

法例における“セーフ・ガード”条項について

— 国際養子縁組の成立要件 —

一 法例二〇条一項は「養子縁組ハ縁組ノ当時ノ養親ノ本国法ニ依ル若シ養子ノ本国法ガ養子縁組ノ成立ニ付キ養子若クハ第三者ノ承諾若クハ同意又ハ公ノ機関ノ許可其他ノ処分アルコトヲ要件トスルトキハ其要件ヲモ備フルコトヲ要ス」と規定する。これによれば、養親の本国法に加えて、養子の本国法を一部重複的に適用すること⁽¹⁾になっている。

法例二〇条一項の規定は（従前の一九条一項の規定が採用していた）養親の本国法と養子のそれとを配分的に適用する連結方法を、縁組の成立については、放棄した。その理由は「一方的要件と双方的要件への振り分けの困難」および「実質法自体が契約型と決定型に分かれていることから生じる準拠法適用の複雑化」を回避すること、

植 松 真 生

ならびに養子縁組の成立を容易にすることであると考えられる。⁽²⁾これに対して、後段の規定は部分的にであるといえ、子の本国法を累積的に適用する。このいわゆるセーフ・ガード条項は一見すると前段の規定の目的と矛盾する目的を追求するところがあるように見える。

後段の規定の事項的な適用範囲について、論者の見解は分かれる。⁽³⁾その原因は後段の規定の目的の理解について意見の一致がないことによるものと思われる。養子縁組成立の難易は当該規定の事項的な適用範囲のいかんにかかっている。実務はその適用範囲に入る事項をかなり広く認めているようである。⁽⁴⁾⁽⁵⁾

それでは、養子縁組の成立を困難にしても追求すべき目的は何か、その目的から導かれる後段の規定の適用

範囲は何か。本稿はドイツ国際私法を参考としながら法例二〇条一項後段の規定の目的を明確化し、これによって事項的適用範囲を具体的に明らかにしようとするものである。

ドイツ民法施行法は、法例二〇条一項前段の規定と後段の規定の關係に近似した条文構造の下で約百年間にわたって、渉外的養子縁組を規律してきている。養子縁組に関するドイツ民法施行法の規定の展開は、法例二〇条一項後段の規定の趣旨・目的を考察するにあたって、参考になるものと思われる。

まずわが国の学説を目的および適用範囲(二)について概観した上で、ドイツの議論(三)を紹介したい。

二 法例二〇条一項後段の規定の目的および事項的適用範囲につき、わが国の学説は必ずしも理解を一にしない。⁽⁶⁾⁽⁷⁾ 諸学説は、何を目的であるとし(イ)、事項的な適用範囲をどのように画定しているのであろうか(ロ)。イ 目的の理解については次の三つをあげることができる。すなわち、①子の保護②養子の側的人的利益保護③関係人の利害調整である。

①説によると、法例二〇条一項後段の規定は一般に子

の保護を目的としているという。⁽⁸⁾ すなわち、養子縁組の成立について準拠法が養親の本国法に一本化された結果として起こり得る、子の保護にとって不都合な事態の回避がその目的であるとされる。⁽⁹⁾

②説は「養子やその実親などの養子の側が、その本国法の下で当然に期待できる諸権利がまったく無視される結果を避けること」すなわち、養子の側的人的利益保護がその目的であるとする。⁽¹⁰⁾

③さらに、成年者養子縁組の場合には、「関係者の利害調整機能が主たる目的」であるといわれることもある。⁽¹¹⁾ この目的をすべての養子縁組について認めるべきことを示唆する見解もある。⁽¹²⁾

□ 養子本人ならびに実父母および法定代理人といった養子側の関係者の承諾または同意が後段の規定の事項的な適用範囲に入ることに異論はない。また、後段の規定する公的機関の関与は養親子関係の創設・形成の作用にかかわる部分に関しないとする点についても争いはないようである。⁽¹³⁾ しかし、次の三点などについては争いがあるようにみられる。⁽¹⁴⁾ (i)養子の配偶者が「第三者」にあたるか否か、(ii)親族会がこれにあたるか否か、(iii)養親側の

関係者が「第三者」の範囲に入るか否か、である。⁽¹⁵⁾

①子の保護を後段の規定の目的であるとする見解においては、その適用範囲をどのように画定するのか、さらに詳細に検討する必要がある。子の本国法の「養子若くは第三者の承諾若くは同意又は公的機関の許可その他の処分」が子の保護を目的としているか否かに応じて、その適用範囲を決することになるのであろうか。⁽¹⁶⁾（養親子関係の創設・形成作用にかかわる）いわゆる養子決定については、「我が国の家庭裁判所の許可と共通する実質的成立要件の部分」が「公的機関の処分」にあたるとする見解が主張されている。⁽¹⁷⁾

②養子の側の人的利益の保護が後段の規定の目的であると捉える見解によると、この目的から「自明のように、参照されるべきは養子の本国法の中でも、養子の側的人的な利益保護を目的とする規定に限られる」とされる。⁽¹⁸⁾

例えば、親族会の同意は、その保護目的が（人的な利益保護ではなく）家または親族共同体についてのものであるときは、考慮の対象外におかれる。⁽¹⁹⁾ いわゆる養子決定に関しては、「縁組の必要性・相当性の実質審査の部分」が「公的機関の処分」にあたると思われる。⁽²⁰⁾ こう

いった公的機関の関与はすべて養子の側の人的利益を保護するものと考えられるからと推測される。⁽²¹⁾

③関係人の利害調整を後段の規定の目的とする見解はその適用範囲を次のように捉えているようにみえる。すなわち、養子の本国法がどのような目的で要件を規定しているかと関係なく、「その法文上、本人・第三者等の同意・承諾となっている」か否かが適用範囲画定の基準となる。⁽²²⁾ 例えば、養子の配偶者も第三者にあたりとされる。さらに、その保護目的と関係なく、親族会の同意も適用範囲に入るとされる。⁽²³⁾ 養親の嫡出子を「第三者」の範囲に入れる見解は関係者の利害調整が後段の規定の主目的であることを前提としているようにみえる。⁽²⁴⁾

「公的機関の許可その他の処分」については、関係人の利害調整と関連するものだけが後段の規定の適用範囲に入ると考えられている。「国家が後見の見地から養子縁組を認めることの相当性を判断」するものは法例二〇条一項後段の規定の適用範囲には入らないと考えられている。例えば、成年者養子縁組の場合には、「国家が後見の見地から養子縁組を認めることの相当性を判断する必要」がないので、いわゆる養子決定は「公的機関の許可

その他の処分」にあたらないとされている。⁽²⁵⁾

三 ところで、ドイツ法における論議の詳細であるが、まず、ドイツ民法施行法二三条の規定および(その前身であるといわれる)旧ドイツ民法施行法二二条二項の規定を概観し(1)、次にそれぞれの規定の目的および事項的な適用範囲について交わされていた議論、現在交わされている議論を紹介しておこう(2イロ、3イロ⁽²⁶⁾)。

とくに旧ドイツ民法施行法二三条二項の規定に際しては、ドイツ養子法の関連規定に立ち入りたい。次の二点を考慮すると、旧同項の規定はドイツ民法の養子縁組に関する規定の影響を受けていると考えられるからである。すなわち、一九七六年の養子実質法の改正にともなって旧ドイツ民法施行法二三条二項に二文の規定が付け加えられた点、そして、少なくともドイツ人の子が養子となる場合には、基本となる養子縁組の準拠法に加えて、ドイツ養子実質法の同意に関する要件が累積的に適用されてきた点である。

1 現行ドイツ民法施行法は一九八六年に改正されたものである。養子縁組の準拠法について、その二三条は次のように規定する。

「養子縁組は、養親が縁組の時点で属する国の法による。夫婦の一方または双方による養子縁組は、一四条一項により婚姻の一般的効力について適用される法による。」

この規定に続く二三条は次のように規定している。

「血統宣言、氏の付与、準正または養子縁組への子または子が家族法的な関係(Familienrechtlich-Verhältnis)にある者の同意の必要性(die Erforderlichkeit und die Erteilung der Zustimmung)は、付加的に、子が属する国の法に服する。子の福祉のために必要な場合には、当該法の代わりに、ドイツ法が適用される。」

つまり、養子縁組の成立については、二三条の規定が基本となる準拠法を選定する。さらに、子または子が家族法的な関係にある者の同意については、二三条の規定により、原則として子の本国法が累積的に適用される⁽²⁷⁾。

二三条の規定は改正前の旧ドイツ民法施行法二二条二項の規定を双方化し、適用範囲を拡大したものであるといわれている⁽²⁸⁾。旧ドイツ民法施行法二三条は次のように規定していた。

「非嫡出子の準正ならびに養子縁組は、父が準正の當時または養親が養子縁組の当時ドイツ国籍を有するときには、ドイツ法による。」

父または養親が外国に属し、子がドイツ国籍を有する場合には、準正または養子縁組は、子または子が家族法的な関係にある第三者によるドイツ法上必要な同意がなされていない場合には無効とする。子の縁組への同意には、後見裁判所の同意を必要とする。」

旧ドイツ民法施行法二二条の規定は、ドイツ民法施行法が成立した一八九六年（その施行は一九〇〇年）から一九八六年の改正まで、内容的にはほとんど変わっていない。一九七六年のドイツ養子実質法の改正にともなって、二二条二項に二文の規定が付け加わったのが唯一の変更点である。⁽²⁹⁾

2 イ 旧ドイツ民法施行法二二条二項（一文）の規定が少なくともドイツ法の規定する同意要件の遵守を要求していたことに争いはなかった。この規定は一般にドイツ人の子の保護のためであるといわれている。しかし、その同意要件自体は必ずしも子の保護だけを目的としているわけではないと思われる。なぜならば、実親の同意

権は当初の旧ドイツ民法によれば、原則として絶対的なものと考えられていたようであり、さらに、新しい民法によっても、子の保護目的が親の同意要件の遵守に常に優先するというわけではないからである。⁽³¹⁾ 実親は（旧ドイツ民法施行法二二条二項の規定する）子が家族法的な関係にある者には該当しないとする見解は見あたらない。それゆえ、具体的には子だけでなく実親の利益をも保護することがこの規定の目的であったと考えられる。とくに、次の見解はこのことを示しているように思われる。すなわち、旧ドイツ民法施行法二二条二項の規定を双方化する根拠として、子の保護の理念だけではなく、（実親の知らない法によって子から引き離されるべきでないという）実親の利益をも援用する見解である。⁽³²⁾

さて、旧ドイツ民法施行法二二条二項は一九七六年まで、外国人とドイツ人の子との養子縁組には、明文上は「子または子が家族法的な関係にある第三者によるドイツ法上必要な同意」の要件だけを規定していた。この規定の立法当初の目的は必ずしも明らかでない。⁽³³⁾ しかし、この規定が双方化されるか否かという問題をめぐって、学説はその目的に言及していた。この問題を否定する見

解は次の点を理由として援用した。すなわち、旧ドイツ民法施行法二二条二項の規定はドイツ人の子の保護のみに関連し、そのため双方化を許さない公序規範としての性質を有するという点である。⁽³⁴⁾ 双方化を肯定する見解は次のような根拠を援用することがあった。⁽³⁵⁾⁽³⁶⁾ すなわち、ドイツ人の子の本国法の考慮はその子の保護のために不可欠であり、正義のために、この考慮は外国人の子にも拡張されなければならないというところである。⁽³⁷⁾

こういった議論は次のことを前提としていたようである。すなわち、この規定は、ドイツ養子法がドイツ人の養子に与えていた保護を擁護することを目的としていたということである。そうだとすれば、その当時のドイツ養子法の同意要件が養子にどのような保護を与えていたのが、旧ドイツ民法施行法二二条二項の目的の理解にとって重要であると考えられる。

ドイツの養子法は一九七六年に全面的に改正された。そこで、それ以前と(①)と以降(②)に分けて、その同意要件を概観したい。

①旧ドイツ民法において養子縁組の成立について予定されていた同意およびその要件としては、次のものが挙

げられる。すなわち、養子および養親の配偶者の同意(旧ドイツ民法一七六条)、二一歳未満の嫡出子の両親の同意・非嫡出子の母の同意(旧ドイツ民法一七四条)、縁組契約締結に向けての養子本人による意思表示(旧ドイツ民法一七五〇条一文)、養子が一四歳未満である場合の縁組契約締結に向けての法定代理人による意思表示およびその意思表示についての後見裁判所の許可(旧ドイツ民法一七五〇条二文)、そして縁組契約締結に向けての制限行為能力者たる養子による意思表示への法定代理人の「同意」およびその同意についての裁判所の許可(旧ドイツ民法一七五一条二項)である。

一九七六年のドイツ養子法の改正まで、ドイツ民法の規定する養子縁組はいわゆる契約型のそれであった。⁽³⁸⁾ 縁組契約締結に向けての養子本人による意思表示、養子が一四歳未満である場合の縁組契約締結に向けての法定代理人による意思表示およびその意思表示についての後見裁判所の許可、そして縁組契約締結に向けての制限行為能力者たる養子による意思表示への法定代理人の「同意」およびその「同意」についての裁判所の許可という要件は一般に子の保護を目的としていると考えられる。

後見裁判所の許可に際しては、子の利益が基準とされなければならぬと考えられていたようである。⁽³⁹⁾⁽⁴⁰⁾

これに対して、少なくとも直接的には子の保護を目的としない同意要件も存在した。

養子が二一歳未満の場合に、嫡出子の両親または非嫡出子の母が縁組に同意しなければならなかった。それは次の理由からであるといわれていた。⁽⁴¹⁾すなわち、養子縁組は子を他の家族に移す。このことによって、両親は子との人的関係において最も深く影響を受けるといふ理由である。

旧ドイツ民法は実親の同意を代替することについて当初何ら規定をおいていなかった。そのため、学説上、次のような見解もあった。すなわち、両親または母が縁組に同意することを拒絶しており、この拒絶には正当な理由がなく、縁組を成立させないことが子に著しい害を与える場合でも、後見裁判所はこれらの者の同意を代替することはできないという見解である。⁽⁴²⁾もっとも、例外的な場合にはあるが、判例は実親の同意を代替することを認めていた。⁽⁴³⁾一九六一年には、後見裁判所による実親の同意の代替に関する規定が新設された(旧ドイツ民法

一七四七条三項)。しかし、「代替」のためには、養子縁組の不成立が子に不利益をもたらすことだけでなく、親としての不適格性も要件とされていた。

②一九七六年のドイツ養子法の改正によって、ドイツ民法における養子縁組はいわゆる決定型のそれに移行した。この改正法は養子縁組が子の福祉に奉仕することおよび未成年の養子に養親の妻子と同一の地位を与えることを至上原理としている。養子縁組に同意すべき(家族法的な関係にある)者の範囲が改正前と実質的には変わっていないとしても、その要件は一般に子の保護を目的としているといえよう(同法一七四一条一項参照)。

子が行為無能力者であるか、一四歳未満である場合には、その法定代理人だけが同意することができる。法定代理人のみの同意は子のそれに代わるものと考えられているようである。⁽⁴⁴⁾その他の未成年者養子縁組には、子本人の同意が必要であり、この同意について法定代理人の「同意」が必要とされる。後見人または保佐人が法定代理人であり、子に代わってなす同意または子本人の同意への「同意」を十分な理由なく拒絶している場合には、後見裁判所はこの「同意」を代替することができる(ド

イッ民法一七四六条三項)。

しかし、この改正法においても、少なくとも直接的には子の保護を目的としない同意要件が存在する。すなわち、(改正前と変更のない)嫡出子の両親および非嫡出子の母の同意要件である。親の同意要件は「親の配慮」(elterliche Sorge)ではなく、⁽⁴⁵⁾親の一般的な権利に由来するといわれている。⁽⁴⁶⁾しかし、後見裁判所は子の申立に基づいて、一定の場合に、親の同意を代替することができ(同法一七四八条一項、三項)。この意味で、改正前と同様に親の権利は絶対的なものではない。もっとも、代替するための要件充足性の判断に際しては、必ずしも子の利益だけではなく、親の側の事情も考慮される。

□ 旧ドイツ民法施行法二二条二項の規定の事項的な適用範囲はどのようにとらえられていたか。この規定が双方化されるか否かについては、上述のように争いがあった。双方化を肯定する見解は、外国法のいかなる同意要件がこの規定の適用範囲に入るかを、必ずしも明らかにしていない。ここでは、旧ドイツ民法の規定していた同意要件(①)およびドイツ民法の規定する同意要件(②)だけを考察の対象としたい。

① 旧ドイツ民法一七四六条の規定する養親の配偶者の同意要件は旧ドイツ民法施行法二二条二項の規定の適用範囲に入らない。⁽⁴⁸⁾養親の配偶者は「子が家族的な関係にある者」ではないとされる。これに対して、養子の配偶者の同意(旧ドイツ民法一七四六条)が旧ドイツ民法施行法二二条二項の規定の適用範囲に含まれるか否かについては、争いがあった。⁽⁴⁹⁾旧ドイツ民法一七四七条、一七五〇条および一七五一条の規定する要件(縁組契約締結に向けての子本人による意思表示、これに代わる縁組契約締結に向けての法定代理人による意思表示およびこの意思表示についての後見裁判所の許可、そして縁組契約締結に向けての制限行為能力者たる養子意思表示への法定代理人の「同意」およびこの「同意」についての後見裁判所の許可)が旧ドイツ民法施行法二二条二項の規定の適用範囲に入る点で、見解は一致していたようにみえる。

なお、旧ドイツ民法一七五四条によれば、養子縁組は、当該縁組契約を区裁判所が認許することによって、効力を生じる。しかし、このような裁判所の認許要件を旧ドイツ民法施行法二二条二項の規定の適用範囲に入れる見

解はみあたらなかった。⁽⁵⁰⁾

②一九七六年のドイツ養子法の改正によって、ドイツ民法における養子縁組はいわゆる決定型のそれに移行した。

養子縁組の成立について規定されている同意としては、次のものが挙げられる。すなわち、子本人の同意（ドイツ民法一七四六条一項一文）、法定代理人の（子本人の

同意への）「同意」（Zustimmung—ドイツ民法一七四六条一項三文）、子が行為無能力者であるか、一四歳未

満である場合の法定代理人のみによる同意（ドイツ民法一七四六条一項二文）、子の両親の同意（ドイツ民法一

七四七条一項）、非嫡出子の母の同意（ドイツ民法一七四七条二項）、養親の配偶者の同意（ドイツ民法一七四

九条一項）そして養子の配偶者の同意（ドイツ民法一七四九条二項）である。旧ドイツ民法と同様に、養親の配

偶者が旧ドイツ民法施行法二二条二項一文の「子が家族的な関係にある者」に含まれないことについて、争いはな

かったようである。養子の配偶者が「子が家族的な関係にある者」にあたるか否かについては、争いが引

き継がれた。ドイツ民法一七四八条は後見裁判所による実親の同意の代替について規定している。養子縁組へのこ

のような裁判所の関与は、実親の同意要件に関するものとして、旧ドイツ民法施行法二二条二項の適用範囲に入れられていたようにみえる。

ドイツ民法一七五二条の規定するいわゆる養子決定を旧ドイツ民法施行法二二条二項の適用範囲に入れる見解はみあたらない。

さらに、ドイツ養子実質法の改正にともない、旧ドイツ民法施行法二二条二項に二文の規定（「縁組への子の同意には、後見裁判所の許可が必要である。」）が加えられたことから、養子決定がその一文の規定の事項的適用範囲に入らないことがより明らかになっている。

ドイツ実質法においては子の同意についての後見裁判所の許可はもはや予定されていないので、養子縁組の準拠法が外国法である場合の実質規範として、この許可が明示的に要件されたといわれている。⁽⁵¹⁾⁽⁵²⁾子の同意について

後見裁判所の許可が不要とされたのは、決定型養子縁組への移行によって、裁判所は、縁組の成立が子の福祉に資する場合に限って、養子縁組を言い渡すことができるようになったためであるといわれる。⁽⁵³⁾養子決定に際しては、縁組が子の福祉に資するか否かが調査されなければ

ならないので、子の同意について(子の福祉を基準とする)許可を重ねて要件とすることには意味がないと考えられたと推測される。しかし、渉外的な養子縁組の成立については、養子縁組の準拠法たる外国法が子の福祉の観点からの調査を縁組の要件としていない場合も予想される。それゆえ、子の福祉の調査の機会を確保するために、旧ドイツ民法施行法二二条二項二文の規定が導入されたといわれている。⁽⁵⁴⁾

3 一九八六年の国際私法関連規定の改正によって、ドイツ民法施行法二三条一文の規定は旧ドイツ民法施行法二二条二項一文の規定をその適用範囲を拡張し、双方向的な抵触規範とすることによって引き継いだといわれている。⁽⁵⁵⁾⁽⁵⁶⁾ 少なくとも基本的な範囲について、身分変更は子の本国法にも服すべきことが、その理由に挙げられている。⁽⁵⁷⁾ 子の本国法が累積的に適用される事項的な範囲は、「養子縁組への子および子が家族法的な関係にある者の同意の必要性」である。この事項的な適用範囲は旧ドイツ民法施行法二二条二項一文の規定のそれとほとんど同一である。⁽⁵⁸⁾

イ (旧ドイツ民法施行法二二条二項(一文)の規定を

引き継いだ)ドイツ民法施行法二三条の規定の目的には、その旧規定の目的に対応することがあてはまるように見える。旧規定においては、子および子が家族法的な関係にある者とは少なくとも子本人および実親であった。実親の同意が要件とされるのは、養子縁組によって実親が子との関係において深く影響を受けるからであるとされ、この同意権は親の権利に基づくといわれていた。ドイツ民法施行法二三条の規定の目的については、旧規定の目的がいわば双方化され、およそ関係人の同意がなければ、既存の家族関係の解消(変更)もない、といわれている。⁽⁵⁹⁾ さらに、この規定は(旧ドイツ民法施行法二二条二項の規定の成立に際して否定されたともいわれている)子の本国における当該養子縁組の承認または国際的な判断の調和をも考慮しているといわれることがある。⁽⁶⁰⁾⁽⁶¹⁾

□ ドイツ民法施行法二三条の規定の事項的な適用範囲については、旧ドイツ民法施行法二二条二項の規定についていわれていたことがいわば双方化された形であてはまるようにみえる。⁽⁶²⁾

養子の配偶者が「子が家族法的な関係にある者」にあたるか否かという問題には、なお争いがある。ドイツ民

法施行法二三条の規定の「家族法的な関係にある者」という文言自体はこの問題を肯定するといわれる。さらに、この問題を肯定する見解は次の根拠を援用する。すなわち、多くの法秩序において有効な養子縁組は特定の意思表示にかからしめられており、その要件が充足されないと、縁組不承認のおそれがあるという根拠である。⁽⁶³⁾これ

に対して、二三条の規定は、関係人の同意がないと、既存の家族関係は解消されないという保護機能を果たしているといわれる。養子とその配偶者との婚姻関係自体は縁組によって影響を受けない。養子の配偶者は「子が家族法的な関係にある者」にあたらないとする見解は、このような保護機能を重視する。養子の配偶者の利益は、養子縁組の基本となる準拠法に加えて子の本国法を累積的に適用することを正当化するほど、重要ではないといわれる。⁽⁶⁴⁾

4 旧ドイツ民法施行法二二条二項の規定およびドイツ民法施行法二三条の規定の目的および事項的な適用範囲を、主に学説を参考に概観した。ドイツの学説上、子の本国法への連結は抵触法的には子の利益保護に基づき、国際的な判断の不調和を避ける機能を果たしていると考

えられているようである。⁽⁶⁵⁾それぞれの規定の目的（イ）および適用範囲（ロ）は次のようにまとめ得るかと思われる（別表も参照）。

イ ドイツの養子法の規定の変遷に鑑みると、旧ドイツ民法施行法二二条二項の規定の適用範囲に入る要件には直接的には子の保護を目的としないものがあるといえよう。それゆえ、この規定の目的が一般的には（少なくともドイツ人である）子の保護にあるとされていたとしても、⁽⁶⁶⁾その他に、実親の権利保護も念頭に置いていたと考えられる。とくに次の見解がこのことを端的に示すように思われる。すなわち、（養子法の改正にともない国際私法の議論において）旧ドイツ民法施行法二二条二項の規定を双方化する根拠として、実方親族の利益保護を援用する見解である。⁽⁶⁷⁾さらに、この二項の規定を双方化して引き継いだといわれるドイツ民法施行法二三条の規定は養子縁組の成立について子および実親の（当事者）利益を考慮しているといわれている。⁽⁶⁸⁾

旧ドイツ民法施行法二二条二項およびドイツ民法施行法二三条の規定はその目的において共通しているようにみえる。すなわち、子および子が家族法的な関係

(1) 旧ドイツ民法における同意要件と旧ドイツ民法施行法 22 条 2 項の規定の適用範囲

旧ドイツ民法			旧ドイツ民法施行法	旧 22 条 2 項
1746 条 (他の者の 同意： 配偶者)	1 項		婚姻している者はその配偶者の同意を得てのみ 養子をし、養子となることができる。	×(養親) 争(養子)
	2 項		その配偶者が意思を表示することができない か、居所が継続的に知れない場合には、同意は 不要である。	×(養親) 争(養子)
1747 条 (他の者の同意： 両親または母)			嫡出子は、21 歳未満の場合には、両親の同意 を得てのみ、非嫡出子は母の同意を得てのみ養 子となることができる。1746 条 2 項が準用さ れる。	○
1748 条 (他の者の 同意： 同意意思表 示)	1 項		前条、前々条の者の同意は養親、養子または認 許する裁判所に対して表示されなければならない。 これは撤回し得ない。	○(前条) 前々条一 同じ
	2 項	1 文	本人が同意しなければならない。	同上
		2 文	行為能力を制限されている場合—法定代理人の 同意は不要。	同上
	3 項		同意は裁判上、または公証人によって認証され なければならない。	×
1750 条 (契約締結)	1 項	1 文	縁組契約は代理人を通じては締結し得ない。	×(養親) ○(養子)
	1 項	2 文	子が 14 歳未満である場合には、その法定代理 人が後見裁判所の許可を得て契約を締結する。	○
	2 項		縁組契約は当事者双方が裁判所または公証人の 面前で締結しなければならない。	×
1751 条 (後見裁判 所の許可： 一般)	1 項		養親や行為能力を制限されている場合には、契 約の締結には、法定代理人の同意の他に、後見 裁判所の許可が必要である。	×
	2 項		前項と同一のことが、子が行為能力を制限され ている場合に、あてはまる。	○

(191) 法例における“セーフ・ガード”条項について

(2) ドイツ民法における同意要件と旧ドイツ民法施行法 22 条 2 項および現行 23 条の規定の適用範囲

ドイツ民法			ドイツ民法施行法	旧 22 条 2 項	23 条
1746 条 (子の同意)	1 項	1 文	縁組には子の同意(Einwilligung)が必要である.	○	○
		2 文	行為無能力(geschäftsunfähig)であるか, または 14 歳未満の子—法定代理人の同意(Einwilligung)で足りる.	○	○
		3 文	子本人の同意(Einwilligung)+これへの法定代理人の「同意」(Zustimmung)	○	○
		(4 文)	養親と養子の国籍が異なる場合—後見裁判所の許可	2 文	○ (争)
	2 項	1 文	14 歳以上かつ行為無能力者でない場合—子は縁組の成立まで同意の撤回が可能.	○	○
		2 文	撤回は公文書で	×	×
		3 文	法定代理人の同意は不要.	○	○
	3 項		後見人または監護人の同意の代替	○	○
1747 条 (子の親の同意)	1 項		嫡出子の縁組—両親の同意(Einwilligung)が必要.	○	○
	2 項	1 文	非嫡出子の縁組—母の同意が必要.	○	○
		2 文	第三者による非嫡出子の縁組は, 父が嫡出宣告(Ehelicherklärung)または縁組の申立をしているときには, 不可.	×	×
		3 文	非嫡出子の父は 2 文の申立を放棄し得る.	×	×
		4 文	2 文の放棄には公文書が必要, 撤回不可能.	×	×
		5 文	1750 条の規定が準用される.	×	×

ドイツ民法			ドイツ民法施行法	旧22条 2項	23条
	3項	1文	子の出生後8週間して、初めて同意し得る。	○	○
		2文	同意者が特定の養親を知らない場合でも、同意は有効。	○	○
	4項		意思表示が不能 or 居所が知れない場合、同意は不要。	○	○
1748条 (親の同意要件の免除)	1項	1文	後見裁判所は子の申立に基づいて親の同意を代替することができる。	○	○
		2文	1文とは別の代替の要件。	○	○
	2項	1文	義務違反が重大でない場合には、親が少年保護所から教示を受け (belehrt und...beraten worden ist), その後3ヶ月たたないと、代替不可。	○?	○?
		2文	教示が不要である要件	○?	○?
		3文	教示を不要とするための期間要件の特則	○?	○?
	3項		親の同意の代替要件	○	○
1749条 (配偶者の同意)	1項	1文	夫婦の一方による単独縁組には、配偶者の同意が必要。	×	×
		2文	後見裁判所による養親の申立に基づく代替	×	×
		3文	配偶者および家族の利益があれば、代替不可。	×	×
	2項		結婚している者の縁組には、その配偶者の同意が必要。	争	争
	3項		配偶者の同意が不要である要件	×(親) 争(子)	×(親) 争(子)
	1項	1文	同意(Einwilligung)は後見裁判所に対して表示されなければならない (...ist dem Vormundschaftsgericht gegenüber zu erklären).	争(実親) (養子)	争(実親) (養子)

(193) 法例における“セーフ・ガード”条項について

ドイツ民法				ドイツ民法施行法	旧 22 条 2 項	23 条
1750 条 (同意意思 表示)	2 項	2 文	同意は後見裁判所に達したときに、有効になる。		争(実親) (養子)	争(実親) (養子)
		1 文	同意は条件および期限に服してはならない。		○(実親) (養子)	○(実親) (養子)
		2 文	同意の撤回は不可。		○(実親) (養子)	○(実親) (養子)
	3 項	1 文	同意は本人がしなければならない。		○(実親) (養子)	○(実親) (養子)
		2 文	同意者が行為能力を制限されている場合でも、法定代理人の同意は不要。		○(実親) (養子)	○(実親) (養子)
		3 文	1746 条 1 項 2 文、3 文の規定には影響なし。		○	○
	4 項	1 文	同意が効力を失う要件		○(実親) (養子)	○(実親) (養子)
		2 文	実親の同意が効力を失う要件。		○	○

注

○—適用範囲に入る

×—適用範囲に入らない

争—適用範囲に入るか否かに争いがある

(争)—適用範囲に入るか否かの争いというよりも、当該ドイツ養子法の規定の性質について争いがある

○?—ドイツ法が子の本国法である場合には、適用範囲に入ると観察されるが、なお検討を要する

(familienrechtlich Ver-
hältnis) にある者の利益
を保護するという目的で
ある。⁽⁶⁹⁾そして、同意要件が
双方の適用範囲として規定
されている。それゆえ具体
的には、これらの者が養子
縁組の成立に關与する権利
の保護を直接の目的として
いると考えられる。

ドイツ民法は「子が家族
法的な關係にある者」とし
て一貫して実親を挙げてい
る。そして、旧ドイツ民法
施行法二二条二項およびド
イツ民法施行法二三条の規
定する「子が家族的な關
係にある者」としての地位
を実親に与えない見解は見
あたらない。実親は養子縁

組によって子との身分関係つまり親子関係に重大な影響を受ける。この観点からみると、養子以外の者が養子縁組成立に関与する権利保護の前提として、養子とその者との関係に養子縁組が影響を与えるか否かが問題とされているようにみえる。

□ これらの規定は、(少なくともドイツ人である)

子の本国法が累積的に適用される事項的な適用範囲を、子および子が家族法的な関係にある者の同意要件に限定している。養子の配偶者が「子が家族法的な関係にある者」にあたるか否かという問題には、なお決着がつかない。しかし、(日本民法七九八条の規定が予定するような)養子縁組自体についての裁判所の許可やいわゆる養子決定が旧ドイツ民法施行法二二条二項の規定またはドイツ民法施行法二三条の規定の事項的適用範囲に入られたことはないように見える。「子が家族法的な関係にある者」には裁判所は該当しないと考えられる。もっとも、旧ドイツ民法施行法二二条二項の規定にしたがって、ドイツの裁判所の関与を要求することは認められていた。しかし、(いわゆる養子決定のような)養子縁組成立自体の可否を判断する公的機関の関与要件が、旧

ドイツ民法施行法二二条二項の規定の事項的適用範囲に入らなかったことは明らかである。上述のように、ドイツの養子法の改正にもなって、旧民法施行法二二条二項に二文の規定が付け加えられたことが、これをより明白なものとしている。さらに、この二文の規定する後見裁判所の許可は(裁判所の介入は当該養子縁組が子の福祉に相応するか否かを調査するためであったとしても)縁組への子の同意を対象としていた。ドイツ民法施行法二三条の規定にしたがって、子の本国法が予定する公的機関の関与をドイツの後見裁判所が代行することは認められるとしても、このような関与はあくまでも子または子が家族法的な関係にある者の同意要件を充足するためが必要とされ、それ自体は直接的な要件とされていないとみられる。

四 法例二〇条一項後段の規定の目的は何か(イ)、この目的からいかなる事項的適用範囲を導くべきか(ロ)、そして養子縁組成立の容易化と困難化をいかに調和させるべきか(ハ)。この三点に若干言及したい。

イすでに述べたようにわが国の学説上、次の三つの目的を識別することができる。すなわち、子の保護、養子

の側の人的利益保護、そして関係人の利害調整である。これらの目的にいずれを重視するかに応じて、法例二〇条一項後段の規定の事項的適用範囲は異なるようにみえる。さらに、これらの目的からは、この規定の事項的適用範囲を必ずしも直接には導き得ないように思われる。

ドイツにおける議論を参考にすると、後段の規定は次の目的を追求していると考えられる。すなわち、養子の本国法が子および子が家族法的な関係にある者に与えている同意権・承諾権という当該縁組に関与する権利を保護することによって、成立した養親子関係の安定を図るという目的である。

たしかに、涉外的養子縁組の成立の局面において問題となる状況は日本とドイツとは異なる。ドイツにおいては、ドイツ人または常居所をドイツに有する者が外国とくにいわゆる第三世界の国出身の子を養子とする型の養子縁組が問題となつて久しい⁽⁷¹⁾。これに対して日本では、このような傾向は少なくとも現在のところ現れていない。公表された審判例からは、配偶者のいわゆる連れ子といった親族が養子となる事案が多いという傾向を見いだし得るにすぎない⁽⁷²⁾。こういった相違からみると、後段の規

定の解釈に際して、ドイツの議論を直接の参考とするときには疑問があり得よう。しかし、両国において、次のような必要性が存在することを無視し得まい。すなわち、養子縁組によって子との身分関係に影響を受ける従来の家族および子本人の利益とともに保護しなければならぬ、という必要性である。これらの者は養子縁組の成立およびそこから派生する権利・義務について重大な利害を有し、養子縁組の基本となる準拠法によれば、養子縁組の成立について自己が期待し得べき権利が十分に保障されるとは限らないからである。もしこういった権利を考慮しないとすると、権利を害された者が養子縁組の成立を後日争うという事態も発生し得る。とくに未成年者養子縁組においては、その成立の容易化が追求する子の保護の理念は、事後的な紛争の発生によって画餅となつてしまう危険性がある。

□ 養子本人および養子縁組によって養子との基本的な身分関係に影響を受ける者、とくに実親が「養子若くハ第三者」にあたることに疑問はあるまい。

養子との間に縁組の時点まで身分関係のなかった者、例えば養親の配偶者や嫡出子を「第三者」の範囲に入れ

ることはできないと考えられる。たしかに、関係人の利害調整を後段の規定の目的として重視すると、「第三者」を養子の側と養親の側で区別すべきでないとの結論に達し得るであろう。例えば養子縁組の成立によって相続などにつき、養親の親族もこれに重大な利害を有するからである。しかし、このような処理が妥当であるとは考え難い。これらの者は養子の本国法の適用に予見可能性を有していない。ドイツにおいては、養子の本国法が累積的に適用される要件は「子および子が家族法的な関係にある者」の同意についてのそれである。比較国際私法的にも、養親の親族といった、縁組まで養子との間に親族関係のなかった者をここでいう「第三者」の範囲にいれるような処理はみあたらない。⁽⁷³⁾

それでは、養子の側の親族をすべて「第三者」の範囲に入れるべきか。この点については、上述のように、少なくとも親族会および配偶者の同意をめぐって問題があり得る。

養子の配偶者の同意要件については、ドイツにおいても、見解が対立している。⁽⁷⁴⁾ たしかに、養子縁組成立の容易化の観点からすると、後段の規定の適用範囲をできる

だけ限定すべきである。とくに、養子縁組は養子との法的関係において養子の配偶者に直接には影響を与えるわけではない。とはいえ、養子縁組成立の容易化の要請は、成年者養子縁組の場合や配偶者を有する者が養子となる場合には、それほど強くないと思われる。さらに、相続・扶養・氏等に関する問題をめぐって、養子の配偶者は養子縁組の成立に重大な利害を有している。それゆえ、養子の配偶者を「第三者」の範囲に入れるべきと考えられる。

いわゆる親族会の同意の要否およびこれに関する要件は一律に後段の規定の適用範囲に入ると考えたい。たしかに、養子縁組成立の容易化という要請からは、反対の結論を導くこともできる。しかし、比較法的にみると、親族会の同意は次の二つの機能を果たしていると観察される。すなわち、(実親が生存しないか、不明である子との縁組に際して)実親の同意に代替する機能および特定の者の縁組への同意を補充する機能である。後者の機能は、法例二〇条一項後段の規定の適用にあたって、その個人の同意に関する要件として考慮され得る。前者の機能は実親の同意のそれと同視し得るようにみえる。そ

れゆえ、親族会は実親と同様に「第三者」の範囲に入るべきと考えられる。

法例二〇条一項後段の規定の「公的機関ノ許可其他処分」は養子または第三者の承諾・同意要件にかかわるものに限定される。養子縁組成立自体の可否を判断する公的機関の関与はこの規定の適用範囲には入れるべきではない。⁽¹⁵⁾「養子若クハ第三者」が当該養子縁組に関与する権利を保護することと直接には関連しないからである。⁽¹⁶⁾

ハ 少なくともドイツ民法施行法二三条の立法に際しては、養子縁組の成立が必要もなく困難にならないように、その事項的な範囲が画定されたといわれている。国際養子縁組の成立について考慮すべき二つの要請、すなわち、その容易化の要請と慎重な処理のそれとの間には、次の点に調和をみだし得るように思われる。すなわち、養親および養子双方の本国法が規定する（当該養子縁組の成立によって養子との従来の身分関係に影響を受ける）第三者および子本人の同意要件を充足しない限り養子縁組を成立させないことによって、成立した養親子関係の安定を図るという点である。⁽¹⁷⁾

以上の考察からすると、法例二〇条一項後段の規定の

適用範囲は次のように画定される。

①「第三者」は縁組の成立まで養子との間に親族関係にあった者に限定される。例えば、養子の実親、配偶者、そして親族会である。養親の配偶者、嫡出子といった、養親の親族は「第三者」にあたらなない。

②「公的機関ノ許可其他ノ処分」は「養子若クハ第三者ノ承諾若クハ同意」にかかわるものに限定される。養子縁組の成立自体の可否を判断する公的機関の関与は「許可其他ノ処分」にあたらなない。例えば、いわゆる養子決定や日本民法七九八条の規定の家庭裁判所の許可はこの規定の事項的適用範囲に入らない。

(1) 煥場準一「養子縁組・離縁の準拠法及び国際的管轄」(岡垣・野田「編」『講座・実務家事審判法5』(一九九〇)二四七頁以下)二四七頁。

(2) 参照、櫻田嘉章「国際私法」(一九九四)二七五頁。

(3) 養親の本国法を養子縁組成立の基本になる準拠法とし、養子縁組成立の全般にわたる問題をこの法に送致することには、解釈論としては疑問はあるまい。立法論的に疑問視しているかにみえる見解もある(石黒一恵・判例タイムズ七四七号(一九九一)四六四頁)。

(4) 例えば、山形家長井出平成五年六月八日審判(家庭裁

判月報四六巻八号一二四頁以下)は、(子の本国法たるフィリピン法の予定する)最低六ヶ月の試験監護期間を経た後の養子決定を「養子となる事件本人の保護要件」として、**法例二〇条**一項後段の適用範囲に入れ、「事件本人の年齢、養親となる申立人の家庭や近隣との適合性を考え、相当期間経過を観察」している。この審判は養子決定を「公的機関の許可その他の処分」にあたるとし、その前提としての試験監護の要件を充足するために、相当期間の経過を観察したと考えられる。そうだとすれば、このような処理は、養親および養子の本国法を累積的に適用する範囲をあまりにも拡大する結果を発生させ得るのではないだろうか。一般に、いわゆる養子決定は養子縁組を成立させる公的機関の処分であり、当該法秩序の予定するすべての実質的要件の充足性の審査がその前提とされていると考えられるからである。

(5) 戸籍実務においては、次のような処理がなされているようである。すなわち、養子の本国法(フィリピン法)の規定する養親の(一〇歳以上の)嫡出子の書面による同意という要件を**法例二〇条**一項後段の規定の適用範囲に入れるという処理である。それゆえ、養親となる日本人男の一〇歳以上の嫡出子の同意書の添付がない縁組届けは受理されなかった(民事月報五〇巻八号六〇頁以下)。従前の**法例一九条**一項の規定に従った配分的適用の下では、養親の親族の同意は養子の本国法の適用範囲に入れられていなかったようにみえる(もっとも、養子の実母の同意について、

養親の本国法の適用を認める審判もあった(東京家昭和六二年六月一日審判「家庭裁判月報四〇巻一〇号四三頁」)。なお、この審判については、横山潤・ジュリスト九四八号(一九九〇・二二八頁参照)。そうだとすれば、戸籍実務の処理は、少なくとも同意要件の点では、現行**法例二〇条**一項の規定の予定する養子縁組成立の容易化の要請に矛盾するものとみられるのではないだろうか。

(6) 表現上の相違はあるものの、それぞれの見解に実質的な相違点が存在するのか、それぞれが他の見解に対して排他的なものか、これらの問題にはなお判然としない点が残っている。便宜上、本稿においては、目的に関する表現上の相違がそのまま対立点となっていることを前提にして論を進める。

(7) さらに、各国の養子実質法の規律の態様は多種多様であるようにみえる。そうだとすれば、この規定の解釈・運用に際して、今後様々な問題が発生することが予想される。

(8) 澤木敬郎「国際私法入門」[第三版](一九九〇)一三六頁、木棚・松岡・渡辺「著」『国際私法概論』[新版](一九九二)二〇〇頁(木棚照一)、山田鍬一「国際私法」(一九九二)四二八頁、木棚「編」『演習ノート・国際私法』[改訂版]一二四頁(矢澤昇治)、山田・早田「編」『演習国際私法』[新版]二一九頁以下(多喜寛)、溜池良夫「国際私法講義」(一九九三)四七六頁、櫻田嘉章「国際私法」(一九九四)二七六頁。

- (9) もっとも、ここにいる子の保護とは具体的に何を意味するのか、という点をなお検討する必要がある。「養子縁組の濫用を防止」することを子の保護の一内容とするかにみえる見解がある(木棚・松岡「編」『基本法コンメンタール 国際私法』(一九九四)一二二頁(矢澤昇治))。
- (10) 煖場・前掲二四八頁。
- (11) 南敏文「改正法例の解説」(一九九二)一五〇頁。
- (12) 利害調整目的を未成年者養子縁組についても認める見解がある(北澤安紀・ジュリスト一〇三七号(一九九四)二五七頁)。
- (13) 参照、南・前掲一四九頁。
- (14) 平成七年七月七日付け民二・三三九二民事局第二課長回答(民事月報五〇巻八号六〇頁以下)は養親の嫡出子を第三者にあたるとする。
- (15) 煖場・前掲二五五頁、南・前掲一四九頁。わが国の家庭裁判所の許可、中華民国民法一〇七九条四項、五項の規定する法院の許可、旧ドイツ民法一七五一条の規定する後見裁判所の許可が「公的機関の許可その他の処分」にあたるものとして例示されている。
- (16) 参照、南・前掲一四八頁以下。
- (17) 南・前掲一四九頁。いわゆる「分解理論」が前提になっっているようである。さらに、海老沢・ジュリスト一〇五九号(一九九五)一四六頁も参照。
- (18) 煖場・前掲二五四頁。
- (19) しかし、旧ドイツ民法一七五四条の規定する裁判所の認許は効力発生要件なので、公的機関の許可等の処分にあたらなるとされる(煖場・前掲二五五頁)。
- (20) 煖場・前掲二五五頁以下。
- (21) 例えば、中華民国の法院の許可要件として、養子の利益だけでなく、(成年者養子縁組の場合)養子の実父母の利益も考慮されている(同国民法一〇七九条五項二号、三号)。それゆえ、このような法院の許可は「公的機関の許可」にあたるのであろう。
- (22) 参照、南・前掲一五〇頁。
- (23) 南・前掲一五〇頁。
- (24) 参照、前掲民事局第二課長回答の解説。この回答で問題となったのは未成年者養子縁組である。(養親の側、養子の側を問わず)「……法文に則して画一的に処理するという取扱いによるのが妥当である」と考えられている。
- (25) 南・前掲一五一頁。未成年者養子縁組においても利害関係調整目的を重視すると、(養子縁組成立自体の可否を判断する)公的機関の許可その他の処分は法例二〇条一項後段の規定の適用範囲に入らないことになるのであろう(北澤・前掲二五七頁以下)。
- (26) 本稿の目的ゆえに、その他の問題に関する議論には立ち入らない。関連する議論についてのみ、注において言及するに止めたい。
- (27) 「付加的に(zusätzlich)」という語が基本となる準拠法への子の本国法の累積(Kumulation)を示している、と考えられているようである(Z. B. B.T.-Drucks. 10/504.

- S. 72; Kropholler, Internationales Privatrecht 2. Aufl. (1994), S. 368.)
- (82) ZB. BT-Drucks. 10/504, S. 72; Staudinger-Henrich, Art. 23 nF EGBGB (1988), Rdnr. 1.
- (29) 旧ドイツ民法施行法「二二条一項の規定が双方化されることは、少なくとも一九二九年以来、例外のない原則である」といわれたこと (Münch-Komm-KlInkhardt, Art. 22 EGBGB (1981), Rdnr. 3)° しかし「二二条二項(一文)の規定が双方化されるか否かについては、主要な判例は双方化を否定していたといわれていた (Erman-Marguordt, Art. 22 EGBGB (1981) Rdnr. 3)°
- (30) 実親の居所が知れないか、実親が意思表示することができない場合だけが例外であった (旧ドイツ民法一七四七条「文」)°
- (15) Vgl. Gernhuber, Kindeswohl und Elternwille, FamRZ 1973, S. 239.
- (32) 例えば、各国実質法においては、少なくともその当時、実親の同意を緩やかな要件の下で裁判所によって補充するだけでなく、元の家族との法的関係を完全に解消せしめる傾向が見受けられる。それだけに、こういった傾向は、抵触法的には、同意の問題を元々の家族の属人法に服さしめることにプラスの材料を提供する。もっとも、子の側の同意については子の本国法の適用で足りるであろう」といわれていた (Jayme, Grundfragen einer Reform des internationalen Adoptionsrecht, StAZ 1973, S. 235)°
- (33) Hartwig/Korkisch, Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts 1881-1896 (1973) に記載されている資料からは、旧ドイツ民法施行法「二二条一項の規定において、なにごえこれらの者の同意要件だけが累積的適用の対象とされたのか、その理由は判然としていない。いわゆるゲーブハルト第一草案および第二草案、第一委員会の草案においては、養子縁組の成立については、養親の本国法と養子の本国法のいわゆる配分的適用に相応するような規律が予定されていた。これらの草案が第二委員会の草案のような規定に変更された事情について、資料が存在するの否か自体も判然としなす。
- (34) Z. B. Wolff, Das internationale Privatrecht Deutschlands 3. Aufl. (1954), S. 221; Erman-Marguordt, a. a. O., Rdnr. 3.
- (35) この他、子の自己の本国法適用についての当事者利益の顧慮という根拠を援用する見解もあった (Soergel-Kegel, 11. Aufl. (1983), Art. 22 EGBGB, Rdnr. 8)°
- (36) 婚姻締結と当事者の関係が似ていることに言及したうえで、比較国際私法的にも、多くの国が養子縁組の成立について子の本国法を考慮していることを理由とする見解もあった (Raape, Internationales Privatrecht 3. Aufl. (1950), S. 248)° この見解は、この規定を双方化する根拠として、養親の本国だけでなく、養子の本国における承認に言及している。

- (37) Ritter, Ehelicheiserklärung und Adoption im deutschen internationalen Privatrechte, Zeitschrift für Internationales Privat- und öffentliches Recht XIV, Band (1904), S. 457.
- (38) 旧ドイツ民法施行法二二条二項二文の予定する「子の同意」はドイツ民法の意味での同意だけでなく、縁組契約締結に向けられた意思表示（承諾）をも含むと考えられていたようである（Staudinger-Raape, a. a. O., A II 1.）。
- (39) Staudinger-Engelmann, a. a. O., Art. 1750 BGB, Bem. 2.
- (40) 旧ドイツ民法一七五一条二項においては、子が制限行為能力者である場合には、縁組契約の締結には、その法定代理人の「同意」の他、後見裁判所の許可が必要である旨規定されていた。この場合の後見裁判所の許可の基準は判断としていた。
- (41) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgelichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band IV, (1896), S. 964.
- (42) Staudinger-Engelmann, 2. Aufl. (1905), Art. 1747 BGB, Bem. 5.
- (43) Z. B. RG, Beschl. v. 29. 7. 1939, DR 1939, S. 2079 f.
- (44) Vgl. Beitzke/Lüderitz, Familienrecht 26. Aufl. (1992), S. 354.
- (45) elterliche Sorge には、本稿においては中川高男「新版親族・相続法講義」（一九九五）二五六頁の用語法にしただけで、「親の配慮」という訳をあてた。
- (46) Beitzke/Lüderitz, a. a. O., S. 355.
- (47) 親が子に対する義務を継続的に著しく懈怠している場合、親の行動から、この者が子に無関心であることが明らかである場合、または縁組がなされないことが子にとって著しく不利益になるであろう場合である。親の義務違反が継続的ではないが、とくに重大であり、かつ子がこの親の監護を継続的に受け得る公算がない場合にも、同意は補充される。さらに、とくに重い身体的、精神的または心理的な病気ゆえに、親が子の養育・監護することができず、縁組がなされないと、子が家族において生育することができず、このことによって子の発達が著しく危険にさらされるであろう場合にも、親の同意は補充される。
- (48) Staudinger-Raape, 9. Aufl. (1931), Einführungs-gesetz Art. 22 A II 1 (S. 545).
- (49) この問題を肯定する見解として、例えば Staudinger-Raape, vorige N. D. II 3 b) S. 584 が、否定する見解として、例え、Palandt-Lauterbach, 7. Aufl. (1949), EGBGB 22, Anm. 2 が挙げられる。
- (50) もっとも、立法論として、縁組当事者のいずれかがドイツ人である場合には、常にドイツの裁判所の認許が必要であるとする見解があった（Raape, Internationales Privatrecht 3. Aufl. (1950), S. 250 f.）。解釈論としても、外国人の養親とドイツ人の養子の間の縁組にはドイツ裁判所の認許の必要性が否定されるのは疑問であるとする

(Raape, a. a. O., S. 250; ders., Internationales Privatrecht 5. Aufl. (1961), S. 400)°。この「」の見解が認許を旧ドイツ民法施行法三二条二項の規定の適用範囲に入れる趣旨であるか否かは明らかではない。

(51) Erman-Marguordt, a. a. O., Rdnr. 19.

(52) この二文の規定は一九八六年の国際私法関連規定の改正によって、ドイツ民法一七四六条四文の規定に移された。

(53) Soergel-Kegel, a. a. O., Rdnr. 9.

(54) 旧ドイツ民法施行法三二条一項の規定が指定する法が、縁組が子の福祉と調和するか否かの調査を予定している場合には、特別な許可は必要ないともいわれていた(MunchKomm-Klunkhardt, a. a. O., Rdnr. 180)°。

(55) ドイツ民法施行法三三条の規定については、立法論的な疑問がないわけではない。子の利益はその本国法の同意要件の累積の適用だけでは、十分に保護されないのではないかと いわれることがある(Kropholler, a. a. O., S. 362)°。養子縁組の成立は現行ドイツ民法施行法の当該規定におけるほど容易になされるべきではなく、子の本国法のすべての縁組要件の遵守を要求してもよかったのではないかと、もっわれてくる(vgl. Kegel, Internationales Privatrecht 7. Aufl. (1995), S. 734)°。しかし、別の意味で次のようにいわれることもある。すなわち、ドイツにおいて成立する国際養子縁組の養親はドイツ人であることが多い。ドイツ法は養子および実親の利益を十分に考慮しており、養子縁組の準拠法たるドイツ法に加えて、子の本国法を適

用する意味ではないのではないかと(Hohnerlein, Internationale Adoption und Kindeswohl (1991), S. 199)°。

(56) 養子縁組の成立については、縁組当時の養親の本国法または婚姻の効力の準拠法が予定する要件に加えて、子または子が家族法的な関係にある者の養子縁組への同意の必要性について子の本国法の予定する要件が充足されなければならないことになった°。

(57) BT-Drucks 10/504, S. 72.

(58) このような範囲に限定されたのは、子の利益を保護するためには、養子縁組への同意について子の本国法を累積的に適用することと足りると考えられたからであり、これよりも広い累積は、身分変更を必要な範囲を超えて困難にするであろう、といわれてくる(BT-Drucks 10/504, S. 72)°。

(59) Staudinger-Henrich, 10. /11. Aufl. (1988) Art. 23 nF EGBGB, Rdnr. 29.

(60) Henrich, Internationales Familienrecht (1989), S. 301; Frisching/von Hoffmann, Internationales Privatrecht 4. Aufl. (1995), S. 321 f.; Baumann, Verfahren und anwendbares Recht bei Adoptionen mit Auslandsberührung (1992), S. 46; von Bar, Internationales Privatrecht II (1991), Rdnr. 323.

(61) 旧ドイツ民法施行法三二条二項の規定を双方化する根拠として、子の本国における当該縁組の承認を考慮する見解があった(Raape, Internationales Privatrecht 3.

Auf. (1950), S. 248)。

- (62) もっともこの規定の解釈・運用にあたっては、ドイツの判例・学説上、子の本国法からのドイツ法への反致または第三国の法への転致が認められるか否かという点に争いがある。この点を肯定する見解においては、この規定が子の利益だけでなく、子の本国における当該養子縁組の承認または国際的な判断の調和を考慮していることが強調されている。これに対して、この規定がドイツ実質法のみを援用していた旧ドイツ民法施行法二二条二項の適用範囲を拡張したものであり、二文が実質的に規定されていることまたはこの規定の保護目的を理由として、この点を否定する見解もある (Kropholler, a. a. O., S. 368; Palandt-Heldrich, 54. Aufl. (1995) EGBGB Art. 23 Anm. 2)。¹⁾ 6 見解によれば、子の本国の国際私法との調和は追求されるべきでなるとされる。

- (63) Baumann, a. a. O., S. 46.
(64) Staudinger-Henrich, a. a. O., Rdnr. 29.
(65) Z. B. Kropholler, a. a. O., S. 368; Palandt-Heldrich, a. a. O., Anm. 1; Firsching/von Hoffmann, a. a. O., S. 321.
(66) 例えば、養親だけでなく、養子をも連結の基準となる人として考慮するところの意味である (vgl. Neuhaus, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrecht 2. Aufl. (1976), S. 191, 217)。

- (67) Jayme, Grundfragen einer Reform des inter-

nationalen Adoptionsrecht, StAZ 1973, S. 235.

- (68) BT-Drucks 10/504, S. 71.

- (69) 少なくとも両者の規定の目的が未成年養子縁組と成年者養子縁組とは異なるとする見解はみあたらない。もっとも、ドイツ民法施行法の養子縁組の規律は成年者養子縁組については疑問がないうけではない (Lüderitz, Internationales Privatrecht 2. Aufl. (1992), Rdnr. 387)。立法論的にドイツ民法施行法二三条の規定の連結政策および事項的適用範囲を問題視する見解は存在する (Jayme, Erwachseneadoption und Internationales Privatrecht, NJW 1989, S. 3069 ff.)

- (70) Staudinger-Henrich, a. a. O., Rdnr. 25.

- (71) Z. B. Magnus/Münzel, Adoption von Kindern aus Übersee, StAZ 1977, S. 65 ff.

- (72) 司法統計 (平成三年) から同様の傾向が指摘されている (海老沢・前掲ジュリスト一〇五九号一四五頁)。

- (73) この点についての詳細な検討は今後の課題とした。

- (74) もっとも、ドイツにおけるように養子の本国における承認を重視する見解にしたがうとすれば、養子の配偶者の同意を累積的に適用する範囲に入れることになるであろう。しかしながら、何故養子の本国における承認が重視されるべきなのであろうか。さらに、この見解は少なくとも文言上養子の本国法の適用される範囲が限定されている点を説明するのが困難であるように思われる。

- (75) このように法例二〇条二項後段の規定の適用範囲を限

定すると、次のような問題が生じ得る。例えば、日本人がその配偶者の未成年子を養子とする場合に、当該養子縁組が子の福祉に相応するか否かを公的機関が審査する機会がなくなるといふ問題である。しかし、この問題には、(日本の家庭裁判所の許可(民法七九五条))を涉外的な養子縁組に常に要求するといった) 涉外実質法的な処理で対応すべきように思われる。

(76) 仮に子の保護目的説が「養子縁組の濫用を防止すること、あるいは抵触法における子の利益保護を直接の目的としているとすれば、養子の本国法の適用範囲がむしろ拡大されることになるであろう。しかし、各国の養子実質法の規定する(養子縁組の成立自体の可否を判断する)公的機関の関与は一般に養子縁組の濫用を防止することを目的としているといえよう(参照・山田・前掲四三〇頁以下)。そうだとすれば、このような関与の要件をも養親および養子双方の本国法が累積的に適用される範囲に入れることには、実務上それほど意味がないように思われる。たしかに、

ドイツにおいて抵触法上の子の利益保護をドイツ民法施行法二三条の規定の目的とする見解も存在する。しかし、このような見解は、子の本国法が累積的に適用される範囲が限定されていることに対して、立法論的な疑問を投げかけている。

(77) とくに実親の同意要件は重視されるべきように思われる。一定の要件の下でその同意を代替することを認める国がある(例えば、ドイツ、オーストリア、デンマーク、イギリス、スイス、フランス、ポーランド)一方で、親が同意を不当に拒絶しているとしても、その同意を代替することを認めない国も存在するからである(例えば、ノルウェー、スウェーデン、スペイン、ハンガリー)。養子の本国法が規定する実親の同意要件が充足され得ないため子の福祉に反する結果が生じる場合には、法例二〇条一項後段の規定自体によってではなく、公序則によって対処すべきであろう。

(一橋大学大学院博士課程)