

## 特別養子縁組成立に関する新たな手続を創設する方策について

### 第1 二段階手続論の趣旨

5 特別養子縁組を申し立てる際の養親候補者の心理的負担を軽減することや実父母の同意が得られない場合に対応するため、特別養子縁組の成立手続を二段階に分けるのが相当であるとの指摘がある。

10 例えば、社会保障審議会児童部会新たな子ども家庭福祉のあり方に関する専門委員会報告（提言）（以下「専門委員会報告」という。）24頁以下は、「現行の手続を、特別養子縁組候補児の適格性を判断する手続（実親との法的親子関係を解消させる手続）と、特定の養親候補者との間の養子縁組の適否を判断する手続（養親との法的親子関係を生じさせる手続）に分け、前者については児童相談所長に申立権を付与するべきである」とする。

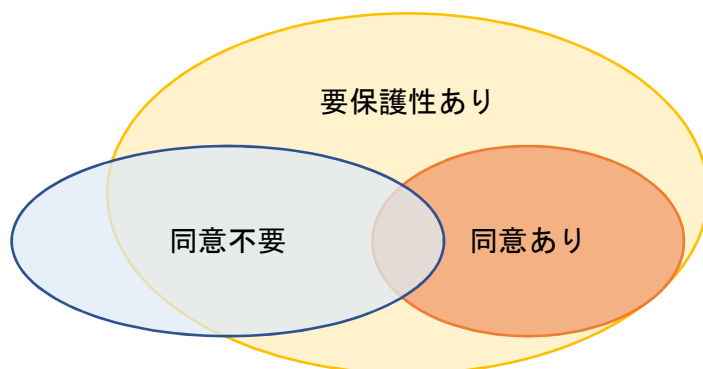
15 また、児童虐待対応における司法関与及び特別養子縁組制度の利用促進の在り方に関する検討会の「特別養子縁組制度の利用促進の在り方」（以下「検討会報告」という。）8頁は、検討会における主な議論の一つとして、「実父母の同意が得られないようなケースに関しては、特別養子縁組の成立の手続を2つに分け、1段階目では子どもについて特別養子縁組を適当と判断する手続とし、2段階目は特定の養親となる者との間の特別養子縁組の適否を判断する手続とすることが考えられる。加えて、第1段階の申立てをする者を養親となる者の負担を軽減するため児童相談所長とし、第2段階の申立てをする者を身分関係の形成をする養親となる者とした上で、第1段階で特別養子縁組が適当と判断された場合には、実父母の権限を停止したりすることが考えられる。この場合、実父母の同意が翻されるなどして、試験養育期間が順調に終わっても特別養子縁組の成立が裁判所で認められないことを懸念して、養親となる者が申立てを躊躇する事態を改善することにつながるというメリットがある。」という見解を紹介する。

25 二段階手続の導入の可否について検討するためには、第1段階と第2段階の各手続においてどのような効果がどのような要件に基づいて発生するのか、第1段階と第2段階の各手続はどのような関係に立つのか（完全に独立した手続なのかどうか）などの具体的な制度設計を念頭に置くことが必要である。そこで、この資料では、検討の前提として、二段階手続論が対応しようとする問題の範囲を確認した上で（後記第2）、後記第3以下では、考えられる具体的な制度の概要を示した上でそれぞれの制度についての課題を検討することとする。もっとも、後記第3以下に示した考え方はあくまでも議論の手掛かりとしての試論であり、これ

らの制度であれば導入が可能であることを保証するものではない。

## 第2 二段階手続論が対応しようとする範囲

5



10

現行法は、実親による監護が著しく困難又は不適當であることその他特別の事情（民法第817条の7。以下「要保護性要件」という。）がある場合であって、  
15 実親の同意（同法第817条の6本文）があるとき又は養子となる者の利益を著しく害する事由があるという要件（同条ただし書。以下「同意不要要件」という。）が充たされるときに、特別養子縁組が成立し得る。

15

検討会報告書は、前記のとおり、「実父母の同意が得られないようなケースに関しては」特別養子縁組の成立の手続を2つに分けることが考えられるという議論を紹介するが、現行法は、上記のとおり、原則として実親に同意権を与えており、  
20 要保護性の要件が充たされとしても、同意不要要件に該当しない限り、実親の同意がないケースでは特別養子縁組を成立させないという立場を採っている（現状では、特別養子縁組が成立し得るのは、上図のクリーム色部分のうち、青色部分又はオレンジ色部分と重複する部分である。）。二段階手続は（「特別養子候補児の適格性」、  
25 「特別養子縁組が適当」が何を意味するかにもよるが）、要保護性要件及び実親の同意の存在又は同意不要要件を手続の早い段階で確定しようとするものであって、実親の同意が得られないケースにおいて特別養子縁組を成立させることができるようにすることを意図するものではない（同意不要要件を拡大するものではない）と考えられる。

20

25

30

仮に、この点も含めて見直しをするとすれば、実親が意に反してでも子との親子関係を終了させられる場面を拡大することとなるから、これを正当化することができるかどうかについて、極めて慎重な考慮を要する。

## 第3 第1段階と第2段階をそれぞれ別個独立の手続とする考え方

35

特別養子縁組の成立手続を二つの段階に分けるのであれば、まず、第1段階と第2段階とを別個独立の手続とすることが考えられる。その場合には、第1段階

及び第2段階の申立てを認容する審判がそれぞれどのような要件でどのような法的効果を有することとなるのかが問題となる。

## 1 第1段階で特別養子の適格性を判断する制度

第1段階の手續について、専門委員会報告は「特別養子縁組候補児の適格性を判断する手續」とし、検討会報告は、「特別養子縁組を適当と判断する手續」とするが、適格性又は適当性を肯定する第1段階の審判が確定した段階でどのような法的効果が発生するのかは必ずしも明確ではない。一つの理解としては、第1段階の手續は実親の同意又は同意不要要件及び要保護性要件を判断するだけで、その申立てを認容する審判に具体的な法律上の効果はなく、第2段階の手續において特定の養親候補者との養子縁組が子の利益のために特に必要であると認められるという要件（民法第817条の7。以下「必要性要件」という。）が認められて初めて特別養子縁組の効果（実方親族関係の終了及び新たな養親子関係の成立）が発生するということが考えられる。仮にこのようなものであるとすると、実体法上の効果をもたらす複数の要件を分割してそれぞれを別個の手續で判断することになるが、家庭裁判所の審判は、実体法規を適用して、一定の身分関係を形成したり、権利義務の具体的な内容を定めるものであり、その要件の一部のみを取り上げて審理の対象とすることは、家庭裁判所の手續にそぐわないと考えられる。したがって、実親の同意、要保護性要件及び必要性要件が具備されたときに実方親族関係の終了及び養親候補者との親子関係の発生という効果が発生するという現行の実体法上の制度を前提とする限り、その一部のみを判断する独立の手續を設けることは困難である。

なお、検討会報告は、特別養子縁組が適当であるという第1段階の申立てを認容する審判の効力として、実父母の権限を停止するという可能性を指摘する。しかし、停止されるべき権限が親権の全部又は一部であり、それ以外の効力を有しないとすれば、親権停止の審判（民法第834条の2）に加えて新たにこれと重複する効果を有する制度を導入することを正当化することは困難であると考えられ、むしろ親権に関する審判（同法第834条、第834条の2）と特別養子縁組の手續とを関連付けることが検討されるべきである（後記第5参照）。

## 2 第1段階の申立てを認容する審判により実方親族関係を終了させる制度

### (1) 考えられる制度の概要

第1段階の申立てを認容する審判の効果として、専門委員会報告は、実親子関係の終了を考えているようでもあり、その場合には、第1段階の手續において、家庭裁判所が要保護性要件及び実親の同意又は同意不要要件を審理することを想定していると考えられる。第2段階の手續においては、特定の養親候補者を念頭に置いて必要性要件を判断し、これを充足すると認めれば、養子縁組を成立させる旨の審判をすることになると考えられる。

仮に、第1段階の手続を単純に独立させた上で一定の要件の下で実方親族関係の終了という効果を認める制度を設けるとすれば、養親子関係の成立とは無関係に実方親族関係の終了のみを目的とする新たな実体法上の制度を創設することにほかならないことに注意を要する。

5 (2) 検討すべき課題

ア 第1段階の効果の妥当性

実方親族関係を終了させる制度を新たに設けた場合には、これを認容する審判の確定により、対象となる子は法律上の親が存在しないこととなり、子は誰に対しても扶養を請求することができないこととなる。親が存在する子について、事後的に親が存在しない状態を作り出す制度はほかになく、この  
10 ような制度を創設する必要性は慎重に検討する必要がある。その必要性を説明するとすれば、不適切な養育環境にある子の保護に求められると考えられるが、親権の喪失や停止の制度が既に設けられている上に、養子縁組とは別の制度として法律上の親子関係を終了させる制度まで設けることの必要性を  
15 論証することは困難であるように思われる。

次に、必要性要件の判断に当たって、実親による養育と養親候補者との養育とを比較して相関的に考慮することが必要であるとすれば、必要性要件の判断を行う第2段階の手続においても実親の養育環境が考慮されるのであるから、第1段階の手続において確定的に実親との関係を終了させることはできないこととなる。この点については、必要性要件が現状においてどのよう  
20 に判断されているか、その実態を踏まえて検討する必要がある。

第3に、第1段階の手続によって実方親族関係を終了させるとすると、その段階で、特別養子縁組の成立に向けた第2段階に進むのではなく、法定代理人<sup>1</sup>の代諾を得るなどして普通養子縁組をすることにより、実質的に特別養子縁組が成立したのと同様の状態を生じさせることも可能となりかねない。  
25 しかし、これは、特別養子縁組を成立させるために必要性要件を課した現行法の規律と整合しない。

第4に、実際上の問題として、第1段階の手続によって実方親族関係が終了した後、適切な養親候補者を得られなかったり、第2段階の手続が開始されたものの縁組が認められなかった場合には、対象となる子にとって親の存在  
30 しない状態が継続することになるが、これが望ましいかどうかについては議論が分かれるところであると思われる。

---

<sup>1</sup> 第1段階の手続によって実方親族関係が終了してから第2段階の手続によって養子縁組関係を成立させるまでには一定の時間的間隔が生ずることとなるが、この間、法定代理人が欠けることとなるため、法定代理人として未成年後見人を選任するなどの措置を採る必要が生ずる。

以上のように、現在特別養子縁組の効果とされているもののうち実方親族関係の終了を取り出して、これを第1段階の手續の効果とすることには問題が多いと考えられる。

#### イ 第1段階と第2段階の各手續の関係

5 前記アで指摘した問題点を回避するために、第1段階と第2段階の手續を固有の法律効果を有する一応独立した手續としつつ、何らかの形で関連づけることも考えられる。例えば、一定期間内に第2段階の申立てがされない場合や、第2段階の申立てを却下する審判が確定した場合には、第1段階の審判は効力を失うこととするとか、第1段階の手續において選任された未成年後見人の権限を制約することなどが考えられる。

10 しかし、いずれにしても、極めて複雑な制度設計とならざるを得ない。また、第1段階の審判を解除条件付きの効力を有するものとするところについては、そもそも身分行為に関する裁判に条件を付することはできるか、解除条件が成就した場合の効力は遡及するのか、仮に遡及する場合には解除条件が成就するまでに行われた行為の効力についてどのように考えるのか、仮に遡及しないのであれば解除条件付きとする意義が失われるのではないかなどについて検討する必要がある。第1段階の手續において選任された未成年後見人の権限を制約することについても、なぜそのような制約が可能なのか、具体的にどのような権限が制約されるのかなどについて検討する必要がある。

#### ウ 養親候補者が特定されていない段階で実親の同意を得ることの可否

20 第1段階で実親との親子関係を終了させる考え方は、特定の養親候補者の関与しない第1段階で実親の同意を得ることを想定していると考えられるが、そうすると、実親の同意は養親候補者が存在しない段階での同意（白地同意）となり、その有効性が問題となる。この点について、立案担当者は、父母の同意権は養子となる子の利益の保護をも目的として与えられたものであり、  
25 また、養親となる者がどのような者であるかは子の利益に重大な影響があるから、家庭裁判所は、実親に対して、養親となる者の氏名、住所、本籍を知らせる必要はないが、縁組の相当性に関する判断をし得る程度に養親についての情報を知らせるべきであるとする<sup>2</sup>。これと異なる考え方を採るとすれば、  
30 実親から同意を得るに当たって実務上どのような情報提供がされてきたのか、実親の同意が子の利益を保護するという役割を実質的に果たしているのか、同意に当たって情報提供がされているとすればそれによって現に何らかの問題が生じているのか、仮に（立案当時に予定されていたのと異なり）養親候補者に対する情報提供がされていないとすればその背景事情や情報提供がされ  
35 ないまま同意がされることによる問題の有無について、実態を踏まえた検

<sup>2</sup> 細川清「改正養子法の解説」（法曹会、平成5年）92頁

討が必要であると考えられる。

#### 第4 特別養子縁組の成立に向けた一つの手続の中で、縁組成立の申立てに一定の独立性を認める方法

##### 5 1 考えられる制度の概要

特別養子縁組の成立手続を別個独立の2つの手続に分けるのではなく、特別養子縁組の成立に向けた手続を全体としては一つのものとしつつ、その手続全体の申立てと養親候補者が行う縁組成立の申立てとを別の行為とすることが考えられる。具体的には、例えば次のような制度である。

10 ①児童相談所長又は養親候補者は、家庭裁判所に特別養子縁組手続の開始決定を申し立てることができる。家庭裁判所は、要保護性要件がある場合には、特別養子縁組手続開始決定をする。申立人又は実親は、特別養子縁組手続開始決定に対して即時抗告をすることができる。

15 ②特別養子縁組手続が開始されたときは、養親候補者は、対象となる子との特別養子縁組の成立の申立てをすることができる。家庭裁判所は、必要性要件があると認めるときは、養親候補者と対象となる子との特別養子縁組を成立させる審判をする。

③特別養子縁組成立の申立てをする者がいないとき、特別養子縁組成立の申立てが却下されたときは、家庭裁判所は、特別養子縁組手続開始決定を取り消す。

20 ④養親候補者となり得る者の範囲、養親候補者の実親の同意をいつの時点で求めることとするか、即時抗告をすることができる者の範囲等については、さらに検討する。

##### 2 検討すべき課題

###### (1) 特別養子縁組手続開始決定の法的性質及び効果

25 前記1のような手続を設ける場合には、手続開始決定の法的性質や効果をどのように捉えるかが問題になる。

例えば、破産手続開始決定であれば破産者の財産の管理処分権が制約されることになり、強制競売開始決定であれば目的物の処分が禁止されることになるなどの効果が発生するが、前記1のような特別養子縁組開始決定には単に特別養子縁組の成立に向けた手続を開始するというだけの効力しかない。これに開始決定という裁判としての性質を認めることに問題はないか。

###### (2) 養親候補者となり得る者の範囲

35 特別養子縁組の成立に向けた従来の手続を二つに分けるという発想からすれば、手続開始の申立ての段階で既に決まっている特定の養親候補者のみが養子縁組の申立てをすることができるという制度にすることが考えられる。しかし、このような制度は、手続開始の申立てと縁組成立の申立てを分離し、児童相談

5 所長に手続開始についてのみ申立権を与えたことと整合しにくいのではないか。  
すなわち、要保護性を判断する開始決定と特定の養親候補者とのマッチングを  
行う縁組成立の手続を分離し、前者についてのみ児童相談所長に申立権を付与  
するということは、要保護性要件を充たす子については、いずれの養親候補者  
と縁組をするかはともかく、特別養子縁組という制度を用いることがその利益  
に適合するということができ、その子に特別養子縁組制度を利用させることは、  
その限度で行政機関が担うべき公共性を有しているという考え方を採ったとい  
うことであると考えられる（少なくとも、そのような考え方と整合的である。）。  
仮に、開始決定申立ての段階で縁組成立の申立てをすることができる者が一人  
10 に特定されているのであれば、児童相談所長には、当該養親候補者による特別  
養子縁組制度が望ましいかどうかを判断した上で開始決定を申し立てることが  
求められることになるが、そうであるとすれば、児童相談所長が当該養親候補  
者との縁組の成立まで申し立てることができるとするのが一貫した態度であり、  
手続を二つに分割する必要性を説明することが困難になるように思われる。

15 以上からすると、第1段階において、特別養子縁組が望ましいという判断が  
確定した段階で、それ以前から決まっていた特定の養親候補者以外の者が対象  
となる子とのマッチングを求めることを排除することは困難であるように思わ  
れる。この場合には、養親となることを希望する者に対して、どのような方法  
で、どのような情報を提供するかが問題になる。

### 20 (3) 実親の同意を取得する時期

養親候補者が関与しない段階で実親の同意を取得しようとするれば、実親の同  
意がある場合又は同意不要要件が充たされている場合に限って裁判所が開始決  
定をするという制度が考えられるが、この場合には、前記第1と同様に白地同  
意の可否が問題になる。

25 これに対し、開始決定前に実親の同意が存在している必要はなく、第2段階  
である縁組成立の申立てがされた後に、手続開始後に実親の同意が得られるか  
同意不要要件が充たされているかを判断し、いずれかがあれば縁組成立の審判  
をすることができるという制度も考えられる。この場合には白地同意の可否の  
問題は生じない。しかし、同意が第1段階の審判確定後にされるとすると、要  
30 保護性の要件について争いがある事案では、その有無について長期間審理を行  
ったにもかかわらず、開始された後に同意を得ることができずに手続が終了し、  
それまでの審理が無駄になるという事態が生じかねない。また、第1段階の審  
判の確定によって同意の撤回をすることができない状態にするという二段階手  
35 続の目的の一つは、このような制度の下では達成することができないこととな  
り、別途、撤回制限の制度を併用することが必要になる。さらに、養親候補者  
が手続に関与する前に同意を取得することも、このような制度の下では達成す

ることができない。

### (3) 手続の長期化

特別養子縁組手続開始決定は、裁判所が要保護性要件を充足すること及び同意又は同意不要要件を充足することを認めた場合にされる審判であるが、これを一つの審判とする以上、その要件の充足を争う者は即時抗告をすることができるとする必要がある。しかし、そうすると、手続開始の審判が確定するまでに時間を要することとなりかねず、養親候補者による縁組の申立て、ひいては試験養育の開始が遅れることになりかねず、また、最終的な縁組の成立までの期間が長期化することも考えられる。

### (4) 現行の手続との関係

手続開始決定と縁組成立の申立てからなる新たな手続を設けた場合には、特別養子縁組成立の手続をこれに一本化すべきか、それとも現行法の手続を併存させるべきかが問題になる。前者によれば、現行の手続でも問題のない事案についても、二段階の手続の利用を強いることになり、現行法に比べて手続が複雑化することも考えられる。他方、後者の考え方によれば、同一の審判をするために二つの異なる審判手続があるという事態が生ずることとなるが、このような制度が許容されるか、仮に許容される場合には、異なる申立人によって別々の手続が申し立てられ、双方が継続した場合の調整をどのように図るかが問題となる。

## 第5 特別養子縁組成立の請求前に実親の同意権を喪失させる制度

### 1 趣旨

二段階手続論は、特別養子縁組成立手続の一部について児童相談所長に申立権を付与して養親候補者の負担の軽減を図るとともに、実親が同意を撤回することによって縁組の成否が左右されることを回避しようとするものである。児童虐待事案では、民法第817条の6ただし書に該当して実親の同意を要しない場合も多いと考えられるが、同意不要要件に該当するかどうかの予測可能性は必ずしも高くはないため、実親の同意を求めるという運用をしているケースもあると考えられる。養親候補者による特別養子縁組の請求（民法第816条の2第1項）の前に実親の同意が不要であることが確定されていれば、撤回によって手続の帰趨が左右されるという事態も回避し得る上、実親は既に特別養子縁組成立の審判手続の利害関係人でないから記録の閲覧権がないという解釈も成り立ち得るとも考えられ、養親候補者の個人情報についての懸念は軽減される。そこで、特別養子縁組成立の請求前に実親の同意権を明示的に喪失させる制度が考えられる。

### 2 親権喪失制度に付随して実親の同意権を喪失させる制度

#### (1) 考えられる制度の概要



同意権を喪失させる制度として、まず、親権喪失の審判（民法第834条）が確定した場合には、実親は特別養子縁組への同意権を当然に喪失するとすることが考えられる。立法提案にも、同様の制度を提案するものがある<sup>3</sup>。諸外国の法制には、養子縁組に関する同意を親権に基礎を置くものと捉えるものがあるが、このようなとらえ方によれば、親権を喪失させる審判が確定した場合には、特別養子縁組への同意権も失うこととするのが自然であると考えられる。もともと、従来は、特別養子縁組に対する実親の同意権は親権とは性質を異にするものと理解されてきたところ、親権の喪失と同意権の喪失を自動的に連動させることはこのような従来の理解を完全に転換することとなり、これまでの制度との整合性の点で問題がある。また、親権喪失の審判が確定しても親子関係そのものは存続する上、この審判は事後に取り消される余地があるのに対し（民法第836条）、特別養子縁組が成立すれば、親子関係はほぼ不可逆的に消滅してしまうことになることからすると、特別養子縁組に関する同意権を親権に包含させることは困難であると思われる。

以上を考慮すると、同意権喪失を親権喪失と関連付けるとしても、親権喪失によって同意権を当然に喪失とするのではなく、家庭裁判所の判断により、親権喪失の審判に付随して実親の特別養子縁組に対する同意権を喪失させるという制度を設けることが考えられる。具体的には、次のような制度が考えられる。

①児童相談所長を含む親権喪失の審判の申立権者は、親権喪失の審判の申立てをするときは、これに付随する申立てとして、特別養子縁組についての同意権の喪失を申し立てることができる。既に親権喪失の審判を受けている父又は母についても、同様とする。

②家庭裁判所は、親権喪失の審判をする場合に、同意不要要件を充たすときは、その後特別養子縁組の請求があつたとしても実親の同意が不要である旨の審判をすることができる。

③上記①の申立てを認容する審判についてはその審判を受けた父又は母が、却下する審判については申立人が、即時抗告をすることができる。

## (2) 検討すべき問題点

### ア 親権喪失の審判と連動させる必然性

親権喪失の審判と同意権の喪失を当然に連動させるのではなく、親権喪失の審判の際に家庭裁判所の判断で同意権を喪失させる制度とするのであれば（これは、親権喪失の可否とは別に、同意権を喪失させるかどうかの判断を家庭裁判所が行うことを意味する。）、同意権の喪失を親権喪失の審判に付随させる必然性はないと考えられる。また、従来、特別養子に対する同意権は

<sup>3</sup> 床谷文雄「養子法」中田裕康編『家族法改正』（有斐閣、2010年）105頁

親権とは異なるものと考えられており、この点からも、同意権の喪失を親権の喪失の機会にのみ可能な付随的なものとする必要はないと考えられる。このように考えると、同意権を喪失する審判を親権喪失とは別個の独立の審判として創設することが考えられる。

5 イ 対応することができる問題の範囲

二段階手続論は児童相談所長が前面に出る第1段階の手続において実親の同意を取得することを意図していたと考えられるが、同意権喪失の審判は、その性質上、手続の中で実親の同意を取得することは考えられず、養親候補者が関与しない段階で実親の同意を取得することはできない。

10 3 同意権を喪失させる独立の制度

(1) 考えられる制度の概要

この制度の内容は前記2と同様であり、ただ、親権停止の審判の付随的な手続ではなく、独立の審判手続と位置付けられる点で異なる。

(2) 検討すべき問題点

15 同意権はその後に特別養子縁組の請求があった場合にのみ問題になる。同意権喪失の審判という制度を設けると、家庭裁判所は、その後特別養子縁組の請求があるかどうかを確定していない段階で、その請求があった場合にのみ機能する審判をすることになるが、このような制度を設けることに問題はないか。