

わが国代諾養子縁組について

——イギリス養子法の検討を通じて——

前田 泰

目次

第一節 はじめに

一 問題の所在

二 イギリス法を検討する理由

第二節 イギリス養子法の特徴

一 養子法を検討する理由

二 養子収養とその他の児童保護制度との関係

三 養子収養の成立に要する同意

第三節 イギリス養子法における同意免除事由

一 免除事由の分類

二 具体的免除事由

三 抽象的免除事由

わが国代諾養子縁組について

(一) 代表判例の選定

(二) 第一期の判例(親の権利の強調)

(三) 第二期の判例(控訴院の混乱)

(四) 第三期の判例(子の福祉の重視)

(五) 小括

第四節 おわりに

一 イギリス養子法からの示唆

二 わが国代諾養子縁組の性質に関する従来の見解

三 従来の見解に対する疑問

四 今後の課題

第一節 はじめに

一 問題の所在

身分行為においては本人の意思が尊重さ

れる、と言われる。⁽¹⁾しかし、この意思主義原則の適用範囲は、かなり狭い。

意思主義が純粹に妥当するのは形成的身分行為であり、現行法でこれに当たるのは、婚姻、離婚、認知、養子縁組および離縁である、と言われる。⁽²⁾しかし、まず、裁判認知には当事者の意思は登場せず、また、母の認知では意思主義が敗退した。⁽³⁾

「父の」届出認知でも、客観説が有力である。すなわち、認知においては、意思主義は後退した、もしくは、その傾向にある。⁽⁴⁾また、裁判離婚でも、当事者双方の意思という意味での意思主義は妥当しない。⁽⁵⁾さらに、養子縁組についても、一五歳未満の子を養子にする、いわゆる代諾縁組では、法定代理人が子に代わって意思表示を行う。法定代理人は、養子縁組の「本人」ではない。ここでも意思主義が破られる可能性がある。代諾縁組も同様である。⁽⁶⁾これらすべてを例外とすれば、意思主義が妥当するのは婚姻、協議離婚および成年養子だけになる。⁽⁸⁾にもかかわらず、身分行為の原則として、意思主義を置く理由があるのだろうか。意思主義を強調することの効果は評価されるべきだが、それとは別に、意思主義自体の問題として、その妥当性を検討する必要がある。

以上の視点から、本稿では、代諾縁組を考察の対象とする。その理由は次の通りである。養子法に対する婚姻法の影響の強さとその不当性は、従来から指摘されていた。⁽¹¹⁾意思主義が最も

純粹に妥当するのは婚姻である。これに対して、親子法では、そもそも意思主義が存立しにくい。⁽¹²⁾養子縁組、特に未成年養子は、両者の中間に位置づけられている。⁽¹³⁾そうであれば、婚姻法に中核を持つ意思主義の適用範囲を測るためには、未成年養子を検討する必要がある。そして、この未成年養子の約八割が代諾縁組なのである。⁽¹⁴⁾その代諾縁組の成立に要求される法定代理人の意思表示には、現在、いかなる意味が含まれ得るだろうか。

ところで、わが国の未成年養子許可申立件数は、毎年減少を続けている。⁽¹⁵⁾他方、養子縁組の届出総数は、ほとんど変化していない。⁽¹⁶⁾その理由は様々に推測できるが、ともかく未成年養子の実態が急激に変化していることは、確かである。もちろんこのような変化は、わが国だけのものではない。周知のように、⁽¹⁸⁾今世紀後半から、家族法は世界的変動期を迎えている。⁽¹⁹⁾わが国の代諾縁組を考察するためにも、各国の動向を検討することは不可欠である。

二 イギリス法を検討する理由 現在、各国が養子収養を児童の保護・育成のための手段として理解している点は、共通している。しかし、そこに至る道は、大別して、二つあった。一つは、二〇世紀になってから、児童保護のために新たに養子制度を創設した国（創設型）⁽²⁰⁾であり、もう一つは、各国に固有の目的を持ついわば古い養子制度の形態から、現代型に変化した

国(変化型)⁽²¹⁾である。本稿では、創設型の代表として、イギリス法を検討する。その理由は以下の通りである。

まず、変化型を検討するためには、前提作業を要し、この作業のためには、創設型との対比が必要になるため、順序として創設型の検討が先になる。例えば、ドイツは、ゲルマン古法における他児養育制度を捨て、ローマ法を継受した⁽²²⁾。従って、現行ドイツ法を理解するには、ローマ法以来の事情を検討しなければならぬ。一九七六年法において、まだ、成年養子を残す理由も、この前提作業なしでは、理解できないだろう。つまり、長い歴史を有する変化型には、各国に固有の歴史が生んだ副産物が、今でも混入している可能性が残る。純粹に子の福祉を指向する創設型をモデルにして、それとの対比において変化型を検討することが、この副産物の把握を容易にするだろう。

また、創設型には、イギリスの外に、北欧諸国およびアメリカ合衆国のいくつかの州があるが、北欧諸国にはドイツ法の影響が強いこと⁽²⁶⁾、アメリカ合衆国には病理現象が付着していること⁽²⁷⁾から、端的に児童の福祉を求めるモデルとして、イギリス法を検討する。

注(1) 一般論としては、全く疑われていない。例えば、中川善之助「新版民法大要(親族法・相続法)」勁草書房(昭和五〇年)四頁および七頁、我妻栄「親族法」有斐閣(昭和三六年)三四四頁、島津一郎「親族・相手が国代諾養子縁組について

「親法」日本評論社(昭和五五年)二三頁、等。

(2) 中川善之助「身分法の総則的課題」岩波書店(昭和一六年)が、身分的統体の要求する同意の必要度を基準に、身分行為を三分し、形成的身分行為を「最も純粹に身分法的なるもの」と分析した(一〇三—一三六頁)。現行法下でも、意思を基調とする身分行為理論の主たる対象として、この形成的身分行為が想定される点は変わらない。中川博士は、前掲書において、形成的身分行為として、前記の外に、親族入籍、引取入籍、転籍、家督相続人の指定、他家相続、分家、廃家、隠居、廃絶家再興、相続人廃除および遺言を掲げ、「新訂親族法」青林書院新社(昭和四〇年)二二頁では、「婚姻がそうであり、また養子縁組もその例である。認知もこれに加えてよい」とする。

(3) 最高昭和三七年四月二七日二小判民集一六卷七号一四七頁。

(4) 於保不二雄「親子」(法律学体系法学理論篇)日本評論新社(昭和二五年)二九—三三頁、木下明・七七九条注釈(中川編注釈民法のI)有斐閣(昭和四六年)一九八頁、等。

(5) むしろ認知は身分行為理論から除外されてきている。例えば、深谷松男「身分行為に関する二・三の考察」金沢法学一九卷一・二号(昭和五一年)二九頁、右近健男「身分行為と意思」(民法の判例第三版)有斐閣(昭和五四年)二二〇頁、阿部徹「無効な身分行

為の追認」(現代家族法大系1) 有斐閣(昭和五五年)一〇一頁、等。

(6) 当事者の意思が合致すれば協議離婚している。有責主義、破綻主義を問わず、裁判離婚では一方当事者の意思が無視される。従って、離婚には、必ずしも当事者の意思の合致を要しない、と言える。

(7) 但し、代諾を法定代理と解することにより、意思主義が貫徹する、とも考えられ得る。しかし、代理の根拠を意思主義ないし私的自治に求める見解は、わが国では少数説であり、しかも、法定代理の説明に関しては、必ずしも成功していない。例えば、浜上則雄「代理理論における本人行為説と代理人行為説(二)」阪大法学二八号(昭和三三年)七六頁は、十分な説明を与えず、高橋三知雄「代理理論の研究」有斐閣(昭和五一年)六三―六四頁および一四頁は、詳細な検討を加えながらも、むしろ任意代理と法定代理の差異を強調して、法定代理の説明が困難であることを示す。

(8) 代諾離縁において、代諾権者の自由な協議を許すことは、代諾縁組におけるより、さらに危険である。深谷松男・八一一条注釈(中川編・注釈民法(2)のII)有斐閣(昭和四七年)七三九―七四一頁参照。

(9) 十五歳以上の未成年養子にも、家裁の許可を要する。従って当事者の意思だけの問題ではなくなる。

(10) 財産法理論との峻別、要式的緩和、等。

(11) 特に離縁に関して主張される。山島正男「民法第八

一四条第一項第三号の離縁原因にあたらぬ事例」民商五二巻四号(昭和四〇年)七二―七三頁、山本正憲「民法第八一四条第一項第三号の離縁原因にあたらぬ事例」岡山法経学会雑誌一五巻一号(昭和四〇年)一八頁、深谷・前掲注釈民法八〇五頁および八一―二頁。

(12) 実親子関係における血縁主義。その妥当性はともかく、親子法の中核を未成熟子の保護・育成と解する限り、意思主義の強調は当事者の一方に過ぎない親の意思だけを評価することになり、危険である。

(13) 成年養子はほとんど婚姻と同一視されてきたことが、正当に指摘されている。山島・前掲判例評釈七二―七三頁。

(14) 司法統計年報(昭和三五年―五四年)によれば、過去二〇年間でほぼ一定している。但し、これには、配偶者の子を養子にする、いわゆる継子養子は、含まれない。

(15) 最盛期(昭和二五年)には、四万件を越えたが、昭和四四年では、わずか四千五百件になった。なお、昭和三四年以前の状況については、加藤一郎「図説家族法」有斐閣(昭和三八年)一一九頁以下、参照。

(16) 法務年鑑(昭和三五年―五四年)によれば、過去二〇年間、八万件台で、ほぼ一定している。

(17) いわゆる継子養子には家裁の許可を要せず、司法統計年報の数字に表われない。従って、従来比重の小かった継子養子が増加したことが、まず考えられる。

その他の原因として、①避妊知識の一般化および妊娠中絶技術の向上と、その容認化に伴う出生率の低下、すなわち、望まれない子が生まれないこと。②生活水準の上昇による養子供給力の低下。③生活感覚の変化。

例えば、未婚の母の社会的容認による養子供給力低下、老後生活への期待の変化による養子需要力低下等。④子の権利主張の拡大。言い換えれば、大人の言いなりになる子が減少し、子を育てることが難しくなったこと。以上の点が考えられるが、推測の域を出ない。

- (18) Choros, *The Reform of Family Law in Europe*, (Choros ed.), Kluwer BV, Deventer, The Netherlands, 1978, Preface vii. によれば、一九六九年を境に、ヨーロッパにおける家族法の改正は、加速度を増した。但し、同書は養子法を対象にしてい

- (19) 最近の養子法の改正に限定しても、例えば以下のものが紹介されている。佐藤義彦「西ドイツの新養子法」ジュリ六三六号八三一頁、六三七号一三七一—一四八頁(昭和五二年)、養木昭八郎「スウェーデン養子法の発展」ジュリ六二六号(昭和五年)一一〇—一一九頁、有地享「フランスにおける親子法の近時の展開」ジュリ六〇四号(昭和五年)一〇六一—一五頁、最高裁家庭局長回答「デンマーク王国の養子縁組法について」家月二八巻一〇号(昭和五年)二一

わが国代諾養子縁組について

九—二四一頁「山本正壽」一九七六年養子法 *Adoption Act 1976* (1976 c. 36) の邦訳「岡山大法学会雑誌」二七巻二号一一五—一三七頁、三号一〇九—一三二頁(昭和五三年)等。

- (20) Frank, *Grenzen der Adoption*, Frankfurt a. M., Metzner, 1978, S. 17. によれば、北欧諸国「イギリスおよびオランダがその例である。

- (21) Frank, a. a. O., S. 17f. によれば、東欧諸国「フランス、イタリア、北米各州、スイスおよび西ドイツがこれに属する。但し、北米各州については「フランスもしくはスペインの影響下にあった州に限られ、その他の州は創設型のものである。西沢修「米國養子法(1)」家月一三巻二・三号(昭和三六年)二頁参照。

- (22) Engler, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. IV, Familienrecht, 8. teil, 1969, S. 411.

- (23) Engler, a. a. O., S. 412 ff.

- (24) Gesetz über die Annahme als Kind und Änderung anderer Vorschriften (Adoptionsgesetz) vom 2.7.1976, B. G. Bl. I. 1749.

- (25) Frank, a. a. O., S. 192. は「成年養子を認めない例として、前記創設型の国「ポルトガル、イスラエルおよび東欧諸国を、厳格に制限する例として、スイスおよび北欧諸国を、成年養子を認める例として、

ローマ法継受国すなわちフランス、イタリアおよび西ドイツを、掲げる。

(26) 菱木・前掲論文一一頁参照。

(27) いわゆるブラック・マーケットの存在が紹介されている。石村善助「西川あい子訳」取引される子供達」都立大法学会雑誌五卷一号(昭和三九年)二〇五—二四一頁、および、石村善助「アメリカ養子法の一断面」家月一八巻七号(昭和四一年)一一三〇頁。また、石川稔「アメリカにおける親子法の最近の動向」ジュリ六〇二号(昭和五一年)一〇九頁には、人種問題からの影響が指摘されている。

第二節 イギリス養子法の特徴

一 養子法を検討する理由 イギリスの養子収養(adoption)は、わが国の養子縁組とは「似ても似つかぬ」ほどに異なっている。その最も顕著な相違点の一つに、養子縁組の効果、すなわち、イギリスの養子収養はいわゆる断絶養子だということがある。しかし、本稿では、この相違点が存在するために、イギリスの養子収養を考察する。

わが国の養子縁組との共通点は、むしろ別の児童保護制度に多く見つけられ得る。親権の移転に注目すれば、親としての権利および義務(Parental rights and duties)の全部もしくは一部が移転する各場合を、比較検討しなければならぬ。中でも、一九七五年児童法が新たに創設した監護者権制度は、相続

上の効果を除けば、わが国の養子縁組に最も近い。しかし、養子収養(adoption)を除く児童保護のための制度では、子の福祉が第一のかつ最高の考慮事項とされ、実親の意思的関与は容易に排除される。これに対して養子収養では、実親子関係を永久に断絶させる効果が存するために、親の意思的関与は、簡単には排除されない。「子に対する親としての権利および義務が移転する制度の中で、養子収養が最も徹底している」からこそ、親の同意が強く要求される。しかし、それでも親の同意が免除され、親の意思に反する養子収養の成立する場合がある。この限界的な場合において、親の意思的関与が排除される基準を探ることができれば、わが国の代諾縁組への理解に示唆するものが大きい、と考える。ところで、イギリス養子法の変遷とその内容は、既に詳細に紹介されてきた。それとの重複を避けながら、以下において、本稿で留意すべき点を若干考察する。

二 養子収養とその他の児童保護制度との関係 イギリスの養子収養は決して孤立した制度ではない。例えば、里親の養子収養申立てに実親が同意しない場合に、里親が子の世話と支配(care and control)の継続を望むのであれば、子を裁判所被後見人(ward of court)にすればよい。裁判所被後見人の世話をする者を決定するときには、子の福祉を基準にするため、現実的に子を世話し続けてきた者に決定される可能性が極めて高い。また、親の不同意を理由に裁判所が養子収養申立てを棄却

した後に、子を裁判所被後見人にすることもできる。(17)

次に、監護者権制度および離婚裁判所の監護権手続とも関連する。一九七五年児童法はいわゆる継子養子の申立てを、一方において申立人が離婚裁判所の手続に変更することを期待し、また他方では監護者権の申立てとして扱うことを規定した。(18) 明らかに継子養子の回避を意図している。継子養子は、父母の一方(多くは母)とその再婚後の新配偶者(継父)が、子の氏および出生登録を変更するために、申し立てる場合が多く、必ずしも子の福祉に適しない危険がある。離婚裁判所の手続もしくは監護者権手続への乗り換え規定は、この危険を防止することを狙う。(19) ところで、一九六八年以後、養子収養は急激に減少している。その中であって、継子養子の占める割合は急増し、全体の六割にも達していた。(22) 従って、この二つの手続への乗り換え規定は、養子収養総数の減少に、さらに拍車をかけることになる。(23) ここでは、子の福祉を守るために、養子収養が回避される場合のあること、および、他の児童保護制度の充実により養子収養が特異な存在になりつつあることに、注意すべきである。

三 養子収養の成立に要する同意 養子収養に対する親の意思的関与は、養子収養の効果に対する同意である。(24) 次の点に注意すべきである。

(1) 同意権者の制限 同意権者は親もしくは後見人である。(25)

わが国代諾養子縁組について

る。親とは、嫡出子の父母、非嫡出子の母および養子の養父母(26)である。従って、非嫡出子の推定上の父(putative father)は同意権者ではない。(27) 一九五八年法が成立するまでは、子の扶養義務者は同意権者であったが、同法はこれを削除した。ここで、同意権者の枠が狭められた。

しかし、非嫡出子の父も、監護権を取得すれば子の後見人になり、同意権者となる。従って、この父が養子収養に反対した場合には、監護権を取得すればよい。そこで、養子収養を妨害する意図でなされた監護権申立ては、事実上、養子収養の成否を決定することになる。裁判所は、養子収養申立てと監護権申立てとを同時に審理し、その際あくまでも監護権申立ての基準、すなわち、子の福祉が第一のかつ最高の考慮事項であり親の希望はこれに劣後するという基準で、審理する。(28) この基準は、非嫡出父子関係の切断が容易であることとともに、同意権者の範囲を制限することを示す。

(2) 宗教条件の排除 一九七五年児童法が成立するまでは、同意権者は、子の宗教養育に関する条件をつけることができた。(34) しかし、同法はこれを禁止した。(35) その理由は以下の通りである。(a) 宗教についてだけ親の支配が継続することは、実親子関係の切断という点からは、変則的である。(b) 条件をつけても実際の強制手段がない。(c) 養親としての適性からではなく宗教によって養親が選択されること、および、その選

扱が手続を遅滞させるであらうことは、子の福祉に適さない。⁽³⁶⁾

実際にはこの規定を潜脱することができる。養子協会(Adoption Agency)には、親の宗教上の希望を考慮する義務が⁽³⁷⁾あり、裁判所は養子縁組命令(Adoption Order)に条件をつける裁量権を有する。従って、実親は、その宗教に理解のある協会にあつせんを依頼することによつて、目的を達することができる。⁽³⁸⁾しかし、同意を契機として実親が子の支配を継続することが制定法上禁止された点に変わりがなく、同意の内容が縮小された、⁽³⁹⁾と言える。

以上、同意権者の範囲という量的側面および同意の内容という質的側面の両面に、制限が加えられたことを確認した。

注(1) adoption の語は、日本法との比較という点では養子縁組と訳すべきかとも考えられるが、最近の傾向に従い、養子収養と訳す。

(2) 田中実「イギリス養子制度の一考察」(青山蘆厓・家族の法社会学) 法律文化社(昭和四〇年)三〇九頁。

(3) Bromley, *Family Law* 6th ed., Butterworths, London, 1981, p. 335 は、父母が養育すべきなり、父母が養育を望まない子もしくは孤児のための制度として、養子収養(後見(Guardianship)、監護者権(custodianship))、地方当局の世話(care)および里親制度(fostering)を掲げる。なお、中田幸子「イギリスの養子制度と後見および里親制度」専修法学

二〇号(昭和五〇年)九六頁以下参照。

(4) Creney, *Principles of Family Law* 3rd ed., Sweet & Maxwell, London, 1979, pp. 440-444 は、親としての権利の全部もしくは一部を行使できる者として、(a) 親(養親を含む)、(b) 後見人、(c) 裁判所被後見人(ward of court) に関して固有の裁判権を持つ高等法院、(d) 一九七一年および一九七三年未成年者後見法にもとゞき法的監護権(legal custody)を有する者、(e) 離婚裁判所から権限を付与された者、(f) 一九七八年家事事件手続および下級刑事裁判所法により法的監護権を付与された者、(g) 一九六九年児童および青少年法にもとゞく世話命令(care order) により親としての権利および義務を引き受けた地方当局、(h) 一九七五年児童法における監護者権を有する者、以上を掲げる。子の出生と同時に、その子に対する親としての権利および義務は、自動的に実親に帰属するため、実親を除く前記の者への移転が問題になる。

(5) Children Act 1975 (1975 c. 72). まだ施行されていぬ規定が多い。

(6) Children Act 1975, ss. 33 et seq. まだ施行されていない。内容については、山本正憲「一九七五年児童法 Children Act 1975 (1975 c. 72) 第二部 Part II の邦訳」岡山大法経学会雑誌二八巻一号(昭和五二年)六九一―八六頁、および、三田地宣子「一九七六年

イギリス養子法と子の福祉団・内・外」時の法令九九五号三二—三四頁、九九六号二九—三三頁、九九七号三四—三九頁（昭和五三年）参照。

- (7) Guardianship of Minors Act 1971 (1971 c. 3), s. 1. このいわゆる最高原則は「児童に関する問題に広く採用されてくる。Creney, op. cit., pp. 465—466, 491 参照。

- (8) 例えば、監護者権については、申立ての直前の三年間を子と生活を共にしている場合には、親（法的監護権を有する者）の同意は不要になり、法的監護権を持つ者がいない、もしくは、行方不明である。または、申立人自身が法的監護権を有する場合にも同意不要である。Children Act 1975, s. 38 (3), (6) 参照。また、親の一方が監護権 (custody) を求めて申立てをした場合には、同意要件および試験期間に關係なく、第三者に監護者権が与えられる場合もある。Bromley, op. cit., pp. 384—385 参照。

- (9) 養子収養については一九七五年児童法第三条が初めて、子の福祉を第一に考慮すべき旨を定めたにとどまる。しかも、この規定は同意免除の問題には適用されない（第三章三四参照）。一九七五年法前では、裁判所の確認事項の一つとして、子の福祉があったに過ぎない。このような立法および裁判所の態度には、早くから批判があった。例えば、Blom-Cooper, Adoption-Refusal of Parent's Consent, (1953) 16 M. W. が国代諾養子縁組について

L. R. 225, 225—226. 現行法に対しては、Bowen & Parry, Children Act 1975, Butterworths; London, 1979, Chapter 3 参照。なお「第一」と「最高」との差異については J. v. C. (H. L. (E.)), [1970] A. C. 668, 711A-B (per Lord Macdermott) 参照。

- (10) Creney, op. cit., p. 426.
(11) 逆に言えば、同意要件が養子収養と他の児童保護制度との大きな差異である。Creney, op. cit., p. 545.
(12) Children Act 1975, s. 12.
(13) 山本・前掲法学会雑誌二七卷二二〇七頁に掲げられた文献参照。
(14) 養子収養を目的として子を監護する者は、申し出た養親 (proposed adopters)、将来の養親 (prospective adopters)、申立人 (applicants) などと呼ばれるが、里親 (foster parents) が里子を養子にする場合も多く、適訳ではないが、本稿ではこれらをすべて里親と訳す。
(15) 被後見 (wardship) 手続は、十分な利益を有する者なら誰でも開始できる。Creney, op. cit., p. 448 参照。
(16) Creney, op. cit., p. 454. なお、同書四四六頁によれば、一九七七年には一九九一件二二三〇人の児童が裁判所被後人にされた。
(17) In re E. (An Infant), [1964] 1 W. L. R. 51

たぎの例によらぬ。

- (81) s. 10(3).
- (81) s. 37(1). 但し親族養子たぎを対象とす。
- (20) Report of the Departmental Committee on the Adoption of Children. H. M. S. O.; London, 1972, Cmnd. 5107 (文庫 Houghton Committee Report ヲ引用) pp. 28-30, paras. 103-110.
- (21) Bevan & Parry, op. cit., p. 55.
- (22) Bromley, op. cit., p. 337. 一九六八年以前の狀態に於ては Houghton Committee Report, pp. 122-129 参照。
- (23) Hopkins & Benson, Adoption by Parent and Step-parent, New L. J. April 6, 1978, p. 339. 事実 In re S. (Infants) (Adoption by Parent), [1977] Fam. 173, 178G-179C によつて Omrod L. J. が、継子養子たることは通常の養子収養の場合よりも調査を厳密に行ふことを呼びかけている。
- (24) Children Act 1975, s. 12(1).
- (25) 解釈の一般原則によつて Bevan & Parry, op. cit., p. 34.
- (26) Bromley, op. cit., p. 340.
- (27) In re M. An Infant, [1955] 2Q. B. 479. affiliation order を受けておらず、また、子の扶養もしていなかつた推定上の父が、「親」にあたらない、といふ。一九五〇年法下の事件だが、現在にも妥当である。
- Bromley, op. cit., p. 340.
- (28) Adoption Act, 1958 (7 & 8 Eliz. 2, c. 5). なお、山本正憲「一九五八年イギリス養子法 Adoption Act, 1958 (7 & 8 Eliz. 2, c. 5) の邦訳」民商四一巻五六七—五八九頁および四二巻五七—七八頁(昭和三十五年)参照。
- (29) Adoption Act 1950 (14 Geo. 6, c. 26) s. 2(4) (a). なお、山本正憲「一九五〇年イギリス新養子法」民商二七巻一〇—一一〇頁および三〇七—三二八頁参照。
- (30) Guardianship of Minors Act 1971 (1971 c. 3), ss. 9(1) (a), 14 によつて可能である。
- (31) Children Act 1975, s. 107(1) (b). 既に施行された。
- (32) In re Adoption Application 41/61, [1963] 1ch. 315, 329 (per Danckwerts L. J.), In re "O" (An Infant), [1965] 1ch. 23, 28B (per Lord Denning M. R.). これらも監護権申立てを棄却して、養子収養を認めた。これらに対して In re C. (M. A.), [1966] 1 W. L. R. 646 によつて、「第一の考慮事項は子の福祉であるが、その事が事件を決定するものではない」(per Harman L. J. at p. 670D) と述べて、監護権を父に与え、養子収養を拒否した(但し、反対意見がある)。Bromley, op. cit., p. 341 は、この判決は法の正確な説明(statement)をしていない。

と批判する。

- (33) Bromley, op. cit., p. 340.
- (34) Adoption Act 1958, s. 4(2).
- (35) Children Act 1975, s. 12(1)(b)(i).
- (36) Houghton Committee Report, p. 65, paras. 228-231, Rec. 55. なお、若原紀代子「イギリスにおける養子制度改革への動向とその問題点」市邨学園短大社会科学論集一七・一八号(昭和五〇年)一四〇頁参照。

- (37) Children Act 1975, s. 13. 既に施行された。
- (38) Children Act 1975, s. 8(7). 既に施行された。
- (39) Bevan & Parry, op. cit., p. 36 及び Bradley, Children Act 1975, (1976) 39 M. L. R. 452, 456 参照。

第三節 イギリス養子法における同意免除事由

一 免除事由の分類

養子収養の成立に必要な親もしくは後見人(以下親と略す)の同意は、免除事由の存する場合には免除される。現行法は合計8個の免除事由を規定するが、免除事由の存否は、事実認定として、裁判所が判断する。

従来の判例が、親の不行跡(misconduct)もしくは掃責性(culpability)を軸に免除事由の分類を行ったことがある。しかし、現在では各事由を分類する基準は存在しない旨が宣言さ

わが国代諾養子縁組について

(3) された。そのためか、制定法も分類基準の存在を推定させるような規定の仕方(4)を改め、それぞれを独立した項目にした。しかし、叙述の便宜上、本節の研究対象である判例の量にもつき、同意免除事由を、二つに分類して検討する。すなわち、同意しないことが不合理である(is withholding his agreement unreasonable)という事由(不合理事由)を抽象的免除事由、残る合計7個を具体的免除事由として区別して検討する。なお、この区分は、わが国の離婚・離縁の原因について行われる分類とは無関係である(5)。

二 具体的免除事由

この事由については、従来の研究(6)以上のものをあまり見出し得ないので、簡略な概観にとどめる。

(一) 行方不明もしくは同意不能 両者は、同時に認定される場合もあるが、それぞれ独立した免除事由である。行方不明の認定には、合理的なすべての手段を用いた合理的なすべての手段(every reasonable step by every reasonable means)がとられたことを確認しなければならぬ。同意不能とは、精神的もしくは肉体的な病気のため、通知(communication)を受けることができない場合である。永続的不能である必要はない(9)。また、未成年であることは、同意能力とは関係がない(10)。

(二) 親としての義務を正当な(reasonable)理由なく継続して(persistently)履行しないこと(義務不履行) 裁判所

は、「継続して」を「永続的に (permanently)」と読み替えた。⁽¹¹⁾ この判決については、(a) 継子養子の事案であること、(b)

氏の変更を目的とする養子収養を拒否した判決であること、(c) 法廷を構成した二裁判官の中で、読み替えたのは一方だけであり、他方の裁判官はこの読替えを支持しなかったこと、(d) この読替えには批判⁽¹²⁾があること、以上に留意すべきである。

しかし、後の判例で支持されたことが伝えられており、裁判所は厳格な解釈を変えていないようである。⁽¹³⁾

(三) 遺棄もしくは放置 (neglection) ⁽¹⁴⁾ いずれも刑事上の責任となる行為を意味する、と解されている。このように厳格に解したのでは、この要件を満たす行為はほとんど無いことが、指摘されている。⁽¹⁵⁾

四 継続的 (persistent) 虐待 義務不履行での読替えは、ここでは妥当しない。⁽¹⁶⁾ また、婚姻事件の別居判決での継続的虐待については、同一日の虐待で足りるが、⁽¹⁷⁾ ここでは異なる時の虐待でしかも連続性が必要である。⁽¹⁸⁾ 婚姻している父母の一歳になる一人息子 (嫡出子) が、父母から三週間にわたる虐待を受けて骨折し、入院した事案では、免除が認められ、養子収養が成立した。⁽¹⁹⁾

(五) 重大な (serious) 虐待 同意権者の家庭には連れ戻せそうにない場合に限られ、⁽²⁰⁾ 親の精神的もしくは肉体的条件の悪化、または、長期間の投獄が、その場合にあたる、と言われ

ている。

(六) 小括 帰責性による分類が許されるとすれば、⁽²³⁾ 具体的免除事由は、行方不明および同意不能 (無責事由) とそれ以外の事由 (有責事由) とに区別される。裁判所の解釈は、有責事由については非常に厳格であり、無責事由についてはそうではない、ということになる。

三 抽象的免除事由 (不合理事由)

(一) 代表判例の選定

養子収養に同意しないことが不合理である場合には、同意が免除される。⁽²⁵⁾ 具体的免除事由に比べて不合理事由は抽象的であり、裁判所の裁量権の幅が広い。⁽²⁶⁾ 以下に、不合理事由に関する裁判所の解釈基準を探る。しかし、この事由について公表された判例は比較的多く、ここですべてを検討することはできない。そこで判例の流れを把握するために、時期を区切り、各時期を代表する判例に重点を置くことにする。通常、各判決文において過去の判例が検討されるため、代表的ないし重要な判決を知ることは比較的容易である。表Iは、不合理事由に関して筆者の集め得た判例のリストである。表IIは、表Iの番号に従い、判決相互の引用・被引用の関係を表わす。肯定的に引用される回数が多い判決が、代表的判例である。表IIから、①・②、⑨・⑪、⑭・⑯の六判決が重要な先例であり、⑨の前後および⑯の前後により区切られる時期を代表していることがわかる。そ

表 I 不合理的理由に関する判例（判決年月日順）
事件名。（裁判所），出典；裁判官

- わが国代諾養子縁組について
- ① *Hichcock v. W. B. and F. E. B. and Others.* (Q. B.), [1952] 2 Q. B. 561; *Goddard, Hilbery, Devlin.*
 - ② *In re Adption Act, 1950. In re "K" (An Infant).* (C. A.), [1953] 1 Q. B. 117; *Somervell, Jenkins, Hodson.*
 - ③ *Watson v. Nikolaisen.* (Q. B.), [1955] 2 Q. B. 286; *Goddard, Hilbery, Pearce.*
 - ④ *L. v. M. and Another.* (Q. B.), (1955) *The Times* 19th, October; (*Goddard?*), *Ormerod, Glyn-Jones.*
 - ⑤ *W. and Another v. D and Another.* (Q. B.), (1955) *The Times* 20th, December; (*Goddard?*), *Hallett, Pearson.*
 - ⑥ *Re F. (an infant).* (ch.), [1957] 1 All E. R. 819; *Harman.*
 - ⑦ *In re D. An Infant.* (C. A.), [1958] 1 W. L. R. 197; *Evershed, Paker, Sellers.*
 - ⑧ *In re Adoption Act, 1950.* (C. A.), (1958) *The Times* 29th, July; *Jenkins, Parker, Pearce.*
 - ⑨ *In re L. (an infant).* (C. A.), (1962) *The Times* 19th, July; *Denn- ing, Donovan, Pearson.*
 - ⑩ *In re W.* (C. A.), (1963) unreported (⑩における引用); *Ormerod, Up- john.*
 - ⑪ *In re C. (L.) (An Infant).* (C. A.), [1965] 2 Q. B. 449; *Pearson, Diplock.*
 - ⑫ *In re W. (Infants).* (ch.), [1965] 1 W. L. R. 1259; *Cross.*
 - ⑬ *In re B (S) (An Infant).* (C. A.), (1966) 110 sol. Jo. 671; *Sellers, Danckwerts, Winn.*
 - ⑭ *In re W. (An Infant).* (C. A.), [1970] 2 Q. B. 589; *Russel, Sachs, Cross.*
 - ⑮ *In re B. (C. H. O.) (An Infant).* (C. A.), [1971] 1 Q. B. 437; *Davies, Winn, Karminski.*
 - ⑭' (⑭に同じ). (H. L. (E)), [1971] A. C. 682; *Hailsham, MacDermott, Hodson, Guest, Donovan.*
 - ⑯ *O'connor and Another, and, A. and B.* (H. L. (Sc.)), [1971] 1 W. L. R. 1227; *Reid, Morris, Guest, Wilberforce, Simon.*
 - ⑰ *Re S. (an infant) (adoption: parental consent).* (C. A.), [1973] 3 All E. R. 88; *Daivies, Megaw, Walton.*
 - ⑱ *In re B. (A Minor) (Adoption by parent).* (Fam.), [1975] Fam. 127; *Baker, Cuming-Bruce, Bagnall.*
 - ⑲ *In re D. (An Infant) (Adoption: Parent's Consent).* (C. A.), [1977] A. C. 602; *Stephenson, Orr, Willmer.*
 - ⑳ *In re B. (An Infant) (Adoption: Parental Consent).* (Fam.), [1976] Fam. 161; *Cumming-Bruce.*
 - ㉑ *In re P. (An Infant) (Adoption: Parental Consent).* (C. A.), [1977] Fam. 25; *Stamp, Ormrod, Pennyuck.*
 - ㉒ *In re S. (C. A.),* (1976) 120 Sol. Jo. 819; *Stamp, Ormrod, Penny- uick.*
 - ⑲' (⑲に同じ). (H. L. (E)), [1977] A. C. 602, 617; *Wilberforce, Dilh- orne, Simon, Kilbrandon, Edmund-Davies.*
 - ㉓ *In re H. (Infants) (Adoption: Parental Consent).* (C. A.), [1977] 1 W. L. R. 471; *Stamp, Ormrod, Pennyuck.*

こで、この三つの時期に区分し、六判決を中心に検討する。なお、代表六判決を略称で表わし、その他は番号で示すことにする。

(一) 第一期の判例（親の権利の強調）

(1) 代表判例　まず、ヒッチコック事件⁽¹⁾において、高等法院が、嫡出子の父の同意免除を否定した。ゴッダード裁判長 (Lord Goddard C. J.) は、次の点に注目した。(a) 父母間に婚姻上の問題がある。(b) 母が意図的に父子の接触を妨害した。⁽²⁾ (c) 他の制度と異なり養子収養の効果は絶大であり、他の制度と同じ基準すなわち子の福祉を基準にしてはならない。⁽³⁾ 以上の点から、同裁判長は、(a) 同意免除を求められた父の、父親のままでいたいという願いは、正直なものであり、(b) まじめに働いて子を養育できる資産を有しており、(c) 養子収養が子にとっては良いものであったとしても同意することはできない、と父が述べている、以上を認定して、不合理性は存在しない、と判決した。⁽⁴⁾ また、デブリン裁判官 (Devlin J.) は、旧一九二六年法との比較から、「もはや子の福祉が基準ではないことは明らかである」と述べた。⁽⁵⁾ さらに同裁判官は、親が、(a) 子を持っていたいと考え、(b) その適性を有し、(c) 子を扶養することができる、という状態では、養子収養に同意しないことは合理的であるという推定を受ける、と述べ、⁽⁶⁾ 本件にはこの推定を破る事由がない、と判決した。⁽⁷⁾

この高等法院の判決は、K事件⁽⁸⁾で、控訴院に支持され

わが国代諾養子縁組について

た。K事件で同意免除を求められたのは嫡出子の母である。母は子の出産後、子の父と別居し、児童福祉官を通じて子を里親に預けた。別の男性と同棲した母は、その男性との結婚を望み、里親の養子収養申立てに同意した。しかし、その直後に母は不安を感じ、ソリンターの勧めに従い、同意を撤回した。原審裁判所は、(a) 同意免除を求められた者が子を監護していたか、(b) 同意の拒否か撤回か、という二つの基準から、母の同意を免除した。控訴院は、母の控訴を認めて免除を否定した。判決を下したジェンキンス裁判官 (Jenkins L. J.) は、まず、養子収養の効果を強調して、親が同意しないことはきわめて正当であることが推定される、と宣言した。⁽⁹⁾ さらに、同裁判官は、遺棄、放置、虐待といった「不行跡や義務不履行に至らない場合に、不合理だと判決されてよい事件を想像することは可能であるが、しかしそのような事件は例外的である」と述べた。⁽¹⁰⁾ ジェンキンス裁判官は、続けて、不合理性認定の問題を全体的にカバーするのは不可能である、と述べて、不合理にはなり得ない基準を探る否定的方法 (negative course) を提唱した。⁽¹¹⁾ すなわち、(a) 養子収養が子の福祉に適することだけでは、親の不同意が不合理になることはない。(b) 子を里親に預けていても遺棄にならない場合には、不合理にはならない。(c) 子を実親に戻すことが子を一時的な不幸にすることは、不合理性とは関係ない。(d) 撤回は不合理性には結びつかない。以上を理由として、控訴院は、同意免除を否定した。

(2) その他の判例 不合理性を認められた判決が四つある。まず、④であるが、(a) 父母の離婚に伴う継子養子の事案であること、(b) 同意免除を求められた父は、母に対する悪意だけのために、同意を拒否したこと、以上が認定され、完全に父母の争いを示す事案である。⑤では、子を預かった里親に同性の子が生まれたために、子の母も、またあつせんした協会も、別の養親を探すことを主張した。つまり、この母は子の福祉を考慮して同意を撤回したのである。それにもかかわらず、同意を免除した理由は明らかでない。第二期以後の基準によれば免除されなかった、と考えられる。次に、⑦では、非嫡出子の母を殺したために終身刑を宣告された父の同意が免除された特殊な事案である。ただ、原審県裁判所が、ヒッチコック事件判決(①)を適用して免除を否定したのに対し、非嫡出子にはヒッチコック事件判決は適用されない、として区別した点(41)が注目される。また、⑧では、原審が免除を否定したため、母が子を取り戻したが、子が母を嫌って取り乱し(unpleasant)、母はすぐ翌日に子を里親に返したが、しかし養子収養には同意しない、という事案である。控訴院は、(a) 子を育てる資力が無い、(b) 子を父に対する人質と考えている、(c) 子を取り戻したわずか一日だけですら、母親としての責任を果たせなかった、以上の点を理由に非嫡出子の母の同意を免除した。

同意を免除した上記判決は、特殊である。まず④および⑧は、父の母に対する悪意や、母が子を父に対する人質と考えて

いたことが、拒否もしくは撤回になって表われただけである。父母間の争いの道具として子を奪い合う例である。次に⑤は、子の福祉の観点から、養子協会までが反対した養子収養を、親の意思を排除してまで成立させた理由が不明である。また、⑥では父が母を殺していた。以上の点から、この時期に同意を免除した判例は特殊な事案であるか、もしくは、疑問のある判決であり、後の判例がこれらを無視したことは、当然であった。

代表二判決(①・②)以外に、不合理性を否定した判決が二つある。まず、③は遺棄が主な争点となった事案であり、不合理性については、ヒッチコック事件(①)判決と同じ事が述べられたに過ぎない(43)。ただ、この③は、非嫡出子の事案であったが、ヒッチコック事件判決を適用したことに注意すべきである。この点で、前期⑦と対立する。残る⑥では、嫡出子の父母の同意が問題になった。この事件は、三人目の子を生んだ母が重度の神経衰弱になり、回復の見込みがなくなった時に、その子を預かっていた里親が養子収養を申し立て、父母は子の福祉のために条件をつけて同意したが、その後母が驚くべき回復を見せて、子を取り戻したいと考えるに至った、という事案である。判決で重視されたのは、実親がだれであるかを里親が子に教え続けていたことである(44)。子の心理状態が初めて基準にされ、しかも、同意免除を否定する側で評価された珍しい判決である。しかし、直接の判決理由としては、ヒッチコック・K両事件判決とほぼ同旨の事が述べられた(45)。以上から、この時期

に免除を否定した判決は、代表二判決の影響下にあったことが明瞭であり、代表判決の重要性が再確認される。

(3) 位置づけ 代表判例(①②)は、不合理事由を、「子の観点からではなく、親の観点から解釈した」⁽⁴⁶⁾もしくは「実親の権利が奪われることを強調して、養子収養が子に与える明白な利益に対する考慮を排除した」⁽⁴⁷⁾と批判され、この点で児童に関する協会(Children's Society)に失望と警告を与えた、⁽⁴⁸⁾とされている。また、K事件(②)では、判決に従い、実親が子を取り戻したが、⑨と同様に、再び子を里親に返したと伝えられており、この点から、判決の妥当性が疑問視された。⁽⁴⁹⁾確かに両判決は、同意免除の基準には触れずに、免除されない基準を明らかにしたに過ぎず、その基礎には親の権利が奪われるという養子収養の効果の強調があり、従って、親の権利の強さを示していた。この時期全体を見ても、「判例からは、まれな事件でのみ、不合理を理由として同意が免除され得る、という印象をぬぐうことができない」⁽⁵⁰⁾ことは事実であり、少なくとも、同意免除の基準として子の福祉には注目していない、⁽⁵¹⁾と言える。もし、子の福祉を位置づけるならば、「親の権利の次に重要だ」ということになる。

(三) 第二期の判例(控訴院の混乱)

(1) 代表判例 L事件(⑨)は、子の福祉に新たな地位を与えた。詳細は不明だが事案は次の通り。同意免除を求められ

わが国代諾養子縁組について

たのは非嫡出子の母であり、母は子の父とは別の男性と婚約していた。しかし婚約者が子の引取りを拒否したため、母は子を里親に預けて婚約者のいる外国へ去った。やがて里親が養子収養を申し立てたが、母は同意に条件をつけたり、撤回したりしたため、原審が不合理性を認定した。控訴院のデニング裁判官(Lord Denning M. R.)は、(a) 母は夫対子の残酷なディレンマの中で夫を選択した、(b) 子は重病であるため里親から離れることは精神的・肉体的な負担になるという医学上の証拠がある、(c) 母は一度同意している、(d) 里親と子の同居期間が長い、以上を認定した。さらに同裁判官は、不合理性について、(a) 審理の時点を基準にする、(d) 子の福祉だけを考慮するのではない、(c) 不合理であるか否かが問題である、以上を確認したうえで以下の事を述べた。(a) 合理的な婦人ならば、本件の事案の中で、どう行動するかが、基準である。(b) 合理的な母であれば子にとってより良い事を重視する。(c) 従って不合理性の認定には、子の福祉を考慮に入れざるを得ない。以上の点から、合理的な母親であれば養子収養に同意する、として、母の同意を免除した。また、ドノヴァン裁判官(Donovan J. J.)は、実母の心理的動揺が里親に苦痛を与え続け、里親が神経衰弱になった点を認定に加え、デニング裁判官の判決に同意した。

C事件(⑩)⁽⁵⁵⁾判決は、このL事件判決を全面的に支持した。まず、ピアソン裁判官(Pearson J. J.)は、(a) 医学的証拠

は、その証拠の關係する限りにおいて、支配的要素となる、⁽⁵⁶⁾

(b) 原審は医学的証拠だけに基⁽⁵⁷⁾づいており、誤りではないが、証拠の全体に基礎を置く方が安全である、⁽⁵⁷⁾ (c) 免除を求められた母には子の養育に関する一定の計画がない、⁽⁵⁸⁾ (d) 母の現在の困難は自らの行為から生じた、以上を認定して、不合理性を認めた原審を支持した。しかし、ディプロック裁判官 (Diplock L. J.) は、L事件判決への贅意を表明しながらも、それとは異なる見解を示した。同裁判官は免除規定を分析して、同意不能以外の事由は、子の福祉に対する、親の冷淡なもしくは身勝手な無関心 (a callous or self-indulgent indifference) を表わしており、従つて不合理性の認定にもこれを基準として適用しなければならぬ、と述べた。⁽⁶⁰⁾ 同裁判官は、本件の母が「すべての点で子の福祉に対する身勝手な無関心を示しているために、同意が免除される、と判決した。⁽⁶¹⁾

(2) その他の判例 L事件判決の適用を否定した判例が三件ある。まず⑩では、(a) 医学的証拠は子の危険を具体的に指摘することができない、⁽⁶²⁾ (b) 子が養子であることを知った時にも心理的ショックを受ける、⁽⁶³⁾ 以上の点から、合理的な母であればこの危険を冒す、と判断された。⁽⁶⁴⁾ この判決では、L事件には特殊な要素があるために、L事件判決を適用しない、と言われた。⁽⁶⁵⁾ 次に⑬でも、子の心理的危険は、実母が子を引きとることを妨げるほどには重大ではない、と判決された。また、不合理性の認定については、母が子を養育する適性がない場合、もしくは、母が病気の場合に不合理になる、という狭い基準で判断した。事案の詳細は不明だが、この事件の父母はともに16歳であり、審理の前に婚約していた点に、免除否定の大きな理由がある、と考へる。⑭では、医師の証言も所見も無く、子の訴訟代理人兼児童福祉官が、子の情緒面での影響を予想しただけであった。⁽⁶⁶⁾ 第一審裁判所は、医学的証拠が無くとも、子の心理上の危険を子の福祉の一部として考慮する権限がある、と述べて、⁽⁶⁷⁾ 非嫡出子の母の同意を免除した。これに対して控訴審は、一般的証言に過ぎず特定性がないとして、⁽⁶⁸⁾ また、養子であることを知った時のショックも同様であるとして、⁽⁶⁹⁾ 福祉官の報告書を評価しなかった。さらに、不合理性の基準についてもL事件判決を採用せず、⁽⁷⁰⁾ K事件 (②) およびC事件 (⑪) の判決から、帰責性および身勝手な無関心という要素を引き出して不合理性の基準とし、⁽⁷¹⁾ 第一審は子の福祉だけを考慮して適正な基準を適用しなかった、と判決した。

これに対し、L事件判決を適用したのは、C事件を除き、二件である。⑫では、(a) 免除を求められた嫡出子の父のついたうそがこの事件全体の基礎にあること、(b) 子の一方は9歳になっており、父に対する強い嫌悪感を示していたこと、以上に注意すべきだが、高等法院は医師の証言を大きく扱い、⁽⁷²⁾ 子に関する問題には迅速性を要する、と述べ、(a) 審理の開始が遅れ

(74) たこと、(b) その遅延が子の心理に確定的影響を与えたこと(75) 父自身の虚が不幸の始まりであったこと、以上の点から不合理性を認定し、父の同意を免除した。最後の⑩は、L事件判決をそのまま適用し、これと異なる基準を作り出した⑭およびその基礎となったC事件のディプロック判決を強く批判した。まず、デーヴィス裁判官(Davies L. J.)は、(a) 不合理事由は他の免除事由とは異質である、(b) 不合理性を別の言葉に置き替えることは許されない、(c) K事件判決からは不行跡・帰責性等のどの要素も不要であることが強く示唆される、と述べた。ウィン裁判官(Winn L. J.)も、不合理性には、親の不行跡、非難を受ける振舞いおよび欠点は、何の関係もない、と述べて⑭を批判した。この事件の原審は、冷淡なもしくは身勝手な無関心を基準にしていたため、控訴院がこれを破棄した。

(3) 整理 この時期は、言わば控訴院の混乱期である。判決の言い渡し期日に従い整理すれば以下のようになる。まずL事件判決は次の点を内容とした。(a) 子の福祉に対する親の態度という基準を導入することにより、子の福祉に重要な評価を与えた。(b) 子の福祉について医学上の証拠を採用し、重視した。(c) 実親の動搖が里親に与える苦痛を評価した。以上の点に対して、⑩は医学的証拠について、具体的ないしは特定性の点から制限を加え、かつ、L事件を特殊な事件と位置づけた。次のC事件では、再びL事件判決が支持され、医学的証拠について強い力を認めた。しかし、その反面、ディプロック裁判官

わが国代諾養子縁組について

が、L事件とは異なる基準によって判決した。⑩は高等法院が第一審になった判決であり、また、事案に特殊性があるが、ともかく医学的証拠を重視した。逆に⑭は、医学的証拠を重視せず、⑭の第一審では医学的証拠なしで一般論として里親から実親への子の移動を危険だと認めたが、控訴審はこれを破棄した。この⑭では、L事件判決は「狭い解釈」と評され、もしくは、事案を区別され、K事件およびC事件から引き出した基準が適用された。これに対して⑮は、再びL事件判決に戻り、医学的証拠を重視して、帰責性等の別の基準を徹底的に排除した。

医学的証拠採用の是非に関する対立は、C事件のピアソン裁判官により、予言されている。同裁判官は次のように述べた。「裁判所の手から離れて、専門医師の手に判決が委ねられる危険がある。専門医師がこの問題を解決する裁判所になることであり、もちろん、正しいことではない」。同裁判官の危惧は、医師の所見が「切り札」となり、医師が危険だと言えば常に同意が免除されることにある。そこで、これを回避するために、医師の所見からは危険を明確に特定できないことを理由に、証拠としての評価を低めることが行われたわけである。この医学上の証拠に関する問題およびもう一つの対立点である不合理性認定の基準に関する問題は、第三期のオコーナー事件(⑯)およびW事件(⑱)がそれぞれ解決することになる。

(四) 第三期の判例(子の福祉の重視)

(1) 代表判例 W事件⁽¹⁴⁾⁽⁸⁴⁾において、初めて、貴族院が

不合理性認定に関する見解を示した。判決の内容は多岐にわたるが、従来から下級審で述べられた点を整理した観が強い。貴族院は、まず、子の福祉について第一期の判例を確認し、監護・後見事件と異なり、子の福祉だけを基準にするのではない、と述べた。特に、*ヘイルシャム裁判官*(Lord Hailsham of St. Marylebone L. C.)によれば、子の福祉は裁判所の確認すべき二番目の考慮事項に過ぎない。⁽⁸⁶⁾次に、同意免除の基準について、原審である⁽⁸⁷⁾を否定し、⁽⁸⁸⁾を支持することを明確にした。

従って、帰責性等の要素は、不合理性の基準からは完全に排除された。特にL事件が高く評価され、もはや権威的 (authoritative) になった、と位置づけられた。⁽⁸⁹⁾ところで第一期は、医学的証拠無しで、一般論として子の危険を認定した。貴族院は第一期のこの認定を是認もしくは黙認した。⁽⁹¹⁾また、この一審判決は、控訴審からは、子の福祉の観点からのみ判断した、と評された。貴族院も、第一審が「福祉の観点から主に事実を分析した」ことを、認めている。⁽⁹²⁾しかし、貴族院は、第一審の判決文が存在せず、弁護士 (Counsel) の筆記した文章が残されただけであり、判決の全体は不明である、ということを理由に、控訴審の批判は妥当しない、と断定した。⁽⁹³⁾以上の理由から、第一審は適正な素材を有し、また、法適用の誤りもなく、控訴審にはこれに干渉する権利が無かった、として、⁽⁹⁴⁾を破棄し、第一審

判決を復活させた。

次のオコーナー事件⁽⁹⁴⁾も貴族院判決である。貴族院は、まず、W事件判決を確認した。中でも、*ライド裁判官* (Lord Reid) は、医学的証拠の扱いについて、「まれな事件では医学上の証拠が役に立つかもしれないが、そうではない普通の事件では、裁判官が子の危険を評価することができる」と述べて、もはや特定の証拠無しで、子を里親から引き離すことの危険性が認められることになった。⁽⁹⁵⁾さらに、この危険は時の経過とともに増大することが、認められた。子の福祉について、ライド裁判官は、次の見解を示した。(a) 合理的な人間であれば、子、実親および里親の利益を考慮する。(b) その中で子の利益が第一であり、場合によっては最高になり得る。(c) しかし、実親の要求を無視すべき理由はなく、里親も無視できない。以上である。この事件で同意免除が求められたのは、非嫡出子の母であったが、第一審の審理開始後、父が離婚して父母は婚姻したため、子が準正され、結局、嫡出子の父母の同意免除が求められた。第一審では、L事件判決を適用したが、その際、合理性に代えて「無責任 (irresponsible)」という言葉を用いて、父母の同意を免除した。貴族院はこの言替えを不問にして、上記の点から、第一審を支持した。

(2) その他の判例 代表判例を含めて、第三期の判例は、既にほとんど紹介されている。ここでは未紹介の判例一件⁽⁹⁷⁾

を紹介するにとどめ、(3)で全体の問題点を整理する。

⑯の事案は次の通り。非嫡出子の母が、生後八日目の子を里親に預けた。子が母と里親の間を何度か往復した後に、里親が養子縁組を申し立てた。母は一度同意したが二か月後に撤回した。原審は、(a) 子に移すことは子にショックを与える、(b)

母には子を養育できる資力が無い、(c) 母は子に愛情を持っていない、等を認定して母の同意を免除した。原審判決後、母はある男性と婚約し、婚約した事実をも考慮に入れるべきだ、と主張して控訴した。控訴院は、し事件判決を引用して、不合理性の認定は審理時に判定されることを確認し、審理の時とは終局的に事件が決定される時である、と解した。しかし、母の婚約については、裁判を有利にするための仮装婚約である疑いが強い、として考慮に入れず、原審を支持した。

(3) 問題点の整理 (i) 医学上の証拠 オコーナ事件判決

によって、子を里親から引き離すことの危険性を、一般論として考慮できるようにした。各事件ごとに専門医師を召喚して所見を証拠として提出する必要は、もはや無くなった。子の心理的危険が、常に、子の福祉の一部として、評価されるようになったのである。子の心理面を基準の一つとして同意を免除した判決には、代表判例の外に、⑰・⑱・㉑・㉒・㉓があり、残る四件のうち、⑳・㉑は㉒により否定もしくは制限され、㉒・㉓は詳細が不明である。従って、第三期の判例はほぼ子の心理面を

わが国代諾養子縁組について

評価して、同意を免除していることになる。子の福祉の概念が拡大した、と言える。

(ii) 同意免除の基準

W事件判決により、親の不行跡、帰責

性等は、不合理性認定の基準ではなくなった。また、オコーナ事件ではライド裁判官が、実親の希望を無視してはならないと言いつつも、場合によっては子の福祉が最高の考慮事項になる、と述べた。つまり、実親側の事情への比重が減り、逆に子の福祉は、さらに重視されるようになった。W事件判決が回復させた第一審判決は、ほとんど子の福祉に関する分析に終始していた。代表判例以外の第三期の判決における免除の基準は、第一に子の心理面であり、第二に子に対する実親の愛情であり、第三に実親が子を養育できる可能性すなわち資力である。これらはすべて子の福祉に含まれ得る。子の福祉があくまでも親の立場から評価されるのであって、裁判所が自己の見解を置き替えてはならない、とする点のみ、親の優越性が保たれる。従って、各事件のそれぞれの親の立場からの、相対的な子の福祉が、免除の基準である。

(iii) 継子養子

二通りが考えられる。(a) 非嫡出子の母が子

の父ではない者と婚姻し、子を養子にする場合。(b) 嫡出子の父母が離婚し、母の再婚後、子を養子にする場合。それぞれ父と母が入れ替わる場合もあり得る。この中で、同意免除の問題に登場するのは(b)の場合だけである。第三期には三件の判例がある。まず㉔では、高等法院が、父母離婚後すぐに行われる継

子養子の申立てに対しては同意免除の裁量権行使は控えなければならぬ、と述べて、ヒッチコック事件判決を適用し、親のままでもいいという父の願いは正直なものである、と認定して、同意免除を拒否した。次の⑩では父が同性愛者であり、それが離婚の原因でもあった。この事件の第一審は、父の同性愛が子に影響する危険を重視して、父の同意を免除したが、控訴審は、⑪を支持すると述べて、同性愛が子に与える危険は父の権利を奪う程度には大きくないと認定して、同意免除を否定した。これに対して、その上告審である⑫は、⑬を制限ないし區別し、⑭を否定した。この上告審でも、父の同性愛と子の福祉の関係が主な争点であり、貴族院判決としての影響力は大きくない、と考へる。従って、継子養子の事案では、まだ先例は存在しない、と言へる。また、前に見た通り、継子養子は、監護権手続および監護者権手続への移行が予定されており、いづれ同意免除の問題には登場しなくなる、と考へる。

(iv) 一九七五年児童法第三条 この規定は、オコーナー事件のライド裁判官の判決に影響を受けた、と言われている。⑮であれば、正に不合理性認定の問題のために作られたことになる。しかし、第三条の解釈については判例上の争いがあった。まず、⑯で高等法院のカミング・ブルース裁判官 (Cumming-Bruce J.) が、第三条は (a) 旧法を変更し、(b) 不合理性の認定に適用される、と述べた。これに対して⑰では控訴院の

スタンブ裁判官 (Stamp L. J.) およびベニキエック裁判官 (Sir John Pennycuik) が、(a) (b) の両者を否定し、オームロッド裁判官 (Ormerod L. J.) が、(a) だけを否定した。⑱では、貴族院が、傍論であることを明言しながら、従来の判例以上の事は加えられていない、と述べたり、第三条が旧法を変更したならば、子の利益の重要性を増加させ、親の不同意をさらに困難にさせる、と述べたりしたが、明確な見解は示されていない。従って、⑳の多数意見が、現在の判例であり、第三条は不合理性の問題には適用されないが、しかし第三条を契機として、子の福祉はさらに重視されていく、ということになる。㉑で、オームロッド裁判官は、次のように分析し、また、予想している。(a) I 事件によって判例は明らかに変化した。(b) W 事件により判例は再び大きく変化した。(c) 第三条が適用されなくとも、一九七五年法の影響で、また、判例は変化するだろう。同裁判官によれば、この変化は子の福祉への傾斜であり、具体的には、同意後撤回するまでの期間および親里子の同居期間が、長くなればなるほど、同意の撤回は非常に困難となる。

第一期の判例では、撤回の自由が認められていた。判例は大きく変わった、と言わざるを得ない。

(五) 小括

これまで触れなかった点を含めて、事案を中心に、若干の分析を試みる。分析の基準は以下の通りである。(a) 同意免除

可否の一般的傾向。(b) 非嫡出父子関係における傾向。(c) 同意拒否と撤回との差異。(d) 継子養子における傾向。(e) 医学上の証拠の採用。(f) 時間経過に対する評価。以上の点を各事件のすべてに整理したのが表Ⅲである。しかしここで、判例が各事件のすべてに事実から不合理性の有無を認定すべきだという態度を一貫して取り続けていること、および、既に半世紀を越えたイギリス養子法の歴史の中からわずかに二十数件の、しかも上訴の許された判例を対象としていることに、注意しなければならぬ。ここから何かの傾向が引き出せたとしても、統計的にはほとんど無意味である。本節の意図は、親の意思に反して断絶養子が成立する例外的事件の中に、いかなる基準が存在し得るのかを、探ることだけである。(a) 免除の可否について。第一期八件中四件(50%)、第二期六件中四件(67%)、第三期九件中七件(78%)で、同意が免除された。上訴審で免除が認められやすくなったことは否定できない。(b) 非嫡出父子関係について。この事案は一件しかない。そこでは父の同意が免除されたが、その父は、母を殺していた。従って、判例の傾向は不明である。一九五八年法以来、扶養義務者の同意が不要となり、非嫡出子の父はこの問題に登場しにくくなったため、と考える。(c) 拒否と撤回の差異について。二三件中、撤回が一七件(74%)、拒否が六件(26%)である。撤回一七件中、同意免除は一件(6%)であり、拒否は六件中三件(50%)で免除された。撤回のほうが免除される率が高い。撤回の事案で同意が免

除される理由は、拒否の場合と異なり、撤回するまでに相当に時間が経過して里親・里子に密接な関係が生じていること、同意と撤回を繰り返すことにより、里親に与える心理的苦痛を評価する契機になること、また、帰責性等の自業自得の判断を受けやすかったことである。撤回の場合を時期別に見れば、第一期五件中二件(40%)、第二期六件中三件(50%)、第三期六件中六件(100%)で、同意が免除された。W事件以後、撤回がすべて同意免除に結びついており、²⁹判決はこれを背景としていたことがわかる。次に、拒否は、第一期三件中二件が免除され、第二期には事案がなく、第三期三件中一件で免除された。同意拒否はすべて父である。逆に父が撤回したのは一件だけであり、しかもこの一件は、父のうそに始まる変わった事件である。また、非嫡出子の父はこの問題に登場しにくいため、同意を拒否するのはほとんど嫡出子の父である。(d) 継子養子について。この事案は四件あり、すべて母夫婦が申立人である。父母離婚後、母が再婚して、新たな夫とともに自己の嫡出子を養子にする場合に限られている。この場合に父は同意を拒否している。つまり、継子養子は、不合理性認定の問題では、母が申し立てた養子収養によって嫡出父子関係を、父の拒否に反して切断できるか、という問題に限定されていたことになる。この問題について、判例には一定の傾向はない。また、拒否の事案六件中四件は継子養子である。従って、継子養子を除けば、不合理性の問題はほぼ撤回の問題であったことになる。前節で述

表Ⅲ 不合理性に関する事件の事案等

	同意免除	子の嫡出性	拒否撤回	被請求者	申立人	医学上の証拠の有無	被請求者と子の同居期間	申立人の子の同居期間	引渡時の子の年齢	審理時の年齢	同意から撤回までの期間
ヒッチコック (①)	×	嫡	拒	父	他人	無	1か月	?	?	2歳3か月	/
K (②)	×	嫡	撤	母	他人	無	5か月	2年2か月	5か月	2歳7か月	2か月
③	×	非	撤	母	他人	無	1年3か月	2年7か月	1歳3か月	3歳10か月	2年
④	○	嫡	拒	父	母	無	11か月	9年8か月	11か月	9歳8か月	/
⑤	○	?	撤	母	他人	無	8か月	9か月	1歳1か月	1歳10か月	?
⑥	×	嫡	撤	父母	他人	無	8か月	5年4か月	8か月	6歳6か月	2年
⑦	○	非	拒	父	他人	無	1年	2年	1歳	3歳	/
⑧	○	非	撤	母	他人	無	?	?	?	?	?
L (⑨)	○	非	撤	母	他人	有	5か月	2年	5か月	2歳5か月	?
⑩	?	?	?	母	?	有	?	?	?	7歳	?
C (⑪)	○	非	撤	母	他人	有	4か月	2年5か月	4か月	2歳9か月	1年1か月
⑫	○	嫡	撤	父	他人	有	6年8か月2年	4年8か月4年	6歳8か月2歳	11歳4か月6歳8か月	1年
⑬	×	非	撤	母	他人	無	1日	1年	1日	1歳	?
⑭	×	非	撤	母	他人	無	9日	2年	9日	2歳	3週間
⑮	○	非	撤	母	他人	有	5か月	1年1か月	5か月	1歳6か月	4か月

W (14')	○	非	撤	母	他人	無	9 日	3年1 か月	9 日	3歳1か月	3週間
オコーナー (16)	○	嫡	撤	父母	他人	無	3か月	2年9 か月	5か月	3歳2か月	3か月
⑰	○	非	撤	母	他人	無	2か月	1年9 か月	4か月	1歳11か月	2か月
⑱	×	嫡	拒	父	母	無	2年5 か月	7年8 か月	2歳5 か月	7歳8か月	△
⑲	×	嫡	拒	父	母	無	4年2 か月	8年4 か月	4歳2 か月	8歳4か月	△
㉑	?	?	?	母	?	無	?	?	?	?	?
㉒	○	非	撤	母	他人	無	8 日	7か月	8 日	9 か月	20 日
㉓	○	?	撤	母	他人	無	3か月	1年5 か月	3か月	1歳10か月	4か月
⑲'	○	嫡	拒	父	母	無	4年2 か月	8年6 か月	4歳2 か月	8歳6か月	△
㉔	○	非	撤	母	他人	無	14日	1年	14日	1 歳	3か月

表Ⅲの略語

「同意免除」：判決が同意免除を認めたか否か。

同意免除の「○」：同意免除を認めた（不合理性を認定した）。

〃の「×」：〃を認めず。

「嫡」：嫡出子，「他人」：他人夫婦

「非」：非嫡出子，「母」：再婚後の母夫婦

「拒」：拒否

「撤」：撤回

「被請求者」：同意免除を求められた者。

「申立人」：同意免除を申し立てた里親。

べたように継子養子は将来この問題に登場しなくなる事が予想され、また、前に見たように最近の判例は撤回を総て不合理性に結びつけている。従って、不合理性の問題では、ほとんどすべて免除が認められる傾向にある。(e) 医学的証拠については、第一期には医学的証拠は登場しない。特に第一期の前半では、養子取養に付随する人間の心理的側面への配慮は完全に欠落していた。第二期では、子の福祉の要素として、里親から子を引き離すことの心理的危険を証明する医師の証言もしくは報告書が、大きく取り上げられた。しかし、第三期になると、一方で、証拠に特定性がないという医学上の問題によって、また

他方で、不合理性認定問題が医師の手にゆだねられることへの裁判所の危惧によって、医学的証拠は採用されなくなった。代わりに、子を実親に戻すことは子の心理にとって危険がある、という一般論が公認された。従って、子を実親に戻すことは子の福祉に反するのである。但し、各時期とも、簡略にしか公表されない事件が少なくない点に注意する必要がある、右の傾向は、表Ⅲに示されたほどには単純でない可能性がある。(f) 時間経過に対する評価について。継子養子の事案では、申立人と子との同居期間が長い。この場合、申立人は母であり、出産後常に子と生活を共にしているためである。また、父は法的父子関係の切断を拒否しているに過ぎず、子の引渡しを求めている。従って、継子養子では同居期間が判決に影響する度合は低い、と考える。しかし、継子養子を除けば、何の傾向も見いだ

せない。事案に明瞭な変化がないにもかかわらず、L事件以後の判例で時の経過が注目され、特に⁽²⁾では強調された。これは、同意免除の理由を親の側に求めるのではなく、時間経過という正に客観的基準によるという裁判所の態度の表われである。

以上の点から、継子養子を除き、裁判所は同意免除の契機を探している、と言える。撤回した点を重視し、子の心理を強調し、さらに時の経過に注目する最近の判例には、親の権利から子の福祉への推移が、この例外的問題の中にも、明確に示されている。

注(1) Children Act 1975, s. 12(2).

(2) In re C. (L.) (An Infant), (C. A.), [1965] 2 Q. B. 449, 471B (per Diplock L. J.). In re W. (An Infant), (H. L. (E.)), [1971] A. C. 682, 717H-718 B (per Lord Hodson). なお、後者の分類は、旧法の条文構造に基礎を置いたため、改正により意義を失った⁽⁴⁾と考える。

(3) In re W. (An Infant), *op. cit.*, p. 724H (Per Lord Donovan). 但し、統一見解ではない。前注参照。

(4) 現行法に至る免除規定の変遷については、山本正憲「イギリス養子法における縁組同意免除について」(岡山大学創立三〇周年「法学と政治学の現代展開」)

有斐園(昭和五七年)一八三頁参照。

(5) 但し、後に見る通り、具体的事由を嚴格に解し、抽象的事由を広く解する解釈態度は、似てゐる。

(6) 特に、山本・前掲論文。重複部分はずすと譲ぶ。

(7) In re R. (Adoption), [1967] 1 W. L. R. 34. 山本・前掲論文一八六一—一八七頁参照。この判決については、子が二〇歳であること、および、政治的意図が混入している可能性のあることから、先例としての影響力は大きくなると考へる。Creney, op. cit., p. 548 参照。

(8) In re C. (An Infant), (C. A.), (1967) The Times, 2nd April (per Denning L. J.). 判決の詳細は不明だが、傍論的説明での表現が用いられたようである。その点、In re F. (R.) (An Infant), [1970] 1 Q. B. 385, 389 山本・前掲論文一八七頁参照。

(9) Josting, Adoption of Children 9th ed., Oyez Pub.: London, 1981, p. 43.

(10) In re K., [1953] 1 Q. B. 117. 不合理的事由の問題であり、かゝる傍論であるが、たとへば未成年の親も親自身が同意しなければ養子収養命令は出され得ないことを理由に、誤って未成年の親に訴訟後見人をつけなかつた原審を、この点では支持した(但し、不合理的認定に誤りがあつたとして控訴認容)。

(11) In re D. (minors) (adoption by parent), [1973]

わが国代諾養子縁組について

Fam. 209. 山本・前掲論文一九八頁参照。

(12) Bevan & Parry, op. cit., p. 38-39. Josting, op. cit., p. 48.

(13) Josting, op. cit., p. 48.

(14) Watson v. Nikolaisen, [1955] 2 Q. B. 286, 295 が遺棄に属するとして、re W. (spinster) (an infant), (unreported, July, 1962) が放置に属するとして、後者については In re P. [1962] 1 W. L. R. 1296, 1301 とわずかに触れられたのを知るだけである。前者については、山本・前掲論文二〇〇—二〇一頁参照。

(15) Creney, op. cit., p. 553.

(16) In re D. (注(11))とは、虐待との相違が前提となつた。

(17) Broad v. Broad, (1898) 78 L. T. 687 (per the President (Sir F. Jeune)).

(18) Bevan & Parry, op. cit., p. 39.

(19) Re 'A' (A Minor), (1980) 10. Fam. Law 49.

(20) Children Act 1975, s. 12 (5).

(21) Bevan & Parry, op. cit., p. 39.

(22) Creney, op. cit., p. 553.

(23) 山本・前掲論文二〇四頁参照。

(24) 但し、かいつの判例では、行方不明も有責事由となつた。In re C. (L.) (注(8)) p. 471 B 参照。

(25) 不合理的事由は、最もよく用ゐられる免除事由である。

- Bronley, *op. cit.*, P. 341 参照。
- (26) 不合理事由は裁判所の考える糧と認められる。
Consent to An Adoption, (1956) 222 L. J. 195.
- (27) 本稿は、一定の視点から価値ある判決の発掘を意図してゐない。判例の中で、重視されてゐるものには注目するに過ぎない。
- (28) 判例の収集にあたつては、まず家族法のチキヌト類をよび雑誌記事から判例を探り、その判例に引用された判例をならび集める、とつう方法を取つた。
- (29) ②の Ormrod J. が行つた分類は、ほぼ一致した。
- (30) 事案については、前掲・山本論文一八八—一八九頁参照。
- (31) [1952] 2 Q. B. 561, 564.
- (32) *ibid.*, p. 566.
- (33) *ibid.*, p. 569.
- (34) *ibid.*, p. 571.
- (35) The Adoption of Children Act, 1926 (16 & 17 Geo. 5 c. 29), s. 2(3). キムドは「当然に免除されるべき場合」という事由が置かれ、裁判所に絶対的裁量権を与えたものと解されてゐた。H. v. H., [1947] 1 K. B. 463, 466 (per Goddard) 参照。一九五〇年法はこれを削除して、不合理事由を規定した。
- (36) [1952] 2 Q. B. 561, 572. Devlin J. の分析と注釈は、改正の意図は、子の福祉の強調とあつたことを見解がある。Blom-Cooper, *Adoption applications and parental responsibility*, (1957) 20 M. L. R. 473, 475. ケースと委員会の決定を同一に扱ふべき。Report of the Departmental Committee on the Adoption of Children, H. M. S. O.; London, Cmd. 9248 (西上 Hurst Committee Report 参照) pp. 29-30 参照。
- (37) [1952] 2 Q. B. 561, 572-573.
- (38) *ibid.*, p. 573.
- (39) [1953] 1 Q. B. 117, 129.
- (40) *ibid.*, p. 130. この判決文の解釈をキムド、後の判例が争つてゐる。②、③、④をよび参照。
- (41) [1958] 1 All E. R. 427, 429 E-G, 日本・前掲論文1100—1101同参照。
- (42) Consent to an adoption, [1956] 222 L. J. 195.
- (43) [1957] 1 All E. R. 819, 823 D.
- (44) *ibid.*, p. 823 F-G.
- (45) Blom-Cooper, *Adoption — Refusal of Parent's Consent*, (1953) 16 M. L. R. 225.
- (46) Blom-Cooper, *op. cit.*, 20 M. L. R. 473, 477.
- (47) Gibbon, *Refusal of Consent in Adoption Cases*, (1957) 107 L. J. 774, 775.
- (48) Blom-Cooper, *op. cit.*, 16 M. L. R. 225.
- (49) Blom-Cooper, *op. cit.*, 20 M. L. R. 473, 479.

(36) [1952] 2 Q. B. 561, 572. Devlin J. の分析と

- (15) Hurst Committee Report, p. 30, para 117.
- (16) Stone, Parent's Rights v. Infant's Welfare, (1958) 21 M. L. R. 413.
- (17) ⑩を採りて控訴人側の主張は、子にたいして有害と見られた。[1965] 2 Q. B. 449, 456 G.
- (18) ⑩を採りて引用する。 *ibid.*, pp. 464E-465 A.
- (19) ⑩は原審裁判所の判決文から引用して、原審裁判官は直接⑩の判決文から引用したものと認められる。後の判例でも、⑩からの再引用が多い。
- (20) 事案については、山本・前掲論文一八九—一九〇頁参照。
- (21) [1965] 2 Q. B. 449, 468 D.
- (22) *ibid.*, p. 468 G.
- (23) *ibid.*, p. 469 B.
- (24) *ibid.*, p. 469 E.
- (25) *ibid.*, p. 471 B-C.
- (26) *ibid.*, p. 473 D.
- (27) *ibid.*, p. 466 B (per Ormerod L. J.)
- (28) *ibid.*, p. 466 D (per Ormerod).
- (29) *ibid.*, p. 466F-G (per Ormerod).
- (30) *ibid.*, p. 467B (per Upjohn L. J.)
- (31) [1970] 2 Q. B. 589, 595 C.
- (32) *ibid.*, p. 597 E.
- (33) *ibid.*, p. 598F (per Russell L. J.)
- (34) *ibid.*, p. 601E (per Sachs L. J.)
- (35) *ibid.*, p. 603A (per Sachs), p. 608G, p. 610G (per Cross L. J.)
- (36) *ibid.*, p. 604 B, p. 605 C-D (per Sachs), pp. 608H-609A (per Cross)
- (37) [1965] 1 W. L. R. 1259, 1275 B-F, 1277 D-1280 E.
- (38) *ibid.*, p. 1283 D.
- (39) *ibid.*, p. 1282 A.
- (40) *ibid.*, p. 1282 B-D.
- (41) *ibid.*, p. 1282 F.
- (42) [1977] 1 Q. B. 435, 442 D.
- (43) *ibid.*, p. 442 E.
- (44) *ibid.*, p. 443 D.
- (45) *ibid.*, pp. 448 H-449 A.
- (46) [1970] 2 Q. B. 589, 608G (per Cross).
- (47) [1965] 2 Q. B. 449, 469 G-470 A.
- (48) Naomi Michaels, 'The Dangers of a Change of Parentage in Custody and Adoption Cases', 83 L. Q. R. 547, 548.
- (49) 事案については、山本・前掲論文一九一—一九三頁参照。
- (50) [1971] A. C. 682, 693C-694C (per Hailsham), 706 D-E (per Lord MacDermott).
- (51) *ibid.*, p. 693 F.
- (52) *ibid.*, pp. 698 E-699 D (per Hailsham), p. 711 D

- H (per MacDermott), p. 719D-F(per Hodson), p. 725 F (per Donovan).
- (82) *ibid.*, pp. 695C et seq. (per Hailsham), pp. 706 B et seq. (per Mac Dermott), p. 720B (per Hodson), pp. 722 et seq. (per Lord Guest), pp. 725B et seq. (per Donovan).
- (83) *ibid.*, p. 698G (per Hailsham).
- (84) *ibid.*, pp. 703G-704D (per Hailsham).
- (85) *ibid.*, pp. 720H-721F (per Hodson).
- (86) *ibid.*, pp. 702A et seq. (per Hailsham).
- (87) *ibid.*, p. 702 B-E (per Hailsham), p. 716E (per MacDermott), p. 721E (per Hodson), p. 724 B (per Guest), p. 726 G-H (per Hodson).
- (88) 事案のごとくは、山本・前掲論文一九三一一九四頁参照。
- (89) [1971] 1 W. L. R. 1227, 1230 D, Lord Simon of Glaisdale の意見を採った。 *Ibid.*, p. 1238 H.
- (90) *ibid.*, p. 1238H (per Simon), p. 1232 D (per Lord Wilberforce).
- (91) *ibid.*, pp. 1229 H-1230 B.
- (92) *ibid.*, pp. 1236 H-1237 A (per Simon).
- (93) 山本・前掲論文一九三一一九七頁から三田地・前掲時の法令九九一号四〇—四一頁参照。
- (94) [1973] 3 All E. R. 88, 91d (per Davies L. J.).
- (95) *ibid.*, p. 91e (per Davies), p. 94g (per Megaw L. J.).
- (96) [1971] A. C. 682, 700D (per Hailsham).
- (97) [1971] 1 W. L. R. 1227, 1236F-G (per Simon).
- (98) [1975] Fam. 127, 140G (per Sir George Baker P.), 143E (per Cumming-Bruce J.).
- (99) *ibid.*, p. 139C (per Baker), p. 143G (per Cumming-Bruce), p. 145H (per Bagnall J.).
- (100) [1977] A. C. 602, 609B (per Orr L. J.), 612B (per Sir Gordon Willmer).
- (101) *ibid.*, p. 609G (per Orr), pp. 610H-611A (per Willmer).
- (102) *ibid.*, p. 628F (per Lord Wilberforce), p. 632G (per Viscount Dilhorne), p. 638B (per Simon).
- (103) 一九七六年に施行された。以下のうち規定は、「児童の養子収養に関する判断をなす場合には、裁判所は、養子収養の機関は、児童期を通じての児童の福祉を保護し、かつ、促進するため必要ならんを第一に考慮しなからんことを事情を考慮に入れなければならない」。
- (104) Bevan & Parry, *op. cit.*, pp. 24-25.
- (105) Adoption Act 1958, s. 7(1)b 養子収養命令を出す前に、裁判所は、それが子の福祉に適することを確認しなければならぬ旨を規定する。なお、この旧法は旧法下の判例理論を指している。
- (106) [1976] Fam. 161, 165 E.

- (13) *ibid.*, p. 166 A.
- (14) [1977] *Fam.* 25, 29A-B, 30C (per Stamp), 38A-B (per Pennycuik).
- (15) *ibid.*, p. 36D.
- (16) [1977] *A. C.* 602, 641D (per Simon).
- (17) *ibid.*, p. 629E (per Wilberforce).
- (18) [1953] 1 *Q. B.* 117, 131-132.

等四節 おわりに

一 イギリス養子法からの示唆 前節までに次のことを確認した。(a) 養子収養を除く児童保護制度では、子の福祉が最高の考慮事項であり、親の意思的関与は容易に排除される。(b) 養子収養は実親子関係を永久に切断するため、他の制度よりも親の意思が重視される。(c) 養子収養に対する親の意思的関与は養子収養の効果に対する同意である。(d) 養子収養の成立に要する同意は、質的にも量的にも、縮小されている。(e) この同意は免除される場合がある。(f) 同意免除の基準は、親の具体的有責行為に関する事由では、厳格である。(g) 親の帰責性とは無関係の事由、特に抽象的免除事由すなわち不合理事由では、比較的緩い解釈がとられており、そこでの同意免除基準は、子の福祉に対する親の態度である。(h) 抽象的免除基準は、免除の基準は子の福祉に傾斜している。

以上の確認から、次の示唆を得る。(1) 親の意思と子の福祉

わが国代諾養子縁組について

は、必ずしも調和しない。(2) 比較的效果の弱い制度では、子の福祉が親の意思を排除する。(3) 強い効果を持つ制度において、もし親の意思を排除し得るものがあるとすれば、子の福祉以外のものではない。(4) 従って、親の意思的関与は、親自身に帰属する効果および子の福祉に基礎が置かれなければならない。

二 わが国代諾養子縁組の性質に関する従来の見解 わが国において、未成熟子の養子縁組に対する親の意思的関与は、いわゆる代諾（民法七九七条）である。ここで代諾の性質に関する従来の見解を整理したい。

(1) 判例 旧法下の判例に、代諾の性質に触れるものが若干ある。まず、大審院判例に、代諾が代理であることを前提として、隠居には代理が許されないと判決したものが⁽³⁾ある。次に、下級審に、代諾が代理であることを根拠にして双方代理禁止規定（一〇八条）を適用し、後見人および親族会の同意を求めた決定が⁽⁴⁾ある。従って、旧法下の判例は、代諾を代理と解していたようである。しかし、右大審院判決では戸主の地位を守るための、また下級審決定では親族会の同意を求めるための理論的根拠とされたに過ぎない⁽⁵⁾。つまり、家制度維持もしくは親族の統体の要求から、代理という構成がとられたのである。また、大審院は、代諾に無権代理追認規定を適用することについては、要式性を理由に、拒否していた⁽⁷⁾。

昭和二七年に、最高裁は、無権代理追認規定の趣旨を類推適用した。⁽⁸⁾しかし、多数学説が指摘する通り、この二七年判決は、中川博士の無効な身分行為の追認理論を適用したのであって、代理規定への言及に実質的な意味はなかった。二七年判決に続く判例も同様である。⁽¹¹⁾

(2) 学説 代理説、当事者説および複合行為説に分類される。(i) 代理説 代諾は、単なる代理、一種の代理、特殊な代理もしくは純粹な代理である、とする。代理と解する根拠は、七九七条の文理解釈、縁組の契約性および契約当事者の一方が子であることが掲げられている。(ii) 当事者説 代諾権者が、当事者本人であり、代諾は代理ではない、とする。その根拠は、身分行為に代理は許されないという原則である。(iii) 複合行為説 縁組の効果の本体が養親と養子との間における養親子関係の設定にある以上、代理とみる方が自然であるが、代諾権者の子に対する監護養育の権利義務が養親に移行する結果を伴うために、代諾者は代理人の地位と同時に固有の身分行為者の地位にある、とする。⁽²⁰⁾

三 従来の見解に対する疑問 未成年養子、特に未成年熟子を養子にする代諾縁組の目的は、子の保護・育成にあり、これと調和しない構成をとるべきではない。⁽²²⁾(a) 当事者説 代諾縁組の目的は、養親子関係の設定により、養親が子を監護・養育することにある。従って、その当事者は養親と子である。当事

者はこれを考慮していない。しかし、複合行為説の指摘する通り、縁組の成立により代諾者は子に対する権利義務を奪われる。つまり、養子縁組の効果が代諾者にも及ぶため、効果帰属に対する意思表示を要件とするべきである。すなわち、代諾者の同意が必要である。この限りで、代諾者も当事者となる。(b)

代理説 代諾を代理と解することにも疑問がある。①代理説の根拠には縁組の契約性がある。しかし、成年養子を原則的形態としてとらえる民法典の規定から引き出した契約性を根拠にすることは、成年養子の性質、すなわち、子の福祉とは無関係の性質を持ち込むことであり、危険である。②財産法と異なる様々な制約が存する身分行為において、契約性を強調することは、当事者の意思の合致、すなわち、意思主義の強調である、と考えられるが、未成年熟子を当事者の一方とする親子法では、意思主義の強調は親の意思だけを評価することになり、危険である。⁽²³⁾③親の意思と子の福祉が必ずしも調和しないことは、仮装縁組の例から明らかである。子の福祉を追求するためには、家庭裁判所がより多くのチェックをする契機を与える解釈が望ましい。しかし、法定代理によって縁組契約が成立するという理解は、この契機を与えにくい。許可審判不要論も、契約的理解が基礎となるのではないかと考える。以上の点から、契約性を離れた解釈を目指すべきではないかと考える。⁽²⁵⁾もともと縁組の契約性は、旧法施行当時の縁組慣行をすべて是認して、これに近代的外観を付与するために形成され、戦後の改正

により家制度からの制約が払拭されて、その外観がより明確に残された結果に過ぎない。現代の未成年養子の目的は子の福祉以外にはあり得ないのだから、このような、人身売買をも含めた縁組のすべてを認めるための法技術とは、調和し得ない、と考へる⁽²⁸⁾。また、法定代理を認めることは、代諾者の意思表示を子のそれと擬制することであるから、理論的には、子に対する権利を奪われる代諾者自身の意思表示を評価し得ない。従つて、代諾者自身の意思表示なくして、子に対する権利を奪うことになり、妥当でない。さらに、代理を認めることは、代諾縁組を身分行為の例外とみることである。従つて、そこには、身分行為理論から代諾縁組が除外される契機を含むはずである。無効な身分行為の追認理論を代諾縁組に適用するためには、代諾の例外視すなわち代理的構成には、問題がある、と考へる。(c) 複合行為説 代理と見るほうが自然と解する点は、契約的理解を前提にしており、代理説に対するのと同様の疑問が生じる。また、代理と同意との関係について、この説は、代理は同意を実現するための形式である、とする⁽²⁹⁾。養子縁組の成立に対する代諾者の意思的関与という平面で、同意と代理を同一に扱い得るとしても、子に対する権利を奪われることへの同意に、代理としての法的評価を与えるのは妥当でない、と考へる。代理による意思表示は、養子縁組の成否を全面的に左右する意思表示である。同意に与える法的評価としては過大ではないか、と考へる。

わが国代諾養子縁組について

以上の点から、代理的構成から脱皮する必要性を感じる。立論としてはもちろんであるが、解釈論としても、例えば複合行為説における理解をさらに進めて、代諾は代理ではなく、子を監護・養育するための権利・義務を奪われることへの意思表示、すなわち代諾者の同意である、と構成し得る余地を検討する必要がある、と考へる。

四 今後の課題

(一) 身分行為理論からは代理であること理由に、また、代理の側からは身分行為であるために、共に例外扱いされる代諾を、身分行為理論の側から位置づけることを意図し、本稿では、身分行為における意思主義の適用範囲という問題意識を出発点として、イギリス養子法における同意免除の基準を考察し、そこから得られた示唆を基礎として、わが国の代諾縁組の性質を検討しようと試みた。

(二) 意思主義を出発点にした理由は、未成年子を当事者の一方とする親子法に、婚姻と同じような意思主義が妥当するはずがない、と考へたからであり、また、法定代理の存在は、当事者双方の意思表示が必要であるとの認識に基づき、と考へたからである。従つてここには、婚姻理論の射程距離という問題と法定代理の根拠という問題がある。

(三) 比較法の対象としてイギリス法を選んだ理由を冒頭に述べたが、児童の福祉を純粹に指向するモデルを、單純にわが国の縁組と比較することはほとんど無意味であろう。しかし、子の福祉を追求すべき事には何ら変わりがない。わが民法の枠内

で、どこまで子の福祉を守ることができるか、が解釈の課題である。また、比較法の範囲を拡大すること、特にローマ法継受国との比較を要する、と考える。イギリス法のように事実上の身分関係の継続が子の福祉に適すると考えるならば、身分占有を認めるのと同じ結果となる。この点の検討を要する。

(四) 代諾縁組の性質に関する従来の見解を検討し、主として子の福祉の観点からの疑問を述べた。しかし、それに代わる解釈を明確に示すには至らなかった。

以上の点を合わせて、これからの研究課題としたい。

(1) 旧法での代諾権者は法定代理人ではなく、「其家ニ在ル父母」(旧八四三条一項)であった。しかし、子に代わって承諾をする点では変わらない。

(2) 判例の収集にあたり、判例大系(二期版)、山島正男「養親子関係の成立および効力」(総合判例研究叢書・民法編)有斐閣(昭和三五年)および太田武男編「家族法判例・文献集成」有斐閣(昭和五〇年)を参照した。

(3) 昭和十一年一〇月三日五民判民集一五卷一九二六頁。

(4) 大正二年五月二八日東京地民一決評論二卷民法二二一頁。

(5) 大審院判決に対し、当時の学説は、結論の妥当性を認めながらも、「理を説くに過ぎた」(木村健助「父

母の代諾による戸主の養子縁組」民商五卷五号(昭和十二年)一三〇頁、あるいは、「末梢的理論の操作に帰する」(我妻栄「戸主の養子」法協五五卷四号(昭和十二年)一六五頁)、と評した。

(6) 下級審決定は、利益相反規定(旧八八八条)親族会による特別代理人の選任)によらず、直接に親族会の同意を求める規定によった。なお、「統体」については、中川善之助「身分法の基礎理論」河出書房(昭和十四年)二〇頁以下および一八九頁以下参照。

(7) 昭和四年七月四日一民判民集八卷六八六頁。

(8) 昭和二十七年一〇月三日二小判民集六卷九号七五三頁。

(9) 谷口知平「他人の子を実子として届け出た者の代諾による養子縁組の追認の許否」民商三六卷六号(昭和三年)一五九頁、山島・前掲総合判例研究五八一五九頁、川井健「代諾縁組」(家族法大系IV親子)有斐閣(昭和三五年)一八五頁、有地享「尊属殺人罪の成立が否定された事例」判時三六八号(昭和三九年)四八頁、奈良次郎「養子縁組の追認と民法第一一六条但書の類推適用の有無」法曹時報一六卷一〇号(昭和三九年)一六一一七頁、青山道夫「代諾縁組」法七一九五九年九月号二九一三〇頁、福地陽子「他人の子を嫡出子として届け出た者の代諾による養子縁組」(統判例百選第二版)(昭和四〇年)八五頁、加藤永一「養子縁組の追認と民法第一一六条但書の類推適用

の有無」法学三〇卷（昭和四一年）三〇九頁、品川孝次・七七九条注釈（我妻編輯例コンメンタルⅧ）日本評論社（昭和四五年）二九〇頁、中川良延・七七九条注釈（中川編注釈民法のⅡ）有斐閣（昭和四七年）五七一頁および滝沢幸代「無効な養子縁組の追認には、民法一一六条但書の規定は類推適用されない」法協九一卷七号（昭和四九年）一二三頁。逆に、代諾が代理であることを最高裁が認めた、と解する学説に、板木郁郎「無資格者の代諾による養子縁組の追認」立命館法学六号（昭和二九年）九五—九六頁、中川善之助・前掲新訂親族法四二七頁、我妻・前掲親族法二七一頁および島津・前掲書二四五頁がある。

(10) 昭和三六年九月二八日福岡高刑二判高裁判集一四卷六号四四四頁およびその上告審判決の最高昭和三八年一月二四日三小判刑集一七卷一二号二五三八頁、ならびに、二七年判決の差戻審の昭和三八年一〇月一日福岡高民一判およびその上告審の最高昭和三九年九月八日三小判民集一八卷七号一四二三頁。

(11) 前注の三九年判決に対する評釈である奈良・前掲解説一一六頁、山島正男「養子縁組の追認と民法一一六条但書の類推適用の有無」判時三九八号（昭和四一年）八五頁および加藤永一・前掲評釈三〇九頁参照。但し、三八年判決は代理的構成に拘泥し、学説の批判を浴びた。有地・前掲評釈四八頁、人見康子Ⅱ中谷瑠子「表見代諾養子縁組における養子の追認がないとしてわが国代諾養子縁組について

尊属殺人罪の成立が否定された例」法学研究三七卷一号（昭和三九年）九四頁および一〇—一二頁、ならびに、山島・前掲評釈同頁参照。

(12) 中川善之助・前掲新訂親族法四二六頁、我妻栄「判例漫策」有斐閣（昭和三〇年）三頁、青山・前掲論文二九頁および松坂佐一「民法提要・親族相続法第三版」有斐閣（昭和五六年）一二三頁。

(13) 品川・前掲判例コンメンタル二八一頁および中川良延・前掲注釈民法五六四頁。

(14) 唄孝一Ⅱ鈴木祿弥「人事法Ⅰ」有斐閣（昭和五五年）一三〇頁。

(15) 民法総則の適用を認める点で、他の代理説と区別される。この見解には、板木・前掲評釈九六頁および滝沢・前掲評釈一二三頁がある。

(16) 中川善之助・前掲新訂親族法同頁、中川良延・前掲注釈民法同頁および松坂・前掲書同頁。

(17) 我妻・前掲親族法二六三頁、青山・前掲論文二九頁および滝沢・前掲評釈一二四頁。

(18) 板木・前掲評釈九七頁、中川良延・前掲注釈民法五六三頁および滝沢・前掲評釈同頁。

(19) 平賀健太「無効な養子縁組の追認」戸籍七八号（昭和三〇年）四頁。なお、青山・前掲論文三〇頁および加藤・前掲評釈三〇九頁でも、代諾者が当事者となる旨が述べられているが、そこでの当事者は、契約の当事者ではなく、代理行為の当事者の意味で用いられて

いる、と考えられる。

- (20) 川井・前掲論文一八〇頁。これを支持する見解に、山島・前掲総合判例研究四三頁および中川高男「養子(1)」（叢書民法総合判例研究②I）一粒社（昭和五六年）九一頁がある。
- (21) 山島・前掲民商五二卷四号七二頁。
- (22) 深谷・前掲金沢法学一九卷一・二号六二頁は、子のための理念以外の目的を入れうるような解釈は許されない、とする。
- (23) 人見（中谷）・前掲評釈九五頁は、養子縁組では個人間の意思の支配が「子のため」から制約を受けることを、指摘する。
- (24) 中川良延「未成年養子の許可について」法学二三卷一号（昭和三四年）二八一—三二頁および潮見俊隆「未成年養子の許可」（家族法大系IV）有斐閣（昭和三五年）二一—二二頁の両者に紹介されている。これによれば、面倒・煩雑という事が不要論の理由である。しかし、子の福祉を審査するのが面倒なのは当然である。これを理由に不要論を唱える基礎には、当事者の意思表示により成立した契約に口をはさむ必要はないという理解が、存在するのではないか。
- (25) 立法論としては、契約性の放棄を唱える見解が多い。例えば、中川善之助・前掲新訂親族法四二〇頁、我妻・前掲書二六一—二六三頁、等。また、代理説の大部分は、契約性を根拠に代諾は代理だと構成して
- おきながら、その構成に意味を持たせない解釈を行う。
- (26) 山島正男「明治民法起草者の養子制度観」（勝本還曆・「現代私法の諸問題」）有斐閣（昭和三四年）七六—七五頁。
- (27) 山島・前掲論文七四七頁。
- (28) 旧法下の人身売買的養子縁組に対する穂積重遠博士の批判（判例民事法大正一年度六六事件二七九—二八〇頁）は、代理的構成の危険性を指摘し、しかも、家裁の許可というような外部的監督では問題の解決にならないことを、訴えている。
- (29) 川井・前掲論文一八〇頁。
- (30) 青山・前掲論文三〇頁は、判例の考え方を進めてゆけば、代諾者は単なる同意権者としての機能を担う、と見る。
- (31) 深谷・前掲金沢法学一九卷一・二号三四頁は、中川博士の身分行為理論が婚姻・離婚を思考モデルにしていることを、指摘する。
- (32) 山島・前掲論文七六九頁は、代諾縁組と契約性、すなわち、法定代理と意思主義が矛盾することを、端的に指摘している。また、私的自治から法的代理を説明する試みは、必ずしも成功していない。第一節注（一）参照。

〔追記〕本稿の執筆にあたっては、木下明教授のご指導を受けた。