

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2稿)

目 次

5	第1	はじめに	2
	第2	総論	4
	1	特別養子縁組の位置づけ	4
	2	特別養子縁組によって形成される親子関係	5
	3	特別養子縁組の利用可能性の拡大について	6
10	第3	養子となる者の年齢要件等について	7
	1	現行法の規律	7
	2	諸外国の規律	8
	3	養子となる者の上限年齢の引上げの必要性	8
	4	見直しの方向性	9
15	5	具体的な年齢要件	10
	6	関連する問題—養親子間の年齢差要件	11
	第4	実方父母による同意の撤回の制限について	13
	1	はじめに	13
	2	立法当時における議論	14
20	3	近時における議論	15
	4	検討の方向性	16
	5	具体的な制度設計	17
	5	同意の効力が存続する期間	エラー! ブックマークが定義されていません。
	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	21
25	1	特別養子縁組の成立の手續を二分する考え方(二段階手續論)	21
	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	22
	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	26
	4	その他の制度	28
	第6	残された論点	28
30			

第1 はじめに

特別養子縁組制度は、実方父母との親族関係の終了を伴い、また、離縁が制限されるなど、普通養子縁組に比べて強固な養親子関係を形成する点に特徴を有する制度である。普通養子縁組が子の育成のほか家名の存続や家業の承継その他の様々な目的に利用されているのに対し、特別養子縁組は、家庭に恵まれない子に温かい家庭を与えてその健全な育成を図る目的で昭和62年の民法改正によって創設され、昭和63年から施行された。近時における特別養子縁組の認容件数は、年間約500件で推移している¹。

ところで、保護者のない児童、被虐待児など家庭環境上養護を必要とする児童（要保護児童）の数は、平成29年末時点で約4万5000人であり、このうち、乳児院に入所している児童は2801人、児童養護施設に入所している児童は2万6449人、里親に委託されている児童は5190人である²。施設に入所している児童の割合が高いこの現状に対しては、実親から分離された子に提供される養育は家庭的な環境の下で行われるべきであり、かつ養育環境が永続的で安定したものであることが望ましいとの指摘がある³。この要望に応ずるための方策の一つとして養子制度の整備を図ることが考えられるが、特に、特別養子縁組制度については創設以来見直しがされてこなかったため、要保護児童に対して永続的で安定した家庭的養育環境を提供する方法としてその利用を促進するという観点から、制度の見直しを求める声がある。例えば、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が平成28年3月10日に取りまとめた「報告（提言）」は、特別養子縁組制度が子どもへの永続的な家庭の保障という観点から極めて重要な意味を持つものであるとした上で、養子となる者の年齢要件の見直し、特別養子縁組の成立手続の見直し等を求める意見があることを指摘し、「関連する制度の見直しに関し、関係機関と調整の上、可及的速やかに検討を開始すべきである」としている⁴。また、平成28年5月27日に成立した「児童福祉法等の一部を改正する法律」（平成28年法律第63号）附則第2条第1項では、「この法律の施行後速やかに、児童の福祉の増進を図る観点から、特別養子縁組制度の利用促進の在り方について検討を加え、その結果に基づいて必要な措置を講ずるものとする」とされている。さらに、「ニッポン一億総活躍プラン」

¹ 司法統計によれば、特別養子縁組の成立の審判の認容件数は、平成25年474件、平成26年513件、平成27年542件、平成28年495件である。

² 「社会的養護の現状について」 <http://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11900000-Koyoukintoujidoukateikyoku/0000187952.pdf>

このほか、ファミリーホーム、児童心理治療施設、児童自立支援施設等に入所している者がいる。

³ 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）」23頁

⁴ 前掲注3，24～25頁

(平成28年6月2日閣議決定)においても、「特別養子縁組制度の利用促進の在り方について検討し、必要な措置を講ずる」とされた。これらを踏まえ、厚生労働省の「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」(以下「厚労省検討会」という。)は、同年7月から、特別養子縁組制度の利用促進の在り方を提言することを目指して検討を開始し、特別養子縁組制度に関して、①養子の年齢要件、②実方父母の同意の撤回の制限、③特別養子縁組の成立の審判の申立権者を含む特別養子縁組の成立手続等を個別の論点として取り上げた。その議論の結果は、平成29年6月30日、「特別養子縁組制度の利用促進の在り方について」と題する報告書に取りまとめられている。

当研究会は、以上のような経緯を受けて、平成29年7月から、特別養子縁組制度を中心として見直しの検討を開始したが、検討の過程においては、特別養子縁組について検討するのであれば、特別養子縁組が未成年養子の特別な類型とした設けられた経緯に鑑み、一般的な類型である普通養子縁組制度とのバランスについても配慮した上で検討を進めるべきであるとの意見が複数の委員から述べられた。また、未成年普通養子縁組についてはいくつかの問題点が既に指摘されている。さらに、より積極的に普通養子制度の活用を考えるべきだとする意見もあり、ヒアリングにおいても、子の育成については様々な方法を広く視野に入れて適切な方法を選択すべきことが指摘されたところである。そこで、当研究会としては、特別養子縁組を中心としつつも、これに限るのではなく、子の福祉のための制度としての未成年普通養子縁組についても検討を進めてきた。普通養子を含めて養子縁組制度を子の利益のものとするために見直しが必要な論点として挙げられた論点は、後記第6記載のとおりである。

しかし、普通養子を含む養子制度一般についての論点は多岐にわたっており、また、見直しの方向性についてコンセンサスを得ることが困難と考えられる論点も多い。したがって、養子制度全般にわたる見直しの検討について結論を得ようとするれば、相応の時間を要することになると考えられる。他方で、要保護児童に家庭的養育環境を与えるための特別養子縁組の利用促進は、前記のとおり、児童福祉法改正法の附則や閣議決定等においても急を要する課題として取り上げられており、必要かつ可能な範囲でできるだけ早期に見直しを行うことが望ましいと考えられる。特別養子に関する論点のうち、①養子となる者の上限年齢の引上げ、②実方父母による同意の撤回の制限、③申立権者を含む特別養子縁組の成立手続については、厚労省検討会においても取り上げられており、当研究会においても、これらの論点の見直しの方向性については、おおむね合意が得られた。そこで、養子制度の見直しに当たっては、まず特別養子に関する上記各論点について先行して検討を進めて当研究会としての報告を取りまとめ、これらについて立法措置の見通しが立つのを待って、残された論点についての検討を進めることが相当で

あるとされた。

この中間報告書は、以上の経緯から、まず特別養子についての一部の論点についての当研究会の検討結果を取りまとめたものである。第6記載の残された論点については、特別養子についての一定の立法措置の見通しが立った後に、再度この研究会を再開して検討を進めることが予定されている。

第2 総論

1 特別養子縁組の位置づけ

未成年者を養子とする場合に利用することができる養子縁組制度として、民法は、普通養子縁組制度と特別養子縁組制度を設けている。普通養子縁組は、養子となる者が成人である場合でも利用することができる制度であって、その目的に制限がないことや、その成立要件が緩やかであることから、家名の存続、家業の後継者の確保、相続目的等様々な目的に利用されてきた。これに対し、特別養子縁組は、専ら養子となる者の利益を図ることを目的とする制度として創設されたものである。もっとも、普通養子縁組も、養子となる者が未成年である場合には、原則として家庭裁判所の許可が必要であり（民法第798条本文）、その許可の基準は養子縁組が養子となる者の福祉に合致するかどうかであるとされている。このように、養子となる未成年者の福祉を目的とする制度として既に普通養子縁組があるにもかかわらず、新たに特別養子縁組制度を創設した意義について、現行法の立案担当者は、次のように説明する。すなわち、子の健全な育成のためには、その子が養育されている家庭において法律上も事実上も確固たる地位を保障されていることが不可欠であるが、普通養子縁組は、第三者からも縁組の事実が明瞭であることや当事者双方が離縁を求められることから、実親子関係に比して法律上の基盤が不安定であり、養親子の心理的安定の確保の点で不十分である上、縁組後も実方親族との関係が継続するため、実方親族からの養親子関係への干渉の可能性も否定することができない。これに対し、特別養子縁組制度は、実方父母との法律上の親子関係の終了、離縁の原則的禁止、戸籍上の特別の措置により、実親子関係に比肩し得るような強固で安定した法的枠組みを与えることができ、この法的枠組みの中で、養子は自己の家庭内の地位に疑念を抱くことなく、養親は後顧の憂いなく養子の養育に専念することが可能となり、養親子の心理的安定が確保される。また、実方親族や第三者からの養親子関係への干渉の可能性が大幅に減少する⁵。

以上によれば、未成年者を養子とする養子縁組は、普通養子縁組を含めて養子となる者の利益のための制度であるが、特別養子縁組は、その中でも、養育環境に恵まれない未成年者を対象として、強固で安定した親子関係を与えることを目

⁵ 細川清「改正養子法の解説」（法曹会，平成5年。以下「細川」）40頁以下

的とするものであり、①法的な効果として、実方親族関係の終了、離縁の制限、戸籍上の措置という特別な効果が付与されていること、②当事者の心理的な効果として、養親と養子が相互に引き離されることなく継続的に養育を受けられるという点で、また、実方親族からの介入を受けないという点で、双方に安心感を与え、養親子関係を安定したものとする効果を有すること、③事実上の効果としても、実方親族や第三者からの干渉を排除することができることという3つの点で、普通養子縁組と異なる特徴を有しているといえる⁶。特別養子縁組制度の創設後約30年間の施行状況に鑑みると、このような特別養子縁組制度の導入の意図は、これが利用された事案においてはおおむね達成されているものといえ、未成年養子縁組制度全体における特別養子縁組の位置づけについては、現時点においても大きく修正する必要はないと考えられる。

2 特別養子縁組によって形成される親子関係

特別養子縁組については、同時に、「実親子間と同様の関係」を形成すること⁷や、養親が養子を実子と同様に養育することを目的とする⁸といわれてきた。ここでいう実親子間同様の関係は、養子となる者が幼少の時から監護養育を始めた場合に形成を期待することができることとされ、実親との関係が実質的なものとなっていたり、養子に分別が生じている場合には、このような関係の形成は困難であるとされている⁹。このような観点から、特別養子縁組の対象となる子の範囲については、幼少の子に限定することとされてきた¹⁰。このことからすれば、実親子間と同様の関係とは、単に法的効果の面で強固であるとか心理的に安定しているということ等にとどまらない内容を有するものであると考えられる。親子関係を強固なものとする法的効果があるとか、これを背景として養親子に心理的な安定をもたらすというだけであれば、実方父母との関係が終了するなどの法的な効果を付与することにより、養子の年齢にかかわらず、実現することができると考えられるからである。これらにとどまらない実親子間と同様の関係の具体的な内容としては、幼少の頃からの養育の実態があること、養親子間に、実親子間と同様の愛情が形成されていること、第三者から見ても養親子が実の親子のように認識されていることなどが考えられる。

⁶ もっとも、養子となる者の利益という観点に立っても、実方親族関係の終了や実方親族・第三者の関与の排除が、必ずしも必要ではない場合やむしろ望ましくない場合も少なくない。現時に行われている普通養子縁組の相当部分はこのようなものであると思われ、これらをすべて特別養子にする必要があるわけではない。以上の点は、ヒアリングにおいても示唆されたところである。

⁷ 細川36頁，83頁

⁸ 中川善之助＝山嶋正男編「新版注釈民法(24)」(有斐閣，平成6年。以下「新版注民(24)」)601頁，605頁〔大森政輔〕等

⁹ 細川83頁

¹⁰ 細川83頁

養親子間にこのような意味での「実親子間と同様の関係」が形成されることは、子の健全な育成という特別養子縁組の目的を達成する上で有益なものであると考えられる。もっとも、特別養子縁組の利用可能性をこのような意味での「実親子間と同様の関係」が形成される場合に限定することが適切であるかは議論が分かれるところである。「実親子間と同様の関係」が形成されなくても、少なくとも、養親子関係が法律上強固であること、心理的安定性をもたらすこと、實際上第三者の干渉を排除することができることが担保され、それが当該養子にとって普通養子縁組よりも望ましい養育関係をもたらすとすれば、特別養子縁組の利用可能性を広く認めておくことが子の福祉に合致するという考え方もあり得るからである。

特別養子縁組の適用範囲を検討するに当たっては、以上を踏まえ、「実親子関係間と同様の関係」の形成を目的とするかどうか、目的とする場合にはどのような条件（特に養子となる者の年齢に関する条件）の下で可能であるかという観点から検討する必要がある。

3 特別養子縁組の利用可能性の拡大について

近年、未成年者に対して家庭的な環境での養育の機会を与えるための手段として特別養子縁組を利用する可能性を検討すべきであるとの主張がされている。もっとも、普通養子縁組であっても親権は養親に帰属するから、未成年者に家庭内での養育の機会を与えることのみを達成するのであれば、特別養子縁組を利用する必要はなく、普通養子縁組で足りるようにも思われる。

しかし、前記1記載のとおり、特別養子は、養親及び養子の双方に対して心理的な安心感を与え、養親子関係を安定したものとするとされており、このような効果は、普通養子縁組には期待することができない。現に、当研究会においても、要保護児童については、普通養子縁組においては実方親族による不当な介入があることを懸念して特別養子縁組を希望する者が多いことが報告された。このような実態があるとすれば、特別養子縁組の利用可能性を確保しておくことは、結果として、家庭環境に恵まれない未成年者が養子縁組をする機会を広げることになるとも考えられる（ただし、特別養子縁組は、養子と実方との親族関係を終了させるものであることから、実方の親族の身分関係に重要な影響を与える。このため、特別養子縁組制度の利用可能性の拡大を検討するに当たっては、実方父母の利益を不当に害しないように配慮することが必要である。）。

以上から、当研究会は、虐待を受けた未成年者に適切な養育環境を与える手段として特別養子縁組を従来よりも広く利用する可能性も含めて、特別養子縁組の見直しを検討することとした。

第3 養子となる者の年齢要件等について

1 養子となる者の上限年齢を引き上げることとし、具体的な年齢要件として、次の2案を検討する。

5 第1-1案 特別養子縁組の成立の審判の申立ての時に12歳に達している者は、養子となることができないものとする。

第1-2案 原則として、特別養子縁組の成立の審判の申立ての時に12歳に達している者は養子となることができないが、その者が15歳未満であって12歳に達する前から引き続き養親となる者に監護されている場合は、養子となることができるものとする。

10 第2案 特別養子縁組の成立の審判の申立ての時に15歳に達している者は、養子となることができないものとする。

2 養親と養子との年齢差要件については、次の2案を検討する。

第1案 養親と養子との間には、【18歳】以上の年齢差がなければならないものとする。

15 第2案 養親と養子との年齢差については、規定を設けないものとする。

(補足説明)

1 現行法の規律

20 民法第817条の5は、原則として、特別養子縁組成立の審判申立時に6歳に達している者は養子となることができず、例外的に、8歳未満の者であれば、6歳未満の時から養親となる者に継続的に監護されている場合には養子となることができることを定める。

このような年齢要件を定めたことについての立案担当者による説明は、以下のとおりである¹¹。

25 ① 養親と養子との間に実親子同様の実質的親子関係の形成が期待できるのは、養子となる者が幼少のときからその監護養育を始めた場合である。

② 養子となる者が6歳を超えている場合には、実親との関係が実質的なものとなっている可能性があり、また、就学して社会的分別も生じているので、養親子間に実質的親子関係を形成することが困難になるばかりでなく、実親子関係の断絶が相当でない場合も少なくない。

30 ③ 養子となる者の地位が早期に確定することが望ましい。

④ 普通養子縁組制度がある以上、対象者の年齢を制限しても弊害が少なく、特別養子制度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である。

35 ⑤ もっとも、将来、特別養子制度が社会的に定着し、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者を拡大することも十分考えら

¹¹ 細川83頁

れる。

2 諸外国の規律

特別養子縁組と同様に実方親族との関係が終了する断絶型の養子縁組において養子となる者の年齢要件を比較すると、ドイツでは未成年（18歳未満）¹²、フランスでは原則15歳以下（例外的に20歳以下）¹³、イギリスでは18歳未満（養子決定時に19歳未満）¹⁴、韓国では15歳未満などとされており¹⁵、特別養子縁組において養子となる者の上限年齢は諸外国に比べても低いといえる¹⁶。

3 養子となる者の上限年齢の引上げの必要性

特別養子における養子の上限年齢については、これが特別養子縁組の利用を制限しているとして、これを引き上げるべきであるとの主張があり¹⁷、立法提案として15歳まで上限年齢を引き上げることを提案するものがある¹⁸。また、厚労省検討会に提出された参考資料（第15回検討会資料1-2¹⁹）によれば、全国の児童相談所及び民間のあっせん団体に対して実施した調査の結果として、特別養子縁組を選択肢として検討すべき²⁰であるものの、特別養子縁組に関する障壁により特別養子縁組が行えていない事案は298件あり、このうち年齢要件が障害になっている件数は46件（15.4%。実方父母の同意要件が障害となっている205件（68.8%）に次いで多い件数）であったこと、このうち社会的措置をとった時の児童の年齢は平均3歳8か月、6歳以上は64件（21.5%）であったことが報告されている（前記資料「2. 特別養子縁組に関する調査結果について

12 鈴木博人「養子制度の国際比較」家族〈社会と法〉25号81頁（平成21年。以下「鈴木『国際比較』」）特に97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。以下「湯沢」）112頁

13 鈴木「国際比較」97頁、湯沢178頁

14 鈴木「国際比較」97頁、湯沢131頁

15 鈴木「国際比較」97頁

16 例えばドイツ及びイギリスにおいては未成年養子としては断絶型の養子制度しかないため、断絶型と非断絶型を有する日本の養子制度とは単純には比較することができない。しかし、フランスや韓国のように断絶型と非断絶型の両方の養子制度を有する国における断絶型と比較しても、特別養子における養子となる者の年齢の上限は低いといえる。

17 例えば、岩崎美枝子「特別養子法の改正は必要か」新しい家族30号31頁（平成9年）特に40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19頁（平成12年）特に45頁、中川高男「現行養子法の若干の問題—雑感—特別養子施行20年を契機として」家族〈社会と法〉25号1頁（平成21年）特に18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〉25号46頁（平成21年）特に54頁、床谷文雄「養子法」ジュリスト1384号41頁（平成21年。以下「床谷」）特に51頁

18 中川前掲注16・20頁、床谷51頁

19 <http://www.mhlw.go.jp/file/05-Shingikai-11901000-Koyoukintoujidoukateikyoku-Soumuka/0000193814.pdf>

20 長年にわたって親との面会交流がない児童、将来的にも家庭復帰が見込まれない児童等とされている。

て」23頁)。

6歳以上の子について特別養子縁組が望ましいと考えられる場合として具体的にどのような場合があるかについては、更に調査を行って明らかにすることが望ましいといえるが、児童福祉に関わる者からその拡大を求める主張が複数述べられて

5

また、特別養子縁組が成立した事例を見ると、養子となる者が0歳から2歳までの事例が大多数を占めているものの、5歳や6歳など原則的な上限年齢の上限に近い年齢層でも毎年40～50件程度の成立件数がある。6歳以上の子を法律上特別養子縁組の対象とし得ることとした場合に、現実に利用されるかどうかについては、更に慎重に検討する必要があるが、現行法における上限年齢に近い年齢層でも一定数利用されていることからすると、これをさらに引き上げた場合にも、一定の需要があることがうかがわれる。

10

4 見直しの方向性

現行法が養子となる者の上限年齢を限定しているのは、前記1の①から④まで記載のとおり、主として特別養子縁組という新しい制度を導入するに当たり、所期の目的を達成することができる蓋然性について慎重な立場を採ったことや、前駆的な慣習として「藁の上からの養子」という慣習がみられたことも影響していると考えられる²¹。しかし、立案担当者自身が前記1⑤のとおり述べているように、①から④までの理由から必然的に現在の年齢を変更すべきではないという結論が導かれるわけではない。

15

20

特別養子縁組の対象となる子の年齢をどのように定めるかは、前記第2、2に記載したとおり、特別養子縁組によってどのような親子関係を形成することを目標とするかに関わる。具体的には、法的効果の強固さ及びこれを背景とする心理的安定性等を備えていることをもって足りるとするか、特別養子縁組がその形成を目的とするとされてきた「実親子間と同様の関係」にはこれら以外の要素が含まれていると考えるかである。この点について、当研究会においては、養親子間に親子としての継続的な愛情²²が形成されることが子の健全な育成のためには重要であり、このような関係が形成されることが特別養子縁組の前提とする親子関係であるとの意見が優勢であった²³。

25

30

これを前提として養子となる子の年齢要件の見直しについて検討すると、親子としての継続的な愛情の形成可能性(前記1①)については、例えば、6歳以降

²¹ 新版注民(24)588頁〔大森政輔〕

²² 敷衍していえば、子の親に対する、この親は自分がどのような状態になったとしても見捨てずに守ってくれるという信頼、親の子に対する、何があってもこの子を手放さないという決意であるとの説明や、親子が相互に十分な信頼を感じており、生涯を共にしたいと思える関係であるとの説明がされた(第8回議事録●頁参照)。

²³ 第8回議事録●頁参照

に養育里親に委託された児童がその後に里親との間で普通養子縁組をするケースもある（第15回厚労省検討会に提出された資料1-2「2. 特別養子縁組に関する調査結果について」15頁。これらのケースの縁組後の状況は不明であるが、少なくとも、養子が6歳以降に養育を受けるようになった後、縁組までの間に、法律上も親子になろうという意思を相互に形成したと考えられる。）ことからすれば、子が6歳に達した後に監護を開始した養親とその子との間に親子としての心理的な結びつきを形成することは不可能ではないと考えられる。また、養子となる者がある程度の年齢に達している場合に、実親との関係を終了させるのが相当でない場合がある（前記1②）ことは否定することができないが、一方で、実方父母による虐待の態様によっては、むしろ実親子関係を終了させることが望ましいと考えられる場合や、実方父母と連絡を取ることができない場合など、実方父母との関係を終了させることが相当でないとはいえない事例もあると考えられ、6歳を超えて子の監護が開始された場合に、一律に特別養子縁組を否定する必要はないとも考えられる。

以上から、社会的なニーズや比較的高い年齢で里親委託された子の養育実績などについて更に調査することが望ましいことに留意しつつ、養子となる者の上限年齢を引き上げる方向で、その具体的な要件について検討を進めることが相当であると考えられる。

5 具体的な年齢要件

(1) 養子となる者の上限年齢を引き上げるとしても、特別養子が養育環境に恵まれない子に適切な養育環境を与えようとするものであることからすると、養親の下における養育期間があまりに短期間となる場合にまで特別養子縁組を利用することができることは、その目的に照らして不必要であると考えられる。

また、養子となる者が15歳以上であれば自らの意思で単独で縁組ができる普通養子縁組との均衡上、これよりも身分関係に重大な影響を及ぼす特別養子について、養子となる者が15歳以上である場合にその意思に反して縁組を成立させ得るとすることは、合理的に説明することができない。したがって、仮に、養子となる者の年齢の上限を15歳以上に引き上げるのであれば、養子となる者の同意や、少なくともその意思に反しないことを要件とする必要があると考えられる。しかし、これに対しては、養子となる者に実親との関係を終了させるかどうかという困難な選択を迫ることになるとして強い反対意見があった²⁴。

以上のとおり、養子となる者の上限年齢を15歳以上に引き上げることは、養子となる者の意思の考慮の在り方について困難な問題を生じさせる上、養子

²⁴ 第6回議事録●頁参照

となる者の健全な育成という目的に照らして必ずしも必要性が高いとはいえないから、上限年齢を引き上げるとしても、15歳未満までとするのが相当であると考えられる。

5 (2) 以上を踏まえ、当研究会は、現時点で考えられる案として、標記の3案を提示することとする。

第1-1案は、特別養子縁組が養親子間に親子としての継続的な愛情を形成することを目的としていることに照らし、その形成の蓋然性が高いことを重視して、小学校を卒業する頃までを目安として、特別養子縁組の対象とするという考え方である。当研究会においては、生涯親子としてやっていきたいという関係が形成される可能性が高いのは、子が小学生頃までではないかとの指摘があった。また、この年齢を超えると、特別養子縁組の成立の可否を判断するに当たって子の意思を考慮せざるを得ず、結果的に子に実方父母との関係を終了させるかどうかの判断を強いることになるという観点から、12歳までという案を支持する意見もあった。

15 第1-2案は、養子となる者の上限年齢を12歳とするという点では第1-1案と同様であるが、養親子間に継続的な愛情が生ずる蓋然性があるかどうかにとって意味があるのは、特別養子縁組の成立の審判の申立て（以下、補足説明中では単に「特別養子縁組の申立て」という。）をした時期ではなく、監護を開始した時期であることに着目し、養子となる者が12歳未満の時から養親となる者に監護されていた場合には、15歳に達するまでの間は特別養子縁組の対象となり得るという考え方である。この案に対しては、監護の開始から特別養子縁組の申立てまでの期間が長期になりかねず、養子となる者の地位を不安定にしかねないという批判があり得る。しかし、12歳に達するまでに間がない時期に監護が開始されたような事案を考えると、特別養子縁組の申立てまでに相応の期間を確保しておく必要が高いと考えられ、第1-2案はこのような必要性に対応することができるとも考えられる。

30 これに対し、第2案は、前記(1)に記載した考え方に従って15歳以上には引き上げないが、そのほかの制約を設けない考え方である。12歳に達した後に監護が開始されたとしても、養親子間に親子としての継続的な愛情が形成される可能性がないとはいえないこと、できるだけ広い範囲の子に特別養子縁組を利用する可能性を確保することが子の利益に合致することがその理由である。

35 以上のいずれが妥当であるかは、養親子間に親子としての継続的な愛情が形成される可能性のほか、12歳以上の子についての特別養子縁組の必要性等を考慮して判断する必要がある。

6 関連する問題—養親子間の年齢差要件

子の健全な育成という目的を達成し、また、養親子間に親子としての愛情を形

成するためには、特別養子縁組をした養親と養子との間に実親子間と同様の年齢差があることが望ましいと考えられる²⁵。現行法上は、養親となる者の年齢要件及び養子となる者の年齢要件の帰結として養親と養子との間に一定の年齢差が必然的に生ずるが、養子となる者の上限年齢を引き上げる場合には、養親となる者に関する現行の年齢要件のみでは、養親子間の年齢差を確保することができない。そこで、新たに年齢差要件を設けることが考えられる。

年齢差要件については、昭和62年民法改正に先立つ中間試案においても検討されており、①養親となる者は、原則として25歳以上で、かつ、特別養子となる者より20歳以上年長でなければならないが、家庭裁判所は、これらの要件が充たされない場合でも、養子となる者の利益のために相当であると認めるときは縁組を成立させることができるものとするという本案と、②養親となる者の年齢について規定を設けず、家庭裁判所の判断に委ねるという別案が併記されていた。しかし、要件とされた年齢差が過大であるとの批判があったことや、養親について25歳以上という要件を設ければ必ずと養子との間に一定の年齢差が生ずることから、年齢差要件は設けられなかった²⁶。

これに対し、諸外国においては、養親と養子との年齢差要件を設けるものがある。例えば、フランスでは15歳以上、ベルギーでは15歳以上（養子が配偶者の子等である場合には10歳以上）、イタリアでは45歳以内又は18歳以上45歳以内などと定められている²⁷。

第1案は、養子となる者の年齢の上限を引き上げ、養親の年齢要件を見直さない場合には、養親子間の年齢差が小さくなる場合があり、養子の健全な育成という特別養子縁組の目的を達成することができないことがあると考えられることから、養親子間の年齢差要件を設けることとし、具体的な年齢差を【18歳】以上とするものである。年齢差を18歳としたのは、現行法上、原則的な年齢要件としては、養親が審判確定時に25歳以上、養子が申立時に6歳未満とされており、これによれば養親子間には約18歳以上の年齢差が生ずることになること、婚姻開始年齢が男女とも18歳となれば、婚姻した父母とその間に生まれた子との間には18歳以上の年齢差が生ずることを考慮したものである。現行の特別養子に関する例外的な年齢要件を考慮に入れると、夫婦の一方は審判確定時に20歳、養親は申立時に7歳であることがあり得るが、飽くまで例外的な要件であることからすると、年齢差要件を定めるに当たってこのような場合があり得ることを過大に評価すべきではないと考えられる。

これに対し、特別養子縁組の実情を見ると、養親と養子との年齢差は30歳以

²⁵ 細川80頁

²⁶ 細川81頁以下

²⁷ 鈴木「国際比較」96頁

上である事例が圧倒的に多く、これを前提とすれば、養子の年齢要件の見直しをしたとしても、それによって養親と養子との間の年齢差が不自然に小さいという事態が生ずる蓋然性は低い。また、養親と養子の年齢差が小さいために養子の利益に反する結果となることが予想される場合には、特別養子縁組の必要性要件を
5 欠くともいえる。これらの点からすれば、年齢要件に加えて新たに年齢差要件を設ける必要性は低いように思われる。これを踏まえて、第2案は、養親子間の年齢要件を設けないこととするものである。

第4 実方父母による同意の撤回の制限について

10 1 実方父母が、子の出生から2か月を経過した日以後に、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
15 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 6か月

第2案 3か月

3 特別養子縁組の成立の審判の申立て前にされた同意の撤回の制限の可否について、制限するとした場合の要件等の観点から更に検討してはどうか。

(補足説明)

1 はじめに

民法第817条の6本文は、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。同条本文の趣旨は、①養子となる者は、
25 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
30 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²⁸。

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

²⁸ 細川86頁

月30日決定・家月42巻6号47頁等)²⁹。しかし、これについては、養親とな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、その後に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、実方父母の同意の撤回を制限すべきであるとの指摘がされている。

(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。」

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、特別養子縁組の申立て後は同意の撤回を禁止するもの、特別養子縁組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³⁰。

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。

²⁹ 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。

³⁰ 細川94頁以下

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続が可能になる。

5 ③ 審判の申立て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、関係機関の現状からすると、それを期待することは困難と考えられる。

10 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

15 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³¹。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、養子となる者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

25 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、実方父母の同意が後に撤回されると、①養親となる者が特別養子縁組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、「実方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。

30 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

³¹ 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51頁、53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—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。以下「原田」）特に316頁以下

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、それは実方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が、その後約30年間の施行状況を踏まえて、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されている。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申立て後に撤回された例が実際に存在している（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）。

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）の利害関係も影響を受けることとなるから、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るためには、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。）。同意不要事由の該当可能性（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事由に該当するということとはできず、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までは必ずしも同意の撤回制限を否定する決定的な根拠ではないと考えられる。

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。

5 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

(1) 裁判所の面前における同意の撤回の制限

10 前記4の考え方に従って実方父母による同意の撤回の制限を検討するとき、撤回が制限される場合として、まず、同意が裁判所の面前においてされた場合が考えられる。

15 特別養子縁組の成立の審判申立て事件の実務においては、家庭裁判所調査官が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してもらうということが行われている³²。このように、家庭裁判所調査官による説明を経た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、審問期日において裁判官の面前で同意がされた場合も、同様であるとされる。そこで、実方父母が家庭裁判所調査官の調査に対して書面で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、同意の撤回を制限することを検討すべきである³³。

(2) 実方父母の同意の時期

25 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³⁴。しかし、諸外国の法令には、子の出生後一定期間（1か月から2か月までの期間を定める例が多い。）は同意をすることができないとするものがある³⁵。また、厚労省検

³² 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

³³ 実方父母が裁判所に対してした同意のみが撤回の制限を受けるとしても、その申立てが却下や取下げによって終了した場合には、その同意は効力を失うものとする。したがって、同意の撤回が制限されるとしても、その後申し立てられた別の特別養子縁組成立の審判において、この同意を流用することはできない。

³⁴ ただし、出生前にした同意は無効であると解されている。

³⁵ 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52頁）。また、フランスでは2か月（湯沢318頁）、米国カリフォルニア州では30日間（原田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。

討会において示されたアンケート結果においては、実方父母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方父母の心情が揺れ動くことがあることがうかがわれる。

5 立案担当者は、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している³⁶。しかし、同意の撤回を制限するのであればこの前提が失われることになるから、特別養子縁組に対する実方父母の同意は冷静な判断を行うことができる環境の下で10 されることが必要であり、同意の時期について、出生後一定期間（例えば、2か月）経過後にされたものであることという要件を設けるのが相当であると考えられる。

15 これに対し、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いることなどから、実方父母の同意の時期について制限を設けない考え方もある³⁷。このよ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が、同意の撤回制限という新たな効果を設けるに当たっては、できるだけ慎重に同意を得ることが適当であると考えられる。

20 (3) 同意を撤回することができる期限

同意の撤回に制限を加える場合には、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。

25 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（上記②の考え方）とも考えられる。しかし、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30 組みは適切に機能すると考えられるが、特別養子縁組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

³⁶ 細川93頁

³⁷ 床谷52頁

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ない³⁸。また、行政機関による里親委託などがある場合はともかく、民間団体によるあっせんが行われた場合には、何をもって養育開始とするかがそもそも明確でない上、その認定も困難であるとの指摘もある。

5 そこで、当研究会においては、裁判所に対して同意がされた後の一定期間の経過を基準として撤回を制限するという考え方が多数であった。その期間について、立法提案には、3か月とするもの³⁹、2か月程度とするもの⁴⁰などがある。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
10 可能期間の経過を待って試験養育がされるのであれば、養育可能期間として更に6か月間を確保すると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^{41,42}。

(4) 同意の様式等に関する規律の適用範囲

15 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。

 第1に、特別養子縁組に対する実方父母の同意が有効であるためには、常にこれらの規律に従ったものである必要があ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。第2に、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。

25 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

³⁸ 裁判所に対する同意に限らず、特別養子縁組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、特別養子縁組の申立て前の同意の撤回を制限するかどうかについては、なお検討を要する。

³⁹ 3か月を提案するものとして、床谷51頁

⁴⁰ 湯沢318頁

⁴¹ このほか、冷静な判断ができる状況の下で十分な説明を受けて裁判所に対して同意をしたのであれば、そもそも撤回することができないという考え方もあり得るとの意見があった。

⁴² この期間は、その経過まで同意の撤回が可能であるという意味を持つにすぎず、撤回するかどうかを考え直すための期間として保障されたものではない。したがって、家庭裁判所はこ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、同意撤回可能期間満了前であっても、実方父母との親族関係は終了することとなる。

である。仮に、同意の様式や時期について新たに規律を設け、これに適合しない実方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。従来効力を認められていた同意についてその有効性を維持しようとするならば、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って撤回制限の効果を付与することが考えられる。本文の記載は、このような考え方に基づくものである。

もともと、このような考え方によれば、実方父母の同意に、撤回が制限されるものと制限されないものとが生ずることになり、制度が複雑化する上、実務的にも、養親となる者が撤回の制限の有無を知ることができるかどうかなどの問題が生ずる。

6 残された課題

- (1) 前記5記載のとおり、同意の撤回制限の制度を設けるとしても、その対象を特別養子縁組成立の審判が係属している裁判所に対してされた同意に限定するとすれば、この制度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、特別養子縁組の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で信頼関係や愛情の形成が進行している場合を念頭に置くと、裁判所に対する同意の撤回を制限することのみによっては、養親子間の信頼関係の形成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、特別養子縁組の申立ての前の同意についても、丁寧な説明を条件としてその撤回を制限することが検討され、その方法として、特別養子縁組の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意見があった。しかし、厚労省検討会においては、同様の考え方に対し、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、特別養子縁組の申立て前の同意について、その撤回を制限することの可否については、主として、どのような要件を充たす同意であれば撤回を制限してよいかを中心に、今後検討する必要がある。

- (2) なお、仮に、特別養子縁組の申立て前にされた実方父母の同意の撤回を制限する場合には、その同意がいつまで効力を有するかが問題になり得る。子の同意は、特定の特別養子縁組の申立てを前提とせずにされたものであるから、ある申立てが却下又は取下げによって終了し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でも、改めて同意を得ることなく特別養子縁組を成立させることができると考えられる。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、例外的にであっ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。例えば、無条件の撤回は許されないが、（特別養子縁組の申立てがされていない場合に）裁判所の許可を得て撤回することができるとか、同意は一定期間（例えば2年間）に限って効力を有するとすることなどが考えられる。

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

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するかどうかについて、更に検討してはどうか。

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）

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⁴³。これは、次のような理由に基づく。

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

⁴³ 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

いる。また、実方父母の同意を得ることができるか、裁判所が実方父母の同意を不要と判断するかを事前に予測することが困難であるため、養親となる者が特別養子縁組の申立てを躊躇することもあるといわれている。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（又は同意不要事由の充足）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とともに、同意の要否についての予測可能性を高め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相当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方父母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とするのが検討された⁴⁴。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⁴⁵。

⁴⁴ 同様の制度の提案又は検討として、床谷51頁、原田321頁

⁴⁵ 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、特別養子縁組の成立によって、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段階の手続によって養子となるべき者と実方の父母との関係が終了することとしない限り、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）とし、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）とし、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）とせざるを得ない。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

5 (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方父母の同
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⁴⁶。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恒久的に失う
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⁴⁷。従来の
このような考え方を修正する理由が問題になる。

10 ア まず、特別養子縁組に対する実方父母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
15 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、常にその同意が必要となるわ
けではない。親権喪失の原因とされている事由がある場合には、特別養子縁
組の成立に実方の父母の同意が必要とされる趣旨に鑑みて、その同意なくし
て特別養子縁組の成立を認めるべきであるといえるのであれば、親権喪失の
20 審判を受けた父母の同意を不要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相当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
25 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
30 あるとされている⁴⁸。

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、

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。

⁴⁶ 細川86頁

⁴⁷ 細川88頁、原田321頁

⁴⁸ 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

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ケースが多いと述べていた⁴⁹。

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, 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, 實際上, 同

⁴⁹ 細川88頁。また, 新版注釈民法(24)621頁〔大森政輔〕も, 親権喪失の原因となる事情が父母双方に存在するときは, 民法第817条の7の「監護が著しく不適當」である場合に該当するとする。なお, 親権喪失の原因について, 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)。

条ただし書の要件を充たすと評価することができるのであれば、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。

- 5 (3) 以上のとおり、親権喪失の審判と特別養子縁組に対する同意不要事由の存在とを結びつけるとすれば、その根拠は、現行法においても、親権喪失の原因と民法第817条の6ただし書の同意不要事由とが實際上重複していることに求められる。しかし、これに対しては、次の二点で疑問が呈されている。

10 第1に、親権喪失の審判と特別養子縁組に対する同意不要事由とは、文言は近似しているものの、子の利益を害する程度には差があるのではないかという指摘である。仮に、実務上、特別養子縁組に対する同意が不要とされるのは親権喪失の原因に比べてより子の利益を大きく害する場合に限定する運用がされているとすれば、そもそも親権喪失の審判と、特別養子縁組に対する同意不要事由の存在とを結びつけることの妥当性を再検討する必要が生ずる。また、強
15 いてこの両者を結びつけることによって、逆に、親権喪失の審判の認容基準が厳格化することも懸念される。

第2に、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當であることにより子の利益を著しく害するとき」（民法第834条）には、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⁵⁰。これに対し、同意不要事由については、父母の作為又は不作為に起因しないときは、民法第817条の6ただし書にいう「子の利益を著しく害する事由がある場合」に該当しないとされている⁵¹。実質的に考えても、子が実方父母による適切な監護を受けられない場合
20 であるが、それについて実方父母に非難可能性がないときに、実方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は、疑問がある。

以上のとおり、親権喪失の原因と同意不要事由との間で、子の利益を害する程度の点でも該当する事由の広狭の点でも差があるとすれば、親権喪失の審判を受けた場合に直ちに同意不要事由があるとする事は相当でないと考えられる。このように考えるとすれば、親権喪失の審判と同意不要事由の存在とを結
30 びつけるのではなく、下記3のとおり、特別養子縁組に対する実方父母の同意が不要であることを事前に確定する独立の手続のみを設けることが考えられる⁵²。

⁵⁰ 飛澤41頁

⁵¹ 細川96頁

⁵² 親権喪失の審判に付随する審判として、特別養子縁組に対する実方父母の同意が不要である旨を確定する審判を設けることも考えられる。しかし、このような審判を設けるのであれば、それを親権喪失の審判に付随するものとする必要はなく、むしろ、これを独立した審判とする方が、親権を有しない実方父母に対しても利用することができるなど、利用

3 親権喪失の審判とは別に実方父母の同意権を喪失させる制度

(1) 前記2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⁵³。

(2) このような審判を新たに設ける場合には、その申立権者についても、親権喪失の審判を参考にし、子、その親族、未成年後見人、未成年後見監督人等とすることも考えられる。もっとも、この審判はその後に予定されている特別養子縁組の成立の審判の前段階としての意味を持つことからすると、特別養子縁組の成否についての利害関係が希薄であると考えられる子の親族（父及び母を除く。）については、申立権を与える必要性に乏しい⁵⁴。また、子自身についても、特別養子縁組の対象となり得る子は比較的幼少であることや、事実上、特別養子縁組を希望するかどうかの選択を強いるおそれもあることから、申立権者とすることは相当でない。

養親となろうとする者については、当研究会においても、意見が分かれた。

可能性は拡大すると考えられる。

⁵³ 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。

⁵⁴ 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、親権の喪失ではなく、同意権の喪失の審判を利用することも考えられる。

⁵⁵ 父又は母については、その一方が特別養子縁組に同意しているが他方が同意していない場合に、同意している一方が他方の同意権を喪失させるために申立てをすることが考えられる。

同意権を喪失させる審判が、特別養子縁組の成立の審判の前段階としての意味を有していることからすると、特別養子縁組の成立の審判の申立権者である養親となろうとする者に対して同意権喪失の審判の申立権を付与するのが自然であると考えられる。これに対し、同意権喪失の審判を創設する必要性の一つとして、養親となる者の手続上の負担が挙げられていること（前記1参照）や、特別養子縁組の申立てに先立って同意権喪失の審判の申立てがされるとすると、その時点では養親となる者が特定されないことから、養親となろうとする者に同意権喪失の審判の申立権を付与する必要はないとの意見もあった。しかし、前者の根拠については、申立権が付与されたとしても、実際に申立てをするかどうかは養親となろうとする者が判断すればよいから、申立権者から除外する理由にはならないように思われる。また、後者の根拠については、同意権喪失の審判と特別養子縁組の成立の審判相互の関係をどのように設計するかによると考えられる（後記(3)参照）。

児童相談所長については、親権喪失の審判と同様に、申立てをすることができることとするのが相当である。

- (3) 同意権喪失の審判は特別養子縁組の成立の審判の前段階としての意味を有するから、この両者を何らかの形で関連付けるのが自然であると考えられる。その関連付けの在り方については、例えば次の2つの考え方などの選択肢があり得る。この点については、引き続き、下記の2つの考え方以外にどのような考え方があり得るかを含め、更に検討する必要がある。

ア 同意権喪失の審判と特別養子縁組の成立の審判を手続上は飽くまで別個のものとしつつ、同意権喪失の審判は、一定期間（例えば、2年間など）以内に特別養子縁組の成立の審判が申し立てられなければ、その効力が失われるとするものである。これに対しては、管轄が分断されるおそれがあるとの指摘や、記録の取寄せに問題が生ずるおそれがあるとの指摘があった。

イ 同意権喪失の審判と特別養子縁組を手続上もより密接に関連させようとするれば、例えば、特別養子縁組の成立の審判が現に裁判所に係属している場合に、当該裁判所が、同意権を喪失させることができることとすることが考えられる⁵⁶。もっとも、このような制度設計とするのであれば、養親となろうとする者が特別養子縁組の申立てをするまでに、予め実方父母の同意が不要であることを確定することは不可能になる。また、仮に、この考え方を採るとすれば、親権喪失の審判と同時に同意権を喪失させることは困難になる。したがって、親権喪失の審判における立証活動を同意権の喪失に当たっても活用しようとするれば、親権喪失の審判と同意不要事由を結びつけるか、親権喪

⁵⁶ ある手続が係属していることが他の手続の要件となるものとして、例えば、遺産の分割の審判事件を本案とする保全処分（家事事件手続法第200条）がある。

失の審判に付随して同意権を喪失させる審判を創設する必要がある。

4 その他の制度

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。

- 5 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、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つたり、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つたりした
- 10 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と考えられる。

- 15 そこで、第1段階の手続は実方父母の同意又は同意不要事由及び要保護性要件を判断するにすぎず、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のが考えられる。しかし、何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。

20 第6 残された論点

準備中