

特別養子縁組の見直しに関するその他の論点について(1)

第1 特別養子縁組と普通養子縁組の関係

5 1 はじめに

特別養子縁組は、子の利益のために特に必要があるときに成立が認められるものであり（民法第817条の7）、その成立の判断においては養子となる子の利益が慎重に判断されなければならないが、未成年普通養子縁組の成立の許可基準も、養子縁組が養子となる未成年者の福祉に合致するかどうかであるとされており¹、

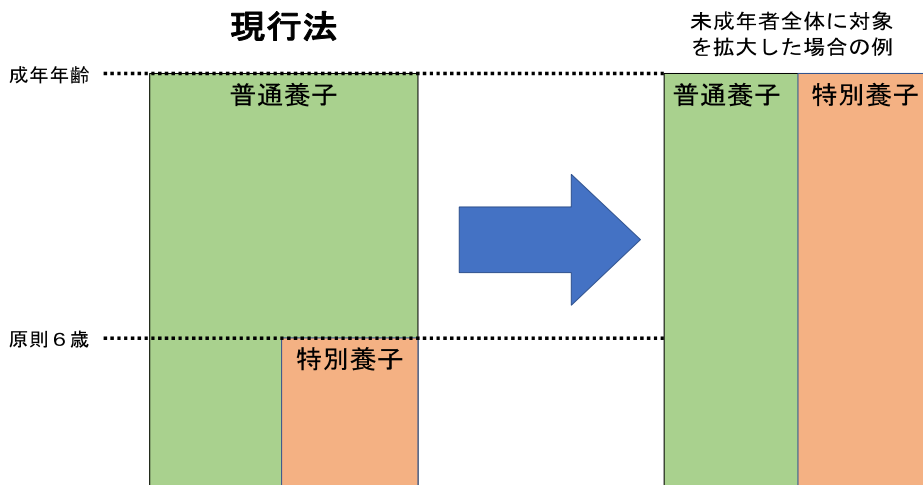
10 普通養子縁組においても未成年者の福祉が重視されている。このように、未成年者普通養子縁組と特別養子縁組の両制度は、ともに未成年者の福祉のために運用されるべきものであり、現行法において、両制度は、相互補完的に未成年者の福祉のための養子制度を形成しているものと考えられる。現行法における両者の関係については、次のように整理される。すなわち、特別養子縁組は、子の養育を

15 目的として養子縁組を行う場合のうち子の利益のために特に必要な場合に、実親子関係同様の実質的親子関係という普通養子縁組よりも密接な親子関係の形成を促進することを目的とする特別な制度であり²、この目的の達成可能性の観点から、その適用範囲（養子となる者の年齢）が限定されている。仮に特別養子縁組について養子となる者の年齢等の要件を緩和してその対象者を広げるとすると、下図

20 のとおり、特別養子縁組と未成年普通養子縁組の適用対象の重複が拡大することになるが、その場合に、両者の関係について上記のような従来の考え方を維持した上で要件を緩和するのか、特別養子縁組に従来とは異なる位置づけを与えるのが問題になる。

¹ 中川善之助＝山島正男編「新版注釈民法（24）」（有斐閣，平成6年。以下「新版注民」で引用。）238頁〔中川良延〕，松川正毅＝窪田充見編「別冊法学セミナーNo. 240新基本法コンメンタール親族」（日本評論社，平成27年。以下「基本コン」で引用。）162頁〔羽生香織〕

² 細川清「改正養子法の解説」（法曹会，平成5年。以下「細川」で引用。）83頁



2 あり得る考え方

- 5 (1) あり得る考え方として、まず、特別養子縁組は実親子関係同様の実質的親子
 関係の形成を促進するための特則であるという現在の考え方を維持することが
 挙げられる。なお、これを維持するかどうかを検討するに当たっては、「実親子
 関係同様の実質的親子関係」とは具体的にどのようなものかを検討しておく必
 10 要がある。ここでは、差し当たり、実の親子同様の生活や養育の実態があり、
 また、当事者間において互いを実の親子同様の存在と意識し、これに基づく情
 愛が形成されている関係と考える。このような関係を形成するのが特別養
 子縁組の目的であるという考え方を維持した上で、それが期待できるのは養親
 が養子を幼少のころから養育してきた場合であるという点でも現行法の考え
 方を維持する（考え方A-1）のであれば、養子の年齢要件を緩和するとしても、
 15 その引上げ幅には限界がある。養子の年齢の上限として、10歳から12歳程
 度を念頭に検討することになるのではないかな。

もつとも、実親子関係同様の密接な実質的親子関係を形成するという考え
 方を維持するとしても、この関係を形成するために必ずしも幼少期からの養育は
 必須ではないと考える（考え方A-2）ことも可能であると思われる。実親子
 20 関係同様の密接な親子関係が、ある程度高い年齢の子との間でも形成するこ
 とができるのであれば、養子の上限年齢を大幅に引き上げることも可能
 である。立案担当者も、新たな制度として特別養子縁組を導入するに当たっ
 ては妥当性が明白である場合に限り適用を認めるのが相当と考えられたと述
 べつつ、特別養子が社会的に定着し制度の理念が広く国民に理解されるようにな

れば、養子となる者の対象を拡大することも考えられると述べており³、現行法の定める6歳を過ぎれば実親子関係同様の密接な親子関係は一切形成することができないとまでは考えていなかったようである。とはいえ、実親子関係同様の密接な親子関係の形成はあくまで養子の養育を目的とするものであることからすると、成人するまでの期間があまりに短い場合は、特別養子縁組の利用に適しないと考えられる。このように考えると、例えば15歳程度まで引き上げることが考えられるのではないか。なお、考え方A-2は、実親子関係同様の密接な親子関係が形成される条件について従来の考え方を転換することになるから、立法事実として、年齢の高い子との間でも現にこのような関係が成立し得ることの論証が求められることになる⁴。

(2) 次に、実親子関係同様の密接な親子関係の形成という目的を重視しないこととすることも考えられる（考え方B）。この場合には、特別養子縁組が担う新たな目的を設定することが必要となるが、実方親族との間で相続関係や扶養の関係が解消されること自体が子にとっての一つの利益となり得ると捉え、実方親族との関係の解消自体を特別養子縁組の目的と捉えることが考えられるであろう。従来は、養親との間にどのような関係が形成されるかを重視して特別養子縁組の位置づけを理解してきたが、むしろ実方親族との関係に着目し、これを終了させることに通常の未成年普通養子縁組と異なる特別養子縁組独自の意義を見出す考え方であるともいえる。このような考え方を採るのであれば、実方親族との関係の消滅が有益であるかどうかは子の年齢とは直接関係がないから、養子の上限年齢を18歳や20歳に引き上げることも論理的にはあり得るように思われる。その場合には、未成年普通養子と特別養子の適用対象は一致し、特別養子縁組は厳格な要件の下で実方親族関係を終了させる点に特則としての意味を有することになる。

このような考え方を採るかどうかの判断に当たっては、従来は、実方親族関係の終了それ自体が子の利益になるというよりは、養親と養子との関係を深いものとするための手段であるとの説明もされてきたが、このような考え方を転換することが相当であるか、また、その理由は何かなどが検討課題になると思われる。

(3) また、立法提案の中には、未成年普通養子に対する家庭裁判所の統制を強化して成年養子との目的的分離を進め、実質的には成年養子と裁判所が関与する未成年養子（許可型普通養子と決定型特別養子）に区分された運用に近づける

³ 細川83頁

⁴ たとえば、未成年普通養子の実態を調査することにより、立法事実の有無を検証することが考えられる。

べきであるとするもの⁵がある。このような考え方を突き詰めていけば、未成年養子のうち養子の監護養育を目的とするものについては、普通養子縁組と特別養子縁組とを並立させるのではなく、両者を一本化するという考え方（考え方C）にもつながり得る（その場合には、養子の養育という目的に特化した特別養子縁組に規律の内容をできるだけあわせていくことになると考えられる。）。

もつとも、未成年普通養子縁組は、相続関係を発生させるための孫養子など様々な目的で利用されており、これを直ちに禁止することは困難であると思われる⁶から、養育以外を目的とするものを含む広い未成年普通養子が存続することを前提として、未成年普通養子のうち養育目的のものを切り出すことになるが、どのように定義づけて切り出すかなどの技術的に困難な問題がある。したがって、未成年普通養子縁組のうち養育目的のものを特別養子縁組に一本化することは直ちには困難であるものの、未成年の養育を目的とした養子縁組には、特別養子縁組に関する規律（養親候補者の適格性について裁判所が関与するか離縁が制限されているなど）が基本的に妥当であるという価値判断に立つのであれば、未成年普通養子縁組に関する規律を一部特別養子縁組に合わせる形で改正することも考えられる（この場合には、特別養子縁組は、養育を目的とする未成年普通養子縁組の中でも、実親子関係同様の密接な親子関係の形成を促進するという特別な目的を持った制度と位置付けられることになると考えられ、その意味では、未成年普通養子縁組と特別養子縁組の関係については、考え方Aによることとなると考えられる。未成年の養育という観点から付与すべき効果と実親子関係同様の密接な親子関係を形成するために付与すべき効果をどのように振り分けるかは、今後検討が必要となる。）。

(4) 前記(1)から(3)までは研究会で議論を行うための試論であり、未成年普通養子縁組と特別養子縁組の関係をどのように理解するかについてはこれらの考え方以外の考え方もあり得ると思われるし、また、(1)から(3)までが相互に並立し得ないものではない。それぞれの考え方と年齢要件の緩和の在り方の結びつきについても、前記したところと異なる考え方も十分にあり得るところである。

以上の点についてどのように考えるか。

3 関連する問題—成立について家庭裁判所の許可を要する未成年者普通養子縁組の範囲について（民法第798条ただし書）

(1) はじめに

民法第798条は、未成年者を養子とするには原則として家庭裁判所の許可を得なければならないとしつつ、同条ただし書において、例外的に自己又は配

⁵ 床谷文雄「養子法」中田裕康編『家族法改正』（有斐閣、平成22年）85頁

⁶ ただし、未成年普通養子縁組のこのような利用の在り方に対して疑問を示す見解もあり、これらの目的の達成方法を養子という形で認めることが適切か否かについては議論の余地がある。

偶者の直系卑属を養子とする場合には家庭裁判所の許可を要しないこととして
いる。その趣旨は、自己又は配偶者の直系卑属を養子とする養子縁組において
は、未成年者の福祉に弊害を及ぼす危険性が少ないと考えられたことによる。
5 なお、平成28年において、養子縁組の届出件数は7万8910件⁷、養子をす
るについての許可申立事件の新受件数は1075件（既済件数は1092件、
うち認容件数は744件、却下件数は39件、取下件数は297件）であった⁸。
上記の養子縁組の届出件数は成年養子縁組も含むが、そのことを考慮しても、
未成年養子のうち大多数は同条ただし書に基づいて同意が不要とされているも
のと考えられる⁹。

10 しかし、民法第798条ただし書については、養親となろうとする者が自己
又は配偶者の直系卑属を養子とする場合に、未成年者の福祉に弊害を及ぼすお
それが少ないということは全ての場合にいえるのかという観点から、立法論上
強い批判が存する¹⁰とされている。具体的な立法提案としても、未成年養子縁組
15 については全て家庭裁判所の許可を要することを提案するものがある¹¹。この見
解は、未成年養子縁組が要保護児童のための養子縁組という実質を失っている
と指摘し、養子縁組がされたのに実際には実親による監護関係が変わらないと
いう縁組があること、非断絶型の普通養子縁組があることから帰って安易な連
れ子普通養子が行われている危惧があるとして、未成年養子である限りは、全
て家庭裁判所の許可の対象とすべきであるとする。

20 前記のとおり、未成年普通養子に対する家庭裁判所の統制を強化して、裁判
所が関与する未成年養子（未成年普通養子と特別養子）と成年養子との目的
的分離を進めるという考え方がある。このような考え方を採用するのであればも
とより、そうでないとしても、未成年普通養子縁組と特別養子縁組は相互補完
的に未成年者の福祉のための養子制度を形成しており、いずれも子の福祉を目
25 的とする点で共通することからすると、特別養子については縁組が子の利益に
適合しているかどうかについて全件について裁判所の判断が介入することに鑑
み、普通養子縁組についてもこれと整合的な規律とする観点から、未成年普通
養子縁組に対する家庭裁判所の関与を拡大することが考えられる¹²。

⁷ 法務省「平成28年民事・訟務・人権統計年報Ⅱ戸籍・供託・登録免許税編」12頁

⁸ 最高裁判所事務総局「平成28年司法統計年報3家事編」10～11頁

⁹ この点については更に調査をすることが考えられる。

¹⁰ 新版注釈民法248頁〔中川良延〕は、民法第798条ただし書の例外規定はなるべく限定的に解すべきであり、例えば、この例外には死亡配偶者の直系卑属を養子とする場合を含まないという戸籍実務の取扱い（昭和24年2月4日民事甲3876号回答）は、当然のことでありながら妥当なものであるとする。

¹¹ 床谷97頁，99頁以下

¹² 明治民法の起草時から存在する代諾縁組に対する疑念を解消するという観点からも、このような対応が必要であるとの指摘もある。

当研究会においても、こういった批判等を踏まえ、特別養子縁組との均衡上も、裁判所の許可を要する範囲を拡大することを検討してはどうかとの意見があった。

(3) 検討

5 民法第798条ただし書の見直しの要否について、自己の直系卑属を養子とする場合と、配偶者の直系卑属を養子とする場合とについて、それぞれ検討する。

ア 自己の直系卑属を養子とする場合について

10 自己の直系卑属を養子とする場合として、典型的なものとしては、①子の親権者が欠けた場合に、祖父母が親権者となって孫を養育するために行われるもの、②節税目的で孫等の直系卑属を養子にするもの¹³、嫡出でない子に嫡出子としての身分を与えるために行われるものなどが考えられる。

15 まず、①の養育目的の養子縁組であれば、未成年者の福祉に弊害を及ぼすおそれは比較的少ないといえるかもしれない。しかし、祖父母であれば常に親権者として適切であるということはできず、その養育意思や養育能力を家庭裁判所に判断させるべきとの考え方はあり得るように思われる。

20 一方、②の節税目的の養子縁組は、問題がより大きい。すなわち、このような場面では、祖父母と養子縁組をしたにもかかわらず、実際には引き続き父母に養育されている事例も相当数あるものと思われる。一般的に、未成年者にとって親権者が身近にいない環境で養育されることは、適時の適切な監護を受けられないおそれがあり、全寮制の学校に入学する等の特別な事情がない限り、未成年者の福祉には合致しないように思われる。そうすると、節税目的の未成年者普通養子縁組は、未成年者の福祉の観点からは望ましくない場合が多いとも考えられる。しかしながら、この点については、養子縁組
25 によって、養子は祖父母の遺産を相続する権利を得ることとなり、経済的には養子の利益となっていることをどのように評価すべきかを考える必要がある。仮にそのことをもって未成年者の福祉に合致しているといえるのであれば、このような養子縁組は一般的に子の福祉に合致するといえるとの評価も可能であるかもしれない。家庭裁判所の許可の位置付けと併せて検討する
30 必要がある。

また、この点を改正するとした場合、現在、自己の直系卑属を養子とすることが一般的に広く行われているのだとすれば¹⁴、仮にそれを病理的な現象

¹³ 一般的に、孫を養子とすることによって、①相続税の基礎控除額の増加、②生命保険の非課税枠の増加、③退職手当金の非課税枠の増加、④直接孫に相続させることによる相続税の回避等のメリットがあると指摘されている。

¹⁴ 未成年者の普通養子縁組について、実態調査の必要性を検討する必要がある。

だとみても、その改正については社会的な影響を慎重に判断する必要がある。仮に裁判所の許可を要する未成年養子の範囲が大幅に拡大した場合には、これに伴って当事者等が負担するコストも大幅に増加することとなるから、そのコストに見合うだけの必要性が認められる場合に限定すべきである。

5

イ 配偶者の直系卑属を養子とする場合について

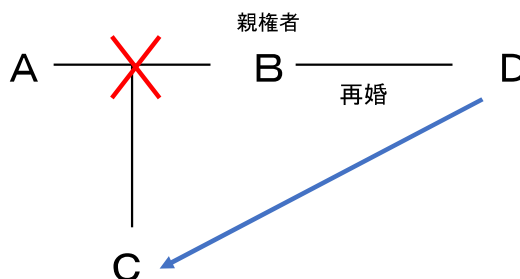
配偶者の直系卑属を養子とする場合については、仮に家庭裁判所が許可せずとも、当該子は養親候補者と生活を始めることになると思われることから、家庭裁判所が不許可とする実益に乏しく、許可を要することとする必要性は

10

しかしながら、例えばA B夫婦が子Cを設けた後、BをCの親権者として離婚し、その後BがDと再婚した上でDとCとの間の養子縁組が成立する（この養子縁組の成立に当たっては裁判所の許可は不要である。）と、Cにつ

15

いてはBとDが親権を行使することとなるが（民法第818条第2項、第3項本文）、親権者変更の審判は子が単独親権に服している場合に限って許されると解されている¹⁵から、仮にB及びDによる親権の行使が不適切であったとしても、AはもはやCについての親権者変更を申し立てることができないことになる（東京高裁決定昭和48年10月26日判時724号43頁など）。



20

仮にB及びDが親権者として不適切である場合には、親権者をAに変更することがCにとっての福祉に適する場合も考えられることから、DC間の養子縁組については、B及びDによる監護意思及び監護能力を家庭裁判所に審査させるべきとの考え方もあり得るように思われる。

25

なお、この点については、代諾養子縁組について、親権及び監護権を有しない親についても承諾を得なければならないとすることで、上記の例であればAの承諾をもって、子の福祉に合致することを担保するという方法も考え

¹⁵ 於保不二雄＝中川淳編「新版注釈民法（25）」〔改訂版〕（有斐閣，平成16年）47頁〔田中通裕〕

られるように思われる。

この点について、どのように考えるべきか。

第2 特別養子の年齢要件を引き上げた場合に養子自身の意思を考慮する方法を見直すことの要否

1 問題の所在

現行法において、養子となる者の同意は、特別養子縁組成立の要件とされていない。これは、養子となる者が8歳未満と低年齢であるため、法律上意味のある判断能力を有しないためであると説明されている¹⁶。仮に養子となる者の年齢要件を引き上げる場合にはこのような前提が崩れるため、新たに養子の意思を確認する制度を設けるかどうかを検討する必要がある。

2 検討

(1) 15歳以上の子について

普通養子縁組では、養子となる者が15歳未満である場合には、その法定代理人が代わって承諾をすることができる（民法第797条第1項）が、逆に、養子となる者が15歳以上である場合にはその者自身の承諾が必要である¹⁷。

特別養子縁組は、実方親族関係が終了するなど、普通養子縁組に比べても養子となる者の身分関係により重大な影響を及ぼすものであるから、仮に、特別養子縁組において15歳以上の者を養子とすることができるという改正をするのであれば、普通養子縁組とのバランス上、養子となる者が15歳以上の場合にはその同意を要件とする必要があると考えられる。

(2) 15歳未満の子について

普通養子縁組の許可の審判においては、養子となる者が15歳未満の場合、その意思を確認することは必要的ではない。これは、15歳未満の子については、自らの認識を表現したり意向等を表明したりする能力を一律に具備しているとはいえないからであると説明されている¹⁸（もっとも、個々の子の発達の程度に応じて意見聴取が適当であると判断される場合には、家事事件手続法第65条の規定に基づいて意見聴取を行うことになる。）。

このような考え方を前提とすると、特別養子縁組において養子となる者の年齢要件を緩和する場合であっても、15歳未満の子については、その同意を法律上の要件とすべきではなく、家事事件手続法第65条の規定に委ねるのが相当であると考えられる。

¹⁶ 細川44頁

¹⁷ このほか、身分法上、15歳という年齢が一つの基準として用いられている（民法第791条第3項、第811条、第961条等参照）。

¹⁸ 金子修「逐条解説家事事件手続法」（商事法務、平成25年）224頁

これに対し、現実の立法提案¹⁹の中には、普通養子縁組と特別養子縁組のいずれについても「養子となる者が12歳に達しているときは、その同意を得なければならない。」というものがある。同見解は、現行法上15歳は遺言や子の氏の変更とともに、身分行為能力の1つの標準とされている年齢であるが、養子縁組については、実質的に養親となる者の縁組の意思に同意するかどうかと

5

いうことであるので、12歳に達した者には、自己の意見を表明する主体性を認めるべきであると説く²⁰。

これに対しては、特別養子縁組は実方親族との関係を終了させることになるから、同意するかどうかを子に判断させることは子にとって困難な選択を迫ることになりかねず、また、養親候補者や実親からの働きかけを誘発し、子を困難な立場に置くこともあり得るから、普通養子についての同意が必要とされる年齢の引下げ以上に慎重な検討が必要であると考えられる。

10

なお、仮に12歳に達した者については特別養子縁組に対する同意を得る必要があるとの考え方を採った場合には、特別養子縁組のほか、未成年普通養子縁組についても12歳に達した者の同意を要するものと改める必要がある。また、離縁や氏の変更の届出など、養子縁組以外の身分法上の行為についても、これらの行為をすることができる年齢を12歳まで引き下げる必要がないか、検討する必要がある。

15

これらの見解を踏まえ、15歳未満の子について、子の同意を要件とすることや、子の陳述の聴取を義務化するなど、普通養子縁組及び特別養子縁組の規律を見直すべき点はないか。

20

第3 実親の同意不要要件の明確化

1 はじめに

特別養子縁組は、原則として父母の同意がなければ成立させることはできないが、「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」は、父母の同意を要しない。この同意不要要件については、文言が抽象的であり、どのような場合に同意を不要と認めるべきかが必ずしも明らかではないとの指摘がある²¹。

25

¹⁹ 床谷105頁

²⁰ 床谷98頁。ただし、特別養子縁組については、実父母等との親族関係の終了という縁組の効力については理解して同意をする年齢としては、12歳は低すぎるようにも思えるとする(床谷106頁)。

²¹ 原田綾子「特別養子縁組の要件としての父母の同意—親の意思と子の利益の調整に関する一考察—」 棚村政行=小川富之編『中川淳先生傘寿記念論集 家族法の理論と実務』291頁(日本加除出版, 2011年。以下「原田」で引用)。特に298頁。

本研究会においては、同意の撤回制限や二段階手続論について取り上げてきたが、これらの論点は、実親の同意が撤回されることによって生ずる問題を解決する点にその目的（の一つ）があった。しかし、特に児童虐待事案を念頭に置くと、そもそも実親の同意を要しない場合が多いと考えられ、そうであるとすれば、
5
そもそもその同意の撤回について検討する必要はないはずである。そのような事案でも同意の取得及び同意の撤回が問題になるのは、実際には同意が不要であるにもかかわらず、その要件を充足するかどうかの予測が困難であるために、念のために実親の同意を取得しようとする結果であると考えられる。したがって、同意の取得や撤回に関する問題を解決するため、同意の撤回に制限を加えることや
10
二段階手続論に加えて、どのような場合に実親の同意を要しないかを明確にすることが一つの方策となり得る。同意の撤回制限や二段階手続論が仮に導入されてとしても、事前に同意を取得することには労力を要すること、二段階手続によって手続上の負担も大きいものになることを考えると、これらの方策とは別に、同意不要要件を明確化することができれば、意義があるものと考えられる。

2 同意不要の趣旨

民法第817条の6ただし書が実親の同意を不要としている趣旨については次のように説明されている。すなわち、実親の同意は、子の利益の保護及び父母としての地位を保護するために与えられたものであるが、同意不要要件がある場合には、父母は消極的又は積極的に子の利益を害しているものといえることができるから、このような場合に父母の同意を要件とするとかえって子の利益を害する結果となるし、このような場合には父母自身の利益よりも子の利益の保護を重視して差し支えないというものである²²。この同意不要要件については、その理論的な根拠を権利濫用に求めるものがある²³。

3 虐待

父母による虐待とは、父母が養子となる子を身体的、精神的に苛酷に取り扱うことをいうとされる²⁴。

虐待については、どの程度の虐待であれば同意不要要件に該当するかの判断自体が困難である上、虐待の存否も争いになることが多いと考えられることから、虐待の程度を明確にしたとしても、同意不要要件の存否についての予測可能性を高めることは困難である。そこで、仮に同意不要要件のうち虐待を明確化するとすれば、例えば、養子となる者の生命や身体を侵害する犯罪によって有罪判決を受けた場合（その範囲を、例えば懲役以上の刑を受けた場合などに限定することも考えられる。）などとすることが考えられるが、どのように考えるか。また、こ

²² 細川95頁

²³ 原田300頁

²⁴ 細川96頁

のほか、虐待の要件を具体化する方策としてどのような方法が考えられるか。

4 悪意の遺棄

悪意の遺棄とは、養子となる子の親権者又は監護者である父母²⁵が正当な理由がないのに子を放置して、著しく監護養育の義務を怠ることであるとされる²⁶。近時の学説には、悪意の遺棄には、①実親が第三者に養育を委ね、子を放置している場合と、②子を物理的にどこかに捨てたり置き去りにしたりした場合が含まれると指摘するものがある²⁷。

悪意の遺棄について明確化を図るとすれば、上記①のケースを念頭に置いて、例えば、子の所在を知っているにもかかわらず、一定期間にわたって面会に来なかつたり、連絡を取ることをしなかつたりする場合には、同意を不要とすることが考えられる。その際、親が子を放置した期間については、同意不要という重大な結果をもたらされることを考えると、年単位の期間（例えば1年など）を規定することが考えられるが、どのように考えるか。また、子が里親委託されている場合や、離婚した元配偶者が監護している場合についても同様の要件で同意を不要とすると、非監護親が同意権を失わないようにするためには監護者に連絡を取る必要が生ずるが、監護者である元配偶者がDVの被害に遭ったことがある場合など、非監護親による連絡がかえって子の利益に反する場合があります。そのほか、面会に来ないとか連絡を取ることができないなどの事由に正当な理由がある場合も考えられ、妥当な結論を導くには「正当な理由なく」などの要件を付加する必要があるようにも思われるが、このような規範的な要件を付加すれば、結果的に同意不要要件の充足についての予測可能性を低下させるとも考えられる（もっとも、この点を考慮したとしても、結論の予測可能性はある程度は向上するようにも思われる。）が、このような要件を付加することの可否についてどのように考えるか。

以上に対し、上記②については、客観的に立証が容易な形で同意が不要な類型を抽出するのは困難であるように思われ、個別の事案における裁判所の判断に委ねるのが適切ではないか。

5 養子となる者の利益を著しく害する事由

(1) 養子となる者の利益を著しく害する事由とは、虐待、悪意の遺棄に比肩するような不当な事情がある場合、換言すれば、父母の存在自体が子の利益を著

²⁵ ただし、原田313頁は、親権者又は監護者でない親であっても、子が要保護状態となって第三者に預けられたり施設や里親に委託されていることを知りつつ、その子との関係をつなぐための行動を取らず、引き取って育てるための努力もしない場合は悪意の遺棄があり得ると指摘する。

²⁶ 細川96頁

²⁷ 原田312～313頁

しく害する場合であるとされる²⁸。

(2) 同意不要要件を充足するとして、実親の同意なく特別養子縁組の成立を認めた審判例としては、次のようなものがある。

ア 福岡高裁決定平成3年12月27日判タ786号253頁は、実母の同意なく特別養子縁組を成立させる審判をした事例である。実母は前夫と離婚後、クラブのホステスやパチンコ店店員と勤務しながら子2人を養育していたが、別に妻子のある実父との間で事件本人を妊娠し、出産した。実母は事件本人を里子に出すことを希望し、事件本人はいったん養護施設に入寮したが、実母はその後実父に対して事件本人の養育費等を請求する調停の申立てをし、児童相談所に対して事件本人を引き取る意向を示した。約2年後、実母と養親候補者夫婦は、双方が特別養子縁組の成立に協力する旨の念書を作成し、これを受けて、養親候補者夫婦が事件本人を引き取って特別養子縁組成立の審判を申し立てた。実母は前夫の連帯保証人となっていたことから借金の取立てに困り、姉を頼って前夫との子一人（もう一人は既に前夫の両親に引き取られていた。）とともに転居し、食品販売の仕事に従事しているが、仕事は不規則で、姉に前夫との子の面倒を見てもらっている。前夫との子は国民健康保険に加入しておらず、児童扶養手当の受給手続も取られていない。実母は、家庭裁判所調査官の呼出しに連絡しないまま出頭せず、時日を遷延させただけでなく、養親候補者らに対し、同意を得たいのであれば金銭の貸与等が必要であるかに受け取れる言動をし、これを拒否された後、同意撤回の意思を明確にした。裁判所は、以上のような事実を認定した上で、同意を撤回して事件本人を育てていくという意向が真意に基づくものであるか、またその決意の程度と持続性について大いに疑問があり、事件本人の福祉という観点から客観的に見れば、この事案は、事件本人の利益を著しく害する事由がある場合に該当すると判断し、特別養子縁組を成立させた。

イ 東京高裁決定平成14年12月26日家月55巻6号112頁上記東京高決は、実母の同意なく特別養子縁組の成立を認めた原審（長野家裁松本支部審判平成14年9月27）が示した理由のみでは、養子となる者の利益を著しく害する事由があるとは認められないと判断した事例である。

事件本人は実母の婚姻中に出生したが、実母とその夫は関係が悪化してお

²⁸ 細川96頁、東京高決平成14年12月26日家月55巻6号112頁。なお、立案担当者は、同意をしないことが同意権の濫用と認められる場合にも民法第817条の6ただし書の適用があるとし、その例として、親権及び監護権を有しない実父が子の監護養育について無関心であったにもかかわらず、実母らへの嫌がらせや金品の要求のために同意を拒絶する場合を挙げる。しかし、これが「養子となる者の利益を著しく害する事由」に該当すると考えているのか、同条ただし書以外に同意権の行使について民法第1条3項の制約があると考えているのかは明らかでない。

り、夫は事件本人は第三者の子であるとして特別養子縁組に積極的であった。実母は特別養子縁組に消極的であったが、その父母の説得もあっていったん同意し、事件本人は、生後約3週間後に里親会の仲介で養親候補者夫婦に預けられた。養親候補者が特別養子縁組の申立てをしたところ、実母は、同意の約1年8か月後、家庭裁判所調査官に対して特別養子縁組に同意しない旨を伝え、同意撤回書を送付した。なお、実母は音楽教師等として稼働しており、長女及び次女を養育している。

原審は、実母は事件本人を引き取る意向を表明したものの、自身の離婚問題を優先させて引取りの目処は立たない状況になっており、未成年者の監護を事実上放棄しているものと見ざるを得ないこと、申立人夫婦による監護実績があり、実質的親子関係が形成されていること、監護環境を激変させた場合に事件本人に大きな心の傷が生じる懸念があることなどを指摘し、審判時点で2歳9か月になった事件本人を実母が引き取って適切な監護養育を行うのは現実的には難しいとみられる中で、実母が安定した監護環境を用意せず、かつ明確な将来計画も示せないまま、将来の引取りを求め続けることは事件本人の生活を不安定にし、その健全な成長に多大な悪影響を及ぼすとして、養子となる者の利益を著しく害する事由があると判断した。

これに対し、東京高裁は、原審が説示するところの、安定した監護環境を要し得ず、かつ明確な将来計画を示せないまま、将来の事件本人の引取りを求めているということをもって、直ちに同意不要要件に該当するということとはできないなどとして、原審を取り消した。

差戻審（長野地裁松本支部審判平成15年5月27日²⁹）は、実母と夫との婚姻関係がどうなるのかは不明であり、その進展によっては実母の両親の協力が期待できないおそれもあること、事件本人と夫との親子関係の存否に決着がついておらず、その進展によっては本件についても重大な影響を及ぼすおそれがあるが、いたずらにその推移を待つのは相当でないこと、実母は、夫との離婚成立までは養親候補者に監護養育をしてもらいたいと考えていたのであり、結果として養親候補者による監護養育を是認してきたといえることなどを指摘し、事件本人の養育環境を整備しようとする実母の意欲は十分ではなく、監護養育態勢の整備にはなお相当の時間を要する状態にあるから、養親候補者下での生活環境から事件本人を離脱させること自体が事件本人の福祉に照らして重大な影響を及ぼすものであるばかりか、実母が事件本人との円満な親子関係を形成することは困難であるとして、実母の監護の下に

²⁹ 判例集未登載。内容は、一連の手続の養親候補者ら代理人の論文である高橋聖明「特別養子縁組における実父母の同意について—東京高裁平成14年12月16日決定（家裁月報55巻6号112頁）を担当して—」によった。

置くことは事件本人の幸福の観点から著しく不当であって、その健全な成長の著しい妨げになると判断したとのことである（その後抗告棄却、確定）。

ウ 青森家裁五所川原支部審判平成21年5月21日は、実父の同意なく特別養子縁組を成立させる審判をした事例である。事件本人は、生後11か月頃、風邪のために実母方祖父母に連れられて病院で受診したところ、体重が少なく、必要な予防接種を受けていなかったことから児童相談所に通報され、乳児院入所を経て申立人夫婦に里親委託された（その後、審判時点まで約5年間申立人夫婦が養育）。なお、事件本人の実兄も事件本人出生前にネグレクトで通報され、別の里親に委託されている。実父母は事件本人出生の翌年離婚し、実母が事件本人の親権者となったが、実母は特別養子縁組に同意している。実父は、再婚相手及びその間に生まれた子らと転居を繰り返しながら、派遣会社やガソリンスタンド等で稼働しており、事件本人を引き取ることを希望して、特別養子縁組に同意していない。裁判所は、事件本人やその実兄、実父と再婚相手との間に生まれた子について児童養護施設への入所や里親委託等がされていること、実父は事件本人を引き取るための手続をしていないこと、家庭裁判所調査官の出張調査に応ぜず審判期日にも出頭しないことなどを指摘した上で、事件本人を申立人夫婦の家庭から引き離すことは事件本人の福祉に沿わない反面、実父の監護状況には問題があり、実父の不同意は事件本人の安定的な生育環境を阻害する結果をもたらしかねないもので、同意権の濫用に当たるとし、これらの事実関係は事件本人の健全な生育の著しい妨げとなるもので、その利益を著しく害する事由がある場合に該当すると判断した。

(3) 明確化の方向性

前記(2)記載の裁判例によると、養親候補者による養育環境、実親が養子となる子を引き取った場合の監護態勢、実親の養育意欲の程度、養親となる子の環境を変化させることの影響等を考慮して、個別の事案を前提とした判断を行っており、従来の裁判例から、同意不要が認められるための客観的な類型を抽出することは困難であるように思われる³⁰。

必ずしも虐待又は悪意の遺棄に該当しない事由で、類型的に実親の同意を不要とすべき事由として考えられるものはあるか。

³⁰ 「養子となる者の利益を著しく害する事由」のうち客観的に明確化することができない事由が残ることは不可避であるが、このような事由については、他の要件の存否の判断に立ち入る前に同意不要要件の存否を先行的に判断する手続を設けることによって予測可能性を高めることが考えられる。