

## 第5回 特別養子を中心とした養子制度の在り方に関する研究会

1. 日時：平成29年11月27日（月）17:00～20:00

2. 場所：公益社団法人商事法務研究会 1階会議室

3. 議事：

- (1) 当研究会で取り上げるべき論点について
- (2) 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

4. 配布資料：

資料5-1 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

資料5-2 養子制度に関連する論点について

特別養子を中心とした養子制度の在り方に関する研究会 第4回議事録

「なくそう戸籍と婚外子差別・交流会」提出の文書

5. 出席者（敬称略）：

座長 大村敦志

委員 磯谷文明、岩崎美枝子、大島淳司、金子敬明、木村敦子、窪田充見

久保野恵美子、杉山悦子、棚村政行、浜田真樹、藤林武史

法務省 笹井朋昭、倉重龍輔、吉賀朝哉、秋田純

厚労省 成松英範、竹内愛、岡大蔵

最高裁 石井芳明、草野克也

商事法務研究会 菅野安司、杉山昌樹

6. 議事概要：

（座長） お見えになっていない方もいますが、定刻を過ぎましたので、第5回特別養子を中心とした養子制度の在り方に関する研究会を始めさせていただきます。

本日はまず資料5-2「養子制度に関連する論点について」により、当研究会で取り上げるべき論点についてご意見を頂き、続いて、資料5-1「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」に基づき、いわゆる二段階手続論を巡る議論をしたいと思います。それでは早速、事務局から資料5-2をご説明ください。

### （1）当研究会で取り上げるべき論点について

（法務省） 資料5-2は、前回までの論点一覧表に挙げられた論点のうち検討してはどうかというものに下線を付したものです。見送ってはどうかと考えた論点については、その理由を簡単に記載しています。

第1の全般的な論点については、親子関係のいろいろな効果のうち一部分だけが発生す

る制度を創設するという考え方も論理的にはあり得ると思いますが、法律上の親子関係がかなり複雑になりますので、現実的には検討は困難ではないかと考え、2番目の氏の変更の手續に関する論点だけを取り上げてはどうかと思います。

第2の1の多くは、法制審議会の仮決定および留保事項から出てきたものですが、このうち(1)～(3)は、いずれも現在の制度を大きく変更することになります。また、この研究会の元々の趣旨は、児童虐待にどう対応していくか、未成年養子のうち養育を目的とする者に対してどう対応していくかというものでしたが、この趣旨から離れた論点です。で、(1)～(3)については取り上げないこととしてはどうかと思っています。

(4)については、未成年の養育に関する養子にも関連しますが、非常に難しい問題であり、先日の最高裁判決で相続目的のものも養子縁組意思があるとされたように、現在、普通養子は多様な利用のされ方をしておりますので、直ちに手を付けることは難しいのではないかと考えています。

第2の2は795条関係です。(1)は資料1-1で例示したもので、引き続き検討してはどうかと考えています。(2)共同縁組の必要性を緩和することについては、実際に立法提案もあり、考え方としてはあり得ると思いますが、この研究会の主なテーマである未成年の養育を目的とするという類型においては喫緊の必要性が指摘されているわけではありませんので、除外してもいいのではないかと考えています。

3、797条関係の(1)と(2)は密接に関連します。(1)は法制審議会の仮決定および留保事項で取り上げられていたものですが、養子となる者の側の関与の程度を小さくしていく必要性は乏しいのではないかと考えています。一方で、代諾に問題がないわけではなく、特に小さい子どもの養子について代諾をどう考えるかは、特別養子にける子どもの意思の考慮との整合性も関わってきますので、代諾については全体的に見直してはどうかと思います。(3)も広い意味で代諾の問題ですが、研究会の中でもご指摘があり、未成年の養育目的の養子にも関わる論点であるため、取り上げてはどうかと考えています。

(4)は代諾をむしろ拡大するという方向ですが、これについては必要性は乏しいのではないかと考えています。

(5)も特別養子と関係する論点のため、下線を付しています。もし特別養子について養子の年齢を引き上げると、以前議論したように、養子となるべき者の意思をどのように考慮するかが問題になってくるため、普通養子についても整合的なバランスの取れた制度にする必要があるのではないかとということです。

(6)は、後見人が被後見人を養子とする場合、許可を要するとする必要はあるかという論点で、論点として残しています。

4は798条関係で、(1)は現在の未成年普通養子縁組の成立について、許可を要する範囲を拡大することは考えられないかという論点です。

(2)は、裁判所の許可の基準の具体的な内容をどこまで明らかにできるかという問題がありますが、今は何の基準もないまま単に許可が必要であるということだけが書かれているので、その点を具体化する方向性を検討してみてもどうかと思います。

(3)は普通養子を特別養子の方に少しスライドさせるような提案です。これは法制審議会の仮決定および留保事項で取り上げられていた論点ですが、特別養子縁組が存在しないときの提案でもあり、今は特別養子によって一部のニーズには対応されています。現在の

未成年養子制度は定着しており、これを変える必要はないということで、論点から落としています。

5 は 811 条関係です。(1) は、研究会の中でも離縁について検討すべきという意見が出ておりましたし、普通養子縁組については特段の規制なく離縁が認められていますが、何らかの手当では必要だろうということで、論点に残しています。

(2) は、直接未成年の養育とは関係ないため、見送ってはどうかと考えています。

6 は裁判上の離縁関係についてです。これも特別養子をどう考えるかによりますが、普通養子のみについて第三者に離縁の申立権を認める必要はないのではないかとということで、論点からは落としています。

第 3 は特別養子縁組についてで、既に取り扱った論点とかなり重複します。

第 3 の 1 (1) は養子縁組の申立権、(2) は二段階手続についてで、いずれも下線を付しています。

2 は、817 条の 4 と 817 条の 5 関係です。(1) 養親の年齢要件については特に大きな問題になっていないと考えており、(2) 養子となるべき者の年齢の上限を引き上げるという論点にのみ下線を付しています。

3 は父母の同意関係ですが、(1) 同意撤回の制限については前回ご議論いただきました。

(2) については、同意不要要件の予測可能性をもう少し高めるという方向性は考えられると思います。

(3) についても、二段階手続の一つのバリエーションとして考えてみてはどうかと考えています。

4 は子の利益のための「特別の必要性」についてです。(1) は「特別な必要性」という要件を緩和する必要があるかということですが、裁判所の適切な運用が期待できるだろうということで、取り上げないこととしています。

(2) は、この研究会でも何度か話題になりましたが、養子が大きくなったときに元々の実親子関係を終了させるなどの可能性を検討してはどうかという論点で、下線を付しています。

5 の離縁についても、離縁の制限が特別養子にとって重要な意味を持っているという指摘があると同時に、あまり厳しいのもどうかという意見もあり、下線を付しています。

6 の (1) 認知の可能性については、判例もあるため明文化の必要性は高くないと考えています。

(2) 出自を知る権利については何度か議論になっていますし、どこまで法律で書き込めるかという問題はありますが、検討の対象としていいのではないかと考えています。

資料 5-2 の説明については、以上です。

(座長) 養子縁組全般と普通養子、特別養子の三つに分けてご説明いただきました。今日を含め、これまで具体的に議論してきた特別養子についての問題は、特別養子のところに含まれています。普通養子については、未成年の養子に関する問題で特別養子と関連性の高いものを取り上げようという趣旨で整理されています。養子縁組全般では、第 1 の 1 や、第 2 の 1 の (4) も重要な問題ですが、そこまでは難しいという線引きがされました。

ご意見がありましたら、ぜひ伺いたいと思います。これは今日確定してあとは動かないというものではありません。皆さまの意見を集約して、対象を絞り込んでいく一つのステップにしようという趣旨だと思いますので、何かご意見がありましたら伺えればと思います。いかがでしょうか。

(法務省) 取り上げた論点について、時間の制約の問題もありますが、下線を引いた論点は、検討してみても駄目だったら駄目だったということになるだけのことです。むしろこの研究会で取り上げないという論点について、この機会にぜひ検討しておきたいというのがあれば、ご意見を頂きたいと思います。今日に限らず、次回までの間でも構いません。

(座長) 取り上げると決めても、全ては議論できないかもしれませんが、これも下線を引いておけばいいというのがあれば、ご提案ください。いかがでしょうか。

(委員A) 特別養子の要保護要件について、第3の4の(1)、817条の7の「特別な必要性」ですが、「子の利益のために特に必要」という文言について、私たちも研究会で検討していました。転換養子を認めて、普通養子と特別養子との相互乗り入れを可能にするということで、この条文には立法当時の、普通養子では「特に必要」という要件が欠けるという考え方が示されています。そのあたりを運用で本当に緩和できるのか、それとも文言を修正した方がいいのか。論点としては残したいと思います。特別養子の使いやすさ、普通養子のメリット・デメリットもありますので、融通の利くような修正が可能かどうか検討いただきたい。それほど大きな差はないと思うのです。裁判所の方で弾力的に運用していただければいいのですが、過去の裁判例にはこの要件が関わっていましたので、少し気になりました。もし可能であれば残したいと思います。

(座長) 今のお話は、4の(2)の転換の話になりますか。

(委員A) 4の(2)は成年に達したときということで、かなり後になってからの話です。もっと早い段階での転換も入れるのならば、(2)でもいいと思います。

(法務省) 成立の段階での対応ということですね。

(委員A) 例えば最初は普通養子で縁組したが、いろいろな事情を考えたときに実親との関係も問題があつて、特別養子の方がよかったとなったときでも、転換はかなり厳しく考えられてきました。そのようなケースも(2)に入れられるならばいいのですが。要するに、そのようなケースも運用だけで対応できるのか、あるいは文言の修正が必要かということです。

(法務省) (2)はどちらかというと本来の養子縁組とは別立てで、成年に達したときに転換するものをイメージしていたのですが、そうではなく本来的なルートの中でも、普通養子縁組で福祉はある程度実現できているから転換は特に必要性がないという、現在の在

り方を変えられるような要件立てを検討できないかという御意見ですね。

(委員A) そうです。普通養子で法的に親子関係ができているのだから、特別養子にする必要はないというケースもあったわけです。

(座長) 817条の7の現在の要件を一般論として再検討するというのではなく、(2)と絡める形で、論点としてさらに検討の可能性を残すというご意見ですね。

(委員A) 一応、残しておいていただければと思います。

(座長) それでは、そこを勘案して、修正していただければと思います。その他はいかがでしょうか。

それでは、何かありましたら、次回までに事務局にご意見をお寄せください。

## (2) 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

(座長) 続きまして、議題(2)「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」に入ります。資料5-1について、幾つかの異なる考え方が示されていますが、関連し合いますので、一括してご説明いただき、議論したいと思います。

(法務省) 第1は二段階手続論の趣旨です。今まで議論されてきたように、今の制度では、養親候補者にとって、資料の提出の負担や自分自身の個人的な情報が実親に知られることへの心理的負担があるという問題が指摘されています。一方、実親の同意が制約なく撤回されることには問題があるとの指摘もあり、これらの二つの問題点に対処する必要性から、特別養子縁組の成立手続を2段階に分けるという考え方があります。正確に引用した方がいいと思いましたが、長くなりましたが、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の報告や、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報告書の中で、この二段階手続の導入に関する部分を資料に引用しております。この二段階手続について検討するわけですが、そもそも二段階手続がどのような制度なのかがはっきりしなければ、その可否について議論することはできませんので、指摘された問題に対応するための制度と、その問題点を思いつく限り記載したものが、資料5-1です。

資料5-1は、試みにあり得る制度を考えたということであり、ここに記載した制度であれば実現可能だと言っているわけではありません。二段階というアイデアをできるだけ生かす方向で幅広く考えてみたのがこの資料ですので、それを踏まえて問題点をご指摘いただければと思います。また、われわれが誤解している点、考えが不十分な点、あるいは別の二段階の捉え方、アイデアがあれば、ご指摘いただければと思います。

第2には、どのような問題に対応しようとするか、ベン図を用いて示しています。現行の法制度では、クリーム色の要保護性要件があり、そのうちのオレンジ色の同意ありの部分が、特別養子縁組が成立する一つの場面です。ブルーの部分がクリーム色からはみ出し

ているか、完全に含まれているかは若干迷いましたが、いずれにしても同意が不要な部分もあります。クリーム色の要保護要件を満たす部分のうち、ブルーかオレンジのどちらかと重なっている部分が、今、現実に特別養子縁組が成立する部分だと理解されていると思います。

先ほどの専門委員会や検討会の報告の読み方をこちらが誤解しているところがあるかもしれませんが、二段階手続論は、この成立の範囲を拡大するとか、同意が得られない場面でも二段階手続を採用すれば同意が得られるということを用意しているのではなく、あくまで手続を二つに分けようと提案しているのだと理解しています。同意不要要件を拡大したり、特別養子縁組が成立する範囲を拡大しようというものではないと理解しています。ここは特に異論はないと思いますが、念のためその点を確認しておきたいというのがこの第2の趣旨です。

以上が前置きで、第3、第4、第5には、われわれの考えた二段階手続を実現するための方法を記載しています。

まず第3は、第1段階と第2段階を別個の手続、別個の審判とする考え方です。専門委員会や検討会の報告によると、第1段階で特別養子としての適格性を判断し、第2段階で新たな養親子関係の形成を判断するということが表現されているので、素直に考えると、それぞれ別個の判断を行って別個の審判をするという別々の手続を想定していると考えられます。ただ、そうすると、それぞれの審判が具体的にどのような効果を持っているものなのか考えていく必要があります。

考え方としては二つあると思います。一つ目は3ページの1に記載したように、第1段階で特別養子縁組候補児の適格性を判断するというものです。ただ、この適格性が法的な効果なのかどうか明らかでないように思います。恐らく要件としては、817条の7でいうところの必要性要件、さらに同意なり同意不要要件を判断することが考えられているのではないかと思います。具体的な法律上の効果がよく分かりません。

一般的に、裁判所の機能は実体法上の要件を判断して具体的な法的効果を形成するとか、確認することであり、一つの実体法上の効果を導く要件を分けて、その一部分だけを判断するという制度は、通常はあまりない制度ではないかと考えております。そうだとすると、適格性という特別養子の要件の一部だけを審判の対象にすることは難しいのではないかと。主文も具体的にどういうものなるかよく分からないこともあり、文字どおりの適格性だけを判断するということだとすると、裁判制度にはなじまないのではないかと考えています。

二つ目の考え方は、1段階目で実方親族関係を終了させ、新しい親子関係の形成は2段階目で行うという方法です。このように考えると、第1段階の法的な効果は明確になりますので、先ほど適格性について指摘したような問題は生じないと思います。ただ、この制度は、一定の要件の下で親族関係を終了させるという実体法上の制度を設けることになります。このような実体法上の制度を設けることの是非が問題になります。

これは少なくとも現在の民法には存在しない制度です。今の法制度では、実方親族関係が終了するのは、特別養子縁組が成立した場合のみですが、これは新しい親が生じるのとともに実方親族関係が終了するもので、現実に親がいる人間が、親の存在しない状態になるという制度は現行法上は存在しない。幼少の子については、誰に対して扶養を請求するのか、誰が親権を有するかという問題が直ちに出てくるため、第1段階の審判の確定から

第2段階の審判の確定までの間、不安定な状態になってしまうという問題が出てきます。この点に対処するために、第1段階と第2段階を別々の審判としつつ、一定の関連付けをするという考え方もあり得ると思います。例えば、何カ月以内あるいは何年以内に特別養子縁組が成立しない場合には、第1段階の審判の効力が消えるなどの考え方もあり得るかもしれませんが、ただ、そういう解除条件付きの審判が本当にできるかや、制度設計が複雑なものになってくるといった問題点が挙げられます。

必要性の要件と要保護性の要件を分断して判断することが本当にできるのかという問題もあります。また、養親候補者が特定されていない段階での第1段階での同意は有効かという白地同意の問題があります。

以上が、一つ目と二つ目を完全に分けてしまう制度です。

6ページの第4は、全体としては一つの手続だが、縁組成立の申立てが独立した行為であるという方法を考えました。破産手続や強制競売、担保権実行などの制度と似たような制度を作れないかということです。つまり、一つの手続の開始決定があつて、開始決定の中に交付要求や免責の申立てなど、別の申立てが入ってくる制度を考えるというものです。

考えられる制度の概要としては、まず、児童相談所長あるいは養親候補者が特別養子縁組の手続開始決定を申し立て、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します。申立人または実親はこの段階で即時抗告ができます。開始決定が確定して手続が開始されると、養親候補者がその手続の中で養子縁組の成立の申立てをし、裁判所は、必要性要件を判断して、養親候補者と対象となる子どもとの新たな親子関係を形成する審判をします。

以上はうまくいったケースですが、開始決定がされたけれども誰も縁組成立の申立てをしないとか、縁組成立の申立てがあつたが却下された場合には、裁判所が特別養子縁組の手続開始決定を取り消すという制度が考えられます。

検討すべき課題(1)についてですが、この制度は破産手続や強制競売の開始決定を参考に考えてみたのですが、手続開始決定の効果や性質が不明確であることは否めません。破産手続であれば管理処分権が制約されますし、強制競売であれば目的物の処分禁止効がありますが、想定する制度では単に手続を開始するというだけです。こういった手続が本当に可能なのか、あまり例のない制度ではないかと思えます。

(2)は、養親候補者となり得る者の範囲をどうするかです。現行制度は養親候補者が自分で申立てをして、その手続で新しい親子関係の形成までされるというのですが、この現行の手続を単純に二つに分けるなら、第1段階申立て前から特定されている養親候補者だけが申立てをすることができるということになりそうです。

しかし、そうだとすると、なぜ手続を二つに分けるのか、なぜ児童相談所長に申立権を与えるのかということと整合しにくいように思います。つまり、児童相談所長は、行政の一機関としてある種の公益を担っているからこそ、こういった活動を行うわけですが、手続を分離して開始決定の部分に限り児童相談所長に申立権を認めるとすると、具体的なマッチングとは離れて、一般的にこの子には特別養子縁組という手続が適しているという判断を裁判所に求めるという限りで公益を担っているとも考えられます。そうだとすると、手続開始決定が行われた後、具体的に誰との間で養子縁組を成立させるかについては、もう少し門戸が開かれていて然るべきだという考えの方が、より整合的であるようにも思

われます。

しかし、そこでいろいろな人が手を挙げて取り合いになることが、本当に子の福祉にとっていいことなのか。あるいは、試験養育を誰がするのかという問題が出てきます。

(3) は、実親の同意をどの段階で取得するかという問題です。冒頭で申し上げたように、二段階手続が、実親の同意撤回の制限を一つの目的としているとすれば、具体的な養親候補者の縁組成立の申立ての前に同意がなければならないということになります。そうすると、先ほどと同じように白地同意の可否が問題になります。一方で、そうではなくて最終的に縁組の成立までに同意が得られていればいいのだとすると、同意の撤回制限の問題に対応できません。また、現行制度と比べても、開始決定やそこでの要件の判断が先行してくるわけですが、最終的に同意が得られず、審理が全て無駄になるということになると、現在以上に同意の撤回という弊害が大きくなっていくと考えられます。

(3) は、手続の長期化への懸念です。これは以前の研究会でも出ましたが、開始決定に対する即時抗告が認められるとすると、そこで若干時間がかかることも考えられます。また、この間、誰が子どもの面倒を見ているかということにもよりますが、その間に時間がたってしまうと年齢要件を徒過してしまうことも大きな弊害として考えられます。

(4) は、第3の制度でも同じ問題があるかもしれませんが、新しい制度を設けた場合の現行の手続との関係です。同じ効果で二つのルートがあるということなのか、あるいは手続開始決定という制度を作った以上、こちらに一本化することになるのか。制度を作った以上はそれに一本化せざるを得ない気がしますが、そうだとすると、現状では特別養子に関して児童相談所長に申し立てをしていただかなければならない事案は多くなく、同意が割と簡単に取れています。手続がかなり複雑化するのではないかと懸念もあります。以上が第4の方法についての説明です。

第5は、現在の手続を利用する方法論があり得るのではないかと考えるに基づくものです。二段階手続論が出てきた趣旨はいろいろありますが、一つは、同意不要要件に該当するかどうかの予測可能性が必ずしも高くないことだと思います。特に児童虐待事例を念頭に置くと、同意不要要件を積極的に活用することが一つの方向性として考えられますが、予測可能性が低いためになかなか使われず、あるいは、慎重になり過ぎて、虐待もあるけれども、まずは同意の取得を検討することもあり得ると思います。そうだとすると、同意の不要が何らかの形で確定されていれば、念のために同意を取るか、念のために取った同意が撤回されて困るなどという問題を解決できるのではないかと考えました。

これは、特別養子縁組の成立に向けた手続を二つに分けるわけではないので、二段階手続ではありませんが、一定程度、二段階手続論が対応しようとした問題に対応できます。つまり、同意権を何らかの形で喪失させる審判を別途設けることが、二段階手続論の一つのバリエーションとして考えられるということです。

現在の制度を利用するとすれば、まず考えられるのは、親権喪失制度に付随した制度です。例えば、親権喪失の審判を受けた者は、直ちに自動的に同意権を失うという考え方もあり得ます。あるいは、直ちに失わせるのが難しいとすれば、親権を喪失させる審判の付随的な主文として、同意権も喪失させるという主文を作ることも考えられるのではないかと。今まで親権と同意権は異なることと説明してきたこととの整合性からは、親権の喪失と同意権の喪失を直ちに連動させるのは難しいと考えられ、そうだとすると、親権を喪失させると

いう主文とともに、今後、特別養子縁組の申し立てがあった場合も同意は要らないと主文の中で宣言するという審判を新たに設けることが考えられるのではないかと。以上が、2の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の説明です。

次に、付随的な主文を付ける制度だとすると、裁判所は、親権喪失についての要件効果とは別に、同意不要についての要件効果も別途判断しているはずで、そうだとすると、親権喪失と必ずしも一緒にしていく必要はないはずで、裁判所が行っている独立の要件効果の判断の部分だけを切り出して、別の審判として構成することもできるのではないかと。そうすると、親権喪失と切り離して同意権だけを審判によって喪失させる制度が考えられるのではないかとというのが、10ページの3に出てくる制度です。

内容的には2と同じですが、審判の手続が独立しているという点だけ異なっています。これは、後々このようなことがあった場合という仮定的な状況を前提とした審判で、こういうものが本当にできるかどうか、まだ検討を進めていかなければならないと思っているところです。

資料5-1の説明は以上です。

(座長) 第1と第2が前提部分になっていて、第3、第4、第5と、三つの程度の異なる考え方が示されました。第1の中では二段階手続論がなぜ要請されているかということを示し、それに答えるために、二段階から出発するとどのようなことが考えられるかということ、二段階性の最も高い、二つを独立に考えるものを第3で示していただき、第4、第5と進むにつれて段階性が低いものをご提案されていたと思います。併せて、第2で、判断の順序等とはともかく、現在の実体要件を変えることを提案しているものではないという前提を置かれています。

ご議論いただきたいと思いますが、最初にご質問や、手続の点でご指摘があれば頂きたいと思います。

(委員A) 確認させてください。今、まとめていただいたように、第3は独立した2段階の審判を合わせる制度、第4は一つの手続の中を分けて、開始決定のような形でグレードを付ける制度ということでした。それで、第5に関して、同意権と親権停止・喪失との関係の問題ですが、海外を見ていると、一応離しておくけれども、かなりくっついている部分も出てまいります。虐待型と藁の上からの養子型という理念系でいくと、グレー的なものがあるから、手続も全てを切り離すのではなく、中間審判のような形で、必要な範囲で必要な人がある部分の判断を求められるような形にしてはどうかと思いました。そのときに、特別養子についての同意の免除や不要の判断のところは、親権喪失の制度に倣っているので、実体法での要件自体の書き方がかなり近いです。しかし、特別養子はあくまでも新しい親子関係をつくり、実親との関係をなくしてしまうという制度なので、一応違う位置付けだと説明されていました。

ただ、遺棄や放置、ネグレクト、虐待など重大なものがあつた場合は、別個な手続だから裁判所は別の事件として扱うのです。ところが、同一の当事者の中で起こっていることなので、停止や喪失をやってからすると、保全の申立てなどをするのですが、結果的にはそこで時間がかかたりするケースもあるのです。ただ、私が経験した審判では、金品を

要求したりする相当悪質なケースだったのですが、そこは支部だったので裁判官が少なく、必要性との関係でも連動してやってもらえたので、特別養子のところまで行って、即時抗告されて、高裁でも割と早く判断が出たので、うまくいったのです。

私が聞いたかったのは、事前に同意権だけを分けて喪失させる制度として考えているのかということです。虐待のケースなどでは両方の申立てをせざるを得なくて、先になるのは親権の喪失や停止でした。第5の考え方は、あくまでも別個だけれども、それは独立に申立てをして空振りに終わるかもしれないということが問題点として指摘されているということでした。連動する制度として、親権喪失に同意権の喪失を付随させて申し立てるということには、すごく魅力を感じました。事案がほとんど重なっていますから。そういう事案については、親権の喪失や停止も求められるけれども、特別養子縁組を考えているのであれば、それは児相ではなく養親がやってもよいのではないかと思ったのです。

(法務省) 第5の2は親権喪失と一緒に、3の方は別々の手続で審理する方法であり、今回の資料では二つの方法を考えてみました。

親権喪失と同意不要要件は実際の事件に当てはめると重なる場合も多いかと思いますが、親権喪失と直ちに連動するのは、同意権は親権から出てくるものではないというこれまでの説明と整合しないので、直ちに自動的に連動するのではなく、別の判断があった方がいいのではないかと。その上で、別の判断があった必要であるなら、必ず親権喪失も一緒に申し立てなければならぬということを守るために、一方だけを選択できるようにしてもいいと思います。

もちろん、親権喪失が必要な場合もあると思いますが、既に一時保護などをされていて子どもは安全だという場合には、親権喪失は必要なく、同意権さえ喪失させればいいということも考えられると思うのです。そのために3では独立させることを考えてみました。

(座長) その他はいかがでしょうか。

(委員B) 今の質問と重なる部分があると思うのですが、今、条文を見ても、親権喪失の要件は、「父又は母による虐待又は悪意の遺棄があるときその他父又は母による親権の行使が著しく困難又は不相当であることにより子の利益を著しく害するとき」で、一方、同意権が解除されるのは、ただし書きで「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」ということで、ほぼ同じです。だとすると、常にセットにしなくてはいけないというわけではありませんが、父または母が親権を停止された場合に、改めて同意が必要なのかということ、やはり要らないのではないかと気もします。

そう考えると、問題は、親権を最初から有していない父または母の同意に固有の意味を認めるのかどうかということです。同意権が親権から出てくるわけではないというのは、父母の同意となっていて親権者の同意とはなっていないからということです。親族法の規定の中でも親権者といわずに父母というのは、婚姻の同意がありますが、本当にそれが適当なのかという点については議論があります。その意味では、離婚後単独親権になっている、その後、その人について親権喪失という状態が生じたけれども、他方配偶者が親権者

として復活するという仕組みを取れば、あくまで親権の仕組みで処理できるだろうと思います。ただ、そうではなく未成年後見を介する仕組みを取ってしまうと、親権者ではないけれども、自らには非がない状態で父または母という者がいるということになります。認知した場合もそうではないかと思いますが、そうした場面において、説明の仕方としては、特別養子縁組の成立に関しての同意は実親子関係を切る同意なので、やはり父または母であるということは重要だと考えるのか、そうではないのかということになるのだろうと思います。

ただ、少なくとも親権の喪失という判断がされた父または母について、改めて同意が必要かということ、実体要件はほぼ重なっているのか、何か工夫の余地がないかと感じながら伺っていました。

(法務省) 親権喪失の実体的な要件と同意不要の実体的な要件は、文言上ほぼ同じですが、一方で、両者はその効果に大きな違いがありますので、裁判所が適用する上で本当に同じように運用されているかは慎重に検討してみる必要があると思います。ただ、親権喪失の例や特別養子における同意不要の例は少ないので、検証が難しいです。

(委員B) おっしゃる趣旨は半分ぐらい共感します。裁判所の判断として、このただし書きが適用される場面はそれほど多くないというのもそうなのだろうと思います。ですが、それは安全策を取って同意を求めているからではないかと思います。特に834条でも、単に一般論として子どもの不利益ということではなく、虐待または悪意の遺棄があるということをも具体例として挙げているわけです。その部分で重なっているのであれば、この人からの同意を改めて確保しなければいけないのかという気がしました。感想めいたことで申し訳ありません。

(法務省) 御指摘いただいたのは、基本的に同意権は親権の上に乗っている制度だと見るべきということですか。それとも、親権喪失のうちの一類型についてだけ同意権を失うと見るべきということですか。

(委員B) 考え方としては両方あり得ると思います。私自身は親権者の同意というふうな制度設計することはあり得るのではないかと考えていますが、仮にそうしないとしても、極端なことを言うと、「父母の同意を得なければいけない」というところに、「ただし、親権の喪失を宣告された者についてはこの限りではない」という文言を入れるような仕組みがあってもいいのではないかと思います。そうだとすると自動的にリンクしてしまうので、それはそれで問題になるのかもしれませんが、発想としては両方ともあるのではないのでしょうか。

(法務省) もう1点、追加でお聞きします。現行法の理解として、834条の親権喪失の要件は、817条の6ただし書の同意不要類型の要件を包含する関係にあるのではないかと個人的に思っていたのですが、その大小関係についてはどのように現行法を理解したらよろしいでしょうか。

(委員B) 大小関係はよく分からなくて、本当のことを言うと、2 ページのベン図が本当にこれでいいのかということも含めてよく分かりません。ただ、「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」ということがただし書の同意不要要件で、親権喪失要件では「父母による虐待又は悪意の遺棄があるときその他父又は母による親権の行使が著しく困難又は不適當であることにより子の利益を著しく害するとき」となっているので、虐待または悪意の遺棄以外に、本人のさまざまな状態も含めて著しく困難であるという場面が含まれるという点では、ただし書の同意不要要件よりは広いのかもしれませんが、少なくとも虐待または悪意の遺棄が認められて親権が停止された場合については、両者は同じと言っていい気がします。あまり自信はありませんが。

(委員C) 例えば、産んだお母さんが、育てることもできないし育てる気がないけれども、養子縁組の同意をしない。既に児童相談所長が養子縁組前提の里親に委託していて、その親子関係がどんどん深まっている。お母さんの方は引き取ることもできないし養育も困難で、その子どもは今2歳半ぐらいなのですが、次の子どもが既に生まれていて、なおかつその子どもも乳児院に預けている。それにもかかわらず、この2歳半の子どもについては特別養子の同意をしない。それは、未熟児で生まれたためにしばらく保育箱に入っていて、その間、病院の看護師がお母さんの母乳を搾って飲ませることにしたことが、彼女の中において唯一、母としてその子どもを養育したに近い感覚になっていて、そこにしがみついて親であり続けたいけれども、少し知的障害もあって、だんだん大きくなる子どもを引き取れる能力もないし、引き取る気持ちもない。けれども特別養子には同意しないというケースが現実にあって、その児童相談所長は今、親権の喪失を申し立てています。

養育できないことが明白なのに特別養子として育ててもらうことに同意しないことが悪意の遺棄として考えられるのかどうかは難しいですが、こういったケースは児相では割と多いのです。親はいるけれども養育するつもりがない、面会もない、交渉もない。けれどもいざ特別養子の問題を持ち出すと同意しない。それが法的に親でなくなることに對する未練なのか何なのかはよく分かりませんが、われわれからすれば、養育するのであれば親権者として認めたいし、それなら親権者としての責任を果たしてもらいたい。それをしないのであれば、新しい親を見つけてやるのが子の利益になるという場合に、同意がないというのが一番困るのです。それは親権喪失で対応できるのでしょうか。同意しないことを裁判所が却下してくれて、裁判所の考えで特別養子を認めれば、われわれとしてはいいのですが、そういう案件はどのように適用されますか。

(法務省) そういう事案が悪意の遺棄に当たるといえるかどうかだと思います。客觀的に見れば育てる意思も能力もなく、第三者から見れば同意しないことが不合理だとしても、本人は親であることに切実な思いを持っている、子どもは児童相談所で保護されていて、実親が育てなくても一応の養育環境が準備されているという場合に、それを遺棄と見るのかどうか。それは遺棄だといえるのであれば同意は不要といえます。手続としては、この資料に書いてある考え方を前提にすれば、虐待等のケースで親権喪失がされれば直ちに同

意は不要となるのか、あるいは、同意不要という審判を得るのかという問題はありますが、同意が不要であるという裁判所の判断を得た上で、特別養子縁組を成立させることになると思います。

しかし、より大きな問題は、それで本当に特別養子縁組を成立させてよいのかどうかということだと思います。実親の同意を得ずに特別養子縁組を成立させることができる範囲について考え方が一致していないのだとすると、手続は手続として今日のテーマですが、それより前にその点についてしっかり考えを詰めておく必要があると思います。

(委員A) よく分かります。離婚後に親権を単独で持つ人もいて、先ほど申し上げた私が扱った事案も、離婚して父親が単独で親権を持って、養子縁組をネタにお金をゆずって、特別養子の申立てをしているときに、自分の親(祖母)と養子縁組を代諾でやってしまったのです。どんどんそうやって遠のくようなやり方をするので、裁判所がそれを止めないと、同意を得る人がどんどん増えてしまうわけです。離婚した母親の方は、こんな夫はひどいと言って預けることに同意していましたので、結局その母親から親権停止の申立てをしてもらう形になりました。それも確か、親権の停止や喪失の申立てをして、保全処分や職務代行者などを立てたりしてやったのです。そういう事案が一方であります。確かに親権がないだけで親でなくなるわけではないので、同意権はあると思うし、恐らく実親子関係の終了への同意もあるので、それは範囲が大きいと思うのです。

ただ、先ほどから言及されているように、遺棄状態や、親としての適格性が極めて疑わしい状況になって、親権が喪失・停止されているときに、手続としてどういう関係に置いておくかです。即時抗告をしたりすると、手続に非常に時間がかかることは間違いなく起こっているのです。要件も似ているところがあるので、もし同意要件を明確に区別して何かするということであれば、重なっているところがあっても可能なのではないかと思います。

先ほど魅力があると言ったのは、親権喪失などの申立てに付随して、それだけを独立した同意権を喪失するための審判というアイデアもあるようだというところです。他の国を見ていると、裁判所が同意を補充したり代行するような形で、持続的な義務違反の状態が続いているとか、何カ月も助言や指導を少年局などの当局から受けているのにそれに従わなかったということが、結局、同意の免除や喪失の要件の中に入り込んでいます。

(法務省) それは、実質的な要件か、あるいは解釈で対応できるのかもしれませんが、同意不要要件を、今想定されている虐待や悪意の遺棄といった場面より、もう少し広げていこうということになるわけですか。

(委員A) そうです。それも必要だと思います。それをやらない限り、今の同意不要要件や免除要件についても、常に解釈上、争いが起こってくると思います。

(法務省) そこがどこまでコンセンサスが得られるかだと思います。それほど事例が多くないということもあり、今の同意不要要件あるいは親権喪失は、かなり限定された場面で運用されてきたと思います。一方、先ほどの例のように、母親としては権利を乱用した

り悪意を持ってやっているわけではなく、子どもとのつながりを残しておきたいと思っているのだけれど、第三者から見ると意思も能力もないという場面で、子の利益を前面に出して同意不要とするとなると、少なくとも今まで想定されていた場面よりは広がっているように思います。その範囲によっては国家権力が親の意思に反して子どもを奪ってしまうことになりかねないので、憲法上も問題がないか、検討する必要があると思います。

もちろん、その方が子の利益が大きいということでコンセンサスが得られれば、それらの問題はクリアできるかもしれませんが、今まで議論してきた年齢要件や同意の撤回などと比べても大きな問題提起になるのではないかと思いますので、いろいろとご意見を頂ければと思います。

(座長) 非常に重要な問題だと思いますが、今日は二段階手続論から始まって、その議論の前提として、資料のベン図に対するご異議もありましたが、それはともかくとして、要件を動かすことを前提にせず、手続について対応を図るとしたらということで議論をしています。要件を動かすことも考えるべきというご意見も頂きましたが、それが今日の話と切り離せる話なのかどうかだけ確認したいと思います。事務局としては切り離せる前提で資料を作っていると思いますが、いかがでしょうか。

(委員A) やはり、手続をどのように設計していくかが一つ大きな話だと思います。ただ、微妙にそういうところが絡んでいるので、完全に切り離せるのかどうか、疑問はありますが、手続論として話を進めること自体は別に構いません。

(委員D) 私も要件を拡大するべきとも思っていませんし、あくまで今は二段階手続論、または親の同意不要要件を話し合うべきであって、いわゆる悪意の遺棄の範囲の拡大をここで議論するべきではないと思っています。悪意の遺棄の中にも、代替養育に措置したまま、面会交流もほとんどないまま18年がたってしまうケースもあれば、さまざまなケースがあるので、どこからどこまでを悪意の遺棄と捉えるのかということはありません。それに対して、児童相談所長が親権喪失の申立てをするのであれば、それなりのエビデンスを積み立てていくことで解決していきけるのではないかと思います。

手続については、親権を持たない父親の同意の問題が引っ掛かっているものですから、それはまた後半で。

(座長) それはまた後で伺いたいと思います。要件の幅については議論の余地があると思いますが、かなり重大な問題ですので、今日のお話と切り離せるなら切り離した方が混乱は少ない気がします。いかがですか。

(委員E) 切り離すことには全く異論はありません。ただ、先ほどの議論の前提として、先ほどの例を同意不要とするのは、現行法の解釈を超えるという整理がされなかったような気がします。それは本当にそうなのか。それ自体を議論したいという意味で発言しているわけではありませんが、それ自体に解釈の幅があり得るかもしれないということは念のため確認したいと思いました。

(委員A) かなり緩和して出して、こういう養育状態が長く続いていて、同意が得られない。それには子どもを育てられないという罪悪感みたいなもので同意しないケースも結構あります。ただ、長く続けば続くほど子どもにとっては取り返しがつかないほど愛着関係が形成されていきます。そのときに裁判官も調査官も、かなり緩和した形で判断していることも間違いありませんが、一方で、非常に厳格に実親の権利や同意を解していることもあるというのが現状です。ですから、現行法でもかなり踏み込んでやっているということはあります。

手続は分けて考えるということで結構だと思います。

(座長) 最初は質問があればということで始めましたが、ご意見も出ていますし、まだまだたくさんご議論があると思いますので、再開後はご意見も含めて伺います。ここで休憩を取ります。

\*\*\*休憩\*\*\*

(座長) それでは再開します。

(委員D) 先ほど少し話が出ましたが、親権喪失に付随して同意権喪失が連動するにしても、同時に申立てをするにしても、それは一つの手続として大賛成ですが、親権の喪失によって母親なり親権を持っている親の同意が不要になっても、次の父親か母親に親権が移ったときに、また、その人の同意が必要になります。新たに親権を持つことになったもう一人の親が、その後も子どもに対して親責任をきちんと果たしていくかどうかを児童相談所が見て、結局何もしなかったということで、改めてその親に対して親権喪失の申立てを行い、同意を不要とする申立てを行うと、それだけで2~3年たってしまいます。そのことを考えると、やはり同意権を喪失させる独立の制度が別個にあることも意味があるのではないかと思います。要するに、親権を持たない方の親を意識すると、同意権喪失審判がもう一つあることには意味があると思ったので、そういう問題提起をしました。

(法務省) 新たに親権を持つことになった次の人というのは、どういう人ですか。

(委員D) 親権を持つか持たないかは分かりませんが、要するに、親権を持っている方の同意権はなくなったけれども、親権を持たない方の親の同意権は残っているわけです。

(法務省) お父さん、お母さんと二人いて、片方が同意権を失ったということですか。

(委員D) そうです。両方の同意が必要ですから、児童相談所はもう一方の親にも何とかコンタクトを取って、同意を得る努力をしますが、往々にして親権を持たない親というのはなかなか連絡が取れなかったり、レスポンスが返ってこなかったりして、同意を取るのにとっても苦労します。場合によっては、親権を持たない方の親が親権を持った場合に、

親責任を果たして面会交流するとか、家庭引き取りするという行為を本当にするかどうかは、あらためて見ていかないといけません。その経過を見るためにまた何年もたってしまうと、子どもはどんどん年齢が上がっていくという問題も発生するのではないかというのが気掛かりです。

(委員F) 念頭に置かれているのは、既に夫婦が離婚していて、どちらかが単独親権者になっている場合ですね。その単独親権者の親権が喪失されたけれども、もう一人残っていて、これを探すとすると大変で、ましてやこの人が親権を取ることになると、さらに大変だということですね。

(委員D) そうです。児相が担うケースにはそういったケースが多いので、気掛かりな点として申し上げました。

(座長) 今のケースは結構時間がかかりますね。様子を見てとおっしゃいましたが、様子を見ざるを得ないところがどうしても残ってしまうので、時間はかかると思います。

(委員B) そのことはよく分かりますし、それが先ほど、親権者という形で絞ってしまうというアプローチが一方であるといった理由ですが、いずれにしても、今の問題は現行制度を前提としても出てくる問題です。親権者であって親権を喪失した方と、元々親権を持っていない方の二人がいて、二人とも同意が必要なわけですから、その点では親権喪失とセットにするということに固執するわけではありませんが、それによって余計に時間がかかるという問題ではないと思います。

(委員G) 817条の6のただし書きの要件に今の事例がうまく当てはまるかどうかは、要件の解釈が拡大の話になると思います。今の事例を817条の6に直ちに当てはめるのは難しく、判断に時間がかかってしまうのは現行法であってもそうです。それは要件自体の解釈をある程度拡大しない限りは変わらないので、今日の論点の話なのかどうかは、要件の解釈を明確化しないと難しいと思います。

ちなみに、ドイツ法では無関心なども同意が要らない場合に当てはめているので、悪意や虐待などの場合だけを念頭に置く方がいいのかという話につながりかねないという印象を持ちました。

(座長) ドイツ法では、親権喪失の要件はどうなっているのですか。

(委員G) 全く違う条文になっていて、別の要件が立てられています。一部は重なるといっていますが。

(座長) 無関心は、親権喪失の原因になるのですか。

(委員G) 手元に条文がないのですが、私の記憶だと、親権喪失に関する規定に義務違反という単語はあると思いますが、無関心という単語自体はないと思います。

(委員A) 子どもの福祉に危殆を与えるか与えないかという。

(委員B) それは場合によっては、親権喪失の要件よりも緩やか要件で親子関係が切れることになりませぬ。

(委員G) 私もドイツ法について不用意な発言はできませんが、ドイツ法で、親権喪失に関する要件と養子縁組に関する父母の同意不要要件は少なくとも全く同じ文言の条文にはなっていない。

(委員E) フランス法の場合、無関心が、親権喪失かそれより軽い親権制限の要件になっている背景には、子どもと定期的に接触すること自体が親の重要な義務だとされていることがあります。有責性要件があったかはもう一度見てみないと分かりませんが、その機会があるのに接触しないということ自体が義務違反で、喪失につながります。推測するに、ドイツ法もそういう可能性は十分あり得るのではないかと思います。

(委員G) 結局、文言が同じかどうかだけを簡単に見るのではなく、親権喪失の要件の解釈と、養子縁組にかかる父母の同意を不要要件の解釈について、それぞれの内容自体を照らし合わせて見ていった方がいいのではないかと思います。

(委員C) 確かに、手続法ではありませんが、子どもを施設に預けた親は最低何をしていれば親として認めるのか。月1回の面会や、盆と正月の自宅への帰宅などをしていれば一応親だと認めるけれども、それを何年もしていない親は親ではない。正直、育てなければ親ではないと思うのです。親としての気持ちはあるかもしれませんが、実際問題として何も行動を起こさない親はたくさんいます。だから施設がいっぱいになっているのです。もちろん児相や施設からの働き掛けがどの程度あったかも問題ですが、ある程度の努力をした結果、それでもそこが履行されない場合、特別養子の申立適当児童として認めてもらいたいのです。それを児相から申し立てることが何とかできないかと思っています。

(座長) 実質的な要件の話に入っていて、どこかでそれを検討する必要はあるかもしれませんが、先ほど議論があったところで、事務局から出されている案の根本的な考え方に関わることを確認したいと思います。事務局の案は、親権喪失より同意権喪失の方が、親子関係が切れるので要件は厳しいという前提に立っていると思いますが、ドイツは引っくり返っているかもしれないという指摘がありました。

(委員B) 私はドイツの状況は全く把握していませんが、同意要件を外すときの要件の方が緩やかだというのは、説明しにくいと思います。性格が異なるとしても、やはり説明しにくいです。

(座長) どういう整理なのでしょうか。

(委員B) はい。前半の議論で、文言は似ているけれども実は違うのではないかと法務省がおっしゃっていたのも、多分、同意要件を外す要件の方が実質的には厳しいのではないかというニュアンスだったと思います。

(委員D) この議論に私がついていくのはほぼ限界に達しているのですが、先ほど言った離婚していて親権を持たない父親の件で、本来、父母と交流する権利は子どもの方であって、離婚した父親も面会交流するべきなのですが、児童相談所も、離婚している父親にまではなかなかアプローチしません。今の議論で、親権を持っている親の同意権を喪失させるだけだと、親権も持たないが同意もしない、しかし親責任としての面会交流は全くしないし養育費も払わないという親に対しては、どうしようもないところはあるわけです。未成年後見人が親権代行を行うにしても、親権を持たないし何もしない父親が、同意もしないということが起こり得ます。そういった父親に同意権を喪失させる審判をするルートは、認められるかどうかは別として、あってもいいと思います。そういう意味で、同意権を喪失させる審判は親権喪失審判と独立にあっていいのではないかというのが改めて私の意見です。

ちなみに、英米もドイツもフランスも共同親権なので、離婚しても別々ではないと思います。

(委員A) アメリカなどの考え方は、第1段階で親の権利の喪失手続のようなことをやっけてしまいます。そこから里親に出すか養子に出すか決める、場合によっては施設ということもあります。そのときに、親として育てられないなどの評価は、当初は厳しかったけれども、実親の権利もある程度考慮しつつ、回復も改善も考える。けれども、改善や見込みがないということになれば、そちらの方に流れていきます。そこで、日本で言うと特別養子の決定で、初めて親としてこの人がふさわしいということになるので、遺棄状態の認定が、手続上はかなり離れているようだけれども連続していることがあるのです。

それで先ほどから言うように、同意権の喪失を独立して求めるというのは、親権の停止や喪失とはその効果が違うので、効果との関係ではそのとおりだと思うのです。しかし、大きなくりでいくと、養子に出すことも、親権者として不相当であることも、ある意味では大きなところに関わる判断を、重大なケースではしていると思います。そのときに、手続を別個に二つ申し立てなければいけないのかということが気になるところです。

要するに、今は別々にやっているもので、同意の喪失が必要になりますが、それを代替できるような仕組みは考えられないかということです。先ほど微妙なケースを取り上げたのはそこなのです。要件とは切り離したいと思いますが、多分、実際に問題になるのは、親権喪失も同意権喪失も認められるケースではなくて、先ほどの、養育の意味も見込みもないけれど同意をしないというケースです。そういう人に同意権を喪失させる手続を独立して求めるとすると、気になるのは、裁判所がどういう事情を審理の対象にするかです。子どもに対して生まれてからどういう関わりを持ってきたかということでしょうか。

(法務省) 裁判所が何を判断するかということ言えば、実体的要件を触らないとすると、817条の6のただし書を判断することになってくると思います。それ自体は今の特別養子縁組の手續の判断の中でやっていることなので、それを一つ切り出してくるようになるかと考えていました。

(委員A) 一番気になっているのが、中間審判のようなものやっってはどうかというのは、同意要件が前提となる要件だとすると、それがないと先に進めないし、今はその要件が全て満たされていないと、どれか一つが駄目でも結局は成立しないのです。それをクリアする方法として、同意みたいなものについて、虐待ケースだとすると、同意の要件と、実親としての権利を終了させるという意味での判断でしょうか、子どもが養子に出された方がいいのではないかと、実親として適切な養育ができないのではないかとという要件、要保護要件と同意要件の関係でもあります。

(法務省) 今回は、申立権者を児相長にすることで、実親が養親の名前が記載された事件記録を閲覧できないような制度ができないか、実親の同意撤回の問題を解決できないかといった点を検討しているものと考えております。中間審判というのは、具体的にどういう申立てによるどういう事件を想定していらっしゃるのですか。

(委員A) 前も言いましたが、児相長が資料を集めて関わっているものについては、児相長がかなりやれるだろうし、あるいは、民間の機関を介して養親になろうとする方もできるかもしれません。

(法務省) 中間審判ということは、特別養子縁組が成立するまでは一つの事件ということになりますが、児相長が申し立てた事件において、特別養子が成立する審判までいくような仕組みを想定されているのでしょうか。

(委員A) 児相長が申し立てる場合もあれば、養親が申し立てたりする場合もあります。

(法務省) 後者は分かるのですが、前者の場合でも、一応、特別養子成立の審判までできるような制度ということですね。

(委員A) 要するに同意が問題になっていたり、幾つかの要件が問題になっている場合です。

(法務省) 事務当局内で検討したときに、特別養子縁組が成立する審判、要するに親族関係を形成する審判を、当事者でない人が申し立てることに少し違和感があったのですが、その点はあまり問題ではないとお考えですか。

(委員A) 最終的に1個の手續として考えるなら、何らかの形で養親候補者も加わらな

いと駄目だと思います。

(法務省) そこは前回議論したところですが、私の理解だと、第三者が申立権を持っていて、その一つの手続の中で新しい親子関係まで成立させるのは違和感があるという意見が多数だったように思います。中間審判という考え方は何となく分かりますが、あえて中間審判にする必要はなくて、その要件を判断する手続を独立させて、別個の審判にすることも可能ではないかというのが今回の資料です。

(委員A) 最後の第5の3はそうですね。実親の同意を喪失させる審判を独立させて、それを児相長がやるというイメージですよね。

(法務省) はい。

(委員F) 今の話と関連して、確認です。中間審判の場合は手続としては大きく一つのもので、そこに違和感があるということは賛成ですが、今回の第4で破産手続型といわれたものも、大きな意味で言うと一つの手続がずっと続いている。ただ、完全に現行法でわれわれが想定するような1本の家事審判よりは、若干2本に近いという違いがあると理解すればいいですか。

(法務省) 開始決定があって、その開始決定を前提としてマッチングの申立事件が別途立つというイメージで考えるべきだと思います。

(委員F) 開始決定の事件は、開始決定を出されたら終わるのですか。後見開始決定のような感じでしょうか。開始決定事件はそこで終わりですか。

(法務省) いえ、続いています。

(委員F) 続いている中で、別個の申し立てが乗ってくるのですか。

(法務省) そうです。

(委員G) 今の第4の話ですが、まず成立を児童相談所または養親の候補者がされて、要保護要件についての判断が始まるという説明があったと思います。7ページに実親の同意を取得する時期が問題になると書かれていて、確かに実親の同意がある場合と同意不要要件を一括りにまとめて、同意が必要かどうかの議論をすると白地同意の問題が出てくると思いますが、家庭裁判所において、開始決定に基づいて始まった手続の中で、まず同意不要の判断のみを問題とすると、白地同意の問題は出てきませんよね。

(法務省) それは出てこないと思います。

(委員G) そうしますと、ここで同意の取得が必要かどうかではなく、まず開始決定が始まったときに家庭裁判所において、要保護要件との関連で同意不要な場合に当たるかどうかだけ判断するという可能性もあり得るのではないかと思います。

(法務省) ここでは、同意の不要類型だけを落としたかっただけではなく、不要まではいかなければ同意がふわふわしている人について、同意の撤回の問題をここで解決できればということではあったのです。

(委員G) 私に同意の不要要件を具体的に緩和するというイメージがあったかもしれませんが、取りあえず同意が不要であるという判断だけは先に家庭裁判所が開始決定に伴って行うという案もあり得ると思います。そうすると多分、先ほどの中間審判に若干似た解決になるのではないかと思います。

(委員H) 私も、同意が不要な事件か必要な事件かをまず確定したいということであれば、中間審判で足りるのではないかという気がします。

第3や第4の案についての質問でもありますが、そもそも独立の手續といったときに、これは同じ裁判所を想定しているのか、別の裁判所を想定しているのかどちらでしょうか。現行法だと養親の住所地の家庭裁判所が管轄を有しており、その理由が、養親に聞くのが一番いいからということなのですが、仮に2段階に分けるとすると、1段階目で養親がいるところの裁判所で審理することが本当に適切なかが問題となります。同じ子どもの話なので、片方が実親の住所地で片方が養親の住所地で審理するのもおかしい気がします。同じことは第4の案の方でも言えて、もし児相の申立権を認めた場合は養親候補者がはっきりしない段階で申し立てることができるので、どこの裁判所で審議したらいいかは問題にならざるを得ないと思います。

あと、第1と第2の案についてですが、第1を前置するのか、あるいは第1と第2をある程度同時並行で走らせることもできるのでしょうか。手續をなるべく後らせたくないのであれば、同時並行させることも、制度の作り方としてはあるのではないかと思います。

(法務省) 第1、第2を同時並行させるというのは。

(委員H) 第1の確定を待たずに第2も審理して、出す審判の内容は条件付きなどということをするればいいと思うのです。

(法務省) 第1の審判が確定するまでは、実親は第2の審判事件についての抗告権者ですが、抗告権者ではなくなったことが確定していない段階で、全く関与させずに審理を進めていくというのは、適切なのだろうかという気はしますが、そこは問題ないですか。

(委員H) 問題ないとは思いますが、制度を考えると、必ず第1の審判が前置なのかと。要件を別々で審理することができるのであれば、同時並行でもいいのではないかと。

と思います。

(法務省) そうすると、第1が激しく争われて抗告されている間に第2が確定してしまうということがあると思います。

(委員H) それはあり得ると思います。無駄になることはあると思います。

(法務省) そこは停止条件付きのような感じで考えるということですか。

(委員H) そうならざるを得ないと思いますが、可能性としては、全く作れない制度ではないと思います。

(法務省) 先ほどの管轄についてですが、完全に二つに分けてしまう場合、別々の裁判所が管轄することもあり得るのではないかと思っていました。第4の管轄については、確かに具体的な養親候補者がいない段階でどこに管轄を認めるのかという問題はありますが、そうすると養子となる子の住居近くになるのでしょうか。そこまではあまり考えていませんでした。

(委員C) マッチングというより、この子に養子縁組が必要であるということが明確になってから、私たちがこの子にふさわしい養親候補者を探すことになります。先に養親になりたい人がいて、そこに子どもをあてがうというより、養子縁組が必要な子のリストが上がってきて、うちであれば新聞に載せてそれに候補者が応募してくることになります。普通の児相でも、まず候補児があって、登録されている里親の中から、この子を紹介できる人を選んでマッチングするというのが普通です。子どもを選び出す、候補児を上げることが児童相談所の役割でもあり、裁判所に申し立てることによってそれが確かなものになれば、登録されている里親の中で誰をあてがうか、すぐに考えることができます。もちろん、最初に選んだAさんがこの子どもとうまくいかなくても、すぐにBさんを上げるということもできないわけではありません。時間はかかりますが、しかしこれがないと、こちら側だけでうろろうろするわけにはいかないのです。そこをしっかりと候補児として挙げてもらうために、児相長が、施設の子どもの中で養子縁組の可能性のある子を選び出していく。そうしなければ、現実的な問題として特別養子縁組の利用促進にはなりません。社会的養護の子どもに限定すればですが。

そうすると、例えば実親の同意が確定されると、実親が親として機能しなくなった場合、施設に入っている子どもだと施設長が親権を代行するので、それほど心配しなくても親権の代行者はいるわけです。里親に委託すると、委託した里親が児相長の了解の下で一時的に親権を代行することになります。それで縁組が成立すればわが子になるという図式なので、取りあえず、まずはこの子が養子縁組可能な子どもかどうか、できるだけ速やかに認めてもらえる方法がないかというのが、われわれの第1申立ての一番の目的です。

(座長) 今のご意見は、手続を2段に分けて、1段、2段と順番でやるということを含ん

でいますか。

(委員C) ある意味、1段が整わないと2段にはいかないです。

(委員A) 手続の質問ですが、2段階に分けたときに、特別養子縁組の子どもの年齢要件はどの段階で満たしていればいいのですか。

(法務省) それはいろいろな制度設計があると思います。最後に書いた第5に関しては、前に新しい制度が付くだけで2段階目以降は今の制度と全く同じなので、第2段階の申立て時に年齢要件を判断することになると思います。

(委員A) そうすると、養親の年齢や、養親対象者の年齢も後の方ですか。

(法務省) 養親の25歳以上という要件は審判時に満たされていれば足りません。

(委員A) 2番目の審判の時に要件を満たしていればいいのですか。

(法務省) 第5の考え方は、現行の手続の前に新しい手続を設け、現行の手続が第2段階に位置付けられるということなので、現行法同様に、第2の審判の時点で満たされていればよいことになり、そこは変わりません。

第3の別々論と第4の破産型は全く新しいものなので、このアイデアがうまくいきそうであれば、細かいところを検討する必要があると思います。

養子の年齢については、例えば第3で提案した別々型であれば、1番目の申立て時もあり得るかもしれませんが、マッチングのことを考えると2番目の申立て時も考えられるかもしれません。第4の破産型にしても考え方はいろいろあり得ると思いますが、例えば複数の養親候補者の申立てを許すということになれば、養子の年齢要件を判断する基準時が別々になっても困るので、最初の開始決定の申し立て時というのが一律に決まるのでいいのかもしれません。

(委員A) 私が心配しているのは、かなり複雑になるのではないかということです。要するに、別個の手続という形で、同意の喪失などをくり出すわけですね。

(座長) 前倒しにするということですね。

(委員A) はい。

(委員C) 前倒しにしますが、大体こういうケースは認められるという見通しが立てば、その子を申し立てた段階から、こちら側でマッチングを用意することが可能になります。今のところ、裁判所がどういうケースを認めてくれるか分からないので、決定を待たないという動きはありますが、これが一つのシステムとして動き出して、こういう

子どもは裁判所が認めてくれるだろうという予測が立てば、予測性に基づいてマッチングの用意をすることは可能になります。

(委員D) それは私も言おうと思っていたのですが、全くの白地ではなく、第4でも第5でもいいですが、児童相談所の申し立てるルートがあると、あらかじめ養親候補者に養子縁組里親として委託しつつ、今までなら裁判所の申し立てに際して「養親さん、どうぞ頑張ってください」というところを児童相談所が責任を持ってある程度めどを持ちながらやっていくことで、白地はだいぶ減っていくのではないかと思います。

昨日、たまたまイギリスでソーシャルワーカーをやっていた方のシンポジウムがあったのですが、イギリスはご存じのように placement order という第1段階があって、その段階で養親候補者はほぼ決まっているという話をされていました。Placement order がもし審判が下りないときは養親候補者はがっかりされるのではないかと質問しましたが、それはほとんどないということです。Local authority が placement order を申し立てた段階で大体めどがついているので、結果的に認められないということはないとおっしゃっていました。その後、養親候補者の方が adoption order を申し立てていくわけですが、その場合も、そこで破綻することは減多にないという話をされていました。

要するに私が言いたいのは、児童相談所が責任を持って申し立てていくルートがあれば、あらかじめ養親候補者は存在するのではないかとということです。今はそのルートがないので、責任を持って委託できないということが大きな問題かと思えます。

(委員I) 第4の在り方について、まさに今のお話のとおり、現実問題として児童相談所が関わるケースは候補者もはっきりしていると思います。開始決定に際して、実親の親権を停止する効果も設けた上で、未成年後見人か職務代行者か分かりませんが、要するに代わりになる人を裁判所の決定で選任する。それを基本的に児童相談所を出していた候補者、つまり児童相談所が考える養親候補者を選任できるという形になれば、その後で他に候補者が出たとしても、試験養育の期間のことを考えると現実的には他の方は難しいということになるでしょうし、養親候補者も一定の権限を持って監護できる形になるのではないかと思います。

その場合、開始決定の際に実親が未成年後見人か職務代行者の選任について争えるという話になってくると、これもまた実親と養親との争いになってしまうので、それは裁判所がある意味職権で決めるような形にして、実親が争えるのはその前の、例えば同意要件の話や必要性の要件といったことについてのみにということで整理できると、第4についても少し前向きに考えられるのではないかと思います。

(委員A) 質問ですが、同意が問題になってそれが取れないということは、特別養子縁組をやるかやらないかという後の方に非常に重大な影響があるので、裁判所がそれについて中間的に判断するということは現行の手続の中では難しいのでしょうか。今は、養子縁組を成立させることが最終目的なので、全て審判の中で判断します。従って、1個が欠けても成立せず無駄になってしまう危険性があります。この要件の中で、争われていたり非常に緊急的なこと、例えば同意などは前提になりますので、その部分だけ確定するという

ことは、制度として、運用として考えられないのでしょうか。全てワンセットでそれを判断しないといけないのでしょうか。

(座長) 今のご質問は、現行法の下での運用の話ですか。

(委員A) そうです。例えば中間判決のようなもので、ある問題を解決するためにどうしても先に処理しておかないといけないことで、全ての解決ではなくても、ある程度きちんと審理できて判断できた部分だけ限定的にやるというのは、現行法の運用では不可能でしょうか。現行の家事事件手続法では、求めているものが養子縁組だから、それは途中の審判の審理や調査の段階では判断できないということでしょうか。

そもそも中間審判という制度を設ければ、それが可能になるのかどうかも聞きたいのです。

(最高裁) 理論的にどうかと言われると明確なことは申し上げられませんが、実務上は、一般的に、実体法上の要件の一つに該当するかどうかを中間判決のような形で判断することは難しいのではないかと思います。その上で、アイデアとしては中間的な判断を制度として仕組むことはあり得ると思いますが、中間審判という形で仕組むと、申立ての段階で全ての要件について準備して申し立てるべきなので、要件を分ける方がロスは少なくなるのではないかと思います。裁判所にとっても、当事者にとっても、ロスは少なくなる気がしていて、そこは制度設計について一つの考慮要素ではないかと思いました。

もう一つ、第4の開始決定型の手続ですが、これもアイデアとしてはあり得るのではないかと思う反面、資料でも整理していただいているように、開始決定の手続を始めることの効果が判然としないと、実務的には何を判断するのかというところもありますし、その後続く手続についても、破産手続のように破産裁判所があって、裁判所が手続をある程度管理していくというものであれば意味があると思いますが、予定されている判断の内容は必ずしもそういった必要がないもののように思いますし、いたずらに手続を重くしてしまうだけのような気もしました。

(委員J) 確認したいのですが、現実の対応の際に、養子縁組が可能な子どもであることを第1段階で判断してもらいたいということでしたが、実親の同意があるか・ないかはあまり本質的に重要な話ではない印象を持ったのですが。

(委員C) 同意がないと成立しませんから。

(委員J) しかし、養子縁組が可能だと裁判所が判断してくれば同意なしでいけるわけで、その意味では、817条6のただし書きの虐待、悪意の遺棄、その他利益を害する事情があるかどうか重要ではないかと思うのですが、それでよろしいですか。

(委員C) そうです。

(委員J) その前提で考えたときに、二段階論として、私はイギリス法に引っ張られているので第5のイメージで考えていたのですが、本来は裁判所で養子縁組が可能であることを判断して第2段階に行くけれども、同意があるときは第1段階をスキップしてもいいという仕組みになるのではないかと私は思っています。

仮にそうだとすると、他方で、このレジュメは特別養子縁組制度について普通養子の延長として、つまり合意ベースということを前提に置いているのではないかと思います。例えば白地合意の話もそうだと思います。第5の方向で二段階論を考えるとすると、根本的な概念の転換というか、合意ベースなのだけれどもそれを少し緩めたものが今の特別養子制度だとして、そこからさらにジャンプするということが、つまり合意を根拠にするのではなく、要保護状態の子どもがいること自体が根拠になるという意味で、概念の転換になるのではないかという印象を持ちました。

(法務省) 第5のような考え方を取った場合、合意ベースからのコンセプトの変更になるのではないかということですか。

(委員J) そうです。

(法務省) 私どもは、特別養子について同意をベースにするという考え方があったわけではなく、一般的に言われているように、子の利益や子の福祉のために裁判所が審判によって養子縁組を成立させるということをベースとして考えていました。ただ、実体法上の要件として同意が要求されているので、それをその手続の中のどこに組み込んでいくかということも考えたつもりです。ここはいろいろな考え方があり得ると思いますが、特別養子という子どもの利益が前面に出てしまいますけれども、われわれとしては実親の利益にも目配りは必要だという思いもあり、それを表現しようとしたために、同意ベースと捉えているかのよう理解されたのかもしれませんが。

(委員I) 第5で気になるのは、親権喪失の場合は取消しが可能になるわけで、手続をやっている間に、親権を失った親が取消しの申し立てをするのではないかと思います。それはそれで全く別の手続なので、そちらがどうなろうとこちらを粛々と進めていくという考え方もあり得るでしょうが、現実にはなかなかそうはいかず、結局それを待つ形になりかねないのではないかということが一つです。

また、その場合、判断することが、親権喪失で何が代替できるかというところにもよりますが、単なる同意の話なのか、前回の資料で整理しましたがいわゆる特別の事情、父母による養子となる者の監護が著しく困難または不相当であるということなのか。実質的には、こちらの裁判所でそこを審議しながら、別の裁判所でも親権喪失の取り消しという文脈の中で同じようなことが議論されるという話になるのではないかと思います。だから全く成り立たないという話ではないのかもしれませんが、そうするとかなり複雑になるのではないかという懸念はあります。そのあたりはどうでしょうか。

(法務省) 現行法でも、ただし書の該当性が途中で認められたとしても、その審判の確

定段階で同意不要類型に当たらない状態になっていたのであれば、それは同意がなければ違法な審判になると思います。結局、親子再統合のようなものと養子縁組のバランスをどのように取るかという考え方ではないでしょうか。かなり児童福祉観そのものところかなと思っているのですが、そのあたりはどういう感じにすればいいのでしょうか。

(委員 I) なかなか難しい話です。先ほど申し上げた、なるべく後になって同意の話などが出てこないようにしたいというのが一番の狙いでしたが、それが果たして達成できるのかという不安が残ったということです。

(法務省) 例えば、厚労省検討会でも、その点については、親子再統合との関係をどのように整理していくかという意見があったと整理されておりました。同意の撤回制限には常にその問題が付いてくるのだと思います。もしお考えがあれば、方向性についてお示しいただけませんかでしょうか。

(委員 I) 私としてはいずれも興味深いところで、まだそれほど深く検討できていないのですが、いずれにしても、最終的に同意・不同意の話をなるべく早期に解決しようと思えば、先ほどのように取消しなどはできないようにする必要はあるだろうと思います。ですから、独立した形で同意権を喪失させるという制度は、元に戻ることはないという制度設計をする必要があるということにはなると思います。

(委員 F) 他方で、そのように親権喪失とは違って取消しができないということだと、今後、年齢要件を広げていく話になったときに、第1の手続と第2の手続が期間的により離れる可能性が拡大しますので、いったん同意権喪失の判断がなされると、その後、どう事情が変更しようが争えないという枠組みを果たして作れるのかどうか。それでいいのかは悩ましいところではあります。

(委員 I) 確かに、元々のイメージは、第1段階と第2段階は非常に連動していて、これがそれほど離れた形になるとは想定していませんでした。現実には先ほどから出ているように、養親候補者は当然既に決まっているというのがノーマルなパターンだと思うので、それを前提にどの制度が一番適合するかということかと思えます。

(委員 F) そこを詰めると、実際の現場での使いやすさを考えると、第4の破産手続型がいいのではないかと思います。これは、一つの大きな手続として最初から最後までずっと続いています。その方が全体としても理解しやすいですし、第1の手続と第2の手続がさほど離れることが想定されていないのであれば、一つの枠の中に入れてしまう方がいい。そういう意味では、実際に使う立場になっても魅力的ではないかと思いました。

(委員 A) 私も英米をやっているのですが、どうしても、養子縁組可能状態を判断する第1段階というイメージがあって、第2段階で具体的に養親との親子関係をつくるという大まかなくりの中で二段階説は支持しています。ただ、申立権者を誰にするかとか、相互の

要件をはっきりと分けられないとか、どの時点で判断するかということなどを考えると、破産手続的な大きな枠の中で分担できたりすると、手続的にもいいのではないかと思います。

一番危惧しているのは、手続が複雑になったり、ばらばらになったりしたときに、もちろん同意の要件だけが問題になるケースもありますが、それ以外の要件も関わってきたときに、総合的にきちんと判断できる形にしておかなければいけないということです。先ほどの親権喪失の問題もそうですが、制度としては別だけれども、要件としては非常に似通っているところもあるので、審理・判断するときの材料は同じようなものにならざるを得ないと思います。効果は少し違いますが。

私が見ている限り、調査した事情や出される資料は、大体は親権喪失にも、同意免除にも該当するものが主張されて、判断されるのです。そのあたりの手続も、分けておきながら、一緒にもできるような仕組みにしておいた方がいいと思います。全く切り分けて申立権者も全く違う場合、例えば、児相長が申し立てをした場合、養親候補者は、審判の結果に重大な影響があるということで、最初の段階で利害関係人の参加のようなことはできないのでしょうか。

そういうことを考えると、完全に二つに分けて、しかも同意権喪失だけを独自に取れるという形のメリットはどのくらいあるのか、質問したいと思いました。

(法務省) 第5は、私たちとしては非常にシンプルな制度だと思っています。ある意味、今の特別養子の成立手続が何も変わらないまま第2段階になって、第1段階が付け加わるということです。確かに親権喪失等の取消しの申立てがあった場合に手続が重複するという問題はありますが、基本的には第1段階を申し立てる段階である程度具体的な養親候補者が想定されているという現状を念頭に置けば、第5のような考え方を取ったとしても、最初の親権喪失なり同意権喪失なりの段階で、具体的な養親候補者がいるわけですから、第1段階の申立てが認容された場合には、それほど長い時間をかけずに第2段階の具体的な親子関係の形成に向けた手続が始まるだろうと思います。もちろん、取消しが直ちに申し立てられる可能性はありますが、その間に事情が変更するほど長い時間が経過していない場合には、ベースになっていた同意権の喪失なり、親権喪失なりの判断が覆されるリスクは小さいのではないかと考えていました。

第5にメリットがあるのかということですが、手続としては現在の手続の前に新しい制度を一つ加えるだけですし、その構造は親権の喪失など現在ある制度の構造と大きく変わらないという意味では、制度は比較的作りやすいのではないかと思います。

むしろ、第4の方が家事事件の手続の中に類似のものがないので、制度を作るのはなかなか難しいと思います。

(委員B) 全く実質的ではないかもしれませんが、自分自身が今、一体何を議論しているのかよく分からなくなってしまったのですが、第3の二段階と第4の一段階は、恐らく両立しない話をしているのだと思います。ただ、第5の話は現行法とセットにすることであれば両立しないかもしれませんが、第3や第4にこれを組み合わせれば、その二つの問題の前半部分については、これでかなりの部分が解消できる可能性はあると思いま

す。そういう位置付けもできるとすると、第4がいい、第5がいいという議論ではないのではないかという気がして、先ほどからよく分からないと思って伺っていました。

(法務省) 第4を作るときに、今の手続をなくしてしまうのかという問題が出てくると思います。一方で破産型手続もあり、一方で今の手続も残っているということは、できなくはないかもしれませんが、第4を作るのであればこれに統合してしまうことになるのではないかという気もします。その場合、同意の取得時期、あるいは同意不要の判断をどこに位置付けるかという問題はあられるのかもしれませんが。

(委員B) やはりよく分かりません。もちろんそれもあるのかもしれませんが、例えば第4の一段階の中には、性格が異なる二つの問題があって、手続開始の決定を行うときに、通常であれば同意要件が必要になるが、この人に関しては同意要件が要らないという形になれば、少なくともその部分の話は簡単になるわけです。第3の二段階でもそうです。

ですから、第5の位置付けをうまく整理していくべきで、第4を取った途端に第5の選択肢がなくなるような形の議論をしない方がいいのかなという気がします。

(法務省) 第4と第5で単純に二つの制度を作るということではなく、第5のアイデアを第4の中に組み込むということですか。それはあり得ると思います。

(委員B) 恐らく、それによって、特に虐待問題などに関しては、かなりカバーできるのではないかという気がします。

(座長) 第5についてどういう制度を作るかは考える必要はあるけれども、とにかく第5をやって、第4ができなければ第5だけで我慢する、第4もいければ何か考えるという整理になるわけですか。

(委員B) そういう選択肢もあるのではないかと思います。

両立しないという形で言うと、第3の二段階か、第4の一段階か、それとも現行法かという議論とは別に、親権喪失の制度をどう組み合わせるかという問題が、違う軸であるのではないかということです。第4を取れという意味ではありません。問題の議論の仕方の話です。

(法務省) そういう意味では、第4は第5のような発想を排除するものではありません。第4の発想でうまく制度が作れそうなら、細部を詰めていき、その中で同意あるいは同意不要要件を位置付けていくということはあると思います。ですが、やはり第4について心配なのは、こういう開始決定が不自然ではないのかということです。

(委員H) 何となく不自然さは感じているのですが、比喻として破産手続を出してきただけであり、一つの手続きを2段階にすることを考えるために、無理にこれとパラレルに考える必要はないと思います。例えば、破産の場合には開始決定に時間はかかりませんが、

今考えている手続は恐らく第1段階にかなり時間がかかるものなので、その意味でも同様に考えるのは少し違和感があります。

(法務省) 第1段階でしっかり実質的な要件を判断すると考えていましたので、実態は確かに破産とは異なるのかもしれませんが。

新たな制度を作るにしても、既存の制度をまねして作る方がなじみやすいのですが、単に手続を開始するかどうかという点で裁判所の判断が入ってくる制度は何かあるでしょうか。

(委員E) かみ合うか分かりませんが、第3と第4を比べたときに、第3の場合はご指摘のとおり、第1段階の効果で、対象となる子の法律上の親が存在しない状態を国家がつくり出して、しかも場合によっては後半の養子縁組が成立するか分からないという状態に置いていいのかという重大な問題が生じると思います。

それに対して第4の場合は、少し読み込み過ぎかもしれませんが、特別養子に向けてこの子どもを対象とするけれども、その子どもが新たな親の下で法的に完全な状態を獲得するまでは、裁判所が関与して、一つの手続の中でやるというメリットがあります。未成年後見と同じなのは分かりませんが、この子どもを新しい親の下に位置付けるまでの間の保護をしていく継続的な性格の手続というイメージではないか、手続の開始という位置付けに引きつけないで捉える可能性もあるのではないかと聞いていました。それが現行法にあるかどうかは分かりませんが、どちらかという、私は、形式的には違う野でしょうけれども、未成年後見に類似の制度として、裁判所が関わりながらある種職権的に行っていくものとして位置付けるような見方もあるのではないかとと思いました。

(委員G) 私の意見は、手続開始決定の位置付けについて、今の委員E先生の意見とある意味で共通するところがあるかもしれません。6ページの第4の説明に、確かに手続的にはまず開始決定の申立てとその決定が行われると書いてありますが、1の①で「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」と書かれてあり、要保護性判断を経て手続開始決定がされるという意味において、第4の発想は3ページに書いてある第3の考え方1と実質的にはほとんど変わりません。従って、2段階に分けていることと一連の手続だと言っていることの相違、そして後者の場合に手続開始決定という制度構成に依らなければならない意味が、実はあまり明確ではないという気がしてきました。

(最高裁) やはりこの手続の中で開始決定をしていく、何か裁判所が継続的に関与していくという意味合いがいまひとつ分からず、どうしても気持ち悪さがあります。同じ裁判所が判断するということが管轄の仕組み方で手当てできるのではないかと気がします。先ほど申し上げたように手続も重くなりますし、一つの手続になると閲覧などの話も一緒くたになってしまうというデメリットもあると思うので、そのあたりも含めて考えていただく必要はあるのではないかとと思います。

(委員K) 補足すると、開始決定をした後、破産であれば管財人を監督するなどがありますが、この場合は、試験養育をやっていただいて、その経過を待つぐらいなので、裁判所はそれを見て審判するだけなのではないかと思います。やはりだいぶ異質な手続ではないかという認識を持ちました。

(法務省) 第4についてはまた考えたいと思いますが、第5の問題は、同意が必要な場面で使えないことです。そういう問題があるという前提で、二段階手続に積極的な立場からみて、第5では不十分ですか。それとも、第5でもそれはそれで一步前進という評価ですか。

(委員D) 私は第5でも十分な前進だと思います。同意が得られない方に対して児童相談所に手続のルートがあるという意義は、とても大きいのではないかと思います。

(委員I) 同意がフラフラしていると、土壇場で撤回される可能性があるという問題が残りますが、それはいいのでしょうか。

(委員D) それは同意撤回期限の問題ですよ。

(法務省) 同意撤回の制限ですね。それはそれで両立するものなので、第5に加えてそういう制度を作ることはあり得ます。ただ、同意を取る手続に関して、もし第5だけが実現した場合は、2段階目は今の成立手続と全く同じものの中で同意を取っていくことになるので、例えば、自分の名前や住所が知られるのではないかといった問題が残るかもしれません。しかし、開示を制限する運用をするなどによって、ある程度その問題は解消できるかもしれません。

(委員D) 第4と第5の差が十分理解できていないので、もう少し学んでこようと思っ  
ているのですが、第5の良さは、特別養子縁組のプロセスと全く別個に、児童相談所と親との間でできるというところのメリットが非常に大きいと思っています。

(委員A) 要保護要件の判断は、同意の喪失のところではどうなるのですか。

(法務省) それはしません。特別養子縁組の成立の手続のところで行います。

(委員H) 最後の、破産手続等と平行に考えるかという話ですが、例えば再審開始決定だと、まず再審開始決定が出されてその後本案を再審理するというので、そちらの方が近いのではないかと。思いつきですが。

(委員B) 先ほどのドイツ法に関して気持ち悪いと言った話ですが、考えてみれば、ドイツ法は親権という概念そのものが基本的に廃止されています。類似法としては、子どもの心身あるいは財産が危険にさらされた場合に、両親がその危険を除去する意思を持たな

い場合もしくはその状況にない場合には裁判所は適当な措置を命じることができるとなっているので、その気がないという点は多分同じように入っているのだろうと思います。

(委員G) ドイツでは、親権の制限・喪失にかかる適当な措置の中に、親権剥奪・喪失を含めたいろいろなカタログがあって、その中で個別具体的な事情に合わせて適切な公的介入をすることが定められています。

私は、親権の喪失と養子縁組にかかる父母の同意権喪失を強くリンクさせるのではなく、どちらかという独立の手続であるべきだという方に比較的賛同しています。

(座長) ありがとうございます。今日は大変難しかったです。第3から第5までの三つを挙げてご検討いただきました。難易度としては第5が一番やりやすく、第4、第3になると困難な問題が増えてくるだろうということでした。ただ、第5についても、具体的にどのようなものを仕組んでいくかは、かなり検討する必要があります。第4は再審型というアイデアが出てきましたが、相当作り込んでいかなければいけない。ただし、第5プラス第4で考えるとすると、第5でかなりの効果があるのではないかということであれば、同意の撤回制限の問題と併せてというあたりが実際的なものかもしれません。しかし、第4もまだ捨てていないという感じでしょうか。さらにご検討いただくということにさせていただきたいと思います。

少し時間を過ぎましたが、今日はこれで散会いたします。どうもありがとうございました。