提が採られている」ことについて、大村・前掲注(4)266頁を参照。

⁽¹⁰⁾ 於保＝中川編・前掲注(2)81-82頁〔明山和夫＝國府剛〕、松川＝窪田編・前掲注(2)243頁〔田中通裕〕。議論状況についてもこれらを参照。大村・前掲注(4)247頁は、別様に考える可能性を示唆しつつ、労務と費用とを区別する梅謙次郎の発言を引用する。

相殺の後を見れば、子は財産の収益を手放すほかには無償で養育を受けることができるということが示されているということも確かである⁽¹¹⁾。828条但書は便宜的に相殺による消滅という形で養育費用償還請求権

(③)の不存在を示しているのみであると読めば、820条にいう養育の義務はその費用の負担の義務も含意しており、820条及び828条但書にいう養育($\alpha = \beta$)は事実的かつ経済的な養育を意味している、と解することができるようにも思われる⁽¹²⁾。

(3) 820条と877条 次に、親権者の義務に関する規定であることが明らかであると言える820条と877条のみを取り上げて、両者の関係を検討する。

まず、877条1項にいう扶養(γ)の意味は明示されていないが、生活を可能にすることを意味すると思われる。また、878条や879条を踏まえると、扶養とは、その「需要」が「資力」によって満たされるようなものであることが窺われ、経済的な内容を持つ

と解される⁽¹³⁾。

たしかに、事実的な養育がなされる限り、そこには子を生活させるということが必然的に含まれるものと思われる。しかし、一方で、子を生活させる手段としての扶養は、必ずしも事実的な養育には限られず、経済的な養育も含むと考えられる⁽¹⁴⁾。他方で、事実的な養育があったとしても、経済的な養育としての費用負担が伴わなければ、扶養がなされたとは言えないと考えられる。自らの生活を成り立たせるのに必要な資力を子が有しないという経済的な意味において子の生活が不可能である場合に、たとえ事実的な養育があったとしても、経済的に子がその費用を負担しなければならない限り、子の生活は成り立たないからである。そこで、このような二重の意味において、877条1項にいう扶養(γ)には、事実的な養育のみならず、経済的な養育も含まれていると考えられる。

しかるに、820条にいう養育(α)が事実

⁽¹¹⁾ 「収益権が親権者にあるというのなら、……別に費用との相殺などということは起りえないといわなければならない」(中川善之助『新訂 親族法』(青林書院新社、1965年)511頁)にもかかわらず、「通説は、本条〔引用者注：現828条・旧890条を指す。〕但書の規定から、一般的収益権を認める」(於保＝中川編・前掲注(2)159頁〔中川淳〕)のは(奥田義人『親族法論』(有斐閣書房、第5版、1899年、初版、1898年)365頁や近藤英吉『親族法講義要綱』(弘文堂書房、1938年)189頁〔いずれも旧890条について〕など)、もっぱらみなし相殺の後に注目するがゆえであると言うことができよう。たしかに、みなし相殺の前にも注目したとしても、みなし相殺の効果が、対当額について債権債務が消滅することなのか、債権債務がおおよそ消滅することなのか、ということ(民法505条1項本文参照)は問題にすることができ(一般に後者と解されている。於保＝中川編・前掲注(2)159頁〔中川淳〕159頁参照。ただし、本稿注(15)(17)(18)も参照。)、収益が費用を超える場合の超過部分に限っては「収益権」の有無を問題にすることはできるが、その部分を越えて「収益権」が語られている(我妻栄『親族法』(有斐閣、1961年)336-337頁は、「問題は、これ〔引用者注：文面上は「監護教育の費用」を指すと解されるが、財産管理のそれを含む費用を意味すると解すべきものと思われる。〕に充ててもなお収益に余剰を生ずる場合である」と指摘するが、収益を費用に充てる部分についても、収益権と費用負担義務とを前提にしているように読める。)

⁽¹²⁾ 親権に基づく扶養義務があるとする松川・前掲注(2)194頁や大村・前掲注(2)102頁は(本稿注(5)(6)参照)、このような理解を示していると言えよう。

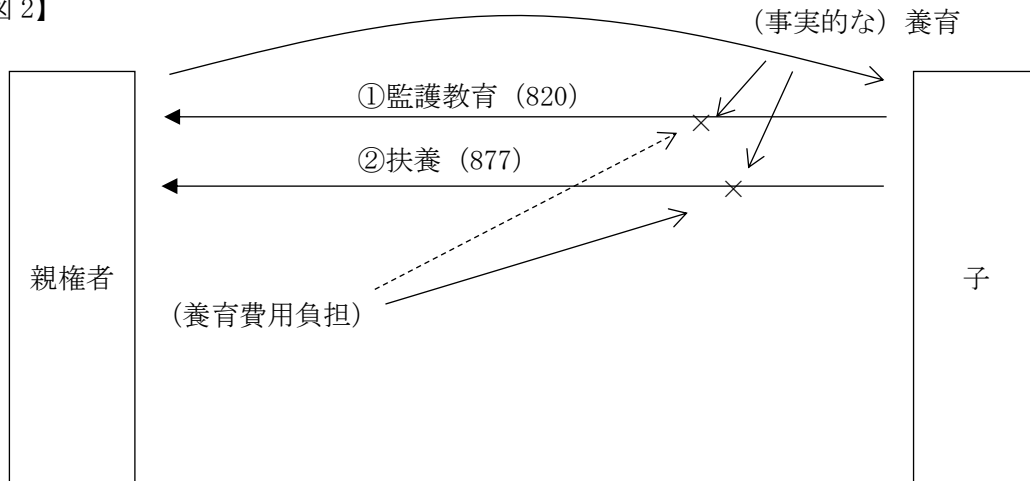
⁽¹³⁾ 第一に、878条(特にその後段)において、「扶養義務者の資力が」「扶養を受ける権利のある者」の「全員」「を扶養するのに足りない」ときは順序を定めることとされていることから、扶養義務者のここでいう「資力」が扶養権利者を扶養するのに足りる限りはその「資力」を扶養に充てるということが想定されていると言えると思われる。そして第二に、879条は、「扶養権利者」には「需要」があり「扶養義務者」には「資力」があるということを前提にしていると言いうことができ、そこから、扶養を受けることに対する需要を有する者が扶養権利者となり、扶養をする資力を有する者が扶養義務者となる、という理解を導くことができると思われる。

⁽¹⁴⁾ 於保＝中川編・前掲注(2)791-794頁〔松尾知子〕など参照。

的な養育のみを含意するのであれば（上記(2)(b)(i)), 877条1項にいう扶養(γ)は, 経済的な養育をも含意する点において, 820条にいう養育(α)には尽きないということになる。これに対して, 820条にいう養育(α)が経済的な養育をも含意するの

であれば（上記(2)(b)(ii)), いずれも経済的な養育を含意するものとして, 877条1項にいう扶養(γ)は, 820条にいう養育(α)と一致するということになる（以上につき, 【図2】参照）。

【図2】

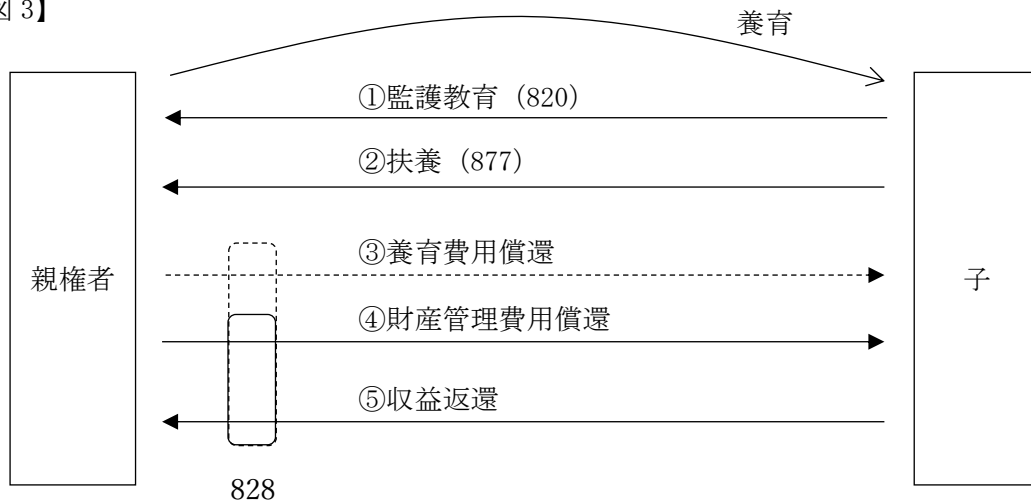


(4) 877条と828条 このように, 少なくとも877条1項にいう扶養が経済的な養育を含意するのだとすると, 特に877条1項と828条但書との間に緊張関係が存在すると言える。877条1項に基づいて, 具体的にも, 養育費用を負担する義務を親権者が子に対して負っているのだとすると, 上記(1)の通り, その償還を子に対して請求する親権者の債権(③)は発生しえないと解されるからである。

(a) そこで検討するに, 第一に, 養育費用を負担する義務を親権者が子に対して負うということを前提としたうえで, 上記(2)(b)(ii)で述べたのと同様に, 828条但書は相殺による消滅という形で養育費償還請求権(③)の不存在を示しているのみであると読み, ということが考えられる。

すなわち, 820条に基づく親権者の養育義務(①)が経済的な養育の義務を含むと解する場合もそうでない場合も, 親権者が子に対して877条1項に基づく具体的な扶養義務(②)を負うと解する限り, 養育費用を負担する義務を親権者が子に対して負うと解することになる。そうだとすると, 上記(1)の通り, その償還を子に対して請求する親権者の債権(③)が発生することはないと解されるため, 828条但書所定のみなし相殺の対象が存在しないということになる。それでも, 828条但書は, 債権の存在とその相殺による消滅を定めているのではなく, 債権の不存在を便宜的に相殺という形で定めているだけなのだと思われ(以上につき, 【図3】参照)。

【図 3】



(b) 第二に、養育費用を負担する義務を親権者が子に対して負わない場合があるということを認め、828条但書はの場合についてのみなし相殺を定めていると読み、ということが考えられる。

820条に基づく親権者の義務(①)が事実的な養育の義務に限られるとしたうえで、かつ、親権者が子に対して877条1項に基づく具体的な扶養義務(②)を負わない場合があるとすると、養育費用を負担する義務を親権者が子に対して負わない場合があると解することになる。そうだとすると、上記(1)の通り、その償還を子に対して請求する親権者の債権(③)が発生する場合があると解される。たしかに、上記(a)の通り、親権者が子に対して877条1項に基づく具体的な扶養義務(②)を負う限り、親権者が子に対して養育費用償還請求権(③)を有することはないと解される。しかし、第4章に置かれた828条但書は親権に関する規定であり、第7章に置かれた877条1項は扶養に関する規定であるところ、親権者が常に具体的な扶養義務(②)を負うというこ

とは、明示されていない。親権者が子に対して877条1項に基づく具体的な扶養義務(②)を負わない場合が存在するというを前提に、この(おそらくは例外的な)場合について、828条但書はみなし相殺を定めているのだ、と解することができるものと思われる(以上につき、【図4】参照)。

ただし、このように解することができるかという問題とともに、このように解するときには、具体的な扶養義務(②)を負わないにもかかわらず、養育費用償還請求権(③)が、財産管理費用償還請求権(④)とあわせて、収益返還債務(⑤)との相殺によって消滅することとされているのはなぜか、という問題についても検討の余地がある⁽¹⁵⁾。親権者が子に対する具体的な扶養義務を負わないのは、主として、子の「需要」が小さく「資力」が大きいときであると考えられるが⁽¹⁶⁾、一方で、たしかに財産からの収益は最終的に親権者が取得しうるとはいえ、子の財産の元本からの支払を受ける権利を有しないのか(861条2項参照)、検討の余

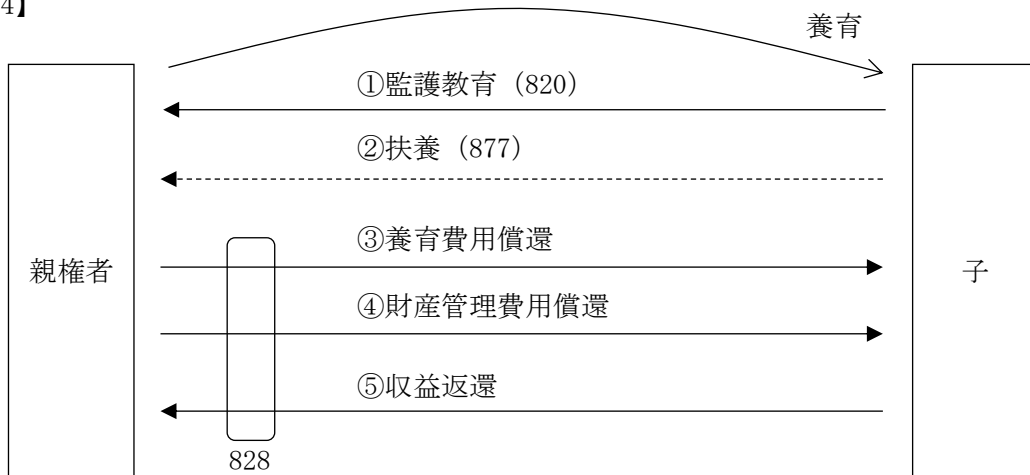
⁽¹⁵⁾ このように「消滅することとされている」と解するのが一般的であると言われるが(注(11)参照)、「消滅することとされている」のはなぜかという問題は、解釈論的には、翻って、「消滅することとされている」のかという問題にも結び付く(注(17)(18)参照)。

⁽¹⁶⁾ 子の「資力」は小さいが、親の「資力」も、扶養義務を具体的に負わない程度にまで小さい、という場合も考えられる。初出資料の記述に若干の修正を加えた。

地があると思われる⁽¹⁷⁾。他方で、特に収益が養育費用を超える場合を想定するならば、子の財産の収益を全て取得できてよいのかという問題にも検討の余地があると思われ

る⁽¹⁸⁾。いずれにせよ、計算を簡易にすることに利点と必要性があるというのが一つの説明となりうるが⁽¹⁹⁾、それで十分かどうか、検討の余地があろう。

【図 4】



⁽¹⁷⁾ 現 828 条ないしそれと同様の旧 890 条について、薬師寺志光『日本親族法論下巻』（南郊社，1942 年）985-986 頁及び中川善之助ほか『註釈親族法（下）』（有斐閣，1952 年）88 頁〔薬師寺志光〕は、親権者が子の財産の元本からも養育の費用の支払を受けることができるという理解を、子に財産がある限り親権者に具体的な扶養義務はないという解釈とともに示していると読むことができる。また、さしあたって親権者に資力があり具体的な扶養義務を負う場合について、「通常の養育費教育費」を負担する親権者の義務はあるが、「特別の養育費教育費」のためには、子の財産を元本まで使ってもよい、とする中川・前掲注(11)513 頁は、「特別の養育費教育費」の支出にかかる親権者の具体的な扶養義務はなく、その場合には元本からも費用の支払を受けることができるという理解を示していると思われる。「親……が困窮であれば、適当な監護教育の費用に充てるために処分することも許される」とする我妻・前掲注(11)338 頁も、親権者が具体的な扶養義務を負わない場合に、親権者が子の財産の元本からも養育の費用の支払を受けることができるという理解を示すものと思われる（ただし、「親権のない親」も財産を処分することができる」とされる理由は定かでない）。以上のように解釈するには、みなし相殺によって対当額にかかわらず債権債務が消滅するという、通説的とされる解釈（注(11)参照）を採らないことが必要となる（薬師寺・前掲『日本親族法論下巻』1047-1048 頁，中川ほか・前掲『註釈親族法（下）』87-88 頁〔薬師寺〕，中川・前掲注(11)512 頁，我妻・前掲注(11)338 頁。我妻は、「旧法全体を色どる支配的色調からいっても、他の用例（買戻に関する 579 条但書参照）からいっても、」全額が消滅するとの解釈が自然であることを示しつつ、「その意味を制限して解釈すべしとの説」に与する。）。なお、親権者を本人とする法律行為とともに費用を支出するのではなく、親権者が子を代理して法律行為（を構成する意思表示）をすれば、代理権濫用に関する 107 条や利益相反に関する 108 条に従って無権代理とみなされるなどの事情がなければ（ただし、親権者と子との利益が相反する行為であっても特別代理人による代理が可能である（826 条）。）、子に対して（意思表示ひいては法律行為の）効力が生じるのであり（99 条 1 項・824 条本文）、端的に子の債務の履行のための費用を子の財産から支出することができる」と解される（中川・前掲注(11)513 頁参照）。

⁽¹⁸⁾ 中川ほか・前掲注(17)88 頁〔薬師寺志光〕は、費用を上回る収益は返還しなければならないとする。中川・前掲注(11)512 頁は、費用と収益の額が明らかである場合について、費用の額を超える額の収益を親権者は子に返還しなければならないとし、計算が困難な場合についても、「それが養育と管理の費用をその中から支払った残りであっても構わない」から、ともかく現存する子の財産の全額を子に返還すべきだとする。我妻・前掲注(11)337 頁も、費用と収益の額が明らかである場合について、費用の額を超える額の収益を返還しなければならないとし、計算が困難な場合については、収益と費用とのアンバランスが顕著であれば前者を返還しなければならないとする。いずれにせよ、このように収益の返還義務がありうると解釈するには、やはり、みなし相殺によって債権債務の全部が消滅するわけではないと解釈することが必要になる（注(17)参照）。

⁽¹⁹⁾ 梅謙次郎『民法要義卷ノ四』（有斐閣書房ほか，第 22 版，1912 年，初版，1899 年）380 頁など参照。

3 立法論

以上のような解釈がありうるとしても、立法論的な課題として、以下のようなものが考えられる。

(1) 養育 以上の通り、現行法のもとでは、事実としての養育とその費用の経済的な負担との区別が、明確でない。

事実としての養育という観点から、その権利を有し義務を負う者をもって親権者とし、その費用を負担する義務を負う者を別途定める、という形に改めることが検討に値するものと思われる。

(2) 費用 そのうえで、費用の負担については、その義務を負う者が明確でない。

扶養義務については個別的・具体的に判断するということを維持することも考えられるが、扶養者となるべき者と被扶養者となるべき者との身分関係に照らして、一定の場合には定型的に判断して義務を明示するということも考えられよう。この場合には、いかなる場合に義務があるかを検討する必要がある（親権者は常に扶養義務を負うのか、親は常に扶養義務を負うのか、など。現在でも、親の未成年子ないし未成熟子に対する扶養義務の根拠を 877 条（や 820 条）とは別に親子関係のうちに求める見解があるが⁽²⁰⁾、民法典に手がかりは乏しい。）。また、個別具体的に判断するとしても、

身分関係に応じて定型的に判断するとしても、その考慮要素を明示するということも考えられる。この場合には、被扶養者となるべき者と扶養者となるべき者との資力が主たる考慮要素になると考えられ（子自身が多額の財産を有している場合に扶養義務はあるのか、扶養義務の程度はいかなるものか、など）、さらに、それらを絶対的に見ることも相対的に見ることも考えられよう。

(3) 管理の計算 義務の捉え方によっては、828 条の定める計算の方法にも疑義が生じるものと思われる。特に、養育の費用を負担する義務を親権者は負わず養育費用償還請求権（③）を有する場合ははずだと解する場合に、上記 2(4) (b) の通り、一方では、子の財産の元本から養育の費用を支出することもありうるのではないかという疑問が考えられ、他方では、子の財産の収益を返還すべき場合もあるのではないかという疑問が考えられる。

いずれの疑問も、③④⑤のうち特に③（養育費用償還請求権）との相殺についての疑問であるのだとすると、いずれにせよ、さしあたり、計算に関する規定を、親権者の事務のうち財産管理の問題に特化し、養育費用の負担については別途定める、ということが考えられる。

⁽²⁰⁾ 注(6)参照。