

第12回 児童虐待対応における司法関与及び特別養子縁組制度の利用促進の在り方に関する検討会	林構成員 追加資料
平成29年2月13日	

2017年2月13日

中央大学法学部

教授 鈴木博人

養子縁組成立手続きの2分化という点について、林教授よりおたずねがありましたので、民法の諸先生が構成員になられており屋上屋を重ねることになると思いますが、メモを作成しました。

1. 国家宣言型の養子縁組手続きで手続きを二つに分ける必要性があるのはなぜか？－従来の議論

①まず、手続きを二つに分けるとするのは、縁組の成立判断と縁組の成立の前提となる子を養子とすること（自らとの法的親子関係が断絶するという事を承認する）父母の同意を撤回できなくする手続きを分けるということの意味している。

②日本法は、縁組の成立と実親子関係断絶の手続きを一つの決定で行っている。このため、抗告権を保障するという観点から、縁組成立の裁判所の決定から抗告期間満了時までは、（抗告という形をとって）同意を翻すことができ、そのときまでに（裁判所も認定した）成立した親子関係が水泡に帰してしまうという問題点をもつ。

③ただし、この点については、立法者意思は、手続きを2分化すると、本来裁判所が判断する特別養子縁組の成立判断が、実質的に成立審判前に決まってしまうということから、手続きの2分化を採用しなかった。

④ドイツ法は、上記手続きの2分化を採用するが、父母の同意を確認するのは、公証人である。公正証書を作成し、その証書が家庭裁判所に到達すると、父母は縁組への同意を撤回できなくなる。注意すべきは、少年局や厳格な要件の下で認められる養子縁組あっせん機関が同意を確認する手続き上の機関ではないということである。これら福祉機関はいわば当事者的な立場にあるのだから、その機関がとる同意ではなく、第三者機関たる公証人が同意を確認する。

⑤④の手続きにより、父母は同意（養子縁組の意味を理解し、親たる地位も失うということを理解したもの）を撤回できないことになる。なお、親たる地位とは、単に親権を持たないということにとどまらない。日本法でも婚姻同意権や特別養子縁組の父母の同意権は、この考え方に基づくものといえる。

⑥同意が確認されると対象児童全員に後見人選任。全てが公的後見（日本法にはない）。

2. 少年局は何をするのか。

①援助計画の策定のなかでの養子縁組の可能性の検討

青少年援助法（日本の児童福祉法）の援助計画策定を定めた条文により、実親家庭外での長期間に及ぶ援助の前ならびにその最中に、少年局は養子縁組が考慮されるの

かどうかを審査しなくてはならないとされている。

②養子縁組のあっせん業務（詳細は省略）

③養子縁組の申し立ては養親となる者（公証された書面による）

3. 親の同意が問題になるときは、民法 1748 条に該当する場合。

この仕組みは日本民法の仕組みと類似している。しかし、ドイツ法の場合は、養子縁組では、同意の撤回は生じない。

同意が事前にとられているのに、同意補充はどの時点で問題になるのか。1748 条の要件に該当するとき（この立証が少年局にとっては重要）には、子の法定代理人（後見人）か 14 歳以上の子の場合には子本人が家庭裁判所に手続きを申し立てる。この手続きは家事事件手続き法による。

身分行為として民法上の制度として盛り込まれていた国の養子縁組は、私法上の法律行為として構成されている。日本法も同様である。当事者の意思が法律行為論の根底にある。親子関係（親族関係）の消滅について、当事者意思に基づかず、行政機関に申し立て権を認めるという構成は、民法の基礎理論に抵触するもので、認めることは困難である。