

## 継親子関係について

— 養子縁組を中心に —

### 一 はじめに

継親子関係は、民法旧規定において、嫡母庶子関係とならび、法定血族関係として独自に規制されていた(旧七二八条)が、現行法はこれを承継せず、継親子は単に姻族として規制されるにとどまる。従って、その効果は、一般の親族としての効果と異ならないのが原則である。

しかし、養子縁組に関しては、特別の規制をうける。すなわち、配偶者の子を養子とするのに配偶者の同意が不要である。未成年養子に対する家庭裁判所の許可も、自己又は配偶者の直系卑属を養子とする場合には、不要である(七九八条但書)。この例外の趣旨は、こうした

### 許 末 恵

縁組においてはおよそ養子の福祉を害することはありえまいとの判断に基づくものと推測されるが、この判断がすべての場合に妥当するわけではないから、この但書には強い立法上の批判のあることも周知のことである。いづれにせよ、継子養子の要件は、通常の未成年養子に比べ、非常に緩和されている。

ところで、実際の養子縁組でも、継子養子の割合はかなり高い。法務省の調査(一九八二年実施)では、未成年養子の四分の三、養子全体でも三割弱が継子養子である。そのうち、未成年者では、夫(継父)による妻の子の縁組が、妻(継母)による夫の子の縁組の一〇・六倍に達しており、著しい対照を示している。山本正憲教授

による岡山市の調査<sup>(3)</sup>でも同様の結果が示されている。

日本の養子縁組の実態については、縁組届出件数全体が年間八、九万件前後と横バイ状態にあるのに対し、許可縁組件数が年間三千件台へと激減していることが知られている<sup>(4)</sup>。この点につき、国民の生活意識の変化などから成年養子の増加は考えにくいので、家庭裁判所の許可を要しない自己又は配偶者の直系卑属の養子の増加が予想されているが、前掲調査はこの予想のひとつの根拠を提供することになる。

継子養子増加の原因は、第一に、過去二〇年に及ぶ離婚の増加、それに伴う子のいる離婚件数の増加である<sup>(5)</sup>。

親の離婚を経験する子の数は、二〇歳未満人口千に対し、一九六〇年の一・九一から一九八二年の五・七二へと年々増えている<sup>(6)</sup>。次に、再婚件数は、毎年一一、二万件(全婚姻件数の一五パーセント前後)は常にあるので、親が再婚する子の数も、増えこそすれ減るとは考えにくい。継子養子は、こうした親の離婚及び再婚に伴って行なわれるケースがほとんどであると考えられる<sup>(8)</sup>。

こうした継子養子はどのように評価されるか。七九八条但書への立法上の批判は別にしても、継子養子自体に

ついては、これまでとくに問題とされることはなかったといわれる<sup>(9)</sup>。また、夫婦仲がうまくいっている限り縁組を規制しなくても子が不幸せになることはないし、たとえ夫婦が離婚しても離縁すれば足りるとして、とくに継子養子を規制する必要はないとも指摘される<sup>(10)</sup>。

しかし、離婚及び再婚の増加という同様の社会的背景をもつ国々、とくに欧米諸国では、継子養子がなされていても、その扱いは必ずしも日本と同じわけではない。日本でも、継子養子が必ずしも子の幸せに結びつかないケースもある。

そこで、本稿は、継親子関係について特に継子養子をめぐってあらわれた問題点を中心に、比較法的観点もふまえて考察するものである。養子制度は今世紀より要保護児童救済を目的とし、そのために各国では完全養子化を進めているが、その中で継子養子はどのように位置付けられるか、そこでの養子制度の意義を検討し、継親子関係一般の法規制のあり方についても検討する。

なお、本稿において継子とは、配偶者の子で自分の実子でない者をいうこととする。嫡出子たると非嫡出子たるとを問わないが、問題の本質上、主に嫡出子について

検討することになろう。継親子関係は、親が子の親でない者と婚姻することにより生ずる状況である。また、本稿では、継親（親の配偶者）と子との間に親子としての共同生活ないし監護関係があり、かつ、子が未成年の場合に限定し、これを便宜的に継親家族と呼ぶことにする。

継子養子に関する以下の議論は、完全養子を採用する法体系において強く主張されるものだが、不完全養子または契約型養子においても、およそ養子縁組によって養親子間に親子関係が人為的に擬制される以上、原則として等しく妥当する。ただ、完全養子においては、要保護児童救済という制度の目的及び実親子関係の法的断絶・養方家族への子の完全な組込みという制度の<sup>(11B)</sup>効果から、その問題点が一層強く意識されるにすぎない。実方親族関係の断絶しない不完全養子との差異を過度に強調することは、ここではあまり適切ではないように思われる。

なお、紙幅の関係上、註及び参考文献の提示は最小限であり、必ずしも網羅的でない。

## 二 日本民法における継親子関係と継子養子

### 1 民法旧規定

民法旧規定<sup>(12)</sup>では継親子間には、嫡母庶子間とならび、親子間におけると同一の親族関係を生ずるものとされた（旧七二八条）。ここでの継親子関係は、「子の親の配偶者であって、子にとって親でない者とその子とが家を同じうする場合の法定親子関係<sup>(13)</sup>」と定義される。家を同じくするので、家を継続させるために親子関係が擬制された。その主要な具体的効果は、親権、扶養及び相続に関する。しかし、継親子間には血族関係を欠き、養子縁組のような親子関係形成に関する当事者の意思もなく、単に「家」制度を背景としての親子関係の設定にすぎないので、実際には継親の権限行使には親族会の同意などさまざまな制限が付され（例、旧八七八条、七七三条、八四三条二項その他）、実親子関係に比べ厳然たる差別が存在した。他方、とくに相続に関する効果の広汎さから、継親子関係の成立要件を厳しく解する傾向<sup>(14)</sup>があり、継子の意義をめぐって学説・判例の激しい対立<sup>(15)</sup>があった。立法論としての削除論も主張<sup>(16)</sup>された。

旧規定での継子養子は、継親子間に実親子間におけると同一の親族関係を生じ継子は嫡出子の身分を取得するので、その実益がないとも主張されたが、前述した法文

上の制限や継子養子を禁ずる条文の不存在から実益はありとされ、大審院もそれを認めるにいたった(大審院昭和六年一月二三日決定民集一〇巻一二号一二八二頁)。

## 2 親族法改正要綱

臨時法制審議会による民法改正要綱では、「第二 継親子」において、「継親子ノ關係ハ父又ハ母ノ家ニ生マレタル子ト父又ハ母ノ後妻又ハ後父トシテ其家ニ入りタル者トノ間ニ生ズルモノトシ、養子トノ關係亦之ニ準ズルモノトスルコト」とし、それまで解釈上疑義のあつたいわゆる「連れ子」も継子となりうるかの問題につき、いわゆる「家附の子」のみが継子となることを明らかにした。<sup>(17)</sup> 継親子關係の成立を必要な範圍に限定しようとしているが、基本的には「家」の安泰のための継親子關係の規制という性格を免れていない。

## 3 戦後の民法改正

戦後の民法改正に際し、最も議論された問題のひとつが、継親子關係・嫡母庶子關係の廃止である。改正民法では法律上の「家」制度を認めないので、「家」の存在を前提とする継親子・嫡母庶子關係は当然に廃止され、本来の姻族一親等關係にもどるとというのが政府側の主張

だった。それに対し、継親子間及び嫡母庶子間に親子關係を認めないのは一般の社会意識や情誼に反するとして、衆参両議院においてくり返し反対が表明された。政府側は、その度に、旧規定の継親子關係が「家」制度によるものであること、範圍や効果が広すぎて実際の当事者の意思に反すること、親子關係を望む場合には当事者の意思に基づき養子縁組をする方法もあることを答弁して<sup>(18)</sup>、ここでは、継子養子は、「家」制度を前提として法的に親子關係を擬制する旧規定の継親子關係にかわり、当事者の意思に基づいて個別に継親子間を規制する手段として、むしろ積極的に位置付けられている。政府側答弁の中には、継子養子を促進するかのような発言もみいだされる。<sup>(19)</sup>

なお、同時に、「家」制度の廃止とともに養子制度を全廃すべきかも問われたが、子の保護のための制度として残すべきであり、濫用対策として七九八条の家事審判所の許可制度をおくとされた点<sup>(20)</sup>は、継子養子に対する立法者の好意的姿勢と対比してみると、興味深い。

養子縁組自体、大きく改正された。旧規定の家督相続目的の縁組(婿養子、遺言養子)は廃止され、縁組成立

への「家」的干渉は排除された。父母の同意権も撤廃され、養子縁組は当事者の合意によってのみ成立する純粹に個人間の契約として性格付けられた。成立要件もきわめてゆるやかである。しかし、この契約的構成にもかかわらず、縁組効果は非常に広汎であり、特異な立法例となっている。<sup>(2)</sup>

継親子は当然に親子関係を擬制されなくなったが、養子縁組は一層容易になった。継子養子の場合、家事審判所の許可不要に加え、当事者（とくに子）の意思の関与なしに縁組のなされる可能性が存する（七九五条但書、七九七条但書参照）。しかも、縁組後は、旧規定のような継親の権限行使への監視・制限はなく、実親子と全く同じ効果が認められる。こうしてみると、改正の論拠のひとつだった「当事者の意思」というファクターが、旧規定での「家」制度に基づく継親子関係の規制にどこまで対抗しうるかは、かなり疑わしい。

#### 4 現行法

現行法は継親子関係を特別に規制せず、その実質的効果を認めない。そのかわり、配偶者の子であれば継子として姻族一親等関係が認められる。旧規定での継子の意

義をめぐる深刻な争いは、新規定においてその意味を失った。

継親は継子に関し、継親としての権利義務をもたない。それが問題となるのは、継親子が共同生活を送っている場合（本稿にいう継親家族の存する場合）であり、とくに親権、扶養及び相続に関してである。継親の氏と子の氏とが異なる場合には、氏の問題が生ずることもある。継親が継子についてなんらかの権利義務を得たい場合、継親は、必要に応じて個々の手続を利用するか、養子縁組により親子関係の全効果を實現するか、どちらかの方法をとることになる。

継子養子の要件は、前述したように非常にゆるやかである。一五歳未満の子の代諾養子（七九七条）については、親権者たる実親の代諾により継親と養子縁組した子について非親権者たる他方親が親権者変更を申し立てるケースが問題となる。この場合、裁判例の多くは、法規定（とくに八一九条）の趣旨よりみて親権者変更は子が一方の単独親権に服している場合に限られるので、子が養親たる継親と実親との共同親権に服している以上、他方実親の単独親権に変更することはできないことなどを

理由に、他方親の親権者変更申立てを却下している。<sup>(23)</sup> 裁判所は、子の福祉を實質的に検討することなく、形式的法理論から他方親の請求を退けている。継子養子の問題は性はこの点に最も強く表われていると思われる。

また、継父による縁組が継母による縁組の一〇倍以上あることから、子の氏変更及び入籍を目的とした縁組の利用が推定される。<sup>(24)</sup> 夫の氏を称する婚姻が大多数である現状から考えて、婚姻により母がその氏を夫の氏に改めるので、子の氏も夫（継父）の氏に改めかつ子を実母の戸籍に入籍するためである。とくに子の氏変更には七九一条により裁判所の許可を得るのが原則だが、継子養子によれば裁判所の一切の関与なくして子の氏を変更することができ、氏に対する公的統制を養子縁組が潜脱することになり、氏に対する子自身または他方親の意向を無視することにもなりかねない。

こうしてみると、日本でも、継子養子に問題がないとはいえないように思われる。もともと、日本民法の養子制度は、たとえば「要保護児童の救済」といった特定の目的をもたず、多様な目的を実現する制度として規定されているので、<sup>(25)</sup> 制度の目的から継子養子の可否を判断す

ることはできない。この点で次節で考察する英国での扱いと様相を異にする。しかし、右にあげた継親家族外の実親の親権者変更申立て——それが実際にはむしろ継親による養子縁組を控く目的のものであれ——や子の氏・入籍の問題は、親の離婚時に離縁すれば解決される問題とは局面が異なり、養子縁組にのせて継親子関係を規制する考え方自体に由来する問題であろう。継子養子の要件の整備や厳格化によるだけでは解決しえないものではないだろうか。英国の養子制度は、日本の制度とは全く異なっているが、継子養子をめぐる最近の議論には、そうした制度の違いをこえ、右の継子養子及び養子制度の問題点が鋭く示されている。<sup>(26)</sup> 英国法をとりあげる所以である。<sup>(27)</sup>

### 三 英国における継親子関係と継子養子

#### 1 継親子の法的地位

継親は継子に対し、継親としてなんの法的地位をもたない。継親が継子に関しなんらかの権利義務を得るには、制定法上の命令によるか、継親が継子をその世帯にひきとり、任意に子に関する責任をひきうけた場合 (*in loco*

parents 関係)に限られる<sup>(30)</sup>。子に関する継親の責任は、コモン・ロー上のものであれ、制定法上のものであれ、子の事実上の監護者としての継親に認められるものであり、継親だから認められるのではない<sup>(31)</sup>。従って、継親子関係の法的効果は一般的に認められず、個々の状況や特定の制定法において個別に認められるにすぎない<sup>(32)</sup>。養子縁組は、実親の生存中に継親が親としての全権利義務をひきうける唯一の方法である。

## 2 継子養子とその法規制

継子養子への関心が高まったのは、一九六〇年代後半より離婚の増加に伴い嫡出子養子が増えはじめ、しかもその多くが親・継親による共同養子だったことによる。現在も養子の四割近くが嫡出子であり、親による養子縁組も全体の半分以上を占める<sup>(33)</sup>。

従来、継子養子は、年齢要件などが緩和され(一九五八年養子法二条など)、他の親族<sup>(34)</sup>や親による養子と同じく、無制限に許容されていた。

その効果は通常の養子縁組と異ならない。継親家族外のもう一人の実親と子との法的関係は終了する。子に関して監護権命令や面接交渉の定めのある場合、それら

も終了し、他方親はもはや監護権命令について修正等を申し立てることはできなくなる。また、一般に養子命令の終局性から、命令後の実親子間の接触は好意視されない。

しかし、現在は、親・継親夫婦による養子申立て及び継親単独の申立ては、事案が一九七三年婚姻事件手続法四二条(監護権命令その他)により処理されたほうがよいと裁判所が考えるときには、却下される(一九七五年児童法一〇条三項、一一條四項。一九七六年養子法一四條三項、一五條四項。但し本稿では便宜上一九七五年法による。一九七六年一月二六日より施行)。この規制をうけるのは、実質的には、親が離婚した場合の嫡出継子の養子である。

また、継子の養子申立てが認められる場合でも、それが養護権命令<sup>(35)</sup>の申立てとして処理されることがある(一九七五法三七條一項)。養護権命令によれば、子の監護関係は、養子命令のように実方との関係を法的に切断されることなく、法的に保障される。しかし、子が一九七三年婚姻事件手続法四一條(b)号・(c)号の命令に指名されている場合には、継親には養護権申立て権を欠く

(三三条五項)ので、継子養子の代替としての養護権制度の役割は限定的である(但し、他方親の死亡している場合を除く、三三条八項)。なお、実親には申立て権はない(三三条四項)。

非嫡出継子の養子縁組は、養護権申立てとの関係で制限される可能性があるほかは、従前通り認められる。非嫡出子の嫡出子化という英国養子法のもうひとつの役割は、未だ健在である。非嫡出子とその実親(推定上の父)との関係は、嫡出子のそれほどには重視されていないように思われる。

こうしてみると、継子、特に両親が離婚し、他方親の生存する嫡出子の継親による養子縁組の申立てには厳しい条件が付されているように読める。

また、申立てが認められても、子の養子縁組に対する他方親の同意及びその免除が問題となる。裁判所は、すでに一九七五年法以前から、離婚後の再婚に続く継子養子について、相当の事由なき恒久的な親の義務懈怠及び同意の不当拒否(一九五八年法五条参照)に基づく免除を拒んでくる(Re D. (Minors) (Adoption by Parent) [1973] Fam. 209; Re B. (A Minor) (Adoption by

Parent) [1975] Fam. 127).

右の規制の背景には、いわゆるホートン委員会の報告書<sup>(36)</sup>が強く影響している。養子制度を家庭外の要保護児童救済策と位置付けた委員会は、そのワーキング・ペーパー<sup>(37)</sup>において、親族による養子縁組に疑問をなげかけた。ここにいう親族とは、実際には実親・継親、祖父母、おじおばがほとんどだが、兄弟やもっと遠い親族も含まれる。

「親族による養子縁組は、現存する血族・姻族関係を、事実上でなく、法律上切断し、自然的関係のかわりに養親子関係を作り出すが、自然的関係は、事実上——法律上でなく——不変のまま続く。こうした養子縁組のほとんどは、非親族による養子縁組がそうではない」という意味で、人工的 (artificial) である<sup>(38)</sup>。]

親族養子は、養子縁組に対するより、「率直な (open)」アプローチに矛盾する。「率直性」は子の身分関係一般(非嫡出子、親の離婚・死亡などの事実)について要求されるので、親族養子よりも後見法の利用が望ましい。親・継親による嫡出子の養子縁組は、子と実方との関係の切断は不相当で有害かもしれないので、禁止されるべ

きである。非嫡出継子の養子は、嫡出子という法的地位の付与の点から許される。以上が提案の骨子である。

しかし、継子養子禁止への反対が激しく、報告書では、嫡出子・非嫡出子の別扱いも、継子養子禁止も、撤廃された。しかし、ワーキング・ペーパーでの基本的立場は不変であり、一九七一年未成年者後見法の監護権（「後見」）申立て権が親族・里親に拡大される（勧告二一）とともに、親族による養子申立てに対し、子の福祉から後見の利用を考慮するように裁判所に命ずる立法措置が勧告された（勧告二〇）。これらの勧告が一九七五年児童法による養護権制度（同法第二部）として実現したわけである<sup>(40)</sup>。

しかし、婚姻事件手続法に言及する一〇条三項、一條四項及び三三条五項は、ホートン委員会の立場をさらに明確化し、これらの場合の子の監護に関する手続を離婚裁判所に委ねることで、継親子関係の法規制を親の離婚に伴う過程の一部と位置付けているものといえよう。

### 3 規制の評価

英国において継子養子の意義を疑問視する根拠は、継子の要保護性の欠如、養子命令の必然性の欠如及び養子

命令による子と実方親族との法的切断の不適当などである。しかし、こうした根拠は是認され、かつ、養子縁組は実際にも制限されているのだろうか。以下、特に一〇条三項を中心に、一九七五年法の実際上の影響について考察してみよう。

第一に、右の根拠自体に疑問が呈示されている。一九七五年法の審議に際し、議会はこれらの条文の実質的な検討をほとんどしていない。議会はホートン委員会の立場をほぼ無条件にうけいれたのであろう。しかし、委員会は、不在の他方実親との絆の切断が子にとって不適当で有害かもしれないというだけで、その理由を詳しく説明していない<sup>(41)</sup>。継子養子を含む親族養子が多様な状況で行なわれていること、継子養子にも利点のあること、実親子関係の法的切断が必ずしもその事実的切断を意味しないことを看過してしまった<sup>(42)</sup>。

第二に、一〇条三項は無用の規定である。一九七五年法三条は、子の福祉を保護促進するニードを第一の考慮事項とするよう裁判所及び養子機関に義務付けている。裁判官は、具体的事件で養子命令よりも監護権命令のほうがよいと考えれば、三条を根拠に当然に養子申立てを

却下するはずであり、一〇条三項の適用は無関係である。一〇条三項は当然のことを規定したもので、継子養子を積極的に控くように裁判所に命ずるものではない。<sup>(43)</sup>しかし、実際には、本項の存在により継子養子抑制の印象を免れない。<sup>(44)</sup>一一条四項についても同様である。

第三に、一〇条三項の法文上の意義は少ないとしても、実務への影響は大きかった。まず、本項施行後、親・継親による嫡出継子養子件数が激減した。<sup>(45)</sup>しかし、もっと重要なのは、裁判所毎に一〇条三項の解釈が異なり、本条の適用に関する統一的基準を欠くことである。<sup>(46)</sup>

控訴院も、本項の解釈について統一的態度を示せていない。Re S. (Infants) (Adoption by Parent)<sup>(47)</sup>では、たとえ養子縁組が子の福祉を守り促すものであっても、それが、現状に比べてだけでなく、婚姻事件手続法四二条の共同監護権命令に比べても、よいと認められなければ、縁組は認められないと判示した。しかし、その後の諸判決（未公表）では、右の解釈は否定され、実方との法的切断と事実的切断との区別、あるいは、子と不在親との絆が存在のときはそれを法的に切断しても害はないといった論理により、継親に養子命令を与えている。<sup>(48)</sup>

最後に、婚姻事件手続により継親（子の自然的後見人でない）に監護権を付与した場合、その意味、養護権者と比べての権限の異同の有無、継親家族外の実親の権利義務への影響<sup>(49)</sup>、さらには、配偶者たる実親死亡後の継親の地位などの問題が全く不明確のまま残されている。また、子の監護権命令は、いつでも取消しや修正が可能であり、養子決定の明白性・終局性に比べ、状況をより良く処理できるとは限らない。<sup>(50)</sup>

こうしてみると、継子養子の抑制には強い疑問や批判のあることがわかる。しかし、大局的には抑制の傾向は変わらないのではないだろうか。問題はその具体的な方法であろう。一九七五年法による監護権及び養護権制度は、そのひとつの試みにすぎず、なお暗中模索の状態が続くと思われる。その際、継子養子の意義・目的を明確に位置付け、その制限について大方の意見の一致を得る必要があるだろう。

#### 四 継親子関係と継子養子

継親子関係は決して今日的現象ではない。にもかかわらず、その扱いは否定的で、社会学的研究も不十分であ

る。また、かつての継親子関係は、前婚配偶者の死亡により生ずることが多かったのに対し、今日では前婚の離婚により生ずることが多い<sup>(51)</sup>。従って、継親家族の外に子のもう一人の実親が存在する点で、これまでとは別の考慮を要する<sup>(52)</sup>。

子の監護の継続性の原則にてらし、継親家族の監護関係は、原則としてもう一人の実親により攻撃されるべきではない。養子縁組は継親家族を法的に保障する最も有効な手段である。他方、子ともう一人の実親（及びその親族）との関係は、安易に切られるべきではない。

継子養子は、継子に要保護性を欠く点で特殊である。

継子には親があり、しかもその親は親としての責任も負っているのが普通である。「子のない者に親の特権を与え、親のない者、親に扶養意思・能力を欠く者に親の保護を与える<sup>(53)</sup>」という養子制度の理念に継子養子はそぐわない。しかし、養子縁組により継親子間には法的親子関係が認められ、子にも新しい家族が与えられる。多くの立法例で継子養子の要件が緩和され、国際的にも拡大傾向にあるのは、この点が評価されたためだろう。離婚及び再婚により生じた継親家族を速やかに法的に再構成し

強固にするために、継子養子が許されるのである。

確かに、法的親子関係は、人為的には養子縁組によってしか得られない。しかし、親子関係に伴う権利義務の多くは、法的親子関係がなくても、事実上の監護関係の存在または既存の制度の利用により認められる。従って、継親子関係への個別の法規制が進み、実子や養子との差別がなくなれば、この点での継子養子の実益は少なくなる。ここでの継子養子は、継親子間に存する事実的監護関係への法的対応というより、むしろ、継親家族外のもう一人の実親（及びその親族）と子との関係を解消する行為として位置付けられる<sup>(54)</sup>。

継親子関係の規制は、親の離婚及び再婚に伴う家族の再構成という連続する過程の中で、離婚後の監護権なき親（及び親族）と子との関係というより広い文脈の中で、とらえられる必要がある。その中で——子の福祉を最も促すような——監護権なき実親の権利と継親の権利との間の適正なバランスをみいださなければならぬ<sup>(55)</sup>。

養子縁組は、この過程を処理し、かつ、子の監護も確保できる有効な方法ではあるが、必ずしも満足的な方法ではない。養子縁組は、当事者間に血縁関係を擬制する

ことで親子としての権利義務を得るものである以上、これまで実親子に与えてきた法的保護を今度は養親子に継親子に与えるものにすぎず、問題の根本的解決になつていない。しかも、養子縁組は、夫婦とその未成年子とからなるいわゆる核家族を規範化し、それ以外の多様な家族形態の枠組を提供できない点で、今日的な継親家族の状況に十分対応できない。この意味で、養子縁組による処理には限界がある。また、すべての継親家族が養子縁組をするわけではないこと、婚姻にかわる同棲関係の増加などからも、養子縁組に関連した規制だけでは不十分である。<sup>(58)</sup>

この観点から、なお批判や検討の余地はあるものの、継親子関係を、養子縁組だけでなく、養護権や監護権も含めて規制しようとする英国法のあり方は評価できる。

継親子関係の規制はいかにあるべきか。もし養子縁組によらないとすれば、継親子間で必要なものに限って個別に法的効果を得る方法によることになる。その具体的方法としては、英国法のほか、スイス法の規制も興味深い。スイス法は、配偶者(Ⅱ継親)に、他方配偶者の婚姻前の子に対する扶養義務への助力(民法二七八条二

項)及び親権行使への助力(二九九条)を規定し、必要な場合には子の代理権を認める(二九九条)。このように、継親に一種の法定補佐人(なお、補佐人についてはドイツ民法一六八五条以下参照)の地位を認める方法によれば、継親子関係は、継親の配偶者たる子の実親を媒介にして間接的に規制されるにとどまるが、何らかの特別の手續を要しない。実親の優位は保たれ、継親家族外の実親と子との関係は影響をうけず、しかも、継親家族の監護は必要な範囲で保護される。もちろん、右の規制では、たとえば実親死亡時や継親と実親との婚姻破綻時の扱い、相続権の扱いなどなお不十分な点を残すが、今後のひとつの方向を示すものではないだろうか。<sup>(59)</sup>

もちろん、継子養子の可能性は完全に排除されるべきでないのはいうまでもない。養子縁組による親子関係の法的形成の利点は、その効果の確定性・包括性に加え、なお多くの権利義務が血縁または擬制された血縁関係を基準に認められる以上、否定できないからである。<sup>(60)</sup>

日本においても、継子養子は、右で検討した問題点を基本的に免れることはできない。従って、継子養子に關し、単にその要件を厳格にしたり効果を制限するといっ

た次元にとどまらない、継親子関係の社会的背景をふまえた、より根本的な対応が要求されよう。親子関係の意義に関する基本的な反省も含まれるように思われる。

## 五 終わりに

本稿は、継子養子を手掛りに、継親子関係の規制について検討してきたが、継子養子に関連して明らかにされた問題点の多くは、継子や親族養子のみならず、基本的には養子縁組一般について妥当するものである。養子縁組は血縁子への法的保護を養子にも拡大するものにすぎず、かえって事実上の監護関係を正式の養子縁組がなくても保護する必要があるとの指摘<sup>(8)</sup>は、婚姻家族だけでなく、単親家族、継親家族、同棲その他多様な家族形態の存在を前に、その意味を増す。既存の法・慣習は、この状況に対応すべく、より柔軟な規制を要求されることにならう。養子制度もその例外ではないということだろう。他方、家族関係が社会的に多様化・重層化する中で、個人のアイデンティティ確立の必要性はますます求められてくる。そのための拠り所としての生物学的な血縁関係もまた重要性を増そう。これらふたつの要請を混同しな

いことが、まず必要である。

- (1) 中川善之助編『注釈民法』(2)のII、五八九頁(中川良延担当、一九七二)。
- (2) 三浦正晴「我が国における養子縁組の実態」(上)(下)、戸籍四六二号一五頁、四六三号三四頁(一九八三)。
- (3) 「わが国における養子縁組の実態」同『養子法の研究』III二五三頁(一九八五)。
- (4) 別表1巻照。
- (5) 山島正男「養子法と縁組の実態」法学セミナー三三五号、一二九頁(一九八三)。
- (6) 別表2参照。
- (7) 『離婚統計 人口動態統計特殊報告』二二頁(一九八四)。
- (8) 配偶者の非嫡出子を養子とする例もあるが、少数である。
- (9) 山本正憲「イギリスにおける連れ子養子をめぐる諸問題」『前掲書』(註3)二九一―二九二頁。
- (10) 大森政輔「現行養子制度の問題点」戸籍四七六号、一二頁(一九八四)。子の年齢にかかわらず親・継親の離婚に伴って継子養子の離縁がなされることが、先の法務省調査でも確かめられている。田中康久「我が国における離縁の実態」戸籍四六四号一七頁(一九八三)。
- (11) 養子縁組の不可欠のファクターは、他児養育の存在ではなく、「親子関係の人為的創設」または「家族的身分の

創設」の存在である。山島正男「養子制度に関する一考察」(一)、法学一六巻一号八五頁、二号二〇〇頁(一九五二)参照。

(11B) いわゆる離縁(養親子関係の解消)が認められないことも、継子養子の問題性を際立たせる。

(12) 旧規定起草時の問題も含め、継親子関係の規制と民法典における親族概念につき、川島武宜「民法典の『親族』概念について」同『イデオロギーとしての家族制度』一二六頁(一九五七)参照。

(13) 中川善之助『新訂親族法』九二頁註2(一九六五)

(14) 穂積重遠『親族法』六二頁(一九三三)。

(15) 多くの論稿があるが、とりあえず外岡茂十郎「継親子ノ意義」早稻田法学八巻(一九二八)、於保不二雄「継子の意義に就て」法学論叢四五巻四号四七六頁(一九四一)参照。

(16) 穂積「前掲書」(註14)七二頁、中島玉吉「継子非子論」同『親族相統法改造論』二二三頁(一九二七)、谷口知平『日本親族法』一一二頁(一九三五)など。

(17) 穂積重遠「民法改正要綱解説」(三)、『家族制度全集法律篇Ⅲ親子』三三三頁以下(一九三七)。

(18) 詳細は、民法改正に関する国会関係資料(家庭裁判資料三四号、一九五三)参照。

(19) 前掲資料、二九五頁、奥野政府委員の答弁、「……自分の配偶者の子供を養子にするときは、割合に簡単に、家

事審判所の許可なんか要らないで、簡単にできる制度をつくった……」。

(20) 前掲資料、一八一—一八二頁。

(21) 山島正男「明治民法起草者の養子制度観」『現代私法の諸問題』(下)、七四六—七四七頁(一九五九)。

(22) 継親子間には事実上の親子関係が生じ、継親は継子に対する親としての責任を実質的にひきうけている例がほとんどだろうが、それが法的にも承認されることは困難である。子の実親たる配偶者の生存中はまだしも、その死後は、後見人に選任されない以上、継親は全く無権限である。なお、生存親の希望に反して、継親による子の養育の継続を認めた審判例がある(大阪家審昭五三・六・二六家月三一卷七号七一頁、浦和家川越支審昭五五・六・二三家月三二巻一—号七一頁。いずれも死亡親が親権者で、生存親から親権者変更を申し立てた事例)。扶養義務については、婚姻費用(七六〇条)に継子の生活費が含まれるとする審判例がある(東京家審昭三五・一・一八家月一二巻五号一五三頁)。相続に関しては遺言の利用が考えられるが、継子に対する継親の相続は認められにくいだろう。

(23) 詳しくは、石川稔「継親養子縁組と親権者の変更」上智大学法学部二五周年記念論文集一四一頁(一九八三)参照。

(24) 三浦「前掲論文」(註2)(上)、二〇頁、山本「前掲論文」(註3)二七〇頁。

- (25) 山島「前掲論文」(註21) 参照。
- (26) 本稿において英国とは、特に断わらない限り、インランド及びウェールズをいう。
- (27) 最近の法に關しては、三木妙子「イギリスの養子制度」ジュリスト七八二号一六頁(一九八三)参照。
- (28) 継子養子については、西ドイツの養子法改正(一九七六年)及びそれをめぐる議論も参考になるが、本稿では直接とりあげることではできなかった。以下、必要に応じて触れるにとどめる。
- (29) すでに山本「前掲論文」(註9)による紹介があるもので、本稿はそれとの重複をなるべく避けて考察する。
- (30) Note, *Harvard Law Review*, vol. 52 (1939), 515; Berkowitz, "Legal Incidents of Today's 'Step' Relationship: Cinderella Revisited," *Family Law Quarterly*, vol. 4 (1970), 209.
- (31) Re N. (Minors) (Parental Rights) [1974] Fam. 40 (1973). 事実上の監護者の権利義務については、拙稿「イギリスにおける親の権利」一橋研究一〇巻一頁(一九八五)参照。
- (32) 詳細は「Step-Relationship and Its Legal Status," *Anglo-American Law Review*, vol. 5 (1976), 259 参照。
- (33) 山本「前掲論文」(註9)二九二―二九八頁に簡潔に分析されている。
- (34) 親族とは、祖父、父、兄、姉、おじ、おば、血族たると姻族たるを問わない。非嫡出子の父及びその親族も含まれる(一九五八年養子法五七条一項)。
- (35) 養護権制度については山本「前掲論文」(註9)及びそこにあげられた参考文献を参照のこと。なお、従来 *custodianship* は「養護権」又は「監護者権」と訳されているが、本稿では前者を用いる。この語は、親以外の者に法的監護権を与える命令を示す用語なので (*Hansard, Lords*, vol. 357, col. 81 *per Lord Wells-Pestell*)、通常は *custody* の訳語として用いられる「監護権」と明白に区別するほうが望ましいと考えるからである。法的監護権については前掲拙稿(註31)参照。なお、同稿七頁において、事実的監護権の定義が一九七八年解釈法により一九七五年児童法に従って解釈されると述べたが、正確には「事実的監護権とはなく」「子と同居する者(の)ふかな言及 (any reference to the person with whom a child…… has his home)」(一九七五年法八七条三項参照)である。この場を借りて訂正する。
- (36) *Report of the Departmental Committee on the Adoption of Children* (Cmd. 5107, 1972).
- (37) *Adoption of Children* (HMSO, 1970).
- (38) *Ibid.*, para. 81.
- (39) 養護権命令に関する規定は一九八五年十二月一日より施行されるのだが、詳細は未確認である (Children Act 1975 and the Domestic Proceedings and Magistra-

- tes' Courts Act 1978 (Commencement) Order 1985 (SI 1985/779)。
- (40) ホートン委員会報告及び一九七五年法については、島津一郎・許末恵「イギリスにおける他児養育制度の動向」判例タイムス五二九号一一頁(一九八四)参照。
- (41) 継子養子に強く反対するホートン委員会の立場は、Association of Child Care Officers, *Adoption: The Way Ahead* (1969) に影響を及ぼしたが、両報告の母実調査に基づいてなされたこの批判がある。Masson, "Old Families into New: A Status for Step-parents", in M. D. A. Freeman ed., *State, Law, and the Family* (London, 1984), 232. 又 *Adoption: The Way Ahead* (1970), 5-14. Samuels, *Modern Law Review*, vol. 33 (1970), 684 参照。
- (42) Rawlings, "Law Reform with Tears," *Modern Law Review*, vol. 45 (1982), 637-638.
- (43) *Ibid.*, pp. 638-639.
- (44) たゞそれ、保健社会保障省回状 (DHSS Circular No. LAC (76) 22) 「一〇条 一一条の趣旨は、親・継親・親族による養子縁組を排き、法的監護権とらう別の方法に注意を向けさせることである。……親が子の監護権を有する限り、親・継親は養子決定を得ることはできないのが通常である」は、規定の趣旨を読み誤ったものであろう。
- (45) 一九七五年に九二六二件(全体の四三・五%)、一九七六年に七八三六件(四四・五%)あったが、一九七七年には四五四六件(三五・七%)に減り、以後三千件台(三〇%)を保っている。養子命令件数全体も一九七七年以降急減し、一九八一年には遂に一万件を切って、第二次世界大戦前の水準に戻りつつある。
- (46) 一九七五年児童法が継子養子に与えた影響を調査した J. Masson, D. Norbury & S. G. Chatterton, *Mine, Yours or Ours?* (HMSO, 1983) によれば、一九七八年に三つの地方当局管内において離婚後の養子申立てが認められた割合は、それぞれ九六%、六四%、九%で、バラツキがみられる(八四頁)。
- (47) [1977] Fam. 173.
- (48) 註 1-4, Rawlings, *op. cit.*
- (49) Maidment, "Step-parent and Step-children: Legal Relationships in Serial Unions," in J. M. Eekelaar & S. N. Katz ed., *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies* (Toronto, 1980), 429.
- (50) Booth, "Custody: Its Judicial Interpretation and Statutory Definition," *Statute Law Review*, 1982, 76.
- (51) Burgoyne & Clark, "From Father to Step-father," in L. McKee & M. O'Brien ed., *The Father Figure*, 196-197 (London, 1982).
- (52) 西ドイツ民法一三七一条四項は、実親の死亡時に継親に継子への養育資金の提供を義務付けるが、こうした相続

- 法的解決には限界がある。
- (53) W. Clarke Hall & J. Clarke Hall, *The Law of Adoption and Guardianship of Infants* (London, 1928), 5.
- (54) Läderitz, Fam RZ 1981, 526.
- (55) Maidment, *op. cit.*, p. 434. 再婚の破綻率は初婚よりも高いことが指摘されている(野々山久也『離婚の社会学』一九五頁以下(一九八五))ので、子がさらに親の離婚(及び再婚)を経験する可能性は大きい。
- (56) Masson, *op. cit.*, p. 237.
- (57) *Ibid.*, p. 231 によれば、一九七六年前でも離婚後の再婚例で養子を申し立てたのは二〇%に満たない少数派だった。また、英国でも継父・実母による縁組が圧倒的に多く(Masson *et al.*, *op. cit.*, p. 45ff.)、むしろ子の姓、家族の姓に関する新たな規制の必要性を示している。
- (58) 西ドイツ養子法改正時に議論された要件・手続及び効果の異なる複数の養子縁組の規定も、本文での問題を免れない。
- (59) 条文については、松倉耕作「スイス改正親子法(仮訳)」南山法学二巻三号一五五頁参照。
- (60) Conrad, Fam RZ 1980, 105.
- (61) Masson, *op. cit.*, p. 237 ff. の「配偶者(=継親)」による親の権利の分有を提案する。

別表 1

年次	養子縁組届出件数	許可養子縁組件数
1960	88,535	19,019
1970	87,565	9,611
1980	89,512	3,522
1981	92,233	3,376
1982	92,104	3,150

出典：法務年鑑  
司法統計年報

別表 2

年次	婚姻件数	再婚件数	離婚件数	親権を行う離婚のある離婚件数
1960	866,115	107,686	69,410	40,452
1970	1,029,405	114,535	95,937	56,683
1980	774,702	117,329	141,689	95,755
1981	776,531	118,122	154,221	106,147
1982	781,252	120,777	163,980	113,774

出典：人口動態統計

- (30) R. Frank, *Grenzen der Adoption* (1978) 第四卷参照(拙稿紹介「シナリスト七七八三号五四頁(一九八三)」)。
- (31) *Ebd.*

(一九八五・一〇・一一)

(一橋大学助手)