

日本の養子法の特徴と問題点

Some Characteristics and Problems on Japanese Adoption Law

鈴木 博 人*

1. はじめに

日本の養子縁組、もしくは養子法の特徴として、まず挙げられるのは、成年養子縁組（養子となる者が成年者である養子縁組）が多いという点である¹⁾。第2は、日本では、養子縁組が様々な目的で行われており、多目的でありすぎるがゆえに、目的を特定できない無目的な制度であるという点である。例えば、子に家庭を与えるために養子縁組が行われる場合、家の後継者や経営の継承者を確保するために行われる場合、節税のために行われる場合、同性愛者による婚姻の代替手段として行われる場合等を挙げることができる。一般的に養子法の歴史は、家のための養子法から始まり、親のための養子法という段階を経て、近代養子法は、子のための養子法になったと象徴的にいわれてきた。このいい方を借りれば、日本の養子法は、「家のため」、「親のため」、「子のため」というすべての要素を、程

* 所員・中央大学法学部教授

1) 成年養子の割合が多いということは日本の養子縁組の特徴とされるが、実数は正確に把握されていない。実態調査としては、「養子縁組に関する実態調査(上)(F)」(上)『戸籍』462号、1983年、25ページ。(F)同誌463号、34ページ。三浦正晴「わが国における養子縁組の実態」『戸籍』462号、15ページ。法務省民事局「養子縁組等に関する実態調査概要」(<http://www.moj.go.jp/content/000061113.pdf>) (2016年8月29日最終確認)。

度の差はあるとしても、現在でもなおもっているといえる。これに加えて、指摘しておかなくてはならないのは、児童福祉型の養子縁組件数の割合が少ないことと、児童福祉型の養子縁組であっても、権限と能力のある養子縁組のあっせん（仲介）が制度として法律によって規定されていないという点である²⁾。

以下では、日本の養子法の仕組みを中心に述べていくこととする³⁾。

2. 日本の養子法の基本構造

最初に日本の養子法の基本的な仕組みを示しておく。

日本では、1987年の養子法改正により導入された特別養子法が1988年1月1日から施行されている。従来からの養子制度・養子法は普通養子制度・普通養子法といわれる。この結果、日本民法の養子法は、普通養子法と特別養子法から構成されている。

2-1. 普通養子制度

普通養子縁組は養子となる者と養親となる者との契約であるとされている。契約構成をとっているため、養子となる者が15歳未満であるときは、その者の法定代理人が養子縁組の承諾をすることになる。これを代諾養子縁組という（民法797条、以下では民法については条数のみを記載する）。

-
- 2) 2016年の児童福祉法改正では、被虐待児童への自立支援という枠組みのなかで、養子縁組里親が法定化されるとともに、都道府県（児童相談所）の業務として、養子縁組に関する相談・支援が位置付けられた。2017年4月1日施行。
- 3) 本稿は、漢陽大学とのシンポジウムで、日本法の紹介とその問題点の指摘という目的で準備した報告原稿を整理したものであるため、日本の養子法の概要を示すことに力点が置かれている。そのため、問題点については、その存在の指摘にとどまっており、詳しい検討、考察が行われていないことをお断りしておく。その意味では、本稿は、日本語を読むことができる外国人向けの日本の養子制度概論である。

契約構成をとってはいても、未成年者を養子とするときには、家庭裁判所の許可を得ることが要件となっている（798条）。成人年齢は20歳と規定されている（4条）。なお、成人年齢に関しては、将来は18歳に引き下げることが提案、検討されている⁴⁾。この家庭裁判所の許可は審判という形で行われる（家事事件手続法161条）。明治民法の下では、子を芸妓にする目的で、抱え主との間で親子関係を擬制するためや労働力を確保するために養子縁組が用いられた。そこで、子を食いものにするような、あるいは人身売買を目的とするような養子縁組の濫用的利用を防ぐため、さらに家制度の廃止にともなって「家のための」養子縁組を排除し、養子縁組を未成年者の福祉のための制度にするために、1947年の民法改正の際に、家庭裁判所による許可制度が設けられた。ただし、例外として、「自己又は配偶者の直系卑属を養子とする場合は」家庭裁判所の許可は不要で、戸籍上の届出のみで養子縁組は成立するものとされている（798条ただし書き）。日本では、連れ子再婚の場合に、再婚配偶者と連れ子との間で養子縁組が行われることがきわめて多いといわれている。連れ子養子縁組の場合に家庭裁判所の許可が不要とされていることは、子の福祉の確保に欠けるところがあるのではないかという批判が存在する。また、祖父母が孫を養子にするときにも、家庭裁判所の許可は不要となっている。このタイプの養子縁組は、相続税を節税するためにしばしば行われているといわれている。普通未成年養子縁組の際の家庭裁判所の許可の基準は、当該の養子縁組が、子の福祉に合致するかどうかであって、子の福祉を積極的に増進するということまでは求めていないというのが一般的な理解となっている。

2-2. 特別養子制度

普通養子縁組に対して、児童福祉型の養子縁組である特別養子縁組は、その成立方式として、契約型ではなく国家宣言型を採用している（817条

4) 民法の成年年齢の引下げについての最終報告書 <http://www.moj.go.jp/content/000005078.pdf>（2016年8月29日最終確認）。

の2)。

① 手続きの開始と成立後の戸籍記載

特別養子縁組は、家庭裁判所の審判により成立する。その審判を行う請求をまずは養親となる者がすることから民法上の手続きは開始する。そして、817条の3から7までの要件に合致するときに、家庭裁判所は、子の実方との親子関係が終了する縁組を成立させることができると、民法は規定している（817条の3）。普通養子縁組は養子縁組届出によって縁組が成立する（婚姻と同じである）のに対して、特別養子縁組は家庭裁判所の審判によって成立し、異議申立期間（2週間）に高等裁判所への抗告が行われなければ（審理するのは高等裁判所であるが、抗告状を提出するのは原審の家庭裁判所）、審判が確定する。縁組の成立を認める審判について異議申立てをできるのは、養子となる子の父母、養子となる子に対し親権を行う者で養子となる子の父母でないもの、養子となる子の未成年後見人、養子となる子の父母に対し親権を行う者及び養子となる子の父母の後見人である（家事事件手続法164条8項）。審判が確定すると、養親となる者（特別養子縁組を申立てた者）は、審判書の謄本を添付して審判確定日から10日以内に届出なければならないとされている（戸籍法68条の2、63条1項）。この届出に基づき、養子の従前の本籍地に養親の氏で養子の新戸籍が編製される。それまで子は、実父母もしくは実母の戸籍に記載されており、その実父母または実母の戸籍からは、民法817条の2による裁判確定に基づき除籍される旨が記載されて、除籍される。養親夫婦の戸籍には、子の新しく編製された戸籍から入籍される。続柄欄には普通養子と異なり、養子とは記載されず実子の記載同様、長男、長女、二男等のように記載される。子の身分事項欄には民法817条の2による裁判確定日とそれに基づく届出日が記載される。現行のシステムでは、後年養子が自己の出自を探ろうとするとき、この戸籍をたどることにより実父母もしくは実母にたどり着くことができることになる。

② 養親の要件

日本民法は、特別養子縁組については、養親は法律上の夫婦でなければ

ならないと規定している（817条の3第1項）。普通養子縁組でも、未成年養子のときには、婚姻している者は夫婦共同縁組を行うこととされている（795条）。ただし、婚姻していない単身者でも普通養子縁組の場合は養子を行うことができるのに対して、特別養子縁組では夫婦共同縁組しか認めていないという違いがある。親子関係構築に向けた乳幼児の養育の大変さを考慮したためである。他方、ここには日本法での明確な家族モデルが示されているといえる。「子は、できる限り実父母共同で養育されることが望ましいことはいうまでもないが、それができない場合には、夫婦そろった家庭において養育されることが次善であるとするのが、特別養子縁組の制度創設の理念」とされている⁵⁾。外国法のなかには、単身者による養子（日本でいえば特別養子）を認めている国もあり、同性カップルによる養子も認めている国もある。同性カップルによる養子縁組をどのように位置づけるかは、日本では、同性カップルそのものを法制度のなかでどう位置づけるのかということがしっかり決まってからの議論になるといえる。こうした点についての日本法上の議論はまだ行える状態に至っていないというのが現状である。養親の年齢は、普通養子縁組が20歳（成年）であるのに対して、特別養子縁組では25歳が最低年齢として設定されている。ただし、一方が25歳に達していれば他方は20歳に達していればよいとされている（817条の4）。養親の最高年齢および養親子間の年齢差については規定が設けられていないので、個別の事例で、最終的には裁判所の判断に委ねられることになる。特別養子制度は子のための養育を確保する制度であるため、高齢の養親は認められるべきではないということになる。高齢の養親希望者の子をもちたいという希望は、子の福祉に劣後する。現行法上は、親の一方の最少年齢が20歳、特別養子の最高年齢が8歳となっており、その年齢差は12歳ということになる。現実にはこのような事例は生じないだろうから問題ないともいわれるが、現行の婚姻制度を前提とするな

5) 中川善之助・山島正男編『新版注釈民法(24親族(4)) 有斐閣, 1994年, 621ページ（大森政輔）。

らば、親子の最低年齢差は16歳必要という立法的対応をとることも検討事項の一つといえる。

③ 養子の要件および置かれた事情

特別養子となることができるのは、6歳未満の子とされている。例外として、6歳に達する前から養親となる者に引き続き監護されている（例えば、6歳になる前から里親委託されており、その里親がその子を特別養子にする）ときには8歳未満の子も特別養子になることができるとされる（817条の4）。特別養子となる子の年齢を原則6歳未満としているのは、子が社会的成熟を始める小学校就学年齢に達していないことが相当という理由からである。未成年者の養子はすべて完全養子とする、または特別な年齢要件を設けるとしても、日本法よりもっと高い年齢（例えば15歳）に養子となることができる年齢が設定されている外国法と比較をすると稀有な立法例といえる。高齢の子の養子縁組による保護は未成年普通養子によるということになるが、そうであれば未成年普通養子にも後述の試験養育期間の設定をする等、子の福祉のための制度設計を充実させる必要性が認められる。

さらに、子の置かれた状況として、父母による監護が著しく困難又は不適当であることその他特別の事情がある場合で、子の利益のために特に必要があると認めるときという、特別養子縁組成立のための要件＝判断基準が示されている（817条の7）。前段で子が要保護状態にあることを必要としており、さらに、後段で特別養子縁組が子の利益のため特に必要なものでなければならないとして、2段の要件が設定されている。

④ 父母の同意

特別養子縁組の法律効果は非常に大きい。例えば、民法に規定されている親権喪失制度（834条）と比較すると、そのことが鮮明になる。親権喪失はその原因となった事情がやめば親権が回復しうる制度となっているのに対して、特別養子縁組は原則として離縁が認められないので、元の親子関係が復活することはない。このような重大な法律効果をもたらすので、特別養子縁組について、民法は父母の固有の地位に基づく同意権を規定し

ている。父母が親権者であるかどうかとは関係ない構造になっている。未認知の父には同意権は存在せず、特別養子縁組成立後の認知は認められないものとされている。問題は、非嫡出子を生んだ母がその子の父に子が生まれたことを知らせずに特別養子縁組の申立てをし、成立審判前にその事実を知った父が、子を認知すると申出た場合である。父からの上申書により、父の認知の意思の存在および親子関係存在確認訴訟の係属を承知しながら特別養子縁組の成立を認めた審判の効力が争われ、準再審理由に該当するとして縁組成立を認めた審判が取消された事例が存在する⁶⁾。こうなると裁判に時間がかかり、その間養親希望者の下で生活する子はそこで親子としての絆を形成してしまうという大問題が生じる。日本法は、一つの特別養子縁組成立審判に、養子縁組成立と実親子関係断絶という二つの役割をもたせている。そのため、実親の同意（撤回）権は、試験養育期間を経て裁判所が成立を認めた後、抗告期間の2週間は保障されることになっている。審判後でも同意撤回は可能という制度は子の福祉を危機にさらすので、外国法にみられるように、親の同意と養子縁組成立は別個の手続きで行うことが検討されるべきである。

関連して大きな問題なのは、子の出生前からの養子縁組同意をとれるかという問題がある。日本法はこれについて何の規定も置いていない。外国法は、養子縁組の出生前同意を認めないというのが基本的スタンスである。危機的な状態に置かれた時点での父母、事実上、実母の同意は真意であるか疑わしいといえる。また、出産直後、子を抱いたり、授乳したりすることなく、またそうすると情が移るとして直ちに養子縁組手続きに進むのが適切なカウンセリング、相談をしたということになるのかは大いに疑問である。

⑤ 試験養育（817条の8）

親子関係の構築には難しい側面がある。試し行動や赤ちゃん返り等、子どもは単にかわいいだけの存在ではなく、親子とは例えば思春期以後、子

6) 最判平成7年7月14日、民集49巻7号2674ページ。

が親を批判的、否定的にみることも珍しくない関係であるのはいうまでもない。これらを乗り越えていけるような親子関係またはその基礎を構築するための親子関係構築の期間として、民法は6箇月以上の試験養育期間を設定している。児童相談所が仲介して社会的養護下にある児童を特別養子にするときには、試験養育は養親となる者を里親として認定して、里親委託措置として行っている。民間の養子縁組あっせん団体が仲介した場合には、養親となる者が同居児童の届出を市区町村を通じて都道府県知事に提出することになる（児童福祉法30条1項）。

なお、普通未成年養子については試験養育の規定は存在しない。しかし、すでに述べたように、普通養子であっても未成年養子についてはこの試験養育期間が設けられるべきである。

⑥ 独自の法律効果

特別養子制度は、完全養子制度を採用している。しばしば特別養子こそが外国法では普通養子であると比喩的にいわれるのは、完全養子であることを指してのことである。実父母およびその血族との親族関係は終了する（817条の9）。法律上の親子関係は、特別養子縁組の対象となる子については養親子関係のみでよいということである。例外は連れ子特別養子のときの実親およびその血族との関係である（同条ただし書き）。近年、生殖補助技術が新たな展開を見せ、娘の実母が娘夫婦の受精卵を体外受精し、生まれた子を特別養子にするということが行われた⁷⁾。この場合も出産した母としては関係が断絶するが、祖母としては親族関係が残ることになる。生殖補助技術をめぐっては特別養子制度がそもそも予想しなかった事態が発生しているといえる。

もう一つの独自の法律効果は、離縁が原則として認められていないことである（817条の10第2項）。養親による虐待等のため養子の利益が著しく害されるときで、かつ実父母が相当の監護をできるときに、養子、実父母又は検察官が離縁請求をできることになっている（同条1項）。離縁が行

7) 神戸家裁姫路支部審判平成20年12月26日、家月61巻10号72ページ。

われると、特別養子縁組によって終了した親族関係と同じ親族関係が発生する（817条の11）。離縁は、件数はわずかだが存在する。しかし、その実態はわからないままになっている。どのような理由、事情で離縁に至ったのか、離縁後の子の生活状況はどうなっているのか等、審判例も公表されていないし、実態調査も存在しない。特別養子となった先の家庭で虐待等が行われた子のフォローは必要ないのか等、離縁の実態・課題は全く分かっていないのが実情である。