

中間報告書の取りまとめに向けた補充的検討(1)

第1 実方父母による同意の撤回について

5 1 撤回が制限される同意の要件

(1) 裁判所の面前での同意

当研究会においては、実方父母の同意の撤回を制限するためには、同意は家庭裁判所の面前でされなければならないという考え方が示された。

10 特別養子縁組成立の審判が申し立てられた場合には家庭裁判所調査官による調査が行われるが、調査事項には実方父母の同意が含まれており、その調査方法は次のようなものであるとされている。すなわち、家庭裁判所調査官は家庭裁判所において実方父母と調査面接をし、養子となる者を養育することができない事情、生活状況、経済状況を聴取し、特別養子縁組制度について説明をした上で、実方父母が特別養子縁組に同意している場合には、面前で同意書を作成させるというものである¹。このように、家庭裁判所調査官による説明を経た
15 上でその面前で実方父母が同意をする場合には、実方父母は同意の効果を十分理解した上で同意するかどうかを慎重に判断することができると考えられるから、その撤回が一定程度制約されることになったとしてもやむを得ないと考えられる。また、審問期日において家事審判官の面前で同意がされた場合も、同様であると考えられる。そこで、実方父母が家庭裁判所調査官の調査に対して同意をした場合又は審問期日において同意をした場合には、同意の撤回について一定の制約を課す方向で検討することができるのではないか。なお、前者の場合には、同意を公証する方法がないから、現在の実務を踏まえて同意を書面でしなければならないこととすることが考えられる。

25 (2) 公正証書による同意

裁判所に対する同意について撤回制限の効果を設けるとしても、この同意は特別養子縁組成立の審判を申し立てた後でなければ利用することができない。したがって、特別養子縁組成立の審判申立て前に実方父母の同意に基づいて養親となる者による養育が開始され、養子となる者との間の愛着形成が進行している場合には、裁判所に対する同意の撤回制限のみによっては、養親子間の信頼関係が一定程度形成された後に同意の撤回がされるという事態を完全には回避することができない。そこで、当研究会では、特別養子縁組成立の審判申立

¹ 小沢久美子「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」家族〈社会と法〉第25号73頁（平成20年）特に74頁、77頁

ての前の同意についても、丁寧なカウンセリングを条件としてその撤回を制限することが考えられ、その方法として、審判申立て前の同意は公正証書によることとした上で、その撤回を制限するという考え方が述べられた。

しかし、厚生労働省研究会においては、同様の考え方に對し、当事者の負担が過大になるとの指摘があったところであり、また、当研究会においても、公正証書でされた同意について撤回を制約することに対して否定的な見解も複数述べられた。

以上を踏まえて、特別養子縁組に対する同意が公正証書によってされた場合にその撤回を制限するかどうかについて、どのように考えるか。

2 実方父母の同意の時期

実方父母の同意の時期については、現行法上特段の規律はない²。しかし、諸外国の法令においては、子の出生後一定期間は同意を得ることができないこととする例がある³。また、厚生労働省検討会において示されたアンケート結果においては、実親が当初特別養子縁組に同意していたが出産等を契機として心変わりしたというケースが報告されており、出産直後は特別養子縁組に同意するかどうかについて実親の心情が揺れ動くことがあることがうかがわれる。

立案担当者によれば、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説明されている⁴。厚生労働省アンケートのような事案があることを踏まえると、同意の撤回を制限することが正当化されるのは、出生後一定期間経過後に慎重に検討する機会を付与した上でされた同意に限定すべきであるとも考えられる。

これに對し、日本には、藁の上からの養子の事例にみられるように、生後すぐに子を引き渡すという例が古くから存在しており、実父母が子の出生後養育意思を全く有していない場合には養子縁組を認めてよいという考え方もある⁵。このよ

² ただし、出生前にした同意は無効であると解されている。

³ 例えば、ドイツでは生後8週間、スイス法では生後6週間、実親は養子縁組に同意することができないとされているとのことである（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108頁）。また、フランスでは2か月（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），米国カリフォルニア州では30日間（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317頁）とされているとのことである。

⁴ 細川93頁

⁵ 床谷108頁

うな考え方によれば、出生前又は出生直後にされたということのみを理由として撤回制限を否定すべきではないことになる。

以上を踏まえて、実方父母が同意をすべき時期に関する規律を要するかどうかについて、どのように考えるか。

5

3 同意を撤回することができる期限

10 (1) 仮に同意の撤回に制限を加える場合には、いったん同意をすれば直ちに撤回することができなくなるとすることも考えられる。しかし、実方親族関係の終了という特別養子縁組の効果の重大さ及び同意の撤回の制限という効果の重大さに照らせば、直ちに撤回することができなくなるとするのは相当ではないと考えられる。そこで、同意後にも撤回は可能であることとしつつ、撤回することができる期限を画することが考えられるが、その方法として、①同意をした日から一定の日数によってその期限を画するという考え方と、②特別養子縁組の成立に向けた手続の進捗状況によってその期限を画するという考え方があり得ると思われる。

15

20 (2) 同意の撤回に制限を課す根拠が、手続が進捗して養親となる者と養子となる者との間に信頼関係が生じた後にこれを原状に復することが養子となる者の利益に反する点にあるとすると、同意をすることができる期限は、同意後の日数ではなく、養親となる者による養育が開始されたことや養育開始から一定期間が経過したことを基準とすべきである（前記(1)②の考え方）とも考えられる。特別養子縁組の申立て後に試験養育が開始される場合にはこのような仕組みは適切に機能すると考えられるが、特別養子縁組成立の審判の申立てより前に養親となる者による養育が開始されている場合には、裁判所に対する同意の段階で既に養育開始から一定期間が経過していたり、養親になる者と養子になる者との間で一定の関係が形成されたりしている場合がある。これらの場合に同意の撤回が制限されるとすると、実質的には同意後直ちに撤回が制約されることになりかねず、同意後に一定の範囲で同意を撤回する機会を確保することはできないこととなる⁶。このように、撤回が制限されるのが特別養子縁組成立の審判申立て後の同意に限定されるとすると、手続の進捗状況によって同意の機嫌を画することは困難であるように思われるが、この点についてどのように考えるか。

20

25

30

(3) そこで、裁判所に対する同意の撤回を制限しようとする、同意後の一定期

⁶ 裁判所に対する同意に限らず、公正証書等の要件を設けた上で審判の申立て前にされた同意についても撤回を制限するのであれば、本文の記載は妥当しない。ただし、審判申立て前の同意の撤回を制限すること自体に疑問が提起されていることについて、前記1(2)参照。

間の経過を基準とすることが考えられる。その期間について、当研究会においては、試験養育期間が原則として6か月であることを踏まえ、同様の期間を養親に付与すべきでないかとの意見があった。これに対し、撤回可能期間の経過を待つて試験養育がされるのであれば、養育可能期間として6か月間を確保する

5

ことは手続に要する期間の長期化につながるとして、3か月を提案する意見もあった。

なお、立法提案には、3か月とするもの⁷、2か月程度とするもの⁸などがある。

4 同意の具体性について

10

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⁹。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¹⁰。

15

20

この点については、以下のとおり考えられるのではないか。まず、実方父母が自らの経済状況等に鑑み、自ら養育していく意思が全く有していないということもあり得、このような場合にはあつせん団体等に適切な養親の選択を委ねていることもあると考えられる。このような場合に同意の時点で養親となる者が存在していなかったからといって同意の効力を否定する理由はなく、白地同意に同意としての有効性を認めてよいように思われる。

25

30

他方、親族などの特定の者に子を託した場面では、その特定の者との間で特別養子縁組がされることについて同意がされたのであるから、その者が養親となる特別養子縁組については実方父母の同意という要件が充たされるが、他の者が養親となる場合には実方父母の同意という要件を欠くことになる。すなわち、同意は常に一般的な形でされなければならないのではなく、特定の養親となる者についてのみ同意をすることもできると考えられる。

⁷ 床谷105頁

⁸ 湯沢ほか318頁

⁹ 細川91頁

¹⁰ 撤回を制限する同意を裁判所に対するものに限定するのであれば、この問題は生じない。

5 同意の効力が存続する期間

現行法上は、実方父母がいったん同意したとしても気が変わればいつでも撤回
5 することができるため、同意の効力が存続する期間は問題にならない。しかし、
一定の要件で同意の撤回を制限するとすれば、同意がそれ自体としていつまで効
力を有するのかが重要な意味を有することになると考えられる。

特別養子縁組成立の審判の申立て後に裁判所に対してした同意のみが撤回の制
10 限を受けるとすれば、その申立てが却下された場合にはその同意は効力を失い、
その後改めて特別養子縁組成立の審判の申立てがされた場合には、当該申立てを
認容するためには改めて同意を得る必要があると考えられる。

これに対し、特別養子縁組成立の審判の申立て前に例えば公正証書によってさ
15 れた実方父母の同意の効力を問題とするのであれば、これは特定の申立てとは無
関係にされたものであるから、ある申立てが却下されたとしてもその同意の効力
は失われず、その後改めて別の申立てがされた場合にも、同意を改めて採る必要
はなく、当該公正証書による同意に基づいて特別養子縁組を成立させることがで
20 きることになると考えられる。しかし、そうすると、いったん実方父母が同意し
た以上、永久にその同意に拘束されることになりかねないが、長期的には実方父
母が養育能力を回復することもあり得る。そのような場合にも一切撤回が許され
ないとするのが相当であるかには疑問もあり、例外的にであつても同意を撤回
する余地を残しておくべきであるようにも思われるが、どのように考えるか。

6 撤回することができる期間中に審判をすることの可否

同意の撤回を制限する場合に、撤回可能な期間中に裁判所が特別養子縁組成立
25 の審判をすることができるかどうかは、同意撤回可能期間の意味をどのように理
解するかにかかわる。

同意後もこれを撤回することができる期間を熟慮期間と捉えるとすれば、子の
期間を満了するまでは実方父母に考え直す機会を与えなければならないというこ
とになるが、特別養子縁組成立の審判が確定すれば同意を撤回することはできな
30 くなるから、家庭裁判所は審判をしてはならないとすることが考えられる。

他方、同意を撤回することができる期間は、あくまでその期間は撤回が可能で
あるという以上の意味を持つものではなく、家庭裁判所は子の期間の満了を待た
ずに特別養子縁組成立の審判をすることができ、これが確定した場合には同意撤
35 回可能期間満了前であつても実方父母は同意を撤回することができないこととな
る。

以上の点について、どのように考えるか。

7 同意の様式等に関する規律の適用範囲

同意の撤回制限の制度を導入するために、同意の様式や時期について一定の規律を設けるとする場合には、その適用範囲について二つの考え方があり得る。

5 第1に、特別養子縁組に対する実方父母の同意の取得するに当たっては、常にこれらの規律の適用対象とするという考え方である。実方父母が特別養子縁組の効果やこれに同意することの法的な意味について十分な理解をした上で同意をすることはいずれにせよ重要であると考えられるから、この点を強調すれば、実方父母からの同意を得るに当たっては、常に様式や時期に関する規律を及ぼすべきであると考えられる。

10 第2には、同意の様式や時期についての一定の要件を具備したものについては、撤回が制約されるが、これらの要件を具備しない同意も有効であり、ただし撤回は制約されないという考え方である。現行法上は、実方父母の同意について様式や時期に関する規律はなく、これを前提として、出生後直ちに養親候補者に引き渡されるケースもみられるようである。仮に、同意の様式や時期について新たに
15 規律を設け、これに適合しない実父母の同意は効力を有しないとすれば、これまで特別養子縁組の成立が認められていた事案で同意の有効性が認められなくなるケースも考えられないではない。従来同意としての効力を認められていたケースについてはその有効性を維持しようとするれば、様式や時期に関する規律を一般的に適用するのではなく、その規律に適合する同意がされた場合に限り撤回制限
20 の効果を付与することが考えられる。

以上の点についてどのように考えるか。