

「子のため」の特別養子縁組

——民法改正との関連において——

川 村 隆 子

はじめに

昭和63年(1988年)1月1日に特別養子縁組制度が施行され、およそ四半世紀という時が流れた。

様々な事情により実の親の下での生活が困難となった子に、本来、求められる温かい家庭での成長を願って検討されたこの制度は、子を迎える側の幸福よりも養子となる「子のため」に成立することが強く求められている。法律としてはまだ若い制度であるが、長期間、検討を要したこの制度の意義は、一般的な認知度の低さに反して大きなものと言えるだろう。

しかし振り返ってみれば、この四半世紀の間、わが国をはじめ世界は大きな変化を遂げた。携帯電話はもちろんのこと、各家庭にパソコンも普及しておらず、様々な物資を、24時間、手軽に入手することもできなかった時代から考えれば、昨今の高速度な情報・流通化社会は、様々な恩恵を与え続けている。経済面だけでなく医学的な進歩も目覚ましく発展し、数年前であれば諦めざるを得なかった病魔に対して効率的な治療が行えるようにもなった。これからの高齢化社会を考えたとき、ネットワークによる繋がりや医療の進歩は、容易な連絡網、情報の共有、必需品の選択と活用等、様々な面で新たな可能性を提供してくれるだろう。

ただ、こうした物質的な変化(進化)は、人の心にも大きく影響を与えるのか、容易に犯罪

に巻き込まれ、または軽い気持ちで加担してしまう社会を作り出している。携帯端末を活用(悪用)した犯罪に関わる年齢層の低下は男女を問わず、何よりも「悪いことをしている」という意識の低下は留まることを知らない。

こうした人と人との関係が希薄化されながらも複雑化していく中で、最も安定しているはずの親と子の関係さえも時には歪んだ姿をみせるようになった。幼児の虐待死や放置による死亡などの報道は、数年に一度見るか見ないかという性質のものではなくなっている¹⁾。親が子を「しつける」ことにより、健全な成長と適切な社会性を習得させることは重要な親の責任であり、社会秩序にとっても、子にとっても、掛け替えのない行為であるが、しつけとは言えないような行為、つまり、「子のため」であるとは到底肯定できないような行為が、往々にして問題となるのである。

このような問題を背景に、「民法等の一部を改正する法律」が、平成23年(2011年)6月3日に公布された²⁾。主要な点として児童虐待防

1) 虐待などは現代的な問題とは言えず、古くから存在する行為だと考えられるが、意識の変化や社会、報道等の取り組みにより表面化する機会が増えていると言えよう。しかし、それは氷山の一角が、ほんの少し姿を見せるようになったに過ぎないだろうが。

2) 解説として許末恵「児童虐待防止のための親権法改正の意義と問題点—民法の視点から—」

止等を目的とした親権停止の制度が新設される（民法834条の2が新設）ほか、親権の規定において「子の利益のために」という文言が追加される（民法820条に追加）など、子の利益や福祉といった「子のため」³⁾を狙いとした改正が行われることになる。

ただ、親権停止の新設はこれまでの膠着的な親権喪失問題に大きな一石を投じることになるが、親の権利とも義務とも考え得る「親権」が「子の利益のために」成される性質のものであることは、従来からも認識されていたと考えられるので、実質的な変化が生じるわけではない⁴⁾。そこで、もちろん明文化されることは有益であるが、問題となるのは、「子の利益のために」という文言が必要とされる理由・背景である。様々な理由が考えられるだろうが、親と子の関係がそのような文言の明記を必要とする関係になってきた、ということが挙げられよう。つまり、親が子の監護や教育をする、単純に言い換えれば親が子の面倒を見るという、ごく当たり前の行為に対しても、「子のため」という前提を置かなければならないような関係となり、社会になってきたということである⁵⁾。

親子の姿・在り方は、各家庭の家族構成や生活形態、思想や宗教観などにより一様ではない

上、地域や環境などの影響にも少なからず左右されるであろうから、一概に何をもって良しとするのかを言い切れるものではない。しかし、社会性を身に付ける過程にある子は、知識や経験に乏しいだけでなく、金銭感覚や社会的責任を負うことができるような段階に無いのが通常であり、だからこそ社会による（大人によると言っても良いかもしれない）特別な保護の下に成長が見守られるのであり、その最も身近な存在として親の監護教育が重要となるのである。これは、如何に時代が情報化・高速化されようとも技術が進歩しようとも関係のない普遍的な事柄であり、法律上の親権の規定がどのように改正を加えられようとも、「子のため」の重要性は変化するはずのないものである。

そこで本稿では、「子のため」に創設され「子のため」の先駆けの一つとなった特別養子縁組の現状を概観することにより、改正され「子の利益のために」という文言が追加されるに至った親と子の関係に対して、何らかの示唆や問題提起が可能ではないかを探求したい。

第1章 親子と養子縁組

1. 養子制度

本能的・自然的に、人は生存するために衣食住などの確保を行い、そして限りある生命を未来に繋ぐために子孫を残す。近代的な法制度が婚姻や親子などの要件等を定める以前から、そうした人としての営みは脈々と続けられてきたのである。当然、婚姻しないという選択も問題なく認められるが、本能的・自然的な男女による夫婦形成の出発は、愛情による繋がりだけでなく様々である。また、少子高齢化が進んでいるとはいえ、一般論として子を欲する願望も強い。単純に漠然と子を欲する願いがあれば、将

法律時報83巻7号65頁ほか多数の論考が存在している。

- 3) 「子の利益」「子の福祉」といった様々な表現が可能であるが、本稿では主に「子のため」という表現を使用したい。
- 4) 窪田充見「親権に関する民法等の改正と今後の課題」ジュリストNo. 1430, 5頁（2011）参照。
- 5) もちろん、親と子に関する様々な研究や法理論の成熟により、敢えて「子の利益のために」という文言を追加し、内容の充実を図ったという見方などでもできる。

来的に自分の子がいないと不安になる、または年齢的な世間体ということもあろう。ただ、夫婦の形成と同じく、子を欲する思いも、人という生命体を持つ本能的・自然的なものが、その背景にあると言える。

このようにして形成されていく家庭の全てが順調に時を重ねられれば良いが、残念ながら病気や事故など様々な要素が加わり、幼い子の両親が自分の子を育てられない状況が生じる。そしてこれもまた様々な要因から、いくら願っても子を授かることができない夫婦も存在する。子にとってみれば（特に幼少期であれば）自分を育ててくれる存在は不可欠であるし、子が欲しい夫婦にとってみれば、不可欠とまでは言えないまでも、自分たちの家庭に未来ある子を迎えたいという願いを非難することなどできない。こうした必要性や願いが合致することにより新しい家族構成が誕生することになるのである。そうしてみれば、血縁関係にはない子を家庭に迎える養子制度も、人としての自然な思いがその根底にあると言えるのかもしれない。

ただ、同じ養子を迎えると言っても、その動機は一つではなく、たとえば大戦前によく見られた「家のため」の養子縁組というものがあ。殿様の世継ぎがいない場合や名門家の跡取りがいない場合に、親戚縁者などから子を迎えて家の継続を目指す養子縁組であるが、多くの場合、養子となる子の実親に監護教育能力がないわけではなく（もちろん、経済的困窮が理由となった場合もある）、家の存続を願う者のために子を養子として送りだしていた。また、子の労働力などを狙いとした養子縁組も行われ、これは親側の要求を満たすことに重きが置かれていたため「親のため」の養子縁組と呼ばれている。これらの縁組は、その動機が家の存続や親のためのものであったため、時には養子とな

る子に酷な場合もあったと推測できよう。

そして大戦後、わが国だけでなく多くの国で戦災孤児の問題が浮上し、温かい家庭での成長を願った「子のため」の養子縁組が行われるようになった。様々な要因から実親の下で成長する機会を失い、一般的な表現では不幸な境遇に置かれた子にとって、「子のため」の養子縁組は、本来、全ての子に与えられるべき家庭や親子関係といったものを再構築するための制度として、その機能を発揮することになったのである⁶⁾。

2. 特別養子縁組

わが国には従来から養子縁組制度（普通養子縁組制度）が存在し、尊属または年長者を養子にすることはできない（民法793条）などの要件はあるが、比較的容易に養子縁組を認めている。ただ、「子のため」という時代の要請から、より丁寧で詳細な、つまり、より「子のため」になる制度設計が求められるようになり、原則6歳に達していない子で（同法817条の5）、「父母による養子となる者の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

6) もちろん、全ての「家のため」「親のため」の養子縁組が、養子となる子にとって不幸な縁組であったとは言わない。また、ここでの説明は特別養子縁組について考察する上での概略であり、参照すべき良書は多数存在するため、その全てを挙げることは不可能であるが、たとえば、細川清「改正養子法の解説」（法曹会、第1版、1993）、山本正憲「養子法の研究Ⅳ」（法律文化社、初版、1989）などが挙げられる。なお、本稿は全般にわたり特別養子制度や親権問題に関する数多くの論考・書籍に負うところ多いが、逐一詳細な参照を掲げることも困難であり、不十分さは否めない。ここで謝辞するとともに御寛容頂きたい。

場合において、子の利益のため特に必要があると認めるときに」(同法817条の7、以下、要保護要件とする)縁組の成立を認めるという特別養子縁組が創設された。

特別養子縁組が持つ最大の特徴と言えるのが、縁組の成立により特別養子となった子とその実方の血族との親子関係が終了する(同法817条の2)という効果である。これは普通養子縁組ではなく、血縁という自然的・生物学的な親子関係を終了(断絶)する判断を裁判所に委ね、新たに特別養子と養親による法的親子関係⁷⁾を認めるというものであるから、その判断には並々ならぬ慎重さが求められると言える。

そして、もう一つの特徴が、戸籍記載の配慮である。一見するだけでは養子であると判明できないような配慮がされており⁸⁾、その上、普通養子であれば、養親の戸籍に入籍された養子にとって実親の戸籍をたどることは容易であるが、特別養子の場合、容易には実親を知ることができない仕組みになっている⁹⁾。

7) 圧倒的多数の血縁関係にある親子関係も法律の規定に従う限り法的親子関係と言えるが、ここでは血縁がなく法律によって認められた関係を法的親子関係と表現する。

8) あくまで一見するだけでは判明できないものである。養子や養親といった文言が記載されていないので、戸籍を見たときに養子であることを即座に読み取ることはできないかもしれないが、注意深く見れば何らかの疑問を感じるはずである。つまり、特別養子縁組の狙いは、子が養子であることや子の出自を隠すためではなく、新しい法的な親子関係を認め、保護するための制度であることに注意すべきである。

9) 実親と特別養子となる子の戸籍から、その子が除籍され、その子単独の戸籍が作られる。そして、その単独戸籍から養親の戸籍へと入

ただ、戸籍記載の配慮は、本来、特別養子縁組において付随的な効果であるはずのものであるが、養子を取り巻く環境などから、実質的・現実的には、最も望まれる効果として位置付けられることになった。

3. 戸籍と藁の上からの養子

特別養子縁組を考える上で避けることができないのが「藁の上からの養子」と菊田医師事件である。

「藁の上からの養子」とは、簡略すれば、他人の子を自分の実子であるとして出生届を提出し、戸籍上も実親子関係として記載されることを狙った行為である。養子縁組を結ぶのではなく、直接、他人の子を実子とするわけであるから、医師・助産師による虚偽の出生証明書が必要となる。出産した母親が他人の名を騙り、医師等が気付かずに作成する場合もあるだろうが、昭和48年(1973年)、医師の側から積極的に虚偽の出生証明書を作成するという事件が発覚し、大きな社会問題となった。これが菊田医師事件である。

単なる虚偽であれば粛々と処理されれば良いが、この事件は、個々の理由により人工中絶を望む女性に対して、母体への影響と生命の尊さを説き、出産することを勧める一方、そうして出生した子を、子を欲する者たちの「実子」にするために虚偽の出生証明書を作成し、戸籍上、その者たちの「実子」としたのである。出産の事実を秘匿したい母親と「実子」を求める養親との双方の願いに応じることにより、失われる瀬戸際にあった子の命を救うとともにその

籍する。この単独戸籍を除籍簿として公開しなければ戸籍をたどることはできず、また、必要に迫られれば単独戸籍を開示し、実親を知ることが可能となる。

子が成長するための家庭環境をも確保すること
を狙った行為であったため、賛否の分かれる問
題となった¹⁰⁾。

もちろん、虚偽の出生届となるから「実子」
とはならず、実の親子関係にないことを子が知
ることになれば大きな衝撃を受けることになる
上、後々、実の親子関係がないことが確認され
れば、その夫婦の子という地位を失い、子に
とって重大な悪影響を及ぼしかねないが¹¹⁾、
そのような危険を冒してまで子を欲する理由と
して、前述した人としての本能的・自然的な思
いと、養子としての負い目を持つことなく成長
してほしいという願いが潜んでいると考えられ
る。

ここで大きな問題となるのは、何故、こうし
た状況下において、養子制度が活用されないの
かである。養子縁組によって法的に認められる
親子関係が構築されるわけであるから、危険を
冒す必要などないはずであるという論考は、当
然、尊重されるべきものである。しかし、実
質的・現実的社会を生きる当事者にとって「戸
籍」が絶大な影響力を持っていることも事実で
ある。つまり、中絶を望む女性にとっては、戸
籍上、出産の記録が残ることすら望まず、子を
欲する者たちにとっては、戸籍に養子と記載さ
れることなく実子として育て、可能であるなら

ば、永遠に隠しておきたいと願うのである。そ
の背後に、わが国の養子に対するいわれのない
負のイメージがあることは否めず¹²⁾、戸籍の
ための堕胎や戸籍のために薬の上からという将
来的に子の安定した成長や生活を脅かしかねない
行為が行われたと言えるのである。実質的・
現実的に、戸籍のために本来存在する生命への
尊重やおそらく存在するであろう遵法の精神が
歪められ、親子という存在があり、その記録と
して戸籍が存在するにもかかわらず、戸籍が
あって初めて親子が存在するかのような強い存
在として影響を与える結果となっている。もち
ろん、戸籍には真実の親子関係が記載されるべ
きであるという要請は正論であることに疑いは
ないが、生命体としての自然に備わる関係を法
的に検証し断絶させるという特別養子制度は、
戸籍記載の配慮という難問の解決をも迫られた
のである。結局のところ、養子といった文言を
用いない戸籍記載となっただけではあるが、これ
が戸籍の上でも実親子関係と同様の関係にあり
たいと願う要望への対応として適切であるのか、
また、そもそもこのような要望に応えるべきで
あるのかどうかは容易な問題ではないのである
¹³⁾。

10) 判例タイムズNo. 681, 99頁(1989)など、
菊田医師に関する論説・判例は多数存在する。

11) 将来、相続が発生した際に、親子関係不存
在確認が請求されれば、その子は相続人から
除かれる結果となるのが通例である。しかし、
最高裁平成18年7月7日判決(民集60巻6号
2307頁)では、戸籍上、長期間にわたって嫡
出子と記載されている者との実親子関係につ
いて、不存在確認請求をすることが権利の濫
用に当たらないとした原審の判断に違法があ
るとして差戻している。

12) 何故このような負のイメージがあるのか
も検証すべき重要な課題と言えよう。かつて
の家制度であれば、家の存続のために様々な
軋轢は生じても養子縁組は重要な位置付け
を持っていたと考えられる。家制度が崩壊し
核家族化が進む中、血縁を重視する思想が起
こったのか、それとも元来存在するわが国特
有の姿勢であるのか。もしくは単純に、小説
や映画、ドラマなどで自分が養子である事
実を知った登場人物の葛藤が悲劇的に描かれ
ることによる影響なのだろうか。

13) かつて言われたように「かくそうとする気
持に順応する制度を創設することは『害多く

菊田医師の行為に対する各人の捉え方は様々であろうが、この事件が明るみにでたことにより、当時、停滞していた戸籍への配慮を含む特別養子制度創設の議論は再燃し、大きくその歯車を加速させた¹⁴⁾。その結果、事件発覚の15年後、昭和63年（1988年）に、特別養子縁組制度が施行されたのである。

4. 養子制度と親子

親子関係は、本来、本能的・自然的に発生するものであり、法に組み込まれることによって権利義務や保護に関する要件や効果が明確にされるが、それは親が子を監護教育するといった人として当然視されるような内容である。そのような親子関係の成立に、血縁であることが、どの程度、担保されているのかは計り知れないが、前提となっている事実は否定しようがない¹⁵⁾。しかし、子にとって、実際に成長過程

に携わり、監護教育を実践した者の与える影響は大きく、幼少期ではそれが全てであると言っても言い過ぎではなかろう。そう考えれば、生物学的な前提に固執することなく、人が人のために法として考え出した養子縁組による法的親子関係は、「子のため」の制度として、より充実したものを目指し、広く社会に受け入れられるべき制度である。ただ、何が「子のため」であるのかを判定することは難しく「生まれてこその子の福祉であるという考えさもある」¹⁶⁾ことから慎重さは必要であり、しかも、現実的に影響の強い戸籍のために行われてきたと思われる藁の上からの養子により求められてきたような要求を如何に考えるのが問題となる。

そうした人間の持つ複雑さが露わになる難問に対処すべく、血縁関係を断絶してまでも「子のため」の法的親子関係を創設する特別養子縁組であるが、今回改正される民法において「子のため」の親権の行使が求められ、状況によっ

して益少し』ということになりそうである」ことは正しく、かくそうとする「非合理性を清算することを教えるべき」ではあるが、現在においても難しい問題であろう。我妻栄「養子二題」ジュリストNo. 185, 23頁（1959）。

14) 中川高男「実子斡旋事件」ジュリスト900号216頁（1988）ほか参照。

15) たとえば、人として男女の本能的・自然的な反応・行動により共に助け合いながら生活を営み、子孫を残すという感覚が全く存在しない状況を想定してみれば、生命体として適齢期になれば子を産むが、子に対して何らかの責任を負うという感覚はなく、全く無関心となるだろう。当然ながら、夫婦や親子といった言葉すら存在し得ないはずであり、そうした感覚が存在しないのであるから、そこに夫婦や生物学上はもちろん法的親子関係といった法は作り得ないし無意味となる。単純な想定社会であるが、このように考えた場合、現在の家族法が規定する夫婦や親子と

いった内容は、あくまで人としての本能的・自然的な男女そして親子の繋がりが前提となっていると言える。だからこそ、親に対する責任、権利義務が肯定されるのであり、親もそれに反論することなく当然のこととして受け入れるのである。また、親（個人）の財産が同一人物ではない子（個人）に継承されることに、個人主義や所有権絶対の原則からの批判は容認されないことになる。

このように考えれば、法が血縁を明文により求めているとはいえず、その前提として生物学上の親子関係が想定されていることは否定しようがない。近代的な法が夫婦や親子といった関係を創設したのではなく、元来、存在する夫婦や親子の関係を法という形に表しているに過ぎないと言えよう。

16) 石井美智子「生殖補助医療における子の利益—父は必要ないのか—」法律時報83巻12号49頁（2011）。

ては親権の一時停止が「子のため」になされる親子法との関係はどのようなものになるのだろうか。

断絶と親権停止とは別次元ではあるが、同じ親子間への法の介入であるため、相互に影響しあうはずである。たとえば、親権喪失が、血縁への配慮なのか、ほとんど機能していなかったとされる中、2年以内の期間に限り、その後の親子再統合¹⁷⁾が望まれる親権停止制度は、親権問題についてハードルを下げる¹⁸⁾ことになるが、「子のため」の親権停止の判断が繰り返された結果、年齢制限のある特別養子制度が活用できなくなる場合もあろう。現状、親権停止制度は虐待や医療ネグレクトなどへの活用が期待されるが、特別養子制度でもそれは要保護要件に該当するだろうし、しかも前述のような葉の上からでも子を欲する願望と、後述するような様々な形での技術や制度を活用するたくましさを持つ人間の性を考えたとき、親と子という関係は「子のため」という概念を基礎とした総合的な観点からの対策で対処することが必要であり、そして、それでも正解が分からないものである。実際の運用の中で、親権停止が「子のため」に求められ、親権喪失よりもハードルの下がった判断で停止がされた際に、その期間中に監護教育した者からの特別養子縁組申し立ては可能となるのか。仮に親権停止は認められても、断絶を伴う特別養子縁組は認められないとすると、虐待などの親権停止の事実が、特別養子縁組の要保護要件を満たさないとされる結果、特別養子縁組のハードルが高められることにならないのだろうか。全く別次元の制度として運用されるのか、何らかの関連性が導き出さ

れることになるのかは今後の運用次第となる。

これから運用される前段階で危惧するのは無益かもしれないが、実際に運用されている特別養子制度は、新たに考えるべき現存の状況をはじめとして、検証すべき多数の問題を抱えており、本能的・自然的に成立する親子関係を法的に判断することへの難しさを否応なしに露呈していることから、その不安が拭えないのである。

第2章 運用により移りゆく判断

1. 「子のため」の姿勢

このたびの「民法等の一部を改正する法律」により親権を停止することにすら決断を要したのであるから、血縁関係を断絶する特別養子制度の議論には多大な時間が費やされた。「子のため」の制度として綿密な検討が行われたことは誇るべき事実ではあるが、しかし、実際に運用されるに当たって、何が「子のため」になるのかという根本的問題は容易に判断できず、更に深まるばかりである。

たとえば、名古屋家裁昭和63年4月15日審判（家月40巻5号97頁）では、妻（実母）の連れ子を普通養子としている夫（再婚相手）が特別養子縁組の成立を申し立てた事案に対して、裁判所は、実母が引き続き子を監護することになるから、民法817条の7に定める「父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不適當である」および「特別の事情がある」とは認め難いとして申し立てを却下した（なお、実父は特別養子縁組に同意している）。

特別養子縁組が「子のため」の養子制度を目指すに当たり、子が幼少であること（原則6歳未満）や養親となる者は配偶者のある者で原則25歳以上でなければならない（同法817条の3、4）などと規定しているのは、そのような

17) 許 前掲本稿注2) 66頁。

18) 窪田 前掲本稿注4) 6頁。

要件が「子のため」になると考えられたからである。つまり、幼いころから両親のいる家庭で育つことが「子のため」に良好であると法的に判断していると言える。そう考えれば、実母と養父との家庭の中で子が成長し、実父からの不適当な干渉がなければ、敢えて実父との断絶を要することもないという方向性も分からなくはない。ただ、特別養子制度が「子のため」の制度として創設されたと考えるとき、子が現実的に成長する家庭という安定した場を作り出すことを重視するよりも、血縁の断絶に重きを置き慎重に判断したと見えなくもない。もちろん、養父となる者が、実母との婚姻を実現するために、安易にその連れ子と特別養子縁組をしてしまう¹⁹⁾ 結果「子のため」にならない場合も生じるという危惧もあるが、この審判により浮き彫りとなったのは、実父・実母の要保護要件に該当する事実が存在するかどうかに重きを置くという姿勢である。つまり、様々な該当事由が考えられるだろうが、たとえば実父・実母による虐待の事実などがなければ、断絶を伴う特別養子縁組は成立しないと考えられ、「子のため」に現実的な成長環境を整えるために寄与するという方向性よりも、「子のため」に実親が不適当であるかどうかという方向性が主要な判断材料とされたのである。

とくに、この審判のように実親子と養親が関わる特別養子縁組（いわゆる連れ子養子）²⁰⁾ は、片親が実の親であるため、その子が要保護要件に該当するのかどうかの判断は難しくはなるが、たとえば、大阪高裁平成2年4月9日決

定（家月42巻10号57頁）では、未婚長女が出産した子を監護養育²¹⁾ している夫婦（未婚長女の親であり、子は孫に当たる）からの申し立てに対して、「もともと特別養子制度は、民法817条の7に定める要件を充足するような恵まれない子のために、敢えて実父母との法律上の親子関係を断絶させてまで、普通養子制度のそれとは異なる特別な養親子関係を形成させ、もってその健全な育成を図ろうとするものである」として、抗告を棄却している。実父が子の「成長過程に何ら干渉もしていないことが認められ」、実母も実質的に監護する姿勢を見せていない上に体調を壊し休職している状況下においても子の要保護要件は認められず、しかも、特別養子縁組を認めれば、実母と子は「姉妹として法律上の親族関係が存続することになり、反って不自然な関係となるし、現実の生活交渉としても切断される」とは考えられないために、特別養子縁組は認められないとした。

この大阪高裁決定の判断からは、何が「子のため」になるのか、つまり、どのような状況下であれば「恵まれない子」とされるのかは、かなり制限されるという印象が強いが、より明確に姿勢を表した審判として、東京家裁八王子支部平成2年2月28日審判（家月42巻8号77頁）がある。

幼い子を残して妻に先立たれ、「実方の父のもとでは養育することができない状態が続いて」いた子を、実母の姉夫婦（申立人）が特別養子として迎えることを願ったこの事案に対して、戸籍記載の配慮を含め「本児の福祉にとっ

19) 木村要「特別養子縁組の成立要件」判例タイムズNo. 747, 262頁ほか。

20) 他に名古屋高裁昭和63年12月9日決定（家月41巻1号121頁）、名古屋高裁平成元年3月23日決定（家月41巻12号112頁）など。

21) 民法820条では親権の効力として「監護および教育をする権利」とされているため監護教育という文言が使用されるが、本決定をはじめとする裁判例では監護養育という文言が使用されている。

て、申立人らの愛情に満ちた現在の監護・養育環境に置いておくことが適切なものであることは明らかである」とした上で、「しかしながら、特別養子縁組は、養親となろうとする者のそのような心情を実現することを目的とする制度ではなく、劣悪な保護環境に置かれた児童を、実方の父母及びその血族との親族関係を終了させることが必要であるとの判断のもとに、養親のもとでの適切な保護環境に委ね、これを実方からの影響を排した強固な関係としてうちたてようとするものであり、だからこそ、戸籍上も通常の養子とは異なった記載がされるのであって」、要保護要件が認められる場合に限り成立させることができるとして申し立てを却下した。子が「劣悪な保護環境」に置かれていることを要件としたこの判断が、当初、求められていた「子のため」の特別養子制度の全てを言い表しているのかどうかは分からないが、この制度の目指す保護対象児童を明確にしていると言える²²⁾。

また、戸籍について、「実子同様に記載されるものとして理解されがちな戸籍上の記載の配慮も、養子であることを秘匿することを目的とするものではなく、親族関係を切断することが養子になるものの利益であると判断された実方の父母との関係につき、戸籍上にも断絶の事実を明らかにするとともに、いったん断絶されたこの関係を、特別の必要がある場合以外には探

り得ないように秘匿しておくための技術的手段であるにすぎないと解されるところである」としている。このことから、この特別養子制度は、実際に行われていた「葉の上からの養子」という行為が引き金となって熟慮された制度ではあるが、必ずしもこの行為の撲滅を主として狙った制度であるというわけではなく、「子のため」に断絶すべき実方関係から法的に断絶する制度であり、優先的に「子のため」の適切な環境の安定を法的に創設するものではないと言える。子の健やかな成長を願う未来志向の「子のため」よりも、実親の非難されるべき過去の行為からの解放を目指す「子のため」の制度であるという認識があったことが確認できるのである。

このように実親の子に対する対応や監護状況が重要な判断材料とされる特別養子制度において、もう一つ大きく実親の対応が重視される要件として、父母の同意(同条817条の6)がある。実方との関係を終了(断絶)させるという法的影響の強い決断を成すに当たり、父母の同意が必要とされることは容認されるが、ここでも「子のため」を考えたとき、実親の不同意を如何に取り扱うかが問題となり得る。

大阪高裁昭和63年10月27日決定(家月41巻3号164頁)では、婚姻破綻につき主たる有責性のある妻(実母)が子を残して家出をしたため、夫である実父の姉夫婦が子を監護養育していた。そこで、姉夫婦が特別養子縁組を申し立てたが、縁組成立のための要件である実母の同意がなかったため、その不同意と同法817条の6ただし書き²³⁾との関係が問題となった。こ

22) ただし、東京家裁八王子支部審判についても、先に挙げた大阪高裁平成2年4月9日決定と同様、親族間による特別養子縁組を避ける狙いがあるとも言える。実親と断絶しても養親を通じて関係が継続することにより複雑化することが理由となる。山本正憲「特別養子縁組の要件としての『要保護性』の判断三件」民商104巻1号141頁(1991)参照。

23) 父母の同意を必要としつつ、「ただし、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

の事案に対して裁判所は、実母が子を置いて家出をしたことは、「その時点における子供に対する愛情を疑わしめるものがある」としつつも、「子供に対する愛情のかけらさえもないとまで断ずることはできないし」、現時点で「悪意で遺棄しているものとも認め難い」ことから、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、これをもつて権利の濫用ということとはできない」として、姉夫婦との特別養子縁組を認めなかった。

この決定においても、「子のため」に創設された特別養子制度ではあるが、未来ある子の安定した成長という掛け値なしに守らなければならない現実を背景に、どのような縁組でも認めざるを得ないというような位置付けは与えられず、あくまで実方との断絶を要する、つまり、実親が子にとって不適当であるからこそ認められる制度として認識されていたことが分かる。ただ、「子のため」を考えたとき、現実的にこの方向性が正しいのかどうか検討することも、「子のため」には重要であろう。中には、実親の虐待などの事実が認められなくても比較的内容易な不適当とされる要件（経済的困窮や結果的に未認知の非嫡出子を嫡出子にするなど）によって、特別養子縁組を認めている事案も見受けられる²⁴⁾が、「子のため」という大前提が存

は、この限りではない」と規定している。

- 24) 横浜家裁昭和63年3月11日審判（家月40巻7号181頁）、東京家裁八王子支部昭和63年8月12日審判（家月41巻3号177頁）、仙台高裁秋田支部平成元年5月24日決定（家月41巻11号86頁）、宮崎家裁平成2年11月30日審判（家月43巻10号35頁）、東京高裁決定平成8年11月20日（家月49巻5号78頁）ほか。特に、里親制度を経由した申し立ては認められる傾向にある。実親が不明であったり、監護教育に直接関与しないことに要保護要件が認めら

在しつつも、親の状況や都合が特別養子縁組の成否に大きく影響していることは否めない。幼少期からの子の健全な育成と将来への貢献を考える「子のため」よりも、出生を含めた親から子に対する方向性を重視した「子のため」の制度であるという見方が色濃く出ていることが、本当に「子のため」になるのかどうかの検討が重要となるのではなかろうか。

そうした中、父母の同意について、実父の不同意を同意権の濫用であるとして特別養子縁組を認めた青森家裁五所川原支部平成21年5月21日審判（家月62巻2号136頁）などの事案がでてくるようになった。厳密にはこの審判においても、実父母の監護は「著しく困難又は不適当であると認め」られるため、実親の状況が重視されていると言えるが、実父の不同意について、「親としての気持ちの表れである面を否定はできないものの」、特別養子となる子の「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、不同意のまま特別養子縁組を成立させた。断絶すべき実方関係という面は多分にあるが、子の将来安定した環境の保持にふれるなど当事者である子を重視した判断が見受けられるのである²⁵⁾。

「子のため」に創設された制度の、より「子のため」になる運営の方向性とは如何なるもの

れるのであろうが、先に挙げた否認例も里親制度を経由さえしていれば認められたのであろうか。

- 25) 6か月以上の監護状況を考慮（同法817条の8）するため、養親となる者の家庭で心身ともに健全に成長し続けることが重視されるのは当然であるが、実方の状況・都合の比重が高く見られる中、子の将来にふれた点に注目したい。

かを摸索し続けなければならないのである。

2. 生殖補助医療と特別養子制度

「子のため」に制度が設けられても、親を起点にする場合や子を起点にする場合など、考え方の相違により内容は大きく異なってしまう。自然的な親子関係や法的親子関係、そこに現実的影響を与え続ける戸籍の問題、そして、今回新設された親権停止の問題など、まだまだ議論を尽くして道筋を立てなければならない段階にある親子関係に、更に大きな問題が突きつけられている。生殖補助医療について如何に考えていくかがその難問である。

神戸家裁姫路支部平成20年12月26日審判（家月61巻10号72頁）は、申立人夫婦（養親となる者）が、卵子および精子を提供し、養母となる者の母に代理出産を依頼した。そして出生した子との特別養子縁組の成立を求めた事案である。

「女性が自己以外の女性の卵子を用いた生殖補助医療により子を懐胎し出産した場合における出生した子の母は、その子を懐胎し出産した女性である」ことは、本審判にも示されているとおり、最高裁平成19年3月23日決定（民集61巻2号619頁）において確認されているため、本審判においては、申立人（養母）と出生した子は、両者共に代理出産した者の子となる。しかしながら、いずれの表現が適当かは分からないが、生物学的もしくは遺伝子的、血縁的な関係をみれば、申立人と出生した子は親子関係にあり、代理出産した者から見れば、親（代理母）、子（申立人）、孫（出生した子）となる。およそ生殖補助医療の技術が確立していなければ成立し得ない関係が容易に作り出される時代となったのである。

本審判では「いわゆる代理出産については、

医学的、倫理的・社会的、法的各側面から、その是非を含めた様々な議論がされ……法制度としてどう取り扱うか改めて検討されるべき状況にあり、医療法制、親子法制の両面にわたる検討を経て、立法による速やかな対応が強く望まれる」という前提を置きながら、「しかし、出生した子と、血縁上の親との間にどのような関係を成立させるかについては、代理出産の是非と必然的に連動するものではなく、出生した子の福祉を中心に検討するのが相当」であると、特別養子縁組の成立を比較的容易に認めている。

ここで「比較的容易に」としたのは、代理出産した実親夫婦は双方とも「稼働して収入を得ており」経済的不安もなく、その上、出生した子に対し何ら不適当な対応をしたことも認められていない。このような状況で出生した子の要保護要件が認められたのは、申立人夫婦が出生した子を責任を持って育てるべきであると考えている実親夫婦に、出生した子を「自身らの子として監護養育していく意向」のないことが決め手となっている。つまり、監護養育していく意向のないことに要保護要件を認め、しかも、申立人夫婦が出生した子の「血縁上の親」であり「監護養育していく真摯な意向を示している」ことにより特別養子縁組が認められているのである。

出生した子の福祉や利益という「子のため」を考えれば、本審判の判断は歓迎されると思われる。現実的に生存している子の将来の安定した家庭環境を考えれば、代理出産した者の下での成長よりも年齢的な問題をはじめ申立人夫婦の下での成長が有益な面が多いことは否めない。しかし、先に見た審判例などと比較した場合、同じ法制度でありながら、全く異なった制度の姿を見せていることに一抹の不安を感じず

にはいられない。出生した子は基本的には実親夫婦の嫡出子という身分を持つことになり、特別養子縁組の成立により断絶されたとしても祖父母と孫という関係が新たに発生する。何よりも、監護養育の意向がない²⁶⁾という一事をもって要保護要件を認めることは、この制度の主旨に合致していると言い切れるのであろうか。その上、大前提とはされながらも法律上絶対的に要請されていない血縁関係を「血縁上の親」である申立人夫婦の適格性を高める要素として取り入れているところにも不安を禁じ得ない。法的親子関係を創設する特別養子制度であり、嫡出推定など法が法として判断する法律上の親子関係において、あたかも血縁重視の姿勢を前面に押し出したかのような様相を呈しているのである。

また、代理出産の是非について「連動するもの」ではないとはいえ、わが国において議論を深めていかなければならない生殖補助医療全般や代理出産に対して、出生し現実に生存しているという事実先行に、実質的に法が支援する形をとることが適切であるかどうかを考えなければならないのではなかろうか。未成熟な代理出産などの議論を置き去りにした容易な特別養子縁組の容認は、危険性などを顧みない代理出産を助長させることにならないかと危惧するのである²⁷⁾。そして、厳しい表現になるが、不適

当な実親からの断絶という方向性であれ、子の将来のために安定した家庭環境を作り出すという方向性であれ、子の要保護要件を検討すべき状況を作り出したのが、他ならぬ養親となる者であるという現実的事実を無視した展開により特別養子制度が活用されているということを忘れてはならない。そして、もう一つ忘れてはならないのは、特別養子縁組は「子のため」に労力を惜しまず作られた制度であって、子を欲する「親のため」に作られた制度ではないということである。「家」から「親」，「親」から「子」という要請によって作り出された制度の主旨を逆行させるかのような本審判は、特別養子制度にどのような影響を与え、親子関係という人としての根本的な姿に対して、どのような位置づけが与えられるのか。そして、無批判に受け入れられても良いものなのであろうか。

ちなみに、この審判は、審判内で参照されている最高裁平成19年3月23日決定（民集61巻2号619頁）の影響が大きいと言える。この最高裁決定は、ある夫婦が海外での代理出産によって授かった子との実親子関係を認めるよう求めた事案であり、当時、報道等で大きく取り上げられたが、最高裁は実親子関係を認めず、後日、特別養子縁組が成立したようである²⁸⁾。わが国の法から言えば実親子関係

分と言える子の出産や成長などについて、わが国に問題なしに適合するとは考えられない。よって、より深く議論した後に、その可否を決定しなければ、事実の先行により容易な特別養子を増やすことになりかねない。代理出産等については、一応、出産の事実が重視されているが、生物学的な母子・父子の議論は尽くされているとは言い難く、また、代理出産自体に伴う様々な危険性についても十分に議論されているとは言い難いだろう。

28) 多くの解説等が出されているが、たとえば、

26) 親と子の関係を認めた上での監護などが不適当な状況、つまり、虐待や悪意の遺棄や放置に該当するような状況を表しているのか、それとも親と子の関係さえも認めず、そもそも無関係な存在であるという状況を表しているのかは分からない。

27) 国によっては代理出産が容易に認められるが、歴史や思想、宗教観、人生観、責任などについて相違する国の制度が、国の基本的部

は認められず、本審判と同様に特別養子縁組の要保護要件が認められるのかも疑問であるが、この最高裁決定が存在しなければ、本審判も実親子関係の成立が求められたかもしれない。審判の判断にも見られるように、「血縁上の親」であることから、実親子関係を認める要求の方が直接的であると言えなくもないからである²⁹⁾。

結局のところ、藁の上からの養子が行われていた時代（現在でも行われているかもしれないが）と変わらない要求、つまり、実子への渴望に対して、わが国での一般的な世論をはじめ綿密な議論と法的な対応は立ち遅れていると言えるだろう。特別養子制度は、そうした要求に応える制度となり得るのか、それとも、逆にこの制度があるが故に藁の上からの養子を行う方がリスクが低いと捉えられてしまうのか³⁰⁾。何

が「子のため」であるのか不明確ではあるが、生殖補助医療や戸籍を含めた「親のため」ではない「子のため」の議論が深まることを願ってやまない。

おわりに

「民法等の一部を改正する法律」が公布され、親権停止制度や親権の効果に「子の利益のために」という文言が追加されることになった。ただ、現実的な適用が開始されたとき、どのような視点が重視されるのかにより、特別養子制度と同じような道筋を歩むことになるのであろうか³¹⁾。「子のため」を判断するに当たり、親の不適当さの有無を重視するのか、子の将来の安定した環境を優先するのかによって、子に与える影響は大きい。もちろん、両者は「子のため」に重要な要素であるため両立すべきであり、親の不適当さが認められれば子の将来の安定のためにも容易に認められ、親の不適当さが無ければ、そもそも問題として浮上することはないだろう。逆に、子の将来の安定が望まれ、親の不適当さが認められれば「子のため」の判断はできる。しかし、子の将来の安定が望まれるが、親の不適当さが認められない場合、親権停止制度をはじめ親子に関する法はどのように機能することになるだろうか。子の将来に対する判断が差し迫っている間際、千差万別な親としての思想や能力などを単純に不適当であると非難できない場合、それでも子の将来を優先す

水野紀子「生殖補助医療を契機に日本実親子関係法をふりかえる」法曹時報61巻5号1頁(2009)。余談となるが、この水野論文30頁には、ある男性の身勝手とも言える代理出産活用事例について、「出産は、この世への強引な拉致である」とされている。人の欲深さと生命への不遜とも言える態度に対して、人はどのような法をもって対処できるだろうか。強い思いが込められたこの一文に真摯に向き合う議論がなされることを願うばかりである。

29) 死亡した夫の凍結精子を利用して出生した子の死後認知問題も、生殖補助医療を考える上で大きな衝撃を投げかけた。最高裁平成18年9月4日判決（民集60巻7号2563頁）。

30) 本稿注11) に挙げた最高裁平成18年7月7日判決（民集60巻6号2307頁）は、実質的に藁の上からの養子の相続権を認めることになるため、親としてはリスクを冒して「実子」とし、隠し続けることにより「子のため」の思いを満たし、死後の相続への不安は法律により払拭されるという間違ったメッセージと

して捉えられれば、その誘惑は大きいものと言わざるを得ない。

31) 窪田 前掲本稿注4) 8頁においても「実際にどのように運用がなされていくのが重要であることはいうまでもない」とされている。

ることになるのか³²⁾。それとも、特別養子制度に見られたように「子のため」とはいえ、第一の監護養育責任者と言える親が重要視されるようになるのか。または、代理出産に対する裁判例のように「監護養育する意向がない」というような単純な都合を認め、不適當であると判断するようになるのか。断絶により法的親子関係を創設する特別養子縁組と親権停止の判断とでは、その重みの差異は大きく、運用される状況も異なるが、「監護養育する意向がない」ことから実親子関係の断絶が可能となり、虐待の事実で親権が停止されるという「子のため」の判断のバランスを民法は如何にして保つのだろうか。そして、実際に運用される際の不透明さは、より大きな影響を子に与えることを忘れてはならない。

親と子の関係というものは、実に当たり前のようである反面、想定できない程に複雑なものと言えるだろう。親権の一時停止を必要とするような事実が存在した場合、親権喪失や断絶といった判断が従来以上に求められる社会になっていくのかもしれない。その時、如何に「子のため」を重要視した判断が「大人」にできるの

かが問題となる。何をもって「子のため」になるかが明確でなく、当然ながら、法律によって個々に明文化できる性質のものではないので、その時々判断に委ねられてしまうが、年齢制限のある特別養子の要件や「子のため」に現在と将来を考慮する中で、現実存在し成長の手助けを要する「子」に対する決断は容易なものではない。また、厳しい表現になるかもしれないが、そうした時間制限や温かい家庭を要するという「子のため」の判断を逆手に取る形で、実質的には「親のため」と考えられる要求がなされた場合、法はどのように対応すべきかも真摯に議論しなければならないのではないかと。つまり、たとえば明らかに「親のため」の特別養子縁組であっても、目の前に実在する「子」の利益や福祉が付随することから、縁組を認めなかった場合に「子」が被る不利益を考慮して容易に縁組が認められることになってしまった場合、それが本当に特別養子縁組制度の主旨に合致しているのか、また離縁が制度として認められる中で「親のため」と考えられる縁組を認めて良いのか、そして何よりも、親のエゴとも言えるような状況の中での縁組が、本当に「子のため」になるのかを考える必要があるだろう。子が欲しいという親の願いを親のエゴであるとは言わないが、明らかな虐待ではない限り、人により「しつけ」と「虐待」とのボーダーラインが明確ではないのと同様に、「親の願い」と「親のエゴ」のボーダーラインも容易には判断できないし、議題としても挙げ難い問題である。ただ、こうしたタブー視されがちな議論し辛い問題に真摯に向かい合い様々な意見を出し合うことが、中心的な当事者であるにもかかわらず意見を表明する知識や能力を持たない「子」に対する最低限の礼儀であり、「子のため」を考える上での盤石な土台となるはずである。

32) 今回の改正において、親権喪失については「親権者に対する非難可能性や帰責性が認められなくても親権喪失が認められることを明らかにした」とされているが、実際の運用はどのようなになるだろうか。岩志和一郎「子の利益保護のための親権の制限と児童福祉の連携」法律時報83巻12号18頁。また、医療ネグレクトについて親権喪失の申し立てと取り消しにより実務的な問題をクリアしていたのと変わらないような運用しかできなければ、親権停止制度を新設した意義が薄れるだろう。多田元「親権法の改正と子どもの虐待—子どもの自立支援・親子の関係修復」法律時報83巻7号82～83頁参照。

生物学的親子関係と法的親子関係の双方が登場する特別養子制度の実際の運用を参考に「子のため」の更なる議論が求められる。親権停止制度の新設で、虐待などに対する特別養子制度の役割が終わったとは考えられない。両制度が

存在することにより「子のため」に求められる法機能が充実することが望まれる。そして、ここで深まった議論により、親子関係に対する判断は大きくその姿を変化させる結果となるのかもしれない。