

近代養子法の動向に関する一考察 (三一完)

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

(以上前々号)

第二節 欧米諸国における近代養子法の内容

第三節 近代養子法の目的に関する考察

(以上前号)

第二章 わが国の養子法の特徴

第一節 歴史的概観

第二節 養子制度の目的の多様性

第三章 近代養子法と特別養子

第一節 特別養子の意義

第二節 特別養子に関する問題点

第一 要件に関する問題点

第二 効果に関する問題点

第三 離縁に関する問題点

第四 私 見

あ と が き

(以上本号)

第二章 わが国養子法の特徴

第一節 歴史的概観

一、わが国においては、すでに上代において養子が行われていたといわれている^(一)。しかしながら、養子制度が明確な制度として確立されたのは、律令の時代である。すなわち、戸令には、「凡ソ子無クハ四等以上ノ親ノ昭穆ニ合ヘル者ヲ養ウコトヲ聴セ」という規定を設け、養子縁組を行うことが認められていた。これは唐の戸令をそのまま模倣したものと^(二)いわれており、異姓養子の禁も唐律と同様である。この養子制度は、男系による家督相続を根本とするものであった^(三)。

ただ、この時代の養子法のなかで注目されるべきものは、死罪となった婦人の遺児を養育する者は異姓でもこれを認め、また、遺棄された三歳以下の小児は異姓でも差支えないとしたことである^(四)。また、無子の為に養子を定め得る養親の年齢については養父・六一歳、養母・五〇歳以上が要件とされていたことであるが、一面からみれば、近代養子法に類似した点が存在したものと考えられる。

中世の養子は、律令制の下での養子法の如くに家督相続を目的とするものに限らず、遺産相続の為に^(五)行われるものとか、族団を拡充する為に親子関係を擬制する方法としても用いられるようになり、また律令が認めなかった女子が養子をとることも認められるようになった。次に、律令制下では親族養子の外は認めなかったのであるが、この時代には異姓養子が行われていた^(六)。

智養子もこの当行われ、また無子なるが為の養子も存在したが、一般には領主に伺い出たものでなければ効力無く、養父の姓を称し、家督相続中は家女たる妻の離別はできなかつた。養子後実子の出生があつた場合に、相続人を

いずれにするかは養父の自由ともされたが、主君から承認された後には、たとえその後実子が生れても、これを相続人とすることはできないとの家法もあつた。^{九〇}

徳川時代の養子縁組は、その封建制度の特殊事情から、多種多様な養子が行われ、かつ利用されたといわれる。それは主として戸主間の契約をもつて行うのであるが、養子をなす側から主家への届出を必要とし、その許可をえて決定されるものであつた。その目的は、通常家督相続のためであり、しかも無子のとき行うのが原則とされ、例外として実子が相続人として不適任の場合に行われた。

この時代においては、武士と庶民の養子では相当の差があつた。武士においては、家を嗣がせることが、主家に対する重要な義務であつた。子が無い者が死ぬとその家が断絶したから、それを防ぐために種々の養子が考えられたのである。たとえば、智養子、順養子、末期養子、仮養子、心当養子、養女、嫡母・継母の養子、母計之養子等であるが、これらの名称は主として養親と養子の関係や養子の性質を示すものである。

普通法上の養子、すなわち庶民の養子では家督相続の為のもの^{九〇}とそうでないもの^{九〇}とがあり、養子縁組は、養父と養子の実方戸主との間における養子契約によって成立するものである。これは証書によることを通例とした。

家督相続を目的とする養子は、惣領の身分を取得するもので、その後養父に実子が生まれてもこれが為^{九〇}に惣領たる身分を失うことはなかつた。

武士法上の養子にあつては主家の利益を主とした各種の規律がその骨組になつていたのに対し、庶民の養子は全く各当事者の利益を根本とした契約主義に基づいたものであつたといふことができる。

江戸時代末期においては、養子縁組の濫用がみられ、それがために階級組織が崩壊したとの見解もある。^{九一}それは武士が町人の子女を養子としたり、旗本・御家人（の株）を売り形式上（それを買った者を）養子とするなどの手段に

利用されたからである。

二、江戸時代末までの養子制度は、いわゆる家のための養子といわれるものであった。この様な養子の性格は、民法の施行までその根柢をなすものであった。この当時には江戸時代における武士法と庶民法の対立併存はなくなつたのであるが、依然支配階級的武士法の色彩が強いのである。民法典編纂までに種々の養子法案が出されたのであるが、それらは慣習法をそのまま採り入れる保守的なものか、フランス民法を翻訳したにすぎないものであった。旧民法における養子法は、ポアソナード自身の起草ではなく、フランス民法を模倣せず過去の慣習を考慮し、個人主義の発達を害しない、中庸をねらつた立法である。それ故に、その根本が家督相続であることは、養親たる者が原則として戸主であり（人事篇一〇九条）、しかも家督相続人たる男子の無いこと（人事篇一〇七条）、遺言養子を認めていること（人事篇一〇六・一二二・一二三条）などから判断出来る。

註（一）青山道夫「養子」法律学体系法理学論篇四九・五〇頁。

（二）唐の戸令「子無キ者ハ同宗ニシテ昭穆ニ於テ相当スル者ヲ養ウコトヲ聴ス」、唐律「異姓ノ男ヲ養ウ者ハ徒一年与ウル者ハ笞五十」。穂積陳重「養子正否論」法学協会雜誌三〇卷一〇号所収。

（三）要するに、養子は実子が無いときに四親等以内の親族から養父母との間に相当の年令の距り―少くとも一五歳の距りが必要―のある者を選び届出の手續を経て養子縁組を行ったのである。養子の効果としては養子は養親の家に入り、嫡子と同一の地位をえた。

（四）養親に実子が生まれたり、他に事情があるときには離縁せられてもしかたなかった。また自己の生家に相続人がなくなれば養家を去つて実家を継ぐことも許された。高柳真三・日本法制史・八六頁。

（五）三浦周行・法制史の研究（上）・四八三頁、福尾猛市郎・日本家族制度史・六六頁。

（六）高柳・前掲書・一九五頁、青山・前掲書・五四頁。

(七) その際には、養子をまず同姓に求め、同姓に適當な者がなるときは、他姓に及ぶのが通例であった。青山・前掲書・五四頁。

(八) 信玄家法 三浦・前掲書・一六四頁。

(九) 青山・前掲書・五六頁。

(一〇) 玉城教授によれば、「養子は労働力の確保の為という意義が他の諸目的よりも比較にならぬ程の重要性をもったであろうと思ふ」とされる。「養子制度の目的」家族法大系Ⅳ・二六二頁。

(一一) 青山・前掲書・五九・六一頁、福尾・前掲書・一九二頁。

第二節 養子制度の目的の多様性

一、明治民法に於ける養子制度の目的

明治三十一年に民法が施行され、それが戦後迄続いたのであるが、その養子法の内容等については、既に種々の書物等に於いて知ることが出来るので、ここではその目的の多様性についてのみ述べるに留める。

明治三十一年に施行せられた民法の親族・相続篇は、その根本は、家・戸主権・家督相続を中心とする封建的家父長的家族制度であるといわれている。⁽¹⁾ それ故に、養子制度もこの目的に奉仕することを第一の目的としたわけである。

それとともに起草者の中で近代的養子法の要素をも折り込もうとする努力はなされたようである。⁽²⁾ これがために、旧法の養子制度の目的は多種多様なものとなり、原理的に一貫しないものとして批判されるようになったのである。中島博士は、その「養子制度の濫用」の中で、養子制度は不自然なる擬制であるが故に必要已を得ずとする目的を限り、其の条件を明らかにして目的以外の場合に冒用することが出来ない様に周密なる注意を払わねばならないが、わが養子制度には殆んど一定の目的がなく、極めて自由放任であるから、諸種の弊害が生じるとされる。⁽³⁾ 穂積博士が養子の目

的として目される点は、その利点として上げられる点、すなわち、祖先祭祀の継承、家族制度の維持、無子の者の慰藉、被収養者の保護および養育教育であろう。これら四つを見ると、いわゆる養子制度の目的の進化の過程と目される「家のため」「親のため」「子のため」の全てが民法の養子の目的の中に包含されていることが知れるのである。

この様な点から、当然要件を嚴格に定めることが出来ず、一定の方針がなくいわば支離滅裂無方針に条件が羅列してあるに過ぎないとの批判が妥当するように思われるのである。

何故に旧法に於いてその目的が定まり得なかつたのであろうか。それについて山畠教授は、「民法施行者が民法施行前の縁組慣行がすべて是認される養子制度を構想した」とし、「明治民法起草者が、一定の目的を与えなかつたというよりは、起草者にとつては民衆の欲する目的がすべて養子制度の目的であつたということにもなる」と述べて居られる。

また穂積博士が「日本養子法は現在過渡的状态にあり、発展の第二期より第三期に及ぼんとしつつあるも未だ第四期には達せず、然も、未だ第一期をも離脱することなし」と述べて居られる如く、民法の中には、これまでの養子制度の目的が混在しなければならぬ社会的要素が強かつたといひ得よう。

二、改正民法に於ける養子制度の目的

戦後新憲法が施行せられ、その民主々義の精神に従ひ民法は改正せられ、当然養子法もその影響を受けたのであつたが、必ずしも徹底したものではなかつた。

養子法における改正の主なもの二つ在り、一は、婿養子・遺言養子等家督相続を前提とする養子制度の廃止、他は、未成年者の養子縁組に家庭裁判所の許可を必要としたことである。しかしながら、依然として養子法の目的は確定してないのである。すなわち、旧養子法を積極的に近代養子法に近づけることはしなかつたのである。民法改正

要綱の成立に至る経過に於いて、そのことが伺える。^(八)

養子制度全部を廃止してはとの意見があったのに対して、外国にも養子制度はあり、子供の養育を主とするものであるが、日本では家督相続のみを主とする養子制度ではなくて、種々の目的を持つていたのであるから、家督相続のみを目的とする養子制度を廃止することにしたのである。旧法における養子制度目的の多様性の中から家督相続を目的とする養子がなくなったことだけがはつきりするのみである。

未成年の養子に家庭裁判所の許可が要件となったことにより、未成年者保護のための養子法的な感じを受けるのであるが、これも養子制度の濫用を避けるために裁判所の許可を必要とするのが本来の目的であって、消極的に未成年者の不利益を防ぐのに過ぎず、それ故に、民法の現行養子法は旧法と同じく依然として目的があいまいであると言いうるのである。

しかしながら、未成年養子の許可制は、それ自身改正養子法を「子の福祉」のためとするものではないが、養子とされる未成年者の保護の観点から見れば画期的なものであるといえよう。^(九) 近代的養子法の目的たる「子の福祉」の養子法への一步を踏み出したものともいい得るのである。

この点に関して、わが国の養子法の効果が、近代的養子法の特徴である「養子を嫡出子と同様の地位につける」点と相まって、「逆説的ではあるが、最も進歩した内容を有するものともいえる」^(一〇)のである。

註(一) 青山・前掲書・八二頁、谷口||中川・親族法・一五頁、中川編・註釈親族法(上)・五頁、等参照。

(二) すなわち、「本案に於いては従来日本の家を本をしている所の家督相続の主義とそれから慈善と云う人の情性に本づいて居る主義を基礎として案を立てました。……既成法典の規定と違います所は、本案の主義が広い、既成法典は家督相続だけでありますが、本案はそれだけではい今少し広い規定であります」と云う穂積博士の言にも現われている。「法典

調査会第一五八回議事速記録」日本學術振興会五一卷一五〇頁。

(三) 中島玉吉「養子制度の濫用」法学論叢八卷三号八頁。

(四) 中島・前掲論文・一〇頁。

(五) 山島正男「明治民法起草者の養子制度観」現代私法の諸問題・七四五頁。

(六) 穂積・前掲論文二四・二五頁。

因みにその区分を列記すれば、一 祭祀継承養子の時代、二 家督相続養子の時代、三 財産相続養子の時代、四 保護収養の時代

(七) 青山・前掲書・九三頁以下、山島「養子制度」前掲・二八五頁。

(八) 「改正民法の成立するまで」法律時報二六卷三号一四頁。

(九) 青山・前掲書・九九頁、山島「養親子関係の成立及び効力」総合判例研究叢書四六一頁。

(一〇) 山本「フランス養子法概説」前掲・六六頁。

第三章 近代養子法と特別養子

第一節 特別養子の意義

今までに、養子に関する外国法制の発展と、現在における主要な動向を紹介し、わが国養子法の過去および現在について述べて来たのであるが、そこから見出されることは、外国法制における沿革とわが国養子法の沿革は、大体共通しておりながらも、現代における両者の在り方は非常に異ったものがあるということである。

養子法の変遷を学者により、(1)祭祀継承養子の時代 (2)家督相続養子の時代 (3)財産相続養子の時代 (4)保護収養

養子の時代に分けたり^(一)、あるいは、「家のため」「親のため」「子のため」の養子として説明している^(二)。歴史的にみれば、それが程度妥当するが、必ずしも明確には分離し得ない時代もあるようである。この類型に従って現行の欧米養子法が如何なる段階にあるかといえ、一般に「保護収養養子の時代」すなわち「子のための養子」に属すると解せられる。

わが国の養子法は、戦後の改正によってもなおその目的を明確にすることなく、ただ未成年養子について裁判所の許可を必要とする点において、わずかに、近代的養子法への関心を示したに過ぎない。また、新法自体の中においても、祭祀の承継を是認するなど（民法七六九・八一七条）、家の觀念と妥協する点が在り、それ故に、養子制度の多目的と合わせ、実質的には家督相続のための養子も存在することになるであろう。

このような養子法に対しては、いろいろの批判がなされ、改正意見が多く見られた^(三)。それらが具体化され、法制審議会身分法小委員会において検討され、その仮決定および留保事項が資料として発表されるに至った^(四)。

それについて種々の意見が発表されているが、未だまとまった論文として、これに対する批判ないしは立法論を述べたものは少いので、ここでは仮決定および留保事項に表わされた特別養子についてのみその問題点と思われる点を考察することにする。

仮決定及び留保事項第二七は、
「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。」
としている。

これだけでは、特別養子が如何なるものかは明確でないが、その意図はフランスの準正養子を做ったものであろう。フランスの準正養子縁組は、準正の効果と養子縁組の効果とを統合したところの養子縁組である。わが国の特別養子は、仮の名称であつて、普通の養子に対して特別と称するのであろう。

この制度の趣旨としては、わが国には、「藁の上から貰つて育てる」との習俗があり、その実際的要求をみたすためであり、同時に、諸外国における孤児や私生子救済のための現代養子法の方向に合致せしめるものである。^(六)

ここにおいて、特別養子の重要性は、特に後者にあるとしなければならぬ。けだし、いわゆる「藁の上からの養子」それ自体においても、種々の目的を有し、虚偽の出生届を出すことにも、真に子供の利益を考えて行うことは少いのではないかと思われるからである。これに対しては反対の見解が生じるかも知れないが、子供の利益がいずれにあるかは難しい問題であり、一概には云い得ないが、実親がある以上その愛の下に養育されることが子供にとって利益であり、実親子関係を維持することは重要であると思つ^(七)。それ故に、現在の虚偽の出生届を出さねばならぬとする原因の除去を計ることが、先決の問題ではなからうか。また、非嫡出子の地位の向上、認知を容易にするなど、私生子法の改正を計ることによって打開出来るものであり、特別養子設置の積極的事由ではないと考えられるからである。

特別養子制度採用の目的は、先に述べた如く、わが国養子法を近代的養子法へと進める点にある。換言すれば、特定の養子制度存在の理由を有せず、多様な養子目的が混在するわが養子法にあつて、「子の福祉を目的とする養子制度」を創設することにある。

これに関連して、特別養子制度が、わが国の養子制度を近代的養子制度へ切換えるものであるとするならば、普通養子を認めず、特別養子に一本化するべきではないかとの意見が生ずるかも知れない。しかしながら、わが民法が成年

養子の許容、養親族関係の発生、夫婦養子、離縁による氏の変更に伴う祭具等の承継など（これらは、仮決定および留保事項として検討せられている事柄ではあるが）古い制度との妥協的性格を認めている現在の養子法から、一躍特別養子へと移行でできるかは疑問でもある。また、一〇万を超えるといわれる成年養子の存在および未成年養子の半数が親族による養子であるとの事実⁽¹⁾は、その事が非常に難しいということを示すものである。

それがために特別養子制度に対し反対の意見もある。すなわち「その立法技術上の困難さや近親婚のおこる危険性は別としても、この特別養子の考えかたは、諸外国の立法の方向にそった、一見進歩的なものにみえながらも、結局はあまりに日本的な現実⁽²⁾に妥協したものにほかならない」との見解である。

それは、フランスでも準正養子の採用に際して問題とされたことである。フランス準正養子採用の理由が、子を完全に自分の家庭に引き入れ、子に全く自分達夫婦の子同様な身分を与えようとする子のない親の希望を満たそうとするためである⁽³⁾とされる。子の無い親の希望としては老後の保障などが当然あったと考えられるのであるが、それが同時に児童保護・児童救済の本旨にも合うと考えられたからでもある。今日においては、養子縁組の多くがこの準正養子であるのもそう云った点が理解され、妥協的な点が存しながらも、本来の目的を進めることに役立つたのである。

わが国においても特別養子を設けることが、従来の養子と併存せしめられているにもかかわらず、なお一時的には虚偽の出生届の代用とされることがあるかもしれないが、近代的養子法へと前進する足場をつくり出す点に一つの意義があるのではないかと思われるのである。

特別養子の重要性に関するいま一つの点は、国家機関すなわち裁判所の関与ではないかと思う。それは養子縁組の契約的性格の破棄であろう。

現行法においては縁組は養親となる者と養子となる者とが嫡出親子関係を生ぜしめることを目的とする私法上の契約とされているが、未成年者特に幼児が養子となる場合には、単純に契約であるとはなし難いのではなからうか。こ

の場合に、民法は法定代理としてこれをとらえ、法定代理人による代諾縁組を認めているが、^(一三)身分行為につきこのような代理の觀念を認めることが果たして妥当であるかは疑問である。

仮決定および留保事項三〇・三一・三二は、この点についての検討が問題となっている。たとえば、「審判によって縁組が成立するものとする」(三二の乙案)意見は、先に欧米諸国の縁組成立の所で述べたように、外国における立法の傾向である。

契約であるとすれば、養子縁組は私的な取引であるとの考えが抜け切られず、ブラックマーケットの可能性が残る。国家が子の福祉のために子供に養子の地位を与えるとするのが、近代養子法の傾向に合致するのではなからうか。

このように、特別養子に関して、欧米の養子法の立場からのみその重要性を述べて来たが、その他の現実的要請などが問題となることはいう迄もない。しかし、特別養子の目的が、それらにすりかえられることは忌むべきであるが、一方それらの可能性のために制度自体が否定されるべきではなからう。

以上は特別養子を認める立場において述べて来たのであるが、立法技術上の困難性、戸籍に虚偽の記載がなされること、近親婚のおこる危険性、将来真実の子でないと知れた時の子供のショックなどが理由となって、この養子制度に対する批判がなされている。より根本的な点を捉えての批判は、本来親子関係は一元的なものであり、養親子はそれに擬制するものであるが、養子縁組によって親子関係の効果に差異のあるものを採り入れることは、神聖たるべき親子関係を汚すものとの見解である。充分考慮すべき問題である。

これらの批判はきわめて重要なことがらであるが、この批判に対してはこれに類似する法制を参照しながら次述べる問題点のところで考えたい。

(二) 中川・親族法(新訂)・四〇九〜四二一頁、同・民法大要(下)・一一一頁。

(三) 谷口知平・親子法の研究・八〇頁。準正養子・血縁断絶養子などの考慮の上、問題となっている特別養子形態の採用の是非を提起される。

その他、山島・前掲論文(養子制度)、山本・前掲論文(フランス養子法概説)等。

(四) この経過については、ジュリスト一八五号 *Law in the Making* 四九頁参照。

(五) 法律時報・三一巻一〇号・一一号、ジュリスト・一八五号・一八六号等参照。

(六) 来栖三郎「日本の養子法」比較法研究二〇号一〇頁。

(七) 「法は自然的家族関係が、子供の福祉的な要素をなすものと見てゐる」Max Radin, *Law and you*, (内田訳) P.49—50.

虚偽の出生届提出の動機については、谷口「母の認知」親子法の研究所収に詳しい。

(八) 山島「養子制度」二八五頁、潮見俊隆「未成年養子の許可」家族法大系IV一九一頁によれば、

養子が嫡出子であるもの……九四%

養子が養親と血族関係にあるもの……六六%

縁組理由として子がなく淋しいとするもの……七一%

(九) 潮見・前掲論文・二二三頁。この論文において教授は未成年養子の実態を統計的に捉え分析しておられ、それにより「子のための養子」が少ないことなどの根拠の上になつてこのように述べられるのであろう。

(一〇) 山本「フランス養子法概説」前掲・四九頁。

(一一) 拙稿(一)・論集一三巻一号三九頁註(一五)参照。

(一二)「養子となる者が一五歳未満であるときは、その法定代理人が、これに代つて縁組の承諾をすることができる」民法七九七条。代諾縁組の法的性質について、川井健「代諾縁組」家族法代系IV・二八一頁に、「代理の面と代諾者固有の身分行為の面を含む複合行為とみるべきである」との見解がある。

第二節 特別養子に関する問題点

第一 要件に関する問題点

一、養子に関する要件

(1) 養子の年齢

仮決定および留保事項は、「一定の年齢に達しない幼児に限る」とのみ記述するものであり、何歳に限定するかは難しい問題であるが故に検討を要するが、その制度の目的から考えて、幼児に限られることはいうまでもなからう。フランスの準正養子は、旧法では五歳であったのが七歳へと引上げられている。⁽¹⁾

(2) 養子の環境

養子となるべき者は、フランスの如く孤児・棄児・父母の知れない者に限るべきか否かについて問題が生じる。仮決定および留保事項はこの点に触れていないが、嫡出子・非嫡出子または特別の事情の有無を問わないものと思われる。これは、わが国における養子縁組が、親族による養子縁組であることが多く、また嫡出子の占める割合が多いためであると思われる。フランス法の如く規定するのが、家のない子に家庭を与える趣旨からすれば妥当であるが、縁組件数が減少し僅少になるものと思われる。フランスにおいて、準正養子の数が普通養子と大差ないのは、棄児が容易であることも起因するものと思われる。そして、これらの要件も子供の利益の為に緩く解釈すべきであるとして、母が死んだときは、父が知れているときでも、戸籍上記載がなければ、その父は自分の非嫡出子を父母の知れない子として準正養子縁組をなすことを認めている。⁽²⁾

特別養子によって虚偽の出生届の生ずることを防ぐことを目的とするならば、非嫡出子の場合には往々にして虚偽

の出生届が出やすいものであるから、その非嫡出子に迄その範囲を拡げる必要があると思われるが、母子が姉妹になる様な事態も生ずることもあるから、家庭裁判所の実質的審査の権限を強く認める事が肝要であると考ええる。

孤児・棄児・父母の知れない子に限るとすれば、知れなかったその父母が子の引渡請求や嫡出親子関係確認の訴を提起した場合にはどうなるかとの疑問が生じるのであるが、フランスにおいては準正養子に対してはそのいずれも請求出来ない。すなわち、養子縁組によって創設される嫡出親子関係も、血縁による嫡出親子関係も同じであり、両者は相容れないものと考えるからである^(五)。認知の問題も同様である。わが国の特別養子についても、フランスの準正養子同様に、それが裁判所の審判によるものとすれば、離縁を認めなければこの解釈が成り立つであろう。

二、養親に関する要件

(1) 夫婦共同について

養親となる者について、配偶者を有する者に限るか否かは、養親年令および養親子間の年令差などとともに考慮して、自然的親子関係に相應する諸条件が備わっていることが必要ではないかと思われる^(六)。それが養子を実子と同一地位におくことに徹底するためには必要であるからである。フランスの準正養子については既に述べたが、デンマーク、ニュージーランドなどでも夫婦共同縁組であることを要件として居り、実際的にも両親が揃っている家庭を最良の養親家庭とする見解が強く、夫婦共同での養子縁組を優先せしめていることから当然要請せられるべきではないかと思われる。

(2) 養親の無子

養親が子供を有しないことが要件とされるべきであるか否かは、一概にはいい難い問題である。フランスの準正養子については既に述べたが、それによれば嫡出子の不存在を要件としている。ドイツにおいても無子が要件とされた

が、戦後の各ラント法などで要件が緩和され、^(七)一九六二年の法によって免除規定がBGBの中(一七四五条a)へ組入れられている。^(八)これら無子の要件に関しては、種々の批判がなされている。すなわち、無子なる親に対する慰藉または相続人の賦与を目的とする為の要件であるなどである。しかし、現代の養子法においては、この要件は、養親の实质の物質的・精神的不利益の防止または実子と養子の間の利害感情の衝突の防止という点に存在意義があるとされるのであるが、必ずしも養子法にとっては、無子を要件とする根拠に乏しいように思われる。フランスにおいては、一九五七・五八年の法で、実子出生前に引取られた子供の養子縁組が認められたが、五八年一月二三日の命令により妻の妊娠が不可能であることが医学的に証明されれば、一定の養親年令および一定の婚姻期間の要件は適用されないとされている点を顧みれば、無子は依然重要な要件と目されているようである。

註(一) 同じく準正養子を認めるウルグワイでは一八歳迄とする。但し、三年間の同居期間が必要であるから実際は一五歳までと
いっている。

(二) 墮胎・嬰兒殺しを防ぐのと、人間関係に不幸を招いたり、家庭の平和を傷つけない為に、未婚の母の出産の秘密を守る
とが重んぜられ、児童福祉局が捨て子を受けとる。その際子供の名、誕生の場所、日付は明かさなくてもよいとされる。

Chazal, 「子供の権利」(清水他訳)二六頁。

(三) Vismard, *op. cit.*, P. 92, n. 194.

(四) 太田武男「養子法改正の構想」法律時報三一巻一〇号。

(五) Ripert, *op. cit.*, 9486 n. 1383, P. 522 n. 1479, P. 567 n. 1641. 谷口・前掲書・七八頁参照。

(六) 我妻教授の意見「本当に生まれる場合でなければ許さないといい要件をつける」「夫婦でなければいけないというまで徹底すべきだと思っています」法律時報三一巻一一号六八頁。太田・前掲論文も同様の見解。

(七) 山本・前掲論文(東西ドイツ養子法その他) 一二九頁参照。

(八) 拙稿「各国養子法の改正」前掲・一〇三頁参照。

それ以前でも一九五五年八月八日の法により、裁判所の許可による免除が認められていた。Baizke, a. a. O., S. 162.
(九) 養親年令は三五歳以上を要件とするが、夫婦が婚姻後八年以上経過すれば、一方が三〇歳以上であれば養親となり得る。

— 一般原則。

第二 効果に関する問題点

一、血縁関係の断絶

特別養子はすべての関係において養親の実子として取扱うと仮決定および留保事項に述べられている。これも近代的養子法の目指す、完全養子制の採用である。完全養子制とは、一方において実親子間の法的関係を消滅させ、他方では、養親子間に嫡出親子関係と同一の法的親子関係を形成するものである。このような養子制度は、棄児・孤児などの親の知れない子または親のない子にとってはきわめて効果的であるが、わが国のような親族養子を中心とするところにおいては如何であろうか。それ故に、この問題は要件の問題とも密接にからんで来るのである。また仮決定および留保事項第三四において、普通養子の効力の問題点を掲げ、特に丙案は、養子縁組に基く法定血縁関係は縁組当事者間に生ずるに留まるものとし、養子と養親の親族の間には養族関係が生じ、養族関係の効果は法定血族より弱いものとするのである。これは特別養子を作り、これを全ての点で子を養うという文字通りの養子制度とし、その他の養子縁組は契約的に考えて、当事者が自由に定め得るものとして如何なる目的に利用しても構わないとするものである⁽¹⁾。しかし私は、在来の養子制度はそのまま認め、未成年者に対する裁判所の許可は、「子の利益」および「正当な動機」を有する場合に限るべく明記することが、近代養子法の目的に合致するものではないかと考える。

二、戸籍上の記載

実親子関係の断絶とも関連し、戸籍の記載が問題とされる。仮決定および留保事項は、「戸籍上も養親の実子として記載する」としている。出生証明書・戸籍への嫡出子としての記載は、真実の親だと思ひ込ませる点に大いなる意義があり、特に第三者に対してそうである。

アメリカ、イギリス、ソヴィエトにおいては既にそのような制度が存在している。多くの養親は戸籍面でも実親子間の関係を消して養親子関係だけを記入して欲しいと望むものである。しかしながら、この様な望みは今迄戸籍を事実とできるだけ一致させようとしてきた戸籍制度の大方針を根本的に考え直さなければならなくなるのではないか、戸籍の信憑力というのをどうするかと云う問題に遭遇するのである。⁽¹⁾ フランスに於いても議論されている所であり、妥協的ではあるが、出生証書の文面に疵をつけないかぎり、養親の正当な要求をいくらかでも満足させようと努めて来たとし、一九五八年一月二三日の命令は、「出生証書抄本には、裁判所の判決に言及することなく、養父母を父母として記入しなければならない」と規定している。この規定は準正養子の出生証書抄本にすべて適用されるものである。⁽²⁾

アメリカにおいては、縁組が確定した場合には、裁判所の書記が書式に従って作成した縁組証明書を、一定の期間内に州登録官に送達する。これを受理した登録官は、それに基づいて新出生証明書を作成し、原出生証明書に代えてこれを編綴し、その謄本を子の出生地の地方登録官に送附する。新出生証明書の謄本を受理した地方登録官もまた原出生証明書に代えてこれを編綴する。その出生証明書は、(1)新出生証明書は養子縁組後の名で作成されること、(2)養親を実親として記載すること、(3)出生地は子の実際の出生地を記載すること、(4)出生の日附は原出生記録によること、(5)嫡出子と記載すること、(6)養親の子の教には実子と共に先に縁組された子も含めることなどが注意されるであろう。州登録官は原出生証明書および縁組証明書その他の関係書類を封印して編綴し、原則として公開を許さず、成年

に達した養子の請求または裁判所の命令あるときに限り開かれ閲覧し得る。戸籍謄本が請求された場合には、新出生証明書によって作成し、縁組の事実を記載してはならないのである。その他戸籍面での問題については、アメリカ法が如何様になっているかは判らないが、わが国の戸籍とは多少異なるのではなからうか。^(四)それ故そのまま採り入れることは困難であろうが、参考になると思われる。

三、婚姻障礙

婚姻障礙および近親婚の可能性についての問題であるが、養子と実親家族の婚姻は外国法制にも見る如く、生理学的にも遺伝学的にも好ましいものではなく当然禁止されるべきものである。また、養親子間およびその家族との婚姻は矢張り特別養子が嫡出子として養家に入る以上、社会倫理上好ましいものではない。その点に関する外国法の立場はすでに述べたが、特別養子が戸籍上も嫡出子となるならば、近親者として婚姻障礙あるものとすべきと考える。

四、血縁断絶に附随する弊害と目される点

(1) 戸籍上養家の嫡出子となるため、実親家族との婚姻可能性が生ずるとの危惧が問題とされる。これは養子適格の問題ともからむ、すなわち養子となるべき者が、棄児・父母の知れない子・孤児である場合には養子縁組の有無に拘らずその危険性があつたであらうと思われる。次に、それ以外の者も養子となり得るならば、戸籍上の断絶がその危険性を増すものであるが、この様な養子を認めることは家族制度的養子に多いであらうし、その危険性は少ないものと考えて良いのではなからうか。しかし、英米における如き養子縁組協会の斡旋による養子縁組 Agency Adoption がわが国において実施されるならば、その危険性は増すであらう。しかし、アメリカの例でみるならば、養子の実親は、裁判所の命令を受ければ養子の実親との関係は原出主証明書などで判るのであり、一般に養子と知らされて養育されれば、婚姻に際して実親を調査する事が可能であると考えられる。^(五)これに関連して、近親婚の危険性は現在すでに或る程度行われている人工授精子の場合についても生じ、またその場合の方が危険性も大きいものではない

かと考えられる。^(六) いずれにしても、完全な近親婚の予防策は難しいのではなからうか。^(七)

(2) 戸籍上で真実の子と記載したところで、いつかはわかることもあり、その場合に子の受けるショックは一層大きいとする批判がある。養親子関係において最も重要な問題は、養親子間の愛情である。果たして、養親子間に実親子間と全く同質の愛情が期待できるであろうか、子供はもっとも根本的な情緒的欲求が満たされなにかぎり、精神と道徳という二つの面で調和のとれた発達をとげることが出来ないと言われ、子供は自分が愛され、理解されているという気持をもつ必要があると言われる。自分が安全であり、すこしづつ自分に独立を与えようとする自由な雰囲気の中にあるという感じを持たせなければならぬ等心理学的立場からの見解がある。^(八) ここに問題とされたのも、その様な心理学的考慮である。心理学者および医師、教育者は一致して養親は養子に事情を打明けるときであると言っている。それも子供が青年期に達する前に、あるいは少年期に達する前に明かすべきである等と考えられている。^(九)

その様な心理学的な立場からは特別養子は不必要ではないかとの疑問が生ずる。事実心理学的立場から特別養子制度に反対し、特別養子制度があまりにも法律的な思考の所産であり、養子に対して実子であるという戸籍の記載をすることは、子供の人權の無視であるとの非難もあるが、必ずしもその非難があたるとは思われない。潮見教授が「はやくから自然の内に養子の事実をつけて、それこそ『お前は私たちが貰ったのだ。ほんとうに可愛いよい子だから貰ったのだ』ということの基礎の上に、親と子の愛情をきづいていくことであって、けっして養子であることをかくすことにあるのではない」とされるのはもっともな意見である。しかしながら、事実を打ち明けるのは養親自身が幼児(または児童)の心理に合った形で伝えるべきであって、不意に書証からもしくは第三者または実親から事実を打明けられることは望ましくないのです、そのことを防ぐためにも特別養子の意義があるのではなからうか。^(一〇)

(3) 「戸籍に虚偽の記載をすることを公然と認めるのは重大な問題だ。それでは、すべての戸籍の記載に信頼をおけなくなるだろう」との批判がある。^(一一) これは、特別養子の本質を捉える上において非常に重大な問題を提起するもので

はないかと考ふる。この問題は離縁を認めるか否かの問題とも関連する。すなわち現行各国養子法の中で養子を実子として記載する事を許すイギリス・フランス・アメリカ・ソヴェエトの養子法は殆んど離縁を認めていない事である。^(二四)ただ、イギリスでは、養子が準正された場合に当事者の申請に基づき養子たることを取消し得ると規定している。

これら各国の養子縁組は裁判所もしくは権限ある国家機関の命令で成立する点も共通するものである。これらの点を綜合判断するならば、ここに言う養子縁組は、血縁に代り恒久的親子関係を創設するものであって、将来において養子に対して裁判により血縁に基づく親子関係の確認を求めるときを全く認めないものであり、血縁による親子関係と同じ地位にあって、それと取り替えるものであると言へる。それ故に、現実の法上の親子関係は準正された親子関係のみが存在するものと言へるのではなからうか。戸籍が国民各人の身分関係を明確にするために記載される公文書であるとするれば、かかる事実の記載が虚偽であるとは言得ないのではなからうか。また、過去における法上の親子関係を記載する原戸籍をも保存することを義務づけるならば、身分変動の不明を生じるものではない。私人間においては、現実の親子関係のみを問題とすることが多いと考えられるから実際には大した混乱は生じないものと思われる。我妻教授は、出生証明書の記載と戸籍の記載とは虚偽の記載の意味を異にするとして居られ、戸籍における虚偽記載の非難は避けられないとされる。^(二五)この場合において、わが国と外国の戸籍上の差異があることも問題であり、わが国の現行法上では多少理論上問題は残ると思われるが、特別養子が裁判所の審判・命令で成立し、その嫡出化が認められるとするならば、戸籍法上のその届出は報告的届出と見られるから、その届出は虚偽ではなく正当なる届出とみるべきではなからうか。^(二六)

註(一)ジュリスト・一八六号七頁、我妻教授の發言参照。

(二) ジュリスト・一八六号五頁、市川最高家庭局長の発言参照。

(三) Chazal・前掲書・三九頁。尚、本書には一九五八年八月二三日の命令とあるが、二月二三日の間違いと思われる。

(四) 西沢・前掲論文・八八頁参照。Leavy, op. cit., p. 58~59.

(五) 久留都茂子「虚偽の出生届と養子縁組」家族大系IV・二二六―七頁、ジュリスト・一八六号鮫島調査官の意見参照。

なお、法律論とは別に、実際問題として近親婚の生ずる確率はそれ程高くはないのではなからうか。

(六) 人工授精子の問題については、永田菊四郎「人工授精子」家族法大系IV一五一頁以下参照。

(七) 私見としては、婚姻許可状の発行などを考えるのである。精神病、性病等遺伝的疾患保持者に対する条件付婚姻許可を含めて。しかし人権侵害の可能性も在り問題となるであらうが、なお、Max Radin・前掲書・九四―九五頁参照。

(八) Chazal・前掲書・四二頁。

(九) Chazal・前掲書・四四頁。

(一〇) 潮見・前掲論文・二二五頁註②参照。非難する人は、東京都中央児童相談所大竹太郎氏。

(一一) 潮見・前掲論文・二二四頁。

(一二) ソ連では、出生証明書への記載で、形式的記事による子の不利益がさけられると考えられている。

Bratus, a. a. O., S. 497.

(一三) 我妻「養子二題」ジュリスト・一八五号二二頁。

(一四) アメリカでは、ニューヨークが協議離婚を認めている他は、一定の已むを得ない事由(特に疾病)による場合に認めるのみである。但し、それも事前に探知し得なかった場合のみである。

ソヴィエトには二種の養子縁組があるとされ、実子として登録された子の縁組の解消を認めるか否かは問題であり、おそらく解消は認められないのではないかと思われる。中川「ソヴィエトの養子法」前掲・七〇頁参照。

(一五) 我妻・前掲論文・二三頁。

(一六) 我妻教授は恐らくその点は充分考慮の上、法が事実上の虚偽記載を合法化することに對する非難を述べて居られるものと思われる。その点については今後も特別養子の採用に當つて充分考慮さるべき問題である。

第三 離縁に関する問題点

特別養子ではその離縁を認めるか否かについての検討がなされている。すなわち、「養親の側からの離縁を認めない」としている。そのことは縁組に際して事実上意思が考慮されえない幼児の養子が主である特別養子においては、養子は養親と異なり事後にその意思により離縁が出来るとの趣旨であろう。

先にも述べた様に、諸外国において実親子関係が断絶する養子縁組においてはその離縁が認められない事と較べて特異なものである。一般には、養子は人為的擬制親子関係を生ぜしめるものであり、人為的にその解消を計ることが認められるべきであろう。しかしながら、特別養子においては、その離縁を認めることが妥当であるか否かは疑問である。アメリカにおいても、バーモンド・ウェストバージニア州が未成年者が成年に達した時離縁の申立を認めているが、それらは成年養子を認めたり、完全嫡出化がなされていない州であり、もし完全嫡出化が計られたならば当事者の意思は考慮されるべきではなからう。それは嫡出親子関係を当事者の意思で解消できないのと同じである。フランスの準正養子は離縁を一切認めないが、養親は虐待または道徳上遺棄された子供の保護の為に親権を喪失させられ得る^(二)として実親子関係と同じように処理している。これも欧米の養子法が「子の福祉のため」と言う目的の内においても、孤児・私生子等家のない子供に家庭を与えることを主眼として居り、離縁による実親子関係への復帰と言うことが少ないことの原因ではあるが、わが国の特別養子法が、わが国の社会的諸要素との妥協の上にその制度を設けようとする一つのあらわれでもあるとみてよいのではなからうか。養親子間の完全嫡出化、恒久的関係の創設を目指す

為には、離縁規定は無用ではないかと考ふる。養子のためには、縁組決定前における適切な実情調査および監督をなすべきであろう。また、逆説的ではあるが、離縁を認めることは、法定親子関係の他に血縁による親子関係を確認し得るとすることにもなり、縁組後の認知・嫡出子引渡し請求をも認めることにもなりかねない。それ故に特別養子の^(三)目指す効果が充分に挙げらなくなるのではなからうか。

以上の他にも、相続権、転縁組等に関する問題があり、また人身売買等の危険性を充分検討すべきであるが省略する。

註(一) フランス民法三七〇条二項。

Ripert, op. cit., p. 567 n° 1641. 「判決でもって嫡出子の地位を失くすことは出来ない」との意見も傾聴に値する。

(二) 一八八九年七月二四日の法によつて認められ、今日に至っている。Vismard, op. cit., p. 115 n° 243.

(三) Ripert, op. cit., p. 522 n° 1479.

第四 私 見

特別養子の採用の是非について今後一層検討を重ねなければならないものと思われるが、先に述べて来た如く、その問題となる点は多く、また特別養子のみを採り上げて論ずる事は困難であり、その他普通養子との関係に於いて検討されなければならないであろう。

特別養子採用の動機が、近代養子法の方向に合致せしめることにありながら、現行養子の実態に合わせるために、その要件があいまいにされたりする事は厳につつしまねばならないものと思う。私としては、特別養子法の採用は、

前述したように、近代養子法の目的たる「不遇なる子の為」である事が主眼でなければならぬと考えるものであり、多くの妥協を行い特別養子が、旧来の家のための養子に最も有効なる手段として利用される事を恐れるものである。現在養子法の改正において討議されている主な点は、現代の養子法の方向とは逆に、要件を今迄より厳格にし、効果を縮小し、離縁を制限する方向にあるようであり、そのことは目的に即して、要件・効果・離縁を規定するための努力であるといわれている。⁽¹⁾しかし、この改正に当たって画期的であると思われる特別養子が依然として目的のあいまいな点を有し、それが為め要件も定まらないとすれば遺憾なことではないかと考える。特別養子は「不遇なる子」に家庭を与えるとの目的を確立すべきであり、それが為には、児童福祉法の里子やそれ以外の他児養育機関との関係を密接にし、養子縁組に対する児童福祉機関の役割を定めるなど、欧米におけるような養子協会 Adoption Agency 相当の活動を計るべきである。⁽²⁾それなくしてはわが国の養子の中で家族制度的養子の占める位置は変わらさず、「不遇なる子」の養子を促進する事は不可能であろう。普通養子においてもまた種々の検討はなされるであろうが、その点についてはある程度の妥協は己むを得ず、成年養子や契約的要素を残してもよいのではなからうか。ただ未成年養子の許可に際しては、「正当なる動機」「子供の利益」を要件とすべく明文化する必要があるのではないかと考える。仮決定および留保事項中に掲げられていない点を考えると、依然としてわが国養子法が「子の福祉」の段階に到らない事を示すものであろう。⁽³⁾

註 (一) 来栖「日本の養子」前掲・一〇頁

(二) 現在のわが国においては、児童相談所・各児童福祉施設等がその機能の一部を果しているが、実際には仲々困難である。ただ注目すべきは、神戸市で行われている「愛の手運動」である。これは児童相談所と新聞・ラジオの協力によって行われているものであって、積極的に養親・里親の開拓を行っており、成果もあがっているようである。

(三) 法律時報三一卷一〇号七〇頁、頃発言「……未成年養子の目的というか、つまり家裁の許可の基準を明文化したほうがよいと云うので、たしか『子の福祉』とか『ジュスト・モチーフ』式の案を書いてみたこともありましたが……日本養子制度をそこまですきりすることに強い抵抗があったことが関係あるのでしょうかね。」

あ　と　が　き

養子制度は、人為的に擬制的親子関係を創設するものであって、各国においてもまた各時代においても異なるものであることを述べて来た。しかしながら、今日では社会主義社会においても、資本主義社会においても共通し、かつ同じ目的を有する法制度である点において、養子法のきわだった特徴が見出される。

その共通点の根本には、社会的に子供に権利を認めたとの点にあるのではないかと思う。それは国連において、「児童の権利に関する国連宣言」^(二)として宣言せられていることから伺えるのである。そしてそれは養子制度のみではなく、里親制度、その他の他児養育機関設置の基本的な考えとなりつつある。われわれは、これら子供を充分法的に保護育成する義務を有するわけである。^(三)

この様な養子制度に対して、われわれが如何に対処するかについて二、三述べてみよう。

児童に関する権利宣言が出されて以後、養子法は国際的にも問題とされつつある。それは、本稿の資料にも使った国連の経済社会局の調査報告のなされた当時からでもあるが、特に、一九六〇年五月には国際間の養子に関する欧州セミナーが東欧諸国・スペイン・ポルトガルを除く全欧州諸国の代表を集めてスイスで開催され、養子に関する国際協定の成立に一步を進めたとのことである。^(三)

この様に、養子法は戦後の孤児・私生子の発生にともなうのみ考慮されるものではなく、世界的に子供の権利の

保護としての立場からも研究されるべきものであろう。私が欧米の養子法を紹介したのも、それらの制度を模倣し、悉くわが国に採り入れようと主張するものではなく、わが国の養子制度が一定の目的を有せず、多くの点でそれら欧米諸国の養子法と異なる点を見出し得ればと思つたからである。

養子制度はソヴィエトなどにおいて一旦擬制であるとして廢止された如く、本来ならば、自然的親子關係を維持するのが好ましいものである。しかし、孤児等を保護するには施設よりもなお家庭が優るとの言と共に、養子制度は復活し、その様な目的の為に活用されている。だから、例えば母子家庭において、母子の間に深い親子愛があるにも拘らず經濟的事由により、子を養子縁組により保護したり、施設へ收容するといった道は選ぶべきではなからう。充分にかかる家庭の子供を保護し、実親子關係を維持すべき方策を講ずべく政府は努める義務を負う。

親子法の分野、特に養子法の分野においては、単に民法のみでは解決できない問題が多く、社会法的考慮も必要であり、相互的な有機的解釈により解決して行かなくてはならない。

特別養子については、今後の問題でもあり、また従来のが国の養子制度とは異つたものであるから、先にも述べた如く、欧米の養子法の実態的考察と子供の権利という点からの考察から充分検討されるべきものであると考える。

註 (一) Declaration of the Rights of the Child, 1959.

(二) この宣言の前文において、全ての政府・地方公共団体・民間団体・個人・親はこの権利を認めそして遵守すべきことを要求してゐる。

わが国の児童福祉法第二条には、「国及び地方公共団体は児童の保護者とともに、児童を心身ともに健やかに育成する責任を負ふ」と規定してゐる。

(三) シェリスタ「News Box」二一〇号六九頁参照。

(四) 児童扶養手当法（昭三六・一一・二九法律二三八号）、母子福祉法（昭三九・七・一法律二二九号）の制定はそれらの保護にとって好ましいものである。

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

Résumé

Chapter II. Adoption Laws in Japan

It may reasonably be said that the adoption system of Japan has developed for the sake of the family or parents under the influence of the feudal system, as a rule; but the adoption system of the present day has approached the modern system of the adoption for the sake of the child.

The post war family law of Japan declared that the old civil code that had supported the feudalistic and patriarchal family system had to be revised all through, laying much stress on the dignity of the individual.

Neither the Japanese feudal adoption system ("Muko-Yoshi") nor the adoption of a child according to the will concurrently exist any more and the adoption of an infant can only be made valid by the license of the domestic court.

Yet even now such regulations as those of the adoption of the majority and the adopted husband and wife still remain valid, and the adoption law had better be revised from viewpoint of welfare of the adopted child.

Chapter III. The Revision of Adoption Law

The civil code that is in force could not technically be clear of some imperfection clinging to the feudalistic and patriarchal family system even now, nor is it entirely free from inconsistencies due to the ambiguous compromises with the old custom.

This is why the revision of civil code has become a serious and pending question.

So if we want to revise it, it must be done from the angle of cutting off the imperfection and revising the technically imperfect passages.

We should by this means make new code go more perfectly and steadily along the line of right direction that the modern adoption laws have taken, thus carrying on the new spirit of the new adoption laws as far as possible.

The main point of revision of the new adoption law and the process of the revision carried out by the Civil Code Investigation Council (Dept of Family Law) are most noteworthy, and some studies and criticisms of these plan have already been put forward.

So I report about new special adoption (the adoptive legitimation) in this issue.

According to the provisional decision of the Council, the special adoption is;

- a. the adopted child shall be an infant who has not reached certain age.
- b. it shall give to the child the same right and the same obligation as if he were born of the marriage, including registration, (his own parents' rights and liabilities are completely wiped out.)
- c. the adopting person may not request the revocation of the adoption.

Moreover between an adopting parent and an adopted child, there should be the difference of age like that between a real parent and a child.

All these regulations should be reasonably be put in.