

中間報告書の取りまとめに向けた検討(3)

第1 同意を要しないことを確定する手続

5 1 親権喪失の審判を受けた後の期間の限定

資料10-1に記載したとおり、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満たされるときは、特別養子縁組の成立を認めて差し支えないのではないかと考えられる。しかし、例えば実方の父母が親権喪失の審判を受けてから長期間が経過している場合のように、かつて親権喪失の審判を受けたことから、特別養子縁組の成立の時点で親権喪失の原因が存続していると直ちにはいえない場合がある¹。このような観点から、親権喪失の審判を受けたことから直ちに同意を不要とすることに対する疑問も生ずる。

15 一つの考え方は、親権喪失の審判を受けた父母は、その原因が消滅したと考えるときは、自らその取消しを求めるべきであり、特別養子縁組の成立までに親権喪失の審判が取り消されなかった以上、同意権を失ったままであってもやむを得ないという考え方である。

20 しかし、親権喪失の審判が確定してから長期間が経過しているのに、実方の父母がその取消しを請求しなかったということをもって、特別養子縁組の成立時点で親権喪失の原因が存在しているのと同様に扱うことは不自然であるとも考えられる。そこで、第2に、親権喪失の確定から一定期間に限って、特別養子縁組に対する同意を不要とすることが考えられる。民法第834条ただし書は、2年以内に親権喪失の原因が消滅する見込みがあるときは親権喪失の審判をすることができないこととしているから、親権喪失の審判がされているときは、その後2年
25 間は、親権喪失の原因が継続している可能性が高い。そこで、例えば、実方父母が親権喪失の審判を受けてから2年以内は、同意を不要とすることが考えられる。なお、実方の父母が親権喪失の審判を受けてから長期間が経過しているとしても、その後その取消しの申立てがされたにもかかわらず、この申立てが却下された場合には、親権喪失の原因が現存していることが確認されているから、却下の審判
30 からそれほど時間が経過していない場合には、その同意を得る必要がないとも考えられるが、どのように考えるか。

以上の点について、どのように考えるか。

¹ 養子となる者の上限となる年齢を引き上げる場合には、現状に比べてこのような場合が増えると考えられる。

2 親権喪失の原因の限定

また、親権喪失の審判を受けたことと同意権の喪失を結びつけることについては、次のような問題がある。親権喪失の原因である「親権の行使が著しく困難又は不適当であることにより子の利益を著しく害するとき」（民法834条）には、
5 虐待や悪意の遺棄だけでなく、父母が疾病のために適切な親権行使ができない場合のように、父母に非難可能性がない場合も含まれるとされている²。このような場合には要保護性及び必要性が肯定される場合も多いと考えられるが、他方、親権の行使が困難又は不適当であるとしても、そのことについて実方父母に帰責性がない場合には、実方の父母が親子関係の終了を望まないのに親子関係を終了させることに対しては疑問がある。
10

そこで、親権喪失の審判を受けた場合にはすべて特別養子縁組に対する同意を不要とするのではなく、その原因によって場合を分け、虐待や悪意の遺棄など、実方父母に帰責性があると考えられる場合に限って、その同意を不要とすることが考えられる。しかし、このような考え方に対しては、親権喪失の審判を受けた
15 ということのみによって同意権を喪失させる方法と異なり、実方の父母が親権喪失の審判を受けていたとしても、特別養子に対する同意を要するかどうかを実質的に判断しなければならないこととなり、結局予測可能性が高まらないとの意見があり得る。

以上の点についてどのように考えるか。

3 同意権の喪失の審判の性質

資料10-1に記載したように、同意権の喪失の審判を設ける場合に、この審判の効力の性質をどのように考えるべきか。

特別養子縁組の成立には養子となる者の父母の同意がなければならないが、これは、実方の父母が特別養子縁組に対する実体法上の同意権を有していることを意味すると考えられる。この同意権は、特別養子縁組の成立の審判の申立てがあ
25 って初めて顕在化するものではあるが、親としての固有の地位に基づいて実方の父母が有している権利であり、潜在的には、特別養子縁組の成立の審判の申立てがされる前から存在しているものと考えられる。特別養子縁組に対する実方の父母の同意権を喪失させる審判は、このような潜在的な実体法上の権利を喪失させる
30 形成的な効力を有するものであると考えられる。

同意権の喪失の審判という制度を設ける場合に、その効力については上記のとおり考えてよいか。また、このような制度を設けるに当たり、ほかに検討すべき理論的な問題はないか（例えば、同意権の喪失の審判手続と特別養子縁組の成立の審判手続の関係をどのように考えるべきか、両者の連続性をどのように担保す

² 飛澤知行「一問一答平成23年民法等改正 児童虐待防止に向けた親権制度の見直し」（商事法務、平成23年）41頁

べきかを考える必要があるのではないか。)

4 開始決定型の手続について

一読においては、特別養子縁組の並列する二つの手続に分割するのではなく、手続の開始決定（児童相談所長などの公的な機関も申立権を有する。）と開始された手続内での養子縁組の成立の審判（養親となるべき者のみが申立権を有する。）を設ける考え方も検討された。

しかし、仮にこのような手続を設けるとすると、実方の父母による同意に特に問題のない事案を含めて全ての特別養子縁組がこの手続によって成立することになるが、それは、手続を二段階に分離する必要がない事案についてまで手続を煩雑にすることになりかねないのではないか。

二段階手続論が意図するところが、親権喪失の審判との連動によっておおむね達成することができるなどと、開始決定型の手続を設ける必要まではないようにも思われるが、開始決定型の手続によってはじめて発生することができるメリットとしてどのようなものがあるか。