

細川 清 著

改正養子法の解説

—昭和六二年民法等一部改正法の解説—

財団法人 法曹会

- とき。
- 2 養子となる場合
  - 配偶者のある者は、その配偶者の同意を得たときは、単独で養子となることができるものとする。
  - ただし、次のいずれかのときは、配偶者の同意を要しないものとする。
  - (イ) 配偶者の父又は母と縁組をするとき。
  - (ロ) 配偶者その意思を表示することができない場合その他特別の事情がある場合において、家庭裁判所の許可を得たとき。

## 二 離 縁

### 1 夫婦共同縁組の場合の離縁（八一一条の改正）

共同して縁組をした養親夫婦は、婚姻継続中は、夫婦の双方が当事者とならなければ離縁をすることができないものとする。

ただし、次のいずれかのときは、各別に離縁をすることができるものとする。

- (イ) 養子が成年に達しているとき。
- (ロ) 養子が未成年である場合において、家庭裁判所の許可を得たとき。

#### 別 案

共同して縁組をした養親夫婦が婚姻継続中であっても、各別に離縁をすることができるものとする。

### 2 死後離縁（八一一条六項の改正）

八一一条六項を「縁組の当事者の一方が死した後に生存当事者が離縁をしようとするときは、家庭裁判所の許可を得て、これをすることができる。」と改めるものとする。

#### 別 案

死後離縁の規定を廃止して、家庭裁判所の許可を前提とする親族関係終了の意思表示の制度に改めるものとする。

### 3 裁判離縁（八一四条一項の改正）

八一四条一項二号を「他の一方の生死が三年以上明らかでないとき。」と改めるものとする。

## 三 縁組解消による復氏と続称（八一六条の改正）

八一六条に二項として、「縁組後相当期間（例えば、七年）を経過した養子が離縁によって縁組前の氏に復した場合は、離縁の日から三月以内に戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、離縁の際に称していた氏を称することができる。」旨の規定を設けるものとする。

## 四 その他の検討課題

### 1 子の氏の変更（七九一条一項）

父母が縁組、離縁その他の事由により氏を変更したため未成年の子がその父母と氏を異にする」となった場合などには、その子は、家庭裁判所の許可を得ないでも、届出により、その父母の氏を称することができるように、七九一条一項を改正するかどうかについては、なお検討する。

### 2 親権者でない父母の同意権（七九七条）

親権者の変更を回避するための未成年者縁組を創設する方策として、親権者でない父又は母が子の縁組につき同意権を有するように、七九七条を改正するかどうかについては、なお検討する。

### 3 民法改正要綱の答申

昭和六〇年二月に公表された中間試案に対しては、翌年五月末までに全国の高等裁判所及び地方裁判所、家庭

裁判所、日本弁護士連合会その他の法曹団体、大学、社会福祉関係団体、各地の戸籍事務協議会等合計三九の団体及び個人（裁判所は一団体として計上）から意見が寄せられた。特別養子制度の新設の必要性を疑問とする意見も散見されたが、全体的には、試案の示す改正の基本方針に賛成するものが圧倒的に多数であった。

身分法小委員会においては、中間試案に関して寄せられた意見を参考にして、更に審議を重ねられた。この審議においては、中間試案において二案が提示されていた点（特別養子となる者の年齢要件、要保護要件等）、児童福祉機関の関与の在り方、中間試案において更に検討を要すべきものとして留保されていた点、特に特別養子の戸籍の取扱いに関して集中的な検討がなされたほか、家事審判規則によって定められるべき事項についても、法改正に必要な限度で概括的な検討が行われた。

その結果、昭和六二年一月二七日、民法部会第二回会議において「民法の一部を改正する法律案要綱案」が身分法小委員会の原案どおり決定された。要綱案は、二月二六日、法制審議会第一〇八回総会において、民法部会の原案のとおり決定され、即日法務大臣に答申された。昭和五七年の審議の再開以来、民法部会において、部会として四回の会議、身分法小委員会として二七回の会議、準備会として三四回の会議を重ねた結果、右の答申に根拠したのである。

答申された改正要綱においては、家事審判法及び戸籍法の改正については、「民法の改正に伴い、家事審判法及び戸籍法に所要の改正を加えるものとする」との抽象的な言及があるにすぎないが、現実には、身分法小委員会及び準備会において、家事審判規則及び戸籍法施行規則で規定すべき事項を含めて、基本的事項につき検討を行っている。答申が前記のような抽象的な言及に止まっているのは、答申は民法の改正要綱であるため戸籍法の改正について具体的な改正案を示すのは適当でないという理由によるものである。

改正要綱のその他の部分は、すべて改正法に取り入れられており、実質的な差異はない。

#### 4 民事行政審議会の審議

三で述べたとおり、特別養子縁組に関する戸籍の取扱いについては、身分法小委員会において検討が行われ、昭和六一年秋頃までに基本的事項につき合意が形成されていた。しかし、登記、戸籍等の民事行政事務の改善に関しては、法制審議会とは別に法務大臣の諮問機関として民事行政審議会が設けられているので、戸籍法の改正については、従来からその議を経ることが通例であった。

そこで、昭和六二年一月二七日、法務大臣から同審議会に対して、「養子制度の改正に関する中間試案の趣旨により、特別養子制度の創設が見込まれることに伴い、特別養子の戸籍の取扱いについて所要の措置を講じる必要があると思われるので、別紙案について意見を承りたい。」との諮問がなされた。そして、別紙案において、特別養子の戸籍の取扱いについての基本的な方向が提示されていた。

民事行政審議会においては、戸籍部会を新設し、諮問の案を基礎として審議を行い、昭和六二年二月一九日に特別養子の戸籍の取扱いについての答申が法務大臣に対してなされた。なお、戸籍部会においては、従来からの養子制度の改正及び民法第七九一条の改正に伴う戸籍法の改正についても事務当局案が示され、部会の了承があった。

民事行政審議会の答申の内容は、次のとおりである。

#### 第一 縁組

##### 一 届出人

縁組の裁判が確定した場合の届出義務者は、裁判を請求した者とする。

- (5) 法務省民事局長岡谷昭和三三年一月二三日付民事申第一七号、同昭和三年二月二〇日付民事第八九号、同昭和三年三月二七日付民事第四〇一号、同昭和三年四月二日付民事第四二八号。
- (6) 中間試案の解説第三、一、3。永井前掲論文一八頁参照。
- (7) 前条解説五2参照。

〔法定代理人の承諾による縁組〕

第七百九十七条 養子となる者が一五歳未満であるときは、その法定代理人が、これに代わつて、縁組の承諾をすることができる。

② 法定代理人が前項の承諾をするには、養子となる者の父母でその監護をすべき者であるものが他にあるときは、その同意を得なければならない。

一 改正の趣旨

本条第一項は、従前と同一であり、改正法により第二項が新たに設けられた。

第一項に基づき一五歳未満の子について縁組の承諾をすることができる法定代理人は、親権者、後見人、児童福祉施設の長(児童福祉法四七)であるが、第二項は、親権者が一五歳未満の子について縁組を承諾する場合において、親権者とは別に「養子となる子の父母でその監護をすべき者であるもの」があるときは、親権者はその者の同意を得なければならない旨を定めたものである。

未成年の子の父母が婚姻中である場合には、父母は共同で親権を行使するので(民八一八)、その子を養子とするときは、本条第一項により父母の双方が縁組の承諾をすべきこととなる。

これに対して、父母が離婚し、又はその婚姻が取り消された場合、非嫡出子を父が認知した場合には、父母の一方のみが親権者となるから(民八一九)、本条第一項により縁組を承諾するのは親権者のみであり、父母の他の一方は承諾権を有しない。また、親権者は未成年の子の監護の権利・義務があるのが原則であるが(民二〇)、右の場合には、父母の協議で親権者とは別に子の監護をすべき者を定めることができる(民七六六、七七一、七八八)。しかし、改正前においては、親権者とは別に監護者が定められていた場合においても、親権者は、監護者の意思に拘らず、縁組の承諾をすることができるものとされていた。改正法はこれを改め、右のような場合には、親権者は、子の父母で監護者であるものの同意を得なければ、縁組の承諾をすることができないものとしたのである。

右の改正は、次のような考慮によるものである。一五歳未満の子の父母の一方が親権者、他の一方が監護者である場合、親権者の承諾により縁組が成立すると、養親が親権者としてその子を監護すべきこととなり(民八一八)、従来の監護者はその地位を失うので、監護者にも縁組が子の利益に合致するかどうかの判断の機会を与え、親権者のみの意思で子の監護に関する父母の合意が変更されるのを防止するのが妥当である。また、近時、離婚の増加に伴い、親権者と別に監護者を定める事例が増加しているが、監護者に縁組についての同意権を与えないと、本条第一項が専ら監護者から子を奪う目的で濫用される可能性があり、現にそのような事例が生じていた。特に、配偶者の子や自己の孫を養子とする場合には、縁組につき家庭裁判所の許可を要しないので、例えば離婚後親権者となつた父が監護者である母から子を奪う目的で、自己の後妻との間で縁組をするなど、濫用の可能性が大であつた。このため、改正前においても、親権者の承諾による縁組については監護者の同意を要するとする学説があり、監護者の同意を欠く縁組を無効とした下級審の裁判例もあつた<sup>③</sup>。しかし、明文の規定がないのに同意を要件とすることは、解釈としては行き過ぎるように考えられるし、また、縁組の当事者である養親となる者と親権者との間に縁組を成

立させる意思があれば、監護者の同意を欠くことのみから直ちに縁組を無効と解することは、理論的にも疑問であるし、実際に妥当な結論に達しない場合も生じよう。このような事情を考慮して、本案第二項を新設するとともに、第八〇六条の三を新設して、監護者の同意を欠く縁組の効力について明文の規定を設けたのである。

### 二 子の監護をすべき者

本案第二項により同意を要する「養子となる者の父母でその監護をすべき者であるもの」とは、父母（養父母を含む）の離婚、婚姻の取消し、父による認知の際、父母の協議により子の監護をすべき者と定められた者（民七六六、七七一、七八八。婚姻の取消しの場合にも類推適用される。）をいう。本項が「その監護をすべき者であるものが他にあり」として、回りくどいとも思われる規定振りとなっているのは、右の趣旨を明らかにするため、第七六六条の「子の監護をすべき者」と同一の表現を用いることとしたからである。したがって、右の場合でないときは、父又は母が事実上子を監護していても、本案に基づく同意を得る必要はない。例えば、未成年者に代わって親権を行う後見人（民八六七）が未成年者の子について縁組の承諾をする場合には、当該未成年者の同意は必要でないし、また、児童福祉施設の長が入所中の児童について縁組の承諾をする場合には（児童福祉四七）、その児童の父母の同意を得ることを要しない。なお、父母は離婚等の際協議により第三者を子の監護者と定めることができるが、その同意を要しないことは、規定上明らかである。

本案には、第七九五条及び第七九六条とは異なり、監護者がその意思を表示することができない場合についての規定が設けられていない。これは、家庭裁判所の審判によって監護者の変更が可能であるから民七六六八、これによって対処するものとするのが、一般的に同意を不要とするよりも妥当な結果を得られると考えられたからである。なお、右のような場合には、實際上監護者がその地位を放棄し、又はその変更につき黙示の合意が成立したものと

認められる場合もあると考えられる。

### 三 同意の手続

監護者の同意は、第七九六条の場合と同様に、縁組の届出のときにあることを要するので、本案の要件を満たすためには、縁組の届書に監護者の同意書を添付するか、又は届書に監護者の同意の旨の記載及びその署名・押印があることが必要になる。この場合、監護者の有無は、戸籍の記載事項とされていないので、戸籍事務管掌者の審査を可能にするため法務省民事局長の通達により、養子縁組の届書の様式が改められ、法定代理人が一五歳未満の子に代わって縁組の届出をする場合には、届書の所定欄に父母で監護者であるものの有無を記載させることとした。

身分法小委員会の審議の過程において、戸籍事務管掌者が監護者の同意の有無を確実に審査することができるように、監護者に関する事項を戸籍の記載事項とすることが検討されたが、最終的には次のような考慮により、採用されなかった。監護者は、子の身上監護という事実関係に関与する者にすぎないので、法定代理権を有する親権者とは異なり、対第三者との関係でその有無を戸籍上公示しなければならぬ理由に乏しい。民法上監護者の指定は当事者間の協議又は審判によって定められ、戸籍の届出によって創設されるものではなく、また、当事者の協議により何時でも何回でも変更することが可能であるから、その指定及び変更につき正確な届出をさせ、戸籍の記載を常に事実と合致させることが極めて困難である。したがって、これを戸籍の記載事項とするよりも、むしろ縁組の届出のときに当事者にこれを明らかにさせることにとり、監護者の同意に問題があるときには、後に訴訟により縁組の効力を争わせる（民八〇六の三）ものとするのが、妥当な結果を得られると考えられた。

### 四 中間試案との関係

中間試案（第一四）とは、その他の検討事項として、「親権者の変更を回避するための未成年者縁組を制限する

方策として、親権者でない父又は母が子の縁組につき同意権を有するように、七九七条を改正するかどうかについては、なお検討する。」という問題提起をしていた。具体的な案を提示せず、単に問題を提起するに止めていたのは、身分法小委員会の審議の過程において、一方では、親権者変更の申立てを受けた親権者がこれを回避するため本条の縁組を濫用する事例が見られるので、これを防止するため親権者でない父母にも縁組の同意権を与えるべきであるとする意見があったが、他方、そのような改正をすると、實際上多くの割合を占める連れ子縁組が不必要に困難になり、離婚した夫婦間に新たな紛争を惹起するなどの弊害が予想されるとする反対意見も強かったからである。

中間試案に寄せられた各界の意見においては、親権者でない父母一般について縁組の同意権を与えることに賛成する意見はほとんど無く、小委員会の審議の過程であった意見と同様の理由により、これに反対する意見が相当であった。その後の小委員会の審議においても同様であり、親権者変更の申立てに対抗するための縁組の濫用については、家事審判法上の保全処分に対処することも可能であることも考慮され、最終的には、親権者でない父母一般に同意権を与える案は採用されなかった。なお、審議の過程においては、自己又は配偶者の直系卑属を養子とする場合には未成年者を養子とするときでも家庭裁判所の許可を不要とする第七九八条但書の当否も検討されたが、ごく一分の濫用に対処するために同項を削除することは、家庭裁判所の負担を不必要に重くさせ、妥当でないとする意見が多数を占めた。

しかし、親権者でない父又は母が監護者である場合については、養子縁組の濫用に対抗するための方策がないことも考慮し、前記一で述べた理由により、本項を新設することとなった。この背景には、監護者の地位は親権者の委託に基づくものであるという従来の通説的見解は現時点においては適当でなく、監護権はいわば父母としての地位ないし潜在的親権に基づくものとして、これを法的に講化するのが妥当であるという考慮があるものと思われる。

- (1) 昭和六〇年の司法統計年報家事編によると、同年の新受事件のうち、子の監護者の指定等の審判事件は八七四件、調停事件は七、八五五件、親権者の指定変更の家事審判事件は二、九九一件、調停事件は八、四五七件である。
- (2) 我妻栄・親族法一四三頁、川井雄「代諾縁組」、家法法体系IV親子一七二頁、一八二頁。
- (3) 京都地判昭和四七年六月二四日下民集三卷五十八号三三五頁、同昭和四九年一月七日判例タイムズ三二〇号一八〇頁、東京地判昭和五六年三月三日箕報月報三四卷六号六一頁。
- (4) 法務省民務局長通達昭和六二年一〇月一日付民一第五〇〇二号、別紙五。
- (5) 戸籍基本通達第一。
- (6) 滝若原良宗「民法の改正に伴う戸籍法及び同法施行規則の改正について」民争月報四二巻号外七四頁、一〇七頁、法務省民事局内法務研究会編、改正養子法と戸籍実務七三頁、一〇六頁に収録。
- (7) 中間試案の解説第三四、二。

〔配偶者の同意のない縁組の取消し〕

第八百六条之二 第七百九十六条の規定に違反した縁組は、縁組の同意をしていない者から、その取消しを裁判所に請求することができる。ただし、その者が、縁組を知った後六個月を経過し、又は追認をしたときは、この限りでない。

② 詐欺又は強迫によつて第七百九十六条の同意をした者は、その縁組の取消しを裁判所に請求することができる。ただし、その者が、詐欺を発見し、若しくは強迫を免れた後六個月を経過し、又は追認をしたときは、この限りでない。

一 改正の趣旨

また、父母の婚姻によって養正が生じる場合には、成年の子の氏が本人の意思に拘らず変更することもあり、子に生活上の不利益が生ずることになる。民法第七九一条に第三項が追加された後は、当初の戸籍先例の考え方に戻るのが理論的にも、実際上も適当であると考えられた。

- (4) 法務省民事局長通達昭和五九年一月一日付民二第五五〇〇号第一、一。
- (5) 法務省民事局長回答昭和五五年八月九日付民甲第二〇九六号。一般論については、第八〇九条の解説二一参照。
- (6) 法務省民事局長回答昭和三年九月二日付民甲第一七八九号は、民法第七九一条旧第三項(現第四項)による復氏について本文と同趣旨を明らかにしている。

改正養子法の解説 書籍番号・300013

平成5年6月20日 第1版第1刷発行

発行人 清功 川井 曹会  
 著者 細今 法人  
 発行所 財団 法人

〒100 東京都千代田区霞が関1-1-1  
 振替 東京 2-15670番・電話 03-3581-2146

落丁・乱丁はお取替えいたしません。 印刷・製本/大日本法令印刷