

## 5 養子縁組

弁護士 小原 路絵

### 第1 事例

- ① 共同親権が施行後に、夫と離婚し、5歳の子について共同親権とし、私が監護するとします。その後再婚し、前夫も承諾して、新しい夫と養子縁組した場合、親権者はどうなるのでしょうか。
- ② ①のとき、前夫が養子縁組に承諾しない場合は、どうしたらよいのでしょうか。

### 第2 背景

現行民法818条2項は、養子縁組をした場合、実親ではなく養親が親権者となり、同条3項は、養父母の婚姻中は養父母が共同で親権行使することを定めています。それ以外の場合は解釈運用に委ねられていたため、改正民法で、これまで実務上定着していると思われる解釈について、明文化されることとなりました。

#### 【現行民法】

- 第818条 成年に達しない子は、父母の親権に服する。
- 2 子が養子であるときは、養親の親権に服する。
- 3 親権は、父母の婚姻中は、父母が共同して行う。ただし、父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方が行う。



#### 【改正民法】

- 第818条 親権は、成年に達しない子について、その子の利益のために行使しなければならない。
- 2 父母の婚姻中はその双方を親権者とする。
- 3 子が養子であるときは、次に掲げる者を親権者とする。
- 一 養親(当該子を養子とする縁組が二以上あるときは、直近の縁組により養親となった者に限る。)
- 二 子の父母であって、前号に掲げる養親

### 第3 改正内容

#### 1 養子縁組後の親権者に関する規律の明確化

改正民法818条3項で、子が養子である場合、(i) 養親(同項1号)、(ii) 子の父母であって、前号に掲げる養親の配偶者であるもの(同項2号)を親権者とする規定が新設されました。

つまり、上記①の事例では、母が再婚した新しい夫と子が養子縁組した場合、新しい夫が養親として親権者となり(同項1号)、新しい夫の配偶者である母も親権者となります(同項2号)。新しい夫と母が共同で親権を行使することになるのは、現行法と変わりありません(同条2項)。前夫は、母と離婚後の共同親権者でしたが、養子縁組により、親権者でなくなることになります。

なお、養子がさらに次の養子縁組を行った場合は、直近の養子縁組で養親となった者が親権者となることも明記されました(同項1号括弧書き)。

よって、上記①の事例の場合、親権者は養父と実母となり、この二人が共同行使することになります。

#### 2 未成年養子縁組及びその離縁の代諾

##### (1) 共同親権者間の意見調整の方法

15歳未満の子を養子とする場合、法定代理人が養子縁組の承諾を行う必要があります(子に代わって承諾を行うため、「代諾」といいます。)、共同親権者の一方の承諾のみでは養子縁組ができません(現行民法797条1項)。

上記1の事例①の結論の通り、再婚後の養子縁組により、離婚後も共同親権者であった前夫は、親権者でなくなることになり、養子縁組の承諾を行わない場面も想定されます。

そこで、父母間で、養子縁組の代諾の共同行使について協議が整わない場合、家庭裁判所が特定の事項(ここでは養子縁組の代諾)にかかる親権行使を、単独ですることができる旨の審判を行うことができることとされました(改正民法824条の2第3項)。ただし、改正民法797条4項は、養子縁組をすることが「子の利益のため特に必要であると認めるときに限り」(下線部筆者)と、通常の、改正民法824条の2第3項の要件に「特に」という文言を追加しており、一般の場合よりも要件が加重されています(特定の事項に関し、本特集「2 離婚後の親権等に関する改正」(茶木真理子)、第2④参

照)。

このように要件が加重されているのは、本来なら、15歳未満の子の養子縁組については共同親権者である父母両方の承諾がなされるべきであること、また、養子縁組で共同親権者でなくなる実父母においては、実質的に親権喪失や親権者変更に類似するといえることから、単独行使について慎重であるべきであることを踏まえ、そもそも改正民法824条の2第3項を適用すべきでないという見解を考慮したものといえます。他方で、同項の適用を認めないと、親権喪失や親権者変更を経なければ養子縁組できないこととなり、子の利益の観点から養子縁組が望ましい場合でも、その実現が困難となることから、要件を加重した上での同項の適用を認めたものといえます。

この要件の該当性については、親権喪失や親権停止の要件が該当するものではありませんが、扶養義務の履行状況等を含む、これまでの実父母による養育状況が考慮されるものと考えられます<sup>1</sup>。

よって、上記②の事例の場合、実母は、家庭裁判所に、実母が単独で養子縁組の代諾ができる旨の審判の申立てを行うことが考えられます。

#### (2) 監護者・親権停止された親の同意に代わる許可審判手続の新設

現行民法797条2項では、15歳未満の子の養子縁組を法定代理人が代諾する場合、養子となる子の父母でその監護すべき者がある場合や、親権を停止されている者がある場合には、その同意を得なければならないとされています。

改正民法797条3項では、上記監護すべき者や親権を停止されている者が、上記の同意を行わない場合、家庭裁判所が同意に代わる許可を与えることができることが明記されました。

#### (3) 未成年養子縁組の離縁の代諾

現行民法811条2項は、15歳未満の養子の離縁について、現在の養親と、離縁後に養子の法定代理人となるべき者との協議で行うこととされています。離縁時に、養子の父母が離婚している場合、現行法では単独親権のため、父母の一方を離縁後の親権者とすべき協議を父母間で行い、協議が調わないときや協議ができない場合は、家庭裁判所が協議に代わる審判を行うこととされています(同条3・4項)。

改正民法811条2項は、共同親権にも対応できるように上記の「一方」を「双方又は一方」とし、

同条4項の審判の際に、改正民法819条7項の考慮要素が準用されることとされました(本特集「2離婚後の親権等に関する改正」(茶木真理子)、第1、1(2)参照)。

### 第4 実務への影響

改正民法は、離婚後の共同親権の場合における再婚後の養子縁組について、上記第3、2(1)の改正を行いました。離婚後単独親権の場合は特に変更はありません。

最一小決平成26年4月14日民集68巻4号279頁は、離婚後単独親権者であった母が再婚後の夫と子(15歳未満)の養子縁組の代諾を行い、養子縁組が成立した場合、非親権者であった前夫からの親権者変更を認めない旨を判示しています。この場合、非親権者が、子の法定代理人となるためには、親権停止や親権喪失の手段を検討することになります。改正法の議論においては、この場合の親権者変更を認めるかどうかを検討されましたが、改正には至りませんでした。そのため、離婚後非親権者となった場合、15歳未満の養子縁組について関与していくことが難しくなるため、離婚後の共同親権を志向することが想定されます。

また、上記の離婚後単独親権の未成年の子を新しい再婚相手と養子縁組する場合(いわゆる「連れ子養子」)の他、未成年の孫を養子にする場合についても司法関与がない点<sup>2</sup>について、改正法の検討段階で議論が行われましたが、改正には至りませんでした。

1 法務省民事局参事官 北村治樹及び法務省民事局付松波卓也「父母の離婚後の子の養育に関する『民法等の一部を改正する法律』の解説(2・完)」家庭の法と裁判53・118

2 現行民法798条 未成年者を養子とするには、家庭裁判所の許可を得なければならない。ただし、自己又は配偶者の直系卑属を養子とする場合は、この限りでない。