

他子養育制度の研究

——近代養子法の一考察——

田 辺 幸 子

I 序

II 養子制度の変遷

III 近代養子法の発生

IV 近代養子法の特色

1. 養子の年令
2. 養親との年令差
3. 公的機関の関与
4. 養子縁組の効果

V 結 語

I 序

実子以外の子を養育する制度には、法律上の親子関係を擬制する養育制度、児童の養育を委託する里親制度、および施設に収容して行なう集団養育制度の三形態がある。前二者は、法律上の親子関係の有無を離れて検討すると、何れも小規模な家庭集団の一員として養育される所に共通性を持つ。しかし、施設の形態でなされる養育は、自然の家庭集団とは直接何の関連も持たない。これら三形態の中で、ここで取り上げるのは養子制度である。わが国の現行養子法は「子のため」、つまり「子の福祉のため」の制度であると言われる。しかし、児童の福祉を積極的に促進する制度としては、まだ改められるべき点を多くもっている。

近年、各国において、養子制度が注目をあび、盛んに研究も行なわれ、活用もされてきているのは、この制度が最も自然の家庭集団に近い形態であると考えられ、特に、乳幼児の必要とする1対1の人間関係が継続的に与えられる形

態であると考えられるに至ったからである。そんな意味で、児童福祉の分野で高く評価されてきている先進諸国の養子制度は、すでに児童福祉の一方法として確固たる地位を与えられている。しかし、わが国の場合は、まだそこまで至っていないばかりか、むしろ極めて消極的な意味でしか「子のため」になっていない。そこで、比較法学的な立場から、近代養子法の動向を明らかにし、現行養子法の検討を試みるのが本論の主題である。

Ⅱ 養子制度の変遷

養子制度は、自然の親子関係のないところに法律上親子関係を擬制する制度であるから極めて人為的な制度であるといえることができる。しかし、制度の目的や内容は、時代や社会によって異なりながらも、婚姻の制度と同じ位に古くから存在してきたと考えられている。親子関係を擬制する制度としての養子制度を研究し、その文化的な意義を明らかにしたのはメーン^{〔注1〕}であったが、制度の変遷^{〔注2〕}に関しては、穂積陳重博士や、中川善之助教授の説がある。穂積先生は、養子制度を、祭祀継承養子、家督相続養子、財産相続養子および保護収容養子の4時代に分けられ、中川先生は、制度の目的によって「家のため」の養子、^{〔注3〕}「親のため」の養子および「子のため」の養子と三段階に分けておられる。具体的な社会における経済の仕組、宗教的観念、社会的思想などによって支えられる家族制度のあり方と養子制度の目的や内容は密接な関連をもつものであると同時に、同一時代に同一社会で行なわれる養子制度にも目的を異にするものが併存する。^{〔注4〕}しかし、少くとも有史以後に限定すると、養子制度の大まかな変遷は上記二氏の説かれるところが正しい。すなわち、古代・封建社会を通じて、男系の家父長的家族制度が鞏固であり、祖先の祭祀や家産の承継は血族の男子によってなされるべきであるとする社会では、「家のため」の養子に属する祭祀継承養子や家督相続養子が行なわれた。このような形態の養子制度を有する社会では、養子制度と家族制度は相互依存の形で維持発展してきたので、これが、古くから養子制度をもつ社会の初期の形態であるといえることができる。^{〔注5〕}次いで、家の継続ということ自体が、それ程社会的に重要でなくなってくると、「親のため」といわれる財産相続養子が登場する。この形態は親自身の

実際生活上の利便のために養子をむかえるもので、親の老後の世話を するため、或は家業を継ぐためなどの要求に応えるものとして利用される。そして、近代社会に入ると、個人主義思想は児童の人権を尊重する思想をもたらし、^{〔注6〕}「子のため」、或は保護収容養子という形へと発展してきた。

「家のため」の段階では、自己の血縁の男子子孫による家系の連続を、養子という親子関係の擬制に基づいて果すところに制度の第一義的ねらいがおかれたため、できるだけ近い親族から養子を迎えるのが通常であった。「子の福祉」を尊重する近代養子法の立場からすると、養親子間に生理的な血縁関係の有無は問題にならないで、最も問題とされるのは、その縁組の成立が、養子となろうとしている子の福祉となるかどうかの点にかかっている。自然の家庭集団をはじめから持たない嫡出でない子とか、自己の家庭集団が果すべき機能を果さないため他の養育者を必要とする子とか、家庭集団の崩壊のために養育者を必要とする子など、最終的に自己の家庭を失った子に対してその子にふさわしい新しい家庭を与えることができるかどうかを、専ら子の福祉の立場に立って考慮する「子のため」の養子制度は、まだ比較的短い歴史しか持っていない。

わが国の明治以降の養子制度は、明治民法が施行されるまでの時期、明治民法が効力を有した時期および現行民法の時期の三期に分けることができる。^{〔注7〕}第1期は民法制定前の統一法のない時期で、社会的には封建制の崩壊や身分的階級制の撤廃が行なわれたが、いわゆる「家のため」の養子に類するものが可成り広く行なわれた。^{〔注8〕}明治民法が制定されると、はじめて身分法に関する統一法ができ、^{〔注9〕}少くとも法律制度の上からは、養子も統一されることになった。近代国家として出発したわが国ではあったが、身分法の分野は封建時代の士族の家庭生活のあり方が法に取り入れられた。中でも養子法の分野は保守的な性格を濃厚に法で持っていた。いわゆる外国法継受の時期にありながら、わが国の固有^{〔注10〕}ある慣習法・習俗法が多く取り入れられていたのである。従って、「家のため」を第一目的とする民法以前の養子の制度が明治民法の養子法となり、家父長的家族制度の継続に資する重要な制度として考えられたのが第2期にあたる。終戦後の民法の改正によって実現した現行の養子法が第3期で、家族制度が廃止

されたため、家の継続はあり得ず、制度の目的上は「子のため」の段階に入った。

Ⅲ 近代養子法の発生

家父長的家族制度が長く維持されてきた社会は別として、欧米の多くの国では、家族制度の衰亡と共に、養子制度も存在価値を失い、中世以降近代に至るまではほとんど利用されなかった。^{〔注11〕}このような状態から、まず養子制度を採用したのはフランスで、ナポレオンによって民法典に取り入れられた。^{〔注12〕}その後、欧州の各国でこれにならって養子を認めはじめるが、養子制度の弊害を防ぐ目的もあって厳重な制限がつけられていた。^{〔注13〕}しかし、イギリス、オランダなどはなお養子制度を認めなかった。^{〔注14〕}ここにおいて近代養子法の発生に決定的な影響を与えたのは第一次大戦で、児童の福祉を増進する制度としてにわかに養子法制定の気運を高めたのであった。ここで要求された養子制度は、最早祖先の祭祀の継承の為ではなく、家産の承継でも、親の利益の為のものでもなく、戦後各国に多く残された戦災孤児、戦争の落し子などの保護救済をはかるためのものであった。こうして、フランスは1923年の法律をもって養子法を改正し、英語に adoption という語はあっても、英法に adoption という制度はなかったといわれるイギリスにも1927年に養子法が制定された。^{〔注15〕}帝政ロシア時代の民法にあった養子法を1917年の革命の時に廃止したソビエトも、1926年「婚姻・家族及び後見に関する法典」で養子法を採用し、アメリカでは、養子法をもたなかった各州がその制定を急ぐと共に、1927年以降は各州の養子法の性格に統一性がみられるようになった。^{〔注16〕}第一次大戦後のこのような傾向は児童に対する科学的研究の進歩に伴って、特に、乳幼児期に受ける家庭養育の重要性が立証されてくると、「よい施設より悪い家庭」の方が優るという考え方や、施設養育に先だって養子や里子の方法を先ず考慮すべきだとする考え方が導びかれ、児童福祉の分野で欠くことのできない重要な一制度として発展しつつある段階にある。わが国でも、児童福祉法が制定され、児童憲章がつくられて、親権が未成年の子を独立の人格者として養育監護する義務と解されるようになった今日では、家庭に恵まれない子に家庭を与え、養育することを目的とする段階に養子制度は到達している。

Ⅳ 近代養子法の特徴

1. 養子の年令

近代養子法に属する、いわゆる児童の福祉の段階にある養子制度も、厳密に検討すると少くとも二つに大別して考えなければならない。その一つは幼児の養育を中心に未成年者を対象とする制度であり、他は、必ずしも未成年者だけを対象としないで、成年養子もみとめる制度である。この場合、養子縁組が養子となる者に不利益をもたらすのでなければ養子縁組はさまたげられない。イギリス、ソビエト・ロシアなどの養子法は前者に属し、フランスおよびわが国の現行養子法は後者に属する。アメリカは原則として未成年者が対象で、州によっては成年養子を認める所もあるが、これに対しては批判もある。^{〔注19〕}養子となる者の年令を、児童の福祉という点から純粹に割切って考えることができるならば成年を養子にすることは理論上おかしい。なぜならば、親権が旧法時代のように親が子に対して持つ権利や権限ではなく、未成年者を独立の人格者として社会に送り出すための親の義務と解され、親権に服する子は未成年の間だけと解する今日の建前からいくと、成年を養子とし、養親子関係を持つことの意義が、少くとも子の側にはあまり存しないからである。また、家庭を失った児童に親と家庭を与える制度としての意義も成年に達した者に対してはあまり認めることができない。更に、「家」の存続がなくなった今日、成年者を養子としてむかえ家業や家産を継がせることも、この制度が本来目的とするところではなく、そのような養子は、むしろ「親のため」的養子と解される。ただこれらの点に関連して無視しきれない点に、終戦後まで家族制度を維持してきたわが国の国民の持つ家族感情と、私有財産制度の基礎の上に家庭生活が維持されてきている事実がある。近代養子法においては、未成年養子の比重が増大し、これがむしろ原則的な地位を占めるに至ったが、ここに近代養子法が^{〔注20〕}純粹に児童の福祉の制度として徹しきれない一つの限界が示されているし、^{〔注21〕}家^{〔注22〕}のための養子から子のための養子までを含む非常な中途半端な制度と評される理由が見出される。

わが国の現行養子法が「子のため」の制度と解されるのは、未成年者に不利

になるような縁組^{〔注23〕}を防止する目的で家庭裁判所の許可を必要とした点からで
（§ 798）、児童の福祉の観点から言うならば、この制度の積極的運営は全く考
えられておらず、ただ縁組の成立に際して、将来児童に起るかもしれない不幸^{〔注24〕}
を未然に防ごうとする極めて消極的な意味しかもたない。そこで、養子制度を
子を養う制度というように非常に狭く解さず、親子関係を作る制度と解してみ
てはという考え方^{〔注25〕}や、特に未成年者を対象とする養子縁組は子の養育以外の目
的も含む養子と区別する意味で「特別養子^{〔注26〕}」という制度^{〔注27〕}を設けてはなどの考え
方もあらわれている。養子制度は多目的に利用し得る制度であるが、「家のた
め」の制度としか考えられない規定は削除されたので、この点からも、消極的
な意味で「家のため」の養子制度ではなくなっている。^{〔注28〕}

2. 養親との年令差

わが国の現行養子法は、成年者であれば養子ができるとして（§ 792）、尊属
や年長者を養子とすることを制限しているだけで（§ 793）、養親と養子との年
令差に関しては何の規定もおいていない。近代養子法の初期には、養子制度が
厳格な制限のもとで認められた国々が多かったが、児童の福祉という定まった
目的に添って運用される諸国の現行養子法は、従来の厳格な制度を緩和してき
た。たとえば養親となる者の年令は50歳以上であった条件を40歳以上と改め
るなどである（フランス民法 § 344）。しかし、人為的に親子関係を擬制する養
子制度にあっても、できるだけ自然の家庭集団に近い集団を形成させるため、つ
まり「親子らしい関係」を作り出すためには、年長者や尊属を養子とするよう
な不自然な形態を認めないばかりでなく、養親子間に一定の年令差を要求する
立法が行なわれている。そうすることによって実親子関係には起り得ない一つ
違いの親子などの発生を防ぎ、真に親子らしい関係を養親子間に形成しようと
しているのである。^{〔注29〕}わが国の場合は、成年養子も認める点で未成年養子に徹し
ていないため、現行の養子法のままで養親に年令を規定したり、養親子間の年
令差を定めることは無理であるが、前記の「特別養子」のような制度を設ける
とか、特に孤児、棄子、非嫡出子の保護のために積極的に運用し得る制度を創
設する場合には一考を要する点であると考ええる。

3. 公的機関の関与

近代養子法の特徴の一つに、公的機関の関与がある。わが国の場合も、家庭裁判所の許可を未成年養子に必要とした点でかろうじて近代養子法の仲間入りをしているが、児童の福祉の積極的な促進の意味はあまり期待し得ないものであることはすでに述べた。

公的機関の関与の過程には二過程がある。一つは、縁組を成立させる過程で、他は一応話し合いのついた縁組を法的に有効なものとするための過程である。後者には、わが国の未成年養子のように許可を与える形での関与、養子縁組そのものを成立させる裁判所の決定（adoption order とか、admission order など）の形での関与および縁組の届出の受理の形での関与など態様は更に分けられる。

わが国の年間成立する養子縁組の中で、成年養子が多いこと、また、未成年養子では、両親のある子や、親族からの養子が多くを占めていることなどの実情は、^{〔注30〕}イギリスなど先進国にみられるはじめてから家庭をもたない非嫡出子のために養子制度の大部分を利用している国々とは可成り異っている。また非嫡出子の出生率の比較的低いわが国では、スカンディナヴィア諸国や、英米などで問題となるいわゆる未婚の母親（unmarried mother）から生まれる非嫡出子の問題も比較的小さいとは言えることができる。しかし、現行のように家庭裁判所の許可だけでは充分とは考えられない。この制度が家庭に恵まれない子に親と家庭を与える制度として運用されるためには、縁組の成立を当事者間にまかす現状から、縁組をととのえる段階へも公的機関を関与させる段階に一步前進させるべきである。この点に関連して考えられるのは里親制度（foster parent system）である。里親制度は、児童福祉法によって、「保護者のない児童又は保護者に監護させることが不適當であると認められる児童を養育する」ことを目的とする制度として定められ（§27 I 3）、委託の措置は都道府県知事がすることになっている。ここで「保護者」とは「親権を行う者、後見人その他の者で、児童を現に監護する者」（§6）であるから、現行の里親制度の目的とするところと、いわゆる家庭に恵まれない未成年者に対する養子制度の目

的には、実質的な大差はない。法律制度としての実質的な差異は親子関係が創設されるか否か、および公的機関の関与の過程の差などに存する。すなわち、養親子関係は法律上の親子関係が擬制され、里親子関係にはそれがない。また、未成年養子の縁組には家庭裁判所の許可という形での関与で公的機関が関与するが、里親子関係の場合には、里親子関係の形成の段階での公的機関の関与がみられる。このような異同を有する両制度であるが、少なくとも児童福祉法の対象となる児童については（§ 4. 満18歳まで）、同法第 27 条の里親委託と同様の権限を都道府県知事或は児童相談所長に与え、保護者が児童を虐待する場合に家庭裁判所の承認を得て行なうことができる措置も準用して、児童福祉の第一線の行政機関に縁組成立の過程でも関与させることが好ましい。そうすることによって、現状の消極的な養子制度の運用に多少とも積極性が加えられると考える。現在では、養子制度が児童福祉の面では極めて消極的な意味しかもたないので、里親制度がこの面で家庭における養育形態をもつものとしての長所を評価されているが、委託里親数、同児童数共に久しく延び悩んだ結果、最近ではむしろ減少の傾向を示している。^{〔注31〕}里親制度が延び悩んだり、減少する傾向は幼少人口の減少がもたらした現象でもあろうが、将来養子にするつもりで里子を引き受けようとする登録里親側の意向も関係がないわけではない。^{〔注32〕}将来は養子に切りかえ、家業も継がし、老後の世話もしてもらうとなると、里親側の子に対する要求はむつかしくなる一方で、現実には親を、そして家庭を求めている子の側には、それだけの要求に応え得る資質のものがなかなかないというような事情になるからである。この点からも、養子制度を児童福祉の分野に積極的に取り入れることを考える必要がある。そうすることによって、養子制度の前身的な形態の里親と、本来の養子制度とを区別し得ると考えるからである。

ここで本来の養子と記したのは、未成年者の養育を主な目的とする養子であるが、わが国の場合、老後の世話など「親のため」的な要素が含まれるのを特に拒むわけではない。そして、養子制度の前身的な形態でない里親として考えられるのは比較的短期間の養育を必要とする児童に対するものである。^{〔注33〕}こうして性格上の区別をもたせながら両制度の発展を考えることが必要ではないだろう

か。

4. 養子縁組の効果

養子縁組の効果は養子制度の主な目的と深い関連をもつものである。家庭養育の一形態として利用される最近の養子制度は、養親子間にだけ法律上の親子関係を認め、実親子関係を消滅させる傾向にある。実親子、養親子の二重の親子関係を認めた時期の養子には、養子に養家における嫡出子としての地位を全面的に認めることはしなかったので、補充的に養親の子としての地位を取得したにすぎなかった。そのような不完全養子から完全養子への推移が近代養子法を特色づけている。^{〔注34〕} 実親子関係を消滅させ、養親の嫡出子としての地位を取得し、離縁を認めないとする完全養子の制度は、孤児、棄子、非嫡出子など、家庭にめぐまれない児童にとっては利益となる面が多い。

わが国の場合は、養子は養親の嫡出子としての身分を取得し（§ 809）、養親の氏を称し（§ 810）、養親の親権に服することになるが（§ 818Ⅱ）、縁組前の親族関係はそのまま継続されるので、実親に対する相続権は養子にいったことによって失われない。従って、二重の親子関係を有することになる。未成年養子の多くが親族関係にある者の中から迎えられるわが国の現状からは、少なくともこの種の養子に限っては二重の親子関係を認めても養子に不利な点はまず無いといってよい。しかし、養子制度を孤児、棄子、非嫡出子その他自己の家庭で好ましい養育の得られない児童のためにこの制度を利用するためには、先に記した「特別養子」のような制度でも考え、養親と実親とが相互に何の関係ももたない英米の制度のような運用の仕方も考慮する必要がある。すなわち、養子縁組をととのえる段階に公的機関が関与するか、民間の福祉団体に一定の基準でその権限を認めるなどして、養親と実親との直接交渉を避け、公的或は私的な第三者的機関が仲介役になるようにするとよい。成年養子や親族からの養子の場合には、特に問題とならないが、児童の福祉の積極的推進のために、このようなやり方が役立つと考えられる。

養親の嫡出子の地位が養子に与えられる点では、わが国の養子法も「子のため」の部類に属する。もっとも、わが国の場合、もともと嫡出子である子が養

子になる場合が大部分であるから、^{〔注35〕}嫡出効果の意味で実際上の意義はあまりない。しかし、未婚の母親の子など非嫡出子が多く養子制度によって家庭を与えられる国々では、^{〔注36〕}非嫡出子に法律上の嫡出子としての地位を与え得る制度として極めて重要な意義をもっている。そして、そのような形で養子縁組が利用される所では、養親子間に縁組以前に何等親族関係の存しない方がむしろ多く、^{〔注37〕}養親となるものの多くは実子をもたないので、子がなくて淋しいなどということも養親を希望する理由に考えられないこともないが、家庭を必要とする児童に家庭を与え、子を持たない人に親としての特権を与え得る制度として考えられ、^{〔注38〕}その運営に当たっては十分に児童の利益が考慮されている。近代養子法の動向は、このような非嫡出子に嫡出性を与える制度へ進んでいるといえることができる。

児童の利益という点から言うならば、離縁が認められる制度は、養子の地位を不安定なものにする。もっとも人為的に親子関係を創設するので全ての養親子関係がうまくいくとは限らない。従って養子の立場のためにも離縁が認められた方がよい場合もある。しかし、養子の地位の安定性からは離縁を認めない制度の方が^{〔注39〕}優れているといい得よう。わが国の養子制度から、すぐに離縁に関する規定を削除することは適当であるとは思わないが、「特別養子」のような形で離縁を認めない制度を新設するか、当事者間の協議による離縁を未成年養子に限って廃止し、必ず家庭裁判所の審判或は児童相談所に縁組成立のための権限を認めた場合には、児童相談所に「縁組を継続し難しい重大な事由」（民§814Ⅰ3）の有無に関する十分な調査を行なわしめその意見書を参考にして家庭裁判所が審判を行なうなどの方法を講じることになって、未成年養子縁組に安定性を与えることができると考える。多くの目的を含み得る養子制度であるから、同じく児童の福祉を目的とするものであっても、たとえば児童が嫡出子であるか否か、とか、児童の年令とか、児童に保護者があるかどうか^{〔注40〕}など、養子となる子の態様に応じた制度の分化が必要であろう。

自己の家庭での養育が得られない児童を、家庭的な環境で養育することは、養育の担当者がその児童に対する親権を実親に代って行使するだけでも或程度

の目的を達することができると考えられた。1926年にはじめて法律上の養子制度を認めたイギリスでは、第一次大戦のもたした兵士の孤児、戦災孤児、戦争の落し子などのために、民間に結成された養子協会 (adoption society) は、「不幸な子によりよき環境を」と事実上の養子縁組をととのえた。しかし、事実養子 (de facto) であるため、養子は法律上養家の家族となり得ず、養家の名で出生証明書を得られなかったのみならず、実親はいつでも取りもどしに来られるし、養親もいつでも実親にかえし得るなど数々の不利益が養子、養親、実親の三者共にあったため法律化が進められることになった。しかし、初期の法律上の養子では、家庭的な環境で行なう養育に重点がおかれ、養子に養家における相続権までを認めるものではなかったのである。近代養子法における不完全養子から完全養子への推移は、単に扶養関係だけでの養親子関係から、更に養子の地位の安定性を確保する意味で、相続法上も実子と同様な地位を与えてきている。イギリスも 1950 年法から相続権を認めている。わが国の場合は、旧民法時代から養子に嫡出子と同じ地位を与え、相続権を認めているので、この面では直接問題はない。

養子縁組が成立した場合に、養子のもつ新しい親族関係は、養家の家族の一員となる養子から、養親との個人的な契約的な養子を経て、再び養家の一員として実子と同じように扱われる養子へと推移してきた。^{〔注41〕}最終段階である最近の養子法は、縁組の両当事者間に養親子関係を発生するだけでなく、養親の親族との間にも、養親の実子と同じように親族関係をもつとする。わが国の場合は、「家のため」の時代からこの立場で規定されている。制度としては変らないが、成年養子の場合にも、このようにする必要があるかどうかは別として、未成年養子はこのような親族関係の中に入れるのが好ましいと考える。

V 結 語

わが国の現行養子法を、先進諸国の最近の養子制度の動向から、ことに未成年養子を児童福祉の一制度として検討してきた。保護を要する児童の態様は極めて多種多様である。児童自身に何らかの問題があつて、専門的な知識や技術がある者でなければ、その児童に適した養育ができない場合もあれば、児童に

は問題がないが児童の家庭や保護者に問題があつて保護を要する場合もある。また、保護を要する期間にも長短があるし、家庭養育にむく児童とむかない児童もある。このように多様にたがる児童に最もふさわしい養育形態を見きわめ利用することが十分に行なわれるのでなければ、真に児童の福祉がはかられているとはいひ得ない。

ここで特に養子制度を他子養育の一形態として取りあげたのは、この制度が児童福祉の面でもっと利用されるべきだと考えるからである。否、「子のため」の制度といわれながら「子のため」に利用される率が少なすぎると考えるからである。本文ですでに記したように、現行養子法が「子のため」と言われるゆえんは、未成年養子に関する家庭裁判所の許可を必要とする点にあった。その他の面では、児童の養育を中心目的とみられる規定もなく、実際には依然として多くは古い観念で利用され、非嫡出子救済的な意味は極めて少ない。

児童福祉の分野で、この制度の積極的な利用を可能にするため、二、三の提案を行なったが、当面する一つの問題点に里親制度との関連の問題がある。養子法を単に身分法の一分野にとどめることなく、広く児童福祉の分野で活用し、里親制度は里親制度としての特質を生かして発展させるために、それぞれの持つべき内容と、それにふさわしい運用の方法が講ぜられなければならない。家庭養育の重要性が、世界的に再確認されてきている今日、自己の家庭での養育を得られない児童に家庭を与え、親を持つ特権を与えると同時に、子を持たぬ人に親としての特権を与える制度として、また、最も自然の家庭集団に近い環境を児童に与え得る制度として、この制度の積極的な利用の方策を真剣に考えるべき時期はすでに来ていると考える。

〔注1〕 Sir Henry Maine, "Ancient Law" (With Pollock's Note) P.138, 青山道夫氏「養子」(近代家族法の基礎理論)法学理論篇81C P.7

〔注2〕 Prof N. Nozumi "The New Japanese Civil Code." P.117, 同氏「養子正否論」法学協会雑誌30巻10号 P.1598.

〔注3〕 中川善之助氏「親族」 P.318, 同「養子制度の発端と推移」民族3巻6号 P.39, 同「養子制度論」家族制度全集・史論篇Ⅲ P.146以下, なお, 養子縁組の目的からの区分では, 相続人とするための養子と, 子を養育するための養子

に大別する説もある。(来栖三郎氏家族制度の諸問題, 穂積先生追悼論文集「養子制度に関する二三の問題について」P.247)

〔注4〕 古代ローマにおけるアドロガチオ (adrogatio) 養子が, 氏族 (gens) の勢力伸張をはかる目的に用いられたり, 「異姓不養」を鉄則とする中国の養子が家内労働の強化のために利用された例があり (前記青山道夫氏「養子」P.8), わが国でも旧法時代に兵隊養子などの例がある (中川善之助氏・民法講注夫婦・親子 P.188)。

〔注5〕 祖先の祭祀は血縁の男子子孫が行なわなければならないとする宗教的思想とむすびつき, このような形態の養子制度を古くから有したのは, ギリシャ, ローマ, インド, 中国, 日本などの養子法である。インドの古代法の代表的なマヌ法典には13種類の息子があり, 嫡出子以外の12種を「息子に代わるべきもの」として広い意味の養子としている。マヌ法典の養子法については田辺繁子・幸子共著「家族関係と人間形成」P.104参照。

〔注6〕 養子制度がすべての社会で行なわれたとはいえない。養子制度を知らない社会もあり, 養子制度がなくても, 他子養育制度を認める社会もある。オランダ, シリア, イスラム諸国などは後者に属する (「養子制度」山畠正男・家族問題と家族法, IV, 親子)

〔注7〕 現行民法が施行になるまで効力をもった旧民法で, 1898 (明31) 年に施行され, 1947年末まで効力を有した。

〔注8〕 1948 (昭23) 年から施行されている親族・相続法を指す。

〔注9〕 青山道夫氏前掲書 P.67, 外岡茂十郎氏「親族法の特殊研究」P.112以下, 高柳真三著「明治家族法史」法学理論篇 83. P.69, 同氏「明治初年の養子法」国家学会雑誌41巻6・7・8号, 同氏「明治初期養子法の概観」法律時報7巻10号など。

〔注10〕 石井良助氏「左院の民法草案」(1)国家学会雑誌60巻1号。

〔注11〕 この辺の経緯について青山道夫氏前掲書 P.26以下, 中川善之助氏「夫婦・親子」P.175以下, 来栖三郎氏前掲「養子制度に関する二三の問題について」P.253以下, および山畠氏前掲 P.271以下。

〔注12〕 中川善之助氏「フランスに於ける養子法の変遷」法学新報40巻1号。

〔注13〕 養子制度の利点は, 1. 祖先の祭祀が継続されること, 2. 家族制を継持し得ること, 3. 無子者が慰藉されること, 4. 被收容者の保護および養育教育ができることなどが挙げられ,

弊害としては, 1. 自然に反して人倫を紊乱すること, 2. 養子の人格を無視すること, 3. 結婚の自由を妨害すること, 4. 系統の紛乱を生ずることなどが挙げられている。(穂積陳重氏, 前掲「養子正否論」P.1604)

〔注14〕 中川氏前掲「夫婦・親子」P.176, 青山氏前掲「養子」P.26 以下, 来栖三郎氏「養子制度に関する二三の問題について」(前掲 P.241以下)

〔注15〕 中川氏前掲「夫婦・親子」P.176.

〔注16〕 青山氏前掲 P.36, 今世紀における養子立法については, 山畠氏前掲 P.273 以下。

〔注17〕 前掲「家族関係と人間形成」P.32.147, 拙著「児童福祉論」P.57以下。

〔注18〕 イギリスの養子制度については拙稿ジュリスト210号参照。

〔注19〕 来栖氏前掲 P.267, なお, ナポレオン民法の養子および古代ローマのアロガチオは養子を成年に限った。(山畠氏前掲 P.277)

〔注20〕 山畠氏前掲 P.277.

〔注21〕 来栖氏前掲 P.267.

〔注22〕 中川氏「夫婦・親子」P.187.

〔注23〕 主として人身売買や労働力養子の仮装手段にして縁組が利用されること。

〔注24〕 わが国の養子縁組は, 当時者間で話をまとめ, 養子が未成年者であれば家庭裁判所に許可を得に来るにすぎず, 積極的に公の機関が家庭をもたない子のために縁組をととのえる事は行なわない。「家庭裁判所は, 親や家を中心とする縁組に検討を加え, 縁組がはたして積極的に子の利益の増進になるかどうかについてはほとんど無関心であり, 民法第 798 条無用論や制限論すら家庭裁判所の内部にみられ」たり, 「家庭裁判所の許可基準はきわめてあいまい」で, 「一般的には芸妓養子のように直接未成年者を害する疑があるケースは却下するが」「その他の場合には特に未成年者の福祉が害されないと思われれば養親がどのような目的をもつにせよほとんど許可しており, 審理も非常に簡単にすまされて」いて, 「第 798 条の存在が, 未成年者を養子縁組という形で『くいもの』にしようとするものにして心理的圧力を加え, 養子縁組の濫用を未然に防いでいるという点で役立っていることは事実であろうし, 家庭裁判所もたしかにその面には注意を払っている」(名和由紀子氏「未成年者養子縁組」——その実態と二, 三の問題——法律時報31巻13号 P.73) という程度ではまことに心もとない。

なお, 「子のため」の養子件数は少数ながらややのびている状態にあるが, 未成年養子の件数は成人の件数に比してあまり大きくはない。(養子縁組の最近の傾向については加藤一郎氏「図説家族法」P.129以下に詳しい)

〔注25〕 「親族法改正の問題点」(下)ジュリスト 186 号 P.7 我妻栄氏発言。

〔注26〕 たとえば, 家業をつがせる, 相続させる, 営業をつがせる, 老後の世話になるなどの目的でなされるもの。

〔注27〕 乳幼児を養子にして実子と同じように育てるため戸籍上も実子として記載

し、実子として育てるための縁組であるから養親からの離縁の請求をみとめないとするような制度。「親族法改正の問題点」(下) 前記〔注25〕 P.3 加藤一郎氏発言。

〔注28〕 法定推定家督相続人となる男子のあるものが養子を迎えることを禁じた規定、遺言で養子を迎える規定および婿養子の規定などがこれに当たる。

〔注29〕 フランス民法は、養親は40才以上で子を有さず、養子より少なくとも15才以上年長であること要するとする (§ 344)。イギリスの養子法では、養親が実父母であるときは年令を問わないが、親族の場合は21才に達しているとき、血縁関係のないときは25才以上であるとき、或は養親の一方が25才以上で、他方が21才に達しているとき (§ 2) とし、アメリカでは州によって10才以上、15才以上、18才以上或は子より年長などと異なるが、養子より養親の方が年長者であることが当然の要件とみられている。フランス、アメリカの場合は青山氏前掲「養子」による。イギリスについては(前掲拙稿ジュリスト 210 号参照) なお、養親の希望者の多くは、実子を得るのぞみがなくなったと思われる位の年令に達しているので、イギリスでの事例など、私の知り得た範囲では、実親子間の年令差よりも、養親子間の年令差の方が一般的に大きいのが現状である。

〔注30〕 加藤氏前掲 P.129以下。

〔注31〕 厚生白書 38.P.190.

〔注32〕 将来養子にしたい動機で里親登録をしたものが第1順位であることは、東京法務局官内人権擁護委員会連合会の行なった「里親に委託された児童の実態調査報告」昭和39年6月にも示されている。これに次ぐものとして、年少であること、障害のない児童であること、および可愛らしい頭のよい女兒であることが挙げられている。また、実際上も、里親委託措置が解除された後、養子縁組に切りかえ、引きつづき養育するケースが1949~1962の間で43%にもなっている。(同報告書 P.18. 第7表)

〔注33〕 本稿は養子法を中心に取りあげたので里親制度と養子制度の問題はこれ以上ふれないが、かねがね考えていた問題なので若干記した。両制度の問題は稿を改めて検討したい。

〔注34〕 山畠氏前掲 P.280以下。

〔注35〕 加藤氏、前掲 P.141, 嫡出子である子が88%, 非嫡出子は12%で、この割合は1952(昭27)以来あまり変っていない。

〔注36〕 イギリスの場合には、縁組件数の約3/4は非嫡出子のケースである。拙稿ジュリスト 210 号参照。

〔注37〕 実子が1人しかなくて遊び相手に養子を迎えるとか、養子と養女を迎えるなどもあるが、全体的には無子の養親の方が圧倒的に多い。

〔注38〕 Clarke Hall and Morrison's Law relating to children & Young Persons by A. C. L. Morison, C. B. E. & L. G. Banwell, 5th edition, P.502.

〔注39〕 イギリス、フランスなどは離縁を認めない。イギリスの場合は再養子の形でのみはじめに成立した縁組が解消される。また、非嫡出子が実父母の養子になっていた場合に、両親が婚姻すると養子決定は取消される。

〔注40〕 「フランスが三種類の養子を認め、多数の国々が、未成年者の年令に応じて縁組に種別を設け、棄子養子を特別に取扱っているのはそのあらわれである」山畠氏、前掲 P.283.

〔注41〕 「親族法改正の問題点(下) P.8 加藤氏発言。