

法務省法制審議会特別養子制度部会における検討状況について

- ・ 委員等名簿 … p. 2
- ・ 第1回会議（平成30年6月26日）資料 … p. 3
- ・ 第2回会議（平成30年7月31日）資料 … p. 7

法制審議会特別養子制度部会委員等名簿

(平成30年7月31日)

(注) ○印は法制審議会委員を示す。

部会長

東京大学大学院教授 大村 敦志

委員

東京家庭裁判所所長代行 青木 晋
 弁護士(東京弁護士会) 磯谷 文明

公益社団法人家庭養護促進協会理事 岩崎 美枝子

法務省民事局長 小野瀬 厚

神戸大学大学院教授 窪田 充見

東京大学大学院教授 ○高田 裕成

早稲田大学教授 棚村 政行

法務省大臣官房審議官 筒井 健夫

大阪大学大学院教授 床谷 文雄

日本労働組合総連合会総合政策局長 平川 則男

福岡市こども総合相談センター所長 藤林 武史

内閣官房内閣審議官(子ども家庭局併任) 藤原 朋子

児童虐待防止等総合対策室長 水野 紀子

東北大学大学院教授 村田 斉志

最高裁判所事務総局家庭局長 村田 香織

主婦連合会参与 ○山根 香織

幹事

最高裁判所事務総局家庭局第二課長 宇田川 公輔

内閣法制局参事官 岡田 幸人

京都大学大学院准教授 木村 敦子

東北大学大学院教授 久保野 恵美子

一橋大学大学院教授 杉山 悦子

法務省民事局民事法制管理官 堂 蘭 幹一郎

厚生労働省家庭福祉課長 成松 英範

立教大学教授 幡野 弘樹

弁護士(大阪弁護士会) 浜田 真樹

法務省民事局参事官 山口 敦士

関係官

法務省民事局付 倉重 龍輔

厚生労働省子ども家庭局家庭福祉課 佐々木 淳也

母子家庭等自立支援推進官

厚生労働省子ども家庭局 島 玲志

家庭福祉課児童福祉専門官

最高裁判所事務総局家庭局付 山岸 秀彬

法務省民事局付 吉野 秀保

特別養子制度の見直しに当たっての検討課題

第 1 特別養子制度の見直しにおける基本的な視点

特別養子制度は、家庭に恵まれない子に温かい家庭を与えてその健全な養育を図る目的で昭和62年の民法等の一部改正（同年法律第101号。昭和63年1月1日施行）によって創設されたものである。創設から現在まで制度の見直しはされておらず、近時における特別養子縁組の成立件数は、年間500件前後で推移している。

ところで、保護者のない児童、被虐待児童等の家庭環境上養護を必要とし、社会的に養育すべき状況の下にある児童の数は、平成28年度末の時点で約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。特に乳児院、児童養護施設等に入所中の児童のうち、家庭復帰が困難な事情がある児童については、永続的な家庭（養親家庭）を保障すべきであるとの指摘があり、そのための方策の一つとして、特別養子制度の利用が考えられる。

そこで、社会的な養育を必要とする、より多くの児童に温かい家庭を与えてその健全な養育を図るために特別養子制度の利用を促進するという観点から、制度の在り方を見直すべき時期に来ているとの指摘があるが、どのように考えるか。

第 2 養子となる者の年齢要件及び養親との年齢差要件について

1 養子となる者の年齢要件について

民法第817条の5は、養子となる者は、特別養子縁組成立の審判申立ての時点で、6歳未満の者か、8歳未満の者であって6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ものでなければならないとしている。

このような養子となる者の年齢要件が定められている趣旨としては、制度創設時の立案担当者によれば、特別養子縁組は実親子に類似した実質的親子関係を形成しようとするものであるという理解を前提に、①養親と養子との間にそのような実質的親子関係の形成を期待することができるのは、養子となる者が幼少の頃からその監護養育を始めた場合であること、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ほか、実親子関係の断絶が相当でない場合も少なくないこと、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ことなどが挙げられている（注）。

この点については、現に施設に入所している児童のうち6歳以上のものであっても特別養子縁組の利用可能性を検討すべき児童がいることから、養子となる者の年齢要件を引き上げるべきであるとの指摘があるが、どのように考えるか。

(注) 制度創設時の立案担当者は、これらの理由に加えて、普通養子制度がある以上は対象者の年齢を制限しても弊害が少ないから、特別養子制度は妥当性が明白である場合に限り利用されるのが相当であると考えられたことを挙げており、将来的に制度が社会に定着し、制度の理念が広く国民に理解されるようになった場合には、養子となる者の対象者を拡大することも十分考えられるとしている。

2 養子となる者と養親となる者との間の年齢差要件について

現行法では、養子となる者と養親となる者との間の年齢差に関する要件は設けられていないが、養子となる者の年齢要件が上述のとおりであり、一方で、養親となる者は一方が25歳以上で他方が20歳以上の夫婦でなければならないとされていることから、必然的に養子となる者と養親となる者との間には一定の年齢差が確保できることになる。

仮に特別養子縁組における養子となる者の年齢要件を引き上げた場合には、養親との間に相応の年齢差を確保することができなくなる可能性がある。そこで、養子となる者の年齢要件を引き上げる場合には、養親となる者との年齢差要件を設ける必要があるとの指摘があるが、どのように考えるか。

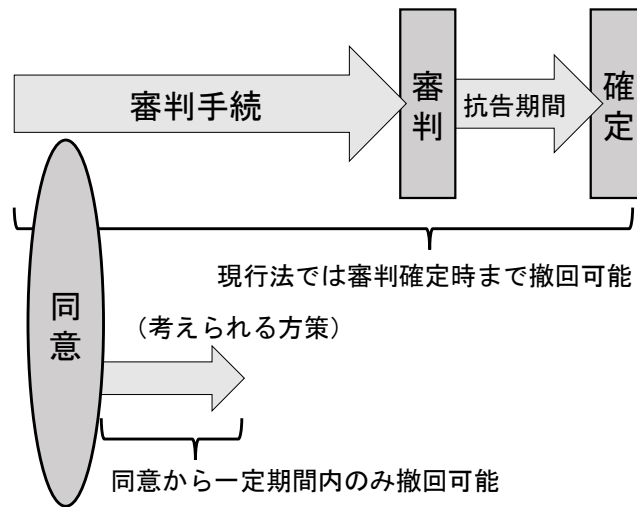
第3 養子となる者の父母による同意の撤回制限について

1 養子となる者の父母が特別養子縁組成立の審判手続係属中に裁判所でした同意の撤回を制限することについて

民法第817条の6本文は、特別養子縁組の成立には、養子となる者の父母の同意がなければならないとしている。この点については、養子となる者の父母は、特別養子縁組成立の審判が確定する時まで同意を撤回することができることとされているため、例えば、家庭裁判所で特別養子縁組を成立させる旨の審判がされた後も、養子となる者の父母は、同意を撤回した上で、自らが同意をしていないことを理由として抗告をすることができる。

このため、養親となる者が養子となる者の養育を開始し、試験養育期間を経て信頼関係が形成された後で、養子となる者の父母が同意を撤回してしまうと、それまでの縁組成立に向けた努力が無駄になってしまうことから、養親候補者が試験養育を開始することを躊躇する場合があるとの指摘がある。

そこで、養子となる者の父母が、特別養子縁組成立の審判手続の係属中に裁判所で同意をした場合等には、一定期間経過後には同意の撤回を制限すべきであるとの指摘があるが、どのように考えるか。



2 養子となる者の父母が審判手続係属前にした同意の撤回を制限することについて

特別養子縁組が検討される場面においては、縁組成立の審判を申し立てるよりも前に、養親となる者による養子となる者の試験養育が開始されることもあるとの指摘がある。

そこで、養子となる者の父母が特別養子縁組成立の審判手続係属前にした同意についても撤回を制限すべきであるとの指摘があるが、どのように考えるか。

第4 特別養子縁組成立の審判に先立って養子となる者の父母の同意を要しないことを確定する方策について

1 養子となる者の父母が親権喪失の審判を受けた場合には特別養子縁組について同意権を有しないこととするについて

養子となる者の父母の同意について、民法第817条の6ただし書は、父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は、養子となる者の父母の同意がなくても、特別養子縁組を成立させることができるとしている。

しかしながら、当該事案において父母の同意が不要であるか否かについて判断がされるのは、特別養子縁組成立の審判手続の終局時においてであるため、養親となる者には、その時点まで、同意が不要となるか否かが明らかにならない。そのため、特に養子となる者の父母に養育の意思がないにもかかわらず同意が得られない事例や、父母が同意とその撤回とを繰り返しているような事例では、養親となる者が特別養子制度の利用を躊躇する場合があるとの指摘がある。

また、養親となる者は、養子となる者の父母による従前の養育の状況について十分な情報を有していないことが多いことから、養親となる者に、養子となる者の父母の同意が不要となる事由があることを主張させるのは負担であるとの指摘もある。

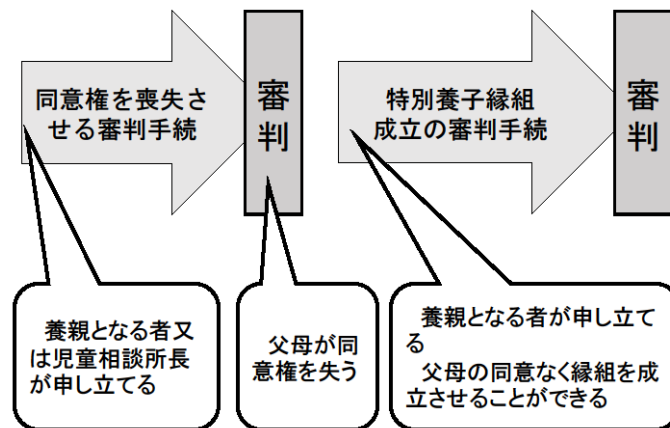
そこで、養子となる者の父母の同意が不要とされるための要件と、親権喪失の要件とが類似することに鑑み、養子となる者の父母のうち親権喪失の審判を受けたものについては、特別養子縁組の成立について同意を要しないこととすべきであるとの指摘があるが、どのように考えるか。

2 養子となる者の父母の同意権を失わせる審判の創設

上記1の制度を採用した場合でも、もともと親権を有していない者については、その同意権をあらかじめ喪失させることができないが、このような父母についても、あらかじめ同意を要しないことを確定する手続を設けるべきであるとの考え方もある。

そこで、特別養子縁組成立の審判とは別に、養子となる者の父母の同意権を喪失させることを目的とする独立の手続（注）を新たに創設すべきであるとの指摘があるが、どのように考えるか。

（注）例えば、一定の事由がある場合に、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手続。



第5 その他

そのほかに、特別養子制度について、見直しを検討すべき事項はないか。

- 例えば、法制審議会総会では、委員から、きょうだいとともに児童養護施設に入所している児童について特別養子縁組を検討するときに関する規律の在り方について検討すべきであるとの意見が出された。

以上

特別養子制度の見直しに当たっての検討課題（一読）

第 1 養子となる者の年齢要件の見直し

1 問題の所在

- (1) 民法第 8 1 7 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 歳に達している子は養子となることができず、例外的に、8 歳未満の子は、6 歳に達する前から養親となる者に監護されている場合には養子となることができると規定している。

現行法の立案担当者によれば、このような年齢制限が定められた理由は以下のとおりである。

- ① 養親と養子との間に実親子間と同様の実質的親子関係の形成を期待することができるのは、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。
 - 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利用されるのが相当である。
 - ⑤ 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に考えられる。
- (2) 養子となる者の上限年齢については、例えば現に施設に入所中の 6 歳以上の児童についても特別養子縁組を検討すべき者がいることから（注 1）、これを引き上げるべきであるとの指摘がある。

特別養子縁組について養子となる者の上限年齢が現在のように規定されている趣旨は、上記 1 ①から④までに記載のとおり、特別養子縁組が実親子間と同様の実質的親子関係の形成を目的としていることを前提に、そのような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とったからであると考えられる。また、前回会議で指摘されたように、特別養子制度は、いわゆる「藁の上からの養子」という慣習の影響もあったことから、養子となる者としては乳児が想定されていたものとも考えられる。

しかしながら、現行法の立案担当者自らが上記1⑤のとおり将来の見直しの可能性を指摘しているように、養子となる者の上限年齢を引き上げることは、直ちに特別養子制度の理念に反するわけではない。

また、前回会議において、近代型の養子法では、養子縁組によって実親子間と同様の親子関係を形成することが必ずしも目的とされているわけではないことを示唆する指摘があった。特別養子制度において実親子間と同様の親子関係の形成が目的とされているのが、いわゆる藁の上からの養子といった慣習の名残にすぎないのであれば、そもそも特別養子縁組が実親子間と同様の親子関係の形成を目指すものであるという点から見直しをすることも考えられる（注2）。

したがって、6歳以上でも特別養子制度の利用にふさわしい者がいるのであれば、養子となる者の上限年齢を引き上げることを検討すべきであると考えられる。

（注1）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によれば、長年にわたって親との面会交流がなかったり、将来的にも家庭復帰が見込まれなかったり等といった事情から特別養子縁組を選択肢として検討すべきであるにもかかわらず、特別養子縁組の要件が厳格であるために縁組を行えていない事案は、平成26年度と平成27年度とで合計298件あるとされる。そのうち、「養子となる者の年齢要件」を理由として挙げるものは46件であり、「実親の同意要件」に次いで多かった。（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作成の「特別養子制度の利用促進の在り方について」参考資料「2 特別養子に関する調査結果について」23頁）

また、前回の会議において、年齢という形式的な要件を満たさないことのみを理由として特別養子縁組が利用されないということにならないようにすべきであるとの指摘もされたところである。

一方、上記のように、単に長年にわたって親との面会交流がなかったり、将来的にも家庭復帰が見込まれなかったりするだけの6歳以上の子であれば、普通養子縁組によって対応することができるとの考え方もあり得るところであって、特別養子縁組をする必要があるのはどのような子であるのかについて、改めて検討する必要があるようにも思われる。

（注2）前回会議においては、我が国の特別養子制度は、単に法律的親子関係を実親から養親にスイッチすると考える近代型の養子観と、養親子間の心情的なつながりを重視する実子擬制型の養子観との二つの焦点を有する楕円のような制度であるといった見方が示された上で、このような状況は必ずしも否定されるべきものではないとの意見があった。

2 見直しに当たっての基本的な視点

仮に養子となる者の上限年齢を引き上げる方向で見直す場合には、上記1①から③までで指摘されている各点について、①特別養子縁組により形成されるべきであるのは、どのような親子関係であり（注）、その形成を期待するためには、どのような年齢要件を定めるべきか、②養親となる者との間で新たに親子関係を形成し、実親子関係を終了させることが養子となる者の利益になるようにするためにはどのような配慮が必要か、③養子となる者の法的地位が長期にわたって定まらない事態をどのように考えるかといった視点からの検討が必要であると考えられる。なお、④で指摘されている対象者を制限することに伴う弊害があるとすれば、その内容を明らかにすることも必要となろう。さらには、⑤の制度の理念を従来通りのままで維持することができるかという問題もある。

（注）実親子間と同様の親子関係という場合も、それがどのような関係であるかは明らかでない。例えば、近時は、真実告知（養子に対して養親との関係が実親子関係ではないことを伝えること）の重要性が指摘されているようであり、「実親子間と同様の親子関係」とは、養子が養親のことを実親であると信じている関係を指すというわけではないように思われる。また、単に、外観上実親子らしく見える関係ということの意味しているわけでもないであろう。そうすると、幼少期から記憶を共有して心情的に深く結び付いていることとか、相互に強く信頼し合っていることといった説明になるものと考えられるが、いずれにしても曖昧さは残るように思われる。

以上のような点を踏まえると、特別養子縁組における養子の上限年齢を考える前提として「実親子間と同様の親子関係」とはどのようなものであるかを追究することの可否には疑問の余地があるように思われる。

3 具体的な年齢要件について

- (1) 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回会議の参考資料1。以下「研究会報告書」という。）では、以下の理由から、養子となる者の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している。
 - ① 特別養子縁組が家庭復帰の困難な児童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余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とする必要はないと考えられる（なお、平成34年4月以降は、成年年齢が18歳となることから、「養育期間」を養子が成年に達するまでの期間と考えると、満15歳で養子縁組をした場合の養育期間は僅か3年に限られることになる。）。
 - ② 普通養子縁組において15歳以上の者は自らの意思で単独で縁組を

することができる」とされていることとの均衡上（民法第797条第1項）、仮に15歳以上の者について特別養子縁組を成立させることとする場合には、養子となる者による同意があることか、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（注）。そうすると、養子となる者に実親との関係を終了させるか否かという困難な決断を迫ることになり、相当でないと考えられる。

（注）民法第797条第1項の代諾養子縁組の在り方については、これを見直すべきであるとの指摘がある。

仮に、特別養子縁組における養子となる者の年齢要件の見直しにおいて、現行法において15歳未満の者については代諾養子縁組が認められていることを根拠の一つとした場合には、将来的に、例えば、代諾養子縁組をすることができるのは子が12歳未満である場合に限るとするような改正がされた場合には、特別養子縁組における養子となる者の上限年齢を再度見直さなければならなくなる可能性があるが（上記の例でいうと12歳未満とするか）、法制度の安定性の観点からは、そのような事態を避けることが望ましいとも考えられる。

(2) 本部会資料では、養子となる者の上限年齢を引き上げるとしても、上記(1)の①及び②の理由から、15歳未満を上限とすることを前提として、以下の3案を挙げる（研究会報告書においても、同旨の3案がまとめられている。）。

第1案は、特別養子縁組は、親子としての関係を構築することができるのは小学校在学中までであるとの指摘もあることを前提として、上限年齢を12歳未満まで引き上げるものである。

第2案は、第1案の考え方を基礎としつつ、養親子関係の形成に意味を有するのは、縁組成立審判の申立時ではなく、養親が養子の監護を実際に始めた時であることを考慮して、現行法と同様、原則要件を12歳未満まで、例外要件を15歳未満まで、それぞれ引き上げる（養親が養子となる者を12歳に達する前から監護していたときは15歳に達するまでは縁組をすることができることとする）ものである。

第3案は、養子となる者は15歳未満の者であるべきであるという基本的な考え方の下で、できる限り広く養子縁組を認めることとして、上限年齢を15歳未満まで引き上げるものである。

この点について、どのように考えるか。

4 派生する論点について

(1) 養親となる者の年齢要件

民法第817条の3及び民法第817条の4によれば、養親となる者

は、一方が25歳以上で、他方が20歳以上の夫婦でなければならないとされている。養子となる者の年齢要件を見直す場合には、このような養親となる者の下限年齢も見直す必要があるか。

また、養親となる者の上限年齢について何らかの規律を設ける必要があるか。

(2) 養親となる者と養子となる者との間の年齢差要件

養親となる者と養子となる者との間の年齢差要件については、前回会議において、年齢差の下限及び上限のいずれも問題となり得るとの指摘があった。

まず、下限については、余りに年齢が近いと、親子としての関係を構築することが困難であると考えられることから必要とされるという考え方があ

る。一方、上限については、同様に親子としての関係構築の観点のほかに、例えば、養子となる者が成年に達して間がないときから養親となる者を介護しなければならない事態になるのが適切であるかなどといった観点から、これを検討すべきであるとの指摘もあるところである。

しかしながら、養親となる者と養子となる者とが親子としての関係を構築することができるか否かは、養親となる者の健康状態や、養親となる者と養子となる者との関係性等、個別の事情によるところが大きいものと考えられる。また、前回会議において、「親子らしさ」の在り方は時代とともに変わり得るものであるとの指摘もあったところである。さらに、当該縁組が養子となる者の利益となるものかという点については、家庭裁判所が養親子の一定の幅の中での年齢差も含む諸般の事情を総合的に考慮して判断することにより、適切な結論が得られるとの指摘もあった。そこで、本部会資料では年齢差要件について特に案を提示していないが、この点についてどのように考えるか。

第2 養子となる者の父母（以下「実親」という。）の同意要件についての見直し

1 実親の同意が必要とされている趣旨について

(1) 問題の所在

特別養子縁組の成立には、原則として実親の同意がなければならないとされているが（民法第817条の6本文）、その趣旨は、縁組の成立により、①養子となる者は、実親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実親の同意を要するものとするのが相当であること、②実親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、これらの親としての地位等を保護するためにも、その同意を要するものとするのが相当で

あることを考慮し、子及びその実親の利益を保護するためのものであるとされている。

この点について、上記①は、養子となる者の利益を保護する観点からのものである。しかしながら、特別養子縁組は、子の利益のために特に必要があると認められるときに家庭裁判所の審判によって成立するものであるから、ある縁組が子の利益に沿うものであるか否かについては家庭裁判所が客観的な立場から判断するのであり、実親の判断は不可欠なものではないようにも思われる。このように考えると、実親の同意は、上記②、すなわち実親自身の地位等を保護するために要件とされているものと理解することもできるように考えられる。

もっとも、このように考えると、特別養子縁組の成立を実親子関係の終了と養親子関係の創設とに分けて考えたときに、実親の同意は前者の関係でのみ要求されているものと理解することになるように思われる。

(実親の地位等と直接関係があるのは実親子関係が終了するか否かであって、養親子関係の創設は実親には直接関係はない)。そうすると、養親子関係は家庭裁判所の判断のみによって創設されると理解することになると思われるが、このような制度理解は、養親子関係も家庭裁判所の審判及び実親の同意によって創設されるという現行法の制度理解から大きく転換することになるように思われる。

この点について、どのように考えるか。

(2) 派生する論点（いわゆる白地同意について）

現行法において、実親の同意は、特別養子縁組成立の審判を認容する旨の観念の表示であり、相手方のない単独行為であると解されている。

現行法の下では、実親が養親となる者の氏名等を具体的に知らないでした同意（匿名同意）も有効であると解されているが、特定の養親を前提としない同意（白地同意）の有効性については、見解が分かれている（注1、2）。

仮に、上記(1)の検討の結果、実親の同意が要件とされていることの趣旨が子の利益及び実親自身の地位等のいずれをも保護することにあると整理するのであれば、子の利益は具体的にどの養親に養育されることになるかによって保護されるか否かが異なり得るので、白地同意を有効と解釈する余地は乏しいが、実親の同意が要件とされている趣旨が実親自身の地位等を保護することのみにあると整理するのであれば、白地同意を有効と解釈する余地も十分にあるように思われる。

(注1) 現行法の下では、養親となる者のみが特別養子縁組成立審判の申立権者であるから、手続が開始する時には養親となる者が特定されており、他方で、実親の同意は縁組成立の要件とされており、家庭裁判所は、縁組成立審判をする場合には、実親の陳述を聴かなければならないとされている（家事事件手続法第

164条第3項第1号)。したがって、現行法の下では、実親の同意が白地同意であるということは考えにくく、それが有効であるか否かについて議論することに大きな意味はないとの指摘もある。

(注2) さらに、匿名同意と白地同意の中間的なものとして、例えば、養親の収入や居住地等に条件を付けてした同意の効力も問題となり得る。

2 実親の同意が不要とされる場合

特別養子縁組が成立するためには、実親による養子となる者の監護が著しく困難又は不相当であることその他特別の事情があることが必要であるが(民法第817条の7)、実親がその意思を表示することができない場合又は実親による虐待、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は、実親の同意は不要とされている(民法第817条の6ただし書)。

上記の各要件の関係性を図示すると以下のようになる。

成立要件と同意不要要件との関係

【民法第817条の7の特別の事情がある場合】
父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不相当であることその他特別の事情がある場合

【民法第817条の6ただし書の同意不要要件】
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

特別養子縁組の成立に実親の同意が必要となるのは、上図の塗りつぶし部分であるが、民法第817条の7に規定されている特別の事情があるにもかかわらず、民法第817条の6ただし書に該当しない場合というのはほとんど想定することができないのではないかという指摘があり、前回の会議でも指摘されたとおり、実親の同意が特別養子縁組の成立要件とされている趣旨(上記1(1))を再検討した上で、民法第817条の6と第817条の7の位置付け及び関係について検討することが考えられる。

この点について、どのように考えるか。

(注) 民法第817条の7については、①配偶者の連れ子を特別養子とする場合（例えば、A・B夫婦間の実子Cを、A・Bの離婚後、Aの再婚相手Dが特別養子とする場合）及び②普通養子を特別養子とする場合（例えば、E・F夫婦間の実子Gを、H・I夫婦が普通養子としていた場合に、H・I夫婦がGを特別養子とする場合）について、それぞれ民法第817条の7の「父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不相当であることその他特別の事情がある場合」（要保護性要件）に該当するか否かについて、文言上必ずしも明らかでない。

すなわち、①については当該配偶者（A）が、②については普通養子縁組の養親（H・I夫婦）が、それぞれ特別養子縁組の成立後も子の監護を継続していくことが予定されていることから、当該配偶者（A）又は養親（H・I夫婦）による監護が困難又は不相当であるとはいえないのではないかとの疑問がある。

仮に①又は②の場合に特別養子縁組を成立させることが特別養子制度の趣旨に照らして問題ないのであれば、民法第817条の7を見直す場合には、①又は②の場合が直ちに要保護性要件を欠くことにはならないことを明確にすることも考えられる。

なお、①又は②の場合に、特別養子縁組の成立を否定する裁判例としては、名古屋家庭裁判所平成元年8月23日決定・家裁月報42巻5号92頁、名古屋高等裁判所平成元年3月23日決定・家裁月報41巻12号112頁があり、肯定する裁判例としては、東京高等裁判所平成8年11月20日決定・家裁月報49巻5号78頁、名古屋高等裁判所平成15年11月14日決定・家裁月報56巻5号143頁がある。

第3 実親による同意の撤回を制限する方策

1 問題の所在

実親は、子の特別養子縁組にいったん同意をしたとしても、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（東京高等裁判所平成2年1月30日決定・家裁月報42巻6号47頁等）。

現行法の立案担当者によれば、現行法の立案時にも同意の撤回を制限することが検討されたが、以下の理由から、撤回を制限しないこととしたとされる。

- ① 実親の同意を要することとしたのは、実親自身の利益をも保護するためであるから、同意するか否かは可能な限り実親の自由な意思に委ね、同意の撤回も幅広く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、「養子となる者の利益を著しく害する事由がある場合」（民法第817条の6ただし書）に該当するもの

と見て、同意を不要と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は、審判前の保全処分（家事事件手続法第166条第1項）により試験養育を続けることが可能である。

- ③ 仮に、審判の申立て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効果を付与するものとする、その効果の重大性に鑑み、手続の初期段階において、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そろっていることが必要とされるものとも思われるが、関係機関の現状からすると、手続の初期段階にそのような資料をそろえることは困難であると考えられる。
- ④ 諸外国の法制において、同意の撤回を制限する場合には、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探すこととするものが多いが、我が国の現状においては、そのようなことを縁組あっせん機関に期待することは困難と考えられる。

しかし、養親となる者の下で養子となる者の試験養育が開始され、両者の間で信頼関係が構築されたにもかかわらず、その後に実親が同意を撤回すると、それまでの特別養子縁組成立に向けた努力が無駄に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ている（注）。

（注）養子となる者の試験養育が実親と養親となる者との間の監護委託契約に基づいて行われている場合等には、実親の同意の撤回を制限したとしても、実親が監護委託契約を解除して契約の終了又は親権に基づき子の引渡しを求めたときには、養親はこれに応じなければならず、試験養育を継続することができなくなるおそれがあるようにも思われる。もっとも、家事事件手続法第166条第1項の保全処分に対応すれば足りるとも考えられる。

（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 見直しに当たっての基本的な視点

(1) 前記1の①から④までの論拠について

親としての地位を失う実親の利益（前記1の①）については、これを軽視することはできない。しかしながら、自らがいったん特別養子縁組に同意し、そのことを受けて手続が開始された場合には、これに伴って他の者（特に子）の置かれる状況も影響を受けることとなるから、同意が撤回されることによってその状況が更に変化することがないようにするために、実親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されたものであることが前提となる。）。

同意不要要件の該当可能性（前記1の②）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要件に該当するとか、審判前の保全処分が認められ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はできない。

手続の初期段階における判断資料の収集可能性（前記1の③）については、同意の撤回制限はあくまで実親の同意の要件に関する規律であるから、手続の初期段階において縁組の相当性を判断する資料までは必要ないとも考えられる。

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1の④）については、日本法においては、実親の同意によって実親子関係が終了す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の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。

(2) 要検討事項

実親の同意の撤回を制限する場合には、以下の各点について検討する必要があるものと考えられる。

ア 実親がいったん同意をすると撤回が制限されるということを理解した上で同意をしたことをどのように担保するか。

イ 実親が同意をした後に、養育環境を整えた上で子の養育を改めて望んだとしても縁組が成立し得ることとなるが、それは実親による養育が最善であるとの考え方とどのように整合するのか。

ウ 現行法の立案担当者によれば、外国の立法例では、実親が精神的に不安定な時期に十分な考慮なしに同意をすることを防止するため、子の出生の後一定期間は、実親、特に実母の同意を制限するものが少なくないが、現行の民法は、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、審判申立後に原則として6か月以上の試験養育期間を置くこととしているので（民法第817条の8）、これによって不用意な同意を防止することができると考え、同意の時期には制限を設けなかったとされる。仮に実親の同意の撤回を制限する方向で見直しをするとすれば、実親が精神的に不安定な時期に十分な考慮なしに同意をすることを防止するために、どのような方策をとるべきか。

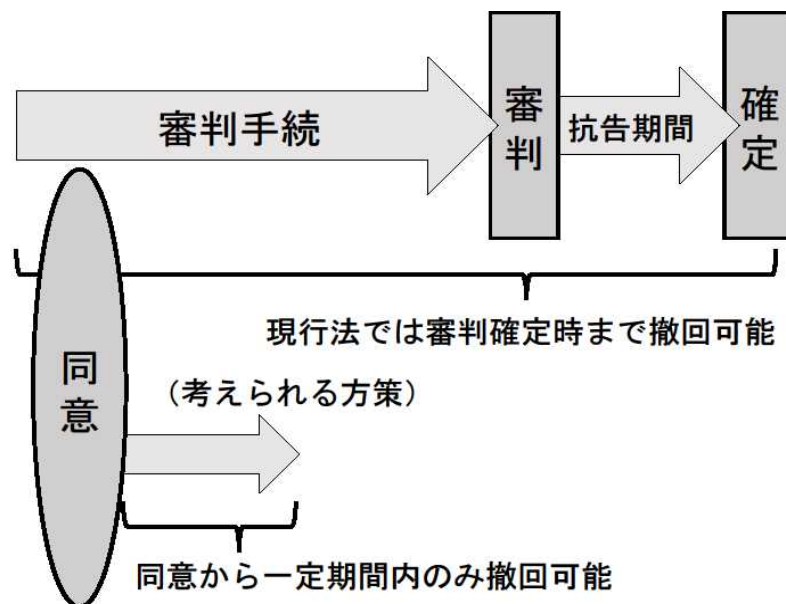
エ 同意を撤回する余地を残す場合には、撤回可能な期間をどの程度とすべきか。

3 具体的な制度（特別養子縁組成立の審判手続においてされた同意について撤回を制限するもの）について

実親が特別養子縁組成立の審判手続においてした同意について、その撤回を制限する制度としては、上記2(2)のアからエまでの要検討事項を踏まえて、例えば次のようなものが考えられる。

実親が、子の出生から2か月を経過した日以後に、家庭裁判所調査官による事実の調査を経た上で家庭裁判所に書面を提出することにより又は審問期日において口頭で特別養子縁組についての同意をした場合には、その同意の撤回は、同意の日から一定期間内にしなければならず、その期間が経過した後は同意を撤回することができない。

(参考)



(補足説明)

上記の例は、家庭裁判所に確認させることで、実親が同意の意味を理解

した上で真摯に同意をしていることを担保しようとするものである。これは、実親の同意が審判申立後にされたものであることを前提としており、例えば、実親が審判申立前にあっせん団体に特別養子縁組についての同意書を預けておき、その書面が審判申立後にあっせん団体から家庭裁判所に提出されたような場合は、「家庭裁判所に書面を提出することにより特別養子縁組についての同意をした場合」には当たらないものと解される。

4 派生する論点（特別養子縁組成立の審判の申立前にされた同意の撤回を制限する方策）について

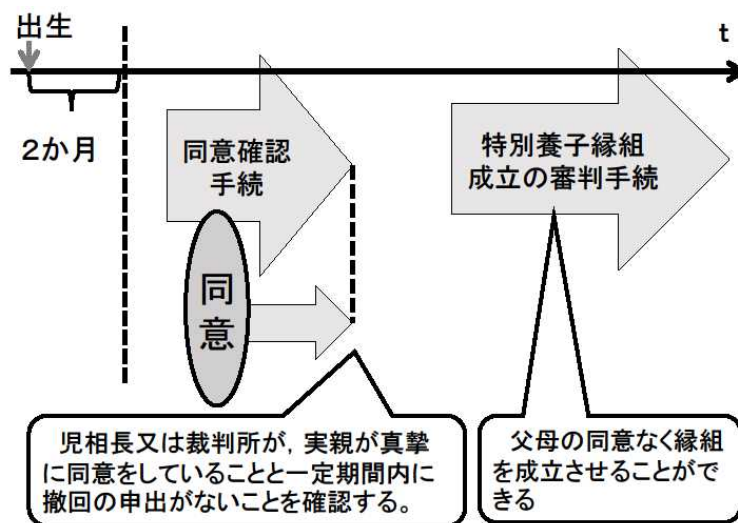
養親となる者による試験養育は、特別養子縁組成立審判の申立前に、実親の同意を受けて開始されることがあり、審判の申立前に、養子となる者と養親となる者との間で信頼関係や愛情の形成が進行している場合もある。このような場合には、実親の同意が審判の申立前にされている以上、その同意は、上記3のように審判手続内で家庭裁判所に書面を提出する方法や、家庭裁判所における審問期日においてする方法によることができないから、上記3のように家庭裁判所においてされる同意の撤回を制限したとしても、養親子間の信頼関係の形成後に同意の撤回がされるという事態を完全には回避することができない。

そこで、特別養子縁組成立審判の申立前に実親がした同意の撤回を制限する新たな制度として、審判の申立前の実親の同意は、行政機関（児童相談所長）又は家庭裁判所に対してしなければならないこととした上で、一定期間内に撤回がされない場合には、その後の撤回を制限するという制度を創設することが考えられる。具体的な制度設計として、例えば次のようなものが考えられる。

実親が、特別養子縁組成立の審判の申立てがされる前であって、子の出生から2か月を経過した日以後に、公的機関（注）に対して、〔養親となる者と養子となる者との間の〕特別養子縁組が成立することに同意をする旨を申述した場合において、一定期間内に当該公的機関に対してその同意を撤回する旨の申述をしないときは、申述の日から2年を経過する日までの間は、当該同意を撤回することができない。

（注）公的機関としては、児童相談所、家庭裁判所等が考えられる。

(参考)



(補足説明)

ア 前記第2・1(2)のとおり、実親の同意については、白地同意（特定の養親を前提としないでする同意）の有効性について議論がある。仮に白地同意が無効であるとする場合には、同意は特定の養親を前提とするものとするほかないから、〔養親となる者と養子となる者との間の〕の部分挿入することになる。

イ 同意の提出先を児童相談所長とした場合には、手続面で比較的簡便であるといえるが、取り分け後記第4の4のような規律を設けるときは、児童相談所長が中立的な立場にあるといえるか疑問がある。

他方で、同意の提出先を家庭裁判所とした場合には、中立性の問題は生じないが、後に同意を撤回することがあるような実親が、わざわざ家庭裁判所に出頭したり、調査官調査に応じたりしてまで同意をするかという疑問がある。

第4 特別養子縁組の成立について実親の同意を要しないことをあらかじめ確定する方策

1 見直しの必要性について

(1) 現行法においては、実親は、子の特別養子縁組にいったん同意をしたとしても、縁組成立の審判が確定するまでは同意を撤回することができるとされている（前記第3の1）。

この点については、①試験養育が開始し、養親となる者と養子となる者との間の信頼関係が形成された後に実親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おそれがあるとの指摘があるほか、②養親となる者が安心して試験養育を開始することができないことも指摘されている（なお、民法第817条の6ただし書に該当する場合に

は、実親の同意は不要となるが、その場合に該当するか否かは、現行法の下では、家庭裁判所が終局審判において判断を示すまで明らかにならない。)

- (2) また、現行法の下では、申立人である養親となる者は、民法第817条の7所定の要保護性要件及び必要性要件並びに同法第817条の6ただし書所定の同意不要要件に該当する事実等について主張立証しなければならないため、実親による養育の在り方を批判する立場に立たざるを得ない上、通常、養子となる者のそれまでの養育状況を知らないことが多いから、養親となる者の負担は、心理的にも労力の面でも重いとの指摘もある。
- (3) そこで、特別養子縁組成立の審判に先立って、児童相談所長が申立人となる手続において、民法第817条の7所定の要保護性要件（父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不相当であることその他特別の事情があること）及び同法第817条の6ただし書所定の同意不要要件について審理をしておき、あらかじめ実親の同意が不要であることを確定しておく制度を設ける必要があるとの指摘があるが、これについて、どのように考えるか。

2 二段階手続論について

- (1) 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制度の利用促進の在り方に関する検討会における資料「特別養子縁組の利用促進の在り方」(第1回会議参考資料4)では、特別養子縁組成立の手続を2段階に分け、1段階目では、ある子について一般的に特別養子縁組が適当であることを確認し、2段階目では、特定の養親となる者との間の特別養子縁組の適否を判断するという考え方が主張されており、また、前回会議では、特別養子縁組の成立の手続について、養子となる者と実親との親子関係を終了させ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とに二分することとしてはどうかという意見があった。いずれの考え方も、実親の同意や、民法第817条の7所定の要保護性要件については1段階目の手続で判断することにした上で、1段階目の手続については児童相談所長も申し立てることができることとするもので、前記1(1)及び(2)の問題に対応しようとするものである。
- (2) もっとも、前者の考え方については、1段階目の手続において、家庭裁判所が、ある子について一般的に特別養子縁組が適当であると判断したとして、どのような審判をすることとなるのか、その審判によって、法律関係にどのような変化が生じるのか(その審判による法律効果はどのようなものであるのか)という疑問があると思われる。
また、後者の考え方についても、1段階目の手続において、親子関係を終了させる旨の審判がされた場合において、2段階目の手続で養子縁

組を成立させることができなかつたときに、親のない子を生じさせることとなつてしまい、かえつて子の利益を害することにならないかという点を検討する必要がある。そもそも、特別養子縁組は、新たに成立する養親子関係を強固なものとする観点から、養親子関係の成立に伴い実親子関係を終了させるものであると考えるとすると、養親子関係の成否と関係なく実親子関係を終了させるということが適切であるのかという問題もあるように思われる。

さらに、いずれの考え方をとる場合であっても、特別養子縁組成立の審判手続を抜本的に変更することになることから、現行の制度とは併存し得ず、全ての養子縁組成立の手続が2段階で審理されることになることと考えられる。特別養子縁組については、現行の手続において特段の問題なく成立しているものも多いと考えられるが、そのような場合も含めて、2段階で審理されることになるということが適切かという問題があるように思われる。

3 親権喪失の審判を受けた者の同意を要しないこととする案

- (1) 特別養子縁組の成立について実親の同意を要しないことをあらかじめ確定する方策として、既存の親権喪失制度（民法第834条）と関連付ける制度設計も考えられる。例えば、実親が親権喪失の審判を受けた場合には、特別養子縁組の成立について、当該実親の同意を要しないこととするものである。

このような制度設計は、現行法が特別養子縁組の成立について実親の同意を要求している趣旨との関係でも、親権喪失の審判を受けたような実親に子の利益の観点から特別養子縁組の適否を判断させるのは適当でないこと、実親自身の地位等の保護の観点からも、親権を喪失した以上、子の特別養子縁組について同意をし得る地位を失うこととなつてもやむを得ないといえることから、正当化され得るように思われる。

- (2) もっとも、親権喪失の審判は実親子関係を終了させるものではないのに対し、特別養子縁組が成立した場合には実親子関係が終了することになることから、制度の妥当性については慎重に検討する必要がある。また、親権喪失の審判については、いったん審判を受けても、その取消しの余地があるのに対し（民法第836条）、特別養子縁組が成立した場合には、原則として離縁することができないこととの関係上（民法第817条の10）、実親子関係が復活する可能性がほとんどないことになるという点も考慮する必要がある。

加えて、この案では、親権を有していない親については、その同意を要しないことをあらかじめ確定することができないという限界があることにも留意する必要がある。

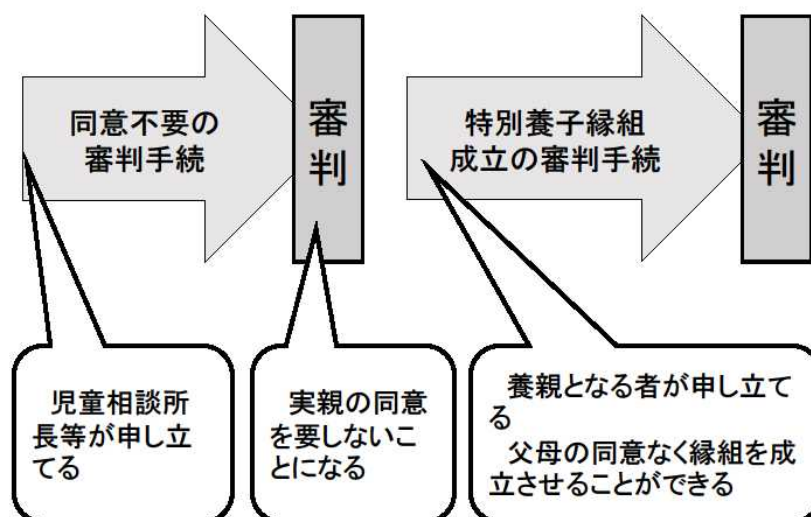
4 具体的な規律案

上記2及び3の考え方に含まれる問題点を回避しつつ、特別養子縁組の成立について実親の同意を要しないことをあらかじめ確定する方策として、例えば、次のような独立した審判手続（以下、この手続による審判を「同意不要審判」という。）を設けることが考えられる。これは、単純に、要件の内容は現行法における同意不要要件（民法第817条の6ただし書）と同じものとしつつ、手続を特別養子縁組成立審判の手続とは独立したものとし、かつ、申立権者を児童相談所長等とするものである。

養子となる者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養子となる者の父母による虐待、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ときは、家庭裁判所が、〔養親となる者、〕〔子、その親族、未成年後見人、未成年後見監督人、検察官又は〕児童相談所長の申立てにより、〔養親となる者と養子となる者との間の〕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。

この審判の効果は、審判確定の日から2年が経過することにより消滅するものとする。

(参考)



(補足説明)

- (1) 具体的な規律としては、児童相談所長のほか、養親となる者も申立権者に加えることが考えられる。この規律においては、まず、実親の同意が不要となるのは、特定の養親候補者が養親となる特別養子縁組に限られ、他の者が養親となる場合には、実親の同意が必要になるという制度

設計が考えられる。

基本的な制度設計をこのようなものとした場合には、児童相談所長は、飽くまで当該養親候補者の代わりに審判を申し立てるものと理解すべきであるから、児童相談所長が申し立てる場合であっても、当該養親候補者が養親となる特別養子縁組について、実親の同意を不要とすることを求めることになる。

- (2) 一方で、特定の養親候補者との関係で同意を不要とされるような実親については、誰が養親となる特別養子縁組であっても、縁組の成立にその同意を要するものではないと考えることもできるように思われる。そこで、同意不要審判の手続を、ある子の実親について、養親となる者が誰であるかにかかわらず、特別養子縁組について同意を要しないことを確定させるために申し立てることができるものとするとも考えられる。

基本的な制度設計をこのようなものとした場合には、これは、特定の養親候補者のための制度というよりも、主に子の利益を図ろうとする制度であると理解されるから、審判の申立人は、親権喪失の審判の申立権者と同様の者とする（さらに、養親となる者も申立人に加える）ことが考えられる。

- (3) なお、上記(1)の制度を採用する場合には、具体的な養親候補者が決まってから、児童相談所長又は当該養親候補者が同意不要審判の申立てをすることになる。そうすると、当該養親候補者において、実親の同意が不要であることが確定してから試験養育を開始したいという意向を有している場合には、同意不要審判が確定してから試験養育を開始することになるため、養親候補者が決まってから特別養子縁組の成立まで、長期間を要することになる。

これに対し、上記(2)の制度を採用した場合には、養親候補者が決まっていな段階で同意不要審判を得ておくことも可能であり、養親候補者が決まった時点で速やかに試験養育を開始することができるというメリットがある。

5 その他の方策について

前回会議では、特別養子縁組成立の審判の手続の中で、民法第817条の6ただし書の同意不要要件及び民法第817条の7の要保護性要件があることを確認する中間審判を行うことができることとして、この中間審判に関する審理に児童相談所長が関与する制度を創設してはどうかという意見があった。

このような考え方については、①養親となる者において、実親の同意が不要であることが確定してから試験養育を開始したいという意向を有している場合には、中間審判後に試験養育を開始することになるから、審判手

続全体が長期化するおそれがあること、②実親が中間審判後の事情等を主張して同意不要要件を争うことが可能であると考えられることなどをどのように考えるかといった点について検討が必要であると思われる。

第5 その他

1 特別養子縁組と他の社会的養護の枠組みとの関係

前回の部会においては、特別養子縁組が里親等の他の社会的養護の枠組みよりも優れている（一段高い）ものであるという見方は不適切であり、それぞれの子ごとに、どのような社会的養護の枠組みが最も適しているかを見極めることが重要であって、ある子にとって特別養子縁組が最も適している場合に、それを利用することについて制度上の支障があるのであれば、その解消を図る方策を検討することが本部会の役割であるとの指摘が複数の委員・幹事からされた。このような基本的な視点は、今後、各論点を検討するに当たり重要なものとなると考えられる。

2 養親への支援の重要性

前回の部会においては、特別養子縁組は、それが成立すれば直ちに子の利益が保護されるというものではなく、他人の子を育てていく養親に対し、国が十分な支援をしていくことの重要性が複数の委員・幹事から指摘された。この点は、民法等の改正について諮問を受けた法制審議会の所掌範囲を超えるものではあるが、重要な指摘として、ここに記載しておくこととする。

以 上