

特別養子縁組法制の再検討 ——子の福祉の観点から

梅澤 彩

はじめに

現行民法下における養親子関係には、普通養子縁組と特別養子縁組がある。一般に、前者は当事者間の合意（契約）に基づき成立する親子関係であり、後者は子の福祉の観点から厳格な成立要件の下に認められる親子関係であると説明される。

日本における養子縁組は、「家のための養子縁組」（家の継承者を得ることを目的とする縁組）、「親のための養子縁組」（子のない親に子を与え、子を養育する喜びと将来の扶養者を与えるための縁組）から、「子のための養子縁組」（親のない子や親による監護に恵まれない子に親を与えることを目的とする縁組）へと変遷してきたといわれる。この背景には、昭和22（1947）年の民法改正において、養子縁組に関する規定のうち家制度と結びつく諸規定が削除されたこと、配偶者のある者が未成年者を養子とする場合の夫婦共同縁組の原則（民法795条）および未成年者の縁組における家庭裁判所の許可（民法798条）が導入されたこと、昭和62（1987）年の民法改正において、棄児・被虐待児等の要保護児童（児童福祉法6条の3第8項）のための縁組である特別養子縁組制度（民法817条の2から817条の11）が導入されたことがある。

しかし、日本における養子縁組の実際をみると、年間8万件程度ある縁組のうち、その約7割が家の跡継ぎや扶養、節税対策等を目的とする成年養子縁組（普通養子縁組）であり、残る約3割のうちほとんどが親の再婚に伴う養子縁組（いわゆる連れ子養子）である。子の福祉の観点から導入された特別養子縁組については、近年増加傾向にあるものの、年間500件程度にすぎない。一方、棄児・被虐待児等、親による養育が期待できず、社会的養護・家庭養護を必要とする児童の数は増加していることから、平成28（2016）年5月に成立した「児童福祉法等の一部を改正する法律」では、同法の施行後速やかに、児童の福祉の増進を図る観点から、特別養子縁組制度の利用促進の在り方について検討を加え、その結果に基づいて必要な措置を講ずるものとする（同法附則2条第1項）。同年7月からは「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委員会」が開催され、全15回

におよぶ検討会の報告書（以下、「報告書」という。）が公表されている⁽¹⁾。

特別養子縁組の利用が促進されることは、概して望ましいことである。しかしながら、後述するように、特別養子縁組は、普通養子縁組とは異なり、養子となる者とその父母との法的関係を断絶し、養子となる者と養親となる者との間に実親子と同様の親子関係を構築するものであり、離縁も制限されていることから、その成立にあたっては慎重な判断が求められる。

そこで、本稿では、特別養子縁組制度とその現状について概観した後、実務の場において問題となることが多いとされる父母の同意（民法817条の6）、要保護要件（民法817条の7）、および、従来、実務において統一的な運用がみられず、議論も不十分であった養子の出自を知る権利、関係当事者相互の情報アクセス、面会交流等について、前記「報告書」および裁判例等を参考にしながら、現行制度における実際と課題を整理し、特別養子縁組制度が名実ともに「子のための養子縁組」となるための法制度の在り方について若干の検討を行う⁽²⁾。

1 特別養子縁組制度の概要

(1) 特別養子縁組制度の導入の背景

昭和22（1947）年5月3日の現行憲法の施行に伴い、明治民法の親族編・相続編は全面的に改正された。その際、養子縁組制度についても、憲法の基本原理に抵触する規定や「家」制度に特有の規定などが廃止された。しかし、前記改正は応急措置的なものであり、依然として、「家のための養子縁組」、「親のための養子縁組」制度としての色彩を色濃く残していた。そのため、「子のための養子縁組」制度の導入については、昭和30（1955）年代から法制審議会民法部会身分法小委員会において検討がなされていたが、戸籍の取扱いを含めて養子を養親の「実子」として扱う縁組制度の導入については反対も多く、留保された。

しかし、昭和48（1973）年に菊田医師事件（新生児斡旋事件）が報道されると、一般市民の間においても、養子法改正の必要性が広く意識されるようになった⁽³⁾。前記事件は、宮城県

(1) 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委員会「特別養子縁組制度の利用促進の在り方について」（平成29年6月30日）（以下、「報告書」という。）。詳細は、<https://www.shojihomu.or.jp/documents/10448/4105663/20170720s-3.pdf/f9d07c67-fb1e-46eb-8aae-130c189d6690>。なお、同検討会（全15回）の議事録等については、https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/other-kodomo_368216.html参照（2018年7月5日現在）。

(2) 特別養子となる者の年齢要件（民法817条の5）も重要な問題であるが、紙幅の関係上割愛する。年齢要件に関する問題については、「報告書」3頁～5頁参照。その他、家族法改正における養子縁組制度の改正（普通養子縁組を含む）については、中田裕康編『家族法改正』（有斐閣、2010年）85頁以下〔床谷文雄〕を参照されたい。なお、養子となる者の父母には、実父母だけでなく養父母も含まれるが、本稿では、引用・参照資料の記述にあわせて、単に実父母または実親という語を用いる。

(3) 『毎日新聞』（昭和48年4月20日付）等。

の産婦人科医であった菊田昇氏が、人工妊娠中絶を希望する女性患者に中絶を思いとどませる一方、患者らが出産した新生児220人を子に恵まれない夫婦に斡旋し、その夫婦の嫡出子として届出をするために虚偽の出生証明書を作成したというものである。

その後、昭和57（1982）年には、前記菊田医師事件をはじめとする国内外の動向（欧米諸国においては断絶型の養子縁組制度が導入されていたこと等）を受けて、養子法改正作業が再開され、昭和62（1987）年の民法改正の際に特別養子縁組制度が導入された⁽⁴⁾。

なお、菊田医師は、前記新生児斡旋のうちの1件について、医師法違反、公正証書原本不実記載・同行使罪に問われ、優生保護医の指定取消および医業停止6か月の処分を受けた。同医師は、社団法人宮城県医師会、国、厚生大臣（当時）に対して前記処分の取消および損害賠償を請求し、いずれも敗訴したが（最判昭和63・6・17民集154号201頁、最判昭和63・7・1民集154号261頁）、平成3（1991）年には、国連の非政府機関の1つである国際生命尊重連盟により、「世界生命賞」を受賞している。

現在、特別養子縁組制度は、棄児・被虐待児等の要保護児童と子に恵まれない不妊カップル等を結ぶ1つの手段として利用されている。

（2）普通養子縁組と特別養子縁組の差異

普通養子縁組（民法792条から817条）は、当事者の合意（契約）に基づいて親子関係を成立させる縁組であり、特別養子縁組は、要保護要件を満たす子について、子の福祉の観点から、養子となる者とその実方との法的関係を断絶し（民法817条の9）、養子となる者に対して実父母に代わる新しい父母と安定した養育環境を与えるものである。このため、縁組の成立および離縁（民法817条の10）に関する要件は、普通養子縁組と比して厳格なものとなっている。ただし、特別養子縁組は、普通養子縁組の特別規定であるから、民法その他の法令における養子に関する規定は、特別養子の規定に反するものを除き適用される。

普通養子と特別養子の成立要件における差異は、概して、次の通りである。成立の方式について、前者は当事者の合意と届出で成立するのに対し（民法798条。ただし、養子が未成年者である場合には、原則として家庭裁判所の許可が必要である。）、後者では養親となる者からの請求に基づく家庭裁判所の審判（民法817条の2）と届出が必要となる。養親となる者は、前者の場合には成年に達した者であればよいが（民法792条。ただし、同法795条に留意する必要がある。）、後者の場合には婚姻夫婦であること、原則として25歳以上であることが求められる（民法817条の3、817条の4）。また、養子となる者は、前者の場合には養親の尊属でないことまたは養親より年長者でないことが求められるが（民法793条）、後者の場合には原則として6歳未満である必要がある（民法817条の5）。このほか、後者では上述の要保護要件が

(4) 中川高男「実子斡旋事件」ジュリスト900号（1988年）216頁～217頁。

必要とされ、さらに、特別養子縁組成立の審判にあたっては、縁組の成立要件ではないものの、養親となる者による養子となる者の監護の状況（6か月以上の試験養育の状況）が考慮される（民法817条の8）。

養子縁組が成立すると、養子は養親の嫡出子となり（民法809条）、原則として、養親の氏を称する（民法810条）。養子が未成年者である場合には、養子は養親の親権に服する（民法818条）。普通養子縁組と特別養子縁組の効果における差異は、概して、次の通りである。実親子関係について、前者では養子の実親および実方血族との法的関係が断絶しないのに対し（非断絶型）、後者では養子の実親および実方血族との法的関係が断絶する（断絶型）。したがって、前者の場合には養子縁組成立後も養子と実親の間には相互に扶養（民法877条1項）および相続（民法887条、889条）等に関する権利義務が存続するが、後者の場合には前記のような権利義務関係は消滅する。養子の戸籍については、前者の場合には養子の実親の氏名に加えて養親の氏名が記載され、父母との続柄は「養子/養女」と記載される。これに対し、後者の場合には養子の実親の氏名は記載されず、父母との続柄は実親子の戸籍と同様に「長男/長女」、「二男/二女」と記載され、一見して養子であることが明らかにならないように配慮されている。ただし、養子の出自を知る権利を保障するという観点から、身分事項欄には「民法817条の2による裁判確定」の文言が記載される⁽⁵⁾。

なお、養親子関係の解消については、前者では、婚姻の解消の場合と同様に、協議離縁（民法811条1項ないし5項）、調停離縁および審判離縁（家事事件手続法244条、257条、284条）、裁判離縁（民法814条、人事訴訟法2条3号）、死後離縁（民法811条6項）等が認められているのに対し、後者では、養親からの離縁請求は認められず、家庭裁判所の審判により認められるのみである（民法817条の10。縁組の継続により養子の利益が著しく害される事由があり、かつ父母の監護が可能な場合にのみ認められる。同法817条の11参照。）。

(3) 特別養子縁組の現状——特別養子の需要と供給

日本においては、少子化が叫ばれる一方で、意図しない妊娠を理由とする人工妊娠中絶、児童虐待は依然として高い件数で推移している。意図しない妊娠の背景には、主として、経済的事情（生活困窮）や妊娠・出産する女性の社会的事情（学生・未婚・不倫等）がある。

例えば、平成28（2016）年の人工妊娠中絶件数は16万8,015件であったが、20歳未満の実施件数が1万4,666件であるのに対し、20歳～24歳の実施件数は3万8,561件、25歳～29歳の実

(5) 特別養子の戸籍の編製手続は次のようになる。まず、養親から縁組成立の届出がなされると（戸籍法68条の2、63条1項）、養子の従前の本籍地に養親の氏で新戸籍（特別養子本人の単独戸籍である中間の戸籍）を編製し（戸籍法20条の3）、養子を従前の戸籍から除籍する（戸籍法23条）。次に、前記単独戸籍から養子を除籍し、養親の戸籍に入籍させる。ただし、普通養子からの転換のように、養子が既に養親の戸籍に在るときは、その戸籍の末尾に養子を記載し、従前の記載を削除する（戸籍法20条の3）。

施件数は3万3,050件、30歳～34歳の実施件数は3万4,256件となっており、一般的には経済的・精神的に自立し、家族形成が可能だと思われる年齢でも人工妊娠中絶を選択していることが明らかとなっている⁽⁶⁾。また、熊本の慈恵病院が平成19(2007)年5月から運営を開始している「こうのとりのゆりかご」では、同29(2017)年3月31日までの約10年間で130人の子の預け入れがあったが、前記のような経済的事情、女性の社会的事情(未婚・パートナーの問題・不倫)を主たる預け入れの理由とするものが多い⁽⁷⁾。児童虐待は年々増加傾向にあり、平成28(2016)年度中に全国の児童相談所が対応した養護相談のうち、児童虐待相談の対応件数は12万2,575件で、前年度に比べて1万9,289件(18.7%)増加している⁽⁸⁾。また、平成27(2015)年4月1日～同28(2016)年3月31日までの間に発生し、または表面化した児童虐待(子ども虐待)による死亡事例は48例(52人)となっており、心中の24例(32人)を含めると72例(84人)となっている⁽⁹⁾。現に存在する棄児・被虐待児のみならず、人工妊娠中絶により誕生しなかった命、虐待や心中により失われた命も含めると、日本における要保護児童の数≒特別養子縁組の需要は相当数に上る。

他方、晩婚化等に起因する不妊の増加、生殖補助医療技術の進展・普及に伴い⁽¹⁰⁾、生殖補助医療により血縁関係にある子(カップルの双方と血縁関係にあるか、一方と血縁関係にあるかを問わない。)を得ようとするカップルが増加するとともに、同医療を実施するカップルの高齢化が問題となっている。不妊当事者の年齢が高くなるにつれて治療の成功率は低下するが、近時では40代半ばまで治療を継続し、挙児を得られなかった場合に養子縁組を検討するカップルも多い。かつて、児童福祉の場においては、里親や養親となる者、とりわけ特別養子の養親となる者は、子に安定した養育環境を継続して与えることが期待されるため、高齢の親は好ましくないとされてきた。しかし、40代半ばまで生殖補助医療に励み、治療を諦めたときには養親として子を育てる機会をも失われているというのは不妊当事者にとって酷であり、また家庭養護を必要とする要保護児童が多く存在しているという実態を踏まえると、養親となる者の高齢化は避けて通ることができない状況になっている。実際、平成26(2014)年・同27(2015)

(6) 厚生労働省「平成28年度衛生行政報告例の概況」9頁。

(7) 熊本市要保護児童対策地域協議会こうのとりのゆりかご専門部会「こうのとりのゆりかご 第4期検証報告書」(平成29年9月)23頁。詳細は、https://www.city.kumamoto.jp/common/UploadFileDsp.aspx?c_id=5&id=17021&sub_id=1&flid=116004参照(2018年7月5日現在)。

(8) 厚生労働省「平成28年度福祉行政報告例の概況」8頁。なお、「児童養護施設入所児童等調査結果」(平成25(2013)年2月1日現在)10頁によると、児童養護施設に入所している子どものうち、約6割が児童虐待を受けていることが明らかとなっている。

(9) 社会保障審議会児童部会児童虐待等要保護事例の検証に関する専門委員会「子ども虐待による死亡事例等の検証結果等について(第13次報告)」(平成29年8月)6頁。

(10) 不妊治療は、大別すると、一般不妊治療(タイミング療法、薬物療法、人工授精等)と生殖補助医療(体外受精、顕微授精等)に分類されるが、本稿では、一般不妊治療のみならず、代理懐胎を含めて生殖補助医療という語を用いる。

年に特別養子縁組が成立した事案における養親の年齢は、児童相談所の事案で40代後半以上が40.7%、30代以下が23.9%、民間のあっせん団体の事案では40代後半以上が19.4%、30代以下が41.5%であった⁽¹¹⁾。

上記のような社会の実態を受けて、政府は特別養子縁組等の家庭養護を促進すべく、意図しない妊娠をした女性、養親となることを希望する者、意図しない妊娠をした女性を診る医師の各々を対象としたポスターやリーフレット等による広報・周知活動を実施している。

2 現行制度における課題——縁組同意

(1) 本条の概要

特別養子縁組が成立すると、養子と養子の父母（実父母・養父母）およびその血族との法的関係が終了し、養子の父母は養子の法律上の親としての地位をはじめ、扶養請求権、相続権等を喪失する。このような養子の父母の利益を保護するため、特別養子縁組の成立要件として、父母の同意が必要とされる（民法817条の6）。前記同意は、法律上の父母であることに伴う固有の同意権であり⁽¹²⁾、親権の有無を問わない。したがって、養子となる者の父または母が、離婚後に養子となる者の親権者とならなかった場合、未成年者であり親権代行者（民法833条、児童福祉法47条1項・2項）または未成年後見人（民法838条以下）がいる場合、親権を喪失（民法834条）または停止（民法834条の2）されている場合でも、これらの者は同意権を有する。親権代行者、未成年後見人、親権の職務代行者（家事事件手続法166条1項・2項）は、法律上の父母ではないので同意権はない。ただし、家庭裁判所は特別養子縁組成立の審判または特別養子縁組の成立の申立てを却下する審判をする場合には、これらの者の陳述を聴かなければならない（家事事件手続法164条3項、4項）。

特別養子縁組は、あくまでも子のための養子縁組であるから、父母がその意思を表示することができない場合または父母による虐待等、養子の利益を著しく害する理由がある場合には、例外的に父母の同意は不要とされる（民法817条の6ただし書。下記（3）参照。）。

(11)「報告書」・前掲注（1）の参考資料「2. 特別養子縁組に関する調査結果について」（第15回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（平成29年3月28日）資料1-2。以下、「参考資料」という。）1頁。前記調査は、全国の児童相談所（209か所）および民間のあっせん団体（22か所）に対して行われたものであり、有効回収率は約99%（209児童相談所、20団体）である。詳細は、<https://www.mhlw.go.jp/file/05-Shingikai-11901000-Koyoukintoujidoukateikyoku-Soumuka/0000193814.pdf>（2018年7月5日現在）。

(12) 嫡出でない子の血縁上の父が将来認知する可能性があるときに、その同意を得ないで特別養子縁組を成立させた場合には、本条ただし書に該当する事由がない限り、審判が確定しても準再審事由となることがある（最判平成7・7・14民集49巻7号2674頁、最判平成10・7・14家月51巻2号83頁）。

(2) 同意の方法・撤回

同意は、口頭または書面により、父母が自らの意思で行う必要があり、代理によることはできない（同意権者には意思能力があれば足り、行為能力者であることを要しない）。同意は、家庭裁判所に限らず、養親、縁組あっせん機関等になされたものでもよいとされる。特別養子縁組成立の審判申立書には、父母の同意の有無を記載することとされているが（家事事件手続規則93条1項1号）、同意は申立て後になされたものでもよく、審判時に存在すれば足りる。

なお、父母が養親となる者の個人を特定可能な情報を知らずにした同意（匿名縁組同意）は有効であるが、養親の選定を第三者に委ねることを前提とした同意（白地縁組同意）の有効性については、見解が分かれている⁽¹³⁾。

同意は、縁組の成立により、養子となる者との法的親子関係を断絶されることになる父母の意思を尊重するため、特別養子縁組成立の審判が確定するまで撤回することができる（東京高決平成2・1・30家月42巻6号47頁）。ただし、同意が有効に撤回された場合でも、同意を不要とする事由（下記（3）参照。）が存在する場合には、他の要件が充足されていれば特別養子縁組は成立する（東京高決平成元・3・27家月41巻9号110頁）。

(3) 同意を不要とする場合

(i) 「父母がその意思を表示することができない場合」、(ii) 「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、父母の同意は不要である。

(i) は、養子となる者が棄児で父母が不分明の場合（札幌家審昭和63・3・18家月40巻7号185頁）、父母が行方不明の場合（福島家会津若松支審平成4・9・14家月45巻10号71頁）、父母が精神上の障害により事理弁識能力を欠く常況にあるなどの理由で父母が意思を表示することができない場合をいう。

(ii) は、父母が積極的または消極的に子の健全な成長を阻害する場合で、一種の権利濫用として親子関係を断絶させる必要性が高い場合⁽¹⁴⁾、父母に虐待、悪意の遺棄に比肩するような事情がある場合、すなわち、父母の存在自体が子の利益を著しく害する場合をいう⁽¹⁵⁾。

なお、家庭裁判所が父母の同意なく特別養子縁組成立の審判をする場合には、その父母の陳述を審問の期日にしなければならない（家事事件手続法164条3項）。

(13) 細川清「改正養子法の解説」(法曹会、1993年)91頁～92頁、中川善之助＝山昌正男編『新版注釈民法(24)』

(有斐閣、1994年)612頁～613頁〔大森政輔〕。

(14) 野田愛子＝梶村太市編『新家族法実務体系(2)』(新日本法規、2008年)280頁〔都築民枝〕。

(15) 細川・前掲注(13)96頁。

(4) 本条に関する実際と課題

前記「報告書」によると⁽¹⁶⁾、平成26(2014)年・同27(2015)年の2年間で特別養子縁組が成立した事案991件(平成26年499件、同27年492件)のうち⁽¹⁷⁾、実親の同意を得る際に困難が生じたとされる事案は220件(全体の22.2%)であった。困難の具体的な内容としては、「実親が行方不明で連絡がとれず、なかなか同意確認ができなかった」、「実親の居所はわかっているものの応答が全くなく、なかなか同意確認ができなかった」、「両親のうち一方の同意が得られたものの、もう一方の同意の確認ができなかった」、「実親の同意が得られていたものの、同意が翻るなど不安定な状況にあった」とするものが多いものの、「未成年の実親からは同意を得ていたが、子の親権者である祖父母から同意が得られなかった」という事案もある。また、父母の同意がないものの、本条ただし書に基づき縁組が認められた事案78件のうち、「父母がその意思を表示することができない場合」を理由とするものは38件(3.8%)、「虐待、悪意の遺棄」を理由とするものは17件(1.7%)、「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」を理由とするものは23件(2.3%)であった。

他方、特別養子縁組が検討されたものの、成立には至らなかった事案についてみると、養親候補者は見つかったが、試験養育期間に至らなかった事案のうち、「実親の同意が不明又は実親が不同意であり縁組の成否が不確定のため断念した」とするものが31件(59.6%)、養親候補者が特別養子縁組の審判の申立てを行う時点で何らかの問題が生じたため、特別養子縁組を断念した事案のうち、「実親の同意の有無が不明又は一方の同意の確認ができなかった又は実親の同意が確認できていたが撤回され不同意を表明されたため断念した」とするものが9件(64.3%)であった。また、特別養子縁組を検討すべきと考えられる事案のうち、実親の同意要件が障壁となったとされる事案は205件(68.8%)であった。

先述のように、特別養子縁組の成立に対する父母の同意は、法律上の父母であることに伴う固有の権利であり、成立の審判が確定するまではいつでも撤回することができる。試験養育の開始後または特別養子縁組成立の審判の申立て後に、父母の同意が得られないことが明らかとなった場合、あるいは、父母が同意を撤回した場合には、養子となる者および養親となる者との間に形成されはじめた新しい家族としてのつながりは破壊され、養子となる者および養親となる者双方に深刻な影響を及ぼしうる。このような現状において、養親となる者等が特別養子縁組成立の審判の申立てを躊躇せざるを得ないことは、上記調査結果からも明らかである。

社会福祉的側面を有する特別養子縁組制度の利用を促進するためには、養子となる者の父母の同意が不明である場合や父母の同意の撤回に関する養親となる者等の不安を解消することが

(16)「報告書」・前掲注(1)6頁、「参考資料」・前掲注(11)2頁、9頁～11頁。

(17)司法統計年報によると、特別養子縁組の成立件数は、平成26(2014)年が513件、同27(2015)年が542件であった。

求められる。例えば、父母の同意なしに縁組の成立を認める際の判断基準を緩和し、父母の同意が不明である場合にも一定の条件下において特別養子縁組の成立を認めることができるか、父母の同意の撤回に関する制限等について検討する余地がある⁽¹⁸⁾。

まず、父母の同意が不明である場合には、実親が不明のため同意確認ができない場合と実親の居所は判明しているものの全く応答がないために同意確認ができない場合がある。実親が相当期間不明である場合あるいは全く応答しない場合には、一種の児童虐待（育児放棄）として、特別養子縁組の成立に向けての процедуруを開始し、縁組の成立を認めてもよいように思われる。ここでいう相当期間とは、実親が不明または応答しない理由（権利濫用該当性の観点から）、特別養子縁組の対象となる子の年齢（例えば、愛着形成等に関する発達心理学の観点、特別養子縁組成立の審判手続に要する時間の観点）等により、1年～2年程度とすることが考えられる。

この点に関して、「報告書」では、実父母の同意が得られないようなケースについては、特別養子縁組の成立の procedure を2つに分け、1段階目では子について特別養子縁組を適当と判断する procedure とし、2段階目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 procedure とすること、加えて、第1段階の申立てをする者を養親となる者の負担を軽減するため児童相談所長とし、第2段階の申立てをする者を身分関係の形成をする養親となる者とした上で、第1段階で特別養子縁組が適当と判断された場合には、実父母の権限を停止したりすることが考えられる、という見解が示されている⁽¹⁹⁾。上記のように父母の同意が不明である場合にも、このような取扱いをすることは可能であると思われる。

次に、父母の同意の撤回の制限について、例えば、「報告書」では、実父母の同意を書面（公正証書）による慎重な procedure により得た上で、一定期間経過後は同意を撤回できない仕組みを設けるとする見解が示されている。この仕組みについては、現行制度下で実施できる一方で、同意の撤回の期限の後に実父母が翻意して子の養育が可能な環境を整えても実父母が子を養育することはできなくなることから、実父母の養育が最善であるとの考え方と齟齬が生じるという課題等が指摘されている。

しかし、同意の撤回の制限も含めた同意取得に関する procedure を慎重に行うことにより、養子となる者の父母の翻意のリスクを低くすることは可能であろう。もっとも現行制度下では、養子となる者の父母が同意をすることができる時期（有効な同意付与の時期）についての制限がな

(18) もっとも、特別養子縁組の成立時に実父母の同意が要件とされている趣旨は、子の養育については実父母による養育が望ましいという基本的な考え方や、養親となる者は審判申立てを自由に取り下げられることとのバランスの下で、子および実父母の利益を保護することにあること、実父母の同意権は親権の有無に関わらず実父母が有する固有の権利であることも踏まえる必要があるとの指摘がなされている。「報告書」・前掲注(1)8頁。

(19) 「報告書」・前掲注(1)8頁。このほか、「報告書」では、特別養子縁組は、社会的養護を必要とする子どもへの支援制度としての性格も有することから、特別養子縁組成立の審判の申立権者に児童相談所長を加え、養親となる者の負担を軽減する方法も考えられるとの見解が示されている。同7頁～8頁。

いことから、父母による同意が無知や第三者の関与の下になされる可能性（父母の自由な意思に基づく同意ではない可能性があること）は否定できない。このため、父母による有効な同意を確保するための法制度を導入する必要があると思われる。例えば、子の父母は、子の出生後、相当期間を経過した後でなければ縁組同意をすることができないようにする⁽²⁰⁾、同意を得る際には、弁護士やソーシャルワーカー等、養子となる者の父母を適切に支援することができる者の関与の下に父母の自己決定を保障するための情報提供やカウンセリングを受ける機会を保障するといったことが考えられる。

なお、同意の撤回が可能な期間については、現状では審判確定時まで可能とされているところを、審理における意見聴取終了後までとし、同期間を経過した後に父母が養育環境を整えることができた場合で、父母が子の養育を望んでいる場合には、要保護要件の充足性の問題として処理することを検討すればよいと思われる。

3 現行制度における課題——要保護要件

(1) 本条の趣旨

特別養子縁組は、(i) 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 (ii) その他特別の事情がある場合において、(iii) 子の利益のため特に必要があると認めるときに、これを成立させる（民法817条の7）。本条は、社会福祉的側面を有する特別養子縁組の実体的要件であり、普通養子縁組と特別養子縁組を峻別する基準である。先述のように、普通養子縁組とは異なり、特別養子縁組では養子となる者とその実方親族の関係が断絶すること、離縁できる場合が制限されていることから、その成立には子の利益の観点からより高度な必要性と合理性が求められ、一定の要保護性があることに加えて、子の利益のために特に必要がある旨が定められた。

(2) 要保護要件の解釈

上記 (i) および (ii) の要件は、養子となる者とその父母との関係に着目して親子関係断絶の必要性を検討するものであり、(iii) の要件は、養親となる者との縁組が子に与える影響に着目したものと説明される⁽²¹⁾。

(i) の「監護が著しく困難」である場合とは、父母の病気、貧困その他客観的な事情により父母による子の適切な監護ができない場合（棄児、父母の死亡・行方不明の場合を含む）をい

(20) 比較法的には、子の出生後一定期間は養子縁組の同意を認めない国もある（床谷・前掲注（2）107頁～108頁参照。）。しかし、子を確実に養子縁組に出せることを前提として出産する女性も存在することから、出生前の養子縁組同意を認めることの長所・短所についても検討する必要があるろう。

(21) 細川・前掲注（13）105頁。

う。また、「不適當」である場合とは、養子縁組の成立につき父母の同意を要しない場合（民法817条の6ただし書）に該当するような父母による虐待・悪意の遺棄・著しく偏った養育が存在するとき、または、親権喪失の原因となる事情が父母双方に存在するときをいう⁽²²⁾。

次に、(ii)の「その他特別の事情がある場合」とは、前記(i)の要件に準じる事情がある場合をいう（東京高決平成14・12・16家月55巻6号112頁）。ただし、法文上は「準ずる」との限定はないため、父母およびその血族との親族関係を終了させることが子の利益のために相当であると考えられる事実がある場合には、同要件を充足すると判断される⁽²³⁾。

最後に、(iii)の「子の利益のため特に必要がある」と認められるためには、特別養子縁組の成立により、養子となる者とその実方血族との法的関係が断絶されることから、養子となる者の縁組後の監護・養育の状況が現状に比して永続的かつ確実に向上することが明らかであることを要するとされる⁽²⁴⁾。

(3) 本条に関する実際と課題

一般に、棄児や被虐待児、未婚の母で養育困難な場合、子の父母の死亡等の場合には、要保護要件の充足性が認められるが、裁判例では、養子となる者の実親子関係を断絶する必要性に着目して要保護要件の充足性を判断するのか（上記(2)の(i)・(ii))、養親となる者との縁組が養子となる者に与える影響に着目して要保護要件の充足性を判断するのか（同(iii)）により、結論が異なる場合がある。

連れ子との特別養子縁組成立の審判の申立てにおいて、養子となる者が嫡出子の場合には、縁組を認める公表裁判例はないようである。裁判例では、実父に放浪癖・多額の借金・子への無関心が認められる事案であっても、実父が行方不明の状態にあり、不当な干渉等が具体化していない現時点では要保護要件の充足性は認められないとしている（徳島家審平元・11・17家月42巻5号94頁、名古屋家審平元・8・23家月42巻5号92頁〔実父に前科あり、恐喝未遂罪で服役中〕等）。一方、養子となる者が嫡出でない子である場合には、上記(ii)の要件については、上記(i)の要件に準ずる場合に限られないとして、広く縁組の成立を認めている（東京高決平成8・11・20家月49巻5号78頁〔血縁上の父が認知後死亡した事例〕等）。

親族間の特別養子縁組の場合、特別養子縁組により実親子関係を断絶させても養親を通じて親族関係が残ることから、一般に、要保護要件の充足性が認められるためには、実親の存在自体が子の養育に有害であるような特別な事情が必要とされる（東京家八王子支審平成2・2・28家月42巻8号77頁〔養子となる者の実母がその出産から2日後に死亡し、実父による養育

(22) 中川＝山畠・前掲注(13) 621頁〔大森〕。

(23) 中川＝山畠・前掲注(13) 621頁〔大森〕。

(24) 細川・前掲注(13) 105頁。

が困難となった事例等)。一方、生殖補助医療に起因する養子縁組(代理懐胎養子縁組)では、代理母夫婦に養育意思がないことは、「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」として縁組を認めている(神戸家姫路支審平成20・12・26家月61巻10号72頁〔生物学上の祖母が孫を出産した事例。代理母夫婦に養育能力あり。〕等)。

実父母の養育意思および養育可能性の判断について、家庭裁判所と高等裁判所で判断が分かれた近時の裁判例として、大阪高決平成27・9・17判タ1423号189頁がある。同事案は、養子となる者の実母A(未成年者・未婚)は、自ら希望して子B(未認知)を出産したものの、Aの母であるCの意向(A・Bの法的親子関係を断絶させること等を目的とする)を受け、親族であるD・E夫婦(子のない夫婦)がBとの特別養子縁組成立の審判を申し立てたものである。原審(奈良家審平成27・1・30判タ1423号191頁)は、D・E夫婦が特別養子縁組を望んでいる理由は、CがAにBの養育を諦めさせるために特別養子縁組をしてほしいと希望していたこと(AはBを出産後、一度もBに会わせてもらっていない)、D・E夫婦もBとのより強い絆を希望し、将来、AからBの引渡しを求められても不安にならずにすむために、同制度を利用したかったことにあるとの事実認定を行い、さらに、AとBの間の身分関係の存続がBの養育監護にとって障害となっているわけではないことが明らかであるとして、申立てを却下した。これに対し、高等裁判所は、Aの経済的事情、D・E夫婦の監護能力、BとD・E夫婦の関係性について事実認定を行い、特別養子縁組の成立を認めた。

以上のように、親子関係を断絶される実親の養育意思および養育能力に関する判断の在り方については、その判断要素・判断基準時(例えば、審判時点における養育能力を基準に判断するものと、将来にわたる養育能力を視野に入れて判断するものがある。)等が不明瞭であり、結果として、要保護要件の意義を曖昧化している。要保護要件の充足性の評価の曖昧さは、子の福祉概念の曖昧さからくるものであろうが、特別養子縁組が養子となる者との法的関係を断絶したいと願う実方のための縁組(例えば、養子となる者の実親が未成年者である場合、養子となる者に障害がある場合等)、子に恵まれない親希望者のための縁組にならぬよう、子の福祉の意義、要保護要件の充足性の評価の在り方について再検討する必要がある。

4 現行制度における課題

——出自を知る権利、当事者相互の情報アクセス、面会交流等

(1) 養子の出自を知る権利

民法においては、養子の出自を知る権利に関する明文規定は存在しない。ただし、戸籍の編製方法・戸籍記載において一定の配慮がなされている。先述のように、特別養子の戸籍の父母欄には養父母の名のみが記載され、実父母の名は記載されない。これは、特別養子縁組が養親と養子との間に実親子と同様の親子関係を形成することを目的とするものであること、特別養子であることが戸籍記載から一見して明らかとならないようにすることにより、養子を不当な

差別や偏見から守ることを意図した結果であり、養子の実親の情報を秘匿するためのものではないとされる。したがって、特別養子の戸籍の身分事項欄には「民法817条の2による裁判確定」との記載がなされ、養子が将来自己の出自に疑問を抱いた際には、養親の戸籍から自己の単独戸籍をたどり、実親を探することができるように配慮がなされている（脚注(5)参照）。ただし、養子が自らその出自に疑問を抱いたり、身分事項欄の記載に気がつかない場合には、養親による真実告知がない限り、養子は真実を知らずに一生を終える可能性もあり、真実告知に関する支援が求められるところである。

前記「報告書」では、養子の出自を知る権利については、法律上の規定がないために、国・自治体・民間において保障する情報の範囲が必ずしも明確ではなく、年齢や情報のもつ機微の程度に応じて開示することが適当である範囲が定かではないという課題があるとの指摘がなされている⁽²⁵⁾。実際に子から出自に関する情報提供を求められた件数は、26（2014）年・同27（2015）年の2年間で児童相談所が15件（うち一部でも情報提供した件数は10件。）、民間あっせん団体が9件（うち一部でも情報提供した件数は8件、残る1件は養子が小学生のため情報提供せず。）であった⁽²⁶⁾。また、特別養子縁組に関する資料の保管については、児童相談所における文書保存期間は各地方自治体の条例等により規定されているところ、永年保存とした児童相談所が63.6%であった。他方、民間あっせん団体における文書保存期間は、「養子縁組あっせん事業の指導について」（平成26（2014）年5月1日雇児発0501第3号厚生労働省雇用均等・児童家庭局通知）において永年保存が求められているが、永年保存とした団体は84.2%であった⁽²⁷⁾。なお、「民間あっせん機関による養子縁組のあっせんに係る児童の保護等に関する法律」では、民間あっせん団体が事業を廃止する場合には、都道府県または他の民間あっせん団体に帳簿を引き継がなければならないこととされている（同法19条1項）。

(2) 養子縁組当事者相互の情報アクセス・面会交流

養子の実父母が養子および養親と一定のつながりを持ち、面会交流（間接的または直接的な交流）をすることは可能であろうか。比較法的には、養子の実親・養子・養親の個人情報について、当事者相互のアクセスを認める法律を有し、行政が面会交流の実施を支援する国もある⁽²⁸⁾。日本では、養子の出自を知る権利は認められているものの、上記のように法律で定めら

(25)「報告書」・前掲注(1)9頁。このほか、子の出自を知る権利に関する調査(真実告知・当事者の実態調査他等)として、日本財団ハッピーゆりかごプロジェクト「養子縁組家庭に関するアンケート調査結果報告書」(2016年12月)、同「子が15歳以上の養子縁組家庭への生活実態調査」(2017年4月)、同「養子縁組の記録とアクセス支援に関する報告書」(2017年4月)がある。

(26)「参考資料」・前掲注(11)31頁。

(27)「報告書」・前掲注(1)9頁～10頁。「参考資料」・前掲注(11)30頁。

(28)例えば、コモンローの国で初めて養子縁組を合法化したニュージーランドでは、「1985年成人養子縁組

れたものではなく、また、面会交流（民法766条）についても、一般的には非親権者・非同居親と子の面会交流が想定されているのみである。このため、子の育ちに重要な存在である大人（養子の実方血族・児童相談所や民間あっせん団体の職員・里親等）が縁組成立後も養子と継続的なつながりを持ち交流することについては、これまで十分な議論がなされてこなかった。実際、特別養子縁組が成立した後に実親から養子に関する情報提供を求められた件数は、平成26（2014）年・同27（2015）年の2年間で児童相談所が4件（うち一部情報提供した件数は2件）、民間あっせん団体が42件（うち一部情報提供した件数は42件）であった。民間あっせん団体では、養子の実親からの問い合わせに対して100%対応しているのに対し、児童相談所では問い合わせの件数がわずかであるにもかかわらず、対応率は50%である。また、児童相談所の養子の実親に対する具体的な対応の中には、養親は情報提供を行ってもかまわないとの意向であったが、「特別養子縁組は法的に実親との縁を切るといふものであり、成立後も実親と継続的にやりとりをしていくことは望ましくないことから、情報提供は行わなかった。」「法律上は親子でなくなっているため、答えられないと返答した。」という回答もみられた⁽²⁹⁾。養子を通じた家族（養親・養子の実方血族）の交流・子の育ちに関する意識の醸成と共有が今後の課題となるであろう。

おわりに——特別養子縁組の利用促進と当事者保護

本稿では、現行法における特別養子縁組の成立要件および要件充足性の判断にあたり、とりわけ実務の場において問題が多いとされる縁組同意、要保護要件、さらに、現行法には規定がないものの、非血縁関係にある親子にとって重要な意義をもつ出自を知る権利を巡る問題とそれに続く面会交流に関する問題について取り上げ、その実際と課題について、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委員会の「報告書」および裁判例等を中心に整理してきた。

特別養子縁組制度は、養子となる者（＝要保護児童）と養親となる者との間に、実親子と同様の親子関係を創設することを目的として導入された制度であるから、縁組の成立要件および要件充足性の判断は厳格なものであることが求められる。しかし、前記要件および充足性の判断が厳格に過ぎると、同制度の円滑な運用を阻害することになりかねない。

今後、特別養子縁組の利用促進に向けた制度の在り方を検討するにあたっては、本稿で扱っ

情報法」(Adult Adoption Information Act 1985)により、関係当事者(養子の実親・養子・養親)相互の情報開示を認めている。また法律上の規定はないが、社会開発省内の児童・若者・家族課(Child, Youth and Family: CYF)の関係機関において関係当事者の面会交流支援を行っている。梅澤彩「ニュージーランドにおける養子縁組法と生殖補助医療法—日本への示唆として—」立命館法学369号・370号(2017年3月)65(1395)頁～69(1399)頁参照。

(29)「参考資料」・前掲注(11)33頁。

た問題以外にも数多くの問題を検討する必要がある。例えば、特別養子となる子の資格の拡大（年齢要件、要保護要件の緩和）、養親資格の拡大（内縁夫婦、単身者、異性・同性カップルへの適用）についても検討していく必要がある。特別養子縁組の要件緩和に伴い同縁組の成立件数が増加すれば、出自を知る権利を巡る問題や関係当事者相互の情報アクセス、さらには面会交流に関する問題はより顕在化するであろうから、当事者支援のための制度設計も並行して検討しなければならない。その際、対立構造に陥りがちな「養子となる者または養子の福祉」と「養子となる者の実親または養子の実親の権利」、さらには「養親となる者または養親の権利」に配慮するとともに、普通養子縁組における未成年養子の処遇との関係にも留意する必要がある。