

# 特別養子制度の見直しに関する 中間試案の補足説明

平成30年10月

法務省民事局参事官室

# 特別養子制度の見直しに関する中間試案の補足説明

## 目 次

はじめに	1
第1 養子となる者の年齢要件等の見直し	3
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	16
2 実親の同意の撤回を制限する方策	19
3 特別養子縁組の成立に係る規律の見直し	28

## はじめに

### (審議の経緯)

特別養子制度は、家庭に恵まれない子に温かい家庭を与えてその健全な養育を図る目的で昭和62年の民法等の一部改正（同年法律第101号。昭和63年1月1日施行）によって創設されたものであり、創設から現在まで制度の見直しはされていない。近時における特別養子縁組の成立件数は、年間500件前後で推移している。

ところで、保護者のない児童、被虐待児童等の家庭環境上養護を必要とし、社会的に養育すべき状況の下にある児童の数は、平成28年度末の時点で約4万5000人であり、このうち、乳児院に入所している児童は2801人、児童養護施設に入所している児童は2万6449人である。乳児院、児童養護施設等に入所中の児童のうち、家庭復帰が困難な事情がある児童については、永続的な家庭（養親家庭）を保障すべきであるとの指摘があり、そのための方策の一つとして特別養子制度を活用すべきであるとの意見がある。また、平成28年5月27日に成立した「児童福祉法等の一部を改正する法律」（平成28年法律第63号）の附則や、「ニッポン一億総活躍プラン」（平成28年6月2日閣議決定）において、特別養子制度の利用促進の在り方について検討して、必要な措置を講ずるものとされている。

これらの社会情勢を踏まえ、平成30年6月、法制審議会第181回会議において、法務大臣から、「実方の父母による監護を受けることが困難な事情がある子の実情等に鑑み、特別養子制度の利用を促進する観点から、民法の特別養子に関する規定等について見直しを行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい。」との諮問がされ（第106号）、その調査審議のため、特別養子制度部会（以下「本部会」という。部会長・大村敦志東京大学大学院教授）が設置された。

本部会では、平成30年6月から同年10月までの間、概ね1か月に1回の割合で審議を重ね、同月9日の第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「本試案」という。）を取りまとめるとともに、これを事務局において公表し、意見募集手続を行うことが了承された。

特別養子制度は、家族の在り方に深く関わるものであって、その見直しに当たっては幅広く意見を求める必要があると考えられる。本部会では、今後は、本試案に対して寄せられた意見を踏まえ、引き続き精力的に審議を行うことが予定されている。

なお、この補足説明は、これまでの本部会での審議を踏まえ、本試案の内容の

理解に資するため、本試案の各項目について、その趣旨等を事務当局である法務省民事局（参事官室）の責任において補足的に説明する目的で作成したものである。このように、この補足説明は、あくまでも意見募集の対象である本試案の内容について検討を加える際の参考資料として作成したものであって、それ以上の意味を持つものではない。

## 第1 養子となる者の年齢要件等の見直し

### 【見直しの要点】

民法第817条の5の養子となる者の年齢の上限を，一定程度引き上げるものとする。

### 【説明】

#### 1 見直しの必要性

現行の民法第817条の5は，原則として，特別養子縁組成立の審判の申立時に6歳に達している子は養子となることができないとした上で，例外的に，8歳未満の子であって，6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養子となることができると規定している。

現行法において，特別養子縁組について養子となる者の上限年齢が現在のよ

- ① 養親と養子との間に実親子間と同様の実質的親子関係の形成を期待することができるのは，養子となる者が幼少のときからその監護養育を始めた場合である。
- ② 養子となる者が6歳を超えている場合には，養子となる者の父母（以下「実親」という。）との関係が実質的なものとなっている可能性があり，また，就学して社会的分別も生じているので，養親子間に実質的親子関係を形成することが困難になるばかりでなく，実親子関係の断絶が相当でない場合も少なくない。
- ③ 養子となる者の地位が早期に確定することが望ましい。
- ④ 普通養子制度がある以上，対象者の年齢を制限しても弊害が少なく，特別養子制度は妥当性が明白である場合に限り利用されるのが相当である。
- ⑤ 将来，特別養子制度が社会的に定着し，制度の理念が広く国民に理解されるようになれば，養子となる者の対象者を拡大することも十分に考えられる。

現行法が，特別養子縁組における養子となる者の原則的な上限年齢を6歳という比較的低位年齢にとどめているのは，上記①から④までに記載のとおり，特別養子縁組が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ことを前提として，これまでにない新たな制度を設けることもあり，その対象範囲については慎重な立場をとったからであると考えられる。また，特別養子制度は，いわゆる「わらの上からの養子」という慣習が制度発足の契機となったということもあり，養子となる者としては主に乳児が想定されていたものと

も考えられる。

しかしながら、上記⑤にもあるように、養子となる者の上限年齢を引き上げることは、直ちに特別養子制度の理念に反するわけではない。そのため、6歳以上の子でも特別養子縁組をすることを要する者がいるのであれば、養子となる者の上限年齢を引き上げることを検討すべきであると考えられる。

そして、近時、例えば現に施設に入所中の6歳以上の子の中に特別養子縁組をすることを検討すべき者がいるとの指摘がされている(注1)。また、本部会においては、年齢という形式的な要件を満たさないことのみを理由として特別養子縁組が利用されないということになるべくないようにすべきであるとの指摘もされてきた。

このため、本部会では、特別養子制度の趣旨・目的との関係に留意した上で、養子となる者の上限年齢を引き上げるべきか、引き上げるとすればどの程度引き上げるべきかについて検討を行ってきた。

なお、現行の民法は、その第4編第3章第2節に養子についての規律を設けているが、特別養子縁組の規律は、一定の要件の下で利用することができる養子の特別な類型として、同節第5款に規定されていることから、6歳未満の子の養親となろうとする者は、特別養子縁組だけでなく、原則的な類型である普通養子縁組をすることもできる。したがって、長年にわたって親との面会交流がないとか、将来的にも家庭復帰が見込まれないといった6歳以上の子については、普通養子縁組によって、温かい家庭で養育を受けることも可能である。このため、本部会では、特別養子縁組をする必要があるのはどのような子であるのかという点については、普通養子制度との関係での特別養子制度の位置付けにも十分留意して検討する必要があるとの指摘がされてきた。

(注1) 全国の児童相談所及び民間のあっせん団体に対して実施した調査の結果によれば、長年にわたって親との面会交流がないとか、将来的にも家庭復帰が見込まれないなどといった事情から特別養子縁組を選択肢として検討すべきであるにもかかわらず、特別養子縁組の要件が厳格であるために縁組を行えていない事案は、平成26年度と平成27年度とで合計298件あるとされる。そのうち、縁組の成立に当たり支障となった要件として、「養子となる者の年齢要件」を挙げるものは46件であり、「実親の同意要件」(205件)に次いで多かった(厚生労働省の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作成の「特別養子制度の利用促進の在り方について」参考資料「2 特別養子に関する調査結果について」23ページ)。

## 2 本試案の概要

本部会では、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歳未満までが限界であるとの意見、③例外的なケースに限定するとしても18歳未満まで引き上げるべきであるとの意見などが出された。

そこで、本試案では、【甲案】、【乙案】及び【丙案】を併記し、今後引き続き検討するものとしている。なお、これら3案は、いわば規律のモデルを示したものであり、例えば、本試案にある「13歳」という年齢を「12歳」とする規律や、【甲案】の「(2)」(以下、本試案の項を示す場合には、このようにゴシック体にかぎ括弧を付けて表示する。)を【丙案】の「(2)」と同一の規律とすることもあり得る。

上記の3案のうち、【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の申立時において8歳未満にまで引き上げるとともに、例外的に、①8歳に達する前から引き続き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の申立てをすることについてやむを得ない事由がある場合については、上記の上限を審判の申立時において13歳未満にまで引き上げる一方で、養子となる者は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。

【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の申立時において13歳未満にまで引き上げる一方で、【甲案】と同様に、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原則的な上限を、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ともに、例外的に、①15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及び②15歳に達した後に上記審判の申立てをすることについてやむを得ない事由がある場合については、上記の上限を審判の申立時において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ものである。

## 3 特別養子制度の趣旨・目的について

### (1) 従前の理解

特別養子制度の趣旨・目的については、従前、養親子間に実親子間と同様の実質的親子関係を形成させることを目的とするものとして理解されてきた(注2)。

もっとも、ここでいう「実親子間と同様の実質的親子関係」が意味すると

ころは必ずしも明らかではなく、例えば「愛着障害」等の用語で用いられるところの「愛着」を形成することを意味しているのであるとすれば、そのような意味での「愛着」の形成を図るには、現行法の6歳という上限年齢は高すぎるようにも思われる。このように、特別養子制度が実親子間と同様の実質的親子関係の形成を目的とする制度であるとしても、「実質的親子関係」の捉え方次第でその対象年齢は異なり得るものと考えられ、さらには、現行の特別養子制度は純粹に実親子間と同様の実質的親子関係の形成を目的とする制度とはなっていないとの評価をすることも可能であると考えられる。

## (2) 検討

特別養子制度の趣旨・目的について、今後も従前の考え方を維持するか又はこれを拡大して考えるかによって、上限年齢の引上げ幅が示唆されることとなる。本部会においては、以下の考え方が提示された（注3）。

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

この考え方からすると、養子となる者の上限年齢を引き上げるに当たっては、まず、特別養子縁組によって形成しようとしている「実質的親子関係」とはどのようなものであるかを明らかにした上で、養子となる者が何歳までであれば養親子間にそのような実質的親子関係の形成を期待することができるかという観点から検討を要することとなるものと考えられる。

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

この考え方からすると、養子は、縁組後も一定期間、養育されることが予定されることになる。したがって、養子となる者の上限年齢の引上げは、18歳（平成34年4月以降の成年年齢）より数年は下の年齢までが限度となるものと考えられる。

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

この考え方は、成年に達した後も経済的・社会的に自立することができない場合には、そのような子に対して事実上の「養育」が行われていると考えることができるとして、そのような「養育」が安定的な家庭環境で行われるようにすることも特別養子制度の目的に含めようとするものである。

この考え方によれば、養子となる者の上限年齢は、上記イよりも高い年齢まで引き上げることができるものと考えられる。

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す

ることを制度趣旨・目的と捉える考え方

例えば、子が里親等によって長期間養育されている場合などに、両者の関係を法的な親子関係に転化させ、これによって子に養子としての永続的な地位を付与することも制度の目的であるとする考え方であり、縁組後の将来的な養育に注目するのではなく、それまでに形成された関係に注目する点に特徴がある。

本部会では、上記アからエまでの考え方について、アの考え方を維持した上で「実親子間と同様の実質的親子関係」をやや広く解すべきであるとの意見や、ア、イの考え方が原則で例外的にエの考え方をとるべきであるとの意見などが出された。もっとも、エの考え方をとる場合には、養育を目的としているという現行法の特別養子縁組の基本的な制度理解を変えることになるため、慎重な検討を要するとの指摘もあった。

(注2) 特別養子縁組に特有の法的効果は実方血族（実親子等）との親族（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直接的な目的ではないとの指摘もされている。

(注3) これらの考え方は、必ずしも択一的なものではなく、併存し得るものと思われる。また、特別養子制度の趣旨・目的をどのように理解するかということから、養子となる者の具体的な上限年齢が直ちに定まることにはならないということにも留意が必要である。

#### 4 制度の位置付けとの関係について

##### (1) 普通養子縁組ではなく特別養子縁組をすることが必要な子とはどのような子か

前記のとおり、現行の民法は、普通養子縁組についての規律を設けた上で、特別な類型として特別養子縁組の規律を設けている。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必要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的効果が実父母ほか実方血族との親族関係

の終了（注4）と離縁の原則的禁止であること、そして、これらの法的効果は、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必要な子とは、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、養親家庭における育成（養育）を要する子のうち、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ると考えられる（注5）。

## (2) 養子となる者の同意を求めることについて

現行法においても、特別養子縁組成立の審判手続（以下「成立手続」という。）においては、家庭裁判所は、養子となる者の陳述の聴取、家庭裁判所調査官による調査その他の適切な方法により、養子となる者の意思を把握するように努め、審判をするに当たり、養子となる者の年齢及び発達の程度に応じて、その意思を考慮しなければならないこととされている（家事事件手続法第65条）。

しかし、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と、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が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こと（民法第797条第1項）との均衡上、家庭裁判所が、手続上、養子となる者の意思の把握に努め、その意思を考慮するだけでは足りず、それを超えて、養子となる者の同意を特別養子縁組成立の実体要件とせざるを得ないように思われる。

ところが、養子となる者による同意を縁組成立の実体要件とすると、審判型である特別養子制度と、契約型である普通養子制度との関係が曖昧になり、特別養子制度の趣旨・目的ないし存在意義が不分明になるおそれがあるとして、このような見直しをするのであれば、普通養子制度を含めた養子制度全体の在り方について詳細な検討が必要となるとの指摘がされている。

また、本部会においては、養子となる者の同意を特別養子縁組成立の実体要件とすると、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な場合もあり得るとして、このような制度設計をすることは相当でないという意見が述べられてきた。

さらに、仮に、養子となる者に特別養子縁組の成立について同意するか否かを尋ねるとすると、その者は既に試験養育のため養親候補者と同居してい

るなど、養親候補者と一定の関係が形成され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。このような懸念を払拭するために、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いものと考えられる。

これらの問題点に対しては、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。もっとも、この指摘に対しては、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実体要件とすると、このような決断を迫ることが養子となる者に酷となるケースを含め、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り、問題があるとの反論がされたところである。

(注4) 実方血族との親族関係の終了による民法上の主な効果としては、相互に相続し(民法第887条第1項、第889条第1項第1号)、扶養する(同法第877条第1項)という関係が消滅することが挙げられる。また、実親子関係の終了により、実親は、特別養子縁組成立後に編纂された子の戸籍の謄本等の交付を直系尊属として請求することができなくなり(戸籍法第10条第1項)、子の戸籍の附票に記載された住所等を知ることもできなくなる。

(注5) 本部会における審議では、子にとって、その監護をすることが著しく困難又は不適当であるような実親とは、実親子関係を終了させることが、成人に達した後の利益を考えても必要であるという見方も示唆された。しかし、実親子関係が終了しなくても、子が実親の負債の相続を回避するためには相続放棄(民法第939条)により、逆に、実親が子の財産(養親から相続したものも含む。)を相続するという事態を回避するためには推定相続人の廃除(同法第892条)により、いずれも対応することが可能であるし、実親の子に対する扶養請求についても、扶養の程度又は方法を定めるに当たっては一切の事情が考慮される(同法第879条)ことから、実親が子の養育に関与しなかったような事案で子に扶養が命じられることは想定しにくいのではないかと思われる。したがって、実親子関係の終了というのは、飽くまで子の養育のために、例外的な場合にのみ必要になるものであると理解するのが適切であると考えられる。

## 5 【甲案】について

### (1) 根拠等

ア 【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、原則的な上限年齢の引上げ幅は【乙案】及び【丙案】と比べ小幅である。これは、制度趣旨・目的について、基本的に前記3(2)アの考え方（従来の考え方）を前提とし、現行法の下でも養子となる者の年齢が高くなるにつれて特別養子縁組の成立件数が少なくなる傾向があること、子の地位の早期確定の利益に配慮すべきことなどから、上限年齢の引上げ幅について慎重に考えるものである。

イ もっとも、【甲案】においても、個別の事情に応じて一定程度柔軟な対応をすることを可能にするため、例外的な上限年齢を設けている。

例外のうち、具体的にどのような場合が【甲案】の「(1)」の「やむを得ない事由」に該当するかについては、更に検討を要するが、本部会においては、例えば、養親となる者によって養子となる者の養育が開始された時期や、その時期から特別養子縁組成立審判の申立てがされるまでに要した期間の合理性が判断要素となるのではないかとの意見が述べられた。また、具体例としては、兄弟姉妹のうち、8歳未満の弟又は妹について特別養子縁組をする場合に、兄弟姉妹の分離を避ける観点から、兄又は姉が8歳以上であっても「やむを得ない事由」があるものとして特別養子縁組をすることができるようにすべきであるとの意見が出された。

もっとも、特別養子縁組はもともと「特別の事情がある場合」にのみ成立させることができるものであることから（民法第817条の7）、特別養子縁組を成立させるべき子については常に「やむを得ない事由」があるようにも思われ、「やむを得ない事由」のような概括的な例外要件を設けてしまうと、原則的な上限年齢（8歳未満）を設ける意味が失われてしまうおそれがあるのではないかと考えられる。

これに対し、本部会では、ここでいう「やむを得ない事由」とは、子が8歳に達する時までに特別養子縁組成立審判の申立てがされなかったことについてのものであり、特別養子縁組をすること自体についてのものではないから、ここでいう「やむを得ない事由」と民法第817条の7の「特別の事情」とは区別することができ、「特別の事情」があっても、子が8歳に達するときまでに審判の申立てをしなかったことについては「やむを得ない事由」がないという事例も想定できるとして、「やむを得ない事由」による例外要件を設けても、原則的な上限年齢を設ける意味が失われることにはならないという意見も出された。

そこで、本試案では、「8歳に達するまでの間に同請求（特別養子縁組成

立審判の申立て) がされなかったことについてやむを得ない事由があるもの」(【甲案】の「(1)」)に亀甲括弧を付すこととして、改めてこの点について慎重に検討することとしたものである。

なお、「やむを得ない事由」がある場合の具体例として、本部会においては、本試案の「(注4)」のとおり、①兄弟姉妹のうち兄又は姉は上限年齢を超過しているが、弟又は妹は上限年齢を超過していないという場合において、弟又は妹について特別養子縁組をするとき、兄又は姉についても共に特別養子縁組をすることが望ましい事例や、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事例、③子が上限年齢を超過した後で虐待を受けた事例等があるとの指摘もあったが、②のような事例まで例外要件で特別養子制度の対象に含めることには疑問を呈する意見もあり、この点については更に検討を要する。

ウ さらに、【甲案】は、養子となる者の上限年齢を例外的な場合でも申立時において13歳未満とするものであるが、縁組成立審判の審理期間は、上訴がされる場合を考慮しても、特に後記第2のような手続の見直しがされれば、申立てから2年以内となる例が大半ではないかと思込まれることから、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。そこで、【甲案】は、「(2)」の規律により、養子となる者は縁組成立時において15歳未満でなければならないこととする一方で、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。

## (2) 制度趣旨・目的との関係

前記(1)のとおり、【甲案】は、制度趣旨・目的について基本的に従来の考え方を前提とした上で、特別養子制度の利用を促進する観点から、養子となる者の上限年齢を若干引き上げるものである。

もともと、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が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、8歳未満の時から引き続き養親となる者に監護されている場合のほかに、「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。

## (3) 制度の位置付けとの関係

【甲案】は、特別養子縁組をすることが必要な子とは養育を要する子であることを踏まえ、成立手続に要する期間を考慮しても、養子となる者が少なくとも数年は養親との安定的な関係を基礎として養育を受けられるようにするものである。

## 6 【乙案】について

### (1) 根拠等

【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一定の配慮をするものである。

【乙案】は、特別養子制度の趣旨・目的について、前記3(2)ア、イの考え方を前提とした上で、前記4(2)に記載のとおり、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実体要件とするような制度設計の相当性には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の考え方を踏まえたものである。

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、家庭裁判所における審理中に15歳に達する場合があります、その場合には、前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が、前記5(1)に記載したとおり、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。そこで、【乙案】は、【甲案】と同様、養子となる者は縁組成立時において15歳未満でなければならないこととする一方で、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。

これに対し、養子となる者の縁組成立審判の申立時における年齢は制限せず、養子となる者は審判確定時（縁組成立時）において15歳未満であれば足りるという規律にすることも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の問題点の指摘がされ、そのような考え方を採用することとはしなかったものである。

### (2) 制度趣旨・目的との関係

【乙案】は、前記3(2)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成立手続には一定の期間を要するため、審判の申立時の年齢を考えると、18歳に達するまでに②の養育期間に加えて、更に2年程度の審理期間も考慮に入れる必要があること、④以上によれば、養子となる者の上限年齢は、最も高くすると13歳程度となるが、中学校に入学するその頃までであれば、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することを根拠とするものである。

### (3) 制度の位置付けとの関係

【乙案】は、【甲案】と同様に、特別養子縁組をすることが適切な子とは養育を要する子であることを踏まえ、成立手続に要する期間を考慮しても、養子となる者が遅くとも15歳から成人に達するまでは養親との安定的な関係を基礎として養育を受けられるようにするものである。

## 7 【丙案】について

### (1) 根拠等

【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、特別養子制度の趣旨・目的について、前記3(2)イからエまでの考え方を幅広く採り入れるものであり、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（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に起こり得る。）。

### (2) 制度趣旨・目的との関係

特別養子制度の趣旨・目的について、前記3(2)ウの考え方を採用すると、「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し、同エの考え方を採用すると、縁組成立時の子の年齢は必ずしも重視されないことになることからすると、いずれにしても、成人を含めた幅広い年齢層の者に特別養子縁組をする機会を提供することが可能になる。

その反面、特別養子制度の趣旨を前記3(2)ウのように捉えると、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指摘がされている。また、前記3(2)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、同ウと同様、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指摘もされている。さらに、特別養子縁組を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ものと捉える理解は、特別養子制度の目的を縁組後の養育ではなく実親子関係の終了自体であると捉える考えを前提とすることになるとも考えられるが、そのような前提を採ることについては疑問が呈されている。

### (3) 制度の位置付けとの関係

前記4(1)の整理によれば、普通養子制度との関係を考えたとき、特別養子制度の対象となるのは、養親家庭における育成（養育）を要する子のうち、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ということになるものと考えられるが、【丙案】は、養子となる者が成年に達した後も特別養子縁組の成立を認めるものであるため、本部会においては、【丙案】を採用した場合に特別養子制度と普通養子制度との関係をどのように説明することになるのかという疑問が呈されている。この点は、今後更に検討すべき課題であると考えられる。

## 8 養親となる者の年齢要件及び養親子の年齢差要件等について

現行法では、特別養子縁組における養親は一方が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（民法第817条の4）。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の申立時に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理論上は10歳程度ともなり得る。）。)

今般、養子となる者の上限年齢を引き上げることとすると、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、本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。

もっとも、養親子間の年齢差として何歳程度が適切であるのかについて、法律に規定しないとすると、個々の家庭裁判所が「親子らしさ」として社会的なコンセンサスが得られない中でそれぞれ個別的に判断せざるを得なくなり、これでは裁判の予測可能性が乏しくなるおそれがある。そこで、例えば、現行法における養親子間の年齢差が、最小では上記のとおり10歳程度となること、養親の原則的な下限年齢は縁組成立時において25歳であり、他方、養子の原則的な上限年齢は審判の申立時において6歳であるから、これに審理期間として2年を加えるとすると縁組成立時において8歳となり、両者の差は17歳となるが、17歳よりも若い女性が出産している例もあること等を考慮して、特別養子縁組における養親子間に15歳以上という年齢差要件を設けるということも考えられる。もっとも、具体的な年齢差については、本部会においても十分な審議がされておらず、今後更に検討を要するところである。

## 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

#### 【見直しの要点】

児童相談所長は、特別養子縁組成立の審判手続に参加することができるものとする。

#### 【説明】

### 1 見直しの必要性

現行法においては、特別養子縁組成立の要件として、「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」であること（民法第817条の6ただし書）や、「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その他特別の事情がある場合」であること（同法第817条の7）等が規定されている。成立手続を含め、家事事件手続では、家庭裁判所は、職権で事実の調査をし、かつ、申立て又は職権で、必要と認める証拠調べをしなければならないこととされているが（家事事件手続法第56条第1項）、成立手続は養親となる者が申し立てることとされており（民法第817条の2）、実際には、縁組成立の要件が充足されていることを示す資料として、養親となる者に一定程度のものを提出することが求められることも少なくない。しかし、養親となる者が、実親による子の監護状況についての資料を有していることは多くないから、このような資料の提出を求めることは、養親となる者にとって大きな負担となっているとの指摘がある。

また、成立手続は、家事事件手続法別表第一事件であって、法的には二当事者対立構造の手続ではないが、実親が縁組の成立を拒んでいるような事案においては、養親となる者と実親との間に事実上の対立構造が生ずることになる。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ことや、養親となる者と実親との関係を悪化させることがある。特別養子縁組が成立した後も、養子と実親との交流が子（養子）の利益の観点から望ましい事案もあるとの指摘があるが、成立手続において養親と実親との関係が悪化した場合には、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ず、子（養子）の利益に反する事態も生じ得る。

このため、本部会では、養親となる者の負担を軽減することや、養親となる者と実親との対立構造をできる限り緩和することを可能にする方策について検討を行ってきた。

### 2 見直しの趣旨及び内容

## (1) 概要

本試案の「第2・1」は、児童相談所長による成立手続への参加を認めることとして、必要な事案では、児童相談所長において、民法第817条の6ただし書や第817条の7の要件について資料を提出することにするすることで、養親となる者の負担を軽減するとともに、養親となる者と実親との事実上の対立構造を緩和しようとするものである。

家事事件手続法第42条は、利害関係参加をすることができる者として、①審判を受ける者となるべき者、②審判の結果により直接の影響を受ける者及び③当事者となる資格を有する者を挙げており、①の者については当然に、②及び③の者については家庭裁判所の許可を得て、家事事件手続に参加することができることとしている。児童相談所長は、成立手続との関係で、①から③までのいずれにも該当しないことから、児童相談所長に成立手続への参加を認めるためには、特別の規律を設ける必要がある。本試案の「第2・1(1)」は、児童相談所長が成立手続に参加することを認める特別の規律を設けるものである。なお、児童相談所長が成立手続への参加を求めているにもかかわらず、家庭裁判所がこれを許可しない場面は想定し難いことから、本試案では、「家庭裁判所の許可」を参加のための要件とはしていない。

本試案の「第2・1(2)」は、児童相談所長が成立手続に参加した場合について、家事事件手続法第42条第7項の規定を準用するものである。児童相談所長は、利害関係参加人と同様に、原則として、当事者がすることができる手続行為を当事者から独立した立場ですることができ、申立人を事実上補助して申立ての認容を求める方向とする活動だけでなく、申立ての却下を求める方向での活動をすることもできる。具体的には、実親による子の監護状況等に関する資料を提出して家庭裁判所の実事の調査に協力するとともに、必要な場合には、証拠調べの申立てをすることも期待することができる(注)。

(注) 実親の監護状況等に関する要件（民法第817条の6ただし書及び第817条の7）については、児童相談所長に対する調査囑託によって資料収集をすることもできる。もっとも、調査囑託では、養親となる者の資料収集の負担を軽減することはできても、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。したがって、調査囑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) 補佐人制度との関係

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れば、成立手続の期日に補佐人として出頭することができるものと考えられる。

しかしながら、補佐人の陳述は、当事者が自らしたものみなされるため（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ずることには変わりがない。

また、補佐人は、当事者又は手続代理人と共に出席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（民事訴訟法第60条第1項、第3項）。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、養親となる者が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、実親の監護状況等について必ずしも十分に情報を有していないことが多いと考えられることからすると、その監護状況等の審理を行う場面で養親となる者にも出席を求めることは、養親に負担となるともいえ、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参加を可能とすべきであると考えられる。

## 2 実親の同意の撤回を制限する方策

### 【方策の要点】

- ① 成立手続において、実親が、一定の要件の下でした同意は、同意の日から一定期間経過後は撤回することができないものとする。
- ② 特別養子縁組成立の審判の申立てがされる前に、実親が、公的機関において、一定の要件の下で、養親となる者を特定し、又は特定しないでした同意は、同意の日から一定期間経過後は撤回することができないものとする。

なお、実親の同意に関する一般的な規律として、上記①又は②の方式によってされなければならないこととする【甲案】と、上記①又は②の方式によらなくても同意をすることができることとする【乙案】の2案を提示している。

### 【説明】

#### 1 見直しの必要性

実親は、子の特別養子縁組の成立に一旦同意をしたとしても、縁組を成立させる審判が確定するまでの間は、自由に同意を撤回することができると思われている（注）。

しかし、このような現状では、実親が縁組の成立に同意した後、養親となる者が、縁組成立に向けて養子となる者の試験養育を開始し、両者の間で信頼関係が構築されたにもかかわらず、その後実親が同意を撤回した場合には縁組を成立させることができないということが起こり得るのであり、その場合には、養親となる者及び養子となる者に大きな精神的な負担を強いることにもなりかねない。また、仮に、実親が同意をしている場合であっても、その後同意を撤回してしまうと縁組成立に向けた努力が無駄になるおそれがあるというのであれば、養親候補者としては、そもそもその子について試験養育を開始することをためらうことにもなりかねない。

以上のように、実親の同意が自由に撤回され得るものであるということが特別養子制度の利用についての支障となっているとの指摘があることを踏まえて、本部会では、実親の同意の撤回を制限する方策について検討を行った。

（注）東京高等裁判所平成2年1月30日決定・特別養子縁組成立申立認容審判に対する即時抗告申立事件

「家庭裁判所が養子となる者の父母の同意に基づき、民法817条の2による特別養子縁組を成立させる旨の審判をして関係者に告知した後に、父又は母が右同意の撤回をすることを許容した場合には、手続の安定と子の福祉を害するおそれがないわけではないが、特別養子縁組の成立が実方との親族関係を終了させるという重大な身分関係の変更をもたらすものであり、かつ、同意の撤回の時期等を制限する規定が存しないことを考

えると、審判が告知された後であっても、これがいまだ確定せず、親子関係の断絶という形成的効力が生じていない段階においては、同意を撤回することが許されると解すべきである。したがって、養子となる者の父又は母が審判の告知後に同意を撤回した上、同意の欠缺を理由に特別養子縁組を成立させる審判の取消しを求めて抗告をすることも許されるものと解される。」

## 2 見直しの趣旨及び内容

### (1) 成立手続における同意（本試案の「第2・2(1)」の規律）

本試案の「第2・2(1)」は、実親が成立手続において一定の要件の下で特別養子縁組の成立に同意をした場合には、一定期間経過後には同意の撤回をすることができなくなることをとするものである。

このように、同意の撤回を制限することについては、現行法の立案時にも検討されたが、下記の理由から撤回を制限しないこととしたとされていることから、これらの理由を踏まえても、実親の同意の撤回を制限することができるか否かについて、改めて検討をする必要がある。

#### 【理由】

イ 実親の同意を要することとしたのは、実親自身の利益をも保護するためであるから、同意するか否かは可能な限り実親の自由な意思に委ね、同意の撤回も幅広く認めるのが相当である。

ロ 同意の撤回が濫用にわたる場合には、「養子となる者の利益を著しく害する事由がある場合」（民法第817条の6ただし書）に該当するものと見て、同意を不要とすることが可能であるし、試験養育中に同意が撤回された場合には、審判前の保全処分（家事事件手続法第166条第1項）により試験養育を続けることが可能である。

ハ 仮に、審判の申立て又は試験養育に付す決定に同意の撤回を制限するという効果を付与するものとする、その効果の重大性に鑑み、手続の初期段階において、家庭裁判所が縁組の相当性を一応判断することが可能となる資料がそろっていることが必要とされるものとも思われるが、関係機関の現状からすると、手続の初期段階にそのような資料をそろえることは困難であると考えられる。

ニ 諸外国の法制において、同意の撤回を制限する場合には、縁組が不成立に終わったときでも実親の親権は回復せず、縁組あっせん機関が新たな養親候補者を探すこととするものが多いが、我が国の現状においては、そのようなことを縁組あっせん機関に期待することは困難で

あると考えられる。

まず、上記の【理由】のイの点は、本試案の「第2・2(1)」の規律による方策によって権利が制限されることになる実親の利益の観点からの考察であるため、特に慎重な検討が必要になるが、実親が特別養子縁組の成立に同意をすると、それを前提に試験養育等の縁組の成立に向けた努力が開始される場合があり、子や養親候補者の置かれる状況にも影響を与えることがある。そうすると、実親が同意を撤回したときには、子や養親候補者の置かれる状況がまた変化することになるが、置かれる状況が頻繁に変化することは、子の心情にとって望ましくないものと考えられる。この弊害は、実親が縁組の成立について同意やその撤回を繰り返すような事例では特に顕著になる。そのため、子の利益を保護する観点から、実親が縁組の成立に一旦同意をした以上、それを前提として子が置かれる状況を安定的なものとするために、実親の同意の撤回を制限することは許容されるものと考えられる。ただし、実親の利益にも配慮し、安易な同意を防止するために、実親が同意の有する法的効果を真に理解した上で真摯に同意していることを制度的に担保することや、同意をしてからも一定の熟慮期間を置いて、その期間内に限っては自由に撤回することができることとすること等が望ましいと考えられる。

次に、上記の【理由】のロからニまでについてであるが、まず、ロの点については、同意の撤回がされた全ての事案が「養子となる者の利益を著しく害する事由がある場合」に該当するとか、審判前の保全処分が認められるなどということはできないから、同意の撤回制限が不要であることの根拠として必ずしも十分なものであるとはいえない。また、ハの点については、同意の撤回制限は飽くまで実親の同意という要件にのみ関する規律であるから、同意の存否を確認する時点では必ずしも縁組の相当性を判断する資料は必要ないものとも考えられるし、ニの点についても、日本法においては、実親の同意によって実親子関係が終了したり、親権が制限されたりするわけではなく、縁組が不成立に終わっても親や親権者が不在になるといった事態は生じないから、ニで紹介されている諸外国の法制（実親の親権が回復しないこととされているもの）ほど大きな問題は生じない。

したがって、実親の利益を保護するために一定の手当てをした上であれば、実親の同意の撤回を制限することの必要性及び許容性は肯定されるものと考えられる。そこで、本試案の「第2・2(1)」では、以下のような規律を設けている。

#### ア 同意の時期

本試案では、子の出生から2か月が経過した日以後にされた同意についてのみ撤回を制限することとしている。これは、実親、特に実母は子の出生の後一定期間は精神的に不安定であることがあるため、その時期にされた同意を撤回することができないこととするのは適当でないとの考え方に基づくものである。

この点について、現行法は同意の時期について特段の制限をしていないが、これは、現行法では、前述のとおり、一旦同意をしても審判の確定までは自由にそれを撤回することができることとされているほか、審判までに6か月以上の試験養育期間が必要であることから(民法第817条の8)、最短でも出産から6か月は同意を撤回することができる仕組みとなっているためであると考えられる。したがって、試験養育の開始よりも前の時点以降の同意の撤回を制限する方策を採用する場合に、同意の時期について一定の制限を設けることについて、特に支障があるわけではない。

子の出生後の期間については、本試案では、諸外国の立法例なども参照して2か月としているが、この点については今後更に検討を要するものと考えられる。

#### イ 同意の方式

本試案では、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ってされた同意又は審問期日において口頭でされた同意に限って、撤回を制限することとしている。これは、家庭裁判所に確認をさせることによって、実親が同意の持つ法的な意味を理解した上で真摯に同意をしているということを担保しようとするものである。

この方策は、家庭裁判所調査官又は裁判官において、実親が縁組の成立に同意していることをその面前で確認することを前提としており、例えば、実親が審判の申立前にあっせん団体に特別養子縁組についての同意書を預けておき、その書面が審判の申立後にあっせん団体から家庭裁判所に提出されたような場合は、「家庭裁判所に書面を提出することにより特別養子縁組についての同意をした場合」には当たらないものと考えられる。

#### ウ 同意を撤回することができる期間

同意を撤回することができる期間について、本部会におけるこれまでの審議では、合意に相当する審判や調停に代わる審判の異議申立期間等を参考にして2週間とする提案があったほか、フランスの立法例を参照して2か月とする提案がされた。そこで、本試案では、この期間について、「2週間」と「2か月」の両案を併記し、この点については更に検討をする旨を

注記することとした。

このうち、「2週間」とする案は、「2か月」とする案に比べて同意の撤回制限の開始時期を早めることにより、養親となる者による試験養育の開始時期をも早め、手続を迅速に進行させ、これにより子の利益を図ることができるというところに利点がある。また、「第2・3」において【甲案】又は【乙案】を採用することとした場合には、1段階目の審判は子の出生から2か月経過後にすることができるため、最短で2か月と2週間（1段階目の審判に対する即時抗告期間）で同意を撤回することができない状況になり得る。そうすると、この方策の同意を撤回することができる期間を2週間とした場合には、最短で子の出生から2か月と2週間で同意を撤回することができない状況となり得ることから、この方策における同意を撤回することができる期間を2週間とするのは、「第2・3」の【甲案】及び【乙案】の考え方とも整合的であるものと考えられる。

これに対し、「2か月」とする案は、実親の熟慮期間を長くすることにより、撤回が制限される同意の真摯性がより高められるというところに利点があるものと考えられる。

## (2) 成立手続申立前の同意（本試案の「第2・2(2)」の規律）

本試案の「第2・2(2)」は、成立手続の申立前であっても、実親が、公的機関において、一定の要件の下で特別養子縁組の成立に同意をした場合には、一定期間経過後には同意の撤回をすることができなくなることをとするものである。

現実に特別養子縁組が検討される場面では、成立手続の申立てよりも前に、養親となる者が実親の同意を得た上で養子となる者の試験養育を開始していることも少なくなく、成立手続の申立前の段階で養子となる者と養親となる者との間に信頼関係や愛情の形成が進行している事例もあるとの指摘がある。そうすると、成立手続前であっても前記(1)で述べたことは妥当すると考えられるから、実親の同意の撤回を制限する必要性、許容性が肯定されると考えられる。

そこで、成立手続の申立前であっても、実親が公的機関において縁組の成立に同意した場合には、一定期間経過後には同意を撤回することができないこととするとともに、実親による同意が、その法的な意味を十分に理解した上で真摯にされたものであることを制度的に担保するために、本試案の「第2・2(2)」では、以下のような規律を設けている。

### ア 同意の時期

本試案の「第2・2(1)」に関する前記(1)アと同様の理由で、子の出生から2か月が経過した後の同意についてのみ撤回が制限されることとしている。

## イ 同意の内容

本試案の「第2・2(2)」は、実親が「養親となる者を特定し、又は特定しないで」した同意を対象としているが、これは、特定の養親を前提としない同意（白地同意）を有効と扱うこととして、そのような同意についても撤回することができないこととするという趣旨である。現行法の下では、実親が養親となる者の氏名等を具体的に知らないでした同意（匿名同意）は有効であると解されているのに対し、白地同意の有効性については見解が分かれているが、以下の理由から有効と扱うこととしたものである。

まず、白地同意を認めることの必要性について検討すると、白地同意を認めれば、特別養子縁組をすることが適当であると考えられる子がいる場合には、養親候補者が見付かる前の段階で実親の同意を確定させておくことができるから、養親候補者が見付かった場合に速やかに試験養育を開始することができる。また、仮にその試験養育がうまくいかなかったときであっても、他に養親候補者が見付かれば、再度試験養育を速やかに開始することができる。このように、養子となる者と養親候補者とのマッチングを円滑に進める観点からは、白地同意を認める必要性は高い。

次に許容性について検討すると、白地同意の許否は、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と密接に関連する問題であるが、その趣旨は、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する点にあるとされている。このうち、上記①の趣旨からすれば、養親となる者の適性について実親が判断する必要があることになるため、白地同意を認めることはできないように思われる。しかしながら、特別養子縁組は、子の利益のために特に必要があると認められるときに家庭裁判所の審判によって成立するものであるから、ある縁組が子の利益に沿うものであるか否かについては家庭裁判所が客観的な立場から判断するのであり、実親の判断は

必ずしも不可欠なものではないとも考えられる。むしろ、特別養子縁組は、実親の監護が著しく困難又は不適当な場合に成立し得るものであることからすれば、このような場合に、実親に子の利益のために判断することを期待することは難しいものと考えられる。そうすると、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、実親の法律上の地位等を保護する点にあるにすぎないものとも考えられる。そして、実親が縁組の成立により親としての法律上の地位等を失うことは養親がどのような者であるかによって左右されるものではない以上、実親の同意は必ずしも特定の養親となる者の存在を前提とするものである必要はないということもでき、白地同意を有効と扱うことは許容されるものと考えられる。

#### ウ 同意の方式（公的機関）

成立手続申立前の実親の同意が具体的にどのようにされるものであるか（同意をどのように記録するかなど）について、現時点では、本部会において十分な検討はされておらず、イメージが共有されているともいえない。ただ、本試案の「第2・2(2)」の規律による方策は、成立手続から独立した手続において実親の同意がされた場合に、その撤回を制限するものであるから、その効果の重大性に鑑み、同意が真摯にされたものであることを担保するものが必要があり、また、同意がされる「公的機関」の公平性・中立性にも留意する必要がある。同意が真摯にされたものであることを担保するためには、同意のもたらす法的な効果について、「公的機関」が実親に十分に説明することが不可欠であると考えられる。また、実親が同意をするか否かを迷っている場合などには、「公的機関」が、実親の置かれている実情を踏まえて懇切に相談に応ずるといったことも望ましいといえる。

本部会におけるこれまでの審議では、同意がされる「公的機関」としては、公証人、児童相談所長、都道府県及び家庭裁判所が挙げられていた。

このうち、公証人については、同意が真摯にされたものであることを確認することには長けており、また、公平性・中立性にも問題はないが、他方で、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担わせることが可能であるかという点については疑問が残るとの意見が出された。

次に、児童相談所長については、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ことに長けており、また、機動性の点でも優れているが、他方で、特別養子縁組の成立に向けた役割をも担っていることとの関係上、

制度的に中立性を担保するという観点から疑問が残るとの意見が出された。

さらに、都道府県については、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ことができ、また、機動性の点でも優れたものにすることができるのではないかという指摘がされているが、他方で、例えば、都道府県知事は、養子縁組に関することを含めた児童福祉に関する事務を児童相談所に委任することができることとされている（児童福祉法第11条第1項及び第3項並びに第12条第1項及び第2項）ことに加え、同法第27条第1項又は第2項により都道府県が採ることとされている施設入所措置等の権限は児童相談所長に委任することができることとされており（同法第32条第1項）、これらの権限措置は実際には児童相談所長によって行われていることなどからすると、結果的には児童相談所長を公的機関とするのと大差ないのではないかとの疑問が呈された。

最後に、家庭裁判所については、同意が真摯にされたものであることを確認することには長けており、また、公平性・中立性に問題がなく、家庭裁判所調査官を活用することで実親の心情に配慮した同意の確認をすることができるが、他方で、家庭裁判所に申立てを行うことや、家庭裁判所に出頭して同意をすることについては心理的なハードルがあるのではないかと指摘や、家庭裁判所は機動性の点では必ずしも優れているといえないのではないかと意見もあった。また、本部会においては、①「公的機関」を家庭裁判所とすることについては、上記の心理的なハードルから、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残る、②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、③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、④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、⑤家庭裁判所で事前に同意がされた場合において、後に成立手続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、手続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されており、家庭裁判所をここでい

う「公的機関」とすることには疑問が呈されているところである。

なお、同意の撤回は、同意がされるのと同じ「公的機関」においてされるものとするのが適切であると考えられるが、本部会においてこれまで十分な検討がされてきたわけではなく、今後更に検討する必要がある。

#### エ 同意を撤回することができる期間

前記(1)ウと同様の理由で「2週間」という案と「2か月」という案とを併記している。

#### (3) 本方策の方式によらない同意の取扱いについて

本試案の「第2・2(3)」においては、本方策によらない同意の取扱いについて、これを無効と扱う【甲案】と有効と扱う【乙案】とを提示している。

【甲案】は、仮に、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ると、同意を確認する家庭裁判所又は公的機関は、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、実親が、その説明を聞いた上であえて撤回が制限される同意を選択することは考えられないということを経由とするものである。

これに対し、【乙案】は、仮に本方策によらない同意を無効とすると、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することになるため、特別養子縁組成立の要件を現行法よりも加重することになることから、このような規律を設けると、現行法よりも特別養子制度が利用しにくいものとなるおそれがあることを理由とするものである。もっとも、この点については、本部会において、撤回不能という現行法にない重大な効果を生じさせる以上、同意を要式行為とすることはやむを得ないものとして合理性があるとの意見も述べられたところである。

#### (4) 本試案の「第2」の「3 特別養子縁組の成立に係る規律の見直し」との関係について

本部会においては、本試案の「第2・2(2)」の規律による方策については、「第2」の「3 特別養子縁組の成立に係る規律の見直し」においてどのような制度を採用するかを前提に検討する必要があるとの指摘があった。特に、「第2・3」において【甲案】を採用すると、「第2・3(1)ア」の特別養子適格認容審判を得ておけば、同審判がされた時から一定期間内は実親の同意を要しないという前提で養親候補者を定めることができることになることから、「第2・2(2)」の規律による方策を採用する必要性はないとの結論となることも考えられる。

### 3 特別養子縁組の成立に係る規律の見直し

#### 【見直しの要点】

成立手続において、終局審判よりも前に、特別養子縁組の成立要件のうちの一部について家庭裁判所の判断を得ておくことができる手続を設けるものとする。

なお、具体的な制度の案としては、特別養子縁組の成立要件を見直した上で、それを2段階の審判によって成立させるものとする【甲案】及び【乙案】と、成立要件を見直さずに、その要件の一部について家庭裁判所が中間決定（家事事件手続法第80条参照）の形で暫定的な判断を示すことができるものとする【丙案】の3案を提示している。【甲案】と【乙案】との違いは、【甲案】は、2段階の審判を、それぞれ別個の申立てによる2個の事件において個別にするものであるのに対し、【乙案】は、2段階の審判を、1個の申立てによる1個の事件の中で順次するものである点にある。

以上の3案による手続のイメージについては、別添の対比図を参照されたい。

#### 【説明】

##### 1 見直しの必要性

本試案の「第2・1」についての補足説明1で述べたとおり、特別養子制度の利用を促進するためには、現行の成立手続において、養親となる者が実親の監護状況に関する資料提出を事実上求められる点や、養親となる者と実親との間に事実上の対立構造が生ずる点をできる限り緩和する必要があることが指摘されている。

また、例えば、実親が子を虐待しているとか養育意欲を欠いているといった事情があるにもかかわらず特別養子縁組の成立に同意しない場合には、現行法の下でも、「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」に当たる（同意不要事由がある）と認められれば、実親の同意がなくても縁組を成立させることができるが（民法第817条の6ただし書）、同意不要事由の存否についての家庭裁判所の判断が示されるのは終局審判においてである上、その存否は多分に評価的な判断によるものであるため、どのような判断がされるかを予測するのは必ずしも容易ではない。そうすると、実親が子の特別養子縁組の成立に同意することを拒んでいる場合には、仮に試験養育がうまくいったとしても、家庭裁判所が同意不要事由の存在を否定して縁組の成立を認めないという事態が起り得るのであり、その場合には、養親となる者及び養子となる者に大きな精神的な負担を強いることにもなりかねな

い。仮に、実親に養育意欲が見られないような場合であっても、家庭裁判所が同意不要事由の存在を否定すると縁組成立に向けた努力が無駄になるおそれがあるというのであれば、養親候補者としては、そもそもその子について試験養育を開始することをためらうことにもなりかねない。

これらの問題点を解消するためには、試験養育を開始する前の段階で同意不要事由の存否についてあらかじめ家庭裁判所の判断を得ておき、試験養育がうまくいった場合には縁組が成立することについては一定の見通しを立てられる状態で、養親候補者が安心して試験養育を開始することができるようにすることが考えられる。

このため、本部会では、①養親となる者の資料提出等の負担を軽減し、②養親となる者と実親との事実上の対立構造を回避し、さらに、③実親の監護状況に関する要件について家庭裁判所の判断を得た上で試験養育を開始することができるようにするといった要請に応えるべく、成立手続の在り方の見直しを行った。

## 2 見直しの趣旨及び内容

### (1) 各案の概要

各案は、いずれも、成立手続において、終局審判よりも前に、特別養子縁組の成立要件のうちの一部について家庭裁判所の判断を得ておくことができる手続を設けようとするものであるが、【甲案】及び【乙案】は、特別養子縁組の成立要件を見直した上で、実親の監護状況に関する要件については、先行する審判によってあらかじめ確定しておこうとするものであるのに対し、【丙案】は、成立要件について見直しを行わずに、実親の監護状況に関する家庭裁判所の暫定的な判断を示す中間決定をすることで対応しようとするものである。

【甲案】及び【乙案】は、いずれも民法第817条の7に規定されている要件を下記アのとおり「特別養子適格要件」と「養親子適合性要件」とに分けた上で、それらの要件については、下記イのとおり、まず特別養子適格要件について実親の同意又は同意不要事由の存否と共に審判により判断し、それらが認められる場合に養親子適合性要件について別の審判により更に判断するといった段階的な判断をすることが許されるものと考えられることから、そのような2段階の審判により特別養子縁組を成立させようとするものである。【甲案】及び【乙案】の基本的な構造は下記ウのとおり共通しているが、両者には、下記エのとおり、1段階目と2段階目の審判を1個の手続の中でするのか（【乙案】）、2個の手続で個別にするのか（【甲案】）という点と、こ

の点に由来して、【甲案】における1段階目の手続については、児童相談所長にも申立権を認めるため、養親候補者が定まる前から開始することができるのに対し、【乙案】における1個の成立手続の申立権は、養子縁組の一方当事者である養親となる者に限って認めるほかないため、養親候補者が確定する前には成立手続を開始することができないという点で差異がある。

以上に対し、【丙案】は、縁組成立の要件については見直しをせず、家庭裁判所が、中間決定の形式により、特別養子適格要件及び実親の同意又は同意不要事由の存否について中間決定をする時点における暫定的な判断を示すことを可能にするにとどめるものである。【丙案】によれば、たとえ中間決定の時点においては特別養子適格要件ありと暫定的に判断されても、その後の事情変更によって実親が監護能力を回復すれば、特別養子適格要件が充足されていないものとして終局審判において申立てが却下されることになる。

#### ア 特別養子縁組の成立要件（民法第817条の7）の整理

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。

ところで、民法第817条の7の見出しは、「(子の利益のための特別の必要性)」とされているが、特別養子縁組の必要性があるのは、その子について、特定の養親を前提としないという意味で一般的に特別養子縁組をすることがふさわしい（特別養子適格がある）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。そうすると、民法第817条の7の要件は、実親との関係に着目して、その子については特別養子縁組を成立させる必要が認められるという特別養子適格に関する要件と、特定の養親との関係に着目して、その子とその特定の養親との間の縁組を成立させるべきであるという、両者の適合性に関する要件とから成り立っていると整理することができるものと考えられる。

また、特別養子適格があるということは、その子について、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と離縁の制限であるこ

とからすれば、特別養子適格があるということは、ある子の養育のために養親子関係を唯一の親子関係とするとともに、離縁をすることもできないものとするほどに強固かつ永続的なものにして、それに基づく養育を安定的なものとする必要があることをいうものと考えられる。そこで、本補足説明では、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特別養子適格を要求していると捉えて、このような特別養子適格があることを「特別養子適格要件」ということとする。また、同条の後半の残部は、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、すなわち両者の間に永続的な親子関係を創設することが必要であるといえるほどの適合性が認められることを要求していると捉えて、この意味での必要性があることを「養親子適合性要件」ということとする。

#### イ 特別養子適格要件と養親子適合性要件とを段階的に審理することの可否

【甲案】及び【乙案】は、民法第817条の7の定める要件を「特別養子適格要件」と「養親子適合性要件」とに整理することを前提にして、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、1段階目で特別養子適格要件の充足性について判断され、それが認められる場合に、2段階目で養親子適合性要件の充足性について判断されることとするものである。現行法においては、特別養子適格要件及び養親子適合性要件は、いずれも縁組成立審判時を基準時として判断されているが、以下の理由から、両要件を段階的に個別に判断することも許されるものと考えられる。

すなわち、まず、児童福祉の現場では、例えば施設に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必要であるかが検討され、それが肯定されるときに、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、まず特別養子適格要件の充足について判断し、それが肯定された場合に養親子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するのは、むしろ自然な思考の流れに沿うともいえるのであって、必ずしも家庭裁判所に困難な判断を求めるものではないと考えられる。

また、理論的にも、特別養子適格要件と養親子適合性要件との判断基準時を同じにして、両要件を総合的に判断する必要はないものと考えられる。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う考え方もあり得るところであり、【甲案】及び【乙案】は、そのような考え方を前提とするものである。すなわち、特別養子適格要件と養親子適合性要件とは、それぞれ、当該子について特別養子縁組を成立させる必要があ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ということである。このような考え方を前提とすれば、特別養子適格要件と養親子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あると考えられる。

#### ウ 【甲案】と【乙案】の共通点

このように特別養子適格要件と養親子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ことを前提に、前記アの要請に応える制度として考えられたのが【甲案】及び【乙案】である。両案は、いずれも特別養子縁組を２段階の審判によって成立させようとするものであり、以下のとおり、その手続の基本的な流れは同じである。

すなわち、１段階目の審判は特別養子適格要件及び同意又は同意不要事由の充足を判断するものとし、それが認められる場合には、その子を特別養子適格がある養子となるべき者とする。そして、養子となるべき者については、特別養子縁組を成立させることがその子の利益のために必要であると認められるのであるから、特別養子縁組の成立に向けた試験養育が実親等の干渉によって妨害されることがないようにするために、その子に対する親権行使に関して特則を設けて制限している（１段階目の審判の詳細については、後記(2)参照）。実親については、１段階目の手続に利害関係参加をすることができるし、１段階目の特別養子適格認容審判に不服申立て（即時抗告）をすることもできることとしている。このように、実親は１段階目の手続において手続保障が十分にされていることから、特別養子適格認容審判が確定した後は、養親となる者の試験養育開始後はもとより、

その開始前に監護能力を回復したとしても、成立手続に関与することができないこととしている。

2段階目の審判は、養子となるべき者について、特定の養親となる者との間で養親子関係を創設することが必要であるといえるか否かを判断するものであり、これが認められる場合には、養親子適合性要件も充足されているものとして、特別養子縁組成立の審判がされることとなる。

前記1に記載した①から③までの要請との関係では、いずれの案でも、1段階目の手続においては実親の監護状況に関する要件が審理され、実親も手続に関与することができるが、1段階目の手続に児童相談所長の関与を可能とすることによって、養親となる者の資料提出等の負担を軽減するとともに、養親となる者と実親との間に事実上の対立構造が生ずることを回避することができる(①及び②の点)。また、1段階目の特別養子適格認容審判がされた後であれば、養子となるべき者に対する親権行使が制限されるほか、実親は成立手続に関与することができなくなることから、養親となる者は安心して試験養育を開始することができるようになる(③の点)。

## エ 【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は共通しているが、【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あ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。

本部会における審議の過程では、例えば、実親が行方不明で施設に入所中の子について、特別養子縁組をすることが必要であると思われても、いつ実親が現れて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実際上困難であるし、仮に見付かったとしても養親候補者が実際に試験養育を開始することをためらってしまうという問題点の指摘がされた。このような問題を解消するためには、養親候補者が定まっていない段階でも児童相談所長の申立てにより1段階目の特別養子適格認容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、児童相談所長において、養親候補者が定まる前の段階で1段階目の特別養子適格認容審判を得ておき、その後養親候補者を確定させ、養親候補者は、実親による干渉等を恐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縁組成立の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特別養子適格要件及び同意又は同意不要事由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，養子縁組の当事者とはなり得ない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，養親候補者が定まっていない段階でも，児童相談所長の申立てにより1段階目の特別養子適格認容審判を得ておくことができるのである（注1）。また，【甲案】を採用すると，2段階目の手続の申立てに関する規律次第で，実親及び実親による養子となる者の監護状況の詳細について，実親は養親となる者に知られずに済み，養親となる者は知らずに済みますということも可能になる余地がある。

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（養親子以外の第三者が，ある養親候補者とある養子候補者との間の養親子関係の創設を求めて養子縁組成立審判の申立てをすることを許容するのは不適切である。），その結果，養親候補者が確定していない段階では1段階目の手続を始めることができない。また，【乙案】を採用した場合には，2段階目の手続の申立てというものは存在しないから，実親及び実親による養子となる者の監護状況の詳細について，実親は養親となる者に知られずに済み，養親となる者は知らずに済みますということは不可能である。

もっとも，その反面，【乙案】では，1段階目の手続の申立てをするのは常に養親となる者であるため，1段階目の審判がされた時点で必ず養親となる者が特定されていることになるから，その後，試験養育を速やかに開始することが可能であるのに対し，【甲案】では，児童相談所長が1段階目の手続の申立てをした場合には，1段階目の審判がされた時点では必ずしも養親となる者が定まっていないことになるから，それが定まるまで空白期間が生じてしまうという難点があるともいえる（ただし，【甲案】の「(2イ)」の規律により，その空白期間は6か月に限定されている。）。また，成立手続を2段階の手続から成るものとするのであれば，2段階目の手続において，1段階目の手続の結果を適切に引き継げるような制度とすべきであるとの指摘がされているところであり，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】の方が優れているといえる。

(注1) 養親候補者が見付かる前に1段階目の認容審判を得ておくことができるようにするためには、特別養子適格要件及び同意又は同意不要事由については、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いう点で理解する(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。

## オ 【甲案】及び【乙案】と【丙案】との異同

【丙案】も、特別養子縁組成立の審判がされる前の時点において、家庭裁判所が、特別養子適格要件及び実親の同意又は同意不要事由の存否について一定の判断を示すことを可能にするという点では、【甲案】及び【乙案】と共通する。

しかし、【甲案】及び【乙案】と【丙案】とでは、背景にある価値判断に違いがあり、そのため、特別養子縁組成立の実体要件の捉え方及び成立手続の構造のいずれもが異なっている。

すなわち、【甲案】及び【乙案】は、いずれも1段階目の特別養子適格認容審判が確定した後は、成立手続への実親の関与を許さず、2段階目の審判において養親子適合性要件が充足されていないと判断されない限り、特別養子縁組が成立して実親子関係が終了することになることとするものである。このため、1段階目の審判において、その時点で養子となる者の実親による監護が困難であるなどとして養子となる者の特別養子適格が認められ、その審判が確定した後は、たとえ実親がその後に監護能力を回復したとしても、実親はその審判の取消しを求めることができず、また、成立手続において監護能力の回復を主張することもできないのであり、この点で実親にとって不利益であるとともに、養子となる者にとっても、実親による養育を受ける機会を1度失うという点で不利益になるとも考えられる。しかし、【甲案】及び【乙案】の考え方の背景には、1段階目の審判において特別養子適格ありと判断され、それが確定するような場合に、その後、この審判を前提とした特別養子縁組の成立に向けた努力が続けられているうちに実親が監護能力を回復するなどといった例は少なく、しかも、現行法の下でも、試験養育が進んだ段階で、実親が自ら子を育てたいと主張するような事例であっても、その後、実親が実際にその子を自ら養育する例は少ないという認識があり、【甲案】及び【乙案】は、そのような実親及び養子となる者にまれに生じ得る不利益よりも、1段階目の特別養子適格認容審判が確定した後は成立手続に実親を関与させないことに

よって前記1の①から③までの要請に最大限応え、これにより、多くの事例において特別養子縁組成立の可能性を高めることによって養子となる者にもたらされる利益の方をより重視すべきであるという考え方に基づくものである（注2）。

これに対し、【丙案】は、中間決定がされた後も、成立手続への実親の関与を許すものであり、仮に、中間決定において、その時点で実親による監護が困難であるなどとして養子となる者の特別養子適格が認められたとしても、実親がその後に監護能力を回復すれば、実親はそのことを成立手続において主張し、中間決定の取消しを求める（家庭裁判所の職権発動を促す）機会を与えられることになる。このため、【丙案】は、前記1の要請のうち、②養親となる者と実親との事実上の対立構造の回避及び③実親の監護状況に関する要件について家庭裁判所の判断を得た上で試験養育を開始することができるようにするといった点については、【甲案】及び【乙案】に比べて応えていないものになっている。しかし、【丙案】の考え方の背景には、上記のような難点よりも、実親が成立手続の係属中に監護能力を回復した場合には養子となる者に実親の下での監護の機会を再度与えることによって養子となる者の受け得る利益の方をより重視すべきであり、特別養子縁組の審判手続を2段階の手続構造とするのは相当でないという価値判断があるものと考えられる。

（注2）ただし、1段階目の審判が確定した後に実親が監護能力を回復したという場合において、子も実親の下で養育されたいとの明確な意思を示しているときには、2段階目の審判の要件である「養子となるべき者の利益になる」か否かの判断の結果、結論として養親子適合性要件が充足されていないとの審判がされることも考えられる。

#### カ 【甲案】及び【乙案】の修正の可能性

前記オに記載したとおり、【甲案】及び【乙案】と【丙案】とでは、その背景にある考え方が大きく異なっているが、【丙案】の背景にある価値判断を踏まえて、【甲案】及び【乙案】の規律を若干修正するという形で両者を折衷していくということも考えられる。例えば、【甲案】及び【乙案】に、実親は、特別養子適格認容審判の確定後であっても、事情の変更があった場合には、その審判の取消しを求めることができることとする規律を付加することなどが考えられる。

#### (2) 【甲案】及び【乙案】における1段階目の審判について

前記(1)ウのとおり，【甲案】及び【乙案】は，基本的な構造は同様であるから，1段階目の審判（特別養子適格の審判）については，概ね同様の規律を置いている。そこで，まず，両案に共通する点について説明する。

#### ア 審判をすることができる時期について

1段階目の特別養子適格認容審判は，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か月間は子の特別養子縁組の成立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こと，仮に出産直後には同意不要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ことを考慮したものである。

#### イ 親権行使の制限

1段階目の特別養子適格認容審判の主要な効果として，養子となるべき者の親権者による親権行使の制限を定めている。

このような規律を設けている趣旨は，養親となる者が円滑に試験養育を行うためには，養子となるべき者に対する親権の行使を制限する必要があるが，他方で，特別養子適格要件及び同意又は同意不要事由がある場合には，もはや実親による養子となるべき者に対する適正な監護を期待することができないため，養子となるべき者に対する親権の行使を制限することもやむを得ないと考えられる点にある。

養子となるべき者の親権者による親権行使の制限に限定している趣旨は，1段階目の特別養子適格認容審判によって，養子となるべき者に対する親権行使が制限された場合には，児童相談所長が児童福祉法第33条の2第1項又は第47条第2項に基づいて親権を行使すること等も想定されるため，そのような親権行使を制限することがないようにするためである。なお，未成年後見人が行使するのは，親権と同一の権利ではあるが，親権そのものではないため（後記注3），養子となるべき者の親族が未成年後見人に就任している場合であっても，1段階目の特別養子適格認容審判によって未成年後見人の権利行使は制限されないということを前提としている。

なお，【甲案】では，1段階目の審判は2段階目の審判と別個の事件についてされるものであるから，親権行使制限の期間は，まず，2段階目の手続の申立期限（1段階目の特別養子適格認容審判の確定の日から6か月が経過する日）までとし，それまでに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、親権行使制限の効果を生じさせる1段階目の特別養子適格認容審判は、当該成立手続が前提としている縁組との関係でのみ意味を有するので、その制限の期間は単純に当該成立手続が終了するまでとしている。

1段階目の特別養子適格認容審判によって親権の行使が制限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（注3）。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、【甲案】及び【乙案】のいずれにおいても、2段階目の手続における認容審判（縁組成立審判）については、養子となるべき者のみが即時抗告権を有することとしているが、養親となる者が養子となるべき者の未成年後見人である場合には、養親となる者が自己の申立てどおり認められた認容審判について、子の法定代理人として即時抗告をするなどということは想定し難いことから、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、養親となる者は養子となるべき者の未成年後見人となることができないこととするとも考えられる。この点については、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。

（注3）民法第840条。未成年後見人選任手続は、成立手続とは別個の手続によって行われる。概念上は、未成年後見人は、親権そのものを有するわけではなく、飽くまで「親権を行う者と同一の権利義務」を有するにすぎない（民法第857条本文）。

なお、一時保護中の子及び小規模住居型児童養育事業を行う者又は里親に委託中の子については児童相談所長が（児童福祉法第33条の2第1項、第47条第2項）、児童福祉施設に入所中の子についてはその施設の長が（同法第47条第1項）、それぞれ暫定的に親権を行うものとされているので、これらの子については未成年後見人の選任がされない場合もあるものと考えられる。

## ウ 認知の制限

仮に、1段階目の特別養子適格認容審判の確定後でも養子となるべき者を認知することができることとし、また、縁組の成立に特別養子適格認容審判の確定後に認知した者の同意をも要することとすると、特別養子適格認容審判が確定し、養親となる者による試験養育が開始された後に養子となるべき者を認知して実親としての立場を得た者が、縁組の成立に同意し

ないこととした場合には、試験養育が順調に進んでいても縁組を成立させることができないことになり、これでは子の利益を害することがあると考えられることから、特別養子適格認容審判に認知の制限の効力を付与することも考えられる。

しかし、本部会においては、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を知らない場合もあることや、認知を制限することの重大性に鑑み、そのようなことができるかについては慎重な検討を要するという指摘がされたところである。このため、本試案には、1段階目の特別養子適格認容審判に認知制限の効力を付与するという規律も考えられる旨の「(注1)」を付記するにとどめたものである。

なお、本試案の規律では、養子となるべき者に対してはその親権者は親権を行使することができないこととされており、また、2段階目の審判では実親の同意は要件とされていない。そうすると、この規律を前提とする限り、1段階目の特別養子適格認容審判が確定した後に実父が認知をすることを制限しなくても、成立手続に大きな支障は生じないものと考えられる。もっとも、例えば、父が、特別養子適格認容審判の確定前には母が養子となるべき者を妊娠していたことを知らなかったが、その子の監護について意欲及び能力を有しているといった場合には、縁組を成立させず、父にその子の監護をさせる（裏を返すと、養親となる者による試験養育が順調に進んでいた場合であってもそれを打ち切る）可能性を残す制度設計の方がより適切であると考えるのであれば、養子となるべき者の縁組の成立に特別養子適格認容審判の確定後に認知した者の同意をも要するという規律にすべきことになる。

### (3) 1段階目の審判と2段階目の審判の時期について（【甲案】及び【乙案】関係）

【甲案】及び【乙案】では、1段階目の特別養子適格認容審判と2段階目の縁組成立審判とを同時にする場合には、1段階目の審判が確定する前であっても2段階目の審判をすることができることとしている。その上で、1段階目の審判が確定することは2段階目の審判の確定要件として整理することとして、1段階目の審判が確定するまでは2段階目の審判は確定しないこととするとともに、2段階目の審判をした場合において、1段階目の審判が取り消されたときは、家庭裁判所は、職権で2段階目の審判を取り消されなければならないこととしている。

これは、現行の成立手続でも問題なく成立しているような縁組についても、全て1段階目の特別養子適格認容審判の確定を待って2段階目の縁組成立審判をしなければならないとすると、手続に要する期間が長期化することを考慮して、そのような縁組については、現行の成立手続と同様に同時並行的に審理した上で1回の審判で成立させることを可能にしようとするものである。これによって、1段階目の審判を先行させる必要がない事例においては、現行手続とほとんど同様の手続となり、必要な事案においてのみ、1段階目の特別養子適格認容審判後に2段階目の縁組成立審判がされることになる。

なお、【甲案】及び【乙案】については、1段階目の特別養子適格認容審判がされると、縁組成立前であっても実親の親権の行使や手続への関与が制限されることになることが正当化されるのかといった点や、1段階目の特別養子適格認容審判によって養子となるべき者とされた子について、適切な養親候補者が見付からなかった場合には、その子については、実親による不相当な監護下に置かれていたというらく印を押されるだけの結果になるのではないかという問題点の指摘がされている。しかし、これに対しては、このような問題が顕在化するのには1段階目の審判を先行させる必要がある子についてということになるが、1段階目の審判を先行させる必要がある子というのは、それをしなければ特別養子縁組を現実的に検討する機会を与えられない子なのであるから、そのような状況下にある子について、特別養子縁組が真に必要なのであるのであれば、実親の親権等を制限することになり、また、適切な養親候補者が見付からなければ子にとって不要な審判がされてしまうおそれがあり得るとしても、制度を全体として見れば、子の利益に資するものであり、やむを得ないとの反論もされたところである。そして、1段階目の審判を先行させる場合には、上記のような重大な効果があることも踏まえて、より慎重に特別養子適格についての判断がされることになるのではないかとの指摘もあった。

#### (4) 1段階目の審判と戸籍の記載について（【甲案】又は【乙案】関係）

##### ア 特別養子縁組に関する現行の戸籍記載の在り方

特別養子縁組の届出がされると、まず、養子は実親の戸籍から除籍され、それとともに養子のみについて、養子を筆頭者とする新戸籍が編製される（この新戸籍において、養子の姓は養親の姓と同一である。また、「従前戸籍」欄には、従前戸籍の筆頭者として実親の氏名が記載される場合もある。）。次に、養子は、その新戸籍から養親の戸籍に入籍する。

このため、養親の戸籍において、養子の「従前戸籍」として記載される

のは養子を筆頭者とする新戸籍であり、実親の氏名が「従前戸籍」の筆頭者として記載されることはないし、養子を筆頭者とする新戸籍においても養子の姓は養親と同一であるから、「従前戸籍」覧の記載から、実親の姓を知ることもできない。また、養親は、「父」、「母」のように実親と同様の記載がされる。したがって、養親の戸籍において、養子の実親の氏名は一切記載されない扱いとなっている。さらに、養子の養親との続柄は、「長男」、「長女」のように実子と同様の記載がされる。ただし、養子の「身分事項」欄には、「民法817条の2」という記載がされるため、当該養子が特別養子であることを知る手がかりは残されている。

#### イ 親権喪失及び親権停止に関する現行の戸籍記載の在り方

家庭裁判所において、親権喪失又は親権停止の審判（民法第834条、第834条の2）がされると、戸籍記載の嘱託がされ、戸籍における子の身分事項欄に、審判の確定日、親権を喪失又は停止された者等の記載がされる。親権停止については、停止期間も記載される。

#### ウ 【甲案】又は【乙案】を採用した場合の戸籍記載について

【甲案】又は【乙案】においては、1段階目の特別養子適格認容審判によって養子となるべき者に対する親権の行使が制限されることとしているため、特別養子適格認容審判が確定した場合には、親権喪失、親権停止等と同様に、養子となるべき者の戸籍にその旨の記載をし、親権の行使が制限されていることを公証する必要があるとも考えられる。そして、戸籍の記載は一定期間の経過により、その効力を失ったとしても、当然には抹消されるものではない（例：未成年後見人の選任等）ため、特別養子適格認容審判が確定した旨の記載は縁組が不成立に終わっても残るものと考えられる。そうすると、特に、特別養子適格認容審判がされたにもかかわらず、縁組の成立にまで至らなかった子については、戸籍の記載から、実親の監護が不適當であって特別養子適格認容審判がされたにもかかわらず、特別養子縁組が成立しなかった子であることが明らかになる。このような点から、【甲案】及び【乙案】は、子に事実上の不利益を生じさせることになるのではないかとの問題点の指摘がされた。

しかしながら、前記(3)のとおり、特別養子適格認容審判を先行させるのは、その必要性がある場合に限られ、実親の同意が問題なく得られているような事案では、特別養子適格認容審判は2段階目の縁組成立審判と同時にされるのであって、仮に試験養育がうまくいかなかった場合には、特別養子適格の審判がされる前（すなわち、戸籍に記載がされる前）に申立て

が取り下げられることが多くなると考えられる。

また、確かに、特別養子適格認容審判を先行させる必要があるような事案では、特別養子適格認容審判が確定し、その旨の戸籍の記載がされた後、試験養育がうまくいかず、縁組が成立しないということが生じ得ることは否定し難い。しかしながら、前記(3)のとおり、そのような事案では、特別養子縁組によって形成される養親子関係の中で養育される必要性が認められるにもかかわらず、特別養子適格の審判を先行させなければ、そもそも養親候補者を選定することさえできなかつたり、養親候補者を選定できたとしても試験養育を開始することが困難であったりするために、このような制度設計が必要となるものであり、制度全体として見れば子の利益に資するものと考えられる。また、特別養子適格認容審判についての戸籍の記載は、現在も既にされている親権喪失、親権停止等の記載に類似したものになるとすれば、必ずしも違和感を生じさせるものとはいえないと考えられる。さらに、戸籍の記載については、一見して直ちに特別養子適格認容審判がされたことが分かるようにしないという工夫の余地もあると思われる。

【甲案】及び【乙案】は、特別養子適格認容審判に関する戸籍記載が残ることによる弊害よりも、特別養子適格の審判を先行させることを要するような子にも特別養子縁組の機会を与えることによる利益をより重視した考え方といえる。

## (5) 【甲案】について

### ア 1段階目の審判（特別養子適格の審判）

【甲案】では、1段階目の審判は、特別養子縁組成立の審判事件とは別個の事件について行われる。

「(1)ア」は、1段階目の審判の要件等を定める規律である。家庭裁判所は、児童相談所長又は養親となる者の申立てにより、ある子について特別養子適格要件がある場合であって、実親が特別養子縁組の成立に同意しているとき又は同意不要事由があるときは、その子を「養子となるべき者」とする審判(特別養子適格認容審判)をすることができることとしている。ここでいう児童相談所長又は養親となる者の申立ては、特別養子縁組成立審判の申立てではなく、飽くまで当該養子となる者についての特別養子適格認容審判の申立てであるため、養子縁組の当事者とはならない児童相談所長が申し立てることができ、児童相談所長が申し立てる場合には、特定の養親を前提とした申立てである必要はなく、養親候補者が定まっていな

くてもよい（養親となる者が申し立てる場合には、後述のとおり、「(2)ア」の申立てを同時にしなければならない。）。

なお、本部会においては、1段階目の手続の申立権者に実親を含めることも提案されたが、実親が自らの子について特別養子適格があるということについて適切に資料を提出するなどすることは必ずしも容易でないと考えられるし、実親が自らの子について特別養子縁組をすることを真に望むのであれば、児童相談所長に申立て及び手続追行を委ねた方が円滑に進むと考えられることから、上記の提案は本試案には掲げないこととした。

「(1)イ」及び「ウ」は、特別養子適格についての審判をすることができる時期及び特別養子適格認容審判の実体法上の効果についての規律であるが、その内容は前記(2)のとおりである。【甲案】では、特別養子適格認容の審判又は却下の審判が確定した場合には、1段階目の事件は終了することとなる。もっとも、1段階目の特別養子適格認容審判によって特別養子適格ありとされた子を長期間不安定な地位に置くことは適切ではないことから、特別養子適格ありとされる期間は6か月に限定して、その期間中に特別養子縁組成立審判の申立て（2段階目の手続の申立て）がされない場合には、特別養子適格認容審判は失効することとしている。

「(1)エ」は、1段階目の審判に対する即時抗告についての規律である。特別養子適格認容審判に対しては、現行法における特別養子縁組成立の審判について即時抗告権を有する者、すなわち、①実親、②実親以外で養子となるべき者に対し親権を行う者、③養子となるべき者の未成年後見人、④実親に対し親権を行う者及び⑤実親の後見人（以下、①から⑤までを併せて「実親等」という。）が即時抗告をすることができるが、実親等は、特別養子適格認容審判が確定した後は、2段階目の手続に関与することができないこととしている。

他方、特別養子適格認容審判の申立てを却下する審判に対しては、申立人が即時抗告をすることができることとしている。

## イ 2段階目の審判（特別養子縁組成立の審判）

【甲案】は、特別養子縁組成立の審判事件は、1段階目の手続とは別の事件であることとし、養親となる者の申立てによって開始することとしている。

「(2)ア」は、2段階目の審判の要件等を定める規律である。家庭裁判所は、養親となる者と特別養子適格ありとされた者との間の特別養子縁組が養親子適合性要件を充足すると認める場合には、養親となる者の申立てに

よって、当該縁組を成立させる審判をすることとなる。なお、2段階目の審判は養子となるべき者について特別養子縁組を成立させるものであるから、2段階目の審判をするためには、原則として1段階目の審判が確定して子が養子となるべき者であることが確定していることを要する。ただし、この点については、1段階目の審判と2段階目の審判とを同時にする場合には、養子となるべき者であることが確定する前の者について2段階目の審判をすることができることとしている（後述のとおり、1段階目の審判が確定するまでは、2段階目の審判は確定せず、特別養子縁組は成立しない）。これによって、現行手続でも問題なく成立しているような縁組については、2個の審判が同時にされ、現行法とほとんど同様の手続運営がされることとなり、1段階目の審判が先行するのは、同意不要要件等について早期に確定させておく必要のある事案に限られることになるものと考えられる。

なお、審理の結果、養親子適合性要件がないことが明らかになったものの、特別養子適格が認められるか否かはいまだ明らかでない場合には、家庭裁判所は、2段階目の手続の申立てを却下することはできるが、特別養子適格が認められるか否かについては審理を続け、これが認められるときには、1段階目の審判（特別養子適格認容審判）をすることになるものと考えられる。もっとも、2段階目の手続の申立てが却下されれば、養親となる者は1段階目の手続を迫行する意欲を失い、申立てを取り下げることが多くなるものと予測される。取下げがされない場合であっても子の福祉の観点から1段階目の手続の申立てを却下し得べきものとするかどうかは、更に検討を要する。

「(2イ)」は、2段階目の審判は、1段階目の審判の確定の日から6か月以内に申し立てなければならぬことを定めるものである。その趣旨は前記アに記載したとおりである。

「(2ウ)」は、養親となる者が1段階目の手続の申立てをする場合には、2段階目の手続も同時に申し立てなければならぬこととするものである。養親となる者が1段階目の手続を申し立てる事案は、比較的問題の少ないものが増えると考えられることから、1段階目の審判と2段階目の審判との連続性を制度的に担保するために同時申立てを義務付けるものである。この場合には、1段階目の手続と2段階目の手続とは併合審理され、現行の審理とほとんど変わらない審理がされることも多いと考えられる。

「(2エ)」は、2段階目の審判が申し立てられた場合には、特別養子適格

認容審判の効力は、その確定の日から6か月が過ぎても、2段階目の審判が終了するまでは継続することとするものである。

「(2オ)」は、実親等が2段階目の手続に参加することができないことを定めるものである。

「(2カ)」は、2段階目の審判の告知に関する規律である。【甲案】は、1段階目の手続において実親等に対して手続保障をすることで2段階目の手続は実親等の関与なく行えることにしようとするものであるから、2段階目の審判については、実親等には告知することを要しないこととしている。ただし、この点については、実親子関係が終了するのは直接的には2段階目の審判によるものであることから、少なくとも2段階目の審判の結果は実親等にも通知する必要があるとも考えられ、その旨の「(注)」を付記している。

「(2キ)」及び「ク」は、1段階目の特別養子適格認容審判と2段階目の縁組成立審判とを同時にした場合の規律であり、まず、両審判の告知の時期の違いにより、縁組成立審判に対する抗告期間の終期が特別養子適格認容審判に対する抗告期間の終期よりも先に到来した場合であっても、縁組成立審判が特別養子適格認容審判の確定前に確定する事態が生ずることは不相当であることから、そのような事態を回避することとしている。また、特別養子適格認容審判と縁組成立審判が同時にされた後に、前者が上級審で取り消された場合又は申立人が1段階目の手続の申立てを取り下げた場合には、2段階目の縁組成立審判が残存するのは不相当であることから、そのような事態も回避することとしている。

「(2ケ)」は、2段階目の審判に対する即時抗告についての規律である。特別養子縁組を成立させる審判に対しては養子となるべき者が、同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こととしているが、これ以外の者には即時抗告権を認めないこととしている。

なお、1段階目の特別養子適格認容審判が確定した後は、2段階目の手続の申立てが却下され、それが確定しても、特別養子適格認容審判の効力はその確定の日から6か月は消滅しない。したがって、新たな養親となる者が、既存の特別養子適格認容審判を踏まえて新たに2段階目の手続の申立てをすることも可能である。

## (6) 【乙案】について

### ア 1段階目の審判（特別養子適格の審判）

【乙案】では、1段階目の審判は、養子となる者の申立てによる成立手続の途中でされることになる。

「(1)ア」は、1段階目の審判の要件等を定める規律である。特別養子縁組成立の審判の申立てを受けた家庭裁判所は、その対象となる子について特別養子適格がある場合であって、実親が縁組の成立に同意しているとき又は同意不要事由があるときは、その子を「養子となるべき者」とする審判（特別養子適格認容審判）をすることができることとしている。【乙案】における特別養子適格の審判は、「特別養子縁組成立の審判の申立てを受けた家庭裁判所」がするのであり、【甲案】とは異なり、特別養子適格認容審判のために縁組成立審判の申立てと別個の申立てがされるわけではない。縁組成立審判の申立ては、「(1)イ」において、現行法と同様に、縁組の一方当事者である養親となる者のみができることとしている。したがって、特別養子適格の審判は、当該養親となる者との間の縁組を前提としたものとなる。このため、特別養子適格認容審判がされた後であっても、申立てを却下する審判が確定した場合には、特別養子適格認容審判は当然に失効する。

「(1)オ」は、1段階目の審判に対する即時抗告に関する規律である。特別養子適格認容審判に対しては実親等が、縁組成立審判の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こととしている。なお、本試案では便宜上、「養子となるべき者とし不在審判」としているが、【乙案】は1個の申立てに基づく手続であるから、特別養子適格要件が認められない場合でも、縁組成立審判の申立てを却下する審判がされることとなる。

#### イ 2段階目の審判(特別養子縁組成立の審判の申立てを受けた家庭裁判所)

【乙案】では、1段階目の審判は、特別養子縁組成立審判の申立てによって開始する1個の手続の中でされる審判であることから、1段階目の特別養子適格認容審判をした家庭裁判所は、新たな申立てを受けないまま2段階目の審判に向けた審理をしていくこととなる。

「(2)ア」は、2段階目の審判の要件を定める規律である。家庭裁判所は、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が養親子適合性要件を充足すると認める場合には、当該特別養子縁組を成立させる審判をすることとなる。【甲案】と同様に、1段階目の審判と2段階目の審判を同時にすることもできることとしている。

その余の点は、【甲案】についてと同様である。

## (7) 【丙案】について

### ア 中間決定

【丙案】は、特別養子適格要件及び実親の同意又は同意不要事由がある  
と認めるときは、縁組成立の終局審判の前に中間決定をすることができる  
こととするものである。

現行の家事事務手続法第80条は、「審判の前提となる法律関係の争いそ  
の他中間の争い」について、家庭裁判所が中間決定をすることができるこ  
ととしているが、【丙案】においては、特別養子縁組成立の実体要件を見直  
さないこととしているため、縁組を成立させるには、特別養子適格要件及  
び実親の同意又は同意不要事由は、いずれも縁組成立の終局審判時に存在  
しなければならず、したがって、特別養子適格要件及び同意不要事由は、  
いずれも「審判の前提となる法律関係の争いその他中間の争い」の対象で  
あるとはいえない。そのため、家事事務手続法第80条所定の中間決定に  
よっては、特別養子適格要件又は同意不要事由について、縁組成立の終局  
審判よりも前の時点で暫定的な判断を示すこととすることができないこと  
から、【丙案】の「ア」の規律を特に設けるものである。

このように、【丙案】における中間決定は、家事事務手続法第80条所定  
の中間決定とは異なるものであるが、暫定的なものであるとはいえ、家庭  
裁判所から中間決定の形式で示される判断が持つ事実上の意味がないわけ  
ではなく、中間決定がされた後は、前記1の要請のうち、②養親となる者  
と実親との事実上の対立構造を回避すること及び③実親の監護状況に関す  
る要件について家庭裁判所の判断を得た上で試験養育を開始することがで  
きるようにすることといった点については、一定程度は応えるものになり  
得るとも考えられる。

なお、【丙案】における中間決定は、家事事務手続法第80条所定の中間  
決定と同様、何ら実体法上の効果を生じさせるものではなく、そのため、  
時期的な制限もないし、法的には、審判前の保全処分等の手段をとらない  
限り、試験養育への実親の干渉を防ぐことができない。この点は、【甲案】  
及び【乙案】における1段階目の特別養子適格認容審判と異なる。

### イ 中間決定の取消し

【丙案】の中間決定に対しては、家事事務手続法第80条所定の中間決  
定と同様、不服申立てを認めていないが、同法第81条第1項において準  
用する同法第78条第1項と同様、家庭裁判所が職権でこれを取り消すこ  
とを認めている。ただし、取消しをすることができるのは、中間決定後に

生じた事情の変更を理由とする場合に限ることにより，中間決定が有する事実上の意味をより重くすることとしている（「イ」）。

もっとも，実親は，中間決定後に生じた事情の変更を理由として中間決定の取消しを求める（家庭裁判所の職権発動を促す）ことができるものと考えられるから，中間決定後の手続に実親を関与させないこととすることはできない。この点は，【甲案】及び【乙案】と異なる。

また，中間決定は飽くまで縁組成立の要件の一部について暫定的な判断を示すものにすぎず，これに対して不服申立てをすることもできない反面，実親は，現行法と同様，縁組成立の終局審判について，即時抗告をすることができる。この点も【甲案】及び【乙案】と異なる。

以 上