

# 児童福祉型の他児養育制度としての 特別養子縁組の展望（一）

## ——民法817条の6と同条の7を巡る判断枠組み——

喜友名 菜 織

はじめに

第一章 817条の6と同条の7の機能

第一節 実質的要件における問題の所在

第二節 各条文の立法趣旨

第一項 817条の6の趣旨

第二項 817条の7の趣旨

第三項 実質的判断の手順

第三節 審判における指針

第一項 両条文の位置付け

第二項 実質的判断の中身

第三項 小 括

第二章 父母の同意要件と要保護要件の関係性

第一節 審判例の蓄積

第一項 分析の前提

第二項 事案の分類

第二節 公表例の選別

第一項 分析の対象

第二項 事案の概要

第三節 判断の妥当性

第一項 判断内容の大枠

第二項 判断方法の推移

第三項 小 括

（以上、本号）

### 第三章 実質的要件に基づく利益調整の在り方

#### 第一節 父母の同意要件を巡る問題の所在

- 第一項 実親の優位性
- 第二項 裁判官の意識

#### 第二節 非公表例の紹介

- 第一項 事案1の概要
- 第二項 事案2の概要
- 第三項 小 括

### 第四章 子の利益に根差した判断枠組み

#### 第一節 考慮要素の抽出

- 第一項 必要性の要件の意義
- 第二項 「親としての適格性」
- 第三項 要保護要件との関係

#### 第二節 判断枠組みの提示

- 第一項 監護養育意思
- 第二項 家庭局の見解
- 第三項 小 括

おわりに

## はじめに

現行民法第817条の2以下に定めのある特別養子縁組制度は、構想から制度成立までに30年近くを要し、現在は施行後30年という節目を迎えつつある。本制度は、親や家庭に恵まれない子の救済に留まらず、代理母出産に代表される生殖補助医療のケースでも利用されており、対象児の射程を広げた多様な運用がなされてきた<sup>(1)</sup>。本稿が取り扱うのはいわゆる要保護児童のケースであるが、いずれにせよ、自然的血縁に基づく結び付きを抛り所とする従来の伝統的な親子観に対して、「親子とは何か」を絶えず問いながら運用されてきたように思える<sup>(2)</sup>。

遡ること、特別養子制度の新設は「藁の上からの養子」の慣行に端を発

(4) し、その後の「菊田医師事件」や西欧主要諸国における養子法改正の動向を受けて、ようやく本格的な制度創設の審議が行われるに至る。法制審議会民法部会身分法小委員会における審議は、1959（昭和34）年に開始されて以来、途中で休眠状態に置かれ、また、制度創設の是非や、制度設計に際しての具体的な内容を巡り、賛否両論の激しい議論が交わされる等、制度の導入は難産を極めた。しかし、社会的要請の高まりの中で議論の内容も次第に変容を遂げ、構想時の原案を引き継ぎながらも、現行制度は、主として棄児や虐待児等を、親に足る適切な養育者との間の養子縁組を通じて救済するために成立するに至る。

特別養子縁組の特色は、次の三点から見出せる。所定の要件を全て満たした上で家庭裁判所の審判によってのみ成立する（817条の2）。縁組成立の効果として、子と法律上の親との間の法的親子関係が終了する（同条の9）。原則として離縁は許されない（同条の10）。これらの特色は、「子のための養子法」を実現させる理念の表れであり、里親制度に代表される他児養育制度の一形態として明確に位置付けられ、子の福祉を積極的に保護するための制度として運用されることが強く望まれていた。しかし、その理念や期待に反して、当初企図した通りに運用がなされてきたとは明言できず今日まで至る。要保護児童約4万5千人に対して、司法統計年報によれば、2015年度の特別養子縁組の新受件数は621件、認容件数は544件と、その利用率が要保護児童全体の1.5%にも満たないという実態からも明らかである。

要保護児童については、施設養護が大半を占めている。従来、要保護児童に対しては、児童福祉法に則り公的責任に基づいた対応（以下、社会的養護という）が行われてきたが、わが国の社会的養護は、圧倒的に施設委託措置に偏重している。この現状については、大規模型施設における養育の問題性や家庭養護の重要性が長らく指摘されてきたこともあり、現在、家庭的な養育環境を保障するものとして里親委託が推進されている。しかしながら、家庭養護を担うのは里親制度だけではない。児童福祉型の養子縁組として認識

されている特別養子制度についても、この制度による救済を必要とする児童(18)らのために円滑な運用が図られて然るべきである。

ところが、従来、家庭環境を提供する点で同じ他児養育制度の括りにあるとはいえ、児童福祉法上の措置としての里親制度と、民法上の特別養子制度とを同列に扱うことは難しいとされてきた。根拠条文の違いだけでなく、実親子の再統合が目指されるか否か、その目的も異なるためである。無論、実親子の再統合を図ることを第一とし、それが困難な場合に、親子分離が伴う特別養子制度が選択されるべきとする見解は妥当である。(19)それを前提として、実親による適切な監護養育が期待できない場合には、養育者と安定的な家庭環境を恒久的に保障する本制度の利用が速やかに検討されるべきである。(20)子の福祉に資する制度として与えられた機能を発揮できるよう、本制度が創設された経緯と立法趣旨に立ち返り、理念と運用の間に生じた齟齬を是正することが求められる。

本制度の利用不振の主たる要因として、民法と児童福祉法による連携の不足および民法上の要件の厳格さが挙げられる。(21)前者について、社会的養護は児童福祉法に基づく取組みであり、特別養子縁組については同法に規定がなかったことから、これまでは消極的な運用に留まっていた。(22)しかし、2016(平成28)年5月に成立した改正児童福祉法において、「法律の施行後速やかに、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」(附則第2条第1項)と明記された。これにより、今後は社会的養護の一つとして積極的に位置付けられ利用されていくことになる。(23)加えて、同年12月には新たに「養子縁組あっせん児童保護法」が成立するに至り、これによって、適正かつ透明性の確保された手続のもと、児童相談所と民間あっせん団体との協働に基づく特別養子縁組あっせんが行われることになる。(24)また、同法の施行によって、民法と児童福祉法の連携が促進されることが期待される。(25)このような近時の改革によって、特別養子制度は、児童福祉制度へと純化するべ

く大きな一步を踏み出せたといえる。

他方、後者の問題として、特別養子縁組の直截的な根拠規定となっている民法上の諸規定が、子の福祉を積極的に保護しようと志向する近時の動向に対して十分に応えられ得る設計となっているのか、縁組の成立を求める審判において制度趣旨に即した解釈・運用がなされてきたのか、再考する余地がある。養子となる者の年齢要件に関する規定をはじめ、<sup>(26)</sup>厳格に設けられた民法上の諸要件を緩和・修正するよう求める声は、制度導入の当初から根強く<sup>(27)</sup>存在している。

以上のような問題意識を踏まえ、本稿では、民法上の要件の緩和・修正の必要性に関連して、「実質的要件」として設けられた817条の6および同条の7の規定に主眼を置き、両条文を巡る従来の判断枠組みを明らかにし、現行法制度の中で適用し得る判断方法を提示すべく、次のように検討を進める。まず、両条文が設けられた趣旨と期待された機能について、立法解説や家庭局の見解をもとに整理を行う（第一章）。次に、817条の6と同条の7前段について、公表された審判例・決定例（以下、公表例という）の分析を通じてその関係性を詳らかにする（第二章）。続いて、近時の非公表例を紹介するとともに、子の利益保護を817条の6但書に依拠して行うことの是非について考察する（第三章）。最後に、817条の7後段の意義に鑑み、判断の基礎に据えるべき考慮要素を抽出し、817条の7前段の検討を主軸に据えた判断枠組みを提示する（第四章）。

## 第一章 817条の6と同条の7の機能

### 第一節 実質的要件における問題の所在

現行規定上、特別養子縁組を成立させるためには、①養親の夫婦共同縁組（817条の3）、②養親となる者の年齢（同条の4）、③養子となる者の年齢（同条の5）、④父母の同意（同条の6）、⑤子の利益のための特別の必要性（同条の7）、の五つの要件を全て満たさなければならない。①②は養親、③

は子、④は実親と子、⑤は三者に係る要件となる。

各要件を充足するかは、条文の文言に従い、要件①②③は形式的に判断し得るものの、要件④⑤については実質的な判断が必要とされる<sup>(28)</sup>。公表例を見る限り、実質的要件の検討に入る前提として、形式的要件を充足している必要がある。すなわち、要件①②③のいずれかを満たさない場合は、要件④⑤の検討に入ることなく、門前払いの如く申立てを却下されることがある<sup>(29)</sup>。

しかし、形式的要件を全て満たしている場合であっても、実質的要件である要件④⑤を充足しない限り、特別養子縁組が成立することはない。要保護児童を対象とした純粋型に限定されない全般的な問題としては、「実質的」という言葉が表すように、この二つの要件の解釈・判断が事案を担当する裁判官の広範な裁量に委ねられている<sup>(30)</sup>、ということが挙げられる。解釈を行うに際しては「特別養子縁組の目的と効果に鑑みる」という点で一致した了解を得ているものと推察するが、輪郭が不明瞭な大枠に依拠した判断では、事案を担当する裁判官の解釈の在り方や「子の利益」の捉え方に応じて、縁組の成否に関する結論が大きく異なることが懸念される。ともすれば、特別養子縁組により救済されて然るべき事案であるにもかかわらず、担当裁判官によって要件を充足しないという結論が導き出されたために、当該申立てが却下されるという事態が生じかねない。そうなれば、養親となる者、実親、縁組あっせん機関といった特別養子制度を利用する側にとって、審判の行方を把握することは困難になる<sup>(32)</sup>。817条の6と同条の7の規定する実質的要件は、縁組の成立要件の中でもその成否を大きく左右するものであるといえ、実際に公表例を概観しても、成立を巡り、両条文について主として検討された事案が多いことが見て取れる(表1参照)<sup>(33)</sup>。

表1の補足として、分類を行った公表例計46件のうち、多数を占めるのは要件⑤に関する事案であるが、当要件の検討においては、養子となる者の境遇(例えば、捨て子、連れ子、親族の子、代理母出産によって出生した子等)に即して、異なる判断枠組みが用いられてきた<sup>(35)</sup>。そのため「内訳」とあ

るように、要保護児童を対象とした「純粋型」の他、「連れ子型」<sup>(36)</sup>、「親族間型」、「生殖補助医療型」等々に分けて類型化した。要件③④に関する事案についても同様である。表1全体を俯瞰すると、要件⑤における「普通養子縁組からの転換型」が連れ子如何にかかわらず約半数（計20件）を占めてお<sup>(37)</sup>り、それに続くのが要件④に関する事案（計10件）であることが分かる。

表1 公表例に基づく条文毎の分類とその件数(国際養子縁組・渉外養子縁組を除く。)

主として検討された条文		件数(計46件)と内訳	
要件 ③	817条の5 「養子となる者の年齢」	計3件	
		純粋型	2件
		普通養子縁組からの転換型	1件
要件 ④	817条の6 「父母の同意」	計10件	
		純粋型	6件
		普通養子縁組からの転換型	2件
		親族間型	2件
要件 ⑤	817条の7 「子の利益のための特別の必要性」	計33件	
		純粋型	1件
		連れ子型	4件
		普通養子縁組からの転換型	10件
		連れ子・普通養子縁組からの転換型	10件
		親族間型	6件
	生殖補助医療型	2件	

本稿は、個別的問題として、要件④は満たさないが要件⑤は満たし得る、そのような純粋型のケースを取り扱う。すなわち、実親による適切な監護養育に恵まれず、施設委託または里親委託等を経て、養親となる者によって現に監護養育されている要保護児童のケースで、「父母の同意」は得られていないが「子の利益のための特別の必要性」を充足し得る場合を取り上げるものである。要件④⑤は、主として実親子の利益に配慮して設けられたとされるが、公表例を踏まえると、実際の審判では縁組に対する実親の意向と子の利益が対立する場面において、「断絶」<sup>(38)</sup>の効果および実親の意向が裁判官の価値判断に与える影響が大きいことは否めず、真に子の利益に適った

判断であったのか疑わしい例も散見される。このことは、「子のための養子法」の理念と運用との間に生じた齟齬の一端であるといえ、実質的要件の検討においては、「子の利益」の内容を具体化した上で、子の利益保護が当然に優先される体系的な判断枠組みを構築する必要があるといえる。

以上のことから、本章では制度導入時に遡り、817条の6と同条の7が設けられた立法趣旨、両条文を裁判所が如何に捉えていたのかにつき、整理を行うことにする。

## 第二節 各条文の立法趣旨

### 第一項 817条の6の趣旨

817条の6は、特別養子縁組の成立につき、本文で、親権者や監護権者であることを問わず父母の同意を要すること、但書で、父母の同意を不要とする例外事由（「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、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」）を規定する。本条が設けられた趣旨について、立法解説に即して整理を行うと、以下のようになる<sup>(39)</sup>。

まず、本条本文については、実親子双方の利益を保護するために機能することが期待されていた<sup>(40)</sup>。すなわち、縁組成立の効果として、実親子は相互に、親子としての地位ならびに扶養請求権および相続権を喪失することになり、このような実親子の事実上・法律上の地位の重大な変更は、双方の利益に重大な影響を及ぼすことになることから、子の利益保護については、これにつき第一次的責任を有する父母に、縁組に対する同意権を与えるのが相当であると解された。併せて、父母の利益保護については、親としての基本的かつ固有の地位・権利に基づき、縁組同意権を付与するのが適当とされた。

次に、本条但書には、子の利益保護を優先させる機能が与えられていた。つまり、父母の同意を縁組成立の絶対的要件とすると、却って子の利益を害する結果となること、父母が積極的か消極的かを問わず子の利益を害する場

合には、父母の意向よりも子の利益保護を重視して差し支えないこと等の考慮から設けられた。ただし、子の利益を著しく害する事由がある場合であっても、それが父母の作為・不作為に起因しないときは、但書に該当しないとされる。

但書の掲げる例外事由については、次の場合を指すとされる。「その意思を表示することができない場合」とは、795条但書および796条但書の場合と同じく、父母が心神喪失その他の事由により意思能力を欠いている場合や所在不明の場合をいう。「虐待」は、892条と同じく、父母が子を身体的・精神的に苛酷に取り扱うことをいう。「悪意の遺棄」は、770条1項2号や814条1項1号と同じく、正当な理由がないにもかかわらず子を放置し著しく監護養育の義務を怠ることをいう。<sup>(41)</sup>「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」とは、1条3項に規定されているところの一種の権利濫用の場合であり、父母による「虐待」「悪意の遺棄」に比肩し得るような不当な事情がある場合、換言すれば、父母の存在自体が子の利益を著しく害する<sup>(42)</sup>場合をいう。

なお、父母の同意が得られないケースについては、一度なされた同意が撤回された場合と、当初より同意を拒否している場合とに大別される。同意の時期や撤回に関しては、<sup>(43)</sup>法文上、特別な制限がなく、それゆえ、同意は審判時に存在することを要するが、審判確定前までは自由に撤回することができる<sup>(43)</sup>と解された。もっとも、同意が撤回された場合でも、それが但書に該当するときは、同意不要と判断され得るという。一貫して縁組に同意しないと表明している場合（例えば、親権や監護権をもたない実父が、子の監護養育に対して全くの無関心であったにもかかわらず、子の実母やその再婚の夫に対して嫌がらせや金品を要求する場合等）に関しては、不同意の動機に照らし、同意の拒否それ自体が同意権の濫用と認められ、但書の適用される余地があると解された。

## 第二項 817条の7の趣旨

817条の7は、特別養子制度の目的を定めた独立の規定が置かれていない中で、その目的と縁組成立の判断基準を明らかにするものである。本条は、前段で要保護性、後段で縁組の必要性が存在しなければならない旨を規定し、縁組の成立を実親子関係の終了という効果に相応の事情がある場合に限定する機能を有している。本条が設けられた趣旨については、以下のように説明される<sup>(44)</sup>。

まず本条前段について、縁組の成立には父母の監護養育の不適切性を理由とする事情が必要であるとされ、その事由が前段で具体的に規定されている。すなわち、「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」には、子に一定の要保護性が認められ、前段の要件を満たすことになる。それゆえ、実親子の関係に着目した要件として位置付けられる。なお、文理的には817条の6と同じ父母を指すが、ここでは、監護養育の可否や適切性が問題とされるため、原則として、子に対して監護養育義務を負う父母について判断すべきであると解された。

本条前段の掲げる事由については、次の場合を指すとされる。「監護が著しく困難」とは、子を監護養育する意思を有しているが、客観的事情（例えば、貧困や正常な家庭がないこと等）によって適切な監護養育が期待できない場合をいう<sup>(45)</sup>。監護が著しく「不適當」とは、父母によって一応の監護養育が行われているが、その方法が適切さを欠く程度が高い場合（例えば、虐待もしくは著しく偏った監護養育を行っている場合、通常の未成年子の監護養育に必要な対応を殆どとらない場合等）をいう<sup>(46)</sup>。以上の事由は、ある程度恒常的なものでなければならず、一時的で将来改善される余地がある場合は、民法上の親権喪失制度や児童福祉法上の措置で足りることから、前段の要件を充足しないとされる。また、この事由の有無については、諸般の事情を総合的に判断するとともに、父母双方の事情を考慮することが必要であるとされた。したがって、単に未婚の母の子であるとか、父母が子の養育を望んで

いない等の個別的事情だけでは、当事由の存在は認められない。「その他特別の事情がある場合」<sup>(47)</sup>とは、「監護が著しく困難又は不相当であること」に準じる場合をいい、具体的に如何なる場合がこれに該当するかは、実親子関係の終了が子の利益に合致するかどうかを基準にして判断すべきであるとされた<sup>(48)</sup>。

次に本条後段は、子に親や家庭を与え健全な育成を図ることにより、子の福祉の向上ないし子の利益の増進を達成するという目的に適合する場合でなければ、縁組を成立させてはならないことを明らかにするものである。つまり、普通養子縁組との対比から、特別養子縁組特有の効果（例えば、親子関係の終了、離縁の禁止、戸籍上の特別の措置等）に鑑み、子の利益の観点からより高度の必要性が存在しなければならないとされた。主として養親子の関係に着目したものとして位置付けられており、養親となる者との間に新たに実親子と同様の強固な親子関係が設定されることにより、養子となる者の監護養育状況が、現状に比して永続的にかつ確実に向上することが明らかでなければ、後段の要件を充足しないと解された。これについては、817条の8の定める試験養育期間を通じて、監護養育能力その他養親となる者の適格性、子と養親となる者との和合可能性等、縁組の相当性を具体的事情に即して判断する必要があるとされた。なお、817条の6本文および本条前段の内容とも重複するが、実親子関係の終了が子の利益に反しないことも、本条後段の要件に含まれるとされる。

### 第三項 実質的判断の手順

以上の立法趣旨を踏まえた上で、817条の6と同条の7について如何なる手順で検討が行われるのか整理を試みる。なお、817条の6の本文と但書ならびに同条の7の前段と後段が設けられた趣旨や期待された機能に鑑み、本稿では、817条の6それ自体を指す場合は「父母の同意要件」、但書の例外事由は「同意不要事由」と呼び、同条の7については、前段を「要保護要件」、

要保護要件に該当する事由を「要保護事由」、後段については「必要性の要件」という語を適宜用いることにする。

縁組を成立させるためには、全ての要件を充足しなければならない。そこで、形式的要件は全て満たしているものと仮定し、実質的要件の判断の流れを想定すると、次のようになると思われる。まず、自己の子が特別養子に出されることにつき、実親が同意を示しているケースでは、父母の同意要件を満たすため、要保護要件と必要性の要件を充足するか検討される。続いて、実親が同意を示すことが困難な状況にあるケース（例えば、死亡や所在不明の場合等）では、同意不要事由のうち「その意思を表示することができない場合」に該当し得る。それに伴い、実親による監護養育が不能な状態に陥<sup>(50)</sup>ていることを意味することから、要保護要件を当然に満たすとされる。実親双方につき監護養育が不能な場合には、縁組の成立は、子の福祉の向上に寄与し子の利益とも合致することから、必要性の要件も充足すると判断されよう。

最後に、実親が同意しないケースについては、同意不要事由や要保護事由に該当するか、必要性の要件を充足するか各々検討されることになる。特別養子縁組の成立を巡り、とりわけ問題となるのはこのケースである。というのも、要保護要件や必要性の要件を充足する場合、実親の意向と子の利益が対立した状態にあることを意味するためである。制度成立時、このような場合については、如何なる判断方法に基づき、実親と子のいずれの立場を優先させると解されていたのか。立法解説では、その点について明示されていないため、運用に際して裁判所で示された指針をもとに整理を進める。

### 第三節 審判における指針

#### 第一項 両条文の位置付け

817条の6と同条の7は、運用を担う側からすれば、いわゆる白地規定も同然であった<sup>(51)</sup>。そのため、実際の審判に向け、規律された文言および立法解

説に従い、如何に運用すべきか一定の方針を見出すべく、制度の施行に前後して、「高等裁判所管内別家事事件担当裁判官会同」という形で協議が行われるに至る<sup>(52)</sup>。最高裁判所事務総局家庭局（以下、家庭局という）の見解をまとめると、以下ようになる。

まず、817条の6本文については、父母の意思に反して親子関係が断絶されないことを趣旨とするものであり、いわば父母の意思の尊重、父母の利益保護のためにあると捉えられた<sup>(53)</sup>。このような家庭局の見解は、子の利益保護を第一とした上で実親の利益保護をも兼ね備えると示した立法解説の趣旨と異なることを指摘できる。

同意不要事由の具体的判断基準については、立法解説では触れられず、運用上参考になるものとして親権喪失制度が取り上げられた。すなわち、特別養子制度は、親子という身分関係の切断、復権がないこと、条文の文言も厳しい表現がとられていること、父母の陳述の機会を保障し慎重な手続を定めていること等から<sup>(54)</sup>、親権喪失制度よりも厳格に運用されるべきであることが確認された<sup>(55)</sup>。さらに、親権喪失事由との比較から、同意不要事由のうち「その他養子となる者の利益を著しく害する事由」についても、財産管理権の濫用だけでは不十分であるとされ、身上監護を問題とした上で、子の福祉を害する程度が強かつ殆ど改善の見込みがないことが要求された<sup>(57)</sup>。また、遺棄・虐待に該当するか微妙な場合への救済として、当事由について検討する余地があるとされた<sup>(58)</sup>。

一度なされた同意の撤回については、立法解説と同様、審判が確定し親子関係断絶の形成効が生ずるまではいつでも可能であると解された<sup>(59)</sup>。加えて、同意の撤回は、それまでの審理手続を全く無駄にするばかりか、養子となる者の監護養育状況を不安定にさせ子の福祉上問題が生ずる恐れがあるため、実務における同意の取り方としては、手続の初期段階で父母の同意の真意を確認することが望ましいとされた<sup>(60)</sup>。同意の撤回が濫用にわたる場合にこれを許さず縁組の成立を認容できるかという点に関して、立法解説は、同意の撤

回は同意不要事由で処理し、同意の拒否が濫用に当たる場合も同事由が適用される余地があると説明していたが、家庭局はこれに付け加える形で、同意の撤回が濫用にわたる場合も、動機において問題があるときには、同事由の問題として処理すれば足りるとした。<sup>(61)</sup>

次に、817条の7の判断を行う前提として、子は父母によって監護養育されることが基本的に望ましいこと、そのため、縁組の成立は「監護が著しく困難又は不適當」な場合に限るのが相当であること、普通養子縁組との区別を明確にすること、連れ子型を許容していること、児童相談所との関与を基礎付けること、という配慮から本条が設けられたことを踏まえる必要があるとされた。<sup>(62)</sup> そのため、要保護要件のうち「その他特別の事情」は、事案にもよるが、立法解説を踏まえ「監護が著しく困難又は不適當」に準ずるものとして解釈することが相当であるとされた。<sup>(63)</sup>

必要性の要件については、親子分離を伴わない方法（例えば、父母の親権または管理権を喪失させ後見人を選任する、普通養子縁組を行う、親権者でない父母の一方もしくは第三者を監護者に選任する、里親に委託する等）による救済で足りる場合には認められないと解された。<sup>(64)</sup> 「子の利益のため特に必要がある」場合につき、立法解説では、普通養子縁組に比してより厳しい基準が課せられていると説明されたが、家庭局はさらに、試験養育期間の導入に鑑み、養親となる者の適格性および養親子間の適合性の判断にあたっては、普通養子縁組よりも慎重でなければならないのは勿論のこと、適格性・適合性の程度もより高度のものが要求されるとした。<sup>(65)</sup>

立法解説では、要件を充足しない場合として、要保護要件については特別養子制度以外の代替的手段で足りる場合、必要性の要件については普通養子縁組に比して高度の必要性が存在しない場合であると説明していたが、家庭局の見解はこれと異なることが読み取れる。殊に注視すべき点として、家庭局が、必要性の要件を、要保護要件の検討に劣後するものと捉えていたことが挙げられる。<sup>(66)</sup>

## 第二項 実質的判断の中身

一見すると、家庭局は、立法解説をさらに補充し具体化する方向で、運用の指針を提示したかのようなのであるが、実際は、縁組成立による効果の重大性をかなり意識し、審判では厳格な解釈のもと、原則として認容を制限すべきとする立場に立っていたといえる。<sup>(67)</sup>このような家庭局の見解に依拠した場合、実親が縁組に同意しないケースでは、如何なる事情を実質的要件の検討の基礎に置き、縁組の可否を判断することになるのか。下記の質疑とそれに対する家庭局の回答は、実質的要件相互の関係性を考察する足掛かりとなるものとして参考になる。

質疑の内容は、次のようになる。<sup>(68)</sup>例えば、施設に長期委託されている児童につき、父母は子と連絡を取ることもなく、確たる引取りの意思もないが、特別養子縁組に同意しないというケースがあるとする。この場合、(イ) 817条の7に該当するか。すなわち、要保護要件については「監護が著しく不相当」に該当し得るとしても、必要性の要件との関係で如何に考えるのが相当か、(ロ) 父母の不同意は、817条の6の同意不要事由に該当するか、(ハ) 父母が子と縁を切りたくないという理由から、特別養子縁組ではなく普通養子縁組を望む場合はどうか。

これに対する家庭局の回答は、次の通りである。<sup>(69)</sup>(イ) 要保護要件の判断では、引取りの意思が重要な意味を持ち、上記のケースでは、要保護要件に該当する可能性が高いといえる。ただし、この場合、引取りの意思だけでなく、施設に預けた事情、監護養育能力、父母の生活状況、収入、住居、家族構成、共働きであるか否か、今後の監護の方針等、諸々の事情を総合的に勘案した上で判断することになる。必要性の要件の判断では、養親子間における嫡出親子関係と同一の法的親子関係の成立と、実親子関係の終了の二つの面から、縁組の成立が特に必要であるか検討されるべきである。前者では、普通養子縁組に比してより高度の必要性の存在と監護状況の格段の向上が要求され、後者については、要保護性が認められたとしても、それが一時

的なもので将来改善される余地がある場合には、親権喪失制度や児童福祉法上の措置をとるという対応で足り、親子関係を終了させる必要はない。(ロ)父母の不同意が同意不要事由に該当するかの判断については、施設に預けた事情(例えば、単なる自己都合か、仕事の都合や貧困等の止むを得ない理由があるか等)、将来の引取りの意思の有無、連絡と接触の態様等、諸々の事情を個別的に検討した上で判断すべきである。(ハ)は、(ロ)の派生的な問題であり、子を監護養育できないが縁は切りたくないとする心情を如何に評価するかという問題である。父母の心情も無理からぬものがあり、これにペナルティを課すような運用は問題である。

以上のように、質疑の内容に即して、要保護要件、必要性の要件、同意不要事由の順に判断すべき事柄が提示されたが、以下の四点につき、疑義がある。

第一点として、家庭局の回答(イ)(ロ)では、判断方法が条文毎に分断されており、817条の6と同条の7の関係性が全く判然としない。家庭局は、両条文が連関する余地のあることを予想し得たのか。

第二点として、このような問いは、同意不要事由と要保護事由の関係性が不明瞭であることから生じる。立法解説では、同意不要事由の判断方法については言及されなかったため、家庭局の回答(ロ)は、それを提示したものとして一応評価できるが、これによると、両事由は、実親子に係る規定であるとともに、実親側の諸事情(例えば、子を引き取る意思の有無、施設に預けた事情等)を判断の基礎に置く点で共通する。しかしながら、その判断方法には、何故か「総合的」「個別的」という差異が設けられ、両事由は独立した規定として捉えられているように見受けられる。

このような両事由の関係性に派生して、第三点として、養親子に係る規定である必要性の要件は如何に解すべきか。家庭局の回答(イ)を踏まえると、要保護要件を満たすとき、必要性の要件は、子の利益のために養親子間の結び付きを尊重し縁組成立に導くというよりかは、むしろ実親子関係の終

了に歯止めをかけるためにあるものとして捉えられている。では、実親の不同意が同意不要事由に該当するようなケースであっても、必要性の要件は縁組の成立を制限するものとして機能することになるのか。それとも、縁組の成立を促す方向で機能することになるのか。その場合に、要保護要件を充足しなければならぬとする理由は何処に求められるのか。

第四点として、家庭局の回答（ハ）との関連で、実親側に、縁は切りたくないとする主観の事情と、監護養育能力の欠如が認められる等の客観の事情が存在する場合に、子の利益の観点からはいずれの事情に重きが置かれるべきであるのか。

### 第三項 小 括

特別養子縁組の意義は、子の利益の積極的保護という理念を前面に打ち出し、わが国に根強く存在する血縁偏重主義を打ち破る「画期的」な制度として創設された点に求められる<sup>(70)</sup>。他方で、国家によって半永久的な親子分離がもたらされるという重大な特徴を有し、運用面においては、親子関係の「断絶」という帰結に対して極めて慎重な姿勢が示されていたといえる。

このことは、立法解説を補いつつもそれよりもさらに厳格に捉えた家庭局の見解を概観すれば明らかである。前項で取り上げた協議では、とりわけ同意不要事由と要保護事由の判断基準について、その内容を明らかにすべく予想されるケースに即して種々の質疑応答が交わされていたが、総じて、審判においては厳格な解釈に基づいた運用を原則とすべきことが強調された<sup>(71)</sup>。実質的要件は、一義的に子の利益保護を実現するために設けられたはずであるが、親権喪失制度や普通養子縁組と対置させる家庭局の見解に立つと、特別養子縁組による救済は、子が「劣悪」な監護養育環境下に置かれている場合等<sup>(72)</sup>の、顕著な要保護事例に限定されることになる。

特別養子縁組は、実親による適切な監護養育に恵まれない子をその福祉のために救済することを理念としているが、このように、実際は、他の制度に

よる救済では代替できない場合に最終的に講じる手段として位置付けられているために、実質的要件の判断も、子を実家庭に留め置くために解釈される余地を広く残していたといえる。親子分離を極力回避しようとする論拠は、立法の動機や制度趣旨に照らせば、当然に子の立場を優先させるために見出されるべきであるが、厳格な解釈を行えば、実親の利益は確かに守られることになる反面、子についてはかなり消極的な利益保護に留まることになる。このような運用によって、「子のための養子法」の理念を実質化し得るのか、議論を重ねる必要があったといえる。

ここで、前節第三項「実質的判断の手順」に戻ると、「実親が同意を示しているケース」では、立法解説に従い要保護要件と必要性の要件について検討されると予想したが、家庭局によって、817条の7の判断においては、必要性の要件よりも要保護要件の充足性の方が重視されると明示された。これを補強するものとして、家庭局は、実親の同意があり必要性の要件を満たすとされる場合に縁組の成立を認めれば、実親と養親となる者との間の協議による縁組を許すことになりかねず、制度本来の趣旨に反することから、要保護要件を充足しない限り、縁組の成立は却下すべきとする<sup>(73)</sup>。したがって、「実親が同意を示しているケース」では、要保護要件が縁組成立の要となろう。

これに対して、「実親が同意しないケース」では、同意不要事由、要保護要件、必要性の要件について各々検討されると予想した。要保護要件も必要性の要件も満たすとき、縁組の成立は認められるのか。それとも、そのような場合であっても、縁組に対する実親の不同意の方が重視されることになるのか。このケースの判断方法については明示されず、審判例の蓄積が俟たれるところとなったが、いずれにせよ、「実親が同意しないケース」では、父母の同意要件と要保護要件が縁組成立の鍵を握っているといえる<sup>(74)</sup>。

殊に、同意不要事由と要保護事由に基づく判断が子の利益にどの程度寄与することになるのか、予め議論される必要があったと解する。実親と異なり、養子となる者には意見聴聞の機会がなく、子の立場は、客観的事由に依<sup>(75)</sup>

拠した判断を通して尊重するよりほかない。そして、縁組の成立が子の利益に適うかは、実親の監護養育に関する主観・客観を含めた事情をもとに勘案されるため、子の利益保護の根拠となる客観的事由は、実親側の事情から投影される子を取り巻く監護養育状況から抽出するしかない。しかしながら、親子関係の「断絶」に対して極めて慎重な家裁実務を踏まえると、審判時に、実親が縁組への拒絶を示したり監護養育意欲を表明することで、子のための客観的事情よりも、実親側の主観的事情の存在の方が重視されるのではないかと憂慮される。たとえ客観的事情の存在に重きが置かれたとしても、同意不要事由と要保護事由については、各々「個別的な判断」や「総合的な勘案」を経て、如何なる結論を下すべきであるのか定かでない。実質的要件としての817条の6と同条の7、実親子の利益調整を担う同意不要事由と要保護事由の関係について、明らかにすることが求められる<sup>(76)</sup>。

## 第二章 父母の同意要件と要保護要件の関係性

### 第一節 審判例の蓄積

#### 第一項 分析の前提

家庭局によって示された見解は、協議の過程で見出された暫定的な方針に過ぎず、以後、実質的要件については、審判例の蓄積を通じて判断基準がある程度定まっていくことが期待された。本章では、公表例の分析をもとに、<sup>(77)</sup>実質的要件の中核をなす父母の同意要件と要保護要件について、如何なる判断基準が形成されてきたのか検討を行う。

分析するにあたり、ある審判において、年齢要件等の形式的要件は満たしており、父母の同意要件と要保護要件の充足性について検討される場面を想定し、実親の同意の有無と要保護性の存否が、縁組の成否と如何に関連するのか場合分けを行った。概ね、表2の㊦から㊨の四つのケースに分類できよう。

表2 実親の同意の有無、要保護性の存否、縁組の成否に関する場合分け

	実親の同意	要保護性	縁組の成否
㊦	あり	あり	成立
㊧	あり	なし	?
㊨	なし	あり	?
㊩	なし	なし	不成立

表2を踏まえると、㊦㊩のケースについては明瞭である。㊦は、父母の同意要件も要保護要件も満たすために、縁組の成立が認められる。これに対して、㊩は、両要件をいずれも充足しないため、縁組不成立となる。㊧㊨のケースは、縁組の成否について「?」と表記しているように、担当裁判官の解釈・裁量に基づき、実親の意向と子の利益のいずれかを重視するかで結論が分かれ得ることが予想される。

㊧は、実親は縁組に同意しているが、子に要保護性が認められないケースであり、家庭局の見解に従えば、縁組不成立となる。しかし、親子分離を回避するためにとられるこのような論理は、子の利益の観点から妥当であるのか。すなわち、実親の同意の表すところは、消極的意味においては子を別の養育者に委ねても良いとし、より積極的意味においては子の監護養育を放棄しても構わないとする、意思の表明である。適切な監護養育を受けることが子の福祉にとって何よりも重要であるとする立場に立つと、実親の同意が監護養育意欲の薄弱または欠如に由来する場合には、子の福祉に及ぼす影響を顧慮し、縁組を成立させる方が子の利益保護に適うと解する。

㊨は、実親は縁組に不同意であるが、子に要保護性が認められるというケースである。実親子間で利益相反が生じ得るこのような局面に関して、解決を導く具体的判断基準については明示されていないため、実際の審判例に即して明らかにしていくほかない。

## 第二項 事案の分類

表3 表2に基づく公表例の分類

表2の場合分けに基づいた分類		件数（計44件）と内訳	
(I)	㊦に該当する事案	計11件	
		純粋型	1件
		普通養子縁組からの転換型	4件
		連れ子型	1件
		連れ子・普通養子縁組からの転換型	2件
		親族間型	1件
		生殖補助医療型	2件
(II)	㊧に該当する不成立事案	計19件	
		連れ子型	3件
		普通養子縁組からの転換型	3件
		連れ子・普通養子縁組からの転換型	8件
		親族間型	5件
(III)	㊨に該当する成立事案	計1件	
		普通養子縁組からの転換型	1件
(IV)	㊩に該当する不成立事案	計1件	
		普通養子縁組からの転換型	1件
(V)	㊪に該当する成立事案	計6件	
		純粋型	5件
		普通養子縁組からの転換型	1件
(VI)	㊫に該当する事案	計1件	
		純粋型	1件
(VII)	実親の同意がないために、要保護性の存否につき検討されなかった事案	計3件	
		純粋型	1件
		親族間型	2件
(VIII)	実親の同意の有無は不明であるが、要保護性の存否につき検討された事案	計2件	
		普通養子縁組からの転換型	2件

表2の場合分けを踏まえ、既出の表1の公表例と照らし合わせると、表3のように分類できる。<sup>(78)</sup>なお、㊦から㊫に該当しない事案として、表3の(VII)と(VIII)が挙げられる。これらは初期の公表例であるが、早くも運用上の問題が露呈していた。立法趣旨が確認・共有されていないためか、(VII)では、実親の不同意で直ちに縁組不成立と判断され、要保護性については検討されなかった。これに対して、<sup>(79)</sup>(VIII)のように、実親の同意の有無について検討された形跡がないという事案も見受けられる。第一次的に実親によって監護養育されることが子の福祉に適うとされているところ、親子関係の維持によって子が受ける利益および親子分離によって子が被る不利益に鑑

みると、両要件の検討は縁組の成否について判断する前提とされなければならない。

④、⑦に該当するのは、(Ⅱ)(Ⅲ)、(Ⅳ)(Ⅴ)の事案となる。④は、実親の同意はあるが子に要保護性がないケースであり、(Ⅱ)(Ⅲ)を見ると、純粹型の事案が一つもない。これに対して、⑦は、実親は不同意であるが子に要保護性が存在するケースであり、(Ⅳ)(Ⅴ)のうち、(Ⅴ)については5件が純粹型の事案である。

## 第二節 公表例の選別

### 第一項 分析の対象

純粹型の事案に主眼に置き、如何なる具体的検討を経て縁組の成否が判断されてきたのか考察すべく、公表例の分析を行う。その際、表3の(Ⅱ)から(Ⅴ)の中で、純粹型の分類にはないが同意の撤回が論点となった事案については、表2の⑦のケースと関わりがあるため、分析の対象に含める。(Ⅵ)と(Ⅶ)のうち、実親の同意に重きを置いた判断がなされた事案についても同様とする。

分析の対象とする公表例は、表4の通り全部で13件あり、<sup>(80)</sup>実親が死亡または所在不明のケースと、生存が判明しているケースに大別される。前者は、表意不能を意味することから同意不要事由に該当するとともに、実親による子の監護養育が期待されないことから要保護事由も認められよう。さらにいえば、そのような状態に置かれた子の福祉は、縁組の成立によって「現状に比して永続的にかつ確実に向上することが明らか」であるため、必要性の要件も充足することになる。つまりは、養子となる者が孤児や棄児のケースでは、縁組の成立が導かれ易い。これに該当するのが、公表例4、5、9であ  
<sup>(81)</sup>る。

後者については、さらに、実親が同意を撤回したケースと、当初から同意を拒否していたケースに分けられる。同意撤回事案に当たるのは公表例3、

6、7、11、同意拒否事案は公表例8、10、12、13となる。以下では、主にこれら8件の各事案の内容を概観した上で、その判断方法の妥当性について検討を行うことにする。

表4 分析の対象とする公表例の一覧

表2	表3	公表例	事案の性質	本稿での呼称
㊦	(I)	静岡家審平成元年11月6日	純粋型	公表例1
㊧	(III)	東京家審昭和63年11月8日	非純粋型	公表例2
㊨	(IV)	東京高決平成元年3月27日	非純粋型	公表例3
		横浜家審昭和63年3月11日	非純粋型	公表例4
		札幌家審昭和63年3月18日	純粋型	公表例5
		福岡高決平成3年12月27日	純粋型	公表例6
		長野家松本支審平成14年9月27日	純粋型	公表例7
		青森家五所川原支審平成21年5月21日	純粋型	公表例8
		福岡高決平成24年2月23日	純粋型	公表例9
㊩	(VI)	東京高決平成14年12月16日	純粋型	公表例10
該当なし	(VII)	東京高決平成2年1月30日	純粋型	公表例11
		大阪家審昭和63年6月17日	非純粋型	公表例12
		大阪高決昭和63年10月27日	非純粋型	公表例13

## 第二項 事案の概要

まず(III)(IV)の事案に関して、その概要を述べる。

(III)は、実親の同意はあるが子に要保護性がない場合に、縁組の成立を認めたケースである。これに該当する公表例2は、非純粋型（普通養子縁組からの転換型）であるが、公表例3（抗告審）に関わるため、触れることにする。本件では、実母による監護養育が困難なことから医師会のあっせんを通じて引き取られた養子となる者（未認知の嫡出でない子）と、養親となる者との間で、本件申立時においてすでに普通養子縁組が成立していた。実母は、いまだ子を養育することが困難な状況にあり、特別養子縁組に同意していた。本件では、すでに普通養子縁組が成立していたことから「要保護性には欠ける」とされたが、「普通養子縁組をした当時の事情」、現時点における「実方親族の状況等々総合的に考察すれば、この際実方との親族関係を断絶し」、養親となる者によって適切に監護養育されることが「子の利益のため

必要でありその将来にとって望ましい結果を招来する」と判断され、縁組の成立が認容された。

ところが、審判確定前に実母によって同意が撤回されたために、公表例3では、実母が原審で示した同意の「真意」について検討が行われた。本件は、実親の同意はないが子に要保護性がある場合に、縁組の成立が認められなかった(IV)のケースに該当する。本件では、実母に気の迷いがあったことは窺われるとしつつも、原審で示された実母の同意は真意の同意であったと認定された上、同意の撤回の有効性が認められた。他方で、本件では、817条の7を充足しており、同意不要事由に該当する余地もあると説示された。さらに、同意不要事由については、同意を撤回した経緯と理由のほか、養親子の生活状況、現時点における実親の生活状況と子の監護養育の可能性等の観点から判断する必要があるとされた。ところが、これは言及に留まり、実質的要件を充足するか具体的に検討された跡は見られず、原審でさらに審理を尽くす必要があるとして差し戻され、結果として、同意の撤回で以<sup>(82)</sup>って縁組は不成立となった。

次に、(V)に関する事案について述べる。これは、実親の同意はないが子に要保護性が認められる場合で、同意不要事由に該当するとして縁組の成立が認められたケースである。

公表例6は、同意撤回事案であり、実親の同意がない場合に縁組の成立を認めた初めての公表例として位置付けられる(なお、原審で如何なる検討を経たのかは不明である)。養子となる者は未認知の嫡出でない子として出生し、実父母が里子に出すことを希望したため、養護施設への入寮措置がとられていた。実母は、借金の取立てに追われ、仕事も不規則で、前夫との間の子の面倒を身内に看させたまま、国民健康保険に加入させることも児童扶養手当の受給手続をとることもできない状態にあり、「監護は著しく困難であって要保護性がある」と認定された。同意不要事由については、(1)調査官からの調査呼出しに対して無断の不出頭を繰り返したこと、(2)施設委

託された実子の安否を気遣うことがなかったこと、（３）養親となる者に対して同意を得たいのであれば金銭の貸与か支払いが必要であると受け取れる言動に及び、その拒否にあった後に同意の意思を明確にしたこと、（４）同意の撤回が、今まで親しみ馴染んできた養親となる者から引き離されることが子に混乱と打撃を与えるだけでその福祉に沿わない状況に立ち至った後なされたものであったこと、（５）養親となる者に子を引き渡した当時と変わることなく、現時点においても子を引き取り養育できる状況にないこと、といった事情から、生みの母としての実母の心情には酌むべきものがあるとしても、子の福祉の観点から客観的に見れば「養子となる者の利益を著しく害する事由」に該当すると判断された。本件の特色は、同意の撤回を認めた上で、上述の公表例 3 の言及を受けてか、撤回を巡る事実関係を仔細に認定した点にあると解する。中でも、上記（３）（４）（５）の事情は、公表例 3 で示された判断内容（同意を撤回した経緯と理由のほか、養親子の生活状況、現時点における実親の生活状況と子の監護養育の可能性等）を参考にしたものであると解する。もう一つの特色として、同意不要事由の判断において、実親の主観的事情よりも客観的事情を重視した点が挙げられる。

公表例 7 も、同意撤回事案である。養子となる者は、実母と第三者との間の子であり、実父母は特別養子に出すことを希望していたことから、出生直後より里親会の仲介で養親となる者のもとに預けられた。ところが、実母が子を引き取り監護養育する意思を表明し、縁組に対する当初の同意を撤回するに至る。実母には、夫との間に二児がおり、これについては監護養育実績があり、また、実家からの援助も得られる状況にあった。このような事実から、実母による養子となる者の監護養育についても一般的な支障は見出せないとされた。しかし、養親となる者によって縁組成立を求める申立てがなされたことを踏まえ、実母による監護の適否につき検討が進められた。その結果、（１）実母は子を引き取る意向を表明したものの、いまだその目途が立たない状況にあり、実母がどの程度真剣に子の監護養育を考えているのか疑

わしく、子の監護を事実上放棄しているものと見ざるを得ないこと、(2) 養親となる者による子の監護実績とそれによる実質的親子関係が形成されていること、(3) 実母は不安定な生活を続けている状況にあること、(4) 子の監護環境を激変させた場合に適切な対応がなされないと子に大きな心の傷を生じさせる懸念があること、といった事情から、養親となる者の監護養育下で物心付いて順調に成長している子を、実母が引き取り適切な監護養育を行うことは「現実的にはかなり難しい状況である」と判断された。同時に、実母が「安定した監護環境を用意せずかつ明確な将来計画も示せないまま、将来の未成年者の引取りを求め続けることは、いたずらに未成年者の生活を不安定にし、未成年者の健全な成長に多大な悪影響を及ぼす」とし、「このような不安定な立場に置き続けること」は「養子となる者の利益を著しく害する事由」に該当すると判示された。本件は、裁判例6で提示された判断方法を踏まえたものであるといえる。すなわち、同意の撤回を巡る事実関係を明らかにしようとした点、同意不要事由の判断で客観的事情を重視した点(公表例6の(4)(5)参照)は、公表例6と重なるところがある。加えて、本件の特色は、養親となる者との間で親子関係が形成されている中で、実親が単に子の引取りを求めることは、子を不安定な監護養育環境下に置くことになり、「養子となる者の利益を著しく害する事由」に当たると判示した点にあると解する。ところが、本件で提示された判断は、公表例10(抗告審)では採用されなかった。

ここで便宜上、(V)に該当する事案ではないが、公表例7との関連で公表例10について述べる。本件は、同意拒否事案であり、実親の同意も要保護性もないために縁組不成立とされた(VI)のケースに該当する。結論から述べると、公表例3と同様、さらに審理を尽くす必要があるとして、原審に差し戻された。本件の特色として、同意不要事由と要保護事由の判断につき、制度施行時に示された立法解説を踏襲した形で検討が行われたことが挙げられる。つまりは、同意不要事由における「その他養子となる者の利益を著し

く害する事由」がある場合とは「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」を指すとし、また、要保護事由につき、「監護が著しく困難」とは「貧困その他客観的な事情によって子の適切な監護ができない場合」、「不適當」とは「虐待や著しく偏った養育をしている場合」、「その他特別の事情がある場合」とは「これらに準じる事情のある場合」をいうと説示された。このことから、原審のいう「安定した監護環境を用意せずかつ明確な将来計画も示せないまま、将来の未成年者の引取りを求める」ことを以って、同意不要事由と要保護事由を充足するということとはできないと判示された。さらに、実家からの援助を受けられる可能性を否定し得ないこと、実母は一貫して子を監護養育する意思を表明していること等から、817条の7を満たすと判断するには躊躇せざるを得ないとされた。<sup>(83)</sup>

公表例8は、同意拒否事案である。養子となる者は、実親からネグレクトを受けており、養護施設への入所措置がとられていた。その後、養親となる者によって里子として引き取られ5年以上にわたり養育されてきた。特別養子縁組を求める審判の申立てについては本件が二度目となるが、いずれのときも、実父は縁組に対して不同意であった。本件では、「十分な愛情に裏付けられた強い養育意欲」、「適切な監護養育の継続」、「子の順調な生育」の点から、養親となる者の監護実績を評価した上で、特に後述の実父の事情から、監護が「著しく困難又は不適當」な場合に当たり、縁組の成立が「子の利益のために特に必要である」と判示された。「安定的な監護環境」を重視した点は、公表例7の判示とも重なる。実父の不同意については、(1) 実父母のもとで子はネグレクト状態に置かれ、児童相談所への通告や乳児院への入所措置等が繰り返されていたこと、(2) 実父は縁組に反対しているが、現時点では引取りのための手続に着手していないこと（公表例6（5）、公表例7（1）参照）、(3) 子の将来にとって極めて重要な本件の調査に何ら応答せず、陳述を聴くために指定された審判期日にも連絡なく出頭しな

ったこと(公表例6(1))、といった事情より、安定的に養育されてきた養親となる者の家庭から子を引き離すことは子に混乱と打撃を与えるだけでその福祉に沿わず(公表例6(4)、公表例7(4))、実父の過去における養子となる者に対する監護状況ならびに現在の家庭における養子となる者以外の子らに対する監護状況は、子の福祉の観点から問題があるといわざるを得ないとされた。加えて、実父の不同意は親としての気持ちの表れである面は否定できないものの、いたずらに縁組に反対する実父の行動は、子を引きたいとするその気持ちに反して「子の将来にわたっての安定的な生育環境を阻害する結果をもたらしかねないもので、いわば同意権の濫用にあたる」とし、「不同意を巡るこれらの事実関係は、子の健全な生育の著しい妨げとなるもので、その利益を著しく害する事由に該当する」と判断された。

最後に、(Ⅶ)に関する事案について述べる。これは、実親の同意がないために要保護性の存否について検討されなかったケースに当たる。

公表例11は、公表例3と系統を同じくする同意撤回事案である。養子となる者の実父母の夫婦仲は悪く、実母は子を置いたまま家出し、子は要らないと拒否していた。実父は子を勤務先の人に預ける等していたが、知人伝いでこれを知った養親となる者に託すことにした。原審に当たるのが公表例1であり、実親の同意があり子にも要保護性が認められることから縁組成立とされた(I)のケースに該当する。原審では、実父母の監護養育の意思や能力、養親となる者の監護状況から、要件を充足するか検討された。実父は、経済力は十分にあるが、夜勤等があり生活が不規則で「現実の監護能力は殆どない状態」にあり、監護養育の意欲も完全に失っていること、実母については、愛情がないわけではないが、自身の経済力や将来を考えると子を引取って養育するのは無理であると自ら判断していること等が確認された。養親となる者による監護状況については、養親としての適格性や養親子間の適合性に問題はなく、以上のことから、要件を全て満たすとし、本件申立ては認められた。ところが、実母が同意を撤回したために、公表例11(抗告審)

では、原審でさらに審理を尽くす必要があるとして、817条の7の検討を経ることなく縁組不成立となった。なお、同意不要事由の有無については、実親の真意や今後の対応策等について審理を尽くさせた上で、改めて判断するのが相当であると説示された。

公表例12（原審）は、父母の同意要件の欠缺を理由に縁組の成立を却下した初めての公表例であり、公表例13（抗告審）も高裁段階の判断としては初めての公表例となる。いずれも非純粹型の同意拒否事案である<sup>(84)</sup>。養子となる者の実父母は不仲であり、実母は二児を置いて家出し実家に帰り、以来別居することになり、その後離婚した。二児のうち、養子となる者は、実父母の別居後、実父の姉夫婦である養親となる者のもとに預けられ、監護養育されてきた。すでに養親子間で普通養子縁組が成立していたが、特別養子制度の新設を機に本件申立てを行うに至った。実母は、普通養子縁組審判時の面接以来、養子となる者とは没交渉であったが、特別養子縁組には反対の意向を示していた。原審は、実母の不同意は同意不要事由に該当しないことから、父母の同意要件を充足しないと判断し、縁組は不成立となったが、如何なる事実関係や検討を踏まえて同意不要事由に該当しないとする結論が導き出されたかは定かでない。抗告審では、抗告の理由として主張された二点、すなわち、実母の不同意が「権利の濫用」に該当するか、子に対する行動態様が「悪意の遺棄」に該当するか検討された。これについては、実母が子を置いて家出したその時点では子に対する愛情を有していたか疑わしいが、その後、子のことを考え行動したことに鑑みると、現時点では子に対する愛情が欠如していると断ずることはできず、「悪意で遺棄しているものとも認め難い」と判断された。加えて、養子となる者に実親を同じくする兄弟姉妹がいる場合には、養子となる者のみが、縁組の成立により実親子関係を終了させられることが「子の真の幸福」となるかにわかに断定し難く、実母の不同意は「肉親の情として止むを得ない」ものがあり、これを以って「権利の濫用」ということはできないと判示された。

### 第三節 判断の妥当性

#### 第一項 判断内容の大枠

審判例の蓄積を通じて、一定の判断基準が形成されることが期待されていたわけだが、公表例によって如何なることが明らかにされたといえるか。立法解説や家庭局によって示されていたように、実親子の利益保護を重視する見解に従えば、縁組に対して実親が不同意を示している場合には、父母の同意要件と要保護要件の双方について判断が行われて然るべきである。しかし、公表例を踏まえると、当初の期待や目論みとは異なる運用がなされているように見受けられる。

表5 従来の公表例から見出される判断枠組み

事案	判断内容	結果	縁組の成否
同意撤回事案	公表例3 同意の撤回の有効性	原審判取消 原審差戻	不成立
	公表例11 同意の撤回の有効性	原審判取消 原審差戻	不成立
	公表例6 ・同意不要事由 (「養子となる者の利益を著しく害する事由」) ・要保護事由(「監護が著しく困難」)	抗告棄却	成立
	公表例7 ・同意不要事由 (「養子となる者の利益を著しく害する事由」) ・監護の適否	申立認容	成立
同意拒否事案	公表例12 同意不要事由	申立却下	不成立
	公表例13 ・同意不要事由(「悪意の遺棄」) ・権利の濫用	抗告棄却	不成立
	公表例10 ・同意不要事由 (「養子となる者の利益を著しく害する事由」) ・要保護事由	原審判取消 原審差戻	不成立
	公表例8 ・同意不要事由 (「養子となる者の利益を著しく害する事由」) ・権利の濫用 ・要保護事由(「監護が著しく困難又は不適當」)	申立認容	成立

実親子の利益調整の問題が顕著に現れる同意撤回事案と同意拒否事案に主眼を置き、各々時系列順に判断内容をまとめたものが、表5となる。公表例3、12、13以外は純粹型であるが、事案の性質としては同じ括りにあるものでも、統一の図られた運用がなされてきたとは言いがたい。また、父母の同意要件が縁組成立の要とされ、中でも、同意不要事由のうち「養子となる者の利益を著しく害する事由がある場合」に該当するかが主たる論点として取り扱われていることが分かる。要保護要件の判断については、単独で検討された場合（公表例6）、同意不要事由に汲み込んで検討された場合（公表例7、10、8）、検討されなかった場合（公表例3、11、12、13）に分かれ、判断の方法も決して一様でないといえる。

公表例そのものが少ない中、純粹型に絞るとなるとその数はさらに限定されるために、統計的な大勢といえない中で統一的な判断基準が構築されていないと結論付けることについては、躊躇せざるを得ず、表5の8件をもとに、実際の運用の在り方を見定めることは困難である。<sup>(85)</sup>とはいえ、公表例で提示された判断内容およびそれに基づく判断方法を一類型として捉え、判断の妥当性を評価することは有用である<sup>(86)</sup>と考える。

## 第二項 判断方法の推移

特別養子縁組の申立審判に際して、詳細な事実認定をもとに検討を行う点では統一が図られたといえるが、認定された事実関係をもとに如何なる解釈・判断を行うかは、裁判官の実質的要件や「子の利益」の捉え方の変容と相まって多様性を見せている。以下では、表5の公表例をもとに、学説の見解を踏まえながら、解釈や判断方法の推移について考察を行うことにする。

まず、制度が施行されてすぐ後の事案（公表例3、11、12、13）は、厳格な解釈に基づいた慎重な運用を基本的方針とする家庭局の見解に強い影響を受けているといえる。学説では、このような運用を妥当であると支持するものがある<sup>(87)</sup>一方、「実親子関係の切斷」という効果に過度に神経質になってい

ると指摘するものもある<sup>(88)</sup>。

初期の同意撤回事案の特色として、親としての固有の地位・権利に基づく縁組に対する実親の意向を、殊更に重視していたことが挙げられる(公表例3、11参照)。実親が不同意であるという事実と相当な重きが置かれ、同意が撤回された場合には、その事実を以って、父母の同意要件は満たさないと即断し、子の利益に係る同意不要事由と要保護事由の有無について検討されることはなかった。もっとも、このような判断方法は、親子分離を最終手段として位置付けた家庭局の見解を汲んだものとして捉えることができる。同意拒否事案も、初期の頃は、「肉親の情として止むを得ない」とする判示に象徴されるように、実親側の心情や意向といった主観的事情に配慮した判断が行われていたといえる(公表例12、13参照)。同意不要事由について一応の検討がなされているとはいえ、要保護要件については触れられていないのである。

なお、公表例13では、抗告の主旨に従い、「悪意の遺棄」と「権利の濫用」の双方から検討が行われている。実親が同意を拒否する場合には、「同意不要事由」と「権利の濫用」の一方で処理することになるのか、それとも、その両方で対処するのか。立法解説は、「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」が「一種の権利濫用の場合」であると説明するが、他方で、同意の拒否それ自体が同意権の濫用と認められる場合には同意不要事由に該当する余地があるとも述べていた。学説では、「父母の同意が得られない場合の取り扱いについては、直接の明文の規定は置かれていない。これは、その不同意が同意権の濫用といえるような場合であっても817条の6の但書規定で対処できる、と考えられたからであろう」と述べるものがある<sup>(89)</sup>。この見解の趣旨は、ひとまず同意の拒否それ自体を権利の濫用で処理できるか検討し、権利の濫用と認められる場合には同意不要事由で以って対処することにあると解され、立法解説に沿ったものといえる。すなわち、「権利の濫用」とは、「その他養子となる者の利益を著しく害する事由」その

ものを指す場合と、同意の拒否それ自体を指す場合があり、前者の場合は、同意不要事由のうちの一つとしてそのみで処理し、後者の場合は、権利の濫用、同意不要事由の順に（結果として双方で）対処することになる。公表例13は、このような判断手順に合致するものではなく、独自の判断を行っているものと解する。

では、実親の不同意が、権利の濫用にも同意不要事由にも該当しない場合は、如何なる検討が必要とされるのか。つまり、「合理性・必要性に欠ける単なる父母の我が儘・嫌がらせに基づくもの」として、その不同意の正当性までを問題とすべきであるのか。<sup>(90)</sup> 上記学説は、同意不要事由に該当しない限り「不同意そのものの正当性は少なくとも直接的には問題とはならない」とし、加えて、同意不要事由の有無に関する検討においては、「子の将来にわたっての福祉が損なわれたり父母が不当にその親族関係を断絶されることのないよう客観的に配慮されることこそが重要であり、同意権者たる父母の我が儘・嫌がらせというような主観的事情に惑わされるべきではない」と説く。<sup>(91)</sup> この見解は、不同意の動機が不純であることを理由に縁組を成立させてはならないとする趣旨であることに留意する必要があるものの、<sup>(92)</sup> 父母の同意要件の検討については、担当裁判官が実親の意向に引き寄せられることにより、子の利益の非積極的保護に陥ることが危惧されるところ、実親の主観的事情よりも客観的配慮を行うよう喚起を促している点で示唆的である。

次に、制度施行からしばらく経過して後の事案（公表例6、7、10）について考察する。同意撤回事案の特徴として、同意が撤回された場合には、その撤回を有効とした上で不同意を巡る事実関係を詳細に認定するとともに、この認定事実が同意不要事由の判断の基礎に置かれたこと、そして、実親の意向に配慮しつつもより客観的事情に依拠した検討が行われたことが挙げられる（公表例6、7参照）。とりわけ、子の利益の観点から、実親による監護養育の適否、子と養親となる者との間で新たに築かれた関係性、子のための安定的な監護養育環境の確保といった点が重視され、さらには、実親側の

主観的事情よりも客観的事情の検討の方に比重が置かれるようになったことは、一連の判断枠組みの推移における分岐点として位置付けることができる。

公表例6について、学説では、「実母には将来的にも子を健全に監護・育成しようとする真摯な意思および能力はないと思われ……縁組を成立させないことは、子から現在および将来における安定した生活環境を奪うことになり、その利益を著しく害するので」、本件で同意不要と判断したことは「正当」であると支持された<sup>(93)</sup>。他にも、同意の撤回が無制限に許容されていることから、これが同意権の濫用に該当するような場合は、同意不要事由に基づき同意なしに成立させて然るべきであり、本件は「子の福祉に資する事例」と評するものもある<sup>(94)</sup>。「子の福祉に資する」という評価は、本件が、同意不要事由だけでなく、子に対する実母の監護状況や監護実績に基づき、要保護事由にも該当すると判示していることから、妥当であると解する。

公表例7は、公表例10と併せて見ていく必要がある。両事案とも、同意不要事由、実親による監護の適否、要保護性の存否について検討が行われたが、要保護要件のうちいずれの事由に該当するか言及されていない。原審は、同一の認定事実を用いて、監護の不適切性と同意不要事由を認めたと、学説では、原審の説示する事情では説得力を欠き、必要性の要件の充足性についても吟味する必要があったことから、抗告審の決定を妥当とする見解がある<sup>(95)</sup>。これに対して、監護養育意思を実親が有している場合に、同意不要事由に該当するか判断することは難しいと前置きしつつも、抗告審は、養育親との間ですでに「実質的な親子関係が形成されていること」を何ら重視していないと指摘する見解もある<sup>(96)</sup>。確かに、抗告審は立法解説の内容を引用しているために、子の利益保護に係る新たなそして重要な視点とされた「養親子間の心理的結び付き」よりも、実親の意向を相当に重視しているように見受けられる。実際のところは、抗告審も、愛着形成の重要性や愛着遮断による弊害の深刻さを認識しており、養親子間で心理的親子関係が成立していた事実があることから、子の監護環境を急激に変化させることが福祉上好ましく

ないことは明らかである旨付言されたとい<sup>(97)</sup>う。

その結果、公表例10の差戻審では、調査官調査や当事者審問を経て、実母や養親となる者の生活状況を詳細に認定した上で、同意不要事由と要保護事由に該当するとして、縁組の申立てを認容したとい<sup>(98)</sup>う。差戻審の判断の概要については、次のよう<sup>(99)</sup>になる。実母の子に対する愛情に欠けるところはないが、監護環境の整備に対する意欲が十分でなく、現にその環境の客観的態勢は未整備であり、その整備には相当の時間を要する状態にあるから、現在の安定した生活環境から子を離脱させて実母が引き取るとしても、そのこと自体が子本人の福祉に照らして極めて重大な影響を及ぼすばかりか、実親子で円満な親子関係を形成することは著しく困難であると考えざるを得ない。実母の監護下に置くことは、もはや子の福祉の観点から著しく不当であり、その健全な成長の著しい妨げになると認められるのであるから、このことは、同意不要事由における「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」および要保護事由における「監護が著しく不適當」な場合に該当する。また、養親となる者の愛情のもと、その監護が長期間継続しているために子は現在の生活環境に慣れていて、安定した生活等の事情があることから、必要性の要件も充足する。

このような差戻審の判断を受けて、学説では、原審の説示した「安定した監護環境を用意せずかつ明確な将来計画も示せない」ことについては、「確かに実親に監護させることの適切さを強く疑わせる事実であるけれども、それだけでは不十分であるとした本決定は妥当であり、差戻審がなしたような詳細な事実認定の積み重ねが必要である」と支持する見解や、差戻審<sup>(100)</sup>における同意不要事由の判断は、従来よりも緩和されたと捉える見解がある一方、<sup>(101)</sup>抗告審で問題とされた「父母の存在自体の有害性」について検討されていないことを指摘する見解も<sup>(102)</sup>ある。公表例7は、事実認定やそれに基づく検討の在り方に不十分な点があったとはいえ、その後の公表例10や差戻審と併せると、一連の事案は、子の利益に根差した判断においては、「子・養親・実親

の状況を総合的に考慮<sup>(103)</sup>し、必要性の要件も加味した上で、縁組の成否を検討することが不可欠であることを示したものとして位置付けられよう。

最後に、比較的近時の事案(公表例8)では、実親が不同意の場合に、詳細な事実認定や、子のための安定的な監護環境の確保の必要性という観点からの検討を前提とした上で、実親子間ならびに養親子間の関係に着目し、同意不要事由の有無だけでなく、要保護要件や必要性の要件の充足性についても検討が行われるに至る。学説では、「子の安定的な生育関係維持という子の利益を重視し、民法817条の6但書の例外事由を柔軟に解したものと<sup>(104)</sup>いえ、本件審判の結論は妥当」とする見解や、「子の発育過程においては、特定の養育者との親密で継続的な関係を築く機会が保障され、愛着形成を確実なものにすることが肝要」であるとして、同意不要事由の判断基準を緩和した本件の判断は、「子の福祉のための養子縁組という、特別養子縁組制度の趣旨に則ったものであった」と評するものもある。<sup>(105)</sup>他方で、本件は、公表例10で示された判断基準を「相対化し、より緩やかに同意不要を認定したものと評価できる」ものの、公表例10の基準には言及せずに「独自に同意不要の認定を行っている」ため、本件によって新たな基準や方向性が打ち出されたとはいえないとする見解もある。<sup>(106)</sup>確かに、独自性が際立つ印象を受けるが、従来の公表例において提示された判断方法を、網羅的に検討した事案として位置付けることができる。

### 第三項 小 括

817条の6と同条の7の規定のうち、同意不要事由と要保護事由は、専ら子の利益を保護するために設けられた点で共通しており、また、「実親による監護養育の不適切性」を問題とする点で類似しているにもかかわらず、これまで同意不要事由の方が要保護事由の判断よりも重視されてきたのは何故なのか。立法解説、家庭局の見解、公表例をもとに、整理・考察を進めてきた結果、以下のように結論付けられる。

第一に、両事由とも実親子の關係に着目したものであるが、同意不要事由の文言は、要保護事由に比してより厳格であることを指摘できる。要保護事由のうち「監護が著しく不適當」な場合は、同意不要事由とその範囲を同じくすると述べる見解もあるが、先の立法解説では、連れ子型の場合に適用されるとする留保付ではあるものの、同意不要事由が存在する場合には、要保護事由も当然に満たすと説明され、また、同意不要事由の方が「害意」が強いと指摘するものもある<sup>(107)</sup>。このような立法解説に加え、同意不要事由は親権喪失事由よりも厳格に解すべきとする家庭局の見解に従うと、特別養子縁組による救済は、実親により「劣悪」な監護養育下に置かれた子に限定され、実親子關係の「断絶」を可能な限り回避することが可能になる。第二に、父母の同意要件は、要保護要件と異なり、親に固有の地位・権利を保障する機能が付与されている。専ら父母の同意要件の検討に依拠すれば、不必要な親子分離やそれに伴い実親子が被る不利益を回避することが可能となるのである。それゆえ、実親が不同意である場合には、基本的に同意不要事由の判断で事足りるとする判断枠組みが定着しつつあったといえる（公表例 3、11、12、13参照）。

このような論理に基づく運用で以って、子の利益の積極的保護を実質化し得えるのかということについては、疑義が生じるところである。厳格説が採用していたような、親権喪失制度との比較については、当制度は、確かに身分關係の切断もなく復権も許容されているとはいえ、家裁実務では、要件の厳格さと効果の重大さからその利用が極力回避されてきたという経緯があり、これを引き合いに出してさらに厳格に運用しようとした場合、特別養子制度は、実親の生存が判明している限り、親子關係の終了に歯止めをかけるためにしか機能し得ず、孤児や棄児のための制度として利用される途しか残されなくなる。被虐待児を救済する受け皿としても利用されるためには、年齢要件の関門だけではなく、実親による害意が明らかな場合にしか成立を認めないとする消極的な運用の在り方を見直す必要があるといえる。

それゆえ、公表例6以降で示された判断方法は、子の利益保護に引き寄せたものとして評価できる。しかしながら、次なる問題として、いずれの判断方法が判断基準として妥当し得るのか。公表例6のように、要保護事由と同意不要事由を別個に検討するものや、公表例10のように、共通の事実関係から同時に認定しようとするものもある。他方で、要保護要件と必要性の要件が公表例10では混同視されていたように、依然として、各要件の性質・機能は不鮮明なままである。公表例10の差戻審や公表例8で、実質的要件につき各々検討されたことは評価できるが、同意不要事由と権利の濫用の双方で対処する場合と一方で処理する場合の判断に如何なる差異が生じるのか、同意不要事由の「虐待」「悪意の遺棄」、要保護事由の「特別の事情」が、純粹型のケースでは具体的には如何なる場合を指すのか、今以て明らかでない。

とはいえ、近時の判断の流れとしては、詳細な事実認定をもとに、同意不要事由と要保護事由に共通の事情を割り出す方向で定着しつつあり、その後、要保護事由を同意不要事由の検討に組み込むか否かで判断方法が分かれるものと推察する。いずれにしても、同意の撤回の事実や同意不要事由にのみ依拠するのではなく、要保護事由と併せて判断が行われるようになった経緯を踏まえると、一面として、父母の同意要件と要保護要件は連動した関係性へと変容していることを指摘できる。これについては、一方では、安定的養育環境の確保や愛着関係の形成が「子の利益」にとって重要であるとする視点が形成されてきた徴表として捉えることができる。他方で、適切な監護養育が殆ど期待されないにもかかわらず、実親が監護養育意欲を表明している場合に、実親の心情を慮り縁組不成立とする結論が導かれる余地はあり、依然として、実親の意向が裁判官の判断に与える影響は大きいといえる。

- (1) 特別養子縁組の成立が認められた公表例として、代理懐胎子については神戸家姫路支審平成20年12月26日(家月61巻10号72頁)、性別の取扱いを変更した夫婦によるAID子については神戸家審平成24年3月2日(家月65巻6号112頁)。

- (2) 最新の公表例で、親族間型の特別養子縁組の成立を認めたものとして、大阪高決平成27年9月17日「家庭の法と裁判」6号（2016年）66頁以下。
- (3) 特別養子制度が親子関係の根本を問うことに言及するものとして、小林正二「特別養子制度—その意義と問題点を中心として—」立法と調査86号（1978年）8頁、佐藤隆夫「特別養子制度要綱を読んで」法律のひろば40巻4号（1987年）66頁、中川高男「特別養子制度（実子特例法など）の問題点」中川善之助先生追悼『現代家族法大系3』（1979年）194頁等。
- (4) 養親の要望を叶えることが子の利益保護に繋がるという考え方は、子の利益ないし子の福祉を名目に、専ら養親の利益保護を図ることになるという主張もあるが、これに対して、養親の利益と養子の利益を対立させる考え方それ自体がそもそも契約養子法的な発想であり、本来子の利益を考える児童福祉的養子法の立場からすれば、子の生き方や監護全般の関連において子のためのよりよき途を国家が援助するという性質の問題であって、対立当事者的発想で誰の利益であるか考えるのはおかしいとする指摘がある。加藤一郎＝唄孝一（司会）「養子法の課題」私法46号（1984年）107-108頁（山昌正男発言）。
- (5) 細川清「特別養子制度の背景と制度のあらまし」米倉明＝細川清編『民法等の改正と特別養子制度』（日本加除出版、1988年）72-80頁、大森政輔「法制審議会民法部会身分法小委員会における養子制度の検討について」民事月報38巻5号（1983年）36頁によれば、菊田医師事件については、特別養子制度の立法動機として、飽くまで間接的な関与に留まるものとされているが、小林・前掲注（3）7頁が言及するように、法制審議会で審議未了のまま置かれた「特別養子」議論を再燃させ、「再考の一材料を提供した」ことは否定できない。望まない妊娠を端緒とする窮迫した事態（人口中絶、嬰兒殺、児童虐待殺、親子心中）から母子を保護すべきと唱えた菊田昇「日本の子殺し—その原因と対策」ジュリスト847号（1985年）39頁の主張は、従前の社会的要請を反映したものであるといえ、養親の要望に応えることに端を発する「特別養子」議論に対して、実母の要望を叶えるという新たな論点を正面から提起した意義は大きいと解する。
- (6) 加藤一郎「養子制度の改正問題と外国法」ジュリスト782号（1983年）14頁参照。1982（昭和57）年に法制審議会が再開されるまでの従前の検討の経緯について整理したものとして、大森・前掲注（5）3頁以下、中川淳「家族法の解釈と立法課題—養子法の基本的課題」法律時報56巻4号（1984年）8頁以下等。審議半ばに大綱をまとめた「養子制度の改正に関する中間試案」（以下、「中間試案」という）

が公表されるまでの従前の特別養子議論について整理したものとして、永井紀昭「我が国における特別養子論の変遷」細川清＝海老原良宗編『家族法と戸籍—その現在及び将来—』(テイハン、1986年)177頁以下等。

- (7) 阿川清道「親族法改正の問題点について(5)」戸籍137号(1960年)1頁以下、市川四郎ほか「親族法改正の問題点(下)」ジュリスト186号(1959年)2頁以下、太田武男「養子法改正の構想」法律時報31巻10号(1959年)73頁以下、小林・前掲注(3)7頁以下、潮見俊隆「未成年養子の許可」中川善之助教授還暦記念『家族法大系IV』(有斐閣、1960年)189頁以下、中川淳「現代家族法の諸問題」法学セミナー210号(1973年)70頁以下、沼正也「養子法の改正方向—特別養子制度を発端として—」法律のひろば12巻9号(1959年)6頁以下、山畠正男「養子法の諸問題」法律時報31巻10号(1959年)70頁以下、同「特別養子について」戸籍時報204号(1975年)6頁以下、我妻栄ほか「〈座談会第2回〉親族法の改正」法律時報31巻11号(1959年)65頁以下等。
- (8) 猪瀬慎一郎ほか「座談会 日本の親子法を考える」ジュリスト607号(1976年)14頁以下、海老原良宗「いわゆる『特別養子制度』の問題点について」戸籍366号(1976年)1頁以下、大森・前掲注(5)3頁以下、佐藤・前掲注(3)66頁以下、土屋文昭「養子制度の改正に関する中間試案について」法律のひろば39巻2号(1986年)17頁以下、床谷文雄「養子制度の改正に関する中間試案の問題点」判例タイムズ583号(1986年)20頁以下、中川淳「養子制度改正の中間試案を読んで」法律のひろば39巻2号(1986年)23頁以下、同「特別養子制度の法律案要綱を読んで」法律のひろば40巻4号(1987年)73頁以下、中川高男『第二の自然—特別養子の光芒』(一粒社、1986年)250-268頁、米倉明「特別養子制度についての覚書」ケース研究198号(1984年)2頁以下、同「特別養子と戸籍—戸籍上の特別措置の必要性」戸籍第五百号記念特別号(1985年)5頁以下、同「特別養子における戸籍上の特別措置の必要性について」自由と正義37巻5号(1986年)59頁以下等。
- (9) 床谷・前掲注(8)20頁、米倉明「特別養子制度の成立をどう受け止めるべきか(上)」ジュリスト894号(1987年)56-57頁、同「特別養子制度の成立をどう受け止めるべきか(下)」ジュリスト896号(1987年)97頁。米倉は、子の福祉を徹底するための要となる「断絶、離縁制限、戸籍特例」の必要性については、従来、法律上の親としての立場を利用する実親や養子に真実を告げる第三者らによる不当な干渉を防止するという「対外的観点」から説かれたが、制度設計に際しては、「養親子関係の心理的安定の確保=子の健全な成長の確保」という「対内的観点」が採

用され、「観点のシフト」が行われたと指摘する。

- (10) 実子特例法との差異につき、佐藤・前掲注（3）71頁は、戸籍記載の配慮は実子特例法の見地での取扱いではないこと、中川高男「養子法制の新展開」法学セミナー389号（1987年）16頁は、実方との親族関係は、審判の確定の日から断絶され、出生に遡及しないことから、特別養子が飽くまで「養子」の一種であり、「実子の特例」を作るものではないことを指摘する。実母救済の観点から主張された「母の戸籍の特別措置」が見送られた背景については、米倉明「特別養子制度における議論の仕方について」新しい家族8号（1986年）57頁や菊田昇「菊田医師事件と特別養子制度」法学セミナー395号（1987年）125頁が、わが国では未婚の母に対する非難（「非婚アレルギー」や「非育アレルギー」）が強いことを指摘する。これに対して、鈴木政夫「特別養子制度を子の福祉のために」ジュリスト894号（1987年）66頁は、「未婚の母の問題は、戸籍表示の問題よりむしろケースワーク機能が求められる問題ではないか」と述べる。特別養子制度が実子特例法と一線を画していることはその名称からも明らかであるが、未婚の母の保護という視点は、実母のプライバシー保護の問題に留まらず、妊娠初期からの相談支援の充実化や養子縁組あっせんの体制整備を図る必要性を提示していたといえる。
- (11) 未成年養子制度と里親制度の関係を論じたものとして、山本正憲「養子と里子—民法と児童福祉法との交錯—」神戸法学雑誌2巻1号（1952年）52頁以下参照。特に67-70頁では、戦後の民法改正で、未成年養子縁組に家庭裁判所の許可を要すると規定されたこと、1948（昭和23）年の「里親等家庭養育の運営に関して」（厚生省発見第50号厚生事務次官通知）で、児童相談所長による養子縁組希望者の家庭調査や養子となる者に対する調査、縁組斡旋に関する規定が設けられたことにより、「縁組の公的性格、児童保護制度的性格は、一段と明確化され……養子縁組が、児童福祉措置たる里親委託の延長としての性格を有していることを認めるものであり、このことは、逆に里親制度が、養子縁組の準備段階として運用されるべきことを認めるものに他ならない」と述べる。
- (12) 鈴木・前掲注（10）64頁、野田愛子「特別養子縁組制度の趣旨・目的」判例タイムズ747号（1991年）258頁。野田は、「監護に欠ける幼児について、国の行う児童福祉による養護の手段としては、養護施設収容と里親委託など（児童福祉法27条1項）があるが、特別養子は里親を法的な親子関係に高める制度とみれば、わが国においても国の児童福祉行政の選択肢の一つと位置づけることができよう」と述べる。

- (13) 厚生労働省「社会的養護の推進に向けて」(2017年) 1頁。
- (14) 制度発足後に申立てが殺到した背景として(1988年度は3,201件、1989年度は1,287件)、申立人には「戸籍が実子と同じになる制度」という認識があり、制度の趣旨が正しく理解されていなかったことが挙げられる。島田充子「特別養子縁組審判に携わって」家族〈社会と法〉6号(1990年) 8頁、山畠正男「猶子・養子・実子」同16頁参照。寺戸由紀子「家庭裁判所調査官の立場から」同48頁によると、初年度は、予定された児童福祉機関経由の申立事件よりも、連れ子型や過渡的現象としての普通養子縁組からの転換型の申立事件が圧倒的に多かったとされる。その後、申立件数・認容件数ともに次第に減少していき、各々400件、300件前後に落ち着いた。床谷文雄「養子法」中田裕康編『家族法改正 婚姻・親子関係を中心に』(有斐閣、2010年) 86頁は、この数字が「特別養子縁組に対するニーズの限度を示すものなのか、あるいは現行制度に特別養子縁組の利用を妨げる要因があり、それを取り除くことでさらに利用が進む可能性があるのか、検討する必要がある」と述べる。近時の申立件数・認容件数については漸増傾向にあるといえる。
- (15) 厚生労働省・前掲注(13) 4頁における2013年度の統計によると、要保護児童4万5千人のうち、29,979人が児童養護施設に入所している。この中で、在籍期間が4年未満の児童は14,842人と多数を占めるが、これ以外にも8年以上(4,733人)や12年以上(2,105人)在籍している児童もいる。また、「虐待(放任・怠惰、虐待・酷使、棄児、養育拒否)」によって施設措置が決定された児童は11,377人に上る。措置理由として親による虐待・ネグレクトの占める割合が高いことや、在籍期間が8年以上を超える児童の存在があることから、児童に対する親の行動態様に改善が見られないために家庭復帰への見通しが立たず、長期にわたり施設養護下に置かれる児童が一定数存在していることが窺われる。
- (16) 施設養護では、専門的な知識や技術のもとに日々の処遇が行われており、要保護児童の養育や治療に際して、個人では対応しきれない部分を補い支える役割を担っているといえるが、要保護児童に関するあらゆるケースを、施設養護を中心に据えて対処することについては問題があるとされているところである。ピーター・ヘイズ=土生としえ著・津崎哲雄監訳・土生としえ訳『日本の養子縁組 社会的養護施策の位置づけと展望』(明石書店、2011年) 226-232頁は、施設養護の不利な点として、親と親密な関係を発展させる機会が持てないこと、柔軟性の欠けた日課に基づく養育・管理に重きが置かれるために、児童の自律性を育てる機会が制限されること、施設では親や家庭のあり方を学習できないこと等を挙げる。

- (17) 厚生労働省・前掲注(13) 1頁以下、同「社会的養護の現状について」(2017年) 1頁以下参照。
- (18) 鈴木博人「福祉制度としての養子制度—特別養子縁組の父母の同意を手がかりにして—」法学新報104巻8・9号(1998年) 373-374頁は、養子制度問題は終息したという雰囲気強い民法学界の大勢と異なり、養子縁組あっせんに携わる児童相談所等の児童福祉の実務サイドからは特別養子制度の不備あるいは再改正の必要性が主張されてきたこと、外国の養子法や養子縁組に関する国際条約に照らすと、福祉サイドからの意見の正しさを感じ取れることから、わが国の特別養子制度を児童福祉型の養子制度と言い切るには躊躇われるところがあるとする。さらに420頁で、「困難にある実(父)母と子どもの保護制度として、里親養育ならびに補充的に施設での養育との役割分担を明確にして、実父母がその子どもを養育できない場合の養育形態として位置づけるべきである」と述べる。
- (19) 中川高男「特別養子制度の新設とその意義」法律のひろば40巻12号(1987年) 23頁は、「親子関係にとって、実親子関係は、いうまでもなく基本である……実親が子を養育できるように、これを精神的・物質的に援助し、その環境を整備することが、福祉や行政の第一の施策であるはずである。安易な養育権の放棄や縁組のあっせんは、慎むべきである。それでもなおかつ子が実親または実方親族によって養育できない事情があり、縁組が真にその子の利益となる場合に限り、縁組を進めるべきである」と述べる。児童の権利に関する条約(とりわけ第3条、5条、7条、9条、18条～21条)に照らした場合にも、このような帰結となる。鈴木隆史「子どもの権利条約と家族法—家庭的環境において成長する権利に焦点を当てて—」ジュリスト1059号(1995年) 106頁以下参照。
- (20) 岩崎美枝子「養子斡旋機関の立場から」家族〈社会と法〉6号(1990年) 34頁-36頁は、「長期養育里親委託児童における親子関係形成の不安定さを幾ケースか経験する中で、親が引き取れる見込みのない子供には養子縁組が児童の福祉を保証することになる」という認識を抱くに至り、パーマネンシーの観点から、実親がそれを保証し得る場合は短期の里親委託または施設委託を、そうでない場合は養子縁組を考慮する必要があると述べる。
- (21) 岩崎美枝子「わが国における養子制度の実情—養子縁組斡旋の現場からよりよい特別養子法の改正を願って—」家族〈社会と法〉25号(2009年) 54-61頁、床谷文雄「提言(報告のまとめをかねて)」同108-114頁、中川高男「現行養子法の若干の問題—雑感—特別養子施行20年を契機として」同16-20頁、本山敦「特別養子制

度20年：子どもの幸せを求めて」同40-42頁等。

- (22) 2011(平成23)年に出された厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課長・家庭福祉課長・母子保健課長通知「妊娠期からの妊娠・出産・子育て等に係る相談体制等の整備について」(雇児総発0727第1号、雇児福発0727第1号、雇児母発0727第1号)等で、望まない妊娠による出産で養育できない、養育しないという保護者の意向が明確な場合には、妊娠中からの相談や出産直後の相談に応じ、「『特別養子縁組を前提とした新生児の里親委託』の方法が有用」という認識が示されているに過ぎなかった。第二次世界大戦後の里親制度の変遷と養子制度との関係について論じたものとして、鈴木博人「他児養育制度としての里親制度の特色—養子制度との比較も視野に入れて—」法学新報119巻5・6号(2012年)37頁-49頁参照。
- (23) 厚生労働省によって、より家庭に近い環境が重要であるとする考えから、被虐待児の養育の受け皿として、社会的養護においては里親委託や特別養子縁組を優先させるとする新たな方針が打ち出された。朝日新聞2017年7月22日付。未就学児の里親委託は7年以内に75%以上の委託率を、特別養子縁組は5年間で倍増し年間千件の成立を目指すとする報告書案が示された。日本経済新聞2017年8月1日付。
- (24) すでに山本・前掲注(11)70頁が、私人の縁組斡旋活動に対する規制については何らの規定もなく、斡旋が単なる営利目的でなされ、児童保護の精神に反する縁組が行われる危険性を指摘していた。米倉「特別養子制度についての覚書」・前掲注(8)13-14頁および23頁も、特別養子制度が機能するかは、養子過程全般にわたる相談、指導、援助を行う専門機関の創設・整備にかかっているとし、専門機関についての業法を制定するとともに、一定の資格を有する専門機関以外の者による養子あっせんを禁じ、裁判所へ申立てがなされる前に専門機関の手による適正なマッチングが行われることが望ましいと述べていた。「中間試案」も斡旋前置主義を原則としていたが、中川・前掲注(10)16頁によると、「家裁が縁組の相当性を実質的要件として判断し、かつこの審判によって身分関係の消滅などの重要な効果を生ずるのに、斡旋や試験養育という行政機関の裁量行為によって、審判の効力が影響を受けるのは問題である」とされ、斡旋の前置は見送られた。特別養子制度の施行に併せて、養子縁組あっせん事業を行う社会福祉法人等の指導・監督につき、「養子縁組あっせん事業の指導について」(児発第902号厚生省児童家庭局長通知)が出されていたが、民間事業者によるあっせんは、養親希望者に対する高額なあっせん料の徴収や子の海外流出に留まらず、無届で行われる場合がある等、人身売買に繋がるのが危惧された(読売新聞2004年9月20日付等)。最近では、営利目的

による縁組あっせんが全国で初めて摘発され、民間団体の元理事に有罪判決が下される事件もあった（朝日新聞2017年3月8日付、同2017年7月14日付）。民間事業者によるあっせん活動およびわが国における国際養子縁組の実態を詳らかにしたものとして、新しい家族32号3（1998年）60-78頁、新しい家族47号（2005年）44-70頁、新しい家族50号（2007年）2-87頁、高倉正樹『赤ちゃんの値段』（講談社、2006年）、湯沢雅彦監・養子と里親を考える会編『養子と里親—日本・外国の未成年養子制度と斡旋問題—』（日本加除出版、2001年）等。高倉による実態調査を機に、法規制の必要性から、近年成立した「養子縁組あっせん児童保護法」の制定に先駆けて、超党派の国会議員や学者らによって「養子縁組のあっせんにおける児童の保護などに関する法律」が考案された。奥田安弘ほか『養子縁組あっせん—立法試案の解説と資料—』（日本加除出版、2012年）。試案に対する各方面から寄せられた意見については、新しい家族57号（2014年）98-132頁。その後、厚生労働省主導のもと、法制定に本格的に着手するために、児童相談所および民間機関における養子縁組、わが国における国際養子縁組、海外における養子縁組に関する調査研究が行われた。その成果をまとめたものとして、林浩康（研究代表者）厚生労働科学研究費補助金政策科学総合研究事業「国内外における養子縁組の現状と子どものウェルビーイングを考慮したその実践手続きのあり方に関する研究」（平成27年度総括・分担研究報告書）。

- (25) 鈴木博人「ドイツの養子法—福祉型養子と連れ子養子を中心に—」民商法雑誌138巻4・5号（2008年）479頁は、「本来、福祉型の養子法と養子縁組斡旋法は、両者がそろってワンセットになっていなければ、養子制度本来の機能を果たせるはずがない」と指摘する。
- (26) 2015年度の児童相談所における児童虐待相談対応件数は10万件を超え、児童虐待の増加・深刻化を背景に、現在、施設や里親に委託された児童を特別養子縁組に繋げる動きにある。児童養護施設や里親家庭にいる6歳以上の児童は2013（平成25）年時点で約3万人いるとされ、児童相談所が2014～2015年度に特別養子縁組を検討すべきと判断した288件のうち、年齢要件を理由に成立しなかったケースが46件あったという。これを受け、法務省では研究会を設置し、年齢の引き上げ等について議論するという。朝日新聞2017年7月14日付。
- (27) 大津千明（司会）「特別養子制度を巡って」ケース研究215号（1988年）44頁（寺戸由紀子発言）によれば、制度施行直後の特別養子縁組に関する相談内容の一つとして、子の「年齢超過」に関するものが多かったとされる。要件とその解釈の

- 厳格さを指摘するものとして、中川高男「わが国の特別養子制度運用上の問題点」川井健ほか編『講座・現代家族法 第3巻』(日本評論社、1992年)327頁以下参照。野田・前掲注(12)259頁は、817条の7の認定、実親の同意の確認、817条の6但書の認定が今後の法解釈の重要な課題となることを指摘していた。実方との親族関係を終了させる審判と養親と新しい親子関係を形成させる審判を独立して行う必要性を説くものとして、817条の6但書のもたらす結果の重大さを理由とするものについては、石川稔「改正養子法(案)の解説(上)―特別養子制度の概要―」法学教室81号(1987年)86頁、鈴木・前掲注(10)65頁、審判書における認定事実の記載方法がプライバシー保護を欠くことを理由とするものについては、岩崎浩三「特別養子制度発足一年目の問題点」新しい家族15号(1989年)11頁、岩崎美枝子「特別養子制度発足一年目の問題点」同14頁、上出弘之「特別養子縁組制度発足後2年を振り返って―児童相談所の立場から―」家庭裁判月報42巻7号(1990年)36頁等。
- (28) 817条の6は、厳密には、形式的要件(本文)と実質的要件(但書)に分かれるが、本稿は、但書に依拠した判断の妥当性を検討するものであるため、実質的要件に組み入れている。
- (29) 公表例のうち、年齢要件を満たさないとして却下された事案は2件ある。817条の5は、但書で「その者が8歳未満であって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」には要件を充足すると定めるが、広島家審昭和63年3月12日(家月40巻7号192頁)では、申立時の養子となる者の年齢が8歳3か月とすでに超過していた。長崎家審平成23年2月24日(家月64巻9号52頁)では、8歳未満(7歳11か月)であったが、但書のいう「引き続き」監護されていた場合に当たらないとして、縁組不成立となった。なお、その抗告審である福岡高決平成24年2月23日(家月64巻9号48頁)においては、「6歳に達する前から養親となる者に監護されていた」ことが認められると判断された。
- (30) 寺戸由紀子「特別養子制度の点検」ジュリスト1059号(1995年)142頁。中川・前掲注(10)15頁によれば、「家裁の審判によってこの縁組を成立させることには、家裁や家事審判官に過大な負担と責任を負わせるものとして、家裁の一部には消極的な意見もみられた」とされるが、家庭裁判所による後見的立場からの適切な運用が期待されていた。
- (31) 中川・前掲注(27)327頁も指摘しているが、公表例を概観した場合にも、「実親子関係の断絶に対する裁判官のためらいと判断の違い」を看取できる。
- (32) 2015年度の司法統計年報によれば、特別養子縁組申立事件については、既済総

数657件のうち認容544件・却下31件と認容率そのものは高いといえるが、取下げも81件ある。家裁実務においては、実親子関係の「断絶」という効果の重大さから縁組の成立には慎重な態度がとられ、調査官による調査の前段階で、認容の見込みが薄い場合には取下げ勧告が行われていた。例えば、年齢要件等明らかに形式的要件を満たさない場合、実親の同意が取れない場合、連れ子型または親族間型で要保護性を欠く場合、私人の仲介で子の出生直後から養育し実親の同意がある場合であっても要保護性に欠くと思われるとき等が挙げられる。寺戸・前掲注（14）49-50頁、同「特別養子制度実施1年をかえりみて」新しい家族16号（1990年）44頁、中山直子「特別養子縁組の最近の傾向」家族〈社会と法〉25号（2009年）65-66頁、星山卓朗「特別養子制度の10年と家庭裁判所」新しい家族34号（1999年）8-9頁参照。中川良延「特別養子制度実施1年をかえりみて」新しい家族16号（1990年）39頁は、前掲注（29）で言及した広島家審昭和63年3月12日の事案では、申立人は取下げを説得されたが、それでも裁判所の審判を望んだとされ、「最終的には審判を受けてみなければ分からないというケースもずいぶんあるのではないかと推察する。これに対して、取下げ勧告に従い仕方なく取り下げるケースや、申立て自体を躊躇または断念するケースも少なからず存在すると考えられ、審判の予測を立てられないことが、特別養子縁組に対して消極的な実務運用を助長させているのではないかと危惧される。

- (33) 1988年度から2015年度の28年間における特別養子縁組申立事件につき、新受件数は18,000件以上、認容件数は12,000件以上に及ぶ。このうち、国内の事案に関しては、「家庭裁判月報」と「家庭の法と裁判」を併せても46件の公表に留まる。そのため、公表例をもとに審判の傾向や実態を把握することは困難であるといえる。中川良延（報告）＝中川高男（司会）「審判例から見た特別養子の要件とその問題点」新しい家族34号（1999年）17-18頁では、公表されるものは「氷山の一角」であるが先行例または参考例になる（中川高男発言）と捉えられており、また、「その氷山の一角がおそらく全体を表しているだろうという前提で見ていくほかない」（中川良延発言）と述べる。
- (34) 「家庭裁判月報」に掲載された44件と「家庭の法と裁判」に掲載された2件が含まれる。
- (35) 817条の7を設けるに際しては、要保護児童に限定すべきか否か激しい議論が生じたとされる。石川・前掲注（27）86-87頁、中川・前掲注（10）15頁によれば、要保護児童に限定すると、特別養子であることはその者の前身が要保護児童であつ

たことを意味し適当でなく、また、連れ子型や親族間型のケースでもこの制度に相応しい場合があるのにそれを排除してしまう恐れがあるということ、他方で、要保護児童に限定しなければ普通養子縁組との区別が不明確になること、現実には離婚の増加に伴い連れ子型が審判に持ち込まれると申立件数の増大が予想され、それに家庭裁判所が対処できない恐れがあることから、現行の文言に落ち着いたとされる。最高裁判所事務総局家庭局・後掲注(52)46頁によって、同条前段のうち「その他特別の事情がある場合」については、具体的事案に応じて「まさにケースバイケース」で当事由に該当するか審理していく必要があるとする見解が示される等、同条の解釈は、事案の性質に応じて異なり得ることが示唆されていた。

- (36) このような分類方法は、北野俊光「特別養子縁組の審判例について」家庭裁判月報45巻8号(1993年)2-3頁に倣った。
- (37) 公表例は、制度施行後すぐに掲載されたものが多くを占める。前掲注(14)でも触れたが、連れ子型や普通養子縁組からの転換型の申立てが殺到したことが背景にあったためと考える。
- (38) 「断絶」という表現について、米倉「特別養子制度の成立をどう受け止めるべきか(上)」・前掲注(9)55頁は、「実親子関係を人為的、意識的に消滅させるところに特別養子制度の眼目があるのだから、まさに『断絶』こそ制度の性格を端的に表現し、事態を直視した表現というべき」であり、実親子関係を終了あるいは消滅させることは安易にされるべきことではなく、それを常に意識させる表現としては、「終了」よりも「断絶」の方が適すると述べていたが、これに対して、中川・前掲注(33)31頁は、条文上は断絶という文言でないにもかかわらず、「断絶」と強調することで、親子関係の終了は「非常に酷」であるとする印象を与えることに繋がると指摘する(中川良延発言)。
- (39) 817条の6に関する立法解説については、細川清「民法及び家事審判法の解説」最高裁判所事務総局編『養子制度の改正に関する執務資料』(法曹会、1988年)48-49頁、同『改正養子法の解説』(法曹会、1993年)85頁-97頁参照。
- (40) 大森政輔「特別養子法逐条解説(3)」戸籍時報360号(1988年)23頁は、子は実親によって養育されることが望ましいこと、実親は原則として子を監護養育する権利義務を有することから、父母の同意を得ることが要件とされたとし、中川淳「改訂 親族法逐条解説」(日本加除出版、1990年)377頁は、「父母の同意は、監護的見地から認められたもの」と説明する。
- (41) 「悪意の遺棄」につき、大森・前掲注(40)24頁は、「父母のうち監護養育の義

- 務を負う親権者について問題となる」とし、中川・前掲注（40）378-379頁は、「子を監護養育しなければ親子関係を存続することができなくなるという事実を知っているとともに、その事実を遺棄者自身が認容する態度をいう」と説明する。
- (42) 大森・前掲注（40）24頁は、「虐待又は悪意の遺棄には該当しないが、子の健全な成長の著しい妨げとなる事由」であり、817条の6本文の趣旨に照らし「具体的に判断すべき問題である」と説明する。
- (43) 同意の撤回は、これを制限すべきが審議されたが、次の理由により規定されなかった。同意の撤回が濫用であって817条の6但書の事由に該当するときは、これによって対処すればよいこと、諸外国の立法例はすでに進行している縁組を阻害し子の利益を損なわないようにするとともに、実親の親権を制限しようとするものであるが、その場合には実親子に関する十分な調査が必要とされるところ、わが国ではそのような調査を現行の機関が行うことは困難であること、同意の撤回を認めるとした場合に、実親に子を監護させることが望ましくないときには、特別養子縁組に代替する子の監護措置を考えなければならないが、養子縁組斡旋の実績のないわが国ではそこまで考えるのは困難であったこと等から、時期尚早として見送られたとされる。石川・前掲注（27）86頁参照。
- (44) 817条の7に関する立法解説については、細川「民法及び家事審判法の解説」・前掲注（39）49-51頁、同『改正養子法の解説』・前掲注（39）97頁-106頁参照。
- (45) 中川・前掲注（40）382-383頁は、「父母の精神的または身体的故障・経済的困窮・家庭的不和などの事情で、客観的にみて子の健全な成長をはかる適切な養育が果たされていない状態をいう」と説明する。
- (46) 「監護が著しく不適當」につき、大森政輔「特別養子法逐条解説（4）」戸籍時報361号（1988年）7頁は、817条の6但書に該当する場合とその範囲を同じくするとし、また、親権喪失事由である「親権を濫用し、又は著しく不行跡」である事情が実親双方に存在するときもこれに該当すると述べる。中川・前掲注（40）383頁は、親権喪失事由については大森と同じ見解であるが、817条の6但書については、「父母による虐待・悪意の遺棄」がこれに該当すると述べる。これに対して、山本正憲『養子法の研究IV』（法律文化社、1989年）248頁は、「『著しく不適當』とは父母の側における害意をも考慮した評価であるが、害意の程度は、同意免除事由の『父母による虐待、悪意の遺棄』に比べれば弱い。でなければ、此の意味の要保護性が満たされれば、常に同意不要という事になろう」と述べる。
- (47) 「特別の事情」という語句については、連れ子型の場合を念頭に置き、本条前段

の要件にある程度の弾力性を与えるために挿入されたという。立法の経緯については、前掲注(35)。

- (48) これに対して、大森・前掲注(46)7頁は、「監護の著しい困難又は不適當」は、『特別の事情』の例示であり、特別の事情はこれに止まらない」と説明する。中川・前掲注(40)383頁も、同趣旨であるが、父母が行方不明である場合も「特別の事情」に該当するという。さらに、山本・前掲注(46)248頁は、要保護要件を「マイナス要件」、必要性の要件を「プラス要件」と捉えた上で、「その他特別の事情がある場合」については『監護の困難性・不適當性に準ずるような事情』、即ち父母の側におけるマイナス要件を含む事情と狭く解する必要はなく、より広い立場から総ての事情を考慮して其の存否を判断すべきである」と述べる。
- (49) 原則6か月以上を要する試験養育期間は、養親となる者による監護状況を客観的に観察した結果、必要性の要件を充足するか判断する際の資料となる。細川清「民法及び家事審判法の解説」・前掲注(39)54頁参照。
- (50) 細川『改正養子法の解説』・前掲注(39)101頁。
- (51) 山本正憲「特別養子縁組の要件としての『要保護性』の判断例三件」民商法雑誌104号1号(1991年)145頁による「特別養子縁組の規定には、審判官泣かせとも思われるいわば白地規定に近いものが数箇所見られる」という指摘からも窺われる。
- (52) 最高裁判所事務総局家庭局「昭和62年度高等裁判所管内別家事事件担当裁判官会同概要」家庭裁判月報40巻7号(1988年)1頁以下参照。
- (53) 最高裁判所事務総局家庭局・前掲注(52)13頁、16頁、29頁等。
- (54) 最高裁判所事務総局家庭局・前掲注(52)29頁。
- (55) 同意不要事由を親権喪失事由よりも厳格に解すべきとする見解は、学説でも支持されていた。辻朗「特別養子縁組の成立要件」判例タイムズ707号(1989年)85頁等。
- (56) 親権喪失制度につき、旧834条は、「父又は母が、親権を濫用し、又は著しく不行跡であるとき」と規定していたが、この要件が厳格でかつ親権の喪失が認められた場合の効果が重大であるために、当制度の利用の困難性が指摘されていた。その後、児童虐待の増加を背景に、2011(平成23)年の民法の一部改正により親権喪失事由についても見直しが行われ、現834条は、「父又は母による虐待又は悪意の遺棄があるときその他父又は母による親権の行使が著しく困難又は不適當であることにより子の利益を著しく害するとき」に親権喪失の審判を行うことができると規定する。改正後の親権喪失事由の内容は、特別養子制度の規定する同意不要事由および

要保護事由とも重なることから、両制度の整合性を図り、接続を視野に入れる必要があるといえる。

- (57) 最高裁判所事務総局家庭局・前掲注（52）31頁-32頁。
- (58) 最高裁判所事務総局家庭局・前掲注（52）29頁。
- (59) 最高裁判所事務総局家庭局・前掲注（52）17頁、25頁等。
- (60) 最高裁判所事務総局家庭局・前掲注（52）17頁、37-38頁等。
- (61) 最高裁判所事務総局家庭局・前掲注（52）18頁、21頁等。
- (62) 最高裁判所事務総局家庭局・前掲注（52）44-47頁。
- (63) 最高裁判所事務総局家庭局・前掲注（52）46頁。
- (64) 最高裁判所事務総局家庭局・前掲注（52）65頁。
- (65) 最高裁判所事務総局家庭局・前掲注（52）56頁。
- (66) 最高裁判所事務総局家庭局・前掲注（52）56頁で、家庭局は、「要保護要件が、特別養子縁組の必要性、相当性の判断の前提となる」のであり、実親と養親となる者の監護養育能力の有無等の事情を相対的に比較し、後者が前者を上回っていれば縁組の成立を認めるとする立場は、「突き詰めれば要保護要件を不要とする考え方にも連なるもの」であり、制度の基本理念と相容れないという見解を示していた。
- (67) 大津・前掲注（27）48頁（大津千明発言）によると、要保護要件の解釈について家庭裁判所の内部で議論すると、「親子の断絶」という効果を伴うために厳格に解する立場（厳格説）と子の福祉のために弾力的に解する立場（緩和説）に分かれたが、同48-49頁（細川清発言）は、強い効果が生ずる場合にはその要件は厳格に解する必要があるとし、特別養子縁組は、親子の断絶・離縁の原則的禁止という親族法上非常に強い効果を伴うために、厳格な解釈が前提になると述べる。
- (68) 最高裁判所事務総局家庭局・前掲注（52）32-33頁。
- (69) 最高裁判所事務総局家庭局・前掲注（52）35-36頁。
- (70) 佐藤・前掲注（3）67頁、中川・前掲注（19）11頁、細川清「特別養子制度の背景と制度のあらまし」米倉明＝細川清編・前掲注（5）75頁等。
- (71) 最高裁判所事務総局家庭局・前掲注（52）32頁、56頁。
- (72) 最高裁判所事務総局家庭局・前掲注（52）54頁、56頁等。
- (73) 最高裁判所事務総局家庭局・前掲注（52）60頁、68頁等。これに対して、中川・前掲注（27）333頁は、「特別養子縁組は、もちろん当事者の私的契約ではなくて家裁の審判によって成立するから、当事者の合意つまり養親側の実子擬制または実子特例願望と実親側の親子関係断絶願望との合意だけでその成立を認容するわけ

にはゆかないが、しかし特に双方の合意があるときは、子の利益と父母および養父母の双方の利益のために、特別養子制度をできるだけ認容してこの制度を均霑させることが、直ちに立法趣旨に反することになるとは私には思われぬ」と述べる。

(74) 中川・前掲注(33) 24-26頁は、父母の同意要件と要保護要件を一つの審判の中で判断することが適当であるのか疑問を呈すると共に、『『要保護性要件は満たしているが、父母の同意が得られないので申立て却下』ということがあり得るのかどうか、あるいはそういうことがあってもいいのかどうか』、『特別養子にして実父母との関係を断絶する必要がある』と言いながら『しかし同意がないからだめだ』という場合があり得るのかどうか、それがあり得ることに疑義があり、そのような場合には同意不要事由で以って同意不要と判断せざるを得ないのではないかと述べる(中川良延発言)。

(75) 家事事件手続法第164条3項(旧家事審判規則第64条の7)は、縁組成立の審判に際しては、養子となるべき者の父母の陳述を聴かなければならないと規定する。

(76) 兩事由の関係性を考察するものとして、中川・前掲注(32) 38-39頁、窪田充見『家族法 民法を学ぶ[第3版]』(有斐閣、2017年) 272-274頁。

(77) 最高裁判所事務総局家庭局・前掲注(52) 31頁、55頁等。

(78) 表3は、表1の公表例(計46件)をもとに分類を行っているが、表1中の要件③「養子となる者の年齢」に関する事案(計3件)のうち、2件については父母の同意要件、要保護要件のいずれについても検討が行われておらず、表3では除外した。そのため、総数は計44件となる。年齢要件に関する公表例については、前掲注(29)。

(79) 表3の(VIII)に該当する事案は、名古屋家岡崎支審昭和63年9月2日(家月41巻12号116頁)、名古屋高決平成元年3月23日(家月41巻12号112頁)。

(80) 公表例1から13に該当するのは、順に、①静岡家審平成元年11月6日(家月42巻6号51頁)、②東京家審昭和63年11月8日(家月41巻9号114頁)、③東京高決平成元年3月27日(家月41巻9号110頁)、④横浜家審昭和63年3月11日(家月40巻7号181頁)、⑤札幌家審昭和63年3月18日(家月40巻7号185頁)、⑥福岡高決平成3年12月27日(家月45巻6号62頁)、⑦長野家松本支審平成14年9月27日(家月55巻6号116頁)、⑧青森家五所川原支審平成21年5月21日(家月62巻2号137頁)、⑨福岡高決平成24年2月23日(家月64巻9号48頁)、⑩東京高決平成14年12月16日(家月55巻6号112頁)、⑪東京高決平成2年1月30日(家月42巻6号47頁)、⑫大阪家審昭和63年6月17日(家月41巻3号169頁)、⑬大阪高決昭和63年10月27日(家月41

巻3号164頁）。

- (81) 公表例4は、本件申立時、養子となる者はすでに普通養子として養親となる者のもとで養育されていたが、元々は、実親の所在が全く知れず児童相談所のあっせんを通じて引き取られた棄児であった。公表例9は、前掲注(29)でも触れたが、特別養子縁組の成立が養子となる者の利益にとって特に必要であると判断された。
- (82) 申立てを認容した審判告知後、実親が同意を撤回し、同意の欠缺を理由に原審の取消しを求めて即時抗告をした場合に、抗告審が同意不要事由に該当すると考えたとき、抗告審で審判をすることになれば、審理の対象の中心が全く変わることになり、父母から審級の利益を奪うことになることから、自判することなく原審に差し戻すべきであると解された。最高裁判所事務総局家庭局「家事審判規則の解説」最高裁判所事務総局編『養子制度の改正に関する執務資料』（法曹会、1988年）178頁参照。
- (83) 公表例10は、「要保護性」といった語句ではなく「必要性の要件」という言葉を用いているが、要保護事由の判断しか行っていないため、ここでいう「必要性の要件」は817条の7前段の要保護要件を指すと解する。
- (84) 厳密には、普通養子縁組からの転換型と親族間型とが混合したケースであった。
- (85) 公表例の分析を行った中川・前掲注(32)34頁も、僅かにしか公表されていない審判例を中心にして実態に迫ることができるか非常に疑問に感じると述べる。
- (86) 小島二郎「特別養子制度における実親の同意権—審判例を手がかりにして—」法学論集1巻（1991年）140頁も、公表例は必ずしも特別養子縁組の問題点を全て網羅しているとはいえないが、それらが取り上げている問題点が重要な争点であることは明らかであり、考察する必要があると述べる。
- (87) 右近健男「民法判例レビュー—25家族」判例タイムズ698号（1989年）54頁、辻・前掲注(55)85頁。
- (88) 山本・前掲注(51)149頁では、連れ子型や親族間型の公表例について検討が行われているが、そこでも、「裁判所は、実親子関係の断絶ということに必要以上に神経質になっている」と指摘する。また、中川・前掲注(21)17頁も、従来の審判例の中には、「実親子関係の断絶と離縁の困難から、必要以上に慎重かつ消極的過ぎると思われる例が散見される」と指摘する。
- (89) 辻・前掲注(55)84-85頁。
- (90) 辻・前掲注(55)85頁。
- (91) 辻・前掲注(55)85頁。

- (92) 北野・前掲注(36) 7頁参照。
- (93) 床谷文雄「判批」法学セミナー455号(1992年)125頁。
- (94) 相澤眞木「判批」判例タイムズ821号(1993年)117頁。
- (95) 澤田省三「判批」戸籍753号(2004年)42頁。
- (96) 二宮周平「家族法入門14 養親子関係(2)」戸籍時報691号(2012年)55頁。二宮は、本来ならば、実母が子の監護養育を養親となる者に託す際に、養子あっせん機関や児童相談所が制度の意味を丁寧に説明すべきであったとし、立法上の問題として「斡旋や仲介を制度的に前置していない現行法の欠陥が露呈している」ことを指摘する。
- (97) 高橋聖明「特別養子縁組における実父母の同意について」信州大学法学論集4号(2004年)227頁。
- (98) 中川忠晃「特別養子の要件」水野紀子ほか編『家族法判例百選[第7版]』(有斐閣、2008年)77頁。差戻審については、高橋・前掲注(97)217頁以下参照。
- (99) 高橋・前掲注(97)221-224頁。
- (100) 中川・前掲注(98)77頁。
- (101) 高橋・前掲注(97)229頁。
- (102) 原田綾子「特別養子縁組の要件としての父母の同意—親の意思と子の利益の調整に関する一考察—」棚村政行=小川富之編『家族法の理論と実務』(日本加除出版、2011年)299頁。
- (103) 原田・前掲注(102)299頁。
- (104) 犬伏由子「判批」判例速報解説TKC ローライブラリー民法(家族法)No.38(2010年5月25日)。
- (105) 梅澤彩「判批」司法書士月報460号(2010年)95頁。
- (106) 原田・前掲注(102)299-300頁。
- (107) 前掲注(46)。特に、大森と中川の見解。
- (108) 細川『改正養子法の解説』・前掲注(39)100頁。
- (109) 山本・前掲注(46)。