

## 特別養子縁組の申立権者及び実親の同意要件について

### 第1 特別養子縁組の申立権者について

#### 1 現行法における規律

##### (1) 申立権者

民法第817条の2第1項は、家庭裁判所は、養親となる者の請求により、特別養子縁組を成立させることができる旨規定している。立案担当者は、養親となる者の請求は、審判手続開始の要件であるとともに、縁組を成立させる実体法上の要件であると説明する<sup>1</sup>。

##### (2) 申立書の記載事項<sup>2</sup>

家事審判の申立書には、申立ての趣旨及び申立ての理由を記載するほか、事件の実情を記載しなければならない（家事事件手続規則第37条第1項）。

特別養子縁組の成立の審判の申立書には、①養子となるべき者の父母の同意の有無及びその同意がないときは同意不要類型に該当することを示す事情、②養親となるべき者による養子となるべき者の監護の開始の年月日、開始の経緯及び開始後の状況、③児童相談所又は養子縁組をあっせんする事業を行う者のあっせんの有無並びにそのあっせんが行われたときは当該あっせん事業を行った者の氏名又は名称及び住所を記載しなければならない（家事事件手続規則第93条第1項）。

<sup>1</sup> 細川清「改正養子法の解説」（以下「細川」で引用。）54頁以下

<sup>2</sup> 小澤久美子「特別養子縁組事件における家庭裁判所調査官の調査について」日本家族〈社会と法〉vol.25（以下「小澤」で引用）75頁は、申立て段階で、申立人及び事件本人（養子となる者及びその父母）の戸籍謄本・住民票を提出してもらうのが実務であるとする。

## 2 これまでの議論

### (1) 厚生労働省検討会における議論

厚生労働省の「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」（以下「厚生労働省検討会」という。）においては、児童相談所長に申立権を与えることが議論された。児童相談所長に申立権を与えることを提案する意見は、現行制度の下では、特別養子縁組の成立手続の中で養親候補者の情報が実親に開示される可能性があり、実親が子どもを取り戻しにくるのではないかという不安を養親候補者に生じさせていること、子どもと実親との親族関係を終了させるという申立てを養親候補者がしなければならないのは養親候補者にとって大きな負担であることを指摘して、その軽減を図ろうとするものである。この提案に肯定的な立場からは、①縁組成立後の子どもの安全確保のため、養親の個人情報を実親に知られないようにする必要がある、②実親と養親の間でトラブルが起きないように距離を置くべきである、③養親候補者が速やかに特別養子縁組成立の審判を申し立てなければ子どもが長期間不安定な状態に置かれるという弊害が生じるので、申立てを完全に養親任せにしない仕組みが必要である、④特別養子縁組の審判は公法的、行政法的に考えるべきであり、民法の身分行為に当たることを理由に児童相談所長に申立権を与えることを否定すべきではない等の意見が述べられた。また、民法が婚姻・普通養子縁組と親権喪失・特別養子縁組で異なる手続を定めていることから、特別養子縁組については身分関係と成立手続を区別することもでき、特別養子縁組には社会的養護を必要とする子どもへの支援制度としての性格もあるから、特別養子縁組の成立について児童相談所長を申立権者に加えることも許容されるとの意見もあった。

これに対し、児童相談所長に申立権を認めることに否定的な立場からは、①養子縁組は身分関係を創設する法律行為であるから、当事者の意思なくして成立することはあり得ない、②児童相談所に手が回るだけのリソースがあるかという問題がある、③他の様々な審判とのバランスでこの場合にだけ児童相談所長を申立

権者にすることが許されるかは慎重に検討するべきである、④裁判所では調査官が包括的に要件を調査するので、養親候補者自身が事情を知っている又は調べなければならないという状況にはない、⑤外国では児童相談所や実親は既成の子どもの利害関係者なので客観的に審判できる立場にないという発想もあるようである、⑥二段階手続論を採った上で児童相談所に申立権を認めると、とりあえず同意を撤回することができない状態にするため第1段階の手続を申し立てる事態が予想され、養親候補者が確保されない事態が生じるおそれがある、⑦申立権は当事者にあるとした上で児童相談所がその申立てをサポートすることとし、具体的には家事事件手続法第164条に児童相談所の必要的陳述聴取を入れてはどうか等の意見があった。

(2) 昭和62年の特別養子縁組創設時の児童相談所の関与に関する議論<sup>3</sup>

昭和62年の法改正に先立って公表された中間試案には、特別養子縁組の申立てをするには児童相談所における縁組のあっせん手続を経るものとするとの案が記載されていた。これは、適格性を備えた養親の選択、適当な養親子の出会い及び適合性の調査が行われることを期待するものであり、申立権者を拡大する必要性として挙げられている上記の事情とは異なる趣旨に基づく提案であったが、いずれにせよ、最終的には、実体法上相当性のある特別養子縁組であっても児童相談所のあっせんがない限り成立させることができないのは相当でないこと、児童相談所のあっせんは自由な裁量による非定型的行為であり、これを要件とするような場合にその要件が満たされるのかが不明確となったり、あっせんが不当に拒絶された場合の適切な救済方法がないという問題が生ずること、児童相談所のあっせんを要件とすると民間団体の活動を阻害すること等が指摘され、採用されなかった。

3 児童相談所の位置づけ

児童相談所は、各都道府県に設けられた児童福祉の専門機関であ

---

<sup>3</sup> 細川71頁

る（児童福祉法第12条）。児童相談所には、児童相談所長の命を受けて、児童の保護その他児童の福祉に関する事項について、相談に応じ、専門的技術に基づいて必要な指導を行う等児童の福祉増進に努めることを職務とする児童福祉司が置かれる（同法第13条）。児童相談所は、都道府県から権限の委任を受け、要保護児童につき、施設入所や里親委託の措置を採ることができる（同法第27条第1項第3号、第32条第1項。）。また、児童相談所長は、一時保護が行われた児童について、児童の生命又は身体の安全を確保するため緊急の必要があると認めるときは親権者の意に反する場合であっても、監護、教育及び懲戒に関し、その児童の福祉のため必要な措置を採ることができ（同法第33条の2第2項及び同条第4項）、さらに、児童の親権者に係る親権喪失、親権停止等の審判の請求をすることができる（同法第33条の7）。

特別養子縁組制度の立案担当者は、特別養子縁組の対象となる児童は原則として児童福祉法上の措置を必要とする要保護児童に該当するとし、特別養子縁組については、家庭裁判所と児童福祉を目的とする行政機関、民間団体との間に業務上密接な連携が必要となるとしていた<sup>4</sup>。

#### 4 検討の方向性

##### (1) 申立権者拡大の必要性

申立権者の拡大の必要性として、養親候補者の負担軽減と、養親候補者の個人情報の保護の2点が主に指摘されているので、それぞれについて検討する。

##### ア 養親候補者の負担軽減

養親候補者は、特別養子縁組で新たな親子関係の当事者となる者であり、手続の当事者として一定の負担を引き受けることはやむをえない。その一方で、養親候補者は実親側の事情についての情報を有していないことが多く、特別養子縁組の実体要件について自ら判断することができない状態で、養子となる者の親となる決心を固め、試験養育を実施することは時に非常に

---

<sup>4</sup> 細川67頁以下

重い負担となるものと考えられる。また、現行法を前提とすれば、養親候補者は、審判申立ての際に、申立ての理由や事件の実情のほか、養子となるべき者の父母の同意の有無及びその同意がないときは同意不要類型に該当することを示す事情等を主張する必要があるが、特に実親と養親候補者の間に全く面識がない事案では、これらの事情を主張することは相当困難と思われる。

他方で、特別養子縁組の実体要件の判断の困難性については、児童相談所が介入している事案では児童相談所からの資料提供等によって軽減することの可否が問題になり得るし、判断を困難にする原因が実親から同意を得ることの困難性又は同意の撤回にあるとすれば、実親による同意の撤回の制限や同意不要要件の明確化などによる対応も検討されるべきである（後記第2参照）。また、申立ての段階での主張の困難性については、児童相談所からの資料提供等のほか、申立ての段階で養親候補者が主張すべき事項を見直すことも考えられる。なお、審判手続においては、家庭裁判所は、職権で事実の調査をし、必要と認める証拠調べをしなければならないとされており（家事事件手続法第56条第1項）、家庭裁判所調査官が実父母やあっせん機関の担当者との面接調査<sup>5</sup>を含む事実の調査（同法第58条第1項）を行っているから、現行法の下でも養親候補者の主張立証の負担は一定程度緩和されていると考えられる。

以上を踏まえ、養親候補者の負担軽減の必要性について、どのように考えるか。

#### イ 養親候補者の個人情報保護

実親は、家庭裁判所の許可を得て、家事審判事件の記録の閲覧・謄写等を請求することができる（家事事件手続法第47条）。また、審判書の記載は簡略なものも多いが、事案によっては、当事者に裁判所の判断の理由を説明し、即時抗告をするかどうかの判断材料とするため、審判の理由を詳細に記載することも

---

<sup>5</sup> 小澤73頁

避け難い<sup>6</sup>。現行の制度においては、これらを通じて、養親候補者に関する情報が実親に伝わる場合がある。

養親候補者の個人情報の保護を重視すべき事情として、主に養子縁組成立後に実親から接触されることを避ける必要があると主張されている。確かに、実親が強く特別養子縁組に反発しているような事案を念頭に置けば、実親が子への感情から、縁組成立後に子又は養親に何らかの接触をすることも考えられるし、現に、当事者が相互に個人情報を詳細に知ること、金銭の要求をする等のトラブルが生じた例もあるとの指摘がある<sup>7</sup>。

他方で、実親の特別養子に対する同意権（民法第817条の6）が与えられたのは、特別養子縁組は子の利益に重大な影響を与えるところ、子の利益について第一次的責任を有するのは実親だからであると説明されている<sup>8</sup>ことからすると、実親が同意権を適切に行使するには、養親候補者に関する情報がある程度は必要であると考えられる。また、実親は特別養子縁組の成立に重要な利害関係を有する者として即時抗告をすることができるものとされている（家事事件手続法第164条第8項第1号）ことからすると、手続保障の観点から、実親に対して裁判所の判断の理由について告知する必要があると考えられる。以上のように考えると、児童相談所長が特別養子縁組成立の審判を申し立てたとしても、記録の閲覧や審判書の記載を通して養親候補者に関する情報を実親に開示せざるを得ないとも考えられ、申立権者の拡大が養親候補者に関する情報の保護という目的を達成する手段として必ずしも適切なものではないとも考えられる。

また、以上と異なる観点に立つものとして、子の出自を知る権利や海外におけるオープンアダプションの取組みを考慮す

---

<sup>6</sup> 中山直子「特別養子縁組の最近の動向」日本家族〈社会と法〉vol.25  
71頁

<sup>7</sup> 小澤79頁

<sup>8</sup> 細川86頁

ると、養親と実親の間の情報を切断することには慎重であるべきとの考え方もあり得るように思われる。

仮に、養親候補者の個人情報の保護の方策が必要であるとしても、事件の関係人である未成年者の利益を害するおそれや、当事者又は第三者の私生活又は業務の平穩を害するおそれ等があるとして、家事事件手続法第47条第4項に基づき、家庭裁判所が事件記録の閲覧謄写等の申立てを許可しない事案もあると考えられる<sup>9</sup>ほか、養親候補者に関する情報であって実親に伝える必要に乏しいと思われるものについてはできるだけ審判書に記載しないという実務上の工夫も考えられるので、申立人の範囲について法改正が必要であるかどうかは、これらの運用上の実態を踏まえた上で判断する必要がある。

なお、仮に養親候補者の個人情報の保護も理由として、特別養子縁組の成立手続における養親候補者の関与の在り方について抜本的な見直しを図る必要があると考える場合には、二段階手続の採用の可否と併せて検討すべきと思われる。

## (2) 申立権者拡大の許容性

申立権者拡大の許容性を検討する上では、申立権者を身分行為の当事者ではない者に認めること、児童相談所長の申立権者としての適格性の2点が問題となる。以下それぞれ検討する。

### ア 申立権者を身分行為の当事者ではない者に認めること

この点に関しては、特別養子縁組制度を養子制度の一類型であり、当事者の意思を要素とする普通養子縁組の延長線上にあるものと考えられるのか、児童の福祉のために国家が一定の福祉的措置を講ずるものであり、それを促すために申立てが行われるとの理解に立つのかという特別養子縁組制度全体への理解によっても見解が分かれ得ると思われるが、いずれの立場を採るにせよ、他の身分関係に関する規律との平仄について整理する必要があると思われる。

---

<sup>9</sup> 金子修「逐条解説家事事件手続法」165頁は、記録の閲覧により住所または居所が知れると他方の当事者が暴力的な行動に訴えることが予想される場合は、家事事件手続法第47条第4項に該当するとする。

まず、親族関係の形成に当たっては当事者自身の意思が重視されるべきであると考えられる。現に、民法上の制度で親族関係を形成するものとして婚姻、認知、養子縁組があるが、当事者以外の者の意思に基づいて親族関係が形成される制度は見当たらない（同法第787条は、子の直系卑属が認知の訴えを提起することができるとしている。認知は直接的には子とその父の親族関係を生じさせるものであるが、それによって子の直系卑属自身の親族関係も変動するから、第三者が親族関係の形成に介入しているわけではない。）。不適法な婚姻の取消し（同法744条）、養子縁組の取消し（同法805条）、特別養子縁組の離縁（同法第817条の10）など、親族関係を解消する制度については、親族や検察官などの第三者の意思に基づいて親族関係の変動が生ずる場合があるが、これは公序に反して形成された親族関係を原状に回復するために認められるものであり、親族関係を新たに形成する場面と同列に扱うことはできないと考えられる。

他方、親族関係の形成に当たっての当事者の意思は、実体要件として具備されていれば足り、手続要件と分離することが可能であるとも考えられる。すなわち、現行法においては、養親候補者の請求は実体法上の要件と手続上の要件を兼ねるものとして定められているが、両者を一致させる必要は必ずしもなく、審判手続の開始は第三者の申立てによることもできるとしても、養親候補者の同意は実体法上の要件として別途要求すれば、親族関係の形成に当たっては当事者の意思を尊重するという原則に反しないとも考えられる。以上の点についてどのように考えるか。

次に、特別養子縁組制度について、児童の福祉のために国家が一定の福祉的措置を講ずるものであるという性格を強調すると、児童相談所長が親権喪失・停止等の審判の申立てをすることができることと同様に、特別養子縁組成立の審判についても申し立てることができることが考えられる。ここでは、特別養子縁組制度が親権の喪失にとどまらず



親子関係自体を断絶するというより強力な効果を持つこと、特別養子縁組制度は、児童虐待の局面に限らず利用される制度であるという違いをどのように考えるかが問題となると思われる<sup>10</sup>。

#### イ 児童相談所長の申立権者としての適格性

児童相談所は、子の福祉の専門家であり、特に実親が子の養育を放棄している事案や実親が存在しない事案においては子の利益のために最も適切に活動することができる立場にあるとも考えられる。

他方、厚生労働省検討会の議論においては、児童相談所が都道府県の機関であるため、養子縁組に関する関与の程度や、そのための人的・物的資源の充実度に大きな地域差があり、業務の均一性がないこと、二段階手続論を前提として児童相談所長が実親の同意撤回を防ぐために申立てを急ぎ、結果として養親候補者が確保できない事態が生じるおそれがある等の意見が述べられている。

この点についてどのように考えるか。

### 5 関連する論点

#### (1) 申立権を認めるべき主体

児童相談所長の他に申立権を認めるべき主体はないか。例えば年齢要件を15歳以上まで緩和する場合、子に申立権を与えることは考えられるか（なお、特別養子縁組の離縁においては、（必要な意思能力を有する）養子に請求権が認められている（民法第817条の10）。）。

また、検察官に申立権を認める必要はあるか。

#### (2) 養親候補者の同意

---

<sup>10</sup> 飛澤知行「一問一答平成23年民法等改正 児童虐待防止に向けた親権制度の見直し」35頁は、親権喪失・停止制度の申立権者を限定した理由について、「親権喪失等の審判の請求権者については、審判の効果が大きいことや、濫用的な請求がされる危険もあることに鑑み、類型的に適任と認められる者に限るのが相当である。」と述べている。

仮に児童相談所長に申立権を認める場合には、養親候補者が新たな親子関係の当事者であり、子の福祉の実現に責任を負う立場に就くことからすれば、事件本人である子どもとの間で養子縁組をすることについて養親候補者の同意があることが要件となるものと考えられる。その同意の方式や撤回可能性（現行法上は、審判の申立てはいつでも取り下げることができるとされている。）について、検討すべき問題はないか。

(3) 民間あっせん団体によるあっせん手続との関係の整理

児童相談所が自らあっせんを行っているからこそ養子となる者の置かれている環境を十分に把握することができると考える場合、民間団体があっせんを進めてきた事案については、児童相談所に申立権を認めることは相当でないとするとも考えられる。この点についてどのように考えるか。

(4) 請求の撤回に関する規律

児童相談所などの養親候補者以外の者に申立権を認めた場合、請求の撤回はどのように規制するべきか。

現行法では、請求の撤回を制限する規定はなく、縁組を成立させる審判が確定するまでは、申立権者（請求者）はいつでもこれを撤回することができるとされているが、これは、縁組の意思のない者を養親とする縁組を成立させても、子の福祉の達成という縁組の目的を達することができないためである<sup>11</sup>。

しかし、養親候補者以外の者が申立権者（請求者）となる場合には、このような説明はできないため、新たな規律を設ける必要がある。

## 第2 父母の同意（民法第817条の6）の撤回制限について

### 1 現行法における規律

#### (1) 本規定の趣旨

民法第817条の6は、特別養子縁組の成立には、原則として、養子となる者の父母の同意がなければならないと規定する。立案

---

<sup>11</sup> 細川54頁以下

担当者<sup>12</sup>によれば、同条の趣旨は、①養子となる者は、縁組前の父母に対する扶養請求権及び相続権を失うとともに、養親によって監護養育されることとなり、子の利益に重大な影響があることから、子の利益について第一次的責任を有する父母に同意権を与えるのが相当であること、②特別養子となった子の父母は子に対する親としての法律上の地位、扶養請求権及び相続権を失うので、親としての地位を保護するためにも、特別養子縁組についての同意権を与えるのが相当であることを考慮し、子及びその父母の利益を保護するためのものであるとされている。

(2) 同意権を有する「養子となる者の父母」

民法817条の6条の「養子となる者の父母」とは、実父母及び養父母を指すとされている。

実父母は、親権又は監護権を有しない場合であっても、同意権を有する<sup>13</sup>。一方で、既に先行の特別養子縁組が成立していた場合には、子と実父母との間には親子関係がないから、その同意は不要である。

(3) 同意の法的性質

民法816条の7の「同意」は、家庭裁判所の審判により縁組を成立させることを容認する旨の観念の表示であり、相手方のいない単独行為である。同意は、代理人によってすることはできないが、本人によりされるのであれば、口頭又は書面のいずれによっても差し支えなく、また、必ずしも家庭裁判所の面前でされる必要もない。

また、同意は、行為能力が制限されていても、意思能力を有していればすることができる。父母に意思能力がない場合には、民法第817条の6ただし書の「父母がその意思を表示することができない場合」に該当し、同意は不要となる。

(4) 同意の時期及び同意の撤回

ア 同意の時期

---

<sup>12</sup> 細川86頁

<sup>13</sup> 細川88頁は、「もっとも、親権喪失の宣告を受けた父母は、現実には、本条但書に該当するケースが多いものと考えられる。」とする。

父母が同意をすべき時期については特別の制限<sup>14</sup>はないが、父母の同意は、家庭裁判所が特別養子縁組を成立させる審判をする要件であるから、審判をするときに存在することを要するが、それより前に存在することを要しない。

#### イ 同意の撤回

同意の撤回については何ら制限がなく、父母は、いったん特別養子縁組に同意した場合においても、審判が確定するまでの間は、自由に同意を撤回することができる<sup>15</sup>。

(参考) 東京高等裁判所平成2年1月30日決定・特別養子縁組成立申立認容審判に対する即時抗告申立事件

「家庭裁判所が養子となる者の父母の同意に基づき、民法817条の2による特別養子縁組を成立させる旨の審判をして関係者に告知した後に、父又は母が右同意の撤回をすることを許容した場合には、手続の安定と子の福祉を害するおそれがないわけではないが、特別養子縁組の成立が実方との親族関係を終了させるという重大な身分関係の変更をもたらすものであり、かつ、同意の撤回の時期等を制限する規定が存しないことを考えると、審判が告知された後であっても、これがいまだ確定せず、親子関係の断絶という形成的効力が生じていない段階においては、同意を撤回することが許されると解すべきである。したがって、養子となる者の父又は母が審判の告知後に同意を撤回した上、同意の欠缺を理由に特別養子縁組を成立させる審判の取消しを求めて抗告をすることも許されるものと解される。

## 2 これまでの議論

### (1) 制度創設時の議論

---

<sup>14</sup> ただし、中川善之助＝山畠正男編「新版注釈民法（24）」613頁〔大森政輔〕は、同意は子の出生後に行われるべきであって、出生前に行われた同意は、その際に養親となる者が特定されている場合でも無効であるとする。子を自ら監護養育せず、それを養親に委ねることについての決断の表示としての実態を有する同意は、慎重熟慮の上で行われるべきことを理由とする。

<sup>15</sup> ただし、細川94頁は、同意の撤回があった場合でも、撤回につき民法第817条の6ただし書後段の事由があれば、撤回に拘わらず、家庭裁判所は縁組みを成立させる審判をするのを妨げられない。」とされる。

立案担当者<sup>16</sup>によれば、制度創設に向けた検討段階では、外国の立法例に、審判の申立ての後には同意の撤回を禁止するもの、審判の申立ての後一定期間内に限り同意の撤回を許すものがあり、そのような同意の撤回の制限には相当の合理性があるものと考えられたことから、昭和60年11月の法務省民事局参事官室「養子制度の改正に関する中間試案」においても、「(…) 同意の撤回とその制限などについては、なお検討する。」とされていたが、以下の理由により、撤回制限の制度は導入されないこととされたようである。

- ① 父母の同意を要することとしたのは、親としての地位を失う父母の利益をも保護するためであるから、同意するかどうかは可能な限り父母の自由な意思に委ねるのが相当であり、不用意な同意を防止するためにも同意の撤回を認めるのが相当である。
- ② 同意の撤回が濫用にわたる場合には、民法第817条の6ただし書によって対処することが可能であるし、試験養育中に同意が撤回された場合においても、家事審判規則64条の5（現在の家事事件手続法第166条第1項に相当。）による審判前の保全処分により試験養育の継続が可能になる。
- ③ 審判の受理又は試験養育に付す決定に同意の撤回を制限するという重大な効果があるものとする、手続の当初の段階において家庭裁判所が縁組の相当性を一応判断することが可能となる資料が整っていることが必要になるが、関係機関の現状からすると、それを期待することは困難と考えられる。
- ④ 同意の撤回を制限する法制においては、縁組が不成立に終わったときでも実親の親権は回復せず、縁組あつせん機関が新たな養親候補者を捜すこととするものが多いが、我が国の現状においては、これを期待することは困難と考えられる。

(2) 厚生労働省検討会における議論

厚生労働省検討会が取りまとめた「特別養子縁組制度の利用促

---

<sup>16</sup> 細川94頁

進の在り方について」では、実父母の同意が後に撤回されると、①養親となる者が審判の申立てを躊躇する場合があること、②不安定な環境下で養子となる者を養育せざるを得なくなること、③特に養親候補者と養子となる者との関係が一定程度構築された後で同意が撤回された場合には、その安定的関係が解消されるおそれがあることが指摘され、父母の同意の撤回に関して、「実父母の同意を書面による慎重な手続により得た上で、一定期間経過後は同意を撤回できない仕組みを設けることが考えられる。」との案が検討されている。

この案については、同意は公正証書によってすることとしてはどうかとの意見がある一方で、公正証書によることにすると負担が重く、逆に利用が抑制されてしまうのではないかとの意見もあった。

また、この案であれば、現行制度の枠組みを大きく変えることなく導入できるとの意見がある一方で、父母が一度同意をすると撤回できなくなるということを理解した上で同意したことをどのように担保するかが課題であるとの指摘や、一度同意してしまうと、父母が養育環境を整えた上で子の養育を望んだとしても特別養子縁組が成立し得ることとなるが、それは実父母による養育が最善であるとの考え方と齟齬が生じるのではないかとの指摘があった。

### 3 検討の方向性

父母が同意を撤回することによる不都合を回避するための方策としては、以下のように、①父母の同意を得る手続を厳格にしてその撤回を制限する方向性、②父母の同意を不要とする要件（民法第817条の6ただし書）を明確化する方向性、③父母の同意権を失わせるような制度を創設する方向性が考えられるよう思われる。

#### (1) 父母の同意の手続を厳格にしてその撤回を制限する方向

厚労省検討会で議論されたものと同様の方向性であり、手続を厳格にして父母の同意を慎重に確認することとした上で、一定期間経過後には同意を撤回できないこととするものである。

##### ア 理念的な問題

厚労省検討会においても議論されたように、この方策については、父母が一度同意してしまふと、父母が養育環境を整えた上で子の養育を望んだとしても特別養子縁組が成立し得ることとなるが、それは実父母の養育が最善であるとの考え方と齟齬が生じるおそれある。

また、特別養子縁組の成立により実子との親子関係が終了するという効果の重大さに鑑みると、父母がこれに同意をするかどうかについて逡巡するのはやむを得ない面もあると考えられる。そうすると、同意の撤回の制限の可否については慎重に検討する必要がある、仮に制限するとしても、その要件や手続を厳格に定める必要があると考えられる。

#### イ 同意の手続について

父母が同意を撤回できないこととする場合、父母は、特別養子によって親子関係が消滅することや、一度同意をすると撤回できなくなることを十分に理解した上で同意する必要がある、それが制度的に担保されていなければならない。そのための方策の一つとして、厚労省検討会では、公正証書による同意について議論されたところであるが、この点については、公正証書による同意を要することになると手続が過重になり、かえって特別養子縁組制度の利用が妨げられるのではないかとの意見もあったところである。

この点については、その効果の大きさに鑑み、例えば、家庭裁判所において、裁判官等が、面前で特別養子縁組による親子関係終了の効果の説明するとともに、一定期間経過後に撤回が制限されることを説明した上で同意を確認する制度にすることも考えられる。

なお、具体的な立法提案として、公正証書又は家庭裁判所の調書を作成する方法によってしなければならないとするものがある<sup>17</sup>。

---

<sup>17</sup> 床谷文雄「養子法」中田裕康編『家族法改正』（以下「床谷」で引用）105頁

#### ウ 同意の時期等

立案担当者<sup>18</sup>によれば、外国の立法例では、精神的に不安定な時期に十分な考慮なしに父母の同意がされることを防止するため、子の出生の後一定期間は、父母、特に母の同意を制限するものが少なくないが、民法は、いったん同意しても審判の確定までは自由に同意を撤回することができることとするとともに、審判申立後に原則6か月以上の試験養育期間を置くこととしたので（民法第817条の8）、これによって不用意な同意を防止できると考え、同意の時期には制限を設けなかったとされる。仮に父母の同意の撤回を制限する方向で改正を行うとすれば、父母が不用意に同意をし、それに拘束されることのないよう、父母が精神的に不安定であると考えられる時期の同意を無効とするとか、一定期間は同意の撤回を可能とする等の方策を検討する必要がある。

#### エ 同意の具体性について

現行法において、一般的に、特別養子縁組の同意は、父母が養親となる者の氏名等その具体的同一性を知らない場合も有効と解されているが、より詳細には、匿名同意（養親は現実に存在し、特定されているが、養親名等を知らないでする同意）と白地同意（養親となる者が現実に存在しない間にする同意、第三者に養親の選択を委ねてされる同意）とを区別し、①前者は有効であるが、後者は無効であるとする見解と、②いずれも有効であるとする見解とが対立している<sup>19</sup>。ただし、現行法下では、父母の同意は特別養子縁組を成立させる審判をする要件であり、同意の有無は特別養子縁組の成立の審判の手続の中で家庭裁判所において確認されることから、実際には問題は生じない。

しかしながら、仮に審判前に同意することができることとし、かつ、同意の撤回制限の制度を設けるとすると、審判前にした白地同意を撤回することができるかどうかという問題も生じ得る

---

<sup>18</sup> 細川 9 3 頁

<sup>19</sup> 細川 9 1 頁



ように思われる。この点について検討すると、父母の同意の根拠は、当該養子縁組が子の利益を害しないかを子の利益に第一次的に責任を有する親権者に判断させようとするものであるところ、当該養子縁組によって得られる具体的な養育環境が子にとって最善のものかは具体的な養親の存在を前提にはじめて判断することができるのであるから、白地同意は無効であるとする考え方も十分に成り立つものである。

そうすると、この点からも、同意については、少なくとも、審判開始後、裁判所による直接の確認を経なければ、撤回が制限されないこととするとも考えられる。

#### オ 同意の撤回のための熟慮期間について

いったん同意をした場合には、即時に撤回できなくなるという方向性も考えられるところではあるが、親子関係の終了という効果の重大さに照らせば、父母が撤回について、改めてその相当性を振り返る時間をとるのが相当であるように思われる。その期間としてはどの程度の期間が適当であるか。

なお、具体的な立法提案として、同意をした後3か月を経過したときは、父母は、その同意を撤回することができないとするものがある<sup>20</sup>。

#### (2) 父母の同意を不要とする要件を明確化する方向性

父母が同意を撤回する事案の中には、子どもとの関係を巡って逡巡し、自身で養育する決意をして同意を撤回するものもあると思われるが、一方で、例えば、養親となろうとする者に対して、特別養子縁組に同意することの対価の支払を要求し、それを拒まれるや、同意を撤回するといった事例もあるようである。しかしながらそのような事例においては、それらの経緯も含めて検討した結果、民法第817条の6ただし書の「その他養子となる者の利益を著しく害する事由」がある場合に該当するとして、実母の同意なしに特別養子縁組を成立させている裁判例もある<sup>21</sup>。

---

<sup>20</sup> 床谷105頁

<sup>21</sup> 福岡高等裁判所平成3年12月27日決定（家裁月報45-6-62）等

このような状況に照らすと、父母の同意について真に問題となるのは、同意を濫用的に撤回しているような事例であると思われる、このような事例の中には、現行法でもそもそも同意を不要とすることで対処できる事案も含まれているように思われる。そうすると、むしろ、現状の問題点は、児童福祉の現場において、民法第817条の6ただし書の要件を充足しているかの判断が難しいことから、可能な限り父母の同意をとってから特別養子縁組に向けた働きかけをするような実務慣行が形成され、民法第817条の6ただし書に基づく申立てがされていない点にあるようにも思われる。

そうであるとすれば、問題解決の方向性としては、民法第817条の6ただし書の要件（「父母がその意思を表示することができない場合又は父母による虐待、悪意の遺棄その他養子となる者の利益を著しく害する事由がある場合」）をより具体化し、児童福祉の現場や当事者における予測可能性を高めるとともに、家庭裁判所においても要件充足性を判断しやすいものとするという方向性も考えられる。

(3) 父母の同意があること又は父母の同意を要しないことを成立前の段階で確定する制度を創設する方向性

具体的には次回の検討項目である二段階手続論及びそのヴァリエーションとして検討することが考えられるが、父母の同意があること又は父母の同意を要しないことを特別養子縁組の成立手続の中間の段階で確定する制度を導入することができれば、その要件が具備される場合には、実質的には同意の撤回制限と同様の効果が生ずることとなる。ただし、このような制度は、特別養子縁組の成立の手続を大きく変更するものであるから、実体法及び手続法の両面から、このような制度を設けることの可否について慎重な検討が必要になる。

ア 二段階の手続

特別養子縁組の成立の手続を2つに分け、1段階目を子どもについて特別養子縁組の適否を判断する手続とし、2段階目を養親となる者との間の特別養子縁組の適否を判断する手続と

するという新たな手続を導入し、父母の同意は1段階目の手続のみにおける要件とするという考え方であり、厚労省検討会においても検討された。ただし、このような考え方は、具体的な養親候補者の存在を前提としない白地同意を有効とすることを前提にしているようにも思われるところ、このような同意の有効性については慎重に検討する必要がある。また、1段階目で判断されることとされる「特別養子縁組の適否」とは具体的にどのような内容を有し、その審判によりどのような効果を有するのかなど、制度設計の詳細についてはなお検討すべき点が多数残されているように思われる。

イ 親権喪失制度に付随的な審判を付加するもの

親権喪失の審判（のうちの一定の要件を満たすもの）の効果として、父母の同意権の喪失が生じるという方向性や、親権喪失の審判に付随する裁判として同意権を喪失させる審判をすることができる制度を創設する方向性も考えられる<sup>22</sup>。

具体的な立法提案として、父母について親権喪失の審判がされたときは同意を不要とするものがある<sup>23</sup>。

ウ 審判によって父母の同意権を喪失させる制度

親権喪失の審判とは別の独立の手続として、審判によって特別養子縁組の成立に対する父母の同意権を喪失させる制度を創設する方向性も考えられる。

---

<sup>22</sup> フランス法における親権取上げ制度（親権の行使ではなく、親権自体を失わせる制度）が参考になると思われる。同制度は、「養子縁組の場合には、親権取上げの効果は養子縁組に対する同意の権限にまで及ぶとされているため、養子収養を父母の同意を得ずに行うことができる（大村敦志ほか編「比較家族法研究」400頁〔久保野恵美子〕）。

<sup>23</sup> 床谷105頁