

【判例研究】

嫡出でない子の氏を,同居していない父の氏に  
変更することが許可されたケース  
——札幌高決平成23年1月28日家月64巻4号46頁——

足 立 清 人

## 判例研究

嫡出でない子の氏を、同居していない父の氏に変更することが許可されたケース  
——札幌高決平成23年1月28日家月64巻4号46頁——

足立清人

本稿では、嫡出でない子の氏を、同居していない父親の氏に変更することが認められた札幌高決平成23年1月28日家月64巻4号46頁<sup>1</sup>について検討する。関連判例も検討し、若干の私見を記す。

## 【事実】(子の氏変更許可申立事件)

Xは、平成16年×月×日、父Bと母Cとの間の嫡出でない子として出生した。Cは、同年×月×日、自己を筆頭者とする戸籍にXを入籍させる旨の届出をした。Bは、平成17年×月×日、Xを認知した。BとCは、平成21年×月×日、Xの親権者をBと定め、その旨の戸籍届出をした。Bを筆頭者とする戸籍には、父をBとし、母をDとする嫡出子、長男E(平成3年×月×日生)と長女F(平成5年×月×日生)が同居している。現在、Bに妻はいない。Bは、Xの親権者として、平成22年×月×日、札幌家庭裁判所に本件子Xの氏変更許可の申立てをしたが、同裁判所は、同年7月12日、同申立てを却下する旨の原審判をした。Bは、Xの親権者として、同年×月×日、札幌高等裁判所に本件抗告を提起した。

Xは、現在、Cとともに同居生活を送っており、Bとは同居していない<sup>2</sup>。しかし、Bは、Xが小学校に入学する年齢に達したことから、Xの将来の生活に対する影響等を考慮し、本件子の氏変更許可の申立てをしたもの

である。なお、Bは、現在Fと同居生活を送っている。

## 【理由】

[札幌家裁平成22年7月12日家月64巻4号49頁](却下)

嫡出子でない子Xを認知し、その後にXの母Cとの間で、Xの親権者をXの父Bとする合意をしたX法定代理人親権者Bが、Xを、自己を筆頭者とする戸籍に入籍させるべく、Xの氏を「甲山」から「乙川」に変更することの許可を求めた事案について、「父の認知により母の氏を称する子が父の氏への変更を求めた場合には、子の利益もさることながら、同居によって社会的な不利益・精神的苦痛を被ることとなる嫡出子の利益との調整を図りつつ、変更許可の可否を決しなければならない。当裁判所は、申立人父Bに対し、平成22年×月×日及び同年×月×日に、E及びFの申立人が同居することへの同意書の提出を求めたところ、申立人父Bはこれに応じず(申立人父Bは、同年×月×日に裁判所書記官に対し、すぐに同意書を提出すると電話連絡するも、同意書の提出をしないばかりか何らの連絡をしてこない。)、指定された審判期日にも出頭しない。嫡出子の同意は得られていないといわざるを得ない。

[改行]また、本件にあっては、申立人Xと申立人父Bが共同生活を送っているとい

うわけではなく、申立人が申立人父と同籍することによる利益が大きいとまではいえない。

〔改行〕嫡出子の同意が得られていない本件にあっては、申立てを許可するのが相当とはいえず、本件申立てはこれを却下するほかはない」として、本件申立てである氏の変更を認めなかった。

〔札幌高決平成23年1月28日（抗告審）〕（原判決取消，変更）

「非嫡出子は、民法790条2項により、母の氏を称するものとされているところ、その後、父によって認知され、父と氏を異にする場合には、同法791条1項の規定に基づき、家庭裁判所の許可を得て、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、その父の氏を称することができる」とされている。このように、民法791条1項は、子の氏の変更について、家庭裁判所の許可を必要とし、同変更に対する家庭裁判所の関与を定めているが、その趣旨は、子の氏の恣意的な変更を防止し、かつ、子の氏の変更をめぐる関係者の利害対立を調整させようとする点にあると解される。このような観点に照らすと、非嫡出子の氏の変更を許可するか否かを決するに当たっては、非嫡出子の氏の変更が父の妻子等の関係者に与える影響、同関係者の意向等を総合的に考慮して、これを判断するのが相当である」として、本件について、「Xの親権者であるBは、Xが小学校に入学する年齢に達したことから、Xの将来の生活に対する影響等を考慮し、本件子の氏変更許可の申立てをしたものであって、Xの今後の成長等を考えると、親権者であるBが自己を筆頭者とする戸籍にXを入籍させようとすることはごく自然なことといえるのであり、本件子の氏変更許可の申立てについて氏を恣意的に変更する意図はみられない。また、前記認定のとおり、現在、Bには妻がおらず、Bと婚姻関係にある妻に与える影響等を考慮する必要はないし、

Bを筆頭者とする戸籍と同籍しているEおよびFが、Xと同籍することについて反対する意向を示していることはうかがわれない。なお、Xは、現在、Cとともに同居生活を送っており、Bとは同居していないことは前記認定のとおりであるが、それは、BとCが、Xの年齢及びBの生活状況等に照らし、Xが母であるCと同居生活を送る方がXの福祉にかなうと判断した結果であるとも考えられるのであって、XとBが現在同居生活を送っていないことは、本件子の氏変更許可の申立てを許可することを妨げる事由となるものではない」として、Xの氏を母の氏から父の氏に変更することを認めた。

#### 【解説】

本件は、嫡出でない子として出生し、母Cと同居するXが、小学校に入学する年齢（6歳）に達したことから、親権者である父Bが、Xの氏をBの氏に変更することを求めたケースである。

原審は、「父の認知により母の氏を称する子が父の氏への変更を求めた場合には、子の利益もさることながら、同籍によって社会的な不利益・精神的苦痛を被ることとなる嫡出子との調整を図りつつ、変更許可の可否を決しなければならない」として、本件では、①Bの嫡出子E（19歳）およびF（17歳）の同意が得られていず、また、②XとBとが共同生活を送っているわけでもないことから、Bと同籍することによるXの利益も大きいとは言えない、として、氏変更許可の申立てを却下した。

抗告審では、子の氏の変更家庭裁判所の許可を要する、とする民法791条1項の趣旨を、「子の氏の恣意的な変更を防止し、かつ、子の氏の変更をめぐる関係者の利害対立を調整させようとする点にある」とする。したがって、「非嫡出子の氏の変更を許可するか否かを決するに当たっては、非嫡出子の氏の変更

が父の妻子等の関係者に与える影響、同関係者の意向等を総合的に考慮して、これを判断するのが相当である」とした。そうして、本件では、Xの氏変更の申立ては、①Xが小学校に入学する年齢に達したことから、Xの将来の生活に対しての影響を考慮したものであるから、氏変更の申立てに、恣意的な意図はみられない。また、②現在、Bに同居する法律上の妻はいないので、法律上の妻に対しての影響を考える必要もなく、また、Bの同居者、すなわちBの嫡出子であるEおよびFが同居に反対している意向を示す証拠も見当たらない。さらに、③現在、XはCと同居しているが、これは、Xの年齢、およびBの生活状況からして、その方が、子の福祉に適合と判断した結果であると考えられるから、XがBと現在同居していないことは、Xの氏変更の申立てを妨げる事由とはならない。このような理由から、抗告審は、原審判を取り消して、Xの氏変更許可の申立てを認めた。

1. 嫡出子は、父母の氏を称し(790条1項)、夫婦の戸籍に入籍する(戸籍法18条1項)。他方で、嫡出でない子は、出生とともに、母の氏を称し(790条2項)、母の戸籍に入籍する(戸籍法18条2項)。嫡出でない子は、(自然血縁上の)父から認知されることで(779条)、法律上の父子関係を取得するが、それで、嫡出子の身分を取得するわけでもなく(嫡出でない子のままであり)、母の戸籍に同居し、母の氏を称したままである。嫡出でない子の氏を、父の氏に変更するためには、791条1項によって、家庭裁判所の許可を得て、戸籍法の定める届出(戸籍法98条1項)をすることで、氏の変更が認められる。その子が、15歳未満の場合、その法定代理人<sup>3</sup>が氏変更の申立てをすることができる(791条3項)。また、子の自己決定を尊重するために、氏を変更した子は、成人後1年以内に限り、届出のみで復氏が認められる(791条4項)<sup>4</sup>。

791条1項は、子が父または母と氏を異にする場合に、子の氏を、氏が異なる親の氏に変更するための規定である<sup>5</sup>。民法が親子同氏の原則(790条、810条)、戸籍法が同氏同籍の原則(戸籍法6条、18条)を採用していることから、氏が異なる子の氏を、親の氏に変更し、同じ戸籍に入籍させるための要件と手続を定めたものである。現在の日本民法では、氏は、原則、個人の呼称であり、人の同一性を確定するための標識としての機能をもつと考えられるが<sup>6</sup>、現実には、氏は家族の一体性を表す表象・自己のアイデンティティーの拠り所でもありと考えられ、791条は、この相反する考え方の妥協の産物でもあると評価される<sup>7</sup>。791条1項は、子の氏の変更のためには、家庭裁判所の許可が必要であると規定している。その趣旨は、子の氏の恣意的な変更を防止して、呼称秩序の安定を図ること、そして、子の氏の変更をめぐる関係者間の利害対立を調整することで、子の利益・福祉を保護することを目的とすることにある<sup>8</sup>。

子が父または母と氏を異にする場合として、①父母の離婚、または婚姻の取消しにより、父母の一方が婚姻前の氏に復した場合(767条1項、749条)<sup>9</sup>、②父母の一方が死亡し、婚姻解消後、生存配偶者が婚姻前の氏に復した場合(751条1項)、③離婚または死亡によって婚姻解消後、母が、子を連れて再婚し、再婚の配偶者の氏を称した場合(750条)(791条2項により、家庭裁判所の許可は必要ない)、④父母が夫婦で養子となり(796条)、養親の氏を称することとなった場合(810条)(791条2項により、家庭裁判所の許可は必要ない)、⑤養子になった父母が、離縁して復氏した場合(816条1項)(791条2項により、家庭裁判所の許可は必要ない)、⑥子の出生前に父母が離婚して、母が復氏した後で、子を出生した場合(790条1項但書)、⑦嫡出でない子として母の氏を称している子

が、父から認知を受けた場合 (779条, 789条),  
⑧父母が離婚後、氏を変えた元配偶者が婚氏  
続称した場合 (767条2項),  
など多様なケースが考えられる<sup>10</sup>。

2. 上に挙げたケースで一番の争いになるのが<sup>11</sup>, ⑦の嫡出でない子を父の氏に変更しようとして、子の氏変更を申し立てるケースである。とりわけ、重婚的内縁関係から出生した嫡出でない子の氏を、父の氏に変更する場合に、その問題・争訟性が顕著となる。家庭裁判所の許可審判について、学説上、次のような見解の対立がある。一方で、家庭裁判所は、法律上の親子関係が明らかな場合に、子がその親の氏に変更することを望むのであれば、それを拒否する権限はない、として、家庭裁判所は、法律上の親子関係の存否と791条の要件の具備を審査する権限をもつだけである、とする形式的裁量権説がある<sup>12</sup>。他方で、家庭裁判所は、子の氏変更の許否について、様々な事情を考慮することができるとする実質的裁量権 (自由裁量権) 説がある<sup>13</sup>。実質的裁量説は、嫡出でない子の利益・福祉を重視するか、法律婚家族の利益 (不利益) や意思 (感情) を重視するかで、さらに分かれる。①嫡出でない子の父の氏への変更は、嫡出でない子の利益・福祉を重視すべきであって、氏の変更で何ら実体法上の効果が嫡出でない子に発生するわけでもないから、法律婚家族の反対を考慮する必要もない、という考え方があり、「(氏変更) 積極説」と呼ばれる。また、②法律婚家族の利益 (不利益) や意思 (感情) を尊重し、その利益や意思に反する氏の変更は認められない、とする考え方があり、「(氏変更) 消極説」と呼ばれる。そして、③嫡出でない子の利益・福祉と、法律婚家族の利益 (不利益) や意思 (感情) など、様々な事情を比較衡量して、嫡出でない子の父の氏への変更を判断する「比較衡量説」に分かれる。もっとも、比較衡量説のなかでも、

(a) 氏は個人の呼称ではあるが、氏の変更に伴う利益も考慮しないとしないとして、嫡出でない子の利益・福祉を重視する立場と、

(b) 法律婚家族の利益 (不利益) や意思 (感情) を重視する立場、すなわち、嫡出でない子は、母の氏を称すべきものとされており (790条2項)、法律婚家族に不利益を及ぼしてまで、嫡出でない子が法的保護を受けるものでもない。このことは、嫡出でない子に、理不尽な犠牲を強いるものではない、とする立場、(c) 諸般の事情を総合的に考慮して判断する立場 (この立場では、氏の変更の許否を先送りして、差し当たり氏の変更許可申立を却下することもある) に分かれる。

裁判例は実質的裁量説をとっている<sup>14</sup>。①の積極説、②の消極説に分類される裁判例でも、嫡出でない子の利益・福祉と、法律婚家族の利益 (不利益) や意思 (感情) を多かれ少なかれ衡量して判断を下している。したがって、いずれにしても、家庭裁判所は、嫡出でない子側の事情と、法律婚家族側の事情を比較衡量することになる。裁判例が衡量する事情として、嫡出でない子側の事情としては、子の年齢、父による認知、親権の帰属、氏変更・入籍の必要性 (入学、就職、結婚など)、氏変更・入籍による利益 (人格的利益など)、重婚的内縁関係 (父母関係) の安定性 (共同生活の実態、父の氏を事実上、通称していることなど) などがあり、法律婚家族側の事情としては、嫡出でない子の氏変更・入籍による法律婚家族 (特に嫡出子) への影響・不利益 (社会的不利益として就職・縁談への悪影響、精神的不利益など)、法律婚家族、特に妻の反対、法律婚家族の状況 (婚姻関係破綻の原因、修復の可能性、離婚調停・訴訟の係属など)、夫 (父) と法律婚家族との関係 (婚姻費用の分担、交流・養育の状況など) などがみられる。嫡出でない子の利益・福祉、法律婚家族の利益 (不利益) ・意思 (感情) いずれも、その侵害が不法行為となるような

具体的な法的利益に当たるとまでは言えないため、裁判所の判断が、嫡出でない子の保護、または法律婚家族の保護いずれかに収斂することは難しい<sup>15</sup>。

辻・判タ536号162・163頁に、東京家審昭和35年11月21日から東京高決昭和59年3月30日までの、重婚の内縁関係から生まれた嫡出でない子の父の氏への変更事件を扱った裁判例がまとめてある。ここでは、それ以降に下された嫡出でない子の氏変更の裁判例についてみていく。

### 【重婚の内縁関係から出生した嫡出でない子の氏変更許可申立事件】

[氏変更を許可した裁判例]

- i. 東京高決昭和59年6月14日家月37巻3号83頁（浦和家川越支審昭和58年8月29日家月37巻3号89頁（氏変更却下））
- ii. 東京高決平成2年5月11日東京高等裁判所（民事）判決時報41巻5～8号28頁
- iii. 大阪高決平成9年4月25日家月49巻9号116頁<sup>16</sup>（大阪家審平成9年2月14日（氏変更却下））

[氏変更を却下した裁判例]

- iv. 東京高決昭和60年9月19日家月38巻3号69頁<sup>17</sup>（東京家審昭和60年4月23日家月38巻3号71頁（氏変更却下））
- v. 大阪高決昭和62年12月3日家月40巻6号39頁<sup>18</sup>（大阪家審昭和62年7月10日（氏変更却下））
- vi. 山口家審昭和63年12月5日家月41巻7号106頁<sup>19</sup>
- vii. 高松高決平成5年11月10日判タ863号268頁<sup>20</sup>（松山家審平成5年6月22日）

### 【重婚の内縁関係とは関係のない嫡出でない子の氏変更申立事件】

[氏変更を許可した裁判例]

- viii. 東京高決平成10年1月19日家月50巻6号

77頁<sup>21</sup>（水戸家審平成9年11月7日家月50巻6号54頁（氏変更却下））

- ix. 札幌高決平成20年1月11日家月60巻12号42頁<sup>22</sup>（札幌家審平成19年6月19日家月60巻12号45頁（氏変更却下））

東京高決昭和59年3月30日の後で、嫡出でない子の氏を父の氏に変更することが争われた裁判例は9件、重婚の内縁関係で氏の変更が争われたのは7件、公表されている。残りの2件のうち1件は、父母の離婚後、母の氏を称していた子が、母死亡後、父の氏への変更を求めたケースであり、残りの1件は、事実婚での氏変更のケースである（この2件については後述）。東京高決昭和59年3月30日事件以前の裁判例の頻出、特に昭和40年代のそれと比べると、その数は圧倒的に少ない。この現象をどう考えるか自体、興味深い問題である<sup>23</sup>。裁判例の審判・決定の傾向としては、昭和50年代には、嫡出でない子の利益よりも、法律婚の尊重・嫡出家族の保護を優先する考え方から、嫡出でない子の氏を父の氏に変更することを認めないという方向に最終的に決着が付けられたという評価もあった<sup>24</sup>が、ここに挙げた7（9）つの裁判例を見る限り、そう断言することもできず、東京高決昭和59年3月30日以前のように、氏の変更を容認した裁判例が3つ（重婚の内縁関係でないケースを含めると5つ）、却下した裁判例が4つと、その許否は相半ばしている。審判・決定の要旨を、先に挙げた学説の分類に当てはめてみると、比較衡量説の（a）説が、i、ii（、iii）の裁判例、（b）説が、i原審、iii原審、v（原審ともに）、viiの裁判例、（c）説が、iv（原審ともに）、viの裁判例となる。嫡出でない子の氏変更を認めた裁判例のうち、iでは、父が法律婚家族に婚姻費用分担をしていること、ii、iiiでは、法律婚家族が既に破綻しており、父母と嫡出でない子の共同生活が既に定着していることが、子の氏変更許

可の判断のポイントとなっていると考えられる。もっとも、iiiは、子の利益・福祉を優先したというよりも、父の有責性、離婚訴訟への影響などの事情を総合的に判断したものとされる。嫡出でない子の氏の変更を却下した裁判例のうち、i原審では、父の有責性、vは、法律婚家族の不利益だけではなく、父の婚姻費用分担金の支払の滞りが判断ポイントとなっていると考えられる。viiでは、嫡出でない子の氏変更が認められない不利益は、嫡出でない子の父母間の関係の是正以外に方法はないとされる。iv、viでは、嫡出でない子が未だ幼児に近いことから、性急な氏の変更には合理性がなく、嫡出でない子の成長、父母との共同生活の状況、法律婚家族の帰趨、嫡出子の感情など、暫く時間の経過を待って、時期が来たら、子の福祉・利益の観点から判断すべきであるとして、審判の時点での氏の変更は見送られた(却下した)。印象に過ぎないが、先に挙げた7(9)つの裁判例は、以前の裁判例と比べると、具体的な事情を総合的に考慮して判断を下しているように思われる(とりわけ、iv、viの裁判例)。法的安定性は損なわれることになるが、事件・裁判の性質上、多様な事情・利害関係を考慮して、慎重な判断を下していくことは必要であり、好ましいことといえることができる。

3. ところで、先に挙げた9つの裁判例のうち、重婚的内縁関係に関わりなしに、嫡出でない子の氏変更が争われた裁判例、東京高決平成10年1月19日と札幌高決平成20年1月11日について、少しばかり詳しく取り上げたい。前者は、本評釈(札幌高決平成23年1月28日)と同じく、父と嫡出でない子との間に審判の時点で共同生活がない点が類似しており、後者は、事実婚で嫡出でない子の氏を父の氏に変更するという特殊なケースが争われた事件だからである。

(1) まず、東京高決平成10年1月19日家月

50巻6号77頁について、事実関係を簡単に取上げ、その後に審判・決定理由を掲げ、若干の解説を付す。

#### 【事実】(子の氏の変更許可申立事件)

申立人Xの父母は、母を親権者と定めて、離婚した。その5年後、母は交通事故で死亡した。それ以降、Xは、母の兄であるBに監護養育されている。Xの父Aは、親権者変更を申し立てた。これに対して、裁判所は、親権者をAに変更し、監護者をBに指名した。そこで、Aが、X(審判時、3歳)の氏を自分の氏にすることを求めて申立てを行った。

#### 【理由】

[水戸家日立支審平成9年11月7日](却下)

まず、親権者変更申立事件および後見人選任申立事件について、Xの監護教育をAまたはBのいずれに委ねるべきかについて、子の「福祉・幸福に適するかを総合考慮すべきである」として、「そもそも未成年者の後見制度は、親権の補充的措置にすぎないところ、Aは、Xにとって唯一の実親であるから、Xは、本来Aのもとで監護養育されるのが自然というべきである。〔改行〕そして、Aが母と離婚した後もXの養育費を負担するとともに、Xと一定の交渉をもち続けていることに加え、XはAに対しても好意を抱いていること等を考え併せると、AをXの親権者とするについて、不適格ないし不適切な点は認められない。〔改行〕しかしながら、現状における未成年者の生活環境としては、A方よりもB方の方がやや勝っているというべきであり、また、Xの生育歴や現状に照らすと、Xをよく慣れたB方から不慣れなA方へ直ちに移すことになれば、Xに対して少なからず精神的動揺を与えることが懸念される。〔改行〕そうすると、将来的にはXをB方からA方へ移すことが自然であるとしても、当面の間はBがXを監護養

育し、その間にAにおいてXとの交流を深め、自然な形で同居に至るとするのが最もXの福祉・幸福に適するというべきである」と、Xを親権者として定め、監護についてはBが引き続き当たるべきであるとした<sup>25</sup>。

そうして、A（Xの法定代理人）による子の氏変更の申立については、確かに子の福祉・利益を考慮したものだが、「1 …一般論としては、親子でありながら氏を異にするのは社会通念上不自然というべきであろうけれども、現行法上及び社会生活上、親子であっても氏を異にする場合はあり得るのであって、上記主張が絶対的なものであるとは言い難い。

〔改行〕2 また、Aは、Xと今後さらに交流を深めていくためには、AとXの氏を一致させる必要があり、このことはXの福祉・幸福に適する旨主張するけれども、AとXと今後さらに交流を深めていくためには、Xの精神面に一定の配慮をしながら、面接交渉を中心とした具体的な交流をいかに図っていくかを考えるべきであって、このことはXの氏如何と直接結び付くものとは言い難い。

〔改行〕むしろ、当裁判所は、…監護者をBと定めて別件親権者変更審判及び別件却下審判〔後見人選任却下審判〕をしたものである上、…その後も大きな事情の変化は認められないから、当面は監護者であるBの立場を尊重して、Xの氏を変更しないことが相当である」とした。

〔東京高決平成10年1月19日（抗告審）〕（取消，許可）

「氏は単なる個人の呼称ではなく、家族的共同生活を営む夫婦とその子が共通に称する呼称でもあるから、共同生活を営んでいる父子が互いに氏を異にする場合には、子の氏の父の氏への変更は原則として許されるべきものであって、これを許すことが子の福祉にも合致するものであると解される。〔改行〕…現在、Xは、親権者である父と同居しておら

ず、監護者であるBが監護養育しているが、これは、Xは本来的には父のもとで監護養育されるのが自然というべきであるが、現状におけるXの生活環境としては、父方よりもBの方がやや勝っているというべきであるし、Xの生育歴や現状に照らすと、Xをよく慣れたB方から不慣れた父方へ直ちに移すことになれば、Xに対して少なからず精神的動揺を与えることが懸念されるので、将来的にはXをB方から父方へ移すことが自然であるとしても、当面の間はBがXを監護養育し、その間に父においてXとの交流を深め、自然な形で同居に至るとするのが最もXの福祉・幸福に適するというべきであると考えられたからであって（…）、できるだけ早期にXが父と同居することが予定され、期待されているのである。〔改行〕このように、いずれに近い将来にXは父と同居することになるのであるから、本件氏の変更を許可することを不相当とする理由はないものといわなければならない。Xと父が交流を深めていくについて、両者の氏が一致していることは必要ではないが、同一の氏を称することは親子間の精神的・心理的同一性を図るための一助となるのであって、これが親子の交流を深めるについても無益であるとはいいい切れぬ。〔改行〕もっとも、Bは本件氏の変更を許可することに反対しているが、これに合理性があるとは考えられない。BがXを監護養育していく上で本件申立を許可することが何らかの支障を及ぼすとは考えられないし、Xにとっても不利益になることはないと考えられるからである」として、抗告審は、子の氏変更の申立を認めた。

#### 【解説】

本件は、原審と抗告審とで、その判断が異なった。原審では、子Xの実際の監護養育状況、その実績・継続性を尊重して、氏変更の必要性はないと判断した。これに対して、



抗告審は、「共同生活を営んでいる父子が互いに氏を異にする場合には、子の氏の父の氏への変更は原則として許されるべきものであって、これを許すことが子の福祉にも合致する」と原則論を立て、Xの現在の監護養育状況に配慮しつつも、将来、Xと父Aとは同居が期待され、現実に同居する以上、氏の変更を認めるべきだと判断した。原審と抗告審とでは、論理が逆転している。原審は、子との交流を図るには、氏が何であるかは関係なく、面会交流を重ねることで、父子の関係を深めて、それから氏の変更がなされるべきであると考えているようであり、他方、抗告審は、父子が「同一の氏を称することは親子間の精神的・心理的同一性を図るための一助となるのであって、これが親子の交流を深めるについても無益であるとは言い切れない」として、父と子の氏を同一にすることが、父子の関係を深めることになるとする。子の氏の変更は、原審では、父子関係確立の結果であり、抗告審では、父子関係確立の手段となっている<sup>26</sup>。

本件は、重婚的内縁関係から出生した嫡出でない子の氏変更のケースではない。子Xは、おそらく離婚時に、父Aの氏から、親権者である母の氏へと氏変更を行ったのだが、母の死亡により、今度は反対に、父の氏に戻るようになった。AとXとの間には、そもそも、嫡出父子関係が存在し、氏の変更・入籍を認めたところで、不利益を被る第三者は存在しない。抗告審は、共同生活をしている父子が氏が異なる場合、子の氏の変更を認めるのが原則であるとする。本件は、共同生活をしているものではないが、父子の関係も良好のようであり、母の不慮の事故死により、いずれ父子の共同生活が期待・予想されることから、子の氏変更が認められた(父子関係が良好で無かったら、認められなかったのだろうか)。原審と抗告審とでは、判断が逆になったが、いずれにおいても重視されているのは、子の監護養育状況、その実績・継続

性、すなわち子の利益・福祉である。

(2) 続いて、事実婚<sup>27</sup>から生まれた子の氏変更許可が問題となった札幌高決平成20年1月11日家月60巻12号42頁である。同じく事実関係、審判・決定理由、最後に解説を付す。

#### 【事実】(子の氏の変更許可申立事件)

本件父母はともに法律婚歴はなく、平成10年4月から、夫婦として共同生活を営んでいるが、婚姻届は出しておらず、事実上の婚姻関係である内縁状態に留まっている。両者の間には、平成15年×月×日、Dが出生し、父が認知し、母がDの親権者として家庭裁判所の許可を得て、Dの氏を母の氏から父の氏に変更する届出を行い受理された(審判時、Dは5歳)。さらに、平成19年×月×日に、両者の間に、被告人Xが出生し、父が認知し、Dの場合と同様、母が親権者となった(審判時、Xは1歳)。母は、Xの親権者(法定代理人)として、平成19年6月×日、札幌家庭裁判所に、Xの氏を父の氏に変更する旨の申立てを行ったが、同裁判所は申立てを却下した。

#### 【理由】

[札幌家審平成19年6月19日](却下)

「子は家庭裁判所の許可を得た上で、父又は母の氏に変更できるところ(民法791条1項)、この場合、家庭裁判所の許可は、原則として認められるべきものであるとはいえ、少なくとも、変更することに合理的な事情の存することが必要であると解され、恣意的であつたりあるいは濫用となるような場合には許されないといわざるを得ない」として、本件については、「父は申立人を認知したものの、申立人の親権者は母であり、しかも、申立人は、父母らと一緒に生活しているものであることからすると、申立人が父と同居するのに格別支障となるような事情が存するとは

窺われず、親権者が未成年者の監護養育の法的責任全般を負っているものであることをも併せ考えると、本件においては、申立人の氏を非親権者である父の氏に敢えて変更しなければならないような合理的な事情が存するとまでは認められない」として、本件許可申立てを却下した。

[札幌高決平成20年1月11日（抗告審）]（取消し、認容）

「非嫡出子の氏について、民法790条2項は、一律に母の氏を称すると定めた上で、父による認知後、同法791条により、親権者である母が家庭裁判所の許可を得て届け出ることにより、父の氏に変更することを認めている。民法791条が、上記の場合を含めて、子が父又は母と氏を異にする場合にその父又は母の氏への変更を認めた趣旨は、民法790条により形式的基準でいったん定まった子の氏につき、主として共同生活を営む親子間で氏を同一にしたいとの要請に配慮して、その他の利害関係人の利害感情も考慮の上で、家庭裁判所の裁量により他方の氏への変更を認めるところにあると解される」とする。本件については、「父は、母と長年にわたって事実上の夫婦として共同生活を送り、母は、法律上の婚姻関係にないため父の氏を称していないものの、平成15年に父母間に生まれた第一子は、父による認知後家庭裁判所の許可を得て直ちに父の氏を称しており、第一子同様、第二子であるXについても、同居して養育を受ける父の氏を称させることは、前述した民法791条の趣旨に適うといえることができる。また、父には現在よりもより過去においても法律上の婚姻関係は存在したことはなく、第二子に父の氏を称させることにつき、父母以外の者の利益を害するおそれはない。加えて、Xの兄である第一子との関係では、Xが父の氏を称することによって、きょうだいでありながら戸籍法上の氏を異にするという望まし

くない結果を避けることができる。〔改行〕なお、母は、Xの氏を父に変更する申立てを行いながら、第一子同様、親権者を父とすることなく、氏の変更が許可されても、親権者は将来にわたり母のままであると認められる。しかしながら、氏の変更は、親と共同生活を営む子の社会生活の必要性から認められるものであり、両親のうち親権者をいずれにするかは直接の関連性を有せず、親権者が母のままであることは、非嫡出子が、その氏を、共同生活を営む父の氏に変更することを妨げる事由とはなりえない」として、抗告審は、氏の変更を却下した原審判を取り消し、父の氏への変更を認めた。

#### 【解説】

本件は、事実婚における子の氏の父の氏への変更を扱ったケースである<sup>28</sup>。事実婚の子は、嫡出でない子となるので、その氏は母の氏を称し（790条2項）、母の戸籍に入籍する。先に述べたように、父が認知したところで、氏は母の氏のままであるから、父の氏に変更するためには、791条の氏変更の手続きを踏まなければならない。791条の「子が父又は母と氏を異にする」類型に、従来、事実婚が含まれることはなかったが、新たな類型として事実婚が含まれることになる。

本件は、原審と抗告審とで判断が異なった。原審は、子の氏変更の家庭裁判所の許可は原則として、認められるべきだが、それには、「少なくとも、変更することに合理的な事情の存することが必要であると解され」るべきであるとして、本件には、①父母と子の同居を妨げる事情も存在せず、②親権者が母のままであることから、氏の変更は合理的な事情は存在しないとして、氏の変更許可申立てを却下した<sup>29</sup>。他方で、抗告審は、791条の趣旨が、「民法790条により形式的基準でいったん定まった子の氏につき、主として共同生活を営む親子間で氏を同一にしたいとの要請に配

慮して、その他の利害関係人の利害感情も考慮の上で、家庭裁判所の裁量により他方の氏への変更を認めるところにある」として、本件については、①事実婚ゆえ、父と母は同じ氏を称していないが、第一子(兄)は父の氏への変更が認められているので、父母そして兄と同居するXについても、氏の変更を認めることは791条に適う、②父(と母)は、現在も過去も、誰か他の者と法律上の婚姻関係を結んだことはなく、第三者の利益を害することもない<sup>30</sup>、③きょうだいでありながら、戸籍法上の氏を異にするという望ましくない結果を回避できる(原審では、氏の変更許可が却下されたので、きょうだいで氏が異なることになる)、そして、④「氏の変更は、親と共同生活を営む子の社会生活の必要性から認められるものであり、両親のうち親権者をいずれにするかとは直接の関連性を有」しないので、親権者が氏の異なる母のままであることは、子の氏の変更を妨げる事由とはならない<sup>31</sup>、として、子の氏を父の氏に変更することを許可した<sup>32</sup>。抗告審は、重婚的内縁関係から生まれた嫡出でない子の氏変更事件において形成された家庭裁判所の氏変更許可の判断基準に従って判断を下した。

原審は、氏の変更が認められるためには合理的な事情が必要であり、本件にはそれが認められないとする。しかし、本件は、事実婚における子の氏の変更が申立てられたケースであるから、子の氏変更にて恣意的な意図や濫用は認められない。氏の変更にて合理的な事情はあり、申立てが認められても良いように思われるが、原審判がそれを却下した背景には、事実婚に対しての消極的・否定的な評価があるのではないか。他方で、抗告審は、事実婚であるがゆえに、父母の氏は異なるが、共同生活を営んでおり、子の法定代理人の意思が、おそらく子の利益・福祉を考えて、子の氏の変更を求めるのであれば、それを認めるべきであると解したのだろう。抗告審は、事実婚

に対しての評価をひとまずおいて、実質的に子の利益・福祉を重視したものと思われる。

791条が、子の氏を父または母の氏へ変更することを認める趣旨は、札幌高決平成20年1月11日によれば、「民法790条により形式的基準でいったん定まった子の氏につき、主として共同生活を営む親子間で氏を同一にした」との要請に配慮して、その他の利害関係人の利害感情も考慮の上で、家庭裁判所の裁量により他方の氏への変更を認めるところにある」とされる。事実婚夫婦は、共同生活を営む夫婦親子間で氏を同一にしたいという要請をそもそも持っていない、それどころか、それを意図的に拒否・回避した婚姻形態・結びつきである。したがって、791条の本来的な趣旨からすると、事実婚類型に、重婚的内縁関係から生まれた嫡出でない子の氏変更をめぐって形成された判断基準、ひいては791条を適用していくことは筋違いのようにも思える。とはいえ、事実婚を選択するのも自由であり、氏の変更を認めないという不利益を及ぼすことで、それを圧迫するのもしがちなものかと思う(東京家八王子審昭和49年6月13日が言うように「意地悪」である)。法律上有効な婚姻を選択しないで、子をもうけた場合、現行民法上、子は、母の氏を称し(790条2項)、単独親権に服し、母の戸籍に入籍する。事実婚から生まれた子は、これら一連の定型的な法的効果をパッケージとして享受するしかない。したがって、791条が本来予定していた適用対象とは異なるかもしれないが、791条を適用して、子の氏の変更を申立て、819条を利用して、親権者の変更を申し立てることも便法としてありうる。意図的な事実婚の出現は、791条の適用対象を拡大することになった。事実婚の子の氏の変更にも791条1項が適用されることを示した点で、本件の先例的意味も大きいものと考えられる<sup>33</sup>。しかし、抗告審では、重婚的内縁関係から出生した嫡出でない子の氏変更許可の判断基準

が用いられているが、重婚的内縁関係と事実婚では事実関係が異なるから、事実婚に即した判断基準が必要である<sup>34</sup>。事実婚における氏変更許否の基準としては、本件原審判のいう、恣意的な変更や濫用を除いて、氏を「変更することに合理的な事情の存することが必要」とすること<sup>35</sup>や、東京家八王子支審昭和49年6月13日の「実際の生活において父母が共同して子の監護養育にあたっているならば、子がひきつづき母の氏を称するか、或いは父の氏を称することになるかは格別の支障のない限り父母（子が15歳以上のときは子）の選択に委せてよい」（注（28）を参照）が参考になると考えられる。

#### 4. 以上の考察をまとめる。

（1）本件（札幌高決平成23年1月28日）は、氏変更許可の申立ての時点では、父Bに法律上の妻は存在せず、重婚的内縁関係はない。原審は、①Bの戸籍に同居する嫡出子E、Fの同意が得られていないこと、②申立人XとBが共同生活を送っていないことを理由に、父の氏への変更（および父の戸籍への入籍）による子の利益が大きいものとはいえないとして、氏変更許可の申立てを却下した。抗告審は、①氏変更の申立てに恣意的な変更の意図はないこと、②Bの嫡出子E、Fが反対の意思を表明していないことから、Xの氏変更で不利益を被る法律婚家族が存在しないこと、③BとXとの共同生活がないのは、Bと母CがXの福祉を考えて判断した結果であるので氏変更の申立許可を妨げる事由に当たらないという理由で氏の変更を許可した。原審が氏変更許可を却下した判断のポイントは、XとBが共同生活を送っていないことにあったと考えられる。これに対して、抗告審は、共同生活がないことは、氏変更の申立許可を妨げる事由には当たらないとした。抗告審の判断のポイントは、氏変更申立ての意図が、Xの将来の利益・福祉を考えてのこと

であり、恣意的な意図は認められないという点にあったと考えられる。原審・抗告審ともに、子の利益・福祉を第一に考えてはいるが、結論が逆になった。XとBの共同生活がないという事実の評価が、原審と抗告審で異なったものと思われる。原審は否定的に評価し、抗告審は回避的？に評価した。

本決定についての評釈はすべて、その結論に賛成している<sup>36</sup>。子の氏変更を認めることが、子の利益・福祉のためになると考えての判断だろう。私は、原審判には賛成するが、抗告審の決定には賛成できない。先に確認したように、本件は、重婚的内縁関係の子の氏変更申立てのケースではない。したがって、重婚的内縁関係における判断要素をダイレクトに適用して、子の氏変更の如何を判断するものではないと考える。同居するBの嫡出子E、Fの同意を得ることももちろん大切だが、重要なのは、子の意思であり、さらに、とくに子が未成年者の場合、子の監護養育状況・その実績・継続性であると考えられる。それが、子の利益・福祉に繋がると考えるからである。本件の事実関係では、現時点で、父Bと申立人Xとの間に共同生活の実態はなく、将来、BとXが共同生活を送る予定も期待もないようである。本件と同じように、審判の時点で、父と子の共同生活の実態のない東京高決平成10年1月19日では、父と子の将来の共同生活の期待が考慮されて、子の氏の父の氏への変更が許可された（原審では、審判時に共同生活の実態がないことを理由に、氏変更の申立てが却下されている）。本件においても、子の福祉・利益を考えるのであれば、子の意思、本件の子Xは小学校入学前であるから、氏変更を求める父Bの意図・生活状況、すなわち、XとBの交流・生活状況、そして将来、共同生活を送る予定・期待があるのかを考慮して決定を下すべきものだったと思われる<sup>37</sup>。本件の事実関係からすると、Bは、嫡出子Fと同居しているが、Fが、X

の氏変更について、どう思っているのかは分からない。また、Bと嫡出子Eとの関係もどうなっているのか分からない。Xの氏をBの氏に変更して、Xと将来、共同生活を送るのかどうかも不明であるし、また、将来XがBと同居することになっても、Fの意向が分からない以上、FとXとが良好な関係を築くことができるのかどうかも不明である。また、Xの氏変更が認められても、XがBと同居しないならば、Xが現在、共同生活を送っている母Cと法律上の氏が異なることになる。それが、Xの利益・福祉に資することも考えられない(そもそも、実際の監護者であるCの意思も見えてこない。BとCが婚姻すれば、Xは準正嫡出子となり、問題は解決する<sup>38)</sup>)。したがって、抗告審の氏変更の許可には賛同できない。

(2) 791条の氏変更の主体は、子である。氏の変更にあたっては、子の意思が重要であることに異論はない<sup>39)</sup>。氏の変更には、変更先の戸籍への入籍がともなっており、重婚的内縁関係から生まれた嫡出でない子の氏変更の場合、特に入籍する戸籍の同籍者との利害調整が問題となる。そのために、791条1項では、家庭裁判所の許可が必要とされている。家庭裁判所は、子の意思、究極には、子の利益・福祉を保護・実現するために、諸般の事情を考慮しなければならない(実質的裁量権説)。ところで、子の利益・福祉とは、特に未成年者にとっては、健全な監護養育を受けることにあると考えられる。したがって、氏を変更することで、そうした利益を子が享受できるか否かが問題となる。重婚的内縁関係の場合、法律婚が解消されて、重婚的内縁関係が、法律上有効な婚姻に発展的に解消されるのであれば、子の氏変更は、子の利益・福祉に資することになる。もっとも、有責配偶者からの離婚請求が認められているとはいえ、それは限定的なケースに限られるから、

法律婚が解消されるかどうか分からないし、そうすると重婚的内縁関係が法律上有効な婚姻関係に発展的に解消していくかどうか分からない(重婚的内縁関係自体、途中で解消されるかもしれない)。そうした状況において、重婚的内縁関係から出生した嫡出でない子の氏の変更を認めていくことは、氏および戸籍に対しての現在の国民感情から考えても、当然、法律婚家族には、嫡出でない子の氏変更反対の感情が生ずることが予想される。法律婚家族の反対の感情は考慮すべきでないという主張も存在するが、事実上、反対の感情があるなかで、嫡出でない子の氏変更を認めることは、必ずしも子の利益・福祉にとって有益であるとは考えられない。したがって、重婚的内縁関係から生まれた嫡出でない子の氏変更については、法律婚家族が氏変更に同意した場合に限って、氏変更を認めるという立場をとるべきである<sup>40)</sup>。

(3) 重婚的内縁関係から生まれた嫡出でない子の氏を父の氏に変更する審判で、家庭裁判所が直面することがある法律婚家族の反撥・反動的感情は、現行の氏、そして戸籍制度に対しての国民感情を表すものと思われる。氏は、個人の呼称であるとされても、氏を同じくすることによる家族の一体感、それを具体化するものとしての戸籍という感情・意識が存在することは否定しようがない<sup>41)</sup>。とはいえ、札幌高決平成20年1月11日に見られるように、事実婚に関わる問題も裁判所に申し立てられるようになってきており、多くの学者が言うように(、そして、ずっと言われてきたように)、戸籍制度のあり方・戸籍編製の仕方を検討していく必要があるように思われる<sup>42)</sup>。

了

- <sup>1</sup> 内田哲也＝旗手健・ケース研究315号216頁；常岡史子〔判批〕リマークス46号70頁；平田厚〔判批〕民商146巻6号624頁；村重慶一〔判批〕戸時694号124頁。
- <sup>2</sup> 本件は、親権と監護権が分属されたケースである。梶村太市他著「家族法実務講義」（有斐閣，2013年）176・177頁を参照。
- <sup>3</sup> 法定代理人は、通常、親権者である。監護者も法定代理人になれるかについて争いがある。東京高決平成18年9月11日家月59巻4号122頁を参照。
- <sup>4</sup> 以上の手続について、梶村太市他著「家族法実務講義」42頁以下を参照。
- <sup>5</sup> 中川善之助・米倉明編「新版 注釈民法（23）」（有斐閣，2004年）611頁以下〔梶村太市〕。
- <sup>6</sup> 「氏」には、民法上の氏と呼称上の氏という分類がある。それぞれの意義と問題については、青木惺「民法上の氏と呼称上の氏について」戸籍542号1頁以下；房村精一『「民法上の氏」と「呼称上の氏」に関する若干の問題」戸籍572号7頁以下；中川・米倉編「新版 注釈民法（23）」617頁以下〔梶村〕を参照。
- <sup>7</sup> 宮井忠夫「非嫡出子の氏の変更—許可審判の基準を中心として—」（「山木戸克己教授還暦記念 実体法と手続法の交錯（上）」有斐閣，1974年 所収）367頁を参照。
- <sup>8</sup> 中川・米倉編「新版 注釈民法（23）」634頁以下〔梶村〕。
- <sup>9</sup> 実務上、離婚により復氏した母が子の親権者となった場合に、791条による子の氏変更の申立てがなされることが多い、とされる。
- <sup>10</sup> 中川善之助・米倉明編「新版 注釈民法（23）」621-623頁〔梶村〕。本文で後述するが、これに事実婚類型が加わることになる。
- <sup>11</sup> 家名承継のための子の氏の変更のケースや、祭祀承継のための子の氏の変更のケースでも、争いが生じる。
- <sup>12</sup> 我妻栄＝立石芳枝「親族報相続法」（日本評論社，1962年）204頁など。
- <sup>13</sup> 実質的裁量権説の諸説については、山脇貞司「氏の変更に関する一考察」静岡大学法政研究6巻3・4号7頁以下を参照。
- <sup>14</sup> 裁判例の網羅的な考察については、辻朗・判タ536号162頁以下；武井正臣「非嫡出子の氏の変更が否認された事例—高裁決定例の推移

—」名城法学37巻2号90頁以下を参照。

- <sup>15</sup> 加藤永一「親子・里親・教育と法」（一粒社，1993年）38頁を参照。
- <sup>16</sup> 二宮周平〔判批〕別冊ジュリ193号68頁；村重慶一〔判批〕戸籍483号57頁。二宮・別冊ジュリ193号69頁は、家裁の傾向を次のようにまとめる。すなわち、「婚外子の氏の変更の問題を、法律婚の破綻～事実婚の形成～婚外子の誕生～離婚～再婚という家族再編のプロセスと見て、氏の変更がこのプロセスを阻害するときには、当面、氏の変更を認めず、夫側に誠意を求めるのである。実務は家族関係の総合的な処理を目指す方向で落ち着いたといえる」として、本判決もこの傾向に沿うものであるとする。しかし、二宮自身、この解決の仕方には批判的である。その理由は、妻が夫以外の男性と子をもうけた場合、夫との父子関係が否定されても、その子は母の氏を名乗ることになるので、〔夫婦が離婚しない限り、〕母の戸籍、婚姻家族の戸籍に入籍することになる。父の氏を称する場合に限って、婚姻家族の反対を考慮して、氏の変更を否定するのも均衡を失するのではないかと。さらに、氏名が人格権の一内容であることを前提にする（最判昭和63年2月16日民集42巻2号27頁）、氏の呼称性が重視されるので、呼称秩序を乱すことがない限り、子の氏の変更の際して第三者、特に婚姻家族が異議を唱える余地はなくなる。したがって、「変更の許否を決める基準は子の意思になる。民法791条は変更主体を子にし、子の意思を尊重する構造になっている」。したがって、「家裁は、親子関係の存否と、子または法定代理人の真意性…を審理するにとどまる。婚姻家族の保護の問題は、それにふさわしい手続で調整すべきであろう」とする。二宮「子の氏（名）の変更」民商111巻4・5号655頁以下も参照。
- <sup>17</sup> 佐藤義彦〔判批〕法セ381号151頁；武井・名城法学37巻2号83頁；二宮周平〔判批〕別冊ジュリ132号86頁。
- <sup>18</sup> 片桐春一〔判解〕判タ706号150頁。
- <sup>19</sup> 山口純夫〔判批〕法セ422号113頁。
- <sup>20</sup> 澤田省三〔判批〕戸籍648号29頁。澤田・33頁は本件の決定に反対している。
- <sup>21</sup> 澤田省三〔判批〕戸籍688号39頁；同〔判批〕民商法雑誌121巻3号456頁；村重慶一〔判批〕

戸時496号58頁。

<sup>22</sup> 梅澤彩 [判批] 月報 司法書士448号50頁；澤田省三 [判批] 戸籍834号17頁；二宮周平 [判批] 判タ1291号73頁；村重慶一 [判批] 戸時642号64頁。

<sup>23</sup> 有責配偶者からの離婚請求が認められることにより、(重婚的内縁関係、そして)重婚的内縁関係での氏の変更の問題は解消すると考えられていた(加藤「親子・里親・教育と法」36頁, 50頁)。しかし、加藤「親子・里親・教育と法」60・61頁, 74・75頁も認めるように、有責配偶者からの離婚請求が認められた(最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁)と言っても、それは条件付、すなわち限定的であり、それらの問題が即、解消するわけでもない(常岡・リマークス46号72頁は、有責配偶者からの離婚請求が認められたこともあり、重婚的内縁関係の嫡出でない子による父の氏への変更許可申立て事件の公表裁判例が以前よりも少なくなつたとする)。しかし、現実としては、裁判例を見る限り、昭和60年前後を境に、この種の問題についての裁判例は目に見えて少なくなつた。そもそも重婚的内縁関係が減つたのか(そんなことはありえないだろう)、氏に対しての意識、家族観が変わつたのか(学生との会話からも、氏・家族に対しての執着は根強いと感じる)、この現象の意味を探ることは、法社会学的に興味深い問題である。

<sup>24</sup> 有地亨「家族」(芦部信喜他編「岩波講座 基本法学 2-団体」岩波書店, 1983年 所収) 89頁。同「家族」82頁以下では、嫡出家族(法律婚)に対しての考え方が、社会との関わりで、どう変化してきたかが論じられており、興味深い。

<sup>25</sup> 離婚後、単独親権者となつていた者が死亡した場合、後見が開始するのか、生存親を親権者に変更できるのかについては争いがある。澤田・民商121巻3号459頁を参照。

<sup>26</sup> 澤田・民商121巻3号461頁は、原審と抗告審の論旨には、『氏』及び親と未成熟子間の『氏』のありようについての基本的な見解に微妙な差異がある」とする。すなわち、原審は、親子同氏原則に対しての評価が緩く、「氏の『個人呼称性』的側面」を重視しており、抗告審は、氏の「家族共同体の呼称としての

側面を重視し」、親子同氏原則を自然な基本原則であるとして、それが子の福祉・利益に合致するとする。すなわち、澤田いわく、「氏のもつ家族紐帶的機能に期待し」た決定となっているとする。

<sup>27</sup> 事実婚については、梶村太市他著「家族法実務講義」108頁以下を参照。

<sup>28</sup> 同種のケースとして、東京家八王子支審昭和49年6月13日家月27巻4号62頁がある。本件の父母は、婚姻の届出をすることで、いずれか一方が他方の氏に変わることを嫌って、婚姻の届出をしていなかった。母は、Xら(双子)を分娩し出生届を出した。Xらは、父の認知を受けたが、母の氏を称し、親権は母が持っていた。Xらは、父母と同居し、監護養育を受けている。Xらは、保育園では、父の氏を称していた。母が、Xらの氏の父の氏への変更を求めて、氏変更の申立てを行った。家庭裁判所は、父母の協議によって、親権者を父にすることで、Xらの氏を父の氏に変更することが、より容易となると示唆したが、Xらの父母は、親権者を変更する意思のないことを表明した。これに対して、家庭裁判所は、「父母が婚姻の届出をしていないけれども事実上の婚姻関係にある所謂内縁の夫婦であるときでも法律上は父母が婚姻関係にないものとして父母のうちの一方のみが子の親権者とされ且つ子は母の氏を称するものとされるわけであるが、実際の生活において父母が共同して子の監護養育にあたっているならば、子がひきつづき母の氏を称するか、或いは父の氏を称することになるかは格別の支障のない限り父母(子が15歳以上のときは子)の選択に委せてよいものと思料する。そこでつぎに本件において上記の選択の自由を認める妨げとなるべき格別の事情が存在するか否かについて検討する。X両名の父母が婚姻の届出をなし、夫の氏を称することとすればX両名は父母の氏を称することとなり本件申立の必要は解消するのみならずX両名も嫡出子の地位を取得することができるにかかわらずそのことを敢えて拒否するX両名の父母の措置には納得し難いものがあるといわなければならない。しかしながらそのことをもって上記選択の自由を妨げる事由と解するのもやや意地悪の感があり相当ではない。X両名の父母が婚

姻の届出をすることによって本件を解消しようとしないうることをもって上記格別の支障とすることはできない。X 両名の父母は X 両名の親権者を父母の協議によって父とすることにより本件申立が容易に認容される旨の裁判所の示唆に対してもこれを拒否しているのであるが X の父母のこのような拒否の態度も納得し難いところである。しかしながら父母の一方だけが親権者である場合に子の氏と親権者の氏を一致させることは望ましいことであるとしても、子の氏と親権者の氏を異なるままにしておくか、それを一致させるかは現行法規のもとにおいては子又は親権者にその選択の自由を与えているものと解されるのであって、実際においても子が親権者である父又は母と異なる氏、つまり親権者でない母又は父の氏を称している例も相当にあるのであるから、X 両名の父母が X 両名の親権者を父としないことをもって父母いずれの氏を称するかの上記選択の自由を妨げる格別の事情とすることはやはり相当でない。結局本件においては、X 両名の父母が X 両名に父母いずれかの氏を称させるかを選択の自由を認めるについて格別の支障はなく本件申立はこれを認容するのが相当である」(下線は筆者)として、子の氏の変更を認めた。本件も、父母が意図的に事実婚を選択しているケースである。本件審判は、事実婚において、子の氏を選択は、格別の支障のない限り、父母または子(15歳以上の場合)の選択に任せて良いとする。そうして、確かに、事実婚の選択には納得し難い感があるのだが、これが氏選択(変更)の自由を妨げる事由と解するのは(=事実婚を不利益取り扱いはするの)は、「意地悪」であるとする。また、子の氏と親権者の氏が一致することが望ましいのだが、その氏を選択(変更)についても、子または親権者にその選択の自由を委ねているので、父を親権者としないうるが、氏の選択(変更)の自由を妨げる格別の事情となるものでもないとして、子の氏を父の氏に変更することを認めた。

<sup>29</sup> 渡邊・速報判例解説99頁によれば、原審判は、子が父母と共同生活していることから、申立人が父と同居するのに格別支障となるような事情は存在しない、とする。「そもそも、事実婚で父母と子が共同生活しておれば父との同

居に支障を来していないため、氏の変更の必要がないことになる。〔これは(筆者)、〕父を親権者としても同様であり、親権者であることを重視して氏の変更が認められないこともありうる。子の氏の変更を原則として許すとしながらも、母が父の氏を通称としている場合を除き、結果的には、事実婚の子は母の氏を称するのが原則となる可能性を孕んでいる。原審判は、父母の一方のみが有する単独親権の帰属を重視しながら、父母ともに可能な子との共同生活をも氏の変更の必要性で考慮したため、判断基準が不明確になったといえる」とする。

<sup>30</sup> 梅澤・司法書士448号56頁；渡邊・速報判例解説100頁は、この判断基準は必要ないとする。

<sup>31</sup> 親権の所在と氏の関係について、澤田・戸籍834号22頁は、「親権の有する意義を考慮すればその円滑な行使という視点からそれを有する親との共同生活の有用性を斟酌することは背理とはいえない。時として未成年の子が父又は母と氏を異にしている場合に親権者である父又は母の氏と同じくすることが望ましいこともあり得る」として、離婚後、復氏した母が子の親権者である場合に、子の氏を母の氏に変更する申立てが、実務上、多く見られる例を挙げている。もっとも、本件では、親権者である母との共同生活は継続しているのだから、同じく共同生活している父の氏への変更の許否を考える場合に、親権の所在は、本件要旨に見られるように、大きな意味はもたないとされる。また、渡邊・速報判例解説99頁によれば、事実婚の場合、「父母双方がこの責任〔監護養育の法的全般の責任(筆者)〕を共同して負いたいと望んでも、単独親権の原則がそれを阻害していると考え」られるとして、「事実婚にある父母で、一方は親権者として子との関係を示し、他方は氏を同じとなることで子との関係を示すという意図もありうる」とする。

<sup>32</sup> 二宮・判タ1291号74・75頁は、②の過去の婚姻関係について言及すること、③のきょうだいが同氏でないと望ましくない結果をもたらすかもしれないことに、疑問を呈している。②については、近時の家庭裁判所実務では、重婚の内縁関係にある場合、法律婚の妻子の意向を聴き、変更許可の判断材料としている



が、「過去の婚姻関係を対象に、その関係者の意向を聞く」ことはしていないから、とされる。また、③については、きょうだい間で氏が異なることは現行法制度上ありうることであり、だからといって、きょうだいが日常生活で困ることはないとする。もっとも、本決定が、過去の婚姻関係(②)を取り上げたのは、過去に婚姻関係があれば、嫡出子が存在しているかみしれず、嫡出子に対しての不利を考慮しなければならぬからと考えられる。③の基準について、澤田・戸籍834号22・23頁は、積極的な評価を与える。本件事案は、事実婚のケースだが、外形的には極めて法律婚に類似したケースである。したがって、本件氏の変更の必要性の判断について、きょうだい間の氏の同一に、変更の意義を認めた点は、注目に値するという。

<sup>33</sup> 澤田・戸籍834号20頁。

<sup>34</sup> 梅澤・司法書士448号56頁；渡邊・速報判例解説99・100頁。

<sup>35</sup> 渡邊・速報判例解説100頁は、原審判の抽象的な判断基準の方が、本件には妥当する、とする。ただし、原審判と異なり、790条2項のルールによって子が母の氏を称する必要性があるのかという基準から、氏の変更の合理性を判断すべきである、とする。

<sup>36</sup> 平田・民商146巻6号627・628頁；村重・戸時694号125頁；常岡・リマークス46号73頁(明言はしていないが、賛成のようである)。

<sup>37</sup> 常岡・リマークス46号73頁は、共同生活の有無は基準として重視されるべきではなく、父(親権者)の意思が尊重されるべきだろうとする。

<sup>38</sup> 常岡, リマークス46号73頁。

<sup>39</sup> 二宮・民商111巻4・5号655頁以下。

<sup>40</sup> 谷口知平「現行戸籍制度の検討」(中川善之助他編「家事裁判 家族問題と家族法 第七」(酒井書店, 1957年 所収) 369・370頁)。

<sup>41</sup> この国民感情・意識をどう評価したら良いのかは分からない。批判的な主張は、この感情・意識に、戦前の「家」的な意識を読み込むのだろうが、現在、そのような意識はほとんど存在しないものと思われる。氏の呼称性を徹底すると、究極的には戸籍の解体につながり、身分証書のような形態を目指すことになるのだろう。ところで、夫婦同「氏」についての

違和感から、夫婦別氏制度が主張されるのだろうか、「氏」についての考え方としては、いずれも根は同じのように思える。同「氏」は一方の「氏」に包摂されることへの違和感であり、別「氏」といっても、既存の「氏」への愛着・固執であると感じる。

<sup>42</sup> 谷口「現行戸籍制度の検討」369・370頁は、氏の変更と入籍を切り離す提案をしている。法律婚家族の反対がある場合、その母と嫡出でない子による異氏同籍を認めるのである。