特別養子制度部会	資料４

中間試案の取りまとめに向けた議論のためのたたき台

（前注）本部会資料においては，中間試案のたたき台を太字で示し，各事項につき補足説明を記載している。

第１　養子となる者の年齢要件等の見直し

民法第８１７条の５の養子となる者の年齢について，次のいずれかの案によるものとする。

【甲案】

民法第８１７条の２に規定する請求（特別養子縁組成立の審判の申立て）の時に８歳未満の者は，養子となることができる。請求時に１２歳未満の者であって，８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又は８歳に達するまでの間に同請求がされなかったこと〔８歳に達した後に同請求をすること〕について特別の事情〔やむを得ない事由〕がある場合についても同様とする。

【乙案】

民法第８１７条の２に規定する請求（特別養子縁組成立の審判の申立て）の時に１３歳未満の者は，養子となることができる。ただし，特別養子縁組成立の時において１５歳に達しているときはこの限りでない。

【丙案】

(1)　民法第８１７条の２に規定する請求（特別養子縁組成立の審判の申立て）の時に１８歳未満の者は，養子となることができる。

(2)　特別養子縁組成立の時において，養子となる者が１５歳に達しているときは，特別養子縁組の成立には，養子となる者の同意がなければならない。

（補足説明）

１　試案の概要

甲案は，養子となる者の年齢の原則的な上限を，特別養子縁組成立の審判申立時において８歳未満にまで引き上げるとともに，例外的に①８歳に達する前から養親となる者に監護されていた場合及び②８歳に達した後に上記審判申立てをすることについて特別の事情〔やむを得ない事由〕がある場合については，例外的に，上記の上限を審判申立時において１２歳未満にまで引き上げるものである。

乙案は，養子となる者の年齢の上限を，特別養子縁組成立の審判申立時に

おいて１３歳未満にまで引き上げる一方で，縁組成立時においては１５歳未満でなければならないとするものである。

丙案は，養子となる者の年齢の上限を，特別養子縁組成立の審判申立時において１８歳未満にまで引き上げるものであり，さらに，養子となる者が縁組成立時に１５歳に達している場合には，養子となる者の同意を縁組成立の要件とする案である。

２　検討の枠組み

前回会議においては，特別養子縁組における養子となる者の上限年齢について，①大幅な引上げに慎重な意見，②引き上げるとしても１５歳未満が限界であるとの意見，③例外的なケースに絞るとしても１８歳未満まで引き上げるべきとの意見などが出された（①と②の意見は対立的なものではないと考えられる。）。

特別養子縁組における養子となる者の上限年齢の見直しは，民法という我が国の私法の基本法の見直しを要するものである以上，単にニーズに応えられるように改めれば足りるというものではなく，特別養子制度の趣旨（目的）や位置付けを慎重に再検討し，これらとの関係を的確に説明することが可能なものであることが必要である。この点については，後記３及び４において検討する。

次に，特別養子制度の趣旨（目的）や位置付けとの関係を的確に説明することが可能な範囲で，制度の見直しのニーズとしてどのようなものがあり，それにどのように応えられるのか，あるいは応えられないのかという点について，後記５において検討する。

最後に，前回会議においても，現行の普通養子制度を前提とすると，養子となる者が１５歳以上である場合にはその者の同意を特別養子縁組の成立要件とせざるを得ない旨の指摘がされたところである。この指摘に従うとすると，養子となる者の上限年齢を１５歳以上にまで引き上げる場合には，併せて，養子となる者に同意を求める制度を導入することの是非が問われることとなる（丙案の「(2)」参照）。この点については，後記６において検討する。

３　制度趣旨との関係

(1)　特別養子制度の趣旨（目的）（部会資料３の振り返り）

前回の部会資料３では，その第１の２(2)において，それまでの議論を踏まえ，特別養子制度の趣旨（目的）について以下のアからエまでの考え方を提示した。

ア　「実親子間と同様の実質的親子関係」の形成という制度趣旨（目的）を維持する考え方

イ　未成年者が縁組によって形成された安定的な家庭環境で養育されることを制度趣旨（目的）と捉える考え方

ウ　経済的・社会的に自立することのできない子が縁組によって形成された安定的な家庭環境で養育されることを制度趣旨（目的）と捉える考え方

エ　養育を基礎として既に形成された親密な関係を法的な親子関係に転化させることを制度趣旨（目的）と捉える考え方

(2)　従前の議論

従前は，特別養子制度の趣旨（目的）はアのように理解されていたが，今後もこれを維持するか又はイからエまでの考え方にまで拡大して考えるかによって，上限年齢の引き上げ幅が示唆されることとなる。

前回会議においては，アの考え方を維持しつつ「実親子間と同様の実質的親子関係」をやや広く解すべきとの意見や，ア，イの考え方が原則で例外的にエの考え方をとるべきとの意見などが出されたが，特別養子制度の趣旨（目的）をウやエの考え方にまで拡大することについては大方の意見の一致は見られなかった。

(3)　第２回会議以降の検討

確かに，特別養子縁組に特有の法的効果は実親子関係の終了と離縁の原則的禁止であるが，これらは飽くまで養親の下での安定的な養育環境を確保するための手段であって，それらの法的効果を生じさせること自体は特別養子制度の目的ではない。

エの考え方は，「養育」という概念の意義を希薄化させるおそれがある上，この考え方に従うと，養子となる者の年齢に上限を設けることができなくなるのではないかとの疑問がある。また，既に形成された親密な関係を法的な親子関係に転化させるということは，縁組後の養育を主眼とするものではなく，実親子関係の終了自体を目的とするものと捉えざるを得ないのではないかとの疑問も残る。

次に，ウの考え方については，「経済的・社会的に自立することのできない子」には成年に達した大学生なども含まれ得ることとなることからすると，上記エの考え方と同様，この考え方に従うと養子となる者の年齢に上限を設けることができなくなるのではないかとの疑問が残る。

(4)　制度趣旨（目的）の理解と各試案との関係

甲案は，アの考え方を前提とした上で，現行法において例外的な上限年齢とされている８歳未満であれば，養親との間で新たに実親子間と同様の実質的親子関係を形成することも可能ではないかということを根拠とするものである。また，これを前提とすると，８歳未満の時から養親となる者に現実に監護されている場合には，８歳未満の時から事実上の親子関係があるものと考えられるので，一定程度年齢要件を緩和してもアの趣旨が

損なわれることはないと考えられる。もっとも，新たに実親子間と同様の実質的親子関係を形成することも可能である年齢については明確ではなく，８歳を基準とすることについての合理的な説明が困難ではないかという疑問や，引続き監護されている場合のほかに，特別の事情〔やむを得ない事由〕があるときには８歳に達した後から監護が開始された場合においても養子縁組を可能とすることについては，制度趣旨（目的）との関係で整合性を保つことができるのかという疑問がある。

乙案は，ア，イの考え方を前提とした上で，①平成３４年４月以降に成年年齢が１８歳となること，②特別養子制度の目的が子の利益を図るために養育をすることにあるとするのであれば，その養育期間として，１８歳に達するまでに数年の期間は設けることが適切であると考えられること，③家庭裁判所での審理には一定の期間を要すること（注），他方で，④中学校に入学する頃までであれば，養親との間で新たに実親子間と同様の実質的親子関係を形成することも不可能でないのではないかということを根拠とするものである。

丙案は，できる限り幅広い年齢層の子に特別養子縁組をする機会を提供することを目的として，ウ，エの考え方を前提とするものであり，縁組成立審判が確定する時点では養子となる者が成年に達しているといった事態をも許容するものであると考えられる（平成３４年４月以降に成年年齢が１８歳となることを踏まえると，養子となる者が１８歳に達する直前に縁組成立審判の申立てがされるような場合には，そのような事態が十分起こり得る。）。

（注）近時の司法統計年報には，特別養子縁組成立審判申立事件に特化した審理期間についての統計は掲載されておらず，これを含む家事事件手続法別表第一に係る審判事件全体の審理期間についてのみ掲載されている。これによると，直近５年（平成２５年から平成２９年まで）において，審理期間が２年を超える事件の割合はそれぞれ０．０１パーセントから０．０９パーセント（小数点第３位以下四捨五入。以下同じ。）の範囲で推移している。また，昭和６３年から平成１０年までの司法統計年報には，特別養子縁組成立審判申立事件の審理期間についての統計が掲載されているが，これによると，審理期間が２年を超える事件の割合は，制度が始まって２年が経過した平成２年から平成４年までは最大で３．４９パーセントに上ったが，平成６年から平成１０年までは１パーセント未満で推移している。

４　制度の位置付けとの関係

(1)　普通養子制度との関係

現行の民法は，その第４編第３章第２節に普通養子縁組についての規律を設けつつ，特別な類型として，同節第５款において特別養子縁組の規律を設けており，６歳未満の子は，特別養子縁組だけでなく，普通養子縁組

をすることもできる。

このような民法の構造を踏まえて，本部会においては，「普通養子縁組でなく特別養子縁組をすることが適切な子とはどのような子か」という問題が提起されてきた。普通養子縁組も，養子となる者が未成年である場合には，その成立に原則として家庭裁判所の許可が必要であり，その許可の基準は当該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とから，普通養子縁組によっては子の健全な育成を図ることができないということはない。

また，特別養子縁組に特有の法律効果が実親子関係の終了と離縁の原則的禁止であること，そして，これらの法律効果は，子の健全な育成（養育）を図るために養親子関係を安定したものにすることを目的とするものであることを併せて考えると，特別養子縁組をすることが適切な子とは，その健全な育成（養育）を図るために，養親との間で実親子間と同様の安定した親子関係を築くことを特に要する者，すなわち，①育成（養育）を要する子であり，かつ，②実親との関係を終了させてまでして養親との安定的な関係を築くことを要する子ということになろう。

このように考察すると，上記①の点では，養子が養親によって縁組成立後一定期間養育されることが予定されなければならないといえる。また，上記②の点では，６歳以上の子であっても，実親との関係を終了させて養親との関係を築くことを要する者がいることは十分想定される一方で，一定の年齢に達した子は，精神面等の発達により，実親子関係を終了させるまでしなくても養親との間で新たに安定的な関係を築くことができるのではないかとも思われるところであり，上記の「一定の年齢」を何歳くらいであると見るべきであるかについては，発達心理学等の知見も参照して更に検討すべきではないかと考えられる。

(2)　制度の位置付けと各試案との関係

甲案及び乙案は，前記(1)の考察をも踏まえて，養子となる者が１８歳よりも少なくとも数年は下の年齢に達するまでに特別養子縁組成立審判が確定し，養親との安定的な関係を基礎として育成（養育）を受けられるようにするものである。

これに対し，丙案は，養子となる者が成年に達した後にも特別養子縁組の成立を認めるため，前記(1)の①の点との関係で疑問があるほか，１５歳以上の未成年者や成年に達した者に実親との関係を終了させてまでして養親との安定的な関係を築くことを要する子がいるのかという点で前記(1)の②の点との関係でも疑問が残る。

５　ニーズ等との関係

(1)　特別養子制度を利用する必要があるのはどのような事例か

本部会におけるこれまでの議論においては，特に１５歳以上の子について普通養子縁組ではなく特別養子縁組を成立させる必要性，ニーズについても議論がされてきた。

その中で，１５歳以上の子であっても特別養子縁組のニーズがないとはいえないという指摘はされてきたが，具体的にどのような事例において１５歳以上の子で普通養子縁組ではなく特別養子縁組を成立させることが必要であるのかという点までは十分に明らかにされていないように思われる。

例えば，これまでの議論においては，①子が１０歳を超えるような年齢になってから実親により虐待を受け，数年間の里親委託を経て特別養子縁組につながるという事例はまれにしか想定されず，主に想定されるのは，②長年里親等の養育下にあり，１５歳を過ぎてから，それまでに里親等と子との間に形成された関係を法的な親子関係としたいという事例ではないかとの指摘がされているところである。しかし，この②のような事例について，なぜ普通養子縁組では足りず特別養子縁組を成立させることが必要であるのか（換言すれば，実親との関係を終了させてまでして養親との安定的な関係を築くことを要する子であるのか）という点は必ずしも明らかにされていないように思われる。

他方で，この②のような事例についても特別養子縁組を認めるべきであるとする考え方は，特別養子制度の趣旨（目的）を前記３(1)のエのように捉える考え方（養育を基礎として既に形成された親密な関係を法的な親子関係に転化させることを制度趣旨（目的）と捉える）と親和性を有するものであるが，特別養子制度の趣旨（目的）を前記３(1)のエのように捉える考え方には前記３(3)に記載したような疑問がある。

また，本部会におけるこれまでの議論においては，②のような事例についてまで特別養子縁組の成立を認めることとすると，より早期に成立させることができたはずの特別養子縁組の成立時期が遅れていくことになり，かえって子の利益を損なうことになりはしないかとの懸念が表明されてきたところである。

(2)　ニーズと各試案との関係

甲案は，原則として小学校低学年頃までは特別養子縁組成立審判の申立てを可能とするものであり，上限年齢の引上げ幅は乙案及び丙案と比べ小幅であるが，これは，現行法下においても養子となる者の年齢が高くなるにつれて成立件数が少なくなる傾向があること，これまでの審議において，上限年齢を大きく引き上げるべき具体的なニーズについて共通認識が形成されるに至っていないこと，子の地位の早期確定の利益への配慮をすべきことから，上限年齢の引上げ幅について慎重に考えるものであり，また，例外を認めることで，個別の事情に応じて一定程度柔軟な対応をすること

をも可能にするものである。もっとも，具体的にどのような場合が特別の事情〔やむを得ない事由〕に該当すると考えるかについては，更に検討を要するものと考えられる。

乙案は，早くとも養子となる者が中学校に入学する頃までは特別養子縁組成立審判の申立てを可能とするものであり，現行法よりも相当幅広い年齢層の子に特別養子縁組をする機会を提供する一方で，子の地位の早期確定の利益にも配慮したものとなっている。

丙案は，１５歳以上の子についても特別養子縁組をする機会を提供するものであるが，具体的にどのような事例において１５歳以上の子で普通養子縁組ではなく特別養子縁組を成立させることが必要であるのかという点までは十分に明らかにされていないし，他方で，子の地位の早期確定の利益への配慮の点では甲案及び乙案に及ばないものである。

６　養子となる者の意思との関係（丙案を採用する場合の問題点）

(1)　１５歳以上の子の同意は必要であるがそれを縁組成立の要件とするのは適当でないとする考え方

部会資料２にも記載したとおり，現行の普通養子制度においては，養子となる者が１５歳以上である場合には，その者は自らの意思により単独で縁組をすることができることとされている（民法第７９７条第１項）。これとの均衡上，仮に，１５歳以上の未成年者についても特別養子縁組を成立させることができることとする場合には，養子となる者の同意を縁組成立の要件とせざるを得ないと考えられる。

しかし，養子となる者による同意を縁組成立の要件とすると，養子となる者に実親子関係を終了させるか否かという重大かつ困難な決断を迫ることとなるが，これは養子となる者にとって酷であり，相当でないと考えられる。

(2)　１５歳以上の子の同意は必要か

前記(1)のような考え方に対しては，前回会議において，特別養子縁組の離縁については養子の同意は要件とされていないのであるから，成立についても同意を要件とする必要はないのではないかとの指摘がされた。

しかし，離縁は，特別養子縁組の成立によって元々何ら関係のなかった者同士の間にも生じ得る養親子関係を終了させ，他方で，元々あった実親子関係を復活させるものであるのに対し，特別養子縁組の成立は，実親子関係を終了させ，他方で，元々何ら関係のなかった者同士の間にも法律上の親子関係を新たに生じさせ得るものであり，一般的に，子にとっては実親との関係の方が何ら関係のない者との関係よりも重要であると考えられることからすると，離縁と縁組の成立とを同列に論じるのは適切でなく，離縁の際に養子の同意が要件とされていないからといって縁組成立の際

にも同意を要件とする必要がないとはいえない。

(3)　１５歳以上の未成年者に同意を求めるのは酷か

次に，本部会におけるこれまでの議論においては，未成年者であっても，１５歳に達していれば，自らの意思により単独で普通養子縁組をすることができるなど自分で生き方を決められるのであるから，特別養子縁組について養子となる者の同意を縁組成立の要件として求めても酷ではないのではないかとの指摘もされた。

しかし，特別養子縁組は実親子関係の終了という，他の制度にはない重大な効果を生じさせるものであり，しかも縁組が成立すると原則として離縁をすることができなくなるのであって，１５歳に達すれば自らの意思により単独ですることができる他の法律行為とはその効果の重大さが著しく異なる。このような重大な法律効果を生じさせる法律行為の諾否を決断させることは，やはり未成年者にとっては酷であると考えられる。

また，仮に，養子となる者に特別養子縁組について同意するか否かの意向を聞くとすると，その者は既に養親候補者と同居しているなど一定の関係を形成させていることも少なくないであろうから，現実的には養親候補者の意向に大きく影響されるおそれがある。このおそれを否定するために，養子となる者の同意が真意に基づくものであることを厳格に担保する制度を設計することは必ずしも容易でなく，そうすると，そもそも養子となる者に同意を求める制度とすること自体が相当でないということになるのではないかと考えられる。

なお，本部会におけるこれまでの議論においては，未成年者であっても，１５歳に達している者の中には，実親子関係を終了させる決断をすることに困難を感じない者もいるとの指摘もされた。しかし，前回会議でも意見が述べられたとおり，問題は，法制度として１５歳以上の養子となる者の同意を特別養子縁組成立の要件とした場合には，決断をすることに困難を感じる子を含む１５歳以上の養子となる者全てに上記の決断をさせることになるという点にある。

(4)　外国法制との比較検討

確かに，諸外国においては，一定の年齢に達した未成年者が養子として断絶型（実親子関係が終了する類型）の養子縁組をする場合には，当該未成年者の同意が縁組成立の要件とされている例がある。

しかし，邦語文献を参照する限りではあるが，例えば，イギリスにおいては，断絶型の未成年養子縁組しか認められていないが，養子となる者の同意は縁組成立の要件とはされていない。また，イタリアにおいては，断絶型の養子縁組の類型の中には，養子となる者が１４歳以上であればその同意が縁組成立の要件とされているものがあるが，その同意は実親子関係

の終了を対象とせず，専ら養親子関係の創設のみを対象とするものである。このように，諸外国の法制の中には，実親子関係の終了について養子となる者に決断させることなく断絶型の養子縁組の成立を認めている例がある。

また，フランスやドイツにおいては，一定の年齢（フランス１３歳，ドイツ１４歳）に達した未成年者が養子として断絶型の養子縁組をする場合には，その未成年者の同意が縁組成立の要件とされているが，前回会議において紹介されたところによると，少なくともフランスにおいては，断絶型の完全養子縁組における養子となる者の上限年齢が引き上げられた１９６６年（昭和４１年）当時，既に１５歳までの子については断絶型養子縁組のニーズがあることが統計上も確認されていたというのであり，前提とする状況が我が国の現状とは異なっていたということができる。したがって，他国において養子となる者の同意を成立要件として高年齢の未成年者にも断絶型の養子縁組が認められているからといって，我が国においてもそのような制度が相当であるということはできない。

(5) 養子となる者の意思と各試案との関係

以上で検討してきたところからすると，我が国の法制の下では，養子となる者の同意を特別養子縁組成立の要件とするような制度設計の相当性にはやはり疑問が残るといわざるを得ず，養子となる者の上限年齢は１５歳未満が限度ではないかと考えられる。

そして，養子となる者が特別養子縁組成立審判の申立時に１５歳未満であればよいとすると，審理中に１５歳に達する場合があり，その場合には，上記のとおり養子となる者に同意を求めなければならなくなると考えられることから，養子となる者は，基本的には養子縁組成立の審判確定時において１５歳未満である必要がある。縁組成立審判の審理期間は，不服申立てがされる場合も考慮しても，特に後記第２のような手続の見直しがされれば，最長でも申立てから２年以内となる例が大半であると見込まれるから（前記３の注を参照），養子となる者が申立時に１３歳未満であれば，基本的には１５歳に達するまでに縁組成立の審判が確定することとなると考えられる。

これに対し，養子となる者は単に縁組成立審判確定時を基準として１５歳未満であれば足りるという規律にすることも一応考えられないではないが，養子となる者が１５歳に達する直前に縁組成立審判が申し立てられるといった事案において適切な審理を行うことができるかという問題や，縁組の成立を阻止しようとする実親が故意に審理を引き延ばすおそれがあるという問題が考えられるところであり，そのような規律とするのは相当でないと考えられる。

甲案は，以上の点も考慮し，養子となる者は例外的な場合でも審判申立

時に１２歳未満であることとし，他方で，そのようにすれば，家庭裁判所における審理期間やその後上訴された場合を考慮しても１５歳に達するまでには特別養子縁組が成立することが通常と考えられることから，養子となる者の同意を縁組成立の要件とはしないこととするものである。

乙案は，養子となる者の上限年齢を申立時において１３歳未満とした上で，養子となる者の同意を縁組成立の要件としないこととするため，審判確定時において１５歳未満であることとするものである。

丙案は，養子となる者の上限年齢を申立時において１８歳未満とし，養子となる者が縁組成立審判確定時に１５歳以上である場合には，その同意をも縁組成立の要件とするものである。

７　養親となる者の年齢要件及び養親子の年齢差要件について

民法第８１７条の３及び民法第８１７条の４によれば，養親は一方が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。また，現行法には，養親と養子との間の年齢差については，直接的な規律は設けられていない（養親の下限年齢が審判時に２０歳，養子の上限年齢が縁組成立審判申立時に８歳とされていることを踏まえて，審理に２年程度を要した場合を想定すると，現行法における養親と養子との年齢差は最小で１０歳程度となる。）。

今般，養子となる者の上限年齢を引き上げる場合には，養親となる者の下限年齢も引き上げる必要があるか，また，養親と養子との間の年齢差について新たに規律を設ける必要があるかが問題となるが，養親と養子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，養親の年齢や養子との間の年齢差という形式的な要素よりも,養親となる者の健康状態･精神的成熟度や，養子となる者との関係等，個別の事情によるところが大きいと考えられること，実務上，養親となる者の大半は３０歳から４９歳までであり，養子となる者の上限年齢を引き上げても相応の年齢差が確保される例がほとんどであると見込まれること,「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り，養親子間の年齢差として何歳程度が適切であるのかを法律で一義的に決定するのは困難であると考えられることから，試案には養親の下限年齢の見直し及び養親子の年齢差要件の創設については盛り込まないこととした。

第２　特別養子縁組成立の審判手続の見直し

１　児童相談所長の利害関係参加

特別養子縁組の成立の審判手続に関し，以下のような規律を設けるものとする。

家事事件手続法第４２条第２項の規定にかかわらず，児童相談所長は，家庭裁判所の許可を得て，特別養子縁組の成立の審判事件（同法別表第一の第六十三の項の事項についての審判事件）に参加することができる。

（補足説明）

１　独立の案として提示することとした理由

現行法において，特別養子縁組の成立の審判手続（以下「**成立手続**」という。）は養親となる者が申し立てることとされている。家事事件手続では原則として職権探知主義が採用されているが（家事事件手続法第５６条第１項），実際には申立人に一定程度資料の提出が求められることからすると，養親となる者にとって，民法第８１７条の６ただし書の「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」という要件（以下「**同意不要要件**」という。）や，同法第８１７条の７の前半に規定された「父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不適当であることその他特別の事情がある場合」という要件を充足していることを主張したり，その資料を提出したりすることは大きな負担となっていると考えられる。

また，成立手続は家事事件手続法別表第一事件であって二当事者対立構造とはされていないものの，実親が上記の各要件の充足を争っている事案では，養親となる者と実親との間に事実上の対立構造が生じることになる。このような事態は，養親となる者にとって大きな心理的負担となるだけでなく，養親となる者と実親との関係を悪化させ，将来における養子と実親との交流の可能性を失わせることにもなりかねない。

養親となる者のこれらの負担を軽減し，実親との対立を回避させるための方策として，児童相談所長による成立手続への利害関係参加を可能とすることは，成立手続をどのようなものとする場合であっても有用である（注）。このような考えから，前回の部会資料３では，今後の検討の方向性の選択肢の一つとして，児童相談所長による成立手続への利害関係参加を可能とする案を挙げていたが，この案については，特段の異論はなかった。

そこで，本部会資料では，児童相談所長の利害関係参加を可能とする案については，成立手続の検討における方向性の選択肢の一つとしてではなく，独立の案として提示することとした。

（注）後記「**３　特別養子縁組の成立に係る規律の見直し**」において，「**甲案**」を採用することとした場合であっても，１段階目の手続を養親が申し立てた場合には，児

童相談所長が利害関係参加をすることが考えられる。

２　補佐人との関係

家事事件手続法第２７条は，民事訴訟法第６０条を準用しているため，現行法の下でも，児童相談所長は，家庭裁判所の許可を得て，成立手続の期日に補佐人として出頭することができるようにも思われる。

しかしながら，成立手続は，養親となる者と実親という私人間に事実上対立構造が生じ得ることから，一方の私人である養親となる者のために，中立であるべき公的機関の長である児童相談所長が補佐人として参加することは，基本的には許されないのではないかとの疑問がある（注１）。

また，補佐人の陳述は，当事者が自らしたものとみなされるため（民事訴訟法第６０条第３項),児童相談所長が養親となる者の補佐人として成立手続に関与したとしても，養親となる者と実親との間に事実上の対立構造が生じることには変わりがない。

さらに，補佐人は，当事者又は手続代理人と共に出頭する場合に初めて手続行為をすることができるにすぎない。そうすると，仮に児童相談所長が養親となる者の補佐人となることができ，手続行為をする意向を有していたとしても，養親となる者は児童相談所長と共に家庭裁判所に出頭しなければ，児童相談所長は手続行為をすることができないことになる。養親となる者は，実親の監護の状況等について何ら情報を持っていないことが多いことからすると，同意不要要件等の審理を行う場面で養親にも出頭を強いることは，養親に無用の負担を強いるものであるともいえ，養親となる者の負担を軽減する点でも不十分である。

そこで，補佐人の制度があることを考慮しても，児童相談所長による成立手続への利害関係参加を可能とすべきであると考えるが，この点についてどう考えるか（注２)。

（注１）児童相談所長が利害関係参加をした場合であっても，児童相談所長は事実上養親となる者の利益のために行動することになり，そうであるとすると，結局児童相談所長が補佐人となる場合と同じではないかとの批判があり得る。しかし，児童相談所長が特別養子縁組の成立に向けて利害関係参加をする場合というのは，児童相談所長が養親となる者から独立した立場から検討した結果,特別養子縁組を成立させることがその子の利益にかなうと判断した場合であり,児童相談所長が養親となる者の補佐人に就任する場合との間には大きな違いがあるものと考えられる。

（注２）実親の監護に関する要件（民法第８１７条の６ただし書の要件及び民法第８１７条の７の前半の要件）については，児童相談所長に対する調査嘱託によって資料収集をすることができるから,それでもなお本方策を採用する必要があるといえるかについては検討が必要である。もっとも，調査嘱託では，養親となる者の

資料収集の負担を軽減することはできるが,実親と事実上対峙しなければならないことによる心理的負担を軽減することはできないことから,調査嘱託の手続が利用可能であることを踏まえてもなお本方策を採用する必要性は肯定されるものと考えられる。

２　実親の同意の撤回を制限する方策

民法第８１７条の６に規定する父母の同意について，以下の規律を設けるものとする。

〔特別養子縁組に関する実親の同意は，次に掲げるいずれかの方式によってしなければならない。〕

(1)　特別養子縁組成立の審判手続において，子の出生から２か月が経過した日以後に，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，当該縁組についてする。この場合には，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。

(2)　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か月が経過した日以後に，公的機関に対して，養親を特定し，又は特定しないで申述する。この場合において，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年が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。

（補足説明）

１　本方策の方式によらない同意の取扱いについて

本部会資料では，前回の部会資料３で設けた「特別養子縁組に関する実親の同意は，次に掲げるいずれかの方式によってしなければならない。」との規律について，亀甲括弧を付している。

上記の規律は，第２回会議において，撤回が制限されない同意と撤回が制限される同意とが併存することとなった場合には，実親にそのことを説明する必要があるものと考えられるが，その説明を聞いた上で，実親があえて撤回が制限される同意を選択することがあり得るのかとの疑問が述べられたことを受けて設けることとしたものであった。

もっとも，この点については，現行法では特段の方式が定められていない同意を要式行為にしようとするものであり，特別養子縁組成立の要件を現行法よりも加重するという側面も有する。

そこで，このような規律を設けた場合には，現行法よりも特別養子制度が利用しにいものとなるおそれがあることから，改めて慎重に検討すべく，亀甲括弧を付すこととしたものであるが，この点についてどう考えるか。

２　同意の撤回を許す期間について（本文「(1)」の方策）

本文「(1)」の方策については，前回の部会資料３と同じく，実親が同意をした日から一定期間内は同意の撤回を許すこととしている。

この点について，前回会議において，「一定期間」の具体案として，合意に相当する審判や調停に代わる審判などの異議申立期間等を参考にして，

２週間としてはどうかとの提案がされた。

この点については，特別養子縁組についての実親の同意は，合意に相当する審判又は調停に代わる審判の場面と異なり，実親子関係の終了という重大な効果を生じさせるものであるから，上記の場面よりも長期間（１か月，２か月等）にすべきとの考え方もあり得ると思われるが，この期間の長さについてどう考えるか。

３　同意の対象について（本文「(2)」の方策）

本部会資料においても,本文「(2)」の方策の対象となる同意については，特定の養親との間の縁組についての同意だけでなく，養親を特定しないで一般的に特別養子縁組についてする同意（以下「**白地同意**」という。）をも認めることとしている。

この点について，前回会議では，白地同意を認めることについては，親権の辞任との関係を検討すべきであるとの指摘がされたところである。

確かに，民法第８３７条第１項は,「親権を行う父又は母は，やむを得ない事由があるときは，家庭裁判所の許可を得て，親権又は管理権を辞することができる。」と規定しており，実親子関係は終了しない親権の辞任ですら，やむを得ない事由がある場合にしか認められないのであるから，実親子関係の終了につながり得る特別養子縁組の白地同意を自由に認めることは均衡を失するとの見方もあり得るものと思われる。もっとも,親権とは，子の利益のために子の監護及び教育をする権利及び義務のことであるから（民法第８２０条），親権の辞任は，一方でそれによって直ちに義務を免れるという側面も有している。これに対し，特別養子縁組の白地同意の場面では，同意をした者が親権者であったとしても，それによって直ちに何らかの義務を免れることにはならず，依然として子に対する監護及び教育の義務を負う。したがって，特段の要件なしに白地同意をすることができることとしても，親権の辞任との関係で必ずしも均衡を失するものではないと考えられる。

４　公的機関について（本文「(2)」の方策）

本文「(2)」の「公的機関」について，どう考えるべきか。

（参考）これまでに出された意見

	利点	検討を要する事項
公証人	・中立的である。	・親子関係を終了させることに関する特殊な意思の確認をする機関として適切か。
児童相談所	・ケースワークの中で実親の同意	・児童相談所長に手続の申立権を

	を取得することができ,実親の負担が少ない。 ・実親の心情に配慮することができる。	与える場合に，中立的な機関ということができるか。
家庭裁判所 （注）	・中立的である。 ・家庭裁判所調査官を用いることで実親の心情に配慮することができる。	・裁判所に申立てや撤回の申述をすることについては心理的なハードルがあることから，利用しづらい制度とならないか。 ・特別養子縁組の法的効果を説明して，同意の真摯性を確認するだけであれば，家庭裁判所である必要はないのではないか。 ・実親に対する養育支援を含めたカウンセリング的な機能を，家庭裁判所に期待することはできないのではないか。

（注）公的機関を家庭裁判所とする場合における具体的な制度については，今後検討を要する。

例えば,養親となる者又は児童相談所長が申し立てることができることとした上で，家庭裁判所が審判において実親の意思（同意）を確認したり，必要な場合には,家庭裁判所調査官が裁判所内外で同意の真摯性を慎重に確認したりする制度とすることなどが考えられる。

３　特別養子縁組の成立に係る規律の見直し

特別養子縁組の成立に係る規律について，特別養子縁組を２段階の審判で成立させることとした上で，次のいずれかの案によるものとする。

【甲案：２個の申立てによる２個の事件で個別に審理する考え方】

(1)　養子適格の審判

ア　父母による子の監護が著しく困難又は不適当であることその他特別の事情がある場合において，実方の血族との親族関係が終了する縁組（特別養子縁組）をすることが子の利益のために特に必要があると認めるときは，家庭裁判所は，次のいずれかに掲げる場合に限り，養親となる者又は児童相談所長の申立てにより，その子を，特別養子縁組における養子となるべき者（以下「養子となるべき者」という。）とする審判をする。

一　父母が子について特別養子縁組を成立させることに同意している場合

二　父母がその意思を表示することができない場合

三　父母による虐待，悪意の遺棄その他子の利益を著しく害する事由がある場合（前２号に掲げる場合を除く。）

イ　上記アの審判は，子の出生から２か月が経過するまではすることができない。

ウ　何人も，上記アの審判の確定の日から１年が経過する日までの間は，養子となるべき者に親権を行使することができない（注１）。

〔エ　何人も，上記アの審判の確定の日から１年が経過する日までの間は，養子となるべき者を認知することができない。〕

オ　上記アの申立てを認容する審判については子の父母等（家事事件手続法第１６４条第８項第１号に定める者）が，却下する審判については申立人が，それぞれ即時抗告をすることができる。

(2)　特別養子縁組の成立の審判

ア　家庭裁判所は，養親となる者と特別養子縁組をすることが養子となるべき者の利益になると認めるときは，養親となる者の申立てにより，養親となる者と養子となるべき者との間の特別養子縁組を成立させる審判をする。

イ　上記アの申立ては，上記(1)アの審判の確定の日から１年が経過する日までにしなければならない。

ウ　上記アの申立てがあった場合には，上記(1)ウ及びエの期間経過後も，その申立てに基づく手続が終了するまでの間は，何人も，養子となるべき者に親権を行使〔し，又は養子となるべき者を認知〕することができない。

エ　子の父母は，上記アの審判に係る手続に参加することができない。

オ　上記アの審判は，子の父母に告知することを要しない（注２）。

カ　上記アの申立てを認容する審判に対しては養子となるべき者が，却下する審判に対しては養親となる者が，それぞれ即時抗告をすることができる。

【乙案：１個の申立てによる１個の事件で順次審理する考え方】

(1)　養子適格の審判

ア　特別養子縁組の成立の審判の申立てを受けた家庭裁判所は，父母による子の監護が著しく困難又は不適当であることその他特別の事情がある場合において，実方の血族との親族関係が終了する縁組（特別養子縁組）をすることが子の利益のために特に必要があると認めるときは，次のいずれかに掲げる場合に限り，その子を，特別養子縁組における養子となるべき者（養子となるべき者）とする審判をする。

一　父母が子について特別養子縁組を成立させることに同意している場合

二　父母がその意思を表示することができない場合

三　父母による虐待，悪意の遺棄その他子の利益を著しく害する事由がある場合（前２号に掲げる場合を除く。）

イ　特別養子縁組の成立の審判の申立ては，養親となる者に限ってすることができる。

ウ　上記アの審判は，子の出生から２か月が経過するまではすることができない。

エ　何人も，上記アの申立てによる手続が終了するまでの間は，養子となるべき者に親権を行うことができない（注１）。

〔オ　何人も，上記アの申立てによる手続が終了するまでの間は，養子となるべき者を認知することができない。〕

カ　子を養子となるべき者とする審判に対しては子の父母等（家事事件手続法第１６４条第８項第１号に定める者）が，養子となるべき者としない審判（申立てを却下する審判）に対しては養親となる者が，それぞれ即時抗告をすることができる。

(2)　特別養子縁組の成立の審判

ア　上記(1)アの家庭裁判所は，養親となる者と特別養子縁組をすることが養子となるべき者の利益になると認めるときは，養親となる者と養子となるべき者との間の特別養子縁組を成立させる審判をする。

イ　子の父母は，上記アの審判に係る手続に参加することができない。

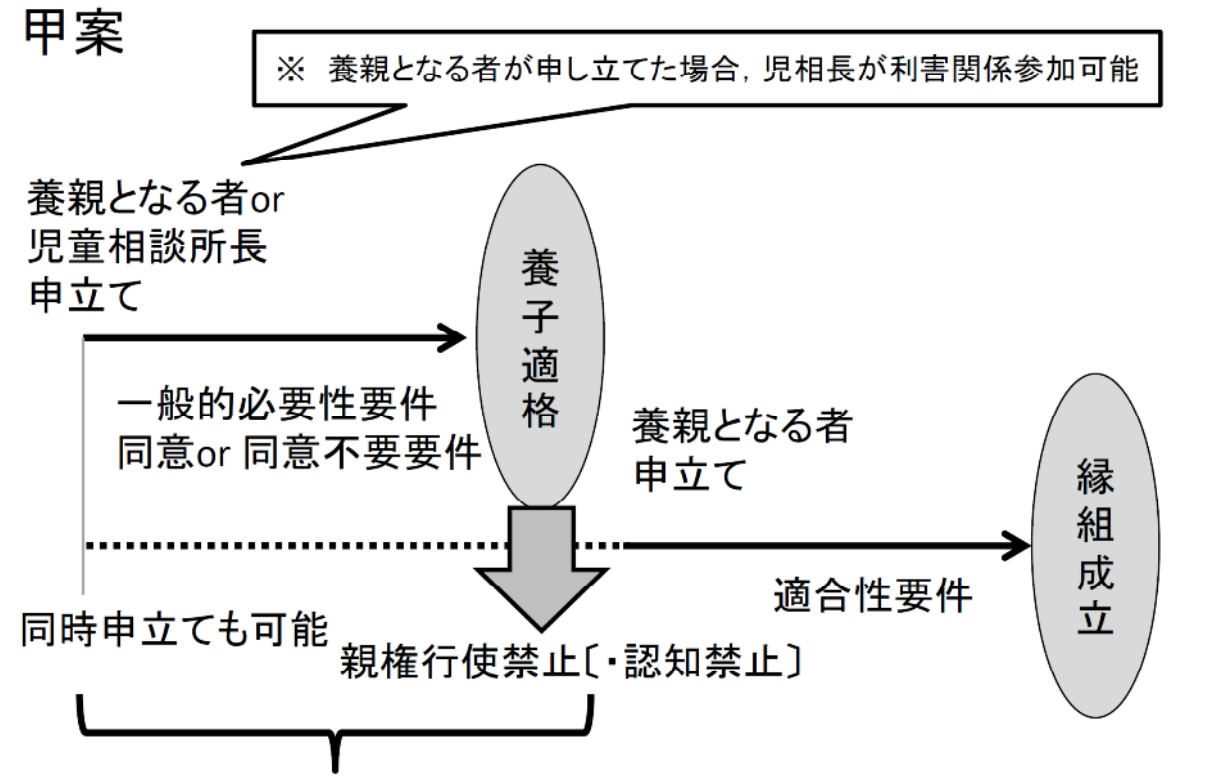
ウ　上記アの審判は，子の父母に告知することを要しない（注２）。

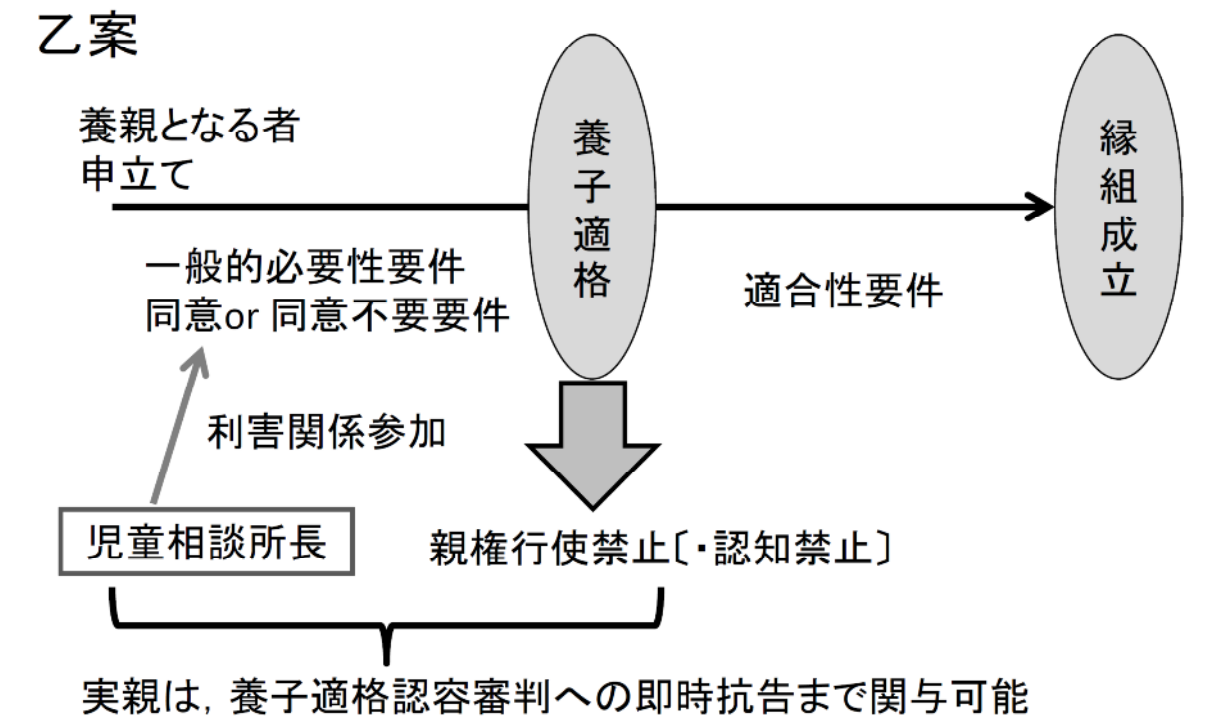
エ　上記(1)アの申立てを認容する審判に対しては養子となるべき者が，却下する審判に対しては養親となる者が，それぞれ即時抗告をすることができる。

（注１）親権行使禁止という概念を用いるのではなく，親権停止及び親権者変更禁止とすることも考えられる。）。

（注２）実親の身分関係が変動することから，主文のみ通知することも考えられる（なお，補足説明６⑶イ参照）。

甲案及び乙案のイメージ図





（補足説明）

ここに記載する甲案及び乙案は，前回の部会資料３の④案（二段階手続を導入する案）を基本としたものである。

この点についてどう考えるか。

１　特別養子縁組成立の要件の整理及びその判断の在り方

(1)　民法第８１７条の７について

前回の部会資料３では,民法第８１７条の７の要件を,「要保護性要件」と「必要性要件」とに分解して，成立手続の在り方について整理を行った。しかし，前回会議において，特別養子縁組の必要性があるという場合には，その子について一般的に特別養子縁組をすることの必要性（以下「**一般的必要性**」という。）があるという意味と，その子と特定の養親との間の特別養子縁組の必要性があるという意味とが考えられることから,「要保護性要件」及び「必要性要件」については，その内容を整理すべきであるとの指摘がされた。

この点について，特別養子制度創設時の立案担当者の解説によれば，民法第８１７条の７の前半の要件は「特別養子縁組に特有の効果，特に父母との親子関係の断絶の効果に相応しい事情がある場合，換言すれば,親子関係の断絶が子の利益に合致する場合を具体的に規定したものである」と，後半の要件は「具体的な縁組が子の福祉の向上ないし利益の増進という特別養子制度の目的に合致することを要するとの趣旨であ」るとされており，前半は子と実親との関係に着目した要件であり，後半は主として養親との縁組が子に与える影響に着目した要件であると整理されている。

この整理を参考にしつつ，上記の指摘を踏まえて更に検討すると，一般的必要性があるということは，特別養子縁組に特有の効果を生じさせる必要性があることを意味することになるが，特別養子縁組に特有の主な効果が実親子関係の終了であることからすれば，一般的必要性があるということは，一般的に言って，当該子の養育のために特別養子縁組を成立させる必要と，その養育を安定的なものとするために実親子関係を終了させる必要とがあることを基礎付ける事情があるということをいうものと考えることが可能であると思われる。

そこで，本部会資料では，便宜上，民法第８１７条の７の前半と，同条の後半の一部とが特別養子縁組の成立に上記の意味での一般的必要性を要求していると捉えて，これを「**一般的必要性要件**」と呼び，同条の後半の残部が，具体的な養親との間の縁組が当該子の福祉の向上ないし利益の増進のために必要であることを基礎付ける事情があることを要求していると捉えて，この意味での必要性を「**適合性要件**」と呼ぶこととする。

(2) 一般的必要性要件と適合性要件とを段階的に審理することの可否について

児童福祉の現場においては，例えば施設入所中の子について特別養子縁組を検討する場合には，まずその子の養育のために特別養子縁組を成立させることが適切であるかが検討され，それが肯定される場合に，その子の養親候補者を探し始めるというように段階的な検討がされているものと考えられる。そうすると，成立手続においても，家庭裁判所が，まず一般的必要性要件の充足について判断し，それが肯定された場合に適合性要件の判断をするという２段階の審理をすることとしても，むしろ自然な思考の流れに沿うものであって，家庭裁判所に困難な判断を求めることにはならないのではないかと考えられる。

次に，理論的な面を検討すると，特別養子縁組が成立した場合には，実親子間には親子関係の終了という重大な効果が生じ，他方で，養親子間にも原則として離縁をすることができない親子関係の発生という重大な効果が生ずることとなる。このような特別養子縁組の成立による効果の重大性に照らせば，例えば，実親の監護能力に大きな問題が存するからといって，その実親と比較すると監護能力はあるといえるもののなおその監護能力には不安のある養親候補者との間で縁組を成立させたり，逆に，養親候補者の監護能力が優れているからといって，実親の監護能力はその養親候補者のそれと比較すると劣るもののなお相応にあるといえるのに縁組を成立させたりするといったように，実親と養親候補者とのそれぞれの監護能力を比較して縁組の成否を決めるという相対的な判断がされるべきでないといえるのではないかと思われる。すなわち，一般的必要性要件と適合性要件とは，それぞれ，当該子について特別養子縁組を成立させることができるかといった視点から，独立かつ絶対的に判断されなければならないものと考えることができるのではないかということである。そうであるとすると，一般的必要性要件と適合性要件とをそれぞれ個別に，段階的に審理することも可能ではないかと考えられる。

(3) 検討を要する点

もっとも，以上のように一般的必要性要件と適合性要件とを段階的に審理することが可能であるとする考え方を採用するに当たっては，次の点について検討しておく必要があるのではないかと考えられる。

すなわち，上記の考え方は，前記(1)のとおり，民法第８１７条の７の後半の「子の利益のため特に必要がある」という文言には，①一般的に言って，当該子の養育のために特別養子縁組を成立させる必要があることと，②具体的な養親との間の縁組が当該子の福祉の向上ないし利益

の増進のために必要であることとが含まれており，上記①は一般的必要性要件の一部であり，他方で上記②は適合性要件であるという整理を前提とするものであるが，子の利益のために特別養子縁組が特に必要であるか否かという判断を，上記①のような具体的な養親を念頭に置かないでする判断と，上記②のように具体的な養親を念頭に置いてする判断とに分けて，段階的に判断することが可能かつ適切であるのかという点である。

２　中間決定を活用する方策（部会資料３の①案関係）を採用しないこととした理由

(1)　中間決定を活用する方策

前回の部会資料３の①案は，現行の成立手続の構造を維持した上で，一般的必要性要件及び同意不要要件について中間決定を活用することができるようにすることで，事実上，中間決定以後の手続を，実親の関与なく進めることができるようにしようとするものであった。

(2)　理論上の疑問

しかしながら，一般的必要性要件及び同意不要要件は評価的な要件であり，しかも，特別養子縁組の成立時である審判時において充足されている必要がある。そうすると，中間決定の時点までに生じた事実に基づくその時点における暫定的な評価は，縁組成立の要件の一部ですらないから，このような評価を中間決定の形式ですることができるのかは理論的な面で疑問がある。

(3)　実際上の効果の乏しさ

また，仮にそのような暫定的な評価について家庭裁判所が中間決定をしたとしても，前記(2)のとおり，一般的必要性及び同意の存否・要否は飽くまで審判時を基準として判断されるべきものである以上，実親は，中間決定がされた後も，一般的必要性及び同意不要要件がないことを引き続き主張することができるから，養親となる者と実親との対立を回避するという点について実際上の効果も限定的である（注）。

(4)　代替方策の存在

なお，家庭裁判所において，一般的必要性要件又は同意不要要件の存否について，暫定的な評価を示す必要がある場合には，心証開示として適宜行えば足り，中間決定の形式で示すまでの必要はないものと考えられる。

(5)　中間決定に実際上の効果を持たせるための提案とその検討

前記(3)の問題に対しては，前回会議において，例えば，一般的必要性要件及び同意不要要件については，中間決定時に充足していれば足りることとすることにしてはどうかとの提案もされたが，それらの要件を引き続き特別養子縁組成立の実体要件であると位置付けるのであれば，それらの要件は，縁組成立（すなわち審判）の時点において充足されているか否かが判断されるべきものであり，それより前の時点において充足されていれば足りることとするのは，その性質に反するものと思われる。仮に，一般的必要性要件及び同意不要要件を先に審理・判断するという手続の在り方を追求するのであれば，本文の甲案又は乙案のように，それらの要件を特別養子縁組成立の要件から除外するといった実体要件の見直しをした上で，成立手続を２段階に分け，１段階目でそれらの要件について審理し，それらが充足されていると判断される場合には，１段階目の審判によって，特別養子縁組の成立とは異なる独自の実体上の法律効果を生じさせる制度とする方が自然であると考えられる。

また，中間決定に実際上の効果を持たせるための別の方策として，前回会議においては，中間決定から終局審判までの期間が短くなるような制度とした上で，終局審判は，一般的必要性要件及び同意不要要件についての中間決定の判断に拘束されるようにするとの提案もされた。しかし，それらの要件の充足が家庭裁判所によって確定されてから試験養育を開始したいという事案もあると考えられることからすれば，中間決定後の審理期間を限定する制度を創設するのは困難であると考えられる。

（注）家事事件手続法第８０条の中間決定の対象である「審判の前提となる法律関係の争いその他中間の争い」としては，国際裁判管轄権の存否等の申立ての適法要件についての争い（「中間の争い」）や，遺産の分割の審判事件における遺産の範囲についての争い（「前提となる法律関係の争い」）等が想定されているが，これらは，いずれも中間決定後の事情の変更によって判断が変わるものではない(新証拠の発見等は，過去の事実の認定の問題にすぎず，事情変更ではない。)。

３　「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」（部会資料３の②案及び③案関係）を採用しないこととした理由

(1)　従前の議論の経過

「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」は，成立手続に先立って，同意不要要件の審理をして実親の同意権を喪失させることを可能にする新たな審判手続を創設しようとするものであった。

ところが，第２回会議及び前回会議において，実親の同意権を喪失さ

せる審判は，それによりどのような実体上の法律効果が生じるのかが明らかでないことから，理論的に見て創設することは困難であるとの指摘がされ，この指摘に対して，理論的な問題を解決する有効な反対提案は出されなかった。

(2) 再検討

前記(1)で指摘されている問題については，これまで，実親の同意権を実体上の権利であると捉えれば，同意権を喪失させる審判は実体上の法律効果を生じさせるものであると説明することができると考えていた。しかしながら，前記(1)の指摘を受けて改めて検討すると，特別養子縁組における実親の同意は縁組成立要件の一つにすぎず，特別養子縁組成立の審判手続との関係でのみ意味を持つものにすぎないことから，実親の「同意権」などというものを独立した実体上の権利と捉えることは理論的に見て困難であると考えるに至った。

そうすると，同意権を喪失させる審判は何ら実体上の法律効果を生じさせるものではないといわざるを得ないから，そのような審判を創設するのは理論的に見て不適切であるとの批判を免れることができないと考えた。このため，この方策は採用しないこととした。

4 甲案及び乙案について

(1) 基本的な考え方

成立手続の見直しは，①一般的必要性要件及び同意不要要件について，あらかじめ家庭裁判所の判断を得ておくことができるようにして，養親となる者が実親の意向による中止等をおそれることなく安心して試験養育をすることができるようにすること，②養親となる者と実親との間に，実質的な対立構造が生ずることを避けるようにすることという二つの要請の一つ又はいずれにも応えるものとすることを目指して検討されてきた。

一般的必要性要件と適合性要件とを分けて段階的に判断することが可能かつ適切であるとする考え方については，前記１(3)に記載したとおり検討を要する点はあるが，前記１から３までの検討結果を踏まえつつ，上記の要請に応える制度として考えられるものを提示したのが，甲案及び乙案である。これらは，特別養子縁組を２段階の審判によって成立させることとした上で，１段階目の審判は一般的必要性要件並びに同意又は同意不要要件の充足を判断するものとし，これに対する実親等の不服申立て（即時抗告）を認めた上で，その確定後には，実親に手続への関与をさせず，２段階目の審判において，適合性要件の充足を判断するものとし，これが認められれば，特別養子縁組を成立させるというものである。そして，１段階目の審判において要件を充足すると判断された場

合には，その子については特別養子縁組の一般的必要性が認められることから，特別養子縁組に向けた試験養育が円滑に進むように，その子に対する親権の行使及び認知に関して特則を設け制限することとしている。

(2) 甲案と乙案との差異

甲案及び乙案は，いずれも特別養子縁組を２段階の審判で成立させるものであるという点では同じであるが，甲案は，２段階の審判をそれぞれ別個の申立てによる別個の手続の中ですることとしているのに対し，乙案では，１個の申立てによる１個の手続の中で順次２段階の審判をすることとしている点で異なるものである。

前回会議では,例えば,実親が行方不明で施設に入所中の子について，特別養子縁組が適切だと思っても，いつ実親が現れて特別養子縁組に反対するか分からない状態では，養親候補者を見付けることは困難であるし，仮に見付かったとしても養親候補者が試験養育を開始することを躊躇してしまうという実情が紹介された。

このような実情に照らすと，養親候補者が見付かっていない段階でも児童相談所長の申立てにより１段階目の審判を得ておくことができるようにすることは，特別養子制度の利用促進の観点から有益であると考えられる。そこで，前記(1)の①及び②の要請を徹底して，児童相談所長において養親候補者が見付かる前の段階で１段階目の審判を得ておき，その後に養親候補者を探し，養親候補者は，実親の意向による中止等をおそれることなく安心して試験養育を開始し，２段階目の手続において実親と対峙することなく審判を得るということを可能にするというのが甲案である。すなわち，甲案では，成立手続を２個の審判事件から成るものとし，１段階目の審判事件では具体的な養親となる者との関係では問題とならない一般的必要性要件及び同意不要要件のみを審理の対象とする関係上，１段階目の審判の申立ては養親となる者のほか児童相談所長もすることができることとしている。そのため，養親候補者が見付かっていない段階でも，児童相談所長の申立てにより１段階目の審判を得ておくことができるのである（注)。

これに対し，乙案では，成立手続を１個の審判事件から成るものとしている関係上，現行法と同様，申立権者を縁組の一方当事者となるべき養親となる者に限定せざるを得ず，その結果，養親候補者が見付かっていない段階では１段階目の手続を始めることができない。もっとも，前回会議までに，仮に成立手続を２段階の手続から成るものとする場合には，両手続の連続性又は関係付けを制度的に担保すべきであるとの意見が出されたところであり，このような観点からは，２段階の手続を別個の審判事件の手続とする甲案よりも，１個の審判事件の中で２段階の手

続がされる乙案の方が望ましいといえる。

（注）養親候補者が見付かる前に１段階目の審判を得ておくことができるようにするためには，一般的必要性要件及び同意不要要件については，特定の養親候補者を前提とすることなく判断することができると理解する（同意についてはいわゆる白地同意を許容する）ことが前提となる。

５　１段階目の審判について

(1)　審判をすることができる時期について

１段階目の審判は，子の出生から２か月が経過した後でなければすることができないこととしている。特に実母は，出産後一定期間は精神的及び肉体的に不安定であることから，出産後２か月間程度は子の特別養子縁組についての同意という重大な判断をさせるべきではないと考えられるし，仮に出産直後には同意不要要件に該当する事由があったとしても，それは出産後の不安定な精神状態による一時的なものである可能性があるからである。

(2)　親権行使禁止

甲案及び乙案のいずれについても，１段階目の審判の主要な効果として，何人も，養子となる者に親権を行使することができなくなることを定めている。試験養育を実親の意向等に左右されずに円滑に行うためには実親の親権を制限してその干渉を防ぐ必要があり，他方で，一般的必要性要件及び同意又は同意不要要件が充足されている場合には，もはや実親による適正な監護を期待することができないため，親権行使を禁止することもやむを得ないと考えられるからである。なお，親権停止ではなく親権行使禁止としているので，１段階目の審判時の親権者の親権を停止するだけではなく，例えば，１段階目の審判以後に親権者変更がされた場合でも，新しい親権者も親権を行使することができないこととなる。

親権行使禁止の期間としては，甲案では，１段階目の審判は２段階目の審判と別個独立の事件についてされるものであるから，親権行使禁止の期間は，まず，２段階目の手続の申立期限（１段階目の審判の確定の日から１年が経過する日）までとし，その期限内に２段階目の手続が申し立てられた場合には，２段階目の手続が終了するまでとしている。これに対し，乙案では，親権行使禁止の効果を生じさせる１段階目の審判も当該成立手続の中でのみ意味を有するので，当該成立手続が終了するまでとしている。

１段階目の審判によって親権行使が禁止された子については，もともと未成年後見人が選任されている場合を除き，未成年後見人が選任され

ることとなる（民法第８４０条。なお，この手続は成立手続とは別個の未成年後見人選任手続で行われる。）。この場合において，養親となる者に適性が認められるときは，養親となる者を未成年後見人として選任することも考えられる。もっとも，２段階目の手続における認容審判については，養子となる者のみが即時抗告権を有することとしているため，養親となる者が養子となる者の未成年後見人である場合には，認容審判について即時抗告をすることが想定できなくなることから，即時抗告による是正可能性を実質的に確保するためには，養親は養子となる者の未成年後見人となることができないこととすることも考えられる。この点については，今後，甲案及び乙案の方向で検討を進めることとされた場合には，各論として検討することになるものと思われるが，現時点では，最も利害関係のある実親の即時抗告権が１段階目の審判について保障されていることから，１段階目の審判後に選任される未成年後見人から養親となる者を除外する特別の規律は設けていない。

なお，１段階目の認容審判の効果は，「親権行使の禁止」ではなく，①親権停止及び②親権者変更の禁止とする方が分かりやすさ等の面で優れているとも思われることから，本文の規律を「親権行使の禁止」を用いないものとすることも考えられる。

(3) 認知の制限

甲案及び乙案のいずれについても，亀甲括弧付で，親権制限と同一の期間で，何人も子について認知をすることができなくなるという規律を設けている。

これは，仮に，１段階目の審判の後でも認知をすることができることとすると，試験養育開始後に養子となる者を認知して実親としての立場を得た者が特別養子縁組に同意しないこととした場合には，試験養育が順調に経過していても縁組を成立させることができなくなるおそれがあり，これでは子の利益を害する場合があることから，そのような事態を回避するために設けた規律である。

この点については，認知をすることができる者は，１段階目の手続において手続保障がなく，そのような手続が行われていたことすら知らない場合もあることからすれば，認知を制限することができるかについては慎重な検討を要するという考え方もあり得る。もっとも，胎児認知が認められており（民法第７８３条），子の出生後，２か月間は１段階目の審判をすることができないこととしていることからすれば，認知権者には認知の機会が保障されているといえるし，いずれにしても，特別養子縁組が成立した場合には認知をすることができなくなることからすれば，認知をすることができなくなる時期が若干早まるにすぎないと捉えることもできるように思われる。

６　甲案及び乙案について検討を要する点

(1)　甲案又は乙案を採用した場合の特別養子縁組成立の要件の適切さ

ア　検討を要する点

現行法では，一般的必要性要件，適合性要件及び同意又は同意不要要件等が縁組成立の要件とされており，これらはいずれも審判時に存在することが必要であるが，甲案及び乙案では，１段階目の審判時において一般的必要性要件及び同意又は同意不要要件の存在が肯定されればその審判がされ，２段階目の審判では，１段階目の審判の確定及び適合性要件の存在が肯定されればその審判がされるという構造とされている。そうすると，甲案又は乙案を採用すると，特別養子縁組成立の実体要件は，１段階目の審判の確定及び適合性要件であるということになると考えられる。

このように考えると，まず，一般的必要性要件及び同意又は同意不要要件は，特別養子縁組自体の成立要件ではなく，１段階目の審判をするための実体要件であるということになるが，一般的必要性要件を特別養子縁組成立の要件ではないとすることが適切であるといえるか否かについては疑問の余地がある。他方で，特別養子縁組成立の実体要件のうちの一つは１段階目の審判の確定という手続法上の事実であるということになるが，手続法上の事実を実体要件とするというのは不自然ではないかとも思われる。

イ　検討

甲案及び乙案のいずれにおいても，一般的必要性要件等が充足されている場合に，１段階目のその子を養子とすべきものとする審判（養子適格認容審判）がされるのであり，それによって，養子適格ありとされた子の特別養子縁組の成立に向けた安定的な試験養育を可能にするために，その子に対する親権行使及び認知が禁止されることになる。

そうすると，２段階目の審判において，１段階目の審判（養子適格認容審判）が確定していることが要件とされているというのは，実質的には，その子について一般的必要性が肯定されるとの判断がされており，これにより生じる実体上の効果（親権行使及び認知の禁止）が縁組成立の実体要件とされているとみるべきであるから，一般的必要性要件はいわば間接的には縁組の成立要件とされているといえるし，単なる手続法上の事実ではなく，親権行使及び認知が禁止されているという実体法上の事実が縁組成立の要件となっているものと考えられる（注）。

（注）２段階の手続で判断される裁判手続の参考例として，例えば，後見開始審判と成

年後見人選任審判の例が挙げられる。すなわち，民法第８４３条第１項は，「家庭裁判所は，後見開始の審判をするときは，職権で，成年後見人を選任する。」と規定されており，実務上，後見開始の審判と成年後見人選任の審判とは同時にされているものの，理論的には，まず後見開始の審判をすべきか否かについての判断がされ，それを前提に成年後見人として誰を選任すべきかという判断がされているとみることもできると考えられる。また，平成１１年法律第１４９号による改正前の民法第８３８条第２号によれば，まず禁治産の宣告をすべきか否かについての判断がされ，その宣告がされた場合には後見が開始されて，それを前提に，同法第８４０条の規定により後見人となるべき者がないときは，同法第８４１条により，後見人が選任されることとされていた。これらの例は，特別養子縁組に関する２段階手続において，縁組成立の要件を，①養子適格認容審判が確定していることと②適合性要件があることとすることについて参考になるものと思われる。

(2)　養子となる者に親権者がいない場合に１段階目の審判により生ずる実体上の法律効果

ア　検討を要する点

甲案及び乙案は，いずれも，１段階目の審判の実体上の法律効果として親権行使禁止が生ずるものとしている。

しかし，養子となる者に親権者がいない場合に１段階目の審判が生じさせ得る実体上の法律効果がどのようなものであるのか，検討が必要ではないかと思われる。

また，甲案及び乙案は，いずれも，１段階目の審判による効果として認知の禁止についても亀甲括弧付きで規律を設けているが，１段階目の審判の要件である，一般的必要性要件及び同意又は同意不要要件の存在がなぜ認知の禁止という法律効果を生じさせるのかという点についても検討が必要ではないかと思われる。

イ　検討

養子となる者に親権者がいない場合であっても，１段階目の審判には，認知の禁止という実体上の効果が残るとすることが可能であるとも考えられる。

また，１段階目の審判は，一般的必要性要件等を充足した場合に，その子をいわば特別養子縁組の成立に向けた準備段階に移行させる審判である。そして，認知の禁止は，成立手続が開始された後に認知をした実親が特別養子縁組の成立を妨げるといった事態を回避するために認められる法律効果であると理解することができるから，一般的必要性要件等と認知の禁止という効果との間には関連性があると考えられる。

(3)　２段階目の手続に実親を関与させないこと等の合理性

ア　検討を要する点

甲案及び乙案は，いずれも，養親候補者の中には実親に住所等を知られるのを嫌がるものがいるとの指摘があることを踏まえ，２段階目の手続に実親を関与させず，２段階目の審判を実親に告知しないこととしている。

しかし，特別養子縁組が成立した後も，極めて例外的であるとはいえ，離縁がされる場合はあり得るのであり，その場合には，実親子関係が復活する（民法第８１７条の１０，第８１７条の１１）。そうすると，実親には成立手続の途中から関与させず，縁組成立審判の告知もしないということが合理的であるといえるか，検討を要するものと思われる。

イ　検討

現行法においても，実親は，特別養子縁組の成立後，養親による養子の監護の適切性について積極的な監視機能を果たすことが期待されているわけではなく，その監護が適切でないことを偶然知った場合に，離縁を申し立てることができることとされているにすぎないものとみることも可能ではないかと思われる。そうすると，実親には成立手続の途中から関与させず，縁組成立審判の告知もしないとすることも，必ずしも不合理ではないとも考えられる。

なお，この点に関する甲案及び乙案の本質的な意義は，実親が２段階目の審判に抗告をすることができないこととすることにあるため，実親に抗告権を付与しないという規律は維持した上で，審判の告知のみ行うことにすることも考えられる。

第３　その他の論点

本部会においては，これまで，施設入所中の子について養子縁組を検討する場合には，普通養子縁組ではなく特別養子縁組を希望する養親候補者が多く，その主な理由としては，実親からの干渉を回避したいことにあるという実情が紹介されてきた。

しかし，民法第８１８条第２項は「子が養子であるときは，養親の親権に服する。」と規定しているから，未成年者を養子とする普通養子縁組が成立した場合であっても，実親は自らの子に親権を行使することができなくなるのであり，普通養子縁組であっても養親は実親からの干渉を回避することができないわけではない。前回会議においては，この点をより明らかにして，実親からの干渉についての養親候補者の不安を払拭するために，同項について，未成年者を養子とする養子縁組が成立している場合には，それが普通養子縁組であっても，実親は親権を行使することができなくなるということを明示してはどうかとの提案がされた。

また，民法第７９８条は，未成年者を養子とするには原則として家庭裁判所の許可を得なければならないと規定しているが，離縁については，養子が未成年者の場合であっても特段の規制はない。この点については，前回会議において，養子が未成年者である場合には，普通養子縁組であっても離縁が未成年者に与える影響は大きいとして，離縁についても何らかの規制をすべきであるとの意見があった。

本部会は，特別養子制度に関する喫緊の課題に対応することを目指すものであるため，これらの点を取り扱うことは難しいが，これらの点は，普通養子制度の見直しをする場合には検討を要するものと考えられる。

以　上