

各国の親子法制（養子・嫡出推定） に関する調査研究業務報告書

平成 30 年 12 月

公益社団法人 商事法務研究会

「各国の親子法制（養子・嫡出推定）に関する調査研究」

委員及び担当分野一覧

監 修	大 村 敦 志	東京大学法学部 教授
ドイツ・オーストリア	長 野 史 寛	京都大学大学院法学研究科 准教授
フランス	石綿はる美	東北大学大学院法学研究科 准教授
イングランド	金 子 敬 明	名古屋大学大学院法学研究科 教授
アメリカ	常 岡 史 子	横浜国立大学大学院国際社会科学 研究院 教授
韓 国	郭 珉 希	淑明女子大学法科大学法学部 准教授（副教授）
台 湾	黄 詩 淳	国立台湾大学法律学院 准教授

※ 所属等は調査実施当時のもの

目 次

第 1 部	ドイツ法・オーストリア法	1
第 1 章	特別養子—ドイツ	1
1	緒論	1
1	沿革	1
2	特色	1
3	法源	2
4	叙述の対象	2
2	要件	2
1	緒論	2
2	養親適格	3
3	養子適格	4
4	子の福祉適合性	6
5	親子関係発生の見込み	8
6	試験養育期間	9
7	養親となるべき者の子ないし養子となるべき子の子の利益への配慮	9
8	関係者の同意等	10
9	申立て（民法 1752 条 1 項）	20
3	効果	20
1	将来効	20
2	親族関係	20
3	氏名（民法 1757 条）	23
4	秘密保護（民法 1758 条）	25
5	身分登録	25
6	補論—出自を知る権利	26
4	手続	26
1	総論	26
2	養子縁組成立の手続	26
3	同意に代わる決定の手続	32
5	解消	33
1	緒論	33

2	裁判による解消 1 — 申立てによる解消	34
3	裁判による解消 2 — 職権による解消（民法 1763 条）	37
4	裁判による解消 3 — 効果	39
5	裁判による解消 4 — 手続	41
6	法律上当然の解消（民法 1766 条）	42
6	運用状況	42
第 2 章 嫡出推定（父子関係） — ドイツ		43
1	緒論	43
1	沿革	43
2	父子関係の発生態様（民法 1592 条）	43
3	本章の説明の対象	43
2	婚姻による父子関係発生	43
1	緒論 — 1998 年改正前の規律	43
2	原則（民法 1592 条 1 号）	44
3	拡張 — 夫死亡後の出生（民法 1593 条 1 文、2 文）	44
4	父子関係競合への対処	45
3	認知による父子関係発生	45
1	通常の認知	45
2	離婚手続に際しての認知（民法 1599 条 2 項）	47
4	裁判による父子関係確認	48
1	緒論	48
2	事件の種類	49
3	管轄	49
4	手続開始 — 申立て	49
5	関係人	49
6	実体的要件	50
7	審理	51
8	裁判および不服申立て	51
5	父子関係の否認	52
1	緒論	52
2	要件	52
3	効果	58
4	手続	58
6	立法論	60

第3章 補論——オーストリア	66
1 緒論	66
2 特別養子	66
1 緒論	66
2 要件	67
3 効果	73
4 手続	75
5 承認撤回および解消	78
6 運用状況	81
3 嫡出推定（父子関係）	81
1 緒論	81
2 親子関係に関する行為能力	82
3 婚姻による父子関係発生	82
4 認知	85
5 裁判所による父子関係確認	88
6 補論——父子関係否認の諸相	90
第2部 フランス法	91
第1章 養子法制	91
1 養子制度概要	91
1 2つの制度の存在	91
2 養子縁組に関連する組織	92
2 完全養子縁組	92
第1節 養親の要件	92
1 すべての者に共通な要件——養子と養親の年齢差	92
2 養親の類型ごとに要件される要件——年齢等	92
第2節 養子の要件	94
1 養子の年齢	94
2 養親の家庭における受け入れ	94
3 養子の同意	94
4 養子となることができる子	95
第3節 養子縁組の手続	99
1 完全養子縁組のための託置	99

2 完全養子縁組裁判	100
3 身分登録（出生証書等の扱い）	102
第4節 養子縁組の効果	102
1 財産以外の効果	103
2 財産関係の効果	103
3 配偶者の子を完全養子縁組する場合の特則	103
第5節 離縁	103
1 撤回不可能の原則	103
2 例外——再度の養子縁組の可能性	104
3 単純養子縁組	104
第1節 養親の要件	105
第2節 養子の要件	105
1 養子の年齢	105
2 養親家庭における受け入れ	105
3 養子の同意	105
4 養子となることができる者	105
第3節 養子縁組の手続	105
第4節 養子縁組の効果	106
1 財産以外の効果	106
2 財産関係の効果	107
第5節 離縁	107
4 統計等	109
1 統計	109
2 評価	110
第2章 父子関係の推定	111
1 親子関係の確立の概要	111
1 序	111
2 親子関係の確立方法	112
3 親子関係を争う方法	113
2 父子関係の推定制度	113
第1節 父性推定の原則	113
第2節 父性推定の排除	114
1 出生証書が父の資格で夫を表示しない場合	114
2 離縁や別居の手続き中である場合	114

第3節 父性推定の回復	115
1 身分占有による回復	115
2 判決による回復	116
第4節 父子関係の重複の可能性	116
1 父性推定の重複の可能性	116
2 父子関係の重複の可能性	117
③ 父子関係を争う訴え	118
1 証書と身分占有が合致する場合	118
2 証書と身分占有が合致しない場合	119
3 公知証書によって確認された身分占有により確立された父子関係を争う場合	119
④ 終わりに——父性推定への評価・改正の動き	119

第3部 イングランド法 121

第1章 イングランド法における養子制度 121

① 養子制度全般	121
1 概要	121
2 統計	122
② 養子機関 (adoption agency)	122
③ 養子となる者、養親となる者に関する要件	123
1 養子となる者の要件	123
2 養親となる者の要件	123
3 養親と養子との年齢差	124
4 養子機関の役割 (付・養子の標準的なプロセス)	124
④ 養子託置 (placement for adoption)	125
1 養子託置をする権限の取得	125
2 養子託置の効果	128
⑤ 養子命令 (adaption order)	129
1 申立ての手続	129
2 申立ての前提要件	129
3 申立てが認められる要件	130
⑥ 養子命令の効果	131
1 養子の法的地位	131
2 養子に関する情報	131

3 養子命令後の実方との交流 (post-adoption contact)	132
7 養子命令の取消し	133
8 養親の秘匿性確保のための裁判実務上の工夫	133
9 おわりに	134
第2章 イングランド法における親子関係	135
1 母の決まり方	135
2 父の決まり方	135
3 出生登録	135
1 現行の手続	135
4 WRA2009のもとで予定されている出生登録の手続	137
5 父性の推定 (<i>pater est</i> ルール)	137
6 科学的なテストが指示される場合・されない場合	138
7 生殖補助医療 (人工受精 [AI] および体外受精 [IVF] ・ 代理懐胎 (surrogacy) 関係	140
1 婚姻している女性 (civil partnership や同性婚も含む) が AI ないし IVF を受けて出産した場合	140
2 1 では父は決まらないが、女性が、男性 (または別の女性) と共同で (together)、AI ないし IVF の施術 (treatment services) を受け、その結果 その女性が出産した場合において、施術前に、両者とその子の親となることを 引き受ける同意を書面でしていたとき	140
3 代理懐胎 (surrogacy) の場合	141
第4部 アメリカ法	143
第1章 はじめに	143
1 本調査の目的	143
2 アメリカにおける親子法制の概要	144
第2章 養子制度	146
1 アメリカにおける養子縁組の動向	146
2 統一養子法 (Uniform Adoption Act) の養子制度	147
1 概要	147
2 養親子関係成立の一般的要件と効果	148

3 未成年養子制度	149
4 成年養子制度	162
第3章 親子関係制度	163
[1] 法律上の親子関係に関する規律の動向	163
1 嫡出子（婚内子）の親子関係	163
2 婚外子の親子関係	163
[2] 統一親子関係法（Uniform Parentage Act）の親子関係制度	165
1 統一親子関係法の概要	165
2 法律上の親子関係の成立	167
3 親子関係の否定	173
[3] 生殖補助医療と親子関係	181
1 生殖補助医療による出生子の親子関係	181
2 代理懐胎による子と法律上の親子関係	183
第4章 諸州の養子・親子法制	185
[1] 養子制度	185
1 諸州の概要	185
2 ニュー・ヨーク州	187
3 カリフォルニア州	188
[2] 親子関係制度	189
1 諸州の概要	189
2 ニュー・ヨーク州	190
3 カリフォルニア州	191
第5部 韓国法	193
第1章 親生推定（嫡出推定）	193
[1] 父子関係の成立と親生子の推定	193
1 父子関係の成立	193
2 親生推定の要件	193
3 親生推定の効果	193
4 親生推定の制限	194
[2] 親生推定の否認	195

1	親生否認の訴	195
2	親生否認の許可請求と認知許可請求	197
3	親生推定（嫡出推定）の重複	198
1	親生推定の重複	198
2	父を定める訴	198
第2章 養子縁組		199
1	序	199
1	現代の養子制度の特徴	199
2	韓国の養子制度の種類	200
3	民法と入養特例法の関係	200
2	一般養子	201
1	未成年者の養子縁組	201
2	成年者の養子縁組	203
3	被成年後見人の養子縁組	203
4	養子縁組の効果	203
5	養子縁組の無効	204
6	養子縁組の取消	205
7	縁組の解消——罷養（離縁）	206
3	親養子	208
1	意義	208
2	親養子の要件	209
3	養子縁組の届出と登録	211
4	親養子縁組の効果	211
5	養子縁組の取消	212
6	縁組の解消——罷養（離縁）	213
4	入養特例法による養子縁組	214
1	意義	214
2	特例法上の養子縁組の成立要件	214
3	養子縁組の効果	218
4	養子縁組の無効と取消	218
5	縁組の解消——罷養（離縁）	218
6	中央入養院の設立と役割	219

第6部 台湾法	223
第1章 はじめに	223
第2章 養子縁組制度について	223
1 養子縁組制度の沿革と目的	223
2 現行法下の養子縁組の要件と効果	225
1 養子縁組の成立	225
2 養子縁組の効力	228
3 離縁	229
3 家事事件法の立法に伴う手続上の変化	230
1 立法経緯	230
2 家事事件の五類型	231
3 裁判離縁の手続に関する論争	231
4 養子縁組の実態とその機能	232
1 養子縁組の成立の実態	233
2 離縁の実態	234
第3章 摘出推定制度について	235
1 親子関係の成立について	235
2 摘出推定の概要	236
1 懐胎期間の推定	236
2 摘出推定	236
3 再婚禁止期間の撤廃と父子関係の重複回避の手続	237
1 再婚禁止期間の規定	237
2 再婚禁止期間の削除	237
3 父の確認の訴え	237
4 摘出否認制度の変遷	238
1 1931年民法と民事訴訟法では夫と「相続権を害される者」のみ	238
2 1985年法改正で妻へ否認権を付与	239
3 2004年の憲法裁判	240
4 2007年法改正で子へ否認権を付与	241
第4章 最近の議論——同姓カップルの法的保障と親子法	242

第1部 ドイツ法・オーストリア法

京都大学 長野史寛

第1章 特別養子——ドイツ¹

1 緒論

1 沿革

ドイツの養子縁組制度は、当初、子のいない養親のための制度だった。このことは、制度上、養親の年齢が50歳以上であり、かつ子を有しないことが要件とされていた点に表れている。しかし、第2次大戦後、これらの要件の緩和・廃止とともに、同制度は次第に養子の福祉のための制度に転換していった。この流れの集大成と言えるのが1977年の改正であり、これによって契約主義から国家宣言主義への移行、弱い養子縁組から完全養子縁組への移行が実現した。このように、ドイツ法は現代的な養子法にとっての1つの典型的な展開をたどったものと言える。

2 特色

現行のドイツ養子法の詳細に立ち入る前に、概観に代えて、日本法との比較におけるその特色をいくつか挙げておく。

- ① 未成年養子と成年養子とが、民法典の排列上も明確に区別されている。そして、未成年養子については、実親およびその親族との親族関係が消滅するいわゆる完全養子のみが認められている。日本法のように、普通養子と特別養子の区分に対応するものは存在しない。
- ② 養子縁組は、裁判所の決定により成立する（いわゆる国家宣言型）。従来、縁組当事者の契約を裁判所が承認することが長きにわたり縁組の要件とされていたものの、様々な規制ゆえに、契約と言っても名ばかりのものに過ぎなかった。1977年養子法改正により、この点を実態に合わせるべく、国家宣言型への転換が図られたのである。
- ③ 後に詳しく見るとおり、養子縁組のあっせん手続が制度化され、それに続く裁判所におけ

¹ 以下でドイツ法に関し略語で引用する文献は、以下のものである。なお、筆者が在外研究中で邦語文献の参照が困難なため、それらはごく一部の例外を除き原則として引用していない。

- BeckOGK-BGB/(著者名); Beck-online Großkommentar BGB
- Behrentin/(著者名), Handbuch; Rolf Behrentin (Hrsg.), Handbuch Adoptionsrecht (2017)
- Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht; Joachim Gernhuber/Dagmar Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl. (2010)
- MüKoBGB/(著者名); Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8 Familienrecht I (1297-1588), 7. Aufl. (2017); Band 9 Familienrecht II (1589-1921), 7. Aufl. (2017)
- MüKoFamFG/(著者名); Münchener Kommentar zum FamFG, Band 1, 3. Aufl. (2018)
- Muscheler, Familienrecht; Karlheinz Muscheler, Familienrecht, 4. Aufl. (2017)
- Soergel/(著者名); Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 20, 13. Aufl. (2000)
- Staudinger/(著者名); J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4 Familienrecht §§ 1589-1600d (Abstammung), Neubearbeitung 2011 (2011); §§ 1741-1772 (Adoption), Neubearbeitung 2007 (2007)

る手続とも一定の有機的な連携が図られている。

3 法源

(1) 実体法規範

養子縁組に関する実体的な規定は、そのほぼ全てが民法 (Bürgerliches Gesetzbuch; BGB; 条数引用の際は「民法」とする) の親族編に置かれている (1741 条以下)。もっとも、ドイツでは、異性間ないし同性間での婚姻²と並んで、同性カップル間での生活パートナーシップが認められているところ³、この生活パートナーが養子縁組の当事者となる場合については、生活パートナーシップ法 (Lebenspartnerschaftsgesetz; LPartG; 条数引用の際は「パートナー」とする) に若干の規定がある。

(2) 手続法規範

養子縁組の手続のうち、養子縁組のあっせんに関しては、主として養子縁組あっせん法 (Adoptionsvermittlungsgesetz; AdVermiG; 条数引用の際は「あっせん」とする) が、裁判所における成立手続については、家事・非訟事件手続法 (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit; FamFG; 条数引用の際は「家事・非訟」とする) が、これを定めている。

4 叙述の対象

本章の課題は、ドイツの未成年養子縁組制度の概要および運用状況につき説明することである。そこで、以下では、未成年縁組養子に関する規律に限定して、その概要を説明する。なお、ドイツの養子縁組においては、養親または養子がドイツ国外に居住しているなど、国際的な要素が重要な意味を持つこともある。しかし、この点は本章の主たる関心ではないことから、以下では触れない。

2 要件

1 緒論

(1) 「要件」の意味

未成年養子縁組の要件については、民法 1741 条から 1753 条に規定が置かれている。もっとも、ここで言う「要件」とは、通常の意味におけるそれとは若干異なる。と言うのも、裁判所による養子縁組成立の決定がされれば、原則として養子縁組は成立するのであって、その「要件」が欠けていたことは、せいぜい養子縁組の解消事由になりうるに過ぎないからである。その意味で、以下に述べる要件は、法律効果発生のための要件というよりも、第一次的には、裁判所がいかなる場合に縁組成立の決定をすべきかという行為規範としての役割を果たす⁴。なお、このこととも対応して、以下の要件はいずれも基本的に養子縁組成立の決定の時点で備わっている必要が

² 後者は、2017 年の改正により可能となった (民法 1353 条 1 項 1 文)。

³ もっとも、同性婚が認められたのと同時に、生活パートナーシップの新規登録はもはやできなくなっている (Art. 3 Abs. 3 Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.7.2017, BGBl. I S. 2780)。これにより、生活パートナーシップに関する議論は今後実益を失っていくと思われるため、本章ではこれに関する事項は注で言及するにとどめる。

⁴ Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, § 68 Rn. 11, 96.

ある。

(2) 概観

以上の意味での養子縁組成立の要件は、①養親および養子の資格に関する要件(2、3)、②養子の利益に関する要件、③関係者の利益保護に関する要件、④手続的要件としての申立て(9)の4つに大きく区分することができる。②には、子の福祉適合性(4)、親子関係発生の見込み(5)および試験養育期間(6)の要件が含まれる。③は、養親となるべき者および養子となるべき子のそれぞれの子の利益への配慮(7)と、その他の利害関係人(養子となるべき子、実親および養親となるべき者の配偶者)の同意要件(8)とからなる。

2 養親適格

まず、養親たる資格としては、次の諸点が必要とされる。

(1) 行為能力

養親となるべき者は、完全な行為能力を備えていなければならない。現行法にはこのことを明記する規定は存在しないが、異論は存在しない⁵。

(2) 年齢

(a) 下限

養親となるべき者の年齢については、日本の現行特別養子法と同様、その下限が定められている。すなわち、養親は、原則として25歳以上でなければならない(民法1743条1文前段)。ただし、配偶者⁶の一方が他方の子を単独で養子とするときは、その配偶者は21歳以上であれば足りる(同条1文後段)。また、夫婦⁷が共同で養子縁組をする場合には、一方が25歳以上、他方が21歳以上であれば足りる(同条2文)⁸。なお、夫婦が養親となる場合における共同養子縁組の必要性については、次の(3)を参照。

(b) 年齢差要件の不存在

以上のような絶対的な下限年齢に対し、養親・養子間の相対的な年齢差については、特に規定がない。もっとも、後述するように(本章²5(3)(a))、年齢差が通常の実親子においてありえないほど小さく、または大きいときは、親子関係発生の見込みの要件が否定される。

(3) 共同養子縁組の必要性・可能性

(a) 原則

1) 夫婦——共同縁組の原則

夫婦は、原則として共同でのみ養親となることができる(民法1741条2項2文)。両親のそろうた家庭の中で育つことが養子の福祉に適うとの考慮によるものであり⁹、日本の現行法と同様である。

共同縁組の原則が妥当すべき夫婦について、民法は一定の婚姻期間の継続を要件とはしていな

⁵ Soergel/Liermann, § 1741 Rn. 40; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, § 68 Rn. 34.

⁶ 生活パートナーについても同様である(パートナー9条7項2文)。

⁷ 同性婚の当事者を含む。以下同じ。

⁸ もっとも、こうした規律に対しては、実親子関係であれば親が成年に達してさえいればその親権に制限がないこととの整合性を欠き、また養親となるべき者が若年ゆえに養親としての適性を欠くことは、子の福祉の要件において考慮すれば足りるとの批判がある。この見解は、年齢の下限に代えて、養親・養子間に一定の年齢差を要件とすべき旨を説く(Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, § 68 Rn. 33)。

⁹ MüKoBGB/Maurer, § 1741 Rn. 8.

い。しかし、後述のように（本章²4（1）（b））、婚姻関係が安定しており、その継続が見込まれることは、子の福祉適合性の要件においてその他の諸事情とともに考慮される。

2) その他——単独縁組

婚姻していない者も、養親となることができる。もっとも、単独でのみであり、他人との共同縁組は認められない（民法 1741 条 2 項 1 文）¹⁰。単独縁組であることは、後述のように（本章²4（1）（c）1））子の福祉適合性の判断において不利な要素として考慮されることがあるものの、その可能性自体は認められている点で、日本の現行法とは異なる。

（b）例外——配偶者の一方による単独縁組

もっとも、夫婦の共同縁組については、次の 2 つの例外が認められている。いずれも、共同縁組が法律上不可能であることによるものである。

- ① 配偶者の一方が他方の子を養親とするときは、単独で縁組をすることができる（民法 1741 条 2 項 3 文）¹¹。この場合、上述のように、他方の配偶者が自らの実子を養子とすることは法律上できないことから、この特則が置かれている。

ここで言う他方の配偶者の子は、養子であってもよい¹²。このような養子縁組は、承継縁組（Sukzessivadoption）と呼ばれる¹³。

- ② 他方の配偶者が行為無能力または 21 歳未満であるために養親となることができないときにも、単独縁組が認められる（民法 1741 条 2 項 4 文）¹⁴。この場合における他方の配偶者の同意については、後述する（本章²8（4））。

3 養子適格

次に、養子の資格としては、次の諸点が必要とされている。

（1）固有の要件

- ① 養子となるべき子は、既に出生していなければならず、胎児の時点での養子縁組は認められない。直接の規定はないものの、試験養育期間の要件や実親の同意が子の生後 8 週以降にのみなしうるとの規定（後述本章²8（1）（c））から間接的に導かれ¹⁵、また実際上も政策的にもその必要性はないとされる¹⁶。

¹⁰ 共同縁組は夫婦に限定されており、生活パートナーによる共同縁組は認められない（BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1741 Rn. 73; MüKoBGB/Maurer, § 1741 Rn. 36）。これに対しては、違憲とする見解が強い（MüKoBGB/Maurer, Vor § 1741 Rn. 66, 68）。さらに、内縁関係にある者についても共同縁組を認めるべきだとする見解もある（BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1741 Rn. 74）。もっとも、生活パートナーについては、注（13）に述べる事情から、禁止の意味はほとんどなくなっている。

¹¹ 生活パートナーについても同様である（パートナー 9 条 7 項 1 文）。

¹² BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1741 Rn. 76; MüKoBGB/Maurer, § 1741 Rn. 17.

¹³ この承継縁組は、かつては生活パートナーには認められていなかった。しかし、そのことが違憲であるとする連邦憲法裁判所の判決（BVerfG FamRZ 2013, 521）が出されたのを受け、現在では認められるに至っている（パートナー 9 条）。その結果、生活パートナーの一方がまず単独縁組をし、続いて他方が承継縁組をすることによって、生活パートナーには認められていない共同縁組と同じ実質を容易に作り出すことができることになっている。

¹⁴ この例外については、立法論的な批判がある（MüKoBGB/Maurer, § 1741 Rn. 25）。それによると、21 歳未満の者の配偶者が単独で縁組をした場合、実際には養子はこの養親とその配偶者たる 21 歳未満の者の家庭で暮らすことになるところ、これは共同縁組について養親が 21 歳未満であってはならないとする規律が望ましくないと評価した事態に他ならず、同規律とここでの例外則との間には評価矛盾がある。

¹⁵ Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht § 68 Rn. 44.

¹⁶ MüKoBGB/Maurer, § 1752 Rn. 5.

② 養子となるべき子は、養子縁組成立の決定の時点において生存していなければならない(民法 1753 条 1 項)。子の死亡後には、養子縁組の目的である子の福祉の増進は問題とならないからである¹⁷。

③ さらに、未成年養子縁組に該当するためには、養子となるべき子が未成年である必要がある。その基準時は、養子縁組成立の決定の時点である¹⁸。

(2) 養親となるべき者との実親子関係の不存在

次に、実親子関係が存在する者同士の間では、養子縁組をすることができない。明文の規定があるわけではないが、こうした養子縁組は子の法的地位に何の変更ももたらさず、無意味であることから、そのように解されている¹⁹。

(3) 既に養子となっていないこと (多重縁組の禁止)

(a) 原則

さらに、「養子となった者は、養親子関係が存続する限り、養親の生存中はその配偶者以外の者の養子となることができない」(民法 1742 条)。読みにくい規定だが、要するに、既に養子となっている者は、原則として重ねて別の者の養子となることができないということである。すなわち、日本の現行法におけると異なり、いわゆる多重縁組²⁰ (Mehrfachadoption) は認められない。その趣旨としては、次のように様々なものが挙げられる²¹。

- ① これを無制限に認めると、子の生活状況が安定せず、その福祉を害する恐れがある。
- ② 実親の同意が特定の養親につき必要とされる(後述本章²8 (1) (d)) 趣旨が潜脱され、いわゆる白紙同意を認めたのと同じことになりかねない。
- ③ 上述のように、現行法は夫婦にのみ共同縁組を認めている。しかし、多重縁組を認めるならば、共同縁組をしようとする者が相次いで別途単独縁組をすることで、誰でも共同縁組とほぼ同じ結果を実現できてしまう²²。
- ④ 多重縁組を禁止することで、親子関係は基本的に解消できないという原則を確認するとともに、養親にその責任を自覚させることができる。

(b) 例外

先に掲げた条文からも窺えるように、多重縁組の禁止には、次の 3 つの例外がある。

1) 養子縁組の解消

第 1 に、既存の養子縁組が解消された場合である。この場合、縁組解消の効果として実親は親

¹⁷ MüKoBGB/Maurer, § 1753 Rn. 4. もっとも、養子となるべき子に既に子がいて、この子も養親となるべき者の家庭で生活を共にしていた場合には、養子となるべき子の死亡後に養親となるべき者がこの子を養子としようとしても、年齢差ゆえに親子関係発生の見込みの要件を充たさない可能性が高い(後述本章²5 (3) (a))。このような場合には、死亡後も養子縁組が養子となるべき子の福祉に資する場合がありますとして、この要件に疑問を呈する見解もある (BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1753 Rn. 3; MüKoBGB/Maurer, § 1753 Rn. 2)。

¹⁸ MüKoBGB/Maurer, § 1752 Rn. 27.

¹⁹ Soergel/Liermann, § 1741 Rn. 16; MüKoBGB/Maurer, § 1741 Rn. 60. かつては非嫡出子を養子とすることに法律上意味があったが、1998 年の改正により嫡出・非嫡出の区別が消滅してからは(後述第 2 章¹11)、そうした意味は失われている。

²⁰ 日本法では、一般に転縁組という概念が用いられ、これはここで言う多重縁組に概ね対応するものと思われる。もっとも、「転」縁組との用語は承継縁組を含まないように聞こえるため、ここではその使用を避けた。

²¹ MüKoBGB/Maurer, § 1742 Rn. 7-9.

²² もっとも、現在では、生活パートナーに関する限り、このような規制の潜脱が認められる結果になっている(前出注(13)参照)。

としての地位を回復するから、重ねて養子縁組がされる場合には、その同意が必要となる。これにより、白紙同意禁止の潜脱という事態は生じないことになる²³。

2) 養親の死亡

第2に、養親が死亡した場合である。養親が死亡しても養子縁組は解消せず、したがって上述の第1の場合には該当しない。しかし、この場合の子は親のいない状態となっており、別の者を養親とすることにつき利益を有することから認められた例外である²⁴。

ここでの養親の死亡とは、共同縁組においては双方の養親の死亡を言う。その一方のみが死亡したにとどまる場合は、他方との養子縁組が解消されない限り、さらに縁組をすることはできない²⁵。

なお、養親の死亡によっても実親が親としての地位を回復するわけではないため、この場合においては実親の同意（後述本章²8（1））を要しないというのが通説である²⁶。

3) 養親の配偶者による養子縁組

第3に、上述の承継縁組、すなわち養親の配偶者が養子と重ねて養子縁組をすることは妨げられない。夫婦共同縁組の原則を補充するため²⁷、また子の生活環境の変化などの弊害が生じる恐れもないことから²⁸、許容されている。

もっとも、まさにその夫婦共同縁組の原則ゆえに、この規律が妥当する場面はそれほど多くない。想定されるのは、次のような場面である。

- ① 養親が単独縁組をした後に婚姻した場合。
- ② 共同縁組の原則の例外が認められる場合（前述本章²2（3）（b））において、配偶者の一方が単独で養子縁組をした場合。
- ③ 夫婦が共同縁組をした後に、その一方についての養子縁組が解消や死亡によって終了した場合。この場合において他方の配偶者が再婚したときは、その相手方たる配偶者は、①の場合と同様に子の養親となることができる。

これらの場合において、当初の養子縁組は継続しているため、実親は子との親族関係を失ったままである。したがって、再度の養子縁組につき実親の同意は不要である²⁹。

4 子の福祉適合性

（1）原則

養子となるべき子の利益に関しては、第1に、養子縁組が子の福祉に適うことが必要である（民法1741条1項1文）。未成年養子縁組の制度目的を体現する中核的な要件である。

²³ MüKoBGB/Maurer, § 1742 Rn. 10.

²⁴ MüKoBGB/Maurer, § 1742 Rn. 11.

²⁵ MüKoBGB/Maurer, § 1742 Rn. 13.

²⁶ MüKoBGB/Maurer, § 1742 Rn. 14. もっとも、親の基本権との関係でこれを問題視し、憲法上の要請として実親の同意の必要性を説く見解もある（BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1742 Rn. 12）。

²⁷ Soergel/Liermann, § 1742 Rn. 8.

²⁸ MüKoBGB/Maurer, § 1742 Rn. 15.

²⁹ この点については、第2の例外におけると異なり（前出注(26)参照）、憲法上の親の権利の侵害を問題視する見解は見られない。その背景には、養親の婚姻により子の生活環境が変化することは養親の自由に属する事柄であり（MüKoBGB/Maurer, § 1742 Rn. 18）、当初の実親の同意はそうした場合の承継縁組の可能性をも踏まえた上でされたものと見るべきだ（Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht § 68 Rn. 17）との理解がある。

（a）規準

その判断については、一般に、養子縁組によって養子となるべき子の生活状況ないし法的地位が著しくかつ継続的に改善するかどうかという規準が出発点とされる。すなわち、この従前の生活状況と、養親となるべき者の下で予想される生活状況とを比較した上、後者における養子となるべき子に有利な点が不利な点を著しくかつ継続的に上回ることが必要である³⁰。

（B）考慮要素

以上の判断に際しては、①養子となるべき子の従前の状況および②養親となるべき者の適性に関する諸事情が総合的に考慮される。①としては、現在どこで養育されているか（実親、里親あるいは施設）、そこでの養育の継続の見込み、兄弟姉妹等との関係、さらに養子となるべき子の希望などが考慮される。②としては、財産状態、健康状態、居住環境、婚姻関係の安定性、職業、前科など、親の適性にとって意味を持つ事情が総合的に考慮されるが、その際、内面的・精神的な適性が特に重視され、財産状態や健康状態といった外面的な要素は決め手とならないとされる³¹。

（c）特別な場合

1）単独縁組

前述のように、ドイツでは未成年養子についても単独縁組が認められている。もっとも、そこでは両親のそろった家庭で成長するという子の利益は実現されず、また親族が養親 1 人の系統に限られることが相続等の面で不利益をもたらしうることから、単独縁組においては子の福祉適合性を厳格に判断すべきものとされる。具体的には、養親となるべき者が長年にわたり子を世話している場合や、その職業上有する教育的、心理学的ないし医学的な知見がその子の養育にとって重要である場合などに、子の福祉適合性が認められる³²。

2）連れ子縁組

連れ子養子の場合にも、子の福祉適合性の判断は慎重に行う必要があるとされる。これは、①一方の親が別の者に入れ替わることによる子の心の葛藤、②養親となるべき者が子の福祉のためでなく、配偶者の元パートナーを排除するために養子縁組を希望しているに過ぎない場合があることによる³³。

（2）児童取引に関与した者等についての特則

以上に対し、「違法な、または良俗に反する子の移送またはあつせんに、養子縁組をする意図をもって関与し、または第三者に対しそれを委託し、あるいは対価を支払った者」については、子の福祉の判断を厳格化する特則が置かれている。児童取引への関与を抑止する趣旨に出たものである³⁴。

以上の要件に該当する者は、原則としてその子の養親となることができない。例外的に、当該子の福祉のために不可欠な場合にのみ、その養親となることができる（民法 1741 条 1 項 2 文）。上述のような規定の趣旨から、「子の福祉のために不可欠な場合」は厳格に解されている。具体的には、既に養子となるべき子が当該養親となるべき者と密接な結びつきを形成しているために、子をこの者から切り離すことによってその福祉がおびやかされてしまうような場合がそれに当た

³⁰ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1741 Rn. 5; MüKoBGB/Maurer, § 1741 Rn. 73.

³¹ Behrentin/Braun, Handbuch, B Rn. 270.

³² MüKoBGB/Maurer, § 1741 Rn. 110 ff.

³³ Behrentin/Braun, Handbuch, B Rn. 292-294.

³⁴ BT-Drs. 7 /3421, 9; MüKoBGB/Maurer, § 1741 Rn. 146.

ると説かれる³⁵。

5 親子関係発生の見込み

(1) 位置づけ

子の福祉適合性と並んで、「養親となるべき者と子との間に親と子としての関係 (Eltern-Kind-Verhältnis) が発生することが見込まれる」こと (便宜上「親子関係発生の見込み」とする) が必要とされている (民法 1741 条 1 項 1 文)。これは、実質的には子の福祉適合性の要件の一部をなすと言われる³⁶。と言うのも、そうした見込みがないならば、結局のところ養子縁組が子の福祉に適うとは認められないことに帰するからである。

(2) 内容

「親と子としての関係」とは、親子の間に典型的に存在するような緊密な結びつき (「社会的親子関係 (soziale Elternschaft) 」) を言う。養親となるべき者の側に養子となるべき子に対する配慮、教育や扶養をする用意があり、養子となるべき子の側にそうした養親となるべき者に対しての年齢に応じた信頼があるような関係がこれに当たるとされる。これに対し、氏名の承継や相続税の節税が主たる目的とされるような場合には、この要件は認められない³⁷。

(3) 特別な場合

以上のような判断は、実際のところ、子の福祉適合性の判断と重なってくると考えられる。もっとも、各論的な議論の中には、こうした判断の枠には収まらず、むしろ親子関係の社会的な意味合いを問題としているように思われるものがある。

(a) 過大または過小な年齢差

第 1 に、養親となるべき者と子との間の年齢差が、通常の親子としては不自然なほどに大きく、または小さい場合に、親子関係発生の見込みを否定する見解および裁判例がある。一般的に、年齢差の下限は 15 歳程度、上限は 40 歳程度とされるが、後者については高齢出産の増加の傾向に左右されると言われる³⁸。

もっとも、これに対しては、とりわけ年齢差の上限を念頭に形式的・画一的な扱いを批判し、養親となるべき者が子の養育に耐えうるほどに健康かつ丈夫であるかどうかを重視すべきだとの見解もある³⁹。問題をあくまで子の福祉適合性の枠内で捉えようとする立場とすることができる。

(b) 親族養子

第 2 に、親族が養親となる場合は、既に祖父母なり甥姪なりそれぞれの親族としての関係が形成されているときに、新たに親子としての関係が成立することは通常困難であり、また子と実親との関係がその後も継続することが少なくない。したがって、実親による養育の可能性、子が養親となるべき者を親として受け入れる用意などを考慮して例外的にのみこの要件 (ないし子の福

³⁵ MüKoBGB/Maurer, § 1741 Rn. 161. なお、この特則の合理性には疑問も示されている。上述の解釈による限り、養親となろうとする者は、まず子と十分な結びつきを形成してから養子縁組の申立てをすることによって容易に規制を潜脱することができるし、これを回避しようとして「子の福祉のために不可欠な場合」の解釈をより厳格化するならば、今度は児童取引抑止のために当該子の福祉が犠牲にされることになってしまうからである (BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1741 Rn. 47; MüKoBGB/Maurer, § 1741 Rn. 161)。

³⁶ Behrentin/Braun, Handbuch, B Rn. 316.

³⁷ 以上につき、MüKoBGB/Maurer, § 1741 Rn. 133 を参照。

³⁸ MüKoBGB/Maurer, § 1741 Rn. 139-140.

³⁹ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1743 Rn. 14.

祉適合性の要件) を認めるべきだとされる⁴⁰。

6 試験養育期間

(1) 趣旨

「養子縁組成立の決定は、通常、養親となるべき者が子を相当期間養育した後でのみすることができるものとする」(民法 1744 条)。既に見た子の福祉適合性および親子関係発生の見込みの要件は、いずれも将来の予測を要するものであるため、その判断のための基礎を提供するとともに、養子縁組の偽装を防止するのが目的である⁴¹。なお、この試験養育は、通常、後に述べる養子縁組あっせん手続中の縁組前養育に相当し、その限りで養子縁組成立手続との接点をなす要件である。

(2) 期間

何が「相当の期間」かは個別具体的に判断すべきものとされるが、その際特に子の年齢が重視される。すなわち、大人との感情的な結びつきを形成する段階にない乳児についてはごく短期間で足りるのに対し、ある程度物心のついた子については、一般的に 1 年は必要とされる⁴²。

7 養親となるべき者の子ないし養子となるべき子の子の利益への配慮

(1) 趣旨

「養子縁組によって、養親となるべき者の子または養子となるべき子の子のより大きな利益が害されるとき……⁴³は、養子縁組成立の決定をすることができない」(民法 1745 条 1 文)。養子縁組によって影響を受ける他の子の福祉に配慮し、養子となるべき子の福祉との間で衡量を求める規定である。

(2) 養親となるべき者の子の利益

(a) 利益の主体・内容

まず、「養親となるべき者の子」については、養子、胎児の他、孫がいる場合にはこれをも含むとして、広く解されている。これらの者と養子の間に利害対立がある場合にも、養子縁組後の生活はうまくいかない恐れがあるからである⁴⁴。そして、彼らの「利益」としては、①親の保護・教育を受ける利益、②扶養を受ける利益、③相続についての利益などが考えられるが、實際上特に意味を持つのは②であるとされる。以上に対し、単なる不安感や拒絶感等はそこに含まれない⁴⁵。

(b) 利益の衡量

これらの利益と、養子縁組成立により促進されるべき子の福祉とを較量した上で、前者が後者を上回ると認められるときは、養子縁組の成立が認められない。

その較量におけるこれらの利益の評価に関しては、財産的利益は決め手とされるべきでない旨

⁴⁰ MüKoBGB/Maurer, § 1741 Rn. 135-137; Behrentin/Braun, Handbuch, B Rn. 321.

⁴¹ MüKoBGB/Maurer, § 1744 Rn. 1.

⁴² MüKoBGB/Maurer, § 1744 Rn. 29.

⁴³ この省略箇所には、「養子となるべき子の利益が養親となるべき者の子によっておびやかされる恐れがあるとき」が挙げられている。しかし、これは子の福祉適合性の要件の中で既に考慮されるべき点であり、この部分は確認的な意味を持つに過ぎないと解されているため (MüKoBGB/Maurer, § 1745 Rn. 31)、本文では取り上げない。

⁴⁴ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1745 Rn. 8; MüKoBGB/Maurer, § 1745 Rn. 7-9.

⁴⁵ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1745 Rn. 9; MüKoBGB/Maurer, § 1745 Rn. 13.

が明文で定められている（民法 1745 条 2 文）。相続の利益は、ここに言う財産的利益に他ならない。これに対し、扶養は安定した成長・発育の基盤としての役割を果たす点で、財産的利益に尽きるものではないとされる⁴⁶。

保護・教育を受ける利益の衡量に際しては、養親となるべき者の態度および身体的・精神的能力、既存の子の数およびニーズ等を考慮すべきものとされる。扶養利益に関しては、一般的に、既存の子のための扶養費が、扶養費の算出に用いられるいわゆるデュッセルドルフ算出表（Düsseldorfer Tabelle）における一等級分低下することは期待可能である。ただし、それによって最低限度の扶養が不可能になったり、養親が生活保護を受けざるを得なくなるような場合には、既存の子の利益の方が上回るとされる。

特に連れ子養子の場合には、養親となるべき者が新たな扶養義務を負担することで、以前の配偶者との間の実子に対する扶養を切り下げることが主たる目的に養子縁組をすることがありうる。こうした場合には、その実子の利益が優先し、養子縁組は認められない⁴⁷。

（3）養子となるべき子の子の利益

養子となるべき子の子の利益の保護は、実務上ほとんど問題とならないとされる。そもそも 18 歳未満である子にさらに子がいるという事態がきわめて例外的であり、またそうした場合であっても、養子となるべき子の福祉とその子の福祉とは通常一致するからである⁴⁸。立法の段階でも、この規律は単に念のために設けられたものに過ぎなかった⁴⁹。

8 関係者の同意等

次に、養子縁組に重要な利害関係を有する者として、実親（(1)）、子（(3)）および養親となるべき者の配偶者（(4)）につき、その同意が養子縁組成立の要件とされている。その他、母と婚姻関係にない父については、特別な保護が定められている（(2)）。

（1）実親の同意

（a）趣旨

このうち、實際上最も重要な意味を持つのが、実親の同意である。養子縁組による親子関係の消滅は、親の基本権に対する重大な制約であることから、原則としてその同意が必要とされている。

（b）同意権者

1）原則——法律上の実親

同意の主体は、法律上の実親である。

- ① 一方で、法律上の父または母の要件を充たした者でなければならず、血縁上の親子関係があるだけでは足りない（もっとも、この点については、すぐ後に述べるように、例外がある）。
- ② 他方で、同意権を有するのは実親のみであり、養親は含まれないと解されている。実親の同意は血縁を背景とした親の自然的権利の保護を目的とするものだからというのが、その理由である⁵⁰。

⁴⁶ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1745 Rn. 25.

⁴⁷ 以上につき、MüKoBGB/Maurer, § 1745 Rn. 18-28 を参照。

⁴⁸ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1745 Rn. 30.

⁴⁹ BT-Drs. 7/3061, 34.

⁵⁰ MüKoBGB/Maurer, § 1747 Rn. 6-7. しかし、一般に養親にも親の基本権が認められると解されていること

③ 同じ理由から、法律上の実親が親権を有するかどうかは意味を持たない⁵¹。

2) 例外——法律上の父が存在しない場合

以上のうち、①については例外がある。すなわち、子につき法律上の父に当たる者が存在しない場合に限り、懐胎期間（子の出産の 300 日前の日から 181 日前の日までの期間）中に子の母と性交渉を持ったことを疎明した者は、法律上の父と同様に同意権を有する（民法 1747 条 1 項 2 文）。子と法律上の親子関係を有しない血縁上の父にも、基本法上の親の基本権が保障されることから、以上のような条件の下で同意の機会を与えたものである⁵²。なお、人工生殖はここに言う性交渉と同視すべきものと解されている⁵³。

（c）同意の時期

実親の同意は、養子となるべき子の生後 8 週間を過ぎるまではすることができない（民法 1747 条 2 項 1 文）。これは、子の出生直後の（とりわけ母にとって）負担の大きな時期に、親が性急な判断をしてしまうことを防ぐためである⁵⁴。

以上の制限は、両親が婚姻関係になく、かつ親権を共同で行使していない場合における父については妥当しない。この場合における父は、子の出生前の時点から既に同意をすることができる（民法 1747 条 3 項 1 号）⁵⁵。子の出生前の時点では通常養親となるべき者が決まっていなかったことから、その時点での同意については例外的に白紙同意が許されるものと解されている⁵⁶。

（d）同意の内容

「同意をする者が既に確定している養親を知らなかったとしても、同意は有効である」（民法 1747 条 2 項 2 文）。この規定は、次の 2 つの意味を有するものと解されている。

- ① 養親が「既に確定している」ことが前提とされていることから、同意は特定の養親による養子縁組を対象とするものでなければならず、いわゆる白紙同意は認められない。実親には、どのような者が子の養親となるかを知る権利があるからである⁵⁷。
- ② 他方で、この規定は、養親となるべき者の氏名・住所等を実親が知る必要までではないとすることで、いわゆる匿名養子縁組が認められることを明らかにしている。実親による干渉の可能性を防ぐという養親および子の利益と、上述の実親の知る権利との調和を図る趣旨によるものである⁵⁸。

この場合、具体的には、養子縁組あっせん機関に登録された養親希望者の待機リストのうち

との関係は明らかでない。他方、多重養子の禁止を理由とする説明もあるが（*Staudinger/Frank*, § 1747 Rn. 9）、それには例外が認められる以上（前述本章 [2](#) 3（3）（b））、説明として十分でないと思われる。

⁵¹ *MüKoBGB/Maurer*, § 1747 Rn. 16.

⁵² *MüKoBGB/Maurer*, § 1747 Rn. 29. もっとも、以上の規律によると、子に法律上の父が存在する場合には血縁上の父の権利は保護されないことになるところ、これでは親の基本権に対する十分な保護とは言えないとの批判がある。この立場からは、血縁上の父に対し、法律上の父と並んで常に同意権を与えるべきだとの立法論が説かれている（*BeckOGK-BGB/Löhnig*, § 1747 Rn. 15 ff.; *MüKoBGB/Maurer*, § 1747 Rn. 24）。

⁵³ *BeckOGK-BGB/Löhnig*, § 1747 Rn. 13; *MüKoBGB/Maurer*, § 1747 Rn. 33.

⁵⁴ *BeckOGK-BGB/Löhnig*, § 1747 Rn. 30; *MüKoBGB/Maurer*, § 1747 Rn. 51.

⁵⁵ もっとも、この規律に対しては、子の母と婚姻関係にある父とそうでない父とを合理的理由なく差別するものであるとして、批判が強い（*Staudinger/Frank*, § 1747 Rn. 25; *BeckOGK-BGB/Löhnig*, § 1747 Rn. 39-40）。

⁵⁶ *MüKoBGB/Maurer*, § 1747 Rn. 74.

⁵⁷ *Behrentin/Braun*, Handbuch, B Rn. 139.

⁵⁸ *Behrentin/Braun*, Handbuch, B Rn. 139-140.

特定の箇所に記載の者、という形で養親となるべき者を特定するのが通例である。

(e) 同意を要しない場合（民法 1747 条 4 項）

以上の同意は、例外的に不要とされることがある。その際、2つの類型が区別される。1つは、一定の要件を充たせば法律上当然に同意が不要となる類型であり、もう1つは、家庭裁判所が一定の要件の下で同意に代わる決定 (*Ersetzung der Einwilligung*)⁵⁹をする類型である。ここでは、まず前者を取り上げる。

実親の同意を要しない場合として掲げられているのは、同意をとりつけることが客観的に不可能と見るべき場合である。具体的には、以下の2つの場合である（民法 1747 条 4 項）。

- ① 長期にわたり意思表示をすることができない状態にある場合。意識不明等の場合の他、死亡の場合もこれに当たるとされる⁶⁰。
- ② 長期にわたりその居所が不明である場合。捨て子の場合や自然災害による場合などの他、匿名の精子提供者が父である場合なども含まれるとされる⁶¹。

(f) 同意に代わる決定（民法 1748 条）

他方、同意に代わる決定については、民法 1748 条が複雑な規定を置いている。そこで要件として挙げられているのは、基本的に、⑦実親に何らかの義務違反が認められ、かつ④養子縁組をしなければ子に一定の不利益が生じる場合である。具体的には、以下の諸場合である。

- ① ⑦実親が子に対する義務に継続的かつ著しく違反し、かつ④養子縁組をしなければ子に不相当な不利益が生じる場合（1 項 1 文前段）。義務の「著しい」違反とは、子の存続に関わるような身体的・精神的な需要の充足を著しく怠ることを言う。例えば、食事や衣類を与えないこと、学校に行かせないこと、虐待その他の犯罪行為、あるいは犯罪行為をさせることなどである⁶²。扶養義務の不履行も、それによって子が窮状に陥るなどその福祉が害される場合には、これに当たるとされる⁶³。

子の「不相当な不利益」の判断においては、子の福祉と実親の利益との衡量が行われる。すなわち、実親の義務違反の程度に鑑みて、養子縁組が行われないことによる子の不利益の程度が、親の自然的権利の制約を正当化するほどに重大なものであるかが判断される。その際、親権の制約ないし喪失等（民法 1666 条）のよりゆるやかな手段では足りないかどうかをも考慮すべきものとされる⁶⁴。

- ② ⑦実親がその行動を通じて子のことを何ら意に介していないことを示し、かつ④養子縁組をしなければ子に不相当な不利益が生じる場合（1 項 1 文後段）。⑦は、具体的には、他人にこの世話を任せきりにして面接交渉をしようとしなかったことや、子に何も伝えずに居所を変えることなどである⁶⁵。④については、①に述べたのと同様である。

この場合、実親に自らの態度を再考する機会を与えるため、同意に代わる決定の可能性につ

⁵⁹ 直訳的に「同意の補充」などと訳されることもある。

⁶⁰ MüKoBGB/Maurer, § 1747 Rn. 99.

⁶¹ MüKoBGB/Maurer, § 1747 Rn. 105. さらに、ドイツではいわゆる秘密出産が認められているところ（渡辺 富久子・外国の立法 260 号 65 頁（2014 年）等参照）、この秘密出産をした母の居所は不明とみなされる（民法 1747 条 4 項 2 文本文）。その結果、それは職権調査の対象ともならないという点にポイントがある（MüKoBGB/Maurer, § 1747 Rn. 107-109）。

⁶² MüKoBGB/Maurer, § 1748 Rn. 22-23.

⁶³ MüKoBGB/Maurer, § 1748 Rn. 25.

⁶⁴ MüKoBGB/Maurer, § 1748 Rn. 85-86.

⁶⁵ MüKoBGB/Maurer, § 1748 Rn. 33-41.

き青少年庁（Jugendamt）が教示し、子との家庭生活を可能にするような支援についての相談をすることとされている（2項）。

③ 実親の義務違反が特に重大で、子を継続的に当該実親の保護下に置いておくことができないと見込まれる場合（1項2文）。①に言う義務違反の継続性に代えて、違反の重大性が特に著しいことを要件とするものである。具体的には、子に対する傷害、殺人未遂等の重大な犯罪行為またはそれに準ずるような行為が想定されている。このような重大な義務違反があれば、通常「子を継続的に当該実親の保護下に置いておくことができないと見込まれる」ことから、後半部分は独立の要件とは見られていない⁶⁶。

④ ⑦実親が特に重大な精神疾患または精神障害により継続的に子の保護・教育をすることができない状態にあり、かつ①養子縁組をしなければ子が家庭の中で育つことができず、それによってその発達が著しく妨げられる場合（3項）。ここでは、親にとって帰責性のない事実が原因であることから、④の規準が①および②におけるよりも厳格なものになっている。親戚や知人の下で生活することができる場合には、④を充たさない。これが充たされるのは、要するに、養子縁組をしない限り児童施設に行く他ない場合である⁶⁷。

⑤ 以上に対する特則として、子の母と婚姻しておらず、かつ一度も親権を行使していない父については、その義務違反行為等は必要とされず、①養子縁組をしなければ子に不相当な不利益が生じるという事実だけで、裁判をもってその同意に代えることができるとされている（4項）。子の母と婚姻関係にない父は、当然に親権を取得しないものの、申立てによりいつでも、それが子の福祉に反するのではない限り、親権の全部または一部を母との共同行使とすることができる（民法 1626a 条 1 項 3 号、2 項）。それにもかかわらずこの申立てを怠り、子についての責任を引き受けてこなかった父には、養子縁組についてそれほど強力な同意権を認める必要はないというのが、以上の規律の趣旨である⁶⁸。

もっとも、父が親権を取得しないことには様々な事情がありえ、それが直ちに子についての責任を引き受けていなかったことを意味するわけではないことから、4項の合憲性にはかねてから疑問が呈されてきた⁶⁹。これを受けた連邦通常裁判所は、この規定に憲法適合的解釈を施すに至った⁷⁰。それによると、4項を適用するためには、子にとって不相当な不利益が生じるだけでなく、その不利益が父の親としての基本権を凌駕するほどに重大なものであることが必要である。その結果、4項の判断は、以上の①から④におけるのとそれほど大きく異なるものではなくなっているとされる⁷¹。

（g）同意の方式等（民法 1750 条）

同意の意思表示は、公証人による公証により、家庭裁判所に対してしなければならない（民法 1750 条 1 項 1 文、2 文）。公正証書作成の際に、公証人から当該意思表示の意味および帰結（とりわけ、次に述べる撤回可能性の排除）について教示がされる（公証法 [Beurkundungsgesetz] 17 条）ことにより、実親の判断の真意性を担保する趣旨である⁷²。また、同意の意思表示は、家

⁶⁶ 以上につき、MüKoBGB/Maurer, § 1748 Rn. 81-84 を参照。

⁶⁷ Behrentin/Braun, Handbuch, B Rn. 221.

⁶⁸ BT-Drs. 13/4899, 114.

⁶⁹ Soergel/Liermann, § 1748 Rn. 42.

⁷⁰ BGH NJW 2005, 1781.

⁷¹ Behrentin/Braun, Handbuch, B Rn. 225.

⁷² BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1750 Rn. 10

庭裁判所に到達した時点で効力を生じる（民法 1750 条 1 項 3 文）。

同意の意思表示には、条件・期限を付することができない（民法 1750 条 2 項 1 文）。また、一旦効力を生じた同意は、もはや撤回することができない（同項 2 文）。実親の翻意により子の試験養育が妨げられ、度重なる生活環境の変化によりその福祉が害されるのを防ぐ趣旨である⁷³。

さらに、同意は一身専属的な行為であり、代理人による意思表示は、任意代理であると法定代理であるとを問わず、認められない（民法 1750 条 3 項 1 文）。同様に、同意権者が死亡した際にも、同意権は相続人に承継されないと解されている⁷⁴。

（h）同意の効果（民法 1751 条）

実親の同意は、家庭裁判所が養子縁組成立の決定をするための要件の 1 つである。しかし、それ以外にも、法はこの同意自体に以下のような効果を結びつけている。なお、以下の効果は、同意に代わる決定がされた場合にも生じる⁷⁵。

1）親権・面接交渉権

まず、養子縁組への同意により、実親の親権が停止し⁷⁶、面接交渉権は行使することができなくなる（民法 1751 条 1 項 1 文）。共同で親権を行使する両親の一方のみが同意した場合、他方が単独で親権を行使することになる。他方、もともと単独で親権を行使していた親が同意した場合、それによって他方の親が親権を回復することにはならない。以上の処理により、子につき親権を行使する者、さらには後見人が誰もいなくなる場合、青少年庁が自動的に後見人となる（同項 2 文）。

また、養親となるべき者は、縁組前養育の期間中、養育人（Pflegerperson）と同様に親権の一部を行使する（民法 1751 条 1 項 4 文）。具体的には、日常生活に関する事項の決定および代理、扶養・保険請求権等の行使ならびに子の福祉のために不可欠でかつ急を要する全ての行為である。

もともと、以上の効果は、連れ子縁組の場合における、養親となるべき者の配偶者⁷⁷である実親については生じない（民法 1751 条 2 項）。連れ子縁組の目的からして当然の規定である⁷⁸。この場合における他方の実親には、上述の原則どおり親権および面接交渉権の制限が生じる。

2）扶養義務

次に、実親の双方が養子縁組に同意した場合において、養親となるべき者が子を養子とする目的でその保護下においたときは、その時点以降、養親となるべき者は子の扶養義務を負う。この場合、実親およびその親族の扶養義務はなお存続するものの、養親となるべき者の扶養義務が優先する（民法 1751 条 4 項 1 文）。

これに対し、連れ子縁組の場合、同様の要件の下で、養親となるべき者とその配偶者⁷⁹が子の他の親族に優先して扶養義務を負う（民法 1751 条 4 項 2 文）。この場合、両者が同じ内容の扶養義

⁷³ この点、実親に厳しすぎるようにも見えるが、ドイツでこの点につき問題を指摘する見解は見当たらないようである。その背景には、事前の養子縁組あっせん手続の中で、実親に対しても十分な相談・助言がされているという事情があるものと思われる。

⁷⁴ MüKoBGB/Maurer, § 1750 Rn. 41.

⁷⁵ MüKoBGB/Maurer, § 1751 Rn. 11.

⁷⁶ 後述のように、同意が失効しても親権が自動的に回復するわけではないことから（本章²8（1）（i）2））、「停止（ruhen）」という表現は適切でないと言われている（MüKoBGB/Maurer, § 1751 Rn. 16）。

⁷⁷ 生活パートナーについても同様である（パートナー9条7項2文）。

⁷⁸ Soergel/Liermann, § 1751 Rn. 12.

⁷⁹ 生活パートナーについても同様である（パートナー9条7項2文）。

務を負うことが連れ子縁組の目的に適うためである⁸⁰。

(i) 同意の失効

1) 要件

実親の同意は、養子縁組の申立てが取り下げられ、または申立てが棄却されたときは、その効力を失う（民法 1750 条 4 項 1 文）。同意が別の申立てについて流用されるならば、白紙同意を認めたのと同じことになってしまうからである⁸¹。もっとも、実務上は、養子縁組あっせん手続における縁組前養育の開始時点、すなわち養子縁組成立の申立てよりも前の時点で同意をとりつけることが原則であるところ、この場合には、養親応募者が申立ての意思を有しない旨を表示した時点でその同意は失効すると解されている⁸²。

さらに、実親の同意は、その効力発生時（すなわち、家庭裁判所への到達時）から 3 年以内に養子縁組成立の決定がされなかった場合にも失効する（民法 1750 条 4 項 2 文）。子が長期にわたり実親と養親の間で不安定な状態に置かれるのを妨げる趣旨である⁸³。

2) 効果

以上により同意が失効した場合、養子縁組成立の要件を欠くことになるのは言うまでもない。さらに、同意それ自体に結び付けられた効果は、将来に向かって当然に消滅するのが一応原則である。もっとも、以下に見るように、この原則がそのまま妥当する場面は多くない。

- ① 養親となるべき者の扶養義務については、この原則がそのまま妥当する⁸⁴。
- ② 実親の親権停止に関しては、特に規定が置かれている。それによると、実親の同意が失効した場合、家庭裁判所は、子の福祉に反しない限度において、その実親に親権を移転しなければならない（民法 1751 条 3 項）。この場合、実親は一旦養子縁組への同意によって子との関係を自ら放棄したか、あるいは同意に代わる決定の要件に該当するような事由が認められたのである以上、当然に親権を回復させるのは適切でないためである⁸⁵。この親権移転は、あくまで同意失効の効果である以上、同意をする時点で当該実親が親権を行使していたのでなければならぬと解されている⁸⁶。
- ③ 親権の全部または一部を実親に移転することが子の福祉に反すると認められ、かつ他に親権を行使する者がいない場合、家庭裁判所は、職権で後見人または保護人を選任しなければならない。これに対応して、同意の効果として法律上当然に開始した青少年庁による後見は、この選任の時点をもって終了すると解されている。親権者または後見人のいない空白期間が生じないように、同意失効による効果消滅の時点が繰り下げられているわけである⁸⁷。
- ④ 面接交渉権の制限の帰趨については、争いがある。一方で、これにつき特に規定がないことから、原則どおり当然に復活すると説く見解がある⁸⁸。他方で、親権が回復された場合はそれでよいとしても、そうでないときは個別に判断するのがよいとして、親権に関する民法 1751

⁸⁰ Soergel/Liermann, § 1751 Rn. 18.

⁸¹ MüKoBGB/Maurer, § 1750 Rn. 35.

⁸² BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1750 Rn. 27; MüKoBGB/Maurer, § 1750 Rn. 37.

⁸³ BT-Drs. 7/3061, 40-41.

⁸⁴ MüKoBGB/Maurer, § 1751 Rn. 91.

⁸⁵ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1751 Rn. 48; MüKoBGB/Maurer, § 1751 Rn. 92.

⁸⁶ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1751 Rn. 49; MüKoBGB/Maurer, § 1751 Rn. 93.

⁸⁷ MüKoBGB/Maurer, § 1751 Rn. 93.

⁸⁸ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1751 Rn. 53.

条3項を類推する立場もある⁸⁹。もっとも、前者の見解においても、家庭裁判所は、子の福祉のために必要な場合には面接交渉権を排除することができるため（民法1684条4項1文）、実質的な違いはほとんど生じないとされる⁹⁰。

（2）母と婚姻関係にない父の保護

法律上の父が子の出生時に母と婚姻していなかった場合については、以上の同意の必要性に加えて特別な保護が図られている。

（a）前提

この場合、子の親権は原則として母が単独で行使する（民法1626a条3項）。しかし、父は、家庭裁判所に申立てをすることにより、それが子の福祉に反しない限り、原則として親権の全部または一部を母と共同で行使することができる（民法1626a条1項3号、2項）。また、以上の場合において父母が継続的な別居状態にあるときは、父は家庭裁判所に対し親権の全部または一部の移転を申し立てることができる。この申立ては、①母が同意した場合（ただし、親権移転が子の福祉に反し、または14歳に達した子が異議を述べたときを除く）、または②親権の共同行使が適切でなく、かつ父への親権の移転が子の福祉に最も適うと見込まれる場合に認容される（同1671条2項）。

（b）親権移転の申立ての優先性

こうした申立ての機会を保障するため、父が以上の申立てをした場合には、それについての判断がされるまで養子縁組成立の決定をすることができない（民法1747条3項3号）。その限りで、実親による親権行使が養子縁組に優先すべきものと考えられているわけである⁹¹。

（c）親権移転の申立ての放棄

もっとも、他方で、子の福祉のため、養子縁組成立の手続を迅速に進める要請もある。そこで、父は以上の申立てを、公証された意思表示によって放棄することができる（民法1747条3項2号）。放棄の意思表示は、養子縁組についての同意と同様に撤回することができず（同号が準用する民法1750条2項2文前段）⁹²、放棄にもかかわらず提起された親権移転の申立ては不適法却下される⁹³。もっとも、この放棄がされた場合であっても、当該父の養子縁組に対する同意は依然として必要である⁹⁴。

（3）子の同意

（a）趣旨

養子縁組には、以上に見た実親の同意だけでなく、子の同意も必要とされる（民法1746条1項1文）。判断能力のない子についてもその同意を要件とするのは、比較法的には珍しいことだが、完全養子としての未成年養子縁組により子の身分関係に重大な変更が生じることから、その自己決定権を尊重するためそうした扱いがされている⁹⁵。

⁸⁹ MüKoBGB/Maurer, § 1751 Rn. 97.

⁹⁰ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1751 Rn. 54.

⁹¹ MüKoBGB/Maurer, § 1747 Rn. 90.

⁹² これについては、親の基本権の侵害に当たるとのではないかと指摘がある（BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1747 Rn. 45）。

⁹³ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1747 Rn. 42; MüKoBGB/Maurer, § 1751 Rn. 83.

⁹⁴ そのため、手続迅速化という制度目的にとって有用かどうかにつき疑問も呈されている（BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1747 Rn. 45）。

⁹⁵ BT-Drs. 7/3061, 34. 日本の現行法にもこの要件はないが、この相違の背景には、養子となるべき子の年齢要件の相違もあるだろう。

(b) 同意等の主体

もっとも、実際に誰が同意の意思表示をすべきかについては、子の属性に応じて異なる扱いがされている。

- ① 子が14歳未満であるか、または行為無能力である——すなわち、精神上の障害により継続的に自由な意思決定をすることができない状態にある（民法104条2号）——場合には、その法定代理人のみが同意の意思表示をすることができる（民法1746条1項2文）。
- ② それ以外の場合、すなわち子が14歳以上であり、かつ行為無能力の状態にない場合には、子自身のみが同意の意思表示をすることができる。ただし、ここでは、さらにこの同意につき法定代理人が承認を与えることも必要である（民法1746条1項3文）。

このいずれの場合に当たるかは、同意の意思表示がされた時点を基準に判断する。そして、子が14歳未満である時点で法定代理人が一旦同意の意思表示をしたならば、その後手続の終了までに子が14歳に達したとしても、法定代理人による同意は有効なままだとするのが通説である⁹⁶。もっとも、後述のように、子はこの法定代理人による同意を撤回することができる。

(c) 同意の内容

子ないしその法定代理人による同意も、実親の同意と同様、養親となるべき特定の者を対象としなければならない、白紙同意は認められない⁹⁷。

(d) 同意等の方式等

また、方式等についても、公正証書によるべきこと、条件・期限の禁止、撤回の禁止、一身専属的性質などの諸点につき、実親の同意と同じ規律が妥当する（民法1750条）。

ただし、子による同意の撤回については別段の定めが置かれている。それによると、14歳以上でかつ行為無能力の状態にない子は、養子縁組成立の決定が効力を生じるまで、同意の意思表示をいつでも撤回することができる（民法1746条2項1文）。養子縁組が子の福祉のためのものである以上、判断能力のある子の意に反する養子縁組を成立させる意味はないからである⁹⁸。撤回の意思表示は公証を要し（同項2文）、またその相手方は家庭裁判所である。この撤回について法定代理人の承認を得る必要はない（同項3文）。さらに、子が自らした同意だけでなく、法定代理人が（子自身に同意能力がない間に）した同意であっても撤回可能である⁹⁹。

なお、法定代理人が子の同意に対する承認の意思表示を撤回することができるかどうかについては、撤回禁止を定める1750条2項は「同意」の意思表示を対象としており、「承認」についての直接の言及はないとして承認の撤回を認める見解¹⁰⁰と、双方の機能面での共通性を理由とする否定説¹⁰¹とが対立している。

(e) 同意または承認の必要性

子が自ら同意の意思表示をすべき場合、この意思表示は常に必要であり、また裁判所の決定を

⁹⁶ MüKoBGB/Maurer, § 1746 Rn. 10. この点、同意の意思表示の一身専属的性質を強調して、14歳に達した子は改めて同意の意思表示をしなければならないとする少数説もある（Staudinger/Frank, § 1746 Rn. 24）。しかし、これに対しては、すぐ後の本文で述べるように子は法定代理人による同意を撤回することができる以上、その自己決定権の保護に欠けるところはないとの反論がされている（BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1746 Rn. 10）。

⁹⁷ MüKoBGB/Maurer, § 1746 Rn. 25.

⁹⁸ Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, § 68 Rn. 51.

⁹⁹ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1746 Rn. 36.

¹⁰⁰ MüKoBGB/Maurer, § 1746 Rn. 47.

¹⁰¹ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1746 Rn. 33

もって代えることも許されない。これも、養子縁組が子の福祉に資するべきものであることによる。

これに対し、子の法定代理人による意思表示については、その必要性につき次のような例外が認められている。

1) 実親による意思表示

まず、実親が法定代理人である場合において、その双方が実親としての同意をし、またはその同意に代わる決定がされたときは、別途子の法定代理人としての同意または承諾は必要でない(民法 1746 条 4 項 2 文)。両者の機能の類似性に鑑み、無用の重複を避ける趣旨である¹⁰²。

これによると、実親が法定代理人としての同意または承諾を拒むときには、それにもかかわらず養子縁組を成立させることができるかどうかは、その実親としての同意に代わる決定ができるかどうかによることになり、その結果それと同じ要件が必要とされることになる。

2) 後見人・保護人による意思表示

これに対し、後見人または保護人(Pfleger)が子の法定代理人となっている場合には、親の基本権を享有する実親ほど手厚い保護が必要ないことから¹⁰³、より緩やかな規律が設けられている。これによると、彼らが「相当の理由なく」同意または承認をしないときは、裁判所は同意または承認に代わる決定をすることができる(民法 1746 条 4 項 1 文)。

もっとも、ここに言う「相当の理由」の判断をめぐっては、裁判例および学説において理解が一致を見ていない。まず、子の福祉適合性等の民法 1741 条に所定の要件が客観的に備わっていないと認められる場合には、常に同意または承認を拒む「相当な理由」があるということについては、争いがない¹⁰⁴。もっとも、この場合、いずれにせよ要件不充足により養子縁組の成立は認められないから、この言明に独自の意味はない。他方、子の福祉適合性等の要件が充たされていると裁判所が判断する場合に、常に「相当の理由」が否定されるかどうかについては、見解が分かれる。①これを肯定する立場¹⁰⁵によると、結局のところ後見人または保護人の同意等に代わる決定の判断は、子の福祉適合性等の判断と少なくとも論理上は完全に一致することになる。②これを否定する立場¹⁰⁶は、この点を理由に、後見人または保護人には一定の合理的な範囲で裁量が認められ、その範囲内の判断については、たとえそれが裁判所の判断と一致しなくても、裁判所はそれを尊重しなければならないとする。もっとも、①の見解においても、後見人または保護人による同意・承諾が全く無意味であるとは考えられておらず、彼らがその判断の根拠を裁判所に対し述べるのが裁判所の判断形成に寄与するという手続的な役割が認められている¹⁰⁷。

(f) 同意の失効

子ないしその法定代理人による同意は、実親の同意と同様、養子縁組の申立てが取り下げられ、または申立てが棄却されたときは、その効力を失う(民法 1750 条 4 項 1 文)。

(4) 養親の配偶者の同意(民法 1749 条)

(a) 趣旨

¹⁰² BT-Drs. 13/4899, 112; Staudinger/Frank, § 1746 Rn. 7.

¹⁰³ MüKoBGB/Maurer, § 1746 Rn. 48.

¹⁰⁴ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1746 Rn. 26

¹⁰⁵ MüKoBGB/Maurer, § 1746 Rn. 50.

¹⁰⁶ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1746 Rn. 26.

¹⁰⁷ Soergel/Liermann, § 1746 Rn. 11; MüKoBGB/Maurer, § 1746 Rn. 2.

以上の他、養親となるべき者に配偶者¹⁰⁸がいる場合、その同意も必要とされている¹⁰⁹。これは、子が養親の家庭になじむためにはその配偶者の了解が不可欠であり、また配偶者にとっても養子縁組により扶養や相続の面で影響が及ぶからである¹¹⁰。もっとも、養親に配偶者がある場合は前述のとおり共同縁組が原則であるところ、それに従い共同縁組がされる場合にはその同意が問題となる余地はない。したがって、その同意が必要となるのは、例外的に夫婦の一方が単独縁組をする場合、具体的には連れ子縁組の場合および他方の配偶者が養親適格を欠く場合である。

(b) 同意の内容・方式等

同意の内容（白紙同意の禁止）、方式や撤回可能性等の諸点については、実親の同意について述べたのと同じことがここでも妥当する。

(c) 同意の必要性

以上にかかわらず、養親となるべき者の配偶者が長期にわたり意思表示をすることができない状態にあり、または長期にわたりその居所が不明である場合には、その同意は不要である（民法 1749 条 2 項）。実親の同意を要しない場合に関する規定（民法 1747 条 4 項 1 文）に対応するものである。

また、家庭裁判所は、養親となるべき者の配偶者およびその家族の正当な利益が害されるのではない限り、その配偶者の同意に代わる決定をすることができる（民法 1749 条 1 項 2 文、3 文）。ここに「家族」と言うのは、配偶者の一方または双方の子であって、彼らと生活を共にするものを含む趣旨である。もっとも、当該子が養親となるべき者の子である場合には、その利益は既に民法 1745 条の下で考慮されるため（前述本章²7（2））、上記規定の適用対象とはならない¹¹¹。

「正当な利益」の判断に当たっては、養子となるべき子が既に養親となるべき者らと生活を共にしているかどうかが重要とされる。すなわち、そうである場合、養子縁組によって変わるのは親族関係だけであり、生活の実態や経済面には何ら変化が生じないため、それを拒む「正当な利益」は認められないのが原則である。同様に、養親となるべき者とその配偶者との間の婚姻が既に破綻し、別居生活が続いている場合にも、やはりそうした変化は見込まれないため、「正当な利益」は否定される。これに対し、その段階に至る前の時点では、そうした利益が認められる可能性がある。もっとも、家庭裁判所による決定がされる時点では、既に縁組前養育がされているはずであり、これによって共同生活が既に行われているのが通常である。したがって、結局、「正当な利益」の判断は、主として養子縁組あっせん手続における縁組前養育開始の段階で意味を持つに過ぎないと言われる¹¹²。

(d) 同意の失効

養親となるべき者の配偶者の同意は、実親の同意と同様、養子縁組の申立てが取り下げられ、または申立てが棄却されたときは、その効力を失う（民法 1750 条 4 項 1 文）。

¹⁰⁸ 生活パートナーについても同様である（パートナー9条6項2文）。

¹⁰⁹ 以前は、養子となるべき子に配偶者がいる場合、その配偶者の同意も必要とされていた（民法旧 1749 条 2 項）。しかし、2017 年の改正により、未成年者の婚姻は例外なく禁止されることになったため、未成年養子に配偶者がいるという事態は想定されないことになった。そのため、旧 2 項は削除された。

¹¹⁰ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1749 Rn. 11.

¹¹¹ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1752 Rn. 14; MüKoBGB/Maurer, § 1749 Rn. 27.

¹¹² 以上につき、BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1752 Rn. 15; MüKoBGB/Maurer, § 1749 Rn. 25-26 を参照。

9 申立て（民法 1752 条 1 項）

養子縁組成立の決定は、養親となるべき者の家庭裁判所に対する申立てによってされる（民法 1752 条 1 項）。この申立ては、家庭裁判所に対する実体法上の意思表示であると同時に、養子縁組成立の手続を開始させる手続法的行為でもある¹¹³。

申立ての意思表示には条件または期限を付することができず、また代理によることもできない（民法 1752 条 2 項 1 文）。また、その意思表示には公証人による公証を要する（同項 2 文）。養親による申立てが養子縁組に対する同意としての実質をも有することに鑑み、同意と同様の扱いを定めるものである¹¹⁴。公証の際には、公証人から、養子縁組成立の帰結、特にそれが原則として解消できないものであることにつき教示がされる（公証法 17 条）¹¹⁵。

なお、養親となるべき者が既に申立て書面を裁判所に提出したか、あるいはそれを公証人に委託したときは、その後に養親が死亡したとしても、養子縁組の成立を妨げない（民法 1753 条 2 項）。養親となるべき者と養子となるべき子の間に既に社会的親子関係が形成されていたときに、それを法的にも承認する趣旨である¹¹⁶。

3 効果

1 将来効

（1）原則

以下に説明していく養子縁組の効果は将来に向かって、すなわち養子縁組成立の決定の効力発生時から生じるのが原則である¹¹⁷。

（2）例外——養親が既に死亡している場合（民法 1753 条 3 項）

これに対し、養親が申立ての意思表示を発信してから養子縁組成立の決定までの間に死亡した場合については、特則が定められている。それによると、この場合、養子縁組は養親の死亡前に成立していたのと同じ効力を有する（民法 1753 条 3 項）。これは、とりわけ養子の相続権にとって意味を持つ。

2 親族関係

養子縁組の中心的な効果として¹¹⁸、養子は養親およびその親族との親族関係に入り、他方で実親およびその親族との親族関係から離脱する。この点が、「完全養子縁組」としての未成年養子縁組の特徴である¹¹⁹。

（1）養親およびその親族との関係（民法 1754 条）

（a）親族関係の発生

養子縁組成立の決定により、養子は養親との関係で、将来に向かって、子としての法的地位を

¹¹³ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1752 Rn. 6; MüKoBGB/Maurer, § 1752 Rn. 7-8.

¹¹⁴ BT-Drs. 7/3061, 41 Nr. 3, 4; MüKoBGB/Maurer, § 1752 Rn. 7.

¹¹⁵ MüKoBGB/Maurer, § 1752 Rn. 19.

¹¹⁶ MüKoBGB/Maurer, § 1753 Rn. 1.

¹¹⁷ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1754 Rn. 4; MüKoBGB/Maurer, § 1754 Rn. 6.

¹¹⁸ 養子縁組の効果として、国籍や滞在許可等に関しても一定の効果が生ずるが、ここでは（身分登録に関するものを除き）民法上の効果に限って概観する。

¹¹⁹ もっとも、実親との関係を断つことが常に子の福祉のために最適とは限らないことから、立法論としては、日本法と同様、未成年につき完全養子縁組と並んで「弱い」養子縁組をも認めるべきだとする議論が有力である（BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1755 Rn. 3; MüKoBGB/Maurer, Vor § 1741 Rn. 25-28）。

取得する（民法 1754 条 2 項）。その際、夫婦による共同縁組の場合、および配偶者¹²⁰の一方が他方の子を養子にした場合（連れ子縁組・承継縁組）の場合には、養子は、当該夫婦の「共通の子」としての地位を取得し（同 1754 条 1 項）、その扶養は夫婦間の扶養義務および離婚後扶養の内容に組み込まれることになる（同 1360a 条 1 項、1570 条 1 項）。さらに、養親の親族と養子およびその子孫との間にも、それぞれの地位に対応した親族関係が生じる¹²¹。

（b）具体的帰結

以上のような親族関係発生の特結として、養親は親権や面会交流権をはじめとする親としての権利を取得し、また扶養および相続に関して養子は養親の子としての扱いを受けることになる。親権については、共同縁組、連れ子縁組および承継縁組の場合には夫婦の共同行使となり、その他の場合には養親となった者の単独行使となる（民法 1754 条 3 項）。

（2）実親およびその親族との関係

（a）原則——消滅（民法 1755 条 1 項）

以上と対をなす効果として、養子およびその子孫とその従来の実親その他の親族との親族関係は消滅する。また、それに伴って、その親族関係から生じる権利および義務も同様に消滅する（以上、民法 1755 条 1 項 1 文）。

もっとも、親族関係の消滅と言っても、以下に見るように、親族関係が当初から存在しなかったのと全く同じになるわけではない。

① 近親婚の禁止（民法 1307 条 1 文）は、事実上の血縁関係を問題とする制度である以上、養子縁組成立後も引き続き妥当する（同条 2 文）。

② 養子縁組成立後も、実親・養子間で父子関係の確認ないし解消の訴えはなお可能である。

これらは子の出自を知る権利に資するだけでなく、養子縁組が解消されたときには実親と養子との親族関係が復活することから、その必要性が認められている¹²²。

さらに、以上の原則には、以下に見るように、いくつかの重要な例外が認められている。これらによって、完全養子縁組と言ってもその「完全性」はある程度相対化されていることに留意を要する。

（b）例外 1——連れ子縁組・承継縁組

配偶者¹²³の一方が他方の子を養子とした場合、すなわち連れ子縁組および承継縁組の場合には、親族関係の消滅は、もう一方の実親およびその親族との間でのみ生じる（民法 1755 条 2 項）。前述のように、連れ子縁組および承継縁組の場合に養子が養親およびその配偶者の共通の子となる以上、当然のことである¹²⁴。

（c）例外 2——親族養子（民法 1756 条 1 項）

1）趣旨

「養親と子が 2 親等または 3 親等の血族または姻族関係にあるときは、子およびその子孫と親との間の親族関係ならびにそれに基づき生じる権利および義務のみが消滅する」（民法 1756 条 1 項）。養親と養子が一定の近い親族関係にある場合、実親および養親の親族の範囲は広範に重なる

¹²⁰ 生活パートナーについても同様である（パートナー 9 条 7 項 2 文）。

¹²¹ MüKoBGB/Maurer, § 1754 Rn. 11.

¹²² BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1755 Rn. 30; MüKoBGB/Maurer, § 1755 Rn. 30-36.

¹²³ 生活パートナーについても同様である（パートナー 9 条 7 項 2 文）。

¹²⁴ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1755 Rn. 9.

ため、実親の親族との関係を絶った上で養親の親族との親族関係を創設することに意味はなく、単に実親自身との親族関係のみを断つことで十分だと考えられたのである¹²⁵。

2) 要件

子と2親等または3親等の血族または姻族関係にある養親とは、具体的には、(曾)祖父母、兄弟姉妹、叔父および叔母ならびに彼らの配偶者である。もっとも、(曾)祖父母、兄弟姉妹については、親子関係発生の見込みが認められないことが多いため、実際に問題となるのは主に叔父・叔母およびその配偶者だと言われる¹²⁶。

3) 効果

これらの者を養親とする養子縁組につき、民法1756条1項は、実親およびその親族との親族関係消滅の効果(民法1755条1項1文)のみを制限しており、養親およびその親族との親族関係創設の効果(民法1754条1項、2項)には何の影響も及ぼさない。したがって、養親およびその親族のうち実親と親族関係にある者と子との間には、本来の親族関係と養子縁組により生ずる親族関係とが併存することになる。一方、養親およびその親族のうち実親と親族関係にない者との関係では、子は新たな親族関係を取得する。

以上を具体的に示すと、次のとおりである。

- ① 父方の祖父母が養親となった場合、彼らは子との関係で祖父母の地位を保有しつつ、親としての地位を追加的に取得する。彼らの親族も、これに応じてそれぞれ対応する地位を取得する(例えば、父方の叔父は子の兄弟の地位を取得する)。実の父母は親としての地位を失う一方、父は兄弟としての地位を、母はその配偶者(すなわち姻族)としての地位を、それぞれ取得する。これに対し、母方の親族との関係には、変更がない。この場合、既存の親族の位置づけが変わるだけで、親族の範囲に変更はない。
- ② 兄弟姉妹およびその配偶者が養親となった場合、彼らは当初の地位に加えて親としての地位を取得する。彼らの親族も、これに応じてそれぞれ対応する地位を取得する(例えば、祖父母は曾祖父母としての地位を追加取得する)。実の父母は親としての地位を失う一方、祖父母としての地位を取得する。兄弟姉妹の配偶者の親族に関しては、親族関係の新規創設となる。
- ③ 父方の叔父およびその配偶者が養親となった場合、彼らは当初の地位に加えて親としての地位を取得する。彼らの親族も、同様に対応する地位を取得する(例えば、その実子は、いとこの地位に加え兄弟姉妹の地位を取得する。その父母は、実父を介した祖父母の地位と叔父を介した祖父母の地位を併有するに至る)。実の父母は親としての地位を失う一方、父は叔父としての地位を、母はその配偶者としての地位を、それぞれ取得する。叔父の配偶者の親族に関しては、親族関係の新規創設となる。

相続に関しては¹²⁷、以上の扱いによりある者が同一順位内における複数の地位を有するに至る場合には、この者はそれぞれに基づく相続分を重複して取得するとされる(民法1927条)。また、

¹²⁵ BT-Drs. 7/3061, 21-22, 44. この規定の元となった立法提案では、親族養子の場合には親だけが入れ替わるとされていたところ、それが紆余曲折を経て姿を変えたのがこの規定である。これに対しては、明確な構想なしに過度の複雑さをもたらすだけだとする批判がある (Soergel/Liermann, § 1756 Rn. 1; Staudinger/Frank, § 1756 Rn. 2)。

¹²⁶ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1756 Rn. 4; MüKoBGB/Maurer, § 1756 Rn. 5.

¹²⁷ ドイツの法定相続人ないし法定相続分に関する規律につき、ここで立ち入ることはできない。簡潔な概観として、浦野由紀子「第1部 ドイツ法」商事法務研究会編「各国の相続法制に関する調査研究業務報告書」(2014年)1頁以下、3頁以下を参照。

第2順位の相続人に関してのみ、養子と実親の子孫とは相互に相続資格を有しないとの定めがある（民法1925条4項）。

（d）例外3——実親死亡後の連れ子縁組（民法1756条2項）

「配偶者¹²⁸の一方が他方の子を養子とした場合において、もう一方の親が親権を有する状態で既に死亡していたときは、この親の親族との関係では親族関係は消滅しない」（民法1756条2項）。これは、死亡した親の父母等が、子と死別したのに加えてさらに養子縁組によって孫をも失うという酷な結果を回避するための制度だとされる¹²⁹。かつては、養親の配偶者である親と死亡した親とが婚姻していたことが要件とされていたところ、非嫡出子差別撤廃の一環として、1998年の親子法改正によって同要件は削除された。親権を有する状態での死亡という要件は、これに代わるものとして導入されたものである¹³⁰。

（e）例外4——権利・義務の存続

さらに、親族関係から生じる権利・義務の消滅に関しても、次のような例外が認められている。すなわち、「養子縁組成立時までに発生した子の権利、とりわけ年金、遺児手当その他これに類する反復的給付は、養子縁組による影響を受けない」（民法1755条1項2文前段）。こうした給付を受給する遺児や要介護児童について、給付の打切りがその養子縁組の妨げとならないようにするためである¹³¹。

なお、扶養請求権については、以上の規定は適用しないものとされているため（民法1755条1項2文後段）、既発生 of 請求権も消滅するかのように読める。しかし、養子縁組の効力が将来に向かってのみ生じることなどから、一般的には、扶養請求権につき上記規定を適用しないというのは、将来に向かっての扶養請求権が消滅することを意味するにとどまり、既発生 of 扶養請求権は存続するものと解されている¹³²。

3 氏名（民法1757条¹³³）

次に、氏名に関する効果については、以下のような特則が設けられている¹³⁴。

（1）養親の氏の取得（1項）

養子は、養親の氏を自らの出生氏として取得する（民法1757条1項1文）。共同縁組の場合において、養親夫婦が婚氏を称しているときは、養子はその婚氏を出生氏として取得する。これらの効果は、養子縁組成立により法律上当然に発生する。なお、いわゆる付随氏（Begleitname）は養子が取得すべき氏に含まれない（同項2文）。いずれも、基本的に実子の場合におけるのと同様の扱いを定めるものだが、付随氏の不承継は実子の場合の扱い（民法1617a条1項）と異なる¹³⁵。

¹²⁸ 生活パートナーについても同様である（パートナー9条7項2文）。

¹²⁹ BT-Drs. 13/4899, 115.

¹³⁰ もっとも、死亡時に親権があったかどうかで当該親の親族との親族関係を維持するかどうかにつき扱いを変える合理的理由はないとして、この要件は立法論としては削除すべきだとする見解が有力である（BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1756 Rn. 16-19; MüKoBGB/Maurer, § 1756 Rn. 32）。

¹³¹ BT-Drs. 7/5087, 16; MüKoBGB/Maurer, § 1755 Rn. 39.

¹³² BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1755 Rn. 33; MüKoBGB/Maurer, § 1755 Rn. 25.

¹³³ 本条には、以前は、養子が婚姻している場合に関する項が存在した（民法旧1757条3項）。しかしこれは、注(109)に述べた理由で、2017年に削除された。

¹³⁴ ドイツの氏名に関する規律につき、ここで立ち入ることはできない。詳しくは、富田哲『夫婦別姓の法的変遷——ドイツにおける立法化』（八潮社・1998年）を参照。

¹³⁵ この点については、異なる扱いをする合理的理由はなく、むしろ家庭への子の統合の妨げになるとの批判がある（BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1757 Rn. 14; MüKoBGB/Maurer § 1757 Rn. 18. 立法ミスである旨の指摘

（２）養親夫婦が婚氏を有しない場合（２項）

これに対し、共同縁組、連れ子縁組または承継縁組の場合において、養親夫婦¹³⁶が婚氏を称していないときは、彼らは養子縁組成立の決定に先立ち、家庭裁判所に対する意思表示により、子の出生氏を指定しなければならない（民法 1757 条 2 項 1 文前段）。その際、子の出生氏は、当該意思表示の時点で養親夫婦のいずれかが称している氏から選択する（同文後段およびその準用する民法 1617 条 1 項）。もっとも、この場合において養子が 5 歳以上であるときは、養子縁組成立の決定に先立って養子が家庭裁判所に対し、養親による指定を受け入れる旨の意思表示をした場合に限り、その指定は効力を生ずる（同 1757 条 2 項 2 文前段）。後者は、実子の場合には存在しない規律である。

養子の意思表示は、養子が 7 歳未満の場合、法定代理人による。7 歳以上 14 歳未満の場合、法定代理人によることもできるし、養子自ら意思表示をすることもできるが、後者の場合法定代理人の同意が必要である。14 歳以上の養子は、この後者の方式のみを用いることができる（民法 1757 条 2 項 1 文後段の準用する民法 1617c 条 1 項 2 文）。なお、この意思表示は公証を要する¹³⁷。

（３）氏名の追加・変更（３項）

さらに、家庭裁判所は、養親の申立ておよび養子の同意があれば、養子縁組成立の決定と同時に、次の 2 つの措置をとることができる。養親の申立ては、養子縁組の申立てと併せてされるのが通例である¹³⁸。また、養子の同意については、その養子縁組に対する同意と同じ扱いが妥当する（民法 1757 条 3 項 2 文）。

- ① 子の名を変更し、または 1 つまたは複数の新たな名を付加すること。ただし、それが子の福祉に適う場合に限られる（民法 1757 条 3 項 1 文 1 号）。養親自らが養子に命名することによってその間の精神的結びつきが強化され、養子の家族への統合が促進されることがその主な趣旨である。この目的が重視されたため、その要件は次の②におけるよりも軽減されている¹³⁹。

名の変更が子の福祉に適うかどうかは、子が従来の名を称してきた期間（したがってまた、その年齢）、従来の名が外国の名であることなどにより、養子が養親の実子でないことが明らかになる可能性、養親が縁組前養育の時から固有の名を用いてきたという事情などを総合考慮して判断される¹⁴⁰。

- ② 養子縁組により取得する新たな氏の前または後に、従来 of 氏を付加すること。ただし、重大な事由によりそれが子の福祉のために不可欠と認められる場合に限られる（民法 1757 条 3 項 1 文 2 号）。かつての氏を使用し続けることについての養子の利益を保護する趣旨である¹⁴¹。

「重大な事由によりそれが子の福祉のために不可欠と認められる」との要件は、その厳格な

として、*Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, § 16 Rn. 8)。

¹³⁶ 生活パートナーについても同様である（パートナー 9 条 7 項 2 文）。

¹³⁷ この旨を定める民法 1617c 条 1 項 3 文は、同項 2 文と異なり準用されていないが、これは立法ミスだと言われている（BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1757 Rn. 20）。

¹³⁸ MüKoBGB/Maurer, § 1757 Rn. 70.

¹³⁹ MüKoBGB/Maurer, § 1757 Rn. 62.

¹⁴⁰ MüKoBGB/Maurer, § 1757 Rn. 63-64.

¹⁴¹ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1757 Rn. 48.

文言に反し、実際にはかなり緩やかに運用されている。すなわち、子が一定の年齢に達しており、既に社会において従来の名により認識されている場合には、それ以上に特別な事情を要することなくこの要件が認められるのが、裁判例の傾向である¹⁴²。

4 秘密保護（民法 1758 条）

（1）原則

養子縁組によって養子が実子と同じ地位を獲得したとしても、他人がその過去を自由に詮索・暴露することができるならば、養子が新しい家庭環境の下で平穏な生活を送ることはできなくなる。そこで、民法は、「養子縁組およびそれに関する事情を明らかにするのに適した事実、養親および子の同意なくこれを公表し、または調査してはならない」と定めている（民法 1758 条 1 項 1 文）¹⁴³。

これに違反する行為に対しては、差止請求（民法 1004 条の類推）および損害賠償請求（民法 823 条 2 項）が可能である。これらの制裁を回避するためには、養親および養子双方の同意を得ておく必要がある。後者における法定代理人の関与については、養子縁組についての同意と同様の扱い（前述本章²8（3）参照）が妥当すると解されている¹⁴⁴。

（2）拡張

以上の保護は、基本的に養子縁組成立の決定が効力を生じた時点から妥当する。しかし、民法は、次のように一定の範囲でその効果を前倒ししている（民法 1758 条 2 項）。

- ① 養子縁組に対して実親の同意が与えられたときは、その時点から上述の規律が妥当する（1 文）。同意に代わる決定がされた場合も、これに含まれると解されている¹⁴⁵。
- ② 養子縁組に対する実親の同意につき、それに代わる決定の申立てがあった場合には、家庭裁判所は、職権により、以上の保護が与えられるべき旨の決定をすることができる（2 項 2 文）。

（3）制限

もっとも、養子縁組に関する事実の公表または調査は、それが「公の利益に関する特別な事由により不可欠なとき」には、例外的に許容される（1 項後段）。「公の利益」は、養親および養子の秘密保持の利益を上回るほどの「特別」なものでなければならず、かつその実現のために他の手段が存在しないことが必要である。例えば、近親婚の禁止（民法 1307 条）、訴訟法上の忌避事由や証言拒絶権の有無に関して実親子関係を確認する必要がある場合がこれに当たる¹⁴⁶。さらに、「公の」利益との文言にもかかわらず、私人の利益もこの要件を充たしうると解されている。遺伝性の病気の検査や養子縁組の解消の要件の調査のために、養子縁組に関する情報が必要となる場合が、その例である¹⁴⁷。

5 身分登録

養子縁組成立の決定がされると、養子の出生登録簿を管理する身分庁にその決定が送達される

¹⁴² MüKoBGB/Maurer § 1757 Rn. 71.

¹⁴³ MüKoBGB/Maurer § 1758 Rn. 1.

¹⁴⁴ MüKoBGB/Maurer § 1758 Rn. 26.

¹⁴⁵ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1758 Rn. 8; MüKoBGB/Maurer § 1758 Rn. 12.

¹⁴⁶ MüKoBGB/Maurer § 1758 Rn. 33-38.

¹⁴⁷ MüKoBGB/Maurer § 1758 Rn. 27-32.

(身分登録法〔Personenstandsgesetz〕5条4項)。それを受けた身分庁(Standesamt)は、身分の変更および養親の氏名を子の出生記録に追加する(同27条3項1号、21条1項4号)。この出生記録の写しは、子の死亡までは、養親、養親の親、子の法定代理人および16歳に達した子のみが請求することができる(同63条1項。一般的には、本人の配偶者、尊属、卑属および法律上の利益を疎明した者が請求することができる。同62条1項)。これに対し、通常の出生証明書には、養親のみが親として表示される(同56条2項)¹⁴⁸。

6 補論——出自を知る権利

養子縁組により、養子は養親の実子と同じ法的地位を取得し、また対外的には養子縁組についての秘密が保護される。しかし他方で、子には、人格権の一内容として、自己の出自を知る権利が認められている。そして、その効果として、養子は養親に対して自らの出自について説明を求める権利を有すると解されている。もっとも、それをいつどのような形で知らせるかは、養親の裁量に委ねられる¹⁴⁹。

4 手続

1 総論

養子縁組成立の手続は、家事事件のうちの養子縁組関係事件として、家事・非訟事件手続法により規律される。養子縁組関係事件は、養子縁組成立の手続の他、養子縁組に対する同意に代わる決定に関する事件および養親子関係の解消に関する事件を含む(家事・非訟186条)。ここから窺われるように、同法は、養子縁組の成立に向けた手続と同意に代わる決定に向けた手続とを別個独立のものとして構成している¹⁵⁰。もっとも、他方で、後者は実質的には前者の中間手続であり、その認容決定が確定してからでないと前者の決定をすることができない¹⁵¹。

一方、養子縁組成立の手続には、連れ子縁組や親族縁組の場合を除き、通常は養子縁組あつせんの手続が先行する。これは、主に養子縁組あつせん法によって規律される。

以下では、この養子縁組あつせん手続を含めた養子縁組成立の手続(2)と、同意に代わる決定の手続(3)につき概説する。なお、家事・非訟事件手続法は、民法と異なり未成年養子縁組と成年養子縁組とを区別せずに規定を定めている。以下の説明で、養子となるべき子が未成年であることを要件とする規定が登場することがあるのは、そのためである。

2 養子縁組成立の手続

(1) 養子縁組あつせん

(a) 定義

「養子縁組あつせん(Adoptionsvermittlung)」については、養子縁組あつせん法に定義がある。それによると、養子縁組あつせんとは、18歳未満の子と、養親となることを希望する者(養親希

¹⁴⁸ 以上につき、MüKoBGB/Maurer § 1752 Rn. 26 を参照。

¹⁴⁹ MüKoBGB/Maurer § 1758 Rn. 51.

¹⁵⁰ この両者の区別は、その実質において、「特別養子制度の見直しに関する中間試案」第2・3の甲案および乙案に示された2段階の審判の区別に相当するとみることができる。その中でも、別個の手続によるとされている点で、甲案に相当する。

¹⁵¹ MüKoBGB/Maurer, § 1748 Rn. 129.

望者)とを、養子縁組をさせる目的で引き合わせる事、および養親縁組をする機会に関する情報を提供することを言う(あっせん1条1文、2文)。ここから明らかなように、あっせんの対象は未成年養子縁組のみである。

(b) 主体

この意味での養子縁組あっせんは、青少年局および州青少年局(Landesjugendamt)の任務である(あっせん2条1項1文)。青少年局が養子縁組あっせんをするためには、養子縁組あっせん所(Adoptionsvermittlungsstelle)を設置していなければならない。一方、州青少年局は、中央養子縁組機構(zentrale Adoptionsstelle)を必ず設置しなければならない(同2条1項2文)。その他の私的機関も、中央養子縁組機構により養子縁組あっせん所として認定されれば、養子縁組あっせんをすることができる(同2条2項)。

これら以外の者は、養子縁組あっせんをすることができない(あっせん7条1項)。もっとも、その者が養親希望者または子と3親等以内の親族関係にある場合、および継続的でなくかつ無償で養子縁組の機会につき情報提供をした場合において、その後遅滞なく養子縁組あっせん所または青少年局にその旨を知らせたときについては、例外が認められる(同7条2項)。違反に対しては、過料が課される(同14条)。

実際に養子縁組あっせんを実施することができるのは、その人格、訓練および職業的経験に基づきそれについての適性を有する専門職員(いわゆるソーシャル・ワーカー)である(あっせん3条1項1文)。養子縁組あっせん所には、原則として2名以上のフルタイムの専門職員または勤務時間にしてそれに相当する数のパートタイムの専門職員が属していなければならない(同条2項)。

(c) 手続

養子縁組あっせんは、概ね以下のようなプロセスをたどる。

1) 助言・援助

まず、養子縁組あっせん所は、養親希望者、子およびその親に対して、それぞれの同意の下で助言および援助をしなければならない(あっせん9条1項)。助言は、養子縁組に関するあらゆる法的、心理学的ないし教育的な事項を対象とする¹⁵²。この助言・援助は、あっせんの段階だけでなく、養子縁組成立の手続の開始後、さらには養子縁組成立後のアフターケアにまで及ぶ¹⁵³。

実親に対しては、専門職員は、養子縁組を含むありうる支援の可能性、養子縁組の枠内での異なる方式の可能性(匿名縁組・開放型縁組・半開放型縁組¹⁵⁴)、養子縁組の手続およびその効果などについて説明する。養子縁組についての同意がされる場合には、実親の精神面への配慮や、その親族等の理解を得るについての支援もされる。同意に代わる決定の申立てがされているときは、その制度についての教示・助言をするとともに、母と婚姻関係にない父に対しては、親権移転の申立ての可能性(民法1747条3項3号)について教示・助言をする¹⁵⁵。

養親希望者に対する助言・援助は、通常ごく一般的な養子縁組制度についての説明に始まり、

¹⁵² Behrentin/Grünenwald/Núñez, Handbuch, A Rn. 66.

¹⁵³ Behrentin/Grünenwald/Núñez, Handbuch, A Rn. 68, 152.

¹⁵⁴ 一般に、「開放型縁組(offene Adoption)」とは、実親に対し養親の身元が知らされる養子縁組の方式を言い、「半開放型縁組(halboffene Adoption)」とは、実親が養親の身元を知ることはないものの、一定の形で子の発達につき知る機会を与えられる方式を言う(MüKoBGB/Maurer, Vor § 1741 Rn. 73-74)。

¹⁵⁵ 以上につき、Behrentin/Grünenwald/Núñez, Handbuch, A Rn. 67-71を参照。

真摯な希望を有する者に対してはその後さらに立ち入った包括的な説明がされる。そこでは、養子縁組の種類や手続の進行について説明されるとともに、子のあっせんが確実にされる保証があるわけではないことが伝えられる¹⁵⁶。

2) 養親の適性検査

以上の助言・援助の結果、養親となることを真に希望する者につき、養子縁組あっせん所は、その養親としての適性につき調査を行う（あっせん 7 条 1 項 1 文）。そこでは、当該希望者の人間性、年齢、健康状態、生活状況、配偶者の有無およびそれとの関係、教育に対する姿勢、子どもの有無、社会環境、居住環境、職業、経済状態、前科、特殊なニーズのある子を受け入れる可能性といった多様な観点から包括的な評価がされる¹⁵⁷。この調査は、質問事項への回答、面接、準備セミナー、家庭訪問といった一連のプロセスを経て行われる¹⁵⁸。養親希望者は、関連する必要情報を提供しなければならない（同条 3 項 4 文）。

調査の結果は、養親希望者に伝えられ、防御・訂正の機会が与えられる。それをも踏まえて、その適性が肯定される場合、養子縁組あっせん所は、いわゆる養親適性報告（Adoptionseignungsbericht）を作成する¹⁵⁹。そこには、当該養親希望者の適性の判断材料として、その人間性、個人的・家庭的環境、健康状態、社会環境、養親希望の動機、適合すると見込まれる子の性質等が記載される（あっせん 7 条 3 項 2 文、3 文）。この文書は、養親希望者の挙げた別の養子縁組あっせん所に送付される（同項 6 文）。そして、養親希望者は、当該養子縁組あっせん所の待機リストに記載されることになる。

3) マッチング

養子縁組あっせん所は、養親適性報告の内容と特定の子の情報とを照らし合わせ、子の福祉に適合すると見込まれる組み合わせを探し出す（マッチング [Matching] と呼ばれる）。その際、子および実親の意見も考慮されるが、最終的には専門職員がその責任において判断を下す。

その判断の規準は、後に実際に裁判所による養子縁組成立の決定に至ると見込まれるかどうかである。すなわち、専門職員は、そのための要件、とりわけ子の福祉適合性および親子関係発生の見込み（民法 1741 条 1 項 1 文）につき、マッチングの時点で既に純粋な将来予測の形で判断するわけである¹⁶⁰。

こうしてマッチングがされると、養親希望者には当該子に関する全ての重要な情報が提供される。それをもとに、養親希望者は当該子の養育を引き受けるかどうかの判断をし、場合によってはその養育の準備をすることになる¹⁶¹。

4) 縁組前養育

マッチングにおいて、養親希望者が当該子の養親としてふさわしいと認められたときは、子が養親希望者の保護下に置かれ、いわゆる縁組前養育（Adoptionspflege）が開始する（あっせん 8 条）¹⁶²。これは、養子縁組成立の要件としての試験養育に該当し、ここから裁判上の成立手続へとつながっていく。なお、縁組前養育開始の時点でできるだけ関係者の同意がされていることが

¹⁵⁶ Behrentin/Grünenwald/Núñez, Handbuch, A Rn. 72.

¹⁵⁷ Behrentin/Grünenwald/Núñez, Handbuch, A Rn. 93-109.

¹⁵⁸ Behrentin/Grünenwald/Núñez, Handbuch, A Rn. 79.

¹⁵⁹ MüKoBGB/Maurer, Anh. § 1744 Rn. 41.

¹⁶⁰ 以上につき、Behrentin/Grünenwald/Núñez, Handbuch, A Rn. 128-130 を参照。

¹⁶¹ MüKoBGB/Maurer, Anh. § 1744 Rn. 48; Behrentin/Grünenwald/Núñez, Handbuch, A Rn. 76.

¹⁶² Behrentin/Grünenwald/Núñez, Handbuch, A Rn. 131-132.

望ましいとされる¹⁶³。

5) 文書の保存・開示

なお、あっせんに関する書類は、子の出生から 100 年間保管される（あっせん 9b 条 1 項 1 文）。そして、そのうち子の出自に関するものにつき、子の法定代理人および 16 歳に達した子は閲覧請求権を有する（同条 2 項 1 文）。ただし、それによって関係者、特に実親の優越する利益が害されるときは、この限りでない（同条 2 項 2 文）。もちろん、関係者の優越する利益とは、単なる個人情報保護では十分でない。以上により、子の出自を知る権利が一定の限度で確保されている¹⁶⁴。

(2) 管轄裁判所

上述のように、養子縁組成立の手続は家事・非訟事件手続法に言う家事事件のうちの養子縁組関係事件に当たる。養子縁組関係事件の事物管轄は、区裁判所（Amtsgericht）の部として設けられた家庭裁判所であり（裁判所構成法〔Gerichtsverfassungsgesetz〕23b 条）、土地管轄は、原則として、養親となるべき者の常居所を規準とする（家事・非訟 187 条 1 項）。

(3) 手続の開始

上述のとおり、養子縁組成立の手続は、養親の申立てによって開始する。その際、氏名変更の申立て（民法 1757 条 4 項）等を併せてすることができる¹⁶⁵。

(4) 関係人

家事事件の関係人（Beteiligte）には、様々な権利および義務が発生する。文書閲覧権、申立・陳述権、聴聞を受ける権利、他の関係人の審問に同席する権利、事実調査への協力義務、審問への出頭義務、手続費用の負担義務などがそれである。

養子縁組成立の手続における関係人としては、①養親となるべき者および養子となるべき子（家事・非訟 188 条 1 項 1 号 a）、②養子となるべき子の実親（同号 b）ならびに③養親となるべき者の配偶者ないし生活パートナー（同号 c）が掲げられている。もっとも、②および③については、その同意を要しない場合（②につき民法 1747 条 4 項、③につき同 1749 条 2 項）は例外とされる。さらに、②については、匿名養子縁組の場合にも例外が認められている（以上、家事・非訟 188 条 1 項 1 号 b）。

以上に加え、裁判所は、未成年の関係人の利益保護のために必要な限りにおいて、そのために手続補佐人（Verfahrensbeistand）を選任しなければならない（家事・非訟 191 条 1 文）。「未成年の関係人」とあるが、主に問題となるのは養子となるべき子である。子の利益がその法定代理人の利益と著しく相反するときは、原則として手続補佐人の選任が必要とされている（同 191 条 2 文が準用する同 158 条 2 項 1 号）。選任された手続補佐人は関係人として手続に参加する（同 158 条 3 項 2 文）。もっとも、養子縁組成立の手続においては通常こうした利益相反は生じない¹⁶⁶。

さらに、青少年局および州青少年局も、申立てをすれば関係人となることができる（家事・非訟 188 条 2 項）。

(5) 審理

¹⁶³ MüKoBGB/Maurer, § 1744 Rn. 20.

¹⁶⁴ 以上につき、MüKoBGB/Maurer, Anh. § 1744 Rn. 81-85; Behrentin/Grünenwald/Nuñez, Handbuch, A Rn. 178 を参照。

¹⁶⁵ Behrentin/Braun, Handbuch, B Rn. 52.

¹⁶⁶ MüKoFamFG/Maurer, § 191 Rn. 13.

（a）期日および手続の進行

家事事件において裁判所は、事件について協議するために期日を設けることができる（家事・非訟 32 条 1 項 1 文）。また、事実関係の解明のために相当と認められるときは、関係人本人に期日への出頭を命じてこれを審問することができる（同 33 条 1 項 1 文）。しかし、これらはいずれも裁判所の裁量に委ねられており、いわゆる口頭主義は妥当しない。審問をどのような形で行うかについても原則として裁判所の裁量が認められ、審問期日を開かなければならないわけではない。

協議期日は、原則として関係人全員が参加する。もっとも、匿名養子縁組が行われようとしているときは、養親の匿名性を確保するため、別々の期日を開くことができると解されている¹⁶⁷。

協議および審問は非公開で行われる（口頭弁論につき裁判所構成法 170 条 1 項）¹⁶⁸。もっとも、関係人に対してはそれらへの関与の機会が保障されなければならない（審問請求権〔*rechtliches Gehör*〕。基本法 103 条 1 項）¹⁶⁹。

（b）裁判資料の収集

1）職権探知・関係人の協力義務・自由な証明

家事事件については、一般的に職権探知主義が妥当する（家事・非訟 26 条）。一方、関係人にも、事実の調査に協力するよう努め、事実の陳述を完全かつ真実に従ってする義務が課されている（家事・非訟 27 条）。また、証拠調べにおいては、原則としていわゆる自由な証明が許され（家事・非訟 29 条、30 条）、手続の柔軟化が図られている。

2）専門的意見の聴取

また、養子縁組成立の手続において、裁判所は、養子縁組あつせんを行った養子縁組あつせん所に対し、子と養親の家族とが養子縁組をするに適しているかどうかにつき専門的意見を求めなければならない（家事・非訟 189 条 1 文）。既述のように、養子縁組あつせん所は養子縁組あつせんの段階から当事者と関わりを持ち、養親適性報告の作成やマッチングにおいて養親となるべき者の当該子に対する適性につき情報を収集し、検討を重ねている。その意見を求めることで、それらを通じて得られた専門的知見が裁判手続においても活かされることが期待されているわけである¹⁷⁰。なお、養子縁組あつせんが行われなかった場合、裁判所は以上に代えて青少年局または養子縁組あつせん所の専門的意見を求めるべきものとされている（同条 2 文）。

3）審問義務

さらに、家事・非訟事件手続法は、個別の事件類型ごとに一定の者につき裁判所の審問義務を定めている。養子縁組成立の手続においては、以下の審問義務が定められている。これらは、裁判資料の収集とともに、関係人の審問請求権を満足させることをも目的とする¹⁷¹。

- ① 裁判所は、養親となるべき者および子を直接に審問しなければならない（家事・非訟 192 条 1 項）。「直接（*persönlich*）」とは、事件を担当する裁判官が相手方と相対して口頭で審問することを言う¹⁷²。これは、審問期日において行われるのが通常だが¹⁷³、期日外での実施も

¹⁶⁷ MüKoFamFG/Maurer, Vor § 186 Rn. 62.

¹⁶⁸ MüKoFamFG/Ulrich, Vor § 23 Rn. 30.

¹⁶⁹ MüKoFamFG/Ulrich, Vor § 23 Rn. 25.

¹⁷⁰ MüKoFamFG/Maurer, § 189 Rn. 1.

¹⁷¹ Behrentin/Braun, Handbuch, B Rn. 555; MüKoFamFG/Maurer, Vor § 192 Rn. 1.

¹⁷² MüKoFamFG/Maurer, § 192 Rn. 10-12.

¹⁷³ MüKoFamFG/Maurer, Vor § 192 Rn. 15.

排除されてはいない。

② 裁判所は、その他の関係人を審問するものとする（家事・非訟 192 条 2 項）。「ものとする（sollen）」というのは、必ずしも絶対的な義務ではなく、裁判資料の収集状況に応じて不要と判断されるときには行わないこともできるということを意味する。また、「直接」との指定はないため、審問をどのように実施するかは裁判所の裁量に委ねられる。

③ 裁判所は、養親となるべき者および養子となるべき子それぞれの子を審問しなければならない（家事・非訟 193 条 1 文）。

④ 裁判所は、養子となるべき子が未成年であるときは、青少年局を審問しなければならない。ただし、青少年局が上述の専門的意見を提出したときは、この限りでない（家事・非訟 194 条）。

もっとも、以上のうち①から③については、例外が認められている。すなわち、未成年の関係人（ここでも、主として問題となるのは養子となるべき子である）に関する限り、審問によってその発達、教育または健康に不利益が及ぶ恐れがあるとき、または幼年であるため審問しても効果がないと判断されるときには、審問を行う必要がない（家事・非訟 192 条 3 項〔③については同 193 条 2 文で準用〕）。

（6）手続の中断

既に述べたように、母と婚姻関係になく、かつ親権を有しない父による親権移転の申立てがあったときは、手続が中断する（民法 1747 条 3 項 3 号）。さらに、血縁上の父と見込まれる者による父子関係否認の手続、またはこの者についての父子関係確認の手続が係属しているときにも、家事・非訟事件手続法の一般規定（21 条 1 項）に基づき、同様に手続を中断すべきだと説かれている¹⁷⁴。これらの手続の結果次第で、手続に参加すべき法律上の父が誰かが変わってくる可能性があるからである。

（7）裁判および不服申立て

家事事件における裁判は決定によりされ（家事・非訟 116 条 1 項）、原則として理由を付さねばならない（同 38 条 3 項 1 文）。

養子縁組の申立てを棄却する決定については、家事事件一般についての規定が概ね適用される。すなわち、それは関係人に対する告知によって効力を生ずる（家事・非訟 40 条 1 項）。これに対しては、抗告が認められる（同 58 条 1 項）。抗告をすることができるのは、申立人としての養親となるべき者（同 59 条 2 項）の他、青少年局である（同 194 条 2 項 2 文）。抗告期間は 1 ヶ月であり（同 63 条 1 項）、その起算点は、個々の関係人が書面による決定の告知を受けた時点、この告知ができない場合には決定の効力発生から 5 ヶ月を経過した時点である（同条 3 項）。

以上に対し、養子縁組の申立てを認容する決定については、特則が定められている。それによると、この決定は養親となるべき者への送達時（その死亡後は養子となるべき子への送達時）に効力を生ずる（家事・非訟 197 条 2 項）。そして、この決定に対しては不服申立て、決定変更および再審の申立てをすることができない（同条 3 項）。養子の法的地位を速やかに安定させるためである¹⁷⁵。

¹⁷⁴ Staudinger/Frank, § 1747 Rn. 15; MüKoBGB/Maurer, § 1747 Rn. 24.

¹⁷⁵ BT-Drs. 7 /3061, 58.

3 同意に代わる決定の手続

(1) 緒論

上述のように、同意に代わる決定の手続は、養子縁組成立の手続とは別個独立に行われる。そして、この手続も後者と同様に家事・非訟事件手続法上の養子縁組事件とされており（家事・非訟 186 条 2 号）、同法の同事件に関する規定の適用を受ける。したがって、その扱いは養子縁組成立の手続と共通する部分が多い。以下では、それと異なる部分を中心に概説する。

ところで、同意に代わる決定の手続は、①養子となるべき子が 14 歳未満または行為無能力の場合における法定代理人の同意、②養子となるべき子が 14 歳以上でかつ行為無能力でない場合におけるその同意に対する法定代理人の承認、③実親の同意、④養親となるべき者の配偶者の同意のいずれかを対象とする¹⁷⁶。もっとも、実務上問題となるのはもっぱら③であり、その他のものはほとんど意味を持たないとされる¹⁷⁷。また、いくつかの点を除き扱いも基本的に異ならない。そこで、過度の複雑化および分量増加を避けるため、以下の記述では③のみを対象とする。

(2) 手続開始

同意に代わる決定の手続は、養子となるべき子の申立てによって開始する（民法 1748 条 1 項 1 文）。この申立てには、養子縁組成立の申立てと異なり、特別な様式は求められていない。

(3) 関係人

関係人となるのは、申立人である養子となるべき子（家事・非訟 7 条 1 項）およびその同意に代わる決定がされるべき者（同 188 条 1 項 2 号）、すなわち実親の同意に代わる決定の手続においてはその実親である。さらに、青少年局および州青少年局も申立てにより関係人となることができる（同条 2 項）点は、養子縁組成立の手続におけると同じである。

また、未成年の関係人の利益保護のために必要な限りにおいて、手続補佐人が選任される（家事・非訟 191 条 1 文）点も、一般論としては養子縁組成立の手続におけると異ならない。もっとも、ここでは、実親が養子となるべき子の法定代理人である限りにおいて、両者の間には顕著な利益相反があるため、原則として常に手続補佐人選任の要件を充たす¹⁷⁸。

(4) 裁判資料の収集

(a) 専門的意見の聴取

裁判所に養子縁組あっせん所の専門的意見の聴取を義務づける家事・非訟 189 条は、養子縁組成立の手続のみを適用対象として掲げている。しかし、同意に代わる決定の手続においても、養子縁組あっせん所の有する専門的知見はその判断のためにほぼ不可欠である。そのため、裁判所は職権探知（家事・非訟 26 条）の一環としてここでも同様の専門的意見を求めるのが望ましいとされる¹⁷⁹。

(b) 審問義務

同意に代わる決定の手続において、裁判所は、①関係人を原則として審問するとともに（家事・非訟 192 条 2 項）、②管轄の青少年局を審問しなければならない（同 194 条 1 項 1 文）。前述のように、①は必ずしも義務的ではなく、一定の範囲で裁判所の裁量が認められる。しかし、実親に

¹⁷⁶ MüKoFamFG/Maurer, § 186 Rn. 5.

¹⁷⁷ Behrentin/Braun, Handbuch, B Rn. 382.

¹⁷⁸ MüKoFamFG/Maurer, § 191 Rn. 14

¹⁷⁹ MüKoFamFG/Maurer, § 189 Rn. 5.

については親としての権利に対する重大な制約が問題となっていること、養子となるべき子についてもその意向が同意に代わる決定をすべきかどうかにとって重要であることから、いずれについても裁判所の裁量の余地はきわめて限定的だと考えられている¹⁸⁰。

(5) 手続の中断

母と婚姻関係になく、かつ親権を有しない父による親権移転の申立てがあったときは、養子縁組成立の手続だけでなく、同意に代わる決定の手続も中断すると解されている¹⁸¹。血縁上の父にかかる父子関係否認ないし確認の申立てについても、同様と考えられる(家事・非訟 21 条 1 項)。

(6) 裁判および不服申立て

同意に代わる決定の申立てを棄却する決定に対しては、家事事件の一般規定に従い、申立人たる養子となるべき子が抗告をすることができる(家事・非訟 58 条 2 項)。その他の点は、養子縁組の申立てを棄却する決定についてと同様である。同意に代わる決定の申立てを認容する決定に対しても、やはり家事事件の一般規定に従い、実親が抗告をすることができる(同条 1 項)。

この決定は、確定して初めて効力を生ずる(家事・非訟 198 条 1 項 1 文)。同意に代わる決定それ自体に一定の身分法上の効果が結び付けられていることに鑑み、法律関係の安定を図る趣旨である¹⁸²。

5 解消

1 緒論

(1) 解消制度の趣旨

未成年養子縁組については、子の生活環境を安定させるために、その存続を確実なものとする要請が高い。そこで、民法は、養子縁組の解消(*Aufhebung*)につき規定を置き、養子縁組は原則として裁判所の決定によってのみ解消できるものとした上で、その解消事由を 1760 条以下に制限的に列挙している(民法 1759 条)。

(2) 解消と無効

もっとも、解釈上、一定のきわめて重大な実体的ないし手続的瑕疵がある例外的な場合には、養子縁組が解消の決定を経ずして当然に無効となる余地が認められている。例えば、実子や配偶者を養子とする養子縁組、配偶者でない者らによる共同縁組、養子縁組成立の決定よりも前に養子となるべき子が死亡していた場合、養子縁組成立の決定が裁判官でない者によってされた場合などが挙げられる¹⁸³。

解消と異なり、無効は誰がいかなる形でも主張することができるが、家事・非訟事件手続法に基づく無効確認の訴え(家事・非訟 169 条 1 号)によって対世的に無効を確定させることもできる(同 184 条 2 項)。

(3) 解消事由の種類

解消事由としては、概ね、民法 1760 条が養子縁組の成立自体に一定の瑕疵があった場合を掲げ、同 1763 条が後発的な障害をカバーしている。前者は申立てにより、後者は裁判所の職権によ

¹⁸⁰ Behrentin/Braun, Handbuch, B Rn. 610, 612.

¹⁸¹ Staudinger/Frank, § 1748 Rn. 68; MüKoBGB/Maurer, § 1748 Rn. 145.

¹⁸² MüKoFamFG/Maurer, § 198 Rn. 8.

¹⁸³ MüKoBGB/Maurer, § 1759 Rn. 23-26.

り手続が進行するが、いずれも裁判により解消の効果がもたらされる点で共通する。これに対し、民法 1766 条は、例外的に、法律上当然に養子縁組が解消される場合を定めている。

2 裁判による解消 1 ——申立てによる解消

(1) 解消事由

申立てによる養子縁組の解消は、養親による養子縁組の申立て、養子縁組に対する子の同意または実親の同意（民法 1747 条 4 項により不要な場合を除く）が存在しないか、または無効である場合に限り認められる（同 1760 条 1 項）。特に重大な成立上の瑕疵に限って解消を認めるものである。

(a) 申立て・同意

対象となるのは、上記の申立てないし同意に限られる。その他の者の同意、すなわち養親の配偶者の同意、さらに 14 歳以上の子の同意に対する法定代理人の承認は、欠けていても解消事由とはならない。また、実親の範囲は同意の主体としての実親と同じであり、法律上の親の他、法律上の父がいない場合において父性の疎明をした者をも含む¹⁸⁴。

(b) 意思表示の不存在

申立てないし同意の不存在とは、何らの表示行為も存在しない場合はもちろん、意思表示が裁判所に到達しなかった場合、有効に撤回されていた場合、子の法定代理人ではない者が代理行為をした場合などをも含むと解されている¹⁸⁵。申立ておよび同意は公証人による公証を要するところ、この方式への違背により意思表示が不存在となるかどうかについては、見解が分かれている¹⁸⁶。

(c) 意思表示の無効

一方、申立てないし同意の無効は、意思表示の一般規定によるのではなく、2 項により、一定の重大な意思表示の瑕疵がある場合に限り認められる。具体的には、以下の場合である（民法 1760 条 1 項）。

- ① 表意者が、意思表示の時点で意識不明ないし一時的な意識障害のある状態にあった場合、申立人が行為無能力であった場合、または行為無能力ないし 14 歳未満の子が自ら同意をした場合（a 号）。第 1 の場合は、意思無能力に関する規定（民法 105 条 2 項）と同じ規定ぶりになっている。
- ② 養子縁組が問題となっていることを表意者が知らず、または養子縁組の申立てないしそれへの同意をする意思を有しなかった場合、または養親が養子の、あるいは養子が養親の同一性につき錯誤に陥っていた場合（b 号）。錯誤の一般規定（民法 119 条）とは異なり、養親ないし養子の「性状」に関する錯誤は除外されている。実際には、申立てないし同意に必要とされる公正証書の作成およびその際の公証人による教示により、こうした錯誤はほとんど生じないと言われる¹⁸⁷。
- ③ 表意者が重要な事実に関する詐欺によって意思表示をさせられた場合（c 号）。「重要な事

¹⁸⁴ MüKoBGB/Maurer, § 1760 Rn. 20.

¹⁸⁵ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1760 Rn. 8-11; MüKoBGB/Maurer, § 1760 Rn. 8-10.

¹⁸⁶ 概観として、Muschele, Familienrecht, Rn. 722.

¹⁸⁷ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1760 Rn. 16.

実」の例として、一般的には、養親に関してその養育・教育の資質を左右する事情、養子に関してその健康や精神状態に関する事情が挙げられる¹⁸⁸。これに対し、養親または養子の財産状態に関する詐欺は考慮されない旨が明文で定められている（4項前段）。

詐欺の主体については、消極的な形で、申立権者でも同意権者でもなく、かつ養子縁組の仲介権者でもない者がした詐欺で、申立権者または同意権者が知らなかったものについては考慮されないと定められている（4項後段）。要するに、申立権者または同意権者が自らしたか、または知っていた詐欺であれば考慮される。

④ 表意者が強迫によって違法に意思表示をさせられた場合（d号）。違法性の判断に当たっては、とりわけ親子間の援助・配慮義務（民法1618a条）が意味を持つとされる¹⁸⁹。

⑤ 実親の同意の意思表示が、子の出生後8週間を経過する前にされた場合（e号）。この場合、その意思表示は精神的な窮状の下でされたものと見られるためである¹⁹⁰。

（2）障害事由

以上の解消事由が存在する場合であっても、一定の場合には養子縁組の解消が排除されている。

（a）瑕疵の治癒

第1に、民法1760条2項各号に掲げる無効事由が消滅した後に、表意者が改めて申立てまたは同意の意思表示をするか、またはその他の形で養子縁組が維持されるべき旨を表示したときは、養子縁組を解消することはできない（民法1760条3項1文）。また、実親の同意が1747条4項により不要であると誤認された場合にも、同様の扱いが妥当する（同条5項1文）。これらの場合、申立てないし同意の瑕疵が治癒すると考えられたことによる¹⁹¹。

改めて意思表示をしたと認められるためには、通常の申立てないし同意につき必要とされる方式に従わなければならない。また、その他の形で養子縁組が維持されるべき旨を表示したと言えらるためには、表意者が問題の瑕疵を知った上でその意思を明確にする行為をしたのでなければならない。養親が養子の養育を継続することも、場合によってはこの要件を充たしうるものの¹⁹²、後述のように瑕疵を知ってから1年間は縁組解消の申立権が認められていることとの関係で、その判断には慎重さが求められるとの指摘もある¹⁹³。この行為については、子についての法定代理人の役割やその他の者についての代理禁止など、養子縁組についての同意と同様の準則が妥当する（同条3項2文、5項2文）。

なお、条文上は、3項が意思表示無効の場合全般を、5項が意思表示不存在の場合の一部をカバーしている。そのため、意思表示不存在のその他の場合については、治癒は認められないかのように見える。しかし、この場合にも3項ないし5項が準用されるというのが一般的な理解である¹⁹⁴。

（b）同意に代わる決定の要件の存在

第2に、同意が存在しないかまたは無効である場合であっても、その同意に代わる決定の要件が養子縁組成立の決定時あるいは養子縁組解消の判断の時点において存在するときは、縁組解消

¹⁸⁸ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1760 Rn. 20.

¹⁸⁹ MüKoBGB/Maurer, § 1760 Rn. 38.

¹⁹⁰ MüKoBGB/Maurer, § 1760 Rn. 39.

¹⁹¹ Staudinger/Frank, § 1760 Rn. 25.

¹⁹² 以上につき、MüKoBGB/Maurer, § 1760 Rn. 44 を参照。

¹⁹³ Staudinger/Frank, § 1760 Rn. 28.

¹⁹⁴ Soergel/Liermann, § 1760 Rn. 18.

は排除される（民法 1761 条 1 項前段）。一旦養子縁組を解消した上で同意に代わる決定をするという無駄を回避する趣旨である¹⁹⁵。

（c）子の福祉の著しい危殆化

第 3 に、縁組解消により子の福祉が著しくおびやかされるときは、養子縁組を解消することができない。ただし、それに優越する養親の利益のために解消が不可欠な場合はこの限りでない（民法 1761 条 2 項）。養子縁組存続に対する子の利益を、原則としてその他の利益に優先させるものである。

子の福祉の著しい危殆化が認められるのは、その身体的・精神的発展が縁組解消により継続的に妨げられる場合である。その判断に際しては、養子縁組の継続期間、子の年齢、精神状態、養親家族との結びつき、別の家庭に移った場合に予想される影響等が考慮される¹⁹⁶。

養親の利益との関係では、利益衡量が予定されている。もっとも、實際上問題となりうるのは養子縁組の申立て不存在や養子の同一性に関する錯誤の場合であるところ、こうした場合に養親が養子の養育を拒む場合には、それを事実上強制することは性質上できない以上、縁組解消による子の福祉の著しい危殆化という要件が既に否定されることが多い。そのため、主に問題となるのは、ある程度の年齢に達した養子の扶養に関する財産的利益だと言われる¹⁹⁷。

これに対し、実親の利益との衡量は、条文上は想定されていない。しかし、親の基本権の要請上、子の福祉の著しい危殆化の判断においてこの点の衡量をも行うべきだとの理解が一般的である¹⁹⁸。

（3）申立て

（a）申立権者

民法 1760 条に基づく縁組解消は、申立てを要件とする。申立権者は、同条により解消事由とされる不存在または無効の申立てまたは同意の主体に限られる（民法 1762 条 1 項 1 文）。共同縁組の場合であっても、その申立てが不存在または無効であった配偶者のみが申立権を有し、養子縁組はこの配偶者に関する限りで一部解消されることになる¹⁹⁹。

申立ての代理については、次のように定められている。行為無能力または 14 歳未満の子および行為無能力の養親については、法定代理人が申立てをすることができる（民法 1762 条 1 項 2 文）。以上の他、申立ては代理人によることができない（同項 3 文）。制限行為能力者である申立権者は、法定代理人の同意を要しない（同項 4 文）。養親が行為無能力者である場合が想定されている他は、養子縁組に対する同意についての規律と同様である。

（b）方式

この申立ては、養子縁組の申立てやそれについての同意と同様、公証人による公証を要する（民法 1762 条 3 項）²⁰⁰。

¹⁹⁵ BT-Drs. 7/3061, 48 Nr. 10.

¹⁹⁶ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1761 Rn. 13. 目安として、養親の下で既に 1 年以上生活している場合にはそうした危殆化が推定されるとの見解がある（MüKoBGB/Maurer, § 1761 Rn. 21）。

¹⁹⁷ Staudinger/Frank, § 1761 Rn. 13; MüKoBGB/Maurer, § 1761 Rn. 24-25.

¹⁹⁸ Staudinger/Frank, § 1761 Rn. 12; BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1761 Rn. 14.

¹⁹⁹ MüKoBGB/Maurer, § 1762 Rn. 8. もっとも、その結果、一方の配偶者のみを養親とする養子縁組が子の福祉に反するものとなり、次に見る職権による縁組解消の対象となることはありうる（MüKoBGB/Maurer, § 1762 Rn. 9）。

²⁰⁰ 次に述べる厳格な期間制限ゆえに、立法論的な批判もある（Staudinger/Frank, § 1762 Rn. 11）。

（c）期間制限（民法 1762 条 2 項）

申立てをなしうる期間については、やはり養子縁組の安定性確保のため、以下のような二重の制限が定められている（民法 1762 条 2 項）。

1）絶対的制限

第 1 に、養子縁組の時点から 3 年以内でなければならない（1 文）。養子縁組の時点とは、その効力発生時、すなわち養子縁組成立の決定が養親に送達された時点である。

2）相対的制限

第 2 に、申立てないし同意の瑕疵が発覚ないし消滅した時点から 1 年以内でなければならない（1 文）。具体的な起算点は、瑕疵の種類に応じて、以下のように定められている（2 文）。

- ① 民法 1760 条 2 項 a 号（意識不明・行為無能力等）の場合、表意者が少なくとも制限行為能力を取得した時点、または行為無能力の養親あるいは行為無能力ないし 14 歳未満の養子につき、その法定代理人が当該意思表示を知った時点（a 号）。
- ② 民法 1760 条 2 項 b 号（錯誤）および c 号（詐欺）の場合、表意者が錯誤または詐欺に気づいた時点（b 号）。
- ③ 民法 1760 条 2 項 d 号（強迫）の場合、窮状が止んだ時点（c 号）。
- ④ 民法 1760 条 2 項 e 号（実親による子の生後 8 週間以内の同意）の場合、子の出生から 8 週間が経過した時点（d 号）。
- ⑤ 民法 1760 条 5 項（実親の同意の不要性の誤認）の場合、当該実親が、自らの同意なしに養子縁組が成立したことを知った時点（e 号）。

2 文各号の条文上は、民法 1760 条 1 項（同意・申立ての不存在）の場合が、上記⑤の場合を除き規定されていない。しかし、この場合も解釈上 e 号が準用されると解されている²⁰¹。また、民法 1760 条 2 項 a 号の定めるもののうち、意識不明等の場合についても、上記①には対応する時点の定めがないが、この場合も意思表示が存在しないものと見て、e 号の準用を認めるのが一般的である²⁰²。

3）進行停止・完成停止

以上の期間制限については、消滅時効の進行停止に関する民法 206 条（不可抗力）および完成停止に関する同 210 条（法定代理人の不在）が準用される（3 文）。もっとも、この規定が 3 年の絶対的期間にも及ぶかどうかは、2 項の規定ぶりからは明らかでない。その趣旨が縁組存続に対する子の利益保護のために縁組解消の最長期間を画すことにあるとの理由で、この点を否定する見解が一般的である²⁰³。

3 裁判による解消 2 ——職権による解消（民法 1763 条）

（1）趣旨

養子縁組の成立に瑕疵がない場合でも、その解消が「重大な事由により、子の福祉のために不可欠」な場合には、家庭裁判所は職権によりそれを解消することができる（民法 1763 条 1 項）。これと同じことは実親子関係の場合には認められないが、それが養親子関係において認められる

²⁰¹ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1762 Rn. 11.

²⁰² BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1762 Rn. 11; MüKoBGB/Maurer § 1762 Rn. 24.

²⁰³ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1762 Rn. 14.

のは、多重縁組が認められていないことによる。すなわち、上記規定による解消は、多重縁組禁止を維持しつつ、新たな養親の下で再度養子縁組を可能とする機能を有するわけである²⁰⁴。

(2) 要件

(a) 養子の年齢

職権による解消は、養子が未成年の間にのみすることができる(1項)。養親子関係への国家の介入を、特に養子の要保護性が高い場合に限定する趣旨である。その基準時は、縁組解消の決定時と解されている²⁰⁵。

(b) 子の福祉に関わる重大な事由

上述のとおり、職権による解消の中心的な要件は、それが「重大な事由により、子の福祉のために不可欠」であることである。職権による解消は養親が有する親の基本権に対する重大な介入であるため、それが「不可欠」である必要があり、他のより緩やかな手段がある場合にはそれが優先されなければならない。そうした手段として、とりわけ親権の全部または一部の喪失等の民法 1666 条に定める措置が考えられる²⁰⁶。

何が「重大な事由」に当たるかについては、特に養親が解消を望んでいない場合につき、実親の同意に代わる決定の要件を定める民法 1748 条と同様に考えるべきだとする見解が有力である²⁰⁷。養子縁組の職権による解消と実親の同意に代わる決定とは、養親ないし実親の意に反してその親としての地位を剥奪するという点で、その機能を同じくするからである。

これに対し、養親が解消を望んでいる場合については、一方で、実親の同意に関する 1747 条とパラレルに捉え、「重大な事由」要件を原則として認める見解がある²⁰⁸。他方で、実親の解消に対する利益は申立てによる解消(民法 1760 条)の枠内でのみ保護されるとして、実親の希望それ自体は重要でないとしつつ、それを諸要素の 1 つとして考慮することは否定されないとする立場もある²⁰⁹。

(c) 子の養育の見込み

民法 1763 条 3 項は、以上に加え、縁組解消後に子を養育する親の存在ないし出現が見込まれることを要件としている。親のいない子の発生を防ぐ趣旨であり、とりわけ再度の養子縁組を可能にするという上述の同条の趣旨を反映したものである。

具体的には、次の 3 つのいずれかが必要とされる。

- ① 共同縁組をした養親の一方との関係でのみ養子縁組が解消されるべき場合において、他方の養親に子の保護・教育をする意思および可能性があること。ただし、当該他方の養親による親権の行使が子の福祉に反しない場合に限る(a 号 1 肢)。この場合は、再度の養子縁組を可能にするという上述の制度趣旨に必ずしも収まるものではなく、またこれらが否定される場合にはそもそも上述の子の福祉に関する重大な事由が否定されるはずだから、本来なくともよい規定だと言われている²¹⁰。
- ② 実親に子の保護・教育をする意思および可能性があること。ただし、①と同様、当該実親

²⁰⁴ MüKoBGB/Maurer § 1763 Rn. 2.

²⁰⁵ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1763 Rn. 3; MüKoBGB/Maurer § 1759 Rn. 7.

²⁰⁶ MüKoBGB/Maurer, § 1763 Rn. 8.

²⁰⁷ Staudinger/Frank, § 1763 Rn. 3; MüKoBGB/Maurer, § 1763 Rn. 6.

²⁰⁸ Staudinger/Frank, § 1763 Rn. 3.

²⁰⁹ MüKoBGB/Maurer, § 1763 Rn. 7.

²¹⁰ Staudinger/Frank, § 1763 Rn. 15; MüKoBGB/Maurer, § 1763 Rn. 33.

による親権の行使が子の福祉に反しない場合に限る（a 号 2 肢）。この場合、法形式としては縁組解消により実親との親族関係が復活することになるが（後述）、実質的には実親との間で再度の養子縁組と見ることができると説明される²¹¹。なお、連れ子縁組の場合において、養親の配偶者たる実親にこの意思・可能性がある場合も、ここに含まれると解されている²¹²。

- ③ 養子縁組の解消により再度の養子縁組が可能となると見込まれること（b 号）。民法 1763 条が想定する典型的な場面である。再度の養子縁組は、その成立につきほぼ疑問の余地がない程度に準備が進んでいるのでなければならないが、縁組前養育が開始している必要まではないとされる²¹³。

4 裁判による解消 3 —— 効果

（1）将来効

養子縁組解消の効果は、将来に向かってのみ生じる（民法 1764 条 1 項 1 文）。したがって、養子は、縁組解消の決定が効力を生じるまで引き続き養親の扶養を受ける権利を有する。

もともと、これに対する例外として、縁組解消の申立てをした養親または養子の死亡後に養子縁組解消の決定がされたときは、その死亡前に当該決定がされたのと同じ効果が生ずる（民法 1764 条 1 項 2 文）。申立人たる養親または養子が、申立てにより、養子縁組を維持する意思がないことを示したことに着目して、その後の決定と相続開始の先後という偶然の事情によって相続の結果に違いが生ずることを回避する趣旨であり²¹⁴、申立てに関する規律（前述本章²9）とパラレルなものである。

（2）親族関係の復活

養子縁組の解消によって、養子縁組により発生した子およびその子孫と従来の親族との間の親族関係およびそれに基づき生じる権利・義務は消滅する（民法 1764 条 2 項）。同時に、子およびその子孫と実方の親族との間の親族関係およびそれに基づき生じる権利・義務（親権を除く）が復活する（同条 3 項）。以上により、養親の親権は消滅するが、実親がそれを当然に回復するわけではない。これについては、すぐ後で述べる。

以上の例外として、夫婦が養親となっている場合（共同縁組ないし承継縁組の場合）において、その一方との関係でのみ養子縁組が解消されたときは、養親子間の親族関係消滅の効果は子およびその子孫とその配偶者との間でのみ生じる（民法 1764 条 5 項前段）。そして、養子縁組の効果が完全に消滅したわけではない以上、実親との関係での親族関係復活の効果は生じない（同項後段）。これに対し、連れ子縁組の解消においては、養親たる配偶者の一方との養子縁組が完全に終了する以上、5 項の適用対象とはならず、原則どおり 3 項の親族関係復活効が発生すると解されている²¹⁵。

（3）親権

裁判所は、子の福祉に反しない場合に、その限度でのみ実親に親権を移転し、そうしない場合は後見人または保護人を選任する（民法 1764 条 4 項）。そもそも養子縁組がされるに至った原因

²¹¹ Staudinger/Frank, § 1763 Rn. 1; Maurer, § 1763 Rn. 5.

²¹² BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1763 Rn. 18.

²¹³ Staudinger/Frank, § 1763 Rn. 21; MüKoBGB/Maurer, § 1763 Rn. 35.

²¹⁴ MüKoBGB/Maurer, § 1764 Rn. 7.

²¹⁵ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1764 Rn. 30; MüKoBGB/Maurer, § 1764 Rn. 43.

や、一定期間実親と子が生活を共にしていなかったことなどから、実親に親権を行使させることが適切とは限らないからである。他方で、親としての権利を尊重する見地から、原則として後見人ではなく実親に親権を移転すべきものとされている²¹⁶。

もっとも、親権の移転が子の福祉に反しないと認められるためには、実親が子を養育する意思および可能性を有しているものでなければならないところ、これはむしろ例外的である。これは特に、同意に代わる決定があったときには、実親の子に対する態度に根本的な変化があったような場合にのみ認められる²¹⁷。

（４）氏（民法 1765 条）

養子の氏については、ここでも特則が設けられている。

（a）原則

養子縁組の解消により、養子は養親の氏を出生氏として称する権利を失う（民法 1765 条 1 項 1 文）。それに代えて、養子縁組成立前に称していた氏を再取得する。もっとも、養子縁組継続中に実親の氏に変更があり、または実親が婚氏を定めた場合において、養子縁組がなかったとしたらその変更等が子の氏に関する一般規定（民法 1617c 条）に従い子の氏に変更をもたらしていたであろうときは、子が再取得するのはその変更を受けた後の氏だと解されている。具体的には、実親の氏の変更または婚氏指定の時点において子が 5 歳未満の場合は、子の氏は当然にそれに即した変更を受ける。子が 5 歳以上の場合には、子がその変更を受け入れる旨の意思表示を戸籍役場に対して行うことによって氏の変更が生ずる。

（b）例外

以上の原則には、いくつかの例外がある。

- ① 民法 1754 条 1 項の場合（すなわち、共同縁組、連れ子縁組ないし承継縁組の場合）において、子が養親夫婦の婚氏を取得した後に、その一方のみとの間で養子縁組が解消されたときは、子はその取得した氏を保持し続ける（民法 1765 条 1 項 2 文）。この場合、養子縁組は配偶者の一方との間でのみ解消される（同 1764 条 5 項）ことに対応する例外である。
- ② 子が婚姻し、その養子縁組により取得した出生氏が婚氏とされたときは、養子縁組解消にもかかわらず、子およびその配偶者はその婚氏を保持する（民法 1765 条 1 項 3 文）。養子縁組の当事者でない子の配偶者の利益に配慮した例外である²¹⁸。
- ③ 子が養子縁組により取得した氏を称するにつき正当な利益を有すると認められるときは、裁判所は、子の申立てにより、養子縁組の解消と同時に、子にその氏を保持させることができる（民法 1765 条 2 項 1 文）。氏の継続性に対する子の利益を一定の限度で保護するものである。なお、申立てにおける子の代理については、養子縁組についての子の同意と同じ扱いが妥当する（同項 2 文）。

ここに言う「正当な利益」は、一般論としては、氏の継続に対する子の利益が氏の変更に対する養親の利益を上回る場合に認められ、その際には縁組解消に至った原因も考慮される。具体的には、養子が長期にわたり養親の氏を称してきたために社会においてその氏で認識されている場合、養子がその氏で経済的に成功を収め著名になった場合、学校等において氏の変更

²¹⁶ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1764 Rn. 20; MüKoBGB/Maurer, § 1764 Rn. 31.

²¹⁷ BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1764 Rn. 22; MüKoBGB/Maurer, § 1764 Rn. 37.

²¹⁸ Soergel/Liermann, § 1765 Rn. 10.

が子に不利益をもたらす場合、近い将来に再度養子縁組をし、それによって再び氏の変更が予想される場合などが挙げられる²¹⁹。

5 裁判による解消 4 —— 手続

(1) 緒論

養子縁組解消の手続も、養子縁組成立の手続および同意に代わる決定の手続と同様、養子縁組事件として家事・非訟事件手続法の規律を受ける。したがって、それらについて述べたのと同じことが基本的にここでも妥当する。以下、この手続に特殊な点を中心に説明する。

(2) 開始

既述のとおり、民法 1760 条による解消の手続は申立権者の申立てによって開始するのに対し、同 1763 条によるそれは家庭裁判所の職権により開始する。

(3) 関係人

手続に参加すべき関係人は、申立人（家事・非訟 7 条 1 項）の他、養親、養子および実親が明文で掲げられている（家事・非訟 188 条 1 項 3 号）。さらに、「手続によりその権利が直接の影響を受ける者」（家事・非訟 7 条 2 項 1 号）として、養子縁組への同意権を有する養親の配偶者や、実親が既に死亡している場合において、縁組が解消された場合には子の扶養義務を負うことになる可能性のある実方の親族などが挙げられる²²⁰。

さらに、同意に代わる決定の手続におけると同様、養親が養子の法定代理人である限り、両者の間には顕著な利益相反があるため、手続補佐人が選任され（家事・非訟 191 条 1 文）、関係人となる（同 158 条 3 項 2 文）。

(4) 審理

(a) 期日および手続の進行

前述のとおり、家事事件において協議期日の開催は原則として裁判所の裁量に委ねられている（家事・非訟 32 条 1 項）。しかし、養子縁組解消の手続においては、全ての関係人にとって重大な影響があることから、これを原則として開く必要があると言われている²²¹。

(b) 裁判資料の収集

同意に代わる決定の手続におけると同様、養子縁組あつせん所の専門的意見の聴取は義務的とはされていないものの、職権探知（家事・非訟 26 条）の一環としてそうするのが望ましいとされる²²²。

また、裁判所は、養親または養子を直接審問しなければならず（家事・非訟 192 条 1 項）、実親を原則として審問すべきものとされている（同条 2 項）。

(5) 裁判および不服申立て

裁判および不服申立てについては、同意に代わる決定の手続におけると同様である。

²¹⁹ 以上につき、MüKoBGB/Maurer, § 1765 Rn. 23-24 を参照。

²²⁰ 以上につき、MüKoFamFG/Maurer, § 188 Rn. 40-41 を参照。

²²¹ MüKoFamFG/Maurer, Vor § 186 Rn. 64-65.

²²² MüKoFamFG/Maurer, § 189 Rn. 5.

6 法律上当然の解消（民法 1766 条）

（1）趣旨

法律上当然の養子縁組解消として、民法は次の 1 条のみを設ける。「養親が、婚姻に関する規定に反し養子またはその子孫と婚姻したときは、養子縁組により両者の間に成立した法律関係は、婚姻をもって解消される」（民法 1766 条 1 文）。

直系親族間では婚姻をすることができず、これはその親族関係が養子縁組によって成立した場合であっても異なる（民法 1308 条 1 項 1 文）。しかし、それにもかかわらず実際に婚姻してしまえば、それは無効でないばかりか、解消事由ともされていない²²³。以上の規定は、これに対応して、むしろ婚姻当事者間での養子縁組による親族関係の方を消滅させる。婚姻の方が将来の当事者の意思に適い、一方養子縁組に基づく親族関係は婚姻により著しく害されるに至っていることから、婚姻を優先させる趣旨である。もっとも、その実際上の意義はきわめて小さいと言われる²²⁴。

（2）要件・効果

養親と養子またはその子孫とが婚姻した場合²²⁵、養子縁組によりその当事者間に成立した親族関係が、法律上当然に解消される。これに対し、婚姻の当事者でない親族との関係では、解消の効果は生じない。この場合、「解消（aufheben）」との文言が用いられているものの、裁判による解消の効果を定める民法 1764 条・1765 条の適用は排除されている（民法 1766 条 2 文）。これとは別に、婚姻による姻族関係が生じ、従来の養子縁組による親族関係と併存することになる²²⁶。

6 運用状況

2017 年の連邦統計庁による統計によると、未成年養子の総成立件数は 3,888 件であり、そのうち親族養子が 153 件、連れ子養子が 2,373 件、その他のものが 1,362 件である²²⁷。成立件数は年々減少しつつあるものの、人口比率で日本よりはるかに多いことに変わりはない。その背景には、やはり充実した養子縁組あっせん制度の存在があるものと思われる。

²²³ 婚姻の解消事由を定める民法 1314 条 1 項は、実方の親族関係における婚姻禁止を定める民法 1307 条への違反のみが掲げられており、民法 1308 条は排除されているためである。

²²⁴ Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, Rn. 137.

²²⁵ これに対し、養子縁組に基づく兄弟姉妹同士での婚姻は、民法 1308 条 1 項 1 文により禁止されるものの、民法 1766 条の適用対象には含まれない。この場合、婚姻禁止の解除の制度が用意されており（民法 1308 条 2 項）、それによることが予定されている（Soergel/Liermann, § 1766 Rn. 4）。

²²⁶ 具体的には、次のようになる。

① 養親と養子の婚姻においては、両者の関係は親子から配偶者になる。養親の親は、養子の祖父母であると同時にその義父母となる。当該養親の元配偶者は、養子の親であると同時に、自分にとっての元配偶者の義父または義母となる。

② 養親と養子の子が婚姻した場合、両者の関係は祖父母から配偶者になる。養子は養親の子であると同時にその義父または義母となる。

²²⁷ Statistisches Bundesamt, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe. Adoptionen 2017 (2018) S. 5 (https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Soziales/KinderJugendhilfe/Heimerziehung/BetrueWohnform5225113167004.pdf?__blob=publicationFile).

第2章 嫡出推定（父子関係）——ドイツ

1 緒論

1 沿革

嫡出推定に関するドイツ民法の規律は、非嫡出子ないし婚外子の差別の撤廃に向けた段階的な展開を経て、1998年の改正によって抜本的に変更された。すなわち、同改正以前は、日本の現行法と同様に、父子関係に関して嫡出子と非嫡出子とが区別され、それぞれにつき嫡出否認と認知否認という異なる制度が用意されていた。これに対し、同改正は、嫡出子・非嫡出子というカテゴリー自体を廃止して問題を父子関係の発生という角度から一元的に捉え、同時にそれを争うための手段も父子関係の否認として一本化したのである。

2 父子関係の発生態様（民法 1592 条）

この改正の結果、父子関係の発生態様としては、次の3つが等価なものとして並立している（民法 1592 条）。

- ① 子の出生の時点においてその母と婚姻関係にあったこと。
- ② 子を認知したこと。
- ③ 父子関係が裁判により認定されたこと。

3 本章の説明の対象

本章に課せられた課題は、ドイツ法における嫡出推定制度の概要を説明することだが、上述のように、現行のドイツ法には嫡出推定という制度そのものはもはや存在しない。そこで、以下では、対象を「婚姻による父子関係の発生とその排除」と設定した上で、これに直接または間接にかかわる諸規律について概説することにする。これに関する規律は様々な形で父子関係法全体にわたっているため、論述の外縁としてはほぼ同法全体を扱うことになるが、その程度は上記対象との関連の度合いに応じて調整する。

2 婚姻による父子関係発生

1 緒論——1998年改正前の規律

（1）嫡出推定

婚姻による父子関係の発生は、1998年改正の大きなポイントの1つだった。そこで、何がどう変わったのかを示すため、まずは旧法下での規定を確認しておく。

そこでは、婚姻後に出生した子について、母が婚姻前または婚姻中に懐胎し、かつその夫がその懐胎期間中（出生日の302日前から180日前〔民法旧1592条1項〕）に子の母と性交渉をした場合には、母が夫によりその子を懐胎したものと推定された（同旧1591条1項）。そして、このうち懐胎期間中の性交渉については、さらに、懐胎期間中に夫が子の母と性交渉をしたことが推定される（同条2項）。この二重の推定が、嫡出推定と呼ばれていた。

（2）推定が重複する場合——後婚の優先

以上の規律により前婚と後婚の間で嫡出推定が重複することを避けるため、10ヶ月の待婚期間

が設けられていた（旧婚姻法〔Ehegesetz〕8条1項）。もっとも、待婚期間が遵守されず、または免除（同条2項）された場合には、なおそうした重複が生じうるところ、この場合には子は後婚の夫の嫡出子となるとされていた（民法旧1600条1項）。

2 原則（民法1592条1号）

（1）規準

以上に対し、現行法によると、子の出生時にその母と婚姻関係にあった者が法律上当然に父となる（民法1592条1号）。そのような者は容易に特定できる他、実際にも子の血縁上の父である蓋然性が高いと考えられるためである²²⁸。

（2）旧法との相違

旧法との違いは、次の2点にある。

- ① 民法1592条1号は、推定という法技術を用いていない。むしろ、子の出生時に母と婚姻関係にあった者をもって父と定義している。したがって、この意味での父に該当するかどうかの判断においては、母が夫の子を懐胎したかどうかとか、懐胎期間中に性交渉があったかどうかといったことは意味を持たない²²⁹。
- ② より実質的な相違として、婚姻終了後に出生した子について、婚姻による父子関係発生の余地が否定されている。旧法が婚姻期間中の懐胎を規準としていたのに対し、現行法は婚姻中の出生のみに着目する。その結果、婚姻の解消後に生まれた子については、懐胎期間が婚姻期間と重なる場合であっても、母の夫は当然に父とはならないことになったわけである（ただし、次に述べるように、例外がある）。これについては、離婚等による婚姻解消の場合、実際はそれ以前から既に婚姻関係が破綻しているのが通常であり、したがってその時点での夫を父とすることは実態にそぐわないと説明される²³⁰。

3 拡張——夫死亡後の出生（民法1593条1文、2文）

婚姻が母の夫の死亡によって解消した場合において、その解消後300日以内に子が出生したときは、民法1592条1号が準用され、死亡した夫が当然に父となる（民法1593条1文）。婚姻終了後の出生につき、この場面に限って旧法と同様の扱いを定めるものである。この場合には、離婚の場合と異なり、その懐胎期間（出生日の300日前から181日前〔同1600d条3項1文〕）が婚姻期間と重なる子については、死亡した夫が血縁上の父である蓋然性が高いというのが、その趣旨である²³¹。さらに、子が300日より前に懐胎したと認められるときは、その期間が基準となる（同1593条2文）。

このように、上記規定は、婚姻が父の死亡によって解消した場合を念頭に置いている。もっとも、子の出生直前に母が死亡するという事態も生じうるところ、この場合にも同規定が類推適用

²²⁸ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1592 Rn. 3, 6. なお、この趣旨との関係で、母の同性婚配偶者に民法1592条1号を類推適用できるかどうかが新たな解釈問題となっている（BeckOGK-BGB/Haßfurter, § 1591 Rn. 124-124.1）。後述本章6(50)も参照。

²²⁹ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1592 Rn. 13.

²³⁰ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1592 Rn. 10.

²³¹ BT-Drs. 13/4899, 83.

されると解されている²³²。

4 父子関係競合への対処

(1) 後婚の優先 (民法 1593 条 3 文)

以上のように婚姻による父子関係の発生が婚姻後の出生にまで拡張されると、複数の父子関係が競合する場面が出てくる。すなわち、母の夫の死亡後 300 日以内に子が出生したが、それよりも前に母が再婚したという場面である。この場合、新たな夫のみが父となるとされている (民法 1593 条 3 文)。母が以前の夫の死亡後すぐに再婚した場合、死亡した夫との婚姻関係は通常破綻していたと考えられるためである²³³。

この場合、すなわち母の夫の死亡後に子が出生した場合を除けば、重婚が禁止されている以上 (民法 1306 条)、婚姻による父子関係の競合は通常は起こりえない。このことから、かつての待婚期間は廃止されるに至った。もっとも、例外的に重婚が生じ、その結果双方の夫が民法 1591 条 1 文に該当するに至った場合には、同 1599 条 3 文の類推により、後に開始した婚姻の夫のみが父になると解されている²³⁴。

(2) 前婚の復活 (民法 1593 条 4 文)

このように、父子関係競合の場合は後婚が優先するものとされているが、これは前婚に何の効力もないということではない。すなわち、父子関係が否認され、後婚の夫が子の父でないことが既判力をもって確認されたときは、前婚の夫が当然にその子の父となるとされている (民法 1593 条 4 文)。前婚も本来父子関係発生要件を備えていたことに着目し、その限りで子の父がいなくなるという事態を回避する趣旨である²³⁵。

3 認知による父子関係発生

1 通常の認知

(1) 要件

認知により父子関係が発生するためには、子に父がいない場合において、認知の意思表示および母等の同意を要する。さらに、一定の濫用的な認知は禁止され、また子に父が存在しないのなければならない。

(a) 認知の意思表示

認知の意思表示は、子の出生前であってもすることができる (民法 1594 条 4 項)。父子関係の早期確定は特に母にとって利益になるからである²³⁶。一方、それにつき公証を受けなければならず (同 1597 条 1 項)、また条件・期限を付すことができない (同 1594 条 3 項)。法定代理については一定の定めがあるが (同 1596 条 1 項)、任意代理によることはできない (同 4 項)。

認知の意思表示が公証を受けてから 1 年が経過してもそれが効力を生じないときは、表意者は

²³² MüKoBGB/Wellenhofer, § 1593 Rn. 5.

²³³ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1593 Rn. 14.

²³⁴ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1593 Rn. 16.

²³⁵ BeckOGK-BGB/Balzer, § 1593 Rn. 6.

²³⁶ BT-Drs. 5/2370, 27; MüKoBGB/Wellenhofer, § 1594 Rn. 41. 一方、懐胎前の認知は認められていない。これに対しては、第三者提供精子による人工授精の妨げとなっているとして、改正を求める見解がある (BeckOGK-BGB/Balzer, § 1594 Rn. 89-90.3)。

これを撤回することができる（民法 1597 条 3 項 1 文）。撤回の意思表示は、同意の意思表示と同様の方式による（同項 2 文）。

（b）父の不存在

認知は、子に既に父がいるのでない場合に限り有効である（民法 1594 条 2 項）。複数の父の存在は法律上想定されていないためである²³⁷。

（c）母等の同意

さらに、認知には、母の同意が必要とされている（民法 1595 条 1 項）。これは、誰が子の父であるかにつき母も固有の利害関係を有すること、子の父が誰かは通常母が最もよく知っていることに加え、子に同意権を与えたとしても、親権を有する母が結局法定代理人としてそれを行わせることになるため、初めから母に同意権を与えておけば足りると考えられたためである²³⁸。こうした趣旨から、父子関係に関して母が親権を有しない場合には、さらに子の同意も必要とされる（同条 2 項）。例えば、子が成年に達している場合や、母が親権を喪失している場合などである。

同意の意思表示の方式等は、認知の意思表示と同様だが、撤回はすることができない。母ないし子がこの同意を拒んだ場合、法律上の父となろうとする者は、後述の裁判による父子関係確認による他ない²³⁹。

（d）意思表示の有効性（民法 1598 条）

身分関係の安定のため、認知、その撤回または同意の意思表示は、次に見る濫用的認知等の無効の他は、以上に見た方式等の規定に違反する場合にのみ効力を有しないものとされる（民法 1598 条 1 項）。さらに、認知の意思表示については、身分登録簿に記録されてから 5 年が経過した後は、それらの方式規定への違反があっても有効である（同条 2 項）。

（e）濫用的認知等の禁止（民法 1597a 条）

さらに、2018 年の改正によって、一定の濫用的な認知を禁止する民法 1597a 条が追加された。それによると、子、本人または母の適法な入国または滞在の要件を充たすこと、または子にドイツ国籍を取得させることによってその適法な入国または滞在の要件を充たすことをもっぱらの目的として認知をすることはできない（同条 1 項）。こうした濫用的な認知を疑わせる事実として同条 2 項各号に掲げるものが存在するときは、認知の意思表示を公証しようとする者は、その旨を外国人局に通報するとともに公証を中断しなければならない（同条 2 項 1 文）。そして、それを受けて外国人局が認知の濫用性を認定し、その判断が確定したときは、公証は確定的に拒絶される（同条 2 項 4 文）。この場合、それにもかかわらず認知の公証がされたとしても、それは無効である（同条 3 項）。母の同意についても、以上と同じ扱いが妥当する（同条 4 項）。もっとも、認知をする者が子の血縁上の父であるときは、その認知は濫用的ではありえないとされる（同条 5 項）。

（2）効果

認知により、その表意者は子の出生時にさかのぼってその法律上の父となる。もっとも、その効力を主張することができるのは、原則として、認知が効力を生じてからである（民法 1594 条 1 項）。

²³⁷ Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, § 52 Rn. 5.

²³⁸ BT-Drs. 13/4899, 54; MüKoBGB/Wellenhofer, § 1595 Rn. 2. もっとも、これに対しては、子の自己決定権を侵害するものであるとして批判が強い。養子縁組等における同様に、14 歳以上の子には独自の同意権を認めるべきだとする見解が有力である（MüKoBGB/Wellenhofer, § 1595 Rn. 3-4; 後述 6(12), (13)）。

²³⁹ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1595 Rn. 10.

さらに、前記（１）（ｂ）の要件を欠く場合、すなわち既に父がいるのに認知をした場合には、認知の意思表示は浮動的に無効であるにとどまり、既存の父子関係が否認等により消滅した場合には法律上当然に有効となると解されている²⁴⁰。

２ 離婚手続に際しての認知（民法 1599 条 2 項）

（１）概要・趣旨

以上によると、子の出生時に母が婚姻関係にある場合、通常認知は婚姻による父子関係に劣後する。しかし、一定の場合にはその例外が認められており、これは婚姻による父子関係の排除にとって重要である。

すなわち、夫婦の離婚の申立てが係属した後に子が出生した場合において、この申立てを認容する決定が確定してから遅くとも 1 年以内に第三者がその子を認知したときは、婚姻による父子関係（民法 1592 条 1 号、1593 条）は発生しない（同 1599 条 2 項 1 文）。この場合、母ないし子の同意に加えて、子の出生時に母と婚姻関係にあった夫の同意をも要する（同項 2 文前段）。その趣旨としては、次のようなことが言われている²⁴¹。

- ① 離婚の申立ての後に子が出生し、それを第三者が認知し、さらにそれにつき母もその夫も同意しているという状況の下では、この夫がその子の血縁上の父である可能性はきわめて低い。
- ② この規定がなかったとしたら、民法 1592 条 1 号（あるいは同 1593 条）に基づき母の夫が一旦父となった上で父子関係否認の手続によりその父子関係を解消することになるが、関係者全員にとって子の父が第三者であることが明らかな場合、そうした迂遠な手続は無駄である。
- ③ 第三者による認知が必要とされる以上、子の父がいなくなるという事態は生じ得ない。

以上のような趣旨により、婚姻による父子関係の発生を、父子関係否認の手続によらずに当事者間の合意限りで排除することが例外的に認められているわけである²⁴²。

（２）要件

要件とされるのは、①離婚の申立ての係属後に子が出生したこと、②離婚の決定の確定、③②の時点から 1 年以内に第三者による認知がされること、および④元夫の同意である。③の認知については、既に述べた通常認知の要件が充たされる必要がある。④の同意も、母ないし子の同

²⁴⁰ BT-Drs. 13/4899, 84; MüKoBGB/Wellenhofer, § 1594 Rn. 30.

²⁴¹ BT-Drs. 13/4899, 53; MüKoBGB/Wellenhofer, § 1599 Rn. 67-68.

²⁴² もっとも、これに対しては、次のような立法論的批判および再反論がある（Staudinger/Rauscher, § 1599 Rn. 5-7; MüKoBGB/Wellenhofer, § 1599 Rn. 69）。

- ① 子の出生から認知（離婚の決定の確定時から 1 年間可能）までの期間につき子の地位が不安定になり、扶養等に関して問題を生ずるおそれがある。もっとも、これに対しては、本文で後に述べるように、解釈により一定の解決が図られるに至っている。
- ② 母がこの制度を利用するためには、夫に子の父が誰かを明かさざるを得なくなってしまう。これに対しては、婚姻関係にある以上原則として夫が子の父となるのが現行法の帰結であり、その父子関係の否認のために一定の負担が生じるのは当然のことだとの反論がある。
- ③ 子の福祉を擁護する公的機関の関与なしに、当事者が子の身分を私的自治により処分できることになってしまう。これに対しては、離婚の申立て後の出生という客観的事実により民法 1592 条 1 号が前提とする推定の根拠が失われるだけであり、身分関係が私的自治に委ねられているわけではないとの反論がある。

なお、後述 [6](#)(16)～(18)では、合意の可能性の拡張が提案されている。

意と同様の方式等に従う必要がある（民法 1599 条 2 項 2 文後段）。なお、同項 1 文が同 1593 条をも対象としているところ、同条の場合には、上記②に代えて②‘夫の死亡が要件となる²⁴³。

（3）効果

（a）父子関係の発生

以上の要件が備わると、民法 1592 条 1 号（あるいは同 1593 条）による父子関係は発生せず、それに代えて認知をした者が子の出生時にさかのぼって法律上の父となる。もっとも、この効果は、離婚の申立てを認容する決定が確定した時点よりも前には生じない（同 1599 条 2 項 3 文）。この時点までは婚姻が有効であり、したがって民法 1592 条 1 号（あるいは同 1593 条）が妥当するところ、これに基づく父子関係との競合を避けるためである²⁴⁴。

（b）効力発生までの期間の処理

以上によると、早くとも離婚の決定が確定するまでは、子と認知をした第三者との父子関係を主張できないことになる。もっとも、解釈上、一定の限度でその効果を前倒しすることが認められている。

まず、既に認知をした第三者と母とが共同で親権を行使する旨の意思表示（民法 1626a 条 1 項 1 号）をしたときは、その効力はなお存在する夫との婚姻によって妨げられず、離婚の決定の確定をもって効力を生ずるとというのが判例である²⁴⁵。

扶養については判例がなく、学説が分かれている。まず、効力発生時までに元夫が実際にした扶養についての求償請求は、効力発生まで認められないという点に異論はない。問題は、その時点までに誰が子の扶養請求の相手方となるかであり、効力発生前には民法 1592 条 1 号（あるいは同 1593 条）が妥当する以上母の夫だとする見解²⁴⁶と、いずれ父でなくなることが確実な夫への扶養請求と、既に認知の意思表示をした第三者が扶養を拒むことは、いずれも権利濫用であるとして、第三者を相手方とすべきだとの見解²⁴⁷がある。

（c）父子関係否認の帰結

民法 1599 条 2 項による認知が父子関係否認の手続により効力を失ったときは、通常の認知にけると同様、子の父は存在しないことになる。民法 1592 条 1 号（あるいは同 1593 条）による父子関係が復活することにはならない²⁴⁸。これは、子にとって不利益なことではあるが、元夫の身分関係確定についての利益をも保護すべきこと、元夫が実際に血縁上の父なのであれば、子は別途裁判による父子関係確認を求めることができることから、以上の点を別異に解すべき理由とはならないというのが通説である²⁴⁹。

4 裁判による父子関係確認

1 緒論

婚姻と認知のいずれによる父子関係も存在しない場合には、裁判所が父子関係を確認する（民法 1600d 条 1 項）。そして、父子関係に基づく法律効果は、この確認がされる時点までは主張す

²⁴³ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1599 Rn. 78.

²⁴⁴ Staudinger/Rauscher, 2011, Rn. 102; BeckOGK-BGB/Reuß, § 1599 Rn. 163.

²⁴⁵ BGHZ 158, 74.

²⁴⁶ Staudinger/Rauscher, § 1599 Rn. 113.

²⁴⁷ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1599 Rn. 81.

²⁴⁸ BGH NJW-RR 2012, 449.

²⁴⁹ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1599 Rn. 82; BeckOGK-BGB/Reuß, § 1599 Rn. 179.

ることができない（同条 4 項）。身分関係の明確化を図るためである²⁵⁰。

2 事件の種類

裁判による父子関係確認の手続は、家事・非訟事件手続法上の親子関係事件として、同法の適用を受ける（家事・非訟 169 条 1 号）。同法の総則規定の他、当該事件については、家事・非訟事件手続法 169 条以下に各則的な規定がある。総則規定が適用される限りにおいて、養子縁組関係事件に関して上述したことの多くがここでも当てはまる。

3 管轄

否認手続の管轄は、子の常居所がある区の家庭裁判所である（家事・非訟 170 条 1 項）。

4 手続開始——申立て

親子関係事件一般につき、手続は申立てにより開始する（家事・非訟 171 条 1 項）。父子関係確認の手続の申立権者については、規定が存在しないが、解釈上、子、母および父であると主張する者に申立権が認められている。この申立権も、後述の否認権と同様に一身専属的な権利であり、代理によることは原則としてできないと解されている²⁵¹。

父子関係確認の申立ては、父子関係がまだ存在しない場合に限り認められる。既に父子関係が存在するにもかかわらずされた申立ては、不適法却下される。この場合、まずはこれを後述する父子関係否認により排除しなければならない²⁵²。

この申立てに期間の制限はない。申立ての際には、父として挙げられた者と子との父子関係がうかがわせる事実を主張しなければならないとするのが判例である。特に子が申立人である場合に、父の情報自己決定権への無用の侵害を防ぐためである²⁵³。

5 関係人

（1）範囲

関係人の範囲も、申立権者の範囲と同じだが（家事・非訟 172 条 1 項）、他に父である可能性がある者がいる場合、裁判所はこれをも関係人に加えることができる（同 7 条 2 項 1 号）。

（2）代理

親子関係事件については、弁護士による代理は法律上必要とされていない（家事・非訟 10 条 1 項）。この場合、事実関係および法状況が難解であるために弁護士による代理が必要と認められる場合に限り、裁判所は申立てをした関係人に弁護士を付さなければならないとされている（同 78

²⁵⁰ BeckOGK-BGB/Reuß, § 1600d Rn. 11. もっとも、身分関係に直接関係のない事項については、この例外が認められる可能性がある。典型的なのは、否認権を行使した元法律上の夫が、血縁上の父に対して子の扶養に要した費用を求償する場面である。この場合、元法律上の夫には、後述のように、血縁上の父につき父子関係確認の申立てをすることができない。このとき、①血縁上の父と子との間の父子関係に争いがなく、②近い将来父子関係確認の手続が行われる見込みがなく、かつ③その父子関係を前提問題として扱うことにより子の利益が害されるのではない場合には、民法 1600d 条 4 項にもかかわらず、前提問題としての父子関係の主張を認めるのが判例である（BGHZ 176, 327）。

²⁵¹ 以上につき、MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600d Rn. 13; BeckOGK-BGB/Reuß, § 1600d Rn. 45 を参照。

²⁵² MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600d Rn. 30; BeckOGK-BGB/Reuß, § 1600d Rn. 49-51.

²⁵³ BGH NJW 2014, 3786.

条2項)。しかし、親子関係事件においては、その複雑さゆえに、原則として全ての関係人につきこの要件が認められるというのが判例である²⁵⁴。

(3) 死亡

関係人の1人が終局決定の確定前に死亡したときは、裁判所はその他の関係人に対し、そのうちの少なくとも1人が1ヶ月以内に裁判所に対し手続の継続を請求した場合に限り手続が継続する旨を告げなければならない(家事・非訟181条1文)。その期間内に請求をする関係人がいなければ、手続は終了する(同条2文)。親子関係事件においては、当事者の死亡により関係人が手続を続行する利益を失うことがありうるためである²⁵⁵。

6 実体的要件

(1) 原則

父子関係確認のための実体的要件は、既存の父子関係の不存在に加え、ある男性が子の血縁上の父であることである。どのようにして父となったかは意味を持たず、その提供した精子によって人工授精がされた場合であっても、その男性が血縁上の父であることに変わりはない²⁵⁶。

(2) 適格精子提供者についての例外(民法1600d条4項)

もともと、2018年の改正により、以上の点に例外が認められるに至った²⁵⁷。それによると、①臓器移植法に定める医療支援機関において、②医師が行う人工授精であって③精子提供者登録法に定める採取施設に対し精子提供者が提供した精子を用いたものにより子が生まれたときは、その精子提供者は子の父であると確認されることはない(民法1600d条4項)。従来、精子提供者は自ら否認権を有しないにもかかわらず裁判による父子関係確認により法律上の父とされる可能性はあるという一方的に不利な立場に立たされてきたところ、その状況を一定の限度で改善する趣旨である²⁵⁸。採取施設では精子の情報が登録され(精子提供者登録法5条2項)、自分が第三者提供精子により生まれたのではないかと思料する者は、その開示を請求することができる(同10条)。精子提供者には、精子提供時にその旨が説明される(同2条1項1号)。このようにして、子の出自を知る権利を保障しつつ、同時に精子提供者が十分に理解した上で親としての地位を放棄することが確保されているわけである²⁵⁹。

もともと、この改正によっても、人工授精に同意した母の夫ないしパートナーを父とするルールは導入されていないことに注意を要する。見たところ、この制度は母の夫ないしパートナーが子の法律上の父となることを何ら担保していないようであり、仮にそうだとすれば、法律上の父となりうる者がいない子が出現する可能性が生じてしまっているのではないかという疑問がある。

(3) 推定

なお、民法1600d条2項によると、父子関係確認の手続においては、子の懐胎期間(出生日の300日前から181日前〔同条3項1文〕)に母と性交渉を持った男性が父と推定される。もともと、これにつき重大な疑いが存在するときはこの限りでない。嫡出推定と同様の推定が、裁判に

²⁵⁴ BGH NJW 2016, 959.

²⁵⁵ MüKoFamFG/Coester-Waltjen/Lugani, § 181 Rn. 2.

²⁵⁶ 以上につき、BeckOGK-BGB/Reuß, § 1600d Rn. 54 を参照。

²⁵⁷ BeckOGK-BGB/Reuß, § 1600d Rn. 55-55.4. 後述[6](42)に対応するものである。

²⁵⁸ BeckOGK-BGB/Reuß, § 1600d Rn. 19.

²⁵⁹ BT-Drs. 18/11291, 35-36.

よる父子関係確認についてのみ維持されているわけである。人工授精はここで言う性交渉と同視される²⁶⁰。もっとも、DNA 鑑定によるほぼ確実な事実認定が可能となった現在、この推定規定が機能することは稀だと言われている²⁶¹。

7 審理

(1) 手続の進行

前章で特別養子に即して述べたように、家事事件においては口頭弁論を開くかどうかは原則として裁判所の裁量に委ねられている。しかし、父子関係確認の手続を含む親子関係事件においては、事案解明および関係人の審問請求権保障のために²⁶²、裁判所は証拠調べに先立って協議期日を開き、手続能力のある関係人に自ら出頭することを命ずるものとする旨の規定がある（家事・非訟 175 条 1 項）。この期日もまた非公開で行われる（裁判所構成法 170 条 1 項）

(2) 裁判資料の収集

裁判資料の収集に関しては、他の家事事件と同様、ここでも職権探知主義が妥当する（家事・非訟 26 条）。これに対して、自由な証明は排除される。すなわち、父子関係確認手続を含む親子関係事件においては、家事事件一般におけるのとは異なり、証拠調べは原則として民事訴訟法に定められた方式に従わなければならない（家事・非訟 177 条 2 項 1 文）。身分関係の真実性をより強く確保するためである²⁶³。もっとも、父子関係確認の手続において決め手となるのは通常 DNA 鑑定であるところ、関係人らが合意の上で取得した親子関係についての鑑定は、裁判所がそれによる事実認定の正確性・完全性に疑いを抱かず、かつ関係人全員が同意する場合には、裁判所による鑑定に代えることができるとされている（同項 2 文）。

さらに、裁判所が鑑定を行う場合に関して、それへの協力義務を定める規定がある。それによると、親子関係の確認に必要な限りにおいて、なんびとも血液採取等の検査を受忍しなければならない。もっとも、その検査が対象者に期待できないものであるときはこの限りでない（家事・非訟 178 条 1 項）。義務の主体は、親子関係の確定にとって検査が意味を持つと考えられる全ての者であり、手続の関係人に限定されていない²⁶⁴。「期待できない」とは、検査により対象者の健康に影響が生じることを言い、DNA 鑑定のための皮膚細胞採取等はこれに当たらない²⁶⁵。この受忍義務を理由なく拒む場合、秩序金（Ordnungsgeld）および秩序拘禁（Ordnungshaft）が科され、さらに拒絶が繰り返される場合には、直接強制によることもできる（同条 2 項）。

8 裁判および不服申立て

他の家事事件と同様、父子関係確認の手続の裁判は決定による（家事・非訟 38 条 1 項）。これに対しては、抗告をすることができる。父子関係確認の手続を含む親子関係事件においては、不服の有無にかかわらず全ての関係人、さらに関係人となるべきであった者に抗告権が認められている（同 184 条 3 項）。不服申立ての可能性がなくなった時点で、決定は確定する（同 45 条）。

²⁶⁰ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600d Rn. 85.

²⁶¹ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600d Rn. 82.

²⁶² MüKoFamFG/Coester-Waltjen/Lugani, § 175 Rn. 2.

²⁶³ MüKoFamFG/Coester-Waltjen/Lugani, § 177 Rn. 9.

²⁶⁴ MüKoFamFG/Coester-Waltjen/Lugani, § 178 Rn. 7.

²⁶⁵ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600d Rn. 56; MüKoFamFG/Coester-Waltjen/Lugani, § 178 Rn. 8.

親子関係事件にかかる決定は、確定した時点で効力を生じ、そのうちの親子関係に関する判断は対世効を有する（家事・非訟 184 条 2 項）。父子関係確認の決定が確定すると、子の出生時にさかのぼって父子関係が発生する²⁶⁶。

親子関係事件にかかる決定については、決定変更の申立ては認められない（家事・非訟 184 条 1 項 2 文）。再審の申立てについては、他の家事事件と同様に民事訴訟法上の再審の訴えによることができる他、親子関係事件についての特則が設けられている。それによると、関係人が当該親子関係に関する新たな鑑定を提出する場合において、それが単独または以前の手続に現れた証拠と結びついて異なる判断をもたらすと見込まれるときに、再審の申立てが認められる（同 185 条 1 項）。この申立ては、以前の決定に対する不服の有無にかかわらずすることができ（同 185 条 2 項）、また通常の再審の申立てに妥当する期間制限も適用されない（同 185 条 4 項）。身分関係の重要性に鑑み、真実主義を通常よりも強く妥当させるものである²⁶⁷。

5 父子関係の否認

1 緒論

婚姻または認知に基づく父子関係は、父子関係否認の手続によって、その男性が子の父ではないことが既判力をもって認められた場合にのみ否定される（民法 1599 条 1 項）²⁶⁸。身分関係を安定させ、もって子の福祉のために家庭生活の平穏を守るためであり、日本の現行法における嫡出否認の訴えと趣旨を同じくする。もともと、1998 年改正により父子関係が統一的に規律されるに至った結果、婚姻だけでなく認知による父子関係もその対象となっている点が重要な相違である。これに対し、裁判による父子関係確認によって生じた父子関係は、既に既判力をもって確定されたものであり、これを争うには再審の申立てによらなければならない。

2 要件

父子関係否認の要件は、否認権者 ((1)) が法定の期間内 ((2)) に否認の意思表示をすること ((3)) に加えて、否認事由の存在 ((4)) である。なお、否認事由についての推定規定が置かれている ((5))。

(1) 否認権者（民法 1600 条）

民法上、否認権者として認められているのは、以下の者である²⁶⁹。

(a) 子および法律上の父母（1 項 1 号、3 号、4 号）

1) 原則

まず、無条件に否認権を有するのは、子（民法 1600 条 1 項 4 号）およびその法律上の父母（同 1 項 1 号、3 号）である。1998 年改正前は母に否認権は認められていなかったが、平等原則違反との批判が強く、同改正で加えられた。逆に、同改正まで存在した、法律上の父の死亡後における

²⁶⁶ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600d Rn. 97.

²⁶⁷ MüKoFamFG/Coester-Waltjen/Lugani, § 185 Rn. 3.

²⁶⁸ もともと、ここでも、身分関係に直接関わりのない事項が争いの対照である場合には、例外的に父子関係の不存在を前提問題として主張する可能性が認められている（MüKoBGB/Wellenhofer, § 1599 Rn. 8-19）。

²⁶⁹ 2017 年の改正までは、以下の者に加えて、認知による父子関係についてのみ、所轄官庁が挙げられていた（民法旧 1600 条 1 項 5 号）。これは、子のドイツ国籍取得およびそれに伴う母のドイツ滞在許可を目的とした濫用的な認知が増えているという実態を背景に、2008 年に導入されたものだった。しかしこれは、2013 年の連邦憲法裁判所判決によって、国籍剥奪を禁止する基本法 16 条 1 項 2 文への違反等を理由に違憲と判断され（BVerfGE 135, 48）、2017 年の改正（BGBl. 2017 I 2780）によって削除された。

その親の否認権は、同改正によって削除された。

以上の三者には当然に否認権が認められ、父母についての親権の有無などは問題とならない。血縁上の父でないを知りつつあえて認知をした父であっても、同様に解されている。父子関係の否認においては客観的な事実だけが重要だからである²⁷⁰。

2) 制限 (4 項)

a) 趣旨

もっとも、このうち法律上の父母については、その否認権に一定の制限が設けられている。それによると、母が子を第三者提供精子による人工生殖によって懐胎した場合において、父母の双方がそれに同意していたときは、当該父母は否認権を有しない（民法 1600 条 4 項）。この場合、精子が第三者の提供によるものである以上、父は子の血縁上の父ではない。しかし、そのことを理解した上でそれによる人工生殖に同意した父母が、それにもかかわらず後から否認権を行使するのは禁反言に反し許されるべきでないというのが、上記規定の趣旨である²⁷¹。

b) 要件

この規定が適用されるためには、第三者提供精子による人工生殖につき父母双方の同意が必要なければならない。同意の意思表示の相手方は、父母のうちそれぞれ他方の者だとするのが判例である²⁷²。特別な方式は法律上必要とされていないが、実際には、連邦医師会の指針により書面が作成され、説明にあたった医師が署名をする²⁷³。また、人工生殖の実施まで同意はいつでも撤回できる²⁷⁴。

さらに、当該人工生殖によって子が懐胎したのでなければならない。したがって、子が当該人工生殖以外の原因によって懐胎したことを理由とする否認権の行使は排除されない²⁷⁵。

これに対し、人工生殖が適法に行われたかどうかや、第三者の精子がどのように提供されたかといったことは意味を持たない。父母が婚姻していることも必要でない。もっとも、両者が婚姻関係にない場合には、認知により父子関係が発生していることが上記規定の適用の前提となる²⁷⁶。

c) 効果

以上の要件の下で、父母の否認権が否定されるというのが、この制度の中心的な効果である。

これに対し、子は原則どおり否認権を行使することができる。もっとも、これが実際に問題となるのは、子が成年に達してからだと言われている。と言うのも、子が未成年の間は否認権の行使は法定代理人によらねばならず、その法定代理人はそれが子の福祉に適う場合にのみ否認権を行使できるとされているところ（後述本章⁵2（2）（b）③）、別の者が父となることなく現在の父との父子関係が単に否定されるというのは、通常は子の福祉に適うと言えないからである²⁷⁷。

なお、前述したように、精子提供者は、一定の要件を充たすことにより、将来父子関係確認の裁判の対象とされる可能性を排除することができる（民法 1600d 条 4 項）。

²⁷⁰ BT-Drs. 5/2370, 31; MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rn. 3. もっとも、後述⁶(24)参照。

²⁷¹ BT-Drs. 14/2096, 7; BeckOGK-BGB/Reuß, § 1600 Rn. 15.

²⁷² BGH NJW 2015, 3434.

²⁷³ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rn. 62. なお、同所では、公証人による公証を必要とすべきだとの立法論が説かれている。これに対しては、方式の不遵守を理由に親としての責任から逃れることができるという帰結に疑問も示されている（BeckOGK-BGB/Reuß, § 1600 Rn. 109）。

²⁷⁴ BGH NJW 1995, 2028.

²⁷⁵ BT-Drs. 14/8131, 7-8.

²⁷⁶ BeckOGK-BGB/Reuß, § 1600 Rn. 98.

²⁷⁷ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rn. 67.

(b) 血縁上の父と見込まれる者

次に、一定の条件の下で否認権を認められているのが、「子の懐胎期間中にその母と性交渉を持った旨を宣誓した男性」、つまり血縁上の父と見込まれる者である（民法 1600 条 1 項 2 号）。従来は血縁上の父が既存の父子関係を否認する可能性は認められていなかったところ、連邦憲法裁判所はこれが親としての基本権の侵害に当たると判示した²⁷⁸。上記規定は、これを受けた 2004 年の改正によって付加されたものである。

懐胎期間中の母との性交渉につき宣誓することが必要とされているのは、根拠のない否認権行使を排除するためである²⁷⁹。精子提供についても、民法 1600 条 1 項 2 号が適用ないし類推適用されるとの見解が有力である²⁸⁰。

(c) 放棄可能性

否認権を放棄することができるかどうかについては、ドイツの現在の法状況は明確でない。すなわち、一般論としては、否認権は一身専属的な権利であって、放棄することはできないと言われている²⁸¹。しかし、精子バンクに精子を提供した者について、判例は、否認権の放棄を理由にその行使を否定した²⁸²。これを受けて、学説上も、一定の条件の下で放棄の有効性を認めるものが現れている。

もっとも、民法 1600 条 4 項の場合における精子提供者については、否認権が認められるべきでないという結論においては一致を見ており²⁸³、法改正による対処の必要性が説かれている²⁸⁴。

(2) 否認の意思表示（民法 1600a 条）

(a) 任意代理・相続の可能性

否認権は、一身専属的な形成権であって、本人の真意を尊重するため、任意代理により行使することはできない（民法 1600a 条 1 項）²⁸⁵。同じ趣旨から、否認権の相続も否定される²⁸⁶。

(b) 法定代理の可能性・必要性

他方、法定代理については、次のように定められている。

- ① 子以外の否認権者についても、やはり否認権の一身専属性ないし真意尊重の要請から、原則として自ら否認権を行使しなければならない（民法 1600a 条 2 項 1 文）²⁸⁷。制限行為能力者についても同様であり、これについて法定代理人の同意は必要でない（同項 2 文）。これに対し、これらの否認権者が行為無能力者であるときは、法定代理人のみが否認権を行使することができる（同項 3 文）。
- ② 子については、①と異なり、制限行為能力者である場合にも法定代理人のみが否認権を行使できるとされている（民法 1600a 条 3 項）。子の福祉を保護するため、①におけ

²⁷⁸ BVerfG NJW 2003, 2151.

²⁷⁹ BT-Drs. 15/2253, 10. もっとも、これによると、血縁上の父が当該期間中の性交渉につき完全な自信を持っていない場合でも、権利行使のためには刑罰を覚悟して（刑法 156 条）宣誓をせざるを得ないため、批判もある（MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rn. 16）。

²⁸⁰ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rn. 19. 判例は、宣誓要件をあまり重視しないことで同様の実質を目指すものようである（BGHZ 197, 242）。

²⁸¹ BGH NJW 1995, 2921; MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rn. 49.

²⁸² BGHZ 197, 242.

²⁸³ BeckOGK-BGB/Reuß, § 1600 Rn. 72.

²⁸⁴ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rn. 15. 後述 6(47)も参照。

²⁸⁵ BT-Drs. 13/4899, 87; MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600a Rn. 1.

²⁸⁶ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600a Rn. 1.

²⁸⁷ BT-Drs. 13/4899, 87; MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600a Rn. 3.

るよりも子本人の自律的判断の余地を限定するものである²⁸⁸。これにより、未成年である子は否認権行使の自由を有しないことになる²⁸⁹。

- ③ 以上の準則により法定代理人が否認権を行使すべき場合、その権利行使は、それが本人の福祉に適う場合にのみ認められる（民法 1600a 条 4 項）。父子関係の否認が当事者にとって重大な帰結をもたらすことから、その判断を法定代理人の裁量のみ委ねるのではなく、裁判所の審査に服させる趣旨である²⁹⁰。この規定は、子以外の否認権者の法定代理人についても適用されるが、典型的な適用場面は子を本人とする場面である²⁹¹。そこでの否認権が子の福祉に適うかどうかの判断は、子の出自を知る利益、代わりに血縁上の父が法律上の父となる見込み、否認権行使による母との関係への影響など、それが子にもたらすあらゆる利益と不利益を衡量して個別具体的に行われる²⁹²。

（3）期間制限（民法 1600b 条）

一方で身分関係を早期に確定して法的安定性を確保し、他方で否認権者に一定の熟慮期間を保障するため²⁹³、否認権行使には以下の期間制限が設けられている。

（a）期間

期間の長さは 2 年間である（民法 1600b 条 1 項 1 文）。この期間内に、家庭裁判所に対する申立てがされる必要がある²⁹⁴。

（b）起算点

1）原則

その起算点は、原則として、否認権者が父子関係を疑わせる事実を知った時である（民法 1600b 条 1 項 2 文）。もっとも、この期間は、子の出生前または認知の効力発生前には進行せず、また、民法 1593 条 4 文の場合、すなわち後婚による父子関係が否認により排除され、前婚による父子関係が復活する場面では、否認の申立ての認容決定が確定するまで進行しない（同 1600b 条 2 項）。いずれも、要するに父子関係が有効に成立する時点までは否認権の行使期間も進行しないとするものである²⁹⁵。

「父子関係を疑わせる事実を知った」とは、合理人の客観的評価によれば父子関係に実質的な疑いを生じさせるような事実につき、確実な認識を得ることを言う²⁹⁶。そうした事実に当たるのは、例えば、母と別の男性との性関係、母の自認、父の生殖能力欠如、懐胎期間における性交渉の不存在などである。これに対し、別の男性との性関係についての単なるうわさ、子が父と似ていないこと、母が父子関係の鑑定を拒否したことなどの事実では十分でない。

2）特則

²⁸⁸ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600a Rn. 6.

²⁸⁹ この点については立法論的批判が強く、一定年齢（例えば 14 歳）以上の子には単独または共同での否認権行使を認めるべきだとする見解が有力である（MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600a Rn. 7; BeckOGK-BGB/Reuß, § 1600a Rn. 9）。これに対し、後述 6(27)および(28)ではさらなる制限が提案されている。

²⁹⁰ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600a Rn. 16.

²⁹¹ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600a Rn. 16; BeckOGK-BGB/Reuß, § 1600a Rn. 9.

²⁹² MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600a Rn. 18-19; BeckOGK-BGB/Reuß, § 1600a Rn. 32-32.2.

²⁹³ この趣旨から、期間終了前の否認権放棄は無効と解されている（MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600b Rn. 6; BeckOGK-BGB/Reuß, § 1600b Rn. 5）。

²⁹⁴ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600b Rn. 8.

²⁹⁵ BeckOGK-BGB/Reuß, § 1600b Rn. 7.

²⁹⁶ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600b Rn. 12.

以上に対する特則として、次のものがある。

- ① 未成年の子の法定代理人が制限期間内に権利行使をしなかった場合、子は成年に達した後自ら否認権を行使することができる。この場合、権利行使期間は、成年到達時と子が父子関係を疑わせる事実を知った時のいずれか遅い時から進行する（民法 1600b 条 3 項）。成年に達した子に改めて自律的判断の機会を保障するものである²⁹⁷。
- ② ①と同様に、行為無能力者の法定代理人が制限期間内に権利行使をしなかった場合、本人は行為無能力の原因が消滅した後に自ら否認権を行使することができる。この場合、権利行使期間は、原因消滅時と子が父子関係を疑わせる事実を知った時のいずれか遅い時から進行する（民法 1600b 条 4 項）。
- ③ 子については、さらに判断の機会を確保する規定がある。すなわち、父子関係のもたらす帰結を子にとって耐え難いものとする事情を子が知るに至ったときは、その時点から再度 2 年の権利行使期間が進行する。そうした事情の有無は個別具体的に判断する必要があるが、1 つの典型的な適用場面は、子が父母の婚姻関係を妨げないためだけに否認権の行使をしないでいたところ、その父母が離婚してしまったという場合である。他にも、法律上の父の死亡、父母の離婚、母と血縁上の父との婚姻、法律上の父の墮落や犯罪行為等が例として挙げられる²⁹⁸。

（c）進行停止・完成猶予

以上の期間制限については、次のような完成停止・進行停止事由が定められている。

- ① 子の出自を知ることについての子自身および父母の利益を実現するため、2008 年の改正により、民法 1598a 条が追加された。同条 1 項は、この三者の間で、親子関係の鑑定に同意し、検査に必要な遺伝子検体の採取を受忍することを請求できると定め、この同意がされない場合には、同条 2 項により、この請求をする者は、家庭裁判所に対し、裁判をもってこの同意に代え、検体採取の受忍を命じることを申し立てることができる。そして、この申立てがあったときは、否認権の行使期間は進行を停止し、家庭裁判所の決定が確定してから 6 ヶ月後に再度進行を開始する（民法 1600b 条 5 項 1 文、同 204 条 2 項）。鑑定の結果を踏まえた上で否認権行使につき実質的な熟慮の機会を保障する趣旨である²⁹⁹。
- ② 否認権者が違法な強迫により権利行使を妨げられている間にも、期間の進行は停止する（民法 1600b 条 5 項 2 文）。この場合、強迫の終了とともに期間の進行が再開する。
- ③ 他にも、消滅時効に関する規定のうち、進行停止および完成猶予に関する若干の規定が準用されている（民法 1600b 条 5 項 3 文）³⁰⁰。

（4）否認事由

（a）原則

以上の要件を充たす否認権行使に加えて、実体的な否認事由として求められるのは、原則とし

²⁹⁷ BeckOGK-BGB/Reuß, § 1600b Rn. 4.

²⁹⁸ 以上につき、MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600b Rn. 50 を参照。

²⁹⁹ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600b Rn. 42.

³⁰⁰ 紛争解決手続利用の申立て（民法 204 条 1 項 4 号）、合意による鑑定手続等の開始（同 204 条 1 項 8 号）、管轄裁判所を指定すべき上級裁判所への申立ての提出（同 204 条 1 項 13 号）、最初の訴訟救助の申立ての通知（同 204 条 1 項 14 号）および期間終了前 6 ヶ月以内の不可抗力（同 206 条）による進行停止、行為無能力者ないし制限行為能力者に法定代理人がない場合における 6 ヶ月の完成猶予（同 210 条）。

て、法律上の父が血縁上の父ではないという事実だけである³⁰¹。

(b) 血縁上の父と見込まれる者についての追加的要件

もっとも、血縁上の父と見込まれる者が否認権を行使する場合には、追加的に次の 2 つの実体的要件が必要とされる。

- ① 第 1 に、子と法律上の父との間に社会的家族関係 (sozial-familiäre Beziehung) が存在しないか、父の死亡時に存在しなかったことが必要である (民法 1600 条 2 項)。ここに言う社会的家族関係は、法律上の父が子についての責任を現実には果たしている場合に認められる (同条 3 項 1 文)。このような社会的意味での家族も、基本法 6 条 1 項に言う「家族」に当たるため、その保護を血縁上の父の親としての権利の保護に優先させる趣旨である³⁰²。

父が子についての責任を現実には果たしていると言えるかどうかは、子の年齢を考慮しつつ個別具体的に判断される。一般的には、同居や定期的な交流があればそれが認められる。新生児については、父が出生後すぐに子についての責任を引き受け、それが長期間継続すると見込まれることで足りる。これに対し、単に養育費を負担しているだけでは通常十分でない³⁰³。

父が子についての責任を引き受けたことについては、推定規定が置かれている。それによると、そうした推定がはたらくのは、父が子の母と婚姻している場合、および長期間にわたり子と同一世帯で生活している場合である (民法 1600 条 3 項 2 文)。後者に言う「長期間」とは、具体的判断によるが、概ね 1 年程度と言われている³⁰⁴。もっとも、これらによって推定されるのは、父がその責任を一旦引き受けたということだけであり、それが現在に至るまで継続しているかどうかは、血縁上の父が自ら証明しなければならない³⁰⁵。

- ② 第 2 に、否認権者が実際に子の血縁上の父でなければならない (民法 1600 条 2 項)。子の身分関係への外部からの介入は親としての権利を有する血縁上の父にのみ認められるべきであり、また、この点が否認手続で認定されることにより子の父がいなくなるという事態が避けられるからである³⁰⁶。

(5) 推定 (民法 1600c 条)

- ① 父子関係否認の手続においては、婚姻または認知に基づき法律上の父となっている者と子との間に父子関係が存在することが推定される (民法 1600c 条 1 項)。婚姻による父子関係と認知によるそのいずれも実際の血縁関係を反映している蓋然性が高いことを前提に、既存の父子関係の存続を保護するものであり³⁰⁷、従来の嫡出推定と機能的に一部重なる。
- ② 子を認知した者が否認権を行使する場合において、その認知の意思表示が錯誤、詐欺または強迫によるものであったときは、①の推定に代えて、父子関係存在確認におけると同様、懐胎期間中に母と性交渉を持った者が父と推定される (民法 1600c 条 2 項)。認知の意思表示の瑕疵を理由に、推定に関する限りでその効力を失わせるものである。

³⁰¹ BT-Drs. 5/2370, 31; BeckOGK-BGB/Reuß, § 1599 Rn. 102.

³⁰² もっとも、この両者の間で一律に前者を優先させるという判断には、批判が強い。対案として、事案ごとに比較衡量を行う、子が一定の年齢 (例えば 1 歳) に達するまで血縁上の父の権利行使を認める、端的にその権利行使の制約を排除する、などの提案がされている (MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rn. 14-15; BeckOGK-BGB/Reuß, § 1600 Rn. 25)。後述 6(29)および(30)も参照。

³⁰³ 以上につき、MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rn. 23; BeckOGK-BGB/Reuß, § 1600 Rn. 89-89.2 を参照。

³⁰⁴ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rn. 28; BeckOGK-BGB/Reuß, § 1600 Rn. 94.

³⁰⁵ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rn. 27, 29; BeckOGK-BGB/Reuß, § 1600 Rn. 91.

³⁰⁶ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rn. 31.

³⁰⁷ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600c Rn. 1.

もっとも、以上のいずれについても、DNA 鑑定が一般化した現在、その意義は小さいと言われている³⁰⁸。

3 効果

(1) 父子関係の消滅

父子関係否認の決定が効力を生ずると、それまで存在していた父子関係が遡及的に消滅する³⁰⁹。その結果、子の父はいないことになるのが原則である。もっとも、次の例外がある。

- ① 婚姻による父子関係が競合する場合、民法 1593 条 3 文により後婚による父子関係が優先する。しかし、この後婚が否認されたときは、前婚による父子関係が復活する（同条 4 文。前述本章²4 (2)）。
- ② 元法律上の父以外の男性により既に認知がされていたときは、否認によりその認知が効力を生じ、その男性が父となる（前述本章³1 (2)）。
- ③ 血縁上の父と見込まれる者による否認は、前述のように、その者が血縁上の父である場合にのみ認められる。そして、このことは、その申立てを認容する決定の中で確認される（家事・非訟 182 条 1 項 1 文。後述本章⁵4 (6)）。その結果、元法律上の父に代えてこの者が父となる。

以上の結果、扶養請求権や相続権等、かつての父との父子関係に依拠していた権利義務は全て遡及的に消滅する。

(2) 扶養給付の処理

元法律上の父が子に対して既にした扶養については、それに対応する限りで、新たな法律上の父に対する子の請求権が元法律上の父に移転する（民法 1607 条 3 項 2 文）。もっとも、これは、新たな法律上の父が認知または裁判による父子関係確認によって有効に成立していることを前提とする³¹⁰。そうでない場合、母に対する不当利得返還請求ないし不法行為損害賠償（民法 826 条）が考えられる。

(3) 代理行為の効果

以上の他、元法律上の父が親権に基づき行った子のための代理行為の効果がどうなるかという問題もある。否認の結果、通常は遡及的に母が単独親権者となるため、母が関与していた代理行為については、その有効性に問題はない。問題は、父が単独親権者として行った行為の効力についてである。これについては、概ね、権利外観法理を援用してその効力を認める見解と、新たな親権者の追認（民法 177 条）を要するとする見解とが対立している³¹¹。

4 手続

(1) 事件の種類

父子関係の否認は、家事・非訟事件手続法上の親子関係事件として、同法の適用を受ける（家事・非訟 169 条 4 号）。養子縁組関係事件および父子関係確認の手続に関して上述したことの多

³⁰⁸ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600c Rn. 2.

³⁰⁹ BGHZ 57, 229.

³¹⁰ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1599 Rn. 60; BeckOGK-BGB/Reuß, § 1599 Rn. 137.

³¹¹ 以上につき、MüKoBGB/Wellenhofer, § 1599 Rn. 65; BeckOGK-BGB/Reuß, § 1599 Rn. 124.1-124.2 を参照。

くがここでも当てはまる。

（２）管轄

否認手続の管轄は、子の常居所がある区の家庭裁判所である（家事・非訟 170 条 1 項）。

（３）手続開始——申立て

否認手続の申立権を有するのは、上述の否認権者である。申立てにおいては、手続の対象、それに関係する当事者の他、否認手続においてはさらに、父子関係を疑わせる事実およびそれを知った時を明らかにしなければならない（家事・非訟 170 条 2 項）。「父子関係を疑わせる事実」は、2 年の権利行使期間の起算点に関するそれとほぼ同じに解されている³¹²。

なお、申立ての段階で従来特に問題となっていたのは、母および子の同意なく秘密裡に行われた鑑定の結果を用いることが許されるかどうかである。連邦憲法裁判所は、こうした鑑定は子の情報自己決定権の侵害に当たると判示した³¹³。もっとも、現在では、こうした鑑定は遺伝子診断法で明確に秩序違反（*ordnungswidrig*）とされ（同 17 条、26 条）、他方で鑑定への協力を求めるために民法 1598a 条が設けられるに至った。そのため、この点は今後それほど問題とならないだろうと言われている³¹⁴。

（４）関係人

否認手続には、申立人の他、法律上の父、母および子が関係人として参加する（家事・非訟 172 条 1 項）。未成年の子は否認権を単独で行使できないため、法定代理人を要する（同 9 条 2 項）。もっとも、父とは利益相反の関係にあり、母が父と婚姻関係にある場合は、母も同様である。この場合、特別代理人（民法 1909 条 1 項）の選任が必要となる³¹⁵。

さらに、未成年の関係人には手続補佐人が選任され（同 174 条）、この手続補佐人も関係人となる（同 158 条 3 項 2 文）。弁護士による代理および関係人の死亡の扱いについては、父子関係確認の手続におけると同様である（前述本章⁴5（２）、（３）参照）。

（５）審理

（ａ）手続の進行

裁判所が原則として協議期日を開くべきものとされている点は、父子関係確認と同様である（家事・非訟 175 条 1 項）。特に父子関係否認の手続においては、否認権の行使期間の徒過や社会的意味における家族関係の有無を判断するために、協議期日が重要となる³¹⁶。

（ｂ）裁判資料の収集

家事事件に関する原則である職権探知主義（家事・非訟 26 条）は、父子関係否認の手続においても原則として妥当する。しかし、ここでは一定の制限が設けられている。すなわち、関係人が提出したのではない事実は、それが父子関係を存続させる意味を持つか、否認手続の申立人がそれを考慮することにつき異議を述べなかった場合に限り裁判資料とすることができる（同 177 条 1 項）。父子関係の排除は通常公益に関わるとは言えないからである³¹⁷。さらに、父子関係確認の手続におけると同様、自由な証明も原則として認められないが、関係人らが合意により取得した鑑

³¹² MüKoBGB/Wellenhofer, § 1599 Rn. 39.

³¹³ BVerfG NJW 2007, 753.

³¹⁴ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1599 Rn. 44, 46.

³¹⁵ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1599 Rn. 48; MüKoFamFG/Coester-Waltjen/Lugani, § 172 Rn. 33, 35.

³¹⁶ MüKoFamFG/Coester-Waltjen/Lugani, § 175 Rn. 5.

³¹⁷ BGH NJW 1980, 1335; MüKoFamFG/Coester-Waltjen/Lugani, § 177 Rn. 1.

定は、それによる事実認定の正確性・完全性に疑いを抱かず、かつ関係人全員が同意する場合には、裁判所による鑑定に代えることができる（同条 2 項）。

（c）審理の順序

前述のように、血縁上の父と見込まれる者が申立人である場合には、実体的要件として、法律上の父と子の間に社会的意味における家族関係が存在しないことおよび申立人が子の血縁上の父であることが追加的に要求される（本章⁵2（4）（b））。このとき、明文の規定はないものの、まず①社会的意味における家族関係の存否を判断し、その不存在が認められたときに、②申立人が子の父であるかどうかの鑑定を行うべきものとされている。法律上の父との親子関係の存否は子の情報自己決定権に属する事項であることから、可能な限り不要な鑑定を排除するためである。そして、②により申立人が血縁上の父であることが判明すれば、本来の実体要件である、法律上の父と子の間の血縁関係の不存在も同時に証明されたことになる³¹⁸。

（6）裁判および不服申立て

裁判は、他の家事事件と同様、決定による（家事・非訟 38 条 1 項）。この決定の内容については、特則がある。すなわち、血縁上の父による否認の申立てを認容する決定においては、元法律上の父との父子関係の不存在に加えて、申立人が子の血縁上の父である旨を主文で確認する（同 182 条 1 項 1 文）。これにより、子の父がいなくなる事態を回避するとともに、別途矛盾する決定がされることを防止しているわけである。

決定に対しては、父子関係確認の手続におけると同様、不服の有無にかかわらず、全ての関係人および関係人になるべきであった者に抗告権が認められる（家事・非訟 184 条 3 項）。そして、確定した決定における親子関係についての判断は、対世効を有する（同 184 条 2 項）。再審の申立てに関する特則についても、父子関係確認の手続について述べたことが妥当する。

6 立法論

ドイツにおける父子関係法の領域では、同性婚や人工生殖等の法的処遇をめぐり、数年前からきわめて活発な立法論的議論が続いている。そうした中、連邦司法省が 2015 年 2 月に組織した親子関係法ワーキング・グループが、2017 年 7 月に報告書を公表し、親子関係法全般にわたる多数の改正を提案している³¹⁹。今後、これを受けた法改正もありうることから³²⁰、その提案内容のうち父子関係に関するテーゼとして掲げられたもの³²¹を、資料として以下に訳出しておく。

³¹⁸ 以上につき、MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rn. 31-32 を参照。

³¹⁹ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.), Arbeitskreis Abstammungsrecht Abschlussbericht. Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts (2018).

³²⁰ 現政権の連立協定において、同ワーキング・グループの提案を勘案して親子関係法の改正を検討することが予定されている。

³²¹ A.a.O (Fn. 319) S. 90-97.

I 自然生殖における父子関係

1. 一次的親子関係設定

テーゼ 7、8 一次的親子関係設定に関する原則

(7) 父と子の間における法的な一次的親子関係設定を定立するに際しては、推定ないし証明された遺伝上の父性、将来または現在の社会的意味における家族関係および意思的要素を組み合わせるべきである。

(8) 同意に基づく意思表示は、一次的親子関係設定において、一定の要件の下で、その他の親子関係設定要件に優先する地位を与えられるべきである。

テーゼ 9 現状維持——母の夫の父性

(9) 子の出生時に母が婚姻していたときは、原則として母の夫が子の父とされるべきである。

テーゼ 10、11 父性の認知に関する一般原則

(10) 夫についての親子関係設定と並んで、父性の認知は引き続き存続すべきである。

(11) 父子関係の認知は、今後も遺伝上の父性の証明を要しないものとするべきである。

テーゼ 12～14 父性の認知の要件

(12) 父性認知が（第 2 の親の地位が空いている場合において）有効にされるためには、今後は母の同意に代えて子の同意を必要とするべきである。

(13) その際、段階分けをすべきである。すなわち、未成年の子については、その法定代理人が同意の意思表示をすべきである。14 歳に達した子は自ら同意をしなければならず、かつこれにつき法定代理人の同意を必要とするべきである。成年に達して以降は、子による同意の意思表示だけで十分である。

(14) 子またはその法定代理人が父性認知に対する同意を拒むときは、未成年の子については、職権で父子関係確認の手続を開始し、そこで認知者の父性につき判断すべきである。

テーゼ 15 濫用的な父性認知についての規律の不要性

(15) 濫用的に（例えば、もっぱら滞在許可に関する利益を得るため）された父性認知を妨げるために、官庁が父性認知に異議を唱えることができるとする規律は、必要でない。

テーゼ 16～18 母が婚姻している場合の父性の認知（三者間合意）

(16) 既に別の者が第 2 の親の地位にある場合において父性の認知をする可能性は、従来いわゆる「離婚に際しての認知」として民法 1599 条 2 項に基づいてのみ認められてきたけれども、これを拡充すべきである。

(17) 母となる予定の女性が婚姻しているときは、第三者にも、当該女性およびその夫の同意を得た上で子の出生前に認知をし、これにより婚姻の存在にもかかわらず子の出生をもって当該第三者がその子の法律上の父となることを認めるべきである。

(18) 子の出生時に母が婚姻しているときは、第三者は、母およびその夫の同意があれば、子の出生後 8 週間以内に認知をすることもできるものとするべきである。

テーゼ 19、20 離婚に際しての認知に関する規律の維持

(19) 上述の規律（テーゼ 17 および 18）と並んで、民法 1599 条 2 項による離婚に際しての認知は、基本的にこれを維持すべきである。

(20) その際、離婚決定の確定を要件から削除し、規定ぶりを改めるべきである。

テーゼ 21 法的父子関係の裁判による確認に関する改正の不要性

(21) 法的父子関係の裁判による確認については、改正の必要は認められない。

2. 二次的親子関係設定のレベルにおける変更可能性

テーゼ 22～25 法律上の父による否認

(22) 法律上の父子関係が母との婚姻に基づくときは、父には現行法と同様、自分がその子の遺伝上の父ではないとの理由で当該父子関係を否認することが認められるべきである。(23)

否認は、遺伝上の父子関係を疑わしめる事情を知ってから1年以内に限り認められるべきである。この期間は、従前と同様、子の出生までは進行を開始しないものとするべきである。

(24) 法律上の父が、遺伝上の父子関係が存在しないことを知りつつ認知をしたときは、当該法律上の父による否認は原則として認められるべきでない。

(25) 法律上の父が父性の認知の際に、自らが遺伝上の父であることを疑わしめる事情を知っていたにとどまる場合にも、否認は認められるべきでない。

テーゼ 26 母による否認

(26) 母の否認権は、法律上の父のそれと同様に扱うべきである。したがって、母は、婚姻または認知により発生した父子関係を否認することができるものとするべきであるが、母が認知に対し子の法定代理人として同意していたときは、その例外とするべきである。

テーゼ 27、28 子の否認権の制限

(27) 子が父子関係を否認する可能性は、現行法におけると比べてこれを制限すべきである。

(28) 法律上の父との間に遺伝上の親子関係が存在しないことを理由とする子の否認権は、一定の要件の下でのみこれを認めるべきである。その要件として考えられるのは、例えば次のようなものである。

1. 父が死亡したこと。
2. 父が子に対し著しく不当な行為をしたこと。
3. 父の同意があること。
4. 父との間に社会的家族関係が確立していないこと。

テーゼ 29、30 遺伝上の父による否認

(29) 遺伝上の父による否認は、現行法と同様、主観的起算点から一定の期間内においてこれを認めるべきである。

否認を認めるかどうかの判断に当たっては、子と法律上の父の間の社会的家族関係の他、子と遺伝上の父の間のそれをも考慮・評価すべきである。

かつて存在した法律上の父との間の社会的家族関係は、これを考慮すべきでない。

(30) 子の出生から一定の短期間内においては、法律上の父との間の社会的家族関係を考慮することなく遺伝上の父による否認が認められるべきである。

テーゼ 31、32 否認における一応の疑いの主張

(31) 遺伝上の父が否認をするに当たっては、一応の疑いの主張を必要とするべきである。

(32) これに対し、法律上の父、母および子が否認をするに当たっては、一応の疑いの主張を要しないものとするべきである。

テーゼ 33 否認期間

(33) 否認権が存在する場合における主観的な否認期間は、現行の 2 年に代えて 1 年とすべきである。

II 第三者提供精子を利用した人工生殖における父子関係

1. 公的な提供精子を利用して医師により行われる人工生殖における父子関係

基本構想

テーゼ 34、35 公的な提供精子を利用して医師により行われる人工生殖における親子関係設定の基本構想

(34) 精子バンクが提供する第三者提供精子を用いて医師が人工授精を行う場合、母および父となる予定の者の同意ならびに精子提供者の親としての役割の放棄は、法的な親子関係設定に関して、自然生殖行為と同等に扱うべきである。

(35) 医師により行われる人工授精に同意することにより、この者はそれによって生まれる子についての責任を引き受けるのであり、これを放棄することは原則として認められるべきでない。

テーゼ 36、37 同意ないし放棄の意思表示の方式

(36) 母および父となる予定の者の同意は、公証を受けなければならない。

(37) 精子提供者による法的父子関係の放棄は、採取施設における提供精子の引渡しによって（黙示的に）される。

テーゼ 38 第三者提供精子ないし受精卵が母体に移植されるまでの同意の撤回可能性

(38) 同意の存在についての基準時は、第三者提供精子または受精卵あるいは胎芽を母体に移植する時点とすべきである。この時点までは、いかなる同意も撤回できるものとすべきである。

テーゼ 39 既存体系への組み込みによる基本構想の実現

(39) 同意に関する構想は、民法 1592 条による既存の規律体系に組み込むことによってこれを実現すべきである。

一次的親子関係設定

テーゼ 40 婚姻または父性の認知との結びつけ

(40) 一次的親子関係設定においては、公的な精子提供による第三者提供精子を用いて医師が人工授精を行う場合であっても、子の出生時に母と婚姻関係にあった者、父性を認知した者または裁判により父として確認された者が法律上の父とされるべきである。

テーゼ 41 父となる予定の者を法律上の父として確認する裁判

(41) 父となる予定の者が母と婚姻関係になく、かつ認知をしないときは、その医師による人工授精についての同意に基づき、その者を裁判により子の法律上の父として確認する可能性が開かれるべきである。

テーゼ 42 精子提供者を法律上の父として確認する可能性の排除

(42) 精子提供者については、子の法律上の父として確認される可能性が認められるべきではない。

二次的親子関係設定のレベルにおける変更可能性

テーゼ 43、44 法律上の父および母による否認

(43) 法律上の父は、医師により行われる人工授精に有効に同意したときは、遺伝上の父ではないとの理由で父子関係を否認することはできないものとすべきである。法律上の父が否認することができるのは、医師により行われる人工授精に同意していないこと、または子が医師により行われた人工授精によって生まれたものではないこと（実際には、他の男性との自然生殖によって生まれたものであること）を理由とする場合に限られるべきである。

(44) 母についても、医師により行われる人工授精に同意していたときは、父となる予定の者の父性を否認することができないものとすべきである。

テーゼ 45 子による否認

(45) テーゼ 28 のとおり制限された否認権は、公的な精子提供によって生まれた子についても認められるべきである。したがって、子には、（父となる予定の者の）法律上の父子関係についても、以下の場合に、遺伝上の親子関係が存在しないことを理由に否認することが認められるべきである。

1. 父が死亡したこと。
2. 父が子に対し著しく不当な行為をしたこと。
3. 父の同意があること。
4. 父との間に社会的家族関係が確立していないこと。

テーゼ 46 父となる予定の者による否認

(46) 父となる予定であつたけれども法律上の父でない者は、他の男性の法律上の父性を、自然生殖の場合における法律上の父でない遺伝上の父と同じ要件の下で否認することができるものとすべきである。

テーゼ 47 遺伝上の父（精子提供者）による否認

(47) 公的な精子提供の場合、精子提供者には否認権を認めるべきでない。

2. 私的に提供された精子を用いて医師が行う人工生殖における父子関係

テーゼ 48 医師が人工生殖を行う場合において私的な精子提供と公的な精子提供とを同一に扱うための要件

(48) 私的な精子提供を利用した場合であっても、以下に掲げる要件をいずれも充たすときには、医師が人工授精を行った場合における親子関係設定は、公的な精子提供を利用した場合と同じ規律によるべきである。

1. 両親となる予定の者が同意したこと。
2. 精子提供者が法律上の親子関係につき書面で放棄したこと。
3. 精子提供者が自らの情報を提供者登録簿に記録することにつき同意の意思表示をし、それによって医師が情報を提供者登録簿に提供することができること。

Ⅲ. 共同母子関係

テーゼ 50～52 医師が行う人工生殖により生まれた子についての父子関係と共同母子関係の同一取扱い

(50) 医師が人工生殖を行う場合、一次的親子関係設定における法律上の父子関係と共同母子関係とは、次の点において同じに扱われるべきである。

1. 子の出生時に母の生活パートナーであった女性は、子の出生時に母と婚姻していた男性と同様に第2の親の地位を取得する（民法 1592 条 1 号の拡張）。
2. 女性は共同母子関係を認知することができる（民法 1592 条 2 号の拡張）。

(51) 医師により人工生殖が行われた場合における、共同母となる予定の者についての法律上の親子関係の確認は、父となる予定の者におけると同じ要件の下で認められるべきである。

(52) 二次的親子関係設定における変更の可能性についても、法律上の父子関係と母子関係とは同じに扱われるべきである。

テーゼ 53、54 私的な人工授精および自然生殖における父子関係と共同母子関係の同一取扱い

(53) 私的な人工授精および自然生殖の場合にも、一次的親子関係設定における法律上の父子関係と母子関係とは、次の点において同じに扱われるべきである。

1. 子の出生時に母の生活パートナーであった女性は、子の出生時に母と婚姻していた男性と同様に第2の親の地位を取得する（民法 1592 条 1 号の拡張）。
2. 女性は第2の親として共同母子関係を認知することができる（民法 1592 条 2 号の拡張）。

(54) その他の点でも、法律上の親子関係の確定と二次的親子関係設定のレベルにおける変更については、子の自然生殖における法的親子関係設定につき一般的に妥当する規定に従うべきである。

Ⅳ. 第2の親の地位に関する総括的提案

(55) 第2の親の地位を法律または認知により一次的に割り当てるに当たっては、父子関係と共同母子関係とで区別をすべきでない。

(56) 次のいずれかの者が、母と並ぶもう1人の親（父または共同母）とされるべきである。

1. 子の出生時に母と婚姻しており、または生活パートナーであった者（民法 1592 条 1 号の拡張）
2. 親子関係を認知した者（民法 1592 条 2 号の拡張）
3. 裁判によって親として確定された者

(57) 裁判においては、原則として遺伝上の親が法律上の親として確定されるべきである。医師による人工生殖が行われた場合には、それに同意していた者が（テーゼ 34 以下、41 および 42 に見たようなその他の要件の下で）母と並ぶ第2の親として確定されるべきである（民法 1592 条 3 号の拡張）。

(58) 二次的親子関係設定のレベルにおける変更に関しても、共同母子関係と父子関係を区別すべきでない。ここでも、私的な人工授精と医師により行われる人工生殖とで扱いを異にすべきである。

第3章 補論——オーストリア³²²

1 緒論

オーストリアの家族法は、歴史的に、ドイツ家族法と深い関わりを持つ。ナチス時代に婚姻法がオーストリアにも導入され、——もちろん、国家社会主義的色彩を除去した上で——今日もなお現行法として妥当していることは象徴的である。その他にも、ナチス時代に、家族法の多くの領域においてドイツとの平準化がされ、それが戦後の展開の礎となった。もっとも、特に1970年代以降、多くの活発な法改正によってオーストリア家族法はドイツ家族法と異なる道を歩んできている。

このように、かつてドイツ家族法と立ち位置を概ね共有していたオーストリア家族法が、その後どのような道をたどったのかを知ることは、ドイツ法の立ち位置を相対化してよりよく理解することにつながると思われる。そこで、本章では、補論としてオーストリアの養子法および父子関係法を紹介する。

2 特別養子

1 緒論

(1) 沿革

オーストリアの養子法も、ドイツ法と同様、養親のための養子縁組から養子のための養子縁組へと徐々に転換してきた。1960年の改正により、完全養子縁組が（後述のように不完全な形ながら）導入され、その後も多くの改正を経て現在に至っている³²³。

(2) 法源

養子縁組に関する実体的規定は、そのほとんどが民法（Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch; ABGB; 条数引用の際は「民法」とする）の191条以下に置かれている他、登録パートナーが当事者となる場合については、登録パートナーシップ法（Eingetragene Partnerschaft-Gesetz; EPG; 条数引用の際は「登録パートナー」とする）にもわずかに規定がある。

養子縁組の手続は、非訟事件手続とされており、非訟事件手続法（Außerstreitgesetz; AußStrG; 条数引用の際は「非訟」とする）に関連する規定がある。もっとも、同法には、実体面に関する規定もいくつか置かれている。さらに、養子縁組あっせんについては連邦子ども・青少年支援法

³²² 以下でオーストリア法に関し略語で引用する文献は、以下のものである。

- Beck, Kindschaftsrecht; Susanne Beck, Kindschaftsrecht, 2. Aufl. (2013)
- Deixler-Hübner/(著者名), Handbuch; Astrid Deixler-Hübner (Hrsg.), Handbuch Familienrecht (2015)
- Hinteregger, Familienrecht; Monika Hinteregger, Familienrecht, 8. Aufl. (2017)
- Kerschner/Sagerer-Forić, Familienrecht; Ferdinand Kerschner/Katharina Sagerer-Forić, Familienrecht, 6. Aufl. (2017)
- Klang/(著者名); Attila Fenyves/Ferdinand Kerschner/Andreas Vonkilch (Hrsg.), Klang Kommentar zum ABGB §§ 137-267 (2008)
- Koziol/Bydlinski/Bollenberger/(著者名), ABGB; Helmut Koziol/Peter Bydlinski/Raimund Bollenberger (Hrsg.), Kurzkommentar zum ABGB, 5. Aufl. (2017)
- Rechberger/(著者名), AußStrG; Walter H. Rechberger (Hrsg.), Kommentar zum Außerstreitgesetz (2006)
- Schwimann/Kodek/(著者名), ABGB; Michael Schwimann/Georg Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar Band 1 §§ 1-284, 4. Aufl. (2012)

³²³ Deixler-Hübner/Neuwirth, Handbuch S. 24-25.

(Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz; B-KJHG; 条数引用の際は「青少年支援」とする)がその骨子を定める。

(3) 特徴

ここでも、まずは概観を兼ねて、日本法およびドイツ法と比較した際の特徴をいくつか挙げておく。

- ① オーストリアの養子法は、ドイツ法と異なり、未成年養子と成年養子とを基本的に区別せずに一元的に規定している。もっとも、実際上の扱いには一定の相違があることは言うまでもない。また、普通養子と特別養子といった区分も存在しない。
- ② オーストリア法では、養親となるべき者と養子となるべき子との契約によって養子縁組が成立するものとされている。この点で、日本の普通養子縁組に近い。もっとも、契約によって直ちに縁組が成立するのではなく、それについての裁判所の承認が必要とされている。そのため、この点に関する限り、ドイツ法のような国家宣言主義と実質的な違いはないと言ってよい。
- ③ ドイツ法および日本法との比較においてより重要な点として、実親およびその親族との関係が完全に消滅するものとはされていない。この点において、オーストリアの養子法は、せいぜい「弱い完全養子縁組」とでも呼ぶべきものである。

2 要件

養子縁組の成立要件としては、養親・養子のそれぞれにつき若干の適格が必要である((1)、(2))他、その中心をなすのは、上述のように養子縁組契約((3))と裁判所によるその承認((4))である。裁判所の承認については、さらにその要件が規定されており、これも実質的に養子縁組の成立要件とすることができる。なお、これらの要件の判断基準時は、原則として第一審裁判所の決定時とされている³²⁴。

(1) 養親適格

(a) 判断能力(民法 191 条 1 項)

養親となるためには、判断能力を有しなければならない(民法 191 条 1 項)。「判断能力(Entscheidungsfähigkeit)」とは、2018 年改正で新たに導入された民法上の一般概念であって、「それぞれの場面における自らの行為の意味および帰結を理解し、それを踏まえて意思を形成し、それに即して行動する能力」を言う(同 24 条 2 項 1 文)。この能力は、養子縁組に関する事項に関しては³²⁵、14 歳以上の子について推定される(民法 192 条 2 項 2 文)。

(b) 年齢(民法 193 条)

また、養親となるべき者は、25 歳以上でなければならない(民法 193 条 1 項)。この年齢制限については、ドイツ法および日本法と異なり、例外は認められていない。

さらに、養親は養子よりも年長でなければならない(民法 193 条 2 項)³²⁶。日本民法 793 条に相当する規定であり、未成年養子と成年養子を一元的に規律しているために必要となるものであ

³²⁴ 4 Ob 148/11k; Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Hopf, ABGB, § 192 Rn. 1.

³²⁵ 一般的には、成年につき判断能力が推定される(民法 24 条 2 項 2 文)。

³²⁶ かつては、養親・養子間の年齢差が 16 歳以上でなければならないものとされていたが、個別の事案における具体的な子の福祉を軽視するものとして違憲とされ(VfGH G 119-120/2014-12)、2016 年 1 月 1 日より上述の規律が妥当している。

る。

(c) 共同縁組の可能性・必要性 (民法 191 条 2 項)

1) 原則——単独縁組原則の廃止

共同縁組の可能性につき、以前はドイツ法と同様の規律が妥当していた。すなわち、共同縁組は夫婦のみがすることができるとされており (民法旧 191 条 2 項 1 文)、登録パートナーによる共同縁組は明文の規定をもって否定されていた (旧登録パートナー 8 条 4 項³²⁷)。しかし、これらの規定については、性的指向を理由に共同縁組の可否について異なる扱いをするものであって、違憲であるとの判断が憲法裁判所により下された³²⁸。その結果、両規定は 2016 年 1 月 1 日をもって失効するに至った。

その結果、この点に関する現在の法状況は不透明になっている³²⁹。上記憲法裁判所判決の趣旨から、登録パートナーであっても共同縁組をすることは明らかであり、さらに内縁関係の当事者についても、民法 197 条 4 項との関係上 (後述本章²3 (2) (b) ③)、同様と解される³³⁰。しかし、それを超えて、単なる友人同士等もまた共同縁組をすることも、少なくとも条文上は排除されていないように見える。実際にどこまで共同縁組が認められるのかについては、今後の立法および裁判例の展開に俟つ他ない。

2) 夫婦の場合

以上に対し、夫婦は原則として共同でのみ養親となることができる (民法 191 条 2 項 1 文)³³¹。その例外として認められているのは、以下の場合である (同項 2 文)。

- ① 他方の配偶者の子を養子とする場合 (いわゆる連れ子縁組)。
- ② 配偶者の一方が、判断能力または年齢に関する法律上の要件を充たしていないために養親となることができない場合。
- ③ 配偶者の一方の居所が 1 年以上知れない場合。
- ④ 夫婦が 3 年以上共同の婚姻生活を送っていない場合。
- ⑤ 以上に類する特に重大な事由により、夫婦の一方のみによる養子縁組が正当と認められる場合。例えば、既に離婚手続が開始している場合や、他方配偶者の実子の利益が害されるために共同では養子縁組をすることができない場合 (民法 194 条 2 項。後述本章²2 (4) (e)) などがこれに当たる。一方、他方配偶者が養子縁組を拒絶しているというだけでは足りないと言われる³³²。

③、④および⑤の一般条項は、ドイツ法に存在しないものである。総じて、ドイツ法よりも柔軟に共同縁組の原則の例外を認めているとすることができる。

(d) 養子となるべき子との関係 (民法 191 条 3 項)

裁判所の処分により養子となるべき子の財産管理を委託された者は、その職務にある間はその

³²⁷ 同項は、登録パートナーにつき、共同縁組だけでなく承継縁組をも禁止していた。これを認めると結局共同縁組を認めたのと同じことになるからである。

³²⁸ VfGH G 119-120/2014-12.

³²⁹ Kerschner/Sagerer-Forić, Familienrecht, Rn. 6/2.

³³⁰ Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Hopf, ABGB, § 192 Rn. 2.

³³¹ 登録パートナーにつき同趣旨の規定は置かれていない。その結果、夫婦は共同縁組によらなければならないのに対し、登録パートナーは共同縁組によることもできるという、かつて法が予定していたのとは逆のアンバランスが生じている (Kerschner/Sagerer-Forić, Familienrecht, Rn. 6/2)。

³³² 以上につき、Deixler-Hübner/Rudolf, Handbuch, S. 322 を参照。

養親となることができない（民法 191 条 3 項）。養子縁組成立の結果、財産管理の当否がうやむやにされてしまうことを防ぐ趣旨である³³³。

（２）養子適格

養子となるべき子については、民法に特にこれを制限する規定がない。もっとも、解釈上、一定の制限が認められている。いずれも、ドイツ法におけると同じである。

- ① 既に養子となっている者を再度養子とすること（連鎖養子）はできない³³⁴。
- ② 実子を養子とすることは、法律関係に何ら変更を生じさせず、意味がないことから、できないと解されている³³⁵。
- ③ 養子となるべき子は、裁判所の承認の時点で生存していなければならない³³⁶。

（３）養子縁組契約

（ａ）契約の必要性・方式

上述のとおり、オーストリア法では養親となるべき者と養子となるべき子との契約が養子縁組の成立要件とされている。この契約は、書面で行わなければならない（民法 192 条 1 項 1 文）。また、この契約の内容は法律上定められたところに従わなければならない、その効果につき内容形成の自由はない。さらに、条件・期限を付すこともできない³³⁷。

（ｂ）意思表示の主体

養子縁組契約をするに際して、養親となるべき者は、自ら意思表示をしなければならない、代理によることはできない（民法 191 条 1 項 2 文）。ドイツ法において、養親縁組の申立てが代理によることができないことに対応する。

一方、養子となるべき子は、判断能力を有する場合には、自ら意思表示をしなければならない（民法 192 条 2 項 1 文）。これに対し、養子となるべき子が判断能力を有しないときは、その法定代理人が意思表示をすることができる（同 192 条 3 項 1 文）。法定代理人が養子縁組契約締結の意思表示をせず、または子がした意思表示を追認しないときは³³⁸、裁判所が、養親となるべき者または養子となるべき子の申立てにより、これらに代わる決定をする。ただし、その拒絶に正当な理由がないと認められることが必要である（同 192 条 3 項 2 文）。

（ｃ）法定代理人の任務等（民法 192 条 4 項）

法定代理人は、本人たる子の福祉を行動の指針としなければならない（民法 192 条 4 項 1 文）。また、養子縁組に関する事項については、その法定代理につき裁判所の許可を要しない（同項 2 文）。

（４）裁判所の承認

（ａ）契約当事者の申立て

以上の養子縁組契約が効力を生ずるためには、裁判所の承認を要する。この承認は、契約当事者の一方または双方の申立てを要する他（民法 192 条 1 項 1 文）、未成年養子縁組については、以下の要件を必要とする。

³³³ Schwimann/Kodek/Höllwerth, ABGB, § 179 Rn. 20.

³³⁴ Schwimann/Kodek/Höllwerth, ABGB, § 179 Rn. 6.

³³⁵ 5 Ob 139/03g.

³³⁶ Schwimann/Kodek/Höllwerth, ABGB, § 179a Rn. 20.

³³⁷ Klang/Barth/Neumayr, § 179a Rn. 7.

³³⁸ 条文には単に「同意（Einwilligung）をしないとき」とあるが、これは本文に挙げた両者を含むものと解されている（Klang/Barth/Neumayr, § 179a Rn. 23）。

(b) 子の福祉 (民法 191 条 1 項 1 文)

第 1 に、養子縁組がその福祉に適うのでなければならない (民法 191 条 1 項 1 文)。そのためには、養子となるべき子が、安定しバランスの取れた、親の愛情、配慮や保護に満ちた家庭で暮らし、その身体的および精神的な福祉が促進されることが必要とされる。また、養子縁組以前の状態よりもましだというだけでは足りず、子の発達の顕著な改善が見込まれる必要がある³³⁹。

(c) 実親子関係と同様の関係の存在ないし見込み (民法 191 条 1 項 1 文)

第 2 に、実親と子の間の関係に相当する関係が存在し、または発生すると見込まれることが必要である (民法 191 条 1 項 1 文)。そうした関係とは、社会的に典型的な場所的・人的近接性の他、親子関係に比肩する感情的結びつきや教育上の指導的役割をも含むとされる³⁴⁰。

(d) 関係者の同意 (民法 195 条)

第 3 に、一定の関係者の同意が裁判所の承認の要件とされている。

1) 同意権者

同意を要する者として掲げられているのは、次の者である (民法 195 条 1 項)。

① 養子となるべき子の実親 (ただし、養子となるべき子が未成年である場合に限り) (1 号)。

当該実親が親権 (Obsorge) を有するかどうかは問わない³⁴¹。もっとも、その者が法律上の実親としての地位にある必要がある。すなわち、子の出生時にその母と婚姻関係になかった (血縁上の) 父については、第一審裁判所の決定の時点において、認知または父子関係確認の手続により法律上の父としての地位を取得していなければならない。この点、ドイツ法におけるような血縁上の父に対する保護は図られていない。

② 養親となるべき子の配偶者または登録パートナー (2 号)。夫婦については共同縁組が原則であるため、この同意はその例外に当たる場合にのみ問題となる。第一審裁判所の決定の時点において婚姻関係ないし登録パートナーシップが有効に成立していれば足り、同居の有無等は問わない³⁴²。

③ 養子となるべき子の配偶者または登録パートナー (3 号)。②と同様、同居の有無等は問題とならない。

④ 養子となるべき子 (ただし、判断能力を欠き、かつ成年の場合に限り) (4 号)。これに対し、判断能力を欠く未成年子については、ドイツ法におけると異なり、同意が必要とされていない。なお、養子となるべき子に判断能力がある場合にその同意が必要でないのは、この場合養子となるべき子は自ら契約を締結するからである (前述本章 2 (3) (b))。

⑤ 養子となるべき子が未成年の場合におけるその法定代理人 (5 号)。これが実親である場合、①と重なるため独自の意義を持たない。さらに、後述のように (5))、これが実際に問題となる場面は限られている。

2) 方式

³³⁹ 以上につき、Klang/Barth/Neumayr, § 180a Rn. 7; Deixler-Hübner/Rudolf, Handbuch, S. 326-327 を参照。

³⁴⁰ Schwimann/Kodek/Höllwerth, ABGB, § 180a Rn. 4; Beck, Kindschaftsrecht, Rn. 171.

³⁴¹ もっとも、民法 181 条 1 項 2 文によると、子の福祉がおびかされる場合には、親権だけでなく法律上予定された同意権をも喪失させることができる。これにより実親が養子縁組についての同意権を喪失しているときには、その同意を要しない。この点を含め、以上につき、Kozioł/Bydlinski/Bollenberger/Hopf, ABGB, § 195 Rn. 1 を参照。

³⁴² Schwimann/Kodek/Höllwerth, ABGB, § 181 Rn. 6.

同意の意思表示は、同意権者が裁判所に対して自らするのが原則である（非訟 86 条 1 項 1 文）。もっとも、それが不相当な負担ないし費用を伴う場合、または手続開始前においては、公文書または公証を受けた書面によることができる（同条 1 項 2 文）。さらに、同様の書面により、使者による意思表示伝達も可能である（同条 2 項）。

3) 内容

同意は、養親となるべき者および養子となるべき子を特定してしなければならないのが原則である（非訟 86 条 3 項 1 文）。したがって、いわゆる白紙養子縁組は認められない。ただし、養子縁組契約の当事者は、後述のように、いわゆる匿名養子縁組の方式をとるべき旨の申立てをすることができるところ、この場合には養親となるべき者の特定は不要である（同項 2 文）。

4) 撤回可能性

同意の意思表示は、第一審裁判所の決定まで、いつでも撤回できるものとされている。撤回の意思表示は、書面によってするか、裁判所に対してする（非訟 87 条 1 項）。ドイツ法と大きく異なる点であり、この点でオーストリア法は実親の権利により重きを置いていると言える。もっとも、いずれも後述のとおり、特に実親による撤回には重要な制限があることに加え、同意に代わる決定はおそらくドイツ法におけるよりも若干緩やかに認められているようである。そのため、帰結においてはドイツ法と概ね釣り合いがとれていると見ることもできる。

なお、同意の意思表示は、撤回されるまで有効のまま存続し、養子縁組の当事者を同じくする限り、別の手続においても妥当する（非訟 87 条 3 項）。

5) 同意を要しない場合

民法は、同意権者の同意が例外的に必要な場合として、次のものを列挙している（民法 195 条 2 項）。

- ① 養子となるべき子の法定代理人として養子縁組契約を締結した場合（1 肢）。この場合、契約締結行為の中に養子縁組についての同意が黙示的に含まれているとみられるためである。もっとも、そうすると、その黙示的な同意につき撤回が問題となりうるが、それは契約の一部としてされたもので、単なる単独行為ではない以上、撤回することはできないと解されている³⁴³。その限りで、（通常養子となるべき子の法定代理人であるところの）実親の同意の撤回には、重要な制限がかかることになる。

以上の場合に法定代理人の同意が不要とされる結果、それが意味を持つのは、判断能力を有する養子となるべき子が民法 192 条 2 項に基づき自ら養子縁組契約を締結した場合に限られることになる³⁴⁴。

- ② 養子となるべき子の法定代理人以外の同意権者につき、その意思を表明する能力を継続的に欠いている場合（2 肢）。もっとも、法定代理人は除かれている。法定代理人についてはそうした事態が想定できないためだろう。
- ③ 養子となるべき子およびその法定代理人以外の者につき、その居所が 6 ヶ月以上知れない場合（3 肢）。いわゆる赤ちゃんポスト（Babyklappe）に届けられた子や、匿名出産による子については、本肢の適用が想定されている³⁴⁵。

³⁴³ 6 Ob 179/05z; Rechberger/Deixler-Hübner, AußStrG, § 87 Rn. 1.

³⁴⁴ ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 12.

³⁴⁵ Deixler-Hübner/Rudolf, Handbuch, S. 331. もっとも、ドイツにおける秘密出産のような制度化はされてい

6) 同意に代わる決定

同意権者が同意を与えるのを拒む場合において、それを拒むことにつき正当な理由がないと認められるときは、裁判所は、養子縁組契約の当事者の申立てにより、その同意に代わる決定をすることができる（民法 195 条 3 項）。ドイツの対応する複雑な規定が同意権者ごとに要件を書き分けているのに対し、ここでは一元的かつ簡潔な規定ぶりとなっている。

実際に問題となるのは通常実親の同意であるところ、親としての権利を尊重する見地から、そこでの正当な理由の有無は厳格に判断すべきであり、限られた場合にのみ例外的に認められるとされる³⁴⁶。その際の 1 つの規準として、親権喪失等の原因としての子の福祉の危殆化（民法 181 条 1 文）が援用されることもある³⁴⁷。

より具体的には、概ね次の 2 つの場合に正当な理由が認められるとされる。1 つは、養子縁組についての子の利益が同意権者の利益を明らかに上回る場合である。この場合、単に子の福祉が改善するだけでは足りず³⁴⁸、また経済面の向上だけでも十分でない。もう 1 つは、同意拒絶が道徳的観点から正当化できない場合であり、実親が一貫して家庭を顧みようとしない場合や、その子に対する法律上の義務の履行を有責かつ著しく怠り、それによって子の発達がおびやかされたか、第三者の介入がなければおびやかされていたであろう場合が想定されている³⁴⁹。

以上の 2 つの場合が並列的に認められることにより、常に実親の義務違反（あるいは重大な精神疾患等）の要素を必要とするドイツ法よりも、同意に代わる決定が若干緩やかに認められると言えそうである。

（e）養親となるべき者の実子の利益（民法 194 条 2 項）

以上の要件の他、養親となるべき者の実子のより大きな利害が養子縁組によって害されるときは、裁判所は養子縁組契約を承認することができない（民法 194 条 2 項前段）。ドイツ民法 1745 条に対応する趣旨の規定である。

保護される利益の主体は、養親となるべき者の実子の他、孫を含むとする見解が有力である³⁵⁰。孫も扶養請求権を有することがありうるためである。

上記要件の判断に際しては、養子縁組成立についての養子となるべき子の利益と、その不成立についての養親となるべき者の実子の利益とを衡量しなければならない。その際の具体的規準として、実子の扶養や教育がおびやかされる場合が例示されている（民法 194 条 2 項前段）。これには、子の数の増加に伴う扶養・教育の単なる希薄化は含まれないが、既に実子の扶養が通常の水準を下回っている場合には、実子の利益の優越が認められる³⁵¹。

以上の他、経済的な利害は原則として考慮されない。しかし、養親となるべき者がもっぱら、または主として実子の利益を害する意図で行動する場合はこの限りでない（民法 194 条 2 項後段）。

ない。

³⁴⁶ 8 Ob 525/92; Schwimann/Kodek/Höllwerth, ABGB, § 181 Rn. 16.

³⁴⁷ Klang/Barth/Neumayr, § 181 Rn. 19.

³⁴⁸ 1 Ob 733/79.

³⁴⁹ 以上につき、Klang/Barth/Neumayr, § 181 Rn. 20-22; Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Hopf, ABGB, § 195 Rn. 2 を参照。

³⁵⁰ Klang/Barth/Neumayr, § 180a Rn. 14. もっとも、判例は反対（5 Ob 163/67）。

³⁵¹ 2 Ob 536/94.

3 効果

(1) 遡及効等

養子縁組契約に対し裁判所の承認がされたときは、養子縁組は契約締結時にさかのぼって効力を生ずる（民法 192 条 1 項 2 文）。その効力とは、以下のものである。なお、これらの効果に関する規定は強行法規であり、養子縁組契約で別段の定めをすることはできない³⁵²。

(2) 親族関係の変動（民法 197 条）

最も中心的な効果は、もちろん親族関係の変動だが、これについてはドイツ法におけると比べて顕著な相違が見られる。

(a) 養親およびその子孫との親族関係

まず、養親およびその子孫と、養子およびその子孫（養子縁組の効力発生時＝契約締結時に未成年であった者に限る）との間に、出生によって生じると同じ権利が発生する（民法 197 条 1 項）。これに対し、その他の者、例えば養親の尊属や傍系親族³⁵³、養子の子孫であって養子縁組時点で成年に達していた者等については、親族関係は発生しない。これらの者にまで養子縁組契約の効果を及ぼすのは、その私的自治を害すると考えられたためである³⁵⁴。

(b) 実親およびその親族との親族関係

これに対応して、実親およびその親族との親族関係が消滅する³⁵⁵。もっとも、具体的にどの範囲の親族関係が消滅するのかは、場合ごとに区別して規定されている。

- ① 夫婦による共同縁組の場合、実親およびその「親族」（「子孫」ではない）と養子およびその子孫（養子縁組時点で未成年であった者に限る）との間の家族法上の法律関係（財産的性質のものを除く。後述（3））が消滅する（民法 197 条 2 項）。
- ② 単独縁組の場合、①の要領で、実親のうち養親と性別を異にする者およびその親族との法律関係のみが消滅する（民法 197 条 3 項 1 文）。これに対し、他方の実親およびその親族との法律関係は残存する。親権は、この実親が既に親権を喪失しているのでない限り、養親とこの実親が共同で行使することになる³⁵⁶。このようにして、単独縁組の場合にも引き続き養子が父母を持つことが原則とされているのであり³⁵⁷、これはドイツ法との大きな違いの 1 つである。

もっとも、この場合において、他方の実親が同意するのであれば、裁判所はこの者についても同様に法律関係の消滅を言い渡すことができる（民法 197 条 3 項 2 文）。この消滅の効果は、同意の意思表示の時点と養子縁組契約の締結時のうち早い方の時点から生ずる（同項 3 文）。この同意は、養子縁組契約においてすることもできるが、一義的でなければならず、単に養子縁組についての同意があるだけでは足りない³⁵⁸。また、当該実親がこの同意を拒む場合、民法 195 条 3 項の類推により、養子縁組についての同意と同様に裁判所の決定をもって

³⁵² 2 Ob 517/82; Schwimann/Kodek/Höllwerth, ABGB, § 179a Rn. 14.

³⁵³ 2 Ob 556/93.

³⁵⁴ ErläutRV 107 BlgNR 9. GP 20.

³⁵⁵ もっとも、近親婚の禁止（婚姻法 6 条、25 条）は引き続き妥当する（Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Hopf, ABGB, § 197 Rn. 1）。

³⁵⁶ 6 Ob 95/74.

³⁵⁷ もっとも、2019 年 1 月 1 日をもって同性婚が可能となった際には（後出注(389)参照）、養親と同性の親が排除されるとのルールを維持することは難しくなるだろう。

³⁵⁸ Schwimann/Kodek/Höllwerth, ABGB, § 182 Rn. 10.

その同意に代えることができる」と解されている³⁵⁹。もっとも、これは實際上ほとんど問題としないだろうと言われている³⁶⁰。

③ 配偶者、登録パートナーまたは内縁関係の一方当事者が他方の子を養子とする場合、①の要領で、当該子の他方の親およびその親族との法律関係のみが消滅する（民法 197 条 4 項）。

「子」とは養子を含むと解されている³⁶¹。したがって、同項はいわゆる連れ子縁組ないし承継縁組について、共同縁組と同様の効果を定めた規定ということになる。これは、ドイツ民法 1755 条 2 項に相当するものだが、登録パートナーに加えて内縁関係の当事者をも対象とする点に特色がある。

（3）財産的法律関係の存続

以上にかかわらず、法定の財産的法律関係、すなわち扶養および相続については、概ね、実方の親族関係と養子縁組による親族関係とが並立しつつ後者が原則として優先するという扱いがされる。その趣旨は、養子縁組による親族関係の発生が上述のように限定的なものである以上、実方の親族関係につき、少なくとも財産的法律関係の限度でこれを存続させておかないと養子に不利益が生じてしまうという点に求められるようである³⁶²。これにより、オーストリアの未成年養子縁組は「完全養子」とは言い難いものとなっている。

（a）扶養（民法 198 条）

まず扶養については、「実親およびその親族」の、「養子およびその子孫（養子縁組の効力発生時＝契約締結時に未成年であった者に限る）」に対する扶養義務は、養子縁組契約の効力発生後も存続する（民法 198 条 1 項）。「養子」の「実親」に対する扶養義務についても同様だが、実親が養子縁組以前に、当該子が 14 歳に達しない間におけるこれに対する扶養義務を著しく怠っていた場合はこの限りでない（同条 2 項）。ここでも、当事者の範囲に微妙な相違がある。

もっとも、以上により残存する扶養義務は、養子縁組により成立した親族関係に基づく扶養義務のうち対応するものに、順位において劣後する（民法 198 条 3 項）。

（b）相続（民法 199 条）

相続についても、同様に、実親およびその親族と、養子およびその子孫（養子縁組の効力発生時＝契約締結時に未成年であった者に限る）との間の相続権は残存する（民法 199 条 1 項）。これによると、養子が死亡した場合におい第 1 順位相続人たるその子孫がいないときは、第 2 順位の相続人として実親およびその子孫と養親およびその子孫とが競合するところ、この場合には後者が前者に優先する（同条 2 項）。ただし、単独縁組の場合には、養親およびその子孫と、その養親と性別を異にする方の実親およびその子孫とが対等に相続人となる。これは、その実親と子の法律関係につき消滅の言渡しがされていた場合（前述本章²3（2）（b））であっても異ならない（同条 3 項）。ここで消滅するのは、あくまで財産的性質のものでない親族関係に限られるからである。

³⁵⁹ Schwimann/Kodek/Höllwerth, ABGB, § 182 Rn. 10; Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Hopf, ABGB, § 197 Rn. 2.

³⁶⁰ Schwimann/Kodek/Höllwerth, ABGB, § 182 Rn. 10.

³⁶¹ Deixler-Hübner/Rudolf, AußStrG, S. 336; Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Hopf, ABGB, § 197 Rn. 3.

³⁶² VfGH G 175, 176/92 (扶養義務に関して)。もっとも、立法当初は、国民感情とか血縁関係による結びつきの強さといったやや情緒的な理由のみが挙げられていた（ErläutRV 107 BlgNR 9. GP 20）。

(4) 氏

氏については、養子縁組の場面に關する特別な規定はなく、一般規定による。それによると、特に養子縁組におけるように実親の変更があった場合、改めて氏を定めることができる(民法 157 条 2 項 2 文)。その際の定め方は、子の出生時におけると同様である。具体的には、次のとおりである(同 155 条)。

- ① 婚氏の定めがあるときは、その婚氏またはそれに一方配偶者の従来の氏を付加した複合氏(Doppelname)(1 項)。
- ② 婚氏の定めがないときは、親の氏のいずれか。この場合において複合氏を選択したときは、その全部または一部を使用できる。さらに、親の氏双方を組み合わせた複合氏を選択することもできるが、3 つ以上の構成部分を含むことはできない。複合氏は、個々の構成部分をハイフンで結ぶ(2 項)。

以上の範囲内で指定を行うことができるのは、養子に判断能力がある場合には養子本人である。ここでも、14 歳以上の者には判断能力があることが推定される(民法 156 条 2 項)。その他の場合には、親権者たる養親が指定する(同条 1 項)。

(5) 身分登録・子の出自を知る権利

以上の他、養子縁組によって、養子の出生証明書の親の欄に、実親に代えて養親の情報が記載されることになる³⁶³。もっとも、その発行の元となる中央身分登録簿における養子の身分情報には実親の情報も残される。そして、14 歳に達した養子は、この情報の開示を身分庁に対して請求することができる(身分登録法 [Personenstandsgesetz] 52 条 1 項、2 項)。これにより、子の出自を知る権利の保護が図られている³⁶⁴。

4 手続

(1) 養子縁組あっせん

(a) 目的

オーストリア法においても、ドイツ法におけると同様、養子縁組あっせんの制度が整備されている。その目的は、子ども・青少年(18 歳未満の者を言い [青少年支援 4 条 1 号]、民法上の未成年者に相当する)のために最適な養親を探し出すことである(同 31 条 1 項 1 文)。その際、子ども・青少年の利益が何よりも尊重されなければならない(同項 3 文)。

(b) 主体

養子縁組あっせんに関する活動は、公的機関と民間機関とに分担されている。すなわち、養子縁組あっせん自体および養親の適性審査は、子ども・青少年支援機構(Kinder- und Jugendhilfeträger; KJHT)のみがすることができる(青少年支援 31 条 2 項 1 文)。子ども・青少年支援機構とは各州の機関であり、その組織は各州法によって定められる(同 10 条 1 項、2 項)。以上に対し、養親希望者に対する助言、教育および専門的援助ならびに各種報告の作成は、民間の子ども・青少年支援機関に委託することができる(同 31 条 2 項 2 文)。この民間機関は、物的・人的設備において上記活動に適していなければならない(同 10 条 3 項)、その適性は子ども・青少年支援機構によって判断される(同 11 条 1 項)。いずれについても、実際の活動は、原則として、

³⁶³ 身分庁には、養子縁組に関する情報が裁判所から直接提供される(身分登録法 7 条 7 条 1 項 5 号)。

³⁶⁴ Deixler-Hübner/Rudolf, Handbuch, S. 334.

そのための訓練を受け、かつそれに適した人間性を有する専門職員（いわゆるソーシャル・ワーカー）が行うものとされている（同 12 条 2 項 1 文）。

（c）手続

実際の手続としては、養親希望者は、専門職員による相談・面接の後、民間機関の提供する準備講座を受講する。その結果を受けて、子ども・青少年支援機構による適性審査がされ、これに合格した養親希望者は、同機構の待機リストに登録される。その後、その具体的なニーズに照らして当該養親希望者に適すると認められる子が現れた場合には、子ども・青少年支援機構によるあっせんがされる。その後、通常は約 6 ヶ月の試験養育を経て³⁶⁵、家族生活がうまくいくようであれば、養子縁組契約の締結に至る。

（2）事件の種類

養子縁組契約承認の手続は、非訟事件として、非訟事件手続法により規律される。

承認の手続自体と同意に代わる決定は、申立てが別個にされる以上、手続も別個に行われる³⁶⁶。もっとも、承認決定の中で同時に同意に代わる決定をすることもできるとするのが判例である³⁶⁷。両者の手続準則に特に違いはないため、以下では承認の手続についてのみ述べる。

（3）管轄裁判所

養子縁組にかかる手続は、養子となるべき子が未成年の場合、その常居所を管轄する保護裁判所（Pflegschaftsgericht；区裁判所に設けられた部）が管轄する（管轄規則〔Jurisdiktionsnorm〕113a 条 1 項、109 条 1 項）。

（4）手続開始——申立て

（a）申立権者

養子縁組契約の承認の申立ては、当該契約の当事者の一方または双方がすることができる（民法 192 条 1 項 1 文）。

（b）匿名養子縁組の申立て（非訟 88 条）

その際、併せて匿名縁組の申立てをすることもできる。すなわち、契約当事者は、双方の一致した申立てにより、未成年養子縁組の承認を、同意権者および審問を受ける権利を有する者の全部または一部（子ども・青少年支援機構を除く）が養親となるべき者の氏名および住所の通知ならびに承認決定の送達を放棄するという条件にかからしめることができる（非訟 88 条 1 項）。この場合、この条件が成就しなければ、申立ては棄却されることになる（同条 4 項）。

そうすると、この放棄の意思表示を、養子縁組に対する同意と同様に決定をもって代えることができるかどうか重要な問題となるが、この点については見解が分かれている³⁶⁸。仮にこれが否定されるのであれば、ここでもドイツ法に比べ実親の権利が重視されているということになる。

³⁶⁵ これは、子ども・青少年支援機構の通常の運用であるにとどまり、ドイツ法におけるように法律上の要件とされているわけではない。

³⁶⁶ 8 Ob 525/92; Rechberger/Deixler-Hübner, AußStrG, § 88 Rn. 2.

³⁶⁷ 7 Ob 141/03s; Klang/Barth/Neumayr, § 181 Rn. 23.

³⁶⁸ かつて、非訟事件手続法改正前の判例は、養子縁組についての同意に代わる決定の規定（現行の民法 195 条 3 項）を類推することにより、この点を肯定していた（8 Ob 525/92）。現在でもこれを維持する見解がある（Klang/Barth/Neumayr, § 181 Rn. 26; Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Hopf, ABGB, § 197 Rn. 3）。もっとも、非訟事件手続法改正により、同 88 条 4 項が、放棄がされない場合申立ては棄却されるべき旨を定めるに至った。そのため、反対の見解は、これによって従来の判例を変更する立法者の決定がされたと見る（Rechberger/Deixler-Hübner, AußStrG, § 88 Rn. 2; Beck, Kindschaftsrecht, Rn. 239; Deixler-Hübner/Rudolf, Handbuch, S. 333 [この見解が「多数説」だとする]）。

（５）当事者

非訟事件における当事者は、非訟 2 条 1 項によって一般的な形で定められている。それによると、当事者となるのは、①申立人、②申立人が相手方ないし当事者として挙げた者および③その法律上保護された地位が当該事件の裁判によって直接に影響を受けるであろう全ての者である。養子縁組事件については、養子縁組契約の当事者たる養親となるべき者および養子となるべき子が①ないし②に当たる。③には、民法上の同意権者ないし審問を受ける権利を有する者全ての他、養親の実子（後述本章²4（６）（ｂ）２）ａ）参照）が該当すると解されている³⁶⁹。

（６）審理

（ａ）期日および手続の進行

非訟事件の手続は原則として裁判所の職権により進められ、当事者はこれに協力する義務を負う（非訟 13 条 1 項）。口頭弁論を開くかどうかは裁判所の裁量に委ねられる（同 18 条）。口頭弁論が開かれる場合、それは原則として公開だが（同 19 条 1 項）、広範な例外が定められており（同条 2～4 項）、実質的には非公開が原則となつていられると言われる。特に匿名縁組の申立てがあつた場合には、原則として非公開とされる³⁷⁰。もっとも、いずれにせよ、当事者の審問請求権は保障される（同条 5 項、20 条 1 項）。

（ｂ）裁判資料の収集

１）職権探知・当事者の義務・自由な証明

裁判資料の収集は、原則として裁判所の職権により、当事者には真実義務が課される（非訟 16 条）。また、証明の方式に制限はない（非訟 31 条 1 項）。

養子縁組契約承認の手続については、特に裁判所の調査義務を定める規定が置かれている。それによると、裁判所は、養子縁組が未成年である子の福祉に適うかどうかを、適切な方法により調査しなければならない。そのために、養親となるべき者、さらに場合によってはその密接な家庭環境にいる者につき、その犯罪記録による情報を調達しなければならない（非訟 90 条 3 項）。

２）審問

ａ）審問を受ける権利

民法には、養子縁組への同意に続いて、審問を受ける権利についての定めがある。ここでは、この権利は養子縁組への同意権と連続的に位置づけられている³⁷¹。すなわち、同意権者には及ばないものの一定の利害関係を養子縁組につき有する者に審問を受ける権利が与えられるという発想がとられている。

具体的には、審問を受ける権利を有する者として、以下の者が挙げられている（民法 196 条 1 項）。

- ① 養子となるべき子が判断能力を欠き、かつ未成年である場合におけるその子（1 号）。この場合、子は同意権を有しないが、その意思を考慮するために少なくとも審問請求権だけは認められているわけである。
- ② 養子となるべき子が成年である場合におけるその実親（2 号）。
- ③ 養子となるべき子の里親または当該子が生活している施設の長（3 号）。

³⁶⁹ Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Hopf, ABGB, § 196 Rn. 1.

³⁷⁰ Deixler-Hübner/Rudolf, Handbuch, S. 333.

³⁷¹ Schwimann/Kodek/Höllwerth, ABGB, § 181a Rn. 1.

④ 子ども・青少年支援機関（4号）。

⑤ 以上の他、民法に規定はないものの、養親となるべき者の子（その範囲については前述本章²2（4）（e））も、養子縁組により影響を受ける以上、審問を受ける権利を有すると解されている³⁷²。

b) 審問を要しない場合

もともと、以上の者に対する審問は、以下の場合には不要とされている（民法 196 条 2 項）。

① 養子となるべき子については、当該子が継続的に意思表示をできない状態にあり、または審問によってその福祉がおびやかされる場合（1 文）。

② その他の者については、a) その者が養子となるべき子の法定代理人として養子縁組契約を締結した場合（2 文 1 肢）、およびb) その審問が不可能または不相当な負担を伴う場合（同文 2 肢）。

（7）裁判および不服申立て

非訟事件手続の裁判は、決定の形式による（非訟 36 条 1 項 1 文）。養子縁組契約承認の手続においては、裁判所は契約全体につきその承認を認容し、または棄却することができるにとどまり、一部承認や内容の変更・補充等を行うことはできない³⁷³。

承認の決定の内容については特則がある（非訟 89 条）。特に重要なのは、養子と実親の一方との間の法律関係の消滅につき同意がある場合（前述本章²3（2）（b）②）におけるその消滅およびそれが効力を生ずる時点の言渡し（同条 2 号）、および養子縁組が効力を生ずる日（同条 4 号）である。

決定に対して不服を有する者は、決定の送達から 14 日以内に抗告（*Rekurs*）をすることができる（非訟 46 条 1 項）。この点、認容決定に対する不服申立てを排除しているドイツ法とは異なる。不服申立ての可能性がなくなった時点で、決定は既判力を生じ（同 42 条）、同時に効力を生ずる（同 43 条 1 項）。なお、養子縁組にかかる手続においては、通常であれば認められる決定変更の申立て（同 73 条以下）が排除される（同 90 条 2 項）。民法が養子縁組の撤回ないし解消を一定の場合に限定している（次述）趣旨を尊重したものである³⁷⁴。

5 承認撤回および解消

（1）緒論

民法は、一旦成立した養子縁組の効力を失わせる手段として、承認撤回（*Widerruf der Bewilligung*）と解消（*Aufhebung*）を区別して規定している。両者の効果面での相違は、遡及効の有無にある。したがって、遡及効を有する前者は、概念としては日本法における普通養子縁組の無効に概ね対応することになる。

承認撤回および解消は、いずれも裁判所の決定によってされる。また、民法に掲げる以外の事由による承認撤回ないし解消は認められず、当事者の合意による契約解消も認められない（民法 203 条）。これに対し、瑕疵がきわめて重大な場合には、例外的に養子縁組が不存在ゆえに当然無効と認められる余地もある。そうした場合として、養子縁組契約または裁判所によるその承認決

³⁷² 1 Ob 7/05v.

³⁷³ 7 Ob 102/02d.

³⁷⁴ Rechberger/Deixler-Hübner, AußStrG, § 90 Rn. 5.

定が存在しない場合が挙げられる³⁷⁵。

(2) 承認撤回 (民法 200 条)

(a) 要件

承認撤回の要件として掲げられているのは、以下のものである (民法 200 条 1 項)。

- ① 養子縁組契約の締結時に養親となるべき者に判断能力がなかったこと。ただし、この者が判断能力を有するに至った後に養子縁組を継続する意思を示したときはこの限りでない (1 号)。
 - ② 養子となるべき子が、判断能力を欠くにもかかわらず自ら養子縁組契約を締結したこと。ただし、後に法定代理人または判断能力有するに至った本人がこれに同意し、あるいは法定代理人の同意に代わる決定 (民法 192 条 3 項) がされたときはこの限りでない (2 号)。
 - ③ 2 人以上の者が養親となったこと。ただし、承認決定時にこれらの者が婚姻関係にあった場合はこの限りでない (3 号)。後半の例外規定は、共同縁組を夫婦のみに認めていた民法旧 191 条 2 項 1 文に対応する規定だが、これは前述のとおり憲法裁判所の判決により失効するに至っている。そのため、本号もそれに合わせて改正する必要があるが、今のところそうした改正はされていない。ありうべき改正の内容は、共同縁組をどの範囲まで認めるかに依存するが、少なくとも登録パートナーについては共同縁組が認められることが明らかである以上、現行法の解釈としても、これについては本号の例外が類推適用される (さらに、内縁関係にある者についてもおそらく同様) と考えられる³⁷⁶。
 - ④ 養子縁組契約が、もっぱらまたは主として、養子に養親のいずれかの氏を得させ、または違法な性的関係を隠蔽するために養子縁組の概観を作り出すために締結されたこと (4 号)。虚偽表示に当たる場合の一部を定めるものである。
 - ⑤ 養子縁組契約が書面により締結されておらず、かつ承認決定の既判力発生時から 5 年を経過していないこと (5 号)。これは、当事者の一方の署名が欠けていたような場合をも含む³⁷⁷。
- 以上の事由に基づく承認の撤回は、原則として契約当事者の一方の申立てまたは裁判所の職権によりされる。もっとも、⑤については、契約当事者の申立てのみによる。

(b) 効果

承認撤回の効果として、養子縁組は初めから成立しなかったことになる (民法 200 条 1 項柱書)。その結果、親族関係の変動が生じなかったことになるのはもちろん、養親によりされた扶養は不当利得として返還すべきことになる³⁷⁸。

もっとも、この遡及効については、次の例外が認められている。

- ① 養子縁組契約の当事者の一方が契約締結時に承認撤回事由を知らなかったときは、当該当事者が請求する限りにおいて、他方当事者との関係では契約は将来に向かってのみ効力を失う (民法 200 条 2 項)。もっとも、上記④の場合は、当事者のいずれかが撤回事由につき善意ということがありえないため、除外されている。
- ② 第三者が養子縁組の有効性を信じて承認撤回よりも前に権利を取得したときは、この第三

³⁷⁵ Beck, Kindschaftsrecht, S. 153; Schwimann/Kodek/Höllwerth, ABGB, § 184 Rn. 2.

³⁷⁶ Hinteregger, Familienrecht, S. 201 は、登録パートナーの場合をも例外の対象として掲げる。

³⁷⁷ Schwimann/Kodek/Höllwerth, ABGB, § 184 Rn. 11.

³⁷⁸ Schwimann/Kodek/Höllwerth, ABGB, § 184 Rn. 13.

者に対して、承認が撤回されたとの主張をすることができない。また、契約締結時に承認撤回事由を知らなかった契約当事者に対して、第三者は承認撤回の効力を主張することができない（民法 200 条 3 項）。

（3）解消

（a）要件（民法 201 条）

解消の要件として掲げられているのは、以下のものである（民法 201 条 1 項）。

- ① 契約当事者の一方ないし同意権者の意思表示が、欺罔または不当かつ理由のある恐怖によりされた場合において、その表意者が詐欺に気づき、または窮状が解消してから 1 年以内に解消の申立てをしたこと（1 号）。意思表示に瑕疵があった場合の一部を定めるものであり、短期の期間制限が課されている。これらに対し、錯誤等は解消事由とされていない。
- ② 養子縁組を継続させることが、未成年または判断能力を欠く養子の福祉を著しくおびやかすと認められること（2 号）。この場合の解消は、裁判所の職権によると定められているが、当事者の申立権も認められるというのが判例である³⁷⁹。「著しくおびやかす」とは、親権喪失等の事由がある場合を含むが、それよりも広いものと解されている³⁸⁰。
- ③ ④養親夫婦または養親と実親の一方の間の婚姻につき解消または無効宣告がされた後、⑤実親と養親の間の登録パートナーシップにつき解消または無効宣告がされた後、または⑥養親の一方の死亡後において、養子縁組を解消することが養子の福祉に適うと認められ、かつそれが解消の対象となる養親（既に死亡している場合を含む）の正当な利益を害しないこと（3 号）。この場合の解消は、養子の申立てによる。養親夫婦間の婚姻が離婚等により解消した場合、それぞれの養親は新たな婚姻関係に入ることが多いところ、この場合にその養親の配偶者と養子との間で新たに養子縁組契約を締結することを可能にする趣旨である³⁸¹。一方、養親の正当な利益としては、文献上、これまでの養育の苦労を無駄にしたくないとか、養子による介護、家ないし氏の存続といったものが挙げられており³⁸²、養親のための養子縁組というかつての発想の残滓を感じさせる。
- ④ 養親の一方と養子が解消の申立てをしたこと（4 号）。この申立てには、理由を付すことを要しない³⁸³。

もっとも、以上のいずれの事由による場合であっても、共同縁組の場合には、原則として双方の養親との関係でのみ養子縁組を解消することができる。その一方との関係でのみ解消が認められるのは、養親間の婚姻につき解消または無効宣告がされた場合に限る（民法 201 条 2 項）。これも、夫婦のみが共同縁組をすることができるとのルールを前提とした規定であり、いずれ改正が見込まれる。

（b）効果（民法 202 条）

裁判所による養子縁組解消の決定が既判力を生じた時点で、養子縁組により発生した養親およびその子孫と養子およびその子孫との間の法律関係が消滅し（民法 202 条 1 項）、それにより消滅した実親およびその親族と養子およびその子孫との間の法律関係が復活する（同条 2 項）。これ

³⁷⁹ 6 Ob 157/61.

³⁸⁰ Schwimann/Kodek/Höllwerth, ABGB, § 184a Rn. 7-8.

³⁸¹ ErläutRV 107 BlgNR 9. GP 27. これは、多重養子の禁止と関連する。

³⁸² Klang/Barth/Neumayr, § 184a Rn. 8.

³⁸³ Schwimann/Kodek/Höllwerth, ABGB, § 184a Rn. 12.

に対し、氏の変更は、ここでも一般規定による（前述本章²3（4））。

（4）手続

承認撤回および解消の手続は、非訟事件として、非訟事件手続法による。具体的には、審問に関する扱いを除き、概ね養子縁組契約承認の手続と同じことが妥当する。

6 運用状況

2017 年の子ども・青少年保護機構の統計によると、未成年養子縁組の総成立件数は 124 件である³⁸⁴。

³ 嫡出推定（父子関係）

1 緒論

（1）沿革および叙述の対象

オーストリアでも、非嫡出子ないし婚外子に対する不利益な扱いは徐々に廃止されていき、ドイツに遅れること 15 年、2013 年の改正でようやく嫡出・非嫡出という概念の区別が民法典から排除された。それに先立ち、嫡出性の「推定」という構成も放棄されている。その結果、現行法では、婚姻、認知および裁判による父子関係確認の 3 つが父子関係の発生要件として対等に並立している（民法 144 条 1 項）。

このように、オーストリアの父子関係法は、ドイツのそれと基本枠組を共有している。もっとも、その具体的な制度設計には、ドイツ法と大きく異なる発想による部分が少なくない。そこで、本節でも、前章と同様「婚姻による父子関係発生とその排除」に関する規律を中心に、ドイツ法との比較において、オーストリア法の規律を概観することにする。

（2）法源

父子関係を含む親子関係に関する実体規定は、民法 140 条以下に定められている。手続に関する規定は、民法に一部置かれている他、非訟事件手続法の総則規定および 81 条以下がこれを定める。

（3）特徴

ドイツ法と比べたときのオーストリアの父子関係法の特徴は、以下の点に見出すことができる。

- ① 後述の父子関係覆滅認知に見られるように、当事者の私的自治によって親族関係を形成する可能性がドイツ法におけるよりも広範に認められている。
- ② 後述の「父交換手続」の永久性に見られるように、身分関係安定の要請は必ずしも重視されていない。
- ③ 父子関係の否認のために多様な手段が存在する。ドイツ法では父子関係否認の手続に一元化されているのと対照的である。
- ④ 血縁上の父の保護は、ドイツにおけるよりも弱い。
- ⑤ 第三者提供精子による人工授精に関する規律が充実している。その延長線上にある事柄として、オーストリア法では、2015 年の改正により、女性同士のカップルの一方が他方の生ん

³⁸⁴ Bundeskanzleramt, Kinder- und Jugendhilfestatistik 2017 (2018) 51 (https://www.frauen-familien-jugend.bka.gv.at/dam/jcr:2ed5a418-7c85-40b8-af71-16eb29920d9c/Kinder-%20und%20Jugendhilfestatistik%202017%20barrierefrei_1110.pdf).

だ子の（母ではなく）「親（Elternteil）」となることが認められている（一般に「共同母（Co-Mutter）」と呼ばれる）。これについては、若干の特則が設けられている他³⁸⁵、基本的に父子関係に関する規律が準用される（民法 144 条 3 項）。もっとも、これに関する規律は本節の主たる関心ではないことから、以下では注で触れるにとどめる。

2 親子関係に関する行為能力

ところで、親子関係の確定や変動に関する行為を自ら行うための要件については、ドイツ法と異なり、通則的な規定が設けられている。説明の繰り返しを避けるため、個々の父子関係発生原因に立ち入る前に、まずこれに言及しておく。

- ① 自らの関わる親子関係に関して、判断能力を有する者は自ら行為をすることができる。14 歳以上の者には、判断能力が推定される（民法 141 条 1 項）。
- ② 本人が未成年の場合には、その行為には法定代理人の同意を要する。逆に、法定代理人の行為については本人の同意を要する（民法 141 条 2 項）。
- ③ 本人が判断能力を有しないときは、法定代理人が行為をすることができる。このとき、成年である本人が反対の意思を示したときは、法定代理人は原則としてその行為をすることができない。もっとも、このルールは認知には妥当しない（民法 141 条 3 項）。法定代理人は、本人の福祉に従って行動せねばならず、親子関係に関する行為については裁判所の許可を要しない（同条 4 項）。
- ④ 本人の死亡後には、親子関係の存否の確認またはその変動に関する行為は、その包括承継人がすることができる（民法 142 条）。

最後の④は、相続に関する帰結の是正を重視するものであり³⁸⁶、認知や否認についてその一身専属的な性質を強調するドイツ法との相違が際立つ。

なお、民法の規定中に、母につき「判断能力を有し、かつ生存している限りにおいて」という条件が何度か登場する。この奇妙な言い回しは、以上の諸準則を前提としたものである。すなわち、この前半により上記③の適用が、後半により④の適用がそれぞれ排除される結果、この場合の母は自ら権利を行使することしかできないということが示されているわけである。

3 婚姻による父子関係発生

（1）発生要件

子の出生時に母と婚姻関係にあった者、または母の夫として子の出生前 300 日以内に死亡した者は、その子の父となる（民法 144 条 1 項 1 号）³⁸⁷。複数の男性がこの要件を充たすときは、子の母と最後に婚姻をした者がその父となる（同条 4 項）。この者についての父子関係が、次に述べる父子関係不存在確認によって否定されたときには、明文はないものの、先行する婚姻の夫が父となると解されている³⁸⁸。総じて、ドイツ法の規律と同内容とすることができる³⁸⁹。

³⁸⁵ もっとも、同性婚が可能となれば（後出注(389)参照）、これらの特則はおそらく意味を失うと考えられる。

³⁸⁶ Klang/Stefula, § 138a Rn. 18.

³⁸⁷ 母が子の出生前 300 日から 180 日の間に医師による人工授精を受けていた場合、その母の登録パートナーは、同じ要件の下で「共同母」となる（民法 144 条 2 項）。

³⁸⁸ Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Hopf, ABGB, § 144 Rn. 6.

³⁸⁹ なお、憲法裁判所は、2017 年 12 月 4 日の判決で、婚姻と登録パートナーとで異なる扱いをすることを違憲

（２）排除——父子関係不存在の確認

以上の婚姻による父子関係発生を争うための手段として、父子関係不存在確認の制度が設けられている。ドイツ法における父子関係の否認に対応するが、対象となる父子関係が婚姻によるものに限定されている点に違いがある。この点では、むしろ日本法における嫡出否認の訴えと共通する。

（ａ）事件の種類

この手続をはじめ、親子関係に関する全ての手続は非訟事件とされ、非訟事件手続法により規律される（非訟 81 条以下）³⁹⁰。もっとも、先に述べた、同じく同法により規律される養子縁組契約承認の手続とは、多くの点で扱いを異にする。

（ｂ）管轄

親子関係に関する手続の管轄は、子が未成年の場合はその常居所を管轄する保護裁判所、その他の場合は子の常居所を管轄する区裁判所である（管轄規則 108 条 1 項、104a 条）。

（ｃ）申立て

一般に親子関係に関する手続は、申立てによってのみ開始される（非訟 82 条 1 項）。

１）申立権者

この手続の申立ては、子が法律上の父に対し、または法律上の父が子に対してすることができる（民法 151 条 2 項）。

これに対し、母には申立権がない。もっとも、後述のように、一旦申立てがされれば、当事者として手続に参加することになる。さらに、血縁上の父であると主張する者も申立権を有しない。この者が子の法律上の父となるためには、後述する父子関係覆滅認知によるしかない³⁹¹。

２）人工生殖の場合の特則

もっとも、第三者提供精子を用いた人工授精により生まれた子については、特則がある。それによると、その人工授精が医師によって行われ、かつ父がそれにつき公正証書により同意をしていた場合には、それによって生まれた子が自らの血縁上の子ではない旨の確認を求めることができない（民法 152 条）³⁹²。もっとも、その子が当該人工授精によって生まれたのではないとの主張をすることはできる³⁹³。

（ｄ）当事者

親子関係に関する手続の当事者については、非訟 82 条 2 項に特則がある。それによると、子、その親としての地位が手続の対象となっている者および他方の親は必ず当事者とされる。これにより、父子関係不存在確認の手続においては、子、父および母が当事者となる。もっとも、他方の親、すなわち通常母は、判断能力を有し、かつ生存している場合にのみ当事者とされる。

（ｅ）実体要件

と判断した（VfGH G 258-259/2017-9）。これにより、2019 年 1 月 1 日をもって、婚姻についての異性間との条件（民法 44 条 2 文）および登録パートナーについての同性間との条件（登録パートナー 1 条、2 条、5 条 1 項 1 号）は、いずれも無効となる。これにより、ドイツにおける同じような新たな解釈問題（前出注(228) 参照）が生じることが予想される。

³⁹⁰ Rechberger/Deixler-Hübner, AußStrG, Vor § 81 Rn. 2.

³⁹¹ Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Hopf, ABGB, § 151-153 Rn. 3.

³⁹² これは、共同母についても準用される（民法 144 条 3 項）。共同母については父子関係という実体要件を充たすことがありえない以上、この規定による申立権の排除が認められるかどうかだけが問題となる。

³⁹³ Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Hopf, ABGB, § 151-153 Rn. 4.

1) 父子関係の不存在

以上の申立てが認容されるための実体要件の中心は、子と法律上の父の間に血縁上の親子関係が存在しないことである。

2) 期間制限

さらに、申立てが以下の期間制限を遵守していることも必要とされている。

a) 期間および起算点

すなわち、申立ては、父子関係の不存在を疑わせる事実を知った時から2年以内に限りすることができる（民法153条1項1文）。ただし、子の出生まではこの期間は進行せず、また親子関係の変動があった場合には、その変動が効力を生ずるまでについても同様である（同項2文）。親子関係の変動とは、父子関係競合の場合における前婚の夫の父子関係復活や、後述する親子関係覆滅認知がされた場合などを指す³⁹⁴。さらに、別に法律上の父がいる場合にもこの期間は進行しない（同項3文）。いずれも、父子関係が有効に成立しない限りその不存在確認をすることもできないことによる。

b) 進行停止

以上の期間は、申立権者が未成年であり、または判断能力を欠く場合、あるいは期間満了前1年以内に予見または回避のできない事象により申立てを妨げられた場合には、進行を停止する（民法153条2項）。

c) 上限

以上にかかわらず、法律上の父については、子の出生または親子関係の変動から30年が上限とされている（民法153条3項）。これに対し、子の申立てはその後も認められる。

(f) 審理

1) 期日および手続の進行

養子縁組契約承認の手続に即して述べたように、非訟事件において口頭弁論を開くかどうかは原則として裁判所の裁量に委ねられる。しかし、親子関係に関する手続については、口頭弁論が必要的とされている（非訟83条1項）。これは、2003年の非訟事件手続法の改正前に同手続が訴訟手続とされていたため、それからの大きな変更を避ける趣旨だったとされる³⁹⁵。もっとも、口頭弁論外での証拠調べは排除されない（同31条）。

2) 裁判資料の収集

裁判資料の収集については、非訟事件の一般原則どおり、職権探知および自由な証明の原則が妥当する（非訟16条1項、31条1項）。他方、証拠調べへの協力義務については、親子関係確定の子の利益および公益にとっての重要性に鑑み³⁹⁶、それを一般原則よりも大幅に厳格化する規定が置かれている。それによると、当事者だけでなく、事案解明に協力できる立場にある全ての者は、親子関係の確定に必要な限りにおいて、鑑定に際し、とりわけ生体組織、体液および血液の採取について協力しなければならない（同85条1項）。その例外は、それによって身体または健康に重大かつ継続的な危険がもたらされる場合にのみ認められる（同条2項1文）。この協力義務につき、必要な場合裁判所は直接強制をすることができる（同条3項）。さらに、以上により十分

³⁹⁴ Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Hopf, ABGB, § 151-153 Rn. 6.

³⁹⁵ Rechberger/Deixler-Hübner, AußStrG, § 83 Rn. 1.

³⁹⁶ Rechberger/Deixler-Hübner, AußStrG, § 85 Rn. 1.

な証拠が得られない場合、裁判所は既に死亡した者の生体組織等の提出をその保有者に対し求めることができる（同条4項）。

（g）決定および不服申立て

裁判は、非訟事件の一般原則どおり、決定の形式による（非訟36条1項1文）。もっとも、必ず理由を付さなければならない（同83条5項2文）。決定に対して不服を有する者は、決定の送達から14日以内に抗告をすることができる（非訟46条1項）。不服申立ての可能性がなくなった時点で、決定は既判力を生じ（同42条）、同時に効力を生ずる（同43条1項）。決定変更の申立ては可能であり、かつ原則的な上限期間が通常の10年から30年に延長されている（同83条5項1文）。

父子関係の不存在を確認する決定が確定すると、子は出生時にさかのぼって元法律上の父の子ではなかったものとして扱われる³⁹⁷。

4 認知

ドイツ法におけると同様、認知には2つの種類がある。

（1）原則——通常の認知

（a）要件

通常の認知は、父となる者本人が、公文書または公の認証を受けた書面によってする。法定代理を含め、代理によることはできない。本人が未成年であるときは、さらに法定代理人の同意が必要である（民法141条2項。前述本章32②）。

また、ドイツ法との重要な相違として、本人の死亡後は、その承継人がすることができる（民法142条。前述本章32④）³⁹⁸。

（b）効果

認知の効力は、認知にかかる書面またはその認証された写しが身分庁に到達することにより、子の出生時にさかのぼって生じる（民法145条1項3文）。このとき、認知の時点で既に別の男性につき父子関係が存在するときは、その男性が子の父でないことが対世効をもって確認された時点から認知の効力が生ずる（同147条1項）。それまでは、認知は浮動的無効である³⁹⁹。

（c）異議の申立て

以上のように、オーストリア法では、ドイツ法と異なり、認知に対する母ないし子の同意が必要とされていない。もっとも、それに代えて、彼らには認知に対し異議を唱える権利が認められている。

すなわち、子または判断能力を有しかつ生存している母は、認知の有効性を知ってから2年以内に、裁判所に対し異議の申立てをすることができる（民法146条1項）。この期間は、異議権者が判断能力を欠き、または期間満了前1年以内に予見または回避のできない事象により申立てを妨げられた場合には、進行を停止する（同条2項）。

この申立てがされると、後述の認知の無効宣言の手続が開始することになる。

³⁹⁷ 2 Ob 174/08i.

³⁹⁸ 以上の規律は、共同母についても基本的に妥当する。もっとも、この場合、さらに、母について医師による人工授精が行われたことを証明する書類を添付しなければならない（民法145条1項2文）。

³⁹⁹ Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Hopf, ABGB, § 147 Rn. 1.

（２）特則——父子関係覆滅認知

（ａ）緒論

上述のように、通常の認知は既存の父子関係に劣後する。これに対し、一定の付加的要件を充たした認知（父子関係覆滅認知〔*vaterschaftsdurchbrechendes Anerkenntnis*〕と呼ばれる）については、この例外が認められている。これは、方向性においてドイツ法における離婚手続に際しての認知に類似するが、それよりもはるかに強力な効力を有する。

（ｂ）趣旨

この制度は、簡単に言うと、認知者、子、場合によっては母の合意のみによって、既存の父子関係を消滅させて認知者と子の間に新たな父子関係を発生させるものである。その趣旨は、関係当事者にとって法律上の父が血縁上の父でないことが明らかな場合に、不要な裁判手続によることなく父子関係を訂正する簡便な手段を実現するという点にあるとされる⁴⁰⁰。

（ｃ）要件

その要件は、通常の認知の要件に加えて、①子がそれに対し公文書または公の認証を受けた書面によって同意することである。さらに、子が未成年であるときは、②判断能力を有する母が自ら同様の方式により、認知者が子の父である旨の陳述をしなければならない（以上、民法 147 条 2 項）。また、③未成年の子の同意については、子ども・青少年支援機構が法定代理人として関与する（同条 4 項）⁴⁰¹。

（ｄ）効果

以上の要件が充たされ、関連書類が身分庁に到達することにより、認知はその意思表示の時点から効力を生ずる。そして、その反射として、既存の父子関係は、その発生原因にかかわらず消滅する。既判力をもって確認された父子関係ですら例外ではない⁴⁰²。

（ｅ）異議の申立て

以上の過程に、法律上の父は登場しない。しかし、これはもちろん法律上の父になす術がないということではなく、裁判所に対して異議の申立てをすることが認められている。さらに、子が成年である——したがって、上記（ｃ）②の陳述をしていない——場合における、判断能力を有しかつ生存している母にも、同じく異議申立てが認められている（以上、民法 147 条 3 項）。これらの申立ての機会を保障するため、認知に係る書類を受理した身分庁は、その旨をこれらの者に通知すべきものとされている（身分登録法 68 条 5 項）。

この申立てがされると、通常の認知に対する異議と同様、認知の無効宣言の手続が開始する。

（３）排除——認知の無効宣言

（ａ）緒論

認知が最低限必要とされる内容を備えている限り、それは一応有効なものとなる。その効力を排除することは、認知の無効宣言の手続により、法定の要件の下でのみ認められる⁴⁰³。

⁴⁰⁰ ErläutRZ 296 BlgNR 21. GP 42, 61; Deixler-Hübner/Pierer, Handbuch, S. 252.

⁴⁰¹ 以上によると、血縁上の父が子の同意を得られない場合、この制度を利用する余地はない。既に父子関係が存在する場合、血縁上の父が用いるのはこの制度のみであることから、これに対しては批判もある。この点、最高裁判所は、ドイツ法を援用しつつ、子の同意を要するのは既存の社会的家族関係を保護するためであって、実親の基本権の侵害には当たらないとしている（1 Ob 98/07d）。

⁴⁰² もっとも、合意により既判力を排除できることに対しては立法論的批判もある。この点を含め、以上につき、Schwimann/Kodek/Bernat, ABGB, § 163e Rn. 5-6 を参照。

⁴⁰³ Deixler-Hübner/Pierer, Handbuch, S. 255.

この認知の無効宣言は、一定の限度において、父子関係のいかんにかかわらず、認知の意思表示それ自体の効力を失わせるものである。この点、ドイツ法においては、一定の方式違反等がある場合を除き、原則として認知の効力を争うことは認められず、父子関係否認の手続による以外にないことと対照的である。

(b) 要件

この手続には、裁判所の職権により開始する場合、認知に対する異議によって開始する場合および認知者本人の申立てによって開始する場合の3つがある。そして、その実体要件は、この開始態様ごとに定められている。具体的には、以下のとおりである（民法 154 条）

1) 職権により開始する場合

次の①②のいずれかを充たす必要がある。

- ① 認知、または父子関係覆滅認知における子あるいは母の同意がその方式を備えていないこと（1 項 1 号 a）。
- ② 認知、または父子関係覆滅認知における子あるいは母が判断能力を欠いていたか、子の法定代理人の同意が存在しなかったこと。ただし、法定代理の瑕疵が事後的に消滅し、または認知者が判断能力を有するに至った後に認知を追認したときは、この限りでない（1 項 1 号 b）。

2) 異議の申立てにより開始する場合

この場合、次の③④のいずれかが証明されない限り、申立ては認容される（2 項）。

- ③ 認知者が子の血縁上の父であること。
- ④ 子が医師の行う第三者提供精子を用いた人工授精によって生まれた場合において、認知者がそのことにつき公正証書によって同意していたこと。

もっとも、異議の申立てには期間制限があるため、その遵守も要件となる。すなわち、異議は、認知の有効性を知ってから 2 年以内にしなければならない（民法 146 条 1 項）。この期間は、異議権者が判断能力を欠き、または期間満了前 1 年以内に予見または回避のできない事象により申立てを妨げられた場合には、進行を停止する（同条 2 項）。

3) 認知者の申立てにより開始する場合

申立人は、次の⑤⑥のいずれかを証明する必要がある。

- ⑤ 欺罔、不当かつ理由のある恐怖または上記③ないし④についての錯誤によって認知をしたこと（1 項 3 号 a）。
- ⑥ 子との間に血縁上の父子関係がなく、かつそれを疑わせる事情を後から知るに至ったこと（1 項 3 号 b）。

もっとも、この場合の申立ても、欺罔、錯誤または父子関係を疑わせる事情を知り、あるいは窮状が解消した時から 2 年以内にしなければならない（2 項 1 文）。この期間は、この出生までは進行せず（同項 2 文）、申立権者が未成年であり、または判断能力を欠く場合、あるいは期間満了前 1 年以内に予見または回避のできない事象により申立てを妨げられた場合には、進行を停止する（民法 153 条 2 項類推⁴⁰⁴）。また、遅くとも子の出生から 30 年以内でなければならない（民法 153 条 3 項類推⁴⁰⁵）。

(c) 手続

⁴⁰⁴ Schwimann/Kodek/Bernat, ABGB, § 164 Rn. 16.

⁴⁰⁵ 1 Ob 106/08g.

上述のとおり、手続の開始は裁判所の職権による場合と申立てによる場合とがある。その他の手続に関する扱いは、父子関係不存在の確認に即して述べたのと同じであるため、繰り返さない。

(d) 効果

認知の無効宣言の申立てを認容する決定が確定すると、認知の効力が遡及的に消滅する。父子関係消滅認知の場合、これに伴い、それによって消滅した父子関係が遡及的に復活する⁴⁰⁶。

5 裁判所による父子関係確認

裁判所による父子関係確認にも、認知と同様、通常のものと同強化版の 2 つが存在する。なお、ここでも、手続に関しては基本的に父子関係不存在確認に即して述べたことがそのまま妥当するため、以下では実体面を中心に述べる。

(1) 原則——通常の手続

(a) 手続開始

通常父子関係確認の手続もまた、親子関係に関する手続の 1 つとして、申立てによってのみ開始する（非訟 82 条 1 項）。この申立ては、子が父と見込まれる者に対し、または父と見込まれる者が子に対してすることができる。

(b) 実体的要件

1) 原則——血縁上の父子関係の存在

父子関係確認の実体的要件は、父と見込まれる者と子との間に血縁上の父子関係が存在することである（民法 148 条 1 項）。

2) 例外——第三者提供精子による人工受精

もっとも、これに対しては、第三者提供精子による人工受精がされた場合に関し、次の 2 つの表裏をなす例外がある。①は、ドイツ法には存在しないルールである。

① 子の出生前 300 日から 180 日までの間に、医師により行われる、第三者の提供する精子を用いた人工授精が母に対して行われたときは、これについて公正証書により同意していた男性が父とされる。ただし、子が当該人工授精によって生まれたのではないことをこの男性が証明したときは、この限りでない（民法 148 条 3 項）。

② 精子提供者の提供した精子が医師による人工授精に用いられた場合において、この提供者が医師により行われる人工授精の許可を受けた医療施設に対し、その精子を用いて生まれた子の父とされない意思をもって精子を提供していたときは、この提供者は人工授精により生まれた子の父とはされない（民法 148 条 4 項）。

(c) 証明責任

1) 原則——父子関係の積極的証明

この手続においては、子と父と見込まれる者との間に血縁上の父子関係が存在することを、申立人が証明しなければならないのが原則である。

2) 子の証明責任の転換

a) 規律

もっとも、子が申立人である場合に限り、証明責任の転換による証明の容易化が図られている。

⁴⁰⁶ 以上につき、Deixler-Hübner/Pierer, Handbuch, S. 255 を参照。

すなわち、申立人である子は、父子関係の存在に代えて、次のいずれかの事実を証明することができる（民法 148 条 2 項 1 文）。

① その出生の日から 300 日前の日から 180 日前の日の間に、父とされる者と子の母との間で性交渉があったこと。

② 同じ期間内に、母に対し、父と見込まれる者の精子を用いた人工受精が行われたこと。

子がこのいずれかの証明に成功した場合、父とされる者は、父子関係の不存在につき証明責任を負うことになる。

b) 制限

以上の証明責任の転換は、父と見込まれる者の死亡から 2 年が経過した後は認められない（民法 148 条 2 項 2 文）。したがって、それ以降は、子は原則どおり父子関係を積極的に証明する必要がある。

ただし、これにはさらに例外があり、この証明が父と見込まれる者の側の事由によりできないということを子が証明したときは、なお証明責任の転換が認められる（民法 148 条 2 項 2 文）。

「父と見込まれる者の側の事由」とは、その者自身が非協力的だったなどの事情の他、その相続人がその者の DNA が残った物を全て処分してしまったといった事情をも含み、過失の有無を問わない。このように、この例外要件はかなり広く解されているが、その背景として、父とされる者の死亡後 2 年以内に子が父子関係存在確認の申立てをすることが容易でないこともありえ、そうした場合にまで子に父子関係の積極的証明を求めるのは合理的でないということが指摘されている⁴⁰⁷。もっとも、いずれにせよ今日では DNA 鑑定が一般化しているため、以上の証明責任に関する規律もその限りで意味を失っている⁴⁰⁸。

(d) 効果

父子関係確認の申立てを認容する決定が確定すると、子の出生日にさかのぼって父子関係が発生する⁴⁰⁹。

(2) 特則——父子関係が既に存在する場合における父子関係確認（民法 150 条）

通常の父子関係確認の手続とは別に、子についてのみ特別な手続が設けられている。すなわち、子は、他の男性との父子関係が存在する場合であっても、父子関係の確認の申立てをすることができる（民法 150 条 1 文）。このとき、裁判所がこの新たな父子関係を確認するときは、同時に決定主文において既存の父子関係の不存在を確認する（同条 2 文）。これによって、子がまず従来の父についての父子関係を排除した上で新たな父子関係を確定するという手間を省くことが目指されている⁴¹⁰。この手続は、一般に「父交換手続（Vätertauschverfahren）」という俗な呼び方をされている⁴¹¹。

重要なのは、この制度が父子関係確認の特則として定められている結果、子の申立てに期間制

⁴⁰⁷ 以上につき、Schwimann/Kodek/Bernat, ABGB, § 163 Rn. 5 を参照。

⁴⁰⁸ Deixler-Hübner/Pierer, Handbuch, S. 266.

⁴⁰⁹ 20b 174/08i; Deixler-Hübner/Pierer, Handbuch, S. 266.

⁴¹⁰ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 23; Deixler-Hübner/Pierer, Handbuch, S. 269.

⁴¹¹ この制度は、その文言上、消滅すべき父子関係の発生原因を限定していない。そのため、裁判による父子関係確認によって既判力をもって確定された父子関係であってもその対象となり、その結果その既判力が否定されることになる。この点については、立法論として批判がある（Schwimann/Kodek/Bernat, ABGB, § 163b Rn. 2; Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Hopf, ABGB, § 150 Rn. 2）。

限が存在しないという点である⁴¹²。これにより、子は、血縁上の父を探し出すことができる限り、法律上の父との父子関係をいつまでも排除することができることになる。これは、父子関係不存在確認や認知に対する異議のための期間が徒過してしまった場合に意味を持つ⁴¹³。

6 補論——父子関係否認の諸相

ドイツ法において父子関係否認制度が一元化されているのと対照的に、オーストリア法では、既に述べたような様々な制度により父子関係の排除ができるようになっている。改めてまとめると、婚姻による父子関係については父子関係不存在確認、認知によるそれについては認知の無効宣言の制度が用意されている。また、発生原因にかかわらず、すでに存在する父子関係を排除して新たな父子関係を発生させる手段として、父子関係覆滅認知および父子関係が既に存在する場合における父子関係確認（「父交換手続」）があるが、前者に対してはさらに認知の無効宣言がありうる。ドイツ法よりも柔軟な面がある一方で、その複雑さは否めない。

以 上

⁴¹² ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 7.

⁴¹³ Deixler-Hübner/Pierer, Handbuch, S. 269.

第2部 フランス法

東北大学 石綿はる美

第1章 養子法制¹

1 養子制度概要

1 2つの制度の存在

フランスには、完全養子縁組 (adoption plénière) と単純養子縁組 (adoption simple) という2種類の養子制度が存在する。

完全養子縁組は、養子と実親を含むその家族（以下、「実方」という。）の親子関係が原則として切断される養子縁組であり、日本の特別養子縁組と類似する制度といえよう。養子となることができる者も、原則として15歳未満の者である。一方、単純養子縁組は、養子と実方の関係は維持される養子縁組であり、日本の普通養子縁組と類似する制度である。単純養子縁組においては、未成年者及び成年者の双方を養子とすることができ、養子の年齢に上限はない。なお、フランスにおいて、成年年齢は18歳である（388条1項²）。また、単純養子縁組から完全養子縁組への転換養子は認められている。その場合、単純養子縁組は、ある種の「お試しの」養子縁組であるともいえる³。なお、養子の実方父母に対する義務のみが消滅し、権利は存続するという制度は、フランスの養子縁組においては存在しない。

1966年7月11日の法律第500号 (loi n° 66-500 du 11 juillet 1966) により、現在のフランスの養子法の大枠が確立した。その後、改正が繰り返され、直近では、子どもの保護に関する2016年3月14日の法律第297号 (loi n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant)（以下、「2016年改正」という。）により、養子縁組に関する規定もいくつか改正されている。

本報告書は、現行制度を紹介することを目的とする。養子縁組の規定は、民法典第1編「人」第8章「養親子関係」（343条～370条の5）に置かれている。第1節が「完全養子縁組」（343～359条）、第2節が「単純養子縁組」（360～370条の2）、第3節が「養親子関係に関する法律の抵触及び外国で言い渡された養子縁組のフランスでの効果」（370条の3～370条の5）となっている。また、養子縁組に関しては、家族・社会扶助法典 (Code de l'action sociale et des familles、以下、「CASF」という。) にも規定がおかれている。

¹ フランスの養子制度について詳細に紹介する論文として、金子敬明「養子制度」大村敦志他編『比較家族法研究』（商事法務、2012年）179頁以下、栗林佳代「フランスの養子縁組制度」佐賀大学経済論集47巻6号1頁以下、田中通裕「注釈・フランス家族法（13）、（14）」法と政治65巻2号511頁以下、65巻3号869頁以下、中川高男「第4章フランスの養子法」養子と里親を考える会編『養子と里親』（日本加除出版、2001年）197頁以下がある。また、フランス民法典の条文訳は、基本的に、前掲の栗林論文・田中論文に基づく。

また、フランス語文献は Bonnet, *Droit de la famille*, 7^{éd}, Paradigme, 2018, Hilt et Granet-Lambrechts, *Droit de la famille*, 6^{éd}, PUG, 2018, Malaurie et Fulchiron, *Droit de la famille*, 6^{éd}, Dalloz, 2018 を主に参照した。

また、本報告書において参照している URL の最終閲覧日は、2018年12月14日である。

² 以下、本稿においては、フランス民法典 (Code Civil) の条文は、法典名を記載せずに掲載する。

³ *Juris-Clauser Civil Code. Art.343 à 370-2: Fasc. 26(2016) par Bosse-Platière, n.27, p.6.*

2 養子縁組に関連する組織

説明の便宜のために、養子縁組に関連する組織について、ここで紹介をする。養子縁組の裁判を行うのは、大審裁判所 (tribunal de grande instance) ⁴である。養子縁組に関与する機関としては、主に、児童社会援助機関 (ASE, Service de l'aide sociale à l'enfance) と認可された養子縁組斡旋団体 (OAA, Organisme autorisé pour l'adoption) ⁵がある。前者は、県会議長のもとに置かれた児童福祉担当の行政機関であり、後者は、養子縁組の斡旋を行う活動をする団体であり、県会議長からその認可を受けている法人である。

2 完全養子縁組

完全養子縁組は、養子を生物学上の子と同視する制度であり、成功を確実なものにするため、様々な要件が要求されている。具体的に想定されている利用例は、夫婦が幼い子を受け入れ、彼らの子として育てたいと思う場合、配偶者が、相手方配偶者の子との間に親子関係の確立を望む場合等である。かつては前者の方法のみが認められていた⁶。

第1節 養親の要件

完全養子縁組は、夫婦によって行われることが一般的である。また、夫婦の一方が亡くなった後に、既に養育している子を、残された配偶者が完全養子縁組をする場合、祖父母によって行われる場合⁷、あるいはごくまれに独身者によって行われる場合もある⁸。

1 すべての者に共通な要件—養子と養親の年齢差

原則として、養親と養子の年齢差が 15 歳以上である必要がある (344 条 1 項)。この年齢差は、父子関係あるいは母子関係ができるだけ「自然に見えるように」という理由から要求されている⁹。

ただし、配偶者の子を完全養子にする場合は、その年齢差は 10 歳以上ということに緩和される (344 条 1 項)。また、裁判所は、正当な理由があれば、上記の年齢差を下回っても、養子縁組を宣言することができる (同条 2 項) ¹⁰。

2 養親の類型ごとに要求される要件—年齢等

(1) 夫婦で完全養子縁組をする場合

夫婦双方で、完全養子縁組を行う場合には、婚姻が 2 年以上継続していること、又は夫婦の双方が 28 歳以上であること、そして、夫婦が別居していないことが必要である (343 条)。これは、

⁴ フランスにおいて最も代表的な第一審の裁判所である。詳細は、滝沢正『フランス法〔第5版〕』（三省堂、2018年）184-185頁。

⁵ 菊池緑「フランスの養子縁組斡旋制度とその実態」新しい家族 50号 64頁以下に詳しい。パリにおいて活動を行っている認可された養子縁組斡旋団体へのインタビュー調査の内容を紹介するものとして、栗林・前掲注1) 20頁以下。

⁶ Malaurie et Fulchiron, *supra* note 1, n.1410, p.654.

⁷ 家族間での完全養子縁組は禁止されていない。もっとも、夫婦間の養子縁組は認められず、また、内縁配偶者との養子縁組も認められない (Hilt et Granet-Lambrechts, *supra* note 1, n.357, p.175)。この点について、金子・前掲注1) 226頁以下。

⁸ Malaurie et Fulchiron, *supra* note 1, n.1414, p.655.

⁹ Juris-Clauser Civil Code. Art.343 à 370-2: Fasc. 20(2012) par Bosse-Platière, n.18, p.5.

¹⁰ 例えば、13歳年長の姉が、弟と養子縁組することが認められた例がある (Paris, 10 fév. 1998, JCP 1998. II. 10130, note Philippe)。

立法者が、子の利益のための夫婦関係の安定性(stabilité)と夫婦の妊娠困難性・不妊性(stérilité)として十分であるとみなしているからであると説明される¹¹。もっとも、後者の不妊性という視点は、現在、夫婦に嫡出卑属が存在しないことが、養子縁組の要件ではなくなったことから¹²、要件の正当化根拠としての機能を失っているとも言われる¹³。

また、28歳という年齢については、初産の平均年齢を参照したこと、普通の夫婦が子を持つことを決断する年齢であること、養子を得るのに数年を要することを勘案したといわれる¹⁴。ただし、現行法においては、婚姻が2年以上継続していれば、養親の年齢は問われないことになる。

なお、フランスにおいては、2013年に同性婚が認められたが、「夫婦」には、異性カップルのみならず、同性カップルも含まれる¹⁵。したがって、同性カップルが完全養子縁組を行って子を持つことが可能となっているのである。

(2) 単独で完全養子縁組をする場合

夫婦の双方で完全養子縁組を行うのでなければ、複数の者による養子縁組は認められていない(346条)。したがって、夫婦で完全養子縁組を行わない場合、単身で完全養子縁組をするようになる¹⁶。単身で完全養子縁組を行う場合は、養親は、28歳以上であることが必要となる(343条の1第1項)。ただし、完全養子縁組を申し立てる者が婚姻をしていて、別居していない場合には、配偶者の同意が必要となる(同条2項)。この同意は、撤回できない¹⁷。

(3) 配偶者の子と完全養子縁組する場合

配偶者の子と完全養子縁組する場合は、家庭により容易になじむことができると考えられることから¹⁸、要件は緩和される¹⁹。まず、養親となる者の年齢についての要件は削除され、養親となる年齢の下限がなくなる(343条の2)。次に、養子と養親の年齢差も10歳以上であればよく(344条1項)、大審裁判所により、その年齢差を縮小することもできる(同条2項)。

(4) 養親となる者が死亡した場合

完全養子縁組をするために子を適法に引き取った後に、養親候補者が死亡した場合には、完全養子縁組の申請(requête)は、その生存配偶者又は相続人の一人の名において行うことができる

¹¹ Bonnet, *supra* note 1, n.160, p.109, Malaurie et Fulchiron, *supra* note 1, n.1414, p.655.

¹² もっとも、養親に卑属が存在する場合には、「家族生活を損なう性質がないか」ということが、養子縁組の裁判の際に、考慮される(353条3項)。

¹³ Juris-Clauser, *supra* note 9, n.11, p.4.

¹⁴ 中川・前掲注1) 204頁。

¹⁵ フランスにおいては、「同性のカップルに婚姻を開放する2013年5月17日の法律」により、同性婚が認められた。この改正は同性カップルに婚姻を認めるだけでなく、婚姻に関するその他の扱いを、同性カップルと異性カップルで平等にしていくという方針であった。6条の1は、「夫婦又は両親が異なる性であれ、同一の性であれ、婚姻及び養子縁組は、本法典第1編第7章に定められるもの(注：親子関係)を除いて、法律によって認められる同一の効果、権利及び義務をもたらす」と規定する。そのため、同性婚カップルも養子縁組を行うことができる。なお、同性婚の容認と養子法との関係を検討するものとして、田中通裕「フランスの(同性婚を承認する)2013年5月17日の法律について」法と政治67巻1号26頁以下。

¹⁶ なお、個人縁組は、全体の10%程度であるとも指摘される(田中・前掲注1)65巻2号515頁)。

¹⁷ Malaurie et Fulchiron, *supra* note 1, n.1414, p.656. Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 1997, Bull. civ. I, n°333, JCP G 1998. II.10028.

¹⁸ Malaurie et Fulchiron, *supra* note 1, n.1415, p.656.

¹⁹ なお、養子となることができる者については、他の親子関係が確立していないことなどが要求される。また、2歳未満の子を養子縁組にする場合に、子が児童社会援助機関又は認可された養子縁組斡旋団体に、引き渡されている必要があるという要件も、要求されない(348条の5)。効果の面でも、実方との関係が切断されないといった違いがある。

(353 条 4 項)²⁰。これは、養親候補者が死亡したことにより子が家庭を奪われるという不利益を防ぐためである。

第2節 養子の要件

養子に関しては、その年齢要件、完全養子縁組の申立て前に養親の家庭に受け入れられていること、完全養子縁組への同意、どのような子が養子となることができるか、という 4 点について検討を行う。実親の同意については、養子となる子ができる者の項目で検討を行うことにする。

1 養子の年齢

完全養子縁組において、養子となることができる者は、原則として、15 歳未満の者である (345 条 1 項)。かつては、5 歳未満の者であったのだが、1966 年の改正によって、15 歳まで延長された。現行法においても、15 歳未満という年齢要件については、新しい家庭に同化できるように要求される要件であると説明されている²¹。なお、年齢は、申立ての日が基準となる²²。

15 歳以上であっても、完全養子縁組が認められる例外は、以下の 2 つの場合である。一つは、15 歳より前から養子縁組をするための法定要件を満たしていなかった者によって受け入れられていた場合である。もう一つは、既に 15 歳より前に単純養子縁組が行われており、完全養子縁組を行う要件を満たす場合である。これらの場合には、子が未成年である間、あるいは成年に達してから 2 年以内に、申立てをすることができる (以上 345 条 2 項)。つまり、養子の年齢が 15 歳から 20 歳の間でも、完全養子縁組が認められる場合があるのである。

なお、養親の年齢の際にも言及したが、養親と養親の年齢差は、原則 15 歳以上 (配偶者の子を養子にする場合には、10 歳以上) である必要がある (344 条 1 項)。

2 養親の家庭における受け入れ

養子となることができる者は、15 歳未満であるということに加えて、養親の家庭で、6 か月以上受け入れられていることが必要である (345 条 1 項)。この要件は、子の将来の家族への順応を確認するものである。完全養子縁組は撤回できない (359 条) ことから、非常に重要な要件であるとされる²³。

3 養子の同意

養子が 13 歳以上である場合には、子は、完全養子縁組に自ら同意しなくてはならない。この同意は、養子縁組の宣告まで、いつでも撤回することが可能である (345 条 3 項)。同意の手続は、348 条の 3 第 1 項で定められた、実親の養子縁組への同意と同様である (本節 4 (1) (b) 参照)。

²⁰ なお、既に養親が養子縁組の申立てをした後に死亡した場合は、手続は引き続き行われ、裁判所は養子縁組の諾否について判断をすることができる (Maurie et Fulchiron, *supra* note 1, n.1416, p.657 note 87, Cass. 1^{re} civ., 11 juillet 2006, Bull. civ. I, n°384)。

²¹ Maurie et Fulchiron, *supra* note 1, n.1418, p.659, Juris-Clauser Civil Code. Art.343 à 370-2: Fasc. 21(2013) par Bosse-Platière et Mullot-Thiébaud, n.80, p.23.

²² 田中・前掲注 1) 65 巻 2 号 518 頁。

²³ Hilt et Granet-Lambrechts, *supra* note 1, n.374, p.181.

子が 13 歳未満である場合でも、完全に手続から排除されるわけではない。後述する完全養子縁組裁判の中で、事理弁識能力を有する未成年者は、大審裁判所又は裁判所に指名された者によって、養子縁組を望んでいるかを意見聴取される。その手続は、養子の年齢や成長に応じたものである必要がある。子が、意見陳述を拒否することもできる。また、子は一人で意見陳述することも、あるいは弁護士その他子が選んだ者とともに陳述をすることもできる。同席者の選択が子の利益に反する場合は、裁判所は異なる者を指名することができる（以上、353 条 2 項）²⁴。同項は、2016 年改正で新設されたものである。

また、国の被後見子（本節 4（2））で、事理弁識能力のある未成年者は、完全養子縁組及び単純養子縁組の養子の提案に関して、事前に意見を聴取される（CASF L.225 条の 1 第 2 項）。

4 養子となることができる子

子が放棄され、もはや家庭を有していないことが、養子となることができる子になる要件であるともいわれるが²⁵、民法典では、以下の 3 つのカテゴリーに分類をしている（347 条）。①父母又は家族会が養子縁組に有効に同意をした子（同条 1 号）、②国の被後見子（同条 2 号）、③381 条の 1 及び 381 条の 2 に定められる要件において放任されたと宣言された子（同条 3 号）である。また、配偶者の子と完全養子縁組を行う場合についても、子について特別の要件があるので、ここで言及をする。なお、完全養子縁組を行うことについての実親による同意は、この項目において、適宜説明することとする。

（1）家族の同意により養子縁組ができる子

（a）同意をする者

子の親子関係が父及び母の双方に対して確立している場合、父母双方が養子縁組に同意しなければならない（348 条 1 項）。原則として、父母双方の同意が必要である。両者の意見に対立がある場合には、同意にならない²⁶。ただし、どちらか一方が死亡している場合、又は意思表示をすることができない場合は、一方の同意のみで可能である（同条 2 項）。

子の親子関係が、親の一方に対してのみしか確立していない場合、その親のみが養子縁組に同意を与えればよい（348 条の 1）。

父母が死亡している場合、意思表示をすることができない状況である場合、あるいは親権を完全に取り上げられている場合は、現実には、子の世話をする者の意見を聞いた後、家族会が同意を

²⁴ 未成年者の意見聴取は、既に 388 条の 1 によって規定されており、養子縁組の手続でも利用されていた。353 条 2 項は、養子縁組の手続に関して明確に規定したものであるといえよう。なお、338 条の 1 は、以下のような内容である（条文訳は、田中通裕「注釈・フランス家族法（15）」法と政治 65 巻 4 号 1374 頁を参考にした。）。「388 条の 1 第 1 項 事理弁識能力を有する未成年者は、この者に関するすべての訴訟において、その関与又は同意を定める規定に違反しない限り、裁判官によって、又は子の利益が命じるときには、裁判官が子のために指名する者によって、意見を聴取される。」

2 項 未成年者がそれを要求するときは、聴取はその者の当然の権利である。未成年者が意見聴取を拒否するときには、裁判官はその拒否性を評価する。未成年者は、一人で、又は弁護士あるいはその選択による者とともに聴取され得る。その選択が未成年者の利益に反するときには、裁判官は他の者を指名して手続を進めることができる。

3 項 未成年者の意見聴取は、未成年者に、訴訟における当事者としての資格を付与するものではない。

4 項 裁判官は、未成年者が、意見聴取及び弁護士により付き添われる権利を伝えられたことを確認しなくてはならない。」

²⁵ Malaurie et Fulchiron, *supra* note 1, n.1418, p.659.

²⁶ 婚姻に関しては、父母の意見に不一致があったとしても同意があったと同一の効果が生じるのとは、異なる扱いである（田中・前掲注 1）65 巻 2 号 522 頁）。

与える（348条の2）。

なお、養子縁組の効果の重大から、養子縁組への同意の権限は、父母にのみ帰属し、委譲（*délégation*）をすることはできない（377条の3）。

（b）同意の方式

完全養子縁組への同意は、フランス又は外国の公証人の面前で、あるいは、フランスの外交官又は領事官の面前で行われる²⁷。子が、児童社会援助機関に引き渡されたときは、その機関により受領される（348条の3第1項）。また、同意がなされる際には、撤回の可能性と方法についての情報が与えられなければならない（民事訴訟法典（*Code de procédure civile*）1165条1項）、同意の記録にはそれらの情報が与えられたことも記載されなければいけない（同条2項）。

児童社会援助機関に子が引き渡される場合には、調書（*proces-verbal de recueil*）を作成する必要があるが、両親の同意に関しては、ここに記載される同意でたりる。つまり、国の被後見子となる子（後掲（2）①～④）に関しては、養子縁組同意権者（親子関係が確立している親）による引渡しの場合には、将来の養子縁組への同意が付記される。児童社会援助機関は、両親の同意、及び、両親に要件並びに撤回の期限を通知したことを記載する（以上、CASF L.224条の5）²⁸。

（c）同意の撤回

同意の撤回の期限は、2か月であり、養子縁組への同意を受け取った者又は機関に宛てた、配達証明書付書留郵便によってなされなくてはならない。口頭の申し立に基づくものであっても、両親への引渡しは、撤回の証明の効果を生じる（以上348条の3第2項）。特に、幼児の養子を容易にするために、血縁関係のある者、とりわけ母の変心を心配することなく、手続を進めていくために、同意の撤回の期限は短く設定されている²⁹。

撤回が可能な期間である2か月を経過すると、子は、養子縁組のために託置（*placement*）されうる（351条。詳細は本章第3節1）。2か月を経過しても、託置がない場合、両親は、子の引渡しを要求することができる。その場合、子を引き取った者が返還を拒否するのであれば、親は裁判所に申し立てることができる。裁判所は子の利益を考慮して、返還を命じるか否かを判断する³⁰。子の返還は、養子縁組への同意を失効させる（348条の3第3項）。

（d）同意の対象・養親の選択

同意に関して、両親が養親を知った上で、完全養子縁組について同意をすることは必ずしも必要はない。なぜならば、348条の4は、「父母又は家族会が、児童社会援助機関又は認可された養子縁組斡旋団体に子を引き渡し、子の養子縁組に同意するときは、養親の選択は、国の被後見子の家族会又は認可された養子縁組斡旋団体の主導で組織される後見家族会の同意のもとに、後見人に委ねられる」と定めている。つまり、この場合、養親の選択は、後見人に委ねられ、父母は養親を選択することはできない。同意内容に関して言えば、父母は、子を完全養子縁組の対象と

²⁷ この場合、同意は、公署証書（*acte authentique*）によって行われることになる。公署証書とは、公証人らにより作成され、裁判上の虚偽記載の立証がなされない限り、証拠力を失わない文書である（山口俊夫編『フランス法辞典』（東京大学出版会、2002年）46頁）。

²⁸ この点については、齋藤哲志「国の被後見子たる資格を承認するアレテに関する2013年7月26日の法律第673号」日仏法学28号166頁、金子・前掲注1）190頁。

²⁹ Malaurie et Fulchiron, *supra* note 1, n.1419, p. 660

³⁰ Hilt et Granet-Lambrechts, *supra* note 1, n.365, p.178.

するかのみ同意をすればよいのであり³¹、養親が誰であるかという点については、同意をしていないことになる。

もっとも、子が2歳以上である場合及び家族内での養子縁組の場合は、実親は養親を選択することができる³²（2歳未満の子の例外については、次項参照）。その場合、実親の完全養子縁組への同意は、特定の養親を念頭においたものになる。

（e）2歳未満の子の場合の例外

家族内での養子縁組の場合（具体的には、養親と養子の間に6親等以内の血族又は姻族の関係が存在する場合）を除いて、子が2歳未満である場合、児童社会援助機関又は認可された養子縁組斡旋機関に、子を引き渡されたのでない限り、血縁上の両親の同意は有効ではない（348条の5）。また、養親を選択することができない。つまり、子が2歳未満である場合、直接に養親と養子縁組することができない。これは、子どもの売買、闇取引を禁止する目的であると説明される³³。ただし、子の利益になると考えられる、家族内での養子縁組の場合と、配偶者の子を養子にする場合には、本条の適用はない。

（f）同意が不要な場合

養子の実親や家族会による同意がなくても、大審裁判所が養子縁組を宣告することができる（348条の6）。親が、子の健康又は精神を危うくするにもかかわらず子に無関心であるときに、同意の拒否をしたことが、濫用と判断される場合である。また、国の被後見子については、親が同意しなかった場合は、被後見子の家族会によって同意を与えられる（349条）。

（2）国の被後見子³⁴

国の被後見子とはどのようなものだろうか。これについては、CASFL.224条の4により以下のように定義づけられている。

- ①親子関係が確立していないか又は不明であり、児童社会援助機関に引き取られ、2か月が経過した子（1号）
- ②親子関係が確立しているか又は既知であり、養子縁組に同意する資格のある者により、国の被後見子とするために、児童社会援助機関に引き渡され、2か月が経過した子（2号）
- ③親子関係が確立しているか又は既知であり、父又は母により、国の被後見子とするために、児童社会援助機関に引き渡され、6か月が経過し、かつ、この期間、他方の親が機関に対して子への負担を引き受ける意図を知らせなかった子（3号）
- ④父母をなくしたが後見が開始されず、児童社会援助機関に引き取られてから2か月が経過した子（4号）
- ⑤両親が親権の取り上げを受けた親（378条～381条）の子で、児童社会援助機関に引き取られた子（5号）
- ⑥裁判上の放任の宣言（*déclaration de délaissement*、本項（3）参照）の対象となった子で、児童社会援助機関に引き取られた子（6号）

多くは、①に該当する、匿名出産により生まれた子であるなどとも説明されるが³⁵、現在は、

³¹ 完全養子縁組への同意であることが明示されない場合は、単純養子縁組を行うことへの同意しかされなかったものとして扱われるようであるとの指摘もある（金子・前掲注1）186頁）。

³² Bonnet, *supra* note 1, n.170, p.114.

³³ Malaurie et Fulchiron, *supra* note 1, n.1419, p.660.

³⁴ 国の被後見子については、齋藤・前掲注28）165頁以下、栗林・前掲注1）8頁。

⑥に該当する子も多くなっている³⁶。国の被後見子は、児童社会援助機関によって引き取られ、国による特別の後見制度のもとに置かれている子である。

国の被後見子については、家族会の同意を得て、後見人が子の人生計画 (*projet de vie*) を定めることになる。子の利益になるのであれば、養子縁組も人生計画の一つになりうる (CASF L.225 の 1 第 1 項)³⁷。2016 年改正以前は、すべての子には家庭を持つ権利があるとの考えから、国の被後見子は可能な限り、早期に養子縁組の対象としなくてはならないとされていたことと比べると、大きな変化である³⁸。改正の趣旨は、子の状況や成長に応じて、適切な環境を提供することを旨とするということである。

国の被後見子については、親が同意をしなかった場合は、被後見子の家族会が同意を与える (349 条)。また、人生計画が、完全養子縁組あるいは単純養子縁組の提案だった場合、養親の選択は家族会の同意を得て後見人が行う (348 条の 4 参照)。

(3) 判決により放任が宣言された子³⁹

従来は、裁判上の遺棄の宣言 (*déclaration d'abandon*, 350 条)⁴⁰であったが、「遺棄」の概念が不明確である等の理由から、2016 年改正により、裁判上の放任の宣言 (*déclaration de délaissement*, 381 条の 1、381 条の 2⁴¹) へと制度が変更された⁴²。従来よりも、より客観的に判断ができるような基準となることが目指された。

381 条の 1 は「両親が、申請に先立つ 1 年間に、子とその育成又は発育に必要な関係を維持しなかった場合は、子は放任されたとみなされる。ただし、両親は、いかなる原因によっても妨害されてはならない。」と規定する。つまり、両親が少なくとも 1 年間にわたって、子を保護したり、育成したりする義務を果たさなかった場合には、親は子を放任したとみなされることになるのである。

また、「個人、機関、児童社会援助機関に引き取られている子が、親の放任宣言の申立てに先立つ 1 年の間に、381 条の 1 に記載された状況にある場合には、大審裁判所は、放任を宣言する」。ただし、申立ては、「両親に適した支援の方法が提案された後」でなくてはならない (381 条の 2)。放任の宣言がされるときは、裁判所は、同じ決定の中で、子を引き取った個人、機関、児童社会援助機関、あるいは子を預けられた者に、親権を委譲する (328 条の 2 第 5 項)。なお、未成年者の養子縁組に関する権利は委譲されない (377 条の 3) ので、両親は、依然として、養子縁組に同意をする権限は有する⁴³。

(4) 配偶者の子の完全養子縁組

³⁵ Malaurie et Fulchiron, *supra* note 1, n.1420, p.661.

³⁶ 2016 年 12 月の段階の統計で、1 号に該当する子は、33%、6 号に該当する子が 40%となっている (*Synthèse du Rapport sur la situation des pupilles de l'État au 31 Décembre 2016* (Juin 2018) p.2)。なお、国の被後見子の数は、2626 人である。

³⁷ 養子縁組が提案される場合、養親の選択は家族会の同意を得て後見人が行う。また、事理弁識能力のある子は、後見人、家族会、そのメンバー等によって事前に意見を聴取される (CASF L.225 の 1 第 2 項)。

³⁸ 白須真理子「子どもの保護に関する 2016 年 3 月 14 日の法律第 297 号」日仏法学 29 号 182 頁。

³⁹ 本項は、条文の訳など多くを、白須・前掲注 38) 182 頁以下によっている。放任の宣言についての詳細は、同論文を参照されたい。

⁴⁰ 従前の遺棄の宣言については、栗林・前掲注 1) 9 頁、田中・前掲注 1) 65 巻 2 号 528 頁以下。

⁴¹ 放任の宣言の条文は親権の項目に置かれている。

⁴² なお、347 条 3 号は、「381 条の 1 及び 381 条の 2 により規定された要件において遺棄が宣言された子」と規定しているが、概念の混乱を避けるため、ここでは、「放任」で統一する。

⁴³ Bonnet, *supra* note 1, n.178, p.117.

配偶者の子と完全養子縁組をできるのは、以下の4つの場合に限定される（345条の1）。

①子が配偶者に対してしか適法に確立された親子関係を有しないとき（1号）

②子が配偶者のみによる完全養子縁組の対象となり、かつその者に対してしか確立された親子関係を有しないとき（1号の2）⁴⁴

③配偶者とは別の親が、親権を全面的に取り上げられているとき（2号）

④配偶者とは別の親が死亡し、かつ一親等の直系尊属を残さなかったとき、又はそれらの者が明白に子に無関心であるとき（3号）

立法者は、子の新しい家庭における統合を目指すと同時に、実方との関係、特にその祖父母との関係についても考慮する⁴⁵。そのため、配偶者以外の者と親子関係が存在しないことのみならず、直系尊属の不存在や無関心も考慮されているのである。

第3節 養子縁組の手続

完全養子縁組の手続は2段階である。まず、一定の期間の託置が行われ、その後、最終的な審査である裁判が行われる。完全養子縁組の成立には、①血縁上の両親の無関心の確実さと、②養親の適性が必要であるとされるが⁴⁶、この2段階の手続は、それを確認するためのものである。

1 完全養子縁組のための託置

託置は、1966年の法律により導入された制度で、フランス法の独創的な制度であり、養子縁組の準備となるものである⁴⁷。託置が行われた後は、子は実方へ返還されない。託置は、完全養子縁組の要件であると同時に、手続において不可欠な段階なのである⁴⁸。なお、託置は、345条で要求されている、養親の家庭で6か月間の受け入れとは異なる⁴⁹。

まず、第2節4で検討した養子になりうる子を、「将来の養親」に実際へ引き渡すことで、託置は実現される（351条1項）。具体的には、養子になりうる者が、児童社会援助機関や認可された養子縁組斡旋団体等によって、将来の養親に正式に引き渡されることである。

逆に言えば、実親から直接、将来の養親に子が引き渡されることが認められている場合には、託置は必要ない⁵⁰。このようなことが認められるのは、養子となる子が2歳以上で、実親が養子縁組に同意したときである（348条の5の反対解釈）⁵¹。

なお、託置が開始されるのは、①実親が、養子縁組に同意をしている場合は、2か月間の期間が経過をして、同意が撤回できなくなった後、②子の親子関係が確立されていない場合は、子の引き取りから2か月を経過した後（351条2項）、③国の被後見子、あるいは判決により放任が宣言された子は子を引き取っている公的機関が同意した後、である。

⁴⁴ これは、2013年に同性婚が容認された際に追加された項目である。同性カップルの一方と既に完全養子縁組という形で親子関係が確立している子と、カップルの他方が養子縁組を行うことができるために追加された。

⁴⁵ Hilt et Granet-Lambrechts, *supra* note 1, n.358, p.176.

⁴⁶ Malaurie et Fulchiron, *supra* note 1, n.1421, p.664.

⁴⁷ Malaurie et Fulchiron, *supra* note 1, n.1421, p.664.

⁴⁸ Bonnet, *supra* note 1, n.194, p.128.

⁴⁹ 実務上、同時に生じるものであったとしても、概念としては区別しなくてはならないとされる（Bonnet, *supra* note 1, n.194, p.129）。もっとも、託置の開始と将来の養親への受け入れが同時に生じることはあり、その場合、託置と受け入れの開始をそれぞれいつと認定するかが問題となる。

⁵⁰ Bonnet, *supra* note 1, n.195, p.129.

⁵¹ 田中・前掲注1)65巻2号532頁、栗林・前掲注1)10頁注20。

託置が行われると、子の実親への返還が妨げられる。また、親子関係のあらゆる宣言及び認知もすることができない（352 条 1 項）⁵²。このように実方への返還を妨げることで、将来の養親に必要な法的安定性を保障するといわれている⁵³。ただし、あくまで実方への返還が妨げられるだけで、実方との法的関係が切断されるわけでない。実方との法的関係が切断されるのは、完全養子縁組が宣言されてからである。

託置が消滅する場合、又は裁判所が養子縁組を宣言することを拒絶する場合は、託置の効果は、遡及的に解消される（352 条 2 項）。託置が行われても養子縁組が認められない場合というのは、存在するのである。

2 完全養子縁組裁判⁵⁴

（1）申立て

養子縁組は、大審裁判所の宣告により成立する。完全養子縁組の申立権者は、養親のみである。なお、養親は、既判事項の確定力（*force de chose jugée*）⁵⁵を有するまでは、申立てを取り下げることができる。

（2）審理

大審裁判所は、提起から 6 か月の期間内に、法律の要件を満たしているか否か（合法性の確認）、養子縁組が子の利益に合致するかを審査する（353 条 1 項）。

なお、手続の過程で、事理弁識能力のある未成年者は、その意見を聴取され得る（353 条 2 項、第 2 節 3 参照）。

裁判所は、①完全養子縁組を認めること、②完全養子縁組を拒絶すること、さらに③申請者の同意を得て単純養子縁組を宣告すること（民事訴訟法典 1173 条）ができる。ただし、養子縁組を拒絶する判決には、理由をつけなくてはならない（353 条 6 項の反対解釈）。

（3）合法性の確認

（a）養親の認定

完全養子縁組を行うために、養親が認定（*agrément*）を得ている必要がある場合があり、裁判所は、養親候補者の認定の有無を審査する必要がある。

①国の被後見子、②認可された養子縁組斡旋機関に引き渡された子、③養親の配偶者の子ではない外国籍の子と養子縁組する場合は、裁判所は、養子縁組を言い渡す前に、申請者が、養子縁組をするための認定を得ているか、免除されているかを審査する（353 条の 1 第 1 項）。なお、子が直接養親に引き渡される場合には、養親は認定を得ている必要はない⁵⁶。

ただし、①～③の子を養子にする場合でも、養親の認定が常に必要なわけではなく、認定が拒

⁵² 親権を取り上げられた親権者の親権回復請求は、その申立ての提出前に、子が養子縁組のために託置されていたときには、受理されない（381 条 2 項）。同条文については、田中通裕「注釈・フランス家族法（16・完）」法と政治 66 巻 3 号 612 頁。

⁵³ 田中・前掲注 1) 65 巻 2 号 533 頁。

⁵⁴ 裁判手続については、金子・前掲注 1) 216 頁以下が詳しい。記述は、成年者の単純養子縁組を念頭においたものだが、手続は、完全養子縁組と単純養子縁組で共通である。また、垣内秀介「調査報告書 フランスにおける非訟事件と非訟事件手続」も参考になる。養子縁組裁判について、特に 20 頁以下。

⁵⁵ 判決は、判決言い渡し直後に、「既判事項の権威・既判力（*autorité de la chose jugée*）」を有するが、通常の不服申立が尽きた時点で、既判事項の確定力を有する。これにより、執行を停止する不服申立が許されなくなる（山口・前掲注 27) 238 頁）。

⁵⁶ Bonnet, *supra* note 1, n.191, p.127.

否された場合、あるいは法定期間の 6 か月以内に公布されなかった場合でも、大審裁判所は、申請者である養親候補者が子を受け入れることに適し、かつ養子縁組が子の利益に合致すると評価する場合には、養子縁組を宣告することができる（353 条の 1 第 2 項）。

認定の方法は、CASF L.225 条の 1 以下及び、R.225 条の 1 以下に定められている⁵⁷。

認定は、県会議長(*président du conseil départemental*)が行うが、調査は県の養子縁組課に委ねられている。認定は、事前に、申請者により提供される家庭環境、教育状況等が、養子の必要性及び利益に一致するものかを判断するものである（CASF R.225 条の 4）。認可は 9 か月以内に行われ、有効期間は 5 年間である（CASF L.225 条の 2）。また、養親候補者は、県による情報提供の集会に参加することもできる（CASF L.225 条の 3 第 2 項）。なお、認定を得た養親候補者が異なる県に移転した場合、一定の要件のもとその認定は移転先の県においても有効になる（CASF L.225 条の 6）。

認定及びその拒絶は、具体的な理由に基づいて行われなくてはならない。候補者が子を育てる資質があるか、経済的・衛生的な状況等を判断すべきであり、申請者の宗教や性的志向（同性愛者であることなど）のみを理由として拒絶されてはならない。しかしながら、申請者が独身である場合に、機械的に拒絶をされているのではないかと思われることもあるという⁵⁸。

（b）その他の確認事項

その他、養親に関する要件（年齢や配偶者の同意など）、養子に関する要件（年齢や事前の養親家庭への受け入れ）、実親の同意、養子の同意等を確認する。また、養親に卑属が存在する場合には、「家族生活を損なう性質がないか」ということも判断する（353 条 3 項）。

（4）子の利益

裁判所は、養子縁組が「子の利益に合致するか」否かも審査する（353 条 1 項）。「子の利益」は、親に子を与えるというだけではなく、子に親を与えるということから、必要とされる要件であり、養子縁組において、もっとも重要な考慮要素であるという⁵⁹。裁判所は、現在及び将来の状況を考慮した上で、金銭面、資産面のみならず、精神的な側面に基づいて子の利益を判断する⁶⁰。

（5）判決への不服申立ての方法

養子縁組の判決に対して、控訴・上告は可能である。ただし、同意の欠缺を理由とするものであっても、養子縁組無効の訴えは認められない⁶¹。また、養子縁組の判決に対する第三者異議は、養親の詐欺又は欺罔の場合にしか受理されない（353 条の 2 第 1 項）。養親と実親との紛争を防止するためである。

⁵⁷ Bonnet, *supra* note 1, n.191 et s., pp.126 et s. 日本語文献では、菊池・前掲注 5) 63 頁以下、栗林・前掲注 1)11 頁以下が詳しい。また、田中・前掲注 1)65 巻 2 号 536 頁以下。なおいくつかの条文について、2015 年及び 2016 年に改正が行われているが、具体的な手続に大きな変更はなく、これらの先行研究は依然として、大変参考になる。

⁵⁸ Bonnet, *supra* note 1, n.193, p.127.

⁵⁹ Malaurie et Fulchiron, *supra* note 1, n.1417, p.658.

⁶⁰ Aillaud, *Droit des personnes et de la famille*, 9^{éd}, Paradigme, 2018, n.544, p.305. 子の利益が認められないのは、親族間での完全養子縁組のことが多いようである。例えば、母の兄弟による養子縁組、両親の死後の祖父母による養子縁組などである。

⁶¹ 栗林・前掲注 1) 13 頁。

3 身分登録（出生証書等の扱い）

（１）出生証書について

完全養子縁組を言い渡す判決は、既判事項の確定力を生じる日から 15 日以内に、養子の出生地の身分登録簿に転記（transcription）される（354 条 1 項）⁶²。記載事項は、出生日時、場所、子の性別、養子縁組判決の結果生じる氏及び名、養親の氏名、出生地、職業、住所である。実親子関係については、いかなる記載もしない（同条 3 項）。この転記が、養子にとっては、出生証書の代わりとなる（同条 4 項）。なお、元の出生証明書は、検察官の請求により、「養子縁組」の記載がなされたうえで、無効とみなされる（同条 5 項）。

（２）出自を知る権利⁶³

養子は新たな出生証書における記載では、実親について知ることはできない。出生証書の抄本（*extrait*）における記載は、実親子関係を有する子と同様であり、それを見ただけではその者が完全養子縁組の対象になったか否かはわからない⁶⁴。もっとも、完全な出生証書には、養子縁組の判決についての言及があり、場合によっては、実親についての記載があることがある⁶⁵。自分が養子であるということ知った場合、裁判記録を確認することが、理論上は、可能である⁶⁶。また行政文書に関しては、児童社会援助機関に保管されていることもあるので、関係する全書類の写しを求めることも考えられる。

子が自らの出自について知りたいと考えた場合には、2002 年の法律により設立された、出自についての個人情報に関する全国評議会（*Conseil national pour l'accès aux origines personnelles*(CNAOP)）⁶⁷という機関へ、出自についての情報を求めることもできる⁶⁸。実親の生存中は、実親が身元を特定できる情報の秘匿を求めない場合（開示に同意をする、身元秘匿要求撤回の明白な意思表示があるなど）は、子は出自についての情報にアクセスすることができる。実親が、生前に明確な拒絶の意思表示をせずに死亡した場合、情報は子に伝えられる（CASF L.147 条の 6）。ただし、制度が整備されたものの、実親が拒絶の意思表示をしていた場合は、子は、親の生存中・死亡後を問わず、身元を特定する情報を得ることができない。

第 4 節 養子縁組の効果

完全養子縁組は、子の元の親子関係に、新しい親子関係を撤回できない形で、置き換えるという制度である。断絶型養子縁組ともいわれるように、実方との関係は切断される。

⁶² 養子が外国で出生したときには、外務省の身分本局の登録簿に騰記される（354 条 2 項）。

⁶³ Bonnet, *supra* note 1, E19, pp.132 et s.

⁶⁴ 配偶者の子と完全養子縁組をした場合の判決の転記に関して、2013 年 5 月 19 日の民事身分に関する通達（*Circulaire relative à l'état civil du 29 mai 2013*）がある。これは、文章型（*forme littéraire*）の出生証書に、「〇〇より生まれる」ではなく、「〇〇の息子／娘」と記載するようにと指示がされた。それに対して項目型（*rubrique*）の出生証書もある。それぞれのモデルも通達に掲載されている（http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1312445C.pdf）。

⁶⁵ このことが問題になった近時の破毀院判決として、Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2016, n° 15-13147, AJ fam., 2016, p.257, note *Salvage-Gerest*.

⁶⁶ 民事訴訟法典 29 条によると、第三者（子は含まれると考えられる）は、正当な利益があれば、事件記録を閲覧したり、その写しを受領することができるとする。事件記録の閲覧については、垣内・前掲注 54）29 頁以下。

⁶⁷ CNAOP への訪問調査をしたものとして、栗林・前掲注 1）30 頁以下。

⁶⁸ 2002 年の法律について、西希代子「養子及び国の被後見子の出自へのアクセスに関する 2002 年 1 月 22 日の法律第 93 号」日仏法学 23 号 288 頁以下。

養子は血縁関係により確立される親子関係と完全に同一の権利及び義務を取得し（358条）、実方との関係は切断される。以下、それにより生じる効果を確認する。なお、養子縁組の効力が生じるのは、「養子縁組の申請（requête）の提出の日」からであることには注意が必要である（355条）。

1 財産以外の効果

完全養子縁組が成立した場合、養子は、161条から164条に規定される近親婚の禁止を除いて⁶⁹、血縁による親子関係との法律上の関係がすべて切断される（356条1項）。実方との関係が切断されることになるので、実親は親権を行使しない。ただし、実方の祖父母の面会交流権を認めた裁判例が存在する⁷⁰。

一方で、養子は養親の家族との間に、実親子関係により確立されるのと同じ権利義務を有することになる（358条）。夫婦で養子縁組をした場合には夫婦が共同して親権を行使することになる。

氏名については、養子は、養親の氏という新しい氏を取得する（357条1項）⁷¹。また、養親の申立てに基づいて、大審裁判所は、養子の名を変更することもできる（同条7項）。

2 財産関係の効果

扶養義務は、実方との間では生じず、養方との間でのみ生じる。具体的には、養子と養親とその直系尊属の間に生じる。相続に関しても、実方との相続権は消滅し、養方との間で相続権が発生する。

3 配偶者の子を完全養子縁組する場合の特則

配偶者の子を完全養子縁組した場合は、「配偶者の家族及びその家族に関しては、元の親子関係が存続する。それ以外の点については、夫婦双方による完全養子縁組の効果が生じる」（356条2項）。配偶者の子と完全養子縁組をする場合には、子の実方との関係も考慮されるのである。これは、しばしば、配偶者の死亡後に、配偶者の子と養子縁組がされる場合があるが、その場合、実方の祖父母と孫の関係性が切断されるべきではないとの考えに基づくものであるともされる⁷²。

第5節 離縁

1 撤回不可能の原則

完全養子縁組は、撤回できない（359条）。養子によっても、養親によっても、完全養子縁組の宣告が既判事項の確定力を有して以降は、撤回することができない⁷³。つまり、離縁をすることはできないのである。撤回不可能性の原則の趣旨は、養子と養親の間に、実親子関係と同様の関

⁶⁹ 直系血族間及び直系姻族間（161条）、傍系について、兄弟姉妹間（162条）、叔父と甥・姪間、叔母と甥・姪間（163条）の婚姻の禁止を定める。164条は一定の場合に、婚姻の禁止が解除されることを規定する。

⁷⁰ Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1986, Bull. civ. I, n° 112 ; D. 1986.496.

⁷¹ その他、357条には、親の一方の氏にするか双方の氏にするか等、氏に関する詳細な規定が置かれている。357条に続く357条の1は、フランスにおいて完全養子縁組の効果を有する外国で適法に言い渡された養子縁組の対象となった子の氏について規定をする。いずれも栗林・前掲注1）14頁及び46頁以下参照。

⁷² Malaurie et Fulchiron, *supra* note 1, n.1415, p.656.

⁷³ Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1989, Bull. civ. I, n° 111.

係を成立させることにある。

しかしながら、完全養子縁組の撤回不可能性は、必ずしも「子の利益」に適うものではない。特に、養子縁組が失敗した場合には困難な問題を生じさせる。両親が子と一緒に生活できないなどとして、子を放棄するような場合である。このようなことは、外国で生まれた子との間に完全養子縁組を行う国際養子縁組において多く見られるという⁷⁴。

完全養子縁組において、その親子関係を、血縁上の親子関係と同視するということから、養親の親権行使に問題がある場合には、実親子関係において親権者の親権行使に問題がある場合と同様に扱われる。つまり、判決による放任の宣言(第2節第4項3)、育成扶助(*assistance éducative*) (375～375条の9)⁷⁵、親権の取り上げ(*retrait de l'autorité parentale*) (378条～381条)⁷⁶で対応することになる⁷⁷。

2 例外—再度の養子縁組の可能性

もともと、例外的ではあるが、再度の養子縁組の可能性はある。

第一は、養親が死亡した場合である。①養親又は養親双方が死亡した場合、あるいは、②養親双方のうち一方が死亡した後、生存している養親の新しい配偶者により申し立てがされる場合には、新たな養子縁組が宣告されうる(346条2項)。

第二に、1996年の改正により、「重大な理由」がある場合には、完全養子縁組の養子と単純養子縁組とすることが認められるようになった(360条2項)⁷⁸。ただし、この場合、完全養子縁組が終了するわけではなく、完全養子縁組と単純養子縁組が並立して存在するとされている⁷⁹。

3 単純養子縁組

単純養子縁組(*adoption simple*)においては、完全養子縁組と異なり、実方との関係が切断されない。そのため、単純養子縁組の成立のための要件は、完全養子縁組の場合よりも、緩和される。特に、養子の年齢制限がないこと、託置が不要であること、撤回が可能であることなどの違いがある。

単純養子縁組は、完全養子縁組よりも、数としては多く利用されている⁸⁰。成年者と養子縁組するために頻繁に利用されてきていたが、今日では、配偶者の子と単純養子縁組をする場面で利用されることも増加しているという⁸¹。特に、子の年齢が、完全養子縁組が可能である年齢(原

⁷⁴ Bonnet, *supra* note 1, n.206, p.135.

⁷⁵ 子が危険な状態にある場合に、児童裁判官が子を保護する措置をとることを可能にする制度である(栗林佳代「フランス」床谷文雄・本山敦編『親権法の比較研究』(日本評論社、2014年)193頁以下)。その他、田中・前掲注52)585頁以下等。

⁷⁶ 子に対する虐待等が存在する場合に、子の保護のために親権を取り上げる制度である。栗林・前掲注75)195頁以下、田中・前掲注52)606頁以下等。

⁷⁷ Bonnet, *supra* note 1, n.206, p.135.

⁷⁸ 重大な理由が認められなかった例として、田中・前掲注1)65巻3号876頁。

⁷⁹ Bonnet, *supra* note 1, n.207, p.136.なお、360条2項の条文は多義的であり、完全養子縁組と単純養子縁組が並立して存在するのか、あるいは単純養子縁組が完全養子縁組の代わりに成立するか不明確であるという指摘もある(Malaurie et Fulchiron, *supra* note 1, n.1423, p.667)。

⁸⁰ 例えば、2016年の大審裁判所への新規係属の事件数は、単純養子縁組が7744件(72%)、完全養子縁組が3024件(28%)であり、認容数は、前者が7072件(72%)、後者が2802件(28%)である(データは、*Références Statistiques Justice, Année 2016*より。詳細な統計については、[4](#)参照)。

⁸¹ Bonnet, *supra* note 1, n.208, p.136.

則として 15 歳未満)を超えている場合や、民法典で定められている配偶者の子と完全養子縁組をする要件(345 条の 1 項、2第 2 節 4 (4) 参照)を満たさない場合などである。

単純養子縁組においては、361 条で、完全養子縁組の条文を準用するものについて列挙しており⁸²、要件や手続はかなり重複しているため、本項では、単純養子縁組に特有の要件を中心に説明を行う。

第 1 節 養親の要件

養親となることができる者の要件は、完全養子縁組と同様である(343 条～344 条・361 条)。

また、国の被後見子や放任が宣言された子等を養子とする場合には、養親について、公的機関による認定が必要である点も、完全養子縁組と共通である(353 条の 1・361 条)。

第 2 節 養子の要件

1 養子の年齢

単純養子縁組においては、養子の年齢に制限はない(360 条 1 項)。つまり、完全養子縁組を行うことができない 15 歳以上の子も養子となることができる。また、成年者も養子となることができる。

2 養親家庭における受け入れ

完全養子縁組において要求されている判決の前に 6 か月間養親の家庭に受け入れられてきたこと(345 条 1 項)は不要である。単純養子縁組に関しては撤回が可能であるからである⁸³。

3 養子の同意

単純養子縁組においても、養子は、13 歳以上である場合は、自ら養子縁組に同意をしなくてはならない(360 条 4 項)。養子の同意の手続や手続の過程での 13 歳未満の子も含めた事理弁識能力のある子の意見聴取については、完全養子縁組と同様である。

なお、被後見人である成年者については、養子縁組についての個人的な性質から、後見人が代わりに同意をすることはできず(458 条)、また被後見人自身も自らの養子縁組について同意をすることができない⁸⁴。

4 養子となることができる者

子が未成年である場合は、養子になることができる者の要件も同じである。実親の同意の必要性も同様である。ただし、成年者に関しては、親の同意は不要である。

第 3 節 養子縁組の手続

単純養子縁組においては、成年者も養子となることができるが、手続に関しては、養子が未成年か否かにより、区別されていない。

⁸² 361 条において、単純養子縁組で特別養子縁組の規定を準用するとされている条文は、343 条から 344 条、345 条 3 項、346 条から 350 条、353 条、353 条の 1、353 条の 2、355 条、357 条 7 項である。

⁸³ Bonnet, *supra* note 1, n.210, p.138. もっとも、2016 年改正により、単純養子縁組の撤回は、従来よりも制限されることになった(第 5 節参照)。

⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 8 oct. 2008, n°07-16094, Dr. fami., 2008, n° 173.

単純養子縁組には、完全養子縁組と異なり、託置は必要ない。

したがって、託置を経ずに、大審裁判所による裁判が行われる⁸⁵。裁判手続は、完全養子縁組と同じであり、合法性と子の利益が判断されることになる（353条1項・361条）。養子が成年であっても、養子の利益を判断するとされている⁸⁶。

養子縁組を認める判決は、既判事項の確定力を生じる日から15日以内に、身分登録簿に記載又は転記される（362条）。なお、完全養子縁組と異なり、元の出生証書は効力を失わない。

第4節 養子縁組の効果

1 財産以外の効果

（1）親族関係

完全養子縁組と異なり、単純養子縁組においては、血縁による家族、つまり実方との親族関係は維持される（364条1項）。また、近親婚の禁止（161条～164条）⁸⁷も、養子と実方との間で適用される（同条2項）。

また、養子と養親には血族関係の紐帯（*lien de parenté*）が生じ、養子の子にも及ぶ（366条1項）。また、養子と養方の間で、婚姻が禁止される場合がある。具体的には、養親と養子及びその直系卑属、養子と養親の配偶者、養親と養子の配偶者、同一の者の養子同士、養子と養親の子の間（同条2項～4項）が禁止される。近親婚の禁止と比較すると、禁止の範囲が限定的である。例えば、養子と養親の孫、養子と養親の直系尊属、養子と養親の兄弟姉妹の間の婚姻は禁止されていない。

なお、養子縁組の成立後に、認知、身分占有、裁判などにより、実親子関係の確立があったとしても、養子縁組の効果は維持される（369条）。

（2）氏名

氏については、養子の氏に、養親の氏が追加されるのが原則である。養子が成年者である場合には、養子の同意が必要である（363条1項）。また、養親からの申立てがある場合には、大審裁判所は、養親の氏のみ有すること（氏の置換）、又は配偶者の子の養子縁組の場合には、元の氏を保持することを決定することもできる。そして、養子が13歳以上である場合は、氏の置換について、同意することが必要である（同条4項）⁸⁸。

また、養親の申し立てがある場合には、養子の名を変更することもできる（357条7項・361条）。

（3）親権

親権については、養親のみが有することになる。ただし、養親が養子の父又は母の配偶者である場合には、養親とその配偶者が共同して親権を有することになるが、原則として行使は養親でない配偶者が行う。共同の申述により、共同行使とすることもできる（365条1項）。

⁸⁵ 成立手続の詳細については、金子・前掲注1)216～219頁。

⁸⁶ Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2013, n°12-17183 et 12-16401, Dr. fami., 2013, comm. n°67, note C. Neirinck. 例えば、祖母が孫（全部で7人いるうちの6人）と単純養子縁組を行おうとした際に、単なる相続上の目的のみであるとして、単純養子縁組を認めなかった破毀院判決がある（Cass. 1^{re} civ., 16 oct. 2001, Bull. Civ., I, n°256; D.2002, p.1097.）。

⁸⁷ 前掲注69) 参照。

⁸⁸ その他、氏に関する詳細な規定については、栗林・前掲注1)16頁及び48頁以下。

また、実方の父母は親権を失い、復活することはないので、養親が死亡した場合には、後見が開始することになる（365条3項）。

2 財産関係の効果

（1）扶養義務

養子と養親は、相互に扶養義務を負う（367条）。学説においては、養子の卑属と養親の間にも扶養義務が生じるとされている。ただし、養子及びその卑属と、養親の尊属の間では、扶養義務は発生しない⁸⁹。また、養子の実親に対する扶養義務は、子が国の被後見子になった場合等に消滅する。もっとも、単純養子縁組が家族内で利用されることが多いことを考えると、養子の実親からの扶養義務は残ることが多いといえよう。実親は、養子が養親から扶養されない場合にのみ、扶養義務を負う（367条）。

（2）相続

養子は、実方との関係は切断されず、実方との間の相続権は維持する（364条1項）。養子及びその直系卑属は、養方との間で、実親子と同一の相続権を有する（368条1項）。ただし、養子及びその直系卑属は養親の直系尊属に関しては、遺留分権利者とはならない（同条2項）。

また、養子が、直系卑属及び生存配偶者を残さないで死亡した場合に関しては、養子の財産の帰属についての特別の規則も置かれている（368条の1）。第一に、民法典は、法定復帰（*retour légal*）の制度を創設する。具体的には、養子が、養親あるいは実方の両親からの遺贈・贈与（*libéralité*）又は相続により受領した財産は、それぞれの家族（養親又はその直系尊属、あるいは実親又はその直系尊属）に返還される⁹⁰。実方由来の財産が、養親の家族に移転しないようにする制度である（その逆も同様である）。第二に、その他の養子の財産は、実方と養方において折半される。それぞれの家族の中での分配は、相続法の一般原則に従う⁹¹。

第5節 離縁

完全養子縁組と異なり、単純養子縁組は、撤回可能である（370条）。本項の冒頭でも言及したように、単純養子縁組と完全養子縁組の大きな違いの一つである。

ただし、単純養子縁組を撤回できる場合は、2016年改正により、養子の親子関係の安定性のために、従前より制限されることになった⁹²。法案の提出の際には、単純養子縁組の利用を妨げている要因として、実方との関係維持に加えて、撤回可能性が挙げられていた。

具体的には、養子の年齢に応じて、申立権者が異なる。重大な理由で正当化される場合は、養子が成年であれば、養子又は養親からの申立てに基づき、養子縁組は撤回されうる（370条1項）。養子が未成年である場合は、検察官のみが申し立てることができる（同条2項）。したがって、単純養子縁組の離縁を申し立てることができる者は、養親、養子、検察官のみであり、養子の血

⁸⁹ Bonnet, *supra* note 1, n.216, p.140.

⁹⁰ 尊属の復帰権（738条の2）との適用関係について指摘するものとして、Juris-Clauser, *supra* note 3, n.65, p.12。

⁹¹ Bonnet, *supra* note 1, n.217, p.141.

⁹² 改正前は、「重大な理由により正当化される場合」には、養親、養子、又は養子が未成年であるときは検察官の申立てに基づき、撤回できた（370条1項）。ただし、養親による撤回は、子が15歳以上である場合に制限されていた（同条2項）。また、養子が未成年である場合には、血縁上の父母、父母がいない場合はいとこを含む親等までの家族の構成員が、撤回を申し立てることができた（同条3項）。

縁上の父母やその他の実方の家族の構成員は、撤回の申立てをできない。

「重大な理由」は厳格に判断されている。単純養子縁組の離縁はあくまでも例外的な手段であることから、重大な理由も単なる不和等では認められるべきではないという⁹³。具体的には、以下のような事案が紹介されている⁹⁴。重大な理由があり離縁が認められた例としては、離婚後、養親が養子に対する面会交流権を行使しなかった場合、養子による暴力や非行等があった場合がある。それに対して、重大な理由があると認められなかった例としては、母と養父の離婚、養子から養親への郵便により立証される不和といった理由が挙げられる。

養子縁組を撤回する判決は、その理由を示さなくてはならない（370 条の 1 第 1 項）。また、養子縁組を撤回する判決は、362 条が定める条件（既判事項の確定力を生じる日から 15 日以内）に従って、出生証書又は養子縁組判決の転記の余白に記載される（同条 2 項）。

養子縁組の撤回は、単純養子縁組のすべての効果を消滅させるが、将来に向かってのみ消滅させる（370 条の 2）。撤回までの間に、養子が既に受領した利益（養方からの贈与・遺贈や相続など）を返還する必要はない⁹⁵。なお、養子縁組の撤回の効力発生日は、判決の日ではなく、申立ての日である⁹⁶。

また、撤回の他に、単純養子縁組が終了するものとして、普通養子縁組の完全養子縁組への転換を挙げることができる（345 条 2 項、2第 2 節 1 参照）。

⁹³ Bonnet, *supra* note 1, n.219, p.142. Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 2017, n°16-19057, Dr. fami., 2017, comm. n°241, note Fulchiron.

⁹⁴ Juris-Clauser *supra* note 3, n.31 et s., pp.7 et s., Malaurie et Fulchiron, *supra* note 1, n.1428, p.673, note 189 et 190.

⁹⁵ Bonnet, *supra* note 1, n.220, p.142.

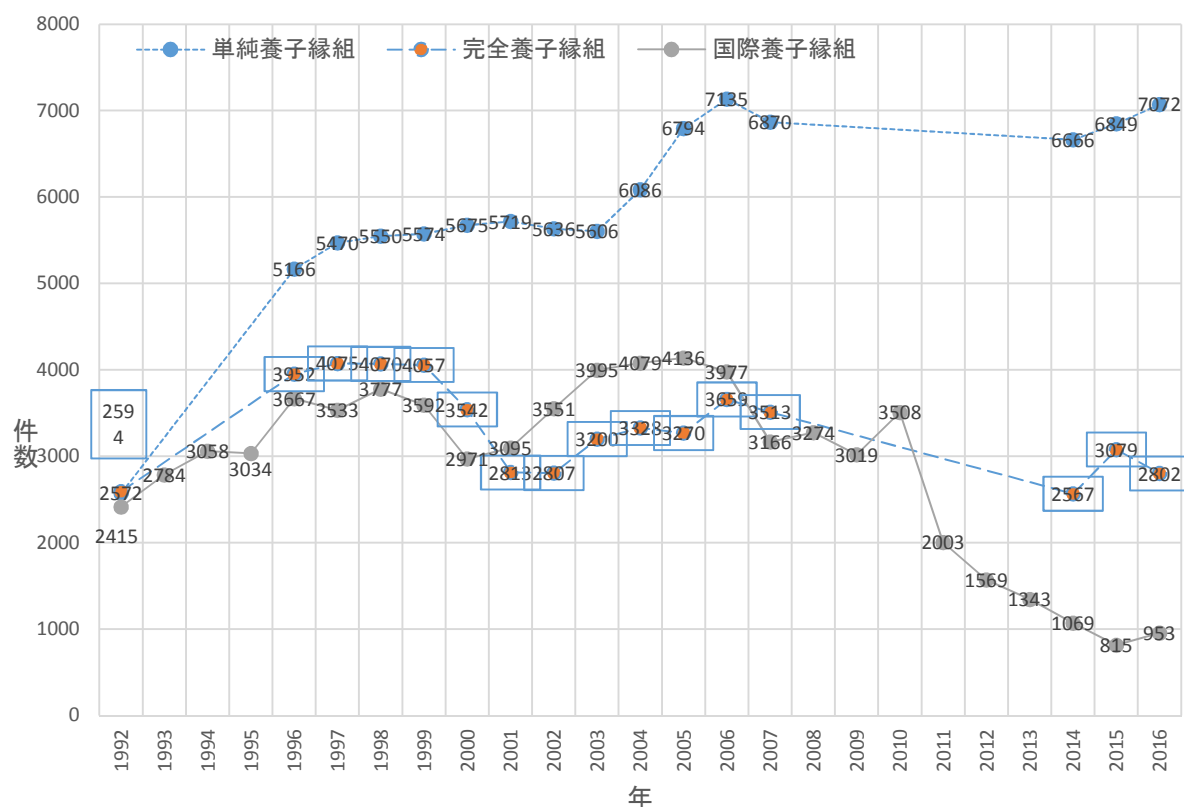
⁹⁶ Cass. 1^{re} civ., 21 juin 1989, Bull. civ., I, n° 249; D. 1990.182.

4 統計等⁹⁷

1 統計⁹⁸

図1において、1992年から2016年の完全養子縁組、単純養子縁組、国際養子縁組の成立件数の推移を示す。国際養子縁組は、完全養子縁組・単純養子縁組の双方を含む。また、表2において、2016年の養子に関する訴えについての統計を示す。

図1 養子縁組成立件数の推移



⁹⁷ フランスの養子縁組についての利用実態を紹介・分析するものとして、金子敬明「養子制度の利用実態」千葉大学法学論集 25 巻 4 号 162 頁、本山敦「フランス：国際養子の増加と国内養子の減少」民商法雑誌 138 巻 4・5 号 496 頁がある。それらの検討も参照されたい。

⁹⁸ 表1のデータについては、完全養子縁組、単純養子縁組の成立件数については、Référence Statistiques Justice, Année 2014 (http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Stat_Annuaire_ministere-justice_interactif.pdf), Référence Statistiques Justice, Année 2015 (http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Stat_Annuaire_ministere-justice_2015_chapitre1.pdf), Référence Statistiques Justice, Année 2016 (http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Stat_Annuaire_ministere-justice_2016_chapitre1.pdf) 及び、Zakia Belmokhtar, 'L'adoption simple et plénière en 2007: des projet différents', Infostat Justice 106 (http://www.justice.gouv.fr/art_pix/l_stat_infostat106_adoption_20091021.pdf)を、国際養子縁組の成立件数については、国際養子縁組についての詳細な情報が掲載されている以下の HP から、各年度の成立件数を抽出した。
<https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/adopter-a-l-etranger/la-mission-de-l-adoption-internationale/les-statistiques-de-l-adoption-internationale/article/statistiques-annuelles>
なお、2008年から2013年の単純養子縁組、完全養子縁組の成立件数については、データを見つけることができなかった。

表2 2016年の養子縁組に関する訴えについての統計

(出典：Référence Statistiques Justice, Année 2016)

	新規受件数	既済件数	認容	却下	取下げ	その他	平均期間 (月)
養子縁組総数	11,154	10,967	10,195	254	124	394	4.9
遺棄の宣言の申立て	299	343	283	26	14	20	7.3
単純養子縁組の申立て	7,744	7,594	7,072	154	89	279	5
完全養子縁組の申立て	3,024	2,952	2,802	49	19	82	4.3
養子縁組に関するその他の申立て	87	78	38	25	2	13	11.1

※単純養子縁組は93%、完全養子縁組は95%の認容率である。

2 評価

単純養子縁組は2004年頃から増加傾向にあるが、完全養子縁組は、ピーク時の1990年代後半に比べると減少傾向にあるということもできるであろう。いずれにしても、フランスの人口が日本の半分程度であることを考えると、フランスにおける完全養子縁組、普通養子縁組の成立件数は多く、制度利用が進んでいると評価することもできよう。その背景には、児童社会援助機関などの行政機関の関与等の制度の整備が進んでいることがある。

もともと、養親になることを望み、県による認定を受けている夫婦は、20000組を超えると言われ、完全養子縁組・単純養子縁組の成立件数と比較すると、養子縁組をすることを望んでいても、その望みがかなえられない者が多くいることがわかる。

また、完全養子縁組のかなりの部分を国際養子縁組が占めているともいわれる。具体的には、2007年のデータ⁹⁹で完全養子縁組における国際養子縁組の割合が、71.2%である（他方、普通養子縁組における国際養子縁組の割合は、1.7%である。）。国内の子との完全養子縁組は、2007年で完全養子縁組の22.3%、件数にして882件である（それに対して、単純養子縁組は、2007年において実に約95%が家庭内での利用である。）。図1からは、完全養子縁組の成立件数の推移が、国際養子縁組の成立件数と一定程度、連動しているようにも見える。

これらのデータからは、フランス国内の家庭のない子に、養子縁組で新たな家庭を与えようという目的は、必ずしも実現できていないと評価することができるのかもしれない。養子になりうる子のうち、遺棄（注：現行制度では放任に該当する）を宣言された子の数は表2からわかるようにそれほど多くないが、国の被後見子は2016年12月の段階で、2626人いる¹⁰⁰。また、親権が委譲された子など、保護が必要な子も多くいるという。

養親希望者、養子になることが望ましいと思われる子は現在の養子縁組の成立件数よりも多いと考えられ、より養子縁組を増やしていくために、フランスが何等かの対応をしていくのかということは興味深い点である。

⁹⁹ 以下、Belmokhtra, *supra* note 98による。

¹⁰⁰ 詳細は、Synthèse du Rapport sur la situation des pupilles de l'État au 31 Décembre 2016 (Juin 2018) (https://www.onpe.gouv.fr/system/files/publication/synthese_enquete_pupilles_31dec2016_2018.pdf) 参照。

1 親子関係の確立の概要

1 序

フランス民法典の親子関係の規定は、1972 年¹⁰²及び 2005 年に大きく改正された。2005 年 7 月 4 日のオルドナンス第 759 号（以下、「2005 年法」という）により、婚内子・婚外子概念が撤廃され、両者の親子関係の確立を共通のものにしようとする改正が行われた¹⁰³。2005 年法の柱は、平等（égalité）・真実（vérité）・安定（stabilité）であるといわれる¹⁰⁴。また、2009 年には、2005 年法を追認する法律が成立し、いくつかの重要な修正が付け加えられた¹⁰⁵。

本報告書は、2009 年の改正以降の現行制度を紹介することを目的とする¹⁰⁶。現在、実親子関係については、第 1 編「人」第 7 章「親子関係」に規定されている（310 条～342 条の 8¹⁰⁷）¹⁰⁸¹⁰⁹。構成は第 1 節「一般規定」（310 条～311 条の 24 の 1）、第 2 節「親子関係の確立」（311 条の 25～317 条）、第 3 節「親子関係に関する訴え」（318～337 条）、第 4 節「援助金を目的とする訴え¹¹⁰」（342 条～342 条の 8）となっている。

¹⁰¹ フランス法の条文訳は、基本的に田中通裕「注釈・フランス家族法（10）～（12）」法と政治 64 巻 2 号 101 頁以下、3 号 401 頁以下、4 号頁以下に依拠をする。その他、本稿で扱った問題については、西希代子「比較法検討—フランス」家族＜社会と法＞28 号 67 頁以下が非常に参考になる。フランス語文献は、Bonnet, *Droit de la famille*, 7^{ed}, Paradigme, 2018, Hilt et Granet-Lambrechts, *Droit de la famille*, 6^{ed}, PUG, 2018, Malaurie et Fulchiron, *Droit de la famille*, 6^{ed}, Dalloz, 2018 を主に参照した。

なお、フランスの親子関係については多くの先行研究が存在するところである。ここではそれらの紹介を割愛するが、田中・前掲 64 巻 4 号 297-298 頁に詳細にまとめられている。

¹⁰² 1972 年 1 月 3 日の法律第 3 号については、稲本洋之助「第 3 章親子関係法」『フランスの家族法』（東京大学出版会、1985 年）67 頁以下。

¹⁰³ 2005 年法については、羽生香織「親子関係の改正に関する 2005 年 7 月 4 日のオルドナンス第 759 号」日仏法学 24 号 119 頁。

¹⁰⁴ Malaurie et Fulchiron, *supra* note 101, n.924, p.437, n.941, p.443.

¹⁰⁵ 2009 年の改正については、齋藤哲志「親子関係制度改正に関する 2005 年 7 月 4 日のオルドナンス第 759 号を追認し親子関係に関する諸規定を改廃する 2009 年 1 月 16 日の法律第 61 号」日仏法学 26 号 157 頁。

¹⁰⁶ 改正前の制度を端的に紹介するものとして、稲本・前掲注 102) 57 頁以下、西・前掲注 101) 67～70 頁など。

¹⁰⁷ 以下、本章においては、フランス民法典(Code Civil)の条文は、法典名を記載せずに掲載する。

¹⁰⁸ フランスにおいては、「同性のカップルに婚姻を開放する 2013 年 5 月 17 日の法律」により、同性婚が認められた。この改正は同性カップルに婚姻を認めるだけでなく、婚姻に関するその他の扱いを、同性カップルと異性カップルで平等にしていこうという方針であるが、実親子関係に関する規定は、同性カップルには適用されない（6 条の 1「夫婦又は両親が異なる性であれ、同一の性であれ、婚姻及び養子縁組は、本法典第 1 編第 7 章に定められるものを除いて、法律によって認められる同一の効果、権利及び義務をもたらす。」）。

¹⁰⁹ フランスにおいては、生殖補助医療を利用して生まれた子についての親子関係の確立に関しては、特別な規定は置かれていない。ドナーは匿名が原則であり、提供者と子の間には、親子関係は確立しない（311 条の 19 第 1 項）。

ただし、生殖補助医療を利用するカップルは、事前に同意をする必要がある（311 条の 20）。同意は、秘密が保障された状況で、裁判官か公証人の前で、行わなくてはならない。裁判官・公証人は、カップルに生まれてくる子との親子関係について説明する。カップルのそれぞれは、生殖補助医療を施術する医師のもとで医療行為による生殖が実現しない限り、書面により同意を撤回することができる。同意は、生殖補助医療による生殖の実現前に、夫婦の一方が死亡した場合、離婚あるいは別居の申請を提出した場合、あるいは共同生活の消滅の場合も、効力を失う（311 条の 20 第 3 項）。

なお、同意が撤回されず、効力を失わない限り、生殖補助医療を利用するカップルは、子との間の親子関係の確立を争うことが禁止される。具体的には、①子が生殖補助医療によって生まれたのではないということ（母が夫以外の者と性的関係を持ったことで生まれた子であることを証明しなくてはならない）、②同意が効力を失ったことのいずれかが主張される場合を除いて、親子関係の確立を目的とする訴え（12（4）参照）、あるいは確立した親子関係を争う訴え（本章 3 参照）は禁止される（311 条の 20 第 2 項）。

¹¹⁰ 法律上の親子関係を確立する訴えではなく、法定懐胎期間内に母と関係を有し、子の父である可能性を有する者に、援助金の支払いを求める訴えである。

2 親子関係の確立方法

現行法において、親子関係の確立方法は、母子関係、父子関係ともに以下の4種類である(310条の1)。^①法律の効果による確立、^②認知(316条)、^③公知証書(acte de notoriété)¹¹¹により確認される身分占有(possession d'état)¹¹²(317条)、^④裁判による親子関係の確立(325条以下)である。以下、簡単に説明をする。

(1) 法律の効果による確立

母子関係については、子の出生証書における母の表示によって確立される(311条の25)。父子関係は、父性推定により確立する(312条、²参照)。父性推定は、母が婚姻している(又は婚姻していた)場合にのみ適用される。

(2) 認知

(1)の方法により親子関係が確立されないときには、出生の前又は後に、認知によって、母子関係及び父子関係を確立する(316条1項)。出生証書や、身分吏によって受理される証書、公署証書(acte authentique)¹¹³によって行われる(同条3項)。認知は完全な自由意思であり、母や子(子が成年の場合も含む)の同意や協力が必要ではない¹¹⁴。

(3) 公知証書により確認される身分占有

身分占有を認定することで親子関係を確立する方法である(身分占有については、²第3節1参照)。それぞれの親又は子は、身分占有を証明する公知証書の交付を裁判官に請求をする(317条1項)。公知証書によって認定される身分占有によって確立される親子関係は、子の出生証書の余白に記載される(同条4項)。なお、公知証書の交付は、主張される身分占有の終了又は親と主張される者の死亡から5年以内にしか請求できない(同条3項)。

(4) 裁判による親子関係の確立

裁判により親子関係を確立する方法として、母子関係搜索の訴え(325条)、婚姻外の父子関係の搜索の訴え(327条)、父性推定の回復の訴え(329条、²第3節参照)、身分占有確認の訴え(330条)の4種類がある。

各制度の紹介に入る前に、親子関係の確立のための訴え、親子関係を争う訴えに共通しているいくつかの規定を説明する¹¹⁵。裁判の管轄は、大審裁判所(tribunal de grande instance)¹¹⁶のみが有する(318条の1)。訴えの期間は、原則としてその者が請求する身分を奪われた日(多くの場合は出生の日)、又はその者について争われている身分を享有し始めた日から10年で時効となる。また、子が未成年の間は、この期間は停止し、子は成人してから10年間訴えを提起できることになる(321条)。

¹¹¹ 判事や公証人などによって作成される周知の事実についての複数の証言を集めた文書(山口俊夫編『フランス法辞典』(東京大学出版会、2002年)11頁)。

¹¹² 定義をするのが難しい概念であるといわれるが、子がある者から生まれたと思わせる明確な社会的事実から子とその者の間の親子関係を推定する制度である(田中・前掲注101)64巻2号111頁)。フランスの身分占有については、羽生香織「実親子関係確定における真実主義の限界」一橋法学7巻3号1013頁以下が詳しい。

¹¹³ 公証人らにより作成され、裁判上の虚偽記載の立証がなされない限り、証拠力を失わない文書(山口・前掲注111)46頁)。

¹¹⁴ Malaurie et Fulchiron, *supra* note101, n.1192. p.566.

¹¹⁵ 詳細については、田中・前掲注101)64巻3号417~422頁。

¹¹⁶ フランスにおいて最も代表的な第一審の裁判所である。詳細は、滝沢正『フランス法〔第5版〕』(三省堂、2018年)184-185頁。

（a）母子関係搜索の訴え

フランスにおいては、匿名出産が認められている（326条）。母子関係搜索の訴えは、子のみが提起することができ、子は、自分の母であると主張する者が子を出産したこと、その子と自らが同一人物であるということを主張しなくてはならない（325条2項）。時効は、原則通り身分を奪われた日（出生の日）から10年である（321条）。

（b）父子関係搜索の訴え

婚姻外で生まれた子が提起する訴えである。訴えを提起することができるのは、子のみであるが（327条2項）、子が未成年の間は、子と親子関係が確立している者（母）のみが子の名において訴えを提起することができる（328条1項）¹¹⁷。被告は、父であると主張される者又はその相続人である（同条3項）。

時効は、原則通り、身分を奪われた日（出生の日）から10年である（321条）。証明すべきことは、被告が父であることである。なお、この訴えについては、第三者異議の訴えは認められていない（324条1項）。

（c）身分占有確認の訴え

身分占有を公知証書により確認するのではなく（前記（3）参照）、訴えにより、身分占有を認定する方法である。公知証書を請求できる期間が経過した等の理由で、公知証書が公布されなかった場合に用いられる¹¹⁸。すべての利害関係人が訴えを提起することができる。時効は、身分占有の終了、又は親と主張される者の死亡から10年である（以上330条）。

3 親子関係を争う方法

フランスの現行法においては、父性推定により確立した父子関係についての夫の否認権は認められておらず、親子関係を争う方法は、訴訟のみである。具体的には、①母子関係を争う訴え（332条1項）¹¹⁹、②父子関係を争う訴え（332条2項）、③身分占有により確立された親子関係を争う訴え（335条）の3種類ということになる。②、③の訴えについては、**3**で紹介する。

2 父子関係の推定制度

1で簡単に紹介したように、フランス法において、父子関係が確立する方法は、全部で4種類である。その中で、父子関係の推定制度は、婚姻と親子関係の確立を結びつける規定であるとされる。以下では、父性推定の原則を検討したうえで（第1節）、父性推定が排除される場合（第2節）を紹介し、最後に、父性推定が回復され夫が父となる場合（第3節）を紹介する。

第1節 父性推定の原則

312条は、「婚姻中に懐胎され、又は出生した子は夫を父とする。」と規定する。これは”*pater is est quem nuptiae demonstrant*”（父は婚姻が指示する者なり）という考え方に基づくものであり、推定規定である。これは、夫婦の婚姻による義務（貞操義務、同居義務）及び妻の夫は子の

¹¹⁷ 子に親子関係が確立されている親がいない、法律上の親が死亡している、あるいは意思表示ができない場合は、家族会によって認可された後見人によって提起される（328条2項）。

¹¹⁸ 田中・前掲注101）64巻4号286頁。

¹¹⁹ 具体的には、母がその子を出産しなかったことを証明して争われる。

生物学上の父である可能性が高いという経験則に基づくものである¹²⁰。なお、婚姻前に懐胎し、婚姻解消後に出生した子にも、本条が適用されるという¹²¹。また、婚姻が無効とされた場合にも、父性推定は及ぶ。無効とされた婚姻は、子に対してはその効果を生じるとされているからである（202条1項）。

懐胎時期については、推定規定が存在し、「法律は、子が出生の日の前 300 日目から 180 日目に及ぶ、その日を含めての期間中に懐胎されたものと推定する。」（311 条 1 項）とされる。この期間は、法定懐胎期間と呼ばれる。また、311 条 2 項は「懐胎は、子の利益のために請求される場所に従い、この期間のいかなる時にでも生じたものと推定される。」と規定する。たとえ生物学的な真実に反していても、子の利益のために、懐胎日を、311 条 1 項が定める法定懐胎期間の 121 日の中で自由に設定することができることになる。また、311 条 1 項、2 項の推定を覆すために、反対の証明をすることもできる（同条 3 項）。

第 2 節 父性推定の排除

312 条に規定された父性推定の原則は、以下の 2 つの場合に排除される（313 条）。

1 出生証書が父の資格で夫を表示しない場合

父性推定は、子の出生証書が父の資格で夫を表示しないときには排除される（313 条第 1 文）。具体的には、出生届の子の氏の部分に、妻の氏しか記載していない場合が該当する。このようなことが行われるのは、多くの場合、夫婦が事実上の別居をしている間に、子が懐胎され、父が夫ではない男性と思われる場合である¹²²。

かつては、夫が子の出生証書に父として記載されていないということに加えて、夫が子に関して身分占有を有しないことが要件とされていたが、夫が子の出生証書に父として記載されていないというだけで、父性推定を排除するには十分であるとして、2009 年の改正により現在の形になった。

もっとも、この方法が認められることによって、母の意思により、簡単に父性推定を排除することができ、母による濫用の恐れがある¹²³。そのため、母が父性推定を及ぼすか否かを選択できるこのような「権利」との均衡を取るために、夫が子を認知することが認められている（315 条）¹²⁴。

2 離婚や別居の途中でである場合

離婚又は別居の請求が行われている場合に、①離婚の効果を定める約定の認可された日（232 条）、認可が拒否された場合に仮の措置が認可された日（250 条の 2）、あるいは和解不調（non-conciliation）の命令の日から 300 日より後に、子が出生したとき、②請求の終局的な棄

¹²⁰ Bonnet, *supra* note 101, n.49, p.46.

¹²¹ Malaurie et Fulchiron, *supra* note 101, n.1147, p.546. Dewalle 事件(Cass. Civ., 2 juillet 1936, DP1936.1.118)が例として挙げられている。

¹²² Malaurie et Fulchiron, *supra* note 101, n.1150, p.547.

¹²³ Malaurie et Fulchiron, *supra* note 101, n.1150, p.547.

¹²⁴ Malaurie et Fulchiron, *supra* note 101, n.1160, p.552.この点を、「武器対等化の方策」と評する論者もいる（齋藤・前掲注 105）159 頁）。

却又は和睦の180日より前に出生したとき、父性推定は排除される（313条第2文）。

父性推定の根拠は、夫婦の共同生活や貞操義務、経験則等に基づくものであるが、離婚や別居の状況が行われている場合には、妻の子が夫の子である可能性は低いということから、父性推定が排除される。事実上の別居の場合に適用されるのが、上記1の方法であるのに対して、この方法は、法律上の別離（別居・離婚）に対して用いられる。

第3節 父性推定の回復

313条により排除された父性推定は、以下の2つの場合には、回復する。ただし、夫は、妻の子と第三者の間に父子関係が確立していないのであれば、子を認知することが認められており（315条）、認知を利用する方が、手続としては容易である（認知については、[1](#)2（2）参照）。そのため、特に、判決による父性推定の回復（2）は、その役割を失い、子の利益のためにある制度であるとも指摘されている¹²⁵。

1 身分占有による回復

314条は「父性推定は、民法典313条の適用により排除されるときでも、子が夫に関して身分占有を有し、かつ子が第三者に関して既に確立された父子関係を有しない場合は、当然に回復する。」と規定する。つまり、第2節で紹介したいいずれの場合も、父性推定の回復の対象となる。この方法が利用される場面としては、父性推定が排除されるような事情があった後に、夫婦の関係が改善するような場合が想定されている。

父性推定が回復するためには、以下の2つの要件が必要となる。

（1）身分占有

「身分占有は、ある者とその者が属するとされる家族との間の親子関係及び血族関係を示す事実の十分な集合によって確立される」（311条の1第1項）。より具体的には、「処遇・世評・氏」により構成されるという¹²⁶。また、「継続し、平穩、公然かつ明瞭」である必要がある（311条の2）¹²⁷。

（2）子が第三者に関して既に確立された父子関係を有しないこと

この要件は、父子関係の重複を予防するためのものである。ただし、第三者が既に子を認知していたような場合は、親子関係を争う訴え（[3](#)参照）において、既に確立した父子関係を否定した後でないと、父性推定は回復しない。

これらの要件を満たす場合、父子関係は裁判によらず回復される。この場合、夫、妻又は子は、

¹²⁵ Hilt et Granet-Lambrechts, *supra* note101, n.275, p.132, n.308, p.140.

¹²⁶ 条文は以下のようなものである。

「311条の1第2項 これらの事実〔注：311条の1第1項で言及される事実〕の主要なものは、以下の通りである。

- 一 その者がそれから生じたとされる者によって、それらの者の子として取り扱われ、かつその者自身がそれらの者をその親として取り扱ったこと。
- 二 それらの者が、親の資格で、その育成、養育及び自立に資したこと。
- 三 その者が、社会においてかつ家族によって、それらの者の子として認められていること。
- 四 その者が公権力によってそのような者とみなされていること。
- 五 その者がそれらから生じたとされる者の氏を称していること。」

¹²⁷ 身分占有の継続性と、父性推定の排除の関係について、詳細に検討するものとして、齋藤・前掲注105) 163頁注3)。

身分占有を確認する公知証書の交付を求めることができる（317 条 1 項、^[1]2（3）参照）。その後、子の出生証書の余白に、その旨が記載される。ただし、公知証書の交付は、主張される身分占有の終了又は親と主張される者の死亡から 5 年以内に制限されている（317 条 3 項）。

2 判決による回復

父性推定を回復するもう一つの方法として、父性推定の回復を求める訴え（329 条）がある（315 条）。ただし、既に第三者が父となっている場合は、まず既に確立した父子関係を争う訴えを提起し（^[3]参照）、その父子関係を否定したうえで、父性推定の回復を求める訴えを提起しなくてはならない。

この訴えは、夫、妻、子が提起をすることができる。ただし、夫婦が訴えを提起することができるのは、子が未成年の間のみであり、子が成年に達すると、子のみが訴えを提起することができる。子が未成年の間は、子の代理人として、親子関係が確立している親のみが、訴えを提起することができる。

被告は、もし夫婦の一方により訴えが提起される場合には、夫婦の他方である。成人した子が訴えを提起する場合は、夫婦の双方である¹²⁸。

立証すべきことは、母の夫と子の間の生物学的な父子関係であり、証明の方法には制限がない。

時効は、原則通り、その者が請求する身分を奪われた日（多くの場合、子の出生日）から 10 年である（321 条）。子は、成年に達してから 10 年間、訴えを提起することができる（329 条）。なお、この訴えに対しては第三者異議の訴えは認められない（324 条 1 項）。

第 4 節 父子関係の重複の可能性¹²⁹

1 父性推定の重複の可能性

婚姻している夫については、「婚姻中に懐胎され、又は出生した子は夫を父」と推定され（312 条）、懐胎時期については、「子が出生の日の前 300 日目から 180 日目に及ぶ、その日を含めての期間中に懐胎されたものと推定」される（311 条 1 項）。これらの規定に従った場合、前婚の婚姻中に懐胎をし、再婚後に子が出生した場合、前婚の夫と後婚の夫の双方が父と推定されることになる。再婚禁止期間が廃止された現在¹³⁰、父性推定の重複のリスクは一定程度存在する。

まず、重複を回避するために用いられる条文は、311 条 2 項である。この条文に基づいて、懐胎の日を、前婚の解消後に定めることができれば、推定の重複を排除することができる¹³¹。もっとも、完全に父性推定の重複を排除できるわけではなく、法定懐胎期間の 121 日間においては、前婚の夫と、現在の夫の間の父性推定の重複の問題は残るのである。この問題による対応するために、日本法の父を定めることを目的とする訴え（民法 773 条）のような規定は存在しない。

¹²⁸ Hilt et Granet-Lambrechts, *supra* note101, p.157.

¹²⁹ 本節については、特に Bonnet, *supra* note101, n.22 et s., pp.35 et s., *Juris-Clauser Civil Code. Art.310-3 à 311-2: Fasc. 12 (2014) par Granet-Lambrechts, n.30, p.8, Juris-Clauser Civil Code. Art.318 à 324: Fasc. 28 (2015) par Granet-Lambrechts, n.16 et s., pp.10 et s.*。なお、この問題について、より詳細に検討するものとして、Dionisi-Peyrusse, *La sécurisation de la filiation paternelle par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005*, *Dalloz* 2006, p.612.

¹³⁰ フランスでは、2004 年 5 月 26 日の法律により、再婚禁止期間について定めた 228 条が削除された。妻は、原則として、前婚の解消から 300 日後でなければ再婚できなかった。

¹³¹ 羽生・前掲注 112) 1076 頁。

2 父子関係の重複の可能性

フランスでは、父性推定の重複の問題は、むしろ父子関係の重複の問題の中に包含されて論じられる。

例えば、父性推定の重複の有無にかかわらず、前の夫など他の男性が子を認知し、現在の夫との間の父子関係の衝突が生じるなどの紛争が生じる可能性は十分にある。その場合に適用されることになると考えられる条文は、320 条と 336 条の 1 である。

第一が、親子関係の衝突を回避するための規定であるとも説明される 320 条である。320 条は、「適法に確立される親子関係は、裁判でそれが争われない限り、相容れない他の親子関係の確立を妨げる」と規定する。これは、時系列の原則（*principe chronologique*）と呼ばれ、先に確立された親子関係が優先され、それが裁判で争われない限り、維持されることになる。

先後の判断の基準になるのは、親子関係が確立された日付となる。つまり、出生証書、認知証書、あるいは身分占有が確認される公知証書の日付の先後で決まる。例えば、前婚の夫と現在の夫の父性推定が重複する可能性がある場合、多くの場合は、妻は現在の夫を父とすることを望むと考えられる。そうすると、具体的には、妻の夫による父性推定に基づく現在の夫の氏を記載した出生証書と、前婚の夫による認知証書の日付の先後が問題になろう。前婚の夫は認知により子と父子関係を確立させること考えられるが、既に出生証書が存在する場合、親子関係を争う訴え（^[3]参照）を提起し、現在の夫との父子関係が否定された後でないと、新たな父子関係を確立させることはできないということになる。

もっとも、論理的には、同じ日に 2 つの父子関係が確立される可能性はある。これを避ける確実な方法は明らかではないが、子の出生前に認知することが一つの方法として挙げられる（316 条、認知については、^[1]2（2）参照）¹³²。もっとも、子を出生前に認知することは、妻の夫以外の男性も行うことができる。なぜならば、子の出生の前の段階では、妻が出生届に夫の名を記載するかわからず、推定を排除する可能性もあるからである。このように夫以外の者の認知が出生前に行われた場合、父性推定による父子関係の確立は排除され、夫は認知者である父の父子関係を訴えにより否定した上で、判決により父性推定を回復し、父子関係を確立しなくてはならない（^[2]第 3 節 2 参照）¹³³。

第二に、2009 年法により新設された 336 条の 1 も、この問題の解決に一定程度役に立つものと考えられている。同条は、出生前の父の認知証書における父の情報と、出生届の届出人が伝える父の情報が異なる場合に、身分吏は、出生届の情報を考慮して出生証書を作成する旨を規定する。そのうえで、身分吏は、遅滞なくその旨を共和国検事に通知し、共和国検事は、336 条に基づき父子関係の争いを提起する¹³⁴。336 条は、証書から導き出される徴憑（*indices*）が、親子関係を不確実なものと思わせる場合又は強行規定の回避（*fraude à la loi*）の場合、検察官によって親子関係が争われることを認めている。

¹³² この方法は、2006 年 6 月 30 日の司法省通達（CIV 2006-13 C1/30-06-2006, BO du Ministère de la Justice, n°103）II.2.1.1.a においては否定されている。父子関係は、法律の効果により自動的に確立するというのがその理由である。

¹³³ Dionisi-Peyrusse, *supra note* 129, pp.613-614、齋藤・前掲注 105）158 頁。

¹³⁴ ただし、336 条の 1 は、夫の名を記載した出生届が提出された場合には機能しうるが、母が父の資格で夫を表示しない形での出生の届出をした場合には（313 条、^[2]第 2 節 1 参照）、問題が発覚せず、適用されない（齋藤・前掲注 105）158 頁以下）。

親子関係の重複が生じた場合の解決について定めた 311 条の 12¹³⁵が 2005 年法において削除されていることから、立法者はこのような父子関係の重複のリスクがなくなったと考えていたのではないかと指摘されている¹³⁶。

③ 父子関係を争う訴え

②で紹介した父性推定により確立した父子関係、及び①2で紹介した方法により確立した父子関係は、訴えによってのみ否定することができる。以下で紹介する 3 つの方法は、父子関係のみならず、母子関係の否定のためにも利用することができる。ただ、説明の便宜のため、以下では、争われる親子関係が父子関係である、という前提で説明をする。

利用することができる訴えの方法は、父子関係がどのような形により確立しているかにより異なる。父性推定や認知により確立した父子関係を否定する方法（1、2）と公知証書によって確認された身分占有により確立された父子関係を否定する方法（3）がある。

前二者の訴えで、立証すべき内容は、「夫又は認知を行った者が父でないこと」（332 条 1 項）である。ただし、父が記載されている証書と身分占有（父子関係の社会的事実）が一致しているか否かにより、提訴権者と時効が異なる。これは、親子関係の安定性の要請から、社会的事実が生物学的事実に優越することが要求されるからであるという¹³⁷。

なお、子の出生証書に夫が父としての資格で表示されない場合に父性推定が排除されるという制度（313 条、②第 2 節 1 参照）は、そのような形の出生証書を作成し提出するのが一般的には母である妻であることを考えると、妻に、訴え以外の方法で、夫と子の父子関係を否定する方法を認めていると整理することもできよう。

1 証書と身分占有が合致する場合

この場合、親子関係の安定性が求められるため、提訴権者と時効が厳格化されている。

まず、証書と一致した身分占有が、子の出生時、又は認知時から 5 年間継続している場合は、検察官を除いて、親子関係を争うことはできない（333 条 2 項）。なお、この場合、時効は、原則通り、10 年であるとされる¹³⁸。

身分占有が 5 年未満である場合は、子、父、母、あるいは真実の親と主張する者が訴えを提起することができる。時効は、身分占有が終了した日から 5 年、又は争われる親子関係を有する親が死亡した日から 5 年である（以上、333 条 1 項）。

主張・立証すべきことは、夫又は認知を行った者が父でないことであり、証拠は自由であり、血液鑑定や DNA 鑑定を証拠として用いて、生物学的な証明を行うことも可能であるとされている。

¹³⁵ 旧 311 条の 12「1 項 裁判所は、それについて法律が、他の原則を定めていない親子関係の抵触〔筆者注：重複〕を、すべての証拠方法によって最も確実と思われる親子関係を決定して、解決する。

2 項 裁判所は、心証に十分な資料がない場合には、身分占有を考慮する。」（条文の訳は、法曹会『フランス民法典—家族・相続関係』（法曹会、1978 年）113 頁による。）これは、原則として親子関係の蓋然性を優先させ、補足的に子の身分占有を考慮する基準であると説明される（羽生・前掲注 112）1051 頁）。

¹³⁶ Bonnet, *supra* note 101, n.23, p.36.

¹³⁷ 羽生・前掲注 103）122 頁。

¹³⁸ Aillaud, *Droit des personnes et de la famille*, 9^eéd, Paradigme, 2018, n.526, p.293.

2 証書と身分占有が合致しない場合

証書に合致する身分占有が存在しない場合、提訴権者が拡大され、すべての利害関係人が訴えを提起することができる。時効については、その者について争われている身分を享有し始めた日（子の出生あるいは認知の日）から10年という原則通りであり（334条、321条）、子は成年に達してから10年間行使することができる。

主張・立証すべきことは、1の場合と同じである。

3 公知証書によって確認された身分占有により確立された父子関係を争う場合

公知証書によって確認された身分占有により確立された父子関係（12（3）、2第3節1参照）を争う場合は、すべての利害関係人が、訴えを提起することができる。時効は、公知証書の交付から10年である（335条）。

主張・立証することは、身分占有の事実がないということ、親子関係の効力を奪う身分証書の法的瑕疵である。真実の親子関係がないということを生物学的な証拠により立証することも可能である。

4 終わりに一父性推定への評価・改正の動き

父性推定の制度のみに対する批判ではないが、2004年に、300日とされていた女性の再婚禁止期間（旧228条）が廃止されたことから、女性がすぐに再婚した場合には、父性推定の重複が生じるのではないか、という問題は指摘されている¹³⁹。もっとも、具体的な紛争事案については見つけることができなかった。

父性推定について改正の可能性に言及されることがある。もっとも、父性推定の制度内在的な問題によるものではなく、理論的な視点からの改正の提案である。第一は、平等の考えからの改正の提案である。2005年法により婚内子と婚外子の区別がなくなったにもかかわらず、父性推定が婚姻しているカップルにのみ適用されるということに着目し、親子関係の確立における差別をなくすべきだという考え方である。第二は、2013年に同性婚が容認されたことにより、父性推定が根拠とする婚姻のあり方が変化をしたことから、父性推定についても再検討が必要ではないかという考え方である。その際に提案される方法としては、父性推定を廃止して父子関係は認知により確立とする方法、あるいは父性推定を維持したうえで、同棲カップル等の婚姻外で生まれた子にも父性推定の原則を適用する方法である¹⁴⁰。なお、2014年に、政府の要請のもと、Irène Théryをトップとするワーキンググループが養子制度や出自を知る権利等も含めた親子法制についての改正提案も含む報告書を提出したが、その中には、父性推定についての具体的な改正提案はない¹⁴¹。

¹³⁹ Bonnet, *supra* note101, n.22 et s., pp.35 et s., n.398, p.230.

¹⁴⁰ Bonnet, *supra* note101, E.6, pp.45 et s.は、この2つの可能性を提示する。より詳細には、Bonnet, *Réflexions sur la présomption de paternité du XX I^e siècle dans ses rapports avec le mariage*, Dalloz 2013, p.107.

¹⁴¹ 政府の要求に応じて、親子関係や出自について検討をしたワーキンググループの報告書が存在する（Théry et Leroy, *Filiation, origines, parentalité : Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité, 2014.）。報告書の中には、父性推定についての項目もある。父性推定により、妻の夫が子の生物学上の父であるかを探求する必要がなく、「家庭の平和」が保護されると説明される。父性推定の原則を削除する必要はないが、平等の観点から、同棲をしているカップルやPACS（パクス、民事連帯契約）のカップルにも拡張することは将来的には考えられる

なお、親子関係に関しては、同性婚の容認以降、実親関係のみならず養親子関係についても再検討の必要性が指摘されているところでもある¹⁴²。

【参考】2016 年の実親子関係に関する訴えについての統計 (出典: Référence Statistiques Justice, Année 2016)

	新規受件数	既済数	認容	却下	取下げ	その他	平均期間(月)
①親子関係の確立を求める訴え (①-1、①-2、①-3合計)	3,120	3,049	2,403	133	88	425	8.1
①-1 父子関係の捜索の訴え	1,074	1,073	663	119	76	215	19.7
①-2 生殖補助医療への同意に関する申立て	1,915	1,856	1,666	1	3	186	0.8
①-3 その他の親子関係確立の申立て	131	120	74	13	9	24	16.9
②親子関係を争う訴え (②-1、②-2、②-3合計)	2,137	1,931	1,217	257	111	346	19.5
②-1 父子関係を争う訴え	1,937	1,714	1,031	243	106	334	20.2
②-2 母子関係を争う訴え	38	29	24	1	1	3	20.4
②-3 親子関係を争うその他の訴え	162	188	162	13	4	9	13.2
③その他の親子関係の申立て	203	132	75	38	2	17	10.9
実親子関係合計(①、②、③合計)	5,460	5,112	3,695	428	201	788	12.5

本報告書との関係では、以下の点を指摘することができよう。父性推定の判決による回復が含まれると考えられる、①-3 その他の親子関係確立の申立ての件数は、年間 131 件と少数である。既に確立した父子関係を争う訴え (②-1) が、年間約 1900 件であり、親子関係を争う訴えの約 90%を占めている。また、生殖補助医療を実施することへの同意に関する申立て (①-2) 以外は、平均して、審理に 1 年以上かかっている。

以 上

とも示唆されているが、具体的な改正提案はない (Théry et Leroyer, pp.81 et s.)。

¹⁴² Bonnet, *supra* note 101, p.25 et ss., Malaurie et Fulchiron, *supra* note 101, n.966 et s., pp.544 et s.. 前掲注 141) の報告書も、そのような視点からの改正提案を行っている。

第3部 イングランド法

名古屋大学 金子敬明

第1章 イングランド法における養子制度¹

1 養子制度全般

1 概要

イングランド法では、養子制度としては、未成年者²を対象とするものだけが用意されており、成年養子は一切存在しない。養子命令 (adoption order) という裁判所の裁判によってのみ成立する。養子命令により、法的には子は別の家族へと完全に移植され (total legal transplant モデル)、子は養親から生まれたかのように扱われる、断絶型の制度が採用されている。

養子制度についての制定法は、Adoption and Children Act 1926 を嚆矢とするが、この頃に想定されていたのは、未婚の母が子を出産し、子のない夫婦にもらい受けられるというタイプの、新生児養子であった。もっとも、この第1のタイプは、避妊や中絶の普及と、嫡出でないことに対する社会的なスティグマの減退の結果、今日では件数的に衰えている。その後、離婚法改革とそれに伴う離婚率の増大を背景にして、配偶者の一方が、他方の前婚の子を養子に取るという利用法もみられるようになった。もっとも、今日では、養子に取らなくても継親が子について親責任 (parental responsibility) を取得することが可能となっていることもあり、この第2のタイプも衰えている³。

今日、養子が用いられる場合の多くは、子どもに対する保護の一環として、育成児童⁴ (looked-after children) に永続的な (permanent) 養育環境を与える手段として、養子を用いるというものである。この第3のタイプの養子は、子どもに対する公的保護の手段には里親養育 (foster care) をはじめとしてさまざまなものがある中で、実親との親子関係の切断を伴うという点で最もドラスティックな手段として、位置づけられる。

¹ 本稿の執筆者は、イングランド法の養子制度について何度か調査結果を公表したことがある (「養子制度の利用実態」千葉大学法学論集 25 巻 4 号 (2011) 155-180 頁; 「養子制度」大村敦志ほか編『比較家族法研究』(2012、商事法務) 179-233 頁; 「Freeing order をめぐるイングランド養子法の経験」河上正二＝大澤彩編『人間の尊厳と法の役割 (廣瀬久和先生古稀記念)』(2018、信山社) 289-320 頁)、本章にも、それらの記述の一部を、特に断りなく再掲した箇所がある。

なお、本章において、ACA2002 は Adoption and Children Act 2002 を、AAR2005 は Adoption Agencies Regulations 2005 (SI 2005/389) を、それぞれ示す。

² イングランド法では、1969 年に、成年年齢が 21 歳から 18 歳に引き下げられた。もっとも、18 歳未満であっても、一定の年齢 (16 歳という年齢であることが少なくない) に達すると、一定の行為や決定について成年者と同じ法的能力を有すると扱われることがある。Andrew Bainham/Stephen Gilmore, *Children: the Modern Law* (4th ed., 2013, Jordan), p.3, note 4.

³ 以上について、拙稿・前掲利用実態 177 頁も参照。

⁴ 地方当局 (local authority) がその子について裁判所のケア命令 (care order) を得て親責任を取得している子、および地方当局から 24 時間以上継続的に世話 (accommodation) を受けている子をまとめて、このようにいう (Children Act 1989, s.22(1))。

2 統計

上記の第 3 のタイプについて、イングランドでの統計⁵をみると、育成児童の人数はここ 20 年ほど一貫して増加傾向にあるのに対し（2018 年 3 月 31 日現在で 75420 人）、育成児童から養子に取られた子の人数には、年度によって波がある。2000 年に、Blair 政権のもとで、育成児童から養子に取られる人数を、2004 年度までに 1999 年度比で 40%増やすという数値目標が掲げられた⁶こともあってか、2004 年度に一旦ピークを迎えたが（3770 人）、その後、ゆるやかに減少しつづけて、2010 年度には 3100 人となった。その後、急激な増加傾向に入り、2014 年度には 5360 人となったが、この後再び急減傾向になり、2017 年度には 3820 人にまで落ち込んだ。この急減には、2013 年 9 月に出された *Re B-S* という控訴院判決⁷が寄与しているように思われる。同判決については、本稿でも折に触れて言及する。

また、裁判所（ウェールズを含む）で養子命令が出された子の数の推移をみると、2014 年の 6753 人（年度でみると 6727 人）がピークとなっていたところ、それ以降は同様に低落傾向にあり、2017 年には 5438 人（年度でみると 5305 人）について養子命令が出されている⁸。育成児童から養子に取られるという事例が、現代イングランドでの養子の事例の大半を占めている⁹ことが、この数値からも確認できる。

2 養子機関 (adoption agency)

地方当局 (local authority) は、これから養子となるかもしれない子やその親、養子に取りたい者たち、さらには、養子に取られた者たちやその親らの、養子制度に関するニーズに応えるため、諸サービス (ACA2002, s.3. 総称して adoption service と呼ばれる) を提供する義務を負う。

ACA2002 は、養子に関する一定の機能が、養子機関 (adoption agency) によって担われるべきことを定めている。養子機関とは、上記のサービスの提供主体としての地方当局および、Care Standard Act 2000, Part 2 に基づいて登録された民間の養子団体をさす (ACA2002, s.2(1))。養子機関は、子が養子とされるに相応しいか、養親候補者が養親として相応しいか、そしてマッチ

⁵ Department for Education, *Children looked-after in England (including Adoption), year ending 31 March 2018* (15 Nov 2018), p.1.
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/757922/Children_looked_after_in_England_2018_Text_revised.pdf

⁶ Department of Health, *Adoption: a New Approach* (Dec 2000, Cm 5017), para 4.16.

⁷ *Re B-S (Children)* [2013] EWCA Civ 1146. なお、2013 年 6 月には、最高裁判所で *Re B (A Child) (Care Proceedings: Threshold Criteria)* [2013] UKSC 33 という判決が出されている。同最高裁判決は、養子命令に直接関係する事案ではないが、実親の同意なく子を養子に出すことの許容性について説示しており、*Re B-S* 判決は、同最高裁判決を随所で引用しながら、当該事件の事案（養子命令に対する実親の反対につき裁判所が許可を出すべきかどうか。本文⁵3①参照）に解決を与えるばかりでなく、地方当局の実務において指針とされるべき点を一般的に述べてもいる。

⁸ Ministry of Justice, *Family Court Statistics Quarterly, England and Wales, April to June 2018* (27 Sep 2018), Table 21.
<https://www.gov.uk/government/statistics/family-court-statistics-quarterly-april-to-june-2018> なお、ここでの養子命令の件数には、渉外的要素のあるものも含まれているが (*ibid.*, Table 21, note 2)、この数はマージナルである（拙稿・前掲利用実態 176 頁参照）。

⁹ なお、2017 年の養子命令の対象となった子の人数 5438 人のうち、継親 (step parent) を養親とする件数（本文でいう第 2 のタイプに対応）は 473 人 (8.7%) となっている。また、養子命令時の子の年齢の分布でみると、子が 1 歳未満であった人数（本文でいう第 1 のタイプにおおむね対応する）が 345 人 (6.3%)、1-4 歳が 3165 人 (58.2%)、5-9 歳が 1257 人 (23.1%)、10-14 歳が 417 人 (7.7%)、15-17 歳が 198 人 (3.6%)、18 歳または不明が 56 人 (0.1%) となっている。 *ibid.*, Table 21.

ングが適切であるかを判断する役割を担う。

育成児童が養子に取られるという、現代イングランドにおける養子の主たる利用法を想定した場合に、養子機関として登場するのは、ほとんどの場合において、民間の養子団体ではなく、地方当局であるとみてよい。養子託置 (placement for adoption¹⁰、4で後述する) を、実親の反対にもかかわらず、placement order による裁判所のオーソライズを得たうえで強制的に行うことができる養子機関は、地方当局だけであり (ACA2002, s.21(1))、民間の養子団体には認められていない。

養子機関は、1 ないし複数の養子委員会 (adoption panel) を備えるべきこととされている (AAR2005, reg.3)。養子委員会は、当該養子機関から独立した委員長、最低でも 3 年間の実務経験を有する登録ソーシャルワーカー、当該養子機関のスタッフ、当該養子機関の医療顧問 (medical advisor) などから構成される (AAR2005, reg.3)。養子委員会の任務は、養親になることを希望する者についての適格認定や具体的なマッチングの適否をはじめとする、養子に関するさまざまな決定について、養子機関に勧告を行うことにある。もっとも、最終的な意思決定は、当該養子機関の決定権限者がすることになっている。

3 養子となる者、養親となる者に関する要件

1 養子となる者の要件

養子となる者は、養子命令の時点で 18 歳かそれ未満であり、婚姻 (civil partnership を含む) をしていない者に限られる。また、養子命令の申立て時に 18 歳未満でなければならない (ACA2002, s.49)。既に養子になっている者をさらに養子とすることも可能である (ACA2002, s.46(5))。

2 養親となる者の要件

カップルであるか、1 人の者のいずれかが、養親となることができる¹¹ (ACA2002, s.49)。

カップルとは、婚姻カップル (同性カップルも婚姻することができる) か、civil partnership の関係にある者たち (制度上、必ず同性カップルである) か、持続的な家族関係にあるパートナーたち (同性カップルも異性カップルもある) のいずれかを指す (ACA2002, s.144(4))。原則として、カップルの両方とも養子命令時に 21 歳以上でなければならないが、カップルの一方の実子を養子に取る場合に限り、当該一方は 18 歳に達していればよい (他方は 21 歳以上でなければならない) (ACA2002, s.50)。

1 人の者が養親になる場合には、その者は 21 歳以上でなければならない。1 人の者としては、婚姻 (civil partnership を含む) をしていない者のほか、継親も含まれる。子の実親の一方が、他方の親たる地位を失わせるために、当該子を養子に取ることも、ごく例外的な状況では認められうる。また、婚姻 (civil partnership を含む) をしている者であっても、他方の配偶者 (partner

¹⁰ placement とは、文字通りには場所を与えてやること一般を意味するが、養子託置 (placement for adoption) には、本文4で後述するように、テクニカルに重要な意義を与えられている。

¹¹ 養子命令の対象となった子の人数に関する統計 (前掲注 8) 参照) によると、2017 年の数値で、養親が異性カップル (婚姻しているかどうかを問わない) である場合が 3455 人と過半数を占めているが、同性カップルである場合も 586 人あり、また養親が 1 人である場合 (継親である場合を含まない) も 904 人で、いずれも決して無視できない数字ではない。

含む)に、行方不明である、別居しておりその別居が持続することが見込まれる、または病気のために養子命令の申立てができない、といった事情があれば、単独で養親となることができる(ACA2002, s.51)。

3 養親と養子との年齢差

養親と養子との年齢差に関する要件は存在しない。

4 養子機関の役割(付・養子の標準的なプロセス¹²⁾)

養子機関は、子について養子に出すという選択肢を検討する場合には、子のケースファイルを用意して、関連する情報をそこに収集しておく義務がある(AAR2005, reg.12)。また、子やその実親等に対して、合理的に実行可能な限りにおいて、カウンセリングを行い、彼らの意向を確かめる義務を負う¹³(AAR2005, regs.13,14)。さらに、子に関して所定の情報を収集し、子に医学的な検査を受けさせ、また合理的に可能な限りにおいて子の家族についての情報(その健康状態も含む)を集める義務を負う(AAR2005, regs.15,16)。これらの情報をまとめて Child Permanence Report という文書が作成される(AAR2005, reg.17)。Child Permanence Report は、養子委員会においてその子が養子に出されるべきかどうかを議論する際の土台となるほか¹⁴、養親候補者が子を「選ぶ」際の主たる情報源となる。

養子機関は、養親になりたいという者についても同様に、カウンセリングを提供し、ケースファイルを用意して諸情報(逮捕歴なども含まれる)を収集し、Prospective Adopter's Report という文書を作成する(AAR2005, regs.21-25)。これが、養子委員会がその者に養親となる適性があるかを議論する際の土台となる(もっとも、最終的には養子機関の決定権限者が決定する)。適性がないと判断される場合には、その決定は理由付の書面で通知される必要があり、不服があれば再審査委員会で処理される(ACA2002, s.12)。

さらに、養子機関は、子と養親候補者とをマッチングする際には、候補を複数選定した上で、比較検討し、1つのオプションに絞り込んだうえで¹⁵、Adoption Placement Report を作成する。これには、養子機関がその判断に至った理由や、そのマッチングを打診された養親候補者の所見などが記載される。養子委員会では、Adoption Placement Report のほか、前述の Child Permanence Report や Prospective Adopter's Report をもとにして、当該マッチングについての

¹² Stephen Gilmore/Lisa Glennon, *Hayes and Williams' Family Law* (6th ed., 2018, OUP), p.716, 719-720; Jonathan Herring/Rebecca Probert/Stephen Gilmore, *Great Debates in Family Law* (2nd ed., 2015, Palgrave), p.141-142; Jenifer Lord (with Mary Lucking), *The Adoption Process in England: a Guide for Children's Social Workers* (2nd ed., 2016, CoramBAAF).

¹³ 子を養子に出すことに関連する決定の際に、その決定について子が有する確定可能な希望や感情を、子の年齢や理解力を勘案しつつ考慮することは、制定法上、裁判所の義務であるばかりでなく、養子機関の義務でもある(ACA2002, s.1(1), 1(4)(a))。

¹⁴ ただし、この議論は、養子託置をすることについての実親等の同意が取れている場合に限り、養子委員会において行われる。裁判所の placement order に基づいて養子託置をする必要がありそうな事例では、養子委員会の勧告が求められることなく、養子機関の決定権限者が直接、その子が養子託置をすべき子であることを決定し、placement order の申立てをする。placement order により養子託置のオーソライズが得られた後に、本文ですぐ後に述べる具体的なマッチングを決定する際には、養子委員会の勧告を必ず経ることになる。以上につき、Department for Education, *Statutory Guidance on Adoption* (July 2013), paras 1.19-1.21. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/270100/adoption_statutory_guidance_2013.pdf

¹⁵ *Statutory Guidance*, paras 4.21-4.22.

勧告を行う。

勧告が養子機関の決定権限者によって承認されると、その決定が当該養親候補者に知らされる。具体的な養子託置のための取り決めを定めた **Adoption Placement Plan** という文書が作成され、養子託置の実行に向けて関係者間でのミーティングが行われる。こうして、子が養親候補者に引き渡され¹⁶、養子託置が開始される。養子託置がうまくいく場合には、裁判所に養子命令の申立てをし、それが審理される。

養子託置や、それ以降の段階では、「法的」な問題が比較的多く出てくるので、以下で項を改めて説明する。

4 養子託置 (placement for adoption)

1 養子託置をする権限の取得

養子機関が養子託置をする権限を得る方法としては、①実親等の養子託置同意 (consent to a child being placed for adoption) を得る場合¹⁷と、②**placement order** という裁判所の裁判を得る場合の2通りがある。①を同意ルート (consensual route) と、②を裁判ルート (placement order route) と呼ぶことにする。**2**で先述したように、②は地方当局のみが申し立てることができる。

養子機関は、実際に養子託置をする際には、その子について養子託置がなされるべきであることを確認しなければならない (ACA2002, s.18(2))。これは具体的には、**3**4で先述したように、(同意ルートの場合には養子委員会による勧告を経たうえで) 養子機関の決定権限者が、その子が養子託置されるべき子であることを決定する手順を踏むことを意味する。

① 同意ルートの場合、養子機関は、実親等から必要な養子託置同意 (特定の養親候補者に限定した形で与えられることもあれば、養子機関が選定する養親候補者一般という形で与えられることもある) が得られたことを確認したときに、その子につき養子託置をする権限を得る¹⁸ (ACA2002, s.19(1))。この権限は、養子託置同意が撤回されれば失われる (ACA2002, s.19(1))。ただし、実親等による子の取戻しについて、以下の**4**2②も参照)。

養子託置同意が求められるべき実親等とは、親責任を有する親 (ACA2002, s.52(6)) または後見人 (guardian) である。養子託置同意は、規則が定める一定の様式の書面によって行われなければならない (ACA2002, s.52(7))。子の実母の養子託置同意に基づいて養子託置がされたところ、その後になって他方の親が親責任を取得した場合、当該他方の親は、養子託置時において母親の養子託置同意と同じ条件の同意をしていたものと扱われる¹⁹²⁰ (ACA2002, s.52(9)(10))。

¹⁶ もっとも、養親候補者にすでに里親等の資格において子が引き渡されていた場合には (ACA2002, s.18(1)(b))、資格が切り替わるだけであり、現実の引渡しを行うことはない。

¹⁷ ただし、出生したばかりの子について養子機関が養子託置をすることは、以下の本文で述べる正規の養子託置同意がなくても、カウンセリングの後に、書面で所定の同意を得ることにより、可能である (その書式も含め、*Statutory Guidance*, paras 2.90-2.94)。もっとも、この場合には、子が出生後 6 週間を経過した後に、正規の同意を得る必要がある。

¹⁸ なお、実親が養子託置同意を与えている場合でも、その子についてケア命令 (care order) が出されていれば、地方当局は **placement order** を申し立ててもよい (ACA2002, s.22(3))。実親が養子託置同意を撤回する可能性がある場合などに、このやり方が利用される (*Statutory Guidance*, para 8.3)。

¹⁹ その後にこの同意を撤回することは可能であるが、その場合に子の取戻しができるかについては、本文**4**2②で後述するところを参照。

²⁰ この点に関連して、出産した母が、父や、母の家族に、子を出産したという事情を知らせることなく養子に出すことを希望した際に、母のそのような希望を養子機関がどれほど尊重すべきかという点について、議論がある。*Re L (Adoption: Contacting Natural Father)* [2007] EWHC 1771 (Fam)は、当該事案のもとで、母の希望を尊

なお、養子託置同意と同時ないしそれ以降に、将来に養子命令が出されることについて先に同意しておく (advance consent) こともできる (ACA2002, s.20(1))。

実親等が養子託置同意をしようとする際には、養子機関は、CAFCASS²¹に対し、同意の証人となる職員 1 名を指名するよう求めなくてはならない (AAR2005, reg.20)。この職員は、結果を完全に理解した上で無条件に同意がなされたこと (ACA2002, s.52(5)) を確認する責務を負う。もっとも、実親の同意の完全性を実質的に確保することは、養子機関の任務である²²。養子機関は、合理的に実行可能な範囲において、子および実親に対し、養子のプロセスや法的意味を説明するのはもちろんのこと、カウンセリングを提供する義務も負うことは、34 で先述した通りである。

養子託置同意は、養子命令が出されることに対する同意とはあくまで別のものである。しかし実際には、42 で述べるように、養子託置同意があると養子機関は子を養子託置に出す権限を取得し、その権限に基づいて実際に養子託置がされると、マッチングがうまくいった場合に、養子命令が出されることを実親等が止めることは非常に難しい。この点において、養子託置同意をすることは、實際上、養子命令が出されることについての同意と非常に近いといえる。

② 裁判ルートの場合、placement order が下されると、地方当局はその子につき、その地方当局が選定する養親候補者に養子託置する権限を得る (ACA2002, s.21(1))。特定の養親候補者を想定した placement order を下すことはできない。

placement order は、子に親も後見人もいない場合を除くと、ケア命令 (care order) が発令されているか、その発令要件 (子が重大な害 [significant harm] を現に受けているか、受けるおそれがあると見込まれること等) が満たされていない限り、下されない²³ (ACA2002, s.21(2))。また、同意が求められるべき実親等が養子託置同意をしている場合²⁴と、行方不明ないし同意をする能力がない場合とを除くと、子の福祉が、その同意が免除されることを要請する (require) 場合である場合に限り、下される (ACA2002, ss.21(3), 52(1))。

「子の福祉がその同意が免除されることを要請する場合」という要件について、具体的にどのような判断をすればよいのか。

重し、養子機関 (この事例では地方当局) は父を特定したり母の家族に諮ったりするためのそれ以上の措置を取らなくてよいとした。さらに、父が特定された場合に、子が養子に取られるための手続が進んでいることをその父に知らせるべきか (知らせないことが正当化されるのはどういう場合か)、さらには、父母ともその家族に子の出生事実を隠したい場合に、養子機関は、当該父母の親類内で子を養育できる可能性があるかどうかについての調査をする義務が必ずあるか、についても、いくつかの裁判例がある。Hayes and Williams' Family Law, p.720-725; Great Debates, p.138-140.

²¹ CAFCASS (Children and Family Court Advisory and Support Service) とは、家族関係訴訟において、子について報告書を作成し、子を代理する役割をもっていた、3つの組織を統合して 2001 年に発足した、政府外公共機関 (non-departmental public body) である (Nigel Lowe/Gillian Douglas, *Bromley's Family Law* (11th ed., 2015, OUP), p.452-453)。許末恵「英国における子どもの手続上の代理」青山法学論集 50 巻 4 号 (2009) 57 頁以下も参照。

²² Cafcass/ADCS, *Good Practice Guidance for Adoption Agencies and Cafcass: Children Relinquished for Adoption*, para 3.4. <https://www.cafcass.gov.uk/grown-ups/parents-and-carers/resources-parents-carers/>

²³ 実際には、placement order の申立ては、ケア命令の申立てと同時に、ケア命令の手続中になされることが多い (*Statutory Guidance*, para 8.6)。このような並行した申立てが推奨される理由は、placement order が効力をもつあいだは、ケア命令は効力をもたないものの、placement order が取り消された場合にはケア命令が効力をもつことになるからである (*ibid*, para 8.15)。

²⁴ この場合には、養子託置同意があることによって養子機関は養子託置をする権限を得るので、placement order を申し立てる必要はない。しかし注 18) で先述したように、養子託置同意が撤回される恐れがあるようなときは、placement order を申し立ててもよい。

まず、「子の福祉」とは、その子の生涯にわたる (throughout his life) 福祉を意味する (ACA2002, s.1(2))。子の生涯を通じての福祉は、裁判所や養子機関が判断をする際の至高の考慮要素 (paramount consideration) である (ACA2002, s.1(2))。子の福祉を検討する際の考慮要因は、以下のチェックリスト (welfare checklist) に定められている (ACA2002 s.1(4))。

- (a) 子の希望、感情
- (b) 子のニーズ
- (c) 養子に取られることが子に対し生涯のあいだにもたらすであろう効果
- (d) 子の年齢・性別・バックグラウンドその他関連すると考えられる特質
- (e) 子が受けたか、受ける可能性のある害 (harm)
- (f) 親類 (relatives) ²⁵その他の者がその子とのあいだに持っている関係や、彼らの意向

また、「要請する (require)」という文言の意味については、次のように説かれている。すなわち、裁判所は、養子命令の申立てに対し、出す権限を有するその他の種類の命令も考慮に入れ、養子命令を出すことが、いかなる命令も出さないことやその他の種類の命令を出すことよりも、子の福祉という観点からより望ましいと考えるときにのみ、養子命令を出すべきであるとされている (ACA2002, s.1(6))。したがって、「要請する」という文言を理解するにあたっては、他の選択肢ではなく養子に出すという最もドラスティックな介入を、実親等の同意なしに、することが要請される、というここでの文脈をふまえる必要があり、単に養子に出すことが望ましいとか合理的であるというだけでは足りない²⁶。

もっとも、「要請する」という文言にそのような強い意味を読み込むとしても、最もドラスティックな介入であるという性質上、実親等の同意を免除することが子の福祉のみによって正当化されるべきではないという批判も有力である²⁷。¹で言及した *Re B-S* 判決は、養子は最後の手段 (the last resort) であること、他のいかなる手段でもうまくいかないであろう (nothing else will do) 場合にのみ許容されるべきことを、直截な物言いで強調し、実務に養子の検討を躊躇させるという結果を招いた²⁸。また、これとは少し異なった視点からの問題提起であるが、実親等の同意が免除されてよいかを最終段階(養子命令を出す段階)よりも前に処理しようという placement order の性質上、致し方ないこととはいえ、養親候補者が具体的に決まっていない状態で placement order の可否を判断することが難しいという問題も、指摘されている²⁹。

最後に、placement order の利用頻度に触れておく。placement order の認容件数をみると、2012 年および 2013 年にはいずれも 6000 件を超えたが、2014 年に急落し (4301 件)、その後微増傾向にあつて³⁰、2017 年には 4673 件となっている。placement order は実親等の同意がない場合にしか使われないというわけではないし、また placement order が出された子について必ず養子命令にまで至るというわけでもないが、それでも、¹2 で先述した養子命令の件数との対比

²⁵ これには実父母も含まれる (ACA2002, s.1(8)(b))。

²⁶ *Re P (Placement Orders: Parental Consent)* [2008] EWCA Civ 535.

²⁷ *Great Debates*, p.144. ACA2002 に至る前の立法提案について、拙稿・前掲 freeing order 303-309 頁も参照。

²⁸ Judith Masson, “Disruptive Judgments” (2017) 29 *Child and Family Law Quarterly* 401 at 410-417.

²⁹ *Great Debates*, p.143.

³⁰ *Re B-S* 判決が結果的にもたらした実務の混乱に対しては懸念が示され、その後のいくつかの控訴院裁判例では、同判決の判示についての実務の「誤解 (misunderstanding)」を解くことを目的とした判示がされている (Masson, *Disruptive Judgments*, at 417-420)。最近の微増傾向には、「誤解」がこのようにして次第に解消されてきたことも影響しているのではないかとも思われる。

において考えた場合に、**placement order** はかなり頻繁に利用されているといつてよいと思われる。

2 養子託置の効果

養子機関が、養子託置についての権限を得ることや、その権限の行使として現に養子託置することによって、次のような重大な効果が発生する。

① 養子機関が養子託置をする権限を得ると、当該養子機関はその子について親責任を取得する (ACA2002, s.25(2))。さらに、養子託置が養親候補者に現になされているあいだは、当該養親候補者も親責任を取得する (ACA2002, s.25(3))。このような親責任の付与は、養子機関が関与する事例 (養子託置がなされた事例) においてのみ、生じる。

なお、養子機関は、実親や養親候補者のもつ親責任がどの程度制限されるべきかを決定することができる (ACA2002, s.25(4))。

② 同意ルートにおいて³¹、養子機関が養子託置をする権限を得て、実際にも養子託置が実行されても、その後に親が養子託置同意を撤回 (withdrawal) すること自体は、原則としていつでも可能である。しかし、次のような制約がある。

第1に、養子託置同意の撤回が、養子命令申立ての後になされても、その撤回は効力を生じない (ACA2002, s.52(4))。そして、養子機関により養子託置がされた子については、52 (1) で後述するように、試験養育期間は最低限で10週間とされているので (ACA2002, s.42(2))、養子託置同意後、そう時間が経たないうちに養子命令の申立てがされる (そのため、もはや養子託置同意の撤回ができない) という事態も、それなりに起こりうる。

第2に、養子命令の申立て前であれば、養子託置同意の撤回は有効である。この場合に、養子機関は撤回があった旨を、託置先の養親候補者に伝え、そしてそれを聞いた養親候補者は、聞いてから14日以内に養子機関にその子を返すべき³²、というのが原則である (ACA2002, s.32(2))。しかし、その子について **placement order** の申立てがなされ、かつその裁判手続が終結しないあいだは、この原則はあてはまらない³³ (ACA2002, s.32(1))。そして、**placement order** を申し立てる義務が地方当局に課される場合が2つ規定されている³⁴。かくして、その2つの場合には、地方当局が同義務に基づいて上記の14日以内に **placement order** の申立てをすれば、裁判所による別段の指示がない限り、**placement order** 事件の手続が終結するまでは、実親に子が返され

³¹ なお、裁判ルートの場合には、実親が子を取り戻すためには、**placement order** が取り消される (revoked) ことが前提として必要であり、かつ、取消しの裁判において、子が実親により引き取られるべきであると判断される必要もある (ACA2002, s.34(4))。

³² 養子機関に子が返されると、養子機関から直ちに実親へと子が返されなければならない (ACA2002, s.34(4))。

³³ *Bromley's Family Law*, p.700 n.165.

³⁴ すなわち、ACA2002, s.22(1)は、①子が当該地方当局によって養子託置に出されているか、当該地方当局によって世話 (accommodation) を与えられている、②その子について養子託置をする権限のある養子機関がない、③その子について実親がいないか、当該地方当局が当該子につき、ケア命令 (care order) の発令要件 (子が重大な害 [significant harm] を現に受けているか、受けるおそれがあると見込まれること等) が満たされていると考えている、の3要件がすべて揃い、かつ、当該地方当局がその子は養子託置に出されるべきであることを確認したとき (ACA2002, s.18(2)) に、当該地方当局は **placement order** を申し立てる義務を負うと規定している。また、ACA2002, s.22(2)は、①当該子についてケア命令が出されるような申立てが裁判所になされ、その裁判手続がまだ終結していない、②当該子についてケア命令が出されており、かつそのケア命令により親責任を有する地方当局が、当該子について養子託置をする権限をもたない、の2つのいずれかであり、かつ、当該地方当局がその子は養子に出されるべきであることを確認したとき (ACA2002, s.18(2)) にも、当該地方当局は **placement order** を申し立てる義務を負うと規定している。

ることにはならないのである³⁵。

③ 養子命令を裁判所が出すことのできる場合の1つとして、次のような規定が設けられている。すなわち、(a)その者を養親とする養子命令の申立てがされているところの養親候補者に、養子機関が養子託置をしている、(b)その子についての養子託置が、養子託置同意または **placement order** に基づいてなされたものであった、の2つの要件が満たされていれば、実親が裁判所の許可 (leave) を得たうえで養子命令に反対するのではない限り、裁判所は養子命令を出すことができる (ACA2002, s.47(4)(5))。しかも、この許可は、養子託置同意または **placement order** の時から、状況の変化 (a change in circumstances) があつたと裁判所が認めない限り、得られない (ACA2002, s.47(7))。この規定の結果として、正規に (つまり、養子託置同意か **placement order** に基づいて)、養子機関から養親候補者に対し養子託置がひとたびなされると、その養子託置が継続している (当該養親候補者がその子を現に養育している状況が継続している) 限り、当該養親候補者のための養子命令が出されることを実親が阻止しようと思っても、それはかなり難しい、という仕組みになっている。

5 養子命令 (adoption order)

1 申立ての手続

養子命令の申立人となるのは、養親候補者である (ACA2002, s.49(1))。申立てをいつするかは、一応は養親候補者が決めるべき事柄であるが、養子機関を通じて養子託置を受けた事例においては、現実には、養子機関と密接な連携のもとになされる³⁶。実際、養親候補者が養子命令申立ての書類に記入するためにも、養子機関が保有している情報が必要となることがあるほか³⁷、以下にみるように、養子命令の申立てがされると、養子機関は裁判所が定めるスケジュールにしたがって報告書を提出する必要がある。

2 申立ての前提要件

(1) 試験養育期間

養子命令が発令される要件として、次のとおり、一定の期間、養親候補者が子とともに生活し、申立人と子が家で一緒にいるのを見る機会が十分にあったことが必要である (ACA2002, s.42)。

(i) 養子機関による養子託置がされた場合、または実の親が自分の子を養子とする場合には、養親候補者 (カップルが申し立てる場合には少なくともその一方) と子は、申立て前に最低限 10 週間は、常時住居を共にしていなければならない。

(ii) 連れ子養子の場合には、上記の期間は 6 ヶ月間となる。

³⁵ Caroline Bridge/Heather Swindells, *Adoption: the Modern Law* (2003, Jordan), paras 9.17, 9.106, 9.108; *Statutory Guidance*, para 8.4. また、Helen Carr/David Goosey, *Law for Social Workers* (14th ed., 2017, OUP), p.338 は、「もし子を実親に返すことを妨げたいと養子機関が思うのならば、当該養子機関は **placement order** を申し立てなければならない。このときに、**placement order** が拒絶され、かつ実親が自分に子が返されるべきことを希望する場合には、**placement order** を拒絶した裁判所が、その子がいつ返されるべきかを決める」と述べる。なお、ACA2002, s.19(4)は、同意ルートによってひとたび子が養親候補者に養子託置された場合には、その後実親の同意が有効に撤回されても、その子が当該養親候補者のもとにいる限り、その子は ACA2002 にいう「s.19 に基づいて養子託置された子」に該当する (その結果、たとえば、養子機関や当該養親候補者も引き続き親責任を有することになる) と規定している。

³⁶ *Statutory Guidance*, para 8.91.

³⁷ *Adoption Process*, p.119.

(iii) 地方当局里親 (local authority foster parents) が里子について、養子託置の手順を踏むことなしにいきなり養子命令を申し立てることも可能であり、この場合には、上記の期間は1年間となる。

(iv) それ以外のケース (親戚を養子に取るようなケースや、私的に里親養育している者が申し立てるケースが考えられる³⁸⁾ では、申立て前の5年間のうち少なくとも3年間 (継続した3年間でなくてもよい) は、養親候補者と子は住居を共にしていなければならない。

なお、(iii)と(iv)の場合は、裁判所が許可をすれば、上記の試験養育期間の要件が満たされていなくても、養子命令の申立てが可能である (ACA2002, s.42(6))。

(2) 養子機関による報告書の作成等

養子機関による養子託置がされた事例においては、養子機関は報告書を作成し、裁判所に提出しなければならない (ACA2002, s.43)。報告書の構成は定められており³⁹⁾、それによると、まず子や実方に関する情報として、子の健康状態、子自身やその親の意向・感情、当該養子機関がその子や実方について取ってきた措置、次に養親候補者に関する情報として、その健康状態や意向・感情、当該養子機関と当該候補者とのこれまでの関わり合い、さらに、なされた養子託置の詳細、最後に、養子機関が、子に対する措置として、現実的に考えうる他の選択肢も考慮し、それぞれについて予想される長所・短所をエビデンスに基づいて挙げた上で⁴⁰⁾、他の選択肢との比較において養子が望ましいと考える理由を記載する。

なお、養子託置の手順を経なかったケースにおいては、養子命令の申立てをしようとする者は、養子命令の申立てをするつもりであることを適切な地方当局に通知しなければならない。通知された地方当局は、事案を調査し、申立人が養親として適格かなどの情報を含む報告書を作成し、裁判所に提出しなければならない (ACA2002, s.44)。

3 申立てが認められる要件

年齢などの形式的な要件はすでに[3]で見たとおりである。ここでは、実親等の同意に関する要件を見ていく。

① 養子機関が実親等の養子託置同意または裁判所の **placement order** に基づいて養子託置を現にしており、その託置を受けた養親候補者が養子命令を申し立てている場合には、[4]2③で先述したように、実親が裁判所の許可 (**leave**) を得たうえで養子命令に反対するのではない限り、裁判所は養子命令を出すことができ (ACA2002, s.47(4)(5))、この裁判所の許可は、実親等による養子託置同意の時または **placement order** の時から、状況の変化 (**a change in circumstances**) があつたと裁判所が認めない限り、出されない。

② ①の場合を除外すると、養子命令が出されることに対する同意 (以下では「養子命令同意」

³⁸⁾ *Statutory Guidance*, para 8.45. なお、養子のアレンジメントを、認可された養子機関以外の者が私的に行うこと (**private arrangement**) は、刑事罰を伴う形で厳格に規制されているが (ACA2002, ss.92-97,123,124)、養親候補者が、子の実親、親類 (**relative**: 定義につき ACA2002, s.144(1)参照)、後見人または実親のパートナーであるという場合のために、例外も規定されている (ACA2002, s.92(4))。なお、このような規制への違反があつても、養子命令を下すことが子の最善の利益に適うことを理由に、裁判所が養子命令を下すことは可能であるというのが、ACA2002 以前の裁判例の態度であつたが、ACA2002 のもとでもそうであるのかは定かでない (*Bromley's Family Law*, p.728-729)。

³⁹⁾ Ministry of Justice, *Family Procedure Rules 2010*, Practice Direction 14C, Annex A.

⁴⁰⁾ *Re B-S* [2013] EWCA Civ 1146, paras [38]-[40].

という) が、実親等によってなされるか、あるいはその同意を裁判所が不要であると判断するか
のいずれかが、必要である (ACA2002, s.47(2)(a), (2)(c))。誰の同意が求められるのかについて
は、**[4]** 1 ①で先述した養子託置同意の場合と同じである。出産から 6 週間以内に母親によってさ
れた、出産した子についての養子命令同意は、無効である (ACA2002, s.52(3))。なお、子自身
の同意は、それ自体としては要件とされない⁴¹。

養子命令同意は、無条件に、それがどのような効果を持つのかにつき完全に理解した上で、な
されなければならない (ACA2002, s.52(5))。同意書の様式が存在するが、養子命令同意の際に
それを用いられることは必要ではない (ACA2002, s.52(7))。養子命令同意は、特定された者が
養親になることについてのみの同意のこともあれば、養親が誰であれ養子に出すことについての
同意のこともある。

同意が不要であると判断される場合とはどのような場合であるかについては、placement order
の場合と同じく ACA2002, s.52(1)が適用されるので、**[4]** 1 ②で placement order について述べた
ところを参照。

[6] 養子命令の効果

1 養子の法的地位

養子命令が出されると、養親には子について親責任が与えられ、反面で、養親となった者以外
の者らが養子命令の直前に有していた親責任はすべて消滅する (ACA2002, s.46(1), 46(2)(a))。

また、養子となった子は、養子命令の時から、養親のもとに生まれた嫡出子であり、養親がカ
ップルである場合には、そのカップルから生まれた子であるかのように、法的には取り扱われる⁴²
(ACA2002, s.67(5))。無遺言相続をする資格は、実親とのあいだにはなくなる。実親は、養子
に取られた子を扶養する義務をもはや負わない⁴³。

ただし、例外として、近親婚 (civil partnership も含む) や近親相姦との関係では、実の親子
関係が基準となる (ACA2002, s.74(1))。

2 養子に関する情報

(1) Adopted Children Register

Registrar General は、Adopted Children Register を備える義務を負う。養子命令は、所定の
方式で Adopted Children Register に記入することを Registrar General に命じる項を含む
(ACA2002, Sch.1, para 1(1))。こうして、子のもともとの出生記録は、Adopted Children
Register への記入の公証された写しに差し替えられ、もともとの出生記録には「養子(Adopted)」
というマークが記入される。追跡可能なように、両者は関連付けられる (ACA2002, s.79(1))。
この関連付けの情報は、ACA2002, s.79 に基づいてのみ、Registrar General によって開示され
る。

⁴¹ 12 歳以上の子については、子が同意をするか、同意をする能力を欠く場合を除いて、養子命令を発令すべきで
ないという案も、一時期検討されたことがある。しかし、養子に出るという決断について子に責任を負わせるも
のであるという批判もあって、ACA2002 では採用されなかった (*Bromley's Family Law*, p.712)。

⁴² 養親となったのが、子の実親のパートナー (継親) だけである場合には、当該実親と養親とのあいだの子であ
るかのように扱われる (ACA2002, s.67(3)(a))。

⁴³ *Bromley's Family Law*, p.726.

Adopted Children Register への記入事項の証明書としては、簡略版と完全版とがある。簡略版は、通常の（養子に取られていない）者の出生証明書と全く同様の体裁であり（題名も「出生証明書」と記載される）、養子に取られたという事実には一切言及がなく、名前、性別、出生日、出生地しか記載されない。完全版（「記入〔Entry〕の謄本」という題名になっている）はパスポート申請や婚姻の際に必要となるものであり、いつ養子命令が出されたかや、養親が誰であるか（「養親」と明記される）も記載される⁴⁴。完全版の発行を申請するには、養子に取られた日がいっつであるか等の情報を、申請書に記入しなければならない⁴⁵。

（２）養子になった子が実親などについての情報を得る手段

養子に取られた子は、18 歳に達すると、該当の養子機関から、出生の記録を取得するのに必要となる情報を提供するように求める権利をもつ（ACA2002, s.60. ただし、裁判所命令で別段の定めがされることがある）。この情報が提供される前に、カウンセリングサービスが受けられるという情報提供を申請者は受けなければならない（ACA2002, s.63; Disclosure of Adoption Information (Post-Commencement Adoptions) Regulations 2005, reg.16）。養子機関は、所定の情報を、最低限でも 100 年間、安全に保管する義務を負う。

（３）Adoption Contact Register

養子に取られた子と、その実の家族との間の交流が可能なようにすべく、Registrar General は、Adoption Contact Register を備える義務を負う（ACA2002, s.80）。これは、養子に取られた者と、その実親その他の親類の両者が、そう望むのであれば、交流ができるようにするためのものである。第 1 部には、18 歳以上になった養子であって、もともとの出生証明書を取得済で、実親家族との交流を望む者の名前や住所が記入される。第 2 部には、養子に出された子との交流を望む実親やその家族（こちらも 18 歳以上でなければならない）についての情報が記入される（ACA2002, s.80）。なお、交流を望む場合だけでなく、望まない場合も、その旨を登録することができる。

3 養子命令後の実方との交流（post-adoption contact）

養子についての考え方が closed adoption から open adoption へと移行する中で、養子命令後も実方との交流が維持されるべきかについて、議論がある。少なからぬ事例で何らかの形での交流が行われているともいわれるが⁴⁶、養親が嫌がっている場合に法的に強制すべき問題ではないという議論が大勢を占めているのではないと思われる。

⁴⁴ General Register Office, *The Adopted Children Register—Note for Parents*

(https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/653620/ACR_NP1_nov_17.pdf) に、養子命令が出た後の身分登録に関する養親向けガイドがあり、証明書の見本も掲載されていて、有用である。

⁴⁵ General Register Office, *Adoption Certificate Application Form*.

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/236834/Adoption_Sept_2013.pdf

⁴⁶ *Great Debates*, p.149 は、養子の 70% は実方と何らかの交流（contact）を維持しているという調査の結果を紹介するが、その調査の報告書を参照することはできなかった。いずれにしても、ここでいう交流には、letterbox contact（手紙を直接ではなく仲介者を通じてやりとりする）も含まれると思われる。Elsbeth Neil, “Rethinking adoption and birth family contact: is there a role for the law?” [2018] *Family Law* 1178 at 1179 は、letterbox contact の取り決めは早晩機能しなくなる傾向にある、また、直接に会うという交流（face-to-face contact）は少なく、あるとすれば子の兄弟姉妹とのあいだでなされる場合が多い（兄弟姉妹も、地方当局のケア下にあったり、別の養親の養子になっていたりすることもしばしばである）、という調査結果を紹介している。

裁判所は、養子命令を出す前に、交流についての取り決めをすべきかどうかを検討する義務があり (ACA2002, s.46(6))、交流について命じ、あるいは禁じる権限を有する (ACA2002, s.51A)。裁判例は、その事案次第であるという留保を付するものの、一般的に言えば、養親の反対にもかかわらず交流を命ずることは極めて例外的であるという立場をとっている⁴⁷⁴⁸。

7 養子命令の取消し

養子命令の取消しは、養子命令に至るプロセスに顕著にイレギュラーな点がある場合に限って、ごく例外的に認められるというのが裁判例の態度である⁴⁹。なお、31で先述したように、養子に取られた子をさらに養子にすることも可能である。

ある研究によると、養子命令から12年のあいだに養子と養親との関係が破綻 (disruption) する率は100件中およそ3件である⁵⁰。破綻事例における子の年齢は、多くの場合に、11歳から16歳のあいだである⁵¹。破綻後に子がどういう生活をするようになるのかについては、明確な調査結果を見出せなかったが、地方当局の育成児童 (looked-after children) となって、地方当局から世話 (accommodation) を与えられたり、里親養育 (foster care) に服したりすることが比較的多いようであり⁵²、いずれにしても実親の元に戻るということはなさそうに見える。

8 養親の秘匿性確保のための裁判実務上の工夫

養親の名前や所在を秘匿することについては、裁判実務上も注意が払われている。体系的でないが、列挙すると次のような点が目についた⁵³。

- ・養子命令の申立てを実親が争わない場合でも、法廷で実親と養親候補者とが同席しないようにすることを主たる目的として、養親候補者に代理人を付けることを、養子機関は検討すべきである⁵⁴。
- ・養子命令を申し立てる裁判所は、国内のどこでもよいことになっているが、養親候補者の住所の最寄りの裁判所にすると、住所についてのヒントを実親に与える可能性がある。最終的にこの裁判所にするかを決定するのは申立人 (養親候補者) であるが、養子機関はよくアドバイスすべきである⁵⁵。

⁴⁷ *Hayes and Williams' Family Law*, p.756-758; *Great Debates*, p.148-150. *Oxfordshire County Council v X, Y and J* [2010] EWCA Civ 581 では、既に養子命令が出されている事例において、実親側が、子の写真を毎年提供するように求めたのに対して、養親が、写真を見せるだけであれば構わないが、写真を保持させることについては、インターネット上に流す等の手段により子が追跡されてしまうのではないかと懸念を示して、争った。原審は写真の提供を命じたが、控訴院は、養親の懸念には全く根拠がないわけではなく、その懸念自体が子の福祉に影響するとして、原審の判断を破棄した。

⁴⁸ もっとも、控訴院判事である Sir Andrew McFarlane は、2018年3月の extra-judicial な講演において、養子に取られた子のアイデンティティの確立という観点から、個別の事例に応じて、現在よりもっと開放的な post-adoption contact のあり方を考える必要があるのではないかと問題提起をしている (Sir Andrew McFarlane, "Contact: a Point of View" [2018] *Family Law* 687)。

⁴⁹ *Hayes and Williams' Family Law*, p.752-755; *Great Debates*, p.151-153.

⁵⁰ Julie Selwyn/Sarah Meakings/Dinithi Wijedasa, *Beyond the Adoption Order: Challenges, Interventions and Adoption Disruption* (2015, BAAF), p.36.

⁵¹ *ibid*, p.30-31.

⁵² *ibid*, p.211.

⁵³ *Statutory Guidance*, Chapter 8: Adoption Agency and Local Authority Responsibilities in Court Proceedings の記述に依拠する。

⁵⁴ *ibid*, para 8.26.

⁵⁵ *ibid*, para 8.28.

- ・養親が秘匿を望むときには、養子命令の申立書において、裁判所がシリアルナンバーを使うよう求めることができる。この場合、名前の代わりにその番号が、他方当事者に送られる文書において用いられる⁵⁶。
- ・申立人がいない場で裁判所が養子命令を下す場合には、裁判所は、不服申立期間が経過した後に、養親と子が出席できるお祝いの機会を設けるのが望ましいとされている⁵⁷。
- ・養子機関が報告書を作成する際には、養親が特定できるような記述は控えるべきであるとされている⁵⁸。
- ・養子命令の申立ての書式⁵⁹に、「事実関係の概要 (statement of facts)」は実親等にも送られるので、もし秘匿性を保ちたいのならば、どこに住んでいるか、どの学校に行っているか等の情報を記載しないようにという注意書きがある。

9 おわりに

育成児童 (looked-after children) について、養子に出すことが最も望ましい手段であるといえるのかを疑問視する論者は、決して少なくない⁶⁰。これまで何度か出てきた *Re B-S* 判決は、そのような論調に加担するというよりも、養子という手段がドラスティックであることに鑑みて、養子命令や placement order を正当化するには相当の根拠が必要であり、養子機関（地方当局）作成の報告書はその点について十分な検討を加えたものとすべきである、という基本を再確認する点にその真意があったのではないかとも思われるが⁶¹、しかし結果的には、養子制度の利用に冷や水を浴びせることになった。今後も、育成児童に永続的な養育環境を与えるうえで養子が最も理想的だといえるのかについて、論争が続いていくのではないかと思われる。

⁵⁶ *ibid*, para 8.29.

⁵⁷ *ibid*, para 8.34.

⁵⁸ *ibid*, paras 8.93, 8.112.

⁵⁹ *Application for an adoption order* (Form A58, 2017), p.9.

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/687648/a58-eng.pdf

⁶⁰ *Great Debates*, p.133-137, 152-153.

⁶¹ もっとも、*Re B-S* 判決の para [19]は、貴族院判決である *Down Lisburn Health and Social Services Trust and another v H and another* [2006] UKHL 36 における Baroness Hale の「連合王国は、親の同意なしに完全に家族的紐帯を切断することを許容する点で、ヨーロッパでは異例の国である」という説示 (para [34]) を好意的に引用する（ただし、この説示が事実を反映しているかはやや疑問である。Masson, *Disruptive Judgments*, notes 158, 165 も参照）。また、控訴院判事の McFarlane LJ による Bridget Lindley OBE Memorial Lecture 2017 での講演“Holding the Risk: the Balance between Child Protection and the Right to Family Life”

(<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2017/03/transcript-the-inaugural-bridget-lindley-annual-memorial-lecture-march2017.pdf>) の終盤 (p.24) でも、養子の子の利益になるという議論への懐疑的姿勢が現れている。養子命令が出された子のその後の福祉に関する追跡調査の不十分さを指摘する箇所 (p.19) も参照。

第2章 イングランド法における親子関係⁶²

1 母の決まり方

出産した女性が、子とのあいだに遺伝上の関係があるかどうかに関係なく、法的な母となる (HFEA2008, s.33(1): 「胚移植または精子および卵子の移植⁶³の結果として子を出産した女性が、その子の母として扱われるべきであり、それ以外の女性はその子の母として扱われない」。HFEA1990, s.27 も同旨)。

2 父の決まり方

生殖補助医療や代理懐胎に関して制定法で修正される場合があるが (7 参照)、コンロー上 (一般法上) の原則としては、子の遺伝上の父が法的な父となる。7 で後述する Leeds 事件も参照。

3 出生登録

出生登録は、遺伝上の関係を正しく記載するべきものであると理解されている。

出生登録で父として記載されている場合、それとは反対の事実を主張しようとする者は、反対事実を主張立証する責任を負う。かくして、出生登録の記載は極めて重要な意義を有する。2003 年 12 月からは、婚姻していない女性が出産した子について父の名が登録されると、その父は自動的に親責任⁶⁴ (parental responsibility) を得ることとされたので⁶⁵ (CA1989, s.4(1)(a))、出生登録の記載はますます重要になっている。

なお、登録は出生から 42 日以内になされるべきである。通常、登録官 (registrar) は情報が正しいかどうか審理をせず、行政的に処理する。

1 現行の手続

WRA2009 での改正の施行前 (現段階ではまだ施行されていない⁶⁶)、出生登録は次のような手続によっている。

(1) 出生登録の義務を負う者

(i) 婚姻女性が子を出産した場合には、その父母 (father and mother) はいずれも、情報提供

⁶² 本章での法令の略称は、以下のとおりである。

BDRA1953 = Births and Deaths Registration Act 1953

CA1989 = Children Act 1989

FLA1986 = Family Law Act 1986

FLRA1969 = Family Law Reform Act 1969

HFEA1990 = Human Fertilisation and Embryology Act 1990

HFEA2008 = Human Fertilisation and Embryology Act 2008

WRA2009 = Welfare Reform Act 2009

⁶³ 移植が連合王国内でなされたか、それ以外の地でなされたかを問わない (HFEA2008, s.33(3))。

⁶⁴ 一度付与された親責任が失われることはない (養子命令の出された子の場合は措く。第1章 6 参照) が、その後、他の者に親責任が付与される際に、既存の親責任が制約を受けることはある。

⁶⁵ ただし、本文 5 で後述する、親子関係の確定それ自体を目的とする裁判手続 (FLA1986, s.55A(1)) の結果、Registrar-General が未婚の父の名を登録した場合 (BDRA1953, s.14A) においては、親責任の付与という効果は生じない (CA1989, s.4(1A))。

⁶⁶ *Hayes and Williams' Family Law*, p.399. *Bromley's Family Law*, p.272 は、WRA2009 につき、「まだ施行されておらず、施行されることはなさそうである (unlikely to be implemented)」とする。

適格者 (qualified informant) であり、出生登録をする義務も両方に課される。なお、情報提供適格者の誰かが出生登録をすれば、他の情報提供適格者の義務も果たされたことになる(よって、夫婦の一方が単独で登録できる)。

(ii) 他方で、婚姻していない女性が生子を出産した場合には、当該出産女性のみが生子の出生登録をする義務を負い、その反面で、男性(父)側には出生登録の義務も権限もない。

(2) 登録のプロセス

(i) 婚姻女性が出産した場合において、父として夫の名が挙げられたときは、登録官が特に疑いを持つべき状況であれば別であるが、そうでなければ、特段の証拠を要することなく、夫の名が登録される。もっとも、もし出産した婚姻女性や夫が、夫が父ではないと知っているか、夫が父でない可能性が高いと思っている場合には、それにもかかわらず不実に夫を父として登録することは、偽証(perjury)にあたるし、また登録プロセス中に疑いが生じて登録官に質問された場合に虚偽の回答をすることも、偽証にあたる⁶⁷。この意味において、婚姻女性が出産した子について、夫をその父として登録する「権利」があるわけではない。

他方で、もし夫以外の男性を父として登録しようとする場合には、その男性と子のあいだに遺伝上の関係があることを証拠立てなければならない⁶⁸。ここでは、*pater est* ルール (5参照) の反映を看取することができる⁶⁹。

婚姻女性が夫と別居しているあいだに出産した子を出生登録する場合でも、以上のことは変わらない。すなわち、当該女性が、夫は父ではないと明確に主張しなければ、特段の証拠を要することなく夫が父として登録される。当該女性が、夫が父でないと明確に主張した場合でも、夫でない男性を父として登録しようとするならば、その男性と子との遺伝上の関係を示す証拠をもって、登録をする必要がある⁷⁰。

(ii) 他方で、婚姻していない女性(離婚した女性を含む)が出産した場合には、制定法が定める場合にのみ、父の名が登録される。そのような場合としては、両者が共同で登録に行き両方もが署名して出生登録する、一方が記入し署名した所定の書式を他方が持って出生登録に行く、一方の親責任に関する裁判所の命令等を持って他方が出生登録に行く、といったものが規定されている(BDRA 1953, s.10)。

(3) 再登録(re-registration)

当初は父の名が載せられなかったり、誤った男性の名が父として登録されていたりした場合に、それを修正すべく再登録するという手続がある。再登録は、上記(2)(ii)の条件(基本的に、母と男性の両方の同意があることが必要)が満たされる場合に、可能である⁷¹(BDRA1953, s.10A)。

⁶⁷ Andrew Bainham, "What is the Point of Birth Registration?" (2008) 20 *Child and Family Law Quarterly* 449 at 453 は、偽証法(Perjury Act 1911)の構成要件の詳細を含む揭示が、どの身分登録所(Register Office)でも目立つように貼ってあると述べる。

⁶⁸ Bainham, *Children*, p.133. このことは、仮に夫が、その男性が父であると認めていたとしても、変わりがないとされる(Bainham, *Birth Registration* at 454)。なお、婚姻女性が出産した子について、父の名を登録せずに出生登録するという選択肢は、少なくとも今日では、存在しないように見受けられる(ちなみに、夫が第一次世界大戦に出征中に妻が出産した子について、母が署名した子の出生の届出書において、父の欄が空欄とされていたという事案にかかる裁判例として、*Brierley v Brierley and Williams* [1918] P 257 がある)。

⁶⁹ Bainham, *Birth Registration* at 454.

⁷⁰ Bainham, *Birth Registration* at 454.

⁷¹ BDRA 1953, ss.14, 14A には、Registrar-General がみずから再登録をする場合として、準正(legitimation)の場合と、親子関係の確定それ自体を目的とする裁判手続(FLA1986, s.55A(1). 本文5参照)の結果そうする

(4) 統計

未婚カップルの子の出生登録の際に父の名も載せられる事例 (joint registration) をみると、そのような事例の件数、その件数が未婚カップルの子の出生登録件数全体に占める割合、のいずれも増大してきており、1964 年には 2 万 6000 件・40%であったものが、2005 年には 23 万 1000 件・84%となっている。それでも、2005 年に、イングランドおよびウェールズにおいて、4 万 5000 件 (イングランドおよびウェールズでの、婚姻カップルを含めた全出生登録件数の 7-8%) において、父の名が記載されない場合 (sole registered) となっている⁷²。

④ WRA2009 のもとで予定されている出生登録の手続

WRA2009 のもとでは、婚姻していない女性が出産した場合においても、父母のいずれもが、子の出生について情報提供をする適格を有する (qualified informant) ことになり、両方が共同で出生登録することが原則化される (いいかえると、単独で登録するには正当化事由が必要とされる)。

単独で出生登録をしようとする母は、原則として、父に関する情報を提供する義務を負う。もっとも、一定の事由 (父が死亡している、父が誰であるかやその所在が不明である、名指した男性に連絡が取られると母ないし子に危険が及ぶ恐れがある等) がある場合には、その義務を負わない。情報提供された場合には、その後に、登録官は当該男性に対して通知をし、子の出生について情報提供することを求める。ここで当該男性が、子の父であることをみずから承認すれば、父として登録される。また、男性側のイニシアティブにより、父として登録されるべきことを求めることのできる手続 (ただし、母の同意も必要とされる) も設けられる。さらに、母およびある男性が、同意のもとでなされる科学的なテストの結果、当該男性が子の父であることが判明した際には、当該男性をその子の父として登録する、ということに事前に合意した場合において、実施された科学的なテストの結果、実際に当該男性が父であると判明したときは、登録官が当該男性を父として登録する、という手続も設けられる。

もっとも、このような新制度が提案され意見が求められた際には、登録官から次のような懸念が寄せられた。すなわち、もともと登録官は基本的には受動的に、寄せられた情報を無私公平に記録する役割の者と考えられてきたところ、このような改正がされると、登録官には、単独で登録に来た女性に対し、本当に正当化事由が具備されているのかのチェックをする役割が与えられることになり、こうして登録官に「尋問者 (interrogator)、探索者 (investigator)、カウンセラー」の色彩を加えるものである、というのである⁷³。

⑤ 父性の推定 (pater est ルール)

これは、婚姻女性が出産した場合に、当該女性の夫が父であると推定されるルールのことであ

場合とが規定されているが、既に注 65) でも述べたように、これらの場合には、登録された父は親責任を取得しない。

⁷² Department for Work and Pensions, *Joint Registration: Promoting Parental Responsibility* (2007, Cm 7160), paras 34-39.

⁷³ もっとも、Bainham, *Birth Registration at 460* は、政府は、登録官が、父をトレースしたり、父は死亡したないし行方不明であるという母の主張を調査したりする役割をもつことが、現実的であるとは考えていないように見受けられる、という。

る。このルールは、当該出産女性が懐胎時または出生時において男性と⁷⁴婚姻していた場合に、あてはまる（婚姻前に懐胎していても出産時に婚姻していればあてはまるし、また、婚姻解消後通常の妊娠日数内〔特に日数は定まっていない〕に生まれた子にもあてはまる）。もっとも、反対事実（特に遺伝上の事実）を示すことによって、この推定を覆すことができ、この反証は証拠の優越で足りる（FLRA1969, s.26）。

婚姻していた女性が、分娩前に離婚した場合において、離婚時から通常の妊娠期間のあいだに子を出産したところ、出産時には既に再婚していたときは⁷⁵、2つの推定が衝突する。この場合は結局、どちらの男性が出生登録において記載されるか、そして他方の男性がその記載を争うかどうか（争う場合には、今日では、後述する科学的テストで決着されることになる）によるだろう⁷⁶。

裁判所は、父子間の遺伝上の関係があるかどうかを確定するために、科学的なテスト（scientific testing）⁷⁷を、親子関係が決められるべき裁判手続（親子関係の確定それ自体を目的とする裁判手続（FLA1986, s.55A(1)）——これには、不正な手段により判決が取得された場合を除き、対世効が認められる——のほかに、相続事件、親責任が関わる事件、離婚事件〔相手方の不貞を証拠立てるため〕等の、紛争の前提として親子関係を確定させることが必要となる裁判手続——これらの裁判手続で認定された事実は当事者のみを拘束するが、その後の訴訟でも、反対証拠が出るまではそれがさしあたりの事実であるとされる⁷⁸——がある）において、指示する裁量を有する（FLRA1969, s.20）。これが指示されると、⁶でみるように、試料の提供を拒否することは16歳以上の者であれば可能だが、拒否の事実自体からかなり強力な推認（inference）がされる。かくして、科学的なテストの指示がされることは、*pater est* ルールが蔑ろにされてかまわない場合であるという裁判所の態度の表明であると理解することができる。そして、結論から述べれば、科学的なテストは、ほとんどの事例において指示されると考えてよい。項を改めて説明する。

⁶ 科学的なテストが指示される場合・されない場合

⁵で先述したように、裁判所は、親子関係が決められるべき事件において、科学的なテストをするよう指示する一般的な権限を有する（FLRA 1969, s.20）。科学的なテストを指示するには、申立てにそれなりの根拠があることが前提となることはもちろんである⁷⁹。

科学的テストをするよう指示するべきかどうかの判断基準は、それが子の最善の利益（best interest）に反するかかどうかであり、つまり、子の最善の利益に反することを積極的に示せない限り、科学的なテストの指示がされるべきである⁸⁰。これを考慮する際に、遺伝子上の由来を知

⁷⁴ 出産女性が同性婚をしていた場合には、その相手方配偶者が子の他方の親であるという推定は働かない（本文⁷で述べるルールの適用対象にはなる）。

⁷⁵ 再婚禁止期間の定めはない。

⁷⁶ Bainham, *Children*, p.133.

⁷⁷ 状況証拠は今日ではほとんどのケースにおいて意味を持たない。もっとも、父だと主張されている人物が死亡したり行方不明であったりするために、科学的テストを実施できない場合においては、今日もなお意味を持ちうる（Bromley's Family Law, p.263; Hayes and Williams' Family Law, p.353）。

⁷⁸ Masson/Bailey-Harris/Probert, *Cretney Principles of Family Law* (8th ed., 2008, Sweet&Maxwell), p.537-538.

⁷⁹ Bromley's Family Law, p.267 は、科学的なテストの指示がされない場合の1つとして、主たる論点（たとえば面会交流）を決するために父子関係を確定させる必要がないという場合を挙げる。

⁸⁰ *S v S; W v Official Solicitor* [1972] AC 24 (HL).

る権利（子にとって、自分の父が誰であることを知る権利）が子の利益としてカウントされる反面で、既存の関係を断絶させる可能性があることは子の利益に反する事情の1つとしてカウントされる。裁判例は、全体としては真実追及の方向に向かっている⁸¹。

●*Re F (A Minor)(Blood Tests: Parental Rights)* [1993] Fam 314 (CA)

子 E の母である F1 女は、懐胎当時、夫 F2 男および B 男（申立人）の両方と性的関係を持っていた。F1 と B の関係は、E が出生する前に終わっており、E は F1F2 夫婦の子として育てられていた。B は、E の遺伝上の父であると主張して、E との面会交流（contact）などを求める申立てをし、その中で、父性を確定するための科学的なテストを指示するように申し立てた。原審は、E を嫡出性の推定を失う危険にさらすべきではないとして、科学的なテストの指示に関する B の申立てを認めず、控訴院もこの判断を支持した。

●*Re H and A (Paternity: Blood Tests)* [2002] EWCA Civ 383⁸²

R1 女（R2 男と婚姻中）は4年間にわたり B 男と性的関係を持っており、その間に R1 は双子を懐胎・出産した。R2 男は R1 の不貞を知らず、双子を自分の子として受け入れ、R1 が働きに出ている間は主たる養育を引き受けていた。R1 女と B 男との関係が終わった後、B は双子との面会交流などを求める申立てをした。R1 は R2 にこの裁判手続のことを隠した上で、B が父であることを否定して争っていたが、B の訴え提起から1年ほど後になってついに R2 が事情を知った。R2 は、もし自分が父でないということになったらもう双子の養育は引き受けられない、自分が双子の父であることは99%確信している、と陳述した。原審は、B が父であると判明したときに生じるであろう結果を考慮して、科学的なテストの指示をしなかったが、控訴院は、原審の衡量は誤っているとして、これを差し戻した。

科学的なテストの指示がされても、16歳以上の者については、本人の同意なしに、それを受けよう強制することはできない（FLRA1969, s.21）。16歳未満の子から科学的なテストのための試料を採取することは、その子につき care and control をもつ者が同意するか、それが採取されることが子の最善の利益にかなうと裁判所が考える場合には可能である^{83 84}（FLEA1969,

⁸¹ 真実がわかったとしても、それが直ちに子に知らされるべきかはまた別問題となりうる。*Re J (Paternity: Welfare of Child)* [2006] EWHC 2837 (Fam)は、裁判所に、子（10歳）が真実を知るよう措置を取る権限があることを前提にしつつ、母の mental illness も考慮して、当該事件においては子に知らせるべきでないと判断した。ただしこの事件は、子は母の長期間にわたるパートナーが父であると思ってきたところ、その子との面会交流を求めてきた男性が DNA テストによって遺伝上の父であることが判明し、しかし、その男性と母との性交渉が強いられたものであったのか・同意のあるものであったのかがさらに争われているうちに、その男性が行方不明になったので、面会交流を求める裁判の手続が延期された（adjourned）、というやや特殊な事案にかかるものである。

⁸² Bainham, *Children*, p.144 は、この事件が現在の leading authority であるという。

⁸³ 16歳未満だがそれに近く、十分な理解力がある子が拒否したときに、裁判所がその拒否を覆して科学的テストを強制的に受けさせることは、制定法上は可能である。しかし、その拒否が合理的である等の事情がある場合に、子の考えを尊重して、科学的テストを指示しなかった事例がある（*L v P (Paternity Test: Child's Objection)* [2011] EWHC 3399; [2013] 1 FLR 578. 子の出生前に婚姻して男性が父であることを引き受けたが、ほどなく離婚した。男性は養育費の不払いを蓄積させており、執行されそうになったところ、その男性が、自分は父ではないと主張した。当時15歳のその子が、科学的なテストを受けることを拒否する意向を示した）。

⁸⁴ なお、注 81) で述べた *Re J* 判決は、HLRA1969, s.20 に基づいて科学的なテストをする指示をするかどうか

s.21(3))。

試料提供を拒否したという事実から、拒否者に不利な推認 (inference) を引き出すことは許される (FLRA1969, s.23)。例えば、夫でない男性が試料提供を拒絶する場合に、父性推定を覆す証拠が特になくても、その男性が父であるとして、養育費の支払を命じられることがある。また、救済を求める夫が *pater est* ルールを援用するが、科学的テストが指示されたにもかかわらず試料提供を拒否する場合には、*pater est* ルールでの推定内容を否定する証拠が何もなくても、夫が求める救済を否定することができる⁸⁵。

7 生殖補助医療 (人工授精 [AI] および体外受精 [IVF])・代理懐胎 (surrogacy) 関係
精子提供者=父というコモンロー上のルール (2参照) が、制定法の規定により排除される場合がいくつかある。

1 婚姻している女性 (civil partnership や同性婚も含む) が AI ないし IVF を受けて出産した場合

他方配偶者ないし partner の同意がなかったことが証明された場合を除き (同意がなかったことを、当該他方が積極的に主張立証しなければならない)、遺伝上の関係にかかわらず、当該他方が父 (当該他方が女性である場合は、「親 (a parent)」) であると扱われる (HFEA1990, s.28(2). HFEA2008, ss.35, 42 も同旨)。指定クリニック以外で施術した事例であっても同様である。

2 1 では父は決まらないが、女性が、男性 (または別の女性) と共同で (together)、AI ないし IVF の施術 (treatment services) を受け、その結果その女性が出産した場合において、
施術前に、両者がその子の親となることを引き受ける同意を書面でしていたとき

その同意をした男性が父 (出産者と共同で施術を受けたのも女性である場合には、同意をしたその女性が「親 (a parent)」) となる (HFEA1990, s.28(3). HFEA2008, ss.36,37,43,44 も同旨)。連合王国内の指定クリニックで施術した場合にのみ当てはまるルールである。

※ 1 や 2 のルールによって父が確定できるときは、他の男性 (精子ドナーを含む) が父となることはない。また、精子ドナーが精子を「施術の目的で (指定クリニックであることが前提)」提供した場合には、当該精子ドナーが父となることはない (HFEA2008, s.41(1))。しかし、それ以外の精子ドナーは、コモンロー上のルール (2参照) の適用の結果、父となることがありうる。

について判断したものであるが、これとは別に、HLRA1969, s.21(3) (本文で述べたように、これは 16 歳未満の子の場合にのみ当てはまる) の判断にあたり、子の最善の利益を考慮する際にも、子が拒否しているという事情が考慮されうる。Re D (Paternity) [2006] EWHC 3545 (Fam) では、子の拒否は感情的であると裁判所は評価し、遅かれ早かれ真実を知ることが子の利益になるとしつつも、年齢的にはいま事を急ぐことは子の利益にならないとして、父と主張する男性については科学的テストを指示したが、子については、特に期限を決めることなく、そのような指示を stay することとした。

⁸⁵ Hayes and Williams' Family Law, p.364. ただし、試料提供拒否者に不利な推認が引き出された事例として挙げられるのは、いずれも、養育費の請求など、紛争の前提として親子関係を確定させることが必要となる裁判手続 (本文 5 参照) に関するものである。これに対して、親子関係の確定それ自体を目的とする裁判手続において、試料提供の拒否という態度から、何らかの推認が引き出されることがあるのかどうかは、定かでない。

●*Leeds Teaching Hospitals NHS Trust v A* [2003] EWHC 259 (QB)

A1 男 A2 女という白人夫婦と、B1 男 B2 女という黒人夫婦が同じクリニックで施術を受けていた。A2 は A1 の精子を用いて AIH をするはずであったが、あやまって B1 の精子が用いられて A2 が妊娠し、ハーフの双子が出生した。A1A2 夫婦はこの双子を育てることにしたが、誰が双子の父であるかが問題となった。A1 男がした同意は、クリニックの根本的なミスゆえに無効であり、上記 1 のルールは使えない。また、クリニックが取り違えをした場合には、子の出生が「共同で施術を受けた」ことの結果であるということとはできず、上記 2 のルールも使えない。そこで、遺伝上の関係がある B1 が父であるとされた（必要があれば養子などで対応することができるから、この結論でも問題はない、という）。

※ 男性の死後にその男性の冷凍精子を用いて懐胎・出産した場合でも、その男性が生前に、治療が死後も続くことと、子の出生登録上父として記載されることの 2 点について、書面で同意していたならば、それが尊重されうる（HFEA2008, s.39(1)）。もっとも、母が出生登録の際にその男性を父として登録するという選択をしなければ、実際にはその男性は父として登録されない。またそもそも、父として載ったとしても、そのことはシンボリックな意味を持つにすぎない（その子が当該男性の無遺言相続人となったりすることはない。HFEA2008, s.39(3)）。

3 代理懐胎（surrogacy）の場合⁸⁶

代理出産者が母となる（^[1]参照）。surrogacy が連合王国内の指定クリニックでおこなわれ、依頼者らが、婚姻、civil partnership、持続的家族関係にあるパートナーとして生活する関係、のいずれかにある場合において、依頼者らの少なくとも一方が子と遺伝上の関係をもっているときは、裁判所に、自分たち（依頼者ら）がその子の両親としての扱いを受けるべきこと（parental order）を、子の出生から 6 ヶ月以内に申し立てることができる（HFEA2008, s.54）。申立て時に当該子が申立人らと同居していることが必要であるほか、子の母（出産者）および子の他方の親（それが誰であるかは、上記の 1 や 2 のルールによって決められる）が、自由にかつ問題状況を完全に理解した上で、parental order が出されることにつき同意することも、parental order 発令の要件とされている（HFEA2008, s.54(6)）。この同意は、完全に自由な拒否権（veto）であり、養子の場合のように、同意が拒否されたときに裁判所の判断によって同意要件が免除されうる、ということはない。

parental order が出ると、法律上、依頼者らが子の両親として扱われる。また、Parental Order Register に登録され、養子の場合と同様に、子は 18 歳になると、要求すれば、出生記録の写しを取得するのに必要な情報を提供される。

以 上

⁸⁶ 近時のイングランドでの parental order に関する裁判例を紹介するものとして、家永登「代理母による出生子の法的親子関係」専修法学論集 130 号（2017）1-57 頁がある。

第4部 アメリカ法

横浜国立大学 常岡史子

第1章 はじめに

1 本調査の目的

調査報告の目的は、アメリカにおける親子法制（養子・実子）の現状を明らかにし、わが国における特別養子縁組を含む未成年養子制度及び嫡出推定制度の見直しの要否に関する検討のための基礎資料を提供することにある。そこでは、①未成年養子制度の概要（養子縁組の成立によって実方父母との親族関係が終了するか、養親及び養子の年齢要件、離縁の可否等）とその運用状況（養子縁組成立手続の概要、実父母の同意の有無と申立権者、養子の身分関係の証明等）、及び社会における養子縁組の利用状況と、②法律上の親子関係発生に関する制度の概要（父性を推定する制度の有無とその内容、推定を覆すための手続の有無、法律上の父子関係・母子関係発生に関する制定法と判例のルール等）が、具体的な調査対象となる。

周知のようにアメリカの家族法制は州ごとに制定され、その内容も多用である。しかし、実親子関係については、嫡出子と婚外子の区別の撤廃や同性カップルから生まれた子の親子関係の確定等子の福祉の観点からの立法の必要性が広く認識されており、統一法委員会（Uniform Law Commission (ULC)：旧統一州法委員全国会議（The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws））による統一法典（統一親子関係法：Uniform Parentage Act（以下 UPA と記述）¹⁾の作成を通じた子の権利と保護の確保が推進されている。一方、養子制度についても統一法委員会が統一養子法（Uniform Adoption Act（以下 UAA と記述）²⁾を作成し、養親子関係の成立と効果に関する統一法案を提示しているが、UPA と比べると各州は UAA の導入にそれほど積極的とは言えない。しかし、諸州はいずれも特に未成年養子における養子の保護を念頭に置いた法律を整備するとともに、むしろアメリカでは、人種や宗教等についての養親と養子とのマッチングを勘案すべきか、勘案すべきとした場合具体的にいかなる基準でこれを図るかがより大きな問題とされていると言える³⁾。

¹ [http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Parentage%20Act%20\(2017\)](http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Parentage%20Act%20(2017)) (last visited December 14, 2018). なお ULC が 2018 年 12 月にホームページのリニューアルに着手し under construction のため、2019 年 1 月 6 日時点で以下の URL で UPA2017 年法のみ閲覧可能となっている。そのため、以下 UPA1973 年法、2002 年法の [uniformlaws.org](http://www.uniformlaws.org) の URL は 2018 年 12 月 14 日時点のものである。

<https://www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-with-comments-61?CommunityKey=c4f37d2d-4d20-4be0-8256-22dd73af068f&tab=librarydocuments> (last visited January 6, 2019).

² [http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Adoption%20Act%20\(1994\)](http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Adoption%20Act%20(1994)) (last visited December 14, 2018). 前掲注 1) と同じく 2019 年 1 月 6 日時点で under construction であり、同日の段階で ULC のホームページに UAA1994 年法は掲載されていない（以下 UAA1994 年法の [uniformlaws.org](http://www.uniformlaws.org) の URL につき同様）。なお、現在 ULC では、養子縁組した子の身上監護の移転に関する統一法又はモデル法の起草作業が開始している。<https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=a46ee4e6-9963-48db-a70c-386367422fd8>

³ LESLIE JOAN HARRIS, JUNE CARBONE, LEE E. TEITELBAUM & RACHEL REBOUCHÉ, FAMILY LAW 935, Wolters Kluwer (6th ed. 2018).

そこで、本調査報告では、まず統一法委員会の統一養子法及び統一親子関係法における養親子関係・実親子関係の要件及び効果について解説する。さらにそれとともに、アメリカ諸州の中でも人口が多く、東海岸と西海岸にそれぞれ位置し政治的・経済的にも影響力の強いニュー・ヨーク州とカリフォルニア州を中心に、州法における養子法制及び親子関係法制について記述する⁴。また、本調査報告では、アメリカにおける養子制度の利用の実態についても言及している（本稿第2章^[1]）。これらの考察を通じて、アメリカが養子・実子を含む親子関係に関する法制度としていかなる方向を指向しているかを提示することをねらいとする。

^[2] アメリカにおける親子法制の概要⁵

家族関係を法律によって規律することを目的とする家族法において、親子関係の決定は法として最低限必要な役割を果たす分野であると言える。特に実親子関係は、アメリカにおいても父母の婚姻関係の存在を通じて親と子の法律上の関係が発生するという仕組みが採られている。すなわち、婚姻している女性が子を産んだ場合、その子の父はこの女性の夫であると推定するルールである。アメリカでは1970年代頃まで出生児の90%は婚姻している母から生まれており、その夫が子の父と推定された。当時親子関係の鑑定に際して用いられていた血液検査は科学的に絶対的な方法ではなく、たとえ事実は生物学的親子関係のない者であってもある男性を子の生物学的な父ではないとして排除するには十分でなかった。そこでは、子の法律上の父とは社会上の父（social father）を意味し、そのような父として機能する男性は原則として子の母の夫であった。

一方、婚姻外で生まれた子について、コモン・ローはそのような子を私生児（bastard）であり、誰の子でもない子（children of no one）としていた。生物学上の父は婚外子に対して権利も義務も持たず、主に子の出産費用に関する損害賠償責任を負うのみであった。父に対する婚外子の扶養請求権は認められず、父もまた婚外子の監護権を有さなかった⁶。そして、コモン・ローの伝統に従うアメリカにおいても、かつては、非婚の母（unmarried mother）から生まれた子は法的にも社会的にも親を持たないという状況に置かれていた。しかし、19世紀の初めまでに、アメリカのほとんどの州では婚外子についても母との間では法律上の親子関係を認めるとの法整備が行われた⁷。そして20世紀に入ると、多くの州は、婚外子にも一定の条件のもとで父の遺産から財産を得ることを認める方向へと進んだ。ただし、他方では、婚外子に、父の相続権や父の死亡に際して一定の経済的利益を得る権利はもちろん、父の生存中に扶養を請求する権利も認めない州も少なくなかった。また、多くの州では、婚外子の父に子の監護権や子との面会交流権を認めていなかった⁸。

このような状況に変化が生じたのは1960年代の終わり頃からであり、連邦最高裁判所の一連

⁴ アメリカ国勢調査局（Bureau of the Census）による調査で、2017年7月1日時点の各州の人口は第1位がカリフォルニア州（約3950万人）、第2位がテキサス州（約2830万人）、第3位がフロリダ州（約2098万人）、第4位がニュー・ヨーク州（約1985万人）である。

<https://www.census.gov/data/tables/2017/demo/popest/state-total.html> 参照。

⁵ HARRIS, CARBONE, TEITELBAUM & REBOUCHÉ, *supra* fn.3 831-833.

⁶ 石川稔「アメリカにおける親子法の最近の動向」ジュリ602号（1975年）103頁。

⁷ MICHAEL GROSSBERG, *GOVERNING THE HEARTH: LAW AND THE FAMILY IN NINETEENTH CENTURY AMERICA*, 198-200, 207-15, The University of North Carolina Press (1985).

⁸ Leslie Joan Harris, *Reforming Paternity Law to Eliminate Gender, Status and Class Inequality*, 2013 MICH. ST. L. REV. 1295, 1299-1302.

の判決によって、嫡出親子関係に比して婚外子とその親を差別する諸州の制定法が合衆国憲法の平等保護条項（equal protection clause）違反と判断されるようになった⁹。ただし、実際には婚外子が生物学上の父との法的親子関係を確立することはまれであり、たとえば判例では母と婚外子が子の父と長期間共同生活を送っていること等が父子関係成立の要件とされたが¹⁰、1970年代当時においてシングル・マザーの多くは子の生物学上の父と同棲していないのが現実でもあった。

一方、今日、アメリカでは出生児の約40%が婚姻外で生まれており、非婚の母が子の生物学上の父と同棲している割合も増えている¹¹。州によっては、親の婚姻関係の有無を基準とする法律上の区別的取り扱いを一切廃止している所もあり、統一親子関係法の2017年改定版（UPA2017年法：UPA（2017））もこの立場を採る¹²。

しかし、多くの州法では、依然として親の婚姻関係や生物学上の親子関係に基づく法的区別が維持されている。また、親の婚姻関係の有無に基づく区別を廃止した州においても、実際には嫡出子（婚内子）と婚外子との法的地位にはなお相違がある。すなわち、アメリカでは全州において、婚姻している女性から生まれた子はこの女性の配偶者の子と推定するルールが置かれている¹³。これは、誰もこの推定を争う者がなければ、子の母の配偶者が子の法律上の親であることを意味する。それに対して、非婚の女性から生まれた子については、父との法律上の親子関係を形成するために別途手続きが必要とされる。

一方で、この間、婚外子の増加のみならず、嫡出子についても両親の離婚・再婚による家族関係の多様化が進み、また、親子鑑定におけるDNA検査技術の著しい進歩や同性婚の承認等、親子関係の成立に関する伝統的な法規範の見直しを迫る状況がアメリカでは急速に広がっている。LGBTカップルの子や機能上の親（functional parents）など、生物学的親子関係のない者の間の法的親子関係の成立の問題をめぐり、父母の婚姻関係に基づく親子関係の推定を法律上の実親子関係発生の根拠となおし続けてよいかが裁判所で問われ、この問題に立法的な解決を与えている州も少なくない。

アメリカについて特徴的なのは、法律上の親子関係について、子の扶養義務者の決定を目的とする場合と子の監護者を定めるための身分関係の確立を目的とする場合とで、親子関係の定義が異なりうることを容認する方向にある点であろう。家族関係の多様化は、家族という子の生育の場の不安定化とつながる。また、性的交渉の自由度の増大は、子の生物学上の父に関する疑いも増大させる。子の扶養という側面については、1975年に社会保障法第4編に新設されたD章（Title IV-D of the Social Security Act, 42 U.S.C. Sections 651 through 669）のもとで、連邦と

⁹ Labine v. Vincent, 401 U.S. 532, 539-540 (1971); Weber v. Aetna Cas & Sur. Co., 406 U.S. 164, 165, 175-76 (1972); Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645, 646, 658 (1972); Trimble v. Gordon, 430 U.S. 762, 773-76 (1977).

¹⁰ Stanley v. Illinois, 405 U.S. 642, 92 S.Ct. 1208 (1972).

¹¹ 全米保険医療統計センター(National Center for Health Statistics)の報告によれば、婚姻外で生まれた子のうち、母が子の父と同棲していた者の割合は2002年に41%であったのが、2006年から2010年には58%まで増加した。ただし、全出生児に対して婚姻外で生まれる子の数・割合は2009年をピークとして減少傾向にはあり、2009年に41%であったのが、2017年は39.8%である。その一因として10代の女性の出産率の減少、特に非婚の黒人女性、ヒスパニック女性の出産率の減少が指摘されている。

<https://www.cdc.gov/nchs/data/databriefs/db162/htm>; <https://www.cdc.gov/nchs/fastats/unmarried-childbearing.htm> (last visited January 6, 2019).

¹² UPA（2017）第202条は、「親子関係はすべての子について平等であり、親の婚姻の有無によって影響を受けない。」と規定する。

¹³ HARRIS, CARBONE, TEITELBAUM & REBOUCHÉ, *supra* fn.3, 843.

州によって児童支援促進プログラムが推進されてきた¹⁴。これは“Title IV-D”プログラムと呼ばれ、そこでは児童支援を確立しその基金を集めるための第一歩として、非婚の子どもの父を特定することの必要性が強調された¹⁵。1992年から2013年の間に、婚外子と父との法律上の親子関係の確定数は年間51万6000件から約160万件にまで増加し、その後も年間150万人から140万人で推移している¹⁶。それによって多くの男性が婚外子の法律上の父と特定され、一度も生活を共にしたことがなく実際の親子関係を育んだ経験のない子の養育費を請求されるという状況が生じている。さらに、現在、多くの州では、「2人以上の大人」に一人の子の「親」としての法的地位を求める権利を認める法の整備が進められている¹⁷。アメリカにおける法的親子関係の決定は、従来の婚姻に基づく推定のルールから大きく変容してきている。親子関係法をめぐるこのような現代社会における諸変化は、子の扶養義務及び子の監護権の両面において、「どの大人を子の法律上の親と見なすべきか」に関し複雑な問題を生じさせている。

第2章 養子制度

1 アメリカにおける養子縁組の動向

アメリカ合衆国国勢調査局の2010年の調査によれば、2010年時点でアメリカに居住している18歳未満の養子の数は約150万人であった。これは、2000年の約160万人から10万人減少している¹⁸。また、各年の養子縁組成立件数についても、2007年に約13万4000人であったのが、2014年には約11万人であり下落傾向にある。その理由の一つとして、アメリカ人の養親による国際養子縁組の減少が挙げられ、また、親族間の養子縁組数の減少も一因とされている¹⁹。ただし、幼児の養子縁組(infant adoption)は一定数で推移しており、2007年に18,078件であったのが、2014年には18,329件となっている²⁰。

現在、アメリカにおける18歳未満のすべての子のうち、養子である子は約2.4%にとどまるが、婚姻している親と暮らす子の数は、実子の場合69%であるのに対して、養子は73%という数字が出ている。また、予期せぬ妊娠で出産した子についても、子を養子に出すという選択は現在のアメリカでは非常に少なく、白人の未婚女性の場合3%未満。黒人の未婚女性の場合2%未満とされている。50年ほど前、白人未婚女性の40%がそのような子を養子に出していた時代とは状況が大きく異なるとの報告もある²¹。

¹⁴ <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-88/pdf/STATUTE-88-Pg2337.pdf#page=15>(last visited January 6, 2019).

¹⁵ Office of Child Support Enforcement, U.S. Department of Health & Human Services, <https://www.acf.hhs.gov/css/about> (last visited January 6, 2019).

¹⁶ https://www.acf.hhs.gov/sites/default/files/programs/css/fy_2017_preliminary_data_report.pdf?nocache=1529610354 (last visited January 6, 2019).

¹⁷ HARRIS, CARBONE, TEITELBAUM & REBOUCHÉ, *supra* fn.3, 909.

¹⁸ <https://www.census.gov/prod/2014pubs/p20-572.pdf> (last visited January 6, 2019).

¹⁹ Report of National Council For Adoption, <https://www.adoptioncouncil.org/publications/2017/02/adoption-by-the-numbers> (last visited January 6, 2019). 2014年の養子成立件数のうち41,023件が親族間の縁組、69,350件が非親族間の縁組であったと報告されている。

²⁰ Report of National Council For Adoption, *supra* fn.19.

²¹ Priscilla K. Coleman & Debbie Garratt, *From Birth Mothers to First Mothers: Toward a Compassionate Understanding of the Life-Long Act of Adoption Placement*, 31 Issues L. & Med. 139, 141 (2016).

ただし、アメリカにおいても深刻に受け止められているのが、里子（Child in foster care）の養子縁組である。里子の数は近年増加しており、2012年に39万7000人であったのが、2016年には43万7000人となっている。そのうち、親族が里親となるケースも増えており、2016年には里子の32%がこれであった。ただし、45%の里子は非親族の里親のもとで暮らし、また、12%の里子はグループホームや施設で生活している²²。里子の多くは、生みの親らが子を育てることができないか育てる意思がないために里親に預けられた子であり、虐待やネグレクト等のため、もとの家庭では子の安全が確保できないと裁判所が判断したことにより里子に出されるケースも多い。2016年には、18歳未満の子の1000人に6人が里子として里親に監護されている²³。

ただし、里子と里親との関係は永続的なものではなく、複数の里親に預けられた経験を持つ子も珍しくない。監護と養育を必要とする子に安定的な家庭を与えるためには養子縁組をすることが望ましいとされ、養子縁組を待つ未成年の里子は10万人を超えているとされている²⁴。なお、2007年のものであるが、里子から養子になった子の69%は里親と縁組しており、23%は子自身の親族と養子縁組したとのデータがある²⁵。ただし、このように里子から養子となった子は比較的 low income の養親家庭に引き取られる傾向があり、54%の子が特別な医療ケアを必要とする状態にあるとも言われている。

養子縁組に関する規律は州法の管轄であり、その内容は州ごとに多様である。ただし、根幹となる部分は共通しており、前の親と子との親子関係を終了させること及び養親となる者と子との間に新たな親子関係を創設することである。そして、この手続は、多くの場合裁判所の司法手続によって行われる。

2 統一養子法（Uniform Adoption Act）の養子制度²⁶

1 概要²⁷

統一州法委員全国会議（現統一法委員会）は、1953年に最初の統一養子法（UAA）を公表し、その後1969年と1994年に改定版が出されている。UAA1994年法は、時代にそぐわなくなった前法を刷新し、養子法の統一的モデルとなる新たな指針の提示を目的として作成されたものである。1953年法・1969年法を採択・施行したのはアイオワ、アーカンソー、オクラホマ、ニュー・メキシコ、ノース・ダコタの5州であり²⁸、1994年法の採択・施行はバーモント1州にとどまっている²⁹。しかし、養子の多様性とその保護の実現というアメリカが現在においても継続的に抱える問題に解決の道筋を与えようとするUAA1994年法の諸条文は、その目的のための具体的な施策を規定したものとして、今日もなお意義を失っていないと言える。

UAA1994年法は8編（Article1-Article8）から成り、第1編「総則（general provisions）」、

²² Report of Child Trends, <https://www.childtrends.org/indicators/foster-care> (last visited January 6, 2019)

²³ Report of Child Trends, *supra* fn.22 (last visited January 6, 2019).

²⁴ Report of Adopt US Kids, <https://www.adoptuskids.org/adoption-and-foster-care/overview/adoption-from-foster-care> (last visited January 6, 2019).

²⁵ HARRIS, CARBONE, TEITELBAUM & REBOUCHÉ, *supra* fn.3, 920.

²⁶ [http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Adoption%20Act%20\(1994\)](http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Adoption%20Act%20(1994)) (last visited December 14, 2018).

²⁷ [http://www.uniformlaws.org/ActSummary.aspx?title=Adoption%20Act%20\(1994\)](http://www.uniformlaws.org/ActSummary.aspx?title=Adoption%20Act%20(1994)) (last visited December 14, 2018).

²⁸ [http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Adoption%20Act%20\(1953\)\(1969\)](http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Adoption%20Act%20(1953)(1969)) (last visited December 14, 2018).

²⁹ [http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Adoption%20Act%20\(1994\)](http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Adoption%20Act%20(1994)) (last visited December 14, 2018).

第2編「未成年養子 (adoption of minors)」、第3編「未成年養子の一般的手続 (general procedure for adoption of minors)」、第4編「継親による未成年の継子の養子縁組 (adoption of minor stepchild by stepparent)」、第5編「成人及び法律的に独立した未成年子³⁰の養子縁組 (adoption of adults and emancipated minors)」、第6編「養子縁組手続の記録：保存、機密性及び入手方法 (records of adoption proceeding: retention, confidentiality, and access)」、第7編「養子縁組と関連する禁止行為及び許容行為 (prohibited and permissible activities in connection with adoption)」、第8編「雑則 (miscellaneous provisions)」という構成である。その中心は未成年養子であり、そこでは、生みの親による直接的な養子縁組によるか (direct placement) 又は仲介機関を通じた養子縁組によるか (agency placement) が一つの区別となっている。さらに、生みの親の同意権の確保、養子縁組記録の機密性の維持と開示の要請との調整も同法の作成に当たり重視された点である。

2 養親子関係成立の一般的要件と効果

UAA1994年法第1-102条は、「本法に従い、いかなる者も、親子関係の創設を目的として養子を取り又は養子となることができる。」と規定する。同条は、既婚・未婚、人種、民族、宗教等のカテゴリー付けによって養子縁組を妨げられることはないという、一般原則を示すものである。

裁判所による養子縁組成立判決 (decree of adoption) が確定すると、養親と養子に法律上の親子関係が発生する。それにより、親子関係から生じるすべての権利義務が養親子となったこの者らに帰属する (同法第1-104条)。また、継親が継子を養子とする場合 (UAA1994年法第4編) を除き、養親子関係の発生によって養子とその前の親との親子関係は終了する (同法第1-105条、第3-705条(d)項)。ただし、養子縁組成立判決が確定する前に養子に与えられていた権利や利益には、影響しない (同法第1-106条)。判決確定前に養子の実親が死亡した場合におけるこの子の法定相続分に関する権利等が、これにあたる³¹。

養子縁組成立判決には、これらの他に、未成年の養子の元の氏名、養親となる者の氏名、養親となる者が既婚か未婚か、養親となる者が養子の継親か否か、養子の新たな氏名とそれが効力を生じる時点、養子の新しい出生証明書に記載されるべき情報 (ただし、養親となる者若しくは12歳に達した養子が新たな出生証明書の発行を請求しないときは不要)、養子の出生年月日及び出生地 (不明な場合には裁判所が諸種の証拠や推定に基づいてこれを決定する) を明記し、さらに当該縁組が養子の最善の利益においてなされたものであることを記さなければならない (同法第3-705条(a)項(b)項)。なお、養子の前の親の氏名は、養親となる者がその記載を請求しかつ前の親が同意した場合に限り、養子縁組成立判決に記載される (同法第3-705条(c)項)。

³⁰ 法律的に独立した未成年者 (emancipated minor) とは、婚姻や軍への入隊、裁判所の決定等によって親の子に対する監護や監督から解放された者を言う。

³¹ UAA (1994) §1-106, Comment, [http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Adoption%20Act%20\(1994\)](http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Adoption%20Act%20(1994)) (last visited December 14, 2018).

● UAA (1994) 第 1-105 条 養子縁組後の養子と前の親との法律関係

「第 4-103 条で異なる定めがある場合を除き、養子縁組の判決が確定したときは、

(1)養子の前の親と養子との法律上の親子関係は終了する。ただし、前の親が負っている子の養育費の未払金の支払義務についてはこの限りでない。

(2)以前に裁判所によって下された養子との面会交流に関する命令は、終結する。」

● UAA (1994) 第 1-106 条 養子のその他の権利

「養子縁組成立の判決は、この判決が確定する前に養子に付与された権利又は利益に影響しない。」

3 未成年養子制度

(1) 養子縁組の権限を有する者

未成年養子については、UAA1994 年法第 2 編が定める。そこでは、養親の選定及び養親への養子の身上監護の移転 (Placement)³² (第 1 章)、試験的養育の評価 (第 2 章)、健康保険施設 (Health Care Facility) による未成年者の身上監護の移転 (第 3 章)、養子縁組への同意及び子に関する権利の譲渡 (Relinquishment)³³ (第 4 章) についての規定が置かれている。

そのうち第 2-101 条は、未成年者養子縁組をすることができる者に関する総則規定である。

● UAA (1994) 第 2-101 条 未成年者の養子縁組をする (place for adoption) ことができる者

「(a)未成年者の養子縁組ができるのは、次の者に限る。

(1) (b)項及び(c)項で規定されているように、未成年者の法的監護権 (legal custody) 及び身上監護権 (physical custody) を有する親

(2)未成年者の養子縁組について裁判所により明確に権限を与えられた後見人

(3)養子縁組を目的として未成年者に関する権利の譲渡 (relinquishment) を受けた仲介機関 (agency)

(4)未成年者とその親又は後見人との関係を終了させる旨の裁判所の命令によって、当該未成年者の養子縁組の権限を明確に与えられた仲介機関

(b) (c)項で異なる定めがある場合を除き、未成年者の法的監護権及び身上監護権を有する親は、他方の親が同意若しくは子に関する権利の譲渡をせず又はこの者と未成年者との親子関係が終了していなかった場合でも、当該未成年者の養子縁組をすることができる。

(c) 未成年者の法的監護権及び身上監護権を有する親は、他方の親が未成年者の法的監護権又は面会権を有しかつこの親の所在が知られているときは、当該未成年者の養子縁組をすることができない。ただし、他方の親が書面で養子縁組に同意するか又は、養子縁組前に、未成年者の養子縁組をしようとする親が他方の親の最後に知られている住所に配達証明郵便で養子縁組の意思を通知したときは、この限りでない。

³² UAA1994 年法において placement for adoption とは、未成年者の将来の養親を選定し、この者に未成年者の身上監護を移転することを言う (同法第 1-101 条(13)号)。

³³ Relinquishment とは、未成年者の縁組を目的としてこの子に関する監護権を含むすべての親 (又は後見人) の権利を任意に仲介機関に譲渡することを指す (UAA(1994)第 1-101 条(15)号)。

(d)本法によって未成年者の養子縁組につき権限を与えられた仲介機関は、一方の親のみが子に関する権利の譲渡を行うか又は未成年者との親子関係を終了させた場合であっても、未成年者の養子縁組をすることができる。」

第2-101条(a)項(1)号(2)号が規定するように、未成年者の監護権を有する親又は裁判所によって権限を与えられた後見人は、この未成年者について養子縁組をなすことができる (direct placement adoption)。他方、親又は後見人が仲介機関に未成年者の養子縁組をしてもらうことを選び (agency placement adoption)、縁組をなすことに同意を与えたときは、親又は後見人は未成年者に関するすべての権利を仲介機関に譲渡しなければならない (relinquishment)。この譲渡後は、仲介機関が親又は後見人に代わって行動する。すなわち、仲介機関は、UAA1994年法の手続に従いこの子の養子縁組をすることができる (UAA (1994) 第2-101条(a)項(3)号)。なお、仲介機関は、裁判所の命令によっても未成年者の養子縁組をする権利を取得する (UAA (1994) 第2-101条(a)項(4)号)。

(2) 直接的養子縁組 (direct placement adoption)

未成年者の親又は後見人は、直接、養親となる者を選び、養親に子の身上監護権を移すことができる (UPA (1994) 第2-102条)。

● UAA (1994) 第2-102条 親又は後見人による直接的養子縁組

- 「(a)親又は直接子の養子縁組をなす権限を与えられた後見人は、第2-201条から第2-206条に従って試験的養育につき良好な評価を得たか又は第2-201条(b)項若しくは(c)項により試験的養育の評価を要しない養親とのみ、未成年者の養子縁組をすることができる。
- (b)親又は後見人は、未成年者の直接養子縁組のために将来の養親を選定することができる。第7編に従って、親又は後見人は、将来の養親に未成年者の法的監護権及び身上監護権を与え若しくは移転するにあたり、弁護士、医療提供者若しくは仲介機関を含む第三者の援助を得ることができる。
- (c)将来の養親は、親又は後見人に試験的養育の評価の謄本を交付しなければならず、また親又は後見人によって要求された追加情報を与えることができる。この評価及び追加情報は、身元に関する情報を除くように編集されなければならない。ただし、将来の養親の身元に関する情報は、この者が開示に同意したときは、編集するに及ばない。第7編に従い、将来の養親は、養子となる未成年者を見つけるにあたり第三者の援助を得ることができる。
- (d)未成年者の養子縁組への同意が、養子縁組時になされていない場合、未成年者の養子縁組をする親又は後見人は、身上監護権の移転が養子を目的とすること及び親又は後見人が養子縁組、同意、子に関する権利の譲渡及び親権の終了に関する本法の諸規定につき情報を得ていることを記載した書面に署名して、将来の養親にこれを交付するものとする。この書面は、そこで明記されている時点までに同意がなされるまでの間、当該未成年者のために扶養及び医療その他の監護をなす権限を将来の養親に与えるものでなければならない。将来の養親は、署名した書面をもって、当該未成年者の扶養及び医療その他の監護をなすこと並びに、明記された期間内に

同意がなされなかったときは、親又は後見人に当該未成年者の監護権を返還することについての責任を承認したものとする。

(e)直接的養子縁組に関するサービスを提供する者又は団体は、そのサービスについて照会をする者に対して、サービス及び料金表を書面で交付するものとする。」

(3) 仲介機関による養子縁組 (agency placement adoption)

未成年者の養子縁組の権限を与えられた仲介機関も、養親を選定し、この未成年者の養子縁組を行うことができる (UAA (1994) 第 2-103 条)。

● UAA(1994)第 2-103 条 仲介機関による養子縁組

「(a)未成年者の養子縁組をなす権限を与えられた仲介機関は、そのサービスについて照会をする者に対して、未成年者のために将来の養親を選定する当該機関の手続及び料金表を含むサービス内容を書面で交付するものとする。

(b)未成年者の養子縁組を行う仲介機関は、将来の養親に、養子縁組の判決が登録されるまでの間未成年者の扶養及び医療その他の監護をなす権限を、書面で与えるものとする。将来の養親は、未成年者の扶養及び医療その他の監護についての責任を、書面によって引き受けるものとする。

(c)第 4 章に従って未成年者を引き渡した親の請求により、仲介機関は、当該未成年者が養子縁組されたか、養子縁組の申立てが許可、否認若しくは撤回されたか、申立てが許可されなかった場合において他の養子縁組が行われたかについて、この親に迅速に情報を提供するものとする。」

● UAA (1994) 第 2-104 条 仲介機関が未成年者の養子縁組をする場合における縁組の優先

「(a)仲介機関は、第 2-201 条から第 2-206 条に従って試験的養育につき良好な評価を得た者とのみ、未成年者の養子縁組をすることができる。

(1)仲介機関が親又は後見人によって選定された将来の養親と未成年者の養子縁組を合意したときは、親又は後見人によって選定されたこの者と縁組をしなければならない。

(2)仲介機関がそのような合意をしなかったときは、未成年者の最善の利益において仲介機関が選定した者と縁組をしなければならない。

(b) (a)項(2)号により未成年者の最善の利益を判断する場合において、仲介機関は、優先順位において次の者を考慮するものとする。

(1)当該未成年者の兄弟姉妹の誰かを以前に養子としたことがあり、かつ当該未成年者を養子とすることを書面で求める者

(2)親又は後見人の求める特徴を備える者であって、仲介機関がこの要求に応じることに合意し、親又は後見人と仲介機関によって同意された期間内にこの者を探し出した場合

(3)直前の 24 ヶ月内において 6 ヶ月以上又は未成年者が生まれてから半分の期間のいずれか短い間、未成年者の身上監護をしてきた者であって、この者が当該未成年者を養子とすることを書面で求める場合

(4)未成年者が積極的な情緒的関係を形成しており、この未成年者を養子とすることを書面で求める親族

(5) 仲介機関が選定したその他の者

(c) (b)項(2)号の要求に応じることを要しない場合、仲介機関は、未成年者の人種、国籍又は民族的出自のみを根拠にして、未成年者の養子縁組を遅延させ又は否認してはならない。未成年者の訴訟のための後見人又は試験的養育の良好な評価を受け当該未成年者を養子とすることを書面で仲介機関に求める者は、本項に違反した仲介機関に対してエクイティ上の救済を求める訴訟又は裁判手続を提起することができる。

(d) 現実的でありかつ兄弟姉妹である未成年者の最善の利益になる場合には、仲介機関は、(a)項から(c)項に従って選定された同じ将来の養親とこの兄弟姉妹との養子縁組をするものとする。

(e) 仲介機関が(a)項(2)号に従って未成年者の養子縁組をする場合、(b)項(3)号に記載された者は、縁組後 30 日以内に、仲介機関による当該縁組の効力を争う訴訟又は裁判手続を提起することができる。この者が証拠の優越(preponderance of the evidence)によって、当該未成年者がこの者と本質的な情緒的結びつきを持ち、この者との養子縁組が当該未成年者の最善の利益であることを証明したときは、裁判所は当該未成年者をこの者の養子とする。」

なお、親や後見人か仲介機関かを問わず、未成年者の養子縁組をしようとする者は、可能な限り養子縁組前に入手できる範囲で子の医学的・心理学的病歴や社会生活上の履歴、子の親や親戚の病歴や遺伝的疾患に関する情報を養親となるべき者に対して報告すべきこととされている(UAA (1994) 第 2-106 条)。

(4) 養子縁組への同意と子に関する権利の譲渡 ((relinquishment)

(a) 同意権者

養子縁組への同意権者は、UAA (1994) 第 2-401 条で規定されている。それによれば、直接的養子縁組 (direct placement adoption) の場合は、(1)養子となる未成年者を出産した女性及び、①養子となる未成年者がこの女性の婚姻中に出生するか又は婚姻の解消若しくは法定別居判決後 300 日以内に出生した場合におけるこの婚姻の相手方、②この女性の婚姻が無効又は無効宣言されうものである場合において、当該婚姻中又は婚姻終了後 300 日以内に養子となる未成年者が出生した場合におけるこの婚姻の相手方、③養子となる未成年者の父であるとの判決を受けた者若しくはこの未成年者との親子関係を発生させる効力のある書類に署名した者で、この未成年者のために相応の養育費を支払い面会交流してきたか、子の出生後養子縁組前に子を出産した女性と婚姻した者、④養子となる未成年者を自己の家に受け入れこの子を自己の子として公然と扱ってきた者のいずれかの同意がある場合、(2)裁判所によって未成年者の養子縁組への同意権を明確に認められた当該未成年者の後見人の同意がある場合、(3)養子となる未成年者の現時点での養父母その他の法律上承認された父母のいずれかの同意がある場合にのみ、未成年養子の申立ては許される (同条(a)項)。

一方、仲介機関による養子縁組 (agency placement adoption) の場合には、未成年者の養子縁組をする当該機関及び UAA (1994) 第 2-401 条(a)項で挙げられた者で当該未成年者に対する権利を仲介機関に譲渡していない者の同意が必要である。これらの者の同意がある場合においてのみ、仲介機関による未成年養子の申立ては許される (同条(b)項)。

さらに、direct placement adoption の場合も agency placement adoption の場合も、養子となる未成年者が 12 歳に達しているときは、上述の同意権者の同意に加え、原則としてこの未成年者自身の、養子縁組に関するインフォームド・コンセントが必要とされる（同条(c)項）。

● UAA(1994)第 2-401 条 同意が必要な者

「(a) 第 2-402 条に従い同意を要しないか免除される場合を除き³⁴、本条により未成年者の養子縁組の権限を有する親又は後見人が未成年者の直接的養子縁組を行うときは、未成年者を養子とする縁組の申立ては、次の(1)から(3)のいずれかの者の同意がある場合にのみ認容される。

(1)当該未成年者を出産した女性及び、

(i) 当該未成年者が婚姻中又は婚姻解消若しくは裁判所の別居判決後 300 日以内に出生したときは、この女性と婚姻していた男性

(ii) 当該未成年者の出生前に表見上法を遵守した方式によりこの女性との婚姻を企図した男性であって、この企図された婚姻が無効であるか又は無効と宣言されうるものであり、未成年者が企図された婚姻中若しくは企図された婚姻終了後 300 日以内に出生した者

(iii) 裁判によって子の父と決定された男性若しくは未成年者との親子関係を成立させる効果を持つ書類に署名した男性であり、(A) 未成年者の扶養のために合理的で継続的な養育費を資力に応じて支払いかつ未成年者と面会若しくは交流していたか、(B)未成年者の出生後、養子縁組のための子の身上監護の移転前に当該未成年者を出産した女性と婚姻するか、表見上法を遵守した方式によりこの女性との婚姻を企図したがこの企図された婚姻が無効であるか又は無効と宣言されうるものであった者、又は、

(iv) 養子となる未成年者を自己の家に受け入れ、この子を自己の子として公然と扱ってきた男性

(2)裁判所によって未成年者の養子縁組に同意する権限を明確に与えられた未成年後見人、又は、

(3)未成年者の現在の養母及び養父又は法律上親と認められた母及び父

(b)第 2 - 402 条に従い同意が要求される場合を除き、本法により権限を与えられた仲介機関による未成年者の養子縁組において、未成年者を養子とする縁組の申立ては、次の者による同意がある場合にのみ認容される。

(1)未成年者の養子縁組のために養親を選定し、養親に身上監護権を移転する仲介機関、及び、

(2)(a)項に挙げられた者で、仲介機関への任意の親権の譲渡を行っていない者

(c)裁判所が未成年者の同意を免除した場合を除き、12 歳に達した未成年者を養子とする申立ては、(a)項及び(b)項で必要とされる同意に加えて、当該未成年者が養子縁組に対するインフォームド・コンセントを行った場合に限り、認容される。」

(b) 同意と子に関する権利の譲渡

³⁴ UAA (1994) 第 2 - 402 条は、養子縁組への同意を要しない者を列挙する。養子縁組を目的として仲介機関に法的監護権、身上監護権を含む子に関する権利を譲渡した者、未成年者との親子関係が裁判によって終了した者、裁判によって無能力者と宣言された親等がこれに当たる。

第 2-401 条で求められる未成年者の養子縁組への同意をした親又は後見人は、未成年者に関するすべての権利を仲介機関に譲渡 (relinquish) することができる。この権利には、未成年者の法的監護権及び身上監護権、未成年者の養子縁組への同意権が含まれる (同法第 2-403 条)。

未成年者の親又は後見人が直接子の養子縁組をする場合 (direct placement adoption)、縁組を進めるためには、親又は後見人自身が縁組において同意を行うことが必要である。一方、親又は後見人が仲介機関に未成年者の養子縁組を委託することを選び (agency placement adoption)、仲介機関が縁組をなすことに同意を与えたときは、親又は後見人は未成年者に関するすべての権利を仲介機関に譲渡 (relinquish) しなければならない。それによって仲介機関は未成年者の監護権を取得し、その養子縁組をする権限を有することになる。

(c) 同意・譲渡の手続

親又は後見人が未成年者の養子縁組に同意し又は当該未成年者に関する権利を仲介機関に譲渡するには、正式記録裁判所 (court of record) の裁判官、正式記録裁判所裁判官によって同意・譲渡を採録するよう任命された者、仲介機関や養親の代理人ではない弁護士等一定の者の面前で、同意若しくは譲渡への署名・確認をすることを要する (同法第 2-405 条(a)項)。また、養子縁組への同意書中に記名されている将来の養親は、当該未成年者を養子とする意思を示した陳述書に署名する (同法第 2-405 条(e)項)。

なお、養子となる未成年者自身の同意は、養子縁組手続の中で裁判所の前で署名・確認がなされるか又は裁判所が指示する方法によって行われなければならない (同法第 2-405 条(b)項)。

(d) 同意・譲渡の効果

親又は後見人が UAA1994 年法第 2-405 条の定める方式に従って行った同意は終局的なものであり、原則として撤回できない。これにより、同意書に氏名の記載されている養親に未成年者の法的監護権及び身上監護権が与えられ、養親は未成年者の扶養及び医療その他のケアをする責任を負う。また、同意を行った親の未成年者に対する義務は、未払いの養育費を除いて終結する (UAA (1994) 第 2-407 条(a))。

親又は後見人が UAA1994 年法第 2-405 条の定める方式に従って仲介機関に未成年者に関する権利を譲渡したときは、この譲渡は終局的なものとなり、原則として撤回できない。これによって、養子縁組成立判決が確定するまでの間、未成年者の法的監護権は仲介機関が有する。したがって、仲介機関は当該未成年者の養子縁組をし、養子縁組に同意を与え、そして養親となるべき者に当該未成年者の扶養及び医療その他のケアをなす責任を委譲する。子に関する権利を仲介機関に譲渡した者の未成年者に対する義務は、未払いの養育費を除いて終結する (UAA (1994) 第 2-407 条(b))。

(e) 同意の撤回

direct placement adoption の場合、子の出生から 192 時間以内に、同意を行った親が、養親となるべき者又はその弁護士に対して同意を撤回すると書面で通知したときは、同意は撤回される。同意を与えた者と養親となるべき者が養子縁組の撤回に合意したときも、同様である (UAA (1994) 第 2-408 条(a)項)。

agency placement adoption の場合における仲介機関への子に関する権利の譲渡 (relinquishment) の撤回も、子の出生から 192 時間以内に、譲渡を行った親が、譲渡を受けた仲介期間に対して譲渡を撤回すると書面で通知したときは、譲渡は撤回される。譲渡した者と仲介期間が撤回に合意したときも、同様である (UAA (1994) 第 2-409 条(a)項)。

このように、新生児を養子に出す場合には、生みの親はいったん同意しあるいは子に関する権利を譲渡(relinquish)した場合でも、子の出生から 192 時間以内であれば理由なしにその同意を撤回することができる。ただし、新生児ではない子の養子縁組については、生みの親による同意や子に関する権利の譲渡はそれがなされると同時に効力を生じる。

(5) 養子縁組成立判決

(a) 申立権者

UAA1994 年法のもとで養子縁組により養親子関係を成立させるためには、原則として裁判所の判決を要する。未成年者の養子縁組に関する裁判手続は、同法第 3 編が規定する。そこでは、管轄・裁判地 (第 1 章)、弁護士ないし訴訟のための後見人の選任等手続に関する一般規定 (第 2 章)、養子縁組の申立て手続 (第 3 章)、手続係属の通知 (第 4 章)、親子関係終了の申立て (第 5 章)、養子及び養親となるべき者の評価 (第 6 章)、審問手続と養子縁組成立判決 (第 7 章)、出生証明書 (第 8 章) について定められている。

養子縁組成立又は親子関係終了に関する訴訟手続は、陪審によらず、裁判所によって審理されなければならない (UAA (1994) 第 3-202 条)。第 7 編に従った手続を除き³⁵、本法のもとの民事訴訟手続は非公開の法廷で審理しなければならない (UAA (1994) 第 3-203 条)。

養子縁組成立訴訟の申立権を有するのは、①UAA1994 年法第 2 編第 1 章に従い養子縁組を目的として未成年者の身上監護の引渡を受けた者、②UAA1994 年法に従い未成年者の身上監護を移転する権限を有する者によって養親となるべき者として選定されたが、まだ身上監護の引渡を受けていない者、③養子縁組を目的とする未成年者の身上監護の引渡を受けていないか又は第 2 編第 1 章から第 3 章に従った将来の養親として選定されず若しくは拒絶されたが、養子縁組の申立てをする直前に少なくとも 6 カ月間この未成年者の身上監護を行ってきた者でありかつ十分な理由を示して (good cause shown) 裁判所により養子縁組の申立てを許された者、に限られる (UAA (1994) 第 3-301 条(a)項)。③に属する者は、未成年者の養子縁組について正式の身上監護引渡の手続を経ていないが、十分な理由を示したことによって裁判所から養子縁組の申立てを許された者である。これは、事実上の養親となっている者との関係につき未成年者の利益を考慮して、その関係を法律上の養子縁組とすることを可能とすることを目的とした規定である。

また、養子縁組成立の訴訟を申し立てた者の配偶者は、原則としてこの訴訟に参加しなければならない。

(b) 申立ての期限

上掲 (a) ①の者は、養親として選定され養子となる未成年者の身上監護がこの者に引き渡されてから 30 日以内に養子縁組の成立を求める申立てを裁判所にしなければならない (UAA (1994)

³⁵ 第 7 編は、養子縁組に関する禁止行為と許容行為に関する規定である。

第 3-302 条)。②の者も、養子となる未成年者の身上監護が引き渡された後は同様である。これは、養親の選定と身上監護の移転がなされたにもかかわらず、養子となるべき者の身分関係が不安定なまま、縁組が遅延するという事態を防ぐことを目的とする。なお、もし 60 日以内に申立てがなされないときは、当該未成年者の養子縁組に同意を与えた親は、その同意を撤回することができる (UAA (1994) 第 2-408 条(b)(2))。

● UAA (1994) 第 3-301 条 養子縁組申立ての当事者適格

「(a)(c)項で異なる定めがなされている場合を除き、本法においては次の者のみが未成年者を養子とする縁組の申立ての訴えの利益を有する。

(1)養子縁組のために未成年者の引渡を受けている者若しくは本法のもとで縁組のために未成年者の身上監護を引き渡す権限を有する者によって養親となるべき者として選定された者、又は、

(2)養子縁組を目的とした身上監護の引渡を受けていないか又は第 2 編第 1 章から第 3 章に従って養親となるべき者として選定されていないか若しくは養親となることを拒絶された者であるが、養子縁組の申立てをなす直前の少なくとも 6 か月間において当該未成年者の身上監護権を有しており、かつ十分な理由を示したことにより裁判所によって申立てを許された者

(b)申立人の配偶者は、この申立てに参加しなければならない。ただし、配偶者が申立人と法律上の別居をするか裁判により無能力と宣言された場合はこの限りでない。

(c)継親が未成年の継子と養子縁組する申立ては第 4 章に従って、法的に独立した未成年者 (emancipated minor)の養子縁組は第 5 章に従って、なすことができる。」

● UAA (1994) 第 3-302 条

「裁判所がより遅い時期における申立てを許可した場合を除き、第 3-301 条(a)項(1)号により訴えの利益をもつ養親となるべき者は、この者が養子縁組のために未成年者の身上監護の引渡を受けた後 30 日以内に、養子縁組の申立てをなすものとする。」

(c) 通知

未成年者の養子縁組成立の訴えが申し立てられた場合、①UAA1994 年法第 2-401 条により同意をその要件とされている者及び仲介機関の他、②養子となる未成年者の父であると主張しているが当該未成年者との父子関係が裁判によって確定されていない者や③申立人以外で養子となる未成年者の法的監護権若しくは身上監護権又は面会交流権を持つ者等に対して、20 日以内に養子縁組手続に関する通知がなされなければならない (UAA (1994) 第 3-401 条(a)項) ³⁶。

UAA1994 年法は、生みの親の同意を得る手続を行政機関等ではなく独立の裁判所においてなすべきことを定めている。生みの親は裁判所において書面による同意書に署名し、養子縁組の効果についての十全な情報開示を保障される (本稿第 2 章²3 (4))。これは特に direct placement

³⁶ なお、この通知を受ける権利は放棄することができる。その場合、放棄する者は裁判所の面前でこれをなすか、養子縁組への同意や子の権利の譲渡等をなす署名入り書面においてすることができる (UAA (1994) 第 3-405 条(a))。

adoption の場合に、生みの親の権利の保護のため重要な役割を果たす。子の父が知られていない場合であれば、この同意手続は父の身元を明らかにする契機にもなり、このような父に養子縁組手続に参加し、同意する機会を与えるという意味も持つ³⁷。ただし、知られていない父を特定することはしばしば容易ではなく、父の同意のないことが子の養子縁組の妨げになることも考えられる。そのような場合、UAA1994 年法は生みの父の権利を終了させ、養子となることに関する子の利益を優先させる（UAA（1994）第 3-504 条(b)項）。なお、統一親子法（UPA）の規定するように子に複数の推定される父がいるような場合には³⁸、養子縁組についてすべての推定される父の同意が必要となる。

（d）事前の試験的養育の評価

direct placement adoption と agency placement adoption のいずれの方法を採用する場合でも、養親となる者は縁組前に試験的に子の監護をし、それについて独立の専門機関による評価を受けなければならない（UAA（1994）年法第 2-201 条～第 2-207 条）。未成年者の養子縁組を成立させる訴えの提起後、裁判所は養親となるべき者による試験的な養育の評価を命じる。この評価は、州の免許による資格を有する者その他法律の定める方法によって行われる（UAA（1994）第 3-601 条）。

このような養親となるべき者による事前の試験的養育の実施とその評価は、特に direct placement adoption における子の保護のために機能する。

（e）親子関係終了判決

養子縁組成立手続の中で、未成年者の養子縁組に対して任意に同意や子に関する権利の譲渡（relinquishment）をしない親がいる場合、訴訟によってこの親と当該未成年者との親子関係を終了させることができる。親の一方が任意に同意や子に関する権利の譲渡をし、あるいはその親権の終了手続がなされたが、他方の親が同意や子に関する権利の譲渡をしていないというときも、この手続による。

親子関係終了訴訟は、未成年者の養子縁組をした親や後見人、未成年者の養子縁組を行う仲介機関が提起することができる。また、養親となるべき者もこの訴訟を提起することができる（UAA（1994）第 3-501 条）。

親子関係終了の訴えは、養子縁組の成立を求める訴えの係属中であれば、いつでも申し立てることができる（UAA（1994）第 3-502 条）。

親子関係終了の申立てがなされると、当該申立てに関する審理について被告へ通知される。通知の到達後 20 日以内に被告が応訴せず、かつ父子関係が確定していない被告の場合には 20 日以内に父性確定に関する訴えを提起しないときは、養子縁組成立訴訟が却下もしくは棄却される場合を除き、裁判所は、被告と養子となる未成年者との親子関係を終了させる命令を下す（UAA（1994）第 3-504 条(a)）。これにより、被告と養子となる未成年者との親子関係は終了する（UAA（1994）第 3-503 条）。

³⁷ UAA（1994）第 3-404 条は、養子となるべき未成年者の知られていない父（unknown father）の搜索とこの者への養子縁組成立訴訟又は親子関係終了訴訟の通知について規定する。

³⁸ UPA（1973）第 4 条、UPA（2002）第 204 条、UPA（2017）第 204 条（本稿第 3 章²2（3））参照。

● UAA (1994) 第 3-501 条 権限

「親若しくは親とされる者 (alleged parent) と未成年子との親子関係を終了させる申立ては、本法による養子縁組をなす手続において、次の者が申し立てることができる。

- (1) 未成年者のために養親となるべき者を選定しかつこの者に当該未成年者の身上監護を移転する意図を有するか若しくは移転した者
- (2) 未成年者の親で、その配偶者が第 4 編に従いこの未成年子を養子とする申立てをした者
- (3) 本編 (第 3 章) 若しくは第 4 編に従い養子縁組の申立てをした、未成年者の養親となるべき者
- (4) 未成年者のために養親となるべき者を選定しかつこの者に未成年者の身上監護を移転する意図を有するか若しくは移転した仲介機関」

● UAA (1994) 第 3-502 条 申立ての時期と内容

「(a)本章における申立ては、養子縁組の申立てが本編若しくは第 4 編に従ってなされた後であり、かつ養子縁組成立判決の登録前であれば、いつでも行うことができる。

(b)本章による申立ては、申立人によって署名及び真実性の宣言がなされ、裁判所で手続がなされ、かつ次の記載がされていなければならない。

- (1) 申立人の氏名
- (2) 未成年者の氏名
- (3) 未成年者との親子関係が終了することになる親若しくは親とされる者の氏名及び最後に知られている住所
- (4) 申立ての基礎をなす事実及び事情並びに親子関係の終了を求める理由
- (5) 申立人が養親となるべき者である場合には、親子関係終了の申立てが認容されたときは、申立人は未成年者を養子とする申立て手続をとるつもりであること
- (6) 申立人が親、後見人若しくは仲介機関である場合には、申立人が養親となるべき者を選定し、この者が養子縁組手続の申立人となっていること」

親子関係終了の訴えに対して被告が応訴したときは、裁判所は事実認定を目的とした審理日程を迅速に決定し、審理を開始しなければならない。養子縁組手続の係属によって、養子となる未成年者の親子関係に関する法的地位と身上監護が養親となるべき者に移るのか、元の親に戻るのか不確実な状況が生じており、裁判所は可能な限り速やかにこれを決定することが求められる。その場合、UAA1994 年法第 3-504 条(c)の掲げる(1)から(5)のいずれかの事由があり、被告との親子関係を終了させることが子の最善の利益であるとの証拠の優越 (preponderance of evidence) があるときは、裁判所は原則として当該親子関係を終了させる。

● UAA (1994) §3-504(c)

「裁判所は、明白かつ確信を抱くに足る証明によって (upon clear and convincing evidence) 次に掲げる事由の一つが存在し、かつ証拠の優越によって終了が子の最善の利益であると判断したときは、被告と子との親子関係を終了させる。

(1) 養子縁組成立の訴えが提起された時点で未成年者が満 6 ヶ月に達していない場合において、次の(i)から (iv) のすべてに該当するとき

(i) 妊娠前、妊娠中及び出産後の相応の出費につき、被告がその資力に応じて支払をしていなかったとき

(ii) 未成年者の扶養のために合理的で継続的な養育費を、被告の資力に応じて支払っていないとき

(iii) 未成年者との面会を定期的に行っていないとき

(iv) 未成年者が他方の親の身上監護に服していない間、この子の法的監護権及び身上監護権を引き受ける能力と意思を表示していないとき

(2) 養子縁組成立の訴えが提起された時点で未成年者が満 6 ヶ月に達していた場合において、被告がこの訴えの直前の少なくとも 6 か月間において、次の(i)から (iii) のすべてに該当するとき

(i) 未成年者の扶養のために合理的で継続的な養育費を、被告の資力に応じて支払っていないとき

(ii) 未成年者との面会交流を定期的に行っていないとき

(iii) 未成年者が他方の親の身上監護に服していない間、この子の法的監護権及び身上監護権を引き受ける能力と意思を表示していないとき

(3) 被告が、暴行罪又は差止命令若しくは保護命令違反で有罪判決を受け、当該犯罪若しくは命令違反の事実及び被告の行動が、未成年者との親子関係を維持するのに適切でないことを示すとき

(4) 未成年者の懐胎時又は出生時に被告がこの未成年者の母と婚姻しておらず、被告が遺伝上の父でも養親でもないとき

(5) 親子関係の終了が「親権の強制終了に関する州法で」具体的に挙げられている事由に基づき、正当化されるとき」

親子関係終了の訴えを認める命令が裁判所によって下されると、被告と未成年者との親子関係は、未払いの養育費債務を除いて、終了する。当該未成年者の養子縁組に対する被告の同意権や養子縁組手続に関する通知を受ける権利は、消滅する (UAA (1994) 第 3-505 条)。

一方、親子関係終了を求める訴えが認められない場合、裁判所は訴えを棄却し、あわせて当該未成年者の法的監護権及び身上監護権について決定しなければならない (UAA (1994) 第 3-506 条(a)項)。この場合において誰が子の監護をなすかについては、事例ごとの個別的判断による。子の実親はもちろん児童養育支援機関や、さらに、養親となることを希望していた者がこの子の監護権を求めることもできるとされている。

(f) 養子縁組成立判決の効果

裁判所は、養子縁組が未成年者の最善の利益となりかつ UAA1994 年法第 3-703 条(a)項の定める(1)から(11)の要件を満たすと判断したときは、養子縁組の成立を認容する判決を下す。

● UAA (1994) 第 3-703 条

「(a)裁判所は、養子縁組が未成年者の最善の利益となりかつ次の要件を全て満たすと判断したときは、養子縁組の成立を認容する。

- (1)訴えの提起から少なくとも 90 日経過していること。ただし、裁判所が十分な理由を示してこの要件を免じたときはこの限りでない。
- (2)養子が少なくとも 90 日間申立人によって身上監護されてきたこと。ただし、裁判所が十分な理由を示してこの要件を免じたときはこの限りでない。
- (3)養子縁組成立手続の通知がなされるか又は第 4 章により通知を受け取る権限のある者につき通知を免じたこと
- (4)必要な同意、子に関する権利の譲渡 (relinquishment)、免除、親の利益の放棄若しくは第 5 章³⁹に従って下された命令を含む親権を終了させる裁判所の命令がなされ、裁判所に提出されたこと
- (5)本法により求められる評価が提出され、裁判所によって考慮されたこと
- (6)申立人が当該未成年者にとって適切な養親であること
- (7)州際養子縁組若しくは国際養子縁組に関する本法の要件が適用されるときは、それを満たしていること
- (8)インディアンの子の福祉に関する法律 (Indian Child Welfare Act, 25 U.S.C.) 第 1901 条以下が本手続に適用されないか、若しくは適用されるときはその要件を満たしていること
- (9)第 3-702 条⁴⁰により求められる会計報告書及び宣誓供述書(affidavit)が裁判所によって審査され、裁判所が否認、修正又は、第 7 編で認められていないか養子縁組に関して通常負う費用と比較して不相当若しくは不必要な支払い若しくは費用の償還を命じたこと
- (10)申立人が第 2-106 条⁴¹によって求められる報告を受けたこと
- (11)養子が 18 歳に達した後の養子への元の親の身元の公開に関する第 2-404 条(e)項に従って署名された書類が、裁判所に提出されたこと」

他方、裁判所が養子縁組成立の申立てを認めないときは、裁判所はこの訴えを棄却し、未成年者の法的監護権及び身上監護権について適切な命令を発しなければならない。裁判所による否定

³⁹ UAA1994 年法第 3 編第 5 章は、親子関係を終了させる申立てに関する諸規定である。

⁴⁰ UAA1994 年法第 3-702 条は、養子縁組に関する手数料及び費用の開示に関する規定である。これが裁判所によって精査されることにより、特に direct placement adoption において子が養親に「売り渡される」といった事態を防ぐことが意図されている。養親が支払うべき金額の上限等は、同法第 7 編に規定されている。

⁴¹ 第 2-106 条は、養子となる者の出自等に関する情報の開示について規定する。そこでは、未成年者の養子縁組をする者は、養親が未成年者の身上監護権を得る前に、可能な範囲で、未成年者及びその遺伝上の親や親族の医学的・心理学的病歴、社会生活における履歴等について養親に報告すべきことを定める。

の理由が、養子となる者の親の同意若しくは子に関する権利の譲渡の撤回又は取消を理由とするときは、裁判所はこの場合について定める UAA1994 年法第 2-408 条、第 2-409 条に従って、監護権を有していた親等に未成年者の監護権を返還する。その他の場合には、裁判所は未成年者の最善の利益に従ってその監護につき決定する (UAA (1994) 第 3-704 条)。

養子縁組手続が終結すると、それは終局的な効果を生じる。養子縁組の成立を認める判決について上訴する権利の出訴期限は 6 ヶ月である (UAA (1994) 第 3-707 条)。この期間が経過すると、もはや縁組の妨げになっている父 (thwarted father) も知られていない父 (unknown father) も成立した養子縁組を覆すことはできない。

養子縁組判決確定後 30 日以内に、裁判所の書記は、[州の出生登録所] によって提供される書式に養子縁組の報告を記載して、[登録所] に送付しなければならない (UAA1994 年法第 3-801 条)。登録所がこの養子縁組報告を受領すると、登録所は、養子のために新たな出生証明書を発行する。ただし、裁判所、養親又は 12 歳に達した養子が、新たな出生証明書若しくは修正された出生証明書が発行されないよう求めたときは、登録所は養子の新たな若しくは修正された出生証明書を発行してはならない (UAA (1994) 第 3-802 条)。

(6) 記録・身元の秘密保持

UAA1994 年法は、養子縁組に関する訴訟記録と生みの親及び養子の身元等についての機密保持を原則とする (UAA (1994) 第 6-102 条)。ただし、親は養親を選ぶ権利を持ち (direct placement adoption)、同意や子に関する権利の譲渡の手続の一部として養親に関する情報を得る機会を与えられる (同法第 2-102 条(c)項)。

また、養親や養子の後見人、18 歳に達した養子自身らは、養子や養子の元の親に関する身元の特定にかかわらない情報を非公開記録から得ることができる (UAA (1994) 第 6-103 条)。さらに、身元の特定に関する情報についても、養子の元の親がその氏名や誕生日、最後に知られている住所その他の情報の開示を許す等一定の場合には、養親や養子の後見人、18 歳に達した養子自身らはこの情報を得ることが可能である (UAA (1994) 第 6-104 条)。

(7) 継親と未成年の継子の養子縁組

UAA1994 年法は継親と未成年の継子の養子縁組についても原則として第 3 編の未成年養子の一般規定に従うとするが (同法第 4-101 条)、第 4 編中にいくつかの特則を置く。このような養子縁組の場合、継親と継子は、継子の監護権を有する実親すなわち継親の配偶者と同居しているケースが典型であり、養子縁組は継親と継子との事実上の親子関係を法的なものにするという意味を持つにとどまることが多い。未成年者は新たな見知らぬ他人にその身上監護を移されるわけではなく、養子縁組によって従来からの生活状況が変更されるものではないことが、第 4 編の諸規定の背景となっている。

未成年の継子との養子縁組手続の申立権者は、継子の親の配偶者である継親である。継子の親が単独監護権者であるときは、養子縁組申立て直前の 60 日間継子がこの親と継親によって身上監護されていることが要件となる (UAA (1994) 第 4-102 条 (a) 項 (1) 号)。継子の親と他の親とがこの子の共同監護権者であるときは、継子が継親による養子縁組申立て直前の 12 か月間において、継親の配偶者である親及び継親と主に居住していることが要件である (同項 (2) 号)。

継親の配偶者である親が死亡し若しくは精神的無能力となったが、死亡若しくは精神的無能力宣言の前に継子の法的監護権及び身上監護権を有していたときは、継子が継親による養子縁組申立て直前の12か月間において、主に継親と居住していることが要件となる（同項（3）号）。

なお、UAA1994年法第2-104条に従い、継親に継子の身上監護を移転した仲介機関も、この継親と継子との養子縁組を申し立てることができる（UAA（1994）第4-102条（a）項(4)号）。

また、継子が12歳に達しているときは、継親との養子縁組についてこの子の同意を得ることを原則とする（UAA（1994）第4-104条）。継親と継子との養子縁組について、継親の配偶者である継子の親及び継子の他方の親の同意を要することは、未成年者の養子縁組一般と同様である（UAA（1994）第4-105条、第4-106条）。

継親と継子との養子縁組の申立ては、第3編第5章による、継親の配偶者ではない継子の親と継子との親子関係終了訴訟と併合することができる（UAA（1994）第4-102条（c）項）。継親と継子の養子縁組成立判決が確定したときは、UAA1994年法第1-103条から第1-106条の効果が生じる。ただし、継親の配偶者である継子の親と継子との親子関係は存続する。また、継子が親子関係の終了した前の親を相続する権利も影響を受けない（UAA（1994）第4-103条）。

未成年の継子の養子縁組手続において申立人による請求があったときは、裁判所は、継子と他の者との面会交流を許す書面による合意（この他者、申立人、申立人の配偶者、12歳に達した継子の署名を要する）について精査し、未成年の養子の最善の利益においてこの合意を承認する決定をなすことができる（UAA（1994）第4-113条(a)項）。また、継子の監護権を持つ親と継親が養子縁組成立後の他者と継子との面会交流に反対しているときであっても、継子の前の親（非監護権者である親）、祖父母、兄弟姉妹は、縁組後の継子との面会交流を裁判所に求めることができる（同条(c)項）。

4 成年養子制度

UAA1994年法は、成年者ないし法律的に独立した未成年者（*emancipated minor*）を養子とする縁組も可能とし、第5編に規定を置く。ただし、自己の配偶者を養子とすることはできない（UAA（1994）第5-101条(a)項(1)号）。なお成人の無能力者を養子とする場合は、第5編ではなく、第2編、第3編、第4編に拠らなければならない（UAA（1994）第5-101条(a)項(2)号）。成年者若しくは法律的に独立した未成年者を養子とした者は、この養子の兄弟姉妹を除いて、当該縁組から1年間は他の成年者若しくは法律的に独立した未成年者を養子とすることができない（UAA（1994）第5-101条(b)項）。

成年養子縁組には、養子及び養親の同意を要する。養親の配偶者の同意も、法定別居しているとき又は裁判所が、配偶者が同意を与えることができないか養子及び養親の最善の利益に反して同意を留保していると判断したときを除いて、必要とされる（UAA（1994）第5-103条(a)項）。また、養子縁組の申立ては、養親となる者及び養子となる者が共同して行わなければならない（UAA（1994）第5-105条(a)項）。

成年養子縁組の効果は、UAA1994年法第1-103条から第1-106条と同じである。継親が成年の継子を養子とする場合は、同法第4-103条と同様となる（UAA（1994）第5-102条）。

養子縁組判決確定後30日以内に、裁判所の書記は、[州の出生登録所]のために養子縁組の報告を調製しなければならない。養子縁組の申立人らが請求したときは、第3編第8章に規定され

ているように養子について新たな出生証明書を発行することをこの報告書に記載すべきものとされている（UAA（1994）第 5-108 条）。

第 3 章 親子関係制度

1 法律上の親子関係に関する規律の動向

1 嫡出子（婚内子）の親子関係

アメリカにおいても、コモン・ローに従い、婚姻している女性の夫が、この女性の産んだ子の父であるとの推定ルールが長らく用いられてきた。現在でも、全出生児の約 6 割は婚姻している女性から生まれており（本稿第 1 章²⁾）、この母の配偶者が子の法律上の父と推定されるというルールがアメリカの諸州で適用されている。また、多くの州では、婚外子の出生後に両親が婚姻した場合にも、婚姻による父性推定が及ぶとする規律を置く。なお、婚姻による父性推定は、妊娠中に他方の親が死亡したり婚姻が解消されたりした場合にも適用される。そこではいわゆる 300 日ルールを規定する州も多く、統一親子関係法（1973 年法・2002 年法・2017 年法）はいずれの版も、婚姻による父性の推定を両親の離婚又は一方の死亡から 300 日以内に出生した子にも及ぼしている⁴²⁾。

2 婚外子の親子関係

（1）父性の任意認知手続

アメリカにおいて、婚外子の親子関係の決定につき現在最も重要な役割を果たしているのは、父性の任意認知（voluntary acknowledgement of paternity（以下 VAP と記述））と呼ばれる手続である。VAP に関する手続については、2006 年に連邦法が公布された⁴³⁾。それによれば、母及び子の父と目される者が任意認知の書面に署名しこれを担当機関に提出すると、当事者が、原則として 60 日以内に撤回しない限り、VAP は終局的に確定したものとなり、父子関係成立の法律効果が生じる（42U.S.C§666(a)(5)(D)（ii））。60 日を経過した後は、詐欺（fraud）、強迫（duress）又は事実の重大な錯誤（material mistake of fact）を理由としてのみ VAP の効力を争うことができ、VAP が効力を生じないことを主張する側がこれらを主張・立証しなければならない（42U.S.C§666(a)(5)(D)（iii））。また、各州は、他州においてその手続に従って当事者の署名がなされた VAP に対して、十分な信頼と信用（full faith and credit）を与えなければならない（42U.S.C§666(a)(5)(C)（iv））。

VAP は、アメリカにおいて非婚の父が子との法律上の親子関係を成立させるための最も一般的

⁴²⁾ たとえば、アイダホ（Idaho Statutes §16-2002 (12)）、マサチューセッツ（Massachusetts General Laws Part II Ch.209C, §6 (a)）、ミズーリ（Missouri Revised Statutes Title XII §210.822）、オレゴン（Oregon Revised Statutes Domestic Relations§109.070）、バージニア（Virginia Code §63.2-1202 D）は統一検認法のいずれの版も施行していないが、州法で 300 日ルールを定めている。一方、他の州では、アリゾナは婚姻解消から 10 ヶ月（Arizona Revised Statutes §25-814）、ミネソタは 280 日（Minnesota Statutes§257.55）、ネバダは 285 日（Nevada Revised Statutes Title11§126.051）等の規定を置くところもある。

⁴³⁾ United States Code, 2006 Edition, Supplement 4, Title 42 : THE PUBLIC HEALTH AND WELFARE. 同 U.S.C（合衆国法律集）42 編第 666 条により、子の扶養の執行の実効性を促進するための制定法手続の要件が定められた。

な方法となっている。2017年のアメリカ全土での婚外子の父子関係確定件数は約143万5000件であり、そのうち104万9000件がVAPの手続による⁴⁴。VAPは、多くの場合、子の出生時に病院その他の出産施設で父母によって署名されている。VAPを提出することによって、子の父として署名した者の名前が子の出生証明書に記載され、管轄を有する裁判所又は行政機関はこの者が子の法律上の親であるとの宣言(adjudication of paternity)を発する(42U.S.C§666(a)(5)(D)(i))。近年の社会学的研究では、多くの非婚の親は精神的にも経済的にもカップルとしての結びつきを相互に共有しており、子の出生時に同棲していて、共同して子を育てることを希望しているとの調査結果がある。子の出生時にVAPに署名する親の割合が高いことが、非婚の親のこのような傾向を反映しているとも指摘される⁴⁵。

(2) 父子関係確定訴訟

VAP以外で婚外子の父子関係を成立させる方法として、アメリカでは全州で父子関係確定訴訟(paternal suit 又は filiation suit)と呼ばれる手続が置かれている。父子関係確定訴訟は、アメリカでは通常、子の扶養の執行手続の一部として行われる。この執行手続は、形式としては対審式手続と定義されており、母と子が公的扶助を受けていることによって手続開始がなされる場合も少なくない。父子関係確定訴訟では生物学上の父子関係の存否が争点であり、この点について争いがある場合に最も重要になるのは、DNA検査に基づく証拠である。

連邦法は、遺伝子検査の結果の認容性について、この検査が、保健福祉長官(the Secretary of Health and Human Services)によって指定された認可団体によって信頼できると一般的に承認されている型のものであり、かつそのような認可団体によって認定された試験所によって実施された場合には、父子関係成立の証拠として認めるべき旨を規定する(42U.S.C§666(a)(5)(F))。そして、父であると訴えられた者が子の父であるという閾値確率(threshold probability)を示す遺伝子検査の結果が出た場合、州の選択により父子関係を推定又はみなす規定を設けることを、各州に求めている(42U.S.C§666(a)(5)(G))。

ただし、多くの事案において、父子関係確定訴訟は遺伝子検査をすることなく解決されている。すなわち、諸州法は、連邦法の規定する諸要件を遵守した上で、父子関係確定訴訟を欠席判決(default judgement)によって処理することを可能とし、また、父であると訴えられた相手方が出頭した場合であっても、遺伝子検査は強行規定ではなく、この検査を行わずに父子関係を確定することは妨げられないとしている。

さらに、現実には、父子関係確定訴訟以外の方法で子の父が決定される場合も多い。すなわち、アラバマ、カリフォルニア、コロラド、デラウェア、ハワイ、インディアナ、マサチューセッツ、ミネソタ、モンタナ、ネバダ、ニュー・メキシコ、オクラホマ、ノース・ダコタ、ニュー・ハンプシャー、ニュー・ジャージー、ペンシルバニア、テキサス、ワシントン、ワイオミングの各州⁴⁶では、婚外子の母と婚姻していない男性であっても、その子と同居しその子を自らの子として扱っている場合には、この男性を子の父と推定する旨の規定を置く。これによって、VAPが提出され

⁴⁴ https://www.acf.hhs.gov/sites/default/files/programs/css/fy_2017_preliminary_data_report.pdf?nocache=1529610354 (last visited January 6, 2019).

⁴⁵ HARRIS, CARBONE, TEITELBAUM & REBOUCHÉ, *supra* fn.3, 845.

⁴⁶ HARRIS, CARBONE, TEITELBAUM & REBOUCHÉ, *supra* fn.3, 844.

ていないときでも、婚外子と父との法律上の親子関係を成立させることが可能となっている。

〔2〕 統一親子関係法 (Uniform Parentage Act)の親子関係制度

1 統一親子関係法の概要⁴⁷

統一親子関係法 (UPA) は、法的親子関係の成立に関する統一的な指針を各州の州法に提供することを目的として、1973年に統一州法委員全国会議 (現・統一法委員会)によって公表された (UPA (1973))。UPA1973 年法の第一の目的は、子の法律上の親の決定について嫡出子と婚外子 (非嫡出子) の区別を除去することであり、嫡出子・婚外子を含めた親子関係の成立と父性の推定に関する一連の規定が設けられた (UPA (1973) 第3条、第4条。本稿第3章〔2〕2)。UPA1973 年法のこのようなスタンスは、1960年代以降連邦最高裁判所が非嫡出子を嫡出子と区別する諸州の親子関係法を平等保護条項違反とする判決を相次いで打ち出したことを反映したものであり⁴⁸、親の婚姻関係の状況に関係なくすべての子と親に平等の権利を保障することが、統一親子関係法の最初の核となる理念であった⁴⁹。UPA1973 年法は 14 州 (アラバマ、イリノイ、オハイオ、カリフォルニア、カンザス、コロラド、テキサス、ニュー・ジャージー、ノース・ダコタ、ハワイ、ミネソタ、モンタナ、ロード・アイランド、ワシントン) が採択・施行し、親子関係における嫡出子と婚外子の区別の廃止を推進するものとなった。

統一州法委員全国会議は、さらに 2002 年に統一親子関係法の大幅な改定を行った (UPA (2002))。この改定は 1973 年法の内容をアップデートすることを目的とし、まず、婚外子の父の決定方法として司法手続外の認知 (non-judicial acknowledgment of paternity) を認める規定を新設した。この認知手続は、これと合わせて父であるとの登録 (paternity registry) がなされることによって、裁判所における父子関係確定判決と同一の効力を有するものである。さらに、2002 年の改定では、遺伝子検査に関する規定⁵⁰及び性交によらない妊娠によって出生した子の親の決定に関する規定が新設された。また、括弧付き⁵¹であるが代理出産契約を是認し、当該契約のもとで出生した子の親子関係に関する規定を設けた。

UPA2002 年法は、テキサス州やイリノイ州、ワシントン州など 11 の州で採択された⁵²。その後、同性婚の認容をはじめとする家族の多様化や社会の変化を規定に取り込むことを目的として、統一法委員会はさらに統一親子関係法の改定に着手し、2017年に最新版 (UPA (2017)) が公表されるに至っている。アメリカ法律家協会 (American Bar Association) も 2018 年 2 月 5 日に UPA2017 年法に対して支持を表明し、2018 年 12 月時点でカリフォルニア、バーモント、ワシントンの 3 州が UPA2017 年法を採択・施行している (他に、ロード・アイランドは採択済・未施

⁴⁷ <http://www.uniformlaws.org/Shared/Docs/Parentage/SummaryUPA%20final.pdf> (last visited December 14, 2018).

⁴⁸ 前掲注 9) 参照。

⁴⁹ UPA(1973)§2 は、"The parent and child relationship extends equally to every child and every parent, regardless of the marital status of the parents."と規定し、婚姻に依拠しない法的親子関係の成立を明記する。

⁵⁰ UPA1973 年法及び 2002 年法における親子鑑定規定につき、中村恵「アメリカ統一親子関係法における親子鑑定」東洋法学 57 巻 1 号 (2013 年) 185 頁以下に紹介がある。

⁵¹ UPA の条文中に括弧[]が付されることがあるが、これはこの部分の採用の有無や文言の選択を各州の判断に委ねる趣旨である。以下、条文中の[]につき同様。

⁵² UPA2002 年法を採択・施行したのは、アラバマ、イリノイ、オクラホマ、テキサス、デラウェア、ニュー・メキシコ、ノース・ダコタ、メイン、ユタ、ワイオミング、ワシントンの諸州である。

行)。ただし、たとえばニュー・ヨーク州のように統一親子関係法の 1973 年、2002 年、2017 年のどの版も導入せず、独自の州法によって親子関係を規律する州も存している⁵³。

UPA2017 年法は 10 編 (Article1-Article10) から成り、第 1 編「総則(general provisions)」、第 2 編「親子関係(parent-child relationship)」、第 3 編「親子関係の任意認知 (voluntary acknowledgement of parentage)」、第 4 編「父子関係の登録 (registry of paternity)」、第 5 編「遺伝子検査(genetic testing)」、第 6 編「親子関係の司法判断手続 (proceeding to adjudicate parentage)」、第 7 編「生殖補助医療 (assisted reproduction)」、第 8 編「代理出産契約(surrogacy agreement)」、第 9 編「提供者に関する情報 (information about donor)」、第 10 編「雑則 (miscellaneous provisions)」から構成されている。2017 年法で行われた主要な改正点は、以下の 5 点である。

第一に、UPA2017 年法は、同性カップルから出生した子についても他の子と平等の扱いを保障することを意図する。2002 法はジェンダーに基づいた文言で記述されており、夫婦やカップルが 1 人の男性と 1 人の女性から成ることを前提とする規定振りになっていた。しかし、2015 年の *Obergefell v. Hodges* 判決⁵⁴で、連邦最高裁判所は同性である 2 人の者の婚姻を禁止する法律を憲法違反であると判断した。さらに 2017 年の *Pavan v. Smith* 判決⁵⁵において、連邦最高裁判所は、同性カップルの一方から生まれた子の親子関係についても異性カップルの子と平等に扱うべきことを再確認した。これらの判決が出たことによって、以後同性カップルを異性カップルと区別して扱う法律は憲法違反である可能性が生じたため⁵⁶、UPA2017 年法はこの点について同法をアップデートし、同性カップルにも平等に適用されるよう諸規定をジェンダーに中立な文言に修正した。この修正によって、親子関係の推定、任意認知、遺伝子検査、生殖補助医療に関する諸規定の適用が同性カップルにも拡張され、親子関係を規定する諸州法が連邦憲法との適合性を確保する上での指針を与えるものとなっている。同時に、これは多様化した家族の親子関係の決定に法的な明確性を与え、不必要な訴訟を回避することも目的とされている。

第二に、UPA2017 年法は、事実上の親 (de facto parent) と子との間の法律上の親子関係を認める規定を新設した。今日、多くの州が、子とは生物学的にも婚姻を通じて結びつきがないが親としての機能を果たしている者に、何らかの監護権や面会交流権を認めるという方向で法律を拡張している。たとえば、アリゾナ、インディアナ、カリフォルニア、コネチカット、コロラド等の諸州やワシントン D.C.⁵⁷は、現行の親子関係法を事実上の親にも準用することによってこのような拡張を図っている。さらに、デラウェア州⁵⁸及びメイン州⁵⁹では、「親」の定義に「事実上の親」を含める規定を州法に置き、このような親を親子関係法における法律上の親として扱うというところにまで至っている。このような状況を受けて、UPA2017 年法の新 609 条は、「事実上の親」であることを求める者と子との親子関係の成立に関する制定法上の手続について統一的な枠

⁵³ Barbara Stark, *Only in New York: The Geography of Family Law*, WISCONSIN JOURNAL OF LAW, GENDER & SOCIETY, VOL.29, NUM.1,22,41 (2014).

⁵⁴ *Obergefell v. Hodges*, 135 S.Ct.2584 (2015).

⁵⁵ *Pavan v. Smith*, 137 S.Ct.2075 (2017).

⁵⁶ たとえば 2017 年にアリゾナ州最高裁判所は、州法の定める婚姻による父性推定規定を異性婚のカップルのみに適用し同性婚のカップルに適用しないのは合衆国憲法のデュー・プロセス条項及び平等保護条項に違反すると判示した。 *McLaughlin v. Jones*, 401 P.3d 492 (Ariz. 2017).

⁵⁷ <https://www.lgbtmap.org/img/maps/citations-parents-de-facto.pdf>

⁵⁸ Delaware Code Title13 §8-201(c).

⁵⁹ Maine Revised Statutes 19-A §1653.

組みを提供する。

第三に、UPA2017 年法は、強姦を犯した者について、その結果被害者が妊娠した子どもとの親子関係の成立を排除する規定を設けた。2015 年に連邦議会は、「強姦によって出生した子の監護に関する法律」(H.R.1257- Rape Survivor Child Custody Act)を採択し、「強姦によって妊娠した子の母は、その子に関する強姦者の監護権を命令によって終結させることを裁判所に求めることができ、裁判所は強姦の明白で説得的な証拠がある場合にはこれを許さなければならない」とする法律を諸州が導入する契機を与えた。UPA2017 年法の新第 614 条は、上記連邦法の実施を目的とした規定である。

第四に、UPA2017 年法は代理母に関する生殖補助医療技術の進展を反映し、規定をアップデートした。統一親子関係法は 2002 年法第 8 条で代理出産に関する規定を設けていたが、州による導入は進まず、同条を採択した 11 州のうち第 8 条に基づく代理出産規定を施行したのはテキサスとユタの 2 州にとどまっていた。そこで UPA2017 年法は、より代理母の実情に即した規定を設けたものである。

第五に、UPA2017 年法は第 9 条を新設し、生殖補助医療によって生まれた子がその配偶子 (gamete) の提供者に関する医学的情報及び身元確定情報を入手する権利について規定する。疾病対策予防センター (Centers for Disease Control and Prevention: CDC) の報告によれば、今日アメリカでは毎年の新生児のうち約 1.7% が生殖補助医療によって出生しており⁶⁰、配偶子の提供者に関する情報にアクセスする子の権利の重要性が増している。そこで、新第 9 条は、配偶子の提供者の身元に関する情報の開示までは要求しないものの、配偶子バンクや不妊治療クリニックに対して、生殖補助医療による出生子が 18 歳に達したら身元情報を開示することを配偶子の提供者が希望するか否か提供者に問い合わせるべきことを、規定した。同条はまた、配偶子の提供者の身元確定に結びつかない病歴情報を当事者の請求に応じて開示するよう、諸州が信義則に従って尽力することを求める。

2 法律上の親子関係の成立⁶¹

(1) 親子関係の発生原因

UPA2017 年法は、第 2 編第 201 条から第 204 条で親子関係の成立について規定する。第 201 条は法律上の親子関係の発生原因を列挙する。

● UPA (2017) 第 201 条 親子関係の成立

「親子関係は、次のいずれか場合において、一人の自然人 (individual)⁶²と一人の子との間で発生する。

(1) この自然人がこの子を出産した場合 (ただし、第 8 編⁶³において異なる定めがされているときは、この限りでない。)

(2) 第 204 条に従い、この自然人が子の親であると推定される場合。ただし、この推定が訴訟手続

⁶⁰ <https://www.cdc.gov/art/artdata/index.html> (last visited January 6, 2019).

⁶¹ <https://my.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=e4a82c2a-f7cc-b33e-ed68-47ba88c36d92&forceDialog=0> (last visited January 6, 2019).

⁶² UPA2017 年法は、同法において individual とは自然人を意味すると定義する (第 102 条(12))。

⁶³ 第 8 編は、代理出産契約に関する諸規定である。以下、UPA (2017) につき同様。

- で覆されるか又は第 3 編⁶⁴に従って親子関係が有効に否認される場合は、この限りでない。
- (3)この自然人が、第 6 編⁶⁵に従ってこの子の親であると判決された場合
- (4)この自然人がこの子を養子にした場合
- (5)この自然人が、第 3 編に従いこの子を認知した場合。ただし、この認知が第 308 条により取り消され又は第 3 編若しくは第 6 編に従いその効力が争われてこれが認められたときは、この限りでない。
- (6)この自然人とこの子との親子関係が、第 7 編に従って確定した場合
- [(7)この自然人とこの子との親子関係が、第 8 編に従って確定した場合]

このように UPA2017 年法は母子関係、父子関係を区別せず、ジェンダーに中立な条文となっている。ニュー・ハンプシャーやメインのように、州によっては UPA2017 年法よりも早く同性カップルとその子との親子関係について同様の改正を行ったところもある⁶⁶。

なお、UPA1973 年法及び UPA2002 年法は母子関係と父子関係の成立を区別し、男性か女性かというジェンダーに基づく条文（UPA（1973）§3, UPA（2002）§201）を置いていた。

<参考>

● UPA（1973）第 3 条 親子関係の成立

「子との親子関係は、

- (1)生物学上の母については、子を出産したことの証明又は本法に基づいて成立する、
- (2)生物学上の父については、本法に基づいて成立する、
- (3)養親については、養子縁組をしたことの証明又は[改定統一養子法（Revised Uniform Adoption Act）]に基づいて成立する。」

● UPA（2002）第 201 条 親子関係の成立

「(a)母子関係は、次の場合に一人の女性と一人の子の間に成立する。

- (1)この女性がこの子を出産した場合（ただし、第 8 編⁶⁷において異なる定めがされているときは、この限りでない。）

(2)この女性を母とする判決がある場合

(3)この女性がこの子を養子にした場合

[(4)代理母契約が第 8 編に従い有効であるか又は他の法律に従い執行可能である場合において、この女性を、代理母から生まれた子の親と認める判決があるとき]

⁶⁴ 第 3 編は、親子関係の任意認知（VAP）に関する諸規定である。以下、UPA（2017）につき同様。

⁶⁵ 第 6 編は、親子関係の司法判断手続に関する諸規定である。以下、UPA（2017）につき同様。

⁶⁶ ニュー・ハンプシャー州は 2014 年に州法を改正し、New Hampshire Revised Statutes §168-B:2 では親子関係の成立につき man、woman ではなく“person”というジェンダーに中立な文言を用いる。<http://gencourt.state.nh.us/legislation/2014/SB0353.html> (last visited January 6, 2019). また、メイン州も 2015 年に法改正し、Maine Revised Statutes Title 19-A Domestic Relations §1851 において、親子関係は①出産、②養子、③認知、④反証を許さない推定、⑤事実上の親子関係、⑥遺伝上の親子関係、⑦生殖補助医療、⑧代理出産契約によって発生すると端的に規定する。<http://legislature.maine.gov/statutes/19-A/title19-Asec1851.html> (last visited January 6, 2019).

⁶⁷ 第 8 編は、代理出産契約に関する諸規定である。以下、UPA（2002）につき同様。

(b)父子関係は、次の場合に一人の男性と一人の子の間に成立する。

(1)第 204 条に従い、この男性がこの子の父であるとみなされる (unrebutted presumption) 場合⁶⁸

(2)第 3 編⁶⁹に従い、この男性が、父であるとの有効な認知をした場合。ただし、この認知が取り消され又はその効力が争われてこれが認められたときは、この限りでない。

(3)この男性を父とする判決がある場合

(4)この男性がこの子を養子にした場合

(5)ある女性が第 7 編⁷⁰に従って生殖補助医療を受けることにその男性が同意し、その結果この子が生まれた場合

[(6) 代理出産契約が第 8 編に従い有効であるか又は他の法律に従い執行可能である場合において、この男性を、代理母から生まれた子の親と認める判決があるとき]

(2) 親子関係発生の効果

統一親子法に従って成立した法律上の親子関係は、子が嫡出子（婚内子）であるか婚外子であるかを問わずすべての子と親に平等に及ぶ。UPA1973 年法は第 2 条でこの原則を明記しており、これは UPA2002 年法第 202 条及び UPA2017 年法第 202 条に受け継がれている。

● UPA(2017)第 202 条 親の婚姻状況による区別の禁止

「親子関係は、親の婚姻状況にかかわらず、すべての子と親に平等に及ぶ。」

また、統一親子関係法により成立した親子関係は、他の法律に異なる定めがある場合を除き、親権 (parental rights) が終了 (termination) していない限り効力を有する (UPA (2017) 第 203 条)。同条の目的は、第 201 条により法律上の親とされる者も、親子関係の不存在が確定しあるいは子への虐待や遺棄等の事由がある場合親権が消滅し、法律上の親子関係が終了することを明記する点にある。

● UPA (2017) 第 203 条 親子関係成立の効果

「本法のもとで成立した親子関係は、親権が終了していない限り、効力を生じる。ただし、州法により異なる定めがある場合は、この限りでない。」⁷¹

(3) 親子関係の推定

UPA2017 年法第 201 条(2)号は、第 204 条に基づき親子関係の推定を受ける者と子との間に法的親子関係が発生すると規定する。第 204 条の規定内容は以下のようなものである。

⁶⁸ UPA(2002)第 204 条(b)項は、同条による推定は第 6 編による判決によってのみ覆うことができると規定しており、推定が覆されない場合には、当該男性が子の父とみなされることになる。

⁶⁹ 第 3 編は、親子関係の任意認知 (VAP) に関する諸規定である。以下、UPA (2002) につき同様。

⁷⁰ 第 7 編は、生殖補助医療による出生子に関する諸規定である。以下、UPA (2002) につき同様。

⁷¹ UPA2002 年法第 203 条も同様の規定を置く。

● UPA (2017) 第 204 条 親子関係の推定

「(a)ある自然人は、次の場合において子の親と推定される。

(1)[第 8 編又は]州法により異なる定めがなされている場合を除き、

(A) 当該婚姻が無効であるか又は無効と宣言されうるかどうかにかかわらず、この自然人と子を出産した女性とが婚姻しておりかつ子がこの婚姻中に出生した場合

(B) 当該婚姻が無効であるか又は無効と宣言されうるかどうかにかかわらず、この自然人と子を出産した女性とが過去に婚姻しており、婚姻が死亡[離婚、解消 (dissolution)、無効(annulment) 若しくは無効宣言(declaration of invalidity)]によって終了した後、[又は別居若しくは別居扶養の判決後]、300 日以内に子が出生した場合⁷²

(C) 当該婚姻が無効であるか又は無効と宣言されうるかどうかにかかわらず、この自然人と子を出産した女性とが子の出生後に婚姻し、この自然人が子との親子関係を随時主張し、かつ、(i) この主張が[州の機関の保管する出生記録とともに]記録されているか又は (ii) この自然人が子の出生証明書に子の親として記名されることに同意し現に記録されている場合、又は、

(2)この自然人が子の出生後子が 2 歳になるまで、一時的な不在期間も含めて、子と同一の世帯に居住しており、かつ公然とこの子を自己の子として扱っていた場合。

(b)本条による親子関係の推定は覆すことができ、親子関係を争う主張は、第 6 編における判決又は第 3 編による親子関係の有効な否認によってのみ決することができる。」

第 204 条(a)項(1)号は、婚姻に基づく子との親子関係の推定を規定しており、親子関係統一法が婚姻を法律上の親子関係の推定原因とする旧来の立場を放棄するものではないことを示す。同時に、同項(2)号は、子が出生してから最初の 2 年間の子との共同生活の存在及びその間子を自己の子として扱っていたという事実を親子関係の推定原因としており、親の婚姻関係の存否を問わず、婚外子についても、このような事実のある者と法律上の親子関係が推定されることを規定する。これにより、VAP の提出がなくとも婚外子と親との親子関係が推定され、婚外子の親子関係の成立に資するものとなっている。同様の規定は統一親子関係法の導入いかにかわらず、複数の州法でも見られるところである (本稿第 3 章¹2 (2) アラバマ等の諸州)。

ただし、(a)項による親子関係の推定は(1)号の場合であれ(2)号の場合であれ、反証を挙げて覆すことができる。その手続は、第 6 編の規定する親子関係確定訴訟等又は、第 3 編 (親子関係の任意認知 (VAP) に関する諸条文を置く) の規定する親子関係否認手続 (UPA (2017) 第 303 条。子について他の者が認知 (VAP) をした場合に、この方法が認められる。) によらなければならない。

なお、統一親子関係法の初版である UPA1973 年法は、母子関係は原則として子の分娩を証明

⁷² 第 204 条(a)項(1) (B) の括弧でくくられた語については、各州が独自の用語を使用することができる。

UPA (2017) §204, Legislative Note. [https://www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-with-comments-61?CommunityKey=c4f37d2d-4d20-4be0-8256-22dd73af068f&tab=librarydocuments\(last visited January 6, 2019\).](https://www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-with-comments-61?CommunityKey=c4f37d2d-4d20-4be0-8256-22dd73af068f&tab=librarydocuments(last%20visited%20January%206%2C%202019))

することによって発生するとしており（前掲同法第 3 条(1)号）、親子関係の推定は父子関係に関するもののみ規定していた。同法第 4 条がこれを定める。

● UPA (1973) 第 4 条 父性の推定

「(a)ある男性は、次の場合において子の生物学上の父（natural father）であると推定される。

(1)この男性と子の生物学上の母(natural mother)とが婚姻しているか婚姻していたことがあり、子がその婚姻中に出生した場合又は、その婚姻が死亡、無効（annulment）、無効宣言（declaration of invalidity）若しくは離婚によって終了するか、別居判決が裁判所によって正式に出された後、300 日以内に子が出生した場合

(2)子の出生前にこの男性と子の生物学上の母とが表見上法を遵守した方式により婚姻を企図したが、この企図された婚姻が無効であるか又は無効と宣言されうるものであり、かつ(i)この婚姻につき裁判所のみが無効宣言できる場合には、子が婚姻中に出生するか又は、死亡、無効(annulment)、無効宣言(declaration of invalidity)若しくは離婚による婚姻終了後 300 日以内に子が出生したとき、又は、(ii) この婚姻が裁判所の裁判を要することなく無効である場合には、同棲の終了後 300 日以内に子が出生したとき

(3)子の出生後、この男性と子の生物学上の母とが婚姻するか表見上法を遵守した方式により婚姻を企図したが、この企図された婚姻が無効であるか又は無効と宣言されうるものであり、かつ(i)この男性が子の父であることを書面で認知し、[カウンティの第一審裁判所（appropriate court）又は人口動態統計局(Vital Statistics Bureau)に]提出したとき、(ii) この男性の同意を得て子の出生証明書にこの者を父として記名したとき、又は、(iii) この男性が書面による任意の約束若しくは裁判所の裁判により、子の扶養義務を負うとき

(4)子が未成年である間、この男性が子を自己の家に引き取り、公然と自己の生物学上の子として扱っている場合

(5)この男性が子の父であることを書面で認知して[カウンティの第一審裁判所又は人口動態統計局に]提出し、認知の提出が迅速に子の母に通知され、母が通知を受けた後相当な期間内に[カウンティの第一審裁判所又は人口動態統計局への]書面によってこの認知に異議を申し立てない場合。他の男性が本条により子の父であると推定される場合、認知は、この推定される父の書面による同意があるか又は当該推定が反証によって覆された後においてのみ、効力を生じる。

(b)本条による推定は、明白かつ確信をいだくに足る証拠によってのみ、適切な訴訟において覆することができる。相互に対立する 2 個以上の推定が生じた場合、事実に関して政策的及び論理的に、より説得力があると考えられる推定が支配する。この推定は、他の男性と子との父子関係を成立させる裁判所の判決によって覆される。」

UPA1973 年法第 4 条(a)項は、実質的証拠（substantial evidence）によって特定の男性が子の父であると示された場合、父子関係を成立させるための正式手続は必要ないことを規定している。すなわち、同項に記された諸事情があれば、父性の推定が生じる。これらの事情は、当時の諸州法が嫡出推定（presumption of legitimacy）に関して設けていた諸例に相当する。一方、(b)項は、

(a)項に従って生じた推定が一定の事情のもとで反証を許すものであることを示す。当時の多くの州法における嫡出推定の反証規定と同様に、この証明は「明白かつ確信をいだくに足る証拠」によってなされなければならず、現実には推定を覆すのは困難であったと言われている⁷³。

その後、2002年の改定で2002年法第204条は1973年法第4条を以下のように変更した。

● UPA (2002) 第204条 父性の推定

「(a)ある男性は、次の場合において子の父であると推定される。

(1)この男性と子の母とが婚姻しており、子がその婚姻中に出生した場合

(2)この男性と子の母とがかつて婚姻しており、その婚姻が死亡、無効 (annulment)、無効宣言 (declaration of invalidity)若しくは離婚によって終了した後、[又は別居判決後、] 300 日以内に子が出生した場合

(3)子の出生前に、この男性と子の母とが表見上法を遵守して婚姻したが、この企図された婚姻が無効であるか又は無効と宣言されうるものであり、かつ、子がこの無効な婚姻中又は死亡、無効(annulment)、無効宣言(declaration of invalidity)若しくは離婚による婚姻終了後（又は別居判決後、） 300 日以内に生まれた場合

(4)子の出生後、この男性と子の母とが、当該婚姻が無効であるか又は無効と宣言されうるものであるかどうかにかかわらず、表見上法を遵守して婚姻し、この男性が子の親であることを任意に主張し、かつ (A) この主張が（出生記録を保管する州の機関に）提出されて記録されるか、

(B) この男性が子の出生証明書に子の父として記名されることに同意しそれが記載されるか、又は (C) この男性が自己の子としてこの子の扶養を約束しそれが記録された場合

(5) 子の出生後子が 2 歳になるまで、この男性が子と同一の世帯に居住しており、かつ公然とその子を自己の子として扱っていた場合。

(b)本条による推定は、第 6 編⁷⁴における判決によってのみ覆すことができる。」

UPA1973 年法第 4 条は、一定の形式的事情を証明することによって、ある特定の男性を子の父と推定する場合を挙げたものであり、その最も端的な事情は、子の母とその男性の婚姻中における子の出生であった。同時に、UPA1973 年法は第 4 条(a)項(4)号で「子が未成年である間、この男性が子を自己の家に引き取り、公然と自己の生物学上の子として扱っている場合」にも父性の推定が働くとして、「自己の子として扱うこと」を父性推定の要件とすることにより、嫡出子（婚内子）と婚外子を平等に扱うという同法の目的に応えようとしていた。2002 年の改定では、この UPA1973 年法第 4 条(a)項(4)号を UPA2002 年法第 204 条(a)項(5)号において修正し、子の出生後 2 年間という期間を明記して父性推定の有無に疑義が生じないように図った。UPA2017 年法も第 204 条(a)項(2)号でこれを承継する。

なお、UPA2002 年法は第 3 編で父性の任意認知に関する条文を創設し、有効な認知がある場合には父性推定ではなく父子関係が確立するとする規定を設けた。それにより、UPA2002 年法では、UPA1973 年法 4 条(a)項(5)号による父性推定規定は削除されている（UPA2017 年法も同様）。

⁷³ UPA (1973) §4, Comment. [http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/upa73_With%20 pref%20 note.pdf](http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/upa73_With%20pref%20note.pdf) (last visited December 14, 2018).

⁷⁴ 第 6 編は、親子関係の司法判断手続に関する諸規定である。以下、UPA (2002) につき同様。

UPA2002 年法第 204 条(b)項は、UPA1973 年法第 4 条(b)項と同一の内容を定めるものであり、いずれも親子関係につき複数の推定が存する場合の扱いを念頭に置いた規定であるとされる。ただし、UPA2002 年法における改定では、複数の男性の父性推定が存する場合における裁判所の判断基準について明確な規律は置かれなかった。同法の解説によれば、遺伝子検査の発展によって、父性推定が重複する場合にも裁判所の判断は依然よりも格段に容易になっており、かりに男性が遺伝子検査を拒否した場合には、裁判所は、禁反言の原則（UPA(2002)第 608 条）によって、たとえ真実は子の生物学上の父ではないとしても、子の父として公然と振る舞っていたという事実に基づき、子の利益のため、父性推定を受ける男性と子との父子関係を維持する方向で判断を下すこともできると考えられていた⁷⁵。

一方、UPA2017 年法は同性カップルから出生した子も含めジェンダーに中立な条文に改定したことにより、父性の推定(presumption of paternity)ではなく親子関係の推定 (presumption of parentage) へと第 204 条を改変したが、推定事由については UPA2002 年法第 204 条を受け継いだ。そして、第 204 条(b)には再度改定を加え、親子関係の推定が競合する場合、その対応として第 6 編の規定に従った判決とともに第 3 編による親子関係の否認手続にもよりうることを明示した⁷⁶。なお、親子関係の推定が競合する場合における司法判断手続については、第 6 編第 613 条（本稿第 3 章²3）が規定する。

3 親子関係の否定

(1) 裁判手続

UPA2017 年法は、親子関係が推定される者と子との親子関係を否定できる場合について第 6 編が規定する。同法は、一般に、親子関係の成立と否定の双方につき、司法手続で判断する場合民事訴訟手続に拠ると定めている。これは、UPA1973 年法第 14 条、UPA2002 年法第 601 条でも同様である。

● UPA(2017)第 601 条 法定の手続

「[(a)子の親子関係に関する裁判は、民事訴訟手続による。本[法]⁷⁷で異なる定めがされている場合を除き、この手続は、[州の民事訴訟のルールに従って]行われる。

[(b)代理出産契約に基づき出生した子の親子関係の裁判手続は、第 8 編に従う。]」⁷⁸

〈参考〉

UPA (1973) 第 14 条

「(a)本法における訴訟は、民事訴訟手続のルールに従った民事訴訟である。子の母及び父であると訴えられた者は証言をする権利を有し、かつ強制的に証言を求められうる。…」

⁷⁵ UPA (2002) §204,Comment. http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/upa_final_2002.pdf (last visited December 14, 2018).

⁷⁶ UPA (2017) §204,Comment. <https://www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-with-comments-61?CommunityKey=c4f37d2d-4d20-4be0-8256-22dd73af068f&tab=librarydocuments> (last visited January 6, 2019).

⁷⁷ UPA (2017) 第 601 条の原文は this [act] となっている。UPA2017 年法を導入する各州法の名称が act に限らず、code や statutes である場合もあることから、ここでは act が [] に入れられている。以下、本 [法] につき同様。

⁷⁸ 第 601 条(b)項は 2017 年法で新設された条文であり、代理出産によって出生した子の親子関係の決定は第 8 編の手続に従うことを明記する。

UPA(2002)第 601 条

「民事訴訟手続が、子の親子関係を裁判するために用いられる。この手続は[民事訴訟手続]によって行われる。」

(2) 申立権者と関係人への通知

親子関係に関する訴訟の申立権者は、子、子を出産した女性、UPA の規定に基づき親であるとされる者、子との親子関係について裁判で決せられるべき者の他、各種の政府機関等が申立権を有するとされている (UPA (2017) 第 602 条)。これは、親子関係の確定が、多くの場合子の扶養の確保と結びついていることによる (本稿第 1 章²参照)。

● UPA (2017) 第 602 条 訴訟手続の原告適格

「第 3 編及び第 608 条から第 611 条において異なる定めがなされている場合を除き、親子関係の裁判に関する手続は次の者が申し立てることができる。

(1)子

(2)子を出産した女性。ただし、裁判所がこの者は親でないと判決したときはこの限りでない。

(3)本法により親である者

(4)子との親子関係を判決で定められるべき者

(5)子ども支援機関 (child-support agency) [又は本法とは別の州の法律によって権限を与えられたその他の政府機関]

(6)本法とは別の州の法律によって認定された養子縁組仲介機関(adoption agency)又は免許を有する子の保護措置機関 (child-placement agency)

(7)本法とは別の州の法律によって権限を与えられた代理人で、本来なら手続を申し立てる権利を有するが死亡し、無能力者であり若しくは未成年者である者を代理する者。」

さらに、第 603 条は、子との親子関係に関する訴訟が提起されたことにつき、原告は同条に列挙されたすべての者に対して通知を与えるべきことを規定する。これらの者はこの訴訟によって影響を受けることから、この者らに当該訴訟に参加する権利を確保することがその目的である⁷⁹。

他方で、第 603 条の目的は、訴訟参加しなかった者がいるとしても当該訴訟において親子関係につき判決することが許されるという点にもある。したがって、同条はそのような者の当事者併合 (joinder of parties) を要求していない。また、同条(c)項は、本条の通知要件に従わなかった場合でも判決は無効とならないことを明らかにする。

⁷⁹ UPA2017 年法第 623 条(a)項(2)号は、同条(b)項で異なる定めがされている場合を除き、親子関係に関する判決は、当該訴訟の当事者及び当該訴訟手続に関する通知を受領した者を拘束すると規定する。したがって、前訴の当事者でなかった者が後訴で親子関係に関する裁判を提起した場合、前訴の判決は後訴において抗弁となりうる (UPA (2017) 第 623 条(d)項)。

● UPA(2017)第 603 条 訴訟手続の通知

「(a)[原告は、]次の者に対して親子関係に関する訴訟の通知をしなければならない。

(1)子を出産した女性。ただし、裁判所が、子の者は親ではないとの判決をすでにしていたときはこの限りでない。

(2)[本法]に従い子の親である者

(3)推定される親、認知した親又は裁判で確定された親

(4)子との親子関係を判決で定められるべき者

(b) (a)に従い通知を受ける資格のある者は、訴訟に参加する権利を有する。

(c) (a)項により必要とされる通知を欠く場合でも、判決は無効とならない。通知の欠缺は、(a)項により通知を受ける資格のある者が第 611 条(b)⁸⁰に従い訴訟を提起することを妨げない。」

なお、第 603 条は、子自身に通知を与えることを求めている。これは、子を訴訟の必要的当事者として加えることを要求しないという UPA2017 年法の政策判断と一致する (UPA (2002) 第 603 条も同様の立場を採っていた)。UPA2017 年法第 618 条は、(a)項で「未成年の子は本編 (第 6 編：筆者注)における訴訟の任意的当事者 (permissive party) であるが、必要的当事者 (necessary party)ではない。」と規定するとともに、(b)項で「裁判所は、子の利益が適切に主張されていないと判断したときは、本編の訴訟において子を代理する[弁護士、訴訟のための後見人又は同様の者]を任命するものとする。」としている。

(3) 判決の拘束力

UPA2017 年法第 623 条 (a)項は、親子関係の決定に関する命令が統一州際家族支援法 (UIFSA (2008)) の人的管轄権を満たす場合、この命令は当該訴訟の全当事者に対して法的拘束力を持つことを定める。ただし、子については、同条(b)項が、子が未成年の間は、当該命令が遺伝子検査の結果と一致しているか又は子が弁護士によって代理された場合を除き、子を拘束しないというルールを採用している⁸¹。

第 623 条(c)項は、離婚判決等が親子関係に関する事実認定を構成する場合について規定する。また、同条(d)項は、前訴における親子関係に関する判決の利益を主張する第三者の保護のための規定である。いずれも UPA2002 年法のルールを受け継いだものである。

⁸⁰ UPA(2017)第 611 条は、判決により親とされた者と子との親子関係を他者が争う場合の規定であり、同条 (b)項は、第 602 条の原告適格を有しかつ前訴の当事者ではなく第 603 条による通知も受けていない者 (ただし子自身を除く) は、当該判決の確定から 2 年以内に限り、訴えを提起できると定める。

⁸¹ UPA (2017) §623, Comment. <https://www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-with-comments-61?CommunityKey=c4f37d2d-4d20-4be0-8256-22dd73af068f&tab=librarydocuments> (last visited January 6, 2019).

● UPA (2017) 第 623 条 親子関係に関する決定の法的拘束力

「(a) (b)項で異なる定めがされている場合を除き、

(1)親子関係の認知又は親子関係の否認への署名によって、第 3 編に規定されているところに従い当該認知及び否認は拘束力を生じる。並びに、

(2)[統一州際家族支援法 (Uniform Interstate Family Support Act) 第 201 条による州法の]管轄要件を満たす状況において行われた裁判所による親子関係に関する判決の当事者及びこの訴訟手続の通知を受領した者は、この判決に拘束される。

(b)子は、次の場合を除き、本法による親子関係に関する決定に拘束されない。

(1)この決定が取消を許さない親子関係の認知に基づくものであり、認知が遺伝子検査の結果と一致する場合

(2)この決定が遺伝子検査の結果と一致する事実認定に基づき、かつこの一致が当該決定その他において宣言されている場合。

(3)親子関係の決定が第 7 編[又は第 8 編]に従ってなされた場合

(4)子が当該訴訟の当事者であったか、又は[弁護士、訴訟のための後見人若しくはこれらと同様の者]によって代理されていたとき。

(c)[離婚、婚姻解消 (dissolution)、婚姻無効 (annulment)、無効宣言 (declaration of invalidity)、法的別居 (legal separation)、別居扶養命令 (separate maintenance)]のための訴訟において、裁判所が、[統一州際家族支援法第 201 条による州法の]管轄要件を満たす状況において裁判を行う場合には、この裁判所は子の親子関係に関する判決及び次の終局決定を行ったものと考えられる

(1)この子を明確に「当該婚姻の子」若しくは「当該婚姻の子孫 (issue)」であると特定した場合又は、両配偶者がこの子の両親であることを指摘する同様の文言を含む場合

(2)一方配偶者に対してこの子の扶養を命じた場合。ただし、この配偶者と子との親子関係をこの命令において明確に否定した場合はこの限りでない。

(d) (b)項又は第 611 条で異なる定めがされている場合を除いて、親子関係の決定は、前訴で当事者でなかった者の親子関係に関する判決を求める後訴において、抗弁として主張することができる。

(e)親子関係に関する判決の当事者は、上訴、判決の取消又はその他の司法審査に関する本法とは別の州法によってのみ、この判決に対して異議を申し立てることができる。」

(4) 親子関係の否定

(a) UPA1973 年法・2002 年法

UPA2017 年法第 204 条に従い推定される親と子との親子関係を争う場合について、同法第 608 条が規定する。同条は、UPA2002 年法第 607 条を承継したものである。

UPA1973 年法は、第 6 条で父子関係の決定手続について規定していた。すなわち、同条の(a)項及び(b)項は、同法第 4 条(a)項により推定される父子関係の存在を宣言し又は父子関係を争う訴訟についての要件を定める。それによれば、婚姻又は婚姻に準じる父母の関係に基づく推定を覆すことは、人的にも時間的にも一定の範囲に限定されている ((a)項)。それに対して、婚姻以外の事情に基づく推定を覆すための要件は、より緩やかに設定されている ((b)項)。また、同条(c)項

は、父性推定が生じない場合につき誰が父子関係を確定する訴えを提起できるかを規定し、子に提訴権があることを明記する。さらに、この訴訟は子の利益を主として目的とすることから、母と訴えられた父若しくは推定される父との間でなされた父性を確定する訴訟を起こさないという合意は、原則として認められないとされていた（同条(d)項）⁸²。

● UPA (1973) 第 6 条 父子関係の確定 (Determination of Father and Child Relationship) :

申立権者：出訴期限

「(a)子、その生物学上の母又は第 4 条(a)項の(1)号、(2)号若しくは(3)号により子の父と推定される男性は、次の場合に訴えを提起することができる、

(1)第 4 条(a)項(1)、(2)若しくは(3)により推定される父子関係の存在を宣言することを目的とする場合は、いつでも訴えを提起することができる。

(2)第 4 条(a)項(1)、(2)若しくは(3)により推定される父子関係の不存在を宣言することを目的とする場合は、これに関する事実を知った後相当の期間内にのみ訴えを提起することができる。ただし、子の出生から [5] 年を超えてはならない。推定が覆された後は、他の男性と子との父子関係を、この男性が当該訴訟の当事者となっていたときは、同じ訴訟手続において決定することができる。

(b)第 4 条(a)項(4)若しくは(5)により推定される父子関係の存在又は不存在の決定を目的とする場合、利害関係人はいつでも訴えを提起することができる。

(c)第 4 条によって推定される父を持たない子に関する父子関係の存在を確定する訴えは、子、その母若しくは子の人格代表者、[適切な州の機関]、母が死亡している場合においては母の人格代表者若しくは母の親、父であると訴えられた者若しくは自ら父であると訴えている男性、父であると訴えられた男性が死亡し若しくは未成年者である場合はこの男性の人格代表者若しくはこの男性の親が、提起することができる。

(d)第 13 条(b)項⁸³に従い裁判所によって認容された合意を除き、申し立てられた父若しくは推定される父と母若しくは子との間の合意は、その文言にかかわらず、本条の訴えを妨げない。

(e)本条による訴えが子の出生前に提起された場合、全手続は子の出生まで停止される。ただし、訴状の送達及び証言の証拠保全のための処分はこの限りでない。」

その後 2002 年の改定で、UPA2002 年法第 607 条は、同法第 204 条によって生じる父性の推定を争う権利を、子の母や推定を受ける父とともに、父性推定される父のいる子との父子関係を主張する第三者の男性にも認めるとの改正を行った。UPA2002 年法公表前の 2000 年の時点において、婚姻している女性の出産した子との父子関係を第三者である男性が主張することができるかどうかは、州法によって異なる扱いがされていた。多くの州は、婚姻による父性推定を覆すために、推定される父のいる子との父子関係を主張する権利を第三者に認めていたが、このような場合において制定法の定める父子関係の推定を覆すこと目的とした第三者による父子関係確定の

⁸² UPA (1973) §6, Comment. http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/upa73_With%20pref%20note.pdf (last visited December 14, 2018).

⁸³ UPA (1973) 第 13 条は、正式事実審理 (trial) 前の和解について定める。

訴えを禁じる州も存在していた。UPA2002 年法第 607 条は、この点について第三者の男性にも訴えをなす権利を認め、その要件を規定したものである⁸⁴。

UPA2002 年法は、第 204 条により発生した父性推定を覆すにあたり、推定される父と子の母が子の懐胎時期に同棲していた場合には 2 年間の出訴制限を定める（同条(a)項）。すなわち、同条(b)項の場合を除いて、推定される父、子の母又は第三者の男性は、この出訴期間内においてのみ父性推定を争うことができる。したがって、反対に、推定される父と子の母が懐胎時期に同棲しておらず、かつ懐胎可能な時期に性交渉を持たず、推定される父がその子を自己の子として公然と扱った事実がないときは、これらの者も父性の推定をいつでも争うことができる。

● UPA (2002) 第 607 条 出訴期限：推定される父のいる子

「(a) (b)項で異なる定めがなされている場合を除き、父性推定される父、母又は推定される父のいる子との親子関係の決定を求めるその他の者による訴訟は、子の出生後 2 年以内に申し立てられなければならない。

(b)子と推定される父との間の父子関係の否定を求める訴訟は、裁判所が次の決定をしたときは、いつでも提起することができる、

(1)推定される父と子の母とが同棲したことがないか、懐胎可能時期に性交渉を持っておらず、かつ

(2)推定される父が子を自己の子として公然と扱ったことがない場合。」

〈参考〉

UPA(2002)第 602 条 当事者適格

「第 3 編並びに第 607 条及び第 609 条に従い親子関係を裁判する訴訟は、次の者が申し立てることができる。

(1)子

(2)子の母

(3)子との親子関係について裁判される男性

(4)扶養執行機関[又は他の法律によって認可されたその他の政府機関]

(5)認可された養子縁組仲介機関又は免許を有する児童保護措置機関

(6)法律によって権限を与えられた代理人で、本来なら手続を申し立てる権利を有するが死亡し、無能力者であり若しくは未成年者である者を代理する者。+

(7)第 8 編に従って親となる意思を持つ者」

UPA(2002)第 603 条 訴訟当事者

「次の者は、親子関係を判決する訴訟手続に当事者として加わらなければならない⁸⁵。

⁸⁴ UPA (2002) §607, Comment. http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/upa_final_2002.pdf (last visited December 14, 2018).

⁸⁵ UPA (1973) 第 9 条は子を必要的当事者と規定していたが、UPA (2002) 第 603 条は、UPA1973 法と異なり、子を必要的当事者とはしていない。諸州法でも子を必要的当事者とするところはほぼなく、UPA2017

(1)子の母

及び

(2)子との親子関係について裁判される男性」

(b) UPA2017 年法

UPA2017 年法第 608 条は、親子関係の推定否定の要件につき、UPA2002 年法第 607 条の内容を承継する。ただし、UPA2017 年法の方針のもと、ジェンダーに中立な文言に改定されている。

● UPA (2017) 第 608 条 推定される親と子との親子関係に関する裁判

「(a)推定される親が子の親であるかどうかを決定する訴訟は、次の場合に提起することができる。

(1)子が成年に達する前

(2)子が成年に達したが、子自身が訴訟を提起する場合。

(b)第 204 条による親子関係の推定は、裁判所が次の決定をなした場合を除き、子が 2 歳に達した後は覆すことができない。

(1)推定される親が遺伝上の親ではなく、子と同居したことがなく、かつ自己の子としてこの子を扱ったことがないこと

(2)子に 2 人以上の推定される親があること

(c)子を出産した女性が子の親子関係に関する請求における唯一の第三者であるときは、第 614 条⁸⁶に異なる定めがなされている場合を除いて、推定される親と子との親子関係に関する判決手続に以下のルールが適用される。

(1)当該手続の当事者が誰も推定される親と子との親子関係を争わないときは、裁判所は推定される親を子の親と判決する。

(2)推定される親が第 506 条⁸⁷に従い子の遺伝上の親であると特定され、かつこの特定に対して第 506 条のもとで申し立てられた異議が認められないときは、裁判所は推定される親を子の親と判決する。

(3)推定される親が第 506 条に従い子の遺伝上の親と特定されず、推定される親若しくは子を出産した女性が推定される親と子との親子関係を争うときは、裁判所は第 613 条(a)項及び(b)項の事由に基づき、子の最善の利益において子の親子関係につき判決する。

(d)第 614 条で異なる定めがされかつ本編の他の出訴制限に服する場合を除き、推定される親と子との親子関係を判決する手続において、子を出産した女性に加え、もう一人の第三者が子との親子関係について請求をなすときは、裁判所は第 613 条に従い親子関係につき判決する。」

年法もこれを踏襲する。

⁸⁶ UPA (2017) 第 614 条は、強姦を犯した者とその結果被害者が妊娠した子どもとの親子関係の成立を排除することを目的とする規定である（本稿第 3 章²1）。

⁸⁷ UPA (2017) 第 506 条は、遺伝子検査の結果とその効力及びこの結果を争うための要件について規定する。

(5) 親子関係が競合する場合

UPA2017 年法第 608 条で引用されている同法第 613 条は、複数の者による親子関係の主張が競合する場合についての判決手続と裁判所の判断基準を規定する。そのうち第 613 条(c)項については、A と B の選択肢が用意されている。これは、UPA2017 年法が、子が 3 人以上の親を法律上有しうる可能性を認める立場を採ったことによるものである⁸⁸。UPA2002 年法はこの点について明確に言及していなかったが、UPA2017 年法では、各州は(c)項として A 又は B の条文を選択することができるとした。UPA2017 年法が事実上の親 (de facto parent) と子との法的親子関係を認める規定を新設したことも⁸⁹、複数の大人が親としての機能を法律上果たしうることを後押しする。

選択肢 B は、近年、諸州において裁判所が 3 人以上の者を子の法律上の親として認める傾向が高まっていることを反映する。カリフォルニア、デラウェア、ワシントン D.C.、メインの各州は、州法によって裁判所が子に 3 人以上の親を認めることを許している⁹⁰。なお、UPA2017 年法の選択肢 B では、3 人以上の親を認めるかどうかの判断において子にとっての損失 (detriment to the child) の発生を裁判所の考慮要素としている点に留意を要する。

● UPA (2017) 第 613 条 親子関係の主張が競合する場合における裁判

「(a)第 614 条で異なる定めがされている場合を除き、第 608 条(c)項、第 610 条若しくは第 611 条のもとで、二人以上の者によって子との親子関係が競合的に主張され又は争われている訴訟において、裁判所は、以下に基づいて、子の最善の利益において親子関係につき判決するものとする。

(1)子の年齢

(2)各人が子の親としての役割を果たした期間

(3)子と各人との関係性の性質

(4)子と各人との関係が認められない場合における子への害

(5)各人が子との親子関係を請求する根拠

(6)子と各人との関係が壊れることによって生じるその他のエクイティ上の要素若しくはその他の子への害の可能性

(b)ある者が遺伝子検査の結果⁹¹に基づいて親子関係を争う場合、(a)で挙げた諸事由に加えて、裁判所は次の事由を考慮するものとする。

(1)この者が子の遺伝上の親ではないであろうという証拠開示に関する諸事実

(2)この者が遺伝上の親ではないであろうという通知を受け取った時と訴訟提起との時間的間隔

⁸⁸ UPA (2017) §613, <https://www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-with-comments-61?CommunityKey=c4f37d2d-4d20-4be0-8256-22dd73af068f&tab=librarydocuments> (last visited January 6, 2019).

⁸⁹ UPA (2017) 第 609 条が、事実上の親が子との法律上の親子関係の成立を求める訴訟手続の要件を定める。

⁹⁰ Cal. Fam. Code 7612(c); Del. Code Ann. tit.13, §8-201(a)(4), (b)(6),(c); D.C. Code §16-909(e); Me. Rev. Stat.tit.19-a, §1583(2).

⁹¹ 親子関係に関する訴訟における遺伝子検査の認容性について、UPA2017 年法第 606 条が規定する。それによれば、当事者が宣誓付供述によって遺伝子検査を請求した場合、裁判所は子及びその他の者に対して遺伝子検査の結果を提出するよう命じることができる (同法第 503 条)。そして、検査結果報告後 14 日以内に当事者が当該結果の承認を拒否しない限り、裁判所は原則として当該報告結果を真実の証拠として承認するものとされている。

選択肢 A

(c)裁判所は、子が本法のもとで 2 人を超える親を持つという判決をしてはならない。

選択肢 B

(c)裁判所は、2 人を超える親を認めないことが子にとって損失であると判断するときは、本法に従い子が 2 人を超える親を持つと判決することができる。子の損失の認定は、親若しくは親子関係の決定を求める者の不適任性の認定を要件としない。子の損失を判断するにあたり、裁判所は、子の世話と愛情のための身体的及び精神的必要性を満たし、その役割を相当の期間果たしてきた者のもとで安定的に保護されている状況から子が引き離された場合における害を含む、すべての関連する要素を考慮するものとする。」

3 生殖補助医療と親子関係

1 生殖補助医療による出生子の親子関係

生殖補助医療（代理出産契約を除く）によって出生した子の法律上の親子関係については、UPA2017 年法第 7 編が規定する。同編は、生殖補助医療により親となることを意図する者（intended parent）について、婚姻しているか否かを問わない。ただし、特に、生殖補助医療により子を出産した女性の配偶者が子との親子関係を争う場合において、同法 705 条による制限が課されていることに注意を要する。また、婚姻の解消若しくは無効後に生殖補助医療が実施されて子を懐胎した場合、懐胎した女性の元配偶者は、生殖補助医療が婚姻解消・無効後に行われた場合にも子の親になることに同意しこれを記録していたときを除き、子の親とはされない（同法第 706 条）。

なお、生殖補助医療により出生した子の親となることを意図していた者が、胚や配偶子の移植から子の出生までの間に死亡した場合でも、この者と子との間の親子関係の成立は妨げられない。また、生殖補助医療について同意しそれが記録されている者が胚・配偶子の移植前に死亡した場合でも、この者が、自己の死後に生殖補助医療が実施されたときはそれによって生まれた子の親になることに同意しこれが記録されているか若しくはそのような意思が明白かつ確信を抱くに至る証明によって立証され、かつ、この者の死亡後 [36] ヶ月以内に胚が子宮内に移植されたか若しくは子がこの者の死亡後 [45] ヶ月以内に出生したときは、この死者はこの子の親である（同法第 708 条）。

● UPA（2017）第 702 条 提供者の親としての地位

「(配偶子の：筆者注) 提供者は、生殖補助医療によって懐胎された子の親ではない。」

● UPA（2017）第 703 条 生殖補助医療による出生子の親子関係

「第 704 条に従い、生殖補助医療により懐胎された子の親となる意思を持ってある女性の生殖補助医療に同意した者は、子の親である。」

● UPA（2017）第 704 条 生殖補助医療への同意

「(a)(b)項で異なる定めがされている場合を除き、第 703 条で規定された同意は、生殖補助医療により懐胎された子を出産した女性及び子の親となる意思を持つ者の署名のある記録においてなされなければならない。

(b)(a)項で要求される記録への同意を、子の出生前、出生時又は子の出生後に欠く場合であっても、次のときは、裁判所は親子関係への同意を認定することを妨げられない、

(1)この女性又はこの者が、明白かつ確信をいだくに足る証明によって、懐胎前にこの者とこの女性がともに子の親となるという意思をもって行った明白な合意があることを証明したとき

(2)この女性とこの者が、子が出生してから 2 歳になるまで、一時的な不在期間を含め、子と同じ世帯で生活し、両者が子をこの者の子として公然と扱っていたとき。ただし、この者が子が 2 歳になる前に死亡するか若しくは無能力者となったとき又は、子が 2 歳になる前に死亡したときはこの限りでない。この場合において、一方当事者が、明白かつ確信をいだくに足る証拠によって、この女性とこの者が子と同一の世帯で生活する意思を有しかつこの者が子を自己の子として公然と扱うという意思を両者が有していたが、この者が死亡若しくは無能力者となったことによりこの意思を実行することができなかったことを証明したときは、裁判所は、本項に従い、親子関係への同意を認定することができる。」

● UPA (2017) 第 705 条 配偶者による親子関係の否認の制限

「(a)(b)項で異なる定めがされている場合を除き、子の出生時に、生殖補助医療によって子を出産した女性の配偶者である者は、その子との親子関係を否定することができない。ただし、次の場合はこの限りでない。

(1)子の出生後 2 年以内に、配偶者が子との親子関係に関する判決を求める訴訟を提起し、かつ、

(2)裁判所が、配偶者が、子の出生前、出生時若しくは出生後に、生殖補助医療に同意していなかったか又は第 707 条⁹²により同意を撤回したと認定したとき。

(b)生殖補助医療で出生した子と配偶者との親子関係に関する判決を求める訴訟は、裁判所が次の判定をしたときは、いつでも提起することができる、

(1)配偶者が生殖補助医療のために配偶子を提供しておらず、生殖補助医療に同意もしていなかったこと

(2)配偶者と子を出産した女性が生殖補助医療を行ったであろう時以降、同棲していないこと、及び、

(3)配偶者がその子を自己の子として公然と扱ったことがないこと。

(c)本条は、生殖補助医療が行われた後に配偶者の婚姻が無効と宣言された場合であっても、配偶者による親子関係の否認に適用される。」

生殖補助医療によって出生した子の親子関係を争う手続については、UPA2017 年法第 612 条が規定する。同条は、第 7 編のもとで生殖補助医療により懐胎した子の法律上の親となる意思を

⁹² UPA (2017) 第 707 条は、第 704 条により生殖補助医療に同意した者は、妊娠に至った胚・配偶子移植の前であればいつでも同意を撤回できると規定する。

表示した者 (intended parent) と子との親子関係に関する争いについて、訴訟を提起することができることを明記したものである。親子関係が競合する場合、第 613 条の規定に従う。

なお、第 8 編の代理出産契約に関する規定に基づき親となる者と子との親子関係に関する訴訟については、別途第 8 編で規定されている。

● UPA (2017) 第 612 条 生殖補助医療による出生子の親子関係の裁判

「(a)第 7 編に基づき親である者又は子を出産した女性は、親子関係に関する判決を求める訴訟を提起することができる。裁判所が、第 7 編に従いこの者が親であると判断したときは、裁判所はこの者が子の親であると判決する。

(b)ある者と子との親子関係について判決する訴訟において、子を出産した女性以外の第三者が第 7 編に従い親であるとされるときは、裁判所は第 613 条に従いこの者と子との親子関係について判決する。」

2 代理懐胎による子と法律上の親子関係

(1) 代理出産契約に関する規律

代理懐胎契約については、UPA2002 年法も括弧つきであるが条文を設けていた。しかし、同法を採択した 11 州の中でテキサスとユタのみが、UPA2002 年法に基づく代理懐胎規定を施行するにとどまっていた。他方で、たとえばイリノイ⁹³、デラウェア⁹⁴、メイン⁹⁵の各州は UPA2002 法に依拠しない独自の州法によって、代理出産を法律上認容していた。ただし、今日においても、代理出産契約を合法的なものとして認容するかどうかは州によって異なり、代理出産について規定を置かない州も多い。また、ミシガン、ワシントン⁹⁶、ネブラスカのように商業的な代理出産契約を禁止する州やニュー・ヨーク、アリゾナ、インディアナのように代理出産契約を認めないことを明確に法律で示す州もある。

一方、UPA2017 年法は代理出産技術の発展を反映させ、遺伝的代理母 (genetic surrogate) と懐胎代理母 (gestational surrogate) を区別した規定を設けている。遺伝的代理母は、生殖補助医療によって懐胎した子の親になる意思を持たない者で自己の配偶子を用いて生殖補助医療により妊娠することに同意した女性を指す (UPA(2017)第 801 条(1)号)。それに対して、懐胎代理母は、生殖補助医療によって懐胎した子の親になる意思を持たない者で自己のものではない配偶子を用いて生殖補助医療により妊娠することに同意した女性を言う (同条(2)号)。いずれの場合においても、代理母となる女性は 21 歳に達していること、すでに少なくとも一人子を産んでいること、医療機関による医療チェックを受けていること等を要する (同法第 802 条(a)項)。また、代理出産契約によって子の親になることを意図する者についても、21 歳に達していること、医療機関による医療チェックを受けていること等を要件とする (同条(b)項)。なお、遺伝的代理母契約であれ懐胎代理母契約であれ、UPA2017 年法は独身者であっても intended parent (第 7 編の規定に従い、

⁹³ Illinois Gestational Surrogacy Act(2004).

⁹⁴ Delaware Code 13, §§8-801- 8-813(2013).

⁹⁵ Maine Revised Statutes Title19-4§§1931-1939(2015).

⁹⁶ なお、ワシントン州は UPA2017 年法を導入したことに伴い、2019 年 1 月 1 日から一定の要件の下で商業的代理出産契約を認めるに至っている。 <http://lawfilesext.leg.wa.gov/biennium/2017-18/Pdf/Bills/Senate%20Passed%20Legislature/6037-S.PL.pdf#page=1> (last visited January 6, 2019)

生殖補助医療により懐胎した子の親となる意思を表示した者）として契約できるとしている（同法第 801 条(3)号）。また、契約成立後の代理母の婚姻や離婚・法定別居等ないし **intended parent** の婚姻や離婚・法定別居等も、契約で別段の定めがない限り、代理母契約の有効性に影響しない（同法第 805 条）。

（２）懐胎代理母契約

懐胎代理母契約によって出生した子の親子関係は同法第 809 条が規定しており、**intended parent** がこの子の法律上の親となる。したがって、代理母やその（前）配偶者はこの子の法律上の親にはならない（UPA（2017）第 809 条(a)項(b)項）。

懐胎代理母契約で出生した子が代理母の遺伝上の子であると主張された場合には、UPA2017 年法の第 1 編から第 6 編の規定に従って子の親子関係が決定される（同法第 809 条(c)項）。また、医療機関の過誤により **intended parent** と代理出産によって出生した子が遺伝的に繋がっていないことが判明した場合には、原則として **intended parent** が子の親とされるが、UPA2017 年法が別途規定する親子関係の決定を求める他の諸請求に服する（同条(d)項）。

（３）遺伝子的代理母契約

遺伝子的代理母契約を有効に締結するには、裁判所の承認が必要とされている（UPA（2017）第 813 条）。この承認手続は、代理母契約による生殖補助医療を開始する前に行われなければならない。裁判所は、この代理母契約が UPA2017 年法の要件を満たしており、契約の全当事者が任意に合意しかつ契約条件を理解していることを確認した場合に、遺伝子的代理母契約を有効とする命令を発するものとされている。このようにして有効に成立した遺伝子的代理母契約によって出生した子の親子関係は同法第 815 条が規定しており、**intended parent** がこの子の親となる（同条(a)項）。その場合、裁判所は、(1)**intended parent** が子の法律上の親であること及び親の権利義務は **intended parent** に排他的に帰属すること、(2)代理母及びその（前）配偶者は子の親ではないことを宣言し、(3)子の出生証明書に **intended parent** を親として記載するよう指示を出すものとされている（同条(b)項）。ただし、遺伝子的代理母は、子の出産から 72 時間以内であれば、代理母契約への同意を撤回することが可能である（同法第 814 条(a)項(2)号）。この場合には、代理母が子の母となる。

遺伝的代理母契約によって出生した子が生殖補助医療によって懐胎された子ではないと主張された場合、裁判所は遺伝子検査を命じる。その結果、生殖補助医療によって懐胎されたのでないことが判明したときは、子の親子関係は UPA2017 年法第 1 編から第 6 編に従って決定される（UPA（2017）第 815 条(d)項）。

第4章 諸州の養子・親子法制

1 養子制度

1 諸州の概要⁹⁷

(1) 養親の要件

保健福祉省児童局 (U.S. Department of Health & Human Services, Children's Bureau) の調査によれば⁹⁸、アメリカ各州は既婚者・未婚者を問わず養子を取ることを認めている。そのうち、24 州 (アイオワ、アーカンソー、アリゾナ、アラバマ、アラスカ、インディアナ、ウィスコンシン、ウエスト・バージニア、オクラホマ、オハイオ、カンザス、ケンタッキー、デラウェア、ニュー・ハンプシャー、ネブラスカ、ノース・ダコタ、バージニア、ハワイ、フロリダ、マサチューセッツ、ミシガン、メイン、モンタナ、ロード・アイランド) では、既婚者が養子を取る場合には「夫と妻が共同縁組を申し立てる」ことが必要とされている。さらに、たとえばアリゾナ州では、養子縁組に際して他の考慮要素が同等であるときは、独身者よりも婚姻している夫婦により優先的に養子縁組を認めるものとされる⁹⁹。

一方、同じく共同縁組を要件とする場合について、イリノイは「配偶者又はシビル・ユニオン・パートナー」、ニュー・ヨークは「配偶者又は *unmarried intimate partners*」という文言を用い、よりジェンダーに中立な規定となっている。

継親による継子との養子縁組についても、諸州は継子の親がその子の法的監護権を有する場合に、一般の養子縁組よりも緩和された要件 (継子の監護親との共同縁組を要せず、継親と継子との養子縁組に対する監護親の同意のみを要件とする等) のもとで養子縁組することを可能としている。さらにたとえばバーモント州では、法律婚の手続をとっていないカップルの一方がそのパートナーの子を継子として養子にすることも認めている¹⁰⁰。

養親の年齢については、18 歳に達していればよいとする州 (ケンタッキー、コネチカット、テネシー、ニュー・ジャージー、モンタナ、ルイジアナ、ワシントン) の他、21 歳を要件とする州 (オクラホマ、コロラド、デラウェア)、25 歳を要件とする州 (アイダホ、ジョージア) 等がある。さらに、養親と養子との年齢差について要件を設ける州もあり、カリフォルニア、サウス・ダコタ、ジョージア、ニュー・ジャージー、ネバダ、ユタは養親が少なくとも 10 歳年長であること、アイダホは 15 歳年長であることを規定する。

(2) 養子の要件

養子となる者の要件について、アメリカでは全州において未成年養子縁組を認めている。さらに、インディアナでは養子となる者は 18 歳未満であることを原則とし、未成年養子縁組のみを認める。一方、多くの州では成人についても養子となることを認め、成年養子縁組を可能として

⁹⁷ Child Welfare Information Gateway “State Statutes, December 2015”, U.S. Department of Health & Human Services, Children's Bureau, <https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/parties.pdf#page=2&view=Who%20may%20adopt?> (last visited January 6, 2019).

⁹⁸ Child Welfare Information Gateway, *supra* fn.97.

⁹⁹ Arizona Revised Statutes §8-103D.

¹⁰⁰ Vermont Statutes Title 15A §1-102(b), §4-101(b).

いる。ただし、たとえばコロラド、ロード・アイランドは養子は21歳未満でなければならないとの制限を設ける。マサチューセッツ、ネバダでは成人の養子は養親よりも年少であることを要件とする。また、養子が永続的な身体的若しくは知的な障害を持つ者である場合に限り、成年養子縁組を認める州（アラバマ）、そのような障害を持つ者か又は、養子となる者が未成年者である時から継子若しくは里子として関係を築いてきた者が、子が成人となつてから養子縁組する場合にのみ認める州（オハイオ）もある。継子である成人との養子縁組を認める州として、他にコネチカットやバージニア¹⁰¹がある。

（３）管轄州に関する要件

養子縁組成立の申立てをするにあたり、申立者である養親が当該州に居住していることを要件とする州も少なくない（アイダホ、アリゾナ、イリノイ、インディアナ、ウィスコンシン、オレゴン、ケンタッキー、サウス・カロライナ、ジョージア、テネシー、デラウェア、ニュー・メキシコ、バージニア、ミシシッピ、ミネソタ、ロード・アイランド、ワイオミング）¹⁰²。なお、アリゾナ、ウィスコンシン、コロラド、サウス・カロライナ、テキサス、ワイオミングは、養子縁組成立の申立てがなされる時点において養子となる者が当該州にいることを要件とする。

（４）養子縁組をする権限を持つ者

諸州は、子の養育及び監護に関する法的権利を持つ者又は団体に、その子についての養子縁組をなす権限を認めている。子の生みの親、法律上の後見人、訴訟のための後見人や、州の社会福祉局（State's departments of human or social services）、子の養子縁組につき免許を与えられた仲介機関等がこれに当たり、各州法に具体的な規定が置かれている。ただし、たとえばインディアナ、ウエスト・バージニア、オハイオ、コロラド、デラウェアは、すべての養子縁組について州の社会福祉局若しくは免許を受けた仲介機関による縁組を原則とする。ケンタッキー、ミズーリ、ルイジアナ、ロード・アイランドも、継親や親族による養子縁組を除いて、縁組は仲介機関によるべきことを定める。

親や後見人による **direct placement adoption** を認める州も、州の担当部門への通知や、当該部門若しくは裁判所の承認を得ることを要件とする（ウィスコンシン、ケンタッキー、ニュー・メキシコ、フロリダ、マサチューセッツ、ミズーリ、ミネソタ、メリーランド、ロード・アイランド）。また、アーカンソー、フロリダ、ミズーリ、ルイジアナは、裁判所の命令を得ずに子の法的監護権を永続的に移転することを原則として禁じる。デラウェアは、親族でない者への養子縁組につき、州の担当部門又は仲介機関による監督を要件とする。

¹⁰¹ バージニアは、成人になる少なくとも3ヶ月前から養親となる者の家に居住し、養親との年齢差が少なくとも15歳あることを要件として、継子の他成人の甥姪を養子にすることも認める。

¹⁰² ただし、特則を置く州もあり、インディアナやサウス・カロライナは障害等特別な必要性を持つ子との養子縁組を非居住者にも認める。イリノイ、ニュー・メキシコ、ミシシッピ、ロード・アイランドでは、非居住者も仲介機関を介した養子縁組は可能である。

2 ニュー・ヨーク州

(1) 手続

アメリカでは、養親の側であれ養子の側であれ養子縁組を希望する場合、仲介機関を通じて養子となる者又は養親となる者を探すという方法が通常採られている。各州には正式な免許を持つ公的若しくは私的な仲介機関が多数置かれており、養親と養子を結びつける役割を担う。ニュー・ヨーク州では、これらの団体に加え州の地方事務所 (NYS Regional Offices) も養子縁組に関する斡旋・仲介に関わっている¹⁰³。なお、法律上の手続としては、direct placement adoption と agency placement adoption がともに認められている(New York Domestic Relation Laws (DOM) 第 7 編第 2 章 (Adoption from an Authorized Agency)、第 3 章 (Private-Placement Adoption))。

DOM 第 7 編 (第 109 条～第 117 条) は、ニュー・ヨーク州における養子縁組の要件・効果と手続について規律する。それによれば、成人であれば未婚の者、婚姻している者、婚姻していないが親密なパートナー関係にある 2 人の者 (two unmarried adult intimate partners) は、養親として養子を取ることができる。ただし、婚姻している者、婚姻していないが親密なパートナー関係にある者の場合は、養子との共同縁組が原則となっている (同法第 110 条)。

養子縁組の手続は、direct placement adoption の場合も agency placement adoption の場合も司法手続であり、裁判所 (court) 又は検認裁判官 (surrogate) によって行われる (同法第 110 条)。

(2) 同意権者

養子縁組については、養子が 14 歳以上である場合にはこの養子自身及び、婚姻中に懐胎若しくは出生した子の両親又は婚姻外で出生した子の母の同意が必要である (DOM 第 111 条 1 項(a)号 (b)号(c)号)。婚外子の父の同意は、子が出生後 6 ヶ月以上経過後に養親に引き渡される場合は、父がこの子と実質的、継続的かつ反復的な交流 (実際の面会交流とともに、相当額の養育費の支払い等を含む) を行っているときに、必要とされる (DOM 第 111 条 1 項(d)号)。子が出生後 6 ヶ月未満で養親に引き渡される場合は、子が養親に引き渡される直前の少なくとも 6 ヶ月間子若しくは子の母と公然と同居し、子を自分の子として公然と扱い、子の出産費用等に関し相当額を支払っていたときにのみ、婚外子の父の同意が必要となる (DOM 第 111 条 1 項(e)号)¹⁰⁴。

他に、養子となる子の法的監護権を持つ者や団体があるときは、養子縁組についてこれらの同意も必要とされる (DOM 第 111 条 1 項(f)号)。

また、ニュー・ヨーク州では成人養子縁組も認められている。養子となる子が 18 歳に達したときは、母や父の同意を要することなく、自らの同意のみで養子縁組をすることが可能である (DOM 第 111 条 4 項)。

(3) 養子縁組成立判決

養子縁組成立の申立てがなされた場合、養子となる者が未成年者であるときは、裁判所は少なくとも 3 ヶ月の待機・調査期間を設けなければならない。ただし、継親が継子を養子とする場合において、継子及びその生みの親とともにすでに 3 ヶ月以上同居しているときは、3 ヶ月の待機

¹⁰³ <https://ocfs.ny.gov/adopt/agcymenu.asp> (last visited January 6, 2019).

¹⁰⁴ DOM 第 111-a 条は、養子縁組手続の申立てがされたことの婚外子の父への通知について規定する。

期間は不要である (Dom. Rel. Law 第 116 条 1 項)。

養子縁組が子の最善の利益になると判断したときは、裁判官又は検認裁判官は養子縁組の承認を決定し、養子と養親は完全な親子関係として扱われるべきことを命じる (同法第 114 条)。これにより、当該養親子間に法律上の親子関係が発生する (同法第 117 条)。

3 カリフォルニア州

(1) 要件

カリフォルニア州は、Family Code (FAM) 第 13 編 (第 8500 条～第 9340 条) が養子縁組について規定する。そのうち第 1 章 (第 8500 条～第 8548 条) が定義に関する一般規定、第 2 章 (第 8600 条～第 9212 条) が未成年養子、第 3 章 (第 9300 条～第 9340 条) が成年養子に関する条文である。そこでは、「配偶者又はドメスティック・パートナー」というジェンダーに中立な文言で規定がなされている。

未成年養子制度について、FAM 第 8600 条は、「成年者は、婚姻していない未成年者を養子とすることができる。」とし、direct (independent) placement adoption (FAM 第 8800 条～第 8823 条)、agency placement adoption (FAM 第 8700 条～第 8720 条) とともに認められている。養親は養子より少なくとも 10 歳以上年長であることを要件とする (FAM 第 8601 条(a)項)。ただし、継親が継子を養子とする場合、養子となる者の姉、兄、伯母、伯父、いとこが養親となる場合 (これらの者が婚姻しているときはこれらの者とその配偶者が養親となる場合) において、裁判所が、当該養子縁組が当事者の最善の利益でありかつ公益にも資すると判断したときは、養子と養親の年齢差に関係なく裁判所は養子縁組の成立を認めることができる (FAM 第 8601 条(b)項)。

継親による継子の養子縁組については特則 (FAM 第 9000 条～第 9007 条) が置かれており、domestic partner が その partner の子を養子とする場合もこの継子養子縁組手続によることができる (FAM 9000 条(b)項)。いずれの場合においても、未成年養子縁組については養親となる者が裁判所に申立てをしなければならない (FAM 第 8609.5 条、第 8714 条、第 8802 条、第 9000.5 条)。

一方、成年養子縁組については、年少者であれば年齢差を問わず成人を養子とすることができる。ただし、自己の配偶者を養子とすることはできない (FAM 第 9320 条(a)項)。また、成年養子縁組は、当事者の書面による合意及びそれに対する裁判所の承認によって成立する (FAM 第 9320 条(a)項(b)項、第 9321 条)。なお、成年養子縁組がなされた場合において、養子は、いつでも縁組の解消を求める申立てを裁判所になすことができる (FAM 第 9340 条)。

(2) 同意権者

未成年養子について、養子となる者が 12 歳に達しているときは、養子縁組につきこの者の同意を要する (FAM 第 8602 条)。また、養子となる者の生みの母及び推定される父の同意も必要とされる (FAM 第 8604 条)。推定される父のいない子については、母の同意のみを要する (FAM 第 8605 条)。子の養子縁組にあたり、子の実親はその権利について助言を得、必要な場合にはカウンセラーによるカウンセリングも受けることができる (FAM 第 8801.3 条(a)項、第 8801.5 条)。

direct (independent) placement adoption の場合、養子となる子の母が出産してから退院するまでは、養子の実親も養親も養子縁組の同意書に署名してはならない。ただし、出生した子より

も長く母が入院している場合には、母が署名をなす能力を有することが母を担当する内科医及び外科医によって証明されたときは、子の退院以降子の実親及び養親は同意書に署名することができる (FAM 第 8801.3 条(b)項(2)号)。この同意は、30 日以内であれば撤回することができる (FAM 第 8814.5 条(a)項(1)号)。

agency placement adoption の場合、子の実親は、社会福祉局 (Department of Social Services)、カウンティの仲介機関又は免許を受けた仲介機関に対して、子の養子縁組への同意及び子に関する権利の譲渡 (relinquishment) をなすことができる。この場合、実親は、2 人の証人及び当該仲介機関の権限ある職員の面前で、譲渡に関する書面に署名することを要する (FAM 第 8700 条(a)項)。これによって relinquishment は完了し、以後は両者の合意によってのみ解除できるとどまる。

なお、婚姻している者も単独で未成年者を養子とすることができる。この場合、養親となる者の配偶者の同意を得なければならない (FAM 第 8603 条 (未成年養子)、第 9301 条 (成年養子))。

(3) 効果

養子縁組の成立により、養親と養子の間に法律上の親子関係が発生する (FAM 第 8616 条 (未成年養子)、第 9305 条 (成年養子))。また、養子は養親の氏を名乗ることができる (FAM 第 8618 条 (未成年養子)、第 9304 条 (成年養子))。

未成年養子の場合、縁組の成立によって養子の現時の親はこの子に対する全ての権利義務を免じられる (FAM 第 8617 条(a)項)。ただし、この親と養親が養子縁組手続の終局前に書面に署名し、裁判所に提出することによって、養子の現時の親は、この子に対する義務と責任の終了を放棄することができる (FAM 第 8617 条(b)項)。また、このような放棄手続がなされたか否かにかかわらず、養親と養子の実親、養子等との合意により、養子縁組成立後も養子とその実親や兄弟姉妹との面会交流、養子に関する情報の共有を行うことは妨げられない (FAM 第 8616.5 条)。

成年養子については、自らの親族ではない成年者を養子とした者は、この養子の生物学上の兄弟姉妹若しくは障害者を養子とする場合を除いて、当該縁組から 1 年間は自らの親族ではない他の成年者を 2 人以上養子とすることができない (FAM 第 9303 条(a)項)。また、成年者との養子縁組をした養親の配偶者は、当該養子の生物学上の兄弟姉妹を除いて、当該縁組から 1 年間は自らの親族ではない他の成年者を養子とすることができない (FAM 第 9303 条(b)項)。

2 親子関係制度

1 諸州の概要

出生による親子関係の発生に関し、母子関係については分娩者を母とするのが各州法の原則である。また、父子関係 (同性婚を含むジェンダーに中立な規定では、分娩者ではないもう一人の者との親子関係) についても、婚姻による父性 (親子関係) 推定ルール (婚姻している女性の産んだ子につき、その女性の夫 (配偶者) を子の父 (親) と推定する) がアメリカで広く適用されている (本稿第 3 章¹⁾)。

親子関係統一法 (UPA) もこれらの原則に基づいており、多くの州が統一親子関係法 (UPA) の 1973 年法、2002 年法又は 2017 年法を採択・施行してきている (本稿第 3 章²1)。

2 ニュー・ヨーク州

(1) 嫡出子

ニュー・ヨーク州では親子関係について、New York Consolidated Laws, Family Court Act (FCT) 第 517 条から第 565 条が規定する。ただし、これらの条文は、婚外子の父子関係の決定に関する家庭裁判所の手続についてのものが中心である。ニュー・ヨーク州法には、親子関係の発生に関する実体法上の要件に関する規定がない。特に、嫡出子に関する制定法の規律を置いていない点にその特徴がある。

親子関係の発生については、コモン・ローの伝統に従い婚姻による推定のルールが採用されている。したがって、子の出産時に子の母と婚姻している配偶者は、その子のもう一人の法律上の親と推定される。この推定は、非婚のカップルにも適用される。

婚姻中に妻が懐胎若しくは出産した子が夫の生物学上の子でないときは、父の決定を求める訴え(paternity action)を家庭裁判所に提起することができる。この訴えを提起できるのは、子の母又は父と推定される男性、子若しくは子の後見人その他子と親子関係にある者、子の最近親者、慈善福祉団体の代表権者等である (FCT 第 522 条)。母の配偶者である夫がここに含まれない点に注意が必要である。また、父性を否認する訴え (non-paternity action) は FCT には置かれていない。

(2) 婚外子

ニュー・ヨーク州では、母が婚姻外で出産した子には、法律上の父はいないとされている。生物学上の父が、当然に子に対する権利義務を取得するわけではない。婚外子と父との法的親子関係を発生させるためには、①父の認知の書類 (acknowledgement of paternity form) に父と母の双方が署名するか (FCT 第 516-a 条)、②父子関係に関する訴えを提起し (FCT 第 517 条)¹⁰⁵、これにより下された父子関係確定判決(order of filiation)に裁判所が署名することが、必要となる。

婚外子につき父を決定する訴えを提起できるのは、子の母、自らが子の父であるとする男性、子又は子の後見人その他子と親子関係にある者、子の最近親者、慈善福祉団体の代表権者等らである (前述 FCT 第 522 条)。子が公的扶助を受給している場合には、州の社会福祉局 (Department of Social Services) もこの手続を申し立てることができる。

父を決定する判決が確定すると、それにより父とされた者に子の監護権及び子との面会交流権が与えられ、また、この者は子の養育費を支払う義務を負う (FCT 第 542 条)。子の養育費支払請求手続は、裁判所が父を決定する判決に署名すると同時に、自動的に開始する (FCT 第 545 条)。

なお、ニュー・ヨーク州は別途「推定される父の登録制度 (putative father registry)」を設けており、婚外子の養子縁組手続に際して、その父への通知と同意の確保を図っている¹⁰⁶。すなわち、婚外子の父が父性登録簿 (paternity registry) へ署名すると、親権の終了 (termination of parental rights) や養子縁組手続に関する通知を受けることができる¹⁰⁷。

¹⁰⁵ ただし子が 21 歳に達したときは、父子関係を成立させる訴えを申し立てることは原則としてできない (FCT 第 517 条)。

¹⁰⁶ New York Consolidated Laws, Social Services Law §372-C.

¹⁰⁷ UPA も父性登録制度に関する規定を設けている (UPA2017 年法第 4 編(registry of paternity))。

3 カリフォルニア州

カリフォルニア州は UPA2017 年法を導入しており、親子関係法の内容は同法に依拠している¹⁰⁸。同州の Family Code (FAM) 第 12 編 (第 7500 条～第 7962 条) が親子関係について定めるが、そのうちの第 3 章 (第 7600 条～第 7730 条) が UPA に関する規定である。ただし、婚姻による父性の推定 (第 2 章) 及び生殖補助医療・代理懐胎による出生子 (第 7 章) については、UPA とは別に規定を置く。

すなわち、婚姻による父性推定については、「子の懐胎及び出産の時に同棲していた配偶者の子は、当該婚姻の子と決定的に推定(conclusively presumed)される。」(FAM 第 7540 条(a)項)。ただし、「(a)項の決定的な推定は、子を出産した女性の夫が懐胎時期に性的に不能若しくは不全でありかつ子が生殖補助医療によって懐胎されたのではないと裁判所が判断したときは、適用されない。」(同条(b)項)。また、FAM 第 7540 条により子の親と推定される配偶者が子の遺伝上の親ではないと裁判所が認定したときは、この推定は覆される (FAM 第 7541 条(a)項)。第 7540 条に基づき親と推定される配偶者と子との親子関係を争う訴訟は、子の出生から 2 年以内に提起されなければならない。この訴えを提起できるのは、各配偶者、第 7611 条 (UPA2017 年法第 204 条に相当) により親と推定される者、子若しくは訴訟のための子の後見人である (FAM 第 7541 条(b)項)。

なお、生殖補助医療・代理懐胎による出生子の親子関係について、カリフォルニア州は UPA2017 年法に従った改定を行っていないが、現行法においても生殖補助医療 (FAM 第 7606 条) 及び代理懐胎契約 (FAM 第 7962 条) を法律上認める。そして、代理懐胎契約については、懐胎代理母契約、遺伝的代理母契約ともに認められている (FAM 第 7960 条)。

以 上

¹⁰⁸ California, Assembly Bill No. 2684, https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180AB2684 (last visited January 6, 2019).

第5部 韓国法

淑明女子大学 郭 珉希

第1章 親生推定（嫡出推定）

1 父子関係の成立と親生子の推定

1 父子関係の成立

親と子の間の関係、すなわち、親生子関係は父子関係と母子関係がある。母子関係は、妊娠および出産（出生）という外形的・自然事実によって確定されるが、父子関係はそうではない。父子関係を証明の難しさのため、民法は父子関係を迅速に確定するために親生子推定の規定を置いている。親生推定の制度は、家庭の平和と出生子の地位を保護する機能をする。

2 親生推定の要件

第 844 条（夫の親生子の推定）①妻が婚姻中に妊娠した子供は、夫の子として推定する。
②婚姻が成立した日から 200 日後に生まれた子供は、婚姻中に妊娠したものと推定する。
③婚姻関係が終了した日から 300 日以内に生まれた子供は、婚姻中に妊娠したものと推定する。

妻が婚姻中に妊娠した子供は、夫の子と推定する（第 844 条第 1 項）。ここで、婚姻中に妊娠したのかについての証明の難さのため、民法は、次の 2 つの場合に、婚姻中に妊娠したものと推定する。まず、婚姻関係の成立日から 200 日後に生まれた子供は、婚姻中に妊娠したものと推定する（同条第 2 項）。婚姻の成立日から 200 日以内に生まれた子は、婚姻中の出生者ではあるが親生推定を受けない。親生推定を受けられない親生子の場合には、親生子関係存否確認の訴えによりその親子関係の存否を確認することができる。ただし、ここで婚姻が成立した日とは、原則として婚姻届けを提出した日であるが、通説と判例によると、事実婚から法律婚に移すことが普通の慣行であることを考慮して、事実婚の成立日も含まれると解している。したがって、婚姻届出日から 200 日になる前に出生した子であっても事実婚の成立日から 200 日後に生まれたならば親生推定を受ける。第二に、婚姻関係の終了日から 300 日以内に生まれた子も婚姻中に妊娠したものと推定する（同条第 3 項）。

3 親生推定の効果

（1）親生子関係の存在の推定

親生推定を受ける子は、母の法律上の夫の子と推定する。親生推定は、他の反証が許可されない強い推定であり¹、その推定を覆すには、父または母が親生否認の訴えを提起しなければな

¹ 大法院 1997. 2. 25. 96 ㄱ 1663.

らないが、親生子関係不存在確認の訴えによりその嫡出性を否定することはできない²。必ず親生否認の訴えを提起しなければならなので、相続関連訴訟のような別の訴訟で先決問題として親生否認を主張することはできない。ただし、2017 年の民法改正によって、一定の要件を備える場合には、親生否認の許可請求（第 854 条の 2）、または認知の許可請求（第 855 条の 2）によりも親生推定を覆すことができるようになった。

また、法律上、他人の親生子と推定している子に対して親生否認の訴えによる確定判決によってその親生関係の推定が否認されるまでは、誰も認知できない³。例えば、親生推定を受ける子の実父が、その実父であることを証明しても親生否認判決がなければ認知することができない。さらに、親生推定を受ける子が実親を相手に認知請求訴訟を提起することもできない。ただし、判例は、親生否認の訴ではなく親生子関係不存在確認の審判請求をしたことが不適法な請求であっても、裁判所がその誤りを見落として請求を受け入れ親生子関係不存在の確認審判を宣告し、その審判が確定した以上、その審判を当然無効とすることはできない。その審判の既判力は第 3 者にも及ぶため、親生推定の効果はなくなってしまうことになり、従って認知の請求ができるという⁴。

4 親生推定の制限

（1）学説

親生推定に関する民法第 844 条は夫婦の別居などで夫の子を妊娠する可能性が全くない場合について例外を認めていない。しかし、学説と判例は夫の子を懐胎できない客観的に明白な事情がある場合には、親生子推定を認めていない。具体的にはどのような範囲で親生子推定を排除するかについては、見解が分かれている。夫が行方不明または生死不明である場合、夫が長期間収監・入院・外国滞在などで不在の場合、婚姻関係が破綻され、事実上離婚状態に別居しているような場合、夫と子の間に明白な人種の違いがある場合には、推定が破れることについては異論がない。ところが、夫と子の血液型が異なるとか夫が生息不能であるような場合には、推定否定説（血縁説）、親がすでに離婚している場合のように家庭の平和がもはや存在していない場合にのみ推定が及ばないという説、当事者や関係の同意がある場合にのみ推定が及ばないという説、推定認定説（外観説）など意見が分かれている。

（2）判例

判例は、従来、例外なく親生子推定を認めていたが⁵、その後、判例を変更して、次のような場合には親生推定は及ばないとしている。まず、民法第 844 条は妻が夫の子を懐胎できる場合に適用されるのであり、性的関係の欠如によって夫の子を懐胎できないことが外観上明らかな事情がある場合には、親生子推定が及ばないため、夫は親生否認の訴によらずに親生子関係不存在確認の訴訟を提起することができるという⁶。第二に、子の実親が家族関係登録簿上の親と異なる

2 大法院 1984. 9. 25. 84 ㄱ 84; 大法院 1992. 7. 24. 91 ㄱ 566; 大法院 2000. 8. 2. 2000 ㄱ 292.

3 大法院 1987. 10. 13. 86 ㄱ 129; 大法院 1992. 7. 24. 91 ㄱ 566 など.

4 大法院 1992. 7. 24. 91 ㄱ 566.

5 大法院 1968. 2. 27. 67 ㄱ 34.

6 大法院 1983. 7. 12. 82 ㄱ 59 全員合意体判決.

ことが明白な場合である。家族関係登録簿上の親の婚姻中の子と記載されている者であっても、実親が家族関係登録簿上の親と異なることが客観的に明白な場合には親生推定が及ばない⁷。第三に、親生推定を受ける子に対して親生子関係不存在の確認審判が確定した場合である。親生子推定を受ける者に対し、親生否認の訴ではなく、親生子関係不存在確認の訴えを提起することは不適法だが、その審判が確定した以上、その審判を当然無効とは言えないので、確定判決の既判力と相応しない親生推定の効果はなくなる⁸。夫と子の血液型が違う場合については学説が対立しているが、最高裁の判決はまだ見えない。ただし、下級審判決の中には、当該の家庭が既に破綻しており民法第 844 条の規定の目的の基盤が喪失した場合であれば、血液型の違いの場合だけでなく、さらに、遺伝子型の不一致の場合にも、親生推定の効力は及ばないと判断したものがある⁹。

（３）親子関係の存否確認

親生推定が及ばない場合には、夫及び母が親生否認の訴えを提起することができることはもちろん、法律上の利害関係のある者はだれでも親生子関係不存在確認の訴えを提起することができる¹⁰。子は家族関係登録簿上の父が親生否認の訴えを提起していなくても、実父に対して認知請求の訴えを提起することができる。

〔２〕 親生推定の否認

１ 親生否認の訴

親生否認の訴とは、親生推定を受ける子に対して夫婦の一方が、その子の親生推定を覆すことによって父子関係を否定するために提起する訴である（第 846 条）。親生否認の訴えは、親生子の推定を遡及的に消滅させることを目的とする形成訴訟である。

（１）親生否認権者（提訴権者）

親生否認の訴えは、原則として、夫婦の一方、すなわち、夫または妻だけが提起できる。子は親生否認の訴えを提起することができない。夫だけでなく、妻も訴を提起することができるので、不貞行為により子を出産した生母も夫を相手に親生否認の訴えを提起することができる。判例は、民法第 846 条（子の親実父である）で「夫婦の一方」は、第 844 条（夫の親生子の推定）における夫婦の一方と同様の意味であるが、第 844 条の夫婦の一方の婦は、すなわち、子を「婚姻中に妊娠した妻」を指し、さらに妻は「子の生母」を意味するので、結局、親生否認の訴えを提起することができる妻は「者生母」を意味するという¹¹。

夫または妻が被成年後見人である場合には、成年後見人が成年後見監督人の同意を得て親生

⁷ 大法院 2000. 1. 28. 99 ㄷ 1817 判決 【判決要旨】 民法第 844 条の親生推定を受ける者は、親生否認の訴えによりその親生推定を覆すことなく、他人を相手に認知請求をすることはできないが、戸籍上の親の婚姻中の子として登載されている子であってもその実親が戸籍上の親とは異なることが客観的に明白な場合には、その親生推定が及ばないので、そのような場合には、親生父母を相手に認知請求をすることができる。

⁸ 大法院 1992. 7. 24. 91 ㄷ 566.

⁹ ソウル家判 1995. 5. 30. 94 ㄷ 61780; ソウル家判 1994. 7. 15. 93 ㄷ 89828 参照.

¹⁰ 大法院 1983. 7. 12. 82 ㄷ 59 全員合意体判決.

¹¹ 大法院 2014. 12. 11. 2013 ㄷ 4591.

否認の訴えを提起することができ、成年後見監督人がない場合または同意できないときには、家庭裁判所にその同意に代える許可を請求することができる（第 848 条第 1 項）。そして、この場合、成年後見人が親生否認の訴えを提起しない場合には、被成年後見人は、成年後見終了の審判があった日から 2 年以内に親生否認の訴えを提起することができる（同条第 2 項）。夫または妻が遺言で親生否認の意思表示をしたときは、遺言執行者は、親生否認の訴えを提起しなければならない（第 850 条）。

（2）訴の相手方

親生否認の訴えは、夫または妻が他の一方または子を相手に提起しなければならない（第 847 条第 1 項）。相手となる者がすべて死亡していた場合には、その死亡を知った日から 2 年以内に検事に対して親生否認の訴えを提起することができる（第 847 条第 2 項）。親生否認の訴えは、子が死亡した後にも、その直系卑属があるときは提起できる。この場合、子の母があればその母が相手となり、母がいなければ検事を訴の相手とする（第 849 条）。

（3）調停前置主義

親生否認は訴によらなければならないが、親生否認の訴えは家事訴訟法ナ類事件として調停前置主義が適用されるため、先に家庭裁判所に調停を申請しなければならない（家事訴訟法第 50 条第 1 項）。夫が子の親生を承認する調停が成立して、当事者間で合意した事項を調停調書に記載することで子は夫の親生子と確定される。ただし、調停が成立しても、これは当事者が任意で処分できる事項ではなので、親生否認の効力は直ちに生じず、最終的には家庭裁判所の判決が必要である（同法第 59 条）¹²。調停が成立しない場合には、調停の申請の時点に訴が提起されたとみなされ、訴訟手続きに進む（同法第 49 条、民事調停法第 36 条）。

（4）出訴期間

親生否認の訴えは、その事由があることを知った日から 2 年以内に提起しなければならない（第 847 条第 1 項）。この規定は、民法改正の前には、「その出生を知った日から 1 年以内に提起しなければならない」と規定されていたが、憲法裁判所がこれに対し憲法不合致決定¹³を下したため、2005 年に「その事由があることを知った日から 2 年」と改正された。ここで、その事由があることを知った日とは、夫または妻との間に血縁関係による親子関係がないことを知った日である。夫が子の出生前に死亡したり、夫や妻が親生否認の理由があることを知った日から 2 年以内に死亡したときには、夫または妻の直系尊属や直系卑属がその死亡を知った日から 2 年以内に親生否認の訴えを提起することができる（第 851 条）。出訴期間の起算点となる「死亡を知った日」とは、死亡という客観的な事実を知ったということを意味し、死亡や親生子関係にあるという事実まで知る必要はない¹⁴。

（5）承認による親生否認権の喪失

子の出生後、親生子であることを承認した者は、親生否認の訴えを提起できない（第 852 条）。承認は、明示的だけでなく、暗黙的なものであってもいい。しかし、出生届をしただけでは、承認があったとはされない。親生否認の訴えを提起したときにも、出生届をしなければならないか

¹² 法院 1968. 2. 27. 67 ㄷ 34.

¹³ 憲法裁判所 2015. 3. 26. 2012 바 357.

¹⁴ 大法院 2015. 2. 12. 2014 ㄷ 292.

らである（家族関係登録等に関する法律第 47 条）。親生子の承認が詐欺または強迫により行われたときには、取り消すことができる（第 854 条）。

（6）親生否認判決の効力

親生否認判決が確定すると、親生子関係は消滅する。子は母の婚姻外の出生者となるが母の夫とは何の関係もないことになる。親生否認判決は第 3 者にもその効力が及ぶ（家事訴訟法第 21 条第 1 項）。したがって、その実父は子を認知することができる。親生否認の判決が確定した場合には、訴を提起した者は、判決確定日から 1 ヶ月以内に判決の謄本及びその確定証明書を添付して家族関係登録簿の訂正を申請しなければならない（家族関係登録等に関する法律第 107 条）。

2 親生否認の許可請求と認知許可請求

（1）憲法裁判所の違憲判決

憲法裁判所は、改正前の民法第 844 条第 2 項中の「婚姻関係終了の日から 300 日以内に生まれた者」に関する部分について、民法制定の以来の社会的・法律的・医学的事情の変更を全く反映していないまますでに婚姻関係が解消された後に子が生まれ、実父が生まれた子を認知しようとする場合でさえ、全く例外なく、その子を母の夫の親生子と推定し必ず親生否認の訴えがなければならないとすることは、母が家庭生活と身分関係で享受すべき人格権、婚姻と家族生活に関する基本権を侵害するという理由で、憲法不合致決定を下した¹⁵。その後、憲法裁判所の決定の趣旨を考慮して、2017 年 10 月 31 日に民法が改正された。改正前の民法の第 844 条第 2 項を第 2 項（婚姻関係成立の日から 200 日後に出生した場合）と、第 3 項（婚姻関係終了日から 300 日以内に出生した場合）とを分離し、第 3 項の場合に、より簡単に親生推定を覆すことができるようにするために、親生否認の許可請求制度（第 854 条の 2）と認知許可請求制度（第 855 条の 2）を新設した。

（2）親生否認の許可請求

婚姻関係の終了日から 300 日以内に生まれた子の母または母の元配偶者は家庭裁判所に親生否認の許可請求ができる（第 854 条の 2 第 1 項本文）。ただし、婚姻中の子として出生届がされた場合には、親生否認の許可請求ができない（同項ただし書）。親生否認の許可請求がある場合、家庭裁判所は、血液採取による血液型検査、遺伝因子の検査など科学的方法による検査結果や長期間の分離のようなその他の事情を考慮して、これを許可するかどうかを決する。許可を受けた場合には、親生推定の第 844 条第 1 項（夫の子の推定）及び第 3 項（婚姻関係終了日から 300 日以内に生まれの婚姻中の妊娠の推定）の推定が及ばない。家庭裁判所が親生否認の許可審判をする場合には、母の前配偶者と（成年後見人がある場合には、その成年後見人）に意見を陳述する機会を与えることができる（家事訴訟法第 45 条の 8 第 1 項）。そして親生否認を許可する審判に対して母または母の元配偶者（民法第 854 条の 2 第 1 項に規定された者）は即時抗告をすることができる（家事訴訟規則第 61 条の 2）。

（3）認知の許可請求

¹⁵ 憲法裁判所 2015. 4. 30. 2013 헌마 623.

婚姻関係の終了日から 300 日以内に生まれた子の実父は家庭裁判所に認知の許可を請求できる（第 855 条の 2 第 1 項本文）。ただし、婚姻中の子として出生届があった場合には、認知の許可請求はできない（同項但書）。認知の許可請求がある場合、家庭裁判所は、血液採取による血液型検査、遺伝因子の検査など科学的方法による検査結果や長期間の分離などその他の事情を考慮して、許可するかどうかを決める。許可を受けた実親による家族関係登録等に関する法律第 57 条第 1 項の規定の定める届出があった場合には、親生推定の第 844 条第 1 項（夫の子と推定）及び第 3 項（婚姻関係の終了日から 300 日以内に生まれの婚姻中の妊娠の推定）の推定が及ばない。家庭裁判所が認知の許可審判をする場合には、母の前配偶者とその成年後見人（成年後見人がある場合に限り）に意見陳述の機会を与えることができる（家事訴訟法第 45 条の 8 第 1 項）。そして認知を許可する審判に対して母または母の元配偶者（民法第 854 条の 2 第 1 項に規定された者）は即時抗告できる（家事訴訟規則第 61 条の 2）。

③ 親生推定(嫡出推定)の重複

1 親生推定の重複

女性が配偶者の死亡または離婚により婚姻が解消された後、すぐに再婚をして子を出産した場合には、子の出生日が後婚成立日から 200 日後であると同時に、前婚終了日から 300 日以内である場合もある。このような場合には、その出生子は、第 844 条により前婚の夫の子と推定されるが、同時に後婚の夫の子とも推定されるので、親生推定の重複が生じる。このような場合には、当事者の請求により家庭裁判所が子の父を決定するがこのような訴をいわゆる、「父を定める訴」という。父を定める訴は形成の訴えである。

2 父を定める訴

（1）提訴権者と相手方

父を定める訴を提起することができる者は、子、母、母の配偶者または元配偶者である（家事訴訟法第 27 条第 1 項）。訴の相手方は誰が訴を提起するかによって異なる。子が取消しを求めた場合には、母、母の配偶者と母の前配偶者を相手とする。母が訴訟を提起した場合にはその配偶者と元配偶者が相手となる（家事訴訟法第 27 条第 2 項）。そして母の配偶者が提起した場合には、母と母の前配偶者が相手方となり、母の元配偶者が提起した場合には、母と母の配偶者がそれである（家事訴訟法第 27 条第 3 項）。相手となるものの中で死亡した者がいる場合には、生存者を相手にして、生存者がいないときは検事を相手にして訴えを提起することができる（家事訴訟法第 27 条第 4 項）。

（2）調停前置主義

父を定める訴えは、家事訴訟法上、ナ類事件であって調停前置主義が適用されるため、父の決定のために訴を提起しようとする者は、まず調停を申請しなければならない（家事訴訟法第 2 条第 1 項ナ類事件 5）・第 50 条）。親生否認の訴と同様に調停が成立してもこれは任意で処分することができない事項に関するものであって父の決定の効力は生じず最終的には家庭裁判所の判決がなければならない（家事訴訟法第 59 条第 2 項）。父を定める訴には、提訴期間を制限する規定はない。

（3）家庭裁判所の証拠調査と判断

父を決める訴は、前婚の配偶者と再婚の配偶者の親生推定が重複する場合に実の父が誰であるかを訴を通じて決める手続きであるので其の判断基準は原則的に自然的な血縁関係のあるかどうかである。つまり、父を確定しなければならない場合、他の証拠調査により心証を得られなかったときは、家庭裁判所は、検査を受ける人の健康と人格の尊厳を損なわない範囲で、当事者又は関係人に血液採取による血液型の検査など遺伝因子の検査やその他の適当である認められる方法による検査を受けることを命ずることができる（家事訴訟法第 29 条第 1 項）。そして、当事者又は関係人が正当な理由なくこの命令に違反した場合には、家庭裁判所は、職権または権利者の申請により、決定で 1 千万ウォン以下の過怠料を賦課することができる（家事訴訟法第 67 条第 1 項）。正当な理由なく、再受検命令に違反した場合には、30 日の範囲で、その義務を履行するまで違反者に対する監置を命ずることができる（家事訴訟法第 67 条第 2 項）。

（４）父を定める訴の効力

父を定める訴の確定判決は、第三者にも効力が及ぶため（家事訴訟法第 21 条第 1 項）、判決が確定した後は、親生否認の訴を提起することができない。判決が確定されると、訴を提起した人は、判決確定日から 1 ヶ月以内に家族関係登録簿の訂正を申請しなければならない（家族関係登録等に関する法律第 107 条）。父を定める訴に関する第 845 条とそれと関わる家事訴訟法の規定は、重婚の場合、両婚姻においての親生推定を受ける場合にも類推適用すべきであるという見解がある。

第 2 章 養子縁組

1 序

1 現代の養子制度の特徴

養子制度とは、出生によって親と子の関係が当然に成立するのではなく、養子縁組によって本当の親と子ではない者の間に、親と子の関係を擬制することをいう¹⁶。養子縁組の目的上、養子制度は、従来の家計を継承するための、いわゆる「家のための養子」から「親のための養子」へ、今日では、「子のための養子」へ発展してきた。養子縁組の成立においては養親子関係の創設を単に養親と養子の間の私的な契約であるとする契約型養子から、国が養子の福祉のために積極的に関与して養子縁組が適合であると認められる場合に、裁判所の裁判等により養子縁組を成立させる宣告型養子制度へ変化している。養子縁組の効果においては、養子と親生父母の親族関係を存続させる不完全養子から、その関係を断絶し、罷養（離縁）を原則として許可しないなど、養子を養親の親生子と同様に扱う、いわゆる完全養子へ進展している。韓国の現行法上の養子制度においても現在は家のための養子は存在しない。したがって、親生子があっても、養子縁組が可能であり、養子の数にも制限はない。また、養子は親族がなくてもできるし、養父と同姓同本でなくてもいい（異姓養子の認定）。事後養子と遺言養子は廃止され、養親は生存中のみに縁組できるので、死亡した者は養子縁組の当事者となることができない。

¹⁶ 尹眞秀，親族相続法講義，博英社(2018)，192 頁。

2 韓国の養子制度の種類

韓国における養子の制度は、3つのタイプがある。民法第866条の以下で定めている「一般養子」、第二に、民法第908条の2の以下で定めている「親養子縁組」、そして第三に、入養特例法（以下「特例法」という）による養子である。

民法上、一般養子は、当事者間の養子縁組の合意と養子縁組届出とで成立する契約型養子である。養子縁組が成立しても、養子の従前の親族関係は存続するので不完全養子である（第882条の2）。ただし、養子が未成年者である場合や被成年後見人が養子または養親となる場合には、家庭裁判所の許可を受けなければならないという規定（第867条、第873条第2項）を、2013年から施行されている改正民法で新たに導入することにより、養子の福利などを確保することができる装置を設けて、契約型の養子制度の弱点を補完している。一方、民法は、一般養子とは別に、親養子制度を規定しているが、これは家庭裁判所の養子縁組の審判によって養子縁組が成立する宣告型養子である（第908条の2）。親養子縁組が成立すると親養子は養親の婚姻中の出生者となり、親養子の従前の親族関係は原則として終了するので（第908条の3）、いわゆる完全養子制度を導入している。

民法のほか、入養特例法による養子もある。入養特例法は、保護者が存在しない場合や保護者が子を養育するに適合しないまたは養育能力がない場合など、一定の事由により保護施設に保護依頼された18歳の未満の児童（同法第2条、第9条）を国内または国外に養子縁組する場合に適用する特別法である。この法律による養子縁組は、家庭裁判所の認容審判の確定によって効力が生じる（同法第15条）。養親または養子は、養子縁組の裁判の確定日から1ヶ月以内に裁判の謄本と確定証明書を添付して親養子縁組届出をしなければならない（家族関係登録例規第353号第2条）。入養特例法上の養子縁組は、親養子縁組関係証明書を通じてのみ、その養子縁組の事実を確認することができる（同第5条、第6条）。そして入養特例法に基づいて養子とした子は、民法上の親養子と同様の地位を有する（第14条）。したがって、入養特例法による養子縁組の性格は基本的に親養子縁組と同様である。

3 民法と入養特例法の関係

現行民法上の養子縁組の制度は、2012年に改正された民法に基づくものであって、未成年者の一般養子の場合、裁判所の許可を受けなければならないと規定し、未成年者の罷養（離縁）については、裁判上の離縁しか認めなく協議上の罷養は廃止するなど、従来の養子縁組法のシステムを大幅に変更した。特に、2005年の民法において、親養子縁組に家庭裁判所の許可制を導入した以来¹⁷、2012年の民法改正においては未成年者の養子縁組と被成年後見人の養子縁組の場合に、特例法では国内及び海外の養子縁組の場合において、養子縁組の許可制を導入した¹⁸。これは親

¹⁷ 禹柄彰, “家族法上入養に関する研究—養子法の改善のための現行法の検討と立法論の提案—,” 「家族法研究」第16巻2号(2002), 171頁。

¹⁸ 韓国において入養許可制度の導入とその意義に関して議論する文献は 金昌姫, “養子制度に関する研究—入養の成立と効果を中心に—,” 中央大學校 大學院 博士学位論文(1986), 98頁; 權貞姫, “入養法の 並行的 立法論,” 「家族法研究」第7号(1993), 250, 255頁; 李秉和, “入養児童の国際的保護” 「國際法學會論叢」第48巻2

養子縁組か一般養子かのどちらを利用するかは実は個人の選択にある以上、養子縁組許可制の立法目的を達成することは不可能であるという批判によるものであった。

現在の入養特例法は、従来の「入養促進及び手続に関する特例法」を全部改正したもので、2011.8.4.公布され2012.8.5.から施行されている¹⁹。養子縁組の実務上、最も多くの件数を占めているのは、特例法による養子縁組であるが、すべてのタイプの養子縁組について一般法として機能しているのは、民法上の一般養子である。親養子縁組や特例法による養子縁組も別途の規律がない場合には一般養子に関する規定を準用しているからである（民法第908条の8、特例法第42条）。一方、入養特例法は、2011年の改正を契機に同法に基づく養子縁組の性格を親養子縁組に準ずるものと転換した²⁰。同法に基づく養子に完全養子縁組の効果を付与し（特例法第14条）、または養子縁組取消事由・裁判上の罷養理由を親養子縁組と一致させた条文（特例法第16条及び第17条）などが端的な例である。その結果、「一般養子」、「親養子縁組」と「特例法による養子」は、その要件と効果などをめぐる解釈について相互の影響を与えている。

2 一般養子

1 未成年者の養子縁組

（1）養子となる子と意思表示

民法は、児童の精神的な成熟度などを考慮して、養子縁組の当事者となることができる年齢を13歳であるとして従来より緩和した。養子となる子が、13歳以上の場合には、法定代理人の同意を得て養子縁組を承諾して（第869条第1項）養子となる子が、13歳未満の場合には、法定代理人が養子となる子に代わって養子縁組の意思表示（承諾）をする（第869条第2項）。一方、法定代理人は、養子縁組の同意又は承諾を家庭裁判所の養子縁組の許可の前に、撤回することができる（第869条第5項）。これは一種の熟慮期間として、養子縁組の同意または承諾をした親生父母の自己決定権を尊重するという趣旨で導入された²¹。法定代理人が自分の義務を履行しないだけでなく、子供を保護・養育の意思もない場合には、子供の福利のために養子縁組が必要となる。しかし、従来には法定代理人が正当な理由なく養子縁組に反対したり、所在不明等の理由で養子縁組を承諾または同意できない場合には養子縁組が不可能であった。つまり、養子縁組が必要な場合でも、法定代理人の承諾または同意を得なければならないという規定により、子供の福利が回復不能に侵害されることがあるという問題点があった。これにより、民法は、「法定代理人が正当な理由なく同意または承諾を拒否した場合、または法定代理人の所在を知ること

號(2003), 153頁以下; 尹眞秀, “兒童權利協約と韓國家族法,” 「民法論攷」IV(博英社, 2009), 327頁以下など参照。

¹⁹ 各議員案と政府案、保健福祉委員会の提案及び具体的な審議経過については http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=PRC_M1R1M0F6O2Q1I2J1Q4G7K4M7G8P4P0 を参照。

²⁰ 金相瑢, 「養子法の問題点と改正方向—民法上の争点を中心に—」, 家族法研究 III(法文社, 2010), 22頁以下参照。特例法による縁組に親養子縁組としての性格を与えたことに関する意義については、金相瑢, 「改正入養特例法の特徴」法律新聞第4050号参照。

²¹ 金相瑢「改正養子法解説」法曹第668号法曹協会(2012)22頁。

ができないなどの理由で同意または承諾を得ることができない場合には、家庭裁判所は、法定代理人の同意（13 歳以上の未成年者の場合）、または承諾（13 歳未満の未成年者の場合）なしに養子縁組を許可することができる」と規定している（第 869 条第 3 項）。ただし、法定代理人が親権者である場合、その親が 3 年以上子に対する扶養義務を履行しない場合、または子供を虐待または遺棄又はその他の子供の福利を著しく害した場合にのみ、家庭裁判所は、法定代理人（親権者）の養子縁組の同意または承諾なしに養子縁組を許可することができる（第 869 条第 3 項第 1 号但書及び第 870 条第 2 項）。この場合、家庭裁判所は、法定代理人を審問しなければならない（民法第 869 条第 4 項）。

（2）親生父母(実親)の同意

現行民法上、養子となる子は、親生父母(実親)などの同意を得なければならない未成年者の場合も同様である。しかし、一定の年齢に達していない未成年者の場合には、つまり、民法上、13 歳未満の未成年者の場合には、法定代理人が養子縁組の承諾をして（第 869 条第 2 項）、13 歳以上の未成年者の場合には、法定代理人の同意を受けて、未成年者が養子縁組の承諾することになる（第 869 条第 1 項）、この場合にも、法定代理人の養子縁組の同意または承諾のほか、親の同意が必要なのかが問題になるが、親が未成年の子供の養子縁組について承諾あるいは同意をした場合に、再び親の同意を受けることは何の意味がないので、このような場合には、親の同意が必要としない（第 870 条第 1 項第 1 号）。しかし、親が離婚して、親の一方が親権者ではないような場合に、親が法定代理人でない場合でも、他の一方の父または母の同意を受けなければならないのかに対して従来から見解が分かれていた。もし、親が離婚して一方だけが親権を行使する場合には、法定代理人の承諾あるいは（未成年者の入養承諾に対する法定代理人の）同意のみで養子縁組が成立すれば、法定代理人ではない親が知らない間に、養子縁組が行われ親の権利が不当に侵害されうる場合がある。このような不合理を防止するために、民法は、親の一方が親権者ではないような場合、親が法定代理人でない場合には、法定代理人の承諾または同意のほか、親の同意を得なければ養子縁組が成立しないと定めている（第 870 条第 1 項第 1 号）。また、親がその義務は履行せず正当な理由なく養子縁組に同意しない場合または親の行方が不明な場合には、親の同意を得ることができないので養子縁組は成立しない。したがって民法は親が親権喪失宣告を受けた場合や、親の行方が不明な場合などの理由で同意を得ることができない場合には、親の同意が必要でないと規定している（第 870 条第 1 項第 2、3 号）。また、親が 3 年以上、子に対する扶養義務を履行しない場合あるいは親が子を虐待または遺棄したりその他の子供の福利を著しく害した場合には、親が養子縁組の同意を拒否しても養子縁組の許可をすることができる。この場合、家庭裁判所は、親を審問しなければならない（第 870 条第 2 項）。そして養子となる未成年者の親は家庭裁判所の養子縁組の許可があるまでは同意を撤回することができる（第 870 条第 3 項）。

（3）家庭裁判所の許可と届出

従来、民法上の養子縁組は、当事者の合意と届出だけで成立する契約型の養子制度であった。しかし、養親が保険金などを受領する目的で養子縁組をした嬰兒を殺害したり、性的暴行や虐待などの犯罪が生じるなど、不適格者による養子縁組で深刻な社会問題が発生しており、契約型養子の制度を固守する場合に養子縁組された児童の福利が危うくなることを防ぐことができない。これらの問題に対応して、現行の民法は、未成年者を一般養子とする場合には、家庭裁判所の許

可を受けなければならないという規定をおいている（第 867 条）。

一般養子の場合には、親養子縁組とは異なり、家庭裁判所の許可を受けて、家族関係の登録等に関する法律で定めるところにより届出することにより、養子縁組が成立するものと規定している（第 878 条）。その結果、一般的な養子縁組は、「家族関係の登録等に関する法律」で定めるところにより届出をしなければならないが、その届出によって初めてその効力が発生するので創設的届出であるということができるのであって、家庭裁判所の許可だけで当然養子縁組の効力が発生することはない。家庭裁判所の許可と同時に養子縁組の効力が生じるようにしていない場合には、まず、家庭裁判所の許可を得て、当事者の届出との間の時間的な間隔によって、養親の経済的な条件が悪化するなど、新たな事情変更を考慮しない恐れがあるという点、第二に、養子縁組のように当事者の法律関係に重大な影響を与える身分関係について、家庭裁判所の許可を受け多としても、養子縁組の届出をしなければ、裁判所の裁判が無駄になる恐れがあるなどの指摘があった。しかし、当事者の意思を尊重し、裁判所の介入を最小限に抑えることにより、予備養親の心理的な負担を軽減して養子縁組を有効とする必要があるという政策的な考慮に基づいて、このように規定したものである。

2 成年者の養子縁組

成年者は自らの養子縁組の意思表示をすることができるが、韓国社会の情緒上、未成年者と同様に、親の同意を得なければならない（第 871 条第 1 項本文）。しかし、親の所在が不明などの理由で同意を得ることができない場合には、親の同意なしに養子縁組が行われることができる（第 871 条第 1 項ただし書）。一方、親が正当な理由なく養子縁組の同意を拒否した場合には養親と者や養子となる人は、家庭裁判所に親の同意に代わる審判を請求することができる。裁判所の審判によって、親の同意なしに養子縁組が成立することができる（第 871 条第 2 項）。成年者の養子縁組は、契約型の養子なので当事者の合意と届出だけで成立する。

3 被成年後見人の養子縁組

被成年後見人は、成年後見人の同意を得て、養子縁組を成立することができるし、養子となることもできる（第 873 条第 1 項）。被成年後見人の親の同意も必要である。また、被成年後見人が養子縁組をしたり、養子となる場合には、未成年者養子縁組の場合と同様に家庭裁判所の許可を受けなければならない（第 873 条第 2 項、第 867 条）。一方、成年後見人が正当な理由なく被成年後見人の養子縁組などについて同意を拒否したり被成年後見人の親が正当な理由なく同意を拒否した場合には、家庭裁判所は、その同意がなくても、養子縁組を許可することができる（第 873 条第 3 項第 1 文）。この場合、家庭裁判所は成年後見人または親を審問しなければならない（第 873 条第 3 項第 2 文）。

4 養子縁組の効果

（1）法定血族関係の創設

養子は養子縁組の届出があった時点から養親の親生子のような地位を有し養親の血族・姻戚との間にも親族関係が発生する（第 772 条）。そして判例によれば、養親が離婚したとしても、養

親子関係は消滅しない²²。養親の夫婦が縁組した後、その一方が死亡あるいは離婚したり生存した養母や養父が再婚した場合には、再婚した配偶者と養子の間には姻戚関係が成立する。養子と養親とその血族との間には、互いに扶養関係・継承関係が生じる。そして養子が未成年者である場合、養子は養親の親権に服する（第 909 条第 1 項 2 文）ことになり、実親の親権は消滅する。

（2）養子縁組の前の親族関係の存続

一般養子の場合、縁組の後にも養子縁組の前の親族関係は存続する（第 882 条の 2）。すなわち、養子の親生父母及びその血族、姻戚などの親族関係は、養子縁組によって影響を受けない。したがって、生家の親族の扶養関係・相続関係など親族的な効果はそのまま存続する。その結果、養子は親生父母・養親の両者の相続人となり、養子が直系卑属・配偶者なしで死亡すると実親・養親が共同相続人となる。

（3）養子の姓と本

養子縁組後も養子の姓は変更されない。養子の姓の場合、養子は養親の親生子のような地位を有しているので、養親の姓と本を従うことになるのではなかと議論があるが、養子縁組の前の親族関係はそのまま存続するので養子の姓は変更されないと解される。ただし、養子の福利のために養子が養父の姓と本を継ぐ場合には、養父・養母または子の請求により裁判所の許可を得てこれを変更することができる（第 781 条第 6 項）。

5 養子縁組の無効

（1）無効事由

養子縁組は、次のような場合に無効になる。まず、当事者の間で養子縁組の合意がない場合に養子縁組は無効である。養子縁組の意思とは、実質的に養親者としての身分的生活関係を形成しようとする意思であり、そのような意思の合致がない場合には、養子縁組は無効である。例えば、意思無能力者の養子縁組や偽装養子、条件・期限付きで養子縁組の合意をした場合などをである。養子縁組の合意は届出書を作成するときと受理されるときとも存在しなければならなので、一方の当事者が養子縁組の意思を撤回した後、相手が一方的に養子縁組届出を提出した場合に養子縁組は無効である。第二に、未成年者を入養する場合、家庭裁判所の許可がなかったにも関わらず養子縁組届が受理された場合や養子となる子が 13 歳未満の場合、法定代理人の縁組の承諾がなかった場合にも養子縁組は無効である。第三に、被成年後見人が養子縁組をしたり、養子がされた場合に家庭裁判所の許可を受けずに養子縁組の届出が受理された場合、または、第四に、延長者や尊属を養子とする養子縁組届出が受理された場合も無効である（民法第 883 条）。

（2）養子縁組の無効の訴

養子縁組に無効事由が存在する場合、養子縁組は当然無効ではなく養子縁組の無効判決によって初めて養子縁組が無効となる。したがって、養子縁組の無効の訴えは形成訴訟である。養子縁組の無効の訴えは、当事者・法定代理人または 4 親以内の親族が提起することができる（家事訴訟法第 31 条、第 23 条）。養子縁組無効の訴の相手方は以下の通りである。養親と養子はお互いを相手にして訴訟を提起する（同法第 28 条、第 24 条第 1 項）。第 3 者が訴を提起したときは養

²² 大法院 2001. 5. 24. 2000 ㄸ 1493 全員合議体判決。

親との養子を相手にして、そのいずれか一方が死亡したときは、その生存者を相手にして訴を提起する（同法第 28 条、第 24 条第 2 項）。相手がすべて死亡した場合には、検事を相手とする（同法第 28 条、第 24 条第 3 項）。

一方、養子縁組無効の訴の場合には調停前置主義が適用されない。ただし、養子縁組が無効の場合、当事者の一方は、過失のある相手に対して、これによる財産的・精神的損害賠償を請求することがあるが（民法第 897 条、第 806 条）、養子縁組の無効による損害賠償請求や原状回復の請求は先に調停を経なければならない（家事訴訟法第 2 条第 1 項茶類の事件 3）、第 50 条）。

（3）養子縁組の無効の効果

養子縁組の無効判決が確定すれば当事者間に最初から養子縁組がなかったことになる。養子縁組による親族関係は消滅する（第 776 条）。そして養子縁組が無効の場合、当事者の一方は、過失のある相手に対して、これによる財産的・精神的損害賠償を請求することができることは前述した。養子縁組の無効判決は第 3 者にも効力がある（家事訴訟法第 21 条第 1 項）。判決が確定されると、訴を提起した人が判決確定日から 1 ヶ月以内の判決の謄本及びその確定証明書を添付して家族関係登録簿の訂正を申請しなければならない（家族関係登録等に関する法律第 107 条）。

6 養子縁組の取消

（1）取消事由

縁組の取消しは一定の事由がある場合に取消請求権者が一方的に養子縁組の効力を消滅させる制度である。縁組の取消は財産法上の法律行為における原則的な取消とは異なり、性格的には婚姻の取消しと同様である。つまり、その取消しは婚姻と同様に取消請求権者の一方的な意思表示があれば取消されるのではなく取消請求権者が家庭裁判所に取消しを請求し取消判決が確定しなければ養子縁組は取り消されない。取消の効果は養子縁組が成立した時に遡及せずに、将来に向けてのみ生じる（第 897 条、第 824 条）。現行民法上、養子縁組の取消事由（改正民法第 884 条）は次のようである。まず、養子縁組の実質的要件を備えていない場合（同条第 1 号）、第二に、養子縁組当時、養親と養子のいずれかに悪質（悪疾）やその他の重大な理由があることを知らなかった場合（同条第 2 号）、第三、詐欺または強迫により養子縁組の意思表示をした場合（同条第 3 号）である。養子縁組の実質的要件を満たしていない場合、すなわち、（i）未成年者の縁組の場合、（ii）13 歳以上の未成年者が法定代理人の同意を得ずに養子縁組を承諾した場合、（iii）法定代理人の所在を知ることができないなどの理由で同意または承諾を受けずに家庭裁判所が養子縁組の許可をしたが、法定代理人の同意または承諾をすることができる状態にあった場合、（iv）未成年者が親の同意なしに養子がされた場合（親が親権喪失の宣告を受けた場合、または親の素材を知ることができないなどの理由で同意を得ることができない場合は除く）、（v）成年者が父あるいは母の同意なしに養子となった場合（親の行方不明などの理由で同意を得ることができなかった場合を除く）、（vi）被成年後見人が成年後見人の同意なしで養子縁組をしたり養子となった場合、（vii）配偶者のある者が単独で縁組をした場合あるいは他の一方の同意なく養子となった場合には養子縁組の取消しを請求することができる。

（2）養子縁組の取消しの訴

養子縁組を取り消すためには養子縁組の取消の訴えを提起する前に家庭裁判所に調停を申請しなければならない（家事訴訟法第 2 条第 1 項ナ類事件 10）、第 50 条）。ただし、養子縁組の取

消は当事者が任意で処分できない事項であるため、調停の成立だけでは養子縁組が取消されるわけではなく判決がなければ取消の効力が生じない（同法第 59 条第 1 項ただし書）。養子縁組の取消の訴えを提起することができる者は前述した各取消事由における取消請求権者である。養子縁組取消の訴の相手方は次のようである。養親と養子は互いに相手となる（同法第 31 条、第 24 条第 1 項）。この際、相手が死亡した場合には、検事に対して訴を提起すればいい（同法第 31 条、第 24 条第 3 項）。第 3 者が訴を提起したときは養親との養子を相手にするが、そのいずれか一方が死亡したときはその生存者に対して訴訟を提起する（同法第 28 条、第 24 条第 2 項）。相手方がすべて死亡した場合には検事を相手とする（同法第 28 条、第 24 条第 3 項）。養子縁組の取消しの訴えは形成訴訟でありその判決は第 3 者にも効力がある（同法第 21 条第 1 項）。判決が確定されると、訴を提起した者は裁判の確定日から 1 ヶ月以内に届け出をしなければならないが、このときの縁組届は報告的届出である。訴訟の相手方も縁組届をすることができる（家族関係の登録等に関する法律第 73 条、第 58 条第 3 項）。届出書には裁判確定日を記載しなければならない。

家庭裁判所は養子縁組の取消事由が存在する場合であっても養子となる未成年者の福利のために取り消し請求を棄却することができる。すなわち、家庭裁判所は養子となる未成年者の福利のためにその養育状況、養子縁組の動機、養父母の養育能力その他の事情を考慮して養子縁組を取消していない方が良いと認めるときは養子縁組取り消し請求を棄却することができる（第 884 条第 2 項）。

（3）養子縁組の取消しの効果

縁組取消の効果は遡及効を有せず将来効を有するのみである（第 897 条、第 824 条）。したがって、取消判決が確定した時から養子縁組が無効となる。そして養子縁組により生じた親族関係も終了する（第 776 条）。養子が未成年者である場合には養子縁組が取り消された時に実親の親権が当然復活することにはならない。その際には親生父母(実親)一方または双方、未成年者、未成年者の親族が縁組の取消事実を知った日から 1 ヶ月、縁組が取り消された日から 6 ヶ月以内に家庭裁判所に実親一方または双方を親権者と指定する請求ができる（909 条の 2 第 2 項）。養子縁組が取消された場合、当事者の一方は過失のある相手に対して、これによる財産的・精神的な損害の賠償を請求することができる（第 897 条、第 806 条）。縁組取消による損害賠償請求や原状回復請求をする場合には、先に調停を申請しなければならないことは前述したようである。

7 縁組の解消—罷養(離縁)

（1）協議罷養

罷養はいったん有効に成立した養親者関係を人為的に解消するものである。現行の民法上の罷養の方法は協議罷養と裁判罷養とがある。協議罷養は養父母と養子が純粋の協議によって罷養することであり広い意味での契約であるが、一定の方式が要求される（第 904 条、第 878 条）。協議罷養の合意は外形的な意思表示の一致で十分である。協議罷養は「家族関係の登録等に関する法律」で定めるところにより罷養届出をすることによってその効力が生じる（第 904 条、第 878 条）。したがって協議の罷養届出の法的性質は創設的届出となる。

現行民法には協議罷養の無効に関する規定はないが家事訴訟法に規定がある。罷養の無効はカテゴリー家事訴訟事件なので調停前置主義が適用されない。しかし、罷養の無効を原因とする損害賠償

と原状回復請求は先に調停を経なければならない。罷養の無効には養子縁組の無効に関する規定が類推適用される。協議罷養の取消も認められるが、民法は詐欺または強迫により罷養の意思表示をした者は詐欺を知った日または強迫を免れた日から3ヶ月以内に家庭裁判所に罷養の取消を請求できると規定する。協議罷養の取消は、家庭裁判所に訴えを提起して請求しなければならないし調停前置主義が適用される。

（２）裁判罷養

裁判罷養は、一定の原因がある場合、家庭裁判所に罷養請求の訴を提起して罷養することである。特に、未成年者養子縁組の場合、罷養の合意と届出のみで簡単に養親子関係が消滅するとなれば、罷養後の養子の保護と養育など未成年者の福利に大きな影響を与えることになる。したがって、民法は未成年者の養子縁組だけでなく、罷養の場合にも国家機関が介して養子の未成年者の福利が危うくなることを防止するために、未成年者の罷養は裁判上の罷養のみを認めており養子が被成年後見人である場合にも同様に規定している（第998条）。

未成年者などの裁判罷養請求権者には子の福利のために検事が利害関係人として追加された。まず、養子が13歳未満の場合には養子縁組を承諾した法定代理人が養子に代わって罷養の請求をすることができる（第906条第1項本文）。罷養を請求することができる者がいない場合、例えば、養子縁組の当時、法定代理人が死亡したり所在不明の場合などには、養子の親族や利害関係人が家庭裁判所の許可を得て罷養を請求することができる（同項但書）。この場合に、「養子の親族」の範囲につき「親族」をあえて生家の親族に限定して解する必要はないという見解²³もあるが、罷養後の子の養育と保護など未成年者の保護のために生家の親族に限定して解しなければならないという見解²⁴もある。また、利害関係人には、養子縁組機関長及び児童保護専門機関長など児童に関する施設の機関長なども含まれる。養子の親族や利害関係人が罷養を請求する場合、民法は「家庭裁判所の許可を受けて罷養を請求することができる。」と定めている。すなわち、未成年者の罷養の場合に家庭裁判所の許可を得て罷養を請求し罷養の許可をもって養親子の関係が解消される構造である。

養子が13歳以上の未成年者である場合には、養子縁組の同意をした親の同意を再び得て罷養することができる（民法第906条第2項本文）。しかし、養子縁組に同意した親が死亡したり、その他の事由によって同意できない場合（所在不明の場合など）には、同意なしに罷養を請求することができる（第906条第2項ただし書）。この場合には、家庭裁判所の後見的な介入によって未成年者を軽率な罷養から保護することができるからである。養親や養子が被成年後見人である場合には成年後見人の同意を得て罷養することができる（民法第906条第3項）。

一方、成年後見人側に罷養理由があるにも関わらず正当な理由なく同意を拒否したり、同意をすることができない場合、例えば、行方不明などの場合には、罷養ができなくなる。この際、被成年後見人である養子の福利のために罷養しなければならないにも関わらず罷養ができない場合には、検事が養子のために罷養を請求することができる（民法第906条第4項）。未成年者の場合にも正当な理由なく法定代理人が罷養を請求しない又は親族及び利害関係人の無関心で罷養を請求しない場合（13歳未満の養子の場合）、または親が罷養に同意しない場合（13歳以上の

²³ 金相裕「改正養子法解説」法曹第668号法曹協会(2012)42頁。

²⁴ 張炳珠「改正入用制度の問題点と改善方向－改正民法と入養特例法を中心に－」法学論攷510頁。

養子)には罷養ができないので、民法は養子の福利のために罷養しなければならない場合には検事が罷養を請求することができるように定めているのである。

裁判罷養は調停前置主義が適用され調停が成立すると罷養の効力が生じる。協議罷養や裁判罷養が成立すると養親と養子の間の養親子関係をはじめとする全ての親族関係が消滅する(第 776 条)。したがって、養子縁組により生じた親子としての法律効果もすべて消滅することになる。養子が未成年者である場合には、罷養になると親生父母の親権が当然に復するわけではないので親生父母の一方または双方、未成年者、未成年者の親族が一定の期間内に家庭裁判所に親生父母の一方または双方を親権者と指定する請求ができる(第 909 条の 2 第 2 項)。裁判罷養の場合にも、協議罷養のように過失のある相手に対しそれによる財産的・精神的損害の賠償を請求することができ、この場合には、調停前置主義が適用される。

3 親養子

1 意義

親養子制度は専ら養子の福祉の観点から養子を養親の親生子と同様にして実親など従来の親族との関係を断絶させる制度である。一般養子の場合には、養子縁組の後でも従前の親族関係が終了しないので親生父母との親子関係が存続するし、養子が養親の姓と本を称することができる制度を規定しておらず世間に養子であることが明らかにされて、養子縁組の事実を明かしたくない養親の希望に十分対応できないとの問題があった。その結果、一般養子縁組をしても縁組の届出をせずに虚偽の親生子出生届をする場合が多くなった。親生子出生届について学説と判例は無効行為の転換の法理を適用して養子縁組の効力を認めることにより²⁵、ある程度、現実的な要求をに対応してきた。しかし、家族関係登録簿制度の信頼性や近親婚などの危険性が問題として指摘され、民法は親生父母(実親)との関係を断絶し養子が養親の姓と本を称し養子であることが容易には明らかにされない方法で養子を養親の親生子と同様に扱う養子縁組制度を設ける必要があるとして親養子制度を導入した。韓国民法上の親養子制度は次のような特徴がある。まず、韓国の親養子制度は子のための養子制度である。親養子縁組の場合、養子は 19 歳未満の未成年者でなければならない。養親となる者は一定の期間の間婚姻生活を維持した夫婦であることを要件とする。そして家庭裁判所が養子縁組の手続きにおいて養子の福利を最優先に考慮し養子を優れた人格で育てることができる親を繋げてくれる制度として機能をすることを目指している。第二に、宣告型縁組制度である。韓国民法上、一般養子は養子と養親の合意によって縁組が成立する契約型縁組であるが、親養子は当事者の意思の合致のほか家庭裁判所の審判によって縁組が成立する。親養子縁組が成立した後はたとえ養子に瑕疵があっても原則、その無効や取消しが認められない、いわゆる宣告型縁組制度であるといえることができる。第三に、完全養子制度である。韓国民法上の親養子は縁組が成立すると養子の親生父母(実親)などの従来の親族関係は断絶され、養子は養親の姓と本を称する。また、罷養を厳しく制限するなど養子を親生子と同様に扱う完全養子制度としての性格を持つ。

²⁵ 大法院 1977. 7. 26. 77 다 492 全員合議体判決。

2 親養子の要件

第 908 条の 2（親養子縁組の要件等）①親養子（親養子）縁組をしようとする者は次の各号の要件を満たして家庭裁判所に親養子縁組を請求しなければならない。

1. 3 年以上の婚姻中の夫婦が共同で縁組をすること。ただし、1 年以上の婚姻中の夫婦の一方がその配偶者の親生子を親養子とする場合にはこの限りでない。
 2. 親養子となる者は未成年者であること
 3. 親養子となる子の親生父母(実親)が親養子縁組に同意すること。ただし、親が親権喪失の宣告を受け又は所在不明の場合その他の事由によって同意できない場合にはこの限りでない。
 4. 親養子となる子が 13 歳以上の場合には、法定代理人の同意を得て縁組を承諾すること
 5. 親養子となる子が 13 歳未満の場合には、法定代理人が子に代わって縁組を承諾すること
- ② 家庭裁判所は次の各号のいずれかに該当する場合には第 1 項第 3 号・第 4 号の規定による同意または同項第 5 号の規定による承諾がなくても第 1 項の請求を認容することができる。この場合、家庭裁判所は、同意権者または承諾者を審問しなければならない。
1. 法定代理人が正当な理由なく同意または承諾を拒否した場合。ただし、法定代理人が親権者である場合には第 2 号又は第 3 号の事由がなければならない。
 2. 親生父母(実親)が責任のある事由で 3 年以上子供の扶養義務を履行せず面接交渉をしていない場合
 3. 親生父母(実親)が子供を虐待または遺棄したりその他の子の福利を著しく害した場合
- ③ 家庭裁判所は、親養子となる人の福利のために、その養育状況、親養子縁組の動機、養親の養育能力、その他の事情を考慮して、親養子縁組が適当でないと認める場合には、第 1 項の請求を棄却することができる。

（1）親養子縁組の対象（養子となる子）

親養子となる子は未成年者である必要があるため、19 歳未満であれば親養子となる（第 908 条の 2 第 1 項第 2 号）。従来は親養子の年齢を 15 歳未満に限定したが、2012 年の民法改正において未成年者に変更しその縁組の対象の範囲を拡大した。

（2）養親となる者

親養子の養親は 3 年以上の婚姻中の夫婦であって共同で縁組をしなければならない（第 908 条の 2 第 1 項第 1 号本文）。親養子縁組をしようとする養親は法律婚の夫婦でなければならないので事実婚の夫婦は養子縁組をすることができない。また、3 年以上の法律婚の関係を維持しなければならない。これは、養子のために安定した家庭生活を提供することができることが望ましいということから規定されたものである。ただし、夫婦の一方がその配偶者の親生子を親養子とする場合には、1 年以上の婚姻中であれば十分である（第 908 条の 2 第 1 項第 1 号ただし書）。配偶者の親生子を親養子とする場合には、例えば、再婚した夫婦が再婚配偶者の親生子を自分の親養子とする場合又は配偶者と他人の間で生まれた婚姻外の出生者を自分の親養子とする場合には、1 年以上の婚姻関係を維持すれば縁組ができる。

養親は夫婦でなければならないだけでなく原則として共同で養子縁組をしなければならない。共同縁組とは、家庭裁判所に縁組の申請する際に夫婦が共同で請求しなければならないという意

味である。ただし、配偶者の親生子を養子とする場合には共同で申請する必要がない。例えば、夫の前妻所生の婚外子を縁組する場合や再婚して元配偶者の子を夫が縁組する場合にはすでに一方の配偶者との間にはその子と親生子関係に存在するので共同縁組をする必要がないからである。

（３）法定代理人の同意・承諾

親養子となる子が 13 歳以上の場合に、縁組には法定代理人の同意を得て縁組を承諾しなければならない（第 908 条の 2 第 1 項 4 号）。親養子となる子が 13 歳未満の場合には、法定代理人がその子に代わって縁組を承諾する（第 908 条の 2 第 1 項第 5 号）。このような縁組の承諾や同意は原則に一般養子と同様である。

（４）親生父母(実親)の同意

親養子縁組は親養子となる子の親生父母(実親)の同意が必要である（第 908 条の 2 第 1 項第 3 号本文）。ここで、実親は法律上の親を意味するので婚姻外の出生者がその実父から認知される前には、生母の同意のみがあればいい。親生父母の養子縁組に対する同意はその親が法定代理人ではない場合に必要なものとする。同意権者には親生父母なので親権者や養育権者ではない親も含まれる。子が既に他の夫婦の一般養子となった状態で再度別の夫婦と親養子縁組をすることが可能であるかに対して下級審の判例の中にはこれを肯定したものがある²⁶。

実親が親権喪失の宣告を受けたか又は行方不明の場合、またはその他の事由によって同意できない場合には、同意は必要ではない（第 908 条の 2 第 1 項第 3 号ただし書）。つまり、親権喪失の宣告を受けた父や母は親養子縁組に対する同意権を有しない。また、生死不明や心身喪失などで意思表示のできない場合なども同意できない事由であると解される。親生父母の双方にこれらの事由がある場合は同意は必要なく、実父や実母一方にそのような事由がある場合は他の一方の同意のみで十分である。

家庭裁判所は、一定の事由があるときは、親生父母の同意や法定代理人の同意・承諾がなくても親養子縁組を認容することができる。一定の事由とは次のようである。第一に、法定代理人が正当な理由なく同意または承諾を拒否する場合を掲げることができる。ただし、法定代理人が親権者である場合は、以下の第 2 号又は第 3 号の事由がなければならない（第 908 条の 2 第 2 項第 1 号）。第二に、親生父母(実親)が自分に責任がある事由で 3 年以上子の扶養義務を履行せず面接交渉をしていない場合である（第 2 号）。第三に、親生父母(実親)が子供を虐待または遺棄たり子の福祉を著しく害した場合である（第 3 号）。この際、家庭裁判所は同意権者または承諾者を審問しなければならない（第 908 条の 2 第 2 項ただし書）。

（５）家庭裁判所の許可

家庭裁判所は、親養子縁組の請求があった場合子の福祉の観点から養子縁組を許可するかどうかを決定しなければならない。家庭裁判所は親養子となる子の福利のためにその養育状況、親養子縁組の動機、養親の養育能力、その他の事情を考慮して、親養子縁組が適当でないと認められる場合にはその縁組請求を棄却することができる（第 908 条の 2 第 2 項）。親養子縁組は家庭裁判所の親養子縁組の審判の確定によって成立する（第 908 条の 3 第 2 項を参照）。

²⁶ 大邱地法 2009. 12. 4. 2009 다투 496 審判.

3 養子縁組の届出と登録

民法上親養子規定に基づいて縁組をしようとする者が裁判で許可を受けた場合には、その親養子縁組裁判の確定日から1ヶ月以内に裁判の謄本と確定証明書を添付して養子縁組の届出をしなければならない。その届出書には裁判確定日を記載する（家族関係の登録に関する法律第67条）。請求訴訟の相手も養子縁組届をすることができる（同法第68条、第58条）。親養子縁組は、前述したように、家庭裁判所の親養子縁組審判の確定によって成立するので、それに伴う縁組届出は報告的届出ということができる。

4 親養子縁組の効果

第908条の3（親養子縁組の効力）

- ① 親養子は夫婦の婚姻中の出生者とみなす。
- ② 親養子の養子縁組前の親族関係は第908条の2第1項の請求による親養子縁組が確定したときに終了する。ただし、夫婦の一方がその配偶者の親生子を単独で養子とする場合における配偶者及びその親族と親生子の間の親族関係はこの限りでない。

（1）婚姻中の出生者

親養子は夫婦の婚姻中の出生者とみなす（第908条の3第1項）。親養子は養親の親生子と同様であり養親は夫婦なので婚姻中の出生者となるわけである。親養子と養親の間には扶養の権利義務と相続権などが認められる。親養子は夫婦の婚姻中の出生者とみなされるため、養親が親養子の親権者になる（第909条第1項）。親養子の養親がすべて死亡した場合には未成年である親養子のために後見が開始される。親養子の養親がすべて死亡したとしても親養子の養子縁組前の親族関係が復することはないため、このときは、家庭裁判所に実親の一方または双方を親権者と指定する請求は許容されないで、（第909条の2第2項ただし書）後見が開始されることになるのである。

（2）親養子の姓と本

親養子は養親の婚姻中の出生者とみなされるので親養子縁組の成立後には、養親の姓と本を称する。このとき養父と養母のどちらの姓と本を称するかは一般の法理によらなければならない。したがって、原則に養父の姓と本を称するが、養父母の婚姻届出の当時、子が母の姓と本を称するに協議があった場合には親養子は養母の姓と本を称することができる（第781条第1項）。親養子の姓と本だけでなく名前も変更できる。

（3）養子縁組前の親族関係の終了（断絶型養子縁組）

親養子の養子縁組前の親族関係は親養子縁組が確定したときに終了する（第908条の3第2項）。親養子は養親の親生子とみなされるので実親など従来の親族との関係は終了し、終了する時点は親養子縁組が確定したとき（親養子縁組の成立を認容する家庭裁判所の審判があるとき）である。罷養が成立すると養子縁組前の親族関係は復する。一方、親養子縁組になっても親生父母(実親)などの法律上の親族関係のみ終了し自然血縁関係が消滅するわけではないので、従来の血族との婚姻禁止は依然として維持される（第809条第1項）。

夫婦の一方が、その配偶者の親生子を単独で養子とした場合における配偶者とその親族と親生

子の間の親族関係は存続する（第 908 条の 3 第 2 項ただし書）。例えば、母が再婚し前夫との間に出産した子を再婚夫の子として親養子縁組をした場合、親養子の実父と実父の血族などの親族関係は終了するが、生母と生母との血族などの親族関係は存続する。同様に父が再婚し前妻との間に生まれた子を再婚する妻の子として親養子縁組をした場合も同様である。

5 養子縁組の取消

第 908 条の 4（親養子縁組の取消等）

- ① 親養子となる子の実父または実母は自分に責任のない事由によって第 908 条の 2 第 1 項第 3 号但書による同意ができなかった場合に親養子縁組の事実を知った日から 6 ヶ月以内に家庭裁判所に親養子縁組の取消を請求することができる。
- ② 親養子縁組に関しては第 883 条、第 884 条を適用しない。

第 908 条の 7（親養子縁組の取消・罷養の効力）

- ① 親養子縁組が取り消されたり罷養となったときには親養子関係は消滅し養子縁組前の親族関係は復活する。
- ② 第 1 項の場合に親養子縁組の取消の効果は遡及効を有しない。

（1）取消事由と取消権者

親養子制度は、家庭裁判所の審判によって養子縁組が成立する宣告型縁組制度なので一般養子の場合に適用される養子縁組の無効（第 883 条）や取消（第 884 条）の規定は適用されない。ただし、例外的に取消事由を別にいくつか規定している。親養子となる子の実父または実母の責任のない事由によって同意ができなかった場合には、親養子縁組の事実を知った日から 6 ヶ月以内に家庭裁判所に親養子縁組の取り消しを請求することができる（第 908 条の 4 第 1 項）。これは親生父母(実親)が同意することができなかったことが、自分の責任でない事由によるものであるとき、例えば子供が迷子になったり誘拐された場合、あるいは親生父母の心身喪失などの事由があった場合には、親生父母(実親)に限定ではあるが取消権を与えている。

しかし、養子縁組の取消原因が存在しても家庭裁判所は親養子となる者の福利のためにその養育状況、親養子縁組の動機、養親の養育能力、その他の事情を考慮して親養子縁組を取り消すことが適当でないと認められる場合には、養子縁組の取消請求を棄却することができる（第 908 条の 6、第 908 条の 2 第 3 項）。

（2）取消届出

親養子縁組の取消の裁判が確定した場合、訴えを提起した人は裁判の確定日から 1 ヶ月以内に裁判の謄本と確定証明書を添付して届出しなければならず、その届出書には、裁判確定日を記載しなければならない（「家族関係の登録等に関する法律」第 70 条、第 69 条第 1 項第 2 項）。このとき、その訴訟の相手も裁判書の謄本と確定証明書を添付して親養子縁組の取消しの裁判が確定した旨（裁判確定日を記載）を届けすることができる（同法第 70 条、第 69 条第 3 項）。

（3）取消の効力

親養子縁組が取り消されると親養子関係は消滅して養子縁組前の親族関係は復活するが、その

取消の効果は遡及効を有しない（第 908 条の 7）。親養子縁組が取り消された場合、その親養子の親権者に関しては一般養子の縁組の取消に関する規定が同様に適用される。したがって親養子縁組の取消の場合にも親生父母の一方または双方、未成年者、未成年者の親族は、一定の期間内に家庭裁判所に親生父母の一方または双方を親権者と指定する請求ができる（第 909 条の 2 第 2 項）。親権者の指定請求がないときは家庭裁判所は未成年後見人を選任することができる（第 909 条の 2 第 3 項）。

6 縁組の解消－罷養（離縁）

第 908 条の 5（親養子の罷養）

① 養親、親養子、実父・実母あるいは検事は次の各号のいずれかの事由がある場合には家庭裁判所に親養子の罷養（離縁）を請求することができる。

1. 養親が親養子を虐待または遺棄、その他親養子の福利を著しく害するとき
2. 親養子の養親の悖倫行為により親養子関係を維持することができなくなったとき

② 第 898 条及び第 905 条の規定は親養子の離縁についてこれを適用しない。

第 908 条の 6（準用規定）

第 908 条の 2 第 3 項は親養子縁組の取消または第 908 条の 5 第 1 項第 2 号の規定による罷養の請求についてこれを準用する。

第 908 条の 7（親養子縁組の取消及び離縁の効力）

- ① 親養子縁組が取消されたり罷養となったときには親養子の関係は消滅し養子縁組前の親族関係は復活する。
- ② 第 1 項の場合に親養子縁組の取消の効果は遡及効を有しない。

親養子が成立すると養子は養親の親生子とみなされる、いわゆる完全養子であるが、完全養子制度においては罷養を認めていないのが普通である。したがって、一般養子について適用される罷養（協議罷養と裁判罷養）の規定は親養子には適用されないが（第 908 条の 5 第 2 項）、韓国民法は例外的に罷養を可能にする規定を置いている。また、親養子の罷養は協議罷養は認めておらず、家庭裁判所に罷養請求する裁判罷養のみを認めている。

（1）罷養事由と罷養請求権者

民法は親養子罷養の事由を二つのみ定めている（第 908 条の 5 第 1 項）。第一に、養親が親養子を虐待または遺棄したりその他親養子の福利を著しく害するときである。これは親養子のための罷養事由である。第二に、親養子の養親に対する悖倫行為により親養子関係を維持することができなくなった時に罷養できる。これは養親のための罷養事由である。罷養請求権者には、養親、親養子、実父又は実母のほか親養子の福利を保護するために、公益の代表者としての検事が含まれる。

（2）罷養の判断

親養子縁組の解消にも調停前置主義が適用される（家事訴訟法第 2 条第 1 項ナ類事件 14 号、第 50 条）。しかし、親養子縁組の解消には協議罷養が認められないため、調停による罷養も認められないとしなければならないという批判がある。前述した二つの罷養事由の中、第 2 号の事

由が存在しても家庭裁判所は親養子の福利のために、その養育状況、親養子縁組の動機、養親の養育能力、その他の事情を考慮して離縁することが適当でないと認められる場合には、罷養請求を棄却することができる（第 908 条の 6、第 908 条の 2 第 3 項）。つまり、養親のための罷養理由である第 2 号の場合、親養子の責任ある事由があるとはいえ罷養が親養子の福利に不利な結果になる場合には、罷養を許可しないことができると規定したものである。

（３）罷養の届出と登録

親養子離縁の裁判が確定した場合には、訴えを提起した者は裁判の確定日から 1 ヶ月以内に裁判の謄本と確定証明書を添付して罷養の届出をしなければならない。その届出書には裁判確定日を記載する（家族関係の登録等に関する法律第 69 条第 1 項、第 2 項）。この時、その訴訟の相手も同様に親養子罷養の裁判が確定した旨を届けすることができる（同法第 69 条第 3 項）。

（４）罷養の効果

家庭裁判所によって罷養判決が確定すると、親養子関係は消滅し親養子の縁組前の親族関係が復活する（第 908 条の 7 第 1 項）。したがって、養子の姓と本は、従前の実親の姓と本に変更される。この場合、子の福祉のために必要な場合、家庭裁判所の許可を得て既存の養親の姓と本をそのまま維持することができるかが問題となるがこれを認める規定はない。

未成年である間、罷養する場合、その親権者については一般養子の罷養の場合に関する規定が同様に適用される。したがって、実親の一方または双方、未成年者、未成年者の親族は、一定の期間内に家庭裁判所に実親の一方または双方を親権者と指定する請求をすることができる（第 909 条の 2 第 2 項）。親権者指定の請求がないときは、家庭裁判所は未成年後見人を選任することができる（第 909 条の 2 第 3 項）。

親養子と養親との親族関係は罷養で消滅するが、罷養が成立しても養親の親族との近親婚禁止の効果は維持される（第 809 条第 3 項）。

〔４〕 入養特例法による養子縁組

１ 意義

入養特例法上の養子縁組には国内養子縁組と国外養子縁組がある。国外養子縁組は養親となる外国人が国内で養子縁組の手続きを進行する国内においての国外養子縁組（入養特例法第 18 条）と、国外に居住する外国人が国内に居住する児童を養子とするために養子縁組機関を通じて養子縁組の手続きを進める外国においての国外養子縁組（入養特例法第 19 条）と区分される。しかし、入養特例法は最良の児童の保護とは、出身国の家庭の中で育てられなければならないというポリシーに基づいて、国内の養子縁組の優先推進を義務付けている（入養特例法第 7 条）。以下では、国内の養子縁組を中心に検討する。

２ 特例法上の養子縁組の成立要件

（１）特例法上の養子縁組の対象（養子となる子）（第 9 条）

入養特例法上の養子縁組の対象となる者は、原則として 18 歳未満の子である。ここでの子とは、児童福祉法に規定された保護対象児童を意味するが、この法律における「保護対象児童」とは保護者が存在しないか保護者から離脱された児童のことや保護者が児童を虐待している場合など、その保護者が児童を養育するに適當ではないあるいは養育能力がない場合の子のこと、い

わゆる「要保護児童」を指す（児童福祉法第 3 条第 4 号）。特例法に基づく縁組はこのような「要保護児童」の中でも特例法第 9 条の定める保障機関または養子縁組機関に保護依頼された児童のみを縁組の対象としている。具体的には、（i）保護者から離脱された子で市・道知事などが「国民基礎生活保障法」によって設置された保護施設に保護依頼をした子、（ii）親や直系尊属又は後見人が養子縁組に同意して保護施設や養子縁組機関の保護依頼をした子、（iii）親権喪失の宣告を受けた親の子で市・道知事などが保護施設に保護依頼をした子、（iv）その他、扶養義務者が不明な場合、市・道知事又は市長・郡守・区庁長が保護施設に保護依頼をした子が特例法上の養子となる。

入養特例法上、養子となる児童を養子とする際、養親となる者が特例法上の厳格な要件を潜脱するために、または家庭裁判所に提出しなければならない書類等の不備を隠すために特例法による養子縁組の許可の申請の代わりに民法上の一般養子縁組や親養子縁組を請求することがある。この場合、家庭裁判所は一般養子縁組や親養子縁組の請求を認容するか棄却するか、またはラ類家事非訟事件の場合、家庭裁判所は当事者の請求の趣旨に厳格には拘束されないので、一般養子縁組または親養子縁組の請求があっても特例法に基づく国内養子縁組の許可審判を下すことができるかについては、議論がある²⁷。

（2）養親となる者（第 10 条）

入養特例法上、養親となるには次のような要件と資格がなければならない。まず、養子を扶養するのに十分な財産がなければならない（第 10 条第 1 項第 1 号）。第二に、養子に対して宗教の自由を認めたり社会の一員としてそれに対応する養育と教育を行うことができなければならない（同法第 2 号）。第三に、児童虐待・家庭内暴力・性暴力・麻薬などの犯罪やアルコールなどの薬物中毒の経歴があってはいけない（同法第 3 号）。第四に、養親が大韓民国の国民である場合には、25 歳以上であって、養子となる人との年齢差が 60 歳以下でなければならない。養親となる者が大韓民国の国民ではない場合には、その国の法律に基づいて養親となる資格を満たしていることが必要であり、その年齢は 25 歳以上 45 歳未満でなければなら（入養特例法施行規則第 4 条）。ただし、保健福祉部長官が、養親となる者の家庭環境が養子を健全に養育するのに適していると認める場合には例外が認められる。第五に、養子縁組の成立前に養子縁組機関等から所定の教育を受けなければならない。入養特例法による養子縁組が成立すると、親養子の効果が発生するが、民法上の親養子とは異なり養親が夫婦であることは要しない。国内養子縁組の許可を申請する養親となる者は、これらの厳格な要件を満たしていることを証明するために家庭裁判所に各種の書類を提出しなければならない²⁸。

²⁷ 玄昭恵「改正民法上の入養と入養特例法上の入養一体系整合性の観点から一」家族法研究第 27 巻 1 号（2013）89 頁～90 頁。

²⁸ 養子縁組特例法施行規則第 9 条（養子縁組の許可申請時に必要な書類）法第 11 条第 1 項の規定により家庭裁判所に養子縁組の許可を申請する際に提出しなければならない書類の中間項第 1 号から第 3 号までの書類は次の各号の書類とする。

1. 法第 11 条第 1 項第 1 号の書類：養子となる者の「家族関係の登録等に関する法律」第 15 条の規定による家族関係登録簿等の証明書

2. 法第 11 条第 1 項第 2 号の書類：次の各目の書類

（３）親生父母（実親）または保護者の同意（第 12 条・第 13 条）

特例法による養子縁組をするときには、養子となる子の親生父母(実親)の同意がなければならない。ただし、親生父母が親権喪失の宣告を受け又は親生父母の所在不明等の理由で同意を得ることができないときは、その代わり保護者の同意を得なければならない。親が死亡その他の事情によって同意することができない場合には、他の直系尊属の同意を得なければならない。親や他の直系尊属の存在や所在が不明な場合には、保護者の同意を得ることになる。保護施設に保護依頼された子は、親から離されて保護義務者の不明の棄児や迷子である場合がほとんどであるため、保護者の同意を得ることになるのである。親あるいは保護者が養子縁組に同意して保護施設や養子縁組機関に保護依頼した子を養子とする場合および親生父母が親権喪失の宣告を受けた場合や親生父母の所在不明等の理由で同意を得ることができない場合には、親の同意は要しない。一方、入養特例法は親や保護者が養子縁組を依頼したときは、保護依頼時に縁組の同意は養子縁組の同意に代わることができると規定することで（同法第 12 条第 3 項）親の事前の同意を認めている²⁹。

一方、入養特例法は子供の福利と慎重でない縁組を防ぐために次のような規定を置いている。まず、第一に、養子縁組に同意した親は、家庭裁判所による養子縁組の許可があるまでは、その縁組の同意を書面で撤回することができる（同法第 12 条第 5 項及び第 6 項）。第二に、親の養子縁組に対する同意は子供の誕生日から 1 週間が経過してからではないとできない（同法第 13 条第 1 項）。第三に、養子縁組に対する同意の対価として金銭または財産上の利益、その他の反対給付を与えたり、それを約束することは禁じられる（同法第 13 条第 2 項）。最後に、養子縁組機関は、養子縁組に同意する前に、実親に子供を直接養育する場合の支援制度やその内容と、養子縁組の法律的な効力等に関して十分な相談を提供しなければならない。さらに、縁組を同意する前に養子となる子にも養子縁組の同意の効果等に関する十分な相談を提供しなければならない（同条第 3 項及び第 4 項）。

（４）養子となる子の同意

13 歳以上の子を養子とするときは、養子となる子の同意も得なければならない（第 12 条第 3 項）。ところが入養特例法は、民法とは異なり、13 歳以上の児童について養子縁組の当事者と

ガ。法第 9 条の資格があることを証明する別紙第 5 号書式の養子対象児童書

ナ。法第 10 条の資格があることを証明する次の書類

1) 別紙第 1 号書式の両親の教育終了証明書マニュアル

2) 別紙第 4 号書式の犯罪経歴照会応答で

3) 別紙第 7 号書式の両親の家調査書

3.法第 11 条第 1 項第 3 号の書類：別紙第 8 号書式の養子縁組同意書

²⁹ 「保護施設の未成年者の後見職務に関する法律」によると、保護施設の孤児ではない子の場合には、民法上の後見人があっても、その所在を把握するのが難しい場合には、その児童のための必要な措置を直ちにとることが困難な場合があるので、孤児ではない未成年者に対しては、裁判所の許可を得て未成年者の孤児の保護者の規定（「保護施設の未成年者の後見職務に関する法律」第 3 条第 1 項及び第 2 項）を準用することができるように（同法第 3 条第 3 項）、養子縁組に関する業務を処理するようにしているという(玄昭恵「匿名入養制度の問題点と対応方案」民事法学第 50 号(2010)556-557 頁)。

しての地位を認めていない。つまり、13 歳以上の子の場合、保護者が子に代わって縁組の意思表示をするが、養子となる児童はこれに対して同意をすることができるのみである。

（５）家庭裁判所の許可

家庭裁判所の許可は、前述したように、改正法によって導入されたものである。家庭裁判所は、養子となる人の福利を考慮して、養親となる者の養子縁組の動機と子育てのスキルその他の事情を考慮して許可しないことができる。入養特例法第 15 条は、「この法律による養子縁組は、家庭裁判所の認容審判の確定があって効力が生じる。養親や養子は家庭裁判所の許可書を添付して「家族関係登録等に関する法律」の定めるところにより届出しなければならない」と規定している。従来の「入養促進及び手続に関する特例法」においては、上記のような規定をまったく置いてなかったので同法に基づく養子縁組については、民法上の一般養子に関する規定が準用されることによって、養子縁組届出によって効力が生じることであった。しかし、現在、特例法第 15 条の新設によって、特例法による養子縁組の許可は、形成的な効力を有することになったので縁組届出の法的性質も報告的届出となったといえる³⁰。特例法第 42 条は養子縁組に関してこの法律に特別の規定がある場合を除き民法の定めるところによると規定しているが、第 15 条に効力発生時期に関して特別な規定がある以上、それに関する民法第 878 条は特例法上の養子縁組に準用されない。

前述したように、一般養子における縁組届出は創設的届出としての性格を、特例法に基づく養子縁組届出は報告的届出としての性格を有するという点は、法文上明白である。ところが、親養子縁組の場合はどうか。本来、親養子縁組制度が導入された当時の制度の立案者の間では、親養子縁組による縁組の届出は創設的届出となる必要があるという主張が強くあった³¹。しかし、現在は家庭裁判所の認容審判が確定されることで直ちに親養子縁組の効果が生じるということが学説³²と実務の大勢的な見解である。親養子縁組の許可審判は一種の形成的な効力を伴うし、最終的には親養子縁組による養子縁組届出は報告的届出としての性格を有するのであるということである。

民法上の一般養子縁組の許可、親養子縁組の許可及び特例法による養子縁組の許可は、すべて対審的な構造ではない家事非訟事件である。上記のそれぞれのケースは、当事者や審理手続き、審判の形式だけではなく具体的な審理の内容も実に類似している。それにもかかわらず、その許可審判の効力を異なることにするには明文の規定が必要である。入養特例法は、同法に基づく養子を完全養子として効力づけることにより、その性格を親養子縁組に準ずるものと変更した一方、家庭裁判所の認容審判の確定時をその効力発生時期であると明らかにしたのは、そのような明文の根拠を定めたものであるし、それによって従来の親養子縁組との関係で解釈上論争について立場を明確にしたという点で大きな意義がある。

一方、入養特例法は、養子縁組のための裁判所の許可において必要な書類として、養子となる児童の出生届出書を要求している（第 11 条第 1 項第 1 号）、このように出生届出書を要求することは、母の身元が明かされることを避けるためにいわゆるベビーボックスなどに子供を遺棄す

³⁰ 金相裕、「改正入養特例法の特徴」法律新聞第 4050 号参照。

³¹ 民法改正特別分科委員会 會議録(第 11 次會議-第 20 次會議) [第 2 卷](1995, 法務部)454 頁以下。

³² 金崎洙・金相裕、「親族・相続法」(法文社, 2013), 376 頁。

るケースを増やす恐れがあるので、この問題を解決するために、母の身元に関する秘密を保つことができる秘密の出産（匿名出産）のような制度の導入が必要であるという主張がある。これについては、出生届けのニーズと遺棄の増加の間に因果関係があるかは未だ明確でなく、母の身元を秘密にすることは、子の親を知る権利（児童の権利条約第 7 条）を侵害することになるとの理由で、これに反対する見解もある。

3 養子縁組の効果

入養特例法上の養子縁組は、家庭裁判所の認容審判の確定によって縁組の効力が生じる（第 15 条）。養子となった子は民法上の親養子と同様の地位を有する（第 14 条）。したがって養子となった子の姓と本は養父や養母の姓と本を称する。そして親養子の養子縁組前の親族関係は終了する（民法第 908 条の 3 第 2 項）。養子縁組の許可を受けた場合には、養親または養子が家庭裁判所の許可書を添付して「家族関係の登録等に関する法律」の定めるところにより、届出をする（入養特例法第 15 条）。

4 養子縁組の無効と取消

民法上の親養子と同様に、入養特例法上の縁組は家庭裁判所の厳格な審査のもとに行われるので、瑕疵がある可能性がほとんどないと思われる。したがって、民法上の一般養子の無効や取消しに関する規定は適用されない。ただし、入養特例法は、親養子縁組の場合と同様に養子の実父または実母に責任がない事由によって縁組の同意ができなかった場合には、縁組の事実を知った日から 6 ヶ月以内に家庭裁判所に養子縁組の取消を請求することができると規定している（入養特例法第 16 条第 1 項）。しかし、養子縁組制度の特性上、縁組の取消の後、子が再び保護施設に戻されなければならない場合があるので、家庭裁判所は、養子縁組の取消請求の判決が確定し審判の効力が発生したときは、遅滞なく、その旨を家庭裁判所の所在地の地方自治体に通報しなければならない（同条第 2 項）。

5 縁組の解消－罷養（離縁）

入養特例法上の養子縁組が行われた場合には、民法上の親養子と同様に原則に罷養が認められない。ただし、養親が養子を虐待または遺棄しその他の養子の福利を著しく害する場合、または養子の養親に対する悖倫行為により養親子関係を維持することができなくなった場合には、裁判罷養ができる（第 17 条第 1 項）。罷養請求権者は、養親、養子、検事であるが、養子となった子の年齢を考慮して、民法上の親養子と同様に縁組に同意した同意権者も罷養請求権者として認められなければならないだろう。罷養請求について家庭裁判所は、罷養の対象になる子が 13 歳以上の場合には、子の意見を聴取しその意見を尊重しなければならない（同条第 2 項）。この際、家庭裁判所は子の福利のために、その養育状況、養子縁組の動機、養親の養育能力、その他の事情を考慮して、罷養が適当でないと認める場合には、罷養請求を棄却することができる（養子特例法第 42 条による民法第 908 条の 6 及び第 908 条の 2 第 3 項の準用）。また、家庭裁判所は、罷養請求の判決が確定し審判の効力が発生したときは、遅滞なく、その旨を家庭裁判所の所在地の地方自治体に通知して（同条第 3 項）罷養となった子を保護できるようにしている。しかし、養子の悖倫行為を罷養理由として認めていない点と罷養後、子の福利を具体的に検討していな

い点で、民法上の親養子離縁と同様の問題が指摘される。

6 中央入養院の設立と役割³³

(1) 中央入養院の設立根拠

第 26 条（中央入養院の設立）

- ① 保健福祉部長官は、国内養子縁組活性化と養子縁組に対する事後管理などのために中央入養院を設立・運営しなければならない。
- ② 中央入養院は財団法人とする。
- ③ 中央入養院を設立するときは定款を作成し保健福祉部長官の認可を受けなければならない。定款を変更しようとする場合も同様である。
- ④ 中央入養院は次の各号の業務を遂行する。
 1. 養子児童・家族の情報および実家族を見つけるために必要な統合データベースの運営
 2. 養子に関するデータベースを構築及び連携
 3. 国内外の養子縁組政策とサービスに関する調査・研究
 4. 養子縁組関連国際協力業務
 5. その他の保健福祉部長官から委託を受けた事業
- ⑤ 中央入養院に関してこの法律に規定がある場合を除き民法上財団法人に関する規定を準用する。

第 29 条（関係機関等に対する協力要請）

- ① 中央入養院院長は、業務遂行のために必要な場合、公共機関、養子縁組機関等に対して資料を提出するよう要請することができる。この場合、その要請を受けた機関は、特別な事由がなければ、それに従わなければならない。
- ② 第 1 項の規定により中央入養院に提供された資料は、第 26 条第 4 項に定められた業務遂行を目的以外に使用することができない。

中央入養院は、児童の権益保護と健全な養子縁組文化の活性化という目的と養子縁組の先進化に向けて入養特例法によって設立された機関である。中央入養院の最初の出発は、中央養子縁組情報源として、1997 年に専門的な事後サービスの活性化のために、4 つの養子縁組機関が出捐して設立した後、保健福祉部と在外同胞財団からいくつかの予算の支援をもらう形で運営される団体から始まる。以後、入養特例法が全面的に改正されることにより、同法第 26 条に基づいて国の責任のもとで国内養子縁組活性化と養子縁組の事後管理を目的として設立され、現在に至っている。

(2) 中央入養院の業務

入養特例法に基づく主な中央入養院の業務は次のようである。まず、養子家族の情報および実家族を見つけるために必要な統合データベースの運営である。養子となる児童、予備養親のための統合データベースを構築して運営することで、国内外の養子の実親の行方の把握と探索に活用できる。第二に、養子のデータベースを構築及び連携に関する事業をすることである。国外養子

³³ 以下の内容は文聖浩外「中央入養院の運営特性と発展方案」批判社会政策第 58 巻(2018)177 頁以下参照。

縁組人の権益を保護するための国籍取得の確認など縁組の事後管理をサポートしたり、データベース間の連携を通じて養子縁組の情報公開請求にも応じている。第三に、調査及び研究事業も行う。これは、国内外の養子縁組政策とサービスに関する研究や養子縁組に関するプログラムを開発したり評価を実施するなどの業務である。第四に、養子縁組に関する国際協力業務は、関連機関や団体間の連携と協力のためのネットワークの構築、ハーグ養子縁組条約の批准の準備や国際養子縁組の交流活動を支援する事業を行う。最後に、保健福祉部長官が必要であると判断して委託する事業を行う。例えば、国内外の養子に対する事後管理に関する事業と養子縁組日のお祝いや養子縁組に関する行事を実施している。

(3) 中央入養院の機能と成果

(a) ハーグ条約の批准に備えた対応システムの構築

中央入養院は2013年に韓国がハーグ条約に署名した直後から協約批准に備えて、迅速な対応システムを構築している。まず、海外の先進事例と政策資料を調査し、その国の条約の実施機関や協力機関との機密な関係を持っている。例えば、養子縁組に関する財政、主要国の養子縁組政策、ハーグ条約の実施状況、条約の実施状況の事例などを調査し、韓国の養子縁組制度の改善に必要な事項を導出した。過去5年間の国際養子縁組会議に出席して締約国の条約の実施手順と現状について確認もその成果の一つである。そして、ハーグ事務局は、主要な養子の受け入れ国の中央当局と海外の中央および地域の当局、主要な締約国、韓国駐在大使館、養子縁組団体などとも持続的なネットワークを構築して養子縁組に関する情報を交換し、国際協力を強化している。ハーグ条約批准を準備するために、組織と人材を拡大し組織構造を体系化した点も重要な成果であるといえることができる。

(b) 養子情報統合管理システムの構築と事後管理サービスの提供

養子の情報を管理してアフターサービスを提供することは、中央入養院の中核業務である。これに関して、養子縁組の情報を電算化して養子縁組情報システムの安全性を確保した。これは、養子縁組に関する情報を国レベルで体系的かつ安全に管理し養子の家族を見つけるなどに活用している。コンピュータ化された項目は約51項目であるが、国内外の養子縁組機関が保有している養子、親生父母(実親)、養親(希望がある時)、実親などの養子縁組の関連情報である。養子縁組機関の養子縁組記録の電算化の件数は、2016年基準総164,510件であり、養子縁組事業の廃業機関等の養子縁組記録物の電算化の件数も40,204件である。さらに、養子縁組情報システムの安全性を確保し、個人情報の保護、ハッキングやサイバー脅威などから保護するための継続的な努力を傾けている。一方、国内外の危険な養子縁組に対して緊急支援を行なっておりと国籍取得の実態の確認も重要な役割を働いている成果の一つである。2013年から現在までに国外に養子縁組された養子165,305人を対象に国籍取得に関する全数調査を実施し、2016年基準138,483人の国籍取得を確認し、国籍未取得養子の確認と支援策を模索している。言語、文化的なアイデンティティの混乱など、困難を経験している養子のための保護施設を運営し、心理カウンセリング、医療施設連携、刑務所在所及び出所後の養子に対する社会定着のための支援なども実施し、2016年基準総21人を支援した。

(c) 調査研究及び広報活動の展開

中央入養院は、様々なレベルでの調査研究と広報活動をしてきたが、このうち、養子縁組機関の従事者と予備養親のための教育と研究にも集中している。具体的には、従事者の能力と専門性

強化のために養子縁組関連機関の管理者と機関長、実務者を対象に、年平均 200 人（2014～2016）程度、毎年教育を実施してきた。そして、入養家庭で児童虐待事件が発生したことにより、児童虐待の予防と養子縁組親の教育のための予備養子親の教育校再開発研究（2015 年）や養父母調査方法の研究（2016 年）も行なった。さらに中央入養院は望ましい養子縁組の文化の定着のための様々な広報活動もしている。

（４）予算の増加と効率的な予算編成

中央入養院が設立された 2012 年以来予算規模は増加している。中央入養院の 2016 年歳出予算は約 28 億ウォンで、2012 年に比べて約 3.8 倍増加した。人件費や運営費は 2012 年 3 億 3,700 万ウォンで、2016 年には 15 億ウォンで約 4.5 倍増加し、事業費も 3 億 8,800 万円から 2016 年 12 億ウォンで約 3.3 倍が増加した。事業費の場合、中央入養院の設立当初には、養子縁組の情報システム構築のための予算が多く編成されたが、そのシステムが完成された後の 2014 年度以降は、アフターサービスの分野の予算を拡大している。

以 上

第6部 台湾法

台湾大学 黄 詩淳

第1章 はじめに

中華民國の民法親族編は、1931年5月5日（台湾では1945年）から施行されている。親族編は、この十数年間で、もっとも頻繁に改正されている法分野であり、今日に至るまで、法改正はすでに17回にも及んでいる。これらの法改正は、経済成長、産業構造、家族の形態ないしライフスタイルの変化などの社会的要因が背景となっているが、それらの中でも特に指摘すべきことは、1987年の戒嚴令解除である。台湾では1949年5月20日から1987年7月15日まで、38年間もの長期にわたり戒嚴¹が施行され続けた。戒嚴令の解除により、政治的には民主化が進み、集会・結社の自由が認められたため、女性団体による積極的な活動が可能となり、その力が親族法改正を実現させたとい一般的に評されている²。実際、これまで親族編の17回の法改正のうち、戒嚴中に行われたものは1985年の1回のみであり、残りの16回はすべて戒嚴令解除後に生じたものである。

17回の法改正のうち、1985年の法改正は、親子法制に関わり、本稿の検討対象である養子縁組制度と嫡出推定・否認制度に及んでいた。また、司法院大法官會議は、2000年の釈字502号解釈で養親子間の年齢差に関する硬直的な規定について、2004年の釈字587号解釈で嫡出否認の出訴権者と出訴期間の規定について、それぞれ違憲宣告を下した。それらに基づき、2007年には養子縁組制度と嫡出推定・否認制度に関して大幅な法改正が行われた。以下、第2章で台湾における養子縁組制度について、第3章では嫡出推定・否認制度について整理し、第4章で最近の親子法制に関する議論を述べ、結論に代えさせていただくこととする。

第2章 養子縁組制度について

1 養子縁組制度の沿革と目的

清時代の台湾では、養子縁組制度は宗と祭祀を維持するためのものであった。このことは、「中国人の父子一体」という思想に関わる。父と息子とは現象的に分れた個体であっても、本源的には一つの生命の連続であり、祖先の生命が子孫のなかに生き続け、拡大し続けるということ

¹ 戒嚴（かいげん）とは、戦時や暴動等の緊急事態において兵力をもって国内外の一地域あるいは全国を警備する場合に、国民の権利を保障した憲法・法律の一部の効力を停止し、[行政権](#)・[司法権](#)の一部ないし全部を[軍部](#)の指揮下に移行することをいう。

² 陳昭如「在棄権与争産之間——超越被害者与行動者二元对立的女兒繼承権実践」台大法学論叢 38 卷 4 期（2009 年）162～163 頁。

が、事の本質的な実体であり、実現されるべき基本的な価値である³。息子がない場合には養子をとらなければならないが、この養子は生きるべかりし子と同世代に属する同族のうちから選ぶ必要があり、すなわち、「同宗昭穆（ショウボク）相当者」であり、「嗣子」と呼ばれる。

養子縁組の主な目的は「宗のため」すなわち家族血縁の継続であったが、台湾へ移住してきた人々は、「家のため」すなわち家族の労働力を増やすために養子をとる者も多かった。また、女子を養子とする者も多く存在し、これはその労働力を目当てにするものであったが、未来の嫁として迎えるものもいた（これは「童養媳」といい、厳密に言えば養子ではない。日本統治時代には西洋法の養子の概念を使い、このような「嫁のため」の養子を養女と区別していた⁴）。

日本統治時代でも、台湾の養子縁組の目的は、依然として「宗のため」と「家のため」であったが、女子を売買して下女とすることが法律によって禁止されたため、養女の名目を借りてその目的を達する者が現れ、養女の数が増えることとなった⁵。また、養子と実方の関係が断絶されるような「買断養子」（螟蛉子・異姓養子）では、養親が養子を商品のように扱い、さらに他人の養子に出す可能性もあった。そのため、人倫と公序良俗に反するとして禁止されていた⁶。

1945年の日本敗戦後、中華民国による台湾の支配が始まるとともに、中華民国の法律が台湾で施行された。その後、1949年、国民党政権は中国大陆から台湾に逃げ込み、その統治地域は事実上台湾（台湾本島、澎湖、金門、馬祖）に限られることになった。中華民国法体系も、この時から台湾でだけ生き延びている。この法体系が、「中国で生まれ、幼いころに捨てられ、台湾で成長した」⁷ものだという言い方は、適切な表現だと思われる。言い換えれば、中華民国法は中国で生まれたが、実際に社会に浸透し、実効性を獲得したのは台湾においてである⁸。したがって、本稿は、現在台湾で施行されている民法のことを、中華民国民法または台湾民法と称し、特に断らない限り、両者に区別をつけない。

中華民国民法の家族法分野において、もっとも大きな改革は、宗祧継承制度⁹を廃止したことであった¹⁰。これに伴い、養子縁組制度が一本化され、伝統法上の「嗣子」を立てること（立嗣）は認められなくなった。当時の中華民国民法は、男女平等の原則を実現し、進歩的である¹¹と評価されながらも、依然として養子縁組制度においては、なお遺言による養子縁組を承認し（旧 1071 条・1143 条）、さらに死後離縁を禁じ、また裁判離縁の事由について養親の利益を重視した（旧 1081 条）ため、伝統から完全に脱したわけではなく、「宗のため」や「親のため」の色がまだ帯びていた¹²。また、当時、伝統の宗祧制度が法律から消えたものの社会には残存し

³ 滋賀秀三『中国家族法の原理』（創文社、1967年）113頁。

⁴ 王泰升「論台湾社会習慣的国家法化」台大法学論叢 44 卷 1 期（2015 年）27 頁、林秀雄「日治時期台湾之收養制度（下）」台湾法学雑誌 265 期（2015 年）32 頁。

⁵ 姉齒松平『本島人ノミニ関スル親族法並相統法ノ大要』（台法月報、1938 年）165 頁。

⁶ 昭和 12 年上民 165 号・同年 10 月 9 日台湾高等法院上告部判決、前掲・注 4) 王泰升・27 頁。

⁷ 王泰升「第六講：台湾近代法律体系の確立」月旦法学雑誌 66 期（2000 年）177 頁。

⁸ 鈴木賢「外来法支配の終焉」アジア遊学 48 号（2003 年）55 頁。

⁹ 宗祧制度ないし宗祧継承とは、人を継ぐこと（継嗣）とともに祭祀を承け（承祀）、さらに財産をも承ける（承業）ということである。前掲・注 3) 滋賀秀三・117・119 頁。

¹⁰ 宗祧継承の廃止理由については、司法行政部民法研究修正委員会編『中華民国民法制定史料彙編（下）』（司法行政部、1976 年）347・362・591 頁。

¹¹ 朱柏松「VI 中華民国民法 解題」前田達明編『史料民法典』（成文堂、2004 年）1486 頁。

¹² 黄淨愉「台湾における養子縁組の制度的特徴と現実の機能——特に日本法との対比で（1）」新世代法政策学研究 7 号（2010 年）303 頁。

たため、法律が社会現状と齟齬をきたしているという問題も指摘されていた¹³。例えば、1966年の実態調査によれば、戦後の台湾では、養子縁組の主たる目的は依然として「宗のため」であった¹⁴。また、養女については、下女にするため、あるいは売春にするためのものもなお存在していた¹⁵。このような養女問題に対処するために、児童福利法が1973年に制定され、養親が養子に対して売春斡旋・傷害・自由妨害等の罪を犯した場合には、その刑を2分の1加重すると規定した（旧児童福利法25条）。

1985年の民法改正では、養子縁組の成立要件に裁判所の「認可」を導入し（旧1079条5項）、国の関与によって養子の利益を保護しようとした。さらに、遺言養子縁組を廃止し、死後離縁をも認めた（旧1080条5項）ため、ある程度、子の利益に配慮したといわれる¹⁶。その後、国連の児童権利条約の影響を受け、台湾の養子法は2007年に再度改正を余儀なくされた。この時の改正では、養子法に関わるものは23条にも及び、大幅な変更が行われたと評される¹⁷。2007年の改正では「未成年養子の最善の利益」が強調され、縁組成立と離縁とも裁判所の審理を経る必要があるようになった（民法1079条の1・1080条3項・1081条2項）。以前の養親に偏った裁判離縁の事由をも是正された（1081条1項）。以上のような流れにより、台湾の養子法は「子のため」の制度として整備された。

② 現行法下の養子縁組の要件と効果

台湾民法における養子は、完全養子型の1種類しかない。養子となる者の年齢によって、未成年養子と成年養子に分けることができるが、成立要件と法的効果のいずれも同じである。両者の違いは、養子縁組の成立の際における裁判所の認可の基準、また協議離縁時に裁判所の認可の要否が存在するだけにすぎない。以下、現行法下の養子縁組の要件と効果を詳しく紹介するが、必要に応じて現行法に至るまでの改正経緯にも言及する。

1 養子縁組の成立

（1）実質的要件

①養子縁組の合意と代諾縁組

養子縁組は、養親となるべき者と養子となるべき者との合意によって成立する。日本法と異なり、台湾の養子縁組は届出主義を採用しておらず、形式的要件としては書面と裁判所の認可を設けている（後の（2）で詳述する）。

未成年者が養子となる場合に、日本と似たような代諾縁組の規定があるが、異なる部分もある。すなわち、台湾民法1076条の2によれば、養子となる者が7歳未満の場合には、その法定

¹³ 羅鼎『民法継承論』（会文堂新記書局、1946年）4頁。

¹⁴ 法務部編『台湾民事習慣調査報告（6版）』（2004年）161頁と181頁の註釈4は、このことが1966年司法行政部台湾民事習慣調査資料「高雄県美濃鎮座談会」と「台南市座談会」の記録によるものだと説明している。

¹⁵ 聯合報1960年8月21日3面が報道した省政府の1960年の調査による。

¹⁶ 立法院秘書処『民法親屬編部分条文修正及民法親屬編施行法修正案（上）』（立法院秘書処、1985年）3頁は、養子の利益の保護を改正原則の一つとしている。

¹⁷ 林秀雄「台湾における養子法の改正について(上)」戸籍時報630号（2008年）11頁。

代理人が代わって縁組の意思表示を行うべきであり、養子となる者が7歳以上で成年に達していない場合は、その縁組は法定代理人の同意を得る必要がある。

②養子と養親間の年齢差

2007年改正前の民法1073条は、「養親の年齢は、養子より20歳以上年上でなければならない」と定めていた。それは、養親は子を保護・教育するため成熟した人格と経済力を有しなければならないという理由に基づいたものであった¹⁸が、一部の連れ子養子縁組が締結できないという事態を生じさせてしまった¹⁹。前述した2000年の釈字502号解釈は、この問題について、

「民法1073条は...わが国の倫理観に合致する。それは社会秩序を維持し、公的利益を増進するために必要であり、憲法が保障する自由権の趣旨に抵触するものではない。...合理的な年齢差に関する規定は立法の裁量事項に属するが、家庭の平和と養子となる者の権利を考慮し、夫婦が共同して縁組をする場合または夫婦の一方が他方の子を養子とする場合には、社会生活における現実の需要に応じて緩和的な規定を設ける必要がある」とした。それを受けて、2007年の改正では、20歳の年齢差の規定が原則として維持されているが、例外規定が設けられた。すなわち、夫婦共同縁組の場合には、夫婦の一方が養子より20歳以上年上で、かつ他の一方が養子より16歳以上年上であれば、養子縁組を成立させることができると改められた（民法1073条1項但書）。また、夫婦の一方が他方の子を養子とする場合には、年齢差の要件を16歳に引き下げられた（同条2項）。なお、年齢差の要件に違反した縁組の効果は無効である（1079条の4）。

③近親間縁組の制限

1985年民法は、伝統的な倫理観を維持するため、長幼の順序（輩分）が相当でない近親間縁組の制限規定を新たに取り入れた。すなわち、直系血族、直系姻族（ただし、夫婦の一方が他方の子を養子とするときは、この限りでない）、長幼の順序（輩分）が相当でない八親等内の傍系血族および五親等内の傍系姻族を養子とすることができない（旧1073条の1）。「輩分」とは、親族において、どの世代に属するか（尊卑）のことである。養子をとる際に、「輩分が相当でない」とは、自分の尊属や自分と同世代の親族を養子とすることのみならず、自分の孫と同じ世代の親族を養子とすることも含んでいる。これは年齢に関係なく、「輩分が相当でない」ため、養子とすることができない。さらに、連れ子養子は別として、直系姻族を養子とすることが禁止されているので、婿養子は認められない。これは、夫婦が夫婦であると同時に兄弟姉妹であることは倫理観に反するからに由来すると思われる²⁰。

しかし、養子縁組の前に、八親等までの傍系血族をして「輩分が相当で」あるか否かを調査することは不可能に近いと批判された。そのため、2007年には「八親等内の傍系血族」が「六親等内の傍系血族」へと縮小されたが、違反したら縁組が無効であることは変わらない。この制限規定の効果は依然として厳しすぎると学説によって指摘されている²¹。

④夫婦の共同縁組

¹⁸ 法務部編『民法親属編研究修正実録—收養部分』（法務部、2005年）597頁。

¹⁹ 黄淨愉「台湾における養子縁組の制度的特徴と現実の機能——特に日本法との対比で（2・完）」新世代法政策学研究8号（2010年）355頁。

²⁰ 林秀雄「姻親収養之限制」台湾本土法学雑誌22号（2001年）102頁。

²¹ 陳棋炎・黄宗樂・郭振恭共著『民法親属新論[13版]』（三民書局、2017年）333頁。

連れ子養子を除けば、配偶者を有する者が縁組をするには、その配偶者と共にしなければならない（旧 1074 条）。しかし、夫婦の一方が意思表示をできない状況にあるときに、他の一方が単独で縁組をすることができるかについては明文規定がなかった。2007 年改正法は、この問題を解決するため、1074 条において但書を新設した。すなわち、夫婦の一方が他の一方の子を養子とすると、または夫婦の一方が意思表示をすることができないとき、または生死不明が 3 年を超えると、共同縁組の要求を免れることができる。

なお、上述のように配偶者を有する者は、配偶者と共同して養親になることが必要であるが、婚姻していない者は、単独で縁組することができる。

⑤実親の同意

養子となる者の年齢に関わらず、養子縁組にあたってはその実親の同意を得なければならない（民法 1076 条の 1）。この同意権は、親子関係の本質に基づいて生じたものであり、先述した民法 1076 条の 2 の未成年者が養子となる場合における法定代理人の代理権または同意権と、その性質を異にする。したがって、成年者が養子となるときも、その実父母の同意を必要とする。また、この同意権は、親権の内容の一つではなく、親の固有の権利である。そのため、父母の離婚後、その一方が単独親権者である場合でも、子を他人の養子とすることは、非親権者の方の同意が必要である。

（2）形式的要件

①書面

養子縁組は、当事者が書面で契約を締結した後、共同で裁判所の認可を申し立てることが必要である（民法 1079 条 1 項）。2007 年改正前は、養子となる者が 7 歳未満でかつ法定代理人がいないときには、書面を省略することができた（旧 1079 条 1 項但書）。それは、孤児や棄児を救済するために緩和された要件であり、裁判所の関与（認可）さえあれば未成年者にとって不利な縁組を避けることができると考えられたからである²²。しかし、この但書は人身売買を隠蔽するために悪用されたため²³、2007 年改正法は「縁組の名義を借りて、その他の目的を達する者がしばしば存在する」という実態を認め、養子の利益を保護するために但書を削除した²⁴。そうすると、養子となる者が 7 歳未満で、かつ法定代理人がいないときには、民法または他の法律の規定によってまず後見人を定め、その後、後見人が法定代理人として縁組の書面を作成し、代理権または同意権を行使する必要がある。つまり、現行法の下では書面という要件を免れることができない。

②裁判所の認可

裁判所の認可は、養子縁組を利用して女子を酷使するという現象を阻むため、1985 年の改正時に新たに導入されたものである（旧 1079 条 4 項）。2007 年の改正は、旧 1079 条 5 項におかれた三つの認可すべきでない事由を、独立とした二つの条文に規定した。すなわち、裁判所が縁組の認可の際に、養子となる者が未成年者の場合には、その最善の利益によらなければならない（1079 条の 1）。これに対して、養子となる者が成年者の場合には、縁組をもって法定の義務を免れる意図を有するとき、事情により縁組が実父母に不利であると認めるとき、縁組の目的

²² 前掲・注 16)立法院秘書処・431 頁。

²³ 前掲・注 19)黄淨愉・351 頁。

²⁴ 前掲・注 18)法務部・605 頁。

に反すると認めるその他の重大な事由があるとき、のいずれにも該当しなければ、裁判所は認可してよいと定められる（1079条の2）。つまり、成年養子はすでに利害を判断する十分な知能を有するため、縁組の目的が脱法行為でなければ、原則的には認めるというのである²⁵。脱法行為の具体例としては、民法上の扶養義務、刑事罰や税を逃れることが挙げられる²⁶。

2 養子縁組の効力

（1）効力の発生の時点

2007年改正時に、「養子縁組は、裁判所の認可決定が確定したときから、縁組契約が成立するときに遡ってその効力を生じる」と定めた1079条の3が導入され、効力の発生の時点が明確となった。また、裁判所の認可の性質について、以前には効力要件説と成立要件説が対立していたが、この条文によれば効力要件説を採ったことが明らかとなった²⁷。また、特別法の規定によれば、養子となる者が18歳未満で、かつ試験養育がある場合に、養子縁組の効力は共同生活の開始時に遡及する（児童及少年福利与權益保障法19条1項）。

（2）親子関係と親族関係の発生

養子と養父母およびその親族間の関係は、法律に別段の規定がある場合を除く他、嫡出子と同一とする（民法1077条1項）。このように、養子と養方親族との間において、親族関係が生じることはわかる。他方で、養子の直系卑属と養親およびその親族との間には親族関係が生じるのだろうか。これについて、台湾民法は、縁組の効力は養子の未成年かつ未婚の直系卑属のみに及ぶが、縁組の認可前に、養子の成年または既婚の直系卑属が同意するときは、その限りでない（民法1077条4項）。つまりこれは、完全養子型の精神に基づいて、通常養子の直系卑属は養家に入るが、縁組の前にすでに成人した直系卑属は、もはや教育や保護を受ける必要がなく、むしろ独立した人格を尊重すべきであるから、縁組の効力はその同意によるというように規定したのである。

これ対して、養子と実親（およびその親族）との関係について、民法は、その権利義務が縁組関係中に「停止される」と定めている（民法1077条2項）。養子とその実父母とは、自然血族関係が依然として存在し（釈字28号）、例えば、近親婚の禁止の規定（民法983条）が適用されうる²⁸ものの、権利義務関係が停止されるため、お互いに扶養や相続に関する権利がない、ということになる。

また、縁組の要件として、夫婦共同縁組の場合を除き、1人が同時に2人の養子となることができないとされている（民法1075条）。これは、2つ以上の親子関係を生じさせず、権利義務関係の複雑化を防止し、成長に適した環境を子に与えるためだと言われる²⁹。また、台湾における養子制度の沿革を照らせば、この転縁組を禁止する規定の趣旨は、伝統的な兼祧制度³⁰および

²⁵ 前掲・注18)法務部・607頁。

²⁶ 戴東雄「論民法親属編修正内容検討」月旦法学雑誌147号（2007年）27頁。

²⁷ 前掲・注19)黄淨愉・352頁。

²⁸ 自然血族関係が存続する効果としては、近親婚の禁止の他、刑法における親族に関する規定、例えば血族性交罪（刑法230条）や尊属殺人罪（同法272条）も、養子とその実親（またはその親族）に適用される。前掲・注19)黄淨愉・367頁。

²⁹ 李甲孚「古代、現代收養制度与台湾收養養女問題的綜合研究」法学叢刊94号（1979年）20頁。

³⁰ 宗祧継承の下で、本来、一人っ子は他人の嗣子になることができない。それは実方の祭祀が絶えてしまうからである。子の数が足りない現状の解決策として、一人っ子による兼祧または三祧が許されていた。要

子の人身売買を防止するためだと考えられる³¹。そこで、養子を他人の養子とするためには、まず離縁し、実親との権利義務関係を回復し、その後、実親が養子にだすかどうかを決定するという手続が必要だと解されている³²。

したがって、台湾における養子縁組は、実親との関係を断絶させる「完全養子」であり、重複縁組関係をも認めない。つまり、台湾では、養親子関係を「自然」の実親子に擬制して、1 人の子に 1 組（または 1 人）の親しか持たせないようにしている。

（3）養子の氏

2007 年改正前民法 1078 条は、「養子は、養親の氏を称する（1 項）。配偶者を有する者が縁組をするときは、養子の氏は、1059 条の規定を適用する」と規定していた。2007 年改正後、1078 条 1 項は「養子は、養親の氏を称するまたはその元の氏を維持する」と改められ、養子が元の氏を使用し続けることが可能となった。その立法趣旨は、「養子が元の氏を維持する必要がある、かつ養親の同意を得たときは、子の最善の利益の原則に基づき、その元の氏を称してもよい」ということである。

3 離縁

台湾法における離縁は、協議離縁、裁判離縁と死後離縁の三種類がある。以下ではその概要を紹介する。

（1）協議離縁

縁組は、養親と養子との合意により解消することができる（民法 1080 条 1 項）。留意すべきことは、協議離縁の形式的要件は、書面が必要である点では縁組の成立と同様であるが、裁判所の認可は、養子が未成年者である場合に限って必要であることである（1080 条 2 項）。認可の際に、裁判所は、離縁が未成年養子の利益に合致するか否かを考慮しなければならない（1080 条 3 項）。また、養子が未成年者である場合に、協議離縁は、離縁後に養子の法定代理人となるべき者による代理（養子が 7 歳未満のとき）または同意（養子が 7 歳以上の未成年者のとき）が必要である（1080 条 5・6 項）。

夫婦共同縁組の場合において、離縁は共同で行わなければならない。ただし、夫婦の一方が意思表示をすることができないとき、または生死不明が 3 年を超えるとき、夫婦の一方が縁組後に死亡したとき、夫婦が離婚したときは、単独で離縁することができる（1080 条 7 項）。その立法趣旨は、共同離縁は家庭生活の平和を確保するためであり、以上の述べた状況は、家庭生活の平和に影響を与えないから、単独で離縁できる、というものである。

（2）裁判離縁

裁判離縁においては、2007 年改正時に、原告適格の拡大および離縁原因の改正が行われた。以前の離縁の訴えの原告は、日本法と同様に、養親または養子、すなわち縁組の当事者に限られていた（旧 1081 条）。2007 年改正時は、縁組当事者の利益を保障するため、当時の児童及少

するに、兼祧とは、嗣子が、養親（例えば叔父）の祭祀だけでなく実親（父）の祭祀をも引き継ぎ、同時に数人の子となることである。

³¹ 戴炎輝・戴東雄・戴瑀如『親属法』（自費出版、2014 年）395 頁。

³² 前掲・注 31)戴炎輝ほか・395 頁。

年福利法 16 条（現行の児童及少年福利与權益保障法 20 条³³）を参照し、主管機関および利害関係者も原告適格を有することとなった（1081 条 1 項）。また、離縁原因は、改正前には、①他の一方に対して、虐待または重大な侮辱を加えたとき、②悪意をもって他の一方を遺棄したとき、③養子が 2 年以上の懲役に処せられたとき、④養子が財産を浪費する事実があるとき、⑤養子の生死不明が 3 年を超えるととき、⑥重大な事由があるとき、と掲げられたが、③④⑤は養子側だけに存在するもので、公平を失すると批判されていた³⁴。そのため、2007 年改正では、④と⑤を削除し、③の内容を「故意に罪を犯し、2 年以上の懲役に処せられ執行猶予の言渡しを受けていないとき」に変えた。

離縁の訴えは（当時の）民事訴訟法 583 条の定めた訴訟の一種類であり、同法 588 条によって婚姻事件の手續に関する規定を準用するが、2007 年改正後、裁判離縁の原告が縁組の当事者以外の者に拡大された点において裁判離婚とは異なる。また、2012 年 6 月に施行された家事事件法によって、裁判離縁の手續は、訴訟から非訟に変更された。これについては以下の[3]でさらに詳しく検討する。

（3）死後離縁

死後離縁は、1985 年改正時に、日本民法 811 条 6 項を参考にして新設された制度である。当時は「養父母が死亡した後、養子が生活を維持することができなく、かつ、生活を営む能力を有しないときは、裁判所に縁組関係の解消の許可を申し立てることができる」と定められていた（1080 条 5 項）。しかし、日本法における死後離縁は、養子の経済力の有無に関係がないにも関わらず、台湾ではそれを死後離縁の基準とすることは不当であると指摘されていた³⁵。2007 年改正の際には、旧法に掲げられた事由が養子にとって厳しすぎるという理由で、この事由を削除し、「養父母が死亡した後、養子は、裁判所に離縁の許可を申し立てることができる」と定めるようになった（1080 条の 1 第 1 項）。また、死後離縁が明らかに公平に反すると認められるときは、裁判所は許可を与えなくてよい（1080 条の 1 第 4 項）。

[3] 家事事件法の立法に伴う手續上の変化

1 立法経緯

2012 年 6 月 1 日に、台湾において家事事件法が施行された。これまでの家事事件手續は、一部は民事訴訟法（例えば、婚姻訴訟事件、親子訴訟事件など）に、他は非訟事件法（例えば、子の氏の変更事件、不在者財産管理人選任事件など）において規定されていた。このように審理に関する法規が異なる法典の中に散在すると、相互に関連性のある家事事件でも、異なる裁判官が異なる手續で審理するようになりがちであり、裁判所の人的資源を浪費し、ひいては判決が互いに矛盾するといった状況になりかねない。よって、婚姻や親子関係に関する家事訴訟

³³ この条文は、「養父母が養子に対して下記の行為を行うときに、養子、利害関係者または主管機関は裁判所に対して離縁を申し立てることができる。

一 本法第 49 条の各号行為があるとき

二 本法第 43 条 2 項または 47 条 2 項に違反し、事情が重大であるとき」と定めている。ちなみに、49 条は、遺棄、虐待、人身売買等の行為を定め、43 条 2 項は、父母には子に対して飲酒・喫煙・麻薬濫用等の行為を禁止させるべき義務があると定め、47 条 2 項は、父母には子に対してキャバクラ等の風俗店へ出入りする行為を禁止させるべき義務があると定めるものである。

³⁴ 前掲・注 31)戴炎輝ほか・438 頁。

³⁵ 前掲・注 21)陳棋炎ほか・376 頁。

手続と家事非訟手続を家事事件法にて統合し、法律の併合によって家族をめぐる紛争や関連する他の家事事件をより適正に、より迅速に解決並びに包括処理できるよう取り計らうとともに、子の利益の最大化及び家庭の円満化を図ることを目的として、家事事件法は制定された。同法は、全 200 条から構成され、「総則」、「調停手続」、「家事訴訟手続」、「家事非訟手続」、「履行の確保及び執行」、「附則」の六編によって規定されている。同法はソーシャルワーカーの立会い、手続監護人、家事調査官、手続の併合、仮処分制度、履行の確保、子の引渡し及び子との面会交流の強制執行等の新たな制度も創設した。

2 家事事件の五類型

家事事件法 3 条によって、家事事件は、甲、乙、丙、丁、戊の 5 類型に分かれている。このうち、甲類、乙類、丙類は「家事訴訟事件」と呼ばれ、家事事件法 37 条によって、家事訴訟手続の適用対象となる。また、丁類と戊類事件は「家事非訟事件」と呼ばれ、家事事件法 74 条によって、家事非訟手続の適用対象となる。分類の基準は、(1)争訟性の有無、(2)当事者あるいは関係者が有する手続に対する処分権の範囲、(3)裁判所の職権・裁量権による介入の必要性である。

争訟性がある甲類、乙類、丙類の三種類の事件のうち、甲類事件は、丙類事件より、裁判所の職権・裁量権による介入の必要性が強いので、当事者の有する手続に対する処分権の範囲が狭くなる。そして、家事非訟事件である丁類と戊類事件のうち、丁類事件は、戊類事件と比べると、争訟性が少なく、しかも当事者の有する手続処分権が少ないので、裁判所の職権・裁量権による介入の必要性がより強くなる。戊類事件は、ある程度争訟性があり、当事者もある程度手続処分権を有するもので、かつてこれらの事件は訴訟または非訟の手続によって審理されていたが、これらの事件は裁判官による迅速かつ妥当な判断が必要であるため、新法は非訟手続を適用するように改めた。立法理由のように、戊類事件に分類されたものの中には、以前は訴訟手続で処理されていたものがあり、例えば扶養費の請求や裁判離縁などが挙げられる。学界ではこのようなものを戊類事件に分類する、すなわち非訟手続によって審理されるという新法の定め方に対して様々な論争がある。

3 裁判離縁の手続に関する論争

本稿に関わる裁判離縁は、以前の民事訴訟法 583 条によれば訴訟事件に属したが、現行の家事事件法 3 条 5 項 13 号においては家事非訟事件（戊類事件）に分けられている。現行法の支持論者は、裁判離縁事件のうち、例えば養親と養子とも成年者であり、離縁原因の存否について対立があるとき、このような状況は確かに訴訟の性質があるが、他方で、例えば養親の死亡後の離縁申立には対立性がなく、また、未成年養子の利益の保護（例えば児童及少年福利与權益保障法 20 条）のため離縁を申し立てることも可能であり、この二つの状況には非訟的な性質が強い、と主張している³⁶。また、2007 年民法改正時に、1081 条（裁判離縁）について、「主管機関と利害関係者」が新たに原告・申立権者に加えられたことから、裁判離縁事件のうち、

³⁶ 沈冠伶「家事事件之類型及統合処理（一）」月旦法学教室 118 期（2012 年）68 頁、沈冠伶「終止收養事件之審判（上）」月旦法学教室 153 期（2015 年）55～56 頁。

非訟性が強いものもあると窺われる。このように、裁判離縁事件は、事案によって非訟性のものまたは訴訟性を有するものがあるが、状況に応じてそれぞれを非訟手続あるいは訴訟手続に属すると規定することは、煩雑であるため、立法者はこれらを戊類事件（非訟手続）に統一したにすぎない。実際の審理にあたって、未成年者の利益に関わらないときに、離縁事件は本質的な家事訴訟事件に属し、訴訟法理が適用されるのに対して、未成年者に関連するとき、離縁は家事非訟事件であり、裁判所が職権で事実と証拠を調査しなければならない。このことは、家事事件法の立法に間違いがあるということの意味するわけではない³⁷。

他方で、家事事件法における裁判離縁の事件の分類に、批判的な観点を持つ学説も少なくない。その理由は、まず、裁判離縁は、実体法上の形成権に基づくものであり、性質上は離婚の訴えと異ならない。立法者は未成年者の利益の保護を理由として非訟事件に分類させたが、そのためであれば、むしろ訴訟手続で審理させ、口頭弁論等を経させた方が、未成年者の利益保護に叶う³⁸。次に、家事事件法における未成年者の身分関係に関わる事件、例えば、嫡出否認、認知、親子関係存否の確認、養子縁組関係存否の確認、縁組の取消、離縁の取消等の事件において、たとえ未成年者に関連しても、訴訟事件であることは変わらないので、裁判離縁のみを非訟事件に帰属させたことは説得力を欠く³⁹。さらに、日本法を参照すれば、日本の裁判離縁は、民法 814 条によって三つの離縁原因が挙げられ、それが人事訴訟法 2 条 3 項の事件に属し、形成的な判決であり対世効がある。これに対して、台湾法の規定は裁判離縁を非訟事件に分類したため、離縁の決定には既判力がなく、安定性が足りない⁴⁰。また、台湾家族法の教科書においては、家事事件法 45 条が離縁について訴訟上の和解を行うことができると定めているため、裁判離縁は家事訴訟事件に属すべきであり、性質的には離婚と同様に乙類にすべきであり、それを戊類事件にした家事事件法 3 条 5 項 13 号が立法の間違いである、と述べられている⁴¹。

以上に見たように、裁判離縁を非訟事件にすべきという現行法支持論者の主な根拠は、養子が未成年である場合に、裁判所の職権より後見的な介入が必要であるため、非訟手続として定めたということであろう。では、そもそも未成年養子の手続上のニーズから、裁判離縁事件をとりあえず非訟類型に入れた上で、仮に当該事案の養子が成年である場合には、さらに例外的に訴訟法理で審理するという規定は妥当であろうか。原則と例外を決める際の一つの参考としては、利用者数であると思われる。つまり、台湾の裁判離縁事件における養子は、果たして未成年養子が主なのか。仮にそうであれば、未成年養子に配慮した規定をデフォルト・ルールにすることは一定の合理性があるが、そうでなければ、現行法の定め方は再考する余地がある。以下の^[4]では、養子縁組の実態を検討してみる。

^[4] 養子縁組の実態とその機能

以下では、統計資料や先行研究から台湾の養子縁組の実態と機能を概観する。

³⁷ 許士宦「家事非訟之程序保障（二）」月旦法学教室 118 期（2012 年）49 頁。

³⁸ 吳明軒「關於收養子女規定之適用」月旦法学雜誌 230 期（2014 年）91～92 頁。

³⁹ 林秀雄「家事事件法中之收養非訟事件：從実体法的觀點」月旦法学雜誌 219 期（2013 年）14 頁。

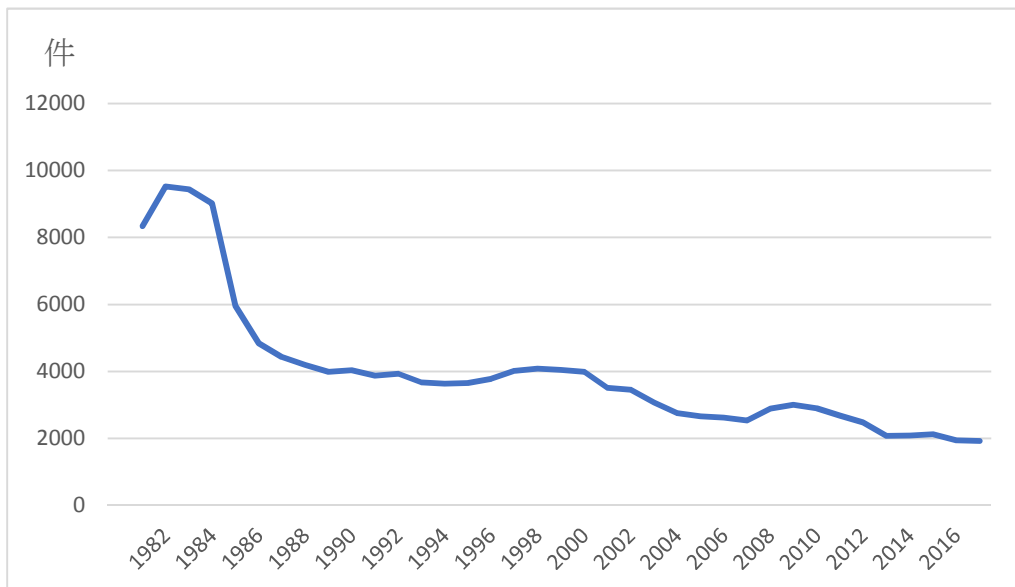
⁴⁰ 郭振恭「評析家事事件法甲類及乙類家事訴訟事件」月旦法学雜誌 208 期（2012 年）166～167 頁。

⁴¹ 前掲・注 31)戴炎輝ほか・440 頁。

1 養子縁組の成立の実態

まず、養子縁組の総数は、この30数年間にわたり減少し続けている（図1の養子縁組の登記件数を参照）。前にも述べたように、戸籍登記は養子縁組の成立要件ではなく、証明手段の一つにすぎないが、研究者の調査によれば、裁判所の養子縁組の認可の数は、戸籍登記の件数とはほぼ一致しているので、戸籍登記の件数は養子縁組の趨勢を表しているといえる⁴²。図1で示したように、1985年まで年間約9千件の養子縁組があったが、1985年に入ると急激に5,954件に減少した。これは1985年の民法改正で裁判所の認可を養子縁組の成立要件に加えたからだと推測される。その後、しばらくの間は4,000件前後で推移していたが、2000年以降はさらに減少し、ついに2016年には2,000件を切った。養子縁組の件数が激減している現象について、経済的不況や人工生殖技術の進展、さらに未成年養子縁組に対して認可の判断基準が（2007年法改正によって）厳しくなったことが要因である考えられる⁴³。

図1 養子縁組の登記件数⁴⁴



さらに、裁判所の統計データ⁴⁵によると、2018年1月～10月の間、養子縁組の認可は、計2,092件ある。そのうち、未成年養子は1209件⁴⁶（60%）、成年養子は883件（40%）である。このように台湾では、未成年養子が成年養子より多いことは、以前に他の研究が指摘した通りである⁴⁷。このような現状である理由として、第一に、養親子間に20歳以上の年齢差が民法により要求され、40歳未満の者が養親となる場合は必然的に養子が未成年者となること、第二に、縁組の効果が完全養子型であるため、養親となる者が安心して他人の子どもを引き取れる一

⁴² 前掲・注12)黄淨愉・307頁。

⁴³ 前掲・注19)黄淨愉・372頁。

⁴⁴ データは、内政部戸政司全球資訊網の人口統計資料（<https://www.ris.gov.tw/app/portal/346>）の「01 認領、收養及終止收養人數按性別及年齡分(按登記)」の表による。

⁴⁵ 司法院「地方法院收養子女事件當事人身家狀況（中華民國107年1-10月）」（<https://www.judicial.gov.tw/juds/report/sf-32.htm>）。

⁴⁶ そのうち、572件は7歳未満の養子である（未成年養子の47%）。

⁴⁷ 前掲・注12)黄淨愉・318頁。

方、完全養子の効果に配慮し、今までの生活や親族関係が養子になると保つことができなくなるため、成年者が縁組を躊躇するはずであることが挙げられる⁴⁸。

同研究によれば、台湾では、台湾人による未成年他児養子縁組が養子縁組全体の 20%を占め、養子縁組制度は現実的には「子のため」になされてきている。これは以前の慣習にも繋がっている。すなわち、伝統法上の「宗のため」の嗣子、養女、童養媳等の養子はいずれも主に未成年者を対象としていた。しかも、中国の伝統的な倫理観では、親は親らしく、子は子らしくなければならぬため、その倫理観はある程度、民法における養親子間の一定の年齢差、近親間縁組に関する「相応しい輩分」の要件、転縁組や重複縁組関係の禁止、等の規定に反映されているといえる⁴⁹。

2 離縁の実態

裁判所の統計データ⁵⁰によると、2018 年 1 月～10 月の間に、離縁は計 452 件ある。そのうち、未成年養子と養親の協議離縁は 58 件、死後離縁は 226 件、裁判離縁は 168 件である（成年養子と養親の協議離縁は裁判所の審査が必要でないため、データに入っていない）。

まず、注目すべきことは、死後離縁（226 件）が全体の離縁事件（452 件）の 5 割を占めているのである。その内訳として、養子が成年者の場合は 221 件、未成年の場合は 5 件である。前述したように、2007 年民法の改正では、養子が生活困難に陥るという死後離縁の事由を削除した。そこで、裁判所はどのような基準に基づいて死後離縁を審理するかが興味深い問題である。養子が未成年の場合に、未成年者の最善の利益を裁判所の判断基準にすべきであると主張する学説がある⁵¹一方、未成年養子による死後離縁の申立は、未成年養子に対して不利益がなければ、原則的には認められるべきであり、「最善の利益」や「（養家にとって）明らかに不公平」等を考慮しなくてよいという異論もある⁵²。いずれにせよ、死後離縁の申立人が未成年養子であることが少数であるため、むしろ成年養子の状況に注目すべきである。これについて、死後離縁が明らかに公平に反するときに、成年養子による死後離縁を認めるべきでなく、具体的には、成年養子縁組に関する民法 1079 条の 2 の基準を参照し、すなわち、死後離縁の動機が、養子の法的義務を逃れるためか、養親の直系血族に対して不利をもたらすか等によって判断されるべきだと提案する学説がある⁵³。もっとも、実際に裁判例を対象に死後離縁の基準を分析とする研究がなく、成年養子による死後離縁の数が多い理由については、将来の研究を期待するしかない。

次に、裁判離縁は 168 件のうち、未成年養子は 30 件（全裁判離縁の 17.9%）、成年養子は 137 件（全裁判離縁 81.5 の%）、不明は 1 件である。前の[3]の 3 で述べたように、家事事件法の立法者は、未成年養子を保護するため裁判離縁の事件を非訟手続に分類した。このことの当否について、理論の整合性の観点から検討する他、現実の手続の利用状況も無視できないであろう。利用者の大半が成年養子である現状では、裁判離縁事件は、原則的には訴訟類型（離婚と同

⁴⁸ 前掲・注 19)黄淨愉・372～373 頁。

⁴⁹ 前掲・注 19)黄淨愉・375 頁。

⁵⁰ 前掲・注 45)司法院。

⁵¹ 前掲・注 31)戴炎輝ほか・432～433 頁。

⁵² 鄧学仁「死後收養顯失公平之判断基準」月旦法学教室 189 期（2018 年）18 頁。

⁵³ 前掲・注 52) 鄧学仁・18 頁、

様な乙類事件)に分類し、未成年養子等の場合に非訟法理をも兼ねて採ると解した方が妥当のではないか⁵⁴。

第3章 嫡出推定制度について

1 親子関係の成立について

台湾の民法は、実親子関係を嫡出子と非嫡出子の二種類に分けている。民法 1061 条は、嫡出子を「婚姻関係より懐胎され生まれた子」として定義づけている。非嫡出子の定義に関する明文の規定はないが、学説は 1061 条の反対解釈として「婚姻関係より懐胎され生まれたのではない子」と説明している⁵⁵。嫡出子と非嫡出子は、子と父との親子関係の成立の方法は異なるが、一旦法律上の親子関係が認められた以上、法的効果には違いがないと一般的にいわれている⁵⁶。

父子関係は、嫡出か否かにより成立の方法が違うのに対して、母子関係は、民法に明文の規定がなく、分娩という事実によって認められるとされている。また、非嫡出子とその母との関係について、民法 1065 条 2 項が「嫡出子とみなされ、認知される必要がない」と規定しており、このこともまた法律上の母子関係は分娩によって成り立つとの現れである⁵⁷。嫡出子とその父との関係は、嫡出推定の規定（民法 1063 条 1 項）により成り立つ。この制度の詳細は以下の²で検討する。他方で、非嫡出子とその父との関係は、（任意認知や強制認知を含めた）認知により成立する（民法 1065 条 1 項）。

留意すべきことは、上に述べたように、台湾では、非嫡出子が（その父によって）認知されたら、その有する権利・義務は基本的には嫡出子と同様であるため、認知は父子関係の成立方法のみならず、嫡出性を付与する効果もある。このことは、民法 1065 条 1 項、すなわち「非嫡出子は、父の認知によって、嫡出子とみなされる」という文言からも窺われる。これと似たように、母子関係が分娩によって確定されることは、母子関係が成立するのみならず、その子が嫡出性をも取得することとなる（民法 1065 条 2 項）。たとえ母が実際に婚姻していなくとも、子は母の「嫡出子とみなされる」。少し奇妙な言葉であることは否めないが、このような定め方の目的は、嫡出子と非嫡出子との法的地位の差をできるだけ減らすためであり、しかも 1931 年から存在した規定であるから、当時の他の国々が非嫡出子に対して厳しい態度を取っていたのと比べて、中華民法は寛容的であると指摘されている⁵⁸。

⁵⁴ 裁判離縁の利用者数に言及したわけではないが、理論の考察から乙類事件にすべきであるという学説は、前述のもの他、姜世明「宣告終止收養事件」軍法専刊 60 巻 4 期（2014 年）50～51 頁。

⁵⁵ 前掲・注 31)戴炎輝ほか・329 頁、前掲・注 21)陳棋炎ほか・284 頁。

⁵⁶ 前掲・注 21)陳棋炎ほか・266・286 頁、林秀雄『親属法講義』（元照、2018 年）236 頁。しかし、この言い方は厳密ではない。認知された非嫡出子の氏の定め方において、また、父の死後に認知された非嫡出子の相続できる遺産の範囲においては、嫡出子とは異なる。

⁵⁷ 前掲・注 56)林秀雄・236 頁。

⁵⁸ 前掲・注 31)戴炎輝ほか・345～346 頁、前掲・注 21)陳棋炎ほか・286 頁。ただし、これは現代親子法が重視する「子の保護」のためではなく、むしろ、（父の）家族の血縁を継続するため、婚姻外の結合ないし婚外子に対して寛容な態度を採ったにすぎない。詳しくは、前掲・注 56)林秀雄・236 頁を参照されたい。

2 嫡出推定の概要

嫡出子とは、前述の通り「婚姻関係より懐胎され生まれた子」として定義されている（民法 1061 条）。そのため、嫡出子は以下の四つの要件を満たす必要がある。すなわち、①その父母に婚姻関係があること、②父の配偶者（妻）によって分娩された者であること、③その懐胎は婚姻関係中に生じたこと、④その血縁は母の配偶者（夫）と繋がること、である。①と②は客観的な事実であり、証明は難しくないのに対して、医学が発達していない時代に、③と④の証明は簡単ではない。したがって、台湾の民法は諸外国法に倣って、懐胎期間の推定（民法 1062 条）および夫の子である推定（嫡出推定、民法 1063 条）という二種類の推定規定を設けた。以下、詳しく述べる。

1 懐胎期間の推定

民法 1062 条は、「（1 項）子の出生日より遡り、第 181 日から第 302 日にわたる期間を懐胎期間とする。（2 項）懐胎が、第 181 日以内あるいは第 302 日以前に生じたと証明できれば、その期間を懐胎期間とする」と定めている。

妊婦の体質により懐胎期間の長さは異なり得るが、医学的統計によれば、懐胎から分娩まで、181 日より短いこと、または 302 日より長いことは稀である。台湾法はドイツ民法（1592 条 1 項）を参考としてこのような懐胎期間の規定を設けた。この規定は、次の 1063 条 1 項の嫡出推定と共に適用した結果、日本法 772 条 2 項のような定め方に言い換えれば、台湾では、婚姻の成立の日から 181 日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から 302 日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する、ということになる。

2 嫡出推定

妻が婚姻中に懐胎した子は、嫡出子と推定する（民法 1063 条 1 項）。民法 1062 条の規定と合わせてみれば、要するに、子の出生日より遡り、第 181 日から第 302 日にわたるこの 122 日の期間中、夫婦に法律上の婚姻関係があれば、その子は嫡出子と推定される。この規定は、母が婚姻中に懐胎した子の法律上の父を、母の夫と推定するという父子関係の推定であるだけでなく、同時に、その子を「嫡出子」とするという嫡出性の付与の規定にもなっている。この推定は、以下の⁴で検討する嫡出否認の訴えによってのみ覆すことができるが、嫡出否認の訴えの出訴権者と出訴期間には厳格な制限があるので、推定された嫡出子の地位は強く守られている。また、嫡出推定の前提としては、妻が懐胎して分娩した子でなければならないため、他人の子を引き取って自分の嫡出子として出生届けを提出すること（虚偽の嫡出子届）は、嫡出推定の効果を生じない⁵⁹。

⁵⁹ 最高法院 28（1939）年渝上字 1445 号判例、史尚寛『親属法論』（自費出版、1974 年）486 頁。補足するが、虚偽の嫡出子届は、台湾では養子縁組の効力を発生しないものの、1985 年以前の養子縁組の要式に関する旧 1079 条は、「養子縁組は書面によって行われるべきである。但し、子の幼い頃から自分の子として養育してきた場合は、その限りでない」と定めていた。そうすると、幼児（判例では 7 歳未満）を引き取って、自分の子とする意思に基づいて養育している行為があるならば、この条文によって、養子縁組の書面も、養子の実親の同意も不要であり、養子縁組関係は成立するとされていた。最高法院 103（2014）年度台上字第 528 号判決はこのような見解を採用している。つまり、1985 年以前には、「幼児」、「自らの子とする意思」と「養育行為」の要件が満たされれば、養子縁組関係が認められたが、このことは虚偽の嫡出子届（または身分占有等の法理）によってではなく、もっぱら旧法下の養子縁組の要件から導き出さ

3 再婚禁止期間の撤廃と父子関係の重複回避の手續

1 再婚禁止期間の規定

女性が再婚後に出産した子の父親が、前婚の夫か、後婚の夫かわからなくなることを避けるため、1931年民法は女性の再婚禁止期間に関する規定を設けていた。すなわち、「女子が婚姻関係解消後、6箇月を経過した後でなければ、再婚をすることができない。但し、6箇月以内にすでに分娩した場合は、この限りでない」と987条が定めていた。その他、父性推定の重複の可能性がない場合、例えば、離婚した夫と再婚する場合、3年以上生死不明で離婚判決を得た場合、前婚の夫が死亡宣告を受けた場合、前婚解消前に夫婦がすでに6箇月以上の別居を経た場合等でも、この再婚の制限は緩和される⁶⁰。これに違反する婚姻について、「前配偶者またはその直系血族は、裁判所にその取消しを請求することができる。但し、前婚姻関係解消後は6箇月を経過し、又は再婚後に懐胎したときは、その取消しを請求することができない」（民法994条）。

2 再婚禁止期間の削除

しかし、このように再婚を法律上禁止しても、事実上の再婚と懐胎を阻むことができない。その際に、父性推定が重複することになり、別途で親子関係の問題を解決しなければならない。台湾では1998年の婚姻法小改正の際に、民法987条と994条を削除した。削除理由としては、第一に、現在の医学水準ではDNA鑑定により血縁を鑑定することは困難でなく、父の血縁が定められないことは稀であること、第二に、再婚禁止期間に反する後婚は、仮に女性が懐胎したら取り消されず、つまり取り消された後婚は女性が懐胎していない場合に限られ、そのときは血縁不明のおそれがないにもかかわらず、後婚が取り消されるのは公平を失すること、第三に、離婚してすぐ再婚し懐胎した子が、重複の父性推定を受けてしまうが、父の確認の訴えによって問題が解決できること、が挙げられる⁶¹。また、この規定は女性にのみ適用されており、男女の平等に反するため、削除されたと説明する学説もある⁶²。

3 父の確認の訴え

再婚により父性推定が重複する場合に、台湾の民法には、ドイツ民法1593条のような後婚の夫の子と推認される規定が存在しないため、裁判所に対して子の父の確認の訴えを提起しないと、父は定まらない⁶³。ただし、戸籍実務では、母が子の出生届をする際に、後婚の夫を子の父として記載しようと申し立てたとき、これは民法に合致し受理すべきであると認めている⁶⁴。仮に前婚の夫または後婚の夫がこれについて争いがあれば、家事事件法65条により父の確認の訴えを提起することができる。この訴訟では、子、母、母の現在の配偶者（後婚の夫）または前婚の配偶者はいずれも適格の原告である（同条1項）。母の現在の配偶者が原告であれば、前婚

れていたとされる。また、前述したように、1985年民法の改正では、養子縁組の成立要件に新たに裁判所の「認可」を導入したため、勝手に他人の子を自分の子として養育していても、裁判所の認可がなければ、もはや養子縁組として承認される余地がない。

⁶⁰ 前掲・注31)戴炎輝ほか・100頁。

⁶¹ 立法院公報87卷31期(1998年)228頁。

⁶² 前掲・注31)戴炎輝ほか・101頁。

⁶³ 前掲・注31)戴炎輝ほか・101・334頁、前掲・注56)林秀雄・222～223頁。

⁶⁴ 法務部2015年3月3日法律字第10403501710号解釈。

の配偶者は被告となる。反対する場合も同様である。子または母が原告であれば、現在の配偶者と前婚の配偶者を共同して被告にしなければならない（同条 2 項）。

4 嫡出否認制度の変遷

嫡出推定が事実と反する場合は、嫡出否認制度によってこの推定を争うことができる。この訴訟の出訴権者と出訴期間には厳格な制限がある。理由としては、第三者の介入を防いで家庭の平和を守ること、嫡出父子関係を早期に安定させることが挙げられる。とはいえ、近年台湾法は、原告適格者と訴訟期間の拡大を認めつつある。

1 1931 年民法と民事訴訟法では夫と「相続権を害される者」のみ

1931 年民法は、嫡出の否認に関して、「前項の推定について、夫は、懐胎期間中、妻と同居しなかったと証明できる場合に、否認の訴えを提起することができる。但し、夫が子の出生を知った時から 1 年以内に提起しなければならない」と定めている（1063 条 2 項）。すなわち、夫のみが、血縁関係のない子との親子関係を解消させるか、あるいはそれにもかかわらず保護者として養育するかを決めることができ、嫡出否認の行使が委ねられている。これは立法当時の他国の規律と同様な内容である。また、判例は、夫が出訴期間に嫡出否認の訴えを提起しなかった、あるいは提起したが勝訴判決を得なかった場合に、その子が法律上その夫の嫡出子であることについては、何人も反対の主張を出してはいけない、としている⁶⁵。であるからして、「妻と姦通した男性（つまり子の血縁上の父）は、その子を認知することができない」と 1986 年の判例は補足する⁶⁶。さらに、たとえ客観的な事実、例えば夫の出征から、子が夫の子でないことが明白な場合でも、判例は嫡出推定の適用を肯定している⁶⁷。つまり、台湾では、日本の「推定の及ばない子」の判例理論が形成されておらず、嫡出推定や嫡出否認の要件と効果については条文の文言が忠実に適用されている。

その他、留意すべきことは、民法と同じ年に制定された民事訴訟法は、特殊な否認権者を認めていることである。すなわち、嫡出否認の訴えにおいて、夫が法定訴訟期間内に死亡した場合に、相続権を害される者は、否認の訴えを提起することができる（民事訴訟法 549 条 1 項）。この訴えは夫の死亡の時から 6 箇月以内に提起しなければならない（同条 2 項）。このような定めは、スイス、フランス等の民法に存在しないものである⁶⁸。立法理由としては、夫が否認の訴えを提起していないうち死亡したとき、その真意は子を嫡出子として認めたわけではないから、そこで、真実の血縁関係および財産権の保護（すなわち相続人の権利の保護）を図るため、このような否認権者を認めるゆえである。夫がすでに死亡したため、家庭の平和や婚姻関係安定のニーズが存在しなくなったことにより、財産権の保護を強調して相続権が侵害された者に否認権を与えることは妥当であるとした学説がある⁶⁹。これに対して、相続の利益によって子の嫡出性を

⁶⁵ 最高法院 23（1934）年上字第 3473 号判例。

⁶⁶ 最高法院 75（1986）年台上字第 2071 号判例。

⁶⁷ 司法院院字第 2773 号解释。

⁶⁸ ドイツについて、1961 年民法 1959a 条は、夫の両親に否認権を認めたが、1998 年改正時に削除された。

詳しい考察と比較は、呉從周「再訪否認子女之訴：以親生父提訴權之探討為中心」台湾本土法学 96 期（2007 年）87～88 頁。ちなみに、台湾のこの規定は、日本の人事訴訟法 41 条に類似している。

⁶⁹ 前掲・注 56）林秀雄・226 頁。

否定した結果、子が推定の父に対する相続権を失ってしまうと同時に、血縁上の父からの保護を得られる保証がないため、この制度は子の利益に反して不当であり、しかも手続法が実体法上の否認権者を作り出すことも体裁が悪いと批判する説もある⁷⁰。

また、「相続権を害される」とは、例えば当該嫡出推定された子が、推定された父の遺産を相続するため、自らの相続分が減少する者のこと（例えば子と同順位の共同相続人）、あるいは相続人になることができなくなる者のこと（例えば第二順位以降の推定法定相続人）などを指す。このような者は、生前に嫡出否認の訴えを提起できなかった夫のために、代わりに訴訟を提起するのであるから、夫の訴訟権が存在することを要する⁷¹。なお、民事訴訟法のこの規定は、2012年に施行された家事事件法の64条に受け継がれており、現在でも有効なものであるが、家事事件法は、2015年12月30日の改正で、出訴期間を「夫の死亡時から6箇月以内」から「1年以内」に延長した（同法64条2項）。

2 1985年法改正で妻へ否認権を付与

夫のみに否認権を認める制度の下では、仮に夫があえて否認の訴えを提起しないとすると、子は本当の血縁上の父とは親子関係が成立できず、子の利益にならないことが問題であったこと、また男女の平等に配慮した結果として、1985年の法改正では、妻にも否認権が与えられた⁷²。また否認の要件としては、「妻が夫より懐胎したのではないと証明できる場合」に変更され、血縁と法律上の親子関係の一致を求めるという嫡出否認の制度目的に、より適うと考えられる⁷³。

改正法に賛成する学説は、妻が自らの不倫を暴露し名誉を損なうのを恐れず、否認の訴えを提起することは、子の利益を守るための崇高な精神であるから、支持すべきであるとする⁷⁴。他方で、妻の理性を謳った改正法に疑問を持つ論者もいる。例えば、仮に夫が子の血縁を知りながらも自らの子として育てるつもりがあり、また子の血縁上の父が認知するつもりがないとき、妻は確かに否認の訴えを提起できるものの、このことは果たして子の利益に適うかが疑わしい。とりわけ、子の否認権を認めた現行法（1985年にはまだ子の否認権を認めていない）の下では、妻に否認権を与えることは説得力がない。妻に否認権を認めた理由は、男女の平等と子の利益の保護であるといわれるが、それは建前であり、本当は血縁を重視する封建的な考えに由来していた。したがって、裁判所は個々の事案において妻の否認権の行使が子の利益のためであるかを斟酌し、そうでない場合は権利濫用として棄却すべきである、と主張される⁷⁵。

付言すると、1985年の改正法では、子に否認権を与えることがなかった。その理由は、子が母の不倫行為を公にすることは、倫理に反し、家庭の平和を壊してしまい、しかもその結果が子自身の利益に適うとは限らないからであった⁷⁶。子の独立した否認権は、2007年改正を待た

⁷⁰ 戴瑀如「血縁、家庭与子女利益：從德国立法之沿革探討我国民法上的婚生否認之訴」東吳法律學報 20 卷 2 期（2008 年）59～60 頁、簡賢坤「民法親屬編修正後婚生否認制度之探討」月旦法學雜誌 161 期（2008 年）57～58 頁。

⁷¹ 前掲・注 70)戴瑀如・46 頁

⁷² 法務部編『民法研究修正実録（一）身分法部分』（法務部、1984 年）552・555 頁。

⁷³ 前掲・注 70)戴瑀如・46 頁。

⁷⁴ 前掲・注 70)戴瑀如・46 頁。

⁷⁵ 前掲・注 56)林秀雄・226 頁。

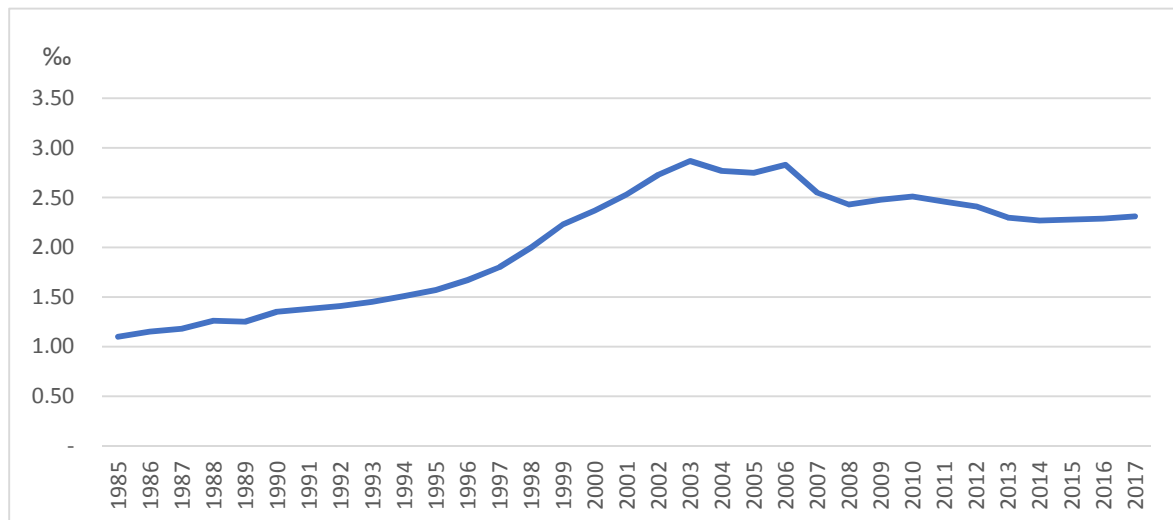
⁷⁶ 戴東雄「否認子女之訴」万国法律 120 期（2001 年）80 頁、李木貴「否認子女之訴与確認親子關係不存在之訴：最高法院九十二年度台上字第一六四三號判決解釋論之批判」月旦法學雜誌 110 期（2004 年）193 頁。

なければならなかった。

3 2004 年の憲法裁判

1985 年法改正以降、台湾は戒厳令の解除や民主化等、激しい変化を経てきた。婚姻や家庭の連帯も揺らいでいる。例えば、1985 年の離婚率（人口千対）は 1.10‰であったが、徐々に成長して、2003 年はピークの 2.87‰を迎えた⁷⁷（以下の図 2 を参照）。

図 2 台湾の離婚率（人口千対）の変遷



離婚の多発に伴い、親子関係の争いも増え続ける。問題は、1985 年民法における嫡出否認の要件が「夫または妻が、子の出生を知った時から 1 年以内に訴えを提起しなければならない」とされていることで、この要件が厳しすぎると批判されていた。つまり、子の血縁が推定の父と繋がっていないことに気づき、否認したいが、すでに出訴期間が過ぎていることがしばしば見られた。台湾の裁判所は、（当時の）1063 条 2 項における「子の出生を知った時」という文言を、文字通りに解釈しており、日本のようにそれを「否定すべき子の出生を知った時」つまり自分の子でないことが判明した時という柔軟な解釈⁷⁸を採ったわけではないからである。当事者が問題を解決するため、代わりに子あるいは子の血縁上の父が親子関係不存在の確認の訴えを提起することが、特に 2000 年前後に多発した。

まず、子が提起した親子関係不存在の確認の訴えについて、最高法院は、最初は認めなかった。すなわち、当時の民法によれば子が嫡出否認の出訴権者ではなく、仮に（子と推定された父との）親子関係不存在の確認の訴えを認めたら、それは嫡出推定を覆す権利を実質的に子に与えたことと変わらないからである（最高法院 90（2001）年度台上字第 760 号判決）。しかし、2

⁷⁷ 資料は、内政部戸政司全球資訊網の人口統計資料（<https://www.ris.gov.tw/app/portal/346>）の「07 離婚対数及粗離婚率(按登記)」の表による。2010 年以降、離婚率は少し下がり、最近 5 年は 2.5‰前後に横ばい状態が続いている。ちなみに、2016 年日本の離婚率は 1.73‰である。詳しくは、厚生労働省政策統括官（統計・情報政策担当）編『平成 30 年 我が国の人口動態——平成 28 年までの動向』（厚生労働省政策統括官、2018 年）47 頁（<https://www.mhlw.go.jp/toukei/list/dl/81-1a2.pdf>）。

⁷⁸ 例えば、奈良家審判 53・5・19 家月 30 巻 11 号 62 頁。二宮周平『家族法』4 版（新世社、2013 年）160 頁を参照されたい。

年後、妻が夫と離婚して子の血縁上の父と再婚した事案⁷⁹において、子が DNA 鑑定の結果を用いて当時の新民事訴訟法 247 条に基づいて提起した親子関係不存在の確認の訴えでは、原審は以前の主流的な見解に従い子の請求を棄却したが、最高法院 92（2003）年度台上字第 1643 号判決は、子が確認の訴えを提起することを肯定し、原判決を取り消して差し戻した⁸⁰。

次に、子の血縁上の父もまた、子と推定された父との親子関係不存在の確認の訴え、あるいは子と自らとの親子関係存在の確認の訴えを提起し、裁判所の立場を問う。しかしながら、最高法院は子による訴訟に対する態度と異なり、血縁上の父の請求に対しては、一貫して拒み続けていた⁸¹。

そして 2004 年に、前記の最高法院 90（2001）年度台上字第 760 号判決（子が原告）と同院 92（2003）年度台上字第 2610 号決定（血縁上の父が原告）で敗訴した原告らは、民法 1063 条 2 項の嫡出否認の規定が、憲法に違反しているとして、司法院大法官會議に憲法解釈を求めた。大法官會議は、釈字 587 号で以下のことを述べ、民法の規定を違憲として判断した。すなわち、子がその血縁の出自を知り、真実の父子関係を確定することは、子の人格権に関わり、憲法の保障に値する。民法 1063 条は、「（1 項）妻が婚姻中に懐胎した子は、嫡出子と推定する。（2 項）前項の推定について、夫または妻は、妻が夫より懐胎したのではないと証明できる場合に、否認の訴えを提起することができる。但し、子の出生を知った時から 1 年以内に提起しなければならない」と定めており、それは身分の安定と子の利益を図るものである。しかし、出訴権者は夫婦の一方に限られ、子が含まれていない。また、仮に子が単独で訴えを提起することができたら、現行法の出訴期間と起算点は必ずしも子に配慮した合理的な規定ではない。このように、子の訴訟権は民法によって不当に制限され、その人格権を維持するに足りないため、この範囲において民法の規定は、憲法が人格権と訴訟権を保障する趣旨に適わない。また、民法は、他人の嫡出子に対して否認の訴えを提起する権利を血縁上の父に与えていない。これは、訴訟によって他人の婚姻関係、家庭の平和ないし子が家で養育を受ける権利を損なうことを防ぐためのものであり、憲法に抵触するものではない。将来は法改正によってこの種類の訴訟を認めることが可能であるが、それは立法が決めるべき事項である、と述べられた。

4 2007 年法改正で子へ否認権を付与

釈字 587 号に対応するため、2007 年に 1063 条が改正され、子の出訴権が認められるようになった。すなわち、1063 条 2 項は、「前項の推定について、夫若しくは妻の一方または子は、妻が夫より懐胎したのではないと証明できる場合に、否認の訴えを提起することができる」としている。また、嫡出否定の出訴期間について、以前の起算点は「子の出生を知った時」であったが、現在は「嫡出でないことを知った時」、つまり日本法の解釈と類似するように改正した。す

⁷⁹ 本件は離婚と再婚の事案であるが、子は重複の嫡出推定を受けておらず、前夫の子と推定されるにすぎない。

⁸⁰ この事件は、合計 2 回の差戻しを経て、最終的に台湾高等法院 94 年度家上更(二)字 11 号判決は子の請求（親子関係不存在の確認）を認めた。

⁸¹ 最高法院 90（2001）年度台上字第 65 号決定、同院 90（2001）年度台上字第 2252 号決定、同院 92（2003）年度台上字第 2610 号決定、同院 92（2003）年度台上字第 1083 号決定等。なお、2000 年前後から 2007 年法改正まで、嫡出否認の訴えおよび親子関係不存在の確認の訴えに関する最高法院の見解の変遷については、陳安信・王沛元「婚生否認之訴与確認親子關係存否之訴：最高法院 104 年度台上字第 138 号判決評釈」軍法專刊 63 卷 1 期（2017 年）126～131 頁。

なわち、1063 条 3 項は「前項の嫡出否認の訴えについて、夫若しくは妻の一方が、子が嫡出でないことを知った時から、または子が自ら嫡出でないことを知った時からから 2 年以内に提起しなければならない。但し、子が未成年の時に知った場合に、成年になってから 2 年以内に提起すればよい」と定めている。

7 歳以上の未成年者は、家事事件法 14 条 2 項によれば、嫡出否認を含む自らの身分または自由に関する事件では、手続能力を有するが、未成年の子がたとえ嫡出でないことを知ったとしても、能力または知識の制限のため、訴えを提出する困難があるかもしれない。このことに配慮して出訴期間は成年の時から 2 年間と延長した。

最高法院は、法改正の前に、子を救済するため一時期に親子関係不存在の確認の訴えを認めたが、2007 年法改正後、嫡出推定に関する争いはすべて嫡出否認の訴えによって解決すべきであり、それを回避して親子関係不存在の確認を主張してはならないという安定した見解に戻った⁸²。

第 4 章 最近の議論——同性カップルの法的保障と親子法

2007 年に養子縁組と嫡出否認制度に対する法改正後、民法の親子法の規定をさらに大幅に改正するという論調は見られない。もっとも、判例を観察すれば、解釈論上の問題がないわけではない。例えば、母の前夫の嫡出子と推定された子は、生後まもなく血縁上の父によって認知され⁸³、36 年間にわたり血縁上の父と同居してきたが、その血縁上の父が死亡したとき、他の共同相続人（子の兄弟姉妹）によって認知の無効が主張された⁸⁴件で、最高法院は、「他人の嫡出子と推定された子を認知することは無効である」という論理を堅持し、認知を有効と認めて子を救済しようとした事実審の判断を 3 回にわたって破棄し差し戻した⁸⁵。この身分の安定性を甚だしく害する見解に対して、学説は、最初の無効の認知はその後の嫡出否認の訴えの遡及効によって追認されるという「無効行為の追認」理論が必要であることを主張する⁸⁶。その他、死後に認知

⁸² 例えば、最高法院 96（2007）年度台上字第 2278 号判決、同院 100（2011）年度台上字第 994 号判決、同院 104（2015）年度台上字第 138 号判決。詳しい考察は、前掲・注 81)陳安信ほか・130～131 頁。

⁸³ 血縁上の父は認知届を出して、それが受理された。しかし、子は嫡出推定を受けたため、血縁上の父による認知は無効であり、この認知届も誤っていたものだとして裁判所に認定された。認知届が受け付けられたのは、おそらく当時に婚姻は儀式婚主義であって、子の母とその前夫の結婚が戸籍に記載されていなかったからであろう。

⁸⁴ この件では、血縁上の父が死亡した後、推定された父は嫡出否認（本当は親子関係不存在の確認）の訴えを提起し勝訴した。したがって、子と推定された父との間の父子関係は、遡って消滅するが、そのときに血縁上の父がすでに死亡したため、もはや任意認知することができない。仮に子が死後認知の訴えを提起して勝訴としても、最高法院は、民法 1069 条に基づいて、父の死後に認知された子の相続権を制限的に解している。そのため、子は他の兄弟姉妹と同様に父の遺産を相続できるわけではない。

⁸⁵ 最高法院 97（2008）年度台上字第 1613 号判決、98（2009）年度台上字第 704 号判決、99（2010）年度台上字第 367 号判決である。なお、本件は最終的には二審が妥協して子を敗訴させ、それが最高法院 100（2011）年度台上字第 370 号判決で確定した。

⁸⁶ 林秀雄「認領子女之訴之性質：評最高法院九十八年台上字第九四号民事判決」月旦裁判時報 4 期（2010）64～65 頁。

された子の相続権⁸⁷、無効の認知が養子縁組に転換することが可能か⁸⁸等の問題をめぐる判例は、さらに検討する必要がある⁸⁹。

立法論的に取り上げられた問題としては、親子法内部のものではなく、同性カップルの法的保障に関連するものが挙げられる。すなわち、2017年5月24日の司法院大法官會議第748号は、同性カップルに結婚を認めない民法の婚姻に関する規定は、婚姻の自由および平等権の保障に反し違憲であると判断した⁹⁰。その効果として、関連機関は憲法解釈が公布されてから2年以内に、この解釈の趣旨にしたがい関連法令の改正または制定をしなければならない。もっとも、婚姻自由に対する平等的な保護を実現する法律の形式は、立法者の裁量による。2年以内に法令の改正または制定が完成されなければ、同性別の二人は、その結合について、上記民法の婚姻に関する規定に基づき、二人以上の証人が署名した書面を用いて結婚届を出すことができる、とされている。

憲法解釈の前に、同性婚を認めるべきか、どのように（民法を改正するか、特別法を制定するか）認めるか、親子関係に関しては異性カップルと同様に扱うべきか等の問題を巡って様々な議論が存在した。例えば、筆者が2016年に関与した同性パートナーシップ法の調査研究では、4人の家族法研究者に対するインタビューが行われた。そのうち、1人は民法の婚姻の規定を直接に改正することに賛成するが、1人は民法の婚姻章とは別に、もう一つの同性カップル用の章を民法に加えるべきであると主張し、また残りの2人は特別法の制定を支持する⁹¹とした。次に、親子法に関して、4人のうちの1人は、現行の嫡出推定の規定は、同性カップルに適用すべきでないと述べた⁹²。さらに、同性カップルが養子縁組を利用することができるかについて、4人のうちの1人は、ドイツ法のように、当事者の一方の実子と他方が縁組するという連れ子養子縁組を認めるものの、共同縁組を認めないという意見を表した。もう1人は、子の最善の利益から、同性カップルに養子縁組をする権利を軽率に認めるべきでないと表明した。3人目は、養子縁組を認めるかについて明確な見解を示していなかったが、認める前に、さしあたり、カップルの一方が他方の未成年の実子と同居している場合には、ドイツ法のような小配慮権（*das kleine Sorgerecht*）を他方に認めた方が合理的であると話した。残りの1人は養子に関しては全く言及しなかった⁹³。この4人のインタビューをまとめてみると、同性カップル間の関係について、その保障の方法が民法改正または特別法によるかに関わる議論があるものの、効果的には婚姻と同様か類似にすべきとするのは、主流的な意見といえる。これに対して、同性カップルの親

⁸⁷ 最高法院 100（2011）年度台上字第 452 号判決と同院 103（2014）年度台上字第 618 号判決は、相続権を制限する見解を採用している。

⁸⁸ 最高法院 102（2013）年度台上字第 2301 号判決と同院 103（2014）年度台上字第 51 号判決は、転換を認めたが、日本の最高裁昭和 54 年 11 月 2 日判決判例時報 955 号 56 頁と異なり、台湾のこの事案は、無効行為の転換論が養子の利益を保護するため用いられたわけではなく、むしろ逆に、転換が認められた結果、養子縁組関係が有効に成立し、（養父より遥かに裕福である）実父との関係を停止させ、実父の遺産に対する相続権が否定された。

⁸⁹ 最近の台湾の親子法に関する判例の状況と問題点は、黃詩淳「身分法発展回顧：2010-2014 年之實務發展分析」台大法律論叢 44 卷特刊（2015 年）1610～1619 頁を参照。

⁹⁰ 日本語に関する解説は、鈴木賢「アジアで一番乗り、台湾で同性婚実現へ：台湾司法院大法官第 748 号解釈を読み解く」法律時報 89 卷 9 号（2017 年）4～6 頁。

⁹¹ 林昀嫻ほか「同性伴侶法制実施之社會影響与立法建議成果報告書」85～86 頁（法務部の法務研究計画と成果のページからダウンロードできる <https://www.moj.gov.tw/cp-60-64618-1dfb8-001.html>）。

⁹² 前掲・注 91）林昀嫻ほか・95 頁。

⁹³ 前掲・注 91）林昀嫻ほか・93～94 頁。

子関係に関する規律は、研究者の中でも非常に分岐した意見が見られ、共通した方向性がまだないと言えるだろう。

憲法解釈のおよそ一年半後、この同性婚合法の動きに反対する団体が、2018年11月の統一地方選挙で3つの国民投票案を提出し、結局、同性婚合法反対への意見が賛成多数となった。この国民投票の結果によって、同性カップルの結合を保障する方法は、民法の改正ではなく、特別法を制定する可能性が増えた⁹⁴。いずれにせよ、釈字748号解釈が設定した2年間の期限までは半年間しか残っていない。この限られた時間に、同性カップルの2人間の権利義務を規律する民法の条文改正ないし特別法の制定が完成されることはまだ可能であるが、親子法までコンセンサスをまとめることは不可能に近い。たとえ法改正または立法が実現されても、親子法に関する内容は、上述した家族法研究者たちが示したものか、あるいはさらに制限的な立場になりそうである。

以 上

⁹⁴ 松岡宗嗣「台湾の同性婚をめぐる国民投票、反対派が多数に。これまでの経緯と今後の影響を解説」(2018年11月27日 https://www.huffingtonpost.jp/soushi-matsuoka/gay-marriage-taiwan_a_23601176/) は、鈴木賢教授の見解をこのようにまとめた。