

家族法制の見直しに関する要綱案の取りまとめに向けた検討（5）

第1 父母の離婚後等の親権者に関する規律の見直し

- 1(1) 離婚後の父母の一方を親権者と定め、他方を監護者（子の監護をすべき者）と定めた場合の権利義務に関する次のような整理について、どのように考えるか。
 - ① 身上監護に関する事項は、基本的に、監護者が行う。
 - ② 財産管理等（法定代理や法律行為の同意を含む。）に関する事項は、親権者が行う。
- (2) 離婚後の父母の一方を親権者と定め、他方を監護者と定めた場合において、親権者が一定の範囲で身上監護に関する権利義務を有するものと解する考え方について、どのように考えるか。また、このような考え方を採用した場合には、親権者による身上監護と監護者による身上監護との関係をどのように整理すべきか。
- 2 部会資料25、部会資料26、部会資料27及び上記1において取り上げた各論点のほか、認知の場合の規律を含め、親権に関する各論点について、どのように考えるか。

（参考）家族法制の見直しに関する中間試案

第2 父母の離婚後等の親権者に関する規律の見直し

4 離婚後の父母の一方を親権者と定め、他方を監護者と定めた場合の規律

離婚後の父母の一方を親権者と定め、他方を監護者と定めたときの監護者の権利義務について、上記3(2)ア（及び同項目に付された上記注2）と同様の整理をする考え方について、そのような考え方を明確化するための規律を設けるかどうかも含め、引き続き検討するものとする。

5 認知の場合の規律（注）

【甲案】

父が認知した場合の親権者について、現行民法第819条を見直し、父母双方を親権者と定めることができるような規律を設けるものとした上で、親権者の選択の要件や父母双方が親権を有する場合の親権の行使に関する規律について、上記2及び3と同様の規律を設けるものとする。引き続き検討するものとする。

【乙案】

父が認知した場合の親権者についての現行民法第819条の規律を維持し、父母の協議（又は家庭裁判所の裁判）で父を親権者と定めたときに限り父が親権を行う（それ以外の場合は母が親権を行う）ものとする。

（注） 認知後に父母の一方を親権者と定め、他方を監護者と定めた場合における規律について、本文の上記4と同様の整理をする考え方がある。

（補足説明）

1 離婚後の父母の一方を親権者と定めた場合の親権行使の在り方

(1) 現行民法の内容

民法では、父母が離婚するときは、その一方を親権者と定めなければならないものとして（同法第819条）、離婚後は、親権者と定められた者のみが親権を行うことを想定している。その上で、同法第766条は、父母が離婚するときは、「子の監護をすべき者」（以下、単に「監護者」ということがある。）を父母間の協議又は家庭裁判所の手続により定めることができる旨を定めている。

この規定により監護者が定められた場合の効果については、民法第766条第4項が「監護の範囲外では、父母の権利義務に変更を生じない」旨を規定するのみで、このほか、監護者がどのような権利義務を有するかを明確に定めた規定はない。そのため、父母の離婚後にその一方が親権者と定められ、他方が監護者と定められた場面において、親権者や監護者がどのような権利義務を有するかについては、解釈により判断されることとなる。

部会のこれまでの議論においては、家族法制の見直しに関する中間試案の補足説明の21ページから24ページまでの記載のとおり、監護者の定めがされた場面に関する民法の解釈についての一定の整理がされたところであり、監護者が子の日常的な身の回りの世話をすべき地位にあるということ为前提として議論が進められた。もっとも、この場合の親権者や監護者の権利義務の具体的な内容については様々な解釈があり、解釈が不明確な部分もあるとの指摘もされた。

(2) 検討課題

ア 離婚後の父母双方を親権者とする方向で民法第819条を見直した後も、個別具体的な事案においては、父母の合意又は裁判所の判断により、離婚後の父母双方を親権者とする場合もあれば、その一方のみを親権者と定める場合も想定される。そして、離婚をめぐる事情はそれぞれの家庭によって多種多様であり、また、父母の離婚後の親

権の在り方についても様々な価値観や意見があるところであることを踏まえると、離婚の際に父母の一方を親権者と定めるケースにおいては、他方を監護者と定める選択肢をあえて否定すべき必要はないように思われる（注1）。

その上で、このように親権と監護権の分属が生ずる場合の親権行使については、例えば、現行民法の解釈を踏まえ（注2）、親権のうち身上監護に関する事項は基本的に監護者が行い、財産管理等については親権者が行うものとする考え方があるが、どのように考えるか（注3、4）。

イ　ところで、現行民法の解釈としては、監護者が定められた場合には、監護者のみが身上監護に関する権利義務を有することとなる結果として、（監護者でない）親権者には身上監護以外の権利義務のみが残ることとなるとの考え方がある（注5）。

もともと、監護者の定めがされた場合であっても、例えば親子交流の場面などを念頭に置けば、（監護者ではない）親権者が子の身の回りの世話をすることも想定され得るところであり、少なくともこのような場面に対応するため、（監護者ではない）親権者が日常的な行為や緊急の行為など一定の範囲での身上監護に関する権利義務を有するものと解すべきであるとの考え方もある。そして、このような考え方を採用するのであれば、親権者による身上監護と監護者による身上監護の関係が問題となると考えられ、例えば、（監護者でない）親権者は、親子交流等の機会に現に子を監護している場合に子の身上監護をする権利義務を行うとの整理や、（監護者でない）親権者は、監護者による身上監護を妨げない限度で子の身上監護を行うとの整理があり得る（注6）。

そこで、監護者の定めがされた場合における親権者による身上監護の在り方について、どのように整理すべきと考えるか。

（注1）パブリック・コメントの手続においては、中間試案第2の4に反対する理由として、親権と監護権の分属を認めるべきではないことを指摘する意見もあった。

（注2）東京高裁平成18年9月11日決定（家月59巻4号122頁）は、親権者と監護者が分離分属している場合の監護者の権利義務について、「監護とは、親権の主たる内容である監護及び教育（民法820条）、子の居所指定権（同法821条）、懲戒権（同法822条）、職業許可権（同法823条）を中心とする身上監護権を分享し、子の財産につき管理及び代理する権限ないし養子縁組等の身分上の重大な法的効果を伴う身分行為について代理する権限は、親権者に留保され、監護権者にはこれらの権限は帰属しないと解するのが相当である」としている。

（注3）パブリック・コメントの手続においては、監護者が、身上監護に関する権利義務に

加え、日常的な事項等の一定の範囲での財産管理権や法定代理権を有するものとするべきであるとの意見もあった。

(注4) 親権のうち身上監護に関する事項は基本的に監護者が行うものと整理するとしても、監護者による身上監護はその自由裁量に委ねられるわけではなく、一定の限界があると考えられる。すなわち、身上監護は、「子の利益のため」に行わなければならない(民法第820条参照)、監護者が子の利益に反するような行為をしようとする場合には、例えば、監護者の定めの変更(同法第766条第3項)や必要な保全処分(家事事件手続法第157条)等による対応が考えられる。監護者による身上監護が子の利益に反するかどうかは個別具体的な事情に即して検討する必要があるが、例えば、監護者による身上監護権の行使の結果として、正当な理由なく、(監護者でない)親権者による親権行使や親子交流の実施を事実上困難とさせる事態を招き、それが子の利益に反する場合もあり得るとの指摘がある。

(注5) 「離婚の際に父母の一方を親権者、他方を監護者と定めたときだけは、監護権者は、他方にだけ帰属する親権の内容から身上監護だけを独立の権利として取得し、他方の親権はその範囲において停止すると解したい。」(我妻栄『親族法』144頁)

(注6) 「監護権者が定められた場合も、親権者は身上監護権を失うわけではない。子の身上監護について監護権者は親権者に優先してこれを行うが、親権者も監護権者による監護を妨げない限度で子の監護教育を行うことができると言える。」(常岡史子『家族法』209頁)

2 子の居所の指定・変更について

(1) 民法第822条は、「子は、親権を行う者が指定した場所に、その居所を定めなければならない」として、子の居所の指定が親権の内容に含まれることを定めている。そして、子の居所の指定は、父母の婚姻中は民法第818条第3項により、父母が共同して行うことが原則となる。そのため、一般的には、子の居所の指定をするためには、父母の意見の一致を要するとの説明がされている。

そして、例えば、別居する父母間において子の居所の指定についての意見が対立する場合には、現在の裁判実務において、一般に、家庭裁判所が、父又は母の申立てにより、民法第766条の類推適用により監護者の指定をするなどの対応が図られている。また、父母の意見の一致がないにもかかわらず、父母の一方が子の居所を変更した場合には、現在の裁判実務において、家庭裁判所が、父又は母の申立てにより、子の利益の観点から、監護者の指定及び子の引渡しの審判をするかどうかを判断するなどの対応が図られており、民事執行法には、子の引渡しを命ずる審判の強制執行の規律が整備されている。

- (2) 部会資料26のゴシック体の記載の1のような規律を整備した場合には、離婚の前後を問わず、父母双方が親権者である場面（監護者の指定がないとき）における子の居所の指定については、その双方が共同で行うべきことが原則とされ、意見対立時には家庭裁判所の手続における調整が図られることとなると考えられる。

また、父母の一方が行方不明等の理由により親権を行うことができない場合や緊急の場合には、父又は母が単独で居所指定権を行使することができることとなると考えられる。

- (3) 離婚後の父母の一方を親権者と定め、他方を監護者と定めた場合については、監護者が子の居所の指定・変更に関する決定を単独で行うものとする考え方がある。この考え方は、例えば、居所指定権が身上監護に関する事項であるとの理解を前提とした上で、これを資料のゴシック体の記載第1の1(1)①の考え方（親権のうち身上監護に関する事項は基本的に監護者が行うとする考え方）に当てはめる形で説明するものと整理することができる。また、子の居所は、監護者が子の日常的な身の回りの世話をする場所であることから、監護者が単独でこれを決定すべきであるとの指摘がある。

他方で、監護者の指定がされた場合であっても、居所指定権が親権者に留保されるべきであるとの考え方（すなわち、子の居所の指定・変更に関する決定に親権者も関与するとの考え方）もある。この考え方の背景には、子の転居が、監護をすべき場所の変更にとどまらず、別居親と子との交流に重大な影響を与え得る事項であるとの指摘もあるように思われる。

そこで、父母の一方を親権者と定め、他方を監護者と定めた場合の居所指定権の帰属や行使について、どのような整理をすべきと考えるか（注1、2）。

(注1) 子の転居が問題となる場面としては、例えば、子と同居する監護者の転勤等の事情に伴い、子と同居親が転居する場合や、子が遠方の学校に進学するなどの事情により、子のみが転居する場合もあると考えられる。

(注2) 子の居所の指定・変更に関する決定を監護者が単独で行うことができるとの整理を前提としたとしても、当該監護者がその自由裁量により子の居所の指定・変更をすることを当然に意味するものではなく、この資料の補足説明の1の注4（4ページ）のとおり、子の利益の観点から一定の限界があると考えられる。

また、子の転居により親子交流の実施を事実上困難とさせることを防ぐ趣旨で、監護者が子を転居させる場合には、その内容を別居親に通知すべきであるとの考え方がある。他方で、このような考え方に対しては、DVや虐待等の事案においては、転居先を別居親に通知することで子及び同居親の心身の安全が害されるおそれがある

との懸念もある。

3 離婚後の父母双方を親権者と定めた場合の親権行使の在り方について

この部会の第26回会議及び第27回会議では、部会資料26に基づき、離婚後の父母双方が親権者となる場合においてその一方が監護者と指定されたときの親権行使の在り方について議論がされたが、その際には、離婚後の父母双方が親権者となる場合とその一方が親権者となる場合とでは、監護者の定めの意味合いが異なるのではないかとの指摘がされた(注1)。その上で、部会資料26のゴシック体の記載2(2)において提示された整理(離婚後の父母双方を親権者と定めた場合において、その一方を監護者と指定したときは、親権のうち、身上監護に関する事項は基本的に当該監護者のみが行うものとし、財産管理等については親権者(父母双方)が行うものとする整理)については、父母の一方を親権者と定め他方を監護者と定めた場合に関する考え方の整理と併せて議論することが有益であるとの意見があった。

例えば、この資料のゴシック体の記載第1の1(2)に掲げた論点に関連して、離婚後の父母の一方を親権者と定め、他方を監護者と定めた場合において、親権者が一定の範囲で身上監護に関する権利義務を有するものと整理するのであれば、離婚後の父母双方が親権者となる場合においてその一方を監護者と定めたときについても、同様に、監護者でない親権者が一定の範囲で身上監護に関する権利義務を有するものと整理することが考えられる。

そこで、この資料のゴシック体の記載第1の1のような考え方やそれについての議論を踏まえた上で、部会資料26のゴシック体の記載2のような整理について、どのように考えるか。特に、父母双方を親権者と定めた場合であってその一方を監護者と定めたときに、監護者と定められなかった親権者が身上監護に関してどのような権利義務を有するものと整理するのが相当であると考えるか(注2)。

(注1) 部会のこれまでの議論では、離婚後の父母の一方を親権者と定めた場合には、他の一方(親権者とならなかった方の親)は、自らが監護者と定められることによって、身上監護に関する権利義務を有することとなるとの整理がされるのに対し、父母双方が親権者となる場合には、各父母は、監護者の定めがなくても、親権者として身上監護に関する権利義務を有している点で、監護者の定めを法的意味合いが異なってくるのではないかとの指摘があった。

(注2) 部会資料26のゴシック体の記載2(2)では、離婚後の父母双方を親権者と定めた場合であってその一方を監護者と定めたときには、親権のうち、身上監護に関する事項については、基本的に、当該監護者のみが行うものとするとの整理を提示していた。この

整理に沿って形式的に考えると、例えば、監護者の定めがされた場合には、監護者ではない親権者は、身上監護に関する権利義務を基本的に失うとの考え方があり得る。この考え方によれば、監護者でない親権者が親子交流等の場面において子の身の回りの世話をする際の法的地位は、その親権に基づくものではなく、監護者からの個別的な委託に基づくものである（監護者から委託されていない行為を単独ではできない）と説明することとなると考えられる。

他方で、第26回会議においては、監護者の定めがされた場合であっても、監護者ではない親権者も引き続き（一定の範囲で）身上監護に関する権利義務を有し続けるといふ整理をすることもできるのではないかと指摘があった。このような整理によれば、監護者でない親権者が親子交流等の場面において子の身の回りの世話をする際の法的地位は、その親権に基づくものであり、監護者からの個別的な委託は必要ではないと説明することとなると考えられる。

そこで、監護者の定めがされた場合の効果を考える上では、①監護者が（単独で）行うことができる行為の範囲をどのように整理するかという論点に加え、②監護者の定めをすることが（監護者ではない）親権者の権利義務に何らかの影響を与えるか、仮にそうだとすれば、（監護者ではない）親権者がどの範囲で身上監護に関する権利義務を有することと整理するかを議論する必要があると考えられる。②の点については、例えば、監護者の定めをした場合であっても、（監護者でない）親権者は日常的な行為や緊急の行為など一定の範囲での身上監護に関する権利義務を有するものと解すべきであるとの考え方がある。例えば、（監護者でない）親権者は、親子交流等の機会に現に子を監護している場合に子の身上監護をする権利義務を行うとの整理や、（監護者でない）親権者は、監護者による身上監護を妨げない限度で子の身上監護を行うとの整理があり得る。

4 認知の場合の規律

(1) 現行民法の内容

ア 婚姻関係にない父母間の子については、母と子の間の法律上の親子関係は分娩の事実によって成立すると解されている一方で、父と子との間については、生物学上の父子関係があることのみによって法律上の親子関係が成立するわけではなく、認知が必要となる。

そのため、父の認知前は、法律上の親子関係が母子間にのみ存在することとなり、その親権を行使することができる者は母のみである。

イ 父による認知は、父の届出によってすることとなっており、基本的には、この届出をするために当該子やその母の承諾は必要とされていない（ただし、子が胎内にあるときは母の承諾が必要であり、子が成年に達した後は子の承諾が必要である。）。父の認知の届出の際には、父と子との間の生

物学上の父子関係の有無は審査されないが、生物学上の父子関係がない父による認知は無効であると解されており、子や母等は認知無効の訴えを提起することができるものとされている。

また、生物学上の父が任意に認知をしない場合には、子やその法定代理人等は、認知の訴えを提起することができ、その認容判決の確定によって法律上の親子関係が成立することとなる。

民法第819条第4項及び第5項は、「父が認知した子に対する親権は、父母の協議で父を親権者と定めたとときに限り、父が行う」ことと、この「協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所は、父又は母の請求によって、協議に代わる審判をすることができる」ことを定めている。これらの規定によれば、父が認知した後も、父を親権者と定める旨の協議又は審判がなければ、子の親権は（認知前と同様に）母のみが行うこととなる。また、これらの規定においては、子の認知後の親権者は常に父母の一方のみとしなければならないこととなり、婚姻関係のない父母がともに親権者となることを認めていない。

(2) 見直しの要否について

ア このような民法第819条の規律に対しては、父母の双方が子の養育に責任を持ち、子に関する事項が父母双方の熟慮の上で決定されることを確保すべき場合があるとして、認知後の父母双方が親権者となることのできるような規律に改めるべきであるとの考え方（試案第2の5【甲案】）と、父母双方が共同して親権を行使することとなると、子の監護教育や財産管理に関する意思決定及びそれに基づく法定代理権の行使を適時に行うことができないおそれがあるとして、民法第819条の規律を維持し、認知の場面においても父母の一方のみを親権者と定めなければならないものとするべきであるとの考え方（試案第2の5【乙案】）がある。

中間試案では、これらの両案を併記しており、パブリック・コメントの手續においても、離婚後の親権に関する論点と同様に、各案に対して、様々な角度から、賛否双方の意見が寄せられた。

イ ところで、部会のこれまでの議論において、離婚後の場面と認知後の場面は必ずしも同一とは限らないことを踏まえ、仮に離婚後の親権に関する規律を見直すものとしたとしても、認知後の親権についても同様の見直しをすべきとは限らないのではないかとの意見も示された。このような意見は、離婚の場面ではもともと婚姻中の父母双方が親権者となっていたことが前提となっているのに対し、認知の場面では、このような前提を欠くことを念頭においた議論が必要であることを示唆するものと思われる。

しかし、法律上の婚姻関係のない父母間の関係は多種多様であり、例えば、いわゆる事実婚の状態にある父母がともに子と同居して共同でその監護教育をしている場合もある。また、その父母が共同生活を営んだことなく、別居状態が続いていたとしても、子の養育については互いに協力関係を築くことができる場合もあると考えられる。そうすると、認知後の父母双方を親権者とするを一切の例外なく一律に認めないものとする現行民法第819条については、何らかの形でこれを見直す必要があると考えられる。

そこで、認知後の父母双方を親権者とすることができるものとする方向で現行民法第819条を見直すことについて、どのように考えるか(注)。

(注) 認知後の父母双方を親権者とすることができるものとする際には、父母双方が親権者となる場合の親権行使の在り方や、認知後の親権者を父母双方とするかその一方とするかをどのように定めるかなどについて、父母の離婚後の場面に適用される規律の内容も踏まえつつ、検討する必要があると考えられる。

第2 未成年者を養子とする普通養子縁組（以下「未成年養子縁組」という。）に関する規律の見直し

1 親権者に関する規律

未成年養子縁組がされた場合の親権者に関し、次のような考え方について、どのように考えるか。

- (1) 同一人を養子とする養子縁組が複数回された場合には、養子に対する親権は、最後の縁組に係る養親が行う。
- (2) (1)により親権を行う養親の配偶者が養子の父母（実親、養親のいずれも含む。）である場合には、養子に対する親権は、当該養親及びその配偶者が行う。
- (3) (2)により親権を行う父母双方が養親である場合又は養親と実親である場合において、当該父母が離婚をする際の親権者の定めに関する規律については、基本的に、実父母の離婚の場面と同様の規律によるものとする。

2 未成年者の利益を損なうような未成年養子縁組に対応するための規律

未成年養子縁組に関し、その成立の前後において、未成年者の利益を損なうような縁組に対応するための規律の在り方について、どのように考えるか。

(参考) 家族法制の見直しに関する中間試案

第6 養子制度に関する規律の見直し（注1）

1 成立要件としての家庭裁判所の許可の要否

未成年者を養子とする普通養子縁組（以下「未成年養子縁組」という。）に関し、家庭裁判所の許可の要否に関する次の考え方について、引き続き検討するものとする（注2）。

【甲案】家庭裁判所の許可を要する範囲につき、下記①から③までのいずれかの方向で、現行法の規律を改める。

- ① 配偶者の直系卑属を養子とする場合に限り、家庭裁判所の許可を要しないものとする。
- ② 自己の直系卑属を養子とする場合に限り、家庭裁判所の許可を要しないものとする。
- ③ 未成年者を養子とする場合、家庭裁判所の許可を得なければならないものとする。

【乙案】現行民法第798条〔未成年者を養子とする縁組〕の規律を維持し、配偶者の直系卑属を養子とする場合や自己の直系卑属を養子とする場合に限り、家庭裁判所の許可を要しないものとする。

（注1）養子制度に関する規律の在り方は、上記第2の1記載の離婚後に父母双方が親権者となり得る規律の在り方と密接に関連するため、相互に関連付けて整合的に検討すべきであるとの指摘がある。

（注2）未成年養子縁組の離縁時にも家庭裁判所の許可を必要とすべきであるとの考え方がある。

2 未成年養子縁組に関するその他の成立要件

（上記1のほか）未成年養子縁組の成立要件につき、父母の関与の在り方に関する規律も含めて、引き続き検討するものとする（注）。

（注） 試案の本文に明示しているもののほか、未成年養子縁組の成立要件に関する規律として、①未成年養子縁組に係る家庭裁判所の許可に係る考慮要素及び許可基準を法定すべきであるとの考え方や②法定代理人が養子となる者に代わって縁組の承諾をすることができる養子の年齢を引き下げ、または、一定以上の年齢の子を養子とする縁組をするためには当該子の同意を必要とするべきであるとの考え方などがある。

3 養子縁組後の親権に関する規律

未成年養子縁組後の親権者に関する規律につき、以下の方向で、引き続き検討するものとする（注1、2）。

- ① 同一人を養子とする養子縁組が複数回された場合には、養子に対す

る親権は、最後の縁組に係る養親が行う。

② 養親の配偶者が養子の実親である場合には、養子に対する親権は、養親及び当該配偶者が共同して行う。

③ 共同して親権を行う養親と実親が協議上の離婚をするときは、その協議で、その一方（注3）を親権者と定めなければならない。裁判上の離婚の場合には、裁判所は、養親及び実親の一方（注3）を親権者と定める。

（注1）試案の本文は、上記第2の1記載の離婚後に父母双方が親権者となり得る規律を導入するか否かに関わらず、すべからく未成年養子縁組について適用される規律を提案するものである。

（注2）実親の一方から、現に親権者である養親や他方の実親に対して、親権者変更の申立てをすることを認めるべきであるという考え方がある。

（注3）上記第2の1記載の離婚後に父母双方が親権者となり得る規律を導入した場合には、試案の本文にある「一方」を「一方又は双方」とすべきであるとの考え方がある。

4 縁組後の扶養義務に関する規律

未成年養子縁組後の実親及び養親の扶養義務に関する規律として、最後の縁組に係る養親が一次的な扶養義務を負い（当該養親が実親の一方と婚姻している場合には、その実親は当該養親とともに一次的な扶養義務を負う）、その他の親は、二次的な扶養義務を負うという規律を設けることにつき、引き続き検討するものとする。

（補足説明）

1 未成年養子縁組がされた場合における親権者に関する規律

(1) 現行民法の規律の概要及び整備の必要性

現行民法では、養子縁組がされた場合の親権者に関する規定は、同法第818条第2項（「子が養子であるときは、養親の親権に服する。」）があるのみであり、その他は、解釈に委ねられている。

このように、未成年養子縁組がされた場合における親権者の規律に関しては、その多くは解釈に委ねられているところであるが、これまでの裁判例の蓄積等により実務上定着している解釈について、改めてその解釈を明らかにし、必要があれば、明確化することも考えられる。

パブリック・コメントの手続では、現在の実務上定着していると思われる解釈のうち、現行民法の規定のみでは直ちに導けないものについて具体的

な規律を設けて明確化することは有意義であるといった意見が寄せられている。

そこで、以下の(2)から(4)まででは、差し当たり未成年養子縁組に関する各場面における親権者について、実務上定着していると思われる解釈を前提とした整理を試みているが、そのような解釈を明確化するかどうかも含めて、どのように考えるか。

(2) この資料のゴシック体の記載第2の1(1)について

同一の(養)子について、複数回の養子縁組がされた場面において、誰が親権者となるかという点については、最後の縁組(注)に係る養親が親権者になると一般的に解されている。

(注) 夫婦共同縁組(民法第795条)は、1つの縁組を夫婦が共同で行うのではなく、夫婦それぞれが各別に縁組を行う(観念的には2つの縁組が成立している)と解されているが、最後の縁組が夫婦共同縁組であった場合においては、当該夫婦双方が共同して養子を養育しているのが通常であり、その双方が親権者であることが養子の利益にとって望ましい場合が多いと考えられるため、直近の縁組が夫婦共同縁組であった場合には、それらの縁組のいずれもが「最後の縁組」に該当することを前提としている。

(3) この資料のゴシック体の記載第2の1(2)について

実父母の離婚後に、当該実父母の一方の再婚相手が、実父母の子を養子とする普通養子縁組(いわゆる連れ子養子)をした場合には、当該養子に対する親権は、養親(再婚相手)及びその配偶者(実父母の一方)が共同して行うと一般に解されている(注)。これは、このような養子縁組がなされた場合には、実態としては養親とその配偶者である実父母の一方が共同して子を養育することが通常であることを重視した考え方に基づいていると思われる。また、このことは、子に対する養子縁組が複数回なされており、最後の縁組に係る養親が、従前の縁組に係る養親と婚姻関係にある場合も同様であり、そのような場合には婚姻関係にある前養親と後養親が共同して養子に対する親権を行うと解されている。

なお、養親及びその配偶者が共同して親権を行う場合における親権行使の在り方については、実父母双方が親権者となる場合と比較して異なる扱いとする理由は乏しいと思われるため、実父母双方が親権者となる場合と同様の規律とすることが考えられる。

(注) いわゆる連れ子養子の場合に養親及びその配偶者(実父母の一方)が共同して親権を行うという解釈は、養親と実父母の一方との間の婚姻(再婚)に先行して養子縁組が

された場合や、養親の配偶者（実父母の一方）が実父母の離婚時に親権者と定められなかった者である場合も同様であるとされている。

(4) この資料のゴシック体の記載第2の1(3)について

この資料のゴシック体の記載第2の1(2)の規律は、いわゆる連れ子養子の場面では、養親とその配偶者が共同して子を養育することが通常であるといった実態を踏まえたものであるが、その後、当該養親らが離婚をした場合については、親権者たる父母の離婚という点では実父母同士・養父母同士の離婚と変わりがなく、養親と実親とで親権者としての立場としては違いはないことから、民法第819条を適用して、父母の協議又は家庭裁判所の裁判によって定めると解するのが一般的な考え方と思われる（注）。

(注) 父母の離婚後に父母双方が親権者となり得る規律を設けた場合には、養親と実父母の一方の離婚においても、その双方が親権者となり得る規律とすべきであるとの考え方があ

(5) 父母の離婚後に父母双方が親権者となり得る規律との関係

ア 親権者について

本部会では、(実)父母の離婚後の親権者に関する規律の在り方が議論されているところ、父母の離婚後に父母双方が親権者となり得る規律を設けた場合には、離婚後に実父母双方が親権を有する状態で、当該実父母の一方の再婚相手との間で養子縁組がされた場合における親権者の規律について整理する必要がある。

この場合における親権者の規律については、この資料のゴシック体の記載第2の1(2)のように養親及びその配偶者（実父母の一方）の2者が親権者となるという考え方があると思われるが、そのほか実父母の双方及び養親の3者が親権者となるという考え方もあり得ないではない。

この3者が親権者となるという考え方の背景には、親権者である実父母は、子の養育の責任を常に担っていくべきであり、それは実父母の離婚後に子が養子縁組をした場合であっても変わるべきではないとの考え方を前提としていると思われる。

しかし、父母は、親権の有無にかかわらず、子の養育の責任を負うという考え方には、これまでの部会においても特段の異論はなかったところであり、このような考え方を前提とすれば、父母が負う子の養育の責任の所在と親権の所在は、必ずしもリンクして考えなくてはならないものではないと思われる。

また、いわゆる連れ子養子の場面においては、実父母の一方の再婚相手と、他方の実父母は、関係性が希薄又は皆無である場合が多いと考えられるところ、それらの者を含む3者が共同して親権を行うというのは、現実問題として困難であり、かえって子の利益を害するおそれがあるとの指摘があり得る。

以上のとおり、父母の離婚後に父母双方が親権者となり得る規律を設けた場合にも、この資料のゴシック体の記載第2の1(2)のような親権者に関する考え方が適用されることについて、どのように考えるか。

イ 父母の関与の在り方について

前記ア記載の2者が親権者となるという考え方を前提とすると、いわゆる連れ子養子の場面では、養親及びその配偶者（実父母の一方）のみが親権を行うこととなるため、縁組前までは親権者であった他方の実父母は、当該養子縁組後は親権を行うことができなくなることとなる。

ところで、現行民法では、養子となる者が15歳未満である場合には、その法定代理人が縁組の代諾権を有しているところ（同法第797条第1項）、一般に、親権者は、法定代理人として縁組に関与することが想定されている（注1）。この代諾権は、婚姻中の共同親権下においては、夫婦が共同して行うとされ、父母が意見を異にし、一方が縁組の承諾をしない場合は、縁組はできないと解されている。

この点、父母の離婚後に父母双方が親権者となり得る規律を設けた場合であっても、養子縁組の代諾権は、各親権者がそれぞれ行使できるようにすべきであるとの考え方もあり得ると思われるが、養子縁組は、親子関係の創設という重大な法的効果を有しており、子の利益のために慎重に判断をする必要があることに鑑みれば、離婚後に父母双方が親権者となった場合も、代諾権は、父母双方が共同して行うという考え方が妥当と思われる。

そうすると、養子縁組によって親権を行うことができなくなる実父母の一方にとっても、代諾権の共同行使という場面において縁組に関与することができることとなる。

一方、養子となる者が15歳以上である場合には、親権者は代諾権を有せず、養子となる者本人と養親となる者の縁組意思の合致と届出によって養子縁組が成立することとなるため、実父母の一方は、縁組に何ら関与することなく、親権者としての地位に変動が生じる可能性がある。もともと、現行民法でも、婚姻中の父母間の15歳以上の子が第三者を養親とする縁組をする場合も同様であり、父母は、自己の関与なく親権者としての地位に変動が生じ得ることとなる。このように、民法では、養子となる者

が15歳以上である場合には、父母の親権者としての地位の変動よりも、縁組能力を有している養子となる者の意思を優先すべきであるとの価値判断があると考えられ、このことは、仮に離婚後に父母双方が親権者となり得る規律を設けた場合であっても変わらないと思われる（注2）。

以上のとおり、仮に離婚後に父母双方が親権者となり得る規律を設けた場合においても、代諾縁組（民法第797条第1項）に関する現行法の規律を維持し、父母の離婚前後にかかわらず、親権者が複数ある場合には、代諾権は、それらの親権者が共同して行うものとするについて、どのように考えるか。また、その他に、未成年養子縁組における父母の関与の在り方について、現行法を維持することについて、どのように考えるか。

（注1）財産上の行為については民法第824条において親権者の包括的な法定代理権が規定されている一方で、同条の法定代理権は身分行為には及ばないと解されており、子についてのある身分行為を親権者が法定代理することができるかどうかは、当該身分行為に係る規定の解釈適用によるものと解されている。

（注2）とりわけいわゆる連れ子養子を念頭において、監護権や親権を有していない父母の関与（その父母の同意を求める考えやその父母への通知を求める考え方）を認めるべきであるとの考え方があり、パブリック・コメントの手続においても、その考え方に賛成する意見が寄せられている。これに対し、父母の一方の同意が得られないことが原因で、子にとって有益な縁組の成立が阻害されるおそれがある、同意や通知を必要とすると養子縁組の手続が重たくなるなどとして、上記の考え方に反対する意見もある。この点、現行法では離婚後は父母の一方しか親権者となれないため、親権者ではない父母の関与を認めるべきとの考え方に結びつきやすかったと思われるが、仮に離婚後も父母双方が親権者となり得る規律を設けた場合には、離婚後に父母双方が縁組に関与する手段が拡大することとなる一方、無制限に父母の関与が拡大されるのではなく、父母双方の協議又は家庭裁判所によって、父母双方が親権者となることが望ましいとの判断がされた場合に限られることとなるため、徒に養子縁組の成立が阻害される事態も回避できると思われる。

2 未成年者の利益を損なうような未成年養子縁組に対応するための規律

(1) 検討の背景

未成年養子縁組は、いわゆる連れ子養子が相当程度の割合を占めているのが実態と思われるが（注1）、そのようないわゆる連れ子養子の後に、養親（及びその配偶者である実父母の一方）による養子の監護養育等が不適切であり、養親らの親権者としての適格性等に問題がある場合（注2）も想定されるところ、そのような場合にも対応できるように、未成年養子縁組に関

する規律の見直しを検討すべきであるという指摘がある。そこで、以下では、未成年者の利益を損なうような養子縁組に対応するための規律の在り方に関し、縁組の前後それぞれについて、現行民法の規律と検討課題を取り上げることとする。

(2) 現行民法の規律の概要

ア 縁組前（縁組時）に関する規律

現行民法では、未成年養子縁組には、原則として家庭裁判所の許可を必要としているところ（同法第798条本文）、これは、未成年者の福祉に合致しない縁組を阻止する趣旨と解されている。一方、いわゆる連れ子養子の場合（配偶者の直系卑属を養子とする場合）や、いわゆる孫養子（自己の直系卑属を養子とする場合）は、子の福祉に弊害を及ぼす危険が典型的に少ないなどという理由で、家庭裁判所の許可を要しないこととされている（同法第798条ただし書）。

また、養子となる者が15歳未満である場合には、法定代理人（親権者等）が縁組の代諾をすることとされており（民法第797条）、養子となる者が縁組に関する十分な判断能力を有していないため、子の利益に適う判断をすることが期待されている親権者の判断を介在させることとしている。そして、前述のとおり、婚姻中の共同親権下においては、代諾は親権者が共同して行うことが必要であり、父母双方の意見が対立した場合には代諾はできず、養子縁組は成立しないと解されている。

イ 縁組後に関する規律

縁組後に、養親による養子の監護養育が不適切であるなど養親の親権者としての適格性に問題があることが判明した場合等においては、そのまま養親に親権者の地位を継続させておくことは、養子の利益を損なうことにつながりかねないと思われる。そこで、そのような場合において、養親の親権者としての地位を失わせることも含めて養子の親権者に関し、適切な法的措置を講じることができるようにすることが、養子の利益を確保するという観点からも重要と思われる。

現行民法では、養親の親権者としての地位に変動を生じさせ得る方策として、離縁と親権制限（親権停止又は親権喪失）が認められている（注3）一方で、親権者変更の申立ては、基本的に認められていない。すなわち、現行民法では、親権者変更について、「子の利益のため必要があるときは、家庭裁判所は、子の親族の請求によって、親権者を他の一方に変更することができる。」と定められている（同法第819条第6項）が、これは、離婚後に父母の一方が親権者として定められている場合に関する規定であり、養親が親権者となっている場合や養親と実父母の一方が親

権者となっている場合には基本的に適用されないと解されている（注4）。

(3) 検討課題

以上を踏まえて、未成年者の利益を損なうような未成年養子縁組に対応するための規律の在り方について試みに検討する。

ア まず、未成年養子縁組の成立要件としての家庭裁判所の許可については、養子の利益に適わない養子縁組を未然に防止するためや、家庭裁判所の手続が、養親となる者にとって養子縁組に関する法的意義等を自覚する契機となり得るため、家庭裁判所の許可を要する範囲を拡大すべきであるという意見があり、パブリック・コメントの手続においても、同様の意見が寄せられている。

これに対し、家庭裁判所の許可を要する範囲の拡大について慎重な立場からは、養子縁組は、通常、養親となる者及び養子となる者という対立構造にはない者を当事者とするものであり、仮に、いわゆる連れ子養子などの場合にも家庭裁判所の許可を必要として、司法判断を介在させることとしても、その判断過程において、養子縁組をしようとする者から消極方向の判断資料を収集することは期待し難く、事後的に不適切な事情が生じ得る場合の対応策として実効性に欠けるといった指摘や、家庭裁判所の許可が不要とされていることにより、子の福祉に反するような養子縁組がなされたという具体的実態などの立法事実が明らかではないといった指摘があり、パブリック・コメントでも同様の意見が寄せられている。

このように、家庭裁判所の関与を拡大するという方向性については、賛否含めて様々な意見が示されている。

イ ところで、家庭裁判所が関与するという方策のほかにも、縁組時において、未成年者の利益を損なうような養子縁組を未然に防止する方策として、養子縁組の代諾が一定の役割を担うことも考えられると思われる。すなわち、養子となる者が15歳未満の場合には、親権者（法定代理人）は、養子縁組の代諾権を有しているとされているところ、前述のとおり、その代諾権の行使は、無制限に認められているものではなく、子の利益に適合するように行使することが求められていると考えられる。そして、離婚後の父母双方が親権者となり得る規律を設けた場合において、離婚後の父母双方が親権者となり、かつ、父母の一方の再婚相手が養子縁組をする事例を例にとると、代諾権の行使は、その再婚相手の配偶者である父母の一方のみの判断ではなく、他方の父母の判断も介在させることになるため、子の利益の観点から、適切な判断がされることが想定され得ると考えられる（注5）。また、親権者である父母間で代諾権の行使につき意見を異にする場合には、父又は母の請求により、家庭裁判所が、子の利益を考慮

して養子縁組の代諾権の行使について判断するものとするとも考えられる。

ウ また、縁組時には養親の適格性等に問題がなかったとしても、縁組後の段階において、その適格性等に疑義が生じる場合も想定される。その場合の対応策として、前述のとおり、現行民法では、離縁や親権制限の制度がある一方で、親権者変更の申立ては基本的に認められていない。

しかし、親権者の適格性等に問題があり、そのまま親権者として継続させることは（養）子の利益を害するおそれがあるため、（養）子の利益の観点から親権者の変更を認めるべきといった場面は、離婚後に実父母の一方のみが親権者となっている場合であっても、養親が親権者となっている場合であっても、いずれも同様に生じ得ると思われる。そうすると、現行民法において、離婚後に父母の一方が親権者となっている場合に許容されている親権者変更の手続を、未成年養子縁組によって養親が親権者となった場合にも拡大することは、（養）子の利益に適う場合があるという考え方もあり得る。

本部会のこれまでの議論では、とりわけいわゆる連れ子養子の場面を念頭において、未成年養子縁組がされた場合における親権者変更の申立てを可能とする範囲を拡大することに賛成する意見が示されており、パブリック・コメントの手続でも、親権者変更の申立てを認めることにより、養親家庭に馴染めない子の適切な養育環境の確保が可能となるとの意見や、養子が養親に適応できず、非親権者である実親の下に戻ってくる事案もあるため、そのような事案への対応策として、親権者変更を可能とすべきであるなどといった意見が寄せられている（注6）。

これに対し、親権喪失又は親権停止の申立てで足りることや親権者変更の申立てが濫用され、新たな親子関係を構築している家庭への不当な介入となるおそれが高いことなどを理由として、親権者変更を可能とする範囲の拡大に慎重な意見もあり、パブリック・コメントの手続でも同様の意見が寄せられている。

- (4) 以上を踏まえて、未成年者の利益を損なうような未成年養子縁組に対応するための方策として、縁組の前後における規律の在り方に関して、どのように考えるか。

(注1) 令和3年10月に提出された縁組届のうち、全国の法務局等に保管されているものを対象とした普通養子縁組の実態調査によれば、未成年養子縁組の総数は841件であり、そのうち配偶者の直系卑属を養子とするものが683件（総数の約81.2%）であった。

- (注2) 養親の親権者としての適格性に問題がある場合の一例として、養子縁組後に養親が児童虐待に及ぶ場合があることを指摘して未成年養子縁組に関する規律の見直しを求める意見がある。
- (注3) 離縁は、協議又は離縁の訴えによるものとされており、協議は当然縁組当事者のみによってなされるものである上、離縁の訴えも縁組当事者のみしか申立権が認められていない(民法第811条、第814条)ため、例えば、いわゆる連れ子養子の場面において、養親の配偶者ではない実父母の一方が、養親が親権者として不適切であるという事情等に接したとしても、自ら養親らの離縁を求めることは許されていない。また、親権制限は、子、子の親族などに申立権が認められており、上の例で言えば、いわゆる連れ子養子の場面における養親の配偶者ではない実父母の一方も、子の親族として申立てが可能ではあるが、親権制限には「(父母による)親権の行使が(著しく)困難又は不適当であることにより子の利益を(著しく)害するとき」という要件が定められ(民法第834条、第834条の2第1項)、かつ、親権制限が認められたとしても、申立人が当然に親権者となるのではなく、親権制限を受けた者以外に親権者がいない場合には未成年後見が開始されることとなる。
- (注4) いわゆる連れ子養子の事案において、養親及びその配偶者(実父母の一方)の双方から、他方の実父母に対する親権者変更の可否について、最高裁は、「(民法819条)の規定の構造や同条6項の規定の文理に照らせば、子が実親の一方及び養親の共同親権に服する場合、子の親権者を他の一方の実親に変更することは、同項の予定しないところというべきである。」と判示し、このような親権者変更を認めていない(最決平26年4月14日民集68巻4号279頁)。もっとも、これは、民法第819条第6項の文理解釈から導いた結論であり、立法論として、このような親権者変更を認める規律を設けることを否定する趣旨ではないと思われる。
- (注5) この資料の補足説明の1(5)の注2(15ページ)にも記載のとおり、子の利益の観点から、(実)父母の離婚時において協議又は家庭裁判所により、父母双方を親権者と定められたことが前提となっている。そして、父母双方が共同で代諾権を行使するに際しても、父母の一方に、無制限に縁組の拒否権のようなものを付与するのではなく、子の利益の観点から代諾権を適切に行使することが求められると考えられる。
- (注6) 仮に親権者変更の手続を拡大する方向で検討するとしても、いわゆる連れ子養子の場合に限るなどというように、その対象を限定するのか、それとも未成年養子縁組一般に広く認めることとするのかといった点、親権者変更を認める場合の要件や基準をどうするのかといった点、親権者変更の申立権者の範囲をどこまで認めるのかといった点、変更後の親権者の範囲をどこまで認めるのかといった点なども検討する必要があると思われる。