

残る論点についての検討

第 1 特別養子縁組の成立に関する規律の見直し（実親の同意の性質について）

1 問題点

5 前回の部会資料 7-1 では、縁組希望者又は児童相談所長のいずれが第
1 段階の手続を申し立てた場合であっても、特別養子縁組の成立要件である
10 実親の同意は、養親となる者を特定してする同意（以下「特定同意」と
いう。）又は養親となる者を特定しないでする同意（以下「白地同意」と
いう。）のいずれも有効であり、家庭裁判所は、実親の同意の種類に沿った審
判をするという規律を提示していた（注）。この点については、縁組希望者
15 が第 1 段階の手続を申し立てた場合に、白地同意の存在を前提とする審判
（縁組希望者との関係に限定せずに一般的に縁組予定者とする処分の審判）
を行う必要があるのかといった点等に関し、前回会議において様々な意見
が出された。

そこで、特定同意及び白地同意の扱いについて改めて検討するとともに、
白地同意と特定同意の間にある、実親が養親となる者の住所等に一定の
制限を付ける同意（以下「条件付同意」という。）の有効性についても検討
を行った。

20 （注）部会資料 7-2 では、第 1 段階の審判の主文として、実親が白地同意をしている
場合には「事件本人を縁組予定者とする。」といったものが、実親が特定同意をし
ている場合には「事件本人を【養父となる者】及び【養母となる者】との間の特別
養子縁組の縁組予定者とする。」といったものが想定される旨を記載していた。

2 実親の同意は白地同意でなければならないとすることについて

(1) はじめに

30 前回会議において、特定同意を前提とする第 1 段階の審判がされたと
すると、実親によって特定されていた養親候補者との間に特別養子縁組
が成立しなかったときには、他の養親候補者との間の特別養子縁組の成
立については実親の同意がされていない以上、第 1 段階の審判が無駄に
なり、他の養親候補者との間の特別養子縁組を成立させるには、改めて
35 第 1 段階の審判を得なければならず、実親は特別養子縁組の成立につ
いての同意というつらい決断を何度も強いられることとなりかねない
との指摘があった。そこで、第 1 段階の審判要件である実親の同意につ
いては、第 1 段階の手続を縁組希望者及び児童相談所長のいずれが申し立
てたかを問わず、白地同意でなければならないとする規律を設けること

が考えられる。

この点については、前回会議において、白地同意のみを有効とした場合には、実親の同意が取りづらくなり、かえって特別養子制度が利用しづらくなるのではないかと懸念が示されたところであり、慎重な検討を要するところである。しかしながら、実親が真摯に特定同意をしている場合には、通常、実親と養親候補者との間には対立がないと考えられ、そうであれば、第1段階の審判を先行させる必要はなく、第1段階の手続と第2段階の手続とを並行して審理することになるものと考えられる。そして、第2段階の手続の審理が終盤に至り、養親子適合性ありという心証が得られた時点で、改めて第1段階の手続において実親の同意を確認すればよいものと考えられる。この同意は、白地同意の形でされるときも、実際上は養親候補者が固まった段階における同意であるから、特定同意と異なることはなく、実親も同意をすることを拒むことはないものと考えられる。このような手続運用をすれば、実親の同意は法的には白地同意でなければならないこととしても、その同意が取りづらくなるということはないのではないかと考えられる。

(2) 特定同意及び条件付同意について

特定同意及び条件付同意については、以下の理由から、むしろ許容しないこととすべきであると考えられる。

ア 特定同意について

仮に特定同意を有効と扱うとすると、例えば、実親が面識のない著名人夫婦を特定して特別養子縁組の成立に同意している場合であっても、家庭裁判所は同意要件を充足するものとして第1段階の審判をしなければならないこととなりかねないが、このような結論の相当性には疑問が残るものと考えられる。

イ 条件付同意について

条件付同意の有効性を肯定するとすると、養親となる者が当該条件を充たすか否かが必ずしも明確でない場合が生じ得ることとなり（例えば、「実親の近くに住んでいないこと」）、当該縁組についての有効な同意の有無をめぐって紛争が生ずるおそれがある。このような状況は、第1段階の審判の確定後は、実親の関与なく特別養子縁組を成立させることができることとしようとする二段階手続の趣旨・目的に沿わないものであると考えられる。

また、明確な条件に限って有効とすることとしても、実親が養親について条件を付すことが子の利益を考慮して真摯にされた合理的なものとは認め難い場合があると考えられる（例えば、「年収1000万円以上であること」。養親候補者の年収がこれを下回る場合であっても、特別養子縁組を成立させることが子の利益のために必要である場合は十分あり得る。）。

(3) 同意が要件とされている趣旨との関係について

5 実親の同意が特別養子縁組成立の要件とされている趣旨は、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しようとしたものであるとされている。

10 実親の同意が求められる趣旨を上記①及び②のように理解すると、上記①の観点からは、実親の特定同意の有効性を肯定し得ることになるものとも考えられる。しかしながら、特別養子縁組の成立の場面では、当該縁組が子の利益にかなうものであるか否かは家庭裁判所によって判断されることも考慮すると、実親の同意は、実親の利益を保護するため、
15 上記②の観点から要求されているものであり、上記①の観点は、必ずしも必須のものではないと考えられる。そして、実親が親としての法的地位を失うことによる利益については、養親となる者が誰であるかに関係がない。

20 したがって、実親の同意として白地同意のみを有効として整理することは、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との関係でも問題が生じないものと考えられる。

25 なお、このような整理をした場合であっても、前記(1)で述べたように、実親は、特定の養親候補者との特別養子縁組の成立がほぼ確実となった段階で同意をすれば、事実上、養親候補者を特定することができるため、上記①の観点が全く採り入れられないわけではない。

(4) まとめ

以上の検討により、実親の同意は、無条件の白地同意でなければならないこととしたものである。

30 この規律の下では、第1段階の手続において実親が特定同意又は条件付同意をしている場合には、家庭裁判所は、その条件等の趣旨が、抽象的な希望にすぎず、最終的には家庭裁判所が相当と認める者との縁組に同意するというものであるのか、それとも、その条件等が充足されない限り縁組に同意しないというものであるのかを確認した上で、前者については有効な白地同意と扱い、後者については有効な同意がないものと扱うことになるものと考えられる。

3 結論

本部会資料は、実親の同意の有効性について、以下の規律を提案するものである。

第1段階の申立人	特定同意	条件付同意	白地同意
児童相談所長	A 無効	B 無効	C 有効
縁組希望者	D 無効	E 無効	F 有効

5 本規律は、縁組希望者又は児童相談所長のいずれが第1段階の手続を申し立てるかを問わず、第1段階の審判をするためには実親が白地同意をしていることを要件とする（特定同意及び条件付同意は無効であるとする）ものである。

10 この規律によれば、前記1で注記した第1段階の審判の主文例のうち、「事件本人を縁組予定者とする。」という審判のみがされることとなり、特定同意を前提とする「事件本人を【養父となる者】及び【養母となる者】との間の特別養子縁組の縁組予定者とする。」という主文の審判は認められないこととなる。

第2 養子となる者の上限年齢等について

1 中間試案

【甲案】

5 (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8歳未満の者は、養子となることができる。請求時に13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もの〔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についてやむを得ない事由があるもの〕についても同様とする。

10 (2) 上記(1)にかかわらず、特別養子縁組成立の時ににおいて15歳に達している者は、養子となることができない。

【乙案】

(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13歳未満の者は、養子となることができる。

15 (2) 上記(1)にかかわらず、特別養子縁組成立の時ににおいて15歳に達している者は、養子となることができない。

【丙案】

20 (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15歳未満の者は、養子となることができる。請求時に18歳未満の者であって、15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〔又は15歳に達するまでの間に同請求がされなかったことについてやむを得ない事由（注4）があるもの〕についても同様とする。

25 (2) 特別養子縁組成立の時ににおいて、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。

2 前回部会資料における要綱案たたき台

30 (1) 特別養子縁組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。ただし、その申立ての時に18歳未満の者であって、その者が15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には、この限りでない。

(2) 家庭裁判所は、養子となる者が15歳に達している場合において、養子となる者が反対の意思を表示しているときは、特別養子縁組を成立させることができない。

3 従前の議論の振り返りと検討

(1) 身分法における15歳という年齢の持つ意味

民法上、15歳になると、自ら実親の許可・同意なく普通養子縁組や遺言をすることができることからすると、身分関係の形成等に関しては、

15歳に達した者はいわば「大人」として扱われることとされている。この意味での「大人」ではない「子ども」については、国家がパターンナリズムの観点から身分関係の形成（例えば特別養子縁組）を行うということが必要かつ相当である場合があるとしても、「大人」については、通常はパターンナリズムの観点からの保護等は不要であると考えられるから、その身分関係の創設を国家が裁判により行うということは、本来、必要性も相当性も認められないと考えられる。したがって、15歳以上の「大人」について、家庭裁判所の審判により、実親との親子関係の終了と養親との身分関係の形成という効果を生じさせる特別養子縁組を成立させることは、本来、必要性も相当性も認められないという考え方がある。

(2) 前回会議において述べられた意見

前回会議においては、従前示されてきた考え方を敷衍する形で、次のような意見が述べられた。

ア 要綱案のたたき台に批判的な意見

- ① たたき台の案では、養親候補者の一存で養子縁組成立の申立時期が遅れることがあり、子の利益に反する事態が生じ得る。
- ② たたき台の案では、子が18歳に達した後に特別養子縁組が成立する事態も生じ得るが、このことは、「子の養育のため」という特別養子制度の目的との関係を説明することが困難である（実親子関係の終了自体を目的とした制度であると捉えられるおそれがある。）。
- ③ 専門知識を有しない養親が、問題を抱えた年長の子を養育するのは容易ではない。
- ④ 普通養子制度の在り方等を含めて考えなければ、たたき台のような大胆な案を採用することには疑問が残る。15歳になると自ら実親の許可・同意なく普通養子縁組をすることができることなどを考えると、上限年齢の引上げは15歳までが限界である。
- ⑤ 養子となる者の上限年齢を大幅に引き上げて、特別養子制度の運用がうまくいかなかった場合には、特別養子制度自体が問題視されてしまうことになりかねない。
- ⑥ 海外でも、年長の子について養子縁組がされている例は非常に少ない。

イ 要綱案のたたき台に肯定的な意見

- ① 普通養子縁組であれば、虐待をしていたような実親の氏名も養子の戸籍に残り、また、養子の続柄は飽くまで「養子」である。実親が虐待をしていたような場合には、普通養子縁組では、養親の家庭が安心・安全な環境にならないことがある。このような事情から特別養子縁組が必要であることは、子が15歳を超えていても同じである。
- ② 15歳を超えると、むしろ、自分の将来のことなどを考えて、実

親との親子関係を終了させる必要があるか否かを判断することができるようになる。里親委託措置解除前に、子にそのような判断をする機会を与えることは重要である。

- 5
- ③ 普通養子縁組では、実親が養子の住民票を入手することが可能であり、養親家庭の安心・安全が守られない。
 - ④ 特別養子縁組成立の申立てを適切な時期にすべきことは、児童相談所の運営指針等によってある程度実現可能と考えられる。
 - ⑤ 英米と日本では、前提となる事情が異なる。

(3) 検討

10 以上のように、前回会議において、要綱案のたたき台に肯定的な意見もあったが、これに反対する意見も少なからず述べられた。反対意見を検討すると、①養子となる者の上限年齢を大幅に引き上げることへの懸念が全般に強いほか、②特別養子縁組の成立時（＝審判確定時）に子が18歳を超える場合が生じ得ることの問題点と、③15歳に達すれば、
15 自ら普通養子縁組を成立させることができることとの関係が指摘されているものと考えられる。

ア 養子となる者の原則的な上限年齢について、請求時において15歳未満とすることの当否について

20 前記(1)のような身分法における15歳という年齢の持つ意味を重視すると、養子となる者の上限年齢は15歳未満とすることが適切であると考えられる。

25 この「15歳未満」の基準時については、まず、特別養子縁組の成立時において15歳未満とする考え方があり得る。これは、身分法における15歳という年齢の持つ意味を最大限重視するものである。しかし、特別養子縁組の成立時とは、縁組成立の審判の確定時であり、その時期がいつになるかは、当事者はもとより、裁判所にも確実に予測することはできない。養子となる者の上限年齢という実体法上の要件については、それを充足するものであるか否かを当事者が少なくとも予測することができるものであることが重要であると考えられる。

30 なお、養子となる者が15歳に達するまでに縁組を成立させることができるようにするために、縁組成立の審判が確定するまでに要する最長の期間を想定して、養子となる者の上限年齢を請求時において13歳未満とするという考え方（中間試案における【乙案】）もある。しかしながら、申立前に養親となる者による養育期間が6か月間以上に及んでいる事案においては、申立後、短期間で審判に至る事案もあり
35 得るから、例えば、このように養育期間が先行している14歳の子について特別養子縁組を成立させることができないのはなぜなのかという問いに対し、説得力のある説明をすることは困難ではないかと考えられる。そうすると、このようなアプローチによって上限年齢を設定

するのは困難であると考えられる。

以上の検討によれば、養子となる者の上限年齢は、身分法における15歳という年齢の持つ意味を尊重した上で、当事者の予測可能性等の観点も踏まえて、特別養子縁組成立の審判の申立時（請求時）において15歳未満であることとするのが適切であると考えられる。この考え方によれば、15歳までに特別養子縁組の成立の申立てがされている者については、「子ども」のうちに手続が開始されたことを重視し、たまたま手続が長引いて審判までに15歳に達してしまった場合でも、縁組を成立させることができると考えることとなる。

イ 例外要件を設ける場合に考慮すべき要素について

前記アのとおり、養子となる者の上限年齢を特別養子縁組成立の審判の申立時において15歳未満とするとしても、さらに、15歳に達した子であってもパターンリズムの観点から特別養子縁組を成立させて安定的な家庭環境の下で養育すべき場合があるという指摘がされてきたことからすると、請求時に15歳に達していた子について、事情のいかんを問わず、特別養子縁組を成立させる余地を一切認めないとするのは、適切でないものと考えられる。

そこで、どのような場合を例外とするかであるが、本部会における従前の議論を踏まえると、「養子となる者が15歳に達する前から養親となる者が養子となる者を引き続き監護していること」という要件を設けることが考えられる。

次に、このような要件を設けることについては、養子となる者が15歳に達する前からその者を監護している養親候補者は、特別養子縁組成立の審判の申立てを早期にするというインセンティブが働かないこととなり、養子となる者の地位の早期確定という利益が保護されなくなるおそれがあるとの指摘がされてきたところである。そこで、上記のような要件に加えて、「養子となる者が15歳に達するまでの間に特別養子縁組成立の審判の申立てがされなかったことについてやむを得ない事由があること」という要件を設けることが考えられる。なお、この要件については、従前、その内容が不明確であるとの指摘があったことも踏まえると、より客観性のある要件とすることも考えられる。

さらに、例外を設ける趣旨が、上記のとおり、パターンリズムの観点から特別養子縁組を成立させて安定的な家庭環境の下で養育すべき子がいるという点にあることも踏まえた上で、本部会における従前の議論を振り返ると、15歳以上でも特別養子縁組を成立させることが必要な子とは、実親から虐待を受け、その影響により、実親のことを思い浮かべるだけでも心情が不安定になり、適切に養育を受けることができないような状況にある子であると考えられる。

そこで、養子となる者が15歳に達して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例外要件として、上記のような状況にある子を想定して設けることも相当ではないかと考えられる。

5 なお、養子となる者が15歳に達した後に特別養子縁組成立の審判が申し立てられる事例の中には、その申立ての時点において養子となる者が成年に達する日が迫っているものや、特別養子縁組成立後の養育の期間が短いものとなるものも十分に想定される。そのような事例においては、特別養子制度が、専ら縁組成立後に養子となる者を養育することを目的とするものであることを踏まえて、縁組成立後に確保し得る養育期間の長さも考慮して、当該縁組を成立させることが子の利益のため特に必要であるかが慎重に検討されるべきことになるものと考えられる。

ウ 18歳以上の者を養子とする特別養子縁組を成立させることの可否について

15 前回の部会資料においては、18歳未満の者については、未成年者である限り養育の必要があること、その養育のためには、養親子間の心理的な安定を確保する必要がある場合があること等を考慮し、18歳に至るまで特別養子縁組の成立を認めるべきであるとの考え方を前提とした上で、特別養子縁組の成立には、家庭裁判所の審判が必要であり、その審判や審判が確定する（これにより特別養子縁組が成立する）までに必要な期間については、当事者及び家庭裁判所において、20 確実に予測することが困難であることも考慮し、養子となる者の上限年齢を設けるとしても、請求時を基準とせざるを得ないと考え、請求時に18歳未満とする案をたたき台として提示した。

25 しかし、このような事務当局案では、特に子が18歳に達する直前に特別養子縁組成立の審判の申し立てがされると、縁組の成立時（審判の確定時）には子が成年に達しているという場合も生じ得ることとなる。このような帰結については、専ら未成年者の養育のための制度であるという特別養子制度の制度趣旨との関係を説明することが困難であるとの指摘がされたところであり、事務当局としても、それは正当な指摘であると考えに至った。

30 そこで、例えば、15歳未満のうちに特別養子縁組成立の審判の申し立てがされなかった者について、例外的に縁組を成立させることができることとするとしても、縁組の成立後に一定期間養育される必要があることを考慮し、その要件（考慮要素）として、成年に達するまでの養育期間を考慮するという規律を設けるなどして、遅くとも**成立時**35 に18歳未満であることが確保される要件とすることが考えられる。

4 その他の論点－養子となる者に子がいる場合について

(1) 問題の所在

仮に、養子となる者の上限年齢を特別養子縁組成立の審判の申立時において15歳未満にまで引き上げると、養子となる者に子がいるという事態も想定されることとなる。このように子がいる者も、養子として特別養子縁組をすることを認めるべきか、仮にこれを認めるとして、その場合に養子となる者の子の法的地位をどのようなものと整理すべきかが問題となる。このような問題は、養子となる者の上限年齢が例外でも8歳未満とされている現行法では想定されていなかったものと考えられる。

(2) あり得る考え方

実親をA、養子となる者をB、Bの子をC、養親となる者をD夫婦とする。

ア 子のある者は養子として特別養子縁組をすることを許さないとする考え方

イ BがD夫婦の養子となると、A・B間の親子関係は終了するが、B・C間の親子関係は終了しないとする考え方（A・B間の親子関係が終了する以上、A・C間の祖父母・孫の関係も残らない（Cは親としてBがいるが祖父母のない子となる。）。）

（以上のほか、BがD夫婦の養子となると、A・B間の親子関係だけでなく、B・C間の親子関係も終了するとする見方もあり得る。）

(3) 検討

ア (2)アの考え方について

この考え方は、特別養子縁組には、実親及びその血族との親族関係が終了するという効果があるにとどまっていると考えられ、養子となる者に子がいることは想定されていないこと、特別養子縁組の成立に当たっては、養子となる者（B）の福祉・利益を最優先に考慮しなければならないが、養子となる者に子（C）がいる場合には、その子（C）の利益にも配慮することが必要であり、その利益が養子となる者（B）の利益と相反する場合には、養子となる者（B）の利益を最優先に考慮することができないのではないかという疑問を出発点とする考え方である。

しかし、子（C）がいるからこそ、より一層、Bの保護の必要性が高くなるという事例も想定されるところであり、Bに子（C）がいることの一事をもって、特別養子縁組成立の可能性を失わせるということが相当であるといえるか疑問がある。

なお、(2)アの考え方を採用したとしても、Bの特別養子縁組に先立って、Cが特別養子縁組をするなどして、BとCとの親族関係が終了していた場合には、その後にBが特別養子縁組をすることができるものとするとも考えられる。

イ (2)イの考え方について

この考え方は、現行法（民法第817条の9）が特別養子縁組成立

の効果を「養子と実方の父母及びその血族との親族関係」が終了するものとしており、実質的にも、特別養子縁組の成立の効果についての現行法の規律を変更する必要性は乏しいという考えに基づくものである。

- 5 この考え方によっても、D夫婦とBとの間に特別養子縁組が成立しても、D夫婦とCとの間には法的な親族関係は生じないこととなるものと考えられる（現行の普通養子縁組においても同様に考えられているのではないかと思われる。）。仮にそのように考えるとすると、D夫婦とBとの特別養子縁組の成立に当たっては、その縁組が専らBのために利益になるか否かが考慮されるのであって、Cの利益は直接的には考慮されないこととなるのではないかと考えられる（もっとも、この点については、異論もあり得るところと考えられる。）。
10

以 上