

近代養子法の動向に関する一考察 (三)

國 府 剛

は し が き

第一章 欧米諸国の養子法

第一節 欧米諸国における養子法成立の事情

第二節 欧米諸国における近代養子法の内容

第一 養子縁組の目的

第二 養子縁組の要件

第三 養子縁組の効果

第四 養子縁組の解消

第三節 近代養子法の目的に関する考察

第一 子供の権利について

第二 里親制度との関連

(以上本号)

第二章 わが国の養子法の特徴

第三章 近代養子法と特別養子

あとがき

第二節 欧米諸国における養子法の内容

今迄に、欧米諸国の中の主な五ヶ国について、近代養子法成立の事情を述べてきたのであるが、次に、その内容について考察を進めたい。しかしながら、各国の養子法は多種多様な内容を有し、それらの全てを個々の条文に当って考察することは、資料的にもととのわず不可能なため、国連の資料等⁽¹⁾を基として、わが国において考慮されようとする特別養子に関係あると思われるフランスの準正養子等を中心として各国の養子法を分析することとする。

註(一) 本稿の資料としては主として次の文献による。個別的論文およびその後の改正については各註参照。

Marc Ancel, *L'adoption dans les législations modernes*, L'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, 1958.

Study on Adoption of Children, United Nations (Dept. of Social Affairs), 1953.

Comparative Analysis of Adoption Laws, U.N., 1956.

Marc Ancel, *Les loi Nouvelles sur l'adoption*, Revue Internationale de Droit Comparé, Janvier-Mars 1962.

Boschan, *Europäisches Familienrecht*, 1954. & 1963.

「養子制度の比較法的研究」比較法研究二〇号

第一 養子縁組の目的

現在各国に存在する養子縁組の主たる目的が、子供の保護にあることは一般に承認されており、養子縁組の価値は、子供に対する暖い愛情および家族生活の安全恢復にあるとさえいわれている⁽²⁾。そして、養子縁組が、子供の利益をもたらさねばならないと規定する国々が多い。

たとえば、「養子縁組は、……専ら子の利益のためにのみ許される」とするソヴェエト養子法五七条、「管轄官庁

は、其の子に不利益を生じないときに限り、許可を与えることができる」とのスイス民法二六七条二項、「決定がなされる際に、同意権者が決定の効果を理解しているか否か、……当該縁組が児童の福祉のためになされるものであることおよび……」とイギリス養子法七条、「縁組が正当な動機 *justes motifs* を有し、子に利益となるものであること」フランス民法三四三条などである。

これらによっても判るように、既に述べて来た如く、古い養子縁組は、親族関係それ自体の創設を内容として、何等特定の目的を有する制度ではなかったとされていたのが、現代においては、子の福祉という明確な目的をもつ制度に転化したといわれ得るのである。⁽¹⁾

註 (1) United Nations, Study on Adoption of Children, p. 14.

(2) 山島正男・「養子制度」家族問題と家族法・二七九頁参照。

第二 養子縁組の要件

一 養親に関する要件

養子縁組は主として子を有しない人々に対して擬制的親子関係を生ぜしめる目的をもっているので、養親は一般に第三者から子供を持つことに対して疑念をもたれないような条件が必要である。

それと共に、現行の養子法が子供の福祉を目的とする以上、その養子縁組の締結にあたって、当事者の実質的適格性が必要ではないかと考えられるが、要件としては一般的に次のようなことがあげられるにすぎなくて、実定法にその様な規定を設けることは、事実上不可能であろう。⁽²⁾ 以下には現行法上の諸点について考察するものである。

(1) 年齢に関する要件

(イ) 養親の最低年齢

親子関係を創設するためには、かなり高い年齢を要件とすることが望ましいので、養親の年齢に関しては殆んど立法がその最低年齢を規定している。これらの年齢制限は、養親の無子の問題とも関連するものである。すなわち、養親の無子を要件とする立法とそうでない立法とでは、前者の方がその養親の最低年齢が高いのが一般的傾向である。^(三)この要件は、養親子間に実親子間におけると同様の環境を生み出すためのものであり、養親の最低年齢を高くすることによって、養親の実の子供が養子縁組後に生まれることを防止しようとするものでもある。この立場から年齢制限を規定するものは、概して高年齢であって、五〇才および四〇才とするものが多い。^(四)

他方、養親の無子を要件としない国では、一般に成年であれば養親となり得るとしている。^(五)

無子を要件とする国々でも最近では養育能力のある若い者が保護を必要とする子を養子にできるようにすべきであるとの意見および子供の成長期に親が死亡することが多いなどの理由で要件緩和の方向にあると言い得よう。^(六)

一般在養親が結婚している場合および養親の一方が養子となる子供の実親か親族である場合には要件の緩和が認められている。^(七)

これは養子縁組が擬制的親子関係を創設するものであるが故に、真実の親族関係の尊重と子を養育する状態が夫婦であることが好ましいとするものである。それと共に、未婚の母および婚姻の年齢が次第に若くなって来ている事実を考慮したものであろう。

(四) 養親子間の年齢差

養親と養子の年齢差が要件とされる点は養親の最低年齢が要件とされたことと同様の理由であって、親権が正当に行使され、養親子関係が正常に形成され得るためであらう。

年齢差を要件として規定する国は、国連調査によれば約三分二であって、^(八)一八才から二十一才の年齢差を要件とす

るものが多かったようである。^(八) 養親子関係を自然に模すとの観点から見れば、二五才から四〇才位が適當であり、子供の成長期に養親が死亡したりすることを防止するためには、養親の最高年齢の制限を定めることも必要ではないかと考える。この点について、アメリカのアラバマ州が、二才以下の子供に対しては四〇才、二才から六才までの子供に対しては四五才を養親の最高年齢としていることは注目すべきである。^(九)

以上要するに、年齢に関する要件は実親子関係を模倣するという点が本来であつて、近代的養子法の目的から直接導かれるものではないが養子に対して真実らしい家庭を与える点に存在理由があるようである。

(2) 養親の無子

養親が子供を有しないという要件は、子無き者への慰藉或は古くからの家相続の觀念に立却するものであるかも知れないが、現在では、縁組により養親の実子に不測の損害を生ずることを防止するためであるとされる。近代的養子法自体の目的から出たものではなく、ある点で養子縁組を妨げるものであるかも知れない。したがって、養親の無子を要件とする国々は、国連資料の約三分一であり、イギリス、ソヴィエトは何等規定していない。

そして、無子という子供とは嫡出子に限る場合が多く、^(一〇) 例えば、フランスでは養子、準正養子、非嫡出子は存在してもよいとされている。ここで問題となるのは胎児の存在であるが、養子縁組のときに妊娠していれば養子縁組が無効となる国と^(一一) 胎児が生きて生れた場合に無効とする国と^(一二) がある。事後に妊娠出生した場合については、アルゼンチンが取消し得ると規定しているが、フランス、ルクセンブルグは養子は養子縁組の効力に変更はない。他の国々は規定していないようである。

他方、他の子供と一緒に育てることが子供の為であるとして、正常な年齢要件を定め子のある者に養子縁組を認めているユーゴおよびカナダのオンタリオ州のような立法もある。

(3) 配偶者の共同と同意

婚姻している者が、養子縁組をなす場合に、夫婦が共同で縁組をなす場合と、他方の同意を得て一方のみが縁組をなす場合がある。多くの国々は、夫婦の一方のみの縁組を認め他方の同意を必要と規定する。^(二四) それに対して、フランスの準正養子は共同縁組のみを認める。

これらの要件は、家庭のない子に家庭を与えるためには両親の揃った家庭が好ましく、また、養子が新しい家庭に入るにはその家族から歓迎されることが必要であるとの立場から、同意が必要とされたのであろう。

それと共に考えられるのは、養子縁組が他方配偶者の利益を侵害するものではないかということである。

共同縁組が要件とされる準正養子では、その対象が主として孤児またはこれと同様な子供であり、それを嫡出子と同様に取り扱うためには、嫡出子と同じように両親を与え、養親夫婦が共に両親として、自分の子を育てると同様の取り扱いをなす制度の趣旨から出て来たものであろう。

普通養子においても、夫婦共同して養子縁組をなすことが望ましいと考えるが、カナダのケベック州で、夫婦が共同生活を営んでいるときにのみ養子縁組を認めるのは、^(二五) その観点からではなからうか。アルゼンチンが兄弟間の養子認めず、カナダのオンタリオ州およびアメリカのカリフォルニア州が独身者の養子縁組を認めない理由も、やはり実親子関係に相応する関係を形成することが困難であるからであらう。

一般に配偶者の子供を養子とする場合には、夫婦共同ではなく単独で養子縁組をなすことができるし、配偶者が同意を与えることができないときは、単独で養子縁組をなすことが認められている。

註(一) 立法上または実際上の考察としては、アメリカの「養子法及び縁組手続要綱」の中に、適格者のみ養親となることが出来るとの要件を含ませることより、養親たるべき者の家庭の実情調査を認めることの方が養子の保護となると説明している。

西沢修・「米國養子法」法と政治・第一〇卷三六五頁。

(一) U. N., op. cit. (Study), p. 32.

(三) 五〇才とするもの、ボリビア、ペルー、ギリシャ。三五才とするもの、ドイツ、フランス。

(四) 四〇才とするもの、アルゼンチン、グワテマラ、スイス、ルクセンブルグ、ニカラガ。

(五) ポーランド、ソヴィエト、アメリカ。

(六) 例えば、フランスで当初五〇才であったのが、一九五八年に四〇才、一九六〇年に三五才という様に引下げられたこと、および西ドイツでも五〇才の要件が一九六一年の法律により三五才に引下げられた。

(七) フランスの場合、夫婦が八年以上婚姻生活を継続した場合には三〇才に年齢要件が下げられ、配偶者の子を養子とする場合には三五才の年齢要件は適用されない。イギリスの場合、一般要件が二五才であるのに対して、子の事実上の父母は年齢制限なく、子の親族である場合には二一才を要件とする。

(八) アルゼンチン、ボリヴィア、カナダ、フランス、スイス、イギリス、アメリカ、ユーゴスラヴィアなど。U. N., op. cit. (Study), p. 16.

(九) 例えば、二一才イギリス（一九五八年改正により廃止）、オーストラリア。

一八オードイツ（一九六一年改正により廃止）、イタリア、デンマーク、プエルトリコ。Marc Ancel, L'Adoption dans les législations modernes, p. 16. によれば、ドイツ、アルゼンチン、オーストリア、ブラジル、ギリシャ、イタリア、メキシコ、スイス、ルーマニア、チェコスロバキヤ、の諸國も一八才の年齢差を要件にしている。こころみにそれ以外の年齢差を要件としている國々を見てみると。

一七才ーメキシコ。

一六才ーハンガリー、プエルトリコ。

一五才ーベルギー、ボリヴィア、チリー、コロンビア、スペイン、フランス、パナマ、ペルー、サルバドル。

(九) U. N., op. cit. (Study), p. 33.

(一〇) U. N., Comparative Analysis of Adoption Laws, p. 17.

(一一) グワテマラは、親権に服する子の不存在の場合、アルゼンチンは、胎児・認知した非嫡出子、他の養子の存在、ポリヴィア、ギリシャ、スイスでは出生した胎児・嫡出子は養子縁組を妨げると規定する。U. N., op. cit. (Analysis), p. 17. 西ドイツでは一九五〇年の法で免除の途を開いて、一九六一年の改正法はBGBの中へその規定を組入れ、実子の利益が害せられないときに限り、無子の要件は排除されることになった。東ドイツでも無子の要件は財産を集中するというブルジョア社会の利益であるとして、その要件を廢止している。川井健・「ドイツの養子法」比較法研究二〇号五〇頁、拙稿・「各国養子法の改正」同志社法学七九号一〇三頁参照

(一二) アルゼンチン、ポリヴィア、フランス。

(一三) ペルー、スイス。

(一四) アルゼンチン、ポリヴィア、フランス、ギリシャ、ペルー、ポーランド、スイス、ソヴィエト、イギリス、ウルグワイ、アメリカ、ユーゴスラビア。

(一五) Marc Ancel, op. cit., p. 124.

二 養子に関する要件

誰が養子とされる得るかの問題は、種々考えられている。養子となる者の利益、法の一般的な精神または公の秩序に反しない限り誰に認めてもよいのではないかとも考えるが、現代における養子制度の目的が子のため、特に幼児のためとの傾向が強いといわれている以上、それに相応して要件も定まっている傾向にあるようである。

(1) 養子の年齢

年齢に関する要件としては、養子となる者の最高の年齢を定めるものと、最低の年齢を定めるものがある。現行各国養子法では、前者が多く、後者は僅かである。^(一)

後者の例としてはボリヴィアがあり、一四才以上の年齢が要件とされるのである。ボリビアの法律は、養子縁組を養親子間の契約として考えており、養子が養子縁組に対して自己の意思表示をなすに充分な年齢に達していなければ、養子縁組をなすことができないとするものであろう。^(二) スイスやイギリスにおいて、直接縁組の要件として規定するものではないが、縁組の法的完成に対する事実上の最低年齢制限がある。すなわち、一定期間の同居が必要であり、その期間経過後でなければ効力が発生しないからである。これは、子供、実親および養親を害するかも知れない早急な決定を防ぐためである。

最高年齢の制限には二つの傾向がある。一つは年齢制限の無いものであって、成年者も養子となり得るとし、縁組を契約として考える国々である。他は、一定の最高年齢制限を設け、養子縁組は主として家のない子に家族生活を回復するための手段として考えるものであり、その年齢は法が成年と認める年齢であることが多い。^(三) 特別な養子縁組であるフランスの準正養子では、七才未満の幼児に限られるのである。^(四)

これらの要件に関して疑問に思われるのは、アメリカ法である。一般にアメリカの養子制度は近代的養子制度の代表的なものであるかの如く考えられているのであるが、成年者を養子とすることを認めている州法が全体の約三分二以上を占めていることである。^(五) そして Leavy の書物によれば、退役陸軍准将が著名な社会的指導者の養子となった旨の新聞記事のことが書かれており、アメリカにおいてもなお養子縁組は多目的のために利用されているようである。しかしながらアメリカでは、養子法の規定は、子供の利益を保護し、出来得るかぎり子供が良い家庭に置かれることを保証する危険防止手段 *safeguards* として見られており、成年者にはこの種の保護を必要とせず、成年者を養子とする縁組手続ではこの種の規定の援用が省かれ、^(七) 契約的性格を有するようになると考えられる。統一養子法でも、

未成年養子と成年養子の両者を認めているようであるが、やはり同様の傾向であり、法の精神および公序良俗に反しない限り、養子縁組を誰にでも認めてよいとする考えではなからうか。

西ドイツにおいては、従来未成年養子と成年養子の間には何らの差異もなかったのであるが、改正法は、要件として養子は未成年であると規定する。養子縁組は当事者間に血縁家族類似の関係を創設すべきものであって、成年・未成年の区別を必要としないとしていたのであったが、最近の傾向として、成年養子が不正な目的―養親の名の存続・相続など―の為に奉仕するものであるとして未成年養子を原則とするようになった。^(九)

(2) 養子の環境（身分）

養子となるべき者の環境^(一〇)については、殆んどの国が、嫡出子・非嫡出子を問わず養子となり得ると規定する。しかしながら、ギリシャおよびウルグアイにおいては非嫡出子は自己の父および母によって養子とされ得ないとする。その理由は、非嫡出子は認知または準正によって親子関係を確立し得るからである。これに対して、養子縁組が非嫡出子のために法定親子関係を形成する手段として利用されている国もある。^(一一)

フランスの準正養子縁組では、七才未満の父母が死亡しているか、または不明である子、国が後見する孤児および両親が養子縁組に同意する権利を失った子、遺棄された子に限られたのである。すなわち、親のいない子供に親を与える手段としての養子縁組であるとの性格を示すものである。しかし、養親が子供を有しないとの要件を合わせ考慮すれば、子供のいない親と親のない子供との両者の利益の調和の上に立つものであるとも言い得るであらう。

(3) 養子の同意

子供が一定の年齢に達するならば、法定代理人の同意があっても、子供はその縁組に対して同意するか否かを審尋

されなければならないと殆んどの国が規定している。^(一三) アルゼンチン、グワテマラ、イギリスは審尋されなければならないとは規定しながらも必ずしも同意を要件とはしていない。一般には、養子が養子縁組の本質を理解し、判断力を有すると思われるならば、その子供の同意を要件とするのである。^(一四) ユーゴスラヴィアでは、一〇才以下の子供でも、自分の感じ *feeling* や異議を述べることができるとし、後見機関は異議ある場合には縁組を許可することはできない。^(一五) カナダのケベック州では反対の規定を有するようであるが、^(一六) 一般的に言えば、子供の感情は尊重されるべきであろう。

アメリカにおいても二州を除き^(一七) 一定年齢以上の子供はその同意を必要としているが、その年齢は州によって異なり、多くの州が一四才以上とし、約四分の一が一才、三州が一〇才以上としている。ニューヨーク州は一四才以上の養子となる子供の同意を必要としながらも、子供が養親と幼児期より同居しており、そして子供の親が知れないときは、裁判官の裁量で子供の同意を省くことができるとしているようである。^(一八) 事実上の養子縁組の保護であり、子供に同意を強制することにより、養子たる事実を知らしめるなど、過去の幸福なる生活を破壊することを防ぐためのものであろう。

(4) 試験的同居

外国法制における特色の一つとしてこの制度がある。^(一九)

養子縁組の締結の時期については、二つの相矛盾した傾向がある。一は、実親および養親を保護せんとして、早期養子縁組決定に反対する立場であり、他は、幼児からの収養が子供の利益であるとの立場である。試験同居は、これらの調和の上に立つものではないかと思われる。

イギリスの養子法は、この点について典型的なものであって、生後六週間以内の子供の引渡しを無効とし、養子引

渡し後三ヶ月以上の同居を必要とする。理由としては、実母と子供の結び付は本来破壊されるべきでない聖なるものであるということが根底となり、また出生前における養子縁組の取極を排除し母の感情を尊重するなどの現実的考慮の結果であると言い得る。^(二〇)

同居の期間は、ウルグワイの準正養子の三年以下種々であり、子供の年齢によって異なる立法もある。^(二一)

(5) 実親の同意

実親が居る場合には、実親の同意を必要とする国が殆んどである。何故ならば、養子縁組は実親から子供を奪うものであるからである。当然のことながら、両親が居る場合には、両親の同意が必要である。養子縁組は両親双方から子供を奪うものであり、一方のみの同意で子供に対する彼等の権利を失わしめることは充分であるとは考えられないからである。^(二二)

アルゼンチンでは実親の同意を必ずしも必要とはしない。何故ならば、縁組手続の前に二年間の保護は、その性質上実親の同意を推定できるからであり、また実親が親権を有し縁組に同意を与えない場合には、裁判所が子供の利益に役立つ場合に養子縁組の成立を認めることが出来るからである。^(二三)

フランスでは、新法によって、同意権者の不当拒絶に対して救済の途を開いた。従来両親の一方が縁組の同意を拒絶するときは、濫用と認めその縁組を成立させたが、両親の双方が拒絶するときには縁組の成立を許さなかったのを、裁判所は子供の利益のためにその場合にも裁判所は縁組の宣告が出来るものとした。^(二四)

西ドイツでも、一九六一年の改正法により、後見裁判所は、同意権者が永年自己の子に対する義務を過怠した場合、もしくは親権を喪失した場合、および悪意で子供に不利益を与えることを知って同意拒絶をする場合に、子の申請により同意権者の同意を補充することができるようになった。^(二五)

アメリカにおいて特異な点は、州法の半分が、養子となる者が非嫡出子である場合には、父による同意が必要でないとして、実母単独の同意に基づく養子縁組を認めていることである。また一定の条件の下では、^(二)実親の同意を必要としない場合をも認めている。

註(一) ボリヴィア、カナダのサスカチエワン州。

(二) 但し例外が在り、養子となるべき者が養親の生命を救った場合には一四才以下でもよい。サスカチエワンでは、夫婦によって養子縁組がなされる場合には制限がないが、独身者(未婚・既婚を問わず)による場合には八才以上でなければならぬ。契約的性質の故ではなく、子供の人格形成のためであらう。

(三) アルゼンチン、カナダ(ケベック、サスカチエワン)、デンマーク、グワテマラ、ポーランド、ソヴィエト、イギリス、ユーゴスラヴィア、これらの国は大体一八才から二一才迄である。尚ギリシヤ、ベルー、スイス、アメリカの一部では規定されていない。

U. N., op. cit. (Study), p. 48. U. N., op. cit. (Analysis) p. 14. Marc Ancel, op. cit., p. 15-16. n° 17.

(四) 一九四一年の法では五才であったが、一九五八年の改正法により引上げられた。また、七才の年齢制限は三四四条の年齢および婚姻年数の要件を満たしていない夫婦に子供が引渡され事実上の養子縁組に入っているときは、その子の引渡しと養親が要件を充足するまでの期間に相当する期間を延長することが認められる。―三六八条三項。

Ripert, *Traité Elementaire de Droit Civil de Marcel Planiol*, I, p. 566, n° 1639.

(五) 家庭裁判月報一三卷一二号「アメリカ各州養子縁組法一覧表」によれば、未成年者に限る州は、ネブラスカ、ネバダ、ノースカロライナ、サウスダコタの四州のみに過ぎない。特別規定のない州は、裁判所が子供に関する一般条項の下に成年者の養子縁組を認めているようである。

(六) Morton L. Leavy, *Law of Adoption in all 48 States*, p. 23.

(七) Leavy, op. cit., p. 23.

(八) 西沢・前掲論文・六八頁参照

(九) この規定は、裁判所によって適用免除が可能である。それは、特別な場合に―養親が不正な目的でなく、道徳的な面から正当性を有する場合、たとえば、養親と成年養子との間に真正な家族関係を確立するといった意思が認められる場合―認められるのであるが、今後成年養子は、ドイツ法において例外的なものとなるであろう。

(一〇) 適当な言葉ではないかも知れないが、英語では *status* と言つべきもので、「身分」「地位」とするよりは妥当ではないかと考えて、いささかきこちない表現を用いた。

(一一) たとえば、ボリヴィアではこの目的での養子が最も多い。そこで未婚の婦人は、自分の子供を子供の父親に対して妻と共同で養子とすべく手渡ししてしまうとのことである。U. N., *op. cit.* (Study), p. 49.

その他非嫡出の孫と養子縁組を締結する場合も多いようである。

(一二) 一九六三年三月の改正法により附加されたもので、これには両親が裁判によって親権を喪失した場合と放棄した場合がある。Jean Carbonnier, *Droit Civil*, I, p. 580.

国立国会図書館調査立法考査局「外国の立法」八号に改正法の紹介がある。

(二三) その年令としては次のようである。

一〇オーストリア、ソヴィエト、ユーゴスラヴィア、アメリカの一部の州（ミシガン、メリーランド、ノースダコタ）、カナダのケベック州。

一二オーストラリア、アメリカのかなりの州（アリゾナ、カリフォルニア、コロラドなど約二三州）。

一三オーストラリア、アメリカのミズリー州。

一四オーストラリア、ペルー、西ドイツ、カナダのオンタリオ州、アメリカのかなりの州（ニューヨーク、コネチカット、イリノイなど約二三州）。

一六オーストラリア、ギリシャ、ベルギー。

(一四) イスラエルでは、「子供が養子縁組の意味を理解することができるときは、子供の同意が必要である」として年齢を定めていなければならない。M. Ancel, op. cit., p. 216.

Ernst Livneh, La loi de 1960 sur l'adoption des enfants en Israel, Revue Internationale de Droit Comparé, Janvier-Mars 1962, p. 592.

(一五) U. N., op. cit. (Study), p. 50.

(一六) 一〇〜一四才の子供は、同意を与えることを拒否し得るが、裁判官はその子供の知能および周囲の事情を考慮して、養子の反対にも拘らず養子縁組を認めることができる。M. Ancel, op. cit., p. 124.

(一七) Leavy, op. cit., p. 41. には、ルイジアナ、サウスカロライナ、テネシーの三州が記載されているが、今日ではテネシー州は一四才以上の子供の同意を要件としているようである。家庭裁判月報・前掲・一一七頁参照。
なお、モンタナ、オクラホマ、ユタの各州については本人の同意の記述が見られないが、十二才以上の本人の同意を要するのではなからうか。参照—Leavy, op. cit., p. 41. M. Ancel, op. cit., p. 167.

(一八) U. N., op. cit. (Study), p. 50. オハイオ州でも、一二才以上の本人の同意を要すとしながら、申立以前に八年以上同居した場合は不要としているようである。家庭裁判月報・前掲・一一四頁参照。

(一九) たとえば、このような制度をとる国は、カナダ、ギリシヤ、ペルー、スイス、アメリカ、イギリス、ウルグワイなど。

(二〇) 出生という現実的な体験を経ると母の感情が芽生え、出生前に決めていた計画を変えるかも知れないこと、また赤子の顔を見れば未婚の母の両親の気持も柔くことがあるかも知れず、母子を見捨てる代りに援助を与えることもあり得るとする現実的考慮であり注目すべきである。

Margaret Puxon, The Family and the Law, p. 170. U. N., op. cit. (Study), p. 52.

(二一) カナダのオンタリオ、ケベック州、アメリカのニューヨーク、マサチューセツ、ケンタッキー州など。

(二二) Ripert, op. cit., p. 556. n° 1596.

(三三) M. Ancel, op. cit., p. 81, 82. U. N., op. cit. (Analysis), p. 11.

(三四) 一九六三年改正による民法三五二条一項。「裁判所は、嫡出のあるいは非嫡出の關係にある両親もしくはその一方によって反対された同意拒絶を濫用と思料し、彼等が子供の品性・健康または教育を害する恐れを伴う程子供に無関心であるならば、養子縁組の宣告をなし得る」

(三五) 一七四七条三項。拙稿・前掲論文・一〇四頁参照。

(二六) 同意がなしで済まされるべき充分な理由―親による子供の遺棄、親の精神異常、子供の監督権の養子協会への委譲など。

三 養子縁組の手続

今日の養子縁組に対する各国の法規制をみると、大きく三つの傾向がみられる。すなわち、一は、養子縁組の要件が緩和されて柔軟性をおびつつあること。二は、養子縁組手続における国家的規制の増大。三は、養子縁組効果の拡大などである。

ここで問題とされるのは、国家的規制の増大、縁組の成立および解消に対する公的機関の干与と当事者自治の要素の減退であり、それは司法的立場からだけでなく、国によっては行政当局の許可がなければならないとする。国連の調査の対象となった国々の全てが、養子縁組は要式行為とされ、権限を有する機関の許可がなければならないとする。その許可の方式としては、三つの型がある。

(1) 縁組許可の方式

(イ) 裁判所の命令による養子縁組^(三)

養親の申立に基づき、裁判所の命令もしくは判決によって成立する養子縁組である。この方式の養子縁組を採用する国は多く、フランスおよびウルグワイの準正養子もこの方式によるものであり、イギリスおよびアメリカの多くの州法もこの方式によっている。フランスでは、従来普通養子は養子縁組契約の認許 *homologation* を裁判所に対して申請していたのに対して、一九五八年の改正法により、養子縁組は全て判決によって成立することになった。これら裁判所の命令・判決による養子縁組については、「養子縁組は、契約そのものではなくて、契約的基礎の上に立つ一つの法的制度である」とか、「裁判的性格を有し最早や契約的でない縁組」との批評があたるようになる。^(四)

フランスでの手続の概要は、申立人の住所地の裁判所の管轄に属し、裁判所は申立に基き審理および弁論を行う評議部 *chambre du conseil* を開設し、検事の意見を聞き、必要あれば証人尋問を行い、「法が課している要件を全て満たしているかどうかを審理する」。判決は、必要なる情報を得た後、認容判決は公開法廷で行い、請求棄却の場合は評議部において行われる。そこでの審理は非公開であり、養子縁組の事実または養子となるものが非嫡出子であることを秘密にするためであるが、認容判決を公開法廷でなすことは、登録の方法などと共にアメリカ法と異なる点である。アメリカ養子法では、縁組手続の最大の利益は子の福祉であるとして、縁組手続の過程において明らかにされた一切の事実および子が養子であるとの事実は秘密であるべきであるとして、秘密主義を貫いているようである。^(五)

審理継続中に養親が死亡した場合には、アメリカ・フランス共に、当然に却下すべきとはせず、必要があれば養子縁組成立判決をなすことが出来る。これを認めることによって死亡した申立人に対する子供の相続権を確保することも可能である。

裁判所の命令によって縁組が成立する点を考慮して、アメリカでは命令を二種に分けている。すなわち、終局命令 *final order* と中間命令 *interlocutory order* である。後者は、将来のある時期において（通常六月か一年）、裁判所が再びその縁組申立に対する命令をなすことを意味するものである。その期間中、養子となる子供は、養親の家庭

に生活するのである。そして、中間命令は、試験期間中いつでも、申立に基き裁判所によって取り消され得る。試験期間中良い結果をもたらした縁組に対しては、終局命令で縁組の成立を認める。

(c) 裁判所または行政機関の認可に基く縁組証書または同意の交換による縁組

裁判所によって認可された同意の証書または同意の交換による養子縁組は、ドイツ、ギリシャおよびポルヴィアで行われている。認可を求める管轄裁判所は、申請人の住所地の裁判所である。縁組当事者が合意をなすのは、(下級) 判事 *magistrate* か公証人 *notary* の面前でなければならない。これらの手続は、一般に非公開である。ドイツ、ギリシャでは、裁判所の認可で効力を発生する。

行政機関によるものは、スイス、スペイン、ウルグワイなどで行われている。スイスでは、文書による縁組締結後、権限を有する行政機関によって縁組が許可され、その時より効力を生ずる。スペインでは、検事による事情聴取後、裁判所によって許可される。ウルグワイでは、登録されて効力を生ずるのであるが、同意交換(縁組締結)の時まで遡及する。

(f) 行政機関の決定による縁組

行政機関の決定によって養子縁組が成立する国々は、デンマーク、ソヴィエト、ユーゴスラヴィアなどであるが、その手続は、裁判所の命令によって縁組を成立せしめる場合と殆んど同様であって、裁判所を行政機関に置き代えればよい。

ソヴィエトでは、後見補佐機関の決定を必要とするが、その後見補佐機関とは、勤労者代議員地方(市)ソヴィエト執行委員会である。養子縁組の決定は後見補佐機関によってなされるのであるが、その手続としては、養親が養子の居住する市または地方の執行委員会に申請を提出する。そこで審尋がなされるか否かの規定はないが、養親および養子となるべき者の社会的な生活環境についての調査が一定の機関によって行われる。

このようにして、一方において国家行政機関の干与の下に縁組の濫用を防ぎ、他方において実質的にも、適切な機関を通じて家族関係の実体を調査せしめ、養子に相応な家庭を得せしめるのである。

この種縁組の効力発生の時期についても、ソヴィエトおよびデンマークでは規定を有しないが、ユーゴスラヴィアは行政当局により決定されたときとしており、解釈としてはソヴィエトにおいてもそのように解されているようである。^(二四)

なお、ソヴィエトにおいて、裁判所の決定による縁組もあるが、これは養子もしくは、養親となるべき者の死亡により、予め規定された形式によっては縁組がなされ得ない場合に行われるものであって、外国人を養子とする場合の特別許可の方式と共に例外をなすものである。

(2) 養子縁組の登録

養子縁組の成立により、養親子関係が発生する。その新しい身分関係を登録することは、出生届、婚姻届などと同様に必要なるものである。この縁組の登録が成立要件となることは、現行養子法の殆んどが裁判所もしくは行政機関の干与を認めている点よりして殆んどない。

フランスの旧法では、判決主文・判決年月日・裁判所名および原告訴訟代理人の氏名を一定の新聞に公示する一方、その判決主文は身分登記簿に記載され、養子の出生証明書の余白にも記載されたのであるが、新法は新聞公告を廃止して、出生証明書の余白記載にのみとどめている。イギリス、ソヴィエトにおいても、養子の特別登録を養子縁組手続の一端としており、ソヴィエトでは一〇才以上の子供の場合は、登録の際にその子の同意が必要であるとされている。^(二五)

登録の問題は、養子縁組の効果とも関係するものであり、記載方法などは効果の項で述べる。

註 (一) 欧州—デンマーク、フランス、ギリシヤ、ポーランド、ソヴィエト、イギリス、北アイルランド、ユーゴスラヴィア。

北米—カナダ(ケベック、オンタリオ、サスカチュワン)、アメリカ(アラバマ、カリフォルニア、ミシガン、ニューヨーク)。南米—アルゼンチン、ボリヴィア、グアテマラ、ペルー、ウルグワイ。

(二) Adoption by a court order.

(三) アルゼンチン、カナダ、フランス、グアテマラ、ペルー、ポーランド、イギリス、ウルグワイ、アメリカなど。

(四) Schulhöfer, Typen der Adoption, eine rechtsvergleichende Studie, S. 20. 深谷松男「現代養子法の動向」法学二二卷一四一〇三頁所収参照。

(五) Morandière, Traité de Droit Civil, n° 1030. 山本正憲「フランス養子法概説」法経学会雑誌九号五二頁所収参照。

(六) Leavy, op. cit., p. 50. 西沢・前掲論文・八五頁。

(七) Authentic deed or formal exchange of consent before a notary or magistrate, subject to ratification by a court or an administrative body.

(八) U. N., op. cit. (Analysis), p. 8. なお、ギリシヤでは同意書の交換だけで効力を生ずるのではなく、養子の利益などを考慮して、裁判所が判決で養子縁組を認めることを必要とあつた。その云つた意味では何に入れるべきかも知れない。

Boshan, a. a. O., S. 168. M. Ancel, op. cit., p. 30, 190.

(九) Adoption by a decision of an administrative authority.

(一〇) Organ für Vormundschaft und Pflegschaft. Agency of Guardianship and Curatorship.

(一一) Exekutiv-Komitees des Kreis-(Stadt-) Sowjets der Deputierten der Werktagen. Bratus, a. a. O., S. 499. Presidium or executive committee of the respective krae, oblast or raion. William E. Butler, Russian Family code, p. 18.

(一二) 養子の年齢が三才以上であれば、国民教育部 Abteilung für Volksbildung, the local office of education 三才以

トシヨルベ保健部 Abteilung für Gesundheit-Wesen. the local public health service. Bratus, a. a. O., S. 499.

U. N., op. cit. (Study), p. 82.

(1 三) Bratus, a. a. O., S. 499.

(1 四) 「ソヴィエトにおける養子についても、二種の形態があるといわれる。すなわち、実親子として登録される場合と一般の養子の場合である。一〇才以上の子の同意は、いずれの登録の場合にも必要である。中川高男「ソヴィエトの養子法」比較法研究一〇号六六頁参照。

第三 養子縁組の効果

一 概 説

養子縁組の効果は、養親子間に擬制的親子関係を創設することであり、この新しい関係は、養子となった者を、養親の所へ嫡出子が生まれたと同様のものとせんとするものである。この効果の中において、実家族と子供の関係が完全に断たれるものと、実家族との関係は断たれずに養親子関係が付け加えられるものがある。しかしながら、後者にあっても、実親子関係の権利・義務が全て存続するものではなく、その中の若干のものを失わせる場合が多い。

この両者の中においても種々⁽¹⁾な変化があり、一概に言うことは困難であるが、実家族との結び付きを存続せしめる国々では、家族制度的養子が本来であり、現在でもなおこの形態が多いとされ、実家族との関係を断つことが必ずしも子供の利益ではないからである。

他方、養子縁組が、充分な家庭を持たない子供に家庭生活を回復するための手段として考えられ、そして子供を新しい生活に出来るだけ同化させようとする国々では、養子縁組の傾向は、未成年者に限り、実親およびその家族との関係を完全に断絶せんとするものである。このような、殆んど完全に子供を新しい環境の中に統合してしまう国々は、ソヴィエト、イギリスおよびフランスとウルグワイの準正養子制度等においてである。これらを略述すれば、

(イ) ソヴィエトにおいては、養子を養親が実子として登録した場合には、養子およびその直系卑属は、養親および

その直系卑属に対し、身分上および財産上の権利義務について血族と同一地位に置かれる（六四条）ことは当然であり、その他の親族に対しても効果は及び、実親族との法律関係はすべて消滅するようである。

(四) イギリスにおいては、養子に嫡出子としての地位までも与えはしないが、養子縁組命令が出されると、子供の後見・扶養に関する実親の全ての権利義務は消滅し、それらは養親に帰属する。相続権に関しては、養子は養親の嫡出子と同様に取扱われる。但し、養子は養子縁組の日以前に効力の生じた行為については利益を有せず、また貴族の称号と共に移転すべき財産についても権利を取得しない（一六条）。

(五) フランスの準正養子縁組では、養子は嫡出子と同等の効果を生じる。婚姻障碍だけは存続するが、子供は実家族との法律関係を断たれる。そして養子は養親の嫡出子としての権利義務を伴い、養家族の中へ入る。

養親の尊属との関係は、養親の尊属が公正証書で同意を与えれば、親族関係を生ずる。

(六) ウルグワイの準正養子は、養子縁組が登録されると、元の登録は抹消 *cancel* され、養子はその実家族に属する事を止む。養家での養子の地位は、彼が養親の嫡出子であるかの如く、権利義務も彼に帰属する。

(七) ルクセンブルグの血縁断絶養子では、養子と実家族との間に存した全ての権利義務は消滅する。ただ、婚姻禁止と刑事上の尊属卑属という規定の適用される可能性は残る。この養子縁組より生ずる効果としては、養親子間の権利義務は嫡出実親子関係と同一になる。

(八) アメリカ法においても、大部分の州法が、子供と実親との間の権利義務を消滅させ、養子を養親の下に嫡出化するものであるが、若干の例外もあり、相続についての養子の権利を制限している州法もある。それと共に養子の実親または養家の兄弟姉妹に対する相続の問題などを生じている。一般原則としては、養子は特別な規定を有しない限り実親を相続出来ず、また養親家族に対しても相続権を有していないようである。

養子と実親との間の関係が留保されている場合には、通常養子および実親は相互に相続権をも留保し、また補助的

に相互的扶養の義務を有する。

以上の諸点を考察すれば、ローマ法もしくはナポレオン法典の影響を受けた国々では、養子およびその実親との関係は存続し、相続権を有するのみならず、扶養義務をも留保する養子縁組が多いようである。これはまた家族制度的養子であることが多く、ラテン・アメリカなどの養子縁組にその性格が強いようにも思われる。

養子縁組が子供の利益を中心とするならば養子の養親に対する地位は、嫡出子と同様のものであることが望ましく、養子のその実親に対する扶養義務の存続は、養親子関係に対する侵害の可能性があるように思われる。フランスおよびウルグワイの準正養子縁組は、これらの点を考慮して生れたものであろう。

註(一) U. N., op. cit., (Study), p. 86.

右の書物では“*The family type*,”と名けているのであるが、この意味するところは、実親の一人または血族によって養子縁組される場合が多いものであって、直訳的に家族形態としてもよいであろう。

(I) Bratus, a. a. o., S 501. U. N., op. cit. (Study), p. 36. 中川(高)前掲論文、六八頁。

(II) Leavy, op. cit., p. 60.

二 養子と養親家族との関係

一般に、養親と養子およびその卑属との間には親族関係は生じることが、養子と養親の尊属との間には、親族関係を生じないとするようであり、実親家族との権利義務が留保される場合もある。

(1) 扶養および監護

大部分の立法が、養親に対して、嫡出子と同様に養子を扶養し、監護する義務を課している。スイスおよびフラン

ス普通養子法は、養親が養子に対してその義務を果たし得ない場合には、養子は実親の扶養をも受けるとする。^(一)

養親が養子に対して扶養請求権を有するか否かは、養子がそれを有していたか否かの問題と表裏をなし、一般に、実子に対して請求し得るのと同じく請求権を有する。スイス、フランス、ボリヴィアでは、この場合に、養親が困窮であることを条件とする。

(2) 相続権

養親の財産の相続に対する養子の権利は、嫡出子と同じく認められるとするのが一般的である。デンマーク、スイスは反対規定が存しない限り相続し得ると規定し、南米諸国およびユーゴスラヴィアは、他の特別相続人が居ない場合にのみ相続権を認めている。^(二)

養子に対して養親が、相続権を有するか、否かは、子供を完全に嫡出化する国においては認める。しかしながら、養子が実親から得た財産は相続の対象とはならない。その他の国においては、その権利を殆んど認めず、例え認めても、相続権と称し得るか疑問であり、厳格に言えば、復帰権 *droit de retour, reversion* の一種であるとされる。^(三)

註 (一) ボリヴィアでは、その原則が逆で、実親の扶養を受けられない場合に、養親の扶養を受け得るとしている。それは、ボリヴィアの養子法が契約的色彩が強く、養親子間にのみ法的結合が形成され、法は親権の移転を対象とせず、原則として養子は実家に留り、相続権を含めて、全ての権利を留保する。

(二) ボリヴィア—嫡出子、認知した子の不存在。

ウルグワイ—尊属、卑属、配偶者の不存在。

グワテマラー—右に同じ、および遺言に於いて養子の利益のない時、他に優先権がある時は成年に達するまで扶養を受ける

だけ。ユーゴスラヴィア^(三)実子がいないとき。

(三) Ripert, op. cit., p. 563, n° 1625.

三 養子と実親との関係

実親子間に留保されている権利義務は、家族制度的養子縁組の場合にはある程度の正当性を有すると思われるが、他人に子供を引渡した者にまでは認むべきでないであらう。このような養親子関係に対する干渉から子供を守るためには、実家族との法律関係を完全に断つ裁判所の判決を可能にしたのが、最近の養子法の傾向である。

(1) 扶養および監護

実親および養子の双方にこれらの義務を免除している国が多く、また現代養子法の傾向である。しかし依然として、実親が養子から扶養を受ける権利を有するとの規定のある国もある。^(三)ボリヴィア、ユーゴスラヴィアは、子供が実親から扶養を受ける権利を有するとし、フランス（普通養子）、スイスなども、実親もなお養親が養子を扶養できないときには、扶養する義務があるとしている。

デンマークでは、非嫡出子で父が母に対して支払う義務のある金は、養親に与えられるとし、養親が公の扶助を必要とする程度に困窮しているときは、養子を扶養する義務は、実親に帰属する。

(2) 相続権

養子にも実親に対する相続権を認るめ国々が多い。アメリカの一部、ソヴィエト、イギリスは、養子の完全嫡出化を計ると共に、この権利を養子から奪うものである。

養子に対する実親の相続権を認める国も多いが、^(三)その他にも条件附に実親に養子に対する相続権を認める国もある。

すなわち子供が養親から得た財産以外の財産にのみ認めるものおよび子供が実親から得たもののみについて認める復帰権的なものである。^(五)

アメリカおよびフランスとウルグワイの準正養子縁組では、この実親の権利を全く認めていない。

四 婚姻障碍

実家族と養子の間で婚姻が出来ないことは、当然であるが、養子と養親族との間における婚姻が禁止されるか、否かの問題である。

養子縁組によって生じる婚姻禁止は、国々によって可成り異なり、主として禁止されるのは、養親と養子の間である。アルゼンチン、フランスは、養親と養子およびその卑属、配偶者との間、ペルーおよびスイスでは、養親と養子の卑属との間の婚姻を禁止している。(しかし、スイスでは養子と養親の子との婚姻を認めている。)ルクセンブルグでは、養子およびその直系卑族と養親の間、養子と養親の配偶者の間、養親と養子の配偶者の間、養子と養親の卑属の間の婚姻は禁止される(三五八条)と細かく規定する。

これらの婚姻障碍が、如何なる程度の効力を持つかも、国々によって異なるが、婚姻することによって養子縁組を取消すものとするデンマーク、ウルグワイなどの国は例外であり、アルゼンチン、ギリシャ、ペルー、スイスなどの婚姻を無効とする傾向が強い。後者の中でも、イギリス、フランス、ソヴィエトにおいては、その婚姻禁止は絶対的であるとし、その適用が、フランス、ソヴィエトでは養子の卑属および養親の尊属との間にまで拡張られ、イギリスでは、養子が他の者によって養子とされ、養親子関係が解消しても、婚姻障碍は存続する。それは論理的な面での実親子関係の効果に類似させたものであろう。

全ての国が、子供に養親の姓を与えることを認めている。それは、「新しい親子関係の当然の結果であり、それは、実際的にも心理学的にも重要である。彼等（養親および養子）にとって、養子縁組手続の完成に対する、確固たる証拠であり、シンボルであるから」とされている。

養子が、養親の姓を称するとの規定が、命令的 *mandatory* な国と、裁判官もしくは当該官庁の裁量による国とがある。

ミシガン州やソヴィエトは *must be allowed* または *may be given* と規定し、中間的な規定である。ただ、ソヴィエトでは、養子が一〇才以上であれば、同意が必要である。グアテマラでは、養子が養親の氏を称する権利を有すると規定することである。

養子が、自己の実親の姓に付け加えて称する場合もあり、それが命令的である国もある。

六 戸籍上の取扱

養子縁組後の登録および証明書記載について述べれば、養子を戸籍上新しく出生したるものとして記載する国々があり、イギリスの如く、出生登録簿へ「収養」と標記するものもある。

出生証明書の発行に関しては、種々の工夫がなされているようであり、アメリカおよびカナダのケベック州などでは、養子縁組について何ら表記しない出生証明書を発行し、養親の子として、養子を記載する。デンマークにおいても、一定の目的—たとえば、養子が学校へ入る際—の場合にのみ、そのような養子縁組を表記しない証明書を発行する。

しかし、多くの国々では、養子の地位を、出生証明書を新しく発行する程に迄、嫡出化すべきではないとしているようである。これらを折衷して、元の出生証明書、戸籍などには、養子縁組の記録は記載されるが、養親の戸籍には、

その養子縁組たる記載がされないとするものもあるが、余り多くの国では行われていないようである。^(三)

註(一) カナダ、ソヴィエト、イギリス、アメリカ、フランスおよびルクセンブルグの血縁断絶養子、ウルグワイおよびフランスの準正養子など、

(二) アルゼンチン、ポリヴィア、フランス、ウルグワイ、ニカラグワ、オーストリア、など。

(三) アルゼンチン、ポーランド、スイス、ウルグワイ、ユーゴスラヴィア、ギリシヤ、オーストラリア。

(四) フランス、ポリヴィア、ペルー。

(五) カナダ(オンタリオ、ケベック州)。

(六) U. N., op. cit. (Study), p. 22.

(七) アルゼンチン、ポリヴィア、デンマーク、ポーランド、スイス、イギリス、ウルグワイ。

(八) ユーゴスラヴィア、カナダ(サスカチエワン州)。

(九) ポリヴィア、ペルー、フランス(一六才以上の普通養子の場合)。

(一〇) カナダの一部デンマーク、スイス、アメリカの一部、ソヴィエト。

(一一) U. N., op. cit. (Analysis), p. 26.

第四 養子縁組の解消

養子縁組の解消に関する規制も、国によって異なる。解消の中には、法定要件が充たされていない時に無効とするものもあるが、ここでは主として、いわゆる離縁について述べるものである。

一般的に、各国の養子法の現状は、離縁と認める立法が大勢を占めており、離縁原因を厳格にして、裁判所の干与によって離縁を認めようとするものである。

しかし、離縁を認めないとする立法も、ポリビア、アメリカの一部の州、フランスおよびウルグワイの準正養子な

どあり、一概にいずれがよいかは決めがたい。しかしながら、もしも養子縁組の永久性が問題となるならば、養子縁組の価値は大いに変わってくるかも知れない。縁組の解消が不可能であれば、養子縁組を締結するに際して、当事者間にある程度の躊躇の気持を起させるものであり、特に、養親の側において、その傾向は強いものであろう。それ故に、親族による養子のみが存続して、他児の養子が減少するとの非難が出るかも知れないが、離縁を認めることは、子供にとっては非常に不利なものとなるであろう。これらの点を考慮して、種々の試みがなされているのではないかと考
える。

一般に、離縁は、養子関係の継続が不可能であり、また好ましくない新しい事情が惹起された場合に、当事者の請求に基き、裁判所によって、縁組の解消が命じられるものである。その原因たる事情については、国々によって異なるが、裁判官の自由裁量とする国も多く、ケベック州の如く「非常に重大な事由 *very grave ground*」として、抽象的原因を掲げている場合もある。

養子の側から離縁を請求する場合には、子供にとって実質的利益が存しなくなった場合、特に養親が子供に対して不品行 *misconduct* を犯したり、養子に対する義務を回避し、養子を墮落した生活、または、犯罪生活へと導いた場合が考えられる。^(三)

養親の側からの訴としては、養子が養親を悪意で遺棄するなど、養親に対して著しい不品行を行ったり、親を墮落した犯罪生活へと捲き込むなどであるが、そのような場合にも、養子縁組の解消の要件は、養親が養子に対して有する不満が正当であり、合理的なものでなければならぬとする。

協議離縁は、ニューヨーク州、スイス、デンマーク、ユーゴスラヴィアなどで認められているが、その場合にも、裁判所は、子供の利益であることを充分に納得してからでなければ受理しない。^(三)

アメリカの一部の州で、養子縁組の当時知れなかった、以前から存在する原因による病気が進行したる場合に、離

縁を認めている。養親に非常に重い負担をかけさせないためであろう。また未成年で養子とされた子供が成年に達したとき、縁組の取消を申請し得るとする州もあるが、アメリカでは概して離縁を認めていない。

註 (一) アルゼンチン、フランス、スイス、ユーゴスラヴィア。

(i) U. N., op. cit. (Analysis), p. 26.

(iii) U. N., op. cit. (Study), p. 92.

第三節 近代養子法の目的に関する考察

これまでに、欧米の現行養子法を素描して来たのであるが、ここでは、近代養子法の目的といわれている「子の福祉」を中心に考察する。

第一 子供の権利について

近代養子法の目的は、一般に、「子の福祉」であると言われている。事実それは若干の現行養子法においても明記⁽¹⁾されるところである。

養子制度の発展は、「家のため」「親のため」「子のため」という過程を経て、現在に到ったものであると言われ、現代は「子のための養子」の時代であるとされている。⁽²⁾しかし、それは単に養子法における発展だけでなく、社会の中における子供の地位がどのようなものであったかという問題とも関連して、捉えなくてはならぬのではないかと考へるものである。ここでその歴史的考察をする余裕はないが、現代の社会を眺めると、かつて子供は、自己の権利を主張するのではなく、慈善与えられるに過ぎなかったのだが、今日では子供の権利が、自己の権利として主張され

得るようになったとみることが出来るであろう。これは親権概念の変遷と表裏をなすものである。^(三)ローマ時代の *patria potestas* が、家父長権として存在していたのが、親権として独立するに到る過程と同じく、養子制度も「^(四)のための養子」から「親のための養子」へと移行したのである。そして今日、親権は、両親がその子に対する義務を遂行する道具にすぎない権限や権力の全体をさすものであるとされ、また、ラートブルフによれば、(ドイツ青少年福祉法における思潮を説明して) 親族法上の権利は、信託された社会教育にはかならず、もし家族がその信託にそむいたならば、いつでも社会がそれを取りあげ得るのだとする思想であると述べているように、親権は、親の権利であると共と、子供に対する義務となった。この思潮は、フランス革命の権利概念に端を発している。一七九三年八月九日、国民議会に提出された民法は、「両親は、子供に対して義務のみを有し、子供を保護する責務を負う」と規定し、そして当時の人々は、親は子に対して所有者でも、債権者でもなく、債務者であると述べていたとのことであるが、少し誇張はあっても、子供を保護しようとする意図であることが伺える。このような点よりして、子供の保護が権利として、表面に現われるようになる。現代の養子法が、子供のための養子法であるとの見解が、この点からも言い得るのではなからうか。

次に、子供一般の権利が、特に私生子の保護として主張されるようになった。

すなわち、一九二三年のジュネーブ宣言^(五)と呼ばれる最初の児童福祉宣言が出され、またワイマール憲法が、「嫡出でない子に対しては、立法により、その肉体的・精神のおよび社会的成長につき、嫡出子に対すると同一の条件が、つくられなければならない」(二二条)として以来憲法の中に採り入れられるようにもなり、イタリア憲法(三〇条)、ドイツ連邦共和国憲法(六条五項)などが、これを承継している。^(六)

しかしこれらの規定は、その理念を表明するにすぎず、立法によりそれらの実現されることを委ねている。これらの理念の下に、私生子法の改正が、各国において行われていると共に、養子法の発展もその目的にそって行われている。

るのではないかと考える。何故なら、今日いわれている子の福祉のための養子は、主として私生子の保護の手段としての意義を有していると考ええる。たとえば、ドイツでは、「大抵の場合、私生子が養子となるのである。養子は社会的には、私生子保護の手段として、最も大きな意義がある。従って、養子法改正の努力は、私生子の地位の向上の努力と相携えて進められている。」^{（一）}また「今日、合衆国では、毎年約七万五千の子供が養子となるが、その半数は、婚姻外の子供の場合である。」とされて居ることからも伺えるのである。

すなわち、現行養子法の目的は、単に子の福祉のための養子法から、特に非嫡子の福祉のための制度として、積極的に利用されているし、その傾向が強いのではないかと思う。

これら児童の権利とは如何なるものであるかは、抽象的であり表現は困難であるが、一九五九年一月二〇日に国連で承認された世界児童権利宣言が、それらについて十条に亘って子供の権利を宣言明記している。

養子法との関連あると目されるものを二、三掲げれば、「児童は、出来得る限り、両親の保護をうけて、経済的保障のもとで、かつ、児童の人格の調和ある発達をたずける愛情と理解の家庭的雰囲気につつまれて、成長する機会をもたねばならない。」（第六条）、「児童は、いかなる状況下にあつても、最初に保護と救助を受けるべきものの一人であらなければならない。」（第八条）、「身体的、知的、社会的障害に苦しめられている児童は、その特殊事情の要求する治療、教育および特別の保護を受けねばならない。」（第五条）、「児童は、……出生その他の身分^{（二〇）}など、あらゆることと無関係に、以上の権利を享受しなければならない。」（第一条）と宣言しているのである。

この様に、子供に権利があるとしても、子供は通常その権利を自分では行使し得ないが、社会および国家は、子供に対してその権利を享有さすべく義務を負うものであり、子供があくまで、個人として権利を享有するものである。

この点に関連して、養子縁組に際し、子供の利益であるとの判断がどこでなされるかの問題である。たとえば、養親は、養子縁組について、受諾も拒絶もなし得るが、子供自身は出来ない。これを打開するものは何かその問題が起

って来る。この点より、近代養子法の性格が変化する一因をなしている。司法権の介入が、それである。近代的養子法は、先にも述べた如く、国家機関の関与が、一つの特色となっている。子供の権利を認めたことにより、子供がその権利を享有するべく公平な判断を下すためのものであるとも解し得るであろう。

子供の利益を規定していながらも、それが調査されなければならないとは規定していないとのことである。^(一)それは、全ての裁判官が、そのような判断に対して、特別の知識および経験を有しているわけでもないことに原因しているかも知れないが、その点において今後の問題がある。それ故に、若干の国々において既に存在している制度を利用することが望ましいであろう。たとえば、*public child welfare agency* または *accredited adopting agency* などが、養子縁組が成立または許可される前に、その縁組についての報告を裁判所に対してなさねばならないとするがごときものである。

わが国においては、かかる制度は存在していないようであるが、今後わが国の養子法を近代的なるものとするためには考慮さるべきものである。^(二)

近代養子法の立場では、子供の利益というときは、未成年者殊に幼児の保護を意味するようである。それ故に裁判所の役割は重要である。ただ、裁判所の縁組判決または許可に際して、養子の利益の考慮さるべきことは、既に述べたが、実親および養親の権利をも保護することが必要であると考えるものであり、窮極の目標として、子の福祉が存在し、全てがそれに有機的に集中されるところのが現代養子法の構造であると考ええる。

註(一) 第二節第一養子縁組の目的の項参照。

(二) 中川教授がその発展をとらえられて、「家族的原理による養子法」「個人的原理による養子法」とに分けられ、後者を、

「利益主義—親の利益」と「保護主義—子の保護」とに類別されうとする。中川(善)「民法大要(下)」一〇九頁。

- (三) 「養子制度は、後見や親権の發達と類似せる發展を経て來ている。即ち、それはかつては父又は家族の利益のものを考慮して定められていたが、今日は漸次子の利益のためのみ存するものと解されて來ている」。

Schulhofer, a. a. O., S. 9, 深谷・前掲論文・一二二頁。

- (四) Radbruch, Einführung in die Rechts Wissenschaft, S. 104. 尾高・碧海訳「法学入門」一〇二頁。

- (五) Jean Chazal, Les droits de l'enfant, 清水・霧生訳「子供の權利」一三頁。

- (六) Geneva Declaration of the Rights of Children.

- (七) 山畠・五十嵐「各国憲法の動向—家族条項」、宮沢「世界憲法集」人權思想研究会、「世界各國人權宣言の研究」參照。

- (八) Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, § 91. I. 來栖・前掲論文・二六五頁。

- (九) Declaration of the Rights of the child. 原文は「國際連合第一四總回の事業」外務省國連局政治課發行による。

尚 [Courier], the UNESCO, November, 1960. に写真特集として、啓蒙宣伝している。

- (一〇) 草案によれば、"Whether born in or out of wedlock," となつてゐたのが、"birth or other status" となつた。児童に不当な烙印を押すものであるとの考慮からであらう。

- (一一) U.N., op cit. (Study) p. 14.

イギリス、アメリカ、フランス、ソヴェエトなどにおいては法定ではないが、實際上において職權調査の如き制度を設けている。

- (一二) 児童福祉法による施設があるが、それらの権限はあまり認められていないようであり、家庭裁判所調査官の仕事の方が、より近いようである。少年裁判所などの設置を考えてもよいようである。なお、家事審判規則七条、七条の二、七条の三、八条は注目すべき規定である。

第二 里親制度との関連

先にも述べた如く近代養子法の特質として、国家機関の干与と共に養子制度の分化という事を掲げたのであるが、それは現行養子法が、子の権利を保護する過渡的段階にある事の一つの証拠であるかも知れない。フランスにおいては養子の効果は四つに分れる。すなわち、血縁家族との間の関係を断たない養子、血縁家族との関係を断った養子、養親の家族の中に入ることによって嫡出子と全く同化した養子、嫡出子に相当するが、尊属によって同意が与えられていない養子である。これに対しては種々の批判があるが、現行養子法は依然これを維持して居る。その他に里親制度等が存在して養子および養子類似の制度は多岐に亘っているものである。ここにこれら諸制度の説明をなすことは重要であるとは考えるが、これら諸制度と養子制度との本質的な関係についてのみ記述する。

これまで再三述べて来た如く近代的養子法は子の福祉という目的を持つ制度へと転化して来たし、また転化しつつあると云われている。過去に於ける単に擬制的親族関係を創設する本来的養子制度とは異なる合目的的制度となったのである。一方（法律の意味の）里親制度は当初より不遇児童保護を唯一の目的とする合目的的制度であるが、それとの関係は如何なるものであろうか。一般的に（法律の意味の）里親制度は、専ら公的措置による養育の委託のみが規定され、任意の養育、私的な養育委託に関しては何等規定されていない。

従って養子縁組も合目的の制度として解するならば、里親制度との対比に於いては、養子縁組が私的扶養形態をとるのに対して、里親制度が公的扶養形態をとるものであると云えよう。そして本来私的契約の立場であった養子縁組が国家機関の干与によって次第に公的性格を帯びて来て、本来公的措置として創設された里親制度との差異が減少して来たのである。

そして現在の養子と里子との差異を外形的にとらえれば、養育期限の有無、公の機関による養育費支給の有無、相

続關係の有無、氏の変更の有無等である。

次に問題となるのは両者の実効性である。児童保護の観点から言えば、児童は単に里親からの教育を受けるにとどまるよりは、養子の如く、実子と同じく身分上の地位を得ることが望ましいのは論をまたない。しかるに里親制度に対する批判があるにも拘らず各国に於いて養子制度と併わせ里親制度を存置せしめているのは何故であろうか。里親制度がその法的効果（や法的保護）に於いて養子制度より劣っていることが里親制度の利用を多くしている点であるかも知れないのである。すなわち養子縁組の効果の大きさが、養子縁組に対して慎重な態度をとらせるからであり、その点里親制度は一般に法的効果はゆるく、比較的容易にこれを利用することを可能にするからである。

以上の如く里親制度および養子縁組の両者は共に子供の福祉を目的とする制度であり、相互補完的なものであると云い得る。

そして近代的養子法との関連に於いて捉えるならば、子の福祉との目的の為に本来一体となり得べきものでありながら、現段階に於いては、家族制度的、且つ血縁尊重の風潮が未だ完全に無くないが故に、法律的規制をその儘にして、そのいずれかを他に吸収せんとすることは両制度の性質上非常に難しいものである。それが為に養子制度自体に於いてもその分化がある程度なされ、子の福祉と云う養子制度目的の達成への接近がなされているものと考えるのである。

註（一）「實際的効用のない民法の混乱である」と批判する。Ripert, op. cit., p. 568, n. 1644.

（二）外国の他児養育制度については、山本正憲「イギリスに於ける里親制度について」法学と法史の諸問題所収、「ソヴィエトロシアに於ける他児養育制度」法経学会雑誌二五号、「養子と里子」神戸法学雑誌二卷一一号等参照されたい。

（三）山本、前掲（ソヴィエトロシアに於ける他児養育制度）参照。

(四) この点に關しては「思うに現在子及至兒童の養育制度としては、公的なものと私的なものとがみられ、それは大体に於いて他児養育と実子養育との區別に対比せしめられるのであるが、施設收容は前者に、実子養育は後者に属し、里親制度はより前者に近く養子制度はより後者に近く然も両者は相共に公私の交錯領域を占めるものといふべきであり而もこれら總てが全体として公的性格を帯びるものといふべきではなからうか」との意見に賛成するものである。山本「ソヴィエトロシアに於ける他児養育」三一頁。

(五) 幼児引渡し問題における里親の不利な点、親子一体觀より此の変更を認めるべきとするもの一般にその効果の弱さが批判される。山本・「養子と里子」八二、八五頁、参照。

(六) 各国の里親制度が法的に取扱れる様になつた年次。

アメリカ一九三五年、イギリス一九〇七年、フランス一八七四年、ソヴィエト一九四三年、デンマーク一八八八年、スエーデン一九二〇年。石田「養子制度と里親制度」一九一〜一九二頁より引用。

(七) 谷口「親子法の研究」八〇頁、参照。

(八) 「利益の爲養育を引きつけた者、里子を無監護で放置し生活手段を欠く状態に放任した里親は刑法上処置される」山本「ソヴィエトロシアに於ける他児養育」二六頁、しかしこれは当然の義務であり効果ではない。

A Study on the Trends of Modern Adoption Laws (II)

Résumé

Chapter I. Adoption Laws in the United States and European Countries

§ II. Comparative Analysis of Statute Laws

Although the provisions of the present statutes regulating adoption vary from country to country, there are many similarities. So I report such matters in this issue.

I) Purpose of Adoption

II) Legal Requirements

a) As to Adoper —

- i) Age (mimimun and maximun, age difference).
- ii) Existence of other children.
- iii) Consent of Spouse.

b) As to Adoptee —

- i) Age (minimum and maximum).
- ii) Status.
- iii) Consent.
- iv) Length of residence with adoptive family.
- v) Consent of adoptee's parents.

c) Legal Procedure

i) Legal Completion of Adoption —

Adoption by a court order.

Adoption by an authentic deed or formal exchange of consent before a notary or magistrate.

Adoption by a decision of an administrative authority.

ii) Registration.

III) Effects of Adoption

a) Relationship to adopting parents.

i) Right and obligation as to support and care.

ii) Right of inheritance.

b) Relationship to natural parents.

i) Right and obligation as to support and care.

ii) Right of inheritance.

c) Impediments to marriage with new relations.

d) Surname.

e) Registration.

IV) Revocation.

§ III. A Study on the Purpose of Modern Adoption Law

Adoption is increasing since the War and especially since the enactment of new legislation in recent years, when new legislation facilitating adoption became operative.

With increased interest in safeguarding adoptions, there has been at the same time an increase in the number of foster parents desiring to adopt children.

I study the purpose of adoption in consideration of the rights of children and the difference between adoption and fosterage.

I) On the Right of child

II) Relation between Adoption and Fosterage