

# 改正養子法の展望

滝 沢 幸 代

- 一 はじめに
- 二 特別養子制度の意義
- 三 養子法一般の変化
- 四 結び

## 一 はじめに

民法典中の養子法の分野を改正する法律が一九八八年一月六日から効力を生じることにより、身分法には戦後の改正以来の大幅な修正が持ち込まれる。

長い間、現行の養子制度は、その契約的構成、養親子間の年令差の問題、夫婦共同縁組の強行等の諸点において少なからぬ批判の対象となっていたのであるが、他方わが国独特の事情として縁組目的の非常な多義性も指摘されており、改革の必要はあるとしても、問題が總体的でありすぎるといふ理由で見送られてきた領域であったといえる<sup>(1)</sup>。しかも、わが国の高度な経済成長、生活水準の向上等に伴って、出生率は世界最少のレベルを記録するとい

う状況があると共に、養子縁組そのものも近年減少の傾向を辿っており、少なくとも国内的には、養子法改正を論じるような社会的必要性はそれ程顕著ではなかった。それだけに、この度の法改正には、外国法の潮流による影響が大きいはずであるし、また同時に、社会、経済的なインパクトは別として、養子制度といういわばかなり例外的な人間関係に根本的な検討を加えようという、社会全体ひいては法学界の余裕のようなものが感じられるのではなからうか。

本稿は、この度の改正法を右のような観点から捉え、これを概括すると共に、いくつかの主要な論点を中心とした大まかな評価を確認しておきたいと考えるものである。新法の施行と共に、具体的な適用状況を踏まえた種々の問題点が指摘され、やがては解釈論の充実が期待されるであろう。ここでは、それ以前の段階における考察として、とりあえず原理、原則論の方に重点をおき、養子法のあるべき構想、裏づけとなる思想等を探ってみたいと考える。このようなわたくしの意図は、当面の法改正の経緯によって触発された養子法そのものへの関心をこの機会に深め、この優れて人間的な制度の根底にあるものを、わたくしなりに明確にしたいという期待に基づくのであるが、実際、新設の特別養子制度は、そのような意欲をかき立てるだけの内容の大きさを含んでいるように思われる。

言うまでもなく、改正過程においては、既に一九八六年一月に「養子制度の改正に関する中間試案」が発表されており、これに対して学界から寄せられた多数の意見、提案は、とりまとめられてその後の審議に付されている。わたくし自身は、その機会に発言する余裕もまた研究実績も持たなかったが、しかし新法そのものは、たとえば特別養子の戸籍の処理といった技術的な面においても、結局は現行法制の下でのほぼ理想的な解決を見出していると言えるようであり、多くの議論の帰着したところが、わが国の現状に対する最も妥当な方向づけとなったとみることが適当であろう。むしろその成果をどう評価し位置づけて、今後の家族法の課題に結びつけてゆくかが、さ

し当りわたくしの関心の焦点である。

右との関連で、昭和五八年度私法学会民法部会におけるシンポジウム「養子法の課題」の中でのわたくしの発言にも言及しておきたい。<sup>(6)</sup>もとより短い発言であり、討論に対する感想の域を出るものではないが、それだけに、私見の趣旨を敷衍し、その立場を明らかにしておくことが必要であろうとの思いが残された。この点に、多少ともつけ加えうるものがあれば幸いである。

資料的には、中間試案とそれに対する論評、<sup>(7)</sup>発表されている限りでの最終法案ないし新法に対する解説<sup>(8)</sup>を主として念頭におき、それらの構成に従って、型どおり特別養子制度の創設(一)とその他の改正(二)とに分けている。全体の把握を目ざしたためであるが、とりわけ三においては、特別養子制度と対比される現行養子制度のあり方に議論を深めることができたかと考えている。

(1) 具体的には昭和三四年に発表された法制審議会民法部会身分法小委員会の「仮決定及び留保事項(その二)」が、この度の改正の原点となっている。戦後の親族法全体の見直しがはかられた際に、養子法に関しても網羅的な検討がなされており、その成果である。前後の経過については、平賀健太「親族法改正の問題点」身分法の現在及び将来(戸籍誌百号記念論文集)二四一頁以下、我妻栄他・座談会「親族法の改正(第二回)」法律時報三一巻一〇号六五頁以下、加藤一郎「養子制度の改正問題と外国法」ジュリスト七八二号一四頁以下等参照。

(2) 共同通信世界年鑑一九八六年版によれば、先進国では西ドイツ、スイスに次いでわが国の出生率が低い。但し、わが国には妊娠中絶の一般化という背後の事情があり、問題を含む。

(3) 縁組届出の総数は、昭和二〇年代末の約一〇万件から昭和四〇年代に約八万件へと減少し、昭和五九年までに約九万件へと漸増している。しかし、後半の増加は成年養子、連れ子養子の増加によるもので、注目すべき家庭裁判所の許可による未成年養子縁組は、昭和二十四年の四四、六九九件に対し、昭和五九年の三、五三二件へと減少の一途を辿っている。平賀俊明「我が国の養子縁組の実態」法律のひろば三九巻二四頁参照。山本正憲・養子法の研究Ⅲ一七四頁以下他の統計にも同様の傾向が示され、中間試案の説明もこの点を指摘する。

(4) 唯一の関心と呼んだ社会問題として、昭和四十八年以降の産婦人科医師菊田昇氏による養子斡旋事件と実子特例法制定への運動が例外である。今回の法改正とこの現象との関連は、後述のように一つの論点となりうる。事件の概要については、菊田昇「実子特例法の提案と嬰兒殺の防止」ジュリスト六七八号一三〇頁以下、中谷瑛子「菊田医師『実子あっせん事件』の刑事的側面」ジュリスト六六五号六六頁以下、中川高男・第二の自然——特別養子の光芒——一八七頁以下等参照。

(5) 完全養子の基本原則を掲げた一九六七七年のヨーロッパ養子協定に象徴されるように、近年の西欧諸国は養子の完全嫡出子化に向けて著しい法制度の進展をみており（中川高男「特別養子」ジュリスト七八四号八七頁以下参照）、これらに関する内外の研究も豊富である。

(6) シンボジウム「養子法の課題」（滝沢発言）私法四六号七二頁以下参照。

(7) 中間試案とその説明は、民事月報四〇巻一一号五九頁以下、戸籍四九号一三頁以下、戸籍時報三三三三二頁以下、登記先例解説集二九一号一一二頁以下、法律のひろば三九巻二四九頁以下等に掲載されている他、永井紀昭「養子制度の改正に関する中間試案について（上、下）」民事月報四一巻一七頁以下、二二頁以下、土屋文昭「養子制度の改正に関する中間試案について」法律のひろば三九巻二二一七頁以下、中川淳「養子制度の中間試案を読んで」法律のひろば三九巻二二二頁以下、野田愛子「未成年者養子法改正に関する若干の課題」ケース研究二〇八号一二八頁以下、中川高男・前掲書二五〇頁以下等の解説、批評がみられる。

(8) 「民法等の一部を改正する法律案国会へ提出」戸籍五二〇号二五頁以下、「民法等の一部を改正する法律案、国会審議はじまる」戸籍時報三五〇号四頁以下、中川高男「養子法制の新展開——『民法の一部を改正する法律案要綱案』を読む——」法学セミナー三八九号一四頁以下、加藤一郎・森島昭夫「民法の考え方Ⅲ民法学と立法」法学セミナー三九〇号四〇頁以下、石川稔「改正養子法（案）の解説（上、下）」法学教室八一八四頁以下、八二九二頁以下、中川高男・小野幸二「新設される特別養子制度の問題点を語る（上、下）」戸籍五二二号一五頁以下、五二三号一〇頁以下、米倉明「特別養子制度の成立をどう受け止めるべきか（上、中）」ジュリスト八九四号五四頁以下、八九五号八六頁以下、細川清「養子法の改正」ジュリスト八九四号四四頁以下、鈴木政夫「特別養子制度を子の福祉のために」ジュリスト八九四号六四頁以下等参照。なお、米倉論文（下）ジュリスト八九六号九〇頁以下、土屋文昭「養子法の改正について」判例タイムズ六四八号四頁以下、法律のひろば一九八七年二月号の特集「民法等の一部改正について——特別養

子制度の成立——」によせられている諸論文等は脱稿後のため参照しえなかった。

## 二 特別養子制度の意義

### (1) 立法の背景

(イ)「養子の上からの養子」との関連 縁組数の上からみて、養子法改正を促すような社会的要因がそれ程顕著であつたとはみられないとしても、純然たる法学的立場からは、いわゆる養子の上からの養子をめぐる判例法が、一貫してこの特別養子制度にあたるものの必要性を示唆していたことは否定しえない。すなわち、わが国の伝統社会の底流の中には、他人の子を実子同様に家庭にとり込み、しかもその際戸籍の記載をもあえて偽つて実子とする慣行が、近代法の枠組に抗うかたちで一貫して存在してきた。しかし、虚偽の嫡出子出生届というその法的形式は、ある日親子関係不存在確認の訴えという真実探究の手續の下に晒されると、事実の次元でどれ程親子関係の実体がつみ重ねられていても、戸籍の無効という評価を免れない。裁判所が、当事者とりわけ養子の立場への実質的配慮を離れたところで、一義的な戸籍の真実主義を宣言してきたことは、周知のところである。<sup>(1)</sup>

もっとも、右のような例のうち、外形上養子縁組届の形式をもつものに対しては、追認という法的処理によって縁組の実体を肯定する扱いがなされており、<sup>(2)</sup>純然たる虚偽の嫡出子出生届のケースの取り扱いだけが残された問題となつていた。<sup>(3)</sup>両者の相違は、帰するところ戸籍の表示における瑕疵の程度の問題である。しかし、その瑕疵の大きさは結局犯されている違法の大小に帰する故に、戸籍の上で全く縁組の外形をもたない養子の上からの養子の救済がためらわれてきたことも、やむをえないという見方はできる。わたくし自身は、この問題の処理については我妻博士による転換の理論が妥当であるとし、それが戸籍の訂正を意味するにほかならないことを指摘してきた。<sup>(4)</sup>戸籍の記載のかなり大幅な変更になるために抵抗があるとしても、ここでは事実上の養子の保護が当然優先すべきでは

ないかと考えている。

右の解決は、養子の保護のために必要な配慮（特に戸籍面における）をなすという意味において、立法と解釈論という局面の違いはあっても、本質的には特別養子制度の創設と同一の線上にある。縁組の事実を少なくとも対外的に隠し実子同様に結びつきたいという当事者の潜在的な、あるいはまた顕在化した要望を認め、それに応えようとするところに、この度の立法の一つの出発点があつたはずであるし、またそうみるべきでもあらう。このことはまた、そのような制度がなかったことに對する救済という意味で、従来の藁の上からの養子への事後的な配慮をいっそう不可欠なものとするのではなからうか。

しかるに、立法過程の議論においては、特別養子制度は必ずしも右のように判例法ないし解釈学の課題の受け皿としては捉えられず、むしろ外国法の動向をにらんで、将来活用されることが望ましい一つの全く新しい制度として導入が検討されたようである。<sup>(5)</sup>従つて、新制度が果たしてわが国の社会になじむであらうかといった疑問、新たに児童福祉機關の活動を促進し、また充実させなければならないとの指摘もみられ、更には縁組そのものに対する人々の意識の変更が期待される等、伝統社会の体質とは異質の制度としての受け止め方がむしろ一般的である。<sup>(6)</sup>児童福祉的な子のための養子制度が家族法を刷新することは確かであり、この方向に沿った前向きの運用を目ざすことはもちろん重要であらう。

しかし、わが国の養子縁組にみられる最も顕著な病理現象の一つである藁の上からの養子の問題と、そこに蓄積されてきたこれまでの学説の成果とが立法に反映されたといえないのであれば、われわれの法律学はいかにも無力であるように思われる。<sup>(7)</sup>少なくとも新法が適用される段階においては、特別養子制度の実質的原点ともいふべき藁の上からの養子と従来の判例法に一方の視点がおかれ、伝統的な問題と新たな制度との相互の關係が十分考察されなければならないと考えられる。<sup>(8)</sup>それにより、社会現象そのものに法的論理を見出し、また新制度を真に国民性に

根ざしたものとすることができるとはなからうか。<sup>(9)</sup>

(四) 菊田医師事件の位置づけ 昭和四八年に起った菊田医師による養子斡旋事件は、藁の上からの養子問題の判例法とは異なるかたちでの顕在化であった。この度の法改正に直接の契機を与えたのはこの事件であったと、安易に言い切ることは問題であるかもしれない。しかし、あえて積極的に評価することが、前述のように、新制度の根底を捉えておく意味で有意義であらうと考えられる。

これに対し、立法過程においては養子法の総体的な見直しという観点が強調され、菊田事件もそのような方向決定への一端を担っている程度に位置づけられているにすぎない。更には、中間試案の説明における改正理由の部分は、特別養子制度の必要性自体についてもむしろ説得力に乏しく、極めて慎重に一般的な利点を例示するにとどまっているという状況もある。立法が大局的な観点からなされることは確かに望ましいであろうが、それは同時に社会の現実に対応するかの問題でもあるから、受け止めるべき問題提起に視点を合わせた議論がやはり必要であろう。立法者の立場からは制度の必要性、問題の实情、国民の意識等がどう評価されたかを、少なくとも事後的に明確に整理しておかなくてはならない。<sup>(10)</sup> それが、判例法や菊田医師事件によって提起された問題への対策として新制度を位置づけ、立法の成否に注目するという見方の基礎となるからである。

このような観点からみると、菊田医師事件は、戸籍上に縁組の事実を隠すことの必要ないし潜在的要望が否定し難く存在するという現実を指摘した点で、判例以上に直截的であった。加えて、そこでは出産の事実を隠し、子と断絶したいという実親側の要望の存在がクローズアップされており、事実として衝撃的であると共に、法技術的な「実親との断絶」を示唆する結果ともなっている。すなわち、従来の判例法を中心とする議論を深化させ、本格的な特別養子制度の提案へと発展しうる具体的な問題提起であったといえよう。<sup>(11)</sup> 事件そのものは、医師法違反や刑法上の犯罪としての側面をもあわせ持ったために、その主張を肯定的に承継することがためられる事情も確かにある

が、この面からの評価は別個の問題としなければならない。<sup>(12)</sup>

藁の上からの養子をめぐる判例法との関連で見落しえないのは、実子特例法ないし特別養子制度の構想が、戸籍の表示や血族関係の断絶を中心とする縁組開始時に焦点をあてた議論となるのに対し、判例では、事実上の縁組がほぼ完全にその目的を達成し終えた後、最後に残る相続の時点で破綻を示すというかたちの紛争が問題となっている点である。そこでは、縁組の行きつく先、またその過程で生じる種々のトラブルの実例が、養子法固有の検討課題を示唆しており、二つの点が注目される。第一に、養育を終えた後の問題である財産の承継が重要な意味を持つこと、第二に、養親子関係という特殊な人間関係に不可避免的に伴う緊張と潜在的な破綻の危険を無視しえないことである。特別養子制度も、結局は右の諸点を克服するための制度であり、またそうならなければならない。このように、菊田医師事件と判例の状況とを重ね合わせるとき、はじめて藁の上からの養子という問題の全容を捉えることができる。

(ハ)外国法の継受 特別養子制度の大枠の構想は、昭和三四年法制審議会の留保事項として早くから明示されており、また新法中にそのまま実現されている。<sup>(13)</sup>従って、国内にみられた改正への動きが菊田医師事件を契機に実を結んだという見方は可能のようである。しかし、この制度の導入に対する反対意見もかなり強力に存在し、しかもそれはわが国の社会の血縁の体質やニーズの少なさ、戸籍の真实性への抵触等の無視しえない要素を指摘している。<sup>(14)</sup>加えて、判例法に示された戸籍への絶対真実主義の姿勢や、菊田医師事件に伴うマイナスの一面、すなわち幹旋行為そのものに対する批判、婚外子の救済が濫用されることへの危惧感等を考慮すると、新法が果たして国内の意見調整のみによって成立しえたであらうかは疑問である。

特別養子制度は、わが国に先がけてそれを開拓した西欧法の中に既に完成されたかたちで立法化されている。それら各国法の研究がほとんど網羅的に尽されている状況の下で、<sup>(15)</sup>改正への決定的な推進力となったのは、やはり外



国法の動向による方向づけであつたとみるべきであろう。もちろん、外国法のあり方に追従するという考え方は、建前としては否定されるに違いない。<sup>(16)</sup>しかし、昭和三四年に法制審議会の検討が中断された後の研究は、たとえば中川高男教授による特別養子法私案<sup>(17)</sup>のような具体的成果に結実したものを含めて、諸外国法の研究成果とも呼びうるものであろうし、少なくとも外国法の深い影響をぬきにそれらを語ることはできない。当否の問題とは別に、そのようなわが国の外国志向的な研究体制が、特別養子制度の理念と共にその基本となる法技術を、西欧法を通じて継受せしめた結果、この度の法改正がありえたのではなからうか。それは、正確に継受と呼ぶには余りに対象が多様であり、また特定性を欠くようでもあるが、にもかかわらず、そこにみられる西欧法の強い影響力は、いわば特別養子制度の思想的継受とも呼びうるものとして評価されてよいのではないかと考えられる。

従来、家族法の領域は必ずしも外国法の継受になじまないと考えられており、これはポアソナードによる旧民法草案が財産法のみに限られた事情によつても十分納得できる。人間性の根源に深くかわる家族生活は、伝統的な思考様式に支配されると共に、地理的、風土的、人種的に規定された生活形態の制約を伴うところから、外国法との安易な同化を本来拒むはずであつた。しかし、近年のわが国社会の急速な近代化、西欧化を考慮すると、今や家族法までも西欧法的なパターンで捉えることが可能であり、更に西欧法と積極的に歩調を合わせる努力が望ましいとの状況があるようにみうけられる。<sup>(18)</sup>この度の特別養子制度は、そのような現象の一つの適例とみることができ<sup>(19)</sup>るであらう。

しかし、西欧化は当然のことながら表面的なものにとどまるともいえる。何よりも縁組の実態そのものが、彼比において依然かなり異なる点を見落しえない。すなわち、家制度の歴史を背負つた成年養子がわが国では縁組の主要部分を占めていることを別としても、同様の背景故に、あるいはまた指摘されている血縁尊重社会の体質故に、特別養子の対象が西欧の場合とはかなり異なつてくることが問題となるかと考えられる。親族養子の数が極めて多

いことは従来から指摘されており、<sup>(20)</sup> 薬の上からの養子の例にもこれが相当数含まれていると推測される。これに対し新法は、前述したように、児童相談所、里親協会等の活動に期待しつつ、いわば親に恵まれない子の福祉に焦点をあてたものとみられるため、西欧的に孤児や典型的な要保護児童との縁組を強調する特別養子制度の継受が、社会の固有のニーズを切り捨てる結果も予想されるであらう。<sup>(21)</sup> 明らかな要保護児童以外を対象とするものは全ての子のための縁組ではない、と割り切ってしまうてよいかは問題である。また、養子制度の理想が最終的には児童福祉に帰着すべきものであるとしても、少なくとも同じ理想をわが国独自の縁組感覚にあわせて実現するという視点は不可欠である。

立法の背景を整理する作業によって、とりあえず明らかにしておかなければならないのは、このように、極めて日本的な法現象を西欧的あるいは普遍的な制度と結びつけるという課題の存在であり、今後の議論においてこの点は十分認識されるべきであらうと考える。

## (2) 新制度の骨子

(1) 戸籍の表示 特別養子制度は、別の言葉を使うならば完全養子制度であって、①養親の家庭における養子の完全な嫡出子化、②実親側との法的断絶、③戸籍の表示の実子化、の三点を基本的要素とする。<sup>(22)</sup> そのうち①の点は、わが国の場合既に現行民法の中に実現されており、家制度の名残りであって子の利益のためという理論的裏づけをもつものではないと指摘されながらも、<sup>(23)</sup> 少なくとも法文の上では西欧諸国に一步先んじているともいえる状況があった。また、より本質的な問題を含み、それ故に制度の核心をなすのは②の点であらうが、前述のようなわが国の伝統的議論の延長上に立って考える場合、要望の大きさ、実現への障害等の故に、まず第一に注目されるのが、③にあたる戸籍上の表示の処理という問題である。

新法の解説によれば、①まず、実親の戸籍に特別養子縁組の裁判が確定した旨記載され、除籍される。②特別養子を筆頭者とする養親氏の新戸籍が編成され、除籍される。③養親の戸籍に入籍され、実子同様の記載がなされる。<sup>(24)</sup>すなわち、戸籍法に固有の入籍、除籍というテクニクが二重帳簿に準じる処理を可能にすることによって、養子のアイデンティティを確保し、新たな戸籍の記載を実子と同一扱いにするという、諸外国法並みの解決をみたわけである。精緻になりすぎているとも評されるわが国の戸籍制度のこのような対応は、その機能の優秀さを示すものともいえるであろう。しかしこの解決は、縁組の事実を隠すという観点からみると、養子の戸籍と身分事項欄に特別養子の縁組の審判があった旨と入籍の事実が記載される点で、実子の戸籍とはかなり違ったものを残し、また、実親側の戸籍にも、出生及び縁組の事実が記入されて残るといふ限界を含んでいる。

このような新法の成果を、不十分とする見方は当然ありうるし、あまり効用のない無用の煩雑さとみる見解もないとはいえないであろう。しかし、改正前の養子の戸籍表示を改めて考え、十分な事柄の弁識能力もないうちに縁組という運命を生きることになる幼児に思いを致すならば、戸籍面におけるこれだけの配慮がいかに大きなやさしさであるかは十分実感できるところである。縁組の事実を「隠す」という表現を本稿でもしばしば使っているが、それは決して「隠蔽する」という意味ではなく、単に検索のルートを一般とは異ならせるにすぎず、それによって事実の持つ衝撃力を和らげることを目ざす配慮なのである。<sup>(25)</sup>

従って、いわゆる縁組の告知（テリングともいわれる）が回避されるような事態は当然望ましくはないのであるが、事柄の性質上告知に伴う難しさというものは考えられ、当面の新方式が現実これを救う機能を果たすことも、前向きに評価されてよいのではなからうか。すなわち、告知をのぼす、適当な時期を選ぶという解決も従来よりは容易になるはずであるし、仮に告知がなされなかった場合にも、特別養子の戸籍表示が意味するところを養子が自身で理解できる年齢は相当高くなるはずであるから、自己の出自を探究できる成年に近い時期であれば、養子

本人が戸籍を通して事実を知る事態をそれ程危惧する必要はなくなるであらう。

もちろん、これ以上の記載の工夫がありえないかという疑問は残る。身分事項欄の記載が実子のそれとは歴然と異なる点を指摘することもできよう。実親の戸籍から縁組の事実が漏れる可能性は、血縁の兄弟がある親族養子のケースなどでは特に大きく、特別養子縁組の対象がこの範囲にまで拡大される場合には、一つの問題となるかと考えられる。しかし、言うまでもなく特別養子への配慮が全てに優先するわけではなく、戸籍制度の許容する限度での記載方法の改良をさしあたっては可とするものであり、また今後の更なる改善を期すべきであらう。

このように、実親側の戸籍に対する何らかの配慮は、残された課題の一つとみうるが、とりわけ、菊田医師事件の問題提起であった未婚の母の戸籍への対応が全く省みられなかったため、新制度の利用を大きく阻害するという批判がなされている。<sup>(26)</sup>新法は、施設等の収容児童を念頭におきつつ、これを公的機関の斡旋によって試験養育にとり込み、そこから縁組させるという西欧型の縁組を志向するようである。<sup>(27)</sup>従って、子捨てを余儀なくされている未婚の母の保護は、この延長上での公的な救済に発展させることが一つの解決方法となろう。<sup>(28)</sup>これに対し、特別養子制度をわが国固有の縁組意識にあわせて、より身近なかたちで実現する方向もありうる。その場合には、いわゆる跡とり養子的感覚を否定することは極めて難しいであらうし、必然的に親族養子への傾斜も考えられ、先に言及したようなかたちで実親の戸籍が問題化する余地もありうる。また、もちろん縁組意識がどれ程近代化された後であっても、特別養子に出さざるをえない子をもった実親の戸籍の悩みは残るであらう。特別養子が除籍された後、当事者が希望しかつ相当の理由がある場合には、新戸籍の編成に準ずる戸籍の書き換えを認めることがやはり適当となるのではなからうか。

更には、右のような措置がそう容易くは実現しえない場合にも、不本意な事実が必要以上に他人の目にふれることを避けるという一般的要請の問題として、戸籍のあり方を検討してみる余地がある。家族単位の戸籍編成方法が

この意味での不都合を助長していることは明らかであり、戸籍におけるプライバシー保護の観点からは、集団的編成は結局不適当な手段とならざるをえないことが確認されるべきであろう。戸籍制度から人籍システムへの転換、これこそ当面の問題が示唆する戸籍改良と運用の方向である。その一つの過程としても、戸籍による身分の証明をできるだけ個人単位とし、戸籍抄本の使用を原則として謄本の使用を控えるという社会的配慮が大きな意味を持つはずである。<sup>(29)</sup>

(ロ)実親との断絶 新法が特別養子縁組を、「実方の血族との親族関係が終了する縁組」と定義しているところからも(八一七条の二参照)、この意味での断絶が新制度の核心となることは明らかである。

実際、親子関係が基本的には婚姻同様の全人格的な結合であることを考慮すると、養子が養親の許において完全に嫡出子としての地位を取得する一方で、実親に対しても同様の法的関係を持ちつづけることは、理論的にも情情的にも背理を感じさせる。諸外国法の例にみられるように縁組の効果を極めて多様に構成してゆく場合には、実親子関係を残すという考え方の余地もあるかもしれないが、わが国では養子即ち嫡出子という側面だけが強調されるため、従来のような養親の立場は養育の負担のみが大きく、その不利益は衡平に反するように思われる。<sup>(30)</sup> もっとも、このように養親と養子の関係に当事者間の衡平という考え方を持ち込むことに対しては、契約的発想であって身分法にはなじまないという批判がある。<sup>(31)</sup> また、学説一般においても、新設の縁組は契約的構成を克服して完全に子の福祉を中心とする制度に整備されたという点が専ら注目され、今改めて養親の利益を論じるような状況はないようにみうけられる。

しかし、そもそも養子法は、養子の利益だけを唯一の指針とすれば足りるという性質のものであろうか。確かに、養育途上にある未成年の子と養親の関係は親権の支配する領域として独自であり、その力関係を考えても通常は養子の保護が第一義とされなければならないことは十分認めうる。しかし、養親子関係は結局実親子関係とは別

個の人為的なものであり、利害関係のバランス、縁組への当事者の意欲、愛情等の諸要素が稀薄になった場合に、それでもなお親子を結びつける人間を超えたものの決定的な力に欠けている。縁組の緊張関係は恐らくそこに由来するものであり、実親の存在が介在するときその緊張は増幅される。こうした関係に安定をもたらし、また形骸となった縁組に公正な事後処理をなしうるのは、やはり当事者間の衡平を基本とする法の論理にはかならない。

もちろん通常は、養親子関係は実親子を擬制しまたそれに準じることで足りるため、特別養子制度における断絶も、実親子関係により近づけて本来のものに近い安定を得させるという説明が極めて説得力をもち、また妥当でもあろう。<sup>(33)</sup>しかし、それだけでは論じ切れない要素は必ず残るはずであり、その場合の養親子関係の理論的基礎を確認しておくことが必要である。とりわけ、完全養子縁組とは異なるタイプの縁組を構想する場合において、この点は不可欠となるはずである。

養子法は、歴史的にみて家のためから親のための養子へ、次いで子のためのものへと発展したと説かれて<sup>(34)</sup>いる。かつては、社会の秩序維持にとって家や相続が極めて重要であったために、養子法にも当然それが反映したであろう。また、実子を含めてそもそも子供が子供として大切にされるようになったのは、極めて近代のことであるといわれる。<sup>(35)</sup>このような社会の変化に基づく子のための養子という理念を、縁組当事者間の具体的な問題解決のレベルにそのまま持ち込むことは疑問であり、そこには議論の質の相違があることを確認しておかなければならない。

更に、西欧法の発展を眺めるならば、そこでは常に断絶の問題が養子の地位の向上と並行的に論じられつつ、特別養子制度へと到達していることを認めうる。<sup>(36)</sup>このように実親との断絶が本質的な論点となるのは、やはり人間関係における衡平の要請がそこにあるからといえるのではなからうか。のみならず、その場合の具体的な議論はむしろ養親の保護をめぐってなされている点が見落されてはならない。実親からの干渉を排除して養親の地位を安定させることが養子の利益につながることは確かであるが、それだけを強調するよりは、養子法を親と子のための制度

とみて双方の利益の調和を見出すという観点に立つ方が、問題の捉え方としてより正確である<sup>(37)</sup>。実子を育てること自体種々の困難を伴う一つの事業であるのに対し、いっそう条件の悪い養育をあえて引き受けようとする養親の立場に、法の保護の視点が不要であるとは到底考えられない。養子制度が恵まれない要保護児童の救済という福祉を目ざし、その引き受け手が養親であるという状況の下では、むしろこの点は強調されてもよいといえよう<sup>(38)</sup>。

ところで、実親との断絶が特別養子制度の基本的枠組をなすことは、従来から承認されていたにもかかわらず、この度の改正過程においても少なからぬ反対論がみられたようである<sup>(39)</sup>。一般論として、わが国の社会は多様性に欠ける性格を持ち、いわゆる集団主義的な思考の傾向や生活形態の影響もあって、個人の匿名性がよい意味でも悪い意味でも極めて小さいという特色を示している。言いかえれば、それだけ国民全体が社会的に管理ないし統制をうけていることにもなり、行政の側からは国民の把握が容易である反面、こうした背景の下では、断絶養子を認めて養子の素性を隠すという制度への抵抗が当然大きくなることは理解できる。同様のことが、戸籍の表示に配慮することへの抵抗についても言えるであろう。また、こうした特徴を血縁主義の社会という見方で捉えることが可能であり、血縁尊重は個人のルーツが辿り易いことの反映とみることができる。

従って、実親族間の法的関係の断絶を血縁の事実の断絶のように捉えるならば、それに対する過度の抵抗も当然生じるはずである。しかし、そうではなく、血族関係の断絶とは扶養義務と相続を中心とする親子間の法的効果の終了を意味するものであり、合理的な法的処理の範疇の問題として、認知の制限や嫡出推定の取り扱いと同一次元の議論がなされるべき性質の問題である<sup>(40)</sup>。あえて極論を試みるならば、断絶後の特別養子と実親ないし実親族との間に、事実上の交流が生じることを絶対的に否定する必要はないはずであり、また法がそれを禁じることもできないであろう。それが実際の養育にどのような影響を与えるかはまた別の問題である。

このように考えると、当面の実親との断絶は、やはり衡平と理論上の要請として割り切って捉えることが明快で

ある<sup>(41)</sup>。戸籍との関連を考えるならば、実親子関係の法的効果はそもそも戸籍上その関係を秘すという考え方と相容れないのであり、ここでも両者の結合を理論的に捉えることができる<sup>(42)</sup>。適切な法の存在が問題の発生を予め防止すると共に、紛争が生じた場合の解決を容易にするという事情は、法のどの領域についても言えることである。

伝統的な感覚からいえば、確かに、血縁に基づく法的関係を積極的に否定し、それと異なる親子関係を創設することは、前出の嫡出推定の例などを更に一步出る革新であつて、家族概念の根底がゆらぐという危惧もうなづける。将来特別養子制度がどの範囲にまで広がらうるかは不明であるが、親子にせよ婚姻にせよ、家族面における社会のそうした変化は、とくに推し進めたりあえて阻止したりすべき性質のものではなく、ただ現時点において、特別養子制度の存在意義が十分であるかどうかを論じれば足りるとみておきたい。

(イ) 離縁 特別養子制度の基本的要素として先に指摘した三点の他に、かなり重要な論点として離縁の問題が注目される。前述のように、養親子関係は人為的なものであり、本来潜在的な破綻の危険を孕んだ緊張関係にあるものと捉えておくことが必要であつて、それを前提とした上で当事者の保護を考えることが適當であるとわたくしはみてきた。この観点からは、離縁の自由を保障しておくことが極めて大きな意義をもつことになる。これに対し、限りなく実子に近い取り扱いを目ざす特別養子制度は、離縁という考え方と相容れず、新法も極めて限定された状況下における例外的離縁のみを予想している。諸外国法の多くもこの考え方によっているが、その根拠は十分確認しておく必要があると考えられる。

特別養子は、新法の下では満六才未満の者が主たる対象とされており（八一七条の五参照）、意思能力を欠く乳幼児が中心となる。実親との断絶という重大な法的効果を伴う縁組が、このように本人の意思とは無縁のところ決定されるのであるから、少なくとも成年後に自己の意思による選択の機会を与えることが必要ではないかとの疑問が生じる<sup>(43)</sup>。確かにこの制度は、実親子関係を擬制することによって縁組関係の緊張を極力解消するか或いは抑え



込む方針をとるわけであり、非解消の原則は当事者に心理的安定を与えるために不可欠である。しかし、養子が成年に達した後を別個に考える余地はあり、民法もたとえば子の氏の変更に関しては成年の子に対する自由意思への配慮を示している（七九一条二項参照）。

氏の問題と比較するならば、その効果における重大性の相違が決定的であり、離縁否定の実質的理由はそこに帰着するといえるようである。すなわち、実親子関係に準じるという制度の倫理が離縁の自由を否定するわけであり、これによって養親の立場が保護されるのは、そこに理論として一貫したものが貫かれるからであると考えられる。結局、子の意思の尊重を超えた社会的利益の存在を認めざるをえない。このような特別養子制度において、子の運命に決定的に関与する裁判官の役割は当然ながら極めて重大である。しかも、養子の要保護性が大きいケースではこうした解決の正当化が容易いのに対し、実父母の同意のみを要件として特別養子縁組を認めるという考え方も一方にはある。<sup>(44)</sup>それはこの制度が、血縁の事実にとこまでも立脚してゆこうとする従来の家族法の理念とは別個の、現時点での最善を選択するという、より合理的な意思による解決の思想を根底にもっていることを示すものであろう。従って、そのような観点から、派生してくる諸問題に対し、割り切った前向きに対応をしてゆくことも必要であらうかと考えられる。<sup>(45)</sup>

ところで、新法が例外的な離縁として予想しているのは、「養子の利益のため特に必要があると認めるとき」に限り、①虐待、悪意の遺棄等の事情と②実父母の監護可能性の二点を条件として認められる場合である（八一七条の一〇参照）。該当する状況が極めて少ないであろうという予想と共に、後者の要件なしに離縁を肯定すべき場合がありうるのではないかとの疑問が残る。実際問題として、①にあてはまる特別事情がありながら、実親の知れない養子や施設に収容されるべき子供に離縁の救済が及ばないことは不合理であり、この制度が要保護児の福祉を専ら念頭においていると解するとき、矛盾であるともいえよう。離縁は単なる監護可能性の所在の問題ではなく、養

子の人権にかかわるのであり、養子にとつての最善の運命をいわば神にかわつて決定した裁判官としては、その責任において決定を撤回する義務もあるのではなからうか。

また、②の要件の存在故に離縁は未成年の養子を対象とすると解されるのであるが、成年後の離縁を認める余地はないであらうか。虐待、悪意の遺棄は親権に服さない成年の養子にとつては決定的なものではないし、独立の道が残されている。他方、養親が被害者である場合も同様であり、相続における廃除の手続（八九二条参照）などが調整の機能を果たしうる。しかし、仮に虐待等を離縁理由として考慮するのであれば、縁組当事者の人権の問題として、いわば窮極の保護である離縁の可能性をそこに残しておくことは一つの考え方であり、全ての当事者に平等にこれを認めることがより適切な問題処理ではないかと考えられる。②の要件を加えて実親の存在に依存したために、離縁理由の有無の判断は実親と養親の状況を比較して相対的になされる可能性を生じ、縁組不解消という特別養子の理念をその一角においてだけあいまいなものにし、例外的に緩和する結果となるようにみうけられる。

諸外国法においても、完全養子の離縁は全面的に否定されるか（イギリス、フランスなど）、あるいは極めて例外的な状況の下でのみ認められる<sup>(46)</sup>（西ドイツ、イタリアなど）。これらの立法例が虐待や悪意の遺棄をどのように評価しているかは興味深いところであるが、縁組成立の段階でそれらが生じないための十分な予防的配慮をなすと共に、<sup>(47)</sup>それでもなお生じるような虐待等については、実子に対する保護と同様のものを考えればよいとするのが、恐らく特別養子制度の思想であらう。子のための最善を期する制度でありながら、なおかつ虐待と悪意の遺棄を想定することは、わが国の法文の伝統的用語であるといえ多少の抵抗も感じさせる。新法の下での六ヶ月の試験養育期間（八一七条の八第一項参照）を単なる期間の要件に終わらせず、適切な監督、カウンセリング等が充実されることによって、非解消を徹底させる法文におきかえることが、今後目ざされるべき方向といえるようである。また、例外をおく場合にも、何を例外とするかについては、種々の議論の余地があるとみうけられる。

## (二)その他の問題

特別養子制度の論点は右の三点以外にも数多く、多彩な議論の展開がみられる。しかし、たとえば養子の年令をどこで区切るか、六才、八才あるいは一二才かというような問題は、根底における発想の違いの点を除けば、単なる決断の問題であるともいえる。養親の年令も同様であり、新法の選択はとりあえず妥当なものといえよう。他方、養親を既婚の夫婦に限る方針は、一般の家族感覚にも合致し、また問題例を捨象することによって当面求められている安全性を確保している。しかし、単身者に特別養子をもつ道を開くことは絶対に不都合であろうか。現実にも片親だけの家庭は多数存在するわけであり、それらが養育の基本的条件を欠くときめつけることは、婚姻家族の偏重であるようにも思われる。今後、離婚家庭や独身者の増加に伴い、経済的基盤を持つ単身者の存在がノーマルに社会に受け容れられる状況が生じるならば、特別養子縁組はこれらの養親の間にも独自の意義を発揮しうるのではないかと推測されるのであるが、これはもちろん養子側の需要度にもかかっている。

新法が特別養子の資格をかなり厳格に要保護児に限ったのは、いわゆる連れ子養子が新制度に流れ込むことを抑制するためであつたとされる。<sup>(49)</sup>連れ子養子が縁組全体に占める割合の高さからも右の予想には根拠があり、かつ離婚後の非監護者たる実親の同意をめぐって離婚紛争がむしろ返されることが危惧されたための実務的配慮のようである。制度としては、ここでは実親との断絶という中心的效果が一部生じないのであるから(八一七条の九但書参照)、特別養子としては一つのヴァリエーションをなすわけである。再婚家庭のより完全な一体化を求める気持ちに応えうる方が妥当であり、また本来の特別養子を特殊な例外としないという意味でも縁組を認めることが望ましいといえよう。しかし、夫婦の側においては協議離婚が容易である一方、連れ子との離縁は原則的に否定されるというアンバランスもある。問題の真の解決のためには、特別養子の要保護要件をどこまで緩和しうるかの問題と共に、連れ子養子の特殊性について、今後より深い検討が必要であるようにみうけられる。

特別養子縁組は家庭裁判所の審判によって成立するため、契約型から国家宣言型に移行したものとして注目され

ている。国家の後見によって養子の利益が公正に確保されるという手続に異論はないが、その決定は可能な限り当事者の意思に立脚すべきものであり、その意味で契約的側面も残されているとみておく方が、事柄の性質上適當ではないかとも考えられる。<sup>(50)</sup> また他方では、従来どおりの縁組も併存するため、両者の調和が理論と実践の両面から興味深い課題となる。この点は、以下にとり上げる。

- (1) 文献は多いがとりあえず判例批判説の立場から書かれたものとして、山島正男「養子縁組の成立および効力」総合判例研究叢書民法編一四六頁以下、久留都茂子「虚偽の出生届の効力」現代家族法大系3九三頁以下、川田昇「『子のため』の養子」民法講座7二二頁以下参照。
- (2) 最判昭和二十七年一〇月三〇日民集六卷九号七五三頁、最判昭和三十九年九月八日民集一八卷七号一四二三頁参照。
- (3) 最判昭和二十五年一二月二八日民集四卷一三三七〇一頁、最判昭和四十九年一二月二三日民集二八卷一〇号二〇九八頁、最判昭和五〇年四月八日民集二九卷四号四〇一頁参照。
- (4) 滝沢幸代・最高裁昭和五〇年四月八日判決評釈法協九三卷八号一五一頁以下参照。
- (5) たとえば、加藤Ⅱ森島・前掲論文法学セミナー三九〇号四三頁の加藤発言参照。また、中間試案の説明及び解説等においては稟の上からの養子問題はほとんど顧慮されていない。これに対し、細川・前掲論文ジュリスト八九四号四九頁には、私見に近い見解がみられる。
- (6) 中川Ⅱ小野・前掲対談(上)戸籍五二二号二五頁以下、三一頁以下、中川・前掲論文法学セミナー三八九号一四頁、鈴木・前掲論文ジュリスト八九四号六五頁等参照。
- (7) もちろん学説の全てが判例反対であったわけではなく、福島四郎「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組届の効果」関西大法学論集一八卷五号九頁以下、小野幸二「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の成否」大東法学三号五三頁以下等のような判例支持説も相当みられ、最高裁昭和五〇年判決後は後者がさらに増加するという状況があった(川田・前掲論文民法講座7二一八頁参照)。新法は、いずれの立場から、いかなる根拠をもって立法されたのであろうか。
- (8) この点との関係で、いわゆる転換理論を前提に立法論をすべきではないと主張される野田愛子「未成年の子の監護・養子縁組をめぐる紛争の処理と展望」ジュリスト五四〇号五一頁以下に言及しておきたい。論者は稟の上からの養子関

係に実子尊重、血縁優先の意識を指摘し、これが近代的養子制度の精神に反する点を強調される。しかし、社会的にみて圧倒的に少数者である養親子が対外的に縁組の事実を隠し、その形式、実質の両面において実親子関係への同一化を志向することは、諸外国法にも等しくみられる普遍的傾向であり、輩の上からの養子はその日本的な表われ方にすぎない。むしろ法治主義の底辺の法意識が示されている点で日本的であるとみうるが、法的救済もまた諸外国法よりはるかに立ち遅れていたのが現実である。他方、縁組の告知に対する消極的姿勢にもわが国独特のものがあるが、わが国の社会構造、日本人の精神構造と深くかわるといえよう。それ故にこそ、当面の社会現象の分析が不可欠となるのである。単純に血縁優先と割り切るべきではないし、また血縁優先の問題とみる捉え方自体も疑問である。

(9) たとえば、潜在的な輩の上からの養子の可能性を新制度にどう吸収させるかという観点から、養子斡旋、里親制度のあり方等を構想ないし再検討することができよう。

(10) 恐らく議論は出尽しているはずであるが、それらをどう位置づけ、どう筋道を立てるかが問題である。

(11) 中川教授もこのように積極的な評価をしておられる。中川・前掲書二〇三頁以下参照。

(12) 中川・前掲書一八八頁以下参照。

(13) 仮決定及び留保事項第二七は、特別養子の基本的内容を次のように指示している。

(イ) 特別養子となるべき者は一定の年令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。

ここには実親との断絶は必ずしも明示されていないが、(ロ)にはその趣旨が含まれると解されている。中川・前掲書四頁以下、前掲座談会(我妻発言)法律時報三一巻一一号一六六頁参照。

(14) 中川・前掲書一七頁以下、中川・小野・前掲対談(上)戸籍五二二号二五頁以下、米倉明「特別養子制度についての覚書」ケース研究一九八号一八頁以下、小野ヒサ子「実子特例法の考え方を排す」ケース研究一四二号七八頁以下等参照。

(15) 従来から英独仏を中心に多くの研究がみられたのに加え、この度の改正に先立って網羅的な洗い直しがなされている。ジュリスト七八二号以下に西ドイツ、フランス、イタリア、北欧、イギリス、アメリカ他の諸法の紹介が特集されていることは周知のところである。また、法務省内の研究も詳細を極めている。永井・前掲論文民事月報四一巻一七頁以下等参照。

(16) 立法過程でも、外国法をとり入れるという議論は意識的に避けられたといわれる。中川Ⅱ小野・前掲対談(上) 戸籍五二二号二四頁以下参照。

(17) 中川高男「特別養子制度(実子特例法など)」の問題点」現代家族法大系3 一八一頁以下、中川・前掲書二一八頁以下参照。

(18) 一九八七年五月に成城大学で行なわれたシュヴァルツ・リーベルマン教授の講演「比較法——方法、過程、可能性」においても、現代文明の下での家族法の継受可能性が指摘された。講演の翻訳は成城法学本号に掲載されている。

(19) 同様の例として、離婚判例の積極的破綻主義への転換という最近の法現象を指摘できる。夫婦の氏などは今後の課題であらう。

(20) 平賀・前掲論文法律のひろば三九二号六頁、山本正憲「養子縁組の実態と性格——特に岡山市における——」養子法研究Ⅲ一六七頁、山本正男「養子」ジュリスト特集現代の家族二五九、二六二頁(但し、減少の傾向が指摘されている)参照。以上はいずれも家庭裁判所の許可養子中に占める親族養子の割合の高さを指摘するものであるが、その他に、民法七九八条但書による連れ子養子や直系尊属養子があることを確認しておく必要がある。

(21) もともと、親族間の縁組は外国でも相対的に高いという現象はあるようで(たとえば、石川稔「アメリカ養子法」ジュリスト七八四号一〇九頁、川井健「西ドイツの養子法(下)」ジュリスト七八三三五〇頁等参照)、これらが全て要保護児童の救済という範疇に入ることかどうか、より詳細な検討を要する。

(22) 中川・前掲書三六頁以下、中川・前掲論文ジュリスト七八四号八七頁以下参照。

(23) 阿部徹・注釈民法Ⅱの二七〇八頁、山本正憲・養子法の研究Ⅱ二八九頁、中川高男「養子縁組の成立と効力」現代民法学の基本問題下二二六頁以下参照。

(24) 一註(8)に引用の文献参照。

(25) 同様の理解は、細川・前掲論文ジュリスト八九四号五二頁、米倉・前掲論文(中)ジュリスト八九五号九二頁等においても強調されている。なおそこでは、特別養子の養親は戸籍法一三条四号の実父母にあたるとの解釈が指摘されており、注目される。

(26) 菊田昇「特別養子制度の積み残した課題」ジュリスト八九四号六二頁以下参照。

(27) 細川・前掲論文ジュリスト八九四号五一頁参照。従って、縁組を仲介する公的機関の充実が今後の課題となる。中間

試案には、児童相談所による縁組斡旋の手続を縁組申立の要件とする事項がみられ、諸外国においてはこの種の機関の活動を抜きにして特別養子を語ることが難しい事情が考慮されている（永井・前掲論文（上）民事月報四一巻一号四一頁以下参照）。民法八一七条の八の新規定は、この点中間試案より後退しているがわが国の実情にはよりかなっているといえよう。

(28) 鈴木・前掲論文ジュリスト八九四号六六頁参照。

(29) 戸籍抄本を使用する場合には、特別養子の身分事項欄の省略が可能である。谷口知平・戸籍法（新版・法律学全集）三六頁以下参照。中川Ⅱ小野・前掲対談（下）戸籍五二三号三四頁がこの点を指摘される。

(30) 諸外国法は特に不完全養子の効果において極めて多彩であり、実親子関係が継続する場合には、縁組の効力は養親子間にのみ生じる（西ドイツ、イタリア）、養親は養子を相続しない（フランス、イタリア）というような特殊性を示す。川井健「西ドイツの養子法（上）」ジュリスト七八二二三頁、松浦千誉「イタリアの養子制度（上）」ジュリスト七八二二三頁、稲本洋之助「フランスの養子制度」ジュリスト七八四号一一三頁等参照。

(31) 前掲シンポジウム（滝沢発言）・私法四六号一〇七頁参照。

(32) 前掲シンポジウム（山畠発言）・私法四六号一〇七頁以下、中川Ⅱ小野・前掲対談（上）戸籍五二三号三〇頁参照。

(33) 米倉・前掲論文（上）ジュリスト八九四号五五頁以下参照。

(34) 中川善之助「フランス養子法の変遷」家族法研究の諸問題一五五頁以下、我妻栄・親族法（法律学全集）二五四頁参照。

(35) 有地亨・フランスの親子Ⅱ日本の親子三四頁以下参照。

(36) フランス法について、中川・前掲書五三頁以下、イギリス法（特に相続関係）について、山本・前掲書Ⅲ三八頁以下、ドイツ法について、床谷文雄「ドイツ養子制度における子の福祉——養子法の現代化——」阪大法學一一八・一一九合併号二四〇頁以下等参照。

(37) 来栖三郎「養子制度に関する二、三の問題について」家族法の諸問題（穂積先生追悼論文集）二六七頁以下は、子のための養子という考え方に限界があることを指摘される。米倉・前掲論文（中）ジュリスト八九号八八頁も同旨。また、子のための養子法の典型を示すとみられるイギリス法において、養親の保護が極めて明確に論じられていることも注目される。田中実「イギリス養子制度の一考察」家族の法社会学（青山道夫教授還暦記念）三九頁以下、深谷・前掲論文

法学二二卷二二三〇頁参照。

- (38) 子の選り好みを許されない実親に対し、養親が子育てのよい面だけを享受しようとする身勝手な存在とみられる余地は確かにある（前掲シンボジウム（西原発言）・私法四六号一〇五頁以下参照）。障害児、家庭内暴力等の問題に対し、実親に十分な救済のない社会では、養親への配慮という視点が不要とみられることもやむをえないかもしれない。

- (39) 特に、前掲シンボジウム（西原発言）・私法四六号八七頁以下の鋭い指摘が注目される。また、前註(14)参照。

- (40) 中川・前掲書二三八頁、米倉・前掲論文（中）ジュリスト八九五号九〇頁等参照。

- (41) 理論上の要請とは、合理的な裏づけの存在と推論の妥当性によって導かれるところを指すと考えているが、わが国ではこのような思考方法は形式論、概念論として排される傾向がある。これに対し、たとえば西ドイツ法は、養子縁組に契約的構成をとった場合には養親の血族には縁組の効力が及ばないとするが、完全養子制度に移行した後はそこに近親婚の禁止規定も適用する等（川井・前掲論文（下）ジュリスト七八三号四八頁参照）の一貫性を示す。現実に対する目的論的な柔軟さはもちろん必要であるが、法の論理に十分な配慮がなされないならば、やはり尊敬される法とはなりえないであろう。この点との関連では、特別養子と養親の実子との婚姻を禁止しないという新法の問題処理（七三四条一項参照）に言及せざるをえない。特別養子は実子と養子のいずれにより近いかという難しい判断に対し、これを結局養子に位置づけて従来どおりの養子と同様の扱いをしたわけであるが、限りなく実子に近づけるといふ特別養子の理念とは矛盾し、倫理的にも極めて疑問を感じさせる。婿養子の伝統をもち、「家」のための養子の感覚を強く残しているわが国独特の寛大さが、婚姻の自由という別個の価値感と結びついたとき、目的論的な合理性がそこに見出されることは確かである（米倉・前掲論文（中）ジュリスト八九五号九一頁以下参照）。しかし、そのような解決が真に養子の幸福、その人権の尊重と結びつくのであろうか。西欧的な子のための養子法が強調される一方で、この点においてだけは極めて安易に親のための養子との妥協がなされているという感否めない。少なくとも、これを特例的許可の対象とするか、あるいは婚姻により当然離縁する等のきめ細かな理論的配慮は必要ではないかと考えられる。

- (42) 前註(25)参照。

- (43) 憲法上の基本的人権を侵害しないかという議論もあるが、知る権利の保障だけには必要であり、それがあれば養子の幸福という点では法的、社会的な合理性に基づく客観的判断が優先すると考えてよいのではなかろうか。

- (44) フランス民法三四七条一号参照。カルボニエは、これを人の身分は譲渡しえないという原則に反すると指摘してい



ré. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 2, *La famille, les incapacités*, 1983, p. 461.

(45) このような意味で、前註(41)に指摘した特別養子と養親の親子との婚姻を肯定してゆく余地があるといえよう。

(46) 西ドイツ法は、「著しく重大な事由」と「子の福祉」を要件とし、実父母の監護可能性を考慮する等、新法の規定に極めて近い(川井・前掲論文(上)ジュリスト七八二二三頁参照)。イタリア法は、縁組成立時の瑕疵を念頭におく(松浦・前掲論文(上)ジュリスト七八二二三頁参照)。

(47) イギリス法について、三木妙子「イギリスの養子制度」ジュリスト七八二二二頁以下参照。

(48) フランス法は、一九六六年七月一日の法律以来單身者に完全養子縁組を認めている。批判も多いが、やはり積極的な根拠は單身者でも断絶養子を持ちうるべきであるとの一般的判断にあるとみうる。P. Raynaud, *La réforme de l'adoption*, D.S. 1967, C., p. 84, n° 35 et s.; M. Gobert, *Le mariage après les réformes récentes du droit de la famille*, J. C. P. 1967, I, 2122, n° 10 et s.

(49) 石川・前掲論文(上)法学教室八一号八七頁参照。

(50) G. Cornu, *Droit civil, La famille*, 1984, n° 282.

### 三 養子法一般の変化

#### (1) 普通養子制度の課題

(イ) 新制度との対比 新法は、民法の養子法の体系を従来どおり維持した上で、末尾に全く新たに特別養子に関する一〇条の規定をおくかたちで新制度を導入している。従って、この特別養子制度と対比されるこれまでの契約的縁組を、普通養子制度と呼ぶことが妥当となるようである。これを改めてどう捉え直したどのように運用していくかが、新法のもたらすもう一つの重要な課題である。この点の考察に際します問題となるのは、特別養子縁組は本来特殊例外的なものであると考えるのか、あるいは養子縁組の理想がそこにあるとみて、これをできるだけ多くの縁組に及ぼしてゆく方向が望ましいと考えるかである。

前述のように新法それ自体は、どちらかといえば実務的な理由から、特別養子の対象を要保護児童に限定する方針をとっている。すなわち連れ子養子一般を除外し、離婚紛争とかかわり合いを避けることが念頭におかれたわけであるが、根底にはやはり、連れ子養子をどちらかといえば普通養子に向けようという方向づけがあるといえよう。要保護要件が緩やかになればなるほど、断絶されるべき実方との関係がクローズアップされるこの種の縁組については、特別養子にひきつけて例外的配慮を試みるより、むしろ基本的にこれを区別し、実父母との関係を極力生かす関係をつくるのが適切な問題処理となるようにもみうけられる<sup>(1)</sup>。従って、連れ子養子の問題は、一応当面の考察からは除外しておきたい。

さて、未成年子の養育という広い観点からみると、特別養子の理念が子の福祉を目的とする養子縁組の理想型を示していることは明らかであり、諸外国の養子法の発展にもこの点は十分看取される。すなわち、前述のような西欧諸国の立法中に今日完成されている完全養子制度は、完全な嫡出子化、実親との断絶、戸籍の表示への配慮という三要素においてわが国の新制度と同一内容を持ち、それぞれの国においては、これがむしろ普通養子制度である<sup>(2)</sup>。それ故、言葉の上からみても、わが国のそれがなぜ特別養子制度であるのかは、十分検討を要するはずであり、わが国固有の歴史的事情がそこに介在することを確認しておかなければならない。たとえば、法制審議会においてこの制度がはじめて構想された当時の資料によれば、実方と断絶する養子制度を採用すると家制度の論理にそのまま従う結果となるため、逆にこれを例外的な特別養子として定着させる構想がとられたとの指摘がみられる<sup>(3)</sup>。前述したように、実方との断絶が養親子関係において持つ意味の重要性を考えるならば、右の家制度に対する反応はいかにも不自然な議論であり、立法にあたっての理論的、思想的裏づけの必要性が痛感されるであらう。

西欧法が長い試行錯誤の過程を経て到達した完全養子制度を、要保護要件を厳格にし、養子の年令を低くおさえることによってどちらかといえば例外的に導入したにとどまっている新法の現状は、そのような議論の根底におけ

る不十分さ故の限界を示すようにもみうけられる。それは、更にいえば、およそ家族法の問題を社会の現実在即して考察しようとするとき、依然影を落している家制度の問題にもつながるように思われる。すなわち、家制度は否定されなければならないという理論的前提にもかかわらず、人々の意識や欲求がなお家の残滓によって支配されているために、積極的に現実に取り組むことがためらわれるという不幸な事情を指摘することができる。その一端は、藁の上からの養子問題の立法的救済に対する抵抗にも含まれるであらう。

もっとも現状は、未成年許可養子の絶対数が少なく、その内容も要保護児童養子に傾きつつあると指摘されているため、<sup>(4)</sup>特別養子の一般化がどの程度必要であるかについては疑問も残る。ただ、特別養子の指すところのものは本来の完全養子であり、それ故に決して例外としてではなく養子法の中心に位置づけられるべきであること、要保護要件を緩和して養子の利益と実親の同意とにおきかえることによって、未成年許可養子一般をそこに吸収しうる方向が望ましいのではないかという問題提起をここでは試みておきたい。

このように特別養子を緩やかに認める考え方が、血縁家族に対する挑戦として受け止められ、家族の觀念の崩壊が危惧されることも考えられなくはない。しかし、血縁にもとづく家族関係の絆が人間にとって本質的である限り、縁組はあくまでも例外にとどまるであらう。人間の人為的なつながりによる幸福を法が創設しうるならば、そのことを恐れる必要はないはずである。

(d)予想される問題点 右のように、特別養子制度が完全養子制度としての養子法本来のあり方を体现するものであるとするならば、今後併存することになっている民法七九二条以下の縁組制度は、それとの対比において二つの大きな問題点を含むと解さなければならない。第一に、戸籍の表示方法が縁組当事者の心情に反する苛酷なものであること、第二に、血族関係の法的効果が断絶されないため、養親子関係の位置づけが不明確であり、とりわけ養親に負担をもたらし制度となっていることである。それと共に、裁判上の離縁原因を規定する民法八一四条が実

質的に離婚原因に等しい内容のものとなっており、また、解釈上も両者をパラレルに論じることが伝統的考察方法となってきたために、離縁が極めて嚴格に制限されている事情をつけ加えておくべきであろう。<sup>(5)</sup> しかも、この原則は協議離縁の自由を前提として適用される。これが普通養子制度の大枠である。

他方、新法による特別養子の資格要件の反映として、要保護性の点ではこれに該当しながら年令が六歳ないし八歳以上であるために八一七条の二以下の縁組からはずれる子と、六歳未満であっても実親の監護が可能であるため、縁組の必要がありながら特別養子とはなりえない子が生じ、これらは従来通り右の特色をもった普通養子制度に吸収されるわけである。そこで、次のような問題が生じる。

まず、後者のケースにおいては、民法七九八条により通常の未成年養子縁組として家庭裁判所の許可を得るためにも、縁組は養子の利益にかなっていないわけであるから、この要件が満たされていてしかも養親、実親双方の同意ないし希望がある場合に、特別養子縁組を拒否しなければならぬ実質的な理由を見出すことは難しい。戸籍の点では明らかに特別養子の方が養子の利益にかなっているため、定型的にいえば、実親との間に将来扶養、相続を認めることが望ましいか、あるいはできるだけ離縁の可能性を残しておくべき縁組であると評価されることになる。もっとも解釈上は、新法八一七条の七にいう「(父母による)監護が著しく困難又は不適当」の文言から導かれる一定の基準に従って、要保護性は極めて客観的に判断されるかと考えられるが、その場合にも除外例には右と同様の評価を与える結果になるとみななければならない。<sup>(6)</sup> すなわち、普通養子縁組として予想されるものは必然的に拘束力の弱い結合を目ざす縁組となることが、新法との対比によってはじめて明確になる。

また、要保護性がありながら年令要件を満たさない場合については、養子が当該事情を了解して相応の対応をすべきであるという前提の下に、普通養子縁組が肯定されることになる。<sup>(7)</sup> しかし、特別養子制度による保護は、養子が自己の状況を知ると知らないにかかわらず与えられるべき性質のものであろう。ごく低年令の子のみを対象と

すれば足りると考えることは、実親子関係を擬制するという意味では合理性があるように思われるが、一方では縁組の告知が必要であると強調されていることを考えると、必ずしも絶対の議論とはなりえない。<sup>(8)</sup> しかも、特別養子縁組の効果は、離縁の禁止によって成年後に及ぶのであるから、少なくとも緊密な親子関係をつくれる可能性がある範囲まで適用が拡張されてもよいといえよう。従って、この範疇の縁組については、当面は解釈論の範囲内で特別養子縁組に準じる配慮が必要かと考えられる。<sup>(9)</sup>

さて、要保護性を欠くために特別養子縁組から除外されるケースは、従来の例からみて多くは親族養子と呼ばれるもの及びそれに準じる関係（友人、知人の子など）であり、その他に、議論の多い成年養子、実親との関係を残す連れ子養子などが今日の例としてこの普通養子制度の中にとり込まれるであろう。これらが家族的結合を通じて実現しようとする目的に即して、普通養子縁組を緩やかな縁組として再構成してゆくことが、立法、解釈の両面から今後の課題となるのではなからうか。

立法の面からいえば、フランス法、西ドイツ法、イタリア法などにみられる完全養子縁組とそうでないものとの二類型に複合制のより完成されたかたちをみているはずであって、後者の類型が改めて注目されるであろう。<sup>(10)</sup> いずれにしても議論の焦点は、完全な嫡出子としての効力をどのように切り崩すかである。養子は嫡出子と同じという固定観念を離れるならば、養育、相続、氏等のそれぞれの効力を、理論と実際の両面からみて最も適切なかたちに決定してゆく可能性が開ける。同時に、縁組の解消に関してもある程度の弾力性を導入することが考えられ、結局、特別養子制度とは方向を異にするもう一つの養子法が形成されることになる。先には養親子間の緊張関係という問題に言及したが、これをとり除くためにフィクションとしての実親子関係を追及するのではなく、その代わり、現実を踏まえた抵抗の少ない結合によって法的な紛争を予防し、養育の実質を愛情に委ねつつ確保することを目ざすわけである。

それはいわば自由な縁組であり、その自由性の故に、完全養子よりもいっそう今日の新しいタイプの縁組類型となりうるようにわたくしには思われる。世界的にみれば、伝統的な婚姻観の衰退が指摘され、家族全体の構造が柔軟となり、合目的で自由な制度を望む傾向は一般的であるとみられるからである。<sup>(11)</sup>

更に、この自由な縁組との接点に里親制度を位置づけるならば、縁組の拘束力の最も強いタイプから極めて弱いタイプに及ぶ養子法の一つの流れを全体的に概観することができる。里親的養育をどのように本来の縁組と区別すべきかという問題は残るが、右のような自由な縁組を評価する観点に立つとき、里親制度の今日的意義とその重要性もまたはじめて明確になるのではなからうか。里親制度はまた、特別養子縁組の出発点ともなるために、三つのタイプの親子関係は、相互に関連しつつ養子法を支えてゆく構造とならう。<sup>(12)</sup>

普通養子法を右のように方向づけることによって、当面の解釈論に対しても一つの指針が導かれ、それは主として離縁の基準に反映してくるのではないかと考えられる。すなわち、それぞれのケースにおける縁組目的に従って合理的に縁組の破綻を認定し、縁組の拘束力を強調しない解決が肯定されるのではないかと<sup>(14)</sup>いうことである。実際、裁判の局面にまで持ち込まれる程の破綻した縁組を継続する意味は少ないのであり、必要な場合には問題を損害賠償の領域に委ねる方が妥当ではないであらうか。<sup>(15)</sup> 離縁の基準は、当然ながら未成年養子と成年養子とで異なるはずであり、前者においては養子の養育の確保が、また後者においては養子の相続に対する期待権の保護が、議論の焦点となるであらう。<sup>(16)</sup> また離縁の緩和も後者が中心となることは予め確認できる。

最後に、解釈問題という観点からもう一度輩の上からの養子に言及しておきたい。特別養子制度はその目的及び実質において輩の上からの養子の目ざすところと一致するものであるから、そのためにとられる戸籍上の配慮は後者にも当然及ぶべきであり、いわゆる転換の理論に基づく戸籍の訂正によって、必要な場合には養子の救済が認められなければならないと先には論じた。判例法の展開の示すところは、戸籍の真正が養子の保護に優先するという

裁判所の見解であり、従って、形式的には解釈によりえないものの立法による救済を実現したのがこの度の新法であるという理解が成り立つ。しかし、特別養子制度をもつ国の法解釈は、養子の人権に対してより深い配慮を求められるはずであり、新法成立の前後のケースを問わず、この問題について判例法を再検討する余地はあるものと考えている。<sup>(17)</sup>

## (2) その他の改正点の検討

(1) 共同縁組の緩和 周知のように昭和三四年の法制審議会の見解は、夫婦共同縁組の原則について、他方配偶者の同意を要件とする単独縁組の方向へと改正することを仮決定事項としている。<sup>(18)</sup> 他方、判例・通説においても共同縁組の規定である民法七九五条に対しては批判が多く、この度の改正前に既に事実上その一角は切り崩されている状況があった。すなわち、学説においては、一方配偶者の同意を得ないでなされた単独縁組の効力について、縁組意思のある者の縁組だけは有効となるとする個別有効説が有力となり、判例も、夫婦共同縁組を一個の縁組とみる大審院以来の見解を複数縁組説へと変更し、実質的に七九五条の例外を認めることが合理的であるような事案の下では、個別に縁組の有効性を肯定している。<sup>(20)</sup> 従って、この点の改正は、異論なく実現された既定の方針であったとみうけられる。

従来の共同縁組の原則は、家制度に基礎づけられた夫中心の縁組の慣行をそのまま承認するかたちで立法されたものであるため、<sup>(21)</sup> 実質的裏づけを論じる余地が乏しかった。従って、その機械的な適用に疑問を投じる観点からも、縁組の個数をどう捉えるかというどちらかといえは理論的、抽象的な議論が中心となり、複数縁組説が具体的事例における妥当な解決と結びついたものといえよう。その方向は、結局家族法の基本原則を個人単位の上に確立する必要性を示唆するものであって、この点が立法によって確認されたことの意義は大きく、縁組理論を根底から

把握し直すことが可能となった。

婚姻中の単独縁組は、本人が養子となる場合、養親となる場合の双方に可能であるが、後者の方がより一般的であろう。すなわち、夫婦の一方のみが自分だけの養子をもつことを認められるわけであり、連れ子のある再婚家庭と類似の状況が生じる。前述のようにわが国の普通養子縁組は、その効果が極めて包括的であるため、相続等の観点から縁組に抵抗が生じる場合も考えられる。いづれにしても、当事者の希望に沿った多様な結びつきを認めることは望ましいであろう。但し、未成年者との縁組だけは従来通り必要的共同縁組を原則としており、子の利益に対する政策的配慮が限界を画している。一方に特別養子制度があるため、前述のようにこれをより広く認める場合には、あえてこのような区別を設ける必要はなくなるのであろう。<sup>(22)</sup> 更には、特別養子についても、単独縁組を認める方向で再検討する余地があり、結婚しない自由や出産しない自由を許容する社会において、単身者が縁組によって未成年養子を育てることを全く否定する必要はないのではないかという点を、先にも指摘した。

夫婦の一方だけを養子とする縁組が可能となったことは、夫婦間に自由で独立した活動の余地を認めるという意味で、極めて今日的である。しかし、この類型における共同縁組の緩和は、このような一般論以上に、氏の取得変更の理論に及ぼす影響が注目される。氏の規定に関しては、この点を含めて若干の改正がみられるため、あわせて氏の理論を概観することが適当であろう。

(四) 氏の問題 改正の最も主要な点は、単独縁組の効果が夫婦の氏に及ぼす影響に対処した民法八一〇条但書の新設にある。従来は、婚姻後に縁組をする場合には必然的に共同縁組であったため、養子の氏に関する八一〇条の規定によって、夫婦の双方が養親の氏を取得するかたちでの氏の変更が不可避であった。単独縁組が可能になるならば、八一〇条による氏の変更は縁組をした当事者についてののみ生じるのであるから、夫婦別氏の状況が出現する。そこで新設の八一〇条但書は、「ただし、婚姻によって氏を改めた者については、婚姻の際に定めた氏を称す



べき間は、この限りでない」とし、婚姻による夫婦同氏が優先することを確認したわけである。反対解釈として、婚姻の際自己の氏を称した者が養子となった場合には八一〇条による氏の変更があり、配偶者もこの養子の氏を称するものと解される。<sup>(23)</sup>

右の改正を規定は、単独縁組を許容しつつそれに伴って生じる氏の混乱を回避するという限りでは、十分目的に即応しており、夫婦同氏を定める民法七五〇条が八一〇条に優先するという説明もそれなりに納得できる。<sup>(24)</sup>しかし、改めて縁組の目的に立ち戻ってみると、成年養子の場合には、扶養（精神的結びつきによる広い意味のものを含めて）への期待と共に財産や氏の承継が主要な動機をなすものとみられる。縁組をしても事実上氏の取得ができないのであれば、単独縁組を認めたらうま味は少ないといえよう。また逆に、婚姻の際に自己の氏を称した者が縁組をする場合には、縁組をしない配偶者も必然的に氏の変更を蒙るわけであり、縁組と氏の緊密な結びつきを考えると同様に疑問が残る。もちろん、他方配偶者には縁組への同意権があるため理論的には問題ないといえようが（七九六条参照）、後者のタイプの縁組においてだけ、本来の夫婦の氏よりも養親の氏が尊重されなければならない理由はないように思われる。単に婚姻の際に自己の氏を称したというだけでは余りに機械的であり、氏を改める側の配偶者にますます不平等を強いる結果になる。

問題は、わが国の法体系の中で氏がほとんど理論的考察の対象とされてこなかったという事情にあり、この度の法改正においても、縁組において氏が占める地位を論じる余地はなく、とりあえず現状の秩序、慣行を維持することだけが目ざされるよりなかったはずである。それは昭和二年の家族法改正時における氏への対応と変りない。<sup>(25)</sup>更には、この点に議論をすすめるならば、氏を取得させるための縁組は家制度の名残りであるから否定しなければならないという主張も当然出てくるであろう。これをどう評価するかは議論はここでは控えたい。ただ、家族法における氏そのものの位置づけを試みることなしには身分関係を適切に論じえないこと、氏を家の残滓とだけみて否

定する姿勢からは建設的な議論は導きえないことを、確認しておきたいと考える。

つけ加えるならば、伝統に捉われない解決として、ここで最も望ましいと考えられるのは、やはり夫婦別氏制の導入であろう。単独縁組の承認は、別氏制を伴ってはじめて本来の意義を発揮するはずであり、その意味で、この度の改正が夫婦別氏への氏の改革に重要な契機を与えていることは見落しえない。<sup>(27)</sup>

養子の氏に関しては、別に戸籍法上の氏の変更手続が追加され、離縁後も養親の氏を称する自由が保障された（八一条二項）。離婚後の氏に関する民法七六一条二項と同趣旨の改正であり、実務の要請に対応したものとされている。社会の現実において氏が少なからぬ重要性をもつことの例証として注目しておきたい。

子の氏の変更に關する民法七九一条の改正についても同様の指摘ができる。七九一条は、子が父又は母と氏を異にする場合に、家庭裁判所の許可を得て父又は母の氏を称することができると規定しており、氏の変更を身分關係の変動と切り離して純然たる当事者の意思に委ねている点で、極めて特色ある規定とみることができる。改正法はこれを更に緩和し、「父又は母が氏を改めたことにより子が父母と氏を異にする場合には、子は父母の婚姻中に限り、前項の許可を得ないで、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、その父母の氏を称することができる。」（七九一条二項参照）と修正したものであつて、もとより養子に固有の規定ではない。ただ、この種の氏の変更は裁判所の許可を不要とし、戸籍法九八条の届出だけで足りるとした改正法は、新たなタイプの氏の自由変更を創設したことにより、氏の変更を極限まで容易にしている点が注目される。<sup>(28)</sup>

身分變動に關連しない一般的な氏の変更については、これを容易に許容する国と嚴格に抑制する国とがみられるようであり、わが国の場合には、戸籍法一〇七条による変更がかなり厳しく運用されている結果後者の範疇に属すると解される。このような状況の下で、当面の氏の変更だけが当事者の自由意思に委ねられていることの意味をどう捉えるかが問題である。しかも、変更の当事者は未成年者のみに限られず、成年者も更には婚姻後に配偶者と共

に変更する場合も含まれる（戸籍法九八条二項参照）。父母との氏の同一を広く保障するこの規定は、世代間の氏の承継に配慮するものではなからうか。養育上の必要を超えた成年の親子までを対象とする立法の機能は、結局そこに帰着するように思われる。

今回の改正は、右の方向を手続的に簡易化したにすぎないが、背後にそれを押しすすめる実社会の要請があることは明らかである。氏に関する立法は、前述のように、理論を欠くまま専ら実際の観点から現実への対応がなされてきたとみうるが、その場合にも、人々の意識の中における氏の重要性は、否定し切れないものとして立法に反映されているといえよう。

- (1) イギリス法、フランス法の同様のあり方について、山本・前掲書Ⅲ三一六頁、中川・前掲書八四頁参照。これに対し、断絶を伴わない特別養子という範疇を設けて処理する新法のあり方（八一七条の九但書参照）は西ドイツ法に近い。
- (2) 用語の点だけを見ると種々あるが、多くの国が完全養子の名称を用いている。これに対し、イタリア法はわが国同様特別養子（adozione speciale）と呼ぶようであり、未成年普通養子を別に認める点で内容的にも呼応するものがある。中川・前掲論文現代家族法大系3一八四頁以下、同・前掲書八頁以下、松浦・前掲論文（上）ジュリスト七八二号三五頁参照。

- (3) 前掲座談会（唄発言）・法律時報三一巻一一号六八頁参照。
- (4) 山島・前掲論文ジュリスト特集現代の家族二六三頁参照。
- (5) 深谷松男・注釈民法のⅡ八一二頁参照。
- (6) 特別養子と普通養子の振り分けについては、児童相談所による基準の定立が期待されている。石川稔「親子法における血縁と養育」ジュリスト八七五号八一頁参照。
- (7) 実際には、断絶養子の効果を与えることに對し「世間を説得しやすい」年令であることと、実務上の妥当性が考慮されたといわれる。中川・小野・前掲対談（下）戸籍五二三号一一頁以下参照。
- (8) 但し、告知は養親子間の内部的問題であり、両者の信頼関係と養育上の望ましい効果のために必要とされるのに對し、断絶の可否はむしろ対外的配慮にかかわると考えるならば、この点の矛盾も納得しうる。すなわち、低年令の子の

みが特別養子になれるという考え方は、養子本人のためというよりは対社会的な配慮であり、その方が実親との断絶という考え方が抵抗なく受け入れられ易いという事情にかかっている。そうであるならば、特別養子の年令の引き上げは、何よりもこの制度に対する社会一般の理解を前提とすることが明らかである。

(9) もちろん具体的状況によるし、普通養子として一貫させることが望ましい場合もあろう。いずれにしても判断に際しては養子は言うまでもないが、養親の保護という視点も不可欠となる。

(10) いずれも弱い効力を持つ縁組であり、実親子関係を残し、離縁事由も比較的寛大である。詳細は二註(30)の諸文献にゆずる。中川・前掲書一五三頁もこの意味での不完全養子の必要性を示唆される。

(11) このような社会構造が完全養子というかたちでの人為的親子関係を受け入れる基盤ともなっている。

(12) 里子契約が養育委託契約と性格づけられる一方、里子に民法上の養子と類似の法的地位を与えるべきであるとする立法論がみられる(山本・前掲書I四四、一四七頁以下参照)。また、イタリヤ法の準養子縁組はわが国の里子制度にあたと指摘されており(松浦・前掲論文(上)ジュリスト七八二号四〇頁参照)、里子の相当部分は養子法の範疇で捉えることが適当のようである。

(13) 民法八一七条の八による試験養育期間中の関係は、里子制度によって把握される。山本・前掲書I三一頁、石川・前掲論文ジュリスト八七五号八二頁参照。

(14) 但し、全離縁件数中の九〇・九六パーセントが協議離縁、判決離縁は〇・三パーセントという状況の下では(山本・前掲書III二三四頁、平賀・前掲論文法律のひろば三九巻二号一四頁参照)、この点を指摘する意味は少ないかもしれないが、それ故にアンバランスが不当であるともいえる。

(15) 離婚における積極的破綻主義の考え方を軌を一にする。滝沢幸代・仙台高裁昭和五九年一月一日判決評論判例時報一一六〇号二二二頁参照。

(16) 我妻・前掲書三〇九頁には、離婚における財産分与制度に相応するものを離縁についても認めるという立法論が示唆されている。しかし、我妻博士は本文のような相続の期待権を考慮することには消極的である。わたくしは、養子縁組において養親の財産の承継がもつ意味の重要性を考えるならば、この点を除外して離縁の事後処理を考えることはできないのではないかと考える。菓の上の養子に関する判例法が明らかにしたのもまさにこの問題であった。もちろん、離縁がどの時点で生じたか、縁組の具体的事情如何等、一切の要素が判断材料となるべきであらうし、相続の期待権の保

證が不要とされるケースも多いと考えられる。しかし、必要な場合はあるはずであり、離縁の自由を尊重すれば相対的にこの点の重要性が高まるといえよう。

(17) しかし、新法施行後は、特別養子と普通養子のいずれに転換がなされるべきであるのかという新たな問題も生じた。

事柄の性質上前者への転換が本来の方向であろうが、特別養子の戸籍の複雑さはもはやこれを転換（戸籍訂正）の理論で捉えることを許さない。身分証書の表示と同一の実体関係が継続した場合に嫡出子としての身分占有の効果を知るフランス法の考え方が（谷口知平・親子法の研究三三頁、Cornu, op. cit., p. 335 et s.）、改めて注目されることになる。従来の虚偽の嫡出子出生届に対しては、養親からの親子関係不存在確認の訴を権利濫用論によって否定するという救済方法が提唱されており、養子にいかなる権利が与えられるのが明確ではないとの批判がみられた（川田・前掲論文民法講座七二二三頁参照）。この点、新法施行後は、ストレートに嫡出子の効果を付与することが可能であり、この方向で権利濫用論を活用する解決が適当となるであろう。

(18) 法制審議会民法部会身分法小委員会における仮決定・留保事項第二九。我妻他・前掲座談会法律時報三一巻一一号六五頁参照。

(19) 利谷信義「夫婦養子」家族法大系4一五九頁、山本・前掲書I二五八頁、相原東洋「夫婦共同縁組」民法講座7一五〇頁参照。

(20) 最判昭和四八年四月一二日民集二七巻三三五〇〇頁（縁組意思を欠く当事者についてのみ無効）、最判昭和五三年七月一七日民集三三巻五号九八〇頁（縁組要件を欠く当事者についてのみ取消）参照。

(21) 中川良延・注釈民法四のII五三三頁以下、相原・前掲論文民法講座7一四一頁以下。

(22) 未成年養子縁組が効果を異にする二種のものに分かれることを不当とする批判もみられる。佐藤隆夫「現代家族法の動向」法律のひろば三九巻八号七九頁参照。

(23) 石川・前掲論文法学教室八二号九五頁参照。

(24) 石川・前掲論文法学教室八二号九五頁参照。

(25) 我妻榮・戦後における民法改正の過程一五三頁以下、中川善之助・新民法の指標「民法改正覚書」一〇頁以下参照。

(26) 山畠・前掲論文法律時報三一巻一〇号七二頁。

(27) 夫婦別氏の主張として、榊原富士子「いまなぜ夫婦別姓か」法学セミナー増刊女性そして男性二二八頁以下、久武綾

子「これからの氏を考える」法学セミナー増刊これからの家族二四七頁以下等参照。

(28) 氏の変更において当事者の意思を尊重する考え方は、最近のフランス法においても氏における *volontarisme* として注目されている。滝沢幸代「最近のフランス法における氏の諸問題」日仏法学14号二一頁以下参照。

(29) イギリス、アメリカにおいては氏の変更が原則的に自由とされてきた (Halsbury's law of England, 4th ed, 1979, v. 22, n° 1018; Harry D. Krause, Family law, 2nd ed, 1983, pp. 159 & 986)。他方フランス法には氏名不変の原則 (*principe de l'immutabilité du nom*) が確認されている (J. Carbonnier, Droit civil, t. I, Introduction, les personnes, n° 56)。

## 四 結 び

(1) 養子法の改正に関しては、経過中の研究も含めて多数の文献があり、また新法の紹介、解説も多彩である。発表の時期がかなり先にはずれることを予想すると、本稿はそれらの一端に位置を占めるには時間的にやや新鮮味を欠くかと予想されるのであるが、いくつかの論点において今後の養子法の展開を念頭においた提言を試みているので、それらの大筋を要約し、私見の位置づけを明確にしておきたいと考える。

(2) 法改正の中心は言うまでもなく特別養子制度の導入にあるが、これをめぐる関心の一つは立法の視点の問題である。国内的には養子法がそれ程必要性を意識されてはいない社会の現状の下で、比較法的面から養子制度の理想型と確認される内容のものを、まさにその理由のために、既成の養子法体系の中に割り込ませるかたちで新法は実現させている。従って、立法そのものは前向きに評価できるとしても、伝統的な議論に対する制度の位置づけは必ずしも明確ではないようにみうけられた。これを本稿では、輩の上からの養子をめぐる論争、更には菊田医師による問題提起と密着させて受け止め、それらに対応する解決策として性格づけることを強調している。なぜなら、そこにまぎれもなくわが国の養子法の病理が指摘されているからであり、これを立法の原点と捉え、新法を現実に根

ざしたものとする<sup>(1)</sup>ことが、解釈あるいは今後の改正のために不可欠と考えられるからである。

次いで、このような立法の契機に支えられつつも、実際の立法過程における特別養子制度は、結局外国法の理念的な継受として実現されたものとみた。家族法は外国法の継受になじまないという一般的理解にもかかわらず、国際化された現代社会の同質性が現実<sup>(2)</sup>にそれを可能とし、また必要としているのではないかという認識は、この度の立法の理解に関しても、また今後起りうる同様の可能性に対しても、極めて重要である。それと同時に、特別養子制度の実質的内容が一つの普遍性を示していること、及びそれを明確に指摘したのがまさに比較法そのものであるという事情に注目すべきであろうと考える。国際社会において、調和ある法の発展のために比較法が果たしうる役割の一つの例証を、そこに認めることができるからである。

(3)新制度の導入自体については、これを全面的に支持する立場に立つ。予想される利用者数はわずかであるとしても、制度への要求は確実に存在するのであり、少数者の希望を容れうる法体系こそが自由で柔軟な社会の課題である。

法技術的な面では、戸籍の表示の改革を積極的に評価し、採用された配慮を事実の隠蔽ではない単なる検索のルートの変更と性格づけている。それは実質的には養子の人間性に対する配慮であり、それ故に、同様の配慮が実親側にも必要であるとする菊田医師の提言を、今後の重要な課題と評価した。同時に、戸籍におけるプライバシー保護のためには個人的編成が望ましいこと、当面、少なくとも抄本の活用が中心となるべきことを指摘している。

実親との断絶という効果は、制度の論理からくる衡平の要請であるとし、それによって養親の保護が目ざされていることを見落すべきではないと論じた。養子法が子の利益を中心とする方向に歴史的な発展を示してきたとしても、その事情は、養子法から養親の保護という視点を欠落させてもよいことを意味するのではない。わが国の一般の議論に対して、特に疑問を投じたかったところである。また、実親側との断絶はあくまでも法的効果の切断であ

り、血縁の事実の否定と捉える感覚を警戒しなければならないと強調している。

次に、離縁否定の原則及び例外の規定を検討し、養子の意思の尊重を超えた社会的利益の重要性が原則を裏づけることを指摘する一方、八一七条の一〇第二号が実親の監護可能性を例外的離縁の要件としている点に疑問を投じている。人為的な制度である縁組にとって、最終的な解放への出口は当事者の全てに対して残されるべきであろうと考えるからである。しかし、このような配慮は縁組成立に先立つ手続の中で尽され、非解消を貫くことが本来のあるべき方向であるとするならば、離縁の自由にこだわる私見の立場は、未だ特別養子制度の思想に若干の距離をおくと言えるかもしれない。<sup>(2)</sup>

その他、单身者をも未成年子の養親として許容する余地があること、連れ子養子の取り扱いに再検討の余地があること、家庭裁判所の審判における意思的要素を尊重すべきであること等に言及しているが、いずれも問題の所在を指摘したにとどまる。

(4)養子法一般の問題に視野を広げると、まず第一に、特別養子制度導入の結果必然的に普通養子制度として位置づけられることになった従来の縁組の再検討が課題となる。しかるに、特別養子制度が完全養子制度としての養子法本来のあり方を体现することは明らかであるから、それとの対比上、普通養子制度はわが国の実情に即した不完全養子縁組として緩やかな法的効果に再編成されるべきであろうと示唆した。立法は将来の課題であるが、解釈の次元では、特に成年後の裁判離縁についてある程度の基準を緩和する余地があるのではないかとみている。また、諸外国法の大勢にも合わせて右のような体系的把握をする場合には、現状の特別養子、普通養子の呼称そのものが不適當であり、むしろ特別養子が普通養子であると論じた。しかし、これをどの程度一般化できるかは十分明確に示していない。日本的な親族養子という範疇のものが果たして今後求められ、存続するのかに確信を得ないためである。他方、不完全養子の方に将来性を求めている面もある。



他に、多少論点をはずれるが、転換理論による養子の上からの養子の救済が、解釈面における最も直截の影響となることを期待している。それが、結局は洗練された人間愛の要請にはかならないという意味において、特別養子制度の延長上に位置づけられると考えるからである。同時に、新法施行後のケースについては、身分占有の理論による救済が適当となるのではないかと指摘した。

旧養子制度の改正の中では、夫婦共同縁組の緩和が最も重要である。しかし、この点の改正にはほとんど異論もなく、本稿も縁組理論を個人単位に再構成しうることは望ましいとした。この問題との関連では、特に氏の取得変更理論への影響が重要であるとみて、八一〇条但書の新設に注目しており、縁組における氏の重要性を考えると、新規定によっても単独縁組の利点は少なく、結局夫婦別氏制が今後の方向とならざるをえないであろうとみている。

子の氏の変更に関する七九一条の修正に言及したのは、氏を論じる便宜上にすぎないが、氏の理論の中で同条に付与されるべき性格づけを明らかにし、今後の家族法大系において氏の理論的位置づけが明確になされることを期待したつもりである。

(5)表題のように、いずれも大まかな展望であり、あえて現状に捉われず将来のあり方に模索を試みた部分も多い。議論の過程で意図しているのはやはり体系的思考ということであり、家族法の理論というものを明確にしてゆくことを、一つの課題として念頭においている。<sup>(3)</sup>個々の論点については今後稿を改めて考察しなければならぬが、あわせて、各方面からの研究の深化に注目してゆきたい。また、比較的細かな論点、改正点は、煩雑を避けるために省略していること、文献の引用も必ずしも十分には尽しえていないことをお断りしておきたい。

(1) 米倉・前掲論文(上)ジュリスト八九四号六〇頁以下が俗論に答えることの重要性を指摘されるのも同趣旨と考えられる。例として挙げられた反対意見は必ずしも俗論とは言えないであろうが、たとえば、中川教授が指摘される戸籍事

務担当者からの新制度への要望（中川・前掲書三二頁参照）などは、もっと注目されてもよいのではなからうか。

- (2) この点は新法の立場全体についてもあてはまるであろう。アメリカ法などが縁組記録を封鎖し、養子の知る権利を否定してまでこの制度を貫徹しようとする厳しさは、われわれの理解を超えるものがあるように思われる（石川・前掲論文ジュリスト七八四号一〇一頁、米倉明・アメリカの家族一六九頁以下参照）。一つには社会の体質の相違を考慮すべきであろうが、なお、新法の理念、法の役割一般について認識を深める必要があるといえよう。

- (3) 我妻・前掲書はしがき一頁以下参照。

（たきざわ・いつよ Ⅱ 本学教授）