

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中間報告書
(第1稿(1))

目 次

5	第1	総論	2
	第2	養子となる者の年齢要件について	2
	第3	実方父母による同意の撤回の制限について【P】	2
	1	はじめに	2
	2	立法当時における議論	3
10	3	近時における議論	4
	4	検討の方向性	5
	5	具体的な制度設計	6
	第4	特別養子縁組の成立手続（申立権者を含む。）について	6

15

第1 総論
準備中

第2 養子となる者の年齢要件について
5 準備中

第3 実方父母による同意の撤回の制限について【P】

- 10 1 実方父母が特別養子縁組に対する同意を裁判所に対して書面を提出することによってした場合又は審問期日においてした場合は、その同意の撤回は、一定期間内にしなければ効力を生じないものとしてはどうか。
- 2 上記1の期間は、同意の日から一定期間が経過するまでとし、その期間としては、下記の第1案又は第2案のいずれかとしてはどうか。
- 第1案 60日間
第2案 30日間
- 15 3 上記1の規律によって撤回が制限される実方父母の同意を子の出生後一定期間後にされたものに限定するかどうかについて、更に検討してはどうか。

(補足説明)

- 1 はじめに
- 20 民法第817条の6は、特別養子縁組の成立には養子となる者の実方父母の同意がなければならないとしている。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
- 25 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¹。
- 30 同意の撤回については何ら制限がなく、実方父母は、いったん特別養子縁組に同意した場合においても、特別養子縁組を成立させる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」と解されている（東京高等裁判所平成2年1月30日決定・家月42巻6号47頁等）²。しかし、これについては、養親とな

¹ 細川86頁

² 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ことを妨げられない。」とする。

る者の下で養子となる者の養育が開始され、試験養育期間等を経て養親となる者と養子となる者との間での信頼関係が構築されたにもかかわらず、その後実方父母が同意を撤回すると、それまでの特別養子縁組に向けた努力が無駄なものとなるおそれが高いとして、実親の同意の撤回を制限すべきであるとの指摘がされるに至っている。

5 (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。」

20 2 立法当時における議論

実方父母の同意の撤回を制限することの可否については、現行法の立法当時にも議論がされた。すなわち、外国の立法例には、縁組成立の審判の申立て後は同意の撤回を禁止するもの、縁組成立の審判の申立て後一定期間内に限り同意の撤回を許すものがあり、このような制度は、既に申告している縁組の手続を実方父母の意思で覆滅することは相当でないことや同意の撤回により子の利益を害する可能性があることなどを理由とするものであって相当の合理性があるものと考えられたことから、中間試案においても同様の制度を検討することとされていた。しかし、最終的には、以下の理由により、撤回制限は導入されないこととされた³。

① 実方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、家事事件手続法第166条第1項による審判前の保全処分により試験養育の継

³ 細川94頁以下

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

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、縁組あっ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。

3 近時における議論

(1) 学説

近時の学説や立法提案には、実方父母の同意の撤回について一定の制限を課そうとするものがみられる⁴。その根拠として、実方父母の同意に基づいて養親となる者が養子となる者の養育を開始し、その後に実方父母が同意を撤回すると、養親となる者が縁組への期待を裏切られ、養子となる子にとっても養親となる者との間で形成されつつあった実質的な親子関係を失うことになることなどが挙げられている。

(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。

他方、この案に対しては、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

⁴ 鈴木博人「福祉制度としての養子制度—特別養子縁組の父母の同意を手がかりにして—」法学新報104巻8・9号371頁（平成10年）特に420頁、湯沢雍彦編著「要保護児童養子斡旋の国際比較」（日本加除出版、平成19年）318頁、岩崎美枝子「わが国における養子制度の実情—養子縁組斡旋の現場からよりよい特別養子法の改正を願って—」家族（社会と法）第25号46頁（平成20年）特に55頁以下、床谷文雄「養子法」中田裕康編『家族法改正』85頁（有斐閣、平成22年。以下「床谷」）特に105頁、108頁、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『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、平成23年）特に316頁以下

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。

5 4 検討の方向性

前記のとおり、実方父母の同意の撤回の制限については、立法時に議論がされたものの、最終的には導入が見送られた。しかし、その後30年間の実務を踏まえて、実方父母の同意の撤回を制限することを検討すべきであるとの指摘がある。公表された裁判例においても、実方父母の同意が特別養子縁組の成立の審判の申立て後に同意が撤回された例は見られ（東京高決平成元年3月27日家月41巻9号110頁，東京高決平成2年1月30日家月42巻6号47頁，福岡高決平成3年12月27日判タ786号253頁，東京高決平成25年5月27日判タ1392号222頁），このような場合には、試験養育を経て養親となる者と養子となる者との間での信頼関係が構築されていたにもかかわらず、これに向けた努力が無に帰することとなるおそれがあるうえ、養子となる者の養育環境に大きな変動をもたらす、その利益を害することとなりかねない。

そこで、立法当時に議論された問題点について改めて検討すると、次のように考えられる。まず、親としての地位を失う実方父母の意思の尊重（前記2①）については、実方父母の利益を軽視することはできないものの、自らがいったん特別養子に同意したことに基づいてその手続が開始された場合には、これに伴って他の者（特に子）の利害関係も変動することとなるから、これに配慮して実方父母の利益が一定程度制約を受けることはやむを得ないとも考えられる（ただし、後述のように、このような不利益を課すためには、同意が慎重な手続を経た上でのものであることが前提となる。）。同意不要類型の該当可能性（前記2②）については、これによって一定の対処がされ得ることはそのとおりであるが、同意の撤回がされた全ての事案が同意不要類型に該当するということはできず、これによって全ての問題が解決するということとはできない。手続初期における判断資料の収集可能性（前記2③）については、同意の撤回制限はあくまで実方父母の同意の要件に関する規律であるから、手続初期において要保護性要件や必要性要件についてまで縁組の相当性を判断する資料までは必要ないという考え方もあり得る。縁組が不成立に終わった場合の新しい養親とのマッチング（前記2④）については、日本法においては、同意の撤回制限によって親権の喪失が生じるわけではないから、必ずしも妥当しない。以上によれば、前記①から④までは必ずしも決定的な根拠ではなく、実方父母による同意を親としての地位を失う実方父母と他の関係者（特に子）との利害をどのように調整するかが問題であると考えられる。

当研究会においては、前記のとおり実方父母による同意の撤回に積極的な考え方も主張されたが、他方で、これに対して慎重な考え方も主張された。すなわち、実方父母の同意を得る際に十分な説明がない限り、撤回制限は基本的に設けるべきではないというものである。養子となる者及び養親となる者の利益に配慮して
5 実方父母の同意の撤回に制約を課するのであれば、両者の利害を適切に調整するために、この主張が指摘するように、実方父母の同意の取得の在り方について検討する必要があると考えられる。

以上を踏まえると、実方父母の同意を得るに当たって、実方父母が特別養子縁組の効果を十分に理解した上で真意に基づく同意をすることができる環境を整備
10 した上で、このような環境の下で特別養子縁組に対する同意がされた場合には、その同意の撤回を制限することを検討すべきである。

5 具体的な制度設計

資料 8 - 2 において検討

15

第 4 特別養子縁組の成立手続（申立権者を含む。）について

準備中