

2018年（平成30年）11月9日

法務省民事局参事官室 御中

大阪弁護士会

会長 竹岡 富美男

「特別養子制度の見直しに関する中間試案」に関する意見募集
（パブリックコメント）に対する意見書の提出について

平成30年10月12日に公示された、「特別養子制度の見直しに関する中間試案」に関する意見募集（パブリックコメント）に対し、別紙のとおり当会の意見書を提出いたしますので、よろしくお取り計らいください。

以 上

「特別養子制度の見直しに関する中間試案」に関する意見募集
(パブリックコメント) に対する意見書

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(注1, 2)。

【甲案】

- (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(注3)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(注4)があるもの〕についても同様とする。
- (2) 上記(1)にかかわらず、特別養子縁組成立の時において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(注3)に13歳未満の者は、養子となることができる。
- (2) 上記(1)にかかわらず、特別養子縁組成立の時において15歳に達している者は、養子となることができない。

【丙案】

- (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。
- (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。

(注1) 養子となる者の年齢要件を上記のように引き上げる場合には、養親と養子との間に一定の年齢差がなければならない旨の規律を設けることについても検討を要すると考えられる。

(注2) 本試案で提示している年齢のうち「8歳」と「13歳」は、各案の基本的な考え方から導かれる一例にすぎない。したがって、具体的な年齢については、採用する案の基本的な考え方を前提として、今後更に検討されることになる。

(注3) 後記第2・3において【甲案】を採用した場合には、同(1)アの審判を申し立てた時。

(注4) 「やむを得ない事由」がある場合の例としては、①きょうだいのうち年長者は上限年齢を超過しているが、年少者は上限年齢を超過していないという場合において、年少者について特別養子

縁組をするときに、年長者についても共に特別養子縁組をすることが望ましい場合や、②実親が特別養子縁組の成立に同意するか否かについて明確な態度を示さなかったために、申立てに踏み切れずに子が上限年齢を超過してしまった場合、③子が上限年齢を超過した後で虐待を受けた場合や上限年齢を超過した後で以前に虐待を受けていたことが明らかになった場合等が考えられる。

このような例外を設けるべきかという点については、今後更に検討されるものと考えられる。

【意見】

- 1 乙案及び丙案には反対する。
- 2 甲案について
 - (1) 甲案(1)について
 - ア) 原則的な上限年齢を「8歳」に引き上げることに賛成するが、例外的な上限年齢を「13歳」とすることに反対する（同年齢は「10歳」にすべきである）。
 - イ) 「〔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〕」の要件を設けることに反対する。
 - (2) 甲案(2)の要件を設けることに賛成する。
- 3 (注1)の年齢差要件を設けることに反対する。

【理由】

第1 意見1の理由（乙案及び丙案に反対する理由）

特別養子縁組制度は、実親子関係の断絶をもたらすものであって、養子となる者が実親の相続権を失うなどその法的効果が大きい制度であるところ、養子となる者の年齢を上げれば、就学して社会的分別を有するに至り、また、事理弁識能力を有するに至る（概ね11歳から12歳が目安とされる）と高葛藤に巻き込むことになるため、特別養子となる者の年齢要件を上げることに慎重になるべきである。

年齢要件が障害となり特別養子縁組制度を利用できないことに起因する問題があるとしても、この問題は普通養子縁組や里親の利用等によって対応することで足りることも考えられることから、特別養子縁組制度の年齢要件の拡張が唯一の手段ではなく、社会的養育にかかる制度全般を見据えた議論を行うべきである。

特に、特別養子縁組の趣旨や目的といった本質についての議論が十分に行われていない以上、従前の理解を前提に法制度を検討すべきであるから、特別養子縁組制度は実親子間と同様の実質的親子関係の形成を目的とするものであるとしたうえで、養子となる者自身を高葛藤に巻き込まないことを前提に検討されるべきである。そして、特別養子縁組制度が成立した当時とは異なり、子どもの最善の利益のためには、出自に関する告知（真実告知）が必要であるとの認識が基本とされている現在において、それでもなお特別養子縁組を必要とする場面としてはどのようなものがあるのかを十

分に議論する必要がある。そのためには、普通養子縁組制度の検討も併せて行われるべきである。

第2 意見2の理由

1 意見2(1)ア) (甲案の例外的な上限年齢を「13歳」とすることに反対し、「10歳」にすべきとする意見)の理由

本試案では、原則の上限年齢(8歳)と例外的な上限年齢(13歳)の間に5年もの猶予期間を設けることになるが、これを認めることになれば、養親となる者が特別養子縁組制度の利用を先延ばしにするおそれが生じるだけで、その間、養子となる者は不安定な状態に置かれることになり、いわゆるお試し期間・様子見の期間が延びてしまうという結果をもたらしかねない。例えば、養子となる者にとってみれば、8歳から継続して監護されていたにもかかわらず、普通養子縁組も特別養子縁組も利用しないまま、結果として11歳になって反抗期を迎えたなどという理由で養親側から見捨てられるリスクなども想定される。これらのリスクを抱える法改正は不適切である。

この点について、長くても2年近く継続して監護すれば、特別養子縁組の制度利用を検討する期間としては十分といえるから、原則の上限年齢と例外の上限年齢との間を現行法以上に延ばす必要はない。

例外的な上限年齢を引き上げることによって、養親側の事情で養子側が振り回されるという結果を招きかねないので、原則の上限年齢と例外の上限年齢との間はできるかぎり最小限に留めるべきと考える。

2 意見2(1)イ) (甲案(1)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]」の要件を設けることに反対するとの意見)の理由

特別養子縁組はとくに必要がある場合にのみ成立を認めるべき制度であり(民法817条の7)、特別養子縁組を成立させるべき子には常になんらかの「やむを得ない事由」があるから、同要件を課すことが上限年齢を設けた意味を失わせることになりかねず、あえて年齢要件に例外を設ける必要はない。

なお、本試案の(注4)では「やむを得ない場合」として具体例を3例提示する。しかし、いずれの場合についても、以下の理由から、年齢要件に「やむを得ない場合」として例外の例外を設けることに反対する。

第一に、①のケースについては、きょうだいの双方について特別養子縁組制度を利用せずとも、普通養子縁組を活用することで足りる。

第二に、②のケースについては、その該当性判断が困難であるとともに、実親の同意について明確な態度を示していなかったとすることで、上限要件を有名無実化させかねないという問題があると思われる。

第三に、③のケースについては、「虐待」の存在をもって直ちに「やむを得ない事由」があるとするれば、およそ原則的に年齢要件を設ける趣旨が損なわれると考えられる。また、「虐待」の判断には評価が入り込む余地があり、その程度にも幅があるため、この場合をやむを得ない場合とすることには疑問である。

3 意見2(2) (甲案の「(2) (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。」の要件を設けることに賛成する意見)の理由

普通養子縁組制度において、養子になる者が15歳未満の場合にかぎり法定代理人による代諾が認められ、15歳に達した場合には法定代理人の代諾を認めないこと(民法第797条第1項)、15歳に達した場合には意見聴取手続が必要とされること(家事事件手続法第161条)などとの整合性から、特別養子縁組でも、養子となる者が15歳に達した場合には、同人の承諾を求め、意見聴取手続を必須とするなど相応の手続保障の規定を設ける必要が生じる。しかしながら、これらの規律を設けることになれば、審判手続の途中で追加の手続が必要になり、その時点ですでに2年以上の期間が経過している審判手続をさらに遅延させ、長期にわたり審判を出せないという結果を招くことになるが、このような事態は避けるべきであると考えられる。

したがって、15歳に達している者については、特別養子縁組において養子となることができなくすべきである。ただし、他の要件を充足しているにもかかわらず、審判手続が長引いたという理由のみで縁組の成立が障害されることは避けるべきであると思料する。かりに審理の在り方によってこうした弊害が生じうるとすれば、とくに縁組成立に反対する者による不当な遅延行為や非協力的な態度等によって手続が長引くことがないように、迅速かつ充実した審判手続の運用の在り方を検討すべきである。

なお、この審理の長期化による弊害は、本意見のように例外的な上限年齢を「10歳」にすれば問題とならないと思われる(特別養子縁組の審判手続に5年の期間を要することはおよそ想定しえないため)。

第3 意見3(注1の年齢差要件を設けることに反対する意見)の理由

年齢差要件を設けることで「親子らしさ」の観点を反映させるとのことであるが、「親子」概念は、明確な定義のある概念ではなく、社会的背景によっても変わりうるものであるとともに、差を何歳に設定すべきかなど不明確な点が多く、すくなくとも年齢差によって決まるものではない。

仮に養親子間の年齢差を設けるとすれば、下限のみでなく上限を設ける必要性（例えば、80代の養親と8歳の養子との縁組の場合に「親子らしさ」があるといえるのかなど）も検討すべきと考えられる。また、「親子らしさ」という概念を持ち出すとすれば、年齢差だけでなく他の要件（例えば養親側の資力等）を設ける必要はないかといった問題を生じかねない。

以上の次第で、「年齢差要件」の法定には反対する。ただし、特別養子縁組の成立において考慮すべき要素として、「年齢差等一切の事情を考慮して」といった形で例示列挙する規定を設ける方法は検討に値すると思料する。

第2 特別養子縁組の成立に関する規律の見直し

1 児童相談所長の参加に係る方策

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。

- (1) 児童相談所長は、特別養子縁組の成立の審判事件（家事事件手続法別表第一の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。
- (2) 家事事件手続法第42条第7項の規定は、児童相談所長が特別養子縁組の成立の審判事件に参加した場合について準用する。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行法では、児童相談所長は、特別養子縁組の成立の審判手続において、当事者として申立等を行う権限を有しない。しかしながら、実際には、実親における養子となるべき子の養育状況を最もよく知り、証拠資料を有しているのは児童相談所である場合が多く、児童相談所長が、何らかの形で、成立審判手続に関与できるようにする必要がある。

そのための制度として、現行法における利害関係参加の手続を利用することも考え得るが、現行の審判を受ける者となるべき者以外の者にかかる家事事件手続法第42条2項のごとく家庭裁判所の許可を要件とすると、同様の事案でも参加の可否の判断が異なることがあり得、問題である。この点、独自の制度による参加とし、家庭裁判所の許可を必要としないこととすれば、児童相談所長が裁判所の判断に左右されることなく、成立審判手続に参加することができるため、このような規定を置くのが相当である。

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。

- (1) 特別養子縁組の成立の審判手続における同意
養子となる者の父母が、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、当該縁組について同意をした場合には、同意の撤回は、同意の日から〔2週間〕〔2か月〕（注1）が経過する日まで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) 特別養子縁組の成立の審判手続の申立前における同意（注2）

養子となる者の父母が、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か月が経過した日以後に、公的機関（注3）において、養親となる者を特定し、又は特定しないで同意をした場合には、同意の撤回は、同意の日から〔2週間〕〔2か月〕（注4）が経過する日までにしなければならず、その期間が経過した後は、同意の日から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。

(3) 上記(1)又は(2)の方式以外の方式でされた同意の効力については、次のいずれかの案によるものとする。

【甲案】

養子となる者の父母が特別養子縁組の成立について同意をする場合には、上記(1)又は(2)のいずれかの方式によってしなければならず、それ以外の方式による同意は無効とする。

【乙案】

養子となる者の父母は、上記(1)又は(2)に掲げる方式以外の方式によっても特別養子縁組の成立について同意をすることができる。

（注1）同意を撤回することができる期間については今後更に検討される予定である。

（注2）仮に、後記3において【甲案】を採用する場合には、同(1)アの養子適格認容審判を得た上で、養親候補者を定めることもできることになることから、(2)の方策を設ける必要性は低くなるものと考えられる。

（注3）公的機関としては、これまでに、公証人、児童相談所長、家庭裁判所及び都道府県について検討がされた。今後、公的機関に対して求められる役割を明確にした上で、いずれの機関が実親の心理状態に配慮した上で同意の真摯性等を判断する能力を有しているか、制度的に中立性が担保された機関であるか等といった観点から、更に検討がされる予定である。

（注4）同意を撤回することができる期間については今後更に検討される予定である。なお、この期間については、必ずしも(1)の方策における期間と同一である必要はないものと考えられる。

【意見】

- 1 (1)については賛成である。ただし、(注1)につき、同意を撤回できる期限は1か月とすべきである。
- 2 (2)については賛成である。ただし、同意の方式ないし手続、同意の前提となる実親への説明内容等のあり方については更なる検討が必要である。

- 3 (注2)につき、後記3では【乙案】が採用されるべきと考えるが、仮に【甲案】が採用される場合においても、(2)の方策の必要性は低くなるものではない。
- 4 (注3)につき、「公的機関」は、家庭裁判所とすべきである。(注4)につき、同意を撤回できる期限は1か月とすべきである。
- 5 (3)については、甲案に賛成する。

【理由】

第1 同意の撤回を制限する必要性

現行法では、仮に実親が特別養子縁組に一旦は同意をしていたとしても、特別養子縁組の成立の審判の確定前までは、いつでもこれを撤回できるものとの解釈が一般的である(東京高等裁判所平成2年1月30日決定)。しかし、このように同意の撤回を自由に認めれば、審判の確定直前に同意を撤回することも可能であり、そのような場合には手続の安定が著しく損なわれる。また、同意を受けて、養親となる者の下での試験養育を受けてきた子にとっては、同意が撤回された場合には、再度生活場所の変更を余儀なくされるなど、子の生活が安定せず、子の福祉を害する結果ともなる。このような影響は、特に相当期間の試験養育によって養親となる者との間に愛着が形成されてきている場面においては、いっそう看過できないものとなる。さらに、上記のように手続が不安定であることは、養親となろうとする者の心理的なハードルとなり、特別養子縁組が行われるべき事案において、養親となるべき者が見つからないという事態が生じかねない。

このような同意の撤回による弊害を防止するためには、適切な方法により実親の同意の真摯性を確保したうえで、同意の撤回を制限することが必要である。

第2 (1)について

1 同意の撤回を制限する方法

同意の撤回を制限する方法として、(1)の方策は、

- ①特別養子縁組の成立の審判手続において行われる同意であり、養親においても、特別養子縁組が成立することの意味や自身の置かれた状況について一定理解が進んだ状況で同意がされていること
- ②家庭裁判所調査官又は裁判官という、中立的かつ実親の心理状態に配慮した上で同意の真摯性等を判断する能力を有している機関において、真摯性を担保し得る方法で同意を確認されること

の2点から、同意の真摯性は十分に確保されるものと考えられるため、賛成である。

2 同意撤回制限の期間

ただし、同意を撤回できる期間については、これを2か月とすることは、同意の撤回が制限された後にも審判手続が続いていくことを踏まえれば、長きに過ぎるものと考

える。

ここで即時抗告等の期間にならいこれを2週間とする案には、(1)の方策だけに焦点を当てれば、一定の合理性があるとも考えられる。しかしながら、

- ①実親にとっては親子関係を断絶させるか否かに関わる極めて重要な判断であり、即時抗告の期限よりも長期とすることも合理性があると考えられること
 - ②後述のとおり(2)の方策においては、同意が撤回できる期間を1カ月とすべき(2週間では短すぎる)と考えられるところ、両者の期間が論理必然的に同一である必要はないとはいえ、方策の違いにより同意撤回の期限が異なることは制度として複雑になるきらいがあり、両者の期間は統一するのが望ましいと考えられること
- の2点から、(2)の方策に揃えて、1カ月をその期間とすべきと考える。

第3 (2)について

1 特別養子縁組の成立の審判手続の申立前の段階での同意の撤回を制限することについて

現在、特別養子縁組がなされる事例においては、特別養子縁組の成立の審判手続の申立前の段階で、実親の同意を得たうえで、養親となる者の下での試験養育を始めている事例が多い。このような事例においては、特別養子縁組の成立の審判手続の申立前の段階の同意についても、第1で述べた点が妥当し、撤回を制限する必要性がある。

したがって、(2)の方策によって同意の撤回を制限することには賛成である。

2 (2)の同意の方式ないし手続について

(1) もっとも、(2)の同意の方式ないし手続については、例えば、家庭裁判所の裁判官、調査官等の面前での同意を必要とするのか、同意することを述べた書面を家庭裁判所等に提出する(郵送を含む。)ことで足りるものとするのかという点が問題となると考えられる。

後者は、相続放棄の申述等で用いられている方法であるが、特別養子縁組自体には同意しているけれども裁判所に出向くという手間を嫌って同意を行わない実親においても同意が可能となるという点で必要性もあるし、相続放棄の効果も相応に大きなものであることを考えると許容性もある、とも考えられる。

(2) また、方式ないし手続とも関連するが、同意の前提としての説明内容も、例えば、親子関係の断絶という主要な効果の点のみを説明すれば足りると考えるのか、周知的な効果(戸籍上の記載など)まで説明を必要とするのか、あるいはさらに進んで、特別養子縁組が必要と目されている実親において取りうる法律上又は事実上(養育上)の手段について説明すべきかなど様々なあり方が考えうる。

(3) これらの問題については、同意の効果の重大性を踏まえれば、一定程度厳格な手続が要求されるべきではないかとの印象を受けるが、少なくとも、実際の運用の混

乱を避けるとともに同意の真摯性の争いを可能な限り防止する観点から、さらなる検討が必要であるし、可能なものについては法令上も明記することが望ましいと考えられる。

特に、同意の前提としての説明内容については、同意の効果の重大性に鑑み、法令上明記する必要性について検討されるべきである。その際、例えば、刑事手続において黙秘権の告知につきその内容が刑事訴訟規則に具体的に定められている（刑事訴訟規則197条1項）ことが参考にされるべきである。

3 (注2)について

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【乙案】を採用すべきと考えるため、(注2)については前提を異にするものであるが、仮に、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】が採用されたとしても、(2)の方策の必要性は低くはならない。

確かに、後記3において【甲案】を採用すれば、養子適格の審判後に試験養育を開始する、という取扱いが可能となり、このような取扱いを前提とすれば、第3の1で述べた必要性は低くなるとの意見もあるかもしれない。しかしながら、上記のような取扱いにおいては、養子適格の審判後の限られた期間の中で適切な養親が見つかるとは限らないうえ、養子適格の審判がなされるまでの間の養子の生活環境が不安定となる虞がある。そうであれば、後記3において【甲案】を採用したとしてもなお、養子適格の審判手続の申立前から試験養育を始めるべき事例は多いと考えられる。したがって、後記3において【甲案】を採用したとしても、第3の1で述べた(2)の方策の必要性が低くなることはないというべきである。

よって(注2)には反対である。

4 (注3)について

(2)の方策を取る場合の「公的機関」に求められる性質としては、①制度的に中立性が担保された機関であること、及び②実親の心理状態に配慮した上で同意の真摯性等を判断する能力を有していることの2点であると考えられる。したがって、これらの点を踏まえて「公的機関」をどこにするかを決定すべきである。

しかしながら、補足説明にもあるとおり、候補として挙げられているもののうち公証人は②の要素のうち特に実親の心理状態に配慮するという要素に、児童相談所長及び都道府県知事は①の要素に疑問があると言わざるを得ない。これに対し、家庭裁判所は、①及び②の要素を満たす機関である。したがって、「公的機関」は、家庭裁判所とすべきである。

この点、「公的機関」を家庭裁判所とすることについては、第1に、家庭裁判所で同意をしたことによって、同意の真摯な撤回までもが過度に抑制されることになら

ないかという懸念が示されている。しかし、同意の真摯性を確保すべく同意の手續を厳格に定めようとするれば、その裏返しとしてそのような事実上の効果（心理的ハードル）は不可避免的に伴うものである。そして、そのことは、家庭裁判所での同意に限ったことではないから、公的機関を家庭裁判所とすることを否定するものとはいえない。

第2に、同意の確認に際し、実親に対する養育支援を含めたカウンセリングをすることが期待されるのであるとすると、家庭裁判所は、そのようなカウンセリングを行い、実親の置かれている実情を踏まえて懇切に相談に応じるといった役割を果たすことはできない、との指摘がある。しかし、この点は、上述した同意の前提となる説明内容の問題と捉えるべきであり、公的機関をどの機関とすべきかという論点において、上述の①②の観点よりも重視すべき要素ではないと考える。

第3に、実親の同意という、特別養子縁組の成立要件の一部についてのみ家庭裁判所において確認をするという制度は類例がない、との指摘があるが、新しい制度を創設する以上、根本的な批判にはならない。

第4に、そもそも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との意見もあるようであるが、単に同意の真摯性を確認するといっても上述の①②の観点からの検討が重要となるのであり、それに適した機関は家庭裁判所以外にない。

第5に、後の特別養子縁組成立の手續において当該同意の有効性が争われたときに、改めて同意の有効性について家庭裁判所が判断することになると、同意の有効性について2度の司法審査を経ることとなり、手續が過重となって不合理であるし、2度目の司法審査においては、同意がされた家庭裁判所が当事者的な立場に立つことになるという点で立場の中立性が必ずしも貫徹されないのではないかなどといった指摘があるとされる。しかし、そもそも、自らの意思で裁判所を訪れて同意をしておきながら、後の特別養子縁組成立の手續において当該同意の有効性を争うという事例はそれほど多く現れるとは考え難い（素朴に考えれば、現行法下で同意が撤回された事例数のさらにごく一部ということになるはずである。）。また、仮にそのような事例があるとしても、同意の真摯性を確認するにあたっての審査事項（検討事項）と、後に有効性が争われた場合の実質的な争点（何を理由として無効と主張するのかという点）が同一とは限らず、「2度の司法審査」というほどの事態が生じるか否かは疑問であり、生じたとしても極めてまれなケースと考えられる。その他の大部分のケースにおいて上記①②が確保された同意が得られることとのメリットと比較すれば、「公的機関」を家庭裁判所とすることを否定するほどの事情ではないと考えられる。さらに、家庭裁判所が当事者的な立場に立つことになるという指摘については、担当する裁判体を異にすれば足りる問題であるし、仮にそれができないとしても、問題構造は、忌避申立てに対する裁判などと同様であり、法制度として十分にあり得るもの

であるから、当該指摘はあたらない。

以上のとおりであり、「公的機関」は家庭裁判所とすべきである。

5 (注4)について

同意を撤回できる期限については、(2)の方策による同意が撤回できなくなった後に、試験養育、特別養子縁組の成立の審判の申立てと進んでいくことからすると、撤回できる期間を2カ月とすることは、長きに過ぎるものとする。

他方で、(2)の方策による同意においては、すでに審判手続が開始している(1)の方策による同意の場合と異なり、特別養子縁組に同意をすることの是非を事前に十分に考える時間が用意されていない例も想定し得る。そうすると、このような同意の撤回期限を、即時抗告の期限等にならぬこれを2週間とするのは、短すぎると考えられる。

したがって、同意を撤回できる期間は、1カ月が妥当であると考えられる。

第4 (3)について

1 乙案の問題点～「撤回できない同意」と「撤回できる同意」の並存～

乙案においては、「撤回できない同意」と「撤回できる同意」が並存することとなる。特に(2)の「撤回できない同意」を取得するにあたっては、同意の効果の重大性に鑑み、実親に対して「撤回できる同意」もありうることの説明は欠かせないものと考えられる(少なくとも、後に同意を撤回することが想定されるような実親であれば、説明をしないまま「撤回できない同意」を得たとしても、後に真摯な同意ではなかったと争われる可能性が高い)。そうであるとする、「撤回できない同意」と「撤回できる同意」のいずれを選択することもできる実親において、「撤回できない同意」を選択するインセンティブのない現状では、あえて「撤回できない同意」を選択することは考えづらい。

したがって、乙案においては、(2)の方策による撤回できない同意が利用されることはほとんど考えられなくなり、当該方策を設けた目的が達成されなくなる可能性が極めて高い。

よって、乙案には反対である。

2 甲案に対する「特別養子縁組制度の利用が減少するのではないか」との懸念について

「撤回できない同意」の一本化を行う甲案に対しては、家庭裁判所等において同意をしなければならないという点や、同意をしてしまったら撤回ができないという点からくる心理的なハードルによって、特別養子縁組に同意する実親が減少し、現行法よりも特別養子縁組制度が利用しにくくなるのではないかと懸念が示されている。

しかしながら、(2)の方策が採られる場合には、児童相談所職員又は民間あっせん団体の職員が同行して家庭裁判所等に出向くことが多いと考えられることから、家庭裁判

所等において同意をしなければならないことへの心理的なハードルはさほど大きくない。

また、現行法の下でも、少なくとも児童相談所が関与して特別養子縁組を行っている事例では、実親の同意を取得するにあたっては、撤回する可能性がないかどうかを実親に繰り返し確認し、撤回するかもしれないような場合には同意ありとは判断せず、撤回することはないとの見込みが得られた場合にのみ同意ありと判断し、特別養子縁組の手続に入ることとしているのが現状である。したがって、同意してしまったら撤回できないとの心理的ハードルを原因とする、申立件数の減少は限定的とも考えられる。

特別養子縁組の利用のしやすさ、あるいは申立件数という観点で言えば、同意取得の容易さのみで判断すべきでなく、一旦得られた同意が撤回されないことへの安心感によって養親の積極的な参加が促される点とセットで考えるべきである。さらにいえば、本改正では、同意の撤回を制限することだけでなく、養親が安心して特別養子縁組に関与できるための様々な方策を整えているところであり、特別養子縁組の利用のしやすさ、あるいは申立件数への影響という点は、改正内容全体のバランスの中で考慮されるべきである。

加えて、そもそも、特別養子縁組制度は、実親子関係の断絶という重大な効果を生じさせる手続である。このような重大な手続であることを踏まえれば、実親における決心も上述の程度の心理的ハードルによって左右され、他方で同意を不要とする要件（「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」）にも該当しないようなケースにおいてまで、特別養子縁組制度を利用する必要性・相当性があるのかは疑わしい。

以上のとおりであるので、「特別養子縁組制度の利用が減少するのではないか」との懸念は、甲案を否定して乙案を採用する理由とはならない。

3 まとめ

以上より、(3)については甲案に賛成である。

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、次のいずれかの案によるものとする。

【甲案：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、各段階について別個の申立てによる2個の事件でそれぞれ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相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（特別養子適格認容審判）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 養子となるべき者の親権者（民法第817条の3第2項ただし書に規定する他の一方を除く。）は、上記アの審判の確定の日から6か月が経過する日までの間は、養子となるべき者に対して親権を行使することができない（注1, 2, 3）。

エ 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（注4））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（上記(1)アの審判と同時にするときには、養子となるべき者であることが確定する前の者も含む。）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6か月が経過する日までにしなければならない。

ウ 養親となる者が上記(1)アの申立てをするときは、上記(2)アの申立てを併せてしなければならない。

エ 上記アの申立てがあった場合には、養子となるべき者の親権者（民法第817条の3第2項ただし書に規定する他の一方を除く。）は、上記(1)ウの期間経過後も、その申立てに基づく手続が終了するまでの間は、養子となるべき者に対して親権を行使することができない。

オ 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。

カ 上記アの審判は、子の父母に告知することを要しない（注5）。

キ 上記アの審判を上記(1)アの審判と同時にした場合には、上記アの審判は、上記(1)アの審判が確定する日までは確定しない。

ク 上記アの審判を上記(1)アの審判と同時にした場合において、上記(1)アの審判が（上級審で）取り消されたとき又は申立人が上記(1)アの申立てを取り下げたときは、家庭裁判所は、職権で上記アの審判を取り消さなければならない。

ケ 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（注6）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：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、各段階について１個の申立てによる１個の事件の中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當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（特別養子適格認容審判）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 養子となるべき者の親権者（民法第８１７条の３第２項ただし書に規定する他の一方を除く。）は、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対して親権を行うことができない（注１，２，３）。

オ 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（注４））が、養子となるべき者としなない審判（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（上記(1)アの審判と同時にするときは、養子となるべき者であることが確定する前の者も含む。）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５）。

エ 上記アの審判を上記(1)アの審判と同時にした場合には、上記アの審判は、上記(1)アの審判が確定する日までは確定しない。

オ 上記アの審判を上記(1)アの審判と同時にした場合において、上記(1)アの審判が（上級審で）取り消されたときは、家庭裁判所は、職権で上記アの審判を取り消さなければならない。

カ 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（注６）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。

【丙案：特別養子縁組成立の要件については見直しを行わず、特別養子縁組の成立の審判手続において中間決定を利用することとする考え方】

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、当該審判事件が裁判をするのに熟する前であっても、その時点において民法第817条の6ただし書に規定する場合又は民法第817条の7に規定する特別の事情がある場合であると認めるときは、そのことを確認する旨の中間決定をすることができる。

イ 上記アの中間決定をした家庭裁判所は、当該中間決定後に生じた事情の変更を理由とする場合に限り、職権で、当該中間決定を取り消すことができる。

(注1) 1段階目の審判の確定後に新たにその子を認知した実父が、親権者となって、試験養育に干渉することを防止するために、養子となるべき者に対する親権行使を制限している期間中は、その子に対する認知を制限することも考えられる。

(注2) 1段階目の審判がされたときに養子となるべき者の親権者であった者のみならず、その後に親権者変更、普通養子縁組等によって親権者となり得る全ての者の親権を制限する趣旨である。

(注3) 特別養子適格認容審判が確定すると、養子となるべき者に対して親権を行使する者がいなくなるため、未成年後見人が選任されることになるものと考えられる(民法第838条第1号)。未成年後見人は、同法第820条から第823条までに規定する事項について親権者と同一の権利義務を有することとされているが(同法第857条本文)、未成年後見人は親権者ではないため、未成年後見人の権限は何ら制約されない。児童福祉法第33条の2第1項又は第47条第2項に基づく児童相談所長の親権行使が制限されないことも同様である。

(注4) 養子となるべき者の父母、養子となるべき者に対し親権を行う者で養子となるべき者の父母でないもの、養子となるべき者の未成年後見人、養子となるべき者の父母に対し親権を行う者及び養子となるべき者の父母の後見人

(注5) 実親は2段階目の審判について即時抗告をすることはできないとしても、2段階目の審判によって実親子関係が終了するという重大な身分関係の変動が生ずることから、実親に対しても審判結果は通知するというものも考えられる。

(注6) 実際には、養子となるべき者の未成年後見人等が即時抗告をすることになるものと考えられる。

【意見】

- 1 乙案に賛成する。ただし、(1)のイについては、2か月の期間には反対する。実父母の同意後撤回が制限される時期を経過するまで(同意後1か月を経過するまで)は、養子縁組適格認容審判をすることができないとすべきである。
- 2 (2)のイ、ウについては反対する。イについては削除すべきである。ウについては、(注3)の通り、実親に対しても審判結果を通知すべきである。
- 3 他の制度との整合性について検討不足の点があるので、整合性について検討した上

で制度を導入すべきである。

【理由】

第1 乙案(1)についての賛成の理由

1 2段階の審判にすることの合理性について（甲・乙案を採る理由）

(1) 養親との安定的な関係を築く必要性

この点は、あらかじめ養子適格審判が確定することによって、養親が養子となるべき者との間で安定的関係を築くことができるという点は評価でき、2段階の審判自体には賛成である。

(2) 中間決定による方策について

中間決定の場合は審判ではないので、養子適格審判の要件の基準時はあくまで特別養子縁組審判時となる。そうすると中間決定後にも、実親が養子適格要件の存否を主張できることになり、養親と養子となるべき子との間の安定的関係を築くことができない。このことから中間決定による方策では不十分である。

2 ウの子の出生から2か月が経過とする点について

(1) 出生後一定期間は審判できないとすべきことについて

確かに、子が生まれてから、特に女性の場合は精神的に不安定になることもあり、それは相当期間に及ぶことは十分に考えられる。かかる不安定な状態のもとで、特別養子縁組にかかる同意を求めたり、それにかかる審判を行うことは、特に実母に対しては酷であるから、出産後は一定期間は様子を見る必要があるように思われる。そして、かかる期間は2か月では期間として短いという印象である。

(2) (1)アの第一号（実父母が同意している場合）につき、実親の同意の撤回を制限する方策との整合性を図るべきことについて

この点、実親の同意の撤回を制限する方策に関する第2の2の(3)において、甲案を採用し、同2の(1)及び(2)について同意の撤回可能な期間を1か月とする本意見書の立場からは、実親が同意を撤回可能な時期の間に、特別養子縁組適格認容審判をすべきではない。

とすれば、最も早い時期としては、出生後2か月+1か月の3か月後以後となる。

しかしながら、実父母の同意は、子の出生後2か月より相当程度遅れる場合も十分ありうるところであって、こうした事案においても、実父母が同意後、撤回できる間に養子縁組適格認容審判をすべきではないことは、変わらない。

したがって、実父母（特に実母）の負担を考慮して、出生後特別養子縁組適格認容審判をできない時期を設けるとしても、それは、第2の2の(3)の甲案の撤回制限効ある同意のみ可能である本意見書の立場では実親が同意を撤回可能な時期の最も早い時期である2か月+1か月より前にかかる審判がなされるべきではないとした

上で、さらに個々の事案においては出生後の固定した期間ではなく、2カ月+1か月より後の個々の事案における実父母の同意後撤回が制限される時期を経過するまで（同意後1か月を経過するまで）は、養子縁組適格認容審判をすることができないとすべきである。

仮に、上記の第2の2（3）において乙案を採用した場合についても、撤回制限効のない同意に対しても、少なくとも撤回制限効ある場合と同様、出生後同意から1か月を経過した後でなければ（また、早くても、少なくとも出生後2か月+1か月の合計3か月を経過した後でなければ）、アの特別養子適格認容審判はなしえないとすべきである。

(3) (1)アの第二号及び第三号について

これらの場合は、実親の同意の撤回を制限する方策との整合性を図るとの観点から検討する必要はない。また、これらは実父母の同意が不要であり、実父母の配慮も不要な場合とも思われる。

しかしながら、上記の実父母の同意後撤回が制限される時期との比較の観点からは、出生後2か月+1か月の3か月間を経過するまでは、アの特別養子適格認容審判はなしえないとすべきである。

3 甲案を採るべきでない理由について

(1) 特別養子適格認容審判の申立てだけがされることが理論上ありうること

この点、甲案では、児童相談所長が特別養子適格認容審判の申立てだけをして、特別養子縁組の成立の審判までの空白の時間ができてしまう可能性がでてくる。この空白の時間は、子どもにとって身分的に不安定な状態となり、子どもの利益の観点から考えて好ましいものではない。

たしかに、甲案の(2)イにおいて、養子適格の審判確定後6か月が経過するまでに特別養子縁組の成立の審判をしなければいけないとして、二つの手続の連動を図ろうとしている。

しかし、やはり6か月もの間空白が起こる可能性があることは子の利益から考えて避けるべきであり、甲案は好ましいものではない。

(2) 養子適格の審判が確定しないと養親としての身分関係を作ろうとしないという現象が生じうる懸念

この点、甲案を採用してしまうと、養子適格の審判があるまでは養親候補が養子となるべき者との間で関係を持とうとしない懸念がある。また、実親との関係が絶たれることとなるのを確認してから養親となろうとする者が出てくる懸念も十分ありうる。やはり、申立人は養親として、申立段階では少なくとも、養親を誰とするのかは確定している状態であることが望ましい。

(3) 実父母に対する配慮

また、本手続では、後記の問題点も含め、実父母に対する一定の手続的配慮をすべきであるところ、かかる配慮を手続上組み込みやすいとの点では、乙案が甲案に勝るところである。

(4) 児童相談所長の参加

甲案では、養子適格の審判に児童相談所長が申立権者となることで、養親となる者と実親との対立が回避できるというメリットがあることを主張している。

しかし、甲案を取らずとも、児童相談所が裁判所の許可なく参加できる制度を創設することで、養親となる者と実親との対立は相当程度緩和できる。

(5) 乙案の許容性

そして、そもそも養親は、今後養子となるべき者を親として育てていくことを要求され、一定の煩わしさや負担は爾後につきまとうことからすると、特別養子縁組の養親となることについての意欲や覚悟も求められるのであって、特別養子縁組にかかる手続において、養親が一定の負担を負うことも致し方ないところである。

このことから、乙案のように申立権者はやはり養親となろうとする者に限定することにも十分許容性があると考えられる。

(6) 養親が当事者として参加する理由とお互いのプライバシー保護について

この点、甲案のように、養親ではなく、児童相談所長が当事者となり、養親が手続に参加しないメリットとして、お互いのプライバシー保護が図られるという点が言われている。

しかし、乙案をとっても第1段階においては、養親のプライバシー情報が暴露される懸念はそれほど考えられない。知られてもせいぜい住所や本籍程度のものである。また、養親が今後養子を育てていくにあたり、養子が実親にどのようにして育てられ、なぜ特別養子縁組になるまでに至ったのかは、実親のプライバシー情報であるとしても今後養親として養子を育てるにあたっては知っておくべきことである。このことから、やはり第1段階でも当事者として最低限参加するべきである。

なお、養親の住所や本籍程度のプライバシー情報も知られるべきではないという主張もあり得るが、下記の通り特別養子縁組の離縁の申立権者に実親が含まれていることとの整合性からも、養親のプライバシー情報を一切知らされないことがないという制度でよいものか疑問がある。また、実親が養親の住所に来ることで生活の平穏を害されるということが考えられるが、この点も養親が親権者である以上、生活の平穏を害する行為(子どもを連れ去ろうとする等)に対しては法的手段で対抗できるし、そのようなことがあれば行政や児童相談所が十分にサポートをして対応するべきである。後記の離縁の手続との関係にも鑑みると、法的に実親に養親に関する情報を何も知らせないようにするというのは妥当ではない。

第2 乙案(2)についてのイ、ウについては反対、その余は賛成の理由

1 イ・ウについて反対する理由

(1) 養親の負担の関係

この点は、上記の通り、養親は、爾後養子となるべき者を親として育てていくことが要求されるのであるから、多少の負担は覚悟する必要がある、特別養子縁組の養親となることについての意欲や覚悟も求められるのであって、実親との対立についても、養親としては一定の負担を負うこととなる。

(2) 特別養子縁組の効果は実親にとっては重大な身分関係の変動をもたらすこと

特別養子縁組は実親子関係が終了するという重大な身分関係の変動が生ずることからも、実親にとっては重大なことである。

このことから、審判の告知をしないといったことや手続に参加させないといったことはするべきではない。

(3) 特別養子縁組の離縁（民法817条の10）との関係

特別養子縁組の離縁の請求権者として実父母があげられており、同条1号においては、養親による虐待、悪意の遺棄等が要件となっている。このことから、実父母にとっても養親の適格性に関して関与を認めないと、民法817条の10との関係で整合性に疑問が生じてしまう。

また、特別養子縁組の離縁の請求権者でありながら、誰が養親であるかの告知もされなければ、誰を相手方とするかもわからず、法が実父母を民法817条の10の請求権者として掲げている趣旨にも反することになってしまう。

(4) 実父母の同意について

養子適格の審判の要件として、父母が特別養子縁組を成立させることに同意していることがある。この同意が養親を特定しない同意ではなく、特定の養親に委託することを条件に同意するということも考えられる。

このような場合は、実の父母としては、誰が養親となるかは重大な関心事項であり、その手続に参加すべき理由は十分に存在する。

第3 【他の制度との関係で検討すべき内容】

1 家事事件手続法166条の保全処分との関係

乙案の場合には、養子適格の審判と特別養子縁組の成立の審判の二つが審判の対象となるが、保全処分を行う時にはどの審判を本案とするのか、どのような手続で行うのかについて十分に検討できていないように思われる。

2 民法817条の10、家事事件手続法165条の特別養子縁組の離縁との関係

乙案の場合には、養子適格の審判と特別養子縁組の成立の審判の二つが審判の対象となるが、特別養子縁組の離縁を行った場合の効果として、実親との関係の回復まで効果として認めるのか、親権行使禁止の効果は維持するのか、具体的にどのような効果を

与えるのかの検討も同時行う必要がある。

民法817条の11では、離縁が認められた場合には、実方との親族関係の回復という効果が与えられておりこの条文との関係ではどのように規律されるのかについても検討を行う必要がある。

3 戸籍制度との関係

乙案の場合には、養子適格認容審判が確定し、その旨の戸籍記載がなされれば、その後養親候補者とのマッチングがうまくいかなかったとしても、戸籍には養子適格認容審判に係る記載が残るため、その子は養親がみつからなかった子であると評価されてしまうおそれがある。これは、その子にとって大変酷な結果になってしまう。このような過程が残らないように、戸籍記載に配慮をすべきである。

第3 その他

【意見】

特別養子縁組制度をよりよいものとするには、本パブリックコメントに掲げられた事項だけでは不十分であるから、関連諸制度に関してさらに立法的手当てその他の制度の充実や変更について検討すべきである。

【理由】

第1 他の制度との関係

本法制審における特別養子縁組制度にかかる改正に関する審議の中では、普通養子縁組や里親制度等との関係性や特別養子縁組制度の必要性等が十分に議論されたものとはいえず、拙速な感は否めない。

そのため、本法制審を踏まえた法改正をすることも、普通養子縁組や里親制度等との関係性や特別養子縁組の必要性等を引き続き議論して、さらに良い法制度とすることを検討すべきである。

さらに、その際には、国際養子縁組にかかるハーグ条約の批准や、特別養子縁組制度の周辺領域である生殖医療制度との連携や整合性の考慮も検討すべきである。

第2 不適切養育の防止

特別養子縁組制度の改正に伴い、対象となる子どもが増加すると思われる。この点、現行法においても特別養子縁組を経た家庭でも不適切養育事案は発生している。こうしたことからすれば、不適切養育事案の発生を可能な限り防止するための具体的な法制度を設けるべきである。

その内容としては、特別養子縁組制度の対象となった子どもが、当初、社会的養護の対象であったという観点も考慮すれば、①当初のマッチング及び養育期間内の養育

状況等について専門機関の支援や観察等を確保する制度，②特別養子縁組の成立後も専門機関が少なくとも一定期間は必要的に支援を行う等の制度等をセットで創設すべきである。

特に①については，現行法下における家庭裁判所の調査の実情として，頻回の家庭訪問を行わない事案も見受けられることや，また家庭裁判所は裁判を行う機関という性質上調査しか行えず養親に対する支援を行うことはできないため，家庭裁判所以外の子どもの専門機関による支援や観察が実効的になされる制度が望まれることなどを想定すればその必要性が高いことは明白である。

第3 実態調査の必要性

また，当該特別養子縁組がその子どもの最善の利益に資する結果となったかどうか，また，制度のさらなる改革のためにも，特別養子縁組により養親子関係に入った子ども達のその後について，プライバシー等の観点からの配慮をしつつ，調査を行うことも検討されるべきである。

第4 実親の支援

さらに一方では，実親がやむなく子どもを特別養子として送り出さなくてもよいような，経済的・社会的側面からの支援策を法的制度として設けるべきである。

以上