

特別養子制度の見直しに関する中間試案に対する意見

2018年（平成30年）10月31日

日本弁護士連合会

はじめに

法務大臣は、2018年（平成30年）6月、民法の特別養子に関する規定等の見直しについて法制審議会に諮問し、同審議会に設置された特別養子制度部会は、同年10月9日に開催された第5回会議において「特別養子制度の見直しに関する中間試案」（以下「中間試案」という。）を取りまとめ、これを受けて、法務省は同年10月12日、中間試案を公示し、パブリックコメントの手続により意見募集を開始した。

当連合会は、同年10月23日、「特別養子縁組制度の改正に関する提言」を公表したところであるが、その趣旨を踏まえ、以下のとおり中間試案に対する意見を述べるものである。

第1 養子となる者の年齢要件等の見直し

【意見】

- 1 基本的に甲案が望ましいと考えるが、所定の年齢（例えば、甲案の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た場合や、やむを得ない事由がある場合などの例外的な場合に請求可能な上限年齢については、甲案の「13歳未満」より低い年齢とすることが望ましい。

また、所定の年齢（例えば、甲案の8歳）を超えて請求可能な場合として、何らかの例外的な場合を設けることには賛成するが、「やむを得ない事由」の概念では、判断基準が明らかでなく、実務上判断にばらつきが生じるおそれがあるため、より適切な文言を模索すべきである。

- 2 （注2）にあるとおり、具体的な年齢については更に検討すべきであり、その際、法制的視点のみならず、発達心理学その他の科学的知見も参照すべきである。

【理由】

現行法上、特別養子縁組の主たる意義は、養親子間において、実親子関係に代わる安定的かつ強固な関係を形成することにあるものと考えられる（離縁が原則として認められないことや、実親子関係の切断がその表れと考えられる。）。

この観点からすると、現行法が、養子となる者の上限年齢を比較的低年齢にとどめていることは理解できる。養子となる者が低年齢であれば、実親と生活した

記憶が薄く、いわば物心ついた頃から養親とともに生活してきており、養子となる者にとっても養親との間で実親子関係と同様の親子関係を形成しやすいものと推測できるからである。

もっとも、その上限年齢が6歳でなければならないことの根拠は、必ずしも明らかではない。前述の趣旨に照らせば、より高い年齢であっても、養子となる者が養親との間に実親と同様の親子関係を形成することが期待できるのであれば、上限年齢を引き上げることも首肯できる。また、厚生労働省の調査によれば、本来、特別養子縁組が適当であると考えられるものの、年齢制限が障害となって断念せざるを得なかった事例が相当数報告されており（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9頁）、6歳を超えた者についても特別養子縁組のニーズがあることは否定できないものと思われる。

このような視点から、特別養子の上限年齢を引き上げること自体には賛成するものであるが、第一に、15歳に達した者について特別養子縁組を可能とすることについては、賛成しかねる。なぜなら、15歳に達した者について特別養子縁組を可能とするときは、15歳に達すると自らの意思で普通養子縁組が可能となること（民法797条1項）との均衡上、特別養子縁組の成立においても少なくとも養子となる者の同意を要することとすべきであるが、そのような制度とした場合、養子となる者はすべからず実親子関係を切断するかどうかの決断を迫られることになり、その者を強い葛藤にさらすおそれがあるからである。15歳といえば、まさに思春期のただ中にいるものと考えられ、その心理に与える影響は無視できないと思われる。また、成人に近い者に特別養子縁組を認めると、未成年者の養育という同制度の本来の目的に照らし、重大な変容を認めることにもなる。よって、丙案は適当と言い難い。

第二に、乙案は、現行法の枠組み、すなわち原則的な上限年齢と例外的な上限年齢という立て付けを廃止するものであるが、養子となる者の年齢が高ければ高いほど、その同意を要することとしないとはいえ、やはり意思を尊重せざるを得なくなり、実質的に養子となる者の意思次第で実親子関係切断の効果を生じさせることになりかねない。そうだとすると、上限年齢を上げるとしても、現行法から大きく上げることには懸念を払拭できず、原則的な上限年齢はやや低くとどめ、例外的な上限年齢は、まさに例外的な場面において適用することが望ましいものと思われる。よって、乙案も適当とはいえず、基本的に甲案を支持するものである。

もっとも、甲案を支持するとしても、例外的な上限年齢として「13歳未満」はやや高いように思われる。発達心理学その他の科学的知見も考慮しつつ、実親子

間と同様の親子関係を形成するにふさわしい年齢を探求することが期待される。

加えて、甲案の亀甲括弧部分にある「やむを得ない事由」については、どの程度の事情をやむを得ないものとするのか、誰にとってやむを得ない事由を言うのか（例えば、養親にとってはやむを得ないとしても、児童相談所としてはより早期に養子縁組を検討できたと思われる場合、児童相談所の懈怠による遅れはやむを得ないとは言えないという見方もあり得る。）、判断基準が明らかでなく、判断が場当たり的になるおそれがある。様々な事例が想定できるため、法文で書き切ることは容易でないと思われるが、適切な表現ぶりについて、なお審議を尽くすべきと考える。

最後に、いずれにしても現行法よりも高い年齢の者に特別養子縁組を認めることとすれば、実親の記憶を有すること等とも相まって、養親との生活に不適應を起こす養子が増加する可能性も否定できない。したがって、特別養子の上限年齢引上げと併せて、養親への様々な支援についても充実させる必要があると思われる。

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

【意見】

賛成する。

【理由】

家事事件手続においては、申立人が申立書において事件の実情を明らかにするとともに、証拠書類を提出することが期待されている（家事事件手続規則37条）。特別養子縁組の成立の審判においては、実親の同意がある場合を除き、実親側の事情、すなわち意思表示をすることができない事情や、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情が争点となる。現行法上は、申立人である養親となる者がこのような事情を主張し、証拠書類を提出することが期待される。ところが、実際には養親となる者は実親側の詳しい事情を承知しておらず、証拠書類を保有していることはほとんどない。むしろ、児童虐待ケースを含めて、児童福祉が問題になるケースにおいて、実親側の情報を知っており、証拠書類を有しているのは児童相談所である。

そこで、児童相談所長が特別養子縁組の成立の審判事件に参加できるようにすれば、児童相談所長が主体的に実親の監護に関する事情について主張し、証拠書類を提出することから、養親となる者の負担軽減に役立ち、望ましいと考えられる。

なお、後記第2の3において甲案を採用したとしても、養親となる者が申立人となる場合には、児童相談所長が参加できると有益であるほか、仮に、本来養親として適当でない者が申立てをした場合、児童相談所長が第2段階で参加をして申立人の不適格性を裏付ける事情や証拠書類を提出することが考えられる。よって、後記第2の3において甲案を採用する場合であっても、児童相談所長が参加できる仕組みを導入する意義はあるものとする。

2 実親の同意の撤回を制限する方策

【意見】

- ① (1)及び(2)の規律を設けることに、いずれも賛成する。
- ② なお、後記3において甲案を採用する場合であっても、申立てまでには若干時間を要する場合も想定できるから、実親の同意は早期に確定するためにも、審判手続の申立前に同意を確定する手続は、なお存在意義を有するものと考え、(注2)の指摘には賛成できない。
- ③ (注3)の指摘に関し、公的機関として、公証人及び児童相談所長を想定することには疑問がある。

【理由】

① 同意の撤回制限の必要性について

現行法上、特別養子縁組成立のためには、養子となる者の父母の同意が原則として必要とされている(民法817条の6本文)。この同意の撤回には制限がなく、実務上、特別養子縁組を成立させる審判が確定するまでの間、父母は自由に同意を撤回することができるものとされている。

確かに、特別養子縁組が成立すると養子となる者の父母は法律上親としての地位を失うものであって、いったん同意をしても、なお心情が揺れ動くことは無理からぬことと思われる。よって、ある程度の期間、同意の撤回を認めることには合理性があるとも考えられる。

しかしながら、養親となる者と養子となる者とが同居を開始し、養子となる者の養親となる者に対する愛着関係の形成が進んだ後になって実親が同意を撤回すると、虐待等の事情がない限り、特別養子縁組は不成立となり、養子となる者の心理に多大な悪影響を及ぼすことが避けられない。また、そのような事態を危惧する結果、養親となる者が特別養子縁組の成立の審判申立てをちゅうちょするおそれもある。

したがって、実親の同意の撤回を制限することには賛成である。

② 実親の同意の時期

実親が出産前に特別養子縁組に同意したが、出産等を契機として心境が変化して翻意するケースがあると言われており、それは無理からぬことと思われるから、撤回制限効を伴う同意は、出生後ある程度の期間が経過した後にされたことを要するものとするのが相当である。

この点、中間試案では、子の出生の日から2か月が経過した日の前日までは撤回制限効の及ぶ同意をすることができないとしており、相当である。

③ 撤回が制限される同意の方法

特別養子縁組に対する同意は、実親が特別養子縁組の仕組みや効果、同意の趣旨などについて正しく理解した上でなされることが必要であり、同意の前に適切かつ十分な説明がなされることが望ましい。とりわけ撤回に制限が設けられる同意であれば、それは不可欠であると考えられる。

この点、中間試案の(1)は、家庭裁判所の審判手続において同意をとる案を示すものであるところ、家庭裁判所の審判手続においては家庭裁判所調査官から適切かつ十分な説明を受けることが期待できるから、適当であると考えられる。

中間試案の(2)は、審判手続の申立前に公的機関が同意をとる案を示すものであるところ、その公的機関については明示していない。先に述べたとおり、実親が適切かつ十分な説明を受けてから同意をすることが望ましいから、中立的な立場に立って、かかる説明をできる公的機関が望ましい。その観点からすると、(注3)の挙げる公証人については、中立性は問題ないものの、特別養子縁組について実親に適切かつ十分な説明を提供できるか否かについて疑念が残る。一方、児童相談所は、まさに特別養子縁組を推進する立場であるから、特別養子縁組制度に関する深い知識や経験を考慮しても、中立性の観点から問題を払拭できない。

(2)のように審判手続の申立前に撤回できない同意を得る手続を定めることは有益であると思われるが、以上のような視点に立って、適切な公的機関について更に検討を尽くす必要がある。

④ 同意を撤回することができる期限

同意をしてから撤回を認める期限については、早期に同意を確定させる養子となる者や養親となる者側の利益と、実親の揺れる心情との間で決することになる。

この点、中間試案の(1)は家庭裁判所の審判手続において同意を得る方策であるところ、裁判所における同意は、社会的に見ても重みがあるものと受け止められるし、多くのケースにおいては、既にある程度の期間、養子とな

る者を手放した後には同意されるものと考えられることから、同意を撤回することのできる期限は短くても差し支えないものと思われる（裁判所において、いまだ実親の心情が揺れ動いていると思われる場合、同意をさせる時期を遅らせることも考えられよう。）。

一方、中間試案の(2)は審判手続の申立前において同意を得る方策であるところ、(1)と比べてより早い段階の同意であることに加え、審判手続が係属する前に、裁判所外で確認される同意は、社会的な重みといった点でも必ずしも審判手続における同意と同じとは言えず、適切な期限を検討する必要がある。

⑤ （注2）について

（注2）は、後記第2の3において甲案を採用する場合には、(2)の方策を設ける必要性は低くなると指摘している。

相対的に低くなることは争わないが、実際には、実親の同意の意思は固く、早期に同意を確定させる必要性や相当性はあるものの、特別養子縁組の成立の審判手続を申し立てるには、今なお準備を要する場合も想定できないわけではないであろう。

よって、後記第2の3において甲案を採用したとしても、なお、(2)の方策を設ける意義は残るものとする。

3 特別養子縁組の成立に係る規律の見直し

【意見】

甲案に賛成する。

【理由】

- ① 現行法では養親となる者が自ら特別養子縁組の審判を申し立てるほかなく、特に実親の同意がない場合には、実親としては特別養子縁組成立の要件を争うことになるため、構造上、養親となる者と実親が子をめぐって対立することになる。しかしながら、養親となる者と実方父母の対立は、子の福祉の観点から極力避けることが望ましい。

この点、甲案を採用すれば、主に実親の監護が争点になると思われる第1段階においては児童相談所長が申し立てることが可能であるから、養親が実親の虐待等を指摘して主張を展開するなどの事態を防ぐことができる。

一方、乙案及び丙案では、いずれも養親となる者が申立人とならざるを得ず、前記第2の1のとおり児童相談所長が参加できるとしても、実親の心情に照らせば、養親となる者が申し立てている以上、養親となる者に敵意を抱

くおそれを払拭できず、適当とはいえない。

- ② 家事事件手続においては、申立人が申立書において事件の実情を明らかにするとともに、証拠書類を提出することが期待されている（家事事件手続規則 37 条）。現行法では特別養子縁組の成立の審判においては、実親の同意がある場合を除き、実親側の事情、すなわち意思表示をすることができない事情や、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情が争点となるから、本来、申立人である養親となる者がこのような事情を主張し、証拠書類を提出することが期待される。ところが、実際には養親となる者は実親側の詳しい事情を承知しておらず、証拠書類を保有していることはほとんどない。むしろ、児童虐待ケースを含めて、児童福祉が問題になるケースにおいて、実親側の情報を知っており、証拠書類を有しているのは児童相談所である。

この点、甲案を採用すれば、主に実親の監護が争点になると思われる第 1 段階においては児童相談所長が申し立てて、必要な主張を展開したり証拠書類を提出したりすることが可能となるから、効率的に審判手続を進めることができる。甲案を採用しても、これまでどおり養親となる者にも申立権があるから、実親の同意があるケースなどについては従前どおりの進め方も可能となる。

一方、乙案及び丙案でも、前記第 2 の 1 のとおり児童相談所長が参加できれば、実親側の事情については児童相談所長が参加人として主体的に主張したり、証拠書類を提出したりすることができるため、一定程度の改善はある。しかし、申立人として本来主体的に手続を追行すべき養親となる者が、特別養子縁組の要件が充足されているかどうかの認識を欠くという点で、いびつな手続にならざるを得ず、場合によっては、申立てをちゅうちょすることも考えられる。よって、不徹底と言わざるを得ない。

- ③ 現在の審判手続においては、養親となる者と実親が、互いのプライバシーを知ることになり、その点の問題性はかねてから指摘されてきた。

この点、甲案を採用し、第 1 段階につき児童相談所長が申し立てるようになれば、主に実親の監護が争点になると思われる第 1 段階の審理には養親となる者は関与せず、審判書も送付されない。一方、主に養親となる者側の事情が争点になると思われる第 2 段階の審理には実親は関与せず、審判書も送付されない。よって、養親となる者と実親が互いのプライバシーを知ることとはほぼなくなるとと思われる（なお、養親となる者が養子の養育に当たり知っておくべき情報もあると思われるが（例えば、遺伝性の疾患や、養子に

今なお影響を与え続けている実親の監護に関する事情など)、そういった情報は児童相談所を通じて提供されることがあり、そのような必要な情報の提供を妨げる趣旨ではない。))。

一方、乙案及び丙案では、結局、全ての手続について養親となる者が申立人となるから、同人が実親のプライバシーを知ることは避けられない。また、丙案では、実親が最後まで手続に関わることができるから、養親のプライバシーを知る機会が残る。よって、プライバシー保護の観点から不徹底と言わざるを得ない。

以 上