

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(3))

目 次

5	第1	はじめに .....	2
	第2	総論 .....	2
	第3	養子となる者の年齢要件について .....	2
	第4	実方父母による同意の撤回の制限について .....	2
	第5	実方父母の同意を要しないことをあらかじめ確定する方法について .....	2
10	1	特別養子縁組の成立の手続を二分する考え方(二段階手続論) .....	2
	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 .....	3
	3	親権喪失の審判とは別に実親の同意権を喪失させる制度 .....	6
	4	その他の制度 .....	7
	第6	残された論点 .....	7
15			

## 第1 はじめに

研究会資料9-1参照

## 第2 総論

5 研究会資料9-1参照

## 第3 養子となる者の年齢要件について

研究会資料9-1参照

## 10 第4 実方父母による同意の撤回の制限について

研究会資料8-1参照

## 第5 実方父母の同意を要しないことをあらかじめ確定する方法について

15 1 養子となる者の実方の父又は母が親権喪失の審判を受けているときは、特別養子縁組の成立には、当該父又は母の同意を得ることを要しないものとしてはどうか。

20 2 実方の父若しくは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に、裁判所が、養親となる者又は児童相談所長の申立てにより、特別養子縁組の成立について、当該父又は母の同意を要しない旨の審判をすることができるという制度を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

(補足説明)

25 1 特別養子縁組の成立の手続を二分する考え方（二段階手続論）  
特別養子縁組の成立の手続については、養子となる者と実方の父母との親子関係を終了させる手続（又は、養子となる者にとって特別養子縁組が望ましいことを認定する手続）と養親となる者との間での新たな親子関係を成立させる手続に二分し、それぞれを別個の手続とするという考え方が主張されている<sup>1</sup>。これは、次のような理由に基づく。

---

<sup>1</sup> 岩崎美枝子「特別養子法の改正は必要か—特別養子縁組成立過程アンケート調査報告をかねて—」新しい家族30号（平成9年）31頁，特に34頁，42頁，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—」法學新報104巻8・9号（平成10年）371頁，特に390頁以下，澤田省三「特別養子縁組制度の現状と課題」志學館法学創刊号（平成12年）19頁，特に48頁，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）24頁，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」8頁

第1に、実方の父母による同意の撤回に関するものである。現行法の下では、実方の父母による同意の撤回が特別養子縁組の成立の審判の確定まで可能であるとされており、養親となる者と養子となる者の信頼関係が形成された後に実方の父母の同意が撤回されると養子となる者に大きな不利益をもたらすと指摘されている。そこで、特別養子縁組の成立手続を二分し、第一段階で実方父母の同意の存在（又は同意不要要件の充足）を確定させることにより、実方の父母によるその後の同意の撤回を制限することが可能になる。

第2に、特別養子縁組の成立手続における申立人の負担に関するものである。現行法においては、要保護性要件、必要性要件等について、養親となるべき者が申し立てる一つの手続において審理されることになるが、養親となるべき者が実方父母による養育が困難又は不適當であることを主張したり証拠を提出したりすることは困難であり、その負担が大きいとの指摘がある。特別養子縁組の成立手続を二分し、実方の父母に関する要件を判断する第1段階の手続の申立権を児童相談所長に付与することにより、このような問題を解消することが可能になる。

## 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) 特別養子縁組の成立手続を実質的に二つの段階で行うための制度の一つとして、当研究会においては、親権喪失の審判（民法第834条）を受けた実方の父又は母については、特別養子縁組に対する同意を得なくても特別養子縁組の成立の審判をすることができる<sup>2</sup>とすることが検討された<sup>2</sup>。現在の特別養子縁組の成立手続をそのまま二分するものではなく、既存の他の制度と関連付けるものであるが、特別養子縁組の成立の審判の申立てに先立って実方の父又は母の同意が不要であることが確定されていれば、その同意が撤回されることによって手続の帰趨が左右されるという事態を回避し得る。また、親権喪失の審判については、児童相談所長が申立権を有しており、民法第834条に規定する要件について事実の調査に協力したり証拠を提出したりすることができるから、養親となるべき者の負担を一定程度軽減することができる<sup>3</sup>。

<sup>2</sup> 同様の制度の提案又は検討として、床谷51頁、原田321頁

<sup>3</sup> 特別養子縁組の成立手続を二つの段階に分けるという考え方は、養親となるべき者の氏名、住所等が記載された審判書が実方の父母に送付され、養親となる者に関する情報が実方の父母に知られる事態を避ける目的からも、主張されている。しかし、手続を二つの段階に分けたとしても、特別養子縁組を成立させる第2段階に当たる審判の結果、実方の父母は子との法律上の親子関係が終了するという重大な影響を受けることからすると、第1段階で養親となるべき者と実方の父母との関係を完全に終了させない限り、実方の父母に対して第2段階の審判を告知すること（家事事件手続法第164条第5項参照）、実方の父母が第2段階の審判に対して抗告をすることができること（同条第8項第1号参照）、実方の父母が第2段階の手続の記録の閲覧等を求めることができること（同法第47条参照）は、維持せざるを得ない。しかし、後記4のとおり、第1段階の手続で養子となるべき者と実方の父母との関係を完全に終了させるという制度は相当でないと考えられる。し

(2) このような制度を導入するに当たって問題となるのは、親権と特別養子縁組に対する同意権との関係である。従来は、特別養子縁組に対する実親の同意権は父母としての基本的かつ固有の地位、権利に基づいて与えられたものであり、親権又は監護権に由来するものではないから、親権又は監護権を有しない実方の父母も同意権があるとされてきた<sup>4</sup>。また、親権喪失の審判が確定しても、親権喪失の原因が止んだときは取り消される余地があり（民法第836条）、一時的なものであるから、特別養子縁組により親としての地位を失うかどうかの問題について同意権が奪われるべきではないとされてきた<sup>5</sup>。従来のこのような考え方を修正する理由が問題になる。

ア まず、特別養子縁組に対する実親の同意権は親権に由来するものではないという考え方について、現時点でこれを修正する理由は見当たらない。この考え方を前提とすれば、実方の父母が親権喪失の審判を受けたとしても、父母としての固有の地位を有している以上、当然に特別養子縁組に対する同意権を喪失することにはならない。しかし、現行法においても、実方の父母の同意が不要とされる場合があるとされていることから明らかなように、父母としての地位を有しているからといって、常に同意権を行使させなければならないものでもない。親権喪失の原因とされている事由の内容に照らし、そのような事由がある場合には、実方の父母に特別養子縁組に対する同意権が付与されている趣旨に鑑みて、その同意なくして特別養子縁組の成立を認めてよいといえるのであれば、親権喪失の審判を受けた父母は特別養子縁組に対する同意権を有しないとすることも考えられる。

親権喪失の原因があるというためには、虐待又は悪意の遺棄があるときその他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ことが必要であり、かつ、親権喪失の審判をすることができるのは、この原因が2年以内に消滅する見込みがない場合に限られる（民法第834条）。この要件は、特別養子縁組に対する実方の父母の同意が不要となるための要件である「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」（同法第817条の6ただし書）と文言上酷似しており、その解釈としても、同法第834条本文の「虐待」及び「悪意の遺棄」は、それぞれ同法第817条の6ただし書の「虐待」及び「悪意の遺棄」と同義で

---

たがって、養親となるべき者の情報を実方の父母に知られないようにするという目的は、特別養子縁組の成立手続を二つの段階に分けることによって達成することが困難であるように思われる。養親となるべき者の個人情報の保護については、審判書における当事者の記載を工夫するなどの実務上の工夫によることが考えられる。

<sup>4</sup> 細川86頁

<sup>5</sup> 細川88頁，原田321頁

あるとされている<sup>6</sup>。

他方、実方の父母が特別養子縁組に対する同意権を付与されている趣旨は、前記第4、1記載のとおり、①実方の父母は子の利益について責任を有していること、②実方の父母の親としての地位を保護する必要があることであるとされている。親権喪失の原因がある実方の父母にこのような趣旨が妥当するかを上記①の観点から考えると、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いう民法第834条本文の要件を充たす場合に、このような実方の父母に子の利益のための判断を委ねることは相当でないと考えられるし、実際にも、子の利益の観点から適切な判断を行うとは考えがたい。また、上記②の観点から考えても、要保護性要件や必要性要件など、特別養子縁組の成立要件のうち実方の父母の同意以外のものが具備されている場合には、特別養子縁組を成立させることが子の利益に合致するといえるから、このような場合に、虐待や悪意の遺棄を行ってきた実方の父母の利益を優先させて特別養子縁組の成立を否定することは相当でないと考えられる。

以上のように、上記①及び②の双方の趣旨からして、親権喪失の原因がある実方の父母については、同意権を付与する必要はないと考えられる。また、立案担当者も、親権喪失の審判を受けた父母は、現実には、同条ただし書に該当する場合が多いと述べていた<sup>7</sup>。さらに、実際に公表されている親権喪失の審判例<sup>8</sup>を検討すると、申立てが認容された事案では、いずれも同条ただし書の要件が充たされていると評価してよいものと考えられる。

イ 次に、親権喪失の審判はその原因が消滅した場合には取り消され得るのに対し、特別養子縁組が成立した場合には恒久的に親子関係が終了するという点については、次のように考えられる。確かに、特別養子縁組は親権の喪失と異なり、親子関係を終了させるものであり、しかも、離縁が厳格に制限されているから、実方親子関係が回復する可能性は低い。この点で、親権喪失

---

<sup>6</sup> 飛澤知行編「一問一答平成23年民法等改正」(商事法務,平成23年。以下「飛澤」)42頁

<sup>7</sup> 細川88頁。平成23年民法改正前の同法第834条は、「父又は母が、親権を濫用し、又は著しく不行跡であるときは、家庭裁判所は、子の親族又は検察官の請求によって、その親権の喪失を宣告することができる。」と規定していたが、同改正前の解釈としても、同条の要件が子の利益、子の福祉の観点から判断されるものとされていた(於保不二雄＝中川淳編「新版注釈民法(25)」(有斐閣,平成6年)199頁,210頁〔辻朗〕)。平成23年民法改正は、同条の意味内容を明確にするものであり、親権喪失の実質的原因を変更するものではないとされている(飛澤41頁)。

<sup>8</sup> 名古屋家裁岡崎支部審判平成16年12月9日家月57巻12号82頁,長崎家裁佐世保支部審判平成12年2月23日家月52巻8巻55頁,東京家裁八王子支部審判昭和54年5月16日家月

の審判の効果と、特別養子縁組の効果の違いは大きく、このことを重視すれば、親権喪失の審判を受けたことと同意権の喪失とを直ちに結びつけることには問題があるようにも思われる。しかし、特別養子縁組が成立するためには、実方の父母の同意だけでなく、要保護性要件や必要性要件が具備されることが必要であるから、その要件の一つがより効果の小さい親権喪失の審判によって代替されるとしても、矛盾があるとはいえない。現行法の下でも、民法第817条の6ただし書の要件を充たす場合には、実方の父母の同意がなくても特別養子縁組が成立して恒久的に親子関係が終了するという事態が生じ得、前記のとおり、実方の父母が親権喪失の審判を受けている場合には、基本的には同条ただし書の要件を充たすと考えられるから、特別養子縁組の成立の時点で親権喪失の原因が現存している場合には、これに加えて要保護性及び必要性の要件が充たされるときは、特別養子縁組の成立を認めて差し支えないと考えられる。

【関連する論点について、資料10-3参照】

### 3 親権喪失の審判とは別に実親の同意権を喪失させる制度

前記3記載のとおり、実方の父又は母が親権喪失の審判を受けた場合にはその同意を要しないとすることにより、その同意の撤回によって手続が不安定になることを回避することができ、また、養親となる者による負担を一定程度軽減することができる。しかし、実方の父母が離婚している場合における親権を有しない父又は母のように、実方の父又は母が親権を有していない場合には、その父又は母について虐待など子に著しい不利益となる事由があったとしても、親権喪失の審判を申し立てることによってその同意権を喪失させることはできない。そこで、特別養子縁組に対する同意権を失わせる審判を創設することが考えられる。

現行法の下では、民法第817条の6ただし書の要件（父母がその意思を表示することができない場合又は養子となる者の利益を著しく害する事由があること）が充たされているかどうかは、特別養子縁組の成立の審判の手続において家庭裁判所が判断する。これに対し、同意権を喪失させる審判を設けた場合には、同条ただし書の要件の有無は、特別養子縁組の成立の審判とは独立した手続によっても、判断することができることになる<sup>910</sup>。この審判については、親権喪失の審判

<sup>9</sup> このような手続を設けたとしても、特別養子縁組の成立の審判の手続に変更を加える必要はない。すなわち、同意権の喪失の審判がされていない場合には、これまでと同様に、特別養子縁組の成立のためには、実方の父母の同意を得るか、当該審判手続において民法第817条の6ただし書の要件が具備されていることが認められる必要がある。ただ、同意権の喪失の審判がされている場合には、これらの要件が不要になるにすぎない。

<sup>10</sup> なお、親権を有している父母についても、この手続の利用可能性を否定する必要はない。すでに養親の候補者に里親委託されているなど、親権を喪失させる緊急の必要性がなく、他方で近い将来特別養子縁組の申立てがされる蓋然性が高い場合には、親権の喪失ではな

と同様に、児童相談所長が申立てをすることができることとすることが考えられる。

【関連する論点について、資料10-3参照】

#### 4 その他の制度

5 以上のほか、特別養子縁組の成立の手続を二分する制度として、次のような制度が検討された。

第1段階の手続において実方の父母等との親族関係の終了という効果を生じさせ、第2段階の手続において、養親となる者との養子縁組の成立という効果が生ずるものとする制度が考えられる。しかし、このような制度を設けた場合には、  
10 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りした場合には、対象となる子にとって親の存在しない状態が継続することになりかねない。したがって、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段階の手続の効果とすることには問題が多い  
15 と考えられる。

そこで、第1段階の手続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に過ぎず、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段階の手続によって養親となる者との間の親子関係の発生及び実方の父母との親子関係の終了という効果が発生するものとすることが考えられる。しかし、何  
20 らの法律上の効果を有しない審判手続を設けることは困難であると考えられる。

## 第6 残された論点

準備中

---

く、同意権の喪失の審判を利用することも考えられる。