

## 特別養子制度の検討

－制度の意義・特徴・問題を中心に－

徳 永 幸 子

The Examination of the Special Adoption System:  
Focusing on the meaning, the characteristics, and the problems

Sachiko TOKUNAGA

The purpose of this paper is to examine the special adoption system, one of social child care system, from the point of view of child welfare. First, by reviewing how the special adoption system has been developed, it is argued that the purpose is not to help the would-be foster parents to succeed their family line but to facilitate the children's well-being. Second, by comparing this system with the standard adoption system, five distinct characteristics of the special adoption system are delineated. Then two major problems of the special adoption system are addressed: one is about the age of adopted children and the other is the coordination between adopted children and their foster parents. It is argued that the current age limit that applies to the adopted children must be changed so that more children can be served through the system. Finally, it is pointed out that a regulatory procedure that coordinates relationships between adopted children and their foster parents must be implemented

Key Word: Special Adoption System, Children's Well-being, Child Welfare

### はじめに

親の死亡、疾病、虐待などの理由により、生まれた家庭で育つことができない子どもを、社会が責任を持って育てる仕組みが制度化されたものを社会的養護という。社会的養護は、大きく施設養護と家庭的養護に分けられ、家庭的養護には里親、養子制度がある。里親制度は、養育里親、養子縁組里親、親族里親、専門里親に分類され、養子制度は、成年養子、未成年養子、特別養子に分類される。日本の社会的養護は施設養護が圧倒的に多く、里親委託や養子縁組は少ない。とくに養子縁組は児童福祉法の中に法的制度として規定されていないことから、児童福祉の視点からとらえる認識が不十分である。その背景には、養子を「家のため」「親のため」と考える伝統的な観念があり、養子制度を私的領域の事柄とみなしていることがあるといえよう。

養子制度は、血縁関係のない親子の間に法的な親子関係を擬制する制度であり、このような人為的に作られた親子関係は、古くから多くの社会に存在していた。未開社会から今日までの養子制度の目的は、血統の継続、労働力の補給、親の扶養、家業の承継、子を持たない親の個人的欲求の充足など多様であり、所与の社会においてその社会の一定の目的を達成する手段として存在したといえることができ、当該社会の構造と密接な関係をもっている（有地 2005：157）日本では、とくに中世から封建時代にかけては「家の後継者」を確保するという要請から、さまざまな養子縁組が行われ、江戸時代には養子縁組によって実親との関係が断たれる「一生不通養子」慣行の存在がみられる。これは実親との関係が断たれるという点で特別養子制度に類似しているが、身売りの養子契約で一種の人身売買であったといわれている（湯沢 2001：1）。したがって、特別養子制度に関する議論ではこの「一生不通養子」の弊害が反対論の根拠とされることもあるが、これは制度の趣旨を

異にするものである。明治民法の養子法では、家の継承を目的とした婿養子、遺言養子、成年養子の制度を認め、縁組にはその家の父母ならびに戸主の同意を要すると定めていたことから、「親のため」の養子法であったといえる（太田 1980:81-2）。また、養子縁組の目的が限定されていなかったため、「幼児期に親を失って貧しい状況にある子が、子がない夫婦に貰われて育てられる」というような養子以外の縁組がかなり横行しており、明治・大正期には、推定家督相続人となり徴兵免除をうけるための「兵隊養子」、結婚などのために一時的に有力者の養子になり家格を上げるための「仮親養子」、妾を養子とする「妾養子」、人身売買をカモフラージュし逃亡を防ぐ「芸娼妓養子」などがあった（湯沢 2001:2）。さらに、戦前から「藁の上からの養子」慣行が行われていた。「藁の上からの養子」とは、生まれて間もない他人の子を自分の実子として育てることをいう。戦後になると民法改正において、家制度を前提とした婿養子や遺言養子の制度は廃止され、未成年養子は家庭裁判所の許可を必要としたことから「子のため」の養子法に推移したといわれるが、夫婦共同縁組の制度や復縁復氏の際の祭具などの承継に関する規定さえ新設されているので、そこにはなお、「家のため」「親のため」の養子法としての一面があり、家族制度的な観念との妥協が図られていた（太田 1980:82）。そこで、1987年に「子のため」の養子法、すなわち「子の福祉」を図ることを目的とした特別養子制度が創設されたのである。

1990年代以降、子ども虐待の顕在化を背景に、社会的養護のあり方が議論されるようになる。2002年の「児童養護施設の近未来像Ⅱ」（中間まとめ）では、児童養護施設の居住機能を地域に分散化して小規模化と家庭的養育環境を確保する、という方向性が示され、家庭的ケア・小規模グループケアを目指す改革が行われている。また、里親制度においては、2008年に小規模居住型児童養育事業が法定化されるとともに里親委託が推進されている。社会的養護の最近の動向をみると、施設養護を縮小し、里親制度の拡充を図る動きがあり、社会的養護の施策が大きく転換されつつあるといえる。そこには、要保護の子ども健全な発達のためには家庭的養育が望ましいという認識があるからである。子どもの権利条約では、家庭環境を奪われた子どもの養護に関して、養育の継続性が望ましいとされており、里親委託や養子縁組の優位性が謳われている。このような社会的養護の状況を踏まえるとき、「子の福祉」を図るという目的で創設された特別養子制度をここで検討し、児童福祉の視点から社会的養護として明確に位置づけなければならないといえるのである。

そこで、本稿では、その試みとして、特別養子制度の成立過程を、その社会的背景を踏まえながら素描し、その意義を確認する。つぎに特別養子制度の特徴を普通養子制度との比較において明らかにし、制度の運用において「子の福祉」を実現するために検討されるべき問題について考察していきたい。

## 1 特別養子制度の成立過程と意義

特別養子制度の成立の背景は、およそ3つの視点からみることができよう。まず、この制度が「藁の上からの養子」の社会的要請に応えるべく構想されたものであること。つぎに、菊田医師の実子斡旋事件がひとつの契機となったこと。そして、欧米諸国の養子制度における完全養子が影響を及ぼしていることである。ここでは、これらの視点から制度の成立過程を考察し、特別養子制度の意義を確認していきたい。

「藁の上からの養子」とは、生まれて間もない他人の子を戸籍上の嫡出子として出生届をすることにより、実親子関係を形成することをいい、これは幕末から行われていたことが報告されている。藁とは、産褥に敷く「わら」のことから転じて赤ちゃんのことを意味している。当時は婚外子のことを「畑子（ハタコ）」あるいは「庭生（テイショウ）」と戸籍に記載し、畑や庭から生まれた子として差別していたため、婚外子を戸籍上の嫡出子として表面上糊塗することが、子の利益となることは否定できなかったのである（中川高男 1987:11-2）。婚外子であることを対外的に知られたくないためとか、物心のつかないときから育てた方が自然の親子感情に適するとか、様々な理由から

このような慣行が行われていた。その場合、出生届は虚偽であるが、その虚偽性を他人から法的問題として指摘されない限り、社会的には実子として一生を終えることが少なくなかった。しかし、法的な問題として顕在化した場合は、親子関係の実態が存在していたとしても、嫡出子出生届として無効であり、養子縁組届としての効力も認められないことが判例として明らかにされている。戦前の大審院、戦後の最高裁の判例では、出生届が虚偽のものである以上法律上の嫡出子関係は生じず、たとえ親子としての生活事実があっても、虚偽の嫡出子出生届に養子縁組の効力を認めることはできないという立場をとっていた（中川淳 1988:16-7）。こうした「藁の上からの養子」慣行では、何よりも縁組事実を対外的に隠し、実子として結びつきたいという当事者の潜在的な意識、あるいは顕在化した要望の存在を認めなければならないし、そうした子の地位を安定させるための法的裏付けが模索されてきたといえるのである（高橋 1990:102）。そこで、特別養子制度が目指したのは、養親の離縁や実親の干渉によって不利益を被る養子の地位の確保と、虚偽の出生届の慣行をなくすことにあったといえる（吉田 2009:83）。

1951年、法務大臣から法制審議会に「民法に改正を加える必要があるとすれば、その要綱を示されたい」という諮問がなされ、それを受けて法制審議会民法部会身分法小委員会は審議を開始し、1959年に民法親族編の改正についての仮決定及び留保事項を示した。すなわち、第3章「親子」の第2節「養子」のところに、「特別養子」という項が設けられるというものである。以下はその一部である。

第二十七 通常の養子のほかに、おおむね次のような内容の「特別養子」の制度を設けることの可否について、なお検討する。

(イ) 特別養子となるべき者は一定の年齢に達しない幼児に限る。

(ロ) 特別養子はすべての関係において養親の実子として取り扱うものとし、戸籍上も実子として記載する。

(ハ) 養親の側からの離縁を認めない。

この「特別養子」案について、我妻栄は、「略言すれば、①藁の上から貰って育てて、戸籍の上でも養子ということを不明にしておきたい、という社会的要請に答えること、②実親との関係を絶って全く養親の親族団体にとりこまれてしまう養子を認めること、の二つの目的をもつ」と説明している（中川高男 1979:180）。我妻は、養子制度がいろいろな目的に利用されるという現実は無視しようとしても無視することはできないので、養子のうちに全く自分の生んだ子と同一の関係をつくる特別養子を認め、それ以外にはどんな養子関係を作ろうとも当事者の自由に任せるというやり方をした方がよいというのが、特別養子制度の根本の理由であるという（我妻 1959:2-3）。養子制度の本質は子を養うことにあるが、実際は親子関係をつくる制度として多様な目的で利用されており、それらを子を養うものではないので養子ではないと否定できないので、特別養子制度をつくり、子を養うという目的の養子制度にすることが考えられたのである。

特別養子制度は、戸籍実務に携わる者からも支持提案がなされている。第19回大阪府戸籍住民登録事務協議会は、提案理由として「多くの養子をもつ親たちが、あらゆる手段を尽くしてこの違法な届出を取立てする実状を大いに憂慮するところではありますが、いかにその要求が切実であり、これにはどのように罰則規定を強化しても無力であることを考え合せるとき、我々第一戦にある者の声として或いは目に見えざる世間の声として、本問の採択を強くお願いする次第です」と述べている（中川淳 1973:73）。虚偽の出生届の存在が非嫡出子の救済という形で機能している側面を否定することができなかったのである。

特別養子制度の提案に対して、学説は疑問点の提起、慎重論の主張が多く、全体として消極的な立場をとっていた。その主要な理由としては、日本は、外国におけるような社会的・現実的な基盤

を有しない、実子でない者を実子として戸籍に記載することは、虚偽記載を公認することであり戸籍の信用を失墜するおそれがある、近親婚の危険性がある、ということなどである（中川淳1973：72）。法制審議会の提案は、その後民法部会身分法小委員会で集中審議されたが、養子を戸籍上実子とする点で、戸籍が信用性を損なうおそれがあるという反対が強いため、成案がつくれず、1966年には委員会が解散し、養子法の見直し作業も中断された。その後、審議会の再開は1982年まで待たなければならなかったのである。

1973年、産婦人科医菊田昇による実子斡旋事件が報道される。菊田医師は、日本の社会は非婚アレルギーが強く非婚の母は大きな不利益を被ることから、「出産を隠す」ために嬰兒殺しを行うので、それを翻意させるためには、養子制度で「出産を隠す」ことができる「虚偽の嫡届縁組」の斡旋をせざるを得なかったという（菊田 1987：62）。彼女らにとってこれまでの戸籍法は出産（縁組）の事実記載を義務づけ、養子法は実親子関係の断絶を認めないので、救いにはならなかったのである。菊田医師は、10年間に100件あまりの実子斡旋を行ってきたが、これを違法行為として密に行うことの問題と限界を感じ、実子特例法制定を主張するのである。実子特例法は、①実母の戸籍の特別措置（二重戸籍制のもとで表向きの戸籍には出産、縁組の事実を記載しない）を認める、②実親子関係の断絶を認める、③養子を戸籍上、実子として扱う、というもので、換言すれば、「実母の戸籍の特別措置を認める特別養子制度」ということができる（菊田 1987：62）。菊田医師の主張は、胎児を中絶の危機から救うには、出生後の実親子関係の断絶が合法的に認められなければならない、母の戸籍に出産と縁組の事実を記載しないで、養子を実子扱いにするというものである。当時の社会は菊田医師に同情的で各新聞、雑誌、テレビは特集を組み関心を示した。しかし、日本産婦人科学会宮城地方支部は、違法行為をやめない菊田医師を所属する協会や学会から除名した。また、愛知県産婦人科医会は、医師法違反、公正証書原本不実記載とその行使を理由に彼を起訴した。最終的に、1988年に最高裁への上告が棄却されて、菊田医師は医業停止6か月の刑に服している。菊田医師の実子特例法は、中絶や嬰兒殺しから子どもの生命を救済することと子どもとの関係を絶ちたいという実親の立場から論じられた。ところが、法制審議会の特別養子案では、子どもの福祉とそれを望む養親の立場から論じられており、両者の間にはその発想に大きな違いがあったといえる。菊田医師の実子斡旋事件と実子特例法の提唱は、駅のコインロッカーに赤ちゃんの死体が放置される事件の続発と相まって世論を沸騰させ、特別養子制度の議論を再燃させることになったのである。

いっぽう、中川高男は、法制審議会の案をもとに若干の問題を検討し、1973年に仮称『実子特例法（特別養子制度）』の骨子について「中川第一次私案」を公表した。さらに、1974年にはこれに手を加えた「特別養子法（実子特例法）私案」を『時の法令』誌に発表した。これは13の骨子から成っており、およそつぎのようなものであった。すなわち、①法の適用を受ける子は、15歳未満の子に限る、②戸籍上実子として記載し、すべての関係において、実子と同じ取扱いをする、③特別養子となった子は、実方とは、婚姻障害を除いてすべて断絶する、④子に対する認知の訴、親子関係存在確認の訴および親子関係不存在確認の訴はこれを認めない、⑤養親の側からの離縁はこれを認めない。ただし、家庭裁判所は、子のために不利益な事情があると認めるときは、一定の請求権者（子、利害関係人、検察官）の申立てにより、この縁組を審判により廃棄することができる、⑥養親となる者は、夫婦で、婚姻後5年以上を経過し、原則として血縁上の実子のないことを要件とする、⑦新戸籍編成の際には、子の名を変更することができる、⑧この縁組には、家庭裁判所の許可を必要とする。家庭裁判所は、すべての事情を調査し、子の利益となる場合のみこれを許可する、⑨この縁組の効力は、子が出生した日に遡及する。ただし第三者の権利を侵害することはできない。また過去の扶養料の求償はこれを認めない、⑩出生記録および縁組の記録は、半永久的にこれを保存し、公開しない。ただし養親の申立てまたは子が成年に達してのちその者の申立てがあるときは、家庭裁判所の許可を得てこれを閲覧することができる、⑪この制度は、いかなる場合にも

濫用されてはならない、というものである（中川高男1979：181-2）。この「私案」は、その後部分的に修正され、この問題に関する一つの指標となり、議論の対象とされた。

ところで、特別養子制度の立法にあたって参考とされたのが、欧米諸国の養子法であった。19世紀後半、アメリカのマサチューセッツ州でつくられた子どものための養子制度が特別養子制度の原型となり（細川 1988：78）、各国は第一次世界大戦後の戦災孤児などを保護するためにこのような養子制度を取り入れていったのである。1926年に制定されたイギリスの養子法が近代養子法のモデルとみられているのは、①養子となる子は未成年に限られる、②養子収養の成否は、子の福祉のためになるかどうかを考慮して裁判所が決定する、③成立の効果として、養子と実親及び実方親族との関係は断絶し養子は養親の嫡出子とみなされる、という特徴を持っているからである（三木 1983：16）。イギリスの養子法では、養子縁組は養子たる者の福利のためのみこれを許すという明文を定め、裁判所の決定による成立、未成年養子、養親の年齢制限、実親もしくは後見人の同意、実親の親権消滅、実子と同様の養子の財産上の利益などが明記されたのである（吉田 2009：80）。フランスは、1939年にそれまでの養子法を改正し、普通養子のほかに断絶養子と準正養子を創出した。断絶養子は普通養子と異なり、養子は実親と親族関係を断絶するが、養方に属さず、準正養子は実方と断絶し、養方に属するというもので、この準正養子が実親との関係を断絶する特別養子、完全養子のモデルとなったのである（中川高男 1983：87-8）。スペインは、施設に収容された子のために特別養子を新設し、特別養子の戸籍に養子の名と養親の氏しか記入しないこととし、ソビエトは身分登録簿に養親を実親と記載する縁組を新たに認めた（中川高男 1983：88）。このようにヨーロッパ諸国では、第一次世界大戦後、戦災孤児や婚外子の保護のための養子法を成立させていった。1967年にはヨーロッパ養子協定が締結された。その前文では「締約国における養子縁組に関する共通の原則と手続を採用することが、法制の差異に起因する困難を減少させ、養子となる子の福祉を増進するものであることを認めて、この協定を締結する」と謳われている（大森 1988：37）。この協定は、欧州会議の構成諸国が子の養子縁組に関する共通の原則と取扱いを承認し、養子となる子の利益を図るもので、完全養子をひとつの理想とするものである。これに基づいて、各国は養子制度に関する法改正を行った。1967年にイタリアが特別養子、71年にスウェーデン、デンマークが完全養子、73年にスイスが完全養子を施行した。1973年は日本で菊田医師の実子斡旋事件が報道された年である。1975年には、イギリス、コロンビアが、76年には西ドイツが完全養子を採用した（中川高男 1983：88）。このように、諸外国では、未成年者の養子縁組においては、完全養子が一般的なものとなったのである。裁判所の判断によって縁組が成立し、実親と親族関係を終了し、養親の方で身分証書（戸籍）を含めて実子のように嫡出化されるのは、欧米養子法に共通する原則といっていよいであろう。

養子制度は、社会の基本単位である家族のあり方と密接に関わる。それぞれの国の歴史や文化と関わりの深いものであるため、各国の制度をそのまま日本に導入することは難しい。しかし、特別養子制度が諸外国においてほぼ完成された形で立法化され、有効な機能を果たしてきた事実は、日本の立法過程に少なからず影響を与えていった。戦後、日本では欧米における「子のための養子法」に関する研究が行われるようになり、谷口知平は『親子法の研究』所収の論文の中で、フランスの断絶養子と準正養子を紹介し、日本への導入を示唆した（中川高男1987:13）。「子のための養子法」をめぐる研究によって、児童福祉と養子制度の関係が強調されていくなか、米倉明は、特別養子制度導入の議論において、「家庭に恵まれない子に対して家庭を提供し、そのことを通じて子の養育 - 成長を促進、保障する」ことこそが特別養子制度の目的であり、実親子関係の終了や戸籍の実子記載、離縁の制限をすべて養親子関係の心理的安定の確保という観点から力説した（米倉 1988：231-6）。ここでようやく特別養子制度は、戸籍や相続問題などの民法的な性格を超えて、要保護の子どもの福祉を図るという児童福祉の理念が明確になってくるのである。こうして、特別養子制度によって虚偽の出生届を抑制するという実際、実子特例法が示す母子救済の要請、特別養子の福祉

を図るという児童福祉の理念の実現、という3つの次元が錯綜するかたちで特別養子制度の立法化が進んでいく。

1982年7月、法制審議会は養子法の見直しをすることになり、9月に身分法小委員会で審議が開始された。そして、1985年11月にそれまでの審議の結果に基づき「養子制度の改正に関する中間試案」を公表し、学会、法曹会、社会福祉関係団体、戸籍協議会等に意見を求めた。この中間試案に対して、合計39の団体・個人から意見書が寄せられ、その圧倒的多数が試案の示す改正の基本方針に賛成するものであった。そこで、これらの意見を踏まえつつ、さらに審議の上、1987年1月の民法部会において「民法の一部を改正する法律案要綱」が決定され、2月に法務大臣に答申された（高橋 1990：100）。法務省はこの答申を受けて立法作業を行い、「民法等の一部を改正する法律案」として、3月に内閣から第108国会に提出されたが、その会期では審議されないまま継続審議となり、第109回臨時国会において全会一致で可決された。特別養子制度の規定を入れた「民法等の一部を改正する法律」は、9月26日に公布され、翌年1月1日からの施行となったのである。

これまでみてきたように、特別養子制度の成立過程をみていくなかで、この制度の意義が明らかになってきたといえよう。つまり、それはこの制度の理念が子の福祉にあり、児童福祉と密接な関係をもつところに、日本の養子制度上、画期的であるということである。明治民法においても、養子制度は子を救済する機能を有していたものの、基本的には家の維持・存続のための制度として存在していた。戦後の民法改正に際して、未成年養子につき、自己又は配偶者の直系卑属を養子とする場合を除いては、家庭裁判所の許可を要する規定を置き、「子のための養子法」の実現に踏み出したものの、消極的意味での後見的介入にとどまり、子の福祉を積極的に実現しようとする養子制度にはなりえていなかった（高橋 1990：100）。そのため、明確な「子の福祉」を実現するという目的に基づいて利用される制度として創設されたのである。

特別養子制度において実親との親子関係が断絶するということは、これまでの血縁主義の考え方を排しているともみることができる。明治以降、今日までの養子制度は、すべて実親との親子関係を断絶していなかったため、国家によって血縁主義の考え方が維持されてきたといえる。ところが、特別養子制度は民法が従来からとってきた親子における血縁主義の原理を動揺させるものであり、血縁にこだわらずに、子の保護と養育を目指す児童福祉法の理念を親子法のなかで体現させているという意味でその意義が大きいといえる（有地 2005：180）。国家によって意識的に血縁が切れるということは家族法上の大きな意味を持つ。養子制度は血縁関係のない者同士が親子関係を結ぶ制度で、血縁の擬制をするということになるが、その場合、血縁を基本に親子関係が考えられている。これまでの養子制度において実の親との断絶が認められてこなかったのは、血縁が重要だということによる。しかし、特別養子制度は血縁よりも養育への意思や愛情が重要であるとしたのである。血縁がないという事実を直視し、愛情にもとづいて親子関係を形成することを国家が目指しているということであり、血縁を擬制するものではない。なぜなら、この制度は「真実告知」を前提としており、この制度が創設されたことによって、それが促進されることが期待されるからであり、その「真実告知」こそは血縁がないという事実当事者が直面することにほかならないからである（米倉 1987：96）。特別養子制度の意義は、「子の福祉」の実現のために、血縁に基づく親子の法律上の親子関係を断絶しようとしたことにあり、きわめてドラスティックな考えであったといえよう。

## 2 特別養子制度の特徴

特別養子制度は養子制度のひとつに位置づけられている。そこで、ここでは、普通養子制度との比較において、特別養子制度の特徴を明らかにしていきたい。

まず、制度の目的はどのように異なるのだろうか。普通養子制度の目的は、法律上の規定はない。しかも届出に際して、縁組の目的を審査するわけではないので、具体的にどのような目的で養子縁組がされているかはわからない。未成年養子については、原則として家庭裁判所の許可を得なければ

ばならないので、その目的が審査されるが、法律上の規定がないために、許可基準についても異なった見解が生まれている。そのひとつの見解は、養親による未成年の子どもを監護養育が中核となるべきものであるから、この要件を欠くものは、仮に財産的利益をもたらすものであっても許可すべきではない、とするものであり、もうひとつの見解は、養親による監護養育の実質を欠くものであっても、未成年の子どもに財産その他の利益が認められる限り、その福祉に合致するものとして許可すべきである、とするものである（大森 1988：41）。

普通養子制度は、法律上その目的や許可基準が明記されていないために、さまざまな目的によって行われ、さまざまな結果をもたらしているといえる。これに対し、特別養子制度は「子の福祉」を図るという目的が明らかに規定されており、「子の福祉」を図るための要件が定められているのである。では、その要件は普通養子制度と比べてどのような内容になっているのだろうか。

第1は、親子関係が家庭裁判所の審判によってのみ成立するということである。普通養子の親子関係は、当事者の合意と届出によって成立するもので、いわゆる契約型といわれるが、特別養子制度は、いわゆる国家宣言型を採用している（中川淳1988：23）。つまり、特別養子縁組は、養親になろうとする者が家庭裁判所に申し立てて、その申し立てを認める審判によって成立するということになる。特別養子縁組が審判によって成立するものとしたのは、子どもの健全な育成のためには当事者の合意よりも、国家的、後見の見地からの専門機関の判断を優先させることが必要であることによる（細川 1987：51）。家庭裁判所がその養子縁組が子の福祉を図るものなのかを判断するのである。また、民法には、「特別養子縁組は、父母による養子となる者の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において、子の利益のため特に必要があると認められるときに、これを成立させるものとする。」（第817条の7）と規定されており、家庭裁判所はこのような要件がある場合のみ審判を行うのである。ここに特別養子縁組の目的が明らかである。つまり、実の親が子どもを適切に育てられない場合、それを要件として子の利益のためにだけ認められるということになるのである。特に必要があるとは、子の健全な育成ないし子の福祉の向上のため特に必要があるとの趣旨で、養親との親子関係の設定により養子の監護養育の状況が将来にわたり永続的、確実に向上すること及び実父母との親子関係の終了が養子の利益となることを要件としているのである（細川 1987：50）。「その他特別の事情がある場合」の要件にどのような内容を盛り込むかに関しては、見解が一致しないまま立法がなされ運用に委ねられた。妻の連れ子（父が未認知の非嫡出子）を普通養子としている夫婦が特別養子縁組を申し立てた場合に、「その他特別の事情がある場合」に該当するとして認めるか否かについては、概して否定する裁判例が多い。しかし、養子となる者が父が未認知の非嫡出子である場合に、特別養子縁組によって嫡出子たる身分を取得させ、身分関係の安定を図ることは、子の利益を向上させることが明らかであるから、「その他特別の事情がある場合」に当たるとするものもある（有地 2005：182-3）。

また、家庭裁判所の審判はすぐに行われるのではなく、「特別養子縁組を成立させるには、養親となる者が養子となる者を6箇月以上の期間監護した状況を考慮しなければならない。」（第817条の8）と規定されている。養親による養子の試験養育期間を6か月設けているのは、特別養子が実の親と同じような関係をつくり原則的には離縁できないため、慎重に養親が育てられるかどうかを調べなければならないからである（細川 1988：88）。ただし、養親になろうとする者が、その養子になろうとする子どもを審判の申立前から育てており、その状況が家庭裁判所によってわかっているならば、6か月なくてもよい。たとえば、里親として育てている場合は児童相談所がその記録をもっているから状況がわかるからである。この点に関して、ヨーロッパ養子協定では、「養子が真に子の福祉に合致するか否かについて、権限のある当局が合理的に評価することの出来る十分な期間、養親の監護の下に子が委託された場合に限り宣告することが出来る。」と規定していて、欧米諸国の立法例はすべて試験養育を不可欠の要件としている（大森 1988：56）。

第2は、養親は夫婦でなければならず、養子および養親ともに年齢制限があり、父母の同意を必

要とするということである。すなわち、「養親となる者は、配偶者のある者でなければならない。②夫婦の一方は、他の一方が養親とならないときは、養親となることができない。ただし、夫婦の一方が他の一方の嫡出である子（特別養子縁組以外の縁組による養子を除く。）の養親となる場合はこの限りでない。」（第817条の3）という規定である。「夫婦の一方が他の一方の嫡出である子（特別養子縁組以外の縁組による養子を除く。）の養親となる場合はこの限りでない。」というのは、再婚の場合、その相手が自分の子どもを特別養子にすると、実の親である人は特別養子の縁組をする必要がないということである。普通養子の場合、単身者でも養親になることができるが、特別養子は親のない子どもに親を与えるという人為的な制度で、6歳未満の子どもを対象にするため、夫婦そろっている方が子どもにはよいという考えからであった（細川 1988：82）。父母がそろっている家族がひとつのあるべきモデルであり、そこで子どもが健やかに育てられるという可能性がなければ、特別養子は認めるべきではない、という考えが採られたのである（大森 1988：43）。しかしながら、夫婦共同縁組は、家の制度と密接な関係を有するものであり、戦後の民法改正では家制度を廃止したので、夫婦共同縁組にどれだけ存在理由を見出すかは疑問であり、単身者や事実婚の夫婦などにも認めるべきであるという見解もある（床谷 2009a：109）。

また、普通養子の場合、養親は成年に達して養子より年長であればよく、年齢そのものに制限はないが、特別養子の場合、「25歳に達しない者は、養親となることができない。ただし、養親となる夫婦の一方が25歳に達していない場合においても、その者が20歳に達しているときは、この限りでない。」（第817条の4）というように年齢制限がある。これは特別養子の目的が子の監護・養育にあることから、養親自身が社会的にも精神的にも成熟し、子の監護能力を十分に備えていることが望ましいということからきている（大森 1988：44）。ヨーロッパ養子協定では、21歳以上35歳未満を最低年齢とし、その間で、各国の事情に応じて最低年齢を定めてよいことになっている。そのため、各国でバラツキがあり、35歳以上とするスイス、30歳以上とするフランス、25歳以上とするスウェーデン、18歳以上とするイタリアなどがあり、日本では、せめて25歳に達していなければ特別養子の養親たるに値しないのではなかろうかという立法的な判断からこのような年齢とされたのである（大森 1988：44）。最高年齢についても限定すべきではないかという議論もあったが、縁組の成立は家庭裁判所で判断するので、そこに委ねることとなり法定化されなかった。

第3は、特別養子縁組では「父母の同意が必要とされ、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は、この限りでない。」とされている。実父母のほかに養父母がいればそれらの同意も必要とし、実父母であれば親権、監護権があるかどうかは問わない。普通養子の場合、子どもが15歳未満のときは親権者だけの意思が反映されていて、親権者ではない父母は意思が反映されないが、特別養子では、父母である以上は親権者でもなくても同意が必要だということになっている。民法では実親が子を監護教育する権利を有し義務を負っていることを定めており、特別養子縁組を成立させて、実方の父母及び親族との関係を終了させるという効果を生じさせるためには、父母の同意を要件とすることが必要なのである（大森 1988：47）。この同意は、家庭裁判所における審判の要件で、申立てのときに同意を得ていなくても、審判までに同意を得ればよいということになるが、同意の撤回が審判の確定前であれば自由に認められ、それにより特別養子縁組が成立しないこともある。同意に関しては、ヨーロッパ養子協定では、母の同意は出産後6週間未満であってはならないとなっているため、出産後の母親が心理的に不安定な状態のときの同意を認めるべきなのか、出産前の同意が有効なのか、などの問題が検討されたが、家庭裁判所の審判に委ねられることになった（大森 1988：49）。普通養子の場合、同意は相手方に向かって行われ、養子となる者と養親となる者との間、または子が15歳未満の場合は法定代理人との間で行われる契約である。ところが、特別養子の場合、家庭裁判所で養子縁組の審判をしてもよいという相手方のない意思表示なのである。

第4は、特別養子縁組が成立すると、実親その他親族との法律上の親族関係が終了することであ



る。養親のみが養子の唯一の父母ということになる。「終了する」というのは、法律上の親子関係がなくなり、相続や扶養義務の関係がなくなるということである。普通養子では、養子縁組をしても、養子の実父母その他親族との親族関係はそのまま存続し、扶養や相続の関係が残る。養子は、養父母の嫡出子としての地位を取得するが、実父母との関係も残るので、養子には2組の父母がいることになる。ところが、特別養子制度では実父母との親族関係が終了するため、養子にとっては父母は養父母だけになるのである。このことによって、特別養子と養父母との間に実の親子と同様の強い安定した関係を作り、それによって子どもの健全な育成を図ることができるのだとされた(細川 1988: 71)。実親との関係が終了することにより実親の干渉が減少するというよりは、干渉するしないにかかわらず、養親だけが親であることを明確にさせるのである。特別養子になる子どもは、実親による監護が著しく困難又は不適當であるという要保護性が必要であり、親が2組あることが子どもを心理的に不安定にさせるため、実親との断絶が養父母との親子関係を強固にすることになり、それによって子どもの福祉を図ることができると考えられたのである(大森 1988: 92-3)。普通養子制度は、子の監護・養育を主たる目的としないために、相続や扶養義務関係を残すことで問題は生じていなかったが、特別養子制度は、子どもを監護・養育するという目的のために創設されたものであるため、実親との関係を残していくことは、その目的に反するということから親子関係を終了させることとされたのである。

また、離縁については厳しく制限されていて、家庭裁判所の審判による離縁しか認められていない。普通養子のような協議離縁・裁判離縁は認められていない。離縁の事由は、①養親による虐待、悪意の遺棄のほか養子の利益をいちじるしく害する、②実父母が相当の監護をなしうる、というふたつがそろっていることが基本的に必要とされている。そして、養親からは離縁の審判を申し立てることはできない。離縁が容易であると、養親子関係が安定せず、実親子関係と同様の強固な親子関係をつくることに支障があるからである。実親の場合も虐待等の事由があるときは、里親委託、児童福祉施設への入所等で対応することとなり、相当の理由がない限り実親子関係の断絶ができないことを鑑みると、特別養子についても離縁を認めることは原則として適當ではないとされたのである。

第5は、特別養子の戸籍は、実の嫡出子と同様の記載がなされるということである。普通養子の戸籍では、父母欄に実父母、養父母双方の氏名が記載され、養父母との続柄は養子と記載されるなど、養子であることが一目でわかるようになっている。これに対し、特別養子の場合は、父母欄には実父母の氏名は記載されず、養父母の氏名だけが記載される。このように普通養子の場合と異なる扱いをするのは、戸籍上、養親のみが法律上の父母であることを明らかにし、養親子の心理的安定に資することや戸籍の記載を手掛かりに第三者が不用意に養子であることを知ることを防止することがある(細川 1987: 52)。

戸籍法に規定されている養子縁組は、市町村の窓口で受理されたときに縁組が成立するという創設的養子縁組である。いっぽう、特別養子縁組は、家庭裁判所の審判によって民法上成立している縁組を報告的に届け出るものである。そこで、特別養子制度の報告的届出については、戸籍法に規定されている裁判認知が確定した場合の報告的届出の条文を準用することになった。養親は特別養子縁組の審判が確定した日から10日以内に審判書の謄本を添付して、その旨の届出をしなければならないことになっている。特別養子縁組届出がされると、養子だけについて、養子の従前の本籍地と同一の場所を本籍地とし、その者を筆頭者とする新戸籍が作られる。そこから養親の戸籍に入ることになる。なぜ、このようなことをするかというと、特別養子では実親子関係が終了するが、実親の戸籍から養親の戸籍に直ちに入ってしまうと、形の上では実親の戸籍と養親の戸籍が連続しているようになる。実親との関係を引きずりながらいくような形になるので、養子の新しい戸籍をつくり実親との関係を切る形にしたのである(平賀 1988: 209)。養親の戸籍と養子の新戸籍は本籍地が異なるため、養親の戸籍から実親が誰であるかはわからない。逆に実親の戸籍からは養親の戸

籍はわからないのである。普通養子の戸籍の場合は、実父母と養父母の名前を並べて記載しているが、特別養子縁組の場合は実親子関係が終了してしまうので、実父母を戸籍に記載できなくなるのである。また、戸籍には普通養子の場合、養子が男の場合は「養子」、女の場合は「養女」という記載をし、実子の場合は「長男・長女」という記載をしている。特別養子の場合、実父母がなく養父母との関係のみになり、離縁は例外的にしかできないため、実父母との続柄と同じように「長男・長女」と記載しても問題はないとされたのである（平賀 1988：209）。

これまでみてきたように、特別養子制度は普通養子制度とは大きく異なっている。普通養子制度が「家のため」、「親のため」の制度で、その目的が多様であるのに対し、特別養子制度は「子のため」の制度であるということである。「子の福祉」を実現するために、養子縁組の要件として、①家庭裁判所の審判によって成立する、②養親は夫婦でなければならず、養子、養親ともに年齢制限がある、③父母の同意が必要とされる、④実親その他親族との関係が終了し、離縁は制限されている、⑤戸籍は嫡出子と同様の記載がされる、などの規定をおいている。このような規定が、特別養子制度の特徴であり、制度の目的である「子の福祉」を実現するための方策なのである。

### 3 特別養子制度の問題

特別養子制度の問題を検討するにあたって、はじめに養子縁組の運用の実態を確認しておきたい。養子縁組の届出件数は、戸籍統計によると2009年が8万5,094件で、この数年はおよそ8万件前後でほぼ一定している。これには、普通養子の成年養子縁組、未成年養子縁組だけでなく、特別養子縁組も含まれるが、その多くは成年養子である。未成年養子の場合も嫡出でない子を養子にするのは少なく、7～8割は嫡出子で、その中のおよそ5割は親族養子である（有地 2005：159）。未成年養子は、1947年の民法改正で家庭裁判所の許可制度が導入され、養子となる子の福祉のための制度として位置付けられたが、再婚に伴う連れ子養子の場合は家庭裁判所の許可が不要であり、現実には未成年養子の75%が連れ子養子であると推定される（新島 2008：23）。1947年を始めとしておよそ10年ごとの未成年養子の許可に関する家庭裁判所の新受件数の推移が表1である。これによると1947年の4万4,699件が年々減少し、2010年には1,239件となっている。

表1 未成年養子をするについての許可に関する新受件数の推移（全家庭裁判所）

| 年度  | 1947   | 1950   | 1960   | 1970   | 1980  | 1990  | 2000  | 2010  |
|-----|--------|--------|--------|--------|-------|-------|-------|-------|
| 受件数 | 44,699 | 37,266 | 20,598 | 10,768 | 4,226 | 2,114 | 1,483 | 1,239 |

昭和63年から平成22年までの司法統計年報より作成

特別養子縁組への申立ては、司法統計年報によると、制度が施行された1988年には3,201件、その翌年には1,287件あったが、次第に減少し、いまでは年間400件程度にとどまっている。1988年から2010年までの特別養子縁組の受理、既済、未済の推移は表2のとおりである。特別養子の申立ては1988年に制度が施行された当初は、制度の趣旨をよく理解していなくて、戸籍に養子と書かれたくないために申立てをした人も多く、却下を含め取下げ事件が非常に多かった（寺田 1995：138）。また、当初2年間は、普通養子から特別養子への転換を求めたケースが既済総数の約2分の1であり、そのうち半数程度が容認されているが、1991年以降は申立て数も減少し特別養子への転換を求めるケースは出つくした感がある（寺田 1995：138）。特別養子縁組の認容件数はここ数年300件程度しかなく、この制度が十分に利用されているとは言い難い。そこには、制度の運用上検討されるべきいくつかの問題があることから、ここではそれらの問題について検討することにした。

まず、はじめに指摘されるのは年齢制限の問題である。特別養子の年齢は、養子縁組の審判の申立てをしたときに6歳未満であることを原則としており、6歳を過ぎていても、その前から養育してきたという場合には例外的に8歳未満まで認めている。なぜ、6歳なのかについては、学校教育

法による区切りで対応しようとしたからである。小学校に入り社会生活を始めた子どもを新たに実子同様に養育することは一般的に問題を生じるので、小学校に行く前の子どもに限るのが相当ではないかと考えられたのである（大森 1988：46）。また、家庭裁判所の許可養子のなかで、要保護性のある子どもの縁組が6歳未満に多いことが理由とされたともいわれる。さらに、日本で特別養子制度の検討をはじめた際には、イタリアの特別養子制度を導入する考えがあった（大森 1988：46-7）。イタリアでは、1967年にそれまでの普通養子制度、準養子制度に加えて、幼児の広範囲な保護を目的とする特別養子制度が導入されていたからである。この制度は、8歳未満の子が対象で養親と完全な親子関係が生じ、実方との血族関係は切断されるというものであった（松浦 1983：34）。その後、イタリアは未成年養子は福祉分野の対象であることを明白にし、1983年に民法の対象から外し、成年養子のみ民法に残ることになったのである（湯沢 2007：13）。

法務省民事局の細川清参事官は、年齢制限についてつぎのように解説している（細川 1988：83）。

「特別養子縁組の目的は実の親子と同じような関係をつくって、これによって子どもを健全に育成しようということです。そうなりますとあまり年齢が高い子どもになりますと、それは実の親子と同様な関係をつくれといっても無理だろうと思います。また、特別養子縁組の効果として実の親子関係が終了するわけです。簡単にいえば親子の法律上の関係を切ってしまうわけですから、小さい子ならばよくわかるのですが、学校に入り、社会的な分別がついているということになると、そういうことをするのが必ずしも適当かどうかという疑問が湧くわけです。ですから、そういう意味でもっとも特別養子に適しているのは小さい、学校に入る前の子どもではないかということで、こういう制限を付けたということになります。」

表2 特別養子縁組の受理、既済、未済手続別事件数の推移（全家庭裁判所）

| 年度   | 受 理  |      |      | 既 済  |      |     |     |        |    | 未 済  |
|------|------|------|------|------|------|-----|-----|--------|----|------|
|      | 総数   | 旧受   | 新受   | 総数   | 容認   | 却下  | 取下げ | 移送／その他 |    |      |
| 1988 | 3201 | —    | 3201 | 1814 | 758  | 154 | 861 | 8      | 33 | 1387 |
| 1989 | 2674 | 1387 | 1287 | 1933 | 1223 | 139 | 557 | 1      | 11 | 741  |
| 1990 | 1740 | 741  | 999  | 1178 | 758  | 88  | 300 | 5      | 27 | 562  |
| 1991 | 1414 | 562  | 852  | 966  | 619  | 56  | 288 | 2      | 1  | 448  |
| 1992 | 1148 | 448  | 700  | 743  | 509  | 39  | 190 | 1      | 4  | 405  |
| 1993 | 1085 | 405  | 680  | 723  | 520  | 35  | 161 | —      | 7  | 362  |
| 1994 | 1084 | 362  | 722  | 653  | 491  | 32  | 124 | —      | 6  | 431  |
| 1995 | 989  | 431  | 558  | 659  | 521  | 33  | 102 | 1      | 2  | 330  |
| 1996 | 876  | 330  | 546  | 580  | 466  | 15  | 97  | 1      | 1  | 296  |
| 1997 | 839  | 296  | 543  | 502  | 391  | 19  | 84  | 1      | 7  | 337  |
| 1998 | 815  | 337  | 478  | 542  | 426  | 11  | 99  | 1      | 5  | 273  |
| 1999 | 721  | 273  | 448  | 461  | 383  | 12  | 65  | —      | 1  | 260  |
| 2000 | 691  | 260  | 431  | 459  | 362  | 13  | 81  | —      | 3  | 232  |
| 2001 | 650  | 232  | 418  | 434  | 346  | 18  | 67  | —      | 3  | 216  |
| 2002 | 673  | 216  | 457  | 432  | 350  | 14  | 67  | —      | 1  | 241  |
| 2003 | 674  | 241  | 433  | 464  | 359  | 21  | 82  | —      | 2  | 210  |
| 2004 | 639  | 210  | 429  | 422  | 322  | 20  | 78  | —      | 2  | 217  |
| 2005 | 599  | 217  | 382  | 412  | 307  | 23  | 81  | —      | 1  | 187  |
| 2006 | 571  | 187  | 384  | 410  | 314  | 27  | 63  | —      | 6  | 161  |
| 2007 | 586  | 161  | 425  | 384  | 289  | 17  | 75  | —      | 3  | 202  |
| 2008 | 597  | 202  | 395  | 408  | 309  | 23  | 74  | —      | 2  | 189  |
| 2009 | 607  | 189  | 418  | 414  | 327  | 19  | 66  | —      | 2  | 193  |
| 2010 | 619  | 193  | 426  | 417  | 326  | 21  | 68  | —      | 2  | 202  |

昭和63年から平成22年までの司法統計年報より作成

特別養子の年齢については、1959年の法制審議会民法部会身分法小委員会の「留保事項」では、「幼児に限る」となっていた。また、実子特例法の論議の際には、菊田昇私案では20歳未満、中川高男私案では15歳未満、米倉明私案では12歳未満等が提案されていた。1987年の衆議院法務委員会においても、6歳未満は低すぎるとして議論を呼び、将来、養子の年齢を引き上げることもありうる旨の答弁があったが、現行法が施行されたのである（中川高男 2009：18）。欧米では未成年者一般を特別養子の対象にする法制が多く、フランスが15歳で他の多くの国では18歳未満としている（中川高男 2009：18）。

家庭養護促進協会は、2007年に『改正に向けて－よりよい特別養子法の運用を考える』という小冊子を出し、その中で特別養子縁組の対象児の年齢を6歳未満から20歳に変更するように要望している（中川高男 2009：19）。また、床谷は、子の年齢を15歳未満に引き上げ、18歳未満であって15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、例外として特別養子が認められることとすると提案している（床谷 2009b：44）。さらに、岩崎は、本来はどの年齢の子どもにもその子どもにとって唯一の親をもつ権利があり、年齢制限はその権利が不平等に扱われているといえるとして、自己決定権が認められている15歳を区切りとし、15歳以下は特別養子を適応し、20歳未満までは本人の選択に任せるという提案をしている（岩崎 2001：74）。そして、中川高男は、民法が養子となる能力（民法797条）、遺言能力（民法961条）について15歳に達したものに意思能力を認めていることや国際養子の実例の経験に学んだこと、フランス法の立法過程を参考に、15歳未満に引き上げることを主張しているのである（中川高男 2009：19-20）。

特別養子制度の創設において、特別養子の年齢が低い方が親子関係を構築しやすいと考えられたことは一理ある。血縁にこだわる日本の社会では血縁を超えて親子関係を構築することは難しいからである。しかし、たとえば、6歳ならその対象とされ、7歳では対象とならないというのは不合理である。したがって、これまでの提案を検討し、養子となる子の年齢要件を緩和することが必要である。そのことによって、特別養子縁組の可能性を拡大することができる。要保護の子どもが増加しているなかで、家庭的な養育環境を必要とする子どものニーズに応じていくためにも、年齢要件の見直しが求められるのである。しかしながら、ただ特別養子縁組を増やせばよいということにはならない。そこには、その養子縁組が「子の福祉」を図ることにつながるかどうかという問題が存在しているからである。

そこで、つぎに、特別養子縁組斡旋をめぐる問題を考えていくことにしたい。特別養子縁組の斡旋について定めたものはなく、1987年に厚生省児童家庭局長通知「養子縁組あっせん事業の指導について」が都道府県知事（指定都市長も含む）に出されているだけである。この通知のなかで養子縁組斡旋を行う者は届出をすることとされている。2007年6月に発表された厚生労働省家庭福祉課の「養子縁組あっせん事業の実施状況について」によると、養子縁組斡旋事業者として届け出されているのは10事業者であり、特別養子縁組の斡旋は養親が国内に居住している場合、2005年度は54件であった（湯沢 2007：319）。特別養子縁組の斡旋は、一般に民間個人・団体によるものと児童相談所によるものがある。両者の間では、手続きの進め方、相談経路、費用、新生児の斡旋などにおいて斡旋の内容に大きな違いがある。手続きの進め方では、民間の場合は生後すぐに養子縁組斡旋の手続きをとることが多い。これは養子の相談が医療関係者からの紹介という経路が多く、養育費等の負担を誰が負うのかという問題から、親の同意を取る時期が早くなるからである（鈴木 2001：36）。このような民間の斡旋に対して、児童相談所が行うものは年長の子が多い。児童相談所による斡旋では、乳児院等で養護し、子どもの障害の有無や発達状況をみきわめた後、里親委託され、さらに一定期間において特別養子縁組の申立が行われるのである（鈴木 2001：39）。相談経路については、1996年から97年に行われた「民間の養子斡旋団体・個人の実態」の調査によると、民間の場合は、「医療関係者からの紹介」が41.2%、「児童相談所や福祉事務所からの紹介」が16.2%を占め、児童相談所は「他の公的機関の紹介」が34.36%、「医療関係者から」が21.8%となっ

ている（鈴木 2001：40）。

家庭裁判所による特別養子の許可状況については、斡旋有りとは斡旋無しでは差があることを司法統計年報によって知ることができる。司法統計年報は、1998年までは既済事件に関する細別表が作成されていて斡旋の有無が記載されていたが、1999年以降は簡略化されたため、斡旋の有無を知ることができなくなった。そこで、1988年から1998年までの斡旋の有無別の事件数についてみていくことにしたい。表3は特別養子縁組の斡旋の有無別事件数の推移である。これによると、1989年は「斡旋有り」が382件で、「斡旋無し」が962件となっている。「斡旋無し」が「斡旋有り」を大きく上回っている。しかし、1990年から「斡旋有り」が増え、「斡旋無し」が減少してきている。また、却下されたものは「斡旋無し」がほとんどであるが、「斡旋有り」で却下されたものは少ない。つまり、家庭裁判所による認容率は「斡旋有り」の場合が高いといえることができるのである。

表3 特別養子縁組の斡旋の有無別事件数の推移

| 年度   | 総数   | 認容   | (斡旋有り) | (斡旋無し) | 却下  | (斡旋有り) | (斡旋無し) |
|------|------|------|--------|--------|-----|--------|--------|
| 1988 | 1747 | 730  | 254    | 476    | 155 | 2      | 153    |
| 1989 | 1904 | 1205 | 382    | 823    | 139 | —      | 139    |
| 1990 | 1135 | 743  | 392    | 351    | 87  | —      | 87     |
| 1991 | 918  | 578  | 361    | 217    | 58  | 2      | 56     |
| 1992 | 688  | 469  | 318    | 151    | 37  | 1      | 36     |
| 1993 | 647  | 460  | 343    | 117    | 36  | 3      | 33     |
| 1994 | 599  | 452  | 368    | 84     | 29  | 2      | 27     |
| 1995 | 607  | 479  | 381    | 98     | 32  | 2      | 30     |
| 1996 | 532  | 426  | 350    | 76     | 17  | 2      | 15     |
| 1997 | 458  | 361  | 297    | 64     | 16  | 2      | 14     |
| 1998 | 472  | 375  | 298    | 77     | 11  | —      | 11     |

昭和63年から平成10年までの司法統計年報より作成

特別養子縁組は届出制であるが、届出をしなくても罰せられることはない。これは養子縁組一般に日本が自由放任の政策をとっていることの表れである（中川良延 2010：61-2）。いっぽう、欧米では、養子縁組斡旋機関の資格、役割、権利義務を明確に規定する養子縁組斡旋に関する法律を制定している。イギリスの場合は、養子制度を総合的な児童福祉の一環として明確に位置づけ、①原則として私的斡旋を禁止して機関斡旋前置主義をとり、②試験養育期間中、全てのケースにつき公的機関が何らかのスーパービジョンにあたることを義務づけ、③必要に応じて、法廷での子どもの利益保護のため、公的機関が訴訟後見人となる、というように3段階にわたって、公的機関が関与している（清水 1987：139）。しかし、日本には、児童福祉法に「営利を目的として、児童の養育をあっせんする行為」を禁止するという規定（第34条）があるくらいで、斡旋に関しては取締規定がなく、要保護の子どもが斡旋業者が営利目的で行われる危険性がある。2004年には斡旋費用の名目で高額な金銭を要求する斡旋業者の存在が指摘されており、斡旋事業者を監督・指導する自治体の間でも、費用について混乱のあることが明らかになったことから、2006年に「養子縁組あっせん事業を行う者が養子の養育を希望する者から受け取る金品に係る指導等について」というガイドラインが通知されたのである（中川良延 2007：28）。

1985年の「養子制度の改正に関する中間試案」では、原則として児童相談所における養子斡旋手続きを経て、家庭裁判所への縁組の申立てをするという提案がされていた（中川良延 1997：25）。しかしながら、厚生省児童家庭局は、特別養子縁組への関与は、普通養子や里親制度の延長として行っていきたいという姿勢をとり、児童相談所による斡旋前置は縁組申立や審判の要件とはされなかったのである（中川良延 1997：25）。こうして、養子縁組斡旋問題は厚生省の所管であるとして、

民間の斡旋機関については届出制で対応していくことになったのである。このような経緯をみると、児童相談所の業務のひとつに、養子縁組斡旋を明記することが必要であり、何らかの法的対応として養子縁組斡旋法の制定が望まれる。そして、斡旋問題は、縁組成立後も特別養子の出自を知る権利の保障に継続的にどのようにかかわっていくのかということも含む問題であることを認識しておかなければならない。

さて、このような養子制度の見直しでは、パーマネンシー（permanency）の考え方を取り入れることが必要である。パーマネンシーとは、社会的養護を受ける子どもに永続的な人間関係を確保することであり、アメリカで1980年の「養子援助・児童福祉法」の制定によって確立された理念である。その背景には、要保護の子どもが里親家庭を転々とするのが多く起こり、それを減少させることが求められたことがある。「養子援助・児童福祉法」では、里親による養育はパーマネンシーではなく一時的な養育とみなされ、子どものパーマネンシーを確保するために養子縁組が優先されるのである。パーマネンシーの視点に立つなら、日本でも里親制度より特別養子制度の普及を図ることが求められる。

特別養子制度は、「子の福祉」を図るための制度であるから、運用において「子の福祉」を図ることがなければ制度の趣旨に反することになるといえよう。日本の養子制度の歴史において、画期的意義をもつものとして創設された特別養子制度は、欧米諸国における児童福祉型の完全養子と同じ形を取っているが、児童福祉制度としての位置づけが不十分である。身分変動を伴うという点では、民法や戸籍法の問題である。しかし、家庭で親が養育できない、あるいは養育させることができない子どもの永続的な養育方法として位置づけるときは、児童福祉の制度としてとらえていかなければならない。児童福祉型の養子制度にするためには、すでに指摘したように、年齢制限を見直すこと、養子縁組斡旋法を制定することなど、運用上の問題を解決することや法改正について考えていかなければならないのである。何よりも特別養子制度について児童福祉法に規定することや児童福祉法第27条の措置のひとつに加えるなど、社会的養護の一形態として児童福祉法に位置づけることが重要なのである。

## おわりに

特別養子制度は施行後23年を経過し、すでに述べたようにおよそ年間300件ほどが家庭裁判所の審判で容認されている。要保護の子どもは、乳児院・児童養護施設にはおよそ34,000人が入所しており、里親に養育されている子どもはおよそ4,000人である。このような要保護の子どもをみると、特別養子がきわめて少ないことが明らかである。いま社会的養護の施策が大きく転換されつつあるなかでは、特別養子制度に目を向け、この制度の普及を図っていかなければならないのである。

諸外国に目を向けるなら、養子縁組が多い国としてフランス、アメリカがあげられる。フランスで養子縁組が多いのは、養子を育てたいという家族が増えていることがあり、2004年度には24,722人の養親資格者がいるという。縁組家族に対する社会的支援には、養子縁組休暇（10～22週）、託置前の休暇（11日まで）、養子縁組手当（21か月間）、収入に応じて受けられる養育者支援手当、育児休暇（1～3年間）、育児手当などがあり、手厚く保障されているのである（湯沢 2007：12）。また、アメリカは養子縁組大国といわれる。2005年度には新たに160万人の18歳未満の子どもが養子として養親家庭に迎えられている。U.S. Department of Health and Human Services が紹介した統計調査によると、アメリカ人の90%が養子縁組を「好ましい」と思っており、3分の1以上的人是自ら養子を迎えようと考えたことがあるという（桐野 2007：237-8）。アメリカはパーマネンシーの考えに基づき要保護の子どもを養子縁組に力を注いでいるのである。

特別養子制度が実親子関係の断絶という強い効果を持って導入されたいま、未成年養子を「子の福祉」を図る養子制度としてどのように位置づけるかが今後の課題となろう。日本の未成年養子は、

普通養子制度と特別養子制度の二元構造になっている。その結果として、多様なニーズに応じる弾力的な運用を可能としているが、未成年養子制度がそもそも「子の福祉」を実現するための児童福祉制度であるとするれば、養子制度の理念型である特別養子制度に一本化することも考えられよう。しかし、子どもが年長の場合は養子縁組への理解もある程度可能であり、また実親との関係を継続させる必要がある場合もあり、未成年養子を利用することも考えられる。そこで、未成年養子についても、児童福祉の視点から検討していかなければならないといえる。未成年養子の位置づけについては、民法の親子法の枠組みの中で検討するのか、あるいは児童福祉の枠組みの中で検討するのかという議論が生まれてくるが、未成年養子を「子のため」の制度として活用しやすくするためには、児童福祉法との連携は不可欠である。

### 参考文献

- 有地 亨 (2005) 『新版家族法概論〔補訂版〕』法律文化社
- 岩崎美枝子 (2001) 「児童福祉としての養子制度－家庭養護促進協会からみた斡旋問題の実情－」『養子と里親－日本・外国の未成年養子制度と斡旋問題－』日本加徐出版
- 太田武男 (1980) 「養子」太田武男・久貴忠彦『親子の法律 (新版)』有斐閣
- 大森政輔 (1988) 「特別養子制度の創設」『民法等の改正と特別養子制度』日本加徐出版
- 菊田 昇 (1987) 「特別養子制度の積み残した課題」『ジュリスト』894
- 菊池 緑 (1998) 「特別養子制度と戸籍」『子どもの人権双書10 戸籍制度と子どもたち』明石書店
- 桐野由美子 (2007) 「アメリカの制度と実態：国際養子縁組に焦点をあてて」『要保護児童養子斡旋の国際比較』日本加徐出版
- 戸籍統計 <http://www.e-stat.go.jp/SG1/estat/List.do?lid=000001067131>
- 司法統計検索システム <http://www.courts.go.jp/sihotokei/nenpo/pdf/B22DKAJ02.pdf>
- 司法統計年報 平成元年から平成22年
- 庄司順一 (2010) 「児童福祉法改正と養子縁組制度の動向」『里親と子ども』5
- 床谷文雄 (2009a) 「提言 (報告のまとめをかねて)」日本家族<社会と法>学会『家族<社会と法>』日本加徐出版
- 床谷文雄 (2009b) 「養子法」『ジュリスト』1384
- 清水隆則 (1987) 「児童福祉としての養子制度－英国養子制度の示唆するもの－」『社会福祉学』28 (2)
- 鈴木博人 (1998) 「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」『法学新報』104 (8・9)
- 鈴木博人 (2001) 「日本の養子縁組斡旋をめぐる問題」『養子と里親－日本・外国の未成年養子制度と斡旋問題－』日本加徐出版
- 鈴木博人 (2009) 「養子制度の国際比較」『家族<社会と法>』25
- 鈴木政夫 (1987) 「特別養子制度を子の福祉のために」『ジュリスト』894
- 高橋 敏 (1990) 「特別養子制度の実務の現状と展望－要保護性・縁組の必要性の解釈を中心として－」国士舘大学法学会国士舘法学第21号法と社会 (下)
- 寺田由紀子 (1995) 「特別養子制度の点検」『ジュリスト』1059
- 中川 淳 (1973) 「子の福祉と養子制度」『法学セミナー』210
- 中川 淳 (1988) 「養子法の理念と特別養子制度」『民法等の改正と特別養子制度』日本加徐出版
- 中川高男 (1979) 「特別養子制度 (実子特例法など) の問題点」『現代家族法体系3 親子・親族・後見・扶養』有斐閣
- 中川高男 (1983) 「特別養子－ヨーロッパ養子協定をモデルとして」『ジュリスト』784
- 中川高男 (1987) 「特別養子制度の新設とその意義」『法律のひろば』40(12)

- 中川高男 (2009) 「現行養子法の若干の問題－雑感」『家族＜社会と法＞』 25
- 中川良延 (2007) 「日本の養子縁組斡旋制度の概要」『要保護児童養子斡旋の国際比較』 日本加徐出版
- 中川良延 (2010) 「子どもの福祉の養子縁組とは－養子縁組制度の現状と課題」『里親と子ども』 5
- 新島一彦 (2008) 「養子制度の課題と展望」『法律時報』 82(4)
- 平賀俊明 (1988) 「特別養子の戸籍について」『民法等の改正と特別養子制度』 日本加徐出版
- 細川 清 (1987) 「養子法の改正」『ジュリスト』 894
- 細川 清 (1988) 「特別養子制度の背景と制度のあらまし」『民法等の改正と特別養子制度』 日本加徐出版
- 松浦千誉 (1983) 「イタリアの養子制度 (上)」『ジュリスト』 782
- 三木妙子 (1983) 「イギリスの養子制度」『ジュリスト』 782
- 湯沢雍彦 (2001) 「養子制度の概要と日本の実情」『養子と里親－日本・外国の未成年養子制度と斡旋問題』 日本加徐出版
- 湯沢雍彦 (2007) 「第一部総説 諸外国の概要」『要保護児童養子斡旋の国際比較』 日本加徐出版
- 吉田一史美 (2009) 「特別養子制度の成立過程－福祉制度の要請と特別養子制度の設計－」『立命館人間科学研究19』
- 米倉 明 (1987) 「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
- 米倉 明 (1988) 「特別養子制度の理念」『民法等の改正と特別養子制度』 日本加徐出版
- 米倉 明 (1998) 『特別養子制度の研究』 新青出版
- 我妻 栄 (1959) 「親族法改正の問題点 (下)」『ジュリスト』 186